



ივ. ჯავახიშვილის სახ. თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი
Iv. Javakhishvili Tbilisi State University

N2, 2016 - N1, 2017

საერთაშორისო სამართლის ჟურნალი

JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

N2, 2016 - N1, 2017

საერთაშორისო სამართლის ჟურნალი



ივანე ჯავახიშვილის სახ. თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი
საერთაშორისო სამართლის ინსტიტუტი, იურიდიული ფაკულტეტი

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

N2, 2016 - N1, 2017

**საერთაშორისო
სამართლის
ჟურნალი**

**JOURNAL OF
INTERNATIONAL
LAW**

თბილისი, Tbilisi,
2018

„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.

სარედაქციო კოლეგია

მთავარი რედაქტორი

ლევან ალექსიძე

ივ. ჯავახიშვილის სახ. თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი
(თსუ)

აღმასრულებელი რედაქტორი

ქეთევან ხუციშვილი

(თსუ)

სარედაქციო კოლეგიის წევრები:

რალუკა ბესტელიუ

ბუქარესტის უნივერსიტეტი,
ტიტულესკუს უნივერსიტეტი (რუმინეთი)

ირაკლი ბურდული

(თსუ)

კონსტანტინე კორკელია

(თსუ)

ვიგენ კოჩარიანი

ერევნის სახელმწიფო უნივერსიტეტი (სომხეთი)

რუსთამ მამედოვი

ბაქოს სახელმწიფო უნივერსიტეტი (აზერბაიჯანი)

დავით პატარაია

(თსუ)

გერი სიმფსონი

მელბურნის უნივერსიტეტი (ავსტრალია),
ლონდონის ეკონომიკისა და პოლიტიკური მეცნიერების სკოლა (დიდი ბრიტანეთი)

ეკა სირაძე

(თსუ)

ირინე ქურდაძე

(თსუ)

ლაური ჰანიკაინენი

თურქუს უნივერსიტეტი (ფინეთი)

სარედაქციო კოლეგია მადლიერია სამართლის დოქტორი საბა ფიფიას (თსუ), ასევე თსუ დოქტორანტების გიორგი ნაკაშიძისა და ონისიმე ცხომელიძის მიერ ჟურნალის ამ ნომრის მომზადებისა და გამოცემის საქმეში შეტანილი წვლილისთვის.

BOARD OF EDITORS

Editor in Chief

LEVAN ALEXIDZE

Iv. Javakhishvili Tbilisi State University
(TSU)

Executive Editor

KETEVAN KHUTSISHVILI

(TSU)

Members of the Board:

RALUKA BESTELIU

Bucarest and N. Titulescu Universites
(Romania)

IRAKLI BURDULI

(TSU)

LAURI HANNIKAINEN

University of Turku (Finland)

KONSTANTINE KORKELIA

(TSU)

VIGEN KOCHARYAN

Yerevan State University (Armenia)

IRINE KURDADZE

(TSU)

RUSTAM MAMEDOV

Baku State University (Azerbaijan)

DAVID PATARAIA

(TSU)

GERRY SIMPSON

Melbourne University (Australia),
London School of Economics and
Political Science (UK)

EKA SIRADZE

(TSU)

The Board of Editors expresses appreciation to Dr. Saba Pipia (TSU) as well as TSU PhD students Giorgi Nakashidze and Onisime Tskhomelidze for their invaluable contribution to the preparation and publishing this edition of the Journal.

სარჩავი CONTENTS

გიორგი ბაღდავაძე, საქართველოს ოკუპირებული ტერიტორიების არაღიარება, როგორც <i>erga omnes</i> ვალდებულება	5
Giorgi Bagdavadze, Non-recognition of the Occupied Georgian Territories as an Obligation Erga Omnes	25
გიორგი ნაკაშიძე, ექსტრატერიტორიული თავდაცვის უფლება დამოუკიდებლად მოქმედი არასახელმწიფო სუბიექტების წინააღმდეგ: ძალის გამოყენების ლეგიტიმური თუ ლეგალური ფორმა?	42
Giorgi Nakashidze, The Right of Extraterritorial Self-defence against Autonomously Operating Non-State Actors: Legitimate or Legal Use of Force?	68
მარიამ ბეჟანიშვილი, საქართველოს სიტუაცია – სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს წინაშე არსებული უნიკალური სიტუაციის სამართლებრივი ანალიზი	89
Mariam Bezhanishvili, Situation in Georgia – A Unique Case before the International Criminal Court	106
ოლეგ თორთლაძე, უსაფუძვლო ვეტო, როგორც საერთაშორისო მართლწესრიგის გამონევა	120
Oleg Tortladze, Unreasonable veto as a challenge to the global order	138
ონისიმე ცხომელიძე, არასახელმწიფო აქტორების მიერ ჩადენილი ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულები ICC-ის იურისდიქციის ქრილში	154
Onisime Tskhomelidze, Crimes against Humanity Committed by Non-state Actors Within the Jurisdiction of the ICC	167
საბა ფიფია, ოკუპირებულ ტერიტორიაზე საჯარო წესრიგისა და სამოქალაქო ცხოვრების შენარჩუნების უზრუნველყოფა	177
Saba Pipia, Maintenance of Public Order and Civil Life in Occupied Territories	194
გურამ ლვინჯილია, უმცირესობების პოლიტიკურ საქმიანობაში მონაწილეობის ფარგლები ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკის მიხედვით	208
Guram Gvinjilia, The Scope of Political Participation of Minorities in the Case Law of the European Court of Human Rights	220
ირაკლი ადეიშვილი, ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციისა და მის საფუძველზე შექმნილი პრეცედენტული სამართლის ადგილი საქართველოს სამართლებრივ სისტემაში	229
Irakli Adeishvili, The Place of European Convention of Human Rights and Convention Based Case Law in the Legal System of Georgia	240
მერი კაპანაძე, სიძულვილის ენა რელიგიური კონტექსტით ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოსა და საქართველოს პრაქტიკის ფარგლებში	249
Meri Kapanadze, Hate Speech in the Context of Religion: the Practice of the European Court of Human Rights and Georgia	258

საქართველოს ოკუპირებული ტერიტორიების არალიარება, როგორც *ERGA OMNES* ვალდებულება

აბსტრაქტი:

2008 წელი გარდამტეხი აღმოჩნდა არა მხოლოდ საქართველოს, არამედ მსოფლიო წესრიგის კუთხითაც. ძალიან მალე, ამას შედეგად მოჰყვა ყირიმის ანექსიაც. ამგვარ ვითარებაში დი მნიშვნელობას იძენს არ-ალიარების ანუ *ex injuria jus non oritur* პრინციპის თანამედროვე გააზრება, რომელიც გულისხმობს საერთაშორისო თანამეგობრობის დავალდებულებას, რათა გატარდეს პოზიტიური ღონისძიებები საერთაშორისო სამართლის დარღვევით წარმოქმნილი სიტუაციის არ-ალიარების კუთხით, რაც საბოლოო უნდა აისახოს საქართველოს (და უკრაინის) ტერიტორიების სრულ დეოკუპაციაში.

საკვანძო სიტყვები: ოკუპირებული ტერიტორიები | არ-ალიარების *erga omnes* ვალდებულება | სტიმსონის დოქტრინა | *jus cogens* ნორმების დარღვევა | ქართველების ეთნონმენდა | საერთაშორისო თანამეგობრობის რეაქცია

შესავალი

ნაშრომის მიზანია იმის დამტკიცება, რომ რუსეთის მიერ ოკუპირებული ქართული რეგიონების ალიარება წინააღმდეგობაში მოდის არა მხოლოდ საერთაშორისო სამართალთან, არამედ საერთაშორისო თანამეგობრობას ეკისრება პოზიტიური ვალდებულება, ხელი შეუწყოს ოკუპირებული ტერიტორიების არ-ალიარების პოლიტიკას და გაატაროს ეფექტიანი ზომები, რომლებიც მიმართული იქნება ქვეყნის სრულ დეოკუპაციაზე.

პირველ თავში მიმოხილულია არალიარების დოქტრინის ჩამოყალიბება და მისი ასახვა საერთაშორისო სამართალში. სტიმსონის დოქტრინის შემდეგ, რომელიც იაპონიის მიერ მანჯურიის მიწების ოკუპაციას ეხებოდა, არალიარების ვალდებულებამ აისახა გაეროსა და ეუთოს არაერთ დოკუმენტში. მათ შორის, აღსანიშნავია ჩვეულებითი სამართლის სტატუსის მქონე 1970 წლის გენერალური ასამბლეის რეზოლუცია მეგობრული ურთიერთობების შესახებ და 1975 წლის ჰელსინკის დასკვნითი აქტი. მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლო (შემდგომში – ICJ) ორ საკონსულტაციო დასკვნაში (ნამიბიის და კედლის საკონსულტაციო დასკვნები) შეეხო ხსენებულ დოქტრინას და განმარტა სხვადასხვა კონტექსტში. განსაკუთრებით, აღსანიშნავია გაბატონებული მიდგომა, რომლის თანახმადაც საერთაშორისო სამართლის დარ-

ღვევით მიღებული სიტუაციის არალიარების ვალდებულება არის *erga omnes* ხასიათის.

თუმცა, ამ უკანასკნელ მიდგომას დაზუსტება სჭირდება, რაც ბადებს შემდეგ შეკითხვას: რა წინაპირობების არსებობისას იძენს ხსენებული ვალდებულება საყოველთაო ხასიათს? ამ შეკითხვაზე პასუხის გაცემის მიზნით, ნაშრომის მეორე თავში, გაანალიზებულია სამი შემთხვევა: ა) როდესაც ირღვევა საერთაშორისო სამართლის საყოველთაოდ ალიარებული ნორმა (*jus cogens*); ბ) როდესაც მძიმედ ირღვევა ნორმა, რომლის *jus cogens* ხასიათი შეიძლება იყოს სადავო, თუმცა წარმოადგენს საერთაშორისო სამართლის ურყევ ნორმას. ასეთად ითვლება საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლით დადგენილი ნორმები; გ) როდესაც სახეზეა უშიშროების საბჭოს რეზოლუცია. ამ მხრივ *mutatis mutandis* გაანალიზებულია საქართველოს შემთხვევა გენერალური ასამბლეის 1950 წლის ცნობილი რეზოლუციის „გაერთიანებულნი მშვიდობისთვის“ კონტექსტში. კერძოდ, პასუხი ეცემა შემდეგ შეკითხვას: შეიძლება თუ არა გენერალურმა ასამბლემ იკისროს არალიარების ვალდებულების შესრულებაზე ზედამხედველობის ფუნქცია, თუკი სახეზეა უშიშროების საბჭოს უმოქმედობა?

მესამე თავში მიმოხილულია ის წინაპირობები, რომლებიც სახეზეა საქართველოს შემთხვევაში, რათა ოკუპირებული ტერიტორიების არალიარების ვალდებულებას მიენი-

ჭოს *erga omnes* ძალა. კერძოდ, ძალის გამოყენებით და გაეროს ქარტიის მე-2(4) მუხლის დარღვევით მიღებული ვითარება ავტომატურად ნიშნავს *jus cogens* ნორმების დარღვევას, რაც საერთაშორისო თანამეგობრობას *per se* ავალდებულებს არა მხოლოდ ოკუპირებული ტერიტორიების აღიარებისგან თავის შეკავებას, არამედ სხვადასხვა პოზიტიური ზომების გატარებას, რათა არ ნახალსდეს ასეთი სიტუაციის შენარჩუნება. მეორე მხრივ, დახარისხებულია ის შემთხვევები, როდესაც რუსეთის ქმედებებით დაირღვა საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართლის ურყევი პრინციპები, ამ შემთხვევაში, ქართველების ეთნიკური წმენდით და შეიარაღებული კონფლიქტისას ჩადენილი საერთაშორისო დანაშაულებებით.

სახელმწიფოთა შემდგომი პრაქტიკის ანალიზს იმდენად საზოგადო მნიშვნელობა აქვს, რომ ის საერთაშორისო ხელშეკრულებების განმარტების მექანიზმაც კი არის აღიარებული. ანალოგიურად, პრაქტიკა განსაკუთრებულ მნიშვნელობას იძენს როდესაც საქმე ეხება არაღიარების ვალდებულებას. მაგალითად, ევროკავშირის მიდგომის ანალიზი დასავლეთ საჰარის ტერიტორიასთან და პალესტინაში არსებულ დასახლებებთან მიმართებით იწვევს აზრთა სხვადასხვაობას მეცნიერთა შორის. თუმცა, როგორი მიდგომა აქვს საერთაშორისო საზოგადოებას საქართველოს ოკუპირებული ტერიტორიების მიმართ? აღნიშნულ შეკითხვას დეტალურად და ამომწურავად გაეცემა პასუხი შესაბამისი პრაქტიკის ანალიზით. აღნიშნული საკითხების კვლევა განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია დღევანდელი ქართული რეალობის გათვალისწინებით, მაშინ, როცა ჩრდილოვანი პოლიტიკისა და სახელმწიფო სტრუქტურების დასუსტების კვალდაკვალ იზრდება რუსეთის მიერ ქართული ტერიტორიების საბოლოო ანექსიის რისკი.

1. არაღიარების დოქტრინის წარმოშობის ისტორია და ასახვა საერთაშორისო საგარეო ურთიერთობებში

სამართლის ნორმების დარღვევით შექმნილი მდგომარეობის არაღიარების ვალდებულება სათავეს იღებს სამართლის ზოგადი პრინციპიდან – *ex injuria jus non oritur* – რომლის თანახმადაც, უფლება არ შეიძლება გამომდინარეობდეს უკანონო ქმედებიდან.¹ აღნიშნული ვალდებულება განსაკუთრებულ

მნიშვნელობას იძენს იმგვარი შემთხვევებისას, როდესაც, სახეზე გვაქვს ერთი სახელმწიფოს მიერ მეორე სახელმწიფოს ტერიტორიის ანექსია.²

არაღიარების დოქტრინის წარმოშობა უკავშირდება ამერიკის შეერთებული შტატების სახელმწიფო მდივნის, ჰენრი სტიმსონის მიერ 1932 წლის 7 იანვარს იაპონიის იმპერიისა და ჩინეთის რესპუბლიკისთვის გაგზავნილ დიპლომატიურ ნოტას, რომელიც ეხებოდა იაპონიის იმპერიის მიერ მანჯურიის რაიონის ოკუპაციას. ნოტაში აღნიშნული იყო, რომ „დე ფაქტო მდგომარეობის მიუხედავად, აშშ არ აღიარებდა სიტუაციას, ხელშეკრულებას თუ შეთანხმებას, რომელიც წინააღმდეგობაში მოვიდოდა პარიზის 1928 წლის 27 აგვისტოს [კელოგ-ბრაიანის] პაქტთან“.³

1932 წლის 11 მარტს, ერთა ლიგის ასამბლეამ დაადგინა, რომ „ერთა ლიგის წევრებს დაკისრებული აქვთ ვალდებულება, არ აღიარონ იმგვარი სიტუაცია, ხელშეკრულება თუ შეთანხმება, რომელიც ეწინააღმდეგება ერთა ლიგისა და პარიზის პაქტებს“.⁴

აღსანიშნავია, რომ გაერთიანებული ერების შექმნის შემდეგ, არაღიარების ვალდებულებამ საერთაშორისო სამართლებრივი ასახვა ჰპოვა ცალკეულ რეზოლუციებში, დოკუმენტებსა თუ ICJ-ის საკონსულტაციო დასკვნებში. მეტიც, ხსენებული დოქტრინა საკმაოდ აქტუალურია ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკაშიც.

გაეროს პირველი დოკუმენტი, რომელიც ეხება არაღიარების ვალდებულებას, არის 1949 წლის სახელმწიფოთა უფლებებისა და ვალდებულებების შესახებ დეკლარაციის პროექტი, რომლის მე-11 მუხლში აღინიშნა, რომ *ყველა სახელმწიფო ვალდებულია, თავი შეიკავოს ძალის გამოყენებით ან მისი მუქარით მოპოვებული ტერიტორიის აღიარებისგან*.⁵

მსგავსი შინაარსის ჩანაწერი გაკეთდა 1964 წელს ქაიროში სახელმწიფოთა მეთაურების სამიტზე მიღებულ დეკლარაციაში. კონფერენცია ეხებოდა მშვიდობიან თანაცხოვრებასა და გაეროს მიერ დადგენილი პრინციპების კოდიფიკაციას. დეკლარაციაში აღინიშნა, რომ „სახელმწიფოებმა თავი უნდა შეიკავონ ნებისმიერი სახის ძალის გამოყენების ან მისი მუქარისგან, რომელიც მიმართული იქნება მეორე სახელმწიფოს ტერიტორიული

მთლიანობის და პოლიტიკური დამოუკიდებლობის წინააღმდეგ. ნებისმიერი ვითარება, რომელიც იქნება ამგვარი ძალის გამოყენების ან მისი მუქარის შედეგი, არ უნდა იქნეს აღიარებული“.⁶

არალიარების პრინციპმა განსაკუთრებული აღიარება მოიპოვა, როცა ის განმტკიცდა გაეროს 1970 წლის საერთაშორისო სამართლის პრინციპების, სახელმწიფოებს შორის მეგობრული ურთიერთობებისა და თანამშრომლობის შესახებ 2625 დეკლარაციით, რომელშიც არალიარების ვალდებულება დაზუსტებით ფორმულირდა და ნახსენები იქნა ოკუპაციის კონტექსტში. კერძოდ, დეკლარაციის 1-ლი პუნქტის თანახმად, „სახელმწიფოს ტერიტორია არ შეიძლება დაექვემდებაროს სამხედრო ოკუპაციას, რომელიც წარმოადგენს ძალის გამოყენების შედეგს და ეწინააღმდეგება გაეროს ქარტიას. სახელმწიფოს ტერიტორია არ შეიძლება მეორე სახელმწიფოს მიერ მოპოვებული იქნეს ძალის გამოყენების ან მისი მუქარის შედეგად. ტერიტორიის არც ერთი ამგვარი მოპოვება, რომელიც არის ძალის გამოყენების ან მისი მუქარის შედეგი, არ უნდა იქნეს აღიარებული კანონიერად“.⁷ აღნიშნული დოკუმენტის განსაკუთრებული მნიშვნელობა გამომდინარეობს მისი ჩვეულებითი სამართლის ბუნებიდან, რომელიც აღიარებულია ICJ-ის მიერ ნიკარაგუას საქმეში და კოსოვოს საკონსულტაციო დასკვნაში.⁸

არალიარების ვალდებულება განმარტებულია ასევე გაეროს 1970 წლის საერთაშორისო უსაფრთხოების განმტკიცების შესახებ⁹ და 1974 წლის აგრესიის შესახებ დეფინიციის დეკლარაციებში.¹⁰ ანალოგიური სულისკვეთების მატარებელია ეუთოს ჰელსინკის 1975 წლის საბოლოო აქტიც¹¹ და გაეროს 1987 წლის დეკლარაცია ძალის გამოყენებისა და მისი მუქარისგან თავის შეკავების პრინციპის ეფექტიანობის ამაღლების შესახებ.¹²

არალიარების დოქტრინის განვითარებაში მნიშვნელოვანი როლი ეკისრება ICJ-ს. ამ მხრივ, უპირველეს ყოვლისა, აღსანიშნავია ICJ-ის 1971 წლის საკონსულტაციო დასკვნა სამხრეთ აფრიკის მიერ ნამიბიის (სამხრეთ-დასავლეთ აფრიკა) ტერიტორიის განგრძობადი დაკავების სამართლებრივი შედეგები უშიშროების საბჭოს 276(1970) რეზოლუციის მიუხედავად.¹³ საკუთრივ საკითხი ICJ-ის გადაეცა უშიშროების საბჭოს მიერ, შეკითხ-

ვა კი შემდეგნაირად იყო ფორმულირებული: რა სამართლებრივი შედეგები შეიძლება მოჰყვეს სახელმწიფოსთვის თუ იგი უშიშროების საბჭოს რეზოლუციის მიუხედავად გააგრძელებს ნამიბიის ტერიტორიის დაკავებას? საკითხის ICJ-თვის გადაცემა გამოიწვია შემდეგმა ფაქტობრივმა მდგომარეობამ: პირველი მსოფლიო ომის შემდეგ ნამიბია (სამხრეთ-დასავლეთ აფრიკა), რომელიც წარმოადგენდა გერმანიის ყოფილ კოლონიას, ერთა ლიგის მანდატით ადმინისტრირებისთვის გადაეცა სამხრეთ აფრიკას.¹⁴ გაეროს გენერალური ასამბლეის 1966 წლის 27 ოქტომბრის 2145 რეზოლუციის თანახმად,¹⁵ ხსენებული მანდატი გაუქმდა. 1969 წლის 20 მარტის 264(1969) რეზოლუციით, უშიშროების საბჭომ აღიარა მანდატის გაუქმება და მოუწოდა სამხრეთ აფრიკის ხელისუფლებას, რომ დაუყოვნებლივ დაეტოვებინა ნამიბიის ტერიტორია.¹⁶ სამხრეთ აფრიკის მხრიდან დაუმორჩილებლობის შემდეგ, 1970 წლის 30 იანვარს, 276(1970) რეზოლუციით, უშიშროების საბჭომ სამხრეთ აფრიკის ადმინისტრაციის ყოფნა ნამიბიის ტერიტორიაზე გამოაცხადა კანონგარეშედ და მოუწოდა ყველა სახელმწიფოს, რომ თავი შეეკავებინათ სამხრეთ აფრიკასთან ნებისმიერი ეკონომიკური თუ სხვა სახის ურთიერთობების დაკავებისგან, რომელიც ხელს შეუწყობდა სამხრეთ აფრიკის ადმინისტრაციის ყოფნას ნამიბიის ტერიტორიაზე.¹⁷

თავის საკონსულტაციო დასკვნაში ICJ-მ ყურადღება გაამახვილა რამდენიმე ფაქტორზე, რომლებიც განსაკუთრებულ მნიშვნელობას იძენს არალიარების დოქტრინასთან მიმართებით. უპირველეს ყოვლისა, სასამართლომ არალიარების ვალდებულება განიხილა *stricto sensu* უშიშროების საბჭოს 276(1970) რეზოლუციის კონტექსტში. ამასთან, აღსანიშნავია, რომ ხსენებულ საკონსულტაციო დასკვნაში სასამართლომ ჩამოთვალა კონკრეტული მაგალითები, თუ რაში უნდა გამოიხატებოდეს სახელმწიფოების მხრიდან არალიარების ვალდებულების შესრულება. ესენია: სამხრეთ აფრიკის ადმინისტრირებად ნამიბიის ტერიტორიაზე დიპლომატიური მისიების და კონსულების გაგზავნისგან თავის შეკავება; არსებული მისიების თუ საკონსულოების გამოხმობა; ცალსახად გაცხადება, რომ სამხრეთ აფრიკის ტერიტორიაზე არსე-

ბული დიპლომატიური მისიების მანდატი არ ვრცელდება ნამიბიაზე, რითაც უნდა იქნეს უზრუნველყოფილი ნამიბიის ტერიტორიაზე სამხრეთ აფრიკის ხელისუფლების არალიარება.¹⁸ ხოლო რაც შეეხება ნაგულისხმევ ვალდებულებებს, აღნიშნული გამოიხატებოდა გაეროს წევრი სახელმწიფოების მხრიდან სამხრეთ აფრიკასთან იმგვარი ეკონომიკური თუ სხვა სახის ურთიერთობებში შესვლისგან თავის შეკავებაში, რომელიც ხელს შეუწყობდა ნამიბიის ტერიტორიაზე სამხრეთ აფრიკის ადმინისტრაციის ყოფნის გახანგრძლივებას.¹⁹

გარდა ზემოთაღნიშნულისა, სასამართლომ, ნამიბიის საკონსულტაციო დასკვნაში ორი მნიშვნელოვანი განმარტება გააკეთა: 1) პირველი ცნობილია, როგორც „ნამიბიის გამონაკლისი და გულისხმობს, რომ არალიარების ვალდებულებამ არ უნდა ნაართვას ადგილობრივ მოსახლეობას შესაძლებლობა, ისარგებლონ საერთაშორისო თანამშრომლობისგან მიღებული სიკეთეებით. კერძოდ, სასამართლომ დაადგინა: „მიუხედავად იმისა, რომ მანდატის გაუქმების შემდეგ სამხრეთ აფრიკის მთავრობის მიერ ნამიბიის ტერიტორიაზე განხორციელებული ქმედებები არის კანონგარეშე და ბათილი, აღნიშნული ბათილობა არ უნდა გავრცელდეს იმგვარ აქტებზე, როგორებიცაა დაბადების, გარდაცვალებისა და ქორწინების მონომობები, რომელთა ეფექტის იგნორირება გამოიწვევდა ადგილობრივი მოსახლეობის სასიცოცხლო ინტერესებისთვის ზიანის მიყენებას“;²⁰ 2) რაც შეეხება მეორე მნიშვნელოვან განმარტებას, იგი ეხებოდა გაეროს არანევრ ქვეყნებს, რომლებთან დაკავშირებითაც, სასამართლომ დაადგინა, რომ მოცემულ შემთხვევაში, სახეზე იყო არალიარების *erga omnes* ვალდებულება და შესაბამისად, ნებისმიერი სახელმწიფო ხდებოდა ვალდებული, შეესრულებინა უშიშროების საბჭოს 276(1970) რეზოლუცია.²¹

არალიარების ვალდებულების შესახებ განსაკუთრებული მნიშვნელობის მქონეა ICJ-ის საკონსულტაციო დასკვნა ოკუპირებული პალესტინის ტერიტორიაზე კედლის მშენებლობის სამართლებრივი შედეგების შესახებ.²²

2003 წლის 8 დეკემბერს გენერალურმა ასამბლეამ თავის მეათე საგანგებო შეხვედრაზე მიიღო რეზოლუცია ES-10/14 ოკუპირებულ აღმოსავლეთ იერუსალიმსა და პალესტინის დანარჩენ ოკუპირებულ ტერიტო-

რიებზე ისრაელის უკანონო ქმედებების თაობაზე,²³ რომლის საფუძველზეც მიმართეს ICJ-ს შემდეგი კითხვით: რა სამართლებრივი შედეგები წარმოიშობა ისრაელის, როგორც ოკუპანტი ძალის, მიერ ოკუპირებული პალესტინის ტერიტორიაზე, მათ შორის აღმოსავლეთ იერუსალიმში, კედლის მშენებლობის შედეგად საერთაშორისო სამართლის წესებისა და პრინციპების, მათ შორის, ჟენევის 1949 წლის მეოთხე კონვენციის, უშიშროების საბჭოსა და გენერალური ასამბლეის შესაბამისი რეზოლუციების თანახმად?²⁴

ნამიბიის შემთხვევისგან განსხვავებით, კედლის შესახებ შეკითხვა საკონსულტაციო დასკვნისთვის სასამართლოს გადაეცა გენერალური ასამბლეისგან. ამასთან აღსანიშნავია, რომ მოცემულ დასკვნაში სასამართლომ უშიშროების საბჭოს რეზოლუციების ანალიზის ნაცვლად მეტი ყურადღება დაუთმო პალესტინელი ხალხის თვითგამორკვევის უფლების დარღვევას. კერძოდ, აღინიშნა, რომ 160,000 ადამიანი ექცეოდა დანარჩენი 320,000 ადამიანისგან მონყვეტილ გარემოში, რაც ხელს შეუშლიდა პალესტინელი ხალხის მიერ თვითგამორკვევის უფლების განხორციელებას. მეტიც, სასამართლომ თვითგამორკვევის უფლება გაიყვანა *erga omnes* კატეგორიაში.²⁵

რაც შეეხება მესამე სახელმწიფოებისთვის დაკისრებულ ვალდებულებებს, სასამართლომ გაიმეორა არალიარების ვალდებულების არსებობის შესახებ და მოუწოდა გენერალურ ასამბლეასა და უშიშროების საბჭოს, რომ განხორციელებინათ ყველა საჭირო ზომა, რათა კედლის უკანონო მშენებლობა დასრულებულიყო. დამატებით, სასამართლომ დაადგინა, რომ ჟენევის 1949 წლის კონვენციების ყველა ხელშემკვერელმა მხარემ უნდა უზრუნველყონ ისრაელის მხრიდან ჟენევის მეოთხე კონვენციით განსაზღვრული ვალდებულებების შესრულება.²⁶ აღსანიშნავია, რომ განსხვავებით ნამიბიის საკონსულტაციო დასკვნისგან, სასამართლოს კედლის საკონსულტაციო დასკვნაში არ უმსჯელია ე.წ. „ნამიბიის გამონაკლისის“ წესის შესახებ. ამ მხრივ, საინტერესო მოსაზრებას ავითარებს დოქტორი საბა ფიფია, რომლის თანახმადაც ნამიბიის გამონაკლისის ტესტის გამოყენება ოკუპანტი ძალის მიერ შექმნილ დასახლებებთან მიმართებით შეუსაბამოა, რადგან გამონაკლისიდან გამომდინარე უპი-

რატესობის მიმღები სამიზნე ჯგუფი სრულიად განსხვავებულია სასამართლოს მიერ განხილული საქმისგან და ამას გარდა, დასახლებების შექმნა საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის მძიმე დარღვევაა, რაც გამორიცხავს ნამიბიის გამონაკლისის წესის გამოყენებას. ამ გამონაკლისის მიზანია ადგილობრივი მოსახლეობისათვის დაცვის უფრო მაღალი ხარისხის უზრუნველყოფა, თუკი ისინი ცდილობენ საერთაშორისო დონეზე სამართლებრივ ურთიერთობაში შესვლას. რამდენადაც ჩასახლებული პირები არ შეადგენენ „ადგილობრივ მოსახლეობას“ და რჩებიან სამხედრო ოკუპაციის საერთაშორისო სამართლის დაცვის მიღმა, გამონაკლისი მათზე ვერ გავრცელდება. გარდა ამისა, ოკუპირებულ ტერიტორიაზე მსხვილი დასახლებების შექმნა იწვევს ტერიტორიაზე დემოგრაფიული მდგომარეობის შეცვლას, რაც ზუსტად რომ „ზიანის მომტანი იქნება ტერიტორიის მოსახლეობისათვის“ და შესაბამისად, უნდა მიიჩნეოდეს ბათილად.²⁷

არალიარების კონტექსტში, ასევე, განსაკუთრებული მნიშვნელობისაა გაეროს საერთაშორისო სამართლის კომისიის ორი დოკუმენტი: „საერთაშორისო მართლსაწინააღმდეგო ქმედებებისთვის სახელმწიფოთა პასუხისმგებლობის შესახებ მუხლები“²⁸ და „საერთაშორისო ორგანიზაციების პასუხისმგებლობის შესახებ მუხლები“ პროექტი.²⁹

სახელმწიფოთა პასუხისმგებლობის შესახებ 41-ე მუხლის მე-2 პუნქტი არალიარების ვალდებულებას უკავშირებს *jus cogens*-ის დარღვევას. კერძოდ, აღნიშნული დოკუმენტის თანახმად, „არც ერთმა სახელმწიფომ არ უნდა აღიაროს კანონიერად ვითარება, რომელიც გამონეულია მძიმე დარღვევით, როგორც ეს განსაზღვრულია მე-40 მუხლში, ასევე [სახელმწიფოებმა] არ უნდა შეუწყონ ხელი ამგვარი ვითარების შენარჩუნებას“. რაც შეეხება მე-40 მუხლს, ის ეხება სახელმწიფოთა პასუხისმგებლობის დადგენას სახელმწიფოს მხრიდან საერთაშორისო სამართლის საყოველთაოდ აღიარებული ნორმების სერიოზული დარღვევის შემთხვევაში. ამასთან, სერიოზულობის ტესტი მოიცავს პასუხისმგებელი სახელმწიფოს მიერ ხსენებული ნორმების მძიმე და სისტემატურ დარღვევას. აღნიშნული მიდგომა *mutatis mutandis* გამეორებულია „საერთაშორისო ორგანიზაციების პასუხისმგებლობის შესახებ მუხლები“ პროექტში.

2. რა შემთხვევაში იძენს არალიარების ვალდებულება ERGA OMNES ხასიათს?

საერთაშორისო სამართლის დარღვევა წარმოიშობა იმ მომენტიდან, როდესაც საერთაშორისო სამართლის პირი არღვევს საერთაშორისო სამართლით ნაკისრ ვალდებულებას. საკუთრივ დარღვევის ცნება მოიცავს როგორც საერთაშორისო ხელშეკრულებით ნაკისრი ვალდებულების შეუსრულებლობას, ასევე, მძიმე დარღვევებსაც, რომლებაც შეიძლება ჩაითვალოს, მათ შორის, სახელმწიფოს მხრიდან ჩადენილი დანაშაულები, როგორც ეს განმარტებულია საერთაშორისო სამართლის კომისიის მიერ 1996 წელს შემუშავებულ სახელმწიფოთა პასუხისმგებლობის შესახებ მუხლების პროექტში.³⁰ სახელმწიფოთა პასუხისმგებლობა უნდა იქნეს გაგებული, როგორც დამრღვევი სახელმწიფოს ვალდებულება მთელი საერთაშორისო თანამეგობრობის და არა კონკრეტული სახელმწიფოს წინაშე. სახელმწიფოთათვის *erga omnes* ხასიათის ვალდებულების დაკისრების ინსტიტუტი სწორედ ამ ხედვას ადასტურებს.³¹ თავის მხრივ, *erga omnes* ვალდებულების შინაარსი განმარტებულია ICJ-ის მიერ *Barcelona Traction* საქმეში, სადაც აღინიშნა, რომ „არსებითი განსხვავება უნდა გაკეთდეს სახელმწიფოს მიერ მეორე სახელმწიფოს წინაშე არსებულ ვალდებულებასა და იმგვარ ვალდებულებას შორის, რომელიც სახელმწიფოს აქვს მთელი საერთაშორისო საზოგადოების წინაშე [...] თავიანთი ბუნებიდან გამომდინარე, ამგვარი ვალდებულება მიემართება ნებისმიერ სახელმწიფოს. ამგვარ ვალდებულებასთან დაკავშირებულ უფლებებთან მიმართებით, უნდა ჩაითვალოს, რომ ყველა სახელმწიფოს აქვს მათი დაცვის სამართლებრივი ინტერესი, რაც წარმოადგენს *erga omnes* ვალდებულებას“. ³² სასამართლომ ანალოგიური მიდგომა დააფიქსირა აღმოსავლეთ ტიმორის საქმეში³³ და კედლის საკონსულტაციო დასკვნაში.³⁴

2.1. საერთაშორისო სამართლის საყოველთაოდ აღიარებული ნორმების (*jus cogens*) დარღვევა

მიუხედავად იმისა, რომ *jus cogens* და *erga omnes* ვალდებულებებს აქვთ განსხვავებული სამართლებრივი შედეგები, ისინი მაინც ურთიერთდაკავშირებულნი არიან

სხვადასხვა ასპექტით, რაც გამოიხატება იმ სამართლებრივ ინტერესში, რომელიც ყველა სახელმწიფოს აქვს და გულისხმობს სწორედ საერთაშორისო სამართალში საყოველთაოდ აღიარებული ნორმების დაცვას. სწორედ ეს მოსაზრებაა მხარდაჭერილი ICJ-ის მიერ *Barcelona Traction* საქმეში, რომლის თანახმადაც: „ამგვარი ვალდებულებები წარმოიშობა, მაგალითად, საერთაშორისო სამართალში ისეთი ქმედებების კანონგარეშედ გამოცხადებისთვის, როგორებიცაა აგრესიის აქტი და გენოციდი, ისევე, როგორც იმგვარ პრინციპებსა და ნორმებზე დაყრდნობით, რომლებიც ეხება ადამიანის ძირითად უფლებებს, როგორცაა მონობისგან და რასობრივი დისკრიმინაციისგან დაცვა“.³⁵

ამასთან, აღსანიშნავია, რომ არალიარების ვალდებულება უნდა იქნეს გაგებული ჰორიზონტალურ ქრილში, რომლის თანახმადაც, აღნიშნული ვალდებულება ვრცელდება არა მხოლოდ სახელმწიფოებზე, არამედ არასახელმწიფო სუბიექტებზეც, იქნება ეს საერთაშორისო სახელმწიფოთაშორისი ორგანიზაცია, ევროკავშირი, წითელი ჯვრის საერთაშორისო კომიტეტი თუ სხვა სუბიექტი.³⁶ მაშასადამე, არაფერი უშლის ხელს იმ მოსაზრებას, რომ არალიარების ვალდებულება ასევე ვრცელდება კერძო სამართლის სუბიექტებზე, ხოლო სახელმწიფოებს კი ეკისრებათ პოზიტიური ვალდებულება, უზრუნველყონ არალიარების ვალდებულების ეფექტიანად შესრულება.

საერთაშორისო სამართლის საყოველთაოდ აღიარებული ნორმების განმარტება მოცემულია ვენის 1969 წლის საერთაშორისო სახელშეკრულებო სამართლის შესახებ კონვენციის³⁷ 53-ე მუხლში, რომელიც *mutatis mutandis* გამეორებულია „სახელმწიფოთა და საერთაშორისო ორგანიზაციებს შორის ან საერთაშორისო ორგანიზაციებს შორის მოქმედი სახელშეკრულებო სამართლის შესახებ“ ვენის 1986 წლის კონვენციის³⁸ 53-ე მუხლში, რომელთა თანახმადაც საერთაშორისო სამართლის საყოველთაოდ აღიარებული ნორმა არის იმგვარი ნორმა, რაც მიღებული და აღიარებულია საერთაშორისო საზოგადოების მიერ მთლიანობაში, როგორც ნორმა, რომლიდან გადახვევაც არ არის დაშვებული და რომელიც შეიძლება შეიცვალოს მხოლოდ საერთაშორისო სამართლის შემდგომი, იმავე ბუნების მქონე, საყოველთაო ხასიათის ნორ-

მით. განსხვავებით ჩვეულებითი სამართლისგან, *jus cogens* ნორმებთან მიმართებით არ მოქმედებს ე.წ. „მუდმივი მონინალმდეგის“ (persistent objector) დოქტრინა.³⁹

ამ ქრილში საინტერესოა მოსაზრება, რომლის თანახმადაც, *erga omnes* ვალდებულების არსებობა უნდა განიხილებოდეს სწორედ *jus cogens* ნორმების აღსრულების მექანიზმად, ხოლო დარღვევის შემთხვევაში მეორად ნორმად,⁴⁰ რომელიც წარმოშობს კონკრეტული ქმედების (მოცემულ შემთხვევაში არალიარების) საერთაშორისო სამართლებრივ ვალდებულებას.

კომენტატორები ხშირად მიუთითებენ *jus cogens* ნორმების დარღვევის შეუძლებლობაზეც, კერძოდ, მათი მტკიცებით, ამგვარი ნორმებიდან გადახვევაც კი შეუძლებელია, რადგან ამ შემთხვევაში ქმედება და მისი სამართლებრივი შედეგები *ab initio* და *in toto* ბათილი იქნება.⁴¹ აღნიშნული მიდგომა არათუ არ ეწინააღმდეგება, არამედ კიდევ უფრო ამყარებს იმ მოსაზრებას, რომ საერთაშორისო სამართლის საყოველთაოდ აღიარებული ნორმიდან გადახვევით (დარღვევით) მიღებული ვითარება სამართლებრივ შედეგებს არ წარმოშობს, იმთავითვე ბათილია და შედეგად, საერთაშორისო სამართლის სუბიექტებს ეკისრებათ ამგვარი ვითარების არალიარების *erga omnes* ვალდებულება. ხოლო იმ შემთხვევაში, თუ საერთაშორისო სამართლის სუბიექტი მაინც აღიარებს ასეთ კანონგარეშე ვითარებას, ამგვარი აღიარება იქნება ბათილი. სწორედ ეს მოსაზრებაა მხარდაჭერილი სახელმწიფოთა პასუხისმგებლობის შესახებ 41-ე მუხლში.

2.2. საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართლის ურყევი ნორმის დარღვევა

როგორც წინა ქვეთავში აღინიშნა, იმისათვის რომ არალიარების ვალდებულებამ შეიძინოს *erga omnes* ხასიათი, საჭიროა უკანონო ვითარება გამოწვეული იყოს *jus cogens* ნორმის დარღვევით. სხვაგვარი მოსაზრების თანახმად, არალიარებისა და დაუხმარებლობის ვალდებულებები წარმოიშობა იმგვარი ნორმების დარღვევის შემთხვევაშიც, რომელთაც ჯერ-ჯერობით არ მოუპოვებიათ *jus cogens* ხასიათი.

ამ მიმართულებით განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია მოსამართლე კოეიმანსის განსხვავებული მოსაზრება კედლის საკონსულტა-

ციო დასკვნაში. კერძოდ, მოსამართლემ აღნიშნა, რომ დარღვევის შედეგები იდენტურია იმის მიუხედავად, აქვს თუ არა დარღვეულ ნორმას *jus cogens* ხასიათი.⁴² ამ კონტექსტში ყურადსაღებია საკუთრივ საკონსულტაციო დასკვნაში არსებული ჩანაწერიც, რომლის მიხედვითაც „ადამიანურობის ელემენტარული მოთხოვნები“, ⁴³ ე.ი. „შეიარაღებული კონფლიქტისას გამოსაყენებელი საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის ნორმების უმეტესობა, [...] რომლებიც დაცულია ყველა სახელმწიფოს მიერ, მიუხედავად კონვენციების რატიფიცირებისა, და იმიტომ, რომ ეს ნორმები წარმოადგენენ საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართლის ურყევ პრინციპებს, სასამართლოს მოსაზრებით, მოიცავს *erga omnes* დაცვის ვალდებულებას“. ⁴⁴

არაერთმა ცნობილმა მეცნიერმა, მაგალითად, ანტონიო კასესემ, ასევე მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლოს მოსამართლეებმა კორომამ, ბედჯოუიმ და ვირამანტრიმ გამოთქვეს მოსაზრება, რომ ამგვარი საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართლის ურყევი პრინციპები, თუ ჯერ არ წარმოადგენენ *jus cogens* ნორმებს, სულ მცირე უნდა ჩაითვალოს *jus cogens in statu nascendi* ე.ი. საერთაშორისო სამართლის საყოველთაო პრინციპად ჩამოყალიბების პროცესში მყოფ ნორმებად.⁴⁵ შესაბამისად, საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის მძიმე დარღვევა⁴⁶ უნდა განიხილებოდეს, როგორც ჩვეულებითი სამართლის ურყევი პრინციპების,⁴⁷ ე.ი. *jus cogens in statu nascendi* ნორმის დარღვევა.⁴⁸ ეს კი წარმოშობს ამგვარი დარღვევით შექმნილი ვითარების არალიარების იდენტურ, *erga omnes* ვალდებულებას.

2.3. გაეროს უშიშროების საბჭოს რეზოლუციის მნიშვნელობა – იმოქმედებს თუ არა „გაერთიანებულნი მშვიდობისთვის“ რეზოლუციის სულისკვეთება *mutatis mutandis* საქართველოს შემთხვევაზე?

არალიარების *erga omnes* ვალდებულების წარმოშობაში მნიშვნელოვანი წვლილი აქვს უშიშროების საბჭოსაც. გაეროს ქარტიის 39-ე მუხლის თანახმად, უშიშროების საბჭო ექსკლუზიურად განსაზღვრავს იმას, თუ როდის ემუქრება საფრთხე საყოველთაო მშვიდობას. ასევე, სწორედ ეს ორგანო

იღებს გადაწყვეტილებებს, თუ რა ზომები უნდა იქნას მიღებული მშვიდობისა და უსაფრთხოების დასაცავად. უშიშროების საბჭოს ექსკლუზიურ უფლებამოსილებებს ანესრიგებს გაეროს ქარტიის VII თავი.⁴⁹ ვითარების „მშვიდობისთვის საფრთხის შექმნად“, „მშვიდობის დარღვევად“, თუ „აგრესიის აქტად“ კვალიფიკაციისთვის უშიშროების საბჭოს ენიჭება ფართო დისკრეტია. მიუხედავად ამისა, არაფერი მიუთითებს იმაზე, რომ უშიშროების საბჭოს შეიძლება დაევალოს ქარტიის VII თავის ამოქმედება. აქედან გამომდინარე, 39-ე მუხლის გამოყენება წარმოადგენს უშიშროების საბჭოს უფლებას და არა ვალდებულებას.⁵⁰

იმისთვის, რომ უშიშროების საბჭოს რეზოლუციით დაკისრებულმა ვალდებულებამ *erga omnes* ხასიათი შეიძინოს, არ არის აუცილებელი, რომ ის მხოლოდ VII თავის რეჟიმში იქნეს მიღებული. ამასთან, 39-ე მუხლის ხსენებისგან თავის შეკავება ავტომატურად არ ნიშნავს, რომ რეზოლუცია არ არის VII თავით მიღებული. უშიშროების საბჭოს ნებისმიერი გადაწყვეტილება შესასრულებლად სავალდებულოა, რაც მითითებულია კიდევ ქარტიის 25-ე მუხლში. უშიშროების საბჭოს რეზოლუციის ძალის დასადგენად გადამწყვეტი მნიშვნელობა აქვს მისი ტექსტის კონტექსტუალურ ანალიზს, მაგალითად იმას, თუ რა სიტყვებით არის ჩამოყალიბებული ტექსტი (ის ავალდებულებს თუ მოუწოდებს), ასევე, თუ რომელ წინა რეზოლუციებზე ხდება მითითება.⁵¹

უშიშროების საბჭოს რეზოლუციის არსებობა, არალიარების ვალდებულების განსამტკიცებლად, არის განსაკუთრებული მნიშვნელობის, რადგან ეფექტურობის კოეფიციენტი ამ შემთხვევაში გაცილებით მაღალია. თუმცა, ეს იმგვარად არ უნდა განიშორდეს, თითქოსდა რეზოლუციის არარსებობა აკნინებს თავად არალიარების ვალდებულების არსს. აღნიშნული გამომდინარეობს შემდეგი ორი არგუმენტიდან. პირველ რიგში, არალიარების ვალდებულება წარმოიშობა თავად უკანონო აქტის ჩადენის მომენტიდან,⁵² და მეორეც, საერთაშორისო სამართალში არსებულ ეფექტიანობასა და კანონის უზენაესობას შორის არსებული კონფლიქტი⁵³ ამ უკანასკნელის სასარგებლოდ წყდება იმ შემთხვევაში, თუ სახეზეა განგრძობადობა

და თანმიმდევრულობა. ამასთან, აღსანიშნავია, რომ მსოფლიოს მშვიდობისა და უსაფრთხოების სადარაჯოზე ყოფნის ექსკლუზიური კომპეტენცია მარტოოდენ უშიშროების საბჭოს არ აქვს უზურპირებული. ამ მხრივ, განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია გაეროს გენერალური ასამბლეის 1950 წლის 3 ნოემბრის 377-ე რეზოლუცია სახელწოდებით „გაერთიანებული მშვიდობისთვის“,⁵⁴ სადაც აღინიშნა, რომ იმ შემთხვევაში, თუ უშიშროების საბჭო, მუდმივ წევრთა თანხმებულ ხმების არარსებობის გამო, ვერ უზრუნველყოფს მასზე დაკისრებული საერთაშორისო მშვიდობის დაცვის ვალდებულების შესრულებას, ეს ფუნქცია უნდა გადაიბაროს გაეროს გენერალურმა ასამბლეამ. 1962 წლის 20 ივლისის საკონსულტაციო დასკვნაში გაერთიანებული ერების კონკრეტული ხარჯების შესახებ,⁵⁵ ICJ-მ დაადგინა, რომ უშიშროების საბჭოს როლი საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების დაცვაში არის პირველადი, თუმცა არა ექსკლუზიური.⁵⁶ სხვა სიტყვებით, მართალია, რომ უშიშროების საბჭოს მშვიდობის დაცვის საკითხში აქვს უპირატესი კომპეტენცია, მაგრამ საკუთრივ გაეროს მიზნებიდან და გენერალური ასამბლეის მზარდი როლიდან გამომდინარე, გენერალური ასამბლეაც აღჭურვილია საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების დაცვის კომპლემენტარული კომპეტენციით.⁵⁷

ამგვარ მსჯელობას განსაკუთრებული მნიშვნელობა აქვს საქართველოს მაგალითზე, რამდენადაც ოკუპანტი რუსეთის ფედერაცია არის უშიშროების საბჭოს მუდმივი წევრი. სწორედ ამით აიხსნება ის ფაქტი, რომ 2008 წლის შემდეგ უშიშროების საბჭო ვეღარ იღებს საქართველოს ტერიტორიული მთლიანობის მხარდამჭერ დოკუმენტს. მიუხედავად ამისა, გენერალურმა ასამბლეამ არაერთი რეზოლუცია შეიმუშავა, რომელიც აღიარებს საქართველოს ტერიტორიულ მთლიანობას და იძულებით გადაადგილებული პირების თავიანთ საცხოვრებელ ადგილას დაბრუნების უფლებას (ვრცლად, 4.1. თავში). ამ შემთხვევაში უნდა ჩაითვალოს, რომ არალიარების საერთაშორისო სამართლებრივი ვალდებულება კომპლემენტარული კომპეტენციის ფარგლებში გადაეცა გაეროს გენერალურ ასამბლეას და შესაბამისად, მის მიერ მიღებული დოკუმენტები საქართველოსთან

მიმართებით უნდა ჩაითვალოს *erga omnes* ძალის მქონედ.

3. რუსეთის მიერ საქართველოს ტერიტორიების ოკუპაცია, JUS COGENS და JUS COGENS IN STATU NASCENDI ნორმების დარღვევის ფონზე

3.1. ძალის გამოყენება და საქართველოს ტერიტორიების ანექსიისკენ გადადგმული ცალკეული ნაბიჯები

გაეროს ქარტიის მე-2(4) მუხლი, რომელიც კრძალავს ძალის გამოყენებას და ძალის გამოყენების მუქარას, საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართლის ნაწილთან ერთად, წარმოადგენს ასევე *jus cogens* ნორმას. სწორედ ამის გამო, წარმოიშობა აღნიშნული მუხლის დარღვევით მიღებული ვითარების არალიარების ვალდებულება, რაც განმტკიცებულია კიდევ სახელმწიფოთა პასუხისმგებლობის შესახებ მუხლების 41(2) მუხლით.⁵⁸ აქვე, აღსანიშნავია საერთაშორისო სასამართლოებისა და ტრიბუნალების პრაქტიკაც. ICJ ნიკარაგუას საქმეში დაეთანხმა საერთაშორისო სამართლის კომისიის მოსაზრებას, რომლის თანახმადაც გაეროს ქარტიის მე-4(2) მუხლი წარმოადგენს *jus cogens* ნორმის აშკარა მაგალითს.⁵⁹ ნავთობის პლატფორმების საქმეში მოსამართლე სიმამ აღნიშნა, რომ ძალის გამოყენების აკრძალვა არის როგორც სამართლის ზოგადი პრინციპი, ასევე *jus cogens* ნორმა.⁶⁰ ძალის გამოყენების აკრძალვის *jus cogens* ხასიათს ადასტურებს ასევე მოსამართლე ელარაბი თავის განსხვავებულ მოსაზრებაში კედლის საკონსულტაციო დასკვნის ფარგლებში.⁶¹

2008 წლის ივლისიდან პერიოდულად იძაბებოდა ვითარება ცხინვალის რეგიონში, ხშირი იყო სროლები სეპარატისტების კონტროლირებადი ტერიტორიიდან. ვითარება განსაკუთრებით დაიძაბა აგვისტოში. 2008 წლის 7 აგვისტოდან რუსეთის სახმელეთო ჯარებმა დაიწყეს აფხაზეთისა და ცხინვალის რეგიონში შემოჭრა. 2008 წლის 8 აგვისტოს, ქართული სოფლები, ასევე ქალაქი გორი დაიბომბა რუსული ავიაციის მიერ. ექსპერტების მოსაზრებით, 12,000 რუსი სამხედრო, მძიმე ტექნიკა და ასევე ავიაცია აქტიურად და უშუალოდ იყო ჩართული ცხინვალის რეგიონში საქართველოს წინააღმდეგ სამხედრო მოქმე-

დებებში და დაახლოებით 15,000 ჯარისკაცი იყო განთავსებული აფხაზეთში.⁶² საქართველოში მომხდარ კონფლიქტთან დაკავშირებული ფაქტების დამდგენი დამოუკიდებელი საერთაშორისო მისიის, ე.წ. ტალიავინის კომისიის შეფასებით, 2008 წლის აგვისტოს ბრძოლებში ჩართული იყო დაახლოებით 25-30 ათასი რუსი სამხედრო 1,200 ერთეული სხვადასხვა მძიმე ტექნიკით, 200 თვითმფრინავით და 40-ზე მეტი ვერტმფრენით.⁶³

ამრიგად, ცალსახაა, რომ რუსეთმა დაარღვია გაეროს ქარტიის მე-2(4) მუხლი, ანუ *jus cogens* ნორმა, რაც წარმოშობს შექმნილი ვითარების არალიბრების *erga omnes* ვალდებულებას. ამასთან, აღსანიშნავია, რომ რუსეთის ქმედებები არ ჯდება არც ძალის გამოყენების გაეროს ქარტით გათვალისწინებულ ჩარჩოში და არც ძალის გამოყენების საერთაშორისო სამართლის სხვა სადავო კატეგორიებში.

3.2. საქართველოს ოკუპირებულ ტერიტორიებზე განხორციელებული ქმედებების შერაცხვა რუსეთის ფედერაციაზე სახელმწიფოს პასუხისმგებლობის კონტექსტში

3.2.1. პასუხისმგებლობის შერაცხვა, როგორც ოკუპანტ ძალაზე

„ოკუპირებული ტერიტორიების შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-7(1) მუხლის მეორე წინადადების თანახმად, ოკუპირებულ ტერიტორიებზე საქართველოს კონსტიტუციით განსაზღვრული ადამიანის საყოველთაოდ აღიარებული უფლებების დარღვევისათვის პასუხისმგებლობა ეკისრება რუსეთის ფედერაციას საერთაშორისო სამართლის ნორმების შესაბამისად. მაშასადამე, ოკუპირებული ტერიტორიების დე ფაქტო ორგანოების ქმედებები სრულად უნდა შეერაცხოს რუსეთის ფედერაციას, რომელიც აფინანსებს და აიარაღებს სეპარატისტებს და ასევე, უშუალო ადმინისტრაციულ კონტროლს ახორციელებს ტერიტორიაზე და მოსახლეობაზე. ამრიგად, დაკმაყოფილებულია ჰააგის 1907 წლის მე-4 კონვენციის 42-ე მუხლის ტესტი, რომლის თანახმადაც, ტერიტორია ითვლება ოკუპირებულად, როდესაც ის რეალურად არის მოქცეული მონინალმდეგე მხარის ჯარის ხელისუფლების ქვეშ. ოკუპაცია ვრცელდება მხოლოდ იმ ტერიტორიაზე, სადაც ამგვარი ხელისუფლება არსებობს.

ყოფილი იუგოსლავიის საერთაშორისო სისხლის სამართლის ტრიბუნალმა (ICTY) ნალეტილიჩის საქმეში განმარტა, რომ ჰააგის მე-4 კონვენციის 42-ე მუხლის მიზნებისთვის საკმარისი იყო მხოლოდ კონტროლის (ხელისუფლების) ფაქტობრივი დაარსება,⁶⁴ რომელიც თავის თავში მოიაზრებს როგორც არსებულ, ასევე პოტენციურ კონტროლსაც.⁶⁵ ამ მხრივ, მნიშვნელოვანია ICJ-ის გადაწყვეტილება საქმეზე *კონგო უგანდის წინააღმდეგ*,⁶⁶ სადაც სასამართლომ ტერიტორიულ კონტროლს დაუმატა ასევე მეორე მოთხოვნა, რომელიც გულისხმობს ოკუპანტი ძალის მიერ ადგილობრივ მოსახლეობაზე ადმინისტრაციული კონტროლის არსებობასაც.⁶⁷ საქართველოს კონტექსტში მნიშვნელოვანია ე. წ. ტალიავინის დასკვნა, სადაც კომისიამ უარყო რუსეთის მტკიცება, თითქოსდა იგი არ წარმოადგენდა ოკუპანტ ძალას.⁶⁸ კერძოდ, კომისიამ უარყო რუსეთის არგუმენტი, რომლის თანახმადაც, ოკუპაციის ფაქტის დასადგენად საჭირო იყო ორი კუმულაციური მოთხოვნის არსებობა, ესენია ტერიტორიის ეფექტიანი კონტროლი და მოსახლეობაზე ხელისუფლების განხორციელება. კომისიამ დაადგინა, რომ „გარკვეული ხარისხით რუსეთის შეიარაღებული ძალები იმყოფებოდნენ იმგვარ პოზიციაში, რომ უზრუნველყოთ საზოგადოებრივი წესრიგის დაცვა მათ მიერ კონტროლირებად ტერიტორიაზე, ... და სწორედ მათმა უმოქმედობამ გამოიწვია ეთნიკური ქართველების [უფლებათა] დარღვევა“,⁶⁹ შესაბამისად, რუსეთი ვერ განთავისუფლებდა იმ ვალდებულებებისგან, რაც ეკისრება ოკუპანტ ძალას. მნიშვნელოვანია აღინიშნოს, რომ ტალიავინის კომისიამ *კონგოს* საქმეში დადგენილი ზღვარი შედარებით დააკონკრეტა და მოსახლეობის კონტროლის ტესტი ვინროდ განმარტა, რაც დადებითად უნდა შეფასდეს. მეცნიერები ცალსახად ეთანხმებიან ამგვარ მიდგომას, რადგან სწორედ ასე არის შესაძლებელი ოკუპირებულ ტერიტორიაზე არსებული ადამიანის უფლებების დაცვა და იქ მომხდარი დარღვევების შემთხვევაში ოკუპანტი სახელმწიფოს პასუხისმგებლობის დადგენა.⁷⁰

აღსანიშნავია სახელმწიფოთა პასუხისმგებლობის შესახებ მე-4(2) და მე-8 მუხლებიც, რომლებიც წარმოადგენენ საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართლის ნაწილს.⁷¹ მე-4(2) მუხლის თანახმად, „ორგანო გულის-

ხმობს ნებისმიერ პირს ან წარმონაქმნს, რომელსაც აქვს ამგვარი სტატუსი სახელმწიფოს შიდა სამართლის თანახმად“, ხოლო მე-8 მუხლი ეხება დე ფაქტო ორგანოებს, რომლის თანახმადაც „პირის ან პირთა ჯგუფის ქმედება, საერთაშორისო სამართლის თანახმად, შეიძლება ჩაითვალოს სახელმწიფოს ქმედებად თუ ამგვარი პირი ან პირთა ჯგუფი ქმედებას ფაქტობრივად ახორციელებს სახელმწიფოს მხრიდან მიღებული ინსტრუქციების, დავალებების ან კონტროლის ქვეშ“. პროფესორი კროუფორდის მოსაზრებით, დე ფაქტო ორგანოების განმარტებისთვის და მათ გამო სახელმწიფოებისთვის პასუხისმგებლობის შერაცხვისას გადამწყვეტი მნიშვნელობის არ უნდა იყოს მხოლოდ შიდა სამართალი. სახელმწიფოებს არ უნდა მიეცეთ შესაძლებლობა, საკუთარ შიდა სამართალზე მითითებით თავი დააღწიონ საერთაშორისო პასუხისმგებლობას.⁷² ამ ხედვას იზიარებს ICJ-იც, თუმცა, აქ გადამწყვეტი მნიშვნელობა ენიჭება ე.წ. „სრული დაქვემდებარების“ ტესტის დაკმაყოფილებას, რომლის შემდეგაც შესაძლებელი ხდება სახელმწიფოთათვის პასუხისმგებლობის შერაცხვა პირების ან პირთა ჯგუფის (ასევე დე ფაქტო ორგანოების) მიერ განხორციელებული ქმედებების გამო.⁷³ მნიშვნელოვანია ისიც, რომ პრაქტიკაში სახელმწიფოზე პასუხისმგებლობის შერაცხვა არ არის ყოველთვის მკაცრად დამოკიდებული კონტროლზე. ირანი-აშშ დავების ტრიბუნალის მიერ იეგერის საქმეზე⁷⁴ შემოტანილი იქნე ე. წ. ფუნქციური ტესტი, რომლის თანახმადაც, პირების თუ წარმონაქმნების სახელმწიფოს ორგანოებად მიჩნევისთვის გადამწყვეტი მნიშვნელობა უნდა მიენიჭოს მათ მიერ შესრულებულ ფუნქციას.⁷⁵

ამრიგად, ცალსახაა, რომ რუსეთს, როგორც ოკუპანტ ძალას, სრულად შეეცხება ოკუპირებულ ტერიტორიებზე მომხდარი დარღვევები.

ქვემოთ მოყვანილია საერთაშორისო სამართლის ის მძიმე დარღვევები, რომლებიც შეეცხება რუსეთის ფედერაციას და თავისი სიმძიმედან გამომდინარე წარმოშობს ოკუპირებული ტერიტორიების არალიარების *erga omnes* ვალდებულებას. ამასთან, აღნიშნული მიზნებისთვის მხედველობაში არ უნდა იყოს მიღებული სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს წინასასამართლო პალატის განჩინება, რომლის თანახმადაც, რუსეთი

სეპარატისტებზე ახორციელებდა ზოგად (და არა ეფექტიან) კონტროლს, რამეთუ ეს საკითხი ეხება ფიზიკურ პირთა ინდივიდუალურ სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას და არა სახელმწიფოს საერთაშორისო სამართლებრივ პასუხისმგებლობას. შესაბამისად, როგორც 2008 წელს, ისე დღეს, როდესაც ცალსახად სახეზეა ოკუპაცია ჰააგის 1907 წლის მე-4 კონვენციის 42-ე მუხლის მნიშვნელობით, რუსეთი ახორციელებდა და ახორციელებს ეფექტიან კონტროლს ოკუპირებულ ტერიტორიებზე და მაშასადამე, იქ მომხდარი დარღვევები სრულად შეეცხება მას.

3.2.2. მიმდინარე „ეთნონმენდა“ 1992 წლიდან დღემდე

ეთნიკურ ნმენდას, როგორც ცალკე მდგომ საერთაშორისო დანაშაულს, არ ცნობს არც ერთი საერთაშორისო ინსტრუმენტი, მათ შორის, არც რომის სტატუტი. ამასთან, აღსანიშნავია, რომ სამეცნიერო ლიტერატურაში არსებობს აზრთა სხვადასხვაობა – წარმოადგენს ეთნიკური ნმენდა გენოციდს თუ ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულს.⁷⁶ სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს პირველმა წინასასამართლო პალატამ ალ ბაშირის დაკავების ბრძანებაში აღნიშნა, რომ „გენოციდის ჩადენის განზრახვასა და დევნის განზრახვას შორის განსხვავების დადგენა გადამწყვეტი მნიშვნელობისაა ეთნიკური ნმენდის საქმეების განხილვისას“.⁷⁷ ამით ირიბად ხაზი გაესვა, რომ ეთნიკური ნმენდა უნდა განიხილებოდეს მხოლოდ ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების კონტექსტში.

ეთნიკური ნმენდის დეფინიცია განისაზღვრა ექსპერტთა კომისიის მიერ, რომელიც გაეროს გენერალური მდივნის მიერ სპეციალურად შეიქმნა უშიშროების საბჭოს 780(1992) რეზოლუციის თანახმად, რათა უშიშროების საბჭოს 771(1992) და 180(1992) რეზოლუციების კონტექსტში შეესწავლათ და შეეფასებინათ იუგოსლავიის ტერიტორიებზე ჩადენილი ჟენევის კონვენციების მძიმე დარღვევები, მათ შორის, ეთნიკური ნმენდა. კომისიის თანახმად, „ეთნიკური ნმენდა არის მიზნობრივი პოლიტიკა, რომელიც შემუშავებულია იმ მიზნით, რომ კონკრეტული ეთნიკური ან რელიგიური ჯგუფი განიდევნოს გეოგრაფიული არეალიდან ძალადობრივი მეთოდებით და ტერორის ფონზე. ეს ძირითად

თადად ხორციელდება ნაციონალიზმის და/ან მძლავრი ისტორიული შურისძიების სურვილის ფონზე. საბოლოო მიზანს კი წარმოადგენს მსხვერპლი ჯგუფისგან დაცლილი ტერიტორიის დაკავება.⁷⁸ „ეთნიკური წმენდა მიმდინარეობს მკვლელობის, წამების, თვითნებური დაკავებისა და დაპატიმრების, სასამართლოს გარეშე გასამართლების, გაუპატიურებისა და სექსუალური ძალადობის, სამოქალაქო მოსახლეობის დაკავების, იძულებითი გადასახლების ან გადაადგილების, სამოქალაქო ობიექტებზე განზრახი სამხედრო შეტევების და ქონების თვითნებური განადგურების ფონზე“.⁷⁹

მიუხედავად იმისა, რომ სამეცნიერო ლიტერატურის ანალიზი იძლევა ეთნიკური წმენდის ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულის სახედ მოაზრების შესაძლებლობას, გაეროს გენერალური ასამბლეის 1992 წლის 18 დეკემბრის რეზოლუცია 41/121 ეთნიკურ წმენდას მოიაზრებს გენოციდის სახესხვაობად.⁸⁰

წინამდებარე ნაშრომის მიზნებისთვის საჭირო არ არის ზემოხსენებული კატეგორიზაციის მართებულობაზე მსჯელობა, რადგან, სულ მცირე *jus cogens in statu nascendi* ბუნებიდან გამომდინარე, ეთნოწმენდის შედეგად მიღებულ ვითარებაზე ნებისმიერ შემთხვევაში არსებობს არალიარების *erga omnes* ვალდებულება.⁸¹

დამატებით, აღსანიშნავია, რომ პროკურორის მიერ წინასასამართლო პალატისთვის გამოძიების ავტორიზაციის მიზნით წარდგენილ შუამდგომლობაში გამოკვეთილია ეთნიკური ნიშნით სავარაუდოდ ჩადენილი საერთაშორისო დანაშაულები. მართალია, ძირითად ტექსტში ტერმინი „ეთნიკური წმენდა“ არ გვხვდება, თუმცა, მრავლადაა მოცემული ეთნიკური ქართველების წინააღმდეგ ჩადენილი დანაშაულების ამსახველი ფაქტები, მათ შორის, ქონების განადგურება და მოსახლეობის იძულებით გამოდევნა.⁸² მეტიც, სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს წინასასამართლო პალატა არაერთხელ ახსენებს ეთნიკური ნიშნით ჩადენილი დანაშაულებს, რომლებიც, როგორც პოლიტიკის ნაწილი, მიმართული იყო ეთნიკური ქართველების წინააღმდეგ. მაგალითად, წინასასამართლო პალატის 2016 წლის 26 იანვრის განჩინებაში ადგენს, რომ „თავდასხმების ძირითად სამიზნეს წარმოადგენდნენ ეთ-

ნიკური ქართველები. სისტემატურად ადგილი ჰქონდა სიცოცხლის განზრახ მოსპობას, ცემას, დაშინებას, დაპატიმრებას, სახლების ძარცვას/მაროდორობას და დანვას. თავდასხმების ორგანიზების დონის მაჩვენებელია ეს ფაქტები, რომ სისტემატურად ნადგურდებოდა ქართველების კუთვნილი სახლები, მაროდორობი გაძარცვული საკუთრების ტრანსპორტირებისთვის იყენებდნენ სატვირთო მანქანებს“.⁸³ აქვე, მოსამართლე კოვანჩმა თავის განსხვავებულ მოსაზრებაში კიდევ ერთხელ გაამახვილა ყურადღება ეთნიკურ კონტექსტზე. მეტიც, მან ახსენა, რომ ეთნიკური წმენდის საქმე წარმოადგენს სისხლის სამართლის სასამართლოს მიერ პოტენციურად განხილვად საქმეს.⁸⁴

ამრიგად, შეიძლება იმის ვარაუდი, რომ ეთნიკური წმენდის შემთხვევებს სისხლის სამართლის სასამართლო გამოიძიებს ცალკე კონტექსტში, რაც, როგორც მართლმსაჯულების, ასევე საერთაშორისო სამართლის ინტერესებისთვის, იქნება პრეცედენტული მნიშვნელობის.

3.2.3. საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის მიძიმე დარღვევებთან დაკავშირებით სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოში საქართველოს სიტუაციის შესახებ მიმდინარე გამოძიების კვალდაკვალ

2016 წლის 27 იანვარს სისხლის სამართლის სასამართლოს პირველმა წინასასამართლო პალატამ დააკმაყოფილა პროკურორის შუამდგომლობა შემდეგი საერთაშორისო დანაშაულების სავარაუდოდ ჩადენასთან დაკავშირებით გამოძიების დაწყებაზე: სამხედრო დანაშაულებები: (i) განზრახ სიცოცხლის მოსპობა (მუხლი 8(2)(a)(i)) ან მკვლელობა (მუხლი 8(2)(c)(i)), საკუთრების განადგურება (მუხლი 8(2)(b)(xiii)) ან (მუხლი 8(2)(e)(xii)), და ძარცვა/მაროდორობა (მუხლი 8(2)(b)(xvi)) ან (2)(e)(v)), სამშვიდობოებზე განზრახ-თავდასხმა (მუხლი 8(2)(b)(iii)); და აგრეთვე (ii) ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულებები: მკვლელობა (მუხლი 7(1)(a)), გაძევება/დეპორტაცია ან მოსახლეობის იძულებითი გადაადგილება (მუხლი 7(1)(d)) და დევნა (მუხლი 7(1)(h)).⁸⁵

წინასასამართლო პალატამ ომის დანაშაულების კონტექსტში დააკონკრეტა, რომ 2008 წლის 1 ივლისიდან 10 ოქტომბრამდე,

ადგილი ჰქონდა საერთაშორისო შეიარაღებულ კონფლიქტს.⁸⁶ ამასთან, საზი გაუსვა, რომ კონფლიქტის კვალიფიკაციას ამ შემთხვევაში არ ენიჭება მნიშვნელობა, რადგან მოცემული ომის დანაშაულებები არსებობს როგორც საერთაშორისო, ასევე, არასაერთაშორისო შეიარაღებული კონფლიქტის კონტექსტში.⁸⁷ ავტორის მოსაზრებით, არალიარების ვალდებულების კუთხით, წინასასამართლო პალატის ხსენებული მიდგომა უნდა განიმარტოს იმგვარად, რომ ჩამოთვლილი საერთაშორისო დანაშაულებები და შესაბამისი ეპიზოდები წარმოადგენს საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლით განსაზღვრული ადამიანურობის ელემენტარული მოთხოვნების მძიმე დარღვევას, იმისდა მიუხედავად, ჩაიდინეს ისინი საერთაშორისო თუ არასაერთაშორისო შეიარაღებულ კონფლიქტში (როგორც წინასასამართლო პალატამ აღნიშნა, სახეზე იყო ერთდროულად ორივე ხასიათის კონფლიქტი).⁸⁸ მაშასადამე, საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის მძიმე დარღვევები დაფიქსირდა ორივე სახის კონფლიქტში. შესაბამისად, ამ შემთხვევაში *კედლის* და *ბირთვული იარაღის* საკონსულტაციო დასკვნებში აღნიშნული მძიმე დარღვევა არ უნდა გაიგივდეს ყოფილი იუგოსლავიის სისხლის სამართლის საერთაშორისო ტრიბუნალის მიერ ტადიჩის საქმეში დადგენილ „მძიმე დარღვევების რეჟიმთან“, რომლებიც გვხვდება მხოლოდ საერთაშორისო შეიარაღებული კონფლიქტის შემთხვევაში,⁸⁹ არამედ უნდა დავასკვნათ, რომ მოცემულ შემთხვევაში, საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის მძიმე დარღვევები ხდებოდა მთელი შეიარაღებული კონფლიქტის მანძილზე, კონფლიქტის ხასიათის მიუხედავად,⁹⁰ რაც განამტკიცებს საქართველოს ოკუპირებული ტერიტორიების და იქ არსებული სამართლებრივი რეჟიმის არალიარების *erga omnes* ვალდებულებას.

4. სახელმწიფოთა და საერთაშორისო ორგანიზაციათა შემდგომი პრაქტიკის მნიშვნელობა არალიარების ვალდებულების კონტექსტში

მიუხედავად იმისა, რომ საერთაშორისო სამართლის დარღვევით მიღებული ვითარების არალიარების მოთხოვნას საერთაშორისო სამართალი ადგენს ვალდებულების სახით,

ცალკე მნიშვნელობის მქონეა, არის თუ არა სახელმწიფოთა ან/და საერთაშორისო ორგანიზაციათა შემდგომი პრაქტიკა არალიარების ვალდებულებასთან თანხვედრაში.

ამ მხრივ, საინტერესოა ევროკავშირის პრაქტიკა. მაგალითად, 2006 წელს ევროკავშირმა ხელი მოაწერა მაროკოსთან თევზჭერის შეთანხმებას. თუმცა, შეთანხმება იმგვარად იყო ფორმულირებული, რომ ის ფარავდა დასავლეთ საჰარის განსაკუთრებული ეკონომიკურ ზონის იმ ნაწილს, რომლის მიმდებარე სანაპიროს ოკუპაცია მაროკომ უკანონოდ განახორციელა 1975 წელს. სამეცნიერო წრეებში და ასევე ევროპარლამენტშიც აღნიშნული მიდგომა გაიგივდა უკანონო ქმედების ლეგიტიმაციისკენ გადადგმულ ნაბიჯთან, რითაც ევროკავშირმა კონკლუდენტურად აღიარა მაროკოს იურისდიქცია დასავლეთ საჰარის წყლებზე.⁹¹ ამასთან, მიუხედავად იმისა, რომ ევროკავშირს არ უღიარებია ისრაელის იურისდიქცია ოკუპირებული პალესტინის ტერიტორიებზე, პრაქტიკა აჩვენებს, რომ ევროკავშირსა და ისრაელს შორის გაფორმებული ვაჭრობის ხელშეწყობა ფარავს ოკუპირებული პალესტინის ტერიტორიაზე არსებულ დასახლებებსაც, რაც გაკრიტიკებულია სამეცნიერო წრეებში, როგორც ევროკავშირის მხრიდან *erga omnes* და *a fortiori, jus cogens* ნორმების დარღვევა.⁹²

ამის ფონზე, საქართველოსთან მიმართებით ცალსახად უნდა აღინიშნოს, რომ როგორც ევროკავშირი, ასევე საერთაშორისო თანამეგობრობის აბსოლუტური უმრავლესობა პირდაპირ აფიქსირებს საქართველოს ტერიტორიული მთლიანობის მხარდაჭერას.⁹³

რუსეთის მიერ საქართველოს ტერიტორიების ოკუპაცია არაერთგზის აქვთ დაგმობილი სახელმწიფოებს. მაგალითად: აშშ-ს, ჩეხეთს, დანიას,⁹⁴ ესტონეთს,⁹⁵ ლატვიას,⁹⁶ ლიეტუვას,⁹⁷ ნიდერლანდების სამეფოს,⁹⁸ შვედეთს,⁹⁹ ესპანეთს, კანადას, საფრანგეთს, გერმანიას, იტალიას, იაპონიას, გაერთიანებულ სამეფოს¹⁰⁰ და ა.შ.

4.1. აშშ-ის სენატის 2017 წლის 30 მარტის რეზოლუცია 106 – სტიმსონის დოქტრინის კვალდაკვალ

ამერიკის შეერთებული შტატები, უდავოდ, დამოუკიდებელი საქართველოს ყველაზე დიდი საერთაშორისო პარტნიორია. დანყ-

ებული დამოუკიდებლობის პირველი დღეებიდან, აშშ ფინანსურად, პოლიტიკურად და სამართლებრივად მუდმივად მხარს უჭერს საქართველოს სუვერენიტეტსა და ტერიტორიულ მთლიანობას. მოცემული ნაშრომის მიზნებისთვის, განსაკუთრებით ნიშანდობლივია 2017 წლის 5 მაისს აშშ-ის პრეზიდენტის დონალდ ტრამპის მიერ დამტკიცებული საბიუჯეტო ასიგნებების აქტი და ასევე, ამავე წლის 30 მარტის სენატის რეზოლუცია, რომელიც თავისი შინაარსით უპრეცედენტოა როგორც პოლიტიკური, ისე სამართლებრივი კონტექსტის გათვალისწინებით.

2017 წლის 30 მარტს აშშ-ის 115-ე კონგრესმა თავის პირველ სესიაზე მიიღო რეზოლუცია S.RES.106, რომლის მიხედვით კიდევ ერთხელ გაესვა ხაზი საქართველოს სუვერენიტეტისა და ტერიტორიული მთლიანობის მხარდაჭერას. საერთაშორისო სამართლის კონტექსტში კი დოკუმენტი მნიშვნელოვანია იმით, რომ გამოიკვეთა სტიმსონის დოქტრინის აქტუალობა. კერძოდ, რეზოლუციაში აღნიშნულია, რომ აშშ „(1) მხარს უჭერს პოლიტიკას, რომელიც ცნობილია, როგორც სტიმსონის დოქტრინა და, რომლის თანახმადაც, აშშ არ აღიარებს ძალისმიერი მეთოდებით გამოწვეულ ტერიტორიულ ცვლილებებს და აცხადებს, რომ აღნიშნული პრინციპი უნდა განიხილებოდეს აშშ-ის საგარეო ურთიერთობების სახელმძღვანელო დოქტრინად; (2) გმობს რუსეთის ფედერაციის მიერ საქართველოს ტერიტორიაზე სამხედრო ინტერვენციასა და ოკუპაციას და მის განგრძობად უკანონო ქმედებებს აფხაზეთისა და ცხინვალის რეგიონის/სამხრეთ ოსეთის საოკუპაციო ხაზზე“.¹⁰¹ ამავე რეზოლუციაში ხაზი გაესვა ოკუპირებული ტერიტორიებიდან იძულებით გადაადგილებული პირების თავიანთ საცხოვრებელში დაბრუნების უფლებასაც.¹⁰²

2017 წლის 5 მაისს აშშ-ის პრეზიდენტმა დონალდ ტრამპმა ხელი მოაწერა საბიუჯეტო ასიგნებების კონსოლიდირებულ აქტს,¹⁰³ რომლის 7070-ე ნაწილი ეხება რუსეთის გავლენისა და აგრესიის დაძლევას. აღნიშნულ ნაწილში დაგმობილია როგორც რუსეთის მიერ ყირიმის ანექსია, ასევე, საქართველოს ტერიტორიების ოკუპაცია. ამასთან, ხსენებული ნაწილი (c) პუნქტის 1-ლი ქვეპუნქტით დადგენილია, რომ დაუშვებელია რაიმე სახის დაფინანსება გაიცეს იმ სახელმწიფოზე, რო-

მელსაც აღიარებული აქვს ან დამყარებული აქვს რაიმე სახის დიპლომატიური ურთიერთობა რუსეთის მიერ საქართველოს ოკუპირებულ ტერიტორიებთან, სახელდობრ, აფხაზეთთან და ცხინვალის რეგიონთან/სამხრეთ ოსეთთან. იმ შემთხვევაში თუკი ამგვარ სახელმწიფო(ებ)ს ეძლევათ ფინანსური დახმარება აშშ-გან, აშშ-ის სახელმწიფო მდივანი ვალდებულია, შეწყვიტოს მსგავსი დახმარებების გაცემა. მოცემული ნაწილი მოიცავს უფრო ზოგად აკრძალვასაც, რომლის თანახმად: „საბიუჯეტო ასიგნებების კონსოლიდირებული აქტით განსაზღვრული არც ერთი დაფინანსება არ უნდა მოხმარდეს რუსეთის მიერ საქართველოს ტერიტორიების – აფხაზეთისა და ცხინვალის რეგიონის/სამხრეთ ოსეთის – ოკუპაციას“.¹⁰⁴

აშშ-ს არაერთხელ დაუფიქსირებია პოლიტიკური მხარდაჭერა საქართველოს მიმართ. ამის ნათელი მაგალითია აშშ-საქართველოს შორის გაფორმებული ჩარჩო შეთანხმება სტრატეგიული თანამშრომლობის შესახებ,¹⁰⁵ რომლითაც ხაზი გაესვა საქართველოს სუვერენიტეტისა და ტერიტორიული მთლიანობის აღიარების პრინციპებს. მიუხედავად ამისა, სენატის 2017 წლის 30 მარტის რეზოლუცია და შემდგომ 5 მაისს ხელმოწერილი კონსოლიდირებული აქტი საბიუჯეტო ასიგნებების შესახებ, თავისი პოლიტიკური და სამართლებრივი კონტექსტის გათვალისწინებით, უპრეცედენტოდ უნდა ჩაითვალოს, რადგან სწორედ ამ დოკუმენტებში აისახა არაღიარების საერთაშორისო სამართლებრივი ვალდებულება და განისაზღვრა აღნიშნული ვალდებულების აღსრულების კონკრეტული სამართლებრივი მექანიზმი.

4.2. საერთაშორისო ორგანიზაციების გამომხაურება

გაერთიანებული ერების გენერალურმა ასამბლეამ 2008 წლის 15 მაისის,¹⁰⁶ 2014 წლის 5 ივნისის,¹⁰⁷ 2016 წლის 7 ივნისის¹⁰⁸ და 2017 წლის 1 ივნისის¹⁰⁹ რეზოლუციებით აღიარა რუსეთის მიერ საქართველოს ტერიტორიების ოკუპაციის ფაქტი და ოკუპირებული ტერიტორიებიდან იძულებით გადაადგილებული პირების თავიანთ საცხოვრებელ ადგილას დაბრუნების უფლება. ამასთან, 2008 წლის 15 მაისის რეზოლუციით აღინიშნა, რომ იძულებით გადაადგილებულ პირთა დაბრუნება უნ-

და განხორციელდეს ტერიტორიული მთლიანობის პრინციპის უპირობო აღიარებით.

რუსეთის მიერ მიმდინარე სამხედრო ოკუპაცია დაიგმო ევროსაბჭოს საპარლამენტო ასამბლეის 2009 წლის 1647 რეზოლუციითაც, სადაც აღინიშნა, რომ ამ ტერიტორიებზე განხორციელებულ ადამიანის უფლებების დარღვევებზე საერთაშორისო სამართლებრივი პასუხისმგებლობა ეკისრება რუსეთს.¹¹⁰ მსგავსი შინაარსისაა რეზოლუციები 1633(2008),¹¹¹ 1647(2009),¹¹² 1801(2011),¹¹³ 1916(2013).¹¹⁴

მნიშვნელოვანია საპარლამენტო ასამბლეის 2014 წლის 18 დეკემბრის რეზოლუცია, რომელშიც, ოკუპაციის ფაქტის აღიარებასთან ერთად, კიდევ ერთხელ გაესვა ხაზი მიმდინარე ეთნიკურ წმენდას (იხ. ქვეთავი 3.2.2).

ამასთან, 2014 წლის 24 ივნისს ხელმოწერილ და 2016 წლის 1 ივლისს ძალაში შესულ ე.წ. ასოცირების შესახებ შეთანხმების¹¹⁵ პრეამბულაში ვკითხულობთ:

„[მხარეები] აღიარებენ რა, ამ კონტექსტში, 2008 წლის 12 აგვისტოს ექვს-პუნქტიანი შეთანხმების შესრულებისა და მისი შემდგომი აღმასრულებელი ზომების, მშვიდობის და უსაფრთხოების შენარჩუნების მიზნით ადგილზე ქმედითი საერთაშორისო მექანიზმების არსებობის, ურთიერთხელშემწყობი არაღიარებისა და ჩართულობის პოლიტიკის გატარების, ჟენევის საერთაშორისო მოლაპარაკებების ხელშეწყობის და, საერთაშორისო სამართლის პრინციპების შესაბამისად, იძულებით გადაადგილებულ პირთა და ლტოლვილთა უსაფრთხო და ღირსეული დაბრუნების მნიშვნელობას“ [ხაზგასმა ავტორის].¹¹⁶

განსაკუთრებული ყურადღების ღირსია ევროკავშირის 2017 წლის 19 აპრილს გაკეთებული განცხადება და ევროსაბჭოს მინისტრთა კომიტეტის 2017 წლის 3 მაისის გადაწყვეტილება. 19 აპრილის განცხადებაში ევროკავშირმა პირდაპირ მოიხსენია, რომ რუსეთის სამხედრო ძალების ყოფნა საქართველოს ოკუპირებულ ტერიტორიებზე არის უკანონო.¹¹⁷ თავისი პოლიტიკური და სამართლებრივი შედეგებით უპრეცედენტოდ უნდა ჩაითვალოს ევროსაბჭოს მინისტრთა კომიტეტის 2017 წლის 3 მაისის გადაწყვეტილება.¹¹⁸ აღნიშნული დოკუმენტი მნიშვნელოვანია არა მხოლოდ საქართველოს პოზიციისა და ტერიტორიული მთლიანობის გან-

სამტკიცებლად საერთაშორისო ასპარეზზე, არამედ საერთაშორისო სამართლის კუთხით არაღიარების ვალდებულებაში შეტანილი წვლილის მხრივაც. გადაწყვეტილების მე-2 პარაგრაფში ვკითხულობთ, რომ „რუსეთის ფედერაციის პოლიტიკა და ქმედებები საქართველოს რეგიონების აფხაზეთისა და ცხინვალის რეგიონის/სამხრეთ ოსეთის მიმართ, მათ შორის ე.წ. ხელშეკრულებების გაფორმება საქართველოს რეგიონებთან და რეფერენდუმების/არჩევნების ჩატარება, ხელს უშლის კონფლიქტის მშვიდობიანად მოგვარებას, საფრთხეს უქმნის რეგიონის მშვიდობასა და სტაბილურობას, ცალსახად არღვევს საქართველოს სუვერენიტეტსა და ტერიტორიული მთლიანობას და სამართლებრივად არის ბათილი“ [ხაზგასმა ავტორის].¹¹⁹

ამავე დოკუმენტის მე-3 პარაგრაფში აღნიშნულია, რომ „საქართველო, როგორც საერთაშორისო სამართლის თანახმად ერთადერთი სუვერენული სახელმწიფო მისსავე რეგიონებზე, აფხაზეთზე და ცხინვალის რეგიონზე/სამხრეთ ოსეთზე, მოკლებულია შესაძლებლობას, განახორციელოს თავისი ლეგიტიმური იურისდიქცია ხსენებულ რეგიონებზე რუსეთის უკანონო ქმედებებისა და განგრძობადი სამხედრო ყოფნის გამო“.¹²⁰ ასევე, ხაზი გაესვა იძულებით გადაადგილებული პირების უფლებების, მათ შორის, მათი საკუთრების უფლების დაცვის ვალდებულებას.¹²¹

ზემოთ მოყვანილი დოკუმენტები ცალსახად ადასტურებენ საერთაშორისო თანამეგობრობის ურყევ მხარდაჭერას საქართველოს ტერიტორიული მთლიანობისა და არაღიარების პოლიტიკის მიმართ, რაც კიდევ ერთხელ მიუთითებს იმაზე, რომ საქართველოს ოკუპირებული ტერიტორიების არაღიარების ვალდებულებას აქვს პრაქტიკული *erga omnes* ხასიათი.

დასკვნა

დასკვნის სახით, მნიშვნელოვანია შემდეგი ეპიზოდების გამოყოფა, კერძოდ: 1) არაღიარების საერთაშორისო სამართლებრივი ვალდებულება არის განმტკიცებული და წარმოადგენს საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართლის ნაწილს; 2) იმისათვის, რომ არაღიარების ვალდებულებამ შეიძინოს *erga omnes* ძალა, საჭიროა შემდეგი წინაპირობების არ-

სებობა: ა) სახეზე უნდა იყოს *jus cogens* ნორმის დარღვევა; ან ბ) უნდა ირღვეოდეს საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართლის ურყევი პრინციპი, ცნობილი, როგორც *jus cogens in statu nascendi*; ან გ) სახეზე უნდა იყოს გაეროს უშიშროების საბჭოს რეზოლუცია, ხოლო თუკი უშიშროების საბჭო ვერ ახერხებს ამგვარი რეზოლუციის მიღებას, ხსენებული კომპეტენციის დელეგირება ხდება გენერალურ ასამბლეაზე; 3) რუსეთმა საქართველოს ტერიტორიების ოკუპაციით დაარღვია როგორც *jus cogens* ნორმა ძალის გამოყენების აკრძალვის შესახებ, ასევე, საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის ნორმები, მათ შორის, ეთნიკური წმენდის კონტექსტში, რაც

ავტომატურად ანიჭებს ოკუპირებული ტერიტორიების არალიარებას *erga omnes* ძალას. 4) საქართველოს ოკუპირებული ტერიტორიების არალიარების ვალდებულება განმტკიცებულია სახელმწიფოთა და საერთაშორისო ორგანიზაციათა შემდგომი პრაქტიკით, რაც მნიშვნელოვანი ნინგადადგმული ნაბიჯია ამ ვალდებულების საქართველოს სასარგებლოდ განმარტებისთვის; 5) ე. წ. „ნამიბიის გამონაკლისი“ ვინროდ უნდა განიმარტოს საქართველოს ოკუპირებულ ტერიტორიებთან მიმართებით და მხოლოდ იმ მოცულობით, რომ არ დაირღვეს იძულებით გადაადგილებულ პირთა უფლებები.

-
- * საერთაშორისო საჯარო სამართლის მაგისტრი (LLM in Public International Law) (Queen Mary University of London); საერთაშორისო სამართლის მაგისტრი (თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი).
 - ¹ Crawford J. et al. (eds.) (2010) *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, p. 677.
 - ² იქვე, 678.
 - ³ McNair, A. *The Stimson Doctrine of Non-recognition*. British Year Book of International Law, vol.14, 1933, pp. 65-74. კელოგ-ბრაიანის პაქტი იყო პირველი საერთაშორისო ხასიათის ინსტრუმენტი, რომელმაც ომი კანონგარეშედ გამოაცხადა. აღსანიშნავია, რომ მეორე მსოფლიო ომის შემდეგ, ტოკიოსა და ნიურმბერგის სამხედრო ტრიბუნალები აქტიურად უთითებდნენ ხსენებულ ინსტრუმენტზე მშვიდობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულის შესახებ *opinion juris* არსებობის დასადასტურებლად. ამ მხრივ იხ.: Cryer R, et al. (2007) *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2007, p. 263; შედარებისთვის იხ. ასევე Harriman, E. A. *The Legal Effect of the Kellogg-Briand Treaty*, Boston University Law Review, vol.9, 1929, pp. 239-252.
 - ⁴ Talmon S. *The Duty Not to 'Recognize as Lawful' a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation without Real Substance?*, Tomuschat C., Thouvenin J (eds.) (2005) *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Martinus Nijhoff, p. 101 (შემდგომში Talmon).
 - ⁵ Draft Declaration on the Rights and Duties of States, General Assembly resolution 375 (IV) of 6 December 1949 ხელმისაწვდომია: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/2_1_1949.pdf (ყველა ინტერნეტწყარო ბოლოს ნანახია 2018 წლის 20 ოქტომბერს)
 - ⁶ Talmon, *ზემოთ*, სქოლიო 4, p. 102.
 - ⁷ Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, A/RES/25/2625, Resolution adopted by the General Assembly on 24 October 1970, General Assembly – Twenty-fifth Session, p. 122, ხელმისაწვდომია: <http://www.un-documents.net/a25r2625.htm>).
 - ⁸ *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, ICJ, 22 July 2010, para. 80.
 - ⁹ Declaration on the Strengthening of International Security, Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/25/2734, 16 December 1970, para. 5 ხელმისაწვდომია: <http://www.un-documents.net/a25r2734.htm>.

- ¹⁰ Definition of Aggression, United Nations General Assembly Resolution 3314 (XXIX), 14 December 1974, Article 5, para. 3, ხელმისაწვდომია: [http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3314\(XXIX\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3314(XXIX)).
- ¹¹ Conference on Security and Co-operation in Europe Final Act, OSCE, Helsinki 1975, principle 4, ხელმისაწვდომია: <http://www.osce.org/helsinki-final-act?download=true>.
- ¹² Declaration on the Enhancement of the Effectiveness of Principle of Refraining from the Threat or Use of Force in Intertational Relations, A/RES/42/22, Resolution adopted by the General Assembly on 18 November 1970, Article 1, para. 10, ხელმისაწვდომია: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/42/22.
- ¹³ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, ICJ, 21 June 1971 (შემდგომში *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia*).
- ¹⁴ Lissitzyn, O. J., *International Law and the Advisory Opinion on Namibia*, Columbia Journal of Transnational Law, vol.11, no.1, 1972, pp. 50-73.
- ¹⁵ Question of South Africa, 2145(XXI), Resolution adopted by the General Assembly on 27 October 1966, ხელმისაწვდომია: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/004/48/IMG/NR000448.pdf?OpenElement>.
- ¹⁶ The Situation in Namibia, S/RES/264(1969), United Nations Security Council Resolution of 20 March 1969 ხელმისაწვდომია: [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/264\(1969\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/264(1969)).
- ¹⁷ The Situation in Namibia, Resolution 276(1970).
- ¹⁸ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia*, ზემოთ, სქოლიო 14, para. 123.
- ¹⁹ იქვე, para. 124.
- ²⁰ იქვე, para. 125. აქვე ყურადსაღებია 2018 წლის 6 ივნისის ცვლილება „ოკუპირებული ტერიტორიების შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-8 მუხლისა, რომლის მე-2 პუნქტიც ჩამოყალიბდა შემდეგი რედაქციით: „ამ მუხლის პირველი პუნქტით გათვალისწინებული ორგანოების მიერ გამოცემული ნებისმიერი აქტი არარად ითვლება და სამართლებრივ შედეგებს არ წარმოშობს, გარდა იმ შემთხვევისა, როცა აღნიშნული აქტი საქართველოს კანონმდებლობით დადგენილი წესით განიხილება საქართველოს მოქალაქეობის დადგენის, პირადობის ნეიტრალური მონმობის, ნეიტრალური სამგზავრო დოკუმენტის გაცემის, დაბადების, ქორწინების, განქორწინების, გარდაცვალების, აფხაზეთის ავტონომიურ რესპუბლიკაში ან ცხინვალის რეგიონში (ყოფილ სამხრეთ ოსეთის ავტონომიურ ოლქში) პირის ლეგიტიმურად ცხოვრების ფაქტის დადგენისა და მისი რეგისტრაციის მიზნებისათვის“. კანონმდებელმა გადაწყვიტა „ნამიბიის გამონაკლისის“ ასახვა თუმცა აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ მსგავსი გამონაკლისი არ შეიძლება ანალოგიის წესით გავრცელდეს იმგვარ დოკუმენტებზე, რომლებიც ეხება საკუთრების რეგისტრაციას, რამეთუ ეს გამოიწვევს პირდაპირ დარღვევას გაეროს, ეუთოს, ევროკავშირისა და სხვა საერთაშორისო ორგანიზაციების იმ რეზოლუციებისა, რომლებიც აღიარებენ იძულებით გადაადგილებულ პირთა უკან დაბრუნების უპირობო უფლებას.
- ²¹ იქვე, para. 126.
- ²² *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ, 2004 (შემდგომში *Wall*).
- ²³ Illegal Israeli actions in Occupied East Jerusalem and the rest of the Occupied Palestinian Territory, A/RES/ES-10/14, Resolution adopted by the General Assembly on 8 December 2003, ხელმისაწვდომია: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/ES-10/14 (შემდგომში A/RES/ES-10/14)
- ²⁴ კედლის საკონსულტაციო დასკვნაზე ვრცლად იხ.: ფიფია, ს., ოკუპირებული ტერიტორიების ადმინისტრირებისას ოკუპანტი ძალის უფლებამოსილების ფარგლები, სადისერტაციო ნაშრომი, თსუ, 2016, ხელმისაწვდომია: http://press.tsu.ge/data/image_db_innova/disertaciebi_samartali/saba_fifia.pdf (შემდგომში „ფიფია“).
- ²⁵ Evans, M., Breau, S.C. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory: Advisory Opinion*, International and Comparative Law Quarterly, vol.54, no.4, 2005, pp. 1003-1013.

- ²⁶ A/RES/ES-10/14, *ზემოთ*, სქოლიო 23, para. 159.
- ²⁷ ფიფია, *ზემოთ*, სქოლიო 24, გვ. 180-181.
- ²⁸ Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II (Part Two).
- ²⁹ Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 2011, vol. II, Part Two.
- ³⁰ Draft Articles on State Responsibility with Commentaries Thereto, Adopted by The International Law Commission on First Reading, January 1997, ხელმისაწვდომია: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_1996.pdf. აღნიშნულ კონტექსტში აღსანიშნავია ასევე პროფესორ გერი სიმფსონის ანალიზიც, რომლის მიხედვითაც, მიუხედავად იმისა, რომ სახელმწიფოთა პასუხისმგებლობის შესახებ მუხლების დღევანდელ ვერსიაში აღარ არის მითითება სახელმწიფოთა სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობაზე, მსგავსი ქმედებები პრაქტიკაში მაინც იწვევს ირიბ, პოლიტიკურ პასუხისმგებლობას, აქცევს რა „დამნაშავე“ სახელმწიფოებს კანონგარეშედ გამოცხადებულ სახელმწიფოებად. იხ. Simpson G (2004) *Great Powers and Outlaw States: Unequal Sovereigns in the International Legal Order*, Cambridge University Press, pp. 278-316.
- ³¹ Jennings R., Watts A. (eds.) (2008) *Oppenheim's International Law: Volume 1 Peace* (9th edition), Oxford University Press, pp. 502-503.
- ³² *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Belgium v. Spain*, Judgment, ICJ, 5 February 1970, para. 33 (შემდგომში *Barcelona Traction*).
- ³³ *Case Concerning East Timor, Portugal v. Australia*, Judgment, ICJ, 30 June 1995, para. 29.
- ³⁴ *Wall*, paras. 155-160.
- ³⁵ *Barcelona Traction*, *ზემოთ*, სქოლიო 32, para. 34.
- ³⁶ Tams C. J., Sloan J. (eds.) (2013) *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford University Press, pp. 83-85.
- ³⁷ Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969.
- ³⁸ Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, 1986.
- ³⁹ Brownlie I. (2002) *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford University Press, pp. 67-72.
- ⁴⁰ საერთაშორისო სამართალი განასხვავებს პირველად ნორმებს, რომლებიც ადგენენ სამართლებრივი ურთიერთობის ჩარჩოებს და მეორად ნორმებს, რომელთა ამოქმედებაც ხდება პირველადი ნორმების დარღვევის შემდეგ. იხ.: Gourgourinis, A. *General/Particular International Law and Primary/Secondary Rules: Unitary Terminology of a Fragmented System*, European Journal of International Law, vol.22, no.4, 2011, pp. 993-1026.
- ⁴¹ Oliver, C., Pierre, K. (eds.), (2011) *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford University Press, p. 1231.
- ⁴² Separate Opinion of Judge Kooijmans, *Wall*, *ზემოთ*, სქოლიო 22, para. 41.
- ⁴³ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ, 8 July 1996, para. 79.
- ⁴⁴ *Wall*, *ზემოთ*, სქოლიო 22, para. 157.
- ⁴⁵ Moerenhout, T., *The Consequence of the UN Resolution on Israeli Settlements for the EU: Stop Trade with Settlements*, 2017, ხელმისაწვდომია: <https://www.ejiltalk.org/the-consequence-of-the-un-settlements-resolution-for-the-eu-stop-trade-with-settlements/>.
- ⁴⁶ Henckaerts, J. *The Grave Breaches Regime as Customary International Law*, Journal of International Criminal Justice, vol.7, no.4, 2009, pp. 683-702.
- ⁴⁷ Chandrasaran, N. *The Continuing Relevance of Customary International Law in the Development of International Humanitarian Law*, Sri Lanka Journal of International Law, vol.21, no.2, 2009, pp. 55-70.
- ⁴⁸ Moerenhout, T., *The Obligation to Withhold from Trading in Order Not to Recognize and Assist Settlements and Their Economic Activity in Occupied Territories*, Journal of International Humanitarian Legal Studies, vol. 3, no.2, 2012, pp. 344-386.

- ⁴⁹ ალექსიძე ლ. (2010) თანამედროვე საერთაშორისო სამართალი, თბილისი, გვ. 109-110.
- ⁵⁰ Simma B., et al., (eds.) (2012) *The Charter of the United Nations: A Commentary, Volume I (3rd Edition)*, Oxford University Press, p. 1276.
- ⁵¹ d'Aspremont J. (2011) *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford University Press, pp. 190-191.
- ⁵² Crawford J. et al. (eds.) (2010) *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, p. 677.
- ⁵³ Klabbers, J. *Kadi Justice at the Security Council?* International Organizations Law Review, 2003, pp. 293-304.
- ⁵⁴ Uniting For Peace, A/RES/377(V), United Nations General Assembly Resolution of 3 November 1950.
- ⁵⁵ *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion, ICJ, 20 July 1962.
- ⁵⁶ იქვე, para. 166.
- ⁵⁷ Hossain, K. *The Complementary Role of the United Nations General Assembly in Peace Management*, Review of International Law and Politics, vol.4, no.13, 2008, pp. 77-94.
- ⁵⁸ Simma B., et al., (eds.) (2012) *The Charter of the United Nations: A Commentary, Volume I (3rd Edition)*, Oxford University Press, p. 231.
- ⁵⁹ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. The United States of America)*, Judgment on Merits, ICJ, 27 June 1986, para. 190.
- ⁶⁰ Separate Opinion of Judge Simma, *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, ICJ, 6 November 2003, paras. 6, 9.
- ⁶¹ Separate opinion of Judge Elaraby, *Wall*, ზემოთ, სქოლიო 22, para. 3.1.
- ⁶² Report of the Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia (IIFFMCG), vol. II, p. 216.
- ⁶³ იქვე.
- ⁶⁴ *Prosecutor v. Naletilić & Martinović*, Judgment, ICTY, IT-98-34-T, 1 March 2003, paras. 216-217.
- ⁶⁵ იქვე, para. 217.
- ⁶⁶ *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, ICJ Reports 2005.
- ⁶⁷ იქვე, para. 173.
- ⁶⁸ IIFFMCG, ზემოთ, სქოლიო 62, p. 308.
- ⁶⁹ იქვე, p. 373.
- ⁷⁰ Benvenisti E. (2012) *The International Law of Occupation (2nd ed.)*, Oxford University Press, pp. 49-50.
- ⁷¹ *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Judgment, ICJ, 26 February 2007, paras. 388, 398 (შემდგომში Genocide Case).
- ⁷² Crawford J. et al. (eds.) (2010) *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, p. 243.
- ⁷³ *Genocide Case*, ზემოთ, სქოლიო 71, § 392.
- ⁷⁴ *Yeager v. Islamic Republic of Iran*, 1987, 17 Iran-US CTR 92.
- ⁷⁵ Palchetti P. *De Facto Organs of a State*, Wolfrum R. (ed.) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, para. 10.
- ⁷⁶ მაგ. იხ. Schabas W. A. 'Ethnic Cleansing' and Genocide: Similarities and Distinctions, European Yearbook of Minority Issues, vo.3, 2003, pp. 109-128.
- ⁷⁷ *Al Bashir* (ICC-02/05-01/09), Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009, para. 143; იხ. ასევე, Schabas W. A. (2016) *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute (2nd edition)*, Oxford University Press, p. 179.
- ⁷⁸ United Nations Commission on Breaches of Geneva Law in Former Yugoslavia, para. 130, ხელმისაწვდომია: <http://archive.li/NAqLL#selection-203.0-203.72>.

- ⁷⁹ Letter Dated 24 May 1994 from the Secretary-General to the President of the Security Council, S/1994/674 27, May 1994, para. 129, ხელმისაწვდომია: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/1994/674.
- ⁸⁰ The situation in Bosnia and Herzegovina, A/RES/47/121, General Assembly Resolution of 18 December 1992, ხელმისაწვდომია: <http://www.un.org/documents/ga/res/47/a47r121.htm>.
- ⁸¹ ამ და სხვა საკითხებთან დაკავშირებით იხ. Alexidze, L. (2012) *Kosovo and South Ossetia: Similar or Different? Consequences for International Law*, Baltic Yearbook of International Law Online, vol.12, no.1., რომელშიც აკადემიკოსი ლევან ალექსიძე ამომწურავად განიხილავს საქართველოში მომხდარ ეთნიკურ წმენდას ხალხთა თვითგამორკვევის უფლების კონტექსტში და უთითებს ყველა რელევანტურ რეზოლუციაზე, სადაც საერთაშორისო თანამეგობრობა აღიარებს ქართველების წინააღმდეგ განხორციელებულ ეთნიკურ წმენდას.
- ⁸² Prosecution's request for authorization to investigate Situation in and around South Ossetia, Georgia, ICC-01/15-4-Corr2, 13 October 2015, paras. 131, 133, 134 etc.
- ⁸³ Situation in Georgia, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/15, Decision of 27 January 2016, para. 20.
- ⁸⁴ Separate Opinion of Judge Péter Kovács, PTC-I, 27 January 2016, para. 45.
- ⁸⁵ Situation in Georgia, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/15, Decision of 27 January 2016, para. 7.
- ⁸⁶ იქვე, para. 27.
- ⁸⁷ იქვე, para. 28.
- ⁸⁸ იქვე, para. 11.
- ⁸⁹ Sassoli M, *et al. How Does Law Protect In War? (3rd edition)*, Vol. III, Case no.211, para. 78.
- ⁹⁰ მძიმე დარღვევების რეჟიმთან და კონფლიქტის კლასიფიკაციასთან დაკავშირებით იხ. Eboe-Osuji C., 'Grave Breaches' as War Crimes: Much Ado about... 'Serious Violations'? ხელმისაწვდომია <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/827EE9EC-5095-48C0-AB04-E38686EE9A80/283279/GRAVEBREACHESMUCHADOABOUTSERIOUSVIOLATIONS.pdf>.
- ⁹¹ Milano, E. *The Doctrine(s) of Non-Recognition Theoretical Underpinnings and Policy Implications in Dealing with De Facto Regimes*, p. 7, ხელმისაწვდომია <http://esil-sedi.eu/wp-content/uploads/2018/04/Agora-3-Milano.pdf>.
- ⁹² Moerenhout, T., *The Consequence of the UN Resolution on Israeli Settlements for the EU: Stop Trade with Settlements*, 2017, ხელმისაწვდომია: <https://www.ejiltalk.org/the-consequence-of-the-un-settlements-resolution-for-the-eu-stop-trade-with-settlements/>.
- ⁹³ Resolution 1647 (2009) "Implementation of Resolution 1633 (2008) on the consequences of the war between Georgia and Russia" of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE), paragraph 7; "European Parliament Resolution on the Negotiations of the EU-Georgia Association Agreement", 17 November 2011, European Parliament, paragraph F.
- ⁹⁴ AS (2014) CR 32, ხელმისაწვდომია: <http://assembly.coe.int/Documents/Records/2014/E/1410011000E.htm>.
- ⁹⁵ იხ. მაგალითად, ესტონეთის საგარეო საქმეთა სამინისტროს 2014 წლის 25 აგვისტოს განცხადება. ხელმისაწვდომია: <http://vm.ee/en/news/estonia-considers-so-called-presidential-elections-abkhazia-illegal>.
- ⁹⁶ იხ. Georgian Allies Condemn South Ossetian Referendum and Elections. ხელმისაწვდომია: <http://georgiatoday.ge/news/6304/Georgia>.
- ⁹⁷ იხ., მაგალითად, ლიეტუვის სეიმის 2010 წლის 1 ივნისის რეზოლუცია საქართველოს სიტუაციის შესახებ. ხელმისაწვდომია <http://www.parliament.ge/en/media/axali-ambebi/resolution-on-the-situation-in-georgia-24496.page>.
- ⁹⁸ Autumn Session: Decision-Making Process concerning Credentials and Voting. ხელმისაწვდომია: <http://website-pace.net/web/apce/plenary-session>.
- ⁹⁹ Committee of Ministers Minutes, Council of Europe, 121st Session, 10-11 May 2011, CM(2011)PV-Add 1. ხელმისაწვდომია: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805ccc9f.

- ¹⁰⁰ იხ.: Joint Statement on Georgia by Foreign Ministers of Canada, France, Germany, Italy, Japan, the United States and the United Kingdom, August 27, 2008, ხელმისაწვდომია: <https://2001-2009.state.gov/r/pa/prs/ps/2008/aug/108941.htm>.
- ¹⁰¹ Expressing the sense of the Senate to support the territorial integrity of Georgia, S. RES. 106, The Senate of the United States, March 30, 2017, 115th Congress, 1st Session. ხელმისაწვდომია: <https://www.congress.gov/115/bills/sres/106/BILLS-115sres106is.pdf>.
- ¹⁰² იქვე.
- ¹⁰³ Consolidated Appropriations Act, 2017, H.R.244 – 115th Congress. ხელმისაწვდომია: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/244/text>. იგივე შინაარსის ტექსტი აისახა ასევე 2018 წლის დოკუმენტშიც.
- ¹⁰⁴ იქვე, Section 7070, para. “c”, subpara. 2.
- ¹⁰⁵ The United States-Georgia Charter on Strategic Partnership, January 9, 2009. ხელმისაწვდომია: <https://www.state.gov/p/eur/rls/or/121029.htm>.
- ¹⁰⁶ Status of internally displaced persons and refugees from Abkhazia, Georgia, A/RES/62/249, UN General Assembly Resolution of 15 May 2008. ხელმისაწვდომია: <https://www.un.org/press/en/2008/ga10708.doc.htm>.
- ¹⁰⁷ Text Recognizing Right of Internally Displaced, Refugees from Georgia’s Abkhazia, Tskhinvali Regions to Return Home, GA/11514, General Assembly Resolution of 5 June 2014. ხელმისაწვდომია: <https://www.un.org/press/en/2014/ga11514.doc.htm>.
- ¹⁰⁸ Resolution Recognizing Right of Return for Refugees, Internally Displaced Persons in Georgia, Regardless of Ethnicity, GA/11785, General Assembly Resolution of 7 June 2016. ხელმისაწვდომია: <https://www.un.org/press/en/2016/ga11785.doc.htm>.
- ¹⁰⁹ Resolution Recognizing Right of Return for Refugees, Internally Displaced Persons in Georgia, No Matter Their Ethnicity, GA/11919, General Assembly Resolution of 1 June 2017. ხელმისაწვდომია: <https://www.un.org/press/en/2017/ga11919.doc.htm>.
- ¹¹⁰ CoE Parliamentary Assembly Resolution 1647 (2009) on the Implementation of Resolution 1633 (2008) on the consequences of the war between Georgia and Russia.
- ¹¹¹ “The consequences of the war between Georgia and Russia”, 1633 (2008)
- ¹¹² Resolution 1647 (2009) “Implementation of Resolution 1633 (2008) on the consequences of the war between Georgia and Russia”, Resolution 1648 (2009) “The Humanitarian Consequences of the War between Georgia and Russia”
- ¹¹³ 1801 (2011) “On Honoring of Obligations and Commitments by Georgia” of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE);
- ¹¹⁴ Resolution 1916 (2013) “Georgia and Russia: the Humanitarian Situation in the Conflict and War-affected Areas”, Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE).
- ¹¹⁵ Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and Georgia, of the other part; ხელმისაწვდომია: <http://www.parliament.ge/ge/ajax/downloadFile/34753/AA>.
- ¹¹⁶ იქვე, preamble.
- ¹¹⁷ EU Local Statement on the Secretary General’s 15th Consolidated report on the conflict in Georgia, Strasbourg, 19/04/2017. ხელმისაწვდომია: https://eeas.europa.eu/delegations/council-europe/24837/eu-local-statement-secretary-general%E2%80%99ss-15th-consolidated-report-conflict-georgia_en.
- ¹¹⁸ Council of Europe, Committee of Ministers, CM/Del/Dec(2017)1285/2.1, Ministers’ Deputies Decision of 3 May 2017, ხელმისაწვდომია: https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=090000168070ec0b.
- ¹¹⁹ იქვე, para. 2.
- ¹²⁰ იქვე, para. 3.
- ¹²¹ იქვე, para. 6.

NON-RECOGNITION OF THE OCCUPIED GEORGIAN TERRITORIES AS AN OBLIGATION *ERGA OMNES*

Abstract:

August 2008 was determinative not only for Georgia but for the world order as well. Soon after occupation of two major Georgian regions, Russia annexed Crimea. In such circumstances doctrine of application of the principle of non-recognition – ex injuria jus non oritur – for coping contemporary problems seems crucial. Rethinking of this principle obliges international community to use positive measures in order to consolidate non-recognition of illegal acts which should result in complete deoccupation of Georgian and Ukrainian territories.

Key words: occupied territories | non-recognition | *Namibia* exception | obligation erga omnes | Stimson doctrine | *jus cogens* | ethnic cleansing | international community

INTRODUCTION

The purpose of this research is to demonstrate that recognition of Russian occupied regions of Georgia as an independent States represents clear violation of international law which results in nullity of such act. Furthermore, international law, in particular, law of State responsibility obliges international community to implement positive measures for proliferation of non-recognition policy which eventually should result in complete deoccupation of two Georgian regions.

First Chapter summarizes development of the non-recognition principle in international law originating from so-called “Stimson’s Doctrine” regarding non-recognition of Japanese occupied Manchurian region. Later, this principle was reflected in numerous UN documents such as UN General Assembly 1970 Friendly Relations Declaration having a customary nature as well as 1975 Helsinki Final Act. The International Court of Justice (ICJ) referred to the mentioned principle in its two Advisory Opinions which would be analysed below in a detailed manner. The noteworthy aspect is that the ICJ upheld position of non-recognition having an *erga omnes* nature in a certain circumstances.

The Second Chapter deals with preconditions which determine erga omnes nature of non-recognition policy. Three situations will be assessed in this respect. Those are: (a) violation of jus cogens; (b) violation of jus cogens

in statu nascendi, such as grave breaches of international humanitarian law; (c) UN resolutions and role of General Assembly in light of the 1950 resolution “Uniting for Peace”.

The third Chapter contextualizes above-mentioned theoretical framework with respect to Georgian case. It analyzes all the preconditions that give non-recognition of Georgian regions an erga omnes character. Those are illegal use of force by Russia i.e. violation of Article 2(4) of the UN Charter as well as grave breaches of international humanitarian law, including ethnic cleansing of Georgians in Abkhazia, Georgia and Tskhinvali Region/South Ossetia, Georgia.

Importance of subsequent practice of States and International Organizations is well emphasized in international law of treaties as one of the means for treaty interpretation. Since international law does not exist in a vacuum, subsequent practice of international community has a determinative value for non-recognition policy as well. Interesting example in this respect is EU approach on West Sahara territories and Palestine settlements which will be analysed in respective subchapters.

Considering the current geopolitical reality, where the foreign policy direction of Georgia is undermined by Russian-sponsored hybrid warfare and informal governance which on their way increase the risk for annexation of occupied Georgian regions by Russia, the analysis of non-recognition policy in light of modern international law becomes decisive.

1. THE ORIGIN OF THE DOCTRINE OF NON-RECOGNITION AND ITS APPLICATION IN INTERNATIONAL LAW

The obligation of non-recognition of an unlawful situation largely derives from the well-established general principle of law – *ex injuria jus non oritur* – according to which legal rights cannot be inferred from illegal action.¹ This obligation is especially relevant in unlawful situations such as, for example, forcible annexation of territory of one State by another State.²

The origin of the doctrine of non-recognition can be traced back to a diplomatic note of 7 January 1932, between United States Secretary of State Henry L. Stimson and the Empire of Japan and the Republic of China, concerning Japan's unilateral seizure of Manchuria in north-eastern China. The note said *“the American Government [...] does not intend to recognize any situation, treaty, or agreement which may be brought about by means contrary to the covenants and obligations of the Pact of Paris of August 27, 1928”*.³

On 11 March 1932, the Assembly of the League of Nations declared that *“it is incumbent upon the Members of the League of Nations not to recognize any situation, treaty, or agreement which may be brought about by means contrary to the Covenant of the League of Nations or to the Pact of Paris.”*⁴

It is noteworthy that after the creation of the United Nations, the obligation of non-recognition was reflected in various resolutions, documents or in Advisory Opinions of the International Court of Justice. Moreover, this doctrine is quite relevant in the case law of European Court of Human Rights.

The first document of the UN related to the obligation of non-recognition, is the Draft Declaration on the Rights and Duties of States, the Article 11 of which states that *every State has the duty to refrain from recognizing any territorial acquisition by another State acting in violation of article 9 (the threat or use of force)*.⁵

A similar entry was made in the declaration adopted in 1964, on Cairo Summit Conference of Heads of States. The main focus of the Conference was peaceful coexistence and codification of the principles set out by the United Nations. The Declaration noted that *“States*

must abstain from all use or threat of force directed against the territorial integrity and political independence of other States; a situation brought about by the threat or use of force shall not be recognized”.⁶

The principle of non-recognition was further strengthened with the adoption of resolution 2625 by the United Nations General Assembly entailing *“The Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States”*. The Declaration clarified the notion of the obligation of non-recognition and further discussed in within the meaning of occupation. In particular, according to paragraph 1 of the Declaration, *“The territory of a State shall not be the object of military occupation resulting from the use of force in contravention of the provisions of the Charter. The territory of a State shall not be the object of acquisition by another State resulting from the threat or use of force. No territorial acquisition resulting from the threat or use of force shall be recognized as legal”*.⁷ The significance of this document is derived from its customary nature, which was recognized as such by the ICJ in *Nicaragua Case* and in *Kosovo Advisory Opinion*.⁸

The obligation of non-recognition is further defined in 1970 United Nations Declaration on the Strengthening of International Security⁹ and in 1974 United Nations resolution on Definition of Aggression.¹⁰ The similar approach was adopted in 1975 OSCE Helsinki Final Act¹¹ and in 1987 United Nations Declaration on the Enhancement of the Effectiveness of Principle of Refraining from the Threat or Use of Force in International Relations.¹²

The International Court of Justice also has a significant role in the development of the doctrine of non-recognition. In this regard, first and foremost, one must mention the ICJ Advisory Opinion on *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*.¹³ The question itself was submitted to the ICJ by the Security Council and it entailed the following: what are the legal consequences for a State for its continued presence in Namibia, notwithstanding Security Council? The submission of

this issue to the ICJ was a result of the following factual circumstance. After the World War I, Namibia (South-West Africa), which was a former colony of Germany, was transferred under the administration of South African government within the mandate of the League of Nations.¹⁴ In accordance with the resolution 2145 of the UN General Assembly of 27 October 1966,¹⁵ this mandate was terminated. By resolution 264 (1969) of March 20, 1969, the Security Council acknowledged the termination of the mandate and urged the South African authorities to immediately leave the Namibian territory.¹⁶ Following the disobedience from South Africa, on 30 January 1970, by resolution 276 (1970) the Security Council announced the presence of the South African administration in Namibian territory illegal and “*imposed upon member States the obligation to abstain from entering into economic and other forms of relationship or dealings with South Africa on behalf of or concerning Namibia which may entrench its authority over the Territory*”.¹⁷

In its Advisory Opinion ICJ paid attention to several factors, which are of particular importance to the doctrine of non-recognition. First, it is noteworthy, that the Court assessed the doctrine of non-recognition strictly in the context of the Security Council resolution 276 (1970). Moreover, the Court laid out specific examples as to what actions on behalf of States did the obligation of non-recognition entail. These were the following: abstaining from sending diplomatic missions and consular agents to South Africa including in their jurisdiction the Territory of Namibia; withdrawing any such missions already there; making it clear to South African Authorities that the maintenance of diplomatic or consular relations with South Africa did not imply any recognition of its authority with regard to Namibia.¹⁸ As for the implicit restraints, it entailed member States to abstain from entering into economic or any other forms of relations with South Africa that would support its continued presence in Namibia.¹⁹

Additionally, the Court included two important definitions in the *Namibia Advisory Opinion*. The first is known as the “*Namibia exception*”, which implies that the obligation of non-recognition should not deprive the local population the

opportunity to benefit from outcomes of international cooperation. In particular, the Court established that “*In general, the non-recognition of South Africa’s administration of the Territory should not result in depriving the people of Namibia of any advantages derived from international CO-operation. In particular, while official acts performed by the Government of South Africa on behalf of or concerning Namibia after the termination of the Mandate are illegal and invalid, this invalidity cannot be extended to those acts, such as, for instance, the registration of births, deaths and marriages, the effects of which can be ignored only to the detriment of the inhabitants of the Territory*”.²⁰

As for the second definition, which concerned the non-member States of the UN, the ICJ found that, in this particular case, the obligation of non-recognition embodied the obligation *erga omnes* and therefore, any State was obliged to comply with the Security Council Resolution 276 (1970).²¹

Another important case of the ICJ concerning the obligation of non-recognition is Advisory Opinion on *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*.²²

On 8 December 2003, at its tenth emergency special session, the General Assembly by adopting resolution ES-10/14 on the *illegal Israeli actions in Occupied East Jerusalem and the rest of the Occupied Palestinian Territory*,²³ decided to request the Court to issue an advisory opinion on the following question: What are the legal consequences arising from the construction of the wall being built by Israel, the occupying power, in the Occupied Palestinian Territory, including in and around East Jerusalem, as described in the Report of the Secretary-General, considering the rules and principles of international law, including the Fourth Geneva Convention of 1949, and relevant Security Council and General Assembly resolutions?²⁴

In contrast to *Namibia case*, the request for an advisory opinion in the *Wall case* was submitted to the Court by the General Assembly. It is noteworthy, that the Court, instead of analyzing Security Council resolutions as requested by the General Assembly, paid more attention

to the violation of the right of self-determination of Palestinian people. In particular, the Court emphasized, that as a result of the construction of the wall, 160,000 individuals would reside in the area separated from the rest of 320,000 Palestinians that would prevent the Palestinian people from exercising their right to self-determination. What is more, the Court found the right to self-determination to be the obligation *erga omnes*.²⁵

As for the obligations imposed on third States, the Court recalled the importance of the obligation of non-recognition and called upon the General Assembly and the Security Council to take all necessary measures in order to bring the construction of the wall to an end. Additionally, the ICJ ruled that all Contracting Parties to the 1949 Geneva Conventions should ensure that Israel fulfills the obligations set out by the Fourth Geneva Convention.²⁶ It is noteworthy, that contrary to the *Namibia Advisory Opinion*, the Court in *the Wall Advisory Opinion* did not discuss the “Namibia exception”. In this regard, Doctor Saba Pipia develops the interesting point of view, according to which, the application of the doctrine of “Namibia Exception” in connection with the settlements created by the occupying power would be inconsistent for the following reasons. Firstly, the original target group of this doctrine significantly differs from the one discussed by the Court in this case, and secondly, creation of settlements is the grave violation of international humanitarian law that excludes the application of “Namibia Exception”. The objective of this rule is to provide the local population with the higher degree of protection, if they intend to enter into legal relations on an international level. Since the resettled individuals cannot be regarded as the “*local population*” and remain beyond the protection offered by the international law on occupation, the exception does not apply to them. Moreover, creation of large settlements in an occupied territory brings about drastic changes of demographic situation in the said area, which is “harmful to the population residing in the territory” and should therefore, be considered as invalid.²⁷

In relation to the non-recognition, the two documents of the International Law Commission are especially relevant, in particular, the Res-

ponsibility of States for Internationally Wrongful Acts²⁸ and the Draft Articles on the Responsibility of International Organizations.²⁹

The Article 41(2) of the Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts connects the obligation of non-recognition to the violation of the *jus cogens*, by stating that “*No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation*”. The Article 40 of the same document concerns the responsibility of States in case of a serious breach of an obligation arising under a peremptory norm of general international law. Additionally, the seriousness of the breach of such an obligation is depended upon the gross or systematic failure by the responsible State to fulfil the obligation. This approach *mutatis mutandis* is reiterated in the Draft Articles on the Responsibility of International Organizations as well.

2. IN WHAT CASES DOES THE OBLIGATION OF NON-RECOGNITION BECOME THE OBLIGATION ERGA OMNES?

International obligation is violated from the moment a subject of international law breaches this obligation. The breach of an international obligation entails both, non-performance of treaty obligations and grave breaches, including crimes committed by a State as it is defined by the International Law Commission in its 1996 Draft Articles on State Responsibility.³⁰ In the context of State Responsibility, the obligation of the responsible State is not only owed to the particular State but to the whole of the international community. The existence of obligation *erga omnes* further verifies this approach.³¹ The definition of obligations *erga omnes* is provided in the *Barcelona Traction* case, where the Court found that “*an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising vis-à-vis another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes*”.³² The Court adopted a similar ap-

proach in the *Case Concerning East Timor*³³ and in the *Wall Advisory Opinion*.³⁴

2.1. Violation of peremptory norms (jus cogens) recognized as such under general international law

Despite the fact, that the *jus cogens* and the obligations *erga omnes* have different legal consequences, some of their aspects are still interconnected. States have legal interest to uphold universally recognized norms under international law. The ICJ in the *Barcelona Traction case* maintained this viewpoint and stated that “Such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination. Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law [...] others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character”.³⁵

Furthermore, the obligation of non-recognition applies not only to States but also to non-state actors, whether it is an inter-governmental organization, the European Union or the International Committee of the Red Cross.³⁶ This obligation is additionally applicable to the subjects of private law, and States have positive obligation to ensure its effective performance.

The definition of peremptory norms of general international law is provided in Article 53 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties,³⁷ which is, *mutatis mutandis*, reiterated in Article 53 of the 1986 Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations.³⁸ According to these definitions, “a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character”. Moreover, contrary to customary international law, the doctrine of “persistent objector” does not apply to the *jus cogens* norms.³⁹

The obligation *erga omnes* is the enforcement mechanism of the *jus cogens* norms. In the case of violation of the latter, this obligation must be construed as a secondary norm⁴⁰ forming an international obligation for commission of certain act (in this case, the obligation of non-recognition).

The commentators often point to the impossibility of breaching the *jus cogens* norm; they argue that even the derogation from such norm is impracticable, since the action and its legal consequences *ab initio* and *in toto* will be invalid.⁴¹ This approach most certainly asserts the opinion that derogation from peremptory norm does not create any binding legal consequence, it is invalid and therefore, the obligation of non-recognition as the obligation *erga omnes* is imposed upon the subjects of international law. If the subject of international law nevertheless recognizes the situation, such recognition will be invalid. Article 41 of the Articles on State Responsibility supports this opinion.

2.2. Violation of a Norm that Constitutes Customary International Law

As it was pointed out in the previous chapter, in order for the obligation of non-recognition to have *erga omnes* nature, the situation must be a result of a violation of *jus cogens* norm. However, according to the second approach, the obligations of non-recognition and non-assistance exist even in the case of violation of a norm, which has not yet formed part of *jus cogens*.

In his Separate Opinion in the *Wall Advisory Opinion* Judge Kooijmans discussed that the consequences of the violation are identical regardless the *jus cogens* nature of the breached norm.⁴² Furthermore, as it is stated in the Advisory Opinion itself “elementary considerations of humanity”⁴³ i.e. “a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and elementary considerations of humanity [...] that they are “to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law”.⁴⁴

Various world renowned scholars of international law, such as Antonio Cassese and

judges of the International Court of Justice including Abdul Koroma, Mohammed Bedjaoui and C. G. Weeramantry expressed the view that if the abovementioned principles of customary international law are not yet *jus cogens*, they must, at least be considered as a *jus cogens* norm *in statu nascendi*.⁴⁵

According to prevailing scholarly opinion, grave breaches of international humanitarian law⁴⁶ constitute a violation of principles of customary international law.⁴⁷ This *ipso facto* points to the violation of the *jus cogens instatu nascendi* norm⁴⁸ and therefore, creates the obligation of non-recognition as the obligation *erga omnes*.

2.3. The significance of UN Security Council resolution – will the “uniting for peace” resolution *mutatis mutandis* affect the situation of Georgia?

In accordance with Article 39 of the UN Charter, the Security Council exclusively determines if there exists a threat to international peace and security and decides what steps should be taken for its preservation. Chapter VII of the UN Charter covers the topic of exclusive power and authority possessed by the Security Council.⁴⁹ The Security Council enjoys wide discretion in deciding whether the situation qualifies as a “*threat to the peace*”, “*breaches of peace*” and “*acts of aggression*”. However, the Charter does not refer to the obligation of the Security Council to resort to Chapter VII of the Charter. Therefore, application of Article 39 is discretion of the Security Council and not the obligation.⁵⁰

It is not compulsory for a Security Council resolution to refer to the Chapter VII, in order for the obligation therein to be of *erga omnes* nature. What is more, some Chapter VII resolutions do not even mention Article 39. As it is stated in Article 25 of the Charter any decision of the Security Council has mandatory nature for the member States. The contextual analysis of the Security Council resolution must be conducted in order to determine its legal nature. One must pay attention to the wording of such resolution (whether it *obliges* or *urges*), as well as any other resolution it recalls.⁵¹

The efficiency of the obligation of non-recognition is much higher, when the Security Council resolution refers to it. However, the

practice has shown that the absence of such Security Council resolution does not degrade the essence of the obligation of non-recognition for the following two reasons. Firstly, the obligation of non-recognition is formed from the moment of the commission of an illegal act,⁵² and secondly, the conflict between the effectiveness of international law and the rule of law⁵³ is resolved in favor of the latter if the continuity and consistency is present. It is noteworthy, that the Security Council is not the sole defender of international peace and security. In this regard, the UN General Assembly Resolution 377 of 3 November 1950 entitled “Uniting for Peace” is of particular importance.⁵⁴ It noted that, in the event of failure to ensure the fulfillment of the obligation of maintenance of international peace and security imposed on the Security Council, the General Assembly would take upon this obligation. On 20 July 1962, the ICJ in its *Certain Expenses of the United Nations Advisory Opinion*⁵⁵ ruled that the role of the Security Council in the maintenance of international peace and security was primary, but not exclusive.⁵⁶ In another words, although the Security Council has primary responsibility over the maintenance of peace, owing to the United Nations’ aims and purposes, and the growing importance of the General Assembly, it can be concluded, that the former has a complementary responsibility for the maintenance of international peace and security.⁵⁷

The abovementioned bears particular importance to Georgia, as the occupying power, the Russian Federation is a permanent member of the Security Council. This has been the reason for the Security Council’s inability to adopt a document supporting the territorial integrity of Georgia since 2008. Nevertheless, the General Assembly has adopted a number of resolutions recognizing the territorial integrity of Georgia and the right of internally displaced persons to return to their places of residence (separate resolutions will be discussed in chapters 3.2.2 and 4.2). In this case, it should be considered that the obligation of non-recognition was transferred to the UN General Assembly under the notion of the complementary responsibility and, therefore, the documents adopted by it should be regarded as having *erga omnes* nature.

3. OCCUPATION OF GEORGIAN TERRITORIES BY RUSSIA – VIOLATION OF *JUS COGENS* AND *JUS COGENS IN STATU NASCENDI*

3.1. Use of force and certain steps taken towards the annexation of Georgian territories

According to the commentry of the Charter of the United Nations, Article 2(4) concerning the prohibition of threat or use of force forms part of customary international law and *jus cogens*. Therefore, as it is outlined in Article 41(2) of the Articles of Responsibility of States,⁵⁸ the breach of Article 2(4) of the Charter gives rise to the obligation of non-recognition. The case law of international courts and tribunals are important in this regard as well. The ICJ in *Nicaragua case* agreed with the International Law Commission, stating that Article 2(4) is a strong example of *jus cogens* norm.⁵⁹ In *Oil Platforms case* judge Bruno Simma noted that the prohibition of use of force is not only the *jus cogens*, but the general principle of international law as well.⁶⁰ Judge Elaraby in his separate opinion in *the Wall Advisory Opinion* endorsed this point of view.⁶¹

Since July 2008, the situation in Tskhinvali region started to get increasingly exacerbated. Since August 7, 2008 Russian land forces began to invade Abkhazia and Tskhinvali region. On August 8, 2008, Georgian villages and town Gori were bombed by Russian aviation. According to experts, 12,000 Russian military vehicles and the aviation were actively involved in the military operations against Georgia in the Tskhinvali region and about 15,000 troops were deployed in Abkhazia.⁶² According to the report drawn up by the independent fact-finding commission i.e. Tagliavini commission, in August 2008 approximately 25-30 thousand Russian soldiers were involved in the battles supported by 1,200 units of various heavy equipment, 200 aircrafts and more than 40 helicopters.⁶³

Therefore, it is evident that Russia violated Article 2(4) of the UN Charter, that constituted the breach of *jus cogens* norm, which gave rise to the obligation of non-recognition in connection with the abovementioned situation. In addition, it is noteworthy, that Russia's actions neither fell within the ambit of Article 51 of the

Charter, nor in other frameworks set by international law, which will not be discussed in the present paper, due to its limited format.

3.2. Attribution of Responsibility to the Russian Federation for the Acts Committed on the Occupied Georgian Territories

3.2.1. Responsibility of the Occupying Power

Pursuant to Article 7(1) of the Law of Georgia on Occupied Territories, responsibility for violation of universally recognised human rights defined by the Constitution of Georgia in the occupied territories shall be laid on the Russian Federation, under the norms of international law. This being so, the Russian Federation is fully responsible for the activities of the *de facto* authorities of the occupied territories, since it finances and arms the separatists and exercises direct administrative control over the territory and the population. Therefore, a test set by Article 42 of the fourth Hague Convention of 1907, which states that the territory is considered occupied when it is actually under control of the hostile army, is satisfied. The occupation extends only to the territory where such authority has been established and can be exercised.

The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) in the case of *Naletilić* noted that for the purposes of Article 42 of the fourth Hague Convention, establishing *de facto* control over the territory was enough,⁶⁴ which includes not only existent but also potential control.⁶⁵ In this regard, it is also important to outline that the International Court of Justice in the *Armed Activities case*⁶⁶ in addition to territorial control, established the second criterion entailing the existence of the administrative control over the local population.⁶⁷ In connection to Georgia, the report written by the independent fact-finding commission i.e. Tagliavini report denied Russia's assertion that it was not an occupying power.⁶⁸ In particular, the Commission rejected Russia's argument regarding the two elements for establishing the fact of occupation: effective control of the territory and exercising of power over the population. The Commission established that "*Russian forces were in a po-*

sition to ensure public order and safety in the territories they were stationed in, and claim to have undertaken measures in this regard. This contrasts strikingly with what happened on the ground, where there was a serious lack of action by the Russian troops to prevent violations and protect ethnic Georgians”.⁶⁹ Therefore, Russian Federation cannot relieve itself from the obligations imposed upon the occupying power. It is noteworthy, that Tagliaivini commission specified a threshold established in the *Armed Activities case* and narrowly defined the test for the control over the population. Scholars unequivocally agree with such approach, since it makes it possible to protect human rights in the occupied territories and to establish the responsibility of the occupying State in case of violations.⁷⁰

Articles 4(2) and 8 of Articles of Responsibility of States bear special importance since they constitute part of customary international law.⁷¹ according to Article 4(2) “An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State”; as for the Article 8, it focuses on *de facto* organs and notes that “The conduct of a person or group of persons shall be considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct.” According to the opinion of Professor Crawford, when attributing responsibility to States, in order to define *de facto* organs, one must go beyond the definition provided in domestic law, since States should not be given an opportunity to avoid the responsibility and justify their actions by relying on the provisions of their internal law.⁷² The International Court of Justice shares this opinion, however it accords particular importance to the test of “complete dependence”, on the basis of which the State becomes responsible for the actions committed by persons or group of persons (and *de facto* authorities).⁷³ It is important to note, that in practice, attribution of responsibility to a State does not strictly depend on the test of control. In *Yeager Case*,⁷⁴ the “functional test” was introduced, according to which, whether or not a person or an organ was a State entity depended on the functions it carried out.⁷⁵

Therefore, it is evident, that the violations on the occupied territories are fully attributable to the Russian Federation.

Listed below are the grave violations of international law that is attributable to the Russian Federation which also gave rise to the obligation of non-recognition as obligation *erga omnes*. As it was evident in 2008 and today as well, since Georgia is occupied in accordance with the Article 42 of the fourth Hague Convention of 1907 and Russia continues to exercise effective control over the occupied territories, the violations are attributable to the Russian Federation. The finding of the ICC Pre-Trial Chamber with respect to the overall Russian control should be disregarded in light of reasoning presented below since it concerns individual criminal responsibility rather than State responsibility and attribution thereof.

3.2.2. The ongoing “ethnic cleansing” from 1992 to the present day

Ethnic cleansing is not recognized as a separate international crime neither by Rome Statute, nor by any other international instrument. Moreover, there is difference of opinion in legal doctrine concerning whether the ethnic cleansing constitutes a genocide or a crime against humanity.⁷⁶ In the decision of first Pre-trial Chamber of the International Criminal Court concerning a Warrant of Arrest against Al Bashir, the Chamber stated that “the distinction between genocidal intent and persecutory intent is pivotal in cases of ethnic cleansing, a practice consisting of rendering an area ethnically homogenous by using force or intimidation to remove persons of given groups from the area”.⁷⁷ Therefore, this decision indirectly emphasized that ethnic cleansing constituted a crime against humanity.

Definition of ethnic cleansing was provided by the Commission of Experts established by the Secretary-General of the United Nations, in accordance with the Security Council Resolution 780 (1992), in order to examine and analyze grave breaches of Geneva Conventions in former Yugoslav territories, including ethnic cleansing, in the context of the Security Council resolutions 771 (1992) and 180 (1992). The Commission stated that “eth-

nic cleansing is a purposeful policy designed by one ethnic or religious group to remove by violent and terror-inspiring means the civilian population of another ethnic or religious group from certain geographical areas. To a large extent, it is carried out in the name of misguided nationalism, historic grievances, and a powerful driving sense of revenge. This purpose appears to be the occupation of territory to the exclusion of the purged group or groups".⁷⁸ Ethnic cleansing is carried out "by means of murder, torture, arbitrary arrest and detention, extra-judicial executions, rape and sexual assaults, confinement of civilian population in ghetto areas, forcible removal, displacement and deportation of civilian population, deliberate military attacks or threats of attacks on civilians and civilian areas, and wanton destruction of property. Those practices constitute crimes against humanity and can be assimilated to specific war crimes. Furthermore, such acts could also fall within the meaning of the Genocide Convention".⁷⁹

Although, majority of the scholarly opinion considers ethnic cleansing to be a crime against humanity, the UN General Assembly resolution 41/121 of 18 December 1992, regards ethnic cleansing as genocide.⁸⁰

This paper will not go in to detail into discussing whether ethnic cleansing is genocide or crime against humanity, since, because of its *jus cogens in statu nascendi* nature, the ethnic cleansing gives rise to the obligation of non-recognition as the obligation *erga omnes*.⁸¹

It is noteworthy that the prosecutor has repeatedly highlighted the alleged international crimes committed on ethnic grounds in order to initiate investigative actions in the request sent to the Pre-trial Chamber. Although the term "ethnic cleansing" is not found in the text, many examples of crimes against ethnic Georgians are provided, including destruction of property and forcible transfer of population.⁸² Furthermore, the Pre-trial Chamber of the International Criminal Court repeatedly mentioned the crimes committed on ethnic grounds, which, as part of the policy, were directed against ethnic Georgians. For example, the Judgment of 26 January 2016 of the Pre-trial Chamber notes that "The attack targeted mainly ethnic Georgians following a consistent

pattern of deliberate killing, beating and threatening civilians, detention, looting properties and burning houses. The level of organization of the attack is apparent from the systematic destruction of Georgian houses, the use of trucks to remove looted goods, and the use of local guides to identify specific targets".⁸³ Moreover, judge Kovács in his separate opinion once more emphasized the ethnic contexts of the alleged international crimes committed. What is more, he noted that International Criminal Court could potentially adjudicate upon the case of ethnic cleansing.⁸⁴

Therefore, it can be assumed that the International Criminal Court may investigate cases of ethnic cleansing in separate contexts, which will set an important precedent not only for the justice system but also for the interest of the international law.

3.2.3. Ongoing investigation about situation in Georgia in International Criminal Court regarding grave breaches of international humanitarian law

On 27 January 2016, the Pre-trial Chamber of the ICC satisfied the prosecutor's motion to initiate an investigation into the allegedly committed international crimes: the war crimes of wilful killing (article 8(2)(a)(i)) or murder (article 8(2)(c)(i)), destruction of property (article 8(2)(b)(xiii) or 8(2)(e)(xii)) and pillage (article 8(2)(b)(xvi) or 8(2)(e)(v)), and intentionally directing attacks against peacekeepers (article 8(2)(b)(iii)); and (ii) the crimes against humanity of murder (article 7(1)(a)), deportation or forcible transfer of population (article 7(1)(d)) and persecution (article 7(1)(h)).⁸⁵

With respect to war crimes, the Pre-trial Chamber specified that from 1 July to 10 October of 2008, an international armed conflict took place.⁸⁶ Furthermore, it noted that, the qualification of the nature of the conflict is irrelevant since the given war crimes exist in the context of both international and non-international armed conflict.⁸⁷ With regards to the obligation of non-recognition, this approach must be interpreted in manner that these international crimes and relevant episodes constitute a severe violation of the basic humanitarian requirements of international humanitarian law, regardless of

whether it has been committed during an international or non-international armed conflict (as the Pre-trial Chamber held both the international and non-international armed conflicts took place simultaneously,⁸⁸ therefore, the violations of international humanitarian law occurred during both). Thus, the notion of grave breaches defined in *the Wall* and *Nuclear Weapons Advisory Opinions* should not be identified as the “grave breaches” referred to by the ICTY in *Tadic case*, which occur during an international armed conflict.⁸⁹ Rather, in the case at hand, it must be concluded that the violations of international humanitarian law occurred throughout the period of armed conflict, despite the nature of the conflict itself.⁹⁰ Therefore, the obligation of non-recognition as the obligation *erga omnes* is once more relevant in connection with the occupied territories of Georgia and the regime applied thereto.

4. THE IMPORTANCE OF THE CONSEQUENT PRACTICE OF STATES AND INTERNATIONAL ORGANIZATIONS IN CONNECTION WITH THE OBLIGATION OF NON-RECOGNITION

Although, under international law the obligation of non-recognition is of a binding nature, this does not imply that consequent practice of States or international organizations is always in harmony with the above-mentioned doctrine.

The EU practice is noteworthy in this regard. For example, in 2006, the EU signed a Fisheries Partnership Agreement agreement with Morocco. However, the agreement was formulated in such a way that it covered the part of the special economic zone of Western Sahara, which was illegally occupied by Morocco in 1975. In academic circles and European Parliament this was interpreted as legitimation of an illegal act, by which the EU had conceded to the Moroccan jurisdiction over Western Sahara waters.⁹¹ Moreover, although, the EU has not recognized the jurisdiction of Israel over Palestinian occupied territories, the practice indicates, that the trade agreement between the EU and Israel covers the settlements located on the occupied territories of Palestine. This was largely criticised in academic circles as violation of obligation *erga omnes* by the EU.⁹²

In contrast with the abovementioned examples, the European Union as well as the absolute majority of the international community directly expresses support towards Georgia's territorial integrity.⁹³

Occupation of Georgian territories by Russia has been repeatedly condemned by numerous States, such as the USA, Czech Republic, Denmark,⁹⁴ Estonia,⁹⁵ Latvia,⁹⁶ Lithuania,⁹⁷ Netherlands,⁹⁸ Sweden,⁹⁹ Spain, Canada, France, Germany, Italy, Japan, the United Kingdom,¹⁰⁰etc.

4.1. On the Footsteps of Resolution 106 of the US Senate of 30 March 2017 – Stimson's Doctrine

The United States is undoubtedly the largest international ally of independent Georgia. Starting from the first days of independence, the US has been consistently protecting Georgia's sovereignty and territorial integrity, financially, politically and legally. For the purposes of this paper, particular attention is paid to the US Federal Budget Act approved by President Donald Trump on 5 May 2017 and the resolution of the Senate dated 30 March of the same year, which is unprecedented in terms of its political and legal context.

On 30 March 2017, the 115th Congress of the US adopted Resolution S. RES. 106, which once again underlined the support towards Georgia's sovereignty and territorial integrity. However, in the context of international law this document bears utmost importance since it emphasized the importance of Stimson's doctrine. In particular, the resolution states that the US “(1) supports the policy, popularly known as the “Stimson Doctrine”, of the United States to not recognize territorial changes effected by force, and affirms that this policy should continue to guide the foreign policy of the United States; (2) condemns the military intervention and occupation of Georgia by the Russian Federation and its continuous illegal activities along the occupation line in Abkhazia and Tskhinvali region/South Ossetia”.¹⁰¹ Additionally, the resolution stressed the importance of the right of IDPs from the occupied territories to return to their homes.¹⁰²

On 5 May 2017, the US President Donald Trump signed a Budgetary Consolidated Appro-

priations Act,¹⁰³ Section 7070 of which deals with overcoming Russian influence and aggression. This Section condemns Russia's annexation of Crimea as well as occupation of Georgian territories. Sub-paragraph 1 (c) of this Section prescribes that none of the funds appropriated by the Act may be made available for central governments of the countries that have recognized the independence of or have established diplomatic relations with the Georgian territories of Abkhazia and the Tskhinvali Region/South Ossetia occupied by Russia. If such State(s) is granted financial assistance by the US, the US Secretary of State is obliged to terminate such assistance. The section also includes a more general prohibition, *"None of the funds appropriated by this Act may be made available for assistance for the central government of a country that the Secretary of State determines and reports to the Committees on Appropriations has recognized the independence of, or has established diplomatic relations with, the Russian occupied Georgian territories of Abkhazia and Tskhinvali Region/South Ossetia"*.¹⁰⁴

It should be noted, that the US has repeatedly expressed its will to politically support Georgia. A clear example of this is the United States-Georgia Charter on Strategic Partnership,¹⁰⁵ which emphasized the principles of sovereignty and territorial integrity of Georgia. Nevertheless, the Senate resolution of 30 March 2017 and Budgetary Consolidated Appropriations Act, taking into account their political and legal context, should be regarded as unprecedented, since these documents reflected the obligation of non-recognition and elaborated on the legal mechanism of its enforcement.

4.2. Response of International Organizations

By adopting resolutions of 15 May 2018,¹⁰⁶ 5 June 2014,¹⁰⁷ 7 January 2016¹⁰⁸ and 1 June 2017¹⁰⁹ the General Assembly of the United Nations recognized the occupation of Georgian territories by the Russian Federation, and the right of the IDPs from the occupied territories, to return their places of residence. Additionally, the resolution of 15 May 2018 noted that the return of the IDPs should be carried out in the context

of unconditional recognition of Georgia's territorial integrity.

The ongoing military occupation of Russia has also been condemned in 2009 by Resolution 1647 by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, which stated that the international responsibility for human rights violations in these territories rests upon Russia.¹¹⁰ Similar approach is expressed in the following resolutions 1633(2008),¹¹¹ 1647(2009),¹¹² 1801(2011),¹¹³ 1916(2013).¹¹⁴

It is further important that the resolution of the Parliamentary Assembly of 18 December 2014, along with the recognition of the occupation, once again brought up the issue of the ongoing ethnic cleansing (see Section 3.2.2).

The particular attention must be paid to the Association Agreement of 1 July 2016 between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and Georgia, of the other part.¹¹⁵ The preamble of this document reads as follows: Contracting Parties [...] *"RECOGNISING in this context the importance of pursuing the implementation of the Six-Point Agreement of 12 August 2008 and its subsequent implementing measures, of meaningful international presence for maintaining peace and security on the ground, of pursuing mutually supportive non-recognition and engagement policies, of supporting the Geneva International Discussions and of safe and dignified return of all internally displaced persons and refugees in line with principles of international law"* (emphasis added).¹¹⁶

One of the important documents in this regard is the decision of the Committee of Ministers of the Council of Europe of 3 May 2017 and the statement made by the European Union on 19 April 2017.

In the statement of 19 April, the EU directly outlined the illegal nature of the presence of Russian military forces in the occupied territories of Georgia.¹¹⁷

The decision of 3 May 2017 of the Committee of Ministers of the Council of Europe shall be regarded as unprecedented because of its political and legal consequences.¹¹⁸ This document is important not only to strengthen Georgia's position and territorial integrity in the international arena, but also for its contribu-

tion to the development of the doctrine of non-recognition in international law. The paragraph 2 of this decision reads as follows *“the policy and actions of the Russian Federation with regard to the Georgian regions of Abkhazia and Tskhinvali region/South Ossetia, including the conclusion of so-called treaties with the Georgian regions and referendums/elections held, impede peaceful conflict resolution, undermine the ongoing efforts to strengthen security and stability in the region, clearly violate Georgia’s sovereignty and territorial integrity and have no legal validity; reiterated that any illegal act aimed at changing the status of the Georgian regions will have no legal effect; called upon the Russian Federation to stop and reverse this process and to comply with its international law obligations and commitments, including the 12 August 2008 Ceasefire Agreement”* (emphasis added).¹¹⁹

The paragraph 3 of the same document notes that *“Georgia, as the only sovereign State under international law over its regions of Abkhazia and Tskhinvali region/South Ossetia, is still prevented from exercising legitimate jurisdiction over these regions due to the illegal actions of the Russian Federation, including its continuing military presence therein”*.¹²⁰ It also underlined the obligation to protect the rights of the IDPs, including their right to property.¹²¹

The abovementioned documents unconditionally verify the unwavering support for Georgia’s territorial integrity and non-recognition policy, which once again indicates that

the obligation of non-recognition of occupied Georgian territories, has a practical *erga omnes* character.

CONCLUSION

As to the conclusion, following remarks should be summarized: 1) Obligation of non-recognition is part of the well-established customary international law; 2) In order for non-recognition to become the obligation *erga omnes* following conditions should be anticipated: (a) violation of *jus cogens*; or (b) *jus cogens in statu nascendi*; 3) Resolution of UNSC or General Assembly if the situation is same as it was in “Uniting for Peace”. 3) By occupying Georgian territories, Russia has violated *jus cogens* principle prohibiting illegal use of force (*jus ad bellum*) as well as through its military and separatist gangs effectively controlled by them, committed grave breaches of international humanitarian law (*jus in bello*). These contextual circumstances give non-recognition of occupied Georgian territories *erga omnes* nature; 4) Non-recognition of Russian-occupied Georgian territories is upheld by the subsequent practice of international organizations as well as the whole international community; 5) So-called “Namibia exception” should be interpreted in a narrow manner without prejudice of the property rights of Georgian internally displaced persons who suffered ethnic cleansing from separatists backed and effectively controlled by Russian military.

* Giorgi Baghdavdze – LLM in Public International Law (Queen Mary University of London); Master of International Law (Tbilisi State University). The author thanks to Nanuka Kruashvili for translation.

¹ Crawford J. et al. (eds.) (2010) *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, p. 677.

² *Ibid.*, 678.

³ McNair, A. *The Stimson Doctrine of Non-recognition*. British Year Book of International Law, vol.14, 1933, pp. 65-74. Kellogg-Briand Pact was the first international instrument outlawing war. It should be noted that after the Second World War, the Tokyo and Nuremberg Military Tribunals vigorously referred to Kellogg-Briand Pact in order to demonstrate the existence of *opinio juris* in connection with the crime against peace. In this regard see: Cryer R, et al. (2007) *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2007, p. 263; For comparison see: Harriman, E. A. *The Legal Effect of the Kellogg-Briand Treaty*, Boston University Law Review, vol.9, 1929, pp. 239-252.

- ⁴ Talmon S. *The Duty Not to 'Recognize as Lawful' a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation without Real Substance?*, Tomuschat C., Thouvenin J (eds.) (2005) *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Martinus Nijhoff, p. 101 (hereinafter Talmon).
- ⁵ Draft Declaration on the Rights and Duties of States, General Assembly resolution 375 (IV) of 6 December 1949, available at: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/2_1_1949.pdf (all internet sources are last visited on 20 October 2018).
- ⁶ Talmon, *supra*, n.4, p. 102.
- ⁷ Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations, A/RES/25/2625, Resolution adopted by the General Assembly on 24 October 1970, General Assembly – Twenty-fifth Session, p. 122.
- ⁸ *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, ICJ, 22 July 2010, para. 80.
- ⁹ Declaration on the Strengthening of International Security, Resolution adopted by the General Assembly, A/RES/25/2734, 16 December 1970, para. 5, available at: <http://www.un-documents.net/a25r2734.htm>.
- ¹⁰ Definition of Aggression, United Nations General Assembly Resolution 3314 (XXIX), 14 December 1974, Article 5, para. 3, available at: [http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3314\(XXIX\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/3314(XXIX)).
- ¹¹ Conference on Security and Co-operation in Europe Final Act, OSCE, Helsinki 1975, principle 4, available at: <http://www.osce.org/helsinki-final-act?download=true>.
- ¹² Declaration on the Enhancement of the Effectiveness of Principle of Refraining from the Threat or Use of Force in International Relations, A/RES/42/22, Resolution adopted by the General Assembly on 18 November 1970, Article 1, para. 10, available at: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/42/22.
- ¹³ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, ICJ, 21 June 1971 (hereinafter *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia*).
- ¹⁴ Lissitzyn, O. J., *International Law and the Advisory Opinion on Namibia*, Columbia Journal of Transnational Law, vol.11, no.1, 1972, pp. 50-73.
- ¹⁵ Question of South Africa, 2145(XXI), Resolution adopted by the General Assembly on 27 October 1966, available at: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/004/48/IMG/NR000448.pdf?OpenElement>.
- ¹⁶ The Situation in Namibia, S/RES/264(1969), United Nations Security Council Resolution of 20 March 1969, available at: [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/264\(1969\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/264(1969)).
- ¹⁷ The Situation in Namibia, Resolution 276(1970).
- ¹⁸ *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia*, *supra*, n. 14, para. 123.
- ¹⁹ *Ibid*, para. 124.
- ²⁰ *Ibid*, para. 125. Noteworthy that amendments of 6 June 2018 rephrased Article 8 (2) through adding following clarification: "Any Act issued by the organs mentioned in paragraph 1 of this Article is void having no legal results, except if such Act pursuant to Georgian legislation is used for establishment of Georgian citizenship, neutral Identification Document, Neutral passing document, birth, marriage, death certificates, or for the purposes of legitimate residence registration address in Abkhazia and Tskinali Region." It seems that legislator decided to reflect so called *Namibia exception* though it cannot be interpreted in a broad manner. In other words, all possible exceptions are given in a sufficient way and such exception must not cover documents concerning property rights as such interpretation will run contrary to the numerous resolutions adopted by the UN, OSCE, EU etc recognizing property rights of internally displaced persons.
- ²¹ *Ibid*, para. 126.

- ²² *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ, 2004 (hereinafter *Wall*).
- ²³ Illegal Israeli actions in Occupied East Jerusalem and the rest of the Occupied Palestinian Territory, A/RES/ES-10/14, Resolution adopted by the General Assembly on 8 December 2003, available at: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/ES-10/14.
- ²⁴ Regarding *the Wall* Advisory Opinion see: Pipia, S., *The Scope of Authority of Occupying Power in Administering Occupied Territories*, TSU, 2016, Disserationion, available at: http://press.tsu.ge/data/image_db_innova/disertაციები_samartali/saba_fifia.pdf.
- ²⁵ Evans, M., Breau, S.C. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory: Advisory Opinion*, International and Comparative Law Quarterly, vol.54, no.4, 2005, pp. 1003-1013.
- ²⁶ A/RES/ES-10/14, *supra*, n. 23, para. 159.
- ²⁷ Pipia, *supra* note 24, pp. 180-181.
- ²⁸ Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II (Part Two).
- ²⁹ Draft articles on the responsibility of international organizations, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, 2011, vol. II, Part Two.
- ³⁰ Draft Articles on State Responsibility with Commentaries Thereto, Adopted by The International Law Commission on First Reading, January 1997, available at: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_1996.pdf. In this context, Professor Gerry Simpson notes that in the new version of Articles on Responsibility of States no longer makes reference to the criminal responsibility of States. Such actions nevertheless, lead to indirect political liability of a State. See: Simpson G (2004) *Great Powers and Outlaw States: Unequal Sovereigns in the International Legal Order*, Cambridge University Press, pp. 278-316.
- ³¹ Jennings R., Watts A. (eds.) (2008) *Oppenheim's International Law: Volume 1 Peace* (9th edition), Oxford University Press, pp. 502-503.
- ³² *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Belgium v. Spain, Judgment, ICJ, 5 February 1970, para. 33 (hereinafter *Barcelona Traction*).
- ³³ *Case Concerning East Timor, Portugal v. Australia*, Judgment, ICJ, 30 June 1995, para. 29.
- ³⁴ *Wall*, paras. 155-160.
- ³⁵ *Barcelona Traction*, *supra*, n. 32, para. 34.
- ³⁶ Tams C. J., Sloan J. (eds.) (2013) *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford University Press, pp. 83-85.
- ³⁷ Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969.
- ³⁸ Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, 1986.
- ³⁹ Brownlie I. (2002) *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford University Press, pp. 67-72.
- ⁴⁰ There are primary and secondary norms under international law. The former commands a certain behaviour and latter prescribes a sanction for the violation of the first norm. see: Gourgourinis, A. *General/Particular International Law and Primary/Secondary Rules: Unitary Terminology of a Fragmented System*, European Journal of International Law, vol.22, no.4, 2011, pp. 993-1026.
- ⁴¹ Oliver, C., Pierre, K. (eds.), (2011) *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary*, Oxford University Press, p. 1231.
- ⁴² Separate Opinion of Judge Kooijmans, *Wall*, *supra*, n. 22, para. 41.
- ⁴³ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ, 8 July 1996, para. 79.
- ⁴⁴ *Wall*, *supra*, n. 22, para. 157.
- ⁴⁵ Moerenhout, T., *The Consequence of the UN Resolution on Israeli Settlements for the EU: Stop Trade with Settlements*, 2017, available at: <https://www.ejiltalk.org/the-consequence-of-the-un-settlements-resolution-for-the-eu-stop-trade-with-settlements/>.
- ⁴⁶ Henckaerts, J. *The Grave Breaches Regime as Customary International Law*, Journal of International Criminal Justice, vol.7, no.4, 2009, pp. 683-702.

- ⁴⁷ Chandrahasan, N. *The Continuing Relevance of Customary International Law in the Development of International Humanitarian Law*, Sri Lanka Journal of International Law, vol.21, no.2, 2009, pp. 55-70.
- ⁴⁸ Moerenhout, T., *The Obligation to Withhold from Trading in Order Not to Recognize and Assist Settlements and Their Economic Activity in Occupied Territories*, Journal of International Humanitarian Legal Studies, vol. 3, no.2, 2012, pp. 344-386.
- ⁴⁹ Aleksidze L. (2010)*Modern International Law*, Tbilisi, pp. 109-110.
- ⁵⁰ Simma B., et al., (eds.) (2012)*The Charter of the United Nations: A Commentary, Volume I (3rd Edition)*, Oxford University Press, p. 1276.
- ⁵¹ d'Aspremont J. (2011) *Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*, Oxford University Press, pp. 190-191.
- ⁵² Crawford J. et al. (eds.) (2010) *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, p. 677.
- ⁵³ Klabbers, J. *Kadi Justice at the Security Council?* International Organizations Law Review, 2003, pp. 293-304.
- ⁵⁴ Uniting For Peace, A/RES/377(V), United Nations General Assembly Resolution of 3 November 1950.
- ⁵⁵ *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)*, Advisory Opinion, ICJ, 20 July 1962.
- ⁵⁶ *Ibid*, para. 166.
- ⁵⁷ Hossain, K. *The Complementary Role of the United Nations General Assembly in Peace Management*, Review of International Law and Politics, vol.4, no.13, 2008, pp. 77-94.
- ⁵⁸ Simma B., et al., (eds.) (2012)*The Charter of the United Nations: A Commentary, Volume I (3rd Edition)*, Oxford University Press, p. 231.
- ⁵⁹ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. The United States of America)*, Judgment on Merits, ICJ, 27 June 1986, para. 190.
- ⁶⁰ Separate Opinion of Judge Simma, *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, ICJ, 6 November 2003, paras. 6, 9.
- ⁶¹ Separate opinion of Judge Elaraby, *Wall, supra, n. 22*, para. 3.1.
- ⁶² Report of the Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia (IIFFMCG), vol. II, p. 216.
- ⁶³ *Id.*
- ⁶⁴ *Prosecutor v. Naletilić & Martinović*, Judgment, ICTY, IT-98-34-T, 1 March 2003, paras. 216-217.
- ⁶⁵ *Ibid*, para. 217.
- ⁶⁶ *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, ICJ Reports 2005.
- ⁶⁷ *Ibid*, para. 173.
- ⁶⁸ IIFFMCG, *supra, n. 62*, p. 308.
- ⁶⁹ *Ibid*, p. 373.
- ⁷⁰ Benvenisti E. (2012) *The International Law of Occupation (2nd ed.)*, Oxford University Press, pp. 49-50+.
- ⁷¹ *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Judgment, ICJ, 26 February 2007, paras. 388, 398 (hereinafter-*Genocide Case*).
- ⁷² Crawford J. et al. (eds.) (2010) *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, p. 243.
- ⁷³ *Genocide Case, supra, n. 71*, § 392.
- ⁷⁴ *Yeager v. Islamic Republic of Iran*, 1987, 17 Iran-US CTR 92.
- ⁷⁵ Palchetti P. *De Facto Organs of a State*, Wolfrum R. (ed.) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, para. 10.
- ⁷⁶ See for example, Schabas W. A. *'Ethnic Cleansing' and Genocide: Similarities and Distinctions*, European Yearbook of Minority Issues, vo.3, 2003, pp. 109-128.

- ⁷⁷ *Al Bashir* (ICC-02/05-01/09), Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, 4 March 2009, para. 143; See also Schabas W A. (2016) *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute (2nd edition)*, Oxford University Press, p. 179.
- ⁷⁸ United Nations Commission on Breaches of Geneva Law in Former Yugoslavia, para. 130 (available at: <http://archive.li/NAqLL#selection-203.0-203.72>).
- ⁷⁹ Letter Dated 24 May 1994 from the Secretary-General to the President of the Security Council, S/1994/674 27, May 1994, para. 129 (available at: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/1994/674).
- ⁸⁰ The situation in Bosnia and Herzegovina, A/RES/47/121, General Assembly Resolution of 18 December 1992, available at: <http://www.un.org/documents/ga/res/47/a47r121.htm>.
- ⁸¹ In this regard see Alexidze, L. (2012) *Kosovo and South Ossetia: Similar or Different? Consequences for International Law*, Baltic Yearbook of International Law Online, vol.12, no.1., where Professor Aleksidze discusses in detail the events of ethnic cleansing in Georgia in the context of people's right to self-determination and mentions every relevant resolution where international community recognized the commission of this crime against the Georgian population.
- ⁸² Prosecution's request for authorization to investigate Situation in and around South Ossetia, Georgia, ICC-01/15-4-Corr2, 13 October 2015, paras. 131, 133, 134 etc.
- ⁸³ Situation in Georgia, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/15, Decision of 27 January 2016, para. 20 (available at: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_00608.PDF).
- ⁸⁴ Separate Opinion of Judge Péter Kovács, PTC-I, 27 January 2016, para. 45).
- ⁸⁵ Situation in Georgia, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/15, Decision of 27 January 2016, para. 7.
- ⁸⁶ *Ibid*, para. 27.
- ⁸⁷ *Ibid*, para. 28.
- ⁸⁸ *Ibid*, para. 11.
- ⁸⁹ Sassoli M, *et al. How Does Law Protect In War? (3rd edition)*, Vol. III, Case no.211, para. 78.
- ⁹⁰ In connection of the regime of 'grave breaches' and conflict classification see: Eboe-Osuji C., 'Grave Breaches' as War Crimes: Much Ado about... 'Serious Violations'? available at <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/827EE9EC-5095-48C0-AB04-E38686EE9A80/283279/GRAVEBREACHESMUCHADOABOUTSERIOUSVIOLATIONS.pdf>.
- ⁹¹ Milano, E. *The Doctrine(s) of Non-Recognition Theoretical Underpinnings and Policy Implications in Dealing with De Facto Regimes*, p. 7, available at: <http://esil-sedi.eu/wp-content/uploads/2018/04/Agora-3-Milano.pdf>.
- ⁹² Moerenhout, T., *The Consequence of the UN Resolution on Israeli Settlements for the EU: Stop Trade with Settlements*, 2017, available at: <https://www.ejiltalk.org/the-consequence-of-the-un-settlements-resolution-for-the-eu-stop-trade-with-settlements/>.
- ⁹³ Resolution 1647(2009) "Implementation of Resolution 1633(2008) on the consequences of the war between Georgia and Russia" of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE), paragraph 7; "European Parliament Resolution on the Negotiations of the EU-Georgia Association Agreement", 17 November 2011, European Parliament, paragraph F.
- ⁹⁴ AS (2014) CR 32, available at: <http://assembly.coe.int/Documents/Records/2014/E/1410011000E.htm>.
- ⁹⁵ For example, see, the statement of 25 August 2014 issued by the Ministry of Foreign Affairs of Estonia: <http://vm.ee/en/news/estonia-considers-so-called-presidential-elections-abkhazia-illegal>.
- ⁹⁶ Georgian Allies Condemn South Ossetian Referendum and Elections. available at: <http://georgiatoday.ge/news/6304/Georgia>.
- ⁹⁷ For example, resolution of 1 June 2010 of Latvian Saeima about situation in Georgia, available at: <http://www.parliament.ge/en/media/axali-ambebi/resolution-on-the-situation-in-georgia-24496.page>.

- ⁹⁸ Autumn session: decision-making process concerning credentials and voting, available at: <http://website-pace.net/web/apce/plenary-session>.
- ⁹⁹ Committee of Ministers Minutes, CoE, 121st Session, 10-11 May 2011, CM(2011)PV-Add 1, available at: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805ccc9f.
- ¹⁰⁰ See: Joint Statement on Georgia by Foreign Ministers of Canada, France, Germany, Italy, Japan, the United States and the United Kingdom, August 27, 2008, available at: <https://2001-2009.state.gov/r/pa/prs/ps/2008/aug/108941.htm>.
- ¹⁰¹ Expressing the sense of the Senate to support the territorial integrity of Georgia, S. RES. 106, The Senate of the United States, March 30, 2017, 115th Congress, 1st Session, available at: <https://www.congress.gov/115/bills/sres/106/BILLS-115sres106is.pdf>.
- ¹⁰² *Ibid.*
- ¹⁰³ Consolidated Appropriations Act, 2017, H.R.244 — 115th Congress, available at: <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/house-bill/244/text>. Similar approach was taken in the document adopted in 2018.
- ¹⁰⁴ *Ibid.*, Section 7070, para. “c”, subpara. 2.
- ¹⁰⁵ The United States-Georgia Charter on Strategic Partnership, January 9, 2009, available at: <https://www.state.gov/p/eur/rls/or/121029.htm>.
- ¹⁰⁶ Status of internally displaced persons and refugees from Abkhazia, Georgia, A/RES/62/249, UN General Assembly Resolution of 15 May 2008, available at: <https://www.un.org/press/en/2008/ga10708.doc.htm>.
- ¹⁰⁷ Text Recognizing Right of Internally Displaced, Refugees from Georgia’s Abkhazia, Tskhinvali Regions to Return Home, GA/11514, General Assembly Resolution of 5 June 2014, available at: <https://www.un.org/press/en/2014/ga11514.doc.htm>.
- ¹⁰⁸ Resolution Recognizing Right of Return for Refugees, Internally Displaced Persons in Georgia, Regardless of Ethnicity, GA/11785, General Assembly Resolution of 7 June 2016, available at: <https://www.un.org/press/en/2016/ga11785.doc.htm>.
- ¹⁰⁹ Resolution Recognizing Right of Return for Refugees, Internally Displaced Persons in Georgia, No Matter Their Ethnicity, GA/11919, General Assembly Resolution of 1 June 2017, available at: <https://www.un.org/press/en/2017/ga11919.doc.htm>.
- ¹¹⁰ CoE Parliamentary Assembly Resolution 1647 (2009) on the Implementation of Resolution 1633 (2008) on the consequences of the war between Georgia and Russia.
- ¹¹¹ “The consequences of the war between Georgia and Russia”, 1633 (2008)
- ¹¹² Resolution 1647 (2009) “Implementation of Resolution 1633 (2008) on the consequences of the war between Georgia and Russia”, Resolution 1648 (2009) “The Humanitarian Consequences of the War between Georgia and Russia”
- ¹¹³ 1801 (2011) “On Honoring of Obligations and Commitments by Georgia” of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE);
- ¹¹⁴ Resolution 1916 (2013) “Georgia and Russia: the Humanitarian Situation in the Conflict and War-affected Areas”, Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE).
- ¹¹⁵ Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and Georgia, of the other part; available in Georgian, available at: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=CELEX:22014A0830\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=CELEX:22014A0830(02)).
- ¹¹⁶ *Ibid.*, preamble.
- ¹¹⁷ EU Local Statement on the Secretary General’s 15th Consolidated report on the conflict in Georgia, Strasbourg, 19/04/2017, available at: https://eeas.europa.eu/delegations/council-europe/24837/eu-local-statement-secretary-general%E2%80%99ss-15th-consolidated-report-conflict-georgia_en.
- ¹¹⁸ Council of Europe, Committee of Ministers, CM/Del/Dec(2017)1285/2.1, Ministers’ Deputies Decision of 3 May 2017, available at: https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=090000168070ec0b.
- ¹¹⁹ *Ibid.*, para. 2.
- ¹²⁰ *Ibid.*, para. 3.
- ¹²¹ *Ibid.*, para. 6.

ექსტრატერიტორიული თავდაცვის უფლება დამოუკიდებლად მოქმედი არასახელმწიფო სუბიექტების წინააღმდეგ: ძალის გამოყენების ლეგიტიმური თუ ლეგალური ფორმა?

აბსტრაქტი

შეუძლია თუ არა სახელმწიფოს, გამოიყენოს თავდაცვის უფლება სხვა სახელმწიფოს ტერიტორიიდან მოქმედი არასახელმწიფო სუბიექტების წინააღმდეგ, როდესაც ამ უკანასკნელს არ შეუძლია ან არ სურს თავისი ტერიტორიიდან განხორციელებული ასეთი ქმედებების აღკვეთა? სახელმწიფოთა პრაქტიკა აჩვენებს, რომ მიუხედავად ფორმალური სამართლებრივი დაბრკოლებებისა, შეთანხმებული სამართალდაცვითი ოპერაციების ნაცვლად დაზარალებული სახელმწიფოები ცალმხრივად მიმართავენ ექსტრატერიტორიული თავდაცვის უფლებას. ნაშრომი ცდილობს აჩვენოს, რომ ასეთი პრაქტიკა აღარ არის უკანონო, ცდება „საპატიებელი“ (ლეგიტიმური) ქმედების კატეგორიას და შეიძლება მიჩნეულ იქნას საერთაშორისო სამართლით ნებადართულ (ლეგალურ) ძალის გამოყენების ფორმად.

საკვანძო სიტყვები: ექსტრატერიტორიული თავდაცვა | 51-ე მუხლი | დამოუკიდებლად მოქმედი არასახელმწიფო სუბიექტები | „შეუძლებლობის და სურვილის არქონის“ ტესტი | მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლო | გაეროს უშიშროების საბჭო | რეზოლუციები 1368 და 1373

შესავალი

ბოლო პერიოდში განსაკუთრებით გაიზარდა საერთაშორისო ორგანიზებული ტერორიზმის საფრთხე, რომელმაც გლობალური სახე მიიღო და სახელმწიფოთა ეროვნული უსაფრთხოების ერთ-ერთ მთავარ გამოწვევად იქცა. ამის კლასიკური მაგალითია 2001 წლის 11 სექტემბრის მოვლენები (შემდგომში – 9/11) ამერიკის შეერთებულ შტატებში, რომელმაც მნიშვნელოვნად შეცვალა ტერორიზმის მიმართ საერთაშორისო საზოგადოების დამოკიდებულება.

სახელმწიფოები ასეთი ჯგუფების წინააღმდეგ ექსტრატერიტორიული ძალის¹ გამოყენების სამართლებრივ საფუძვლად უთითებენ გაერთიანებული ერების (შემდგომში – გაერო) ქარტიის 51-ე მუხლს. პრობლემა მდგომარეობს იმაში, რომ ამ მუხლის გავრცელებული ინტერპრეტაციის თანახმად, თავდაცვის უფლების გამოყენება შეზღუდულია მხოლოდ სახელმწიფოთაშორისი შეიარაღებული თავდასხმებით, რაც სახელმწიფოებს უზღუდავს თავდაცვითი ძალის გამოყენებას უშუალოდ არასახელმწიფო სუბიექტების წინააღმდეგ.²

ნაშრომის მიზანია, შეაფასოს და დაადგინოს, თუ რამდენად ითვისისწინებს ერთი მხრივ, გაეროს ქარტიის 51-ე მუხლი და

მეორე მხრივ, საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართალი თავდაცვის უფლების გამოყენებას დამოუკიდებლად მოქმედი არასახელმწიფო სუბიექტების წინააღმდეგ.³ წინამდებარე ნაშრომი სახელმწიფოთა მზარდი პრაქტიკის, ასეთ პრაქტიკაზე საერთაშორისო საზოგადოების პოზიციისა და სასამართლო გადაწყვეტილებების ანალიზის მეშვეობით შეეცდება აჩვენოს, რომ საერთაშორისო სამართალი არ მოითხოვს 51-ე მუხლის მხოლოდ სახელმწიფოთაშორის კონტექსტში გამოყენებას, რადგან ასეთი ვინრო განმარტება ვეღარ პასუხობს თანამედროვე გამოწვევებს და არ შეესაბამება სახელმწიფოთა თანამედროვე პრაქტიკას. შესაბამისად, ნაშრომი ეცდება პასუხი გასცეს დასმულ კითხვას და აჩვენოს, რომ დღევანდელი მდგომარეობით, დამოუკიდებლად მოქმედი არასახელმწიფო სუბიექტების წინააღმდეგ ექსტრატერიტორიული თავდაცვის უფლების გამოყენება შეიძლება მივიჩნიოთ ძალის გამოყენების ლეგალურ, ანუ პოზიტიური საერთაშორისო სამართლით ნებადართულ ფორმად.

ნაშრომის არგუმენტაცია მოცემულია სამი ძირითადი მიმართულებით: 1) გაანალიზებული იქნება სახელმწიფოთა ბოლოდროინდელი პრაქტიკა და საერთაშორისო საზოგადოების რეაქცია ექსტრატერიტორიული

თავდაცვის კუთხით, მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლოს (შემდგომში – სასამართლო) გადანყვეტილებები, გაეროს უშიშროების საბჭოს რეზოლუციები, მეცნიერთა შეხედულებები, რათა დადგინდეს, რომ დღეს, ამ ყველაფრის საფუძველზე, საერთაშორისო სამართალში აშკარად შეიმჩნევა ძალის გამოყენების აღნიშნული ფორმის ლეგალიზების ტენდენცია. 2) განხილული იქნება ქარტიის 2(4)-ე და 51-ე მუხლების ურთიერთმიმართება, რათა ნაჩვენები იქნას, რომ აღნიშნულ მუხლებს შორის არ არის მხოლოდ „აკრძალვა-გამონაკლისის“ ურთიერთმიმართება და 51-ე მუხლი წარმოადგენს ძალის გამოყენების დამოუკიდებელ სამართლებრივ საფუძველს. შესაბამისად, ის განხილულ უნდა იქნეს 2(4)-ე მუხლის შინაარსობრივი ელემენტებისგან დამოუკიდებლად, როგორც ავტონომიური რეჟიმი და *a priori* არ უნდა შეიზღუდოს გაეროს ქარტიის „სახელმწიფოთაშორისი“ ბუნებით. ასევე, გამოკვლეული იქნება თავდაცვის უფლების ფარგლები *ratione personae* საერთაშორისო ჩვეულებით სამართალში და მოხდება გაეროს ქარტიითა და საერთაშორისო ჩვეულებით სამართალში არსებული თავდაცვის უფლების ფარგლების შედარებითი ანალიზი და მათი ურთიერთზეგავლენის შეფასება. 3) გაანალიზებული იქნება სუვერენიტეტის თანამედროვე გაგება, როგორც კონკრეტული ვალდებულებების საფუძველი სახელმწიფოსთვის. რადგან ძალის გამოყენების ამ ფორმის მთავარი პრობლემა არის ის, რომ *de facto* ინვესს მეორე სახელმწიფოს სუვერენიტეტის ხელყოფას, „შეუძლებლობის ან სურვილის არქონის“ ტესტის დახმარებით ნაჩვენები იქნება, რომ დღეს თავდასხმის ადრესატ სახელმწიფოს არ აქვს „თმენის ვალდებულება“, როდესაც ტერიტორიულ სახელმწიფოს⁴ არ სურს ან არ შეუძლია თავის ტერიტორიაზე მოქმედი სუბიექტების გაკონტროლება.

1. „*ლეგალიზების*“ და „*ლეგიტიმურობის*“ ურთიერთმიმართება საერთაშორისო სამართალში კუთხითარული ინტერვენციის გაბალირება

ნაშრომის ამ ნაწილში, კოსოვოში განხორციელებული ჰუმანიტარული ინტერვენციის მაგალითზე, მოკლედ იქნება ნაჩვენები „ლე-

გალურობისა“ და „ლეგიტიმურობის“ ურთიერთმიმართება ძალის გამოყენების ქრილში. იქედან გამომდინარე, რომ ნაშრომის მიზანია, დაადგინოს ექსტრატერიტორიული თავდაცვის სტატუსი თანამედროვე საერთაშორისო სამართალში – წარმოადგენს ის ძალის გამოყენების ლეგიტიმურ თუ ლეგალურ ფორმას – მიზანშეწონილია, მოხდეს ამ ცნებების დამოკიდებულების ილუსტრაცია ძალის გამოყენების კონტექსტში.

1999 წელს კოსოვოში განხორციელებული ჰუმანიტარული ინტერვენციის⁵ დასასაბუთებლად ნატოს წევრებმა პოზიტიური საერთაშორისო სამართლიდან აქცენტი გადაიტანეს დოქტრინაზე – „არალეგალური, მაგრამ ლეგიტიმური“.⁶ ნატოს ეს მიდგომა ეფუძნება პრეზუმფციას, რომ ცალმხრივი ინტერვენცია იყო არალეგალური, მაგრამ ლეგიტიმური. ასეთი მიდგომის არსი მდგომარეობს იმაში, რომ ზოგჯერ საერთაშორისო სამართლის სუბიექტმა უნდა იმოქმედოს პოზიტიური საერთაშორისო სამართლის ჩარჩოებს გარეთ, რომელიც აშკარად არალეგალურია, მაგრამ შეიძლება გამართლდეს სხვადასხვა ფაქტორის არსებობით.⁷ ასეთ შემთხვევაში, ინტერვენცია კოსოვოში და, ზოგადად, ძალის გამოყენება ხდება „საპატიებელი“.⁸ ანალოგიური მიდგომა ჩამოაყალიბა გაეროს გენერალურმა მდივანმა კოფი ანანმაც, რომელმაც კოსოვოში ნატოს ოპერაციის დაწყების დღეს, 1999 წლის 24 მარტს განაცხადა: „დგება დრო, როდესაც ძალის გამოყენება შეიძლება იყოს ლეგიტიმური მშვიდობის დასამყარებლად, „მიუხედავად ამისა“, უშიშროების საბჭო უნდა იყო ჩართული ძალის გამოყენების ნებისმიერ გადანყვეტილებაში“.⁹

მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლომ უარი განაცხადა, ემსჯელა ამ საკითხზე,¹⁰ ეს საკითხი განხილულ იქნა სხვა საერთაშორისო ფორუმების მიერ, როგორცაა საერთაშორისო დამოუკიდებელი კომისია კოსოვოსთვის (Independent International Commission for Kosovo – IICK) და საერთაშორისო კომისია ინტერვენციისა და სახელმწიფო სუვერენიტეტის შესახებ (International Commission on Intervention and State Sovereignty – ICISS). IICK-ის შეფასების მიხედვით, „დიპლომატიამ ვერ მოახერხა სათანადო შედეგების [კოსოვოელების დაცვა] მიღწევა, რამაც დატოვა არჩევანი უმოქმედობას ან ნატოს ეგიდით

სამხედრო ოპერაციის დაწყებას შორის“.¹¹ IICK-მ ოპერაცია შეაფასა ლეგიტიმურად, თუმცა არალეგალურად. გარდა ამისა, IICK-მ გასცა რეკომენდაცია, რომ „სიცარიელე ლეგალურობასა და ლეგიტიმურობას შორის“ უნდა შევსებულიყო გაეროს ქარტიიდან და გენერალური ასამბლეის გადაწყვეტილებებიდან გამომდინარე პრინციპების ჩარჩოთი. თუმცა, ამ დროს არ არსებობდა ასეთი სამართლებრივი ჩარჩო.¹²

„სიცარიელეს ლეგალურობასა და ლეგიტიმურობას შორის“ ასევე შეეხო ICISS, კიდევ ერთი საერთაშორისო ორგანო. ICISS დაფუძნდა გაეროს დამხმარე ორგანოდ და ცნობილია საერთაშორისო სამართლის ახალი კონცეფციის – „დაცვის პასუხისმგებლობის“ შექმნით. ICISS-ის ანგარიშის შესაბამისი ნაწილის თანახმად, აღიარებულ იქნა უშიშროების საბჭოს, როგორც ძალის გამოყენებაზე გადაწყვეტილების მიმღები ყველაზე მიზანშეწონილი ორგანოს როლი, თუმცა, ICISS-მ აღნიშნა, რომ „სახელმწიფოებმა შეიძლება არ გამოიცილონ სხვა საშუალებები, რათა გაუმკლავდნენ სიტუაციის სიმძიმესა და გადაუდებელ ხასიათს“.¹³ ანგარიშის ბოლოს, ICISS-მ, ჰუმანიტარული ინტერვენციის კონტექსტში, აშკარად დაუჭირა მხარი დოქტრინას – „არალეგალური, მაგრამ ლეგიტიმური“.

მიუხედავად იმისა, რომ ტერმინი „ლეგიტიმურობა“ საერთაშორისო სამართლის იურისტისთვის შეიძლება ჟღერდეს პოლიტიკურ, ფილოსოფიურ ან თეოლოგიურ კატეგორიად, ამ პასაჟებიდან ცხადია, რომ ლეგიტიმურობა ძალის გამოყენების საერთაშორისო სამართალში წარმოადგენს შეფასებას ქმედებისას, რომლის სამართლებრივი საფუძველი არ არსებობს პოზიტიურ საერთაშორისო სამართალში (ნატოს ჰუმანიტარული ინტერვენციის მსგავსად), თუმცა, ეს ქმედება, სხვადასხვა ფაქტორების გამო, ხდება „საპატიებელი“.¹⁴ ხოლო ლეგალურია ქმედება, რომლის დასაბუთებაც შესაძლებელია საერთაშორისო სამართლის უკვე არსებული ნორმის საფუძველზე, იქნება ეს საერთაშორისო სახელმეკრულებო თუ საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართლის ნორმა.

ნაშრომის მიერ წამოჭრილი საკითხი განხილული იქნება სწორედ ამ ურთიერთმიმართების ფარგლებში.

2. ევოლუცია სახელმწიფოთა პრაქტიკაში: შეთანხმებული სამართალდაცვითი თანაშრომლობიდან თავდაცვითი ძალის ცალმხრივი გამოყენებისკენ

ნაშრომის მოცემულ ნაწილში წარმოდგენილი სახელმწიფოთა პრაქტიკა აჩვენებს, რომ თანამედროვე ტერორიზმის და ზოგადად, არასახელმწიფო ჯგუფების წინააღმდეგ ბრძოლამ საერთაშორისო სამართალდაცვითი თანამშრომლობის სფეროდან გადაინაცვლა ძალის გამოყენების საერთაშორისო სამართლის, კერძოდ კი თავდაცვის უფლების სფეროში.

მოცემული პრაქტიკა მიმოიხილავს არასახელმწიფო სუბიექტების წინააღმდეგ თავდაცვითი ძალის გამოყენების შემთხვევებს და სახელმწიფოების მიერ მითითებულ სამართლებრივ დასაბუთებას, ასევე, საერთაშორისო საზოგადოების რეაქციას სახელმწიფოთა ასეთ მოქმედებებზე და მითითებულ სამართლებრივ საფუძველზე, რათა შესაძლებელი გახდეს ასეთი პრაქტიკის ანალიზი საერთაშორისო სამართლის კუთხით და იმის დადგენა, რომ ექსტრატერიტორიული თავდაცვის უფლება დამოუკიდებლად მოქმედი არასახელმწიფო სუბიექტების წინააღმდეგ დღევანდელი მდგომარეობით, სახელმწიფოთა აღქმაში წარმოადგენს გაეროს ქარტიის 51-ე მუხლის და, ზოგადად, თავდაცვის უფლების გამოყენების ერთ-ერთ ნებადართულ და ლეგალურ ფორმას.

არასახელმწიფო სუბიექტების, განსაკუთრებით ტერორისტების წინააღმდეგ ბრძოლა, ტრადიციულად, აღიქმებოდა ეროვნული სამართალდაცვითი სფეროს ღონისძიებად იმ შემთხვევაშიც კი, როცა ასეთი ღონისძიება მიმართული იყო ტრანსსასაზღვრო ტერორისტული ან არარეგულარული ჯგუფების აქტივობების მიმართ. ტერორისტები განიხილებოდნენ სისხლის სამართლის დამრღვევებად და ასეთი ანტიტერორისტული მოქმედებების საერთაშორისო ელემენტი შემოიფარგლებოდა მხოლოდ ტრანსნაციონალური პოლიციური თანამშრომლობით.¹⁵

ეს მიდგომა რადიკალურად შეცვალა აშშ-ის სავაჭრო ცენტრზე თავდასხმამ. შესაბამისად, საკითხმა – უფლებამოსილია თუ არა სახელმწიფო გამოიყენოს ქარტიის 51-ე მუხლით გათვალისწინებული თავდაცვის

უფლება არასახელმწიფო სუბიექტების წინააღმდეგ? – განსაკუთრებული მნიშვნელობა შეიძინა 2001 წლის 11 სექტემბრის მოვლენების საპასუხოდ აშშ-ის მიერ ავღანეთში დაწყებული სამხედრო ოპერაციის შემდეგ.¹⁶

2.1. 2001 წლის 11 სექტემბერი: გარდამტეხი თარიღი სახელმწიფოთა პრაქტიკაში და *jus ad bellum*-ის ახლებურ ნორმატიულ გააზრებაში

აშშ-ის 2001 წლის 11 სექტემბრის მოვლენებამდე არსებობდა გაბატონებული შეხედულება, რომლის მიხედვით არასახელმწიფო სუბიექტის წინააღმდეგ თავდაცვითი ძალის გამოყენება სახელმწიფოს შეეძლო მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ მისი ქმედება მიენერებოდა სხვა სახელმწიფოს.¹⁷ შესაბამისად, თავდაცვის უფლების რეალიზება ხდებოდა მხოლოდ სახელმწიფოთაშორის კონტექსტში.

თუმცა, ამ მოვლენებმა აიძულა სახელმწიფოები და საერთაშორისო ორგანიზაციები, გადაეფასებინათ კონცეფცია იმის შესახებ, რომ მხოლოდ სახელმწიფოებს შეუძლიათ შეიარაღებული თავდასხმების განხორციელება, რომელიც გამოიწვევდა საპასუხო თავდაცვითი ძალით რეაგირების საჭიროებას. თუ არასახელმწიფო სუბიექტები განახორციელებენ თავდასხმების სერიას ან ერთჯერად მასშტაბურ თავდასხმას, როგორც იყო 9/11, რომელიც გამოიწვევს მძიმე შედეგებს, მაშინ ნებადართული უნდა იყოს თავდაცვის უფლების გამოყენება.¹⁸

9/11-ის საპასუხოდ, 2001 წლის 7 ოქტომბერს აშშ და მისი კოალიციური მოკავშირეები თავს დაესხნენ ალ-ქაიდას ავღანეთში. საერთაშორისო საზოგადოებამ არა თუ დაგმო აღნიშნული ოპერაცია, არამედ ბევრმა სახელმწიფომ გამოსატყა წერილობითი და ზეპირი მხარდაჭერა. ამ მოვლენამ მნიშვნელოვნად შეცვალა *jus ad bellum*-ის აღქმა სამართლებრივ სფეროში.¹⁹

უშიშროების საბჭომ მიიღო ორი მნიშვნელოვანი რეზოლუცია (რეზოლუცია 1368 და რეზოლუცია 1373), რომლებმაც ტერორისტული აქტი დააკვალიფიცირა „თავდასხმად“, რომელიც წარმოადგენდა „საფრთხეს საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების წინააღმდეგ „და აღიარა“ ინდივიდუალური და კოლექტიური თავდაცვის თანდაყოლილი უფლება ქარტიის შესაბამისად“.²⁰ ამ რეზოლუციაში მნიშვნელოვანია ის, რომ უშიშ-

როების საბჭომ საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების წინააღმდეგ საფრთხის შექმნისთვის პასუხისმგებლობა არ დააკისრა არც ერთ სახელმწიფოს. ამას ემატება ის ფაქტი, რომ თავდაცვის უფლებაზე საუბრისას რეზოლუციაში მოცემული უფლება ნახსენებია ზოგადად და სახელმწიფოთაშორისი კონტექსტისგან დამოუკიდებლად.²¹ სამხედრო ოპერაციების შესახებ უშიშროების საბჭოსადმი წარდგენილ მოხსენებაში კი აშშ-მა მიუთითა თავდაცვის უფლებაზე როგორც ორგანიზაციების, ისე – სახელმწიფოების წინააღმდეგ,²² მან ოპერაციები დაიწყო არა უშუალოდ ავღანეთის, არამედ – მის ტერიტორიაზე განლაგებული „ალ-ქაიდას ტერორისტული სანვრთნელი ბანაკებისა და სამხედრო ობიექტების წინააღმდეგ“.²³ აშშ-ის შემდგომმა სამხედრო მოქმედებებმა მოიპოვა თითქმის უნივერსალური აღიარება.²⁴

მნიშვნელოვანია, რომ ჩრდილო-ატლანტიკური ხელშეკრულების ორგანიზაციამ (ნატო) პირველად გამოიყენა ჩრდილო-ატლანტიკური ხელშეკრულების მე-5 მუხლი, რომელიც ნატოს ერთ ნევრ სახელმწიფოზე განხორციელებულ შეიარაღებულ თავდასხმას აკვალიფიცირებს ყველა ნევრზე შეიარაღებულ თავდასხმად.²⁵

მსგავსი პოზიცია დააფიქსირა ამერიკულ სახელმწიფოთა ორგანიზაციამ 797-ე რეზოლუციაში,²⁶ რომლითაც აამოქმედა 1947 წლის „ნაცვალგებითი დახმარების შესახებ ინტერ-ამერიკული ხელშეკრულების“, ე.წ. „რიოს ხელშეკრულების“ შესაბამისი დებულება: „თითოეული [ორგანიზაციის ნევრი] ვალდებულია [სხვა ნევრს] დაეხმაროს შეტევის აღკვეთაში ინდივიდუალური ან კოლექტიური თავდაცვის უფლების განხორციელების გზით“.²⁷

გარდა ამისა, აშშ-მა და ავსტრალიამ ერთობლივად აამოქმედეს ANZUS ხელშეკრულების²⁸ მე-2 და მე-4 მუხლები კოლექტიური თავდაცვის შესახებ, ხოლო იაპონიის მთავრობამ 9/11 შეაფასა, როგორც თავდასხმა აშშ-ზე და მიიღო სპეციალური საკანონმდებლო აქტი, რომლითაც შეეძლებოდა საკუთარი შეიარაღებული ძალების დისლოცირება აშშ-ის დასახმარებლად ავღანეთის ოპერაციების დროს.²⁹

როგორც ზემოთ აღინიშნა, ამ მოვლენებამდე უმრავლესობა (როგორც სამართლის

მეცნიერები, ისე – სახელმწიფოები) თვლიდა, რომ თავდაცვის უფლება არასახელმწიფო სუბიექტების წინააღმდეგ არ იყო აღიარებული, თუ მათი ქმედება არ მიენერებოდა სახელმწიფოს.³⁰ გადამწყვეტი კრიტერიუმი იყო სასამართლოს მიერ ნიკარაგუას საქმეში დადგენილი ტესტი, რომლის მიხედვით კერძო პირების მიერ ძალის გამოყენება მხოლოდ მაშინ წარმოადგენს შეიარაღებულ თავდასხმას, როცა ისინი მოქმედებდნენ სახელმწიფოს ნაცვლად ან წარგზავნილნი იყვნენ მის მიერ და მათი მოქმედებები სიმძიმით უტოლდებოდა აგრესიის აქტებს,³¹ ანუ არასახელმწიფო სუბიექტები უნდა ყოფილიყვნენ სხვა სახელმწიფოს „სრულ დაქვემდებარებაში“ ან „ეფექტიანი კონტროლის“ ქვეშ.³²

აშშ-ის მიერ ავღანეთში განხორციელებული ოპერაციები შეიძლება განიმარტოს ფართოდ და ვიწროდ: ა) ფართო განმარტების შემთხვევაში და ამ პრეცედენტის გათვალისწინებით, ყველა სახელმწიფოს სავარაუდოდ ექნებოდა უფლება, არასახელმწიფო სუბიექტების წინააღმდეგ გამოეყენებინა თავდაცვის უფლება, იმ შემთხვევაშიც კი, როცა არ არსებობს უშიშროების საბჭოს ნებართვა ან სიტუაციის შეფასება და არ იკვეთება რომელიმე სახელმწიფოს ჩართულობა მათ მოქმედებებში.³³ ბ) ვიწრო განმარტების შემთხვევაში კი, საჭირო იქნებოდა შემდეგი წინაპირობების არსებობა: 1) სახელმწიფოს ტერიტორიაზე განხორციელებული მასიური ტერორისტული თავდასხმა; 2) ამ მოქმედებებზე პასუხისმგებელი სუბიექტებიდან უნდა მომდინარეობდეს გლობალური ტერორიზმის განგრძობითი საფრთხე; 3) თავდაცვის უფლება მიმართული უნდა იყოს უშუალოდ თავდასხმის განმახორციელებლებზე იმ სახელმწიფოში, რომელმაც ნება დართო მათ მოქმედებებს ან ვერ შეძლო მათი შეჩერება; 3) უნდა არსებობდეს უშიშროების საბჭოს მიერ მიღებული რეზოლუცია, რომელშიც სიტუაცია შეფასებულია საფრთხედ საერთაშორისო მშვიდობისა და უშიშროების წინააღმდეგ; 5) რეზოლუციაში მითითება უნდა იყოს თავდაცვის უფლებაზე.³⁴

პროფესორი ტომ რუისი, თავდაცვის უფლების კომპლექსურ ანალიზში, 9/11-ის განხილვისას საუბრობს ორ შესაძლო რადიკალურ ინტერპრეტაციაზე: ერთი მხრივ, 9/11-ის პრეცედენტზე, როგორც „მყისიერ ჩვეუ-

ლებაზე“ და მეორე მხრივ, შემთხვევაზე, რომელიც იყო გამონაკლისი და პრეცედენტული ღირებულების ნაკლებობის გამო, გავლენას ვერ ახდენს *lex lata*-ზე.³⁵

თუმცა, დღეს არსებული სახელმწიფოთა პრაქტიკა აჩვენებს, რომ მხარს არ უჭერს ზემოთჩამოთვლილ მკაცრ კრიტერიუმებს და რადიკალური ხასიათის ინტერპრეტაციებს და ვითარდება შუალედური ფორმებით.

2.2. ექსტრატერიტორიული თავდაცვის უფლების გამოყენების პრაქტიკა 11 სექტემბრის მოვლენებამდე და მის შემდეგ

ნაშრომის ამ ნაწილში ილუსტრირებულია სახელმწიფოთა პრაქტიკა და შესაბამისი სამართლებრივი დასაბუთება, რომელიც აჩვენებს, რომ ექსტრატერიტორიული თავდაცვის უფლების გამოყენება უცხო არ არის სახელმწიფოებისთვის, როცა ისინი განიცდიდნენ შეიარაღებულ თავდასხმებს დამოუკიდებლად მოქმედი არასახელმწიფო სუბიექტების მხრიდან.

2015 წლის ნოემბერში საფრანგეთში განხორციელდა ტერორისტული თავდასხმები ორ ქალაქში, რომელზეც პასუხისმგებლობა დაეკისრა ე.წ. „ისლამურ სახელმწიფოს“. საფრანგეთის პრეზიდენტმა ფრანსუა ოლანდმა მოუწოდა აშშ-ს და რუსეთს, შეერთებოდნენ გლობალურ კოალიციას „ისლამური სახელმწიფოს“ განადგურების მიზნით. რამდენიმე საათის შემდეგ კი ფრანგულმა ავიაგამანადგურებლებმა დაიწყეს ოპერაცია სირიაში.³⁶ ოლანდის განცხადებით, საფრანგეთი იმყოფებოდა ომის მდგომარეობაში ჯიჰადისტური ტერორიზმის წინააღმდეგ.³⁷ მიუხედავად იმისა, რომ ეს იყო სიტუაციის პოლიტიკური შეფასება, მოგვიანებით ნათელი გახდა, რომ „ომის მდგომარეობა“ არც თუ ისე შორს იდგა სამართლებრივი რეალობისგან, რადგან სახელმწიფოთა დიდი ნაწილის მიერ ამ თავდასხმების საპასუხოდ გამოხატული რეაქციების სამართლებრივი ანალიზი ნათლად მიანიშნებს, რომ სახელმწიფოები თავდაცვის უფლების ფარგლებში აშკარად მოიაზრებენ ექსტრატერიტორიულ თავდაცვის უფლებას.³⁸

ტერაქტების შემდეგ, ევროკავშირის თავდაცვის მინისტრებმა ისტორიაში პირველად, არც ერთი მონინააღმდეგე ხმით, აამოქმედეს „ევროპული კავშირის შესახებ“ ხელშეკრულების ურთიერთდაცვის მუხლი. აღნიშნუ-

ლი მუხლის თანახმად, თუ წევრი სახელმწიფო წარმოადგენს შეიარაღებული აგრესიის მსხვერპლს თავისივე ტერიტორიაზე, სხვა წევრ სახელმწიფოებს წარმოეშობათ მსხვერპლი სახელმწიფოს დახმარების ვალდებულება, გაეროს ქარტიის 51-ე მუხლის შესაბამისად. საინტერესოა ის მომენტი, რომ ამ დებულების ნაცვლად ევროკავშირის წევრ სახელმწიფოებს შეეძლოთ გამოეყენებინათ „ევროპული კავშირის ფუნქციონირების შესახებ“ ხელშეკრულების სოლიდარობის მუხლი, რომლის თანახმად ევროკავშირმა და წევრმა სახელმწიფოებმა უნდა იმოქმედონ ერთობლივად და სოლიდარულად, თუ წევრი სახელმწიფო წარმოადგენს, *inter alia*, ტერორისტული თავდასხმის ადრესატს.³⁹ აქედან გამომდინარე, ნათელია, რომ ევროკავშირის სახელმწიფოებმა საფრანგეთის ტერაქტები დააკვალიფიცირეს როგორც „შეიარაღებულ აგრესიად“ და არა „ტერორისტულ თავდასხმად“, რაც პირდაპირ მითითებას შეიცავს გაეროს ქარტიის 51-ე მუხლზე და ხსნის გზას ე.წ. „ისლამური სახელმწიფოს“ წინააღმდეგ თავდაცვითი ძალის გამოყენებისკენ.

გარდა ამისა, ქვემოთ მოცემულია ნაკლებად ცნობილი მაგალითები, რომლებიდანაც ჩანს, რომ სახელმწიფოები გააზრებულად ეყრდნობოდნენ თავდაცვის უფლებას, როცა საპასუხო რეაქციას ახორციელებდნენ დამოუკიდებლად მოქმედი არასახელმწიფო სუბიექტების წინააღმდეგ:

1993 წელს ირანმა გამოიყენა თავდაცვითი ძალა ერაყის ტერიტორიიდან მოქმედი ქურთული დაჯგუფებების წინააღმდეგ, რომლებიც თავს ესხმოდნენ ირანის საზღვრისპირა პროვინციებს:

„ერაყიდან განხორციელებული ამ შეიარაღებული თავდასხმების საპასუხოდ და გაეროს ქარტიის 51-ე მუხლის შესაბამისად [...] ავიაგამანადგურებლებმა განახორციელეს სწრაფი, აუცილებელი და პროპორციული შეტევები ტერორისტული ჯგუფის სამხედრო ბაზებზე [...]“, რაც ირანმა შეაფასა, როგორც „წმინდა თავდაცვითი ღონისძიება თავდაცვის თანდაყოლილი უფლების განხორციელების ფარგლებში“, რაც არ ხელყოფდა ერაყის სუვერენიტეტს და ტერიტორიულ მთლიანობას.“⁴⁰

2001 წლის 11 სექტემბრის მოვლენების შემდეგ აშშ-მა გამოიყენა თავდაცვის უფლე-

ბა ალ-ქაიდას წინააღმდეგ ავღანეთის ტერიტორიაზე შემდეგი დასაბუთებით:

„ამ თავდასხმების საპასუხოდ და თანდაყოლილი ინდივიდუალური და კოლექტიური თავდაცვის უფლების შესაბამისად, შეერთებული შტატების შეიარაღებულმა ძალებმა დაიწყეს მოქმედებები, რომელთა მიზანია შეერთებულ შტატებზე შემდგომი თავდასხმების პრევენცია და შეფერხება. ეს მოქმედებები გულისხმობს ზომების გატარებას ალ-ქაიდას ტერორისტების საწვრთნელი ბანაკების წინააღმდეგ [...]“.⁴¹

2002 წელს რუსეთმა პირდაპირ მიუთითა ქარტიის 51-ე მუხლზე პანკისის ხეობაში ჩეჩენი სეპარატისტებისა და მამადიანი მებრძოლების წინააღმდეგ წარმოებული ოპერაციების საფუძვლად. რუსეთი ამტკიცებდა:

„თუ საქართველოს ხელისუფლებას არ შეუძლია ან არ სურს [...] ბოლო მოუღოს ბანდიტთა მოქმედებებს და თავდასხმებს რუსეთის ფედერაციის მომიჯნავე არეალში, ჩვენ ვიტოვებთ უფლებას, ვიმოქმედოთ გაეროს ქარტიის 51-ე მუხლის შესაბამისად, რომელიც განამტკიცებს ყველა წევრი სახელმწიფოს ინდივიდუალური ან კოლექტიური თავდაცვის განუსხვისებელ უფლებას“.⁴²

2003 წელს ისრაელმა განახორციელა შეტევა ისლამური ჯიჰადის საწვრთნელი ბანაკის წინააღმდეგ სირიის ტერიტორიაზე ისრაელში ჩადენილი აფეთქებების საპასუხოდ: „ისრაელის სათანადო თავდაცვითი რეაგირება [...] წარმოადგენს თავდაცვის უფლების ნათელ მაგალითს გაეროს ქარტიის 51-ე მუხლის შესაბამისად“.⁴³ უშიშროების საბჭოს წინაშე, აშშ-ის გარდა,⁴⁴ ყველა სახელმწიფომ დაგმო ისრაელის საპასუხო ზომები. მიუხედავად იმისა, რომ სახელმწიფოებმა მხარი არ დაუჭირეს ისრაელის მოქმედებებს, მაინც რთულია *opinion juris*-ის დადგენა მათ მიერ გაკეთებული განცხადებებიდან.⁴⁵

2006 წელს ისრაელი ლიბანის ტერიტორიაზე კვლავ თავს დაესხა ჰეზბოლას: „ისრაელი, როგორც ნებისმიერი სახელმწიფო, აკეთებს და გააგრძელებს რაც საჭიროა საკუთარი მოქალაქეების სიცოცხლეთა დასაცავად. მას აქვს უფლება და ვალდებულება, განახორციელოს თავდაცვა“.⁴⁶ უშიშროების საბჭოს წევრთა უმრავლესობამ, ასევე, გაე-

როს გენ-მდივანმა აღიარა ისრაელის უფლება – დაეცვა თავი. სახელმწიფოებმა ამ შემთხვევაში გააპროტესტეს ისრაელის თავდაცვითი ოპერაციების პროპორციულობა, თუმცა სადავოდ არ გაუხდიათ სამართლებრივი საფუძველი – თავდაცვის უფლება.⁴⁷

2008 წელს კოლუმბიამ სამხედრო ძალა გამოიყენა ეკვადორში მყოფი სამიზნეების წინააღმდეგ. აღნიშნული სამიზნეები წარმოადგენდნენ მთავრობის მოწინააღმდეგე შეიარაღებულ ჯგუფს, რომლებიც კოლუმბიაზე შეტევებს ახორციელებდნენ მეზობელი ეკვადორის ტერიტორიიდან. კოლუმბიის აღნიშნულ ქმედებას, მიუხედავად ეკვადორის, ვენესუელის და ამერიკის სახელმწიფოთა ორგანიზაციის მხრიდან პროტესტისა,⁴⁸ არ მოყოლია შეფასება და რეაგირება უშიშროების საბჭოდან ან გენერალური ასამბლეის მიერ.⁴⁹

2014 წლიდან აშშ, კანადა და რამდენიმე სახელმწიფო, არაბული სახელმწიფოების მხარდაჭერით, სირიაში ახორციელებს საჰაერო შეტევებს ისლამური სახელმწიფოს და ე.წ. „ხორასანის ჯგუფის“ წინააღმდეგ. აშშ,⁵⁰ კანადა⁵¹ და გაერთიანებული სამეფო⁵² ამ შემთხვევაშიც დაეყრდნენ თავდაცვის უფლებას.

2015 წელს გაერთიანებულმა სამეფომ, გერმანიამ, დანიამ და ნიდერლანდებმა განახორციელეს საჰაერო შეტევები ისლამურ სახელმწიფოზე სირიაში. მიუხედავად იმისა, რომ ამ დროს უშიშროების საბჭოს უკვე ჰქონდა მიღებული რეზოლუცია 2249, მოცემული სახელმწიფოები თავიანთი მოქმედებების სამართლებრივ საფუძველად მიუთითებდნენ გაეროს ქარტიის 51-ე მუხლს და არა რეზოლუციას, რადგან რეზოლუცია არ იყო მიღებული გაეროს ქარტიის VII თავის მიხედვით და მიუთითებს არ აკეთებდა თავდაცვის უფლებაზე.⁵³

3. თავდაცვის უფლება 51-ე მუხლის მიხედვით: გამონაკლისი ძალის გამოყენების აკრძალვიდან თუ ძალის გამოყენების დამოუკიდებელი სამართლებრივი რეჟიმი?

ნაშრომის ამ ნაწილში გაანალიზებული იქნება გაეროს ქარტიის 2(4)-ე მუხლის და 51-ე მუხლის ურთიერთმიმართება. ანალიზის მიზანია, აჩვენოს, რომ ეს მუხლები წარმოადგენენ ერთმანეთისგან დამოუკიდებელ მუხლებს, მათ შორის არ არსებობს მხოლოდ „აკრძალვა-გამონაკლისის“ ურთიერთმიმარ-

თება და შესაბამისად, სახელმწიფოს მიერ თავდაცვის უფლების გამოყენება არასახელმწიფო სუბიექტების წინააღმდეგ არ არის შეზღუდული გაეროს ქარტიის სახელმწიფო-თაშორისი ბუნებით.

ქარტიის 2(4)-ე მუხლის თანახმად: „ყველა წევრმა თავის საერთაშორისო ურთიერთობებში თავი უნდა შეიკავოს ძალის ან მისი მუქარის გამოყენებისგან ნებისმიერი სახელმწიფოს ტერიტორიული მთლიანობის ან პოლიტიკური დამოუკიდებლობის წინააღმდეგ, ან ნებისმიერი ისეთი გამოყენებისგან, რომელიც შეუსაბამოა გაერთიანებული ერების მიზნებთან“. ხოლო ქარტიის 51-ე მუხლის მიხედვით კი „წინამდებარე ქარტიაში არაფერმა არ უნდა შეუშალოს ხელი ინდივიდუალური ან კოლექტიური თავდაცვის თანდაყოლილ უფლებას, თუ შეიარაღებული თავდასხმა ხორციელდება გაერთიანებული ერების წევრის წინააღმდეგ [...]“.

ლიტერატურაში 51-ე მუხლის განხილვისას ხშირად აღნიშნავენ, რომ წარმოადგენს „გამონაკლისს“ ძალის გამოყენების აკრძალვიდან.⁵⁴ თუმცა, ამ მუხლების რეგულირების ფარგლები და სფერო არ ემთხვევა ერთმანეთს და მათ შორის არ არსებობს მხოლოდ „აკრძალვა-გამონაკლისის“ ურთიერთმიმართება. ეს დამოკიდებულება ნათელია როგორც ამ მუხლების ფორმულირებაში გამოყენებული ტერმინოლოგიის, ასევე, მათი ქარტიაში კოდიფიცირების ისტორიიდან გამომდინარე.

3.1. გაეროს ქარტიის 2(4)-ე და 51-ე მუხლების ტერმინოლოგიურად და შინაარსობრივად განსხვავებული რეგულირების სფერო

2(4)-ე მუხლი პირდაპირ მიუთითებს, რომ აკრძალულია ძალის გამოყენება ერთი სახელმწიფოს მიერ მეორე სახელმწიფოს წინააღმდეგ, 51-ე მუხლში კი მიუთითებს არ კეთდება შეიარაღებული თავდასხმის განმახორციელებელზე. არც 51-ე მუხლის ფორმულირება და არც გაეროს ქარტიის *travaux préparatoires* არ იძლევა ასეთი შეზღუდვის არსებობის საფუძველს.⁵⁵ 51-ე მუხლის ფორმულირებაზე მუშაობისას სახელმწიფოთა უმრავლესობა, მცირე გამონაკლისების გარდა, არ უთითებდა თავდასხმის წყაროზე. თუმცა, აღნიშნავენ, რომ *travaux préparatoires* არ გა-

მოდგება 51-ე მუხლის ცალსახა ინტერპრეტაციისთვის, რადგან ამ მუხლის ზოგიერთ თავდაპირველ პროექტში მითითება კეთდებოდა თავდასხმის წყაროზე – „ნებისმიერი სახელმწიფოს მიერ“, ხოლო ამ ფორმულირების ამოღების მიზეზი უცნობია.⁵⁶ მეორე მხრივ, კი ნათელია, რომ გაეროს ქარტიაში დღევანდელი რედაქციით კოდიფიცირებული თავდაცვის უფლება არ მოითხოვს ისეთ „უცნაურ ფორმალისმს“⁵⁷, რომელიც გულისხმობს სახელმწიფოს მიერ თავდაცვის უფლების გამოყენების აკრძალვას დამოუკიდებლად მოქმედი არასახელმწიფო სუბიექტების წინააღმდეგ მხოლოდ იმის გამო, რომ ისინი არ არიან სახელმწიფოები: „ასეთ სიტუაციებზე ამ უფლების გავრცელება არის არა მხოლოდ პოლიტიკური მიზანშეწონილობით, არამედ სამართლებრივადაც დასაბუთებული“.⁵⁸

შეიძლება იმის მტკიცებაც, რომ ამ მიდგომას მხარს უჭერს XIX საუკუნის *კეროლანის* ცნობილი ინციდენტიც,⁵⁹ რომლის დროსაც გაერთიანებულმა სამეფომ ძალა გამოიყენა დამოუკიდებლად მოქმედი ამერიკული გემის წინააღმდეგ. გემის ეკიპაჟი ეხმარებოდა კანადელ მეამბოხეებს დიდი ბრიტანეთის წინააღმდეგ.⁶⁰ *კეროლანის* ინციდენტის, როგორც სახელმწიფოს მიერ არასახელმწიფო სუბიექტების წინააღმდეგ ძალის გამოყენების კლასიკური მაგალითის⁶¹ წვლილი თავდაცვის უფლების განმარტებაში შეიძლება შეჯამდეს შემდეგი სახით: „თავდაცვის უფლება არ იყო შემოფარგლული შემთხვევებით, როცა საფრთხე წარმოიშობოდა სხვა სახელმწიფოდან, არამედ ეს უფლება ვრცელდებოდა არასახელმწიფო სუბიექტებიდან მომდინარე საფრთხეებზეც“.⁶² ასევე, შესაძლებელია იმის მტკიცებაც, რომ 51-ე მუხლის ჩვეულებითსამართლებრივი შინაარსი, რომელიც არსებობდა გაეროს ქარტიამდე, გულისხმობს სწორედ *კეროლანის* ინციდენტის მიგნებებს.⁶³

გარდა ამისა, 2(4)-ე მუხლი კრძალავს „ძალის ან ძალის მუქარის“ გამოყენებას, ხოლო 51-ე მუხლი იყენებს ფორმულირებას „შეიარაღებული თავდასხმა“. „ძალის“ კონცეფცია, „ძალის მუქარისგან“ განსხვავებით, დღეს აღარ არის სადავო და გულისხმობს მხოლოდ „შეიარაღებულ ძალების“ გამოყენებას.⁶⁴ ხოლო 51-ე მუხლის „შეიარაღებული თავდასხმა“ წარმოადგენს უფრო ვიწრო კატეგორიას, ვიდრე 2(4)-ე მუხლის ცნებები. ძალის გამო-

ყენების ყველა შემთხვევა ვერ ჩაითვლება შეიარაღებულ თავდასხმად: მაგალითად, შეიარაღებული სასაზღვრო პატრულის შეჭრა მეორე სახელმწიფოს ტერიტორიაზე შეიძლება ჩაითვალოს ძალის გამოყენებად, თუმცა არ იქნება შეიარაღებული თავდასხმა.⁶⁵ შესაბამისად, ცხადია, რომ 51-ე მუხლი არ წარმოადგენს „გამონაკლის“, როგორც ასეთს, 2(4)-ე მუხლით აკრძალული ქმედებებიდან, რადგან, ლოგიკურია, რომ ამ შემთხვევაში თავდაცვის უფლების გამოყენება ნებადართული უნდა ყოფილიყო ძალის გამოყენების (ან ძალის მუქარის) და არა შეიარაღებული თავდასხმის დროს.

ნიშანდობლივია, რომ 51-ე მუხლი არ მოითხოვს, რომ შეიარაღებული თავდასხმა მიმართული იყოს თავდასხმის ადრესატი სახელმწიფოს ტერიტორიული მთლიანობის ან პოლიტიკური დამოუკიდებლობის წინააღმდეგ, როგორც ეს მოცემულია ძალის გამოყენების დროს.

კიდევ ერთი გარემოება, რომელიც მოცემულია 2(4)-ე მუხლში, არის ძალის გამოყენების აკრძალვა „საერთაშორისო ურთიერთობებში“. როცა ვსაუბრობთ არასახელმწიფო სუბიექტებზე, ნათელია, რომ მათ ვერ ექნებათ საერთაშორისო ურთიერთობების წარმოების უნარი. იმ შემთხვევაში, თუ 51-ე მუხლში იქნებოდა ამგვარი მითითება ნებისმიერ კონტექსტში, მაშინ მხოლოდ ის ფაქტი, რომ ამ მუხლში არ არის დაკონკრეტებული თავდასხმის განმარტებული, შეუძლებელს გახდიდა თავდაცვის უფლებაში არასახელმწიფო სუბიექტების მოაზრებას.

3.2. თავდაცვის უფლება ორ სამართლებრივ სივრცეში: გაეროს ქარტია v. საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართალი

ნაშრომის წინამდებარე ნაწილი მიზნად ისახავს, აჩვენოს, რომ თავდაცვის უფლება არსებობს გაეროს ქარტიის „სახელმწიფო-თაშორისი“ კონტექსტის მიღმა, საერთაშორისო ჩვეულებით სამართალში, რომელიც იცნობს არასახელმწიფო სუბიექტების წინააღმდეგ თავდაცვითი ძალის გამოყენების შემთხვევებს.

თავდაცვის უფლება არსებობდა გაეროს ქარტიის მიღებამდეც. ამასთან, 51-ე მუხლის თანახმად, ინდივიდუალური და კოლექტიური თავდაცვის უფლება არის „თანდაყოლი-

ლი“ უფლება. ამ ორი გარემოებიდან გამომდინარე, ნათელია, რომ გაეროს ქარტიაში თავდაცვის უფლების ასახვას აქვს მხოლოდ დეკლარაციული ხასიათი და მან უბრალოდ მოახდინა უკვე არსებული უფლების კოდიფიცირება. თუმცა, საინტერესოა, ხომ არ შეზღუდა 51-ე მუხლმა გაეროს ქარტიის მიღებამდე და საერთაშორისო ჩვეულებით სამართალში არსებული თავდაცვის უფლების ფარგლები? ამ კითხვაზე დადებითი პასუხის შემთხვევაში, დასადგენია, შეიზღუდა თუ არა ეს უფლება შეიარაღებული თავდასხმის განმხორციელების ვინაობაზე არასახელმწიფო სუბიექტების ცალსახა გამორიცხვის სახით?

გავრცელებული შეხედულებით, 51-ე მუხლის ქარტიაში ასახვას მართლაც ჰქონდა შეზღუდვის დანესების მიზანი, რათა მაქსიმალურად შეეზღუდა ძალის თვითნებურად და ცალმხრივად გამოყენება სახელმწიფოთა მიერ. თუმცა, ეს შეზღუდვა ეხება მხოლოდ ერთ ასპექტს: იმას, რომ სახელმწიფოებს თავდაცვითი ძალის გამოყენება შეუძლიათ მხოლოდ „შეიარაღებული თავდასხმის“ არსებობის დროს და ვერ დაეყრდნობიან ძალის გამოყენების ისეთ ფართო საფუძველს, როგორცაა თვითდახმარება (მათ შორის, პრევენციული თავდაცვის უფლება).⁶⁶ შეიარაღებული თავდასხმის, როგორც თავდაცვის უფლების გამოყენების ერთადერთი საფუძვლის სამართლებრივი ვარგისიანობა განმტკიცებულ იქნა ნიკარაგუას საქმეშიც.⁶⁷

საპირისპირო შეხედულების მიხედვით კი 51-ე მუხლს არანაირი ზეგავლენა არ მოუხდენია მანამდე არსებულ თავდაცვის უფლებაზე და „შეიარაღებული თავდასხმის“ ამგვარი გამოყოფა 51-ე მუხლში განხორციელდა მხოლოდ დეკლარაციულად, რომლის მიზანი არ იყო სხვა საფუძვლების გამორიცხვა.⁶⁸

ამ პოზიციების შეჯამებიდან ნათელია, რომ 51-ე მუხლის ქარტიაში კოდიფიცირების შემზღუდავი ეფექტის შესახებ აზრთა სხვადასხვაობა ეხება მხოლოდ თავდაცვის უფლების გამოყენების წინაპირობას – „შეიარაღებულ თავდასხმას“, როგორც ამ უფლების რეალიზაციის *conditio sine qua non*-ს, რასაც მხარი დაუჭირა სასამართლომაც და აღნიშნა, რომ ამ ასპექტში 51-ე მუხლი და საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართალი ერთმანეთს ემთხვევა.⁶⁹

51-ე მუხლის და საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართლის ურთიერთმიმართების კონტექსტში საინტერესოა სასამართლოს *obiter dictum* ნიკარაგუას საქმეში, რომლის მიხედვით:

„სასამართლო თვლის, რომ გაეროს ქარტია [...] არანაირად არ არეგულირებს ძალის გამოყენების მთელ სფეროს [...]. მნიშვნელოვანი მომენტი, რომ ეს ხელშეკრულება [გაეროს ქარტია] თავად მიუთითებს მანამდე არსებულ საერთაშორისო ჩვეულებით სამართალზე. ჩვეულებით სამართალზე ეს მითითება მოცემულია უშუალოდ 51-ე მუხლის მოქმედ ტექსტში, რომელიც საუბრობს ინდივიდუალური ან კოლექტიური თავდაცვის „თანდაყოლილ უფლებაზე“, რომელსაც „წინამდებარე ქარტიაში არაფერმა არ უნდა შეუშალოს ხელი“ და რომელიც გამოიყენება შეიარაღებული თავდასხმის შემთხვევაში. შესაბამისად, სასამართლოს ადგენს, რომ ქარტიის 51-ე მუხლი მნიშვნელოვანია იმის გამო, რომ არსებობს თავდაცვის „თანდაყოლილი“ ან „ბუნებითი“ უფლება [...]. გარდა ამისა, ქარტია, იმაზე დამატებით, რომ აღიარა ამ უფლების არსებობა, პირდაპირ არ არეგულირებს მის ყველა ასპექტს“.⁷⁰

„შესაბამისად, ვერ დადგინდება, რომ 51-ე მუხლი არის დებულება, რომელიც“ ანაცვლებს ან გადაწონის „საერთაშორისო ჩვეულებით სამართალს. ის უბრალოდ აჩვენებს, რომ [...] საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართალი აგრძელებს არსებობას სახელშეკრულებო სამართლის პარალელურად. სამართლის ამ ორი წყაროთი რეგულირებული სფერო ზუსტად არ ემთხვევა ერთმანეთს და წესებს არ აქვთ იდენტური შინაარსი“.⁷¹

ნიკარაგუას ზემოთ ციტირებული მიდგომის, გაეროს ქარტიამდე არსებული სახელმწიფოთა პრაქტიკაში⁷² არსებული მაგალითების და 51-ე მუხლის მიერ თავდაცვის უფლებაზე განხორციელებული მინიმალური შეზღუდვის გათვალისწინებით, ცხადია, რომ იმ შემთხვევაშიც კი, თუ ქარტიის 51-ე მუხლში არ მოიაზრება არასახელმწიფო სუბიექტები, ასეთ შესაძლებლობას პირდაპირ ითვალისწინებს საერთაშორისო ჩვეულებით სამართალში არსებული თავდაცვის უფლება.

4. „შუაძლებლობის და სურვილის არქონის“ თანტი

ერთ-ერთი ძირითადი დაბრკოლება, რომელიც ხელს უშლის ექსტრატერიტორიული თავდაცვის უფლების ლეგალურობის მტკიცებას, არის ის, რომ დამოუკიდებლად მოქმედი არასახელმწიფო სუბიექტების წინააღმდეგ თავდაცვითი ძალის გამოყენებისას ერთი სახელმწიფო არღვევს ტერიტორიული სახელმწიფოს სუვერენიტეტს, მიუხედავად იმისა, რომ ამის პირდაპირი მიზანი თავდაცვის უფლების გამომყენებელ სახელმწიფოს არ აქვს.

ნაშრომის ამ ნაწილში ნაჩვენებია იქნება, რომ სახელმწიფოთა თანამედროვე პრაქტიკამ განავითარა და კვლავ აქტუალური გახადა ე.წ. „შუაძლებლობის და სურვილის არქონის“ ტესტი, რომელიც, ნაშრომის ავტორის აზრით, პირდაპირ გამომდინარეობს სწორედ იმავე სუვერენიტეტის კონცეფციიდან, რომელიც ხელს უშლის განსახილველი უფლების სრულად რეალიზაციას.

4.1. სახელმწიფოს სუვერენიტეტის თანამედროვე გაგება: პრივილეგიიდან პასუხისმგებლობამდე

ჯერ კიდევ 1928 წელს არბიტრაჟმა პალმასის კუნძულის (*Island of Palmas*) საქმეში განამტკიცა მიდგომა, რომლის მიხედვით, ყველა სახელმწიფოს, საკუთარი ტერიტორიული სუვერენიტეტიდან გამომდინარე, წარმოეშობა ვალდებულება, დაიცვას სხვა სახელმწიფოების უფლებები საკუთარი ტერიტორიის ფარგლებში.⁷³ 1949 წელს კორფუს არხის საქმეში (*Corfu Channel*) კი სასამართლომ ზოგად და აღიარებულ პრინციპად მიიჩნია ყველა სახელმწიფოს ვალდებულება – გაცნობიერებულად არ დაუშვან თავიანთი ტერიტორიის გამოყენება სხვა სახელმწიფოთა უფლებების საზიანო მოქმედებებისთვის.⁷⁴ იგივე პრინციპი იქნა განმტკიცებული აგრესიის დეფინიციის რეზოლუციით⁷⁵ და გაეროს გენერალური მდივნის მოხსენებით: „არსებობს ზოგადად აღიარებული წესი, რომ სახელმწიფომ არ უნდა დაუშვას საკუთარი ტერიტორიის გამოყენება იმ მიზნებით, რომლებიც ზიანის მომტანია სხვა სახელმწიფოების ინტერესებისთვის და ეწინააღმდეგება საერთაშორისო სამართალს. ეს წესი, განსაკუთრებით, გამოიყენება სახელმწიფოების ვალდებულების მი-

მართ – მოახდინონ მეზობელი [სახელმწიფოების] ტერიტორიების წინააღმდეგ მიმართული საბრძოლო მოქმედებების პრევენცია“.⁷⁶ *Trail Smelter*-ის საქმეში კი კიდევ ერთხელ აღინიშნა, რომ „სახელმწიფოს მუდმივად აქვს ვალდებულება, დაიცვას სხვა სახელმწიფოები ზიანის მიმყენებელი საქმიანობისგან, რომელსაც ახორციელებენ კერძო პირები ამ სახელმწიფოს ტერიტორიიდან“.⁷⁷ მიუხედავად იმისა, რომ *Trail Smelter*-ის ეს მიგნება გაკეთებულია გარემოსდაცვითი სამართლის კონტექსტში და არასახელმწიფო სუბიექტების მოქმედებები, წინამდებარე ნაშრომის ფარგლებში, განსხვავდება გარემოსთვის ზიანის მიმყენებელი მოქმედებებისგან, ორივე ატარებს ტრანსსასაზღვრო საფრთხის რისკს. შესაბამისად, შესაძლებელია მათი განხილვა სახელმწიფოს სუვერენიტეტიდან გამომდინარე ტრანსსასაზღვრო ვალდებულებების კონტექსტში.⁷⁸

სუვერენიტეტის ამ ასპექტის წარმოჩენის შემდეგ იბადება ლოგიკური კითხვა, რა ხდება იმ შემთხვევაში, როცა სახელმწიფო ვერ ახერხებს თავის ტერიტორიაზე მყოფი არასახელმწიფო სუბიექტების მოქმედებების აღკვეთას და ამის გამო ზიანი ადგება მეზობელ სახელმწიფოს? აძლევს თუ არა ეს გარემოება დაზარებულ სახელმწიფოს თავდაცვითი ძალის გამოყენების და მეორე სახელმწიფოს სუვერენიტეტის ფაქტობრივად დარღვევის უფლებას?

ამ შემთხვევაში, ლოგიკურია, რომ დაზარალებულ სახელმწიფოს წარმოეშობა თავდაცვის უფლება უშუალოდ არასახელმწიფო სუბიექტის მიმართ.⁷⁹ ეს პარადიგმა არ უკავშირდება ექსკლუზიურად არასახელმწიფო სუბიექტების წინააღმდეგ ძალის გამოყენებას და მისი წარმოშობა ანალოგიით შეიძლება დაუკავშირდეს ნეიტრალიტეტის სამართლისა და ძალის გამოყენების ურთიერთმიმართებასაც: შეიარაღებულ თავდასხმაზე რეაგირების მიზნით, თავდაცვის უფლების გამომყენებელი სახელმწიფო უფლებამოსილია, შევიდეს მეორე სახელმწიფოში იმ შემთხვევაშიც კი, როცა თავდასხმა არ მიენერება იმ სახელმწიფოს, რომლის ტერიტორიიდანაც ხორციელდება ის. ეს შეესაბამება 51-ე მუხლს და ნეიტრალიტეტის სამართალს, როცა ომში ჩართული სახელმწიფო ებრძვის მონიწილადმდეგე შეიარაღებულ ძალებს, რომ-

ლებიც მოქმედებენ ნეიტრალური სახელმწიფოს ტერიტორიიდან და ამ უკანასკნელს არ სურს ან არ შეუძლია, აღკვეთოს თავისი ნეიტრალიტეტის დარღვევა.⁸⁰

„სუსტი სახელმწიფოს“ დოქტრინის მიხედვით, როცა სახელმწიფოს არ აქვს შესაძლებლობა, რომ გააკონტროლოს მისი ტერიტორიის კონკრეტული ნაწილი მასზედ არასახელმწიფო სუბიექტების მიერ კონტროლის დამყარების გამო, შეიარაღებული შეტევის ადრესატ სახელმწიფოს წარმოეშობა თავდაცვის განხორციელების უფლება, რადგან სუვერენიტეტის ნაწილის დაკარგვით სახელმწიფო ასევე კარგავს ამავე სუვერენიტეტიდან გამომდინარე პრივილეგიებს.⁸¹ მოსამართლე კოეიმანსის აზრით, თუ შეიარაღებული თავდასხმები მეზობელი სახელმწიფოს წინააღმდეგ არარეგულარული ჯგუფების მიერ ხორციელდება ტერიტორიიდან, რომელზეც მთავრობა ვერ ახორციელებს კონტროლს, ისინი კვლავ წარმოადგენენ შეიარაღებულ თავდასხმას, მიუხედავად იმისა, რომ არ მიენერება ტერიტორიულ სახელმწიფოს. არაგონივრული იქნებოდა თავდასხმის ადრესატი სახელმწიფოს თავდაცვის უფლების უარყოფა მხოლოდ იმის გამო, რომ თავდამსხმელი არ არის სახელმწიფო. ამას არ მოითხოვს ქარტია.⁸²

4.2. „შეუძლებლობის და სურვილის არქონის“ ტესტი სახელმწიფოთა პრაქტიკაში 9/11-ის მოვლენებამდე: ექსტრატერიტორიული თავდაცვის უფლების ეტაპობრივი დასაშვებობისკენ

1950-1960 წლების პრაქტიკა აჩვენებს, რომ როცა სახელმწიფოები ახორციელებდნენ თავდაცვის უფლებას არასახელმწიფო სუბიექტების წინააღმდეგ, ისინი ძირითადად ყურადღებას ამახვილებდნენ იმაზე, რომ ეს ჯგუფები მოქმედებდნენ ტერიტორიული სახელმწიფოს ნაცვლად.⁸³ მოგვიანებით, არგუმენტაციის ხაზი განვითარდა სხვა მიმართულებით: მიუთითებდნენ, რომ ამგვარ ჯგუფებს მხარს უჭერდა სახელმწიფო (გაგზავნისა და კონტროლის ნაცვლად).⁸⁴ ასევე, მომდევნო პოპულარული არგუმენტი გახდა სახელმწიფოს მიერ ასეთი ჯგუფებისთვის განზრახ თავშესაფრის მიცემა.⁸⁵

უფრო გვიან, 1970-იან წლებში, ისრაელმა ლიბანში განხორციელებული ოპერაციების სამართლებრივ დასაბუთებაში აღ-

ნიშნა, რომ მას შეეძლო თავდაცვითი ძალის გამოყენება, რადგან ლიბანს არ სურდა, ან არ შეეძლო ტრანსსასაზღვრო თავდასხმების აღკვეთა.⁸⁶ ისრაელმა მნიშვნელობა აღარ მიანიჭა იმ ფაქტს, აქტიურად უჭერდა თუ არა ლიბანი მხარს არარეგულარულ ჯგუფებს თუ განზრახ აძლევდა თავშესაფარს. ისრაელისთვის მნიშვნელოვანი აღმოჩნდა ლიბანის სურვილის არარსებობა ან შეუძლებლობა. ისრაელმა აღნიშნული არგუმენტაცია, ასევე, განავითარა უშიშროების საბჭოს წინაშეც: „საერთაშორისო სამართლის მიხედვით, თუ სახელმწიფოს არ სურს ან არ შეუძლია, აღკვეთოს საკუთარი ტერიტორიის გამოყენება სხვა სახელმწიფოზე თავდასხმის მიზნით, ეს უკანასკნელი უფლებამოსილია, მიმართოს ყველა საჭირო ზომას თავის დასაცავად“.⁸⁷ აღნიშნულმა პოზიციამ დაიმსახურა კრიტიკა.⁸⁸ მიუხედავად ისრაელის პოზიციის კრიტიკისა, 1980-იან წლებში იგივე დასაბუთება განავითარა აშშ-მაც:

„ჩვენ ვაღიარებთ და მტკიცედ ვუჭერთ მხარს პრინციპს, რომ განგრძობითი ტერიტორიული თავდასხმების ადრესატ სახელმწიფოს შეუძლია, რეაგირება მოახდინოს შესაბამისი ძალის გამოყენებით, რათა დაიცვას თავი შემდგომი თავდასხმებისგან. [...] უფრო მეტიც, თითოეული სახელმწიფოს ვალდებულებაა, რომ მიიღოს სათანადო ზომები, რათა საკუთარი სუვერენიტეტის ფარგლებში აღკვეთოს პირთა ან ჯგუფთა მიერ ასეთი მოქმედებების განხორციელება“.⁸⁹

ამ მიდგომის გამოყენება გაგრძელდა 1990-იან წლებში თურქეთის და ირანის მიერ ერაყის ტერიტორიაზე ქურთული ჯგუფების წინააღმდეგ განხორციელებული ოპერაციების დასასაბუთებლად.⁹⁰ თუმცა, ეს მოქმედებები დაგმობილ იქნა არაბული ლიგის, მიუმხრობელი მოძრაობის და თავად ერაყის მიერ.⁹¹ აქ აღსანიშნავია ერთი მომენტი: კერძოდ, 1980-იან წლებში თურქეთი რამდენჯერმე შეიჭრა ერაყის ტერიტორიაზე, რათა შეტევები განეხორციელებინა ქურთ მუშათა პარტიის ბანაკებზე, ხოლო ამ ქმედებებზე პრეტენზიები არ განუცხადებია ერაყს.⁹² ერაყმა აღნიშნული ქმედებები დაგმო მხოლოდ მას შემდეგ, რაც თურქეთი გადავიდა გაერთიანებული ძალებისკენ სპარსეთის ყურის პირველ ომში.⁹³ შესაბამისად, შეიძლება დავასკვნათ, რომ ერაყის პოზიციის შეცვლა

განპირობებული იყო პოლიტიკური და საერთაშორისო ურთიერთობებიდან გამომდინარე ფაქტორებიდან და მისი პოზიციის ცვლილება არ უკავშირდება საერთაშორისო სამართლებრივ არგუმენტაციას.

1998 წელს აშშ-მა დაბომბა ალ-ქაიდას სამიზნეები ავღანეთსა და სუდანში, როგორც საპასუხო ღონისძიება კენიასა და ტანზანიაში აშშ-ის საელჩოებზე განხორციელებული დაბომბვებზე. ამ მოქმედებებამდე აშშ-მა რამდენჯერმე გააფრთხილა⁹⁴ სუდანის და ავღანეთის მთავრობები, რომ აღეკვეთათ ტერორისტების მოქმედებები საკუთარ ტერიტორიებზე. აღნიშნულ ოპერაციებზე რეაქცია არ იყო ერთგვაროვანი: რამდენიმე სახელმწიფომ, მათ შორის გაერთიანებულმა სამეფომ, გერმანიამ, ავსტრალიამ, ახალმა ზელანდიამ და ისრაელმა მხარი დაუჭირა აშშ-ის მოქმედებებს; საფრანგეთმა და იტალიამ არ განაცხადეს პროტესტი; რუსეთმა, ჩინეთმა, პაკისტანმა, ლიბიამ და ერაყმა პირდაპირ დაგმეს ეს მოქმედებები.⁹⁵

ამ პერიოდის პრაქტიკაში აშკარაა ცვლილება ექსტრატერიტორიული თავდაცვის უფლების დასაშვებობაში: თუ თავდაპირველად ადგილი ჰქონდა თავდაცვის ამ ფორმის სრულ უარყოფას და დაგმობას, XX საუკუნის ბოლოს პოზიციები გახდა შერეული, მათ შორის სახელმწიფოები გამოხატავდნენ პირდაპირ მხარდაჭერასაც, რადგან ნელ-ნელა აშკარა გახდა დამოუკიდებელი ტერორისტული ორგანიზაციების მზარდი საფრთხე.

მიუხედავად ამისა, გადამეტებული იქნებოდა იმის მტკიცება, რომ 1950-1990 წლების პრაქტიკა ცალმხრივად ამართლებს ძალის გამოყენებას იმ შემთხვევაში, როცა სახელმწიფოს არ სურს ან არ შეუძლია აღკვეთოს მის ტერიტორიაზე მოქმედი არასახელმწიფო დაჯგუფებების მოქმედებები. თუმცა, ამ პერიოდის პრაქტიკა მნიშვნელოვანია იმის გააზრებაში, რომ „შეუძლებლობის ან სურვილის არქონის“ ტესტს 9/11-მდეც გააჩნდა მეტ-ნაკლებად ჩამოყალიბებული შინაარსი და გარკვეულ სახელმწიფოთა მხარდაჭერაც.

4.3. „შეუძლებლობის და სურვილის არქონის“ ტესტის თანამედროვე სტატუსი

„შეუძლებლობის და სურვილის არქონის“ ტესტი შეიძლება განვიხილოთ საერთაშორისო სამართლის სასარგებლო და გონივრულ დანამატად, რადგან აბალანსებს დაზარა-

ლებული სახელმწიფოსა და ტერიტორიული სახელმწიფოს უფლებებს.⁹⁶ ეშლი დიკსი, ამ ტესტის პირველ დეტალურ კვლევაში მიდის დასკვნამდე, რომ „სახელმწიფოთა ერთ საუკუნეზე მეტი ხნის პრაქტიკა ცხადყოფს, რომ [ეს ტესტი] კანონიერია“.⁹⁷

მეორე მხრივ, აღსანიშნავია, რომ შეიმჩნევა არათანმიმდევრულობა სახელმწიფოთა პრაქტიკაში: 2014 წლის 23 სექტემბერს აშშ-მა სირიაში დაწყებული საჰაერო ოპერაციების სამართლებრივი დასაბუთების წერილში, რომელიც გაუგზავნა გაეროს უშიშროების საბჭოს, აღნიშნა, რომ სირიას არ სურს და არ შეუძლია აღკვეთოს ISIS-ის მოქმედებები.⁹⁸ სირიის ოპერაციებში მონაწილე სახელმწიფოებიდან⁹⁹ მხოლოდ ოთხმა¹⁰⁰ მათგანმა გამოიყენა „შეუძლებლობის და სურვილის არქონის“ ტესტი, რაც საეჭვოს ხდის ამ ტესტის მიმართ არსებულ *opinion juris*-ის არსებობას თუნდაც მხოლოდ სირიის ოპერაციებში მონაწილე სახელმწიფოებს შორის.¹⁰¹ სახელმწიფოთა თანამედროვე პრაქტიკის ანალიზი ცხადყოფს, რომ ანალოგიური სიტუაცია არსებობს ზოგადად გაეროს წევრებს შორის.¹⁰²

საერთაშორისო სამართლის კომენტატორებისთვის თითქმის შეუმჩნეველი¹⁰³ ინციდენტი მოხდა 2002 წელს, როცა რუსეთმა გამოიყენა თავდაცვითი ძალა საქართველოს ტერიტორიაზე ჩეჩენი ამბოხებულების წინააღმდეგ, რომლებიც, სავარაუდოდ, საქართველოს ტერიტორიიდან ახორციელებდნენ თავდასხმებს რუსეთის ტერიტორიაზე. გაეროს გენერალური მდივნისთვის გაგზავნილ წერილში აღნიშნული იყო, რომ:

„მსოფლიოს ცალკეულ ნაწილებში ისეთი ტერიტორიული ანკლავების განგრძობადი არსებობა, რომლებიც იმყოფებიან მთავრობის კონტროლის მიღმა, რომელთაც, სხვადასხვა გარემოებების გამო, არ შეუძლიათ ან არ სურთ დაუპირისპირდნენ ამ ტერორისტულ საფრთხეს, წარმოადგენს ერთ-ერთ მიზეზს, რომელიც ართულებს ტერორიზმის წინააღმდეგ ეფექტიანად ბრძოლის ძალისხმევას“.¹⁰⁴

რუსეთმა ხაზი გაუსვა, რომ საქართველოსთან აკავშირებდა დიდი ხნის მეგობრული ურთიერთობები, თუმცა ამტკიცებდა, რომ საქართველოს მთავრობა არ იღებდა ზომებს, აღეკვეთა ჩეჩენი მემამბოხეების შემდგომი თავდასხმები:

„თუ საქართველოს ხელისუფლებას არ შეუძლია, შექმნას უსაფრთხო ზონა საქართველო-რუსეთის საზღვარზე, აგრძელებს გაერთიანებული ერების უშიშროების საბჭოს 2001 წლის 28 სექტემბრის 1373 (2001) რეზოლუციის უგულებელყოფას, და ბოლოს არ მოუღებს ბანდიტთა მოქმედებებს და თავდასხმებს რუსეთის ფედერაციის მომიჯნავე არეალში, ჩვენ ვიტოვებთ უფლებას, ვიმოქმედოთ გაეროს ქარტიის 51-ე მუხლის შესაბამისად, რომელიც ითვალისწინებს ყველა ნევრი სახელმწიფოს ინდივიდუალური ან კოლექტიური თავდაცვის განუსხვისებელ უფლებას“.¹⁰⁵

აქ აღსანიშნავია, რომ რუსეთის ეს არგუმენტაცია არ ცდილობს დაამყაროს კავშირი საქართველოს მთავრობასა და ჩეჩენ ამბოხებულებს შორის, რასაც ცდილობდა აშშ-ის მთავრობა ალ-ქაიდას შემთხვევაში. რუსეთის მიერ განვითარებულ მსჯელობაში აქცენტი გაკეთდა იმაზე, რომ საქართველოს ხელისუფლებას არ შეეძლო ჩეჩენი ამბოხებულების გაკონტროლება და მათი მოქმედებების აღკვეთა. აღნიშნულ სიტუაციაზე ევროპის საბჭოს საპარლამენტო ასამბლეამ მიიღო რეზოლუცია, სადაც განაცხადა, რომ „გაეროს ქარტიის 51-ე მუხლი [...] არ იძლევა რუსეთის ფედერაციის ან ნებისმიერი სხვა სახელმწიფოს მიერ საქართველოს ტერიტორიაზე ძალის გამოყენების ნებართვას“.¹⁰⁶

რუსეთ-საქართველოს სიტუაცია არ არის უპრეცედენტო. მაგალითად, 2011 წელს აშშ-მა აღნიშნული ტესტზე მითითებით სცადა გაემართლებინა პაკისტანში შესვლა ოსამა ბინ ლადენის ლიკვიდაციის მიზნით.¹⁰⁷ ანალოგიური მიდგომა განავითარა ისრაელმა ლიბანში 2006 წელს, თურქეთმა ჩრდილოეთ ერაყში 2007-2008 წლებში და კოლუმბიამ ეკვადორში 2008 წლებში განხორციელებული ოპერაციებში.¹⁰⁸

ყველა ამ შემთხვევაში სახელმწიფოებმა „შეუძლებლობის და სურვილის არქონის“ ტესტი გამოიყენეს როგორც სამართალი და მის მიმართ მესამე სახელმწიფოებიდან შეიმჩნეოდა ტოლერანტული დამოკიდებულება.¹⁰⁹ სახელმწიფოები ამ ტესტზე უთითებენ გააზრებულად, როგორც საერთაშორისო სამართლის წესზე, რაც, მიუხედავად ამ ტესტის სადავო სტატუსისა, არ უნდა დარჩეს შეუმჩნეველი.

5. გაეროს უშიშროების საბჭოს რეაქცია: რეზოლუციები 1368 (2001), 1373 (2001) და 2249 (2015)

როგორც 9/11 მოვლენების მიმოხილვისას აღინიშნა, უშიშროების საბჭომ მიიღო ორი მნიშვნელოვანი რეზოლუცია (რეზოლუცია 1368 და რეზოლუცია 1373), რომლებმაც ტერორისტული აქტი დააკვალიფიცირა „თავდასხმად“, როგორც „საფრთხე საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების წინააღმდეგ“ და აღიარა „ინდივიდუალური და კოლექტიური თავდაცვის თანდაყოლილი უფლება ქარტიის შესაბამისად“.¹¹⁰

უშიშროების საბჭომ რეზოლუცია 1368 მიიღო ერთხმად, რომლითაც „მაქსიმალურად მკაცრად დაგმო საშინელი ტერორისტული თავდასხმები“. რეზოლუციის პრეამბულამ კი აღიარა „ინდივიდუალური და კოლექტიური თავდაცვის უფლება ქარტიის შესაბამისად“. თავდაცვის უფლებაზე იგივე მითითება გაკეთდა 1373-ე რეზოლუციაში, რომელიც, 1368-ე რეზოლუციისგან განსხვავებით, მიღებულ იქნა გაეროს წესდების VII თავის მიხედვით და შეიძლება მივიჩნიოთ კვანისამართლებრივ აქტად,¹¹¹ რომელმაც გაეროს დონეზე განამტკიცა თავდაცვის უფლება არასახელმწიფო სუბიექტების თავდასხმის დროს.

შეცვალა თუ არა აღნიშნულმა რეზოლუციებმა გაეროს ქარტიის 51-ე მუხლის ფარგლები *ratione personae* ჭრილში? ამ კონტექსტში გასათვალისწინებელია შემდეგი გარემოებები, მათ შორის: 1) ეს იყო პირველი შემთხვევა, როცა უშიშროების საბჭომ, თავისი არსებობის ისტორიაში, პირველად გააკეთა მითითება თავდაცვის უფლებაზე არასახელმწიფო სუბიექტების თავდასხმისას.¹¹² 2) აშშ-ის მიერ მითითებული სამართლებრივი საფუძველი იყო ნათელი და პირდაპირი: აშშ და გაერთიანებული სამეფო არ ამტკიცებდნენ, რომ ოპერაცია ავღანეთში ნებადართული იყო უშიშროების საბჭოს მიერ, ასევე, არ უცდიათ ასეთი ნებართვის მიღება.¹¹³ ავღანეთის ოპერაციაში მონაწილეებმა სამართლებრივ საფუძველად მიუთითეს მხოლოდ გაეროს წესდების 51-ე მუხლი. 3) მცირე მნიშვნელობის მატარებელია ის ფაქტი, რომ გაეროს წევრების უმრავლესობამ თავი შეიკავა სამართლებრივი შეხედულებების დაფიქსირებისგან, რადგან, მეორე მხრივ, ნატომ, ამერიკის სახელმწიფოთა ორგანიზაციამ და ცალკეულმა სახელმწიფოებმა, მაგალითად

კანადამ და ავსტრალიამ მოქმედებების სამართლებრივ ჩარჩოდ აღიარეს თავდაცვის უფლება.¹¹⁴ 4) აშშ-ის მოქმედებების მხარდაჭერა იყო თითქმის უნივერსალური, მიუხედავად იმ ფაქტისა, რომ კავშირი ალ-ქაიდასა და თალიბანს შორის *prima facie* ვერ აკმაყოფილებდა ნიკარაგუას სტანდარტს, ე. ი. ალ-ქაიდას ქმედებები ვერ მიენერებოდა ავღანეთის მთავრობას, ყოველ შემთხვევაში, ოპერაციების დროს. უდავოა, რომ ამ რეზოლუციებმა 51-ე მუხლი გაავრცელა არასახელმწიფო სუბიექტებზე.

მეორე მხრივ, რეზოლუციებთან დაკავშირებით, არსებობს სხვაგვარი მიდგომა, რომლის მიხედვით, რეზოლუციებს არ უღიარებია თავდაცვის უფლება ტერორისტული თავდასხმების წინააღმდეგ, რადგან: თავდაცვის უფლებაზე საუბარია რეზოლუციების პრეამბულაში და არა არსებით ნაწილში; ბ) ტერმინ „შეიარაღებული თავდასხმის“ მაგივრად გამოყენებულია ტერმინი „საფრთხე საერთაშორისო მშვიდობისა და უშიშროების წინააღმდეგ“.¹¹⁵ თუმცა, თავდაცვის უფლების რეზოლუციაში ხსენებას უშიშროების საბჭოს მიერ, მიუხედავად მისი ადგილისა (პრეამბულა/არსებითი ნაწილი), აქვს დიდი მნიშვნელობა, რადგან, როგორც წესი, უშიშროების საბჭოს მიერ თავდაცვის უფლებაზე რეზოლუციაში მითითება არ წარმოადგენს გავრცელებულ პრაქტიკას.¹¹⁶

ამ რეზოლუციების მნიშვნელობის კვანძისამართლებრივი შეფასების კუთხით საინტერესოა მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლოს მოსამართლე კოეიმანსის მსჯელობა, რომლის აზრით ქარტიის 51-ე მუხლი თავდაცვის თანდაყოლილი უფლების განხორციელების წინაპირობად მიიჩნევს შეიარაღებულ თავდასხმას და არ მიუთითებს იმაზე, რომ თავდასხმა უნდა მომდინარეობდეს სხვა სახელმწიფოდან, მიუხედავად იმისა, რომ ეს არის გაბატონებული ინტერპრეტაცია ბოლო 50 წლის განმავლობაში. კოეიმანსის აზრით, რეზოლუციები 1368 (2001) და 1373 (2001) თავდაცვის თანდაყოლილ უფლებას აღიარებენ *სახელმწიფოს მიერ განხორციელებულ თავდასხმაზე მითითების გარეშე* [ხაზგასმა ავტორის]. უშიშროების საბჭომ მოქმედებები შეაფასა საერთაშორისო ტერორიზმად, რომელიც საფრთხეს უქმნის საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოებას,

რაც უშიშროების საბჭოს აძლევს ქარტიის VII თავით მოქმედების საშუალებას. იგივე მიდგომა გაიმეორა უშიშროების საბჭომ რეზოლუცია 1373 (2001)-ში. კოეიმანსის აზრით, ეს არის „სრულიად ახალი ელემენტი ამ რეზოლუციებში“, რომლის მიერ წარმოქმნილი სამართლებრივი ვარაუდების შეფასება ჯერ შეუძლებელია, თუმცა, უდავოდ მიანიშნებს თავდაცვის უფლების კონცეფციისადმი ახალ მიდგომაზე.¹¹⁷

რაც შეეხება 2249-ე რეზოლუციას – როგორც ზემოთ აღინიშნა, ეს რეზოლუცია მიღებულ იქნა საფრანგეთის ტერაქტებზე საპასუხოდ. განსხვავებით 1368-ე და 1373-ე რეზოლუციებისგან, რეზოლუცია 2249 არ აკეთებს მითითებას თავდაცვის უფლებაზე და, წინა რეზოლუციებთან შედარებით, წარმოადგენს გაცილებით მცირე სამართლებრივი ღირებულების მატარებელს ნაშრომის მიზნებისთვის, თუნდაც იმის გამო, რომ ის მიღებულ არ ყოფილა გაეროს წესდების VII თავის მიხედვით.

თუმცა, ეს რეზოლუცია საინტერესოა იმით, რომ გაერთიანებული სამეფო დიდწილად დაეყრდნო მას, რათა ოპერაციები დაენერო სირიაში. უფრო სწორად, გაერთიანებულმა სამეფომ, აღნიშნული რეზოლუციის საფუძველზე, თავდაცვის უფლება განმარტა იმგვარად, რომ შესაძლებლად მიიჩნია ექსტრატერიტორიული თავდაცვის უფლების გამოყენება დამოუკიდებლად მოქმედი არასახელმწიფო სუბიექტის, კერძოდ კი ე.წ. „ისლამური სახელმწიფოს“ წინააღმდეგ. გაერთიანებული სამეფოს პარლამენტის ადამიანის უფლებათა ერთობლივი კომიტეტი თავის მოხსენებაში „მთავრობის პოლიტიკა მიზნობრივი მკვლევლობებისთვის დრონების გამოყენების შესახებ“, *inter alia*, მთავრობის პოლიტიკის სამართლებრივი დასაბუთების განმარტების კონტექსტში ამტკიცებდა:

„საკითხი, შეიძლება თუ არა თავდაცვის უფლების გამოყენება იმ შემთხვევაში, როცა შეიარაღებული თავდასხმის საფრთხე მომდინარეობს ისეთი არასახელმწიფო სუბიექტის მხრიდან, როგორცაა დაემი, რომელიც არ მოქმედებს სხვა სახელმწიფოს კონტროლის ან ხელმძღვანელობის ქვეშ, არ არის ნათლად ჩამოყალიბებული საერთაშორისო სამართალში. საერთაშორისო სამართლის ზოგიერთი მეცნიერი ავითარებს შეხედუ-

ლებას, რომ თავდაცვის უფლება შეიძლება გამოყენებულ იქნას მხოლოდ სხვა სახელმწიფოს წინააღმდეგ. სხვები, მათ შორის [გაერთიანებული სამეფოს] მთავრობა, იზიარებს მიდგომას, რომ სახელმწიფოს თანდაყოლილი თავდაცვის უფლება ვრცელდება იმ თავდასხმებზეც, რომელიც მომდინარეობს ისეთი არასახელმწიფო სუბიექტებისგან, როგორცაა დაეში. სახელმწიფოთა პრაქტიკა 9/11-ის შემდეგ აშკარად მხარს უჭერს შეხედულებას, რომ სახელმწიფოს თავდაცვის უფლება მოიცავს უფლებას, ძალით უპასუხოს არასახელმწიფო სუბიექტის რეალურ ან გარდაუვალ შეიარაღებულ თავდასხმას, და გაეროს უშიშროების საბჭოს ყველაზე ახალი რეზოლუცია 2249 მხარს უჭერს ამ ხედვას. არასახელმწიფო სუბიექტის წინააღმდეგ თავდაცვის უფლების გამოსაყენებლად, სახელმწიფოს, რომლის ტერიტორიიდანაც ხორციელდება ან მზადდება შეიარაღებული თავდასხმა, არ უნდა შეეძლოს ან არ უნდა სურდეს თავდასხმის პრევენცია“.¹¹⁸

მიუხედავად იმისა, რომ კომიტეტის მიერ 2249-ე რეზოლუციის გამოყენების მიმართ გამოითქვა კრიტიკა რეზოლუციის უსაფუძვლოდ ფართო ინტერპრეტაციის გამო,¹¹⁹ ფაქტია, რომ გაერთიანებული სამეფოს მთავრობა დიდწილად დაეყრდნო ამ რეზოლუციას სირიაში სამხედრო ძალის გამოყენების საფუძვლის ჩამოყალიბებაში. კიდევ ერთხელ უნდა აღინიშნოს, რომ გაერთიანებული სამეფო არ ეყრდნობა ექსკლუზიურად 2249-ე რეზოლუციას, რადგან ეს რეზოლუცია „არ არის VII თავის რეზოლუცია, რომელიც იძლევა ძალის გამოყენების ნებართვას და შესაბამისად, არ წარმოადგენს სირიაში ძალის გამოყენების სამართლებრივ საფუძველს“,¹²⁰ თუმცა, მიიჩნევს მას არასახელმწიფო სუბიექტების ქმედებებზე თავდაცვის გამოყენების მხარდამჭერ დოკუმენტად.

ამასთან, რეზოლუცია წარმოადგენს იმის დადასტურებას, რომ უშიშროების საბჭოს შესაძლებლად მიაჩნია ძალის გამოყენება სირიაში ISIS-ის წინააღმდეგ. მნიშვნელოვანია, რომ საფრანგეთის წარმომადგენელმა, რომელმაც დაასპონსორა რეზოლუცია 2249, განაცხადა, რომ კოლექტიური მოქმედება ამ რეზოლუციის მიღების შემდეგ შეიძლება უკვე დაყრდნობოდა გაეროს ქარტიის 51-ე მუხლს. ერთხმად მიღებული 2249 რეზოლუ-

ციამ კი შეიძლება დიდი როლი ითამაშოს ჩვეულებითი სამართლის ახალი ნორმის ჩამოყალიბებაში.¹²¹

6. ექსტრატერიტორიული თავდაცვა და მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლო

სამი საქმე, რომელთა ფარგლებში მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლოს (შემდგომში – სასამართლო) შეეძლო ემსჯელა ან არაპირდაპირ იმსჯელა თავდაცვის უფლებისა და არასახელმწიფო სუბიექტების ურთიერთმიმართებაზე, არის ნიკარაგუას საქმე, კედლის საკონსულტაციო დასკვნა¹²² და საქმე კონგო უგანდას წინააღმდეგ.¹²³ თუმცა, სასამართლო გვერდს უვლის ამ საკითხზე პირდაპირი პოზიციის დაფიქსირებას და თავს არიდებს 2001 წლის 11 სექტემბრისა და სახელმწიფოთა შემდგომი პრაქტიკის თავდაცვის უფლების ფარგლებზე გავლენის შეფასებას. გავრცელებული ინტერპრეტაციით, სამივე საქმეში ჩამოყალიბებული პოზიცია არასახელმწიფო სუბიექტების წინააღმდეგ თავდაცვის უფლების გამოყენებას აღიარებს მხოლოდ ორ შემთხვევაში: თუ ძალას იყენებს სახელმწიფო ან თუ არასახელმწიფო სუბიექტების ქმედებები მიენერება სახელმწიფოს.

6.1. ნიკარაგუა ამერიკის შეერთებული შტატების წინააღმდეგ

მიუხედავად იმისა, რომ ნიკარაგუას საქმე წარმოადგენს ძალის გამოყენების სამართალზე მიღებულ ყველაზე მნიშვნელოვან გადანყვეტილებას,¹²⁴ ნაკლებად მნიშვნელოვანია წინამდებარე ნაშრომისთვის, რადგან არასახელმწიფო სუბიექტების მოქმედებებში ფიგურირებდა სახელმწიფოს ჩართულობა. ნიკარაგუას საქმეში სასამართლომ იმსჯელა, წარმოადგენდა თუ არა აშშ-ის მიერ ნიკარაგუას ტერიტორიაზე მოქმედი დაჯგუფება კონტრას დახმარება კოლექტიური თავდაცვის უფლების განხორციელების საფუძველს. აშშ ამტკიცებდა, რომ მოქმედებდა ელ სალვადორის დასაცავად, რომელიც იყო ნიკარაგუას სახელმწიფოს ტერიტორიიდან მოქმედი არასახელმწიფო სუბიექტების თავდასხმების მსხვერპლი, რომლებსაც, სავარაუდოდ, იარაღით ამარაგებდა ნიკარაგუას მთავრობა.¹²⁵ თავის მხრივ, კონტრა თავდასხმებს ახორციელებდა არა ელ სალვადორზე, არამედ – სამთავრობო ძალებზე. რადგანაც აშშ-ის მიერ

დაფინანსებული კონტრა პირდაპირ ახორციელებდა თავდასხმებს ნიკარაგუას მთავრობაზე და სამხედროებზე, სასამართლოს წინაშე არ წამოჭრილა საკითხი იმის შესახებ, თუ რა გარემოებების არსებობისას შეეძლო გამოეყენებინა სახელმწიფოს ძალა უშუალოდ და მხოლოდ არასახელმწიფო სუბიექტების წინააღმდეგ. ამის ნაცვლად, სასამართლოს მოუწია ემსჯელა იმ გარემოებებზე, რომელთა არსებობისას სახელმწიფოს შეეძლო თავდაცვითი ძალის გამოყენება არასახელმწიფო სუბიექტების თავდასხმების საპასუხოდ იმ სახელმწიფოს წინააღმდეგ, რომლის ტერიტორიიდანაც ხორციელდებოდა ასეთი ჯგუფების დახმარება.

6.2. კედლის საკონსულტაციო დასკვნა

კედლის საკონსულტაციო დასკვნაში ისრაელი ამტკიცებდა, რომ კედლის მშენებლობა პალესტინის ოკუპირებულ ტერიტორიაზე წარმოადგენდა თავდაცვის უფლების განხორციელებას ქარტიის 51-ე მუხლისა და უშიშროების საბჭოს რეზოლუციების (1368 და 1373) საფუძველზე, როგორც ტერორისტების თავდასხმების წინააღმდეგ მიმართულ საშუალებას. სასამართლომ აღნიშნა, რომ 51-ე მუხლი თავდაცვის უფლებას ცნობდა ერთი სახელმწიფოს მიერ მეორე სახელმწიფოზე განხორციელებული თავდასხმის დროს, ხოლო ისრაელს არ უცდია იმის ჩვენება, რომ ტერორისტთა თავდასხმები მიენერებოდა რომელიმე სახელმწიფოს:

„ქარტიის 51-ე მუხლი ცნობს თანდაყოლილ თავდაცვის უფლების არსებობას ერთი სახელმწიფოს მიერ მეორეზე შეიარაღებული თავდასხმის შემთხვევაში. თუმცა, ისრაელი არ ამტკიცებს, რომ თავდასხმები მის წინააღმდეგ მიენერება სხვა სახელმწიფოს. სასამართლო, ასევე, აღნიშნავს, რომ ისრაელი ახორციელებს კონტროლს პალესტინის ოკუპირებულ ტერიტორიებზე და შესაბამისად, როგორც ისრაელი თავად აცხადებს, საფრთხე, რომელსაც ის მიიჩნევს კედლის მშენებლობის საფუძველად, წარმოიშობა ამ ტერიტორიაზე და არა მის გარეთ. აქედან გამომდინარე, ეს სიტუაცია განსხვავდება უშიშროების საბჭოს 1368 (2001) და 1373 (2001) რეზოლუციებით გათვალისწინებული სიტუაციისგან და შესაბამისად, ისრაელს არცერთ შემთხვევაში არ შეუძლია

არ რეზოლუციების გამოყენება საკუთარი მოთხოვნის გასამყარებლად, რომ ახორციელებს თავდაცვის უფლებას“.¹²⁶

სასამართლოს მიერ 51-ე მუხლის განმარტება არის ბუნდოვანი, რადგან სასამართლოს არ უთქვამს, რომ თავდაცვის უფლება გამოიყენება მხოლოდ სახელმწიფოთაშორის შეიარაღებულ თავდასხმაში.¹²⁷ თუმცა, ამგვარ განმარტებას თან ახლავს დამაბრკოლებელი გარემოება: ისრაელი პირდაპირ მიუთითებდა, რომ იყენებდა თავდაცვის უფლებას არასახელმწიფო სუბიექტების მიმართ, ხოლო სასამართლომ სწორედ ამ კონტექსტში უარყო ისრაელის არგუმენტები.¹²⁸ სასამართლოს არ მიუთითებია რომელიმე ავტორიტეტულ წყაროზე, რომელიც გაამართლებდა ასეთ შეზღუდულ ინტერპრეტაციას და ასევე, სასამართლომ არ გაითვალისწინა, რომ ასეთი ვიწრო განმარტება ვერ მოიპოვებდა საერთაშორისო მხარდაჭერას, განსაკუთრებით არასახელმწიფო სუბიექტების თავდასხმებისგან დაზარალებული სახელმწიფოების მხრიდან.¹²⁹ საბოლოო ჯამში, გაუგებარია, როგორ და რატომ მივიდა სასამართლო ამ დასკვნამდე.¹³⁰

კედლის საკონსულტაციო დასკვნაში მოსამართლე ჰიგინსმა აღნიშნა, რომ ის არ ეთანხმება სასამართლოს მიერ თავდაცვის უფლებაზე მსჯელობის ყველა ასპექტს. მან მიუთითა, რომ 51-ე მუხლის სასამართლოს მიერ გაკეთებული განმარტება გამომდინარეობს არა 51-ე მუხლიდან, არამედ სასამართლოს მიერ ნიკარაგუას საქმეში გაკეთებული მიგნებებიდან,¹³¹ რომელთა მიხედვით, არარეგულარული ძალების მიერ განხორციელებული სამხედრო მოქმედებები მხოლოდ მაშინ ჩაითვლება შეიარაღებულ თავდასხმად, როცა ისინი წარგზავნილია სხვა სახელმწიფოს მიერ ან მოქმედებენ სახელმწიფოს ნაცვლად და თუ ეს მოქმედებები მასშტაბისა და შედეგებით გაუტოლდება რეგულარული შეიარაღებული ძალების მოქმედებებს.¹³² ჰიგინსი თავს ვალდებულად თვლის, დაეთანხმოს ასეთ პოზიციას, როგორც არსებულ სამართალს. თუმცა, ჰიგინსი არ ეთანხმება ნიკარაგუას საქმეში დადგენილ კრიტერიუმს, რადგან სახელმწიფოს ყოველთვის მოუწევს იმსჯელოს, წარმოადგენს თუ არა არარეგულარული ჯგუფების მიერ განხორციელებული ძალის გამოყენება რეგულარული სამხედრო ძალების მიერ გან-

ხორციელებული ოპერაციების ეკვივალენტს. ჰიგინსის აზრით, სასამართლოს მიერ დადგენილი კრიტერიუმი არის ოპერაციულად გამოუსადეგარი.¹³³

მოსამართლე ბურგენტალი კედლის საკონსულტაციო დასკვნის საკუთარ დეკლარაციაში გამოყოფს ორ ასპექტს, რომელთა გამოაკრიტიკებს სასამართლოს მიერ ისრაელისთვის თავდაცვის უფლების გამორიცხვას და არ ეთანხმება სასამართლოს ფორმალისტურ მიდგომას: 1) 51-ე მუხლის ფორმულირების მიხედვით, „არაფერმა წინამდებარე [გაეროს] ქარტიაში“ არ უნდა შეზღუდოს თავდაცვის თანდაყოლილი უფლება. თუ სასამართლომ მხოლოდ იმის გამო გამორიცხა თავდაცვის უფლება, რომ თავი აარიდა პალესტინის სახელმწიფოებრიობაზე მსჯელობას, ეს არ იქნებოდა საჭირო, რადგან ქარტია თავდაცვის უფლების გამოყენების წინაპირობად არ ადგენს, რომ თავდასხმის განმახორციელებელი სუბიექტი უნდა იყოს სახელმწიფო.¹³⁴ უშიშროების საბჭომ რეზოლუციებში 1368 (2001) და 1373 (2001) საერთაშორისო ტერორიზმი შეაფასა, როგორც საფრთხე საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების წინააღმდეგ, აღიარა თავდაცვის უფლება და უშიშროების საბჭოს არ მიუთითებია, რომ ტერორისტული აქტები უნდა განახორციელოს სახელმწიფო სუბიექტებმა.¹³⁵ 2) ისრაელი ამტკიცებს, რომ მას აქვს თავდაცვის გამოყენების უფლება იმ თავდასხმების წინააღმდეგ, რომელიც მომდინარეობს „მწვანე ზოლის“ მეორე მხრიდან. ბურგენტალის აზრით, ამ არგუმენტთან მიმართებით არარელევანტურია, რომ ისრაელი ახორციელებს კონტროლს ოკუპირებულ პალესტინურ ტერიტორიებზე. სასამართლოსთვის „მწვანე ზოლი“, გარკვეულ ფარგლებში, წარმოადგენს დელიმიტაციის ხაზს ისრაელსა და ოკუპირებულ პალესტინურ ტერიტორიებს შორის. შესაბამისად, სასამართლომ, სწორედ ამ ფარგლებში, ოკუპირებულ პალესტინურ ტერიტორიები არ უნდა ჩათვალოს ისრაელის ტერიტორიად, მიუხედავად ისრაელის მიერ ამ ტერიტორიის კონტროლისა.¹³⁶

შესაბამისად, კედლის საკონსულტაციო დასკვნა იყო ისრაელ-პალესტინის ურთიერთობების კონკრეტული გარემოებების მაქსიმალურად გათვალისწინების შედეგად მიღებული დასკვნა, რომლის განზოგადება ზოგადად თავდაცვის უფლებაზე არ არის მიზანშეწონილი.

6.3. კონგოს დემოკრატიული რესპუბლიკა უგანდის წინააღმდეგ

საქმეში კონგო უგანდას წინააღმდეგ სასამართლომ დაადგინა, რომ კონგოს ტერიტორიიდან არასახელმწიფო სუბიექტების მიერ უგანდას წინააღმდეგ განხორციელებული თავდასხმები არ მიენერებოდა კონგოს¹³⁷ და, შესაბამისად, არ იყო დაკმაყოფილებული პირობები, რაც აუცილებელი იყო უგანდის მიერ თავდაცვის განსახორციელებლად. სასამართლომ პირდაპირ მიუთითა, რომ

„სასამართლოს არ ჭირდება მხარეთა არგუმენტების განხილვა იმის შესახებ, თუ რა დროს და რა პირობებში ითვალისწინებს თანამედროვე საერთაშორისო სამართალი თავდაცვის უფლების გამოყენებას არარეგულარული ძალების მიერ განხორციელებული ფართომასშტაბიანი თავდასხმების წინააღმდეგ“.¹³⁸

მოსამართლე კოეიმანსი განსხვავებულ მოსაზრებაში აღნიშნავს, რომ სასამართლო თავს არიდებს პასუხი გასცეს კითხვას, შესაბამისობაშია თუ არა ნიკარაგუას გადაწყვეტილების სტანდარტი თანამედროვე საერთაშორისო სამართალთან, მითუმეტეს, რომ ეს სტანდარტი გახდა მკაცრი კრიტიკის საგანი.¹³⁹ კოეიმანსი თვლის, რომ მხოლოდ იმიტომ, რომ სახელმწიფოს ტერიტორიიდან მოქმედი ჯგუფების მოქმედებები არ მიენერება სახელმწიფოს, მსხვერპლ სახელმწიფოს არ უკრძალავს თავდაცვის უფლების გამოყენებას 51-ე მუხლის მიხედვით. კოეიმანსი სასამართლოს აკრიტიკებს იმის გამოც, რომ ნათელს არ ჰფენს შემთხვევას, თუ რა უნდა მოიმოქმედოს სახელმწიფომ, როცა არარეგულარული ჯგუფები შეიარაღებული ოპერაცია მისი მასშტაბისა და შედეგების გამო უზრალო სასაზღვრო ინციდენტის ნაცვლად შეფასდებოდა შეიარაღებული თავდასხმად.¹⁴⁰ კოეიმანსი მხარს უჭერს მიდგომას, რომ ამ შემთხვევაში სახელმწიფოს შეუძლია გამოიყენოს თავდაცვის იგივე სამართლებრივი ჩარჩო, რასაც გამოიყენებდა სახელმწიფოს წინააღმდეგ.¹⁴¹

ასევე, აღნიშნულ საქმეზე თანდართულ განსხვავებულ მოსაზრებაში მოსამართლე სიმა აღნიშნავს, რომ 51-ე მუხლის კედლის საკონსულტაციო დასკვნაში მოცემული ვინრო განმარტება უნდა გადაიხედოს არა მხოლოდ სახელმწიფოთა პრაქტიკაში არსებული

ცვლილებების, არამედ – ასეთი პრაქტიკის თანმხლები *opinion juris*-ის გამო. სიმა მიიჩნევს, რომ პრაქტიკაში განსაკუთრებული ცვლილებები დაიწყო 2001 წლის 11 სექტემბრის შემდეგ და აკეთებს საინტერესო მიგნებას: „მტკიცება, რომ 51-ე მუხლი ფარავს თავდაცვით ღონისძიებებს ტერორისტების ჯგუფების წინააღმდეგ, საერთაშორისო საზოგადოებამ მიიღო გაცილებით დადებითად, ვიდრე ქარტიის სხვა შესაბამისი დებულებების ფართო განმარტება, განსაკუთრებით „ბუშის დოქტრინა“, რომელიც ამართლებს ძალის პრევენციულ გამოყენებას“.¹⁴² სიმას აზრით, ასეთ მიდგომას ადასტურებს უშიშროების საბჭოს რეზოლუციებიც.¹⁴³ სიმა ასევე ეთანხმება მოსამართლე კოედიანსის მიერ გაკეთებულ განსხვავებულ მოსაზრებას კედლის საკონსულტაციო დასკვნაში და ეთანხმება დინშტეინს, რომლის მიხედვით, თავდასხმის ადრესატი სახელმწიფოსთვის თავდაცვის უფლებაზე უარის თქმა მხოლოდ იმიტომ, რომ თავდამსხმელი არ არის სახელმწიფო, იქნებოდა არაგონივრული, თანაც ამას არ მოითხოვს გაეროს ქარტია.¹⁴⁴

როგორც ერთმა კომენტატორმა აღნიშნა, სასამართლოს ლოგიკა აღნიშნულ საქმეში იყო ის, რომ სახელმწიფო თავდაცვით ძალას ვერ გამოიყენებს მეორე სახელმწიფოს წინააღმდეგ იმის გამო, რომ მისი ტერიტორიიდან მოქმედი დაჯგუფებების ქმედებები არ მიეწერება ამ სახელმწიფოს, ეს მსჯელობა მისაღებია. მაგრამ, თუ სასამართლო კვლავ მოითხოვს ნიკარაგუას საქმის სტანდარტს ასეთი დაჯგუფებების მიმართ ძალის გამოყენების დროს, მაშინ სასამართლო სერიოზულად ზღუდავს თავდაცვის უფლების ფარგლებს.¹⁴⁵

მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლომ კედლისა და კონგოს საქმეებზე მიღებული გადაწყვეტილებებით შეიძლება დაბრკოლება შექმნა „სწრაფად კრისტალიზებადი ჩვეულებითი საერთაშორისო სამართლის ჩამოყალიბებაში“,¹⁴⁶ მას არ მოუხდენია ასეთი ნორმის განვითარების პრევენცია. ეს ნაწილობრივ აიხსნება იმით, რომ სიტუაცია მოცემულ საქმეებში განსხვავდება იმ შემთხვევებისგან, როცა სახელმწიფო ძალას იყენებს არასახელმწიფო ჯგუფების წინააღმდეგ უცხო სახელმწიფოს ტერიტორიაზე. კედლის საკონსულტაციო დასკვნაში, სასამართლომ აღნიშნა, რომ თავდაცვის უფლება გაეროს ქარტიის 51-ე მუხლის მიხედვით გამოიყენებოდა მხო-

ლოდ სხვა სახელმწიფოდან მომდინარე თავდასხმების მიმართ, რაც არ ვრცელდებოდა ოკუპირებული ტერიტორიებიდან მომდინარე თავდასხმებზე, რადგან ამ ტერიტორიას აკონტროლებდა ისრაელი. კონგოს და ნიკარაგუას საქმეებში კი ძალის გამოყენება არ შემოიფარგლებოდა მხოლოდ არარეგულარულ ჯგუფებზე თავდასხმებით, არამედ მოიცავდა მასშტაბურ თავდასხმებს ტერიტორიული სახელმწიფოს სხვადასხვა ლოკაციებზე.¹⁴⁷

შეიძლება ითქვას, რომ სასამართლო მოქმედებს საერთაშორისო სამართლის სპეციფიკური კონცეფციის კონტექსტში, რომელიც აღნიშნულ სამართლებრივ სისტემას აღიქვამს ტრადიციული გაგებით, როგორც მხოლოდ სახელმწიფოებზე ორიენტირებულ სამართალს.

დასკვნა

არასახელმწიფო სუბიექტები წარმოადგენენ XXI საუკუნის ერთ-ერთ დიდ გამოწვევას, რადგან მათ გააჩნიათ დიდი რესურსი და პოტენციალი, საფრთხე შეუქმნან საერთაშორისო მშვიდობასა და უშიშროებას. ასეთი საფრთხის არსებობის პირობებში, სახელმწიფოებს არ აქვთ სამართლებრივი ვალდებულება, რომ დაემორჩილონ „უცნაურ ფორმალისტს“ და არასახელმწიფო სუბიექტების მიერ უშუალოდ განხორციელებული შეიარაღებული თავდასხმების შემთხვევაში არ გამოიყენონ თავდაცვის უფლების თანდაყოლილი უფლება მხოლოდ იმიტომ, რომ ვერ დგინდება ან *prima facie* არ არსებობს მათ წინააღმდეგ გამოყენებულ ძალაში სხვა სახელმწიფოს ჩართულობა. როგორც ზემოთ მოცემული ანალიზიდან ჩანს, საერთაშორისო სამართალი შეიძლება პირდაპირ არ ცნობს არასახელმწიფო სუბიექტების წინააღმდეგ ძალის გამოყენების ლეგალურობას, მაგრამ ექსტრატერიტორიული თავდაცვა დღეს აღარ არის ძალის გამოყენების „საპატიებელი“ ფორმა და სცდება „ლეგიტიმურის“ კატეგორიას. ის შეიძლება განვიხილოთ ძალის გამოყენების პოზიტიური საერთაშორისო სამართლით ნებადართულ ფორმად შემდეგი გარემოებების გამო:

1) სახელმწიფოთა პრაქტიკა, მიუხედავად ასეთი პრაქტიკის არაერთგვაროვნებისა, მხარს უჭერს თავდაცვის უფლების გამოყენებას ტრანსსასაზღვრო საფრთხეებთან

გამკლავების კუთხით. 9/11-ის შემდეგ მოხდა ერთგვარი ევოლუცია, კერძოდ – არასახელმწიფო სუბიექტების წინააღმდეგ განხორციელებულმა მოქმედებებმა შეთანხმებული სამართალდაცვითი თანამშრომლობის სფეროდან გადაინაცვლა თავდაცვითი ძალის ცალმხრივი გამოყენების, როგორც უფრო ეფექტიანი მექანიზმის, სფეროში.

2) დღეს არსებული მდგომარეობით, სახელმწიფოთა ამ პრაქტიკის მიმართ საერთაშორისო საზოგადოება აფიქსირებს ან პირდაპირ მხარდაჭერას, ან მინიმუმ ტოლერანტულს.

3) გაეროს ქარტიის მოცემული ძალის გამოყენების აკრძალვის პრინციპსა და თავდაცვის უფლებას შორის არ არსებობს მხოლოდ „აკრძალვა-გამონაკლისის“ ურთიერთმიმართება და შესაბამისად, სახელმწიფოს მიერ თავდაცვის უფლების გამოყენება არასახელმწიფო სუბიექტების წინააღმდეგ არ არის შეზღუდული გაეროს ქარტიის სახელმწიფოთაშორისი ბუნებით, რადგან ა) გაეროს ქარტიის 2(4)-ე და 51-ე მუხლებს გააჩნიათ ტერმინოლოგიურად და შინაარსობრივად განსხვავებული რეგულირების სფერო და ბ) თავდაცვის უფლება არსებობს გაეროს ქარტიისგან დამოუკიდებელ სამართლებრივ სივრცეში – საერთაშორისო ჩვეულებით სამართალში. ამასთან, 51-ე მუხლს არ შეუზღუდავს საერთაშორისო ჩვეულებით სამართალში არსებული თავდაცვის უფლება *ratione personae*.

4) „შეუძლებლობის და სურვილის არქონის“ ტესტის თანახმად, როცა სახელმწიფო არ შეუძლია მისი ტერიტორიიდან მოქმედი არასახელმწიფო სუბიექტების ქმედებების აღკვეთა, არაგონივრული იქნებოდა თავდასხმის ადრესატი სახელმწიფოს თავდაცვის უფლების უარყოფა მხოლოდ იმის გამო, რომ თავდამსხმელი არ არის სახელმწიფო. თავდასხმების ადრესატ სახელმწიფოს არ აქვს თმენის ვალდებულება. „შეუძლებლობის და სურვილის არქონის“ ტესტს მხარს უჭერს სახელმწიფოთა პრაქტიკა, ლოგიკურად გამომდინარეობს სუვერენიტეტის კონცეფციიდან და გარკვეული პროცედურული მოთხოვნების დამატებით (როგორცაა ასეთი სახელ-

მწიფოსთვის გონივრული დროის მიცემა, საკუთარი ძალებით აღკვეთოს არარეგულარული ჯგუფების მოქმედება), ეს ტესტი, დღეის მდგომარეობით, შეიძლება ჩაითვალოს საერთაშორისო სამართლის ნაწილად, რომელიც შეძლებს, ოპტიმალურად დააბალანსოს ორი სახელმწიფოს ინტერესები.

5) გაეროს უშიშროების საბჭოს 1368 (2001), 1373 (2001) და 2249 (2015) რეზოლუციებმა, როგორც კვაზისამართლებრივმა დოკუმენტებმა, გაეროს ქარტიის 51-ე მუხლში აშკარად მოიხაზრა სახელმწიფოსგან დამოუკიდებლად მოქმედი არასახელმწიფო სუბიექტები და აღიარა თავდაცვის უფლება (1368, 1373), ან არაპირდაპირ მიუთითა ამ უფლებაზე (2249).

6) მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლოს მიერ განხილულმა სამმა საქმემ (ნიკარაგუას საქმე, კედლის საკონსულტაციო დასკვნა და საქმე კონგო უგანდას წინააღმდეგ) თავი აარიდა ამ საკითხზე პირდაპირ მსჯელობას. თუმცა, ამავდროულად, არც ერთი საქმიდან არ ჩანს, რომ მან ცალსახად გამორიცხა თავდაცვის უფლების გამოყენება არარეგულარული ჯგუფების მიმართ. მან შეიძლება დაბრკოლება შექმნა ასეთი უფლების რეალიზაციის კუთხით, მაგრამ ცალსახად არ გამოურიცხავს ასეთი უფლების არსებობა და არ მოუხდენია ნორმის ამგვარი ინტერპრეტაციის განვითარების ან ჩვეულებითი ნორმის ჩამოყალიბების პრევენცია.

არსებობს დიდი ალბათობა იმისა, რომ სახელმწიფოები კვლავ გააგრძელებენ ამ უფლების გამოყენებას, რადგან ეს უფლება წარმოადგენს ერთ-ერთ მნიშვნელოვან სამართლებრივ და ეფექტიან ბერკეტს, რათა სახელმწიფოებმა უპასუხონ ეროვნული უსაფრთხოების წინააღმდეგ არსებულ გამონგევებს საერთაშორისო სამართლის ფარგლებში. ასეთმა ტენდენციამ კი შეიძლება უახლოეს მომავალში შეცვალოს ამ უფლების სტატუსი ან პრაქტიკა გახდეს ისეთი თანმიმდევრული, რომ საერთაშორისო საზოგადოებამ ან სასამართლო ორგანოებმა ვერ უგულვებელყო მისი გათვალისწინება ქარტიის 51-ე მუხლის განმარტებისას.

* გიორგი ნაკაშიძე – საერთაშორისო სამართლის დოქტორანტი (თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი); საერთაშორისო სამართლის მაგისტრი (თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი); საქართველოს საერთაშორისო

უნივერსიტეტის მონვეული ლექტორი; საქართველოს იუსტიციის სამინისტროს საერთაშორისო სასამართლოებში სახელმწიფო წარმომადგენლობის დეპარტამენტის მრჩეველი.

- ¹ წინამდებარე ნაშრომის მიზნებისთვის *ექსტრატერიტორიული თავდაცვა* გულისხმობს შემთხვევას, როცა სახელმწიფო იყენებს ძალას საკუთარი ტერიტორიის გარეთ, სხვა სახელმწიფოს ტერიტორიიდან მოქმედი არასახელმწიფო სუბიექტების წინააღმდეგ და, ამავდროულად, ძალის გამოყენების სამართლებრივ საფუძვლად უთითებს გაეროს ქარტიის 51-ე მუხლს (თავდაცვის უფლება).
- ² წინამდებარე ნაშრომის მიზნებისთვის *დამოუკიდებლად მოქმედი არასახელმწიფო სუბიექტი* ნიშნავს პირთა დაჯგუფებას (ტერორისტულ დაჯგუფებას, არარეგულარულ ფორმირებას, შეიარაღებულ და გასამხედროებულ ჯგუფს და ა.შ.), რომელიც მოქმედებს დამოუკიდებლად, საკუთარი მიზნებისთვის და არ იმყოფება რომელიმე სახელმწიფოს ეფექტიანი ან ზოგადი კონტროლის ქვეშ და არ იღებს მითითებებს და დახმარებას მისგან, ანუ მის ქმედებებში არ იკვეთება სხვა სახელმწიფოს ჩართულობა (გარდა იმისა, რომ ასეთი სუბიექტი მოქმედებს კონკრეტული სახელმწიფოს ტერიტორიიდან).
- ³ ნაშრომის მიზნებისთვის, იგულისხმება, რომ არასახელმწიფო სუბიექტებს შეუძლიათ განახორციელონ „შეიარაღებული თავდასხმა“ გაეროს ქარტიის 51-ე მუხლის ფარგლებში, რადგან მათ ქმედებებს შეუძლიათ *ნიკარაგუას* საქმით დადგენილი „სიმძიმის“ ობიექტური კრიტერიუმის (რომელიც მოიცავს მასშტაბისა და შედეგის კომპონენტებს) დაკმაყოფილებას.
- ⁴ წინამდებარე ნაშრომის მიზნებისთვის *ტერიტორიული სახელმწიფო* ნიშნავს იმ სახელმწიფოს, რომლის ტერიტორიიდანაც მოქმედებენ არასახელმწიფო სუბიექტები
- ⁵ ამ საკითხის განხილვა ცდება ნაშრომის ფარგლებს.
- ⁶ Dekker, I. F. *Illegality and Legitimacy of Humanitarian Intervention: Synopsis of and Comments on a Dutch Report*. Journal of Conflict & Security Law, vol.6, no.1, 2001, p. 115; Dunoff J. L. et. al. (2002) *International Law: Norms, Actors, Process: A Problem-Oriented Coursebook*, Aspen Publishers, pp. 893-94.
- ⁷ Orford A. (2003) *Reading Humanitarian Intervention: Human Rights and the Use of Force in International Law*, Cambridge University Press, p. 44.
- ⁸ Dinstein, Y. *Comments on War*. Harvard Journal of Law & Public Policy, vol.27, no.3, 2004, pp. 877, 881.
- ⁹ U.N. Press Release SG/SM/6938 (Mar. 24, 1999).
- ¹⁰ *Case concerning Legality of the Use of Force (Serbia & Montenegro v. Belgium)*, Preliminary Objections, ICJ, 15 December 2004, § 129.
- ¹¹ Independent International Commission on Kosovo: The Kosovo Report (2000), p. 186, ხელმისაწვდომია: <http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/6D26FF88119644CFC1256989005CD392-thekosovoreport.pdf> (ყველა ინტერნეტ წყარო ბოლოს ნანახია 2018 წლის 20 ოქტომბერს).
- ¹² *იქვე*.
- ¹³ The Responsibility to Protect (2001), XI, ხელმისაწვდომია: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>.
- ¹⁴ Válek, P. *Legality versus Legitimacy and the Use of Force*, in Miller R. A., Bratspies R. M. (eds.) (2008) *Progress in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, p. 624.
- ¹⁵ Hilpold, P. *The Fight against Terrorism and SC Resolution 2249 (2015): towards a More Hobbesian or a More Kantian International Society?* Indian Journal of International Law, vol.55, no.4, 2015, pp. 544-545.
- ¹⁶ Crawford J. (2013) *Brownlie's Principles of Public International Law (8th Edition)*, Oxford University Press, p. 772; Dinstein Y. (2005) *War, Aggression and Self-Defence (4th ed.)*, Cambridge University Press, pp.206-207; Henriksen, A. *Jus ad bellum and American Targeted Use of Force to Fight Terrorism around the World*. Journal of Conflict & Security Law, vol.19, no.2, 2014, p. 233.
- ¹⁷ Duffy H. (2015) *The 'War on Terror' and the Framework of International Law (2nd ed.)*, Cambridge University Press, p. 296; Shaw M. (2008) *International*

- Law (6th ed.), Cambridge University Press, p. 1135; Zweifach, B. *Plugging the Gap: A Reconsideration of the U.N. Charter's Approach to Low-Gravity Warfare*. *Intercultural Human Rights Law Review*, vol.8, 2012, p. 418.
- ¹⁸ Scharf, M. P. *How the War against ISIS Changed International Law*. *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol.48, 2016, p. 40 (შემდგომში Scharf (2016)).
- ¹⁹ Schmitt M. N. *Responding to Transnational Terrorism under the Jus ad Bellum: A Normative Framework*, in Schmitt M., Pejic J. (eds.) (2007) *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines – Essays in Honour of Yoram Dinstein*. Brill | Nijhoff, p. 158.
- ²⁰ S/RES/1368 (2001), S/RES/1373 (2001).
- ²¹ Ruys, T., Verhoeven, S. *Attacks by Private Actors and the Right of Self-Defence*. *Journal of Conflict & Security Law*, vol.10, no.3, 2005, p. 297.
- ²² Letter dated 2001/10/07 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the President of the Security Council S/2001/946 (2001), ხელმისაწვდომია: <http://repository.un.org/handle/11176/31401>.
- ²³ იქვე.
- ²⁴ Schmitt M. N. *Counter-Terrorism and the Use of Force in International Law*. The Marshall Center Papers, No 5. The George C. Marshall European Center for Security Studies, p. 17.
- ²⁵ Scharf (2016), ზემოთ, სქოლიო 18, pp. 40-41.
- ²⁶ CP/RES. 797 (1293/01), ხელმისაწვდომია: <http://www.oas.org/council/resolutions/res797.asp>.
- ²⁷ Article 3 of the Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance (Rio Treaty).
- ²⁸ Security Treaty Between Australia, New Zealand and the United States of America (in force since 1952), ხელმისაწვდომია: <http://australianpolitics.com/1951/09/01/anzus-treaty-text.html>.
- ²⁹ Brown, D. *Use of Force against Terrorism after September 11th: State Responsibility, Self-Defense and Other Responses*. *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol.11, no.1, 2003, p. 29.
- ³⁰ Gray C. (2018) *International Law and the Use of Force (4rd ed.)*, Oxford University Press, p. 207 (შემდგომში Gray (2018)); Ruys, T., Verhoeven, S. *Attacks by Private Actors and the Right of Self-Defence*. *Journal of Conflict & Security Law*, vol.10, no.3, 2005, p. 290.
- ³¹ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. The United States of America)*, Judgment on Merits, ICJ, 27 June 1986, § 195 (შემდგომში – ნიკარაგუა).
- ³² კონტროლის ტესტების შესახებ იხ. ბართაია ი. ადამიანის უფლებათა დაცვის საერთაშორისო დოკუმენტების ექსტრატერიტორიული გამოყენება – საერთაშორისო მექანიზმების პრაქტიკის ანალიზი. საერთაშორისო სამართლის ჟურნალი, 2009 №2 – 2010 №1, გვ. 64-67.
- ³³ Gray (2018), ზემოთ, სქოლიო 30, pp. 201-202.
- ³⁴ იქვე.
- ³⁵ Ruys, T. (2010) *'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter. Evolutions in Customary Law and Practice*, Cambridge University Press, p. 442 (შემდგომში Ruys (2010)).
- ³⁶ France Seeks Global Coalition against Islamic State, Launches New Strikes. Reuters, Tue Nov 17, 2015, ხელმისაწვდომია: <http://www.reuters.com/article/france-shooting-idUSL8N13B1NP20151117>.
- ³⁷ იქვე.
- ³⁸ De Souza, I. M. L. *Revisiting the Right of Self-Defence against Non-State Armed Entities*. *Canadian Yearbook of International Law*, vol.53, 2016, p. 222.
- ³⁹ Treaty on the Functioning of the European Union, მ. 222(1).
- ⁴⁰ Letter, dated 25 May 1993, from the Permanent Representative of the Islamic Republic of Iran to the United Nations Addresses to the Secretary General, UN Doc S/25843, ხელმისაწვდომია: http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/51284/S_25843-%20%20%20EN.pdf?sequence=3&isAllowed=y.

- ⁴¹ Letter, dated 7 October 2001, from the Permanent Representative of the United States of America, to the United Nations addressed to the President of the Security Council, UN SCOR, 56th session at 1; UN Doc S/2001/946 (2001), ხელმისაწვდომია: http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/31401/S_2001_946-EN.pdf?sequence=3&isAllowed=y.
- ⁴² Letter dated 11 September 2002 from the Permanent Representative of the Russian Federation to the United Nations addressed to the Secretary-General. UN Doc S/2002/1012, ხელმისაწვდომია: http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/29079/S_2002_1012-EN.pdf?sequence=3&isAllowed=y. იხ. ასევე Finucane, B. *Fictitious States, Effective Control, and the Use of Force against Non-State Actors*. Berkeley Journal of International Law, vol.30, no.1, 2012, p. 79.
- ⁴³ Statement by Ambassador Dan Gillerman, Permanent Representative, Emergency Session, Security Council, New York, 5 October 2003. Special U.N. Security Council Meeting to Discuss Israel's Attack in Syria, ხელმისაწვდომია: <http://www.edition.cnn.com/TRANSCRIPTS/0310/05/se.03.html>.
- ⁴⁴ Israel's conduct was condemned by the 12 members of the UNSC, გვ. 8-13, ხელმისაწვდომია: <http://undocs.org/en/S/PV.4836>.
- ⁴⁵ Trapp K. N. *Can Non-State Actors Mount an Armed Attack?* in Weller M. (ed.) (2015) *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*. Oxford University Press, p. 692.
- ⁴⁶ Statement by Ambassador Dan Gillerman, Permanent Representative, during the open debate on 'The Situation in the Middle East' United Nations, New York, 8 August 2006.
- ⁴⁷ Trapp K. N. *Can Non-State Actors Mount an Armed Attack?* in Weller M. (ed.) (2015) *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*. Oxford University Press, p. 691.
- ⁴⁸ CP/RES. 930 (1632/08), ხელმისაწვდომია: <http://www.oas.org/council/resolutions/res930.asp>. კოლუმბიამ მოგვიანებით მოიხადა ბოდიში, ხელმისაწვდომია: http://www.oas.org/en/media_center/speech.asp?sCodigo= 08-0021.
- ⁴⁹ Finucane, B. *Fictitious States, Effective Control, and the Use of Force against Non-State Actors*. Berkeley Journal of International Law, vol.30, no.1, 2012, pp. 81-82.
- ⁵⁰ Letter dated 23 September 2014 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the Secretary-General. S/2014/695, ხელმისაწვდომია: <http://repository.un.org/handle/11176/89298>.
- ⁵¹ Letter dated 31 March 2015 from the *Chargé d'affaires* a.i. of the Permanent Mission of Canada to the United Nations addressed to the President of the Security Council. S/2015/221, ხელმისაწვდომია: <http://repository.un.org/handle/11176/310200>.
- ⁵² Identical Letters dated 25 November 2014 from the Permanent Representative of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the United Nations addressed to the Secretary-General and the President of the Security Council. S/2014/85, ხელმისაწვდომია: <http://repository.un.org/handle/11176/308864>.
- ⁵³ O'Connor, L. *Legality of the Use of Force in Syria against Islamic State and the Khorasan Group*. Journal on the Use of Force and International Law, vol.3, no.1, 2016, p. 76.
- ⁵⁴ Dörr O., Randelzhofer A. *Article 2 (4)*, in Simma B., et al (eds.) (2012) *The Charter of the United Nations: A Commentary, Volume II (3rd ed.)*, Oxford University Press, p. 218 (შემდგომში Dörr O., Randelzhofer A. *Article 2 (4)*); Gill T.D., Fleck D. (2015) *The Handbook of the International Law of Military Operations (2nd Edition)*, Oxford University Press, p. 214.
- ⁵⁵ Trapp K. N. *Can Non-State Actors Mount an Armed Attack?* in Weller M. (ed.) (2015) *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*. Oxford University Press, p. 684.
- ⁵⁶ იქვე.
- ⁵⁷ Greenwood, C. *International Law and the Pre-emptive Use of Force: Afghanistan, Al-Qaida, and Iraq*. San Diego International Law Journal, vol.4, no.7, 2003, p. 17.

- ⁵⁸ Schmitt M. N. *Responding to Transnational Terrorism under the Jus ad Bellum: A Normative Framework*, in Schmitt M., Pejic J. (eds.) (2007) *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines – Essays in Honour of Yoram Dinstein*. Brill | Nijhoff, pp.167-168.
- ⁵⁹ მიუხედავად იმისა, რომ ეს არ იყო სასამართლო საქმე, კეროლაინის ინციდენტზე მსჯელობისას აშშ-ისა და გაერთიანებული სამეფოს მთავრობები შეთანხმდნენ, რომ მათი პოზიციები ასახავდნენ ჯერ კიდევ XIX საუკუნის საერთაშორისო ჩვეულებით სამართალს. ასევე, კეროლაინის ინციდენტი ნიურმბერგისა და ტოკიოს საერთაშორისო ტრიბუნალების მიერ ციტირებული იქნა, როგორც ავტორიტეტული წყარო. იხ. Greenwood C. *The Caroline*, in Wolfrum R. (ed.) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, § 5.
- ⁶⁰ Sofaer, A. D. *On the Necessity of Pre-emption*. *European Journal of International Law*, vol.14, no.2, 2003, pp. 214-220.
- ⁶¹ Greenwood, C. *International Law and the Pre-emptive Use of Force: Afghanistan, Al-Qaida, and Iraq*. *San Diego International Law Journal*, vol.4, no.7, 2003, p. 17.
- ⁶² Greenwood C. *The Caroline*, in Wolfrum R. (ed.) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, § 10.
- ⁶³ Davis L. W. (2008) *The Phantom of the Neo-Global Era: International Law and the Implications of Non-State Terrorism on the Nexus of Self-Defense and the Use of Force*, in Miller R. A., Bratspies R. M. (eds.) (2008) *Progress in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, p. 642.
- ⁶⁴ Dörr O., Randelzhofer A. *Article 2 (4)*, *ზემოთ*, სქოლიო 54, pp. 208, 217-218.
- ⁶⁵ Nolte G., Randelzhofer A. *Article 51*, in Simma B., et al (eds.) (2012) *The Charter of the United Nations: A Commentary, Volume II (3rd ed.)*, Oxford University Press, p. 1403 (შემდგომში Nolte G., Randelzhofer A. *Article 51*). *ნიკარაგუა, ზემოთ*, სქოლიო 31, § 195. *Eritrea Ethiopia Claims Commission Jus Ad Bellum (Partial Award, Ethiopia's Claims 1–8, 19 December 2005)* (2009) 135 ILR 479, § 11.
- ⁶⁶ Nolte G., Randelzhofer A. *Article 51*, *ზემოთ*, სქოლიო 65, p. 1403.
- ⁶⁷ *ნიკარაგუა, ზემოთ*, სქოლიო 31, §§ 195, 211, 237 (იხ. სქოლიო 31).
- ⁶⁸ *ზემოთ*, სქოლიო 66.
- ⁶⁹ *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, ICJ, 6 November 2003, § 51. *ნიკარაგუა, ზემოთ*, სქოლიო 31, § 195.
- ⁷⁰ *ნიკარაგუა, ზემოთ*, სქოლიო 31, § 176.
- ⁷¹ *იქვე*.
- ⁷² იხ. Novak M. *Just Peace and the Asymmetric Threat: National Self-Defense in Uncharted Waters*. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol.27, no.3, 2003-2004, p. 828 (პარალელი მეკობრეების ორგანიზაციების და არასახელმწიფო სუბიექტების წინააღმდეგ ბრძოლას შორის); Davis L. W. *The Phantom of the Neo-Global Era: International Law and the Implications of Non-State Terrorism on the Nexus of Self-Defense and the Use of Force*, in Miller R. A., Bratspies R. M. (eds.) (2008) *Progress in International Law*. Martinus Nijhoff Publishers, pp. 641-643 (თომას ჯეფერსონის კამპანია აფრიკელი ბერბერების წინააღმდეგ და *პანჩო ვილას* ინციდენტი).
- ⁷³ *Island of Palmas (Netherlands, USA)*. *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, 4 April 1928, Vol. II, p. 839.
- ⁷⁴ *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, Judgment on Merits, ICJ, 9 April 1949, p. 22.
- ⁷⁵ *Definition of Aggression*, GA Res 3314 (XXIX), UNGAOR, UN Doc A/RES/3314 (1974), მ. 3(f).
- ⁷⁶ *Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission: Preparatory work within the purview of article 18, paragraph 1, of the International Law Commission — Memorandum submitted by the Secretary-General*, UN Doc A/CN.4/1/Rev.1 (1949), § 57.
- ⁷⁷ *Trail Smelter case (United States, Canada)*. *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, 16 April 1938 and 11 March 1941, Vol. III, p. 1963.

- ⁷⁸ Starski, P. *Right to Self-Defense, Attribution and the Non-State Actor – Birth of the “Unable or Unwilling” Standard?* Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, vol.75, no.3, 2015, p. 475.
- ⁷⁹ Lubell N. (2010) *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors*, Oxford University Press, p. 40.
- ⁸⁰ იქვე, გვ. 40-41.
- ⁸¹ Borowski, H., Fuchs, I. *Weak States and Terrorist Organizations: A Proposed Model of Intervention*. Minnesota Journal of International Law, vol.21, no.2, 2012, pp. 214-215.
- ⁸² Separate Opinion of Judge Kooijmans, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, ICJ Reports 2005, p. 150 (შემდგომში *DRC v. Uganda*).
- ⁸³ Tibori-Szabó K. *The ‘Unwilling or Unable’ Test and the Law of Self-defence*, in Paulussen C. et al. (eds.) (2016) *Fundamental Rights in International and European Law: Public and Private Law Perspectives*, T.M.C. Asser Press, p. 76 (შემდგომში Tibori-Szabó (2016)).
- ⁸⁴ იქვე.
- ⁸⁵ იქვე, გვ. 77.
- ⁸⁶ იქვე.
- ⁸⁷ იქვე, გვ. 78.
- ⁸⁸ SC Res. 280 (1970); SC Res. 316 (1972); SC Res. 332 (1973); SC Res. 450 (1979); SC Res. 467 (1980).
- ⁸⁹ SCOR, 40th session, 2615th meeting, UN Doc. S/PV.2615 (4 October 1985), § 252.
- ⁹⁰ იქვე, გვ. 78-79.
- ⁹¹ იქვე.
- ⁹² Antonopoulos, A. *The Turkish Military Operation in Northern Iraq of March-April 1995 and the International Law on the Use of Force*. Journal of Armed Conflict Law, vol.1, no.1, 1996, p. 49.
- ⁹³ Ruys T. (2010) *‘Armed Attack’ and Article 51 of the UN Charter. Evolutions in Customary Law and Practice*, Cambridge University Press, p. 430.
- ⁹⁴ „შეუძლებლობის და სურვილის არქონის“ ტესტში გაფრთხილების და გონივრული დროის მიცემის ამ პროცედურული მოთხოვნის გამოყოფა ზრდის ამ ტესტის ლეგალურობის ხარისხს, რასაც მხარს უჭერს სახელმწიფოთა პრაქტიკაც.
- ⁹⁵ Tibori-Szabó (2016), *ზემოთ*, სქოლიო 83, p. 219; Ruys (2010), *ზემოთ*, სქოლიო 35, pp. 426–427.
- ⁹⁶ Williams, G. D. *Piercing the Shield of Sovereignty: An Assessment of the Legal Status of the ‘Unwilling or Unable’ Test*. University of New South Wales Law Journal, vol.36, no.2, 2013, pp. 626-627.
- ⁹⁷ Deeks, A. S. *“Unwilling or Unable”: Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-Defense*. Virginia Journal of International Law, vol.52, no.3, 2013, p. 486.
- ⁹⁸ Letter dated 23 September 2014 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the Secretary-General, UN Doc. S/2014/695, 23 September 2014, ხელმისაწვდომია: https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_2014_695.pdf.
- ⁹⁹ აშშ, კანადა, ავსტრალია, საფრანგეთი, ნიდერლანდები, გერმანია, დანია, საუდის არაბეთი, იორდანია, ყატარი, ბაჰრეინი, არაბთა გაერთიანებული საემიროები, თურქეთი.
- ¹⁰⁰ აშშ, კანადა, ავსტრალია და თურქეთი.
- ¹⁰¹ Corten, O. *The ‘Unwilling or Unable’ Test: Has it Been, and Could it be, Accepted?* Leiden Journal of International Law, vol.29, no.3, 2016, pp. 780, 785.
- ¹⁰² იქვე, გვ. 799.
- ¹⁰³ Reinold, T. *State Weakness, Irregular Warfare, and the Right to Self-Defense Post-9/11*. The American Journal of International Law, vol.105, no.2, 2011, p. 254.

- ¹⁰⁴ Letter dated 11 September 2002 from the Permanent Representative of the Russian Federation to the United Nations addressed to the Secretary-General. UN Doc S/2002/1012. იხ. ასევე SCOR, 30th session, 1860th meeting, UN Doc. S/PV.1860 (5 December 1975), §§ 3–5 და SCOR, 40th session, 2615th meeting, UN Doc. S/PV.2615 (4 October 1985), § 252.
- ¹⁰⁵ Letter dated 11 September 2002 from the Permanent Representative of the Russian Federation to the United Nations addressed to the Secretary-General. UN Doc S/2002/1012.
- ¹⁰⁶ Parliamentary Assembly. Recommendation 1580 (2002). *The Situation in Georgia and its Consequences for the Stability of the Caucasus Region*, §5, ხელმისაწვდომია: <https://rm.coe.int/1680092c2e>.
- ¹⁰⁷ Ahmed, I. D. *Defending Weak States against the “Unwilling or Unable” Doctrine of Self-Defense*. *Journal of International Law and International Relations*, vol.9, 2013, p. 2.
- ¹⁰⁸ Tibori-Szabó (2016), *ზემოთ*, სქოლიო 83, pp. 85-86.
- ¹⁰⁹ Hakimi, M. *Defensive Force against Non-State Actors: The State of Play*. *International Law Studies*, vol.91, 2015, p. 14.
- ¹¹⁰ S/RES/1368 (2001), S/RES/1373 (2001).
- ¹¹¹ Happold, M. *Security Council Resolution 1373 and the Constitution of the United Nations*. *Leiden Journal of International Law*, vol.16, 2003, p. 593–610.
- ¹¹² Ruys (2010), *ზემოთ*, სქოლიო 35, p. 440.
- ¹¹³ იქვე. 439.
- ¹¹⁴ *ზემოთ*, სქოლიო 112.
- ¹¹⁵ Cassese, A. *Terrorism Is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law*. *European Journal of International Law*, vol.12, 2001, p. 993.
- ¹¹⁶ Gray (2018), *ზემოთ*, სქოლიო 30, p. 206.
- ¹¹⁷ Separate Opinion of Judge Kooijmans, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ, 2004, 230, § 35 (შემდგომში *Wall*).
- ¹¹⁸ Joint Committee on Human Rights. *The Government’s Policy on the Use of Drones for Targeted Killing*. Second Report of Session 2015–16, p. 43, § 3.22, ხელმისაწვდომია: <https://publications.parliament.uk/pa/jt201516/jtselect/jtrights/574/574.pdf>.
- ¹¹⁹ Bannelier-Christakis, K. *The Joint Committee’s Drones Report: Far-reaching Conclusions on Self-defence Based on a Dubious Reading of Resolution 2249*. *Journal on the Use of Force and International Law*, vol.3, no.2, 2016, p. 225.
- ¹²⁰ Joint Committee on Human Rights. *The Government’s Policy on the Use of Drones for Targeted Killing*. Second Report of Session 2015–16, 95, § 12.
- ¹²¹ Scharf (2016), *ზემოთ*, სქოლიო 18, p. 65.
- ¹²² *Wall*, *ზემოთ*, სქოლიო 117.
- ¹²³ *DRC v. Uganda*, *ზემოთ*, სქოლიო 82.
- ¹²⁴ Gray C. *The International Court of Justice and the Use of Force*, in Tams C. J., Sloan J. (eds.) (2013) *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford University Press, p. 242.
- ¹²⁵ ნიკარაგუა, *ზემოთ*, სქოლიო 31, § 128.
- ¹²⁶ *Wall*, *ზემოთ*, სქოლიო 117, § 138.
- ¹²⁷ Murphy, S. D. *Self-defense and the Israeli Wall Advisory Opinion: An Ipse Dixit from the ICJ?* *The American Journal of International Law*, vol.99, no.1, 2005, p. 63.
- ¹²⁸ იქვე.
- ¹²⁹ Moore, J. N. *Jus ad Bellum before the International Court of Justice*. *Virginia Journal of International Law*, vol.52, no.4, 2012, p. 944.
- ¹³⁰ Lubell N. (2010) *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors*, Oxford University Press, p. 32.
- ¹³¹ Separate Opinion of Judge Higgins, *Wall*, *ზემოთ*, სქოლიო 117, 215, § 33.
- ¹³² იქვე.
- ¹³³ Higgins R. (1995) *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford University Press, p. 251.

¹³⁴ Declaration of Judge Buergenthal, *Wall*, ზემოთ, სქოლიო 117, 242, § 6.

¹³⁵ იქვე.

¹³⁶ იქვე.

¹³⁷ *DRC v. Uganda*, ზემოთ, სქოლიო 82, § 146.

¹³⁸ იქვე, § 147.

¹³⁹ Separate Opinion of Judge Koojmans, *DRC v. Congo*, ზემოთ, სქოლიო 82, 313, § 25.

¹⁴⁰ იქვე. § 26.

¹⁴¹ იქვე. § 30-32.

¹⁴² Separate Opinion of Judge Simma, *DRC v. Congo*, ზემოთ, სქოლიო 82, 337, § 11.

¹⁴³ S/RES/1368 (2001), S/RES/1373 (2001).

¹⁴⁴ Dinstein Y. (2005) *War, Aggression and Self-Defence (4th ed.)*, Cambridge University Press, p. 216.

¹⁴⁵ Moore, J. N. *Jus ad Bellum before the International Court of Justice*. Virginia Journal of International Law, vol.52, no.4, 2012, p. 946.

¹⁴⁶ Scharf (2016), ზემოთ, სქოლიო 18, p. 54.

¹⁴⁷ იქვე.

THE RIGHT OF EXTRATERRITORIAL SELF-DEFENCE AGAINST AUTONOMOUSLY OPERATING NON-STATE ACTORS: LEGITIMATE OR LEGAL USE OF FORCE?

Abstract:

Is a state entitled to invoke the right of self-defence against non-state actors operating from the territory of other state whereas the latter is unable or unwilling to put to end to such activities? State practice shows that, notwithstanding formal legal obstacles, victim states tend to exercise unilateral right of self-defence rather than cooperated law enforcement operation. This article aims to demonstrate that such practice is not unlawful anymore, goes beyond the “excusable” (legitimate) conduct and can be argued to be the permitted (legal) form of use of force under international law.

Key words: extraterritorial self-defence | Article 51 | autonomously operating non-state actors | “unable and unwilling” test | International Court of Justice | Resolutions 1368 and 1737

INTRODUCTION

Over the last period the threat of international organized terrorism has particularly increased and appears to be the one of the main security challenges of states’ national security agendas as the global threat. Classic example of such trend are the events of 11 September 2001 in the United States of America (hereinafter – 9/11) which unprecedentedly changed international community’s perception towards terrorism.

States base and justify their extraterritorial use of force¹ against such threats on article 51 (right of self-defence) of the United Nations Charter. The problem is that according to the widely supported interpretation of this article, the right of self-defence is restricted and applies only to interstate armed attacks, which deprives states of their right to self-defence (defensive use of force) directly against autonomously operating non-state actors (NSAs).²

This article aims to assess and determine to what extent (if any) international law permits right of self-defence by states against NSAs on the one hand, pursuant to article 51 of the UN Charter and on the other hand, under customary international law.³ This research, based on and taking into account of state practice, response of the international community to such practice and the analysis of the relevant case law, intends to demonstrate that international law does

not require the *strictosensu* interstate application of the right of self-defence as such narrow interpretation fails to effectively respond to the contemporary challenges and is overridden by state practice. Therefore, this article draws conclusion that extraterritorial self-defence against autonomously operating NSAs can be assumed as the legal use of force, i.e. use of force permitted by modern international law.

This article will develop its argumentation into three main directions: 1) Holistic review and analysis of state practice of extraterritorial self-defence, response to such practice by international community, case law of the International Court of Justice (ICJ), United Nations Security Council (Security Council) resolutions, scholar opinions and other relevant materials will be holistically reviewed and assessed to demonstrate that there is manifest tendency of legalization of extraterritorial self-defence in international law fora. 2) Relationship between Article 2(4) and 51 of the UN Charter will be illustrated from different perspective to show that there is not only “prohibition-exception” interdependency between these provisions, as Article 51 represents separate and isolated ground of use of force. To put in other words, Article 51 should be examined independently from the elements of Article 2(4), as autonomous regime and should not be *a priori* restricted by the “interstate” and/or “state-centered” character of the UN Charter. In addition, scope and limits

ratione personae of the right of self-defence will be assessed under customary international law for the purpose of comparative analysis of this right under customary and Charter law to detect the extent they differ from or overlap each other. 3) Since the main problem of extraterritorial self-defence is the *de facto* violation of the sovereignty of another state, the author intends to re-conceptualize the modern understanding of sovereignty in the light “unwilling or unable” doctrine, as the basis of the obligation of *territorial state*⁴ to control NSAs operating on its territory, falling short of which (whether it is unable or unwilling) it should not object to the use of force by another state.

1. RELATIONSHIP BETWEEN THE CONCEPTS OF “LEGALITY” AND “LEGITIMACY” IN THE CONTEXT OF USE OF FORCE IN INTERNATIONAL LAW IN THE LIGHT OF HUMANITARIAN INTERVENTION

Since this article aims to demonstrate the status of right of extraterritorial self-defence against autonomously operating NSAs – whether it is legitimate or legal use of force – in international law, this section briefly reviews the concept of legitimate use in the context of humanitarian intervention by NATO in Kosovo in 1999,⁵ to illustrate differences between “legal” and “legitimate” use of force.

To justify humanitarian intervention in Kosovo, NATO member states shifted their argumentation from positive international law to the doctrine of “illegal, but legitimate”.⁶ NATO’s approach was based on presumption that unilateral intervention was illegal, but legitimate. The essence of such argumentation presupposes that sometimes subject of international law shall act beyond the framework of positive international law whereas such conduct is manifestly illegal, but may be justified by various circumstances.⁷ In such case the use of force becomes “excusable”.⁸ Commenting on Kosovo intervention, similar approach was adopted by the then UN Secretary-General Kofi Anan, stating that “there are times when the use of force may be legitimate in the pursuit of peace, though “the Council should be involved in any decision to resort to the use of force.”⁹

Whereas ICJ refused to pronounce on this matter,¹⁰ this issue was addressed by differ-

ent international forums such as Independent International Commission for Kosovo (IICK) and International Commission on Intervention and State Sovereignty (ICISS). According to IICK “diplomacy failed to produce these results in a reliable manner, leaving the options of doing nothing or mounting a military intervention under NATO auspices.”¹¹ IICK assessed the military operation as illegal, but legitimate. It further recommended that “the gap between legality and legitimacy” should have been closed by the framework of principles derived from the Charter and UN General Assembly decisions.¹²

“The gap between legality and legitimacy” was also examined by ICISS, which later became known for articulating new doctrine of Responsibility to Protect. ICISS report, recognizing the primary role of the Security Council, found that “states may not rule out other means to meet the gravity and urgency of that situation.”¹³ ICISS affirmed the doctrine of “illegal but legitimate” in the context of humanitarian intervention.

Although the term “legitimate” may sound more like a term from political science, philosophy or theology to international lawyer, it is clear that “legitimacy” is the assessment tool in international law of use of force for conduct the legal ground of which is absent in positive international law, however, such conduct turns out to be “excusable breach” due to various circumstances.¹⁴ In contrasts, the conduct is “legal” if it can be justified under existing norm of both treaty and customary law.

This article intends to analyze the issue in question in this very interrelation.

2. EVOLUTION IN THE STATEPRACTICE: FROM THE COORDINATED LAW ENFORCEMENT COOPERATION TO THE UNILATERAL USE OF SELF-DEFENCE FORCE

This section reviews the relevant state practice to demonstrate that fight against the modern terrorism and generally against NSAs was gradually evolved from international law enforcement cooperation to the realm of unilateral use of self-defence.

The practice encompasses the cases of extraterritorial self-defence against NSAs along with legal justifications provided by the states as

well as the responses of international community to these legal grounds to assess whether the states perceive extraterritorial self-defence as the permitted and legal form of self-defence under contemporary international legal system.

Traditionally, fight against NSAs was the sphere even in cases when operations were carried out against transboundary activities of NSAs. NSAs were considered as criminals and international element of such operations was limited to only transnational police cooperation.¹⁵

This approach was radically changed by the events of 9/11. The issue whether the state was entitled to invoke the right of self-defence under Article 51 of the UN Charter against NSAs gained new impetus after USA operations in Afghanistan in response to terrorist attacks.¹⁶

2.1. 11 September 2001: a breakthrough in state practice and new understanding of jus ad bellum

The dominant view until the time of the 9/11 attacks was that state's right of self-defence against NSAs was applicable to armed attack occurred at the hand of a state, i.e. if NSA's conduct was attributable to the state.¹⁷ Hence, realization of self-defence was deemed permissible only in the interstate context.

However, the 9/11 attacks forced States to reevaluate the long-standing notion that only a State has the capacity to commit an armed attack against another State giving rise to the right to respond with force in self-defence. Post-9/11, if NSA commits a series of attacks against a state, and the acts are of sufficient scale and effect to amount to an armed attack, then arguably force in self-defence should be permitted against them.¹⁸

In response to 9/11, the United States and its coalition partners responded on 7 October by attacking both al Qaeda and Taliban targets in Afghanistan. Not only did the international community refrain from condemning this military operation, but many States provided verbal and material support. This event has dramatically changed international normative understandings regarding the application of the *jus ad bellum*.¹⁹

Security Council adopted two important resolutions (resolution 1368 and resolution

1373) acting under Chapter VII of the UN Charter, qualifying terrorist act as "attack" constituting "a threat to international peace and security" and recognized "the inherent right of individual or collective self-defence in accordance with the Charter."²⁰ This recognition is remarkable, as the resolution did not make any reference to possible state involvement or interstate context.²¹ The US in a letter sent to the Security Council relied on the right of self-defence against both the states and organizations,²² specifying that is commenced operation not against Afghanistan, but against "Al-Qaeda terrorist training camps and military installations of the Taliban regime in Afghanistan."²³ Subsequent actions of the US witnessed the universal recognition and support.²⁴

It is remarkable that The North Atlantic Treaty Organization (NATO) for the first time in its history invoked Article 5 of the North Atlantic Treaty, which treats an armed attack on one member as an armed attack on all of them.²⁵

Similar position was upheld by the Organization of American States in a Resolution 797,²⁶ invoking the 1947 Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance (so called "Rio Treaty"), which provides that in the event of an armed attack on an American State, the Parties agreed that "[...]each one of the said Contracting Parties undertakes to assist in meeting the attack in the exercise of the inherent right of individual or collective self-defence recognized by Article 51 of the Charter of the United Nations."²⁷

Besides, United States and Australia jointly invoked articles 2 and 4 on collective defense of the ANZUS Treaty,²⁸ while the Japanese government took the position that 9/11 attack was an attack on the United States, and soon thereafter enacted legislation to enable Japan to deploy its forces in support of U.S. operations against Al-Qaeda.²⁹

As mentioned, before 9/11 the majority (scholars as well as states) considered that right of self-defence had not been recognized against NSAs if their conduct was not attributed to the state.³⁰ The decisive criterion was the test developed by the ICJ in *Nicaragua*, according to which an armed attack must be understood as including not merely action by regular armed

forces across an international border, but also “the sending by or on behalf of a State of armed bands, groups, irregulars or mercenaries, which carry out acts of armed force against another State of such gravity as to amount to” and their actions equal to acts of aggression due to their gravity,³¹ i.e. NSAs shall act under “complete dependence” or “effective control” of a state.³²

The US operations in Afghanistan can be interpreted broadly and narrowly: 1) In a wide view states would have right to act in self-defence against the NSAs, even in the absence of any Security Council resolutions, and even where the state against whose territory the action is taken had no involvement in any sort of support for the NSAs.³³ On the narrowest view, self-defence would be dependent upon the following preconditions: 1) an actual massive terrorist attack on a state’s territory; 2) a continuing threat of global terrorism from those responsible; 3) the response shall be directed against the NSA directly responsible in a state which is “unable or unwilling”; 4) the Security Council had determined the existence of a threat to international peace and security; 5) where the Security Council had asserted a right of self-defence in a resolution.³⁴

Professor Tom Ruys, in a detailed study of the right of self-defence, discusses two radical possibilities of interpretation: on the one hand, international community’s response to 9/11 as an “instant custom”, and on the other hand, as an exception without precedential value that cannot affect *lex lata*.³⁵

However, in the author’s opinion, modern practice do not uphold such radical strict interpretations and strict preconditions and tend to develop in intermediate way.

2.2. Practice of application of extraterritorial self-defence before 9/11 and thereafter

This section reviews the state practice and legal justification thereto which demonstrates that extraterritorial self-defence against NSAs is not the post-9/11 phenomenon and stated were involved in exercising such right while being victim of NSAs attacks.

In 2015 two terrorist attacks occurred in France responsibility for which was claimed by the “Islamic State”. France’s President Francois

Hollande called on the United States and Russia on Monday to join a global coalition to destroy Islamic State following the attacks in Paris, and hours later French fighter jets launched fresh strikes on targets in Syria.³⁶ According to Hollande, France was *at war* against jihadist terrorism.³⁷ Despite the political nature of such assessment, as it later turned out, state of “war” was not absolutely absent from legal reality as the legal review of state responses to this attacks relieve, it is obvious that state perceived the right of extraterritorial self-defence in a realm of right of self-defence.³⁸

After the attacks, on 17 November 2015, France invoked for the first time article 42(7) (never been used before) of the Treaty on the European Union (TEU), asking for aid and assistance from the other European Union (EU) Member States in the aftermath of the deadly terrorist attacks in Paris on 13 November 2015. Article 42(7) or the EU mutual defence clause as it is called by many states that if a Member State is the victim of *armed aggression* on its territory, the other Member States shall have towards it an obligation of aid and assistance by all the means in their power, in accordance with Article 51 of the United Nations Charter. It is interesting that in alternate France could have invoked so called Solidarity Clause of the EU, Article 222(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union, stipulating that “the Union and its Member States shall act jointly in a spirit of solidarity if a Member State is the object of a *terrorist attack*”.³⁹ Hence, it is obvious that EU Member States qualified France attacks as *armed aggression* instead of *terrorist attack*, the former referring directly to Article 51 of the UN Charter, opening possibility for use of self-defensive force.

Furthermore, below there are some less known cases, showing that states consciously relied on the right of self-defence while responding to autonomously operating NSAs.

In 1993 Iran used self-defensive force against Kurdish groups, engaged in trans-border military attacks against and sabotage in Iranian border provinces. Iran informed the Security Council that:

“[i]n response to these armed attacks from inside Iraq and in accordance with Article 51 of the Charter of the United Nations [...] the

fighter jets of the Islamic Republic Air Force carried out a brief, necessary and proportionate operation against the military bases of the terrorist group where the recent armed attacks against and incursions into Iranian territory had originated.”⁴⁰

In response to 9/11, the US exercised the right of self-defence against Al-Qaeda in Afghanistan based on the following legal justification:

“[I]n response to these attacks, and in accordance with the inherent right of individual and collective self-defence, United States armed forces have initiated actions designed to prevent and deter further attacks on the United States. These actions include measures against Al-Qaeda terrorist training camps and military installations of the Taliban regime in Afghanistan [...].”⁴¹

In 2002 Russia referred to Article 51 when it launched military operations against Chechen and Islamic fighters in Pankisi Gorge on the territory of Georgia, explaining that:

“[I]f the Georgian leadership is unable to establish a security zone in the area of the Georgian-Russian border [...], and does not put an end to the bandit sorties and attacks on adjoining areas in the Russian Federation, we reserve the right to act in accordance with Article 51 of the Charter of the United Nations, which lays down every Member States inalienable right of individual or collective self-defence.”⁴²

In 2003 Israel conducted military operation against training camps of Islamic Jihad in the territory of Syria for attacks on Israel soil, submitting that “Israel’s measured defensive response to the horrific suicide bombings against a terrorism training facility in Syria are a clear act of self-defence in according with Article 51 of the charter.”⁴³ Despite the fact that such approach was condemned by the majority of the States before the Security Council except of the US,⁴⁴ it is still not possible to deduct *opino juris* from their statements.⁴⁵

Again in July 2006, Israel launched a large-scale military campaign against Hezbollah in Lebanese territory: “Israel, like any state, is taking and continues to take necessary measures

to protect life of its own citizens. It has right and obligation to exercise self-defence.”⁴⁶ A majority of Security Council members, as well as the UN Secretary-General, recognized Israel’s right to defend itself. In this case States protested only the proportionality of Israel’s use of force and not legal ground of self-defence.⁴⁷

In 2008 Colombian military forces launched an aerial and ground assault upon NSAs in base located on the Ecuadorian side of the border. This NSA called Revolutionary Armed Forces of Colombia (FARC) is armed opposition group of the government, launching attacks on Colombian territory from Ecuador. Despite outrage by Ecuador and its ally Venezuela and condemnation by the Organization of American States,⁴⁸ neither the Security Council nor the General Assembly took any action regarding the attack.⁴⁹

Since 2014 the US, Canada and several other states, with the support of Arab States, have been conducting military attacks in Syria against “Islamic State” and Khorasan Group. The US,⁵⁰ Canada⁵¹ and the United Kingdom⁵² relied on Article 51.

Following the terrorist attacks in France in 2015, United Kingdom, Germany, Denmark and the Netherlands joined the airstrikes against Islamic State in Syria. Significantly, none of those states relied upon Resolution 2249 (which had already been adopted by the Security Council unanimously 20 November 2015) but invoked Article 51 of the UN Charter to legally justify their use of force in letters to the Security Council, as it was ambiguous whether Resolution 2249 provided a legal basis for the use of force in Syria, taking into account the it was not adopted under Chapter VII of the Charter and did not refer to the right of self-defence.⁵³

3. THE RIGHT OF SELF-DEFENCE UNDER ARTICLE 51: EXCEPTION FROM THE PROHIBITION OF USE OF FORCE OR AUTONOMOUS REGIME OF THE USE OF FORCE?

This section addresses and examines the relationship between Article 2(4) and Article 51 of the UN Charter. The author intends to show that these articles are independent articles from

each other, there is not only “prohibition-exception” relation and hence, use of the right of self-defence by states is not limited by interstate nature of the Charter.

Article 2(4) stipulates that “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,” whereas according to Article 51 “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.”

In scholarship it is frequently noted that Article 51 is an “exception” from the prohibition of the use of force.⁵⁴ However, the scope and subject of these articles are not identical and there is not only a “prohibition-exception” relation between them. Such understanding of this relation is based on the content based terminological differences and the history of their codification.

3.1. Terminological and content based differences of Article 2(4) and Article 51

While Article 2(4) expressly prohibits inter-state uses of force, there is nothing in the language of Article 51 which restricts ‘armed attacks’ to attacks carried out by or on behalf of states and does not contain any indication of who is launching armed attack against a state. Neither the language of Article 51 nor the *travaux préparatoires* of the Charter does not support the restricted reading of Article 51.⁵⁵ While drafting Article 51, majority of negotiating states, save the certain states, made no regard to the source of the attack. However, it is noted that *travaux préparatoires* would not be much of assistance since some initial drafts referred to the source of the attack – “by any State”, while it was later abandoned by unknown reasons.⁵⁶ On the other hand, it is clear that the right of self-defence as codified in the Charter today does not require such “strange formalism”⁵⁷ that would exclude self-defence against NSAs merely for the fact that NSAs are not states: “ex-

tension of the right to such situations is supportable as a matter of law, not mere political expediency.”⁵⁸

It could be argued that this approach is strengthened by famous *Caroline* incident,⁵⁹ where the UK use force against autonomously operating US ship. Crew of *Caroline* were providing assistance to Canadian rebels against the UK.⁶⁰ Contribution of *Caroline*, as a classic example⁶¹ of using the right of self-defence against NSAs, in interpreting Article 51 can be summarized as follows: “the right of self-defence was not confined to cases in which the threat emanated from another State but extended also to threats posed by non-State actors.”⁶² It can be further submitted that in the light of customary nature of Article 51, it embodied the findings reflected in the *Caroline*.⁶³

Besides, Article 2(4) prohibits “threat or use of force”, while Article 51 concerns “armed attack”. Concept of “force”, compared to “threat of force”, is not the subject of controversy anymore and means only usage of “armed forces”.⁶⁴ In the light of this, “armed attack” in Article 51 constitutes narrower defined category than concepts of Article 2(4). Thus, mere frontier incidents, such as the incursion of an armed border patrol into another State’s territory, may well be characterized as a use of force contrary to Art. 2 (4), but not necessarily as an “armed attack”.⁶⁵ Therefore, in interpreting the relation between these articles in ordinary meaning, it can be logically argued that Article 51 does not constitute “exception” as such from Article 2(4) as the right of self-defence would be permitted in case of “threat or use of force” and not limited to “armed attack”.

It is remarkable that Article 51 does not require that armed attack shall be against territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations, while Article 2(4) prohibit use of force in this context.

One should also note that Article 2(4) prohibit use of force in “international relations”. While discussing NSAs, it is obvious that they are not entitled to conduct international relations. In case had there be any reference in Article 51 to such context, it would be nearly impossible to claim that Article 51 applies to at-

tacks from NSAs, notwithstanding that this article does not identify the source of armed attack.

3.2. The right of self-defence in two legal dimensions: UN Charter v. international customary law

In this section intends to show that the right of self-defence exists beyond the UN Charter and its interstate context, in international customary law which is more familiar with use of self-defensive force against NSAs.

The right of self-defence existed before the UN Charter. Even Article 51 states that the right of individual or collective self-defence is “inherent right”. It can be deduced that codification of this right in the Charter can only be considered as declaratory instead of lawmaking nature. However, it is interesting whether Article 51 restricted the scope the right of self-defence that existed before the UN Charter and continues to exist in parallel in customary international law? In case of affirmative answer, has such restriction (if any) defined the source of armed attack by excluding NSAs?

According to the prevailing view, codification of Article 51 initially intended to restrict this right to reduce to a minimum the unilateral use of force in international relations. However, this restriction concerned only the precondition of the self-defence: states are entitled to invoke self-defence only in cases of “armed attack” and cannot rely on much broader category as the self-help (*inter alia*, an anticipatory right of self-defence).⁶⁶ *Nicaragua* later affirmed “armed attack” as the only valid ground for exercising self-defence.⁶⁷

Another approach regards the customary right to self-defence as not being affected by Article 51, but rather as having only received a particular emphasis, in a declaratory manner, for the case of an armed attack.⁶⁸

Holistic analysis of these approaches reveals that restricting effect of codification Article 51 in the Charter regards only the precondition giving rise to self-defence, namely “armed attack”, as the *conditio sine qua non* for realizing of this right, reaffirmed by the ICJ, noting that in this aspect Article 51 and customary international law do not differ.⁶⁹

Concerning the relationship between Article 51 and customary international law *obi-*

ter dictum of the ICJ in *Nicaragua* is notable, according to which:

“[...] the Court observes that the United Nations Charter [...] by no means covers the whole area of the regulation of the use of force [...]. On one essential point, this treaty itself refers to pre-existing customary international law; this reference to customary law is contained in the actual text of Article 51, which mentions the “inherent right” of individual or collective self-defence, which “nothing in the present Charter shall impair” and which applies in the event of an armed attack. The Court therefore finds that Article 51 of the Charter is only meaningful on the basis that there is a “natural” or “inherent” right of self-defence [...]. Moreover the Charter, having itself recognized the existence of this right, does not go on to regulate directly all aspects of its content.”⁷⁰

It cannot therefore be held that Article 51 is a provision which “subsumes and supervenes” customary international law. It rather demonstrates that [...] customary international law continues to exist alongside treaty law. The areas governed by the two sources of law thus do not overlap exactly, and the rules do not have the same content.”⁷¹

Taking into account *obiter dictum* of the ICJ in *Nicaragua*, examples of state practice⁷² before the UN Charter and the minimal restrictive effect of codified Article 51 on the right of self-defence is becomes more plausible that provided that Article 51 does not cover attacks of NSAs, possibility of invoking self-defence against NSAs is supported by customary right of self-defence.

4. “UNWILLING OR UNABLE” TEST

One of the main obstacle that disturbs arguing the legality of extraterritorial self-defence against NSAs is that while exercising this conduct, one state violates the sovereignty of another state despite the fact that is not the purpose of the former.

This section reviews the state practice which developed and made actual so called “unwilling or unable” doctrine, which, from the point of the author, stems from the very concept

of the sovereignty that prevents full realization of the right in question.

4.1. Modern understanding of the state sovereignty: from privilege to responsibility

Even in 1928 Arbitration in *Island of Palmas* affirmed that every state in view of its territorial sovereignty has the obligation to protect within the territory the rights of other State.⁷³ In 1949 in *Corfu Channel* the ICJ found every State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States as the one of the well-recognized principles.⁷⁴ The same principle was upheld by the UN General Assembly resolution⁷⁵ and the report of the UN Secretary-General: "There has been general recognition of the rule that a State must not permit the use of its territory for purposes injurious to the interests of other States in a manner contrary to international law. This rule has been applied, in particular, with regard to the duty of States to prevent hostile expeditions against the territory of their neighbours."⁷⁶ In *Trail Smelter* it was cited that "a State owes at all times a duty to protect other States against injurious acts by individuals from within its jurisdiction."⁷⁷ Notwithstanding that this passage was cited in the environmental law context and conducts in question of NSAs differs from activities resulting in harm to environment, both encompass the risk of transboundary threat. Hence, it is reasonable to transfer the rationale to the states transboundary obligations arising from the sovereignty.⁷⁸

After examining this aspect of the sovereignty, a logical question arises: what happens when the state does not manage to prevent the activities of NSAs on its own territory and these activities damage the adjacent state? Does this make the adjacent state entitled to use self-defence and de facto violate the sovereignty of the neighbor state?

It is logical that victim state has legitimate ground to recourse to self-defence force against NSAs.⁷⁹ The possibility of taking action in such case is not unique to the challenges of confronting NSAs, and the parallel can be drawn to the use of force in the laws of neutrality: "for the purpose of responding to an 'armed attack', the state acting in self-defence is allowed to tres-

pass on foreign territory, even when the attack cannot be attributed to the state from whose territory it is proceeding. It does not follow from the fact that the right of self-defence pursuant to Art. 51 is restricted to the case of an 'armed attack' that defensive measures may only affect the attacker. Thus it is compatible with Art. 51 and the laws of neutrality when a warring state fights hostile armed forces undertaking an armed attack from neutral territory on the territory of the neutral state, provided that the state concerned is either unwilling or unable to curb the ongoing violation of its neutrality.⁸⁰

In view of "weak state" doctrine when a state does not have the ability to control parts of its territory which are under the control of terrorists the attacked state has a right of self-defence since in the light of losing the portion of sovereignty the state forfeits some of the privileges that sovereignty entails.⁸¹ According to Judge Kooijmans, if armed attacks are carried out by irregular bands against a neighbouring State from the territory where the governmental authority in the whole or in part is absent, "they are still armed attacks even if they cannot be attributed to the territorial State. It would be unreasonable to deny the attacked State the right to self-defence merely because there is no attacker State, and the Charter does not so require."⁸²

4.2. "Unwilling or unable test" in state practice before 9/11 and its modern status: gradual tolerance towards extraterritorial self-defence against NSAs

State practice of 1950-1960 shows that victim states exercising their right of self-defence against NSAs frequently appealed that these groups were acting on behalf of territorial states.⁸³ Later, chain of argumentation was developed into other direction: it was argued that territorial states were supporting (instead of sending and control) such groups.⁸⁴ Another subsequent argument concerned the intentional harboring of such groups by the territorial states.⁸⁵

Much later, this line of argumentation was abandoned in light of broader arguments. For example, in 1970s Israel, after carrying out several attacks on Lebanon territory, it argued that

even if Lebanon did not actively support or deliberately harbor armed groups on its territory, Israel could nonetheless act in self-defence when Lebanon was either *unwilling* or *unable* to prevent cross-border attacks from taking place.⁸⁶ For Israel the fact of unwillingness or inability of Lebanon turned out to be more significant. Israel even argued before the Security Council that “if a state is unwilling or unable to prevent the use of its territory, to attack another state, that the latter state is entitled to take all necessary measures in its own defence.”⁸⁷ This submission were criticized.⁸⁸ Despite such unpopular argumentation, the same line of justification were submitted by the US in 1980s:

“[W]e recognize and strongly support the principle that a State subjected to continuing terrorist attacks may respond with appropriate use of force to defend itself against further attacks. [...] It is the collective responsibility of sovereign states to see that terrorism enjoys no sanctuary, no safe haven, and that those who practice it have no immunity from the responses their acts warrant. Moreover, it is the responsibility of each state to take appropriate steps to prevent persons or groups within its sovereign territory from perpetrating such acts.”⁸⁹

The argument continued to be invoked in the 1990s, by Turkey and Iran regarding the regular crossings of the border into Iraq to use force against Kurdish groups on the territory of Iraq.⁹⁰ However, Turkey’s actions were condemned by the Arab League, the Non-Aligned Movement and by Iraq itself.⁹¹ It should be noted that before Turkey sided with the allied forces in the First Gulf War, its incursions on Iraq territory against Kurdish camps in 1980s were condoned by Iraq.⁹² Iraq began condemning Turkish actions after its affiliation to the allied forces.⁹³ Thus, it can be contended that radical change in Iraq’s stance was due to its foreign international politics and was not related to legal argumentation.

In 1998, the US bombed Al-Qaeda targets in Afghanistan and Sudan after Al-Qaeda’s involvement in the bombings of the US embassies in Kenya and Tanzania. Before launching the operations, the US *several times tried to convince*⁹⁴ the Governments of the Sudan and

the Afghanistan to deal with terrorist activities on their territories. This operations witnessed equivocal responses from other states: Most US allies, including the UK, Germany, Australia, New Zealand, and Israel, expressed their support for the action. France and Italy showed moderate acquiescence. Russia, China, Pakistan, Libya and Iraq condemned the action.⁹⁵

The state practice reviewed above demonstrates the gradual change in stance of states in favor of the extraterritorial self-defence against NSAs: while initially this form of self-defence was objected and subject to condemnation, at the end of XX century states’ positions became mixed, including some states directly supporting such use of force as the increasing threat emanating from independent terrorist organizations became apparent.

In spite of favorable trend, it would be an overstatement to interpret state practice of 1950-1990 as unambiguous support for use of forces in cases where the state was unable or unwilling to put a stop to NSAs operating from its territory. However, this state practice plays considerable role to understand that even before 9/11 “unable or unwilling” doctrine had enjoyed more or less defined essence and state support to some extent.

4.3. State-of-the-art status of “unwilling or unable” doctrine

“Unwilling or unable” test can be considered as useful and sensible addition to modern international law as it finds balance between the interests of victim state and territorial states.⁹⁶ Ashley Dicks, in the first detailed research of this test, summarizes that “more than a century of state practice suggests that it [“unwilling or unable” test] is lawful.”⁹⁷

On the other hand the inconsistency in state practice is observable: for example, while invoking legal justification on 23 September 2014 the US in a letter sent to the Security Council for air operations launched in Syria, the US pointed out that Syria was unwilling or unable to prevent the use of its territory for ISIS attacks.⁹⁸ Only four states⁹⁹ invoked “unwilling or unable” approach out of all states¹⁰⁰ taken part in Syria operations, which raises questions as

of *opinio juris* towards this test, even among the states involved in this operation.¹⁰¹ Recent state practice reveals that similar situation is among UN members generally.¹⁰²

In 2002, the incident almost entirely unnoticed by international legal scholars,¹⁰³ occurred when Russia invoked the right of self-defence against Chechen rebels on Georgian territory in Pankisi Gorge, as Russia contended that those rebels were attacking on Russian territory from Georgia. In the correspondence sent to UN Secretary-General, Russia submitted that:

“The continued existence in separate parts of the world of territorial enclaves outside the control of national governments, which, owing to the most diverse circumstances, are unable or unwilling to counteract the terrorist threat is one of the reasons that complicate efforts to combat terrorism effectively.”¹⁰⁴

Russia emphasized that despite friendly relationship with Georgia, Georgian Government did not try to tackle the activities of Chechen rebels:

“If the Georgian leadership is unable to establish a security zone in the area of the Georgian-Russian border, continues to ignore United Nations Security Council resolution 1373 (2001) of 28 September 2001, and does not put an end to the bandit sorties and attacks on adjoining areas in the Russian Federation, we reserve the right to act in accordance with Article 51 of the Charter of the United Nations, which lays down every Member State’s inalienable right of individual or collective self-defence.”¹⁰⁵

It is notable that Russia did not try to show connection between Georgian Government and Chechen rebels, the different approach taken by the US in case of Al-Qaeda. Russia underlined that Georgia was unable to control and tackle rebel activities. Regarding this situation, Parliamentary Assembly of the Council of Europe adopted resolution, stating that “Article 51 of the United Nations Charter [...] do not authorise the use of military force by the Russian Federation or any other state on Georgian territory.”¹⁰⁶

Russia-Georgia situation was not unprecedented at this time. For example, the US adopted the same approach to justify entering

Pakistan with the aim to liquidate Osama Bin Laden.¹⁰⁷ Later, Israel made similar arguments on operation in Lebanon in 2006, Turkey in Iraq in 2007-2008 and Columbia in Ecuador in 2008 operations.¹⁰⁸

What is interesting point, all in this cases state made recourse to “unwilling or unable” test as the matter of law, with responses of tolerance from third states.¹⁰⁹ States intentionally referred to this test, as the rule of international law. Implications of this stance of states, notwithstanding the controversial status of “unwilling or unable”, should be kept in mind.

5. RESPONSE FROM THE SECURITY COUNCIL: RESOLUTIONS 1368 (2001), 1373 (2001) AND 2249 (2015)

As noted in reviewing 9/11 events, in 2001 the Security Council adopted two important resolutions (1368 and 1373), qualifying terrorist act as “attack”, determined “the existence of a threat to international peace and security” and recognized “the inherent right of individual and collective self-defence in accordance with Charter.”¹¹⁰

The Security Council adopted Resolution 1368 unanimously, condemning “in the strongest terms the horrifying terrorist attacks.” In the preamble “the inherent right of individual or collective self-defence in accordance with the Charter” was recognized. The same language was used in Resolution 1373, which unlike the Resolution 1368, was adopted under Chapter VII of the Charter and thus, can be considered as quasi-legislative act,¹¹¹ confirming the right of self-defence among the UN members in response to NSAs attacks.

Have these resolutions changed Article 51 in terms of *retione personae*? The relevant features, including but not limited to the following circumstances shall be born in mind: To start with, it was the first time when the Security Council in its entire history referred to the right of self-defence in term of NSAs.¹¹² Secondly, the legal ground relied by the US was obvious and self-explanatory: the US and UK neither contend that operations in Afghanistan were authorized by the Security Council nor did they make any attempt to obtain such authorization for that matter.¹¹³ States invoked only Article

51. Third, it is of little significance that a considerable number of UN Members refrained from pronouncing on the legal merits as, on the other hand, NATO, the OAS, the EU and individual States such as Canada and Australia explicitly made the right to self-defence as the framework for their conduct.¹¹⁴ Besides, support for the US action was overwhelming despite the fact that the nexus between Al-Qaeda and the Taliban fell *prima facie* below the *Nicaragua* threshold, i.e. Al-Qaeda's activities could not be attributed to Taliban, at least at the time of operations. Therefore, it goes without saying that these resolutions included NSAs in the scope of Article 51.

On the other hand, in view of opposing opinions, resolutions 1368 and 1373 did not uphold the right of self-defence against NSAs, since: the right of self-defence was mentioned in the preamble and not in operative part of the resolutions; instead of the term "armed attack" situation was determined as "the existence of a threat to international peace and security";¹¹⁵ However, it is not less true that recognizing the right of self-defence is not regular pattern from the Security Council, despite the place (preamble/operative part) of reference in the resolutions.¹¹⁶

In terms of quasi-judicial assessment of these resolutions, ICJ Judge Kooijmans outlined main points, noting that Article 51 conditions the exercise of the right of self-defence on a previous armed attack without saying that this armed attack must come from another State, even if the contrary had been the generally accepted interpretation for more than 50 years. In Kooijmans' opinion, Resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001) recognize the inherent right of individual or collective self-defence *without making any reference to an armed attack by a State* [emphasis added]. The Security Council called acts of international terrorism a threat to international peace and security which authorizes it to act under Chapter VI of the Charter. And it actually did so in resolution 1373 (2001). According to him, this was "the completely new element in these resolutions [...] the legal implications of which cannot as yet be assessed but which marks undeniably a new approach to the concept of self-defence."¹¹⁷

As to the Resolution 2249, it was adopted in response to the terrorist act in France. Resolution 2249 does not refer to the right of self-defence and unlike resolutions 1368 and 1373, bears much less legal significance for the purpose of this article, let alone the fact it was not adopted under Chapter VII of the Charter.

However, this resolution is worth mentioning as the UK mostly relied on it when commencing operations in Syria. Namely, the UK, based on this resolution, interpreted the right of self-defence in a manner to enable him to exercise the right of extraterritorial self-defence against NSA, so called "Islamic State". The Joint Committee on Human Rights of the Parliament of the United Kingdom, in its report "The Government's Policy on the Use of Drones for Targeted Killing", trying to achieve clarification, *inter alia*, in relation to legal basis of the Government's policy, submitted that:

"Whether the right of self-defence can be exercised where the threat of armed attack emanates from non-state actors such as ISIL/Da'esh who are not acting under the control or direction of another state is an issue which is not clearly settled in international law. Some international lawyers appear to take the view that the right of self-defence can only be invoked against another State. Others, including the Government, take the view that a State's inherent right of self-defence extends to attacks originating from non-state actors such as ISIL/Da'esh. State practice since 9/11 certainly supports the view that a State's right of self-defence includes the right to respond with force to an actual or imminent armed attack by a non-State actor, and the most recent UN Security Council Resolution 2249 (2015) lends support to this view. To be entitled to rely on self-defence against non-state actors, the State from whose territory the armed attack is being launched or prepared for must be unable or unwilling to prevent the attack."¹¹⁸

Despite the criticism towards the Committee for the far-reaching conclusions on self-defence based on a dubious interpretation of resolution 2249,¹¹⁹ the fact remains that the United Kingdom mostly relied on this resolution to develop the legal basis of its operations

in Syria. It should be clarified that the UK did not rely exclusively on this resolution 2249, as this resolution was not “a Chapter VII resolution authorising the use of force and therefore does not provide a legal basis for the use of force in Syria,”¹²⁰ though used it as supplementary mean to interpret the extraterritorial self-defence against NSA.

Moreover, the resolution stand as a confirmation by the Security Council that use of force against ISIS in Syria is permissible. Importantly, the French Representative, who had sponsored Resolution 2249, stated in his explanation of vote on the resolution that collective action could be based on Article 51 of the United Nations Charter. On its part, with a unanimous confirmation, Resolution 2249 will play an important role in crystallizing the new rule of use of force in self-defence against non-state actors.¹²¹

6. EXTRATERRITORIAL SELF-DEFENCE AND THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

Three cases where the International Court of Justice (ICJ) could have addressed or indirectly addressed the interrelation between the right of self-defence and the NSAs, are those of *Nicaragua*, *Wall*¹²² advisory opinion and *Congo v. Uganda*.¹²³ However, ICJ avoids the express deliberation on this matter and bypasses the assessment of influence of 9/11 and subsequent state practice on the scope of right of self-defence. In a view of dominant interpretation, these cases recognize the right of self-defence only in two scenarios: when a state uses force or when the conduct of NSAs is attributable to a state.

6.1. Nicaragua v. the United States of America

Although the Nicaragua is the most significant judgment rendered in law of the use of force,¹²⁴ is less remarkable for the purposes of this article as in conduct of NSAs state's involvement was detected. In *Nicaragua* ICJ assessed whether the US's involvement in the activities of *contras* operating in the territory of Nicaragua the basis of collective self-defence. The US argued that it took actions with the end to defend El Salvador, the latter being the

victim of NSAs attacking from the territory of Nicaragua, to which Nicaraguan Government allegedly supplied with armaments.¹²⁵ On its part, *contras* were attacking on governmental forces of Nicaragua. Taking into account that *contras* directly financed by the US were launching attacks against Nicaraguan government and its armed forces, the Court was not requested to adjudge the circumstances which would enable state to use self-defence solely against the NSAs. Instead, the Court examined the grounds that authorized a state to use self-defensive force against another state whenever the latter was providing assistance to these NSAs from its territory.

6.2. Wall advisory opinion

In *Wall* advisory opinion Israel argued that building the wall across the Palestine occupied territories constituted the exercise of self-defence in accordance with Article 51 of the Charter and the Security Council resolutions (1368 and 1373) as the mean against the terrorist attacks. The Court held that Article 51 recognizes the right of self-defence in case of armed attack be one state to another state while Israel did not contend that attacks of terrorists were attributable to another state:

“Article 51 of the Charter thus recognizes the existence of an inherent right of self-defence in the case of armed attack by one State against another State. However, Israel does not claim that the attacks against it are imputable to a foreign State. The Court also notes that Israel exercises control in the Occupied Palestinian Territory and that, as Israel itself states, the threat which it regards as justifying the construction of the wall originates within, and not outside, that territory. The situation is thus different from that contemplated by Security Council resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001), and therefore Israel could not in any event invoke those resolutions in support of its claim to be exercising a right of self-defence.”¹²⁶

The interpretation of Article 51 is dubious as the Court did not said that Article 51 is *only* applicable in interstate armed attacks.¹²⁷ However, some obstacle can be observed to such proposal: Israel expressly argued that

it used self-defence against NSAs, while the Court rejected its arguments in this very context.¹²⁸ The Court cited no source of authority to justify such restrictive reading, nor seemed to understand that such narrow interpretation would not witness the international support especially by states victims of terror attacks.¹²⁹ It remains ambiguous how the Court arrived at this finding.¹³⁰

In this advisory opinion Judge Higgins remarked that she did not agree with all pronouncements of the Court on self-defence. According to her, the interpretation of Article 51 did not stem from this article but was rather a result of the Court so determining in *Nicaragua*,¹³¹ holding that the military action by irregulars could constitute an armed attack if these were sent by or on behalf of the State and if the activity, because of its scale and effects, would have been classified as an armed attack had it been carried out by regular armed forces.¹³² Higgins compelled herself to agree with such finding as this was a statement of the law as it then stood. However, Higgins is not tolerant towards the *Nicaragua* criteria, as the state in each case has to determine whether the military action by NSAs is equivalent to actions carried out by regular armed forces. She concludes that *Nicaragua* criteria is operationally invalid.¹³³

Judge Buergenthal in points out two principal aspects in his declaration to be problematic in Court's conclusion in *Wall*, criticizing the Court for excluding right of self-defence of Israel and did not agree with it formalistic approach: 1) according to language of Article 51, nothing in the Charter shall impair the inherent right of individual self-defence. If the Court excluded the right of self-defence merely to avoid examining the issue of statehood of Palestine, it was not necessary as the Charter does not make its exercise dependent upon an armed attack by another State.¹³⁴ Besides, the Security Council in its resolutions qualified the international terrorism as the threat to international peace and security, referred to the right of self-defence and did not limit their application to terrorist attacks by State actors only.¹³⁵ 2) Israel claimed that it has a right to defend itself against terrorist attacks to which it is subjected on its territory from across the Green Line. According to Buergenthal, it is irre-

levant that Israel is alleged to exercise control in the Occupied Palestinian Territory since for some extent the Green Line was accepted by the Court as delimiting the dividing line between Israel and the Occupied Palestinian Territory. Consequently, to this extent the Court should not have deemed the Occupied Palestinian Territory as Israeli territory notwithstanding the control Israel exercised on it.¹³⁶

It can be argued that *Wall* advisory opinion was the opinion delivered by bearing in mind the specific relationships between Israel and Palestine to the maximum extent possible, generalization of which on the debate of self-defence cannot be plausible.

6.3. DRC v. Uganda

In *DRC v. Uganda* the Court held that attacks launched from the territory of DRC against Uganda were not attributable to the former,¹³⁷ thus the requirements for Uganda to exercise self-defence were not met. The Court held that:

“[...] the Court has no need to respond to the contentions of the Parties as to whether and under what conditions contemporary international law provides for a right of self-defence against large-scale attacks by irregular forces.”¹³⁸

Judge Kooijmans in his separate opinion pointed out that the Court refrained from taking a position with regard to the question whether the threshold set out in the *Nicaragua* was still in conformity with contemporary international law in spite of the fact that that threshold had been subject to severe criticism.¹³⁹ He considered that mere failure to control the activities of armed bands cannot in itself be attributed to the territorial State as an unlawful act, does not necessarily mean that the victim state is not entitled to exercise the right of self-defence under Article 51. Furthermore, Kooijmans is skeptical to the Court as it did not clarify what kind of action a victim State is entitled to take if the armed operation by irregulars when because of its scale and effects, activities of NSAs would have been classified as an armed attack rather than as a mere frontier incident.¹⁴⁰ Kooijmans supports the idea that against NSAs a state is entitled to operate in the same legal framework as it would do against an attacker state.¹⁴¹

Remarkably, Judge Simma in his separate opinion submits that a restrictive reading of Article 51 affirmed by the Court in *Wall* ought urgently to be reconsidered in the light of more recent developments not only in State practice but also with regard to accompanying *opinio juris*. In a view of Simma, a significant change in state practice was encouraged after 9/11 and interestingly observes that “claims that Article 51 also covers defensive measures against terrorist groups have been received far more favourably by the international community than other extensive re-readings of the relevant Charter provisions, particularly the “Bush doctrine” justifying the pre-emptive use of force.”¹⁴² Simma refers to Security Council resolutions to support such finding.¹⁴³ Furthermore, Simma expresses his support of separate opinion of Judge Kooijmans in *Wall* and cites Dinstein, that it “would be unreasonable to deny the attacked State the right to self-defence merely because there is no attacker State and the Charter does not so require”.¹⁴⁴

As one commentator noted, if the implication in Court’s pronouncements was simply that it is illegal to target the third state itself, when that state is not involved with insurgent attacks from its territory and is unable to end those attacks, this would seem an appropriate response. But if the implication here more broadly is that there is no right of response on the territory of the third state against rebel groups operating from the territory of that state, then the Court is seriously limiting the right of defense under the Charter.¹⁴⁵

Although the Court’s findings in *Wall* and *DRC v. Uganda* made obstacles “on the rapidly crystallizing customary international law”¹⁴⁶ they did not prevent development of such rule. This is in part due to the fact that the situation in the *Wall* and *Congo* cases are distinguishable from that of a State using force against terrorists operating in a foreign State. In the *Wall*, the ICJ stressed that the right to self-defence under Article 51 of the UN Charter only applied to attacks emanating from another State and did not apply to attacks coming from within the Occupied Territories, because the area was controlled by Israel. In *Congo*, as in *Nicaragua*, the use of force was not limited to attacking the

terrorist group itself, but involved widespread attacks throughout the territorial state.¹⁴⁷

To conclude, the Court operates in the light of specific context of international law, considering this legal system in a traditional sense, as the system oriented solely on states.

CONCLUSION

NSAs are one of the main challenges of XXI century as they possess large amount of resources and potential to constitute the threat against the international peace and security. In such reality states are not legally obliged to make themselves subject to “strange formalism” and exclude the right of self-defence only on the ground that in cases of armed attacks by NSAs there is no *prima facie* or subsequent absence of state involvement in their conduct. As it was demonstrated, it may be true that international law does not expressly recognize the legality of such right, but extraterritorial self-defence is not anymore “excusable” use of force as it goes beyond the “legitimate” category. The following features support such finding:

1) State practice, notwithstanding its inconsistency, develops in favour of use self-defence to address transboundary threats. After 9/11 state responses against NSA significantly shifted from international law enforcement cooperation to the realm of unilateral use of self-defence, as more effective mechanism.

2) Nowadays international community either expressly supports this state practice or is tolerant at least.

3) There is not only “prohibition-exception” relation between Article 2(4) and Article 51 of the UN Charter. Accordingly, use of extraterritorial self-defence is *nota priori* restricted by the “interstate” character of the UN Charter, since a) Article 2(4) and Article 51 regulate terminologically and contently different areas; b) right of self-defence exists beyond the UN Charter and its interstate context, in international customary law which has not restricted the right of self-defence *ratione personae*.

4) According to “unable and unwilling” test, when a state is unable or unwilling to put breaks on NSA activities, it would not plausible for victim state of armed attack of NSAs to refrain from taking self-defence action against

them merely due to the fact that attacker in not a state. Victim state is not subject to obligation to tolerate. This test is upheld by state practice, stems logically from the concept of sovereignty and can assumed as operative part of international law to find balance between interests of territorial and victim states.

5) Security Council Resolutions 1368 (2001) and 1373 (2001), and to some extent, Resolution 2249 (2015), as quasi-legislative acts, unambiguously encompassed NSAs into remit of Article 51 and recognized the right of self-defence, or implicitly referred to it.

6) The International Court of Justice in three cases of avoided to specifically address this issue. However, none of the findings of

these cases excluded such possibility of exercising self-defence against irregulars. It can be said that the Court impeded realization of such right, but neither has it had affected the development of interpretation of self-defence to this effect nor it has prevented emerging customary norm.

It is highly likely that state continue to invoke this right as extraterritorial self-defence is one of the important legal and effective mechanism to address the challenges of national security. Such trend may contribute to modification of status of this right or practice may be so consistent that international community or judicial bodies would not ignore it while interpreting Article 51 of the Charter.

* Giorgi Nakashidze – Ph.D. candidate in International Law (Tbilisi State University); LLM in International Law (Tbilisi State University); Visiting Lecturer in International University of Georgia; Legal Adviser to the Department of State Representation to International Courts, Ministry of Justice of Georgia.

¹ For the purposes of this article “*extraterritorial self-defence*” means cases when the state uses force beyond its territory against NSAs operating from another state’s territory and justifies its conduct on the basis of Article 51 of the UN Charter.

² For the purposes of this article “*autonomously operating non-state actor*” means group of persons (including but not limited to terrorist groups, irregular armed formations, militarized groups) operating independently for its own purposes and is not subject to effective or overall control of any state, nor addressee of any state’s directions/instructions or assistance, i.e. there is no involvement of any state in their conduct (except of use state’s territory).

³ For the purposes of this article it is presumed that NSAs are able to exercise “armed attack” in the meaning of Article 51, as their conduct can meet the objective threshold of “gravity” (comprising of both “scale” and “result” sub-elements) as found in *Nicaragua*.

⁴ For the purposes of this article “*territorial state*” means the state who is unable or unwilling to control the NSAs operating on/from its territory.

⁵ This topic is out of scope of the present article.

⁶ Dekker, I. F. *Illegality and Legitimacy of Humanitarian Intervention: Synopsis of and Comments on a Dutch Report*. Journal of Conflict & Security Law, vol.6, no.1, 2001, p.115; Dunoff J. L. et. al. (2002) *International Law: Norms, Actors, Process: A Problem-Oriented Coursebook*, Aspen Publishers, pp. 893-94.

⁷ Orford A. (2003) *Reading Humanitarian Intervention: Human Rights and the Use of Force in International Law*, Cambridge University Press, p. 44.

⁸ Dinstein, Y. *Comments on War*. Harvard Journal of Law & Public Policy, vol.27, no.3, 2004, pp. 877, 881.

⁹ U.N. Press Release SG/SM/6938 (Mar. 24, 1999).

¹⁰ *Case concerning Legality of the Use of Force (Serbia & Montenegro v. Belgium)*, Preliminary Objections, ICJ, 15 December 2004, § 129.

¹¹ Independent International Commission on Kosovo: The Kosovo Report (2000), p. 186, available at: <http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/6D26FF88119644CFC1256989005CD392-thekosovoreport.pdf> (all internet sources are last visited on 20 October 2018).

¹² *Ibid.*

- ¹³ The Responsibility to Protect (2001), XI, available at: <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf>.
- ¹⁴ Válek, P. *Legality versus Legitimacy and the Use of Force*, in Miller, R. A., Bratspies, R. M. (eds.) (2008) *Progress in International Law*, MartinusNijhoff Publishers, p. 624.
- ¹⁵ Hilpold, P. *The Fight against Terrorism and SC Resolution 2249 (2015): towards a More Hobbesian or a More Kantian International Society?* Indian Journal of International Law, vol.55, no.4, 2015, pp. 544-545.
- ¹⁶ Crawford J. (2013) *Brownlie's Principles of Public International Law (8th Edition)*, Oxford University Press, p. 772; Dinstein Y. (2005) *War, Aggression and Self-Defence (4th ed.)*, Cambridge University Press, pp.206-207; Henriksen, A. *Jus ad bellum and American Targeted Use of Force to Fight Terrorism around the World*. Journal of Conflict & Security Law, vol.19, no.2, 2014, p. 233.
- ¹⁷ Duffy H. (2015) *The 'War on Terror' and the Framework of International Law (2nd ed.)*, Cambridge University Press, p. 296; Shaw M. (2008) *International Law (6th ed.)*, Cambridge University Press, p. 1135; Zweifach, B. *Plugging the Gap: A Reconsideration of the U.N. Charter's Approach to Low-Gravity Warfare*. Intercultural Human Rights Law Review, vol.8, 2012, p. 418.
- ¹⁸ Scharf, M. P. *How the War against ISIS Changed International Law*. Case Western Reserve Journal of International Law, vol.48, 2016, p. 40 (hereinafter Scharf (2016)).
- ¹⁹ Schmitt M. N. *Responding to Transnational Terrorism under the Jus ad Bellum: A Normative Framework*, in Schmitt M., Pejic J. (eds.) (2007) *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines – Essays in Honour of Yoram Dinstein*. Brill | Nijhoff, p. 158.
- ²⁰ S/RES/1368 (2001), S/RES/1373 (2001).
- ²¹ Ruys T., Verhoeven S. *Attacks by Private Actors and the Right of Self-Defence*. Journal of Conflict & Security Law, vol.10, no.3, 2005, p. 297.
- ²² Letter dated 2001/10/07 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the President of the Security Council S/2001/946 (2001), available at: <http://repository.un.org/handle/11176/31401>.
- ²³ *Ibid.*
- ²⁴ Schmitt M. N. *Counter-Terrorism and the Use of Force in International Law*. The Marshall Center Papers, No 5. The George C. Marshall European Center for Security Studies, p. 17.
- ²⁵ Scharf (2016), *supra*, n. 18, pp. 40-41.
- ²⁶ CP/RES. 797 (1293/01), available at: [<http://www.oas.org/council/resolutions/res797.asp>].
- ²⁷ Article 3 of the Inter-American Treaty of Reciprocal Assistance (Rio Treaty).
- ²⁸ Security Treaty Between Australia, New Zealand and the United States of America (in force since 1952), available at: <http://australianpolitics.com/1951/09/01/anzus-treaty-text.html>.
- ²⁹ Brown, D. *Use of Force against Terrorism after September 11th: State Responsibility, Self-defence and Other Responses*. Cardozo Journal of International and Comparative Law, vol.11, no.1, 2003, p. 29.
- ³⁰ Gray C. (2018) *International Law and the Use of Force (4rd ed.)*, Oxford University Press, p. 207 (hereinafter Gray (2018)); Ruys T., Verhoeven S. *Attacks by Private Actors and the Right of Self-Defence*. Journal of Conflict & Security Law, vol.10, no.3, 2005, p. 290.
- ³¹ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. The United States of America)*, Judgment on Merits, ICJ, 27 June 1986, § 195 (hereinafter *Nicaragua*).
- ³² For control tests and their content see (in Georgian) Bartaia I. *Extraterritorial Application of the Human Rights Protection International Instruments – Analysis of the Case Law of International Mechanisms*. Journal of International Law, 2009 N2 – 2010 N1, pp. 64-67.

- ³³ Gray(2018),*supra*, n. 30, pp. 201-202.
- ³⁴ *Ibid.*
- ³⁵ Ruys, T. (2010) *'Armed Attack' and Article 51 of the UN Charter. Evolutions in Customary Law and Practice*, Cambridge University Press, p. 442 (hereinafter Ruys (2010)).
- ³⁶ France Seeks Global Coalition against Islamic State, Launches New Strikes. Reuters, Tue Nov 17, 2015, available: <http://www.reuters.com/article/france-shooting-idUSL8N13B1NP20151117>.
- ³⁷ *Ibid.*
- ³⁸ De Souza, I. M. L. *Revisiting the Right of Self-Defence against Non-State Armed Entities*. Canadian Yearbook of International Law, vol.53, 2016, p. 222.
- ³⁹ Treaty on the Functioning of the European Union, art. 222(1).
- ⁴⁰ Letter, dated 25 May 1993, from the Permanent Representative of the Islamic Republic of Iran to the United Nations Addresses to the Secretary General, UN Doc S/25843, available at:http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/51284/S_25843-%20%20%20EN.pdf?sequence=3&isAllowed=y.
- ⁴¹ Letter, dated 7 October 2001, from the Permanent Representative of the United States of America, to the United Nations addressed to the President of the Security Council, UN SCOR, 56th session at 1; UN Doc S/2001/946 (2001), available at:http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/31401/S_2001_946-EN.pdf?sequence=3&isAllowed=y.
- ⁴² Letter dated 11 September 2002 from the Permanent Representative of the Russian Federation to the United Nations addressed to the Secretary-General. UN Doc S/2002/1012, available at:http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/29079/S_2002_1012-EN.pdf?sequence=3&isAllowed=y. See also, Finucane, B. (2012). *Fictitious States, Effective Control, and the Use of Force against Non-State Actors*. Berkeley Journal of International Law, 30(1), 79.
- ⁴³ Statement by Ambassador Dan Gillerman, Permanent Representative, Emergency Session, Security Council, New York, 5 October 2003. Special U.N. Security Council Meeting to Discuss Israel's Attack in Syria, available at:<http://www.edition.cnn.com/TRANSCRIPTS/0310/05/se.03.html>.
- ⁴⁴ Israel's conduct was condemned by the 12 members of the UNSC, pp.8-13, available at:<http://undocs.org/en/S/PV.4836>.
- ⁴⁵ Trapp K. N. *Can Non-State Actors Mount an Armed Attack?* in Weller M. (ed.) (2015) *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*. Oxford University Press, p. 692.
- ⁴⁶ Statement by Ambassador Dan Gillerman, Permanent Representative, during the open debate on 'The Situation in the Middle East' United Nations, New York, 8 August 2006.
- ⁴⁷ Trapp. K. N. (2015). *Can Non-State Actors Mount an Armed Attack?*, in M. Weller (ed.). (2015). *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*. Oxford University Press, 691.
- ⁴⁸ CP/RES. 930 (1632/08), available at:<http://www.oas.org/council/resolutions/res930.asp>. Columbia later issued apology for this conduct, available at http://www.oas.org/en/media_center/speech.asp?sCodigo=08-0021.
- ⁴⁹ Finucane, B. *Fictitious States, Effective Control, and the Use of Force against Non-State Actors*. Berkeley Journal of International Law, vol.30, no.1, 2012, pp. 81-82.
- ⁵⁰ Letter dated 23 September 2014 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the Secretary-General. S/2014/695, available at:<http://repository.un.org/handle/11176/89298>.
- ⁵¹ Letter dated 31 March 2015 from the *Chargé d'affaires*.i. of the Permanent Mission of Canada to the United Nations addressed to the President of the Security Council. S/2015/221, available at:<http://repository.un.org/handle/11176/310200>.
- ⁵² Identical Letters dated 25 November 2014 from the Permanent Representative of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to the United Nations addressed to the Secretary-General and the President of the Security Council. S/2014/85, available at:<http://repository.un.org/handle/11176/308864>.

- ⁵³ O'Connor, L. *Legality of the Use of Force in Syria against Islamic State and the Khorasan Group*. *Journal on the Use of Force and International Law*, vol.3, no.1, 2016, p. 76.
- ⁵⁴ Dörr O., Randelzhofer A. *Article 2 (4)*, in Simma B., et al (eds.) (2012) *The Charter of the United Nations: A Commentary, Volume II (3rd ed.)*, Oxford University Press, p. 218 (hereinafter Dörr O., Randelzhofer A. *Article 2 (4)*); Gill T.D., Fleck D. (2015) *The Handbook of the International Law of Military Operations (2nd Edition)*, Oxford University Press, p. 214.
- ⁵⁵ Trapp K. N. *Can Non-State Actors Mount an Armed Attack?* in Weller M. (ed.) (2015) *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*. Oxford University Press, p. 684.
- ⁵⁶ *Ibid.*
- ⁵⁷ Greenwood, C. *International Law and the Pre-emptive Use of Force: Afghanistan, Al-Qaida, and Iraq*. *San Diego International Law Journal*, vol.4, no.7, 2003, p. 17.
- ⁵⁸ Schmitt M. N. *Responding to Transnational Terrorism under the Jus ad Bellum: A Normative Framework*, in Schmitt M., Pejic J. (eds.) (2007) *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines – Essays in Honour of Yoram Dinstein*. Brill | Nijhoff, pp.167-168.
- ⁵⁹ Though *Caroline* is not a court case, while discussing it, the two governments of the USA and the UK appear to have agreed that their positions reflected customary international law as it was at least in XIX century. More striking is the fact that the Webster formula has continued to be relied upon. It was quoted as authoritative by the international military tribunals at Nuremberg and Tokyo. See Greenwood C. *The Caroline*, in Wolfrum R. (ed.) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, § 5.
- ⁶⁰ Sofaer, A. D. *On the Necessity of Pre-emption*. *European Journal of International Law*, vol.14, no.2, 2003, pp. 214-220.
- ⁶¹ Greenwood, C. *International Law and the Pre-emptive Use of Force: Afghanistan, Al-Qaida, and Iraq*. *San Diego International Law Journal*, vol.4, no.7, 2003, p. 17.
- ⁶² Greenwood C. *The Caroline*, in Wolfrum R. (ed.) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, § 10.
- ⁶³ Davis L. W. (2008) *The Phantom of the Neo-Global Era: International Law and the Implications of Non-State Terrorism on the Nexus of Self-defence and the Use of Force*, in Miller R. A., Bratspies R. M. (eds.) (2008) *Progress in International Law*, MartinusNijhoff Publishers, p. 642.
- ⁶⁴ Dörr O., Randelzhofer A. *Article 2 (4)*, in Simma B., et al (eds.) (2012) *The Charter of the United Nations: A Commentary, Volume II (3rd ed.)*, Oxford University Press, pp. 208, 217-218.
- ⁶⁵ Nolte G. Randelzhofer A. *Article 51, supra*, n. 54; *Nicaragua, supra*, n. 31, § 195. Eritrea Ethiopia Claims Commission *Jus Ad Bellum* (Partial Award, Ethiopia's Claims 1–8, 19 December 2005) (2009) 135 ILR 479, § 11.
- ⁶⁶ Nolte G. Randelzhofer A. *Article 51, supra*, n. 65, p. 1403.
- ⁶⁷ *Nicaragua, supra*, n. 31, §§ 195, 211, 237.
- ⁶⁸ *Supra*, n. 66.
- ⁶⁹ *Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, ICJ, 6 November 2003, § 51. *Nicaragua, supra*, n. 31, § 195.
- ⁷⁰ *Nicaragua, supra*, n. 31, § 176.
- ⁷¹ *Ibid.*
- ⁷² See Novak M. *Just Peace and the Asymmetric Threat: National Self-defence in Uncharted Waters*. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol.27, no.3, 2003-2004, p. 828 (parallel between the fight against pirate organizations and NSAs); Davis L. W. *The Phantom of the Neo-Global Era: International Law and the Implications of Non-State Terrorism on the Nexus of Self-defence and the Use of Force*, in Miller R. A., Bratspies R. M. (eds.) (2008) *Progress in International Law*. MartinusNijhoff Publishers, pp. 641-643 (Campaign of Thomas Jefferson against African Berbers, and *Pancho Villa* incident).
- ⁷³ *Island of Palmas (Netherlands, USA)*. Reports of International Arbitral Awards (RIAA), 4 April 1928, Vol. II, p. 839.

- ⁷⁴ *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, Judgment on Merits, ICJ, 9 April 1949, p. 22.
- ⁷⁵ *Definition of Aggression*, GA Res 3314 (XXIX), UNGAOR, UN Doc A/RES/3314 (1974), art 3(f).
- ⁷⁶ Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission: Preparatory work within the purview of article 18, paragraph 1, of the International Law Commission — Memorandum submitted by the Secretary-General, UN Doc A/CN.4/1/Rev.1 (1949), § 57.
- ⁷⁷ *Trail Smelter case (United States, Canada)*. Reports of International Arbitral Awards (RIAA), 16 April 1938 and 11 March 1941, Vol. III, p. 1963.
- ⁷⁸ Starski, P. *Right to Self-defence, Attribution and the Non-State Actor – Birth of the “Unable or Unwilling” Standard?* *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol.75, no.3, 2015, p. 475.
- ⁷⁹ Lubell N. (2010) *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors*, Oxford University Press, p. 40.
- ⁸⁰ *Ibid.*, pp. 40-41.
- ⁸¹ Borowski, H., Fuchs, I. *Weak States and Terrorist Organizations: A Proposed Model of Intervention*. *Minnesota Journal of International Law*, vol.21, no.2, 2012, pp. 214-215.
- ⁸² Separate Opinion of Judge Kooijmans in *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, ICJ Reports, 2005, p. 150 (hereinafter *DRC v. Uganda*).
- ⁸³ Tibori-Szabó K. *The ‘Unwilling or Unable’ Test and the Law of Self-defence*, in Paulussen C. et al. (eds.) (2016) *Fundamental Rights in International and European Law: Public and Private Law Perspectives*, T.M.C. Asser Press, p. 76 (hereinafter Tibori-Szabó (2016)).
- ⁸⁴ *Ibid.*
- ⁸⁵ *Ibid.*, p.77.
- ⁸⁶ *Ibid.*
- ⁸⁷ *Ibid.*, 78.
- ⁸⁸ SC Res. 280 (1970); SC Res. 316 (1972); SC Res. 332 (1973); SC Res. 450 (1979); SC Res. 467 (1980).
- ⁸⁹ SCOR, 40th session, 2615th meeting, UN Doc. S/PV.2615 (4 October 1985), § 252.
- ⁹⁰ *Ibid.*, 78-79.
- ⁹¹ *Ibid.*
- ⁹² Antonopoulos, A. *The Turkish Military Operation in Northern Iraq of March-April 1995 and the International Law on the Use of Force*. *Journal of Armed Conflict Law*, vol.1, no.1, 1996, p. 49.
- ⁹³ Ruys T. (2010) *‘Armed Attack’ and Article 51 of the UN Charter. Evolutions in Customary Law and Practice*, Cambridge University Press, p. 430.
- ⁹⁴ Incorporation of this procedural obligation in “unable and unwilling” test to give warnings and reasonable time to territorial state enhances its degree of legality that is supported by state practice.
- ⁹⁵ Tibori-Szabó (2016), *supra*, n.83, p. 219; Ruys, (2010), *supra*, n.35, pp. 426–427.
- ⁹⁶ Williams, G. D. *Piercing the Shield of Sovereignty: An Assessment of the Legal Status of the ‘Unwilling or Unable’ Test*. *University of New South Wales Law Journal*, vol.36, no.2, 2013, pp. 626-627.
- ⁹⁷ Deeks, A. S. *“Unwilling or Unable”: Toward a Normative Framework for Extraterritorial Self-defence*. *Virginia Journal of International Law*, vol.52, no.3, 2013, p. 486.
- ⁹⁸ Letter dated 23 September 2014 from the Permanent Representative of the United States of America to the United Nations addressed to the Secretary-General, UN Doc. S/2014/695, 23 September 2014, available at: https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_2014_695.pdf.
- ⁹⁹ The US, Canada, Australia and Turkey.

- ¹⁰⁰ The US, Canada, Australia, Turkey, France, the Netherlands, German, Denmark, Saudi Arabia, Qatar, Jordan, Bahrein, Arab United Emirates.
- ¹⁰¹ Corten, O. *The 'Unwilling or Unable' Test: Has it Been, and Could it be, Accepted?* Leiden Journal of International Law, vol.29, no.3, 2016, pp. 780, 785.
- ¹⁰² *Ibid.*, p. 799.
- ¹⁰³ Reinold, T. *State Weakness, Irregular Warfare, and the Right to Self-defence Post-9/11*. The American Journal of International Law, vol.105, no.2, 2011, p.254.
- ¹⁰⁴ Letter dated 11 September 2002 from the Permanent Representative of the Russian Federation to the United Nations addressed to the Secretary-General. UN Doc S/2002/1012. See also SCOR, 30th session, 1860th meeting, UN Doc. S/PV.1860 (5 December 1975), §§ 3–5 and SCOR, 40th session, 2615th meeting, UN Doc. S/PV.2615 (4 October 1985), § 252.
- ¹⁰⁵ Letter dated 11 September 2002 from the Permanent Representative of the Russian Federation to the United Nations addressed to the Secretary-General. UN Doc S/2002/1012.
- ¹⁰⁶ Parliamentary Assembly. Recommendation 1580 (2002). *The Situation in Georgia and its Consequences for the Stability of the Caucasus Region*, §5, available at: <https://rm.coe.int/1680092c2e>.
- ¹⁰⁷ Ahmed, I. D. *Defending Weak States against the "Unwilling or Unable" Doctrine of Self-defence*. Journal of International Law and International Relations, vol.9, 2013, p. 2.
- ¹⁰⁸ Tibori-Szabó(2016),*supra*, n.83, pp. 85-86.
- ¹⁰⁹ Hakimi, M. *Defensive Force against Non-State Actors: The State of Play*. International Law Studies, vol.91, 2015, p. 14.
- ¹¹⁰ S/RES/1368 (2001), S/RES/1373 (2001).
- ¹¹¹ Happold, M. *Security Council Resolution 1373 and the Constitution of the United Nations*. Leiden Journal of International Law, vol.16, 2003, p. 593–610.
- ¹¹² Ruys, (2010),*supra*, n.35,p. 440.
- ¹¹³ *Ibid.*, 439.
- ¹¹⁴ *Supra*, n.112.
- ¹¹⁵ Cassese, A. *Terrorism Is Also Disrupting Some Crucial Legal Categories of International Law*. European Journal of International Law, vol.12, 2001, p. 993.
- ¹¹⁶ Gray (2018), *supra*, n. 30, p. 206.
- ¹¹⁷ Separate Opinion of Judge Kooijmans, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ, 2004, 230, § 35 (hereinafter *Wall*).
- ¹¹⁸ Joint Committee on Human Rights. The Government's Policy on the Use of Drones for Targeted Killing. Second Report of Session 2015–16, p. 43, § 3.22, available at:<https://publications.parliament.uk/pa/jt201516/jtselect/jtrights/574/574.pdf>.
- ¹¹⁹ Bannelier-Christakis, K. *The Joint Committee's Drones Report: Far-reaching Conclusions on Self-defence Based on a Dubious Reading of Resolution 2249*. Journal on the Use of Force and International Law, vol.3, no.2, 2016, p. 225.
- ¹²⁰ Joint Committee on Human Rights. The Government's Policy on the Use of Drones for Targeted Killing. Second Report of Session 2015–16, 95, § 12.
- ¹²¹ Scharf (2016),*supra*, n.18, p. 65.
- ¹²² *Wall, supra*, n. 117.
- ¹²³ *DRC v. Uganda, supra*, n. 82.
- ¹²⁴ Gray C. *The International Court of Justice and the Use of Force*, in Tams C. J., Sloan J. (eds.) (2013) *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford University Press, p. 242.
- ¹²⁵ *Nicaragua, supra*, n. 31, § 128.
- ¹²⁶ *Wall, supra*, n. 117, § 138.
- ¹²⁷ Murphy, S. D. *Self-defence and the Israeli Wall Advisory Opinion: An Ipse Dixit from the ICJ?* The American Journal of International Law, vol.99, no.1, 2005, p. 63.
- ¹²⁸ *Ibid.*
- ¹²⁹ Moore, J. N. *Jus ad Bellum before the International Court of Justice*. Virginia Journal of International Law, vol.52, no.4, 2012, p. 944.

- ¹³⁰ Lubell N. (2010) *Extraterritorial Use of Force against Non-State Actors*, Oxford University Press, p. 32.
- ¹³¹ Separate Opinion of Judge Higgins, *Wall*, *supra*, n. 117, 215, § 33.
- ¹³² *Ibid.*
- ¹³³ Higgins R. (1995) *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford University Press, p. 251.
- ¹³⁴ Declaration of Judge Buergenthal, *Wall*, *supra*, n. 117, 242.
- ¹³⁵ *Ibid.*
- ¹³⁶ *Id.*
- ¹³⁷ *DRC v. Uganda*, *supra*, n. 82, § 146.
- ¹³⁸ იქვე, § 147.
- ¹³⁹ Separate Opinion of Judge Koojmans, *DRC v. Uganda*, *supra*, n. 82, 313, § 25.
- ¹⁴⁰ *Ibid.*, § 26.
- ¹⁴¹ *Ibid.*, § 30-32.
- ¹⁴² Separate Opinion of Judge Simma, *DRC v. Uganda*, *supra*, n. 82, 337, § 11.
- ¹⁴³ S/RES/1368 (2001), S/RES/1373 (2001).
- ¹⁴⁴ Dinstein Y. (2005) *War, Aggression and Self-Defence (4thed.)*, Cambridge University Press, p. 216.
- ¹⁴⁵ Moore, J. N. *Jus ad Bellum before the International Court of Justice*. Virginia Journal of International Law, vol.52, no.4, 2012, p. 946.
- ¹⁴⁶ Scharf (2016), *supra*, n. 18, p. 54.
- ¹⁴⁷ *Ibid.*

საქართველოს სიტუაცია – სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს წინაშე არსებული უნიკალური სიტუაციის სამართლებრივი ანალიზი

აბსტრაქტი

წინამდებარე ნაშრომი ეხება სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს გამოძიებას საქართველოს სიტუაციასთან დაკავშირებით, რომლის ფარგლებშიც სასამართლოს პროკურორის ოფისი იძიებს საქართველოსა და რუსეთის შორის 2008 წლის აგვისტოს შეიარაღებული კონფლიქტის კონტექსტში 1 ივლისიდან 10 ოქტომბრის ჩათვლით სასამართლოს იურისდიქციაში შემავალ სავარაუდოდ ჩადენილ დანაშაულებს. საქართველოს სიტუაცია არის უნიკალური, რამდენადაც წარმოადგენს პირველ გამოძიებას აფრიკის კონტინენტის გარეთ. სასამართლო პირველად იმსჯელებს საერთაშორისო შეიარაღებულ კონფლიქტთან დაკავშირებით და გაერთიანებული ერების უშიშროების საბჭოს მუდმივი წევრის მოქალაქეთა პასუხისმგებლობის საკითხზე. გარდა ამისა, გამოძიება ხასიათდება სირთულით, ვინაიდან განსახილველი რეგიონი არ არის შესწავლილი სასამართლოს მიერ, გამოძიება დაიწყო დანაშაულების სავარაუდო ჩადენიდან დიდი დროის გასვლის შემდგომ და კონფლიქტის მონაწილე ერთ-ერთი სახელმწიფო უარს აცხადებს სასამართლოსთან თანამშრომლობაზე. აღნიშნული გარემოებებიდან გამომდინარე, ნაშრომის მიზანს წარმოადგენს სიტუაციის სამართლებრივი მახასიათებლებისა და მისი მნიშვნელობის ანალიზი, რაც თავის მხრივ უზრუნველყოფს განსახილველ საკითხთან დაკავშირებით დეტალური ანალიზის არსებობასა და მოსახლეობის ცნობიერების ამაღლებას.

საკვანძო სიტყვები: საქართველოს სიტუაცია | სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლო | აგვისტოს ომი

შესავალი

საქართველოსა და ოკუპირებულ ცხინვალის რეგიონს/სამხრეთ ოსეთს შორის 2008 წლის აგვისტოში დაწყებული სამხედრო მოქმედებები გადაიზარდა რუსეთსა და საქართველოს შორის საერთაშორისო შეიარაღებულ კონფლიქტში, სადაც რუსული შეიარაღებული ძალები იბრძოდნენ საქართველოს წინააღმდეგ სამხრეთ ოსეთის შეიარაღებულ ნაწილებთან ერთად. აქტიური საბრძოლო მოქმედებები გაგრძელდა რამდენიმე დღე, ცეცხლის შეწყვეტის შემდგომ კი სამხრეთ ოსეთი და მისი მომიჯნავე ტერიტორიები აღმოჩნდა საქართველოს ცენტრალური ხელისუფლების კონტროლს მიღმა. ამ დროიდან მოყოლებული დღემდე, საქართველოს ტერიტორიები რუსეთის სამხედრო ოკუპაციის ქვეშაა.

2016 წლის 27 იანვარს, სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს (შემდგომში – სასამართლო) წინასასამართლო პალატამ დააკმაყოფილა პროკურორის შუამდგომლობა 2008 წლის 1 ივლისიდან 10 ოქ-

ტომბრის ჩათვლით სამხრეთ ოსეთში და მის მიმდებარედ შეიარაღებული კონფლიქტის კონტექსტში სავარაუდოდ ჩადენილი ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულებისა და ომის დანაშაულებთან დაკავშირებით გამოძიების დაწყებაზე.

საქართველოს სიტუაცია მნიშვნელოვანია როგორც საქართველოსთვის, აგრეთვე სასამართლოს პრაქტიკისთვის, რამდენადაც იგი წარმოადგენს პირველ სიტუაციას აფრიკის კონტინენტის გარეთ; პირველ სიტუაციას საერთაშორისო ხასიათის შეიარაღებულ კონფლიქტთან დაკავშირებით და უშიშროების საბჭოს ერთ-ერთი მუდმივმოქმედი წევრის შეიარაღებული ძალების ქმედებებთან მიმართებით. საქართველოს სიტუაციას გამოარჩევს აგრეთვე დიდი დროითი ინტერვალი დანაშაულების ჩადენის სავარაუდო დროსა და გამოძიების დაწყებას შორის, გამოძიების წარმოება სასამართლოსთვის ახალი და შედარებით შეუსწავლელი რეგიონის მიმართ და თანამშრომლობაზე უარი კონფლიქტის ერთ-ერთი მხარის მიერ.

წინამდებარე ნაშრომის მიზანს წარმოადგენს საქართველოს სიტუაციის სამართლებრივი ანალიზი, რაც, თავის მხრივ, ხელს შეუწყობს განსახილველი საქმის შესახებ ცნობიერების ამაღლებას, რაც აუცილებელია საქმეში მონაწილეთა და დაზარალებულთა სრულყოფილი ჩართვის უზრუნველყოფისა და მართლმსაჯულების ჯეროვანი განხორციელებისთვის. ნაშრომი მოიცავს განსახილველი სიტუაციის როგორც ძირითად სამართლებრივ მახასიათებლებს, ისე მის ზოგად მნიშვნელობას საერთაშორისო სამართლებრივ და პოლიტიკურ ქრილშიც. კერძოდ, განხილული იქნება სამხრეთ ოსეთის რეგიონთან დაკავშირებით რუსეთ-საქართველოს კონფლიქტის ისტორიული კონტექსტი და კონფლიქტის კვალიფიკაცია, სასამართლოს იურისდიქციის საკითხები, კომპლემენტარობის პრინციპი, აგრეთვე ის ფაქტორები, რომლებიც გამოარჩევს საქართველოს სიტუაციას სასამართლოს მიერ აქამდე განხილული საქმეებისაგან და ის პრობლემატურისაკითხები, რომლებსაც სასამართლო შესაძლოა წააწყდეს გამოძიების მიმდინარეობისას.

წინამდებარე ნაშრომში მოყვანილი ანალიზი უმეტესად ეფუძნება საქართველოს სიტუაციაზე სასამართლოს და პროკურორის მიერ მიღებულ ოფიციალურ დოკუმენტებს, რომელთაგან ძირითადია პროკურორის შუამდგომლობა გამოძიების დაწყების თაობაზე მე-15 მუხლის შესაბამისად¹ და მასთან დაკავშირებით წინა სასამართლო პალატის მიერ მიღებული გადაწყვეტილება პროკურორის შუამდგომლობაზე გამოძიების დაწყების უფლებამოსილების შესახებ,² მოსამართლე პიტერ კოვაჩის განსხვავებულ მოსაზრებასთან³ ერთად; აგრეთვე სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს წესდებასა (შემდგომში – რომის სტატუტი) და სხვა წყაროებს.

1. ფაქტობრივი გარემოებები

პროკურორის შუამდგომლობაში მოცემულია შემდეგი ფაქტობრივი გარემოებები საქართველოსა და რუსეთს შორის შეიარაღებულ კონფლიქტთან დაკავშირებით: საქართველოსა და სამხრეთ ოსეთს შორის არსებულ კონფლიქტს აქვს საკმაოდ ღრმა ფესვები და იგი სათავეს იღებს ჯერ კიდევ საბჭოთა კავშირის პერიოდში. საბჭოთა კავ-

შირის დაშლის შემდგომ მიმდინარე ორწლიანი კონფლიქტი სამხრეთ ოსეთში დასრულდა 1992 წელს სოჭის შეთანხმების ხელმოწერით, რომლის საფუძველზეც შეიქმნა ერთობლივი კონტროლის კომისია და ერთობლივი სამშვიდობო ძალები (Joint Peacekeeping Forces).⁴

2008 წლის აგვისტოს კონფლიქტის წინა თვეებში, სამხრეთ ოსეთსა და მის მიდამოებში დაიძაბა ურთიერთობები ოსურ და ქართულ მხარეებს შორის. ივლისის თვეში ადგილი ჰქონდა შეიარაღებულ შეტაკებებს; სამხრეთ ოსეთის შეიარაღებული ძალების მიერ ქართველი სამხედრო მოსამსახურეების დაკავებებს; ქალაქ ცხინვალის დაბომბვასა და სროლას, რის შედეგადაც დაიჭრა რამდენიმე ადამიანი და განადგურდა უძრავი ქონება; ოთხი რუსული სამხედრო თვითმფრინავის სავარაუდო შეჭრას საქართველოს საჰაერო სივრცეში; სროლის ინციდენტებს სამხრეთ ოსეთში, და აგრეთვე, სამხრეთ ოსეთის და საქართველოს სამხედრო და პოლიტიკური ლიდერების წინააღმდეგ გამიზნული აფეთქებების სერიას. 2008 წლის აგვისტოს დასაწყისში, სამხრეთ ოსეთის დე ფაქტო ორგანოებმა დაიწყეს ოსი მოსახლეობის ნაწილის ჩრდილოეთ ოსეთში ევაკუაცია.⁵ 2008 წლის 1-2 აგვისტოს ღამეს, საქართველოს და სამხრეთ ოსეთს შორის ადგილი ჰქონდა რამდენიმე ინტენსიურ ურთიერთსროლას, რის შედეგადაც დაიჭრა რამდენიმე ადამიანი. ნაკლები ინტენსიურობის სროლები გაგრძელდა 2-3 და 3-4 აგვისტოს ღამეებშიც.⁶ 2008 წლის 6 აგვისტოს შუადღის საათებში სროლა მიმდინარეობდა ქართული და სამხრეთ ოსური მხარეების საკონტაქტო ხაზის მთელ მანძილზე, 7 აგვისტოს კი ცეცხლის ინტენსივობა გაიზარდა ნალმტყორცნების და არტილერიის გამოყენებით, რასაც, არსებული ინფორმაციით, მოჰყვა მსხვერპლი.⁷

2008 წლის 8 აგვისტოს საქართველოს შეიარაღებული ძალები სამხრეთ ოსეთის ტერიტორიაზე სამხრეთიდან, ხოლო რუსეთის შეიარაღებული ძალები ჩრდილოეთიდან შევიდნენ. 2008 წლის 7 აგვისტოს 23:50 საათზე, გადმოცემის თანახმად, ქართულმა საარტილერიო დანაყოფებმა დაიწყეს იერიშის მიტანა სხვადასხვა სამხრეთ ოსურ ობიექტებზე, მათ შორის, ცხინვალში, რაც ფართოდ აღიარებულია აქტიური საბრძოლო მოქმედებების დასაწყისად. 8 აგვისტოს შუადღისთვის, ქართულმა შეიარაღებულმა ძალებმა მოახერხეს

ცხინვალის დიდნაწილსა და რამდენიმე ოსურ სოფელზე კონტროლის დამყარება.⁸ მასალებში აგრეთვე მითითებულია, რომ 2008 წლის 8 აგვისტოს საქართველოს შეიარაღებული ძალები რუსეთის სამშვიდობოებს განზრახ დაესხნენ თავს ცხინვალის ცენტრსა და ცხინვალის სამხრეთ-დასავლეთის მიმართულებით.⁹

2008 წლის 8 აგვისტოს საღამოს საათებში, წინააღმდეგობის პირობებში, საქართველოს შეიარაღებულმა ძალებმა დატოვეს ქალაქ ცხინვალის ცენტრალური ნაწილი. 10 აგვისტოს ცალმხრივად ცეცხლის შეწყვეტის შესახებ საქართველოს მთავრობის განცხადების შემდგომ ქართული ჯარისკაცების უმეტესობამ დატოვა სამხრეთ ოსეთის ტერიტორია გორის მიმართულებით. მათ უკან მოჰყვებოდნენ რუსეთის და სამხრეთ-ოსეთის ფორმირებები, რომლებმაც 12 აგვისტოს სამხრეთ ოსეთის ადმინისტრაციული საზღვარი გადმოკვეთეს და დაიკავეს მოსაზღვრე ტერიტორიები.¹⁰ არსებული ინფორმაციით, 2008 წლის 12 აგვისტოს, რუსეთის პრეზიდენტსა და ევროკავშირის სახელით მოქმედი საფრანგეთის პრეზიდენტს შორის მოლაპარაკებების შედეგად მიღწეული ექვსპუნქტიანი გეგმით შეწყდა საომარი მოქმედებები საქართველოსა და რუსეთის შეიარაღებულ ძალებს შორის. რუსეთის პრეზიდენტის მიერ სამშვიდობო გეგმის სახალხოდ აღიარების მიუხედავად, რუსეთის და სამხრეთ ოსეთის შეიარაღებულმა ძალებმა კიდევ რამდენიმე ხნის განმავლობაში გააგრძელეს წინსვლა საქართველოს ტერიტორიაზე. 15 აგვისტოდან რუსულმა ძალებმა დაიწყეს საქართველოს არასადავო ტერიტორიების დატოვება და შექმნეს 20 კილომეტრიანი ე.წ. ბუფერული ზონა,¹¹ რომელიც საბოლოოდ დატოვეს 2008 წლის 10 ოქტომბერს.¹²

იმავე პერიოდის განმავლობაში სამხრეთ ოსეთის ძალები, არარეგულარულ შეიარაღებულ დაჯგუფებებთან ერთად, ახორციელებდნენ თავდასხმებს სამხრეთ ოსეთში და ე.წ. „ბუფერულ ზონაში“ განლაგებული ქართული სოფლების მშვიდობიან მოსახლეობაზე. თავდასხმები გრძელდებოდა 2008 წლის 12 აგვისტოს აქტიური საომარი მოქმედებების შეწყვეტის შემდეგაც. თავდასხმების ძირითად სამიზნეს წარმოადგენდნენ ეთნიკური ქართველები და მოიცავდნენ განზრახსიცოცხლის მოსპობას, ცემას, დაშინებას, და-

პატიმრებას, სახლების ძარცვას/მაროდობას და დაწვას. სისტემატურად ნადგურდებოდა ქართველების კუთვნილი სახლები, რომელთა იდენტიფიცირებისთვის დამნაშავეები იყენებდნენ ადგილობრივ ინფორმატორებს. ცეცხლის წაკიდებამდე სახლებიდან გამოჰქონდათ ძვირფასი ნივთები.¹³ მოცემული აქტების მიზანი იყო ეთნიკური ქართველების სამხრეთ ოსეთის ტერიტორიიდან იძულებითი განდევნამოსახლეობის ეთნიკური შემადგენლობის შეცვლის, საქართველოსთან დარჩენილი კავშირების გაწყვეტისა და საქართველოსგან დამოუკიდებლობის მოპოვების მიზნით. დასტურდება, რომ გაძევების პოლიტიკის პრინციპები სამხრეთ ოსეთის დე ფაქტო ხელისუფლების უმაღლეს ეშელონებში იქმნებოდა. მშვიდობიან მოსახლეობაზე თავდასხმებს შედეგად მოჰყვა 51-დან 113-მდე ეთნიკური ქართველის განზრახმკვლელობა და სამხრეთ ოსეთის სოფლებიდან და ქალაქებიდან, აგრეთვე ე.წ. „ბუფერული ზონიდან“ 13400-დან 18500-მდე ეთნიკურად ქართველი მოსახლის იძულებითი გადაადგილება.¹⁴ განადგურდა აგრეთვე ეთნიკურად ქართული მოსახლეობის კუთვნილი 5,000-ზე მეტი საცხოვრებელი.¹⁵

საქართველოში მომხდარ კონფლიქტთან დაკავშირებული ფაქტების დამდგენი დამოუკიდებელი საერთაშორისო მისიის, ე.წ. ტალიავინის კომისიის ანგარიშის მიხედვით კონფლიქტის შედეგად: დაიღუპა დაახლოებით 850 ადამიანი, ხოლო დაახლოებით 100,000 ადამიანს მოუწია საცხოვრებელი ადგილის დატოვება. საქართველოს მთავრობის მონაცემების მიხედვით, დაიღუპა 412 (აქედან 228 სამოქალაქო) და დაიჭრა 1747 საქართველოს მოქალაქე. რუსეთის ფედერაციის ინფორმაციით, კონფლიქტის შედეგად დაიღუპა 162 და დაიჭრა 255 ეთნიკურად ოსი პირი, დაიღუპა 48 და დაიჭრა 162 რუსი მოსამსახურე. სამხრეთ ოსეთის დეფაქტო ორგანოების განცხადებით კი დაღუპულ სამოქალაქო და სამხედრო პირთა საერთო რაოდენობამ 365-ს მიაღწია.¹⁶ კონფლიქტის წინა პერიოდში, სამხრეთ ოსეთში ცხოვრობდა დაახლოებით 22,000-24,000 ეთნიკურად ქართველი, რაც მოსახლეობის მთლიანი რაოდენობის 30%-ს წარმოადგენდა, კონფლიქტის შემდგომ კი ეთნიკურად ქართული მოსახლეობის რაოდენობა სამხრეთ ოსეთში 70%-ით შემცირდა.¹⁷

2. სასამართლოს იურისდიქცია და კომპლემენტარობის პრინციპი

2.1. დროითი იურისდიქცია

სასამართლოს იურისდიქცია შეზღუდულია დროითი ფარგლებით. რომის სტატუტის მე-11(2) მუხლის თანახმად, იმსახელმწიფოებთან მიმართებით, რომლებმაც სტატუტის რატიფიკაცია მოახდინეს მისი ამოქმედების შემდგომ, სასამართლოს შეუძლია იურისდიქციის განხორციელება სტატუტის ამ ქვეყნისთვის ძალაში შესვლის დღიდან.¹⁸ საქართველოს მიმართ რომის სტატუტი ძალაში შევიდა 2003 წლის 1-ლ დეკემბერს,¹⁹ შესაბამისად, პროკურორის შუამდგომლობაში განსაზღვრული დროითი ინტერვალი – 2008 წლის 1 ივლისიდან 10 ოქტომბრის ჩათვლით – სრულად შეესაბამება სასამართლოს *ratione temporis* იურისდიქციას საქართველოს მიმართ.

რაც შეეხება გამოძიების ჩატარების დროით ფარგლებს, მიუხედავად იმისა, რომ აქტიური სამხედრო მოქმედებები 7-დან 12 აგვისტომდე მიმდინარეობდა, პროკურორმა მოითხოვა გამოძიების განხორციელება 1 ივლისიდან, რათა შესძლებოდა იმ მოვლენების გამოკვლევა, რომლებიც უშუალოდ წინ უსწრებდნენ სამხედრო მოქმედებების დაწყებას და გამოიწვიეს სიტუაციის ესკალაცია. აღნიშნულს მნიშვნელობა ენიჭება, მაგალითად, იმ საკითხის გადაწყვეტისას, არსებობს თუ არა საკმარისი კავშირი ცალკეულ დანაშაულებრივ ქმედებებსა და ომის ან ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების კონტექსტუალურ ელემენტებს შორის. რაც შეეხება გამოძიების დროითი ფარგლების ზედა ზღვარს, 10 ოქტომბერი შერჩეულ იქნა იმდენად, რამდენადაც, არსებული ინფორმაციის თანახმად, სწორედ ამ დღეს დაიხიეს რუსულმა შეიარაღებულმა ძალებმა უკან, სამხრეთ ოსეთის ადმინისტრაციულ საზღვართან.²⁰

2.2. ტერიტორიული იურისდიქცია

რომის სტატუტის მე-12(2) მუხლის მიხედვით, სასამართლოს შეუძლია იურისდიქციის განხორციელება იმ შემთხვევაში, თუ დანაშაული ჩადენილია სტატუტის ნევრი სახელმწიფოს ტერიტორიაზე.²¹ როგორც პროკურორის შუამდგომლობაში, ასევე სასამართლოს გადაწყვეტილებაში ცალსახა-

დაა მითითებული, რომ სამხრეთ ოსეთი არის საქართველოს ტერიტორია, შესაბამისად, სასამართლოს მიერ იურისდიქციის განხორციელება ამ ნაწილშიც არ არის პრობლემატური. პროკურორი აღნიშნავს, რომ მიუხედავად სამხრეთ ოსეთის მიერ 1992 წელს დამოუკიდებლობის გამოცხადებისა, რომელიც შემდგომში გაეროს ოთხმანევრმა ქვეყანამ ცნო²², სამხრეთ ოსეთი ზოგადად არ განიხილება დამოუკიდებელ სახელმწიფოდ და არ წარმოადგენს გაერთიანებული ერების წევრ ქვეყანას. პროკურორი მიიჩნევს, რომ სავარაუდოდ დანაშაულების ჩადენის დროს სამხრეთ ოსეთი წარმოადგენდა საქართველოს ტერიტორიას და იყო ოკუპირებული რუსეთის მიერ მინიმუმ 10 ოქტომბრამდე. აღნიშნული პოზიცია სრულად გაიზიარა სასამართლოს პალატამ თავის გადაწყვეტილებაში და აღნიშნა, რომ სამხრეთ ოსეთი საქართველოს ნაწილს წარმოადგენს.²³ აღსანიშნავია, რომ გარდა ტერიტორიული იურისდიქციის საკითხის გადაწყვეტისა, სასამართლოს აღნიშნული განმარტება აგრეთვე მნიშვნელოვანია საერთაშორისო სამართალში სამხრეთ ოსეთის არაღიარებისა და რუსეთის მიერ საქართველოს ტერიტორიის ოკუპაციის ფაქტის კიდევ ერთხელ ხაზგასასმელად.

2.3. საგნობრივი (მატერიალური) იურისდიქცია

სასამართლოს საგნობრივი იურისდიქცია მოიცავს რომის სტატუტის მე-6 მუხლში ჩამოთვლილ დანაშაულებს. კონფლიქტის მიმდინარეობისას ჩადენილი ცალკეული ქმედებების განხილვამდე აღსანიშნავია, რომ სამართალწარმოების მოცემულ ეტაპზე პროკურორის მიერ დანაშაულების არსებობის დასადასტურებლად გამოიყენება მტკიცების შედარებით დაბალი, დასაბუთებული ვარაუდის სტანდარტი, რაც ნიშნავს, რომ არ არის აუცილებელი პროკურორის მიერ წარმოდგენილი მასალა მიუთითებდეს მხოლოდ ერთ დასკვნაზე ან იყოს ამომწურავი, არამედ ამგვარი მასალა უნდა ქმნიდეს ლოგიკურ და გონივრულ საფუძველს ვარაუდისთვის, რომ ჩადენილია სასამართლოს იურისდიქციაში შემავალი დანაშაულები.²⁴ პროკურორის შუამდგომლობის თანახმად, არსებული ინფორმაცია ქმნის დასაბუთებულ ვარაუდს, რომ სულ მცირე, შემდეგი დანაშაულები იქნა ჩა-

დენილი შეიარაღებული კონფლიქტის კონტექსტში:

ომის დანაშაულები – განზრახ სიცოცხლის მოსპობა/მკვლელობა (სტატუტის 8(2)(a)(i) და 8(2)(c)(i) მუხლები); მტრის/მონინა-ალმდეგის ქონების განადგურება (სტატუტის 8(2)(b)(xiii) და 8(2)(e)(ii) მუხლები); მაროდორობა (სტატუტის 8(2)(b)(xvi) და 8(2)(e)(v) მუხლები); განზრახ თავდასხმა სამშვიდობო მისიაში ჩართულ პერსონალზე ან ქონებაზე (სტატუტის 8(2)(b)(iii) და 8(2)(e)(iii) მუხლები); და

ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულები – მკვლელობა (სტატუტის 7(1)(a) მუხლი); მოსახლეობის დეპორტაცია ან მოსახლეობის იძულებითი გადაადგილება (სტატუტის 7(1)(d) მუხლი); იდენტიფიცირებული ჯგუფის ან ერთობის დევნა ეთნიკური ნიშნით (სტატუტის 7(1)(h) მუხლი).²⁵

2.3.1. ომის დანაშაულები

კონტექსტუალური ელემენტი: იმისათვის, რომ რომის სტატუტის მე-8 მუხლით გათვალისწინებული ომის დანაშაულები ჩადენილად ჩაითვალოს, საჭიროა სახეზე იყოს ომის დანაშაულების კონტექსტუალური ელემენტი, ანუ ამ მუხლში ჩამოთვლილი ქმედებები ჩადენილი უნდა იყოს შეიარაღებული კონფლიქტის კონტექსტში.

შუამდგომლობის თანახმად, გამომდინარე ქართული შეიარაღებული ძალების და ოსური ძალების შემადგენლობიდან და სტრუქტურულიდან; ბრძოლის ინტენსივობიდან და ხანგრძლივობიდან; გამოყენებული იარაღიდან და იმ ფაქტიდან, რომ სამხრეთ ოსური ძალები აკონტროლებდნენ საქართველოს ტერიტორიის ნაწილს, საქართველოსა და სამხრეთ ოსეთს შორის შეიარაღებული კონფლიქტის არსებობა უდავოდ დასტურდება, რაც უკვე საკმარისია მე-8 მუხლით გათვალისწინებული კონტექსტუალური ელემენტის არსებობისთვის.²⁶ თუმცა, პროკურორი გვთავაზობს საკმაოდ დეტალურ და საგულისხმო მსჯელობას იმის თაობაზე, თუ რა სახის შეიარაღებულ კონფლიქტს ჰქონდა ადგილი აგვისტოს ომის დროს, რომლის წინამდებარე სტატიის მიხედვით განხილვა მიზანშეწონილია.

კერძოდ, გამომდინარე გამოძიების მოცემულ ეტაპზე მტკიცებულებათა არასრული ხასიათიდან, პროკურორი გვთავაზობს ორ შესაძლო მიდგომას: ერთი მიდგომით, კონ-

ფლიქტის მთელ მანძილზე ადგილი ჰქონდა საერთაშორისო შეიარაღებულ კონფლიქტს საქართველოსა და რუსეთს შორის, რაც მაღალი ალბათობით დასტურდება საბრძოლო მოქმედებების უშუალო დასაწყისიდან (8 აგვისტო) რუსული ჯარის საქართველოს მიერ კონტროლირებადი ტერიტორიიდან გაყვანამდე (10 ოქტომბერი) პერიოდში, ხოლო საბრძოლო მოქმედებების უშუალოდ დაწყებამდე პერიოდში კი უნდა დადგინდეს, რომ სამხრეთ ოსური ძალების მოქმედებებზე პასუხისმგებლობა ეკისრებოდა რუსეთს; ხოლო იმ შემთხვევაში თუ აქტიური მოქმედებების დაწყებამდე ოსური შეიარაღებული ფორმირებების მოქმედებების კავშირი რუსეთთან ვერ დადასტურდება, პროკურორი გვთავაზობს მეორე, ფრაგმენტულ მიდგომას, რომლის თანახმად აქტიური მოქმედებების დაწყებამდე (დაახლოებით 7-8 აგვისტო) საქართველოსა და სამხრეთ ოსეთს შორის მიმდინარეობდა არასაერთაშორისო შეიარაღებული კონფლიქტი, ხოლო რუსეთის ჩართვის შემოდგომ, საქართველო მონაწილეობდა ერთი მხრივ არასაერთაშორისო შეიარაღებულ კონფლიქტში სამხრეთ ოსეთთან, ხოლო მეორე მხრივ საერთაშორისო შეიარაღებულ კონფლიქტში რუსეთთან.²⁷

პირველი მიდგომის შემთხვევაში, სამხრეთ ოსური ძალების მოქმედებათა რუსეთისთვის მიკუთვნების და არასაერთაშორისო შეიარაღებული კონფლიქტის ე.წ. გასაერთაშორისოებისთვის პროკურორი იყენებს სასამართლოს პრაქტიკით აღიარებულ ზოგადი კონტროლის დოქტრინას²⁸, და მიიჩნევს რომ, რუსეთი სამხრეთ ოსეთზე მთელი დროის განმავლობაში ახორციელებდა საერთო კონტროლს შემდეგი ფაქტორებიდან გამომდინარე: 1) არსებობდა ორგანიზაციული კავშირები რუსეთის შეიარაღებულ ძალებსა და სამხრეთ ოსეთის ძალებს შორის – უკვე 2008 წლის კონფლიქტამდე პერიოდში სამხრეთ ოსეთის სამხედრო, უშიშროებისა და დაზვერვის აპარატის ძირითადი ნაწილი შედგებოდა რუსეთის წარმომადგენლებისგან, რომლებიც კონფლიქტის შემდგომ რუსეთში მაღალ თანამდებობებზე დაინიშნენ; 2) კოორდინაცია რუსულ და სამხრეთ ოსურ ძალებს შორის – კონფლიქტის განმავლობაში, რუსული სამხედრო ძალები წარმოდგენილი იყვნენ სამხრეთ ოსურ ძალებთან ერთად სხვადას-

ხვა ზონაში. არ დასტურდება რუსი სამხედროების უშუალო ჩართულობა კონკრეტული სამხედრო მოქმედებების რუტინულ განხორციელებაში, თუმცა, გარკვეულ ადგილებზე კოორდინაცია იყო ძალიან მაღალი. 3) არაერთი წყარო მიუთითებს, რომ სამხრეთ ოსური ძალები იღებდნენ საბრძოლო მასალასა და სხვა საბრძოლო აღჭურვილობას რუსეთისაგან, ისევე, როგორც საბრძოლო წვრთნებში დახმარებას; 4. რუსეთის ზოგადი პოლიტიკური, ეკონომიკური და სოციალური გავლენა სამხრეთ ოსეთზე, რაც გამოიხატება, მაგალითად, „პასპორტიზაციის“ პოლიტიკითა და მოსახლეობისთვის პენსიებისა და სუბსიდიების მიცემით. 2008-2014 წლებში სამხრეთ ოსეთის ბიუჯეტის 90% რუსეთის დაფინანსებისგან შედგებოდა.²⁹

რაც შეეხება პერიოდს აქტიური საბრძოლო მოქმედებების შეწყვეტიდან 10 ოქტომბრამდე, შუამდგომლობის მიხედვით, ამ დროის განმავლობაში საქართველოს ტერიტორიის ნაწილი იყო რუსეთის სამხედრო ოკუპაციის ქვეშ და რუსეთის მიერ სამხრეთ ოსურ შეიარაღებულ ჯგუფებზე ზოგადი კონტროლის განხორციელება ამ პერიოდშიც დასტურდება. თუმცა, იმ შემთხვევაშიც, თუ გამოძიების ფარგლებში კონტროლისათანადო სტანდარტი ვერ დაკმაყოფილდება, სამხრეთ ოსური ძალების მიერ სავარაუდოდ ჩადენილ დანაშაულებზე შესაძლოა მაინც რუსეთს დაეკისროს პასუხისმგებლობა და გავრცელდეს საერთაშორისო შეიარაღებული კონფლიქტის მომწესრიგებელი სამართალი, ვინაიდან სამხრეთ ოსური ჯგუფების მიერ ჩადენილი დანაშაულები „დაკავშირებული“ იყო ოკუპაციასთან. კერძოდ, რუსეთის მიერ საქართველოს ტერიტორიის ოკუპაციის და სამხედრო ხელშეწყობის გარეშე სამხრეთ ოსური დაჯგუფებები ვერ მოახერხებდნენ ქართველების იძულებით გამოდევნას მათი საცხოვრებელი ადგილებიდან ქართული მხარის სერიოზული სამხედრო რეაგირების გამოწვევის გარეშე. გარდა ამისა, მას შემდეგ, რაც „ბუფერული ზონა“ დატოვეს რუსმა სამხედროებმა და იქ დაბრუნდნენ ქართველი დევნილები, ქართველთა მიმართ დანაშაულების ჩადენა მკვეთრად შემცირდა.³⁰

სიცოცხლის განზრახი მოსპობა/მკვლელობა: სიცოცხლის განზრახი მოსპობის ობიექტური შემადგენლობა შედგება ამსრულებლის მიერ ერთი ან მეტი პირის მკვლელობის-

გან, რომლებიც დაცული იყვნენ 1949 წლის ჟენევის კონვენციებით. სამხრეთ ოსურმა ძალებმა სავარაუდოდ ჩაიდინეს სიცოცხლის განზრახ მოსპობა მშვიდობიანი სამოქალაქო პირების წინააღმდეგ გორში, მეღვრეკისში, ტირძნისში, ერგნეთსა და კარალეთში. სამხრეთ ოსური ძალები ქართულ სოფლებში შესვლის შემდგომ იქ მცხოვრებ მოსახლეობას უბრძანებდნენ დაეტოვებინათ საცხოვრებელი ადგილი, წინააღმდეგობის შემთხვევაში კი სასტიკად სცემდნენ ან კლავდნენ. ზოგიერთ შემთხვევაში, მოქალაქეების ცემა და მკვლელობა ხდებოდა სხვა პირთა თვალწინ, შიშის დათესვისა და მოსახლეობის მიერ საცხოვრებლის მიტოვების იძულების მიზნით.³¹ პროკურორის მიერ შეგროვებული სხვადასხვა სახის მონაცემებით, მოკლულ იქნა დაახლოებით 51-დან 113-მდე ეთნიკურად ქართველი პირი.

ქონების დაზიანება და მაროდობა გულისხმობს ამსრულებლის მიერ მონინააღმდეგის იმ ქონების განადგურებას ან ხელში ჩაგდებას, რომელიც დაცულია საერთაშორისო სამართლით. მაროდობის ობიექტური შემადგენლობა მოიცავს ამსრულებლის მიერ გარკვეული ქონების პირადი გამოყენების მიზნით მისაკუთრებას მესაკუთრის თანხმობის გარეშე.³² პროკურორის მიერ სხვადასხვა წყაროებიდან შეგროვებული მტკიცებულებების ანალიზით ირკვევა, რომ ოსური ძალები სამხრეთ ოსეთსა და „ბუფერულ ზონაში“ მცხოვრები ქართული მოსახლეობის კუთვნილი ქონების მიმართ ახორციელებდნენ მაროდობის და განადგურების ფართო და სისტემატურ კამპანიას. არ დასტურდება, რომ დაცული ქონების ჩამორთმევა და განადგურება გამართლებული იყო სამხედრო საჭიროებით, არამედ ზემოთ აღნიშნული ქმედებების მიზანი იყო ეთნიკურად ქართველი მოსახლეობის იძულებით გამოდევნა საკუთარი საცხოვრებლებიდან. აღნიშნული კამპანიის სამიზნეს მთლიანობაში წარმოადგენდა 24 სოფელი.³³ დადასტურებულია, რომ სახლებს წვავდნენ შერჩევითი პრინციპით: ინვებოდა მხოლოდ ქართველთა კუთვნილი და ზოგ შემთხვევაში, მხოლოდ გარკვეული ძალაუფლების მქონე ქართველთა სახლები.³⁴

სამშვიდობო მისიის წინააღმდეგ ჩადენილი დანაშაული გულისხმობს თავდასხმას გაეროს ქარტიის შესაბამისად ჰუმანიტარულ დახმარებაში ან სამშვიდობო მისიაში

ჩართულ პერსონალზე, ნაგებობაზე, მასალაზე ან ტრანსპორტზე. ქმედების აღნიშნული მუხლით კვალიფიკაციისთვის საჭიროა, რომ სამშვიდობო მისია დაფუძნებული იყოს „გაეროს ქარტიის შესაბამისად“ და თავდასხმის დროს ჰქონდეს სამოქალაქო პირებისთვის მინიჭებული დაცული სტატუსი. 2008 წლამდე ქართული ხელისუფლების მიერ გაკეთებული არაერთი მოწოდების მიუხედავად, რომ სამშვიდობო მისიის რუსული ნაწილი ჩანაცვლებულიყო საერთაშორისო სადამკვირვებლო მისიით, თავად საქართველოს მთავრობამ აღიარა, რომ სოჭის შეთანხმება კვლავ ძალაში იყო, შესაბამისად, სამშვიდობო მისია მხარეთა თანხმობით შექმნილად ითვლება.³⁵ გარდა ამისა, მიუხედავად ცალკეულ ეპიზოდებში ცეცხლის შეწყვეტის შესახებ შეთანხმების დარღვევისა, პროკურორის მიერ სამშვიდობო მისი ამთლიანობაში მიუკერძოებლად ჩაითვალა.³⁶ ამ კრიტიკულ ეპიზოდებზე მითითებით პროკურორი ასკვნის, რომ სამხრეთ ოსეთში მოქმედი სამშვიდობო მისია აკმაყოფილებდა გაეროს ქარტიით დაწესებულ მოთხოვნებს, რის გამოც სარგებლობდა დაცული სტატუსით ჟენევის კონვენციების შესაბამისად, თუმცა, გასარკვევია საკითხი, ხომ არ დაკარგეს მათ აღნიშნული სტატუსი საბრძოლო მოქმედებებში უშუალო მონაწილეობის გამო.

ქართული სამშვიდობო ძალების მიმართ ოსური სამხედრო შენაერთების მიერ თავდასხმები განხორციელდა 29 ივლისიდან 7 აგვისტომდე რამდენიმე შემთხვევაში, რომელთაგან ყველაზე სერიოზულ ინციდენტს წარმოადგენდა 7 აგვისტოს თავდასხმა ავნევიში, რამაც გამოიწვია ორი ქართველი სამშვიდობოს სიკვდილი, ხუთიდან რვამდე კი დაიჭრა.³⁷ რამდენადაც გაურკვეველია თავდასხმის წამომწყები მხარე, ამ ეტაპზე შეუძლებელია იმის დადგენა, ჰქონდათ თუ არა ქართულ სამშვიდობო ძალებს დაცული სტატუსი თავდასხმის დროს. თუმცა, პროკურორი იყენებს დაცული სტატუსის ქონის პრეზუმფციას და ასკვნის, რომ სამხრეთ ოსური ძალების მიერ ქართველი სამშვიდობოების მიმართ სავარაუდოდ ჩადენილია რომის სტატუტით გათვალისწინებული დანაშაული.³⁸ მსგავს დასკვნას აკეთებს პროკურორირუს სამშვიდობოებზე ქართული სამხედრო ძალების 8 აგვისტოს თავდასხმასთან დაკავშირებით, რომლის შედეგადაც დაიღუპა 10 და დაიჭრა 30 რუსი

სამშვიდობო. პროკურორი მიმართავს იმავე პრეზუმფციას რუსი სამშვიდობოების სტატუსთან დაკავშირებით და მიაჩნია, რომ გამოძიების მოცემული ეტაპისთვის არსებობს ქართველთა მხრიდან რუსი სამშვიდობოებზე თავდასხმის დასაბუთებული ვარაუდი.³⁹ აღსანიშნავია, რომ საქართველოს სიტუაციაზე გადამწყვეტილებების მიღების ფარგლებში ამ საკითხთან დაკავშირებით სასამართლოს მიერ გაკეთებული დასკვნები იქნება ერთ-ერთი ძალზედ მნიშვნელოვანი ფაქტორი იმ საკითხის გადასაწყვეტად, საერთაშორისო სამართლის კონტექსტში კონფლიქტის რომელი მხარის მიერ იქნა წამოწყებული აგვისტოს ომი.

სავარაუდო განურჩეველი და არაპროპორციული თავდასხმა: პროკურორის განცხადებით, არსებობს გარკვეული მტკიცებულებები, რომლებიც მიუთითებს მხარეთა მიერ იმგვარი საბრძოლო მასალის გამოყენებაზე, რომელსაც არ გააჩნია სათანადო სიზუსტე მხოლოდ სამხედრო ობიექტებისთვის დასამიზნებლად (მაგალითად, თავდასხმა ქალაქ გორის ცენტრალურ მოედანზე კასეტური ბომბის გამოყენებით), თუმცა პროკურორისვე დასკვნით, ამჟამად არსებული ინფორმაცია სავარაუდო განურჩეველი და არაპროპორციული თავდასხმების განხორციელების შესახებ ვერ აკმაყოფილებს დასაბუთებული ვარაუდის სტანდარტს, რაც შესაძლოა შეიცვალოს გამოძიების მიმდინარეობისას.⁴⁰

2.3.2. ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულები

შუამდგომლობის თანახმად, მოცემულ შემთხვევაში არსებობს ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების კონტექსტუალური ელემენტები, კერძოდ: სამხრეთ ოსეთისძალებმა განახორციელეს სპეციალურად ქართული სამოქალაქო მოსახლეობის წინააღმდეგ მიმართული თავდასხმები სამხრეთ ოსეთსა და 20 კილომეტრიან ბუფერულ ზონაში; თავდასხმები მათი ბუნებით არ წარმოადგენდნენ განცალკევებულ ან სპონტანურ აქტებს, არამედ შეესაბამებოდნენ სამხრეთ ოსეთის (რომელიც რომისსტატუტის მე-7 მუხლის მიზნებისთვის უნდა ჩაითვალოს ორგანიზაციად) ქართული მოსახლეობის სამხრეთ ოსეთიდან განდევნის, საქართველოსთან ყველანაირი კავშირის განწყვეტისა და სრული დამოუკიდებლობის მოპოვების ზო-

გად პოლიტიკას; თავდასხმები იყო ფართო მასშტაბის, ერთი მხრივ, მსხვერპლის და განადგურებული ქონების დიდი რაოდენობის, ხოლო მეორე მხრივ, დიდ ტერიტორიაზე განხორციელების გამო და იყო აგრეთვე სისტემატური ხასიათის, ვინაიდან შეესაბამებოდნენ წინასწარ შემუშავებულ გეგმას; ამასთან არსებობს კავშირი ჩადენილ ცალკეულ ქმედებებსა და განხორციელებულ თავდასხმებს შორის; და სავარაუდოდ⁴¹ სახეზეა თავდასხმის ცოდნაც.⁴²

მკვლელობა: რაც შეეხება ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების ცალკეულ აქტებს, პროკურორის შუამდგომლობის თანახმად, სამხრეთ ოსეთის ძალებმა ჩაიდინეს მკვლელობები ეთნიკურად ქართული მოსახლეობის მიმართ მათი სამხრეთ ოსეთიდან გაძევების კამპანიის ფარგლებში. პროკურორის მონაცემებით, ჩადენილია დაახლოებით 53-დან 113-მდე განზრახი მკვლელობა.⁴³

სამხრეთ ოსური ძალების მიერ სამხრეთ ოსეთსა და ე.წ. ბუფერულ ზონაში მცხოვრები ქართული მოსახლეობის დეპორტაცია და იძულებითი გადაადგილება განხორციელდა ორ ეტაპად – აქტიური სამხედრო მოქმედებების დროს და 12 აგვისტოს შემდგომ პერიოდში. სეპარატისტული ძალები მოსახლეობის იძულებისთვის ქმნიდნენ შიშისა და ტერორის ატმოსფეროს სხვადასხვა ძალადობრივი ქმედებების განხორციელებით. 24-ზე მეტი სოფელი განადგურდა ქართველთა სამხრეთ ოსეთიდან განდევნის მიზნით. ის ფაქტი, რომ ქართველთა ქონების განადგურება გრძელდებოდა ცეცხლის შეწყვეტის შეთანხმების ხელმოწერის შემდგომაც, აშკარად მიუთითებს, რომ ამგვარი ქმედება განპირობებული იყო არა სამხედრო საჭიროებებით, არამედ ეთნიკურად ქართველებისთვის უკან დაბრუნების შანსის მოსპობის მიზნით. 2014 წლის მონაცემებით, სამხრეთ ოსეთის კონფლიქტის შედეგად კვლავ დევნილად რჩებოდა დაახლოებით 15,000 პირი. პროკურორი არსებული მონაცემების გაანალიზების შედეგად ასკვნის, რომ კონფლიქტის შემდგომ სამხრეთ ოსეთის ტერიტორიაზე მცხოვრებ ქართველთა რაოდენობა სულ მცირე 75%-ით შემცირდა.⁴⁴

იდენტიფიცირებული ჯგუფის ან ერთობის დევნა ეთნიკური ნიშნით: პროკურორის შუამდგომლობის თანახმად არსებობს დასა-

ბუთებული ვარაუდი, რომ სამხრეთ ოსურმა ძალებმა აგრეთვე ჩაიდინეს ეთნიკურად ქართული მოსახლეობის შევიწროება, კერძოდ, ეთნიკურად ოსური ჯგუფების მიერ ჩადენილ ომის დანაშაულებსა და ადამიანურობის წინააღმდეგ დანაშაულებს შედეგად მოჰყვა ქართველთა ფუნდამენტური, მათ შორის სიცოცხლისა და საკუთრების უფლებების შელახვა. საქმეზე არსებული მასალები აგრეთვე ადასტურებს, რომ ზემოთ აღნიშნული ქმედებები ჩადენილი იყო კონკრეტულად ქართველთა მიმართ მათი ეთნიკური კუთვნილების გამო.⁴⁵

2.3.3. კონფლიქტის დროს სავარაუდოდ ჩადენილი სხვა დანაშაულები

აგვისტოს კონფლიქტის კონტექსტში სავარაუდოდ ჩადენილ სხვა დანაშაულებს ეხება მოსამართლე პიტერ კოვაჩი თავის განსხვავებულ მოსაზრებაში, სადაც იგი ამტკიცებს, რომ სასამართლომ გამოიყენა ზედმეტად თვით-შემზღუდავი მიდგომა პროკურორის შუამდგომლობაზე სასამართლო კონტროლის განხორციელებისას და სათანადოდ არ გამოიკვლია ყველა არსებული მტკიცებულება და გარემოება, მათ შორის, სხვა დანაშაულების არსებობის საკითხი. საქმეზე არსებული მტკიცებულებებისა და მსხვერპლთა წარმომადგენლობების გათვალისწინებით, მოსამართლე კოვაჩის აზრით, არსებობს დასაბუთებული ვარაუდი, რომ აგვისტოს შეიარაღებული კონფლიქტის კონტექსტში მხარეთა მიერ, პროკურორის შუამდგომლობაში მოხსენიებული დანაშაულების გარდა, აგრეთვე ჩადენილ იქნა განურჩეველი და არაპროპორციული თავდასხმები, გაუპატიურება, ფიზიკური თავისუფლების აღკვეთა და უკანონო დაპატიმრება, არაჰუმანური მოპყრობა და წამება. აღნიშნული მოსაზრების გასამყარებლად მოსამართლეს მოჰყავს სათანადო ფაქტები.⁴⁶

2.4. კომპლემენტარობის პრინციპი

2.4.1. საქართველოს მიმართ

კომპლემენტარობის პრინციპის შესაბამისად⁴⁷, სასამართლო იურისდიქციას ახორციელებს მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ კონკრეტულ დანაშაულთან დაკავშირებით სამართალწარმოება არ მიმდინარეობს რომელიმე სახელმწიფოში, გარდა იმ შემთხვევისა,

როდესაც სახელმწიფოს არ აქვს სურვილი ან არ შეუძლია საქმეზე ჭეშმარიტი გამოძიების ან სისხლის სამართლებრივი დევნის განხორციელება. პროკურორის შუამდგომლობაში მოცემული ინფორმაციის თანახმად, აგვისტოს კონფლიქტთან დაკავშირებით საქართველოს მთავარმა პროკურატურამ გამოძიება დაიწყო აქტიური სამხედრო მოქმედებების მიმდინარეობის თანავე, 9 და 11 აგვისტოს. გამოძიების პროცესში საქართველოს პროკურატურამ დაკითხა დაახლოებით 7000 მონმე, ჩაატარა დაახლოებით 30 შემთხვევის ადგილის დათვალიერება და სხვადასხვა სახის სასამართლო ექსპერტიზები, გამოიტანა 300-მდე სასამართლო სამედიცინო ექსპერტიზის დასკვნა და განახორციელა სხვა საგამოძიებო მოქმედებები. თუმცა დასაწყისიდანვე, ქართული ორგანოების მიერ გამოძიების ჩატარებას შემდეგი ორი გარემოება უშლიდა ხელს: სამხრეთ ოსეთის ტერიტორიაზე წვდომის შეუძლებლობა და თანამშრომლობის არარსებობა რუსეთის ფედერაციის მხრიდან.⁴⁸

2015 წლის 17 მარტის წერილით ქართულმა ორგანოებმა შეატყობინეს სასამართლოს, რომ ეროვნულ დონეზე სამართალწარმოების გაგრძელება შეუძლებელი იყო „საქართველოს ოკუპირებულ ტერიტორიებზე და მის მიმდებარედ არსებული არასტაბილური უსაფრთხოების სიტუაციით, სადაც სამოქალაქო პირების მიმართ ძალადობა კვლავ გავრცელებულ პრაქტიკას წარმოადგენს. მაგალითისთვის, საქართველოს მთავრობამ მიუთითა 2012-დან 2014 წლამდე დაფიქსირებულ საზღვრისპირად მცხოვრების ადამიანების გატაცების 393 შემთხვევაზე და ზოგადად აგვისტოს კონფლიქტის დაზარალებულთა და მონმეთა უსაფრთხოებაზე. ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, პროკურორი ასკვნის, რომ ქართული ორგანოები ეროვნული გამოძიების წარმართვის თვალსაზრისით იმყოფებიან უმოქმედობის მდგომარეობაში, რასაც იზიარებს წინასასამართლო პალატაც.⁴⁹

საქართველოს მიერ კომპლემენტარობის პრინციპის დაკმაყოფილებასთან დაკავშირებით, საინტერესოა მოსამართლე პიტერ კოვაჩის განსხვავებული მოსაზრება, რომელიც ეთანხმება პროკურორისა და წინასასამართლო პალატის საბოლოო დასკვნას, მაგრამ მიაჩნია, რომ საქართველოს მთავრობის მიერ

გაგზავნილი წერილების შინაარსიდან გამომდინარე, პროკურორს შეეძლო 2015 წლამდე ბევრად ადრე დაესკვნა საქართველოს მხრიდან უმოქმედობის მდგომარეობა და წარედგინა შუამდგომლობა გამოძიების დაწყების შესახებ.⁵⁰

2.4.2. რუსეთის ფედერაციის მიმართ

რუსეთის ფედერაციის საგამოძიებო კომიტეტის⁵¹ მიერ გამოძიება დაიწყო 2008 წლის 8 აგვისტოს ქართველების მიმართ სავარაუდოდ ჩადენილი იძულებითი გადაადგილების ფაქტზე და იმავე წლის 8-9 აგვისტოს ქართველების მიერ რუსული სამშვიდობოების სავარაუდო მკვლელობის ფაქტზე. პირველ საქმესთან დაკავშირებით ჩატარებული გამოძიების შედეგად საგამოძიებო კომისიამ პროკურორს აცნობა, რომ მათ ვერ იპოვეს აგვისტოს კონფლიქტის დროს ჩადენილ დანაშაულებში რუსი სამხედრო მოსამსახურეების მონაწილეობის დამადასტურებელი მტკიცებულება. თუმცა, პროკურორი აღნიშნავს, რომ არსებობს სანდო მასალების გარკვეული რაოდენობა, რომელთა მიხედვითაც რუსი ჯარისკაცები ან პირდაპირ მონაწილეობდნენ დანაშაულის ჩადენაში, ან იჩენდნენ უმოქმედობას სამხრეთ ოსური ძალების მიერ დანაშაულების ჩადენისას. გარდა ამისა, რუსეთმა უარი თქვა ოსი სამხედროების მიერ ჩადენილი დანაშაულების გამოძიებაზე, ვინაიდან ისინი აღიარებენ სამხრეთ ოსეთის დამოუკიდებლობასა და მისი სამართალდამცავი ორგანოების კომპეტენციას. აღნიშნულის საფუძველზე პროკურორი ასკვნის, რომ კომპლემენტარობის პრინციპი სახეზეა, ვინაიდან რუსეთის მიერ ჩატარებული გამოძიების შედეგად არ დამდგარა კონკრეტული პირების სისხლის სამართლებრივი პასუხისმგებლობა იმ დანაშაულების ჩადენისათვის, რომლებიც პროკურორის შუამდგომლობაშია მოცემული.⁵²

წინასასამართლო პალატა თავის გადაწყვეტილებაში იმეორებს პროკურორის პოზიციას და ასკვნის, რომ პალატას მიზანშეწონილად მიაჩნია ამ საკითხზე წინამდებარე განაჩენში ამომწურავი პასუხის გაცემა და იგი უნდა გადაწყდეს სამართალწარმოების მომდევნო ეტაპებზე.⁵³ აღნიშნული დასკვნა მკაცრადაა გაკრიტიკებული მოსამართლე პიტერ კოვაჩის განსხვავებულ მოსაზრება-

ში, რომელიც მიიჩნევს, რომ სტატუტის მე-17 მუხლი ავალდებულებს მოსამართლეებს გააკეთონ დასკვნები დასაშვებობასთან დაკავშირებით მოცემულ ეტაპზე არსებული მტკიცებულებების საფუძველზე. მოსამართლე კოვარის აზრით, პრობლემატურია ამგვარი დასკვნის გაკეთების ფაქტობრივსაფუძველიც, ვინაიდან რუსი ორგანოების მსჯელობა, რომ ვერ მოახერხეს საქართველოსთან თანამშრომლობა და ქართველი მოწმეების დაკითხვა (ე.ი. სრული მტკიცებულებების მოგროვება), თუმცა, ამის მიუხედავად მაინც უდანაშაულოდ ცნეს რუსი ჯარისკაცები, არის აშკარად ურთიერთ სანინალმდეგო და მიუთითებს რუსული ორგანოების, სულ მცირე, უმოქმედობაზე ნამდვილი გამოძიების ჩატარების თვალსაზრისით.⁵⁴

რაც შეეხება გამოძიებას რუსი სამშვიდობოების მკვლელობის ფაქტზე, ამ მიმართულებით არ არსებობს რაიმე გარემოება, რომელიც დაადასტურებდა, რომ სამართალწარმოება რუსეთში ტარდება ვინმესთვის პასუხისმგებლობის ასარიდებლად ან სხვა არასათანადო ფორმით. შესაბამისად, ამ ეპიზოდთან დაკავშირებით პროკურორს დასაშვებობის კრიტერიუმის გადანყვეტა მიზანშეწონილად მიაჩნია სამომავლო გამოძიების კონტექსტში, რასაც იზიარებს წინა სასამართლო პალატაც.⁵⁵

2.4.3. სამხრეთ ოსეთის მიმართ

შუამდგომლობაში პროკურორი აგრეთვე აღნიშნავს, რომ განსახილველ დანაშაულებთან დაკავშირებით არც ერთ მესამე სახელმწიფოში არ მიმდინარეობს გამოძიება, ვინაიდან სამხრეთ ოსეთი მიეკუთვნება საქართველოს ტერიტორიას და არ წარმოადგენს სახელმწიფოს რომის სტატუტის მე-17 მუხლის მიზნებისთვის. შესაბამისად, სამხრეთ ოსეთის დე ფაქტო ორგანოებს არ შეუძლიათ წარმოადგინონ საქმის დასაშვებობის შესახებ საჩივარი სტატუტის 19 (2)(ბ) მუხლის შესაბამისად.⁵⁶ წარმოდგენილ პოზიციას ეთანხმება წინასასამართლო პალატაც და ადგენს, რომ სამხრეთ ოსეთი არ აკმაყოფილებს მე-17 მუხლში მოცემულ წინაპირობებს, რადგან არ არის აღიარებული სახელმწიფო.⁵⁷

ამ საკითხთან დაკავშირებით საინტერესოა მოსამართლე პიტერ კოვარის მოსაზრება, რომელსაც მიაჩნია, რომ საერთაშორისო

სამართალში სუბიექტთა მიერ განხორციელებული გარკვეული ქმედებების აღიარების საკითხი გაცილებით კომპლექსურ მიდგომას მოითხოვს, რადგან შესაძლოა, არსებობდნენ სუბიექტები სადავო სტატუსით, თუმცა ჰქონდეთ ტერიტორიაზე უდავო კონტროლი და სისხლისსამართლებრივი იურისდიქციის განხორციელების უნარი. ამგვარი სუბიექტებისთვის ვინრო, სისხლისსამართლებრივი კომპეტენციის წართმევით და სასამართლოში საქმის დასაშვებობის გადანყვეტისას ამ კომპეტენციის მხედველობაში მიუღებლობით შესაძლოა კიდევ უფრო გაიზარდოს დაუსჯელობის მასშტაბები, რამდენადაც ამგვარი მიდგომა შესაძლოა უთითებდეს, რომ სუბიექტების მიერ პროცედურების წარმართვას აზრი არ აქვს, რადგან ამ პროცედურების შედეგები მაინც არ იქნება მხედველობაში მიღებული. მოსამართლე კოვარის აზრით, აღნიშნული საკითხი კიდევ უფრო პრობლემატური შეიძლება გახდეს, თუ სუბიექტი განახორციელებს ნამდვილ სისხლის სამართლებრივ სამართალწარმოებას კონკრეტული პირის მიმართ და აღნიშნულ პირს შემდგომში არ მიეცემა პროტესტის წარდგენის უფლება *ne bis in idem* პრინციპის საფუძველზე, გამომდინარე იქიდან, რომ პროცესიარ განხორციელებულა „სახელმწიფოს“ მიერ. შესაბამისად, მოსამართლე კოვარი ვერ გამორიცხავს, რომ თუ დე ფაქტო რეჟიმი გამოიტანს მართებულ განაჩენს კანონიერების პრინციპის დაცვით, აღნიშნული უნდა ჩაითვალოს გადანყვეტილებად 19(2)(ა) მუხლის კონტექსტში. მოსამართლის აზრით, აღნიშნული საკითხი უნდა გადანყვედეს ყოველი კონკრეტული შემთხვევის მიმართ, არაღიარებული სუბიექტის სტატუსზე ავტომატური ეფექტის ქონის გარეშე.⁵⁸

3. საქართველოს სიბუჯის მნიშვნელობა და გამოძიების შესაძლო დაბრკოლებები

3.1. პირველი სიტუაცია აფრიკის კონტინენტის გარეთ

საქართველო არის აფრიკის კონტინენტის გარეთ მდებარე პირველი სახელმწიფო, რომელთან მიმართებაშიც სასამართლომ დაიწყო გამოძიება. მანამდე სასამართლოს იურისდიქციაში იყო 9 სიტუაცია აფრიკის კონტინენტიდან. 2018 წლის ოქტომბრის მდგომარეობით, სასამართლო წინასწარ მოკვლევას ატარებს ავღანეთის, კოლუმბიის,

გვინების, ერაყი/გაერთიანებული სამეფოს, ნიგერიის, პალესტინის, ფილიპინების, უკრაინის და ვენესუელას სიტუაციებთან დაკავშირებითაც, მაგრამ მათ მიმართ გამოძიება ჯერ არ დაწყებულა.⁵⁹ აღნიშნული გარემოება მნიშვნელოვანია ორი კუთხით: ერთი მხრივ, იგი ართულებს გამოძიების წარმართვას საქართველოს სიტუაციის მიმართ, ვინაიდან წლების განმავლობაში სასამართლომ დააგროვა გარკვეული გამოცდილება აფრიკის რეგიონის ქვეყნებთან და იქ გამოძიების წარმოების სპეციფიკასთან დაკავშირებით, ხოლო კავკასიის რეგიონი სასამართლოსთვის ახალი და შეუსწავლელია. აქედან გამომდინარე, რთულია აგრეთვე საქართველოს სიტუაციის სავარაუდო შედეგების პროგნოზირება.⁶⁰

მეორე მხრივ, აღნიშნული ფაქტორი არანაკლები მნიშვნელობისაა თავად სასამართლოსთვის, გამომდინარე ბოლო წლებში მისობიექტურობასთან დაკავშირებით არსებული ეჭვებიდან. რამდენიმე აფრიკული ქვეყნის ლიდერმა წამოიწყო სასამართლოს წინააღმდეგ მიმართული აქტიური კამპანია⁶¹ იმ ბრალდებით, რომ სასამართლო წარმოადგენს ინსტრუმენტს დასავლური ძალების ხელში, რომელთაც სურთ აფრიკის კონტინენტზე დომინირება და სასამართლომ უსამართლოდ ამოიღო აფრიკის კონტინენტი მიზანში.⁶² იმის მიუხედავად, რომ ზემოაღნიშნული ბრალდებების წინააღმდეგ არსებობს ბევრი ლოგიკური თუ სამართლებრივი არგუმენტი,⁶³ ფაქტია, რომ ერთი მხრივ, ამ კამპანიებს მოჰყვება საკმაოდ ნეგატიური შედეგი ზოგიერთი ქვეყნის მიერ სასამართლოს დატოვების სახით,⁶⁴ ხოლო მეორე მხრივ, სასამართლოს მიმართ არსებული ნდობის ხარისხი ეცემა როგორც აფრიკულ, ისე საერთაშორისო საზოგადოებაში. გაეროს უშიშროების საბჭოს მოქმედი წევრის და მსოფლიო პოლიტიკური წესრიგის ერთ-ერთი ძირითადი მოთამაშის – რუსეთის მიმართ გამოძიების დაწყებით სასამართლომ ნაწილობრივ განაქარწყლა მისი მიკერძოებულობის შესახებ არსებული ბრალდებები,⁶⁵ თუმცა, მეორე მხრივ, ამავე მიზეზიდან გამომდინარე, სასამართლოს მიმართ არსებობს უდიდესი წნეხი და გამოწვევა საქართველოს სიტუაციაზე გამოძიების ეფექტიანად წარმართვისა და მართლმსაჯულების ჯეროვნად განხორციელებისათვის. საკითხზე მომუშავე არაერთი

პროფესიონალი მიიჩნევს, რომ თუ სასამართლო ვერ გაამართლებს იმედებს საქართველოსთან მიმართებით, გამოძიების დაწყების შემთხვევაში, იგი კრახს განიცდის უკრაინის, პალესტინის და სხვა არა აფრიკული სიტუაციების მიმართაც. აქედან გამომდინარე, საქართველოსთან მიმართებით გამოძიების პროცესის სათანადოდ წარმართვა სასამართლოსთვის გარკვეულწილად ეგზისტენციალურ მნიშვნელობას ატარებს.⁶⁶

3.2. გამოძიების სირთულე დროის დიდი მონაკვეთის გასვლის გამო

საქართველოს სიტუაციის გამოძიების ერთ-ერთ სირთულეს წარმოადგენს განსახილველი დანაშაულების ჩადენიდან გამოძიების დაწყებამდე გასული დროის დიდი პერიოდი. სასამართლოს იურისდიქციაში მანამდე არსებულისიტუაციების უმრავლესობასთან მიმართებით გამოძიება დაიწყო დანაშაულების ჩადენიდან ერთი ან ორი წლის შემდგომ. საქართველოს სიტუაციის შემთხვევაში კი გამოძიების დაწყებამდე გავიდა რვა წელი. გამოძიების დაწყებამდე გასული დიდი დრო პრობლემას ქმნის, მაგალითად, მონმეებისა და მსხვერპლთა თანამშრომლობის მხრივ. კონფლიქტის პროცესში ჩადენილი დანაშაულების ზოგიერთი დაზარალებული უკვე გარდაიცვალა და პოტენციურ მონმეებს კი წარმოადგენენ საკმაოდ მოხუცი ადამიანები.⁶⁷ საქართველოს ყოფილმა სახალხო დამცველმა აღნიშნა, რომ ამგვარ დანაშაულებთან მიმართებით განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია ფაქტებისა და მტკიცებულებების დროული მოპოვება და დაფიქსირება.⁶⁸ აღნიშნული სირთულის დასაძლევად კი საჭიროა, რომ მონაწილე სახელმწიფოებმა, აგრეთვე არასამთავრობო სექტორმა აქტიურად ითანამშრომლონ სასამართლოსთან.

3.3. თანამშრომლობაზე უარი რუსეთის ფედერაციის მხრიდან

გამოძიების ერთ-ერთ მნიშვნელოვან ხელისშემშლელ ფაქტორს წარმოადგენს რუსეთის ფედერაციის მხრიდან სასამართლოსთან თანამშრომლობაზე უარიც. წინასწარი მოკვლევის პერიოდში პროკურორისთვის განსაკუთრებული თანამშრომლობის მიუხედავად, როგორც რუსი თანამდებობის პირების მიერ შემდგომ გაკეთებული განცხადებებიდან

იკვეთება, რუსეთი იმედგაცრუებული დარჩა სასამართლოს მიერ გამოძიების დაწყების გადანყვეტილების მიღებითა და მისი შინაარსით.⁶⁹ გამოძიების დაწყების შემდგომ რუსეთის ფედერაციის მხრიდან გაკეთდა უარყოფითი განცხადებები სასამართლოსთან თანამშრომლობის საკითხზე, რის კულმინაციასაც წარმოადგენდა 2016 წელს რუსეთის მიერ რომის სტატუტის ხელმოწერის უკან გახმობა.⁷⁰ აღნიშნული ქმედება წარმოადგენდა აშკარა ნიშანს, რომ რუსეთი არ აპირებს სასამართლოსთან თანამშრომლობას.⁷¹

გაერთიანებული ერების უშიშროების საბჭოს ძლევამოსილი წევრის მიმართ, რომელიც უარს აცხადებს თანამშრომლობაზე და აშკარად უპირისპირდება სასამართლოს, გამოძიების წარმოებას შესაძლოა შეექმნას არაერთი დაბრკოლება. პირველ რიგში, აღნიშნული ფაქტორი ხელს უშლის გამოძიების სრულყოფილად და ყოველმხრივ ჩატარებას, ვინაიდან სასამართლოსთვის რთული იქნება ყველა მტკიცებულების მოპოვება.⁷² თუმცა, აღსანიშნავია, რომ სასამართლოს უკვე აქვს სახელმწიფოს მიერ თანამშრომლობაზე უარის თქმის გამოცდილება (კენიის მაგალითი). ამასთან, პროკურორმა განაცხადა, რომ პირველ რიგში კვლავ ეცდება რუსეთის ფედერაციასთან თანამშრომლობის დამყარებას,⁷³ წარუმატებლობის შემთხვევაში კი აუცილებლად გამონახავს სხვა გზებს გამოძიების სათანადოდ წარმართვისათვის და რუსეთის უარი თანამშრომლობაზე ვერ გახდება მართლმსაჯულების ჯეროვნად განხორციელების ხელშემშლელი გარემოება.⁷⁴ ამ მხრივ, გარკვეული მნიშვნელობა ენიჭება აგრეთვე ევროკავშირსა და სტატუტის ხელმომწერი სხვა სახელმწიფოების მორალურ, პოლიტიკურ თუ პრაქტიკულ დახმარებას, მაგალითად, მათი სადაზვერვო სამსახურებში არსებული ინფორმაციის სასამართლოსთვის მიწოდების გზით,⁷⁵ აგრეთვე, სასამართლოს მიერ შიდა და საერთაშორისო არასამთავრობო ორგანიზებთან აქტიურ თანამშრომლობას, რომლებიც კონფლიქტის დაწყების დღიდან მუშაობენ მასთან დაკავშირებულ საკითხებზე.

რუსეთის მხრიდან თანამშრომლობის არარსებობამ შესაძლოა სერიოზული პრობლემები წარმოშვას სასამართლოს გადანყვეტილებების აღსრულების ნაწილშიც, ვინაიდან, რუსეთის ამჟამინდელი პოზიციიდან

გამომდინარე, ნაკლებ სავარაუდოა, რომ იგი სასამართლოს დაკავების ბრძანებას აღასრულებს მისი მოქალაქეების ან სამხრეთ ოსეთში მცხოვრები დამნაშავეების მიმართ.⁷⁶ არსებობს აგრეთვე საფრთხე, რომ რუსეთის საერთაშორისო პოლიტიკურმა გავლენამ სხვა ქვეყნებსაც უბიძგოს სასამართლოს გადანყვეტილების აღსრულებლობისკენ.⁷⁷ მოვლენათა ამგვარი განვითარება განსაკუთრებით რეალური ხდება, თუ გავითვალისწინებთ ბოლოდროინდელ ინციდენტს, როდესაც სამხრეთ აფრიკამ არ/ვერ დააპატიმრა სასამართლოს მიერ ძებნილი სუდანის პრეზიდენტი ომარ ალ-ბაშირი, რომელიც ქვეყანაში კონფერენციაზე დასასწრებად იყო ჩასული. იმის გათვალისწინებით, რომ პროკურორი იძიებს ქართველი სამხედროების მიერ ჩადენილ დანაშაულებსაც, შესაძლოა დააკავონ მხოლოდ ეროვნებით ქართველი ბრალდებულები, ვინაიდან საქართველო არის რომის სტატუტის ხელშემკვრელი მხარე და მას გააჩნია სასამართლოს განჩინების აღსრულების ვალდებულება.⁷⁸ ამგვარი სიტუაცია უარყოფითად იმოქმედებს სასამართლოს ეფექტიანობასა და სანდოობაზე როგორც ზოგადად, ისე საქართველოში⁷⁹ დაშესაძლებელია, რომ ზემოაღნიშნული სცენარის გამო საქართველოს სიტუაცია დასრულდეს საქართველოსთვის ძალზედ არასასურველი შედეგებით.⁸⁰

3.4. მსხვერპლთა და მონმეთა ჩართულობა საქმეში და მათი მოლოდინები

სასამართლოს სამართალწარმოებაში მსხვერპლს ერთ-ერთი ცენტრალური ადგილი უჭირავს. როგორც წესი, დაზარალებულთა მიერ მიცემულ ჩვენებებს გადამწყვეტი მნიშვნელობა აქვს გამოძიების წარმართვისთვის. აქედან გამომდინარე, სასამართლოს ეფექტური კომუნიკაცია დაზარალებულთაგან, ერთი მხრივ, გამოძიების წარმატების საწინდარია, ხოლო, მეორე მხრივ, აუცილებელია დაზარალებულთათვის მიყენებული მორალური, ფიზიკური თუ ფინანსური ზიანის კომპენსაციისთვის.⁸¹

საქართველოს სიტუაციასთან დაკავშირებით სასამართლოში ამჟამად წარდგენილია აგვისტოს ომში დაზარალებული 6,335 პირისგანცხადება, თუმცა, კონფლიქტის შედეგად დაზარალდა გაცილებით მეტი ადამიანი, რომლებსაც სასამართლოსთვის ჯერ არ

მიუმართავთ.⁸² არასამთავრობო სექტორის წარმომადგენლები ფიქრობენ, რომ სასამართლო ახორციელებს არასაკმარის ღონისძიებებს განსახილველი დანაშაულების მონმეებისა და დაზარალებულების მონანილეობის უზრუნველსაყოფად, რის გამოც ამ უკანასკნელთა შორის არსებობს ინფორმაციული ვაკუუმი მიმდინარე გამოძიებისა და ზოგადად სასამართლოს შესახებ.⁸³ დაზარალებულთა და მონმეებთან მომუშავე ორგანიზაციების განცხადებით, მათ უმეტესობას არ აქვს, ან აქვს ძალიან მწირი ინფორმაცია გამოძიების არსებობის ან მისი მიმდინარეობის შესახებ.⁸⁴ აღნიშნული კი, შესაძლოა, მეტად პრობლემური გახდეს მომავალში, ვინაიდან დაზარალებულები და მონმეები უბრალოდ არ მიიღებენ მონანილეობას ისეთ პროცესებში, რომლის შესახებაც მათ წარმოდგენა არ აქვთ.⁸⁵ პრობლემას წარმოადგენს აგრეთვე გამოძიების მიმართ მსხვერპლთა უნდობლობა, რაც გამონვეულია ეროვნულ დონეზე წარმართული გაჭიანურებული და არაეფექტიანი გამოძიებით.⁸⁶ დაზარალებულებს სჭირდებათ ხელშესახები შედეგების დანახვა, რათა უარი არ თქვან თანამშრომლობაზე. ამ კუთხით აღსანიშნავია, 2018 წლის დასაწყისიდან საქართველოში ამოქმედდა სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს წარმომადგენლობა (ოფისი), რომლის ძირითადი ფუნქცია იქნება შესაბამისი სამიზნე ჯგუფების ცნობიერების ამაღლება სასამართლოს მანდატის და საქმიანობის შესახებ.⁸⁷

პრობლემას წარმოადგენს აგრეთვე დაზარალებულთა უსაფრთხოება, განსაკუთრებით კი საზღვრისპირა რეგიონებში, რამდენადაც აღნიშნულ ადგილებში ძალზე ხშირია ქართველი მოქალაქეების გატაცება და დაკავება ოსი სეპარატისტების მიერ, რაც ზოგ შემთხვევებში ტრაგიკულად სრულდება (არჩილ ტატუნაშვილის შემთხვევა).⁸⁸ აქედან გამომდინარე, მომავალში ზოგიერთმა დაზარალებულმა შესაძლოა თავი შეიკავოს სასამართლოსთან თანამშრომლობაზე მათი ჯანმრთელობის, სიცოცხლის და თავისუფლების მიმართ არსებული საფრთხეების გამო. და ბოლოს, მსხვერპლთა ჩართულობის მხრივ, საინტერესოა მიმდინარე გამოძიების მიმართ მათი მოლოდინებიც. სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს გამოცდილება აჩვენებს, რომ ინფორმაციის ნაკლებობა

არასწორ წარმოდგენებს და ცრუ მოლოდინებს აჩენს სასამართლოსა და გამოძიების მოსალოდნელი შედეგების შესახებ.⁸⁹ არასამთავრობო ორგანიზაციების დაკვირვების თანახმად დაზარალებულთა უპირველესი პრიორიტეტია ფინანსური კომპენსაციის მიღება, (რაც გამონვეულია მათი მძიმე ფინანსური და სოციალური მდგომარეობით)⁹⁰ და ხშირად ისინი ვერ აცნობიერებენ, რომ სასამართლოს უპირველესი მიზანია დანაშაულების ჩადენაზე ყველაზე პასუხისმგებელი პირების დასჯა და არა მსხვერპლთა კომპენსაცია.⁹¹ დაზარალებულთათვის სწორი ინფორმაციის თავიდანვე მიწოდებით თავიდან იქნება აცილებული მომავალი გაუგებრობები და შესაძლო დაბრკოლებები დაზარალებულების სასამართლოსთან თანამშრომლობაში.

3.5. წინასამართლო პალატის როლი მე-15 მუხლის კონტექსტში მოსამართლე პიტერ კოვაჩის განსხვავებული მოსაზრების მიხედვით

მოსამართლე პიტერ კოვაჩი თავის განსხვავებულ მოსაზრებაში გვთავაზობს საინტერესო განმარტებებს რომის სტატუტის მე-15 მუხლით გათვალისწინებული სასამართლო კონტროლის განხორციელებისას წინასამართლო პალატის როლთან დაკავშირებით. მიუხედავად იმისა, რომ აღნიშნული საკითხი პირდაპირ არ უკავშირდება საქართველოს სიტუაციას, იგი მნიშვნელოვანია სასამართლო პრაქტიკის განვითარების კუთხით. კერძოდ, უმრავლესობის გადანყვეტილებაში მოცემულია დასკვნა, რომლის მიხედვითაც „სამართალწარმოების ეტაპისა და განსახილველი საკითხის გათვალისწინებით, პალატის მიერ პროკურორის შუამდგომლობისა და მისი განმამტკიცებელი მასალების გამოკვლევა უნდა იყოს მკაცრად შეზღუდული.“⁹² მოსამართლე კოვაჩი მკაცრად აკრიტიკებს აღნიშნულ მოსაზრებას იმ საფუძვლით, რომ იგი ეწინააღმდეგება მე-15 მუხლის ფორმულირებას, რომელიც არ შეიცავს რაიმე შეზღუდვას პალატის მიერ პროკურორის შუამდგომლობაზე სასამართლო კონტროლის განხორციელებისას. მეტიც, კოვაჩის აზრით, პალატა ვალდებულია, ამომწურავად გამოიკვლიოს პროკურორის შუამდგომლობა და ყველა არსებული მასალა და წარმოადგინოს შუამდგომლობისგან დამოუკიდებელი, საკუ-

თარი დასკვნები გამოძიების დაწყებასთან დაკავშირებით. მოსაზრებას, რომ პალატის სასამართლო კონტროლის ფუნქცია არ შემოიფარგლება მხოლოდ პროკურორის მიერ წარმოდგენილი შუამდგომლობის გაზიარებითა და ფორმალურად დადასტურებით, აძლიერებს პროკურორის ვალდებულება – პალატას წარუდგინოს ის ფაქტები და ინფორმაცია, რომელსაც იგი ეყრდნობა და აგრეთვე ის გარემოება, რომ პალატას შეუძლია მოითხოვოს დამატებითი მასალების წარდგენა.⁹³ მოსამართლე კოვაჩი თავისი მოსაზრების გასამყარებლად იხმობს აგრეთვე რომის სტატუტის მიღების მოსამზადებელ ღონისძიებებს და ამბობს, რომ პროკურორისთვის საქმის საკუთარი ინიციატივით წამოწყების უფლებამოსილების მინიჭება შესაძლებელი გახდა მხოლოდ იმის გამო, რომ გარკვეული ქვეყნების მიერ პროკურორის ძალაუფლების დასაბალანსებლად შეთავაზებულ იქნა მისგან დაწყებული სასამართლო კონტროლის განხორციელების მექანიზმი.⁹⁴

დასკვნა

დასკვნის სახით შეიძლება ითქვას, რომ სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლო საქართველოს სიტუაციასთან მიმართებით გამოძიების ავტორიზაციით დაიწყო ახალი ერა როგორც სასამართლოს

ისტორიაში, ისე საერთაშორისო სისხლის სამართლის განვითარებისთვის. საქართველოს სიტუაცია მნიშვნელოვანია შინაარსობრივი თვალსაზრისითდა სასამართლოს მიერ გამოძიებისა და სისხლისსამართლებრივი დევნის პროცესში არსებული სხვადასხვა პრაქტიკული გამოწვევის გადალახვის მხრივ, აგრეთვე იმის ილუსტრაციისათვის, რომ 2003 წელს რომის სტატუტის ამოქმედებით მიღებული მსოფლიოს უდიდესი მონაპოვარი სისხლის სამართლის მართლმსაჯულების უმაღლესი ორგანოს სახით ნამდვილად ამართლებს მის მიმართ არსებულ ყველა იმ ადამიანის იმედებს, რომელთაც სურთ მსოფლიოში ჩადენილ საზარელ დანაშაულებზე სამართლიანი მართლმსაჯულების განხორციელება. რაც შეეხება საქართველოს, სასამართლოს მიერ საქმეზე გაკეთებულ განმარტებებს უდიდესი მნიშვნელობა ექნება მომავალში საქართველო-რუსეთს შორის მომხდარი კონფლიქტის სამართლებრივი კვალიფიკაციისთვის, კონფლიქტის ფარგლებში ჩადენილ დანაშაულებზე პასუხისმგებელი პირების დასჯით კიერთი მხრივ აღდგება სამართლიანობა და დაზარალებულები მიიღებენ მორალურ კომპენსაციას, ხოლო მეორე მხრივ შესაძლოა თავიდან იქნეს აცილებული სამომავლო დაძაბულობები რეგიონში და ხელი შეეწყოს კონფლიქტის მშვიდობიან მოგვარებას.

* ვიადრინას ევროპული უნივერსიტეტის (ფრანკფურტ ოდერი, გერმანია) დოქტორანტიურის სტუდენტი. ავტორი მადლობას უხდის ჟურნალის სარედაქციო კოლეგიას სტატიაზე მუშაობისას გაწეული დახმარებისთვის.

1 Office of the Prosecutor, "Request for authorization of an investigation pursuant to article 15", 13 October 2015, ICC-01/15 (შემდგომში – პროკურორის შუამდგომლობა).

2 Pre-Trial Chamber I, "Decision on the Prosecutor's Request for authorization of an investigation", 27 January 2016, ICC-01/15 (შემდგომში – სასამართლოს გადაწყვეტილება).

3 Separate opinion of Judge Péter Kovács, 27 January 2016, ICC-01/15-12-Anx1 (შემდგომში – პიტერ კოვაჩის განსხვავებული მოსაზრება).

4 პროკურორის შუამდგომლობა, §21.

5 პროკურორის შუამდგომლობა, §30.

6 სასამართლოს გადაწყვეტილება, §10; პროკურორის შუამდგომლობა, §§164-166.

7 სასამართლოს გადაწყვეტილება, §11; პროკურორის შუამდგომლობა, §§31-32.

8 პროკურორის შუამდგომლობა, §32.

9 სასამართლოს გადაწყვეტილება §12, პროკურორის შუამდგომლობა, §33.

10 სასამართლოს გადაწყვეტილება, §§14-15; პროკურორის შუამდგომლობა, §34.

11 სასამართლოს გადაწყვეტილება, §§16-17; პროკურორის შუამდგომლობა, §36.

12 სასამართლოს გადაწყვეტილება, §18.

13 სასამართლოს გადაწყვეტილება, §§19-20.

- 14 სასამართლოს გადაწყვეტილება, §§21-22.
- 15 პროკურორის შუამდგომლობა, §10.
- 16 პროკურორის შუამდგომლობა, §8.
- 17 პროკურორის შუამდგომლობა, §20.
- 18 გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც სახელმწიფო გააკეთებს იურისდიქციის აღიარების შესახებ განაცხადს სტატუტის მე-12(3) მუხლის შესაბამისად.
- 19 Coalition for the International Criminal Court, ხელმისაწვდომია: <http://www.coalitionfortheicc.org/country/georgia>; პროკურორის შუამდგომლობა, §57.
- 20 პროკურორის შუამდგომლობა, §57.
- 21 აღნიშნული წესი მოქმედებს მხოლოდ რომის სტატუტის მე-13 მუხლის (ა) და (გ) პუნქტებში მოცემული საფუძვლებით იურისდიქციის ამოქმედებისას, კერძოდ, როდესაც გამოძიება იწყება სახელმწიფოს მიმართვის საფუძველზე ან პროკურორის ინიციატივით.
- 22 აღნიშნულ ქვეყნებს მიეკუთვნებიან რუსეთი, ნიკარაგუა, ვენესუელა და ნაურუ.
- 23 სასამართლოს გადაწყვეტილება, §6; პროკურორის შუამდგომლობა, §54.
- 24 სასამართლოს გადაწყვეტილება, §25.
- 25 სასამართლოს გადაწყვეტილება, §§29-30; პროკურორის შუამდგომლობა, §53.
- 26 პროკურორის შუამდგომლობა, §108.
- 27 პროკურორის შუამდგომლობა, §§73, 79, 81.
- 28 აღნიშნული დოქტრინის მიხედვით, სახელმწიფო ახორციელებს არასამთავრობო სამხედრო ძალებზე კონტროლის საჭირო ხარისხს, როდესაც აღნიშნულ სახელმწიფოს, სამხედრო ჯგუფისთვის დაფინანსების, სწავლებების, აღჭურვილობით მომარაგების ან ოპერაციული დახმარების გაწევის გარდა, აქვს საორგანიზაციო, მკობრივი დახმარების ან დამკვეთის როლი ამ ჯგუფის მიერ განხორციელებულ სამხედრო მოქმედებაში. პროკურორის შუამდგომლობა, §§79, 87.
- 29 პროკურორის შუამდგომლობა, §§90-103.
- 30 პროკურორის შუამდგომლობა, §§109-122.
- 31 პროკურორის შუამდგომლობა, §§126-127.
- 32 პროკურორის შუამდგომლობა, §§129, 165.
- 33 პროკურორის შუამდგომლობა, §131.
- 34 პროკურორის შუამდგომლობა, §§134-136.
- 35 პროკურორის შუამდგომლობა, §§145, 150.
- 36 პროკურორის შუამდგომლობა, §§151-155.
- 37 პროკურორის შუამდგომლობა, §§164-165.
- 38 პროკურორის შუამდგომლობა, §169.
- 39 სასამართლოს გადაწყვეტილება §29; პროკურორის შუამდგომლობა, §§181-189.
- 40 სასამართლოს გადაწყვეტილება §34; პროკურორის შუამდგომლობა, §§190-211.
- 41 აღნიშნული ელემენტი გამოძიების ამ ეტაპზე ვერ დგინდება, ვინაიდან არ არიან იდენტიფიცირებული სავარაუდო დამნაშავეები.
- 42 პროკურორის შუამდგომლობა, §§220-258.
- 43 პროკურორის შუამდგომლობა, §§260-261.
- 44 პროკურორის შუამდგომლობა, §§262-270.
- 45 პროკურორის შუამდგომლობა, §§271-273.
- 46 პიტერ კოვაჩის განსხვავებული მოსაზრება, §§26-36.
- 47 კომპლემენტარობის პრინციპი განმტკიცებულია რომის სტატუტის მე-17 მუხლით.
- 48 პროკურორის შუამდგომლობა, §§279-290.
- 49 სასამართლოს გადაწყვეტილება §41; პროკურორის შუამდგომლობა, §§301-303.
- 50 პიტერ კოვაჩის განსხვავებული მოსაზრება, §47 და მომდევნო პარაგრაფები.
- 51 საგამოძიებო კომიტეტი სპეციალურად შეიქმნა სამხრეთ ოსეთის კონფლიქტის კონტექსტში ჩადენილი დანაშაულების გამოსაძიებლად.
- 52 პროკურორის შუამდგომლობა, §§304-312.
- 53 სასამართლოს გადაწყვეტილება, §§42-46.
- 54 პიტერ კოვაჩის განსხვავებული მოსაზრება, §§55-61.
- 55 სასამართლოს გადაწყვეტილება, §§47-50; პროკურორის შუამდგომლობა, §§313-320.
- 56 პროკურორის შუამდგომლობა, §§322-323.
- 57 სასამართლოს გადაწყვეტილება, §41.

- ⁵⁸ პიტერ კოვარჩის განსხვავებული მოსაზრება, §§62-66.
- ⁵⁹ Preliminary examinations, ხელმისაწვდომია: <https://www.icc-cpi.int/Pages/pe.aspx>.
- ⁶⁰ Georgia – A unique case for the ICC, Coalition for the International Criminal Court, ხელმისაწვდომია: <http://www.coalitionfortheicc.org/news/20170310/georgia-unique-case-icc>.
- ⁶¹ ამასთან დაკავშირებით იხილეთ: African leaders plan mass withdrawal from International Criminal Court, ხელმისაწვდომია: <https://www.theguardian.com/law/2017/jan/31/african-leaders-plan-mass-withdrawal-from-international-criminal-court>; Plessis m., Maluwa T. and O'Reilly A., *Africa and the International Criminal Court*, International Law 2013/01, July 2013, ხელმისაწვდომია: http://www.dphu.org/uploads/attachements/books/books_3820_0.pdf; Guzman M., *Is the ICC Targeting Africa Inappropriately? A Moral, Legal, and Sociological Assessment*, Temple University Legal Studies Research Paper No. 2018-17, March 2018, ხელმისაწვდომია: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3136470.
- ⁶² Civil society talks: ICC a last resort for justice in Burundi? Coalition for the International Criminal Court, ხელმისაწვდომია: <http://www.coalitionfortheicc.org/news/20170112/civil-society-talks-icc-last-resort-justice-burundi>; იხ. აგრეთვე „აფრიკის ქვეყნები ჰააგის საერთაშორისო სასამართლოს ტოვებენ“, ტაბულა, 26 ოქტომბერი, 2016, ხელმისაწვდომია <http://www.tabula.ge/ge/story/113823-afrikis-qveknebi-haagis-saertashoriso-sasamartlos-toveben>. აღნიშნულ ბრალდებებს, როგორც წესი, თან ახლავს მითითება აფრიკის გარეთ, მათ შორის გავლენიანი დასავლური ქვეყნების, მაგალითად ამერიკის შეერთებული შტატებისა და დიდი ბრიტანეთის მიერ ჩადენილი დანაშაულების შესახებ.
- ⁶³ მაგალითად, ხუთმა აფრიკულმა ქვეყანამ თავად მიმართა პროკურორს გამოძიების დაწყების თხოვნით, ორ ქვეყანასთან დაკავშირებით გამოძიების დაწყება მოითხოვა გაეროს უშიშროების საბჭომ, ხოლო პროკურორმა თავისი ინიციატივით გამოძიება წამოიწყო მხოლოდ კენიის მიმართ. გარდა ამისა, პროკურორმა აღნიშნა, რომ სასამართლო მაქსიმალურად თავისუფალი უნდა იყოს პოლიტიკისგან და აქედან გამომდინარე, გეოპოლიტიკური ფაქტორების გამო გამოძიების დაწყებაზე უარი არ უნდა თქვას. იხ. კითხვა-პასუხი: საქართველო და სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლო, Human Rights Watch, October 20, 2015, ხელმისაწვდომია: <https://www.hrw.org/ka/news/2015/10/20/282386>.
- ⁶⁴ მაგალითად, ბურუნდის, სამხრეთ აფრიკისა და გამბიას მიერ სასამართლოს დატოვების განზრახვისა და მოვლენათა შემდგომი განვითარების შესახებ იხ. Ssenyonjo M. *State Withdrawal Notifications from the Rome Statute of the International Criminal Court: South Africa, Burundi and the Gambia*. Criminal Law Forum, vol.29, 2018.
- ⁶⁵ ICC opens investigation in Georgia, ხელმისაწვდომია: <https://ciccglobaljustice.wordpress.com/2016/01/28/icc-opens-investigation-in-georgia/>.
- ⁶⁶ If the ICC Fails in Georgia, it will be the Same in Afghanistan and Palestine, Justiceinfo, 05 July 2017, ხელმისაწვდომია: <https://www.justiceinfo.net/en/tribunals/icc/33785-if-the-icc-fails-in-georgia-it-will-be-the-same-for-afghanistan-and-palestine.html>.
- ⁶⁷ იქვე.
- ⁶⁸ Challenges in the ICC investigation process in the alleged war crimes of 2008 August War, Human Rights, 15.10.2018, ხელმისაწვდომია: <http://www.human-rights.ge/index.php?a=main&pid=19173&lang=eng>.
- ⁶⁹ მაგალითად, რუსეთის ფედერაციის წარმომადგენელთა გაკვირვება გამოიწვია იმ ფაქტმა, რომ პროკურორის შუამდგომლობაში მოხსენიებულიც კი არ იყო მიხეილ სააკაშვილი, იმის მიუხედავად, რომ მათ პროკურორს გაუგზავნეს სააკაშვილის მამხილებელი მასალები. რუსეთმა შესაძლებელია, ჰააგის სასამართლოსთან ურთიერთობას გადახედოს, ხელმისაწვდომია: <http://www.tabula.ge/ge/story/104119-rusetma-shesadzloa-haagis-sasamartlos-urtiertobas-gadaxedos>.

- ⁷⁰ „რუსეთი რომის სტატუტის წევრი აღარ იქნება“, ტაბულა, 16 ნოემბერი, 2016, ხელმისაწვდომია: <http://www.tabula.ge/ge/story/114629-ruseti-romis-statutis-tsevri-ghar-iqneba>.
- ⁷¹ If the ICC Fails in Georgia, it will be the Same in Afghanistan and Palestine, Justiceinfo, 05 July 2017, ხელმისაწვდომია: <https://www.justiceinfo.net/en/tribunals/icc/33785-if-the-icc-fails-in-georgia-it-will-be-the-same-for-afghanistan-and-palestine.html>; Gogolashvili N. Challenges of ICC Investigation Process in the Alleged War Crimes of 2008 August War, 04.04.2017, ხელმისაწვდომია: <http://www.humanrights.ge/index.php?a=main&pid=19173&lang=eng>.
- ⁷² ამის მიზეზი შეიძლება იყოს, მაგალითად, დანაშაულის ჩადენის ადგილებში შესვლის და დათვლიერების შეუძლებლობა, ვინაიდან სამხრეთ ოსეთის ტერიტორია იმყოფება რუსეთის კონტროლის ქვეშ.
- ⁷³ Gogolashvili N. Challenges of ICC Investigation Process in the Alleged War Crimes of 2008 August War, 04.04.2017, ხელმისაწვდომია: <http://www.humanrights.ge/index.php?a=main&pid=19173&lang=eng>.
- ⁷⁴ Georgia – A unique case for the ICC, Coalition for the International Criminal Court, ხელმისაწვდომია: <http://www.coalitionfortheicc.org/news/20170310/georgia-unique-case-icc>; „ბენსუდა: მიუხედავად იმისა, რომ რუსეთი აღარ თანამშრომლობს, გამოძიება გაგრძელდება“, ტაბულა, 17 ნოემბერი, 2016, ხელმისაწვდომია: <http://www.tabula.ge/ge/story/114683-bensuda-mixedavad-imisa-rom-ruseti-ghar-tanamshromlobs-gamodzieba-gagrdzeldeba>.
- ⁷⁵ Getting full cooperation from the Georgian side will be one of the challenges for ICC. ხელმისაწვდომია: <http://www.coalitionfortheicc.org/news/20170502/getting-full-cooperation-georgian-side-will-be-one-challenges-icc>.
- ⁷⁶ Victims of the Russo-Georgian War want to see high-level perpetrators punished, ხელმისაწვდომია: <https://justicehub.org/article/victims-russo-georgian-war-want-see-high-level-perpetrators-punished>.
- ⁷⁷ იხ. სქოლიო 65.
- ⁷⁸ რომის სტატუტის 59-ე და 103-ე მუხლები.
- ⁷⁹ იხილეთ შემდგომი ქვეთავი.
- ⁸⁰ იხ. სქოლიო 75.
- ⁸¹ იხ. სქოლიო 74.
- ⁸² Georgia. Coalition for the International Criminal Court, ხელმისაწვდომია: <http://www.coalitionfortheicc.org/country/georgia>.
- ⁸³ იხ. სქოლიო 60.
- ⁸⁴ Georgian Coalition for the ICC resumes work, 07 November 2017, ხელმისაწვდომია: <http://www.coalitionfortheicc.org/news/20171107/georgian-coalition-icc-resumes-work>; The Georgian Experience: A story of how the ICC is failing victims in its first case outside Africa. ხელმისაწვდომია: <https://www.ijmonitor.org/2018/05/the-georgian-experience-a-story-of-how-the-icc-is-failing-victims-in-its-first-case-outside-africa/>.
- ⁸⁵ იხ. სქოლიო 65.
- ⁸⁶ Information Bulletin of Human Rights Center: International Criminal Court Investigation in Georgia, ხელმისაწვდომია: <http://humanrights.ge/admin/editor/uploads/pdf/angarishebi/Information%20Bulletin%20of%20Human%20Rights%20Center%E2%80%93%20International%20Criminal%20Court%20Investigation%20in%20Georgia.pdf>.
- ⁸⁷ Report of the International Criminal Court in 2017/18, 20 August 2018, A/73/334, §75.
- ⁸⁸ იხ. სქოლიო 60.
- ⁸⁹ კითხვა-პასუხი: საქართველო და სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლო, Human Rights Watch, October 20, 2015, ხელმისაწვდომია: <https://www.hrw.org/ka/news/2015/10/20/282386>.
- ⁹⁰ იხ. სქოლიო 86.
- ⁹¹ იხ. სქოლიო 67.
- ⁹² სასამართლოს გადაწყვეტილება, §3; პიტერ კოვარის განსხვავებული მოსაზრება, §3.
- ⁹³ პიტერ კოვარის განსხვავებული მოსაზრება, §§5-7.
- ⁹⁴ პიტერ კოვარის განსხვავებული მოსაზრება, §§8-10.

SITUATION IN GEORGIA – A UNIQUE CASE BEFORE THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

Abstract

The present Article examines the investigation of the International Criminal Court in relation to the Situation in Georgia, in the framework of which the Prosecutor's Office is investigating crimes falling under the jurisdiction of the Court committed from July 01 to October 10 in the context of the 2008 armed conflict between Georgia and Russia. The Situation in Georgia represents a unique case for the Court, as it is the first situation outside Africa and for the first time it is related to an international armed conflict involving a permanent member of the United Nations Security Council. The Situation is further distinguished by the accompanying challenges, such as, a new and unfamiliar region for the Court, the initiation of an investigation after a long period of time since the alleged commission of the crimes and a refusal of one of the involved states to cooperate with the Court. Consequently, the aim of the present Article is to analyze the legal characteristics and the significance of these proceedings at the ICC, and thereby, to raise awareness regarding the Situation in Georgia.

Key words: Situation in Georgia | International Criminal Court | August War

INTRODUCTION

The 2008 armed hostilities between Georgia and its breakaway Tskhinvali region/South Ossetia was transformed into an international armed conflict between Georgia and Russia, siding with South Ossetian troops. After a few days of the fire exchange, active fighting ended and the South Ossetia region and its adjacent territories stayed beyond the control of the central authorities of Georgia. From there on, Georgian territory is under belligerent occupation of Russian Federation.

On 27 January 2016, the Pre-Trial Chamber I of the International Criminal Court (hereinafter – the Court/ICC) granted the Prosecutor's request to open a *proprio motu* investigation regarding the alleged crimes against humanity and war crimes committed in and around South Ossetia in the context of the international armed conflict between 1 July and 10 October 2008. Thus, the implications and the legal status of the Situation in Georgia is the main research question of the present Article.

The Situation in Georgia is significant both for Georgia and for the practice of the Court, as far as it represents the first Situation beyond the borders of Africa; the first Situation examining the international armed conflict and in relation to the actions of the armed forces belonging to a

permanent member of the UN Security Council. The case is further distinguished by the long time interval between the alleged commission of the crimes and the start of the investigation, by dealing with the new and unexamined region and refusal of one of the parties to cooperate.

The purpose of the present Article is to provide a legal analysis of the Situation in Georgia in order to promote the awareness-rising on the case, which is necessary for ensuring the full involvement of the victims and witnesses in the investigation process and thereby the proper implementation of the justice. The paper covers the main legal characteristics of the Situation, as well as its importance both from national and international legal and political perspectives. In particular, the factual background and the qualification of the conflict between Georgia and Russia over South-Ossetia, as well as the issues connected to the jurisdiction of the Court and the principle of complementarity will be discussed and the factors differentiating the given Situation from others under the jurisdiction of the Court, as well as the challenges the Court will likely encounter in the course of the investigation will be outlined.

The present Article is predominantly based on the official decisions made by the Court and the Prosecutor's Office in relation to the given Situation, namely, the Request for authoriza-

tion of an investigation pursuant to article 15¹ issued by the Office of the Prosecutor, the Decision on the Prosecutor's Request for authorization of an investigation² adopted by the Pre-Trial Chamber I and the Separate opinion of Judge Péter Kovács³; as well as the Rome Statute of the International Criminal Court and other sources.

1. FACTUAL BACKGROUND

The following facts are provided in the Request of the Prosecutor in relation to the Russia-Georgia conflict: The conflict between Georgia and South Ossetia has long roots and it originates from the Soviet times. The dissolution of the Soviet Union was followed by a two year conflict between Georgia and South Ossetia, which was finalized by adopting a Sochi Agreement in June 1992. A Joint Control commission (JCC) and a Joint Peacekeeping Force (JPKF) were created based on the mentioned Agreement.⁴

In the months leading up to the August 2008 conflict, the security situation deteriorated and tensions raised between Georgia and South Ossetia. The following events were taking place in the month of July 2008: armed clashes between the conflicting parties, arresting Georgian military personnel by South Ossetian armed groups, bombing the Tskhinvali city (resulting in the death of people and destruction of property), alleged entrance into Georgian airspace by four Russian military aircrafts, shooting incidents in South Ossetia and series of explosions directed against the military and political leaders of both Georgia and South Ossetia. In the beginning of August 2008, the *de facto* authorities of South Ossetia started the evacuation of the population to the North Ossetia.⁵ There was an intensive exchange of fire between Georgia and South Ossetia in the night of 1-2 August 2008, injuring several persons. Lower intensity fire continued during the nights of 2-3 and 3-4 August as well.⁶ During the afternoon of 6 August 2008, there was an exchange of fire along virtually along the entire administrative boundary line, which intensified on August 7 by using the heavy weaponry and artillery, which is reported to cause casualties.⁷

On August 08, 2008, the Georgian armed forces entered the South Ossetia from south

and the Russian armed forces from the north. On 07 August 2008, at 23:50, the Georgian armed forces reportedly began firing at targets in South Ossetia, including in the city of Tskhinvali, marking the widely acknowledged beginning of the armed conflict. By the afternoon of August 8, 2008, the Georgian forces managed to seize control of a great part of Tskhinvali and several Ossetian villages.⁸ The materials also suggest that the Georgian armed forces attacked the Russian peacekeepers on August 8, 2008, in the center of Tskhinvali and in its south-west part.⁹

Meeting the resistance, the Georgian armed forces withdrew from the central part of Tskhinvali in the evening hours of August 8, 2008. On August 10, subsequently in accordance with the statement of Georgian government on unilateral ceasefire, Georgian armed forces left the territory of South Ossetia in the direction of Gori. The Georgian forces were pursued by Russian and South Ossetian troops, who crossed the administrative border of South Ossetia and set up military positions in the adjoining territories.¹⁰ Reportedly, the active fighting between Georgian and Russian forces was ended on August 12 by a six-point peace plan agreed between the presidents of Russia and France, the latter acting on behalf of the European Union. Despite the public confirmation of a ceasefire agreement by the president of Russia, the Russian and South Ossetian forces continued their advances for some time after the agreement. From August 15 on the Russian troops began to withdraw from undisputed territory of Georgia but created a 20 km wide "buffer zone" in the area adjoining the administrative boundary line of South Ossetia, which was controlled by Russian military.¹¹ The Russian forces eventually left the "buffer zone" on October 10, 2008.¹²

During the same period, the civilian Georgian population of the villages located in the South Ossetia and the "buffer zone" were systematically attacked by South Ossetian groups and an array of irregular militias. The attacks continued for several weeks after the cessation of active hostilities in August 12. The main targets of these attacks were ethnic Georgians and they included deliberate killings, beating and threatening civilians, detention,

looting properties and burning houses. The houses of ethnic Georgians were subjected to systematic destruction, and the offenders were using local informers for separating them from houses of ethnic Ossetians. The valuable items were removed from the houses before setting them on fire.¹³ These acts were reportedly committed with a view to forcibly expel ethnic Georgians from the territory of South Ossetia in furtherance of the overall objective to change the ethnic composition of the population, to sever any remaining links with Georgia and to secure independence. The policy to expel was passed from the highest echelons of the South Ossetian leadership to the South Ossetian groups. The attacks against the civilian population resulted in between 51 and 113 deliberate killings of ethnic Georgians and the displacement of between 13,400 and 18,500 ethnic Georgians.¹⁴ More than 5000 dwellings belonging to ethnic Georgians were also destroyed.¹⁵

According to the information provided by the Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia (IIFFMGG), the conflict had the following consequences: approximately 850 persons died and around 100,000 were forced to leave their residence. According to the Government of Georgia, 412 persons (including, 228 civilians) died and 1747 wounded. The Russian Federation reported the death of 162 ethnic Ossetians and 255 of them injured, as well as the death of 48 Russian servicemen and injury of 162. Pursuant to the *de facto* authorities of South Ossetia the total amount of deceased civilians and servicemen reached 365.¹⁶ In the period before the conflict, the amount of ethnic Georgians living in South Ossetia was about 22,000-24,000, which constituted 30% of the whole population. After the conflict, however, the amount of Georgian population was decreased by at least 75%.¹⁷

2. JURISDICTION OF THE COURT AND THE PRINCIPLE OF COMPLEMENTARITY

2.1. Jurisdiction *ratione temporis*

The jurisdiction of the ICC has time limits. According to Article 11(2) of the Rome Statute, if a state becomes a party to this Statute after its entry into force, the Court may exercise its jurisdiction only with respect to crimes commit-

ted after the entry into force of this Statute for that state.¹⁸ Rome Statute entered into force for Georgia from December 1, 2003;¹⁹ therefore, the timeframe of the investigation determined by the Prosecutor in her Request is in full compliance with the jurisdiction *ratione temporis* of the Court.

As already mentioned, the Prosecutor requested and the Court authorized the investigation to be conducted on the war crimes and crimes against humanity committed from July 1 to October 10 of 2008. Even though the active hostilities lasted from seven to twelve August, the Prosecutor requested the investigation from the 1st of July in order to be able to inquire into the events precursor to the active fighting, which caused the escalation of the situation. This circumstance might be important for deciding, for example, on the existence of a nexus between the contextual elements of the war crimes and crimes against humanity and individual acts. As for the upper limit of the time frame, 10 October was selected as the Russian armed forces are reported to have withdrawn behind the administrative boundary line of South Ossetia by that time.²⁰

2.2. Jurisdiction *ratione loci*

According to Article 12(2) of the Rome Statute, the Court can exercise its jurisdiction, when the alleged crimes are committed on the territory of a member state.²¹ The Request of the Prosecutor, as well as the Court Decision explicitly outline that South Ossetia belongs to the territory of Georgia, therefore, it is not problematic for the Court to exercise territorial jurisdiction over the crimes committed therein. The Prosecutor observes that even though South Ossetia declared independence from Georgia in 1992, which was subsequently recognized by four UN member states²², South Ossetia is generally not considered as an independent state and is not a member state of the United Nations. The Prosecutor states that at the time of commission of the alleged crimes, South Ossetia was part of Georgia and it was under the occupation of Russia at least until October 10, 2010. The Court fully adopted the position of the Prosecutor on the given issue and stated in its decision that South Ossetia is a part of

Georgia.²³ Apart for determining on the issue of territorial jurisdiction, the mentioned position of the Prosecutor and the Court is important in terms of affirming the non-recognition policy towards South Ossetia in the international law and for reiterating the fact that the part of the Georgian territory is under Russian occupation.

2.3. Jurisdiction *ratione materiae* – crimes within the jurisdiction of the Court

The *ratione materiae* jurisdiction of the Court covers the crimes enlisted by Article 6 of Rome Statute. It is worth mentioning, before examining the individual acts committed in the course of the conflict, that at the given stage of the proceedings, standard of proof applied is relatively low – the reasonable doubt standard, according to which “the material provided by the Prosecutor certainly need not point towards only one conclusion, nor does it have to be conclusive. The minimum requirement is the existence of a sensible or reasonable justification for a belief that a crime falling within the jurisdiction of the Court has been or is being committed.”²⁴ Pursuant to the Request of the Prosecutor, there is a reasonable basis to believe that at least following crimes have been committed in the context of the armed conflict:

War crimes – willful killing/murder (Article 8(2)(a)(i)/8(2)(c)(i)); destroying the enemy’s property/the property of an adversary (Article 8(2)(b)(xiii)/8(2)(e)(ii)); pillage (Article 8(2)(b)(xvi)/8(2)(e)(v)); intentionally directing attacks against personnel or objects involved in a peacekeeping mission (Article 8(2)(b)(iii)/8(2)(e)(iii)); and

Crimes against humanity – murder (Article 7(1)(a)); deportation or forcible transfer of population (Article 7(1)(d)); persecution against an identifiable group or collectivity on ethnic grounds (Article 7(1)(h)).²⁵

2.3.1. War crimes

Contextual element: in order to qualify an individual act as a war crime, a contextual element of war crimes shall be satisfied, which means that the actions enumerated in the Article 8 shall be committed in the context of an armed conflict.

The Request follows that, considering the composition and structure of the both Georgian

armed forces and South Ossetian armed groups, the intensity and protracted nature of fighting, the weapons used and the control of the part of the territory of Georgia by South Ossetians, the existence of an armed conflict between Georgia and South Ossetia is not disputable and it is already sufficient for qualifying as a contextual element envisaged by Article 8.²⁶ A question remains, however, as to what kind of armed conflict we are dealing with. Prosecutor has addressed this question with a detailed and well-articulated reasoning, which I consider to be important for the purposes of the present Article as well.

Due to the incomplete nature of the evidence at the given stage of the investigation, the Prosecutor introduces two approaches in terms of the conflict type. According to the first approach, international armed conflict took place during the whole conflict, which is relatively well established in the period of Russia’s direct intervention from August 8 to October 10, however, this approach requires an overall control of South Ossetian troops by Russian authorities to be demonstrated in the period prior to active fighting (before August 8). In case such control cannot be sufficiently established in the course of the investigation, the Prosecutor introduces another, fragmented approach, which suggests that a non-international armed conflict occurred between Georgia and South Ossetia before active fighting, while after Russia’s direct intervention, Georgia was simultaneously involved in international and non-international armed conflicts respectively with Russia and South Ossetia.²⁷

In case of the first approach, the Prosecutor employs the overall control doctrine²⁸ for attributing the actions of the South Ossetian troops to Russia and for internationalizing the otherwise non-international armed conflict and states that for all the relevant times Russia exercised an overall control over the South Ossetian forces considering the following circumstances: 1. There was an organizational links between the Russian and South Ossetian forces – already before 2008 conflict, the high positions in the military, security and intelligence apparatus of South Ossetia were held by Russian officials, who have been assigned on high positions in

Russia after the conflict; 2. Coordination between the Russian and South Ossetian groups – during the conflict, the Russian armed forces were present at many locations with the South Ossetian troops. The Russian soldiers may have not participated in the routine exercise of particular military actions; however, there was a very high level of coordination at some locations; 3. Many sources suggest that Russia provided South Ossetia with weapons, military equipment and training as well; 4. General political, economic and social influence of Russia over South Ossetia, expressed, for example, in the “passportisation” policy, which resulted in providing the population with pensions and subsidies. 90% of the South Ossetia’s budget was composed of financial support by Russia in 2008-2014.²⁹

As for the period from the end of hostilities up until October 10, the Prosecutor indicates that the part of the Georgian territory was under belligerent occupation of Russia. With regard to the actions of the Ossetian armed groups, the Prosecutor notes that these groups were under the overall control of Russia during this time as well. However, even if the overall control threshold will not be met in the course of the investigation, the actions of the South Ossetian groups can nevertheless be attributed to Russia and the law of international armed conflicts can be applied if such actions were connected to the occupation. In particular, the Prosecutor suggests that the South Ossetians would have not been able to forcibly displace ethnic Georgians from their homes without facing a significant military response from the Georgian side if there was not the context of occupation and military advancement by Russia. Furthermore, crimes committed by Ossetian groups against ethnic Georgians were decreased as Russian troops left the “Buffer Zone” and Georgian population returned there.³⁰

Willful killing/murder: the Actus Reus of the willful killing consists of the fact that the perpetrator killed one or more persons protected under the Geneva Conventions of 1949. The South Ossetian groups allegedly committed the crime of willful killing against unarmed civilians in Gori, Meghvrekisi, Tirdznisi, ergneti and Karaleti. After entering a Georgian village, South Ossetian forces ordered Georgian popu-

lation to leave their houses and were severely beating or killing them in case of resistance. In some cases, they would beat and kill persons in front of other people in order to create the atmosphere of fear and terror and to coerce the ethnic Georgians to leave.³¹ Considering the different types of information collected by the Prosecutor, between 51 and 113 ethnic Georgians were killed as a result.

Destruction of the property and pillage requires that a perpetrator destroyed or seized a property of a hostile party that was protected from the destruction or seizure under the international law. The Actus Reus of pillage entails appropriation by a perpetrator of certain property for private use without the consent of the owner.³² According to the evidence collected from various sources, the South Ossetian forces conducted a large scale and systematic campaign of destruction and pillage of the property belonging to the ethnic Georgians living in the South Ossetia and “buffer zone”. The seizure and destruction of the protected property are not justified by military necessity; rather, they intended to forcibly displace the Georgian population from their houses. The mentioned campaign targeted total of 24 villages.³³ It is documented that the houses were burnt selectively: only the houses identified as belonging to ethnic Georgians or an ethnic Georgian with some kind of authority were burnt.³⁴

Crime committed against peacekeeping mission requires that the perpetrator directed an attack against the personnel, installations, material, units or vehicles involved in a humanitarian assistance or peacekeeping mission. For an action to qualify as the mentioned crime the peacekeeping mission shall be created in accordance with the Charter of the UN and such an object shall have protected status at the time of the attack. Despite numerous statements by the Georgian Government before 2008, that the Russian part of the peacekeeping mission shall have been substituted by international observers, the Georgian side itself acknowledged that the Sochi Agreement was still in legal force, therefore, the peacekeeping mission is considered to be created with the consent of the parties.³⁵ Furthermore, despite the minor cases of breaching the ceasefire agreement by the peacekeeping missions, it was gener-

ally deemed as impartial by the Prosecutor.³⁶ Referring to these criteria, the Prosecutor concludes that the peacekeeping mission deployed in South Ossetia satisfies the requirements of the UN Charter; therefore, it shall be considered as protected under the 1949 Geneva Conventions. However, it has to be further addressed whether any of the mission parties lost its protected status due to its direct involvement in hostilities.

The South Ossetian troops attacked Georgian peacekeepers from July 29 to August 7 on several occasions, the most significant of which was the August 7 attack in Avnevi, resulting in death of two and injuring from five to eight Georgian peacekeepers.³⁷ It is unclear who started the mentioned attack; therefore the prosecutor is unable to determine whether the Georgian peacekeepers enjoyed the protected status at the time of the attack or not. However, the Prosecutor turns to the presumption of having a protected status and concludes that the attack against Georgian peacekeepers was presumably committed, while also stating that this issue will be addressed in greater detail in the course of any authorized investigation.³⁸ Similar conclusion is made by the Prosecutor in relation to the alleged attack against the Russian peacekeepers by the Georgian forces on August 8, which resulted in killing 10 and injuring 30 Russian peacekeepers. The Prosecutor applies the same presumption and arrives at the conclusion that in the given stage of the investigation, there is a reasonable doubt of conducting an attack against Russian peacekeepers by the Georgian forces.³⁹ It is noteworthy that the conclusions and findings the Court will express in its future decisions regarding the given topic will have particular importance for determining in the international law context the issue of which party to the conflict started the war.

Alleged indiscriminate and disproportional attack: according to the Prosecutor, some evidence suggests that the parties used the type of weapons lacking sufficient precision for targeting only the military objectives (for example, attack on the central square of Gori using cluster munitions). However, the Prosecutor eventually concludes that the information existed currently is not sufficient for a reasonable doubt that in-

discriminate and disproportional attacks were committed. However, this might change in the course of an authorized investigation.⁴⁰

2.3.2. Crimes against humanity

According to the Request, the following contextual elements of crimes against humanity are demonstrated in the given case: the South Ossetian groups conducted attacks directed specifically to the civilian ethnic Georgian population living in South Ossetia and 20 km wide “buffer zone”; these attacks were not isolated or spontaneous acts in their nature, rather they were consistent to the overall policy of South Ossetia (which should be considered as “organization” for the purposes of Article 7 of Rome Statute) to expel ethnic Georgian population from South Ossetia, to sever any remaining links with Georgia and to secure full independence; the attacks were widespread, firstly because of the large scale consequences, such as big amount of the victims and the destroyed property, and secondly because of covering a big area of territory. The attacks were also systematic, as they reflected the previously adopted plan of South Ossetian authorities; there was a nexus between the contextual elements and the individual acts; and the perpetrators presumably⁴¹ had the knowledge of the attacks.⁴²

Murder: as for the individual acts constituting the crimes against humanity, the Request of the Prosecutor follows that South Ossetian forces committed murder against ethnic Georgians within the campaign of expelling them from South Ossetia. According to the Request, between 51 and 113 cases of murder are documented.⁴³

The Deportation and forcible transfer of the Georgian population living in South Ossetia and the “buffer zone” was exercised in two main phases: during the active hostilities and in the period after August 12. The separatists were creating an atmosphere of fear and terror using violent actions. More than 24 villages have been destroyed with the purpose to expel ethnic Georgians. The fact that the destruction of property belonging to ethnic Georgians continued after the declaration of ceasefire, clearly confirms that such actions were not justified by any military necessity; rather, they were intend-

ed to prevent ethnic Georgians from returning to their homes. As of December 2014, around 15,000 persons remain permanently displaced from South Ossetia as a result of the 2008 armed conflict. Based on the existing information, the Prosecutor reports that the ethnic Georgian population living in the conflict zone has been reduced by at least 75%.⁴⁴

Persecution of any identifiable group or collectivity on ethnic grounds: the Request of the Prosecutor suggest that there is a reasonable doubt to believe that persecution of the Georgian population by South Ossetian forces was also committed. In particular, the alleged commissions of war crimes and crimes against humanity have also resulted in the violation of the fundamental rights of ethnic Georgian population, including the right to life and right to private property. The information available further demonstrates that the South Ossetian forces targeted the victims of these acts by reason of their identity as ethnic Georgians.⁴⁵

2.3.3. Other crimes presumably committed during the conflict

Judge Péter Kovács discusses in his separate opinion, inter alia, the issue of other crimes presumably committed during the conflict. The Judge believes that the Pre-Trial Chamber applied too self-restrictive approach in exercising the judicial control and did not examine every piece of evidence and circumstances available, including the issue of other possible crimes. Considering the evidence available on the case and the representations of the victims, Mr. Kovács believes that there is a reasonable doubt that, in addition to the crimes mentioned in the Prosecutor's Request, the following crimes have also been committed in the course of the August conflict: indiscriminate and disproportional attack, rape, deprivation of physical liberty and unlawful detention, inhuman treatment and torture. The Judge recalls the relevant facts from the materials for supporting his statement.⁴⁶

2.4. The principle of complementarity

2.4.1. In relation to Georgia

The principle of complementarity⁴⁷ implies that the Court can only exercise its jurisdiction, in case legal proceedings are not on-going in

any other state on the specific case, except for when the state is unable or unwilling to carry out a genuine investigation or prosecution. According to the information provided in the Request of the Prosecutor, the Office of the Chief Prosecutor of Georgia started investigation when the active hostilities were still on-going, on August 9 and 11. The Office of the Chief Prosecutor interviewed around 7000 witnesses, conducted inspection of crimes scene 30 times and other forensic examinations, issued around 300 forensic medical examination reports and carried out other investigative actions in the course of the investigation. However, the Georgian authorities faced two main problems from the very beginning of the investigation: the lack of access to the territory of SO and the absence of cooperation from the Russian Federation.⁴⁸

By the Letter of March 17, 2015, the Georgian authorities informed the Court that it was no longer possible to maintain legal proceedings on the national level due to the "fragile security situation in the occupied territories of Georgia and the areas adjacent thereto, where violence against civilians is still a widely applied everyday practice." The Government of Georgia referred to the 393 cases of abduction of civilians across the conflict lines in the period from 2012 through 2014 as an example and expressed a general concern about the security of the victims and witnesses of the conflict. Considering the abovementioned, the Prosecutor concludes that the Georgian law enforcement agencies are unable to conduct a genuine investigation on the national level and this position is adopted by the Pre-Trial Chamber as well.⁴⁹

A slightly different view has been adopted by the Judge Péter Kovács in his separate opinion regarding the complementarity principle in relation to Georgia. Even though the Judge agrees with the ultimate conclusion of the Prosecutor and the Court, he nevertheless believes, taking into account the letters sent by the Government of Georgia, that the Prosecutor was able to conclude the inability of the Georgian government to investigate and thus, should have submitted a Request on authorization of investigation earlier than 2015.⁵⁰

2.4.2. In relation to Russia

The Investigative Committee of the Russian Federation⁵¹ launched an investigation on August 8, 2008 regarding the charges of forcible displacement committed against Georgians and on August 8-9 regarding the alleged killing of Russian peacekeepers by Georgian forces. The Investigation Committee has informed the Prosecutor in relation to the first case that the conducted investigation did not reveal any evidence proving the involvement of the Russian soldiers in the crimes committed during the August conflict. However, the Prosecutor suggests that there are number of credible sources according to which the Russian soldiers were either directly involved or acted passively in the face of such crimes committed by South Ossetian forces. Besides, Russia refused to investigate the actions of South Ossetian individuals, as they recognize South Ossetia as an independent state and acknowledge its competency to exercise criminal justice. Taking the abovementioned circumstances into account, the Prosecutor arrives at the conclusion that the admissibility criteria is met, as far as no specific persons have been prosecuted for committing the crimes envisaged by Prosecutor's Request as a result of the criminal proceedings in the Russian Federation.⁵²

The Pre-Trial Chamber reiterates the position of the prosecutor in its decision and concludes that, considering the given information, the Chamber finds it unwarranted to attempt to conclusively resolve the question of admissibility in the present decision.⁵³ This conclusion is met with considerable criticism in the Separate Opinion of the Judge Péter Kovács, who believes that Article 17 of the Rome Statute obliges the judges to determine on the issue of admissibility based on the evidence existed on the given stage of the proceedings. The Judge Kovács also considers the material grounds of reaching the above conclusion to be incorrect, as he believes that Russia's conclusion in relation to the innocence of Russian soldiers is clearly suspicious as Russian authorities did not manage to interview Georgian witnesses to "verify" some allegations, thus, it could not manage to collect the full evidence. Such situation points to, at the minimum, the situation of

inactivity if not unwillingness on the part of the Russian authorities to carry out a genuine investigation.⁵⁴

As for the investigation on the case of killing Russian peacekeepers, there is no circumstance demonstrating that the national proceedings in Russia are conducted with the purpose to prevent any person from the criminal responsibility or in any other improper form, therefore, the Prosecutor considers it appropriate to decide on the admissibility issue in relation to this episode on the later stages of the criminal proceeding, and the Pre-Trial Chamber also shares this opinion.⁵⁵

2.4.3. In relation to South Ossetia

The Prosecutor further notes in her Request that no third state is conducting any proceedings in relation to the crimes committed during the conflict, considering that South Ossetia is not an independent country for the purposes of Article 17 of the Statute, therefore, the *de facto* authorities of South Ossetia cannot challenge the admissibility of the investigation pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute.⁵⁶ The Pre-Trial Chamber concurs with the discussed position and states that South Ossetia does not satisfy the requirements of Article 17, as far as it is not a recognized state.⁵⁷

A considerable attention should be given to the Separate Opinion of Judge Péter Kovács in relation to the abovementioned issue, as he believes that the recognition of some of the actions by entities in the international law requires a complex approach, as far as there might be some entities with contested status, but with undisputed control over the territory and the capacity to carry out criminal jurisdiction. Depriving such entities completely of the narrow, criminal authority and ignoring this authority in the course of deciding on the admissibility issue, may further increase the scope of impunity, as it may suggest that even if you punish, it will not be taken into consideration. The Judge further argues that the issue might become even more problematic when an entity will carry out a genuine investigation and prosecution against a person, but this person may be barred from lodging a *ne bis in idem* challenge before the Court because the domestic proceedings have not been conducted by a "state". Consequently,

Mr. Kovács cannot entirely exclude the possibility that, if a *de facto* regime issues a proper judgment following to the principles of due process of law, it shall be recognized as “decision” for the purposes of Article 19(2)(a) of the Rome Statute, and this issue should be determined on a *case-by-case* basis without having an automatic effect on the status of that entity.⁵⁸

3. IMPORTANCE OF THE SITUATION IN GEORGIA AND PROBABLE CHALLENGES OF THE INVESTIGATION

3.1. The first situation outside Africa

Georgia is the first country outside Africa in relation to which the International Criminal Court authorized an investigation. Previously, nine situations regarding different African countries were under the jurisdiction of the Court. As of October 2018 the Court is on the stage of preliminary examination in relation to the situations in Afghanistan, Colombia, Guinea, Iraq/UK, Nigeria, Palestine, Philippines, Ukraine and Venezuela; however, the investigations are not yet started.⁵⁹ The abovementioned factor is important from two perspectives: on one hand, it makes the investigation on the Situation in Georgia more challenging, as the Court gathered some level of experience and expertise in the Africa region, while Caucasus is new and quite unfamiliar. Consequently, it is hard to foresee the probable outcomes of the investigation in question.⁶⁰

On the other hand, however, the abovementioned factor is also very important for the Court itself, considering the recent year’s allegations in terms of its impartiality. The leaders of several African countries launched an active campaign⁶¹ against the International Criminal Court with the accusations that the Court is an instrument in the hands of powerful western countries, that want to dominate over Africa and that the Court has unfairly targeted this continent.⁶² Even though the mentioned accusations can be contradicted by various legal or logical arguments,⁶³ they nevertheless have actual negative impact, as several countries left or are going to leave the Court on one hand⁶⁴ and on the other hand the credibility of court is decreasing within the continent, as well as in the international society in large. The Court

has partially refuted these allegations by starting an investigation in relation to a permanent member of the UN Security Council and one of the main actors of the political order worldwide – against Russia.⁶⁵ However, there is an enormous pressure exercised on the Court due to the same reason, urging it to conduct an effective investigation and proper criminal justice on the Situation in Georgia. Many professionals working on the topic believe that, if the Court fails in Georgia, it will fail in Ukraine, Palestine and in other non-African countries in case investigation is started. Consequently, exercising the criminal proceedings in an appropriate manner in relation to Georgia has somewhat an existential importance for the Court.⁶⁶

3.2. The long period of time since the commission of crimes

One of the complexities of conducting an investigation on the Situation in Georgia is that a long period of time has passed from the alleged commission of the crimes until the start of the investigation. The investigations were started after one or two years in relation to the majority of the cases already within the jurisdiction of the Court, while eight years elapsed before authorizing an investigation on the conflict of Georgia. The long gap between the crimes and the investigation causes problems, for example, in terms of cooperation of the victims and witnesses with the Court. Some of the victims of the crimes committed in the course of the conflict are already deceased and many potential witnesses are elderly people.⁶⁷ The former Ombudsman of Georgia also noted that timely collection and examination of the evidence is especially important in relation to such crimes.⁶⁸ In order to overcome this challenge, the state parties, as well as the non-governmental organizations should actively cooperate with the Court in the course of the investigation.

3.3. Refusal from the Russian Federation to cooperate

One of the main challenges of the given investigation is a refusal of the Russian Federation to cooperate with the Court. Even though some level of cooperation was demonstrated from Russia on the preliminary examination stage, the statements of the Russian

officials after the launch of the investigation illustrates that Russia was disappointed with the fact of authorizing the investigation and with the content of both Prosecutor's Request and Chamber's Decision.⁶⁹ The Russian Federation made number of negative statements after the start of an investigation, which culminated in withdrawing its signature of Rome Statute in 2016.⁷⁰ This was an apparent indication that Russia is not going to cooperate.⁷¹

The investigation against a powerful member of the UN Security Council, which has a declared policy of not cooperating and clearly stands against the court, can be accompanied with substantial obstacles. First of all, it will impede a comprehensive and exhaustive performance of the investigation, as the Prosecutor will be short of possibility to obtain each and every piece of evidence.⁷² However, it has to be mentioned that this is not the first time an involved state refused to cooperate with the Court (the example of Kenya). Besides, the Prosecutor has stated multiple times that, first of all, she will try to further negotiate with the Russian Federation⁷³, however, in the case the cooperation ultimately fails, she will nevertheless find the ways for obtaining the sufficient evidence and the refusal from Russia will not affect the overall consequence of the investigation.⁷⁴ In this terms, the European Union and other member states of the Statute has also role to play, for example, by providing moral, political or practical support to the Court, the latter expressed, for example, in providing Court with the relevant information owned by their intelligence authorities.⁷⁵ The cooperation with the national and international non-governmental organizations working on the conflict from its beginning is also crucial for overcoming the abovementioned obstacle.

The absence of cooperation from the Russian Federation can also be problematic for enforcing any future decisions of the Court, as there is a low probability that Russia will execute the arrest warrants issued by the Court against Russian nationals or South Ossetians.⁷⁶ A threat also exists that the political influence of Russia will urge other countries as well to refrain from enforcing the Court decisions.⁷⁷ Such course of events becomes especially realistic

considering the recent incident, when the South Africa did not arrest the President of Sudan Omar Al-Bashir, wanted by the Court, who went there for attending a conference. Considering that the Court investigates the crimes committed by Georgian nationals as well, we might end up in the situation where only the Georgian defendants are detained, as Georgia is a party to the Rome Statute and is therefore obliged to enforce the Court decisions.⁷⁸ Such situation will have very negative impact on the effectiveness and reputation of the Court in Georgia, as well as internationally⁷⁹ and it is possible, that ultimately, the Situation will have much undesired outcomes for Georgia if the abovementioned scenario becomes real.⁸⁰

3.4. Witness/Victim involvement and their expectations

Victims have a central role in a criminal case before the International Criminal Court. In the most of cases the testimonies of witnesses and victims are decisive evidence for an investigation. Therefore, an effective communication with the victims is crucial for the successful investigation on one hand, and is necessary for redressing the moral, physical or financial suffering the victims endured as a result of the crimes.⁸¹

6,335 applications are presented currently on behalf of victims on the Situation in Georgia, however, far higher number of people have been victimized during the conflict, who have not yet addressed the Court.⁸² The representatives of non-governmental organizations think that the actions of the Court for ensuring the full involvement of the victims and the witnesses are insufficient, one of the consequence of which is an informational vacuum existing among them about the on-going investigation and the Court in large.⁸³ The organizations working with the victims and witnesses state that a great majority of them have very few or no information on the existence and progress of the investigation.⁸⁴ This can be very problematic in the future, as the victims and witnesses will simply not participate in the processes they do not understand.⁸⁵ Another problem is the victims' skepticism to the effectiveness of the investigation, as they have experienced a protracted

and futile investigation on the national level.⁸⁶ The victims need to see tangible results not to get frustrated and refuse to cooperate. It has to be noted in this terms that, from the beginning of 2018, the International Criminal Court has a representative (office) in Georgia, which is mainly in charge of raising awareness of the relevant target groups and conducting outreach activities in Georgia.⁸⁷

The security of the victims and witnesses, especially of those living close to the *de facto* border is another factor to be taken into account, as abduction and detention of Georgian nationals by Ossetian separatists is a widely applied practice in these areas. Such incidents sometimes even have fatal consequences (case of Archil Tatumashvili).⁸⁸ Therefore, some of the victims and witnesses might refrain from cooperating in the future considering the threats to their life, health and liberty.

In the end, the expectations of the victims from the on-going investigation are also of some interest. The practice of the International Criminal Court shows that the lack of information triggers incorrect impressions and false expectations about the possible outcomes of the investigation.⁸⁹ The non-governmental organizations working with the victims have observed that the financial compensation is the main priority for the victims (taking into account their social and economic hardship)⁹⁰ and they often do not realize that the primary function of the Court is to prosecute and punish those, who are most responsible for committing the heinous crimes and not the compensation of the victims.⁹¹ It is possible to avoid the future misunderstandings and hindering the cooperation of the victims and witnesses, if they will be provided with the correct information about the Court and its functions from the very beginning of the investigation.

3.5. The role of Pre-Trial chambers in the context of Article 15 according to the Separate Opinion of the Judge Péter Kovács

The Judge Péter Kovács provides important findings in his Separate Opinion in relation to the role of Pre-Trial Chambers while exercising the judicial control over the Prosecutor's Request under Article 15 of the Rome Statute.

Although the given issue is not directly connected to the Situation in Georgia, every definition and interpretation of the Statute provisions made in the course of the criminal case are important for the case law. In particular, the Majority concludes in its decision that "in light of the procedural stage and the subject matter, the Chamber's examination of the Request and the supporting material provided by the Prosecutor must be strictly limited."⁹² The Judge Kovács is strongly against this opinion and considers it to be contradictory to the text of Article 15 of Rome Statute, which does not impose any limitation to the judicial control exercised by the Chamber over Prosecutor's Request. Judge Kovács believes that the Chamber is even obliged to exhaustively examine the Request and other materials presented by the Prosecutor and reach its own, independent conclusions regarding the commencement of the investigation. An idea that the judicial control is not limited to a mere overview of Prosecutor's Request and its formal acceptance is further supported by the obligation of the Prosecutor to present the facts and information she is relying on, as well as by the Chamber's authority to request additional materials.⁹³ To support his opinion, the Judge Péter Kovács also recalls the *Travaux préparatoires* of the Rome Statute and observes that it was only made possible to give the Prosecutor an authority to start an investigation *proprio motu*, because some states introduced the judicial control mechanism to prevent the abuse of power on the part of the Prosecutor.⁹⁴

CONCLUSION

As a conclusion, I would like to observe that the International Criminal Court has started a new era in the life of the Court, as well as for the development of international criminal justice by authorizing investigation on the Situation in Georgia. The Situation in Georgia is significant from the subject matter point of view, as well as in terms of dealing with the challenges in the course of the investigation and prosecution by the Court. The Situation in question has potential to eventually demonstrate that the great achievement of humanity – the supreme authority in the field of international criminal justice is justifying its existence by meeting the expecta-

tions of the persons willing to end impunity and see the justice done in relation to the heinous crimes in the world. As for Georgia, the definitions and interpretations the Court will make on the case will have huge impact on the legal qualification of the Russia-Georgia conflict in the future, while punishing those most respon-

sible for the crimes committed in the course of the August conflict will restore the justice and redress the moral suffering of the victims on one hand, and has also a potential of preventing the future tensions and promoting the peaceful resolution of the conflicts in the region.

-
- * PhD Student of the European University Viadrina (Frankfurt Oder, Germany). The author expresses her gratitude towards the Editorial Board of the Journal for providing assistance in the course of working on the Article.
- ¹ Office of the Prosecutor, "Request for authorization of an investigation pursuant to article 15", 13 October 2015, ICC-01/15 (Hereinafter – the Request).
- ² Pre-Trial Chamber I, "Decision on the Prosecutor's Request for authorization of an investigation", 27 January 2016, ICC-01/15 (Hereinafter – the Decision).
- ³ Separate opinion of Judge Péter Kovács, 27 January 2016, ICC-01/15-12-Anx1 (Hereinafter – Separate Opinion).
- ⁴ The Request, §21.
- ⁵ The Request, §30.
- ⁶ The Decision, §10; The Request, §§164-166.
- ⁷ The Decision, §11; The Request, §§31-32.
- ⁸ The Request, §32.
- ⁹ The Decision, §12; The Request, §33.
- ¹⁰ The Decision, §§14-15; The Request, §34.
- ¹¹ The Decision, §§16-17; The Request, §36.
- ¹² The Decision, §18.
- ¹³ The Decision, §§19-20.
- ¹⁴ The Decision, §§21-22.
- ¹⁵ The Request, §10.
- ¹⁶ The Request, §8.
- ¹⁷ The Request, §20.
- ¹⁸ Unless that State has made a declaration of jurisdiction under Article 12(3) of the Rome Statute.
- ¹⁹ Coalition for the International Criminal Court, Available at:<http://www.coalition-fortheicc.org/country/georgia>; The Request, §57.
- ²⁰ The Request, §57.
- ²¹ This rule applies to the grounds of initiating an investigation given by (a) and (c) subsections of Article 13 only, in particular, when the investigation is initiated by a referral from a state of by Prosecutor *proprio motu*.
- ²² These states are Russia, Nicaragua, Venezuela and Nauru.
- ²³ The Decision, §6; the Request, §54.
- ²⁴ The Decision, §25.
- ²⁵ The Decision, §§29-30; the Request, §53.
- ²⁶ The Request, §108.
- ²⁷ The Request, §§73, 79, 81.
- ²⁸ According to this doctrine, a state may exercise the required degree of control on non-state actors when it has a role in organizing, coordinating or planning the military actions of the military group, in addition to financing, training and equipping or providing operational support to that group. The Request, §§79,87.
- ²⁹ The Request, §§90-103.
- ³⁰ The Request, §§109-122.
- ³¹ The Request, §§126-127.
- ³² The Request, §§129, 165.
- ³³ The Request, §131.
- ³⁴ The Request, §§134-136.
- ³⁵ The Request, §§145, 150.
- ³⁶ The Request, §§151-155.
- ³⁷ The Request, §§164-165.
- ³⁸ The Request, §§169.

- ³⁹ The Decision, §29; The Request, §§181-189.
- ⁴⁰ The Decision, §34; The Request, §§190-211.
- ⁴¹ The last element cannot be established at the given stage of the investigation, as the potential perpetrators are not identified yet.
- ⁴² The Request, §§220-258.
- ⁴³ The Request, §§260-261.
- ⁴⁴ The Request, §§262-270.
- ⁴⁵ The Request, §§271-273.
- ⁴⁶ Separate Opinion, §§26-36.
- ⁴⁷ The principle of complementarity is stipulated by Article 17 of the Rome Statute.
- ⁴⁸ The Request, §§279-290.
- ⁴⁹ The Decision, §41; The Request, §§301-303.
- ⁵⁰ Separate Opinion, §47 et seq.
- ⁵¹ The Investigation Committee was designed specifically for investigating crimes committed during the August conflict.
- ⁵² The Request, §§304-312.
- ⁵³ The Decision, §§42-46.
- ⁵⁴ Separate Opinion, §§55-61.
- ⁵⁵ The Decision, §§47-50; The Request, §§313-320.
- ⁵⁶ The Request, §§322-323.
- ⁵⁷ The Decision, §41.
- ⁵⁸ Separate Opinion, §§62-66.
- ⁵⁹ Preliminary examinations, available at: <https://www.icc-cpi.int/Pages/pe.aspx>.
- ⁶⁰ Georgia – A unique case for the ICC, Coalition for the International Criminal Court, available at: <http://www.coalitionfortheicc.org/news/20170310/georgia-unique-case-icc>.
- ⁶¹ See, for example: African leaders plan mass withdrawal from International Criminal Court, available at: <https://www.theguardian.com/law/2017/jan/31/african-leaders-plan-mass-withdrawal-from-international-criminal-court>; Plessis m., Maluwa T. and O'Reilly A., *Africa and the International Criminal Court*, International Law 2013/01, July 2013, available at: http://www.dphu.org/uploads/attachements/books/books_3820_0.pdf; Guzman M., *Is the ICC Targeting Africa Inappropriately? A Moral, Legal, and Sociological Assessment*, Temple University Legal Studies Research Paper No. 2018-17, March 2018, available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3136470.
- ⁶² Civil society talks: ICC a last resort for justice in Burundi? Coalition for the International Criminal Court, available at: <http://www.coalitionfortheicc.org/news/20170112/civil-society-talks-icc-last-resort-justice-burundi>; see, also: African countries are leaving the International Criminal Court, Tabula, October 26, 2016, available at: <http://www.tabula.ge/ge/story/113823-afrikis-qveknebi-haagis-saertashoriso-sasamartlos-toveben>. Such allegations are generally accompanied by the reference to the hazardous crimes committed by powerful western countries, for example, the United States of America and the United Kingdom.
- ⁶³ For example, 5 African countries referred the Prosecutor on initiating an investigation on their own, the Security Council initiated investigations in relation to 2 countries and the Prosecutor started *proprio motu* investigations in relation to Kenya only. Furthermore, the Prosecutor noted that the Court shall be free of politics as much as possible and the Prosecutor cannot reject an investigation due to geopolitical factors. See: Q&A: Georgia and the International Criminal Court, Human Rights Watch, October 20, 2015, available at: <https://www.hrw.org/ka/news/2015/10/20/282386>.
- ⁶⁴ For example, on the intention of Burundi, South Africa and Gambia to leave the Court and the subsequent course of events see: Ssenyonjo M. *State Withdrawal Notifications from the Rome Statute of the International Criminal Court: South Africa, Burundi and the Gambia*. Criminal Law Forum, vol. 29, 2018.
- ⁶⁵ ICC opens investigation in Georgia, available at: <https://ciccglobajustice.wordpress.com/2016/01/28/icc-opens-investigation-in-georgia/>.
- ⁶⁶ If the ICC Fails in Georgia, it will be the Same in Afghanistan and Palestine, Justiceinfo, 05 July 2017, available at: <https://www.justiceinfo.net/en/tribunals/icc/33785-if-the-icc-fails-in-georgia-it-will-be-the-same-for-afghanistan-and-palestine.html>.
- ⁶⁷ Ibid.
- ⁶⁸ Challenges in the ICC investigation process in the alleged war crimes of 2008 August War, Human Rights, 15.10.2018, available at: <http://www.humanrights.ge/index.php?a=main&pid=19173&lang=eng>.

- ⁶⁹ For example, Russian officials were surprised by the fact that Mikheil Saakashvili (president of Georgia at the time of the conflict) was not even mentioned in the decisions, even though they sent the prosecutors the evidence incriminating him. Russia may review its relationship with the International Criminal Court, available at: <http://www.tabula.ge/ge/story/104119-rusetma-shesadzloa-haagis-sasamartlostan-urt-iertobas-gadaxedos>.
- ⁷⁰ Russia will not be a member of the Rome Statute anymore, Tabula, November 16 2016, available at: <http://www.tabula.ge/ge/story/114629-ruseti-romis-statutis-tsevri-aghar-iqneba>.
- ⁷¹ If the ICC Fails in Georgia, it will be the Same in Afghanistan and Palestine, Justiceinfo, 05 July 2017, available at: <https://www.justiceinfo.net/en/tribunals/icc/33785-if-the-icc-fails-in-georgia-it-will-be-the-same-for-afghanistan-and-palestine.html>; Gogolashvili N. Challenges of ICC Investigation Process in the Alleged War Crimes of 2008 August War, 04.04.2017, available at: <http://www.humanrights.ge/index.php?a=main&pid=19173&lang=eng>.
- ⁷² The grounds for this can be, for example, inability to enter into and examine the crime scenes, as the territory of South Ossetia is under the occupation of Russia.
- ⁷³ Gogolashvili N. Challenges of ICC Investigation Process in the Alleged War Crimes of 2008 August War, 04.04.2017, available at: <http://www.humanrights.ge/index.php?a=main&pid=19173&lang=eng>.
- ⁷⁴ Georgia – A unique case for the ICC, Coalition for the International Criminal Court, available at: <http://www.coalitionfortheicc.org/news/20170310/georgia-unique-case-icc>; Bensouda: the investigation will continue, even though the Russia stopped cooperating, Tabula, November 17, 2016, available at: <http://www.tabula.ge/ge/story/114683-bensuda-miuxedavad-imisa-rom-ruseti-aghar-tanamshromlobs-gamodzieba-gagrdzeldeba>.
- ⁷⁵ Getting full cooperation from the Georgian side will be one of the challenges for ICC, available at: <http://www.coalitionfortheicc.org/news/20170502/getting-full-cooperation-georgian-side-will-be-one-challenges-icc>.
- ⁷⁶ Victims of the Russo-Georgian War want to see high-level perpetrators punished, available at: <https://justicehub.org/article/victims-russo-georgian-war-want-see-high-level-perpetrators-punished>.
- ⁷⁷ n. 65.
- ⁷⁸ Articles 59 and 103 of the Rome Statute.
- ⁷⁹ See the next subsection.
- ⁸⁰ n. 75.
- ⁸¹ n. 74.
- ⁸² Georgia. Coalition for the International Criminal Court, available at: <http://www.coalitionfortheicc.org/country/georgia>.
- ⁸³ n. 60.
- ⁸⁴ Georgian Coalition for the ICC resumes work, 07 November 2017, available at: <http://www.coalitionfortheicc.org/news/20171107/georgian-coalition-icc-resumes-work>; The Georgian Experience: A story of how the ICC is failing victims in its first case outside Africa. available at: <https://www.ijmonitor.org/2018/05/the-georgian-experience-a-story-of-how-the-icc-is-failing-victims-in-its-first-case-outside-africa/>.
- ⁸⁵ n. 65.
- ⁸⁶ Information Bulletin of Human Rights Center: International Criminal Court Investigation in Georgia, available at: <http://humanrights.ge/admin/editor/uploads/pdf/angarishebi/Information%20Bulletin%20of%20Human%20Rights%20Center%E2%80%93%20International%20Criminal%20Court%20Investigation%20in%20Georgia.pdf>.
- ⁸⁷ Report of the International Criminal Court in 2017/18, 20 August 2018, A/73/334, §75.
- ⁸⁸ n. 60.
- ⁸⁹ Q&A: Georgia and the International Criminal Court, Human Rights Watch, October 20, 2015, available at: <https://www.hrw.org/ka/news/2015/10/20/282386>.
- ⁹⁰ n. 86.
- ⁹¹ n. 67.
- ⁹² The Decision, §3; Separate Opinion, §3.
- ⁹³ Separate Opinion, §§5-7.
- ⁹⁴ Separate Opinion, §§8-10.

უსაფუძვლო ვეტო, როგორც საერთაშორისო მართლწესრიგის გამოწვევა

აბსტრაქტი

ნებისმიერი საერთაშორისო ორგანიზაციის დაფუძნება ძირითადად მოიცავს სახელმწიფოების გაერთიანებას გარკვეული მიზნისა და ობიექტის ირგვლივ. საერთო ღირებულებები და ხედვები არის ნებისმიერი საერთაშორისო ორგანიზაციის შექმნის წინაპირობა, თუმცა მიზნისა და ობიექტის აღსრულებადობა ძირითადად სადამფუძნებლო დოკუმენტის ქმედითობაზე დამოკიდებულია. ფუნდამენტური მიზნების წარმატებული განხორციელება დამოკიდებულია ე.წ. პროცედურულ ნორმებზე, რომლებსაც მოქმედებაში მოჰყავთ სადამფუძნებლო დოკუმენტი. ნებისმიერი პროცედურული, ისევე, როგორც არსებითი მნიშვნელობის ნორმა საერთაშორისო სამართალში ეს არის გლობალური პოლიტიკის შეთანხმებული წესი, ამდენად ნორმის კეთილსინდისიერი განმარტება და მისი შესრულება განსაზღვრავს საერთაშორისო ორგანიზაციის წევრი სახელმწიფოების თანამშრომლობის ხარისხსა და ზოგადად საერთაშორისო ორგანიზაციის წარმატებას.

საკვანძო სიტყვები: უსაფუძვლო ვეტო | უშიშროების საბჭო | ვეტოს შეზღუდვა | კეთილსინდისიერების პრინციპი | ძალაუფლების ბოროტად გამოყენება | სუვერენული თანასწორობის პრინციპი

შესავალი

1945 წელს, უშიშროების საბჭოს შექმნის დღიდან, მისი ძირითად ვალდებულებად საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების დაცვა განისაზღვრა. ვეტომ გადამწყვეტი როლი ითამაშა ამ ვალდებულების აღსრულებაში. მიუხედავად ამისა, მისი გამოყენება ან არამართებული გამოყენება საერთაშორისო საზოგადოების მუდმივი მღელვარების საგანია. ნორმა, რომელიც ახალდაფუძნებული ორგანიზაციის ფუნქციონალურობის უზრუნველყოფის მიზნით შეიქმნა უშიშროების საბჭოსთვის საკუთარი ვალდებულების შესრულების მთავარ დაბრკოლებად იქცა. გაეროს წესდების 27-ე მუხლი უშიშროების საბჭოში კენჭისყრის წესებს არეგულირებს. ამ მუხლის მე-3 პარაგრაფი კი უშიშროების საბჭოს მუდმივ წევრებს აძლევს არჩევანის საშუალებას, მხარი დაუჭირონ ან დაბლოკონ რეზოლუციის პროექტი. ვეტოს გამოყენება განყენებულად ვერ განიხილება პრობლემად, მხოლოდ უსაფუძვლო ვეტო საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების უზრუნველყოფისთვის ბარიერი, მომხიბვლელი ინსტრუმენტი მუდმივი წევრებისთვის ნებისმიერი პოლიტიკურად „არასასურველი“ რეზოლუციის პროექტის სამართლებრივი არგუმენტაციის გარეშე დასაბლოკად.

ვეტოს არსი და ბუნება ფართო განხილვის საგანია. იმ მსჯელობისგან დამოუკიდებ-

ლად ვეტო პოლიტიკური ინსტრუმენტი, თუ სამართლებრივი, უშიშროების საბჭოს პრაქტიკამ ნათლად გამოაჩინა, რომ ცალკეული წევრები არ იყენებენ სამართლებრივ არგუმენტაციას საკუთარი ვეტოს დასაბუთებისთვის. ნაცვლად ამისა, ისინი გამოირჩევიან პოლიტიკური განცხადებებით, რომლებიც მოკლებულია იურიდიულ საფუძვლებს. ამ მიდგომამ შესაძლოა გამოიწვიოს არაერთი უარყოფითი შედეგი, მათ შორის, გრძელვადიან პერიოდში უშიშროების საბჭოს ძალაუფლების სრული დაკარგვა და ორგანოს არაეფექტურობა. ვეტოს არაჯანსაღმა სისტემამ უკვე მნიშვნელოვნად შეარყია უშიშროების საბჭოს პოზიციები საერთაშორისო მართლწესრიგთან მიმართებით და გაზარდა იმ სახელმწიფოების რიცხვი, რომლებიც თვითნებურად მოქმედებენ ძალის გამოყენების კონტექსტში. ვეტოს გადაჭარბებულად გამოყენებამ ნოყიერი ნიადაგი შექმნა „დაცვის ვალდებულებისა“ და სხვა არაერთი ბუნდოვანი კონცეფციის განვითარებისთვის. პრობლემის უარყოფით ნარჩუნდება ვერტიკალური საერთაშორისო მართლწესრიგი რაც აზიანებს გაეროს არსებით პრინციპებსა და მიზნებს. ამდენად, ეს სტატია მიზნად ისახავს არსებული სამართლებრივი ჩარჩოს ფარგლებში ვეტოს შეზღუდვის შესაძლებლობისა და მისი პრაქტიკაში აღსრულების აუცილებლობის დემონსტრირებას. უპირველეს ყოვლისა ვიმსჯელებ ვეტოს მიზანსა

და ობიექტზე და უშიშროების საბჭოს პრაქტიკაში მათი რეალიზების ხარისხზე, ასევე, უსაფუძვლო ვებოს გამოყენებით საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების დაცვისთვის საფრთხის შექმნასა და ზიანის მიყენებაზე. შემდგომ განვიხილავ იმ იურიდიულ ნორმებს, რომლებიც ქმნიან სამართლებრივ საფუძველს ვებოს შეზღუდვისთვის. ასევე, მოკლედ ვისაუბრებ ვებოს შეზღუდვის სამართლებრივ შედეგებსა და შეზღუდვის რეალურ შესაძლებლობაზე.

პირველ თავში განვიხილავ უშიშროების საბჭოს მიერ ვებოს გამოყენების ფართოდ დამკვიდრებულ პრაქტიკას, ასევე, უსაფუძვლო ვებოს, როგორც წინააღმდეგობას გაეროს წესდების მიზნებისა და ობიექტისთვის და სუვერენული თანასწორობის პრინციპის შემლახველ ფაქტორს. ამ თავისთვის გამოვიყენებ ისტორიული კვლევის, სამართლებრივი არგუმენტაციის, ინდუქციისა და დედუქციის მეთოდებს. მეორე თავი დაეთმობა უსაფუძვლო ვებოს პრაქტიკული შედეგების შეზღუდვის შესაძლებლობებზე მსჯელობას, სადაც სამართლებრივი არგუმენტაციისა და დედუქციის მეთოდებს გამოვიყენებ.

ამ სტატიის მიზანია გაეროს წესდებსა და ზოგადად საერთაშორისო სამართალში ვებოს შეზღუდვისთვის საჭირო სამართლებრივი საფუძვლების დემონსტრირება, სათანადო დებულებების სწორი განმარტებით ვებოს არააბსოლუტური ხასიათის წარმოჩენა და ჩვენება, რომ უსაფუძვლო ვებოს პრაქტიკული გავლენების შეზღუდვა შესაძლებელია გაეროს წესდების ცვლილების გარეშე. სტატიის მთავარი იდეაა, რომ ვებოს შეზღუდვა არის უშიშროების საბჭოს ფუნქციონალურობის შენარჩუნების ერთადერთი გზა.

1. ვებო, როგორც სამართლებრივი ინსტრუმენტი არასამართლებრივი მიზნებისთვის

1.1 შესავალი

1.1.1 გაეროს დაფუძნება

მეორე მსოფლიო ომის ადრეული პერიოდიდანვე დაიწყო აქტიური კამპანია მსოფლიო ომის შემდგომი საზოგადოებისთვის გლობალური მშვიდობის საკვანძო როლის წარმოსაჩენად. ატლანტიკური ქარტიის ავტორებმა გააჟღერეს საერთაშორისო მართლმსაჯულებრივ დაკავშირებული არაერთი პოსტულატი, მათ შორის, მათი მოლოდინები,

რომ “მშვიდობის დამყარებით ყველა ერს მიეცემოდა საკუთარ საზღვრებში უსაფრთხო ცხოვრების შესაძლებლობა”.¹ ხშირად, საერთაშორისო ორგანიზაციის ძირითად პრინციპებზე, საქმიანობის მიმართულებებსა და როლზე კონსენსუსის მიღწევა საკმაოდ რთულია,² თუმცა სამეულმა შეძლო შეთანხმების მიღწევა ისეთი საერთაშორისო ორგანიზაციის დაფუძნებაზე, რომლის მიზანიც იქნებოდა მშვიდობის დაცვა და საერთაშორისო თანამშრომლობის წახალისება.³ რაც შეეხება სტრატეგიულ გადაწყვეტილებას გაეროში (უშიშროების საბჭოში) მუდმივი წევრობის (მ5; მუდმივი წევრი, დიდი ძალა) ჩამოყალიბებაზე, საკითხე აქტიური მოლაპარაკებები დამბარტონის მუხების კონფერენციაზე დაიწყო, რომელიც 1945 წელს კოლექტიური უსაფრთხოების სრულიად ახალი სისტემის შექმნით დაგვირგვინდა.⁴

1.1.2 გაეროს სადამფუძნებლო მიზნების გარდაქმნა

განსაკუთრებული ძალაუფლება, რომელიც მუდმივ წევრებს გადაეცათ ხაზს უსვამდა მ5-ის გამორჩეულ პასუხისმგებლობას, თუმცა უშიშროების საბჭოს ექსკლუზიურმა კომპეტენციამ საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების დაცვის ასპექტში არაჯანსაღი სახე შეიძინა მ5-ის პოლიტიკის გამო. როგორც აღმოჩნდა, საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების დაცვა და მუდმივი წევრების ვინრო, შიდასახელმწიფოებრივი ინტერესების გატარება საერთაშორისო ურთიერთობათა წამყვანი აქტორების მიერ იდენტურ ცნებებად აღიქმება, რისი დასტურიც არის დიდი ძალის დამოკიდებულება ვებოსადმი. გაერო შეიქმნა საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების დაცვის მიზნით და არა მ5-ის უსაფრთხოების ექსკლუზიური დაცვისთვის.⁵ დიდი ძალის მიერ დამკვიდრებული პრაქტიკა შთაბეჭდილებას ქმნის, რომ უშიშროების საბჭო დასცილდა გაეროს ფუნდამენტურ იდეებს და წესდების პრინციპების საპირისპირო მხარეს გადაიხარა. ამდენად, ეს თავი დაეთმობა ერთი მხრივ უშიშროების საბჭოს პრაქტიკის კვლევას ვებოს კონტექსტში და მეორე მხრივ, გაეროს წესდების ნორმებთან და საერთაშორისო სამართლის პრინციპებთან მისი შესაბამისობის დადგენას.

1.2 ვეტოს გამოყენება, როგორც უშიშროების საბჭოს ფართოდ დამკვიდრებული პრაქტიკა

1.2.1 ვეტოს გამოყენების პრაქტიკა რიცხვებში

ერთა ლიგის სტრუქტურა და კენჭისყრის პროცედურა საერთაშორისო საზოგადოების იმედგაცრუების ნათელი მაგალითია. ამ ორგანიზაციის არაეფექტურობამ გაეროს წესდების შემქმნელები წაახალისა, რომ უარი ეთქვათ ძალაუფლების აბსოლუტურად ჰორიზონტალური პრინციპის დანერგვაზე.⁶ თუმცა, გაეროს წესდების მიღებით ახალი პრობლემა აღმოცენდა გლობალური კოლექტიური უსაფრთხოებისთვის, კერძოდ ვეტო. პრობლემა თავისთავად არა გაეროს წესდების 27-ე მუხლის მე-3 პარაგრაფის ფორმულირებაა, არამედ უშიშროების საბჭოს მიერ ჩამოყალიბებული პრაქტიკა, რომელიც ხშირად სამართლიანად იმსახურებს კრიტიკას. თუმცა მანამ, სანამ შემდგომ ქვეთავში უსაფუძვლო ვეტოს სამართლებრივ ნიუანსებზე ვისაუბრებდეთ, მნიშვნელოვანია შევხებით უშიშროების საბჭოში ვეტოს გამოყენების პრაქტიკას. გაეროს უშიშროების საბჭოს ისტორია 249 ვეტოდადებული რეზოლუციის პროექტს იცნობს.⁷ შესაბამისად, რელევანტურია, რომ ნაცვლად თითოეული მათგანის ტექსტის ინდივიდუალურად განხილვისა ზოგადად ვიმსჯელოთ ვეტოს გამოყენების სიხშირესა და მის თეორიულ კლასიფიკაციაზე. ვეტოს უხვად გამოყენებისა და დროის კონკრეტულ მონაკვეთში მათი პრაქტიკული მნიშვნელობის გათვალისწინებით, ამ ფორმატში რთულია რომელიმე ვეტოს გამოყოფა, ამდენად, ისტორიულ-ქრონოლოგიური პრინციპის გარდა რეზოლუციათა პროექტების დასაჯგუფებლად გამოვიყენებ თემატურ კლასიფიკაციას.⁸

უშიშროების საბჭომ დღემდე მიიღო 2,436 რეზოლუცია,⁹ საიდანაც მხოლოდ 10.2% დაიბლოკა ვეტოს საშუალებით. ერთი შეხედვით ვეტოდადებული რეზოლუციათა პროექტების პროპორცია შესაძლოა არ ჩანდეს საკმარისად დიდი შემფოთებისთვის, თუმცა მრავალი დაბლოკილი რეზოლუცია ათასობით სიცოცხლის გადარჩენის საქმეში მსოფლიოს მარცხს ასახავს.¹⁰ ეს ქვეთავი მიზნად ისახავს ვეტოს, როგორც უშიშროების საბჭოს ფარ-

თოდ დამკვიდრებული პრაქტიკის ნარმოჩენას. თუმცა, ზოგადად როდესაც ვსაუბრობთ უშიშროების საბჭოს უუნარობის მიზეზებზე მნიშვნელოვანია, რომ არ ვიხელმძღვანელოთ მხოლოდ ვეტოდადებული რეზოლუციების პროცენტული მაჩვენებლით, არამედ საჭიროა გამოვიკვლიოთ დაბლოკილი რეზოლუციების მიღმა არსებული მატერიალური შედეგები და ისტორიული კონტექსტი.

1.2.2 ვეტოს კლასიფიკაცია

ყოველი მუდმივი წევრის მიერ გამოყენებული ვეტოს რაოდენობა არის ლაკმუსის ტესტი მთავარი წინააღმდეგობრივი სახელმწიფოების გამოსავლენად.¹¹ მეორე მხრივ, წარდგენილი ვეტოების სიხშირე ნათლად ასახავს ყოველი ათწლეულის გლობალური პოლიტიკის ისტორიულ კონტექსტს. გაეროს ოფიციალური ვებ გვერდი და პატილის წიგნი ვეტოს მთავარი ასპექტების შესახებ იძლევიან დეტალურ ინფორმაციას უშიშროების საბჭოს შეხვედრების ჩანაწერებიდან. უშიშროების საბჭოს ისტორიაში პირველი ვეტო საბჭოთა კავშირმა 1946 წლის 16 თებერვალს გამოიყენა.¹² აღნიშნული ვეტო იყო 1946 წლის 4 თებერვალს ლიბანისა და სირიის დელეგაციების ხელმძღვანელი პირების მიერ გენერალური მდივნისთვის გაგზავნილი წერილის საპასუხო ქმედება. ორივე სახელმწიფო იშველიებდა გაეროს წესდების 34-ე მუხლს და გენერალურ მდივანს მიუთითებდასირიასა და ლიბანში ბრიტანული და ფრანგული ჯარების განლაგებაზე. ორივე სახელმწიფო გამოთქვამდა შემფოთებას 1945 წლის 13 დეკემბრის ფრანკო-ბრიტანული შეთანხმების შინაარსზე, რომელიც მათი აზრით ეწინააღმდეგებოდა გაეროს წესდებს. სირიამ და ლიბანმა მოითხოვეს უშიშროების საბჭოს მიერ რეკომენდაციის გაცემა ფრანკო-ბრიტანული ჯარების მიერ სირიისა და ლიბანის ტერიტორიების დაუყოვნებელი და სრული დატოვება.¹³ საბჭოთა კავშირმა რეზოლუციის პროექტს მხარი არ დაუჭირა პროექტში დაყენებული პრობლემის არსის ბუნდოვანების საფუძვლით. 1946 წლიდან 1955 წლის ჩათვლით საბჭოთა კავშირი ერთადერთი მუდმივი წევრი იყო, რომელიც იყენებდა ვეტოს; აღნიშნული ვეტოები ბლოკავდნენ გაეროში ახალი წევრების მიღებას.¹⁴ მოცემულ პერიოდში საბჭოთა კავშირმა ასევე დაბლოკა არაერთი

რეზოლუციის პროექტი, რომლებიც უკავშირდებოდა პოლიტიკურ შეკითხვებსა თუ სიტუაციებს, მაგალითად- შეკითხვა კორფუს არხის შესახებ.¹⁵ შეკითხვა ბერლინის კედლის შესახებ,¹⁶ ბერძნული საზღვრის ინციდენტები და პალესტინის სიტუაცია.¹⁷ ეს ათწლეული გამოირჩევა ვეტოებით, რომლებიც ეხება ორგანიზაციულ საკითხებსა და გაეროს ოპერაციებს.¹⁸ გვიანი 1950-იანი წლებიდან 1990-იან წლებამდე პოლიტიკურად მგრძობიარე საკითხების შესახებ არაერთი რეზოლუციის პროექტს დაედო ვეტო, მაგალითად: შეკითხვა პალესტინის შესახებ, რომელიც შეეხებოდა ისრაელის მიერ ეგვიპტეში განხორციელებული სამხედრო მოქმედებების შეწყვეტისთვის საჭირო ნაბიჯებს,¹⁹ სიტუაცია სამხრეთ როდეზიაში,²⁰ ბანგლადეშის მიღება გაეროში,²¹ ნამიბიის სიტუაცია.²² მსოფლიო რუკის დიდმა ცვლილებამ 1990-იან წლებში სათავე დაუდო გლობალური პოლიტიკის ახალ ეტაპს, რომელიც ხასიათდება მრავალმხრივი კონფლიქტებითა და კრიზისებით. საბჭოთა კავშირისა და იუგოსლავიის დაშლა მრავალი მოვლენითა და საერთაშორისო ურთიერთობებზე მნიშვნელოვანი ზეგავლენით გამოირჩა. ომები ყოფილ იუგოსლავიაში, ე.წ. არაბული ოკუპაცია, კონფლიქტები ახლო აღმოსავლეთში, პალესტინის საკითხი, აღმოსავლეთ ევროპული ომები და ტერორიზმი არის ის საკითხები, რომლებთან დაკავშირებითაც ვეტო გამოიყენეს.²³ ბუნებრივია, ეს არ არის ვეტოდადებული საკითხების ამომწურავი ჩამონათვალი, თუმცა მხოლოდ ეს სიაც საკმარისია იმაში დასარწმუნებლად, რომ ვეტო ეს არ არის ფრაგმენტული მოვლენა, არამედ, უშიშროების საბჭოს ფართოდ დადგენილი, სისტემური სახის პრაქტიკაა. ვეტოს კლასიფიკაციას ხშირად ვერ შევხვდებით ვერც დოკუმენტებში და ვერც ლიტერატურაში, თუმცა არსებობენ ცალკეული ავტორები და გაეროს ოფიციალური პირები, რომლებიც იყენებენ ვეტოს სხვადასხვა აღნიშვნას. პატილი გვთავაზობს ვეტოს შემდეგ კატეგორიებად დაყოფას: ღია ან რეალური ვეტო, ფარული ან არაპირდაპირი ვეტო, ხელოვნური ან დაკისრებული ვეტო, მხარდამჭერი ვეტო და ორმაგი ვეტო.²⁴ პატილი არ განმარტავს ღია ან რეალური ვეტოს მნიშვნელობას; რაც შეეხება ფარულ ან არაპირდაპირ ვეტოს ავტორი მაგალითად ასახელებს „ინიციატივას, რომე-

ლიც შეიძლება დაიდლოს კენჭისყრაზე უარყოფითიპოზიციის დაფიქსირების გარეშე, უშიშროების საბჭოს საკმარისი რაოდენობის წევრთა დარწმუნებით, რომ თავი შეიკავონ ან მხარი არ დაუჭირონ მას“.²⁵ გაეროს გენერალურმა მდივანმა დაგ ჰამმარსკიოლდმა გააუქმერა თავისი შემოფოთება 1950-იან წლებში ხელოვნური ან დაწესებული ვეტოების ახლადამოცნებული ტენდენციის შესახებ. მან განაცხადა:

„არსებობს „ხელოვნური“ და „დაწესებული“ ვეტოს პრობლემა, რომელიც გულისხმობს ამა თუ იმ ძალის მცდელობას განსაკუთრებული წონა შესძინოს საკუთარ თანხმობას იმ შეკითხვებზე, რომლებიც, ასე ვთქვათ უმრავლესობით უნდა გადაწყდეს“.²⁶

ეგრეთ ნოდებული მხარდამჭერი ვეტო გულისხმობს ისეთ შემთხვევას, როდესაც მუდმივი წევრი ბლოკავს რეზოლუციის პროექტს არამუდმივი წევრის სახელით.²⁷ ორმაგი ვეტო მიიჩნევა კენჭისყრის პროცედურის ერთ-ერთ ყველაზე პრობლემატურ ასპექტად.²⁸ ორმაგი ვეტო ოფიციალურად განიმარტება, როგორც „საშუალება, რომლითაც უშიშროების საბჭოს მუდმივი წევრი, ორი თანამიმდევრული ვეტოს გამოყენებით, ბლოკავს არსებითი მნიშვნელობის საკითხზე გადაწყვეტილების მიღებას“.²⁹ უფრო კონკრეტულად, „პირველი ვეტო ხელს უშლის შეკითხვის პროცედურულ საკითხად მიკუთვნებას, ხოლო მომდევნო ვეტო ბლოკავს თავად საკითხს“.³⁰ ვინაიდან დადგინდა, რომ ვეტო ეს არამხოლოდ ნორმატიული დოქტრინა, არამედ საერთაშორისო სამართლის სამწახარო რეალობაა დროა ვიმსჯელოთ ვეტოს უსაფუძვლოდ გამოყენების მიძიმე შედეგებზე.

1.3 უსაფუძვლო ვეტო, როგორც საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების დაცვის ბარიერი

1.3.1 უშიშროების საბჭოს შეზღუდვა სამართლით

ერთა ლიგის პერიოდში დამკვიდრებული ხმათა ერთობის ზოგადი წესი არ იყო გლობალური უსაფრთხოების დაცვის ეფექტიანი ინსტრუმენტი. თუმცა, როგორც ცალკეული ავტორები მიიჩნევენ ხმათა ერთობის წესს ვეტოზე ნაკლებ საზიანო ეფექტი გააჩნდა.³¹ თანამშრომლობისა და კონსენსუსის ასპექტები,³² რომლებსაც ეფუძნებოდა ხმათა ერ-

თობის წესი არ აძლევდა სანინალმდეგო პოზიციის მქონე სახელმწიფოს საშუალებას მისი ვალდებულებების შესრულებისაგან შეეზღუდა სხვა ქვეყანა.³³ უშიშროების საბჭოს სისტემაში მხოლოდ სახელმწიფოთა უმცირეს რაოდენობას გააჩნია საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების დაცვის ძალაუფლება, თუმცა დაცვის ეფექტურობის ხარისხი მეტად საკამათოა. შესაბამისად, ჩვენ, მსოფლიოს მოსახლეობას, როგორც საერთაშორისო უსაფრთხოებით მოსარგებლებს გვაქვს ლეგიტიმური უფლება, რომ მოვითხოვოთ უშიშროების საბჭოს უუნარობის შეწყვეტა და გაეროს წესდების მიზნისა და ობიექტის შესრულება.

გაეროს წესდების კონსტიტუციური რანგი შესაძლოა საკამათო იყოს,³⁴ თუმცა, არანაირ ეჭვს არ უნდა ბადებდეს საკითხი წესდება იურიდიული დოკუმენტია, თუ არა.³⁵ წესდებაში მოცემული თითოეული დებულება არის სამართლის ნაწილი; სამართლის ნაწილი იმდენად, რამდენადაც ისინი რეგულირდება სამართლით.³⁶ დებულებები იურიდიული ხასიათისაა იმდენად, რამდენადაც ყოველი მათგანი აწესებს განსაზღვრულ სამართლებრივ ვალდებულებას ხელშეკრულების წევრებისთვის; სხვა შემთხვევაში საერთაშორისო სამართალში დათქმის პრინციპი საერთოდ არ იარსებებდა.³⁷ უფრო მეტიც, წესდების დებულებები შესაბამის ორგანოებს გადასცემენ სათანადო ძალაუფლებასა და უნესებენ ვალდებულებებს.³⁸ წესდებაზე დაფუძნებული იურიდიული დებულებების სამართლებრივი ბუნება გულისხმობს, რომ იურიდიული ნორმა მის ადრესატს განსაზღვრული ვალდებულებებით ზღუდავს.³⁹ ამ აზრის მოწინააღმდეგეებმა შესაძლოა ეს განცხადება უშიშროების საბჭოს კონტექსტში არარელევანტურად ჩათვალონ, იმ მიზეზით, რომ საბჭო პოლიტიკური ორგანოა, რომელსაც პოლიტიკური მოქმედების ფართო დისკრეცია გააჩნია.⁴⁰ თუმცა, ისინი სავარაუდოდ იგულისხმებენ უშიშროების საბჭოს დისკრეციის ფარგლების განსაზღვრის სირთულეს. არსებობს რამდენიმე არგუმენტი, რომლებიც ადასტურებს, რომ უშიშროების საბჭოს პოლიტიკური ბუნება არ ათავისუფლებს მას წესდების იურიდიული დებულებების მხოლოდ ძალისგან. პირველი, საბჭოს პოლიტიკური ბუნება რელევანტური შეიძლება იყოს, რო-

დესაც მისი გადაწყვეტილების სამართლებრივ გადახედვაზე ვსაუბრობთ.⁴¹ სიტყვა „პოლიტიკური“ ხაზს უსვამს მხოლოდ ორგანოს სტრუქტურის ბუნებასა და საქმიანობის სფეროს.⁴² განურჩევლად იმისა ორგანო პოლიტიკურია, თუ არა ეს ვერ ცვლის იურიდიული დებულების მხოლოდ ბუნებას. სამართლებრივი ვალდებულების წარმოშობა არ არის დამოკიდებული ორგანოს პოლიტიკურ, თუ სამართლებრივ ბუნებაზე, არამედ-სადამფუძნებლო დოკუმენტის ფორმულირებებსა და მისი ადრესატისთვის დაწესებული ვალდებულებების ფარგლებზე. რაც შეეხება უშიშროების საბჭოს დისკრეციას, არც ეს გახლავთ შეუზღუდავი; „მიუხედავად იმისა, თუ რამდენად ფართოა მისი ძალაუფლება კონსტიტუციის ფარგლებში, უშიშროების საბჭო მაინც ექვემდებარება გარკვეულ კონსტიტუციურ შეზღუდვებს“.⁴³ დისკრეცია ზოგადად არ გულისხმობს ნებისმიერი სახის გადაწყვეტილების მიღებას, არამედ, ეს არის გადაცემული უფლების ფარგლებში ნებისმიერი გადაწყვეტილების მიღების თავისუფლება.⁴⁴ დისკრეცია უნდა გავიგოთ, როგორც განსაზღვრული უფლების ფარგლებში შესაძლებლობათა განხორციელება. ამდენად, უშიშროების საბჭოს დისკრეცია არ გულისხმობს, რომ საბჭო არ არის შეზღუდული წესდებაში არსებული სამართლებრივი ნორმებით. ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან დასკვნის სახით გამომდინარეობს, რომ უშიშროების საბჭოს პოლიტიკური ბუნებისა და დისკრეციის ფარგლების მიუხედავად, ორგანო შეზღუდულია წესდებით, მათ შორის, 27-ე მუხლით.⁴⁵

1.3.2 ვეტოს სამართლებრივი დასაბუთება

წესდების იურიდიული ნორმების მხოლოდ ბუნება თვალნათელია, თუმცა შედარებით ბუნდოვანია მოითხოვს თუ არა ვეტოს გამოყენება რაიმე სახის დასაბუთებას და უფრო კონკრეტულად, სამართლებრივ დასაბუთებას. გაეროს წესდების 27-ე მუხლი არ არის იმდენად კონკრეტული, რომ ამბობდეს მუხლის გამოყენების ფარგლებს, საკუთარ მიზნებსა და შეზღუდვის მოთხოვნებს. 1940-იანი წლებში გამოცემული კომენტარებიც კი დუმან ზემოხსენებულ არსებით ასპექტებთან და 27-ე მუხლის, როგორც პროცედურული ნორმის, კონტექსტთან დაკავშირებით.⁴⁶ უფრო მეტიც, ვეტოს გამოყენებასთან დაკავშირე-

ბული, არადა მფინანსებელი მთავრობების მე-სამე ქვეკომიტეტის მიერ დასმულ შეკითხვებზე პასუხები გაცემულია იმდაგვარად, რომ არსებით საკითხებს კვლავ არ მოეფინა ნათელი.⁴⁷ სხვადასხვა დროს სხვადასხვა სახელმწიფოები აჟღერებდნენ მონოდეტებს უფლებამოსილების გადაჭარბების გარეშე ვეტოს გამოყენებისა და გაეროს დემოკრატიზაციის შეფერხებისგან თავის შეკავების შესახებ.⁴⁸ სახელმწიფოთა ეს მოსაზრებები უფრო მეტად მორალურ-ეთიკურ საკითხებს ეფუძნება და მოკლებულია სამართლებრივ დასაბუთებას, რაც ნაკლებდამაჯერებელს ხდის ამ კონკრეტულ პოზიციას გაეროს წესდების კონტექსტში. 27-ე მუხლი განსაზღვრავს კენჭისყრის პროცედურას, მაგრამ მუხლი თავისი ბუნებით არ არის პროცედურული. 24-ე მუხლი ადგენს უშიშროების საბჭოს მთავარ ვალდებულებას, რომ დაიცვას საერთაშორისო მშვიდობა და უსაფრთხოება, რაც, თავის მხრივ, წესდების პირველი მუხლის პირველი პარაგრაფის მიხედვით გაეროს მიზანია. 24-ე მუხლით დადგენილი ვალდებულებების შესრულების გზა არის გადანყვეტილების მიღება კენჭისყრის პროცედურით, შესაბამისად 27-ე მუხლი წესდების მიზნისა და ობიექტის განხორციელების პრაქტიკული მექანიზმია. ამდენად, სახელმწიფოებს აქვთ ვალდებულება, რომ რეზოლუციის პროექტთან დაკავშირებული კენჭისყრისას მისი მხარდაჭერის ან წინააღმდეგის პოზიციის დაფიქსირებისას წარმოადგინონ სამართლებრივი დასაბუთება. კენჭისყრა გარკვეული პოზიციის ფორმალური დაფიქსირებაა,⁴⁹ ამდენად მხარდამჭერი ან წინააღმდეგის ხმა განყენებულად ვერ იქნება თავსებადი ან წინააღმდეგობაში მიზანთან და ობიექტთან. მხოლოდ სამართლებრივი დასაბუთების შესწავლა არის შესაძლებელი წესდების მიზანთან და ობიექტთან თავსებადობის ასპექტში. მიზანი და ობიექტი სამართლებრივი კატეგორიებია და წესდებიდან გამომდინარე ნებისმიერი ქმედება, რომელიც უზრუნველყოფს მათ პრაქტიკულ განხორციელებას, საჭიროებს სათანადო, დასაბუთებულ სამართლებრივ ახსნას. ანალოგიური პრინციპი მოქმედებს დათქმებთან მიმართებითაც, როდესაც მათზე დათანხმება ან მათი უარყოფა ავტომატურად არ ხდება; არამედ, მიზანთან და ობიექტთან კავშირის დასადგენად დათქმის ფორმულირე-

ბას ფრთხილად ვიკვლევთ.⁵⁰ იგივე მიდგომა გამოიყენება 27-ე მუხლთან მიმართებითაც და კენჭისყრის დროს მიცემული ნებისმიერი ხმის გაეროს წესდების მიზანთან და ობიექტთან თავსებადობაც დეტალურად უნდა იყოს გამოკვლეული.

რეზოლუციის პროექტთან დაკავშირებული კენჭისყრის დროს მომხრის ან წინააღმდეგის პოზიციის დაფიქსირებისას სამართლებრივი დასაბუთების წარდგენა პირველი ეტაპია, რომელსაც მოსდევს საფუძვლიანობის ტესტი. ვეტოს საფუძვლიანობის შესამოწმებლად აუცილებელი სტანდარტი (იდენტური სტანდარტი გამოიყენება მომხრეს ხმის დაფიქსირების დროსაც) ძალიან მარტივია: გაეროს წესდების მიზანთან და ობიექტთან შესაბამისობა. ვეტოს ახსნისთვის მოხმობილი სამართლებრივი არგუმენტის ვალიდურობა მისი წესდების პირველ მუხლთან შესაბამისობის გამოკვლევის შემდგომ უნდა დადგინდეს. მიზანთან და ობიექტთან შესაბამისობა თავის მხრივ, სამართლებრივი დასაბუთების განმარტების გზით ხერხდება.

1.3.3 ვეტოს გამოყენების მახასიათებლები

ახალი წევრების მიღებასთან დაკავშირებით გაჩაღებული პოლიტიკური პინგ-პონგი მეორე მსოფლიო ომის შემდგომი გაეროს განუყოფელი ნაწილი გახლდათ. ეს პერიოდი გამოირჩევა არაერთი საფუძვლიანი თუ უსაფუძვლო ვეტოთი. მიუხედავად ავსტრიის მიმართ საბჭოთა კავშირის პოლიტიკური მოტივაციისა საბჭოთა კავშირის ვეტო, მისი სამართლებრივი დასაბუთებულობის თვალსაზრისით, ნამდვილად საინტერესოა. საბჭოთა კავშირის წარმომადგენელი აღნიშნავს, რომ ავსტრიის ოკუპაცია ქვეყნის დამოუკიდებელ, სუვერენულ სახელმწიფოდ მიკუთვნებისათვის ბარიერია, შესაბამისად ქვეყნის მიღება გაეროში შეუძლებელია.⁵¹ თუმცა, 1949 წელს ამ დასაბუთებას არანაირი საერთო არ აქვს სამართლებრივ ლოგიკასთან. იტალიის, ფინეთის, ირლანდიის, ავსტრიისა და ცვილონის წევრად მიღების დაბლოკვის შემდეგ საბჭოთა დელეგატმა განაცხადა, რომ არ დაექვემდებარებოდა დასავლეთის დისკრიმინაციულ პოლიტიკას ალბანეთის, რუმინეთის, მონღოლეთის, ბულგარეთისა და უნგრეთის წევრობის საკითხზე.⁵² 1980-იან წლებში შეერთებულმა შტატებმა ვეტო დაადო ნიკარაგუაში

არსებულ სიტუაციასთან დაკავშირებულ რეზოლუციებს და ორ მათგანზე ყურადღების გამახვილება განსაკუთრებით საინტერესოა გამოყენებული ფორმულირებების გამო. გენერალური მდივნის მიერ წარდგენილი წერილის საპასუხოდ აშშ-ის წარმომადგენელი აღნიშნავს, რომ რეზოლუციის პროექტში ნახსენები პრობლემები ბუნდოვანია და ადეკვატურად არ აღწერს რეალობას.⁵³ ეს ახსნა დაშორებული კანონიერებას და გამოყენებულ წინადადებებში არ ჩანს არანაირი მინიშნება გაეროს მიზანსა და ობიექტზე. ამისგან განსხვავებით, იმავე საკითხზე 1984 წელს წარდგენილ ვეტოში აღნიშნულია, რომ რეზოლუციის პროექტი ვერ უზრუნველყოფს რეგიონში მშვიდობის დადგენასა და შენარჩუნებას. განურჩევლად წინადადების ფაქტობრივი სისწორისა, თავად დასაბუთება სამართლებრივია და ყურადღება გამახვილებულია მშვიდობასა და უსაფრთხოებაზე.⁵⁴ სირიის კრიზისთან დაკავშირებული ვეტოები ასევე მნიშვნელოვანია მათში გამოყენებული წინადადებების გამო. რუსეთმა და ჩინეთმა დაბლოკეს ყველა რეზოლუციის პროექტების მიღება, თუმცა მათი ყველა ვეტო არ არის სამართლებრივად დასაბუთებული. ერთი მხრივ სახელმწიფოები იშველიებდნენ სუვერენული თანასწორობის პრინციპსა და დავის მშვიდობიან გადაწყვეტას,⁵⁵ მეორე მხრივ მონინაალმდევე სახელმწიფოები ბლოკავდნენ რეზოლუციის პროექტებს რეალობის არაადეკვატური ასახვისა და ე.წ. მიკერძოებული მიდგომის საფუძველით.⁵⁶

მაკედონიაში მშვიდობისმყოფელთა ოპერაციის ვადის გახანგრძლივების საკითხზე ჩინეთის ვეტო ასევე ძალიან საკამათოა და გამოიწვია არაერთი შეკითხვა მის კანონიერებასთან დაკავშირებით. მშვიდობის მყოფელთა ოპერაციის გახანგრძლივებაზე უარი, მაშინ, როდესაც თავად მასპინძელი სახელმწიფო ითხოვს ამას მოკლებულია სამართლებრივ საფუძვლიანობას და აჩენს კითხვის ნიშნებს ვეტოს ლეგიტიმურობასთან დაკავშირებით.⁵⁷ ისეთი სამართლებრივი არგუმენტის მოხმობა, რომელიც მითითებას აკეთებს წესდების მიზანსა და ობიექტზე არ არის თავისთავად საკმარისი საფუძველი ვეტოს საფუძვლიანად მიჩნევისათვის. სამართლებრივი არგუმენტაციის თანამიმდევრულობა და ფაქტობრივი გარემოებების ადეკვატური

შეფასება არის ის ორი ძირითადი მახასიათებელი, რომლებსაც ასევე განსაკუთრებული დატვირთვა აქვთ. არ არსებობს წინასწარ დადგენილი სტანდარტი ვეტოს საფუძვლიანობის განსაზღვრისთვის გარდა დასაბუთების კანონიერებისა და არგუმენტაციის თავსებადობისა გაეროს წესდების მიზანთან და ობიექტთან.

1.3.4 შეუზღუდავი ვეტო და უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება

უსაფუძვლო ვეტო საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების დაცვის ბარიერია და არსებობს შეზღუდვები, რომლებსაც უშიშროების საბჭოს ყველა წევრი უნდა დაემორჩილოს. თუ ჩავთვლით, რომ 27-ე მუხლს არ გააჩნია ფარგლები, ამ შემთხვევაში ჩვენ უგულვებელყოფთ წესდების მიზნისა და ობიექტის მნიშვნელობას. შეუზღუდავი ვეტოს პრეზუმცია გამორიცხავს საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების დაცვას. თუ საფუძვლიანობის სტანდარტი არ იარსებებს ნორმატიულ დონეზეც კი შეუძლებელი იქნება გაეროს მიზნების შესრულება. ეს განმარტება ის აუცილებელი მინიმუმია, რომელიც საჭიროა იურიდიული ნორმისთვის პრაქტიკული ეფექტის მისანიჭებლად.⁵⁸ მოქმედების ძალაუფლების მინიჭება არ გულისხმობს ნორმის აღჭურვას მაქსიმალური ეფექტის შესაძლებლობით,⁵⁹ არამედ, მის დაცვას ბათილობისგან/ სამართლებრივი ძალის არქონისგან.

უსაფუძვლო ვეტო ასევე უნდა შეფასდეს, როგორც ძალაუფლების ბოროტად გამოყენება. კონცეფცია *abus de droit* ფართოდ აღიარებულია საერთაშორისო სამართლის მბოჭავ ნორმად.⁶⁰ კონცეფცია მიუთითებს ისეთ სიტუაციებზე, სადაც უფლება ფორმალურად ხორციელდება იმ პირობების შესაბამისად, რომლებიც უფლებალმჭურველ ნორმაშია განსაზღვრული, მაგრამ დგება ნორმის ობიექტის საწინააღმდეგო შედეგი.⁶¹ შესაბამისად, კონკრეტული ქმედების განხორციელების სამართლებრივი საფუძველი აუცილებელი, მაგრამ არასაკმარისი წინაპირობაა ქმედების შედეგების გამართლებისათვის. უშიშროების საბჭოს ყოველი მუდმივი წევრი ბოროტად იყენებს საკუთარ უფლებამოსილებას საკუთარი უფლების იმდაგვარი რეალიზებისას, რომელიც არამუდმივ წევრებს უზღუდავს

მათი უფლების გამოყენებას.⁶²მათი უფლებების განხორციელება კეთილი მიზნის გარეშე, თვითნებურად და გონივრულობის ფარგლებს მიღმა, გამორიცხავს აქტის კანონიერებას.⁶³მუდმივ წევრებს გააჩნიათ საკუთარი პასუხისმგებლობების კეთილსინდისიერად შესრულების ვალდებულება;⁶⁴ ეს ვალდებულება, მათ შორის, მოიცავს 24-ე და 27-ე მუხლებსაც. ძალაუფლების ბოროტად გამოყენების პრინციპი კეთილსინდისიერების პრინციპის დამატებაა: ის აწესებს თამასას, სადაც კეთილსინდისიერების ნაკლებობით ირღვევა საერთაშორისო სამართალი პასუხისმგებლობის თანამდევნი შედეგებით.⁶⁵

1.4 უსაფუძვლო ვეტო, როგორც გაეროს წესდების 24-ე მუხლის დარღვევა

უსაფუძვლო ვეტო არ აზიანებს მხოლოდ გაეროს მიზანსა და ობიექტს, არამედ ის არღვევს სუვერენული თანასწორობის ფუნდამენტურ პრინციპს.⁶⁶ თუ წესდების შემდგენელთა გულწრფელობას ვენდობით, მუდმივი წევრობა შემუშავდა უშიშროების საბჭოს ეფექტურობისა და გადანაცვლებების მიღების პროცედურის მოქნილობის უზრუნველსაყოფად.⁶⁷ ხმათა ერთობის პრინციპის უპირატესობები ერთა ლიგის უუნარობამ გადაფარა; ხოლო, გადანაცვლებების მიღების ვერტიკალური პრინციპი იმედგაცრუებული საერთაშორისო საზოგადოებისთვის შვების მომგვრელი უნდა ყოფილიყო, თუმცა, როგორც წინა ქვეთავებში გამოიკვეთა, ვეტოს ძალაუფლებამ ახალი სადარდებელი გააჩინა. თუ დავუშვებთ გაეროს წესდების დებულებების კატეგორიზაციას პირველ და მეორეხარისხოვან ნორმებად, ამ შემთხვევაში, სუვერენული თანასწორობის პრინციპი უნდა მივიჩნიოთ წესდების მთავარ მამოძრავებლად. ამდენად, მნიშვნელოვანია დავადგინოთ, თუ როგორ არღვევს უსაფუძვლო ვეტო სუვერენულ თანასწორობას.

სუვერენული თანასწორობა საერთაშორისო სამართალში სახელმწიფოს საყოველთაოდ აღიარებული ორი მახასიათებლის ერთობლიობაა – სახელმწიფოს სუვერენულობისა და სახელმწიფოთა თანასწორობის.⁶⁸ თანასწორობა სუვერენულობისგან გამომდინარეობს,⁶⁹ თუმცა მხოლოდ მათი სინთეზი ქმნის საერთაშორისო სამართლის ამ უნიკალურ კონცეფციას. სუვერენულობა და თა-

ნასწორობა ტერმინის ნეგატიურ და პოზიტიურ ასპექტებად უნდა მივიჩნიოთ. სიტყვა სუვერენულობა აღნიშნავს სახელმწიფოს ავტორიტეტს, დამოუკიდებლად მართოს საკუთარი თავი სხვა სახელმწიფოს ჩარევის გარეშე.⁷⁰ ხოლო, თანასწორობა გულისხმობს თანასწორობის მდგომარეობას,⁷¹ სახელმწიფოს უფლებას სხვა სახელმწიფოებმა მიიჩნიონ თანასწორ პარტნიორად და საერთაშორისო სამართლებრივი ურთიერთობების თანასწორ წევრობას. სუვერენული თანასწორობის პრინციპი უპირისპირდება არსებითი მნიშვნელობის ძალთა დისბალანსს საერთაშორისო არენაზე.⁷² არაერთი ამ მოსაზრებათაგან აისახა დოკუმენტში სახელწოდებით „გაეროს წესდების შესაბამისად სახელმწიფოთა მეგობრული ურთიერთობისა და თანამშრომლობის შესახებ საერთაშორისო სამართლის დეკლარაცია“.⁷³ დოკუმენტმა განამტკიცა გაეროს სულისკვეთება და განსაზღვრა ორგანიზაციის ვექტორები.

სუვერენულ თანასწორობას რამდენიმე განხრა აქვს, ერთ-ერთი მათგანი დაკავშირებულია სახელმწიფოს თანხმობასთან, საერთაშორისო სამართლის ფუნდამენტურ პრინციპთან.⁷⁴ ავტორების ნაწილი აკრიტიკებს სახელმწიფოს თანხმობის კონცეფციას ნორმის ფორმირების პროცესთან დაკავშირებული ნიუანსების გამო,⁷⁵ თუმცა, თანხმობა საერთაშორისო სამართლებრივ ურთიერთობაში სახელმწიფოს ჩართულობის ერთადერთი ოპერაციული/მამოძრავებელი მექანიზმია და ნებისმიერი წესის საერთაშორისო სამართლის ნორმად აღიარების გარდაუვალი ეტაპია.⁷⁶ სახელმწიფოს თანხმობა ეს არის სუვერენული სახელმწიფოს სურვილის გამოხატვა შეიბოჭოს ან არ შეიბოჭოს თავი კონკრეტული სახელშეკრულებო ვალდებულებით.⁷⁷ სუვერენიტეტის თვით-შეზღუდვა გლობალური საერთაშორისო ურთიერთობის, განსაკუთრებით კი ევროპის რეგიონალური მმართველობის განუყოფელი ნაწილი გახდა. სუვერენიტეტის თვითშეზღუდვა ლოგიკურად განპირობებული უნდა იყოს შესაბამისი სარგებლის მიღების მოლოდინით. რამდენადაც შეხვედრების ჩანაწერებიდან გახდა ცნობილი,⁷⁸ ვეტოს იდეის მიმართ არ არსებობდა საბჭოს არამუდმივ წევრთა კეთილგანწყობა. თუმცა, როგორც ნებაყოფლობითი პოლიტიკური კომპრომისის ან დიდი ძალისადმი სა-

ვალდებულო მორჩილების შედეგი, წესდების ფორმულირებებთან დაკავშირებით შედგა შეთანხმება. საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების დაცვის ექსკლუზიურად გადაცემული ძალაუფლება არ არის უშიშროების საბჭოს ცალმხრივი პრივილეგია, არამედ ეს არის ორმხრივი ურთიერთვალდებულება ორგანოსა და გაეროს ყოველ წევრს შორის. გაეროს წესდების 24-ე და 25-ე მუხლები დამოუკიდებელი იურიდიული დებულებებია, კერძოდ, ნორმები ადგენენ ერთობლივ უფლებებსა და ურთიერთვალდებულებებს უშიშროების საბჭოსა და გაეროს წევრებს შორის. 24-ე მუხლის პირველი პუნქტის მიხედვით:

„გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის სწრაფ და ეფექტურ ქმედებათა უზრუნველსაყოფად მისი წევრები აკისრებენ უშიშროების საბჭოს ძირითად პასუხისმგებლობას საერთაშორისო მშვიდობისა და უშიშროების მხარდასაჭერად და თანხმდებიან იმაზე, რომ ამ პასუხისმგებლობიდან გამომდინარე მისივალდებულებების შესრულებისას უშიშროების საბჭო მათი სახელით მოქმედებს“.

25-ე მუხლი ადგენს, რომ: „ორგანიზაციის წევრები თანხმდებიან, წინამდებარე წესდების შესაბამისად, დაემორჩილონ უშიშროების საბჭოს გადაწყვეტილებებს და შეასრულონ ისინი“. აღნიშნული ფორმულირებები სუვერენიტეტის თვითშეზღუდვის ნათელი განსახიერებაა, როდესაც სახელმწიფოები უშიშროების საბჭოს აღჭურავენ საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების დაცვის ექსკლუზიური ძალაუფლებით და სახელმწიფოებს აქვთ გადაცემული ვალდებულებების ჯეროვანი შესრულების მოლოდინი. როგორც 24-ე მუხლი ადგენს, უშიშროების საბჭო ფლობს არა უფლებას, არამედ მსოფლიოში მშვიდობის დაცვის ვალდებულებას. ამდენად, ნებისმიერი უსაფუძვლო ვეტო არღვევს 24-ე მუხლის მიზანს და ზიანს აყენებს გაეროს წევრების სუვერენულ თანასწორობას. არსებობს სუვერენულობის ოთხი ვალდებულება, რომლებიც კავშირშია ზემოაღნიშნულ უფლებებთან: სხვა სახელმწიფოთა და სახელმწიფოს წარმომადგენელთა იმუნიტეტი სხვა მართლმსაჯულების წინაშე; საერთაშორისო სამართლის პატივისცემა და თანამშრომლობის ვალდებულება; ჩარევის აკრძალვა; დავის მშვიდობიანი გადაწყვეტის ვალდებულებ

ბა.⁷⁹ გაეროს საერთაშორისო სამართლებრივ პერსონალურობაზე ზიანის მიუყენებლად, ყოველი მუდმივი წევრი, რომელიც იყენებს უსაფუძვლო ვეტოს უნდა მიეცეს პასუხისმგებლობაში საერთაშორისო სამართლის დარღვევისთვის. სუვერენულ თანასწორობას ფართო მორალური და პოლიტიკური კრიტიკა ახლავს,⁸⁰ თუმცა ეს სექცია მიზნად ისახავდა მხოლოდ პრინციპის დარღვევის იდენტიფიცირებას უსაფუძვლო ვეტოს კონტექსტში.

2. პირობა შეზღუდვა

2.1. ვეტოს პრაქტიკული ეფექტის შეზღუდვის სამართლებრივი საფუძველი

წინა თავმა ნათელი მოჰყვინა უსაფუძვლო ვეტოს, როგორც ძალაუფლების ბოროტად გამოყენების მაგალითის დეტალებს; მაგრამ რა შედეგი მოჰყვება დარღვევას? როგორც უკვე გამოჩნდა, უსაფუძვლო ვეტოს გამოყენება მოკლებულია კეთილსინდისიერებას, უფრო მეტიც, ეს არის ღიად ძალაუფლების ბოროტად გამოყენება, რომელიც მიზნად ისახავს ერთადერთს, გამოკვეთილად ავნოს საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების დაცვის ინტერესს. უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენებას შესაძლოა მოჰყვეს საერთაშორისო პასუხისმგებლობა, როდესაც ერთი სახელმწიფოს ქმედებები ზიანს აყენებს სხვა სახელმწიფოს ინტერესებს.⁸¹ სულ მცირე სირიის კრიზისი აჩვენებს, რომ რუსეთის ფედერაცია და სირიის დე იურე მთავრობა ალიანსში არიან, რაც გამორიცხავს სირიის ამჟამინდელი მთავრობის მიერ რუსეთის ფედერაციის მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლოში „წარდგენას“. ეს გახლავთ უფლებამოსილების გადამეტების კონცეფციის ქმედითობის ერთ-ერთი ხარვეზი უსაფუძვლო ვეტოს კონტექსტში. ძალაუფლების ბოროტად გამოყენებას ზოგადად შესაძლოა მოყვეს კომპენსაციის დაკისრება,⁸² თუმცა ამის პრაქტიკული განხორციელების შესაძლებლობა უსაფუძვლო ვეტოს კონტექსტში საკმაოდ საკამათოა. მ5-ის მიერ ჩამოყალიბებული უსაფუძვლო ვეტოს გამოყენების პრაქტიკა არ არის იმის მიმანიშნებელი, რომ მუდმივი წევრები დაეთანხმებიან მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლოს განსჯადობას უსაფუძვლო ვეტოსთან დაკავშირებულ საკითხებზე.

სახელმწიფოს პასუხისმგებლობის პრობლემა არასაკმარის სამართლებრივ საფუძვლებს არ უკავშირდება, არამედ ის განპირობებულია მ5-ის საერთაშორისო მართლმსაჯულების წინაშე წარდგენის ქმედითი ასპექტების ნაკლებობით. გაეროს გენერალური ასამბლეის რეზოლუცია 377 (V) – „გაერთიანება მშვიდობისთვის“ გაერომ გენერალურ ასამბლეაზე 1950 წლის 3 ნოემბერს მიიღო 52 ხმით ხუთის წინააღმდეგ, ხოლო ორმა სახელმწიფომ თავი შეიკავა ხმის მიცემისგან.⁸³ რეზოლუციის მიღებაიყო პასუხი საბჭოთა სტრატეგიაზე, რომელიც ბლოკავდა კორეის რესპუბლიკის წინააღმდეგ კორეის დემოკრატიული სახალხო რესპუბლიკის სამხედრო ძალების მიერ წარმოებული აგრესიისგან დასაცავად უშიშროების საბჭოს მიერ გამოსაყენებელი შესაბამისი დაცვის საშუალებების განსაზღვრას.⁸⁴ რეზოლუციის საკვანძო კონცეპტუალური ასპექტია გენერალური ასამბლეის ნახალისება, რომ დაიცვას საერთაშორისო მშვიდობა და უსაფრთხოება, როდესაც უშიშროების საბჭო ვერ გაართმევს ამას თავს:

რეზოლუცია განსაზღვრავს, რომ თუ უშიშროების საბჭო, მუდმივ წევრთა ხმათა ერთიანობის არარსებობის გამო, ვერ გაართმევს თავს საკუთარი მთავარი ვალდებულების განხორციელებას – საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების დაცვას ნებისმიერ შემთხვევაში, სადაც წარმოიშვება მშვიდობის საფრთხე, დაირღვევა მშვიდობა ან მოხდება აგრესიის აქტი, გენერალურმა ასამბლეამ დაუყოვნებლივ უნდა განიხილოს საკითხი წევრებისათვის კოლექტიურ მექანიზმებთან დაკავშირებული სათანადო რეკომენდაციების გაცემის შესახებ. ხოლო, მშვიდობისათვის საფრთხის შექმნის, მშვიდობის დარღვევის ან აგრესიის ატის ჩადენის შემთხვევაში, მათ შორის, საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების აღდგენის მიზნით შეიარაღებული ძალების გამოყენების შესახებ.⁸⁵

რეზოლუციის უმთავრესი მიღწევაა უშიშროების საბჭოს მშვიდობის დაცვის მექანიზმებისთვის გვერდის ავლა, მას შემდეგ, რაც ორგანო ვერ შეასრულებს საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების დაცვის ვალდებულებას. რეზოლუციების განსაკუთრებული ნიუანსია 377 რეზოლუციის საფუძველზე საერთაშორისო მშვიდობის აღდგენის მიზნით იძულების მექანიზმების გამოყენება.

კორეის შემთხვევა იყო ისტორიაში პირველი, როდესაც გენერალურმა ასამბლეამ რეკომენდაცია გასცა იძულების მექანიზმების გამოყენებაზე.⁸⁶ სუეცის არხის კრიზისის დროს გენერალურმა ასამბლეამ თხოვნით მიმართა გენერალურ მდივანს მშვიდობისმყოფელთა ძალის დაფუძნების შესახებ.⁸⁷ გენერალურმა ასამბლეამ მოუწოდა ყველა სახელმწიფოს, რომ „სამხრეთ აფრიკის მიერ საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოებისთვის შექმნილი საფრთხის გამო დაუწესდეს ამ ქვეყანას სრულყოფილი სავალდებულო სანქციები, ნესდების დებულებების შესაბამისად“.⁸⁸

„გაერთიანება მშვიდობისთვის“ კონცეფციის შესახებ მნიშვნელოვანი შეხედულებები წარმოადგინა მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლომ ე.წ. კედლის შესახებ საკონსულტაციო მოსაზრებაში. გენერალური ასამბლეის პრაქტიკა, რომ საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების დაცვის საკითხზე გასცეს რეკომენდაციები, მაშინაც კი, თუ საკითხი უშიშროების საბჭოს დღის წესრიგში რჩება, ჩაითვალა გაეროს წესდების მე-12 მუხლის პირველი პარაგრაფის შესაბამისად.⁸⁹ თუმცა, აღნიშნული მოსაზრება ტოვებს საკმარის სივრცეს „გაერთიანება მშვიდობისთვის“ კონცეფციის კრიტიკისათვის, უმეტესად კი იმის გამო, რომ სასამართლომ არ იმსჯელა თავად კონცეფციის ზოგად საფუძვლიანობაზე. ტომუშატი „გაერთიანება მშვიდობისთვის“ კონცეფციის ხარვეზს თავად გაეროს გენერალური ასამბლეის 377 (V) რეზოლუციის შიგნით ნახულობს, იძულების მექანიზმებთან დაკავშირებით რეკომენდაციის გაცემის ნაწილში.⁹⁰ ჰაილბრონერი და კლანი მისგან განსხვავებით „აღსრულების ქმედებებს“ განსაზღვრავენ მათი მბოჭავი ბუნების მიხედვით და ადგენენ, რომ გენერალური ასამბლეა არ არის შეზღუდული იძულების მექანიზმების რეკომენდაციისგან.⁹¹ ტომუშატის ნაშრომის აკადემიური ღირებულებისთვის ჩრდილის მიუყენებლად ხაზი უნდა გაესვას ერთ ასპექტს: რეზოლუციების მიღების ფართო პრაქტიკა, მათ შორის, იძულების მექანიზმების გამოყენების შესახებ რეკომენდაციის გაცემით,⁹² რომელიც დაფუძნებულია „გაერთიანება მშვიდობისთვის“ კონცეფციაზე, ხაზს უსვამს სახელმწიფოების მიერ 377-ე რეზოლუციის სამართლებრივი ღირებულების გაზიარებას.⁹³

მართლმსაჯულების საერთაშორისო სამართლომ თავის საკონსულტაციო დასკვნაში შემოგვთავაზა ფართო მსჯელობა გაეროს ორგანოების მიერ საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების აღსრულების მიზნით იძულების ქმედებების მოთხოვნის ფარგლების შესახებ:

გადაცემული ვალდებულება „ძირითადია“, თუმცა არა ექსკლუზიური. ეს ძირითადი ვალდებულება გადაცემულია უშიშროების საბჭოსთვის, როგორც ეს 24-ე მუხლშია განსაზღვრული „სწრაფი და ეფექტური მოქმედების უზრუნველსაყოფად“. ამ თვალსაზრისით, სწორედ უშიშროების საბჭოს აქვს მინიჭებული უფლებამოსილება, რომ დაადგინოს თავსებადობის მკაფიო ვალდებულებები, მაგალითად, ის გამოსცემს ბრძანებას ან ორდერს აგრესორის მიმართ მე-7 თავის ფარგლებში. მხოლოდ უშიშროების საბჭოს შეუძლია მოითხოვოს აღსრულება აგრესორის წინააღმდეგ იძულების მოქმედებით.⁹⁴

ვეტოს შეზღუდვის პრაქტიკული გავლენა უნდა გავიგოთ, როგორც ნებისმიერი მექანიზმი, რომელიც უსაფუძვლო ვეტოს არ მისცემს გაეროს მიზნისა და ობიექტის დაზიანების შესაძლებლობას. გაეროს წესდება არ ამბობს, რომ მისი მიზანი და ობიექტი უშიშროების საბჭოს მშვიდობისა და უსაფრთხოების დაცვაა, არამედ ორგანიზაციის მიერ მშვიდობისა და უსაფრთხოების დაცვა გლობალურად. ბუნებრივია 24-ე მუხლი ადგენს საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების დაცვას უშიშროების საბჭოს ძირითად ვალდებულებად, თუმცა, როგორც აღინიშნა, ძირითადი არ გულისხმობს ექსკლუზიურს. უშიშროების საბჭოსთვის ორგანიზაციის ძირითადი ვალდებულების დაცვის გადაცემა, როგორც წინა თავში ითქვა, განპირობებული იყო ორგანიზაციის ეფექტიანობის მოტივით. შესაბამისად, ერთი ორგანოს მარცხი მიზნისა და ობიექტის შესრულებისას არ იწვევს სხვა ორგანოსთვის მარცხის ვალდებულებას.

წესდების მე-14 მუხლი უნდა ჩაითვალოს „გაერთიანება მშვიდობისთვის“ რეზოლუციის მიღების სამართლებრივ საფუძვლად; თუმცა, მხოლოდ მშვიდობიანი საშუალებების გამოყენების შესაძლებლობით არის შეზღუდული მუხლი ტექსტური ინტერპრეტაციით. მე-10 მუხლი ასევე შეიძლება მივიჩნიოთ კონცეფციის გამოყენების სამართლებრივ სა-

ფუძვლად, თუმცა ნორმა საკმაოდ ზოგადია და მოიცავს გენერალური ასამბლეის ფართო კომპეტენციას, რომ განიხილოს წესდებიდან გამომდინარე ნებისმიერი კითხვა ან საკითხი. მე-11 მუხლის პირველი პარაგრაფი სპეციფიურად აღნიშნავს გენერალური ასამბლეის კომპეტენციას განიხილოს საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოებასთან კავშირში მყოფი საკითხები. აღნიშნული მუხლი გახლავთ კონცეფციის გამოყენებისთვის ყველაზე თვალსაჩინო სამართლებრივი წინაპირობა და მუხლის მეორე პარაგრაფში განერილი შეზღუდვები ზოგადად არ უნდა გახდეს გენერალური ასამბლეის დამაბრკოლებელი რეკომენდაციის გაცემის თვალსაზრისით.

დასკვნა

სტატიაში აღინიშნა, რომ უშიშროების საბჭოს მუდმივი წევრების მხრიდან უსაფუძვლო ვეტოს გამოყენების შეუზღუდავი ძალაუფლება ასუსტებს გაეროს მხრიდან საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოების დაცვის შესაძლებლობას. უფრო მეტიც, უსაფუძვლო ვეტო ზიანს აყენებს წესდების 24-ე მუხლის სულისკვეთებასა და ლახავს სუვერენული თანასწორობის პრინციპს. მოცემული ნაშრომიმხარს უჭერს ვეტოს პრაქტიკული ეფექტის შეზღუდვის კანონიერების იდეას. სტატიის მიზანი გახლდათ სამართლებრივი საფუძვლებისა და პრაქტიკული შესაძლებლობების შედეგების ჩვენება ვეტოს შეზღუდვის ასპექტში. ვეტოს კონცეფცია სხვადასხვა კუთხით იყო განხილული; ვეტოს ნორმატიული, ისევე, როგორც პრაქტიკული ასპექტები იყო გამოკვლეული არსებული პრაქტიკის ქრილში.

ვეტოები, რომლებიც არ იძლევიან სამართლებრივ დასაბუთებას და ეწინააღმდეგებიან წესდების მიზანსა და ობიექტს ხვდებიან უსაფუძვლო ვეტოს კლასიფიკაციაში. ამ სტატიის მთავარი იდეა იყო უსაფუძვლო ვეტოს გამოყენებით წესდების მუხლებისა და საერთაშორისო სამართლის მრავალი პრინციპის დარღვევის დემონსტრირება. არსებობს საკმარისი თეორიული საფუძველი უსაფუძვლო ვეტოს გამოყენების შემთხვევაში მ5-ის პასუხისმგებლობის, თუმცა როგორც ვაჩვენე მ5-ის პასუხისმგებლობა მიუღწეველი მიზანია. ამდენად, ნაშრომში ხაზგასმულია ვეტოს პრაქტიკული ეფექტის შეზღუდვის ის

იდებები, რომლებიც უფრო მეტად ქმედითი და რეალისტურია. უშიშროების საბჭოს ამჟამინდელი პრაქტიკა არ იძლევა უკეთესი, უფრო მშვიდობიანი მომავლის იმედს, ამდენად გენერალური ასამბლეის პასუხისმგებ-

ლობაა, რომ გადადგას ნაბიჯები ერთი მხრივ სტატუს-კვოს შესაცვლელად, ხოლო, მეორე მხრივ უშიშროების საბჭოს მოქმედებებისა და გაეროს მიზნისა და ობიექტის დასაახლო-ვებლად.

-
- * თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის დოქტორანტი საერთაშორისო სამართლის მიმართულებით. ავტორი მადლობას უხდის ჟურნალის სარედაქციო კოლეგიას პროფესორ ქეთევან ხუციშვილის ხელმძღვანელობით და ამ სტატიაზე მუშაობისას განეული დახმარებისათვის-პროფესორ ანდრე დე ჰუსს. ეს სტატია არის ავტორის სამაგისტრო ნაშრომის (გრონიგენის უნივერსიტეტი) გადაკეთებული ვერსია.
- 1 Declaration of Principles, known as the Atlantic Charter, by the Prime Minister of the United Kingdom and the President of the United States of America, made public on August 14th, 1941 (Adopted 14 August 1941) 204 LNTS 384 principle 6.
 - 2 Cot P.J. *United Nations, Reform* (2010) MPEPIL, ხელმისაწვდომია <<http://opil.ouplaw.com.proxy-ub.rug.nl/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e543?rskey=xxozjU&result=3&prd=EPIL>> ბოლოს ნანახია 28 ივნისს 2017, სექცია 6.
 - 3 Felix A, *Tehran Conference(1943)*, (2009) MPEPIL, ხელმისაწვდომია: <<http://opil.ouplaw.com.proxy-ub.rug.nl/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e416?rskey=f6otRt&result=26&prd=EPIL>> ბოლოს ნანახია 28 ივნისს 2017, სექცია 8.
 - 4 Frowein J.A. *United Nations (UN)* (2013) MPEPIL, ხელმისაწვდომია:<<http://opil.ouplaw.com.proxy-ub.rug.nl/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e537?rskey=f6otRt&result=25&prd=EPIL>> ბოლოს ნანახია 28 ივნისი 2017, სექცია 2.
 - 5 Charter of the United Nations (Adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945) ხელმისაწვდომია< <http://www.un.org/en/sections/un-charter/chapter-i/index.html> >ბოლოს ნანახია 28 ივნისს 2017 მუხლი 1(1).
 - 6 Wood M. *United Nations, Security Council* (2007) MPEPIL, ხელმისაწვდომია: <<http://opil.ouplaw.com.proxy-ub.rug.nl/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e561?rskey=2iJeBY&result=9&prd=EPIL>>ბოლოს ნანახია 3 ივლისს 2017, სექცია 5-8.
 - 7 UN Documentation Research Guide, 'Security Council – Veto List' ხელმისაწვდომია: <<http://research.un.org/en/docs/sc/quick>> ბოლოს ნანახია, 29 სექტემბერი 2018.
 - 8 Patil A.V.(1992)*The UN Veto in World Affairs 1946-1990: A Complete Record and Case Histories of the Security Council's Veto* (First published by Unifo Publishers, Mansell Publishing Limited 1992) vii-ix.
 - 9 Resolutions adopted by the Security Council ხელმისაწვდომია <<http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/2018.shtml>> ბოლოს ნანახია 27 სექტემბერს 2018.
 - 10 UNSC Draft Res 315 (12 April 2017) UN Doc S/2017/315; UNSC Draft Res 172 (28 February 2017) UN Doc S/2017/172; UNSC Draft Res 1026 (5 December 2016) UN Doc S/2016/1026; UNSC Draft Res 846 (8 October 2016) UN Doc S/2016/846; UNSC Draft Res 348 (22 May 2014) UN Doc S/2014/348; UNSC Draft Res 538 (19 July 2012) UN Doc S/2012/538; UNSC Draft Res 77 (4 February 2012) UN Doc S/2012/77; UNSC Draft Res 612 (4 October 2011) UN Doc S/2011/612; Security Council Report, Veto ხელმისაწვდომია: <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/research_report_3_the_veto_2015.pdf> ბოლოს ნანახია 4 ივლისი 2017,4.
 - 11 Security Council Report, 'The Permanent Members and the Use of the Veto: An Abridged History' (2015) ხელმისაწვდომია: <<http://www.securitycouncilreport.org>>

- org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/P5%20and%20Use%20of%20the%20Veto.pdf > ბოლოს ნანახია 4 ივლისს 2017.
- ¹² UNSC Draft Res 23 (16 February 1946) UN Doc S/PV.23.
- ¹³ სქოლიო 8, 345.
- ¹⁴ UNSC Draft Res 57 (29 August 1946) UN Doc S/PV.57; UNSC Draft Res 186 (18 August 1947) UN Doc S/PV.186; UNSC Draft Res 190 (21 August 1947) UN Doc S/PV.190; UNSC Draft Res 206 (01 October 1947) UN Doc S/PV.206; UNSC Draft Res 279 (10 April 1948) UN Doc S/PV.279; UNSC Draft Res 351 (18 August 1948) UN Doc S/PV.351; UNSC Draft Res 384 (15 December 1948) UN Doc S/PV.384; UNSC Draft Res 1305 (08 April 1949) UN Doc S/1305; UNSC Draft Res 1385 (07 September 1949) UN Doc S/1385; UNSC Draft Res 1331 (13 September 1949) UN Doc S/1331; UNSC Draft Res 1332 (13 September 1949) UN Doc S/1332; UNSC Draft Res 1333 (13 September 1949) UN Doc S/1333; UNSC Draft Res 1334 (13 September 1949) UN Doc S/1334; UNSC Draft Res 1335 (13 September 1949) UN Doc S/1335; UNSC Draft Res 1336 (13 September 1949) UN Doc S/1336; UNSC Draft Res 1337 (13 September 1949) UN Doc S/1337; UNSC Draft Res 2443 (06 February 1952) UN Doc S/2443; UNSC Draft Res 2483 (16 September 1952) UN Doc S/2483; UNSC Draft Res 2754 (18 September 1952) UN Doc S/2754; UNSC Draft Res 2758 (19 September 1952) UN Doc S/2758; UNSC Draft Res 2759 (19 September 1952) UN Doc S/2759; UNSC Draft Res 2760 (19 September 1952) UN Doc S/2760; UNSC Draft Res 3510 (15 December 1955) UN Doc S/3510.
- ¹⁵ UNSC Draft Res 122 (25 March 1947) UN Doc S/PV.122.
- ¹⁶ UNSC Draft Res 1048 (25 October 1948) UN Doc S/1048.
- ¹⁷ UNSC Draft Res 170 (29 July 1947) UN Doc S/PV.170; UNSC Draft Res 471/Add.1 (19 August 1947) UN Doc S/471/Add.1; UNSC Draft Res 486 (19 August 1947) UN Doc S/486; UNSC Draft Res 202 (15 September 1947) UN Doc S/PV.202; UNSC Draft Res 552 (15 September 1947) UN Doc S/552.
- ¹⁸ UNSC Draft Res 513 (25 August 1947) UN Doc S/513; UNSC Draft Res 836 (22 June 1948) UN Doc S/836; UNSC Draft Res 1398 (11 October 1949) UN Doc S/1398; UNSC Draft Res 2671 (03 July 1952) UN Doc S/2671.
- ¹⁹ UNSC Draft Res 3710 (30 October 1956) UN Doc S/3710.
- ²⁰ UNSC Draft Res 5425 (13 September 1963) UN Doc S/5425/Rev.1; UNSC Draft Res 9696 (17 March 1970) UN Doc S/9696.
- ²¹ UNSC Draft Res 10771 (25 August 1972) UN Doc S/10771.
- ²² UNSC Draft Res 11713 (06 June 1975) UN Doc S/11713; UNSC Draft Res 12211 (19 October 1976) UN Doc S/12211; UNSC Draft Res 14459 (30 April 1981) UN Doc S/14459; UNSC Draft Res 14460 (30 April 1981) UN Doc S/14460/Rev.1; UNSC Draft Res 14461 (30 April 1981) UN Doc S/14461; UNSC Draft Res 14462 (30 April 1981) UN Doc S/14462.
- ²³ UNSC Draft Res 1358 (02 December 1994) UN Doc S/1994/1358; UNSC Draft Res 199 (07 March 1997) UN Doc S/1997/199; UNSC Draft Res 241 (21 March 1997) UN Doc S/1997/241; UNSC Draft Res 1385 (20 December 2002) UN Doc S/2002/1385; UNSC Draft Res 891 (16 September 2003) UN Doc S/2003/891; UNSC Draft Res 980 (14 October 2003) UN Doc S/2003/980; UNSC Draft Res 240 (25 March 2004) UN Doc S/2004/240; UNSC Draft Res 783 (05 October 2004) UN Doc S/2004/783; UNSC Draft Res 508 (13 July 2006) UN Doc S/2006/508; UNSC Draft Res 878 (11 November 2006) UN Doc S/2006/878; UNSC Draft Res 310 (15 June 2009) UN Doc S/2009/310; UNSC Draft Res 24 (18 February 2011) UN Doc S/2011/24; UNSC Draft Res 189 (15 March 2014) UN Doc S/2014/189.
- ²⁴ სქოლიო 8, 16.
- ²⁵ იქვე, 17.
- ²⁶ Hammarskjöld, D. (1962) *Servant of Peace* (London, The Bodley Head, 1962) 350.
- ²⁷ სქოლიო 8, 17.
- ²⁸ Gross L. *The Double Veto and the Four-Power Statement on Voting in the Security Council* (1952) 67(2) Harv.L.Rev. 251-280; UN Meetings Coverage

- and Press Releases, 'Double Veto Prevents Security Council from Adopting Draft Resolution Intended to Impose Sanctions for Use of Chemical Weapons in Syria' ხელმისაწვდომია: <<https://www.un.org/press/en/2017/sc12737.doc.htm>> ბოლოს ნანახია 5 ივლისს 2017.
- ²⁹ Oxford Reference, 'Double Veto' ხელმისაწვდომია: <<http://www.oxfordreference.com.proxy-ub.rug.nl/view/10.1093/oi/authority.201110803095728383>> ბოლოს ნანახია 5 ივლისი 2017.
- ³⁰ სქოლიო 24.
- ³¹ Fassbender B. Veto (2013) MPEPIL ხელმისაწვდომია: <<http://opil.ouplaw.com.proxy-ub.rug.nl/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e570?rsk=xxozjU&result=1&prd=EPIL>> ბოლოს ნანახია 17 ივნისს 2017, სექცია 4.
- ³² Briery J.L. (1963) *The Law of Nations: An introduction to the International Law of Peace* (6th ed., OUP 1963), გვ. 106-107.
- ³³ Kelsen H. (1951) *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of its Fundamental Problems* (with supplement, London, Stevens & Sons 1951), გვ. 274-275.
- ³⁴ Fassbender B. *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community* (Leiden: Brill. 2009) 77ff; Michael W. Doyle, 'A Global Constitution? The Struggle over the UN Charter' (Hauser Globalization Colloquium Fall 2010) ხელმისაწვდომია: < <http://www.iilj.org/wp-content/uploads/2016/11/Doyle-A-Global-Constitution-2010.pdf> > ბოლოს ნანახია 6 ივლისს 2017; Peters A. *Targeted Sanctions after Affaire Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse: Is There a Way Out of the Catch-22 for UN Members?* (EJIL Talk!, 2013) ხელმისაწვდომია: <<https://www.ejiltalk.org/targeted-sanctions-after-affaire-al-dulimi-et-montana-management-inc-c-suisse-is-there-a-way-out-of-the-catch-22-for-un-members/>> ბოლოს ნანახია 6 ივლისს 2017.
- ³⁵ Charter of the United Nations (Adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945) ხელმისაწვდომია: <<http://www.un.org/en/sections/un-charter/chapter-i/index.html> > ბოლოს ნანახია 28 ივნისს 2017 პრეამბულა; Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331 arts 2(1)(a), 5;
- ³⁶ Oxford Living Dictionaries, 'legal' ხელმისაწვდომია: <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/legal>> ბოლოს ნანახია 6 ივლისს 2017.
- ³⁷ *Belilos v Switzerland* Application no. 10328/83 (ECtHR, 29 April 1988) paras 13ff; *Loizidou v. Turkey* Application no. 15318/89 (ECtHR, 18 December 1996) paras 1ff; *Rawle Kennedy v. Trinidad and Tobago* (2002) 7 Selected Decisions of the Human Rights Committee Under Optional Protocol 5 paras 3.13-6;
- ³⁸ *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* (Advisory Opinion) Dissenting Opinion of Judge Hackworth I.C. J. Reports 1949, გვ. 182 და 198;
- ³⁹ *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt* (Advisory Opinion) I. C.J. Reports 1980, p. 73, 88-89; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility* (Judgment) I.C.J. Reports 1984, გვ. 392 და 436.
- ⁴⁰ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, *Jurisdiction and Admissibility* (Judgment) Dissenting Opinion of Judge Schwebel I.C.J. Reports 1986, p. 14, 290.
- ⁴¹ *The Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash and others* (Decision) STL-11-01/PT/AC/AR90.1 (24 October 2012) para 35.
- ⁴² Oxford Living Dictionaries, 'political' ხელმისაწვდომია: <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/political>> ბოლოს ნანახია 6 ივლისს 2017.
- ⁴³ *Tadic Case* (Judgment) ICTY-94-1 (26 January 2000) para 28.
- ⁴⁴ Oxford Living Dictionaries, 'discretion' ხელმისაწვდომია: <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/discretion>> ბოლოს ნანახია 6 ივლისს 2017.
- ⁴⁵ *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter)* (Advisory Opinion) I.C.J. Reports 1948, p. 57, 64.
- ⁴⁶ Goodrich L. Hambro E. (1946) *Charter of the United Nations: Commentary and Documents* (World Peace Foundation 1946) 124-134; Norman Bentwich, Andrew Martin, *A Commentary on the CHARTER of the UNITED NATIONS* (London, Knight & Forster Ltd 1950) 65-71.

- ⁴⁷ UNCIO, 'Document 855 III/1/B/2 (a)' (Questionnaire on Exercise of Veto in Security Council, Volume XI (San Francisco May 19, 1945) 701.
- ⁴⁸ UNGA Res 40(I) (13 December 1946) UN Doc A/RES/40(I); UNGA 'Tenth Conference of Heads or State of Government of Non-Allied Countries' (18 November 1992) UN Doc A/47/675.
- ⁴⁹ Oxford Living Dictionaries, 'vote' სელმისანვდომია: <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/vote>> ბოლოს ნანახი 6 ივლისს 2017.
- ⁵⁰ Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331 (VCLT) arts 19-23; *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Advisory opinion) I.C.J. Reports p. 15, 15-30; Buffard I. Zemanek K. *The "Object and Purpose" of a Treaty: An Enigma?* (1998) 3 ARIEL 311, 311-343; Clark B. *The Vienna Convention Reservations Regime and the Convention on Discrimination Against Women* (1991) 85 AJIL 281, 281-321; Lijnzaad L. *Reservations to UN-Human Rights Treaties: Ratify and Ruin* (Dordrecht 1995) 298-370.
- ⁵¹ UNSC Verbatim Record (21 August 1947) UN Doc S/PV.190.
- ⁵² UNSC Verbatim Record (13 September 1949) UN Doc S/PV.443; სქოლიო 8. 24.
- ⁵³ UNSC Verbatim Record (02 April 1982) UN Doc S/PV. 2347.
- ⁵⁴ UNSC Verbatim Record (04 April 1984) UN Doc S/PV.2529.
- ⁵⁵ UNSC Verbatim Record (4 October 2011) UN Doc S/PV.6627.
- ⁵⁶ UNSC Verbatim Record (4 February 2012) UN Doc S/PV.6711.
- ⁵⁷ UNSC Verbatim Record (25 February 1999) UN Doc S/PV.3982.
- ⁵⁸ *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization* (Advisory Opinion) of 8 June 1960: I.C.J. Reports 1960, p. 150, 160-161, 165; WTO, *United States: Standards for Reformulated and Conventional Gasoline-Report of the Appellate Body* (29 April 1996) WT/DS2/AB/R, 23; WTO, *Japan: Taxes on Alcoholic Beverages-Report of the Appellate Body* (4 October 1996) WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 12; WTO, *United States – Restrictions on Imports of Cotton and Man-made Fibre Underwear-Report of the Appellate Body* (10 February 1997) WT/DS24/AB/R, 16; WTO, *Argentina: Safeguard Measures on Imports of Footwear-- Report of the Appellate Body* (14 December 1999) WT/DS121/AB/R, para. 81; Lauterpacht H. *Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties*, (1949) 26 BYBIL 48, 67; Michael Waibel M. *Demystifying the Art of Interpretation*' (2011) 22 no 2 EJIL available at: < <http://ejil.org/pdfs/22/2/2155.pdf> > last visited 8 July 2017, 581-583; see also Orakhelashvili A. *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law* (OUP 2008).
- ⁵⁹ Schreuer Cf., 'Comments', in R. Hoffman and C. Tams (eds), *International Investment Law and General International Law: From Clinical Isolation to Systemic Integration* (2011) 2.
- ⁶⁰ *Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia* (Merits) PCIJ Reports 1926 Series NA 07,30; *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex* (Judgment) PCIJ Reports 1932 Series N A/B N46,167; *Fisheries Case (United Kingdom v Norway)* (Judgment) ICJ Reports 1951 p. 116, 153-154; *Fisheries Case (United Kingdom v Norway)* (Judgment) Separate Opinion Judge Alvarez 150-51; *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)* (Judgment)(Second Phase) I.C.J. Reports 1951 p. 3,17; *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)* (Judgment)(Second Phase) I.C.J. Reports 1951 p. 3,17; *Case of Certain Norwegian Loans (France v. Norway)* (Judgment) I.C.J. Reports 1957, p. 9,73; *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)* (Preliminary Objections) (Judgment) I.C.J. Report; 1962, p. 319, 480-483; *Nuclear Tests (Australia v. France)*(Judgment,) I.C.J. Reports 1974, p. 253,362; *Case Concerning Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)* (Preliminary Objections)(Judgment) I.C.J. Reports 1992, p. 240,244; *Case Concerning Application of the Convention on the*

- Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia And Herzegovina v. Yugoslavia)* (Provisional Measures) I.C.J. Reports 1993 p.325,19; *Case Concerning Maritime Delimitation in the Area Between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*(Judgment) I.C.J. Reports 1993 p.38,110; *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)* (Judgment) I.C.J. Reports 1997 p.7,22; Case C-33/74 Van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid [1974] ECR I- 01299,paras 12-13; ;Case C-115/78 Knoors v. Staatssecretaris van Economische Zaken [1979] ECJ ECR I-399,para 25; Case C-229/83 Leclerc v Au ble´ vert [1985] ECR I-00001, para 27; Case C-39/86 Lair v Universitat Hannover [1988] ECR I-03161,para 43; Case C-370/90 The Queen v Immigration Appeal Tribunal and Surinder Singh [1992] ECR I- 04265, para 24; Case C-200/02 Chen v Home Secretary [2004] ECR I-09925, para 34; Case C-147/03 Commission v Austria [2005] ECR I-05969, para 67; O. Schachter, 'International Law in Theory and Practice' (1982) 178 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International 296,82;
- ⁶¹ Lenaerts A. *The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law* (Kluwer Law International 2010) 125.
- ⁶² Kiss A. *Abuse of Rights*, in *Encyclopedia of Public International Law* (vol.1, North Holland 1992) 4.
- ⁶³ ILC, 'Report on the International Law Commission on the Work of its Fiftieth Session (3 May-23 July 1999) UN Doc. A/CN.4/496, 218-219; ILC, 'Draft Report on the Commission on the Work of its Twenty-Second Session' (4 May – 10 July 1970) UN Doc. A/8010/Rev.1, 31.
- ⁶⁴ UN Charter (n26) art 2 (2).
- ⁶⁵ Byers M. *Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age* (2002) 47(2) McGill Law Journal 389,389.
- ⁶⁶ UN Charter (n26) art 2 (1).
- ⁶⁷ Jochen A Frowein, 'United Nations (UN)' (2013) MPEPIL ხელმისაწვდომია: <<http://opil.ouplaw.com.proxy-ub.rug.nl/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e537?rskey=f6otRt&result=25&prd=EPIL>> ბოლოს ნანახი 28 ივნისს 2017, section 1ff.
- ⁶⁸ Kelsen H. (2000)*Peace Through Law*(New Jersey, The Law book Exchange Ltd. 2000) 34.
- ⁶⁹ იქვე; *Polish Postal Service in Danzig* (Advisory Opinion) PCIJ Reports 1925 Ser B N11.
- ⁷⁰ Oxford Living Dictionaries, 'sovereignty' ხელმისაწვდომია: <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/sovereignty>> ბოლოს ნანახი 8 ივლისს 2017.
- ⁷¹ Oxford Living Dictionaries, 'equality' ხელმისაწვდომია: <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/equality>> ბოლოს ნანახი 8 ივლისს 2017.
- ⁷² Warbrick C. *The Principle of Sovereign Equality*, in Vaughan Lowe & Colin Warbrick (ed), *The United Nations and the Principles of International Law: Essays in Memory of Michael Akehurst* (New York: Routledge, 1994) 204; see in general: Djura Ninčić, *The Problem of Sovereignty in the Charter and in the Practice of the United Nations* (The Hague: Martinus Hijhoff 1970).
- ⁷³ UNGA Res 2625 (24 October 1970) UN Doc A/RES/25/2625; Helen Keller, 'Friendly Relations Declaration (1970)' (2009) MPEPIL ხელმისაწვდომია: <<http://opil.ouplaw.com.proxy-ub.rug.nl/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e938?rskey=8SiF1Y&result=1&prd=EPIL>> ბოლოს ნანახი 8 ივლისს 2017, სექცია 1 და შემდეგ.
- ⁷⁴ *The case of the S.S. Lotus Case (France v Turkey)* (Merits) (Judgement) PCIJ Reports 1927 Ser A No10, 18; Hollis B. Duncan, 'Why State Consent Still Matters – Non-State Actors, Treaties, and the Changing Sources of International Law' (2005) 23 BJIL available at: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol23/iss1/4>> last visited 29 December 2016 ,137ff; James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (8th, OUP 2012) 115.
- ⁷⁵ Guzman A. *The Consent Problem in International Law* (2011) Berkeley Program in Law & Economics, Working Paper Series ხელმისაწვდომია: <<http://escholarship>.

- org/uc/item/04x8x174> ბოლოს ნანახი 8 July 2017, 4ff; Daniel Bodansky D. Watson J.S. *State Consent and the Sources of International Obligation* (1992) 86 ASIL ხელმისაწვდომია: <<http://www.jstor.org/stable/25658621>> ბოლოს ნანახი 8 July 2017, 108-113.
- ⁷⁶ Westerman P.C. *The disintegration of Natural Law theory: Aquinas to Finnis* (Leiden: Brill 1997) 169; Orakhelashvili A. *Natural Law and Customary Law* (2008) 68 HJIL available at: <http://www.zaoerv.de/68_2008/68_2008_1_a_69_110.pdf> last visited 8 July 2017, 69ff.
- ⁷⁷ Kokott J, *States, Sovereign Equality* (2011) MPEPIL, ხელმისაწვდომია: <<http://opil.ouplaw.com.proxy-ub.rug.nl/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1113?rskey=INDjq&result=1&prd=EPIL>> ბოლოს ნანახი 8 ივლისს 2017, სექცია 24 და შემდეგ.
- ⁷⁸ სქოლიო 8. 11.
- ⁷⁹ Besson S. *Sovereignty* (2011) MPEPIL, ხელმისაწვდომია: <<http://opil.ouplaw.com.proxy-ub.rug.nl/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1472?rskey=INDjq&result=2&prd=EPIL>> ბოლოს ნანახი 8 ივლისს 2017, სექცია 123.
- ⁸⁰ Roth B.R. *Sovereign Equality and Moral Disagreement* (OUP 2011) 54.
- ⁸¹ *North American Dredging Co. of Texas (USA) v United Mexican States* (Opinion of Commissioners) (1926) 4 RIAA 26, 23; *Trail Smelter Case (United States v Canada)* (1941) 3 RIAA 1905; Case C-11/70 Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel [1972] ECR I-1125, 186 ; *Dispute Concerning Filletting within the Gulf of St Lawrence ("La Bretagne") (Canada v France)* (1986) 19 RIAA 225, 28; *Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (Appellate Body Report) (12 October 1998) WT/DS58/AB/R, 158; J Ralston, *Venezuelan Arbitrations of 1903* (Washington D.C. Government Printing Office 1904) 705; see in general: *Trail Smelter Case (United States v Canada)* (1941) 3 RIAA 1905; Walter Fletcher Smith Claim (Cuba v USA) (1929) 2 RIAA 915.
- ⁸² *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations* (Advisory Opinion) I.C.J. Reports 1948, p.73, 80,93; *The Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v Albania)* (Judgment) I.C.J. Reports 1949, p.4, 47-48, 75, 129; *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations* (Advisory Opinion) I.C.J. Reports 1950, p.4, 15; *Fisheries Case* (n138) 150, 152, 153; *Anglo-Iranian Oil Co. Case (United Kingdom v Iran)* (Judgment) I.C.J. Reports 1952, p.93, 133; *Gabcikovo-Nagymaros* (n138) 22.
- ⁸³ UNGA Res 377 (V) (3 November 1950) UN Doc A/1775, 10; Binder C. *Uniting for Peace Resolution (1950)* (2013) MPEPIL, ხელმისაწვდომია: <<http://opil.ouplaw.com.proxy-ub.rug.nl/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e568?rskey=gQcEmJ&result=1&prd=EPIL>> ბოლოს ნანახი 23 ივლისს 2017, სექცია 1; see in general: Krasno J. M. *The Uniting for Peace Resolution and Other Ways of Circumventing the Authority of the Security Council*, in B. Cronin and I. Hurd (ed.) *The UN Security Council and the Politics of International Authority* (London et al.: Routledge, 2008) 173-195; Petersen K. S. *The Uses of the Uniting for Peace Resolution since 1950* (1959) 13 International Organization 219-232; Reicher H. *The Uniting for Peace Resolution on the Thirtieth Anniversary of its Passage* (1982) 20 Columbia Journal of Transnational Law 1-49; Stein E. Morrissey R. *Uniting for Peace Resolution*, Encyclopedia of Public International Law vol. 4 (2000) 1232-1235; Zaum D. *The Security Council, the General Assembly, and War: The Uniting for Peace Resolution* in Low, Vaughan et al. (ed.) *The United Nations Security Council and War: the Evolution of Thought and Practice since 1945* (OUP 2008) 154-174.
- ⁸⁴ Christian Tomuschat, 'Uniting for Peace' (2008) ხელმისაწვდომია <http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ufp/ufp_e.pdf> ბოლოს ნანახი 22 ივლისს 2017, 1.
- ⁸⁵ იქვე.
- ⁸⁶ UNGA Res 498 (V) (1 February 1951) UN Doc A/177/Add.1, 1; UNGA Res 500 (V) (18 May 1951) UN Doc A/177/Add.1, 2;

- ⁸⁷ UNGA Res 1000 (ES-I) (5 November 1956) UN Doc A/3354, 2.
- ⁸⁸ UNGA Res ES-8/2 (14 September 1981) UN Doc A/ES-8/13 paras 13–14
- ⁸⁹ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Advisory Opinion) I.C.J. Reports 2004, p.136, paras 27-28; Binder (n33) section 21.
- ⁹⁰ Tomuschat C. *Uniting for Peace—ein Rückblick nach 50 Jahren* (2001) 76 Die Friedens-Warte: Journal of International Peace and Organization 289, 292.
- ⁹¹ Hailbronner K. Klein E. 'Article 12' in Bruno Simma (ed.) *The Charter of the United Nations* (Beck München 2002) 264–65.
- ⁹² სქოლიო 88; სქოლიო 89.
- ⁹³ UNGA Res 997 (ES-I) (2 November 1956) UN Doc A/3354; UNGA Res 998 (ES-I) (4 November 1956) UN Doc A/3354; UNGA Res 999 (ES-I) (4 November 1956) UN Doc A/3354; UNGA Res 1000 (ES-I) (5 November 1956) UN Doc A/3354; UNGA Res 1001 (ES-I) (7 November 1956) UN Doc A/3354; UNGA Res 1002 (ES-I) (7 November 1956) UN Doc A/3354; UNGA Res 1003 (ES-I) (10 November 1956) UN Doc A/3354; UNGA Res 1004 (ES-II) (4 November 1956) UN Doc A/3355, 2UNGA Res 1005 (ES-II) (9 November 1956) UN Doc A/3355, 2UNGA Res 1006 (ES-II) (9 November 1956) UN Doc A/3355, 3UNGA Res 1007 (ES-II) (9 November 1956) UN Doc A/3355, 3UNGA Res 1008 (ES-II) (10 November 1956) UN Doc A/3355; UNGA Res 1237 (ES-III) (21 August 1958) UN Doc A/3905; UNGA Res 1474 (ES-IV) (20 September 1960) UN Doc A/4510; UNGA Res 2252 (ES-V) (4 July 1967) UN Doc A/6657, 3; UNGA Res 2253 (ES-V) (4 July 1967) UN Doc A/6657, 4; UNGA Res 2254 (ES-V) (14 July 1967) UN Doc A/6657, 4; UNGA Res 2255 (ES-V) (17 July 1967) UN Doc A/6657, 4; UNGA Res 2256 (ES-V) (21 July 1967) UN Doc A/6657, 4; UNGA Res 2257 (ES-V) (18 September 1967) UN Doc A/6657; UNGA Res 2793 (XXVI) (7 December 1971) UN Doc A/8429; UNGA Res ES-6/2 (14 January 1980) UN Doc A/ES-6/7; UNGA Res ES-7/3 (29 July 1980) UN Doc A/ES-7/14, 4; UNGA Res ES-7/4 (28 April 1982) UN Doc A/ES-7/14/Rev.1, 4; UNGA Res ES-7/5 (26 June 1982) UN Doc A/ES-7/14/Rev.1, 7UNGA Res ES-7/7 (19 August 1982) UN Doc A/ES-7/14/Rev.1, 12; UNGA Res ES-7/8 (19 August 1982) UN Doc A/ES-7/14/Rev.1, 13; UNGA Res ES-7/9 (24 September 1982) UN Doc A/ES-7/14/Rev.1; UNGA Res ES-7/2 (29 July 1980) UN Doc A/ES-7/14; UNGA Res ES-7/6 (19 August 1982) UN Doc A/ES-7/14/Rev.1; UNGA Res ES-8/2 (14 September 1981) UN Doc A/ES-8/13; UNGA Res ES-9/1 (15 February 1982) UN Doc A/ES-9/7; UNGA Res ES-10/2 (25 April 1997) UN Doc A/RES/ES-10/2; UNGA Res ES-10/3 (15 July 1997) UN Doc A/RES/ES-10/3; UNGA Res ES-10/4 (13 November 1997) UN Doc A/RES/ES-10/4UNGA Res ES-10/5 (17 March 1998) UN Doc A/RES/ES-10/5; UNGA Res ES-10/6 (9 February 1999) UN Doc A/RES/ES-10/6; UNGA Res ES-10/7 (20 October 2000) UN Doc A/RES/ES-10/7UNGA Res ES-10/8 (20 December 2001) UN Doc A/RES/ES-10/8; UNGA Res ES-10/9 (20 December 2001) UN Doc A/RES/ES-10/9; UNGA Res ES-10/10 (7 May 2002) UN Doc A/RES/ES-10/10; UNGA Res ES-10/11 (5 August 2002) UN Doc A/RES/ES-10/11; UNGA Res ES-10/12 (19 September 2003) UN Doc A/RES/ES-10/12; UNGA Res ES-10/13 (21 October 2003) UN Doc A/RES/ES-10/13; UNGA Res ES-10/14 (8 December 2003) UN Doc A/RES/ES-10/14UNGA Res ES-10/15 (20 July 2004) UN Doc A/RES/ES-10/15; UNGA Res ES-10/16 (17 November 2006) UN Doc A/RES/ES-10/16; UNGA Res ES 10/17 (15 December 2006) UN Doc A/RES/ES-10/17; UNGA Res ES 10/18 (16 January 2009) UN Doc A/RES/ES-10/18; UNGA Res ES-10/16 (17 November 2006) UN Doc A/RES/ES-10/16; UNGA Res ES 10/17 (15 December 2006) UN Doc A/RES/ES-10/17; UNGA Res ES 10/18 (16 January 2009) UN Doc A/RES/ES-10/18.
- ⁹⁴ *Certain Expenses of the United Nations* (Article 17, paragraph 2, of the Charter) (Advisory Opinion) I.C.J Reports 1962 p.157, 163.

UNREASONABLE VETO AS A CHALLENGE TO THE GLOBAL ORDER

Abstract

The establishment of any international organization mostly involves gathering the states around certain purposes and principles. Common values and visions are the preconditions for the creation of any IO, however the feasibility of the object and purpose of an organization is mostly based on the operability of its constituent document. Successful implementation of the fundamental goals of an organization relies on so-called procedural norms, which give life to the legal norms of the constituent documents. Any procedural, as well as substantive, legal norms in international law are agreed rules of global politics, hence good faith interpretation and adherence to those norms determines the quality of collaboration among the member states of an IO and the success of the IO as a whole.

Key Words: Unreasonable veto | Security Council | limiting the veto | good faith | abuse of rights | sovereign equality

INTRODUCTION

Since the Security Council began its work in 1945, its primary responsibility has been to maintain international peace and security. The veto has played a key role in the execution of this responsibility, but its use, or misuse, has been a continuous concern for the global community. The norm, which was instituted to insure the functionality of the fledging United Nations project, has become a core barrier to maintaining the Council's primary responsibility. Article 27 of the UN Charter provides the rules of voting for the Security Council. Paragraph 3 stipulates a faculty for the permanent members of the Security Council to vote in favor or prevent adoption of the draft resolution. Using the veto is not a problem, *per se*, but the unreasonable veto has become a very attractive instrument for the permanent members to block any politically undesirable draft resolution without providing any reasonable legal-based argument.

The nature of the veto is the subject of broad discussion. Without arguing at this point whether it is a political instrument or a legal instrument, observation of the practices of the Security Council can be traced to show that some member states do not provide any legal arguments to support their veto. Instead, they apply political arguments which lack consistent and sound legal reasoning. This approach can bring about a number of consequences which, in the long term, can make the Security Council powerless and ineffective. The ugly system of the veto has already downplayed the role of

the Security Council in the global order and increased states taking independent action in the context of the use of force. Excessive use of the veto has also encouraged the development of 'responsibility to protect' and some other vague concepts. Neglecting the problem maintains the vertical character of the global order and damages vital principles and the purpose of the UN as a whole. Therefore, this article seeks to prove that within the existing legal framework, there are limitations on the veto, which should be applied in practice and actively enforced. First, I will examine the purpose and object of the veto as fulfilled in practice on the Security Council, and how the unreasonable veto may jeopardize or damage the maintenance of international peace and security. Second, I will ask what norms constitute the legal basis for the limitation of the veto, what would the legal consequences of limiting the veto be, and explain why limiting the veto is realistic in a practical manner.

The first chapter will discuss the application of the veto by the Security Council as a well-established practice, the unreasonable veto as an obstacle to the object and purpose of the UN Charter and as a violation of the principal of sovereign equality. My methodology in this chapter includes historical observations, legal reasoning, induction, and deduction. The second chapter introduces the mechanisms for the circumvention of the practical impact of the unreasonable veto. My methodology in this chapter includes legal reasoning and deduction.

The goal of this article is to demonstrate that the UN Charter and international law in general, provide a sufficient legal basis for the limitation of the veto. Proper interpretation of the relevant provisions alludes to the non-absolute character of the veto; limitation of the practical effect of the unreasonable veto is possible without any amendment of the UN Charter. Limits on the veto is the only way to maintain the functionality of the Security Council.

1. THE VETO AS A LEGAL INSTRUMENT FOR NON-LEGAL PURPOSES

1.1 Introduction

1.1.1 An establishment of the UN

The active promotion of the pivotal role of global peace for the post World War community had been carried out from the early stages of the war. The authors of the Atlantic Charter announced various postulates regarding the global order, including their expectations of “the establishment of a peace which would afford to all nations the means of dwelling in safety within their own boundaries”.¹ It is usually difficult to obtain a consensus on the agreement of the basic principles of an organization, its major policies, and its outlook,² however the Troika managed to reach an agreement regarding the establishment of an international organization for the maintenance of peace and the promotion of international co-operation.³ In terms of the strategic decision to create a permanent representation within the UN, active negotiations began at the Dumbarton Oaks Conference, which was crowned with the creation of the brand new collective security system in 1945.⁴

1.1.2 Transformation of the UN's founding purposes

The special power given to the P5 underlined the outstanding responsibility of the Great Powers; however, the exclusive competence of the Security Council to maintain international peace and security has been transforming and becoming malicious due to the politics of the P5. Maintaining international peace and security, and the implementation of individual state interests of the permanent members, are likely perceived as identical notions by leading actors in global affairs, as evidenced by the ap-

proaches applied by the Great Powers in the context of the veto. The UN was created to maintain international peace and security and not exclusively the security of P5.⁵ The practice developed by the Great Powers gives the impression that the Security Council has been departing from the fundamental ideas of the UN and deviating from the principles of the Charter. Therefore, the present chapter will be devoted to the research of the practice of the Security Council in the context of the veto and its conformity with the Charter norms and the principles of international law.

1.2 Application of the veto as a well-established practice of the Security Council

1.2.1 Application of the veto in numbers

The structure and the voting procedures of the League of Nations turned out to be a noteworthy example for the frustrated international community. The inefficiency of the organisation encouraged the drafters of the UN Charter to avoid an absolutely horizontal distribution of power.⁶ However, a new problem for global collective security has emerged with the adoption of the UN Charter, which is the veto. The problem is not the formulation of article 27(3) of the Charter per se but the practice of the Security Council which usually fairly deserves a critique. Before talking about the legal peculiarities of the unreasonable veto in the next section, it is crucial to talk about the practice of the application the veto within the Security Council. The history of the Security Council counts 188 vetoed draft resolutions (excluding the vetoes on the appointment of the Secretary-General),⁷ accordingly, it is deemed important not to scrutinize the text of each and every vetoed draft resolution, but to generally discuss the frequency of the application of the veto and its theoretical classification. Due to the extensive number of vetoes and their practical effect in the relevant time, it is difficult to single out any single one of them, hence, in addition to the historic-chronological order, certain thematic classifications will be applied to group the draft resolutions.⁸

The Security Council has so far adopted 2,364 resolutions,⁹ and only 10.2% of draft resolutions have been rejected by the veto. At first glance, the proportion of vetoed resolutions

may not seem significant enough to express concern, however, many blocked resolutions reflect a failure of the world to save thousands of lives.¹⁰ This section aims to show that the veto is a well-established practice of the Security Council. However, in general, when talking about the cause of a disabled Security Council, it is of the utmost importance not to look only at the percentage of the vetoed resolutions but to examine the material consequences and the historical context behind those draft resolutions.

1.2.2 Classification of the veto

The number of applied vetoes by each permanent member is the litmus test to represent the major resistant states.¹¹ On the other hand, the frequency of the vetoes cast clearly shows the historic-context of global politics in every decade. The official web page of the UN and Patil's book give detailed information about the core aspects of the vetoes from the records of the Security Council's meetings. The first veto in the history of the Security Council was applied by the USSR on 16th of February 1946.¹² The veto was a response to a letter from the heads of the Lebanese and Syrian delegations to the Secretary-General dated 4 February 1946. The two governments invoked article 34 of the Charter and brought to the attention of the Security Council the deployment of British and French troops in Syria and Lebanon. The two states expressed their concern regarding the content of the Franco-British agreement of 13 December 1945 which, in their opinion, was in contradiction with the UN Charter. Syria and Lebanon requested the Security Council to recommend an immediate and full removal of Franco-British troops from the territories of Syria and Lebanon.¹³ The USSR cast a negative vote on the grounds of the ambiguity of the substance of the problem in the draft resolution. From 1946 to 1955 the USSR was the only permanent member applying vetoes; those vetoes were blocking the admission of new states to the UN.¹⁴ In the given period the USSR also blocked a number of draft resolutions related to political questions or situations; in particular, draft resolutions about: the Corfu Channel question,¹⁵ the Berlin question,¹⁶ the

Greek Frontier Incidents, and the situation in Palestine.¹⁷ This decade is famous for vetoes on organizational matters and UN operations.¹⁸ From the late 1950s to the 1990s, a number of draft resolutions regarding politically sensitive issues were cast, for example: the Palestine question, regarding the steps for the immediate cessation of the military action of Israel in Egypt,¹⁹ the situation in South Rhodesia,²⁰ admission of Bangladesh to the UN,²¹ the situation in Namibia.²² The big changes on the world's map in the 1990s led to a new stage of global politics, which has been characterized, by manifold international conflicts and crises. The collapse of the USSR and Yugoslavia was eventful and influential on the world's affairs. The wars in the former Yugoslavia, the so-called Arab occupation, conflicts in the Middle East, the issue of Palestine, Eastern European wars, and terrorism are the situations which were the subjects of the vetoes.²³ Indeed, this is not an exhaustive record of the topics which were vetoed, but even this list can demonstrate that the veto is not fragmental but a systematic, well-established practice of the Security Council. The classification of the veto cannot be traced in many documents or literature, however there are some authors and UN officials who apply various designations of the veto. Patil suggests the types of vetoes to be categorized as follows: the open or real veto, the hidden or indirect veto, the artificial and imposed veto, veto by proxy, and the double veto.²⁴ Patil does not interpret what the open or real veto could mean; in terms of the hidden or indirect veto the author gives an example of 'a proposal which could be defeated without casting a negative vote, but by persuading enough Security Council members to abstain or vote against.'²⁵ Dag Hammarskjöld, the Secretary-General of the UN, voiced his concern regarding the emerging trend of artificial and imposed vetoes in the 1950s. He stated:

"There is the "rtificial"and "mposed veto" problem, that is to say, the attempt by this or that Power to make its consent essential for questions which naturally should be solved, let us say, on a majority basis".²⁶

The so-called Veto by Proxy occurs on the occasion when a permanent member blocks a

draft resolution on behalf of a non-permanent member state.²⁷ The double veto is regarded as one of the most problematic aspects of the voting procedure.²⁸ The double veto is officially interpreted as “the device by which a permanent member of the Security Council may, by deploying two successive vetoes, prevent any substantive decision being taken”.²⁹ In particular, “one veto prevents a question from being regarded procedurally and another defeats the proposal as a substantive question”.³⁰ Since it is established that the veto is not only a normative doctrine but an unfortunate reality of international law, it is time to discuss the consequences of the unreasonable application of the veto.

1.3 The unreasonable veto as a barrier to the maintenance of international peace and security

1.3.1 Limiting of the Security Council by law

The general unanimity rule established under the League of Nations was not an effective instrument for protecting global security. However, as some authors claim, the rule of unanimity had a less detrimental effect than the veto.³¹ The unanimity rule, based on co-operative and consensual aspects,³² did not permit a dissenting state to prevent another country from fulfilling its obligations.³³ In the system of the Security Council only a small minority of states possess power sufficient to maintain international peace and security. However, the efficiency of the protection is extremely controversial. Hence, as we, the world’s population, are the beneficiaries of global security we do have a legitimate right to demand the termination of the invalidity of the Security Council and fulfillment of the object and purpose of the UN Charter.

It is possible to question the constitutional character of the UN Charter,³⁴ but there shall not be any doubts as to whether the Charter is a legal document or not.³⁵ Every provision given in the Charter is legal; they are legal as much as they are regulated by law.³⁶ The provisions are legal since each and every one of them impose certain obligations on the parties to the treaty; otherwise the reservations would not exist in international law at all.³⁷ Moreover, the provisions of the Charter shall confer respec-

tive powers and duties to its organs.³⁸ The legal character of the Charter-based provision means that the legal norm binds its addressee with certain obligations.³⁹ Opponents may consider the aforementioned statements not relevant to the Security Council, which is regarded as a political organ, with wide discretion, acting for political reasons.⁴⁰ They basically imply difficulty in determining the scope of the discretion of the Security Council. There are several arguments which confirm that the political character of the Security Council does not constitute an exemption from the binding force of the legal provisions of the Charter. First, the political character of the Council could be relevant when it comes to the review of its decisions.⁴¹ The word “political” refers only to the nature of the organ’s structure and its field of occupation.⁴² Whether the organ is political or not does not change the binding character of a legal norm. The origination of a legal obligation is not dependent on the political or legal nature of the organ, but on the formulations of the constituent treaty and the scope of duty imposed to the addressees. In terms of the discretion of the Security Council, it is not unlimited; “The Security Council is thus subjected to certain constitutional limitations, however broad its power under constitution may be”.⁴³ The discretion does not imply taking any decision in general, but having the freedom to decide everything within the limits of the delegated right.⁴⁴ The discretion should be understood as the realization of the opportunities within the scope of the *right*. Hence, the discretion of the Security Council does not imply that the Council is not bound by the legal norms stipulated in the Charter. The following shall be deduced as the conclusion: Regardless of the political nature of the Security Council and the range of its discretion, the organ is bound by the Charter, including article 27.⁴⁵

1.3.2 Legal reasoning of the veto

The binding force of the Charter norms is visible, but it is relatively unclear whether the application of the veto requires any argumentation, in particular a legal reasoning. Article 27 of the UN Charter is not detailed enough to articulate the scope of its application, own aims, requirements or limitations. Even the

commentaries from 1940s keep silent in terms of the aforementioned substantive aspects and discusses article 27 in the context of the procedural norm.⁴⁶ Moreover, the questions related to the application of the veto, submitted by the non-sponsoring governments of the third subcommittee, were responded to in a manner which did not shed light on the substantial issues.⁴⁷ There were invocations from different states at different times to the Security Council regarding the application of the power of veto in a non-abusive way and the abstention from hindering the democratization of the UN.⁴⁸ The considerations of the states are based more on ethical and moral issues and lack legal reasoning, which seem less persuasive in the light of the UN Charter.

Article 27 regulates the voting procedure, but the norm itself is not *per se* procedural by its nature. Article 24 determines the primary responsibility of the Security Council to maintain international peace and security, which is the purpose of the UN According to article 1(1) of the Charter. The way to fulfill the duty under article 24 is to make decisions through the voting procedure, hence, article 27 is the practical mechanism for the implementation of the object and purpose of the Charter. Accordingly, the states have the responsibility to submit their legal argumentation when voting in favor or against the draft resolution. A vote is a formal expression of a certain position,⁴⁹ hence an affirmative or a negative vote independently cannot be against or in conformity with the object and purpose. Only the legal argumentation could be examined in light of conformity with the object and purpose of the Charter. The object and purpose are legal categories and any Charter based action, which assures their practical realization, require a respective, motivated legal explanation. Similarly, the reservations are not usually accepted or rejected automatically, but in order to establish the relevance with the object and purpose the formulation of the reservation is carefully examined.⁵⁰ The same applies to article 27, and every vote's compatibility with the object and purpose of the UN Charter should be examinable.

Submitting the legal argumentation, when voting in favor or against the draft resolution, is

the first stage, followed by a test of reasonability. The standard to check whether the veto is reasonable or not (the same standard is applicable when casting an affirmative vote) is very simple: conformity with the object and purpose of the UN Charter. The validity of a legal argument, submitted as an explanation of the veto, should be established after examining whether it corresponds to article 1 of the Charter or not. The accordance with the object and purpose should be constituted through interpretation of the legal arguments.

1.3.3 Peculiarities of application of the veto

The political ping-pong about the admission of new members was an integral process of the post-World War UN. This period is full of reasonable and unreasonable vetoes. Despite the political motivation of the USSR against Austria, the Soviet veto looks quite interesting in terms of the legal argumentation. The Soviet representative stated that the Austrian occupation was an obstacle for considering Austria as an independent sovereign state, therefore its admission to the UN was impossible.⁵¹ In 1949, however, the argumentation provided by the USSR does not have any connection with a legal logic. After blocking Italy's, Finland's, Ireland's, Austria's and Ceylon's admission, the Soviet delegate stated that it was not going to be pressured by the discriminatory policy of Western States towards the admission of Albania, Romania, Mongolia, Bulgaria and Hungary.⁵² In the 1980s, the US cast several vetoes related to the situation in Nicaragua and two of them should be highlighted due to their interesting formulations. In response to a letter submitted by the Secretary-General, the US representative stated that the problems mentioned in the draft resolution were vague and did not depict the adequate reality.⁵³ This explanation departs from legality, and the statements provided do not make any reference to the object and purpose of the UN. In contrary, the veto on the same topic cast in 1984 denoted that the draft resolution did not ensure the establishment and maintenance of peace in the region. Despite the factual correctness of the statement, the argumentation as a whole is legal, and the emphasis is on peace and se-

curity.⁵⁴ The vetoes about the Syria Crisis are also remarkable for their statements. Russia and China hindered the adoption of draft resolutions in every case, but their vetoes were not always legally unreasonable. On the one hand, the states were invoking the principle of sovereign equality and peaceful settlement of the dispute;⁵⁵ on the other hand the objector states blocked draft resolutions on the grounds of an inadequate reflection of the reality and so-called biased approaches.⁵⁶

China's veto of the draft resolution required to continue the peacekeeping operation in Macedonia is very controversial and questions have been raised about its legality. Refusing to extend the peacekeeping operation, when a host state urges it, lacks legal reasonability and questions the legitimacy of the veto.⁵⁷ Providing a legal argument, which makes reference to the object and purpose of the Charter, is not *per se* a sufficient basis for considering the veto reasonable. The coherence of the legal argumentation and an adequate assessment of the factual circumstances are two basic features which also matter. There is no presupposed standard for a reasonable veto other than the legality of its reasoning and the compatibility of the arguments with the object and purpose of the UN Charter.

1.3.4 Unlimited veto and abuse of rights

The unreasonable veto is a barrier to maintaining international peace and security and there are limits which shall be followed by every member of the Security Council. If we assume that article 27 is unlimited, then we ignore the relevance of the object and purpose of the Charter. The presumption of the unlimited veto excludes maintaining international peace and security. If the standard of reasonability does not exist, then the fulfillment of the UN's purpose will become impossible on a normative level too. This interpretation is a necessary minimum to empower this norm with a practical effect.⁵⁸ Empowering the norm does not imply furnishing the provision with the maximum effect,⁵⁹ but protecting it from becoming void. The unreasonable veto shall also be qualified as an abuse of right. The concept of "abus de droit" has been widely recognized in international

law as a binding rule.⁶⁰ The concept refers to situations in which a right is formally exercised in conformity with the conditions laid down in the rule granting the right, but where the legal outcome is against the objective of that rule.⁶¹ Therefore, the legal basis for exercising a particular act is a necessary but not sufficient precondition for the justification of the consequences of the act. Every permanent member of the Security Council abuses its right by exercising it in a way which impedes the enjoyment by the non-permanent member states of their own rights.⁶² Exercising their right without good reason, arbitrarily and beyond the limits of what is reasonable, excludes the legality of that act.⁶³ The permanent members have the obligation to perform their duties in good faith.⁶⁴ This obligation covers article 24 and 27 as well. Abuse of right is supplemental to the principle of good faith. It provides the threshold at which a lack of good faith gives rise to a violation of international law, with all the attendant consequences.⁶⁵

1.4 The unreasonable veto as a violation of article 24 of the UN Charter

The unreasonable veto does not only infringe upon the object and purpose of the UN, but it also violates the fundamental principle of sovereign equality.⁶⁶ If we trust the drafters' honesty, the permanent membership has been elaborated for the sake of the effectiveness of the Security Council and the flexibility of the decision-making procedures.⁶⁷ The advantages of the rule of unanimity were suppressed by the invalidity of the League of Nations; the vertical decision-making should have been a relief for the frustrated international community, however, as observed in the previous sections, the veto power brought about new concerns. If it is possible to categorize UN provisions, as primary and secondary, then sovereign equality shall be regarded as the engine of the Charter. Therefore, it is crucial to identify how the unreasonable veto violates sovereign equality.

The principle of sovereign equality is a composition of two generally recognized features of the State in international law – the principle of State sovereignty and the principle of equality of States.⁶⁸ Equality is derived from sovereignty,⁶⁹ however only their synthesis cre-

ates this unique concept of international law. Sovereignty and equality should be regarded as negative and positive aspects of the term. The word sovereignty denotes the authority of a state to govern itself without interference of another state,⁷⁰ and equality implies the state of being equal,⁷¹ the right of a country to be regarded as an equal partner by another state, and to be an equal part of international legal relations. The principle of sovereign equality goes against substantive power imbalances in the international arena.⁷² Many of these considerations were reflected in the *Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations*.⁷³ The document reaffirmed the spirit of the UN Charter and determined the direction of the organization.

Sovereign equality has various strands, and one of them is the correlation with state consent, the fundamental principle of international law.⁷⁴ Some authors criticize the concept of state consent due to the specifics related to a norm formation process,⁷⁵ however consent is the only operational mechanism for a state's engagement in an international legal relation and an unavoidable stage for the recognition of any rule as an international legal norm.⁷⁶ State consent is the will of a sovereign state to express its willingness of being bound by certain treaty obligations or not.⁷⁷ The self-limitation of sovereignty became an inseparable part of global affairs, especially European regional management. The self-limitation of sovereignty logically should be motivated by the expectation of a respective benefit. As it became clear from the recordings of the meetings,⁷⁸ the idea of the veto was not welcomed by the non-permanent members of the UN. However, as a consequence of the voluntary political compromise or compulsory obedience to the Great Power, agreement on the formulation of the Charter was achieved. The delegated exclusive power to maintain international peace and security is not a unilateral privilege of the Security Council, but a bilateral obligation between the organ and each member state of the UN. Article 24 and 25 of the UN Charter are interdependent legal provisions, in particular, the norms articulate mutual rights

and duties between the Security Council and UN members. According to article 24(1):

“Members confer on the Security Council, primary responsibility for the maintenance of international peace and security, and agree that in carrying out its duties under this responsibility the Security Council acts on their behalf.”

Article 25 establishes that: “The Members of the United Nations agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter”. These formulations are the epitome of self-limitation of sovereignty, when the states furnish the Security Council with the exclusive power of maintaining international peace and security and expect proper and effective fulfillment of the duty. As article 24 states, the Security Council possesses not a right but the responsibility to maintain peace worldwide. Hence, any unreasonable veto violates the purpose of article 24 and infringes on the sovereign equality of the UN members. There are four sovereignty duties corresponding to the rights mentioned above: immunity of other States and State agents before one's jurisdiction; respect for international law and duty to cooperate; prohibition of intervention; duty of peaceful dispute settlement.⁷⁹ Without prejudice to the international legal personality of the UN, every permanent member, which applies unreasonable veto, shall be regarded as liable for the violation of international law.

Sovereign equality has wide moral and political criticism in general.⁸⁰ However, this section aimed only to identify the violation of the principle in the light of the unreasonable veto.

2. LIMITATION OF THE VETO

2.1 Legal basis for the limitation of the veto's practical impact

The previous chapter shed light on the peculiarities of why the unreasonable veto is the abuse of right; but what are the consequences of the violation? As showed previously, the application of the unreasonable veto lacks good faith. Furthermore, it is manifestly abusive and solely aims to expressly harm the interests of international peace and security. Abuse of right can entail the international responsibility when the actions of one state harm the interests of

another state.⁸¹ At least the Syrian crisis shows that the Russian Federation and *de jure* government of Syria are allies and this fact excludes bringing the Russian Federation before the ICJ by the current Syrian government. This is one of the flaws of the operability of the concept of abuse of right in the context of the unreasonable veto. Abuse of right could lead to compensation in general.⁸² However, its practical feasibility, in the light of the unreasonable veto, is very controversial. The practice of the unreasonable veto, developed by the P5, does not give any hint that a P5 state would accept the ICJ's jurisdiction on cases related to the unreasonable veto. The problem of state responsibility is not related to insufficient legal grounds but the operational aspects of bringing the P5 before international jurisdiction. United Nations General Assembly Resolution 377 (V) – 'Uniting for Peace' was adopted on 3 November 1950 by 52 votes to five, with two abstentions.⁸³ The adoption of this resolution represented a response to the strategy of the USSR to block any determination by the Security Council on measures to be taken in order to protect the Republic of Korea against the aggression launched against it by military forces from Democratic People's Republic of Korea.⁸⁴ A core conceptual aspect of the resolution is a promotion of the General Assembly to maintain international peace and security, when the Security Council fails to do it:

Resolves that if the Security Council, because of lack of unanimity of the permanent members, fails to exercise its primary responsibility for the maintenance of international peace and security in any case where there appears to be a threat to the peace, breach of the peace or act of aggression, the General Assembly shall consider the matter immediately with a view to making appropriate recommendations to Members for collective measures, including in the case of a breach of the peace or act of aggression the use of armed force when necessary, to maintain or restore international peace and security.⁸⁵

The most fundamental achievement of the resolution is the Security Council's circumvention of peace enforcement measures after its failure to maintain international peace and security. The special peculiarity of the resolutions, adopted on the basis of resolution 377, are

coercive measures as the means for the restoration of international peace. The Korea Crisis was the first case in the history of the UN when the General Assembly recommended coercive measures.⁸⁶ During the Suez Canal crisis, the General Assembly asked the United Nations Secretary-General to establish a peacekeeping force.⁸⁷ The General Assembly called upon all States "in view of the threat to international peace and security posed by South Africa, to impose against that country comprehensive mandatory sanctions in accordance with the provisions of the Charter".⁸⁸

An important view about the Uniting for Peace concept was suggested by the ICJ in Wall Opinion. The General Assembly's practice of making a recommendation on a question concerning the maintenance of international peace and security while the matter remained on the Council's agenda, was considered consistent with article 12(1) of the UN Charter by the ICJ, in its advisory opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory.⁸⁹ However, the opinion leaves sufficient room for judgement of the Uniting for Peace concept, essentially because the ICJ did not discuss the validity of the Uniting for Peace concept as a whole. Tomuschat finds an illegality of the Uniting for Peace concept in the heart of UNGA Resolution 377 (V), which essentially aims to recommend enforcement measures.⁹⁰ Hailbronner and Klein, to the contrary, define "enforcement action" by its binding nature and conclude that the General Assembly is not prevented from recommending coercive measures.⁹¹ Without prejudice to the academic value of Tomuschat's work, one aspect shall be underlined: the extensive practice of the adoption of the resolutions, with some of them recommending the application of coercive measures,⁹² based on the Uniting for Peace concept, emphasizes the general recognition by states of the legal value of the resolution 377.⁹³

The ICJ, in its advisory opinion, provided an extensive deliberation regarding the capacity of the UN organs to require enforcement of international peace and security by coercive action:

The responsibility conferred is "primary", not exclusive. This primary responsibility is

conferred upon the Security Council, as stated in Article 24, "in order to ensure prompt and effective action". To this end, it is the Security Council which is given a power to impose an explicit obligation of compliance if for example it issues an order or command to an aggressor under Chapter VII. It is only the Security Council which can require enforcement by coercive action against an aggressor.⁹⁴

The limitation of the veto's practical impact shall be understood as any mechanism which will not allow the unreasonable veto to defeat the object and purpose of the UN. The UN Charter does not say that its object and purpose is for the Security Council to maintain international peace and security, but for the organization to maintain international peace and security in general. Indeed, article 24 defines the Security Council's primary responsibility to maintain international peace and security, however, as mentioned above, the responsibility conferred is "primary," and not exclusive. According to the preparatory work of the UN Charter, conferring the primary responsibility to the Security Council, as mentioned in the previous chapter, was decided for the sake of the effectiveness of the organisation. Therefore, the failure of one organ to fulfill the object and purpose of the organization does not entail the obligation for another organ to fail as well.

Article 14 of the Charter may be regarded as grounds for the adoption of the Uniting for Peace resolutions; however, only non-coercive, peaceful measures shall be applied, since it is the limit of the textual interpretation of the clause. Article 10 could also be considered as legal grounds for the application of the concept, though it is a very broad norm and stipulates the capacity of the General Assembly to "discuss any questions or any matters within the scope of the present Charter". Article 11(1) specifically mentions the General Assembly's capacity to discuss matters related to international peace and security. This norm is the most explicit legal

basis for the concept, and the exemptions of its second paragraph do not prevent the General Assembly from making a recommendation.

CONCLUSION

This article demonstrated that the unlimited power of the permanent members of the Council to use the veto impairs the UN's capacity to maintain international peace and security. Moreover, unreasonable vetoes contradict the spirit of article 24 of the UN Charter and infringe on the principle of sovereign equality. This paper supported the idea of the legality of limiting the practical effect of the veto. The purpose of this article was to show the legal basis, practical opportunities consequences of the limitation of the veto. The concept of the veto was discussed from various angles; normative as well as practical aspects of the veto were explored in light of the existing practice.

Vetoes which do not provide a legal argumentation and go against the object and the purpose of the Charter are unreasonable. The core idea of this article was to show that the unreasonable application of the veto infringes various Charter norms and international law principles. There is a sufficient theoretical basis for the responsibility of the P5 in casting an unreasonable veto. However, I demonstrated that holding the P5 to this responsibility is an unachievable goal. Hence, this document suggested ideas for the practical limitation of the effect of the unlimited veto, which are more operational and feasible. My conclusions were based on the practice of the General Assembly and case law, which support the application of the suggested mechanism. The current practice of the Security Council does not give hope for a better, more peaceful future, and it is the General Assembly's responsibility to take steps to change the status quo to align the action of the Security Council with the object and purpose of the United Nations.

* Oleg Tortladze is a PhD candidate in international law at Tbilisi State University. The author expresses his gratitude for the assistance of the editing team and especially its head professor Ketevan Khutsishvili and for the support of his LLM advisor professor André de Hoogh. This article is a revised version of the Author's master thesis (University of Groningen).

- ¹ Declaration of Principles, known as the Atlantic Charter, by the Prime Minister of the United Kingdom and the President of the United States of America, made public on August 14th, 1941 (Adopted 14 August 1941) 204 LNTS 384 principle 6.
- ² Cot P.J. *United Nations, Reform* (2010) MPEPIL available at: <<http://opil.ouplaw.com.proxy-ub.rug.nl/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e543?rskey=xxozjU&result=3&prd=EPIL>> last visited 28 June 2017, section 6.
- ³ Felix A. *Tehran Conference(1943)*, (2009) MPEPIL, available at: <<http://opil.ouplaw.com.proxy-ub.rug.nl/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e416?rskey=f6otRt&result=26&prd=EPIL>> last visited 28 June 2017, section 8.
- ⁴ Frowein J.A. *United Nations (UN)* (2013) MPEPIL, available at <<http://opil.ouplaw.com.proxy-ub.rug.nl/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e537?rskey=f6otRt&result=25&prd=EPIL>> last visited 28 June 2017, section 2.
- ⁵ Charter of the United Nations (Adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945) available at: <<http://www.un.org/en/sections/un-charter/chapter-i/index.html>> last visited 28 June 2017 article 1(1).
- ⁶ Wood M. *United Nations, Security Council* (2007) MPEPIL, available at: <<http://opil.ouplaw.com.proxy-ub.rug.nl/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e561?rskey=2iJeBY&result=9&prd=EPIL>> last visited 3 July 2017, sections 5-8.
- ⁷ UN Documentation Research Guide, 'Security Council – Veto List' available at: <<http://research.un.org/en/docs/sc/quick>> last visited 3 July 2017.
- ⁸ Patil A.V. *The UN Veto in World Affairs 1946-1990: A Complete Record and Case Histories of the Security Council's Veto* (First published by Unifo Publishers, Mansell Publishing Limited 1992) vii-ix.
- ⁹ Resolutions adopted by the Security Council, available at: <<http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/2017.shtml>> last visited 3 July 2017.
- ¹⁰ UNSC Draft Res 315 (12 April 2017) UN Doc S/2017/315; UNSC Draft Res 172 (28 February 2017) UN Doc S/2017/172; UNSC Draft Res 1026 (5 December 2016) UN Doc S/2016/1026; UNSC Draft Res 846 (8 October 2016) UN Doc S/2016/846; UNSC Draft Res 348 (22 May 2014) UN Doc S/2014/348; UNSC Draft Res 538 (19 July 2012) UN Doc S/2012/538; UNSC Draft Res 77 (4 February 2012) UN Doc S/2012/77; UNSC Draft Res 612 (4 October 2011) UN Doc S/2011/612; Security Council Report, Veto , available at: <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/research_report_3_the_veto_2015.pdf> last visited 4 July 2017,4.
- ¹¹ Security Council Report, 'The Permanent Members and the Use of the Veto: An Abridged History' (2015) available at: <<http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/P5%20and%20Use%20of%20the%20Veto.pdf>> last visited 4 July 2017.
- ¹² UNSC Draft Res 23 (16 February 1946) UN Doc S/PV.23.
- ¹³ n8. 345.
- ¹⁴ UNSC Draft Res 57 (29 August 1946) UN Doc S/PV.57; UNSC Draft Res 186 (18 August 1947) UN Doc S/PV.186; UNSC Draft Res 190 (21 August 1947) UN Doc S/PV.190; UNSC Draft Res 206 (01 October 1947) UN Doc S/PV.206; UNSC Draft Res 279 (10 April 1948) UN Doc S/PV.279; UNSC Draft Res 351 (18 August 1948) UN Doc S/PV.351; UNSC Draft Res 384 (15 December 1948) UN Doc S/PV.384; UNSC Draft Res 1305 (08 April 1949) UN Doc S/1305; UNSC Draft Res 1385 (07 September 1949) UN Doc S/1385; UNSC Draft Res 1331 (13 September 1949) UN Doc S/1331; UNSC Draft Res 1332 (13 September 1949) UN Doc S/1332; UNSC Draft Res 1333 (13 September 1949) UN Doc S/1333; UNSC Draft Res 1334 (13 September 1949) UN Doc S/1334; UNSC Draft Res 1335 (13 September 1949) UN Doc S/1335; UNSC Draft Res 1336 (13 September 1949) UN Doc S/1336; UNSC Draft Res 1337 (13 September 1949) UN Doc S/1337; UNSC Draft Res 2443 (06 February 1952) UN Doc

- S/2443; UNSC Draft Res 2483 (16 September 1952) UN Doc S/2483; UNSC Draft Res 2754 (18 September 1952) UN Doc S/2754; UNSC Draft Res 2758 (19 September 1952) UN Doc S/2758; UNSC Draft Res 2759 (19 September 1952) UN Doc S/2759; UNSC Draft Res 2760 (19 September 1952) UN Doc S/2760; UNSC Draft Res 3510 (15 December 1955) UN Doc S/3510.
- ¹⁵ UNSC Draft Res 122 (25 March 1947) UN Doc S/PV.122.
- ¹⁶ UNSC Draft Res 1048 (25 October 1948) UN Doc S/1048.
- ¹⁷ UNSC Draft Res 170 (29 July 1947) UN Doc S/PV.170; UNSC Draft Res 471/Add.1 (19 August 1947) UN Doc S/471/Add.1; UNSC Draft Res 486 (19 August 1947) UN Doc S/486; UNSC Draft Res 202 (15 September 1947) UN Doc S/PV.202; UNSC Draft Res 552 (15 September 1947) UN Doc S/552.
- ¹⁸ UNSC Draft Res 513 (25 August 1947) UN Doc S/513; UNSC Draft Res 836 (22 June 1948) UN Doc S/836; UNSC Draft Res 1398 (11 October 1949) UN Doc S/1398; UNSC Draft Res 2671 (03 July 1952) UN Doc S/2671.
- ¹⁹ UNSC Draft Res 3710 (30 October 1956) UN Doc S/3710.
- ²⁰ UNSC Draft Res 5425 (13 September 1963) UN Doc S/5425/Rev.1; UNSC Draft Res 9696 (17 March 1970) UN Doc S/9696.
- ²¹ UNSC Draft Res 10771 (25 August 1972) UN Doc S/10771.
- ²² UNSC Draft Res 11713 (06 June 1975) UN Doc S/11713; UNSC Draft Res 12211 (19 October 1976) UN Doc S/12211; UNSC Draft Res 14459 (30 April 1981) UN Doc S/14459; UNSC Draft Res 14460 (30 April 1981) UN Doc S/14460/Rev.1; UNSC Draft Res 14461 (30 April 1981) UN Doc S/14461; UNSC Draft Res 14462 (30 April 1981) UN Doc S/14462.
- ²³ UNSC Draft Res 1358 (02 December 1994) UN Doc S/1994/1358; UNSC Draft Res 199 (07 March 1997) UN Doc S/1997/199; UNSC Draft Res 241 (21 March 1997) UN Doc S/1997/241; UNSC Draft Res 1385 (20 December 2002) UN Doc S/2002/1385; UNSC Draft Res 891 (16 September 2003) UN Doc S/2003/891; UNSC Draft Res 980 (14 October 2003) UN Doc S/2003/980; UNSC Draft Res 240 (25 March 2004) UN Doc S/2004/240; UNSC Draft Res 783 (05 October 2004) UN Doc S/2004/783; UNSC Draft Res 508 (13 July 2006) UN Doc S/2006/508; UNSC Draft Res 878 (11 November 2006) UN Doc S/2006/878; UNSC Draft Res 310 (15 June 2009) UN Doc S/2009/310; UNSC Draft Res 24 (18 February 2011) UN Doc S/2011/24; UNSC Draft Res 189 (15 March 2014) UN Doc S/2014/189.
- ²⁴ n8. 16.
- ²⁵ Ibid 17.
- ²⁶ Hammarskjöld D. *Servant of Peace* (London, The Bodley Head, 1962) 350.
- ²⁷ n8. 17.
- ²⁸ Gross L. *The Double Veto and the Four-Power Statement on Voting in the Security Council* (1952) 67(2) Harv.L.Rev. 251-280; UN Meetings Coverage and Press Releases, 'Double Veto Prevents Security Council from Adopting Draft Resolution Intended to Impose Sanctions for Use of Chemical Weapons in Syria' available at: <<https://www.un.org/press/en/2017/sc12737.doc.htm>> last visited 5 July 2017.
- ²⁹ Oxford Reference, 'Double Veto' available at: <<http://www.oxfordreference.com.proxy-ub.rug.nl/view/10.1093/oi/authority.20110803095728383>> last visited 5 July 2017.
- ³⁰ n8. 16.
- ³¹ Fassbender B. *Veto* (2013) MPEPIL <<http://opil.ouplaw.com.proxy-ub.rug.nl/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e570?rskey=xxozjU&result=1&prd=EPIL>>last visited 17 June 2017, section 4.
- ³² Brierly J.L. *The Law of Nations: An introduction to the International Law of Peace* (6th ed., OUP 1963) 106-107.
- ³³ Kelsen H.(1951) *The Law of the United Nations: A Critical Analysis of its Fundamental Problems* (with supplement, London, Stevens & Sons 1951) 274-275.
- ³⁴ Fassbender B. *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community* (Leiden: Brill. 2009) 77ff; Michael W. Doyle, 'A Global Constitution? The Struggle over the UN Charter' (Hauser Globalization Colloquium Fall 2010)

- available at: <<http://www.ijl.org/wp-content/uploads/2016/11/Doyle-A-Global-Constitution-2010.pdf>> last visited 6 July 2017; Peters A. *Targeted Sanctions after Affaire Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse: Is There a Way Out of the Catch-22 for UN Members?*(EJIL Talk!,2013) available at: <<https://www.ejiltalk.org/targeted-sanctions-after-affaire-al-dulimi-et-montana-management-inc-c-suisse-is-there-a-way-out-of-the-catch-22-for-un-members/>> last visited 6 July 2017.
- ³⁵ Charter of the United Nations (Adopted 26 June 1945, entered into force 24 October 1945) <<http://www.un.org/en/sections/un-charter/chapter-i/index.html>>last visited 28 June 2017 preamble; Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331 arts 2(1)(a), 5;
- ³⁶ Oxford Living Dictionaries, 'legal' available at: < <https://en.oxforddictionaries.com/definition/legal>> last visited 6 July 2017.
- ³⁷ *Belilos v Switzerland* Application no. 10328/83 (ECtHR, 29 April 1988) paras 13ff; *Loizidou v. Turkey* Application no. 15318/89 (ECtHR, 18 December 1996) paras 1ff;*Rawle Kennedy v. Trinidad and Tobago* (2002) 7 Selected Decisions of the Human Rights Committee Under Optional Protocol 5 paras 3.13-6;
- ³⁸ *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* (Advisory Opinion) Dissenting Opinion of Judge Hackworth I.C. J. Reports 1949, p. 182, 198;
- ³⁹ *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt* (Advisory Opinion) I. C.J. Reports 1980, p. 73, 88-89; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility* (Judgment) I.C.J. Reports 1984, p. 392,436.
- ⁴⁰ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility* (Judgment) Dissenting Opinion of Judge Schwebel I.C.J. Reports 1986, p. 14,290.
- ⁴¹ *The Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash and others* (Decision) STL-11-01/PT/AC/AR90.1 (24 October 2012) para 35.
- ⁴² Oxford Living Dictionaries, 'political' available at: <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/political>> last visited 6 July 2017.
- ⁴³ *Tadic Case* (Judgment) ICTY-94-1 (26 January 2000) para 28.
- ⁴⁴ Oxford Living Dictionaries, 'discretion' < <https://en.oxforddictionaries.com/definition/discretion> >last visited 6 July 2017.
- ⁴⁵ *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter)* (Advisory Opinion) I.C.J. Reports 1948, p.57, 64.
- ⁴⁶ Goodrich L. Hambro E. *Charter of the United Nations: Commentary and Documents* (World Peace Foundation 1946) 124-134; Norman Bentwich, Andrew Martin, *A Commentary on the CHARTER of the UNITED NATIONS* (London, Knight & Forster Ltd 1950) 65-71.
- ⁴⁷ UNCIO, 'Document 855 III/1/B/2 (a)' (Questionnaire on Exercise of Veto in Security Council, Volume XI (San Francisco May 19,1945) 701.
- ⁴⁸ UNGA Res 40(I) (13 December 1946) UN Doc A/RES/40(I); UNGA 'Tenth Conference of Heads of State of Government of Non-Allied Countries' (18 November 1992) UN Doc A/47/675.
- ⁴⁹ Oxford Living Dictionaries, 'vote' available at: <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/vote>> last visited 6 July 2017.
- ⁵⁰ Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331 (VCLT) arts 19-23; *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Advisory opinion) I.C.J. Reports p. 15, 15-30; Buffard I. Zemanek K. *The "Object and Purpose" of a Treaty: An Enigma?* (1998) 3 ARIEL 311,311-343; Clark B. *The Vienna Convention Reservations Regime and the Convention on Discrimination Against Women* (1991) 85 AJIL 281, 281-321; Lijnzaad L, *Reservations to UN-Human Rights Treaties: Ratify and Ruin* (Dordrecht 1995) 298-370.
- ⁵¹ UNSC Verbatim Record (21 August 1947) UN Doc S/PV.190.
- ⁵² UNSC Verbatim Record (13 September 1949) UN Doc S/PV.443; n8. 24.
- ⁵³ UNSC Verbatim Record (02 April 1982) UN Doc S/PV. 2347.

- ⁵⁴ UNSC Verbatim Record (04 April 1984) UN Doc S/PV.2529.
- ⁵⁵ UNSC Verbatim Record (4 October 2011) UN Doc S/PV.6627.
- ⁵⁶ UNSC Verbatim Record (4 February 2012) UN Doc S/PV.6711.
- ⁵⁷ UNSC Verbatim Record (25 February 1999) UN Doc S/PV.3982.
- ⁵⁸ *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization* (Advisory Opinion) of 8 June 1960: I.C.J. Reports 1960, p. 150, 160-161,165; WTO, *United States: Standards for Reformulated and Conventional Gasoline-Report of the Appellate Body* (29 April 1996) WT/DS2/AB/R, 23; WTO, *Japan:Taxes on Alcoholic Beverages-Report of the Appellate Body* (4 October 1996) WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, 12; WTO, *United States – Restrictions on Imports of Cotton and Man-made Fibre Underwear-Report of the Appellate Body* (10 February 1997)WT/DS24/AB/R, 16; WTO, *Argentina: Safeguard Measures on Imports of Footwear-- Report of the Appellate Body* (14 December 1999) WT/DS121/AB/R, para. 81; Lauterpacht H. *Restrictive Interpretation and the Principle of Effectiveness in the Interpretation of Treaties*, (1949) 26 BYBIL 48, 67; Michael Waibel M. *Demystifying the Art of Interpretation* (2011) 22 no 2 EJIL available at: < <http://ejil.org/pdfs/22/2/2155.pdf> > last visited 8 July 2017,581-583; see also Orakhelashvili A. *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law* (OUP 2008).
- ⁵⁹ Schreuer Cf., 'Comments', in R. Hoffman and C. Tams (eds), *International Investment Law and General International Law: From Clinical Isolation to Systemic Integration* (2011) 2.
- ⁶⁰ *Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia* (Merits) PCIJ Reports 1926 Series NA 07,30; *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex* (Judgment) PCIJ Reports1932 Series N A/B N46,167; *Fisheries Case (United Kingdom v Norway)* (Judgment) ICJ Reports 1951 p. 116, 153-154; *Fisheries Case (United Kingdom v Norway)* (Judgment) Separate Opinion Judge Alvarez 150-51; *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)* (Judgment)(Second Phase) I.C.J. Reports 1951 p. 3,17; *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)* (Judgment)(Second Phase) I.C.J. Reports 1951 p. 3,17; *Case of Certain Norwegian Loans (France v. Norway)* (Judgement) I.C.J. Reports 1957, p. 9,73; *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)* (Preliminary Objections) (Judgment) I.C.J. Report; 1962, p. 319, 480-483; *Nuclear Tests (Australia v. France)*(Judgment,) I.C.J. Reports 1974, p. 253,362; *Case Concerning Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)* (Preliminary Objections)(Judgment) I.C.J. Reports 1992, p. 240,244; *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia And Herzegovina v. Yugoslavia)* (Provisional Measures) I.C.J. Reports 1993 p.325,19; *Case Concerning Maritime Delimitation in the Area Between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*(Judgment) I.C.J. Reports 1993 p.38,110; *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)* (Judgment) I.C.J. Reports 1997 p.7,22; Case C-33/74 Van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid [1974] ECR I- 01299,paras 12-13; ;Case C-115/78 Knoors v. Staatssecretaris van Economische Zaken [1979] ECR I-399,para 25; Case C-229/83 Leclerc v Au ble´ vert [1985] ECR I-00001, para 27; Case C-39/86 Lair v Universität Hannover [1988] ECR I-03161,para 43; Case C-370/90 The Queen v Immigration Appeal Tribunal and Surinder Singh [1992] ECR I- 04265, para 24; Case C-200/02 Chen v Home Secretary [2004] ECR I-09925, para 34; Case C-147/03 Commission v Austria [2005] ECR I-05969, para 67; O. Schachter, 'International Law in Theory and Practice' (1982) 178 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* 296,82;
- ⁶¹ Lenaerts A. *The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law* (Kluwer Law International 2010) 125.

- ⁶² Kiss A. *Abuse of Rights*, in *Encyclopedia of Public International Law* (vol.1, North Holland 1992) 4.
- ⁶³ ILC, Report on the International Law Commission on the Work of its Fiftieth Session (3 May-23 July 1999) UN Doc. A/CN.4/496, 218-219; ILC, 'Draft Report on the Commission on the Work of its Twenty-Second Session' (4 May – 10 July 1970) UN Doc. A/8010/Rev.1, 31.
- ⁶⁴ UN Charter (n26) art 2 (2).
- ⁶⁵ Byers M. *Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age* (2002) 47(2) McGill Law Journal 389,389.
- ⁶⁶ UN Charter (n26) art 2 (1).
- ⁶⁷ Frowein J.A. *United Nations* (UN) (2013) MPEPIL, available at: < <http://opil.ouplaw.com.proxy-ub.rug.nl/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e537?rskey=f6otRt&result=25&prd=EPIL> > last visited 28 June 2017, section 1ff.
- ⁶⁸ Kelsen H. *Peace Through Law* (New Jersey, The Law book Exchange Ltd. 2000) 34.
- ⁶⁹ Ibid; *Polish Postal Service in Danzig* (Advisory Opinion) PCIJ Reports 1925 Ser B N11.
- ⁷⁰ OxfordLivingDictionaries, 'sovereignty' available at <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/sovereignty>> last visited 8 July 2017.
- ⁷¹ Oxford Living Dictionaries, 'equality' available at: <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/equality>> last visited 8 July 2017.
- ⁷² Warbrick C. *The Principle of Sovereign Equality*, in Vaughan Lowe & Colin Warbrick (ed), *The United Nations and the Principles of International Law: Essays in Memory of Michael Akehurst* (New York: Routledge, 1994) 204; see in general: Djura Ninčić, *The Problem of Sovereignty in the Charter and in the Practice of the United Nations* (The Hague: Martinus Hijhoff 1970).
- ⁷³ UNGA Res 2625 (24 October 1970) UN Doc A/RES/25/2625; Helen Keller, 'Friendly Relations Declaration (1970)' (2009) MPEPIL available at: < <http://opil.ouplaw.com.proxy-ub.rug.nl/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e938?rskey=8SiF1Y&result=1&prd=EPIL> > last visited 8 July 2017, section 1ff.
- ⁷⁴ *The case of the S.S. Lotus Case (France v Turkey)* (Merits) (Judgement) PCIJ Reports 1927 Ser A No10, 18; Hollis B. Duncan, 'Why State Consent Still Matters – Non-State Actors, Treaties, and the Changing Sources of International Law' (2005) 23 BJIL <<http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol23/iss1/4>> last visited 29 December 2016 ,137ff; James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (8th, OUP 2012) 115.
- ⁷⁵ Guzman A. *The Consent Problem in International Law* (2011) Berkeley Program in Law & Economics, Working Paper Series available at: <<http://escholarship.org/uc/item/04x8x174>> last visited 8 July 2017, 4ff; Daniel Bodansky D. Watson J.S. *State Consent and the Sources of International Obligation* (1992) 86 ASIL < <http://www.jstor.org/stable/25658621> > last visited 8 July 2017, 108-113.
- ⁷⁶ Westerman P.C. *The disintegration of Natural Law theory: Aquinas to Finnis* (Leiden: Brill 1997) 169; Orakhelashvili A. *Natural Law and Customary Law* (2008) 68 HJIL available at: <http://www.zaoerv.de/68_2008/68_2008_1_a_69_110.pdf > last visited 8 July 2017, 69ff.
- ⁷⁷ Kokott J, *States, Sovereign Equality* (2011) MPEPIL, available at: <<http://opil.ouplaw.com.proxy-ub.rug.nl/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1113?rskey=INdjzq&result=1&prd=EPIL> > last visited 8 July 2017, section 24ff.
- ⁷⁸ n8. 11.
- ⁷⁹ Besson S. *Sovereignty* (2011) MPEPIL, available at: <<http://opil.ouplaw.com.proxy-ub.rug.nl/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1472?rskey=INdjzq&result=2&prd=EPIL>> last visited 8 July 2017, section 123.
- ⁸⁰ Roth B.R. *Sovereign Equality and Moral Disagreement* (OUP 2011) 54.
- ⁸¹ *North American Dredging Co. of Texas (USA) v United Mexican States* (Opinion of Commissioners) (1926) 4 RIAA 26, 23; *Trail Smelter Case (United States v*

- Canada*) (1941) 3 RIAA 1905; *Case C-11/70 Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* [1972] ECR I-1125, 186 ; *Dispute Concerning Filleting within the Gulf of St Lawrence ("La Bretagne") (Canada v France)* (1986) 19 RIAA 225, 28; *Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products* (Appellate Body Report) (12 October 1998) WT/DS58/AB/R, 158; J Ralston, *Venezuelan Arbitrations of 1903* (Washington D.C. Government Printing Office 1904) 705; see in general: *Trail Smelter Case (United States v Canada)* (1941) 3 RIAA 1905; *Walter Fletcher Smith Claim (Cuba v USA)* (1929) 2 RIAA 915.
- ⁸² *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations* (Advisory Opinion) I.C.J. Reports 1948, p.73, 80,93; *The Corfu Channel Case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v Albania)* (Judgment) I.C.J. Reports 1949, p.4, 47-48, 75, 129; *Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations* (Advisory Opinion) I.C.J. Reports 1950, p.4, 15; *Fisheries Case* (n138) 150, 152, 153; *Anglo-Iranian Oil Co. Case (United Kingdom v Iran)* (Judgment) I.C.J. Reports 1952, p.93, 133; *Gabcikovo-Nagymaros* (n138) 22.
- ⁸³ UNGA Res 377 (V) (3 November 1950) UN Doc A/1775, 10; Binder C. *Uniting for Peace Resolution (1950)* (2013) MPEPIL, available at: < <http://opil.ouplaw.com.proxy-ub.rug.nl/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e568?rskey=gQcEmJ&result=1&prd=EPIL> > last visited 23 July 2017, section 1; see in general: Krasno J. M. *The Uniting for Peace Resolution and Other Ways of Circumventing the Authority of the Security Council*, in B. Cronin and I. Hurd (ed.) *The UN Security Council and the Politics of International Authority* (London et al.: Routledge, 2008) 173-195; Petersen K. S. *The Uses of the Uniting for Peace Resolution since 1950* (1959) 13 *International Organization* 219-232; Reicher H. *The Uniting for Peace Resolution on the Thirtieth Anniversary of its Passage* (1982) 20 *Columbia Journal of Transnational Law* 1-49; Stein E. Morrissey R. *Uniting for Peace Resolution*, *Encyclopedia of Public International Law* vol. 4 (2000) 1232-1235; Zaum D. *The Security Council, the General Assembly, and War: The Uniting for Peace Resolution* in Low, Vaughan et al. (ed.) *The United Nations Security Council and War: the Evolution of Thought and Practice since 1945* (OUP 2008) 154-174.
- ⁸⁴ Tomuschat C. *Uniting for Peace* (2008), available at: < http://legal.un.org/avl/pdf/ha/ufp/ufp_e.pdf > last visited 22 July 2017, 1.
- ⁸⁵ n84.
- ⁸⁶ UNGA Res 498 (V) (1 February 1951) UN Doc A/177/Add.1, 1; UNGA Res 500 (V) (18 May 1951) UN Doc A/177/Add.1, 2;
- ⁸⁷ UNGA Res 1000 (ES-I) (5 November 1956) UN Doc A/3354, 2.
- ⁸⁸ UNGA Res ES-8/2 (14 September 1981) UN Doc A/ES-8/13 paras 13–14
- ⁸⁹ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Advisory Opinion) I.C.J. Reports 2004, p.136, paras 27-28; Binder (n33) section 21.
- ⁹⁰ Tomuschat C. *Uniting for Peace—ein Rückblick nach 50 Jahren* (2001) 76 *Die Friedens-Warte: Journal of International Peace and Organization* 289, 292.
- ⁹¹ Hailbronner K. Klein E. 'Article 12' in Bruno Simma (ed.) *The Charter of the United Nations* (Beck München 2002) 264–65.
- ⁹² n 88; n 89.
- ⁹³ UNGA Res 997 (ES-I) (2 November 1956) UN Doc A/3354; UNGA Res 998 (ES-I) (4 November 1956) UN Doc A/3354; UNGA Res 999 (ES-I) (4 November 1956) UN Doc A/3354; UNGA Res 1000 (ES-I) (5 November 1956) UN Doc A/3354; UNGA Res 1001 (ES-I) (7 November 1956) UN Doc A/3354; UNGA Res 1002 (ES-I) (7 November 1956) UN Doc A/3354; UNGA Res 1003 (ES-I) (10 November 1956) UN Doc A/3354; UNGA Res 1004 (ES-II) (4 November 1956) UN Doc A/3355, 2 UNGA Res 1005 (ES-II) (9 November 1956) UN Doc A/3355, 2 UNGA Res 1006 (ES-II) (9 November 1956) UN Doc A/3355, 3 UNGA Res 1007 (ES-II) (9 November 1956) UN Doc A/3355, 3 UNGA Res 1008 (ES-II)

(10 November 1956) UN Doc A/3355; UNGA Res 1237 (ES-III) (21 August 1958) UN Doc A/3905; UNGA Res 1474 (ES-IV) (20 September 1960) UN Doc A/4510; UNGA Res 2252 (ES-V) (4 July 1967) UN Doc A/6657, 3; UNGA Res 2253 (ES-V) (4 July 1967) UN Doc A/6657, 4; UNGA Res 2254 (ES-V) (14 July 1967) UN Doc A/6657, 4; UNGA Res 2255 (ES-V) (17 July 1967) UN Doc A/6657, 4; UNGA Res 2256 (ES-V) (21 July 1967) UN Doc A/6657, 4; UNGA Res 2257 (ES-V) (18 September 1967) UN Doc A/6657; UNGA Res 2793 (XXVI) (7 December 1971) UN Doc A/8429; UNGA Res ES-6/2 (14 January 1980) UN Doc A/ES-6/7; UNGA Res ES-7/3 (29 July 1980) UN Doc A/ES-7/14, 4; UNGA Res ES-7/4 (28 April 1982) UN Doc A/ES-7/14/Rev.1, 4; UNGA Res ES-7/5 (26 June 1982) UN Doc A/ES-7/14/Rev.1, 7; UNGA Res ES-7/7 (19 August 1982) UN Doc A/ES-7/14/Rev.1, 12; UNGA Res ES-7/8 (19 August 1982) UN Doc A/ES-7/14/Rev.1, 13; UNGA Res ES-7/9 (24 September 1982) UN Doc A/ES-7/14/Rev.1; UNGA Res ES-7/2 (29 July 1980) UN Doc A/ES-7/14; UNGA Res ES-7/6 (19 August 1982) UN Doc A/ES-7/14/Rev.1; UNGA Res ES-8/2 (14 September 1981) UN Doc A/ES-8/13; UNGA Res ES-9/1 (15 February 1982) UN Doc A/ES-9/7; UNGA Res ES-10/2 (25 April 1997) UN Doc A/RES/ES-10/2; UNGA Res ES-10/3 (15 July 1997) UN Doc A/RES/ES-10/3; UNGA Res ES-10/4 (13 November 1997) UN Doc A/RES/ES-10/4; UNGA Res ES-10/5 (17 March 1998) UN Doc A/RES/ES-10/5; UNGA Res ES-10/6 (9 February 1999) UN Doc A/RES/ES-10/6; UNGA Res ES-10/7 (20 October 2000) UN Doc A/RES/ES-10/7; UNGA Res ES-10/8 (20 December 2001) UN Doc A/RES/ES-10/8; UNGA Res ES-10/9 (20 December 2001) UN Doc A/RES/ES-10/9; UNGA Res ES-10/10 (7 May 2002) UN Doc A/RES/ES-10/10; UNGA Res ES-10/11 (5 August 2002) UN Doc A/RES/ES-10/11; UNGA Res ES-10/12 (19 September 2003) UN Doc A/RES/ES-10/12; UNGA Res ES-10/13 (21 October 2003) UN Doc A/RES/ES-10/13; UNGA Res ES-10/14 (8 December 2003) UN Doc A/RES/ES-10/14; UNGA Res ES-10/15 (20 July 2004) UN Doc A/RES/ES-10/15; UNGA Res ES-10/16 (17 November 2006) UN Doc A/RES/ES-10/16; UNGA Res ES 10/17 (15 December 2006) UN Doc A/RES/ES-10/17; UNGA Res ES 10/18 (16 January 2009) UN Doc A/RES/ES-10/18; UNGA Res ES-10/16 (17 November 2006) UN Doc A/RES/ES-10/16; UNGA Res ES 10/17 (15 December 2006) UN Doc A/RES/ES-10/17; UNGA Res ES 10/18 (16 January 2009) UN Doc A/RES/ES-10/18.

⁹⁴ *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter)* (Advisory Opinion) I.C.J Reports 1962 p.157, 163.

არასახელმწიფო აქტორების მიერ ჩადენილი ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულები ICC-ის იურისდიქციის ჭრილში

აბსტრაქტი

რომის სტატუტი მკაფიოდ არ განსაზღვრავს იმ არასახელმწიფო აქტორის ტიპს, რომელსაც შეუძლია ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების ჩადენა. ტერორისტულ დაჯგუფებას, სეპარატისტულ მოძრაობასა თუ სხვა არასახელმწიფო აქტორს შესაძლოა ჰქონდეს სახელმწიფოს მსგავსი რესურსი განახორციელოს ფართომასშტაბიანი ან სისტემატური თავდასხმები სამოქალაქო მოსახლეობის წინააღმდეგ. მოცემული ნაშრომი გამოყოფს იმ კრიტერიუმებს, რომელთა დაკმაყოფილების შემთხვევაშიც არასახელმწიფო აქტორის მხრიდან ჩადენილი ქმედება დაკვალიფიცირდება ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულად. სტატია ასევე წარმოაჩენს სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს იურისდიქციის ჭრილში არასახელმწიფო აქტორის ნევრების ინდივიდუალური სისხლისამართლებრივი პასუხისმგებლობის განსხვავებულ საფუძვლებს.

საძიებო სიტყვები: ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულები, არასახელმწიფო აქტორი, ICC, ორგანიზაციული პოლიტიკა

შესავალი

ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების ჩადენაში არასახელმწიფო აქტორების როლი და მათთან ასოცირებული პირების ინდივიდუალური სისხლისამართლებრივი პასუხისმგებლობის ფარგლები კვლავაც რჩება საერთაშორისო სისხლის სამართლის ერთ-ერთ აქტუალურ საკითხად. 1998 წლის რომის კონფერენციის თავმჯდომარის - პროფესორ შერიფ ბასიოუნის აზრით, საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართლის მიხედვით მხოლოდ განსაზღვრული სახელმწიფო პოლიტიკის შესაბამისად მოქმედ სახელმწიფო აქტორებს შეეძლოთ ჩაედინათ ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულები.¹ თუმცა, სისხლის სამართლის საერთაშორისო ტრიბუნალებისა და სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს (შემდგომში ICC ან „სასამართლო“) თანამედროვე პრაქტიკამ ცხადჰყო, რომ ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულებში მხოლოდ სახელმწიფოს მონაწილეობა აღარ არის დანაშაულის მაკვალიფიცირებელი ელემენტი.² რომის სტატუტის მიხედვით, არა მხოლოდ სახელმწიფო, არამედ „ორგანიზაციული პოლიტიკა“ წარმოადგენს აღნიშნული დანაშაულების კონტექსტუალურ ელემენტს.³ თანამედროვე მეცნიერთა დავის საგანი არის სწორედ იმ ორგანიზაციის/დაჯგუფების ტიპის ანა-

ლიზი, რომლის ნევრებსაც შეუძლიათ რომის სტატუტის მე-7 მუხლით გათვალისწინებული დანაშაულების ჩადენა.⁴

მოცემული სტატია იკვლევს არასახელმწიფო აქტორებისა და ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების ურთიერთდამოკიდებულებას. აღნიშნული საკითხი აქტუალურია როგორც ICC-ის მიერ საქართველოს საკითხზე მიმდინარე გამოძიების, ისე „ისლამური სახელმწიფოსა“ თუ სხვა არასახელმწიფო აქტორების მხრიდან ბოლო დროს სამოქალაქო მოსახლეობის წინააღმდეგ ჩადენილი შემზარავი თავდასხმების კუთხით.

სტატიის პირველ ნაწილში განიხილავს ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულის დეფინიციას, მეცნიერთა განსხვავებული მოსაზრებებისა და შესაბამისი სასამართლო პრაქტიკის ანალიზის საფუძველზე განმარტავს ტერმინ „ორგანიზაციულ პოლიტიკას“. ნაშრომი ამავდროულად გამოყოფს ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების ჩამდენი არასახელმწიფო აქტორების აუცილებელ ნიშნებსა და კატეგორიებს. სტატიის მეორე ნაწილში განხილულია ICC-ის იურისდიქციის ფარგლები არასახელმწიფო აქტორის ნევრებთან მიმართებით. სტატიაში წარმოდგენილი კვლევის შედეგად დგინდება, რომ ICC-ის იურისდიქცია რიგ შემთხვევებში შესაძლოა გავრცელდეს აჯან-

ყებული ან სეპარატისტული ძალების, ტერორისტული დაჯგუფებებისა თუ სხვა არასახელმწიფო აქტორის მიერ ჩადენილ ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულებზე, თუმცა რომის სტატუტის ვინრო ინტერპრეტაციის შემთხვევაში აღნიშნული იურისდიქცია საკმაოდ შეზღუდული დარჩება ინდივიდუალური სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დაკისრების კუთხით.

1. „სახელმწიფო ან ორგანიზაციული აქტიურობა“ როგორც კონტაქტუალური ელემენტი

1.1. ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების დეფინიცია

რომის სტატუტის მე-7 მუხლის მიხედვით „ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულის“ ცნების ქვეშ მოიაზრება მკვლელობა, დეპორტაცია, წამება, სექსუალური ხასიათის დანაშაულები და ამავე მუხლით განსაზღვრული სხვა აქტები, რომლებიც ჩადენილია განზრახ, სამოქალაქო მოსახლეობის წინააღმდეგ განხორციელებული ფართომასშტაბიანი ან სისტემატური თავდასხმის ფარგლებში. „ნებისმიერ სამოქალაქო მოსახლეობაზე თავდასხმა“ განიმარტება როგორც სახელმწიფოსა ან ორგანიზაციული პოლიტიკის ფარგლებში ან მისი წახალისების მიზნით განხორციელებულ ქმედებათა ერთობლიობა.⁵

ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულები წარმოადგენს საერთაშორისო საზოგადოებისთვის შოკისმომგვრელ და საერთაშორისო სამართლით აკრძალულ ქმედებებს.⁶ აღნიშნული დანაშაულის მსხვერპლი აუცილებლად არის სამოქალაქო მოსახლეობა, ანუ დანაშაული მიმართულია სამოქალაქო პირების წინააღმდეგ, რომლებიც არ არიან კომბატანტები ან არ იღებენ პირდაპირ მონაწილეობას საომარ მოქმედებებში. ომის დანაშაულებისგან განსხვავებით, რომის სტატუტის მე-7 მუხლით გათვალისწინებული ქმედებებისათვის აუცილებელ ფაქტორს არ წარმოადგენს შეიარაღებულ კონფლიქტთან კავშირი. მთავარია, რომ აღნიშნული დანაშაულები გამოიხატებოდეს ფართოდ გავრცელებულ ან სისტემატურ თავდასხმებში. „ფართომასშტაბიანობის“ კრიტერიუმის განმარტებისთვის მნიშვნელოვანია როგორც დანაშაულის გავრცელების არეალი, ისე მსხვერპლთა რაოდენობა, ხოლო „სისტემატურობის“ კრიტერიუმი ითვალისწინებს ძა-

ლადობრივი აქტების ორგანიზებულობასა და გამორიცხავს აღნიშნული აქტების შემთხვევით ხასიათს.⁷ იზოლირებული, თვითნებური ან არარეგულირებული ქმედებები ვერ დაკვალიფიცირდება ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულად, რადგან მათი მიზანი არ იქნება დანაშაულების ჩადენასთან დაკავშირებული სახელმწიფო ან ორგანიზაციული პოლიტიკის ხელშეწყობა.⁸ „დანაშაულთა ელემენტები“ არის რომის სტატუტით განსაზღვრული დანაშაულების ინტერპრეტაციისა და გამოყენებისთვის შექმნილი სასამართლოს მთავარი დამხმარე დოკუმენტი. აღნიშნული დოკუმენტი აზუსტებს, რომ ინდივიდუალური სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დაკისრებისთვის მნიშვნელოვანი არ არის დამნაშავის მხრიდან სახელმწიფო ან ორგანიზაციული პოლიტიკის დეტალურად ცოდნა, არამედ მთავარია სახეზე იყოს მსგავსი პოლიტიკის ხელშეწყობის განზრახვა.⁹

2016 წელს, ICC-ის III წინასასამართლო პალატამ ბემბას საქმეში გამოკვეთა ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების შემდეგი მაკვალიფიცირებელი ელემენტები: „(ა) დანაშაულებრივი აქტების რაოდენობრივი კრიტერიუმის დაკმაყოფილება (დანაშაულებრივი ქმედებების ერთობლიობა); (ბ) თავდასხმა – როგორც სამოქალაქო მოსახლეობის წინააღმდეგ ნებისმიერი ფორმით ჩადენილი კონკრეტული არასათანადო მოპყრობა; (გ) თავდასხმების ჩადენისთვის სახელმწიფო ან ორგანიზაციული პოლიტიკა და სახელმწიფოსა ან ორგანიზაციის მხრიდან ამგვარი პოლიტიკის ხელშეწყობა/წახალისება; (დ) თავდასხმის გაცნობიერება“.¹⁰ ზემოაღნიშნული ნიშნებიდან სწორედ „სახელმწიფო ან ორგანიზაციული პოლიტიკის“ დეფინიციაა მოცემული ნაშრომისთვის მნიშვნელოვანი, რადგან ეს ასპექტი გამოარჩევს არასახელმწიფო აქტორის მიერ დამოუკიდებლად ჩადენილ ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულებს სახელმწიფო აქტორების მიერ ჩადენილი მსგავსი დანაშაულებისგან.

1.1.1. სახელმწიფო პოლიტიკის მიღმა

სისხლის სამართლის საერთაშორისო ტრიბუნალების წესდებები და ჰიბრიდული სასამართლოების დამფუძნებელი დოკუმენ-

ტები არ მიუთითებენ ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების შემადგენლობაში სახელმწიფო პოლიტიკის ელემენტის აუცილებლობაზე.¹¹ ამ მხრივ ყურადსაღებია ისტორიული კონტექსტიც, რადგან სისხლის სამართლის საერთაშორისო ტრიბუნალების იურისდიქციას დაქვემდებარებული დანაშაულების უმეტესობა ჩადენილი იყო სახელმწიფო აქტორების მიერ. მაგალითად, ნაცისტური გერმანიის, როგორც სახელმწიფო აქტორის, წინასწარ განსაზღვრული და სამოქალაქო მოსახლეობის კონკრეტული ჯგუფების წინააღმდეგ მიმართული პოლიტიკა იყო მეორე მსოფლიო ომის დროს სამოქალაქო მოსახლეობაზე განხორციელებული თავდასხმების მიზეზი.¹² რუანდის მთავრობის მალაჩინოსნები მხარს უჭერდნენ და ახალისებდნენ ჰუტუ მებრძოლების მიერ ტუცი მოსახლეობის წინააღმდეგ ფართომასშტაბიანი და სისტემატური დანაშაულების ჩადენას.¹³ თუმცა, არასახელმწიფო აქტორი - სრბკას რესპუბლიკა იყო ბოსნიელი მუსლიმი მოსახლეობისა და ბოსნიაში მცხოვრები ეთნიკურად ხორვატი სამოქალაქო პირების წინააღმდეგ განხორციელებული თავდასხმების უკან მდგომი ძალა.¹⁴ შესაბამისად, სწორედ ყოფილი იუგოსლავიისთვის შექმნილი სისხლის სამართლის საერთაშორისო ტრიბუნალი (ICTY) იყო პირველი საერთაშორისო დონის მართლმსაჯულების ორგანო, რომელმაც განიხილა თუ რამდენად სავალდებულო იყო სახელმწიფო პოლიტიკის არსებობა ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების კვალიფიკაციის მიზნებიდან გამომდინარე.

ICTY-ის სასამართლო პალატამ ტადიჩის საქმეში დაადგინა, რომ სახელმწიფო პოლიტიკის არსებობა არ არის ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების აუცილებელი კომპონენტი.¹⁵ აღნიშნული დასკვნა ეწინააღმდეგება საფრანგეთის საკასაციო სასამართლოს მიერ ბარბისა და ტუვიეს საქმეებში ეროვნულ დონეზე განვითარებულ პრაქტიკას, რომელიც აქცენტს სწორედ სახელმწიფო პოლიტიკის არსებობაზე აკეთებდა.¹⁶ ეს წინააღმდეგობა მარტივად აიხსნება, თუკი გავითვალისწინებთ ისტორიულ და ფაქტობრივ წინაპირობებს. კერძოდ, პოლტუვიე და კლაუს ბარბი მოქმედებდნენ ნაცისტური გერმანიის სახელმწიფო პოლიტი-

კის მიხედვით, რომელიც გულისხმობდა ოკუპირებული საფრანგეთის ტერიტორიაზე დანაშაულებრივი სახელმწიფო პოლიტიკის შესაბამისად კონკრეტული სამოქალაქო ჯგუფების წინააღმდეგ განსაკუთრებით მძიმე დანაშაულების ჩადენას - წამება, მკვლელობა და სხვ. ხოლო ტადიჩის შემთხვევაში აქტუალური იყო ბოსნიელი სერბების მხრიდან მათ მიერ კონტროლირებადი ტერიტორიებიდან სხვა ეთნიკური და რელიგიური ჯგუფის განდევნა, მათ შორის, სპეციალურ ბანაკებში დატყვევებული პირების დაშინების, წამების, მკვლელობისა თუ სხვა გზებით. შესაბამისად, ICTY-ის მიერ ძირითადი აქცენტი გაკეთდა არა დანაშაულის ჩადენაში სახელმწიფოს მონაწილეობაზე, არამედ იმ მოტივებზე, რამაც გამოიწვია დანაშაულების ჩადენა. ტადიჩის სასამართლო პალატამ გაიზიარა საერთაშორისო სამართლის კომისიის მიერ 1991 წელს შემუშავებული ფართო დეფინიცია, რომლის თანახმადაც ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაული შეიძლება „პროვოცირებული ან მართული ყოფილიყო მთავრობის ან ორგანიზაციის ან ჯგუფის მიერ“. აღსანიშნავია, რომ საერთაშორისო სამართლის კომისიის მიერ შემუშავებული პროექტის თანახმად, ტერორისტულ დაჯგუფება იყო ერთ-ერთი ის არასახელმწიფო აქტორი, რომელსაც შეეძლო ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულის ჩადენა.¹⁷

ICTY-ის სააპელაციო პალატამ კუნარაჩის საქმეში გააგრძელა ტადიჩის საქმეში განვითარებული მსჯელობა და დაადგინა, რომ „განსაზღვრული პოლიტიკის ან გეგმის არსებობა შეიძლება მტკიცებულების მნიშვნელობის მქონე იყოს, თუმცა ის არ არის დანაშაულის აუცილებელი ელემენტი სამართლებრივი კვალიფიკაციის კუთხით“.¹⁸ სააპელაციო პალატამ განმარტა, რომ „პოლიტიკა“ უნდა აღიქმებოდეს როგორც დანაშაულის არსებითი ელემენტების (მაგალითად თავდასხმის სისტემატურობის) განსაზღვრისთვის საჭირო დამატებითი ასპექტი. კუნარაჩის საქმეში ტრიბუნალმა საერთოდ უგულვებელყო პოლიტიკის ელემენტის საჭიროება და შეიძლება ითქვას, რომ ამ გადაწყვეტილებით მან უკუაგდო საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართლის მოთხოვნები. თუმცა, რომის სტატუტის მე-7 მუხლი ითვლება ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულის ყვე-

ლაზე ფართოდ აღიარებულ დეფინიციად და აღნიშნული დეფინიციის თანახმად კვლავაც აუცილებელია დანაშაულის უკან მდგომი „სახელმწიფო ან ორგანიზაციული პოლიტიკის“ როგორც მკვეთრი ფიციონებელი ელემენტის არსებობა. აქედან გამომდინარე, შეიძლება ითქვას, რომ 123 სახელმწიფოს მიერ რატიფიცირებული საერთაშორისო ხელშეკრულება საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართლის უფრო ავტორიტეტული გამოხატულებაა, ვიდრე კუნარაჩის საქმეზე ICTY-ის გადანყვეტილება.¹⁹

პროფესორი ბასიუნონი თვლიდა, რომ რომის სტატუტის მე-7 მუხლი არ მოიცავს არასახელმწიფო აქტორების მიერ სახელმწიფოსგან სრულიად დამოუკიდებლად ჩადენილ დანაშაულებს. მისი აზრით, ტერმინი „ორგანიზაციულ პოლიტიკა“ ეხება სახელმწიფოს ორგანოების პოლიტიკას და არა არასახელმწიფო აქტორების პოლიტიკას.²⁰ თუმცა, მოცემული ტერმინის ბასიუნონისეული განმარტება ცალსახად ეწინააღმდეგება დანაშაულთა ელემენტებში არსებულ ინტერპრეტაციას. „დანაშაულთა ელემენტები“ აზუსტებს, რომ სახელმწიფომ ან ორგანიზაციამ აქტიურად უნდა განავითაროს ან ხელი შეუწყოს სამოქალაქო მოსახლეობის წინააღმდეგ მიმართულ თავდასხმას.²¹ „ორგანიზაციული პოლიტიკის“ ცნების შემოტანით რომის სტატუტი მიზნად ისახავს არა სახელმწიფოსა და მისი სტრუქტურული ერთეულების გამიჯვნას, არამედ სახელმწიფოსა და ორგანიზაციის, როგორც ორი დამოუკიდებელი სუბიექტის, გამოკვეთას. ანალოგიური მიდგომაა მხარდაჭერილი სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოს პრაქტიკაშიც. კერძოდ, ICC-ის I წინასასამართლო პალატამ კატანგასა და ნგუდჯოლო ჩუის გადანყვეტილებაში „ორგანიზაციული პოლიტიკა“ განმარტა როგორც პოლიტიკა შემუშავებული „ან იმ პირთა ჯგუფის მიერ, რომლებიც მართავენ კონკრეტულ ტერიტორიას ან იმ ორგანიზაციის მიერ, რომელსაც აქვს შესაძლებლობა სამოქალაქო მოსახლეობის წინააღმდეგ განახორციელოს სისტემატური ან ფართომასშტაბიანი თავდასხმა“.²² ჟერმენ კატანგას ნგიტ აჯანყებულთა ჯგუფი, რომელიც პასუხისმგებელია კონგოს დემოკრატიულ რესპუბლიკაში სამოქალაქო პირების წინააღმდეგ განხორციელებულ თავდასხმებსა და ხოცვა-ჟლეტაზე, არის რომის სტატუტის მე-7 მუხლის მე-2 პუნქტის „ა“ ქვეპუნქტით გათვალისწინებული არასახელმწიფო აქტორის ნათელი მაგალითი.

პროფესორი დერილ რობინსონი აღნიშნავს, რომ მეცნიერთა უმრავლესობა თანხმდება, რომ თანამედროვე საერთაშორისო ჩვეულებითი სამართალი განვითარდა და ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაული რომის სტატუტის მიხედვით აღარ არის შეუძლებელი მხოლოდ „სახელმწიფო პოლიტიკით“.²³ ICC-ის პროკურორმა საქართველოს საქმეზე ავტორიზაციის მოთხოვნაში ხაზი გაუსვა, რომ არსებობს გონივრული საფუძველი იმისა, რომ სამხრეთ ოსეთის *de facto* ადმინისტრაციას (არასახელმწიფო აქტორს) ჰქონოდა შესაძლებლობა დაეგეგმა და განეხორციელებინა ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულები.²⁴ მართალია ICC-ის I წინასასამართლო პალატას დეტალურად არ განუხილავს აღნიშნული საკითხი საქართველოს საკითხზე გამოძიების დაწყების დაკმაყოფილების გადანყვეტილებაში, თუმცა პალატამ აღიარა სამხრეთ ოსეთის ძალების მხრიდან ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების ჩადენის შესაძლებლობის გონივრული საფუძველები და აღარ მიიჩნია საჭიროდ ავტორიზაციის სტადიაზე აღნიშნულ საკითხზე დამატებითი მსჯელობა.²⁵

ზემოთ მოყვანილ მსჯელობასა და სასამართლო პრაქტიკაზე დაყრდნობით შეიძლება ითქვას, რომ აჯანყებული ჯგუფის ან თვითგამოცხადებული მთავრობის შესაბამისი პოლიტიკის არსებობა საკმარისია იმისთვის, რომ დადგინდეს რომის სტატუტის მე-7 მუხლის მე-2 პუნქტის „ა“ ქვეპუნქტით გათვალისწინებულ „ორგანიზაციულ პოლიტიკასთან“ შესაბამისობა. თუმცა მნიშვნელოვანია, შევისწავლოთ სხვა არასახელმწიფო აქტორები, რომლებსაც შეუძლიათ ამავე მუხლით გათვალისწინებული დანაშაულებრივი ქმედებების განხორციელება. შემდეგი ქვეთავი განიხილავს იმ არასახელმწიფო აქტორების ტიპებსა და მახასიათებლებს, რომლებსაც აქვთ ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების ჩადენის შესაძლებლობა და შესაბამისი ორგანიზაციული პოლიტიკის შემუშავების უნარი.

1.2. ორგანიზაციის მახასიათებლები

საერთაშორისო სამართლის სფეროში მოღვაწე მეცნიერთა ნაწილის მტკიცებით, ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების კონტექსტში ორგანიზაციული პოლიტიკა შეიძლება გააჩნდეთ იმ ორგანიზაციებს, რომლებსაც სურთ გარკვეულ ტერიტორიებზე პოლიტიკური კონტროლის მოპოვება. მაგალითად *de facto* მთავრობები ან აჯანყებულთა ჯგუფები.²⁶ 2010 წელს, ICC-ის II წინასასამართლო პალატამ პროკურორს *proprio motu* გამოძიების დაწყების ნება დართო კენიის პოსტ-საარჩევნო ძალადობის ფაქტებზე.²⁷ 2007-2008 წლებში კენიაში სამოქალაქო მოსახლეობის წინააღმდეგ თავდასხმები განხორციელეს ახალგაზრდულმა დაჯგუფებებმა, რომლებიც ასოცირდებოდნენ კენიის ორ წამყვან პოლიტიკურ პარტიასთან. იმისთვის, რომ განესაზღვრა ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების ჩამდენი არასახელმწიფო აქტორების მთავარი მახასიათებლები, წინასასამართლო პალატის ორი მოსამართლე დაეყრდნო „ჯგუფის შესაძლებლობას განხორციელოს აქტები, რომლითაც ირღვევა ადამიანის ფუნდამენტური უფლებები“. პალატამ შეიმუშავა ექვსი მიდგომა, თუმცა აღნიშნა, რომ ჩამოთვლილი კრიტერიუმები არ იყო ერთმანეთთან დაკავშირებული და თითოეულ სიტუაციას ესაჭიროებოდა საქმიდან გამომდინარე ინდივიდუალური ანალიზი.²⁸ დადგენილი იერარქია, ტერიტორიული კონტროლი, ფართომასშტაბიანი ან სისტემური თავდასხმების განხორციელების შესაძლებლობა და სამოქალაქო მოსახლეობა როგორც თავდასხმის მთავარი სამიზნე შედიოდა წინასასამართლო პალატის მიერ განსაზღვრულ კრიტერიუმებში.²⁹ ინდივიდების სხვადასხვა გაერთიანებამ შესაძლოა დააკმაყოფილოს ზემოაღნიშნული კრიტერიუმების უმეტესობა. შესაბამისად ჩნდება რისკი, რომ ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაული გაუთანაბრდება ეროვნულ დონეზე ჩადენილ ორგანიზებულ დანაშაულს. სწორედ ამ არგუმენტს ეყრდნობიან საერთაშორისო სამართლის ის სპეციალისტები, რომლებიც ეწინააღმდეგებიან ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების ფართო ინტერპრეტაციას.³⁰

პროფესორი შაბასი აბსურდად მიიჩნევს რომის სტატუტის მე-7 მუხლის მე-2

პუნქტის „ა“ ქვეპუნქტის გავრცელებას ტერორისტულ ქსელებზე, ორგანიზებულ კრიმინალურ სინდიკატებსა და ინდივიდთა სხვა ისეთ გაერთიანებებზე, რომელთაც არ გააჩნიათ სახელმწიფოებრივი ნიშნები.³¹ მსგავსი მიდგომა განავითარა მოსამართლე კაულმა, რომელმაც კენიის საქმეზე დააფიქსირა განსხვავებული მოსაზრება და აღნიშნა, რომ რომის სტატუტის მე-7(2) მუხლი ფარავს სახელმწიფოებრივი ნიშნების მქონე ორგანიზაციებს, გამოკვეთა-რა საპოლიციო კონტროლის შესაძლებლობა და დროის განგრძობად მონაკვეთში არსებობა როგორც შესაბამისი არასახელმწიფო აქტორის აუცილებელი მახასიათებლები.³² მოსამართლე კაული დაეყრდნო ისტორიულ და თელეოლოგიურ ინტერპრეტაციას და დაადგინა, რომ მხოლოდ სახელმწიფოს მსგავს ორგანიზაციებს აქვთ საშუალებები და რესურსები რომ ჩაიდინონ საერთაშორისო სამართლით გათვალისწინებული დანაშაულები, რომლებმაც შესაძლოა „შეძრან კაცობრიობა“.³³ აღსანიშნავია, რომ მოცემული მიდგომა უგულვებელყოფს კერძო სამხედრო და უსაფრთხოების კომპანიების, ნარკო კარტელების, საერთაშორისო კორპორაციებისა და სხვა არასახელმწიფო აქტორების შესაძლებლობასა და რესურსებს, რომლითაც შეიძლება სისტემატურად დაირღვეს სამოქალაქო პირების ფუნდამენტური უფლებები.³⁴ ტერორისტულ დაჯგუფებებს შესაძლოა წვდომა ჰქონდეთ ქიმიურ ან ბიოლოგიურ იარაღებზე და განხორციელონ საზარელი და მასშტაბური თავდასხმები. ერთი მხრივ, „ერაყისა და ლევანტის ისლამური სახელმწიფო“, როგორც არასახელმწიფო აქტორი, თანხვედრაშია მოსამართლე კაულის მიერ სახელმწიფოებრივი ნიშნების მქონე ორგანიზაციის დეფინიციასთან. თუმცა, მეორე მხრივ, ის არის საერთაშორისო ტერორისტული ორგანიზაცია, რომლის თავდასხმებიც გაეროს უშიშროების საბჭომ 2015 წლის ნოემბერში დაასახელა „საერთაშორისო მშვიდობისა და უსაფრთხოებისთვის გლობალურ და უპრეცედენტო საფრთხედ“.³⁵ ძნელი წარმოსადგენი არ არის თუ რა შეიძლება მოხდეს თუკი აღნიშნული ტერორისტული დაჯგუფების ხელში აღმოჩნდება მასობრივი განადგურების იარაღი.

„ორგანიზაციულ პოლიტიკაზე“ მსჯელობის დროს მნიშვნელოვანია დავადგინოთ,

თუ რა არის რომის სტატუტში სახელმწიფო-ლებო სამართლის შესახებ ვენის კონვენციის 31-ე მუხლის პირველი პუნქტის შესაბამისად ნაგულისხმევი ობიექტი და მიზანი.³⁶ ICC-ის წესდების პრეამბულა, *inter alia*, მოიხსენებს მომავალი თაობების ინტერესებს და ხაზს უსვამს სტატუტის პრევენციულ როლს.³⁷ „ორგანიზაციული პოლიტიკის“ როგორც სამართლებრივი ტერმინის განმარტების დროს ყურადსაღებია რომის სტატუტის გრძელვადიანი პრევენციული მიზანი. ნათელია, რომ დესტრუქციული ტექნოლოგიების (მასობრივი განადგურების იარაღი) განვითარებით უფრო მეტ არასახელმწიფო აქტორს შესაძლებლობა აქვს ჩაიდინოს საზარელი და მასშტაბური დანაშაულები. შესაბამისად, წინა ქვეთავში მითითებულ კენიის საქმეში ICC-ის II წინასასამართლო პალატის ლოგიკა უფრო დამაჯერებელია ვიდრე პროფესორი შაბასის ან მოსამართლე კაულის არგუმენტები, რადგან წინასასამართლო პალატამ გაითვალისწინა საერთაშორისო სისხლის სამართლის ახალი გამოწვევები და დანაშაულებრივი ქმედების ინტერპრეტაცია მოახდინა რომის სტატუტის გრძელვადიანი მიზნების შესაბამისად.

ვერლე და ბურგჰარდტი მხარს უჭერენ ორგანიზაციული პოლიტიკის ფართო განმარტებას და აღნიშნავენ, რომ „შეკითხვა თუ ვინ ახორციელებს სამოქალაქო მოსახლეობაზე თავდასხმას არ ახდენს ზეგავლენას ინდივიდუალური უფლებების მასობრივი დარღვევის არსებობის ფაქტებზე“.³⁸ მათი აზრით, რომის სტატუტი არ მოითხოვს სახელმწიფოს მსგავსი ნიშნების მქონე ორგანიზაციის არსებობას ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების შემთხვევაში. ისინი განიხილავენ მსგავსი მოთხოვნის არარსებობას ომის დანაშაულებსა და გენოციდის შემთხვევებში და აღნიშნავენ, რომ ანალოგიური მიდგომა უნდა იქნეს გამოყენებული ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების კვალიფიკაციის დროსაც.³⁹ მაგალითად, საერთაშორისო სამართლის სპეციალისტებმა შარფმა და ნიუტონმა განიხილეს ტერორიზმისა და ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების ურთიერთმიმართება და მათი აზრით, ტერორისტული თავდასხმების ტალღა ჩადენილი არასახელმწიფო აქტორების მიერ მშვიდობიანობის დროს (როგორცაა

მაგალითად 9/11-ის მსგავსი ტერორისტული აქტების ერთობლიობა) შეიძლება დაკვალიფიცირდეს როგორც ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაული.⁴⁰ მოცემული ნაშრომის ავტორის მოსაზრებითაც, სწორედ დანაშაულის საზარელი, მასშტაბური და მომაკვდინებელი ბუნება და არა თავად დანაშაულის ჩამდენი სუბიექტის რაობაა არსებითი ფაქტორი ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების ჩვეულებრივი ანუ ეროვნული კანონმდებლობით გათვალისწინებული დანაშაულებისგან გამიჯვნისთვის.

1.3. რომის სტატუტის მე-7 მუხლით გათვალისწინებული „პოლიტიკის“ ცნება

ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართულ დანაშაულში სახელმწიფოს ან ორგანიზაციის პოლიტიკას ესაჭიროება თავად სახელმწიფოს ან ორგანიზაციის მხრიდან აქტიური ხელშეწყობა ან ნაქეზება.⁴¹ თუმცა, „დანაშაულის ელემენტები“ ითვალისწინებს გამოწვევის შემთხვევასაც, როდესაც აღნიშნული პოლიტიკა შეიძლება გამოიხატოს სამოქალაქო მოსახლეობის წინააღმდეგ მიმართული თავდასხმების აღსაკვეთად განზრახ უმოქმედობაშიც. მართალია „დანაშაულის ელემენტებში“ არ არის დაკონკრეტებული აღნიშნული უმოქმედობის ავტორი, თუმცა ამავე დოკუმენტის მე-7 მუხლზე თანდართული სქოლიოს ერთიან კონტექსტში ნაკითხვის შედეგად მივალთ დასკვნამდე, რომ უმოქმედობის ავტორი უნდა იყოს ის სახელმწიფო ან ორგანიზაცია, რომელსაც შეუძლია აღვეთოს სამოქალაქო მოსახლეობაზე თავდასხმა, თუმცა შეგნებულად იკავებს თავს ასეთი თავდასხმისთვის ხელის შეშლისგან.⁴² აღნიშნულ პოლიტიკას შეგვიძლია უმოქმედობის პოლიტიკაც ვუწოდოთ.

აღსანიშნავია, რომ უმოქმედობის პოლიტიკის განმარტება ICC-ის პრაქტიკაში ჯერ არ მომხდარა. თუმცა იმის მტკიცება, რომ მხოლოდ სახელმწიფოს აქვს ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების პრევენციისა და მათზე ეფექტიანი რეაგირების ვალდებულება ნიშნავს უგულვებელყოფით იმ არასახელმწიფო აქტორის გავლენა, რომელიც შეიძლება ახორციელებდეს არა მხოლოდ სახელმწიფოს გარკვეულ ტერიტორიაზე ეფექტიან ტერიტორიულ კონტროლს, არამედ მას შეიძლება საკუთარი არაფორ-

მალური მართლმსაჯულების სისტემა ცივი ჰქონდეს დაარსებული და სახელმწიფოებზე ეფექტიანადაც ებრძოდეს მის კონტროლირებად ტერიტორიაზე ჩადენილ დანაშაულებს. შეიძლება ვივარაუდოთ, რომ უმოქმედობის პოლიტიკის არასახელმწიფო აქტორისთვის მინერის დროს უფრო მაღალია არასახელმწიფო აქტორის მიმართ წარდგენილი მოთხოვნები. კერძოდ, ამ დროს მართებული იქნება თუკი დავეყრდნობით მოსამართლე კაულისა და პროფესორი შაბასის მიერ განვითარებულ და ზემოთ უკვე განხილულ ე.წ. სახელმწიფოსთან მსგავსების ნიშანს. შესაბამისად, იატაკქვეშა ტერორისტული დაჯგუფებას არ დაეკისრება დანაშაულის პრევენციის კუთხით სახელმწიფოს მსგავსი ვალდებულება. თუმცა სანაღმდეგო შეიძლება ითქვას *de facto* მთავრობებსა თუ ტერიტორიული კონტროლის მქონე არასაერთაშორისო ხასიათის შეიარაღებული კონფლიქტის მონაწილე სხვა სუბარატივულ ძალებზე.⁴³

რომის სტატუსი არ ითვალისწინებს ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების კონკრეტული მოტივის ან მიზნის არსებობას. მსგავს მოტივს ან მიზანს მხოლოდ მტკიცებულებითი და არა მაკვალიფიცირებული ხასიათი შეიძლება ჰქონდეს.⁴⁴ ასევე არავითარი საჭიროება არ არის, რომ ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების ჩადენის პოლიტიკა იყოს ფორმალურად დამტკიცებული და მისი არსებობა შეიძლება დადასტურდეს ისეთი ფაქტობრივი გარემოებებით როგორცაა: „ა) თავდასხმის დაგეგმვა და კოორდინაცია; ბ) ძალადობის განმეორებითობა; გ) პოლიტიკის განხორციელების ხელშესაწყობად სახელმწიფო ან კერძო რესურსების გამოყენება; დ) სახელმწიფო ან ორგანიზაციული ძალების ჩარევა დანაშაულების ჩადენაში; ე) განცხადებები, ინსტრუქციები ან დოკუმენტაცია, რომლებიც მიენერება იმ სახელმწიფოს ან ორგანიზაციას, რომელიც ხელს უწყობს ან რეაგირებას არ ახდენს დანაშაულების ჩადენაზე და/ან ვ) დანაშაულის თანმდევი მოტივაციის არსებობა“.⁴⁵ სასამართლომ დაადგინა, რომ აუცილებელი არ არის აღნიშნული ნიშნებიდან ყველა იყოს ერთობლივად დაკმაყოფილებული და პოლიტიკა უნდა განიმარტოს ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების ზოგადი კონტექსტისა და ინდივიდუალური

გარემოებების ანალიზის საფუძველზე.⁴⁶ შესაბამისად, სასამართლოს რჩება საკმაოდ ფართო დისკრეცია დაადგინოს თუ რომელი არასახელმწიფო აქტორის პოლიტიკა დააკმაყოფილებს მე-7 მუხლის მე-2 პუნქტის „ა“ ქვეპუნქტში განსაზღვრულ კრიტერიუმს.

1.4. კომპლემენტარობისა და სიმძიმის კრიტერიუმებით დაბალანსებული სახელმწიფოს სუვერენული ინტერესები

ყურადღაღებია ის გარემოებაც, რომ „ორგანიზაციული პოლიტიკის“ ფართო განმარტების მონინალმდეგებს აქვთ კიდევ ერთი კონტრარგუმენტი ICC-ის იურისდიქციის გაფართოების წინააღმდეგ. კერძოდ, კლაუს კრესი მხარს უჭერს მოსამართლე კაულის მიერ შემოთავაზებულ ვიწრო ინტერპრეტაციას და ამტკიცებს, რომ სახელმწიფოების სუვერენული ინტერესების გათვალისწინებით არ არის მიზანშეწონილი ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების ეროვნული სამართლით გათვალისწინებული ჩვეულებრივი დანაშაულების დონემდე დაყვანა.⁴⁷ ის დამატებით აღნიშნავს, რომ ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების „ადამიანის უფლებებით გაჯერებული თელეოლოგიური ინტერპრეტაცია“ ეწინააღმდეგება სახელმწიფოთა პრაქტიკას, რადგან მსგავსი განმარტება არარაციონალურად აფართოებს საერთაშორისო სისხლის სამართალს ომისა და სამოქალაქო არეულობის ფარგლებს მიღმა.⁴⁸ თუმცა, როგორც მოსამართლე კაული, ისე კრესი სათანადო ყურადღებას არ აქცევენ ICC-ის ზოგიერთ არაერთოდოქსულ უპირატესობებს. კერძოდ, კომპლემენტარობის პრინციპი და სიმძიმის კრიტერიუმი საკმარის სივრცეს ტოვებს სახელმწიფოს სუვერენული ინტერესებისთვის. მხოლოდ ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულის არსებობა *per se* არ ნიშნავს, რომ სიტუაცია განიხილება სისხლის სამართლის საერთაშორისო სასამართლოში. რომის სტატუტის პირველივე მუხლი ცალსახად აღნიშნავს, რომ ICC არის შემავსებელი ანუ კომპლემენტარული ეროვნული მართლმსაჯულებისა.⁴⁹ რომის სტატუტის მე-17 მუხლი კი განსაზღვრავს საქმის სასამართლოში დასაშვებობის საფუძველებს, რომლის თანახმადაც ICC-ს არ შეუძლია დასაშვებად სცნოს საქმე თუკი ამ საქმეზე გამოძიება ან

სისხლისსამართლებრივი დევნა მიმდინარეობს შესაბამისი იურისდიქციის მქონე სახელმწიფოს ეროვნულ დონეზე იმ შემთხვევაში თუ ეროვნული სამართალწარმოება არ ატარებს შეფარვით ან მიკერძოებულ ხასიათს. თუ სახელმწიფოს არ შეუძლია ან არ სურს განახორციელოს შესაბამისი ეროვნული გამოძიება ან სისხლისსამართლებრივი დევნა, საქმე აუცილებლად უნდა აკმაყოფილებდეს სიმძიმის განსაზღვრულ დონეს იმისთვის, რომ ICC-ის იურისდიქციის ქვეშ მოექცეს.⁵⁰

სასამართლოს III წინასასამართლო პალატამ განმარტა, რომ რომის სტატუტის მე-17 მუხლის პირველი პუნქტის „დ“ ქვეპუნქტით გათვალისწინებული სიმძიმის ელემენტი არის „დამატებითი გარანტია, რომლის ძალითაც სასამართლო თავიდან ირიდებს გამოძიებას, სისხლისსამართლებრივ დევნას დაუქვემდებაროს ან გაასამართლოს მეორეხარისხოვანი საქმეები“.⁵¹ სიმძიმის ზღვრის დადგენის დროს სასამართლო მხედველობაში იღებს, *inter alia*, დანაშაულის მასშტაბს, ბუნებას, დანაშაულებრივი ქმედების ჩადენის მანერასა და დანაშაულის მსხვერპლზე ზეგავლენის ხარისხს. ასე რომ, სიმძიმე შეიძლება გამოყენებული იყოს როგორც მექანიზმი, რომელიც შეეწინააღმდეგება ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების ე.წ. „ჩვეულებრივი“ დანაშაულების დონეზე დაყვანას.⁵² საილუსტრაციო მიზნებიდან გამომდინარე გონივრული იქნება განვიხილოთ შემდეგი ჰიპოთეტური მაგალითი.

თბილისის დინამოს საფეხბურთო გუნდის ფანების კლუბი არსებობს რამდენიმე წლის მანძილზე და ამ ჯგუფის ასამდე ოპერაციული აღმსრულებელი ემორჩილება მათი ლიდერების ბრძანებებს. მათ შეიმუშავეს პოლიტიკა რომ მოკლან და გაანადგურონ ქუთაისის ტორპედოს მხარდამჭერები და დაიწყეს მათი მონინააღმდეგე კლუბის ქომაგებზე თავდასხმები საქართველოს მთელ ტერიტორიაზე. შედეგად, ტორპედოს ათეულობით გულშემატკივარი მოკლეს (მათ შორის რამდენიმე ბავშვი) და დინამოს ბევრი მხარდამჭერი შეეწირა საპასუხო თავდასხმებს ჩადენილს ტორპედოს ფანების მიერ შურისძიების მოტივით. მათი დაშოშმინებისა და საფეხბურთო გუნდებთან დაკავშირებული სამოქალაქო არეულობის დაწყების მიზნით საქართველოში გამოცხადდა ფართომასშტაბიანი ამნისტია.

თეორიულად ფეხბურთის ფანების მსგავსი ჯგუფი აკმაყოფილებს კენიის საქმეში ICC-ის II წინასასამართლო პალატის მიერ შემუშავებული იმ კრიტერიუმების უმეტესობას (გარდა სახელმწიფოს ტერიტორიის ნაწილის კონტროლის მოთხოვნისა), რომლითაც პალატამ განსაზღვრა ორგანიზაციის ცნება. „ორგანიზაციული პოლიტიკის“ ფართო ინტერპრეტაციის შემთხვევაში ფეხბურთის ქომაგების დანაშაულებრივი აქტები ჩაითვლება როგორც ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულები თუკი მხედველობაში მივიღებთ ჯგუფის შესაძლებლობას სამოქალაქო მოსახლეობის წინააღმდეგ განახორციელოს ფართომასშტაბიანი თავდასხმა. მიუხედავად ამისა, სიმძიმის კრიტერიუმი არის საქართველოსთვის, როგორც სუვერენული სახელმწიფოსთვის, მის ინტერესებში არამართლზომიერი ჩარევისგან დაცვის ერთგვარი გარანტია. ფეხბურთის ფანების თავდასხმების ბუნება, მასშტაბი და ზეგავლენა არ დააკმაყოფილებს რომის სტატუტის მე-17 მუხლის 1-ლი პუნქტის „დ“ ქვეპუნქტით განსაზღვრული სიმძიმის ზღვარს. სხვა მხრივ, უფრო მძიმე ქმედებები ჩაითვლება, რომ განდება მთელი საერთაშორისო საზოგადოების შეშფოთების საგანი და დააკმაყოფილებული იქნება სიმძიმის კრიტერიუმი. იმ შემთხვევაში თუ სახეზე იქნებოდა არა ფეხბურთის გულშემატკივრებს შორის დაპირისპირება, არამედ ეთნიკურ ან რელიგიურ ნიადაგზე არასახელმწიფო აქტორებს შორის გაჩაღებული სერიოზული შეიარაღებული კონფლიქტი, სავარაუდოა, რომ მსგავსი კონფლიქტი დააკმაყოფილებდა რომის სტატუტით გათვალისწინებულ სიმძიმის კრიტერიუმს. დანაშაულებრივი ქმედებების ზეგავლენის სიმძიმის კრიტერიუმი არის ერთგვარი დამატებითი ბალანსი სახელმწიფო სუვერენულ ინტერესებსა და საერთაშორისო საზოგადოების მხრიდან მართლმსაჯულების განხორციელების ინტერესს შორის. აქედან გამომდინარე, გასაკვირი არ არის, რომ განსაკუთრებით მძიმე და საერთაშორისო საზოგადოებისთვის მნიშვნელოვანი კრიმინალური ქმედებები გადანონის იმ ქვეყნების სუვერენულ ინტერესებს, რომლებიც არიან რომის სტატუტის ხელშემკვრელი მხარეები და აღიარებენ აღნიშნული ხელშეკრულების ობიექტსა და მიზანს.

2. ICC-ის იურისდიქციის ფარგლები არასახელმწიფო აქტორის ნებრებთან მიმართაბით

რომის სტატუტის 25-ე მუხლი განსაზღვრავს ფიზიკური პირების სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის სხვადასხვა საფუძვლებს.⁵³ აღნიშნული მუხლის მიხედვით, დანაშაულის ამსრულებელი ინდივიდუალურად აგებს პასუხს საკუთარ ქმედებაზე მიუხედავად იმისა მან ეს დანაშაული მარტომ ჩაიდინა თუ სხვასთან ერთად. ამავე მუხლის თანახმად, ასევე დასჯადია ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების ჩადენის ბრძანების გაცემა ან ასეთი დანაშაულის ჩადენისკენ წაქეზება, თუკი მსგავსი დანაშაული ნამდვილად მოხდა ან თუ ადგილი ჰქონდა მისი ჩადენის მცდელობას.

2.1. Ratione Personae იურისდიქცია

განსაკუთრებული ყურადღება უნდა გამახვილდეს იმ ფაქტზე, რომ სასამართლოს *ratione personae* იურისდიქცია არ ფარავს იურიდიულ პირებს. მთავარი მიზეზი თუ რატომ არ ვრცელდება ICC-ის იურისდიქცია იურიდიულ პირებზე გამომდინარეობს კომპლემენტარობის პრინციპიდან, რადგან რომის სტატუტის ნევრი ყველა სახელმწიფოს ეროვნული სამართლებრივი სისტემა არ ითვალისწინებს იურიდიული პირების სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებლობას.⁵⁴ ისტორიული საფუძვლის კუთხით აღსანიშნავია, რომ ჯერ კიდევ ნიურნბერგის ტრიბუნალმა აღიარა, რომ „საერთაშორისო სამართლის წინააღმდეგ დანაშაულები ჩადენილია ადამიანების და არა აბსტრაქტული ორგანიზაციების მიერ“ და დამნაშავეები ინდივიდუალურად აგებენ პასუხს მაშინაც კი თუ ისინი მოქმედებდნენ სახელმწიფო ინტერესებიდან გამომდინარე.⁵⁵ სასამართლოს III პალატამ ბეშას საქმეში ცალსახად განმარტა, რომ ინდივიდუალური სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის დაკისრებისთვის არ არის აუცილებელი დანაშაულის ამსრულებელი იყოს იმ სახელმწიფოს ან ორგანიზაციის ნევრი/წარმომადგენელი, რომელსაც აქვს ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების ჩადენის პოლიტიკა.⁵⁶ თუმცა, შესაბამისი ორგანიზაციული პოლიტიკის არსებობა პირდაპირ არ ნიშნავს ინდივიდუალური სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის საფუძვლს და დანაშა-

ულის მატერიალურ ელემენტებს თან უნდა ახლდეს რომის სტატუტის 30-ე მუხლით გათვალისწინებული განზრახვისა და ცოდნის ელემენტები.⁵⁷ საერთაშორისო სისხლის სამართლის ისტორია იცნობს პრეცედენტებს, როდესაც კერძო კომპანიებისთვის მომუშავე პირები პასუხისმგებაში მიეცნენ ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულებისთვის. მაგალითად, მონური შრომის გამოყენება და სამოქალაქო მოსახლეობის წინააღმდეგ ჩადენილი არაადამიანური მოპყრობის სხვა ფაქტები ნახსენები იყო კრუპისა და მისი ქარხნების 11 დირექტორის წინააღმდეგ წაყენებულ ბრალდებაში ნიურნბერგის სამხედრო ტრიბუნალზე.⁵⁸ თუმცა, ბრალდებები გამომდინარეობდა მხოლოდ ინდივიდუალური ქმედებებიდან, რადგან საერთო მიზნით პასუხისმგებლობა არ იყო გათვალისწინებული ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების იმდროინდელ დეფინიციასა და მეოცე საუკუნის შუა პერიოდში მოქმედ სამართლებრივ სისტემაში.

2.2. თანამონაწილეობის სახეები

რომის სტატუტის 25-ე მუხლი დანაშაულად აღიარებს დანაშაულის ჩადენაში (ან ჩადენის მცდელობაში) შეგნებულ კონტრიბუციას, განხორციელებულს საერთო მიზნით მოქმედი პირთა ჯგუფის მიერ. სტატუტი განასხვავებს მთავარ დამნაშავესა (*principal perpetrator* – ქართულ კანონმდებლობაში იგივე ამსრულებელი) და დამხმარეს (*accessory*). აღსანიშნავია, რომ კერძო ორგანიზაციებისთვის მომუშავე პირები, აჯანყებული შეარაღებული დაჯგუფების ნევრები ან სხვა არასახელმწიფო აქტორის მხარდამჭერი პირები შეიძლება ხშირად იყვნენ ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების თანამონაწილეები/დამხმარეები. მაგალითად, კატანგას საქმეზე გამოტანილ განაჩენში ICC-ის II წინასასამართლო პალატამ აღნიშნა, რომ რომის სტატუტის 25(3)(დ) მუხლით განსაზღვრული მენტალური ელემენტები მიესადაგება ისეთ ქმედებას, რომელიც წარმოადგენს დამხმარე პირის შეგნებულ წვლილს შეტანილს ჯგუფის საერთო მიზნის მიღწევაში.⁵⁹ სასამართლომ კატანგას საქმეში ხაზი გაუსვა, რომ „პირს, რომელსაც ბრალი ედება 25(3)(დ) მუხლით, არ შეეარაცხება ინდივიდუალური სისხლისსამართლებრი-

ვი პასუხისმგებლობა იმ დანაშაულებისთვის, რომლებიც მართალია შეადგენენ ჯგუფის საერთო მიზნის ნაწილს, მაგრამ რომელშიც მას პირადი წვლილი არ შეუტანია“.⁶⁰ შესაბამისად, ორგანიზაციის მხოლოდ თანამშრომლად ან აჯანყებული ჯგუფის მხოლოდ წევრად ყოფნა არ არის სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის საფუძველი თუკი წევრი ან თანამშრომელი არ გააკეთებს შეგნებულ კონტრიბუციას განსაზღვრული დანაშაულების ჩადენაში. მბარუშიმანას საქმეში ICC-ის II წინასასამართლო პალატამ განმარტა, რომ „საერთო მიზნით მოქმედი ჯგუფის მიერ ჩადენილ დანაშაულში შეტანილი წვლილი უნდა იყოს როგორც მინიმუმ მნიშვნელოვანი“ და მას უნდა ჰქონდეს განსაზღვრული ზეგავლენა თავად ამ დანაშაულზე.⁶¹ მაგალითად, მეცნიერის ინდივიდუალური სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა დადგება ფარმაცევტულ კომპანიაში შემუშავებული ბიოლოგიური იარაღისთვის თუკი მან იცოდა, რომ კომპანიის ბოროტი მფლობელების მთავარი მიზანი იყო ბიოლოგიური იარაღის სამოქალაქო მოსახლეობის წინააღმდეგ გამოყენება. მეორე მხრივ, ლაბორანტის ქმედება, რომელიც ასუფთავებს ლაბორატორიის დანადგარებს არ არის რომის სტატუტით დასჯადი ქმედება მაშინაც კი, თუ ლაბორანტმა იცოდა ფარმაცევტული კომპანიის მფლობელთა საერთო კრიმინალური მიზნის შესახებ. პროფესორი კაი ამბოსი მიუთითებს, რომ რომის სტატუტის 25(3)(დ) მუხლი ახდენს ცალკეულ ქმედებებში ინდივიდუალური დახმარების კრიმინალიზებას.⁶² შესაბამისად, როდესაც შეიარაღებული დაჯგუფების წევრი იარაღით ამარაგებს დაჯგუფების იმ წევრებს, რომლებიც აპირებენ სამოქალაქო მოსახლეობაზე თავდასხმას, მას ბრალი წარედგინება დანაშაულში დახმარებისთვის.

2.3. განზრახვა

ICC-ის სისტემა შეიძლება არ იყოს ეფექტიანი იმ პირთა სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობის თვალსაზრისით, რომლებიც ეხმარებიან დანაშაულის ამსრულებლებს დანაშაულის ფასილიტაციის გაცნობიერებული მიზნის გარეშე. კრაიერსა და სხვა ავტორებს მაგალითად მოჰყავთ სარგებელზე ორიენტირებული იარაღით მოვაჭრის შემთხვევა. კერძოდ, იარაღით მოვაჭრემ იცის რომ მყიდ-

ველის მიზანი არის საერთაშორისო დანაშაულების ჩადენა, მაგრამ იარაღს ყიდის მხოლოდ ფულის შოვნის მიზნით. მოცემულ შემთხვევაში მას საერთაშორისო დონეზე ბრალი არ წარედგინება, რადგან რომის სტატუტის 25(3)(დ) მუხლი მოითხოვს პირველი ხარისხის განზრახვის (*dolus directus*) არსებობას იყენებს-რა ტერმინს „იმ მიზნით რომ“.⁶³ აღსანიშნავია, რომ 25(3)(დ) მუხლს შემოაქვს სპეციალური და უფრო მკაცრი მოთხოვნა ნებელობის ელემენტისა, რაც წარმოადგენს რომის სტატუტის 30(2)(ბ) ზოგადი მუხლიდან გადახვევას. აღნიშნულთან მიმართებით, ICC-ის I წინასასამართლო პალატამ ლუბანგას საქმეში განაცხადა, რომ რომის სტატუტის 30(2)(ბ) მუხლი არ აღიარებს არაპირდაპირი განზრახვის (*dolus eventualis*) ცნებას და მოითხოვს სულ მცირე მეორე ხარისხის პირდაპირი განზრახვის (*dolus directus*) არსებობას.⁶⁴ შესაბამისად, რომის სტატუტის მიხედვით სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა არ დადგება იმ შემთხვევაში, როდესაც ფარმაცევტული კომპანიის გაყიდვების მენეჯერი მხოლოდ მოგების გაზრდაზეა ორიენტირებული და ტერორისტულ დაჯგუფებაზე ყიდის ბიოლოგიური იარაღის კომპონენტებს. ამ შემთხვევაში მნიშვნელობა არ აქვს იმ ფაქტს, რომ გაყიდვების მენეჯერს გაცნობიერებული აქვს, რომ გაყიდული პროდუქცია შესაძლოა გამოყენებული იქნეს სამოქალაქო მოსახლეობის წინააღმდეგ სისტემატური ან ფართომასშტაბიანი თავდასხმების განსახორციელებლად.

აღსანიშნავია, რომ ICC-ის უპირველესი მიზანი არის დანაშაულის ამსრულებლის გასამართლება. თუმცა ეროვნულ დონეზე არსებულ სამართლებრივ ჩარჩოს შეუძლია წინ აღუდგეს ICC-ის არაეფექტიანობის დამხმარე (დანაშაულის თანამონაწილე) პირების გასამართლების კუთხით, რადგან რომის სტატუტის წევრი სახელმწიფოების ეროვნული კანონმდებლობა ითვალისწინებს *mens rea*-ს შედარებით დაბალ სტანდარტს. რომის სტატუტის პრეამბულა ასახავს იმ იდეას, რომ ეფექტიანი სისხლისსამართლებრივი დევნის განხორციელება აუცილებელია, მათ შორის, ეროვნულ დონეზე ქმედითი ნაბიჯების გადადგმის გზითა და დანაშაულის თითოეული თანამონაწილის ჰააგაში ექსტრადიციის არ არის ერთადერთი გამოსავალი დაუსჯელო-

ბის სინდრომის აღმოსაფხვრელად. ასევე ყურადსაღებია საერთაშორისო სამართლის კომისიის მცდელობა ხელი შეუწყოს ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების შესახებ კონვენციის მიღებას, რაც თავის მხრივ გაზრდის სახელმწიფოების პასუხისმგებლობას აღნიშნული დანაშაულების პრევენციისა და ეროვნულ დონეზე ეფექტიანი მართლმსაჯულების აღსრულების კუთხით.⁶⁵ მნიშვნელოვანია, რომ საერთაშორისო სამართლის კომისიის მიერ შემუშავებული დოკუმენტის მე-15 მუხლის პროექტი ითვალისწინებს წევრი სახელმწიფოებისთვის სისხლის სამართლის საერთაშორისო ტრიბუნალების სადამფუძნებლო დოკუმენტებით გათვალისწინებული ვალდებულებების უპირატესობას ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების კონვენციით ნაკისრ ვალდებულებებთან წინააღმდეგობის შემთხვევაში.⁶⁶ შესაბამისად, ცალკე კონვენციის მიღებით არათუ დაკნინდება ICC-ის როლი, არამედ კიდევ უფრო გამყარდება მისი როგორც მუდმივმოქმედი საერთაშორისო სასამართლოს ინსტიტუციური ფუნქცია.

დასკვნა

რომის სტატუტის მე-7(2)(ა) მუხლით გათვალისწინებული „პოლიტიკის“ კრიტიკის განმარტება უფრო ფართოა, ვიდრე მხოლოდ სახელმწიფო პოლიტიკა და მოიცავს იმ ორგანიზაციების პოლიტიკასაც, რომლებსაც აქვთ საკმარისი შესაძლებლობა და რესურსი მნიშვნელოვანი ზიანი მიაყენონ კაცობრიობის ფუძემდებლურ ღირებულებებს.

აღნიშნული დანაშაულის მთავარი იდეა არის ნებისმიერი სამოქალაქო მოსახლეობის დაცვა ფართომასშტაბიანი ან სისტემატური ძალადობისგან, მიუხედავად იმისა ძალადობის წყარო არის სახელმწიფო თუ არასახელმწიფო აქტორი. „ორგანიზაციული პოლიტიკის“ ვიწრო განმარტებაზე დაყრდნობა ეწინააღმდეგება რომის სტატუტის ობიექტსა და მის გრძელვადიან პრევენციულ მიზანს. სტატიაში მკაფიოდ გამოიკვეთა პოზიცია, რომ არასახელმწიფო აქტორებს არ მოეთხოვებათ სახელმწიფოს ნიშნების ქონა იმისთვის, რომ განახორციელონ დამანგრეველი თავდასხმები და „შეძრან კაცობრიობა“ მშვიდობიანობის დროსაც კი.

კორპორაციების თანამშრომლებს, *de facto* მთავრობების წარმომადგენლებს, გასამხედროებული და სხვა დაჯგუფების წევრებს შეიძლება სისხლისსამართლებრივი პასუხისმგებლობა დაეკისროთ ადამიანურობის წინააღმდეგ მიმართული დანაშაულების როგორც ამსრულებლების, ისე თანამონაწილის რანგში. თუმცა, დანაშაულებზე პასუხისმგებელი არასახელმწიფო აქტორის მხოლოდ წევრობა არ არის რომის სტატუტით დასჯადი ქმედება. ამავდროულად, ICC-ის მიერ გამოყენებული განზრახვის მაღალი სტანდარტი (*mens rea dolus directus*), არ უნდა იყოს აღქმული როგორც დაბრკოლება ეროვნულ დონეზე იმ პირთა სისხლისსამართლებრივ პასუხისმგებაში მიცემისთვის, რომლებიც უშუალოდ არ არიან დანაშაულის ამსრულებლები ან არ შეაქვთ მნიშვნელოვანი წილი დანაშაულის ჩადენაში.

* ონისიმე ცხომელიძე არის საერთაშორისო სამართლის დოქტორანტი (თსუ); მინიჭებული აქვს სამართლის მაგისტრის აკადემიური ხარისხი (წარჩინებით) ედინბურგის უნივერსიტეტის მიერ და საერთაშორისო სამართლის მაგისტრის აკადემიური ხარისხი (წარჩინებით) თსუ-ს მიერ.

¹ Bassiouni C. M. *Crimes against Humanity: The Case for a Specialized Convention* in Washington University Global Studies Law Review, vol. 9, no. 4, 2010, გვ. 583.

² იხ.: Jean-Pierre Bemba Gombo, Judgment of the Trial Chamber III, ICC, 2016, პარაგრაფები 74-75; იხ. ასევე Katanga, Judgment of the Trial Chamber II, ICC, 2014, პარაგრაფები 1114-1121.

³ მუხლი 7(2)(ა), Rome Statute of the International Criminal Court 1998 (შემდგომში „რომის სტატუტი“), 2187 UNTS 90.

⁴ იხ.: Robinson D. *Crimes against Humanity: A Better Policy on 'Policy'* in C. Stahn (ed.) (2015) *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, გვ. 731-733; იხ. ასევე Werle G., Burghardt B. *Do Crimes against Humanity*

- Require the Participation of a State or a 'State-like' Organization?* in Journal of International Criminal Justice, vol. 10, no. 5, 2012, გვ. 1151-1154.
- ⁵ მუხლი 7, რომის სტატუტი, ზემოთ სქოლიო 3.
- ⁶ Cassese A. (2003) *International Criminal Law*, Oxford, გვ. 64-66.
- ⁷ *Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Al Bashir*, Decision of the Pre-Trial Chamber I, ICC, 2009, პარაგრაფი 81.
- ⁸ მუხლი 7(3), Elements of Crimes of the International Criminal Court 2002 (შემდგომში „დანაშაულთა ელემენტები“, UN Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000); Bassiouni C.M. (2011) *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge, გვ. 8-45.
- ⁹ მუხლი 7(3), დანაშაულთა ელემენტები, ზემოთ სქოლიო 8.
- ¹⁰ *Bemba Trial Judgment*, ზემოთ სქოლიო 2, პარაგრაფი 149-169.
- ¹¹ იხ. მაგალითად მუხლი 3, Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda 1994, 33 ILM 1598 (1994); მუხლი 2, Statute of the Special Court for Sierra Leone 2002, 2175 UNTS 138, 145.
- ¹² Bassiouni C.M. (2010) *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 2nd ed., The Hague/London/Boston, გვ. 258-259.
- ¹³ იქვე, გვ. 196.
- ¹⁴ *Tadic*, Opinion and Judgment of the Trial Chamber, ICTY, 1997, პარაგრაფები 574-575.
- ¹⁵ იქვე, პარაგრაფები 654-655.
- ¹⁶ Robinson D. *Defining "Crimes against Humanity" at the Rome Conference* in The American Journal of International Law, vol. 93, no. 1, 1999, გვ. 49.
- ¹⁷ *Tadic Trial Judgment*, ზემოთ სქოლიო 14, პარაგრაფები 654-655; იხ. ასევე Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-third Session, (1991) G.A.O.R., 46th Sess. Supp. No. 10, U.N. Doc. A/46/10, გვ. 265-266.
- ¹⁸ *Kunarac, Kovac and Vukovic*, Judgment of the Appeals Chamber, ICTY, 2002, პარაგრაფი 98.
- ¹⁹ იხ.: Cryer R. et. al. (2014) *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 3rd ed., Cambridge, გვ. 238; იხ. ასევე Schabas A.W. (2011) *An Introduction to the International Criminal Court*, 4th ed., Cambridge, გვ. 112-113.
- ²⁰ Bassiouni, ზემოთ სქოლიო 1, გვ. 585.
- ²¹ მუხლი 7(3), დანაშაულთა ელემენტები, ზემოთ სქოლიო 8.
- ²² *Katanga and Ngudjolu Chui*, Decision of the Pre-Trial Chamber I, ICC, 2008, პარაგრაფი 396.
- ²³ Robinson, ზემოთ სქოლიო 16, გვ. 50.
- ²⁴ *Request for Authorisation of an Investigation pursuant to article 15, Situation in Georgia* (ICC-01/15-4), Office of the Prosecutor, ICC, 2015, პარაგრაფები 233-238.
- ²⁵ *Decision on the Prosecutor's Request for authorization of an investigation, Situation in Georgia*, Decision of the Pre-Trial Chamber I, ICC, 2016, პარაგრაფები 30-33.
- ²⁶ Ratner R.S., Abrams S.J., Bischoff L.J. (2009) *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, 3rd ed., Oxford, გვ. 70.
- ²⁷ *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, Decision of the Pre-Trial Chamber II, ICC, 2010, პარაგრაფი 90.
- ²⁸ იქვე, პარაგრაფი 93; *Ruto, Kosgey and Sang*, Decision of the Pre-Trial Chamber II, ICC, 2012, პარაგრაფი 185.
- ²⁹ *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, Decision of the Pre-Trial Chamber II, ICC, 2010, პარაგრაფი 90.
- ³⁰ Robinson, ზემოთ სქოლიო 4, გვ. 733-737.
- ³¹ Schabas A.W. (2010) *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, გვ. 152.
- ³² *Dissenting Opinion of Judge Hans-Peter Kaul Appended to the Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya* (ICC-01/09), ICC, 2010, პარაგრაფები 51-52.

- ³³ იქვე, პარაგრაფები 66-67.
- ³⁴ იხ.: Werle და Burghardt, *ზემოთ* სქოლიო 4, გვ. 1167.
- ³⁵ UN SC Res. 2249, 20 November 2015.
- ³⁶ მუხლი 31(1), Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, 1155 UNTS 331; Dissenting Opinion of Judge Kaul, *ზემოთ* სქოლიო 32, პარაგრაფები 56-65.
- ³⁷ პრეამბულა, რომის სტატუტი, *ზემოთ* სქოლიო 3.
- ³⁸ Werle და Burghardt, *ზემოთ* სქოლიო 4, გვ. 1164.
- ³⁹ იქვე, გვ. 1158.
- ⁴⁰ Scharf P.M., Newton A.M. *Terrorism and Crimes against Humanity* in Sadat N.L. (ed.) (2011) *Forging a Convention for Crimes against Humanity*, Cambridge, გვ. 276.
- ⁴¹ მუხლი 7(3), დანაშაულთა ელემენტები, *ზემოთ* სქოლიო 8; *Bemba Trial Judgment*, *ზემოთ* სქოლიო 2, პარაგრაფები 159-160.
- ⁴² იხ.: მუხლი 7(3), დანაშაულთა ელემენტების მე-6 სქოლიოში მოცემული განმარტება, დანაშაულთა ელემენტები, *ზემოთ* სქოლიო 8; იხ. ასევე *Bemba Trial Judgment*, *ზემოთ* სქოლიო 2, პარაგრაფები 159-160.
- ⁴³ იხ.: მუხლი 1(1), Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II) 1977, 1125 UNTS 609.
- ⁴⁴ *Bemba Trial Judgment*, *ზემოთ* სქოლიო 2, პარაგრაფები 159-160.
- ⁴⁵ *Bemba Trial Judgment*, *ზემოთ* სქოლიო 2, პარაგრაფი 160; *Katanga Judgment*, *ზემოთ* სქოლიო 2, პარაგრაფი 1109.
- ⁴⁶ *Bemba Trial Judgment*, *ზემოთ* სქოლიო 2, პარაგრაფი 160; *Katanga Judgment*, *ზემოთ* სქოლიო 2, პარაგრაფი 1109.
- ⁴⁷ Kress C. *On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision* in *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, no. 4, 2010, გვ. 862-863.
- ⁴⁸ იქვე, გვ. 861 და 873.
- ⁴⁹ პრეამბულა და მუხლი 1, რომის სტატუტი, *ზემოთ* სქოლიო 3.
- ⁵⁰ მუხლი 17(1)(დ), რომის სტატუტი, *ზემოთ* სქოლიო 3.
- ⁵¹ *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Cote d'Ivoire*, Decision of the Pre-Trial Chamber III, ICC, 2011, პარაგრაფი 201.
- ⁵² იქვე, პარაგრაფები 202-205.
- ⁵³ მუხლი 25, რომის სტატუტი, *ზემოთ* სქოლიო 3.
- ⁵⁴ Fauchald K. O., Stigen J. *Corporate Responsibility before International Institutions* in *The George Washington International Law Review*, vol. 40, no.4, გვ. 1038-1039.
- ⁵⁵ Schabas, *ზემოთ* სქოლიო 19, გვ. 149-150.
- ⁵⁶ *Bemba Trial Judgment*, *ზემოთ* სქოლიო 2, პარაგრაფი 161.
- ⁵⁷ მუხლი 30, რომის სტატუტი, *ზემოთ* სქოლიო 3.
- ⁵⁸ Cassese A. et al. (ed.) (2009) *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, გვ. 779.
- ⁵⁹ *Katanga Judgment*, *ზემოთ* სქოლიო 2, პარაგრაფები 1637-1642.
- ⁶⁰ იქვე, პარაგრაფი 1398.
- ⁶¹ *Mbarushimana*, Decision of the Pre-Trial Chamber I, ICC, 2011, პარაგრაფები 283-285.
- ⁶² Ambos K., *ICC and Common Purpose – What Contribution is Required under Article 25(3)(d)?* in Stahn C. (ed.) (2015) *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, გვ. 596.
- ⁶³ იხ.: Cryer et al, *ზემოთ* სქოლიო 19, გვ. 374.
- ⁶⁴ *Lubanga*, Judgment of the Trial Chamber I, ICC, 2012, პარაგრაფი 1011-1012.
- ⁶⁵ International Law Commission, Sixty-ninth Session, Third report on crimes against humanity by Sean D. Murphy, Special Rapporteur, UN GA A/CN.4/704, 23 January 2017, ხელმისაწვდომია: <https://undocs.org/en/A/CN.4/704> [ნანახია 30 აგვისტო 2018 წ.].
- ⁶⁶ იქვე, იხ. მე-15 მუხლის პროექტი, გვ. 96.

CRIMES AGAINST HUMANITY COMMITTED BY NON-STATE ACTORS WITHIN THE JURISDICTION OF THE ICC

Abstract

The Rome Statute does not expressly define characteristics of a non-state actor that is capable of committing crimes against humanity. A terrorist group, an insurrectional movement or another non-state actor might have a state-like destructive power to commit widespread or systematic attacks against any civilian population. This paper defines the criteria for qualifying an act committed by a non-state actor as a crime against humanity. Furthermore, the article emphasizes different grounds for individual criminal responsibility of the members of non-state actors within the jurisdiction of the International Criminal Court.

Keywords: Crimes against Humanity | Non-state actor | ICC | Organizational policy

INTRODUCTION

The role of non-state actors in the commission of crimes against humanity and individual criminal responsibility of the persons affiliated with them remains to be a controversial issue under the contemporary international criminal law. Professor Bassiouni, who was the chair of the 1998 Rome Conference drafting committee, argued that only state actors who are acting pursuant to the state policy could be perpetrators of crimes against humanity under the customary international law.¹ The jurisprudence of international criminal tribunals and the recent practice of the International Criminal Court (hereinafter the ICC or the Court) demonstrate that there is no strict requirement of the state participation and non-state actors are also able to commit crimes against humanity.² The Rome Statute clarifies that the existence of either a state or “organizational policy” is a contextual element of the aforesaid crimes.³ Thus, the main topic of the debate among modern scholars is the type of the organization members of which are capable of committing crimes envisaged by Article 7 of the Rome Statute.⁴

This paper examines the correlation between non-state actors and crimes against humanity. The topic has particular importance taking into consideration the pending investigation of the ICC in respect of the Georgian situation and taking into account recent heinous atrocities committed against civilians by the “Islamic State” and other non-state actors.

The first part of the paper studies the definition of crimes against humanity, interprets the term “organizational policy”, analyzes conflicting views of different authors and explores the relevant case law. At the same time, the paper describes essential characteristics and types of non-state entities capable of committing crimes against humanity. The second part of the paper examines jurisdictional limits of the ICC and demonstrates essential features of the Rome Statute applicable to the members of non-state actors. Finally, the relevant analysis and evidence leads to the conclusion that the jurisdiction of the ICC covers crimes against humanity committed by insurrectional movements, terrorist groups or other non-state actors which meet certain criteria specified by the Rome Statute. However, those criteria are not well defined and might not be effective in terms of individual criminal responsibility if the ICC decides to interpret them narrowly.

1. “State or Organizational Policy” as a Contextual Element

1.1. Definition of Crimes against Humanity

According to Article 7 of the Rome Statute, a “crime against humanity” covers such acts as murder, deportation, torture, sex crimes and other prohibited acts mentioned in the aforesaid article if those acts are intentional, committed as a part of widespread or systematic attack directed against any civilian population. “Attack against any civilian population” means a course

of conduct involving the multiple commissions of certain acts pursuant to or in furtherance of a state or organizational policy to commit such attack.⁵

Crimes against humanity are heinous atrocities shocking the international community and strictly prohibited by international law.⁶ The victims of these crimes are civilians (not combatants) who do not take direct participation in hostilities. Unlike war crimes, crimes defined by Article 7 of the Rome Statute do not require a nexus with an armed conflict. However, they must have either systemic or widespread nature. The term “widespread” concerns the nature of the attack which might be defined from the area covered by the attack as well as by the number of victims. The term “systemic” can be defined by taking into consideration the organization of the attack and impossibility for the attacks to occur by chance.⁷ Isolated, random or accidental acts cannot be qualified as crimes against humanity, as their aim is not to foster state or organizational policy to commit such attacks.⁸ Elements of Crimes (the main instrument to assist the Court in the interpretation and application of the crimes defined by the Rome Statute) makes clear that the perpetrator is not required to know all characteristics of the attack or the precise details of the plan or policy of the state or organization but she/he should have an intention to foster such policy.⁹

In 2016, the Trial Chamber III of the ICC elaborated and comprehensively explained the following criteria as qualifying elements of the crimes against humanity: “(a) course of conduct involving the multiple commission of acts; (b) any form of the prohibited act directed against any civilian population; (c) Pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy to commit such attack; (d) knowledge of the attack”.¹⁰ The most relevant part for this paper is the definition of the “state or organizational policy” as this aspect distinguishes crimes against humanity committed independently by a non-state actor.

1.1.1. Beyond State Policy

Neither statutes of international criminal tribunals, nor founding documents of hybrid courts contain an express indication of the re-

quirement of a state policy for crimes against humanity.¹¹ Notably, the vast majority of crimes under the jurisdiction of international criminal tribunals were committed by state actors. The deliberate and destructive policy of Nazi Germany was an underlying factor for the attacks directed against the civilian population during the Second World War.¹² High-ranking officials of the Rwandan government encouraged and supported Hutu militants to commit widespread and systematic crimes against Tutsi civilians.¹³ However, the *Republika Srpska* was a non-state entity behind the attacks against Bosnian Muslim and Bosnian Croat civilians.¹⁴ Hence, it was the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) which pioneered to scrutinize the significance of the requirement of state policy as an element of crimes against humanity at the international level.

The Trial Chamber of the ICTY in *Tadic* judgment established that state policy is not a necessary component of crimes against humanity.¹⁵ This finding was in contradiction with the opinion of the French Court of Cassation, which advocated state policy in *Barbie* and *Touvier* cases.¹⁶ This contradiction is easy to explain taking into account relevant factual circumstances and historical background. Namely, Paul Touvier and Klaus Barbie acted in accordance with Nazi state policy to commit particularly serious crimes against certain civilian groups. However, in the context of *Tadic* ethnic cleansing against certain ethnic groups by using such methods as threats, torture, murder and other forms of inhuman treatment were conducted by non-state forces against imprisoned persons. Therefore, ICTY put the emphasis on the motives of the crime irrespective of the state standing behind those crimes. Moreover, the Trial Chamber shared the 1991 proposition of the International Law Commission that a crime against humanity can be “instigated or directed by a Government or by any organization or group” and named even a terrorist group as one of the potential perpetrators.¹⁷

The Appeals Chamber of the ICTY in *Kunarac* judgment went further and declared that “existence of a policy or plan may be evidentially relevant, but it is not a legal element of the crime”.¹⁸ The Appeals Chamber argued

that a policy should be perceived as an additional aspect for determination of substantial elements of the crime (such as the systematic nature of the attack). This statement might be considered to be in contradiction with customary international law. However, Article 7 of the Rome Statute is considered to be the most widely recognized definition of crimes against humanity and it still requires existence of a “state or organizational policy” behind the crime. Therefore, it can be argued that an international agreement accepted by 123 countries is a more authoritative reflection of customary international law than the aforementioned finding of the ICTY.¹⁹

Professor Bassiouni firmly claimed that Article 7 of the Rome Statute was not applicable to non-state entities. He explained that the intended meaning of the term “organizational policy” referred to the policies of organizations within a state and it did not refer to non-state actors.²⁰ However, such interpretation of the abovementioned term clearly contradicts the clarification provided by the Elements of Crimes. The main assistive tool for the interpretation and application of the core crimes of the Rome Statute makes clear that a state or organization should actively promote or encourage an attack against any civilian population in order to satisfy the contextual requirement of crimes against humanity.²¹ The aim of the term “organizational policy” is not to differentiate a state from its structural units. Conversely, it extends the application of Article 7 beyond the requirement of state policy. Hence, it can be assumed that an apparent distinction is made between an organization and a state and the Rome Statute considers them as two different entities. The same approach is supported by the case law of the ICC. Namely, the Pre-Trial Chamber I of the ICC in *Katanga and Ngudjolo Chui* decision interpreted the aforementioned term as the policy elaborated by “either groups of persons governing specific territory or by any organisation with capability to commit a widespread or systematic attack against civilian population”.²² Germain Katanga’s Ngiti rebel group responsible for the attacks and massacres of civilians in the Democratic Republic of Congo is an obvious example of such non-state entity.

According to professor Darryl Robinson, most commentators acknowledge the evolution of customary international law and agree that reference only to state policy would be an extra restriction.²³ Furthermore, ICC Prosecutor in her recent request of authorisation emphasized that there is a reasonable basis to believe that South Ossetian *de facto* administration (a non-state actor) was able to elaborate and carry out a policy to commit crimes against humanity.²⁴ Pre-Trial Chamber I of the ICC did not scrutinize this aspect in its 2016 authorization decision, but it agreed that there were reasonable basis to believe that *de facto* forces had been capable to commit such crimes.²⁵ Consequently, the policy of a rebel group or self-proclaimed government is sufficient to meet the “organizational policy” criteria for the purposes of Article 7 of the Rome Statute, but it is appropriate to explore other organizations with same destructive potential. The following subsection examines types and characteristics of non-state entities with capability to commit crimes against humanity.

1.2. Characteristics of an Organization

Some authors argue that organizational policy in the context of crimes against humanity is related to those organizations which are seeking for some sort of political control or influence over certain territories such as *de facto* governments or insurrectional movements.²⁶ In 2010 the Pre-Trial Chamber II of the ICC authorized the Prosecutor to start an investigation *proprio motu* in relation to Kenyan post-election violence.²⁷ The attacks against civilian population were committed by youth gangs associated with two leading political parties of Kenya in 2007-2008. Two judges (majority) of the Pre-Trial Chamber relied on the “capability of a group to perform acts which infringe on basic human values” in order to identify the main features of a non-state entity behind crimes against humanity. The Chamber elaborated six considerations but underscored that enumerated findings were not conjunctive and each situation needed proper assessment on a case-by-case basis.²⁸ Established hierarchy, territorial control, ability to carry out widespread or systematic attacks and civilian population as

the primary target of the group were among the emphasized criteria by the Pre-Trial Chamber.²⁹ Various groups of individuals can satisfy many of the above-mentioned requirements and there is a risk that crimes against humanity might lose own exclusive feature that differentiates such crimes from ordinary crimes. This is the reason why many scholars are against such broad interpretation.³⁰

Professor Schabas calls absurdity to apply Article 7(2) to terrorist cells, organized crime syndicates and other groups of individuals that do not have characteristics of a state.³¹ Judge Kaul in his dissenting opinion argued that Article 7(2)(a) of the Rome Statute is applicable to those organizations which share some characteristics of a state and introduced policing power and existence over a prolonged period of time as some of the essential features of relevant non-state entities.³² He relied upon historical and teleological interpretation and concluded that only state-like organizations have means and resources to commit crimes under international law which can “shock the conscience of humanity”.³³ Arguably, the weakest aspect of this approach is the fact that it disregards the ability and resources of private military and security companies, drug cartels, international corporations and other non-state entities which have power to systematically violate fundamental human rights of civilians.³⁴ Furthermore, terrorist groups might have access to chemical or biological weapons and commit widespread attacks which might also shock the conscience of the humanity. On the one hand, the Islamic State in Iraq and the Levant (ISIL) meets Judge Kaul’s definition of a state-like organization, but on the other hand it is an international terrorist group the attacks of which were named as “a global and unprecedented threat to international peace and security” by the UN Security Council on 20 November 2015.³⁵ Therefore, it is not hard to imagine what might happen if this terrorist group obtains a weapon of mass destruction.

The term “organizational policy” should be interpreted in accordance with Article 31(1) of the Vienna Convention on the Law of Treaties taking into account the object and purpose of

the Rome Statute.³⁶ The Preamble of the Rome Statute, *inter alia*, mentions the interests of future generations and underlines the preventive role of the Statute.³⁷ One should also take into account the long-term purpose of the Rome Statute while interpreting the term “organizational policy”. Development of the more destructive technologies (weapons of mass destruction) will enable more types of non-state entities to commit unimaginable atrocities. Consequently, abovementioned logic expressed by the Pre-Trial Chamber II in *Kenya* case is more convincing as it envisages new challenges to international criminal law and it is compatible with the long-term purpose of the Rome Statute.

Werle and Burghardt support the broad definition of “organizational policy” and emphasize that “the question who commits an attack on the civilian population does not affect the presence of mass violations of individual rights”.³⁸ Furthermore, they demonstrate that there is no requirement of state-like organizations behind the crime of genocide and war crimes arguing that a similar approach should be applied to crimes against humanity.³⁹ For example, Scharf and Newton suggest that a wave of terrorist attacks committed by non-state entities during peacetime (such as 9/11) might be prosecuted as the crime against humanity of murder.⁴⁰ Presumably, it is the dreadful and far-reaching nature of the crime and not the perpetrator that distinguishes crimes against humanity from ordinary crimes.

1.3. Notion of a “Policy” under Article 7 of the Rome Statute

The state or organizational policy to commit crimes against humanity requires that the state or organization actively promotes or encourages attacks against a civilian population.⁴¹ However, Elements of Crimes envisages an exception when such policy can be implemented by a deliberate failure to take an action. Although the Elements of Crimes do not specify who the responsible entity for such inaction is, it can be assumed from the footnote of Article 7 that the author of such inaction should be a state or organization which intentionally refrains from taking necessary steps against attacks.⁴²

The aforesaid policy can be named as a policy of inaction.

The policy of inaction has been never defined by the ICC. However, state is not the only entity which has an obligation to prevent and react on potential crimes as in certain cases non-state actors might be able to have effective control over the territory of a state and might even have more effective criminal justice system than the one of the official government. It can be argued that the threshold to prevent and react on potential crimes against humanity is much higher for a non-state actor as it should be proved that a non-state actor is able and has enough power to act like a state. Namely, it is reasonable to invoke the above-mentioned reasoning of Judge Kaul and Professor Schabas regarding the likelihood to a state. Therefore, the obligation to act cannot be prescribed to an underground terrorist group. However, this is not true for *de facto* governments or rebel groups which satisfy the criteria for a party to a non-international armed conflict established by International Humanitarian Law.⁴³

The Rome Statute does not envisage any requirement of demonstrating a motive or purpose for the commission of crimes against humanity. Such motive or purpose has only an evidentiary value.⁴⁴ There is no need for a formal policy as it may be inferred from a variety of factors such as: "(a) that the attack was planned, directed or organized; (b) a recurrent pattern of violence; (c) the use of public or private resources to further the policy; (d) the involvement of the State or organizational forces in the commission of crimes; (e) statements, instructions or documentation attributable to the State or the organization condoning or encouraging the commission of crimes; and/or (f) an underlying motivation".⁴⁵ The ICC Trial Chamber established that there is no need for the aforesaid criteria to be cumulatively satisfied and the policy can be interpreted taking into account the overall context of the crimes against humanity and individual circumstances in each situation.⁴⁶ Therefore, the ICC is free to determine which non-state actor can be able to satisfy the policy requirement specified by Article 7(2)(a) of the Rome Statute.

1.4. Sovereign Interests of a State Balanced by the Principle of Complementarity and Gravity

It is worth mentioning that there are other concerns raised by those critics who are against the broad interpretation of the term "organizational policy". Claus Kress upholds Judge Kaul's restrictive interpretation and argues that based on sovereignty interests of States it is not reasonable to downgrade crimes against humanity to the level of crimes under national law.⁴⁷ He further claims that "an international human-rights-law-inspired teleological interpretation" contradicts to the state practice as it irrationally advances international criminal law beyond the situations of war and internal strife.⁴⁸ However, both Judge Kaul and Kress disregard some unorthodox advantages of the ICC system. Namely, the principle of complementarity and the criterion of gravity leave enough room for sovereign interests of States.⁴⁹ The mere fact of existence of a crime against humanity does not *per se* mean that the situation will reach the ICC. Even when a State is unable or unwilling to carry out genuine investigation or prosecution, the case should meet the threshold of gravity.⁵⁰ The Pre-Trial Chamber III of the ICC made clear that the gravity element under Article 17(1)(d) of the Rome Statute is "an additional safeguard which prevents the Court from investigating, prosecuting and trying peripheral cases".⁵¹ In examining the threshold of gravity the Court takes into account, *inter alia*, the scale, nature, manner of commission and the impact of the crime on the victims. Thus, gravity can be used as a mechanism against downgrading crimes against humanity to the level of ordinary crimes.⁵² For the purposes of illustration, it is reasonable to examine the following hypothetical example.

A group of football hooligans of FC Dinamo Tbilisi exists for several years and over a hundred operational executors of the group obey the commands of their leaders. They elaborate a policy to murder and exterminate supporters of Kutaisi Torpedo FC and start widespread attacks against their enemies throughout Georgia. As a result, dozens of supporters of FC Torpedo are murdered (including some children) and

many fans of FC Dinamo are killed in retaliatory attacks. For the purpose of reconciliation an amnesty is declared in Georgia. Theoretically, such group of football hooligans meet most criteria for an organization (except the requirement of control over a part of the territory of a State) elaborated by the Pre-Trial Chamber II in 2010 *Kenya* decision. Their acts will be considered as crimes against humanity based on the broad interpretation of “organizational policy” taking into account the capability of the group to carry out widespread attacks against civilian population. Nevertheless, the element of gravity is a safeguard for the sovereign interests of Georgia in this case. Presumably, the nature, scale and the impact of the attacks of the group of football hooligans will not meet the threshold of gravity under Article 17(1)(d) of the Rome Statute. Otherwise, more grave acts will be assumed to reach level of concern to the international community as a whole. Therefore, most serious criminal acts will prevail over sovereign interests of those states which are parties to the Rome Statute and accepted the purpose and aim of the Treaty.

2. JURISDICTIONAL LIMITS OF THE ICC REGARDING THE MEMBERS OF NON-STATE ACTORS

Article 25 of the Rome Statute provides for various modes of individual criminal responsibility of natural persons.⁵³ A perpetrator shall be individually responsible and liable for punishment if he/she commits a crime either individually or jointly. Under the Rome Statute, it is also punishable to order, solicit or induce a crime against humanity which in fact occurs or is attempted.

2.1. Jurisdiction *Ratione Personae*

Jurisdiction *Ratione personae* of the ICC does not cover legal entities. One of the reasons why the ICC lacks jurisdiction over juridical persons is hidden in the aforesaid principle of complementarity as not all member States of the Rome Statute envisage the notion of corporate criminal responsibility in their national legal systems.⁵⁴ At Nuremberg, the International Military Tribunal declared that “crimes against international law are committed by men, not by

abstract entities” emphasizing that perpetrators were individually responsible for the crimes even if they were acting in the interests of the state.⁵⁵ The Trial Chamber III of the ICC in *Bemba* case emphasized that it is not necessary for a perpetrator to be a member of a non-state actor which has a policy to commit crimes against humanity.⁵⁶ On the other hand, existence of an organizational policy does not *per se* lead to individual criminal responsibility and material elements of the crime should be accompanied by relevant intent and knowledge enshrined in Article 30 of the Rome Statute.⁵⁷ There are precedents in the history of international criminal law when persons working for private companies were charged for crimes against humanity. For example, exploitation of slave labour and other inhumane acts against civilian population were among the charges of Krupp and eleven directors of his factories before the United States Military Tribunal at Nuremberg.⁵⁸ However, the convictions were based only on offences committed individually by the employees of Krupp’s companies because the notion of common purpose liability was not applicable for crimes against humanity at that time.

2.2. Types of Accessories

Article 25(3)(d) of the Rome Statute criminalizes intentional contribution to a crime (or an attempt of a crime) committed by a group of persons acting with common purpose. In other words, a distinction is made between a principal perpetrator and an accessory. It should be noted that persons working for private organizations, members of rebel groups or supporters of other non-state entities might often be accessories in commission of crimes against humanity. The Trial Chamber II of the ICC in *Katanga* judgment emphasized that mental elements prescribed by Article 25(3)(d) of the Rome Statute are applicable to the conduct which constitutes the contribution of an accessory made with the knowledge of a common criminal purpose of the group.⁵⁹ The Court stressed out that “a person who stands charged pursuant to Article 25(3)(d) will not incur individual criminal responsibility for those crimes which form part of the common purpose but to which he or she did not contribute”.⁶⁰ Therefore,

simply being an employee of an organization or a member of a rebel group which exterminates civilians is not a ground for criminal responsibility under the Rome Statute unless an employee or a member makes an intentional contribution to certain crimes. The Pre-Trial Chamber II in *Mbarushimana* decision clarified that “a contribution to the commission of a crime by a group acting with common purpose must be at least significant” and it must have certain effect on the commission of the crime.⁶¹ For instance, a scientist will be criminally responsible for development of a biological weapon in a private pharmaceutical company knowing that the primary purpose of the evil owners of the company is to use that weapon against civilian population. On the other hand, the action of an intern who washes the equipment of the laboratory is not criminalized under the Rome Statute even if he/she is aware of the common criminal purpose of the owners of pharmaceutical company. Professor Kai Ambos claims that Article 25(3)(c) of the Rome Statute criminalizes individual assistance to single acts.⁶² For example, when a member of the rebel group provides weapons to other fighters who are going to attack civilian population, he/she will be punished for aiding the crime.

2.3. Intent

The ICC system might not be effective in prosecuting those persons who provide assistance without having an aim to facilitate the crime. Cryer and other authors present an example of a profit-oriented arms dealer (who knows that the buyer intends to commit international crimes but sells arms with the sole purpose of making money) in order to illustrate that Article 25(3)(c) requires *dolus directus* of the first degree by employing the term “for the purpose of”.⁶³

Notably, Article 25(3)(c) introduces special and stricter requirement of volitional element and derogates from general rule specified by Article 30(2)(b) of the Rome Statute. The Trial Chamber I of the ICC in *Lubanga* judgment declared that under the nature of Article 30(2)(b) of the Rome Statute the concept of *dolus eventualis* is excluded and at least *dolus directus* of the second degree is necessary to incur indi-

vidual criminal liability.⁶⁴ Subsequently, criminal responsibility under the Rome Statute will not arise in a situation when a sales manager of a pharmaceutical company is oriented only on increasing the profit and sells ingredients of a biological weapon to a terrorist group realizing the possibility that the group might use provided products for multiple and widespread attacks against civilian population.

Nonetheless, while the ICC is oriented on the major perpetrators, national prosecutions can fill the gap and reach persons aiding the commission of crimes by applying a lower standard of *mens rea*. The Preamble of the Rome Statute reflects the spirit that effective prosecution must be ensured, *inter alia*, by taking measures at national level and extradition of all accomplices to The Hague is not the only option to put an end to impunity. It is also worth noting that International Law Commission advocates for adopting a special convention dedicated to crimes against humanity which will positively affect member states in terms of prevention and prosecution of relevant crimes.⁶⁵ The draft Article 15 of the aforesaid document stipulates that obligations of the member states imposed by the constitutive treaties of international criminal tribunals prevail over the obligations imposed by the draft articles.⁶⁶ Therefore, a separate convention regarding crimes against humanity will not be an obstacle for the ICC and on the contrary, it will further increase the institutional function of the permanent international criminal body.

CONCLUSION

The Rome Statute acknowledges that the policy requirement of Article 7 goes beyond state policy and covers policy of those entities which have enough power and resources to infringe on basic human values. The main idea of this provision is to protect any civilian population from large-scale and systematic violence whether the source of violence is a state or non-state entity. Firstly, it was emphasized in the paper that crimes against humanity should pass the test of complementarity and should meet the criterion of gravity in order to be adjudicated at the ICC. Secondly, relying on the narrow definition of “organizational policy” con-

tradicts with the object and long-term preventive purpose of the Rome Statute. In addition, it was demonstrated that non-state actors do not have to share characteristics of a state in order to carry out far-reaching attacks and commit shocking atrocities even during peacetime.

Employees of corporations, representatives of *de facto* governments, members of paramilitary or other groups can be criminally li-

able either as principal perpetrators or accessories in crimes against humanity. However, the mere fact of being an employee or a member of such group is not punishable under the Rome Statute. Moreover, a high standard of *mens rea* (*dolus directus*) used by the ICC system should not be perceived as an obstacle for effective national prosecution of those persons who are not principal perpetrators or accessories.

* Onisime Tskhomelidze is a PhD candidate in International Law (TSU); He is holding an LL.M. degree with Merit in Criminal Law and Criminal Justice from the University of Edinburgh and an LL.M. degree with Honours in International Law from TSU.

¹ Bassiouni C. M. *Crimes against Humanity: The Case for a Specialized Convention* in Washington University Global Studies Law Review, vol. 9, no.4, 2010, p. 583.

² See *Jean-Pierre Bemba Gombo*, Judgment of the Trial Chamber III, ICC, 2016, paras. 74-75; See also *Katanga*, Judgment of the Trial Chamber II, ICC, 2014, paras.1114-1121.

³ Art. 7(2)(a), Rome Statute of the International Criminal Court 1998 (hereinafter the Rome Statute), 2187 UNTS 90.

⁴ See Robinson D. *Crimes against Humanity: A Better Policy on 'Policy'* in C. Stahn (ed.) (2015) *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, pp. 731-733; See also Werle G., Burghardt B. *Do Crimes against Humanity Require the Participation of a State or a 'State-like' Organization?* in *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, no. 5, 2012, pp. 1151-1154.

⁵ Art. 7, the Rome Statute, *supran.* 3.

⁶ Cassese A. (2003) *International Criminal Law*, Oxford, pp. 64-66.

⁷ *Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Al Bashir*, Decision of the Pre-Trial Chamber I, ICC, 2009, para. 81.

⁸ Art. 7(3), Elements of Crimes of the International Criminal Court 2002 (hereinafter "Elements of Crimes", UN Doc. PCNICC/2000/1/Add.2 (2000); Bassiouni C.M. (2011) *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge, pp. 8-45.

⁹ Art.7(3), Elements of Crimes, *supran.* 8.

¹⁰ *Bemba Trial Judgment*, *supran.* 2, paras. 149-169.

¹¹ See Art.3, Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda 1994, 33ILM 1598 (1994); Art. 2, Statute of the Special Court for Sierra Leone 2002, 2175 UNTS 138, 145.

¹² Bassiouni C.M. (2010) *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 2nd ed., The Hague/London/Boston, pp. 258-259.

¹³ *Ibid*, p. 196.

¹⁴ *Tadic*, Opinion and Judgment of the Trial Chamber, ICTY, 1997, paras.574-575.

¹⁵ *Ibid*, paras. 654-655.

¹⁶ Robinson D. *Defining "Crimes against Humanity" at the Rome Conference* in *The American Journal of International Law*, vol. 93, no. 1, 1999, p. 49.

¹⁷ *Tadic Trial Judgment*, *supran.*14, paras. 654-655; See also Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-third Session, (1991) G.A.O.R., 46th Sess. Supp. No. 10, U.N. Doc. A/46/10, pp. 265-266.

¹⁸ *Kunarac, Kovac and Vukovic*, Judgment of the Appeals Chamber, ICTY, 2002, para. 98.

¹⁹ See Cryer R. et al. (2014) *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 3rd ed., Cambridge, p. 238; See also Schabas A.W. (2011) *An Introduction to the International Criminal Court*, 4th ed., Cambridge, pp. 112-113.

- ²⁰ Bassiouni, *supran.* 1, p. 585.
- ²¹ Art.7(3), Elements of Crimes, *supran.* 8.
- ²² *Katanga and Ngudjolu Chui*, Decision of the Pre-Trial Chamber I, ICC, 2008, para. 396.
- ²³ Robinson, *supran.* 16, p. 50.
- ²⁴ *Request for Authorisation of an Investigation pursuant to article 15, Situation in Georgia* (ICC-01/15-4), Office of the Prosecutor, ICC, 2015, paras. 233-238.
- ²⁵ *Decision on the Prosecutor's Request for authorization of an investigation, Situation in Georgia*, Decision of the Pre-Trial Chamber I, ICC, 2016, paras. 30-33.
- ²⁶ Ratner R.S., Abrams S.J., Bischoff L.J. (2009) *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, 3rd ed., Oxford, p. 70.
- ²⁷ *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, Decision of the Pre-Trial Chamber II, ICC, 2010, para. 90.
- ²⁸ *Ibid*, para. 93; *Ruto, Kosgey and Sang* (ICC-01/09-01/11), Decision of the Pre-Trial Chamber II, ICC, 2012, para. 185.
- ²⁹ *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, Decision of the Pre-Trial Chamber II, ICC, 2010, para. 90.
- ³⁰ Robinson, *supran.* 4, pp. 733-737.
- ³¹ Schabas A.W. (2010) *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, Oxford, p. 152.
- ³² *Dissenting Opinion of Judge Hans-Peter Kaul Appended to the Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya* (ICC-01/09), ICC, 2010, paras. 51-52.
- ³³ *Ibid*, paras. 66-67.
- ³⁴ See Werle and Burghardt, *supran.* 4, p. 1167.
- ³⁵ UN SC Res. 2249, 20 November 2015.
- ³⁶ Art. 31(1), Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, 1155 UNTS 331; Dissenting Opinion of Judge Kaul, *supran.* 32, paras. 56-65.
- ³⁷ Preamble, the Rome Statute, *supran.* 3.
- ³⁸ Werle and Burghardt, *supran.* 4, p. 1164.
- ³⁹ *Ibid*, p. 1158.
- ⁴⁰ Scharf P.M., Newton A.M. *Terrorism and Crimes against Humanity* in Sadat N.L. (ed.) (2011) *Forging a Convention for Crimes Against Humanity*, Cambridge, p. 276.
- ⁴¹ Art. 7(3), Elements of Crimes, *supran.* 8; *Bemba Trial Judgment*, *supran.* 2, paras. 159-160.
- ⁴² See Art.7(3), Elements of Crimes, *supran.* 8; See also *Bemba Trial Judgment*, *supran.* 2, paras. 159-160.
- ⁴³ See art. 1(1), Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and Relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II) 1977, 1125 UNTS 609.
- ⁴⁴ *Bemba Trial Judgment*, *supran.* 2, paras. 159-160.
- ⁴⁵ *Bemba Trial Judgment*, *supran.* 2, para. 160; *Katanga Judgment*, *supran.* 2, para. 1109.
- ⁴⁶ *Bemba Trial Judgment*, *supran.* 2, para. 160; *Katanga Judgment*, *supran.* 2, para. 1109.
- ⁴⁷ Kress C. *On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision* in *Leiden Journal of International Law*, vol. 23, no. 4, 2010, pp. 862-863.
- ⁴⁸ *Ibid*, pp. 861 and 873.
- ⁴⁹ Preamble and Art.1, the Rome Statute, *supran.* 3.
- ⁵⁰ Art. 17(1)(d), the Rome Statute, *supran.* 3.

- ⁵¹ *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Cote d'Ivoire*, Decision of the Pre-Trial Chamber III, ICC, 2011, para. 201.
- ⁵² *Ibid*, paras. 202-205.
- ⁵³ Art. 25, the Rome Statute, *supran.* 3.
- ⁵⁴ Fauchald K. O., Stigen J., *Corporate Responsibility before International Institutions* in *The George Washington International Law Review*, vol. 40, no.4, pp. 1038-1039.
- ⁵⁵ Schabas, *supran.* 19, pp. 149-150.
- ⁵⁶ *Bemba Trial Judgment*, *supran.* 2, para. 161.
- ⁵⁷ Art. 30, the Rome Statute, *supran.* 3.
- ⁵⁸ Cassese A. et al. (ed.) (2009)*The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford, p. 779.
- ⁵⁹ *Katanga Judgment*, *supran.* 2, paras. 1637-1642.
- ⁶⁰ *Ibid*, para. 1398.
- ⁶¹ *Mbarushimana*, Decision of the Pre-Trial Chamber I, ICC, 2011, paras. 283-285.
- ⁶² Ambos K. *ICC and Common Purpose – What Contribution is Required under Article 25(3)(d)?* in Stahn C. (ed.) (2015)*The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, p. 596.
- ⁶³ See Cryer et al, *supran.* 19, p.374.
- ⁶⁴ *Lubanga*, Judgment of the Trial Chamber I, ICC, 2012, paras. 1011-1012.
- ⁶⁵ International Law Commission, Sixty-ninth Session, Third report on crimes against humanity by Sean D. Murphy, Special Rapporteur, UN GA A/CN.4/704, 23 January 2017, available at: <https://undocs.org/en/A/CN.4/704> [last visited 30 August 2018].
- ⁶⁶ *Ibid*, see draft Art.15, p. 96.

ოკუპირებულ ტერიტორიაზე საჯარო წესრიგისა და სამოქალაქო ცხოვრების შენარჩუნების უზრუნველყოფა

აბსტრაქტი

სტატია განიხილავს ოკუპანტი ძალის უპირველეს ვალდებულებას რომ უზრუნველყოს ოკუპირებულ ტერიტორიაზე საჯარო წესრიგისა და სამოქალაქო ცხოვრების შენარჩუნება. იმდენად რამდენადაც ეს ვალდებულება მჭიდროდაა გადაჯაჭვული ოკუპანტი ძალის მიერ დაკავებული ტერიტორიის ადმინისტრირებასთან, სტატია მიმოიხილავს ოკუპანტი ძალის უფლებამოსილების ფარგლებს ოკუპირებული ტერიტორიების ადმინისტრირებისას და კონცენტრირდება ადგილობრივი სამოქალაქო მოსახლეობის მხრიდან შეიარაღებული წინააღმდეგობის განვითარების კანონიერებაზე და ამგვარ წინააღმდეგობაზე ოკუპანტის მხრიდან შესაბამისი პასუხის შესაძლებლობაზე. კერძოდ კი, სტატია გვთავაზობს იმ ჩარჩოს, რომლის ფარგლებშიც უნდა მოხდეს ოკუპანტი ძალის ქმედებების (მათ შორის სამხედრო და საპოლიციო) კანონიერების შემოწმება. თეორიული საკითხების უმეტესობა განხილულია პრაქტიკული მაგალითებისა და სხვადასხვა ეროვნული თუ საერთაშორისო ტრიბუნალების გადაწყვეტილებების ფონზე.

საძიებო სიტყვები: სამხედრო ოკუპაცია | ოკუპანტი ძალა | ჰააგის რეგულაციები | საჯარო წესრიგი | ოკუპირებული ტერიტორიები | საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართალი

შესავალი

ჰააგის რეგულაციების 43-ე მუხლი ამბობს, რომ ლეგიტიმური სუვერენის ხელისუფლება ფაქტობრივად გადადის ოკუპანტი ძალის ხელში, რომელსაც ევალება მის ძალებში არსებული ყველა ზომის მიღება, რომ აღადგინოს და უზრუნველყოს, რამდენადაც ეს შესაძლებელია, საჯარო წესრიგი და უსაფრთხოება ოკუპირებულ ტერიტორიაზე, ისე რომ პატივი სცეს ოკუპირებულ ქვეყანაში მოქმედ კანონებს, თუკი ეს აბსოლუტურად შეუძლებელი არ არის.¹ თეორიაში ამ მუხლის განმარტება საკმაოდ რთულია და დაკავშირებულია დიდ ბუნდოვანებასთან, ხოლო პრაქტიკაში ოკუპანტი ძალის მიერ ხშირად ხდება მასზე აპელირება იმისათვის რომ გაამართლოს ფართო საკანონმდებლო ძალაუფლება ან ადგილობრივი კანონების უგულვებელყოფა მათი შესრულების „აბსოლუტურად შეუძლებლობის“ მოტივით.² 43-ე მუხლის ტექსტი ერთი ნაკითხვით თითქოს აწესრიგებს ადგილობრივი კანონმდებლობის პატივისცემის საკითხს მას შემდეგ რაც ოკუპანტი ძალა აღადგენს და უზრუნველყოფს საჯარო წესრიგს და უსაფრთხოებას, მაგრამ მუხლის შექმნის ისტორიამ და შემდგომმა პრაქტიკამ ცხადი გახადა, რომ ეს მუხლი გაცილებით უფრო ფართო და ყოვლისმომცველია და ეხება

ოკუპანტი ძალის უფლებამოსილებას დაადგინოს წესები ტერიტორიის სათანადო ადმინისტრირებისათვის.³ ჰააგის რეგულაციების ამ დებულებას ოკუპაციის ადმინისტრირების „მინი კონსტიტუციასაც“ კი უწოდებენ.⁴

1. ოკუპანტი ძალის უფლებამოსილების ფარგლები

ჰააგის რეგულაციების 43-ე მუხლი, როგორც ზემოთ აღინიშნა ეხება „საჯარო წესრიგსა და უსაფრთხოებას“. ავთენტური ფრანგული ტექსტის ამგვარი თარგმანა ინგლისურად იმთავითვე კრიტიკის საგანი გახდა. ფრანგული ტექსტი იყენებს ტერმინს „*vie publique*“ (საზოგადო ცხოვრება), რომლის მნიშვნელობაც მართლაც გაცილებით უფრო ფართოა, ვიდრე საჯარო წესრიგი. რეგულაციების მოსამზადებელი სამუშაოები ნამდვილად ცხადყოფს რომ ამ დებულებაში ჩადებული ტერმინი მოიცავს სოციალურ ფუნქციებს, ჩვეულებრივ ტრანზაქციებს, რომელიც ყოველდღიური ცხოვრების ნაწილია.⁵ ბევრი მეცნიერი ემხრობა ამ პოზიციას და ხშირად ტერმინს „*la vie publique*“ თარგმნიან, როგორც სამოქალაქო/საზოგადო ცხოვრება (*civil life*).⁶ ტერმინის ამგვარი განმარტება მართლაც შესაბამისობაშია ჰააგის 43-ე რეგულაციის შესვალ წინადადებასთან, რომე-

ლიც ამბობს რომ ლეგიტიმური მთავრობის მთელი უფლებამოსილება ფაქტობრივად გადადის ოკუპანტი ძალის ხელში, შესაბამისად ამ უკანასკნელის ქმედებების არეალი გაცილებით ფართოა, და არ შემოიფარგლება მხოლოდ ოკუპირებულ ტერიტორიაზე საჯარო წესრიგისა და უსაფრთხოების უზრუნველყოფით, არამედ მოიაზრებს ყოველდღიური საზოგადო ცხოვრების სხვა მრავალ ასპექტსაც.

რეგულაციების 43-ე მუხლის ტექსტის მიხედვით ოკუპანტი ძალა უფლებამოსილია გაატაროს საკანონდებლო თუ ადმინისტრაციული ზომები რომ არა მარტო აღადგინოს, არამედ გაგნგრძობითად უზრუნველყოს კიდევ საჯარო წესრიგი და უსაფრთხოება. თუკი ოკუპაცია დიდ ხანს გრძელდება და ომის შედეგების გამო ოკუპირებული ქვეყანა განიცდის მკვეთრ ეკონომიკურ და სოციალურ გარდაქმნებს, ცხადია რომ ადრე თუ გვიან ოკუპანტი ძალის მიერ ახალი საკანონმდებლო ზომების მიღება საჭირო გახდება.⁷ ზოგიერთ შემთხვევაში ოკუპანტი ვალდებულიც კია რომ მიიღოს ზომები, რათა უზრუნველყოს საჯარო წესრიგი და საზოგადო ცხოვრება. ამას მოწმობს ნიურნბერგის ტრიბუნალის გადაწყვეტილებაც ლისტის საქმეზე, რომელშიც სასამართლომ განაცხადა, რომ:

მტრის ტერიტორიის ოკუპანტი ძალის სტატუსის მიღებისთანავე, საერთაშორისო სამართალი ამ ძალის მეთაურობას აკისრებს პასუხისმგებლობას შეინარჩუნოს წესრიგი, მიუსაჯოს სასჯელი დანაშაულისათვის და დაიცვას სიცოცხლე და საკუთრება ოკუპირებულ ტერიტორიაზე. ამ მიზნების მისაღწევად ოკუპანტის ძალა უფლება იმდენად დიდია, რამდენადაც მისი პასუხისმგებლობა. მაგრამ ის რა თქმა უნდა შეზღუდულია საერთაშორისო სამართლის აღიარებული კანონებით, კერძოდ კი ჰააგის 1907 წლის რეგულაციებით.⁸

ოკუპანტი ძალის ვალდებულება, რომ აღადგინოს და შეინარჩუნოს საჯარო წესრიგი და უსაფრთხოება ოკუპირებულ ტერიტორიაზე აშკარაა რომ ორივე მხარის ინტერესებში შედის, კერძოდ ოკუპანტი ძალის ერთი მხრივ და ოკუპირებული ტერიტორიის მოსახლეობის მეორეს მხრივ.⁹ თუმცა, როგორც ნიურნბერგის ტრიბუნალის მიერ იქნა აღნიშნული ოკუპანტი ძალა მოქმედებს ფართო დისკრეციის, მაგრამ გარკვეული შეზღუდვების ფარგლებში. საზოგადო ცხოვრების ბევ-

რი ასპექტი, ასევე ზომები, რომლის მიღებაც ოკუპანტს ევალება, შეუძლია ან არ შეუძლია მიიღოს იმისათვის, რომ აღადგინოს და შეინარჩუნოს ეს „საზოგადო ცხოვრება“ არის დეტალურად მოცული თვითონ ჰააგის რეგულაციებში, ჟენევის მე-4 კონვენციასა და პირველ დამატებით ოქმში. თუმცა ეს დებულებები არის *lex specialis* 43-ე მუხლში გადმოცემულ ზოგად წესთან მიმართებით, რომლის მიხედვითაც საჯარო წესრიგი და საზოგადოებრივი ცხოვრება შედეგი კი არაა, რომლის გარანტირებაც ოკუპანტმა ძალამ უნდა მოახდინოს, არამედ მიზანი, რომლისკენაც ოკუპანტი უნდა მიდიოდეს მის ხელთ არსებული ყველა კანონიერი და პროპორციული საშუალებით.¹⁰ მაგალითად უკანონო იქნება ისეთი მეთოდები, რაც პირდაპირ აკრძალულია საერთაშორისო სამართალით, როგორიცაა კოლექტიური სასჯელის დაკისრება, დეპორტაცია, იძულება, წამება, მძევლად აყვანა და ა.შ.¹¹ 43-ე მუხლის ტექსტში ტერმინები – „მის ძალებში არსებული ყველა ზომა“ და „რამდენადაც ეს შესაძლებელია“ – ცხადყოფს რომ ოკუპანტი ძალის ვალდებულება გამოიხატება მის მიერ ყველა შესაძლო, საერთაშორისო სამართალით დაშვებული მეთოდის გამოყენებაში, რათა 43-ე მუხლში ჩამოთვლილი მიზნები მიღწეულ იქნას, შესაბამისად, თუკი ოკუპირებულ ტერიტორიაზე საჯარო წესრიგის აბსოლუტური უზრუნველყოფა ვერ ხდება ოკუპანტი ძალისგან დამოუკიდებელი მიზეზით, მაშინ ამისათვის ოკუპანტის პასუხისმგებლობა გამოირიცხება, თუკი დადასტურდა, რომ მან ყველა შესაძლო კანონიერი ძალა იხმარა, რათა უზრუნველყო ოკუპირებული ტერიტორიის ნორმალური საზოგადოებრივი ცხოვრება, საჯარო წესრიგი და უსაფრთხოება.

43-ე მუხლში მოცემული ვალდებულებები ხასიათის მიხედვით შეიძლება გაიყოს ორად – პოზიტიურ და ნეგატიურ ვალდებულებად. პირველ მათგანს ეკუთვნის ოკუპანტის ვალდებულება, რომ მის ძალებში არსებული საშუალებებით აღადგინოს და უზრუნველყოს საჯარო წესრიგი და ნორმალური ცხოვრება ოკუპირებულ ტერიტორიაზე, ხოლო მეორეს მისი ვალდებულება რომ პატივი სცეს ოკუპირებულ ტერიტორიაზე მოქმედ კანონებს, გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც ეს აბსოლუტურად შეუძლებელია. პირველი კატეგორიის ვალდებულება, რომელიც უნდა

შესრულდეს სამხედრო მთავრობის აღმასრულებელი და სასამართლო შტოების მიერ მოითხოვს ოკუპანტის პოზიტიურ ქმედებებს, მაშინ როდესაც მეორე კატეგორიის ვალდებულება ძირითადად ნეგატიურ მოვალეობაზეა დაფუძნებული და უკრძალავს ოკუპანტს ადგილობრივი კანონმდებლობის შეცვლას, თუკი ეს აბსოლუტური აუცილებლობით არ არის გამოწვეული. ორივე ვალდებულება ხასიათდება მაკვალიფიცირებელი ფრაზებით: პირველი – „რამდენადაც ეს შესაძლებელია“ და მეორე – „თუკი აბსოლუტურად გამოირიცხული არაა“.¹²

ისრაელის უზენაესი სასამართლოს პრეცედენტული სამართლის მიხედვით¹³ პირველი ტიპის ვალდებულება შეიძლება დაიყოს ორ ქვეკატეგორიად; საჯარო წესრიგისა და უსაფრთხოების აღდგენა იქნება „მყისიერი და ძირითადი ვალდებულება“, ხოლო მისი შენარჩუნება და უზრუნველყოფა კი „შემდგომი და განგრძობითი“ ვალდებულება, რომელიც ოკუპანტს ეკისრება ოკუპაციის ხანგრძლივობის მთელს პერიოდში და რომელიც შეიძლება მოერგოს ოკუპირებული ტერიტორიის შეცვლილ სოციალურ საჭიროებებს, რაც დაკავშირებულია უსაფრთხოებასთან, ეკონომიკასთან, ჯანდაცვასა და ტრანსპორტთან.

ოკუპანტი ძალის ქმედებები, რომელიც ემსახურება 43-ე მუხლში მოცემულ მიზნებს არ უნდა იყოს მიმართული მუდმივი ცვლილებებისაკენ. ზოგიერთი მეცნიერი¹⁴ აღნიშნავს, რომ ოკუპანტი ძალის უფლებამოსილების ფარგლები, რომ გაატაროს ინსტიტუციური რეფორმები იზღუდება მხოლოდ „მცირე“ (minor) და არა „ძირეული“ (fundamental) ცვლილებებით. ეს გულისხმობს ოკუპირებული ქვეყნის ფუნდამენტური ინსტიტუტების დაცვას მუდმივ ცვლილებებისაგან, მაგალითისათვის ოკუპანტი ძალა ვერ შეცვლის დაკავებული ქვეყნის საპარლამენტო მმართველობას მონარქიით იმ მოტივით რომ ეს საჯარო წესრიგის უზრუნველსაყოფადაა საჭირო. აღნიშნული მიდგომის მიზანია ოკუპირებულ ტერიტორიაზე ოკუპაციამდე არსებული მდგომარეობის მაქსიმალურად კონსერვაცია, სანამ ლეგიტიმური სუვერენი აღიდგენს ხელისუფლებას.¹⁵ თუმცა ამ მიდგომის გამოყენებისას მაინც ვხვდებით წინააღმდეგობას, კერძოდ რა შეიძლება ჩაითვალოს მცირე და რა ძირეულ ცვლილებად. მაგალითად, მუნი-

ციპალიტეტის ფარგლების გაზრდა უფრო ფართო წარმომადგენლობის უზრუნველსაყოფად ჩაითვლება თუ არა მცირე ცვლილებად, თუ ძირეულ ცვლილებად, რომელიც აკრძალულია ოკუპაციის სამართლით?! მეორე სახის წინააღმდეგობა შეიძლება წარმოიშვას, როდესაც ოკუპირებულ ქვეყანაში მოქმედი კანონმდებლობა აშკარად ეწინააღმდეგება ადამიანის უფლებათა საერთაშორისოდ აღიარებულ სტანდარტებს და არაგონივრულად ზღუდავს ოკუპირებული ტერიტორიის მოსახლეობის კანონიერ უფლებებს. მაგ. აბსურდული კანონმდებლობა, რომლითაც უნივერსიტეტში სწავლა ეკრძალებათ რომელიმე რასის ან სქესის ადამიანებს. ისმის კითხვა, უნდა შენარჩუნდეს თუ არა ოკუპირებულ ტერიტორიაზე ოკუპაციამდე მოქმედი სამართლებრივი და სოციალური სისტემა, რომელიც გაუმართლებლად ავინროვებს ადგილობრივ მოსახლეობას და ეწინააღმდეგება ადამიანის უფლებათა სამართალს თუ ჰააგის რეგულაციების 43-ე მუხლის დებულება რომ ოკუპანტმა „უნდა იღონოს მის ხელთ არსებული ყველა ძალა“, უნდა განიმარტოს უფრო ფართოდ, ლიბერალური მიდგომით რაც მოიაზრებს ძირეულ ცვლილებებსაც კი, თუკი ეს მიმართულია ადგილობრივი მოსახლეობის საკეთილდღეოდ.¹⁶

ზოგადად ძალიან რთულია ოკუპანტი ძალის ქმედების კანონიერების შეფასება, როდესაც ეს ქმედება ეყრდნობა ჰააგის 43-ე რეგულაციას, რადგან, როგორც აღინიშნა, ეს დებულება იძლევა საკმაოდ ფართო ნაკითხვის საშუალებას. იმ შემთხვევაში, თუკი ოკუპანტის რაიმე ქმედების კანონიერება, იქნება ეს ადმინისტრაციული თუ საკანონმდებლო ზომის მიღება, კითხვის ნიშნის ქვეშ დადგა, ოკუპანტმა ძალამ უნდა დაამტკიცოს რომ სადავო ქმედებით გამოწვეული ცვლილება არის მცირე მასშტაბის და მიმართულია ოკუპირებულ ტერიტორიაზე საჯარო წესრიგის და უსაფრთხოების უზრუნველსაყოფად, ან გატარებული რეფორმა არის ძირეული, მაგრამ მისი მიღება განპირობებულია ნამდვილი ჰუმანიტარული მიზნებით.¹⁷

ოკუპანტი ძალის ქმედების კანონიერების შესამოწმებლად ისრაელის უზენაესმა სასამართლომ შეიმუშავა ტესტი,¹⁸ რომლის მიხედვითაც ოკუპაციის სამართალი უშვებს მხოლოდ ორ ლეგიტიმურ ინტერესს, რომელ-

ზე დაყრდნობითაც შეიძლება გამართლეს ოკუპირებულ ტერიტორიაზე *status quo*-ს შეცვლა: (1) ადგილობრივი მოსახლეობის ინტერესი; (2) საოკუპაციო ჯარის, რომელიც ოკუპირებულ ტერიტორიაზეა, ვინრო სამხედრო ინტერესი. სამხედრო მეთაურის ძალაუფლების იმგვარი გამოყენება, რომელიც ემსახურება ამ ორი ინტერესის გარდა სხვა გარეშე ინტერესს ჩაითვლება უკანონოდ. სასამართლომ განაცხადა, რომ:

სამხედრო მმართველს არ აქვს უფლება მხედველობაში მიიღოს თავისი ეროვნული, ეკონომიკური ან სოციალური საჭიროებები ოკუპირებულ ტერიტორიაზე პოლიტიკის განსაზღვრისას იმდენად რამდენადაც ამას შეეხება არ აქვს თავის სამხედრო ინტერესებს თან ან ოკუპირებული ტერიტორიის ადგილობრივ მოსახლეობის ინტერესებთან. თავად სამხედრო საჭიროებაც არის მხოლოდ საოკუპაციო ჯარის სამხედრო საჭიროება და არა ეროვნული უსაფრთხოების საჭიროება ფართო გაგებით. სამხედრო ოკუპაციის ქვეშ მოქცეული ტერიტორია არ არის ღია მდელი ეკონომიკური ან სხვა სახის გამოყენებისათვის. შესაბამისად სამხედრო ადმინისტრაციას არ შეუძლია დაგეგმოს ან განახორციელოს გზების მშენებლობა ოკუპირებულ ტერიტორიაზე თუკი ეს ემსახურება თავის სახელმწიფოსათვის „მომსახურების გზის“ შექმნას. ოკუპირებულ ტერიტორიაზე გზების მშენებლობა შეიძლება სამხედრო საჭიროების გარეშეც განხორციელდეს, თუკი ეს ადგილობრივი მოსახლეობის კეთილდღეობას შეუწყობს ხელს. დაუშვებელია, რომ ამგვარი პროექტის დაგეგმვა ან განხორციელება ემსახურებოდეს მხოლოდ ოკუპანტ სახელმწიფოს.¹⁹

აღნიშნულიდან გამომდინარე, შეიძლება ითქვას, რომ ოკუპანტი ძალას შეუძლია განახორციელოს, როგორც მცირე, ისე ძირეული ცვლილებებიც, თუკი ეს მიმართულია ადგილობრივი მოსახლეობის კეთილდღეობისაკენ, შესაბამისად დიქტატორული კანონმდებლობის და სისტემის შეცვლა, როცა ამის აუცილებელი საჭიროება არ არსებობს, მაინც გამართლებულად ჩაითვლება.²⁰ ძირეული ცვლილებებისა და ზოგადად ტრანსფორმაციული ოკუპაციის შესახებ უფრო დეტალურად საუბარია ამ ნაშრომის ბოლო თავში. ოკუპანტი ძალის ქმედებების შეფასებაში ამოსავალი ნერტილია რამდენად კეთილსინდისიერად

მოქმედებს იგი. თუკი მისი ქმედება ემსახურება ოკუპირებული ტერიტორიის ჯეროვანი ადმინისტრირების მიზნებს და ამავდროულად შედის ან ადგილობრივი მოსახლეობის ან თავისი საოკუპაციო ჯარის ინტერესებში ამგვარი ქმედება ოკუპაციის საერთაშორისო სამართლის გადმოსახედიდან ჩაითვლება კანონიერად. ყველა სხვა ქმედება, რომელიც შესაძლოა ემსახურებოდეს ოკუპანტი ძალის ქვეყნის ეროვნულ ინტერესს ან სხვა მესამე მხარის ინტერესს იქნება უკანონო და გამოიწვევს ოკუპანტი ძალის პასუხისმგებლობას საერთაშორისო სამართლის მიხედვით.

ჟენევის მე-4 კონვენციის მთავარი მონაპოვარია ოკუპაციის სამართლის ეპიცენტრის გადატანა პოლიტიკური ელიტისგან სამოქალაქო მოსახლეობაზე, ოკუპირებული ტერიტორიების კანონიერი ადმინისტრირების საერთაშორისოდ აღიარებული სახელმძღვანელო პრინციპების შემოღების გზით.²¹ ეს სხვაობა ცხადად ჩანს ამ ორი კონვენციის შინაარსის შედარებისასაც, ჰააგის რეგულაციები უმეტესად ოკუპანტი ძალის უფლებამოსილებებზე აკეთებს აქცენტს, მაშინ როდესაც ჟენევის მე-4 კონვენციით ოკუპირებული ტერიტორიის მოსახლეობის უფლებებზე ხდება ყურადღების გამახვილება.

ჰააგის რეგულაციებში უფრო შემჭიდროებული დებულებებია გადმოცემული, რომელიც ეხება კონკრეტულად მონინააღმდეგის დაკავებულ ტერიტორიაზე სამხედრო ძალაუფლებას. რეგულაციები კრძალავს იძულებით ინფორმაციის მოპოვებას (44-ე რეგულაცია), ოკუპანტი ძალისათვის ერთგულების ფიცის მიცემას (45-ე რეგულაცია) და ძარცვა-მიტაცებას (47-ე რეგულაცია), ამავდროულად ჰააგის კონვენცია აწესებს ოჯახის, ღირსების, პირთა სიცოცხლის, კერძო საკუთრებისა და რელიგიის აღმსარებლობისა და მსახურების უფლების უზრუნველყოფის ვალდებულებასაც (46-ე რეგულაცია). ოკუპანტი ძალის მიერ გადასახადების აკრეფის ვალდებულება შეზღუდულია მიზნით, კერძოდ ეს უნდა ემსახურებოდეს ან საოკუპაციო ჯარის საჭიროებას ან ოკუპირებული ტერიტორიის ადმინისტრირებას (49-ე რეგულაცია); ამავდროულად გადასახადების აკრეფა რამდენადაც ეს შესაძლებელია უნდა შეესაბამებოდეს ოკუპირებულ ქვეყანაში მოქმედ საგადასახადო სისტემას (48-ე რეგულაცია).

კონტრიბუციის აკრეფისას აუცილებელია ქვითრის გაცემაც (51-ე რეგულაცია). კოლექტიური სასჯელი აკრძალულია (50-ე რეგულაცია), ხოლო რეკვიზიცია შეზღუდული (52-ე რეგულაცია). მოძრავი სახელმწიფო ქონება შეიძლება დაყადაღდეს, ასევე ზოგიერთი კატეგორიის კერძო ქონებაც, რომელიც დაკავშირებულია სამარ მოქმედებებთან, თუმცა მშვიდობის აღდგენისთანავე ასეთი ყადაღა უნდა მოიხსნას და გაიცეს შესაბამისი კომპენსაცია (53-ე რეგულაცია). ჰააგის კონვენციაში ასევე არის სპეციალური დებულებები, რომელიც ანესრიგებს წყალქვეშ გამავალ კაბელებსა (54-ე რეგულაცია) და კულტურულ საკუთრებას (56-ე რეგულაცია),²² მაგრამ ამ ყველა დებულების ქვაკუთხედია 55-ე რეგულაცია, რომელიც ამბობს, რომ:

ოკუპანტი სახელმწიფო განიხილება მონინალმდევე მხარის კუთვნილი და ოკუპირებულ ტერიტორიაზე მდებარე საჯარო შენობების, უძრავი ქონების, ტყეების და სასოფლო სამეურნეო სავარგულების მხოლოდ ადმინისტრატორად და უზუფრუქტუარად. მან უნდა დაიცვას ამ ქონების ერთიანობა და მართოს ეს [ქონება] უზუფრუქტის წესების შესაბამისად.²³

ჰააგის კონვენციის ეს დებულება აყალიბებს წესს, რომლის მიხედვითაც ოკუპანტი ძალა არავითარ შემთხვევაში არ ახორციელებს მის მიერ დაკავებული ტერიტორიის „სუვერენულ“ კონტროლს, არამედ მისი ძალაუფლება არის დროებითი და ამ დროის განმავლობაში ის ასევე ვალდებულია უზრუნველყოს წესრიგი ოკუპირებულ ტერიტორიაზე,²⁴ მათ შორის იქ არსებული ქონების დაცვის კუთხითაც. ამავდროულად, რეგულაციები პირდაპირ არ მიუთითებს, თუმცა ნავარაუდევია რომ ოკუპანტი ძალას შეუძლია სახელმწიფო საკუთრებაში არსებული ბუნებრივი რესურსებისა თუ სასოფლო სამეურნეო მოსავლის გონივრულ ფარგლებში გამოყენება, ისე რომ ამგვარ რესურსს განადგურების საფრთხე არ დაემუქროს.²⁵

თავის მხრივ ჟენევის მე-4 კონვენცია ჰააგის რეგულაციებისაგან განსხვავებით შეიცავს ოკუპირებული ტერიტორიების ადმინისტრირების უფრო დეტალურ და პროცესუალურად განვირულ წესებს, ადგილობრივი ოფიციალური პირების, განსაკუთრებით კი მოსამართლეების, ჩათვლით.²⁶ მიუხედავად

იმისა რომ კონვენცია უფრო მეტად ორიენტირებულია ოკუპირებული ტერიტორიის მოსახლეობის უფლებრივ მდგომარეობაზე, ის მაინც აღიარებს ოკუპანტი ძალის უფლებას დაიცვას საოკუპაციო ჯარის უსაფრთხოება და ამ მიზნით დაუნესოს გარკვეული შეზღუდვები ადგილობრივ მოსახლეობას, მათ შორის თავისუფალი გადაადგილების კუთხითაც, ასევე კონვენცია ითვალისწინებს ოკუპანტის მიერ სავალდებულო საცხოვრებელი ადგილისა (*assigned residence*) და ინტერნირების ზომების მიღებას ადგილობრივი მოსახლეობის მიმართ. (42-ე, 43-ე და 78-ე მუხლები) თუმცა ეს უკანასკნელი ზომები განიხილება როგორც გამონაკლისი და უკიდურესი აუცილებლობით გამონვეული, როდესაც სხვა უფრო მსუბუქი ზომის მიღებით მიზნის მიღწევა შეუძლებელია. სავალდებულო საცხოვრებელი ადგილისა და ინტერნირების გამოყენება ოკუპირებული ტერიტორიის სამოქალაქო მოსახლეობის მიმართ უნდა ხდებოდეს იმავე რეჟიმით, რითაც ეს ზომები გამოიყენება ომის ტყვეების მიმართ ჟენევის მე-3 კონვენციის მიხედვით.²⁷

ჟენევის მე-4 კონვენცია ასევე არგულირებს ისეთ სპეციფიკურ საკითხებს, როგორცაა სკოლები (50-ე მუხლი), სამედიცინო მომსახურება (56-ე მუხლი), სამოქალაქო ჯანდაცვის ობიექტების დაცვა (57-ე მუხლი), ასევე ჰუმანიტარული ტვირთი, მისი დაცვა და განაწილება (59-ე – 61-ე მუხლები), შრომის შესახებ რეგულაციები (51-ე – 52-ე მუხლები) და საკუთრების დაცვა (53-ე მუხლი). მთლიანობაში ჟენევის მე-4 კონვენცია ყოველისმომცველ დაცვის სტანდარტს იძლევა იმ პირთათვის, რომლებიც მოექცევიან „კონვენციის დაცვის ქვეშ“ და ჰააგის რეგულაციებისგან განსხვავებით სწორედ ასეთ პირთა უფლებრივი მდგომარეობის გაუმჯობესებისკენაა მიმართული.²⁸

საჯარო წესრიგისა და უსაფრთხოების შენარჩუნების ყველაზე ეფექტიანი გზაა საპოლიციო კონტროლი ოკუპირებულ ტერიტორიაზე. ოკუპანტი ძალა უფლებამოსილია თავისი სამხედრო მიზნებისათვის გაატაროს კონკრეტული საპოლიციო ზომები, ამავდროულად ამგვარი ზომები ხელს უნდა უწყობდეს ადგილობრივი მოსახლეობის უსაფრთხოებასაც, რადგან ყოველი კანონიერი ოკუპაციის ერთ-ერთი მიზანი სწორედ ადგილობრივი

სამოქალაქო მოსახლეობის კეთილდღეობის უზრუნველყოფაცაა.²⁹

როდესაც საქმე ეხება ოკუპანტი ძალის სამხედრო ინტერესებს, სავარაუდოა რომ იგი შეზღუდავს ადგილობრივი მოსახლეობის პოლიტიკურ აქტივობასაც, რათა თავიდან იქნეს აცილებული პოლიტიკური გზით საოკუპაციო ჯარისათვის ან საოკუპაციო ადმინისტრაციისათვის წინააღმდეგობის განევა. ჰააგის რეგულაციების 43-ე მუხლის ფართო განმარტება ამის უფლებას აძლევს ოკუპანტს. ზოგიერთი მეცნიერის³⁰ მოსაზრებით, უფრო მეტიც, ოკუპანტს შეუძლია ოკუპირებული ტერიტორიის მოსახლეობას შეუზღუდოს არჩევნებსა ან პოლიტიკურ კამპანიაში მონაწილეობის მიღება ქვეყნის არაოკუპირებულ ნაწილში (როდესაც სახეზეა ქვეყნის ნაწილობრივი ოკუპაცია). თუმცა ამგვარი განმარტება ალბათ მუხლის საკმაოდ ფართო ნაკითხვით შეიძლება იქნეს გამართლებული, ამავდროულად ჰააგის 42-ე რეგულაცია აშკარად აცხადებს რომ ოკუპაცია ვრცელდება მხოლოდ იმ ტერიტორიაზე, რომელზეც მონაწილემდეგ ძალამ დაამყარა კონტროლი, შესაბამისად ოკუპანტის მიერ ქვეყნის არაოკუპირებულ ტერიტორიაზე არჩევნებში მონაწილეობის აკრძალვა შეენიანაღმდეგება ოკუპაციის საერთაშორისო სამართლის სულისკვეთებას და ჩაითვლება უკანონოდ, რადგან ოკუპანტი ძალას არ აქვს უფლება ოკუპირებული ტერიტორიის მოსახლეობას აუკრძალოს რაიმე ქმედების განხორციელება იმ ტერიტორიის მიღმა, რომელსაც იგი აკონტროლებს.³¹

ოკუპირებული ტერიტორიაზე საპოლიციო კონტროლის განხორციელება შესაძლებელია, როგორც ადგილობრივი უსაფრთხოების სამსახურების მიერ, ასევე ოკუპანტი ძალის ადმინისტრაციის მხრიდან. ოკუპანტი ძალას არ შეუძლია შორიდან უყუროს თუ როგორ ხდება მოროდორობა, ძარცვა თუ მკვლელობა ოკუპირებულ ტერიტორიაზე, თუნდაც მის ჯარისკაცებს არანაირი საფრთხე არ ექმნებოდეთ. ოკუპანტმა უნდა შეინარჩუნოს სამართალი და წესრიგი და მას არ აქვს იმის უფლება რომ მშვიდად აიტანოს ოკუპირებულ ტერიტორიაზე გამეფებული უკანონობა და არეულობა.³²

საჯარო წესრიგის აღსადგენად მიღებული საპოლიციო ზომები არ რეგულირდება საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლით დადგენილი სამხედრო მოქმედებების წარმო-

ების წესებით, არამედ შიდა კანონმდებლობით და ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართლით, რადგან საომარი მოქმედებები მიმართულია მონაწილემდეგის სამხედრო შესაძლებლობების დასუსტებისაკენ, ხოლო საპოლიციო ოპერაციების მიზანია კანონის აღსრულება და საჯარო წესრიგის შენარჩუნება. საპოლიციო ზომების მიღებისას უფრო მეტი შეზღუდვები მოქმედებს, ვიდრე იმის წარმოებისას.³³

როდესაც საზოგადოებრივ წესრიგს საფრთხე ემუქრება ადგილობრივი ინსურგენტების მხრიდან, საპოლიციო ძალების გამოყენება ყველაზე საუკეთესო მეთოდია ამგვარი საფრთხის გასაწინააღმდეგოდ.³⁴ თუმცა ხანდახან საპოლიციო ძალები საკმარისი არაა ოპერაციის წარმოებისათვის, როდესაც ადგილობრივი ორგანიზებული დაჯგუფებები იყენებენ პარტიზანულ ტაქტიკას, აწყობენ ტერორისტულ აქტებს და სხვა სამხედრო მოქმედებებს ახორციელებენ ოკუპირებული ტერიტორიის სხვადასხვა ნაწილში. ამგვარი შეიარაღებული დაჯგუფებები საკმაოდ სერიოზული საფრთხეა არა მხოლოდ საოკუპაციო ჯარისათვის, არამედ ოკუპირებული ტერიტორიის მოსახლეობისთვისაც. ასეთ დროს ხდება უკვე კონფლიქტის ესკალაცია და ვხვდებით აშკარა მსგავსებას შეიარაღებულ პარტიზანულ დაჯგუფებებთან ბრძოლასა და არასაერთაშორისო შეიარაღებულ კონფლიქტს შორის.³⁵ ამგვარი სახის შეიარაღებულ დაპირისპირებას ა.შ.შ.-ის სამხედრო სახელმძღვანელოები „გარდამავალ მოზაიკურ ომად“ მოიხსენიებენ.³⁶ თუმცა ოკუპირებულ ტერიტორიაზე სამხედრო მოქმედებების წარმოებას დეტალურად ეხება ნაშრომის შემდგომი ქვეთავი, შესაბამისად ამ ქვეთავში საუბარი გვაქვს მხოლოდ ოკუპანტი ძალის უფლებამოსილების ფარგლებზე საპოლიციო ოპერაციების წარმოებისას.

ტერიტორიის საპოლიციო კონტროლი მოიზრებს ძალის გამოყენებასაც, რომელიც არსებითად განსხვავდება შეიარაღებული კონფლიქტის დროს საომარი მოქმედებებისაგან. პოლიციის მიერ ძალის გამოყენება ექვემდებარება გარკვეულ შეზღუდვებს, რომელიც წინასწარ განერილია ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართალში. ამ შეზღუდვების მიხედვით, საპოლიციო ოპერაციებისას ძალის გამოყენება ნებადართულია მხოლოდ აბსოლუტური საჭიროების

შემთხვევებში.³⁷ სასიკვდილო ძალის გამოყენება დაიშვება ისეთ დროს, როცა მისი თავიდან აცილება პრაქტიკულად შეუძლებელია.³⁸ ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართლის მიხედვით დაკავებას ან ეჭვმიტანილის განეიტრალების სხვა ნაკლებად მსუბუქ მეთოდს აქვს აშკარა უპირატესობა „სასიკვდილო გასროლასთან“ (*shoot to kill*) მიმართებით.³⁹ როგორც ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ განაცხადა:

სასიკვდილო ძალის გამოყენება ჩაითვლება არაპროპორციულად თუკი [საპოლიციო] ძალებმა ვერ შეძლეს განზრახ ან დაუდევრად, იმ ზომების მიღება, რომელიც თავიდან აირიდებდა ეჭვმიტანილის სიცოცხლის მოსპობას სხვათა სიცოცხლის რისკის ქვეშ დაყენების გარეშე.⁴⁰

აღსანიშნავია, რომ ეს გადაწყვეტილება ეხებოდა ირლანდიური ტერორისტული დაჯგუფების წევრის მოკვლას ბრიტანელი სამართალდამცავების მხრიდან. ასეთ დროს აშკარაა, რომ ადგილი ჰქონდა საპოლიციო ძალის გამოყენებას, თუმცა მოგვიანებით ისრაელის უზენაესმა სასამართლომ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს ეს გადაწყვეტილება მოიშველია დამიზნებითი მკვლევობების კანონიერების საკითხის დადგენისას, როდესაც ხდება მოწინააღმდეგის სიცოცხლის განზრახ მოსპობა შეიარაღებული კონფლიქტის ფარგლებში. ისრაელის უზენაესი სასამართლოს ამ გადაწყვეტილებას მიმოიხილავს ამ თავის შემდეგი ქვეთავი, რადგან ის ოკუპირებულ ტერიტორიაზე არა იმდენად საპოლიციო ძალების ქმედებებს, არამედ უფრო სამხედრო მოქმედებებს ეხება.⁴¹

ოკუპირებულ ტერიტორიაზე საზოგადოებრივი წესრიგის შენარჩუნება საპოლიციო ძალით უნდა მოხდეს, როდესაც დაძაბულობას არ მიუღწევია შეიარაღებული კონფლიქტის ზღვრამდე და შესაბამისად სახეზეა შიდა არეულობა, მღელვარება, სპორადული აქტები, ჯანყი და ა.შ. ხოლო სამხედრო ძალის ჩარევა საჭირო ხდება მაშინ, როდესაც პოლიცია ვეღარ გაუმკლავდება ამგვარ არეულობას და განგრძობითი ძალადობა უკვე ამკარად შეიცავს შეიარაღებული კონფლიქტის ნიშნებს.⁴²

ბოლოს, აღსანიშნავია ის ფაქტიც, რომ საერთაშორისო სამართალი არ ახდენს განსხვავებას კანონიერ და უკანონო ოკუპანტს

შორის და ოკუპაციის სამართლით გათვალისწინებული ტერიტორიის ადმინისტრირების უფლებამოსილება სრულად გადაეცემა ოკუპანტ ძალას მიუხედავად იმისა ოკუპაცია კანონიერი ძალის გამოყენების შედეგად მოხდა თუ უკანონო აგრესიის აქტის შედეგად.⁴³ როგორც ა.შ.შ.-ის საოლქო სასამართლომ განაცხადა:

დამპყრობელი [მტერი] საუკეთესო ძალა არაა, რომელსაც შეიძლება ვანდოთ ოკუპირებული ტერიტორიის ადმინისტრირება. თუმცა ის არის ერთადერთი ძალა ადგილზე და აქვს იმის უფლებამოსილება რომ აღასრულოს თავისი ბრძანებები. და მიუხედავად იმისა რომ მისი უფლებამოსილების აღიარება შეიძლება სახიფათოც კი იყოს, მაინც უკეთესია რომ აღიარებულ-იქნეს რომელიმე მთავრობა, ვიდრე არც-ერთი მთავრობა არ იყოს ადგილზე. რაიმე სახის წესრიგის გარეშე მოსახლეობის მთელი საზოგადოებრივი და ეკონომიკური ცხოვრება პარალიზებული იქნებოდა. ასე რომ, საერთაშორისო სამართალმა აღიარა ოკუპანტის უფლება მიიღოს რეგულაციები თავისი სამხედრო ინტერესების დასაცავად და საპოლიციო კონტროლის განსახორციელებლად. თუმცა საერთაშორისო სამართალი ასევე ავალდებულებს ოკუპანტს საჯარო წესრიგისა და უსაფრთხოების უზრუნველყოფას და ადგილობრივი მოსახლეობის უფლებების დაცვას.⁴⁴

აღნიშნული საქმე ეხებოდა მეორე მსოფლიო ომის დროს იაპონიის, როგორც ოკუპანტი ძალის, მიერ ოკუპირებულ ფილიპინებში განხორციელებულ კონკრეტული ფინანსური ქმედებების ანულირებას ოკუპაციის უკანონო ხასიათიდან გამომდინარე, თუმცა სასამართლომ მიიჩნია, რომ ოკუპანტის ქმედებები, რომელიც განხორციელებულია საერთაშორისო სამართლით მისთვის მინიჭებული უფლებამოსილების ფარგლებში, არის კანონიერი. ნიურნბერგის ტრიბუნალმაც გამოიყენა ასეთი მიდგომა, როდესაც განიხილავდა გერმანიის, როგორც ოკუპანტი ძალის, ქმედებებს ოკუპირებულ ევროპულ ტერიტორიებში.⁴⁵ აღნიშნული მიდგომა ეხმიანება საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის სულისკვეთებასაც, რომლისთვისაც მნიშვნელობა არ აქვს ძალის გამოყენების კანონიერების შეფასებას. ოკუპანტი ძალის უფლებამოსილებაც, როგორც ფაქტობრივი

მოცემულობა, არ შეიძლება გახდეს დავის საგანი, რადგან ასეთ შემთხვევაში დაზარალებულმა ადგილობრივი მოსახლეობა, რომელთა დაცვის ვალდებულებაც ოკუპანტმა ძალამ უნდა აიღოს თავის თავზე, განურჩევლად იმისა ამ ტერიტორიის დაკავება მან კანონიერი ძალის გამოყენებით მოახდინა თუ უკანონოდ. განურჩევლად ოკუპაციის კანონიერებისა, ოკუპანტის მიერ მისთვის მიცემული უფლებამოსილების ფარგლებში მიღებული ყველა კანონიერი ზომა უნდა აღიაროს ლეგიტიმურმა მთავრობამ, მას შემდეგ რაც ოკუპაცია დასრულდება და განდევნილი სუვერენი კვლავ აღადგენს თავის ძალაუფლებას ტერიტორიაზე.⁴⁶

2. შეიარაღებული წინააღმდეგობის დასაშვებობა ოკუპირებულ ტერიტორიაზე

ოკუპირებულ ტერიტორიაზე ოკუპანტი ძალის მიერ ეფექტიანი კონტროლის დამყარების შემდეგ შეიძლება თავი იჩინოს ადგილობრივი სამოქალაქო მოსახლეობის ან გასამხედროებული რაზმების მხრიდან საოკუპაციო ჯარისათვის შეიარაღებული წინააღმდეგობის განევამ. ასეთი ფაქტები შესაძლოა იყოს, როგორც მცირემასშტაბიანი და დაუგეგმავი, ასევე საკმაოდ ფართომასშტაბიანიც და სისტემატიური, რა დროსაც მსგავსი დაპირისპირება გადაიზრდება შეიარაღებულ კონფლიქტში. ოკუპაციის საერთაშორისო სამართალი არ არეგულირებს ამგვარი შეიარაღებული წინააღმდეგობის დასაშვებობის საკითხს, თუმცა ცალსახად მიუთითებს რომ ოკუპანტი ძალას აქვს უფლებამოსილება მიიღოს ყველა კანონიერი ზომა საკუთარი სამხედრო ინტერესებისა და საოკუპაციო ჯარის დასაცავად, შესაბამისად ადგილობრივი მოსახლეობის მხრიდან შეიარაღებული წინააღმდეგობის დროს ოკუპანტი ძალას ეკისრება ვალდებულება მოძებნოს ბალანსი საკუთარ სამხედრო ინტერესებსა და სამოქალაქო მოსახლეობის კეთილდღეობის ღირებულებებს შორის. მან უნდა შეძლოს საკუთარი საომარი პოზიციების შენარჩუნება ისე რომ საფრთხე არ შეექმნას ოკუპირებულ ტერიტორიაზე საჯარო წესრიგსა და სამოქალაქო მოსახლეობის უსაფრთხოებას, რადგან ოკუპანტის მიერ ტერიტორიის ადმინისტრირება უნდა ემსახურებოდეს ორივეს – საკუთარი ჯარისათვის სამხედრო უპირატესობის

მიღებისა და მოსახლეობისათვის სარგებლის მოტანის მიზანს.⁴⁷ ამგვარი ბალანსის დაცვა წარმოუდგენელია მსგავსი სიტუაციების მარეგულირებელი კონკრეტული წესების არსებობის გარეშე.

ჰააგის რეგულაციების მიხედვით ოკუპირებული ტერიტორიის მოსახლეობა არ არის ვალდებული ერთგულების ფიცი მისცეს ოკუპანტს და ასევე დაუშვებელია მოსახლეობის იძულება იბრძოლოს ოკუპანტი ძალის მხარეს.⁴⁸ მათ შეუძლიათ გააპროტესტონ ოკუპაცია, მაგრამ ზოგიერთი მეცნიერის⁴⁹ მოსაზრებით, მათ არ აქვთ უფლება რომ გამოიყენონ ძალა ოკუპანტის სამხედრო თუ სამოქალაქო ძალების წინააღმდეგ. დაპყრობილი ქვეყნის მაცხოვრებლების მიერ სამხედრო აჯანყებები დასაშვებია მხოლოდ იმ ტერიტორიებში, სადაც ოკუპაცია ჯერ არ განხორციელებულა და ეფექტიანი კონტროლი არ დაუმყარებია მოწინააღმდეგე ჯარს, ხოლო როდესაც ტერიტორია უკვე დაკავებულია *levee en masse* უკვე აღარაა სანქცირებული საერთაშორისო სამართალით. ოკუპირებული ტერიტორიის სამოქალაქო მოსახლეობის მიერ საოკუპაციო ჯარის წინააღმდეგ იარაღის აღების უფლებას ოკუპაციის სამართალი არ უშვებს, რადგან სამხედრო ოკუპაციის დროს ტერიტორიაზე ლეგიტიმური სუვერენის მმართველობა შეწყვეტილია და იქ მცხოვრები მოქალაქეები დროებით ემორჩილებიან საოკუპაციო ხელისუფლებას.⁵⁰ ამგვარი მორჩილების ვალდებულების დაკისრება განპირობებულია საოკუპაციო ჯარის უსაფრთხოებით, საჯარო და საზოგადო წესრიგის შენარჩუნებისა და დაკავებული ტერიტორიის ჯეროვანი ადმინისტრირებისათვის.⁵¹ შესაბამისად, სამოქალაქო პირების მიერ ძალისმიერი მეთოდით ოკუპაციის გაპროტესტება ან ოკუპირებული ტერიტორიის გათავისუფლების მცდელობა არ დაიშვება.⁵²

ამის საპირისპიროდ არსებობს მოსაზრება,⁵³ რომ ტერიტორიის სამხედრო ძალით დაკავებისას ოკუპანტი ძალის წინააღმდეგ შეიარაღებული დაპირისპირება შეიძლება კანონიერი იყოს, თუმცა მხოლოდ ისეთ შემთხვევებში, როდესაც დაპირისპირება მიმართულია სამხედრო ობიექტების წინააღმდეგ. როდესაც ამგვარი დაპირისპირება იმდენად სერიოზული ხასიათისაა, რომ ოკუპანტი ძალას აღარ ძალუძს დაკავებული ტერიტორიის

ეფექტიანი კონტროლი, მაშინ საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის ომის წარმოებასთან დაკავშირებული ნორმები იწყებს სრულ ამოქმედებას.⁵⁴ ხოლო, თუკი შეიარაღებული დაპირისპირება არ უშლის ხელს ოკუპანტ ძალას განახორციელოს ოკუპირებული ტერიტორიის ჯეროვანი ადმინისტრირება, მაშინ ოკუპაციის საერთაშორისო სამართლის ნორმები იმოქმედებს ოკუპანტსა და ტერიტორიის მაცხოვრებელ სამოქალაქო მოსახლეობას შორის, ხოლო შეიარაღებული კონფლიქტის სამართლის ნორმები კი გამოიყენება საოკუპაციო ჯარსა და შეიარაღებულ წინააღმდეგობრივ მოძრაობებს შორის. ზოგიერთი მეცნიერი⁵⁵ მიიჩნევს, რომ რადგან ოკუპაცია ომის მიზანია, ტერიტორიის ოკუპირებულად შენარჩუნება ასევე ოკუპანტი ძალის სამხედრო მიზანია, შესაბამისად მას შეუძლია ოკუპირებული ტერიტორიის მოსახლეობას დააკისროს „ნეიტრალურობის“ ვალდებულება (რადგან „ერთგულების ფიცის“ ვალდებულების დაკისრება ჰააგის რეგულაციებით პირდაპირ დაუშვებლად ცხადდება). ნეიტრალურობის ვალდებულება გულისხმობს საოკუპაციო ჯარის წინააღმდეგ მტრული დამოკიდებულებისა და შეიარაღებული დაპირისპირებისაგან თავის შეკავებას და საოკუპაციო ადმინისტრაციის ლეგიტიმური ბრძანებების ნებაყოფლობით დამორჩილებას. ამგვარი ვალდებულების შეუსრულებლობა შეიძლება შესაბამისი სასჯელის დაკისრების საფუძველიც კი გახდეს.⁵⁶ როგორც ნიდერლანდების სპეციალურმა სასამართლომ განაცხადა კრისტინანენის საქმეში:

[ოკუპირებული ტერიტორიის] სამოქალაქო მოსახლეობა თუკი გამართლებულად ჩათვლის წინააღმდეგობის განევას, მან ზოგადად უნდა იცოდეს რომ მის წინააღმდეგ შეიძლება კანონიერად იქნეს გამოყენებული სამაგიერო ზომები, როგორც ეს დაშვებულია საერთაშორისო სამართლით.⁵⁷

აღსანიშნავია, რომ ოკუპანტი ძალისათვის შეიარაღებული წინააღმდეგობის განევის უფლება ჟენევის კონვენციების მიღებამდე არსად გვხვდება. ჰააგის კონფერენციაზე ზოგიერთი ქვეყნის დელეგაცია აცხადებდა, რომ ოკუპაციის ქვეშ მცხოვრებ ხალხს შეეძლო ოკუპაციისათვის ძალისმიერი წინააღმდეგობის განევა, თუმცა ეს უფლება თავის დროზე არც 1874 წლის ბრიუსელის დეკლარაციაში

ასახულა, რომელიც საფუძვლად დაედო ჰააგის კონვენციას და შესაბამისად არც 1907 წლის რეგულაციებში შესულა.⁵⁸

აქვე აღსანიშნავია, რომ ოკუპირებულ ტერიტორიაზე მოქმედი მილიციის ან პარტიზანული დაჯგუფების წევრებმა მონინაღმდეგის ხელში მოხვედრისას უნდა ისარგებლონ ომის ტყვეის სტატუსით თუკი ისინი აკმაყოფილებენ ოთხნაწილიან ტესტს (ყავთ მეთაური, ატარებენ განმასხვავებელ ნიშანს, ღიად ატარებენ იარაღს, სამხედრო მოქმედებებს წარმართავენ ომის კანონებისა და ჩვეულებების შესაბამისად).⁵⁹

ვინაიდან ომის ტყვეის სტატუსი გვხვდება საერთაშორისო შეიარაღებულ კონფლიქტში, სავარაუდოა რომ ოკუპირებულ ტერიტორიაზე ოკუპანტსა და ადგილობრივ წინააღმდეგობრივ მოძრაობებს შორის ყველანაირი დაპირისპირება, რომელიც სისტემატიურ ხასიათს მიიღებს დაკვალიფიცირდება საერთაშორისო შეიარაღებულ კონფლიქტად. აღნიშნული მოსაზრება გაზიარებული იქნა ისრაელის უზენაესი სასამართლოს მიერ *დამიზნებითი მკვლელობების* საქმეში, სადაც სასამართლომ განაცხადა, რომ:

ისრაელსა და [ოკუპირებულ] ტერიტორიაზე მოქმედ ტერორისტულ ორგანიზაციებს შორის კონფლიქტისას გამოსაყენებელი სამართალი კომპლექსური ხასიათისაა. მის ცენტრში არის საერთაშორისო შეიარაღებული კონფლიქტის სამართალი.⁶⁰

აღნიშნული დასკვნის გაკეთებისას სასამართლო დაეყრდნო პროფესორ *კასესეს* მოსაზრებას, რომელიც ამბობს, რომ შეიარაღებული კონფლიქტი, რომელიც მიმდინარეობს ოკუპანტ ძალასა და ოკუპირებულ ტერიტორიაზე მოქმედ აჯანყებულ ჯგუფებსა ან ინსურგენტებს შორის – მიუხედავად იმისა ისინი ტერორისტული დაჯგუფებები არიან თუ არა – უთანაბრდება საერთაშორისო შეიარაღებულ კონფლიქტს.⁶¹

თუმცა აშშ-ს უზენაესმა სასამართლომ ოკუპირებულ ავღანეთში კოალიციურ ძალებსა და ტერორისტულ დაჯგუფებას ალყაედას შორის კონფლიქტი არ დააკვალიფიცირა საერთაშორისოდ და მიუთითა, რომ ამგვარი კონფლიქტის დროს გამოიყენებოდა ჟენევის კონვენციების საერთო მე-3 მუხლი, რადგან კონფლიქტი არ იყო საერთაშორისო ხასიათის⁶² (ანუ სახელმწიფოთა შორის, რო-

გორც ეს ჟენევის კონვენციების მე-2 საერთო მუხლშია მოცემული). თუმცა სასამართლოს შემდგომი განმარტება აღარ გაუკეთებია თუ რატომ გამოიყენება საერთო მე-3 მუხლი, ვინ იყვნენ კონფლიქტის მხარეები – მხოლოდ აშშ, თუ კოალიციური ძალები, როგორც ავღანეთის ახალი მთავრობის მოკავშირეები,⁶³ რადგან იმ დროისათვის ავღანეთის კონფლიქტის ოკუპაციის ფაზა ფორმალურად უკვე დასრულებული იყო.

არსებული სამართლებრივი ბაზისა და პრაქტიკის საფუძველზე შეიძლება ითქვას, რომ ოკუპირებული ტერიტორიის მაცხოვრებლებს აქვთ უფლება გააპროტესტონ ოკუპაცია და ეს შესაძლებელია შეიარაღებული მეთოდითაც მოხდეს. ამას მონიშნავს ჟენევის კონვენციების 1-ლი დამატებითი ოქმი, რომელიც უშვებს საერთაშორისო შეიარაღებული კონფლიქტის ქვეშ ერთ-ერთი ქვეკატეგორიის კონფლიქტის შესაძლებლობას, რომლის დროსაც ხალხი იბრძვის უცხოელთა ოკუპაციის წინააღმდეგ საკუთარი თვითგამორკვევის უფლების რეალიზებისათვის.⁶⁴ მაგრამ მეორეს მხრივ, ოკუპაცია რადგან შეიარაღებული კონფლიქტის შედეგია (თუმცა შეიძლება შეიარაღებული წინააღმდეგობის გარეშეც განხორციელდეს)⁶⁵ ნაკლებად სასურველია რომ ოკუპაციის პერიოდში კვლავ ადგილი ჰქონდეს შეიარაღებულ დაპირისპირებას. ოკუპაციის საერთაშორისო სამართლის მიზანია ოკუპირებულ ტერიტორიაზე ცხოვრების მეტნაკლებად ჩვეულებრივი რიტმის შენარჩუნება და ამ ტერიტორიის ადმინისტრირება, ისე რომ ადგილობრივ მოსახლეობას არ ჰქონდეს იმის შეგრძნება რომ შევიწროვებული ან დევნილია უცხოელი დროებითი მმართველის ხელში; შესაბამისად, სავარაუდოა, რომ ოკუპაციის სამართლის სულისკვეთება არ გადაიხრება ოკუპირებულ ტერიტორიაზე შეიარაღებული წინააღმდეგობის დასაშვებობის შესაძლებლობისკენ, პირიქით, ოკუპაციის სამართალი განმსჭვალულია მშვიდობიანობის დროს მოქმედი სამართლის მსგავსი ნორმებით, შესაბამისად, ივარაუდება, რომ ოკუპაცია უნდა დასრულდეს მოლაპარაკებების და არა კვლავ შეიარაღებული მოქმედებების გზით, განსაკუთრებით ისეთ სიტუაციებში, როცა ოკუპანტი ძალა კეთილსინდისიერად მოქმედებს საერთაშორისო სამართლით მისთვის მიცემუ-

ლი უფლებამოსილების ფარგლებში, იმისდა დამოუკიდებლად ოკუპაცია განხორციელდა კანონიერი ძალის გამოყენებით თუ აგრესიული აქტის შედეგად. თუმცა შეიარაღებული წინააღმდეგობის შემთხვევაში ოკუპანტი ძალა ვერ მოიხსნის საერთაშორისო სამართლით მასზე დაკისრებულ ვალდებულებებს, რადგან აჯანყებების გამო ოკუპაცია არც წყდება და არც სრულდება, ეს მხოლოდ მაშინ შეიძლება მოხდეს თუ ადგილობრივი მოსახლეობის მხრიდან შეიარაღებული წინააღმდეგობის განხორციელების შედეგად ტერიტორიაზე აღსდგა ლეგიტიმური სუვერენის მმართველობა ან ოკუპანტი ძალა ვერ უმკლავდება აჯანყების მასშტაბს და ტერიტორიაზე კარგავს ეფექტიან კონტროლს.⁶⁶

თუმცა, თუკი მაინც მოხდება ადგილობრივი მოსახლეობის მხრიდან ოკუპანტი ძალისათვის შეიარაღებული წინააღმდეგობის განხორციელება და თუკი მივიჩნევთ, რომ ამგვარი დაპირისპირება დაკვალიფიცირდება საერთაშორისო შეიარაღებულ კონფლიქტად, მაშინ აუცილებელია აღინიშნოს, რომ სამოქალაქო მოსახლეობის მონაწილეობა სპონტანურ ან თუნდაც წინასწარ დაგეგმილ შეიარაღებულ აჯანყებებში უკანონო იქნება,⁶⁷ ასევე უკანონოდ ჩაითვლება გასამხედროებული რაზმების მიერ (რომლებიც ივარაუდება რომ აკმაყოფილებენ ოთხნაწილიან ტესტს) შეიარაღებული მოქმედებების წარმართვა სამოქალაქო პირებისა ან ობიექტების წინააღმდეგ. შესაბამისად, ტერორისტული დაჯგუფებების მიერ ოკუპანტის წინააღმდეგ ბრძოლა *ipso facto* მიიჩნევა კანონგარეშედ. ტერორისტები ვერ ისარგებლებენ ომის ტყვის სტატუსით და მათი დაჭერის შემთხვევაში ისინი გასამართლდებიან შეიარაღებულ კონფლიქტში მონაწილეობისათვის, ასევე ომის დანაშაულებისათვის. ისრაელის უზენაესი სასამართლო მიიჩნევს, რომ ტერორისტები არიან სამოქალაქო პირების ქვეკატეგორია, კერძოდ „უკანონო კომბატანტები“, რომელნიც ომის ტყვის სტატუსის პრივილეგიებს ვერ მიიღებენ.⁶⁸

თავის მხრივ ოკუპანტი ძალას აქვს სრული უფლება მოახდინოს სამხედრო რეაგირება ოკუპირებული ტერიტორიის მოსახლეობის მხრიდან სამხედრო წინააღმდეგობაზე. თუკი საჯარო წესრიგისა და უსაფრთხოების უზრუნველსაყოფად ოკუპანტი ვალდე-

ბულია საპოლიციო ჯარები გამოიყენოს და მათი მოქმედება დაუქვემდებაროს ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართლით დადგენილ შეზღუდვებს, შეიარაღებული აჯანყების ჩასახშობად ოკუპანტი, როგორც წესი, მიმართავს სამხედრო ძალის გამოყენებას. ასეთ დროს ადამიანის უფლებების მოქმედება შეზღუდულ არეალში გადადის და წინ იწევს საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლით დადგენილი ომის წარმოების წესები. ოკუპანტი ძალას საპოლიციო ოპერაციისაგან განსხვავებით საომარ მოქმედებებში შეუძლია გამოიყენოს სასიკვდილო ძალა კანონიერი სამიზნის წინააღმდეგ. ამგვარი სამიზნე შეიძლება იყოს, როგორც გასამხედროებული რაზმები, ასევე სამოქალაქო პირებიც, რომლებიც პირდაპირ და უშუალო მონაწილეობას იღებენ შეიარაღებულ მოქმედებებში და შესაბამისად კარგავენ საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლით მინიჭებულ დაცვას.⁶⁹ გარდა ასეთი სამოქალაქო პირებისა, შესაძლებელია უდანაშაულო სამოქალაქო პირებიც შეენირონ ამგვარ შეიარაღებულ დაპირისპირებას, როგორც „თანმდევი ზიანი“, თუმცა ეს მკაცრად უნდა გაკონტროლდეს პროპორციულობის პრინციპის ჩრდილში.⁷⁰ პროპორციულობის და სამხედრო აუცილებლობის პრინციპს დეტალურად ეხება შემდეგი ქვეთავი.

ოკუპირებულ ტერიტორიაზე შეიარაღებული კონფლიქტის დროს შესაძლებელია გამოყენებულ იქნეს სასიკვდილო გასროლის ანუ დამიზნებითი მკვლელობის ტაქტიკა. საერთაშორისო სამართლის მიხედვით ამგვარი ტაქტიკის გამოყენება არც ყოველთვისაა დაშვებული და არც ყოველთვის აკრძალული,⁷¹ შესაბამისად მისი გამოყენება ექვემდებარება კონკრეტულ წესებს, რომელიც ეყრდნობა როგორც ჰუმანიტარული სამართლით ასევე ადამიანის უფლებათა სამართლით განმტკიცებულ პრინციპებს. აღნიშნული წესები ტესტის სახით შეიმუშავა ისრაელის უზენაესმა სასამართლომ დამიზნებითი მკვლელობის საქმეში. ამ ტესტის მიხედვით, ოკუპირებულ ტერიტორიაზე შეიარაღებული წინააღმდეგობისას ოკუპანტი ძალის მიერ ლეგიტიმური სამიზნის მიმართულებით სასიკვდილოდ გასროლა კანონიერად ჩაითვლება, თუკი (1) ოკუპანტს გააჩნია უტყუარი და გადამოწმებული ინფორმაცია

რომ სამიზნე მართლაც პირდაპირ და უშუალო მონაწილეობას იღებს დაპირისპირებაში; (2) სამიზნე არ შეიძლება მოკლულ იქნეს თუკი იმ მომენტში უფრო ნაკლებად მსუბუქი ზომის მიღებით შესაძლებელია მისი განეიტრალება; (3) თუკი სამიზნე მართლაც მოკვდა, ამ შემთხვევის შემდეგ უნდა ჩატარდეს ყოვლისმომცველი გამოძიება, რათა დადგინდეს მოხდა თუ არა ეს დამიზნებით მკვლელობა კანონიერად და თუკი საპირისპირო დადგინდა უდანაშაულო სამოქალაქო პირებს კომპენსაცია უნდა მიეცეთ; (4) სამიზნეზე არ უნდა იქნას იერიში მიტანილი თუკი შემოგარენში მყოფი სამოქალაქო პირებისადმი მოსალოდნელი თანმდევი ზიანი არაპროპორციულია იმ სამხედრო უპირატესობისა, რასაც ოკუპანტი ამ სამიზნის განადგურებით მიიღებს.⁷²

მას შემდეგ, რაც განვიხილეთ ოკუპანტი ძალის უფლებამოსილების ფარგლები და შეიარაღებული წინააღმდეგობის დასაშვებობა ოკუპირებულ ტერიტორიაზე, გამოიკვეთა, რომ ოკუპანტი ძალის ნებისმიერი ქმედების კანონიერება შეფასდება სამხედრო აუცილებლობისა და პროპორციულობის პრინციპის მხედველობაში მიღებით, ამიტომ მნიშვნელოვანია დეტალურად მიმოვიხილოთ თითოეული ეს პრინციპი ოკუპაციის სამართლის ჩრდილში.

3. სამხედრო აუცილებლობისა და პროპორციულობის პრინციპი

ოკუპანტი ძალის ქმედებების კანონიერების შეფასებისას განმსაზღვრელი როლი ენიჭება სამხედრო აუცილებლობისა და პროპორციულობის პრინციპს. აუცილებლობის პრინციპი გულისხმობს ოკუპანტი ძალის მიერ ისეთი მეთოდის გამოყენებას ან ზომის მიღებას რომელიც მიზნად ისახავს მონიშნულ მხედველობის სრულ დამორჩილებას ყველაზე ნაკლები დროის, სიცოცხლისა და ფულის ხარჯზე.⁷³ სამხედრო აუცილებლობის პრინციპი ნებას რთავს ოკუპანტს განახორციელოს ისეთი ქმედებები, რაც საჭიროა თავისი ჯარის უსაფრთხოებისათვის და სამხედრო ოპერაციების წარმატებით დასასრულებლად.⁷⁴ ოკუპირებულ ტერიტორიაზე, ოკუპანტი ძალის მიერ სამხედრო აუცილებლობის პრინციპის გამოყენების საკითხი განიხილა ნიურნბერგის ტრიბუნალმა, რომელმაც

დეტალურად ჩამოთვალა ქმედებები, რაც შეიძლება გამართლდეს აუცილებლობის პრინციპით და ის პირობები, რომლის დროსაც უნდა გამოიყენებოდეს ეს პრინციპი. ტრიბუნალმა განაცხადა:

[აუცილებლობის პრინციპი] უშვებს შეიარაღებული მონინალმდევის ან სხვა პირის სიცოცხლის მოსპობასაც, თუკი ამ პირის მოკვლის თავიდან აცილება შეუძლებელია საომარი მოქმედების დროს; ის უშვებს მონინალმდევის ან სხვა პირის დაკავებას, რომელიც შესაძლოა საფრთხეს უქადდეს [ოკუპანტს], მაგრამ აუცილებლობის პრინციპი არ უშვებს უდანაშაულო მოქალაქეების მოკვლას შურისძიების მიზნით ან უბრალოდ მკვლელობის წყურვილის დასაკმაყოფილებლად. იმისათვის რომ ქონების განადგურება კანონიერად ჩაითვალოს ეს განპირობებული უნდა იყოს ომის იმპერატიული საჭიროებებით. განადგურება, როგორც მიზანი, საერთაშორისო სამართლის დარღვევაა; ქონების განადგურებასა და მონინალმდევის დაძლევის შორის უნდა იყოს რაიმე გონივრული კავშირი. რკინიგზის, კომუნიკაციის საშუალებების ან მონინალმდევის მიერ სხვაგვარად გამოყენებადი ქონების განადგურება კანონიერია. კერძო საკუთრება და ეკლესიებიც კი შეიძლება განადგურდეს თუ ეს საჭიროა სამხედრო ოპერაციისთვის. სამხედრო აუცილებლობა არ უშვებს რაიმე რაიონის თავზეხელაღებულ განადგურებას ან მის მაცხოვრებლებში გაზრახ ტანჯვის გამოწვევას, მხოლოდ ტანჯვის მიყენების მიზნით.⁷⁵

ზოგიერთი ქვეყნის სამხედრო სახელმძღვანელოები (მაგ. UK) გამოყოფენ სამხედრო აუცილებლობის პრინციპის ოთხ ძირითად ელემენტს, რომელთა კუმულატიურად არსებობა უნდა დადგინდეს იმისათვის, რომ რომელიმე მხარის ქმედება გამართლდეს აუცილებლობის პრინციპზე მითითებით. ეს ელემენტებია: (1) გამოყენებული ძალა უნდა იყოს რეგულირებული; (2) ძალა საჭირო უნდა იყოს მონინალმდევის რაც შეიძლება სწრაფად დამორჩილებისათვის; (3) გამოყენებული ძალა არ უნდა იყოს იმაზე მეტი, ვიდრე ეს ამ მიზნისთვისაა საჭირო და (4) ამგვარ ძალის გამოყენება სხვა მხრივ არ უნდა იყოს აკრძალული.⁷⁶

სამხედრო აუცილებლობის პრინციპს ფუნქციური თვალსაზრისით აქვს როგორც შემზღუდავი ისე დასაშვები ასპექტი. დასაშ-

ვებ ასპექტში, ეს პრინციპი ნებას რთავს ისეთ ქმედებას, რომელიც შეიარაღებული კონფლიქტის სიტუაციების გარდა, საერთაშორისო სამართლით აკრძალული იქნებოდა, ამასთანავე ეს ქმედება, თავის მხრივ, საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლით დადგენილ ჩარჩოს არ უნდა გასცდეს. აუცილებლობის პრინციპის შემზღუდავი ბუნება იკვეთება იმ აბსტრაქტული ქმედებების, რაც საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლით ზოგადად დაშვებულია, კონკრეტულ ნაბიჯებამდე შემცირებით, რაც იმ მომენტშია საჭირო.⁷⁷

ჟენევის მე-4 კონვენციაც ეხება აუცილებლობის პრინციპს უსაფრთხოების ღონისძიებების ჭრილში და აცხადებს, რომ კონფლიქტის მხარეებს შეუძლიათ კონტროლისა და უსაფრთხოების ისეთი ზომების მიღება, რაც საჭიროა სამოქალაქო მოსახლეობის დასაცავად ომის შედეგებიდან გამონვეული აუცილებლობით.⁷⁸ აღსანიშნავია, რომ მუხლი არ ჩამოთვლის თუ კონტროლის ან უსაფრთხოების რა ზომების მიღება შეიძლება იყოს გამონვეული აუცილებლობით, შესაბამისად ოკუპანტ ძალას ენიჭება დისკრეტია თავად გადაწყვიტოს თუ რა ზომას გამოიყენებს, მაგრამ ეს არ უნდა ლახავდეს ადამიანის ძირითად უფლებებს.⁷⁹ ასევე თუკი ოკუპანტი ძალა სამოქალაქო მოსახლეობის მიმართ იყენებს კონტროლისა და უსაფრთხოების ისეთ ღონისძიებას, როგორცაა სავალდებულო საცხოვრებლის მიჩენა ან ინტერნირება, მან უნდა დაასაბუთოს რომ სხვა ნაკლებად მსუბუქი ზომით მისი სამხედრო ინტერესი ვერ დაკმაყოფილდებოდა, რადგან ჟენევის მე-4 კონვენციის მიხედვით სავალდებულო საცხოვრებელი ადგილის მიჩენა და ინტერნირება უნდა გამოიყენებოდეს, როგორც კონტროლისა და უსაფრთხოების ყველაზე მკაცრი ზომა.⁸⁰

სამხედრო აუცილებლობის პრინციპს აქვს სამხრივი მნიშვნელობა: პირველი და უმნიშვნელოვანესი არის იმგვარი ქმედების აკრძალვა, რომელიც სამხედრო თვალსაზრისით არაა საჭირო; მეორე – შეიარაღებული კონფლიქტის სამართალი ხანდახან უშვებს დადგენილი წესებიდან გადახვევას სამხედრო მიზნების მისაღწევად და ბოლოს პროპორციულობის პრინციპი, რომელიც ემსახურება სამხედრო მიზნის მიღწევასა და ჰუმანიტარულ დაცვას შორის შესაბამისი ბალანსის დადგენას.⁸¹

პროპორციულობას განმსაზღვრელი მნიშვნელობა ენიჭება ოკუპაციისას, რადგან ამ პრინციპზე დაყრდნობით შეფასდება არა მხოლოდ ოკუპანტი ძალის სამხედრო ოპერაციები, არამედ ყველა ადმინისტრაციული ზომა, რომელსაც ოკუპანტი მიიღებს ოკუპირებული ტერიტორიების ადმინისტრირებისას. პროპორციულობის პრინციპი გულისხმობს ერთის მხრივ რომელიმე მხარისათვის სამხედრო უპირატესობის მიღებას გარკვეული თანმდევი სამოქალაქო ზიანის ხარჯზე, ხოლო მეორეს მხრივ ამ ზიანის შესაბამისობას იმ სამხედრო უპირატესობასთან, რომელიც დადგა ამგვარი ზიანის ხარჯზე. იმ შემთხვევაში თუკი სამოქალაქო მსხვერპლი არაპროპორციულია მიღებული სამხედრო ინტერესისა, მაშინ ამგვარი ქმედება ჩაითვლება უკანონოდ. ოკუპირებულ ტერიტორიაზე შეიარაღებული მოქმედებების დროს შეტევა პროპორციულია, თუკი შესაბამისი სამხედრო მიზნის განადგურებით მიღებული სარგებელი შესაბამისია იმ ზიანისა, რაც ამ შეტევით უდანაშაულო სამოქალაქო პირებს მიადგათ. თუმცა პროპორციულობის ზემოთ აღნიშნული ასპექტი არ არის საჭირო კომბატანტებთან მიმართებაში, ან სამოქალაქო პირებთან, რომლებიც პირდაპირ და უშუალო მონაწილეობას იღებენ საომარ მოქმედებებში. სამოქალაქო პირი, რომელიც ერთგვება საბრძოლო დაპირისპირებაში რისკავს საკუთარ სიცოცხლეს და როგორც კომბატანტი შეიძლება აღმოჩნდეს მოულოდნელი თავდასხმის ობიექტი. მისი მკვლელობა დაშვებულია. ამიტომ „ვინრო გაგებით“ პროპორციულობის პრინციპი გამოყენებას იწყებს, მაშინ როდესაც ლეგიტიმურ სამიზნეზე თავდასხმას თანმდევ ზიანად გასდევს მსხვერპლი სამოქალაქო მოსახლეობაში.⁸²

რადგან ოკუპანტი ძალა ოკუპირებულ ტერიტორიაზე არის როგორც სამხედრო ასევე პოლიტიკური ხელისუფლება, მისი ვალდებულებაა ადგილობრივი მოსახლეობის დაცვა არა მხოლოდ სამხედრო ზიანის მიყენებისაგან, არამედ ზოგადად ნებისმიერი ქმედებისაგან, რამაც შეიძლება მოსახლეობის კანონიერ ინტერესს საფრთხე შეუქმნას.⁸³ შესაბამისად ოკუპირებულ ტერიტორიაზე პროპორციულობის პრინციპი გამოიყენება არა მხოლოდ სამხედრო მოქმედებების შედეგების კანონიერების დასადგენად. ამ მხრივ,

საკმაოდ სრულყოფილი პრაქტიკა აქვს ისრაელის უზენაეს სასამართლოს. ყველაზე ფართოდ ადმინისტრაციული ზომების პროპორციულობის საკითხი განხილულია ბარიერის საქმეში, რომელიც ეხებოდა ოკუპირებულ პალესტინურ ტერიტორიაზე დამცავი ბარიერის მარშრუტს. ოკუპირებული ტერიტორიის ხელოვნურ ფრამენტაციას ეხება ამ თავის ბოლო ქვეთავი, შესაბამისად ამჯერად უშუალოდ დამცავი ბარიერის საკითხი არ განიხლება, არამედ მხოლოდ პროპორციულობის პრინციპის გამოყენება, როგორც ეს სასამართლომ განმარტა. გადანყვეტილების მიხედვით, ოკუპირებული ტერიტორიის ადმინისტრაციული ორგანოს გადანყვეტილება კანონიერია თუკი ის საშუალებები რაც მისი მთავრობის მიზნების მისაღწევად გამოიყენება ადეკვატური პროპორციისაა. შესაბამისად პროპორციულობის პრინციპი ფოკუსირებას ახდენს მიზანსა და საშუალებას შორის ბალანსზე.⁸⁴ მეტი კონკრეტიკისათვის, სასამართლომ შეიმუშავა ოკუპანტი ძალის ხელისუფლების ქმედებების კანონიერების დასადგენი პროპორციულობის სამწევროვანი ტესტი, რომლის პირველი ქვეტესტის მიხედვით (1) დასახული მიზანი უნდა იყოს დაკავშირებული გამოყენებულ საშუალებასთან, რომელსაც მოიხსენიებენ, როგორც „შესაფერისი საშუალების“ ან „რაციონალური საშუალების“ ტესტს; (2) მეორე ქვეტესტის მიხედვით ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ გამოყენებულმა საშუალებამ რაც შეიძლება მინიმალურად უნდა დააზარალოს პირი. მას „ყველაზე ნაკლებ დამაზიანებელი საშუალების“ ტესტს უწოდებენ; (3) მესამე ქვეტესტი არის პროპორციულობა ვინრო გაგებით, რაც გულისხმობს ადმინისტრაციული ორგანოს მიერ თავისი მიზნების მისაღწევად ისეთი საშუალებების გამოყენებას, რაც შესაფერისი პროპორციის იქნება იმ სარგებლისა, რასაც ამ მიზნის განხორციელება მოიტანს (ე.წ. „პროპორციული საშუალების“ ტესტი).⁸⁵

აღსანიშნავია, რომ ოკუპაციის საერთაშორისო სამართალი პროპორციულობის პრინციპს ცალკე არ არეგულირებს, შესაბამისად ოკუპაციის დროსაც მოქმედებს იგივე სტანდარტი, რაც ზოგადად საერთაშორისო ჰუმანიტარულ სამართალშია მოცემული.⁸⁶

აღნიშნული პრინციპების გამოყენება ოკუპანტი ძალის ნებისმიერი ქმედები-

სას მნიშვნელოვანია იმდენად, რამდენადაც ოკუპანტის ქმედებამ უკანონოდ არ უნდა შეზღუდოს ადგილობრივი სამოქალაქო მოსახლეობის ლეგიტიმური ინტერესები.

დასკვნა

ოკუპირებული ტერიტორიების ადმინისტრირების საერთაშორისო სამართლებრივი რეჟიმი მკაფიოდ არ განსაზღვრავს ოკუპანტი ძალის უფლებამოსილების ფარგლებს, მეტიც, ოკუპაციის სამართალი ოკუპანტს საკმაოდ ფართო დისკრეციას სთავაზობს, რაც ამ უკანასკნელს მოქმედების თავისუფლებას აძლევს და პრინციპში, ოკუპანტი ძალის ბევრი ქმედება, რომელიც შეიძლება მორალურად გაუმართლებლად მიიჩნეოდეს, ოკუპაციის სამართლით შესაძლოა კანონიერადაც კი ჩაითვალოს. ამრიგად, ოკუპაციის სამართლის სულისკვეთება უფრო მეტად „დამთმობი“ და „ნება დამრთველია“ (*permissive*) ოკუპანტი ძალისადმი, ვიდრე პირიქით, ოკუპანტი ძალა არის „მორჩილი“ (*submissive*) ოკუპაციის სამართლისა. ეს მეტწილად გამომწვეულია იმ ეპოქით, რა ეპოქაშიც ოკუპაციის სამართალი ჩამოყალიბდა და იმ კონტექსტით, რა კონტექსტშიც ის განვითარდა. ამგვარი დათმობითი მიდგომა გამომწვეულია ისევ და ისევ ადგილობრივი მოსახლეობისა და ოკუპირებული ტერიტორიების საუკეთესო ინტერესებისათვის და არ მოიცავს დევნილი სუვერენის პოლიტიკურ, სამხედრო თუ სხვა სახის ინტერესებს. ამავდროულად, ოკუპირებული ტერიტორიების ადმინისტრირებისას ოკუპაციის სამართალი ითვალისწინებს გარკვეულ მხოჭავ ნორმებსაც, რომელიც უკრძალავს ოკუპანტ ძალას საკუთარი უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენებას და *ultra vires* მოქმედებას.

ოკუპანტი ძალის ძირითადი ვალდებულება – უზრუნველყოს საჯარო წესრიგი და უსაფრთხოება ოკუპირებულ ტერიტორიაზე – შესაძლებელია შესრულდეს იმ ფართო დისკრეციის ფარგლებში, რომელიც ოკუპანტს აქვს. ამასთანავე, ოკუპანტისათვის მინიჭებული უფლებამოსილების ფარგლებს გარეთ განხორციელებული ნებისმიერი ქმედება უკანონი იქნება და წარმოშობს საერთაშორისო სამართლებრივ პასუხისმგებლობას. ოკუპანტი ძალისათვის ამ ვალდებულების დაკისრების მთავარი მიზანი ოკუპირებულ

ტერიტორიაზე რეგულარული და ყოველდღიური ცხოვრების განგრძობითად შენარჩუნებაა. იმდენად რამდენადაც ოკუპაციის სამართალი მოწყობილია ისე რომ უზრუნველყოს უცხო მთავრობის (რომელსაც ჩანაცვლებული ყავს ლეგიტიმური ადგილობრივი სუვერენი) მაქსიმალურად მშვიდობიანი მმართველობა, ის ნებას რთავს ოკუპანტს გაატაროს გარკვეული ღონისძიებები რომ ეს მმართველობის პროცესი იყოს რაც შეიძლება მშვიდი და არ დაზიანდეს ერთის მხრივ საოკუპაციო ჯარის, ხოლო მეორეს მხრივ დაცვით მოსარგებლე ადგილობრივი მოსახლეობის ინტერესები.

ზოგადად, ოკუპანტი ძალას ეკრძალება რომ განახორციელოს არსებული პოლიტიკური, სოციალური თუ ეკონომიკური სისტემის მუდმივ ეფექტზე გათვლილი ცვლილებები, გარდა იმ შემთხვევებისა, როდესაც ამგვარი ცვლილებების საჭიროება განპირობებულია ადამიანის უფლებებისა და დემოკრატიული პრინციპების დასაწინააღმდეგო და წინააღმდეგობადად. სხვა ყველა ღონისძიება, რომელსაც ოკუპანტი ძალა გაატარებს საჯარო წესრიგის შენარჩუნების ვალდებულების შესასრულებლად უნდა ემსახუროდეს მხოლოდ შემდეგ ორ მიზანს (არა მაინცდამაინც კუმულატიურად): (1) საოკუპაციო ჯარის საჭიროებები და (2) ადგილობრივი მაცხოვრებლების საჭიროებები.

ამასთანავე, ოკუპაციის სამართალი ადგილობრივ მოსახლეობასაც აკისრებს გარკვეულ მოვალეობებს, როგორცაა შეიარაღებული წინააღმდეგობისაგან თავის შეკავება, ან ამგვარი წინააღმდეგობის განწევა მხოლოდ კომბატანტების მეშვეობით და საბრძოლო მოქმედებების ომის სამართლისა და ჩვეულებების შესაბამისად წარმართვა. ყველა სხვა სახის შეიარაღებული დაპირისპირება აკრძალულია. ოკუპაციის სამართლის სულისკვეთება მდგომარეობს ოკუპანტი ძალასა და დაცულ პირებს შორის ერთობლივი თანამშრომლობის იდეაში. ოკუპანტი ძალისაგან მოითხოვება, რომ მან ადგილობრივი მოსახლეობისათვის უზრუნველყოს ადამიანის ფუნდამენტური უფლებების დაცვა და დაცვა, რომელიც მათთვის გათვალისწინებულია საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლით. ამავდროულად, დაცულმა პირებმა უნდა გაიზარონ, რომ ისინი დროებითად იმყოფებიან

ოკუპანტი ძალის „ხელში“, რომელიც ახორციელებს სამთავრობო კონტროლს მათზე და მათი თანამშრომლობა აუცილებელია ოკუპირებული ტერიტორიების სათანადო ადმინისტრირებისა და საჯარო წესრიგისა და სამოქალაქო ცხოვრების შენარჩუნებისათვის. ეს თანამშრომლობა, რა თქმა უნდა, არ გულისხმობს ოკუპანტი ძალის მხრიდან თავისი ძირითადი ვალდებულების შესრულების ადგილობრივი მაცხოვრებლებისათვის გაზიარებას; ოკუპანტი კვლავ რჩება საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლით მისთვის დაკის-

რებული მოვალეობის განგრძობითად შესრულების ვალდებულების ქვეშ, მაგრამ ადგილობრივი მოსახლეობა უნდა „დაეხმაროს“ ოკუპანტს, რომ ამ უკანასკნელმა ჯეროვნად შეასრულოს ოკუპაციის სამართლით მისთვის დაკისრებული ვალდებულება. აღნიშნული დახმარება გამოიხატება ოკუპანტი ძალისათვის ოკუპაციის საერთაშორისო სამართლით მინიჭებული უფლებამოსილების შესრულებისათვის ხელის არ შეშლაში და მისი ლეგიტიმური ღონისძიებების კანონიერების აღიარებაში.

* საბა ფიფია – თსუ-ს საერთაშორისო სამართლის ინსტიტუტის ასისტენტი. ასწავლის საერთაშორისო ჰუმანიტარულ სამართალსა და საერთაშორისო სისხლის სამართალს. ავტორი მადლობას უხდის ჟურნალის სარედაქციო კოლეგიას ასევე პროფ. ქეთევან ხუციშვილს ამ სტატიის მუშაობისას განეული დახმარებისათვის.

- ¹ Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907 (Hague Regulations), მუხ.43.
- ² Sassoli, M. *Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers* in European Journal of International Law, no.16, 2005, გვ.663.
- ³ Schwenk, E.H. *Legislative Power of the Military Occupant under Article 43, Hague Regulations* in Yale Law Journal, no.54, 1994, გვ.397.
- ⁴ Benvenisti, E. (2012) *The International Law of Occupation*, Oxford, გვ.9.
- ⁵ ამგვარი განმარტება ბრიუსელის 1874 წლის დეკლარაციის მოლაპარაკებებზე შემოთავაზებულ იქნა ბელგიის დელეგატის მიერ. იხ. ბრიუსელის კონფერენციის მასალები ფრანგულ ენაზე: Ministère des Affaires Etrangères de Belgique, *Actes de la Conférence de Bruxelles de 1874*, გვ. 23.
- ⁶ Sassoli, *ზემოთ*, სქოლიო 2, გვ.664.
- ⁷ Leurquin, A. *L'occupation allemande en Belgique et l'article 43 de la Convention de la Haye du 18 octobre, 1907* in International Law Notes, vol.1, 1916, გვ.54–55.
- ⁸ US Military Tribunal, Nuremberg, 8 July 1947–19 February 1948, *Trial of Wilhelm List and Others (Hostages Trial)*, (1949) 8 LRTWC 34, at 57 (section iv “The Status of Yugoslavia, Greece and Norway, and of the Partisan Group Operating Therein, at the Relevant Time”).
- ⁹ Arai-Takahashi, Y. (2009) *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law*, Leiden, Boston, გვ.98.
- ¹⁰ Sassoli, *ზემოთ*, სქოლიო 2, გვ.664.
- ¹¹ Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 August 1949 (Fourth Geneva Convention), part III.
- ¹² Dinstein, Y. *Legislation Under Article 43 of the Hague Regulations: Belligerent Occupation and Peace Building* in Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, Occasional Paper Series, no.1, fall 2004, გვ.3.
- ¹³ HCJ 69493/81, *Abu Aita et al. v. Commander of the Judea and Samaria Region et al.* Decision of the Israeli Supreme Court, in Israel Yearbook on Human Rights, vol.13, 1983, გვ.356–357.
- ¹⁴ Stone, J. (1959) *Legal Controls of International Conflicts*, გვ.694.
- ¹⁵ Chinkin, C. *Laws of Occupation* in Botha, N., et.al (eds.) (2010) *Multilateralism and International Law with Western Sahara as a Case Study* (collection of

- conference papers. conference held in Pretoria, South Africa 4-5 December, 2008) Pretoria, გვ.175.
- ¹⁶ Gerson, A. *War, Conquered Territory, and Military Occupation in the Contemporary International Legal System* in Harvard International Law Journal, vol.18, no.3, 1977, გვ.536.
- ¹⁷ Lauterpacht, H. (ed.) (1952) *Oppenheim's International Law, Volume II: Disputes, War and Neutrality*, London, New York, Toronto, გვ.270-278.
- ¹⁸ HCJ 393/82 *Jamayit Iscan Almalmun Althaunia Almahduda Almesaulia v. The Commander of IDF in the Judea and Samaria Area* in Piskei Din, no.738, 1983.
- ¹⁹ იქვე, para.13.
- ²⁰ Lauterpacht, *ზემოთ*, სქოლიო 17, გვ.446.
- ²¹ Benvenisti, *ზემოთ*, სქოლიო 4, გვ.105.
- ²² Hague Regulations, *ზემოთ*, სქოლიო 1, section III.
- ²³ იქვე, მუხ.55.
- ²⁴ Watkin, K. *Maintaining Law and Order during Occupation: Breaking the Normative Chains* in Israeli Law Review, vol.41, 2008, გვ.179.
- ²⁵ Gerson, A. *War, Conquered Territory, and Military Occupation in the Contemporary International Legal System* in Harvard International Law Journal, vol.18, no.3, 1977, გვ.540-541.
- ²⁶ Garraway, C.H.B. *The Duties of the Occupying Power: An Overview of the Recent Developments in the Law of Occupation* in Raue, J., Sutter, გვ. (eds.) (2009) *Facets and Practices of State-building*, Leiden, გვ.185.
- ²⁷ GC IV, *ზემოთ*, სქოლიო 11, part III, section IV.
- ²⁸ Garraway, *ზემოთ*, სქოლიო 26, გვ.186.
- ²⁹ von Glahn, G. (1957) *The Occupation of Enemy Territory: a Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation*, Minneapolis, გვ.97.
- ³⁰ იქვე, გვ.98.
- ³¹ ამ საკითხზე საინტერესოა საქართველოს მაგალითი, როდესაც აფხაზეთსა და ცხინვალის რეგიონის დეფაქტო მთავრობა ოკუპირებულ ტერიტორიებზე მცხოვრებ პირებს (ძირითადად გალისა და ახალგორის რაიონში მცხოვრები) უკრძალავს საქართველოს კონტროლირებად ტერიტორიაზე გადასვლას არჩევნებში მონაწილეობის მისაღებად.
- ³² Dinstein, Y. (2009) *The International Law of Belligerent Occupation*, Oxford, 2009, გვ.111.
- ³³ Sassoli, *ზემოთ*, სქოლიო 2, გვ.665.
- ³⁴ The US Army, Marine Corps, *Counterinsurgency Field Manual*, para.91.
- ³⁵ GC III, *ქვემოთ*, სქოლიო 59, commentaries, 1960, მუხ.4.
- ³⁶ *ზემოთ*, სქოლიო 34, paras.1-2.
- ³⁷ ECtHR, *McCann and Others v. United Kingdom*, no.18984/91, 1995, para.148.
- ³⁸ იქვე, para.149.
- ³⁹ ECtHR, *McKerr v. United Kingdom*, no.28883/95, 2001, para.100.
- ⁴⁰ *McCann*, Referred in the *Targeted Killings* case, *infra*, n.60, para.40.
- ⁴¹ დამიზნებითი მკვლელობის ტაქტიკასთან დაკავშირებით ზოგადად იხ. Alkatout, J. (2015) *The Legality of Targeted Killings in View of Direct Participation in Hostilities*, Berlin.
- ⁴² Watkin, *ზემოთ*, სქოლიო 24, გვ.189.
- ⁴³ Chinkin, *ზემოთ*, სქოლიო 15, გვ.171.
- ⁴⁴ United States District Court. D. Utah, Central Division, *ABOITIZ & CO. v. PRICE*. F.Suგვ. no.99, გვ.602, Civ. 1650, June 16, 1951.
- ⁴⁵ Gerson, *ზემოთ*, სქოლიო 16, გვ.542.
- ⁴⁶ Lauterpacht, *ზემოთ*, სქოლიო 17, გვ.436-437.
- ⁴⁷ იქვე, გვ.433-434.
- ⁴⁸ Hague Regulations, *ზემოთ*, სქოლიო 1, მუხ.45.
- ⁴⁹ Gasser, H.გვ. *Notes on the Law on Belligerent Occupation* in The Military Law and the Law of War Review, vol.1-2, 2006, გვ.235.
- ⁵⁰ Barican, L.B. (1947) *Military Occupation: Its Legal Effects and Limitations*, Manila, გვ.6, 29.

- ⁵¹ US War Department Field Manual, *Rules of Land Warfare*, 1 October, 1940, მუხ.297.
- ⁵² Dinstein, *ზემოთ*, სქოლიო 32, გვ.94.
- ⁵³ Françoise Bouchet-Saulnier, F. (2007) *The Practical Guide to Humanitarian Law*, Plymouth, გვ.293.
- ⁵⁴ იქვე.
- ⁵⁵ Lauterpacht, *ზემოთ*, სქოლიო 17, გვ.437.
- ⁵⁶ იქვე, გვ.439.
- ⁵⁷ Netherlands, Special Court, *Christiansen trial*, 1948, 14, LRTWC 128, in Dinstein, *ზემოთ*, სქოლიო 32, გვ.95.
- ⁵⁸ Cassese, A. *Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky* in European Journal of International Law, no.11, 2000, გვ.198.
- ⁵⁹ Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949, მუხ.4(2).
- ⁶⁰ HCJ, *the Public Committee against Torture in Israel and Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment v. The Government of Israel, The Prime Minister of Israel, The Minister of Defense, The Israel Defense Forces, The Chief of the General Staff of the Israel Defense Forces, Shurat HaDin – Israel Law Center and 24 others* (2005), para.18.
- ⁶¹ Cassese, A. (2005) *International Law*, Oxford, გვ.420.
- ⁶² *Hamdan v. Rumsfeld*, US Supreme Court, 548 U.S. (2006); 126 S. Ct. 2749, 2006 U.S. LEXIS 5185, გვ. 67.
- ⁶³ Milanovic, M. *Lessons for Human Rights and Humanitarian Law in the War on Terror: Comparing Hamdan and the Israeli Targeted Killings Cases* in IRRIC, vol.89, no.886, 2007, გვ.377-378.
- ⁶⁴ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, მუხ.1.
- ⁶⁵ GC IV, *ზემოთ*, სქოლიო 11, მუხ.2.
- ⁶⁶ Barican, *ზემოთ*, სქოლიო 50, გვ.29.
- ⁶⁷ Bouchet-Saulnier, *ზემოთ*, სქოლიო 53, გვ.296.
- ⁶⁸ *Targeted Killings case*, *ზემოთ*, სქოლიო 60, para.25.
- ⁶⁹ შეიარაღებულ კონფლიქტში სამოქალაქო პირების პირდაპირი და უშუალო მონაწილეობის შესახებ დეტალურად იხ. Melzer, N. (2009) *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, International Committee of the Red Cross, Geneva.
- ⁷⁰ Watkin, *ზემოთ*, სქოლიო 24, გვ.190.
- ⁷¹ *Targeted Killings case*, *ზემოთ*, სქოლიო 60, par.60.
- ⁷² Milanovic, *ზემოთ*, სქოლიო 63, გვ.389.
- ⁷³ The Manual of the Law of Armed Conflict, UK Ministry of Defence, გვ.22.
- ⁷⁴ Barican, *ზემოთ*, სქოლიო 50, გვ.15-16.
- ⁷⁵ IMT, *Trial of Wilhelm List and Others (Hostages trial)* 1947-1948. section IX in Law Reports of Trials of War Criminals, vol.VIII, London, 1949.
- ⁷⁶ Rogers, A.გვ.V. (2004) *Law on the Battlefield*, Manchester, გვ.5.
- ⁷⁷ Melzer, N. (2008) *Targeted Killing in International Law*, Oxford, გვ. 297.
- ⁷⁸ GC IV, *ზემოთ*, სქოლიო 11, მუხ.27(4).
- ⁷⁹ იქვე, commentaries (1958).
- ⁸⁰ GC IV, *ზემოთ*, სქოლიო 11, მუხ.41(1).
- ⁸¹ Rogers, *ზემოთ*, სქოლიო 76, გვ.6.
- ⁸² *Targeted Killings case*, *ზემოთ*, სქოლიო 60.
- ⁸³ Bazargan, S. *Proportionality, Territorial Occupation, and Enabled Terrorism* in Journal of Law and Philosophy, no.32, 2013, გვ.448-454.
- ⁸⁴ HCJ 2056/04, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel Commander of the IDF Forces in the West Bank* (2004), paras.36 et. al.
- ⁸⁵ იქვე, para.41.
- ⁸⁶ Melzer, *ზემოთ*, სქოლიო 77, გვ.166-167.

MAINTENANCE OF PUBLIC ORDER AND CIVIL LIFE IN OCCUPIED TERRITORIES

Abstract

This article focuses on the primary duty of the occupying power – to ensure maintenance of public order and civil life in occupied territories. As far as this duty is tightly linked to the occupant’s power to administer occupied territory, the text concentrates on the scope of authority of occupying power in administering occupied territory and discusses possibility of armed resistance by local population and legality of potential responses by the occupant. In particular, the article provides the framework, under which the legality of occupant’s action, including police or military operations, should be examined. Vast majority of theoretical point of views are discussed in light of practical examples and applicable jurisprudence from various international and domestic courts and tribunals.

Key words: Belligerent occupation | Occupying power | Hague Regulations | Public order | Occupied territories | international humanitarian law

INTRODUCTION

Under the Hague Regulations, The authority of the legitimate power having in fact passed into the hands of the occupant, the latter shall take all the measures in his power to restore, and ensure, as far as possible, public order and safety, while respecting, unless absolutely prevented, the laws in force in the country.¹ In theory, interpretation of this provision is too complicated and is linked with vagueness, while the occupant power often stipulates on this clause to justify its broad legislative power or to suspend applicable laws based on “absolute prevention” to respect them.² The wording of the Regulation 43 refers to the issue of respecting locally applicable laws once the occupant restores and maintains public order and security, but the drafting history of this provision and its subsequent practice demonstrated that this article is wider and more comprehensive and upholds occupant’s authority to set out rules for proper administration of occupied territories.³ This Regulation is even referred as “mini constitution” of administration of occupation.⁴

1. The Scope of Authority of Occupying Power

As mentioned above, the Regulation 43 refers to “*public order and security*”. Such wording in English version of the Regulations had become subject of criticism even during the draft-

ing process. Authentic French text applies the term “*vie publique*”, meaning of which is truly much wider, than “*public order*”. Preparatory works of the Regulations indicate that the term employed in the Article 43 also covers social functions, regular transactions, which are part of everyday life.⁵ Many scholars share this position and often the expression “*la vie publique*” is translated as *civil life*.⁶ This interpretation is consistent with the introductory sentence of the Regulation 43, which stresses that entire authority of legitimate power is actually transferred to the occupant and therefore the scope of actions for the latter is rather broad and is not limited solely with the provision of public order and security in the occupied territories, but also entails many other aspects of everyday civil life.

Under the Regulation 43, the occupying power is entitled to take legislative or administrative measures for not only to restore, but to ensure continuously public order and security. If the occupation is protracted for a long period of time and the country has been experiencing drastic economic and social transformations, apparently sooner or later the occupant will be required to adopt new legislative measures.⁷ In certain instances, occupying power is even obliged to take some measures in order to ensure public order and civil life. This view is upheld by the Nuremberg tribunal on *List trial*, in which the Tribunal stated that:

*The status of an occupant of the territory of the enemy having been achieved, International Law places the responsibility upon the commanding general of preserving order, punishing crime and protecting lives and property within the occupied territory. His power in accomplishing these ends is as great as his responsibility. But he is definitely limited by recognized rules of International Law, particularly the Hague Regulations of 1907.*⁸

The duty of the occupying power to restore and preserve public order and security in the occupied territory is obviously mutually beneficial for both sides, namely for the occupant from the one hand and for the inhabitants of the occupied territory from the other hand.⁹ However, as held by the Nuremberg tribunal, the occupying power has wide margin of discretion but its actions must be accommodated under the certain limitations. Many aspects of civil life, also measures – which are to be taken by the occupant, is able to or is prevented to take in order to restore and maintain this “civil life” – are given in the Hague Regulations, Fourth Geneva Convention and First Additional Protocol to the Geneva Conventions. However, these provisions are *lex specialis* in light of the general rule provided in the Regulation 43, which holds that the public order and civil life is not a consequence, which should be secured by the occupant, but rather the objective, towards which the occupant should move by all lawful and proportionate means at its disposal.¹⁰ For example, unlawful methods may entail measures which are explicitly prohibited under international law, such as collective punishment, deportation, coercion, torture, taking of hostages and etc.¹¹ The wording of the Regulation 43 (“all measures in his power”, “as far as possible”) demonstrates that occupant’s duty is to achieve objectives enumerated in the Regulation 43 by all possible means, permitted under international law; therefore, if the absolute order cannot be guaranteed in the occupied territories for the reasons beyond occupant’s control, responsibility of the latter may be precluded if it is found that the occupying power resorted to all available measures in order to ensure normal civil life, public order and security in the occupied territories.

The obligations derived from the Regulation 43 by their nature may be carved up into two types – positive and negative one. The former type of obligation entails occupant’s duty to restore by all available means and ensure public order and normal life in the occupied territories, and the latter type of obligation implies respect for applicable laws in the occupied areas, unless it is absolutely prevented. The first category of obligation which is to be enforced by the executive and judicial branches of the military government requires positive actions, while the second category of obligation is mostly based on negative duty and prevents the occupant to change applicable local legislation unless the alteration is dictated by the absolute necessity. Both obligations are characterized with qualification phrases: first – “as far as possible” and second – “unless absolutely prevented”.¹²

Under the case law developed by the Israeli Supreme Court¹³, the first type of obligation may be divided into two subcategories; restoration of public order and security would be the major imminent obligation, while its preservation would be the subsequent and continues duty, which should be borne by the occupying power throughout the entire duration of occupation and which may be adjusted to the modified social needs of occupied territories, which are related to security, economy, health and transportation.

The measures taken by the occupying power to achieve objectives referred in the Regulation 43 shall not be intended for permanent changes. Some scholars¹⁴ maintain that the scope of authority of occupying power in implementing institutional reforms is limited solely with minor changes and fundamental arrangements are not permitted. This approach provides protection of occupied country’s fundamental institutions from permanent changes; for instance, the occupying power would not be authorized to replace parliamentary republic with monarchy based on preservation of public order and security. The objective of this approach is to conserve in as much extend as possible pre-occupation *status-quo* in the occupied territories until the legitimate sovereign regains power.¹⁵ However, application of this approach entails some sort of controversies also,

namely which arrangements may be deemed as minor and which as fundamental changes. For instance, extending administrative boundaries of certain municipalities to ensure wider representation would be considered as a minor change or as a fundamental change, which is outlawed by the occupation law?! Other issue of debate may be the legislation of the occupied country, which manifestly disregards applicable international human rights standards and provides unreasonable restrictions for lawful interests of the population of the occupied territories; e.g. legislation which prevents persons with particular ethnicity or sex to be enrolled in higher educational institutions. In such circumstances, would the occupying power be under the duty to keep the pre-occupation legal and social systems, which unlawfully suppress local population and contravene human rights law, or should the provision of the Regulation 43 – to take all measures in his power – be interpreted broadly applying liberal approach, which leads to the fundamental changes if such changes are necessary to secure welfare of the local inhabitants.¹⁶

Assessing legality of the occupant's actions in light of the Regulation 43 is a complicated task as this provision may be read and interpreted widely. In the event of questioning legality of administrative or legislative measure taken by the occupant, the latter should show that consequences of the action concerned are of small scale and intended for maintenance of public order and security in the occupied territories or alternatively, implemented measures are fundamental but their enforcement was dictated with genuine humanitarian objectives.¹⁷

For appraising legality of occupant's actions, the Israeli Supreme Court established a test,¹⁸ pursuant to which, occupation law allows only two legitimate interests, based on which alteration of *status quo* in the occupied territories may occur: (1) interests of local population; (2) narrow military interests of the occupation army present in the occupied territory. Employing measures, which serve other purposes apart from above mentioned two instances, would be deemed as unlawful. The Court held that:

The Military Commander is not entitled to consider the national, economic or social in-

terests of his policy, to the extent that they have no implications for his security interest in the occupied territory or for the interests of the local population. Even military needs are his military needs and not national security needs in the broader sense. An area held under belligerent occupation is not an open field for economic or other exploitation... Consequently the Military Administration is not entitled to plan or to carry out networks of roads in a territory held under belligerent occupation, if the purpose of that planning and that execution is only to provide a "service road" to his State. The planning and execution of a network of roads in an occupied area may be done out of military considerations... The planning and execution... may be done for the good of the local population. That planning and execution cannot be carried out solely to serve the occupying State.¹⁹

Therefore, occupant must be entitled to implement minor as well as fundamental changes if such changes are intended for wellbeing of the local population, thus altering tyrannical legislation and system, even without necessity, shall be admissible and justified.²⁰ Starting point in evaluating legality of occupant's actions is whether the occupant power acted in a good faith or not. If the actions taken by the occupant serve the purpose of due administration of occupied territories and at the same time serve the interests of either local population or its military, such actions would be considered lawful under international law of belligerent occupation. All other actions, which may serve occupant's own national interests or interests of third parties would be unlawful and would entail international legal responsibility of the occupying power.

The key achievement of the Fourth Geneva Convention is to move focus of the occupation law from political elite to the civilian population by introducing guidelines for lawful administration of occupied territories.²¹ Whereas the Hague Regulations mostly stipulate on the powers of occupant, the Fourth Geneva Convention shifted the spotlight to the rights of the local inhabitants of the occupied territories.

The provisions contemplated in The Hague Regulations mostly refer to the authority of military government in controlling captured enemy

territory. The Regulations prohibit forcible provision of information (art. 44), imposing duty of allegiance (art. 45), and pillage (art. 47); furthermore, The Hague Convention upholds respect to family honor and rights, the lives of persons, private property, as well as religious convictions and practice (art. 46). The occupying power is limited with specific purpose in levying taxes: additional contributions are permitted only for meeting the needs of occupying army or for the proper administration of the occupied territory (art. 49); at the same time, collection of taxes shall be carried out as far as possible, in accordance with the applicable rules of assessment and incidence (art. 48). For every contribution a receipt shall be given to the contributors (art. 51). Collective punishment is outlawed (art. 50), while requisition is permitted to certain extent (art. 52). Movable public property, as well as certain category of private property (mostly related to the warfare) may be seized, but any seizure must be lifted and compensation rendered to the owners once the peace is restored (art. 53). The Hague Regulations also contain specific provisions dealing with submarine cables (art. 54) and cultural property (art. 56),²² but the most basic provision which overlaps all other articles is enshrined in the Regulation 55, which states that:

*The occupying State shall be regarded only as administrator and usufructuary of public buildings, real estate, forests, and agricultural estates belonging to the hostile State, and situated in the occupied country. It must safeguard the capital of these properties, and administer them in accordance with the rules of usufruct.*²³

This particular regulation indicates that the occupying power under no circumstances exercises “sovereign” control of the captured land, nevertheless its power is temporal and within the duration of the occupation it bears the obligation to ensure public order and security in the occupied territory,²⁴ *inter alia*, securing property rights thereto. At once, Regulations do not make direct reference, but implicitly indicate that the occupant is entitled to utilize natural resources or agriculture gains within the reasonable limitations as to ensure sustainability of such resources.²⁵

Unlike the Hague Regulations, the Fourth Geneva Convention lays down more detailed rules and procedures for administration of occupied territories and deals with various aspects of administration including local officials and judges.²⁶ Notwithstanding the fact that the Convention is vastly oriented on securing rights of the local civilian population, yet it also recognizes occupant’s right to protect its own military interests and the safety of occupying army and to that end to impose certain restrictions on the local population, *inter alia*, related to the free movement. The Convention also empowers the occupant to institute assigned residence or internment to local population. However, these measures are considered as exception and last resort, when applying other less harmful measures would not guarantee fulfillment of certain objectives. Applying assigned residence or internment to the local civilian population shall pursue the same rules and regime that are applicable to the prisoners of war while employing same measures to them under the Third Geneva Convention.²⁷

The Fourth Geneva Convention also regulates many specific issues, such as: schools (art. 50), public health (art. 56), and civil healthcare objects (art. 57), also relief, humanitarian assistance and distribution of relief consignments (arts. 59, 61), labor regulations (arts. 51, 52) and protection of property (art. 53). All in all, the Convention provides comprehensive standard of protection for those, who would benefit with the “protection of the Convention” and dissimilar to the Hague Regulations, is intended for amelioration of the conditions of such “protected persons”.²⁸

The most effective way to maintain public order and security is to launch police control in the occupied territories. The occupying power is entitled to set out concrete police measures in order to achieve its military goals; however all such measures should promote wellbeing of the local population as well, as far as ensuring welfare of the civilian population is one of the legitimate objectives of every belligerent occupation.²⁹

As long as military interests of the occupying power are concerned, most likely, the latter will impose restrictions on political activities of

local population to avoid any obstructions and resistance to the army of occupation through political battles. The wide interpretation of the Regulation 43 authorizes occupant to do so. Some authors³⁰ even went further maintaining that the occupying power may ban local civilian population to participate in voting or electoral campaigns in non-occupied parts of the country (in case of partial occupation of the country concerned). However, such interpretation goes beyond the scope of the Regulation 43, which should be read in conjunction to the Regulation 42, which states that occupation extends only to the territory, which has been placed under the actual control of the hostile army. Therefore preventing local population of the occupied territories to participate in polls held in the non-occupied parts of the country would be inconsistent with the spirit of the international law of occupation and would be deemed as illegal, as far as the occupant is not authorized to prohibit local population to take some actions in the territory beyond the effective control of the former.³¹

Police control in the occupied territory may be carried out by the local security forces as well as by the administration of the occupying power. The occupant cannot distance itself and watch how pillage, murder, burglary or other crimes are being committed in the occupied territory, even without prejudice to the safety of its own military personnel present in this territory. The occupant should maintain law and order and it is deprived the right to tolerate turmoil or unlawfulness in the occupied territory.³²

Police measures, taken to restore public order, are not regulated under the rules of hostilities enshrined in the international humanitarian law, but with the rules established by the domestic legislation and the international human rights law, as far as the armed hostilities are targeted to wane military capabilities of the adversary, whereas police measures are intended to enforce law and order. Taking police measures requires observance of stricter rules and limitations than conducting hostilities.³³

When the preservation of public order is threatened by the local insurgent groups, applying police measures is the most unailing method to neutralize this threat.³⁴ However,

in some instances, when territorial non-state armed groups apply guerilla tactics, carrying out terrorist attacks and other methods of warfare in various factions of the occupied territory, only police forces are not sufficient to conduct operations aimed at defusing this threat. Such armed groups pose serious danger not only to the army of occupation but also inhabitants of the occupied territory. In such occasions, the tensions escalate and resemblance between combating armed guerilla groups and non-international armed conflict becomes obvious.³⁵ Such armed hostilities are referred as “transitional mosaic war” in the US military manuals.³⁶

Police control also implies resorting to force, which materially differs from the active hostilities during armed conflict. Employing force by the police is subject of certain limitations in compliance with the rules established in the human rights law. Under these rules, resort to force is permitted only upon absolute necessity.³⁷ Applying lethal force is allowed only when avoidance of it is practically impossible.³⁸ Under the international law of human rights, capture or applying other methods of neutralizing suspect are preferable than “shoot to kill” strategy.³⁹ As upheld by the European Court of Human Rights:

[T]he use of lethal force would be rendered disproportionate if the authorities failed, whether deliberately or through lack of proper care, to take steps which would have avoided the deprivation of life of the suspects without putting the lives of others at risk.⁴⁰

It should be noted that mentioned judgment was related to shooting down member of the Irish terrorist group by the British law enforcements, but later this decision has been referred to by the Israeli Supreme Court in the *Targeted Killings* case while probing legality of the targeted killing tactic⁴¹- i.e. deliberate extrajudicial execution in furtherance of armed conflict.

Maintenance of public order in the occupied territory may be achieved through police operations when tension is manifested in internal riots, insurgency, sporadic acts etc. and has not attained the threshold of armed conflict. Deploying military forces becomes necessary when police alone cannot deal with such disorder and protracted violence obviously transforms into the armed conflict.⁴²

And lastly, it should be mentioned that international law does not differentiate between lawful and unlawful occupant and the authority to administer occupied territory is utterly vested to any occupying power notwithstanding the legality of the use of force, which preceded commencement of the occupation.⁴³ As held by the US District Court:

An enemy conqueror is not a very likely person in whom to repose the trust of administering the occupied territory. He is on the ground, however, and has the power to enforce his commands. And dangerous as it may be to recognize any authority in him, it is better to encourage some proper government than none at all. Without some kind of order, the whole social and economic life of the community would be paralyzed. So, international law has recognized the right of the protection of his military interests and the exercise of police powers. However, such law also imposes upon the occupant the duty to maintain public order and to provide for the preservation of the rights of the inhabitants.⁴⁴

This case concerned invalidation of Second World War period financial transaction made by Japanese military government in the Philippines due to the illegal nature of the occupation in question; however, the Court found that actions taken by the occupant within the scope of its authority, granted under international law, should be regarded as legally valid. Nuremberg tribunal also applied this approach while discussing actions of Nazi Germany, as an occupying power, in the occupied European territories.⁴⁵ This approach is consistent with the spirit of the international humanitarian law, which does not evaluate legality of the use of force. Authority of the occupying power, as a factual matter, shall not be subject of dispute; as such argument would deter conditions of local population, whose protection is to be assured by the occupying power despite the legality of the force, which it employed while capturing the concerned territory. Albeit the legitimacy of the occupation, all measures taken by the occupant within the limited scope of authority granted to it under international law, should be considered as lawful even after the termination of occupation once the displaced sovereign regains power.⁴⁶

2. ADMISSIBILITY OF ARMED RESISTANCE IN OCCUPIED TERRITORIES

After establishing effective control over the captured territory by the occupying power, civilians or paramilitary groups may launch resistance movements to fight against alien occupation. Such resistance acts might be small scaled and accidental and also might well be large scaled and systematic, in which occasion this fighting is already transformed to the armed conflict. The international law of belligerent occupation does not regulate admissibility of such resistance, however it overtly indicates that the occupant is entitled to take all necessary and lawful measures to secure own military interests and interests of army of occupation. Therefore, in the event of armed confrontation from the local population, occupant shall be under the duty to find reasonable balance between own military objectives and wellbeing of local inhabitants. The occupying power should maintain its belligerent positions in a manner, which enables preservation of public order and security of civilian population, because administration of occupied territory by the occupant should serve both objectives – gaining military advantage for the army of occupation and ensuring welfare of the population.⁴⁷ Keeping this balance is practically impossible without applicable rules governing such situations.

Under the Hague Regulations, inhabitants of the occupied territory are not obliged to swear allegiance to the hostile power and it is forbidden to compel them to take part in military operations against their own country.⁴⁸ They can object occupation, but according to some authors⁴⁹ they are not authorized to use force against military or civil forces of the occupant. Military resistance by the inhabitants of the conquered country is permitted only in the territories, where occupation has not yet been established and where the captor does not exercise effective control. But, whereas the territory has already been captured and occupied, international law does not sanction *levee en masse*. The law of occupation disallows the right of civilian population to take arms against the army of occupation, as long as power of legitimate sovereign is suspended in the occupied territory and local inhabitants are temporarily obeying

orders of the military government.⁵⁰ The occupant can demand and enforce from the inhabitants of occupied territory such obedience as may be necessary for the security of its forces, for the maintenance of law and order, and the proper administration of the country.⁵¹ Thus, opposing occupation with force or attempting to liberate occupied territory through using force by the civilians is not permitted.⁵²

Contrary to the above mentioned approach, supporters of the different position⁵³ point out that armed resistance against occupying power may be legitimate only in cases, where such armed operations are conducted against military objects. When such resistance is taking serious forms and the occupant is unable to exercise effective control over the entire occupied territory, rules of international humanitarian law related to the conduct of hostilities, begin application.⁵⁴ But if the armed resistance does not prevent the occupant to administer occupied territory properly, then norms of international law of occupation shall keep on applying between the occupant and local inhabitants and the international humanitarian law rules will be applied *vis-à-vis* occupying power and armed resistance movements. Some scholars⁵⁵ maintain that, as far as occupation is the military end, keeping the territory under occupation should also be considered as a military end of the occupant, therefore it can impose duty of “neutrality” (as forcing inhabitants to swear allegiance is explicitly outlawed by the Hague Regulations) on the inhabitant of the occupied territory. The duty of neutrality entails refraining from hostile attitude towards the occupant and abstaining from military resistance against it, while voluntarily obeying legitimate orders of the occupation administration. Disregarding this obligation may even result in rendering punishment.⁵⁶ As a Netherlands special court held in *Christiansen* trial:

*The civilian population, if it considers itself justified in committing acts of resistance, must know that, in general, counter-measures within the limits set by international law may be taken against them with impunity.*⁵⁷

Notably, the right to resist occupation with force is met nowhere in pre-Geneva conventions period. During the Hague Conference,

some delegations expressed the position that people living under the alien occupation should have the right to combat occupation by using force, but as far as such provision had not been contemplated in the 1874 Brussels Declaration, which served as a basis for drafting the Hague Regulations, it was neither reflected in 1907 Hague Regulations as well.⁵⁸

Hence, it should be noted that, in case of capture, militias or guerilla groups operating within the occupied territory shall enjoy the Prisoner of War (POW) status as long as they meet the so-called four part test criteria (having responsible commander, wearing distinctive sign, carrying arms openly and conducting military operations in compliance with laws and customs of war).⁵⁹

As the POW status is applicable only in the international armed conflict, most likely all armed encounter between the occupying power and local resistance movements having systematic nature would be qualified as international armed conflict. This position was upheld by the Israeli Supreme Court in the *Targeted Killings* case, in which the Court stated that:

*The normative system which applies to the armed conflict between Israel and the terrorist organizations in the area is complex. In its center stands the international law regarding international armed conflict.*⁶⁰

In holding this, the Court referred to the argumentation of the Professor Cassese, which maintained that An armed conflict which takes place between an occupying power and rebel or insurgent groups – whether or not they are terrorist in character – in an occupied territory, amounts to an international armed conflict.⁶¹

However, the US Supreme Court was reluctant to qualify conflict between coalition forces operating in the occupied Afghanistan and terrorist group Al-Qaeda as international one. The Court found that Article 3 common to the Geneva Conventions was applied to such situations as long as the conflict was not international by nature⁶² (i.e. inter-state as it is provided in the Article 2 common to the Geneva Conventions). The Court did not elaborate further why exactly common Article 3 was applicable and who were parties to the conflict – only the US or joint coalition forces, as new allies

of Afghan government,⁶³ since by that time occupation phase of Afghanistan conflict formally had already been completed.

Pursuant to the applicable law and practice, it can be concluded that inhabitants of the occupied territories enjoy the right to oppose occupation and this may happen even with armed methods. This is upheld by the First Additional Protocol, which provides possibility of qualification of people's fight against alien occupation as one of the sub-categories of international armed conflict.⁶⁴ But from the other hand, since occupation is a consequence of armed conflict (however may happen without meeting armed resistance),⁶⁵ it is unlikely that violent clashes would be desirable within the duration of occupation. The objective of the international law of belligerent occupation is to maintain ordinary rhythm of civil life in the occupied territories and to administer these territories in a way, which shrinks the feeling among local inhabitants that they are oppressed or persecuted in the hands of temporal alien government; therefore, most likely the spirit of the occupation law would not admit armed resistance in the occupied territories. The occupation law is inspired with the norms applicable during peacetime, therefore apparently occupation should be terminated through negotiations and not again through the armed activities, especially in cases, when the occupying power acts in a good faith within the scope of authority given to it under international law in spite the fact that occupation happened via lawful use of force or it has been established as a consequence of aggression. Notably, existence of armed resistance movements in the occupied territories does not discharge occupant from duties imposed on it under international law, because armed rebellion does not cause suspension or termination of occupation; this may happen only if the resistance by local population has been resulted in restoration of legitimate sovereign or the occupant is unable and incapable to confront rebellion due to its large scale and loses effective control over the captured territory.⁶⁶

In case occupant faces persistent armed resistance from local groups and assuming such violence is qualified as an international

armed conflict, it should be noted that civilian participation in sporadic or even planned military operations would be illegal,⁶⁷ targeting civilians or civilian objects by paramilitary militias (which enjoy presumption of meeting requirements of "four part test") would also be unlawful; thus terrorist rebellion against occupant would *ipso facto* be deemed as illegal as primary targets of terrorist groups are civilians and civilian objects. Terrorists would not enjoy POW status and upon capture would be tried for participation in hostilities and for war crimes. The Israeli Supreme Court found that terrorists are sub-category of civilians, namely "unlawful combatants", who would not acquire privileges under the POW status.⁶⁸

The occupying power is fully authorized to provide adequate response to the armed resistance by inhabitants of the occupied territory. Whereas occupant resorts police forces to restore and maintain public order and security and subjects such police operations to the scrutiny of human rights law, taking actions against armed rebellion usually requires employment of military forces. In such cases, the application scope of human rights law narrows and rules of hostilities provided in the international humanitarian law supersede. Unlike the police operations, occupant may use lethal force against legitimate target in conducting military operations. Such targets may be paramilitary militia groups as well as civilians, who take up arms and directly participate in hostilities and thus losing protection from attack, which under international humanitarian law is generally granted to civilians.⁶⁹ Apart from the civilians which may become legitimate target of attack, other innocent civilians may also suffer through this armed hostilities as a "collateral damage", but this should be subject of strict control mostly in light of the proportionality principle.⁷⁰

During armed resistance in the occupied territory, the tactic of *shoot-to-kill* or *targeted killing* may be applied. Under international law, employing such policy is neither always permitted nor always prohibited;⁷¹ therefore using this method is subject of certain rules and limitations, which derive from both international humanitarian law and international human rights

law. These rules have been elaborated as a test by the Israeli Supreme Court in the *Targeted Killings* case. Pursuant to this test, during armed resistance in the occupied territory, killing of legitimate target by the occupant's forces would be legitimate if: (a) The occupant possesses well-based, thoroughly verified information regarding the identity and activity of the civilian who is allegedly taking part in the hostilities; (b) A civilian taking a direct part in hostilities cannot be attacked at such time as he is doing so, if a less harmful means can be employed; (c) If a civilian is indeed attacked, a thorough and independent investigation must be conducted regarding the precision of the identification of the target and the circumstances of the attack, and in appropriate cases compensation must be paid for harm done to innocent civilians; (d) Military targets are not to be harmed if the damage expected to be caused to nearby innocent civilians is not proportionate to the military advantage directly anticipated from harming these targets.⁷²

After discussing the scope of authority of occupying power and the issue of admissibility of armed resistance in the occupied territory, it may be concluded that legality of all measures taken by the occupant should be evaluated in light of the principles of proportionality and military necessity, which are widely discussed in the subsequent section.

3. THE PRINCIPLES OF MILITARY NECESSITY AND PROPORTIONALITY

Principle of military necessity and proportionality attain crucial role while assessing lawfulness of occupant's actions. The principle of necessity implies employment of such method or taking such measure by the occupant, which aims at complete submission of the enemy with the least possible expenditure of time, life and money.⁷³ The principle of military necessity allows occupant to carry out actions which may be required for maintenance of security of its army and successful completion of military operations.⁷⁴ Application of the principle of necessity by the occupant in the occupied territory has been broadly discussed by the Nuremberg Tribunal, which provided detailed guidance on

actions, which may be justified based on necessity and pre-conditions, upon which this principle may be applied. The tribunal held that:

*[Principle of necessity] permits the destruction of life of armed enemies and other persons whose destruction is incidentally unavoidable by the armed conflicts of the war; it allows the capturing of armed enemies and others of peculiar danger, but it does not permit the killing of innocent inhabitants for purposes of revenge or the satisfaction of a lust to kill. The destruction of property to be lawful must be imperatively demanded by the necessities of war. Destruction as an end in itself is a violation of International Law. There must be some reasonable connection between the destruction of property and the overcoming of the enemy forces. It is lawful to destroy railways, lines of communication or any other property that might be utilized by the enemy. Private homes and churches even may be destroyed if necessary for military operations. It does not admit of wanton devastation of a district or the willful infliction of suffering upon its inhabitants for the sake of suffering alone.*⁷⁵

Military manuals of some countries (e.g. UK) distinguish four essential elements of the principle of necessity, which are cumulatively required in order to find that action in question was really justified based on the principle of necessity. These elements are: (1) employed force should be regulated; (2) the force should be necessary to compel submission of adversary as soon as possible; (3) employed force should not be excessive in relation to the legitimate aim pursued; (4) resorting to such force should not be prohibited otherwise.⁷⁶

The principle of necessity, by its functions, has permissive and limited aspects. From the one hand, this principle permits employing such measures, which apart from the situations of armed conflict, would be prohibited under international law (however, these measures should not go beyond the scope of international humanitarian law itself). From the other hand, limited nature of the principle of necessity dictates that abstract actions, permitted under the international humanitarian law, must be limited to the concrete steps, which are required to be taken solely at a given moment.⁷⁷

The Fourth Geneva Convention also refers to the principle of necessity related to the security measures and states that the parties to the conflict may take such measures of control and security in regard to protected persons as may be necessary as a result of the war.⁷⁸ Notably, the article does not provide list of measures of control and security, taking of which may be caused by the military necessity, therefore the occupant enjoys margin of discretion in deciding which measure to apply; however all measures should be employed without prejudice to the fundamental human rights.⁷⁹ Also, if the occupant applies assigned residence or internment as a measure of control and security, it bears the burden of proof to ascertain why its military goals could not be achieved through other less harmful means, because under the Fourth Geneva Convention assigned residence and internment is perceived as a most severe measure of control and security.⁸⁰

The importance of necessity is triple dimensional: first and foremost, it is important because it prohibits taking of such action, which is not necessary from the military point of view; secondly – this principle emphasizes that the law of armed conflict to a certain extent allows derogation from the established rules in order to achieve military objectives and thirdly – principle of proportionality which serves to find a balance between military objectives and humanitarian protection.⁸¹

The principle of proportionality takes special connotation in the event of occupation, as far as not only military operations undertaken by the occupant shall be assessed in light of proportionality, but also all other administrative measures, which are taken by the occupant during administration of occupied territory. The principle of proportionality implies from the one hand bringing military gains to one party on the cost of collateral civil damage and from the other hand consistence of such damage to the military advantage received by that party to the conflict or occupying power. If the collateral damage is disproportionate to the concrete military advantage anticipated or actually gained, actions leading to that damage would be considered as illegitimate. During the military en-

agements in the occupied territories, attack would be deemed as proportionate if the military benefit gained through destruction of legitimate target is proportionate to the damage inflicted to the innocent civilians as a consequence of this attack. This aspect of proportionality is not required with regard to combatants or civilians taking direct part in hostilities. Civilians, who engage in military confrontation risk own lives and like combatants, may become target of unexpected attack. Therefore, the requirements of proportionality *stricto sensu* must be fulfilled in a case where the harm to the legitimate targets carries with it collateral damage caused to nearby innocent civilians. The proportionality rule applies in regards to harm to those innocent civilians.⁸²

As the occupying power acts in the occupied territories as both, military and political government, it is under the duty to protect local inhabitants from the effect of military operations and generally from the effect of any hazardous activities, which may pose threat to the legitimate interests of the population,⁸³ therefore during the time of occupation, principle of proportionality is applied not exclusively for evaluating legality of military actions. The Israeli Supreme Court has developed well-established practice in this regard. In its famous *Barrier* case, the Court widely discussed proportionality of administrative measures, concerning the route of defense barrier in the occupied Palestinian territories. As per the Court's reasoning, the decision of an administrative body of the occupied territory is legal only if the means used to realize the governmental objective is of proper proportion. The principle of proportionality focuses, therefore, on the relationship between the objective whose achievement is being attempted, and the means used to achieve it.⁸⁴ For further clarity, the Court elaborated on three-part test to assess lawfulness of occupant's actions in light of proportionality. Under this test (1) the objective pursued must be related to the means employed, that is referred as "appropriate means" or "rational means" test; (2) the means used by the administrative body which cause injury to the individual must do so using the least harmful means. This is the "least injurious means"

test; (3) the damage caused to the individual by the means used by the administrative body in order to achieve its objectives must be of proper proportion to the gain brought about by that means. This is the “proportionate means” test (or proportionality “in the narrow sense”).⁸⁵

It should be noted that the international law of belligerent occupation does not provide specific regulatory framework for the principle of proportionality, therefore standard of proportionality as enshrined in general international humanitarian law is applicable to the cases of occupation as well.⁸⁶ Applying these principles to every single measure taken by the occupant is important as long as occupant’s action should not deter unlawfully legitimate interests of the local civilian population.

CONCLUSION

International legal regime of administration of occupied territories does not clearly define the scope of authority of occupying power; in addition, occupation law grants occupant wide margin of discretion, which allows the latter to act within the vague restraints and basically, many measures taken by the occupant may be legally justified but morally unacceptable. Therefore the spirit of the occupation law is more *permissive* to the occupying power, than the latter is *submissive* to the occupation law. This approach is largely influenced by the period in which occupation law was established and by the context, in which it has been developed. Moreover, this permissive approach to a certain extent is applied to serve best interests of local population and does not involve political, military or other interests of overthrown sovereign. Nevertheless, occupation law prescribes certain limitations for occupying power during administration of occupied territory. These restraints prevent occupant from abusing power and acting *ultra vires*.

Occupant’s primary duty – to ensure public order and civil life in the occupied territories – may be fulfilled within the broad discretion, which occupant enjoys; nevertheless actions taken beyond the scope of authority given to the occupant power would be illegal and would invoke international legal responsibility. The

main objective behind imposing this duty on occupying power is to ensure to as wider extend as possible, continuation of regular, everyday life in occupied territories. As the occupation law is designed to organize reign of temporal alien government (which substituted legitimate sovereign) in as peaceful way as possible, it authorizes certain measures to be taken by the occupant to make this process smooth and less damaging to the army of occupation from the one hand and to the local civilian population from the other hand.

Generally, occupant shall be prevented to institute permanent changes in the existing political, social or economic system of the occupied country unless such changes are necessary for promotion of human rights and democratic principles. All other measures, taken under the duty to maintain public order and civil life in occupied territory, should be in compliance with two major objectives (not necessarily cumulatively): (1) needs of army of occupation and (2) needs of local inhabitants.

At the same time, occupation law imposes certain obligations to the local population as well, such as to refrain from armed resistance, or limit such resistance with employing only combatants and conducting hostilities in accordance with the applicable laws and customs of war. All other kind of armed confrontation would be outlawed. The spirit of the occupation law lays in mutual cooperation between the occupying power and the protected persons. Occupant is expected to guarantee fundamental human rights of the local population and provide protection availed to them by the international humanitarian law. At the same time, protected persons should understand that they are temporally “in the hands” of occupying power, which exercises governmental control over them and their cooperation is crucial to ensure proper administration of occupied territory and maintenance of public order and civil life. This cooperation does not imply sharing primary obligations of the occupant to the local inhabitants; occupant still remains under continuous duty imposed on it by the international humanitarian law, but local population should “assist” the occupant in properly undertaking its commitments under

the occupation law, by not hindering or even questioning legitimate scope of authority of oc-

cupying power, which is defined by the international law of belligerent occupation.

- * Saba Pipia is Assistant at the International Law Institute, Tbilisi State University. He teaches international humanitarian law and international criminal law. The Author thanks to the editors of this journal, also to Prof. Ketevan Khutshishvili for her feedback on this publication.
- ¹ Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907 (Hague Regulations), art. 43.
 - ² Sassoli, M. *Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers* in *European Journal of International Law*, no.16, 2005, p.663.
 - ³ Schwenk, E.H. *Legislative Power of the Military Occupant under Article 43, Hague Regulations* in *Yale Law Journal*, no.54, 1994, p.397.
 - ⁴ Benvenisti, E. (2012) *The International Law of Occupation*, Oxford, p.9.
 - ⁵ Such interpretation was suggested by the Belgian delegation during the negotiations on 1874 Brussels Declaration. See, Materials of the Brussels Conference on French: Ministère des Affaires Etrangères de Belgique, *Actes de la Conférence de Bruxelles de 1874*, 23.
 - ⁶ Sassoli, *supra*, n.2.664.
 - ⁷ Leurquin, A. *L'occupation allemande en Belgique et l'article 43 de la Convention de la Haye du 18 octobre, 1907* in *International Law Notes*, vol.1, 1916, pp.54–55.
 - ⁸ US Military Tribunal, Nuremberg, 8 July 1947–19 February 1948, *Trial of Wilhelm List and Others (Hostages Trial)*, (1949) 8 *LRTWC* 34, at 57 (section iv “The Status of Yugoslavia, Greece and Norway, and of the Partisan Group Operating Therein, at the Relevant Time”).
 - ⁹ Arai-Takahashi, Y. (2009) *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law*, Leiden, Boston, p.98.
 - ¹⁰ Sassoli, *supra*, n.2, p.664.
 - ¹¹ Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, Geneva, 12 August 1949 (Fourth Geneva Convention), part III.
 - ¹² Dinstein, Y. *Legislation Under Article 43 of the Hague Regulations: Belligerent Occupation and Peace Building* in *Program on Humanitarian Policy and Conflict Research*, Harvard University, Occasional Paper Series, no.1, fall 2004, p.3.
 - ¹³ HCJ 69493/81, *Abu Aita et al. v. Commander of the Judea and Samaria Region et al.* Decision of the Israeli Supreme Court, in *Israel Yearbook on Human Rights*, vol.13, 1983, pp.356–357.
 - ¹⁴ Stone, J. (1959) *Legal Controls of International Conflicts*, p.694.
 - ¹⁵ Chinkin, C. *Laws of Occupation* in Botha, N., et.al (eds.) (2010) *Multilateralism and International Law with Western Sahara as a Case Study* (collection of conference papers. conference held in Pretoria, South Africa 4-5 December, 2008) Pretoria, p.175.
 - ¹⁶ Gerson, A. *War, Conquered Territory, and Military Occupation in the Contemporary International Legal System* in *Harvard International Law Journal*, vol.18, no.3, 1977, p.536.
 - ¹⁷ Lauterpacht, H. (ed.) (1952) *Oppenheim's International Law, Volume II: Disputes, War and Neutrality*, London, New York, Toronto, p.270-278.
 - ¹⁸ HCJ 393/82 *Jamayit Iscan Almalmun Althaunia Almahduda Almesaulia v. The Commander of IDF in the Judea and Samaria Area* in *Piskei Din*, no.738, 1983.
 - ¹⁹ *Ibid*, para13.
 - ²⁰ Lauterpacht, *supra*, n.17, p.446.
 - ²¹ Benvenisti, *supra*, n.4, p.105.
 - ²² Hague Regulations, *supra*, n.1, section III.
 - ²³ *Ibid*, art. 55.

- ²⁴ Watkin, K. *Maintaining Law and Order during Occupation: Breaking the Normative Chains* in *Israeli Law Review*, vol.41, 2008, p.179.
- ²⁵ Gerson, A. *War, Conquered Territory, and Military Occupation in the Contemporary International Legal System* in *Harvard International Law Journal*, vol.18, no.3, 1977, p.540-541.
- ²⁶ Garraway, C.H.B. *The Duties of the Occupying Power: An Overview of the Recent Developments in the Law of Occupation* in Raue, J., Sutter, P. (eds.) (2009) *Facets and Practices of State-building*, Leiden, p.185.
- ²⁷ Fourth Geneva Convention, *supra*, n.11, part III, section IV.
- ²⁸ Garraway, *supra*, n.26, p.186.
- ²⁹ von Glahn, G. (1957) *The Occupation of Enemy Territory: a Commentary on the Law and Practice of Belligerent Occupation*, Minneapolis, p.97.
- ³⁰ *Ibid*, p.98.
- ³¹ For example situations, when ethnic Georgians residing in the occupied regions of Abkhazia and South Ossetia are not allowed by local *de facto* administration to leave the territory and participate in the elections held on the Georgian controlled territories, adjacent to the occupation line.
- ³² Dinstein, Y. (2009) *The International Law of Belligerent Occupation*, Oxford, 2009, p.111.
- ³³ Sassoli, *supra*, n.2, p.665.
- ³⁴ The US Army, Marine Corps, *Counterinsurgency Field Manual*, para.91.
- ³⁵ GC III, *infra*, n.59, art.4, commentaries (1960).
- ³⁶ *Supra*, n.34, paras.1-2.
- ³⁷ ECtHR, *McCann and Others v. United Kingdom*, no.18984/91, 1995, para.148.
- ³⁸ *Ibid*, para.149.
- ³⁹ ECtHR, *McKerr v. United Kingdom*, no.28883/95, 2001, para.100.
- ⁴⁰ ECtHR, *McCann and others v. UK*, 21, 97 (1995). Referred in the *Targeted Killings* case, *infra*, n.60, para.40.
- ⁴¹ On the issue of targeted killing, see: Alkatout, J. (2015) *The Legality of Targeted Killings in View of Direct Participation in Hostilities*, Berlin.
- ⁴² Watkin, *supra*, n.24, p.189.
- ⁴³ Chinkin, *supra*, n.15, p.171.
- ⁴⁴ United States District Court. D. Utah, Central Division. *ABOITIZ & CO. v. PRICE*. F.Supp. no.99, p.602, Civ. 1650, June 16, 1951.
- ⁴⁵ Gerson, *supra*, n.16, p.542.
- ⁴⁶ Lauterpacht, *supra*, n.17, pp.436-37.
- ⁴⁷ *Ibid*, pp.433-34.
- ⁴⁸ Hague Regulations, *supra*, n.1, art.45,52.
- ⁴⁹ Gasser, H.P. *Notes on the Law on Belligerent Occupation* in *The Military Law and the Law of War Review*, vol.1-2, 2006, p.235.
- ⁵⁰ Barican, L.B. (1947) *Military Occupation: Its Legal Effects and Limitations*, Manila, p.6, 29.
- ⁵¹ US War Department Field Manual, *Rules of Land Warfare*, 1 October, 1940, art.297.
- ⁵² Dinstein, *supra*, n.32, p.94.
- ⁵³ Françoise Bouchet-Saulnier, F. (2007) *The Practical Guide to Humanitarian Law*, Plymouth, p.293.
- ⁵⁴ *Ibid*.
- ⁵⁵ Lauterpacht, *supra*, n.17, p.437.
- ⁵⁶ *Ibid*, p.439.
- ⁵⁷ Netherlands, Special Court, *Christiansen trial*, 1948, 14, LRTWC 128, cited in Dinstein (2009), p.95.
- ⁵⁸ Cassese, A. *Martens Clause: Half a Loaf or Simply Pie in the Sky* in *European Journal of International Law*, no.11, 2000, p.198.
- ⁵⁹ Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949, art.4(2).
- ⁶⁰ HCJ (2005), *the Public Committee against Torture in Israel and Palestinian Society for the Protection of Human Rights and the Environment v. The Government of*

- Israel, The Prime Minister of Israel, The Minister of Defense, The Israel Defense Forces, The Chief of the General Staff of the Israel Defense Forces, Shurat HaDin – Israel Law Center and 24 others (Targeted Killings case), para.18.
- ⁶¹ Cassese, A. (2005) *International Law*, Oxford, p.420.
- ⁶² *Hamdan v. Rumsfeld*, US Supreme Court, 548 U.S. (2006); 126 S. Ct. 2749, 2006 U.S. LEXIS 5185, p. 67
- ⁶³ Milanovic, M. *Lessons for Human Rights and Humanitarian Law in the War on Terror: Comparing Hamdan and the Israeli Targeted Killings Cases* in IRRC, vol.89, no.886, 2007, p.377-378.
- ⁶⁴ Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977, art.1.
- ⁶⁵ Fourth Geneva Convention, *supra*, n.11, art.2.
- ⁶⁶ Barican, *supra*, n.50, p.29.
- ⁶⁷ Françoise Bouchet-Saulnier, *supra*, n.53, p.296.
- ⁶⁸ *Targeted Killings* case, *supra*, n.60, para.25.
- ⁶⁹ For direct participation in hostilities see: Melzer, N. (2009) *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law*, International Committee of the Red Cross, Geneva.
- ⁷⁰ Watkin, *supra*, n.24, p.190.
- ⁷¹ *Targeted Killings* case, *supra*, n.60, para.60.
- ⁷² Milanovic, *supra*, n.63, p.389.
- ⁷³ The Manual of the Law of Armed Conflict, UK Ministry of Defence, p.22.
- ⁷⁴ Barican, *supra*, n.50, pp.15-16.
- ⁷⁵ IMT, *Trial of Wilhelm List and Others (Hostages trial)* 1947-1948. section IX in Law Reports of Trials of War Criminals, vol.VIII, London, 1949.
- ⁷⁶ Rogers, A.P.V. (2004) *Law on the Battlefield*, Manchester, p.5.
- ⁷⁷ Melzer, N. (2008) *Targeted Killing in International Law*, Oxford, p. 297.
- ⁷⁸ Fourth Geneva Convention, *supra*, n.11, art.27(4).
- ⁷⁹ *Ibid*, commentaries (1958).
- ⁸⁰ Fourth Geneva Convention, *supra*, n.11, art.41(1).
- ⁸¹ Rogers, *supra*, n.76, p.6.
- ⁸² *Targeted Killings* case, *supra*, n.60, para.46.
- ⁸³ Bazargan, S. *Proportionality, Territorial Occupation, and Enabled Terrorism* in Journal of Law and Philosophy, no.32, 2013, pp.448-454.
- ⁸⁴ HCJ 2056/04, *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel Commander of the IDF Forces in the West Bank* (2004), paras.36 et. al.
- ⁸⁵ *Ibid*, para.41.
- ⁸⁶ Melzer, *supra*, n.77, pp.166-67.

უმცირესობების პოლიტიკურ საქმიანობაში მონაწილეობის ფარგლები ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკის მიხედვით

აბსტრაქტი

რა მექანიზმები გააჩნია ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს უმცირესობათა უფლებების დაცვისათვის? უმცირესობათა უფლებების დასაცავად სასამართლო ძირითადად იყენებს ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-14 მუხლს, რაც გულისხმობს დისკრიმინაციის აკრძალვას. აღნიშნულ მუხლს სასამართლო იყენებს იმ მუხლთან კომბინაციაში, რომლითაც დაცული უფლების დარღვევას ჰქონდა ადგილი. საინტერესოა რა ხდება მაშინ, როდესაც იზღუდება პირის ან პირთა ჯგუფის პოლიტიკური უფლებები, მისი უმცირესობების რომელიმე ჯგუფისადმი კუთვნილების გამო. ნაშრომის მიზანია, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკის საფუძველზე, გააანალიზოს და დაადგინოს უმცირესობების პოლიტიკური უფლებების შეზღუდვის მიმართულებით არსებული ტენდენცია.

საკვანძო სიტყვები: ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია | უმცირესობების უფლებები | პოლიტიკური საქმიანობა | კონვენციის მე-11 მუხლი | უმცირესობების დაცვის სამი პრინციპი | კონვენციის მე-14 მუხლი | მწვავე სოციალური საჭიროება | პირველი დამატებითი ოქმის მე-3 მუხლი

შესავალი

ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია (შემდგომში „კონვენცია“) არ მოიცავს განცალკევებულ, სპეციალურ დებულებებს უმცირესობათა შესახებ. შესაბამისად, უმცირესობათა წარმომადგენლებს არ აქვთ შესაძლებლობა, იდავონ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს (შემდგომში „სასამართლო“) წინაშე უშუალოდ უმცირესობათა უფლებების დარღვევის თაობაზე. აღნიშნული გარემოები არ ნიშნავს, რომ კონვენცია არ იცავს უმცირესობათა უფლებებს.

კონვენცია და მისი დამატებითი ოქმები თანაბრად იცავს ყველას, ვინც სახელმწიფოს იურისდიქციის ფარგლებში ექცევა (იხ. მუხლი 1), მათ შორის უმცირესობებს. რაც შეეხება სპეციფიკურ მუხლებს, კონვენცია მოიცავს დებულებებს თანაბარი მოპყრობის შესახებ და დისკრიმინაციის აკრძალვას, რომელიც რეალურად ფარავს უმცირესობათა უფლებებს. გარდა ამისა, უმცირესობათა ჯგუფების წარმომადგენლებს შეუძლიათ, იდავონ სავარაუდოდ დარღვეული უფლების შესახებ კონვენციის მე-14 მუხლისა და 2000 წლის 4 ნოემბერს მიღებული (ძალაში შევიდა 2005 წელს) მე-12 ოქმის 1-ლი მუხლის საფუძველზე. აქვე უნდა აღინიშნოს ის გარემოება, რომ სასამართლოს მიერ მე-14 მუხლი გამოიყენება მხოლოდ კონვენციის სხვა მუხ-

ლებთან ერთად. ეს გარემოება დამოკიდებულია კონკრეტულ შემთხვევაში ხელყოფილ უფლებებზე.

მე-14 მუხლის მიხედვით, „[...] კონვენციით გათვალისწინებული უფლებებითა და თავისუფლებებით სარგებლობა უზრუნველყოფილია ყოველგვარი დისკრიმინაციის გარეშე, განურჩევლად სქესის, რასის, კანის ფერის, ენის, რელიგიის, პოლიტიკური თუ სხვა შეხედულებების, ეროვნული თუ სოციალური წარმოშობის, ეროვნული უმცირესობისადმი კუთვნილების, ქონებრივი მდგომარეობის, დაბადებისა თუ სხვა ნიშნისა“. ამ მუხლის რეგულირების სფერო არის ფართო და იმდენად ზოგადი, რომ ფაქტობრივად შეუძლებელია სახელმწიფომ მოახდინოს პირის ან პირთა ჯგუფის დისკრიმინაცია რაიმე ნიშნით, რომელიც განერილი არ არის ან არ იგულისხმება ზემოაღნიშნულ დებულებაში. უნდა გამოიყოს, რომ დისკრიმინაცია არ გულისხმობს, მხოლოდ იმ შემთხვევებს, როდესაც პირს ან პირთა ჯგუფს ეპყრობიან სხვა მსგავსი ჯგუფისგან განსხვავებულად, უფრო ცუდად. დისკრიმინაციაა იმ შემთხვევაშიც, როდესაც ორ განსხვავებულ ჯგუფს აყენებენ ერთნაირ პირობებში. მაგალითად, ის, რომ უმცირესობას და უმრავლესობას მოექცეს სახელმწიფო ერთნაირად, შეიძლება გახდეს დისკრიმინაციის საფუძველი. აღნიშნულ საკითხთან მიმართებით, სასამართლომ დაადგინა, რომ თუ

სახელმწიფო კისრულობს პოზიტიურ ვალდებულებას უმცირესობის ჯგუფის სასარგებლოდ (ეს შეიძლება იყოს უმცირესობის წარმომადგენლების პოლიტიკურ პროცესებში ჩართულობის უზრუნველყოფა), სახელმწიფოში არსებული უმრავლესობა ვერ იძავებს მათ მიმართ განხორციელებულ დისკრიმინაციულ ქმედებებზე. თანამედროვე საზოგადოებაში მნიშვნელოვანია დაცული იქნეს ბალანსი და არ მოხდეს უმრავლესობის ხელთ არსებული დომინანტური პოზიციის ბოროტად გამოყენება უმცირესობების უფლებების შეზღუდვის ხარჯზე.

საქმის განხილვისას სასამართლო აწესებს გარკვეულ მოთხოვნებს მტკიცებულებათა შესახებ, რომელიც საჭიროა დისკრიმინაციის დადგენის და სახელმწიფოთა შეფასების ზღვრის შემოწმებისთვის. სასამართლო ყოველთვის განიხილავს საქმეებს ინდივიდუალური საჩივრის პერსპექტივიდან და არა საერთო სოციალური კონტექსტიდან. მაგალითად, სტატისტიკა არ მიიჩნევა საკმარის საფუძვლად რომ მოხდეს დისკრიმინაციული პრაქტიკის გამოაშკარავება. საჭიროა უფრო არსებითი მტკიცებულების წარდგენა.

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკა საკმაოდ პროგრესულია უმცირესობათა უფლებებთან მიმართებით. უმცირესობათა უფლებების დარღვევის საქმეებში სასამართლო, როგორც წესი, პირველ რიგში, განიხილავს სახელმწიფოს შეფასების ზღვარს. წარმოდგენილ ნაშრომში მიმოხილული იქნება სასამართლოს პრეცედენტული სამართალი უმცირესობათა სახელმწიფოს პოლიტიკურ ცხოვრებაში მონაწილეობის უზრუნველყოფის მიმართულებით და განხილული იქნება რა შემთხვევაში არის სახელმწიფოს შეზღუდვა უმცირესობათა პოლიტიკურ უფლებებზე გამართლებული და რა შემთხვევაში ირღვევა უმცირესობათა უფლებები.

1. უმცირესობათა პოლიტიკური ორგანიზაციების საქმის თავისუფლება სახელმწიფოს ინტერესების პირისპირ

ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-11 მუხლი ეხება შეკრებისა და გაერთიანების თავისუფლებას, რომლის თანახმად:

1. ყველას აქვს უფლება მშვიდობიანი შეკრების თავისუფლებისა, აგრეთვე სხვებთან გაერთიანების თავისუფლებისა, მათ

შორის, უფლება პროფესიული კავშირების შექმნისა და მასში გაერთიანებისა საკუთარი ინტერესების დასაცავად.

2. დაუშვებელია რაიმე შეზღუდვის დაწესება ამ უფლებათა განხორციელებაზე, გარდა ისეთი შემთხვევისა, რომელიც გათავისუფლებულია კანონით და აუცილებელია დემოკრატიულ საზოგადოებაში ეროვნული უშიშროების ან საზოგადოებრივი უსაფრთხოების ინტერესებისათვის, უწესრიგობის ან დანაშაულის აღსაკვეთად, ჯანმრთელობისა თუ მორალის ან სხვათა უფლებათა და თავისუფლებათა დასაცავად. ეს მუხლი ხელს არ უშლის სახელმწიფოს, დაანესოს კანონიერი შეზღუდვები ამ უფლებათა განხორციელებაზე შეიარაღებული ძალების, პოლიციის ან სახელმწიფო ადმინისტრაციის წარმომადგენლების მიმართ.

მე-11 მუხლი თავისთავად ვრცელდება პოლიტიკურ პარტიებზე. ამ ქვეთავში განხილული იქნება საქმეები, რომლებიც ეხება სახელმწიფოს მცდელობებს თავიდან აირიდოს უმცირესობათა პოლიტიკური ორგანიზაციების ჩამოყალიბება. გამონახტვის თავისუფლების შესახებ სასამართლო პრაქტიკის თანახმად სასამართლო თავის დაცვას უმცირესობის წევრებზე, უმეტესწილად, ასაბუთებს დემოკრატიული პლურალიზმის პოლიტიკური ფორმით. მე-11 მუხლთან მიმართებითაც სასამართლოს მიერ დაცვის უზრუნველყოფის პრინციპები არის იგივე. ერთ-ერთი მათგანის თანახმად, რომელიც სასამართლომ მოიშველია საქმეში თავისუფალი და დემოკრატიული პარტია (ÖZDEP) თურქეთის წინააღმდეგ, დემოკრატიის არსი მდგომარეობს ზუსტად იმაში, რომ ყველა პირს ან პირთა ჯგუფს, მათ შორის უმცირესობის წარმომადგენლებს, უნდა მიეცეს განსხვავებული პოლიტიკური პროექტების თაობაზე წინადადების წარდგენისა და მათ შესახებ დებატების გამართვის ნება, ისეთებისაც კი, რომლებიც კითხვის ნიშნის ქვეშ აყენებს სახელმწიფოს მონყობის მიმდინარე სისტემას, თუმცა იმ პირობის გათვალისწინებით, რომ ისინი არ დააზიანებს თავად დემოკრაციას.¹

თავისუფლების და დემოკრატიის პარტია (ÖZDEP) დაარსდა 1992 წელს, თურქეთში. ერთ წელიწადში კი თურქეთის საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებით პარტიას აეკრძალა ფუნქციონირება. სასამარ-

თლოს გადანყვეტილება გამყარებული იყო არგუმენტაციით, რომ პარტიის პროგრამა მიზნად ისახავდა სახელმწიფოს ტერიტორიული მთლიანობის და სეკულარული ბუნების ხელყოფას. ამასთან პარტიის დამფუძნებლებს და წევრებს აეკრძალათ პოლიტიკური საქმიანობის განხორციელება. ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ დაადგინა მე-11 მუხლის დარღვევა. სასამართლომ განიხილა OZDEP-ის პოლიტიკური პროგრამა და ვერ აღმოაჩინა ისეთი გარემოებები, რომლებიც მოუწოდებს ხალხს ძალადობისკენ ან ძალადობრივი სეკულარიზმისკენ, პირიქით – პარტიის პროგრამა გაჯერებული იყო დემოკრატიული პრინციპებით. მიუხედავად იმისა, რომ პროგრამა ასევე ეხებოდა ეროვნული ან რელიგიური უმცირესობების თვითგამორკვევის უფლებასაც, რომლის სამიზნე ჯგუფს წარმოადგენდა თურქეთში მცხოვრები ქურთი ხალხი. სასამართლომ აღნიშნულ ეპიზოდშიც არ მიიჩნია პროგრამით განერილი დებულებები დემოკრატიულ პრინციპებთან შეუსაბამოდ. საბოლოოდ, სასამართლომ დაადგინა, რომ ზემოაღნიშნული პოლიტიკური პარტიის პროგრამა არ წარმოადგენდა საფრთხეს დემოკრატიისთვის.

ამრიგად, მხოლოდ ძალადობისკენ ნაქეზებამ ან დემოკრატიული პრინციპების უარყოფამ შეიძლება გაამართლოს ჩარევა ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციით გათვალისწინებულ ისეთ თავისუფლებებში, როგორცაა პირადი და ოჯახური ცხოვრების პატივისცემის უფლება; აზრის, სინდისისა და რელიგიის თავისუფლება; გამოხატვის თავისუფლება და ა.შ. თუმცა, სტანკოვი და გაერთიანებული მაკედონური ორგანიზაცია „ილინდენ“ ბულგარეთის წინააღმდეგ საქმეში, სასამართლომ დაადგინა, რომ ჯგუფის მიერ ავტონომიის ან სახელმწიფოს ტერიტორიიდან გამოყოფის მოთხოვნა, მაშინაც კი, როდესაც ამგვარი მოთხოვნა გულისხმობს ფუნდამენტურ და ტერიტორიულ ცვლილებებს, ავტომატურად ვერ გაამართლებს მათთვის შეკრების უფლების აკრძალვას.² იმავე საქმეში, სასამართლომ დაადგინა, რომ ჯგუფის შეფერხება, მხოლოდ იმ მიზნით, რომ იგი ცდილობს საჯარო დებატების გამართვას სახელმწიფოს მოსახლეობის ნაწილთან დაკავშირებული საკითხების შესახებ ვერ იქნება გამართლებული.³

1.1. სტანკოვი და გაერთიანებული მაკედონური ორგანიზაცია „ილინდენ“ ბულგარეთის წინააღმდეგ

ორგანიზაცია „ილინდენის“ ბულგარეთის ტერიტორიაზე დაარსდა 1990 წელს და მისი მიზნები იყო ბულგარეთში მცხოვრები მაკედონიელების გაერთიანება რეგიონულ და კულტურულ საფუძველზე და მათი უმცირესობად ცნობა. ბულგარეთის სასამართლომ გამოიტანა განაჩენი, რომ ორგანიზაციის მიზნები ეწინააღმდეგებოდა ერის ერთიანობასა და ქვეყნის ტერიტორიულ მთლიანობას, სურდა-რა ეროვნულ-ეთნიკური განხეთქილების დათესვა.

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მიერ საქმის განხილვისას განმცხადებლებმა აღნიშნეს, რომ ბულგარეთის ხელისუფლების მხრიდან მათი ორგანიზაციის რეგისტრაციაზე უარით დაირღვა მათი გაერთიანების უფლება. შიდა სასამართლოებმა მოახდინეს ფაქტების არასწორი ინტერპრეტაცია და მათი ორგანიზაციის მიზანი არ იყო შუღლის გაღვივება და ერის ერთიანობისთვის საფრთხის შექმნა. დაამატეს ისიც, რომ ბულგარეთის სახელმწიფო პოლიტიკა არ აღიარებდა მაკედონური უმცირესობის არსებობას და მათი უფლებები ირღვეოდა.

ბულგარეთის მხარე ჩარევის გასამართლებლად სამ ძირითად არგუმენტს ეფუძნებოდა:

- „ილინდენის“ რეგისტრაციის დოკუმენტების ფორმალური მხარე;
- ქვეყნის შიდასახელმწიფოებრივ კანონმდებლობასთან წინააღმდეგობა;
- შესაძლო საფრთხე.

ევროპულმა სასამართლომ იმსჯელა სამივე არგუმენტზე და დაასკვნა, რომ ორგანიზაციის რეგისტრაციაზე ბულგარეთის სასამართლოების უარი წარმოადგენდა განმცხადებელთა გაერთიანების უფლების შეზღუდვას. სასამართლოები უარს აცხადებდნენ განხილვით არარსებული სამართლებრივი სუბიექტის მიერ გაკეთებული განცხადებები, რაც არ იქნა გამართლებული ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-11 მუხლის ჭრილში, რომელიც იცავს შეკრებისა და გაერთიანების თავისუფლებას. ბულგარეთის შიდა სასამართლოების ჩარევა არ ემსახურებოდა სამართლებრივ მიზნებს და არ იყო აუცილებელი დემოკრატიულ საზოგადოებაში.

რაც შეეხება ქვეყნის შიდასახელმწიფოებრივ კანონმდებლობასთან წინააღმდეგობას, აქ სასამართლომ ვერ დაადგინა, თუ რა ასპექტში ეწინააღმდეგებოდა ორგანიზაციის წესდება ბულგარეთის კანონმდებლობას. „ილინდენის“ მხრიდან მომავალ საფრთხეებთან დაკავშირებით, სასამართლომ დაასკვნა, რომ ორგანიზაციის განცხადებები არ წარმოადგენდა რეგისტრაციაზე უარის თქმის საფუძველს. განცხადება ავტონომიის შექმნაზე ან ტერიტორიის ნაწილის გამოყოფის მოთხოვნა, ვერ გახდებდა კონვენციის მე-11 მუხლით გათვალისწინებული უფლების შეზღუდვის საფუძველი. შედეგად სასამართლომ დაადგინა კონვენციის მე-11 მუხლის დარღვევა⁴.

1.2. უმცირესობების პოლიტიკური პარტიების დაშლა, როგორც უკანასკნელი საშუალება სახელმწიფო ინტერესების დასაცავად

მოცემულ ქვეთავში განხილული საქმეები მოიცავს სახელმწიფოთა მცდელობებს დაშალონ პოლიტიკური პარტიები, რომლებიც ემსახურებიან სხვადასხვა მიზნებს, მათ შორის უმცირესობათა აღიარებას, ავტონომიას, გამოყოფას და სამართლებრივ პლურალიზმს. სახელმწიფოები, როგორც წესი, იყენებენ არგუმენტაციას, რომ კონკრეტულ შემთხვევაში პოლიტიკური პარტიის დაშლა წარმოადგენდა აუცილებლობას ეროვნული უსაფრთხოების, ტერიტორიული მთლიანობის, ეროვნული ერთობის, საზოგადოების უსაფრთხოების, საჯარო წესრიგის და სეკულარიზმის დაცვის საშუალებას. ამჟამად იდენტიფიცირებულია სამი კატეგორიის პოლიტიკური პარტიები, რომელთა დაშლის გადანყვეტილებები ქმნიან ძირითად სასამართლო პრაქტიკას ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოში. ესენია: უმცირესობების მხარდამჭერი პოლიტიკური პარტიები, ანტისეკულარიზმის მიმდევარი პოლიტიკური პარტიები და ისეთი პარტიები, რომელთა ტერორისტულ ორგანიზაციებთან კავშირიც დადგენილია. სასამართლო პრაქტიკის სტატისტიკური ანალიზის მიხედვით შეიძლება ითქვას, რომ ჩამოთვლილი კატეგორიებიდან პირველ მათგანს მიკუთვნებულ პარტიებს ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო მხარს უჭერს, დანარჩენ ორ კატეგორიაზე კი იმავს თქმა რთულია.

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს შეხედულებით პოლიტიკური პარტიების როლი სასიცოცხლოდ მნიშვნელოვანია დემოკრატიის გამართულად ფუნქციონირებასა და პლურალიზმის შენარჩუნებაში.⁵ აღნიშნულის დასადასტურებლად კარგი მაგალითია საქმე *თურქეთის გაერთიანებული კომუნისტური პარტია თურქეთის წინააღმდეგ*, სადაც სასამართლომ დაადგინა, რომ არჩევნებში ხალხის განსხვავებული პოზიციის დაფიქსირება აზრს მოკლებულია პოლიტიკური პარტიების სიმრავლის გარეშე.⁶ მათ წვლილს პოლიტიკურ დებატებში სასამართლო მიიჩნევს შეუცვლელად⁷ და ადგენს, რომ სასამართლოს მიდგომა უმცირესობების პოლიტიკურ ორგანიზაციებთან მიმართებით ეფუძნება არა უმცირესობების დაცვის რეჟიმს, არამედ პოლიტიკური პარტიებისთვის მინიჭებული უფლებების დაცვას, რომელიც უზრუნველყოფს საზოგადოების ინტერესს ხალხის გამობატვის თავისუფლებისადმი. აღნიშნული დაცვა იმყოფება „მკაცრი ევროპული ზედამხედველობის“ ქვეშ და სასამართლო, როგორც წესი, დეტალურად განიხილავს სახელმწიფოთა მიერ პოლიტიკური პარტიებისთვის დანესებულ შეზღუდვებს.⁸ მსგავს შემთხვევებში სახელმწიფო წარადგენს მიზეზებს ჩარევის გასამართლებლად, რომლებიც უნდა იყოს დამაჯერებელი და მყარი.⁹ სახელმწიფოებს აქვთ შეზღუდული შეფასების ზღვარი შეკრების თავისუფლების შეზღუდვის აუცილებლობის განსაზღვრისათვის.¹⁰

ერთ-ერთი მაგალითი, როგორ მუშაობს ეს პრინციპი პრაქტიკაში არის საქმე *იაზარი და სხვები თურქეთის წინააღმდეგ*, რომელიც ეხება სახალხო შრომის პარტიის გაუქმებას¹¹. მთავრობის არგუმენტაცია იყო, რომ პარტია ცდილობდა ეთნიკური წარმოშობის ნიადაგზე დისკრიმინაციის შექმნას, ქურთი ხალხისთვის თვითგამორკვევის უფლების მინიჭებით. სასამართლომ ვერ მოიძია ძალადობისკენ მოწოდების ნიშნები. სასამართლოს მსჯელობის თანახმად, ქურთი ხალხის თვითგამორკვევის და ენის აღიარების უფლებების არსებობა, თავის მხრივ, ვერ შეეწინააღმდეგებოდა დემოკრატიულ პრინციპებს. სასამართლოს გადანყვეტილებით პოლიტიკურ პარტიას არ განუხორციელებია არანაირი საქმიანობა, რომელიც დაასუსტებდა თურქულ დემოკრატიულ წყობას და არ ცდი-

ლობდა გაემართლებინა ძალის გამოყენება პოლიტიკური მიზნებისთვის. სასამართლოს გადაწყვეტილებით, აღნიშნული პარტიის გაუქმება არ წარმოადგენდა მწვავე სოციალურ საჭიროებას.

სხვა საქმე, სადაც მოპასუხე სახელმწიფომ ვერ შეძლო ზემოაღნიშნული საჭიროების არსებობის დამტკიცება იყო – *გაერთიანებული მაკედონიის ორგანიზაცია ილინდენ-პირინ და სხვები ბულგარეთის წინააღმდეგ*. საქმე ეხებოდა პოლიტიკური პარტიის გაუქმებას პირინის რეგიონში, მაკედონიაში. პარტიის საქმიანობის მიზანს წარმოადგენდა ბულგარეთის ტერიტორიაზე მცხოვრები წარმოშობით მაკედონიელი ხალხის გაერთიანება და საერთო აქტივობების განხორციელება. ბულგარეთის მთავრობამ პარტიას აუკრძალა ფუნქციონირება იმ არგუმენტით, რომ ასოციაცია წარმოადგენდა საფრთხეს ეროვნული უსაფრთხოების, ტერიტორიული მთლიანობის და ერის ერთიანობისთვის. პარტიას ბრალი დასდეს სეპარატისტული იდეოლოგიის გავრცელებაში. თუმცა, სასამართლომ დაადგინა, რომ პოლიტიკური პარტია აკმაყოფილებდა ორ აუცილებელ პირობას დაცვის მისაღებად. პირველი, პარტიის ლიდერებს არ მოუხდენიათ ძალადობისკენ მონოღება და არ გამოუყენებიათ არანაირი ანტიდემოკრატიული საშუალებები თავიანთი მიზნების მისაღწევად. მეორე, თუ მივიჩნევთ, რომ პარტიის მიზანი იყო ავტონომია, ეს არ ნიშნავს, რომ ამგვარი პროექტი ეწინააღმდეგებოდა დემოკრატიულ პრინციპებს. აქედან გამომდინარე, პარტიის დაშლა არღვევდა ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-11 მუხლს.¹²

1.3. ჰერი ბატასუნა და ბატასუნა ესპანეთის წინააღმდეგ და რეფაჰ პარტიის და სხვები თურქეთის წინააღმდეგ

პოლიტიკური ორგანიზაცია ჰერი ბატასუნა დაარსდა, როგორც საარჩევნო კოალიცია და მონაწილეობაც მიიღო არჩევნებში 1979 წელს. 2003 წელს გენერალური პროკურორის მიმართვის შედეგად უზენაესმა სასამართლომ პარტიები გამოაცხადა უკანონოდ ტერორიზმის და ტაქტიკური სეპარატიზმის ბრალდების საფუძველზე და მიიღო განკარგულება მათი დაშლის შესახებ. ასევე დაადგინა პარტიების იდეოლოგიური და ფუნქცი-

ონალური კავშირი ტერორისტულ ორგანიზაციასთან „ეტა“.¹³

მსჯელობისას სასამართლომ განაცხადა, რომ, დემოკრატიულ საზოგადოებაში ჩარევის აუცილებლობის და პროპორციულობის დასადგენად ჯერ უნდა განისაზღვროს მომჩივანის პარტიის დაშლა წარმოადგენდა თუ არა მწვავე სოციალურ საჭიროებას. სასამართლო დაეთანხმა ესპანეთის უზენაესი სასამართლოს არგუმენტაციას და გადაწყვეტილებას. ცალკე აღნიშნა რა ტერორისტული ორგანიზაციებიდან მომავალი საფრთხე და ის შედეგები, რაც შეიძლება მოჰყვეს აღნიშნული ორგანიზაციების ფუნქციონირებას. სასამართლოს მსჯელობის თანახმად მომჩივანი პოლიტიკური პარტიების საქმიანობა ეწინააღმდეგებოდა დემოკრატიული საზოგადოების კონცეფციას და სახელმწიფოს მიერ განხორციელებული ჩარევა იყო აუცილებელი. შესაბამისად პარტიებზე დაკისრებული სანქცია სასამართლომ მიიჩნია თანაზომიერად კონვენციის მე-11 მუხლის მე-2 ნაწილის მიხედვით და დაამატა, რომ პარტიის დაშლა წარმოადგენდა საჭიროებას დემოკრატიულ საზოგადოებაში.

საქმე *რეფაჰ პარტიის და სხვები თურქეთის წინააღმდეგ* ეხება სამართლებრივი პლურალიზმის მომხრე პარტიის დახურვას თურქეთში. სასამართლომ არც ამ უკანასკნელში დაადგინა მე-11 მუხლის დარღვევა. რეფაჰ პარტიის აკრძალვაც მიჩნეულ იქნა აუცილებლად დემოკრატიული საზოგადოებისთვის. სასამართლოს ხედვით, რეფაჰის გეგმა იყო სამართლებრივი სისტემის პლურალიზმის აგიტაცია, რაც, მოცემულ შემთხვევაში, შეასუსტებდა სახელმწიფოს როლს, როგორც ადამიანის უფლებების და განსხვავებული რწმენის და რელიგიის მიუკერძოებელი ორგანიზატორის გარანტორისას. დამატებით, გეგმა მიზნად ისახავდა მე-14 მუხლის რელიგიურ საფუძველზე დისკრიმინაციის აკრძალვის წინ წამოწევისას. სასამართლომ თავად შარიათი შეაფასა დემოკრატიის ფუნდამენტური პრინციპების შეუსაბამოდ.¹⁴ სასამართლომ დაადგინა, რომ შარიათი, რომელიც გამოხატავს რელიგიის მიერ დადგენილ დოგმატებს და წესებს, არის სტაბილური და უცვლელი. ისეთი პრინციპი, როგორც პლურალიზმია პოლიტიკურ სფეროში ან საზოგადოების თავისუფლებების მუდმივი განვითარება, მათ ადგილი შარიათში არ არის.¹⁵

2. ასოციაციის რეგისტრაციის და შეკრების კარძალვა

მოცემულ თავში განხილული საქმეები ძირითადად შეეხება უმცირესობათა ორგანიზაციებს, რომლებსაც უარი ეთქვათ რეგისტრაციაზე ან არ დართეს დემონსტრაციების გამართვის უფლება. საქმეები ძირითადად ეფუძნება სახელმწიფოების მიერ უმცირესობების გაერთიანების და შეკრების თავისუფლების შეზღუდვის ფაქტებს. დემოკრატიული პლურალიზმი უფრო სენსიტიური თემაა, როდესაც საკითხი ეხება უმცირესობებს, მათი პოზიციის დაფიქსირებას პოლიტიკურ პროცესებში, მათი კულტურული და იდენტობის საფრთხეების წინ წამონევის და მათ მიერ ინიცირებული პოლიტიკური პროექტების განხორციელებას.

2.1. უმცირესობების დაცვის სამი პრინციპი

უმცირესობებისთვის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი პრინციპი, რომელიც ასევე, ასახულია სასამართლოს პრაქტიკაში არის, უმცირესობათა კულტურისთვის ხელის შეწყობა და უმცირესობების ცნობიერების დონის ამაღლება. ამ პრინციპის რეალიზება ვერ დაემუქრება ქვეყანაში არსებულ დემოკრატიას. მეორე მნიშვნელოვანი პრინციპის თანახმად სახელმწიფოს ხელისუფლებამ უნდა გამოიჩინოს განსაკუთრებული სიფხიზლე, რათა უზრუნველყოს ისეთი გარემო, სადაც ეროვნული საზოგადოებრივი აზრი არ იქნება დაცული უმცირესობების მოსაზრებების გამოხატვის დაზიანების ხარჯზე, არ აქვს მნიშვნელობა რამდენად არაპოპულარული შეიძლება იყოს ისინი.¹⁶ საქმეში *გორზელიკი პოლონეთის წინააღმდეგ* სასამართლომ დაადგინა, რომ პლურალისტული და დემოკრატიული საზოგადოება არა მხოლოდ, პატივს უნდა სცემდეს ეროვნულ უმცირესობას მიკუთვნებული თითოეული პირის ეთნიკურ, კულტურულ, ლინგვისტურ და რელიგიურ იდენტობას, არამედ უნდა შექმნას შესაბამისი პირობები უმცირესობებისთვის, რათა მათ გამოხატონ, დაიცვან და განავითაროთ ეს იდენტობა.¹⁷ სასამართლომ დაადასტურა, რომ ეს უკანასკნელი პრინციპი ეფუძნება ეროვნული უმცირესობების დაცვის შესახებ ევროპის საბჭოს ჩარჩო კონვენციას.¹⁸

ზემოხსენებული პირველი პრინციპის გამოყენების მაგალითია *სიდროპულოსი და სხვები საბერძნეთს წინააღმდეგ*, რომელიც ეხებოდა საბერძნეთის მთავრობის უარს ასოციაცია „მაკედონური ცივილიზაციის სახლის“ რეგისტრაციაზე. ასოციაციის დაარსა ორმა პიროვნებამ, რომლებიც მათი განცხადებით, იყვნენ წარმოშობით მაკედონიიდან და ჰქონდათ მაკედონური თვითშეგნება. საბერძნეთის ეროვნულმა სასამართლომ განაცხადა, რომ ტერმინი „მაკედონიელი“ ატარებდა საბერძნეთს მიერ მაკედონური იდენტობის თაობაზე დავის გაჩაღების განზრახვას და საფრთხეს უქმნიდა საბერძნეთის ტერიტორიულ მთლიანობას. სასამართლომ დაასკვნა, რომ ორგანიზაციის მიზანი იყო მხოლოდ კონკრეტულ რეგიონში კულტურისა და ტრადიციების ხელშეწყობა. შესაბამისად, სასამართლომ არ გაიზიარა საბერძნეთის ეროვნული სასამართლოს გადანყვეტილება და დაადგინა მე-11 მუხლის დარღვევა, იმ საფუძვლით, რომ განმცხადებლებისთვის ასოციაციის რეგისტრაციაზე უარი არ წარმოადგენდა ორგანიზაციის არსებულ მიზნებზე რეაგირების პროპორციულ ზომას.¹⁹

მეორე პრინციპის მაგალითია *სტანკოვი და გაერთიანებული მაკედონური ორგანიზაცია ილინდენ ბულგარეთის წინააღმდეგ*. ზემოხსენებული ასოციაცია ცდილობდა ბულგარეთში მაკედონური უმცირესობის აღიარების მოპოვებას. ორგანიზაციას აეკრძალა მიტინგების გამართვა სეპარატისტული იდეების ხელშეწყობის საფუძვლით და იმ მიზეზით, რომ მისი საქმიანობა საფრთხეს უქმნიდა ბულგარეთს ტერიტორიულ მთლიანობას. სასამართლომ დაადგინა მე-11 მუხლის დარღვევა და აღნიშნა, რომ დაპირისპირებულ ჯგუფებს შორის დაძაბულობის არსებობის შესაძლებლობა არღვევდა უმცირესობათა უფლებებს და საზოგადოებაში უმცირესობას წართმეული ჰქონდათ უმრავლესობისგან განსხვავებული აზრის გამოთქმის და ამ აზრის გათვალისწინების შესაძლებლობა.²⁰

მესამე პრინციპის პრაქტიკულ მაგალითს წარმოადგენს საქმე *გორზელიკი და სხვები პოლონეთის წინააღმდეგ*. აღნიშნულ საქმეში სასამართლოს დიდმა პალატამ დაუშვებლად ცნო განმცხადებლების სარჩელი, რომელიც პოლონეთის მიერ სილეზიის ასოციაციის რეგისტრაციაზე უარის თქმას ეხებოდა. პო-

ლონეთის მხარის არგუმენტაციის თანახმად, სიღებზელები არასწორად მიიჩნევენ თავს ეროვნულ უმცირესობად. აღნიშნული მოსაზრება ეწინააღმდეგება პოლონეთის კონსტიტუციის რეგულაციებს და მისი განზრახვაა საარჩევნო პრივილეგიების მიღება. პოლონეთის განცხადებით მათი რეალური მიზანი იყო სახელმწიფოს მიერ პოლიტიკური პარტიებისთვის დადგენილი პარლამენტში მოსახვედრად აუცილებელი 5%-იანი ბარიერისგან გამონაკლისი მოპყრობის მოპოვება. სასამართლომ განიხილა აღნიშნული საქმის გარემოებები და დაასკვნა, რომ სიღებზელებისთვის ასოციაციის დაარსების აკრძალვის ზომა არ შეესაბამებოდა არსებულ რეალობას, ორგანიზაციის მიზნებისგან დამოუკიდებლად. რეალურად სახეზე იყო შემთხვევა, როდესაც სიღებზელებს წაერთვათ მათი ეთნიკური ან კულტურული იდენტობის გაძლიერებისა და ცნობიერების ამაღლების შესაძლებლობა.²¹

3. უმცირესობების პოლიტიკური

წარმომადგენლობა კონვენციის პირველი ოქმის მე-3 მუხლის ანალიზის საფუძველზე

ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის პირველი ოქმის მე-3 მუხლი ადგენს თავისუფალი არჩევნების უფლებას: „მაღალი ხელშემკვრელი მხარეები კისრულობენ ვალდებულებას, გონივრული პერიოდულობით ჩაატარონ თავისუფალი არჩევნები ფარული კენჭისყრით ისეთ პირობებში, რომლებიც საკანონმდებლო ორგანოების არჩევისას უზრუნველყოფს ხალხის ნებად სურვილის თავისუფალ გამოხატვას“.

ზემოთაღნიშნული უფლება ხშირად იზღუდება უმცირესობებთან მიმართებით. შეკრებისა და გაერთიანების თავისუფლების საქმეებზე სასამართლო პრაქტიკისგან განსხვავებით რთულია განისაზღვროს რა სახის დაცვას სთავაზობს სასამართლო უმცირესობის წევრებს თავისუფალი არჩევნების უფლების რეალიზაციის კუთხით. მართალია, კონვენციის პირველი ოქმის მე-3 მუხლი პირდაპირ არ მიუთითებს უმცირესობებზე და ატარებს ზოგად ხასიათს, მაგრამ ქვემოთ განხილული სასამართლო პრაქტიკიდან გამომდინარე, აღნიშნული უფლების შეზღუდვა სახელმწიფოს მიერ ხდება შეზღუდვის ობიექტის რომელიმე უმცირესობისთვის კუთვნილების მიზეზით.

3.1. თანასე მოლდოვას წინააღმდეგ

თანასე იყო მოლდოველი პოლიტიკოსი, რომელსაც გააჩნდა მოლდოვას და რუმინეთის ორმაგი მოქალაქეობა. 2008 წელს მოლდოვას პარლამენტმა დაამტკიცა საპარლამენტო რეფორმა, რომლის შედეგად ორი ან რამდენიმე მოქალაქეობის მქონე პირებს ჩამოერთვათ უფლება გამხდარიყვნენ პარლამენტის წევრები. შესაბამისად, თანასეს მოუხდა რუმინეთის მოქალაქეობის დატოვება, რათა შეენარჩუნებინა ადგილი მოლდოვას პარლამენტში. მიღებული ცვლილება გასაჩივრდა მოლდოვას საკონსტიტუციო სასამართლოშიც, რომელმაც დაადგინა, რომ იგი სრულ შესაბამისობაში იყო ქვეყნის კონსტიტუციასთან. ასევე, დამატებით დაადგინა, რომ ცვლილება ემსახურებოდა მართლზომიერ მიზანს, კერძოდ მოლდოვას რესპუბლიკის მიმართ ლოიალურობის და ერთგულების დაცვას. დაწესებული შეზღუდვა კი მიიჩნია თანაზომიერად და განაცხადა, რომ საარჩევნო უფლებების შინაარსზე არანაირ ზეგავლენას არ ახდენდა.²²

საინტერესოა ის გარემოება, რომ მოლდოვას საკუთარი კონსტიტუციის მიხედვით შიდა კანონმდებლობასთან მიმართებით უპირატესი ძალა აქვს მინიჭებული საერთაშორისო ხელშეკრულებისთვის.²³ ასევე, კონსტიტუციით არის განერილი მოქალაქის უფლება – აირჩიოს და იყოს არჩეული.²⁴ ასევე განერილია მოლდოვას მოქალაქეების უფლება მიიღონ მონაწილეობა სახელმწიფოს მართვაში და ხელი მიუწვდებოდეთ ნებისმიერ თანამდებობაზე.²⁵

საქმის განხილვისას კონვენციის პირველი ოქმის მე-3 მუხლის დარღვევაზე საუბრისას სასამართლომ განმარტა, რომ ამ მუხლს აქვს აქტიური და პასიური ასპექტები. აქტიური ნიშნავს პირის ხმის მიცემის უფლებას, ხოლო პასიური – არჩევნებში კანდიდატად კენჭისყრის უფლებას, რის განსამტკიცებლად მოიშველია *ჟდანოკა ლატვიის წინააღმდეგ* საქმეში სასამართლოს მსჯელობა.²⁶ სასამართლომ დასძინა ისიც, რომ მიუხედავად იმისა, რომ ამ სფეროში ქვეყნებს მინიჭებული აქვთ თავისუფალი შეფასების ფართო ზღვარი, სწორედ სასამართლო აფასებს, ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში, დაცულია თუ არა კონვენციის პირველი ოქმის მე-3 მუხლი.²⁷ სასამართლოს მსჯელობიდან გამოიკვეთა, რომ

მიღებული ცვლილების მიზანი იყო არა პარლამენტის წევრების ლოიალობის გაზრდა, არამედ მმართველი პარტიისთვის საპარლამენტო არჩევნებში მარტივი გამარჯვების უზრუნველყოფა და კომფორტული გარემოს შექმნა.²⁸ საბოლოოდ, სასამართლომ დაადგინა, რომ მოლდოვას მიერ მიღებული საკანონმდებლო ცვლილების დებულებები არათანაზომიერია და არღვევს კონვენციის პირველი ოქმის მე-3 მუხლს.²⁹

3.2. სეჟდიჩი და ფინჩი ბოსნია და ჰერცეგოვინას წინააღმდეგ

არჩევნებში მონაწილეობასთან დაკავშირებით ასევე, მნიშვნელოვანია განხილული იქნეს საქმე *სეჟდიჩი და ფინჩი ბოსნიისა და ჰერცეგოვინის წინააღმდეგ*, სადაც მომჩივნების განცხადებით მათი ბოშური და ებრაული წარმომავლობის გამო, არ მიეცათ შესაძლებლობა კენჭი ეყარათ ბოსნიისა და ჰერცეგოვინის სახალხო პალატისა და პრეზიდენტის არჩევნებში და სხვა მუხლებთან ერთად დავობდნენ კონვენციის მე-14 მუხლის და კონვენციის პირველი ოქმის მე-3 მუხლების დარღვევებზე.³⁰

ბოსნია და ჰერცეგოვინის კონსტიტუცია არის სამშვიდობო შეთანხმების ნაწილი და შესაბამისად არ ჯდება სტანდარტული კონსტიტუციების ქრილში. კონსტიტუციის პრეამბულაშივე გამოყოფილია ბოსნიაკები, ხორვატები და სერბები, როგორც „შემადგენელი ხალხები“, რომელთა ნების წინააღმდეგ შეუძლებელი უნდა ყოფილიყო გადაწყვეტილების მიღება.³¹ მომჩივნები, სეჟდიჩი და ფინჩი არიან ბოშური და ებრაული წარმომავლობის პირები და არ მიეკუთვნებიან არცერთ „შემადგენელ ხალხს“, შესაბამისად უფლება არ აქვთ კენჭი იყარონ არჩევნებში. აღნიშნულის თაობაზე ოფიციალური დადასტურება ფინჩიმ მიიღო 2007 წლის 3 იანვარს.³²

ბოსნია და ჰერცეგოვინის კონსტიტუცია აზე საუბრისას უნდა აღინიშნოს, რომ იცოდნენ-რა მიღებისას კონსტიტუციაში ჩადებული მექანიზმები დიდწილად ეწინააღმდეგებოდა ადამიანის უფლებებს, მისი დინამიური ინსტრუმენტად გადაქცევის მიზნით გაკეთდა ჩანაწერი, რომლის მიხედვით ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის ევროპულ კონვენციასა და მის ოქმებში ჩამოყალიბებული უფლებები და თავისუფ-

ლებები პირდაპირ გამოიყენება ბოსნიისა და ჰერცეგოვინაში და მათ ყველა სხვა კანონთან მიმართებით უპირატესი ძალა აქვთ.³³ სწორედ აღნიშნულ ჩანაწერს ეყრდნობოდნენ მომჩივნები და აცხადებდნენ, რომ დაირღვა მათი უფლებები, ვინაიდან აღნიშნული კონვენციის მიხედვით ყოველგვარი დისკრიმინაციის გარეშე უნდა იყოს უზრუნველყოფილი ნებისმიერი უფლებით სარგებლობა.³⁴ აღნიშნულ საქმეში კი მომჩივნები აცხადებდნენ, რომ მათი ეთნიკური კუთვნილების გამო არ მიეცათ თავისუფალ არჩევნებში კენჭის ყრის უფლების რეალიზების საშუალება, შესაბამისად მათ მიმართ დაირღვა კონვენციის მე-14 და პირველი ოქმის მე-3 მუხლებით დაცული უფლებები.³⁵

სასამართლომ აღნიშნა, რომ დისკრიმინაცია ნიშნავს ობიექტური და გონივრული გამართლების გარეშე მსგავს სიტუაციაში მყოფი პირების მიმართ განსხვავებულ მოპყრობას.³⁶ „ობიექტური და გონივრული გამართლების გარეშე“ კი, თავის მხრივ, გულისხმობს, რომ განსახილველი მოპყრობა არ ემსახურება მართლზომიერ მიზანს და დასახულ მიზანსა და გამოყენებულ საშუალებას შორის გონივრული ურთიერთკავშირი არ არსებობს.³⁷ სასამართლომ აქვე აღნიშნა, რომ თანამედროვე საზოგადოება უნდა ეფუძნებოდეს პლურალიზმისა და განსხვავებული კულტურის პატივისცემის პრინციპებს და პიროვნებების ეთნიკური წარმომავლობა არ უნდა იძლეოდეს განსხვავებული მოპყრობის საფუძველს.³⁸

სასამართლო დაეთანხმა ბოსნიისა და ჰერცეგოვინის მთავრობის წარმომადგენლის პოზიციას, რომ კონსტიტუციური ნორმები განერილი იყო გენოციდით და ეთნიკური წმენდით გაყლენთილი სასტიკი კონფლიქტის დასასრულებლად, თუმცა ისიც დაამატა, რომ აუცილებელი იყო შესაბამისი ცვლილებების განხორციელება და წლების წინ ჩანერილი ნორმების მოდიფიცირება. მათ შორის, მხოლოდ შემადგენელი ხალხისთვის გარკვეული პრივილეგიების მინიჭება და სხვა ეთნიკური წარმომავლობის ადამიანების არახელსაყრელ პირობებში ჩაყენება.³⁹ შესაბამისად სასამართლომ დაადგინა, რომ მომჩივნების მიერ ბოსნიისა და ჰერცეგოვინის არჩევნებში კენჭისყრის უფლების შეზღუდვას არ ჰქონდა ობიექტური და გონივრული გამართლე-

ბა. აქედან გამომდინარე, დარღვეულია მე-14 მუხლი 1-ლი ოქმის მე-3 მუხლთან მიმართებით.⁴⁰

3.3. სასამართლოს დადებითი შეფასება სახელმწიფოს მიერ დანესებული შეზღუდვების თაობაზე

ჟდანოკა იყო ლატვიელი პოლიტიკოსი, რომელიც დაიბადა რუსულად მოსაუბრე ოჯახში, ლატვიაში. მას ჩამოერთვა საპარლამენტო არჩევნებში მონაწილის სტატუსი იმ მიზეზით, რომ წარსულში იყო კომუნისტური პარტიის წევრი და მისი წარატივი იზიარებდა აღნიშნული პარტიის შეხედულებებს. აუცილებლად უნდა აღინიშნოს, რომ ხსენებული ყოფილი პარტია ცდილობდა ძალის გამოყენებით შეეცვალა ლატვიაში არსებული მთავრობა. სასამართლომ არ დაადგინა მოსარჩელეს უფლებების დარღვევა და მიიჩნია, რომ ლატვიის გადაწყვეტილება გადატრიალების ორგანიზატორი პირის თუნდაც 10 წლის გასვლის შემდეგ პარლამენტში არჩევაზე უარის თქმის თაობაზე არ ეწინააღმდეგებოდა ადამიანის უფლებათა ევროპულ კონვენციას.⁴¹

სასამართლომ მიიჩნია, რომ აკრძალვის მთავარი მიზეზი იყო დემოკრატიული პროცესის უსაფრთხოების და სახელმწიფოს კანონმდებლობის დაცვა იმ პირებისგან, რომლებიც არც ისე შორეულ წარსულში მონაწილეობდნენ პოზიციას იკავებდნენ პარტიაში, რომელიც ცდილობდა დაემხო დემოკრატიული რეჟიმი ლატვიაში. სასამართლოსთვის გამონკვევა იყო კომპრომისის მიღწევა დემოკრატიული საზოგადოების დაცვასა და კონკრეტული პირის უფლებების დაცვას შორის.⁴²

საქმე სადაც სასამართლომ არ დაინყო მსჯელობა პლურალიზმის ალტერნატივებზე იყო იუმაკი და სადაკი თურქეთის წინააღმდეგ. აღნიშნულ საქმეში სასამართლომ მხარი დაუჭირა თურქეთში არსებულ 10%-იან საარჩევნო ბარიერს. აღნიშნულის ლეგიტიმურ მიზნად დასახელდა ქვეყანაში პოლიტიკური სტაბილურობის შენარჩუნება და პარლამენტის ფრაგმენტაციის თავიდან არიდება. სასამართლომ გაცნობიერა რომ ევროპაში ყველაზე მაღალი საარჩევნო ბარიერი, 10%, არ იყო გადაჭარბებული. სასამართლომ დაადგინა, რომ მაღალ საარჩევნო ბარიერს არ ჰქონდა გავლენა კონვენციის პირველი ოქმის მე-3 მუხლის მიერ გარანტირებულ უფლებებზე

ზე და არ არღვევდა მათ.⁴³ თუმცა სასამართლომ აღნიშნა, რომ მსგავსი რეგულაცია არ უწყობს ხელს გამჭვირვალე საარჩევნო პროცესის არსებობას.

დასკვნა

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკა წარმოადგენს თანამედროვე საერთაშორისო სამართალშემოქმედების ერთ-ერთ მნიშვნელოვან წყაროს. სასამართლოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილებები, როგორც წესი ყალიბდება სამოდელო პრაქტიკად და მისი ასახვა და გაზიარება წლების მანძილზე ხდება სხვა ერთგვაროვანი შინაარსის საქმეებში. ზემოაღნიშნულ ნაშრომში განხილული საქმეებიც, თავის მხრივ, წარმოადგენენ საორიენტაციო საქმეებს სასამართლოს პრაქტიკაში, რომლებიც აყალიბებენ სასამართლოს მიდგომას უმცირესობების ჯგუფის მიმართ. სასამართლოს მიდგომა შესაძლებელია განხილული იქნას შემდეგი მიმართულებებით:

1) უმცირესობათა უფლებების დაცვა სასამართლოს უხდება არაპირდაპირი გზით. აქ იგულისხმება ის ფაქტი, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპულ კონვენციაში განცალკევებით არ არის განერილი უმცირესობათა უფლებები, თუმცა ამის მიუხედავად, განხილული საქმეების მაგალითზეც ნათლად გამოჩნდა, რომ უმცირესობათა წარმომადგენლები (არა როგორც კოლექტიური ჯგუფი, არამედ, როგორც ჯგუფის ინდივიდუალური წარმომადგენლები) სრულად იღებენ სასამართლოს დაცვას და შელახული უფლებები დაუსჯელი არ რჩება. სასამართლოს მიერ უმცირესობათა დაცვისთვის მნიშვნელოვანია კონვენციის მე-14 მუხლი, რომელიც გულისხმობს დისკრიმინაციის აკრძალვას.

2) რაც შეეხება უშუალოდ ნაშრომის კვლევის საკითხს, განხილული იქნა უმცირესობების პოლიტიკურ საქმიანობაში მონაწილეობის ფარგლები. რა შემთხვევაში ეზღუდებათ მათ პოლიტიკურ საქმიანობაში მონაწილეობა, არის თუ არა აღნიშნული შეზღუდვა სამართლიანი თუ წარმოადგენს უმცირესობების თავისუფლებაში ჩარევას. აღნიშნული უფლების რეალიზების თაობაზე კონვენცია ძირითად დაცვას ახორციელებს მე-11 და პირველი ოქმის მე-3 მუხლებით.

3) პოლიტიკურ ცხოვრებაში მონაწილეობის საქმეებზე ყოველთვის არის ორი დაპირისპირებული მხარე ფიზიკური პირი ან გაერთიანება და სახელმწიფო. სახელმწიფოს გააჩნია ფართო შეფასების ზღვარი ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში, მაგრამ ასევე დადგენილი აქ კრიტერიუმები და საზღვრები, რომლის მიხედვითაც უნდა მოხდეს გადანყვეტილების მიღება. სახელმწიფო, როგორც წესი იყენებს კონვენციის მე-11 მუხლის მე-2 ნაწილში განერილ შეზღუდვის საფუძვლებს. განხილული საქმეების მიხედვით ძირითადი არგუმენტაცია ემყარებოდა, რომ პირი ან პოლიტიკური პარტია მიზნად ისახავდა სახელმწიფოს ტერიტორიული მთლიანობის დარღვევას, ვითარების დესტაბილიზაციას, საფრთხეს წარმოადგენდა სახელმწიფოს და საზოგადოების უსაფრთხოებისთვის, სურდა უმცირესობასა და უმრავლესობის წარმომადგენლებს შორის შუღლის ჩამოგდება და ა.შ. თუმცა აღნიშნულთან მიმართებით სასამართლო ადგენს სტანდარტებს, რომლის თანახმად სახელმწიფოს აკრძალვა გამოწვეული უნდა იყოს მწვავე სოციალური საჭიროებით და იყოს დემოკრატიული საზოგადოებისთვის შესაბამისი მიზნის პროპორციული, რაც ნიშნავს რომ სასამართლო სახელმწიფოებს უდგენს საზღვრებს და არ აძლევს თვითნებობის საშუალებას. ეს გარემოება კი წარმოადგენს უმცირესობების დაცვის გარანტიას.

4) მტკიცების ტვირთი ეკისრება სწორედ სახელმწიფოს და მან უნდა დაამტკიცოს შეზღუდვის სამართლიანობა, თუ რატომ იყო შეზღუდვა აუცილებელი დემოკრატიულ საზოგადოებაში. ნაშრომში განხილულ საქმეებში *თურქეთის გაერთიანებული კომუნისტური პარტია თურქეთის წინააღმდეგ*, *იაზარი და სხვები თურქეთის წინააღმდეგ*, *გაერთიანებული მაკედონიის ორგანიზაცია „ილინდენ“ ბულგარეთის წინააღმდეგ* სასამართლომ არასაკმარისად მიიჩნია სახელმწიფოს მტკიცებულებები და დაადგინა, რომ დაზარალებულების მიმართ დაირღვა კონვენციის მე-11 მუხლით გათვალისწინებული უფლება. სასამართლო პრაქტიკაში არის შემთხვევები, როდესაც პირიქით ხდება და სასამართლო ემხრობა სახელმწიფოს არგუმენტაციას და დაწესებულ შეზღუდვას სამართლიანად მიიჩნევს, ამის ნათელი მაგალითებია *ჰერი ბატასუნა და ბატასუნა ესპანეთის წინააღმდეგ* და *პარტისი და სხვები თურქეთის წინააღმდეგ*.

5) აუცილებელია აღინიშნოს, რომ სასამართლო პრაქტიკის განვითარებასთან ერთად ჩამოყალიბდა „უმცირესობების დაცვის სამი პრინციპი“. ესენია: უმცირესობათა კულტურისთვის ხელის შეწყობა და მათი ცნობიერების დონის ამაღლება; ეროვნული საზოგადოების მოსაზრება არ უნდა იყოს დაცული უმცირესობათა შეხედულებების დაზიანების ხარჯზე; პლურალისტული და დემოკრატიული საზოგადოება პატივს უნდა სცემდეს უმცირესობებს და შექმნას მათი იდენტობის გამომხატვისთვის შესაბამისი პირობები.

6) რაც შეეხება თავისუფალი არჩევნების უფლების რეალიზებას, ეს უფლება ერთნაირად ვრცელდება უმრავლესობის და უმცირესობის წარმომადგენლებზე. სახელმწიფოს მიერ დაწესებული შეზღუდვები, აშკარა გამონაკლისების გარდა, ეწინააღმდეგება კონვენციის პირველი ოქმის მე-3 მუხლით განერილ თავისუფლებას. პირს შეზღუდოს არჩევნებში აქტიური ან პასიური სახით მონაწილეობა, მხოლოდ იმ მიზეზით, რომ მიეკუთვნება უმცირესობას, ცალსახად, არღვევს კონვენციის პირველი ოქმის მე-3 მუხლით დაცულ უფლებას. ხშირია შემთხვევები, როდესაც სასამართლო აღნიშნულ მუხლს კუმულაციურად იყენებს კონვენციის მე-14 მუხლთან ერთად. სასამართლო პრაქტიკა სტატისტიკურად იხრება სახელმწიფოების გამამტყუნებელი განაჩენისკენ და ამის ნათელი მაგალითია *სეჟდიჩი და ფინჩი ბოსნია და ჰერცეგოვინას წინააღმდეგ*, სადაც სასამართლომ სახელმწიფოს კონსტიტუციის ცვლილება დაავალა. თუმცა არის გამონაკლისი შემთხვევები, ისეთი როგორც იყო *უდანოკა ლატვიის წინააღმდეგ*, სადაც სასამართლო მიემხრო სახელმწიფოს გადანყვეტილებას, მომჩივანისთვის შეზღუდათ არჩევნებში კენჭის ყრის უფლება.

7) საბოლოო შეჯამების სახით, შეიძლება ითქვას, რომ უმცირესობების პოლიტიკურ საქმიანობაში მონაწილეობას დეტალურად განიხილავს ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო. მრავალწლიანი პრაქტიკის შედეგად უკვე ჩამოყალიბდა სახელმწიფოს მიერ დაწესებული შეზღუდვების სტანდარტები და ის პრინციპები, რომლებიც დაცული უნდა იყოს უმცირესობებთან მიმართებით. ერთ-ერთი ყველაზე დადებითი ასპექტი სასამართლოს საქმიანობაში არის ის, რომ

პრაქტიკა წლების მიხედვით ცვალებადია და უფრო იხვეწება, რაც იძლევა ვარაუდის საფუძველს, რომ ადამიანის უფლებების განვითარებასთან ერთად უმცირესობების პოლიტიკურ საქმიანობაში მონაწილეობის მიმართ არსებული პრაქტიკაც განვითარდება და ფეხს აუწყობს არსებულ ტენდენციებს.

თამამად შეიძლება ითქვას, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო წარმოადგენს სამართლიანობისა და დარღვეული უფლებების აღდგენის გარანტს იმ პირისთვის, რომელსაც შეეზღუდა პოლიტიკურ ცხოვრებაში მონაწილეობის უფლება იმ მიზეზით, რომ წარმოადგენდა უმცირესობას.

* გურამ ღვინჯილია – საერთაშორისო სამართლის დოქტორანტი, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი; საერთაშორისო სამართლის მაგისტრი (თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი); თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის მონვეული პედაგოგი; საქართველოს სახელმწიფო უსაფრთხოების სამსახურის საერთაშორისო სამართლებრივი განყოფილების მთავარი სპეციალისტი.

¹ *Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey*, ECtHR (GC), 8 December 1999, § 41.

² *Stankov and the United Macedonian Organization Ilinden v. Bulgaria*, ECtHR, 2 October 2001, § 97.

³ იქვე, § 88.

⁴ იქვე, § 97.

⁵ *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, ECtHR (GC), 30 January 1998, § 43.

⁶ იქვე, § 44.

⁷ იქვე.

⁸ იქვე, § 46.

⁹ *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, ECtHR (GC), 30 January 1998, § 46.

¹⁰ იქვე.

¹¹ *Yazar and Others v. Turkey*, ECtHR (GC), 9 April 2002, § 49.

¹² იხ. *Stankov and the United Macedonian Organization Ilinden v. Bulgaria*, ECtHR, 2 October 2001.

¹³ იხ. *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, ECtHR (GC), 30 June 2009.

¹⁴ *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey*, ECtHR (GC), 13 February 2003, § 123.

¹⁵ იქვე, § 123.

¹⁶ *Stankov and the United Macedonian Organization Ilinden v. Bulgaria*, ECtHR, 2 October 2001, § 107.

¹⁷ *Gorzelik v. Poland*, ECtHR (GC), 17 February 2004, § 93.

¹⁸ იქვე.

¹⁹ იხ. *Sidiropoulos and Others v. Greece*, ECtHR (GC), 10 July 1998.

²⁰ *Stankov and the United Macedonian Organization Ilinden v. Bulgaria*, ECtHR (GC), 2 October 2001, § 107.

²¹ იხ. *Gorzelik v. Poland*, ECtHR (GC), 17 February 2004.

²² *Tănase v. Moldova*, ECtHR (GC), 27 April 2010, § 57.

²³ მოლდოვას რესპუბლიკის კონსტიტუცია, Constitution of the Republic of Moldova [Republic of Moldova], 27 August 1994, ხელმისაწვდომია: <https://www.refworld.org/docid/3de4a8237.html> [ნანახია 15.01.2019], მუხლი 4 და მუხლი 8.

²⁴ იქვე, მუხლი 38.

²⁵ იქვე, მუხლი 39.

²⁶ *Ždanoka v. Latvia*, ECtHR (GC), 16 March 2006, § 105, § 106.

²⁷ *Tănase v. Moldova*, ECtHR (GC), 27 April 2010, § 160.

²⁸ იქვე, § 170.

²⁹ იქვე, § 180.

³⁰ იხ. *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, ECtHR (GC), 22 December 2009.

³¹ იქვე, § 7.

³² იქვე, § 9.

³³ იქვე, § 14.

³⁴ იქვე.

³⁵ იქვე, § 26.

³⁶ იქვე, § 42.

³⁷ იქვე.

³⁸ იქვე, § 44.

³⁹ იქვე, § 45.

⁴⁰ იქვე, § 50.

⁴¹ *Ždanoka v. Latvia*, ECtHR (GC), 16 March 2006, § 133.

⁴² იქვე.

⁴³ *Yumak and Sadak v. Turkey*, 8 July 2008, ECtHR (GC), Joint Dissenting Opinion of Judges Tulkens, Vajić, Jaeger and Šikuta in ECtHR, § 5.

THE SCOPE OF POLITICAL PARTICIPATION OF MINORITIES IN THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Abstract

What are the mechanisms of the European Court of Human Rights for the protection of rights of the minorities? In most cases for minorities protection ECHR uses article 14 of the European Convention on Human Rights, which prohibits discrimination. The Court uses the aforesaid article in conjunction with other articles of the Convention taking into account the violation of relevant rights. It is interesting what happens when political rights of a person or a group are limited by the state on the basis of belonging to any minority group. The article aims to analyze and determine existing tendency towards the restriction of minorities political rights, based on the case law of the Court.

Key Words: European Convention on Human Rights | rights of minorities | political activities | Article 11 of the Convention | three principles of the protection of minorities | Article 14 of the Convention | pressing social need | Article 3 of the Protocol No.1

INTRODUCTION

The European Convention on Human Rights (hereinafter – the Convention) does not include separate, special provisions on minorities. Thus, representatives of minorities do not have possibility to argue about the breach of their rights as minorities at the European Court of Human Rights (hereinafter – ECHR or the Court). However, it does not mean that the Convention does not protect the rights of minorities.

The Convention and its Additional Protocols equally protect everyone, who falls within the jurisdiction of the State (see Article 1), including minorities. As for specific articles, the Convention includes provisions of equal treatment and prohibition of discrimination, which actually cover the rights of minorities. Besides, representatives of minority groups can argue about the alleged breach of their rights based on the Article 14 of the Convention and Article 1 of the Protocol 12 signed on November 4, 2000 (entered into force in 2005). Hereby, it should be noted that article 14 is used only in conjunction with other articles of the Convention. The abovementioned circumstance is based on each and every individual case of violated rights.

According to the article 14 “[...] *The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this the Convention shall be secured without dis-*

crimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.” The scope of this article is so general that it is almost impossible for a state to discriminate against a person or a group of persons on any ground, which is not prescribed or is not included in the abovementioned provision. It should be noted that discrimination does not mean only those cases when a person or a group of persons are treated differently and harsher than other similar groups. It is also discrimination when two different groups are treated in the same manner, for example, a state’s similar treatment to two different groups may become ground for discrimination. In regard to this issue, the Court ruled that if a state undertakes a positive commitment in favor of the group of minorities (this may be ensuring involvement of the representative of minorities in political activities), the majority in the country cannot argue about the discrimination towards them. It is very important in modern society to keep the balance and do not let the majority to abuse its dominant position at the expense of restricting minority rights.

While deliberating on the case ECHR establishes certain requirements for the evidence which is necessary to establish discrimination and checking the margin of appreciation of

state. The Court always discusses cases within the perspective of an individual complaint rather than common social context. For example, statistics are not considered the sufficient basis to expose discriminatory practices. It is necessary to provide more substantive evidence.

The Case law of ECHR is quite progressive in relation to the rights of the minorities. In case of breach of minorities rights court usually in the first case, considers state's margin of appreciation. The present article reviews ECHR case law concerning the participation of minorities in political activities of state and in what case restriction by a state is justified and in what case rights of minorities are violated.

1. FREEDOM OF MINORITIES TO CREATE POLITICAL ORGANIZATIONS VERSUS THE INTERESTS OF THE STATE

Article 11 of the European Convention on Human Rights concerns freedom of assembly and association, according to which:

1. *Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others, including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.*

2. *No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. This Article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the State.*

Article 11 itself applies to the political parties. The cases examined in this section concern state's attempts to avoid the formation of minority political organizations. As in the freedom of expression case law, the Court's protection of minority members has been largely grounded in a political form of democratic pluralism. Court's protection ensuring principles in relation to the article 11 are the same. According to one of the principles, which was used by the Court in the case *Freedom and Democracy Party (ÖZDEP)*

v. Turkey, the essence of democracy is, that every person or group of persons, including representatives of minorities, should be allowed diverse political projects to be proposed and debated, even those that call into question the way a State is currently organized, provided that they do not harm democracy itself.¹

The Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) was founded in 1992 in Turkey. In one year the Party was prohibited by the Turkish Constitutional Court order. Turkish Constitutional Court's order was based on arguments that Party's programme sought to undermine the territorial integrity and secular nature of the State. Besides, founding members of the Party were prohibited to carry out political activities. ECHR found a violation of article 11 of the Convention. The Court discussed ÖZDEP's political programme and had not found anything that could be considered a call for the use of violence or violent secularism. On the contrary, Party's programme was saturated with democratic principles. However, programme included right to self-determination of national or religious minorities, the target group of which were Kurds living in Turkey, the Court did not find principles prescribed in party's programme unsuitable with democratic principles. Finally, the ECHR declared that the programme of the abovementioned political party did not seek to harm democracy itself.

Thus, only incitement to violence or rejection of democratic principles can justify interferences with such freedoms protected by the Convention as the right to respect the private and family life; freedom of thought, conscience and religion; freedom of expression, etc. However, in the case *Stankov and the United Macedonian Organization Ilinden v. Bulgaria*, the Court established, that the fact that a group calls for autonomy or even requests secession of part of the country's territory – thus demanding fundamental constitutional and territorial changes – cannot automatically justify a prohibition of its assemblies.² In the same case Court determined that interruption of the group from the aim to hold public debates concerning the issues related to the part of the population could not be justified.³

1.1. Stankov and the United Macedonian Organization Ilinden v. Bulgaria

Organization Ilinden was founded on the territory of the Bulgaria in 1990 and its aim was to unite all Macedonians living in Bulgaria on a regional and cultural basis and to achieve the recognition of their minority. The Bulgarian Court found that aims of organization were directed against the unity of the nation and territorial integrity of the country as it advocated ethnic hatred.

While discussing the case by ECHR applicants complained that their right to freedom of assembly had been violated by the Bulgaria by refusing to register their organization. They stated that internal courts of Bulgaria had incorrectly interpreted facts and their aim had never been to advocate hatred and act against the unity of the nation. They also added that state policy of Bulgaria did not recognize existence of Macedonian minority and their rights had been violated.

Bulgaria's three main arguments to justify the intervention were:

- Formal part of Ilinden's registration documents;
- Contradiction with the internal legislation of the county;
- Possible threat.

The ECHR discussed all three arguments and declared that bans of Bulgarian courts on registration of the organization were in violation of applicants' freedom of assembly. Bulgarian Courts refused to discuss complaints of non-existence of a legal entity, what was not justified in the context of the article 11 of the Convention, which protects freedom of assembly and association. Intervention of Bulgarian domestic courts was not necessary for democratic society and did not serve legitimate aims. As for contradiction with the internal legislation of the country, the Court did not find in which aspect organizations' constituent documents contradicted Bulgarian legislation. About the possible threats coming from the Ilinden, the Court noted that statement of an organization was not a sufficient reason to refuse the registration. A statement to create an autonomy or about the secession of the part of the territory cannot be the ground for the restriction of the rights provided

in the article 11. As a result, the Court found the violation of Article 11 of the Convention.⁴

1.2. Dissolution of political parties of minorities as the last resort for the protection of state interests

The cases in this subsection cover state's attempts to dissolve political parties pursuing a wide range of goals, including minority recognition, autonomy, secession, and legal pluralism. States have usually alleged that dissolution was necessary to protect national security, territorial integrity, national unity, public safety, public order, and secularism. At this moment three categories of political parties are identified challenging their dissolution in the ECHR's case law: pro-minority political parties, anti-secular political parties, and parties with proven links with terrorist organizations. According to the statistical analysis of the case law first category has found support from the ECHR. It is difficult to say the same about two other categories.

The Court views political parties' role as essential in ensuring pluralism and the proper functioning of democracy.⁵ A good example is the case *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, where Court stated that expression of people's different opinions in elections is inconceivable without the participation of a plurality of political parties.⁶ Their contribution to the political debate, the Court therefore affirms, is irreplaceable⁷ and states that Court's approach in cases related to the political organization of minorities may not lay precisely in the special protection afforded to minorities, but rather in the extensive protection granted to political parties given what is at stake: the public interest in the free expression of the people. This protection is manifested in the "rigorous European supervision" the Court normally applies to state restrictions on political parties.⁸ In such cases, reasons given by states to justify interferences with these freedoms must be convincing and compelling.⁹ States have only a limited margin of appreciation in determining whether a necessity to restrict freedom of association exists.¹⁰

One of the examples of this principle is the case *Yazar and Others v. Turkey*, involving the dissolution of the People's Labour Party

(HEP).¹¹ The government's arguments included that in asserting the right to self-determination of the Kurdish people, the HEP sought to create discrimination on the ground of ethnic origin. The Court did not find any signs of a call for the use of violence for political ends. It observed that self-determination and recognition of language rights for citizens of Kurdish origin could not be contrary to the fundamental principles of democracy. The HEP, the Court concluded, had neither campaigned for any policy that could have weakened the Turkish democratic order nor sought to justify the use of force for political ends. Its dissolution was therefore not regarded as meeting a pressing social need.

Another case in which the state failed to demonstrate the existence of such a need is the *United Macedonian Organisation Ilinden—PIRIN and Others v. Bulgaria*. The case dealt with the dissolution of a political party based in an area known as the Pirin region, the geographic region of Pirin Macedonia. The Bulgarian government had banned the party with the argument that the association posed a threat to national security, the country's territorial integrity, and the nation's unity. The party had been accused of promoting separatist ideas. The Court, however, found that the political party met two conditions necessary to gain its protection. First, the party's leaders did not indicate any intention to use violence or any other undemocratic means to achieve the party's aims. Second, even assuming that the party's aim was in fact the autonomy or secession of Pirin Macedonia, this could not mean that such a project was in conflict with democratic principles. The party's dissolution therefore violated article 11 of the Convention.¹²

1.3. Herri Batasuna and Batasuna v. Spain and Refah Partisi and Others v. Turkey

Political organization Herri Batasuna was established as an electoral coalition and took part in elections in 1979. In 2003, based on general prosecutor's appeal Spanish Supreme Court declared parties as illegal, on the basis of terrorism and tactical separatism and ordered their dissolution. Also, found out party's ideological and functional link to terrorist organization ETA.¹³

In its judgement the Court stated, that to determine the proportionality and necessity of interfering in democratic society, firstly should be determined if dissolution of the applicant's party was a pressing social need. The Court agreed with the argumentation and decision of the Spanish Supreme Court. Besides, the Court emphasized the threat coming from terrorist organizations and outcome what may follow the functioning of the mentioned organization. The Court stated that applicant party's activities were contrary to conception of democratic society and interference of the State was necessary. Therefore, the Court considered sanctions imposed to the parties were proportional to the part 2 of the article 11 of the Convention and added that dissolution of the party was necessary for the democratic society.

Case Refah Partisi and Others v. Turkey is about the dissolution of the legal pluralism supporter party in Turkey. The Court did not find the violation of article 11 either in this one. Dissolution of Refah Partisi was also considered as necessary for democratic society. In the Court's view, Refah's plan to set up a plurality of legal systems would have done away with the state's role as a guarantee of individual rights and impartial organizer of various beliefs and religions. In addition, the plan would have infringed article 14 principle of nondiscrimination on the basis of religion. The Court went as far as judging Sharisa itself as incompatible with the fundamental principles of democracy.¹⁴ The Court stated, that Sharia, which faithfully reflects the dogmas and divine rules laid down by religion, is stable and invariable. Principles such as pluralism in the political sphere or the constant evolution of public freedoms have no place in it.¹⁵

2. DENIAL OF ASSOCIATION'S REGISTRATION AND ASSEMBLY

Cases discussed in this chapter mostly concern minority organizations who were denied registration or refused permission to hold demonstrations. They are mainly based on the facts of interfering in minorities' freedom of assembly and association by the State. Democratic pluralism is a more sensitive issue, when case concerns the minorities, their posi-

tion in the political process, their cultural and identity issues and realization of a political project initiated by them.

2.1. Three principles of the protection of minorities

One of the minority-sensitive principles that can be discerned in this area of the Court's case law is that neither the assertion of a minority consciousness nor the promotion of a minority's culture can constitute a threat to democracy. Another principle holds that national authorities must be particularly alert to ensure that national public opinion is not protected at the expense of the assertion of minority views, no matter how unpopular they may be.¹⁶ In case *Gorzelik v. Poland* the Court affirmed that a pluralist and genuinely democratic society should not only respect the ethnic, cultural, linguistic and religious identity of each person belonging to a national minority, but also create appropriate conditions enabling them to express, preserve and develop this identity.¹⁷ The Court has affirmed this principle relying on the Council of Europe Framework Convention for the Protection of National Minorities.¹⁸

The application of the first principle is illustrated in the case of *Sidiropoulos and Others v. Greece*, concerning the association 'Home of Macedonian Civilization' whose registration was refused by the Greek government. The association was founded by people who claimed to be of Macedonian ethnic origin and to have a Macedonian national consciousness. The Greek national courts held that the use of the term 'Macedonian' concealed an intention to dispute the Greek identity of Macedonia and to undermine Greece's territorial integrity. Based on the terms of the memorandum of association, the European Court concluded however that the organization simply sought to promote the culture and traditions of a particular region. The Court found a violation of article 11, as the refusal to register the applicants' association was disproportionate to the objectives it pursued.¹⁹

An example of the application of the second principle is the case of *Stankov and the United Macedonian Organization Ilinden v. Bulgaria*. This association sought recognition

as the Macedonian minority in Bulgaria. The organization was banned from holding meetings for allegedly promoting separatist ideas which imperiled Bulgarian territorial integrity. The Court found a violation of Article 11 and held that if any possibility of tension between opposing groups during demonstrations was sufficient to justify their prohibition, society would be faced with being deprived of the opportunity of hearing differing views on any question which offends the sensitivity of the majority opinion.²⁰

The third principle has been famously affirmed in *Gorzelik and Others v. Poland*, a case in which the Court's Grand Chamber however rejected the applicant's claim challenging the Polish State's refusal to register a Silesian association. The dispute revolved around a statement in the memorandum of association, which, according to the State, showed that Silesians inaccurately deemed themselves a 'national minority' with the purpose of claiming electoral privileges, an exemption from the threshold of 5% of the votes required to obtain seats in parliament. For the Court, the refusal did not amount to a denial of the distinctive ethnic or cultural identity of Silesians or to a disregard for the association's aim of strengthening their national consciousness. The Court understood that the association could have actually obtained registration and carried out its cultural activities had it been willing to drop the label of national minority.²¹

3. ANALYSIS OF MINORITIES' POLITICAL REPRESENTATION UNDER ARTICLE 3 OF PROTOCOL NO. 1 TO THE CONVENTION

Article 3 of the Protocol No. 1 to the Convention stipulates: "*The High Contracting Parties undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature.*"

The abovementioned right is frequently violated against the minorities. Unlike the case law for freedom of assembly and association, it is hard to draw any conclusion as to the extent to which the European Court has offered protection to minority member's right to stand for election. It is true, that article 3 of the Protocol No.

1 does not directly indicate the minorities, but based on further discussed case law, in most cases restriction of the mentioned right by the state is caused because the object of restriction belongs to some minority group.

3.1. Tănase v. Moldova

Tănase was a Moldavian politician, who had dual citizenship of Moldova and Romania. In 2008 Moldavian parliament issued the law, banning multiple nationals from taking seats in the parliament. Therefore, Tănase had to give up his Romanian nationality in order to maintain his seat in the parliament of Moldova. Amendment was appealed to the Constitutional Court of Moldova, which found that, it was in full compliance with state's constitution. Also, determined, that amendment served the legitimate aim, in particular protecting loyalty towards the Republic of Moldova. The restriction was considered proportional and stated, that it had no influence on the content of right of free elections.²²

Interestingly, according to its Constitution, Moldova has given priority to international agreements over its internal legislation.²³ Also, Constitution of Moldova includes the right of the citizen to choose and be chosen.²⁴ Also, it is prescribed right of the citizen of Moldova to participate in management of the state and be able to take any position.²⁵

While discussing the case the Court has stated, that article 3 of the Protocol No. 1 has passive and active definition. Active means, that person has the right to vote, passive means the right to be elected. To support its arguments Court referred to its judgement in the case *Ždanoka v. Latvia*.²⁶ The Court also stated that regardless that states have wide margin of appreciation in these spheres, in the end Court assesses in each case separately whether Article 3 of the Protocol No. 1 is protected or not.²⁷ It was stressed out from Court's judgement that aim of the amendment was not to increase loyalty of the members of parliament, but to ensure easy win in the elections and create comfortable situation for the governing party.²⁸ Finally, the Court stated, that the provisions of law amendments approved by the parliament of Moldova were unreasonable and

violated Article 3 of the Protocol No. 1 to the Convention.²⁹

3.2. Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina

Concerning the right of free election, case of *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina* is noteworthy, where applicants argued to be discriminated on the basis of their ethnicity and did not have an opportunity to be elected in the House of People and Presidium of Bosnia and Herzegovina. Sejdić and Finci were Roma and Jewish origins, respectively. In conjunction with other articles applicants were complaining about the breach of their rights protected by Article 14 and Article 3 of the Protocol No. 1 to the Convention.³⁰

The Constitution of the Bosnia and Herzegovina is a part of peace treaty, so it is not quite standard document. In the preamble of the constitution are mentioned *Bosniacs, Croats and Serbs* as "constituent people", against whose will was impossible to make a decision.³¹ Applicants do not belong to any of constituent people, therefore they do not have a right to be elected in elections. About mentioned situation Finci received official notice on January 3, 2007.³²

Concerning the Constitution of the Bosnia and Herzegovina, fully aware that these arrangements were most probably conflicting with human rights, the international mediators considered it to be especially important to make the Constitution a dynamic instrument and provide for their possible phasing out. The rights and freedoms set forth in the Convention and its Protocols shall apply directly in Bosnia and Herzegovina. These shall have priority over all other law.³³ Exactly, the abovementioned statement was the basis of the applicant's complaint. The applicants argued that their rights had been violated, taking into account the fact that the rights and freedoms set forth in the Convention and its Protocols should apply directly in Bosnia and Herzegovina and that they should have priority over all other law.³⁴ The applicants took issue with their ineligibility to stand for election to the House of Peoples and the Presidency on the ground of their Roma and Jewish origin. What means that article 14 of the Convention, Article 3 of Protocol No. 1 were violated.³⁵

The Court reiterated that discrimination meant treating differently, without an objective and reasonable justification, persons in similar situations.³⁶ “No objective and reasonable justification” means that the distinction in issue does not pursue a “legitimate aim” or that there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized.³⁷ The Court also held that no difference in treatment is based exclusively or to a decisive extent on a person’s ethnic origin and it is capable of being objectively justified in a contemporary democratic society built on the principles of pluralism and respect for different cultures.³⁸

The Court agreed with the argumentation of the Moldovan representatives that constitutional provisions were designed to end a brutal conflict marked by genocide and ethnic cleansing, but added that it was necessary to make relevant amendments and modify certain provisions written down years ago. Including, privileged position for “constituent people” and unfavorable positions for people with other ethnicity.³⁹ Thus, the Court concluded that the applicants’ continued ineligibility to stand for election to the House of Peoples of Bosnia and Herzegovina lacked an objective and reasonable justification and had therefore breached Article 14 taken in conjunction with Article 3 of Protocol No. 1.⁴⁰

3.3. Positive assessment of the Court on the restrictions imposed by a State

Ždanoka was a Latvian politician, born in a Russian-speaking family, in Latvia. She was deprived of the status of the participant in the parliamentary elections because she was the member of communist party in the past and her narrative shared beliefs of the party. It should be emphasized that the abovementioned party has tried to replace the government of Latvia by force. The Court did not find the breach of applicant’s rights and considered that Latvia’s decision to refuse the person for the right to be elected in the parliament, even after passing 10 years from her try of the revolution and was one of the organizers, did not contradict the Convention.⁴¹

The Court considered that the main goal for the restriction was security of democratic processes and national legislation from the per-

sons who, not in the distant past, held leading positions in the party which tried to overthrow democratic regime in Latvia. It was challenging for the Court to find a compromise between the protection of democratic society and rights of a particular person.⁴²

The case in which the Court did not show much attentiveness to pluralism even when it was clearly at issue is *Yumak and Sadak v. Turkey*. In this case, the Court upheld the 10% national electoral threshold in Turkey. Its legitimate aim, the Court accepted, was to ensure political stability by preventing excessive parliamentary fragmentation. The Court acknowledged that the threshold, the highest in Europe appeared excessive.⁴³ The Court ultimately understood that the threshold did not have the effect of impairing the very essence of the rights guaranteed by Article 3 of Protocol No. 1.

CONCLUSION

The case law of the Court is one of the main sources for modern international lawmaking. Decisions made by the Court, as usual, become model practice and are used throughout the years in other cases with homogeneous content. Cases discussed in this article, are landmark cases of the ECHR case law, which shape the Court’s approach towards minority groups. The Court’s approach may be discussed in various directions:

1) The Court has to protect minorities’ rights in an indirect way. This refers to the fact, that there are no separate minority provisions in the Convention, however, even demonstrated case law showed us clearly that representatives of minority (not as a collective group, but as individual representatives of the group) fully enjoy Court’s protection and the fact of violation of rights does not remain unpunished. For the Court’s protection Article 14 of the Convention has crucial importance as it implies prohibition of discrimination.

2) As for the research issue of the Article, scope of participation of minorities in political activities was discussed. In what case they are limited to participate in political activities, is this restriction fair or it is an interference in the freedom of minorities. The main protection for the realization of mentioned rights, the Convention

carries out using the Article 11 of the Convention and Article 3 of the Protocol No.1 thereto.

3) In the cases on participation in political life there always are two contradicted sides – individual or entity and state. State has a wide margin of appreciation, but also it has defined criteria and boundaries according to which the decision should be made. State, as usual, uses grounds for restriction prescribed in paragraph 2 of Article 11 of the Convention. According to the discussed case law, the main argumentation was, that the goal of a person or political party is destruction of a state's territorial integrity, destabilization of the situation, contained a threat to the security of the state and society, wanted to encourage hatred between majority and minority, etc. However, in this regard, the Court establishes standards, according to which state's restriction must be caused by pressing social need and must be proportionate to the aim relevant to democratic society, which means, that the Court marks boundaries for the states and does not let them act freely. This circumstance, on its own, is the guarantee for the protection of the minorities' rights.

4) A burden of proof lays on the state and it should prove the fairness of the restriction, why the limitation was necessary in the democratic society. In the cases *The United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, *Yazar and Others v. Turkey* and *The United Macedonian Organization Ilinden v. Bulgaria*, the Court did not find state's evidence sufficient and ruled that Article 11 of the Convention had been violated. There are cases when the result is opposite and the Court agrees with the argumentation of the State and finds imposed restriction fair, for example, *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain* and *Refah Partisi and Others v. Turkey*.

5) It should be noted, that with the evolution of case law have been formed "three principles of the protection of minorities". These principles are: promotion of minorities' culture and

raise their level of consciousness; views of national society should not be protected by harming minorities' views; pluralistic and democratic society should respect minorities and must create relevant conditions to express their identity.

6) As for realization of the right of free elections, this right spreads on the representatives of majority and minority. Restrictions imposed by the state, except for obvious exceptions, contradicts the rights protected by the article 3 of the Protocol No.1. To limit person's right for active and passive participation in elections, only based on belonging to minority, clearly breaches the right protected by the article 3 of the Protocol No.1 of the Convention. There are cases, when Court uses this article in conjunction with the article 14 of the Convention. According to the statistics, the Court is prone to the guilty verdict for the state, for example *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, where the Court ordered the state to make some amendments to constitution. However, there are exceptional cases also, such as *Ždanoka v. Latvia*, when the Court agreed with the decision of the State, to limit applicant's right to be elected.

7) To sum up, it can be said that ECHR thoroughly examines the participation of minorities in political activities. As a result of many years' practice, it is already established restriction standards imposed by the state and those principles, which should be protected in relation to the minorities. One of the most positive aspects in the activities of the Court is, that case law is changing through the years and becomes more flexible, what lets us consider, that with the evolution of human rights, case law concerning the participation of minorities in political activities will develop, as well.

It can be boldly said that for the person who was limited to participate in political activities, because he/she is representative of minority, the Court is the guarantee for justice and restoration of his/her violated rights.

* Guram Gvinjilia – Ph.D. candidate in International Law at Ivane Javakhishvili Tbilisi State University; LLM in International Law (Tbilisi State University); Visiting Lecturer at Tbilisi State University; Chief Specialist at International law division of the State Security Service of Georgia.

¹ *Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey*, ECtHR (GC), 8 December 1999, § 41.

- ² *Stankov and the United Macedonian Organization Ilinden v. Bulgaria*, ECtHR, 2 October 2001, § 97.
- ³ *Ibid*, § 88.
- ⁴ *Ibid*, § 97.
- ⁵ *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, ECtHR (GC), 30 January 1998, § 43.
- ⁶ *Ibid*, § 44.
- ⁷ *Ibid*.
- ⁸ *Ibid*, § 46.
- ⁹ *Ibid*.
- ¹⁰ *Ibid*.
- ¹¹ *Yazar and Others v. Turkey*, ECtHR (GC), 9 April 2002, § 49.
- ¹² See *Stankov and the United Macedonian Organization Ilinden v. Bulgaria*, ECtHR, 2 October 2001.
- ¹³ See *Herri Batasuna and Batasuna v. Spain*, ECtHR (GC), 30 June 2009.
- ¹⁴ *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey*, ECtHR (GC), 13 February 2003, § 123.
- ¹⁵ *Ibid*.
- ¹⁶ *Stankov and the United Macedonian Organization Ilinden v. Bulgaria*, ECtHR, 2 October 2001, § 107.
- ¹⁷ *Gorzelik v. Poland*, ECtHR (GC), 17 February 2004, § 93.
- ¹⁸ *Ibid*.
- ¹⁹ See *Sidiropoulos and Others v. Greece*, ECtHR (GC), 10 July 1998.
- ²⁰ *Stankov and the United Macedonian Organization Ilinden v. Bulgaria*, ECtHR (GC), 2 October 2001, § 107.
- ²¹ See *Gorzelik v. Poland*, ECtHR (GC), 17 February 2004.
- ²² *Tănase v. Moldova*, ECtHR (GC), 27 April 2010, § 57.
- ²³ Constitution of the Republic of Moldova, 27 August 1994, available: <https://www.refworld.org/docid/3de4a8237.html> [seen 15.01.2019], Article 4 and Article 8.
- ²⁴ *Ibid*, Article 38.
- ²⁵ *Ibid*, Article 39.
- ²⁶ *Ždanoka v. Latvia*, ECtHR (GC), 16 March 2006, § 105, § 106.
- ²⁷ *Tănase v. Moldova*, ECtHR (GC), 27 April 2010, § 160.
- ²⁸ *Ibid*, § 170.
- ²⁹ *Tănase v. Moldova*, ECtHR (GC), 27 April 2010, § 180.
- ³⁰ See *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, ECtHR (GC), 22 December 2009.
- ³¹ *Ibid*, § 7.
- ³² *Ibid*, § 9.
- ³³ *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, ECtHR (GC), 22 December 2009, § 14.
- ³⁴ *Ibid*.
- ³⁵ *Ibid*, § 26.
- ³⁶ *Ibid*, § 42.
- ³⁷ *Ibid*.
- ³⁸ *Ibid*, § 44.
- ³⁹ *Ibid*, § 45.
- ⁴⁰ *Ibid*, § 50.
- ⁴¹ *Ždanoka v. Latvia*, ECtHR (GC), 16 March 2006, § 133.
- ⁴² *Ibid*.
- ⁴³ *Yumak and Sadak v. Turkey*, 8 July 2008, ECtHR (GC), Joint Dissenting Opinion of Judges Tulkens, Vajić, Jaeger and Šikuta in ECtHR, § 5.

ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციისა და მის საფუძველზე შექმნილი პრეცედენტული სამართლის ადგილი საქართველოს სამართლებრივ სისტემაში

აბსტრაქტი

ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია რჩება საქართველოში ყველაზე ფართოდ ციტირებად და გამოყენებად საერთაშორისო სამართლებრივ დოკუმენტად როგორც სასამართლო პრაქტიკაში, ისე მასობრივი ინფორმაციის საშუალებებით. ამ თვალსაზრისით, მოცემული სტატია შეეცდება გასცეს პასუხი კითხვას, თუ რა ადგილი უკავია ამ კონვენციასა და მის საფუძველზე შექმნილ პრეცედენტულ სამართალს საქართველოს სამართლებრივ სისტემაში. ნაშრომში გაანალიზებული იქნება საქართველოს კონსტიტუციის ახალი რედაქციის შესაბამისი მუხლები¹, საქართველოს კანონმდებლობა და სასამართლო პრაქტიკა

საკვანძო სიტყვები: ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია | საქართველოს კონსტიტუცია | საერთაშორისო ხელშეკრულება | პრეცედენტული სამართალი | საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო | საქართველოს უზენაესი სასამართლო

შესავალი

უდავოა, რომ ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის ევროპული კონვენცია (შემდგომში „კონვენცია“), რომელიც ჯერ კიდევ 1950 წლის 4 ნოემბერს იქნა ხელმოწერილი, ჯერაც არ კარგავს თავის აქტუალობას და მრავალ ქვეყანაში რჩება ადამიანის უფლებათა დაცვის უმნიშვნელოვანეს ბერკეტად, მიუხედავად იმისა, რომ კონვენციის ნორმათა ნაწილის შინაარსი ერთგვარად გამომდინარეობს გაეროს ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციაში ასახული დებულებების შინაარსიდან. შეიძლება თამამად ითქვას, რომ კონვენციამ როგორც რეგიონალურმა ხელშეკრულებამ ადამიანის უფლებათა დაცვის ეფექტურობის თვალსაზრისით რეგიონის მასშტაბით მნიშვნელოვნად გადაასწრო ისეთ უნივერსალურ საერთაშორისო-სამართლებრივ ხელშეკრულებას როგორცაა 1966 წელს მიღებული პოლიტიკურ და სამოქალაქო უფლებათა შესახებ საერთაშორისო პაქტი. ეს ეფექტურობა მნიშვნელოვნად განაპირობა კონვენციის საფუძველზე შექმნილმა ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ, რომლის საქმიანობის შედეგითაც კონვენციისა და მის საფუძველზე შექმნილი პრეცედენტული სამართლის მზარდი მნიშვნელობა როგორც მთელს ევროპაში ისე, განსაკუთრებით ევროპის საბჭოს წევრი, განვითარებადი დემოკრატიის ქვეყნებში.

ასეთი ეფექტურობის ერთ-ერთ მიზეზად ასევე შეიძლება განვიხილოთ კონვენციისა და პრეცედენტული სამართლის ადგილი შიდა სახელმწიფოებრივ სამართალში. მართლაც, ევროპის საბჭოს წევრი სახელმწიფოებისათვის კონვენცია იქცა შიდა სამართლის განუყოფელ ნაწილად. ასეთ ტრანსფორმაციას ხანგრძლივი დრო და საკანონმდებლო მუშაობა დასჭირდა და სხვადასხვა ქვეყანაში სხვადასხვა სახე მიიღო. კერძოდ, კონვენციისა და პრეცედენტული სამართლის რეალური როლი და გავლენა ქვეყნების მიხედვით განსხვავდებოდა და განსხვავდება. მაგალითად, დღეის მდგომარეობით ბელგიაში, საფრანგეთში, ნიდერლანდებში, შვეიცარიაში და გაერთიანებულ სამეფოში კონვენცია წარმოადგენს კონსტიტუციის ერთგვარ სუროგატს ან ჩრდილოვან კონსტიტუციას.² გერმანიის სამართლებრივ სისტემაზე კონვენციის შეზღუდული გავლენა აქვს,³ მაშინ როცა ნორვეგიაში არა მხოლოდ კონვენციის ტექსტია ინტეგრირებული ნორვეგიის კანონმდებლობაში, არამედ კონვენციის განმარტების მეთოდებიც.⁴ მიუხედავად ქვეყნებს შორის ასეთი სხვადასხვა მიდგომისა, ეს კონვენციის ნორმატიულ ძალაზე გავლენას ვერ ახდენს და იგი რჩება ევროპის ფარგლებში ადამიანის უფლებათა დაცვის ერთ-ერთ ძირითად დოკუმენტად. უფრო მეტიც, ლიტერატურაში გამოთქმულია მოსაზრება, რომ მიუხედავად იმისა,

რომ კონვენცია ტრადიციული სახელმეკრულეო სამართლის პრინციპებს ემყარება, კონვენციის საფუძველზე შექმნილი სამართალი სცილდება საერთაშორისო და შიდასახელმწიფოებრივი სამართლის ტრადიციულ ფარგლებს, მოკლედ რომ ვთქვათ, კონვენცია შეიძლება განხილულ იქნეს როგორც *sui generis*.⁵

ამ გადმოსახედიდან საინტერესო უნდა იყოს კონვენციისა და პრეცედენტული სამართლის ადგილი საქართველოს სამართლებრივ სისტემაში. მით უფრო იმის გათვალისწინებით, რომ საქართველოს პრეზიდენტის 2018 წლის არჩევნებში არჩეული პრეზიდენტის მიერ ფიცის დადებისთანავე ამოქმედდა კონსტიტუციის ახალი რედაქცია, რომელიც სხვა საკითხებთან ერთად ანესრიგებს საერთაშორისო-სამართლებრივი ხელშეკრულებების სამართლებრივი ბუნების საკითხებს.

ზემოთქმულის გათვალისწინებით მოცემული ნაშრომი შეეცდება პასუხი გასცეს კითხვას თუ სად არის კონვენციისა და პრეცედენტული სამართლის ადგილი საქართველოს სამართლებრივ სისტემაში როგორც ნორმატიული თვალსაზრისით, ისე ფაქტობრივი მდგომარეობით.

1. საერთაშორისო სამართლისა და შიდასახელმწიფოებრივი სამართლის ურთიერთმიმართება

ისტორიულად საერთაშორისო და შიდასახელმწიფოებრივი სამართლის ურთიერთმიმართების საკითხები ყოველთვის იყო მკვლევართა დაინტერესების საგანი, რის შედეგადაც შეიქმნა დუალიზმისა და მონიზმის მიმდინარეობები. ამ ორივე მიმართულების ამოსავალი წერტილია ის, რომ არსებობს ზოგადი სფერო, რომელშიც საერთაშორისო-სამართლებრივი და შიდასახელმწიფოებრივი ნორმები შესაძლოა ერთდროულად მოქმედებდნენ ერთი და იმავე საგნის მიმართ, და აქედან გამომდინარე, პრობლემა ისაა თუ რომელი სამართალი პრევალირებს.⁶

დუალისტური დოქტრინა მიუთითებს საერთაშორისო სამართალსა და შიდასახელმწიფოებრივ სამართალს შორის არსებულ არსებით განსხვავებაზე, რაც იმაში გამოხატება, რომ ამ ორ სისტემას რეგულირების სხვადასხვა სფერო გააჩნიათ.⁷ რაც შეეხება მონისტურ დოქტრინას, შიდასახელმწიფოებ-

რივ ურთიერთობებშიც კი იგი საერთაშორისო სამართლის უზენაესობის ხასიათს იღებს.⁸ მონისტურ მოძღვრებაში თავის მხრივ ორი მიმართულება გამოიყოფა: ა) მე-19 საუკუნის მეორე ნახევარში გერმანიაში ჩამოყალიბდა თეორია, რომელიც შიდასახელმწიფოებრივი სამართლის პრიმატს (უპირატესობას) ქადაგებდა.⁹ ამ თეორიის თანახმად საერთაშორისო სამართალი „საგარეო სახელმწიფოებრივ სამართლად“ ცხადდებოდა; რადგანაც ყოველ ნორმაში სახელმწიფო უფლებამოსილი იყო სურვილისამებრ დაერღვია საერთაშორისო-სამართლებრივი ნორმა როგორც შესაძლო იყო ეს საშინაო სამართლის ნორმის მიმართ.¹⁰ ბ) საერთაშორისო სამართლის შიდასახელმწიფოებრივზე პრიმატი ზოგიერთისთვის ნიშნავს საერთაშორისო სამართლის ნებისმიერ ნორმას როგორც უფრო მაღლად მდგომი სამართლებრივი სისტემის ქცევის წესს.¹¹

საერთაშორისო სამართლის მკვლევართა დიდი ნაწილი კი ცდილობს გასცდეს მონიზმისა და დუალიზმის დიქტომიას და ამტკიცებენ, რომ ამ ორივე თეორიის ლოგიკური შედეგები ეწინააღმდეგებიან საერთაშორისო და შიდასახელმწიფოებრივი ორგანოების, მათ შორის სასამართლოების საქმიანობას.¹²

რაც შეეხება საერთაშორისო სასამართლოების პრაქტიკას ამ მიმართულებით, ჯერ კიდევ საერთაშორისო მართლმსაჯულების მუდმივმა სასამართლომ 1925 წელს თავის საკონსულტაციო დასკვნაში მიუთითა შემდეგი „ეს მუხლი ხაზს უსვამს ისედაც სრულიად ცხად პრინციპს, რომლის მიხედვითაც სახელმწიფო, რომელსაც აქვს აღებული ძალაში მყოფი საერთაშორისო ვალდებულება, მოვალეა მოახდინოს თავისი კანონმდებლობის ისეთი ცვლილება, რომელიც შეიძლება აუცილებელი იყოს ნაკისრი ვალდებულების შესასრულებლად“.¹³

ზემოსხენებული მოკლე მიმოხილვიდან შეიძლება ერთი რამე დავასკვნათ – თეორიული განსხვავებების მიუხედავად, საერთაშორისო-სამართლებრივი ნორმის პრიმატი შიდასახელმწიფოებრივ ნორმაზე სადავო არაა არცერთი მიმდინარეობისათვის. ხოლო თუ როგორ უნდა იქნეს ასეთი პრიმატი მიღწეული, ეს თითოეული სახელმწიფოს შიდასახელმწიფოებრივი პრობლემაა. თუ როგორ აღწევს ამას საქართველოს სახელმწიფო, ამის შესახებ ქვევით გვექნება საუბარი.

2. საქართველოს კონსტიტუცია და კონვენცია როგორც საერთაშორისო ხელშეკრულება

ზოგადად საერთაშორისო ხელშეკრულების ადგილი ქვეყნის სამართლებრივ სისტემაში შესაბამისი ქვეყნის შიდასახელმწიფოებრივი სამართლით განისაზღვრება,¹⁴ რის გამოც ქვეყანაში მოქმედ კანონმდებლობას ამ მხრივ განსაკუთრებული მნიშვნელობა ენიჭება.

საქართველოს კონსტიტუციის ახალი რედაქციის მე-4 მუხლის მე-5 ნაწილით „საქართველოს კანონმდებლობა შეესაბამება საერთაშორისო სამართლის საყოველთაოდ აღიარებულ პრინციპებსა და ნორმებს. საქართველოს საერთაშორისო ხელშეკრულებას ან შეთანხმებას, თუ იგი არ ეწინააღმდეგება საქართველოს კონსტიტუციას ან კონსტიტუციურ შეთანხმებას, აქვს უპირატესი იურიდიული ძალა შიდასახელმწიფოებრივი ნორმატიული აქტების მიმართ“. საგულისხმოა, რომ კონსტიტუციის დღეს მოქმედი რედაქციის მე-4 მუხლის მე-5 ნაწილი არსებითად იმეორებს ძველი რედაქციის შინაარსს.

შიდასახელმწიფოებრივ სამართალზე საერთაშორისო ხელშეკრულების – ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის პრიმატის დასტურია ისიც, რომ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ თავისი საქმიანობის შუა პერიოდიდან აქტიურად დაიწყო პრაქტიკაში შესაბამისი შიდასახელმწიფოებრივი ნორმატიული აქტების კონსტიტუციასთან შესაბამისობის დადგენა კონვენციისა და პრეცედენტული სამართლის მოთხოვნების შესაბამისად. მაგალითად, საკონსტიტუციო სასამართლოს 2004 წლის 21 დეკემბრის გადაწყვეტილება საქმეზე #2/6/264, სადაც სასამართლომ მიუთითა როგორც კონვენციის მე-6 მუხლზე, ისე მთელ რიგ პრეცედენტებზე, რათა დაეკმაყოფილებინა შპს „უნისერვის“ საკონსტიტუციო სარჩელი და დაედგინა საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 290-ე მუხლის მე-7 ნაწილის ერთ-ერთი დებულებისა და 293-ე მუხლის მე-2 ნაწილის (მოსამართლის მიერ საგამოძიებო მოქმედებასთან დაკავშირებით მიღებული განჩინების გასაჩივრების შეუძლებლობა) შეუსაბამობა კონსტიტუციის 42-ე მუხლის პირველ პუნქტთან.

ამდენად, საქართველოს სახელმწიფო მიეკუთვნება იმ სახელმწიფოთა რიცხვს, რომ-

ლებშიც კონვენციას ენიჭება კონსტიტუციაზე დაბალი, მაგრამ სხვა შიდასახელმწიფოებრივ ნორმატიულ აქტებზე მაღალი იერარქიული ადგილი.¹⁵

3. „საქართველოს საერთაშორისო ხელშეკრულებების შესახებ“

საქართველოს კანონი და კონვენცია

იმისათვის, რომ საერთაშორისო ხელშეკრულებამ საქართველოს კონსტიტუციის მოქმედი რედაქციის მე-4 მუხლის მე-5 ნაწილით მინიჭებული პრიმატით ისარგებლოს აუცილებელია, რომ იგი შეესაბამებოდეს „საქართველოს საერთაშორისო ხელშეკრულებების შესახებ“ კანონის იმპერატიულ მოთხოვნებს. წინააღმდეგ შემთხვევაში შესაძლოა საერთოდ სადავო გახდეს დოკუმენტის როგორც საერთაშორისო ხელშეკრულების სტატუსი.

„საქართველოს საერთაშორისო ხელშეკრულებების შესახებ“ კანონის მე-3 მუხლის „ა“ ქვეპუნქტით საერთაშორისო ხელშეკრულებად მიიჩნევა „საქართველოს მიერ უცხო სახელმწიფოსთან (სახელმწიფოებთან) ან საერთაშორისო ორგანიზაციასთან (ორგანიზაციებთან) წერილობითი ფორმით დადებული შეთანხმება, რომელიც რეგულირდება საერთაშორისო სამართლის ნორმებით, განურჩევლად იმისა, წარმოდგენილია იგი ერთი თუ რამდენიმე დაკავშირებული დოკუმენტით და მიუხედავად მისი კონკრეტული სახელწოდებისა“.

ამავე კანონის მე-6 მუხლის პირველი და მეორე პუნქტების იმპერატიული შინაარსი შესაბამისობაშია საქართველოს კონსტიტუციის ზემოხსენებულ დანაწესთან და არ იძლევა მისი შინაარსის განსხვავებული განმარტების საშუალებას. კერძოდ, „საქართველოს საერთაშორისო ხელშეკრულებების შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-6 მუხლის პირველ და მეორე პუნქტებით „1. საქართველოს საერთაშორისო ხელშეკრულება საქართველოს კანონმდებლობის განუყოფელი ნაწილია. 2. საქართველოს საერთაშორისო ხელშეკრულებას, თუ იგი არ ეწინააღმდეგება საქართველოს კონსტიტუციას, კონსტიტუციურ კანონსა და კონსტიტუციურ შეთანხმებას, აქვს უპირატესი იურიდიული ძალა შიდასახელმწიფოებრივი ნორმატიული აქტების მიმართ“.

ამავე კანონის მე-3 მუხლის „ვ“ ქვეპუნქტის მიხედვით რატიფიკაცია, დამტკიცება,

მიერთება წარმოდგენენ „საქართველოს მიერ მისთვის საერთაშორისო ხელშეკრულების სავალდებულოდ აღიარებაზე თანხმობის გამოხატვის ფორმას“, რაც ამავე კანონის მე-14 მუხლის „ა“ ქვეპუნქტით სავალდებულოა საქართველოს მიერ საერთაშორისო ორგანიზაციაში ან სახელმწიფოთა შორის კავშირში შესასვლელად.

განსაკუთრებით საგულისხმოა, კანონის მე-6 მუხლის მე-3 პუნქტი, რომლითაც „ოფიციალურად გამოქვეყნებული საქართველოს საერთაშორისო ხელშეკრულების დებულებები, რომელიც ადგენენ კონკრეტული ხასიათის უფლებებსა და მოვალეობებს და არ საჭიროებენ დამაზუსტებელი შიდასახელმწიფოებრივი ნორმატიული აქტების მიღებას საქართველოში მოქმედებენ უშუალოდ“. ამდენად, ხელშეკრულების გამოქვეყნებაც ერთ-ერთი კრიტერიუმია, რომელიც მისი ამოქმედებისთვის ნორმატიულადაა დადგენილი. კონვენცია ყველა ამ კრიტერიუმს აკმაყოფილებს:

- იგი დადებულია წერილობით;
- იგი დადებულია უცხო სახელმწიფოებთან (კონვენციის სხვა მონაწილეებთან);
- რეგულირდება საერთაშორისო სამართლის ნორმებით;
- რატიფიცირებულია (საქართველოს პარლამენტის მიერ 1999 წლის 20 მაისს¹⁶);
- გამოქვეყნებულია (საკანონმდებლო მაცნეში);

ყველა ამ ელემენტის ერთობლიობა იძლევა კონსტიტუციის მე-4 მუხლის მე-5 პუნქტში ფარგლებში კონვენციის მოქცევის შესაძლებლობას.

4. „ნორმატიული აქტების შესახებ“ საქართველოს კანონი და კონვენცია

მართალია ზემოხსენებული ნორმატიული აქტების ანალიზის შედეგად ცხადი გახდა კონვენციის ადგილი საქართველოს სამართლებრივ სისტემაში, მაგრამ „ნორმატიული აქტების შესახებ“ კანონის მიმოხილვის გარეშე ეს ანალიზი არასრულყოფილი იქნება, ვინაიდან თავად ამ კანონის პირველი მუხლიდან გამომდინარე მისი რეგულირების სფეროს ნორმატიული აქტების იერარქიასთან ერთად შეადგენს საქართველოს საერთაშორისო ხელშეკრულებებისა და შეთანხმებების ადგილის განსაზღვრა საქართველოს ნორმატიულ აქტთა სისტემაში. მართალია, ამავე

ნორმის ბლანკეტური შინაარსის მქონე მე-2 პუნქტი მითითებას აკეთებს საქართველოს კონსტიტუციაზე, მაგრამ ეს მითითება შეეხება მხოლოდ ხელშეკრულებასთან დაკავშირებულ პროცედურულ მოთხოვნებს და ხელშეკრულების სამართლებრივ ბუნებაზე გავლენას ვერ ახდენს.

საქართველოში მოქმედებს „ნორმატიული აქტების შესახებ“ საქართველოს კანონის მეორე რედაქცია, რომელიც 2009 წლის 22 ოქტომბერს იქნა მიღებული პარლამენტის მიერ და შეცვალა 1999 წლის 29 ოქტომბრის ანალოგიური სახელწოდების მქონე კანონი. მიუხედავად ამისა, ნორმატიული აქტების იერარქიაში საერთაშორისო ხელშეკრულების სტატუსის რაიმე არსებითი ცვლილება არ მომხდარა. ორივე კანონით საერთაშორისო ხელშეკრულების ნორმატიული ძალა ჩამოუვარდებოდა მხოლოდ კონსტიტუციას, კონსტიტუციურ კანონს, კონსტიტუციურ შეთანხმებას.¹⁷

კონსტიტუციისაგან განსხვავებით, „ნორმატიული აქტების შესახებ“ და „საქართველოს საერთაშორისო ხელშეკრულებების შესახებ“ საქართველოს კანონები კონსტიტუციურ კანონსაც საერთაშორისო ხელშეკრულების მიმართ უპირატეს იურიდიულ ძალას ანიჭებენ. ეს გასაკვირი არაა და ლოგიკურ ბმაშია თავად კონსტიტუციასთან, ვინაიდან კონსტიტუციური კანონი მიიღება საქართველოს კონსტიტუციის მე-7 მუხლის მე-2 ნაწილით გათვალისწინებულ შემთხვევაში, ავტონომიური რესპუბლიკების უფლებამოსილებებისა და მათი განხორციელების წესის განსაზღვრისას და საქართველოს კონსტიტუციის გადასინჯვისას. ამდენად, ამ დათქმის შედეგად არ იქმნება ისეთი ვითარება, რომ რაიმე სხვა ნორმატიული აქტს (გარდა კონსტიტუციისა და კონსტიტუციური შეთანხმებისა), უპირატესი იურიდიული ძალა მიენიჭოს საერთაშორისო ხელშეკრულებასთან მიმართებით. საგულისხმოა ისიც, რომ „საერთაშორისო სახელშეკრულებო სამართლის შესახებ“ ვენის 1969 წლის კონვენციის 27-ე მუხლის მიხედვით „ხელშეკრულების მხარემ არ შეიძლება მიუთითოს თავისი შიდასახელმწიფოებრივი სამართლის დებულებებზე, მის მიერ ხელშეკრულების შეუსრულებლობის გასამართლებლად“.

ჩვენთვის მეტად საინტერესოა „ნორმატიული აქტების შესახებ“ საქართველოს კანონის ახალი რედაქციის (თუმცა მსგავს და

პრეცედენტული სამართლით რეგულირების შესახებ.

ამას შეიძლება მრავალი ახსნა ჰქონდეს, მაგრამ ჩვენი აზრით ძირითადი მიზეზია აუცილებელი სწრაფვა ადამიანის უფლებათა სფეროში მოქმედი ევროპული ფასეულობებისადმი და ამ ფასეულობების სხვადასხვაგვარი გამოყენების აღკვეთა, მათ შორის შიდა-სახელმწიფოებრივი ნორმების გამოყენებით.

მართლაც დამოუკიდებლობის მოპოვების შემდეგ საქართველოს სახელმწიფომ უამრავი საკანონმდებლო თუ კანონქვემდებარე აქტი მიიღო. მათი ნაწილი ამათუ იმ გავლენიანი ჯგუფების (ან უწყებების) ინტერესებს ასახავდა და არ იყო გამორიცხული მათი შინაარსის სხვადასხვაგვარი განმარტება. საკითხის მოსაწესრიგებლად კანონმდებელმა აირჩია გზა, რომლის მიხედვითაც საკანონმდებლო აქტში პირდაპირ მიეთითებინა რომ საკითხთა ეს წრე უნდა მოწესრიგებულიყო არა ისე, როგორც ეს შეიძლება მომხდარიყო შიდასახელმწიფოებრივი აქტების გამოყენებისა და განმარტების შედეგად, არამედ მართოდ კონვენციისა და პრეცედენტული სამართლის პრინციპების მიხედვით.

ამ მიდგომის საუკეთესო ნიმუშია საქართველოს კანონი „სიტყვისა და გამოხატვის თავისუფლების შესახებ“. მართალია თავად კანონში განმტკიცებული მთელი რიგი საკითხები საკამათოა (მაგალითად, მტკიცების ტვირთის გადანაწილება საჯარო პირის ცილისწამებისას, ხანდაზმულობის ვადა და სხვ.), მაგრამ ამ კანონმა პირდაპირ მიუთითა კონვენციისა და პრეცედენტული სამართლის პრინციპზე განმარტა რა მე-2 მუხლში, რომ „ამ კანონის ინტერპრეტირება უნდა მოხდეს საქართველოს კონსტიტუციის, საქართველოს მიერ ნაკისრი საერთაშორისო ვალდებულებების, მათ შორის ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა ევროპული კონვენციისა და ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართლის შესაბამისად“.

ასეთი პირდაპირი მითითება კონკრეტულ ხელშეკრულებასა და კონკრეტული საერთაშორისო სასამართლოს პრეცედენტულ სამართალზე იშვიათია (თუ ერთადერთი არა) საქართველოს კანონმდებლობითი საქმიანობისათვის. ცხადია კრიტიკის თავისუფლება თანამედროვე დემოკრატიის ერთ-ერთი

უმნიშვნელოვანესი დებულებაა და ეს გარემოება ხსნის ზემოხსენებული კანონის ამგვარი ჩანაწერს.

მიუხედავად ამისა, პრეცედენტულ სამართალზე პირდაპირმა მითითებამ პრაქტიკაში შეიძლება მეტად საინტერესო საკითხები წამოჭრას. მაგალითად, კანონის მე-5 მუხლი გარკვეულ შემთხვევებში ცილისწამების შესახებ დავისას უშვებს საქმის წარმოების შეწყვეტას საქმის მომზადების ეტაპზევე, რაც ფაქტობრივად სასამართლოზე მისაწვდომობის უფლების შეზღუდვად უნდა ჩაითვალოს. ცხადია წარმოიშვება კითხვა – რამდენად მოდის ეს ნორმა შესაბამისობაში ადამიანის უფლებათა ევროპულ კონვენციის მე-6 მუხლის პირველ ნაწილთან – სასამართლოზე მისაწვდომობის უფლებასთან? მართალია ეს საკითხი კონკრეტულ შემთხვევაში კონკრეტულად უნდა გადაწყდეს, მაგრამ შესაძლოა კრიტიკის თავისუფლებისათვის მიღებული კანონის მე-5 მუხლის რომელიმე დებულება აღმოჩნდეს წინააღმდეგობაში პრეცედენტულ სამართალთან.

ნებისმიერ შემთხვევაში ცალსახაა კანონმდებლის ურყევი ნება – საკითხები გადაწყდეს საქართველოს საერთაშორისო ვალდებულებების, მათ შორის კონვენციისა და პრეცედენტული სამართლის შესაბამისად, რაც კიდევ ერთხელ განამტკიცებს კონვენციის როგორც ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი საერთაშორისო-სამართლებრივი დოკუმენტის პრინციპს შიდასახელმწიფოებრივ კანონმდებლობაზე.

6. პრეცედენტული სამართლის გამოყენების წინამძღვრები – კონვენციის ნორმების „თვით-შესრულებაში“ ხასიათი

„საერთაშორისო ხელშეკრულებების შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-6 მუხლით საერთაშორისო ხელშეკრულების გამოყენების ერთ-ერთი იმპერატიული წინაპირობაა ის, რომ ხელშეკრულება

ა) უნდა ადგენდეს კონკრეტული ხასიათის უფლებებისა და მოვალეობებს;

ბ) არ საჭიროებდეს დამაზუსტებელი შიდასახელმწიფოებრივი ნორმატიული აქტების მიღებას;

ზოგადად საერთაშორისო სამართლის თეორიაში მიღებულია ნორმების, განსაკუთრებით კი სახელშეკრულებო ნორმების დაყო-

ფა „თვითშესრულებად“ და „არათვითშესრულებად“ სამართლებრივ ქცევით წესებად.²² პირველი ტერმინით აღნიშნავენ ნორმებს, რომლის შინაარსი ფორმულირებულია ისე, რომ სახელმწიფოს მიერ მათი იურიდიული ძალის აღიარების შემდეგ შესაძლებელი ხდება მათი უშუალო გამოყენება სასამართლოების და სხვა ორგანოების მიერ, თუ ამას შინადასახელმწიფოებრივი კანონი ითვალისწინებს.²³ „არათვითშესრულებადი“ ნორმების იმპლემენტაციისათვის საჭიროა ახალი შიდასახელმწიფოებრივი სამართლებრივი აქტის ან კონკრეტული ნორმის შექმნა.²⁴

იურიდიულ ლიტერატურაში აღიარებულია კონვენციის ნორმების „თვითშესრულებადი“ ხასიათი. კერძოდ, როგორც მონანილე სახელმწიფოების სასამართლო პრაქტიკა ცხადყოფს, თითქმის ყველა სახელმწიფო აღიარებს კონვენციის ნორმების „თვითშესრულებად“ ხასიათს და სასამართლოები იყენებენ მათ, როგორც საქმის გადაწყვეტის სამართლებრივ საფუძველს.²⁵

ჩვენი აზრით, კონვენციის ნორმების „თვითშესრულებადი“ ხასიათი ამკარად იკვეთება კონვენციის პირველ მუხლში, რომლითაც „მაღალი ხელისშემკვრელი მხარეები თავიანთი იურისდიქციის ფარგლებში ყველასათვის უზრუნველყოფენ ამ კონვენციის პირველ თავში განსაზღვრულ უფლებებსა და თავისუფლებებს“. კონვენციის მთელი პირველი თავი შინაარსობრივად არ აკისრებს რაიმე მოვალეობას სახელმწიფოებს; მას უფლებათა დეკლარაციის ხასიათი აქვს.²⁶ მხოლოდ პირველი მუხლი გარდაქმნის უფლებათა დეკლარაციას ვალდებულებათა წყებაში იმ სახელმწიფოებისათვის, რომლებმაც კონვენციის რატიფიკაცია მოახდინეს.²⁷

მიუხედავად ამისა, დოქტრინაში მაინც პრევალირებს მოსაზრება, რომ კონვენცია მეტად „მშრალი“ დოკუმენტია, მაგრამ ევროპული სასამართლოს პრეცედენტული სამართალი ამდიდრებს კონვენციის დებულებებს, განმარტავს კონვენციის ნორმებს, ადგენს მისი გამოყენების შესაძლებლობებს კონკრეტულ გარემოებათა მიმართ.²⁸ შეიძლება ითქვას, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილებები შიდა სახელმწიფოებრივი სასამართლოებისათვის რჩება პოტენციურად მაღალავტორიტეტულ წყაროდ, მიუხედავად იმისა, რომ

ასეთი გადაწყვეტილებების უგულვებლყოფა არ ინვესს შიდასახელმწიფოებრივი სასამართლოების მიერ კონვენციის *ipso facto* დარღვევას, ვინაიდან ტექნიკური თვალსაზრისით სტრასბურგის სასამართლო არაა ზემდგომი ორგანო.²⁹ უნდა აღინიშნოს, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო რეალურად წარმოადგენს კონვენციის დებულებების შინაარსის განმსაზღვრელ საბოლოო არბიტრს იმ ქვეყნებისთვის, რომლებმაც კონვენციის იურისდიქცია აღიარეს.³⁰

მართლაც, მეტად რთული იქნებოდა კონვენციის ნორმათა ზოგადი ხასიათის გათვალისწინებით ამა თუ იმ სამართლებრივი ურთიერთობების კონვენციის ნორმის შეფარდება, ან ნორმით კვალიფიკაცია. პრაქტიკაშიც კონვენციის ნორმის მშრალი ციტირება თითქმის არ გვხვდება პრეცედენტულ სამართალზე მითითების გარეშე.

7. პრაქტიკული სამართლის გამოყენება საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო კონვენციის რატიფიკაციის შემდეგ საკმაოდ ხშირად იყენებდა კონვენციასა და პრეცედენტულ სამართალს საკუთარი გადაწყვეტილებების დასასაბუთებლად. თავისი საქმიანობის პირველ ეტაპზე საკონსტიტუციო სასამართლო თავს არიდებდა პრეცედენტული სამართლის გამოყენებას, მიუხედავად იმისა, რომ ზოგიერთი მხარე აქტიურად იყენებდა ამ უკანასკნელს საკუთარი პოზიციის დასასაბუთებლად.³¹ თუმცა კონვენციის რატიფიკაციის შემდეგ საკონსტიტუციო სასამართლომ აქტიურად დაიწყო პრეცედენტული სამართლის გამოყენება და ამით საფუძველი ჩაუყარა მეტად მნიშვნელოვან წამოწყებას – საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკის შესაბამისობას სამართლის დარგში არსებულ წამყვან ევროპულ მიდგომებთან. ეს კი თავის მხრივ ხელს უწყობს საქართველოს კანონმდებლობის გაჯანსაღებას და რასაკვირველია ადამიანის უფლებათა დაცვის სტანდარტების ამაღლებას. ამასთან, გამოყენების ფორმებმა შეიძლება მიიღოს როგორც კონკრეტული პრეცედენტის, ასევე ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მიერ დადგენილი ზოგადი სტანდარტის გამოყენების სახე.

მაგალითად, 2016 წლის 14 აპრილის გადამწყვეტილებაში საქმეში საქართველოს სახალხო დამცველი, საქართველოს მოქალაქეები – გიორგი ბურჯანაძე, ლიკა საჯაია, გიორგი გოცირიძე, თათია ქინქლაძე, გიორგი ჩიტაძე, ლაშა ტულუში, ზვიად ქორიძე, ააიპ „ფონდი ღია საზოგადოება საქართველო“, ააიპ „საერთაშორისო გამჭვირვალობა – საქართველო“, ააიპ „საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია“, ააიპ „სამართლიანი არჩევნებისა და დემოკრატიის საერთაშორისო საზოგადოება“ და ააიპ „ადამიანის უფლებათა ცენტრი“ საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ, საკონსტიტუციო სასამართლომ მოიხმოა ევროსასამართლოს მიერ განხილული კონკრეტული საქმის (Roman Zakharov v. Russia) გადაწყვეტილების ერთ-ერთი აბზაცის ციტირება, რათა დაესაბუთებინა სათანადო მონესრიგების არქონის შემთხვევაში ადმინისტრაციული ორგანოების მხრიდან მოქალაქეთა კომუნიკაციებზე ჩარევის საფრთხის არსებობა.³² ხოლო 2016 წლის 18 აპრილის გადამწყვეტილებაში საქართველოს მოქალაქეები – თეიმურაზ ჯანაშია და გიული ალასანია საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ, სასამართლომ ზოგადად განმარტა, პრეცედენტული სამართლის ძირითადი პრინციპები მიუთითა რა რომ „პრეცედენტული სამართლის თანახმად, სასამართლო უფლებაში მომეტებულ ჩარევად, როგორც წესი, მიიჩნევა შემთხვევებს, როდესაც ქონების განკარგვასთან ერთად მესაკუთრეს ეკრძალება აღნიშნული ქონებით სარგებლობის უფლებაც“.³³

8. პრეცედენტული სამართლის გამოყენება საქართველოს საერთო სასამართლოების მიერ

საქართველოს საერთო სასამართლოების მიერ პრეცედენტული სამართლის გამოყენება სათავეს იღებს ჯერ კიდევ 2000-იანი წლების დასაწყისიდან, როდესაც საქართველოში პრეცედენტული სამართალი ჯერ კიდევ ინერგებოდა.³⁴

დღეის მდგომარეობით საქართველოს უზენაესი სასამართლო სათანადო ფაქტობრივი გარემოებების შემთხვევაში იყენებს ხოლმე პრეცედენტულ სამართალს. უზენაესი სასამართლოს ბოლო წლების პრაქტიკის ანალიზმა ცხადჰყო, რომ სამოქალაქო საქმეთა პალატა პრეცედენტულ სამართალს იყენებს ძირითადად ბავშვისა და მშობლის ურთიერ-

ობის განსაზღვრისას (№ას-53-51-2016, №ას-876-826-2015), ასევე ინტელექტუალური საკუთრების როგორც ქონების სამართლებრივი მდგომარეობისა (№ას-62-56-2015, №ას-970-919-2015) და სასამართლოსათვის მიმართვის უფლების განსაზღვრის საკითხების გადასაწყვეტად (№ას-1336-1374-2014). განსაკუთრებით ინტენსიურად გამოიყენება პრეცედენტული სამართალი „სიტყვისა და გამოსახატვის თავისუფლების შესახებ“ საქართველოს კანონიდან გამომდინარე დავების გადაწყვეტისას (№ას-22-22-2014, №ას-1052-1007-2014, №ას-1179-1124-2013).³⁵

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სისხლის სამართლის საქმეთა პალატა პრეცედენტების იყენებს ძირითადად ვადებთან მიმართებით (საქმე №265აპ-15), ექსტრადიციის საკითხების გადასაწყვეტად – ხომ არ დაირღვევა კონვენციით განსაზღვრული დებულებები (მე-3 ან მე-8 მუხლი) ექსტრადიციის განხორციელების შედეგად (საქმე 6'-16, №8'-15, №28'-14,) მონმის ჩვენების მტკიცებულებითი მნიშვნელობასთან დაკავშირებით (№14აპ-15).³⁶

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის მიერ კონვენციის გამოყენება ძირითადად ხდება განსჯადობის შესახებ საკითხების გადაწყვეტისას (#ბს-162-160(გ-14), #ბს-189-186(გ-15), #ბს-280-276(გ-15)).³⁷ ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატა განსჯადობის საკითხების გადაწყვეტისას ზოგადად მიუთითებს კონვენციის მე-6 მუხლზე, როგორც სასამართლოსათვის მისაწვდომობის საკითხის მომწესრიგებელ ნორმაზე.

საგულისხმოა ისიც, რომ საქართველოს უზენაესი სასამართლო განსაკუთრებული ყურადღებით ეკიდება ქვემდგომი სასამართლოების მიერ კონვენციის გამოყენების საკითხს და სათანადო შემთხვევაში, იზიარებს მას. მაგალითისთვის შეიძლება მოყვანილ იქნეს საქართველოს უზენაესი სასამართლოს 2015 წლის 15 დეკემბრის გადაწყვეტილება საქმეზე №ას-761-720-2015. ამ საქმეში სააპელაციო სასამართლომ უცვლელად დატოვა პირველი ინსტანციის სასამართლოს გადაწყვეტილება დირექტორის აღდგენასთან დაკავშირებით, თუმცა სააპელაციო სასამართლოს ერთ-ერთმა მოსამართლემ გამოხატა განსხვავებული აზრი, რაც დაასაბუთა ადამია-

ნის უფლებათა ევროპული კონვენციითა და პრეცედენტული სამართლით. საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ გაიზიარა განსხვავებული აზრის მქონე მოსამართლის შეხედულება, გააუქმა სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილება და საქმე ხელახალი განხილვისათვის დააბრუნა.

ამდენად, შეიძლება ითქვას, რომ საქართველოს უზენაესი სასამართლო აუცილებლობის შემთხვევაში ზუსტად იყენებს ხოლმე კონვენციასა და პრეცედენტულ სამართალს, რაც დამატებით გარანტიას წარმოადგენს მხარეთა უფლებების დაცვის კუთხით.

დასკვნა

საბოლოოდ, დასკვნის სახით შეიძლება ითქვას, რომ საქართველოს კანონმდებლობაში კონვენციასა და პრეცედენტულ სამართალს სამართლებრივი თვალსაზრისით გააჩნია კონსტიტუციაზე დაბალი, თუმცა სხვა საკანონმდებლო აქტებზე მაღალი იერარქიული მდგომარეობა. კონსტიტუციურ შეთანხმებასთან კოლიზიის შემთხვევაში მოქმედებს

ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა შესახებ საერთაშორისო სამართლის საყოველთაოდ აღიარებული პრინციპები და ნორმები. კონვენციის ნორმათა „თვითშესრულებადი“ ხასიათის მიუხედავად, დასაბუთებისას მიზანშეწონილია პრეცედენტული სამართლის მოხმობაც, ვინაიდან სწორედ ევროსასამართლო ახორციელებს კონვენციის ზოგადი დებულებების ავტორიტეტულ განმარტებას.

რაც შეეხება კონვენციის ფაქტობრივ ადგილს სამართლებრივ სისტემაში, ხაზგასასმელია, რომ კონვენცია რჩება ერთ-ერთ ყველაზე ფართოდ ციტირებულ საერთაშორისო სამართლებრივ დოკუმენტად როგორც საერთო სასამართლოებში, ისე საკონსტიტუციო სასამართლოში, არა მარტო ამ უწყებების, არამედ მხარეთა მიერაც. შესაბამისი პრეცედენტების სწორი მოხმობა-გამოყენება კი ხელს უწყობს საქმის გადაწყვეტას ადამიანის უფლებათა ევროპული სტანდარტების შესაბამისად.

* ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის იურიდიული ფაკულტეტის დოქტორანტი, საქართველოს იუსტიციის უმაღლესი სკოლისა და საქართველოს ადვოკატთა ასოციაციის მონვეული ლექტორი.

¹ შენიშვნა: საქართველოს პარლამენტის 2017 წლის 3 მაისის #742-III დადგენილების საფუძველზე გამოქვეყნებული საქართველოს კონსტიტუციური კანონის პროექტის „საქართველოს კონსტიტუციაში ცვლილებების შეტანის“ თანახმად, საქართველოს კონსტიტუციის ახალი რედაქცია ამოქმედდება საქართველოს პრეზიდენტის მომდევნო არჩევნებში არჩეული საქართველოს პრეზიდენტის მიერ ფიცის დადებისთანავე.

² Sweet A.S., Keller H. *Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems* (2008), Faculty Scholarship Series, Paper 88, გვ. 686. <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_paper/88 [ნანახია 10.10.2016].

³ Prof. Dr. Gusy, Ch., Muller S. *How can the role of the European Court of Human Rights Be Enhanced? Recommendations for Germany*, Policy Paper, Bielefeld University, April 2009, გვ. 3. <http://www.jura.uni-bielefeld.de/lehrstuehle/gusy/forschungsprojekte/policy_Paper_Germany.pdf> [ნანახია 10.10.2016].

⁴ Bardsen A. *The Norwegian Supreme Court and Strasbourg: The Case of Lillo-Stenberg and Saether v. Norway*, გვ. 1297, www.germanlawjournal.com/volume-15-no-07, <https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b12527f85082c4982f1de5/1454449959753/PDF_Vol_15_No_07.03_Bardsen.pdf> [ნანახია 10.10.2016].

⁵ Drzemczewski A.Z. (1983) *European Human Rights Convention in Domestic Law. A Comparative Study*, Clarendon Press, Oxford, გვ. 23.

⁶ Броунли Я. (1977) *Международное Право*, (в двух книгах), Книга Первая, Прогрес, Москва, გვ. 66

- ⁷ იქვე, გვ. 66.
- ⁸ იქვე, გვ. 67.
- ⁹ ალექსიძე ლ. (1994) თანამედროვე საერთაშორისო სამართალი, „ნეკერი“, თბილისი, გვ. 20.
- ¹⁰ იქვე, გვ. 20.
- ¹¹ იქვე, გვ. 21.
- ¹² Броунли Я. (1977) *Международное Право*, (в двух книгах), Книга Первая, Прогрес, Москва 1977, გვ. 69.
- ¹³ იქვე, გვ. 71.; აგრეთვე Muller A. *Relationship between national and international law*, University of Oslo, Presentation 14 October, 2013, <http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS5540/h13/undervisningsmateriale/nat-int-law_14oct2013.pdf> ნანახია [10.10.2016]; აგრეთვე, მართლმსაჯულების საერთაშორისო სასამართლოს 1925 წლის 21 თებერვლის საკონსულტაციო დასკვნა #10, საქმეზე „ბერძენი და თურქი ეროვნების მოსახლეობის გაცვლა“, გვ. 20. http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_10/01_Echange_des_populations_grecques_et_turques_Avis_consultatif.pdf [ნანახია 10.10.2016]
- ¹⁴ კორკელია კ., ქურდაძე ი. (2004) ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართალი ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მიხედვით, სამოსამართლო სწავლების ცენტრი, თბილისი, გვ. 35.
- ¹⁵ იქვე, გვ. 36.
- ¹⁶ <http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/country/GEO?p_auth=ZCpLyVWx> [ნანახია 26.11.2016].
- ¹⁷ 1996 წლის 29 ოქტომბრის კანონი „ნორმატიული აქტების შესახებ“, მუხლი 4.1 „დ“. 2009 წლის 22 ოქტომბრის კანონი „ნორმატიული აქტების შესახებ“, მუხლი 7.3.„გ“.
- ¹⁸ კორკელია კ. ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის გამოყენება საქართველოში, საქართველოს მეცნიერებათა აკადემიის სახელმწიფოსა და სამართლის ინსტიტუტი, თბილისი, 2004, გვ. 86.
- ¹⁹ ჰენშელი ს. (2009) *სამოქალაქო კაზუსების დამუშავების მეთოდიკა*, „სიესტა“, თბილისი, გვ. 63.
- ²⁰ იზორია ლ., კორკელია კ., კუბლაშვილი კ., ხუბუა გ. (2005) *საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარები*, ადამიანის ძირითადი უფლებანი და თავისუფლებანი, „მერიდიანი“, თბილისი, გვ. 9.
- ²¹ იქვე.
- ²² ალექსიძე ლ. (1994) თანამედროვე საერთაშორისო სამართალი, „ნეკერი“, თბილისი, გვ. 21.
- ²³ იქვე, გვ. 21-22.
- ²⁴ იქვე.
- ²⁵ კორკელია კ., ქურდაძე ი. (2004) ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართალი ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მიხედვით, სამოსამართლო სწავლების ცენტრი. თბილისი, გვ. 34
- ²⁶ Ovey C., White R. (2006) *Jacobs & White The European Convention on Human Rights*, Fourth Edition, Oxford University Press, გვ. 18.
- ²⁷ იქვე.
- ²⁸ კორკელია კ., ქურდაძე ი. (2004) ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართალი ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მიხედვით, სამოსამართლო სწავლების ცენტრი, თბილისი, გვ. 53.
- ²⁹ Drzemczewski A.Z. (1983) *European Human Rights Convention in Domestic Law: A Comparative Study*. Claredon Press, Oxford, გვ. 268
- ³⁰ იქვე.
- ³¹ კორკელია კ. (2004) ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის გამოყენება საქართველოში, საქართველოს მეცნიერებათა აკადემიის სახელმწიფოსა და სამართლის ინსტიტუტი, გვ. 143-149.
- ³² საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2016 წლის 14 აპრილის გადაწყვეტილება, <<http://www.constcourt.ge/ge/legal-acts/judgments/saqartvelos-saxalxo-damcveli-saqartvelos-moqalaqeebi-giorgi-burdjanadze-lika-sadjaia-giorgi-gociridze-tatia-qinqladze-giorgi-chitidze-lasha-tugushi->

- zviad-qoridze-aaip-fondi-gia-sazogadoeba-saqartvelo-aaip-saertashoriso-gamchvirvaloba-saqartvelo-aaip-saqar.page> [ნანახია 04.12.2016]
- ³³ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2016 წლის 18 აპრილის გადაწყვეტილება, <<http://www.constcourt.ge/ge/legal-acts/judgments/saqartvelos-moqalaqeebi-teimuraz-djanashia-da-giuli-alasania-saqartvelos-parlamentis-winaagmdeg3.page>> [ნანახია 04.12.2016].
- ³⁴ კორკელია კ. (2004) ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის გამოყენება საქართველოში, საქართველოს მეცნიერებათა აკადემიის სახელმწიფოსა და სამართლის ინსტიტუტი, გვ. 189-216.
- ³⁵ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის გადაწყვეტილებები, <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>> [ნანახია 04.12.2016].
- ³⁶ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სისხლის სამართლის საქმეთა პალატის გადაწყვეტილებები, <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCrime.aspx>> [ნანახია 04.12.2016].
- ³⁷ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა პალატის გადაწყვეტილებები, <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewAdmin.aspx>> [ნანახია 04.12.2016].

THE PLACE OF EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS AND CONVENTION BASED CASE LAW IN THE LEGAL SYSTEM OF GEORGIA

Abstract

The European Convention on Human Rights remains as one of the widely cited and applied international legal documents in the judicial practice as well as in the mass media. In this regard, in this Article, we shall endeavor to answer the question what is the place of this Convention and Convention based case law in the legal system of Georgia. There will be analyzed appropriate articles of the new edition of the Constitution of Georgia¹ as well as Georgian legislation and domestic courts' case law.

Key words: ECHR | Constitution of Georgia | International Treaty | Case law of the ECtHR | Constitutional Court of Georgia | Supreme Court of Georgia

INTRODUCTION

There is no dispute over the issue that the European Convention of Human Rights (hereinafter referred to as “the Convention”) signed on the 4th of November 1950, does not lose its significance and remains in many countries as one of the most important tools for the protection of human rights. Such attitude to the Convention is maintained despite the fact that many of its provisions are more or less derived from the content of the Universal Declaration of Human Rights. We may assert that the Convention as a regional instrument in terms of efficiency of the protection of human rights has hugely superseded at the regional level such a universal international legal instrument as International Covenant of Political and Civil Rights adopted in 1966. Such efficiency was presupposed by the Court of Human Rights established based on the Convention and it is the result of the activity of this Court that eventually contributes to the growing significance of the Convention and case law throughout Europe, especially throughout those members of the Council of Europe with developing democracies.

One of the reasons for such efficiency can also be considered the place of the Convention and Case Law in the domestic legal system. Truly, the Convention has become a part of internal law for the members of Council of Europe. Such transformation required long time and huge legislative activities and acquired differ-

ent meaning in different countries. In particular, the actual role and influence of the Convention differed and differs state by state. For example, today, in Belgium, France, the Netherlands, Switzerland and the UK, we can say that the ECHR constitutes a kind of surrogate or shadow Constitution.² In Germany, the Convention and the Case Law have a limited influence on the domestic legal system.³ While in Norway, it is not only the text of the Convention that is integrated to Norwegian law but also the methods of interpretation.⁴ In spite of such a diverse approach among the states, it does not influence the normative force of the Convention and it remains one of the most significant documents for the protection of human rights throughout Europe.

Moreover, there is an opinion expressed in legal doctrine that although the Convention is based on principles of traditional treaty law, the Case Law created based on the Convention exceeds traditional boundaries of international and domestic law, to cut it short, the Convention can be regarded as a *sui generis*⁵.

From this point of view, it would be interesting to assess the place of the Convention and of the Case Law in Georgian legal system, especially when from the moment of taking oath of office by the President of Georgia elected at the 2018 presidential elections, the new Constitution of Georgia entered into force, which together with other issues regulates legal nature of international treaties.

Taking into consideration all the above mentioned, the current article shall endeavor to answer the question what is the place of the Convention and of the Case Law in Georgian legal system both in terms of normative approach and of actual situation.

1. INTERRELATION OF INTERNATIONAL LAW AND DOMESTIC LAW

Historically the interrelation between international law and domestic law has always been an area of interest of the scholars that eventually led to the creation of Dualism and Monism theories. The basis of both theories is that there is a universal sphere where international and domestic norms may be applicable towards one and the same subject, and hence the main problem is which law shall prevail.⁶

Dualistic doctrine points to the essential difference between international law and domestic law expressed in different spheres of regulation of these two systems.⁷ As regards the Monistic doctrine, even in the domestic relations it refers to the supremacy of international law.⁸ There might be underlined two approaches within the Monistic system: a) in the second half of the 19th century Germany there was established a doctrine recognizing the supremacy of domestic law.⁹ According to this theory, international law should have been considered as "state's foreign relation law" because the state was authorized to breach international law norm, as it was possible in case of domestic law norm;¹⁰ b) Supremacy of international law over the domestic law meant for some scholars the supremacy of each international law norm as of a rule of behavior of superior legal system.¹¹

The majority of researchers of international law attempt to override the Monism and Dualism doctrine and assert that logical results of both theories are in contrast with the activities of international and domestic organs, including international courts.¹²

As regards the case law of international tribunals, in 1925 the Permanent Court of International Justice in its advisory opinion indicated the following: "this clause, however, merely lays stress on a principle which is self-evident, according to which a State which has contracted valid international obligations is bound to make in its legislation such modifica-

tions as may be necessary to ensure the fulfillment of the obligations undertaken".¹³

Out of the short review above, it can be concluded that despite theoretical variations the supremacy of international law norm over domestic norm is not subject of a dispute for either of the theories. However, how such supremacy shall be achieved is the internal problem of every state. It will be discussed below how Georgia achieves this supremacy.

2. CONSTITUTION OF GEORGIA AND CONVENTION AS INTERNATIONAL TREATY

In general, the place of international treaty in the legal system of the state is defined by domestic law.¹⁴ Therefore, domestic legislation is of utmost significance in this regard.

According to Article 4 paragraph 5 of the new Constitution of Georgia "the legislation of Georgia shall comply with the universally recognized principles and norms of international law. An international treaty of Georgia shall take precedence over domestic normative acts unless it comes into conflict with the Constitution or the Constitutional Agreement of Georgia". It is noteworthy that Article 4 paragraph 5 of the new Constitution of Georgia essentially repeats the content of the previous Constitution.

Supremacy of international treaty over the domestic law is also confirmed by the fact that Constitutional Court of Georgia from the middle period of its activity very actively started in its practice to establish conformity of domestic law to the Constitution in accordance with the requirements of the Convention and Case Law. For example, in its Judgment of December 21 2004 on Case #2/6/264, the Constitutional Court indicated of Article 6 of the Convention as well as on number of cases in order to uphold constitutional lawsuit of "Uniservice" Ltd. and to hold non-conformity with Article 42 of the Constitution of one of the provisions of Article 290 paragraph 7 and of Article 293 paragraph 2 (impossibility to appeal the decision of the court adopted in relation to investigatory actions) of Criminal Procedural Code of Georgia.

Thus, Georgia belongs to those states where the Convention possess the status hierarchically inferior to the Constitution but superior to the domestic normative acts.¹⁵

3. THE LAW OF GEORGIA OF INTERNATIONAL TREATIES OF GEORGIA AND THE CONVENTION

It is essential that the treaty complies with the imperative requirements of the Law of Georgia of International Treaties of Georgia in order to benefit from the supremacy established by Article 4 paragraph 5 of the new Constitution of Georgia. Otherwise, the status of the document whether or not it is an international treaty may become disputable.

In accordance with Article 3 paragraph “a” of the Law of Georgia of International Treaties of Georgia, the following shall be considered to be an international treaty – a written agreement Georgia has concluded with a foreign State (States) or an international organization (organizations) governed by the norms of international law regardless of its being represented by a single instrument or by two or more related instruments and whatever its particular designation.

The imperative content of paragraphs 1 and 2 of Article 6 are in conformity with the above-mentioned stipulation of the Constitution of Georgia and does not allow possibility for its different interpretation. Specifically, under paragraphs 1 and 2 of Article 6 of the Law of Georgia of International Treaties of Georgia “1. International treaties shall be integral part of the legislation of Georgia. 2. International treaty of Georgia shall prevail over domestic normative acts unless the treaties contradict the Constitution, Constitutional Law and Constitutional Agreement of Georgia”.

Paragraph “f” of Article 3 of the same Law stipulates that ratification, approval, accession are the forms of expressing consent by Georgia bound by the treaty, which according to paragraph “a” of Article 14 is mandatory for Georgia “to join international organization or an interstate union”.

Paragraph 3 of Article 6 is of utmost interest, under which “Provisions of gazetted treaties determining the specific rights and obligations and not requiring transposition in domestic legislation by adopting specific acts, shall be directly applicable in Georgia”. Thus, publication in official gazette is one of the criteria established in a normative way for the full entrance into force

of the treaty. The Convention does comply with all the criteria above –

- It is a written document;
- It is concluded with the foreign states (other parties to the Convention);
- It is governed by norms of international law;
- It is ratified (by Parliament of Georgia on May 20, 1999¹⁶);
- It is published in official gazette (Legislative Tribune);

All those elements together do allow the Convention to fall under framework of Article 4 paragraph 5 of the Constitution of Georgia.

4. THE LAW OF GEORGIA ON NORMATIVE ACTS AND THE CONVENTION

Although the above mentioned analysis clarified the place of the Convention in the legal System of Georgia, but the analysis would not be complete without reviewing the Law of Georgia on Normative Acts, because the very first Article of this Law provides that regulation of its sphere together with hierarchy of normative acts also includes definition of the place of international treaties and agreements of Georgia in the system of normative acts of Georgia. Although paragraph 2 of the same norm does make a reference to the Constitution of Georgia, this reference concerns only procedural requirements related to the treaty and does not influence its legal nature.

Currently, there is in force the second edition of the Law of Georgia on Normative Acts adopted by Parliament on October 22 which replaced the Law with the same title adopted on October 29, 1996. Despite this fact, there was no change in the hierarchy of normative acts concerning the status of international treaties. According to both Laws, the normative power of an international treaty was inferior only to that of the Constitution, Constitutional Law and Constitutional Agreement.¹⁷

Unlike the Constitution, both – the Law of Georgia on Normative Acts and the Law of Georgia of International Treaties of Georgia empower Constitutional Law (i.e. Act of Parliament) superior power in relation to the international treaty. This is not surprising and is in logical ties with the Constitution itself as the Constitutional Law (Act of Parliament) might be

adopted in cases envisaged by Article 7 paragraph 2 of the Constitution when defining authorities of the autonomous republics and the rules of its implementation and when reviewing the Constitution. Thus, this stipulation does not create a situation when any other act (except for the Constitution and Constitutional Agreement), shall be given superior legal power in relation to an international treaty. It is also noteworthy, that in accordance with Article 27 of the Vienna Convention on International Treaties “a party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty”.

Article 7 paragraph 4 of the second edition of the Law of Georgia on Normative Acts is very interesting in this sense (though the previous law also included a similar rule), under which “Constitutional Agreement shall fully comply with the universally recognized principles and norms of international law, in particular with those within the sphere of human rights and fundamental freedoms”. As the Convention is one of the most important international treaties, Constitutional Agreement shall also be in full compliance with the Convention according to the above-mentioned provision. However, paragraph 5 of Article 5 of the new Constitution does underline the priority of the Constitutional Agreement without any other stipulation (which covers Article 7 paragraph 4 of the Law of Georgia on Normative Acts).

Although this provision of the Law of Georgia on Normative Acts derives fully from the second sentence of Article 8 of the new Constitution, but if we take into consideration that the Constitutional Agreement concerns those issues too that are also covered by the Convention (right to property, right to family), there does exist a small probability of collision.

The overwhelming opinion over this issue is that in case of such collision priority should be given to the universally recognized principles and norms of international law. Specifically, as it is expressed in the doctrine, the fact that [Constitutional] provision does include the reference to the “full compliance” with universally recognized principles of international law in the sphere of human rights and freedoms, in case the collision of such norms with the Constitutional Agreement is established univer-

sally recognized principles and norms of human rights and fundamental freedoms shall be given the priority.¹⁸

We consider this approach to be fully compliant with the essence of the Constitution. If we invoke teleological interpretation of the norm (interpretation of the norm in accordance with its aim and purpose),¹⁹ the aim of the legislator creating such a norm becomes clear – despite depicting in the Constitutional provision to subordinate the Constitutional Agreement to the universally recognized principles and norms of human rights and fundamental freedoms. Thus, the legislator somehow safeguards itself from the situation when the Constitutional Agreement does not violate universally recognized principles and norms of human rights.

This idea may also be derived from the first paragraph of Article 4 of the new Constitution according to which “The State acknowledges and protects universally recognized human rights and freedoms as eternal and supreme human values. While exercising authority, the people and the State shall be bound by these rights and freedoms as directly applicable law”. There is an opinion expressed by legal scholars that fundamental freedoms are not just declarations but directly applicable law – unlike the declaration, breach of fundamental freedoms may be appealed in court.²⁰ Fundamental Freedoms are part of the Constitution and possess a supreme legal power.²¹

All the above mentioned indicates that the opinions as expressed in the doctrine about the priority of universally recognized principles and norms of human rights and fundamental freedoms in case of collision with the Constitutional Agreement, do have strong legal and logical basis.

5. THE CONVENTION IN OTHER NORMATIVE ACTS – LAW OF GEORGIA ON FREEDOM OF SPEECH AND EXPRESSION

The aim of the legislator to regulate certain legal relations strictly based on the Convention and the Case Law is the explanation of the fact to include in some legislative acts the intention and desire of the legislator to better implement the principles enshrined in the Convention.

It may have many explanations but to our mind, the main purpose is an inevitable strive for the European values in the field of human rights and elimination of the possibility to use those values for other purposes, including usage by means of creation of domestic norms.

After gaining independence, Georgia adopted lots of laws and bylaws. Some of them could express the interests of groups of influence (or agencies) and it was not excluded to interpret differently the content of such acts. In order to regulate the issue, the legislator chose such a way as to indicate straightly in a legislative act that this issue should have been regulated not by domestic acts or interpretation of domestic acts, but only in accordance with the Convention and Case Law.

The best example of such an approach is the Law of Georgia on Freedom of Speech and Expression. Although there are a number of issues that are disputable in the Law itself (for example, distribution of burden of proof in case of defamation of public person, prescription time for filing a lawsuit etc.), still this Law directly indicated to the supremacy of the Convention and of the Case Law, when in Article 2 it defined that “this Law shall be interpreted according to the Constitution of Georgia, international legal obligations undertaken by Georgia, including the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and case law of the European Court of Human Rights”.

Such a direct indication to the very specific treaty and to the Case Law of the very specific international court is rare (if not the only one) for legislative activity in Georgia. Of course, freedom of criticism is one of the most significant elements of democracy and this fact explains the above-mentioned provision of the Law.

However, direct reference to the case law may cause certain, interesting question in practice. For example, Article 5 of the Law allows in certain factual circumstances in defamation cases to discontinue the case at the very stage of its preparation that may be considered to be an impediment for the right to the tribunal. Of course, there might arise an issue whether or not this rule complies with paragraph 1 of Article 6 of the Convention – right to access to tribunal? Although this question should be solved on

a case-by-case basis, it is possible that certain provisions of the Law adopted for the freedom of criticism might be in collision with the Case Law.

In any case, it is clear that legislator has a will to solve certain issues on the basis of international obligations of Georgia, including the Convention and the Case Law which once again strengthen the supremacy of the Convention as of one of the most significant international-legal document over the domestic legislation.

6. FOUNDATIONS OF THE APPLICATION OF THE CASE LAW – “SELF-EXECUTING” NATURE OF THE CONVENTION’S NORMS

According to paragraph 3 of Article 6 of the Law of Georgia on International Treaties of Georgia one of the elements of the application of international treaty is that

a) It determines the specific rights and obligations;

b) It does not require transposition in domestic legislation by adopting specific acts.

In general, there is a division in the theory of international law of its norms, especially, treaty norms, by “self-executing” and “non-self-executing” legal norms.²² The first term is used for those norms the content of which is formulated in such a manner that makes it possible to directly apply them in courts or in other agencies after recognition of their power by the state if it is envisaged by domestic law.²³ In order to apply “non self-executing” norms it is necessary to create a new legal act and a specific norm.²⁴

It is widely accepted in the legal doctrine that the norms of the Convention possess “self-executing” nature. In particular, as the judicial practice of member states indicates. Almost all states recognize “self-executing” nature of the norms and the courts do apply them as the legal ground for the resolution of the cases.²⁵

To our mind, “self-executing” nature of the norms of the Convention are inevitably noticeable in the first Article of the Convention according to which “The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention”. The whole of Section I, however, does not in terms impose any obligation on States; it takes the form of a declaration of

the rights.²⁶ It is Article 1 which transforms this declaration of rights into a set of obligations for the States which ratify the Convention.²⁷

Despite this fact, there is a prevailing view in legal doctrine that the Convention is a very “dry” document, but it is the Case Law of European Court of Human Rights that enriches the Conventional provisions, interpret norms of the Convention and set possibilities of their application to specific circumstances.²⁸ It can be said that the judgements of European Court of Human Rights remain as potentially highly authoritative source for domestic courts, in spite of the fact that non-obedience to such judgements does not cause *ipso facto* breach of the Convention because technically Strasbourg Court is not a superior court.²⁹ It should be noted that the European Court of Human Rights actually represents a kind of final arbitrator defining the provisions of the Convention for those states that recognized the Convention’s jurisdiction.³⁰

Indeed, taking into consideration the very general nature of the norms of the Convention it would have been quite cumbersome to qualify certain legal relations with the norm of the Convention. Even in practice, we do not encounter with the “dry” citation of the Conventional norm without indication to a specific piece of the Case Law.

7. APPLICATION OF THE CASE LAW BY THE CONSTITUTIONAL COURT OF GEORGIA

After ratification of the Convention the Constitutional Court of Georgia frequently applied the Convention and the Case Law in order to motivate its judgments. At the first stage of its activity, the Constitutional Court tried to avoid application of the Case Law despite its active citation by the party for proving his/her position.³¹ However, after ratification, the Constitutional Court actively started application of the Case Law and in this regard, it had elaborated a very useful endeavor – conformity of Constitutional Court’s practice with leading European approaches in the area of law. This, in turn, contributes to the enrichment of Georgian legislation and rise of the standards of protection of human rights. At the same time, the forms of application may take the form of

application of a particular case as well as the application of the general standards adopted by the European Court of Human Rights.

For example, in its judgment dated April 14, 2016, Public Defender of Georgia, Georgian citizens – Giorgi Burjanadze, Lika Sajaia, Giorgi Gotsiridze, Tatia Kinkladze, Giorgi Chitidze, Lasha Tughushi, Zviad Koridze, NGO “Open Society – Georgia Foundation”, NGO “Georgian Young Lawyers Association”, NGO “International Society of Fair Elections and Democracy” and NGO “Center for Human Rights” v. Parliament of Georgia, the Constitutional Court invoked citation of one of the judgements of European Court of Human Rights (*Roman Zakharov v. Russia*) to motivate the danger of interference in communication of the citizens by administrative agencies when such relation is not regulated by the State.³² In its judgment of April 18, 2016 – Georgian citizens Teimuraz Janashia and Giuli Alasania v. Parliament of Georgia – the Constitutional Court made a general interpretation of the Case Law by underlining that “according to the Case Law, the Court considers to be an excessive interference in the rights those situations when together with alienation of the property the owner is also prohibited to use it.”³³

8. APPLICATION OF THE CASE LAW BY COMMON COURTS OF GEORGIA

Application of the Case Law by Common Courts of Georgia starts from the beginning of the years of 2000s when the Case Law was under implementation in Georgia.³⁴

As of today, the Supreme Court of Georgia does apply the Case Law when there are appropriate factual circumstances. The analysis of the previous years’ practice of the Supreme Court showed that the Civil Chamber applies the Case Law mainly in cases concerning relations of parents and children (#AS-53-51-2016, #AS-876-826-2015), defining the legal status of intellectual property as the possession (#AS-62-56-2015, #AS-970-919-2015), as well as for deciding issues arising out of the right to access to court (#AS-1336-1374-2014). The Supreme Court especially intensively applies the Case Law in cases arising out of the Law of Georgia on Freedom of Speech and Expression (#AS-

22-22-2014, #AS-1052-1007-2014, #1179-1124-2013).³⁵

Chamber of Criminal Cases of the Supreme Court of Georgia applies the Case Law mainly in relations with the terms (#265AP-15), for solution of extradition related issues – whether or not there has been violated the Convention (either Articles 3 or 8) by carrying out extradition (#6¹-16, #8¹-15, #28¹-14), in case of evidential value of the witness declaration (#14AP-15).³⁶

Chamber of Administrative Cases of Supreme Court of Georgia applies the Case Law mainly for the solution issues related to the jurisdictional competence of the court (#BS-162-160 (G-14) #BS-189-186(g-15), #BS-280-276(G-15).³⁷ When solving those issues Administrative Chamber indicates to Article 6 of the Convention as to the norm regulating access to court.

It is noteworthy that the Supreme Court pays special attention to the use of the Convention by lower courts and if appropriate, shares it. We can refer to the case #761-720-2015 as an example, when the Supreme Court adopted a judgment on December 15, 2015. In this case Tbilisi Court of Appeals upheld the judgment of the first instance court to restore a director at his/her position, however, one of the judges of Tbilisi Court of Appeals dissented motivating his/her dissenting opinion by the Convention and the Case Law. The Supreme Court endorsed the arguments of dissenting judge, revoked the decision of the Court of Appeals and remitted the case for reexamination.

Thus, we can note that in appropriate cases the Supreme Court of Georgia applies the Convention and the Case Law with precision, which is an additional guarantee for the protection of the rights of the parties.

CONCLUSION

Summing up, it is possible to emphasize that the Convention and the Case Law of the ECtHR have lower power than the Constitution but superior hierarchical power than any other legislative act. In case of collision with the Constitutional Agreement, universally recognized principles and norms of international law related to human rights and fundamental freedoms come into play. Despite “self-executing” nature of the norms of the Convention, it is advisable to use the Case Law too, since it is the European Court of Human Rights which is in charge of authoritative interpretation of the general norms of the Convention.

As regards the factual place of the Convention in the legal system, it is worth emphasizing that the Convention remains to be one of the mostly cited international legal documents not only in common courts or in the Constitutional Court but also by various agencies and the parties themselves. Therefore, application of appropriate pieces of the Case Law assists to the solution of cases in strict conformity with European standards for the protection of human rights.

* PhD Student, Tbilisi State University, Faculty of Law, Invited Lecturer at High School of Justice of Georgia and at Georgian Bar Association.

¹ Note: According to Draft Constitutional Law of Georgia On Amendments In the Constitution to Georgia published based on the Resolution #742-IIS of Parliament of Georgia adopted on May 3, 2017, the new Constitution of Georgia shall enter into force from the moment of taking oath of office by President of Georgia elected at the next presidential elections.

² Sweet A.S., Keller H. *Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems* (2008), Faculty Scholarship Series, Paper 88, p. 686. <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_paper/88 [10.10.2016].

³ Prof. Dr. Gusy, Ch., Muller S. *How can the role of the European Court of Human Rights Be Enhanced? Recommendations for Germany*, Policy Paper, Bielefeld University, April 2009, p. 3. Available at <http://www.jura.uni-bielefeld.de/lehrestuehle/gusy/forschungsprojekte/policy_Paper_Germany.pdf> [last visited 10.10.2016].

- ⁴ Bardsen A. *The Norwegian Supreme Court and Strasbourg: The Case of Lillo-Stenberg and Saether v. Norway*, p. 1297, www.germanlawjournal.com/volume-15-no-07, Available at <https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/56b12527f85082c4982f1de5/1454449959753/PDF_Vol_15_No_07.03_Bardsen.pdf> [Last visited 10.10.2016].
- ⁵ Drzemczewski A.Z (1983) *European Human Rights Convention in Domestic Law. A Comparative Study*, Clarendon Press, Oxford, p. 23
- ⁶ Brownlie I (1977) *International Law* (in two volumes), first volume, Progress, Moscow, p. 66 (in Russian).
- ⁷ *Ibid.*
- ⁸ *Ibid*, p.67.
- ⁹ Alexidze L, *Contemporary International Law*, Nekeri, 1994, p. 20. (in Georgian).
- ¹⁰ *Ibid.*
- ¹¹ *Ibid*, p. 21.
- ¹² Brownlie I. *International Law* (in two volumes), first volume, Progress, Moscow, 1977, p. 66 (in Russian).
- ¹³ *Ibid*, p. 71., Also, Muller, A. *Relationship between national and international law*, University of Oslo, Presentation 14 October, 2013, Available at <http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS5540/h13/undervisningsmateriale/nat-int-law_14oct2013.pdf> [Last visited 10.10.2016]; Also, Opinion No 10 "On exchange of Greek and Turkish Populations", February 21, 1925, Permanent Court of International Justice, p. 20. Available at <http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_10/01_Echange_des_populations_grecques_et_turques_Avis_consultatif.pdf> [Last visited 10.10.2016].
- ¹⁴ Korkelia K., Kurdadze I. (2004) *International Law of Human Rights according to European Convention of Human Rights*, Center for Judicial Study, Tbilisi, p. 35 (in Georgian).
- ¹⁵ *Ibid*, 36.
- ¹⁶ <http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/ /conventions/treaty/country/GEO?p_auth=ZCpLyVWx> [Last visited 26.11.2016].
- ¹⁷ Law of Georgia on Normative Acts, October 29, 1996, Article 4.1.(d); Law of Georgia on Normative Acts, October 22, 2009, Article 7.3.(c).
- ¹⁸ Korkelia K. (2004) *Implementation of the European Convention on Human Rights in Georgia*, Institute of State and Law of Georgian Academy of Science, Tbilisi, p. 86 (in Georgian).
- ¹⁹ Henzschel S. (2009) *Methodology of Handling with Civil Cases*, Siesta, Tbilisi, p. 63 (in Georgian).
- ²⁰ Izoria, L., Korkelia K., Kublashvili K., Khubua G. (2005) *Commentary to the Constitution of Georgia, Fundamental Human Rights and Freedoms*, Meridaini , Tbilisi, p. 9.
- ²¹ *Ibid.*
- ²² Alexidze L. (1994) *Contemporary International Law*, Nekeri, p. 21. (in Georgian)
- ²³ *Ibid*, p. 21-22.
- ²⁴ *Ibid.*
- ²⁵ Korkelia K., Kurdadze I. (2004) *International Law of Human Rights according to European Convention of Human Rights*, Center for Judicial Study, Tbilisi, p. 34 (in Georgian).
- ²⁶ Ovey C., White R. (2006) *Jacobs & White The European Convention on Human Rights*, Fourth Edition, Oxford University Press, p. 18.
- ²⁷ *Ibid.*
- ²⁸ Korkelia K., Kurdadze I. (2004) *International Law of Human Rights according to European Convention of Human Rights*, Center for Judicial Study, Tbilisi, p. 53 (in Georgian).
- ²⁹ Drzemczewski A.Z. (1983) *European Human Rights Convention in Domestic Law. A Comparative Study*, Clarendon Press, Oxford, p. 268.
- ³⁰ *Ibid.*

- ³¹ Korkelia K. (2004) *Implementation of the European Convention on Human Rights in Georgia*, Institute of State and Law of Georgian Academy of Science, Tbilisi, p. 86 (in Georgian).
- ³² Judgment of the Constitutional Court of Georgia April 14, 2016, available at <<http://www.constcourt.ge/ge/legal-acts/judgments/saqartvelos-saxalxo-damcveli-saqartvelos-moqalaqeebi-giorgi-burdjanadze-lika-sadjaia-giorgi-gociridze-tatia-qinqladze-giorgi-chitidze-lasha-tugushi-zviad-qoridze-aaip-fondi-gia-sazogadoeba-saqartvelo-aaip-saertashoriso-gamchvirvaloba-saqartvelo-aaip-saqar.page>> [Last visited 04.12.2016]
- ³³ Judgment of the Constitutional Court of Georgia April 18, 2016, available at <<http://www.constcourt.ge/ge/legal-acts/judgments/saqartvelos-moqalaqeebi-teimuraz-djanashia-da-giuli-alasania-saqartvelos-parlamentis-winaagmdeg3.page>> [Last visited 04.12.2016].
- ³⁴ Korkelia K. (2004) *Implementation of the European Convention on Human Rights in Georgia*, Institute of State and Law of Georgian Academy of Science, Tbilisi, p. 86 (in Georgian).
- ³⁵ Judgments of the Chamber of Civil Case of the Supreme Court of Georgia, Available at <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCivil.aspx>> [Last visited 04.12.2016].
- ³⁶ Judgments of the Chamber of Criminal Case of the Supreme Court of Georgia, Available at <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewCrime.aspx>> [Last visited 04.12.2016].
- ³⁷ Judgments of the Chamber of administrative Case of the Supreme Court of Georgia, Available at <<http://prg.supremecourt.ge/DetailViewAdmin.aspx>> [Last visited 04.12.2016].

სიძულვილის ენა რელიგიური კონტექსტით ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოსა და საქართველოს პრაქტიკის ფარგლებში

აბსტრაქტი

დემოკრატიული საზოგადოების განუყოფელ ელემენტებს წარმოადგენს თანასწორობა, დისკრიმინაციის აკრძალვა, გამოხატვის თავისუფლება, რელიგიის თავისუფლება, აზრისა და რწმენის თავისუფლება. მათ რეალიზებას მულტიკულტურულ საზოგადოებაში გარკვეული გამოწვევები ახლავს. მათ შორის, აღსანიშნავია სიძულვილის ენის ფენომენი. სიძულვილის ენა ერთმანეთს უპირისპირებს თანასწორობასა და დისკრიმინაციას. რა მიზანს ემსახურება სიძულვილის ენა? რა არის მისი სამართლებრივი განმარტება? არსებობს თუ არა ის სამართლებრივი მექანიზმები, რომლებიც უზრუნველყოფენ ადამიანთა უფლებების დაცვას? სიძულვილის ენის არსებობა ემოციური ფაქტორითაც შეიძლება იყოს განპირობებული, განსაკუთრებით მაშინ, როცა რელიგიური ნიშანი ფიგურირებს. რელიგიური კონტექსტით გამოხატული სიძულვილის ენა ცალსახად დემოკრატიულ ფასეულობებს აშკარა საფრთხეს უქმნის მიუხედავად იმისა იგი რელიგიურ ჯგუფებს შორის თავდაცვის მიზნითაა გამოყენებული თუ მხოლოდ კონკრეტული რელიგიური ჯგუფის ან ინდივიდისადმი მიმართული. სწორედ აღნიშნული საკითხის აქტუალურობიდან გამომდინარე, კვლევის მიზანია სიძულვილის ენის რელიგიური კონტექსტით რეგულირების არეალის განსაზღვრა ძირითადი საერთაშორისო სამართლებრივი აქტების, ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა ევროპული კონვენციის, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკისა და საქართველოში არსებული ვითარების მიხედვით.

საკვანძო სიტყვები: გამოხატვის თავისუფლება | სიძულვილის ენა | რელიგიის თავისუფლება | სიძულვილის ენა რელიგიური კონტექსტით

შესავალი

დემოკრატიული სახელმწიფოს მიზანია – განურჩევლად რაიმე ნიშნისა, უმრავლესობისა თუ უმცირესობის წარმომადგენლებს, ჰქონდეთ თანაბარი შესაძლებლობა, გამოთქვან და გამოხატონ საკუთარი აზრი ნებისმიერ საკითხზე ისე, რომ არ გახდნენ დევნის, მუქარის ან ძალადობის მსხვერპლნი სახელმწიფოსა თუ კერძო პირების მხრიდან. სწორედ გამოხატვის თავისუფლების რეალიზება წარმოადგენს დემოკრატიული პროცესების განუყოფელ ნაწილს. მისი მნიშვნელობიდან გამომდინარე იგი როგორც ეროვნული კანონმდებლობით, ასევე საერთაშორისო სამართლებრივი აქტებითაა რეგულირებული. მიუხედავად იმისა, რომ გამოხატვის თავისუფლების უზრუნველყოფა ცალსახად მიუთითებს თავისუფალი განვითარების შესაძლებლობებზე, შეიძლება გამოხატვის რიგი ფორმები დემოკრატიისა და საზოგადოებისათვის საფრთხის შემცველი გახდეს. შესაბამისად, მისი შეზღუდვის საფუძვლები სხვათა უფლებების დაცვის, პატივისცემის, ეროვნული უშიშროების, უსაფრთხოების, დანაშა-

ულის აღკვეთისა თუ დემოკრატიის დაცვის მიზნითაა რეგულირებული. სწორედ აღნიშნული ფაქტორებიდან გამომდინარე მნიშვნელოვანია სიძულვილის ენის ფენომენი, მისი რეგულირების წესი და გამოხატვის თავისუფლების კვლევა. სიძულვილის ენის მიმართ დამოკიდებულება განსხვავებულია სხვადასხვა სამართლებრივ სისტემაში სახელმწიფოთა ისტორიული, საზოგადოებრივი და დემოკრატიული განვითარებისა თუ გამოცდილების მიხედვით. მსჯელობა სიძულვილის ენაზე იმ შინაარსით იგი წარმოადგენს გამოხატვის თავისუფლების განუყოფელ ნაწილს თუ საფრთხეს, უფრო რთულ ფორმას იღებს, როდესაც სიძულვილის ენა რელიგიური ნიშნითაა გამოხატული.

სიძულვილის ენა – სამართლებრივი რეგულირება

სიძულვილის ენის უნივერსალური განმარტება არ არსებობს, თუმცა მას ხშირად განსხვავებული ფორმით ვხვდებით სხვადასხვა გარემოებაში. ტერმინი – სიძულვილის ენა გამოიყენება გამოხატვის ფორმებთან

მიმართებით, რომელთა მიზანია ადამიანის ანდა ადამიანთა ჯგუფის დევნა რელიგიური, ეთნიკური თუ სხვა იდენტობის ნიშნის სიძულვილის გამო.

ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტის 97(20) რეკომენდაციით „სიძულვილის ენა“ განიმარტა შემდეგნაირად: ტერმინი „სიძულვილის ენა“ უნდა გავიგოთ როგორც გამოხატვის ყველა ფორმა, რომელიც გავრცელებადია, შეურაცხყოფელია, ინვესს რასობრივ სიძულვილს, ქსენოფობიას, ანტისემიტურ ან სხვა სახის სიძულვილს, ეროვნულობის, ეთნოცენტრიზმის, დისკრიმინაციის, უმცირესობათა, მიგრანტთა და იმიგრანტთა მიმართ გამოხატული მტრობის ჩათვლით.¹

სიძულვილის ენის განმარტება დროთა განმავლობაში იცვლებოდა. ტრადიციულად, იგი წარმოადგენდა გამოხატულების იმ ფორმას, რომელიც შეურაცხყოფელი იყო ნებისმიერი რასობრივი, რელიგიური, ეთნიკური ანდა ეროვნული ჯგუფისათვის. 1980-იან წლებში გაფართოვდა მისი მნიშვნელობის არეალი გენდერული, ასაკობრივი, სექსუალური, ოჯახური მდგომარეობის, ფიზიკური შესაძლებლობის ანდა სხვა უპირატესობის თვალსაზრისით.² მეცნიერმა როდნი სმოლამ ზოგადად განმარტა ტერმინი – სიძულვილის ენა და აღნიშნა, რომ იგი წარმოადგენდა სიტყვიერ თავდასხმას რასობრივი, ეთნიკური, რელიგიური, სექსუალური ორიენტაციისა და უპირატესობის საფუძველზე.³ გარდა ზემოთ აღნიშნულისა, დროთა განმავლობაში ტერმინ – სიძულვილის ენას განსხვავებულად მოიხსენიებდნენ, კერძოდ, 1920-იან წლების ბოლოდან 1930-იანი წლების დასაწყისში იგი ცნობილი იყო როგორც „რასობრივი სიძულვილი“, 1940-იან წლებში – „ჯგუფის ცილისწამება“, 1980 წელს „სიძულვილის ენა“ და „რასისტული გამოსვლა“ ყველაზე გავრცელებადი ტერმინები გახდა.⁴

სიძულვილის ენა წარმოადგენს კომპლექსურად სამართლებრივ და პოლიტიკურ გამოწვევას; ერთმანეთს უპირისპირდება 2 ფუნდამენტალური უფლება – თანასწორობა (მათ შორის დისკრიმინაციისგან დაცვის უფლება) და გამოხატვის თავისუფლება.⁵

სიძულვილის ენა მჭიდრო კავშირშია გამოხატვის თავისუფლებასთან. გამოხატვის თავისუფლების არსი მდგომარეობს იდეების და აზრების თავისუფლად გავრცელებაში,

ჯანსაღ კომუნიკაციაში, რაც ხელს უწყობს სახელმწიფოში დემოკრატიული პროცესების ჩამოყალიბებას. თუმცა აუცილებელია სამართლებრივი შეზღუდვის არსებობა, რომელიც გამორიცხავს რაიმე ნიშნით შეურაცხყოფელ კომუნიკაციას. სიძულვილის ენა თანამედროვე საზოგადოებაში ინვესს უსიამოვნო და რთულ პრობლემებს. აღსანიშნავია, რომ სიძულვილის ენა და მისი რეგულირება მეორე მსოფლიო ომის შემდგომ პერიოდში იყო და კვლავაც რჩება აქტუალურ საკითხად.⁶

სიძულვილის ენა არის გამოხატვის ის ფორმა, რომელიც ახალისებს სიძულვილს რასობრივი, რელიგიური, ეთნიკური, ეროვნული წარმომავლობის, გენდერული, სექსუალური ორიენტაციის, სოციალური წარმომავლობის, შეზღუდული ფიზიკური ან მენტალური შესაძლებლობების ნიშნის საფუძველზე. ამასთან, სიძულვილის ენა შეიძლება მიმართული იყოს როგორც ინდივიდის, ასევე სუბიექტთა ჯგუფის მიმართაც. სიძულვილის ენა გარდა სიტყვიერი გამოხატულებისა, შეიძლება გამოიხატოს სხვადასხვა ფორმითაც, კერძოდ: შეურაცხყოფელი სიმბოლიკების საჯაროდ გამოყენება, უხეში გამოსვლა აქციებისა და საჯარო ადგილებში, შეურაცხყოფელი ინფორმაციის შემცველი ფლაერების დარიგება, ტელევიზიით, რადიოთი ანდა ინტერნეტით გავრცელება, ჯვრების და დროშების დანვა და სხვა.⁷

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრეცედენტულ სამართალში გამოიკვეთა სიძულვილის ენის რამდენიმე ელემენტი: განზრახვა (სიძულვილის გავრცელების განზრახვა კონკრეტული ჯგუფის მიმართ), შინაარსი ანდა სპეციფიკური გამოხატვის კონტექსტი და დამდგარი შედეგი (რომელიც წარმოიშვა სიძულვილის ენის გამოყენებით).⁸

სიძულვილის ენა ძირითადად შემდეგ საერთაშორისო ხელშეკრულების რეგულირების სფეროში გვხვდება: „ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაცია“⁹, „რასობრივი დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ“ საერთაშორისო კონვენცია¹⁰, „სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების შესახებ“ საერთაშორისო პაქტი¹¹ და „ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა ევროპული კონვენცია“¹². გარდა აღნიშნულისა სიძულვილის ენა სხვა საერთაშორისო და რეგიონალური ხელშეკრულებების რეგული-

რების სფეროში ხვდება, მათ შორისაა, „ევროკავშირის ადამიანის უფლებამცემი უფლებათა ქარტია“¹³, „ადამიანისა და ხალხთა უფლებების აფრიკული ქარტია“¹⁴ და სხვა.

ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციის მე-19 მუხლის მიხედვით გამოხატვის თავისუფლების უფლება დაცულია და განმარტავს, რომ ყველას აქვს აზრისა და გამოხატვის თავისუფლება. ეს თავისუფლება მოიცავს ადამიანის უფლებას, ჰქონდეს საკუთარი აზრი და დაუბრკოლებლად მოიძიოს, მიიღოს და გაავრცელოს ინფორმაცია და მოსაზრებები ყოველგვარი საშუალებით, მიუხედავად საზღვრებისა. ამასთან, ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციის 29-ე მუხლი ზოგადად განსაზღვრავს გამოხატვის თავისუფლების შეზღუდვის ფარგლებს. თუმცა უშუალოდ სიძულვილის ენასთან დაკავშირებით აღნიშნული დეკლარაცია არ საუბრობს.

„რასობრივი დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ“ საერთაშორისო კონვენციის მე-4 მუხლის მიხედვით, მონაწილე სახელმწიფოები გამოხატვის ყოველგვარ პროპაგანდას და ყველა ორგანიზაციას, რომელიც დაფუძნებულია რასის, ფერის ან ეთნიკური წარმოშობის პირთა ჯგუფის უპირატესობის იდეებსა და თეორიაზე ან, რომელიც ცდილობს გაამართლოს ან ხელი შეუწყოს რასობრივ სიძულვილსა და დისკრიმინაციის ნებისმიერ ფორმას და ვალდებულია კისრულობენ მიიღონ სწრაფი და პოზიტიური ზომები, რათა ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციაში განსაზღვრული პრინციპებისა და ამ კონვენციის მე-5 მუხლით გათვალისწინებული უფლებების საჭირო მოთხოვნით აღმოიფხვრას დისკრიმინაციის მსგავსი ქმედების წაქეზება :

ა) კანონით დასჯად ქმედებად უნდა გამოცხადდეს რასობრივ უპირატესობასა და სიძულვილზე დაფუძნებული იდეების ყოველგვარი გავრცელება, რასობრივი დისკრიმინაციის ნებისმიერი წაქეზება ისევე, როგორც ძალადობის ყველა აქტი ან ასეთი აქტების წაქეზება ნებისმიერი რასის ან ფერის ან ეთნიკური წარმოშობის პირთა ჯგუფის წინააღმდეგ და ასევე, რასისტული მოქმედების ნებისმიერი დახმარების, მათ შორის, ფინანსური დახმარების პირობები.

ბ) უკანონოდ უნდა გამოცხადდეს და აიკრძალოს ორგანიზაციებისა და ასევე, ყველა

სხვა ორგანიზებული პროპაგანდისტული მოღვაწეობა, რომელიც ხელს უწყობს და ინვესტირებს რასობრივ დისკრიმინაციას, ასეთ ორგანიზაციებსა და საქმიანობაში მონაწილეობა უნდა გამოცხადდეს კანონით დასჯად ქმედებად.

გ) დაუშვებლად უნდა გამოცხადდეს ეროვნული თუ ადგილობრივი სახელმწიფო ორგანოების ან საზოგადოებრივი ინსტიტუტების მიერ რასობრივი დისკრიმინაციის ხელის შეწყობა ან გამოწვევა.¹⁵

რასობრივი დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის კომიტეტის¹⁶ მე-7 ზოგადი რეკომენდაცია¹⁷ მკაფიოდ განსაზღვრავს აღნიშნული ნორმის სავალდებულო ხასიათს, ანალოგიურს გულისხმობს ამავე კომიტეტის მე-15 ზოგადი რეკომენდაცია¹⁸, რომლის მიხედვითაც წაქეზებისა და დისკრიმინაციული ქმედებების აღმოსაფხვრელად შემუშავებული მექანიზმები სახელმწიფოებმა უნდა განსაზღვრონ კანონმდებლობით და უზრუნველყონ ეფექტურად აღსრულება.¹⁹

„რასობრივი დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ“ საერთაშორისო კონვენცია პირველი საერთაშორისო ხელშეკრულებაა, რომელიც მკაფიოდ აყალიბებს დამოკიდებულებას სიძულვილის ენისადმი. „რასობრივი დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ“ საერთაშორისო კონვენციის მე-4 მუხლის „ა“ ქვეპუნქტი სიძულვილის ენის ოთხ განსხვავებულ ასპექტს განსაზღვრავს: 1) რასობრივ უპირატესობაზე დაფუძნებული იდეების გავრცელება, 2) რასობრივ სიძულვილზე დაფუძნებული იდეების გავრცელება, 3) რასობრივი დისკრიმინაციის გაღვივება და 4) რასობრივი ძალადობით მოტივირებული ქმედებების პროვოცირება.²⁰ აღნიშნულ კონვენციაში უშუალოდ გამოხატვის თავისუფლება არ არის დაცული, მაგრამ კონვენციით გარანტირებული მექანიზმებით უზრუნველყოფილია თანასწორობის და ადამიანის უფლებათა, მათ შორის, გამოხატვის თავისუფლების სამართლებრივი ბუნება.

„სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების შესახებ“ საერთაშორისო პაქტის მე-19 მუხლის პირველი და მეორე პუნქტები უზრუნველყოფენ გამოხატვის თავისუფლების უფლებას. აზრისა და გამოხატვის ფორმები აღნიშნული ნორმის მიხედვით ფართოა.²¹ მაგრამ აღნიშნული მუხლის მე-3 პუნქტი განსაზღვრავს გამოხატვის თავისუფლების შე-

ზღუდვის საფუძვლებს; კერძოდ, შეზღუდვა დასაშვებია ა) სხვა პირთა უფლებებისა და რეპუტაციის დასაცავად და ბ) სახელმწიფო უშიშროების, საზოგადოებრივი წესრიგის, მოსახლეობის ჯანმრთელობისა და ზნეობის დასაცავად. ამასთან, მნიშვნელოვანია შეზღუდვის განხორციელებისათვის დამატებითი ლეგიტიმური საფუძვლის დაკმაყოფილება: 1) შეზღუდვა დადგენილი უნდა იყოს კანონით და 2) შეზღუდვა უნდა იყოს აუცილებელი.

„სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების შესახებ“ საერთაშორისო პაქტის მე-19 მუხლის მე-3 პუნქტის განხილვისას აღსანიშნავია ამავე პაქტის მე-20 მუხლი, რომელიც აფართოებს გამოხატვის თავისუფლების შეზღუდვის საფუძვლებს და მიუთითებს, რომ ომის ყოველგვარი პროპაგანდა უნდა აიკრძალოს კანონით, ხოლო ყოველგვარი ეროვნული, რასობრივი ან რელიგიური შუღლის გაღვივებისაკენ მიმართული გამოხატვა, რაც წარმოადგენს დისკრიმინაციის, მტრობის ან ძალადობის ნაქეზებას, უნდა აიკრძალოს კანონით.

გამოხატვის თავისუფლების შეზღუდვის ფარგლებთან მიმართებით საინტერესოა ადამიანის უფლებათა კომიტეტის²² პრაქტიკა, მათ შორის, საქმეები – როსი კანადის წინააღმდეგ²³ და შინ კორეის რესპუბლიკის წინააღმდეგ²⁴. ერთ შემთხვევაში ადამიანის უფლებათა კომიტეტმა განმარტა, რომ გამოხატვის თავისუფლების უფლების განხორციელება დაკავშირებულია გარკვეულ ვალდებულებებთან და პასუხისმგებლობებთან. ამასთან, ვალდებულება და პასუხისმგებლობა განსაკუთრებით იზრდება თუ გამოხატვის თავისუფლება დაკავშირებულია სასკოლო სისტემასთან, ახალგაზრდებთან, მოსწავლეებთან სწავლების პროცესთან. შესაბამისად, გამოხატვის თავისუფლების შეზღუდვის ფარგლების განხილვისას გარდა ზემოთ აღნიშნული სამართლებრივი საფუძვლებისა აუცილებელია საქმის ინდივიდუალურად განხილვა. ხოლო მეორე შემთხვევაში, ადამიანის უფლებათა კომიტეტმა დაადგინა, რომ შინის მიერ დახატული ნახატი ხვდება „სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების შესახებ“ საერთაშორისო პაქტის მე-19 მუხლის მე-2 პუნქტით განსაზღვრული გამოხატვის თავისუფლების უფლების დაცვის სფეროში, კერძოდ, იდეების გამოხატვა ფერწერის მეშვეობით.

კომიტეტმა ასევე მიუთითა, რომ გამოხატვის თავისუფლების შეზღუდვის განხორციელებისას სახეზე უნდა ყოფილიყო მე-19 მუხლის მე-3 პუნქტით გათვალისწინებული გარემოებები და დამატებით, შეზღუდვა კანონით დადგენილი და აუცილებელი უნდა ყოფილიყო. ამასთან, დამატებით განმარტა, რომ სახელმწიფოს მხრიდან უნდა განსაზღვრულიყო ზუსტი საფრთხე, რომელიც შეიძლება გამოწვეული ყოფილიყო ნახატის ავტორის ქმედებითა და მიზნებით. გამომდინარე იქიდან, რომ სახელმწიფოს მხრიდან არ ყოფილა ზუსტი საფრთხისა და მიზნების განსაზღვრა, სახელმწიფოს ქმედება, ავტორისათვის ნახატის კონფისკაცია, კომიტეტის მხრიდან შეფასდა როგორც „სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების შესახებ“ საერთაშორისო პაქტის მე-19 მუხლის მე-2 პუნქტის დარღვევა.

„ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის“ კონვენციის მე-10 მუხლის თანახმად დაცულია გამოხატვის თავისუფლება, თუმცა ამავე მუხლში მოცემულია შეზღუდვის საფუძვლებიც. აღნიშნული ნორმიდან გამომდინარე ტერმინი „გამოხატვა“ არ შემოიფარგლება შეხედულების, აზრის გამოთქმის წერილობით და ზეპირი ფორმით, იგი მოიცავს ნებისმიერ საშუალებას, რომელიც იდეების გამოთქმასთან ან ინფორმაციის გადაცემასთან არის დაკავშირებული.²⁵ გამოხატვის თავისუფლება გულისხმობს ნეგატიური ხასიათის გამოხატვის თავისუფლებასაც- უფლება არ ილაპარაკო, არ გამოხატო.²⁶ დამატებით, მე-10 მუხლის პირველი პუნქტი მოიცავს გამოხატვის თავისუფლების სამ ელემენტს²⁷:

1. საკუთარი აზრის ქონის თავისუფლება (აბსოლუტური ხასიათის უფლებაა და მასზე არ ვრცელდება მე-10 მუხლის მე-2 პუნქტით განსაზღვრული შეზღუდვები);

2. ინფორმაციის გავრცელების თავისუფლება;

3. ინფორმაციის მიღების თავისუფლება.

ადამიანის უფლებათა დაცვის ევროპული სასამართლოს პრაქტიკა მიუთითებს, რომ გამოხატვის თავისუფლების რეალიზება დაკავშირებულია გარკვეულ ვალდებულებებთან და პასუხისმგებლობებთან, რომელსაც პირდაპირ კონვენციის მუხლებიდან ვერ ამოვიკითხავთ. შესაძლებელია გამოხატვის თავისუფლების უფლების შეზღუდვა გამართლ-

ბული იყოს იმ განსხვავებული პირობებიდან გამომდინარე, რომელიც შეიძლება ცალკეულ შემთხვევებში არსებობდეს; მაგალითისთვის, სამხედრო დანაყოფებში დისციპლინისა და უსაფრთხოების დაცვის მიზნით სპეციალური წესები მოქმედებს და იმ ინფორმაციის გავრცელება, რომელიც კონფიდენციალურობას ექვემდებარება – ქმედება ვერ გამართლდება გამოხატვის თავისუფლების რეალიზებით.²⁸

გარდა ზემოთ აღნიშნული შეზღუდვის საფუძვლებისა არსებობს ადამიანის უფლებათა დაცვის ევროპული სასამართლოს ტესტი, კერძოდ, შეზღუდვა დასაშვებია თუ: განსაზღვრულია კანონით, აქვს ლეგიტიმური მიზანი და აუცილებლობას წარმოადგენს დემოკრატიული საზოგადოებისათვის.²⁹

ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-10 მუხლთან ერთად აუცილებლად უნდა აღინიშნოს მე-17 მუხლი, რომელიც მიუთითებს უფლების ბოროტად გამოყენების აკრძალვაზე. შესაბამისად, არც გამოხატვის თავისუფლების რეალიზება და არც შეზღუდვა არ უნდა იქნას გაგებული იმგვარად, რომ მოხდეს კონვენციით გარანტირებული უფლებების ბოროტად გამოყენება.³⁰ სიძულვილის ენა კონვენციის მე-10 მუხლის დაცვის ქვეშ არ ხვდება და იგი შეიძლება განვმარტოთ შემდეგი სახით:

– პირველი, რასობრივი სიძულვილის ნაქეზება, სიძულვილი პიროვნებისა ან ადამიანთა განსაკუთრებული ჯგუფის მიმართ.

– მეორე, რელიგიური შუღლის გაღვივება მორწმუნეებსა და არამორწმუნეებს შორის.

– და ბოლოს, სიძულვილის ენის განმარტება მინისტრთა კომიტეტის რეკომენდაციის საფუძველზე, კერძოდ, სიძულვილის ყველა ფორმის გამონკვევა არატოლერანტულობის საფუძველზე გამოწვეული აგრესიული ნაციონალიზმითა და ეთნოცენტრიზმით.³¹

სიძულვილის ენა რელიგიური კონტაქსტით ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოსა და საქართველოს პრაქტიკის ფარგლებში

რელიგიური პლურალიზმის პრინციპი აისახა ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციის მე-18 მუხლში, რომლითაც გარანტირებულია ყველას უფლება თავისუფლად მიიღონ და შეიცვალონ საკუთარი რწმენის საფუძველზე რელიგია ხელისუფლების

ჩარევის შიშის გარეშე. აღნიშნული უფლების ასახვა მოხდა „სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების შესახებ“ საერთაშორისო პაქტის მე-18 მუხლში, ადამიანის უფლებათა ამერიკული კონვენციის მე-12 მუხლში, ადამიანისა და ხალხის უფლებათა აფრიკული ქარტიის მე-8 მუხლში, ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა ევროპული კონვენციის მე-9 მუხლში და ევროკავშირის ადამიანის ფუნდამენტური უფლებების ქარტიის მე-10 მუხლში. აღნიშნული მუხლებით გარანტირებულია რელიგიის თავისუფლების უფლება.³² რელიგიის თავისუფლების უფლების დაცვის საერთაშორისო სტანდარტების მიუხედავად, ხშირად უმცირესობათა წარმომადგენლები უმრავლესობისა და სხვა ჯგუფების მხრიდან განიცდიან უფლების დარღვევას. ამის ერთ-ერთი მაგალითია სიძულვილის ენა, რომელიც წარმოიშვა რელიგიურ საწყისებზე.³³

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკიდან საინტერესოა უკვე განხილული საქმე – ნორვედი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ³⁴; საქმის ფაქტობრივი გარემოების მიხედვით, განმცხადებელი იყო ბრიტანეთის ნაციონალური პარტიის რეგიონალური ორგანიზატორი, რომელმაც თავისი სახლის ფანჯარაზე 2001 წლის ნოემბრიდან 2002 წლის 9 იანვრამდე გამოაქვეყნა ფოტო/პოსტერი შემდეგი ილუსტრებით – „ბრიტანეთი ისლამის გარეშე – დაიცავი ბრიტანელი ხალხი“, ასევე, ნახევარმთვარე და ვარსკვლავები აკრძალვის ნიშნით. განმცხადებელი დაადანაშაულეს რელიგიური ჯგუფისადმი მტრობის გაღვივებაში. აპლიკანტი ამტკიცებდა, რომ იგი მოქმედებდა გამოხატვის თავისუფლების ფარგლებში. თუმცა სასამართლომ განმცხადებლის საჩივარი არ დააკმაყოფილა; აღსანიშნავია ისიც, რომ რელიგიური ჯგუფის წინააღმდეგ ასეთი ზოგადი დაპირისპირება ტერორიზმის სერიოზული ქმედების შედეგის საფუძველი შეიძლება გამხდარიყო, შესაბამისად, აღნიშნული ქმედება შეუთავსებელია კონვენციასთან, განსაკუთრებით ტოლერანტობის, სოციალური მშვიდობისა და დისკრიმინაციის მნიშვნელობებით. ამიტომ, სასამართლომ დაადგინა, რომ განმცხადებელმა დაარღვია გამოხატვის უფლება და არ ჰქონდა ფანჯარაზე პოსტერის გამოკვრის უფლება ამ შინაარსით კონვენციის მე-17 და მე-10 მუხლების საფუძველზე.

ადამიანის უფლებათა და თავისუფლებათა ევროპულმა სასამართლომ განიხილა საქმე – ბელკამი ბელგიის წინააღმდეგ³⁵; საქმის ფაქტობრივი გარემოებების მიხედვით, ბელკამი იყო ორგანიზაცია- „Sharia4Belgium“-ის ლიდერი და სპიკერი. ორგანიზაცია დაიშალა 2012 წელს. აღნიშნული ორგანიზაცია, YouTube-ში ვიდეოების გავრცელებით აღვივებდა სიძულვილის, ძალადობისა და დისკრიმინაციას. ბელკამი მხარს უჭერდა ჯიჰადსა და შარიათის კანონს. აღნიშნული ვიდეოების მეშვეობით ბელკამი თავის მაცურებლებს მოუწოდებდა და გაკვეთილებს ატარებდა არამუსლიმებზე გასამარჯვებლად. სასამართლომ დაადგინა, რომ სახეზე იყო კონვენციის მე-17 და მე-10 მუხლების დარღვევა, ბელკამის ქმედებები კონვენციით გათვალისწინებულ რელიგიურ ტოლერანტობასთან შესაბამისობაში არ იყო. აღნიშნული ქმედებები შეიძლება განხილულიყო როგორც სიძულვილის ენა.

ადამიანის უფლებათ ევროპულმა სასამართლომ განიხილა საქმე- ერბაკანი თურქეთის წინააღმდეგ³⁶; საქმის ფაქტობრივი გარემოებების მიხედვით, ერბაკანი იყო თურქეთის პრემიერ-მინისტრი 1996-1997 წლებში, ხოლო 1997-1998 წლებში იგი იყო პოლიტიკური პარტიის- რეჰპა პარტიის თავმჯდომარე; აღნიშნული პარტია დაიშალა 1998 წელს სეკულარული პრინციპების საწინააღმდეგო საქმიანობისათვის. 1994 წელს ერბაკანის საჯარო სიტყვით გამოვიდა ქალაქ ბინგოლში (თურქეთში სამხრეთ-აღმოსავლეთ მხარეში). ადგილობრივი საარჩევნო კამპანიის დროს წარმოთქმული სიტყვის გამო 5 წლის შემდეგ ერბაკანის წინააღმდეგ აღიძრა საქმე იმ საფუძვლით, რომ მისი საჯარო სიტყვა აღვივებდა სიძულვილს და მტრობას რელიგიური, რასობრივი და რეგიონალური ასპექტებით. ხოლო ევროპულმა სასამართლომ იმსჯელა და დაადგინა, რომ სახეზე იყო მე-10 მუხლის დარღვევა განმცხადებლის მიმართ, კერძოდ, ერბაკანის მიმართ. რადგან მის მიერ წინასაარჩევნო კამპანიაში გამოყენებული ტერმინები „მორწმუნეები“ და „არამორწმუნეები“ შეიძლება წარმოადგენდეს ნებისმიერი საზოგადოებისათვის დამახასიათებელ ფენომენს. ამასთან, სასამართლომ აღნიშნა, რომ ეროვნული სასამართლოს მხრიდან არ დადგენილა ე.წ.საეჭვო სიტყვები იყო თუ არა რისკისა და გარდაუვალი საშიშროების შემცველი. ასევე,

ერბაკანის სიტყვით გამოსვლიდან 5 წელში საქმის განხილვა და პოლიტიკური დებატების ბუნებიდან გამომდინარე პოლიტიკოსის მიმართ გამოყენებული სასჯელის გამამართლებელი მიზეზების არ არსებობის გამო, სასამართლომ დაადგინა მე-10 მუხლის დარღვევა.

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკა მიუთითებს ცალსახა და მკაცრ პოლიტიკას სიძულვილის ენის მიმართ, რომელიც რელიგიური მოტივებითაა გამოხატული. რაც შეიძლება პოზიტიურად შეფასდეს. თუმცა სამწუხარო რეალობაა საქართველოში, კერძოდ, არსებული კანონმდებლობის მიხედვით, საქართველოს კონსტიტუციის მე-19 მუხლი საუბრობს სიტყვის, აზრის, სინდისის, აღმსარებლობისა და რწმენის თავისუფლებაზე, თუმცა ამ უკანასკნელთა შეზღუდვა დასაშვებია მხოლოდ სხვათა უფლებათა დასაცავად. ასევე, საქართველოს კონსტიტუციის 24-ე მუხლი საუბრობს „აზრის თავისუფლებაზე“, რომლის შეზღუდვა დასაშვებია დემოკრატიულ საზოგადოებაში სახელმწიფო უშიშროების, ტერიტორიული მთლიანობის ან საზოგადოებრივი უსაფრთხოების უზრუნველსაყოფად, დანაშაულის თავიდან ასაცილებლად, სხვათა უფლებებისა და ღირსების დასაცავად, კონფიდენციალურად აღიარებული ინფორმაციის გამჟღავნების თავიდან ასაცილებლად ან სასამართლოს დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის უზრუნველსაყოფად. ამ ორ მუხლს შორის განსხვავება არის ის, რომ 24-ე მუხლი აზრის გამოხატულებას მე-19 მუხლისგან განსხვავებით გულისხმობს არამხოლოდ სიტყვიერად გამოხატულებას, არამედ სხვა საშუალებითაც.

საქართველოში არსებობს სხვა სამართლებრივი აქტები, რომლებიც ეხება გამოხატვის თავისუფლებას, მაგალითად, საქართველოს კანონის „სიტყვისა და გამოხატვის თავისუფლების შესახებ“, სადაც საუბარი არ არის სიძულვილის ენაზე, თუმცა სიტყვისა და გამოხატვის დაცული თავისუფლება შესაბამისობაშია კონსტიტუციასთან და საერთაშორისო სამართლებრივ აქტებთან. გამოხატვის და სიტყვის თავისუფლებასთან, მის შეზღუდვასთან დაკავშირებით საუბრობს „მაუწყებლობის შესახებ“ საქართველოს კანონი, „შეკრებისა და მანიფესტაციის შესახებ“ საქართველოს კანონი, თუმცა ზოგადად

არის საუბარი და პრაქტიკაში დღემდე ბუნდოვანია იმ გარემოებებზე ადეკვატური რეაგირება, რომლებიც იწვევს გამოსატყვის თავისუფლების შეზღუდვას. „დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ“ საქართველოს კანონის განზოგადების საფუძველზე შეიძლება ვიმსჯელოთ სიძულვილის ენის ასპექტებზე. შეიძლება ითქვას, რომ საქართველოში სიძულვილის ენის რეგულირება სამართლებრივად დღემდე არ არსებობს მაშინ, როცა საქართველოში სიძულვილის ენის, გამოსატყვის თავისუფლების და რელიგიური შევიწროების გამო ხდება ადამიანთა ჯგუფებს შორის დაპირისპირება, მაგალითისათვის, 2016 წელს სოფელ ადიგენში განვითარებული მოვლენები; მართლმადიდებლების მოთხოვნა, რომ მეჩეთი სოფელში არ უნდა იყოს და სოფლის ცენტრში არსებული ისტორიული მეჩეთის ეკლესიად უნდა გადაკეთდეს. გარდა ამისა სოფელში დაძაბულობა შეიქმნა სოფელ ადიგენში მცხოვრები მუსლიმებისათვის სასაფლაოს ადგილის გამოყოფაზე³⁷, რასაც მოჰყვა სიტყვიერი დაპირისპირება (მონების განმარტებით, შეხვედრაზე მისული მამაკაცი მუსლიმების მისამართით შეურაცხმყოფელ სიტყვებს ამბობდა – „მოთრეულები“ და მსგავსი) და შემდგომ ფიზიკური დაპირისპირებაც იყო სახეზე. გამომდინარე იქიდან, რომ საქართველოში გამოსატყვის თავისუფლებისა და სიძულვილის ენის დაცვა არ არის მონოდების სიმალეზე, სამართლებრივი პასუხისმგებლობის განსაზღვრა ხდება არა სიტყვიერი დაპირისპირების საფუძველზე, არამედ სხვა ქმედებისა და მატერიალური შედეგის გათვალისწინებით.³⁸ დისკრიმინაციული გარემოება რელიგიური ჯგუფისადმი შეიმჩნეოდა ბათუმშიც, მუსლიმების მეჩეთის აგებასთან დაკავშირებით.³⁹ თავად ფაქტი – დისკრიმინაცია, სამწუხაროა, თუმცა ნაკლებადაა საზოგადოებრივი განხილვისა თუ სახელმწიფოს მხრიდან ჩარევის საგანი ის წი-

ნარე ფაქტები, სიტყვიერი გამოსატყვებები, რომლებსაც შეიძლება გამოენვია რელიგიურ ჯგუფებსა და მოსახლეობას შორის დაძაბულება. არადა შეიძლება სხვა დარღვევებთან ერთად არსებობდეს სიძულვილის ენაც, რომელსაც სჭირდება ადეკვატური რეაგირება საკანონმდებლო დონეზე და კომპეტენტური ორგანოების მხრიდან.

დასკვნა

წინამდებარე ნაშრომი მიუთითებს სიძულვილის ენის საერთაშორისო სამართლებრივი რეგულირების არსებობაზე, სიძულვილის ენის რელიგიური კონტექსტით სამართლებრივ პრაქტიკაზე, მათ შორის, ევროპული სასამართლოს დონეზე, თუმცა, ვფიქრობ, რომ რელიგიური ნიშნით სიძულვილის ენის სენსიტიურობიდან და მნიშვნელობიდან გამომდინარე, სიძულვილის ენა რელიგიური კონტექსტით მოითხოვს უფრო მაღალი სტანდარტით დაცვას და ცალკე სამართლებრივი აქტით რეგულირებას. რაც შეეხება საქართველოში ვითარებას, სიძულვილის ენა რელიგიური ნიშნით ფართოდ გავრცელებულ პრობლემად რჩება. ამასთან, არ არსებობს მკაცრად განსაზღვრული სამართლებრივი აქტები, ერთგვაროვანი და თანმიმდევრული პოლიტიკა, რომელიც უზრუნველყოფს სიძულვილის ენის რელიგიური კონტექსტით გამოყენების პრევენციასა და აღმოფხვრას. თუმცა შემუშავებული სამართლებრივი აქტებითა და პოლიტიკით არ უნდა შეილახოს გამოსატყვის თავისუფლების არსი. ასევე, სიძულვილის ენის რელიგიური კონტექსტით აღმოფხვრის მიზნით სახელმწიფო მხოლოდ კანონისმიერ რეგულირებაზე არ უნდა იყოს ორიენტირებული და პრიორიტეტი უნდა მიანიჭოს პრევენციულ და თვითრეგულაციის მექანიზმების შემუშავებასა და განხორციელებას.

* მერი კაპანაძე არის თსუ-ს საერთაშორისო სამართლის დოქტორანტი და თსუ-სა და საქართველოს ტექნიკური უნივერსიტეტის მონვეული ლექტორი.

¹ Recommendation No. R (97) 20 of the Committee of Ministers to member states on “Hate speech” adopted on 30 October 1997.

² Haupt C.E. “Regulating Hate Speech – Damned If You Do and Damned If You Don’t: Lessons Learned from Comparing the German and U.S. Approaches”, Boston University International Law Review (2005), გვ. 304-305.

- ³ იქვე, §3.
- ⁴ იქვე, §3.
- ⁵ George C. "Hate speech law and policy", The International Encyclopedia of Digital Communication and Society, გვ. 1, ხელმისაწვდომია: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1002/9781118767771.wbiedcs139>, [ბოლოს ნანახია 17.12.2017].
- ⁶ Mihallova E., Bacovska J., Shekerdjiev T. (2013) *Freedom of expression and hate speech*, Skopje, გვ. 24-26.
- ⁷ იქვე, §7.
- ⁸ იქვე, §7.
- ⁹ The UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948, 217 A (III).
- ¹⁰ UN General Assembly, *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, 21 December 1965, United Nations, Treaty Series, vol. 660, p. 195.
- ¹¹ UN General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171.
- ¹² Council of Europe, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5.
- ¹³ European Union, *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 26 October 2012, 2012/C 326/02.
- ¹⁴ Organization of African Unity (OAU), African Charter on Human and Peoples' Rights ("Banjul Charter"), 27 June 1981, CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982).
- ¹⁵ იქვე, §11; Hate Crime and Hate Speech in Europe: Comprehensive Analysis of International Law Principles, EU-wide Study and National Assessments, ხელმისაწვდომია: <https://sosracismo.eu/wp-content/uploads/2016/07/Hate-Crime-and-Hate-Speech-in-Europe.-Comprehensive-Analysis-of-International-Law-Principles-EU-wide-Study-and-National-Assessments.pdf>, [ბოლოს ნანახია 17.12.2017].
- ¹⁶ „რასობრივი დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ“ საერთაშორისო კონვენციის მე-8 მუხლის საფუძველზე, 18 დამოუკიდებელი ექსპერტისგან შექმნილი კომიტეტი, რომელიც კონვენციის მონაწილე სახელმწიფოებში კონვენციის იმპლემენტაციას და კონვენციით განსაზღვრული უფლებების დაცვას უწევს მონიტორინგს.
- ¹⁷ General Recommendation n. 7 of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, ხელმისაწვდომია: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=6&DocTypeID=11 [ბოლოს ნანახია 17.12.2017].
- ¹⁸ General Recommendation n. 15 of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, ხელმისაწვდომია: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=6&DocTypeID=11, [ბოლოს ნანახია 17.12.2017].
- ¹⁹ იქვე, §16; United Nations Resolutions on Religious Hate Speech: The Impact on Freedom of Expression, 2014.
- ²⁰ იქვე, §19.
- ²¹ General Comment No 34 of the Human Rights Committee, ხელმისაწვდომია: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11 [ბოლოს ნანახია 17.12.2017].
- ²² „სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების შესახებ“ საერთაშორისო პაქტის 28-ე მუხლის საფუძველზე 18 დამოუკიდებელი ექსპერტისგან დაკომპლექტებული კომიტეტი, რომელიც მონიტორინგს უწევს პაქტის იმპლემენტაციას მონაწილე სახელმწიფოებში.
- ²³ Communication No. 736/97, *Ross v. Canada*, Views adopted on 18 October 2000.
- ²⁴ Communication No. 926/2000, *Shin v. Republic of Korea*, Views adopted on 16 March 2004.

- ²⁵ ქურდაძე ი., კორკელია კ., (2004) ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართალი ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მიხედვით, საქართველო, გვ.200 და შემდგომი.
- ²⁶ Bychawska-Siniarska D., (2017) Protecting the right to freedom of expression under the European convention on human rights, გვ. 13.
- ²⁷ იქვე, §26.
- ²⁸ Hadjianastassiou v. Greece, ECtHR, application no. 12945/87, 16 December 1992.
- ²⁹ Bychawska-Siniarska D., (2017) Protecting the right to freedom of expression under the European convention on human rights, გვ. 32-33.
- ³⁰ Bychawska-Siniarska D., (2017) Protecting the right to freedom of expression under the European convention on human rights, გვ. 12.
- ³¹ Weber A.,(2009) Manual on hate speech, France, გვ. 3-5.
- ³² Weller M.,(2007) Universal Minority Rights (A commentary on the Jurisprudence of the international courts and treaty bodies), Oxford, გვ. 179-203.
- ³³ მეტი ინფორმაციისათვის იხ. Resolution 1510(2006) on “Freedom of expression and respect for religious beliefs” adopted by the Parliamentary Assembly on 28 June 2006; Recommendation 1805(2007) on “Blasphemy, religious insults and hate speech against persons on grounds of their religion” adopted by the Parliamentary Assembly on 29 June 2007.
- ³⁴ *Norwood v. the United Kingdom*, ECtHR, application no. 23131/03, 16 November 2004.
- ³⁵ *Belkacem v. Belgium*, ECtHR, application no. 34367/14, 20 July 2017.
- ³⁶ *Erbakan v. Turkey*, ECtHR, application no. 59405/00, 6 July 2006.
- ³⁷ რელიგიის თავისუფლება – სახელმწიფოს დისკრიმინაციული და არასაკულარული პოლიტიკის კრიტიკა, (კვლევა მომზადებულია არასამთავრობო ორგანიზაცია – ადამიანის უფლებების სწავლებისა და მონიტორინგის ცენტრის მიერ) 2016, გვ.121 და შემდგომი, ხელმისაწვდომია: <https://emc.org.ge/uploads/products/pdf/Freedom-of-Religion.pdf> [ბოლოს ნანახია 17.12.2017].
- ³⁸ ადამიანის უფლებების მდგომარეობა საქართველოში, (2016 წლის წლიური ანგარიში მომზადებულია არასამთავრობო ორგანიზაცია – ადამიანის უფლებების ცენტრის მიერ) 2017, გვ. 29.
- ³⁹ იქვე, §39.

HATE SPEECH IN THE CONTEXT OF RELIGION: THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND GEORGIA

Abstract

Equality, prohibition of discrimination, freedom of expression, freedom of religion, freedom of thought and belief constitute integral elements of a democratic society, and their realization in a multicultural society comes with certain challenges. Amongst them is the phenomenon of hate speech. Hate speech brings equality and discrimination into conflict with each other. What is the goal of hate speech? What is its legal definition? Are there any legal mechanisms in this regard which guarantee the protection of human rights? Emotional state can also be a determining factor for hate speech, especially on religious grounds. Hate speech expressed in the context of religion explicitly threatens democratic values regardless of whether it is used for defense purposes between the religious groups or towards a particular religious group or individual. Therefore, taking into account the importance and significance of this issue, the research aims to define the area of regulation for hate speech in the context of religion in accordance with the major international legal documents, the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, the case law of the European Court of Human Rights and the current situation in Georgia.

Key words: Freedom of expression | hate speech | freedom of religion | hate speech in the context of religion

INTRODUCTION

The goal of a democratic State is for the representatives of either majority or minority groups, indiscriminately to have the equal opportunity to express their opinion on any issue so as not to be victims of persecution, threats or violence on behalf of the State or private persons. The realization of freedom of expression is an integral part of democratic processes. Therefore, due to its importance, it is regulated by both national legislation and international legal instruments. Although, the free development process is unequivocally suggested by freedom of expression, certain number of actions may become a threat to democracy and society. Consequently, the grounds for its restriction are regulated for the protection and respect for the rights of others, and for protection of national security, defense, and democracy, as well as, for prevention of crime. Therefore, taking into account these factors, the research concentrated on the phenomenon of hate speech, its regulation and freedom of expression bears utmost importance. The attitude towards hate speech varies from one legal system to another in accordance with the historical, public and democratic development or experience of

the States. Debate whether hate speech represents an integral part of freedom of expression or embodies a threat to it proves to be more difficult when hate speech is expressed in the religious context.

HATE SPEECH – THE LEGAL REGULATION

There is no universal definition of hate speech, more so it takes different forms in various situations. The term “hate speech” is used in relation to forms of expression aimed at harassing and persecuting person and/or group of persons based on the hatred towards their religion, ethnic origin or other attributes.

According to the Recommendation No. 97(20) of the Committee of Ministers of the Council of Europe, the “Hate Speech” is as follows: the term “hate speech” shall be understood as covering all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred based on intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin.¹

The definition of hate speech has changed over time. Traditionally, it represented the form of expression which was inciting towards any racial, religious, ethnic and/or national group. In the 1980s the context was expanded in terms of gender, age, sexual, family status, physical ability or other preferences.² Scholar Rodney Smolla defined the term “hate speech” and noted that it constituted a generic term that has come to embrace the use of speech attacks based on race, ethnicity, religion and sexual orientation or preference.³ In addition to the above-mentioned, historically, hate speech has been referred to by several terms, in particular, it was known as “race hate” in the late 1920s and early 1930s, it was generally called “group libel” in the beginning of 1940s, “hate speech” and “racist speech” became the most common terms in the 1980s.⁴ Hate Speech is a complex legal and political challenge; thus, it often brings two foundational rights into conflict – equality, including the right to be protected from discrimination, and freedom of expression.⁵

Hate speech is closely related to freedom of expression. The essence of freedom of expression is to spread ideas and thoughts freely, to encourage a healthy communication that promotes the development of democratic processes in the State. Nevertheless, there exists a need for restrictions imposed by law that excludes offensive communications on any ground. Despite the fact that, hate speech and its regulation during the post-World War II period became an important and pressing issue, hate speech to this day remains to cause unpleasant and complex problems to the modern societies.⁶

Hate speech is a form of expression that encourages hatred based on racial, religious, ethnic, national origin, gender, sexual orientation, social origin, physical or mental disabilities. Moreover, hate speech can be directed at both the individual, as well as the group. In addition to direct speech, hate speech also includes many other forms of expression, such as: public use of insulting symbols, rude and insulting presentation at parades, protests and public places, distribution and dissemination of leaflets with insulting contents through TV, radio and/or their circulation via Internet, burning

crosses and flags, etc.⁷

The European Court of Human Rights has developed several elements of hate speech in its case law: intent (the intention of spreading hatred towards a specific group), contents, i.e. context of expression, and proscribed results (which originated from hate speech).⁸

The regulation of hate Speech is mainly found in the following International instruments: “The Universal Declaration of Human Rights”⁹, “International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination”¹⁰, “the International Covenant on Civil and Political Rights”¹¹ and “the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms”¹². In addition, hate speech is regulated by other international and regional instruments, including “the Charter of Fundamental Rights of the European Union”¹³, “African Charter on Human and Peoples’ Rights”¹⁴, etc.

The right to freedom of expression is protected under Article 19 of the Universal Declaration of Human Rights which further indicates that everyone has the right to freedom of opinion and expression. This right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers. In addition, Article 29 of the Universal Declaration of Human Rights generally defines the limits of freedom of expression. However, the Declaration does not make a reference to hate speech directly.

According to Article 4 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, States Parties condemn all propaganda and all organizations which are based on ideas or theories of superiority of one race or group of persons of one color or ethnic origin, or which attempt to justify or promote racial hatred and discrimination in any form, and undertake to adopt immediate and positive measures designed to eradicate all incitement to, or acts of, such discrimination and, to this end, with due regard to the principles embodied in the Universal Declaration of Human Rights and the rights expressly set forth in Article 5 of the Convention, inter alia:

(a) Shall declare an offence punishable by law all dissemination of ideas based on racial

superiority or hatred, incitement to racial discrimination, as well as all acts of violence or incitement to such acts against any race or group of persons of another color or ethnic origin, and also the provision of any assistance to racist activities, including the financing thereof;

(b) Shall declare illegal and prohibit organizations, and also organized and all other propaganda activities, which promote and incite racial discrimination, and shall recognize participation in such organizations or activities as an offence punishable by law;

(c) Shall not permit public authorities or public institutions, national or local, to promote or incite racial discrimination.¹⁵

The 7th General Recommendation¹⁶ of the Committee on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination¹⁷ distinctly designates the obligatory nature of this norm; the same is implied in the 15th General Recommendation¹⁸ of the same Committee, which asserts that the States must incorporate the mechanisms developed to eradicate acts of incitement and discrimination in their national legislation and ensure their effective execution.¹⁹

The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination is the first international treaty which clearly articulates the position towards hate speech. Article 4(a) of the Convention defines four different aspects of hate speech: 1) dissemination of ideas based on racial superiority, 2) dissemination of ideas based on racial hatred, 3) incitement to racial discrimination and 4) acts of violence or incitement to such acts against any race.²⁰ The freedom of expression is not directly guaranteed by this Convention, but the mechanisms secured within ensure the legal nature of equality and human rights, including the freedom of expression.

Paragraphs 1 and 2 of Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights guarantee the right to freedom of expression. According to the norm, the forms of opinion and expression are broad.²¹ Nevertheless, paragraph 3 of this article defines the grounds for limiting freedom of expression; In particular, the right can be subject to the following restrictions: (a) for respect of the rights or reputations of others; (b) for the protection of national se-

curity or of public order, or of public health or morals. Furthermore, it is important to satisfy additional legitimate grounds for restriction: 1) restriction must be prescribed by law and 2) it must be necessary.

In considering Article 19 paragraph 3 of the International Covenant on Civil and Political Rights, it is worth mentioning Article 20 of the same Covenant that expands the grounds for restricting freedom of expression and indicates that any propaganda for war shall be prohibited by law and that any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law.

The case law of the Human Rights Committee²², including the cases *Ross v. Canada*²³ and *Shin v. Republic of Korea*²⁴, are important when considering the scope of the restriction of freedom of expression. In the first case, the Human Rights Committee explained that exercising the right to freedom of expression is related to certain obligations and responsibilities. At the same time, these obligations and responsibilities gain more importance if the freedom of expression is associated with the school system, the youth, and the teaching process. Therefore, in reviewing the scope of the restriction of freedom of expression, in addition to the legal grounds provided for above, it is necessary for every case to be considered individually. In the second case, the Human Rights Committee concluded that the painting by Shin was in the scope of protection of the right to freedom of expression defined by Article 19 paragraph 2 of the International Covenant on Civil and Political Rights, in particular, imparting ideas "in form of art". The Committee also pointed out that the restriction of freedom of expression had to be in accordance with Article 19 paragraph 3, and additionally, the restriction had to be necessary and prescribed by law. It furthermore noted that the government should have determined a precise threat, which could have been caused by the actions and intentions of the author of the painting. Since such actions have not been taken on behalf of the State, the Committee qualified the confiscation of the painting carried out by the State authorities as a violation of paragraph 2 of Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights.

Article 10 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms guarantees the right to freedom of expression, which is furthermore subject to certain restrictions. In accordance with this norm the term “expression” is not limited to the written and verbal expression of the opinion or point of view; it entails any means that is related to holding ideas or imparting information.²⁵ In addition, Freedom of expression implies freedom of expression in the negative context – the right not to speak and the right not to express.²⁶ Moreover, paragraph 1 of Article 10 encompasses three elements of freedom of expression²⁷:

1. Freedom to hold opinions (this is an absolute right and the restrictions provided in Article 10(2) do not apply);
2. Freedom to impart information;
3. Freedom to receive information.

The case law of the European Court of Human Rights indicates that the realization of the right to freedom of expression is connected to certain obligations and responsibilities, which cannot be construed directly from the Convention. Restriction of the right to freedom of expression may be justified based on different circumstances that might arise from separate situations; for instance, in order to safeguard discipline and security in military units special regulations are in force, therefore, dissemination of information that is subject to confidentiality cannot be justified by the realization of the right to freedom of expression.²⁸

In addition to the above-mentioned restrictions there is a test developed by the European Court of Human Rights in accordance to which the restriction is permissible if: it is prescribed by law, it has a legitimate aim and is necessary in a democratic society.²⁹

Along with Article 10 of the European Convention on Human Rights it is necessary to note Article 17, which prohibits the abuse of rights. Therefore, neither the realization of the right to freedom of expression nor the restriction may be interpreted in such way to allow the abuse of the rights guaranteed by the Convention.³⁰ Article 10 of the Convention does not regulate hate speech, and it can be interpreted in the following way:

- Firstly, incitement of racial hatred, hatred directed against persons or groups of persons on the grounds of belonging to a race;
- Secondly, incitement to hatred on religious grounds, to which may be equated incitement to hatred on the basis of a distinction between believers and non-believers;
- And lastly, to use the wording of the Recommendation on “hate speech” of the Committee of Ministers of the Council of Europe, incitement to other forms of hatred based on intolerance “expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism”.³¹

HATE SPEECH IN THE CONTEXT OF RELIGION WITHIN THE SCOPE OF THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND GEORGIA

The principle of religious pluralism is integrated in Article 18 of the Universal Declaration of Human Rights, which guarantees everyone’s right to freely accept and change the religion without fear of interference from public authorities. This right was reflected in Article 18 of the International Covenant on Civil and Political Rights, Article 12 of the American Convention on Human Rights, Article 8 of the African Charter on Human and Peoples’ Rights, Article 9 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms And Article 10 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. These articles guarantee the right to freedom of religion.³² In spite of the international standards in force for the protection of the right to freedom of religion, minority representatives often suffer from violations of their rights through the actions of majority and other groups. One example of this is hate speech in religious contexts.³³

In this regard, special importance must be given to the case of European Court of Human Rights – *Norwood v. the United Kingdom*.³⁴ According to the facts of the case, the applicant was a regional organizer for the British National Party. From November 2001 to 9 January 2002 he put up a poster in his living room window, with an image of the Twin Towers in flames and the words “Islam out of Britain – Protect the British People”, and a symbol of a crescent and star in a prohibition sign. The applicant

was accused of incitement to religious hatred. Mr. Norwood argued that he was acting in the scope of the right to freedom of expression. However, the Court rejected the argumentation of the applicant; it should be noted that such a general, vehement attack against a religious group could have resulted in a grave act of terrorism; therefore, the aforementioned action was incompatible with the values proclaimed and guaranteed by the Convention, notably tolerance, social peace and non-discrimination. For these reasons, the Court concluded that the applicant did not have the right to put up posters on his window with the given content and as such, it constituted an act within the meaning of Article 17, which did not enjoy the protection of Article 10 of the Convention.

Another case that bears importance is *Belkacem v. Belgium*.³⁵ The facts of the case were following, Mr. Belkacem was the leader and spokesperson of the organization “Sharia4Belgium” which was dissolved in 2012. This organization was encouraging discrimination, hatred and violence through YouTube videos concerning non-Muslim groups and Sharia law. Belkacem was a supporter of Jihad and Sharia laws. In the videos in question he called on viewers, among other things, to overpower non-Muslims, “teach them a lesson” and to fight them. The Court rejected the application, finding that it was incompatible with Articles 17 and 10 of the Convention and with the religious tolerance. Therefore, aforementioned actions could have been regarded as a hate speech.

Lastly, the Court ruled on the case *Erbakan v. Turkey*³⁶; according to the facts of the case Necmettin Erbakan was Prime Minister of Turkey from June 1996 to June 1997. In 1997 and 1998, he was the chairman of Refah Partisi, a political party which was dissolved in 1998 for engaging in activities contrary to the principles of secularism. After five years from local election campaign where the applicant gave a public speech, criminal proceedings were brought against Erbakan for incitement to hatred or hostility through comments made in his campaign speech about distinctions between religions, races and regions. The European Court found a violation of Article 10 of the European Convention against the applicant. Since the

terms “believers” and “non-believers” used in the election campaign can be a factor inherent in any society. Furthermore, the Court stated that Turkish authorities failed to establish that the speech had given rise to, or been likely to give rise to, a “present risk” and an “imminent danger”. Therefore, in the absence of compelling reasons that justified severe penalty in relation to political speech the Court found that the interference in the applicant’s freedom of expression had not been necessary in a democratic society. The Court accordingly held that there had been a violation of Article 10.

The practice of the European Court of Human Rights indicates a clear and strict policy towards hate speech in a religious context. Conversely, according to the existing legislation, Article 19 of the Constitution of Georgia speaks of freedom of speech, opinion, conscience, religion and belief, however, the restriction of the latter is permissible only to protect the rights of others. Moreover, Article 24 of the Constitution of Georgia deals with the “freedom of opinion” the restriction of which is permissible in a democratic society in order to ensure the national security, territorial integrity or public safety, to prevent crime, to protect the rights and dignity of others, to prevent the disclosure of confidential information or to ensure the independence and impartiality of the court. With regards to the expression of opinion unlike Article 19, Article 24 of the Constitution entails not only a direct speech but also other means.

There are other legal acts in Georgia concerning freedom of expression, for example, the law on “the Right to Freedom of Speech and Expression”. It does not directly refer to hate speech; however it guarantees the right to freedom of speech and expression which is in line with the Constitution and international legal instruments. The Law of Georgia on Broadcasting and the Law of Georgia on Assembly and Manifestation make general reference to the right to freedom of speech and expression and the ground for their restriction, however, in practice it remains vague what constitutes an adequate measure taken in connection with the circumstances that restrict the freedom of expression.

Several aspects of hate speech can be identified by generalizing the Law of Georgia

on “Elimination of All Forms of Racial Discrimination”. The Georgian legislation does not regulate hate speech. Meanwhile, hate speech, oppression of the right to freedom of expression and religious persecution are common grounds for confrontation between different groups of people, for example, the situation in the village of Adigen where Orthodox Christians opposed the existence of a mosque and requested the replacement of a historic mosque located in the center near the church. In addition, tension intensified about the allocation of portion of the cemetery to the Muslim society,³⁷ which was followed by a verbal and physical confrontation. Since Georgian legislation does not offer effective protection against hate speech and the violation of the right to freedom of expression, often the determining factor in deciding the nature of legal responsibility is not based on the evidence of verbal confrontation, but rather on other material results and actions.³⁸ Discrimination against the religious group occurred in Batumi as well, in connection with the construction of a mosque.³⁹ Unfortunately, little is said about the facts and verbal expressions that were used to ignite the confrontation and tension between the religious groups and population. Hate speech might be one of those grounds. Therefore, it needs to be regulated

and incorporated in the national legislation and must be followed with adequate enforcement measures from the public authorities.

CONCLUSION

The present paper refers to the existence of the regulation on hate speech on an international level, the case law regarding hate speech in the context of religion, including the practice of the European Court of Human Rights. However, considering the sensitive nature and the importance of hate speech with a religious connotation, it requires higher standard of protection and regulation by a separate legislative act. As for the Situation in Georgia, hate speech with religious connotation remains a wide-spread problem. Additionally, there are no strictly defined legislative instruments, uniform and consistent policy which would prevent and eliminate the use of hate speech in a religious context. Nevertheless, the legislative acts and policy should not be aimed at restricting the essence of the freedom of expression. Moreover, the government must not be limited by merely adopting legislative instruments; it should prioritize the creation and implementation of preventive and self-regulating mechanisms in this regard.

* Meri Kapanadze – Ph.D. Candidate in International Law, Ivane Javakhishvili Tbilisi State University; LL.M. in International Law (Tbilisi State University); Invited lecturer at Tbilisi State University and Georgian Technical University; Chairperson of the Board at the International Center for Democratic Initiatives

¹ Recommendation No. R (97)20 of the Committee of Ministers to member states on “Hate speech” adopted on 30 October 1997.

² Haupt C.E. (2005) *Regulating Hate Speech – Damned If You Do and Damned If You Don’t: Lessons Learned from Comparing the German and U.S. Approaches*, Boston University International Law Review, pp. 304-305.

³ *Ibid* §3.

⁴ *Ibid* §3.

⁵ George C. (2015) *Hate speech law and policy*, The International Encyclopedia of Digital Communication and Society, p. 1, available at: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1002/9781118767771.wbiedcs139> [last visited 17.12.2017].

⁶ Mihallova E. et. al. (2013) *Freedom of expression and hate speech*, Skopje, pp. 24-26.

⁷ *Ibid* §7.

⁸ *Ibid* §7.

⁹ The UN General Assembly, *Universal Declaration of Human Rights*, 10 December 1948, 217 A (III).

- ¹⁰ UN General Assembly, *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, 21 December 1965, United Nations, Treaty Series, vol. 660, p. 195.
- ¹¹ UN General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171.
- ¹² Council of Europe, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5.
- ¹³ European Union, *Charter of Fundamental Rights of the European Union*, 26 October 2012, 2012/C 326/02.
- ¹⁴ Organization of African Unity (OAU), *African Charter on Human and Peoples' Rights ("Banjul Charter")*, 27 June 1981, CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982).
- ¹⁵ *Ibid* §11; Hate Crime and Hate Speech in Europe: Comprehensive Analysis of International Law Principles, EU-wide Study and National Assessments, available at: <https://sosracismo.eu/wp-content/uploads/2016/07/Hate-Crime-and-Hate-Speech-in-Europe.-Comprehensive-Analysis-of-International-Law-Principles-EU-wide-Study-and-National-Assessments.pdf> [last visited 17.12.2017].
- ¹⁶ General Recommendation n. 7 of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, available at: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=6&DocTypeID=11 [last visited 17.12.2017].
- ¹⁷ The Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD) is the body of 18 independent experts established under Article 8 of the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination that monitors implementation of the Convention by its State parties.
- ¹⁸ General Recommendation n. 15 of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, available at: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=6&DocTypeID=11 [last visited 17.12.2017].
- ¹⁹ *Ibid* §16; United Nations Resolutions on Religious Hate Speech: The Impact on Freedom of Expression, available at: <https://www2.nycbar.org/pdf/report/uploads/20072724-UNResolutionsonReligiousHateSpeech--ImpactonFreedomofExpression.pdf> [last visited 17.12.2017].
- ²⁰ *Ibid* §19.
- ²¹ General Comment No. 34 of the UN Human Rights Committee (HRC), available at: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11 [last visited 17.12.2017].
- ²² The United Nations Human Rights Committee is a United Nations body of 18 experts established by a human rights treaty, the International Covenant on Civil and Political Rights that monitors implementation of the Covenant by its State parties.
- ²³ *Malcolm Ross v. Canada*, Communication No. 736/1997, U.N. Doc. CCPR/C/70/D/736/1997 (2000).
- ²⁴ *Shin v. Republic of Korea*, Communication No 926/2000, U.N. Doc. CCPR/C/80/D/926/2000 (2004).
- ²⁵ Korkelia K., Kurdadze I. (2004) *International Human Rights Law in accordance with the European Convention on Human Rights*, Georgia, p. 200 and further.
- ²⁶ Bychawska-Siniarska D. (2017) *Protecting the right to freedom of expression under the European convention on human rights*, Council of Europe, p.13.
- ²⁷ *Ibid* § 26.
- ²⁸ *Hadjianastassiou v. Greece*, Decision, ECtHR, application no. 12945/87, 16 December 1992.
- ²⁹ *Supra* n. 27 at 32-33.
- ³⁰ *Ibid* at 12.
- ³¹ Weber A. (2009) *Manual on hate speech*, Council of Europe, pp. 3-5.

- ³² Weller M. (2007) *Universal Minority Rights – A commentary on the Jurisprudence of the international courts and treaty bodies*, Oxford University Press, pp. 179-203.
- ³³ See, Resolution 1510 (2006) on “Freedom of expression and respect for religious beliefs” adopted by the Parliamentary Assembly on 28 June 2006; Recommendation 1805 (2007) on “Blasphemy, religious insults and hate speech against persons on grounds of their religion” adopted by the Parliamentary Assembly on 29 June 2007.
- ³⁴ *Norwood v. the United Kingdom*, Decision, ECtHR, application no. 23131/03, 16 November 2004.
- ³⁵ *Belkacem v. Belgium*, Decision, ECtHR, application no. 34367/14, 20 July 2017.
- ³⁶ *Erbakan v. Turkey*, Decision, ECtHR, application no. 59405/00, 6 July 2006.
- ³⁷ Freedom of Religion – Critique of Discriminatory and Nonsecular state policy (the research has been conducted by the non-governmental organization – Human Rights and Monitoring Center), p. 121 and further, available at: <https://emc.org.ge/uploads/products/pdf/Freedom-of-Religion.pdf> [last visited 17.12.2017].
- ³⁸ Human Rights in Georgia (Annual report of 2016 is prepared by the non-governmental organization – Human Rights and Monitoring Center), p. 29.
- ³⁹ *Ibid* §39.

კომპ. უზრუნველყოფა

ლალი კურდღელაშვილი

დაიბეჭდა თსუ-ის გამომცემლობის სტამბაში

0179 თბილისი, ი. ჭავჭავაძის გამზირი 14

14, Ilia Tshavtchavadze Ave., Tbilisi 0179

Tel: 995(32)2251432

www.press.tsu.edu.ge

