

საგანგებო კონსტიტუცია**

აბსტრაქტი

2001 წლის 11 სექტემბრის ტერორისტულმა აქტმა მსოფლიო შეძრა, მან დაცულობისა და უსაფრთხოების გაგება არსებითად შეცვალა. ძალიან მალე ჩვენი ცხოვრებაც შეიცვალა, როდესაც მთავრობებმა ამ საშიშროების საპასუხოდ მსგავსი შეტევების პრევენციის მიზნით სხვადასხვა უფლების შეზღუდვები დააწესეს. იმ დროს მნიშვნელოვანი დისკუსიის საგანი იყო როგორ გავუმკლავდეთ საგანგებო სიტუაციებს. ეს ნაშრომი ძალიან მნიშვნელოვან კითხვას სვამს - რა მოხდება, როდესაც შემდეგი შეტევის წინაშე აღმოვჩნდებით და როგორი იქნება იგი. ცხრამეტი წლის შემდეგ ჩვენ სრულიად განსხვავებული საფრთხის წინაშე დავდებით - საზოგადოებრივი ჯანმრთელობა უპრეცედენტო შეტევის ქვეშაა, თუმცა 9/11-ის შემდგომ დაწყებული დისკუსია, დღესაც მნიშვნელოვანი საწყისი წერტილია. წინამდებარე სტატია, რომელიც 2003 წელს გამოქვეყნდა დღესაც ერთ-ერთი ყველაზე ავტორიტეტული და განხილვადი ნაშრომია საგანგებო მდგომარეობის თემაზე, როდესაც ფასდება ასეთი მდგომარეობის ფარგლები და პერსპექტივები.***

* იელის უნივერსიტეტის სამართლისა და პოლიტიკურ მეცნიერებათა სტერლინგის პროფესორი. წინამდებარე ესეის უფრო ადრინდელი ვერსიები წარვადგინე საგანგებო მდგომარეობის შესახებ კარდოზოს სემინარსა და იელის გლობალური კონსტიტუციონალიზმის სემინარზე. პირველ შემთხვევაში, დიდად დავალბებული ვარ სტივენ ჰოლმისა და კარლოს როზენკრანცისგან და, ასევე, საკონსტიტუციო სასამართლოების ბევრი მოსამართლისგან, რომლებმაც მეორე ღონისძიებაში მიიღეს მონაწილეობა. ნაშრომის პირველ მონახაზზე საინტერესო კრიტიკა გამოთქვეს ასევე იან აირესმა, ჯერ ბალნიკმა, იოჰანი ბენკლერმა, პოლ გევირცმა, დიტერ დრიმმა, მაიკლ მევინმა, დანიერ მარკოვიჩმა, რობერტ პოსტმა, სიუზან როუზ-აკერმანმა, ჯედ რუბენფელდმა და კიმ შეპელმა. დაბოლოს, მადლობა იელის სამართლის სტუდენტების არჩევულებრივ ჯგუფს კვლევის პროცესში მათი დახმარებისთვის: ლინდსი ბარენცს, ივანა ცინჯელს, ინაიად დელავალას, დევიდ გამაჯს, მარკუს გერინგს, ანანდ კანდასვამის, ტომას პულამსა და ემი სეპინვალს.

** ხელახლა გამოქვეყნებულია: Bruce Ackerman და The Yale Law Journal Company ნებართვით. თავდაპირველად გამოქვეყნდა Yale Law Journal, Volume 113, Issue 5, March 2004, Pages 1029-1091. თარგმანი: Yale Law Journal და ავტორი არ არიან პასუხისმგებელი წიგნი ან რაიმე სახით ანგარიშვალდებული თარგმანის სიზუსტეზე, ამ ხელახალი გამოცემის თარგმანში ნებისმიერ უზუსტობაზე, გამოტოვებაზე ან შეცდომაზე, ან აქედან წარმოშობილ შედეგებზე შესაბამისად, პასუხისმგებელია მხოლოდ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს საკონსტიტუციო სამართლის შურნალი. ამ სტატიაზე არ ვრცელდება ამ შურნალის Creative Commons Attribution (CC BY) 2.0 ლიცენზია. ეს სტატია გამოქვეყნებულია Creative Commons Attribute Non-Commercial ShareAlike 3.0 (CC-BY-NC-SA 3.0) ლიცენზიის პირობებით (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0>), რომელიც იძლევა კოპირების, დისტრიბუციის და გადაცემის უფლებას, ასევე გადაწყობის და ადაპტირების უფლებას, დათქმით, რომ ეს ხდება მხოლოდ არაკომერციული მიზნებით, ნაშრომის ორიგინალი შესაბამისად არის ციტირებული და გავრცელება ხდება იდენტური ლიცენზიით.

*** აბსტრაქტი მომზადებულია საკონსტიტუციო სამართლის შურნალის რედაქტორის მიერ. ცვლილებები ტექსტში, ასეთის არსებობის შემთხვევაში გაკეთდა საკონსტიტუციო სამართლის შურნალის რედაქტორის მიერ, ავტორი ან იელის სამართლის სკოლა მოცემული გამოცემისთვის პასუხს არ აგებენ.

შესავალი

ტერორისტული თავდასხმები ჩვენი მომავლის განმეორებადი ნაწილი იქნება. ტექნოლოგიის ბალანსი შეიცვალა, რაც ზელოტების მცირე დაჯგუფებებს შესაძლებლობას აძლევს, გამანადგურებელი იერიში იმ ადგილებში მიიტანონ, სადაც ამას ყველაზე ნაკლებად ველით, მომავალში ეს იქნება არა თვითმფრინავზე, არამედ მეტროში მომწამლავი გაზის ან წყლის მარაგში ბიოტოქსინის გამოყენების გზით. 11 სექტემბრის თავდასხმა პროტოტიპია ბევრი მოვლენისთვის, რომელიც 21-ე საუკუნეს დააბინძურებს. ჩვენ მას დიაგნოსტიკური სულისკვეთებით უნდა შევხედოთ: რა შეგვიძლია ვისწავლოთ ისეთი, რაც მომდევნო შემთხვევაში პასუხის უფრო ჭკვიანურად გაცემის შესაძლებლობას მოგვცემს?

თუკი ამერიკული რეაქცია სახელმძღვანელოდ შეიძლება გამოდგეს, ჩვენ ახალი კონსტიტუციური კონცეპტები გვჭირდება, რათა სამოქალაქო უფლებათა დაცვის საჭიროებას გავუმკლავდეთ. წინააღმდეგ შემთხვევაში, დაღმასვლის რისკის წინაშე აღმოვჩნდებით: ყოველი წარმატებული თავდასხმის შემდეგ, პოლიტიკოსები სხვადასხვა რეპრესიულ კანონებს მოიფიქრებენ და კიდევ უფრო მეტ უსაფრთხოებას დაგვპირდებიან მხოლოდ იმისთვის, რომ რამდენიმე წელიწადში თავდასხმა სხვა ტერორისტულმა დაჯგუფებამ მოახერხოს.¹ თავის მხრივ, ეს კატასტროფა კიდევ უფრო მეტად მზღუდავი კანონმდებლობის შექმნას მოითხოვს და ასე შემდეგ. იმ შემთხვევაშიც კი, თუკი შემდეგი საუკუნის განმავლობაში 11 სექტემბრის მასშტაბის 4-5 თავდასხმა განხორციელდება, ეს დესტრუქციული ციკლი 2050 წლისთვის გამანადგურებელი აღმოჩნდება სამოქალაქო უფლებებისთვის.

არსებობს ცდუნება, ამ საზარელ პროგნოზს ტრადიციული თავისუფლების აბსოლუტური დაცვით ვუპასუხოთ. არ აქვს მნიშვნელობა, რამდენად ფართომასშტაბიანია მოვლენა ან რამდენად დიდია თანმდევი პანიკა, ჩვენ უნდა დავიჟინოთ ყველა უფლების ნებისმიერ დროს მკაცრ დაცვაზე. არც ერთ დემოკრატიულ მთავრობას არ შეუძლია პოპულარული მხარდაჭერის შენარჩუნება, თუკი იგი ვერ მოახერხებს პანიკის ჩაცხრობასა და მეორე ტერორისტული თავდასხმის თავიდან არიდებას. თუკი სამოქალაქო თავისუფლებების დაცვა მთავრობის პარალიზებას გულისხმობს, სერიოზული პოლიტიკოსები არ დაიწყებენ ორჭოფობას იმის გადასაწყვეტად, თუ რამდენად უნდა შესწირონ უფლებები ტერორიზმის წინააღმდეგ ომს. ისინი მხოლოდ პოპულარულ აპლოდისმენტებს დაიმსახურებენ იდეალისტური ლიბერტარიანული პროტესტის უგულვებელყოფით.

¹ ბევრი ნაშრომი აანალიზებს აშშ-ის PATRIOT აქტსა და პრეზიდენტ ბუშისა და გენერალურ პროკურორ ჯონ ეშკროფტის ერთპიროვნულ ქმედებებს 11 სექტემბრის შემდეგ. რეპრეზენტაციული სემპლინგისა და მომდევნო ციტირებებისთვის, იხ. David Cole, James X. Dempsey, *Terrorism and the Constitution: Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security* 147-87 (2d ed. 2002); Stephen J. Schulhofer, *The Enemy Within: Intelligence Gathering, Law Enforcement, and Civil Liberties in the Wake of September 11* (2002); Harold Hongju Koh, *The Spirit of the Laws*, 43 HARV. INT'L L.J. 23 (2002); Jules Lobel, *The War on Terrorism and Civil Liberties*, 63 U. PITT. L. REV. 767 (2002); Patricia Mell, *Big Brother at the Door: Balancing National Security with Privacy Under the USA PATRIOT Act*, 80 DENV. U. L. REV. 375 (2002); and Kim Lane Scheppele, *Law in a Time of Emergency: Terrorism and States of Exception*, 6 U. PA. J. CONST. L. (forthcoming 2004). ჩემი ესხეს მიზანი არაა ამ მზარდ ლიტერატურაში წვლილის შეტანა. ნაცვლად ამისა, იმედი მაქვს, წარმოვაჩენ, თუ როგორ შეიძლება რეპრესიის მომდევნო ციკლების თავიდან არიდება.

რეპრესიის განმეორებადი ციკლის თავიდან ასაცილებლად, თავისუფლების დამცველებმა უფრო პრაქტიკული დოქტრინის შემუშავებაზე უნდა იფიქრონ, ისეთის, რომელიც ითვალისწინებს მოკლევადიან საგანგებო ზომებს, მაგრამ არ უშვებს განგრძობადი შეზღუდვების შესაძლებლობას. უპირველეს ყოვლისა, ჩვენ პოლიტიკოსები უნდა შევაჩეროთ იმისგან, რომ დროებითი პანიკა თავისუფლების განგრძობადი შეზღუდვისთვის გამოიყენონ. შეზღუდული საგანგებო მდგომარეობისთვის კონსტიტუციური რეჟიმის შექმნა არც ისე იოლი საქმეა. თუკი წინდახედულობის ნაბიჯებს არ გადავდგამთ, საგანგებო ზომებს ხშირად ახასიათებთ ის, რომ ისინი იმაზე მეტ ხანს აგრძელებენ არსებობას, ვიდრე ამის საჭიროება არსებობს. სახელმწიფოსთვის არც ის უნდა იყოს ნებადართული, რომ ხელიდან წავიდეს, თუნდაც საგანგებო მდგომარეობის დროს, მრავალი ექსტრემალური ზომა დაშვებული ფარგლების მიღმა რჩებოდეს. მიუხედავად ამისა, საგანგებო რეჟიმის გათვითცნობიერებული მოდელი შესაძლოა სწორედ საუკეთესო დაცვა იყოს პანიკაზე დაფუძნებული პერმანენტული დესტრუქციის საპასუხოდ.

ეს ის გამოწვევაა, რომლის წინაშეც ყველა ლიბერალური დემოკრატია დგას და აშშ-ისთვის დამახასიათებელ ნიშნებს არ უნდა მივცეთ იმის საშუალება, რომ ინსტიტუციური მოწესრიგების პრობლემის უფრო ზოგადი მახასიათებლები ყურადღების მიღმა დაგვატოვებინოს. მიუხედავად ამისა, აშშ-ის კონსტიტუციის განსხვავებული ბუნება არ ქმნის სპეციალურ პრობლემას, რასაც ცალკე განვიხილავ, როდესაც საჭირო იქნება. ჩემი არგუმენტი ორი მიმართულებით ვითარდება: პირველი დიაგნოსტიკურია, მეორე კი - პრესკრიფციული. დიაგნოზირების ნაწილში სავარჯიშო მოიცავს დასავლური სამართლებრივი ტრადიციის კონცეპტუალური რესურსების კრიტიკულ მიმოხილვას. რამდენად ადეკვატურია ჩვენი საბაზისო კონცეპტები ტერორისტული თავდასხმების სპეციფიკურ ნიშან-თვისებებთან გასამკლავებლად? ნაშრომის პირველი ნაწილი წარმოაჩენს, რომ პრობლემასთან ადეკვატურად გამკლავება არ შეგვიძლია ომის სამართლის ან სისხლის სამართლის ფარგლებში. ნეგატიური დასკვნა კონცეპტუალურად გზას ხსნის პრობლემასთან გამკლავების მეორე გზისთვის: „საგანგებო მდგომარეობა“. საგანგებო ძალაუფლებასთან დაკავშირებული პარადიგმა უკავშირდება მყისიერ საფრთხეს, რომელიც უშუალოდ ქვეყნის არსებობას ემუქრება, რაც გულისხმობს აღმასრულებელი ხელისუფლების აღჭურვას, რათა ამ უკანასკნელმა საგანგებო ზომები მიიღოს.

ნაშრომის II ნაწილი მოგვიწოდებს ამ ტრადიციული გაგების კრიტიკული შეფასებისკენ. 11 სექტემბერი და მის შემდეგ განხორციელებული თავდასხმები არ შეიცავს ასეთ მძიმე ეგზისტენციალურ საფრთხეს, მაგრამ მასშტაბურ ტერორისტულ თავდასხმებს შეუძლია მოკლევადიანი პანიკის გამოწვევა. ახლად ჩამოყალიბებული საგანგებო მდგომარეობის რეჟიმის მიზანი უნდა იყოს საზოგადოების იმაში დარწმუნება, რომ ყველაფერი კონტროლს ექვემდებარება და რომ სახელმწიფო ეფექტურ მოკლევადიან ზომებს იღებს მომდევნო თავდასხმის თავიდან ასაცილებლად.

მაგრამ ეს კიდევ სხვა რამეს მოითხოვს: ხელახლა დაფიქრებას თავდაჯერებულ ამერიკულ რწმენაზე იმაში, რომ ჩვენთვისვე უკეთესია, არ გვქონდეს საგანგებო მდგომარეობასთან დაკავშირებული დახვეწილი ჩანაწერები კონსტიტუციაში, და რომ ჩვენ, ძირითადად, მოსამართლეებს უნდა მივანდოთ კრიზისის საპასუხოდ მიღებული, პანიკაზე დაფუძნებული ზომების კონტროლი. III ნაწილი იღებს საერთო სამართლის ამ წინასწარ

შექმნილ განწყობას და წარმოაჩენს, თუ რატომ არ გამოგვადგება იგი იმ გარემოებებში, რომლებიც, სავარაუდოდ, გახშირდება 21-ე საუკუნეში.

ამ ნაწილში კულტურული დიაგნოზი კაფავს გზას კონსტიტუციური ინსტრუქციისთვის. პირველი და ყველაზე ფუნდამენტური ნაწილი ფოკუსირდება პოლიტიკური შეკავებისა და განონასწორების ინოვაციურ სისტემაზე, ხოლო IV და V ნაწილები აღწერს იმ კონსტიტუციურ მექანიზმებს, რომლებიც შესაძლებელს ხდის მოკლევადიანი საპასუხო ზომების მიღებას საგანგებო მდგომარეობის უსასრულოდ გაგრძელების შესაძლებლობის დაშვების გარეშე. მეორე განზომილება - VI ნაწილი - ახდენს ეკონომიკური მოტივებისა და კომპენსაციების სისტემაში ინტეგრაციას. დაბოლოს, VII ნაწილი პოლიტიკური ეკონომიკიდან სამართლებრივ ნაწილში გადაინაცვლებს და გვთავაზობს ჩარჩოს, რომელიც სასამართლოებს ეფექტურად ჩარევის შესაძლებლობას აძლევს, რათა მათ შეძლონ ძალაუფლების ბოროტად გამოყენების განჭვრეტადი ფაქტების პრევენცია, ოღონდ იმ წარმოდგენის შექმნის გარეშე, თითქოს მოსამართლეები ჩვენი სასწაულებრივი მხსნელები იყვნენ, რომლებიც საფრთხის წინაშე მყოფ ჩვენი თავისუფლების მემკვიდრეობას გადაარჩენენ.

VIII ნაწილი ამერიკის პოლიტიკური რეალობის ზოგიერთ ნაწილს უპირისპირდება. ჩემი მოდელის მსგავსი რამ შესაძლოა მიმზიდველი აღმოჩნდეს ისეთი ქვეყნებისთვის, რომელთა სამართლებრივ სისტემებშიც უკვე არსებობს საგანგებო მდგომარეობასთან დაკავშირებული დეტალური ჩანაწერები. აშშ-ის კონსტიტუციის მე-5 მუხლის მიერ შექმნილი მნიშვნელოვანი დაბრკოლებების გამო, ჩემი შემოთავაზება წარმატებული ვერ იქნება, როგორც ფორმალური შესწორება. მიუხედავად ამისა, ამ მოდელის დიდი ნაწილი შესაძლოა გამოყენებულ იქნეს როგორც "ჩარჩო კანონმდებლობა" არსებული კონსტიტუციის პირობებში. კონგრესმა ამ მიმართულებით პირველი ნაბიჯი 1970-იან წლებში გადადგა, როდესაც მან ეროვნული საგანგებო მდგომარეობის აქტი მიიღო.² მაგრამ ამ აქტიდან გამომდინარე გამოცდილება მიგვითითებს რადიკალური გადასინჯვის საჭიროებაზე. მომდევნო რამდენიმე წელიწადში შესაძლოა, პოლიტიკურად გახსნას ასპარეზი ახალ ჩარჩო კანონმდებლობაზე დასაფიქრებლად, განსაკუთრებით, იმ შემთხვევაში, თუ უზენაესი სასამართლო ჭკვიანურად იმოქმედებს ზოგიერთ იმ მნიშვნელოვან გადაწყვეტილებასთან დაკავშირებით, რომელიც მან მომდევნო ერთი-ორი წლის განმავლობაში უნდა მიიღოს. ვნახოთ.

I. ომსა და დანაშაულს შორის

ჩვენი სამართლებრივი ტრადიცია ორ ფუნდამენტურ - ომისა და დანაშაულის - კონცეპტებს გვთავაზობს, რათა გავუმკლავდეთ წინამდებარე რთულ ვითარებას. მათგან არც ერთია შესაბამისი.

² Pub. L. No. 94-412, 90 Stat. 1255 (1976) (codified as amended at 50 U.S.C. §§ 1601-1651 (2000)); იხ. ასევე *infra* ნაწილი VIII.ა (მეოცე საუკუნის ორი სანიმუშო ჩარჩო კანონმდებლობის განხილვა).

ა. ომი?

„ტერორიზმის წინააღმდეგ ომის“ გამოცხადებამ პრეზიდენტ ბუშს დიდი პოლიტიკური სარგებელი მოუტანა, მაგრამ ეს ამ ცნებას დამაჯერებელ იურიდიულ კონცეპტად არ აქცევს. ომი, როგორც წესი, განიმარტება, როგორც საბრძოლო მდგომარეობა ორ სუვერენულ ერთეულს შორის. ომები ავღანეთისა და ერაყის წინააღმდეგ ომები იყო; ბრძოლა ოსამა ბინ ლადენისა და ალ-ქაიდას წინააღმდეგ კი - არა.³ ომთან დაკავშირებული დოქტრინების სელექციური ადაპტაციის მოსალოდნელი შედეგია ფუნდამენტურ თავისუფლებებში ვრცელი ჩარევა. ერთია პრეზიდენტ რუზველტის მიერ გერმანიის ჯარში მომსახურე შეპყრობილი ამერიკელის „მტრის მებრძოლად“ შერაცხვა და მისი გასამართლება სამოქალაქო პირებისთვის განკუთვნილი სასამართლოების სტანდარტული შეფასების გარეშე,⁴ თუმცა სხვა საკითხია პრეზიდენტ ბუშის მიერ იმავეს გაკეთება ალ-ქაიდას წევრობაში ეჭვმიტანილი პირებისთვის.⁵

მათ შორის განსხვავება ნათელი და ფუნდამენტურია: ადამიანთა მხოლოდ განსაზღვრული ნაწილია გერმანიის შეიარაღებული ძალების აღიარებული წევრი, ალ-ქაიდასთან კავშირების ქონაში კი ნებისმიერი პირი შეიძლება იყოს ეჭვმიტანილი. ეს იმას ნიშნავს, რომ, პრინციპში, ნებისმიერი შეიძლება დაექვემდებაროს გამარტივებული წესით დაკავებას იმ შემთხვევაში, თუკი „ტერორიზმის წინააღმდეგ ომს“ გერმანიის წინააღმდეგ ომის სამართლებრივ ეკვივალენტად განვიხილავთ.

ამასთან, სუვერენულ სახელმწიფოებს შორის ომს თავისი დასასრულიც აქვს. ხორციელდება კაპიტულაციის ან ზავის დადებისკენ მიმართული გადაწყვეტი მოქმედებები ანდა იდება ხელშეკრულება, რისი მოწმეც მთელი მსოფლიო ხდება. მაგრამ იგივე არ მოხდება ტერორიზმის წინააღმდეგ ომში. იმ შემთხვევაშიც კი, თუკი მოხდება ბინ

³ ტრადიციული განმარტების თანახმად, ომის მდგომარეობა არსებობს მაშინ, როდესაც, „ქვეყნები საკუთარი შეიარაღებული ძალების მეშვეობით, მაშინ, როდესაც ეს ძალები რეგულარულად ექვემდებარებიან ბრძანებებს, აცვიათ ფორმა ან სხვა ასეთი მაიდენტიფიცირებელი ნიშანი, რაც მათ განასხვავებს მანძილიდან, აწარმოებენ საბრძოლო მოქმედებებს შეიარაღებული კონფლიქტის საერთაშორისო წესების შესაბამისად“.

L.C. Green, *The Contemporary Law of Armed Conflict* 54-55 (2d ed. 2000). ომის წესების ევოლუციისთვის, იხ. *The Laws of War* (W. Michael Reisman & Chris T. Antoniou eds., 1994); and *Laws of War and International Law* (René van der Wolf & Willem-Jan van der Wolf eds., 2002). ტერორისტული და *guerrilla* დაჯგუფებების არსებობით გამოწვეულ განმარტებასთან დაკავშირებულ კრიზისს უფრო თანამედროვე ნაშრომები მიეძღვნა. იხ. Bruce Hoffman, *Inside Terrorism* 13-44 (1998) (სადაც ავტორი ასკვნის, რომ განმარტებასთან დაკავშირებული სირთულე წარმოიშობა „ტერორიზმის“ მნიშვნელობასთან დაკავშირებული დაბნეულობის გამო) cf. Liesbeth Zegveld, *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law* 164 (2002) (სადაც ავტორი აღნიშნავს, რომ საერთაშორისო სამართალში შიდა შეიარაღებული წინააღმდეგობის დაჯგუფებების სტატუსი ნათელი არ არის).

⁴ იხ. *Ex parte Quirin*, 317 U.S. 1 (1942).

⁵ პრეზიდენტის მიერ ერთპიროვნულად მოქმედების ერთ-ერთი ცნობილი მაგალითია „ბინძური ბომბის“ გამოყენებაში ეჭვმიტანილი ხოსე პადილას საზღვაო ძალების მიერ განუსაზღვრელი ვადით დაკავება. იხ. *Padilla v. Rumsfeld*, 352 F.3d 695 (2d Cir. 2003), *aff'g in part, rev'g in part*, *Padilla ex rel. Newman v. Bush*, 233 F. Supp. 2d 564 (S.D.N.Y. 2002), *cert. granted*, No. 03-1027, 2004 WL 95802 (U.S. Feb. 20, 2004); იხ. ასევე Stephen I. Vladeck, *Policy Comment, A Small Problem of Precedent: 18 U.S.C. § 4001(a) and the Detention of U.S. Citizen "Enemy Combatants"*, 112 YALE L.J. 961 (2003) (პადილას საქმის ფონისა და შესაბამისი სამართლებრივი საკითხების აღწერა); *infra* სქოლიოები 131-132 და თანმხლები ტექსტი. მართალია, მეორე ოლქის სასამართლომ პადილას სასარგებლოდ მიიღო გადაწყვეტილება, - იხ. *Infra* სქოლიო 7, - მაგრამ საბოლოო სიტყვა ამ საკითხზე უზენაეს სასამართლოს ეკუთვნის.

ლადენის დაკავება, გასამართლება და მსჯავრდება, არ იქნება ნათელი ის, თუ რამდენად გადარჩება ალ-ქაიდა. მაშინაც კი, თუკი ეს კავშირი დაიშლება, იგი, სავარაუდოდ, სხვა ტერორისტულ ჯგუფებად გარდაიქმნება. მაგალითად, ალ-ქაიდა უკვე თანამშრომლობს ჰეზბოლასთან⁶ და ვინ განსაზღვრავს, თუ სად მთავრდება ერთი ჯგუფი და იწყება მეორე? მსოფლიოში 6 მილიარდ ადამიანზე მეტია, რაც, ცხადია, საკმარისია ტერორისტული ქსელების მოძულებით მოსამარაგებლად, იმ შემთხვევაშიც კი, თუ დასავლეთი ამის ხელშესაწყობად არაფერს გააკეთებს. ამდენად, თუკი ავირჩევთ, რომ ამას ომი დავუძახოთ, იგი დაუსრულებელი იქნება. ეს კი იმას ნიშნავს, რომ ჩვენ არათუ უმაღლესი მთავარსარდლის მიერ ყველას დაკავების რისკს ვქმნით, არამედ ვქმნით ყველას უკადოდ დაკავების რისკს.⁷

თუკი პრეზიდენტს აქვს დასჯის, ისევე როგორც დაკავების უფლებამოსილება, ომის შესახებ ლოგიკას მივყავართ სრულად განვითარებული ალტერნატიული სისხლის-სამართლებრივი სისტემის ჩამოყალიბებამდე, რომელიც ტერორიზმში ექვმიტანილი პირებისთვის იქნება განკუთვნილი. სამხედროებში ეს სისტემა უკვე ვითარდება და ჩვენ ვინც მსჯელობას იმის შესახებ, თუ რა ფორმით უნდა ჩამოყალიბდეს იგი: მტკიცებულებათა რამდენად მცირე რაოდენობაა საკმარისი განსაზღვრული დაკავებისთვის? შეუძლიათ თუ არა დაკავებულებს სამოქალაქო პირთა ადვოკატებთან დაკავშირება? უნდა შეეძლოს თუ არა ამ ადვოკატებს მტკიცებულებათა გამოკვლევა, თუ იგი გასაიდუმლოებული უნდა დარჩეს?⁸

⁶ იხ. Dana Priest & Douglas Farah, *Terror Alliance Has U.S. Worried*, WASH. POST, June 30, 2002, at A1; Susan Schmidt & Douglas Farah, *Al Qaeda's New Leaders*, WASH. POST, Oct. 29, 2002, at A1.

⁷ მნიშვნელოვან გადაწყვეტილებაში, მეორე ოლქის სასამართლომ ახლახანს გამოავლინა სასამართლოს მნიშვნელოვანი წინააღმდეგობა ტერორიზმის წინააღმდეგ „ომში“ საგანგებო ძალებთან დაკავშირებით პრეზიდენტის პრეტენზიების წინააღმდეგ. მან უარყო პრეზიდენტის პოზიცია, რომ ქვეყნის პირველი მთავარსარდლის პოზიცია მას ექსპლიციტური საკანონმდებლო ავტორიზაციის გარეშე აძლევდა ამერიკის მოქალაქეების განუსაზღვრელი ვადით სამხედრო ციხეებში მოთავსების შესაძლებლობას მხოლოდ მათი „მტრის მებრძოლად“ (enemy combatant) შერაცხვის საფუძველზე. იხ. *Padilla*, 352 F.3d 695. ალბათ ამ მკაცრი გადაწყვეტილების დასაკომპენსირებლად სასამართლოს მოსაზრება გაუღწიოთილი ექსტრავაგანტული დიქტით, რომლის მიზანაცაა პრეზიდენტის მარცხთან შეგუება. კერძოდ, „ჩვენ [...] ვიზიარებთ აზრს, რომ ის, თუ რამდენად არსებობს მტრის წინააღმდეგ შეიარაღებული კონფლიქტის სიტუაცია, რომელზეც ომის სამართალი ვრცელდება, პოლიტიკური საკითხია და იგი პრეზიდენტმა უნდა გადაწყვიტოს და არა - სასამართლოებმა. იქვე at 712 (სასამართლო ციტირებს საქმეს *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763, 789 (1950)). მაგრამ *Eisentrager* შეეხებოდა საზღვარგარეთ მყოფი მტრების სტატუსს, რომელზეც იმ მთავრობის მოხელეები იყვნენ, რომლის წინააღმდეგაც შეერთებულ შტატებს ომი ჰქონდა. გადამეტება *Eisentrager*-ის პოლიტიკური საკითხის დოქტრინის წყაროდ გამოყენება პრეზიდენტის ძალაუფლების მხარდასაჭერად, რათა მან აშშ-ის მოქალაქეები „მტრის მებრძოლებად“ გამოაცხადოს მაშინაც კი, თუკი ისინი არ არიან მტრული სახელმწიფოს სამსახურში. აღმსარულებლის უფლებამოსილება, გააფართოლოს ომის კატეგორია იმგვარად, რომ მან ალ-ქაედასნაირი დაჯგუფებები მოიცვას, ზედმეტად მნიშვნელოვანი საკითხია იმისთვის, რომ იგი ასეთი მარტივი დიქტის ჭრილში განვიხილოთ. მისი განხილვა უნდა შემოვიწახოთ ისეთი დროისთვის, როდესაც რეალური საქმის ფაქტები ამას მოითხოვს.

⁸ ამერიკის ადვოკატთა ასოციაციის სპეციალურმა ჯგუფმა ტერორიზმისა და სამართლის შესახებ გამოსცა ანგარიში ბუშის ადმინისტრაციის მიერ შემოთავაზებულ სამხედრო კომისიებთან დაკავშირებით. მართალია, სპეციალური ჯგუფი მხარს უჭერს პრეზიდენტის ზოგად უფლებამოსილებას, მისი რეკომენდაციაა, არ შეიქმნას ტრიბუნალები კონგრესის გამოკვეთილი ავტორიზაციის გარეშე, რათა მოხდეს იმ ადამიანთა გასამართლება, რომლებიც ლეგალურად იმყოფებიან აშშ-ში. ამასთან, ანგარიშის თანახმად, აშშ-მა, როგორც სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებათა საერთაშორისო პაქტის წევრმა სახელმწიფომ, უნდა უზრუნველყოს პაქტის მე-14 მუხლის მოთხოვნები, რომ სხდომები ღია იყოს საზოგადოებისა და მედიისთვის, პროცესები არ გადაიდოს მაშინ, როდესაც ეს საჭირო არ არის და რომ დაკავებულ პირებს გარანტირებული უნდა

ეს მნიშვნელოვანი კითხვებია, მაგრამ უფრო მნიშვნელოვანია ომის მიდგომას დავუპირისპირდეთ სწორედ იმის გამო, რომ იგი მოვლენათა ამგვარ განვითარებას შესაძლებელს ხდის.⁹ ამ კრიტიკის გასაქურებად ამჟამად არსებული ერთადერთი სამართლებრივი ენა არის სისხლის სამართლის ენა და, მართალია, იგი არ არის დამაჯერებელი, მაგრამ საკმაოდ ძლიერია.

ბ. დანაშაული?

სისხლის სამართლის პურისტისთვის, „ომი ტერორიზმის წინააღმდეგ“ მხოლოდ მეტაფორაა, დამაჯერებელი იურიდიული მნიშვნელობის გარეშე, დაახლოებით ისე, როგორც „ომი ნარკოტიკების წინააღმდეგ“ ანდა „ომი დანაშაულის წინააღმდეგ“, ნაცისტური გერმანიის წინააღმდეგ ომისგან განსხვავებით. ალ-ქაიდა საშიში კონსპირაციაა, თუმცა ასეთივეა მაფია, რომლის ქმედებებსაც შედეგად ათასობით ადამიანთა სიკვდილი მოჰყვა გადაჭარბებული დოზით ნარკოტიკული საშუალებების მიღების ან განგსტერების მიერ მკვლელობების გამო. კონსპირაცია სერიოზული დანაშაულია და დანაშაულის წინააღმდეგ მებრძოლთ სპეციალური ინსტრუმენტები აქვთ ხელთ მასთან გასამკლავებლად.¹⁰ მაგრამ არავინ ვარაუდობს, რომ „დანაშაულის წინააღმდეგ ომის“ შესახებ ჩვეულებრივი საუბრები შესაძლებლობას გვაძლევს, გავანადგუროთ საუკუნეების განმავლობაში მოპოვებული სისხლისსამართლებრივი გარანტიები. რით არის „ომი ტერორიზმის წინააღმდეგ“ განსხვავებული?

გავიხსენოთ ცივი ომის გამოცდილება. ამ დროს გავრცელებული იყო საუბრები კომუნისტურ კონსპირაციაზე და, ალ-ქაიდასგან განსხვავებით, შეთქმულთა ბნელ ჯგუფებს მხარს სუპერძალა უბამდა, რომელსაც დიდძალი ჯარი და ბირთვული იარაღი ეპყრა ხელთ. ამასთან, აშშ-ის პრეზიდენტებს დამაჯერებელი მტკიცებულებები ჰქონდათ ადგილობრივ კომუნისტურ ჯგუფებსა და საბჭოთა GRU-სთან კავშირის დასადგენად, ეს უკანასკნელი კი სამხედრო ორგანიზაცია იყო.¹¹ ათწლეულების მანძილზე, ჩვენ მხოლოდ წუთები გვაშორებდა ინციდენტისგან, რომელსაც შედეგად შესაძლოა ბირთვული ჰოლოკოსტი მოჰყოლოდა. სამართლებრივი გადმოსახედიდან, ადგილობრივი კომუნის-

ჰქონდეთ habeas corpus დაცვის შესაძლებლობა აშშ-ის სასამართლოსგან. იხ. ABA Task Force on Terrorism & the Law, Report and Recommendations on Military Commissions 16-17 (2002).

⁹ ომის მეტაფორის არასწორი გამოყენების შესახებ გაფრთხილების შესახებ, იხ. Philip B. Heymann, Terrorism, Freedom, and Security: Winning Without War 19-36 (2003)

¹⁰ კონსპირაციის სამართლის გონივრული გადასინჯვისთვის იხ. Neal Kumar Katyal, *Conspiracy Theory*, 112 YALE L.J. 1307 (2003). კონსპირატორების წინააღმდეგ საპროკურორო არსენალის საკანონმდებლო გაფართოების კრიტიკული შეფასებისთვის იხ. Gerard E. Lynch, *RICO: The Crime of Being a Criminal* (pts. 1-2), 87 COLUM. L. REV. 661 (1987).

¹¹ ცივი ომის დიდი ნაწილის განმავლობაში არსებობდა საბჭოთა ორი ძირითადი დაზვერვის ოპერაცია. ერთი იყო სუკ (KGB) და მისი წინამორბედი მრავალი ორგანიზაცია, მეორე კი უფრო GRU-ს მსგავსი იყო, - წითელი არმიის გენერალური სტაფის დაზვერვის მთავარი დირექტორატი. GRU-ს ოფიცრებს კომუნიკაცია ჰქონდათ კომინტერნთან, რომელიც აშშ-ის კომუნისტურ პარტიას ზედამხედველობდა და ასევე ზედამხედველობდა კომუნისტური პარტიების აგენტებს აშშ-ის მთავრობის შიგნით. იხ. Venona: Soviet Espionage and the American Response, 1939-1957, at viii-ix (Robert Louis Benson & Michael Warner eds., 1996). აშშ-ში GRU-ს უფრო ადრინდელი საქმიანობის ისტორიული მიმოხილვისთვის იხ. David J. Dallin, *Soviet Espionage* 402-13 (1955).

ტური ჯგუფები ფაქტობრივად ფრონტის პირველ ხაზზე მებრძოლი ჯარები იყვნენ ისეთ რამეში, რაც შინაარსობრივად სუვერენულ სახელმწიფოთა შორის ომის მსგავსია.

მიუხედავად ამისა, არც ერთ პრეზიდენტს არ შეუჩერებია სისხლის სამართლის ჩვეულებრივი მოქმედება ადგილობრივი კომუნისტების „მტრის მებრძოლებად“ შერაცხვის საფუძვლით.¹² კომუნისტური კონსპირაცია მიიჩნეოდა კომუნისტურ კონსპირაციად. ეჭვიმტანილები სარგებლობდნენ სისხლის სამართლის ტრადიციული გარანტიებით. თუკი ცივ ომთან დაკავშირებულმა ეს ვერ მოახერხა, რატომ უნდა დავუშვათ, რომ ომზე საუბრამდე მიგვიყვანოს ექსტრაორდინალური სამხედრო ზომების გამართლების საჭიროებამ, რომელიც ტერორისტების მცირე დაჯგუფების წინააღმდეგ მიიღება, რომლებსაც, თავის მხრივ, არ აქვთ აგრესიული სუპერძალის მხარდაჭერა?

ეს დიადი კითხვებია, რომლებიც გვაძლევს კონტექსტს იმისთვის, რომ დავსვათ კითხვები იმ წარმატებასთან დაკავშირებით, რომელიც მოქმედ ადმინისტრაციას ჰქონდა, საზოგადოება იმაში დარწმუნებინა, რომ ომის დროზე გათვლილი საგანგებო ზომები წინამდებარე რთული ვითარების საპასუხოდ შესაბამისი ზომები იყო.¹³ რიჩარდ ჰოფსტედერმა ამერიკელები დიდი ხნის წინ გააფრთხილა იმასთან დაკავშირებით, რომ ისინი განსაკუთრებით მოწყვლადნი იყვნენ ამერიკული პოლიტიკური ხელმძღვანელობის პარანოიდული სტილის მიმართ.¹⁴ და ჩვენ, ჯერ კიდევ ვერ ვუძლებთ ზეწოლას.¹⁵

მიუხედავად ჭარბი რიტორიკისა და რეპრესიული პრაქტიკისა, არსებობს ერთი მახასიათებელი თვისება, რომელიც ჩვენს ამჟამინდელ მდგომარეობას წარსულის ნაიარევისგან განასხვავებს. დავიწყობ სისხლის სამართლის პურისტის ნორმატიული ნიშნულებიდან: ტრადიციული სამართლებრივი პასუხი მაფიასა და სხვა ფართომასშტაბიან კონსპირაციებს. პურისტი სწორად გაუსვამს ხაზს იმ გარემოებას, რომ სისხლის სამართალმა მოახერხა მისაღები ანტისოციალური ორგანიზაციების მოქცევა ლიმიტების ფარგლებში, პოლიციური სახელმწიფოს თვითნებური ზომების საჭიროების გარეშე. მიუხედავად ამისა, ასეთი ანალოგიები არცთუ ისეთი დამაჯერებელია.

¹² პრეზიდენტების თვითშეზღუვდა განსაკუთრებით აღსანიშნავია იმ პირობებში, როდესაც კანონის ძალით მინიჭებული უფლებამოსილებების ინტერპრეტაცია იმგვარად, რომ ასეთი მოქმედებები გამართლებული იყო, შეიძლებოდა. იხ. Emergency Detention Act of 1950, Pub. L. No.

81-831, tit. II, §§ 102-103, 64 Stat. 1019, 1021 (repealed 1971) (დაკავების ავტორიზაცია „უსაფრთხოებასთან დაკავშირებული შიდა საგანგებო მდგომარეობის“ დროს იმ ადამიანებისა, რომელთა წინააღმდეგაც არსებობს ვარაუდის „გონივრული საფუძვლი“, რომ მათ „შესაძლოა“ ჩაედინათ ან მოეწყობათ შეთქმულება შპიონაჟი ან საბოტაჟის ჩასადენად). ამ დებულებების გადასინჯვა კიდევ უფრო რთულს ხდის პრეზიდენტ ბუშის მიერ „მტრის მებრძოლების“ დაკავების გამართლებას, განსაკუთრებით, გადასინჯვის თანმხლები კოდიფიცირებული დებულების შუქზე. იხ. 18 U.S.C. § 4001(a) (2000); იხ. ასევე *infra* სქოლიოები 130-131 და თანმხლები ტექსტი.

¹³ ამასთან დაკავშირებით კრიტიკისთვის, იხ. David Luban, *The War on Terrorism and the End of Human Rights*, PHIL. & PUB. POL'Y Q., Summer 2002, at 9. ომისა და დანაშაულის კატეგორიებთან დაკავშირებით სტრატეგიული მანიპულაციის შესაძლებლობის განხილვისთვის იხ. Noah Feldman, *Choices of Law, Choices of War*, 25 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 457 (2002).

¹⁴ Richard Hofstadter, *The Paranoid Style in American Politics*, in *The Paranoid Style in American Politics and Other Essays* 3 (1965).

¹⁵ რესპუბლიკაში სამოქალაქო უფლებებთან დაკავშირებული კრიზისის ისტორიული მიმოხილვისთვის იხ. Alan Brinkley, *A Familiar Story: Lessons from Past Assaults on Freedoms*, in *The War on Our Freedoms: Civil Liberties In an Age of Terrorism* 23 (Richard C. Leone & Greg Anrig, Jr. eds., 2003).

ორგანიზებული დანაშაულის ყველაზე წარმატებულ ოპერაციებსაც კი არ აქვთ ისეთი ქედმაღლური პრეტენზიები, რაც მოკრძალებულ ტერორისტულ დაჯგუფებათა უმრავლესობას ექნება. მაფიოზები, ზოგადად, კმაყოფილები არიან სახელმწიფოსთვის საკუთარი ლეგიტიმაციის სიმბოლოების ჩვენებით მანამ, სანამ განგსტერები მიწისქვეშეთს აკონტროლებენ. სხვა რაც არ უნდა ხდებოდეს პალერმოში, მერის თანამდებობას იტალიის რესპუბლიკის სათანადოდ არჩეული წარმომადგენელი იკავებს. მაგრამ ტერორისტების ბომბის არსი სახელმწიფოსთვის განსაკუთრებულად პოლიტიკური გამოწვევის შექმნაა. ტერორისტების მიერ მოკლულთა რაოდენობაზე შეიძლება უფრო მცირე იყოს ნარკოტიკულ ნივთიერებათა გამსაღებელი მაფიის მიერ მოკლული ადამიანების რაოდენობა. მაგრამ ტერორიზმის მიერ წარმოქმნილი პოლიტიკური გამოწვევა უფრო მასშტაბურია. სახელმწიფოსთვის ამ გამოწვევასთან გამკლავების ერთადერთი გზაა საკუთარი შეშინებული მოქალაქეებისთვის იმის ჩვენება, რომ იგი სათანადო ნაბიჯებს დგამს, რათა გადამწყვეტად იმოქმედოს სუვერენულ ავტორიტეტზე აშკარა თავდასხმის საპასუხოდ.

ტერორისტული საფრთხის პოლიტიკური განზომილება მაკკარტის ერაში ნასწავლ გაკვეთილებს უფრო რელევანტურს ხდის, მაგრამ განსხვავება კვლავ არსებობს. მიუხედავად მაკკარტიანული საუბრებისა წითელ საშიშროებაზე, ჩვეულებრივი ადამიანებისთვის საფრთხე აბსტრაქტული იყო. მართალია, კუბის კრიზისს შესაძლოა მესამე მსოფლიო ომამდე მივეყვანეთ,¹⁶ მაგრამ ეს შედეგი არ დამდგარა, განსხვავებით ტყუპების ნგრევისგან, რამაც ხაზი გაუსვა ამერიკის უუნარობას, საკუთარი საზღვრები დაეცვა.

ცივი ომის დროს არსებული ბირთვული განადგურების რისკი შესაძლოა გაცილებით უფრო დიდი იყო, ვიდრე დღეს ტერორიზმის საფრთხე.¹⁷ მაგრამ გაგვიმართლა და ბირთვული ჰოლოკოსტის საფრთხე საფრთხედ დარჩა. ამისგან განსხვავებით, ტერორისტების სასარგებლოდ მიმდინარე ტექნოლოგიური ცვლილებები იმაზე მიუთითებს, რომ 11 სექტემბრის მსგავსი მოვლენები განუჭვრეტელი ინტერვალებით განხორციელდება და მათგან თითოეული, კიდევ ერთხელ, დაამსხვრევს ჩვეულებრივი მოქალაქეების ნდობას სახელმწიფოს უნარში, თავი დაიცვას ეროვნული უსაფრთხოების კატასტროფული დარღვევებისგან.¹⁸

პარადოქსულია, მაგრამ, კომუნისტურ კონსპირაციასთან შედარებით, ტერორისტების სისუსტე კიდევ უფრო ამწვავებს ეფექტურ პასუხთან დაკავშირებულ პოლიტიკურ პრობლემებს. ცივი ომის დროს ატომური განადგურების საფრთხე რეალურად რომ განხორციელებულიყო, ეს იქნებოდა ჩვენთვის ნაცნობი ფორმით არსებული ცივილიზაციის

¹⁶ ამასთან დაკავშირებით, კლასიკური ნაშრომისთვის იხ. Graham T. Allison, *Essence of Decision: Explaining the Cuban Missile Crisis* (1971).

¹⁷ იხ. John Lewis Gaddis, *We Now Know: Rethinking Cold War History* 86 (1997) („მაშინაც კი, თუ ბირთვული გამოყენების ეს ტაბუ ოდესმე მოიხსნება, წლების განმავლობაში ბირთვული ტექნოლოგიის პროლიფერაცია უფრო შესაძლებელი გახდება, ცივი ომის შედეგად ნაკლებსავარაუდოა, რომ გლობალური ხანძარი, ისეთი, რომლის შიშიც ცივი ომის დროს გამოვიარეთ, ოდესმე კიდევ გაჩნდება.“). პოლ პილარი ასევე გვთავაზობს განსაკუთრებით ფხიზელ შეფასებას ტერორისტული საფრთხისა, რომელიც ამ დროისთვის ისტერიის ბევრ ბუშტს ხეთქავს. იხ. PAUL R. PILLAR, *Terrorism and U.S. Foreign Policy* 22 (2001) („ამ გამოწვევების გამო, CBRN [ქიმიური, ბიოლოგიური, რადიაციული ან ბირთვული] შესაძლებლობების განვითარება, რასაც მასშტაბური შედეგები მოჰყვება, მეტად დახვეწილ პროგრამას მოითხოვს, რაზეც ტერორისტული დაჯგუფებების უმრავლესობას ხელი არ მიუწვდება.“).

¹⁸ მასობრივი პანიკის გამომწვევც სოციო-ფსიქოლოგიურ მექანიზმებთან დაკავშირებით შესავლისთვის, იხ. Cass R. Sunstein, *Terrorism and Probability Neglect*, 26 *J. Risk & Uncertainty* 121 (2003).

დასასრული. გადარჩენილებს მოუწევდათ ლეგიტიმური სახელმწიფოს აშენება დასაწყისიდან. ეს კი ასე არ იქნება ტერორიზმის ახალ ერაშიც კი. მხოლოდ დროის ამბავია ის, თუ როდის გაანადგურებს ჩემოდანში მოთავსებული ატომური ბომბი ამერიკის ერთ-ერთ დიდ ქალაქს, მაგრამ არაფერი იქნება საბჭოთა-სტილის რაკეტული თავდასხმის მსგავსი, რაც ყველა დიდი ქალაქის თანადროულ განადგურებას გამოიღებდა შედეგად. მიუხედავად შიშისა, სიკვდილისა და ტკივილისა, ამერიკა, როგორც სახელმწიფო, გადარჩება ტრაგედიის მომდევნო დღეს. და იგი იძულებული იქნება ამტკიცოს - და სწრაფად - რომ იგი დემორალიზებული არ არის იღუმალი ტერორისტული მიწისქვეშეთის მიერ.

გ. დარწმუნება

გამოდის, რომ სტანდარტული სამართლებრივი რუბრიკებიდან, სინამდვილეში არც ერთია ადეკვატური. ომის რიტორიკა არ გამოხატავს ეროვნული სუვერენიტეტის დამანგრეველ საჯარო შეურაცხყოფის, რაც თან ახლავს წარმატებულ ტერორისტულ თავდასხმას. მაგრამ, როდესაც ამას პოლიტიკიდან სამართლის ენაზე ვთარგმნით, იგი თითოეულ ჩვენგანს ემუქრება უსასრულო დაკავებით, რომლის დროსაც არ გვექნება საუკუნეთა მანძილზე მტკივნეული ბრძოლის შედეგად მოპოვებული სტანდარტული გარანტიები. სისხლის სამართლის რუბრიკა ადეკვატური აღმოჩნდა ფუნდამენტური უფლებების დასაცავად სერიოზულ სისხლისსამართლებრივ კონსპირაციებთან გამკლავების დროს, მაგრამ მხოლოდ იმ სოციალურ კონტექსტში, რომელიც გულისხმობს ფართო ნდობას იმაში, რომ სახელმწიფო უნარიანია, განახორციელოს თავისი სუვერენული ფუნქციები. როდესაც ეს წინამძღვარი ეჭვის ქვეშ დგება წარმატებული ტერორისტული თავდასხმის შედეგად, თამაშში განსხვავებული ინტერესები შემოდის.

დავარქვათ ამას *დარწმუნების ფუნქცია*. როდესაც ტერორისტული თავდასხმა ქვეყნის ეფექტურ სუვერენიტეტს ეჭვის ქვეშ აყენებს, სახელმწიფომ უნდა იმოქმედოს შესამჩნევად და გადამწყვეტად, რათა წარმოაჩინოს თავისი შეშინებული მოქალაქეების წინაშე, რომ დარღვევა მხოლოდ დროებით იყო და რომ იგი აგრესიულ ზომებს მიმართავს კრიზისის სამართავად, მისი გამეორების შესაძლებლობის პრევენციისთვის. რაც მთავარია, საგანგებო კონსტიტუციის ჩემებური შემოთავაზება სახელმწიფოს შესაძლებლობას მისცემს, დააკავოს ეჭვიმტანილები სავარაუდო მიზების ან, თუნდაც გონივრული ეჭვის ჩვეულებრივი სისხლისსამართლებრივი დაცვის მექანიზმების გარეშე. სახელმწიფომ შესაძლოა, სხვა ძალაუფლებებიც შეითავსოს დარწმუნების ფუნქციის განხორციელებისას, მაგრამ ჩემი არგუმენტის განვითარებისას, პარადიგმის სახით, ყურადღებას გავამახვილებ დაკავების ექსტრაორდინალურ ძალაუფლებაზე.

ჩემი მიზანი იმგვარი კონსტიტუციური ჩარჩოს შექმნაა დროებითი საგანგებო მდგომარეობისთვის, რომელიც სახელმწიფოს აძლევს საშუალებას, დარწმუნების ფუნქციები ინდივიდუალური უფლებებისთვის ხანგრძლივი ზიანის მიყენების გარეშე მოახერხოს.

სათქმელად ადვილია, გასაკეთებლად - რთული.

II. საგანგებო მდგომარეობის რეაქციონალიზაცია

დაწერილი კონსტიტუციები, ჩვეულებისამებრ, შეეხება საგანგებო მდგომარეობას, მაგრამ ხანდახან რუდიმენტულადაც. დეტალებში ჩაღრმავებამდე, უფრო მნიშვნელოვანია, ყურადღება გავამახვილოთ ტრადიციული მცდელობების მიღმა არსებულ რაციონალზე.

ამას დავარქვათ *ეგზისტენციალური რაციონალი*: იგი გამოიყენება მაშინ, როდესაც არსებობს მტრის შემოსევის საფრთხე ან საფრთხე, რომ არსებობს ძლევამოსილი შიდა კონსპირაცია, რომლის მიზანიაცაა არსებული რეჟიმის ჩანაცვლება. საგანგებო მდგომარეობა სახელმწიფოებს შესაძლებლობას აძლევს, მიიღოს ექსტრაორდინალური ზომები ბრძოლაში გადარჩენისთვის.

ეს აპოკალიფსური სცენარები მიგვანიშნებს, რომ საგანგებო უფლებამოსილებების ფარგლების შეზღუდვისას სიფრთხილე უნდა გამოვიჩინოთ. იმედია, ბევრი ასეთი შემთხვევა არ იქნება, როდესაც ისინი ლეგიტიმურად გამოიყენება. მაგალითად, საფრანგეთის მეხუთე რესპუბლიკის კონსტიტუციის მე-16 მუხლი პრეზიდენტს აძლევს შესაძლებლობას, „მიიღოს [არსებული] გარემოებებისთვის საჭირო ზომები“ და არ აწესებს შეზღუდვებს, რაც გავრცელდებოდა გადარჩენისთვის ბრძოლაზე.¹⁹

ფრანგული გზა ცალსახად ექსტრემალურია, მაგრამ არ შეიძლება მისი კატეგორიულად უარყოფა ეგზისტენციალური რაციონალის მიერ ჩამოყალიბებული ჩარჩოს ფარგლებში. კონსტიტუციის შემქმნელებმა შეუძლებელია იცოდნენ კონკრეტული აპოკალიფსური საფრთხის დეტალები, რომლებიც რეჟიმს საფრთხეს უქმნის. ამ უცოდინარობის გამო, საგანგებო ძალაუფლების შეზღუდვის მცდელობამ შესაძლოა, სახელმწიფო დატოვოს იმ

¹⁹ საფრანგეთის კონსტიტუციის მე-16 მუხლი პრეზიდენტს აძლევს შესაძლებლობას, გამოიყენოს საგანგებო ძალაუფლებები „როდესაც რესპუბლიკის ინსტიტუციებს, ერის დამოუკიდებლობას, ტერიტორიულ მთლიანობას ან საერთაშორისო ვალდებულებების შესრულებას ემუქრება სერიოზული და მყისიერი საფრთხე და როდესაც შეფერხებულია საჯარო კონსტიტუციური ძალაუფლების განხორციელება“. CONST. art. 16, *translated in 7 Constitutions of the Countries of the World: France 6* (Gisbert H. Flanz ed., 2000). The პრეზიდენტი არა მხოლოდ იმის შესახებ იღებს გადაწყვეტილებას, თუ რამდენად აკმაყოფილებს საფრთხე ამ ორ მოთხოვნას, არამედ იმის შესახებაც, თუ რამდენ ხანს გავრცელდება საგანგებო მდგომარეობა. იხ. François Saint-Bonnet, *L'état D'exception* 15 (2001); Michèle Voisset, *L'article 16 de la Constitution du 4 Octobre 1958*, at 26 (1969). ყველაზე უარესი კი ის არის, რომ შესაძლებელია ორივე წინაპირობის იმგვარად განმარტება, რომ პრეზიდენტს უფლებამოსილებები ისეთ ვითარებაშიც მიენიჭოს, რომელიც არ წარმოადგენს ჭეშმარიტ ეგზისტენციალურ საფრთხეს. მაგალითად, იუსტიციის მინისტრის სამუშაო ჯგუფი შეიკრიბა კონსტიტუციის პროექტზე კომენტარის გასაკეთებლად და მიიჩნია, რომ მე-16 მუხლის გამოყენება შეიძლება ისეთი თავდასხმისგან თავდასაცავად, რომელიც ეფექტურად აყენებდა საფრთხის ქვეშ „ერის სიცოცხლეს“ (“la vie de la nation”). VOISSET, *supra*, at 22 (ციტირებს კონსტიტუციური დებატების ოფიციალურ ჩანაწერებს). ამის მსგავსად, მე-16 მუხლი არ გულისხმობს სახელმწიფოს სრულ უუნარობას, არამედ - მის ფუნქციონირებაში ნაწილობრივ შეფერხებას. ეს ნახულისხმევია, მაგალითად, დებულებაში, რომელიც პარლამენტს აძლევს შესაძლებლობას, შეიკრიბოს და სესია გაავრცელოს მანამ, სანამ საგანგებო მდგომარეობა ძალაში იქნება, რაც სრულ პარალიზთან ართავსებადია. იხ. CONST. art. 16; იხ. ასევე VOISSET, *supra*, at 31-32 (citing Jean Lamarque, *La Théorie de la Nécessité et l'Article 16 de la Constitution de 1958*, 77 *Revue Du Droit Public et de la Science Politique En France Et A L'étranger* 558 (1961)). მე-16 მუხლი მხოლოდ ერთხელ იქნა გამოყენებული პრეზიდენტ დე გოლის მიერ 1961 წელს ალჟირში სამხედრო დაუმორჩილებლობაზე საპასუხოდ. ეს თითქოსდა სათანადო პასუხია კრიზისზე, მაგრამ პრეზიდენტი ბევრმა გააკრიტიკა იმის გამო, რომ მან საგანგებო მდგომარეობა თვეებით გაახანგრძლივა მას შემდეგ, რაც გადატრიალების მცდელობა ჩაახშო. იხ. VOISSET, *supra*, at 26. კონსტიტუციის ტექსტი კარგ შესაძლებლობას იძლევა დებულების ბოროტად გამოყენებისთვის.

საფრთხის წინააღმდეგ გამოსაყენებელი ინსტრუმენტების გარეშე, რომელიც მის არსებობას ემუქრება.²⁰ აბრაჰამ ლინკოლნი ეს ყველაზე კარგად ჩამოაყალიბა *habeas corpus*-ის შეჩერებასთან დაკავშირებით საუბრისას „განა ერთი კანონის გარდა ყველა აღსრულების გარეშე უნდა დარჩეს და სახელმწიფო ნაკუნებად უნდა იქცეს იმის მცდელობაში, რომ მისი დარღვევა თავიდან აიცილოს?“²¹

მაგრამ ლინკოლნის ეს ერთსტრიქონიანი გამონათქვამი ყველა ეჭვს არ აქარწყლებს.²² *Carte blanche*-ს გადაცემა წარმოშობს ძალაუფლების ბოროტად გამოყენების აშკარა რისკს და მრავალი გონიერი კონსტიტუციონალისტი მოითხოვს ძირითად სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებათა დაცვას ყველაზე სერიოზული კრიზისების დროსაც კი. მაგალითად, გერმანიის თანამედროვე კონსტიტუცია იზიარებს ამ შეხედულებას,²³ რაც ასახავს იმ კატასტროფულ როლს, რომელიც ვაიმარის კონსტიტუციაში არსებულ

²⁰ ფრანგული მიდგომის ამ რაციონალს პირდაპირ გვთავაზობს ფრანსუა სენ-ბონეტი. იხ. Saint-Bonnet, *supra* სქოლიო 19, გვ. 16.

²¹ Abraham Lincoln, Message to Congress in Special Session (July 4, 1861), in 4 THE COLLECTED WORKS OF ABRAHAM LINCOLN 421, 430 (Roy P. Basler ed., 1953).

²² დანიერ ფარბერი გვთავაზობს ლინკოლნის აპოლოგიის თანამედროვე გამართლებას. მისი აზრით, ლინკოლნის ქმედებები „თავსებადია ლეგიტიმურ აღმასრულებელ ძალაუფლებასთან დაკავშირებით ჩვენს შეხედულებებთან“. Daniel Farber, Lincoln's Constitution 163 (2003). იგი ასევე აღნიშნავს:

კარგად რომ დავუკვირდეთ, ლინკოლნი არ ამბობდა, რომ მას კანონისმიერი ძალაუფლება ჰქონდა, ემოქმედა საკანონმდებლო და კონსტიტუციური მანდატების საპირისპიროდ. ნაცვლად ამისა, მისი არგუმენტი ჯდება საგანგებო მდგომარეობასთან დაკავშირებულ ლიბერალური შეხედულების ფარგლებში. მართალია, შესაძლოა, მისი ქმედებები უკანონო ყოფილიყო, მაგრამ კონგრესს მათი რატიფიკაცია შეეძლო, თუკი მოისურვებდა („იმის გათვალისწინებით, რომ კონგრესი ამისთვის მზად იყო“). მისი ქმედებები ასევე მორალურად თავსებადი იყო ფიციან, რომელიც მან თანამდებობის დაკავებისას დადო („განა არ დარღვეოდა ოფიციალური ფიცი [...]?“).

Id. at 194.

მე ლიბერალი ვარ, მაგრამ არ ვიზიარებ ფარბერის „კლასიკურ ლიბერალურ ხედვას“ საგანგებო ძალაუფლებისა იმ პირობებში, რომლებსაც 11 სექტემბრის შემდეგ ჩაეყარა საფუძველი. ჩვენ არ უნდა ვინუგეშოთ თავი კონგრესის რეტროაქტიული დამტკიცებით. ნაცვლად ამისა, უნდა მოვითხოვოთ მიმდინარე საპარლამენტო კონტროლი და ექსტრაორდინალური ძალაუფლების რეავტორიზაცია. იხ. *infra* ნაწილი IV. ლინკოლნის ქმედებებთან დაკავშირებულ უფრო დაწვრილებით იხ. J.G. Randall, Constitutional Problems Under LINCOLN 118-39 (1926).

²³ გერმანიის საგანგებო დებულებები ცენტრალურ მთავრობას ფართო ძალაუფლებას აძლევს, დაამყაროს საჯარო წესრიგი იმ ძალაუფლების გათვალისწინების გარეშე, რომლებიც, ჩვეულებისამებრ, ლანდებს აქვთ ან სამხედრო ოპერაციებთან დაკავშირებული შეზღუდვების გათვალისწინების გარეშე. მაგრამ ისინი ფუნდამენტური უფლებების შეზღუდვებს მხოლოდ ვიწრო ფარგლებში ითვალისწინებენ, მათ შორისაა ინდივიდების დაკავება 4 დღის ვადით სასამართლოს გარეშე და საკუთრების კონფისკაცია კომპენსაციის ან დაცვის სხვა ნორმალური საშუალებების გარეშე. იხ. Grundgesetz art. 115c(2)(1)-(2). კიდევ ერთი გარანტიის სახით, კონსტიტუცია (ძირითადი კანონი) ექსპლიციტურად ადგენს, რომ „ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლეების არც კონსტიტუციური სტატუსი და არც მათი კონსტიტუციური ფუნქციები არ უნდა შეიზღუდოს“. *Id.* art. 115g, translated in 7 Constitutions of the Countries Of The World: Germany 87 (Gisbert H. Flanz ed., 2003). დისკუსიისთვის იხ. *infra* სქოლიო 25, 54-55.

უფრო გვიანდელი კონსტიტუციებიდან აღსანიშნავია სამხრეთ აფრიკის კონსტიტუცია, რომელიც ფუნდამენტურ უფლებათა ფართო სპექტრს იცავს შეზღუდვისგან საგანგებო მდგომარეობის დროს. იხ. S. AFR. CONST. § 37(5)-(6) (რომელიც ითვალისწინებს ექსპლიციტურ გარანტიებს „თანასწორობის“, „ადამიანის ღირსების“, „სიცოცხლის“, „ადამიანის თავისუფლებისა და ხელშეუხებლობის“, „მონობისა და იძულების შრომისგან თავისუფლების“, „დაკავებული, დაპატიმრებული და ბრალდებული ადამიანების [უფლებების]“ და ბავშვთა ზოგიერთი უფლების დასაცავად, ისევე როგორც გარანტიებს საგანგებო მდგომარეობის დროს სასამართლო პროცესის გარეშე დაკავებული ადამიანების დასაცავად. პოლონეთის, პორტუგალიისა და სლოვენის კონსტიტუციები ასევე შეიცავს დაცული უფლებების აღსანიშნავ გამონათქვამს. იხ. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej art. 233; Constituição da República Portuguesa art. 19(6)-(7); Constitució D'eslovènia art. 16.

საგანგებო მდგომარეობასთან დაკავშირებულ ჩანაწერებს ჰქონდა ნაცისტების მიერ 1930-იანებში ძალაუფლების ხელში ჩაგდებისთვის.²⁴

ჩვენი პრობლემა მოითხოვს, რომ გადავინაცვლოთ ამ კლასიკური დებატის მიღმა. ტერორისტული საფრთხე არ ააქტიურებს ეგზისტენციალურ რაციონალს, მაგრამ იგი მოითხოვს საგანგებო ძალაუფლებების განსხვავებული ჩარჩოს არტიკულაციას. მთავარი აზრის ჩამოსაყალიბებლად განვასხვაოთ ტერორიზმის მიერ გამოწვეული ორი სხვადასხვა საფრთხე: ფიზიკური საფრთხე, რომელი მოსახლეობას ემუქრება და პოლიტიკური საფრთხე, რომელიც არსებულ რეჟიმს ემუქრება.

მომავალი თავდასხმები უეჭველად ქმნის სერიოზულ ფიზიკურ საფრთხეს: შემდეგმა მასშტაბურმა თავდასხმამ შესაძლოა, ასობით ათასობით ან მილიონობით ადამიანი იმსხვერპლოს. მაგრამ ასეთი თავდასხმებიც კი არ უქმნის არსებულ რეჟიმს აშკარა და მყისიერ საფრთხეს. იმ შემთხვევაშიც კი, თუკი ვაშინგტონი ან ნიუ-იორკი განადგურდება, ალ-ქაიდა არ ჩაანაცვლებს პოლიტიკური ავტორიტეტის გადარჩენილ ნარჩენებს თავისი მოწინააღმდეგე მთავრობითა და პოლიციური ძალით. ტერორისტები მაინც მიწისქვეშეთში დარჩებიან და მომდევნო თავდასხმას მოამზადებენ, ამ დროს კი დანარჩენი ჩვენგანი, ტკივილით აღსავსე, დაიწყებს მმართველობის ტრადიციული სქემის აღდგენას, პოლიციისა და ჯანდაცვის სერვისების მიწოდებას, არსებულ ინსტიტუციებში ვაკანტური ადგილების შევსებას, და წინ, თუნდაც პირქუშად, მომავლისკენ მსვლელობას.

სახელმწიფო ტერორიზმის საფრთხის გამო ნაცარტუტად არ იქცევა, მაგრამ პოლიტიკოსებს დარწმუნების ფუნქციის ბოროტად გამოსაყენებლად დიდი მოტივაცია ექნებათ. არსებული პანიკის დამშვიდების გზების ძიების მიზნით, მეორე თავდასხმის თავიდან ასაცილებელი ნაბიჯების გადადგმით, ისინი პერმანენტულად გაანადგურებენ სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებებს. ჩვენი კონსტიტუციური პრობლემა ის კი არ არის, რომ სახელმწიფო მეტისმეტად სუსტი იქნება მოკლევადიან პერსპექტივაში, არამედ ის, რომ ზედმეტად ძლიერი იქნება გრძელვადიან პერსპექტივაში.

ეს დიაგნოზი კონსტიტუციური მოდელისთვის ახალ გამოწვევას აჩენს. არსებული ეგზისტენციალური რაციონალის თანახმად, ფუფუნებად გვეჩვენება გრძელვადიან პერსპექტივაში სამოქალაქო და პოლიტიკური თავისუფლებებისთვის წუხილი: თუკი კონსტიტუციური წესრიგი განადგურდება, გრძელვადიან პერსპექტივაზე სხვებმა უნდა იდარდონ. თუმცა დარწმუნების რაციონალის თანახმად, რეჟიმი წინ გაიწევეს ბარბაცით და გამოწვევა იმაში იქნება, რომ მას მივცეთ ინსტრუმენტები, რათა შეძლოს ეფექტური მოკლევადიანი პასუხის გაცემა გრძელვადიან პერსპექტივაში არასაჭირო ზიანის მიყენების გარეშე.

ეს კი იმას ნიშნავს, რომ საგანგებო რეჟიმების ფრანგული მოდელი კატეგორიულად შეუსაბამოა ტერორიზმის იმ საფრთხესთან გასამკლავებლად, რომელიც 21-ე საუკუნის მოწიფულ დემოკრატიებს ემუქრება. რაც ყველაზე ნაკლებად გვინდა, არის პრეზიდენტისთვის იმის უფლებამოსილების მინიჭება, რომ აკეთოს რაც უნდა და რამდენი ხნის განმავლობაშიც მოესურვება. ეს მისთვის მეტისმეტად ადვილს ხდის, გარდაქმნას

²⁴ იხ. Clinton Rossiter, *Constitutional Dictatorship* 29-73 (Transaction Publishers 2002) (1948).

საშინელი თავდასხმის თანმდევი პანიკა ავტორიტარიანული მმართველობისა და ბიუროკრატიული რეპრესიის ძრავად. ნაცვლად ამისა, ჩვენ უნდა ვეძებდეთ ინოვაციურ მოდელებს, რომლებიც გაართულებს საგანგებო მოქმედებების კონტროლის ფარგლებს მიღმა გასვლასა და იმ შეზღუდული სახელმწიფო ჩარჩოს განადგურებას, რომელიც, წესით, მათ უნდა დაეცვათ.

ეს საერთო პროექტი სხვადასხვა ფორმებს მიიღებს სხვადასხვა კონსტიტუციურ კულტურებში. მრავალ ქვეყანაში უკვე არსებობს დეტალურად გაწერილი დებულებები საგანგებო ძალაუფლებასთან დაკავშირებით, მაგრამ ისინი დიდწილად შემუშავებულ იქნა ეგზისტენციალური რაციონალის ფონზე. თუკი ისინი ფრანგული მოდელის მსგავსია, უნდა მოხდეს მათი საფუძვლიანი გადასინჯვა; თუკი ისინი უფრო შეზღუდული, გერმანული მოდელის მსგავსია, მათზე კიდევ ერთხელ უნდა დავფიქრდეთ. არსებული კონსტიტუციურსამართლებრივი შეზღუდვები შესაძლოა არ იყოს გამოსადეგი ახალი ჩარჩოს ფარგლებში.²⁵ წინ წასასვლელად საკმარისი არ იქნება არსებული დებულებების არსებული სამართლებრივი *status quo*-ს შესაბამისად კატეგორიზაცია. საჭიროა უფრო ფუნდამენტური ანალიზი, რომელიც საწყისი პრინციპებიდან უნდა დავიწყოთ: როგორ უნდა გამოიყურებოდეს საგანგებო კონსტიტუცია, თუკი იგი სისტემატურად ფოკუსირდება დარწმუნების ფუნქციაზე, როგორც თავის *raison d'être*-ზე.

ამ კითხვაზე ამომწურავი პასუხის ძიებაში აღმოვაჩინეთ, რომ სხვა ქვეყნებმა - ყველაზე მეტად კანადა და სამხრეთ აფრიკამ - უკვე მოიფიქრეს ნაწილობრივი ზომები, რაც დიდ ყურადღებას იმსახურებს.²⁶ მაგრამ მხოლოდ სისტემატური მოდელის შექმნა შესაძლებელს გახდის, მოვახდინოთ ინოვაციური ნაწილების ამოცნობა, რომლებიც ეგზისტენციალური რაციონალეს მიერ შექმნილ სამართლებრივ ზღვაში ტრიალებს. თუკი ეს საწყისი სავარჯიშო წარმატებული აღმოჩნდა, ამან შეიძლება გამოიწვიოს უფრო ფართო მულტინაციონალური დებატები, რამაც, თავის მხრივ, შესაძლოა, ხელი შეუწყოს საგანგებო მდგომარეობის მომწესრიგებელ არსებულ დებულებებზე, კიდევ ერთხელ, კარგად დაფიქრებას მომდევნო წლებში.

მოსალოდნელია, რომ მოდელის შექმნის ჩემს ძალისხმევას უფრო სკეპტიკურად შეხვდნენ ისეთ ქვეყნებში, როგორიცაა აშშ და რომლებსაც არ გააჩნიათ საგანგებო ძალაუფლების მარეგულირებელი კონსტიტუციური ჩანაწერები. ამგვარ კონსტიტუციურ კულტურებში ახალი საგანგებო ჩარჩოს შექმნისკენ ჩემმა მოწოდებამ შესაძლოა გაკვირვება გამოიწვიოს გონივრულ დამკვირვებლებში, როგორც მეტად ნაადრევმა შემოთავზებამ: მადლობა, მაგრამ ისედაც კარგად არ ვართ საგანგებო მდგომარეობასთან დაკავშირებული დეტალური ჩანაწერების გარეშე? მეტისმეტად საშიში ხომ არ

²⁵ მაგალითად, გერმანიას საგანგებო მდგომარეობასთან დაკავშირებულ დეტალურ დებულებათა რიგი აქვს, მაგრამ არც ერთი არ იყო შემუშავებული ტერორიზმის გათვალისწინებით. 35-ე მუხლი, რომელიც საჯარო წესრიგისთვის შექმნილ საფრთხეს ეხება, შესაძლოა გამოყენებული იყოს, იხ. GRUNDGESETZ 35-ე მუხლი, მაგრამ ეს ერთგვარად სუსტი დებულებაა, რომელიც ითვალისწინებს სპეციალურ დახმარებას ფედერალურ და ლანდების მთავრობებს შორის. საბაზისო კანონის სხვა დებულებები, რომლებიც საგანგებო მდგომარეობას უკავშირდება, არ ვრცელდება. ისინი შეეხება საფრთხეს, რომელიც უშუალოდ ქვეყნის არსებობას შეეხება, რომელიც მომდინარეობს ან შიდა ძალებიდან (იხ. იქვე 91-ე მუხლი) ან გარე მტრებისგან, იხ. იქვე 115a მუხლი. Some of these provisions contemplate the operation of political checks and balances before they may be exercised. იხ. *infra* სქოლიოები 54-55.

²⁶ იხ. *infra* სქოლიოების 63-66, 75-77 ტექსტი.

არის საგანგებო ძალების საკითხის სერიოზული პოლიტიკური განხილვის დღის წესრიგში შეტანა?

ეს სკეპტიკური კითხვები წარმოადგენს ამ ჟურნალის, დიდწილად, ამერიკელი მკითხველების კონვენციურ სიბრძნეს. ამიტომ, ავობებს მას დავუპირისპირდეთ, სანამ განვაგრძობდეთ.

III. სასამართლო მართვის მოდელი

გვჭირდება კი საგანგებო კონსტიტუცია?

გადაჭრის ახალმა და ბრჭყვიალა გზებმა შეიძლება ისეთი შეცდომები დაგვაშვებინოს, რომელთა გამოსწორებაც ძნელი იქნება, თუკი ისინი კანონმდებლობაში ან უარესი, - კონსტიტუციაში პოვენ ახახვას. თავდაპირველი შეცდომები რომ გვერდზე გადავდოთ, დეტალურად განვიხილო სტრუქტურის ჩამოყალიბებამ შესაძლოა გაახშიროს ისეთი შემთხვევები, როდესაც თანამდებობის პირები საგანგებო ძალაუფლებებს გამოიყენებენ. ამჟამად ისინი სისხლის სამართლის ტრადიციული ჩარჩოს ფარგლებში უმკლავდებიან საზარელ მოვლენათა უმრავლესობას. მაგრამ ახალი მექანიზმის შედეგად საგანგებო მდგომარეობის რიტორიკის ნორმალიზაცია მოხდება, რაც ექსტრაორდინალურ ძალაუფლებებს მთავრობის ჩვეულებრივ დისკურსად აქცევს. თანამდებობის პირები ეცდებიან, საშუალო მასშტაბების კრიზისებთან გასამკლავებლად „საგანგებო“ ძალაუფლებები გამოიყენონ, რაც, კიდევ ერთხელ, გადაიქცევა ისეთი შედეგების დადგომის სამწუხარო ისტორიად, რომელთა დადგომაც განზრახული არ იყო.

შეცდომა რომ არ დაუშვათ, აშშ-ის კონსტიტუცია შეიცავს რუდიმენტულ საგანგებო დებულებას, რომელიც *habeas corpus* გარანტიის შეზღუდვის შესაძლებლობას უშვებს „როდესაც აჯანყების ანდა შემოსევის დროს საჯარო უსაფრთხოება შესაძლოა ამას მოითხოვდეს“.²⁷ მაგრამ ეს დებულება ყველაფერ დანარჩენს სამოსამართლო წარმოსახვას მიანდობს. გათვითცნობიერებული რემოდელირებისკენ მოწოდების ნაცვლად, იქნებ გაურკვევლობის იმ ღრუბლებს უნდა გავუფრთხილდეთ, რომელიც ამ საკითხს ამჟამად გარს არტყია?

ნორმალურ დროში საერთო სამართლის ნისლი მოსამართლეებს და სხვა ბრძენ იურისტებს შესაძლებლობას აძლევს, საკუთარი თავი გაირთონ საგანგებო ძალაუფლებასთან დაკავშირებით საოცრად ენამახვილური კომენტარებით, და ყველანი გააფრთხილონ იმის შესახებ, რომ მათი გამოყენება არაკონსტიტუციური იქნება, გარდა ისეთი შემთხვევებისა, როდესაც ამას ყველაზე ექსტრემალური გარემოებები მოითხოვს. ეს ეჭვის ღრუბელს ქმნის და წინააღმდეგობის იმ პირებს, რომლებსაც შესაძლოა, საგანგებო ძალაუფლება უფრო მსუბუქად გამოეყენებინათ. შემდეგ, როდესაც რეალური კრიზისი დადგება, მოსამართლეებმა შესაძლოა საოცარი მოქნილობა გამოიჩინონ, რა დროსაც საკუთარ კვალს დამაბნეველი დიქტიოთა და მზღუდავი გადაწყვეტილებებით დაფარავენ. როდესაც კრიზისი შემცირდება, ისინი აგონიური აღმასვლის პერიოდის ინაუგურაციას შეძლებენ და დასვამენ კითხვებს მათ მომენ-

²⁷ U.S. CONST. art. I, § 9, cl. 2.

ტალურ შემწყნარებლობასთან დაკავშირებით კონსტიტუციურ ჭრილში. ერთი-ორი რევიზიონისტული ათწლეულის შემდეგ, სამართლის ორაკულებს შეეძლება, დაუბრუნდნენ საკუთარ ძველ ჩვევას, დასვან კითხვები საგანგებო ძალაუფლების მთელ იდეასთან დაკავშირებით, რაც ატმოსფეროს ჭეშმარიტი შებოჭილობისკენ შეცვლის, თუმცა მხოლოდ მანამ, სანამ შემდეგი რეალური კრიზისი დადგება.²⁸

მაშ, რატომ არ მივანდოთ საგანგებო მდგომარეობის პრობლემები საერთო სამართლის ციკლს? ღირს კი თავის ტკივილად ახალი სამართლებრივი სტრუქტურის აშენება?

ეს თითქოსდა შესაფერისი პასუხი საკამათო წანამძღვარს ეფუძნება. მასში ნაგულისხმევია ილბლიანი საზოგადოება, რომლის სიცოცხლეშიც სერიოზული საგანგებო მდგომარეობა მხოლოდ ერთხელ ან ორჯერ იჩენს თავს. ეს მეტ-ნაკლებად ასე იყო აშშ-ში რამდენიმე უკანასკნელი საუკუნის განმავლობაში. შესაძლოა, ეს ასე ყოფილიყო ასევე დიდი ბრიტანეთის კუნძულზეც, საიდანაც ჩვენი საერთო სამართლის ტრადიცია მომდინარეობს.²⁹ გლობალიზაციის, მასობრივი ტრანსპორტიზაციისა და განადგურების საშუალებების მინიატიურზაციამ მოიტანა ის, რომ ბომბები მეტისმეტად ხშირად აფეთქდება იმისთვის, რომ საერთო სამართლის ციკლმა კრიზისთან ეფექტურად გამკლავება შეძლოს.

საქმე *კორემაცუ აშშ-ის წინააღმდეგ*³⁰ ნათელი მაგალითია იმისა, თუ რა ძლიერი და სუსტი მხარეები შეიძლება ჰქონდეს მოსამართლეებზე ორიენტირებულ მიდგომას. პირადად მე მჯერა, რომ მოსამართლე ჰიუგო ბლეჩი - სამოქალაქო უფლებათა დიდი ქომაგი - შეცდა, როდესაც გამართლებულად მიიჩნია ომის დროინდელი კონცენტრაციის ბანაკები იაპონელი ამერიკელებისთვის. მაგრამ სწორედ ის ფაქტი, რომ მოსამართლე ბლეჩი სამოქალაქო უფლებების დიდი მხარდამჭერი იყო, გვაჩვენებს, თუ რამდენად დიდი საფრთხის შემცველად მიიჩნევდნენ სწორად მოაზროვნე ადამიანები საგანგებო მდგომარეობას. ამდენად, სამართლიანი იქნება, თუკი *კორემაცუს* პარადიგმატულ საქმეს ავიღებთ საერთო სამართლის ციკლში „დასაშვებობის“ მომენტის წარმოსაჩენად.

ამ მოვლენას რევიზიონისტული აქტივობების ათწლეულები მოჰყვა, რაც შესაძლოა მივიჩნიოთ მის მეთოდებში საერთო სამართლის იურისტების რწმენის ვინდიკაციად. 1980-იანებში მეტისმეტად რთული იყო კონსტიტუციონალიზმის დარგში მოღვაწე ისეთი კომენტატორის პოვნა, რომელსაც ამ გადაწყვეტილებაზე რაიმე კარგი დასცდებოდა.³¹

²⁸ ამ ციკლის თვითკმაყოფილი მიმოხილვისთვის, იხ. Mark Tushnet, *Defending Korematsu?: Reflections on Civil Liberties in Wartime*, 2003 WIS. L. REV. 273, 283-98.

²⁹ როგორც ამერიკის, ისე ბრიტანეთის შემთხვევებში ყველაფერი დამოკიდებულია იმაზე, თუ რამდენად სერიოზული უნდა იყოს კრიზისი, რათა იგი „ჭეშმარიტ“ საგანგებო მდგომარეობად ჩაითვალოს. როგორც პროფესორ მარკ ტუშნეტის ისტორიული მიმოხილვა წარმოაჩენს, უკანასკნელი სერიოზული კრიზისი არსებობდა ერთი თაობის უკან - მაკკარტიზმა და ვიეტნამის ომის პერიოდში. იხ. *id.* at 286-87. ვშიშობ, რომ გრძელი პერიოდები კრიზისის გარეშე კომენტატორებს იმისკენ უბიძგებს, რომ ზედმეტად ოპტიმისტური განწყობები შეიქმნან სასამართლოს მართვის სამომავლო ფუნქციონირებასთან დაკავშირებით.

³⁰ 323 U.S. 214 (1944).

³¹ საქმეზე ხელმეორედ დაფიქრება ადრევე დაიწყო, როდესაც დინ იუჯინ ვ. როსტოვმა *Korematsu* გააკრიტიკა. Eugene V. Rostow, *The Japanese American Cases — A Disaster*, 54 YALE L.J. 489. (1945). 40 წლის შემდეგ, როსტოვმა განაცხადა, რომ „*Korematsu*-ს პრეცედენტი ფაქტობრივად უკვე შეიცვალა, მიუხედავად იმისა, რომ ამის შესახებ უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილება პირდაპირ არასოდეს მიუღია. პრეცედენტი ფაქტობრივად დაიძლია იმ კრიტიკის გამო, რომელიც მან მიიღო [...]“ Charles J. Cooper, Orrin Hatch, Eugene V. Rostow & Michael Tigar, *What the Constitution Means by*

სახელმწიფო ინსტიტუტები ნელ-ნელა პასუხობდნენ უფრო ფართო ცვლილებას საზოგადოებრივ აზრში, - 1976 წელს³² პრეზიდენტმა ფორდმა კიდევაც გააუქმა პრეზიდენტ რუზველტის ბრძანება, რომლის საფუძველზეც ომის დროს დაკავების ავტორიზაცია მოხდა, კონგრესმა კი 1988 წელს კომპენსაცია მიანიჭა კონცენტრაციის ბანაკებში დაპატიმრებულ პირებს.³³

მიუხედავად ამისა, ფორმალურად არ მომხდარა *კორემაცუს* სხვა გადაწყვეტილებით შეცვლა, რამაც მნიშვნელობა 11 სექტემბრის შემდეგ შეიძინა. დღესაც კი, საქმე ნისლშია. ეს ცუდი გადაწყვეტილება იყო, ძალიან ცუდი, ძალიან ცუდი გადაწყვეტილება იყო. მაგრამ რას ვიტყვით შემდეგი ტერორისტული თავდასხმის შემდეგ? მაგალითად, რას იტყვის უზენაესი სასამართლო, თუ არაბ ამერიკელებს საკონცენტრაციო ბანაკებში შეყრიან? ვართ კი დარწმუნებულნი იმაში, რომ ომის დროს მიღებული *კორემაცუს* პრეცედენტი არ გავრცელდება „ომზე ტერორიზმის წინააღმდეგ“?³⁴

დავუშვათ, მაშინ, როდესაც მოქმედი მოსამართლეები თათბირობენ, შემდეგი დამანგრეველი ტერორისტული თავდასხმა მოხდა. თუკი ჰიუგო ბლექმა დაუშვა შეცდომა, იმოქმედებენ კი მისი მემკვიდრეები მასზე უკეთესად? კიდევ ერთ ცუდ გადაწყვეტილებას ბევრად უფრო უარესი შედეგები ექნება. იაპონიის წინააღმდეგ ომი დასრულდა, მაგრამ ომი ტერორიზმის წინააღმდეგ არ დასრულდება.

ამის შედეგი საგანგებო მდგომარეობის ნორმალიზაციაა ისეთი სამართლებრივი პრეცედენტების შექმნა, რომელიც ოპრესიული ზომების უსასრულოდ ავტორიზაციას მოახდენს. ამ საფრთხის სერიოზულობიდან გამომდინარე, ორი ახალი სტატია მის თავიდან ასაცილებლად რადიკალურ ზომებს გვთავაზობს. ნაცვლად კანონის სხვაგვარად ინტერპრეტაციისა, ისინი თანამდებობის პირებს ურჩევენ, პირდაპირ განაცხადონ, რომ საგანგებო მდგომარეობა მათგან კანონის ფარგლებს მიღმა მოქმედებას მოითხოვს, ასეთია პროფესორ ორენ გროსისა და მარკ ტუშნეტის მიდგომა.³⁵ ისინი აღიარებენ, რომ კანონის უზენაესობის ეს საჯარო დარღვევა სასოწარკვეთილებით ნასაზრდოები ხრიკია. მაგრამ განა ეს არ ჯობია საგანგებო ვითარების ნორმალიზაციას? სულ მცირე, სამარ-

Executive Power, 43 U. MIAMI L. REV. 165, 196-97 (1988) (სქოლიო გამოტოვებულია). ეს ასე ჩანდა 1988 წელს, მაგრამ რა მოსაზრება იქნება გავრცელებული 2008 წელს?

³² იხ. Proclamation No. 4417, 41 Fed. Reg. 7741 (Feb. 20, 1976) (რომელიც აცხადებს, რომ პროკლამაცია No. 2714, რომელმაც ფორმალურად დაასრულა მეორე მსოფლიო ომი, ასევე გააუქმა პრეზიდენტ რუზველტის აღმასრულებელი განკარგულება No. 9066).

³³ იხ. Roger Daniels, *Prisoners Without Trial: Japanese Americans In World War II*, At 88-106 (1993); Leslie T. Hatamiya, *Righting a Wrong: Japanese Americans and the Passage of the Civil Liberties Act of 1988* (1993).

³⁴ სასამართლოს თავმჯდომარე უილიამ ჰ. რენკვისტი თავის წიგნში *All the Laws but One: Civil Liberties in Wartime* ამ საკითხს ნათელს არ ჰფენს. იგი იზიარებს მოსაზრებას, რომ ნისეიების (იაპონელი იმიგრანტების აშშ-ში დაბადებული შვილები) რელიოკაცია არ ყოფილა საკმარისად გამართლებული. მაგრამ იგი მხარს უჭერს სამხედროების მიერ მათი არამოქალაქე მშობლების (ისხეი) დაკავებას იმ საფუძველით, რომ 1798 წლის Alien Enemy Act, 50 U.S.C. §§ 21-24 (2000) ჯერ კიდევ ძალაში იყო მეორე მსოფლიო ომის დროს. William H. Rehnquist, *All The Laws But One: Civil Liberties In Wartime* 209-10 (1998). თუმცა, მართალია, იგი აღიარებს, რომ „იუჯინ როსტოვი მიუთითებს სამხედრო საჭიროების საკითხში სასამართლოს მიერ ჩაძიების შესაძლებლობაზე“, მაგრამ ამას „საოცრად საეჭვო წინადადებას“ უწოდებს. *Id.* at 205.

³⁵ იხ. Oren Gross, *Chaos and Rules: Should Responses to Violent Crises Always Be Constitutional?*, 112 YALE L.J. 1011 (2003); Tushnet, *supra* სქოლიო 28, at 299. ამ ორი სტატიიდან პროფესორი გროსი თავის პოზიციას უფრო დეტალურად იცავს.

თლებრივი სისტემა არ იქნება დაბინძურებული სამართლებრივი პრეცედენტებით, რომლებიც უსასრულოდ იცოცხლებენ და, როდესაც საგანგებო მდგომარეობა დასრულდება, კანონის მიღმა მოქმედი თანამდებობის პირები სამართლებრივი პასუხისმგებლობის წინაშე აღმოჩნდებიან, გარდა ისეთი შემთხვევებისა, როდესაც მოქალაქეები მათი ქმედებების რეტროაქტიულად რატიფიკაციას მოახდენენ.³⁶

მაგრამ არსებობს ნეგატიური მხარეც. უკანონობა, როდესაც იგი საჯაროდაა მიღებული, შეიძლება გაუკონტროლებლად გაიზარდოს. ჰიპოთეტურად, საქმე გვაქვს ტერორისტულ თავდასხმასთან, რომელმაც მასობრივი პანიკა გამოიწვია. მაშინვე, როდესაც თანამდებობის პირები უკანონობას სიქველედ გადააქცევენ, რატომ არ უნდა მოუნდეთ ამ უკანასკნელთ მასობრივი ისტერიის გაზრდა და, შედეგად, თვითნებური მმართველობის მუდმივი რეჟიმის შექმნა?

გროსი და ტუშნეტი ბნელ არჩევანს გვთავაზობენ: ლეგალურად ნორმალიზირებული დევნა ან უკანონო პოლიციური სახელმწიფო. სანამ რომელიმეს სასარგებლოდ სანაძლეოს დავდებდეთ, უპირანი იქნება მაღალი ფსონების მქონე ამ აზარტულ თამაშზე დაფიქრება. ცალსახად, არსებობს დრო, როდესაც პოლიტიკური საზოგადოება გადარჩენისთვის იბრძვის. მაგრამ ჩემი ცენტრალური თემისი სწორედ ისაა, რომ ჩვენ ასეთ დროში არ ვცხოვრობთ. ტერორიზმი - როგორც ეს ტყუპების მაგალითით დადასტურდა, - არ იწვევს ეგზისტენციურ საფრთხეს, სულ მცირე, დასავლეთის კონსოლიდირებულ დემოკრატიებში მაინც.³⁷ თუკი პროფესორები გროსი და ტუშნეტი სხვაგვარად ფიქრობენ, ისინი წარმოადგენენ საგანგებო მდგომარეობის გავრცელებულ რაციონალზე ხელახლა დაფიქრების იმპერატიული საჭიროების მაგალითს. ჩვენ ეს კონცეპტი უნდა ვიხსნათ ისეთი ფაშისტი მოაზროვნეებისგან, როგორც კარლ შმიტი იყო, რომელმაც იგი გამოიყენა როგორც ტირანი ლიბერალური დემოკრატიის წინააღმდეგ.³⁸ ნაცვლად ეგზისტენციურ საფრთხეზე მელოდრამატული მითითებების შეწყნარებისა, ლიბერალმა კონსტიტუციონალისტებმა საგანგებო მდგომარეობა უნდა აღიქვან ისე, როგორც სასიცოცხლოდ მნიშვნელოვანი ინსტრუმენტი, რომელიც შესაძლებელს ხდის საზოგადოების დარწმუნებას მოკლევადიან პერსპექტივაში ისე, რომ საფრთხეს არ უქმნიდეს თავისუფლებისა და კანონის უზენაესობისადმი ფუნდამენტურ ერთგულებას.³⁹

არ ვამტკიცებ, რომ პროფესორ გროსისა და პროფესორ ტუშნეტის მიერ წამოჭრილი საკითხები ირელევანტური ხდება, როდესაც საგანგებო ძალაუფლების თეორიის ფოკუსი დარწმუნების ფუნქციაზე გადაგვაქვს. პირიქით, ისინი მართლები არიან იმაში, რომ ხაზს

³⁶ იხ. Gross, *supra* სქოლიო 35, at 1111-15.

³⁷ იხ. *supra* ნაწილი II.

³⁸ იხ., Carl Schmitt, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty* 5 (George Schwab trans., MIT Press 1985) (1922) ("სუვერენი ის არის, ვინც საგანგებოს შესახებ იღებს გადაწყვეტილებას"); იხ. ასევე Oren Gross, *The Normless and Exceptionless Exception: Carl Schmitt's Theory of Emergency Powers and the "Norm-Exception" Dichotomy*, 21 CARDOZO L. REV. 1825, 1825-30 (2000) (განიხილავს იმას, თუ რამდენად იცოცხლებს შმიტის მიზანი „ლიბერალიზმისა და დემოკრატიის განადგურების გამარტივება“ თავისი თეორიის მეშვეობით). შმიტის ფილოსოფიის უფრო ზოგადი მიმოხილვისთვის, იხ. *The Challenge of Carl Schmitt* (Chantal Mouffe ed., 1999) და John P. McCormick, *Carl Schmitt's Critique of Liberalism: Against Politics as Technology* (1997).

³⁹ ამ საკითხთან დაკავშირებით მნიშვნელოვანი მოსაზრებებისთვის იხ. José Antonio Aguilar Rivera, *En Pos de la Quimera: Reflexiones Sobre el Experimento Constitucional Atlántico* 57-94 (2000) (ავტორი განიხილავს საგანგებო ძალაუფლებების როლს ლიბერალური კონსტიტუციონალიზმისთვის).

უსვამენ, თუ რაოდენ დიდია სამართლებრივი ნორმალიზაციის საფრთხე მაშინ, როდესაც საქმე ტერორისტულ თავდასხმებთან გვაქვს. თუმცა მე მიმაჩნია, რომ ამ რისკის შემცირება შესაძლებელია, თუკი შევამცირებთ მოსამართლეთა ტვირთს, მართონ პირველი სამართლებრივი პასუხები და შევქმნით ისეთ კონსტიტუციურ სტრუქტურას, რომელიც უფრო საიმედოდ უპასუხებს მომდევნო საუკუნის განმეორებად ტრაგედიებს.

ჩვენ უნდა შევქმნათ ახალი კონსტიტუცია საგანგებო მდგომარეობისთვის, მაგრამ არაამბიციური მოლოდინებით. თუკი ტერორისტული თავდასხმები მეტისმეტად გახშირდება, ვერც ერთი სამართლებრივი სტრუქტურა ვერ გადაგვარჩენს სამოქალაქო უფლებათა კატასტროფისგან. მაგალითად, იმას არ ვამტკიცებ, რომ ჭკვიანური კონსტიტუციური მოდელი საკმარისი იქნება იმ რეპრესიული ძალების დასაკავებლად, რომლებიც შეიძლება პალესტინის ინტიფადამ გამოიყენოს, რაც არსებული ინტენსივობით გრძელდება წლების განმავლობაში.⁴⁰ ჩემი შემოთავაზება ყველაზე გამოსადეგი იქნება ისეთი საზოგადოებებისთვის, სადაც ეპიზოდური ტერორიზმის გავლენა არსებობს, სადაც 11 სექტემბრის მსგავსი მოვლენები საგამონაკლისოა, მაგრამ არც ისეთი საგამონაკლისო, რომ საქმის გაკეთება საერთო სამართლის ათწლეულობით მიმდინარე რეკუპერაციის პროცესს მივანდოთ.

მაგიური ბროლის ბურთები სანდო რამ არ არის, მაგრამ 2004 წელს, როდესაც ამ სტრიქონებს ვწერ, სავარაუდოა, რომ ეპიზოდური ტერორიზმი არ ასცდება, ზოგადად, დასავლეთს და, კერძოდ, აშშ-ს საკმაოდ დიდი ხნის განმავლობაში. ამ კონტექსტში, კონსტიტუციურ სტრუქტურებს შეუძლია უმნიშვნელოვანესი გადაცემის ფუნქციის შესრულება. ცუდი სამართლებრივი სტრუქტურები დროებით საჭიროებებს თავისუფლების მუდმივ შეზღუდვად გადააქცევს, კარგი სტრუქტურები მათ გარდაქმნის დროებით საგანგებო მდგომარეობად, ფუნდამენტური თავისუფლებების მუდმივი დაზიანების გარეშე.

IV. შეკავება და განონასწორება

იმ ძირითადი ინსტიტუტების შექმნაში, რომელიც ამ გადაცემის ფუნქციას განახორციელებენ, გადავინაცვლოთ რეფლექციის კონსტიტუციურ დონეზე. ჩემი მიდგომა დიდწილადაა დამოკიდებული შეკავებისა და განონასწორების პოლიტიკურ სისტემაზე და სწორედ ეს იქნება მომდევნო ორი ნაწილის განხილვის საკითხი. ამის შემდეგ ყურადღებას გავამახვილებ საგანგებო მდგომარეობის მთავარი მსხვერპლების გაუსაძლის მდგომარეობაზე, - ათასობით უდანაშაულო ადამიანი, რომლებიც უსაფრთხოების სერვისების მიერ ეჭვმიტანილების დასაჭერად განხორციელებულ კოორდინირებულ ღონის-

⁴⁰ ისრაელი ოფიციალურად საგანგებო მდგომარეობაში იმყოფება მისი შექმნის დღიდან. ისრაელის ძირითადი კანონის 38-ე მუხლის თანახმად, კნესეტს შეუძლია საკუთარი ინიციატივით საგანგებო მდგომარეობის გამოცხადება, ხელისუფლების სხვა შტოებთან კონსულტაციის გარეშე. იხ. Basic Law (The Government, 2001), § 38, S.H. 165. ისრაელის ძირითადი კანონის თანახმად, საგანგებო მდგომარეობა შესაძლოა გაგრძელდეს მხოლოდ 1 წლის ვადით, თუმცა შესაძლებელია მისი უბრალო უმრავლესობით უსასრულოდ გახანგრძლივება. უფრო შეზღუდულ პირობებში აღმასრულებელს შეუძლია საგანგებო მდგომარეობის ერთპიროვნულად გამოცხადება. იხ. *id.* § 38(C) (ეს უფლებამოსილება გათვალისწინებულია ისეთი შემთხვევებისთვის, როდესაც სასწრაფოა საგანგებო მდგომარეობის გამოცხადება და შეუძლებელია კნესეტის დაუყოვნებლივ შეკრება).

ძიებათა სისტემაში (შემდგომში - დრაგნეტი) აღმოჩნდებიან, მთავრობის მიერ დაკავების საგანგებო ძალაუფლების განხორციელების ფარგლებში, რისი მიზანიც მეორე ტერორისტული თავდასხმის პრევენციაა. სამართლიანობის ელემენტარულ პრინციპებს, ისევე როგორც უფრო ფუნქციონალურ მსჯელობას, მივყავართ დასკვნამდე, რომ უნდა მოხდეს მათი კომპენსაცია იმ დროისთვის, რომლის განმავლობაშიც ისინი დაკავებულნი იყვნენ. ამ პოლიტიკური და ეკონომიკური ფონის მიმოხილვის შემდეგ, საბოლოოდ, განვიხილავ მოსამართლეთა ადგილს ამ ყველაფერში. მართალია, შეცდომა იქნება სასამართლოებისთვის პანიკის დამოუკიდებლად მართვის ფუნქციის მინიჭება, მაგრამ, მეორე მხრივ, ამ განვითარებად სისტემაში, მოსამართლეები სასიცოცხლოდ მნიშვნელოვან შემაკავებელ როლს თამაშობენ. მაკრო დონეზე, ისინი ხელს უწყობენ შეკავებისა და გაწონასწორების სპეციალური საგანგებო სისტემის ამოქმედებას; მიკრო დონეზე კი ისინი იცავენ დაკავებულთა ძირითად უფლებას სათანადო მოპყრობაზე.

ა. ანტიკურიდან თანამედროვეობამდე

რომის რესპუბლიკა წარმოადგენს საგანგებო მდგომარეობასთან ექსპერიმენტირების პირველ მაგალითს და იგი შთაგონების წყაროა ჩემთვის იმ ნაწილში, რომ დიდწილად ვეყრდნობი შეკავების და გაწონასწორების პოლიტიკურ სისტემას. კრიზისის დროს სენატს შეეძლო, შეეთავაზებინა აღმასრულებლებისთვის (ორი კონსული), რომ მათ დიქტატორი დაენიშნათ, რომელიც საგანგებო უფლებამოსილებებს განახორციელებდა. ხანდახან კონსულები ერთობლივად მოქმედებდნენ, ხანდახან IoT-ის შედეგად ერთერთი მათგანი აირჩეოდა, რომელიც დიქტატორს დანიშნავდა. თუმცა, ნებისმიერ შემთხვევაში, ვრცელდებოდა ხისტი წესი: თანამდებობის შესაბამის პირს ამ უკანასკნელის ადგილზე საკუთარი თავის დანიშვნა არ შეეძლო. შედეგად, კონსულებს ჰქონდათ მოტივაცია, რომ თავი შეეკავებინათ დიქტატორის მოხმობისგან, გარდა ისეთი შემთხვევისა, როდესაც ეს მართლაც საჭირო იყო. მეორე საბაზისო შეზღუდვა კი ის იყო, რომ დიქტატორები თანამდებობაზე მხოლოდ ექვსი თვის განმავლობაში შეიძლებოდა ყოფილიყვნენ. ამასთან, ამ დროის გახანგრძლივება არც ერთ შემთხვევაში არ შეიძლებოდა. დიქტატორის ოფისის არსებობის სამასწლიანი ისტორიის განმავლობაში, სულ 90 დიქტატორი დასახელდა, თუმცა ეს წესი არავის დაურღვევია. და არც ერთ დიქტატორს არ გამოუყენებია თავისი საგანგებო უფლებამოსილებები საკუთარი ვადის ამოწურვამდე სხვა დიქტატორის დასანიშნად.⁴¹

ექვსთვიანი ვადის განმავლობაში დიქტატორი ახორციელებდა ფართო სამხედრო და პოლიციურ უფლებამოსილებებს, მხოლოდ რამდენიმე მნიშვნელოვანი შეზღუდვის პირობებში. რაც ყველაზე მნიშვნელოვანია, - ფინანსური რესურსების ნაწილში, იგი სენატზე დამოკიდებულად რჩებოდა, მას არ შეეძლო მოსამართლის რანგში სამოქალაქო იურისდიქციის განხორციელება (თუმცა მას ჰქონდა სიკვდილისა და სიცოცხლის საკითხზე გადაწყვეტილების მიღების შესაძლებლობა). დაბოლოს, მას შეეძლო შიდა

⁴¹ რომაული დიქტატურის მოკლე აღწერისთვის იხ. ROSSITER, *supra* სქოლიო 24, at 15-28.

ამბოხებისა და გარე თავდასხმის წინააღმდეგ ზომების მიღება, თუმცა მას არ ჰქონდა თავდასხმითი ომების განხორციელების უფლებამოსილება.⁴²

რომაული მოდელი ძალიან გონივრული იყო, მაგრამ თანამედროვე პერიოდში არსებულ პირობებში არ მგონია, რომ ეს ან სასურველი, ან პრაქტიკული გამოსავალი იქნებოდა. რომაელებისგან განსხვავებით, ჩვენ არ ვართ დამოკიდებულნი მოკლე დროის განმავლობაში აღმასრულებელი ხელისუფლების განმახორციელებელ არისტოკრატთა ცვალებად ჯგუფზე (კონსულები ყოველი წლის შემდეგ იცვლებოდნენ). ჩვენ დამოკიდებულნი ვართ პროფესიონალურ პოლიტიკურ კლასზე, რომელიც სიცოცხლის ბოლომდე მაღალი თანამდებობის ერთგულია. ყველაზე გამოცდილ პროფესიონალებს კი პრემიენტებად ან პრემიერ მინისტრებად ვირჩევთ და უცნაური იქნებოდა მათი დიქტატორებით ჩანაცვლება სწორედ მაშინ, როდესაც სიტუაცია ყველაზე უფრო მეტად გართულდებოდა. თუკი უინსტონ ჩერჩილი მაშინ გვეყოლება, როდესაც იგი გვჭირდება, ჩვენს კარგ ილბალს უნდა ვზეიმობდეთ და არა - თავიდან ვიცვილებდეთ მას დიქტატორული ამბიციების შიშის გამო.

მიუხედავად ამისა, რომაელების სადარდებელი საკმაოდ რეალურია. მართლაც, იგი არ განსხვავდება იმ შფოთისგან, რომელიც სასამართლო მართვის მოდელს დაედო საფუძვლად. როგორც კი შევქმნით ექსტრაორდინალური უფლებამოსილებების განხორციელების დეტალურ სტრუქტურას, ჩნდება საფრთხე, რომ ჩვეულებრივი თანამდებობის პირები სისტემას ბოროტად გამოიყენებენ მრავალი „საგანგებო მდგომარეობის“ შემთხვევით და აამუშავებენ რეპრესიულ ღონისძიებათა ფართო სპექტრს, მიუხედავად უკვე არსებული სისხლის სამართლის სტანდარტული ჩარჩოს ადეკვატურობისა. თუკი აღმასრულებლის ჩანაცვლების რომაული სისტემა საეჭვოა, არსებობის კი შეკავებისა და გაწონასწორების სხვა პოლიტიკური მექანიზმი, რომელიც ამ რისკისგან დაგვაზღვევდა?

ბ. სუპრემაციონარიანიული ესკალატორი

ევროპის ქვეყნებს ექსპლიციტურ საგანგებო რეჟიმებთან დაკავშირებით გრძელი და სამწუხარო ისტორია აქვთ. ზოგადად, ამ რეჟიმების თავისებურება ის იყო, რომ ისინი აღმასრულებელს შეუზღუდავ ძალაუფლებას ანიჭებდნენ როგორც საგანგებო მდგომარეობის გამოცხადების, ისე მისი გახანგრძლივების ნაწილში.⁴³ ეს ფატალური შეცდომაა. აღმასრულებელს ერთპიროვნულად მოქმედების უფლებამოსილება მხოლოდ უმოკლესი დროის განმავლობაში უნდა ჰქონდეს, რომელიც საკმარისი იქნება საკანონმდებლო ორგანოს შეკრებისა და საკითხის განხილვისათვის, მაგრამ არა - ამაზე უფრო

⁴² *Supra* 42. at 24. ამ თანამდებობის უფრო გვიანდელი ისტორიის მანძილზე, რიგ შემთხვევებში, ხდებოდა დიქტატურის გამოყენება ცერემონიული მიზნებისთვის ან სხვა ნაკლებად მნიშვნელოვანი ფუნქციების შესასრულებლად, თუმცა ეს იყო დიქტატურის გამოყენების მხოლოდ დერივაციული შემთხვევები. *Id.* at 22.

⁴³ კლინტონ როსიტერი გვთავაზობს ნათელ მიმოხილვას იმისა, თუ როგორ იქნა გამოყენებული საგანგებო ძალაუფლებები გერმანიაში, საფრანგეთსა და ინგლისში მე-19 საუკუნის განმავლობაში 1930-იან წლებამდე. *ib. id.* at 31-205.

ხანგრძლივი დროით. თუკი ლეგისლატურის სესიები უკვე მიმდინარეა, ერთი კვირა ან - ყველაზე მეტი - ორი კვირა შეიძლება შესაწყნარებელ პერიოდად მივიჩნიოთ.⁴⁴

ამის შემდეგ საგანგებო მდგომარეობა უნდა შეწყდეს, გარდა ისეთი შემთხვევისა, თუკი მას უმრავლესობა დაუჭერს მხარს. მაგრამ ეს მხოლოდ დასაწყისია. უმრავლესობის მხარდაჭერა უნდა ემსახურებოდეს საგანგებო მდგომარეობასთან გამკლავებას დროის მოკლე პერიოდში - ორი ან სამი თვის განმავლობაში. გახანგრძლივებას კი სუპერ-უმრავლესობა უნდა დასჭირდეს, 60% შემდგომი ორი თვის განმავლობაში, 70% ერთი თვის შემდეგ, ხოლო მომდევნო თვეს 80%.

ამ ნაწილში პრინციპულ საკითხებთან გვაქვს საქმე, თუმცა იგი ასევე მოიცავს მნიშვნელოვან ინსტიტუციურ ინცენტივებთან დაკავშირებულ მნიშვნელოვან საკითხებს. ყოველ ორ თვეში ერთხელ ახალი კენჭისყრის საჭიროება საჯაროდ აცხადებს რეჟიმს დროებითად, რაც მოითხოვს გათვითცნობიერებულ თანხმობას შეზღუდული დროით გახანგრძლივებისთვის. ყოველ კენჭისყრამდე ადგილი ექნება დებატებს, რომლებშიც პოლიტიკოსები, პრესა და დანარჩენი ჩვენგანი ვალდებული იქნება, კიდევ ერთხელ დასვას კითხვა: არის კი ეს საგანგებო მდგომარეობა მართლაც საჭირო?

სუპერმპორტიარიანული ესკალატორი ასევე მოითხოვს ერთგულებას სხვა პრინციპებისადმი. იმ შემთხვევაშიც კი, თუკი მხოლოდ საკანონმდებლო უმრავლესობა განმეორებითად უჭერს მხარს ხანგრძობას, ეს არ უნდა იყოს საკმარისი საგანგებო ძალაუფლების ნორმალიზაციისთვის. არ უნდა დაგვავიწყდეს, რომ ასობით ან ათასობით ადამიანი დააკავეს იმ მტკიცებულებების გარეშე, რომლებიც ჩვეულებისამებრ არის საჭირო. ზოგიერთს მიაჩნია, რომ ასეთი დარღვევა როგორც კი მოხდება, დროის გასვლასთან ერთად არ უარესდება. მე ამას არ ვეთანხმები. პრევენციული დაკავება ექვსი თვის განმავლობაში იმაზე უფრო მეტად წყვეტს ცხოვრებას, ვიდრე ერთკვირიანი ან ერთთვიანი პატიმრობა.

მაგრამ სასწორზე ინდივიდუალური ცხოვრების განადგურებაზე უფრო მეტი რამ დევს. კონგრესსა თუ პარლამენტში მიმდინარე განმეორებითი დებატების მიუხედავად, კენჭისყრის შედეგები ქმნის საფრთხეს, რომ ეტაპობრივად განადგურდება ზოგადი განცდა, რომ საგანგებო ძალაუფლებები მხოლოდ ჭეშმარიტად ექსტრაორდინალური კრიზისების დროს უნდა იყოს გამოყენებული. ამ გადაწყვეტილებების სუპერუმრავლესობისთვის მინდობით, კონსტიტუციური მართლწესრიგი ექსტრაორდინალურ რეჟიმს გადაშენების პირას დააყენებს. ესკალატორის 80%-იან დონეზე ასვლით ყველა გააცნობიერებს, რომ არარეალისტურია ამ დონის საკანონმდებლო მხარდაჭერის უსასრულოდ ქონა. თანამედროვე პლურალისტური საზოგადოებები, უბრალოდ, მეტისმეტად ფრაგმენ-

⁴⁴ რა თქმა უნდა, კონსტიტუცია უნდა მოიცავდეს სპეციალურ მოწესრიგებას იმ შემთხვევებისთვის, როდესაც თავდასხმა შეუძლებელს გახდის საჭირო საკანონმდებლო კვორუმის შეკრებას. მაგალითად, გერმანიის ძირითადი კანონი ითვალისწინებს ბუნდესთაგისა და ბუნდესრატის ერთობლივი კომიტეტის მუშაობას სრული საკანონმდებლო პალატების ნაცვლად. იხ. GRUNDGESETZ arts. 53a, 115a(2). შემოთავაზებისთვის იმის შესახებ, თუ როგორც შევავსოთ ეს ცარიელი ადგილი აშშ-ის კონსტიტუციაში, იხ. The Continuity of Gov't Comm'n, Preserving Our Institutions: The Continuity of Congress (2003), <http://www.continuityofgovernment.org/pdfs/FirstReport.pdf> (გვთავაზობს ფორმალურ კონსტიტუციურ ცვლილებას, რომელიც კონგრესს საკმაოდ ფართო უფლებამოსილებებს მიანიჭებდა საგანგებო მდგომარეობის დროს ვაკანტური ადგილების დროებით შესავსებად).

ტირებულია ასეთი პოლიტიკის შენარჩუნებისთვის, ცხადია, გარდა ისეთი შემთხვევებისა, როდესაც ტერორისტები გამანადგურებელი შედეგების მქონე თავდასხმების განხორციელებას განმეორებითად მოახერხებენ.

საკითხი სუპერმაჟორიტარიანიზმის სასარგებლოდ წყდება მით უფრო მაშინ, როდესაც ხდება პოლიტიკური თვალსაზრისით სიტუაციის ბოროტად გამოყენების საფრთხეების გათვალისწინება. „საგანგებო მდგომარეობა“ უმრავლესობის მქონე პარტიისთვის არაჩვეულებრივ წინასაარჩევნო ინსტრუმენტად იქცევა. „ყველა ჭეშმარიტი პატრიოტი მხარს უნდა უჭერდეს მთავრობას ასეთი გასაჭირის ჟამს. არ შეიძლება ტერორისტებს იმის შესაძლებლობა მივცეთ, რომ მათ ჩვენი ლიდერები შეგვაცვლევინონ მაშინ, როდესაც ვითარება რთულდება“. ეს შესაძლოა, მხოლოდ ყბედობა იყოს, მაგრამ ხმების მომტანი კი ნამდვილადაა. სუპერმაჟორიტარიანიზმი ესკალატორი სულ უფრო და უფრო პატარა უმცირესობის მქონე პარტიებს აძლევს ამგვარ მანიპულაციებთან დაკავშირებით ვეტოს შესაძლებლობას. იმ შემთხვევაშიც კი, თუ უმრავლესობა შესაძლებელს გახდის საგანგებო მდგომარეობა არჩევნების დროსაც გაგრძელდეს, უმრავლესობას სულ უფრო ნაკლებად გაუადვილდება ქვეყნის მხსნელად თავის წარმოჩენა, რადგან ექსტრაორდინალურ რეჟიმში უმცირესობის მხარდაჭერა ფუნდამენტური ხდება.

ესკალატორი სასარგებლო შედეგებს გამოიღებს აღმასრულებლისთვისაც. როდესაც ხდება საგანგებო უფლებამოსილებების ავტორიზაცია, პრეზიდენტმა იცის, რომ მას მომავალში გაუჭირდება სუპერუმრავლესობის შენარჩუნება, რაც შედეგად იმას გამოიღებს, რომ ეს უკანასკნელი თავის ძალაუფლებებს უფრო მეტი სიფრთხილით გამოიყენებს. საზოგადოება წინააღმდეგობას გამოიჩენს, თუკი მისი ქმედებები თვითნებური იქნება და სიტუაციის საჭიროებების მიღმა მოექცევა. შესაბამისად, სუპერუმრავლესობის პოლიტიკური შეკავების მექანიზმების შედეგად საგანგებო მდგომარეობა არა მხოლოდ დროებითი გახდება, არამედ იგი უფრო ზომიერიც იქნება.

გარდა ამისა, ესკალატორი აღმასრულებელს აიძულებს საგანგებო რეჟიმით გამოწვეული დისტრიბუციული უსამართლობების აღიარებას. ყველა ტერორისტული ტალღა განსხვავებულ დემონოლოგიას წარმოშობს. ამჟამად, დემონები, ძირითადად, არაბული სამყაროდან მოდიან, მაგრამ დღეიდან ოცი წლის შემდეგ, ისინი შეიძლება სამხრეთ ამერიკიდან ან ჩინეთიდან აღმოცენდნენ ან ისინი შეიძლება რაიმე უნივერსალურ მრწამსს იზიარებდნენ, - სეკულარულს ან რელიგიურს. როგორც ეს მოხდა ცივი ომის დროს ან იმის მიმართ ჯერ კიდევ თავიდან აცილებადი წინააღმდეგობის შემთხვევაში, რასაც „ისლამურ ფუნდამენტალიზმად“ მოიხსენიებენ.

ყოველი ასეთი დემონოლოგია მონიშნავს მოსახლეობის სეგმენტებს როგორც საგანგებო ზომების სამიზნეებს და სუპერმაჟორიტარიანიზმი ესკალატორი უფრო დიდ ან მცირე როლს ითამაშებს ძალაუფლების ბოროტად გამოყენების ისეთი შემთხვევების განონასწორებაში, რომელიც ასეთ დისკრიმინაციას სდევს შედეგად.⁴⁵ ამან შეიძლება ძალდატანებით არ იმუშაოს აშშ-ში არსებული ტალღის პირობებში, მაგრამ ეს შეიძლება განონასწორების უფრო ქმედითი მექანიზმი იყოს ევროპაში, ეროვნულ დონეზე არსებული არაბი და ისლამური უმცირესობების უფრო დიდი ზომის გამო. მაგრამ შემდეგმა

⁴⁵ სასამართლო კონტროლის როლისთვის, იხ. *infra* სექცია VII.გ.

ტერორისტულმა ტალღამ შესაძლოა, გასაოცრად შეცვალოს პოლიტიკური ინტერესების ეთნიკური დისტრიბუცია.

იმ შემთხვევაშიც კი, თუ გავრცელებული დემონოლოგია ეროვნულ პოლიტიკას ნაკლებად აყენებს ჩრდილქვეშ, სუპერმაჟორიტარიანული ესკალატორი პოლიტიკურ საფარს შესთავაზებს სამოქალაქო უფლებების ქომაგთ, რომლებიც საგანგებო რეჟიმის დასასრულებლად მიზნებს ეძებენ. ტერორისტული თავდასხმის შემდეგ, მათ დაუყოვნებლივ შეუძლიათ, საგანგებო მდგომარეობას მხარი დაუჭირონ, როდესაც უბრალო უმრავლესობაა საჭირო, რითაც ანტიტერორისტულ ქულებს დაიწერენ. ეს მაქსიმალური დარწმუნების მომენტიცაა და, დიდი ალბათობით, საკანონმდებლო ორგანოს 51% საგანგებო ზომებს მხარს დაუჭერს, თავისი ლიბერტარიანული კოლეგების პროტესტის მიუხედავად. შესაბამისად, დიდად ზიანის მომტანი არ იქნება, რომ ხმების რაოდენობა 99 იყოს 1-ის წინააღმდეგ, ნაცვლად 75% - 25%-ისა.

დროის მსვლელობასთან ერთად, მოწინააღმდეგე კანონმდებლები პოლიტიკურ კაპიტალს დააგროვებენ, რაც მათთვის უფრო გააიოლებს საპირისპირო ბანაკში გადასვლას მაშინ, როდესაც დარწმუნების საჭიროება დაიკლებს. „ახლა უკვე ორჯერ დავუჭირე მხარი საგანგებო მდგომარეობის გახანგრძლივებას“, - იტყვიან ისინი, „მაგრამ საკმარისია. პრეზიდენტს შევაქებთ სიტუაციაზე კონტროლის შენარჩუნებისათვის. მაგრამ ახლა ვითარება უფრო სტაბილური ხდება და, შესაბამისად, უნდა დავუბრუნდეთ ჩვენი თავისუფლების ჩვეულებრივ დაცვას. თუკი ჩვენ შესაძლებელს გავხდით ჩვენი თავისუფლების განგრძობად რღვევას, მაშინ ტერორისტებს ნამდვილად გაუმარჯვიათ“.⁴⁶ ამ შემთხვევაში, კენჭისყრის შედეგები იქნება 79 ხმა 21-ის წინააღმდეგ და, ამ დროისთვის მაინც, საგანგებო მდგომარეობა დასრულდება.⁴⁷

⁴⁶ მაგრამ გვეყოლება კი საპირისპირო ამრის მქონე კანონმდებლების საკმარისი რაოდენობა შეკავების ფუნქციის ეფექტურად შესასრულებლად? მართალია, 11 სექტემბრის შემდეგ დაუყოვნებლივ აშშ-ის PATRIOT აქტი დიდი უმრავლესობით იქნა მიღებული, მაგრამ 107-ე მოწვევის კონგრესი აერთიანებდა სამოქალაქო უფლებათა ქომაგების დიდ რაოდენობას (როგორც პოლიტიკური სპექტრის მარჯვენა, ისე მარცხენა მხრიდან). მაგალითად, ACLU-მ შეადგინა შეფასების ბარათები პალატის ყველა წევრისთვის, რომელიც დაფუძნებული იყო მათ მიერ მიცემულ ხმას სამოქალაქო უფლებებთან დაკავშირებულ საკითხებზე, PATRIOT აქტის ჩათვლით: 198 წარმომადგენელმა საკითხების 50%-ზე დააფიქსირა ის პოზიცია, რომელსაც ACLU უჭერდა მხარს, 176-მა - 60%-ზე, 150-მა - 70%-ზე და 115-მა - 80%-ზე. იხ. ACLU, National Freedom Scorecard, at <http://scorecard.aclu.org> (last visited Oct. 4, 2003) (ინტერფეისი, რომელიც ვიზიტორებს აძლევს შესაძლებლობას, ნახონ, თუ რას დაუჭირა მხარი მათმა წარმომადგენელმა). სენატის მხარეს 44-მა სენატორმა ACLU-ს პოზიცია დაიჭირა, სულ მცირე, სამ შემთხვევაში ხუთიდან, რომელიც ბარათში იყო იდენტიფიცირებული. იხ. *Supra* 45.

ევროპის საპარლამენტო სისტემებში, ინდივიდუალურ დეპუტატებს გაცილებით ნაკლები თავისუფლება აქვთ მოქმედების მხრივ აქვთ აშშ-სთან შედარებით, მაგრამ ეს ძირითადად კომპენსირდება პარლამენტში უფრო მეტი რაოდენობის პარტიებით, პროპორციული რეპრეზენტაციის არსებობის გამო. ამ შემთხვევაში საკვანძო გადაწყვეტილებები მიიღება ამ საპარლამენტო ფრაქციების ლიდერების და არა ინდივიდუალური წევრების მიერ.

⁴⁷ როგორც კი საგანგებო მდგომარეობის ვადა ამოიწურება, ახალი საგანგებო მდგომარეობის გამოსაცხადებლად საჭირო სუპერუმრავლესობა უნდა შემცირდეს იგივე განრიგით, რა განრიგითაც იგი გაიზარდა. თუკი საჭიროა 80%-ის მხარდაჭერა, ეს მაჩვენებელი დაიწევს 70%-მდე ორ თვეში, შემდეგ კი დროის მსვლელობასთან ერთად, - 60%-მდე და 50%-მდე.

ბ. ინფორმაციის კონტროლი უმცირესობის მიერ

სუპერმაჟორიტარიანული ესკალატორი შეამოკლებს და შეარბილებს საგანგებო მდგომარეობას, მაგრამ იგი საოცრებებს ვერ მოახდენს. ჰიპოთეზის თანახმად, საგანგებო მდგომარეობა იწყება ტერორისტული თავდასხმით, რომელიც დაბნეულობას იწვევს ქვეყნის სამხედრო, პოლიციურ და დაზვერვის სერვისებს შორის. *Res ipsa loquitur*: რაც მათ გააკეთეს, საკმარისი არ იყო და, უკან რომ მივიხედოთ, ადვილად ვიპოვით იმ ნიშნებს, რომლებსაც შესაძლოა განგაში გამოეწვიათ წესრიგის სადარაჯოზე მყოფ მცველებში. ბიუროკრატიული რეაქცია სწრაფი და მოსალოდნელი იქნება: ერთი მხრივ, წარსულ შეცდომებზე პასუხისმგებლობისგან თავის დაძვრენა, მეორე მხრივ, ბოროტების ძალების წინააღმდეგ აგრესიულად გამოსვლა.

თუმცა, განსაკუთრებით დასაწყისში, უსაფრთხოების სერვისები ბრმად იმოქმედებენ. რაც არ უნდა იყოს, მათთვის ცნობილი რომ ყოფილიყო კონსპირაციის შესახებ, ისინი წინასწარ ჩაერეოდნენ. ამდენად, უეჭველია, რომ ისინი სიბნელეში იქნებიან ტერორისტული თავდასხმის შემდგომი რამდენიმე დღის განმავლობაში. მიუხედავად ამისა, ადრეული დრაგნეტები შესაძლოა ფუნქციური აღმოჩნდნენ და არა მხოლოდ იმიტომ, რომ ისინი საზოგადოებრივი შფოთის დასაშოშმინებლად შესაბამის სატელევიზიო მასალას წარმოადგენენ. მაშინ, როდესაც მრავალი უდანაშაულო ადამიანი გაეხმება ბადეში, დაზვერვის ორგანოების მიერ იდენტიფიცირებული „ჩვეულებრივი ეჭვმიტანილებიდან“ რამდენიმე შეიძლება მართლაც კონსპირატორი იყოს. თუ გაგვიმართლებს, რამდენიმე საკვანძო ფიგურის დაკავებამ შესაძლოა შეაფერხოს არსებული ტერორისტული ქსელები, რაც შეამცირებს მეორე თანმდევი თავდასხმის რისკს და, შესაბამისად, მასთან დაკავშირებული შიშის სპირალის წარმოქმნას.⁴⁸

დიდი შეცდომის დაშვების ალბათობის გამო, აღმასრულებელი შეეცდება კონკრეტულ უსამართლობებთან დაკავშირებული ყველა ინფორმაცია გაასაიდუმლოს, რაც საგანგებო მდგომარეობის დრაგნეტების გარდაუვალი შედეგია. სუპერმაჟორიტარიანული ესკალატორი კიდევ უფრო გაზრდის ამ პერვერსულ მოტივაციას. შესაძლოა პრემი-დენტმა ან პრემიერ-მინისტრმა მოახერხოს საკუთარი ლოიალისტების იმაში დარწმუნება, რომ მისი ერთგულნი დარჩნენ მაშინ, როდესაც ოპოზიციური მედია საზოგადოებრივ ღელვას წარმოქმნის იმ ძალაუფლების ბოროტად გამოყენების ყველაზე უარეს შემთხვევებთან დაკავშირებით, რომლებიც ყველაზე უფრო მეტად თანაგრძნობის აღმძრავ მსხვერპლებს შეემთხვათ. მაგრამ თუკი საგანგებო რეჟიმი საკანონმდებლო უმცირესობის მხარდ მხარდაჭერას მოითხოვს, აღმასრულებელს აღარ ექნება პარტიისადმი ლოიალობაზე დაყრდნობის ეფექტურობის იმედი. იქნებ სუპერუმრავლესობის მოთხოვნის დაკმაყოფილების ერთადერთი იმედი ყველა პოტენციურად მამხილებელი ფაქტის დამალვაშია, რაც დრაგნეტებს ეხება?

პარტიზანული ბოროტად გამოყენების დიდი რისკის მიუხედავად, სრული ღიაობის უბრალო წესის მიღება გულუბრყვილობაა. ტერორისტები, ისევე როგორც ჩვენ, ჟურნალგაზეთებს კითხულობენ, დ ინტერნეტს მოიხმარენ და მათ ბევრი ინფორმაციის მიღება

⁴⁸ ეს ასეა მაფიის შემთხვევაში, სადაც რამდენიმე საკვანძო მოთამაშის დაკავებას ეფექტურად შეუძლია მასშტაბური კონსპირაციების განადგურება. იხ. Federico Varese, *Social Capital, Protection and Mafia Transplantation* 31 (2002) (unpublished manuscript, on file with author).

შეუძლიათ სახელმწიფოს დაზვერვით საქმიანობაზე, რამაც შესაძლოა, ისინი გამოაშკარავებისგან იხსნას. ამ ინფორმაციის დიდი ნაწილი სწრაფად იხრწნება დროის მსვლელობასთან ერთად. კონკრეტული დრაგნეტების შესახებ ახალმა ამბებმა შესაძლოა იმ გეოგრაფიული არეალების იდენტიფიცირება მოახდინოს, რომლებსაც ტერორისტები უნდა ერიდონ. მაგრამ გამომძიებლები ფოკუსს სწრაფად ცვლიან და ძველი სიახლეები უკვე იგივე ღირებულების ვერ იქნება ერთი კვირის შემდეგ. თუმცა სხვაგვარ ინფორმაციას შესაძლოა უფრო გამძლე მნიშვნელობა ჰქონდეს. მაშინ, როგორ უნდა შევძლოთ ხორბლის ის გარჩევა ბზესგან?

შეკავებისა და გაწონასწორების პოლიტიკური სისტემა კონსტრუქციული პასუხისთვის კონკრეტულ ინსტრუმენტებს გვთავაზობს. მაშინ, როდესაც აღმასრულებელი ხელისუფლება განაგებს ყოველდღიურ საკითხებს, საგანგებო რეჟიმის საკითხი ყოველ ორ თვეში ისევ კონგრესს უბრუნდება. კონგრესს არ შეუძლია ეფექტურად მოქმედება, თუკი იგი ინფორმაციის მიღების ნაწილში აღმასრულებელი ხელისუფლების მოწყალეებაზე დამოკიდებულია. რაც ყველაზე მნიშვნელოვანია, საგანგებო მდგომარეობა შეიძლება შენარჩუნდეს მხოლოდ მზარდი საკანონმდებლო კოალიციის მხარდაჭერის შედეგად, რომელსაც სუპერმაჟორიტარიული ესკალატორი მოითხოვს. შესაბამისად, გამოდის, რომ უმრავლესობის მქონე პარტიას არ შეუძლია ლეგისლატურაზე საკუთარი ჩვეულებრივი კონტროლის გამოყენება იმისათვის, რომ უმცირესობაში მყოფ პარტიებს ინფორმაციაზე წვდომა აუკრძალოს. ნაცვლად ამისა, საგანგებო მდგომარეობის კონსტიტუცია უნდა შეიცავდეს კონკრეტულ მექანიზმებს იმის უზრუნველსაყოფად, რომ უმცირესობა კარგადაა ინფორმირებული მაშინ, როდესაც მას საგანგებო მდგომარეობის ორი თვით გასაგრძელებლად უმრავლესობასთან მიერთებას სთხოვენ.

ოპოზიციური პოლიტიკური პარტიების წევრებისთვის უზრუნველყოფილი უნდა იყოს ადგილების უმრავლესობა ზედამხედველობის განმახორციელებელ კომიტეტებში. ასეთი კომიტეტების თავმჯდომარეებიც, ასევე, ოპოზიციის წარმომადგენლები უნდა იყვნენ, თუმცა ოპოზიციას არ უნდა ჰქონდეს ნებისმიერი სასურველი კანდიდატის არჩევის უფლებამოსილება. ნაცვლად ამისა, მან უმრავლესობას სამი კანდიდატი უნდა წარუდგინოს, ამ უკანასკნელმა კი თავმჯდომარედ ის უნდა აირჩიოს, რომელიც მათთვის ყველაზე მისაღებია.

ასეთი პრაქტიკა შესაძლოა უცხო იყოს ამერიკელებისთვის, რომლებიც მიჩვეულნი არიან იმას, რომ ყველა კომიტეტს საკანონმდებლო უმრავლესობა აკონტროლებს. მაგრამ ეს ასე არაა სხვა წამყვან დემოკრატიებში. მაგალითად, გერმანიაში კანცლერ შროდერის სოციალ-დემოკრატიულ პარტიას მხოლოდ 9 თავმჯდომარე ჰყავს 21 კომიტეტიდან.⁴⁹ უმცირესობის კონტროლი ნიშნავს, რომ ზედამხედველობის განმახორ-

⁴⁹ იხ. German Bundestag, Organization: Committees, at http://www.bundestag.de/htdocs_e/orga/03organs/04commit/01comminf.html (last visited Oct. 7, 2003). მართალია, ბრიტანეთის წარმომადგენელთა პალატა კონტროლის ფართო მექანიზმებს აძლევს უმრავლესობის მქონე პარტიას, მაგრამ მთავრობა, ძირითადად, უმცირესობას აძლევს არაერთი მნიშვნელოვანი კომიტეტის თავმჯდომარეობას. ამჟამად, სულ მცირე, 10 კომიტეტის თავმჯდომარეა უმცირესობის მქონე პარტიის წევრი. იხ. The U.K. Parliament, Select Committee Membership at 18 November 2003, at <http://www.parliament.uk/directories/hciolists/selmem.cfm> (last visited Dec. 10, 2003). ზოგადი ინფორმაციისთვის საპარლამენტო კომიტეტების წევრობისა და თავმჯდომარეობის შესახებ იხ. Erskine May's Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament 628-39, 692-96 (Donald

ციელებელი კომიტეტები არა აღმასრულებლის გომიები, არამედ საზოგადოების გუშაგები იქნებიან.⁵⁰ მათ ნამდვილი პოლიტიკური ინტერესი ექნებათ, რომ ჩართულნი იყვნენ აგრესიულ და მიმდინარე გამოძიებებში ადმინისტრაციის მიერ საგანგებო რეჟიმის გამოყენებასთან დაკავშირებით.⁵¹

საგანგებო მდგომარეობის კონსტიტუცია აღმასრულებლისგან უნდა მოითხოვდეს, რომ ამ უკანასკნელმა კომიტეტებისთვის ყველა დოკუმენტთან დაკავშირებით სრული და დაუყოვნებელი წვდომა უზრუნველყოს. ეს მთავრობას აფრთხილებს, რომ მას ოპოზიციის საკვანძო ფიგურებისგან საიდუმლოების დაფარვა არ შეუძლია და ძალაუფლების ბოროტად გამოყენების კონტროლის მნიშვნელოვან მექანიზმს წარმოადგენს. ამასთან, უშუალოდ კომიტეტის წევრთა უმრავლესობაზე უნდა იყოს დამოუკიდებელი ის, თუ ინფორმაციის რა ნაწილი უნდა იყოს უფრო ფართოდ ხელმისაწვდომი. ჩვეულებრივი კომიტეტებისგან განსხვავებით, ზედამხედველობის განმახორციელებელ ჯგუფებს არ ექნებათ ძლიერი მოტივაცია, რომ ინფორმაცია დამალონ მხოლოდ იმიტომ, რომ მისი გამჟღავნება მთავრობას ხელს არ აძლევს. თუმცა ისინი არც ყველა ინფორმაციას გაასაჯაროებენ, რადგან ეს მათ ტერორიზმისთვის ხელის შეწყობასთან დაკავშირებული პასუხისმგებლობის წინაშე დააყენებს. ნაცვლად ამისა, კომიტეტები იმგვარად იქნება სტრუქტურირებული, რომ საიდუმლოებასა და საჯაროობას შორის გადაწყვეტილება პოლიტიკურად პასუხისმგებლიანად მიიღონ.

გარდა ამისა, ზედამხედველობის კომიტეტებს პირდაპირ უნდა მოეთხოვებოდეთ საკუთარი კოლეგების ინფორმირება, თუ საჭიროა ფარულად, როგორც მომდევნო ორთვიან გაგრძელებასთან დაკავშირებული დებატის ნაწილი. ამ შემთხვევაშიც კი, მათ შეეძლება განსაკუთრებით სენსიტიური დეტალების გამჟღავნებაზე უარის თქმა, რათა ბიანის მომტანი გაჟონვის რისკები შეამცირონ. მიუხედავად ამისა, მათ ექნებათ ყველანაირი მოტივაცია, რომ უმრავლესობასა და უმცირესობას აცნობონ საგანგებო მდგომარეობის გაგრძელების ხარჯებისა და ბენეფიტების შესახებ. კანონმდებლებს,

Limon & W.R. McKay eds., 22d ed. 1997); იხ. ასევე COMM. OFFICE, HOUSE OF COMMONS, THE COMMITTEE SYSTEM OF THE HOUSE OF COMMONS 13 (2003), <http://www.parliament.uk/commons/selcom/cteesystemmay2003.pdf> („არსებობს არაფორმალური შეთანხმება იმის შესახებ, თუ რომელი პარტიდან იქნება არჩეული თითოეული კომიტეტის თავმჯდომარე“).

⁵⁰ საპარლამენტო სისტემაში უმცირესობების იდენტიფიკაცია ნათელია - ეს ის პარტიებია, რომლებიც მმართველი კოალიციის მიღმა რჩებიან. მაგრამ საპრეზიდენტო რეჟიმში, როგორც აშშ-შია, „ოპოზიციის“ იდენტიფიცირება შესაძლოა არ იყოს ადვილი მაშინ, როდესაც ერთი პარტიის ხელში პრეზიდენტობაა, ხოლო მეორეს ხელში - კონგრესი. ასეთ შემთხვევებში, საკანონმდებლო კონტროლის ფუნქცია უნდა მიენიჭოს იმ პარტიას, რომლიდანაც არ არის პრეზიდენტი, იმ შემთხვევაშიც კი, თუკი მას კონგრესში უმრავლესობა აქვს. ყველაფერს რომ თავი დავანებოთ, უსაფრთხოების სერვისებს ბრძანებებს ოპერაციულად აღმასრულებელი აძლევს, რაც პრეზიდენტს მიანიჭებს წვდომას ყველა ტიპის სენსიტიურ ინფორმაციაზე. ვინაიდან ჩვენი კონსტიტუციური მიზანია ისეთი სტრუქტურის შექმნა, რომელიც აღმასრულებლის მონოპოლიას ინფორმაციაზე გამოწვევის წინაშე დააყენებს, მაკონტროლებლის როლი არ უნდა მოირგოს პრეზიდენტის პარტიამ მაშინაც კი, როდესაც იგი კონგრესის „უმცირესობაშია“.

⁵¹ პროპორციულ პოლიტიკურ პირობებში, კონგრესის კომიტეტები ამ როლს წარმატებით ასრულებდნენ მაშინაც კი, როდესაც მათ უმრავლესობა აკონტროლებდა. მეორე მსოფლიო ომის დროს კომიტეტმა, რომელსაც სენატორი ჰარი ს. ტრუმანი თავმჯდომარეობდა, ზედამხედველობის ლეგენდარული როლი შეასრულა. იხ. Donald H. Riddle, The Truman Committee: A Study in Congressional Responsibility (1964); Theodore Wilson, The Truman Committee, 1941, in 4 Congress Investigates: A Documented History, 1792-1974, at 3115 (Arthur M. Schlesinger, Jr. & Roger Bruns eds., 1975). მაგრამ, მანამ, სანამ ზედამხედველობის ფუნქცია უმრავლესობის მქონე პარტიის ხელთაა, მოტივაცია არასწორი მიმართულებით ვითარდება.

თავის მხრივ, აქვთ ძირითადი საკითხების შესახებ ინფორმაციის საზოგადოებისთვის გაცნობის, ისევე, როგორც საკუთარ პოზიციებზე მსჯელობისა და მისი დაცვის ფუნდამენტური უფლება.

ამგვარად, ჩვენ შევექმნით გამტარი საცერის მოდელს, მაგრამ - არა საიდუმლოების რკინის კედელს. თუმცა მთავარი აზრიც სწორედ ამაშია. მასობრივი თავდასხმის შემდეგ, დაუყოვნებლივ საგანგებო ზომების მიღების საჭიროება შესაძლოა აშკარა იყოს, მაგრამ ეს საჭიროება, დროის მსვლელობასთან ერთად, მუდმივად უნდა დაექვემდებაროს შეფასებას. არ უნდა არსებობდეს ექსტრაორდინალური რეჟიმის 4 ან 6 თვის მანძილზე გაგრძელების შესაძლებლობა საზოგადოების ინფორმირებული თანხმობის გარეშე. ოპოზიციის ლიდერები საუკეთესო ადგილას არიან იმისთვის, რომ ამ ღირებულების დაფასება შეძლონ. სწორედ მათ უნდა მივანდოთ ცენტრალური მაკონტროლებელი როლის შესრულება.

საბოლოოდ, როდესაც საგანგებო მდგომარეობა დასრულდება, კონსტიტუცია უნდა შეიცავდეს საკანონმდებლო გამოძიების მოთხოვნას მთლიანი საგანგებო მდგომარეობის ადმინისტრირებასთან დაკავშირებით, რასაც კვლავ უნდა გაუძღვეს ოპოზიციის წევრი, ოპოზიციისგან შემდგარი უმრავლესობით. ერთი წლის შემდეგ კი უნდა მოხდეს ფორმალური რეკომენდაციების შემცველი საჯარო ანგარიშის წარდგენა.

დ. კონსტიტუციის გადასინჯვის საჭიროება

საკანონმდებლო კონტროლის პრობლემით იმიტომ დავიწყე, რომ სწორედ იგი ამჟღავნებს აშშ-ისა და ევროპის პრაქტიკაში არსებულ მნიშვნელოვან კონსტიტუციურ სისუსტეებს. აშშ-ის კონსტიტუციის ჩანაწერი *habeas corpus* გარანტიის შეჩერების დებულების პირველ მუხლშია, რომელიც კონგრესის უფლებამოსილებებს შეეხება. კონსტიტუციაში მისი ადგილმდებარეობა შესაძლოა იმაზე მიუთითებდეს, რომ ამ გარანტიის შესაჩერებლად კონგრესის თანხმობაა საჭირო, თუმცა ტექსტი ამაზე არ მიუთითებს. ამასთან, ცნობილია, რომ ლინკოლნმა სამოქალაქო ომის დასაწყისში *habeas corpus* გარანტია ერთპიროვნულად შეაჩერა.⁵² საფრანგეთის კონსტიტუცია ექსპლიციტურად, მაგრამ მცდარად ანიჭებს პრეზიდენტს საგანგებო მდგომარეობის ერთპიროვნულად გამოცხადებისა და შენარჩუნების უფლებამოსილებას.⁵³ გერმანიამ საკითხი უკეთესად გადაჭრა და დააბუსტა, რომ საგანგებო მდგომარეობისთვის საჭიროა ბუნდესთავის უბრალო უმრავლესობის მხარდაჭერა.⁵⁴ თუმცა, სამწუხაროდ, ძირითადი კანონი

⁵² იხ. FARBER, *supra* სქოლიო 22, at 158.

⁵³ იხ. *supra* სქოლიო 19 და თანმხლები ტექსტი.

⁵⁴ საპარლამენტო დამტკიცების მოთხოვნა მიემართება მხოლოდ იმ საგანგებო მდგომარეობას, რომელიც გამოწვეულია გარეგანი საფრთხით. GRUNDGESETZ art. 80a. ძირითადი კანონი ასევე ითვალისწინებს უფრო მაღალი კატეგორიის საგანგებო მდგომარეობას, რომელსაც იგი „თავდაცვის მდგომარეობად“ მოიხსენიებს, მიემართება შეიარაღებული თავდასხმის მყისიერ შემთხვევებს. ამ კონდიციისთვის საჭიროა ბუნდესთავის ორი მესამედის თანხმობა და ბუნდესტარის თანხმობა. *Id.* art. 115a(1). თუკი შეუძლებელია, რომ პარლამენტი შეიკრიბოს, ეს გადაწყვეტილება შეიძლება მიიღოს სპეციალურმა ერთობლივმა კომიტეტმა, რომელიც დროებითი გადაწყვეტილებების მისაღებად იქმნება. იხ. *id.* arts. 53a, 115e(1).

იძლევა საგანგებო მდგომარეობის უსასრულოდ გაგრძელების შესაძლებლობას მანამ, სანამ პარლამენტის ორივე პალატის უმრავლესობა მის დასრულებას არ მისცემს ხმას.⁵⁵

რუსეთის გამოკლებით,⁵⁶ ცენტრალური და აღმოსავლეთ ევროპის ქვეყნების კონსტიტუციებიც უარყოფენ უნილატერალიზმის ფრანგულ მოდეულ.⁵⁷ ნახევარსაუკუნოვანი ტოტალიტარიზმის საპასუხოდ, ქვეყნების უმრავლესობა მოითხოვს საპარლამენტო თანხმობას, უნგრეთი კი საგანგებო მდგომარეობის ამოქმედებამდე 2/3-იან უმრავლესობას მოითხოვს.⁵⁸ პოლონეთი, მართალია, ყოველთვის არ მოითხოვს საკანონმდებლო ორგანოს ექსპლიციტურ თანხმობას, მაგრამ მისი სტრუქტურა ამას დროის მკაცრი ლიმიტებით აკომპენსირებს. მინისტრთა საბჭოს რეკომენდაციის საფუძველზე, პრეზიდენტს შეუძლია საგანგებო მდგომარეობის გამოცხადება არა უმეტეს 90 დღისა.⁵⁹ თუკი მას ერთჯერადად გახანგრძლივება სურს, მას შეუძლია, მიიღოს დამატებით კიდევ 60 დღე იმ შემთხვევაში, თუკი მიიღებს სეიმის (პოლონეთის ბიკამერალური სისტემის უფრო ძლიერი პალატა) უმრავლესობის გაცხადებულ თანხმობას.⁶⁰

პოლონეთის გათვითცნობიერებული წუხილი მდგომარეობის შესახებ მნიშვნელოვანი განვითარებაა, მაგრამ მას სერიოზული ტექნიკური ხარვეზები აქვს. სეიმს მხოლოდ ერთჯერადად შეუძლია გახანგრძლივება და საგანგებო მდგომარეობა ამის შემდეგ სრულდება, მიუხედავად იმისა, თუ როგორია რეალური სიტუაცია. ასეთი შეუთავსებლობა კანონსა და რეალობას შორის იწვევს უკანონობას და იგი ყველა შემთხვევაში თავიდან უნდა იქნეს აცილებული. პოლონეთის ასეთი აკრძალვის საფუძველი აშკარად ის საშინელი გამოცდილებაა, რომელიც ქვეყანას 1980-იან წლებში ჰქონდა საგანგებო

⁵⁵ *Supra* 54. art. 1151(2). ეს დებულება ვრცელდება „თავდაცვის მდგომარეობაზე“ იხ. *Supra* სქოლიო 54. მე-80 მუხლით განსაზღვრული ზოგადი საგანგებო მდგომარეობისთვის არ არსებობს დასრულებისკენ მიმართული მსგავსი დებულება.

⁵⁶ KONST. RF arts. 87-88, 102 (1993). პრეზიდენტმა დაუყოვნებლივ უნდა შეატყობინოს პარლამენტის ორივე პალატას - ფედერაციის საბჭოს და სახელმწიფო დუმას - საგანგებო მდგომარეობის გამოცხადების შესახებ, *id.* art. 88, ან საომარი მდგომარეობის გამოცხადების შესახებ, *id.* art. 87(2). ფედერაციის საბჭოს ასევე აქვს საგანგებო მდგომარეობის დროს პრეზიდენტის მიერ მიღებული დეკრეტების დამტკიცების უფლებამოსილება. *Id.* art. 102(1)(c).

⁵⁷ შინაარსიანი მიმოხილვისთვის იხ. Venelin I. Ganey, *Emergency Powers and the New East European Constitutions*, 45 AM. J. COMP. L. 585 (1997). განევის აზრით, რუმინეთის პრეზიდენტს აქვს საგანგებო მდგომარეობის პარლამენტისგან დამოუკიდებლად გამოცხადების უფლებამოსილება, მაგრამ ეს მოსაზრება უგულვებელყოფს ექსპლიციტურ მოთხოვნას, რომ პარლამენტმა თანხმობა განაცხადოს 5 დღის განმავლობაში. იხ. CONSTITUTIA ROMÂNIEI art. 93.

⁵⁸ A Magyar Köztársaság Alkotmánya [Constitution] art. 19(4). განევი აღნიშნავს, რომ სლოვაკეთი ადგენს 3/5 უმრავლესობის მოთხოვნას. იხ. Ganey, *supra* სქოლიო 57, at 590, მაგრამ ეს მოთხოვნა გაუქმდა 2000 წლის 23 თებერვლის შესწორებით. იხ. Gisbert H. Flanz, *The Constitution of the Slovak Republic: Introductory and Comparative Notes*, in 16 Constitutions Of The Countries of the World: The Slovak Republic, at v-vi (Gisbert H. Flanz ed., 2001). ახალი წესის თანახმად, პრეზიდენტი მთავრობის წარდგინების საფუძველზე აცხადებს საგანგებო მდგომარეობას. იხ. Ústava Slovenskej Republiky [Constitution] arts. 102(1)(m), 119(n) (Slovk.). მთავრობა შედგება პრემიერ-მინისტრის, მისი მოადგილისა და მინისტრებისგან (*id.* art. 109(1)) და დამოკიდებულია პარლამენტის ნდობაზე. შესაბამისად, შეცდომა იქნებოდა იმის თქმა, რომ სლოვაკეთს საფრანგეთის მსგავსი უნილატერალური მიდგომა აქვს.

⁵⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej [Constitution] art. 230(1). მართალია, პრეზიდენტის მიერ საგანგებო მდგომარეობის გამოცხადებისას მას 90 დღის განმავლობაში არ სჭირდება სეიმის მიერ დამტკიცება, მაგრამ ასამბლეას შეუძლია საგანგებო მდგომარეობის გაუქმება აბსოლუტური უმრავლესობით, როდესაც სხდომას ესწრება დეპუტატების ნახევარი მაინც. *Id.* art. 231.

⁶⁰ *Supra* note 59. art. 230(2).

მდგომარეობასთან დაკავშირებით.⁶¹ მიუხედავად ამისა, სუპერმაჟორიტარიანული ესკალატორი ნორმალიზაციის პრობლემისთვის უფრო რეალისტურ პასუხს გვთავაზობს, იგი სულ უფრო ართულებს საგანგებო მდგომარეობის გახანგრძლივებას ისე, რომ იგი გაზრდილ უმრავლესობას არ ართმევს სიტუაციის საჭიროებებზე ეფექტურად რეაგირების შესაძლებლობას.⁶²

ამ ნათელი გადმოსახედიდან, სამხრეთ აფრიკაში განვითარებული მოვლენები ნამდვილ მიღწევად უნდა ჩაითვალოს. ისევე, როგორც პოლონეთს, ქვეყანას საშინელი გამოცდილება ჰქონდა აპართეიდის დროს საგანგებო მდგომარეობასთან დაკავშირებით.⁶³ მაგრამ ამ გამოცდილებამ შედეგად მსოფლიოში პირველი მაჟორიტარიანული ესკალატორი გამოიღო.⁶⁴ მართალია, საგანგებო მდგომარეობის გამოცხადება ეროვნული ასამბლეის უბრალო უმრავლესობის მხარდაჭერითაა შესაძლებელი, მაგრამ მისი განახლება ხდება 3-თვიანი ინტერვალებით, „სულ მცირე, ასამბლეის წევრთა 60%-ის მხარდაჭერით“.⁶⁵ ნათლად რომ ვთქვათ, ამ ესკალატორს მეტად მარტივი, ორსაფეხურიანი ფორმა აქვს, თავდაპირველად 50%, ხოლო შემდეგ - 60%, შემდგომი ზრდის გარეშე. განსაკუთრებით ისეთ ქვეყანაში, როგორც სამხრეთ აფრიკაა, სადაც, ჩვეულებისამებრ, ერთი პოლიტიკური პარტია იგებს დიდი უმრავლესობით, არ არის გამორიყხული, რომ ფაქტობრივად უსასრულო გახანგრძლივება მოხდეს პარტიის წევრობაზე

⁶¹ იხ. M.B. BISKUPSKI, THE HISTORY OF POLAND 164-68 (2000).

⁶² სხვა კონსტიტუციებმა მიიღეს დასრულების დებულებები, რომლებიც მოითხოვს ხშირ საპარლამენტო კენჭისყრას საგანგებო მდგომარეობის გახანგრძლივებლად. სამხრეთ აფრიკისგან განსხვავებით, ეს კონსტიტუციები არ შეიცავს სუპერმაჟორიტარიანულ ესკალატორს და, შესაბამისად, საგანგებო მდგომარეობის განუსაზღვრელი ვადით გახანგრძლივებას შესაძლებელს ხდის. იხ. მაგ., Constitución Política de la República De Chile art. 40(2), (6) (რომელიც ადგენს, რომ საგანგებო მდგომარეობამ არ შეიძლება გადააჭარბოს 90 დღეს და რომ იგი შეიძლება დასრულებულად გამოცხადდეს თითოეული პალატის უმრავლესობის ან პრეზიდენტის მიერ ან შეიძლება გახანგრძლივდეს 90 დღემდე ვადით კონგრესის მიერ პრეზიდენტის მოთხოვნის საფუძველზე); Constituição Da República Portuguesa art. 19(5) (რომელიც ადგენს, რომ საგანგებო მდგომარეობა შესაძლოა ძალაში იყოს „არა უმეტეს 15 დღისა“, თუმცა შესაძლოა მისი გახანგრძლივება, მაგრამ, თუკი საგანგებო მდგომარეობა გამოცხადებულია ომის გამო, იგი შესაძლოა, ძალაში დარჩეს კანონით განსაზღვრული ვადით), თარგმანი 15 Constitutions Of The Countries of the World: Portugal 15 (Gisbert H. Flanz ed., 2002); Türkiye Cumhuriyeti Anayasası [Constitution] arts. 120-21 (რომელიც ადგენს, რომ საგანგებო მდგომარეობა არ შეიძლება გაგრძელდეს 6 თვეზე მეტი ვადით და რომ ეროვნულ ასამბლეას შეუძლია საგანგებო მდგომარეობის ვადის შემცირება ან მისი გახანგრძლივება მინისტრთა საბჭოს მოთხოვნის საფუძველზე. თითოეულ შემთხვევაში საგანგებო მდგომარეობა შესაძლოა გახანგრძლივდეს ოთხი თვის ვადით და ეროვნულ ასამბლეას შეუძლია საგანგებო მდგომარეობის შეწყვეტა).

⁶³ სამხრეთ აფრიკაში საგანგებო მდგომარეობის სამართლებრივი მიმოხილვისთვის იხ. Stephen Ellmann, In a Time of Trouble (1992).

⁶⁴ იხ. S. AFR. CONST. § 37. კონსტიტუციური დებულებების სტრუქტურა იმაზე ოდნავ მეტად კომპლექსურია, ვიდრე ტექსტიდან ჩანს. 37-ე მუხლის თანახმად, თავდაპირველად, პარლამენტის უბრალო უმრავლესობა ამტკიცებს საგანგებო მდგომარეობასა, რომელიც შეიძლება გაგრძელდეს 21 დღის მანძილზე. ამ დროის განმავლობაში, პარლამენტს შეუძლია გაახანგრძლივოს საგანგებო მდგომარეობა არაუმეტეს 3 თვის ვადით, უბრალო უმრავლესობით. მხოლოდ ამის შემდეგ ხდება სუპერმაჟორიტარიანული ესკალატორის გააქტიურება. საგანგებო მდგომარეობასთან დაკავშირებული დებულებები გაანალიზებულია ნაშრომში G.E. Devenish, *The Demise of Salus Republicae Suprema Lex in South Africa: Emergency Rule in Terms of the 1996 Constitution*, 31 COMP. & INT'L L.J.

S. AFR. 142 (1998). თუმცა, დევენიშის ესე ხაზს არ უსვამს სუპერმაჟორიტარიანული ესკალატორის ინოვაციურ ბუნებას. იმ ბრძოლის ისტორიული მიმოხილვისთვის, რომლისგანაც სამხრეთ აფრიკის კონსტიტუცია წარმოიშვა, იხ., Hassen Ebrahim, *The Soul of a Nation: Constitution-Making in South Africa* (1998).

⁶⁵ S. AFR. CONST. § 37(2)(b).

დაფუძნებული ხმების გამო.⁶⁶ მხოლოდ უფრო დახვეწილ მრავალსაფეხურიან მექანიზმს შეუძლია, საიმედოდ წაიყვანოს ქვეყანა საგანგებო კონდიციების საბოლოო დასრულებამდე. მიუხედავად ამისა, ასეთი ჩანაწერები დიდად მაიმედებს: ერთია ის, თუ როგორ აღიქვამს საკითხს ნიუ-ჰევენში მკდომი თეორეტიკოსი, ხოლო სხვა საკითხია ის, რომ მწარე ისტორიულ გამოცდილებებზე დაფუძნებული კონსტიტუცია ამ პრინციპს საკუთარ უმაღლეს კანონმდებლობაში ასახავს.

გამონწვევა სამხრეთ აფრიკული იდეის სრული პოტენციალით ამოქმედებასა და საგანგებო ძალების დისციპლინირებისკენ მიმართული სტრუქტურული მექანიზმების შექმნა-შია. მაგალითად, არც ერთ დამკვიდრებულ დემოკრატიას ჯერ-ჯერობით არ გადაუდგამს სერიოზული ნაბიჯები იმისთვის, რომ საგანგებო მდგომარეობის დროს აღმასრულებლის მიერ ინფორმაციის ბოროტად გამოყენება ეკონტროლებინა.⁶⁷ მაგრამ, როგორც ვნახეთ, სუპერმაჟორიტარიანულმა ესკალატორმა შესაძლოა აღმასრულებლისთვის მამხილებელი ფაქტების დამალვა კიდევ უფრო მიმზიდველი გახადოს. როგორც თეორიაში, ისე პრაქტიკაში, ჩვენ მხოლოდ დასაწყისში ვართ იმ პროცესისა, რომელსაც შეკავებისა და განონასწორების მექანიზმების კრეატიული განვითარების გზით საგანგებო ძალაუფლების გამოყენების დისციპლინირება ჰქვია.

V. ფარგლების საკითხი

ავიღოთ ალტერნატიული მოდელის დადებითი მხარეები, რა დროსაც დავეყრდნობით ექსკლუზიურად ბრძანებასა და კონტროლს, ნაცვლად შეკავებისა და განონასწორებისა. ეს მიდგომა ახერხებს მომავლის რეგულირებას იმით, რომ შინაარსობრივი სტანდარტები პირდაპირ შეაქვს კონსტიტუციაში - იგი შემოსაზღვრავს იმ გარემოებებს, რომელთა დროსაც შესაძლოა საგანგებო მდგომარეობის გამოცხადება და ზღუდავს გამოსაყენებელ საგანგებო უფლებამოსილებებს. შედეგად წარმოშობილი ლეგალიზმი შესაძლოა გამოაგნებელი იყოს, მაგრამ ის ეფექტურად მხოლოდ იმ შემთხვევაში იმუშავებს, თუკი

⁶⁶ საყოველთაო არჩევნებში აფრიკის ეროვნულმა კონგრესმა მოიგო 266 ადგილი 400-დან, რაც ოდნავ ნაკლებია საერთო ადგილების 2/3-ზე. 1999 წლის არჩევნების შედეგებისთვის იხ. <http://www.gov.za/elections/results99.htm> (last visited Oct. 4, 2003).

⁶⁷ ჩემ მიერ მოძიებულ კონსტიტუციათა შორის ერთადერთი, რომელიც ამ პრობლემას ეხება, ეთიოპიის კონსტიტუციაა. იგი ადგენს, რომ საგანგებო მდგომარეობის გამოცხადებისთანავე, ხალხის წარმომადგენელთა პალატამ უნდა შექმნას საგანგებო მდგომარეობის საგამოძიებო საბჭო. საბჭოს უფლებამოსილებებში შედის:

- ა) ერთ თვეში უნდა გამოაქვეყნოს საგანგებო მდგომარეობის გამო დაკავებულ ყველა პირთა სახელები მათი დაკავების მიზეზებთან ერთად;
- ბ) იმის გამოძიება და დადგენა, იყო თუ არა საგანგებო მდგომარეობის დროს განხორციელებული ზომები არაადამიანური;
- გ) წარუდგინოს პრემიერ მინისტრს ან მინისტრთა საბჭოს გამასწორებელი ზომები იმ შემთხვევაში, თუკი იგი დაადგენს არაადამიანური მოპყრობის შემთხვევებს;
- დ) არაადამიანური მოპყრობის ჩამდენ პირთა პასუხისგებაში მიცემის უზრუნველყოფა;
- ე) წარმომადგენლობითი პალატისთვის საკუთარი მოსაზრებების წარდგენა საგანგებო მდგომარეობის გახანგრძლივების მოთხოვნასთან დაკავშირებით.

Id. art. 93(6). ზოგადად, არ ვცდით იმ ქვეყნების კონსტიტუციებს, რომელთა დემოკრატიულობაც შესაძლოა სადავო იყოს, ისე, როგორც ეს ეთიოპიის შემთხვევაშია. მაგრამ ეს კონსტიტუციური განვითარება იმსახურებს გამონაკლისის დაშვებას.

ჩაბეჭდილი იქნება ხელისუფლების განაწილების ცოცხალ სისტემაში. თუკი პოლიტიკური პანიკა გამძვინვარდება და არ იარსებებს პრეზიდენტის ძალაუფლების გაწონასწორების ინსტიტუციური მექანიზმები, მართოდენ ტექსტუალური ფორმულა არ იქნება საკმარისი ამ უკანასკნელის შესაკავებლად. იურისტების დაქირავება ძვირი არ ჯდება და პრეზიდენტი ყოველთვის გამონახავს მათგან საუკეთესოებს მის გასამართლებლად ლეგალიზმების შესათხზავად. მართალია, შესაძლოა, ოპონენტებმა ეს ენერგიულად გააპროტესტონ, მაგრამ წარმოშობილი ნისლი მხოლოდ საზოგადოების დასაბნევად თუ ივარგებს - ისინი კიდევ უფრო მეტად ალტაცებულნი დარჩებიან პრეზიდენტის ახსნა-განმარტებებით, გადამწყვეტი ქმედების საჭიროებასთან დაკავშირებით.

ბრძანება და კონტროლი სერიოზული გამოსავალი მხოლოდ მაშინ არაა, როდესაც კონსტიტუცია ცალსახად ავალდებულებს აღმასრულებელს, გადაწყვეტილება სხვებთან ერთად მიიღოს. შესაძლოა, აღმასრულებელმა პოლიტიკური პანიკა გამოიყენოს ერთჯერადი საკანონმდებლო თანხმობის მოსაპოვებლად მაშინ, როდესაც რეალური გარემოებები არ კვალიფიცირდება საგანგებო მდგომარეობად შესაბამისი კონსტიტუციური სტანდარტების შესაბამისად. მაგრამ ეს ცდომილება კანონსა და რეალურ სამყაროს შორის სერიოზულ დაბრკოლებად გადაიქცევა მაშინ, როდესაც პრეზიდენტს განმეორებითად მოუწევს ლეგისლაციის მიმართვა მისი მზარდი სუპერუმრავლესობის მოსაპოვებლად. მოკლე დროში, კონსტიტუციური ცდომილება ლეგიტიმურ საკანონმდებლო წინააღმდეგობას მოიტანს შედეგად და ნეიტრალურად განწყობილთ კენჭისყრის დროს „არა“-ს არჩევს უბიძგებს. აზრი რომ ჩამოვაცალიბოთ: ბრძანება და კონტროლი ავსებს, მაგრამ არ ანაცვლებს შეკავებასა და გაწონასწორებას. ამას დავარქვათ შეკავებისა და გაწონასწორების პრიორიტეტულობა.⁶⁸

მანამ, სანამ ამ პრიორიტეტულობას ვცნობთ, სათანადო ბრძანებისა და კონტროლის დებულებების ფორმულირება საკვანძო საკითხია, რომელიც რადიკალურ რეკონცეპტუალიზაციას მოითხოვს. როგორც ვნახეთ, საგანგებო ძალაუფლების კლასიკური რაციონალე ახდენს ფართო ძალაუფლებების მინიჭების ავტორიზაციას იმ დროს, როდესაც მთავრობა სიკვდილ-სიცოცხლის ბრძოლაშია ჩართული. მართლაც, *à la française, carte blanche*-ს მინიჭება შესაძლოა სათანადო პასუხი იყოს, როდესაც საქმე ეგზისტენციალურ საფრთხეს ეხება. მაგრამ, მოცემულ შემთხვევაში, მოქმედების თავისუფლების მინიჭება არასწორ გზავნილებს უშვებს. ყველაზე უარეს შემთხვევაში, იგი წარმოადგენს შესაძლებლობას პოტენციური დიქტატორისთვის, გზა გაიკაფოს პერმანენტული ძალაუფლებისთვის. საუკეთესო შემთხვევაში კი ძალაუფლების დაუსრულებლად მინიჭება წინააღმდეგობაში მოდის საგანგებო რეჟიმის უმთავრეს მიზანთან, რასაც წარმოადგენს დროებითი და შეზღუდული გამონაკლისების დაწესება შეზღუდული სახელმწიფოს პრინციპებიდან.

⁶⁸ ეს პრიორიტეტი ცენტრალურია ფედერალისტური კონსტიტუციური თეორიისთვის. იხ. The Federalist No. 48, at 332-33 (James Madison) (Jacob E. Cooke ed., 1961) („განა საკმარისი იქნება კონსტიტუციაში ხელისუფლების შტოების ფარგლების ზედმიწევნით განსაზღვრა და ძალაუფლებისთვის დაწესებულ ამ ბარიერებისადმი ნდობა? მაგრამ გამოცდილება გვაჩვენებს, [...] რომ საჭიროა ხელისუფლების უფრო ძლიერი წევრებისგან უფრო სუსტების უფრო ადეკვატურად დაცვის საჭიროება.“).

არსებობს ფარგლების პრობლემასთან გამკლავების ორი გზა: პოზიტიური, რომელიც აკონკრეტებს ძალაუფლების მინიჭებას და ნეგატიური - რომელიც თავისუფლების კონკრეტულ ზონებს გამოყოფს საგანგებო კონტროლიდან. დავიწყით პოზიტიურით და გავმიჯნოთ ერთმანეთისგან ორი რაციონალე: შემწეობა და პრევენცია. შემწეობა ეხება არსებულ კატასტროფას, ხოლო პრევენცია მის მომავალში გამეორებას. ორივე მათგანი გვათავაზობს საგანგებო ძალაუფლებებს, რომელთა განხორციელებაც საჭიროა საზოგადოების იმაში დასარწმუნებლად, რომ მთავრობა ეფექტურად მოქმედებს, რათა შეამსუბუქოს კატასტროფის შედეგები და შეაჩეროს მეორე თავდასხმა. მაგრამ ისინი ამას სხვადასხვაგვარად აკეთებენ.

შემწეობის რაციონალე გულისხმობს საგანგებო მდგომარეობას ტექნოკრატიური სულისკვეთებით. კატასტროფა უკვე მოხდა: მძვინვარებს ეპიდემია, ქალაქი განადგურებულია და უთვალავი რამ არის გასაკეთებელი იმისთვის, რომ ნორმალური ვითარება დაბრუნდეს. აქ მოდელი შემოთავაზებულია უამრავი საკანონმდებლო აქტით, რომელიც „საგანგებო მდგომარეობას“ უკავშირდება და რომელიც წარმოშობილია ბუნებრივი კატასტროფების შედეგად. გარდა საგანგებო მდგომარეობასთან დაკავშირებული შემწეობისა, ეს აქტები შეიცავს ექსტრაორდინალურ ძალაუფლებებს ქონების ჩამორთმევასა და კარანტინის ამოქმედებასთან დაკავშირებით, რაც შესაძლოა, დაუშვებლად ჩაითვალოს ნორმალურ გარემოებებში.⁶⁹

ამ დებულებების შემუშავება ადვილი არაა, მაგრამ მათ ირგვლივ აგორებულ უთანხმოებებს არ აქვს პოლიტიკური განზომილება. საკუთრებისა და თავისუფლების დროებითი შეზღუდვა ყოველთვის სამწუხარო ამბავია, მაგრამ იმის ალბათობა, რომ მსხვერპლებს პოლიტიკური მტრებივით მოექცევიან, დაბალია. შედეგად, ტექნოკრატიული მიმართულება სრულად სათანადო ჩანს: რაც უფრო სწრაფი და ეფექტურია პასუხი, მით უფრო დაბალია საერთო ზიანი საზოგადოებისთვის. საგანგებო კანონმდებლობის მთავარი ამოცანა სწორედ მყისიერი კოლექტიური პასუხი უნდა იყოს. როგორც კი კატასტროფა კონტროლს დაექვემდებარება, გამოჩნდება დრო სამართლის მისაგებად მათთვის, ვისი საკუთრება და თავისუფლებაც შეიზღუდა. მანამ, სანამ შესაბამისი სამართლებრივი პროცედურები ადგილზეა, არსებობს საფუძველი იმის მოლოდინისთვის, რომ გადაწყვეტილების მიმღები პირები ამ მსხვერპლებს სპეციალური ზრუნვით მოექცევიან, რადგან

⁶⁹ 11 სექტემბრის შემდეგ, მალევე, დაავადებათა კონტროლისა და პრევენციის ცენტრმა შექმნა ჯგუფი, რომელსაც ხელმძღვანელობდა ლორენს გოსტინი ჯორჯთაუნის უნივერსიტეტის სამართლის ცენტრიდან. ჯგუფის მიზანი იყო კანონის ნიმუშის მონახაზის შექმნა, რომელიც სახელმწიფოებს დაეხმარებოდა საზოგადოების ჯანმრთელობასთან დაკავშირებული საგანგებო მდგომარეობის მომწესრიგებელი კანონმდებლობის განახლებაში. ჯგუფმა ფართოდ გამართა კონსულტაციები, მაგრამ მოდელური აქტის პირველმა პროექტმა დიდი კრიტიკა დაიმსახურა იმის გამო, რომ იგი დიდწილად ეყრდნობოდა იძულებით ზომებს და არასაკმარის ყურადღებას უთმობდა სამოქალაქო უფლებების დაცვას. იხ. John M. Colmers & Daniel M. Fox, *The Politics of Emergency Health Powers and the Isolation of Public Health*, 93 AM. J. PUB. HEALTH 397 (2003) (surveying the political controversy generated by the Model Act). საპასუხოდ, გოსტინის გუნდმა გამოსცა განახლებული აქტი 2001 წლის 21 დეკემბერს. იხ. Lawrence O. Gostin et al., *The Model State Emergency Health Powers Act: Planning for and Response to Bioterrorism and Naturally Occurring Infectious Diseases*, 288 JAMA 622 (2002).

მსხვერპლი, რომლის გაღებაც მათ მოუწიათ საზოგადო სიკეთისთვის, უბრალოდ ცუდი იღბლის დამსახურება იყო.⁷⁰

ამის საპირისპიროდ, პრევენციის რაციონალე გულისხმობს თავდაპირველ გამიჯვნას მოყვასსა და მტერს შორის. გარკვეული დონით, საგანგებო რეჟიმი აჩერებს სისხლის სამართალში არსებულ ორდინალური დაცვის მექანიზმებს იმის მცდელობაში, რომ მოხდეს პოტენციური ტერორისტების აღმოჩენა და დაკავება მანამ, სანამ მათ მეორე თავდასხმის განხორციელების შესაძლებლობა მიეცემათ. კრიტიკული კითხვა იმაშია, თუ რამდენად ფართოდ უნდა განისაზღვროს ამ ექსტრაორდინალური ძალაუფლების ფარგლები. ეს ამოცანა მეტად სენსიტიურია, და მის შესახებ გონიერ ადამიანებს სხვადასხვანაირი აზრი ექნებათ. ვინაიდან გამოკვლევითი ტიპის ესეში შეუძლებელია მთელი კომპლექსურობის სრულად განხილვა, ვფოკუსირდები საკითხის არსზე - ძალაუფლებაზე, რომელიც გულისხმობს ადამიანის დაკავებას უბრალო ეჭვის საფუძველზე იმ მტკიცებულებათა გარეშე, რომელთა არსებობაც, ჩვეულებისამებრ, საჭიროა დაკავებისა და თავისუფლების შემდგომი აღკვეთისთვის. მოსალოდნელია, რომ მასობრივი პრევენციული დაკავებები უდანაშაულო ადამიანთა უთვალავი რაოდენობის უფლებებს დაარღვევს და ჩემი წინადადების მთავარი ეკონომიკური და იურიდიული განზომილება სწორედ ამ შედეგის შერბილებაში მდგომარეობს. თუმცა ამ დროისთვის საკმარისია, შევჩერდეთ მტკივნეული უსამართლობების ასაღიარებლად.

ჩვენ შეგვიძლია, შევეცადოთ ზიანის შემცირება გარკვეული თავისუფლებების ექსპლიციტურად საგანგებო ძალაუფლებების ფარგლებს გარეთ მოქცევით. საკითხი ინდივიდუალურ დონეზე, ყველაზე მკვეთრად წამებასთან დაკავშირებით წამოიჭრება, მაგრამ სჯობს ეს საკითხი უფრო ზოგად მსჯელობას დავუთმოთ საგანგებო რეჟიმში მოსამართლეთა როლის შესახებ. კოლექტიურ დონეზე გამორიცხვის სტრატეგია ყველაზე დამაჯერებელი პოლიტიკური თავისუფლებების ნაწილში ჩანს. ყველაზე ფუნდამენტურად, საჭიროა საგანგებო უფლებამოსილებების განმახორციელებელ სუბიექტს აკრძალოს იმ ძირითადი კანონების შეცვლა, რომელიც ახდენს საკანონმდებლო, სასამართლო და აღმასრულებელი ხელის ორგანიზებას.⁷¹ ასევე დამაჯერებელია ცენზურის დაწესების აკრძალვის მოთხოვნა განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც ხელისუფლების დანაწილების მექანიზმს გავითვალისწინებთ. მარტივად რომ ვთქვათ, თუკი მთავრობას ცენზურის უფლებამოსილება ექნება, პოლიტიკურ ოპოზიციას საგანგებო მდგომარეობის დასრუ-

⁷⁰ მართლაც, პოლიტიკით დაინტერესებული პირები ხშირად ჩივიან იმის გამო, რომ კატასტროფაზე საპასუხო ფედერალური პროგრამები შესაძლოა კონტრპროდუქტიული აღმოჩნდეს. იხ. მაგ., Rutherford H. Platt, *Disasters and Democracy: The Politics of Extreme Natural Events* 38-41 (1999) ან იმის გამო, რომ კომპენსაცია მეტისმეტად გულუხვია, იხ. Howard Kunreuther, *Recovery from Natural Disasters: Insurance or Federal Aid?* 2, 29-32 (Am. Enter. Inst. for Pub. Policy Research, Evaluative Studies No. 12, 1973).

⁷¹ იხ. მაგ., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej [Constitution] arts. 228(6)-(7), 233 (Pol.)* (რომლებიც ადგენენ, რომ ექსტრაორდინალური ზომების დროს დაუშვებელია კონსტიტუციის, საარჩევნო კანონმდებლობის ან საგანგებო ძალაუფლებასთან დაკავშირებული კანონმდებლობის შეცვლა). *Constituição da República Portuguesa art. 19(7)* (რომელიც ადგენს, რომ საგანგებო მდგომარეობის გამოცხადებას „არ უნდა ჰქონდეს გავლენა უზენაესი ავტორიტეტის მქონე ორგანოების უფლებამოსილებებსა და ფუნქციონირებასთან დაკავშირებით კონსტიტუციის დებულებების აღსრულებაზე და არც ავტონომიური რეგიონების თვითმმართველ ორგანოებსა და მათი წევრების იმუნიტეტზე“). 15 *Constitutions of the Countries of the World: Portugal, supra* სქოლიო 62, at 9; *Constitutia României art. 148(3) (Rom.)* (რომელიც კრძალავს კონსტიტუციის გადასინჯვას საგანგებო და საომარი მდგომარეობის დროს).

ლებისთვის მხარის დასაჭერად ახალი მოტივაცია ექნება, რათა მან საზოგადოებასთან კომუნიკაციის შესაძლებლობა ხელახლა მოიპოვოს. პოლიტიკური გამოხატვისა და შეკრების საგანგებო ძალაუფლებისგან გათავისუფლებით, კონსტიტუცია დემოკრატიული პროცესის სიცოცხლისუნარიანობას აძლიერებს. ეს ახალისებს უმცირესობას, რომ კონსტრუქციულად შეიტანოს წვლილი საგანგებო რეჟიმის დასრულების შესახებ საკანონმდებლო გადაწყვეტილებაში. არჩევნების დროც კიდევ ერთი სენსიტიური საკითხია, შესაძლოა, მოხდეს არჩევნების ექვსი თვის ვადით ერთჯერადად გადადება 80%-იანი სუპერუმრავლესობით. მაგრამ ამ შემთხვევაში კეთილსინდისიერი უთანხმოების ზონაში ვართ.⁷²

რჩება ბოლო და მნიშვნელოვანი საკითხი. მე ვსაუბრობდი, ზოგადად, „ტერორისტულ თავდასხმაზე“, მაგრამ საჭიროა მეტი სიცხადე იმ მოვლენის განსასაზღვრად, რომელიც საგანგებო მდგომარეობის გამოცხადებას უდევს საფუძვლად: უნდა მოითხოვდეს თუ არა ჩვენი კონსტიტუციური ჩარჩო რეალური თავდასხმის განხორციელებას, თუ მთავრობას „ცხად და მყისიერ საფრთხეზე“ დაყრდნობა შეუძლია?

მე რეალური თავდასხმის მოთხოვნაზე დავიჟინებდი და ამ მოთხოვნას დავაფუძნებდი დარწმუნების ფუნქციას, როგორც ჩემს ძირითად კონსტიტუციურ რაციონალეს. ისეთი დრამატული მოვლენა, როგორც 11 სექტემბერი იყო, არყვეს ჩვეულებრივი მოქალაქეების რწმენას იმაში, რომ სახელმწიფოს საკუთარი ყველაზე საბაზისო ფუნქციის - კანონიერებისა და წესრიგის შენარჩუნების უნარი აქვს. ამ შიშების საპასუხოდ სახელმწიფოსთვის საუკეთესო გზაა რაიმე დიდისა და დრამატულის გაკეთება, რაც მოახერხებს საზოგადოების დარწმუნებას იმაში, რომ სუვერენიტეტის გარღვევა მხოლოდ დროებითი იყო და რომ იგი მეორე თავდასხმის თავიდან ასაცილებლად ყველა საჭირო ზომას იღებს. მაგრამ, როდესაც თავდასხმა არ განხორციელებულა, პანიკური რეაქციის მართვა სტანდარტული ტექნიკებითაც შესაძლებელი ჩანს.

„ცხადი და მყისიერი საფრთხის“ ტესტი ასევე წარმოშობს პოლიტიკური მანიპულაციის მიუღებელ რისკებს. პრეზიდენტები და პრემიერ-მინისტრები ყოველდღიურ ანგარიშებს იბარებენ უსაფრთხოების სერვისებისგან ტერორისტულ საფრთხესთან დაკავშირებით. ეს რისკები მიდის და მოდის, მაგრამ მათ ყოველთვის სერიოზული ხასიათი ეძლევათ. უსაფრთხოების სერვისებს არანაირი სურვილი არ აქვთ, რომ პანგლოსის როლი ითამაშონ. შესაბამისად, პოლიტიკოსებს ყოველთვის შეეძლებათ ბიუროკრატიული ანგარიშების ციტირება „ცხადი და მყისიერი“ საფრთხის ძიების მცდელობაში. საქმის

⁷² გერმანიის კონსტიტუციის თანახმად, საპარლამენტო უფლებამოსილების ვადები, რომლებიც იწურება, ავტომატურად გრძელდება მანამ, სანამ არ გავა 6 თვე „თავდაცვის მდგომარეობის“ დასრულებიდან. იხ. Grundgesetz arts. 115a, 115h(1); *supra* სქოლიო 54. საპარლამენტო სისტემათა უმრავლესობა არ მიჰყვება ფიქსირებულ საარჩევნო კალენდარს. ამ კონტექსტში გონივრულია მთავრობისთვის იმ შესაძლებლობის წართმევა, რომ მან არსებული პანიკა გამოიყენოს საარჩევნო უპირატესობის მოსაპოვებლად პარლამენტის დათხოვნით. იხ. მაგ., CONST. art. 16 (Fr.) (რომელიც ადგენს, რომ დაუშვებელია ეროვნული ასამბლეის გაწვევა საგანგებო მდგომარეობის დროს); A Magyar Köztársaság Alkotmánya [Constitution] art. 28A(1) (Hung.) (რომელიც ადგენს, რომ დაუშვებელია პარლამენტის გაწვევა ეროვნული კრიზისის ან საგანგებო მდგომარეობის დროს); Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej [Constitution] art. 228(7) (Pol.) (რომელიც ადგენს, რომ დაუშვებელია თანამდებობაზე ყოფნის ვადის შემცირება ან არჩევნების ჩატარება საგანგებო მდგომარეობის დროს და 90 დღის მანძილზე მისი დამთავრების შემდეგ); CONSTITUTIA ROMÂNIEI art. 89(3) (Rom.) (რომელიც კრძალავს პარლამენტის გაწვევას საომარი ან საგანგებო მდგომარეობის დროს).

კიდევ უფრო გასაუარესებლად, ამ ანგარიშებს ყოველთვის „top საიდუმლოების“ გრიფი ედებათ. აღმასრულებელი ყოველთვის გულგრილი იქნება იმ დოკუმენტების გამოქვეყნების მიმართ, რომლებიც ააშკარავებს, თუ რა დონეზე მოაღწიეს ჩვენმა ჯაშუშებმა ტერორისტულ ქსელში შეღწევა. მაშ, როგორც შევძლოთ დანარჩენმა ჩვენგანმა იმის შეფასება, თუ რამდენად არსებობს „ცხადი და მყისიერი საფრთხე“?

აზრი არ აქვს იმის მოთხოვნას, რომ პრემიერ-მინისტრი სასამართლოში წავიდეს და ეცადოს მოსამართლეების დარწმუნებას, რომ მას „მგელი!“ ამჯერად ტყუილ-უბრალოდ არ დაუყვირია. იმ დროისთვის, როდესაც ჯეროვანი სამართლებრივი პროცედურა დაცული იქნება, სიტუაცია კიდევ ერთხელ შეიცვლება, - ან უკეთესობისკენ, ან უარესობისკენ.⁷³ ამისგან განსხვავებით, მასშტაბური ტერორისტული თავდასხმა ცხადი რეალობაა, რაც პოლიტიკოსების მანიპულაციათა მიღმაა. სწორედ ეს ხდის ამას ასე საშიშს და სწორედ ამიტომ ხდება იგი საგანგებო რეჟიმის გამოცხადების შესანიშნავი საბაბი.

მაგრამ, თუკი ეს ასეა, გვრჩება ისეთი სამართლებრივი ფორმულის გამოგონება, რომელიც საგანგებო მდგომარეობის გამოცხადების გამომწვევ მოვლენას სათანადო საზღვრებში აქცევს. პერსონალურ საუბრებში ზოგიერთმა წამოწია წინადადება, რომ საგანგებო მდგომარეობის გამოცხადების დებულებაში საჭიროა, დაკონკრეტდეს კვანტიტატიური ოქროს შუალედი და არსებობდეს მოთხოვნა, რომ, მაგალითად, თავდასხმას შედეგად უნდა მოჰყვეს ათასი ადამიანის სიკვდილი, რათა მოხდეს საგანგებო რეჟიმის ინაუგურაცია. ზოგიერთის აზრით, ეს საუკეთესო გზაა ექსტრაორდინალური ძალაუფლების ნორმალიზაციის ციცაბო ფერდობისთვის გვერდის ასავლელად. ამაში არის სიმართლე, მაგრამ, ჩემი აზრით, უმჯობესია, ვიმოქმედოთ პოლიტიკური აზროვნების საფუძველზე, ნაცვლად შემდეგნაირი მათემატიკური ფორმულისა: „აღმასრულებელმა ხელისუფლებამ საგანგებო მდგომარეობა შესაძლოა გამოაცხადოს იმ ტერორისტულ თავდასხმაზე საპასუხოდ, რომელსაც შედეგად მოჰყვება უდანაშაულო სამოქალაქო პირთა დიდი რაოდენობის სიცოცხლის ხელყოფა და რომელიც ქმნის უფრო მასშტაბური თავდასხმების განხორციელების რისკს. საგანგებო ვითარება უქმდება 7 დღეში გარდა ისეთი შემთხვევისა, როდესაც მას დაამტკიცებს ლეგისლატურის უმრავლესობა“. პრეზიდენტი, რომელიც ამ დებულებას სათანადო მიზეზის გარეშე გამოიყენებს, თითქმის მყისიერ საკანონმდებლო გაკიცხვას მიიღეს, რაც შესაძლოა, მცირედი საბაბის გამო, ძალადობრივად მოქმედების შემაკავებელი აღმოჩნდეს.

ახლა იმ მდგომარეობაში ვართ, რომ ჩემი პოლიტიკური შემოთავაზების საერთო სურათს შევავლოთ თვალი: საგანგებო მდგომარეობა მხოლოდ რეალური თავდასხმის შემდეგ შეიძლება გამოცხადდეს; შესაძლებელია მისი გაგრძელება მოკლე ინტერვალებით ლეგისლატურის მხარედი სუპერუმრავლესობის მხარდაჭერის შედეგად და უმცირესობაში შემავალი პარტიები მოიპოვებენ შესაძლებლობას, გაეცნონ ინფორმაციას, საგანგებო რეჟიმის რეალური მოქმედების შესახებ, რასთან დაკავშირებითაც, ფაქტებს გაასაჯაროებენ მაშინ, როდესაც ამას საჭიროდ ჩათვლიან; საგანგებო ძალაუფლების

⁷³ ამისგან განსხვავებით, სასამართლო ზედამხედველობას შესაძლოა უფრო მეტი აზრი ჰქონდეს მაშინ, როდესაც გამომწვევი მოვლენა ისეთივე ნათელია, როგორც ტერორისტული თავდასხმა. დისკუსიისთვის იხ. *infra* სქოლიოების 91-93 თანმხლები ტექსტი.

ფარგლები შეზღუდულია შემწეობისა და პრევენციის საჭიროებებით, რაც მისი გამართლების თავდაპირველი საფუძველია.

ეს განსხვავებული მოდელი, თავის მხრივ, მოითხოვს კიდევ ერთხელ დაფიქრებას საგანგებო მდგომარეობასთან დაკავშირებული დებულებების ძირითად კონტურებზე. ზოგადად, მსოფლიოში არსებული კონსტიტუციები ყველა ტიპის საგანგებო მდგომარეობას ისე განიხილავს, თითქოს ისინი ერთგვაროვანი იყოს. ტიპურია სამხრეთ აფრიკის კონსტიტუციის დებულება საგანგებო მდგომარეობასთან დაკავშირებით, რომლის თანახმადაც იგი ცხადდება, როდესაც „ერის სიცოცხლეს ემუქრება ომის, შემოსევის, საერთო დაუმორჩილებლობის, წესრიგის დარღვევის, ბუნებრივი კატასტროფის ან სხვა საგანგებო მდგომარეობის საფრთხე“.⁷⁴ მაგრამ ერთი მიდგომის ყველა შემთხვევაზე მორგება შეცდომაა. სტანდარტები და პროცედურები, რომლებიც შეიძლება საჭირო იყოს ეგზისტენციალურ საფრთხესთან გასამკლავებლად, შესაძლოა მეტისმეტად ნებადამრთველი აღმოჩნდეს ტერორისტულ თავდასხმებთან მიმართებით. მომავლის კონსტიტუციები ერთმანეთისგან უნდა განასხვავებდნენ საგანგებო მდგომარეობების ტიპებს.

ამ ნაწილში მოდელად კანადა გამოდგება. საგანგებო მდგომარეობის აქტი ერთმანეთისგან მიჯნავს ოთხი ტიპის საგანგებო მდგომარეობას - ბუნებრივ კატასტროფებს, საჯარო წესრიგისთვის შექმნილ საფრთხეს, საერთაშორისო საგანგებო მდგომარეობა და ომი⁷⁵ - და თითოეულ მათგანს ცალ-ცალკე ეხება.⁷⁶ მაგალითად, საჯარო წესრიგისთვის ტერორიზმის მიერ შექმნილი საფრთხე ითხოვს პარლამენტის მიერ განახლებას ყოველ 30 დღეში, მაშინ, როდესაც ომთან დაკავშირებული საგანგებო მდგომარეობა კენჭისყრას 120 დღეში ითხოვს, რაც გონივრული განსხვავებაა, თუმცა უკეთესი იქნებოდა, რომ კანადას სუპერმაჟორიტარიული ესკალატორი მიეღო ტერორიზმის ნაწილში.⁷⁷

⁷⁴ S. AFR. CONST § 37(1)(a).

⁷⁵ აქტი მოიცავს „საჯარო კეთილდღეობასთან“, „საჯარო წესრიგთან“ „საერთაშორისო“ და „ომთან“ დაკავშირებულ საგანგებო მდგომარეობას. Emergencies Act, R.S.C., ch. 22, §§ 5-45 (Supp. IV 1985). საჯარო კეთილდღეობასთან დაკავშირებულია ისეთი საგანგებო მდგომარეობა, რომელიც წარმოიშობა ბუნებრივი კატასტროფების შედეგად. *ib. id.* § 5. საჯარო წესრიგთან დაკავშირებული საგანგებო მდგომარეობები მოიცავს ტერორისტულ თავდასხმებს. *ib. id.* § 16 (იგი იზიარებს „კანადის უსაფრთხოებისთვის შექმნილი საფრთხის“ იმ დეფინიციას, რომელიც მოცემულია კანადის უსაფრთხოების დაზვერვის შესახებ აქტში, - Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., ch. C-23, § 2 (1985), რომელიც ტერორისტულ თავდასხმებს ახასიათებს, როგორც უსაფრთხოებისთვის შექმნილ საფრთხეს). საერთაშორისო საგანგებო მდგომარეობა, როდესაც „საფრთხე ამუქრება კანადის ან მისი მოკავშირეების სუვერენიტეტს, უსაფრთხოებას ან ტერიტორიულ მთლიანობას“. Office of Critical Infrastructure Prot. & Emergency Preparedness, Fact Sheets: Highlights of the *Emergencies Act*, at http://www.ociepc-bpiepc.gc.ca/info_pro/fact_sheets/general/L_high_emer_e.asp (last visited Dec. 10, 2003).

⁷⁶ აღსანიშნავია, რომ კანადაში ეს საკითხი ჩარჩო კანონით - საგანგებო მდგომარეობის შესახებ აქტით - არის მოწესრიგებული და არა ექსპლიციტური კონსტიტუციური დებულებებით, რაც საკმაოდ გამოსაძევი პროცედენტია აშშ-ისთვის ჩემ მიერ შემოთავაზებული გადაჭრის გზისთვის.

⁷⁷ *ib. id.* Emergencies Act § 18(2) (რომელიც ადგენს 30-დღიან ვადას საჯარო წესრიგთან დაკავშირებული საგანგებო მდგომარეობისთვის); *id.* § 39(2) (რომელიც ადგენს მოთხოვნას, რომ ომთან დაკავშირებული საგანგებო მდგომარეობა უნდა განახლდეს ყოველი 120 დღის შემდეგ); *cf. id.* § 7(2) (რომელიც მოითხოვს საჯარო კეთილდღეობასთან დაკავშირებული საგანგებო მდგომარეობის განახლებას 90 დღის შემდეგ მისი დაწყებიდან); *id.* § 29(2) (რომელიც ადგენს, რომ საერთაშორისო საგანგებო მდგომარეობის შედეგად გამოცხადებული საგანგებო მდგომარეობა უნდა განახლდეს ყოველი 60 დღის შემდეგ).

მაგრამ არ მინდა თვალთმაქცი გამოვჩნდე. კანადის გადაწყვეტილება, განასხვავოს საგანგებო მდგომარეობები, უნდა ვალიაროთ როგორც საკანონმდებლო მიღწევა, რომელსაც სხვებმა უნდა მიბაძონ და კიდევ უფრო გააუმჯობესონ.⁷⁸

VI. კომპენსაცია

ახლა ყურადღება გავამახვილოთ საგანგებო ძალაუფლების არსზე: ეჭვმიტანილთა დაკავების ძალაუფლება იმ მტკიცებულებათა გარეშე, რომლებსაც, ჩვეულებისამებრ, ლიბერალური კონსტიტუციები მოითხოვს. ბადეებში გაეხმება ბევრი უდანაშაულო ადამიანიც, რამდენიმე ცენტრალური ოპერატორის დაჭერის და, შესაბამისად, მეორე თავდასხმის პრევენციის გზის ძიებაში. ჯერჯერობით, ჩემი საგანგებო კონსტიტუცია არ უპირისპირდება დრაგენტების მსხვერპლებზე დაკისრებულ დიდძალ საფასურს. ეს ნაწილი ამტკიცებს ფინანსური კომპენსაციის მიცემის საჭიროებას იმ უდანაშაულო ადამიანებისთვის, რომლებიც პრევენციულ დაკავებაში მოექცნენ.

11 სექტემბერმა წარმოაჩინა, რომ შეგვიძლია, გვეჩვენოს საზოგადოებისა და პოლიტიკოსების იმედი იმაში, რომ ისინი გულუხვობას გამოიჩინენ ტერორიზმის წინააღმდეგ ომის ზოგიერთი მსხვერპლის ფინანსური საჭიროებების საპასუხოდ. კონგრესის მიერ ავტორიზებული კომპენსაცია მათი გადარჩენილი ახლობლებისთვის, ვინც ტყუპებსა და პენტაგონში დაიღუპა, 7.6 მილიონ დოლარს აღწევდა.⁷⁹ მაგრამ გულუხვობა გულგრილობად იქცევა მაშინ, როდესაც საქმე მსხვერპლთა მეორე ტიპს ეხება: ანტიტერორისტულ დრაგენტებში მოყოლილი ასობით ათასობით უდანაშაულო ადამიანი. სიმართლე რომ ვთქვათ, ამ ადამიანის ცხოვრება მხოლოდ დროებით ჩერდება, მაშინ, როდესაც ტერორიზმის მსხვერპლთა ოჯახის წევრები მარადიულ დანაკარგს განიცდიან. მიუხედავად ამისა, დროებითი შეწყვეტა ტრავმატული გამოცდილებაა, განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც იცი, რომ ცუდი არაფერი გაგიკეთებია და, განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც ამას შედეგად დაკავების კვირები ან თვეები მოჰყვება. დრაგენტების მსხვერპლებსაც ჰყავთ ოჯახები, მწვავე შფოთვითა და ფინანსური საჭიროებებით. მიუხედავად ამისა, ამ ნათელ ფაქტებს არ წარმოუქმნია საზოგადოებრივი აზრი იმის სასარგებლოდ, რომ კომპენსაცია მათაც უნდა მიენიჭოთ. პირიქით, მათი დანაკარგი დავიწყებას ეცემა ტერორისტული თავდასხმის მიერ წარმოქმნილ ზოგად შფოთს შუა.

ეს სიბრმავე აბსოლუტურად ტიპურია. ნახევარი საუკუნე დასჭირდა იმას, რომ ომის დროინდელი საკონცენტრაციო ბანაკების მსხვერპლ იაპონელ ამერიკელებს ფინანსური კომპენსაცია მიეღოთ და ისიც კონგრესის სპეციალური აქტის საფუძველზე, რომელმაც საოცრად მცირე ოდენობის თანხები გასცა.⁸⁰

⁷⁸ გერმანიის კონსტიტუცია ასევე გამოარჩევს სხვადასხვა ტიპის საგანგებო მდგომარეობებს. იხ. *supra* სქოლიო 54-55, მაგრამ ამ დებულებათაგან არც ერთი არ არის მორგებული იმ განსხვავებულ საფრთხეზე, რომელსაც თანამედროვე ტერორიზმი წარმოადგენს.

⁷⁹ იხ. U.S. Dep't of Justice, September 11th Victim Compensation Fund of 2001, at http://www.usdoj.gov/victimcompensation/payments_injury.html (last visited Oct. 28, 2003).

⁸⁰ 1988 წელს კონგრესმა მიიღო სამოქალაქო თავისუფლებების აქტი, რომლითაც ბოდიში მოუხადა მეორე მსოფლიო ომის დროს დაკავებულ იაპონელ ამერიკელებსა და ალექტებს მათთვის მიყენებული Civil Liberties Act of 1988, Pub.L. No. 100-383, 102 Stat. 903 (codified at 50 U.S.C. app. §§ 1989-1989d

ასეთი გულქვაობა იმაზე მიუთითებს, რომ სამართლიანი კომპენსაციის სამართალში უფრო დიდი გარღვევაა. როდესაც ახალი მაგისტრალის ასაშენებლად სახელმწიფო საკუთრების მცირე ნაწილს იღებს, მესაკუთრეს სამართლიანი საბაზრო კომპენსაციის მიღების კონსტიტუციური უფლება აქვს, მაშინაც კი, თუკი საქმე შედარებით ტრივიალურ თანხას ეხება. მაგრამ, როდესაც უდანაშაულო ადამიანს სისხლის სამართლის სისტემა არასწორად სცნობს დამნაშავედ, იგი ერთ გროშსაც ვერ მიიღებს მოგვიანებით შეცდომის აღმოჩენის შემთხვევაში, მიუხედავად იმ ნაიარევისა, რომელსაც პატიმრობის მრავალი წელი ტოვებს. „სამართლიანი კომპენსაციის“ კონსტიტუციური მოთხოვნა არასოდეს განმარტებულა ისე, რომ მას ადამიანური კაპიტალის ეს გამანადგურებელი დანაკარგი მოეცვა.⁸¹ რაც ყველაზე უარესია, ამერიკელი კანონმდებლები აღსანიშნავად დეფექტური იყვნენ სტატუტორული შემწეობის მინიჭების ნაწილში. მხოლოდ ფედერალური მთავრობა, 15 შტატი და კოლუმბიის ოლქი იძლევიან რაღაც ტიპის კომპენსაციას და ზოგიერთი იურისდიქცია ანაზღაურებასთან დაკავშირებით სასაცილოდ დაბალ ზღვარს აწესებს.⁸² მაგალითად, ფედერალური მთავრობა უდანაშაულო მსჯავრდებულს

(2000)). აქტი ითვალისწინებდა კომპენსაციას 20,000\$-ის ოდენობით თითოეული ინდივიდისთვის, რომელიც დაკავებული იყო. *id.* § 1989b-4 და კომპენსაციის მიღებით, მისი მიმღები უარს ამბობდა ნებისმიერ სხვა მოთხოვნაზე აშშ-ის მთავრობის წინააღმდეგ, *id.* § 1989b-4(a)(6). ეს ოდენობა 1945 წელს 2454\$-ის ეკვივალენტი იქნებოდა. შესაბამისად, კომპენსაცია უდრის დღეში 3.36 დოლარს, თუკი პირი ორი წლის განმავლობაში იყო დაკავებული. საქმეს კიდევ უფრო აუარესებს ის ფაქტი, რომ აქტმა კომპენსაციის მიღების უფლება მისცა მხოლოდ იმ დაკავებულ პირებს ან მათ მეუღლეებს, ან მშობლებს, რომლებიც კანონის ამოქმედების დღემდე - 1988 წლის 10 აგვისტომდე - ცოცხლები იყვნენ. *id.* § 1989b-7. შესაბამისად, გარდაცვლილი პატიმრების შვილებს არ ჰქონდათ მათი მშობლებისთვის გამოყოფილი რეპარაციების მიღების შესაძლებლობა. *But cf. Ishida v. United*

States, 59 F.3d 1224, 1232-33 (Fed. Cir. 1995) (სადაც დაკავებულ პირთა შვილს მიეცა კომპენსაციის მიღების უფლება მშობლის პატიმრობაში ყოფნის პერიოდში მისი სახლიდან გაძევების გამო).

⁸¹ უზენაეს სასამართლოს არ განუხილავს საქმე, რომელიც უშუალოდ ეხებოდა უდანაშაულო პირის მიერ კომპენსაციის მოთხოვნას კონსტიტუციის მე-5 შესწორების (Takings Clause) საფუძველზე. თუმცა უზენაესმა სასამართლომ კონსტიტუციურად ცნო კანონი, რომელიც არსებით მოწმეს სთავაზობდა კომპენსაციას ერთი დოლარის ოდენობით ყოველი დღისთვის, რომელიც მან თავისუფლებაშეზღუდულმა გაატარა ჩვენების მიცემის ლოდინში, მაგრამ მხოლოდ იმით, რომ „მე-5 შესწორება არ მოითხოვს, სახელმწიფომ გადაიხადოს კომპენსაცია იმ საზოგადოებრივი მოვალეობის შესრულებისთვის, რომლის შესრულების ვალდებულებაც აქვს პირს.“ *Hurtado v. United States*, 410 U.S. 578, 588 (1973). არ არსებობდა კითხვები იმასთან დაკავშირებით, თუ რამდენად იყო ჰურტადო მართლაც არსებითი მოწმე, რომელსაც საზოგადოების წინაშე ვალდებულება ჰქონდა. მაგრამ იმ შემთხვევებში, რომლებსაც ჩვენ განვიხილავთ, პირს არაფერი გაუკეთებია ისეთი, რაც მას დააკისრებდა საზოგადოებრივ ვალდებულებას, დრო ციხეში გაეტარებინა. ასეთი ვალდებულება მხოლოდ შეცდომითი სამართლებრივი პროცესის მიერაა დაკისრებული.

⁸² ამ იურისდიქციებიდან მხოლოდ ოთხს - კოლუმბიის ოლქს, ნიუიორკს, ტენესის და დასავლეთ ვირჯინიას არ აქვთ დაწესებული ზედა ზღვარი კომპენსაციაზე. D.C. CODE ANN. §§ 1-1221 to 1-1225 (1981); N.Y. JUD. CT. ACTS LAW § 8-b (McKinney 1989); TENN. CODE ANN. § 9-8-108(7) (1999); W. VA. CODE ANN. § 14-2-13a (Michie 2000). სხვა იურისდიქციები, რომლებიც ანაზღაურებას ითვალისწინებენ, არის: ალაბამა, ALA. CODE §§ 29-2-150 to -165 (2003) (ითვალისწინებს ანაზღაურებას 50,000 დოლარის ოდენობით პატიმრობაში გატარებული ყოველი წლისთვის, რომელიც განაწილებულია 1 წელიწადზე ნაკლებ დროზე და, დამატებით, კანონმდებლობა ითვალისწინებს დისკრეციულ ოდენობას, რომელიც კომპენსაციის კომიტეტმა შეიძლება მოსთხოვოს საკანონმდებლო ორგანოს); კალიფორნია, CAL. PENAL CODE §§ 4900-4906 (West 2000 & Supp. 2004) (ითვალისწინებს 100 დოლარს ყოველი დღისთვის, რაც არ შედის დასაბეგრ შემოსავალში საგადასახადო მიზნებისთვის); ილინოისი, 705 ILL. COMP. STAT. 505/8(c) (1999) (ადგენს „5 წლით ან ნაკლები ვადით თავისუფლების აღკვეთისთვის არა უმეტეს 15,000 დოლარისა; 5-დან 14 წლამდე თავისუფლების აღკვეთისთვის - არა უმეტეს 30,000 დოლარისა; 14 წლით და მეტი დროით თავისუფლების აღკვეთისთვის - არა უმეტეს 35,000 დოლარისა“ და, ამავედროულად, ხდება ცხოვრების ხარჯის დამატებით გათვალისწინება); აიოვა, IOWA CODE ANN. § 663A.1 (West 1998) (ადვოკატისა და სასამართლოს ხარჯების ანაზღაურება, 50\$ პატიმრობაში ყოფნის ყოველი დღისთვის და 25,000\$-მდე მიუღებელი შემოსავალი წელიწადში, რაც პირდაპირ დაკავშირებულია მსჯავრდებულსა და

5000\$-ს გადაუხდის, მიუხედავად იმისა, თუ რამდენი დრო დაკარგა მან ციხეში.⁸³ მაგრამ ეს დიდი თანხაა იმ არაფერთან შედარებით, რასაც უდანაშაულო ადამიანები ამერიკის დანარჩენ 35 შტატში იღებენ.

დიდი კონტრასტი არსებობს ამ აგდებულ პასუხსა და იმ შედარებით ხელგაშლილ მიდგომაში, რომელიც ევროპულ სახელმწიფოებს აქვთ.⁸⁴ დიდი განსხვავება აშშ-სა და ევროპას შორის წლების მანძილზე შენარჩუნდა და მახნვეს ამერიკელი აკადემიკოსების უუნარობა, ჩამოაყალიბონ კონსტიტუციური კრიტიკა.⁸⁵ ასეთი გულგრილი დამოკიდე-

დაპატიმრებასთან); მეინი, ME. REV. STAT. ANN. tit. 14, §§ 8241-8242 (West 2003) (ითვალისწინებს ზიანის ანაზღაურებას 300,000 დოლარამდე, რაც შესაძლოა არ მოიცავდეს პუნიტიურ სახდელს); მერილენდი, MD. CODE ANN., STATE FIN. & PROC. § 10-501 (West, WESTLAW through 2003 Reg. Sess.) (რეალური ზიანის ანაზღაურება თავისუფლების აღკვეთის გამო და, დამატებით, - გონივრული ოდენობის თანხა ფსიქოლოგიური კონსულტაციისთვის); ნიუ ჰემპშირი, N.H.REV. STAT. ANN. § 541-B:14 (1997 & Supp. 2003) (ითვალისწინებს 20,000\$-ს); New Jersey, N.J. STAT. ANN. §§ 52:4C-1 to :4C-6 (West 2001) (ითვალისწინებს დაპატიმრებამდე ერთი წლით ადრე მომჩივნის შემოსავლის გაორმაგებული ოდენობის თანხას, ან 20,000\$-ს პატიმრობის თითოეული წელიწადისთვის); ჩრდილოეთ კაროლინა, N.C. GEN. STAT. §§ 148-82 to -84 (2003) (ითვალისწინებს 20,000\$-ის გადახდას ყოველი წლისთვის, თუმცა ამან არ უნდა გადააჭარბოს 500,000\$-ს); ოჰაიო, OHIO REV. CODE ANN. § 2743.48 (Anderson Supp. 2002) (40,330\$ ყოველი წელიწადისთვის, რასაც ემატება სასამართლოს ხარჯები, ადვოკატის ხარჯები და მიუღებელი ხელფასი); ტეხასი, TEX. CIV. PRAC. & REM. CODE ANN. §§ 103.052, 103.105 (Vernon Supp. 2004) (სასამართლოს მიერ განსაზღვრული ზიანის ანაზღაურება არ უნდა აღემატებოდეს 500,000\$ და თუკი ზიანის ანაზღაურების ოდენობა განისაზღვრება სახელმწიფოს ფინანსური ოფიცრის მიერ, იგი განისაზღვრება 25,000\$-ის ოდენობით ყოველი წლისთვის, თუკი პატიმრობა გაგრძელდა 20 წელზე ნაკლები დროით და 500,000\$ ოდენობით, თუკი პატიმრობა 20 წელზე მეტი დროით გაგრძელდა); და ვისკონსინი WIS. STAT. ANN. § 775.05 (West 2001) (5000\$ ყოველი წლისთვის, არა უმეტეს 25,000\$-ისა, თუმცა კომპენსაციის საბჭომ შესაძლოა კანონმდებელს მოსთხოვოს დამატებითი კომპენსაცია. ეს სახელმწიფო პროგრამები მკაცრ მოთხოვნებს ადგენს ზიანის ანაზღაურებამდე და, ზოგჯერ, ეს უკანასკნელი სრულად დისკრეციას მიკუთვნებულ საკითხად გადაიქცევა. ამერიკული იურისპრუდენციის ამ ბნელ კუთხეზე მეტი ინფორმაციისთვის, იხ. Adele Bernhard, *When Justice Fails: Indemnification for Unjust Conviction*, 6 U. CHI. L. SCH. Roundtable 73 (1999).

⁸³ იხ. 28 U.S.C. §§ 1495, 2513. უდანაშაულობის დაცვის აქტი, რომელიც პირველად 2001 წელს დაინიცირდა და ჯერ კიდევ კონგრესის წინაშეა განსახილველად, ზედა ზღვარს გაზრდიდა უფრო რეალისტურ დანებებას და გაითვალისწინებდა წელიწადში 50,000\$ გადახდის შესაძლებლობას, რაც სიკვდილით დასჯის საქმეებში წელიწადში 100,000\$-ამდე გაიზრდებოდა. იხ. Innocence Protection Act of 2003, H.R. 3214, §§ 301-332, 108th Cong. იმის იმედიდა დაგვრჩა, რომ ეს დებულება უფრო მალე ამოქმედდება, ვიდრე გვიან.

⁸⁴ ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის ევროპული კონვენცია ითვალისწინებს კომპენსაციის გადახდას ნებისმიერი პირისთვის, რომელიც უკანონოდ იქნა დაპატიმრებული ან დაკავებული. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Nov. 4, 1950, art. 5(5), 213 U.N.T.S. 221, 226 (entered into force Sept. 3, 1953). შემდგომი ოქმი ითვალისწინებს კომპენსაციას იმ მსჯავრდებულებისთვის, რომლებიც შეიწყალეს ან რომელთა მსჯავრდების შესახებაც გადაწყვეტილება გააუქმეს მართლმსაჯულების არასწორად განხორციელების საფუძვლით. Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Nov. 22, 1984, Europ. T.S. No. 117 (entered into force Nov. 1, 1988); იხ. ასევე, Carolyn Shelbourn, *Compensation for Detention*, 1978 CRIM. L. REV. 22, 25 (სადაც ავტორი ადარებს კომპენსაციას ევროპის სხვადასხვა ქვეყნებსა და აშშ-ში).

⁸⁵ ამ საკითხზე სამართლებრივი ლიტერატურა მეტად მწირია. იელის სამართლის სკოლის პროფესორი ედვინ მ. ბორჩარდი ერთადერთი მნიშვნელოვანი ფიგურაა, რომელიც საკითხზე გამუდმებით მსჯელობდა თავისი გამორჩეული კარიერის მანძილზე. ერთხელ, მან დაწერა:

უსამართლობათა ყველაზე შოკისმომგვრელი [და] აშკარა შემთხვევათა შორისაა უდანაშაულო ადამიანთა მსჯავრდება. საჭიროა, სახელმწიფომ გაასამართლოს ის ადამიანები, რომლებიც ლეგიტიმურად არიან ეჭვმიტანილნი უდანაშაულოს ჩადენაში, მაგრამ როდესაც მსჯავრდების შემდეგ ირკვევა, რომ სხვა ადამიანი გასამართლდა, სულ მცირე, რაც სახელმწიფოს შეუძლია გააკეთოს ამ შეუქცევადი ზიანის გამოსასწორებლად, არის უდანაშაულო მსხვერპლისთვის სათანადო კომპენსაციის გადახდა იმ დანაკარგისა და ზიანისთვის, რომელიც მან განიცადა.

ბულება არათუ მხოლოდ სკანდალურად უსამართლოა, არამედ მისი გამართლება შეუძლებელია სამართლიანი კომპენსაციის სამართლის რომელიმე იმ თეორიის გამოყენებით, რომელსაც სასამართლო ან კომენტატორები სერიოზულად უყურებენ.⁸⁶

ჩვენი მიზნებისთვის არ დამჭირდება ზოგადი თეორეტიკული კრიტიკის წამოწყება იმის საჩვენებლად, რომ საჭიროა სხვაგვარი მიდგომა საგანგებო მდგომარეობის დროს ამოქმედებული დრაგნეტების უდანაშაულო მსხვერპლებთან მიმართებით. ეს ადამიანები განსაკუთრებით მოწყვლად მდგომარეობაში არიან. ჰიპოთეზის მიხედვით, მათ არ აქვთ უფლებათა ის სრული სპექტრი, რომელიც სისხლის სამართლის საქმეში ჩვეულებრივ ბრალდებულს ექნებოდა და ეს მათთვის უფრო ძნელს ხდის უდანაშაულობის დადგენით გათავისუფლების მოპოვებას. კატასტროფული თავდასხმის შემდეგ საზოგადოების დასარწმუნებლად დიდი ფასია გადასახდელი და ეს მხოლოდ, ზოგადად, ბრალდებულებს არ ეხება. მართალია, ფინანსური კომპენსაცია ვერ შეძლებს უდანაშაულო მსხვერპლთა და მათი ოჯახებისთვის ზიანის ანაზღაურებას, მაგრამ ეს ის არის, რისი გაკეთებაც, სულ მცირე, წესიერ საზოგადოებას შეუძლია, რათა სიტუაციასთან გამკლავება უფრო ადვილი გახადოს.

კომპენსაციას ასევე ექნება სასურველი სისტემური ეფექტი. საგანგებო ადმინისტრაცია იძულებული უნდა იყოს, ეს ხარჯი საკუთარი ბიუჯეტიდან გაიღოს. თავდასხმის შემდგომი ქაოტური ვითარების გამო, დიდი საბიუჯეტო ხარჯების საფრთხე შესაძლოა გამოდგეს ბიუროკრატიული გონების კონცენტრაციისთვის. ეკონომიკურ აზრს მოკლებული იქნება ყველა რესურსის მიმართვა უფრო და უფრო მეტი ეჭვმიტანილის დაკავებაზე, მათი სავარაუდო ბრალის დადგენის გარეშე, ვინც უკვე დაკავებულია. ეჭვმიტანილთა საპატიმრო დაწესებულებაში შეგროვების ნაცვლად, საბიუჯეტო ხარჯები უსაფრთხოების ძალებს ახალ მოტივაციას მისცემს, რათა მათ დრო და ენერჯია დახარჯონ იმის გასარკვევად, თუ ვინ იქნა დაკავებული შეცდომით.⁸⁷

ამდენად, სამართლიან კომპენსაციას მხოლოდ უბრალო სამართლიანობა კი არა, ბიუროკრატიული ეფექტიანობაც მოითხოვს.⁸⁸ უდანაშაულოდ დაკავებული პირებისთვის

EDWIN M. BORCHARD, CONVICTING THE INNOCENT, at vii (1932). For Professor Borchard's eight-part treatment of the subject, see Edwin M. Borchard, *Government Liability in Tort* (pts. 1-3), 34 YALE L.J. 1, 129, 229 (1924-1925); Edwin M. Borchard, *Governmental Responsibility in Tort* (pts. 4-7), 36 YALE L.J. 1, 757, 1039 (1926-1927), 28 COLUM. L. REV. 577 (1928); და Edwin M. Borchard, *Theories of Governmental Responsibility in Tort* (pt. 8), 28 COLUM. L. REV. 734 (1928).

⁸⁶ დისკუსიისთვის სამართლიანი კომპენსაციის თეორიების შესახებ, იხ. Bruce A. Ackerman, Private Property and The Constitution 41-87 (1977). ჩემს წიგნში არ არის გამოტანილი დასკვნები გავრცელებული თეორიებიდან - ეს მხოლოდ ახლახანს აღმოვაჩინე. მაგრამ, ვფიქრობ, რომ მითითებული თავები ჩემს პოზიციას განამტკიცებს. პროფესორმა ბორჩარდმა თავისი შეხედულების მხარდასაჭერად მოიყვანა ორი თეორია: ექსპროპრიაციის (eminent domain) თეორია და სოციალური კეთილდღეობის თეორია. იხ. Edwin Borchard, *State Indemnity for Errors of Criminal Justice*, 21 B.U. L. REV. 201, 207-08 (1941).

⁸⁷ სამართლიანია კითხვა იმის შესახებ, თუ რამდენად ექნება ამ საბიუჯეტო ხარჯებს გავლენა ბიუროკრატიულ აზროვნებაზე. სკეპტიკოსებმა შეიძლება მიიჩნიონ, რომ ორგანოების ხელმძღვანელებს ექნებათ მოლოდინი, რომ კონგრესი კომპენსაციას მათი ბიუჯეტის სხვა არეალებიდან გამოკლების გარეშე გადაიხდის. ეს, გარკვეულწილად, შესაძლოა მართალი იყოს, მაგრამ ეს იქნებოდა თამამი სააგენტოს პოზიცია, რომელსაც სრული აბსოლუციის მოლოდინი ექნებოდა. საბიუჯეტო ხარჯების არსებობის შესაძლებლობას შესაძლოა მაინც მნიშვნელოვანი ეფექტი ჰქონდეს ზღვარზე მაშინაც კი, როდესაც კონგრესის ნაწილობრივი კომპენსაცია მოსალოდნელია.

⁸⁸ რა ხდება ისეთ დაკავებულ პირებთან მიმართებით, რომლებსაც, საბოლოო ჯამში, ტერორისტული აქტებისთვის გაასამართლებენ? ცხადია, ისინი არ იმსახურებენ კომპენსაციას. მაგრამ ბიუროკრატიულ

ანაზღაურება ნაწილი კომპენსაციის უფრო დიდი პაკეტისა, რომელიც მოიცავს კომპენსაციას ტერორისტული თავდასხმის პირდაპირი მსხვერპლებისთვის. ამ ადამიანებს დანაკლისი მთელი სიცოცხლის მანძილზე თან გაჰყვება, ამიტომ მათთან მიმართებით კომპენსაცია უფრო გულუხვი უნდა იყოს. მუხედავად ამისა, საგანგებო მდგომარეობის კონსტიტუცია უნდა ეცადოს, სამართალი მიაგოს საგანგებო მდგომარეობის ყველა მსხვერპლს და არა - მხოლოდ ზოგ მათგანს.⁸⁹

VII. მოსამართლეთა ადგილი

ჩემი შემოთავაზების პოლიტიკური და ეკონომიკური ასპექტები გვთავაზობს განსხვავებულ გზას სამართლებრივ სფეროში. მართალია, მოსამართლეებს თავად არ შეუძლიათ სათანადო საგანგებო რეჟიმის შექმნა, მაგრამ ისინი მის შენარჩუნებაში სასიცოცხლოდ მნიშვნელოვან როლს თამაშობენ. გავმიჯნოთ ორი დონე: მაკრომენეჯმენტი, რომელიც ეხება მთლიანად საგანგებო რეჟიმის ინტეგრულობას და მიკროგადაწყვეტილება, რომელიც ეხება ინდივიდების დაცვას სისტემის მხრიდან მოსალოდნელი დარღვევებისგან.

ა. მაკრომენეჯმენტი

უნდა მოვთხოვოთ თუ არა მოსამართლეებს, იწინასწარმეტყველონ პრეზიდენტისა და პარლამენტის თავდაპირველი გადაწყვეტილება საგანგებო მდგომარეობის გამოცხადების შესახებ?

მეცხედრის სასამართლო ინტერვენციის სიბრძნის მიმართ სკეპტიკურად ვარ განწყობილი. მაშინ, როდესაც ქვეყანა რღვევის პროცესშია ტერორისტული თავდასხმის გამო, მას არ

ნაწილში, მე არ ვალოდინებდი ყველა დაკავებულ პირს, რათა მათ კომპენსაცია მიეღოთ, უბრალოდ, იმის გამო, რომ შესაძლოა, რამდენიმე მათგანი წარმატებით ყოფილიყო მსჯავრდებული. დაკავებული პირებისა და მათი ოჯახისთვის კომპენსაციის მიცემა მოკლე ვადაში განსახორციელებელი საჭიროებაა. მათ სჭირდებათ ფული ოჯახში პურის შესატანად და ახალი სამსახურის საძიებლად მას შემდეგ, რაც დაკავებულ პირს გაათავისუფლებენ, გადავადებული კომპენსაცია კი თავისი სარგებლიანობის დიდ ნაწილს კარგავს. შესაბამისად, აზრს მოკლებული არ იქნება კომპენსაციის ყველა დაკავებულ პირისთვის გადახდა, ხოლო შემდეგ - მისი უკან დაბრუნება იმათგან, ვის მიმართაც დადგება გამამტყუნებელი განაჩენი.

მაგრამ რჩება ერთი შუალედური საკითხი: პირები, რომლებიც რჩებიან პატიმრობაში სისხლის სამართლის ჩვეულებრივი სტანდარტების შესაბამისად 60 დღის განმავლობაში და რომლებიც თავისუფლდებიან ან სასამართლოს მიერ უდანაშაულოდ არიან ცნობილი, ამ პირებმა უნდა მიიღონ კომპენსაცია იმ დროისთვის, რომელიც მათ საგანგებო პატიმრობაში გაატარეს, მაგრამ არ უნდა მოვექცეთ ისე, როგორც ყველა სხვა დანარჩენს მსგავს სიტუაციაში. აშშ-ში ეს ნიშნავს კომპენსაციის არარსებობას. უბრალო სამართლიანობის მოთხოვნის მიღმა, თავდაპირველი პატიმრობისთვის კომპენსაციის გადახდაზე უარის თქმა მოხელეებისთვის გამრყენელ მოტივაციას ქმნის, რომ მათ უდანაშაულო ადამიანებს ბრალი წაუყენონ იმის გამო, რომ კომპენსაციის გადახდას თავი აარიდონ.

⁸⁹ ნაწილობრივი კომპენსაციის გავრცელებული ნიმუში ასევე არღვევს მეორე საბაზისო ნორმას: როდესაც საკუთრებას ითვისებენ კერძო აქტორები, მესაკუთრეებს, ზოგადად, არ შეიძლება იმის მოლოდინი ჰქონდეთ, რომ სახელმწიფო მათ ამ დანაკლისს აუნაზღაურებს. ანაზღაურების კონსტიტუციური ვალდებულება არსებობს მხოლოდ მაშინ, როდესაც ჩამორთმევაში სახელმწიფოს მოხელეები არიან ჩართულნი.

საპირისპირო რამ ხდება 11 სექტემბრის შემდეგ. სახელმწიფო ალ-ქაედას ტერორისტების მსხვერპლებს დიდი ოდენობის თანხას სთავაზობს მაშინ, როდესაც იგი არაფერს სთავაზობს მათ, ვინც ტრაგედიის შემდეგ დრაგენტებში მოჰყვა. მაგრამ სახელმწიფოს მოქმედების პირდაპირი შედეგი სწორედ მეორე კატეგორიის ადამიანებმა განიცადეს და არა - პირველებმა.

აქვს იმის ფუფუნება, რომ დრო დაუთმოს სერიოზულ სასამართლო კონტროლს. თუკი პრეზიდენტი შეძლებს ლეგისლატურის უმრავლესობის დარწმუნებას იმაში, რომ საჭიროა საგანგებო ძალაუფლების გამოყენება, ეს საკმარისი უნდა იყოს. ამ ადრეულ ეტაპზე, ჩვენ საკანონმდებლო ორგანოს უნდა მივუძღვოთ თვითნებური ძალაუფლების შეკავების ნაწილში და არა - სასამართლო ხელისუფლებას.⁹⁰

მაგრამ, შესაძლოა, ზოგიერთ სამართლებრივ კულტურაში არსებობდეს სოლომონისეული კომპრომისი. ამ მოსაზრებას გვთავაზობს მახვილგონივრული ფრანგული ჩანაწერი. როგორც ვნახეთ, საფრანგეთის პრეზიდენტს უნილატერალური უფლებამოსილება აქვს, გამოაცხადოს საგანგებო მდგომარეობა. თუმცა საფრანგეთის კონსტიტუცია მისგან ითხოვს, საკონსტიტუციო სასამართლოსთან - საკონსტიტუციო საბჭოსთან⁹¹ კონსულტაციას, რომელიც საპასუხოდ გამოსცემს სარეკომენდაციო მოსაზრებას, რომელიც ხელმისაწვდომია საზოგადოებისთვის. იმ შემთხვევაში, თუკი საკონსტიტუციო საბჭო მიიჩნევს, რომ პრეზიდენტმა არ უნდა გამოაცხადოს საგანგებო მდგომარეობა, ამ უკანასკნელს შეუძლია, დააიგნოროს მისი მოსაზრება. მაგრამ საბჭოს ასეთ დასკვნას შესაძლოა, დიდი გავლენა ჰქონდეს საზოგადოებაზე და უარყოფითი მოსაზრება შესაძლოა პრეზიდენტის მიერ ძალაუფლების ბოროტად გამოყენების შემაკავებელი ინსტრუმენტი იყოს, მით უფრო, შეკავების საკანონმდებლო მექანიზმის არარსებობის პირობებში.⁹²

ნებისმიერ შემთხვევაში, ასეთი კომპრომისი არადამაჯერებელი ჩანს ისეთ სამართლებრივ კულტურებში, როგორიც აშშ-ია, სადაც საკონსტიტუციოს მოსამართლეებს მტკიცედ ჩაბეჭდილი ინსტიტუტი აქვთ, რომ სარეკომენდაციო მოსაზრებები თავიდან აიცილონ. აქ უფრო გონივრული იქნება „პასიური სიქველის“ ნაცნობი კატეგორია გამოვიყენოთ, რათა ნაადრევი გადაწყვეტილება თავიდან ავიცილოთ და ვნახოთ, თუ რამდენად შეუძლიათ პოლიტიკურ შტოებს, სუპერმაჟორიტარიანული ესკალატორის დახმარებით, საგანგებო მდგომარეობის ადრეულ ეტაპზე შეჩერება, მაშინ, როდესაც მის გამოცხადებას, რეალურად, საფუძველი არ ჰქონია.⁹³ სასამართლოს ინტერვენცია საქმის არსებითად განსახილველად მხოლოდ ყველაზე თავზარდამცემ შემთხვევებში უნდა მოხდეს.

ამისგან განსხვავებით, საკონსტიტუციო სასამართლოს აქვს უმნიშვნელოვანესი შემაკავებელი როლი შედარებით უფრო პროცედურულ საკითხებთან დაკავშირებით. უფრო დიდი საფრთხე შემდეგია: სუპერმაჟორიტარიანული ესკალატორი, საბოლოოდ, მოითხოვს საგანგებო რეჟიმის შეწყვეტას, მაგრამ აღმასრულებელი უარს იტყვის საკუთარი საგანგებო უფლებამოსილებების დათმობაზე. ბოლოს და ბოლოს, პრეზიდენტი ან პრეზიდენტი-მინისტრი შესაძლოა, მაინც მეტად პოპულარული იყოს იმის მიუხედავად, რომ მან ვერ

⁹⁰ იხ. *supra* ნაწილი IV.

⁹¹ CONST. art. 16, paras. 1, 3.

⁹² მე-16 მუხლი განმარტებულია ისე, რომ იგი მოითხოვს საჯარო მოსაზრებას საკონსტიტუციო საბჭოსგან. იხ. VOISSET, *supra* სქოლიო 19, at 50 (სადაც იგი აღნიშნავს, რომ, მართალია, შესაძლოა საკონსტიტუციო საბჭოს მოსაზრება სამართლებრივად მბოჭავი არ იყოს, მაგრამ საჯაროობა, რომელიც ამ მოსაზრების გარშემო იარსებებს, მას პოლიტიკურ და მორალურ მნიშვნელობას შესძენს).

⁹³ Cf. Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* 115 (1962) (სადაც ავტორი მიუთითებს, რომ „სასამართლოთა გადაწყვეტილებები შესაძლებელია, მოგვიანებით გამოიცეს, როდესაც კანონმდებლობაში აღბეჭდილი იმედები და წინასწარმეტყველებანი გამოიცდება ჩვენს საზოგადოებაში რეალური მოქმედების შედეგად.“).

შედლო საჭირო საკანონმდებლო სუპერუმრავლესობის მხარდაჭერის მოპოვება, რაც შესაძლოა 80% ყოფილიყო. შესაძლოა, დემაგოგის როლის თამაში მაცდურად ჩანდეს, ეს იძლევა ხალხისთვის მიმართვის შესაძლებლობას მათი მხარდასაჭერის მოსაპოვებლად იმ უმცირესობის წინააღმდეგ, რომლებსაც ექსტრაორდინალური გარემოებების დასრულება სურთ: „როგორც პრეზიდენტს, მე არ შემიძლია კანონმდებლობის მხოლოდ მცირე ნაწილს მივცე ჩვენი ეროვნული ინტერესების საბოტაჟის შესაძლებლობა. ამდენად, ვაცხადებ, რომ საგანგებო მდგომარეობა ძალაში რჩება“.

სწორედ აქ შეუძლიათ მოსამართლეებს ფუნდამენტური როლის თამაში. მათი წინააღმდეგობა საგანგებო რეჟიმის გაგრძელებისადმი, გარდაქმნის პოლიტიკური ბრძოლის ბუნებას. პრეზიდენტს აღარ შეეძლება თავის მოკატუნება, რომ თითქოს იგი მხოლოდ უმცირესობის წარმომადგენელ პოლიტიკოსებს ებრძვის. იგი იძულებული იქნება, სასამართლოებსაც შეეხოს და თავი მთლიანი კონსტიტუციური მართლწესრიგის მტრად გამოაცხადოს. ასეთმა მაღალმა ფსონებმა უნდა შეაფერხოს წინდაუხედავი საქციელი.

მაგრამ არა ყველა შემთხვევაში. დემაგოგებმა შესაძლოა სასამართლოები გამოიწვიონ და, ამ შემთხვევაში, საკითხი ქვეყნის გადასაწყვეტი იქნება. მაგრამ სასამართლოებს შედარებითი უპირატესობა მაინც ექნებათ. პრეზიდენტის მიერ კანონის უზენაესობის დარღვევა თვალსაჩინოა: ხმები 75-25-ზე გაიყო, მაშინ, როდესაც უნდა ყოფილიყო 80-20-ის წინააღმდეგ. სასამართლოს აღარ მოუწევს საკუთარი ინტერვენციის გამართლება კომპლექსური ლეგალიზმებით. საკითხი ნათელი და ცხადი იქნება: არის თუ არა ქვეყანა მზად კანონის უზენაესობის გასანადგურებლად და საშინელი თავგადასავლის დასაწყებად, რომელიც შესაძლოა დიქტატურით დაგვირგვინდეს?

სიტუაციის გასამძაფრებლად, საგანგებო მდგომარეობის კონსტიტუცია პირდაპირ უნდა აძლევდეს სასამართლოებს დირექტივას, რომ მათ საგანგებო მდგომარეობის დასრულებისთანავე დაიწყონ habeas corpus საჩივრების განხილვა. ეს ქვეყანაში უთვალავი მოხელისგან მოითხოვს, დასვას კითხვა, თუ რისი ერთგულნი არიან ისინი საბოლოოდ - უზურპატორის თუ კონსტიტუციის. ზოგიერთი მაინც დაემორჩილება კანონს და პატიმრებს მოსამართლეებს გადასცემს, რაც უზურპატორისთვის გაართულებს შემდგომი საგანგებო ქმედებების განხორციელებას. ამ ყველაფერმა შესაძლოა, წარმოქმნას პოპულარული მოძრაობა კონსტიტუციის მხარდასაჭერად ან - არა.

ეს, რაც შეეხებოდა აპოკალიფსურ მოვლენებს. საკონსტიტუციო სასამართლოს შემაკავებელი როლი აქვს შესასრულებელი უფრო უღიმღამო შემთხვევებშიც. მაგალითად, ჩემი შემოთავაზებით, გარანტირებულია ბრძოლა საკანონმდებლო და აღმასრულებელ შტოებს შორის ინფორმაციის კონტროლთან დაკავშირებით. საკანონმდებლო საზედამხედველო კომიტეტების უმცირესობის მქონე პარტიების ხელთ მოქცევით, ჩვენ უზრუნველვყოფთ უამრავ პროტესტს, აღმასრულებლის მიერ ეროვნულ უსაფრთხოებაზე დაყრდნობით, საიდუმლოების მოთხოვნის წინააღმდეგ. ეს დაუსრულებელი დაპირისპირება სრულად ჯანსაღია და მოსამართლეები განზე უნდა დარჩნენ მანამ, სანამ მხარეები შეიმუშავებენ საკუთარ შეთანხმებებს.

მიუხედავად ამისა, თამაშში ყველაზე მაღალი კარტები აღმასრულებელ შტოს აქვს და, თუკი იგი მოლაპარაკების ძალაუფლებას ბოროტად გამოიყენებს, შესაძლოა, სასურ-

ველი იყოს სასამართლოს ჩარევა საკანონმდებლო მოთხოვნების აღსასრულებლად. ასეთი შემთხვევა სასამართლოსგან მოითხოვს ტაქტსა და დისკრეციას კონკრეტული საქმეების ფაქტების შესწავლისას, ეს ის საკითხია, რომელიც ცალკე უნდა განვიხილოთ, და არა - სხვებთან ერთად მოვხარშოთ ქვაბში.

ბ. გადაწყვეტილების მიღება მიკროდონეზი

მაგრამ, ცხადია, სასამართლოს საქმიანობა დიდწილად ხელისუფლების დანაწილების მაკრომენეჯმენტს არ შეიცავს. იგი მოითხოვს გადაწყვეტილების მიღებას მიკრო დონეზე კონკრეტული დაკავებულებების მიერ აღძრულ სარჩელებთან მიმართებით. დავინწყით იმაზე ფიქრით, თუ რა გავლენას ახდენს საგანგებო მდგომარეობის კონსტიტუციის პოლიტიკური და ეკონომიკური ასპექტები ამ საქმეებზე მანამ, სანამ ისინი მოსამართლეებამდე მიაღწევენ.

პირველ რიგში, ყურადღება გავამახვილოთ პროკურორებზე და იმაზე, თუ როგორ მოიქცვიან ისინი ორთვიანი გახანგრძლივების საფუძველზე. სუპერმაჟორიტარიანული ესკალატორი მათ აცნობებს, რომ საგანგებო მდგომარეობა დაუსრულებლად არ გაგრძელდება. რეჟიმის დასრულებისთანავე, საგანგებო დაკავების ყველა საქმე ერთად მოიყრის თავს მათ სამუშაო მაგიდებზე. ამ შემთხვევაში, მათ ყველა იმ ეჭვმიტანილის გაათავისუფლება მოუწევთ, რომელთა წინააღმდეგაც ხელშესახები მტკიცებულებები არ არსებობს. ციხეების პატიმრებისგან ერთბაშად დაცლისგან თავის ასარიდებლად, პროკურორებს აქვთ მოტივაცია, რომ თავისი პოზიცია საგანგებო მდგომარეობის დროს მოამზადონ, რათა სუპერმაჟორიტარიანულმა ესკალატორმა მათზე მოულოდნელად არ იმოქმედოს. ეს იმას ნიშნავს, რომ „საგანგებო მდგომარეობა“ უბრალო უკანონობის პერიოდს კი არ მონიშნავს, არამედ ეს იქნება დროის მიცემა პროკურორებისთვის, რათა მათ სერიოზული გამოძიება ჩაატარონ ინდივიდუალური საქმეების არსებით ნაწილზე. როდესაც პირველადი შეფასება შედეგად მტკიცებულებით ვაკუუმს გამოიღებს, პროკურორები თვითონ იქნებიან ლობისტები, რომ უდანაშაულო დაკავებულები გაათავისუფლდნენ.

ამ ნაწილში შემოდის ჩემი შემოთავაზების ეკონომიკური ნაწილი. ვინაიდან კომპენსაციების გადახდა უსაფრთხოების სერვისების ბიუჯეტიდან მოხდება, კონკრეტულ დაკავებულ პირთან დაკავშირებით პროკურატურის გამოძიება ინსტიტუციური ბიძგის როლს შეასრულებს. საბიუჯეტო ხარჯების თავიდან ასაცილებლად, უსაფრთხოების სერვისებს აქვთ მოტივაცია, თავისი ენერჯია პროკურატურის მიერ იდენტიფიცირებული კონკრეტული დაკავებულებებისკენ მიმართონ. და თუკი გამოძიება პროგრესს არ აჩვენებს, მათ აქვთ მოტივაცია, რომ დაკავებულები პირი გაათავისუფლონ.

ეს არის რისი თქმაც შეიძლებოდა პროკურორებთან და პოლიციის ოფიცრებთან დაკავშირებით. სუპერმაჟორიტარიანულ ესკალატორს ასევე დადებითი გავლენა აქვს მოსამართლეების ქცევაზე. მოსამართლეები კონსერვატორი ხალხია და მოსალოდნელია, რომ ისინი საკუთარ მანდატს დიდი სიფრთხილით განმარტავენ მასობრივი ტერორისტული თავდასხმის შემდეგ. ვფიქრობ, რომ ეს სიფრთხილე სათანადოა, მაგრამ მათ, ვინც ამაში არ მეთანხმება, მოუწევთ დაფიქრება ჩემს ემპირიულ წინასწარმეტყველებებზე, რომ მოსამართლეები მიდრეკილნი იქნებიან იმისკენ, რომ კონსტიტუციის

ტექსტის ბუნდოვანება ყველაზე უფრო დიდი კრიზისის დროს ენერჯიული გამოძიების მინიმუმაციისთვის გამოიყენონ. თუკი ჩემი წინასწარმეტყველება სწორია, ჩნდება კიდევ ერთი საკვანძო კითხვა: როგორ ვაჩვენოთ სასამართლო ხელისუფლებას, რომ დადგადრო, რომ ექსტრაორდინალური თვითშეზღუდვიდან გადავინაცვლოთ ფუნდამენტური უფლებების სახელით განხორციელებული ნორმალური საქმიანობისკენ?

პოლიტიკური შეკავებისა და განონასწორების ჩემ მიერ შემოთავაზებული სისტემა სწორედ აქ ხდება მნიშვნელოვანი. დროის მსვლელობასთან ერთად, სუპერმაჟორიტარიანული ესკალატორი შესაძლებელს ხდის, რომ ლეგისლატურის 21%-მა დაასრულოს საგანგებო რეჟიმი. იურიდიული გადმოსახედიდან, მნიშვნელობა არ აქვს იმას, რომ მხოლოდ დაბალმა საკანონმდებლო უმცირესობამ გამოიწვია ნორმალური მდგომარეობის დაბრუნება. მთავარი საკითხი მოსამართლეებისთვის ისაა, რომ ისინი გათავისუფლდნენ ტვირთის ზიდვისგან და რომ ლეგისლატურამ საგანგებო მდგომარეობის დასრულება საჯაროდ აიღო საკუთარ თავზე. მას შემდეგ, რაც საკანონმდებლო ორგანო ამ ინიციატივას გამოიჩენს, მოსამართლეები განაგრძობენ თავის ჩვეულებრივ როლს სისხლის სამართლის პროცესში, რა დროსაც გაუფრთხილებიან ინდივიდუალურ უფლებებს და ჯეროვან სამართლებრივ პროცედურას. და ისინი ამას გააკეთებენ იმ შემთხვევაშიც კი, თუკი საკანონმდებლო ორგანოს უმრავლესობა და საზოგადოება ჯერ კიდევ არ განკურნებულა ტერორისტული თავდასხმის შედეგად წარმოქმნილი შფოთვისგან.

ზოგიერთმა შეიძლება მიიჩნიოს, რომ ჩემი განრიგი მეტად ციცაბოა და რომ სამართლებრივ ნორმალურობაში დაბრუნება უფრო დინჯი სიჩქარით უნდა მოხდეს, მაგრამ ამ წინდახედულ მოსაზრებასთან გამკლავება შეიძლება სუპერმაჟორიტარიანული ესკალატორის სიჩქარეში შესწორების შეტანით — გაგრძელების პერიოდის ორიდან სამი თვით შეცვლით, სუპერუმრავლესობის მოთხოვნის ზრდის ტემპის შენელებით და საბოლოო მოთხოვნის 80%-ის ნაცვლად უფრო დაბალი მაჩვენებლით შეცვლით.

მაგრამ საჭიროა ერთი რამ გვახსოვდეს: არ აქვს მნიშვნელობა, როგორ მოვახდენთ ესკალატორის რემოდელირებას, იურიდიულ ნორმალურობაში დაბრუნება მაინც წარმოშობს შფოთს ბევრ ადამიანში. „ომი ტერორიზმის წინააღმდეგ“ არასოდეს დასრულდება. ყოველთვის იარსებებენ ჯგუფები, რომლებიც ეცდებიან, საშიში იარაღების მოპოვებას უპრინციპო იარაღებით მოვაჭრეებისა და არაკეთილსინდისიერი სახელმწიფოებისგან. ყოველთვის იარსებებენ შიშის შთამაგონებელი პოლიტიკოსები, რომლებიც მომავალ ქარიშხალზე მიუთითებენ. და იქნება ბევრი ადამიანი, რომელსაც ჯერ კიდევ თან სდევს უკანასკნელი თავდასხმის ტრავმა. თავდადებულ სამოქალაქო უფლებების დამცველებსაც კი გაუჭირდებათ დარჩენილი ეჭვის გაქარწყლება: ნამდვილად უსაფრთხოა კი საგანგებო მდგომარეობის დასრულება?

არ უარვყოფ, რომ ამ ტიპის შფოთი რეალობის ნაწილია. პირიქით, ისინი მიბიძგებენ იმისკენ, რომ გადავინაცვლო პრობლემისადმი ჩემი კონსტიტუციური მიდგომისკენ. ჩვენ უნდა ვისარგებლოთ შედარებითი სიმშვიდის პერიოდებით, რათა შევემზადოთ იმ პოლიტიკური სიძნელებისთვის, რომლებიც დაკავშირებულია სამართლებრივ ნორმალურობამდე დაბრუნებასთან და უნდა მივიღოთ ზომები სამომავლო პოლიტიკურ წინააღმდეგობასთან გასამკლავებლად. ესკალატორის მოდელთან დაკავშირებით, გონივრულ უთანხმოებებს არ უნდა მივცეთ კონსტიტუციური პარალიზის გამოწვევის შესაძლებლობა

და მთლიანი პროექტის ჩახშობის შესაძლებლობა მიმდინარე მოვლენების გამო. ყოველი ტერორისტული თავდასხმა უფრო გაართულებს ისეთი პასუხის ჩამოყალიბებას, რომელიც სამოქალაქო უფლებების პერმანენტულ ეროზიას თავიდან აგვაცილებს. თითქმის ნებისმიერი ესკალატორი უკეთესია, ვიდრე status quo.

ნორმალურობასთან დაბრუნებისთვის კონკრეტული ასაფრენი ბილიკი იქნება ჩვენი გადაწყვეტილებების ჩამოყალიბება სასიცოცხლოდ მნიშვნელოვან საკითხზე: რა არის სასამართლო ხელისუფლების როლი უშუალოდ საგანგებო მდგომარეობის დროს?

რაც უფრო გრძელვადიანია მოსალოდნელი საგანგებო მდგომარეობა, მით უფრო მეტია სასამართლო ზედამხედველობის საჭიროება. მართლაც, შესაძლოა გონივრული იყოს სასამართლოს მიერ საკითხების გულდასმით განხილვის თანდათანობით მზარდი სისტემის შემუშავება: იგი შესაძლოა მინიმალური იყოს დაკავების პირველი ორი თვის განმავლობაში და უფრო მკაცრი - შემდგომ. მაგრამ ამ დროისთვის ვაკონცენტრირდები ცენტრალურ პრობლემებზე, რომლებიც უკავშირდება სცენის სრულად სამოსამართლო დაცვისთვის დათმობას.

დავინწყოთ იმის შეხსენებით, რომ ჩვენი შემოთავაზების სხვა ასპექტები უკვე გვაძლევს გარკვეული ტიპის დაცვას. კომპენსაციასთან დაკავშირებული დებულებები უსაფრთხოების სერვისებს აძლევს ბიუროკრატიულ ინტერესს, რომ მათ უდანაშაულო დაკავებული პირები გაათავისუფლონ და საგანგებო მდგომარეობის დასრულების ცხადი პერსპექტივა მსგავს მოტივაციას ქმნის მთავრობის იურისტებისთვის. ამ კონტექსტში, მე არ ვარ დაუყოვნებლივი სასამართლო სხდომების მომხრე ინდივიდუალურ საქმეზე არსებული მტკიცებულებითი საფუძვლების შესაფასებლად.

მიუხედავად ამისა, არსებობს მიზეზი იმისთვის, რომ პროკურორებს მოვთხოვოთ დაკავებულ პირთა მოსამართლეებისთვის წარდგენა მაშინაც კი, თუკი მათ თავად არ შეუძლიათ საკუთარი დაკავების ფაქტობრივი საფუძვლების გასაჩივრება. ამ თავდაპირველ სხდომაზე მოსამართლემ პროკურორს უნდა მოსთხოვოს დაკავების საფუძვლის წარმოდგენა, რაც შესაბამის ჩანაწერში დაფიქსირდება.⁹⁴ იმ შემთხვევაშიც კი, თუ არ მოხდება მიზეზების გაბათილება, ახსნა-განმარტების მოთხოვნა პროკურორს იმისკენ უბიძგებს, რომ მან იმოქმედოს, როგორც თვითნებური ქმედებებისგან დაცვის პირველადმა საშუალებამ. სხდომის დაწყებამდე, მან, სულ მცირე, დაკავების განმახორციელებელი ოფიცრებისგან უნდა მოისმინოს ის მიზეზები, რამაც მათში ეჭვი აღძრა. თუკი ოფიცრების განცხადებები უბრალოდ ფაბრიკაციაა, რომლის მიღმაც დაკავების წინააღმდეგ პერსონალური მოტივაცია დგას, იარსებებს საფუძველი პუნიტიური სარჩელისთვის მაშინ, როდესაც საგანგებო მდგომარეობა დასრულდება.⁹⁵

⁹⁴ თუკი უსაფრთხოება ამას მოითხოვს, ეს შესაძლოა განხორციელდეს *in camera*, ჩანაწერი კი მოგვიანებით გამოქვეყნდეს.

⁹⁵ იხ. *infra* სქოლიო 103-ის თანმხლები ტექსტი. ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია ქმნის უფლებას „სწრაფ“ სასამართლო პროცესზე. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, *supra* სქოლიო 84, art. 5(3), 213 U.N.T.S. at 226. ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ არაერთხელ გადადგა შესაბამისი ნაბიჯები ტერორიზმთან დაკავშირებულ საქმეებში ამ უფლების დასაცავად. იხ. Aksoy v. Turkey, 1996-VI Eur. Ct. H.R. 553; Brogan v. United Kingdom, 11 Eur. Ct. H.R. (ser. A) 117 (1988). მაგრამ, როდესაც გაერთიანებულმა სამეფომ ჩრდილოეთ ირლანდიაში ტერორიზმის გამო კონვენციიდან „დეროგაციის“ უფლებამოსილება გამოიყენა, სასამართლომ, ჩემი აზრით,

თავდაპირველი სხდომა ასევე მოემსახურება დაკავებული პირისთვის ბიუროკრატიული იდენტობის მინიჭების მიზანს. სხვაგვარად, ძალიან ადვილი იქნება სრულად დაკარგვა იმ სისტემაში, რომელიც რღვევას განიცდის მოულოდნელი თავდასხმის გამო. მაშინ, როდესაც დაკავებულ პირს ვერ ანუგეშებს ის ფაქტი, რომ ის არის „ექვმიტანილი 1072“, რომლის წინააღმდეგ წაყენებული ბრალდებაც განიხილა „მოსამართლე X-მა“ „Y დღეს“, ეს ფორმალობები გამოდგება წამზომის ჩასართავად და ყველა დაინტერესებული პირისთვის იმის შესატყობინებლად, რომ დადგება სამართლებრივი ანგარიშსწორების დღე. 45 ან 60 დღის შემდეგ, პროკურორებს უნდა მოეთხოვებოდეთ მყარი მტკიცებულებების წარმოდგენა დაკავებული პირის შეთქმულებასთან კავშირის წარმოსაჩენად.

ასეთი გრძელი ვადის არსებობა სამწუხაროა, მაგრამ, ჰიპოთეზის თანახმად, ტერორისტული თავდასხმა უსაფრთხოების სერვისებისთვის მოულოდნელი იქნება და ისინი აჩქარდებიან უფრო დიდი საფრთხის მიმართ თანმიმდევრული პასუხის შესაქმნელად. ისინი ზედმეტად დაფაცურებულები იქნებიან, რომ დიდი რესურსები დაუთმონ მტკიცებულებებთან დაკავშირებით სხდომებს თავდასხმის შემდეგ მალევე და, იმ შემთხვევაში, თუკი ისინი სამართლებრივი პოზიციის მომზადებისას ხელმომჭირნეობას გამოიჩინენ, მათ შესაძლოა, ვერ შეძლონ მათ ხელთ არსებული ინფორმაციის დამაჯერებლად გამოყენება. შესაძლოა ისიც კი ვერ შეძლონ, რომ მოსამართლეებს ის მტკიცებულება წარუდგინონ, რომელიც უკვე არსებობს უწყების კომპიუტერულ სისტემაში, რაც შედეგად გამოიღებს იმ დაკავებულ პირთა გათავისუფლებას, რომლებსაც მართლაც აქვთ კავშირი ტერორისტულ ორგანიზაციებთან. ამ რისკის გამო, მოსამართლეების უმრავლესობა უკან დაიხევს და ეჭვს სახელმწიფოს სასარგებლოდ გადაწყვეტს, რაც შედეგად მოგვიტანს ბევრ სასამართლო სხდომას სამართლებრივი დაცვის ეფექტური საშუალებების გარეშე.

დაკავების ადრეულ ეტაპზე მოსამართლეებს სხვა მიზანს დავუსახავდი. წესიერება და არა უდანაშაულობა უნდა იყოს მათი მთავარი საფიქრალი, არ აწამოთ დაკავებული პირები, ეს აკრძალვა აბსოლუტური უნდა იყოს და მოსამართლეებმა იგი ხისტად უნდა აღასრულონ. ის ფაქტი, რომ მრავალი დაკავებული პირი თითქმის ცალსახად უდანაშაულოა, ამ აკრძალვას კიდევ უფრო გადაუდებელს ხდის. პროფესორმა ალან დერშოვიცმა მოგვიწოდა იმისკენ, რომ, კიდევ ერთხელ, დავფიქრდეთ ამ აბსოლუტურ აკრძალვაზე და მიგვითითა სამართლის სკოლებში უკვე ბევრჯერ გამოყენებულ და კარგად ნაცნობ ისეთ ჰიპოთეტურ შემთხვევებზე, როგორცაა დროის ბომბი (ticking bomb) და მისთანანი.⁹⁶ მაგრამ ნამდვილად არ მაოცებს ამგვარად არასწორად გამოყენების რელევანტურობა რეალურ სამყაროში არსებულ საგანგებო მდგომარეობასთან მიმართებით. უსაფრთხოების სერვისები შესაძლოა დააპანიკოს საშინელმა ტრაგედიამ. არსე-

ზედმეტად, დიდი დისკრეცია მიანიჭა ბრიტანულ გადაწყვეტილებას იმის შესახებ, რომ ტერორიზმთან დაკავშირებულ საქმეებში ეს პირველადი სასამართლო სხდომა გადაედოთ. იხ. *Brannigan v. United Kingdom*, 17 Eur. Ct. H.R. (ser. A) 539 (1993).

⁹⁶ იხ. Alan Dershowitz, *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to The Challenge* 142-63 (2002). სხვა - ძალიან დამაფიქრებელი ესსესთვის - წამების შესახებ ტერორიზმის ერაში იხ. Sanford Levinson, *"Precommitment" and "Postcommitment": The Ban on Torture in the Wake of September 11*, 81 TEX. L. REV. 2013 (2003).

ბული ეჭვების ფონზე და შედეგების ჩვენების უზარმაზარი წნეხის გამო, იარსებებს დაკითხვის მიუღებელი მეთოდების გამოყენების დიდი ცდუნება. ფრთხილად აწონდაწონილ პასუხებს აქ ნამდვილად არ უნდა ველოდოთ.

დერშოვიცი ხედავს პრობლემას და მის გადაჭრას გვთავაზობს მოსამართლეების ჩვენი კოლექტიური სუპერეგოსავით გამოსაყენებლად, რათა მათ „წამების ორდენები“ გასცენ მხოლოდ განსაკუთრებულ შემთხვევებში.⁹⁷ მაგრამ მოსამართლეებს, ისევე როგორც ჩვენ, არ აქვთ იმუნიტეტი პანიკის წინააღმდეგ. საგანგებო მდგომარეობის დროს წამებასთან დაკავშირებული ნაჩქარევი ქმედების საპირწონედ, ისინი ვალდებული იქნებიან, სხდომები რაც შეიძლება მეტად განსჯაზე დაფუძნებული და გონივრული გახადონ. მაგრამ, თუკი ისინი საქმის წარმოებას დინჯად დაიწყებენ, დროის ბომბი მანამ აფეთქდება, სანამ ისინი წამების ორდენს გამოსცემენ. სერიოზული თათბირი უბრალოდ შეუძლებელია იმ პანიკის პირობებში, რომელიც ტერორისტულ თავდასხმას სდევს შედეგად. როგორც კი წამების აკრძალვა გაუქმდება, მოსამართლეები სისტემატურად აღარ იმოქმედებენ დიდი წნეხის წინააღმდეგ. უფრო მოსალოდნელია, რომ ისინი უბრალოდ ბეჭდის დამრტყმელები გახდებიან და აწარმოებენ ფურცლების დიდ რაოდენობას წამების მექანიზმის სასტიკი ოპერირებისთვის ხელის დასაფარებლად.

სასამართლოს რამდენიმე შეცდომასაც კი შეიძლება გამანადგურებელი შედეგები მოჰყვეს, რომლის გზავნილიც კონკრეტულ საქმესთან დაკავშირებული სისასტიკეებისა და უწესობის ფარგლებს გასცდება: „ფრთხილად იყავით აქ მოსულნო. საგანგებო მდგომარეობის დროს დაგებულ ბაღებში გაბმულნი შესაძლოა ვერასოდეს დაუბრუნდნენ დაუბიანებელ სხეულსა და სულს. ქვეყანა გაუკონტროლებელი ძალადობის გზაზე მიექანება“. როგორც კი გავრცელდება ხმა იმის შესახებ, რომ მათ არ შეუძლიათ, ენდონ მოსამართლეებს იმაში, რომ ისინი მათ წამებისგან დაიცავენ, ჩვეულებრივი მოქალაქეები იმაზე ფიქრს დაიწყებენ, თუ, საერთოდ, ვის შეიძლება ენდონ ისინი.

არსებობს სხვა საფრთხეც: თუკი წამება გამძვინვარდება, მწამებლები ზეწოლის საშიშ ჯგუფს წარმოქმნიან. კულისებს მიღმა მუშაობისას ისინი შეეცდებიან საგანგებო მდგომარეობის გახანგრძლივებას, რათა შეაჩერონ რეტრიბუციის ის მოთხოვნები, რომლებიც შედეგად აუცილებლად დადგება მაშინ, როდესაც მსხვერპლები და მათი ოჯახის წევრები თავისუფლებას აღიდგენენ. მოსალოდნელია, რომ ეს მოხელეები საკმარისად სასონარკვეთილნი აღმოჩნდებიან იმისთვის, რომ ძალადობრივ გადატრიალებას მხარი დაუჭირონ, რადგან ეს ნორმალური ვითარების აღდგენის პრევენციის ერთადერთი იმედი იქნება.

დერშოვიცი ვერანაირად ვერ ახერხებს ამ პრობლემებთან დაპირისპირებას. იგი აღიარებს, რომ წამებას გრძელვადიან პერსპექტივაში შესაძლოა, ლეგიტიმურობასთან დაკავშირებით შედეგები მოჰყვეს, მაგრამ იგი ვერ ხედავს მის მოკლევადიან შედეგებს საგანგებო მდგომარეობის დროს.⁹⁸ ჩვენი მთავარი კონსტიტუციური მიზანი ისეთი საგანგებო რეჟიმის შექმნაა, რომელიც ექვემდებარება - სიმბოლურად და ფაქტობრივად - დემოკრატიულ პრინციპებს. კანონის უზენაესობის ეფექტური შეზღუდვების გარეშე,

⁹⁷ იხ. DERSHOWITZ, *supra* სქოლიო 96, at 158-61.

⁹⁸ იხ. *supra* სქოლიო 96. at 145.

უბრალოდ, მეტისმეტად მარტივია საგანგებო რეჟიმის დეგენერირება იმ დონეზე, რომ იგი პოლიციურ სახელმწიფოდ გარდაიქმნას.

ამდენად, მოდით, წამების საკითხი ტაბუდ დავტოვოთ და შევხედოთ იმას, თუ რამდენად ეფექტურად შეუძლიათ მოსამართლეებს ამ აკრძალვის აღსრულება.⁹⁹ სწორედ აქ შემოდის ადვოკატის ყოლის უფლება, უფლება, რომელიც მეტად მოწყვლადი აღმოჩნდა აშშ-ში 11 სექტემბრის შემდეგ.¹⁰⁰ ადვოკატის რეგულარული ვიზიტები სასიცოცხლოდ მნიშვნელოვანი მექანიზმია წამების წინააღმდეგ მონიტორინგისთვის. როდესაც უსაფრთხოების სერვისებს ეცოდინებათ, რომ დაკავებულ პირებს სამართლებრივ სისტემაზე წვდომა აქვთ საჩივრების მეშვეობით, წამება წარმოსადგენი გამოსავალი აღარ იქნება.¹⁰¹ ადვოკატის რეგულარულმა ვიზიტებმა შესაძლოა, დაკითხვის უფრო ლეგიტიმური ფორმებიც ნაკლებად ეფექტური გახადოს. დაკავებული პირები თავს უფრო ნაკლებად იზოლირებულად და მოწყვლადად იგრძნობენ და შესაძლოა, მათი მხრიდან თანამშრომლობა ნაკლები იყოს. მაგრამ ეს უბრალოდ ის საფასურია, რომელიც წესიერმა საზოგადოებამ უნდა გადაიხადოს.

ადვოკატზე სწრაფი წვდომის ქონა ასევე მნიშვნელოვანია სხვა მიზნებისთვის. მართალია, უდანაშაულობასთან დაკავშირებით სხდომები დაუყოვნებლივ არ გაიმართება, მაგრამ ისინი ჩატარდება დაკავებიდან 60 დღის შემდეგ. დაკავებულ პირებს აქვთ ფუნდამენტური უფლება, საკუთარ ადვოკატებს მოსთხოვონ გამამართლებელი მტკიცებულებების შეგროვება მანამ, სანამ მესხიერება დაიბინდება ან ფიზიკური ფორმით არსებული მასალა განადგურდება. დაბოლოს, ადვოკატები ცენტრალურ საშუამავლო როლს ასრულებენ დაკავებულებსა და მათ ოჯახებს, მეგობრებსა და დამსაქმებლებს შორის. ამ ადამიანებს უნდა შეეძლოთ ადვოკატისგან იმის დაუყოვნებლივ გაგება, რომ დაკავებული პირი არ გაუჩინარებულა პოლიციური სახელმწიფოს უფსკრულში. მათ ასევე უნდა ჰქონდეთ ადვოკატის საქმიანობის მონიტორინგის შესაძლებლობა, რათა დარწმუნდნენ იმაში, რომ მათ ახლობელს პატივისცემით ეპყრობიან და რომ უზრუნველყონ ადვოკატის შეცვლა, თუკი ისინი ამას აირჩევენ.

ამ უფლებაზე სპეციალური შეზღუდვების დაწესება შესაძლოა მისაღები იყოს მანამ, სანაც ისინი ამ უფლებას საფუძველს არ აცლიან. მაგალითად, დაკავებული პირის ახლობლებს უნდა ჰქონდეთ წვდომა მის ადვოკატზე, მაგრამ არ უნდა შეეძლოთ სხვა

⁹⁹ 1992 წელს, აშშ-მა მოახდინა სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებათა საერთაშორისო პაქტის რატიფიკაცია. პაქტის მე-7 მუხლი ადგენს, რომ „არავინ არ უნდა დაექვემდებაროს წამებას ან სასტიკ, არაადამიანურ ან ღირსების შემლახველ მოპყრობას ან სასჯელს“. International Covenant on Civil and Political Rights, *supra* სქოლიო 76, art. 7, S. EXEC. DOC. E, 95-2, at 25, 999 U.N.T.S. at 175. პაქტის რატიფიკაციისას აშშ-მა გააკეთა რეზერვაცია და განაცხადა, რომ „მე-7 მუხლს მიიჩნევს სავალდებულოდ იმ ფარგლებში, რა ფარგლებშიც „სასტიკი, არაადამიანური ან ღირსების შემლახავი სასჯელი“ ნიშნავს სასტიკ და უჩვეულო მოპყრობას ან სასჯელს, რომელსაც კრძალავს აშშ-ის კონსტიტუციის მე-5, მე-8 ან/და მე-14 შესწორებები.“ S. EXEC. REP. NO. 102-23, at 22 (1992).

¹⁰⁰ იხ. Nickolas A. Kacprowski, Note, *Stacking the Deck Against Suspected Terrorists: The Dwindling Procedural Limits on the Government's Power To Indefinitely Detain United States Citizens as Enemy Combatants*, 26 SEATTLE U. L. REV. 651, 666 (2003).

¹⁰¹ როგორც დაცვის შემდგომი საშუალება, წამების შესახებ საჩივრებთან დაკავშირებული სასამართლო სხდომები სწრაფად უნდა წარიმართოს, ხოლო უსაფრთხოების თანამშრომლები, რომლებსაც წამებასთან კავშირი აქვთ, უნდა დაექვემდებარონ დაუყოვნებლივ ადმინისტრაციულ დათხოვნასა და დროულ სისხლისსამართლებრივ დევნას.

მიღებული ინფორმაციის გასაჯაროება. შესაძლოა, ასევე შევიწყნაროთ კონკრეტული ადვოკატის არჩევის შესაძლებლობის შეზღუდვაც. მაგრამ მივდივარ გონივრული უთანხმოების სფერომდე, რის გამოც თავს შევიზღუდავ მხოლოდ ფუნდამენტურ საკითხებზე მსჯელობით.¹⁰²

ამ გადმოსახედიდან, ჩვენ უნდა მივიღოთ ზომები უფლებამოსილების სხვა პოტენციური ბოროტად გამოყენებისთვის: დავუშვათ, რომ დაკავების 60 დღის შემდეგ სახელმწიფომ ვერ შეძლო იმ მტკიცებულებების წამოდგენა, რომელიც დაკავების ვადის გახანგრძლივებას გაამართლებდა. სასამართლოს სხდომა დაკავებული პირის გათავისუფლებით სრულდება, მაგრამ ამის საპასუხოდ, უსაფრთხოების სერვისები კვლავ აკავებენ ახლად გათავისუფლებულ პირს კიდევ ორი თვის ვადით. ჩვენ ვითხოვთ *ne bis in idem* პრინციპის ადაპტაციას ამ თვალსაჩინო დარღვევის აღმოსაფხვრელად. მანამ, სანამ უსაფრთხოების სერვისებს აქვთ ახალი ეჭვმიტანილების დაკავების შესაძლებლობა იმ დროის მანძილზე, რომლის განმავლობაშიც საგანგებო მდგომარეობა გრძელდება, მათ არ შეუძლიათ მბრუნავი კარის ტექტიკის გამოყენება. ჰიპოთეზის თანახმად, მათ უკვე მიმართეს ძალისხმევა იმ მტკიცებულებების მოპოვებისკენ, რომელიც დაკავებულ პირს ამხელდა ტერორიზმთან კავშირის ქონაში, მაგრამ ეს ვერ შეძლეს. თუკი შემდგომი მტკიცებულებები ახალ მტკიცებულებას გამოავლენს, კი ბატონო, ეჭვმიტანილი კიდევ ერთხელ დააკავეთ, მაგრამ ამ შემთხვევაში პროკურატურამ, უკვე დაკავების საჭიროების სადემონსტრაციოდ, სისხლის სამართალში არსებული ჩვეულებრივი საფუძვლები უნდა გამოიყენოს.

ბ. წინასწარ ცოდნის ძალა

ერთმანეთისგან გავმიჯნე მაკრო და მიკროსამართლებრივი ინტერვენცია - პირველი მათგანი, ზოგადად, სისტემის სისრულეს ეხება, ხოლო მეორე - ინდივიდუალურ საქმეებს. მაგრამ ეს კობტა მიჯნა დროთა განმავლობაში დაიბინდება. ზოგიერთი დაკავებული პირი თავისუფლების შემდეგ გაასაჩივრებს თავისუფლების აღკვეთის პერიოდში მის მიმართ განხორციელებულ მოპყრობას. ეს საჩივრები აკუმულირდება უფრო დიდ შაბლონად, როდესაც ისინი სააპელაციო ტრიბუნალებს მიაღწევენ. თუ გაგვიმართლებს, საგანგებო მდგომარეობა უკვე დასრულებული იქნება იმ დროისთვის, როდესაც უმაღლესი ინსტანციის სასამართლო დაიწყებს ბოლო კრიზისიდან მომდინარე საჩივრების განხილვას.

მიკროდონებე გადაწყვეტილების მიღება მაკრომენეჯმენტად გადაიქცევა. უმაღლესი ინსტანციის სასამართლო უნდა ეცადოს, სამართალი მიაგოს მხარეებს ყოველ კონკრეტულ საქმეში, მაგრამ იმგვარად, რომ მისმა გადაწყვეტილებებმა მომავალი საგანგებო ადმინისტრაციის ქცევაზე იქონიოს გავლენა. როგორ გაიკვლევს გზას საგანგებო კონსტიტუციის სტრუქტურა ამ მიმდინარე სამართლებრივი დიალექტიკისთვის?

¹⁰² ეს მოკლე დისკუსია არ ასახავს იმ ძირითადი უფლებების სრულ ჩამონათვალს, რომლებიც დაცვას იმსახურებს საგანგებო მდგომარეობაში. ყოვლისმომცველი შეფასება ერთი ესსე ფარგლებს სცილდება.

შევხედოთ იმას, თუ რა გავლენა ექნება ჩვენი კომპენსაციის მოთხოვნას სამართლებრივ ხედვაზე. ვინაიდან ყველა უდანაშაულო დაკავებული პირი სამართლიანი ზიანის ანაზღაურებას მიიღებს იმ დროისთვის, რომელიც მათ ციხეში გაატარეს, სავარაუდოდ, რომ მხოლოდ, მართლაც, შემზარავ ქმედებასთან დაკავშირებული საჩივრები გვექნება. ეს ასეც უნდა იყოს. რეტპროსპექტიულადაც რომ შევხედოთ, სასამართლოებმა ფართო დისკრეცია უნდა მიანიჭონ საგანგებო მდგომარეობის დროს მოქმედ თანამდებობის პირებს. მიუხედავად ამისა, იარსებებს დარღვევები. იმ შემთხვევაშიც კი, თუ სისტემა წამებას არ მიიჩნევს დაშვებულად, საგანგებო მდგომარეობა, სავარაუდოდ, აცდუნებს უსაფრთხოების სერვისების ზოგიერთ წევრებს, რომ განსაკუთრებული უფლებამოსილებები პერსონალური ვენდეტასთვის გამოიყენონ: ინსპექტორ სმიტს ყოველთვის ეზიზღებოდა მისი კარის მეზობელი ჯონსი და გამოიყენებს შანსს, რომ ამ უკანასკნელს ტერორისტი დაუძახოს და 60 დღით ციხეში ჩააგდოს.

მართალია, ბოროტი ზრახვების არსებობის დამტკიცება რთულია, მაგრამ პროცედურული ჩარჩო ამას შესაძლებელს გახდის. მართალია, შესაძლოა, მტკიცებულებებთან დაკავშირებით სხდომა 60 დღით გადაიდოს, მაგრამ საგანგებო კონსტიტუცია მოითხოვს დაუყოვნებლივ სასამართლო სხდომას, სადაც პროკურორატურამ უნდა გააცხადოს დაკავების საფუძვლები.¹⁰³ თუკი ეს უკანასკნელი დაასკვნის, რომ ეს ბრალდებები გამოგონილია, ბუნებრივად ჩნდება კითხვა იმასთან დაკავშირებით, თუ რამდენად კეთილსინდისიერად მოქმედებდნენ ის მოხელეები, რომლებმაც ეს ბრალი წარადგინეს. პუნიტიური წესით ზიანის ანაზღაურების რამდენიმე შემთხვევას სტრუქტურული შედეგი ექნება - ცუდი რეკლამა და ბიუჯეტისთვის მიყენებული ზიანი უწყებებს იმისკენ უბიძგებს, რომ თავიანთი „დამპალი ვაშლები“ თავიდან მოიშორონ და მოახდინონ უფრო ხისტი კონტროლის ინსტიტუციონალიზაცია.

უფრო სისტემური პრობლემა შეიძლება წამოიშვას მაშინ, თუკი პროკურორები საგანგებო ძალაუფლებას გამოიყენებენ, როგორც მოკლე გზას ორდინალური პროცედურებისთვის. იმ შემთხვევაშიც კი, თუკი პროკურორს არ აქვს საკმარისი მტკიცებულებები ავტომობილის ეჭვმიტანილი გამტაცებლის წინააღმდეგ საქმის საწარმოებლად, რატომ არ იქნება კარგი იდეა, მისთვის ტერორისტის წოდება და მისი დაქვემდებარება დაუყოვნებლივი დაკავებისა და დაკითხვისთვის? ასეთ დროს, სტრუქტურული სამართლებრივი დაცვის საშუალებები კიდევ უფრო მნიშვნელოვანია, ვიდრე ზიანის ანაზღაურება: პროკურორებმა არა მხოლოდ საკუთარი ლიცენზია უნდა დაკარგონ, არამედ შესაბამის უწყებებს უნდა მოეთხოვოთ სისტემური ნაბიჯების გადადგმა იმის უზრუნველსაყოფად, რომ ასეთი დარღვევები აღარ განმეორდება.

და შემდეგ გვაქვს ეთნიკური, რელიგიური და რასობრივი პროფაილინგის პრობლემა. ზოგიერთი ტერორისტული ჯგუფი არ იწვევს ასეთ პრაქტიკას, რადგან ის დომინანტური ჯგუფისგან მომდინარეობს, - ამის მაგალითია ოკლაჰომა სითიში აფეთქებული ბომბები. მაგრამ არსებული ომი ტერორიზმის წინააღმდეგ გაჟღერებულია წინასწარ შექმნილი ანტიისლამური და ანტიარაბული მოსაზრებებით, რაც შეიძლება ძალიან ცუდად განვითარდეს საგანგებო კონსტიტუციების მიხედვით.

¹⁰³ იხ. *supra* სქოლიოების 94-95 თანმხლები ტექსტი.

სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებათა პაქტი სწორ სტანდარტს ადგენს. მე-4 მუხლი, რომელიც საგანგებო მდგომარეობაზე ვრცელდება, კრძალავს დისკრიმინაციას „მხოლოდ რასის, ფერის, სქესის, ენის, რელიგიისა და სოციალური წარმოშობის ნიშნით“.¹⁰⁴ აშშ-მა ეს დებულება რეზერვაციის გარეშე მიიღეს, მაგრამ წარმოადგინეს მისი „გაგება“, რომ იგი „არ კრძალავდა დიფერენციაციას, რომელსაც შესაძლოა დისპროპორციული ეფექტი ჰქონოდა კონკრეტული სტატუსის მქონე ადამიანებზე“ „საგანგებო მდგომარეობის დროს“.¹⁰⁵ პანიკის ადრეული ეტაპის დროს სასამართლოებზე იქნება დამოკიდებული იმის განსაზღვრა, რამდენად ექვემდებარებიან ამ პრინციპს უსაფრთხოების სერვისები. მაშინ, როდესაც კონკრეტული ჯგუფის წარმომადგენლები შესაძლოა, არაპროპორციულად მოექცნენ არსებულ დრაგენტებში, ეს შესაძლოა, იმის დამსახურება იყოს, რომ ისინი არაპროპორციულად არიან დაკავშირებულნი ამა თუ იმ ტერორისტულ იდეოლოგიასთან. მაგრამ, როდესაც კვამლი გაიფანტება და საგანგებო მდგომარეობა დასრულდება, შესაძლოა გამოჩნდეს GROSS დისკრიმინაციის შაბლონი. კიდევ ერთხელ, სასამართლოების გამოწვევა მხოლოდ ის არ არის, რომ ძალადობრივი ქმედების გამო პუნიტიური წესით ზიანის ანაზღაურების შესახებ მიიღონ გადაწყვეტილება, არამედ ისიც, რომ დაფიქრდნენ, როგორ შეუძლიათ ბიუროკრატის წახალისება, რათა ამ უკანასკნელმა მიიღოს სტრუქტურული ზომები ამ დისკრიმინაციული იმპულსების შესამცირებლად, როდესაც ახალი საგანგებო მდგომარეობა მოადგება კარს.

ინდივიდუალური საჩივრების ნიმუშები გარდაუვლად დაგროვდება და წარმოაჩენს სხვა პრობლემურ პრაქტიკას, როდესაც გამოცდილება დროთა განმავლობაში განვითარდება. გამოწვევა სასამართლოებისთვისაც და უწყებებისთვისაც გამოცდილებით სწავლა და საგანგებო მდგომარეობის ადმინისტრირების გასაძლიერებლად ზომების მიღებაა.

დ. მიმოხილვა

ერთი ნაბიჯით უკან დავიხიოთ, რომ შემოთავაზება ზოგადად შევაფასოთ. ძალიან რომ გავამართივო, შევაჯამებ სამივე - პოლიტიკური, ეკონომიკური და სამართლებრივი - სფეროდან აღებულ სამ ძირითად პრინციპს. პოლიტიკურ ნაწილში საგანგებო კონსტიტუცია გულისხმობს მზარდ უმრავლესობას საგანგებო რეჟიმის გასახანგრძლივებლად. ეკონომიკურ ნაწილში იგი მოითხოვს კომპენსაციას უდანაშაულო ადამიანებისთვის, რომლებიც დრაგენტებში გაებნენ. სამართლებრივად, იგი მოითხოვს წესიერებისადმი ერთგულებას იმ დროს, როდესაც სისხლის სამართლის ტრადიციული გარანტიები არ მოქმედებს.

სუპერუმრავლესობა, კომპენსაცია, წესიერება ეს სამი პრინციპი და მათი შედეგები არსობრივ დაცვას სთავაზობს იმ უიღბლო ადამიანებს, ვინც ეჭვების ბადეში გაება. ისინი ერთიანდებიან იმის წარმოსაჩენად, რომ „საგანგებო მდგომარეობა“ ფრთხილად შემოზღუდული რეჟიმია, რომლის შეწყნარებაც შეგვიძლია, სამწუხაროდ, არსებული საჭიროებების გამო და რომელიც მუდამ დასრულებისკენ მიმავალ გზაზე იქნება. უეჭველად, ამ

¹⁰⁴ International Covenant on Civil and Political Rights, *supra* სქოლიო 76, art. 4, S. EXEC. DOC. E, 95-2, at 24, 999 U.N.T.S. at 174 (ხაზგასმა ავტორისა).

¹⁰⁵ S. EXEC. REP. NO. 102-23, at 22 (1992).

რეჟიმის ჩვენს კონსტიტუციურ მართლწესრიგში შემოღება იმის აღიარებას გაუტოლდება, რომ 1989 წლის შემდეგ ტრიუმფალიზმის მომენტი დასრულდა და ლიბერალური იდეალები შესაძლოა ზოგჯერ ექსტრაორდინალურ ზომებს მოითხოვდნენ თავის დასაცავად. უმჯობესია, ამ სამწუხარო სიმართლეს თვალი გავუსწოროთ ახლა, ვიდრე ტერორისტებს იმის შესაძლებლობა მივცეთ, რომ გამოიწვიონ საზოგადოებრივი შფოთვის ციკლები, რომლებიც, თავის მხრივ, რეპრესიულ კანონმდებლობას წარმოშობს.

VIII. ტრაგიკული კომპრომისი?

მართალია, 21-ე საუკუნე ნიუ-იორკზე და ვაშინგტონზე ტერორისტული თავდასხმებით დაიწყო, მაგრამ ჩვენ საქმე უნიკალურად ამერიკულ პრობლემასთან არ გვაქვს. შემდეგი თავდასხმა შეიძლება ლონდონში ან პარიზში განხორციელდეს, და არა ლოს ლოს-ანჯელესში ან ჩიკაგოში. ყველა დასავლურ ქვეყანას აქვს საგანგებო კონსტიტუციის შექმნის მოტივაცია. ვინაიდან ევროპელები ჯერ არ ყოფილან ტრავმირებულნი მასშტაბური პირველი თავდასხმით, ისინი შესაძლოა, უკეთეს მდგომარეობაში იყვნენ, რომ პროგრესი უფრო სწრაფად განიცადონ.

მაგრამ მეტისმეტად ადრეა აშშ-ის თამაშგარე გაყვანისთვის. და თუკი ეს ესე სერიოზულ დისკუსიას წარმოშობს, ამერიკის კონსტიტუციის კონკრეტული მახასიათებლები საუბარს სხვა მიმართულებით წაიყვანს. ყველაზე სერიოზული პრობლემა წარმოიქმნება კონსტიტუციაში ფორმალური ცვლილების შეტანასთან დაკავშირებით. უფრო ნაკლებად, სადავო საკითხებთან დაკავშირებითაც კი გაჭირდა მე-5 მუხლის მიერ დაწესებული დაბრკოლებების გადალახვა. თუკი ჩემს შემოთავაზებას რაიმე მომავალი აქვს აშშ-ში, იგი კონსტიტუციური შესწორების სახეს არ მიიღებს. მეოცე საუკუნის განმავლობაში კონგრესი იღებდა „ჩარჩო კანონმდებლობას“, რისი მიზანიც კონსტიტუციური მართლწესრიგის შექმნა იყო იმ ახალი უმართავი რეალობისთვის, რომელიც დამფუძნებელმა მამებმა ვერ განჭვრიტეს. ჩვენს შემთხვევაშიც იგივე ტექნიკა გამოგვადგება.

წარსული გამოცდილებიდან გამომდინარე, ჩემი შემოთავაზებაა ტრაგიკულ კომპრომისზე დაფუძნებული ჩარჩო: სამოქალაქო უფლებათა ქომაგები უნდა დათანხმდნენ აღმასრულებლის მიერ ტერორიზმში ეჭვმიტანილ პირთა დაკავებას 45-დან 60 დღემდე, ორდინალური *habeas corpus* გარანტიების გარეშე, მაგრამ მხოლოდ სუმერპაჟორიტარიანიზმის კომპენსაციისა და წესიერების პრინციპის საფუძველზე, რომელზეც ამ ესეში ვისაუბრეთ.

კ. წარსული გამოცდილება

მეოცე საუკუნის ერთ-ერთი ყველაზე აღსანიშნავი კანონის - ადმინისტრაციული პროცესის აქტის (APA).¹⁰⁶ შემქმნელებმა ვერ განჭვრიტეს ბიუროკრატიული სახელმწიფოს აღმასვლა და კონგრესმა და სასამართლოებმა ცდომილებას კრეატიული პასუხი მხოლოდ ბოლო ნახევარი საუკუნის განმავლობაში გასცეს. მართალია, APA კანონის

¹⁰⁶ Pub. L. No. 79-404, 60 Stat. 237 (1946) (codified as amended in scattered sections of 5 U.S.C.).

სახითაა წარმოდგენილი, მაგრამ იგი კონსტიტუციური აზროვნების ნაყოფია და სასამართლოებმა მის დებულებებს კვაზიკონსტიტუციური სტატუსი მიანიჭეს. შესაძლოა სიტყვებით უსასრულოდ თამაში სასამართლო ინტერპრეტაციის კონკრეტულ აქტებთან დაკავშირებით, მაგრამ საბოლოო შედეგი კონსტიტუციური ადაპტაციის ტრიუმფია: APA-ს მიერ შემოთავაზებულმა ჩარჩომ წარმატებით მოახერხა ბიუროკრატიულ მმართველობაზე ფუნდამენტური შეზღუდვების დაწესება დემოკრატიისა და კანონის უზენაესობის სახელით.

ნაკლები წარმატება გვაქვს მაშინ, როდესაც საქმე საგანგებო მდგომარეობას ეხება, მაგრამ სურვილის არქონის გამო არაა ასე. დიდი დეპრესიიდან ცივი ომის ჩათვლით, კონგრესმა მიიღო 470-მდე კანონი, რომელიც პრეზიდენტს ამა თუ იმ უფლებამოსილების განხორციელების შესაძლებლობას აძლევდა არსებული „ეროვნული საგანგებო მდგომარეობის“ დროს¹⁰⁷ და პრეზიდენტებმა ეს ძალაუფლება გადაჭარბებულად გამოიყენეს.¹⁰⁸ მაგრამ ძალაუფლების ბოროტად გამოყენების საპასუხოდ, რომელიც უოთერგეიტის სკანდალით დასრულდა, კონგრესმა მიიღო ახალი მიდგომა ჩარჩო კანონზე დაყრდნობით. 1976 საგანგებო მდგომარეობის შესახებ ეროვნულმა აქტმა (შემდგომში - NEA)¹⁰⁹ დაასრულა ყველა არსებული საგანგებო მდგომარეობა¹¹⁰ და დაამკვიდრა ერთგვაროვანი პროცედურული ჩარჩო სამომავლოდ ამ ტიპის ძალაუფ-

¹⁰⁷ *ib. SPECIAL COMM. ON NAT'L EMERGENCIES & DELEGATED EMERGENCY POWERS, A RECOMMENDED NATIONAL EMERGENCIES ACT, S. REP. NO. 93-1170, at 2 (1974), reprinted in SENATE COMM. ON GOV'T OPERATIONS & THE SPECIAL COMM. ON NAT'L EMERGENCIES & DELEGATED EMERGENCY POWERS, THE NATIONAL EMERGENCIES ACT (PUBLIC LAW 94-412): SOURCE BOOK: LEGISLATIVE HISTORY, TEXTS, AND OTHER DOCUMENTS 19, 20 (Comm. Print 1976) [შემდგომში THE NATIONAL EMERGENCIES ACT SOURCE BOOK]* (სადაც მოყვანილია „[პრეზიდენტის] ექსტრაორდინალური ძალაუფლებების [მაგალითები], რომელთა შორისაცაა საკუთრების ჩამორთმევა, წარმოების გზების ორგანიზება და კონტროლი, 2.5 მილიონი რეზერვის მოწვევა, საზღვარგარეთ შეიარაღებული ძალების გაგზავნა, ტრანსპორტისა და კომუნიკაციის ყველა საშუალების ჩამორთმევა და კონტროლი, მგზავრობის შეზღუდვა და საომარი მდგომარეობის გამოცხადება და, ბევრი სხვა გზით, აშშ-ის მოქალაქეების ცხოვრების ყველა ასპექტის გაკონტროლება“). *SPECIAL COMM. ON THE TERMINATION OF THE NAT'L EMERGENCY, EMERGENCY POWERS STATUTES: PROVISIONS OF FEDERAL LAW NOW IN EFFECT DELEGATING TO THE EXECUTIVE EXTRAORDINARY AUTHORITY IN TIME OF NATIONAL EMERGENCY, S. REP. NO. 93-549, at iv (1973)* (რომელიც ადგენს ჩამონათვალს „ყველა იმ დებულებისა ფედერალური კანონმდებლობიდან, რომლებიც ეროვნული საგანგებო მდგომარეობის დროს ექსტრაორდინალური ძალაუფლების მიმნიჭებელია, გარდა ყველაზე ტრივიალური შემთხვევებისა“); *SPECIAL COMM. ON NAT'L EMERGENCIES & DELEGATED EMERGENCY POWERS, A BRIEF HISTORY OF EMERGENCY POWERS IN THE UNITED STATES: A WORKING PAPER app. at 135-40 (Comm. Print 1974) (Harold C. Relyea)* [შემდგომში *HISTORY OF EMERGENCY POWERS*] (რომელიც აჯამებს „კანონის რამდენიმე დებულებას, [...] რომლებიც ამოქმედდება პრეზიდენტის მიერ საგანგებო მდგომარეობის გამოცხადებისას“).

¹⁰⁸ 1933 წელს პრეზიდენტმა რუზველტმა იმ დროისთვის ჯერ კიდევ ახალი საომარი მდგომარეობის ძალაუფლების გამოყენებით, დეპრესიის დროინდელ საბანკო კრიზისზე საპასუხოდ საგანგებო მდგომარეობა გამოაცხადა. *ib. History of Emergency Powers, supra* სქოლიო 107, at 119. მოგვიანებით, 1950 წელს, პრეზიდენტმა ტრუმანმა გამოაცხადა საგანგებო მდგომარეობა კორეის კონფლიქტთან დაკავშირებით, *ib. Jules Lobel, Emergency Power and the Decline of Liberalism, 98 YALE L.J. 1385, 1401 (1989)*, პრეზიდენტმა ნიქსონმა კი საგანგებო ძალაუფლებები ორჯერ გამოიყენა გადახდის ბალანსის კრიზისთან დაკავშირებით და ფოსტის გაფიცვის დროს 1970-იანების დასაწყისში. *ib. History of Emergency Powers, supra* სქოლიო 107, at 120. სენატის სპეციალურმა კომიტეტმა ეროვნული საგანგებო მდგომარეობისა და დელეგირებული საგანგებო უფლებამოსილებების შესახებ დაადგინა, რომ ამ საგანგებო მდგომარეობათაგან არც ერთი არ დასრულებულა კონგრესის თავმჯდომარის მიერ. 120 CONG. REC. 29,976 (1974) (statement of Sen. Church) და ტრუმანის ბრძანება საფუძვლად დაედო მასთან კავშირის არმქონე ემბარგოს კუბის წინააღმდეგ კენედის ადმინისტრაციის დროს. *ib. Lobel, supra, at 1401.*

¹⁰⁹ Pub. L. No. 94-412, 90 Stat. 1255 (codified as amended at 50 U.S.C. §§ 1601-1651 (2000)).

¹¹⁰ 50 U.S.C. § 1601.

ლებების გამოყენებისთვის.¹¹¹ მაგრამ იგი არ წასულა საკმარისად შორს იმისთვის, რომ გადაეხედა არაორგანიზებული, მაგრამ მასობრივი შემთხვევებისთვის ძალაუფლების მინიჭებისა, რასაც აღმასრულებელი ათწლეულების განმავლობაში განიცდიდა.¹¹²

ბოლო მეოთხედი საუკუნის განმავლობაში NEA ჩარჩოს რამდენიმე გამოცდა ჩაუტარდა, ყველაზე აღსანიშნავად, საგარეო საქმეთა წარმოების ნაწილში.¹¹³ მართალია, პრეზიდენტებს 11 სექტემბრამდე NEA ჩარჩო არ გამოუყენებიათ ექვმიტანილების დასაკავებლად, მაგრამ ისინი მას რეგულარულად იყენებდნენ უცხოური აქტივების დასაბლოკად და საერთაშორისო მგზავრობის შესაზღუდად.¹¹⁴ ამან კიდევ უფრო გაამძაფრა ის სერიოზული პრობლემები, რომლებიც არსებობდა მოქმედ ჩარჩოსთან დაკავშირებით.¹¹⁵

პრეზიდენტი არა მხოლოდ ინარჩუნებს საგანგებო მდგომარეობის ერთპიროვნულად გამოცხადების უფლებამოსილებას, არამედ კანონის მიერ დაწესებული ანგარიშვალდებულებისა და კონსულტაციის მექანიზმები ხშირად ფერმკრთალდებოდა და ყურადღების მიღმა რჩებოდა.¹¹⁶ რაც ყველაზე მნიშვნელოვანია, კანონი ადგენს, რომ

¹¹¹ მაგალითად, NEA აწესებს მოთხოვნას, რომ საგანგებო მდგომარეობის ყველა მომდევნო გამოცხადება გამოქვეყნდეს ფედერალურ რეესტრში, *id.* § 1621, და რომ პრეზიდენტმა უნდა დააკონკრეტოს ის ძალაუფლებები, რომელთა განხორციელებაც მოხდება საგანგებო მდგომარეობის დროს, *id.* § 1631, ასევე, პრეზიდენტმა კონგრესის წინაშე აგოს პასუხი საგანგებო ბრძანებებთან და ხარჯებთან დაკავშირებით, *id.* § 1641.

¹¹² *ib.* Abraham Ribicoff, COMM. ON GOV'T OPERATIONS, NATIONAL EMERGENCIES ACT, S. REP. NO. 94-1168, at 3 (1976), reprinted in *The National Emergencies Act Source Book*, *supra* სქოლიო 107, at 290, 292 ("საგანგებო მდგომარეობის შესახებ აქტის მიზანი არ არის აღმასრულებლის ძალაუფლების გაფართოება. იგი წარმოადგენს კონგრესის მცდელობას, ნათელი პროცედურები და დაცვის მექანიზმები პრეზიდენტის მიერ მისთვის სხვა კანონებით მინიჭებული უფლებამოსილებების განხორციელებისთვის.")

¹¹³ NEA-ს მიღებიდან 1 წლის შემდეგ, კონგრესმა მიიღო საერთაშორისო საგანგებო ეკონომიკური უფლებამოსილებების შესახებ აქტი (Congress passed the International Emergency Economic Powers Act - IEEPA), Pub. L. No. 95-223, §§ 201-208, 91 Stat. 1625, 1626-29 (1977) (codified as amended at 50 U.S.C. §§ 1701-1707). IEEPA პრეზიდენტს აძლევს უფლებამოსილებას, გამოიყენოს ეკონომიკური ძალების ფართო სპექტრი საპასუხოდ „ნებისმიერ უჩვეულო და ექსტრაორდინალურ საფრთხეზე“, რომელსაც სრულად ან დიდწილად დასაბამი აქვს აშშ-ის ფარგლებს გარეთ; აღნიშნული საფრთხე კი ემუქრება აშშ-ის ეროვნულ უსაფრთხოებას, საგარეო პოლიტიკას ან ეკონომიკას." 50 U.S.C. §§ 1701-1702. ამ მნიშვნელოვან უფლებამოსილებას არეგულირებს NEA-ს ჩარჩო, *ib.* *id.* § 1621(b) (რომელიც ადგენს, რომ „კანონის ნებისმიერი დებულება, რომელიც ითვალისწინებს საგანგებო უფლებამოსილებებით აღჭურვას უნდა მოქმედებდეს [...] მხოლოდ ამ თავით დადგენილი წესების შესაბამისად“), მაგრამ IEEPA ასევე აწესებს დამატებით პროცედურებს. მაგალითად, 1703(a) სექციის თანახმად, პრეზიდენტმა „ყველა შესაძლო შემთხვევაში“ უნდა გაიაროს კონსულტაციები კონგრესთან კანონის გამოყენებამდე. იგი ასევე ვალდებულია, დააკონკრეტოს გარემოებები, რომლებიც საგანგებო მდგომარეობას უტოლდება და უფლებამოსილებები, რომლებიც გამოყენებულ უნდა იქნეს, *id.* § 1703(b), და ანგარიში წარუდგინოს კონგრესს ყოველ 6 თვეში ასეთი უფლებამოსილებების გამოყენების შემდეგ.

¹¹⁴ 1990-იანებში IEEPA სულ უფრო და უფრო ხშირად გამოიყენებოდა, როგორც ინსტრუმენტი ტერორისტული დაჯგუფებების წინააღმდეგ, მაგრამ არასოდეს - ექვმიტანილთა დასაპატიმრებლად ან დასაკავებლად. IEEPA-ს საფუძველზე მიღებული ბრძანებების დეტალური აღწერისთვის *ib.* James J. Savage, *Executive Use of the International Emergency Economic Powers Act—Evolution Through the Terrorist and Taliban Sanctions*, CURRENTS: INT'L TRADE L.J., Winter 2001, at 28, 32-37.

¹¹⁵ საუკეთესო ესე NEA-სა და IEEPA-ზე, ისევე, როგორც მათ რეალურ სამყაროში მოქმედებაზე, არის Lobel, *supra* სქოლიო 108. *ib.* ასევე Harold C. Relyea, *Reconsidering the National Emergencies Act: Its Evolution, Implementation, and Deficiencies*, in THE PRESIDENCY AND NATIONAL SECURITY POLICY 274 (R. Gordon Hoxie ed., 1984); Glenn E. Fuller, Note, *The National Emergency Dilemma: Balancing the Executive's Crisis Powers with the Need for Accountability*, 52 S. CAL. L. REV. 1453 (1979).

¹¹⁶ IEEPA აწესებს პროცედურულ მოთხოვნებს, რაც ემატება NEA-ს მიერ დაწესებულ მოთხოვნებს, *ib.* *supra* სქოლიო 113, გარამ, რეალურად, ეს გარანტიები იმაზე უფრო უკეთესი არ არის, ვიდრე ჩანს. პროფესორი ჯულს ლობელი ახასიათებს პრეზიდენტის ანგარიშებს NEA-სა და IEEPA-ს შესაბამისად, როგორც "pro forma" დოკუმენტებს და მიიჩნევს, რომ პრეზიდენტის დეკლარაციები უბრალოდ „მისდევს

„კონგრესის ორივე პალატა უნდა შეიკრიბოს“ ყოველ 6 თვეში, რათა კენჭი ეყაროს საგანგებო მდგომარეობის დასრულებას.¹¹⁷ მაგრამ არც ერთი პალატა არ შეკრებილა ოდესმე ამ საკითხის განსახილველად და მიუხედავად სიტყვა „უნდა“-ს სავალდებულო ძალისა, სასამართლოებმა დაადგინეს, რომ „კონგრესის მიერ კანონის უგულებელყოფისთვის არ არსებობს სამართლებრივი დაცვის საშუალება“.¹¹⁸ მართალია, საგანგებო მდგომარეობის გამოცხადებას ვადა ავტომატურად გასდის 1 წლის შემდეგ,¹¹⁹ არ არსებობს ისეთი რამ, რაც პრეზიდენტს დააბრკოლებდა მისი დაუყოვნებელი გაგრძელებისგან, და ბევრჯერ ეს ასეც მომხდარა.¹²⁰

იმ შემთხვევაშიც კი, თუკი კონგრესი ამ პასუხისმგებლობას სერიოზულად მოეკიდება, NEA მას არ აძლევს ეფექტურ მექანიზმებს ფართო უფლებამოსილებების მქონე პრეზიდენტის გასაკონტროლებლად. როდესაც კანონი თავდაპირველად მიიღეს, კონგრესს ჰქონდა იმის შესაძლებლობა, რომ საგანგებო ვითარება პრეზიდენტის გარეშე დაესრულებინა ორივე პალატის უმრავლესობის მიერ მიღებული თანმხვედრი რეზოლუციის საფუძველზე.¹²¹ მაგრამ, როდესაც უზენაესმა სასამართლომ ასეთი საკანონმდებლო ვეტო არაკონსტიტუციურად ცნო,¹²² კონგრესმა კანონში ცვლილება შეიტანა, რითაც

კანონის ენას და შეიცავს გაფანტულ დეტალებს სავარაუდო საგანგებო მდგომარეობის საფუძვლების შესახებ“. Lobel, *supra* სქოლიო 108, at 1415; იხ. ასევე, *id.* At 1416 („ნაცვლად ერთი გვაროვნული საგანგებო მდგომარეობისა, რომელიც გადაუმონწმებლად რჩება ძალაში, სახეზე გვაქვს რამდენიმე მცირე, მაგრამ არანაკლებ საეჭვო საგანგებო მდგომარეობა, რომელიც რჩება შემონმებისა და კონტროლის გარეშე, და რომლის შესახებაც ვიღებთ ზედაპირულ ანგარიშს.“); Relyea, *supra* სქოლიო 115, at 316 (აღნიშნავს პრეზიდენტ კარტერის მიერ 6-თვიანი შუალედით ანგარიშის წარდგენას ირანის მძევალთა კრიზისის დროს); Note, *The International Emergency Economic Powers Act: A Congressional Attempt To Control Presidential Emergency Power*, 96 HARV. L. REV. 1102, 1118-19 (1983) (ამტკიცებს, რომ IEEPA-ს დებულება კონსულტაციის შესახებ „არსობრივად თხოვნაა და არა - მოთხოვნა“).

¹¹⁷ 50 U.S.C. § 1622.

¹¹⁸ Lobel, *supra* სქოლიო 108, at 1417. როდესაც იგი საოლქო სასამართლოს მოსამართლე იყო, მოსამართლე ბრეიერმა ეს დებულება განმარტა იმგვარად, რომ იგი კონგრესს აძლევდა დისკრეციულ „შესაძლებლობას, ჩაეტარებინა კენჭისყრა ამ საკითხზე.“ *Beacon Prods. Corp. v. Reagan*, 814 F.2d 1, 4-5 (1st Cir. 1987). ამ ნაწილში თავის მნიშვნელოვან გადაწყვეტილებაში, დიფერენციული მიდგომა გამოიჩინა ასევე უზენაესმა სასამართლომ IEEPA-ს შესაბამისად აღმასრულებლის მიერ საგანგებო ძალაუფლების გამოყენებასთან დაკავშირებით. იხ. *Dames & Moore v. Regan*, 453 U.S. 654 (1981). როგორც ჰაროლდ კობი სხნის, „*Dames & Moore*-ში მოსამართლე რენკვისტის მსჯელობის შესაბამისად, სასამართლომ კონგრესის უმოქმედობა ან საკითხთან დაკავშირებულ სფეროში კანონის მიღება შეიძლება მიიჩნიოს აღმასრულებლის სადავო ქმედების დამამტკიცებლად.“ Harold Hongju Koh, *Why the President (Almost) Always Wins in Foreign Affairs: Lessons of the Iran-Contra Affair*, 97 YALE L.J. 1255, 1311 (1988).

¹¹⁹ 50 U.S.C. § 1622(d). საგანგებო მდგომარეობის განსაახლებლად პრეზიდენტს სჭირდება მხოლოდ განცხადების გამოქვეყნება ფედერალურ რეესტრში და კონგრესისთვის შეტყობინება, რომ საგანგებო მდგომარეობა გრძელდება. *Id.*

¹²⁰ იხ. Notice of August 14, 2002, 67 Fed. Reg. 53,721 (Aug. 16, 2002) (continuing the “Emergency Regarding Export Control Regulations”); Notice of July 30, 2002, 67 Fed. Reg. 50,341 (Aug. 1, 2002) (continuing the emergency over Iraq); Notice of June 21, 2002, 67 Fed. Reg. 42,703 (June 25, 2002) (continuing the “Emergency With Respect to the Western Balkans”); Notice of May 16, 2002, 67 Fed. Reg. 35,423 (May 17, 2002) (continuing the emergency with respect to Burma); Notice of January 18, 2002, 67 Fed. Reg. 3033 (Jan. 22, 2002) (continuing the “Emergency Regarding Terrorists Who Threaten To Disrupt the Middle East Peace Process”); Notice of January 3, 2002, 67 Fed. Reg. 637 (Jan. 4, 2002) (continuing the Libyan emergency); Notice of November 9, 2001, 66 Fed. Reg. 56,966 (Nov. 13, 2001) (continuing the twenty-two-year-old national emergency with respect to Iran).

¹²¹ National Emergencies Act of 1976, Pub. L. No. 94-412, § 202, 90 Stat. 1255, 1255-57 (current version at 50 U.S.C. § 1622).

¹²² იხ. *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983).

თანმხვედრის ნაცვლად ერთობლივი რეზოლუციის მიღების საჭიროება გაჩნდა.¹²³ ვინაიდან ასეთი რეზოლუციები პრეზიდენტის ვეტოს ექვემდებარება, ახლა საჭიროა 2/3-ის უმრავლესობა თეთრი სახლის „გარდაუვალი“ ვეტოს დასაძლევად - რაც არასდროს არ მოხდება კრიზისის დროს.¹²⁴ მაშინაც კი, თუკი სასწაული მოხდება, პრეზიდენტს შეეძლება თავისი ერთპიროვნული ძალაუფლების გამოყენება ახალი საგანგებო მდგომარეობის გამოსაცხადებლად იგივე (ან სხვა) საკანონმდებლო საფუძველზე დაყრდნობით.¹²⁵

მიუხედავად მისი სტრუქტურული სისუსტეებისა და არცთუ ისე სახარბიელო მოქმედებისა, NEA გზის გამკვლევ მიღწევად უნდა ჩაითვალოს. წინა თაობის სამუშაოს დამსახურებით, აშშ-ის კანონმდებლობა ამჟამად აღიარებს საგანგებო მდგომარეობის პათოლოგიების გასაკონტროლებლად ჩარჩო კანონის არსებობის საჭიროებას. 21-ე საუკუნის გამოწვევა ჩარჩოს იმგვარად გადახედვაა, რომ მას ამ დიდი ამოცანის შესრულების ნახევარი შესაძლებლობა მაინც ჰქონდეს.

ბ. აზრი თი ექსპერიმენტი

აზრი თი ექსპერიმენტი შესაძლოა დაგვეხმაროს იმ მაღალი ფსონების დასაზუსტებლად, რომლებსაც საქმე ეხება. წარმოიდგინეთ, რომ 1990-იანებში კონგრესმა იცოდა 11 სექტემბრის დადგომის ტრაგიკული შესაძლებლობის შესახებ, და ჰქონდა საკმარისი სიბრძნე და ნებელობა იმისთვის, რომ სამართლებრივი ნიადაგი წინასწარ შეემზადებინა. იფიქრა რა NAE-ს აშკარა ნაკლოვანებებზე, მან მიიღო ჩარჩო კანონი, დაახლოებით, იმ წესებით, როგორც ეს აქაა აღწერილი. როგორ შეიძლება წინდახედულობის ამ ზომას შეეცვალა სამართლებრივი დებატი, რომელიც ამჟამად მიმდინარეობს სასამართლოებში?

განვიხილოთ ცნობილი პადილას საქმე, რომელსაც ახლა განიხილავს უზენაესი სასამართლო.¹²⁶ ხოსე პადილა ამერიკის მოქალაქეა, რომელიც აშშ-ის მთავრობას ტარორისტი ჰგონია და რომლის სისხლის სამართლის მიხედვით გასამართლებაზე იგი უარს ამბობს. პრეზიდენტი ამტკიცებს, რომ მისი, როგორც ქვეყნის მთავარსარდლის უფლებამოსილებები მას აძლევს შესაძლებლობას, პადილა განუსაზღვრელი ვადით ყავდეს სამხედრო ციხეში, როგორც „მტრის კომბატანტი“, მიუხედავად იმისა, რომ იგი არასოდეს ყოფილა უცხო ქვეყნის შეიარაღებული ძალების ნაწილი და არ უომია ბრძოლის ველზე.

¹²³ იხ. Foreign Relations Authorization Act, Fiscal Years 1986 and 1987, Pub. L. No. 99-93, § 801, 99 Stat. 406, 448 (1985) (codified at 50 U.S.C. § 1622).

¹²⁴ იხ. Koh, *supra* სქოლიო 118, at 1303-04 (სადაც იგი ავითარებს მოსაზრებას, რომ ერთობლივი რეზოლუცია „კონგრესისგან გამოითხოვს პოლიტიკური ნების გამოყენებას, რომელიც, ისტორიულად, მას იშვიათად გამოუჩენია“); იხ. ასევე Lobel, *supra* სქოლიო 108, at 1416 (სადაც იგი აღნიშნავს, რომ „ახლა კანონი აწესებს დასრულების პროცედურას, რომელიც, ჩვეულებისამებრ, იარსებებდა, თუკი არ გვექნებოდა NEA“).

¹²⁵ იხ. მაგ., Relyea, *supra* სქოლიო 115, at 315 (სადაც იგი აღნიშნავს, რომ „კონგრესი იძლევა შევიწროების შესაძლებლობას საგანგებო მდგომარეობის განმეორებითა გამოცხადებითაც, ნების იმ შეჯიბრში, სადაც ფსონები ძალიან მაღალია.“).

¹²⁶ იხ. *supra* სქოლიო 5.

ჩემი ჰიპოთეტური ჩარჩო კანონი აზრს გამოაცლიდა პრეზიდენტის ამ მტკიცებულებებს. ცალსახად, პრეზიდენტი და კონგრესი 11 სექტემბერს საგანგებო მდგომარეობის გამოცხადებით უპასუხებდნენ. მაგრამ, ორი წლის შემდეგ, კონგრესი ვალდებული იქნებოდა განმეორებით მოეხდინა საგანგებო მდგომარეობის რეავტორიზაცია 80%-იანი უმრავლესობით, რაც თითქმის შეუძლებელია მეორე სერიოზული თავდასხმის არარსებობის პირობებში.¹²⁷ მართალია, შესაძლოა, სახელმწიფოს პადილა მაინც დაეკავებინა საგანგებო მდგომარეობის დროს, იგი უკვე დიდი ხნის გათავისუფლებული იქნებოდა და კომპენსაციასაც მიღებდა, გარდა ისეთი შემთხვევისა, როდესაც სახელმწიფო მზად იქნებოდა მის მიმართ ბრალდების წაყენებისა. ამ პირობებში, აღიარებდა კი რომელიმე სასამართლო პრეზიდენტის უფლებამოსილებას, პადილა გამოემწყვდიათ სამხედრო ციხეში მისი „მტრის კომბატანტად“ გამოცხადების გამო?

ასეთი საკანონმდებლო ჩარჩოს არსებობის პირობებში საქმე დიდი თავსატეხი არ იქნებოდა. ერთი მხრივ, პრეზიდენტის ხალხი მხარს დაუჭერდა მისი, როგორც პირველი მთავარსარდლის ძალაუფლების რადიკალურ ექსპანსიას დაუსრულებელ „ომში“, რომელშიც კონკრეტული მტერი არ არსებობდა, მეორე მხრივ, პადილას ადვოკატები სასამართლოს მოუწოდებდნენ, რომ დასრულებულიყო კონგრესის მონაპოვრისთვის გვერდის ავლის მცდელობები და კრიზისს დარქმეოდა თავისი სახელი: არა „ომი“, არამედ ზედმიწევნით გაკონტროლებული „საგანგებო მდგომარეობა“. ძალიან რთულია იმის დაჯერება, რომ უზენაესი სასამართლო დიდი ხნით დაფიქრდება მანამ, სანამ შეწყვეტს პრეზიდენტის მცდელობას, გაანადგუროს ჩარჩო კანონის სისრულე, რომელიც პოლიტიკურ შტოებს შორის განგრძობად თანამშრომლობას მოითხოვდა.¹²⁸

მაგრამ ეს აზრითი ექსპერიმენტი განა მხოლოდ განუხორციელებელი ოცნება არ არის? 1970-იანებში ეროვნული საგანგებო მდგომარეობის შესახებ აქტთან დაკავშირებით ბრძოლისას, აღმასრულებელმა და კონგრესში მისმა მხარდამჭერებმა შეძლეს, დაებლოკათ პრეზიდენტის ერთპიროვნული საგანგებო ძალაუფლების შემღუდვის ნებისმიერი მცდელობა.¹²⁹ რატომ უნდა ვივარაუდოთ, რომ მომდევნო პრეზიდენტები ითანამ-

¹²⁷ 107-ე მოწვევის კონგრესის ლიბერტიანული მიდრეკილებების შესახებ, იხ. *supra* სქოლიო 46.

¹²⁸ სასამართლოს რეაქცია პრეზიდენტის უნილატერალიზმზე განთქმულად კომპლექსურია. *Cf. Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952) (სადაც მან გააუქმა პრეზიდენტ ტრუმანის მიერ ფოლადის ქარხნების ჩამორთმევა) *with Goldwater v. Carter*, 444 U.S. 996 (1979) (plurality opinion) (სადაც მან პრეზიდენტ ტრუმანის მიერ ხელშეკრულების შეწყვეტა „პოლიტიკურ საკითხად“ გამოაცხადა). *Goldwater*-შიც კი უმრავლესობის გადაწყვეტილებამ მხარი არ დაუჭირა პრეზიდენტის ერთპიროვნულ ქმედებას მაგრამ საკითხი გადასაწყვეტად გადასცა „აღმასრულებელ და საკანონმდებლო შტოებს“. *Id.* at 1003 (რენკვისტის თანმხვედრი აზრი). თუკი ხელისუფლების შტოები ამ საკითხს ჩარჩო კანონმდებლობით გადაწყვეტდნენ, ნაკლები ეჭვი დარჩებოდა იმასთან დაკავშირებით, თუ რამდენად შეეძლებოდა სასამართლოს მომავალი პრეზიდენტებისთვის პასუხისმგებლობის დაკისრება პირობების შეუსრულებლობისთვის. *Cf. Neal K. Katyal & Laurence H. Tribe, Waging War, Deciding Guilt: Trying the Military Tribunals*, 111 *YALE L.J.* 1259, 1267 (2002) („მოთხოვნა, რომ აღმასრულებელმა ხელისუფლებამ კონგრესი უნდა დაარწმუნოს თავისუფლების შემზღუდველი ზომების აუცილებლობაში, ასუსტებს აღმასრულებლის მიდრეკილებას, რომ ასეთი ზომები ცხადი საჭიროების გარეშე გამოიყენოს. კონგრესის ფორმალური ჩართულობა, ერთობლივი რეზოლუციის ან კანონპროექტის გზით, არის სულ მცირე, რასაც, ჩვეულებისამებრ, ვითხოვთ ხოლმე გამჭვირვალობის უზრუნველსაყოფად და იმ პერსპექტივისა და სიბრძნისთვის, რომელიც საჭიროა იმ ზომების ავტორიზაციისთვის, რომლებიც შესაძლოა, - მაგრამ არა აუცილებლად, - არაკონსტიტუციური იყოს ასეთი ჩართულობის გარეშე“).

¹²⁹ იხ. *Relyea, supra* სქოლიო 115, at 309 („მართალია, პალატაში იყო მცდელობა, რომ განსაზღვრულიყო ფაქტორები, რომლებიც ჩაითვლებოდა „ეროვნულ საგანგებო მდგომარეობად“, მაგრამ

შრომლებენ ისეთი კანონმდებლობის ამოქმედების პროცესში, რომელიც ამ მისწრაფებებს ცხადად გააქრობდა?

იმიტომ, რომ პრეზიდენტის უფლებამოსილებები ისეთი აღარაა, როგორც იყო. ცივი ომის პირველ დღეებში კონგრესი მეტად მფლანგველი აღმოჩნდა, როდესაც იგი გაცემდა პრეზიდენტის უფლებამოსილებას, დაეკავებინა და დაეპატიმრებინა ეჭვმიტანილები.¹³⁰ მაგრამ ეს დებულებები უკვე 30 წლის წინ გადაიხედა, რის შედეგადაც პრეზიდენტ ბუშს 11 სექტემბრის შემდეგ ცარიელი საკანონმდებლო კარადა დახვდა.¹³¹ სწორედ ამიტომ იგი იძულებული, მოიხმოს საკუთარი კონსტიტუციური უფლებამოსილება უმაღლესი მთავარსარდლისა, რათა გაამართლოს პადილასა და ამერიკის სხვა მოქალაქეების ექსტრადინალური დაკავება. თუკი უზენაესი სასამართლო ამ ექსტრემალურ მტკიცებებს უარყოფს, პრეზიდენტს ცოტა გზა დარჩება, გარდა იმისა, რომ კონგრესს მიმართოს შესაბამისი უფლებამოსილების მოსაპოვებლად.¹³²

შესწორება არ შესულა ძალაში იმის გამო, რომ იგი მეტისმეტად შეზღუდავდა იმ სიტუაციებს, როდესაც პრეზიდენტს შეეძლებოდა საგანგებო მდგომარეობის გამოყენება და სხვაგვარადაც შეზღუდავდა მის მოქნილობას, სპონტანურად ეპასუხა კრიზისული მდგომარეობისთვის."); იხ. ასევე, 121 CONG. REC. 27,641-45 (1975) (რომელიც აღწერს იმ შესწორების უკუგდებას, რომელიც დაადგინდა კონგრესის მხრიდან დამადასტურებელი მოქმედების მოთხოვნას საგანგებო მდგომარეობის 30 დღით გასახანგრძლივებლად თანმხვედრი რეზოლუციით); Fuller, *supra* სქოლიო 115, at 1469 (აღნიშნავს უარყოფას იმ მოთხოვნისა, რომ პრეზიდენტს კონგრესთან გაეგლო კონსულტაცია NEA-ს აქტივაციამდე.).

¹³⁰ იხ. მაგ., Emergency Detention Act of 1950, Pub. L. No. 81-831, tit. II, § 102, 64 Stat. 1019, 1021 (repealed 1971).

¹³¹ იხ. Padilla v. Rumsfeld, 352 F.3d 695, 718-24 (2d Cir. 2003) (სადაც გაანალიზებულია მოქმედი საკანონმდებლო საფუძვლები პრეზიდენტის გამარტივებული წესით დაკავების უფლებამოსილებასთან დაკავშირებით), *cert. granted*, No. 03-1027, 2004 WL 95802 (U.S. Feb. 20, 2004); Stephen I. Vladeck, Note, *The Detention Power*, 22 YALE L. & POL'Y REV. 153 (2004) (მიმოიხილავს პრეზიდენტის უფლებამოსილებას, დააკავოს აშშ-ის მოქალაქეები და ასკვნის, რომ არც ერთი კანონი არ აკმაყოფილებს საკანონმდებლო ავტორიზაციის მოთხოვნას პადილასა და ისერ ესამ ჰამდის დაკავებისთვის); იხ. ასევე *Developments in the Law—The National Security Interest and Civil Liberties*, 85 HARV. L. REV. 1130, 1317 n.133 (1972) („[საგანგებო დაკავების შესახებ] აქტის გადასინჯვით, კონგრესმა სცადა გამოესწორებინა აღმასრულებლის მიერ კონგრესის ავტორიზაციის გარეშე დისკრეციული დაკავების პრობლემის გამოსწორება.“).

¹³² პრინციპში, ჩარჩო კანონმდებლობა უნდა გავრცელდეს არა მხოლოდ მოქალაქეებზე, არამედ ნებისმიერ კანონიერ ბინადარზე. აღმასრულებლის ნებელობა, რომ მიიღოს ასეთი ფართო გავრცელების მქონე კანონი დამოკიდებული იქნება სასამართლოს ნებაზე, დაიცვას უცხო ქვეყნის მოქალაქე აშშ-ის ბინადარი პირები პრეზიდენტის უნილატერალიზმისგან. თუმცა, ამჟამად, დაბალი ინსტანციის სასამართლოს გადაწყვეტილებები გვაჩვენებს ჩვეულებრივ კომბინაციას საგანგებო ძალაუფლების გამოყენებასთან დაკავშირებით აღმასრულებლის პრეტენზიებისადმი დათმობისა და წინააღმდეგობისა. Cf. მაგ, Hamdi v. Rumsfeld, 316 F.3d 450 (4th Cir. 2003) (რომელიც წარმოადგენს დიფერენციას პრეზიდენტისადმი ამერიკის მოქალაქეებთან დაკავშირებით, რომლებიც, სავარაუდოდ, აღმოჩენილ იქნენ ავღანეთში, პოლიგონზე ან მის მიმდებარედ), *cert. granted*, 124 S. Ct. 981 (2004) (No. 03-6696), *Ctr. for Nat'l Sec. Studies v. U.S. Dep't of Justice*, 331 F.3d 918 (D.C. Cir. 2003) (სადაც დარღვევად არ იქნა მიჩნეული იუსტიციის დეპარტამენტის (სამინისტროს) გადაწყვეტილება, არ გაემხილათ ძირითადი ინფორმაცია იმ პირებთან დაკავშირებით, რომლებიც დააკავეს 11 სექტემბრის შემდგომი გამოძიებების საფუძველზე), *cert. denied*, 72 U.S.L.W. 3446 (U.S. Jan. 12, 2004), *Al Odah v. United States*, 321 F.3d 1134 (D.C. Cir.) (სადაც უარი თქვა გუანტანამოს ყურეს საზღვაო ბაზაზე დაკავებულ პირთა საჩივრებზე ფედერალურ *habeas corpus* იურისდიქციაზე), *cert. granted*, 124 S. Ct. 534 (2003) (Nos. 03-334, 03-343), და *Gherebi v. Bush*, 262 F. Supp. 2d 1064 (C.D. Cal. 2003) (same), *with Padilla*, 352 F.3d 695 (უარყოფილ იქნა პრეზიდენტის ერთპიროვნულ ძალაუფლებაზე, დააკავოს აშშ-ის მოქალაქეები, როგორც მტრის მებრძოლები) და *Gherebi v. Bush*, 352 F.3d 1278 (9th Cir. 2003) (სასამართლომ დაადგინა *habeas corpus* იურისდიქცია გუანტანამოს ყურეს საზღვაო ბაზაში დაკავებულ პირთა საჩივრებთან დაკავშირებით).

შესაბამისად, ახალი ჩარჩო კანონი არ ყოფილა აუსრულებელი ოცნება. დეტალებზე მუშაობა მრავალი რთული და ტრაგიკული არჩევანის გაკეთებას მოითხოვს. დიდი გარეგნების მოცულობითი პირობები საკმარისად ცხადი უნდა იყოს: პრეზიდენტს ეძლევა პრევენციული დაკავების განხორციელების შეზღუდული უფლებამოსილებები, მაგრამ მხოლოდ საკვანძო პოლიტიკური, ეკონომიკური და იურიდიული გარანტიების სანაცვლოდ, რაც საგანგებო ძალაუფლების ნორმალიზაციას დააბრკოლებს. ასეთი ჩარჩოს ამოქმედება იქნება მოღუშული მომენტი რესპუბლიკის ისტორიაში, მაგრამ, ასევე, ის მომენტი, რომელიც ფუძემდებლური იქნება ჩვენი ფუნდამენტური უფლებების შენარჩუნებისთვის.

ბ. კონსტიტუციური კითხვები

ასეთი კომპრომისი გონივრული რომც ყოფილიყო, იქნებოდა კი იგი კონსტიტუციური? არსებული ჩარჩო კანონმდებლობა არ წარმოშობს სერიოზულ პრობლემებს, მაგრამ ეს ასე მხოლოდ იმიტომ, რომ NEA ასეთი არაამბიციურია. ამისგან განსხვავებით, კომპრომისი, რომელსაც ჩარჩო საჭიროებს, მეტად ფუნდამენტურ საკითხებს წამოჭრის. ერთი მხრივ, ჩემი შემოთავაზება ითვალისწინებს *habeas corpus*-ის შეჩერებას შეზღუდულ ფარგლებში. შესაბამისად, უდანაშაულო პირები შესაძლოა, დაკავებულნი იყვნენ 45-დან 60-მდე დღის განმავლობაში ეფექტური სამართლებრივი დაცვის გარეშე.¹³³ მეორე მხრივ, ჩემი სუპერმაჟორიტარიანული ესკალატორი მოითხოვს იმ ფარგლების შეფასებას, რომელშიც კონსტიტუცია კონგრესს აძლევს შესაძლებლობას, შეცვალოს საკანონმდებლო თამაშის წესები. ეს ორი საკითხი ზედაპირზე ძალიან განსხვავებული ჩანს, მაგრამ გარეგნობა მატყუარაა. კავშირის დეტალურად განხილვამდე, უმჯობესი იქნება თითოეული მათგანის ცალ-ცალკე განხილვა.

1. Habeas Corpus-ის შეჩერება

კონსტიტუცია ითვალისწინებს *habeas corpus*-ის შეჩერებას „აჯანყების ანდა შემოსევის დროს, [როდესაც] საჯარო უსაფრთხოება ამას მოითხოვს“.¹³⁴ ისტორია ამ ფრაზის მიღმა არც ისე ბევრის მთქმელია. როდესაც ჩარლზ კოუტსვორტ პინკიმ კონსტიტუციურ კონვენციაზე წამოჭრა შეჩერების პრობლემა, მისი შემოთავაზება იყო, რომ იგი „არ უნდა შეჩერებულიყო გარდა ყველაზე სასწრაფო სიტუაციებისა და ისიც - მხოლოდ შეზღუდული დროით, არა უმეტეს 12 თვისა“.¹³⁵ სწორედ ამან შთააგონა გუბერნატორ

დაბალი ინსტანციის სასამართლოების გაფანტული გადაწყვეტილებები მეტად არასაიმედო განმსაზღვრელია უზენაესი სასამართლოს სასიცოცხლოდ მნიშვნელოვანი გადაწყვეტილებებისა, რომლებიც გადამწყვეტად ჩამოაყალიბებენ ჩვენს იურისპრუდენციას.

¹³³ მირჩევნია შეჩერების საკითხს პირდაპირ შევხებო, ვიდრე არსებული დოქტრინა გავამრუდო იმის მტკიცებით, რომ პრევენციულმა დაკავებამ შემოწმება უნდა გაიაროს რაიმე ანტიკური დოქტრინების შესაბამისად, რომლებიც უკვე წარსულს ჩაბარდა.

¹³⁴ U.S. CONST. art. I, § 9, cl. 2.

¹³⁵ ასე იყო დებულება ჩამოყალიბებული, როდესაც მოხდა მისი განხილვა 1787 წლის 28 აგვისტოს. იხ. James Madison, Journal (Aug. 28, 1787) [შემდგომში Madison, August 28 Journal], reprinted in 2 THE RECORDS OF THE FEDERAL CONVENTION OF 1787, at 437, 438 (Max Farrand ed., rev. ed. 1966) [შემდგომში CONVENTION RECORDS]. პინკიმ საკითხი პირველად 20 აგვისტოს წამოჭრა, როდესაც მისი შემოთავაზება მეტად განსხვავებული იყო და რომელიც ითვალისწინებდა, რომ „*habeas corpus* [...] პრივილეგია და ბენეფიციები არ უნდა შეჩერდეს ლეგისლატურის მიერ, გარდა ისეთი შემთხვევებისა,

მორისის ის ფორმულაცია, რომელიც საბოლოოდ დამკვიდრდა ტექსტში.¹³⁶ მორისის წინადადებაში დაკონკრეტებული იყო „სასწრაფო სიტუაციების“ ცნება,¹³⁷ რაც შემოიფარგლა „აჯანყებით ან შემოსევით,“¹³⁸ მაგრამ არ აუსახავს პინკის 12-თვიანი ვადა. მედისონის ჩანაწერები ვერ ხსნის, თუ რატომ არ შეიტანა იგი მორისონმა დებულებაში და არც ისაა ნათელი, თუ რამდენად განიხილეს ეს საკითხი კონვენციაზე. ეს მთლიანი საკითხი გვიანდელ ეტაპზე წამოიჭრა და მას არ მოჰყრობიან ისე სერიოზულად, როგორც იმსახურებდა.¹³⁹

ეს დეფექტი არც რატიფიკაციის პროცესში მიმდინარე დებატების დროს გამოსწორდა. ზოგადად რომ ვთქვათ, ამ დებულებამ სერიოზული დებატი მხოლოდ ფედერალიზმთან დაკავშირებით გამოიწვია: ვინაიდან ცალკეულ შტატებს ჰქონდათ *habeas corpus*-ის შეჩერების უფლებამოსილება, იყო თუ არა საჭირო მსგავსი უფლებამოსილების ფედერალური მთავრობისთვის მინიჭება?¹⁴⁰ ამ საკითხის გამო კრიტიკიკების

როდესაც არსებობს სასწრაფო საკითხი, რომელიც მყისიერ რეაქციას საჭიროებს და არა უმეტეს [] თვის ვადით“. James Madison, Journal (Aug. 20, 1787), *reprinted in 2 CONVENTION RECORDS, supra*, at 340, 341.

პინკიმ თავისი წინადადება შეასწორა 28 აგვისტომდე. რაც ყველაზე მეტად აღსანიშნავია, მან ამოიღო სიტყვები „კანონმდებლის მიერ“ და „რომელიც მყისიერ რეაქციას საჭიროებს“ და თვეების რაოდენობაში მიუთითა 12.

¹³⁶ Madison, August 28 Journal, *supra* სქოლიო 135, *reprinted in 2 CONVENTION RECORDS, supra* სქოლიო 135, at 438-39.

¹³⁷ *Id.*, *reprinted in 2 CONVENTION RECORDS, supra* სქოლიო 135, at 438.

¹³⁸ იქვე.

¹³⁹ იხ. Francis Paschal, *The Constitution and Habeas Corpus*, 1970 DUKE L.J. 605, 610

(„ეს ჩანაწერები [მედისონის ჩანაწერები კონსტიტუციური კონვენციიდან] აშკარად არასრულია, მაგრამ ეს ის არის, რაც გვაქვს.“). სამწუხაროდ, პასკალი ზედმეტად მკითხაობს, როდესაც იგი განმარტავს კონვენციის მიერ მორისის ტექსტის როგორც პინკის დასრულების (sunset) იდეის უარყოფის გათვითცნობიერებულ მიღებას. იხ.

id. at 610-13. ჩანაწერი არაფერს ამბობს და არასოდეს გვეცოდინება ის, თუ რამდენად იყო პინკის იდეის იგნორირება იმის შედეგი, რომ კონვენციამ უფრო სხვა - მეტად საჭირო საკითხების განხილვა არჩია.

¹⁴⁰ კონსტიტუციურ კონვენციამდე თითოეულ შტატს ჰქონდა დადგენილი *habeas corpus*-ი. იხ. William F. Duker, *A Constitutional History of Habeas Corpus* 115 (1980), და უკვე არსებობდა შტატების მიერ ომის დროს მისი შეჩერების პრეცედენტები, *id.* at 142. კონვენციაზე ჯონ რუთლეჯი იცავდა პოზიციას, რომ შეჩერების ფედერალური უფლებამოსილება არ იყო საჭირო. მას არ ჰქონდა „წარმოდგენილი, რომ საჭირო იქნებოდა *habeas corpus*-ის ყველა შტატის მიერ ერთდროულად შეჩერება.“ Madison, August 28 Journal, *supra* სქოლიო 135, *reprinted in 2 CONVENTION RECORDS, supra* სქოლიო 135, at 438. ანტიფედერალისტები აგრძელებდნენ ამ არგუმენტის მხარდაჭერას რატიფიკაციასთან დაკავშირებულ დებატებზე:

ვინაიდან შტატებს აქვთ *habeas corpus*-ის შეჩერების უფლებამოსილება, არ არსებობს მიზეზი, რატომაც ამ ძალაუფლებას ფედერალურ მთავრობას მივანიჭებდით, ვინაიდან, თუკი შტატი, რომლის წინააღმდეგაც შემოსევა ხორციელდება, ამ უფლებამოსილებას ისედაც გამოიყენებს, როდესაც მისი უსაფრთხოებისათვის ეს საჭირო გახდება.

Luther Martin, *The Genuine Information, Delivered to the Legislature of the State of Maryland, Relative to the Proceedings of the General Convention, Held at Philadelphia (1787)*, *reprinted in 3 CONVENTION RECORDS, supra* სქოლიო 135, at 172, 213.

ანტიფედერალისტებს ორი რამ აწუხებდათ. პირველი, ის, რომ დებულება ფედერალურ მთავრობას შტატების ოპრესიის შესაძლებლობას მისცემდა. იხ. მაგ., *Essay by Montezuma*, INDEP. GAZETTEER, Oct. 17, 1787, at 3, *reprinted in 3 THE COMPLETE ANTI-FEDERALIST* 53 (Herbert J. Storing ed., 1981); Letter from Thomas Jefferson to James Madison (Dec. 20, 1787), *reprinted in 8 THE DOCUMENTARY HISTORY OF THE RATIFICATION OF THE CONSTITUTION* 249 (John P. Kaminski & Gaspare J. Saladino eds., 1981) [შემდგომში DOCUMENTARY HISTORY]; Martin, *supra*, *reprinted in 3 CONVENTION RECORDS, supra* სქოლიო 135; Letter from Louis Guillaume Otto to Comte de Montmorin (Oct. 20, 1787), *reprinted in 13 DOCUMENTARY HISTORY, supra*, at 422. მეორე, რომ კონსტიტუცია ფედერალურ მთავრობას არ ანიჭებდა *habeas corpus*-ის გაცემის უფლებამოსილებას. შედეგად, ანტიფედერალისტები შიშობდნენ, რომ შეჩერების შესახებ დებულება შესაძლოა გამოიყენებულიყო იმგვარი განმარტებისთვის,

პრობლემა გვერდზე გადაიდო. რომც არსებულებო სერიოზული დებატები „აჯანყების“ ან „შემოსევის“ განმარტებასთან დაკავშირებით, იგი ისტორიაში ჩაიკარგებოდა. მიუხედავად ამისა, ჩანაწერებში მოიძებნება ერთი გემრიელი ლუკმა: ნიუ-იორკის შტატის კონვენცია, ისევე როგორც მისი წინადადება დამატებითი შესწორებების შესახებ, დებულებაში გვთავაზობდა ექვს-თვიან ჩანაწერს დასრულებასთან დაკავშირებით.¹⁴¹ ეს უესტი ბუნდოვნად წამახალისებელია ჩემი საკუთარი დებულებებისთვის დასრულების შესახებ, მაგრამ ისტორიული ფრაგმენტები უბრალოდ არ ამყარებს მტკიცე წინადადებებს დამფუძნებელთა განზრახვის შესახებ.

ტექსტზე დაფიქრება უფრო პროდუქტიულია. დავიწყით „შემოსევის“ კონსტიტუციური კონცეპტით. ტექსტი არ საუბრობს ისეთ სამართლებრივ კატეგორიაზე, როგორცაა „ომი“, მაგრამ მიემართება ერთ კონკრეტულ პრაქტიკულ პრობლემას: თუკი შემომსევლები ეჭვქვეშ დააყენებენ მთავრობის უნარს, შეინარჩუნოს წესრიგი, *habeas corpus*-ის შეჩერება მხოლოდ მაშინაა გამართლებული, როდესაც ამას „საჯარო უსაფრთხოება მოითხოვს“. ეფექტური სუვერენიტეტის სწორედ ეს გამოწვევაა ის, რაც კონსტიტუციურ სიტუაციას საგამონაკლისოს ხდის.

ეს არის სწორედ ის სივრცე, რომლის დაკავებაც ჩემს შემოთავაზებას სურს. 11 სექტემბრის მსგავსი მოვლენები განსხვავებული იმითაა, რომ ისინი არყვევენ მოქალაქეთა ნდობას იმაში, რომ სუვერენს ძალუძს საკუთარი საზღვრების დაცვა და ჩემი შემოთავაზება შექმნილია იმისთვის, რომ პასუხი გაცეს იმ პანიკას, რომელიც გარდაუვლად წარმოიქმნება. ინსტრუმენტულ დონეზე სტატუტი ახდენს იმ დრაგნეტების ავტორიზაციას, რომელთა მიზანიცაა საკვანძო მოქმედი პირების ჩამოშორება და, შესაბამისად, შემდგომი „შემოსევის“ თავიდან აცილება. სიმბოლურ დონეზე იგი არწმუნებს მოქალაქეებს იმაში, რომ იდგმება ეფექტური ნაბიჯები შემოსევასთან გასამკლავებლად.

მაგრამ ეს რაციონალე მხოლოდ 11 სექტემბრისნაირ ტერორისტულ თავდასხმებზე ვრცელდება, რომელიც გულისხმობს შემოსევას საზღვარგარეთიდან. სამომავლო შემთხვევებმა შესაძლოა მოგვთხოვოს „აჯანყების“ კონცეპტზე დაფიქრება და იმაზე, თუ როგორც განსხვავდება იგი ბუნტისა და მასობრივი არეულობებისგან. უმნიშვნელოვანესი განზომილება პოლიტიკური გათვითცნობიერებაა. როდესაც ბრბო გაუკონტროლებელი ხდება და ძარცვა-გლეჯასა და განადგურებას იწყებს. ამან შესაძლოა დიდი

თითქოს, კონსტიტუცია ჩამოთვლილი უფლებამოსილებების გარდა ითვალისწინებდა ნავულისხმევ ძალაუფლებასაც. იხ. მაგ., Letter from Brutus to New York Journal (Nov. 1, 1787), *reprinted in* 13 DOCUMENTARY HISTORY, *supra*, at 528; George Clinton, Remarks at the New York Ratifying Convention (June 27, 1788), *reprinted in* 6 THE COMPLETE ANTI-FEDERALIST, *supra*, at 179; William Grayson, Remarks at the Virginia Ratifying Convention (June 16, 1788), *reprinted in* 10 DOCUMENTARY HISTORY, *supra*, at 1332; John Smilie, Remarks at the Pennsylvania Ratifying Convention (Nov. 28, 1787), *reprinted in* 2 DOCUMENTARY HISTORY, *supra*, at 392 (Merrill Jensen ed., 1976).

¹⁴¹ იხ. *The Recommendatory Amendments of the Convention of This State to the New Constitution*, COUNTRY J. & POUGHKEEPSIE ADVERTISER, Aug. 12, 1788, at 1, *reprinted in* 18 DOCUMENTARY HISTORY, *supra* სქოლიო 140, at 301, 302 („Habeas Corpus პრივილეგია არც ერთი კანონის საფუძველზე არ უნდა შეჩერდეს 6 თვეზე მეტი ვადით ან უფრო ადრე, ვიდრე გავა 20 დღე კონგრესის შეკრებიდან, რომელსაც მოჰყვება მისი შეჩერების შესახებ აქტის მიღება.“). ეს შესწორება იყო ნაწილი ნიუ-იორკის შტატის რატიფიკაციის პაკეტისა. იხ. 18 DOCUMENTARY HISTORY, *supra* სქოლიო 140, at 294-97.

ზიანი და შფოთი გამოიწვიოს, მაგრამ იგი არ გაუტოლდება აჯანყებას გარდა ისეთი შემთხვევებისა, როდესაც ამ ბრბოს ლიდერები არსებულ სისტემაში პოლიტიკურ ლეგიტიმაციას დააყენებენ ეჭვქვეშ. სწორედ ეს არის ტიპური ტერორისტული თავდასხმის განმსაზღვრელიც: დაჯგუფება არა მხოლოდ თავს ესხმის უდანაშაულო სამოქალაქო პირებს, არამედ „საკუთარ თავზე იღებს“ თავდასხმას და მას ამართლებს მმართველი ძალაუფლების ძაგებით.

ეს განასხვავებს ტერორიზმს ბრბოს ძალადობაზე, მაგრამ იქნებ „აჯანყებას“ რაიმე უფრო დაწვრილებითი სჭირდება? იქნებ იგი გულისხმობს, რომ ჯგუფმა ალტერნატიული მთავრობა უნდა შექნას და თავისი ლეგიტიმური ავტორიტეტი განაცხადოს?

დებულების ისტორია ასეთ ვიწრო განმარტებას არ უჭერს მხარს. ამის საკვანძო პრეცედენტი პრეზიდენტ გრანტის მიერ *habeas corpus*-ის შეჩერებაა, რაც მან კუ კლუქს კლანის მხარდამჭერების ჩასახშობად გამოიყენა ომის შემდგომ სამხრეთში. კონგრესმა პრეზიდენტს მისი შეჩერების უფლებამოსილება მისცა, მაგრამ არ მოუთხოვია იმის მტკიცება, რომ კლანი მთავრობის გადაგდებას, ან ახალი მთავრობის ჩამოყალიბებას ცდილობდა. კანონისმიერი განმარტების თანახმად, აჯანყებისთვის საკმარისი იყო იმის ჩვენება, რომ კლანი იყო „ორგანიზებული და შეიარაღებული და საკმარისად მრავალრიცხოვანი, დ ძლიერი იმისათვის, რომ ძალადობრივად შეძლებოდა შტატის კონსტიტუციური ავტორიტეტების გადადგება ან დაუმორჩილებლობა“.¹⁴² რეკონსტრუქციის ერის დროინდელი ეს ფორმულა ასახავს თანამედროვე ტერორიზმის მიზნებს წარმოდგენილი სიზუსტით: მთავარი არსი შესაბამისი უფლებამოსილი პირების დაუმორჩილებლობაა.

¹⁴² Act of Apr. 20, 1871, ch. 22, § 4, 17 Stat. 13, 14 (ხაზგასმა ავტორისა). აქტი ასევე შეიცავდა დათქმას, რომ „ამ სექციის დებულებები ძალაში არ უნდა იყოს კონგრესის შემდეგი რეგულარული სესიის დასრულებამდე“. *Id.*, 17 Stat. at 15. კუ კლუქს კლანი შეიძლება განვიხილოთ თანამედროვე ტერორისტული დაჯგუფებების პროტოტიპად. მართალია, იგი სახელმწიფოს ძალაუფლებას ეჭვის ქვეშ აყენებდა, მაგრამ მას არასოდეს უცდია ალტერნატიული მთავრობის შექმნა ან საკუთარი თავის სამხრეთის ლეგიტიმურ კომპეტენტურ ავტორიტეტად გამოცხადება. ნაცვლად ამისა, კლანი თავის ქმედებებს ამართლებდა როგორც მცდელობას, დაეცვა, მათი თქმით, სუსტი და დაუცველი კლასი დაჩაგრული სამხრეთელი თეთრკანიანებისა. 1870-იანების დასაწყისიდან, კონგრესმა მიიღო რიგი ალსულების აქტებისა, რომლებიც პრეზიდენტს აძლევდა *habeas corpus*-ის შეჩერების ავტორიზაციას და, ასევე, შეიარაღებული და საზღვაო ძალების გამოყენების ავტორიზაციას საშიში და უკანონო გაერთიანებისა და დაჯგუფებების ჩასახშობად. პრეზიდენტმა გრანტმა ალსულების აქტები გამოიყენა ორმოციოდე ოლქში საომარი მდგომარეობის გამოსაცხადებლად. 1871 წელს გრანტმა *habeas corpus*-ი შეაჩერა სამხრეთ კაროლინის ნაწილებში. ასობთ ადამიანი გაასამართლეს და დამნაშავედ ცნეს ალსულების აქტების შესაბამისად. იხ. WILLIAM L. RICHTER, *THE ABC-CLIO COMPANION TO AMERICAN RECONSTRUCTION, 1862-1877*, at 198 (1996).

Habeas corpus-ის შეჩერებით, პრეზიდენტი გრანტი არ ამტკიცებდა, რომ კლანი სამხრეთის მთავრობების გადაგდებას აპირებდა, მაგრამ ისარგებლა „აჯანყების“ ფართო ინტერპრეტაციით, რომელიც ავტორიზაციის მიმნიჭებელმა კანონმა დაადგინა: „როდესაც ასეთი გაერთიანებები და კონსპირაციები ასე აბრკოლებენ და აფერხებენ [შტატებისა] და აშშ-ის კანონების აღსრულებას [...] და არიან ორგანიზებულნი და შეიარაღებულნი, იმდენად მრავალრიცხოვანნი, რომ შეძლონ ძალადობით გადაადგონ ან დაუმორჩილებლობა გამოუცხადონ [შტატების] ან აშშ-ის კონსტიტუციურ ორგანოებს. Ulysses S. Grant, A Proclamation (Oct. 17, 1871), reprinted in 7 A COMPILATION OF THE MESSAGES AND PAPERS OF THE PRESIDENTS 1789-1897, at 136, 136 (James D. Richardson ed., Washington, Gov't Printing Office 1896-1899) (emphases added). გრანტმა განაგრძო:

ვინაიდან ასეთი უკანონო გაერთიანებები და კონსპირაციები ზემოაღნიშნული მიზნებისთვის კონგრესის მიერ სახელმწიფოს წინააღმდეგ აჯანყებად იქნენ მიჩნეული, მე, ულისე ს. გრანტი, ვაცხადებ, რომ, ჩემი აზრით, საჯარო უსაფრთხოება განსაკუთრებით მოითხოვს *habeas corpus*-ის შეჩერებას, რათა შესაძლებელი იყოს ასეთი აჯანყების ჩახშობა.

Id. at 137.

გარდაუვალია ზღვრის გავლების პრობლემა: რამდენად მასშტაბური თავდასხმაა საჭირო შეჩერების კონსტიტუციური სტანდარტის დასაკმაყოფილებლად? „შემოსევად“ დაკვალიფიცირებისათვის რამდენი მტკიცებულებაა საჭირო გარეგანი ჩარევის დასამტკიცებლად? იმისათვის, რომ შემთხვევა „აჯანყებად“ ჩაითვალოს, რამდენად ბევრი მტკიცებულებაა საჭირო პოლიტიკური დაუმორჩილებლობის სადემონსტრაციოდ? მართალია, კონგრესს სამოქმედო სივრცე უნდა მივცეთ, მაგრამ ჩარჩო კანონმდებლობამ ასეთ საკითხებზე გადაწყვეტილების საბოლოო მიმღებად უზენაესი სასამართლო უნდა განსაზღვროს.¹⁴³ ამასთან, ნაცრისფერი ზონის არსებობა არ უნდა დავივიწყოთ მაშინ, როდესაც მივუბრუნდებით ტრაგიკულ კომპრომისთან დაკავშირებით, ჩემს შემოთავაზებაში არსებულ მეორე დიდ კონსტიტუციურ გამოწვევას: საგანგებო კონდიციების შესანარჩუნებლად საჭირო საკანონმდებლო უმრავლესობის ფაზობრივი ესკალაციის კონსტრუქცია.

2. სუპერუმრავლესობა?

ჩემი შემოთავაზების პრობლემური ასპექტების განხილვამდე, განვიხილოთ ის ნაწილები, რომლებიც არაა პრობლემური: კონგრესი იღებს დასრულებასთან დაკავშირებით დებულებებს მრავალ საკითხზე და მომავალ კანონმდებლებს სთხოვს პრობლემის გადაჭრის საკანონმდებლო გზების სრულ გადააზრებას. ჩემი ჩარჩო კანონი ახალს არაფერს ადგენს იმით, რომ იგივე ტექნიკას ავრცელებს საგანგებო მდგომარეობის კონტექსტზე. თუკი კონგრესს 4 წლის შემდეგ შეეძლება USA PATRIOT აქტის საკვანძო დებულებების გაუქმება,¹⁴⁴ მას ავტომატურად შეეძლება საგანგებო კანონმდებლობის დასრულება 2 თვის შემდეგ. ერთადერთი სერიოზული კონსტიტუციური კითხვა არის ის, თუ რამდენად შეუძლია ჩარჩო კანონს, დაიჟინოს იმაზე, რომ შემდგომ გახანგრძლივებას მზარდი სუპერუმრავლესობები დასჭირდება.

პასუხი ჩვენგან მოითხოვს ტექსტის დიადი მდუმარების ინტერპრეტაციას. როგორც ბრიტანული, ისე კოლონიალური კანონმდებლები იყენებდნენ უბრალო უმრავლესობას, როდესაც კანონებს იღებდნენ და დამფუძნებლებმა აშკარად ივარაუდეს, რომ მაჟორიტარიანობაში განაგრძობდა არსებობას როგორც საბაზისო ოპერაციული ტესტი. მაგრამ მათ ტექსტში ამას ექსპლიციტურად არაფერი მოითხოვს და კარგადაა ცნობილი, რომ კონსტიტუცია რამდენიმე სუპერმაჟორიტარიანულ დებულებას შეიცავს, რომელიც კონკრეტულ გარემოებებზეა მორგებული.¹⁴⁵ კითხვა იმაშია, თუ რამდენადაა ეს ჩამონათ-

¹⁴³ გონივრულია, სასამართლოსგან იმას ველოდეთ, რომ იგი ცოტა ხნით შეჩერდება, სანამ ამაზე საბოლოო გადაწყვეტილებას მიიღებს. იხ. *supra* სექცია VII.ა.

¹⁴⁴ იხ. *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required To Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT) Act of 2001*, Pub. L. No. 107-56, § 224, 115 Stat. 272, 295.

¹⁴⁵ ორიგინალური კონსტიტუციის ტექსტი შეიცავს შვიდ სუპერმაჟორიტარიანულ დებულებას. იხ. U.S. CONST. art. I, § 3, cl. 6 (იმპიჩმენტის საკითხის განხილვა სენატში); *id.* § 5, cl. 2 (პალატის წევრის გაწვევა); *id.* § 7, cl. 2 (პრეზიდენტის ვეტოს დაძლევა); *id.* art. II, § 1, cl. 3 (შტატის დელეგაციების 2/3-იანი კვორუმი პალატის მიერ პრეზიდენტის ასარჩევად, ამომრჩეველთა კოლეჯში ჩიხის შექმნის პროცესში), *amended by id. amend. XII*; *id.* § 2, cl. 2 (სენატის მიერ ხელშეკრულების რატიფიკაცია); *id.* art. V (კონსტიტუციური შესწორების შესახებ წინადადების დაყენება და მისი რატიფიკაცია); *id.* art. VII (შტატების მიერ ორიგინალური კონსტიტუციის რატიფიკაცია). შესწორებების შედეგად გაჩნდა კიდევ ორი სუპერმაჟორიტარიანული დებულება, იხ. *id. amend. XIV*, § 3 (amnesty for rebels); *id. amend. XXV*, § 4 (პრეზიდენტის უუნარობა).

ვალი ამომწურავი ანუ ის, თუ რამდენად შეუძლია კონგრესს უფრო მეტი სუპერმაჟორიტარიანული წესის დამატება ჩარჩო კანონმდებლობის მიღების საფუძველზე.

ბოლო თაობის მანძილზე, სასამართლო სკეპტიკურად უყურებდა კონგრესის მცდელობებს, შეეცვალა სადამფუძნებლო დებულებები.¹⁴⁶ ზოგადად, მგონია, ასეთი სკეპტიციზმი მისაღებია. როდესაც კონგრესი აწესებს სუპერმაჟორიტარიანულ წესს, იგი არათუ ბოჭავს საკუთარ თავს, არამედ იგი მომდევნო მოწვევის ბევრად განსხვავებული პოლიტიკური უმრავლესობების მქონე კონგრესსაც ურთულებს საკუთარი ნების კანონად გარდაქმნას. მომენტალური უმრავლესობის ნებისმიერი მცდელობა, შებოჭოს თავისი მემკვიდრე, სერიოზულ კითხვებს აჩენს ლეგიტიმურობასთან დაკავშირებით და ეს კითხვები მეც დიდი ხანია მანუხებს.¹⁴⁷

საბედნიეროდ, არის რაღაც განსაკუთრებული ამ შემთხვევაში, რაც გვაძლევს ამ დიდ თეორეტიკულ საკითხებში გადაჭრის თავიდან აცილების შესაძლებლობას. მართალია, კონსტიტუცია კონგრესს ანიჭებს *habeas corpus*-ის შეჩერების უფლებამოსილებას, მაგრამ ტექსტი აშკარად მიუთითებს იმაზე, რომ ეს ძალაუფლება მხოლოდ საგამონაკლისო ვითარებაში უნდა იყოს გამოყენებული. ეს აშკარად განსხვავდება ლეგისლატურის სტანდარტული უფლებამოსილებებისგან. მაგალითად, როდესაც კონსტიტუცია კონგრესს გადასახადების დაწესების უფლებამოსილებას აძლევს, იგი გულისხმობს ამ უფლებამოსილების მუდმივ განხორციელებას და ტექსტუალურად ნეიტრალურია ბევრი ტიპის გადასახადების მისაღებობასთან დაკავშირებით.¹⁴⁸ *Habeas corpus*-ის შეჩერების საგამონაკლისო ბუნებიდან გამომდინარე, სუპერმაჟორიტარიანული წესის დაწესება უფრო მისაღებად უნდა ჩაითვალოს. ეს მხოლოდ იმის მცდელობა არაა, რომ არსე-

¹⁴⁶ რაღა თქმა უნდა, ერთი მნიშვნელოვანი საქმეა *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983), სადაც სასამართლომ გააუქმა „საკანონმდებლო ვეტო“ კონსტიტუციის პირველ პუნქტთან (Presentment Clause) მიმართებით.

¹⁴⁷ იხ. 1 BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: FOUNDATIONS (1991) [შემდგომში ACKERMAN, FOUNDATIONS]; 2 BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: TRANSFORMATIONS (1998) [შემდგომში ACKERMAN, TRANSFORMATIONS].

¹⁴⁸ კონსტიტუცია არ შეიცავს სპეციალურ წესებს, რომელიც პრაქტიკულად შეუძლებელს გახდიდა „პირდაპირი“ გადასახადების შემოღებას. იხ. Bruce Ackerman, *Taxation and the Constitution*, 99 COLUM. L. REV. 1 (1999). მაგრამ ეს უბრალოდ დეტალია, რომელიც ჩრდილს არ აყენებს ტექსტში განვითარებულ მთავარ აზრს. გადასახადების შემოღებას, მაგალითად, იმიტომ ვიყენებ, რომ 1990-იანებში წვლილი შევიტანე კამპანიაში პალატის სპიკერ ნიუტ გინგრიჩის წინააღმდეგ, რომელიც მოითხოვდა 60%-იან სუპერუმრავლესობას გადასახადების გაზრდისთვის.

იხ. Bruce Ackerman et al., *An Open Letter to Congressman Gingrich*, 104 YALE L.J. 1539 (1995) (ეს არის წერილი, რომელსაც მხარი დაუჭირა სამართლის 16-მა სხვა პროფესორმა). ასევე, მონაწილეობა მივიღე წარმომადგენელთა პალატის მიერ ინიცირებულ სამართალწარმოებაში. იხ. *Skaggs v. Carle*, 110 F.3d 831 (D.C. Cir. 1997). *Skaggs*-ის საქმეში პანელის უმრავლესობამ დაასკვნა, რომ წარმომადგენლებს არ ჰქონდათ *locus standi*, მაგრამ განსხვავებულმა მოსაზრებამ არსებით განხილვამდე მიაღწია და დაადგინა, რომ პალატის მიერ ამოქმედებული ახალი სუპერმაჟორიტარიანული წესი არაკონსტიტუციური იყო. იხ. *id.* At 841 (Edwards, C.J., dissenting).

არანაირი განზრახვა არ მაქვს, პოზიცია შევიცვალო, მაგრამ წინამდებარე საკითხი განსხვავდება ტექსტში წარმოდგენილი მიზეზების გამო. რა თქმა უნდა, ზოგიერთი აკადემიკოსი უფრო მიდრეკილია სუპერმაჟორიტარიანული წესებისკენ. მათ განსაკუთრებით მარტივად უნდა მოეჩვენოთ აქ წარმოდგენილი არგუმენტის გაზიარება, მაგრამ რამდენადაც ვიცი, მათ ეს პრობლემა პირდაპირ არ განუხილავთ. იხ. მაგ., John O. McGinnis & Michael B. Rappaport, *Our Supermajoritarian Constitution*, 80 TEX. L. REV. 703 (2002); Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *Legislative Entrenchment: A Reappraisal*, 111 YALE L.J. 1665 (2002). ეჭვი მაქვს, ჩემი შეზღუდული არგუმენტი ასევე თავსებადია ჯედ რუბენფელდის მიერ მაჟორიტარიანული საწყისის კატეგორიულ გამართლებასთან, იხ. Jed Rubenfeld, *Rights of Passage: Majority Rule in Congress*, 46 DUKE L.J. 73 (1996), მაგრამ ეს სრულად ნათელი არ არის.

ბულმა უმრავლესობამ პოლიტიკურ ოპოზიციას საქმე გაურთულოს იმ დროისთვის, როდესაც ეს უკანასკნელი გახდებოდა მმართველები. ნაცვლად ამისა, საგანგებო მდგომარეობასთან დაკავშირებულ კანონმდებლობაში სუპერმაჟორიტარიანულ ესკალატორს ისე უნდა შეეხედოთ, როგორც კონგრესის მიერ კეთილსინდისიერი ინტერპრეტაცია საკუთარი კონსტიტუციური პასუხისმგებლობისა, რომ *habeas corpus*-ი მხოლოდ ჭეშმარიტად საგამონაკლისო სიტუაციაში შეჩერდეს.

სუპერმაჟორიტარიანული ესკალატორი კიდევ უფრო მეტად მისაღები ჩანს მაშინ, როდესაც ისევე როგორ აქ, კონგრესი დაიწყებს შესაბამისი კონსტიტუციური დებულებების ლინგვისტური პერიფერიების გამოკვლევას. მე ვამტკიცებდი, რომ მასშტაბური ტერორისტული თავდასხმები შეიძლება აკმაყოფილებდეს „შემოსევის“ ან „აჯანყების“ კრიტერიუმებს, მაგრამ არ ვამბობ, რომ ეს ადვილი საქმეებია. თუკი კონგრესი ოდესმე შეაჩერებს *habeas corpus*-ს ტერორიზმის გამო, იგი თავისი კონსტიტუციური უფლებამოსილების საზღვრებზე გაივლის. სუპერმაჟორიტარიანულ ესკალატორზე დაჟინებით, კონგრესი გადადგამს გონივრულ ნაბიჯს იმის უზრუნველსაყოფად, რომ „შემოსევისა“ და „აჯანყების“ კონცეპტები არ გაფართოვდება დროთა მსვლელობაში სხვა უფრო საეჭვო საქმეებზე გასავრცელებლად.¹⁴⁹

ახლა, როდესაც ყველაფერი ითქვა, არ მინდა გადაჭარბებით წარმოვადგინო ჩემ მიერ შემოთავაზებული კანონმდებლობის ძალა, რომ შებოჭოს მომდევნო კონგრესი. ჩარჩო კანონი მხოლოდ კანონია და მომდევნო მოწვევის კონგრესს არაფერი შეაჩერებს იმისგან, რომ იგი შეცვალოს.¹⁵⁰ წარმოიდგინეთ, რომ 2020 წელს წარმოუდგენელი კატასტროფა დატრიალდება, რაზე საპასუხოდაც კონგრესი საგანგებო მდგომარეობას გამოაცხადებს 2006 წლის საგანგებო მდგომარეობის აქტის შესაბამისად, რომელიც სასწაულებრივად იქნა შემუშავებული ჩემს შემოთავაზებაზე დაყრდნობით. როგორც კი სუპერმაჟორიტარიანული ესკალატორი გაიზრდება 80%-მდე, საგანგებო მდგომარეობის გაგრძელების კენჭისყრა ჩავარდება სენატში, სადაც ხმები 75-25-ზე გაიყოფა. მაგრამ უმრავლესობა ამ წაგებას არ აიოლებს. იგი მიიღებს ზომებს თავად ჩარჩო კანონმდებლობის გასაუქმებლად, რასაც ამჯერად უბრალო უმრავლესობა დასტირდება. განა ეს მაჟორიტარიანული ოფცია ჩემს სატრაბახო ესკალატორს სასაცილოდ არ აქცევს?

¹⁴⁹ კონგრესის, როგორც კონსტიტუციური ინტერპრეტატორის როლის შესახებ უფრო სისტემური გამოკვლევისთვის, იხ. Paul Brest, *The Conscientious Legislator's Guide to Constitutional Interpretation*, 27 STAN. L. REV. 585 (1975).

¹⁵⁰ ახლახან ერიკ პოზნერმა და ადრიან ვერმიულემ შემოგვთავაზეს მოსაზრება, რომ კონგრესს არა მხოლოდ სუპერმაჟორიტარიანული წესების შექმნის ფართო უფლებამოსილება აქვს, არამედ კონსტიტუცია მას აძლევს ამ გადაწყვეტილების მომდევნო მოწვევის კონგრესზე გავრცელების შესაძლებლობას, რომელიც მოისურვებს სუპერმაჟორიტარიანული წესის შეცვლას. იხ. Posner & Vermeule, *supra* სქოლიო 148. მათი პოზიციის გაზიარება შესაძლებლობას მოგვცემდა, აღმოგვეჩინა გადაჭრის გზა წინა პარაგრაფებში აღწერილი პრობლემებისთვის. სამწუხაროდ, მათი მტკიცებები არ მიმართა გასაზიარებლად. ეს, ნაწილობრივ, განპირობებულია სტიუარტ სტერკის მიერ აღწერილი მიზეზების გამო, იხ. Stewart E. Sterk, *Retrenchment on Entrenchment*, 71 GEO. WASH. L. REV. 231 (2003), and by John McGinnis and Michael Rappaport, იხ. John O. McGinnis & Michael B. Rappaport, *Symmetric Entrenchment: A Constitutional and Normative Theory*, 89 VA. L. REV. 385 (2003) და ნაწილობრივ იმ მიზეზებით, რომლებიც წარმოდგენილია უფრო ზოგად კონსტიტუციურ მიდგომაში, რომელიც აღვწერე პირველ და მეორე ნაწილებში ნაშრომისა *We the People*, იხ. ACKERMAN, FOUNDATIONS, *supra* სქოლიო 147; ACKERMAN, TRANSFORMATIONS, *supra* სქოლიო 147.

სულაც არა. მიუხედავად 51%-იანი ზღვრისა, ჩარჩო კანონზე თავდასხმა პოლიტიკურად რთული იქნება. ჰიპოთეზის თანახმად, საგანგებო მდგომარეობის აქტი მიღებულ იქნა უფრო მშვიდ დროს, იმის მცდელობით, რომ პოსტტერორისტული პანიკა კონტროლის ქვეშ დარჩენილიყო. მისი შეცვლის მცდელობა კი უეჭველად წარმოშობს კითხვას საზოგადოების გონებაში: ხომ არ წარმოადგენს კანონზე თავდასხმა მზარდ პანიკურ რეაქციას, რომელიც ლიბერალური დემოკრატიის გადარჩენას საფრთხეს უქმნის? სენატორები და წარმომადგენლები, რომლებიც საგანგებო მდგომარეობის 2-თვიან გახანგრძლივებას უჭერენ მხარს, ორჯერ დაფიქრდებიან მანამ, სანამ საგანგებო კონსტიტუციონალიზმის უშუალო ჩარჩოს გაანადგურებენ. მათი საბოლოო ხმები დიდწილად იქნება დამოკიდებული საზოგადოებაში არსებული ზოგადი დისკუსიის ბუნებაზე, რაც კანონმდებლობის გადასინჯვის მცდელობას მოჰყვა შედეგად.

რა თქმა უნდა, შეუძლებელია რაიმე გარანტიები არსებობდეს. შესაძლოა, ბევრი ქარიზმისა და შეტევის შემდეგ უმრავლესობამ არჩევანი საგანგებო კონსტიტუციონალიზმის ჩარჩოს განადგურებაზე შეაჩეროს. მაგრამ შესაძლოა ეს ასე არ მოხდეს - და თუკი კანონი ერთ ან ორ პოლიტიკურ გამოცდას გადაურჩება, მომდევნო უმრავლესობებისთვის კიდევ უფრო გართულდება მისი განადგურება. საინტერესო პარადოქსია, რომ ჩარჩოს გადასინჯვის წარუმატებელი მცდელობა მის სიმბოლურ განმტკიცებად გადაიქცევა და მას დროის მიერ გამოცდილ მექანიზმად აქცევს დიდი სტრესის დროს პოლიტიკური ეკვილიბრიუმის ხელახლა მოსაპოვებლად. იმედია.

იმ შემთხვევაშიც კი, თუკი გადასინჯვის მცდელობა წარმატებული იქნება, სტატუტორული განადგურების ტალღა დიდ როლს შეასრულებს მაშინ, როდესაც ეს საკითხი უზენაესი სასამართლოს წინაშე აღმოჩნდება. უნდა ჩაითვალოს თუ არა ტერორისტული თავდასხმა „შემოსევად“ ან „აჯანყებად“, რომელიც საკმარისი იქნებოდა *habeas corpus*-ის შესაჩერებლად? ერთი საკითხია სასამართლოს მიერ იმ საკანონმდებლო ნაბიჯისთვის მხარის დაჭერა, რომელიც გადაიდგა სიფრთხილით გაკონტროლებული სტატუტორული ჩარჩოს ფარგლებში. მაგრამ საქმე სხვანაირადაა მაშინ, როდესაც კონგრესის ეს გადაწყვეტილება შეზღუდულობას გასცდა და ცდილობს *habeas corpus*-ი შეაჩეროს უფრო ფართო და მტკიცე დონეზე. დამსხვრეული ჩარჩო, მოკლედ რომ ვთქვათ, უნდა ჩაითვალოს სასწრაფო მანიშნებლად, რომ საჭიროა სამოსამართლო მუხრუჭის გამოყენება.

ყველაფრის მიუხედავად, შესაძლოა ვერც ჩარჩო კანონმდებლობამ და ვერც მოსამართლეების ყაყამნა გვიხსნას ყოვლისშთანმთქმელი პანიკისგან. მაგრამ ღირს ამ ცეცხლის გამო სანთლის დაწვა. ჩვენ უკვე გვაქვს ჩარჩო კანონმდებლობა - 1976 წლის აქტი საგანგებო მდგომარეობის შესახებ - რომელიც მტკიცუნულად ნაკლულია, მაგრამ ასახავს მზარდ გათვითცნობიერებულობას პრობლემის სერიოზულობასთან დაკავშირებით. სხვა ქვეყნები, რომელთაგანაც ყველაზე აღსანიშნავი კანადაა, სულ უფრო და უფრო დახვეწილად იყენებენ ჩარჩო კანონმდებლობას ტერორიზმთან დაკავშირებულ საგანგებო მდგომარეობებთან გასამკლავებლად. ახლა არ არის გაჩერების დრო.

IX. რბოლა დროის წინააღმდეგ

11 სექტემბრის შემდეგ ორი წელი გავიდა და მსოფლიოს სხვა დედაქალაქი არც ერთ სხვა თავდასხმას არ გაუნადგურებია. პატარ-პატარა თავდასხმები გრძელდება, რაც გვახსენებს, რომ ნასესხებ დროში ვცხოვრობთ. კითხვა ის კი არაა, მოხდება თუ არა შემდეგი თავდასხმა, არამედ ის, თუ როდის მოხდება იგი და რამდენად გამოვიყენებთ დარჩენილ დროს კონსტრუქციული მიზნებისთვის.

კონსტიტუციურ აზროვნებას თავისი როლი აქვს შესასრულებელი ამ მამაც ახალ სამყაროში, მაგრამ იგი წელი ნაბიჯებით აგრძელებს განვითარებას. ინსტიტუციური ალტერნატივების წარმოდგენას დრო სჭირდება, უფრო მეტი დრო სჭირდება კარგი იდეების ცუდისგან განსხვავებას, კიდევ უფრო მეტი დრო - გავრცელებულ საჯარო დისკუსიას და კიდევ უფრო მეტი დრო - შორსმჭვრეტელი პოლიტიკოსების მიერ კონსტიტუციური ჩარჩოს კანონად გარდაქმნას.

მთელი ამ დროის განმავლობაში ტერორისტები პასიურად არ იქნებიან. თითოეულმა დიდმა თავდასხმამ შესაძლოა კიდევ უფრო გაზარდოს სამხედრო ძალა, პოლიციური მიყურადება და რეპრესიული კანონმდებლობა. ტერორის, შიშისა და რეპრესიის შიში შეიძლება კონტროლის ფარგლებს მიღმა მანამ გავიდეს, სანამ პოლიტიკური კონსენსუსი იქნება მიღწეული კონსტიტუციის მიღმა საგანგებო რეჟიმის თაობაზე.

მაგრამ შეიძლება გაგვიმართლოს კიდევ. რომელიმე წამყვან დასავლურ ქვეყანას შესაძლოა აღმოაჩინდნენ პოლიტიკური ლიდერები, რომლებიც გადამწყვეტად იმოქმედებენ შიშის ციკლის უფრო ადრეულ ფაზაში. ერთი ქვეყნის მიერ გონივრული ჩარჩოს ამოქმედება შესაძლოა, მოდელად გამოდგეს და მთელ დასავლეთში წარმოშვას კონსტრუქციული ცვლილების ტალღა.

ნებისმიერ შემთხვევაში, კონსტიტუციურ აზრს არ აქვს სხვა გზა, გარდა თავისი საკუთარი განსხვავებული რიტმით განვითარებისა. ახლა დროა, ბურთი სამართლებრივი სპეკულაციების მოედანზე შევავლოთ და სათამაშოდ სხვები დავვატიქოთ.

იქნებ ამისგან რამე გამოვიდეს.