

სასამართლო სისტემის დამოუკიდებლობა და ლეგიტიმურობის ალქმები

ნიკ ფრიდმანი¹

თარგმანი: ნინო კარანაძე

სასამართლოს დამოუკიდებლობის დაცვა საერთო საქმეა. აღმასრულებელ და საკანონმდებლო ხელისუფლებას, მედიას, აკადემიასა და საზოგადოებას გააჩნიათ თავიანთი როლი, დაიცვან სასამართლოს უფლებამოსილება, შეზღუდოს ხელისუფლების მხრიდან უფლებამოსილების ბოროტად გამოყენება და დაეხმოს შიშისა და მიკერძოების გარეშე გადაწყვეტოს. თავად სასამართლოც ამ მცდელობის მხოლოდ პასიურ მონაწილეს არ წარმოადგენს. წინამდებარე ნაშრომში განვიხილავ, რისი გავლენა შეუძლიათ სასამართლოებს საკუთარი დამოუკიდებლობის დასაცავად და ვამტკიცებ, რომ მათთვის ამ მიზნის მიღწევის ერთ-ერთი ეფექტური და ძლიერი გზა საზოგადოების თვალში საკუთარი ლეგიტიმაციის კულტივირებაა. შესაბამისად, შევეცდები, განვიხილო მიზნის მიღწევის სამი სტრატეგია.

პირველ თავში განვიხილავ სასამართლო ხელისუფლების ინსტიტუციურ სისუსტეებს ხელისუფლების სხვა შტოებთან მიმართებით და ავხსნი, თუ რატომ ემუქრება საფრთხე მის დამოუკიდებლობას. ამ სისუსტის ფონზე, მეორე ნაწილში ვამტკიცებ, რომ სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობის მოპოვებისათვის გადამწყვეტი მნიშვნელობა აქვს საზოგადოების ალქმებს მისი ლეგიტიმაციის თაობაზე. მესამე ნაწილში განვიხილავ სასამართლოს მიერ გადაწყვეტილების მიღების კრიტიკულ მახასიათებლებს, რომლებიც მისი ლეგიტიმაციის შესახებ არგუმენტებზე მსჯელობისას ფიგურირებს, კერძოდ, მის დამოკიდებულებას მორალურ და პოლიტიკურ შეფასებებზე. მეოთხე ნაწილში განვსაზღვრავ და განვახილავ სამ სტრატეგიას, რომლითაც სასამართლოებს შეუძლიათ იზრუნონ საზოგადოებაში საკუთარი ლეგიტიმაციის კულტივირებაზე. ამ სტრატეგიებს კი გამჭვირვალობის, თავშეკავების და პოპულარობის სტრატეგიებს ვუწოდებ. ისინი ერთმანეთისგან განსხვავდება იმით, თუ როგორ უკავშირდება ან დამოკიდებულია თითოეული მათგანი სასამართლოს გადაწყვეტილების შეფასებით ბუნებაზე. ბოლოს კი შევაჯამებ რამდენიმე რეფლექსიით იმ დაპირებასა და საფრთხეებზე, რაც ამ სტრატეგიებს შესაძლოა მოჰქონდეს სასამართლოს დამოუკიდებლობისთვის.

ამ თვალსაზრისით მნიშვნელოვანია ორი წინმსწრები საკითხის განხილვა. პირველი სასამართლოს დამოუკიდებლობის ბუნებას ეხება. განსახილველი მიზნებისთვის ვიზიარებ სასამართლოს დამოუკიდებლობის ზოგად გაგებას, როგორც დავის გადაწყვეტისას სასამართლოს თავისუფლების ხარისხს ხელისუფლების სხვა შტოების, დავის მხარეებისა და

¹ Friedman, N. (2021). Judicial Independence and Perceptions of Legitimacy. In D. Galligan (Ed.). *The Courts and the People: Friend or Foe? The Putney Debates 2019* (pp. 35–58). Oxford: Hart Publishing. <http://dx.doi.org/10.5040/9781509940332.ch-002>.

ზოგადად, საზოგადოების კონტროლის ან ზეწოლისგან.² ამგვარად გაგებული სასამართლოს დამოუკიდებლობა მოიცავს როგორც მოსამართლის აზროვნების თავისუფლებას საქმეზე გადაწყვეტილების მიღების პროცესში, ასევე ყველა იმ მატერიალურ და ინსტიტუციურ წინაპირობებს, მათ შორის, უფლებამოსილების ვადას, ფინანსური უსაფრთხოებასა თუ სასამართლო ადმინისტრირებაზე გარკვეული ხარისხის სასამართლოს კონტროლის არსებობას, რომლებიც საჭიროა თავისუფალ რეჟიმში გადაწყვეტილების მიღების უნარის გასაძლიერებლად,

მეორე ეხება ლეგიტიმაციის ბუნებას, რომელიც შეიძლება გავიგოთ ნორმატიულად ან ემპირიულად. როგორც ნორმატიული კონცეფცია, ლეგიტიმაცია ეხება სასამართლო გადაწყვეტილების მიღების დასაბუთებას პოლიტიკური მორალის პრინციპების მიხედვით, რაც მოიცავს მისი სათანადო განხორციელების პირობებისა და საზღვრების განსაზღვრას (რა თქმა უნდა, თეორეტიკოსები არ თანხმდებიან იმაზე, თუ რომელი მორალური პრინციპებია რელევანტური). ამ პრინციპების გამოყენება შესაძლებელია კონკრეტულ სასამართლო გადაწყვეტილებასთან მიმართებით (რომ ითქვას, გადაწყვეტილება არის ან არ არის ლეგიტიმური), ან, ზოგიერთ სამართლებრივ სისტემაში უფრო ზოგადად, სასამართლო ხელისუფლების მიერ გადაწყვეტილების მიღების უფლებამოსილების არსებობისა და მისი სტრუქტურის შესახებ დასაბუთებისთვის (რომ ითქვას, სასამართლო სისტემა არის ან არ არის ლეგიტიმური). ნებისმიერ შემთხვევაში, ნორმატიული კონცეფცია გულისხმობს, რომ სასამართლო გადაწყვეტილება, ან უფრო ფართოდ, სასამართლო ხელისუფლება შეიძლება იყოს ლეგიტიმური მაშინაც კი, თუ საზოგადოება დიდწილად მიიჩნევს, რომ ეს ასე არ არის.

როგორც ემპირიული კონცეფცია, ლეგიტიმაცია მიემართება საზოგადოების აღქმას, გამართლებულია თუ არა სასამართლო ხელისუფლების მიერ გადაწყვეტილების მიღება. ამ გაგებით, სასამართლო მიერ გადაწყვეტილების მიღება არ არის ლეგიტიმური, თუ საზოგადოების დიდი ნაწილი მის ლეგიტიმურობას არ აღიარებს. როგორც ნორმატიული კონცეფციის შემთხვევაში, მოქალაქეებს აქვთ განსხვავებული აღქმა იმის შესახებ, თუ რა ანიჭებს ლეგიტიმაციას ამ ინსტიტუციას. გარდა ამისა, ისევე როგორც ნორმატიული კონცეფცია, შეიძლება განვასხვავოთ აღქმა, რომ კონკრეტული გადაწყვეტილება გამართლებულია - ჩვეულებრივ აღწერილი, როგორც "სპეციფიკური მხარდაჭერა" ან "პოლიტიკის შედეგებით კმაყოფილება" - და უფრო ფართო აღქმა - ჩვეულებრივ აღწერილი, როგორც "დიფუზური მხარდაჭერა" ან "ინსტიტუციური ლოიალობა" - რომ სასამართლოს მიერ გადაწყვეტილების მიღების უფლებამოსილების არსებობა, მისი სტრუქტურა და გრძელვადიანი განხორციელება გამართლებულია იმ შემთხვევაშიც კი, თუკი ზოგჯერ კონკრეტული გადაწყვეტილებები საზოგადოებისთვის მიუღებელია.³ ამ ფართო აღქმის ერთი შედარებით კონკრეტული საზომი, რომელსაც ჩვეულებრივ ეყრდნობიან პოლიტოლოგები და

² F Cross, 'Judicial Independence' in G Caldeira et al (eds), Oxford Handbook of Law and Politics (Oxford, Oxford University Press, 2008) 558, 561; TS Clark, The Limits of Judicial Independence (Cambridge, Cambridge University Press, 2010) 11.

³ JL Gibson, GA Caldeira and LK Spence, 'Measuring Attitudes Toward the United States Supreme Court' (2003) 47 American Journal of Political Science 354, 356; JL Gibson and GA Caldeira, 'Blacks and the United States Supreme Court: Models of Diffuse Support' (1992) 54 Journal of Politics 1120, 1121; GA Caldeira and JL Gibson, 'The Etiology of Public Support for the Supreme Court' (1992) 36 American Journal of Political Science 635, 637. See also Clark (n 1) 17. See also D Easton, A Systems Analysis of Political Life (New York, Wiley 1965) 273.

რომელსაც მე აქ დავეყრდნობი, არის ე.წ. „ინსტიტუციური ვალდებულება“; ანუ, საზოგადოების „მონდომება, შეინარჩუნოს და დაიცვას რეჟიმის სტრუქტურები ან ნორმები, მაშინაც კი, თუკი ისინი არასახარბიელო შედეგებს მოიტანენ“.⁴ აღნიშნულის მტკიცებულება, როგორც წესი, მიიღება სასამართლოს ლეგიტიმაციის თაობაზე საზოგადოებრივი აზრის კვლევებით. აქ კითხვები ეხება, მაგალითისათვის, საკითხებს - მიიღებს თუ არა საზოგადოება ისეთ ფუნდამენტურ ცვლილებებს სასამართლოს როლსა და სტრუქტურაში, როგორცაა სასამართლოების გაუქმება, ან მათი უფლებამოსილების ან იურისდიქციის შეზღუდვა. ან შეიძლება თუ არა სასამართლოს ნდობა, რომ ის სწორ გადაწყვეტილებას მიიღებს.⁵ ამის თაობაზე მრავალ ქვეყანაში, მათ შორის გაერთიანებულ სამეფოში, არსებობს ძლიერი „მტკიცებულებები“, რომ საზოგადოების დიდ ნაწილს არ სურს ასეთი ცვლილებების მიღება თავიანთ სასამართლო სისტემებში.⁶ ამ მონაცემებზე დაყრდნობით შესაძლებელია მტკიცება, რომ სასამართლოს, როგორც ინსტიტუციას, აქვს საზოგადოების მხრიდან ლეგიტიმაციის გარკვეული ხარისხი. როგორც ქვემოთ არის განხილული, პოლიტოლოგები ხშირად ამოწმებენ კორელაციას სასამართლოში ცვლილებებზე მოსახლეობის უარყოფით დამოკიდებულებასა და კვლევის მონაწილეთა მიერ გამოთქმულ სხვა შეხედულებებსა თუ ცოდნას შორის და ამ გზით ცდილობენ გაიგონ სასამართლოს ლეგიტიმაციის შესახებ საზოგადოებრივი აღქმების ზოგიერთი განმსაზღვრელი.

სასამართლოს მიერ გადაწყვეტილების მიღების პროცესი შეიძლება შეფასდეს ზემოთ განხილული, როგორც ნორმატიული, ისე ემპირიული კონცეფციის მიხედვით - კერძოდ, შეფასდეს სხვაობა მათ შორის, რისი ლეგიტიმაციაც სასამართლოებს აქვთ და რასაც ისინი რეალურად აკეთებენ, ან შეფასდეს პოლიტიკური მორალის პრინციპების ან საზოგადოების აზრის მიხედვით. სტატის შემდგომი ნაწილი არ ეხება ნორმატიულ შეფასებას და ძირითადად განხილულია სასამართლო გადაწყვეტილების მიღების პროცესი საზოგადოების მიერ სასამართლოს ლეგიტიმაციის აღქმების ფონზე, გაგებული (როგორც ემპირიულ ნაშრომში, რომელსაც მე ვეყრდნობი), როგორც სასამართლოს სტრუქტურასა და უფლებამოსილებაში ფუნდამენტური ცვლილებების მიღების მიმართ ნების არარსებობა. სასამართლოს დამოუკიდებლობის კონტექსტში, ლეგიტიმაციის ეს კონცეფცია, სავარაუდოდ, უფრო ფუნდამენტურია, რადგან ის პირდაპირ დამოკიდებულია იმაზე, შეეგუება თუ არა საზოგადოება ხელისუფლების სხვა შტოების მხრიდან მოსამართლის მიერ გადაწყვეტილების მიღების თავისუფლების შეზღუდვებს.

სასამართლო სისტემის ინსტიტუციური სისუსტეები

ყველა პოლიტიკური ინსტიტუტი არის და უნდა იყოს კიდევ დაინტერესებული მისი ლეგიტიმაციის თაობაზე საზოგადოებაში არსებული აღქმებით. თუმცა, ხელისუფლების სხვა

⁴ D Easton, 'A Re-assessment of the Concept of Political Support' (1975) 5 British Journal of Political Science 435, 451; Gibson and Caldeira (n 2) 1121.

⁵ Gibson and Caldeira (n 2) 1127 – 30; J Gibson et al, 'On the Legitimacy of National High Courts' (1998) 92 American Political Science 343.

⁶ Gibson et al (n 4).

შტოებთან შედარებით, ლეგიტიმაცია განსაკუთრებულ საზრუნავს წარმოადგენს სასამართლო ხელისუფლებისთვის მისი ინსტიტუციური სისუსტის გამო.

პირველ რიგში, სასამართლოებს არ გააჩნიათ მყარი ინსტიტუციური ინსტრუმენტები, ხელისუფლების სხვა შტოები ან საზოგადოება დაავალდებულონ, აღსრულდეს სასამართლოს ნება. როგორც ალექსანდერ ჰამილტონი „ფედერალისტურ წერილებში“ ამტკიცებს, აღმასრულებელ ხელისუფლებას „საზოგადოების მახვილი უჭირავს“, ხოლო საკანონმდებლო ორგანო „არა მხოლოდ ბრძანებს, არამედ შემოიღებს იმგვარ წესებს, რომლითაც უნდა დარეგულირდეს თითოეული მოქალაქის უფლებები და მოვალეობები“.⁷ სასამართლო ხელისუფლებას, ამისგან განსხვავებით, - აქვს „მხოლოდ გადაწყვეტილება“.⁸ მას „არ აქვს გავლენა არც მახვილზე და არც საფულეზე, არც საზოგადოების სიმდიერესა და არც სიმდიდრეზე და არ შეუძლია რაიმე აქტიური გადაწყვეტილების მიღება“.⁹ დღევანდელი სტანდარტებით, ჰამილტონი აჭარბებს თავის შეფასებაში: სასამართლოები ხშირად ახდენენ გავლენას მთავრობის პოლიტიკასა და ხარჯვებთან დაკავშირებულ გადაწყვეტილებებზე; სასამართლო ხელისუფლების ძალაუფლების სასარგებლოდ ერთ-ერთი ყველაზე ძლიერი არგუმენტები შეეხება მის პოტენციურ წვლილს სოციალური პირობების გაუმჯობესებასა და სიმდიდრის გადანაწილებაში. თუმცა ჰამილტონი მართებულად შენიშნავს, რომ სასამართლოები უძლურნი არიან, აღმასრულებელი ხელისუფლების სურვილის გარეშე აღასრულონ თავიანთი გადაწყვეტილებები, კანონმდებლობის მზაობის გარეშე კი - დააფინანსონ ისინი, განსაკუთრებით ისეთი გადაწყვეტილებები, რომლებიც უარყოფითად მოქმედებს ამ ორგანოებზე ან მათ პოლიტიკურ ინტერესებზე.¹⁰ ამ უუნარობის გამო, ჰამილტონი სასამართლოს აღწერს, როგორც ხელისუფლების „ყველაზე ნაკლებად საშიშ“ შტოს.¹¹

მეორე მხრივ, მართალია, სასამართლოებს არ შეუძლიათ, აღასრულონ თავიანთი ნება ხელისუფლების სხვა შტოებთან თანამშრომლობის გარეშე, თუმცა თავად მათი შეზღუდვა შესაძლებელია პოლიტიკური ხელისუფლების ნებით. ისეთ მმართველობაში, რომელიც ეფუძნება ხელისუფლების დანაწილების პრინციპს, სასამართლო ექვემდებარება მთელ რიგ შემაკავებელ და გამაწონასწორებელ მექანიზმებს აღმასრულებელი და საკანონმდებლო ხელისუფლების მიერ. ეს დეტალები სხვადასხვა იურისდიქციებში განსხვავებულად გამოიყურება, თუმცა ისინი, როგორც წესი, მოიცავს მოსამართლეთა დანიშვნას და მათი უფლებამოსილების შეწყვეტას, სასამართლოს იურისდიქციაზე, მის ზომასა და ბიუჯეტზე კონტროლსა და სასამართლო სისტემაში შესვლისთვის საჭირო პირობებისა და კრიტერიუმების დადგენას.

სტაბილურ დემოკრატიულ ქვეყნებში, ამ ბერკეტების გამოყენება სასამართლოს მიერ საკუთარ უფლებამოსილებათა გადამეტების მოსათოკად, მიუთითებს ხელისუფლების დანაწილების

⁷ A Hamilton, 'The Judiciary Department' (Federalist No 78) in A Hamilton et al, The Federalist Papers (New York, Palgrave Macmillan, 2009) 236.

⁸ Ibid.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

პრინციპის პრაქტიკაში მოქმედებაზე, მაგალითად, როდესაც ფრანკლინ რუზველტმა შეაჩერა აშშ-ს უზენაესი სასამართლოს მიერ მისი New Deal-ის საკანონმდებლო პროგრამის აგრესიული ანუღირება სასამართლოს ზომის გაზრდისა და ლიბერალი მოსამართლეების დანიშვნის მუქარით. თუმცა, როგორც პოლონეთში, უნგრეთსა და სხვა ქვეყნებში სასამართლოს დამოუკიდებლობის ჩახშობის მიზნით ბოლოდროინდელმა მოძრაობებმა აჩვენა, ეს უფლებამოსილებები დაუცველია ავტორიტარული მიდრეკილების მქონე აღმასრულებლების მიერ ბოროტად გამოყენებისგან.¹² ამგვარად, მიუხედავად იმისა, რომ მნიშვნელოვანია ხელისუფლების სამივე შტოს ჰქონდეს გარკვეული დამოუკიდებლობა ერთმანეთისგან, არსებობს მყარი საფუძველი სასამართლოების დამოუკიდებლობაზე ფოკუსირებისთვის.

მესამე, სასამართლოს ლეგიტიმაციის წყარო (როგორც ნორმატიული, ისე ემპირიული გაგებით) უფრო სუსტია, ვიდრე სხვა შტოებისა, რამდენადაც მოსამართლეები არ აირჩევიან ხალხის მიერ. ეს ხაზგასმა, რომელიც განსაკუთრებით აქტუალურია დღევანდელი მიზნებისთვის, წარმოაჩენს იმას, რასაც ალექსანდრე ბიკელი „კონტრ-მაჟორიტარულ სირთულეს“ უწოდებს.¹³ სირთულე წარმოიქმნება მაშინ, როდესაც არ-არჩეული მოსამართლე „არაკონსტიტუციურად აცხადებს საკანონმდებლო აქტს ან ხალხის მიერ არჩეული აღმასრულებელი ხელისუფლების მოქმედებას“.¹⁴ ასეთ შემთხვევებში მოსამართლე „კონტროლს ახორციელებს არა უმრავლესობის სახელით, არამედ უმრავლესობის წინააღმდეგ“.¹⁵

ბიკელის შემდეგ, კონტრ-მაჟორიტარიანიზმის ბრალდებას ცენტრალური ადგილი ეკავა სასამართლო განხილვების ლეგიტიმურობის შესახებ დებატებში.¹⁶ ჯერემი უოლდრონი, მაგალითად, ამტკიცებს, რომ ეს პრაქტიკა არის,

„დემოკრატიული ფასეულობების თვალსაზრისით პოლიტიკურად არალეგიტიმური: არ-არჩეული და არა-ანგარიშვალდებული მოსამართლეებისთვის ხმათა უმრავლესობით გადაწყვეტილების მიღების პრივილეგიის მინიჭება ხმის უფლებას ართმევს უბრალო მოქალაქეებს და უფლებებელყოფს წარმომადგენლობისა და პოლიტიკური თანასწორობის სანუკვარ პრინციპებს უფლებების შესახებ საბოლოო გადაწყვეტილების მიღებისას.“¹⁷

მნიშვნელოვანია, რომ უოლდრონის სამიზნე არის ძლიერი, ადამიანის უფლებებზე დაფუძნებული სასამართლო კონტროლი და კანონმდებლობის გაუქმება შეერთებულ შტატებში, კანადასა და სამხრეთ აფრიკაში. თუმცა, მსგავსი ნორმატიული მტკიცებები (პრეტენზიები) გამოითქვა გაერთიანებული სამეფოს შემთხვევაშიც, ხშირად შეფუთული

¹² KL Scheppele, ‘Autocratic Legalism Symposium: The Limits of Constitutionalism – A Global Perspective’ (2018) 85 University of Chicago Law Review 545, 551 – 53.

¹³ AM Bickel, The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics (Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1962) 16.

¹⁴ ibid 16 – 17.

¹⁵ ibid 17.

¹⁶ B Friedman, ‘The Birth of an Academic Obsession: The History of the Counter-majoritarian Difficulty, Part Five’ (2002) 112 Yale Law Journal 153.

¹⁷ J Waldron, ‘The Core of the Case against Judicial Review’ (2006) 115 Yale Law Journal 1346, 1353. See also HLA Hart, ‘American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream’ (1976) 11 Georgia Law Review 969, 971 (arguing that judicial review is ‘particularly hard to justify in a democracy’).

(საპარლამენტო სუვერენიტეტის დროშის ქვეშ), როგორც პოზიტიური კონსტიტუციური სამართლის დესკრიფციული მტკიცებები (პრეტენზიები).¹⁸ აქ, ასეთი არალეგიტიმურობის ბრალდება გამომდინარეობდა არა მხოლოდ იქედან, რომ არ ხდებოდა ან არაჯეროვნად ხდებოდა ეროვნული კანონმდებლობის „გამოყენება“ დიდი ბრიტანეთის ევროპული ვალდებულებების შესაბამისად, არამედ აღმასრულებელი ხელისუფლების მოქმედებებისა და გადაწყვეტილებების ბათილად ცნობის გამოც, განსაკუთრებით ისეთ მკაფიო სფეროებში, რომლებსაც საჯარო პოლიტიკის განზომილება აქვთ ან ითვლება, რომ ეს ქმედებები არის დემოკრატიულად ანგარიშვალდებული აქტორების განსაკუთრებული პასუხისმგებლობის ქვეშ. როგორც კონსერვატიული აკადემიური წრისა და საზოგადოების რეაქციამ აჩვენა *მილერის* საქმეზე უზენაესი სასამართლოს მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებებზე - სადაც სასამართლომ დაადგინა (არა ადამიანის უფლებებთან შეფასების საფუძველზე), რომ მთავრობას არ შეეძლო ევროკავშირიდან გამოსვლის გადაწყვეტილების მიღება პარლამენტის თანხმობის გარეშე და პარლამენტის შემდგომი საქმიანობის შეწყვეტა უკანონოდ გამოაცხადა - „ანტიდემოკრატიულობის“ ბრალდება ხშირად მიემართება სასამართლო ზედამხედველობას ზოგადად, მიუხედავად იმისა, ის უფლებებზე დაფუძნებულია თუ არა, და მიემართება თუ არა საკანონმდებლო თუ აღმასრულებელი ხელისუფლების ქმედებებს.¹⁹

რა თქმა უნდა, სასამართლოების დემოკრატიული მანდატი ამაზე უფრო კომპლექსურია. მაგალითად, ჯონ ჰარტ ელი ამტკიცებს, რომ სასამართლო განხილვა რეალურად ხელს უწყობს დემოკრაციას, როდესაც ის გამოიყენება პოლიტიკურ პროცესში მონაწილეობის თანაბარი უფლებების დასაცავად.²⁰ სანდრა ფრედმანი ავრცობს ამ საკითხს და ამტკიცებს, რომ სასამართლოები მხარს უჭერენ დემოკრატიულ ანგარიშვალდებულებას არჩეული წარმომადგენლების იძულებით, საჯაროდ ახსნან და თავი იმართლონ თავიანთი ქმედებების გამო, ასევე იმითაც, რომ „გადაწყვეტილების მიღების პროცესს ჩამოაშორებენ ინტერსებს შორის ვაჭრობას და მას აქცევენ ღირებულებებზე დამყარებულ განხილვად“.²¹ მსგავსად, რონალდ დვორკინი ამტკიცებს, რომ სასამართლო განხილვა ახალისებს და აყალიბებს კარგად ინფორმირებულ ეროვნულ დებატებს - ისეთს, რომელიც ხელისუფლების რესპუბლიკურ იდეალებად ფასდება - პოლიტიკური მორალის მნიშვნელოვანი არჩევანის შესახებ.²²

¹⁸ See eg. R Ekins , ‘ Protecting the Constitution – How and Why Parliament Should Limit Judicial Power ’ (Policy Exchange 2019) <https://policyexchange.org.uk/wp-content/uploads/2020/01/Protecting-the-Constitution.pdf> . სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, პრეტენზია, რომ სასამართლო განხილვა არალეგიტიმურია, როგორც პოლიტიკური მორალის საკითხი, ქმნის (ან აძლიერებს) პრეტენზიას, რომ სასამართლო განხილვა (ან მისი რომელიმე ფორმა) არღვევს გაერთიანებული სამეფოს უმაღლეს კონსტიტუციურ პრინციპს - პარლამენტის სუვერენიტეტს. See also J Sumption, *T rials of the State: Law and the Decline of Politics* (London, Profile Books, 2020).

¹⁹ R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union [2017] UKSC 5, [2017] 2 WLR 583; R (Miller) v Prime Minister [2019] UKSC 41, [2019] 3 WLR 589. აკადემიური გამოხმაურებისთვის იხილეთ, R Ekins and G Gee, *Miller, Constitutional Realism and the Politics of Brexit* (Oxford, Hart Publishing, 2018) 249 (სასამართლო დავას აღწერს, როგორც „პოლიტიკური და იურიდიული ელიტის წევრების მცდელობას, გამოიყენონ სასამართლოები რეფერენდუმის შედეგების განხორციელების პოლიტიკური ქმედებების გადადების მიზნით“) For an exemplary media reaction, see J Slack , ‘ Enemies of the People ’ Daily Mail , 3 November 2016 , www.dailymail.co.uk/news/article-3903436/Enemies-people-Fury-touch-judgesdefied-17-4m-Brexit-voters-trigger-constitutional-crisis.html

²⁰ JH Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge, MA, Harvard University Press, 1980).

²¹ S Fredman, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties* (Oxford, Oxford University Press, 2008) 105.

²² R Dworkin, *Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Oxford, Oxford University Press, 1996) 345.

ზოგადად კი (როგორც ეს ურთიერთსაწინააღმდეგო მოსაზრებები გვთავაზობს), სასამართლო განხილვის წინააღმდეგ არგუმენტები ეფუძნება დემოკრატიული იდეალის კონკრეტულ, სადავო და ზოგჯერ დაუზუსტებელ გაგებას.

საბოლოოდ, სასამართლო ხელისუფლების დემოკრატიული დაცვის არგუმენტები მხოლოდ კონკრეტულ ეტაპამდე მიგვიყვანს. ბიკელის სიტყვებით, „არაფერს სისტემის კომპლექსურობასა და სირთულეებში ... არ შეუძლია შეცვალოს არსებითი რეალობა“, რომ სასამართლოები განიცდიან დემოკრატიულობის დეფიციტის გარკვეულ ხარისხს, რაც ყველაზე ცხადია მაშინ, როდესაც ისინი აუქმებენ საკანონმდებლო და აღმასრულებელი ხელისუფლებების ქმედებებს.²³ სწორედ ეს დეფიციტი ხდის მოსამართლეებს მოწყვლადს ისეთი საგაზეთო სათაურების მიმართ, რომლებიც მათ „ხალხის მტრებად“ მოიხსენიებს²⁴ და ეს არის მიზეზი იმისა, რომ სასამართლოები კრიტიკულად უნდა იყვნენ დაინტერესებულნი თავიანთი ინსტიტუციური ძალაუფლების სხვა საშუალებებით გამყარებით. როგორც შემდეგ განვიხილავ, ერთ-ერთი საუკეთესო ინსტრუმენტი ამ მიზნისთვის არის მათი ლეგიტიმურობის აღქმის განვითარება საზოგადოებებში.

ხელისუფლების სხვა შტოებთან შედარებით, სასამართლო ხელისუფლების ინსტიტუციური სისუსტის ზემოხსენებული დისკუსია არ უნდა იქნას დანახული სასამართლოების წარმოუდგენლად დიდი ძალაუფლების უარყოფად. როგორც ბიკელმა თქვა, „ამერიკის ხელისუფლების ყველაზე ნაკლებად საშიში შტო არის ყველაზე გასაოცრად ძლევამოსილი სასამართლო სისტემა, რაც მსოფლიოს ოდესმე უნახავს“.²⁵ ასევე, არ შეიძლება იმის მტკიცება, რომ სასამართლოებს არ შეუძლიათ, მათთვის დამახასიათებელი ფორმით თავიანთ უფლებამოსილებას გადააჭარბონ. თუმცა ეს დისკუსია ასევე გვაფრთხილებს იმ პოტენციურად შეცდომაში შემყვანი მტკიცებების შესახებ, თითქოს ჩვენ ვცხოვრობთ „იურისტოკრატიის“²⁶ ან „სასამართლოს უზენაესობის“ ეპოქაში.²⁷ მიუხედავად იმ მნიშვნელოვანი და გაუთვალისწინებელი ძალაუფლებისა, რომელიც ზოგიერთმა სასამართლომ მოიპოვა გარკვეულ პერიოდში ამა თუ იმ სამართლებრივ სისტემაში, ეს გაგება ვერ ემთხვევა სასამართლოების დაუცველობას ძლიერი შემხვედრი პოლიტიკური ქარების მიმართ, რაც ჩვენ ვნახეთ როგორც გაერთიანებულ სამეფოში, ასევე მის მიღმა. ფაქტია, რომ სასამართლოები ინსტიტუციურად საკმაოდ სუსტები არიან და ეს თავად მოსამართლეებმა მტკიცებულნი გამოცდილებებით იციან.

დამოუკიდებლობა ლეგიტიმურობის მეშვეობით

ამ ინსტიტუციური სისუსტეების გათვალისწინებით, შეიძლება საინტერესო იყოს, რატომ სცემენ პატივს სასამართლოს დამოუკიდებლობას აღმასრულებელი და საკანონმდებლო ხელისუფლებები – როგორც ამას ხშირად აკეთებენ ლიბერალურ კონსტიტუციურ

²³ Bickel (n 12) 17 – 18.

²⁴ Slack (n 17).

²⁵ Bickel (n 12) 1.

²⁶ R Hirschl , Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism (Cambridge , MA , Harvard University Press , 2004) .

²⁷ LD Kramer, 'Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint' (2012) 100 California Law Review 621; R Ekins, 'Judicial Supremacy and the Rule of Law' (2003) 119 L QR 127 .

დემოკრატიებში. ლიტერატურა გვთავაზობს ახსნა-განმარტების ორ ჯგუფს, რომელთაგან თითოეული კიდევ უფრო ართულებს სასამართლოს დამოუკიდებლობის უხეშ სურათს, რომელიც თავიდანვე აღვწერე: ისინი ერთგვარად ირონიულად ცხადყოფენ, რომ სასამართლოს დამოუკიდებლობა ხელისუფლების სხვა შტოებისა და საზოგადოებისგან დამოკიდებულია იმაზე, თუ რამდენად აკმაყოფილებს სასამართლო მათ მოლოდინებს.

ახსნა-განმარტებების ერთი ნაწილი აქცენტს აკეთებს პოლიტიკურ სარგებელზე, რომელიც სასამართლოს შეუძლია ხელისუფლების სხვა შტოებისთვის უზრუნველყოს.²⁸ მაგალითად, არჩეულმა თანამდებობის პირებმა შესაძლებელია სასამართლოს მიანდონ „პოლიტიკურად სადავო საკითხების გადაწყვეტა, რომელთა მოგვარებაც მათ არ შეუძლიათ ან არ სურთ“.²⁹ ამასთანავე, კანონმდებელი შეიძლება წინასწარ არ იყოს დარწმუნებული იმ ზეგავლენის შესახებ, რომელიც შეიძლება ჰქონდეს რომელიმე წესს ან არღვევს თუ არა ის რომელიმე კონსტიტუციურ პრინციპს, და, ამგვარად, სასამართლოების კონსტიტუციურ ექსპერტიზას მიანდოს ასეთი წესების ბათილად ცნობა ან ძალადაკარგულად გამოცხადება მას შემდეგ, რაც კანონი მოქმედებას დაიწყებს.³⁰ მართლაც, გაერთიანებულ სამეფოში აღმასრულებელი ხელისუფლების ქმედებების სასამართლო კონტროლის კონსტიტუციურობის გამართლების ერთ-ერთი წამყვანი არგუმენტი არის ის, რომ პარლამენტი ადგენს აღმასრულებელი ხელისუფლებისათვის მინიჭებული უფლებამოსილებების კანონის უზენაესობის ფარგლებში განხორციელების ვალდებულებას, თუმცა ამ პრინციპის მოთხოვნების განსაზღვრის უფლებამოსილებას, თითოეული საქმის გარემოებათა მიხედვით, სასამართლოს უტოვებს.³¹ და ბოლოს, შეჯიბრებითი დემოკრატიის კონტექსტში, დღევანდელი მმართველი უმრავლესობა შეიძლება მზად იყოს, დაუშვას მისი ძალაუფლების სასამართლოს მიერ შეზღუდვა იმ მოლოდინით, რომ ის ამ შეზღუდვებით სარგებელს მიიღებს, როდესაც სამომავლოდ უმცირესობაში იქნება.³² მართლაც, რიგი ემპირიული კვლევები მიუთითებს ძლიერ კავშირს პოლიტიკურ კონკურენციასა და სასამართლოს დამოუკიდებლობას შორის.³³

ხაზგასასმელია ზემოაღნიშნული განმარტებების ორი მახასიათებელი. უპირველეს ყოვლისა, ისინი ყველაზე უკეთ ხსნიან, რატომ სარგებლობენ და ემორჩილებიან ხელისუფლების სხვა შტოები სასამართლოს ძალაუფლების გარკვეულ ხარისხს. თუმცა გაცილებით რთულად აიხსნება, კონკრეტულად რა სარგებელს იღებენ ეს შტოები *დამოუკიდებელი* სასამართლო ხელისუფლებისგან. რა თქმა უნდა ცხადია, თუ რატომ დაუჭერს დღევანდელი უმრავლესობა

²⁸ G Vanberg, 'Constitutional Courts in Comparative Perspective: A Theoretical Assessment' (2015) 18 Annual Review of Political Science 167, 170 – 76; K Whittington, 'Legislative Sanctions and the Strategic Environment of Judicial Review' (2003) 1 I CON 446.

²⁹ MA Graber, 'The Non-majoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary' (1993) 7 Studies in American Political Development 35, 36; Whittington (n 27) 455 – 56.

³⁰ Whittington (n 27) 451 – 54; JR Rogers, 'Information and Judicial Review: A Signaling Game of Legislative-Judicial Interaction' (2001) 45 American Journal of Political Science 84.

³¹ M Elliott, *The Constitutional Foundations of Judicial Review* (Oxford, Hart Publishing, 2001).

³² JM Ramseyer, 'The Puzzling (In)Dependence of Courts: A Comparative Approach' (1994) 23 Journal of Legal Studies 721; Vanberg (n 27) 173–75.

³³ T Ginsburg and M Versteeg, 'Why Do Countries Adopt Constitutional Review?' (2014) 30 Journal of Law, Economics, and Organization 587; MC Stephenson, "When the Devil Turns ...": The Political Foundations of Independent Judicial Review' (2003) 32 Journal of Legal Studies 59.

მხარს სასამართლოს დამოუკიდებლობაში ჩარევის საწინააღმდეგო ნორმებს იმ იმედით, რომ მომავალში როცა ის უმცირესობაში იქნება, აღნიშნული გარანტიებით თავადაც ისარგებლებს. ნაკლებად ცხადია, უმრავლესობისთვის რა სარგებელი მოაქვს იმ ნორმებს, რომლებიც სასამართლოებისათვის გარკვეული გადაწყვეტილებების დელეგირებას გულისხმობს და რომლებიც, სავარაუდოდ, ურჩევნია თავად გადაწყვიტოს უფრო ხელსაყრელად. მეორე, რამდენადაც ეს ფაქტორები ხელს უწყობს სასამართლოს დამოუკიდებლობის უზრუნველყოფას, ისინი მიუთითებენ, რომ ეს დამოკიდებულია ინსტიტუციურ ლანდშაფტსა და პოლიტიკურ გათვლებზე, რომლებიც, ძირითადად, სასამართლოს კონტროლს მიღმაა.

არგუმენტების მეორე ნაწილი ფოკუსირებულია იმ პოლიტიკურ ფასზე, რომლებსაც არჩეული თანამდებობის პირები იხდიან სასამართლოს დამოუკიდებლობაში ჩარევისას.³⁴ აქ განსაკუთრებით აქტუალურია არგუმენტები, რომლებიც ორიენტირებულია სასამართლოების მიმართ საზოგადოების მხარდაჭერაზე, როგორც მათ როლსა და სტრუქტურაში ფუნდამენტური ცვლილებების მიუღებლობაზე. თუკი საზოგადოებაში, ამ გაგებით, ფართოდ გავრცელდა ჩაურევლობის ნება - როგორც ეს ბევრ კონსტიტუციურ დემოკრატიულ ქვეყანაშია³⁵ - მაშინ პოლიტიკურად არაპოპულარული ხდება ხელისუფლების არჩეული შტოების მიერ სასამართლო ხელისუფლების ძალაუფლების შეზღუდვა.³⁶ ამ მიზეზით, სასამართლო ხელისუფლება, რომელიც ცდილობს გააძლიეროს თავისი დამოუკიდებლობა, კრიტიკულად უნდა იყოს დაინტერესებული მისი ლეგიტიმურობის შესახებ საზოგადოებრივი აღქმის დამკვიდრებითა და შენარჩუნებით.

ლიტერატურა გვთავაზობს, რომ ეს აღქმა ორი ფაქტორის ნაყოფს წარმოადგენს.³⁷ პირველი, როდესაც სასამართლო წყვეტს საქმეს ისე, როგორც საზოგადოებას მოსწონს, ის მოკლევადიან პერსპექტივაში განიცდის მხარდაჭერის ზრდას (როგორც ზემოთ არის აღწერილი). თუ დროთა განმავლობაში სასამართლო მუდმივად დებს საზოგადოებისთვის ხელსაყრელ შედეგებს, ეს ავსებს სასამართლოს მხარდაჭერის ან საზოგადოებაში აღქმული ლეგიტიმურობის ფიალას.³⁸ მეორე, საზოგადოების აღქმა სასამართლოების ლეგიტიმურობის შესახებ დამოკიდებულია მათ დაშვებებზე, რომ მოსამართლეები მიჰყვებიან გადაწყვეტილების მიღების სამართლიან, მიუკერძოებელ და კანონისმიერ პროცედურებს.³⁹ როგორც მოგვიანებით განვიხილავ, არსებობს დიდი დაძაბულობა აღქმული ლეგიტიმურობის ამ წყაროებს შორის: სამართლიანი,

³⁴ Vanberg (n 27) 176 – 79.

³⁵ J Gibson et al, “On the Legitimacy of National High Courts’ (1998) 92 American Political Science Review 343.

³⁶ JA Segal and HJ Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited* (Cambridge, Cambridge University Press, 2002) 94; G Vanberg, ‘Legislative – Judicial Relations: A Game-Theoretic Approach to Constitutional Review’ (2001) 45 American Journal of Political Science 346, 347.

³⁷ JD Ura and A Higgins Merrill, ‘The Supreme Court and Public Opinion’ in L Epstein and SA Lindquist (eds), *The Oxford Handbook of US Judicial Behavior* (Oxford, Oxford University Press, 2017) 434, 442 – 43; VA Baird, ‘Building Institutional Legitimacy: The Role of Procedural Justice’ (2001) 54 Political Research Quarterly 333.

³⁸ Ura and Merrill (n 36) 434, 442 – 43.

³⁹ Vanberg (n 27) 179; Baird (n 36); Gibson et al (n 34) 345; TR Tyler and K Rasinski, ‘Procedural Justice, Institutional Legitimacy, and the Acceptance of Unpopular US Supreme Court Decisions: A Reply to Gibson’ (1991) 25 Law & Society Review 621, 621 – 22.

ლეგალური შედეგი შეიძლება ყოველთვის არ ემთხვეოდეს საზოგადოების შეხედულებას იმის შესახებ, თუ რას გულისხმობს სამართლიანობა.

როგორც ჩანს, ორივე ფაქტორი არსებითად (თუმცა არა მთლიანად) სასამართლოს კონტროლს ექვემდებარება, თუმცა იმთავითვე ცხადი არ არის, როგორ უნდა შეეცადოს სასამართლო მათ კონტროლს. პირველი ფაქტორის მიხედვით, სასამართლოებს შეუძლიათ შექმნან თავიანთი ინსტიტუციური მხარდაჭერა საზოგადოებაში პოპულარული შედეგების თანმიმდევრული მიწოდებით. თუმცა, როგორც მოგვიანებით განვიხილავ, გაურკვეველია, როგორ შეძლებენ მოსამართლეები სათანადოდ, ზუსტად და დროულად აღიქვან საზოგადოების პრეფერენციები მნიშვნელოვან საკითხებზე. მეორე ფაქტორმა შეიძლება შემოგვთავაზოს, რომ სასამართლოებს შეუძლიათ თავიანთი მუშაობის მხარდაჭერა სამართლიანი, მიუკერძოებელი და ლეგალური გადაწყვეტილების მიღებისათვის სათანადო პროცედურების დაცვით, ან სულ მცირე, ხელი შეუწყონ აღქმას, რომ მათი გადაწყვეტილებები აკმაყოფილებს ამ კრიტერიუმებს. ემპირიული მტკიცებულებები აჩვენებს, რომ სასამართლოების მიმართ საზოგადოების მხარდაჭერა იზრდება იმის მიხედვით, რაც უფრო მეტი იცის საზოგადოებამ მათ შესახებ.⁴⁰ თუმცა, ლიტერატურაში ნაკლებად ცხადია, თუ რომელმა ცოდნამ შეიძლება გამოიწვიოს ეს შედეგი. მართლაც, სასამართლო პრაქტიკის შესახებ ცნობიერების ამაღლება ლეგიტიმურობას უზრუნველყოფს მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ ეს პრაქტიკა მოწონებული იქნება საზოგადოების მხრიდან.⁴¹ თუ ეს პრაქტიკა არასამართლიანად, სუბიექტურად ან პოლიტიკურად აღიქმება, მაშინ სასამართლოებისთვის აჯობებს, იყვნენ ნაკლებად გამჭვირვალე და უფრო მეტად მითების შემქმნელები.⁴²

როგორც ეს ბოლო პუნქტი ხაზს უსვამს, საზოგადოების მხარდაჭერა დამოკიდებულია არა მხოლოდ იმაზე, რეალურად რას აკეთებენ სასამართლოები, არამედ იმაზე, თუ რას ამბობენ ისინი ამ საქმიანობის შესახებ. მოცემულ ტექსტში ამ საკითხებს თანმიმდევრულად განვიხილავ.

სასამართლო განხილვის ბუნება

ბლექსტონისა და კოკის პერიოდში ჩვეულებრივი იყო იმის თქმა, რომ მოსამართლეები არასოდეს ქმნიან კანონს; ისინი უბრალოდ პოულობენ კანონს და აცხადებენ იმ შინაარსს, რომელიც მას ყოველთვის ჰქონდა.⁴³ განსჯადობის ეს მოდელი, რომელიც სხვაგვარად ცნობილია როგორც "დეკლარაციული თეორია" ან "ფორმალიზმის" დოქტრინა, ამტკიცებს, რომ ფორმალური ტექსტური წყაროები, როგორცაა კანონი და პრეცედენტი, აბსოლუტურად აკონტროლებენ შედეგს სამართლებრივ დავებში, ისე, რომ მოსამართლის ამოცანა მხოლოდ ამ წყაროების პოვნაა, ამასთან, წყაროები უნდა დაექვემდებაროს მათ კანონიერი ინტერპრეტაციისა და იურიდიული მსჯელობის მიღებულ ტექნიკას, რათა დადგინდეს

⁴⁰ Caldeira and Gibson (n 2).

⁴¹ SC Benesh, 'Understanding Public Confidence in American Courts' (2006) 68 Journal of Politics 697, 699.

⁴² JK Staton, *Judicial Power and Strategic Communication in Mexico* (Cambridge, Cambridge University Press, 2010) 7. See also G Casey, 'The Supreme Court and Myth: An Empirical Investigation' (1973) 8 Law & Society Review 385.

⁴³ W Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol 1 (Cavendish, 1766) 69; Calvin's Case (1609) 7 Co Rep 1, 77 ER 377, 409.

მოქმედი წესის შინაარსი, სწორად იქნას გაგებული იგი და ყოველთვის გამოიყენონ ეს წესი მსგავს ფაქტებზე.⁴⁴ ამ თვალსაზრისით, ენა განმსაზღვრელია; სასამართლოს დაყრდნობა არასამართლებრივ ნორმებზე, როგორცაა მორალი ან პოლიტიკა, არასაჭირო და არასათანადოა.

ჯონ ოსტინმა მეცხრამეტე საუკუნის მიწურულს უკვე დაიწყო დაკნინება „მოსამართლეების მიერ შექმნილი ბავშვური ფანტასტიკისა, რომ საერთო სამართალი მათ მიერ არ არის შექმნილი, არამედ არის არავის მიერ შექმნილი სასწაულებრივად, რომელიც არსებობს მარადისობიდან და მხოლოდ დროდადრო გამოცხადდება ხოლმე“.⁴⁵

თუმცა, მეოცე საუკუნის პირველ ნახევარში ამერიკელმა სამართლის რეალისტებმა საბოლოოდ უარყვეს დეკლარაციული თეორია. რეალისტები ამტკიცებდნენ, რომ კანონი ხშირად არ არის სამართლებრივი დავების შედეგების განმსაზღვრელი.⁴⁶ ამ ფარდობით ბუნდოვანებას სულ მცირე ორი საფუძველი აქვს. უპირველეს ყოვლისა (პირველ რიგში რეალისტებისთვის), სამართლებრივი მსჯელობის აღიარებული მეთოდები შეიძლება გამოყენებულ იქნას ლეგიტიმური, მაგრამ ურთიერთსაწინააღმდეგო წესების შესაქმნელად ერთი და იმავე სამართლებრივი წყაროებიდან.⁴⁷ მაგალითად, კარლ ლეველინი ამტკიცებდა, რომ ნებისმიერი საქმის წაკითხვა შესაძლებელია „თავისუფალი“ გაგებით - ფაქტებისგან აბსტრაქტირებულად, რათა მივიღოთ ფართოდ მოქმედი ზოგადი პრინციპი - ან „მკაცრი“ გაგებით - იმ დეტალური ფაქტობრივი გარემოებების მითითებით, რომლებიც საჭიროა ამ წესის გამოყენებისათვის და რომელიც საქმის შედეგს შემოფარგლავს მხოლოდ ამ საქმის კონკრეტული ფაქტებით.⁴⁸ ლეველინი ასევე ამტკიცებდა, რომ მოსამართლეები ხშირად ეყრდნობიან ინტერპრეტაციის ურთიერთგამომრიცხავ წესებს, რომლებიც ემსახურება კანონის ფარგლების შეზღუდვას ან გაფართოებას.⁴⁹ როგორც ბრაიან ლეიტერი აჯამებს რეალისტურ შეხედულებას, „მოსამართლეები, უპირველეს ყოვლისა, რეაგირებენ საქმის ფაქტებიდან მომდინარე ბიძგებზე“.⁵⁰

მეორე საკითხია, რომ ზოგადად ენა და, განსაკუთრებით კი - კანონის მდიდარი ნორმატიული ენა - ბუნდოვანებითა არის გაჟღენთილი. ეს ალბათ, ყველაზე ხშირად ასოცირდება რეალისტებთან (ნაწილობრივ იმიტომაც, რომ ის არის მათ მიმართ HLA Hart-ის კრიტიკის

⁴⁴ Beever, 'The Declaratory Theory of Law' (2013) 33 O JLS 421; F Schauer, 'Legal Realism Untamed' (2012) 91 Texas Law Review 749, 752 – 54; B Leiter, 'Legal Formalism and Legal Realism: What Is the Issue?' (2010) 16 L egal Theory 111, 111.

⁴⁵ J Austin, Lectures on Jurisprudence, or, The Philosophy of Positive Law, vol 2, 4th edn, ed S Austin and R Campbell (London, John Murray 1873) 655 .

⁴⁶ Schauer (n 43) 752 – 61; B Leiter, 'American Legal Realism' in MP Golding and WA Edmundson (eds), The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory (Oxford, Blackwell, 2008); H Dagan, 'The Realist Conception of Law ' (2007) 57 University of Toronto Law Journal 607, 611 – 17 .

⁴⁷ On the prominence of this claim in Realist scholarship, see Leiter (n 45) 51 – 52; Dagan (n 45) 217.

⁴⁸ KN Llewellyn, The Bramble Bush (Oxford, Oxford University Press, 2008) 68 – 72; K Kress, 'Legal Indeterminacy' (1989) 77 California Law Review 283, 297 – 99.

⁴⁹ KN Llewellyn, 'Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are to Be Construed Symposium on Statutory Construction' (1949) 3 Vanderbilt Law Review 395, 401 – 06.

⁵⁰ Leiter (n 45) 52 (arguing that the this is the 'Core Claim' uniting the Legal Realists).

ფოკუსი).⁵¹ მაქს რადინის კომენტარი კანონის ინტერპრეტაციის თაობაზე ამ თვალსაზრისს ასახავს.⁵² რადინისთვის, „სტატუტი არის ... სიტუაციის, უფრო სწორად, შესაძლო მოვლენების წარმოდგენა გარკვეულ სიტუაციაში და რომელიც არსებითად ორაზროვანია“.⁵³ ორ ცნობილ ინტერპრეტაციის ტექნიკაზე მითითებით რადინი ამტკიცებს, რომ „კანონის მიზნების შესაბამისად ინტერპრეტაცია სასამართლოსგან მოითხოვს მიზნების ლოგიკური თანმიმდევრობით შერჩევას და ეს არჩევანი უნდა განისაზღვროს მოტივებით, რომლებიც, როგორც წესი, დათრგუნულია“.⁵⁴ ამის მსგავსად, „შედეგებით ინტერპრეტაცია ნიშნავს სავარაუდო შედეგების წინასწარმეტყველებას რამდენიმე ინტერპრეტაციისას, და ვარაუდების (გამოთვლების) საფუძველი ასევე თანაბრად ცხადი არ არის“.⁵⁵

ყოველივე ამის შედეგი ის არის, რომ მოსამართლეებს მოუწოდებენ, გამოიყენონ კანონშემოქმედებითი დისკრეცია ბევრად უფრო რეგულარულად, ვიდრე ამას დეკლარაციული თეორია გვთავაზობს და როდესაც ამას გააკეთებენ, აუცილებლად დაეყრდნონ არასამართლებრივ მოსაზრებებს.⁵⁶ რეალისტები განსხვავდებიან ამ მოსაზრებების ბუნების მიხედვით. ერთი მნიშვნელოვანი შეხედულებაა, რომ სასამართლო დისკრეციისას ხელმძღვანელობს (და უნდა იყოს კიდევ ასე) მორალური და პოლიტიკური ნორმებით.⁵⁷ ცალსახად გაცხადებულია, რომ ეს ნორმები ჩართულია პოზიტიური სამართლის წყაროებში, ან ჩუმად მოქმედებს უკანა პლანზე, როდესაც მოსამართლე მსჯელობს მოქნილ სამართლებრივ მასალებზე დაყრდნობით, რათა მიაღწიოს შედეგს, რომელსაც ის სამართლიანად მიიჩნევს. ყოველ შემთხვევაში, ეს შეხედულება გადამწყვეტად დაამტკიცა თანამედროვე ემპირიულმა ნაშრომებმა. არსებობს ვრცელი ლიტერატურა „განწყობების“ თეორიის შესახებ, რომელიც აჩვენებს მოსამართლის პოლიტიკური იდეოლოგიის გავლენას მის მიერ სასამართლო გადაწყვეტილების მიღებაზე.⁵⁸ ლორდთა პალატის ცნობილ კვლევაში, მაგალითად, დევიდ რობერტსონმა დაასკვნა, რომ ლორდები სარგებლობდნენ ფართო დისკრეციით იურიდიული მასალების გამოყენებისას და რომ მათი არჩევანი, თუ როგორ გამოიყენონ ისინი, ნაკარნახევი იყო მათი პირადი იდეოლოგიებით.⁵⁹

რეალისტური ინტერვენციის შემდეგ, ანგლო-ამერიკული იურისპრუდენციის წამყვანი ფიგურები ძირითადად შეთანხმდნენ, რომ მორალური და პოლიტიკური ღირებულებები თამაშობენ (და უნდა ითამაშონ) გარკვეულ როლი სასამართლო გადაწყვეტილების მიღებაში. ჰარტი, მაგალითად, აღიარებს, რომ იურიდიულ ენას ზოგჯერ აქვს „ღია ტექსტურა“, ისეთი,

⁵¹ HLA Hart, *The Concept of Law*, ed PA Bulloch and J Raz eds, 2nd edn (Oxford, Clarendon Press 1994). Leiter (n 45) argues that this type of indeterminacy was less important to Realists than Hart supposes (63 – 64).

⁵² M Radin, 'Statutory Interpretation' (1929) 43 *Harvard Law Review* 863. See also J Dewey, 'Logical Method and Law' in WW Fisher III et al (eds), *American Legal Realism* (Oxford, Oxford University Press, 1993); Dagan (n 45) 613 – 17.

⁵³ Radin (n 51) 868.

⁵⁴ *ibid* 878.

⁵⁵ *ibid*.

⁵⁶ Schauer (n 43) 754 – 56; Leiter (n 43) 112.

⁵⁷ Schauer (n 433) 754 – 55; H Dagan, 'The Real Legacy of American Legal Realism' (2018) 38 *OJLS* 123, 142 – 43.

⁵⁸ SA Lindquist and FB Cross, *Measuring Judicial Activism* (Oxford, Oxford University Press, 2009) 40 – 43; Segal and Spaeth (n 35).

⁵⁹ D Robertson, *Judicial Discretion in the House of Lords* (Oxford, Clarendon Press 1998). Cf C Hanretty, 'The Decisions and Ideal Points of British Law Lords' (2012) 42 *British Journal of Political Science* 1.

რომ „კანონი ვერ ადგენს პასუხს და, შესაბამისად, ნაწილობრივ განუსაზღვრელია“.⁶⁰ ჰარტი ამტკიცებს, რომ კანონი ასეთ შემთხვევებში არ ექვემდებარება მხოლოდ გონივრულ უთანხმოებას, არამედ არის „ძირითადად არასრული“.⁶¹ იმისათვის, რომ გადაწყდეს ასეთი საქმეები, მოსამართლემ უნდა გამოიყენოს კანონშემოქმედებითი დისკრეცია, და როცა ის ამას აკეთებს, მისი მოვალეობაა „გამოიტანოს საუკეთესო მორალური გადაწყვეტილება [რაც] შეუძლია“.⁶²

ჯოზეფ რაზი ასევე ამტკიცებს, რომ ასეთ „არარეგულირებულ დავებში ... კანონი არ გვთავაზობს დავის კონკრეტულ გადაწყვეტას, თუმცა კანონმა შეიძლება გვიკარნახოს ზოგადი მითითებები“.⁶³ ასეთ შემთხვევებში სასამართლო „იღებს კანონშემოქმედებით როლს ხარვეზების შევსებით“⁶⁴ და როდესაც ის ერთვება ასეთ საქმეებში „კანონის შემქმნელი მოსამართლეები ეყრდნობიან და უნდა დაეყრდნონ საკუთარ მორალურ განსჯას“.⁶⁵ უფრო უახლეს ნაშრომში რაზი განიხილავს იმას, რასაც ის უწოდებს იურიდიული ინტერპრეტაციის „იანუსის სახეს“: მას აქვს როგორც უკანმხედი ასპექტი, რომელიც „მიზნად ისახავს კანონის იმგვარად გაგებას, როგორც ის არის“ და ასევე წინმხედი ასპექტი, რომელიც მიზნად ისახავს მის განვითარებას და გაუმჯობესებას.⁶⁶

დვორკინი, რომელიც არ ეთანხმება ჰარტს და რაზს კანონის ბუნების შესახებ მათი ძირითადი თეზისების უმეტესობაში, ფუნდამენტურად ემხრობა მათ ამ საკითხში. დვორკინისთვის, სამართლებრივი ინტერპრეტაცია მოიცავს „შესაბამის“ განზომილებას, რადგან ის შეზღუდულია „იურიდიული ისტორიის უხეში ფაქტებით“, როგორცაა კანონმდებლობისა და სასამართლო პრაქტიკის სპეციფიკური ფორმულირება.⁶⁷ მაგრამ ის ასევე მოიცავს "გამართლების" განზომილებას.⁶⁸ როდესაც მრავალი ინტერპრეტაცია შეესაბამება იმავე იურიდიულ ტექსტს, როგორც ეს ხშირად ხდება, მოსამართლემ უნდა გადაწყვიტოს, რომელი ინტერპრეტაცია წარმოაჩენს კანონს უკეთესად მისი „პოლიტიკური მორალის“ თვალსაზრისით. ეს ნიშნავს, რომ მისი საკუთარი მორალური და პოლიტიკური მრწამსი ახლა პირდაპირ არის ჩართული ამ პროცესში.⁶⁹

⁶⁰ Hart (n 50) 252.

⁶¹ Ibid.

⁶² ibid 252, 254.

⁶³ J Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, 2nd edn (Oxford, Oxford University Press, 2009) 181.

⁶⁴ ibid 182.

⁶⁵ ibid 199.

⁶⁶ J Raz, *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason* (Oxford, Oxford University Press, 2009) 353 – 54.

⁶⁷ R Dworkin, *Law's Empire* (Oxford, Hart Publishing, 1998) 52. See also R Dworkin, *Justice in Robes* (Cambridge, MA, Harvard University Press, 2006) 15.

⁶⁸ Dworkin, *Justice in Robes* (n 66) 15. See also Dworkin, *Law's Empire* (n 66) 52, 255 – 56.

⁶⁹ Dworkin, *Law's Empire* (n 66) 256. See also Dworkin, *Justice in Robes* (n 66) 12 – 15. დვორკინის პოზიცია რთულია და წინააღმდეგობაში მოდის ჰარტთან და რაზთან, მისი დაჟინებით, რომ ეს მორალური პრინციპები აუცილებლად კანონის ნაწილია და რომ ისინი იძლევიან ერთ სწორ პასუხს ყველა სამართლებრივ დავაში. ამ ზომით, როგორც სხვებმა აღნიშნეს, დვორკინი შეიძლება ჩაითვალოს დეკლარაციული თეორიის დახვეწილი ვერსიის წინ წამომწევად. Leiter (n 43) 112.

დღეს თეორეტიკოსები ვერ თანხმდებიან სამართლებრივი განუსაზღვრელობის წყაროების, მასშტაბებისა და შედეგების, ასევე, იმის თაობაზე, თუ როგორ უნდა შეიზღუდოს მოსამართლეების მიერ ღირებულებით დატვირთული გადაწყვეტილების მიღების გარკვეული ფორმები. მიუხედავად იმისა, რომ ფორმალიზმმა (როგორც ქვემოთ იქნება განხილული) განიცადა აღორძინება კონსერვატიულ აკადემიასა და მოსამართლეებს შორის გაერთიანებულ სამეფოსა და შეერთებულ შტატებში, არსებობს ფართო კონსენსუსი აკადემიურ სამართალში, რომ მორალური და პოლიტიკური შეფასება ხშირი მოვლენაა სასამართლო საქმეთა განხილვისას. კლიშედ იქცა შენიშვნა: „ჩვენ ყველანი სამართლებრივი რეალისტები ვართ“.⁷⁰

ღირებულებით დატვირთული კანონშემოქმედებითობა გადაწყვეტილების მიღების პროცესში სასამართლოს ლეგიტიმაციის კულტივირებისთვის ორ მნიშვნელოვან კითხვას ბადებს. პირველი ეხება იმას, არსებობს თუ არა ინტერპრეტაციის ან იურიდიული მსჯელობის ტექნიკა, რამაც შეიძლება შეზღუდოს მორალური და პოლიტიკური შეფასების ფარგლები სასამართლო გადაწყვეტილებებში (იმდენად, რამდენადაც ასეთი შეფასება არასასურველია). მეორე ეხება იმას, თუ როგორ უნდა მიიტანონ მოსამართლეებმა ასეთი შეფასების როლი (როგორც არ უნდა იყოს მისი ფარგლები ან მიზანშეწონილობა) საზოგადოებამდე. მე განვიხილავ ამ საკამათო საკითხებს დოკუმენტის დანარჩენ ნაწილში.

სტრატეგიები ლეგიტიმურობის კულტივირებისთვის

ხელისუფლების შტოებს შორის სასამართლო სისტემის შედარებითი სისუსტის გამო, სასამართლოები კრიტიკულად უნდა იყვნენ დაინტერესებულნი საზოგადოების მიერ მათი ლეგიტიმაციის აღქმის კულტივირებით. ეს აღქმა არის ორი ძირითადი ფაქტორის პროდუქტი: თვლის თუ არა საზოგადოება, რომ სასამართლოები იცავენ გადაწყვეტილების მიღების სამართლიან, მიუკერძოებელ და ლეგალურ პროცედურებს; და არის თუ არა საზოგადოება მუდმივად კმაყოფილი სასამართლოების საქმიანობის შედეგებით. ვინაიდან მართლმსაჯულების სისტემას შესაძლებლობა აქვს, ეს ფაქტორები არსებითად აკონტროლოს, ისინი გთავაზობენ გარკვეულ სტრატეგიებს, რომლითაც სასამართლოს საკუთარი ლეგიტიმაციის გაუმჯობესება შეუძლია. პირველი ორი, გამჭვირვალობა და თავშეკავება, უპირველეს ყოვლისა, საზოგადოებასთან ურთიერთობის სტრატეგიებია, რომელთა გამოყენებაც მოსამართლეებს შეუძლიათ და იყენებენ კიდევ თავიანთ წერილობით გადაწყვეტილებებში თუ სასამართლოს გარეთ გაკეთებულ განცხადებებში. ეს სტრატეგიები ერთმანეთისგან იმით განსხვავდებიან, რომ თითოეული ცდილობს, გადმოსცეს მორალური და პოლიტიკური შეფასების როლი სასამართლო გადაწყვეტილების მიღებაში. მესამე სტრატეგია, პოპულარობა, უპირველეს ყოვლისა, ორიენტირებულია სასამართლო გადაწყვეტილებების არსებით შედეგებზე (თუმცა, უდავოდ, მისი ეფექტურობა დამოკიდებულია მისი არსის საზოგადოებისთვის გაცნობაზე). ის არა მარტო დამოკიდებულია, არამედ მიზნად ისახავს კიდევ მოსამართლეთა მხრიდან გარკვეული სახის პოლიტიკურ შეფასებას.

⁷⁰ MS Green, 'Legal Realism as Theory of Law' (2005) 46 William and Mary Law Review 1915, 1917.

ქვემოთ, მე ვთავაზობთ სასამართლოს მიერ გაცემულ გარკვეულ განცხადებებს და სხვა ემპირიულ მტკიცებულებებს, როგორც იმის მაგალითებს, თუ როგორ შეიძლება გამოიყურებოდეს ეს სტრატეგიები მოქმედებაში. მიუხედავად იმისა, რომ ზოგიერთ შემთხვევაში მოსამართლეები უპირობოდ მხარს უჭერენ საქმის განხილვისა და გადაწყვეტის გარკვეულ მიმართულებებს, როგორც თავიანთი ლეგიტიმაციის გაუმჯობესებისთვის შემუშავებული ცნობიერი სტრატეგიის ნაწილს, ეს ყოველთვის ან თუნდაც დიდწილად ასე არ არის. ექვგარეშეა, ბევრი მოსამართლე, რომელიც მხარს უჭერს გამჭვირვალობას ან თავშეკავებას, ან ვინც იბრძვის პოპულარობისთვის, ამას აკეთებს სასამართლო ხელისუფლების ლეგიტიმურობის შესახებ თავიანთი ნორმატიული რწმენის გამო. თუმცა მე ვთავაზობ მკითხველს, სასამართლოს ეს ქმედებები სტრატეგიული თვალსაზრისით შეაფასოს იმისათვის, რათა გაითავისოს სხვადასხვა საშუალებები, რომლითაც მოსამართლეები შეგნებულად ესწრაფვიან, თუ მათ ეს სურთ, თავიანთი ლეგიტიმაციის კულტივირებას საზოგადოების თვალში.

გამჭვირვალობა

მორალური და პოლიტიკური შეფასება დავის განხილვისას სულაც არ ნიშნავს, რომ სასამართლო გადაწყვეტილების მიღება მიკერძოებული ან არასამართლებრივია (ყოველ შემთხვევაში, ამ ტერმინების სიღრმისეული გაგებით). ეს არ ნიშნავს იმას, რომ გადაწყვეტილება არის უსამართლო ან მოსამართლეები არ არიან შეზღუდულნი სამართლებრივი წყაროებით, პოლიტიკური წნეხით და სასამართლოს შემზღუდავი ინსტიტუციური მახასიათებლებით. თუმცა, მსჯელობის შეფასებითი ასპექტი აჩენს კრიტიკულ კითხვებს იმის შესახებ, გაიზიარებს თუ არა ჩემს პერსპექტივას ფართო საზოგადოება. გამჭვირვალობის სტრატეგია რიკის შემცველია. იგი არა მხოლოდ აცხადებს დეკლარაციულ მოდელს სასამართლო განხილვის ცრუ სურათად, არამედ სასამართლოს მიერ ღირებულებით დატვირთულ კანონშემოქმედებას წარმოაჩენს უპირატესობად.

ამ სტრატეგიას ემხრობიან გარკვეული პირები ინგლისის სასამართლო სისტემაშიც. რამდენიმე ათეული წლის წინ ღია წერილში ლორდ რეიდი ღიად აღნიშნავს,

დრო იყო, როდესაც თითქმის უხამსად ითვლებოდა მოსაზრება, რომ მოსამართლეები კანონს ქმნიან - ისინი მხოლოდ ახმოვანებენ მას. ზღაპრების მოყვარულებს, როგორც ჩანს, ეგონათ, რომ ალადინის რომელიღაც გამოქვაბულში დამალულია საერთო სამართალი მთელი თავისი ბრწყინვალეობით და დანიშვნისას მოსამართლე ეზიარება ჯადოსნურ სიტყვებს: სეზამ, გაიღე! ხოლო ცუდი გადაწყვეტილებები მიიღება მაშინ, როდესაც მოსამართლემ კოდი შეცვალა და არასწორი კარი გაიღო. მაგრამ ჩვენ აღარ გვჯერა ზღაპრების.⁷¹

ლორდ ნიუბერგერი და ლედი ჰეილი გამჭვირვალობის ბოლოდროინდელი ყველაზე ცნობილი დამცველები არიან.⁷² ლორდ ნიუბერგერი ამტკიცებს, რომ „მოსამართლეები არიან

⁷¹ Lord Reid, 'The Judge as Lawmaker' (1972–73) 12 Journal of the Society of Public Teachers of Law 22, 22.

⁷² Lord Neuberger, 'Judge not, that ye be not judged': Judging Judicial Decision-Making' (FA Mann Lecture, 2015) www.supremecourt.uk/docs/speech-150129.pdf.

და ყოველთვის იყვნენ კანონმდებლები⁷³ და რომ მოსამართლეები „უნდა მიუდგნენ გადაწყვეტილების მიღების ამოცანას ისე, რომ უფრო მოიცვან, ვიდრე გაექცნენ ჩვენს ადამიანურობას. ჩვენ ეს უფრო ღიად უნდა გავაკეთოთ“, - ამბობს ის, - „და უფრო გულწრფელად“.⁷⁴ ლედი ჰეილი, თავის მხრივ, აღიარებს, რომ თითოეული მოსამართლე „თავის საქმიანობას ახორციელებს გარკვეული ღირებულებებისა და პერსპექტივების ერთობლიობით, რამაც შეიძლება იქამდე მიგვიყვანოს, რომ მათ დაიწყონ გარკვეული მასალების შერჩევა კონკრეტულ შედეგებთან მისასვლელად“.⁷⁵ იგი ამტკიცებს, რომ განსხვავებული ღირებულებები მხოლოდ ხელს უწყობს საქმის განხილვას, რადგან „[თქვენ] ვერ მიიღებთ საუკეთესო შედეგს, თუ ყველა ერთსა და იმავე პრობლემას ზუსტად ერთი და იმავე კუთხით განიხილავს“.⁷⁶

გამჭვირვალობის მომხრეები არიან ხშირად ისინი, ვინც მხარს უჭერს კონსტიტუციური ინტერპრეტაციის „ცოცხალ“ თეორიას, რომელიც კარგად არის დამკვიდრებული შეერთებულ შტატებში, კანადასა და ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოში.⁷⁷ როგორც ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო ამტკიცებს, ეს დოქტრინა განიხილავს კონსტიტუციურ დოკუმენტებს (როგორცაა ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია), როგორც „ცოცხალ ინსტრუმენტს, რომელიც ... უნდა განიმარტოს დღევანდელი პირობების გათვალისწინებით“,⁷⁸ და არა იმის მიხედვით, რა ითვლებოდა სახელმწიფოს მისაღებ ქცევად კონვენციის შედგენისას, ან რა კონკრეტული უფლებების დაცვას აპირებდნენ კონვენციის შემქმნელები“.⁷⁹ მოსამართლე უილიამ ბრენანი - ცოცხალი კონსტიტუციონალიზმის გავლენიანი ადვოკატი შეერთებულ შტატებში - ამ დოქტრინაზე საუბრისას მოუწოდებს გამჭვირვალობისკენ და ამტკიცებს, რომ სწორმა კონსტიტუციურმა ინტერპრეტაციამ „უნდა გაითვალისწინოს ამ

⁷³ *ibid* para 41.

⁷⁴ *ibid* para 54.

⁷⁵ Lady Hale, Evidence before the Constitution Committee, Autumn 2011, quoted in A Paterson and C Paterson, 'Guarding the Guardians? Towards an Independent, Accountable and Diverse Senior Judiciary' (Centre Forum, 2012) 39, https://strathprints.strath.ac.uk/40759/1/guarding_the_guardians.pdf.

⁷⁶ *ibid* 41.

⁷⁷ For a US overview, see JM Balkin, 'Framework Originalism and the Living Constitution' (2009) 103 *Northwestern University Law Review* 549, 559 – 66. For a Canadian overview, see W Waluchow, 'Constitutions as Living Trees: An Idiot Defends' (2005) 18 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 207, 222. See also A Kavanagh, 'The Idea of a Living Constitution' (2003) 16 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 55; G Letsas, 'The ECHR as a living Instrument: Its Meaning and Legitimacy' in A Føllesdal et al (eds), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context* (Cambridge, Cambridge University Press, 2013). საინტერესოა, რომ თეორია თავის სასამართლო ფესვებს უდევს Llewellyn-ს და მოსამართლე Oliver Wendell Holme-ს ოლივერ ვენდელ ჰოლმსს (საყოველთაოდ განიხილება როგორც პროტო-რეალისტი).

See KN Llewellyn, 'The Constitution as an Institution' (1934) 34 *Columbia Law Review* 1, 16; *Gompers v United States* 233 US 604, 610 (1914) (per Holmes J); *Missouri v Holland* 252 US 416 (1920). On Holmes' s complex relationship to Legal Realism, see N Duxbury, 'The Birth of Legal Realism and the Myth of Justice Holmes' (1991) 20 *Anglo-American Law Review* 81. ჰოლმისი ამტკიცებს, რომ აშშ-ს კონსტიტუციის დებულებები არის „ორგანული, ცოცხალი ინსტიტუტები“, რომელთა მნიშვნელობა არის „შეკრებილი არა უბრალოდ სიტყვებისა და ლექსიკონის ადებით, არამედ მათი წარმოშობისა და მათი ზრდის ხაზის გათვალისწინებით“ (*Gompers*, 610).). დეკლარაციული თეორია, როგორც ამას ჰოლმისი დამცინავად აღწერს, კანონს ამტკიცებს, როგორც რაღაც „ყოვლისმომცველს ცაში“. *Southern Pacific Co v Jensen* 244 US 205, 222 (1917).

⁷⁸ *Tyrer v UK* (1979 – 80) 2 EHRR 1 (ECHR) para 31.

⁷⁹ Letsas (n 76) 108.

ღირებულებითი არჩევანის არსებობა და უნდა აღიაროს თანამედროვეობაში მათი გამოყენების მცდელობისას თანდაყოლილი ორაზროვნება“.⁸⁰

გასაკვირი არ არის, რომ კონსტიტუციის ტექსტის არარსებობის გათვალისწინებით, ცოცხალი კონსტიტუციონალიზმის დოქტრინა ნაკლებად არის დამკვიდრებული გაერთიანებულ სამეფოში, ვიდრე სხვა იურისდიქციებში. თუმცა გაერთიანებული სამეფოს სასამართლოები რეგულარულად აღიარებენ ამ დოქტრინის როლს ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს იურისპრუდენციაში, რომლის დაცვაზე ვალდებულია თავს მიიჩნევენ.⁸¹ მათ ასევე აღიარეს, რომ „კონსტიტუციური დებულებები, განსაკუთრებით ისინი, რომლებიც იცავს ფუნდამენტურ უფლებებს, ზოგადად უნდა იქნას განმარტებული იმ საზოგადოებების განვითარებადი ღირებულებების გათვალისწინებით, რომლებისთვისაც ისინი შეიქმნა“.⁸² განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია, რომ გაერთიანებული სამეფოს სასამართლოები იღებენ იმას, რაც, სავარაუდოდ, ანალოგიური „ცოცხალი“ მიდგომაა ჩვეულებრივი კანონმდებლობის ინტერპრეტაციისთვის. „განახლებადი განმარტების“ პრეზუმფციის მიხედვით, სასამართლოები, როგორც წესი, თვლიან, რომ პარლამენტის მიზანია, კანონი „ყოველთვის საუბრობდეს“. კერძოდ, სასამართლოებმა უნდა გამოიყენონ „განმარტებები, რომლებიც მუდმივად აახლებს საკუთარ ფორმულირებას, რათა მოხდეს ცვლილებების შეტანა აქტის თავდაპირველად ვერსიაში, მათ შორის სოციალური, ტექნოლოგიური ან საერთო ღირებულებითი ცვლილებების გათვალისწინებით.“⁸³ როგორც ირკვევა განმარტებების განახლების ზოგიერთი წამყვანი შემთხვევიდან – რომელშიც, მაგალითად, ტერმინი „ოჯახი“ გადაიხედა, რათა მოეცვა ერთნაირსქესიანი წყვილები,⁸⁴ ხოლო ტერმინი „ოჯახური ძალადობა“ გადაიხედა და ის არაფიზიკურ მუქარასა და დაშინებასაც მოიცავს⁸⁵ - დოქტრინა საკმაოდ ადგილს ტოვებს მორალური ფასეულობების გავლენისათვის და ამ მიმართულებით მოსამართლეების გამჭვირვალობის საჭიროებას აჩენს.

გამჭვირვალობის სტრატეგიას მინიმუმ ორი სარგებელი აქვს. პირველი, როგორც წინამდებარე მსჯელობა მიუთითებს, მისი გაგება და წარმოდგენა შედარებით მარტივია. გადაწყვეტილების მიღების პროცესის მისეული აღწერა ემთხვევა წინა ნაწილში გაშლილ, გადაწყვეტილების მიღების შესახებ ფართოდ მიღებულ ფაქტებს, რომ იგი მოიცავს მორალურ და პოლიტიკურ შეფასებას. ეს სტრატეგია - ისევე, როგორც თავშეკავების სტრატეგია, - არ ეყრდნობა კომპლექსურ კონცეპტუალურ მანევრებს ან საზოგადოებასთან ურთიერთობისას ორმაგ მეტყველებას, რათა დაფაროს წინააღმდეგობა, რომელიც არსებობს ერთი მხრივ, მოსამართლეებს შორის, რომლებიც აცხადებენ, რომ არიან ღირებულებით ნეიტრალური და

⁸⁰ WJ Brennan, Jr, 'The Constitution of the United States: Contemporary Ratification' (1986) 27 South Texas Law Review 433, 437.

⁸¹ Kennedy v Information Commissioner [2015] AC 455, 472; Brown v Stott [2003] 1 AC 681, 727.

⁸² Lendore v Attorney General of Trinidad and Tobago [2017] 1 WLR 3369, 3391; Edwards v Attorney General for Canada [1930] AC 124, 136.

⁸³ FAR Bennion, Understanding Common Law Legislation: Drafting and Interpretation (Oxford, Oxford University Press, 2009) 52 – 53; Fitzpatrick v Sterling Housing Association Ltd [1999] 4 All ER 705; Yemshaw v Hounslow LBC [2011] 1 WLR 433 .

⁸⁴ Fitzpatrick (n 82).

⁸⁵ Yemshaw (n 82).

ლეგალისტური, ხოლო, მეორე მხრივ კი მათ შორის, ვინც ღრმა მორალური და პოლიტიკური შედეგების მქონე, ღირებულებებზე დაფუძნებულ გადაწყვეტილებს იღებს.⁸⁶

მეორე, გამჭვირვალობა ხელს უწყობს სასამართლო ხელისუფლების გამართლებას კონტრ-მაჟორიტარული ბრალდების წინაშე. მაგალითად, ჯონ როულსი ამტკიცებდა, რომ გადაწყვეტილების მიღება არის საჯარო მსჯელობის ძალზედ მნიშვნელოვანი ფორმა: ნაწილობრივ რაც განასხვავებს სასამართლოებს და ამართლებს მათ როლს ხელისუფლების დემოკრატიულად არჩეულ შტოებთან მიმართებაში, არის ის, რომ ისინი გვთავაზობენ თავიანთი გადაწყვეტილებების დეტალურ მიზეზებს და ახსნებს, რაც ექვემდებარება საზოგადოებრივ კრიტიკას.⁸⁷ ბუნებრივია, საჯარო დასაბუთების ცნება მხოლოდ იმ შემთხვევაში გვეხმარება გადაწყვეტილების ახსნასა და გამართლებაში, თუ საჯაროდ გაჟღერებული მიზეზები არის ის მიზეზები, რომლებსაც რეალურად ეყრდნობიან მოსამართლეები; სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ მოსამართლეები გამჭვირვალედ იქცევიან.

დავის გადაწყვეტის ღირებულებით დატვირთული ასპექტების რეკლამირების უარყოფითი მხარე არის ის, რომ ეს შეიძლება არ იყოს კარგად მიღებული საზოგადოების მიერ. პატრიკ ატიამ ამ რისკის თაობაზე რამდენიმე ხნის წინ მიაჩნა და თქვა, რომ „ინგლისელი მოსამართლეების უმეტესობას მიაჩნია, რომ ეს შეარყევს საზოგადოების ნდობას სასამართლო სისტემის მიმართ და, შესაბამისად, ცუდი იქნება თუკი საზოგადოება მიხვდება, რომ მოსამართლეებს ნამდვილად აქვთ შემოქმედებითი საკანონმდებლო როლი.“⁸⁸ ცოტა ხნის წინ ლორდ ნოიბერგერმა გამოთქვა მსგავსი შეშფოთება იმის გამო, რომ საზოგადოებამ შესაძლოა წინააღმდეგობა გაუწიოს სასამართლოს მიერ კანონშემოქმედების იდეას, რაც გაზრდის ამ უკანასკნელზე თავდასხმის რისკებს.⁸⁹

ეს შიშები გასაგებია. ღირებულებით დატვირთული გადაწყვეტები შეუსაბამოა საზოგადოების მოლოდინებთან, რომ სასამართლო გადაწყვეტილება მიუკერძოებლად და სამართლებრივად იქნება მიღებული (თუნდაც ამ ტერმინების მინიმალური შინაარსობრივი დატვირთვით). თუ ეს ასეა, მაშინ შესაძლოა უკეთესი იყოს გამჭვირვალობის სტრატეგიის გააზრება და განვითარება არა როგორც ამ მოლოდინების დაკმაყოფილების, არამედ როგორც მათი შეცვლის მცდელობა. მისი დამცველები უნდა ცდილობდნენ არა მხოლოდ გამოავლინონ ქეშმარიტება სასამართლოს შესახებ, არამედ (აკადემიკოსების, პოპულარული პოლიტიკოსების და სხვათა დახმარებით) შეცვალონ საზოგადოების მხრიდან სასამართლოს ლეგიტიმაციის კრიტერიუმები. ალტერნატივა, რომელსაც შემდეგ განვიხილავ, არის ამ კრიტერიუმების, როგორც მოცემულობის გათვალისწინება და გადაწყვეტილების მიღების წარმოჩენა როგორც ტექნიკური, ღირებულებისგან თავისუფალი პროცესისა.

თავშეკავება

⁸⁶ ამ მოსაზრებაზე დასკვნაში ვსაუბრობ.

⁸⁷ J Rawls, *Political Liberalism*, expanded edn (New York, Columbia University Press, 2005) 231 – 40.

⁸⁸ PS Atiyah, 'Judges and Policy' (1980) 15 *Israel Law Review* 346, 360.

⁸⁹ Neuberger (n 71) para 21.

თავშეკავება, როგორც საზოგადოებასთან ურთიერთობის სტრატეგია, იზიარებს ლორდ ნიუბერგერის კრიტიკას. თუ საზოგადოების მოლოდინები მიუკერძოებელი და ლეგალისტური გადაწყვეტილების შესახებ ეწინააღმდეგება ღირებულებით დატვირთულ სასამართლო დისკრეციას, შესაძლებელია სასამართლო ლეგიტიმაციის პროცესს ხელი შეეწყოს დეკლარაციული მოდელის მსგავსი კონცეფციის წახალისებით. ეს სტრატეგია საზოგადოებისთვის ცხადყოფს, რომ ეს მოდელი არა მხოლოდ სასურველია, არამედ ნაწილობრივ მაინც განხორციელებადი, თუკი მოსამართლეები მათ წინაშე დასმულ საკითხებზე პასუხის გასაცემად სამართლებრივი რესურსებისა და წყაროების ინტერპრეტაციისას თავშეკავებულად იმოქმედებენ.

აშშ-ის უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეები ხშირად მხარს უჭერენ დეკლარაციული მოდელის წარმოდგენლად მოუქნელ ვერსიას. ჯონ რობერტსმა მოსამართლედ დანიშვნისას გამართულ მოსმენაზე მოსამართლის როლი ბეისბოლის მსაჯს შეადარა: „ჩემი სამუშაო“, თქვა მან, „აუტის გამოცხადება და ქულის ჩათვლაა და არა ბურთის ჩაწოდება ან დარტყმა“.⁹⁰ მსაჯის ანალოგია ცოტა ხნის წინ გაიმეორა მოსამართლე ბრეტ კავანამ, მისი განსაკუთრებით სადავო პროცესის ერთ-ერთ ნაკლებად ღირსშესანიშნავ ნაწილში. მოსამართლე კავანამ თქვა, რომ „კარგი მოსამართლე უნდა იყოს მსაჯი – ნეიტრალური და მიუკერძოებელი არბიტრი, რომელიც არ ემხრობა დავის რომელიმე მხარეს ან პოლიტიკას“; მან „უნდა განმარტოს კანონი და არა შექმნას ის“.⁹¹ რესპუბლიკელი პრეზიდენტები მუდმივად ასახელებდნენ მოსამართლეობის კანდიდატებს იმ კრიტერიუმით, რომ ისინი განამტკიცებდნენ სასამართლო სისტემაში დეკლარაციული მოდელის დაცვას.⁹²

გაერთიანებულ სამეფოში, ლორდი სამფშენი ბოლო დროს მხარს უჭერს სასამართლო თვითშეზღუდვის უფრო დეტალიზებულ შეხედულებას. მართალია ის აღიარებს მოსამართლეების ჩართულობას კანონშემოქმედებაში, თუმცა ამტკიცებს, რომ მოსამართლეები მორალურ ან პოლიტიკურ შეფასებაში მხოლოდ მაშინ ერთვებიან, როდესაც იმ საკითხებს განიხილავენ, რომელთათვის თავის არიდებაც სჯობდა. სამფშენი განსაკუთრებულად მიზანში იღებს კანონიერების პრინციპის საკითხს, რომლის მიხედვითაც მოსამართლეები კანონმდებლობას კანონის უზენაესობისა და ძირითადი უფლებების შესაბამისად განმარტავენ. კანონის უზენაესობასთან დაკავშირებით ლორდი სამფშენი

⁹⁰ Confirmation Hearing on the Nomination of John G Roberts, Jr to Be Chief Justice of the United States: Hearing Before the Senate Committee on the Judiciary, 109th Congress 56 (2005).

⁹¹ ‘Judge Brett Kavanaugh ’ s Opening Statement: Full Prepared Remarks and Video ’ New York Times , 4 September 2010, <https://www.nytimes.com/2018/09/04/us/politics/judge-brett-kavanaughs-opening-statement-full-prepared-remarks.html> .

⁹² Senate Confirmation of Sandra Day O ’ Connor as an Associate Justice of the Supreme Court of the United States (September 21, 1981) <https://www.reaganlibrary.gov/archives/speech/statement-senate-confirmation-sandra-day-oconnor-associate-justice-supreme-court> ; Remarks at the Swearing-in Ceremony for William H Rehnquist as Chief Justice and Antonin Scalia as Associate Justice of the Supreme Court of the United States (26 September 1986), <https://www.reaganlibrary.gov/archives/speech/remarks-swearing-ceremony-william-h-rehnquist-chief-justice-and-antonin-scalia> ; Statement on Remarks at the Swearing-in Ceremony for Anthony M Kennedy as an Associate Justice of the Supreme Court of the United States (18 February 1988) <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/remarks-the-swearing-ceremony-for-anthony-m-kennedy-associate-justice-the-supreme-court> ; Remarks by President Trump and Justice Gorsuch at Swearing-in of Justice Gorsuch to the Supreme Court (10 April 2017); Remarks by President Trump at Swearing-in Ceremony of the Honorable Brett M Kavanaugh as Associate Justice of the Supreme Court of the United States (8 October 2018).

ამტკიცებს, რომ მოსამართლეებმა შეიმუშავეს ვრცელი შეხედულება ამ კონცეფციის შესახებ, რომელიც ერევა ლეგიტიმური მთავრობის პოლიტიკაში და "დამოკიდებულია სუბიექტურ გადაწყვეტილებაზე, რომელშიც მოსამართლის პირადი მოსაზრებები ყოველთვის გავლენიანი და ხშირად გადაწყვეტიცაა".⁹³ რაც შეეხება ადამიანის უფლებებს, ის ამტკიცებს, რომ მათი შინაარსისა და ფარგლების იდენტიფიცირება „არსებითად წარმოადგენს მორალურ შეხედულებათა საკითხს“, რომელიც მოიცავს „პირად მორალურ განსჯას“ და სადაც „არსებობს სივრცე, რომ გონიერი ადამიანები ერთმანეთს არ დაეთანხმონ“.⁹⁴ იგი ამტკიცებს, რომ ასეთი უფლებები „[არ] უნდა იყოს შექმნილი მოსამართლეების მიერ“, ლორდი სამფშენი განავრცობს დეკლარაციული მოდელის კლასიკურ გაგებას: „მოსამართლეები არსებობენ კანონის გამოსაყენებლად. მოქალაქეებისა და მათი მიერ არჩეული თანამდებობის პირების საქმეა გადაწყვიტონ, როგორი უნდა იყოს კანონი“.⁹⁵

სასამართლოს კანონშემოქმედებითი საქმიანობის შეზღუდვის ერთ-ერთი ინსტრუმენტია ორიგინალიზმის ინტერპრეტაციული მეთოდოლოგია. ეს დოქტრინა ყველაზე კარგად ცნობილია მისი ამერიკელი მომხრეების მხრიდან, თუმცა არსებობენ მისი ინგლისელი მხარდამჭერებიც. ორივე სახელმწიფოში ორიგინალიზმს ყოველთვის მხარს უჭერენ კონტრ-მაჟორიტარული დილემის გათვალისწინებით და, როგორც წესი, ერთი და იმავე არგუმენტებით: რწმენა, რომ ადამიანის უფლებები ურთიერთწინააღმდეგობრივია, რადგან მორალი, რომელსაც ისინი ეფუძნება ასევე წინააღმდეგობრივია. ამას დაერთვის რწმენა, რომ მორალური წინააღმდეგობები უნდა გადაწყდეს დემოკრატიულად ანგარიშვალდებული თანამდებობის პირების მიერ.

ამერიკის შეერთებული შტატების დისკურსის კვლევაში ლოურენს სოლუმმა ორიგინალიზმს აღწერს, როგორც ინტერპრეტაციის თეორიების მრავალფეროვან ოჯახს, რომელთაც აერთიანებთ ორი მტკიცებისადმი მათი ერთგულება: პირველი ის, რომ „კონსტიტუციური ტექსტის თავდაპირველი მნიშვნელობა განისაზღვრა თითოეული დებულების ჩამოყალიბების, რატიფიცირებისა და გასაჯაროების დროს“; და მეორე, რომ „კონსტიტუციური კონტროლის პრაქტიკა უნდა შეიზღუდოს ამ განსაზღვრული, ორიგინალური მნიშვნელობებით“.⁹⁶ მიუხედავად იმისა, რომ ორიგინალიზმის ამერიკელი ექსპერტები თავდაპირველად ამტკიცებდნენ, რომ ეს საწყისი შინაარსი აშშ-ს კონსტიტუციის შემქმნელების განზრახვებში უნდა ვეძებოთ, თანამედროვე ორიგინალისტები (ასეთი განზრახვის დადგენის მთელი რიგი სირთულეების გამო) ამტკიცებენ, რომ კონსტიტუციის დებულებები უნდა იქნას განმარტებული იმგვარად, როგორც მათ გაიგებდა საზოგადოება მათი მიღების დროს.⁹⁷

⁹³ Sumption (n 17).

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ LB Solum, 'Originalism versus Living Constitutionalism: The Conceptual Structure of the Great Debate' (2019) 113 Northwestern University Law Review 1243, 1265 – 66. ორიგინალისტური განზრახვის ცნების ფუნდამენტური გამოწვევისთვის იხილეთ, P Brest, 'The Misconceived Quest for the Original Understanding' (1980) 60 Boston University Law Review 204.

⁹⁷ Solum (n 96) 1250 – 51.

ამ დოქტრინის მომხრეები ამტკიცებენ, რომ ის მნიშვნელოვნად ზღუდავს სამართლებრივი წყაროების შინაარსის განსაზღვრის შესაძლებლობას და, ამასთან, ღირებულებით დატვირთული სასამართლო კანონმდებლობის ფარგლებს. თავის ცნობილ მოსაზრებაში მოსამართლე ანტონინ სკალია ამტკიცებს, რომ: „განუსაზღვრელობა ნიშნავს სასამართლოს შესაძლებლობას, დააწესოს ნებისმიერი წესი, რომელიც მოეწონება; ეს არის პრობლემა და არა გამოსავალი“.⁹⁸ გამოსავალი, მისი აზრით, არის ორიგინალიზმი, რადგან ის გაურბის „ბუნდოვან ეთიკურ-პოლიტიკურ პრინციპებს, რომელთა გაერთიანების შედეგად მოსამართლეს შეუძლია ნებისმიერი გადაწყვეტილების მიღების დასაბუთება“.⁹⁹ ერთ-ერთ წერილში ის აკრიტიკებს სასამართლო გადაწყვეტილებებს, რომლებიც „მიღებულ იქნა არა იმ შინაარსზე დაყრდნობით, რომელსაც კონსტიტუცია თავდაპირველად გულისხმობდა, არამედ იმ შინაარსით, რასაც მოსამართლეები ისურვებდნენ, რომ ყოფილიყო“.¹⁰⁰ მოსამართლე სკალიას გარდაცვალების შემდეგ მისთვის მიძღვნილ საჯარო მიმართვაში მოსამართლე ნილ გორსუჩი ამტკიცებს, რომ მოსამართლის ამოცანაა „გადაწყვიტოს საქმე იმგვარად, როგორც გონიერი მკითხველი აღიქვამდა კანონის შინაარსს განსახილველი მოვლენების დროს - სასამართლო დავები არ უნდა გადაწყდეს იმ შინაგანი მორალური რწმენების ან პოლიტიკური მრწამსის მიხედვით, რომლებიც მისი აზრით შეიძლება საუკეთესოდ ემსახუროს საზოგადოებას“.¹⁰¹ ბლეესტოუნის მოშველიებით იგი აცხადებს, რომ „მოსამართლეები უნდა ახმოვანებდნენ კანონის იმგვარ ინტერპრეტაციას, რომელიც მისაღებია ინტერპრეტაციის ტრადიციული ინსტრუმენტების გამოყენებით, და არა მათი სურვილისამებრ“.¹⁰² ის შენიშნავს, რომ ეს „ტრადიციული ინსტრუმენტები შესანიშნავ საქმეს აკეთებენ ბუნდოვანების აღმოსაფხვრელად ან შესამცირებლად, რისი მასშტაბიც ხშირად (მალიან) გაზვიადებულია“.¹⁰³

ატლანტის ოკეანის ამ მხარეს და ამავე მიზეზების გამო, რიგი მოსამართლეები მხარს უჭერენ ორიგინალური განზრახვის თეორიას, რომელიც მათმა ამერიკელმა კოლეგებმა დიდი ხანია უარყვეს. ლორდი სამფშენი, მაგალითად, ეწინააღმდეგება ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მიერ კონვენციის, როგორც „ცოცხალი ინსტრუმენტის“, ინტერპრეტაციას - მეთოდოლოგიას, რომელიც ემსახურება სასამართლოს მიერ, საკუთარ მორალურ შეხედულებებზე დაყრდნობით, „არარსებული უფლებების“ აღიარებას.¹⁰⁴ კონვენციის ინტერპრეტაციის მისთვის სასურველი მეთოდი არის ორიგინალური განზრახვის თეორია, რომლის მიხედვითაც კონვენცია ნიშნავს მხოლოდ იმას, რაზეც მისი ხელმომწერები შეთანხმდნენ, რასაც მოწმობს მათ მიერ არჩეული ენა და მისი შექმნის ისტორია.¹⁰⁵

⁹⁸ McDonald v City of Chicago, Ill 561 US 742, 795 (2010).

⁹⁹ ibid 804.

¹⁰⁰ A Scalia, 'Originalism: The Lesser Evil (Essays in Constitutional Interpretation)' (1989) 57 University of Cincinnati Law Review 849, 852

¹⁰¹ NM Gorsuch, 'Of Lions and Bears, Judges and Legislators, and the Legacy of Justice Scalia Lecture' (2015) 66 Case Western Reserve Law Review 905, 906.

¹⁰² ibid 907, 910.

¹⁰³ ibid 917. Justice Gorsuch has consistently adopted originalist thinking in his opinions.

იხილეთ მაგ., G amble v United States 139 S Ct 1960 (2019); Kisor v Wilkie 139 S Ct 2400 (2019).

¹⁰⁴ Sumption (n 17).

¹⁰⁵ Sumption in N Barber et al (eds), Lord Sumption and the Limits of the Law (Oxford, Hart Publishing, 2016) 20 – 21.

სხვა ბრიტანელი მოსამართლეებიც იზიარებენ კანონმდებლობის მიმართ ორიგინალისტური მიზნის მიდგომას. მაგალითად ლორდი სეილსი ამტკიცებს, რომ სასამართლოებმა უნდა განმარტონ კანონი „იმ მიზნების თანახმად, რომელიც პარლამენტს ჰქონდა კანონის მიღების დროს“.¹⁰⁶ წინააღმდეგ შემთხვევაში სასამართლოებს უბრალოდ „შემოაქვთ ნორმატიული შინაარსი, რომელსაც ისინი ეთანხმებიან, თუნდაც არასაკმარისად დამაჯერებელი იყოს ის, რომ ამ შინაარსით პარლამენტი მას მიიღებდა“.¹⁰⁷ ლორდ სამფშენის მსგავსად, ლორდი სეილსიც წუხს კანონიერების პრინციპის გამოყენებასთან დაკავშირებით. ის ამტკიცებს, რომ სასამართლოების მიერ ამ პრინციპის მოხმობისას უნდა გაჩნდეს კითხვა: „შესაძლოა თუ არა რომელიმე მოაზრებულ ფუნდამენტურ „უფლებას“... ჰქონოდა ისეთი დონის საპარლამენტო მიმდებლობა, რომ შექმნილიყო იმგვარი საკანონმდებლო კონტექსტი, რომლის ფარგლებშიც ასეთ „უფლებას“ შეეძლო ემოქმედა“.¹⁰⁸ ანალოგიურად, ლორდ ჰოფმანი განაცხადა, რომ „მოსამართლე სკალიას მსგავსად, მეც ვარ ორიგინალური განზრახვის მომხრე“, ეთანხმება რა მოსამართლე სკალიას იმ მოსაზრებას, რომ აშშ-ს კონსტიტუცია უნდა იქნას განმარტებული ისე, როგორც ის გაგებული იქნებოდა მისი ისტორიული აუდიტორიის მიერ.¹⁰⁹ მისთვის ალტერნატივა არის „განახლება და ცვლილება და არა ინტერპრეტაცია“.¹¹⁰ ეხმიანება რა ჯეკ ბალკინის „ჩარჩო-ორიგინალიზმს“,¹¹¹ ლორდ ჰოფმანი ამტკიცებს, რომ განმარტების განახლების ინტერპრეტაციული დოქტრინა, რომელიც ზემოთ იყო განხილული, რეალურად შეიძლება შეესაბამებოდეს ორიგინალიზმსაც, თუკი კონსტიტუცია ან კანონი პირდაპირ გამოხატავს განზრახვას, რომ მისი მნიშვნელობა განახლდეს მომავალი გარემოებების გათვალისწინებით.¹¹²

ბევრი მკვლევარი (მათ შორის მეც) ეჭვობს, რომ ინტერპრეტაციული მეთოდოლოგიები, როგორცაა ორიგინალიზმი, ნამდვილად ზღუდავს და არა უბრალოდ აფერხებს მოსამართლის დამოკიდებულებას მორალურ და პოლიტიკურ ნორმებზე. ისინი ასევე არ ეთანხმებიან (ისევე როგორც მე) ასეთი დამოკიდებულების გამორიცხვის მიზანშეწონილობას.¹¹³ ამ საკითხებს აქ არ განვიხილავ. ამ მომენტისთვის მნიშვნელოვანია ის, თუ როგორ არის ან შეიძლება იქნას გამოყენებული ამგვარი სტრატეგიები, როგორც საზოგადოებასთან ურთიერთობის მაგალითების ნაწილი, სასამართლო ლეგიტიმაციის შესახებ საზოგადოების აღქმის გასავითარებლად. ამ თვალსაზრისით მიმართულების მიცემისათვის უნდა აღინიშნოს, როგორ გახდა მიღებული ორიგინალიზმი შეერთებულ შტატების კონსერვატიული მოძრაობის პოლიტიკაში, რაც ნათლად აჩვენებს, თუ როგორ

¹⁰⁶ P Sales, 'Legislative Intention, Interpretation, and the Principle of Legality' (2019) 40 Statute Law Review 53, 54. See also P Sales and R Ekins, 'Rights-consistent Interpretation and the Human Rights Act 1998' (2011) 127 L QR 217, 218, სადაც ისინი ამტკიცებენ, რომ „ინტერპრეტაციის ტრადიციული ობიექტი... არის მოქმედი საკანონმდებლო ორგანოს განზრახვის დადგენა“.

¹⁰⁷ Sales (n 105) 60.

¹⁰⁸ ibid 62.

¹⁰⁹ Lord Hoffmann, 'Judges, Interpretation and Self-Government' in Barber et al (n 104) 68 – 69.

¹¹⁰ ibid 69.

¹¹¹ Balkin (n 76).

¹¹² Hoffmann (n 108) 69 – 70.

¹¹³ For a concise, recent summary of the criticisms of originalism, see J Greene, 'Selling Originalism' (2009) 97 Georgetown Law Journal 657, 660 – 72 .

მუშაობს სამოსამართლო თვითშეზღუდვა პრაქტიკაში, როგორც საზოგადოებასთან ურთიერთობის სტრატეგია. რევა სიგელი და რობერტ პოსტი აღწერენ პროცესს, დაწყებულს რეიგანის ადმინისტრაციითა და ფედერალისტური საზოგადოების ამოქმედებით, რომლითაც კონსტიტუციური მეთოდოლოგიის ამ იშვიათმა საკითხმა ჩამოაყალიბა მოსამართლის როლის ირგვლივ საჯარო დებატები და „დამკვიდრდა როგორც ახალი და კონსტიტუციური პოლიტიკის მძლავრი სახეობა, რომელშიც კონსტიტუციის ინტერპრეტაციის ერთადერთი ლეგიტიმური მეთოდის შესახებ მტკიცებებმა განაპირობა კონსერვატიულ ნაწილის მობილიზაცია, როგორც საარჩევნო პოლიტიკაში, ასევე იურიდიულ პროფესიაში“.¹¹⁴ მიუხედავად იმისა, ამ კონსერვატიულმა მოძრაობამ ჩამოაყალიბა საზოგადოების შეხედულებები მოსამართლის მისაღები როლის შესახებ თუ თავად ჩამოაყალიბდა ზემოაღნიშნული შეხედულებების მიხედვით, ჯამალ გრინი მტკიცებულებების მიმოხილვით ასკვნის, რომ „ამერიკის საზოგადოების მნიშვნელოვანი ნაწილი [ახლა] აფიქსირებს ორიგინალიზმთან კავშირს“.¹¹⁵ ამრიგად, იქნება ეს მიღებული გულწრფელი რწმენით, რომ ღირებულებების გარეშე გადაწყვეტილების მიღება შესაძლებელია თუ უფრო სტრატეგიული მიზნებისთვის, შედეგი იგივეა: სასამართლოს გაზრდილი ლეგიტიმაცია საზოგადოების თვალში.

პოპულარობა

არსებობს კიდევ ერთი სტრატეგია, რომელიც სასამართლოებმა საზოგადოებაში საკუთარი ლეგიტიმაციის ზრდისთვის შეიძლება გამოიყენონ: ეს არის პოპულარობის სტრატეგია. ის არა მხოლოდ ვარაუდობს, რომ მოსამართლეები მიდრეკილნი არიან, ჩაერთონ პოლიტიკურ შეფასებაში; ის პირდაპირ მხარს უჭერს მოსამართლეთა ამგვარ მიდგომას ისეთი გადაწყვეტილებების მიღების მიზნით, რომლებიც შეესაბამება საზოგადოების უმრავლესობის იდეოლოგიურ პრეფერენციებს.

სასამართლო გადაწყვეტილებებსა და საზოგადოებრივ პოლიტიკურ აზრს შორის ურთიერთობის ემპირიული კვლევები უმეტესწილად ფოკუსირებულია შეერთებულ შტატებზე. აშშ-ს უზენაესი სასამართლოს შესახებ არსებული კვლევის მნიშვნელოვანი ნაწილი ადასტურებს, რომ პოპულარობის სტრატეგია შესაძლებელია. მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლო ზოგჯერ იღებს იმგვარ გადაწყვეტილებებს, რომლებიც ეწინააღმდეგება ამერიკელთა უმრავლესობის შეხედულებებს ზოგიერთ საკითხზე (როგორცაა აბორტი ან იარაღის კონტროლი), კვლევები ცხადყოფს, რომ გრძელვადიან პერსპექტივაში სასამართლო იდეოლოგიურად მუდმივად შეესაბამება ამერიკელი საზოგადოების უმრავლესობას. როდესაც ამერიკელებს ეკითხებიან, არის თუ არა უზენაესი სასამართლო „ზედმეტად ლიბერალური, ზედმეტად კონსერვატიული, თუ უბრალოდ საკმარისად მისაღებია?“, მათი ყველაზე გავრცელებული პასუხი ათწლეულების განმავლობაში იყო, რომ სასამართლო „საკმარისად მისაღებია“.¹¹⁶ დაახლოებით იმდენივე ადამიანი ირჩევს „ზედმეტად

¹¹⁴ Robert Post and Reva Siegel, 'Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution' (2006) 75 Fordham Law Review 545, 548.

¹¹⁵ Greene (n 95) 695, and the authorities cited therein.

¹¹⁶ Ura and Merrill (n 36) 435.

კონსერვატიულს“, როგორც „ზედმეტად ლიბერალურს“.¹¹⁷ როგორც ურა და მერილი ასკენიან, ეს აჩვენებს, რომ სასამართლო „ამერიკელების კოლექტიური პოლიტიკური განწყობების ცენტრში დგას“.¹¹⁸ როგორც საზოგადოების განწყობა იცვლება, ასევე იცვლება სასამართლოს ხედვაც.¹¹⁹

ამერიკის შეერთებული შტატების უზენაესი სასამართლოს ბოლო გადაწყვეტილებები ამ კვლევებს ამყარებს და მათ ელფერს ჰმატებს.¹²⁰ ათი ძირითადი საქმიდან, რომლებიც შეეხებოდა საზოგადოებრივად საკამათო სოციალურ საკითხებს, როგორცაა ლგბტ თემის წარმომადგენელთა შრომითი უფლებები, კონტრაცეპტივების ხელმისაწვდომობა დამსაქმებლის მიერ უზრუნველყოფილ ჯანმრთელობის დაზღვევის სქემებში, აბორტის შეზღუდვები და ოფიციალური დოკუმენტების არმქონე ემიგრანტების დაცვა, აშშ-ს უნივერსიტეტების კოჰორტის მიერ ჩატარებული გამოკითხვის მიხედვით, სასამართლომ რვა მათგანი იმგვარად გადაწყვიტა, როგორც ამერიკელთა უმრავლესობა ისურვებდა.¹²¹

მიუხედავად იმისა, რომ ემპირიული სამუშაოების უმეტესობა ფოკუსირებულია აშშ-ს უზენაეს სასამართლოზე, აღსანიშნავია, რომ სხვა ერების უმაღლესი სასამართლოების კვლევებიც მსგავს ისტორიებს აირეკლავს: როგორც წესი, სასამართლოების გადაწყვეტილებები ემთხვევა საზოგადოების უმრავლესობის პოლიტიკურ პრეფერენციებს.¹²² ერთობლივად, ეს ემპირიული მტკიცებულებები შეერთებული შტატებში და მის გარეთ მიგვანიშნებს, რომ კონტრ-მაჟორიტარული დილემა, გარკვეულწილად მაინც, გადაჭარბებულია: სასამართლოები უფრო ეფექტიანად ატარებენ საზოგადოების ნებას, ვიდრე ამას ზემოაღნიშნული დილემა აღიარებს.

კიდევ ერთი მტკიცებულება ცხადყოფს, რომ პოპულარობის სტრატეგია მომგებიანია. როდესაც უზენაესი სასამართლო საკუთარ საქმიანობაში წარმატებით ასახავს საზოგადოებრივი განწყობის ტალღას, ის საზოგადოებაში გაძლიერებული ლეგიტიმაციით ჯილდოვდება. ეს სასამართლო დიდი ხნის განმავლობაში ფართო მხარდაჭერით სარგებლობდა ამერიკულ საზოგადოებაში.¹²³ როგორც ბარი ფრიდმანი ამტკიცებს, მოსამართლეებს აქვთ წარმოდგენილი ძალაუფლება ნაწილობრივ იმიტომ, რომ ამერიკელი საზოგადოება მხარს უჭერს მათთვის ამგვარი ძალაუფლების მინიჭებას.¹²⁴ ემპირიულმა კვლევამ ეს მხარდაჭერა სასამართლოს საქმიანობაზე საზოგადოების შეფასებას დაუკავშირა: რაც უფრო მეტად ემხრობა პირი უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებებს, მით უფრო

¹¹⁷ *ibid* 436.

¹¹⁸ *ibid* 439.

¹¹⁹ CJ Casillas et al, 'How Public Opinion Constrains the US Supreme Court' (2011) 55 *American Journal of Political Science* 74.; KT McGuire and JA Stimson, 'The Least Dangerous Branch Revisited: New Evidence on Supreme Court Responsiveness to Public Preferences' (2004) 66 *Journal of Politics* 1018. See also B Friedman, *The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution* (New York, Farrar, Straus and Giroux, 2009).

¹²⁰ A Thomson-DeVeaux and A Wiederkehr, 'The Supreme Court's Big Rulings Were Surprisingly Mainstream this Year' *FiveThirtyEight*, 13 July 2020, <https://fivethirtyeight.com/features/the-supreme-courts-big-rulings-were-surprisingly-mainstream-this-year/>.

¹²¹ *ibid*.

¹²² See Vanberg (n 27) 180 and the authorities cited there.

¹²³ Ura and Merrill (n 36) 439.

¹²⁴ Friedman (n 118) 11.

დიდია შანსი, რომ ეს სასამართლოსადმი, როგორც ინსტიტუტისადმი მხარდაჭერაშიც გამოიხატოს;¹²⁵ როდესაც სასამართლო გადაუხვევს საზოგადოებაში გაბატონებულ განწყობებს, მისი მხარდაჭერა იკლებს.¹²⁶ ამრიგად, მიუხედავად იმისა, რომ გრძელვადიანი დიფუზური მხარდაჭერა ხელს უწყობს საზოგადოებისთვის არა მოსაწონი გადაწყვეტილებებით მიღებული დარტყმის შემსუბუქებას, სასამართლოს არ შეუძლია თანმიმდევრულად გამოიტანოს ასეთი გადაწყვეტილებები მისი ლეგიტიმურობის შეწირვის გარეშე. მართლაც, უახლესი კვლევები ვარაუდობენ, რომ სასამართლოს ლეგიტიმურობა შესაძლოა უფრო მგრძობიარე იყოს ცალკეულ საქმეებზე საზოგადოების შეხედულებების მიმართ, ვიდრე ადრე მიაჩნდათ აკადემიის წარმომადგენლებს.¹²⁷

მიუხედავად იმისა, რომ მეცნიერებმა აჩვენეს თანმიმდევრულობა სასამართლოს გადაწყვეტილებებსა და უმრავლესობის პრეფერენციებს შორის შესაბამის საკითხთან დაკავშირებით და ასევე აჩვენეს ლეგიტიმურობა, რომელსაც ეს თანმიმდევრულობა ავსებს, ისინი ნაკლებად არიან დარწმუნებულნი (როგორც ადრე აღვნიშნე) იმ მექანიზმში, რომლითაც სასამართლო ამ თანმიმდევრულობას აღწევს. არსებობს ფართო შეთანხმება, რომ მოსამართლეთა იდეოლოგიები მნიშვნელოვან გავლენას ახდენენ მათ მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებებზე,¹²⁸ მაგრამ არსებობს ბევრი კამათი ცალკეულ მოსამართლეებზე ან/და სასამართლოს გადაწყვეტილებების შედეგებზე საზოგადოებრივი აზრის მიზეზობრივი ზემოქმედების შესახებ. როგორც გიბსონი აჯამებს ამ მოსაზრებებს, „უბრალოდ გაუგებარია პასუხობს თუ არა სასამართლო საზოგადოებრივ აზრს, აყალიბებს თუ არა მას, ან პასუხობს თუ არა ის იმავე სახის ფაქტორებს, რომლებიც თავად აყალიბებენ საზოგადოებრივ აზრს“.¹²⁹

ერთი თვალსაზრისი, რომელიც „სტრატეგიული ქცევის“ ჰიპოთეზის სახელით არის ცნობილი, ავითარებს აზრს, რომ სასამართლო აქტიურად ამყარებს მის შესახებ საზოგადოებაში აღქმულ ლეგიტიმურობას პოლიტიკურ ცენტრთან შეგნებულად შეხებით.¹³⁰ ეს ჰიპოთეზა შთაგონებულია იმ არგუმენტით, რომელიც ზემოთ გაჟღერდა: სხვა შტოებთან მიმართებით სასამართლოს ინსტიტუციური სისუსტე აძლევს მას ძლიერ სტიმულს, განავითაროს თავისი ლეგიტიმაცია, ნებისმიერი გზით, მათ შორის ისეთი ქმედებით, რომელიც ცალსახად ხალხის სიამოვნებას ისახავს მიზნად.¹³¹ რამდენიმე კვლევა ემპირიული მტკიცებულებებით ამყარებს ჰიპოთეზას და ამტკიცებს, რომ სასამართლო არა მხოლოდ ატარებს, არამედ არის

¹²⁵ Ura and Merrill (n 36) 442.

¹²⁶ RH Durr et al, 'Ideological Divergence and Public Support for the Supreme Court' (2000) 44 American Journal of Political Science 768.

¹²⁷ BL Bartels and CD Johnston, 'On the Ideological Foundations of Supreme Court Legitimacy in the American Public' (2013) 57 American Journal of Political Science 184; see also DP Christenson and D Glick, 'Chief Justice Roberts' s Health Care Decision Disrobed: The Micro-foundations of the Supreme Court' s Legitimacy' (2015) 59 American Journal of Political Science 403.

¹²⁸ See n 57 above.

¹²⁹ JL Gibson, 'Thomas R. Marshall, Public Opinion and the Supreme Court' (1990) 54 Public Opinion Quarterly 289, 290. See also L Epstein and AD Martin, 'Does Public Opinion Influence the Supreme Court? Possibly Yes (but We' re Not Sure Why)' (2010) 13 University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law 263.

¹³⁰ MW Giles et al, 'The Supreme Court in American Democracy: Unraveling the Linkages between Public Opinion and Judicial Decision Making' (2008) 70 Journal of Politics 293, 294; Casillas et al (n 118) 75.

¹³¹ McGuire and Stimson (n 11818) 1019; Casillas et al (n 118) 75 – 77.

მგრძობიარე და სტრატეგიულად რეაგირებს საზოგადოების პოლიტიკური შეხედულებების ცვლილებებზე.¹³²

ისევ და ისევ, მექანიზმები, რომლითაც სასამართლო სწავლობს ამ შეხედულებებს, ცხადი და გასაგები არ არის, თუმცა მკვლევარები გვთავაზობენ გარკვეულ მიმართულებებს. მაგალითად, ტომ კლარკი ვარაუდობს, რომ სასამართლო ირიბად სწავლობს და აკვირდება ამ პრეფერენციებს არჩეული ხელისუფლების წარმომადგენლების მხრიდან სასამართლოს შესახებ საზოგადოების წინაშე პოზიციონირებისას.¹³³ სხვები ვარაუდობენ, რომ მოსამართლეები არიან „პოლიტიკური არსებები, რომლებიც განსაკუთრებით ფხიზლად არიან საზოგადოებრივი აზრის იდეოლოგიური ტრენდების ფუნდამენტური ტენდენციების მიმართ“.¹³⁴

მიუხედავად იმისა, მოსამართლეები სტრატეგიულად მიჰყვებიან თუ არა საზოგადოებრივ აზრს და როგორც არ უნდა იყოს ის მექანიზმები, რომლითაც ისინი ამას აკეთებენ, ლიტერატურა ნათლად აჩვენებს, რომ პოპულარობის სტრატეგიის წარმატებით გამოყენების შემთხვევაში, სასამართლო გააძლიერებს საზოგადოების აღქმას მისი ლეგიტიმაციის თაობაზე.

დასკვნა

მაშასადამე, არსებობს რამდენიმე სტრატეგია, რომლითაც სასამართლომ შეიძლება დაარწმუნოს საზოგადოება საკუთარ ლეგიტიმურობაში და ამ გზით გააძლიეროს ხელისუფლების სხვა შტოებისგან დამოუკიდებლად (და წინააღმდეგ) მოქმედების უნარი. როგორც აღინიშნა, თითოეულ სტრატეგიას საკუთარი უპირატესობები, ნაკლოვანებები და განხორციელების გამოწვევები გააჩნია. დასკვნის სახით აღნიშნულია საშიშროებები, რომლებიც ზოგიერთი მათგანის კომბინაციით არის გამოწვეული.

ჩვენს მიერ განხილული სამივე სტრატეგიიდან, თავშეკავება და პოპულარობა, როგორც ჩანს, აძლიერებს საზოგადოების აღქმას სასამართლოს ლეგიტიმაციის თაობაზე, რადგან თითოეული მათგანი იყენებს ამ აღქმის ცნობილ წყაროებს: პირველი კვებავს საზოგადოების მიერ მიუკერძოებელი და ლეგალური გადაწყვეტილების მიღების მოლოდინს, ხოლო მეორე - იდეოლოგიურად ხელსაყრელი შედეგების მოლოდინს. მიგვანიშნებს თუ არა ეს იმაზე, რომ სასამართლოსთვის ძლიერი ლეგიტიმაციის შექმნის ყველაზე სწრაფი გზა ორივე სტრატეგიის ერთდროულად გამოყენებაა?

აშშ-ს უზენაესი სასამართლოს გამოცდილება საყურადღებო ამბავია. 1957 წელს გამოქვეყნებულ კვლევაში რობერტ დალმა აღნიშნა, რომ ამერიკელთა მოლოდინები სასამართლოს თაობაზე გაორებულია: ისინი „არ არიან მზად მიიღონ ფაქტი, რომ სასამართლო არის პოლიტიკური ინსტიტუტი და, ამასთანავე, არ შეუძლიათ ამის უარყოფა; შესაბამისად,

¹³² McGuire and Stimson (n 118); Casillas et al (n 118).

¹³³ Clark (n 1) 7.

¹³⁴ W Mishler and RS Sheehan, 'The Supreme Court as a Counter-majoritarian Institution? The Impact of Public Opinion on Supreme Court Decisions' (1993) 87 American Political Science Review 87, 89.

ხშირად ორივე პოზიციას ერთდროულად ვიკავებთ”.¹³⁵ ორიგინალიზმის აღორძინების პერიოდიდან მოყოლებული, სასამართლომ, როგორც ჩანს საკმაოდ წარმატებითაც, ორივე პოზიცია ერთდროულად დაიკავა და ამით მან მოიპოვა იმგვარი ძალაუფლება, როგორც სხვა ერების უმაღლეს სასამართლოებს იშვიათად გააჩნიათ. ერთი მხრივ, სასამართლოს კონსერვატიულმა ფრთამ განავითარა ის, რაც შეიძლება დახასიათდეს როგორც საზოგადოებასთან ურთიერთობის შეგნებული სტრატეგია, რომელსაც მხარს უჭერენ პოლიტიკოსები და აქტივისტები საზოგადოების დარწმუნების მიზნით, რომ ღირებულებების გარეშე განსჯა შესაძლებელია და რომ მხოლოდ ისინი შეასრულებენ მას. მეორე მხრივ, სასამართლო ყოველწლიურად იღებს გადაწყვეტილებებს, რომლებიც ემთხვევა ამერიკული საზოგადოების გაბატონებულ პოლიტიკურ პრეფერენციებს. როგორც აღინიშნა, ჯერ კიდევ გაურკვეველია, სასამართლოს ამას აკეთებს თუ არა გარკვეული სტრატეგიის მეშვეობით, თუმცა არსებული მტკიცებულებები ამ მოსაზრებასთან თანხვედრაშია.

თუმცა, ხაზგასასმელია რომ ამ ორ სტრატეგიას შორის არის ღრმა დაპირისპირება: ერთი უარყოფს პოლიტიკური შეფასების როლს სასამართლო გადაწყვეტილების მიღებაში და მეორე ხელს უწყობს მას. რაც უფრო წარმატებით ატარებს სასამართლო ერთ სტრატეგიას, მით უფრო ძირს უთხრის მეორეს. მართლაც, ბოლოდროინდელი ემპირიული მონაცემები ვარაუდს გამოთქვამს, რომ სასამართლო ბევრის ხიდეზე გადის. მიუხედავად იმისა, რომ ის კვლავ სარგებლობს (როგორც ყოველთვის) უფრო მაღალი მხარდაჭერით, ვიდრე ხელისუფლების სხვა ორი შტო, როგორც ჩანს, ეს მხარდაჭერა მნიშვნელოვნად შემცირდა ბოლო ოცი წლის განმავლობაში (და განსაკუთრებით 2009 წლიდან).¹³⁶ მიზეზი, ფრიდმენის ვარაუდით, არის „იმის შესახებ რწმენის დაკარგვა, რომ [სასამართლო] სხვა რამეზეა დამოკიდებული, გარდა მარტივი იდეოლოგიური პოლიტიკისა“.¹³⁷

გამჭვირვალობა და პოპულარობა უფრო თანმიმდევრული მოკავშირეებია, რადგან პირველი არა მხოლოდ დეკლარაციულად აცხადებს, არამედ გარკვეულწილად მაინც ხაზს უსვამს მორალური და პოლიტიკური მოსაზრებების როლს სასამართლო გადაწყვეტილების მიღებაში. ეს სტრატეგიები ერთად ასახავს ცხად სურათს იმის შესახებ, თუ რას აკეთებენ სინამდვილეში მოსამართლეები. თუმცა თუ სასამართლოები ამ გზით გახსნიან თავიანთ გულს საზოგადოების წინაშე, არ არსებობს გარანტია იმისა, რომ საზოგადოებას მოეწონება ის, რაც დაინახავს. მართლაც, ვინაიდან გამჭვირვალობა ზედაპირულად მაინც ეწინააღმდეგება საზოგადოების არსებულ სურვილს მიუკერძოებელ და სამართლებრივად დასაბუთებულ გადაწყვეტილებებზე, ნაკლებად სავარაუდოა ამან გააძლიეროს სასამართლოს ლეგიტიმაცია, ვიდრე შეარყიოს იგი.

თუ გამჭვირვალობა უნდა იყოს წარმატებული გზა ლეგიტიმაციისკენ (დამოუკიდებლად ან პოპულარობასთან ერთად), ის უნდა ესწრაფოდეს არა მხოლოდ დაკმაყოფილებას, არამედ, მან უნდა შეცვალოს საზოგადოების მოლოდინები სასამართლო გადაწყვეტილების ბუნებისა და

¹³⁵ R Dahl, 'Decision-making in a Democracy: The Role of the Supreme Court as a National Policy-maker' (1957) 6 Journal of Public Law 279, 279 (emphasis in original).

¹³⁶ B Friedman, 'Letter to Supreme Court (Erwin Chemerinsky Is Mad. Why You Should Care)' (2016) 69 Vanderbilt Law Review 995, 1004 – 05. c f Ura and Merrill (n 36) 435 – 36.

¹³⁷ Friedman (n 135) 1006.

ღირებულების შესახებ. სასამართლოს საქმიანობის შესახებ საზოგადოების აზრის შეცვლის მცდელობისას გამჭვირვალობის დამცველებმა შეიძლება ისესხონ ზოგიერთი ტაქტიკა, რომელიც გამოიყენა კონსერვატიულმა მოძრაობამ შეერთებულ შტატებში. ამერიკული საზოგადოების მხარდაჭერა ორიგინალიზმის მიმართ, გარკვეულწილად, გამამხნეველია: ინტუიციურობისგან შორს არის ის მოსაზრება, რომ კონსტიტუციური ტერმინები ორასი წლის წინ უცვლელად განისაზღვრა, განსაკუთრებით კი ის, რომ ამ ტერმინების მნიშვნელობები დღესაც უნდა გვბოჭავდეს. და მაინც, ორიგინალიზმის დოქტრინის დამცველებმა ეს იდეა ისეთი ხელმისაწვდომი და მიმზიდველი ლოზუნგების ერთობლიობით შეფუთეს, რომელსაც შეუძლია პოლიტიკური მობილიზაციისთვის მყარი საფუძველი შექმნას. თუ მოსამართლეებს სურთ, გაზარდონ საკუთარი ლეგიტიმაცია და, ამავე დროს, იყვნენ თავიანთი საქმის ერთგულნი, მათ (ისევე როგორც ჩვენ) მოუწევთ შეცვალონ ჩვენი მოლოდინები იმის თაობაზე, მათგან რა გვსურს.

