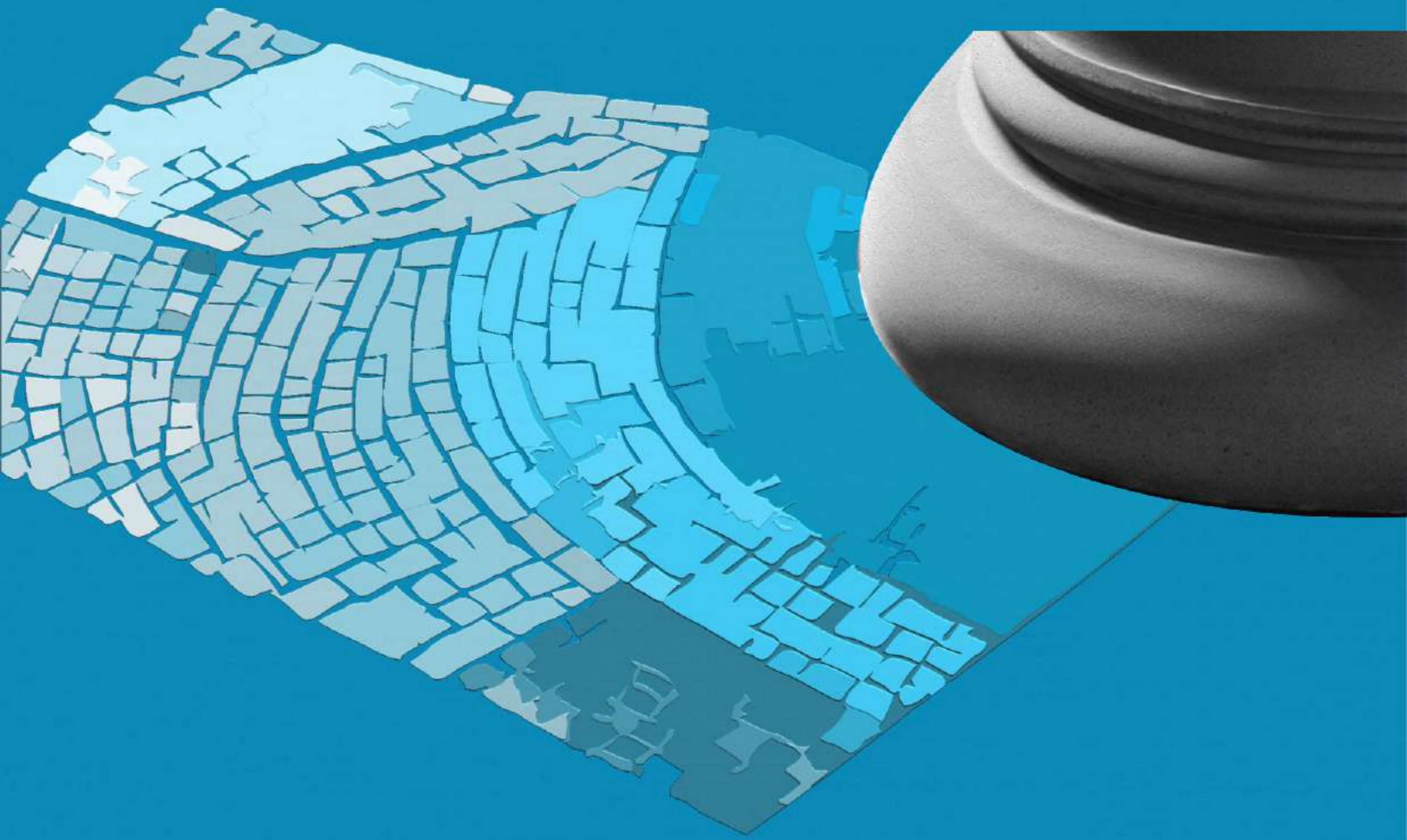
მართლმსაჯულება და დემოკრატია

თარგმანების კრებული



სოციალური
სამართლიანობის
ცენტრი

მართლმსაჯულება და დემოკრატია

თარგმანების კრებული

თბილისი

2023

USAID სამართლის უზენაესობის პროგრამა
USAID RULE OF LAW PROGRAM

სოციალური სამართლიანობის ცენტრი

კრებული მომზადდა USAID სამართლის უზენაესობის პროგრამის მხარდაჭერით. პროგრამას ახორციელებს აღმოსავლეთ-დასავლეთის მართვის ინსტიტუტი (EWMI) ამერიკის შეერთებული შტატების საერთაშორისო განვითარების სააგენტოს (USAID) დაფინანსებით.

კრებულის შინაარსზე სრულად პასუხისმგებელია სოციალური სამართლიანობის ცენტრი და მასში გამოთქმული მოსაზრებები შესაძლოა არ ასახავდეს ზემოთ ნახსენები დონორი ორგანიზაციების შეხედულებებს.

კრებულის შემდგენელი: ანა პაპუაშვილი, მარიამ გობრონიძე

გარეკანი: როლანდ რაიკი

აკრძალულია აქ მოყვანილი მასალის გადაბეჭდვა, გამრავლება ან გავრცელება კომერციული მიზნით, სოციალური სამართლიანობის ცენტრის ნებართვის გარეშე.

© სოციალური სამართლიანობის ცენტრი

მისამართი: ი. აბაშიძის 12ბ, თბილისი, საქართველო
ტელ: +995 032 2 23 37 06

https://socialjustice.org.ge
info@socialjustice.org.ge
www.facebook.com/socialjustice.org.ge

სარჩევი

„სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის“ კონცეფცია ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკაში........ 1
იოსტ სილენი........ 1
თარგმანი: მარიამ ზეგაძე........ 1
სასამართლოს როლი პოპულიზმისგან დემოკრატიის დაცვაში........ 32
დევიდ პრენდერგასტი........ 32
თარგმანი: მარიამ ზეგაძე........ 32
სასამართლო სისტემის დამოუკიდებლობა და ლეგიტიმურობის აღქმები........ 58
ნიკ ფრიდმანი........ 58
თარგმანი: ნინო კარანაძე........ 58
შმიტელზენის სასამართლო: ლეგიტიმაციის საკითხი........ 84
ორ ბასოკი........ 84
თარგმანი: ანა ჭიაბრიშვილი........ 84
სამართალი, პოლიტიკა და საკონსტიტუციო სასამართლოების აქტივიზმი........ 129
მაურო ზამბონი........ 129
თარგმანი: ანა ჭიაბრიშვილი........ 129

„სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის“ კონცეფცია ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკაში

იოსტ სილენი[1]
თარგმანი: მარიამ ზეგაძე

შესავალი

სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის კონცეფცია მოსამართლეების სასამართლო ხელისუფლების მხრიდან არასათანადო ზეწოლისგან დაცვას ისახავს მიზნად. კონცეფცია საერთაშორისო „რბილ“ („soft”) სამართალში და პროფესიულ სტანდარტებში პირველად 1980-იანი წლების დასაწყისში იქნა ნახსენები.[2] დაახლოებით ათასწლეულის მიწურულისკენ, კონცეფცია უფრო ფართოდ გავრცელდა.[3] 1999 წელს ის მოსამართლეთა საყოველთაო ქარტიაში[4], ხოლო 2007 წელს მოსამართლეთა ქცევის ბანგალორის პრინციპებშიც ჩაიწერა.[5] 2008 წელს კი, სასამართლოს დამოუკიდებლობის საერთაშორისო სტანდარტებმა Mount Scopus-მა გააგრძელა ეს გზა.[6] 2010 წელს ის აღიარა როგორც მოსამართლეთა მაგნა კარტამ, ასევე ევროპის საბჭოს მინისტრთა კომიტეტის გავლენიანმა რეკომენდაციებმა.[7] ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ სასამართლოს დამოუკიდებლობის ეს ასპექტი ცალსახად პირველად 2009 წელს აღიარა, მას შემდეგ რაც 2000 წელს ეს ირიბად გააკეთა. მიუხედავად იმისა, რომ სტრასბურგის სასამართლოს მიერ სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის აღიარება შეესაბამებოდა არსებულ საერთაშორისო ტენდენციას, ის ამასთანავე გარდამტეხი მომენტი აღმოჩნდა - ეს იყო პირველი შემთხვევა, როდესაც კონცეფცია აღიარებული იქნა ისეთი საერთაშორისო ტრიბუნალის მიერ, რომლის გადაწყვეტილებები სახელმწიფოებისთვის შესასრულებლად სავალდებულოა.[8]

---

[1] Sillen, J. (2019). The concept of ‘internal judicial independence’ in the case law of the European Court of Human Rights. European Constitutional Law Review, 15(1), 104-133. doi:10.1017/S1574019619000014. European Constitutional Law Review, 15: 104–133, 2019; ©2019 The Authors. This is an Open Access article, distributed under the terms of the Creative Commons Attribution licence (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/), which permits unrestricted re-use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. doi:10.1017/S1574019619000014.

[2] მუხლი 47, the Minimum standards of judicial independence of the International Bar Association (1982); მუხლი 2.03, the Montreal Universal Declaration on the Independence of Justice (1983).

[3] ამ სტატიაში არ შევეხები ეროვნულ სამართალს.

[4] მუხლი 2, the Universal Charter of the Judge (Central Council of the International Association of Judges, 1999).

[5] მუხლი 1.4, the Bangalore Principles of Judicial Conduct (2007).

[6] მუხლი 9, the Mount Scopus International Standards of Judicial Independence (International Association of Judicial Independence and World Peace, 2008)

[7] მუხლი 2, the Magna Carta of Judges (Consultative Council of European Judges, 2010); Recommendation 22-25 of CM/Rec (2010)12 of the Committee of Ministers [of the Council of Europe] to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities (2010).

[8] კონვენციის 46-ე მუხლი. თუმცა, სტრასბურგის სასამართლო არ არის ერთადერთი საერთაშორისო სასამართლო, რომლის გადაწყვეტილებები სავალდებულოა სახელმწიფოებისთვის და რომელიც აღიარებს შიდა სასამართლო დამოუკიდებლობის კონცეფციას. მის მაგალითს მიჰყვა ადამიანის უფლებათა ინტერამერიკული სასამართლოც. მაგალითისთვის იხილეთ საქმე - Inter-Am. Ct. H.R. 23 August 2013, Supreme Court of Justice (Quintana Coella et al.) v Ecuador, პარ. 49-51, („შიდა ასპექტი [სასამართლო დამოუკიდებლობის] იცავს მოსამართლეს, როგორც ინდივიდს, თუნდაც დანარჩენი სასამართლო სისტემისგან“).

სტრასბურგის სასამართლოს მიერ სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის კონცეფციის აღიარება აშკარა გარდამტეხ ეტაპს წარმოადგენდა თავად სასამართლოსთვისაც. მანამდე სასამართლო დამოუკიდებლობას განიხილავდა თითქმის მხოლოდ ხელისუფლების დანაწილების პერსპექტივიდან.[9] ეს მიდგომა ეფუძნებოდა დამოუკიდებელი სასამართლოს, როგორც საკანონმდებლო და აღმასრულებელი ხელისუფლებისგან დაცვის აუცილებელი გარანტის, იდეას. დასაბუთება კი იმაში მდგომარეობდა, რომ ამ დამცავი ფუნქციის შესასრულებლად აუცილებელი იყო სასამართლო ხელისუფლება ხელისუფლების დანარჩენი ორი შტოსგან გამიჯნულიყო. ასეთი გამიჯვნის აუცილებლობის შესახებ მზარდი ცნობიერება განსაკუთრებით მეორე მსოფლიო ომის შემდეგ ჩამოყალიბდა. ეს დაადასტურა ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციამ; შემქმნელებმა 1948 წელს მასში შეიტანეს უფლება „დამოუკიდებელ […] ტრიბუნალზე".[10] დეკლარაციამ შთააგონა ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის (კონვენციის) შემქმნელები, რომ მსგავსი უფლება შეეტანათ კონვენციის მე-6 მუხლშიც.[11] მე-20 საუკუნის უკანასკნელ მეოთხედში სტრასბურგის სასამართლო მე-6 მუხლს სულ უფრო და უფრო მკაცრ ინტერპრეტაციას აძლევდა. მრავალ გადაწყვეტილებაში იგი აღნიშნავდა, რომ „აღმასრულებელ და სასამართლო ხელისუფლებას შორის ხელისუფლების დანაწილების კონცეფცია ... მზარდ მნიშვნელობას იძენს სასამართლოს პრაქტიკაში".[12] მიუხედავად იმისა, რომ სტრასბურგის სასამართლო თანმიმდევრულად ხაზს უსვამდა, რომ იგი არ აწესებდა ხელისუფლების დანაწილების კონკრეტულ თეორიას, მისი სასამართლო პრაქტიკა მაინც გახდა მამოძრავებელი ძალა სასამართლო ხელისუფლების, რაც მთავარია, აღმასრულებელი ხელისუფლებისგან გამიჯვნის სრულყოფაში.[13] მოსაზრება, რომ კონვენციამ ასევე უნდა დაიცვას მოსამართლეები სხვა მოსამართლეების და სასამართლო ხელისუფლების თანამდებობის პირების ზეწოლისგან, გასცდა ხელისუფლების დანაწილების ამ პერსპექტივას. ეს გამოწვეული იყო იმ იდეით, რომ თავად ხელისუფლების დანაწილება არ იძლევა საკმარის გარანტიას მართლმსაჯულების დამოუკიდებელი განხორციელებისათვის. ამის ნაცვლად, ასევე აუცილებელია, რომ ინდივიდუალურ მოსამართლეს საკმარისად ავტონომიური პოზიცია ეკავოს თავად სასამართლო სისტემის შიგნითაც.

---

[9] ამ წესიდან არის გამონაკლისები. ზოგიერთ შემთხვევაში, სასამართლომ ასევე განაცხადა, რომ სასამართლო დამოუკიდებლობა ეხება პროცესის მხარეთა დამოუკიდებლობას. იხილეთ მაგ. ECtHR 16 July 1971, Case No. 2614/65, Ringeisen v Austria, პარ. 95. სასამართლოს შესახებ არსებული ლიტერატურაში, თუმცა, ხელისუფლების დანაწილების პერსპექტივა დომინირებს.

[10] მუხლი 10, Universal Declaration of Human Rights.

[11] იხ. კონვენციის პრეამბულა.

[12] მაგალითად: ECtHR 28 May 2002, Case No. 46 295/99, Stafford v UK, პარ. 78; ECtHR 6 May 2003, Case No. 39 343/98, 39 651/98, 43 147/98 and 46 664/99, Kleyn et al. v The Netherlands, პარ. 193; ECtHR 22 June 2004, Case no. 47 221/99, Pabla Ky v Finland, პარ. 29; ECtHR 6 November 2018, Case No. 55391/13, 57728/13 and 74041/13, Ramos Nunes de Carvalho e Sá v Portugal, პარ. 144. იხილეთ D. Kosař, 'Policing Separation of Powers: A New Role for the European Court of Human Rights?', 8(1) EuConst (2012), გვ. 33.

[13] სტრასბურგის სასამართლოს ზემოთ აღწერილი სასამართლო პრაქტიკის განვითარება ზოგადი შტრიხებით არის მოხაზული. რეალობა, რა თქმა უნდა, უფრო ნიუანსურია. მაგალითად, მიუხედავად იმისა, რომ ECtHR ხაზს უსვამს სასამართლო ხელისუფლების სხვა ხელისუფლების შტოებისგან განცალკევებულობის მნიშვნელობას, მას არასოდეს გამოუთქვამს რაიმე ეჭვი ლორდთა პალატის სააპელაციო კომიტეტთან დაკავშირებით. მიუხედავად ამისა, სტრასბურგის სასამართლოს პრაქტიკამ კონვენციის მე-6 პუნქტთან დაკავშირებით სააპელაციო კომიტეტის გაუქმების შესახებ „არგუმენტი გაამყარა". (David Hope, 'The Reform of the House of Lords', 60(2) Revue Internationale de Droit Comparé (2008), გვ. 260).

2000 წლიდან სტრასბურგის სასამართლომ სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის დარღვევა 14 საქმეში დაადგინა, აღმოსავლეთ ევროპის გარკვეული ქვეყნების, კერძოდ, ხორვატიის, უნგრეთის, ლიტვის, რუმინეთის, რუსეთის, სლოვაკეთისა და უკრაინის წინააღმდეგ გამოტანილი გადაწყვეტილებებით. ეს გეოგრაფიული კონცენტრაცია შესაძლებელია ამ სახელმწიფოთა კომუნისტური წარსულით აიხსნას. ამ ქვეყნებში ორი გარემოება ზრდის სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის დარღვევის რისკს. პირველ რიგში, მათ არ გააჩნიათ ხანგრძლივი, ღრმად გამჯდარი სასამართლო კულტურა, რომელიც ინდივიდუალური მოსამართლის ავტონომიას აფასებს. კომუნისტური მმართველობის დროს, რომელიც 1980-იანი წლების ბოლომდე გაგრძელდა, ამ ქვეყნებში დამოუკიდებელი სასამართლო სისტემა არ არსებობდა, პირიქითაც კი - სასამართლოსა და კომუნისტურ პარტიას შორის მჭიდრო კავშირები იყო ჩამოყალიბებული. სასამართლოების იერარქიული და ავტორიტარული წესით ორგანიზებამ კიდევ უფრო შეამცირა ინდივიდუალური მოსამართლეების ავტონომია.[14] კომუნისტური რეჟიმების დაცემის შემდეგ, მიუხედავად ამ ქვეყნებში მიმდინარე სიღრმისეული დემოკრატიული განვითარებისა, სასამართლო კულტურის ეს ასპექტები ხელუხლებელი დარჩა.[15] ამასთან, 1989 წელს ბერლინის კედლის დაცემის შემდეგ ამ ქვეყნებში არსებულმა სასამართლო სისტემის ორგანიზების ფორმებმა გააძლიერა ინდივიდუალური მოსამართლეების ავტონომიურობის კულტურის არარსებობის შედეგები. იმ დროს ზევრმა ყოფილმა კომუნისტურმა ქვეყანამ აირჩია სასამართლო თვითმმართველობის მოდელი. ეს არჩევანი არ იყო მთლიანად ნებაყოფლობითი. ევროკავშირის წევრები რომ გამხდარიყვნენ, რისკენაც ამ ქვეყნებიდან ბევრი ისწრაფოდა, მათ უნდა დაეკმაყოფილებინათ კოპენჰაგენის კრიტერიუმები, რომლებიც 1993 წელს ევროპული საბჭოს მიერ იქნა დადგენილი. ერთ-ერთი ეს კრიტერიუმი მოითხოვს იმ „ინსტიტუციების სტაბილურობას, რომლებიც უზრუნველყოფენ [...] სამართლის უზენაესობას“, განსაკუთრებით კი მართლმსაჯულების განხორციელებას.[16] ევროკომისიამ, ნაწილობრივ საერთაშორისო რბილი სამართლის გავლენის ქვეშ[17], რომელსაც ხშირად მოსამართლეები აყალიბებენ, ეს კრიტერიუმი ისე განმარტა, რომ არც აღმასრულებელმა და არც საკანონმდებლო შტომ, არამედ თავად სასამართლო ხელისუფლებამ უნდა მიიღოს გადაწყვეტილებები მის ბიუჯეტზე და მოსამართლეთა დანიშვნაზე, დაწინაურებასა და დათხოვნაზე.[18] ამგვარად, აღმოსავლეთ და ცენტრალური ევროპის ბევრ ქვეყანაში სასამართლო თვითმმართველობის მოდელი გახდა დადგენილი სტანდარტი.[19] მიუხედავად იმისა, რომ ასეთი სასამართლო

---

[14] D. Kosař, Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies (Cambridge University Press 2017), გვ. 132-133.

[15] Kosař, მოხსენიებულია სქოლიო 13-ში, გვ. 3-4 და 132-134. ასევე, იხილეთ: A. Nußberger, 'Judicial Reforms in Post-Soviet Countries – Good Intentions with Flawed Results?',in A. Seibert-Fohr (eds.), Judicial Independence in Transition (Heidelberg: Springer 2012) გვ. 885–907.

[16] იხილეთ www.europarl.europa.eu/enlargement/ec/pdf/cop_en.pdf , წვდომის თარიღი: 15 იანვარი, 2019. ამ ქვეყნებში დამოუკიდებელი სასამართლო შტოს ჩამოყალიბება უფრო ადრე დაიწყო. იხილეთ: R. Coman, 'Quo Vadis Judicial Reforms? The Quest for Judicial Independence in Central and Eastern Europe', 66(6) Europe-Asia Studies (2004) გვ. 892; P.C. Magelhães, 'The Politics of Judicial Reform in Eastern Europe', 32(1) Comparative Politics (1999) გვ. 43; D. Piana, 'The Power Knocks at the Court's Back Door. Two Waves of Post-communist Judicial Reforms', 42(6) Comparative Political Studies (2009) გვ. 816.

[17] M. Bobek and D. Kosař, 'Global Solutions, Local Damages: A Critical Study in Judicial Councils in Central and Eastern Europe', 15(7) German Law Journal (2014) გვ. 1263.

[18] A. Seibert-Fohr, 'Judicial Independence in European Union Accessions: The Emergence of a European Basic Principle', German Yearbook of International Law (2009) გვ. 423; D. Kochenov, EU Enlargement and the Failure of Conditionality. Pre-accession Conditionality in the Fields of Democracy and the Rule of Law (Kluwer 2009) გვ. 259.

[19] Bobek and Kosař, მოხსენიებულია სქოლიო 16-ში, გვ. 1266. ყველაზე ცნობილი გამონაკლისი არის ჩეხეთი. იქ

თვითმმართველობა აძლიერებს სასამართლო სისტემის ინსტიტუციურ დამოუკიდებლობას, მას ასევე აქვს პოტენციური ნაკლოვანებები. განსაკუთრებით იმ ქვეყნებში, რომელთა სასამართლო მოხელეები არ არიან აღზრდილი კულტურაში, რომელიც ინდივიდუალური მოსამართლეების დამოუკიდებლობას აფასებს, მოსამართლეთა ავტონომია შეიძლება დაზარალდეს; სასამართლო თვითმმართველობის მოდელის მქონე სისტემაში ამ სასამართლო მოხელეების გასაკონტროლებლად გარე ზედამხედველობის მექანიზმი არ არსებობს.

ამ ფონზე, ამ სტატიას სამი მიზანი აქვს. პირველ რიგში, მე გავაანალიზებ „სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის" კონცეფციას სასამართლოს პრაქტიკის მიხედვით. მიუხედავად იმისა, რომ მზარდი ლიტერატურა იკვლევს კონცეფციის მნიშვნელობას,[20] სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის შესახებ სტრასბურგის სასამართლო პრაქტიკის ვრცელი ანალიზი ხელმისაწვდომი არ არის. ამასთან, მე გაჩვენებთ, რომ მართალია, სტრასბურგის სასამართლომ სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის დარღვევა მხოლოდ ყოფილი კომუნისტური ქვეყნების წინააღმდეგ არსებულ საქმეებში დაადგინა, თუმცა შიდა დამოუკიდებლობის კონცეფცია ასევე აქტუალურია ევროპის საბჭოს წევრი დემოკრატიული ქვეყნებისთვისაც. ამ მიზნით, მე საკვლევ მაგალითად გამოვიყენებ ნიდერლანდებს და სტრასბურგის სასამართლო პრაქტიკას სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის შესახებ მის საფუძველზე განვიხილავ. და ბოლოს, მე შემოგთავაზებთ სასამართლოს პრაქტიკის კრიტიკას.

მე ვამტკიცებ, რომ სტრასბურგის სასამართლოს პრაქტიკა სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის შესახებ წარმოადგენს ფუნდამენტურ ცვლილებას იმ ნაწილში, რასაც კოსარი (Kosař) და ლიქსინსკი (Lixinski) სტრასბურგის სასამართლოს „სასამართლოს ინსტიტუციური მოწყობის დღის წესრიგს" უწოდებენ.[21] აქამდე ეს ფუნდამენტური ცვლილება არ არის ასახული კონვენციის მე-6 მუხლზე არსებული სასამართლო პრაქტიკის ორი დამფუძნებელი კონცეფციის - დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის - ინტერპრეტაციის რაიმე სახის მოდიფიცირებით. თუმცა, სტრასბურგის სასამართლო პრაქტიკის კონცეპტუალური სიცხადისთვის და, შესაბამისად, მისი ეფექტიანობისა და დამაჯერებლობისთვის, ვფიქრობ, რომ ასეთი მოდიფიცირება აუცილებელია. ამ მიზნით, მე შემოგთავაზებთ სასამართლოს პრაქტიკის რამდენიმე შესაძლო მოდიფიცირებას.

გამოიყენება იუსტიციის სამინისტროს მოდელი, რომელიც პარადოქსულად მოქმედებს, როგორც სასამართლო თვითმმართველობის ფორმა. იხილეთ Kosař, მოხსენიებულია სქოლიო 13-ში, გვ. 5; ასევე, D. Kosař, 'Politics of Judicial Independence and Judicial Accountability in Czechia: Bargaining in the Shadow of the Law between Court Presidents and the Ministry of Justice', 13(1) EuConst (2017), გვ. 96.

20 მაგალითისათვის იხილეთ: S.B. Burbank, B. Friedman and D. Goldberg, 'Introduction', in S.B. Burbank and B. Friedman (eds.), Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach (Sage Publications 2002) გვ. 30; C. Guarnieri, 'Judicial Independence in Europe: Threat or Resource for Democracy', 49(3) Representation (2013) გვ. 347; R.D. Lefever, 'The Integration of Judicial Independence and Judicial Administration. The Role of Collegiality in Court Governance', 24(2) The Court Manager (2009) გვ. 5; D. Kosař, Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies (Cambridge University Press 2017) გვ. 408–409; Kosař, მოხსენიებულია სქოლიო 18-ში, გვ. 114-122; M. Popova, Politicized Justice in Emerging Democracies. A Study of Courts in Russia and Ukraine (Cambridge University Press 2012) გვ. 134–139; P.H. Russel, 'Towards a General Theory of Judicial Independence', in P.H. Russel and D.M. O'Brien, Judicial Independence in the Age of Democracy. Critical Perspectives from Around the World (University Press of Virginia 2001) გვ. 1.

21 D. Kosař and L. Lixinski, 'Domestic Judicial Design by International Human Rights Courts', 109(4) The American Journal of International Law (2015) გვ. 714.

გავაგრძელებ შემდეგნაირად. გამოყენებული მეთოდოლოგიის განხილვის შემდეგ, შესაბამის სასამართლო პრაქტიკას გავაანალიზებ და მის სისტემატიზაციას მოვახდენ. შემდეგ, მე ვაჩვენებ სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის კონცეფციის შესაბამისობას ჩამოყალიბებული დემოკრატიებისთვის, შემოგთავაზებთ სასამართლოს პრაქტიკის კრიტიკას და ასევე, გაუმჯობესების რიგ გზებს. ბოლოს კი მოკლე დასკვნას გამოვიტან.

მეთოდოლოგია

სტრასბურგის სასამართლოს მიხედვით, სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის კონცეფცია კონვენციის 6.1 მუხლის ნაწილია. შესაბამისი დებულება ასეა ჩამოყალიბებული:

„…ყველას აქვს სამართლიანი და საჯარო მოსმენის უფლება… კანონით შექმნილი დამოუკიდებელი და მიუკერძოებელი ტრიბუნალის მიერ“.

როგორ ათავსებს სასამართლო სასამართლოს დამოუკიდებლობის ამ ახალ ასპექტს მე-6 მუხლის შესახებ არსებულ სასამართლო პრაქტიკაში, ნათლად ჩანს საქმეში Parlov-Tkalčić v Croatia (2009). პირველ რიგში, იგი აჯამებს თავის სასამართლო პრაქტიკას დამოუკიდებელი ტრიბუნალის მოთხოვნის შესახებ:

„სასამართლო... ხაზს უსვამს, რომ იმის დასადგენად, შეიძლება თუ არა ტრიბუნალი ჩაითვალოს „დამოუკიდებლად“ მე-6 მუხლის 1-ლი პუნქტის მიზნებისათვის, მხედველობაში უნდა იქნას მიღებული, inter alia, მისი წევრების დანიშვნის წესი, მათი უფლებამოსილების ვადა, გარე ზეწოლის წინააღმდეგ გარანტიების არსებობა და ის, თუ რამდენად დამოუკიდებლად წარმოაჩენს ტრიბუნალი თავს”.[22]

შემდეგ, სასამართლო მსჯელობს, რომ ეს დებულება მოითხოვს უფრო მეტს, ვიდრე უბრალოდ გარე ზეწოლისგან თავისუფლებას:

„თუმცა, სასამართლო დამოუკიდებლობა მოითხოვს, რომ ინდივიდუალური მოსამართლეები იყვნენ თავისუფალი არა მხოლოდ გარე, არამედ სასამართლო ხელისუფლების შიგნიდან მომდინარე გავლენებისგან. სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობა მოითხოვს, რომ ისინი იყვნენ თავისუფალი კოლეგა მოსამართლეების ან სასამართლოში ადმინისტრაციული ფუნქცია-მოვალეობების მქონე პირების, როგორიცაა სასამართლოს თავმჯდომარე ან სასამართლოს კოლეგიის თავმჯდომარე, მხრიდან მითითებების მიღებისა და ზეწოლისაგან. სასამართლო სისტემაში მოსამართლეთა დამოუკიდებლობის უზრუნველმყოფი საკმარისი გარანტიების არარსებობამ, კერძოდ, ზემდგომებისაგან მომდინარე წნეხის წინააღმდეგ, სასამართლო შეიძლება მიიყვანოს დასკვნამდე, რომ განმცხადებლის ეჭვი სასამართლოს (დამოუკიდებლობისა და) მიუკერძოებლობის შესახებ ობიექტურად დასაბუთებულია“.[23]

სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის დარღვევის შედეგების დადგენისას უნდა აღინიშნოს, რომ სასამართლო მხოლოდ ძალიან ცოტა შემთხვევაში ამახვილებს

[22] ECtHR 22 December 2009, Case No. 24810/06, Parlov-Tkalčić v Croatia, პარ. 86 (შიდა მითითებები გამოტოვებულია).
[23] იქვე.

ყურადღებას ტრიბუნალების „დამოუკიდებლობის“ მოთხოვნაზე.[24] უმეტეს შემთხვევაში, მაგალითისათვის, როგორიცაა საქმე - Parlov-Tkalčić v Croatia, სასამართლომ აქცენტი ტრიბუნალების „მიუკერძოებლობის“ მოთხოვნაზე გააკეთა. სხვა შემთხვევებში, სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის დარღვევამ მიიყვანა სასამართლო დასკვნამდე, რომ არ არსებობდა „კანონის საფუძველზე შექმნილი ტრიბუნალი“ - 6.1 მუხლით გათვალისწინებული კიდევ ერთი, სხვა მოთხოვნა.[25] ასეთი გადაწყვეტილება ჩვეულებრივ მოსდევს ისეთ შემთხვევებს, როდესაც სასამართლო ხელისუფლების თანამდებობის პირმა მოსამართლე ჩამოაცილა საქმის განხილვიდან და სასამართლო დაადგენს, რომ ამით მან საქმის შედეგზე გავლენის მოხდენის მცდელობის შთაბეჭდილება შექმნა.[26] იმის გამო, რომ სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის დარღვევამ შეიძლება მე-6 მუხლში გათვალისწინებული სხვადასხვა მოთხოვნის დარღვევა გამოიწვიოს, სასამართლო პრაქტიკა, რომელსაც მე განვიხილავ, არ არის შერჩეული იმ მოთხოვნის მიხედვით, რომლის საფუძველზეც დაადგინა სასამართლომ დარღვევა, არამედ სასამართლოს მოსაზრებების არსის მიხედვით, რომელიც საფუძვლად უდევს ამ გადაწყვეტილებებს.

სასამართლო პრაქტიკა, რომელსაც ამ სტატიაში განვიხილავ, შეირჩა Hudoc-ის პლატფორმის - სტრასბურგის სასამართლოს სასამართლო პრაქტიკის მონაცემთა ბაზის გამოყენებით.[27] ჩემი ძებნის დიაპაზონი არ შემომიფარგლავს მხოლოდ „საბოლოო გადაწყვეტილებებით“ (judgements), რომლებიც ეხება 6.1 მუხლს, არამედ დავფარე ამ საკითხზე სასამართლოს მიერ მიღებული „შუალედური გადაწყვეტილებებიც“ (decisions). როგორც ზემოთ აღინიშნა, საქმეების რაოდენობა, რომლებშიც სასამართლო განიხილავს სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის საკითხს, საკმაოდ მწირია.[28] 2000-2018 წლებში მიღებული მხოლოდ 15 გადაწყვეტილება და 3 შესაბამისი შუალედური გადაწყვეტილება იქნა ნაპოვნი.[29]

სასამართლო პრაქტიკის სისტემური ანალიზი

სტრასბურგის სასამართლოს მსჯელობა მისივე პრაქტიკაში, როგორც წესი, მკაცრად მხოლოდ კონკრეტულ საქმეზე ამახვილებს ყურადღებას, რაც იმას ნიშნავს, რომ იშვიათია ისეთი გადაწყვეტილებები, რომლებშიც სასამართლო განმარტავს ამავე გადაწყვეტილების როლს მთლიანად სასამართლო პრაქტიკისათვის ან რომელშიც ის აყალიბებს ზოგად

---

[24] Khrykin v Russia; ECtHR 19 April 2011, Case No. 33 188/08, Baturlova v Russia; ECtHR 3 May 2011, Case No. 30024/02, Sutyagin v Russia.

[25] E.g. ECtHR 12 January 2016, Case No. 57774/13, Miracle Europe Kft v Hungary, პარ. 67.

[26] იქვე, პარ. 58.

[27] იხილეთ < hudoc.echr.coe.int >.

[28] ძებნა გაგრძელდა 2018 წლის 15 ნოემბრამდე. შემდგომ მიღებული საქმეები აქ არ არის განხილული.

[29] ECtHR 10 October 2000, Case No. 42095/98, Daktaras v Lithuania; ECtHR 6 September 2005, Case No. 65518/01, Salov v Ukraine; ECtHR 3 May 2007, Case No. 7577/02, Bochan v Ukraine; ECtHR 26 July 2007, Case No. 29294/02, Hirschhorn v Romania; ECtHR 9 October 2008, Case No. 62936/00, Moiseyev v Russia; ECtHR [DA] 14 May 2009, Case No. 2329/05, Zaytsev v Russia; ECtHR [DA] 17 November 2009, Case No. 39279/05, Iwańńczuk v Poland; Parlov-Tkalčić v Croatia, მოხსენიებულია სქოლიო 21-ში; ECtHR 15 July 2010, Case No. 16695/04, Gazeta Ukraine- Tsentr v Ukraine; ECtHR 5 October 2010, Case No. 19334/03, DMD Group, a.s. v Slovakia; ECtHR 3 February 2011, Case No. 8921/05, Igor Kabanov v Russia; ECtHR 19 April 2011, Case No. 33186/08, Khrykin v Russia; მოხსენიებულია სქოლიო 23-ში; Baturlova v Russia, მოხსენიებულია სქოლიო 23-ში; ECtHR 3 May 2011, Case No. 30024/02, Sutyagin v Russia; ECtHR 6 October 2011, Case No. 23465/03, Agrokompleks v Ukraine; ECtHR [DA] 7 July 2015, Case No. 24876/07, Lorenzetti v Italy; Miracle Europe Kft v Hungary, მოხსენიებულია სქოლიო 24-ში; Ramos Nunes de Carvalho e Sá v Portugal, მოხსენიებულია სქოლიო 11-ში.

წესებს;[30] თუმცა, ვფიქრობ, ეს არ გვიშლის ხელს, სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის შესახებ მისი სასამართლო პრაქტიკა ერთიან სამართლებრივ წესში მოვაქციოთ. ეს წესი კი მოქმედებს შემდეგნაირად:

სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობა ირღვევა, თუ:

(1) კოლეგა,

(2) რომელსაც შეუძლია ზეწოლა განახორციელოს მოსამართლეზე, კონკრეტულ საქმეზე მოსამართლის მიერ გამოსატან გადაწყვეტილებაზე,

(3) ცდილობს ასეთი გავლენის მოხდენას.

მე განვიხილავ ამ წესის სხვადასხვა ელემენტებს სასამართლოს პრაქტიკის გათვალისწინებით.

კოლეგა…

სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობა, როგორც ეს სასამართლოს მიერაა განსაზღვრული, მოსამართლეებს შორის ან მოსამართლესა და სასამართლოს სხვა თანამდებობის პირებს შორის ურთიერთობაზე ვრცელდება. საქმეში Parlov-Tkalčić v Croatia სასამართლო ადგენს:

„სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობა მოითხოვს, რომ [ინდივიდუალური მოსამართლეები, სს] იყვნენ თავისუფალი კოლეგა მოსამართლეების ან სასამართლოში ადმინისტრაციული ფუნქცია-მოვალეობების მქონე პირების, როგორიცაა სასამართლოს თავმჯდომარე ან სასამართლოს კოლეგიის თავმჯდომარე, მხრიდან მითითებებისაგან ან ზეწოლისაგან.“[31]

ამგვარად, სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობა მოსამართლეებს შორის ურთიერთობას არეგულირებს, ანუ სასამართლო კოლეგიის წევრსა და მის თავმჯდომარეს შორის, მაგრამ ის ასევე მოსამართლესა და „მისი“ სასამართლოს ხელმძღვანელებს შორის ურთიერთობასაც შეეხება.[32] ის ასევე ვრცელდება სასამართლოს იმ ხელმძღვანელზეც, რომლებიც თავად არ არიან ჩართულნი სამოსამართლეო საქმიანობაში, როგორც ამას ასევე საქმე Parlov-Tkalčić აჩვენებს. ამ საქმეში სასამართლომ დაადგინა, რომ განმცხადებლის ეჭვი მის საქმეზე მოსამართლეების სასამართლოს თავმჯდომარის გავლენის ქვეშ მოქმედების შესახებ ობიექტურად იყო დასაბუთებული, მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლოს თავმჯდომარეები ხორვატიის კანონმდებლობით მხოლოდ „ადმინისტრაციულ (მართვით და ორგანიზაციულ) ფუნქციებს ასრულებენ, რომლებიც

[30] ეს არ ცვლის იმ ფაქტს, რომ სასამართლოს კიდევ უფრო და უფრო ნაკლები გადაწყვეტილებაა კონკრეტული საქმის გაემოებებთან მიბმული. (J.H. Gerards, General Principles of the European Convention on Human Rights (Cambridge University Press 2019, forthcoming) ch. 2). ამის მაგალითია (related to internal judicial independence) საქმე - Parlov-Tkalčić v Croatia, მოხსენიებულია სქოლიო 21-ში, პარ. 86.

[31] Parlov-Tkalčić v Croatia, მოხსენიებულია სქოლიო 21-ში, პარ. 86.

[32] გარდა ამისა, მე არ ვიცი სხვა საქმეები, რომლებშიც სტრასბურგის სასამართლომ მიუთითა სასამართლოს აღმასრულებელი ორგანოს წარმომადგენლის გარდა, სხვა სასამართლო თანამდებობის პირის მიერ განხორციელებულ გაუმართლებელ გავლენაზე. ამდენად, შეიძლება ითქვას, რომ სასამართლო შიდა დამოუკიდებლობის დარღვევა იმ კოლეგა მოსამართლეების მიერ არ ხდება, რომლებსაც არ აქვთ აღმასრულებელი უფლებამოსილებები. ეს ალბათ იმიტომ ხდება, რომ ასეთ კოლეგა მოსამართლეებს, რომლებსაც არ აქვთ აღმასრულებელი ძალაუფლება, ასევე არ გააჩნიათ გავლენის განსახორციელებლად საჭირო უფლებამოსილებები.

სამოსამართლეო ფუნქციისგან, ანუ ცალკეული საქმეების განხილვისაგან, მკაცრად არის განცალკევებული,“.[33]

სასამართლოს განმარტებიდან გამომდინარეობს, რომ როდესაც მოსამართლეზე ზეწოლას ახორციელებს ვინმე, გარდა სასამართლო თანამდებობის პირისა, სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის ცნება არ ვრცელდება. როგორც წესი, ეს განსხვავება მარტივია. თუმცა ზოგჯერ ეს ასე არ არის. განვიხილავ ორ მაგალითს. პირველი, ვრცელდება თუ არა სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობა კონცეფცია მაშინ, როდესაც მოსამართლეზე ზეწოლა მომდინარეობს სასამართლო მოხელეებისა და სხვა (არასასამართლო) თანამდებობის პირებისგან შემდგარი ორგანოსგან? Denisov v Ukraine არის ასეთი საქმის მაგალითი.[34] დენისოვი, კიევის ადმინისტრაციული სააპელაციო სასამართლოს თავმჯდომარე, ამ თანამდებობიდან გაათავისუფლა იუსტიციის უმაღლესმა საბჭომ, რომელიც ძირითადად არამოსამართლე წევრებით იყო დაკომპლექტებული, მათ შორის გენერალური პროკურორისა და პროკურატურის სხვა წარმომადგენლებისგან.[35] შემდეგ დენისოვმა წარუმატებლად გაასაჩივრა მისი თანამდებობიდან გათავისუფლება უმაღლეს ადმინისტრაციულ სასამართლოში. სტრასბურგის სასამართლოს წინაშე დენისოვი ამტკიცებდა, რომ უკრაინის ადმინისტრაციულმა სასამართლომ ვერ უზრუნველყო მისთვის დამოუკიდებელ და მიუკერძოებელ ტრიბუნალზე წვდომა, რადგან მისი წევრები იმყოფებოდნენ იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს დისციპლინური იურისდიქციის ქვეშ, რომლის გადაწყვეტილებაც გასაჩივრების საგანი იყო ამ საქმეში. სტრასბურგის სასამართლოს დიდი პალატა დაეთანხმა განმცხადებელს. თუმცა, მას არ დაუკონკრეტებია, ეს ფაქტი კონვენციის მე-6 მუხლის დარღვევას სასამართლოს გარე თუ შიდა დამოუკიდებლობის ასპექტთან მიმართებით წარმოადგენს. ჩემი აზრით, სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის ცნება ამ შემთხვევაში არ ვრცელდებოდა, რადგან იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს წევრთა უმრავლესობა არ იყო სასამართლო მოხელე.[36]

კიდევ ერთი სიტუაცია, რომელზეც იმთავითვე არ არის ნათელი, ვრცელდება თუ არა სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის კონცეფცია, არის შემთხვევები, როდესაც სასამართლო თანამდებობის პირები, მოსამართლეზე ზეწოლისას, მოქმედებენ ხელისუფლების სხვა შტოების მოხელეების სურვილის შესაბამისად და ამით ხელისუფლების სხვა შტოების ინტერესებს ატარებენ („act as transmission belts for another branch of government“).[37] ასეთ შემთხვევებში სასამართლო მიიჩნევს, რომ ვრცელდება როგორც შიდა, ისე გარე დამოუკიდებლობის კონცეფცია, ისევე როგორც ეს დაადგინა საქმეში Agrokompleks v Ukraine. Agrokompleks-მა 375 000 ტონა ნედლი ნავთობი მიაწოდა LyNOS-ს - კომპანიას, რომლის უმრავლესობის მფლობელი უკრაინის მთავრობა იყო. თუმცა, LyNOS-მა, თავის მხრივ, Agrokompleks-ს შეთანხმებული ნავთობპროდუქტების მხოლოდ მცირე ნაწილი გადასცა. ადგილობრივმა სასამართლომ დაადგინა, რომ LyNOS-მა არ შეასრულა თავისი სახელშეკრულებო ვალდებულებები და Agrokompleks-ისთვის

[33] Parlov-Tkalčić v Croatia, მოხსენიებულია სქოლიო 21-ში, პარ. 88.

[34] ECtHR 25 September 2018, Case No. 76639/11, Denisov v Ukraine, პარ. 79.

[35] იქვე, პარ. 69.

[36] სასამართლო განსაკუთრებულ მნიშვნელობას ანიჭებს სასამართლო საბჭოებში უმრავლესობის ამ წესის არსებობას. იხილეთ: EctHR 9 January 2013, Case No. 21722/11, Oleksandr Volkov v Urkaine, პარ. 109 და 112.

[37] სასამართლოების თავმჯდომარეების, განსაკუთრებით ცენტრალური და აღმოსავლეთ ევროპის ქვეყნებში, გადამცემ ქამრად გამოყენებასთან (transmission belt thesis) დაკავშირებით, მაგალითისთვის იხ. Kosař, მოხსენიებულია სქოლიო 13-ში, გვ. 99-100 და გვ. 391-398; Popova, მოხსენიებულია სქოლიო 19-ში, გვ. 139-145.

დაახლოებით 19,5 მილიონი ევროს გადახდა დაავალა. მას შემდეგ, რაც ეს გადაწყვეტილება საბოლოო გახდა, მთავრობამ დაიწყო გამოძიება LyNOS-ის ვალდებულებების შესახებ მისი კრედიტორების მიმართ, რის საფუძველზეც დაასკვნეს, რომ Agrokompleks-ის წინაშე დავალიანება ფაქტობრივად გაცილებით დაბალი იყო, ვიდრე სასამართლომ დაადგინა. LyNOS-ი დაეყრდნო ამ დასკვნას, როგორც ახლად აღმოჩენილ გარემოებას და სასამართლოს კოლეგიას სასამართლოს ბრძანების გადახედვის მოთხოვნით მიმართა. სასამართლომ დაადგინა რა, რომ მთავრობის დასკვნა არ შეიცავდა ახალ ინფორმაციას, გადაწყვეტილება ძალაში დატოვა.[38] სასამართლოს თავმჯდომარემ მას შემდეგ, რაც მიიღო მრავალი წერილი სხვადასხვა ხელისუფლების წარმომადგენლებისგან, მათ შორის პარლამენტის თავმჯდომარისგან, პრემიერისა და უკრაინის თავმჯდომარისგან, რომლებიც მოუწოდებდნენ მას გაეუქმებინა სასამართლოს გადაწყვეტილებები ან გადაეხედა მათთვის,[39] თავის ორ მოადგილეს დაავალა უკანასკნელი გადაწყვეტილების გადახედვა.[40] შემდეგ სასამართლომ გააუქმა თავისი ადრინდელი გადაწყვეტილება.[41] სტრასბურგის სასამართლომ დაადგინა, რომ ხელისუფლების წარმომადგენლების ჩარევა სასამართლო პროცესებში წარმოადგენდა სასამართლო გარე დამოუკიდებლობის დარღვევას, როგორც ეს კონვენციის მე-6 მუხლშია მითითებული.[42] თუმცა, სასამართლომ ასევე დაადგინა, რომ სასამართლოს თავმჯდომარის მითითება, რომელიც მის ორ მოადგილეს სთხოვდა, ადრინდელი გადაწყვეტილებისთვის გადაეხედათ, თავისთავად ეწინააღმდეგებოდა კონვენციას, რადგან ის ასევე არღვევდა სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის პრინციპს.[43]

...ვის შეუძლია მოსამართლეზე ზეწოლა...

ყველა მოსამართლე კოლეგა არ არის თანაბრად რელევანტური სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის დარღვევის გამოძიების მიზნებისთვის. ამ შემთხვევაში მნიშვნელოვანია მხოლოდ ის კოლეგები, რომლებსაც მოსამართლეზე ზეწოლის შესაძლებლობა აქვთ. იმას თუ რამდენად შეუძლია ამა თუ იმ კოლეგას ასეთი ზეწოლა, სტრასბურგის სასამართლო იმ უფლებამოსილებების განხილვის საფუძველზე ადგენს, რაც ამ კოლეგას გააჩნია.[44]

ამ მიზნებისათვის ზოგიერთი უფლებამოსილება რელევანტური არ არის. მაგალითად, სასამართლო ასევე ითვალისწინებს, რომ სასამართლოს შიგნით გარკვეული მმართველობითი უფლებამოსილების განხორციელება - და თანმდევი გავლენა - გარდაუვალია:

„უნდა გავითვალისწინოთ, რომ მოსამართლეთა მუშაობაზე ზედამხედველობა გარკვეულ რისკს შეიცავს მათი შიდა დამოუკიდებლობისთვის და შეუძლებელია ისეთი სისტემის შემუშავება, რომელიც ამ რისკს მთლიანად აღმოფხვრის.“[45]

[38] Agrokompleks v Ukraine, მოხსენიებულია სქოლიო 28, პარ. 69.
[39] იქვე, პარ. 13.
[40] იქვე, პარ. 70 და 138.
[41] იქვე, პარ. 71-72.
[42] სასამართლომ ამ ჩარევის ფაქტს "მიუღებელი" უწოდა (იქვე, პარ. 135).
[43] იქვე, პარ. 139.
[44] მაგალითისათვის იხილეთ: Lorenzetti v Italy, მოხსენიებულია სქოლიო 28-ში, პარ. 52.
[45] იქვე, პარ. 91.

მხოლოდ ის ფაქტი, რომ კოლეგას აქვს აღმასრულებელი ძალაუფლება მოსამართლეზე, მაგალითად, იმის გამო, რომ ის არის სასამართლოს თავმჯდომარე, რომელშიც ეს მოსამართლეა დანიშნული, არასაკმარისია იმ ვარაუდის დასაბუთებისთვის, რომ მას შეუძლია მოახდინოს მოსამართლეზე იმგვარი ზეწოლა, რომ ამან სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის დარღვევა გამოიწვიოს.[46]

იმის განხილვისას, შეუძლია თუ არა კოლეგას მოსამართლეზე ზეწოლის მოხდენა, სასამართლო ამოწმებს, შემდეგი ორი გარემოებიდან მინიმუმ ერთ-ერთის არსებობას: ახორციელებდა თუ არა კოლეგა (ა) უფლებამოსილებას იმ საქმის წარმოებასთან დაკავშირებით, რომელიც განსახილველად დაევალა მოსამართლეს, ან (ბ) აქვს თუ არა მას უფლებამოსილება შეცვალოს მოსამართლის სამართლებრივი სტატუსი?

საქმის წარმოებასთან დაკავშირებული უფლებამოსილებების გამოყენება

როდესაც მოწმდება, გამოიყენა თუ არა კოლეგამ საქმის წარმოებასთან დაკავშირებული უფლებამოსილება, ეს ჩვეულებრივ ეხება საქმის განხილვის ვალდებულების კონკრეტული მოსამართლისათვის ან მოსამართლეთა კოლეგიისთვის დაკისრებას ან მომხსენებელი მოსამართლის დანიშვნის უფლებას.[47] საქმე - Daktaras v Lithuania წარმოაჩენს ამ ორივე ელემენტს.

განმცხადებელი მსჯავრდებულად იქნა ცნობილი პირველი ინსტანციის სასამართლოს მიერ, როგორც მთავარი ამსრულებელი შანტაჟის ბრალდების საქმეზე.[48] გასაჩივრებისას, ეს გადაწყვეტილება შეიცვალა და განმცხადებელი აღარ განიხილებოდა მთავარ ამსრულებლად, არამედ მხოლოდ დანაშაულის თანამონაწილედ, თუმცა, სასჯელი იგივე დარჩა.[49] ამის შემდეგ, მოსამართლემ, რომელმაც გამოიტანა გადაწყვეტილება პირველი ინსტანციის სასამართლოში, უზენაესი სასამართლოს სისხლის სამართლის კოლეგიის თავმჯდომარეს სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილების გაუქმების მოთხოვნით უზენაეს სასამართლოში შუამდგომლობის შეტანა სთხოვა.[50] უზენაესი სასამართლოს სისხლის სამართლის კოლეგიის თავმჯდომარემ დააკმაყოფილა ეს მოთხოვნა და შუამდგომლობით მიმართა უზენაეს სასამართლოს, გაეუქმებინა სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილება, რადგან მან შეცდომა დაუშვა კანონის გამოყენებისას და არასწორად დაადგინა, რომ განმცხადებელი არ იყო მთავარი ამსრულებელი. თავმჯდომარემ უზენაეს სასამართლოს მიმართა ძალაში დაეტოვებინა პირველი

---

[46] მხოლოდ გამონაკლის შემთხვევებში არ ჩატარდება გამოძიება ამ უფლებამოსილებების შესახებ. Agrokompleks v Ukraine, მოხსენიებულია სქოლიო 28-ში, არის ასეთი გამონაკლისის მაგალითი. სასამართლომ ამ საქმეში დაასკვნა, რომ მოსამართლეზე განხორციელებული გავლენა მოდიოდა მისი ზემდგომი მოსამართლისგან, ამ უკანასკნელის მოსამართლის მიმართ არსებული უფლებამოსილების განხილვის გარეშე (პარ. 139). ის ფაქტი, რომ სასამართლომ არჩია არ ჩაეტარებინა დეტალური გამოძიება, შესაძლოა, იმის გამო იყო, რომ ECHR-ის მე-6 მუხლის დარღვევა სხვა საფუძვლებით უკვე დადგენილი იყო, ასევე, იმის გამოც რომ განხორციელებული ზეწოლა დამალული არ ყოფილა.

[47] მაგალითისათვის იხილეთ: Parlov-Tkalčić v Croatia, მოხსენიებულია სქოლიო 21-ში, პარ. 88-90. მანამდე სასამართლო ყოველთვის თვლიდა, რომ საერთ. ხელშეკრულება არ არეგულირებდა საქმეთა განაწილებას, ან ყოველ შემთხვევაში, ის არ იყო „სასამართლოს შექმნის" მნიშვნელოვანი ელემენტი. იხილეთ: ECtHR 9 March 1999, Case No. 32813/96, Lindner v Germany.

[48] Daktaras v Lithuania, მოხსენიებულია სქოლიო 28-ში, პარ. 17. ასევე, იხილეთ: Igor Kabanov v Russia, მოხსენიებულია სქოლიო 28-ში.

[49] იქვე, პარ. 19.

[50] იქვე, პარ. 21.

ინსტანციის სასამართლოს გადაწყვეტილება.[51] შემდგომში საქმის განსახილველად შეარჩია უზენაესი სასამართლოს სისხლის სამართლის კოლეგიის სამი მოსამართლისგან შემდგარი პალატა და დანიშნა მომხსენებელი-მოსამართლე.[52] შედეგად, უზენაესი სასამართლოს პალატამ გააუქმა სააპელაციო სასამართლოს გადაწყვეტილება და პირველი ინსტანციის სასამართლოს გადაწყვეტილება დატოვა ძალაში.[53] სტრასბურგში განმცხადებელი ჩიოდა, რომ უზენაესი სასამართლოს პალატა, რომელმაც განიხილა შუამდგომლობა, არ შეიძლება ჩაითვალოს მიუკერძოებელ ტრიბუნალად კონვენციის მე-6 მუხლის მნიშვნელობით, რადგან უზენაესი სასამართლოს სისხლის სამართლის კოლეგიის თავმჯდომარემ, რომელმაც შეიტანა ეს განცხადება, თავადვე დანიშნა პალატის წევრები და მომხსენებელი მოსამართლე.[54]

ლიტვის მთავრობა ამტკიცებდა, რომ თავმჯდომარის უფლებამოსილება წარადგინოს შუამდგომლობა უზენაეს სასამართლოში ქვედა სასამართლოების გადაწყვეტილებების გაუქმების მოთხოვნით, ეფუძნება სამოსამართლო შეცდომის თავიდან აცილების აუცილებლობას; რომ შიდა წესდებები თავმჯდომარეს მხოლოდ ორგანიზაციულ ფუნქციებს ანიჭებდა; რომ თავმჯდომარემ არ მიიღო მონაწილეობა საქმის განხილვაში; და რომ მას არ გააჩნდა სამართლებრივი უფლებამოსილება, გავლენა მოეხდინა პალატის გადაწყვეტილებაზე ან სხვაგვარად განეხორციელებინა არასათანადო ზეწოლა პალატის მოსამართლეებზე. გარდა ამისა, მთავრობამ წარმოადგინა უზენაესი სასამართლოს 11 გადაწყვეტილება, რომლებშიც უზენაესი სასამართლოს ან მისი სისხლის სამართლის კოლეგიის თავმჯდომარის შუამდგომლობა უზენაესმა სასამართლომ უარყო.[55]

სასამართლომ უარყო მთავრობის არგუმენტები, კონვენციის მე-6 მუხლის დარღვევა დაადგინა და განმარტა, რომ განმცხადებლის შიში პალატის მიუკერძოებლობის შესახებ გამართლებული იყო.[56] ის ფაქტი, რომ უზენაესი სასამართლოს სისხლის სამართლის კოლეგიის თავმჯდომარემ მოითხოვა განმცხადებლისთვის საზიანო გადაწყვეტილების დადასტურება, იყო იმის მტკიცებულება, რომ თავმჯდომარემ დავის ერთ-ერთი მხარის პოზიცია დაიჭირა.[57] უფრო მეტიც, იმის გამო, რომ მან დანიშნა პალატის მოსამართლეები და მომხსენებელი მოსამართლეები, შეიქმნა შთაბეჭდილება, რომ მოსამართლეები, რომლებიც განიხილავდნენ საქმეს, ზეწოლის ქვეშ იმყოფებოდნენ საქმე გადაეწყვიტათ მათი თავმჯდომარეს სურვილის შესაბამისად.[58] სასამართლომ განაცხადა:

---

[51] იქვე, პარ. 22.
[52] იქვე, პარ. 23.
[53] იქვე, პარ. 25.
[54] იქვე, პარ. 28.
[55] იქვე, პარ. 29.
[56] იქვე, პარ. 38.
[57] იქვე, პარ. 35.
[58] Cf. ECtHR 4 March 2015, Case No. 36073/04, Fazlı Aslaner v Turkey, რომელშიც უზენაესი ადმინისტრაციული სასამართლოს გენერალურმა ასამბლეამ განიხილა საჩივარი საქმეზე, რომელიც სასამართლოს კოლეგიამ ადრე გამოიტანა. ამ კოლეგიის წევრები ასევე იყვნენ გენერალური ასამბლეის წევრები. ერთ-ერთი მათგანი, სასამართლოს თავმჯდომარის მოადგილე, გენერალურ ასამბლეას ხელმძღვანელობდა კიდეც. სტრასბურგის სასამართლომ დაადგინა, რომ ეს იყო კონვენციის მე-6 მუხლის დარღვევა, რადგან არ იყო „აბსოლუტურად აუცილებელი" სამ მოსამართლეს ერთობლივად გამოეტანა გადაწყვეტილება გენერალური ასამბლეის სახელით (პარ. 40). უფრო მეტიც, სასამართლომ მიიჩნია, რომ ის ფაქტი, რომ სამი მოსამართლიდან ერთ-ერთი ხელმძღვანელობდა გენერალურ ასამბლეას, როგორც ვიცე-პრეზიდენტი, იყო „დამატებითი გარემოება, რომელიც შეუთავსებელია მიუკერძოებლობის შთაბეჭდილებასთან" (პარ. 41). შეიძლება ითქვას, რომ ეს უკანასკნელი არგუმენტი ეხება სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობას, ვინაიდან ის მიუთითებს, რომ

„როდესაც სისხლის სამართლის კოლეგიის თავმჯდომარე არა მარტო განიხილავს ბრალდების საქმეს, არამედ დამატებით ორგანიზაციული და მმართველობითი ფუნქციების განხორციელებასთან ერთად, ის ასევე წარმოადგენს სასამართლოს, არ შეიძლება ითქვას, რომ ობიექტური თვალსაზრისით, არსებობს საკმარისი გარანტიები, რომლებიც შეუსაბამო ზეწოლის არარსებობის შესახებ ყოველგვარ ლეგიტიმურ ეჭვს გამორიცხავს“.[59]

იმ ფაქტს, რომ სხვა შემთხვევებში თავმჯდომარის შუამდგომლობა არ დაკმაყოფილდა, არ შეუცვლია სასამართლოს შეხედულება: ყოველი საქმე უნდა შეფასდეს არსებითად, მასში მოცემული გარემოებების გათვალისწინებით.[60]

საქმის მოსამართლისგან ჩამოცილების უფლებამოსილება არის კონკრეტული მოსამართლის ან სასამართლო კოლეგიისთვის საქმის გადაცემის უფლებამოსილების სახე. სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის შესახებ სტრასბურგის საქმეების უმეტესობა სწორედ უფლებამოსილების ამ სახეს შეეხება. მოსამართლისგან საქმის ჩამოცილებით შეიძლება გაჩნდეს შთაბეჭდილება, რომ პირველი მოსამართლე აპირებდა საქმის გადაწყვეტას ისე, რომ ეწინააღმდეგებოდა იმ პირის სურვილებს, ვინც ეს საქმე დაავალა.[61] ამის ნათელი მაგალითია საქმე - Moiseyev v Russia. განმცხადებელს ბრალი წაუყენეს ღალატში. საქმის არსებითი განხილვისას სასამართლოს თავმჯდომარემ საქმის განმხილველი პალატის ყველა მოსამართლე არანაკლებ სამჯერ შეცვალა. სასამართლომ მიიჩნია, რომ ეს იყო კონვენციის მე-6 მუხლის დარღვევა, რადგან განმცხადებლის შთაბეჭდილება, რომ მოსამართლეები გამოიცვალა, რადგან მათ განზრახული ჰქონდათ თავმჯდომარის შეხედულების საწინააღმდეგო გადაწყვეტილების მიღება, დასაბუთებული იყო.[62]

მოსამართლის სამართლებრივი სტატუსის შეცვლის უფლებამოსილება

თუ კოლეგა მოსამართლე, ზემოთ მოყვანილი მაგალითებისგან განსხვავებით, არ ახორციელებდა რაიმე უფლებამოსილებას კონკრეტულ საქმესთან დაკავშირებით, სასამართლო განიხილავს, აქვს თუ არა მას (სხვა) უფლებამოსილებები, რომელთა

თავმჯდომარის მოადგილე მოსამართლე იყო არა მხოლოდ იმ კოლეგიის წევრი, რომელმაც საქმეზე ადრე გამოიტანა გადაწყვეტილება, არამედ ასევე იყო სასამართლოს თავმჯდომარის მოადგილე. ასეთი მოსამართლეები არიან (კანონით თუ პრაქტიკით) მნიშვნელოვანი ფიგურები სასამართლო ადმინისტრაციაში და, შესაბამისად, სხვა მოსამართლეები მათ მარტივად ვერ ეწინააღმდეგებიან. თუმცა, ვინაიდან სტრასბურგი ცალსახად არ მიჰყვება მსჯელობის ამ ხაზს Fazlı Aslaner v Turkey-ის ან სხვა მსგავს საქმეებში, მე ის არ განმიხილავს ქვემოთ ჩამოთვლილ სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის შესახებ ჩემ მიერ შერჩეულ საქმეებში.

[59] Daktaras v Lithuania, supra n. 28, პარ. 36. ის განაგრძობს: „ფაქტი, რომ თავმჯდომარის ჩარევა პირველი ინსტანციის მოსამართლის მიერ იყო წახალისებული მხოლოდ ამძიმებს სიტუაციას“. Cf. Igor Kabanov v Russia, მოხსენიებულია სქოლიო 28-ში, პარ. 42.

[60] იქვე, პარ. 37. კიდევ ერთი მაგალითი, როდესაც სტრასბურგის სასამართლო ადგენს, რომ სასამართლოს თავმჯდომარე პროცედურული გადაწყვეტილების მიღებით ცდილობდა გავლენა მოეხდინა საქმის შედეგზე არის შემდეგი საქმე - ECtHR 26 July 2007, Case No. 29294/02, Hirschhorn v Romania, პარ. 76-78.

[61] ასევე, იხილეთ: ECtHR 5 October 2010, Case No. 19334/03, DMD Group, a.s. v Slovakia, რომელშიც მოსამართლე კოლეგამ საქმე ხელახალი განაწილების შედეგად გადასცა საკუთარ თავს. სასამართლომ დაადგინა, რომ ეს ხელახალი განაწილება არღვევდა ხელოვნებას კონვენციის მე-6 მუხლს.

[62] Moiseyev v Russia, მოხსენიებულია სქოლიო 28-ში, პარ. 181-185. შესადარებელი ვითარება ჩნდება საქმეზე Sutyagin v Russia, მოხსენიებულია სქოლიო 28-ში. მაგალითისათვის, როდესაც საქმე არ იქნა გადანაწილებული იმავე სასამართლოს ფარგლებში, მაგრამ გადაეცა სხვა სასამართლოს იხილეთ: Miracle Europe Kft v Hungary, მოხსენიებულია სქოლიო 24-ში.

გამოყენებითაც მოსამართლეზე ზეწოლა შეუძლია. ამ ეტაპზე მნიშვნელოვანია ხაზგასმით აღვნიშნოთ, რომ სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის დარღვევა არ მოითხოვს იმას, რომ კოლეგამ ფაქტობრივად განახორციელოს თავისი უფლებამოსილება ან თუნდაც დაემუქროს მოსამართლეს მათი განხორციელებით. ამრიგად, ეს კრიტერიუმი არსებითად განსხვავდება წინა კრიტერიუმისგან. სასამართლო დაადგინა შემდეგი:

„საკითხავი ის არის, შეეძლო თუ არა სასამართლოს თავმჯდომარეებისათვის [ეროვნული] კანონმდებლობით მინიჭებულ უფლებამოსილებებს გამოეწვია ისეთი ფარული ზეწოლა, რასაც ზემდგომების მიმართ მოსამართლეების მორჩილება, ან, ყოველ შემთხვევაში, ინდივიდუალური მოსამართლეების მხრიდან თავიანთი თავმჯდომარეების შეწინააღმდეგების ნებელობის არ ქონა მოჰყოლოდა, სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, მოსამართლეთა შიდა დამოუკიდებლობაზე „მსუსხავი" ეფექტი ჰქონოდა".[63]

როგორც აღინიშნა, სასამართლო ასევე ითვალისწინებს, რომ სასამართლოს შიგნით, გარკვეული მმართველობითი უფლებამოსილების განხორციელება - და თანმდევი გავლენა - გარდაუვალია. მაშასადამე, მხოლოდ ის ფაქტი, რომ კოლეგას შეუძლია ეს უფლებამოსილება მოსამართლის წინააღმდეგ გამოიყენოს, საკმარისი არ არის ვარაუდისთვის, რომ კონვენციის მე-6 მუხლის გაგებით დაუშვებელი ზეწოლა განხორციელდა.[64] ამრიგად, სასამართლო შემოწმებისას ფოკუსირებულია სხვა უფლებამოსილებებზე, რომლებმაც შეიძლება მოსამართლის სამართლებრივი სტატუსის ცვლილება გამოიწვიოს. პრაქტიკაში, სასამართლო ყურადღებას ამახვილებს მოსამართლეების დაწინაურების ან მათზე დისციპლინური სანქციების დაკისრების უფლებამოსილებაზე. ამის მიზეზი კი ისაა, რომ ეს უფლებამოსილებები, როგორც სასამართლო აცხადებს, „პოტენციურად ყველაზე მნიშვნელოვან გავლენას ახდენენ მოსამართლეთა შიდა დამოუკიდებლობაზე".[65]

საქმე Gazeta Ukraine-Tsentr v Ukraine გვიჩვენებს, თუ როგორ წარმართავს სასამართლო ასეთი შეფასების პროცესს.[66] განმცხადებლის მიერ გამოქვეყნებულ გაზეთში, განმცხადებელმა გაავრცელა ინფორმაცია პრესკონფერენციაზე, სადაც ადგილობრივი სასამართლოს თავმჯდომარე - რომელიც ასევე მერის არჩევნებში ერთ-ერთი კანდიდატი იყო - ჟურნალისტმა დაადანაშაულა განმცხადებლის მკვლელობის მიზნით კონტრაქტის გაფორმებაში. შემდეგ თავჯდომარემ ჟურნალისტს ცილისწამებისთვის უჩივლა. ცილისწამების საქმე არა ამ თავმჯდომარის სასამართლომ, არამედ სხვა სასამართლომ განიხილა და განმცხადებელს თავმჯდომარისათვის კომპენსაციის გადახდა დაავალა. სააპელაციო სასამართლომ ძალაში დატოვა ეს გადაწყვეტილება. სტრასბურგში განმცხადებელი ამტკიცებდა, რომ კონვენციის მე-6 მუხლის მნიშვნელობით არც ერთი ეს სასამართლო არ შეიძლებოდა ჩათვლილიყო მიუკერძოებლად. ის ამტკიცებდა, რომ მიუხედავად იმისა, რომ არა თავმჯდომარის სასამართლომ, არამედ სხვა სასამართლომ განიხილა მისი საქმე, თავმჯდომარე ასევე იყო მოსამართლეთა რეგიონული საბჭოს თავმჯდომარე, რომლის უფლებამოსილებას ექვემდებარებოდა როგორც პირველი ინსტანციის, ასევე სააპელაციო სასამართლო, და რომ ამიტომ მოსარჩელეს უფლება ჰქონდა შეეთავაზებინა საბჭოსათვის მოსამართლეთა წინააღმდეგ დისციპლინური დევნის აღძვრა

[63] Parlov-Tkalčić v Croatia, მოხსენიებულია სქოლიო 21-ში, პარ. 91.

[64] იქვე, პარ. 91.

[65] იქვე, პარ. 92-93.

[66] ასევე, იხილეთ: Khrykin v Russia, მოხსენიებულია სქოლიო 28-ში, პარ. 36-39.

და მათ სამართლებრივ სტატუსზე მოქმედი სხვა გადაწყვეტილების მიღება. განმცხადებელი ამტკიცებდა, რომ ამ სასამართლოების მოსამართლეები არ ტოვებდნენ მიუკერძოებლობის შთაბეჭდილებას. სასამართლო განმცხადებელს დაეთანხმა და კონვენციის მე-6 მუხლის დარღვევა დაადგინა.[67]

…ცდილობს გავლენა მოახდინოს მოსამართლის მიერ კონკრეტულ საქმეზე მისაღებ გადაწყვეტილებაზე

უბრალოდ ის ფაქტი, რომ მოსამართლის კოლეგამ გამოიყენა უფლებამოსილება კონკრეტული საქმის განხილვასთან დაკავშირებით ან აქვს (სხვა) უფლებამოსილებები, რომლებიც შეიძლება გამოიყენოს მოსამართლეზე ზეწოლის განსახორციელებლად, არ ნიშნავს, რომ ის რეალურად ცდილობდა მოსამართლეზე გავლენის მოხდენას. მაგალითად, საქმე სამართლიანად შეიძლება გადაეცეს სხვა მოსამართლეს, თუ, მაგალითად, პირველი მოსამართლე ავად გახდა. ასევე არაფერია უკანონო მოსამართლის იმის შესახებ გაფრთხილებაში, რომ მას შეიძლება დისციპლინური პასუხისმგებლობა დაეკისროს, მაგალითად, თუ ის უგულებელყოფს მის სამსახურებრივ მოვალეობებს. მტკიცება, რომ კოლეგა მოსამართლემ ფაქტობრივად სცადა მოსამართლეზე ზემოქმედების მოხდენა, შესაბამისად, ორივე შემთხვევაში უნდა დადასტურდეს. ასეთი მტკიცებულებების მიწოდება რთულია, რადგან გავლენის მოხდენის განზრახვა ღიად იშვიათად არის გამოხატული.

ზემოთ განხილული საქმე - Agrokompleks v Ukraine გამონაკლისია იმ წესიდან, რომლის თანახმადაც სასამართლო სისტემაში ზემოქმედება ღიად არ ხდება.[68] ამ შემთხვევაში, ხელისუფლების სხვადასხვა წარმომადგენლებმა, მათ შორის პარლამენტის თავმჯდომარემ, პრემიერ-მინისტრმა და უკრაინის პრეზიდენტმა, მოუწოდეს ადგილობრივი სასამართლოს თავმჯდომარეს „მისი“ სასამართლოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილება გაეუქმებინა ან გადაეხედა მისთვის.[69] საბოლოოდ, სასამართლოს თავმჯდომარემ თავის ორ მოადგილეს დაავალა გადაეხედათ ამ გადაწყვეტილებისთვის[70], რაც საბოლოოდ ასეც მოხდა.[71] სტრასბურგის სასამართლომ, inter alia, დაადგინა, რომ სასამართლოს თავმჯდომარეს მიერ მისი ორი მოადგილის მიმართ გაცემული მითითება

[67] Gazeta Ukraine-Tsentr v Ukraine, მოხსენიებულია სქოლიო 28-ში, პარ. 34-35. გარდა ამისა, სასამართლომ მიიჩნია, რომ მოსარჩელემ უკვე სთხოვა უზენაეს სასამართლოს, ჯერ კიდევ მისი საქმის განხილვის დაწყებამდე, საქმის გადაცემა სრულიად სხვა სასამართლოში იმავე მიზეზების გამო, რაც მან წარმოადგინა სტრასბურგში. უზენაესმა სასამართლომ, მისი თავმჯდომარის მოადგილის მიერ გამოტანილი გადაწყვეტილებით, დააკმაყოფილა ეს მოთხოვნა, მაგრამ საქმე პირველ ინსტანციაში დასრულებულად მიიჩნია, რის გამოც განაჩენს არანაირი შედეგი არ მოჰყოლია მიმდინარე პროცესზე. სასამართლომ განაცხადა: „მიუხედავად იმისა, რომ უზენაესი სასამართლოს თავმჯდომარის მოადგილის ამ გადაწყვეტილებაში ნათლად არ იყო მითითებული გადაცემის მიზეზები, იგი ვარაუდობდა, რომ განმცხადებელი კომპანიის შიში კიროვოგრადის რეგიონის სასამართლოების მიკერძოების რისკის შესახებ არ იყო არაარსებითი. მაშასადამე, სასამართლოს აზრით, განმცხადებელი კომპანიის შიში იმის შესახებ, რომ პირველი ინსტანციის და სააპელაციო სასამართლოების მოსამართლეებს მიუკერძოებლობის ნაკლებობა ჰქონდათ, შეიძლება ობიექტურად გამართლებული იყოს. უფრო მეტიც, ზემდგომმა სასამართლოებმა, განმცხადებელი კომპანიის საჩივრების განხილვისას, უგულებელყვეს მისი არგუმენტები ამ მიზნით“ (პარ. 34).
[68] იხილეთ 36-ე სქოლიოში მოცემული ტექსტი.
[69] იქვე, პარ. 13.
[70] იქვე, პარ. 70 და 138.
[71] იქვე, პარ. 71-72.

ადრინდელი გადაწყვეტილების გადახედვის შესახებ ეწინააღმდეგებოდა კონვენციას, რადგან არღვევდა სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის პრინციპს.[72]

თუმცა, ჩვეულებრივ, მოსამართლეებზე ზემოქმედების მცდელობები ფრთხილია. შესაბამისად იმის დამტკიცება, რომ მოსამართლე ზეგავლენას დაექვემდებარა (ან რომ ამის მცდელობა არსებობდა) საკმაოდ რთულია. აქედან გამომდინარე, სასამართლომ გაამარტივა მტკიცების ტვირთი სასამართლო სისტემაში მომხდარ ზემოქმედებასთან დაკავშირებით, რაც ეფუძნება მის მიერ დადგენილ ზოგად წესს, რომ კონვენციის მე-6 მუხლი ირღვევა არა მხოლოდ მაშინ, როდესაც მოსამართლე არ არის დამოუკიდებელი ან მიუკერძოებელი, არამედ მაშინაც, როდესაც არსებობს ლეგიტიმური ეჭვი მისი დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის შესახებ. პრაქტიკაში, „ობიექტური" დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის ეს მოთხოვნა[73] იწვევს განმცხადებლის ფოკუსირებას მოსამართლის დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის შესახებ ეჭვის დემონსტრირებაზე; ამის საპასუხოდ, სახელმწიფო ამტკიცებს, რომ ასეთი ეჭვი არ შეიძლება იყოს ობიექტურად გამართლებული.[74]

იმის საჩვენებლად, თუ როგორ მუშაობს ეს გამარტივებული მტკიცების ტვირთი როგორც განმცხადებლის, ასევე მოპასუხე სახელმწიფოსთვის, კვლავ აუცილებელია განვასხვავოთ სიტუაციები, როდესაც კოლეგა მოსამართლე (ა) ახორციელებდა უფლებამოსილებას საქმის წარმოებასთან დაკავშირებით, რომელიც განაწილებულია (ან იყო განაწილებული) მოსამართლეზე და სიტუაციები (ბ) როდესაც მას აქვს უფლებამოსილება შეცვალოს მოსამართლის სამართლებრივი სტატუსი, მიუხედავად იმისა, რეალურად იყენებს თუ არა ამ უფლებამოსილებას.

განმცხადებლისთვის ზემოაღნიშნული ამსუბუქებს მტკიცების ტვირთს. მას აღარ უწევს "კვამლიანი თოფის" წარმოდგენა. ამის ნაცვლად. აქცენტი კეთდება იმის დადგენაზე, რომ შეიძლება არსებობდეს თუ არა ეჭვი იმ მოსამართლის დამოუკიდებლობასა და მიუკერძოებლობასთან დაკავშირებით, რომელმაც საქმე განიხილა. იმის გასაგებად, თუ რას მოითხოვს ეს მტკიცების ტვირთი, მნიშვნელოვანია ხაზი გაესვას, რომ სტრასბურგის სასამართლოს მიერ კონვენციის მე-6 მუხლის დარღვევის დადგენა არ მოითხოვს, რომ ზემოქმედების მცდელობა წარმატებული იყოს. დადგენილი სასამართლო პრაქტიკის თანახმად, საკმარისია მხოლოდ ისიც, რომ საკანონმდებლო ან აღმასრულებელი

---

[72] იქვე, პარ. 139.

[73] მიუკერძოებლობასთან დაკავშირებით, იხილეთ, მაგალითად, ECtHR 23 April 2015, Case No. 29369/10, Morice v France, პარ. 73 („სასამართლოს დადგენილი სასამართლო პრაქტიკის მიხედვით, მიუკერძოებლობის არსებობა მე-6 მუხლის 1-ლი პუნქტის მიზნებისთვის უნდა განისაზღვროს სუბიექტური ტესტის მიხედვით, სადაც მხედველობაში უნდა იქნას მიღებული კონკრეტული მოსამართლის პირადი რწმენა და ქცევა, ე.ი. ჰქონდა თუ არა მოსამართლეს რაიმე პიროვნული წინასწარი განწყობა ან მიკერძოება მოცემულ საქმეში; და ასევე ობიექტური ტესტის მიხედვით, ანუ იმის გარკვევით, იძლეოდა თუ არა თავად ტრიბუნალი და, სხვა ასპექტებთან ერთად, მისი შემადგენლობა, არა საკმარის გარანტიებს მიუკერძოებლობის შესახებ კანონიერი ეჭვის გამოსარიცხად"). ნაკლებად ნათელია, რომ იგივე განსხვავება ვრცელდება დამოუკიდებლობაზეც, მაგრამ იხილეთ, მაგალითად, Kleyn et al. v The Netherlands, მოხსენიებულია სქოლიო 11-ში, რომელშიც სასამართლომ მიიჩნია, რომ მას სჭირდებოდა იმის დადგენა, ჰქონდა თუ არა ნიდერლანდების სახელმწიფო საბჭოს ადმინისტრაციული იურისდიქციის კოლეგიის „დამოუკიდებლობის აუცილებელი „გარეგნული გამოვლინება"" (პარ. 193).

[74] რა თქმა უნდა, შემდეგი არ ცვლის იმ ფაქტს, რომ სტრასბურგის სასამართლოში განცხადებები დაუშვებელია, თუ განმცხადებელმა არ ამოწურა სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის ფაქტობრივი თუ პოტენციური დარღვევის წინააღმდეგ ყველა შიდასამართლებრივი საშუალება. იხილეთ: Zaytsev v Russia, მოხსენიებულია სქოლიო 28-ში.

ხელისუფლების თანამდებობის პირები მოსამართლეზე ზემოქმედების მოხდენას ცდილობენ. ასეთ შემთხვევებში სასამართლო თვლის, რომ მოსამართლეზე ზემოქმედების უბრალო მცდელობაც კი ცხადყოფს სასამართლო თანამდებობისადმი პატივისცემის ნაკლებობას, რომ არსებობს საკმარისი საფუძველი მოსამართლის დამოუკიდებლობაში ან მიუკერძოებლობაში ეჭვის შესატანად.[75] სამართლიანია ვივარაუდოთ, რომ იგივე ვრცელდება იმ შემთხვევაზეც, როდესაც სასამართლო ხელისუფლების თანამდებობის პირი ცდილობს მოსამართლეზე მოახდინოს გავლენა.[76] იმის ასახსნელად, თუ როგორ მუშაობს მტკიცების ტვირთის ეს შემსუბუქება პრაქტიკაში, კვლავ აუცილებელია ორი სიტუაციის დიფერენცირება.

თუ მოსამართლე კოლეგამ გამოიყენა მისთვის მინიჭებული კონკრეტული საქმის წარმოებასთან დაკავშირებული ისეთი უფლებამოსილება, როგორიცაა საქმის ხელახალი განაწილება ან მომხსენებელი მოსამართლის დანიშვნა, ეს უბრალო ფაქტი აჩენს ეჭვს იმ მოსამართლის მიუკერძოებლობასა და დამოუკიდებლობაში, რომელიც განიხილავს საქმეს. მიუხედავად იმისა რომ, ჩვეულებრივ, არსებობს სასამართლო ზემოქმედების ან მის მცდელობის დამატებითი მტკიცებულება, ასეთი დამატებითი მტკიცებულების წარმოდგენა არ არის აუცილებელი ეჭვის გასამყარებლად. ამას აჩვენებს ზემოთ განხილული საქმე Moiseyev v Russia. ამ შემთხვევაში სასამართლოს თავმჯდომარემ არაერთხელ შეცვალა საქმის განმხილველი სასამართლო კოლეგია; ფაქტობრივად, საქმე არანაკლებ სამჯერ გადანაწილდა ხელახლა.[77] სტრასბურგის სასამართლომ განაცხადა, რომ კოლეგიების ჩანაცვლების ფაქტი საკმარისი იყო იმ მოსამართლეთა დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის შესახებ ეჭვის გასაჩენად, რომლებმაც საბოლოოდ გადაწყვიტეს საქმე.[78]

თუ მოსამართლე კოლეგას არ გამოუყენებია რაიმე უფლებამოსილება კონკრეტული საქმის წარმოებასთან დაკავშირებით, მაგრამ აქვს უფლებამოსილება შეცვალოს მოსამართლის სამართლებრივი სტატუსი, საჭიროა მეტი მტკიცებულება, რათა სასამართლო შიდა დამოუკიდებლობის დარღვევის შესახებ აუცილებელი ეჭვის არსებობა დადგინდეს. როგორც ამას საქმე Khrykin v Russia გვიჩვენებს, ამ შემთხვევაში საჭიროა დამატებითი

---

[75] Agrokompleks v Ukraine, მოხსენიებულია სქოლიო 28-ში, პარ. 134, რომელიც ამისამართებს ECtHR 25 July 2002, Case No. 48553/99, Sovtransavto Holding v Ukraine, პარ. 80-ზე. („სასამართლო ვერ ხედავს საფუძველს სპეკულირებისთვის, თუ რა გავლენა შეიძლება ჰქონოდა ასეთ ინტერვენციებს განსახილველი პროცესის მიმდინარეობაზე, მაგრამ აღმოაჩენს, რომ წინამდებარე საქმის ვითარებაში განმცხადებელი კომპანიის შეშფოთება ტრიბუნალების დამოუკიდებლობასა და მიუკერძოებლობასთან დაკავშირებით არ იყო დაუსაბუთებელი. სახელმწიფო აღმასრულებელი შტოდან მომდინარე ასეთი ჩარევები მაინც ავლენს თვით სასამართლო უწყებისადმი პატივისცემის ნაკლებობას"). ECtHR 2002 წლის 25 ივლისის მითითებით, საქმე No. 48553/99, Sovtransavto Holding v Ukraine, პარ. 80 („სასამართლო იხილეთ: არ აქვს საფუძველი სპეკულირებისთვის, თუ რა გავლენა შეიძლება ჰქონოდა ასეთ ინტერვენციებს განსახილველი პროცესის მიმდინარეობაზე, მაგრამ აღმოაჩენს, რომ წინამდებარე საქმის ვითარებაში განმცხადებელი კომპანიის შეშფოთება დამოუკიდებლობასა და მიუკერძოებლობასთან დაკავშირებით. ტრიბუნალები არ იყო დაუსაბუთებელი. სახელმწიფო აღმასრულებელი შტოდან გამომდინარე, ასეთი ინტერვენციები მაინც ავლენს თვით სასამართლო უწყებისადმი პატივისცემის ნაკლებობას").

[76] If the exerted pressure has in fact had an effect, the Court then usually mentions this. თუ განხორციელებულმა ზეწოლამ ფაქტობრივად იქონია გავლენა, მაშინ სასამართლო ჩვეულებრივ ამას აღნიშნავს. მაგალითისათვის იხილეთ: Khrykin v Russia, მოხსენიებულია სქოლიო 28-ში, პარ. 37.

[77] Moiseyev v Russia, მოხსენიებულია სქოლიო 28-ში.

[78] სასამართლომ ამ კუთხით მიიჩნია, რომ ასევე არ არსებობდა პროცედურული გარანტიები, რომლებიც ამ შთაბეჭდილების გაბათილებას შეძლებდა. ამ პროცედურული გარანტიების მნიშვნელობაზე ქვემოთ ვისაუბრებ.

ფაქტები და გარემოებები.[79] ამ საქმეში, განმცხადებელმა ხელისუფლებას მისი საპენსიო თანხის რეტროაქტიულად გაზრდა სთხოვა. ელექტროსტალის საქალაქო სასამართლოს მოსამართლემ დააკმაყოფილა ეს მოთხოვნა. მას შემდეგ, რაც გადაწყვეტილება საბოლოო გახდა, საპენსიო ფონდმა მოსკოვის რეგიონალურ სასამართლოში შეიტანა განცხადება ამ გადაწყვეტილების საზედამხედველო განხილვის მოთხოვნით. ეს განცხადება არასოდეს განხილულა. თუმცა სასამართლოს თავმჯდომარემ პირველი ინსტანციის სასამართლოს მოსამართლეს წერილი მისწერა, რომელშიც ნათქვამი იყო, რომ მისი აზრით, ამ უკანასკნელის გადაწყვეტილება შეუთავსებელი იყო უზენაესი სასამართლოს პრაქტიკასთან და წარმოადგენდა „სამოსამართლო შეცდომას“, რომელიც „კანონიერად არ შეიძლება ჩაითვალოს“. ამიტომ რაიონული სასამართლოს თავმჯდომარემ მიუთითა წერილში, რომ საქმე ახლად აღმოჩენილი გარემოებების საფუძველზე უნდა განხილულიყო.[80] მოგვიანებით საპენსიო ფონდმა პირველ ინსტანციას საქმის ხელახალი გახსნა სთხოვა. ეს უკანასკნელი დათანხმდა და შემდგომში უარყო განმცხადებლის მოთხოვნა მისი პენსიის გაზრდის შესახებ. მისი დასკვნები რაიონული სასამართლოს თავმჯდომარეს მიერ გამოგზავნილ წერილში მოყვანილი არგუმენტების იდენტური იყო.[81] სტრასბურგში განმცხადებელი ამტკიცებდა, რომ თავმჯდომარეს წერილმა გაუმართლებლად იმოქმედა პირველი ინსტანციის სასამართლოს გადაწყვეტილებაზე. სასამართლო დაეთანხმა მას. ის ამ დასკვნამდე რამდენიმე დამატებითი გარემოების მითითების შემდეგ მივიდა. პირველ რიგში, რაიონული სასამართლოს თავმჯდომარემ კი არ მიიღო გადაწყვეტილება საზედამხედველო განხილვის შესახებ, როგორც ამას კანონი მოითხოვდა, არამედ ამის ნაცვლად, წერილი მისწერა პირველი ინსტანციის სასამართლოს მოსამართლეს.[82] ამასთან, მთავრობისგან განსხვავებით, სასამართლომ დაადგინა, რომ თავმჯდომარეს წერილმა არასათანადო ზეწოლა მოახდინა მოსამართლეზე მის მიერ მიღებული გადაწყვეტილების კვალიფიკაციისთვის გამოყენებული ენითაც: „სამოსამართლო შეცდომა“, რომელიც „არ შეიძლება ჩაითვალოს კანონიერად“.[83] და ბოლოს, სასამართლომ აღნიშნა, რომ თავმჯდომარე უფლებამოსილია დისციპლინური გადაცდომის ჩადენისთვის მოსამართლის წინააღმდეგ დისციპლინური სამართალწარმოება აღძრას. ასეთმა სამართალწარმოებამ კი მოსამართლის თანამდებობიდან ვადამდე ადრე გათავისუფლება შეიძლება გამოიწვიოს. „კანონის [არა]არასწორი გამოყენება“ შეიძლება წარმოადგენდეს ასეთ დისციპლინურ გადაცდომას.[84] ამ დამატებით ფაქტებსა და გარემოებებზე მითითებით, სასამართლომ დაასკვნა, რომ განმცხადებლის შიში, რომ პირველი ინსტანციის სასამართლო არ იყო დამოუკიდებელი, გამართლებული იყო.[85]

თუ განმცხადებელი წარმატებით წამოაყენებს ეჭვს მოცემული მოსამართლის დამოუკიდებლობასა და მიუკერძოებლობასთან დაკავშირებით, მოპასუხე სახელმწიფო

---

[79] ასევე, იხილეთ: the identical Baturlova v Russia, მოხსენიებულია სქოლიო 23. Cf. Ramos Nunes de Carvalho e Sá v Portugal, მოხსენიებულია სქოლიო 11-ში, პარ. 155 და 163, რომელშიც სასამართლომ დაადგინა, რომ ასეთი დამატებითი ფაქტები და გარემოებები არ არსებობდა, ამიტომ არ იყოს სახეზე - იმ მომენტში - კონვენციის მე-6 მუხლის დარღვევა.
[80] Khrykin v Russia, მოხსენიებულია სქოლიო 28-ში, პარ. 8.
[81] იქვე, პარ. 9-11.
[82] იქვე, პარ. 32.
[83] იქვე, პარ. 35.
[84] იქვე, პარ. 36.
[85] იქვე, პარ. 38-39.

შეეცდება დამტკიცოს, რომ ეს ეჭვები არ არის ლეგიტიმური, ანუ არ შეიძლება იყოს ობიექტურად გამართლებული. როგორც წესი, სტრასბურგის სასამართლო მიიჩნევს, რომ ეს ასეა, თუ შიდა კანონმდებლობა სასამართლოზე ზემოქმედების თავიდან ასაცილებლად საკმარის პროცედურულ გარანტიებს იძლევა.

სასამართლოს პრაქტიკის თანახმად, ასეთი გარანტიები განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია, როდესაც საქმე განსახილველად სხვა მოსამართლეს გადაეცემა ან როდესაც საქმე ხელახლა ნაწილდება. მაგალითად, საქმეში Miracle Europe Kft v Hungary სასამართლომ ხაზი გაუსვა მოსამართლეებს შორის საქმეების განაწილების წესის კანონით რეგულირების მნიშვნელობას და გაფრთხილება გასცა საქმეების განაწილების მკაფიო და გამჭვირვალე სამართლებრივი კრიტერიუმების არარსებობის შესახებ:

„ეს სიტუაცია პოლიტიკური ან სხვა ძალების გავლენის შესახებ სპეკულაციის დაშვებით საფრთხეს უქმნის უფლებამოსილი სასამართლოს და პასუხისმგებელი მოსამართლის მიუკერძოებლობის გარეგნულ გამოვლინებას, მაშინაც კი, როდესაც კონკრეტული მოსამართლისთვის საქმის გადაცემა თავისთავად გამჭვირვალე კრიტერიუმებს ექვემდებარება".[86]

საქმეში Miracle Europe Kft v Hungary, ასეთი სამართლებრივი ჩარჩო არ არსებობდა.[87] შედეგად, მოსამართლეს, რომელიც ანაწილებდა საქმეებს, ჰქონდა ფართო დისკრეციული უფლებამოსილება. ამრიგად, სტრასბურგის სასამართლომ მიიჩნია, რომ:

„საქმეების განსახილველად მოსამართლეებისათვის გადაცემა ან ხელახალი გადანაწილება შეიძლება ბოროტად იქნას გამოყენებული, როგორც მოსამართლეებზე ზეწოლის საშუალება, მაგალითად, მათი საქმეებით გადატვირთვის ან მათთვის მხოლოდ მცირედ მნიშვნელოვანი საქმეების განხილვის დავალებით. ასევე, შესაძლებელია პოლიტიკურად სენსიტიური საქმეების განსახილველად გარკვეული მოსამართლეების მიზანში ამოღება და მათი სხვებისთვის გადანაწილების თავიდან აცილება.[88]

სასამართლომ დაასკვნა, რომ პროცედურული გარანტიების არარსებობის გამო – როგორიცაა კანონმდებლობა, რომელიც მნიშვნელოვნად ზღუდავს საქმეების განაწილების პროცესს – განმცხადებლის შიში, რომ მისი საქმე არ განიხილებოდა „კანონის შესაბამისად შექმნილი ტრიბუნალის მიერ", როგორც ამას კონვენციის მე-6 მუხლი მოითხოვს, ობიექტურად გამართლებულია.[89]

---

[86] Miracle Europe Kft v Hungary, მოხსენიებულია სქოლიო 24-ში, პარ. 58.

[87] ისეთი საქმის მაგალითად, რომელშიც არსებობდა ადექვატური საკანონმდებლო ბაზა მოსამართლეთა შორის საქმეების განაწილებისთვის, იხილეთ: Iwańczuk v Poland, მოხსენიებულია სქოლიო 28-ში. სასამართლომ იქ ხაზგასმით აღნიშნა, რომ შიდა კანონმდებლობა არეგულირებს საქმეების განაწილებას და რომ მიუხედავად იმისა, რომ ის ასევე ითვალისწინებს გამონაკლისებს, ის ასევე მოითხოვდა ასეთი გამონაკლისების გამამართლებელი მიზეზების მკაფიოდ დაფიქსირებას. უფრო მეტიც, სტრასბურგის სასამართლომ ყურადღება მიაქცია იმ ფაქტს, რომ განმცხადებლის ბრალდება - მისი საქმის არასწორად განაწილება - გულდასმით იქნა განხილული უზენაესი სასამართლოს მიერ და აღმოჩნდა "სრულიად დაუსაბუთებელი".

[88] Miracle Europe Kft v Hungary, მოხსენიებულია სქოლიო 24-ში, პარ. 58. წინა საქმეებში სასამართლო იყო ნაკლებად მკაცრი და მხოლოდ მოითხოვდა, რომ საქმეთა განაწილება ყოფილიყო სათანადოდ მოტივირებული (Bochan v Ukraine, მოხსენიებულია სქოლიო 28-ში, პარ. 72). მან ასევე განიხილა, არსებობდა თუ არა სამართლებრივი დაცვის საშუალებები საქმის განაწილების გადაწყვეტილების წინააღმდეგ (Moiseyev v Russia, მოხსენიებულია სქოლიო 28-ში, პარ. 182; Sutyagin v Russia, მოხსენიებულია სქოლიო 28, პარ. 192).

[89] Miracle Europe Kft v Hungary, მოხსენიებულია სქოლიო 24, პარ. 67. ასევე, იხილეთ: Igor Kabanov v Russia, მოხსენიებულია სქოლიო 28, პარ. 40-44.

საპროცესო გარანტიები ასევე მნიშვნელოვანია, როდესაც სასამართლო თანამდებობის პირი ახორციელებს ზეწოლას მოსამართლეზე მოსამართლის სამართლებრივი სტატუსის შეცვლის უფლებამოსილების გამოყენებით ან ამაზე მითითებით. ამას აჩვენებს საქმე Parlov-Tkalčić v Croatia.[90] მას შემდეგ, რაც განმცხადებელი საგზაო შემთხვევის შედეგად დაზარალდა, ზლატარის მუნიციპალურმა სასამართლომ სადაზღვევო კომპანიას ზიანის ანაზღაურება დააკისრა. ამის შემდეგ საქალაქო სასამართლომ შეცვალა გადაწყვეტილება; პროცენტი, რომელიც მან დაითვალა, ძალიან მაღალი იყო. თუმცა იმ მომენტში სადაზღვევო კომპანიამ უკვე გადაიხადა პირველადი გადაწყვეტილებით განსაზღვრული თანხა და განმცხადებელმა უარი თქვა ზედმეტი თანხის დაბრუნებაზე. საქალაქო სასამართლოს თავმჯდომარემ სადაზღვევო კომპანიისგან წერილის მიღების შემდეგ, განმცხადებლის წინააღმდეგ სისხლის სამართლის საჩივარი შეიტანა. მან განაცხადა, რომ განმცხადებელმა უარი თქვა უკანონოდ მოპოვებული თანხის დაბრუნებაზე, რომ სადაზღვევო კომპანიამ უკვე წამოიწყო სამოქალაქო სამართალწარმოება განმცხადებლის წინააღმდეგ და რომ განმცხადებლის უარი თანხის დაბრუნებაზე „შეიცავს სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობის ელემენტებს“.[91]

როგორც ზემოთ აღინიშნა, სადაზღვევო კომპანიას უკვე დაწყებული ჰქონდა სამოქალაქო სამართალწარმოება განმცხადებლის წინააღმდეგ სავარაუდო არასწორი თანხის დასაბრუნებლად. ზლატარის მუნიციპალურმა სასამართლომ - იმ თავმჯდომარის სასამართლომ, რომელმაც შეიტანა სისხლის სამართლის საჩივარი განმცხადებლის წინააღმდეგ - განმცხადებლის წინააღმდეგ მიიღო გადაწყვეტილება. განმცხადებელმა მიმართა ზლატარის საოლქო სასამართლოს. ამავდროულად, მან მოითხოვა საქმის როგორც ზლატარის მუნიციპალური სასამართლოს, ასევე ზლატარის საოლქო სასამართლოს იურისდიქციიდან ამოღება, რადგან მისი აზრით, არცერთი ეს სასამართლო, არ შეიძლება მიუკერძოებელი ყოფილიყო მისი საჩივრის განხილვისას, იმის გათვალისწინებით, რომ ამასობაში მუნიციპალური სასამართლოს თავმჯდომარე, რომელმაც მის წინააღმდეგ სისხლის სამართლის საჩივარი შეიტანა, საოლქო სასამართლოს თავმჯდომარე გახდა.[92] უზენაესმა სასამართლომ არ დააკმაყოფილა განმცხადებლის მოთხოვნა იურისდიქციის ცვლილების შესახებ.[93] შემდეგ საოლქო სასამართლომ ძალაში დატოვა მუნიციპალური სასამართლოს გადაწყვეტილება.[94] სტრასბურგში მთავარი კითხვა მიემართებოდა იმას, იყვნენ თუ არა რომელიმე იმ სასამართლოს მოსამართლეები, სადაც სამოქალაქო სამართალწარმოებით განმცხადებლის საქმე განიხილებოდა, ზემოხსენებული თავმჯდომარისგან საკმარისად დამოუკიდებელნი.[95]

სასამართლომ, უპირველეს ყოვლისა, აღნიშნა, რომ ხორვატიის კანონმდებლობის მიხედვით, თავმჯდომარეს მხოლოდ ადმინისტრაციული ამოცანები აქვს. ამრიგად, მას არ შეეძლო „ესარგებლა თავისი იერარქიული პოზიციით, რათა მომხსენებელი მოსამართლისათვის ან კოლეგიის სხვა წევრებისთვის მიეცა ინსტრუქციები იმის შესახებ, თუ როგორ უნდა გადაეწყვიტათ განმცხადებლის საჩივარი, და არაფერი მიუთითებს

---

[90] ასევე, იხილეთ: Salov v Ukraine, მოხსენიებულია სქოლიო 28, პარ. 83.
[91] Parlov-Tkalčić v Croatia, მოხსენიებულია სქოლიო 21, პარ. 9.
[92] იქვე, პარ. 17.
[93] იქვე, პარ.19.
[94] იქვე, პარ. 20.
[95] იქვე, პარ. 87.

იმაზე, რომ მან ამ შემთხვევაში ეს გააკეთა“.[96] თუმცა, მას ბრალი ედებოდა მოსამართლეებისთვის საქმეების გადაცემაში, მაგრამ - როგორც სასამართლომ აღნიშნა - ხორვატიის კანონმდებლობა „შეიცავდა წესებს, რომლებიც არეგულირებენ საქმეების გადანაწილებას სასამართლოების შიგნით მოსამართლეებისთვის, რაც ნიშნავს, რომ საქმეები არ იყო განაწილებული სასამართლოს თავმჯდომარეების მიერ საკუთარი შეხედულებისამებრ”. ამრიგად, სასამართლომ დაასკვნა, რომ ხორვატიის კანონმდებლობა „იძლეოდა ადექვატურ დაცვის გარანტიებს სასამართლოს თავმჯდომარეების მოვალეობის - საქმეების მოსამართლეებზე განაწილების - თვითნებური განხორციელების წინააღმდეგ“.[97] შემდეგ, სასამართლომ განიხილა „იყო თუ არა რაიმე სხვა ელემენტები (იერარქიულ) ურთიერთობაში განმცხადებლის საჩივარზე გადაწყვეტილების მიმღებ მოსამართლეებსა და ზლატარის საოლქო სასამართლოს თავმჯდომარეს შორის, რასაც შეეძლო შეეზღუდა მათი შიდა დამოუკიდებლობა“.[98]

შემდეგ სასამართლომ დაადგინა, რომ სასამართლოს თავმჯდომარეები, inter alia, თამაშობენ როლს მოსამართლეთა შეფასებაში და აქვთ უფლებამოსილება, აღძრან დისციპლინური სამართალწარმოება მათ წინააღმდეგ და დროებით შეუჩერონ მათ სამოსამართლეო უფლებამოსილებები. „თუმცა“, სასამართლომ მსჯელობა განაგრძო იმით, რომ „არც ერთ ამ სფეროში სასამართლოს თავმჯდომარეებს არ გააჩნიათ ექსკლუზიური უფლებამოსილება ან შეუზღუდავი დისკრეცია“. მაგალითად, მოსამართლეს, რომელიც მიიღებს უარყოფით შეფასებას, შეუძლია გაასაჩივროს იგი ზემდგომი სასამართლოს თავმჯდომარესთან; მაშინ, როცა სასამართლოს თავმჯდომარეს შეუძლია მოსამართლის წინააღმდეგ დისციპლინური დევნა აღძრას, დისციპლინური სახდელის დაკისრების უფლება აქვს ექსკლუზიურად ეროვნულ სასამართლო საბჭოს; და ბოლოს, მოსამართლისათვის საქმიანობის უფლების დროებითი შეჩერების უფლებამოსილება შეიძლება გამოყენებულ იქნეს მხოლოდ მაშინ, როდესაც მოსამართლე დაკავებულია.[99] სასამართლომ დაასკვნა:

„ამ მიზეზების გამო, სასამართლო თვლის, რომ ხორვატიის კანონს იმ დროისთვის გააჩნდა ადეკვატური მექანიზმები, რათა თავიდან აიცილებინა სასამართლო სისტემიდან მომდინარე არასათანადო ჩარევა და რომ სასამართლოს თავმჯდომარეებისათვის მინიჭებული უფლებამოსილება არ შეიძლება განიხილებოდეს, როგორც მოსამართლეთა შიდა დამოუკიდებლობის საწინააღმდეგოდ მოქმედი ან მასზე „მსუსხავი“ ეფექტის მქონე მოვლენა. … მაშასადამე, სასამართლო მიიჩნევს, რომ განმცხადებლის შიში ზლატარის ოლქის სასამართლოს მიუკერძოებლობის არარსებობასთან დაკავშირებით ობიექტურად არ იყო გამართლებული“.[100] შესაბამისად კონვენციის მე-6 მუხლი არ დარღვეულა.[101]

---

[96] იქვე, პარ. 88.
[97] იქვე, პარ. 89.
[98] იქვე, პარ. 91.
[99] იქვე, პარ. 92.
[100] იქვე, პარ. 94-95.
[101] იქვე, პარ. 97. შვიდი მოსამართლიდან ორმა დაწერა განსხვავებული აზრი. მათი აზრით, ECHR-ის მე-6 მუხლი დაირღვა, რადგან, თავმჯდომარის დასკვნას გავლენა ქონდა სამოქალაქო სამართალწარმოების შედეგზე (პარ. 5). ამასთან, სასამართლოს უმრავლესობისაგან განსხვავებით, მათ არსებითად მიიჩნიეს თავმჯდომარის გავლენა ცალკეულ მოსამართლეზე. ნებისმიერ შემთხვევაში, მათ მიიჩნიეს, რომ თავმჯდომარის მიერ მიღებული მოსამართლეებისთვის არახელსაყრელი გადაწყვეტილებების გასაჩივრების შესაძლებლობა საკმარისად არ ამცირებს ამ გავლენას (პარ. 6-9).

ამრიგად, სტრასბურგის სასამართლომ შეიმუშავა გარკვეული მკაფიო წესები სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის კონცეფციასთან დაკავშირებით. თუმცა, შესამჩნევია ის, რომ ზემოთ განხილული სასამართლო გადაწყვეტილებები მიღებულ იქნა მხოლოდ ევროპის საბჭოს პოსტკომუნისტური წევრი სახელმწიფოების შეზღუდული რაოდენობის წინააღმდეგ. ეს ბადებს კითხვას, არის თუ არა სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის კონცეფცია აქტუალური მხოლოდ ამ წევრი ქვეყნებისთვის, თუ შესაძლოა მას მოჰყვეს შედეგები ევროპის საბჭოს დამკვიდრებული დემოკრატიებისთვისაც. ამ კითხვას მომდევნო ქვეთავში შევეხები.

სასამართლო შიდა დამოუკიდებლობა დამკვიდრებულ დემოკრატიებში: ნიდერლანდები, როგორც საკვლევი მაგალითი

იმ ფაქტი, რომ სტრასბურგის სასამართლოს გადაწყვეტილებები, რომლებშიც მან დაადგინა სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის დარღვევა, გამოტანილია მხოლოდ რიგი პოსტკომუნისტური სახელმწიფოების წინააღმდეგ, ჩემი აზრით, ორი გარემოებითაა განპირობებული. პირველი, კომუნისტური წარსულიდან გამომდინარე, ამ ქვეყნებს არ გააჩნიათ ხანგრძლივი, ღრმად ფესვგადგმული კულტურა, რომელშიც მნიშვნელოვანია ინდივიდუალური მოსამართლის დამოუკიდებლობა. მეორე, ბევრმა ყოფილმა კომუნისტურმა ქვეყანამ ბერლინის კედლის დაცემის შემდეგ სასამართლო სისტემის მართვის თვითმმართველობის მოდელი აირჩია. ასეთ მოდელში შეიძლება დაზარალდეს ინდივიდუალური მოსამართლის დამოუკიდებლობა, ვინაიდან არ არსებობს გარე კონტროლი მათზე, ვინც ზედამხედველობას უწევს მოსამართლეებს. ეს რისკი ძლიერდება, თუ სამოსამართლო ზედამხედველობის განხორციელებაზე პასუხისმგებელი პირი არასდროს ყოფილა იმ კულტურის ნაწილი, რომელშიც ინდივიდუალური მოსამართლეების დამოუკიდებლობა მნიშვნელოვნადაა მიჩნეული; ზუსტად ასეთი მდგომარეობაა ყოფილ კომუნისტურ ქვეყნებში.

იმ ფაქტმა, რომ სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის დარღვევა აქამდე მხოლოდ ყოფილი კომუნისტური ქვეყნების წინააღმდეგ დგინდებოდა, ადვილად შეიძლება მიგვიყვანოს დასკვნამდე, რომ სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის შესახებ სასამართლო პრაქტიკა შეიძლება გამოყენებადი იყოს მხოლოდ იმ ახალ დემოკრატიებზე, რომლებიც სასამართლო თვითმმართველობის მოდელს იყენებენ სისტემის მართვისთვის და რომლებსაც არ გააჩნიათ ხანგრძლივი სამოსამართლეო კულტურა, რომელიც აღიარებს ინდივიდუალური მოსამართლეების დამოუკიდებლობის მნიშვნელობას. მაგრამ ასეთი დასკვნა, ჩემი აზრით, გაუმართლებელია. მხოლოდ ის ფაქტი, რომ არ არსებობს საქმეები, რომლებშიც სტრასბურგის სასამართლომ დამკვიდრებული დემოკრატიების მიერ შიდა სასამართლო დამოუკიდებლობის დარღვევის შესახებ გამოიტანა გადაწყვეტილება, არ ნიშნავს, რომ ამ ქვეყნებში არსებული შიდა დამოუკიდებლობის მოდელი აუცილებლად კონვენციას შეესაბამება. ამ მხრივ, მნიშვნელოვანია გვესმოდეს, რომ სტრასბურგის სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის პრინციპი მიზნად ისახავს მოქალაქეების და არა მოსამართლეების დაცვას: მოქალაქეებს აქვთ დამოუკიდებელი და მიუკერძოებელი სასამართლოს უფლება. ის, რომ ჩამოყალიბებული დემოკრატიული ქვეყნების არცერთ მოქალაქეს არ მიუმართავს სტრასბურგის სასამართლოსთვის სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის დარღვევის შესახებ, სავარაუდოდ, განპირობებულია იმით, რომ მათ

აქვთ შედარებით დიდი ნდობა მოსამართლეებისა და სასამართლო სისტემის მიმართ; შიში, რომ „მათ“ მოსამართლეზე ზეწოლა განხორციელდა, სწრაფად არ ჩამოყალიბდება.[102]

იმ თეზისის გასამყარებლად, რომ სასამართლოს პრაქტიკა ასევე რელევანტურია ევროპის საბჭოს დამკვიდრებული დემოკრატიებისთვის, მე განვიხილავ აქვს თუ არა პოტენციურად პრობლემური მახასიათებლები სასამართლოს შიდა სასამართლო დამოუკიდებლობის პრინციპებთან მიმართებით ნიდერლანდების სასამართლო სისტემას – ჩამოყალიბებულ დემოკრატიას, რომელშიც სასამართლო თვითმმართველობა საკმაოდ შეზღუდულია და სასამართლო ავტონომიის მნიშვნელობა ღრმად არის ფესვგადგმული სამართლებრივ კულტურაში.[103]

ამ შემოწმების პროცესში, ერთი მხრივ, პირველი ინსტანციის და სააპელაციო სასამართლოების ჰოლანდიელ მოსამართლეებსა, და მეორე მხრივ, ამ სასამართლოების აღმასრულებელი თანამდებობის პირებს შორის ურთიერთობით შემოვიფარგლები.[104] როგორც ასეთი, მე არ განვიხილავ ადმინისტრაციული სამართლის ცალკეულ ტრიბუნალებსა და უზენაეს სასამართლოში (საკასაციო სასამართლოს) არსებულ სიტუაციას, ვინაიდან ამ ორგანოების შიდა ორგანიზაციული მოწყობა მნიშვნელოვნად განსხვავდება პირველი ინსტანციის და სააპელაციო სასამართლოების მოწყობისგან.

2002 წლამდე მოსამართლეები არსებითად „განაგებდნენ“ ჰოლანდიის სასამართლოებს. სასამართლოს ეგრეთ წოდებული „საერთო კრება“ (მისი „gerechtsvergadering“), რომელიც შედგებოდა კონკრეტული სასამართლოს ყველა მოსამართლისგან, იყო მისი უმაღლესი აღმასრულებელი ორგანო. მაგალითად, ის აღჭურვილი იყო, სასამართლო პალატების დაარსების, საქმეების განაწილების და სასამართლოში დასანიშნად სამეფო ხელისუფლებისათვის კონკრეტული პირების რეკომენდირების უფლებამოსილებებით. თუმცა, 1980-იანი წლებიდან მოყოლებული, გაჩნდა პრაქტიკა, რომლის მიხედვითაც საერთო კრებამ თავისი უფლებამოსილება გადასცა აღმასრულებელ კომისიას (executive board), რომელსაც სასამართლოს თავმჯდომარე ხელმძღვანელობდა. 2002 წელს საგრძნობლად შეიცვალა კანონი ჰოლანდიის სასამართლო ადმინისტრირების შესახებ. პირველ რიგში, აღმასრულებელი კომისიების არსებობის სამართლებრივი საფუძველი გაჩნდა კანონმდებლობაში. დღესდღეობით, ჰოლანდიის პირველი ინსტანციის და სააპელაციო სასამართლოებს აქვთ კომისია, რომელიც შედგება სამი ადამიანისგან, რომელთაგან სულ მცირე ორი მოსამართლეა.[105] ორი მოსამართლიდან ერთი მოქმედებს

---

[102] 2018 წლის ევროკავშირის მართლმსაჯულების შედეგების დაფა (The EU Justice Scoreboard 2018) უზრუნველყოფს აუცილებელ ინფორმაციას ამ კუთხით ევროკავშირის ქვეყნებისთვის (იხილეთ: < ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/effective-justice/eu- justice-scoreboard_en >).

[103] ჰოლანდიური სასამართლო სისტემის ორგანიზაცების აღწერისთვის ინგლისურ ენაზე, იხილეთ: P.P.T. Bovend'Eert, 'Judicial Independence and Separation of Powers: A Case Study in Modern Court Management', 22(2) European Public Law (2016) გვ. 333; Ph.M. Langbroek, 'Organization Development of the Dutch Judiciary, between Accountability and Judicial Independence', International Journal for Court Administration (April 2010) გვ. 1; R. de Lange, 'Judicial Independence in The Netherlands', in A. Seibert-Fohr (eds.), Judicial Independence in Transition (Springer 2012) გვ. 231.

[104] რეალურ პრაქტიკაში, სექტორის, დეპარტამენტის და გუნდის თავმჯდომარეები ასევე მნიშვნელოვანია, რადგან სასამართლოს მენეჯმენტის რეგულაციების შესაბამისად მათი მანდატის საფუძველზე ხშირად შეუძლიათ სასამართლო საბჭოს უფლებამოსილება განახორციელონ. მაგალითისათვის იხილეთ: მუხლი 4, ქვეპუნქტი 4, Management Regulations of the Gelderland Court (Staatscourant [Government Gazette] 2013, no. 9212). სინამდვილეში, გუნდის თავმჯდომარე ყოველთვის არ არის აუცილებელი იყოს (და ზოგიერთ შემთხვევაში არც არის) მოსამართლე (Kamerstukken I [Parliamentary Papers I] 2011/12, 32 891, E, გვ. 5).

[105] მუხლები 15(1) და 15(2), Wet op de Rechterlijke Organisatie [Judiciary (Organisation) Act].

როგორც კომისიის თავმჯდომარე და მოიხსენიება როგორც მისი პრეზიდენტი.[106] კომისიის წევრებს თანამდებობაზე ნიშნავს[107] და ათავისუფლებს[108] მთავრობა. თითოეული სასამართლოს კომისია პასუხისმგებელია შესაბამისი სასამართლოს ორგანიზებასა და მართვაზე. ამასთან, შემოიღეს სასამართლო სისტემის საბჭოს ინსტიტუტი (the Council for the Judiciary). მის წევრებს, რომელთაგან ნახევარი მაინც უნდა იყოს მოსამართლე,[109] ასევე ნიშნავს[110] და ათავისუფლებს[111] მთავრობა. საბჭო მოქმედებს, როგორც ბუფერი მთავრობასა და სასამართლოებს შორის. ის მნიშვნელოვან როლს ასრულებს სასამართლოს დაფინანსებაში: ადგენს (არასავალდებულო) საბიუჯეტო წინადადებებს და ანაწილებს პარლამენტისა და მთავრობის მიერ გამოყოფილ ბიუჯეტს. გარდა ამისა, იგი მხარს უჭერს და ზედამხედველობს სასამართლო კომისიებს. სასამართლო სისტემის (ორგანიზების) კანონის თანახმად, სასამართლო კომისიებს და სასამართლო სისტემის საბჭოს უფლებამოსილების განხორციელებისას არ შეუძლიათ მონაწილეობა მიიღონ კონკრეტული საქმის ან საქმეთა კატეგორიის განხილვისა და გადაწყვეტილების მიღების პროცესში.[112]

იმის შემოწმებისას, აქვს თუ არა ჰოლანდიის სასამართლო სისტემას პოტენციურად პრობლემური მახასიათებლები, სასამართლოს შიდა სასამართლო კომისიების წევრების მიერ გამოყენებული სამი უფლებამოსილება აღმოჩნდა განსაკუთრებით რელევანტური: მოსამართლეებისთვის საქმეების დავალების ან საქმეთა ხელახალი განაწილების უფლება, დისციპლინური სახდელის დაკისრების ან მათი ინიცირების უფლება და მოსამართლეთა დაწინაურების უფლებამოსილება. იმისათვის რომ დადგინდეს აქვს თუ არა ჰოლანდიის კანონს პოტენციურად პრობლემური მახასიათებლები, თითოეულ ამ უფლებამოსილებას განვიხილავ.[113] შემდეგ წარმოგიდგენთ მოკლე დასკვნას.

საქმეთა განაწილება

---

106 მუხლი 15(3), Wet op de Rechterlijke Organisatie [Judiciary (Organisation) Act].

107 მუხლი 15(4) Wet op de Rechterlijke Organisatie [Judiciary (Organisation) Act].

108 მუხლი 16 Wet op de Rechterlijke Organisatie [Judiciary (Organisation) Act]. სასამართლოს საბჭო ამზადებს არასავალდებულო რეკომენდაციას მათი დანიშვნისთვის (მუხლი 15(5) Wet op de Rechterlijke Organisatie [Judiciary (Organisation) Act].)

109 მუხლი 84(4), Wet op de Rechterlijke Organisatie [Judiciary (Organisation) Act].

110 მუხლი 84(3), Wet op de Rechterlijke Organisatie [Judiciary (Organisation) Act].

111 მუხლი 86, Wet op de Rechterlijke Organisatie [Judiciary (Organisation) Act].

112 მუხლები 23.2, 24.2 და 96, Wet op de Rechterlijke Organisatie [Judiciary (Organisation) Act]. იხილეთ: P.P.T. Bovend'Eert (with the cooperation of C.A.J.M. Kortmann), Rechterlijke organisatie, rechters en rechtspraak [Judicial Organisation, Judges and the Administration of Justice] (Kluwer 2013) გვ. 103- 104; P.M. van den Eijnden, Onafhankelijkheid van de rechter in constitutioneel perspectief [Judicial Independence in a Constitutional Law Perspective] (Kluwer 2011) გვ. 243–255. ამრიგად, ეს აკრძალვები დაკავშირებულია სასამართლო ადმინისტრაციისა და სასამართლო საბჭოს (კონკრეტულ) უფლებამოსილებებთან. კანონმდებელმა ცალსახად განაცხადა, რომ ზოგადად, არ არსებობდა განზრახვა, რომ ამით აღიარებული ყოფილიყო ან დამკვიდრებულიყო სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობა, (Kamerstukken II [Parlamentary Papers II] 1999/00, 27 182, no. 3, გვ. 68 და 83-84).

113 ნიდერლანდებში მიმდინარეობს მსჯელობა იმის შესახებ, შეიძლება თუ არა სასამართლოს საბჭომ და სასამართლო კომისიებმა თავიანთი ფინანსური უფლებამოსილების განხორციელებით გადაჭარბებული გავლენა არ იქონიონ მართლმსაჯულების განხორციელების ფორმებზე. მაგალითად, ფინანსური წახალისება გამოიყენება საქმეების ეფექტურად განხილვის უზრუნველსაყოფად, რაც ნაკლებად ღირებულს ხდის საქმეების განხილვას ერთი მოსამართლის ნაცვლად სამ მოსამართლისგან შემდგარი კოლეგიის მიერ ან ბევრი მოწმის მოსმენას. ამ დისკუსიას სხვებს დავუთმობ. ამ საკითხზე იხილეთ: Bovend'Eert, მოხსენიებულია სქოლიო 102-ში.

საქმეთა განაწილების უფლებამოსილება ეკუთვნის სასამართლოს კომისიას,[114] რომელიც ამ მიზნით ადგენს საპროცესო წესებს.[115]თუმცა, პრაქტიკაში ეს წესები არ არის მკაცრი და სწრაფი, და თანამდებობის პირებს, რომლებიც ანაწილებენ საქმეებს (ან რომლებსაც აქვთ ამის უფლება) ფართო დისკრეციული უფლებამოსილებები აქვთ. ამრიგად, საქმის განაწილების ჰოლანდიური პრაქტიკა შორს არის გამჭვირვალობისგან. ეს მოსამართლეთათვის შესაძლოა გამოწვევად იქცეს, როგორც ეს ახლახან მოხდა PVV-ს ქვედა პალატის წევრის გეერტ უილდერსის წინააღმდეგ შეურაცხყოფისა და სიძულვილის გაღვივების ბრალდების საქმეზე მიმდინარე სისხლის სამართლის პროცესისას. საქმის განმხილველი მოსამართლეები შეირჩნენ იმ კრიტერიუმით, რომ ისინი არ იყვნენ და არც არასდროს ყოფილან პოლიტიკური პარტიის წევრები. ამან გააჩინა კითხვა, შეიძლება თუ არა ეს ჩაითვალოს შესაბამის კრიტერიუმად და თუ ასეა, რას ნიშნავდა ეს პოლიტიკური პარტიის წევრი მოსამართლეებისთვის.[116]

საქმეთა განაწილების ეს დისკრეციული უფლებამოსილება ნიდერლანდებს სარისკო ზონაში აყენებს, როგორც ეს სხვადასხვა შემთხვევებში აღინიშნა,[117] განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც შეუძლებელია მოცემული საქმის კონკრეტულ მოსამართლეზე განაწილების კრიტერიუმების დასაბუთება, ობიექტური თუ სხვა რაიმე საფუძვლით. ამ სამართლებრივი ხარვეზის აღმოფხვრას ისახავდა მიზნად ისახავდა საქმეთა განაწილების კოდექსი, რომელზეც სამუშაო ჯგუფმა 2012 წელს დაიწყო მუშაობა. თუმცა, სამი წლის შემდეგ, გადაწყდა, რომ საქმეების განაწილების გაუმჯობესება გაერთიანებულიყო უფრო ფართო კომპიუტერიზაციის სქემაში.[118] იუსტიციის მინისტრმა გამოთქვა მოლოდინი, რომ „განრიგის დადგენისა და დაგეგმვის ინსტრუმენტი“ 2017 წლის შუა რიცხვებისთვის დაიწყებდა „ნაწილობრივ ფუნქციონირებას რამდენიმე რაიონში“[119]. თუმცა, ამ ნაშრომის მომზადების დროს, ასეთი ინსტრუმენტი არ ფუნქციონირებს.

გარდა ამისა, სასამართლო კომისიებს შეუძლიათ თავისუფლად დანიშნონ სასამართლოს მოსამართლეები იმავე სასამართლოს სხვადასხვა გუნდში; მაგალითად, მოსამართლეს შეიძლება დაევალოს არა სისხლის სამართლის საქმეები, არამედ მხოლოდ კერძო სამართლის საქმეები. შედეგად, ეს უფლებამოსილება მოქმედებს, როგორც კონკრეტული მოსამართლისთვის საქმეების გადაცემის უფლებამოსილების სახე. მოცემული მოსამართლისთვის, ასეთი გადანაცვლება შეიძლება ასევე არასასურველი აღმოჩნდეს: მოსამართლეს, მაგალითად, შეიძლება ჰქონდეს შეზღუდული ცოდნა კერძო სამართლის შესახებ, ან უფრო დიდი კმაყოფილებას განიცდიდეს სისხლის სამართლის საქმეების განხილვის შედეგად. ამგვარად, სასამართლო კომისიის მიერ ასეთი გადანაცვლების მუქარა შეიძლება იყოს ეფექტიანი გზა, რათა დაუმორჩილებელი მოსამართლე აიძულოს უკან დაიხიოს. სხვათა შორის, სასამართლოების თავმჯდომარეთა კვლევა აჩვენებს, რომ მოსამართლის გადაყვანას, როგორც სანქციას, თავმჯდომარეთა უმრავლესობა აირჩევდა,

[114] მუხლი 41, Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren [Judicial Officers (Legal Status) Act].
[115] მუხლი 20.1, Wet op de Rechterlijke Organisatie [Judiciary (Organisation) Act].
[116] ამ საკითხზე იხილეთ: R.J.B. Schutgens, 'Dit is de rechter die de wet u toewijst', RM Themis (2016) გვ. 113-114.
[117] M.L. van Emmerik et al., Systeemwaarborgen voor de kernwaarden van de rechtspraak (Research Memoranda 2014/2) (Raad voor de Rechtspraak 2014) გვ. 95-103; R. Baas, 'Hoe een zaak bij de rechter komt', in R. Baas et al. (eds.), Rechtspleging en rechtsbescherming (Kluwer 2015); M.L. Emmerik and Y. Schuurmans, 'Meer transparantie bij rechterlijke zaakstoedeling dringend gewenst', 12 NJB (2016) გვ. 795.
[118] პროგრამა მოხსენიებულია, როგორც KEI, რაც აღნიშნავს Kwaliteit en Innovatie Rechtspraak -ს [სასამართლო სისტემის ხარისხი და ინოვაცია].
[119] Aanhangsel Handelingen II [Appendix to Parliamentary Papers II] 2015/16, 2379, გვ. 2.

თუ მოსამართლე რეგულარულად უგულებელყოფს კონკრეტული დანაშაულისთვის სასჯელის დანიშვნის ეროვნულ კრიტერიუმს.[120] ამ მხრივ, ჰოლანდიის სამართლებრივ სისტემას, როგორც ჩანს, აქვს პოტენციურად პრობლემური მახასიათებლები. სასამართლოს შიდა სასამართლო დამოუკიდებლობის პრინციპების გათვალისწინებით.

დისციპლინური სახდელის დაკისრების უფლებამოსილება

მუქარა, რომ დისციპლინური სახდელის დაკისრების უფლებამოსილება იქნება გამოყენებული, მოსამართლეებზე ზეწოლის წყარო შესაძლებელია გახდეს. ჰოლანდიის მოქმედი კანონმდებლობით, მხოლოდ ორი სახის დისციპლინური სახდელი შეიძლება დაწესდეს:[121] წერილობითი გაფრთხილება ან სამსახურიდან გათავისუფლება. წერილობითი გაფრთხილება შეიძლება დააწესოს მხოლოდ იმ სასამართლოს კომისიის წევრმა, რომელშიც მოსამართლე მოღვაწეობს, ანუ მისმა თავმჯდომარემ.[122] მოსამართლის დისციპლინური პასუხისმგებლობის შედეგად განთავისუფლების შესახებ ბრძანება მხოლოდ უზენაეს სასამართლოს შეუძლია გასცეს და ის უნდა ეფუძნებოდეს სასამართლოს – დამოუკიდებელი – გენერალური პროკურორის მოთხოვნას.[123] შესაბამისად, ეს სასჯელი არ შეიძლება იყოს დაწესებული ან მოთხოვნილი პირველი ინსტანციის ან სააპელაციო სასამართლოების მიერ, რის გამოც აქ ამ კონკრეტულ საკითხს არ შევეხები.

თუ ჩნდება შთაბეჭდილება, რომ მოსამართლემ შესაძლოა საქმეზე კონკრეტული გადაწყვეტილება მიიღოს, დისციპლინური გაფრთხილების დაკისრების შესაძლებლობის თავიდან ასაცილებლად, პროცედურულ გარანტიებს შეუძლია შთაბეჭდილების რეალობად ქცევის პრევენციაში წვლილის შეტანა. ასეთი გარანტიების მაგალითებია დასჯაზე პასუხისმგებელი ორგანოს დისკრეციის შეზღუდვა და სანქციების გასაჩივრების შესაძლებლობა. ნიდერლანდებში ეს პროცედურული გარანტიები, ჩანს, რომ საკმარისად ხელმისაწვდომია. მიუხედავად იმისა, რომ ასეთი სანქციების დაწესების საფუძველი მრავალგვარია[124], ჰოლანდიის სამართლებრივი სისტემა არ ცნობს მოსამართლეებისთვის დისციპლინური სახდელის დაწესების საფუძველს განაჩენის შინაარსის გამო[125], როგორც ეს ხდება, მაგალითად, რუსეთში.[126] შედეგად, სასამართლოს თავმჯდომარის უფლებამოსილება გამოსცეს დისციპლინური გაფრთხილება არ შეიძლება ადვილად იქნეს

---

[120] D. Allewijn and A.F.M. Brenninkmeijer, 'De aanspreekbaarheid van de rechter', Trema (2002) გვ. 266.

[121] აქტი, რომელიც გააფართოვებს დისციპლინური სახდელის სპექტრს, მიღებულია, მაგრამ ჯერ არ შესული ძალაში. იხილეთ: Staatsblad [Bulletin of Acts and Decrees] 2018, 298. აქტს შემოაქვს შესაძლებლობა დააკავონ მოსამართლის ნახევარი თვის ხელფასი და შეუჩეროს მას სამოსამართლო უფლებამოსილება მაქსიმუმ სამი თვის ვადით. ამ ორი ახალი დისციპლინური სახდელის დაკისრებას მხოლოდ უზენაესი სასამართლო შეძლებს მოსამართლეებისთვის. ახალი კანონი ძალაში შესვლით ფაქტობრივად არ შეცვლის ამ პუნქტის არსს.

[122] მუხლი 46d(1)(a) Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren [Judicial Officers (Legal Status) Act]. ასევე, იხილეთ: მუხლი 116(4) Grondwet [Constitution].

[123] მუხლი 117(3), Dutch Constitution და მუხლი 46d.2 and 46o ff of Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren [Judicial Officers (Legal Status) Act].

[124] სტრასბურგის სასამართლოს აზრით, შესაძლოა, ძალიან ფართო კონკრეტულ შემთხვევებში. იხილეთ ჩემ მიერ გაკეთებული შენიშვნა შემდეგ საქმეზე: Volkov v Ukraine, მოხსენიებულია სქოლიო 35-ში, EHRC 2013, გვ. 80.

[125] Supreme Court 15 December 2009, ECLI:NL:HR:2009: BK6646, პარ. 3.7. არაკომპეტენტურობის გამო თანამდებობიდან გათავისუფლება შესაძლებელია, თუ მოსამართლე „განგრძობითად იყენებს ძველ კანონს, რადგან ის მუდმივად ვერ ახერხებს პროფესიული ექსპერტიზის/ცოდნის შენარჩუნებას". ('P-G Hoge Raad: ontslag rechter na onjuiste beslissing niet mogelijk', NJB (2009) გვ. 2791-2793).

[126] მაგალითისათვის იხილეთ: Khrykin v Russia, მოხსენიებულია სქოლიო 28, პარ. 60.

გამოყენებული მოსამართლის იძულებისთვის, გამოიტანოს კონკრეტული განაჩენი. გარდა ამისა, სასამართლოს თავმჯდომარეების მიერ დაწესებული დისციპლინური გაფრთხილების წინააღმდეგ საჩივრები შეიძლება წარედგინოს ცენტრალურ სააპელაციო ტრიბუნალს, დამოუკიდებელ სასამართლო ორგანოს.[127] აქედან გამომდინარე, ჰოლანდიის სამართლებრივი სისტემა, როგორც ჩანს, ამ მიმართულებით და სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის პრინციპების გათვალისწინებით საკმარის გარანტიებს იძლევა.

მოსამართლეთა დაწინაურების უფლებამოსილება

და ბოლოს, მოსამართლეების დაწინაურების, მაგალითად, მოსამართლეების მაღალ თანამდებობებზე გადაყვანის უფლებამოსილება შეიძლება იყოს მათზე ზეწოლის წყარო. ნიდერლანდებში მოსამართლეთა დაწინაურების შესახებ რეკომენდაციებს გასცემს სასამართლო კომისია.[128] სასამართლო კომისიის რჩევის შემდეგ, იუსტიციის მინისტრი წყვეტს, მეფესთან რეკომენდაცია გაუწიოს თუ არა კანდიდატს განზრახულ თანამდებობაზე დასანიშნად.[129] ამრიგად, დაწინაურება დამოკიდებულია სასამართლო კომისიის ინიციატივაზე, რომელიც შესაბამისად თეორიულად შეძლებს ზეწოლა მოახდინოს ნებისმიერ მოსამართლეზე, რომელსაც სურს ასეთი დაწინაურება. გარდა ამისა, სასამართლო კომისია, რომელიც იკრიბება მისი არამოსამართლე წევრის გარეშე[130], აკეთებს კანდიდატის სასამართლო საქმიანობის მიმოხილვას,[131] თუმცა ამ უფლებამოსილებას ძირითადად ახორციელებს ვინმე სხვა, მაგალითად, გუნდის თავმჯდომარე. მიუხედავად იმისა, რომ საქმიანობის მიმოხილვა უნდა განიხილებოდეს როგორც დაწინაურების რეკომენდაციების გაცემისაგან პროცედურულად განცალკევებული მოვლენა, არ არის უსაფუძვლო ვივარაუდოთ, რომ ამ განხილვის შედეგი იქნება გათვალისწინებული, როდესაც მოსამართლის დაწინაურების რეკომენდაციის გაცემის საკითხი განიხილება. მიუხედავად იმისა, რომ სამართლებრივი დებულების განმარტებით ბარათში, რომელიც სასამართლო კომისიას ავალებს საქმიანობის შესრულების შეფასების ჩატარებას, ნათქვამია, რომ კომისიას არ შეუძლია – კანონის შესაბამისად[132] – ჩაერთოს „კონკრეტულ საქმეზე ან საქმეთა კატეგორიებზე პროცედურულ განხილვაში, არსებით შეფასებასა და გადაწყვეტილების მიღებაში,[133] სტრასბურგის სასამართლო პრაქტიკა აჩვენებს, რომ ასეთი გამონაკლისი არ იძლევა გარანტიას, რომ რეგულაცია შეესაბამება კონვენციას.[134] თუმცა, ის რაც დაგვეხმარება არის იმ ორგანოს დისკრეციის შეზღუდვა, რომელიც ატარებს საქმიანობის შესრულების მიმოხილვას, მაგალითად, სათანადო ფუნქციონირებისა და შესაძლო დაწინაურების ობიექტური კრიტერიუმების დადგენით.[135] თუმცა, ჰოლანდიის

---

[127] მუხლი 3(a), Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak [Rules on jurisdiction governing administrative decisions].

[128] მუხლი 5c(1), Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren [Judicial Officers (Legal Status) Act].

[129] მუხლები 5c(4) და 5c(5), Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren [Judicial Officers (Legal Status) Act].

[130] მუხლი 37b(4), Besluit rechtspositie rechterlijke ambtenaren [Judicial Officers (Legal Status) Decree].

[131] მუხლი 37b, Besluit rechtspositie rechterlijke ambtenaren [Judicial Officers (Legal Status) Decree].

[132] მუხლი 23(2), Wet op de rechterlijke organisatie [Judiciary (Organisation) Act].

[133] Staatsblad [Bulletin of Acts and Decrees] 2014, 50, გვ. 4.

[134] Cf. Daktaras v Lithuania, მოხსენიებულია სქოლიო 28-ში, პარ. 26, ქვეპარ. B (სასამართლო ვარაუდობს სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის დარღვევას, ვინაიდან უზენაესი სასამართლოს სისხლის სამართლის კოლეგიის თავმჯდომარემ შესთავაზა საქმის შებრუნება იმავე უზენაესი სასამართლოს მიერ, შექმნა კოლეგია და დანიშნა მომხსენებელი-მოსამართლე, მიუხედავად იმისა, რომ ლიტვის კანონმდებლობით მას აშკარად ეკრძალებოდა ადმინისტრაციული უფლებამოსილების განხორციელებისას მოსამართლეებზე გავლენის მოხდენა ან მათი დამოუკიდებლობის სხვაგვარად დარღვევა).

[135] გაითვალისწინეთ, რომ კონვენცია არ ადგენს „სახელმწიფო სამსახურში დანიშვნის ან დაწინაურების უფლებას“. (მაგ., ECtHR 28 August 1986, Case No. 9228/80, Glasenapp v Germany, პარ. 48-49), მათ შორის არც

სასამართლო სისტემას არ დაუდგენია ასეთი კრიტერიუმები. ამ მხრივ, ჰოლანდიის კანონი პოტენციურად პრობლემურია სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის პრინციპების გათვალისწინებით.

დასკვნა

სტრასბურგის სასამართლოს მიერ კონკრეტულ საქმეზე თუ პრეცედენტზე ორიენტირებული მიდგომა ყოველთვის არ აადვილებს შეფასებას - მკაცრად მოქმედი კანონის ნორმების საფუძველზე და, შესაბამისად, კონკრეტული დავის არარსებობის შემთხვევაში - აკმაყოფილებს თუ არა წევრი სახელმწიფოს ეროვნული კანონმდებლობა კონვენციის მოთხოვნებს. თუმცა, ჩემი აზრით, ზემოთ განხილული ცხადყოფს, რომ ნიდერლანდების სასამართლო სისტემის შესახებ კანონს აქვს პოტენციურად პრობლემური მახასიათებლები სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის პრინციპებთან მიმართებით, განსაკუთრებით საქმის განაწილებასა და მოსამართლეთა დაწინაურების უფლებამოსილებებთან დაკავშირებით. ის ფაქტი, რომ ნიდერლანდებში სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის დარღვევისათვის მნიშვნელოვანი ორი რისკის შემცველი გარემოება - კულტურა, რომელშიც არ არის გამჯდარი სასამართლოს ავტონომიის მნიშვნელობა და მყარი სასამართლო თვითმმართველობის არსებობა - არ არსებობს, არ ნიშნავს, რომ შიდა სასამართლო დამოუკიდებლობა სათანადოდ არის გარანტირებული.

სასამართლოს მიერ სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის აღიარებამ შედეგად თანმიმდევრული სასამართლო პრაქტიკის განვითარება განაპირობა, რომელიც რელევანტურია არა მხოლოდ ევროპის საბჭოს პოსტკომუნისტური წევრი ქვეყნებისთვის, არამედ ისეთი ჩამოყალიბებული დემოკრატიებისთვის, როგორიცაა ნიდერლანდები. ახლა, როდესაც სასამართლოს შიდა სასამართლო დამოუკიდებლობის შესახებ სასამართლო პრაქტიკის შინაარსი და აქტუალობა ნათელია, დროა, კრიტიკულად შევხედოთ მის ადგილს უფრო ფართოდ მე-6 მუხლის შესახებ სტრასბურგის სასამართლო პრაქტიკაში.

სასამართლო პრაქტიკის კრიტიკული შეფასება

სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის კონცეფციის აღიარებით, სტრასბურგის სასამართლომ ახალი და მნიშვნელოვანი ელემენტი დაამატა თავის ვრცელ სასამართლო პრაქტიკას კონვენციის მე-6 მუხლის შესახებ. სასამართლოს პრაქტიკას ხშირად აკრიტიკებენ მასში კონცეპტუალური თანმიმდევრულობის არარსებობის გამო, განსაკუთრებით იმიტომ, რომ სტრასბურგის სასამართლო ჩვეულებრივ არ განასხვავებს მე-6 მუხლის ორ ძირითად ცნებას, კერძოდ, რომ ტრიბუნალი უნდა იყოს როგორც „მიუკერძოებელი“, ასევე „დამოუკიდებელი“.[136] ეს იმიტომ ხდება, რომ სასამართლოს

სასამართლო სისტემაში (მაგ., ECtHR [DA] 29 June 2004, Case No. 62584/00, Harabin v Slovakia). კონვენცია, ასევე, არ იცავს უფლებას საჯარო სამსახურში სამართლიანი კონკურსის პროცედურაზე. (ECtHR [DA] 9 October 2012, Case No. 12628/09, Dzhidzheva-Trendafilova v Bulgaria, პარ. 38). თუმცა, როდესაც განმცხადებელს წევრი სახელმწიფოს შიდა კანონმდებლობის საფუძველზე აქვს დაწინაურების სადავო უფლება და შიდა სასამართლოებს აქვთ უფლება განიხილონ ეს სარჩელი, კონვენციის მე-6 მუხლი ვრცელდება და გარანტირებულია განმცხადებლის სამართლიანი სასამართლოს უფლება სასამართლო შიდა სასამართლოების მიერ საქმის განხილვასთან დაკავშირებით (ECtHR 15 September 2015, Case No. 43800/12, Tsanova-Gecheva v Bulgaria, პარ. 84)

[136] მაგალითად, T. Barkhuysen et al., 'Right to a fair trial', in P. van Dijk et al. (eds.), Theory and Practice of the European Court of Human Rights (Intersentia 2018) გვ. 599.

თანახმად, ამ ორი ცნების გარჩევა რთულია.[137] რა თქმა უნდა, ეს გარკვეულ სიმართლეს შეიცავს. ორივე მოთხოვნა, ბოლოს და ბოლოს, ერთსა და იმავე მიზანს ემსახურება: მოსამართლეები, განსახილველი საქმეების შეფასებას „ღია გონებით" მიუდგნენ. მიუხედავად ამისა, ის ფაქტი, რომ სასამართლო ხშირად ვერ განასხვავებს ამ ორ ცნებას, გარდაუვლად იწვევს მათ აღრევას. ამ დაბნეულობას ემატება სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის შესახებ არსებული სასამართლო პრაქტიკა; როდესაც დგინდება სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის დარღვევა, სასამართლო ხშირად ასკვნის, რომ ტრიბუნალი იყო „მიკერძოებული" და არა „არა დამოუკიდებელი". სასამართლო ცხადად მსჯელობს, რომ ვინაიდან საქმეზე მოსამართლეზე ზეწოლა განხორციელდა, პროცესის მხარეების შიში იმისა რომ სასამართლო, გადაწყვეტილების ობიექტურ არგუმენტებზე დაყრდნობის ნაცვლად, იმ კოლეგის ნებას დაემორჩილებოდა, რომელიც მასზე გავლენის მოხდენას ცდილობდა, გამართლებული იყო.

გასაგებია, რომ სასამართლო შიდა დამოუკიდებლობის დარღვევას ხშირად მიუკერძოებლობის პრიზმაში ხედავს, თუმცა დამოუკიდებელი ტრიბუნალის მოთხოვნა, განსაკუთრებით მე-6 მუხლის შესახებ არსებულ სამეცნიერო ლიტერატურაში, ასევე ხშირად ხელისუფლების დანაწილების პერსპექტივიდან განიხილება. ამის მიხედვით სასამართლო დამოუკიდებლობა მხოლოდ ერთი მხრივ სასამართლო და მეორე მხრივ აღმასრულებელი და საკანონმდებლო შტოს შორის ურთიერთობაზე ახდენს გავლენას. სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობა არ ჯდება ხელისუფლების დანაწილების ინტერპრეტაციაში, რადგან ის ეხება მხოლოდ მოსამართლის პოზიციას სასამართლო სისტემაში.

მიუხედავად იმისა, რომ სტრასბურგის სასამართლოს მიდგომა „შიდა სასამართლო დამოუკიდებლობის" ცნებასთან დაკავშირებით გასაგებია, მე მაინც ვფიქრობ, რომ სასამართლოს მიერ ამ კონცეფციის, როგორც მიუკერძოებლობის განსაკუთრებულ ფორმად აღქმა თავიდან უნდა იქნას აცილებული სამი მიზეზის გამო. პირველ რიგში, იმიტომ, რომ ეს არის გადახვევა იმ გზიდან, რომლითაც ეს კონცეფცია გამოიყენება დღესდღეობით საერთაშორისო რბილ სამართალში, რაც არღვევს სტრასბურგის სასამართლო პრაქტიკის შესაბამისობას საერთაშორისო სამართლის სტანდარტებთან. მეორეც, ნაკლებ სავარაუდოა, რომ სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის კონცეფციამ მიაღწიოს სიმწიფეს, თუ იგი შეიწოვება უფრო ზოგადი მიუკერძოებლობის შესახებ არსებული სასამართლო პრაქტიკით. მისი მომწიფება მნიშვნელოვანია, რადგანაც სამართლიანი სასამართლოს უფლების კონცეფციის პრაქტიკული აქტუალობა კვლავ იზრდება, ისევე როგორც სასამართლო თვითმმართველობის მოდელი კიდევ უფრო ვრცელდება. აქედან გამომდინარე, უკეთესი და უფრო მარტივი იქნებოდა, შიდა სასამართლო დამოუკიდებლობის კონცეფცია განხილულიყო როგორც „დამოუკიდებელი" ტრიბუნალის მოთხოვნის ნაწილი. მესამე, და რაც მთავარია, კონცეპტუალური სიცხადე გადამწყვეტია სასამართლოს პრაქტიკის ეფექტიანობისა და დამაჯერებლობისთვის და, საბოლოო ჯამში, ასევე სტრასბურგის სასამართლოს ლეგიტიმურობისთვის.

ორი იდენტური გადაწყვეტილებით, რომლებშიც შიდა სასამართლო დამოუკიდებლობის დარღვევამ სტრასბურგის სასამართლო მიიყვანა დასკვნამდე, რომ დაირღვა მე-6 მუხლის მოთხოვნა, რომ ტრიბუნალი „დამოუკიდებლობაზე" აჩვენებს, თუ როგორ შეიძლება ეს

[137] მაგალითისათვის იხილეთ: Baturlova v Russia, მოხსენიებულია სქოლიო 23-ში, პარ. 28.

გაკეთდეს. აქ სასამართლო ცდილობს განმარტოს საკუთარი სასამართლო პრაქტიკა დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის შესახებ:

„სასამართლოს დამოუკიდებლობა გულისხმობს აუცილებელ ინდივიდუალურ და ინსტიტუციონალურ დამოუკიდებლობას, რაც საჭიროა მიუკერძოებელი გადაწყვეტილების მიღებისთვის. ამრიგად, იგი ახასიათებს როგორც გონების მდგომარეობას, ასევე ინსტიტუციურ და ოპერაციულ მოწყობას. პირველი მიემართება მოსამართლის მიუკერძოებლობას, მეორე კი ხელისუფლების სხვა შტოებთან ურთიერთობას განსაზღვრას და, ზოგჯერ, ისინი ერთმანეთისგან განუყოფელია.“[138]

ამრიგად, სასამართლო განასხვავებს სასამართლოს დამოუკიდებლობის ორ ტიპს. ერთი მხრივ, არის ინდივიდუალური მოსამართლის დამოუკიდებლობა, რომელსაც სასამართლო განსაზღვრავს, როგორც გარკვეულ „გონებრივ მდგომარეობას“, რომელიც აუცილებელია „მიუკერძოებელი გადაწყვეტილების მისაღებად“. ინდივიდუალური მოსამართლის ეს დამოუკიდებლობა ეხება მე-6 მუხლის მოთხოვნას, რომ ტრიბუნალი უნდა იყოს „მიუკერძოებელი“. მეორე მხრივ, გადაწყვეტილების მიუკერძოებლად მიღებისთვის საჭირო ინსტიტუციური და ოპერაციული მოწყობა ეხება „დამოუკიდებელი“ ტრიბუნალის მე-6 მუხლის მოთხოვნას. სტრასბურგის სასამართლოს აზრით, დამოუკიდებლობაც და მიუკერძოებლობაც მიზნად ისახავს, მოსამართლეებს საშუალება მისცეს გადაწყვიტონ საქმეები მიუკერძოებლად, ანუ სამართლიანად. თუმცა, ამ მიზნის მიღწევის გზა განსხვავებულია: დამოუკიდებლობა ამას აკეთებს სამართლებრივი წესების მეშვეობით („ინსტიტუციური და ოპერაციული მოწყობა“), რომლებიც განსაზღვრავენ მოსამართლის პოზიციას „სხვა ორგანოების, კერძოდ, სხვა სახელმწიფო უფლებამოსილებების“ მიმართ; მიუკერძოებლობა ამას აკეთებს მოსამართლის გარკვეული „გონებრივი მდგომარეობის“ დაცვით.

უნდა აღინიშნოს, რომ სასამართლო, ამ შემთხვევაში, როგორც ჩანს, ცდილობს დამოუკიდებლობა მე-6 მუხლის მნიშვნელობით განსაზღვროს ექსკლუზიურად ინდივიდუალური მოსამართლის სახელმწიფოში დაკავებული პოზიციის გათვალისწინებით. სასამართლოს დამოუკიდებლობის იმ დეფინიციისგან განსხვავებით, რასაც ლიტერატურაში ვხვდებით, სასამართლო, საუბრობს „სხვა ორგანოებზე, კერძოდ, სხვა სახელმწიფო უფლებამოსილებებზე“ და ამ ცნებას არ ავიწროებს მკაცრად სასამართლოსა და ხელისუფლების სხვა ორ შტოს შორის ურთიერთობის განსაზღვრის გზით. შემდეგ კი, სასამართლო აცხადებს, რომ „დამოუკიდებელი“ ტრიბუნალის მოთხოვნა თავის თავში სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის კონცეფციასაც მოიცავს. იგი მიიჩნევს:

„სასამართლო აღნიშნავს, რომ სასამართლო დამოუკიდებლობა ასევე მოითხოვს, რომ ინდივიდუალური მოსამართლეები იყვნენ თავისუფალი არა მხოლოდ სასამართლო ხელისუფლების გარედან, არამედ შიგნიდან მომდინარე გაუმართლებელი გავლენებისაგან. შიდა სასამართლო დამოუკიდებლობა მოითხოვს, რომ ისინი

[138] Khrykin v Russia, მოხსენიებულია სქოლიო 23-ში, პარ. 28; Baturlova v Russia, მოხსენიებულია სქოლიო 23-ში, პარ. 28.

განთავისუფლდნენ კოლეგა მოსამართლეების და მათი ზემდგომებისაგან მომდინარე მითითებებისა და ზეწოლისაგან".[139]

ვფიქრობ, სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის კონცეფციის ჩართვა სასამართლოს დამოუკიდებლობის შესახებ არსებულ სასამართლო პრაქტიკაში სხვა საქმეებშიც უნდა მოხდეს. სასარგებლო იქნება, თუ სასამართლო - ზემოხსენებულ საქმეზე მსჯელობის ფორმაში - ცალსახად ხელახლა შეიმუშავებს სასამართლოს დამოუკიდებლობის დეფინიციას. ამ მიზნით სასამართლომ სასამართლო დამოუკიდებლობა ექსკლუზიურად ხელისუფლების დანაწილების პრინციპის ჭრილში კი არ უნდა განიხილოს, არამედ ასევე სახელმწიფოს შიგნით საქმიანობის განმახორციელებელი ინდივიდუალური მოსამართლეების დამოუკიდებელი პოზიციის გათვალისწინებითაც. ამგვარად განსაზღვრული სასამართლოს დამოუკიდებლობა არა მხოლოდ აღმასრულებელი და საკანონმდებლო შტოებისაგან დამცავი წინაღობა (ე.წ. „ბუფერი") იქნება, არამედ გარანტია სასამართლო ხელისუფლების თანამდებობის პირების მიერ მოსამართლეებზე არასათანადო გავლენის განხორციელების წინააღმდეგ. მე ვემხრობი ამ გადაწყვეტას, რადგან ის იძლევა საშუალებას სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის კონცეფცია დარჩეს ისეთი, როგორიც არის ამჟამად, და ამავდროულად, მნიშვნელოვანი განსხვავება გამოიკვეთოს მიუკერძოებლობასა (რომელიც კვლავაც ეხება მოსამართლის დამოუკიდებელ გონებრივ მდგომარეობას პროცესის მხარეებისა და მათი საქმის მიმართ) და დამოუკიდებლობას (რომელიც ზოგადად სამთავრობო მოხელეების წინააღმდეგ მოსამართლის პოზიციას შეეხება) შორის.

დასკვნა

სტრასბურგის სასამართლოს მიერ სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის პრინციპის აღიარება ასახავს იმ ღირებულებების ფუნდამენტურ კორექტირებას, რომლებიც საფუძვლად უდევს მის სასამართლო პრაქტიკას კონვენციის მე-6 მუხლზე. ეს აღიარება არის სასამართლოს მიერ მრავალი წლის განმავლობაში დამკვიდრებული, სასამართლოს დამოუკიდებლობის შესახებ ხელისუფლების დანაწილების პერსპექტივის გამოყენების პრაქტიკის ღირებული კორექტირება. სასამართლო მიუთითებს ინდივიდუალური მოსამართლის დამოუკიდებლობის მნიშვნელობის შესახებ ცნობიერების ამაღლების მზარდ დონეზე. მართებულადაც: ეს კორექტირება ფასდაუდებელია იმ დროს, როდესაც სასამართლოს მართვის თვითმმართველობის მოდელს აქვს თავისი რიგი ნაკლოვანებები.

სასამართლოს პრაქტიკაში ამ ცვლილების შედეგები ყველაზე დრამატულად იგრძნობა ევროპის საბჭოს წევრი ყოფილი კომუნისტური ქვეყნების მიმართ; ეს არის ჯერჯერობით გამონაკლისი ქვეყნები, რომელთა მიმართაც სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის პრინციპის დარღვევა დადგინდა. როგორც მე ვაჩვენე ნიდერლანდების, როგორც საკვლევი მაგალითის გამოყენებით, სტრასბურგის ახალი სტანდარტები შესაძლოა პრობლემური აღმოჩნდეს ევროპის საბჭოს დამკვიდრებული დემოკრატიებისთვისაც.

ამრიგად, სტრასბურგის სასამართლოს მიერ შიდა სასამართლო დამოუკიდებლობის კონცეფციის აღიარება მისივე სასამართლო პრაქტიკის ფუნდამენტურ გარდაქმნას წარმოადგენს, რასაც შედეგები ევროპის საბჭოს ყველა წევრი სახელმწიფოსთვის მოჰყვება.

[139] Khrykin v Russia, მოხსენიებულია სქოლიო 23-ში, პარ. 29; Baturlova v Russia, მოხსენიებულია სქოლიო 23-ში, პარ. 29.

თუმცა, იმისათვის რომ ეს მიდგომა იყოს სრულად ეფექტიანი და დამაჯერებელი, სასამართლომ უნდა დააზუსტოს სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის კონცეფცია მე-6 მუხლის ფარგლებში, როგორც ეს წინა გვერდებზე იყო შემოთავაზებული. მხოლოდ მაშინ შეუძლია სასამართლოს შიდა დამოუკიდებლობის კონცეფციას ჭეშმარიტად შეასრულოს თავისი მიზანი: ინდივიდუალურ მოსამართლეს მისცეს შესაძლებლობა, სამართლიანად განახორციელოს მართლმსაჯულება.

სასამართლოს როლი პოპულიზმისგან დემოკრატიის დაცვაში

დევიდ პრენდერგასტი[1]
თარგმანი: მარიამ ბეგაძე

შესავალი

პოპულიზმის თავსატეხი

პოპულისტები აკეთებენ მაღალფარდოვან განცხადებებს „ხალხის" შესახებ და აცხადებენ, რომ მხოლოდ მათ იციან და მიჰყვებიან იმას, რაც ხალხს სურს. პოპულისტები - როგორც ამას თავად ხედავენ - კორუმპირებული და არადემოკრატიული პოლიტიკური ელიტის წინააღმდეგნი არიან. თუმცა, პოპულისტური მოძრაობა არ ნიშნავს აუცილებლად პოპულარულ მოძრაობას და ის უფრო მეტად ემუქრება დემოკრატიას, ვიდრე ხელს უწყობს მას. იან ვერნერ-მიულერი პოპულიზმს აღწერს, როგორც პოლიტიკურ მოძრაობას, რომელსაც ახასიათებს ანტიელიტიზმი და ანტიპლურალიზმი მორალური აქცენტით, რომ მათ იციან ან წარმოადგენენ ჭეშმარიტი ხალხის ინტერესებს.[2] პოპულისტური პრეტენზიები შეიძლება არსებობდეს ემპირიული რეალობისგან დამოუკიდებლად. ვიქტორ ორბანი ცნობდა არჩევნების შედეგებს - და, შესაბამისად, მთავრობის ფორმირებას - ლეგიტიმურად ან არალეგიტიმურად, იმის მიხედვით, გაიმარჯვა თუ არა მისმა პარტიამ FIDESZ-მა.[3] საარჩევნო გამოკითხვის შედეგებმა არ შეცვალა მისი რწმენა იმის შესახებ, რომ მხოლოდ მის პარტიას უნდა ჰქონდეს მართვის უფლებამოსილება.[4]

პოპულისტური არგუმენტები ჩანასახშივე მცდარია, რადგან ეფუძნება დაშვებას განსაზღვრული ერთიანი ხალხის არსებობაზე. მიუხედავად ამისა, კონსტიტუციური დემოკრატიები განსაკუთრებული გამოწვევის წინაშე დგანან, მათ პრინციპის დონეზე გაუწიონ წინააღმდეგობა, რადგან უდავოდ ეს განაცხადები დემოკრატიულს ჰგავს; ისინი თითქოსდა ცდილობენ განახორციელონ და გააძლიერონ ხალხის ნება, რათა ხალხმა შეძლოს საკუთარი თავის მართვა. როგორც უკანასკნელი პერიოდი მოწმობს, პოპულისტურმა მოძრაობებმა შესაძლოა არჩევნები მოიგონ და პოლიტიკური კულტურა დემოკრატიული საშუალებებით ანტიდემოკრატიული მიმართულებებისკენ წაიყვანონ, ამავდროულად ჰქონდეთ პრეტენზია პოპულარულ და დემოკრატიულ ლეგიტიმაციაზე.[5] ამ დროს, თავად დემოკრატიული პროცესები დგება საფრთხის ქვეშ. ტრადიციულად,

---

[1] Prendergast, D. (2019). The judicial role in protecting democracy from populism. German Law Journal, 20(2), 245-262. doi:10.1017/glj.2019.15. The Author 2019. Published by Cambridge University Press on behalf of the German Law Journal. This is an Open Access article, distributed under the terms of the Creative Commons Attribution licence (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/), which permits unrestricted re-use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

[2] JAN WERNER-MÜLLER, WHAT IS POPULISM? (2016). წინამდებარე სტატია მიულერისეულ პოპულისტის ფართო გაგებას მიჰყვება, რომელიც მართებულად მოიცავს დონალდ ტრამპის, უგო ჩავესის, გერტ უაილდერსის, მარინ ლე პენის, ევო მორალესის, რაფაელ კორეასის, სირიზას, პოდემოსის, ბეპე გრილოს, ნაიჯელ ფარაჟის, FIDESZ-ის, PiS-ის და სხვათა აღწერას.

[3] Gábor Halmai, Populism, Authoritarianism and Constitutionalism, 20 GERMAN L.J. (2019), forthcoming.

[4] ანალოგიურ ისტორიას თურქეთში რეჯეფ თაიფ ერდოღანის შესახებ ჰყვებიან. MÜLLER, მოხსენიებულია სქოლიო 1-ში, გვ. 1.

[5] უფლებამოხვეჭილი პოპულისტების, რომლებსაც მეტ-ნაკლებად შეცვლილი კონსტიტუციური სტრუქტურა აქვთ, თანამედროვე მაგალითებია FIDESZ-ის პარტია უნგრეთში და PiS-ის პოლონეთში.

არჩევნებში გამარჯვებულ ძალას არ აქვს მოტივაცია შეცვალოს სისტემა, რომლის საშუალებითაც ის იქნა არჩეული, თუმცა პოპულისტები განსხვავდებიან. მთელ მსოფლიოში ჩვენ ვხედავთ არჩეული პოპულისტების მცდელობებს, შეცვალონ კონსტიტუციები და საარჩევნო სისტემები ისე, რომ კონცენტრირდეს და განმტკიცდეს პოლიტიკური ძალაუფლება, მათ ძალისხმევას სხვადასხვანაირად უწოდებენ „კონსტიტუციონალიზმის ბოროტად გამოყენებას"[6] და „ერთპარტიულობას"[7]. პოპულისტური გამოცდილება არ წარმოადგენს ისეთი წარმატებული პოლიტიკური მოძრაობის შემთხვევებს, რომელსაც მაღალ პრინციპებზე აქვს პრეტენზია, პრაქტიკაში კი რაღაც განსხვავებულს აკეთებს. პოპულიზმის შემთხვევაში, დემოკრატიული კონკურენციის ჩახშობა შესაბამისობაშია გაცხადებულ დემოკრატიულ პრინციპებთან და იმთავითვე მოაზრებულია მასში. ეს არის პოპულიზმის თავსატეხი და მისგან მომდინარე გამოწვევა. გარკვეულწილად, პოპულისტები ცდილობენ იყვნენ დემოკრატიულები და აქვთ პრეტენზია დემოკრატიულობაზე, მაშ, როგორ შეგიძლია მათ წინააღმდეგობა გაუწიო დემოკრატიის სახელით?

გამოცდა დემოკრატიული თეორიისთვის

მეტ-ნაკლებად, დემოკრატიები დგანან ავტორიტარიზმისკენ მანიპულირების (დემოკრატიული დეგრადაციის), არადემოკრატიული მოწყობის ინერციით დამკვიდრების (დემოკრატიული დაშლის) და არცთუ დიდი ხნის წინ დამარცხებული ავტორიტარიზმის დაბრუნების საფრთხის (დემოკრატიული უკანდახევა) წინაშე. სიმტკიცისთვის დემოკრატიები უნდა იყვნენ ადაპტირებადი და მის დაცვასა და შენარჩუნებას წინდახედულად უნდა მიუდგნენ. სხვა საკითხებთან ერთად, პოპულისტური გამოწვევა აუცილებელს ხდის დებატების განახლებას არჩეული საკანონმდებლო ორგანოების გადაწყვეტილებების შეცვლისას მოსამართლეთა დემოკრატიული ლეგიტიმაციის შესახებ (დებატები კონსტიტუციური კონტროლის შესახებ). კონსტიტუციური კონტროლის შესახებ დებატებში ნაკლები ყურადღება ეთმობოდა არასწორი მიმართულებით წასული პოლიტიკური პროცესების გამოსწორების ან ასეთი განვითარების თავიდან აცილების მიზნით სასამართლოების მიერ პოლიტიკურ პროცესებში ჩარევის შესაძლებლობას. სასამართლოს ჩარევა პრობლემურია დემოკრატიული თვალსაზრისით და მაინც - დემოკრატიას დაცვა სჭირდება, სადაც ეს შესაძლებელია. ეს სტატია ცდილობს ბალანსი ეძიოს დემოკრატიული პროცესების ფორმირების შესახებ სახალხო ნებასა და სახალხო ნების საფუძველზე დემოკრატიული პროცესების ფორმირებაზე სასამართლოს მიერ დაწესებულ კონსტიტუციურ შეზღუდვებს შორის. აქ რეკომენდირებული სასამართლო როლი სასამართლოების მიერ დემოკრატიის დაცვაა და არა სრულყოფა, და ეს წარმოადგენს ხელისუფლების დანაწილების პრინციპიდან გამომდინარე კონსტიტუციური კონტროლის მხარდამჭერი არგუმენტის ჯონ ჰარტ ელის (John Hart Ely) თეორიით შთაგონებულ მოდიფიკაციას,[8] რომელიც ადგენს სამოსამართლო თვითშეზღუდვის პრინციპებსა და ისეთ მეთოდებს, როგორიცაა

---

[6] David Landau, Abusive Constitutionalism, 47 U.C. DAVIS L. REV. 289 (2013).

[7] SAMUEL ISSACHAROFF, FRAGILE DEMOCRACIES: CONTESTED POWER IN THE ERA OF CONSTITUTIONAL COURTS (2015).

[8] JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW (1980); Dimitrios Kyritsis, Constitutional Review in Representative Democracy, 32 OXFORD J. LEGAL STUD. 1 (2012); DIMITRIOS KYRITSIS, WHERE OUR PROTECTION LIES: SEPARATION OF POWERS AND CONSTITUTIONAL REVIEW (2017).

კონსტიტუციის პროფილაქტიკური წესები. პოპულისტურ გამოწვევასთან პირისპირ, თეორიულად, სასამართლოებს შეუძლიათ შეეცადონ, რამდენიმე ნაბიჯით წინ იყვნენ დემოკრატიული დეგრადაციის პროგნოზირების კუთხით და სადაც შეუძლიათ, შეანელონ ის.

ეს სტატია პოლიტიკური პროცესების ფორმირებაში მოსამართლეთა ჩარევისთვის დემოკრატიულ თეორიაში არსებულ სივრცეს იკვლევს. პრაქტიკაში, პირობითი და ცვლადი ემპირიული ფაქტორები წყვეტენ პრაქტიკულ საკითხებს სასამართლოების როლის შესახებ. არსებობენ გონივრულ ფარგლებში ჯანსაღი დემოკრატიები, რომლებსაც არ აქვთ ძლიერი სასამართლო კონტროლის მექანიზმი - მაგალითად, ნიდერლანდები. ეს სტატია არ შეიცავს შემოთავაზებას, რომ მათ შემოიღონ ასეთი ტიპის კონტროლი. აქ არ ვამტკიცებ, რომ დემოკრატიები უფრო უსაფრთხოა მოსამართლეთა გარკვეული როლით, ვიდრე სხვაგვარად, რადგან არ არსებობს ა-კონტექსტუალური გარემო ასეთი ზუსტი შედარებითი შეფასების გასაკეთებლად. ამ სტატიაში განვითარებული ანალიზი ეხმიანება თეორიულ და პრაქტიკულ დებატებს, რომლებიც დემოკრატიის შესახებ არგუმენტებს ავითარებს. სახელდობრ, სტატიაში მოყვანილია გარკვეული მოვლენების დემოკრატიულობასა ან არადემოკრატიულობაზე არგუმენტირების მეთოდების სიღრმისეული ანალიზი.

მეორე ქვეთავში მე ვიცავ დემოკრატიის პლურალისტურ კონცეფციას და მის ურთიერთობას კანონთან და კონსტიტუციონალიზმთან. განხილულია დემოკრატიის შეუთავსებლობა და განსაკუთრებული დაუცველობა პოპულიზმთან მიმართებით. მესამე თავში მე განვაახლებ დებატებს კონსტიტუციური კონტროლის შესახებ, აქცენტით გარკვეულწილად უგულებელყოფილ - მოსამართლეების მიერ ჯერ კიდევ ჯანსაღი დემოკრატიის დაცვის - საკითხზე. მეოთხე თავში სტატია წარმოაჩენს თვითშეზღუდვის იმ პრინციპებს, რომლებიც ვრცელდება დემოკრატიული პოლიტიკური პროცესების დაცვაზე უფლებამოსილ მოსამართლეებზე. სტატიის მთავარი სათქმელი არის ის, რომ მოსამართლეების კონსტიტუციური უფლებამოსილება, ჩაერიონ პოლიტიკურ პროცესებში დემოკრატიული დეგრადაციის თავიდან ასაცილებლად, შესაბამისობაშია დემოკრატიულ თეორიასთან; ამ ფუნქციამ შესაძლოა ხელი შეუწყოს პოპულიზმის საშიშროებისგან დაცვას და ის უნდა შესრულდეს თავშეკავებულად, დემოკრატიის დასაცავად და არა მისი სრულყოფისათვის.

სამართალი და დემოკრატია

I. დემოკრატიის სადავო და პლურალისტური ბუნება

როგორც შესავალში აღინიშნა, პოპულიზმისგან წარმოქმნილი თავსატეხი არის იმის ახსნა, თუ როგორ შეიძლება იყოს დემოკრატია „გადამეტებული“, როგორც ეს შეიძლება ჩანდეს. დემოკრატიის ძირითადი ეტიმოლოგიური აღწერა გულისხმობს ხალხის საკუთარ თავზე მმართველობას, ან მართვას ხალხის მიერ.[9] ამ აღწერილობაში მთავარია ყურადღება მიაქციოთ როგორც „მმართველობას“ და „მართვას“, ასევე „ხალხს“ - ამოცანას, რომელსაც მე დემოკრატიის კონცეფციის სადავო ბუნების აღნიშვნის შემდეგ მომდევნო თავში დავუბრუნდები.

---

[9] ROSS HARRISON, DEMOCRACY 3 (1993).

დებატები კონსტიტუციური კონტროლის შესახებ დაშვებას აკეთებს, რომ არსებული სახელმწიფოებრივი მოწყობა არის დემოკრატიული. ეს დაშვება საშუალებას აძლევს ამ დებატების მონაწილეებს გვერდი აუარონ უფრო ღრმა პოლიტიკურ ფილოსოფიურ საკითხებს სახელმწიფოსა და დემოკრატიის საფუძვლების შესახებ, იმ მიზნით, რომ ფოკუსირება მოხერხდეს უშუალოდ კონსტიტუციური კონტროლის ინსტიტუტზე. დემოკრატიის ღირებულებისა და ფორმის განსხვავებული ხაზგასმა და გაგება, როგორც წესი, თავს იჩენს და მნიშვნელოვან როლს ასრულებს კონსტიტუციური კონტროლის ღირებულების შესახებ არგუმენტების განვითარებაში. ცხადია, ამ დებატებში დემოკრატია ვერ იქნება არასადაო ცნება. როგორც წესი, დემოკრატიას არსებითად სადავო კონცეფციად აღიარებენ; კერძოდ, ამ კონცეფციის ძირითად ან არსებით მახასიათებლებზე, და არა მხოლოდ მის ფარგლებზე გაუთავებელი ფილოსოფიური დასაბუთებული კამათი მიმდინარეობს.[10] დემოკრატიის არსებითად სადავო ბუნებამ არ უნდა დაუშვას კვიეტიზმი (პასიურობა) ან რელატივიზმი მისი როგორც კატეგორიის, ისე შინაარსის გამოყენების შესახებ. დემოკრატია, როგორც შეფასებითი კონცეფცია, შეიძლება აღიარებულ იქნას, როგორც არსებითად სადავო, თუმცა ამასთან, დაჟინებით მოითხოვებოდეს მისი გამოყენების სტანდარტების დაცვა. ჩვენ შეგვიძლია შევამჩნიოთ ფსევდოდემოკრატიული რეჟიმების მიერ დემოკრატიის აღწერილობის ბოროტად გამოყენება. უნდა სრულდებოდეს მინიმალური პირობები იმისთვის, რომ პოლიტიკური სისტემა მოექცეს დემოკრატიის დეფინიციის ქვეშ. გაკეთილშობილებული დიქტატურა, მიუხედავად იმისა, რომ ის შეიძლება ავლენდეს დემოკრატიის ზოგიერთ კონცეფციაში აღიარებულ მახასიათებლებს, მაინც არ არის დემოკრატია, რადგან ის არ მოიცავს არჩევნებსა და ხმის მიცემის პროცედურას.[11] დემოკრატია ცარიელდება, როგორც კონცეფცია, თუ ის უბრალოდ ახასიათებს ნებისმიერ სისტემას, რომელიც გარკვეული გადმოსახედიდან საუკეთესო კანონებს ან თანასწორობის ყველაზე მეტი გარანტიის შემქმნელ კანონებს გვთავაზობს.

დემოკრატია საჭიროებს საშუალებებს, რომლებიც უზრუნველყოფს, რომ მთავრობის ქმედებები და ქვეყნის კანონები განგრძობადად იქნება ხალხის ნების გამომხატველი და მათ მიმართ ანგარიშვალდებული, როგორც ეს ახასიათებს ფორმალურ მაჟორიტარულ პროცესს წარმომადგენლების საკანონმდებლო ორგანოში არჩევისას. ეს არის არგუმენტი იმის შესახებ, რომ დემოკრატიაში კანონები დემოკრატიულად მიიღება.

---

[10] W.B. Gallie, Essentially Contested Concepts, 56 PROCEEDINGS ARISTOTELIAN SOC'Y 167, 171–72, 185–86 (1956); Jeremy Waldron, Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?, 21 LAW & PHIL. 137, 148–49 (2002).

[11] რონალდ დვორკინმა, რომელიც ადვოკატირებდა დემოკრატიის შინაარსობრივ გაგებას, მაჟორიტარიზმთან შედარებით, თანასწორობის პატივისცემაზე მიმართული მახასათებლების მქონე შედეგების გამო, აღიარა შემდეგი:

"დემოკრატია აღარ იარსებებდა ნებისმერი ზოგადი საკონსტიტუციო ცვლილების შედეგად, რომელიც არჩევნების გარეშე შერჩეულ ექსპერტთა ოლიგარქიას მისცემდა უფლებას, დაეძლია და შეეცვალა ნებისმიერი საკანონმდებლო გადაწყვეტილება, რომლებსაც ისინი არაგონივრულად ან უსამართლოდ მიიჩნევენ. მაშინაც კი, თუ ექსპერტები ყოველთვის გააუმჯობესებენ მათ მიერ უარყოფილ კანონმდებლობას - მაგალითად, ყოველთვის უფრო სამართლიან საშემოსავლო გადასახადს დააწესებენ, ვიდრე ამას კანონმდებელი აწესებდა - ეს დანაკარგებს მაინც გამოიწვევს თვით-მმართველობის იდეასთან მიმართებით, რომელსაც მათი გადაწყვეტილებების პოზიტიური შედეგები ვერ გადაფარავს."

RONALD DWORKIN, FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION 32 (Harvard Univ. Press 1996) (ციტირებულია: Kyritsis, Constitutional Review in Representative Democracy, მოხსენიებულია სქოლიო 7-ში, გვ. 6).

მოსაზრება, რომ დემოკრატიის ცნება არსებითად სადავოა, თუმცა არა მოქნილი - იმ გაგებით, რომ მან შეიძლება მიიღოს ნებისმიერი თავსმოხვეული ფორმა - შესაბამისობაშია დემოკრატიის პლურალისტურ გაგებასთან. ლიბერალური პოლიტიკური ფილოსოფიის ყველაზე ფართო განმარტების ფარგლებში დემოკრატიის გამამართლებელი სხვადასხვა არგუმენტი არსებობს (ეს მიუთითებს დემოკრატიის პლურალისტური ბუნების დასაბუთებაზე), არგუმენტები განსხვავდება მისი ფორმის შესახებაც. ეს ნიშნავს იმას, რომ არსებობს დემოკრატიის არაერთი და განსხვავებული ფორმა. დემოკრატია პლურალისტურია თავისი შემადგენლობით და ასევე იმით, რომ იგი აღიარებს და ხელს უწყობს ღირებულებით პლურალიზმს, როგორც ლიბერალურ იდეას, რომ არსებობს მრავალი და არსებითად შეუთავსებელი გზა კარგი ცხოვრებისათვის[12] და არავის კულტურას ან ღირებულებით სისტემას არ აქვს მონოპოლია იყოს კარგი.[13] მაშინაც კი, თუ დემოკრატიული უმრავლესობა იღებს კანონებს, რომლებიც მიკერძოებულია ფასეულობრივი ან კულტურული დაყოფის მიხედვით, ასეთი კანონები - დემოკრატიის პრინციპებიდან გამომდინარე - უნდა ექვემდებარებოდეს სადავოდ გახდომასა და შეცვლას მომავალი მაჟორიტარული პროცესების საშუალებით. დღეს დამარცხებული შეიძლება ხვალ გამარჯვებული გახდეს. ამგვარად, პოპულიზმის ანტიპლურალიზმი პატივს არ სცემს დემოკრატიას: პლურალიზმის იდეის საწინააღმდეგოდ, პოპულისტები მიდრეკილნი არიან ჩაახშონ სამომავლო პოლიტიკური კონკურენცია, ერთიან ხალხში მოაზრებულ განსაზღვრულ მონისტურ ღირებულებაზე მითითებით.[14] ამ თვალსაზრისით, პოპულიზმის ანტიპლურალიზმი არის დემოკრატიასთან მისი შეუთავსებლობის მთავარი მიზეზი. ამ სტატიაში მე გამოვყოფ პოპულიზმის დემოკრატიასთან შეუთავსებლობის უფრო საბაზისო ახსნას, რომელიც ეფუძნება მის უუნარობას ან უარს, აღიაროს, რომ დემოკრატია მოქმედ რეალობად იქცევა მხოლოდ კანონით, კანონი კი გარდაუვლად ზღუდავს სახალხო ნებას. ამ საკითხს შემდეგ ნაწილში პოპულიზმის დემოკრატიასთან ურთიერთობის შესახებ კას მუდის (Cas Mudde) და კრისტობალ როვირა კალტვასერის (Cristobal Rovira Kaltwasser) არგუმენტების საფუძველზე განვმარტავ.[15]

დემოკრატია საჭიროებს კანონს

მუდი და კალტვასერი ამტკიცებენ, რომ პოპულიზმი გარდაუვლად ეწინააღმდეგება ლიბერალურ დემოკრატიას, მაგრამ არა თავისთავად დემოკრატიას, ან როგორც ამას ავტორები მოიხსენიებენ “დემოკრატია (ზედსართავების გარეშე)”. დემოკრატია, ისევე როგორც ლიბერალური დემოკრატია, თავისთავად პატივს სცემს „სახალხო სუვერენიტეტს და უმრავლესობის მმართველობას“, მაგრამ ლიბერალური დემოკრატია ასევე „აარსებს დამოუკიდებელ ინსტიტუტებს, რომლებიც სპეციალიზდებიან ფუნდამენტური უფლებების დაცვაში“.[16] პოპულიზმი ფუნდამენტური უფლებების დაცვის მიზნებით „(ნამდვილი) ხალხის ნების“ შეზღუდვას ეწინააღმდეგება;[17] მას არ სურს, დემოკრატიამ ფორმა იცვალოს ლიბერალიზმით ან სხვა ღირებულებებით. მუდისა და კალტვასერის

---

[12] JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 369-399 (1985).

[13] Isaiah Berlin, Two Concepts of Liberty, in LIBERTY: INCORPORATING FOUR ESSAYS ON LIBERTY 166 (Henry Hardy ed., 2002).

[14] იხილეთ MÜLLER, მოხსენიებულია სქოლიო 1-ში.

[15] CAS MUDDE & CRISTÓBAL ROVIRA KALTWASSER, POPULISM: A VERY SHORT INTRODUCTION (2017).

[16] იქვე, გვ. 80.

[17] იქვე, გვ. 81.

მიერ შემოთავაზებული კონცეპტუალიზაცია მისაღებია. ისინი ავითარებენ სიღრმისეულ ანალიზს იმის შესახებ, თუ როგორ შეიძლება პოპულიზმი იყოს დადებითი მამოძრავებელი ძალა შემდგომი დემოკრატიზაციისთვის ავტორიტარულ რეჟიმებში, ასევე დემოკრატიზაციის უკუსვლის უარყოფითი მუხტი დამკვიდრებულ თუ ახალ დემოკრატიებში.[18] ნაკლებად აღიარებული ფაქტი - და რაც ხელს უშლის მტკიცებას, რომ პოპულიზმი თავისი არსით არ ეწინააღმდეგება დემოკრატიას - არის ის, რომ მიუხედავად იმისა, რომ დემოკრატია არსით თანმიმდევრული თეორიული კონცეფციაა, ის ფიქციაა; ის არ არის რეალიზებადი კონცეფცია. არ არსებობს შეუზღუდავი სახალხო ნება. კანონი ახშობს დემოკრატიას, მაგრამ დემოკრატია მხოლოდ კანონის საშუალებით რეალიზდება. ყველა კანონი არადემოკრატიულია იმით, რომ ეს არის წარსული პოლიტიკური გადაწყვეტილება, რომელიც მართავს აწმყოს, ძალას უკარგავს თანამედროვე სახალხო ნებასა და ხალხის საკუთარ თავზე მმართველობას. მიუხედავად ამისა, კანონის გარეშე - ყოველ შემთხვევაში, დიდი ჯგუფებისთვის - დემოკრატია ვერ გახდება რეალობა, რადგან მას ფუნქციონირებისთვის წესები სჭირდება, მათ შორის წესები, რომელთა საფუძველზე ხალხი მართავს საკუთარ თავს. დემოკრატიამ უნდა აღიაროს კანონი და, ამასთანავე, კანონები შეიძლება სამომავლოდ შეიცვალოს, რათა ასახოს ცვლილებები ხალხის ნებაში, თუმცა კვლავ განაგრძოს კანონის ფუნქციის შესრულება სანამ ის ძალაშია. ეს მიიღწევა მაჟორიტარული პროცესებით, როგორიცაა წარმომადგენლობითი საპარლამენტო საკანონმდებლო ორგანოების ფუნქციონირება. კანონებში ცვლილებების შეტანა და ახალი კანონების მიღება კანონმდებლობით გაწერილი პროცედურების საფუძველზე, რომლებიც სარწმუნოდ არიან აღიარებული არსობრივად დემოკრატიულად იმ გაგებით, რომ ისინი სახალხო ნებას მაჟორიტარული პროცესების საშუალებით გამოხატავენ, არის დემოკრატია მოქმედებაში. ის ღირებულებები, რომლებსაც ემყარება დემოკრატია, ბოლომდე ვერ განსაზღვრავს დემოკრატიის ფუნქციონირებას;[19] მას წესების საშუალებით სჭირდება რეალიზება და დაკონკრეტება.

კონსტიტუციური მოწყობა

დემოკრატიის პლურალისტური გაგება უარყოფს დოგმატიზმს დემოკრატიის კონტურების შესახებ და, როგორც ასეთი, მთლიანობაში ტოვებს სივრცეს საკანონმდებლო პროცესებში სასამართლოს ჩარევისთვის, ამავდროულად მხარს უჭერს თვითშეზღუდვას და თავშეკავებულობას ამ ძალისხმევაში. არ არსებობს დემოკრატიის ჯადოსნური ფორმულა; მისი მახასიათებლები სადავოა. დასავლურ დემოკრატიებში სადავოა, სჯობს თუ არა პროპორციული საარჩევნო სისტემა პლურალურ სისტემას; მისაღებია თუ არა გენდერული კვოტები საპარლამენტო პარტიებისთვის; უნდა არსებობდეს თუ არა პარლამენტის ზედა პალატა და როგორი უნდა იყოს მისი შემადგენლობა. როგორც რიჩარდ ბელამი აღნიშნავს, დებატები დემოკრატიული პროცესების ფორმის შესახებ არ ეფუძნება არგუმენტებს მხოლოდ იმის შესახებ, თუ რა არის პროცედურულად ყველაზე სამართლიანი, არამედ მოიცავს პოლიტიკურ მორალთან დაკავშირებული შინაარსობრივი

18 იქვე, გვ. 85–87.

19 როგორც ჯოზეფ რაზი განმარტავს, მორალი საკმარისად ვერ განსაზღვრავს კონსტიტუციურ სამართალს. Joseph Raz, On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries, in CONSTITUTIONALISM: PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS 152, 172–74 (Larry Alexander ed., 1998).

საკითხების ფართო სპექტრს.[20] ამ პოზიციის გაზიარება დემოკრატიული პროცესების განხილვასა და ჩამოყალიბებაში სასამართლოს როლის შესახებ არსებულ დებატებზეც ახდენს გავლენას. კერძოდ, ის მიუთითებს, რომ არ არსებობს რაიმე კონკრეტული და საბოლოო მიზანი, რომლისკენ ბიძგიც სასამართლომ უნდა მისცეს მოვლენებს. ეს ეწინააღმდეგება სასამართლოს აქტივისტურ როლს. სასამართლოს მიერ განსახილველი საარჩევნო და სხვა მოწესრიგების საკითხები, მაშინაც თუ ისინი ზოგიერთი დემოკრატიული შეხედულებით აშკარად არაოპტიმალურია, უნდა მოიაზრებოდნენ გონივრულ დემოკრატიულ ზომებად. მსგავსად, დემოკრატიის მოქნილი, ევოლუციური ბუნება დემოკრატიული მოწყობის განვითარებაში საერთო როლზე მიუთითებს. სასამართლოსგან ცვლილებების პერიოდული ბიძგი შეიძლება დემოკრატიულად მისაღებ კონტრიბუციად ჩაითვალოს, ამასთან, კანონის დემოკრატიულად მიღების იდეაც, ამ იდეის მოქნილობის გარეშე არ უნდა იქნეს გაგებული.

ფრაზა „სასამართლო ჩარევა" წინა აბზაცში გამოყენებულია, როგორც ზოგადი ტერმინი სასამართლოს უფლებამოსილებაზე - ისევე როგორც არჩევანზე - პოლიტიკური პროცესის მოწყობის კონტროლზე გადავიდეს, ნაცვლად მათგან განდგომისა. სასამართლო ჩარევის ფარგლებზე გავლენას ახდენს არაერთი განსხვავებული წესი იურისდიქციის, განსჯადობის, დასაშვებობისა და საქმის განხილვისგან თავის შეკავების შესახებ. პოლიტიკურ პროცესებში ჩარევის გადაწყვეტილება, იშვიათად, თუ ოდესმე, არის უბრალოდ სასამართლო დისკრეცია. მიუხედავად ამისა, სასამართლოების მიერ კანონების შემოწმების შესახებ არსებული წესები უფრო მოქნილია, ვიდრე ეს შეიძლება ჩანდეს. ისეთი დოქტრინები, როგორიცაა კანონმდებლობაზე სასამართლო კონტროლი და არაკონსტიტუციური საკონსტიტუციო ცვლილება, სასამართლოებმა ჩამოაყალიბეს,[21] ისინი ასევე პირდაპირ წერილობით იქნა გათვალისწინებული კონსტიტუციებში. გარდა ამისა, სასამართლომ შეიძლება განიხილოს პოლიტიკური პროცესის მარეგულირებელი ჩვეულებრივი კანონები, თუმცა, სასამართლოს ჩარევა ასევე მოიცავს სივრცეს ასეთი პოლიტიკური პროცესის მარეგულირებელი ჩვეულებრივი კანონებისთვის პარამეტრების დამდგენი კონსტიტუციური ნორმების მეტ-ნაკლებად ინოვაციური განმარტებისთვისაც.

როგორც მიულერი უსვამს ხაზს, პოპულიზმის მთავარი მახასიათებელი მისი ანტიპლურალიზმია, რომელიც პირდაპირ ვლინდება პოპულისტების პრეტენზიებში, რომ მხოლოდ ისინი წარმოადგენენ მოსახლეობას და ზუსტად იციან, რა არის საუკეთესო მათთვის.[22] ეს ლოგიკურად მიგვიყვანს იქამდე, სადამდეც პოპულისტები ცდილობდნენ მისვლას, კერძოდ, მომავალი პოლიტიკური დაპირისპირებისა და კონკურენციის ჩასახშობად მმართველობის წესების შეცვლისკენ.[23] ეს შეიძლება მოიცავდეს სპექტრს საარჩევნო მოწყობასთან დაკავშირებული, ერთი შეხედვით შეუმჩნეველი, ცვლილებებიდან ყოვლისმომცველ საკონსტიტუციო რეფორმამდე ან ახალი კონსტიტუციის მიღებამდე.[24] პოპულისტების ხელში დემოკრატია თვითდეგრადაციისგან

[20] RICHARD BELLAMY, POLITICAL CONSTITUTIONALISM: A REPUBLICAN DEFENCE OF THE CONSTITUTIONALITY OF DEMOCRACY 113 (2007).

[21] Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803) (United States); Kesavananda Bharati v. State of Kerala, AIR 1973 SC 1461 (India).

[22] MÜLLER, მოხსენიებულია სქოლიო 1-ში, გვ. 3.

[23] Samuel Issacharoff & Richard H. Pildes, Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process, 50 STAN. L. REV. 643, 710 (1998).

[24] David Landau & Rosalind Dixon, Constraining Constitutional Change, 50 WAKE FOREST L. REV. 859 (2015).

განსაკუთრებით დაუცველია. ზოგადად, დემოკრატიის დეგრადაცია სხვადასხვა გზით შეიძლება. მაგალითად, მოძალადეებმა შეიძლება დააშინონ ამომრჩევლები საარჩევნო კაბინების გარშემო. ეს იქნებოდა დემოკრატიის ეგზოგენური (გარე მიზეზებით გამოწვეული), უკანონო ხელშეშლა და, როგორც წესი, პოპულიზმი ასე არ მოქმედებს. საარჩევნო კანონები შეიძლება ისე შეიცვალოს ერთი პარტიის სასარგებლოდ, რომ ეს ცვლილება, ერთი შეხედვით, შეესაბამებოდეს პოპულისტურ რიტორიკას და უკეთ ნიღბავდეს მის ოსტატურობას, ვიდრე ეს, მაგალითად, მე-19 საუკუნის დროინდელი ჯერიმანდერინგის შემთხვევაში იყო, როდესაც საარჩევნო ოლქების გარკვეული ჯგუფის სასარგებლოდ ფორმირების მიზანი აშკარა იყო.[25] ეს არის პოპულიზმის განსაკუთრებული საფრთხე: პირველ რიგში, დემოკრატიული პროცესების ერთი შეხედვით კანონიერი ცვლილება ფაქტობრივად ანგრევს დემოკრატიას, მიუხედავად იმისა, რომ აქვს მკაფიოდ ფორმულირებული დემოკრატიული დასაბუთება. პოპულისტები ადიდებენ რეფერენდუმის შედეგებს (რომელიც მათ მიზნებთანაა შესაბამისობაში) და აცხადებენ, რომ რეფერენდუმის შედეგების გადახედვა ან მისი ხელახლა ჩატარება ხალხის ხმის უპატივცემულობა და, შესაბამისად, არადემოკრატიული იქნება.[26] ბევრისთვის ეს დემოკრატიიდან გამომდინარე დამაჯერებელი არგუმენტი შეიძლება იყოს, მაგრამ სინამდვილეში ის ძალზე არადემოკრატიულია, რადგან ის სამომავლო პოლიტიკური დებატებისა და ცვლილებების შემცირებას ისახავს მიზნად.

დემოკრატიული ლოგიკით, წესები, რომლებითაც დემოკრატია მოქმედებს - დემოკრატიული პროცესები - თავად უნდა იყოს დემოკრატიული პროცესის შედეგად მიღებული. დემოკრატია თავის თავს აყალიბებს. რა თქმა უნდა, ამ წრის თავიდან აცილება პრაქტიკულად შესაძლებელია. ახალი დემოკრატიული კონსტიტუციური წყობის დაბადება შეიძლება მოიცავდეს ან არ მოიცავდეს პლებისციტს ან სახალხო ლეგიტიმაციის სხვა ფორმებს. ადვილი წარმოსადგენია ავტოკრატიული ან თავს მოხვეული გადაწყვეტილება, რომლის თანახმადაც კონკრეტული დღიდან სახელმწიფო უნდა იყოს დემოკრატიული, დემოკრატიული მმართველობის შეუცვლელი დამფუძნებელი წესებით.[27] ეს შეიძლება იყოს ძალაუფლების განხორციელების წარმატებული მაგალითი, მაგრამ დემოკრატიული აზროვნების არსი ყოველთვის დააყენებს კითხვის ნიშნის ქვეშ, თუ რატომ არ შეუძლია ხალხს გადაწყვიტოს ან შეცვალოს თავიანთი დემოკრატიის სტრუქტურა. ამ თვალსაზრისით, ფესვგადგმული კონსტიტუციური წესები, რომლებიც ვერასოდეს შეიცვლება, ან რომლებიც მხოლოდ ისეთი სპეციალური პროცესებით შეიძლება შეიცვალოს, რომლებიც განსხვავდება ზოგადად სამართლებრივი ცვლილებისთვის სათანადოდ მიჩნეული დემოკრატიულ პროცესებისგან, არის კომპრომისი დემოკრატიაში.[28] კონსტიტუციონალიზმი - აქ ჩვეულებრივი სამართლებრივი ცვლილებების წინააღმდეგ კანონების განმტკიცების პრაქტიკის მნიშვნელობით - ზღუდავს დემოკრატიას, მაგრამ ის ასევე საჭიროა გარკვეულწილად იმისთვის, რომ დემოკრატია საერთოდ განხორციელდეს და იყოს მტკიცე. კონსტიტუციონალიზმი ხშირად - თუმცა

---

[25] Kenneth C. Martis, The Original Gerrymander, 27 POL. GEOGRAPHY 833 (2008).

[26] Brexit-ის შემდგომი დებატები ამ ფენომენის თვალსაჩინო მაგალითია, თუმცა გართულებულია გაერთიანებული სამეფოს საკონსტიტუციო სისტემაში რეფერენდუმის ტრადიციული როლით.

[27] იაპონიის 1947 წლს კონსტიტუციაა ამის მაგალითი. იხილეთ: Norikazu Kawagishi, The Birth of Judicial Review in Japan, 5 INT'L J. CONST. L. 308 (2007).

[28] For emphasis of legal mutability's centrality to democracy, იხილეთ: MELLISSA SCHWARTZBERG, DEMOCRACY AND LEGAL CHANGE (2007).

ყოველთვის არა - მოქმედებს წერილობითი კონსტიტუციის საფუძველზე. დაუწერელი - თუმცა აღქმული - კონსტიტუციური წესრიგი საფუძვლად უდევს ყველა სამართლებრივ სისტემას და ინარჩუნებს მათ ხასიათს, იქნება ეს დემოკრატიული თუ არა. თანამედროვე ეპოქაში დემოკრატიულ-პლურალისტური მისწრაფება არის შეუზღუდავ სახალხო ნებასა (მითიური პოზიცია, რომელსაც, როგორც ჩანს, მხარს უჭერენ პოპულისტები) და ყოვლისმომცველ კონსტიტუციონალიზმს (სადაც პოლიტიკური კონკურენციის ძირითადი წესები და მრავალი სხვა სფერო ხელშეუხებელია მაჟორიტარიზმზე დაფუძნებული ცვლილებების პროცესებისთვის) შორის კონსტიტუციონალიზმის შენარჩუნება. ამ პოლუსებს შორის სივრცე ფართოა და მოიხსენიება ისეთი ტერმინებით, როგორიცაა „კონსტიტუციური დემოკრატია" და „დემოკრატიული კონსტიტუციონალიზმი".[29]

დემოკრატიის მოწყვლადობა

წინა ქვეთავში გაკეთებული მიმოხილვა აჩვენებს, რომ დემოკრატიის ცვალებადი ბუნება აღიარებას და მისი შენარჩუნება და ცვლილება დემოკრატიულ დაგეგმარებას საჭიროებს. დეგრადაცია დემოკრატიული არჩევნების შედეგად მუდმივ საფრთხეს წარმოადგენს. დემოკრატიის ცვლილებისადმი ღიაობა პოპულიზმის პირისპირ მის მოწყვლადობას განაპირობებს. ამის მიუხედავად, დემოკრატიის ცვალებადი ბუნება მისი განადგურებისგან დაცვის სადარაჯოზეც დგას. არაპროპორციულად განაწილებული საარჩევნო ოლქების გავრცელებული გამოცდილების მაგალითზე, სტატიკურ საარჩევნო ოლქებში მოსახლეობის გადანაწილებაში ცვლილებებმა შესაძლოა ხმის მიცემის არათანაბარი ძალაუფლება გამოიწვიოს.[30] მართალია, ეს სიტუაცია შეიძლება ბუნებრივად შეიქმნას არაპროგნოზირებადი მოსახლეობის ცვლილებების გამო - საარჩევნო ოლქების არათანაბრად ფორმირების მცდელობებისგან (ე.წ. ჯერიმანდერინგი) დამოუკიდებლად - ის მაინც შეიძლება იქნეს გამოყენებული დემოკრატიული კონკურენციის საწინააღმდეგოდ. შესაბამისად, საარჩევნო ოლქების გეოგრაფია უნდა გადაიხედოს ხმის მიცემის ძალაუფლების გონივრული თანასწორობის შესანარჩუნებლად, რაც *ერთი პირი, ერთი ხმის* პრინციპად არის ცნობილი. ეს აჩვენებს, თუ რატომ საჭიროებს დემოკრატიის ოპერაციული წესები გადახედვას. თავად დამფუძნებელი პოლიტიკური წესების უცვლელობასაც ახლავს განსაკუთრებული რისკი: დროთა განმავლობაში გამჭრიახი პოლიტიკოსები ახერხებენ მათ ბოროტად გამოყენებას.[31] დემოკრატიული პროცესების დემოკრატიული მოქნილობა მხოლოდ იმით არ არის ღირებული, რომ ხალხი მათი პოლიტიკური ნების გამოხატულებას თავად განსაზღვრავს, მას ასევე პარტიზანული ჩაკეტვის წინააღმდეგ შემაკავებელი ფუნქცია აქვს პოლიტიკური კონკურენციის

---

[29] კონსტიტუციური დემოკრატიის პროექტის მრავალი დასაბუთებიდან, იხილეთ WALTER MURPHY, CONSTITUTIONAL DEMOCRACY: CREATING AND MAINTAINING A JUST POLITICAL ORDER (2007). კონსტიტუციონალისტთა პერსპექტივსთვის, იხილეთ RONALD DWORKIN, FREEDOM'S LAW: THEMORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION (1996). წარმომადგენლობითი დემოკრატიის მაჟორიტარული დასაბუთებით მხარდაჭერილი სახალხო ნების მაგალითები იხილეთ: JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT (1999) and Bellamy, მოხსენიებულია სქოლიო 19-ში.

[30] RICHARD HASEN, THE SUPREME COURT AND ELECTION LAW: JUDGING EQUALITY FROM BAKER V. CARR TO BUSH V. GORE 14–72 (2003).

[31] როგორც მორტონ ჰორვიცი სამართლის უზენაესობის შესახებ ამბობს, „პროცედურული მართლმსაჯულების ხელშეწყობით ის გონიერებს, შორსმჭვრეტელებსა და მდიდრებს საშუალებას აძლევს, საკუთარი თავის სასარგებლოდ იმანიპულირონ მისი ფორმებით". Morton J. Horwitz, The Rule of Law: An Unqualified Human Good?, 86 YALE L.J. 561, 561 (1976).

შესანარჩუნებლად. ზოგჯერ დემოკრატიული პროცესების ცვლილება გამართლებულია არა იმიტომ, რომ უპირატესი მოწესრიგება არის წარმოდგენილი, არამედ იმიტომ, რომ გადატვირთვა საჭიროა არსებული მოწესრიგების ფუნქციონირების დონეზე დასაბრუნებლად. დემოკრატიამ თავის დაცვა უნდა შეძლოს, და თავი უნდა წარმოაჩინოს ისე, რომ მას ამის მზაობა და შესაძლებლობა აქვს.

რაც შეეხება ზემოთ წარმოდგენილ მაგალითს, ხაზი უნდა გაესვას, რომ საარჩევნო ოლქების გეოგრაფიული ფორმირების დეტალები კანონმდებლობის ნაწილია, რომელიც დემოკრატიის ფუნქციონირებას უზრუნველყოფს, *ერთი პირი, ერთი ხმის* პრინციპი კი კონსტიტუციურ სამართალს განეკუთვნება. პირველი საჭიროებს მუდმივ კორექტირებას, ეს უკანასკნელი კი თითქოს არ იცვლება. თუმცა, სინამდვილეში, კონსტიტუციური სამართალი ასევე საჭიროებს შეკეთებას და კორექტირებას დროთა განმავლობაში. *ერთი პირი, ერთი ხმის* პრინციპის ისტორია აჩვენებს შემდგომ იურისპრუდენციულ სირთულეებს გადაწყვეტილების მიღებისას, მაგალითად, შეიძლება თუ არა ხმის მიცემის ზუსტად თანაბარი ძალაუფლებიდან გადახვევები, და უცნაური ფორმის გეოგრაფიული ოლქები გამართლებული იყოს პოზიტიური მოქმედების პოლიტიკების სახელით.[32] გამოცდილება აჩვენებს, რომ დემოკრატიის პირველადი საკითხების წამოჭრა გარდაუვალია.[33]

დემოკრატია მუდმივად დგას დეგრადაციას და განადგურების შიდა საფრთხეების წინაშე.[34] მაშინაც კი, თუ სახელმწიფოში დემოკრატიის დამფუძნებელი წესები არ ექვემდებარება ჩვეულებრივ დემოკრატიულ ცვლილებას, არსებული დემოკრატიული სისტემის გარე ფაქტორებით დეგრადაციის ან განადგურების შესაძლებლობა მაინც რჩება.[35] გარკვეულ ეტაპზე, ინტერპრეტაციის და გამოყენების შედეგად მკაფიო და ყოვლისმომცველი დემოკრატიული სისტემის დამფუძნებელი წესებიც დადგებიან კითხვის ნიშნის ქვეშ. სასამართლოებს მოუწევთ საქმეების განხილვა და, სამართლებრივი განუსაზღვრელობის მხოლოდ სუსტი თეზისის გათვალისწინებით, მოსამართლეებს დარჩებათ სამართლებრივად შეუზღუდავი გარკვეული არჩევანის თავისუფლება დემოკრატიის რომელიმე ასპექტის მოწესრიგებასთან მიმართებით. როგორც ზემოთ აღვნიშნეთ, პოლიტიკური მმართველობის ასეთი "პირველი რანგის" კითხვები ხშირად წამოიჭრება.[36] ეს წინასწარი დასკვნებია, რომლებიც დემოკრატიის თეორიის ფარგლებში სივრცეს ქმნიან გამოხატული სასამართლო როლისთვის გააკონტროლოს დემოკრატიული პროცესები. დემოკრატია საჭიროებს დაცვას. იქიდან გამომდინარე, რომ დემოკრატიის განხორციელება კანონის გარეშე ვერ მოხდება, მოსამართლეებს მაინც მოუწევთ მონაწილეობის მიღება. შესაბამისად, მოსამართლეები ამას მომზადებული უნდა შეხვდნენ, მეტიც, უნდა იყოს ცნობილი, რომ მოსამართლეები მზად არიან დაიცვან დემოკრატია.

კონსტიტუციური - ან სასამართლო - კონტროლის შესახებ დებატები

---

[32] Shaw v. Reno, 509 U.S. 630 (1993); Pamela Karlan, Nothing Personal: The Evolution of the Newest Equal Protection from Shaw v. Reno to Bush v. Gore, 79 N.C.L. REV 1345 (2001).

[33] Nick Barber & Adrian Vermuele, The Exceptional Role of Courts in the Constitutional Order, 92 NOTRE DAME L. REV. 817 (2017).

[34] Samuel Issacharoff, Constitutional Courts and Democratic Hedging, 99 GEO. L.J. 961 (2011).

[35] ISSACHAROFF, მოხსენიებულია სქოლიო 6-ში.

[36] იხილეთ: Barber & Vermuele, მოხსენიებულია სქოლიო 32-ში; Samuel Issacharoff, Democracy and Collective Decision Making, 6 INT'L J. CONST. L. 231 (2008).

I. ვოლდრონის პრობლემა

ჯერემი ვოლდრონის *სასამართლოს კონტროლის წინააღმდეგ ძირითადი არგუმენტი*[37] საცდელი მაგალითია კონსტიტუციური კონტროლის შესახებ თანამედროვე დებატებისთვის, რომელიც ამტკიცებს, რომ კანონმდებლობის კონსტიტუციური კონტროლი, რომლის ფარგლებშიც სასამართლოები აუქმებენ კანონებს, არ არის გონივრულ ფარგლებში კარგად ფუნქციონირებად დემოკრატიულ სისტემაში საჭირო პოლიტიკური ინსტიტუტი. ეს არგუმენტი ითვალისწინებს დათქმას, რომ ასეთი კარგად ფუნქციონირებადი დემოკრატიის საკანომდებლო და სასამართლო ორგანოები სათანადო მდგომარეობაში არიან, და უფლებების პატივისცემა - მათ შესახებ აზრთა სხვადასხვაობაც - რეალურია. ვოლდრონი ავითარებს კომპლექსურ არგუმენტს, რომელსაც ორი ძირითადი მიმართულება აქვს: (1) საკანონმდებლო ორგანოები, რომლებიც უფლებებს პატივს სცემენ და სასამართლო კონტროლი არ ზღუდავთ უფლების დაცვის თვალსაზრისით არსებითად უკეთეს კანონებს იღებენ, ვიდრე ასეთივე საკანონმდებლო ორგანოები, რომლებზეც სასამართლოს კონტროლი ვრცელდება იმ დაშვებით, რომ სხვა გარემოებები უცვლელია, და (2) შეუზღუდავი საკანონმდებლო პროცესი სასამართლო კონტროლით შეზღუდულზე უკეთ ასახავს თანაბრად გადანაწილებულ, მაქსიმალურ პოლიტიკურ თავისუფლებებს.

ზემოთ მეორე ქვეთავში დახასიათებულ ხალხის ნების საფარქვეშ და პოპულიზმით შექმნილ დემოკრატიის აჩქარებული თვითდეგრადაციის განსაკუთრებულ რისკზე ფიქრისას ვოლდრონის არგუმენტის ორი კრიტიკა ექცევა ფოკუსში. პირველი კრიტიკა ეხება ვოლდრონის ჯონ ჰარტ ელის პროცესის თეორიისადმი მიდგომას. მეორე კრიტიკა უკავშირდება საკანონმდებლო და სასამართლო ორგანოების კოლაბორაციული დამოკიდებულების აღიარების ნაკლებობას. პირველ კრიტიკასთან მიმართებით, ვოლდრონიც აღიარებს, რომ მისი არგუმენტი ნაკლებად რელევანტურია ისეთ კონტექსტებში, როდესაც საკანონმდებლო ორგანო ვერ ასრულებს წარმომადგენლობით ფუნქციას. ამ დროს, მისი ვარაუდი საკანონმდებლო ორგანოს კარგ ფუნქციონირებაზე არ მუშაობს, და ის აღიარებს, რომ ჯონ ჰარტ ელის წარმომადგენლობის გაძლიერების შესახებ სასამართლო კონტროლის მხარდამჭერი არგუმენტი რელევანტური ხდება.[38] ვოლდრონის მიერ ელის თეორიის სასარგებლოდ ასეთი დათმობა იმაზე უფრო მნიშვნელოვანია ვიდრე ამას თავად ვოლდრონი აღიარებს. სასამართლოს მოქმედება და მისთვის უფლებამოსილების მინიჭება დემოკრატიის ფუნქციონირებაში არსებული პრობლემების გამოსასწორებლად გულისხმობს მათ არსებობას მაშინაც, როდესაც დემოკრატიული სისტემა დამაკმაყოფილებლად მუშაობს. როგორც ამ სტატიაში ვამტკიცებ, დემოკრატია ყოველთვის ატარებს დეგრადაციის რისკებს. მაღალი ხარისხის სტაბილურობა ნებისმიერ პერიოდში შეამცირებს დეგრადაციის რისკებს მოკლე ვადით, თუმცა ამ რისკის აღმოფხვრას ვერ შეძლებს. გრძელვადიან პერსპექტივაში, რისკი შეიძლება გაიზარდოს და ახალი ნორმა გახდეს. ჩვენ შეგვიძლია დავეთანხმოთ ვოლდრონის ვარაუდებს, მათ შორის გარკვეულ პერიოდში საკანონმდებლო ორგანოს კარგი ფუნქციონირების შესახებ, მაგრამ ვერ დავეთანხმებით, რომ საკანონმდებლო ორგანოს სათანადო ფუნქციონირების გარანტია არსებობს - ეს ვარაუდი მცდარ დაშვებას ემყარება. ვოლდრონის არგუმენტი თავიდან ვერ აიცილებს ელის არგუმენტის არსებით განხილვას იმ დაშვებით, თითქოსდა გარკვეულ გარემოებებში ელის თეორია არ არის რელევანტური, რადგან, როგორც მე ვამტკიცებ

[37] Jeremy Waldron, The Core of the Case Against Judicial Review, 115 YALE L.J. 1346 (2006).

[38] იქვე, გვ. 1403.

მოგვიანებით, ელის თეორიის დეკონტექსტუალიზაცია და ზოგადი გამოყენება შესაძლებელია.

მეორე კრიტიკული შეფასება გამომდინარეობს დიმიტრი კირითსისის აქცენტიდან სასამართლოზე, როგორც საკანონმდებლო ორგანოსთან კოლაბორაციულ, და არა ანტაგონისტურ დამოკიდებულებაში მყოფ ხელისუფლების შტოზე. ქვემოთ სწორედ ამას განვიხილავთ.

კირითსისის ხელისუფლების დანაწილების პრინციპიდან გამომდინარე კონსტიტუციური კონტროლის მხარდამჭერი არგუმენტი

კირითსისი ცდება კონსტიტუციურ კონტროლზე დებატებისთვის დამახასიათებელ „სასამართლო საკანონმდებლო ორგანოს წინააღმდეგ“ დისკურსს იმისთვის, რომ სასამართლოს და საკანონმდებლო ორგანოს პარტნიორული დამოკიდებულების უპირატესობები დააფასოს.[39] ის ეყრდნობა ხელისუფლების დანაწილების პოსტულატებს. ხელისუფლების დანაწილება სამუშაოს განაწილების მიზანს ისახავს ისე, რომ ხელისუფლების შტოები მმართველობის იმ ფუნქციებს ასრულებენ, რომლისთვისაც ისინი გამოსადეგი არიან. ხელისუფლების დანაწილების მიზანია ასევე კონტროლისა და ბალანსის უზრუნველყოფა, რაც ნიშნავს ერთი ინსტიტუციის დახმარებით სხვა ინსტიტუტების ცუდი მმართველობის რისკების შემცირებას. ამ გადმოსახედიდან, “საკანონმდებლო ორგანოებს ევალებათ ხალხის მხარდაჭერის და მორალური ინოვაციის მოთხოვნების გაერთიანება, როდესაც სასამართლოები მათი დამოუკიდებლობის გამო სათანადო პოზიციაში არიან, შეითავსონ საკანონმდებლო ორგანოზე ზედამხედველობის ფუნქცია.”[40]

კირითსისი საკანონმდებლო ორგანოს არჩეული წევრის ელექტორატთან დამოკიდებულებას ახასიათებს როგორც მისდამი ანგარიშვალდებულებით, ასევე მისგან დამოუკიდებლობით. დეპუტატს აქვს ვალდებულება, გაატაროს ელექტორატის სურვილები და მათთან შესაბამისობაში იმოქმედოს, თუმცა ის ასევე სარგებლობს დამოუკიდებელი განსჯის გარკვეული სივრცით უფლებამოსილების განსაზღვრულ პერიოდში; დღის წესრიგში დადგება საკითხები, რომლებიც დამოუკიდებელ განსჯას საჭიროებენ, ამასთან, იმის მიუხედავად, რომ შესაძლოა ელექტორატმა დეპუტატი საბოლოოდ გადაირჩიოს, მისი უფლებამოსილების ფარგლებში მიღებული გადაწყვეტილებები მაინც ვალიდური იქნება. როდესაც არჩეული წარმომადგენლები ინოვაციურ მიდგომას ირჩევენ, „ელექტორალური ანგარიშვალდებულება მათ მყარ

[39] Kyritsis, Constitutional Review in Representative Democracy, მოხსენიებულია სქოლიო 7-ში, გვ. 2; KYRITSIS, WHERE OUR PROTECTION LIES: SEPARATION OF POWERS AND CONSTITUTIONAL REVIEW, იხილეთ სქოლიო 7.

[40] Kyritsis, Constitutional Review in Representative Democracy, მოხსენიებულია სქოლიო 7-ში, გვ.7 და გრძელდება: უფრო კონკრეტულად, გეტყვით, რომ მმართველობის სფეროსთან დაკავშირებულ პროექტებზე ინიციატივა საკანონმდებლო ორგანოს უნდა მიეცეს. შესაბამისად, სასამართლოებს აქვთ მოვალეობა განახორციელონ და გააუმჯობესონ საკანონმდებლო გადაწყვეტილებები. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, ამ გადაწყვეტილებების განხორციელება არის შესაბამისი პასუხი იმ მნიშვნელობებზე, რა მიზნითაც ის შეიქმნა. ამავდროულად, დამოუკიდებელი სასამართლოს გადაწყვეტილებები, რომლებიც ამოწმებს კანონმდებლობის კონსტიტუციურ პრინციპებთან შესაბამისობას, ემსახურება ღირებული შემოწმების ფუნქციას. ამ მხრივ, ისინიც იმსახურებენ საკანონმდებლო ორგანოს პატივისცემას.

ინსტიტუციურ სტიმულს აძლევს, ცვლილების საჭიროება მოქალაქეებს შეძლებისდაგვარად კარგად აუხსნან."[41]

კირითსისისთვის ეს ფაქტორები ნიშნავს, რომ საკანონმდებლო ორგანოს მართებულად აქვს მმართველობაში ინიციატივა, რადგან ის აერთიანებს ხალხის მხარდაჭერას და მოთხოვნებს მორალურ ინოვაციაზე. თუმცა, ეს არ ნიშნავს, რომ რაც არ უნდა მოხდეს, მას ყოველთვის საბოლოო სიტყვა უნდა ჰქონდეს. სასამართლოს დამოუკიდებლობა მას გამოსადეგს ხდის შეასრულოს მხარდამჭერი და ზედამხედველობის როლი საკანონმდებლო ორგანოს საქმიანობის შედეგებთან მიმართებით.[42]

ასეთი როლი პატივს სცემს იმ ფაქტს, რომ საკანონდებლო ორგანო სარგებლობს პოლიტიკური ინიციატივით; ეს ნიშნავს, რომ საკანონმდებლო ორგანო აქტიურია მმართველობის პროცესში, სასამართლო კი საპირისპიროდ ღიაა ასეთი მმართველობისადმი. სასამართლოებს შეუძლიათ თვითშეზღუდვის და ჩარევის დონეები საკანონმდებლო ორგანოს ასეთ ინიციატივასთან შესაბამისობაში განსაზღვრონ.[43] კანონმდებლის ინიციატივასთან შესაბამისობაშია სუბსიდიარობის პრინციპიც, რომელსაც სასამართლოები აღიარებენ.[44] ამდენად, კირითსისი ხსნის კონსტიტუციური კონტროლის საკანონმდებლო ორგანოს მიერ პოლიტიკური ინიციატივის შენარჩუნებასთან შესაბამისობას. ხარისხზე ზედამხედველობისთვის, ზედამხედველი ორგანო დაშორებული უნდა იყოს იმ ორგანოსგან, რომლის გადაწყვეტილებაზეც ის კონტროლს ახორციელებს. მიზეზები, რატომაც სასამართლოები ასეთი დაშორებით სარგებლობენ, მოიცავს მოსამართლეების გარანტირებულ უფლებამოსილების ვადას და ანაზღაურების საზედამხედველო ორგანოს დისკრეციისგან დამოუკიდებლობას.[45] კირითსისი სასამართლოების დასაბუთების ვალდებულებასაც კონტროლის მექანიზმად განიხილავს.[46] ის აღიარებს, რომ ეს არა კიდევ ერთი გარე კონტროლი, არამედ თვითკონტროლია. რადგან არავინ არის შეუცდომელი, როგორც წესი, დამატებითი კონტროლის მექანიზმისთვის სივრცე ყოველთვის იარსებებს, თუმცა გარე კონტროლის მექანიზმი ყოველთვის და ყველა სფეროში პრაქტიკული არ არის: კონტროლს უნდა ჰქონდეს ზღვარი იქ, სადაც გადაწყვეტილება და წინსვლა საჭიროა.[47] ამ პრობლემას, თუ სად უნდა გადიოდეს კონტროლის ზღვარი, მოგვიანებით დავუბრუნდებით.

კირითსისი არ ამტკიცებს, რომ კონსტიტუციური კონტროლი ყველა კონსტიტუციურ სისტემაში უნდა არსებობდეს. არამედ, გარემოებების შესაბამისად და იმ დათქმით, რომ სასამართლოებს რეალური დამოუკიდებლობა აქვთ, მმართველობის ფუნქცია მთლიანობაში შეიძლება უკეთესად შესრულდეს საკანონმდებლო და სასამართლო ორგანოების საერთო ძალისხმევის შედეგად, როდესაც სასამართლოებს საკანონმდებლო ორგანოს კონტროლის შემავსებელი როლი აქვთ.

[41] იქვე, გვ. 16.
[42] იქვე. გვ. 18–19.
[43] იქვე, გვ. 21–22.
[44] იქვე, გვ. 23.
[45] იქვე, გვ. 25.
[46] იქვე, გვ. 26.
[47] იქვე.

კირითსისის მიერ სასამართლოს, როგორც კანონმდებლის საქმიანობაზე კონტროლის განმახორციელებლის დახასიათება, როგორც შემავსებელი და ღია, სრულად აღიარებული ან განჭვრეტილი არ იყო სასამართლო კონტროლის წინააღმდეგ ვოლდრონის არგუმენტის ფარგლებში. მართალია, ვოლდრონი ამბობს, რომ მისი არგუმენტი არ გამორიცხავს სასამართლო კონტროლის სუსტ ფორმას - მაგალითად, შემთხვევებს, როდესაც სასამართლოები უფლების დარღვევის შესახებ დეკლარაციას გამოსცემენ კანონმდებლობის გაუქმების გარეშე - ის საკმარისად არ პასუხობს არგუმენტს, რომ სასამართლო კონტროლის ძლიერი ფორმაც, თუ ის შემოფარგლული იქნება, შესაძლოა გამოსადეგი იყოს. როგორც აილინ ქავანა (Aileen Kavanagh) აღნიშნავს, სასამართლო კონტროლი, ერთი შეხედვით უპირატეს ძალად წარმოჩინების მიუხედავად (რადგან სასამართლო აუქმებს საკანონმდებლო ზომას), გავლენას ახდენს მხოლოდ შეზღუდული რაოდენობის გადაწყვეტილებებზე.[48] კონსტიტუციური კონტროლი არ ნიშნავს ყველაფერს ან არაფერს; "სასურველი მონაწილეობის ზუსტი ბუნება და ხარისხი სადავოა."[49] სხვადასხვა სახელმწიფოში სხვადასხვა ბუნების და ხარისხის სასამართლო კონტროლი შესაძლოა იყოს რეკომენდირებული. თუმცა, როგორც წესი, სასურველი არ არის ყოვლისმომცველი სასამართლო კონტროლი შესაძლებლობა, სადაც ნებისმიერი საკანონმდებლო ან მთავრობის გადაწყვეტილება ექვემდებარება გადახედვას, და სადაც გადაწყვეტილებაში ჩარევის სტანდარტია მისი არაოპტიმალურობა შეუზღუდავი რაოდენობის შეფასებით ფაქტორებზე მითითებით. კირითსისისთვის, ეს ყველაფერი გარემოებებზეა დამოკიდებული. მისი არგუმენტი აუცილებლად არ გულისხმობს სასამართლოს პოლიტიკური ძალაუფლების წახალისებას, თუმცა, ის არც ისეთ პრინციპებს გვაწვდის, რომლებიც მაღალი ინტენსივობის სასამართლო კონტროლს ყველა შემთხვევაში გამორიცხავდა. აქედან გამომდინარე, კირითსისის თეორიის პოტენციალსა და დამაჯერებლობაზე მოკლე შემაჯამებელი მსჯელობის შემდეგ, სტატიაში შემოთავაზებული იქნება მოდიფიკაციები. ამასთან, მე განვმარტავ როგორ უნდა იქნეს გაგებული კირითსისის სასამართლო სუბსიდიარობის იდეა.

ელისეული ხედვა კირითსისის კონსტიტუციური კონტროლის ხელისუფლების დანაწილების პრინციპიდან გამომდინარე რაციონალიზაციაზე

ვოლდრონის არგუმენტის ზემოთ მიმოხილულ კრიტიკას შემდეგი ორი ასპექტი აქვს: (1) ვოლდრონს მისი არგუმენტისთვის აუცილებელი გონივრული ვარაუდი, რომ საკანონმდებლო ორგანო კარგად ფუნქციონირებას გააგრძელებს, ვერ ექნება; და (2) სასამართლოს მიერ საკანონმდებლო ორგანოს კონტროლის შეზღუდული, შემავსებელი და თანამშრომლობაზე დაფუძნებული როლის შესაძლო ფარგლები განსაკუთრებულ ყურადღებას საჭიროებს. ამ დასკვნების გაერთიანების შედეგად, მე წარმოვადგენ კირითსისის კონსტიტუციური კონტროლის ხელისუფლების დანაწილების პრინციპიდან გამომდინარე რაციონალიზაციის ფართოდ ელისეულ მოდიფიკაციას. ეს მოდიფიკაცია მიზნად ისახავს კირითსისის არგუმენტის გამყარებას, რომ კონსტიტუციური კონტროლი მისაღებია დემოკრატიის გადმოსახედიდან, განსახილველი საკითხების მიხედვით დიფერენციაციის შემთხვევაში: კერძოდ, კონსტიტუციური კონტროლი უფრო ცალსახად მისაღებია დემოკრატიის გადმოსახედიდან, როდესაც ის მონაწილეობს პოლიტიკური პროცესების დაცვაში ან ეხება მას, ვიდრე ეს არის ზოგადად უფლებებთან ან ინტერესებთან

[48] Aileen Kavanagh, Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron, 22 LAW & PHIL. 451, 454 (2003)
[49] იქვე, გვ. 455.

მიმართებით. მე ასევე ვამტკიცებ, რომ ზედამხედველობის ინტენსივობა და ჩარევის ხარისხი უნდა მოექცეს იმ ფარგლებში, რომელსაც კირითსისი მისაღებად მიიჩნევს. შემდეგი ქვეთავი ამ არგუმენტს ფართოდ გაშლის.

დარაჯობისა და თვითშეზღუდვის პრინციპები, და სასამართლოს სხვა ინსტრუმენტები დემოკრატიის დასაცავად და არა სრულყოფისთვის

I. პოლიტიკური პროცესების კონსტიტუციური კონტროლი

მე ვეთანხმები და დამაჯერებლად მივიჩნევ კირითსისის შეფასებას საკანონმდებლო ორგანოს სასამართლო კონტროლზე, თუმცა ჯონ ჰარტ ელის ინსპირაციით, მე ვემიჯნები კირითსის, მკვეთრად განვასხვავებ რა, ერთი მხრივ, სასამართლოების მიერ დემოკრატიული პროცესების და, მეორე მხრივ, ზოგადად კანონების შემოწმების შემთხვევებს. ამავე დროს, ჩემი არგუმენტი სასამართლოს სასურველი შეზღუდული როლის შესახებ უფრო ნორმატიულია. კირითსისის შეფასება რელევანტური და დამაჯერებელია, რადგან ის მოხერხებულად შლის ხელისუფლების დანაწილების თეორიას, რომლის მიზანიც ძალაუფლების კონცენტრაციის თავიდან აცილებაა. სწორედ ეს არის პრობლემა, რომლის წინაშე დემოკრატია მუდმივად დგას და რომელსაც მე დეგრადაციის საფრთხეს ვუწოდებ. როგორც მიულერი ციტირებს ბერტოლდ ბრეხტს, “ძალაუფლება ხალხიდან მოდის, თუმცა სად მივყავართ მას?” დემოკრატიას აქვს ძალაუფლების პრობლემა და ძალაუფლების დანაწილების თეორია გვთავაზობს ძალაუფლების პრობლემის გადაწყვეტას.

ჯონ ჰარტ ელი[50] იცავს ამერიკის უზენაესი სასამართლოს კონსტიტუციური კონტროლის პრაქტიკას, როგორც სათანადოს, და მეტიც, ამერიკის დემოკრატიის მხარდამჭერს. ელის ელეგანტური თეორია საფუძველს იღებს წინამორბედ აკადემიურ შრომებში[51] და მეოცე საუკუნის სასამართლო პრაქტიკას მხარს უჭერს.[52] ამ საქმეებში კონსტიტუციური კონტროლი მიზნად ისახავდა “პოლიტიკური ცვლილებისთვის გზის გათავისუფლებას” და “უმცირესობების წარმომადგენლობის უზრუნველყოფას”.[53] ელისთვის ეს მიდგომა არ ნიშნავს სასამართლოს მიერ არსებითი ღირებულებების დაწესებას; ის მხოლოდ პროცესის სამართლიანობას ითხოვს, და ელის თანახმად, ეს პასუხობს კონტრ-მაჟორიტარულ დილემას, რომელიც უზენაეს სასამართლოს ამერიკული მმართველობის ფორმიდან გადახვევად ხედავს.[54] პროცესის თეორიის თანახმად, კონსტიტუციური კონტროლი, დანიშნული (და არა არჩეული) მოსამართლეების მიერ საკანონმდებლო ნების შეცვლის მიუხედავად, საერთო ჯამში ამერიკული დემოკრატიის სამსახურშია. როდესაც კონსტიტუციური კონტროლი არ მიემართებოდა პოლიტიკურ პროცესებს, ის მნიშვნელოვნად არადემოკრატიული იყო.

კირითსისის არგუმენტს ამდიდრებს ელისეული დიფერენციაცია შინაარსსა და პროცედურას შორის. მიაქციეთ ყურადღება რამდენად მნიშვნელოვანია ინსტიტუციური

---

[50] ELY, მოხსენიებულია სქოლიო 7-ში.

[51] Michael Dorf, The Coherentism of Democracy and Distrust, 114 Yale L.J. 1237, 1255 (2005).

[52] Principally the Warren Court—1954–1969—anticipated in Justice Stone’s “Footnote Four” in United States v. Carolene Products, 302 U.S. 144, n.4 (1938).

[53] These are the titles of chapters 5 and 6, respectively, in ELY, მოხსენიებულია სქოლიო 7-ში, გვ. 105–80.

[54] ALEXANDER BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS (1962).

კომპეტენცია კირითსისისთვის: სტანდარტული ხედვა საკანონმდებლო პროცესსა და სასამართლოს მიერ კანონის აღსრულებაზე, ზოგჯერ კი შემოწმებაზე, ეფუძნება იდეას, რომ საკანონმდებლო ორგანო - მისი წარმომადგენლობითობის, თავისუფალი აზროვნებისა და მორალური ინოვაციის პოტენციალის გამო - საუკეთესო პოზიციაშია გააერთიანოს ხალხის მხარდაჭერა და მორალური ინოვაცია. თუმცა, თუ გარკვეულ საკითხთან მიმართებით კომპეტენცია განსხვავებულია, მაშინ საქმის ასეთი განაწილება ისევე დამაჯერებელი შეიძლება არ იყოს. გარკვეული სფეროების ზედამხედველობისას სასამართლოს შესაძლოა მეტი კომპეტენცია ჰქონდეს. ეს ხედვა შესაძლოა ნაკლებ დაფასებული იყოს იმ პირობებში, როდესაც დამოუკიდებლობა მთავარი სასამართლო კომპეტენციაა, რადგან სასამართლოს რეალური დამოუკიდებლობის არსებობისას, ის უცვლელია განსახილველი საკითხის მიუხედავად.[55] დამოუკიდებლობა როგორც ნიშანთვისება ცალკე არ მოქმედებს. რაიმე საკითხზე დამოუკიდებელი შეფასება უსარგებლოა თუ გადაწყვეტილების მიმღებს არ ესმის და ღირებულად არ მიიჩნევს საკითხს. წარმოიდგინეთ დავის განმხილველი არქიტექტურულ შეჯიბრში: ის უნდა იყოს დამოუკიდებელი - მიუკერძოებელი მეტოქეებს შორის - და ასევე უნდა ესმოდეს არქიტექტურული ხარისხის პრინციპები. ამასთან, დამოუკიდებლობა არ ნიშნავს სრულ პოლიტიკურ ნეიტრალიტეტს. ვთქვათ, კანონმდებლობა ცდილობს ბალანსის დაცვას სოციალური დაზღვევის და საკუთრების უფლებებს შორის, რაც ისეთ სადავო კონსტიტუციურ სფეროს ეხება, რომ სასამართლო კონტროლი ინოვაციური კონსტიტუციური განმარტების გარეშე გარდაუვალი იქნება. სადავოა, საუკეთესო მცდელობის მიუხედავად, რამდენად რეალურად ნეიტრალურები შეიძლება იყვნენ მოსამართლეები უფლებასა და საკუთრებასა შორის ასეთი ბალანსის საკითხებზე. როგორც წესი, სასამართლო არ არის მრავალფეროვანი ორგანო;[56] თუ ის მრავალფეროვანი არ არის, მის შიგნით მოხდება იდეოლოგიური შეხედულებების კონცენტრაცია, რომლებიც გარკვეულ მიმართულებას იძენენ, და როგორც წესი, ერთმანეთს არ აწონასწორებენ როგორც ეს წარმომადგენელთა ორგანოში შეიძლება მოხდეს, რომელიც გონივრულობის ფარგლებში, როგორც მინიმუმ, სასამართლო შტოზე მეტად წარმომადგენლობითად და ანგარიშვალდებულად არის მიჩნეული. სწორედ ამიტომ აქვს საკანონმდებლო ორგანოს კანონშემოქმედების კომპეტენცია. მაშინაც თუ დამოუკიდებლობის კრიტერიუმი დაკმაყოფილებულია, სასამართლო როგორც ზედამხედველი, განსახილველი საკითხის მიხედვით განსხვავებული ხარისხით შეძლებს მმართველობაში წვლილის შეტანას და საკანონმდებლო ორგანოსთან თანამშრომლობას.

ელი ამტკიცებს, რომ იურისტები და მოსამართლეები განსაკუთრებით გაწვრთნილი არიან პროცესების და პროცედურების სამართლიანობის შეფასებაში. საპირისპიროდ, იურისტების ექსპერტიზა ნაკლებია შინაარსობრივი პოლიტიკური საკითხების მიმართ. მტკიცება, რომ მოსამართლეებს პროცესთან მიმართებით ექსპერტიზა აქვთ მეტწილად სიმართლეს შეესაბამება; თუმცა, პროცესისა და შინაარსის განსხვავება ელის თეორიის

[55] გამორიცხავს ისეთ უჩვეულო შემთხვევებს, როდესაც სასამართლოებს სთხოვენ განიხილონ ისეთი საკითხები, როგორიცაა მოსამართლეთა საპენსიო უფლებები.

[56] იხილეთ თანამედროვე დებატები ირლანდიაში სასამართლო შემადგენლობისა და დანიშვნების შესახებ: David Kenny, Merit, Diversity, and Interpretive Communities: The (Non-Party) Politics of Judicial Appointments and Constitutional Adjudication, in POLITICS, JUDGES, AND THE IRISH CONSTITUTION 136 (Laura Cahillane, Tom Hickey & James Gallen eds., 2017); Oran Doyle, Conventional Constitutional Law, 38 DUBLIN UNIV. L.J. 311 (2015); Laura Cahillane, Judicial Diversity in Ireland, 6 IRISH J. LEGAL STUD. 1 (2016).

ყველაზე მძაფრად გაკრიტიკებული ასპექტია. კრიტიკოსებს შორის, ლოურენს ტრაიბი[57] აღნიშნავს, რომ პროცესის თეორიას კონსტიტუციური კონტროლის განხორციელებისას არსებითი ღირებულებების დადგენის თავიდან აცილებაზე აქვს პრეტენზია, თუმცა პროცესუალური კონსტიტუციური კონტროლიც საჭიროებს არსებითი ღირებულებების და უფლებების ცოდნას. ერთი შეხედვით სუფთად პროცედურული პოზიციები წარმოადგენენ და ასახავენ პოზიციებს, რომლებსაც არსებითი უფლებები და ღირებულებები უნდა დაემყარონ საკანონმდებლო მაჟორიტარული ჩარევის წინააღმდეგ.[58] პროცედურულმა გარანტიებმა სისხლის სამართლის ბრალდებულებისთვის - მაგალითად გირაომ და ნაფიც მსაჯულთა სასამართლომ - შესაძლოა ნეგატიური გავლენა იქონიონ სისხლის სამართლის პროცესის სიზუსტესა და ეფექტურობაზე. ამის მიუხედავად, ისინი აუცილებელია, რაც გამოწვეულია ბრალდებულის უფლებებისა და ღირსების დაცვის ინტერესებით.[59] რამდენადაც პროცედურული კონტროლი სასამართლო ზედამხედველობას პროცესის დაცვის ინტერესს უკავშირებს, ის პროცესს თავისთავად ღირებულად უნდა მიიჩნევდეს, რადგან ის უარს ამბობს პროცესის მხოლოდ რაიმე არსებითი მიზნის მიღწევის საშუალებად დანახვაზე. ტრაიბის აზრით, ეს პარადოქსულია, რადგან თუ პროცესი თავისთავად ღირებულია, მაშინ ცალკე აღებული პროცესიც არსებით ბუნებას იძენს.[60] ტრაიბის მსჯელობა ამ დროს სცდება ამერიკის კონსტიტუციური სამართლის დამახასიათებელ ნიშნებს. მისი არგუმენტი ზოგადია და ეხება სუფთა პროცედურალიზმის შესაძლებლობას. მაიკლ ვალცერი მსგავსად ამტკიცებს, რომ "ვერც ერთი პროცედურული მოწესრიგების დაცვა ვერ მოხდება რაიმე სახის არსებითი არგუმენტის გარეშე."[61]

პროცესის თეორიის დასაცავად ამ კრიტიკაზე მოკლე პასუხი მისი სიზუსტის აღიარებაა, თუმცა თეორიის შენარჩუნების ფონზე. პროცესის თეორიას მაინც შეუძლია ღირებული დარჩეს მინიმალურად შინაარსობრივი ბუნებიდან გამომდინარე, მაშინაც თუ ის შინაარსობრივად ნეიტრალური ვერ იქნება. უნდა ვაღიაროთ, რომ გარდაუვალია პროცესუალური კონტროლის დროს შინაარსობრივი ღირებულებების ასახვა, თუმცა ასეთი ღირებულებები გონივრულად შემოფარგლულია ფართოდ მიღებული ფუნდამენტური ღირებულებებით. ტრაიბმა მოგვიანებით აღიარა, რომ ელის თეორიის მისი კრიტიკა გაზვიადებული იყო, რადგან მან ელი გააკრიტიკა მხოლოდ იმ მტკიცებისთვის, რომ მისი თეორია შინაარსობრივად ნეიტრალური იყო, როდესაც ის ასეთი არ ყოფილა.[62] ტრაიბმა აღიარა, რომ სავარაუდოდ ელი რეალურად არ ამტკიცებდა, რომ მისი თეორია შინაარსობრივად ნეიტრალური იყო ამ ფორმით, და მას მხოლოდ კონსტიტუციის მიღმა არსებული (ექსტრაკონსტიტუციური) ღირებულებების სასამართლოს გზით ინკორპორაცია დაყავდა მინიმუმამდე.[63]

შინაარსისა და პროცესის განსხვავების შესახებ კრიტიკა ყველაზე აქტუალური აღსრულების ეტაპზეა. თუ შინაარსისა და პროცესის განსხვავება გამართლებულია იმ

---

[57] Laurence H. Tribe, The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories, 89 YALE L.J. 1063 (1980).

[58] იქვე, გვ. 1068.

[59] იქვე, გვ. 1069–70.

[60] იქვე, გვ. 1070–71.

[61] Michael Walzer, Philosophy and Democracy, 9 POL. THEORY 379, 386 (1981).

[62] LAURENCE TRIBE, THE INVISIBLE CONSTITUTION 192–93 (2008).

[63] იქვე. იხილეთ Dorf, მოხსენიებულია სქოლიო 50-ში, გვ. 1243.

მინიმალური და ძირითადი შინაარსობრივი ღირებულებების გამიჯვნისთვის, რომლებზეც სასამართლო ზედამხედველობა ვრცელდება, მაშინ ზღვარი სად უნდა გავავლოთ? პოლიტიკური მონაწილეობის საკითხები მკაცრად შემოფარგლული არ არის. გამოხატვის თავისუფლება ბევრისთვის თავისთავად ღირებული თავისუფლების უფლებაა, თუმცა ის ასევე ცნობილია ჯანსაღი დემოკრატიის შემადგენელ ნაწილად, როგორც თავისუფალი პოლიტიკური დებატებისთვის, მათ შორის ხელისუფლების მტკიცე კრიტიკისთვის საჭირო პირობა.

სავარაუდოა, რომ უმცირესობების წარმომადგენლობის უზრუნველყოფა - როგორც პროცესის თეორიის ერთი მიმართულება - გავრცელდება სოციალურ-ეკონომიკურ გარემოებებზეც: როგორ შეძლებენ განათლებას მოკლებული ადამიანები პოლიტიკურ პროცესში ეფექტურ მონაწილეობას? პროცესის თეორიის ხანგრძლივი კრიტიკა სწორედ იმას ეხება, რომ ის უბრუნდება ფართო შინაარსობრივი კონსტიტუციური კონტროლის ძალაუფლებას, რომლის თავიდან არიდებასაც ის მიზნად ისახავდა. პროცესის თეორიის ეს პრობლემა არსად ქრება, მაგრამ, მნიშვნელოვანია ისიც, რომ თეორიისგან ზედმეტი არ მოვითხოვოთ. პროცესის თეორია არის გზამკვლევი, რომელიც შესაბამის მიმართულებას იძლევა და არ მოიცავს დეტალურ ინსტრუქციას იმის შესახებ, თუ ზუსტად სად გადის მოსამართლის უფლებამოსილების ზღვარი. თეორიის გამოყენება დამოკიდებულია გარემოებებზე, როგორიცაა გარკვეული ჯგუფის ისტორიული და სხვა სტატუსი საზოგადოებაში. პოზიტიური მოქმედების პოლიტიკა ერთ სახელმწიფოში შესაძლოა აუცილებელი იყოს პოლიტიკური მონაწილეობისთვის, როდესაც სხვაგან იგივე ზომა ლიბერალური ფუფუნება იქნება. ბოლო პერიოდში ლუკ მაკლოქლინმა ელის თეორია შემდეგნაირად დაიცვა:

დემოკრატიასა და უნდობლობაში ელის თეორიას ბუნებრივი ფარგლები არ აქვს, თუმცა … ელის არგუმენტის პოტენციალი პირდაპირ უკავშირდება შესაბამის კონკრეტულ ბლოკადებს და სასამართლოს უნარს, განავითაროს „სტანდარტები, რომლებიც არა მარტო არსებითად პასუხობს სასამართლოს მიერ იდენტიფიცირებულ კონსტიტუციის დარღვევას, არამედ ასევე ექვემდებარება სასამართლო (და საკანონმდებლო) შემოწმებას და გამოხატულია კონსტიტუციური პრინციპის მისაღები ფორმით“.[64]

ეს გამომდინარეობს დასკვნისგან, რომ “წარმომადგენლობის გაძლიერება” [representation reinforcing] ხდება განგრძობითად. იმის მიუხედავად, რომ ეს პირდაპირ არ არის აღიარებული, ეს ჩანს *დემოკრატიასა და უნდობლობაში.* მაკლოქლინი გამოყოფს ელისეულ პრინციპებს, რომლებიც ეხმარება მოსამართლეებს, თავიდან აირიდონ შეუზღუდავი შინაარსობრივი კონტროლი. ეს ელისეული პრინციპები მოქმედებენ ამერიკის თანამედროვე საარჩევნო სამართალში, განსაკუთრებით საარჩევნო სამართლის კონსტიტუციური კონტროლისადმი “პოლიტიკურ ბაზარზე” ორიენტირებული ან სტრუქტურული მიდგომის ფარგლებში,[65] საარჩევნო სამართალზე სასამართლო პრაქტიკაში “ემპირიული ინფორმაციის” მნიშვნელობაზე აქცენტით.[66] ეს ნიშნავს, რომ სასამართლოს კონსტიტუციური კონტროლის განსახორციელებლად უნდა მიეწოდოს

[64] Luke P. McLoughlin, The Elysian Foundations of Election Law, 82 TEMP. L. REV. 90, 95 (2009) (ციტირებულია John Hart Ely, Gerrymanders: The Good, the Bad, and the Ugly, 50 STAN. L. REV. 607, 609 (1998)).

[65] Samuel Issacharoff & Richard H. Pildes, Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process, 50 STAN. L. REV. 643, 710 (1998).

[66] McLoughlin, მოხსენიებულია სქოლიო 63-ში, გვ.128-30.

ემპირიული ინფორმაცია, რომელიც დემოკრატიული პროცესისთვის მიყენებულ სტრუქტურულ ზიანს ადასტურებს.[67] მყარი ემპირიული ინფორმაციის მოთხოვნა მოსამართლის მიერ სტანდარტების ფორმულირების და გამოყენებისთვის დამახასიათებელი განუსაზღვრელობის და შესაბამისად, მოსამართლის ნების დაწესების საპირისპიროა. [68] ეს მოსალოდნელი დასკვნა გვახსენებს სასამართლო კონტროლისთვის ფაქტების მნიშვნელობას. სასამართლოს უნდა ჰქონდეს ცხადი სურათი რეალურად განვითარებული მოვლენების შესახებ. ერთი შეხედვით მოუხელთებელი ძებნა პოლიტიკურ პროცესებზე სასამართლო კონტროლისთვის შესაბამისი სტანდარტებისთვის არ იქნება საჭირო, თუ საქმეში განსახილველი დარღვევა ან ზიანი აშკარად სახეზეა. პროცესის თეორია დღემდე არ მოიცავს ინსტრუქციას, თუ როგორი თეორია უზრუნველყოფს ემპირიული ინფორმაციის გამოყენებით გადაწყვეტილების მიღებას, თუმცა ეს არის კიდეც მაკლოქლინის არგუმენტის ნაწილი. ელი ასეთ ინსტრუქციას არ გვთავაზობს, რადგან დემოკრატიაში მათი შესატანი წვლილი, რაც მუდმივად მიმდინარე სამუშაოა, სასამართლოებმა თავად უნდა განსაზღვრონ.

როგორ უნდა განვსაზღვროთ სასამართლოს როლი

ელიმ მოგვაწოდა გამართლებული კონსტიტუციური კონტროლის ხელმისაწვდომი სურათი, რომელიც სასამართლოს როლს “დემოკრატიის თამაშის წესებით შექმნილი წესრიგის დაცვაში” ხედავს.[69] წესრიგის დაცვის ასეთი სურათის პრობლემა ის არის, რომ არსებობს მისი სხვადასხვა ხარისხები. ზოგი წესრიგის დაცვად ხედავს ვიწრო, რეაქტიულ სისხლის სამართლის დამნაშავეების დაჭერის ფუნქციას. სხვები პოლიციელებს საზოგადოების ნაწილად აღიქვამენ, რომლებიც ურთიერთობებს ამყარებენ, და ცდილობენ ადამიანების დახმარებას იმ გზებით, რომლებიც საკმაოდ დაცილებულია დანაშაულის პრევენციისა და დევნისგან. პოლიციის როლი შესაძლოა მეორეხარისხოვანი იყოს ან პროაქტიული, ან შუალედური. წესრიგის დაცვის მეტაფორა იმეორებს, თუმცა არ ხსნის აქტივისტ და თვითშეზღუდულ სასამართლო როლებს შორის ბუნდოვანებას. ამ სტატიაში მე თვითშეზღუდულ სასამართლოს როლს ვუჭერ მხარს, და ამდენად, თავს ვიკავებ წესრიგის დაცვის სურათის მარტივი დახასიათების მიღებისგან.

განვიხილოთ ხარისხის კონტროლის ზედამხედველის სიტუაცია, რომელსაც ლორენს ზაგერი ახასიათებს, და კირითსისი ეთანხმება და აციტირებს, კონსტიტუციური კონტროლის დროს სასამართლოს როლის დასახასიათებლად.

> ხარისხის კონტროლის ზედამხედველს მხოლოდ ერთი დავალება აქვს, რომ ქარხნიდან გასული მანქანების გამართულობა უზრუნველყოს. მისი როლი ფოკუსირებული და სპეციფიურია და მოსდევს იმ ადამიანებისას, რომლებიც რეალურად მანქანებს აწყობენ. კონსტიტუციური ორგანოს მოსამართლეებიც ასე არიან. მათი მისია სპეციფიურია - პოლიტიკური სამართლის იმ ფუნდამენტური პრინციპების იდენტიფიცირება, რომლებიც გამორჩეული და მუდმივია მათ კონსტიტუციურ წესრიგში და კანონმდებლობის და სხვა სამართლებრივი აქტების ამ სტანდარტებთან მიმართებაში შემოწმება. ამასთან, მათი მისია განმეორებითია - ისინი პროცესში ერთვებიან მხოლოდ მას შემდგომ, რაც კანონმდებელი თავად

[67] McLoughlin, მოხსენიებულია სქოლიო 63-ში, გვ. 130.
[68] McLoughlin, მოხსენიებულია სქოლიო 63-ში, გვ. 129.
[69] McLoughlin, მოხსენიებულია სქოლიო 63-ში, გვ. 100.

> განიხილავს მათ წინაშე არსებული წინადადებების კონსტიტუციურ განზომილებას. [70]

ეს მაგალითი კარგად ასახავს თუ როგორ უნდა იყოს მოსამართლის როლი რეაქტიული ან "მეორეხარისხოვანი," როგორც ამას კირითსისი განმარტავს.[71] როგორც წესი, ზედამხედველი არ ერევა კონსტრუქციის პროცესში; არამედ, ის ერთვება მხოლოდ მაშინ როდესაც ხარვეზია სახეზე.

თუმცა, ამ შედარების შეუსაბამო ასპექტი ის არის, რომ ნებისმიერი გადახვევა დადგენილი სპეციფიკაციებიდან საჭიროებს ჩარევას ან შესაძლო ჩამოწერას ხარისხის კონტროლის ზედამხედველის მიერ. პოლიტიკურ პროცესებზე კონსტიტუციური კონტროლის მოდელად ამ შედარების მოყვანა ბოლომდე ვერ პასუხობს ამ დემოკრატიული პროცესების შემადგენელი ნაწილების სადავო ბუნებას. ხარისხის კონტროლის ზედამხედველი არ არის იმ პოზიციაში, რომ ყურადღება არ მიაქციოს ისეთი პროდუქტის მცირე ხარვეზს, როგორიც ავტომანქანაა, კონკრეტული სპეციფიკაციების გათვალისწინებით, რასაც ავტომანქანა უნდა შეესაბამებოდეს. მართლაც, ტექსტის კორექტირების მსგავსად, უმცირეს ხარვეზზე შეჩერება დავალების შესრულებაში სრულყოფილების მიღწევას ემსახურება. ამასთან, მშრომელი-ზედამხედველის მაგალითი გულისხმობს, რომ ზედამხედველს უფრო მეტი ექსპერტიზა აქვს შესაქმნელ პროდუქციასთან მიმართებით. კონსტიტუციური კონტროლის შესახებ დებატების კონტექსტში ეს მაგალითი ითარგმნება არადამაჯერებელ რეალობად, რომ მოსამართლეებს შეუძლიათ პოლიტიკური სამართლიანობის მოთხოვნების უფრო მკაფიოდ განჭვრეტა და კანონმდებლისთვის შეცდომებზე მითითება.

ელის რომ დავუბრუნდეთ:

> კონსტიტუციური კონტროლის აქ შემოთავაზებული მიდგომა მსგავსია ეკონომიკურ საკითხებზე ეგრეთ წოდებული "კონკურენციის" მიდგომისა განსხვავებით "რეგულაციურისგან" - შინაარსობრივი შედეგების გაწერის ნაცვლად, ის ერევა მხოლოდ მაშინ, როდესაც "ბაზარი," ჩვენს შემთხვევაში პოლიტიკური ბაზარი სისტემატურად დისფუნქციურია. (მსაჯის ანალოგია ასევე ახლოს დგას: მსაჯი თამაშში ერევა მხოლოდ მაშინ, როდესაც ერთი გუნდი არასამართლიანად მოიპოვებს უპირატესობას, და არა იმიტომ, რომ "არასწორი" გუნდი დაწინაურდება.)[72]

ეს შეჯიბრის მაგალითი ეხმიანება ბოლო პერიოდის დემოკრატიის სტრუქტურულ თეორიას ამერიკაში,[73] რომელიც ელის პროცესის თეორიის გაგრძელებაა.[74] აქ ჩვენ უფრო ახლოს ვართ რეკომენდირებულ დახასიათებასთან. ეს პასაჟი იწვევს ძველ კრიტიკას შინაარსობრივად ნეიტრალური თეორიის უკან შეფარული შინაარსობრივი თეორიის შესახებ. როგორც აღვნიშნეთ, ამ კრიტიკის სისწორის მიუხედავად, ეს არ ანადგურებს ელის პროცესის თეორიას. ამ სირთულის მიუხედავად, ეს პასაჟი გონივრულად მიანიშნებს

---

70 Laurence Sager, Constitutional Justice, 6 J. LEGIS.& PUB. POL'Y 11, 15 (2002) (ციტირებულია: Kyritsis, Constitutional Review in Representative Democracy, მოხსენიებულია სქოლიო 7-ში, გვ. 22).

71 იქვე, გვ. 23.

72 ELY, მოხსენიებულია სქოლიო 63-ში, გვ. 102–03.

73 Issacharoff & Pildes, მოხსენიებულია სქოლიო 64-ში.

74 McLoughlin, მოხსენიებულია სქოლიო 63-ში.

ჩარევის შესაბამის მზაობაზე: არა მაშინ, როდესაც არასრულყოფილებასთან გვაქვს საქმე, არამედ, როდესაც სახეზეა დემოკრატიის დისფუნქცია ან მდგომარეობა მას უახლოვდება.

ვინ უდარაჯებს დარაჯებს?

დემოკრატიული პროცესების კონსტიტუციური კონტროლი ემყარება სასამართლო დამოუკიდებლობის ღირებულებას იმ გაგებით, რომ სასამართლოები არიან შესაბამის პოზიციაში მიიღონ გადაწყვეტილება, როდესაც პოლიტიკური ლიდერები ვერ ახერხებენ დემოკრატიის აღდგენას ან შენარჩუნებას, ან როდესაც დემოკრატიული პროცესები სხვაგვარად დეგრადირდება ან საფრთხის ქვეშ არის. მართალია, სამოსამართლო უფლებამოსილების ვადა და ანაზღაურება ხშირად განიხილება დამოუკიდებლობის შენარჩუნების საშუალებად, თუმცა, სასამართლო პრაქტიკის უფრო პირდაპირი და ეფექტური ნიშანი, რომელიც დამოუკიდებლობის შენარჩუნებას ემსახურება, არის მოსამართლის გადაწყვეტილების დასაბუთების ვალდებულება. ეს ზღუდავს თვითნებურ და არასათანადო მიზეზებით მოტივირებულ გადაწყვეტილებებს. გადაწყვეტილებები ისე უნდა იყოს მიღებული, რომ ისინი საქმის სარწმუნო ფაქტებზე სათანადოდ იდენტიფიცირებული კანონის შეფარდების შედეგად ჩანდეს, სადაც ეს საჭიროა, სამართლებრივი მსჯელობის საშუალებით. ცხადია, მოხერხებულმა მოსამართლემ შესაძლოა მიღებული გადაწყვეტილება წარმოაჩინოს სამართლებრივი საფუძვლით განპირობებულად, როდესაც სინამდვილეში ეს ასე არ არის, და დამალული მოტივაცია არსებობს. თუმცა, სულ ეს არის; სამართლებრივი არგუმენტაცია საერთოდ არ არის ისე რადიკალურად განუჭვრეტელი, როგორც ამას ამტკიცებენ. აქ მოყვანილი არგუმენტის თანახმად, გარე პირების სიღრმისეულმა ანალიზმა შესაძლოა ამოიცნოს გადაწყვეტილებების ცრუ, შეფარული არგუმენტაცია.

შესაძლოა დასაბუთების ვალდებულება სუსტად არის გათავისებული მოსამართლეებს შორის. რა უშლის ხელს მოსამართლეებს განიხილონ საქმეები ზედაპირულად და გადაწყვეტილებები არასრული დასაბუთებით გამოსცენ? ამ კითხვაზე პასუხები, რომელიც სამოსამართლო საქმიანობის შემოწმების მექანიზმს ან მოსამართლეების პოლიტიკურ ზედამხედველობას გვთავაზობენ, იწვევს რეაქციას, რომელიც ყურადღებას ამახვილებს დარაჯების სადარაჯოდ სხვა დარაჯების მიჩენასთან დაკავშირებულ რეგრესსა და სამოსამართლო დამოუკიდებლობის დაზიანების საფრთხეზე. სასამართლო შტოს წარმომადგენლების სავარაუდო თვითშეფასებასთან ერთად, უნდა ითქვას, რომ იურისტები, მოსამართლეები თავად, სამართლის პროფესორები, და სამართლის სისტემის ფუნქციონირების სხვა დამკვირვებლები და კომენტატორები თვალს ადევნებენ მოსამართლეების გადაწყვეტილებებს. ისინი კითხულობენ მათ, და სხვადასხვა ხარისხით აფასებენ, აკრიტიკებენ და აქებენ.[75]

დასაბუთებული გადაწყვეტილება სამართლებრივი არგუმენტაციის ნორმებს უნდა შეესაბამებოდეს. ასეთი არგუმენტი ლოგიკურია და სანდოა იქიდან გამომდინარე, რომ ის არ შეიცავს მცდარ მსჯელობას და ნამდვილად შეიძლება იყოს დამაჯერებელი. ამ თვალსაზრისით, მოსალოდნელია, რომ არგუმენტების მხოლოდ ზედაპირული ჩამოთვლა

---

[75] Michael Dorf & Samuel Issacharoff, Can Process Theory Constrain the Courts?, 72 UNIV. COLO. L. REV. 923, 925 (2001). (მეცნიერთა მიერ შემოთავაზებულია „სასამართლო გადაჭარბების ინფორმირებული და დაბალანსებული კრიტიკა", როგორც დახვეწილი მექანიზმი დახვეწილი მექანიზმი, რომელიც ხელს უშლის მოსამართლეების დაუცველობას დამოუკიდებლობისკენ სწრაფვისას).

მოქმედ სამართლებრივ ნორმებთან დასაკავშირებლად არ იქნება დამაჯერებელი; როგორც წესი, განმარტებები იქნება საჭირო, თუმცა ის შეიძლება მოკლედ იყოს გადმოცემული. ეს არგუმენტაცია ასევე მოქმედებს სასამართლოს მიერ დამკვიდრებული მეთოდებისა და პრაქტიკის ფარგლებში. მაგალითად, დასაბუთება იყენებს ინტერპრეტაციის მეთოდებს, რომლებიც სამოსამართლო წრეში ლეგიტიმურად არის აღიარებული.[76] ინტერპრეტაციის მეთოდები არის დასაბუთების მოსამართლის ხელთ არსებული ინსტრუმენტი. ცხადია, არსებობს არაერთი მეთოდი და მათ შეუძლიათ დასაბუთებისთვის სხვადასხვა მიმართულების მიცემა. გარდაუვალია, რომ ზოგჯერ სასამართლოს გადაწყვეტილებები კონსტიტუციურ სამართალში, ისევე როგორც სხვა სფეროებში, ინოვაციური იქნება იმ გაგებით, რომ საქმის შედეგი არსებული კანონმდებლობით წინასწარ განჭვრეტადი არ არის. შეუსაბამობას ვაწყდებით ორ მოსაზრებას შორის, რომ მოსამართლემ გადაწყვეტილება სრულად კანონს უნდა დააფუძნოს ერთი მხრივ, და მეორე მხრივ, მათ უნდა გამოსცენ გამჭვირვალე გადაწყვეტილებები, რომლებიც ცხადად წარმოაჩენენ ინოვაციურ ინტერპრეტაციებს და შედეგად მიღებულ პოლიტიკურ არჩევანს. არ არსებობს ამ შეუსაბამობის მარტივი გადაწყვეტა. მოსამართლეების მიერ ინოვაციური ინტერპრეტაციების პირდაპირმა აღიარებამ შესაძლოა კანონზე შოკისებრი ეფექტი იქონიოს; ეს უარყოფს “ხარვეზის გარეშე” პოსტულატს - რომ კანონი ყველა კითხვაზე პასუხის მქონეა - რაც საბოლოოდ გადამწყვეტ როლს თამაშობს კანონით დავის გადაწყვეტის ფუნქციაზე.[77] საჭიროებისამებრ, მოსამართლეებმა უნდა დაასაბუთონ ახალი ნორმები მოქმედი რელევანტური კანონმდებლობის გამოყენებით. ამ დავალების შესრულების ხარისხი შეიძლება შეფასდეს დასაბუთებული გადაწყვეტილების გამოცემის შემდგომ. მსჯელობა უნდა იყოს გამჭვირვალე და შეფასებას უნდა ექვემდებარებოდეს; გადაწყვეტილება არ უნდა იყოს შაბლონური და ზედაპირული. გადაწყვეტილების შეფასება ყოველთვის ერთმნიშვნელოვანი არ არის და აზრთა სხვადასხვაობა იარსებებს კომენტატორებს შორის, თუმცა, სასამართლოების სამართლებრივი არგუმენტაციის შეცდომებზე ყურადღებას გაამახვილებენ კომენტატორები ან ისინი შეიძლება გამოასწორონ სხვა სასამართლოებმა.

კონსტიტუციის პროფილაქტიკური ნორმები

ამერიკის შეერთებული შტატების კონსტიტუციური სამართლის თეორეტიკოსებმა კონსტიტუციის პროფილაქტიკური ნორმები განსაზღვრეს.[78] როგორც მიჩელ ბერმანი განმარტავს, ეს არის სასამართლოს მიერ ფორმულირებული კონსტიტუციური სამართლის მოთხოვნები, რომლებსაც კონსტიტუციის დაცვისას ხელისუფლების ქმედების უფრო ფართოდ შეზღუდვა ახასიათებთ, ვიდრე ეს ერთი შეხედვით არის საჭირო.[79] ეს წესები ზუსტად არ იმეორებენ არსებულ კონსტიტუციურ მოთხოვნებს. ისინი იცავენ იმ შემთხვევებში, როდესაც დაცვა არც არის საჭირო, რადგან პრობლემა სახეზე არაა, თუმცა, ისინი პრევენციული ბუნებიდან გამომდინარე ზედმეტი ან უსაფუძვლო მაინც არ არიან. ეს ნორმები, პირველ რიგში, პრობლემის წარმოშობას უქმნიან ბარიერს. კონსტიტუციის პროფილაქტიკური ნორმები ასევე ითვალისწინებენ ინსტიტუციურ რეალობას, პრაქტიკას

[76] PHILIP BOBBITT, CONSTITUTIONAL FATE: THEORY OF THE CONSTITUTION (1982).

[77] JOHN FINNIS, NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS 269 (1980); Larry Alexander, What Are Constitutions, and What Should (and Can) They Do? 28 SOCIAL PHIL. & POL'Y 1, 1 (2010).

[78] David A. Strauss, The Ubiquity of Prophylactic Rules, 55 UNIV. CHI. L. REV. 190 (1988).

[79] Mitchell N. Berman, Constitutional Decision Rules, 90 Va. L. REV. 1 (2004).

და პროცედურას.[80] ეს წესები უცხო არ არის ისეთი პოლიტიკური პროცესების კონსტიტუციური სტანდარტებისთვის, როგორიცაა საპარლამენტო არჩევნები.[81] დემოკრატიული პროცესები, დეგრადაციის მუდმივი საფრთხიდან გამომდინარე, მათ მაინც განსაკუთრებულად საჭიროებენ.

კონსტიტუციის პროფილაქტიკური ნორმები და ფარგლების დადგენა, რომლებიც ელის იმ კონცეპტების აშკარად უხერხული გაფართოების შედეგია, რომლებიც, საჭიროების შემთხვევაში, სასამართლოების მიერ შეცდომების გამოსწორებას მიემართებიან. ამის მიუხედავად, არსებითია ჩარევა მოხდეს დემოკრატიული პროცესის ჩამოშლამდე და არა მის შემდეგ, ყოველთვის იმის გათვალისწინებით მოსალოდნელია თუ არა მისი აღდგენა დემოკრატიული საშუალებებით. მაგალითად, სასამართლომ შესაძლოა აკრძალოს საჯარო სახსრების გამოყენება რეფერენდუმის კონკრეტული შედეგის დასაფინანსებლად, არა იმიტომ, რომ სასამართლოს წინაშე განხილული საქმე განსაკუთრებით პრობლემურია, არამედ იმიტომ რომ ასეთი შეზღუდვის გარეშე, ის შეიძლება უფრო ინტენსიური გახდეს ან პოლიტიკური თანამდებობის პირების მიერ იქნეს გამოყენებული მათი ხელახლა არჩევის უზრუნველსაყოფად.[82] მზარდი პრობლემის მოგვარების მიზნით ჩარევასა და პოლიტიკური პროცესის თავისით აღდგენის მოლოდინით განზე გადგომას შორის არსებობს დელიკატური ბალანსი.[83] გავიხსენოთ ელის წარმომადგენლობის *გაძლიერების* კონცეპტი, რომელიც მოიცავს პრევენციულ მექანიზმებს, თუმცა არ ახალისებს ინოვაციური ინტერპრეტაციების საშუალებით სრულყოფილებისკენ სწრაფვას. კონსტიტუციის პროფილაქტიკური ნორმები ეხება მომავალი საფრთხეებისკენ ყურებას და პოლიტიკური კონკურენციის მუდმივად შენარჩუნების მცდელობას. ამდენად, ისინი განსაკუთრებით გამოსადეგი ინსტრუმენტები არიან პოპულიზმით მოტივირებული დემოკრატიული დეგრადაციისთვის წინააღმდეგობის გასაწევად.

ტრანსნაციონალური კოორდინირება დემოკრატიისთვის

სასამართლოს გზით დემოკრატიის დეგრადაციის თავიდან აცილების კიდევ ერთი თუმცა შეზღუდული საშუალება შეიძლება იყოს სასამართლოების მიერ ძირითადი დემოკრატიული ღირებულებებისა და წესრიგისკენ ყურადღების მიპყრობა ტრანსნაციონალურ დონეზე, რასაც როზალინდა დიქსონი და დეივიდ ლანდაუ "კოორდინირებად" მოიხსენიებენ.[84] დემოკრატიის ბირთვის შესახებ საერთო მინიმალური კონცეფცია მსოფლიოს მასშტაბით არსებობს. მიუხედავად იმისა არის თუ არა ის ეროვნული კონსტიტუციის ტექსტში გამყარებული, გარკვეული ტრანსნაციონალური კონსენსუსი დემოკრატიის ფუნქციონირების შესახებ მნიშვნელოვანი წყაროა

---

[80] იქვე, გვ. 30.

[81] მაგალითისათვის, Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966) (ხაზს უსვამდა მოთხოვნას დანაშაულში ეჭვმიტანილის ინფორმირებას თვითდადანაშაულების წინააღმდეგ მათი უფლების შესახებ, რათა მათი შემდგომი სასამართლოს გარეთ გაკეთებული განცხადებები დასაშვები იყოს სასამართლო ეტაპზე).

[82]ეს არის ირლანდიის „McKenna"-ს საქმეზე 1995 წელს მიღებული საკამათო გადაწყვეტილების ერთ-ერთი რაციონალიზაცია 1995 წლიდან: McKenna v. An Taoiseach (No. 1) and (No. 2) [1995] 2 IR 1.

[83] მაგალითისათვის, იხილეთ იტალიის საკონსტიტუციოს 2014 წლის საარჩევნო კანონმდებლობაში ჩარევის შემთხვევა: Erik Longo & Andrea Pin, Judicial Review, Election Law, and Proportionality, 6 NOTRE DAME J. INT'L & COMP. L. 101 (2016).

[84] Rosalind Dixon & David Landau, Transnational Constitutionalism and a Limited Doctrine of Unconstitutional Constitutional Amendment, 13 INT'L J. CONST. L. 606, 633 (2015); David Landau & Rosalind Dixon, Constraining Constitutional Change, 50 WAKE FOREST L. REV. 859, 879 (2015).

მოსამართლეებისთვის დემოკრატიის დეგრადაციისთვის წინააღმდეგობის გაწევისას. ეს თავიდან იცილებს დემოკრატიის შესახებ გადაწყვეტილების მიმღები მოსამართლების ფილოსოფოსი-მეფის პრობლემას - რაც ელისთვის მნიშვნელოვან პრობლემას წარმოადგენდა - მათი მოთხოვნების სხვაგან იდენტიფიცირებულ პრაქტიკებთან კავშირის მოძიებით. თუმცა, ცხადია, კვლევის, არჩევის, და შედარების სამუშაო მნიშვნელოვან დისკრეციას გულისხმობს.

ეროვნულ კონსტიტუციურ კონტროლს მიღმა

ელის თეორია და ამ სტატიაში ხელახლა განხილული კონსტიტუციური კონტროლის შესახებ დებატები ეხებოდა ხელისუფლების დანაწილების ტრადიციულ სტრუქტურას ავტონომიურ ერ-სახელმწიფოში. და მაინც, სასამართლოს მიერ დემოკრატიის დაცვის იდეა რელევანტურია ევროკავშირში პოპულისტურად მოტივირებული კონსტიტუციური დემოკრატიის დეგრადაციის მიმდინარე პროცესში შესაძლო სუპრა-ნაციონალური ინსტიტუციური ჩარევისთვის. ბოლო წლებში პოპულისტებმა პოლონეთის ხელისუფლებაში მიიღეს ცვლილებები, ძირითადად სათანადო კონსტიტუციური პროცედურებით, რომლებიც მნიშვნელოვან გავლენას ახდენენ პოლონეთის სასამართლოს სისტემის შემადგენლობაზე.[85] ამ მოვლენების გავრცელებული კრიტიკის თანახმად, ეს ცვლილებები ემსახურება სასამართლოს დამოუკიდებლობის ხელყოფას და ამ მიზნით იყო მოტივირებული, რაც, თავის მხრივ, აუქმებს სასამართლოების ფუნქციას, წინააღმდეგობა გაუწიოს დემოკრატიული კონკურენციის ჩახშობას პოპულისტური „კანონისა და სამართლიანობის" პარტიის მიერ.

პოლონეთში კონსტიტუციური დემოკრატიის ეროზიის შეჩერების განსხვავებულ გზებს შორის, რომლებიც ევროკავშირის ინსტიტუტებმა შეიძლება გამოიყენონ, განიხილება,[86] ევროკავშირის შესახებ ხელშეკრულების მე-7 მუხლის შესაბამისად, ევროპის მართლმსაჯულების სასამართლოს (CJEU) მიერ პოლონეთში სისტემური სამართლის უზენაესობის ხარვეზების შეფასების და დადგენის შესაძლებლობა საქმეზე, რომელიც ირლანდიის სასამართლოს მიერ ბრალდებულის პოლონეთში ექსტრადიციაზე უარს ეხება.[87] ეს საჭიროებს ევროპის მართლმსაჯულების სასამართლოში ირლანდიის სასამართლოს წარდგინების თავიდან ფორმულირება. როგორც ასეთი, აღიარებულია, რომ სასამართლოს ასეთი მიდგომა აღქმული იქნება "აქტივიზმად."[88]

როგორც ანდრეა პინი განმარტავს, სხვა მოვლენებთან ერთად, პოლონეთის მაგალითი წარმოაჩენს ევროპის ინტეგრაციის პროექტის ძირითადი პოლიტიკური და კონსტიტუციური ღირებულებების ფარგლებში რეგრესის მოლოდინის ისტორიულ ნაკლებობას, განსხვავებით პროგრესისგან.[89] დროს ვერ დავაბრუნებთ, თუმცა რელევანტურ ინსტიტუციურ აქტორებს გარკვეულ ფარგლებში შეუძლიათ ინოვაციური

---

[85] Armin von Bogdandy, Piotr Bogdanowicz, Iris Canor, Maciej Henryk Taborowski, & Matthias Schmidt, A Constitutional Moment for the European Rule of Law—Upcoming Landmark Decisions Concerning the Polish Judiciary 2018 (Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2018–10), https://papers.ssrn.com/ sol3/papers.cfm?abstract_id=3199809.

[86] იქვე.

[87] Minister for Justice and Equality v. Celmer (No.3) [2018] IEHC 153.

[88] von Bogdandy et al., მოხსენიებულია სქოლიო 84-ში, გვ. 10.

[89] Andrea Pin, The Transnational Drivers of Populist Backlash in Europe: The Role of Courts, XX GERMAN L.J. XXX (2019).

გზების მოძებნა ევროპული პროექტის დასაცავად. რამდენადაც სამართლის უზენაესობა სასამართლოს მიერ განსჯადი გახდა,[90] ის მნიშვნელოვანი ინსტრუმენტია სასამართლოს მიერ ფრთხილად გამოსაყენებლად. პოლონეთის კონტექსტში სადავო სამართლის უზენაესობაა, თუმცა მთავარი საკითხი კონსტიტუციური დემოკრატიის ეროზიაა. მართლაც, სამართლის უზენაესობა სასამართლოს განსჯადი გახდა, და როგორც ჩანს, ის ნაკლებ აზრთა სხვადასხვაობას იწვევს, ვიდრე დემოკრატია.[91] როგორც ასეთი, ის უფრო მარტივად აღსასრულებელი სტანდარტი აღმოჩნდა. სამართლის უზენაესობის ამოქმედება ამ ფორმით წარმოაჩენს პროცესს, რომელიც შეესაბამება დიქსონისა და ლანდაუს კოორდინაციის ზემოთ განხილულ მეთოდს. შესაბამისად, ელის თეორიული ჩარჩოს გადმოსახედიდან, სამართლის უზენაესობა სათანადო ღირებულებაა დემოკრატიის დასაცავად - რაც გულისხმობს სამართლის უზენაესობის შენარჩუნებაზე მოთხოვნას დემოკრატიის ეროზიისგან დასაცავად - იმის მიუხედავად, რომ სამართლის უზენაესობა არ მოიცავს დემოკრატიას. ევროპის მართლმსაჯულების სასამართლოს მიერ ჩარევა პოლონეთის მოვლენებში ნამდვილად სადავო იქნება და მოსალოდნელია, რომ ის არადემოკრატიულად შეფასდება. თუმცა ელისეული ანალიზი გვეხმარება ასეთი ბუნებრივი დემოკრატიის პრობლემის გაგებაში. ელის თეორიის რელევანტური ძირითადი მითითება ეხება სწორედ დემოკრატიის დაცვას არაარჩევითი ორგანოს საშუალებით, რომელიც შეზღუდულად, დემოკრატიის იდეალებთან თანხვედრაში მოქმედებს.

დასკვნა

ჯონ ჰარტ ელის პროცესის თეორია მიზნად ისახავდა ამერიკისთვის დამახასიათებელი კონტრ-მაჟორიტარული დილემის კონსტიტუციური კონტროლით გადაწყვეტას. ელიმ მისი არგუმენტი ამერიკის კონსტიტუციური სამართლისა და ისტორიის გადმოსახედიდან განავითარა და საბოლოო პოზიციის ჩამოყალიბებისას უკუაგდო პერსონალური ფილოსოფიური შეხედულებები დემოკრატიის შესახებ, როგორც მისი არგუმენტისთვის ზედმეტი.[92] შედარებითი კონსტიტუციური სამართალის ლიტერატურაში არსებული ეჭვები პროცესის თეორიის გავრცელების და კონსტიტუციურ დიზაინზე გავლენის შესახებ შესაძლოა გადაჭარბებული იყოს.[93] ნებისმიერი მნიშვნელოვანი კონსტიტუციური დოქტრინა თუ თეორია საჭიროებს თავდაპირველი კონტექსტიდან ჩამოშორებასა და რეინტერპრეტაციას სხვაგან პრაქტიკული მნიშვნელობის შესაძენად. ზოგადი თეორია ყოველთვის აბსტრაქტულია და საჭიროებს დეტალებით შევსებას მის პრაქტიკულ გამოყენებამდე.[94] ელის თეორიამ შეიძლება გასცეს ან ვერ გასცეს პასუხები კითხვებს, რომლებიც დღის წესრიგში არ იდგა ამერიკაში, მაგრამ არსებობს კონსტიტუციური დიზაინის ფორმაციის მომენტებში სხვაგან; პასუხების არ არსებობა არ არის ფატალური თეორიისთვის, რადგან თეორია შეიძლება შეივსოს და ადაპტირდეს. პოლიტიკური პროცესების სასამართლოს გზით დაცვაზე ელისეული აქცენტი განახლებულ ინტერესს იმსახურებს პოპულისტური პოლიტიკის მზარდი წარმატების ფონზე. პოპულისტებს

---

[90] von Bogdandy et al., მოხსენიებულია სქოლიო 84-ში, გვ. 3–4.

[91] იქვე, Waldron, მოხსენიებულია სქოლიო 9-ში.

[92] როგორც აღნიშნულია McLoughlin, მოხსენიებულია სქოლიო 63-ში, შენიშვნა 14-ში, “Democracy and Distrust”-ის 187-ე გვერდზე, დემოკრატია და უნდობლობა, ელი მიუთითებს მის სხვა ნაშრომზე, რომელიც უტილიტარიზმსა და დემოკრატიას შორის კავშირს შეეხება და რომლის გამეორება, მისი თქმით, ზედმეტია.

[93] Claudia Geiringer, When Constitutional Theories Migrate: A Case Study, AM. J. COMP. L. (forthcoming).

[94] Raz, მოხსენიებულია სქოლიო 84-ში, გვ. 18.

სჯერათ, რომ მათ აქვთ დემოკრატიული პროცესების განახლების მანდატი. ისინი არიან მოტივირებული დემოკრატი ფუნდამენტალისტები, თუმცა მათი მისწრაფებები არადემოკრატიულია, რადგან ისინი უარს ამბობენ, ცნონ დემოკრატია მუდმივი დავის და კონკურენციის პროცესად, როგორც მოქმედი დემოკრატიის საკუთრივ ფორმის და დემოკრატიული საკანონმდებლო პროცესის შედეგად დადგენილი შინაარსობრივი პოლიტიკების თვალსაზრისით. დემოკრატია ეხება როგორც მომავალ პოლიტიკურ მონაწილეობას, ასევე საზოგადოებრივ ჩართულობას აწმყოში; როგორც მუდე და კალტვასერი აღნიშნავენ, პოპულიზმი აქცენტირდება ხალხის ჩართულობაზე, თუმცა მიმართულია საჯარო დებატების ჩახშობაზე.[95] სასამართლოებს შეუძლიათ შეაჩერონ ან როგორც მინიმუმ შეანელონ დემოკრატიის პოპულისტური ეროზია. ამისთვის, სასამართლოებს უნდა ჰქონდეთ საკანონმდებლო და კონსტიტუციური ცვლილებების შემოწმების და შეფასების უფლებამოსილება. ამ სტატიაში დახასიათებული კონსტიტუციური კონტროლის ელისეული რაციონალიზაცია ორ დაკავშირებულ არგუმენტს ავითარებს: პოლიტიკური პროცესების კონსტიტუციური კონტროლი შესაძლოა იყოს დემოკრატიასთან შესაბამისი და მისი მხარდამჭერიც, და ის უნდა მოქმედებდეს შეზღუდულად, დემოკრატიის დასაცავად და არა სრულყოფისთვის. პირველი არგუმენტი შეიძლება გამოყენებულ იქნეს კონსტიტუციის შემქმნელების მოწოდებისთვის, სასამართლოებს მისცენ ასეთი გამოხატული როლი, ასევე კონსტიტუციის ინტერპრეტაციისას გასათვალისწინებლად, როდესაც სასამართლოს მხრიდან გარდაუვალია კონსტიტუციის შემქმნელის როლის მორგება.[96] მეორე არგუმენტი მიემართება კონსტიტუციური სამართლის პრაქტიკას - ის სასამართლოს ჩარევისთვის მზაობისკენ მოუწოდებს, თუმცა მხოლოდ მაშინ, როდესაც ეს ისეთი პრობლემის გამოსასწორებლად ან პრევენციისთვის არის საჭირო, რომლის დემოკრატიული პროცესის შედეგად გამოსწორება მოსალოდნელი არ არის. ეს რელევანტურია მაშინაც, როდესაც სასამართლოს უკვე აქვს ზოგადი კონსტიტუციური კონტროლის უფლებამოსილება. ამ ფორმით ჩარევა გულისხმობს არსებული დოქტრინის შენარჩუნებაზე მეტს, მოიცავს ინოვაციურ ინტერპრეტაციებს, რომლებსაც კონსტიტუციონალიზმის გაფართოება შეუძლია. სასამართლოებისთვის მოწოდება დაიცვან, და არა სრულყონ დემოკრატია, აუცილებლად არ ნიშნავს მითითებას პირდაპირი მნიშვნელობით დემოკრატიისთვის საუკეთესო არჩევანის გაკეთებაზე. სასამართლო გადაწყვეტილებების შეფასებისას სასურველია რიგი აშკარად სუბოპტიმალური მიდგომების მნიშვნელობის შესახებ განხილვის დაწყება. ეს ინსტრუქცია და ელისეული ხედვა უზრუნველყოფს შეფასების ჩარჩოს და კითხვებს, რომელებიც პოლიტიკურ პროცესებში სასამართლო ჩარევების შეფასებისას უნდა დაისვას. მართალია, მისი გამოყენება სადავოა, როგორც ეს კონსტიტუციური პროფილაქტიკური წესების შემთხვევაშია. თუმცა, საბოლოოდ, მნიშვნელოვანია არა ის, რომ ეს მცდელობა ელის თეორიის ერთგული იყოს, არამედ იცავს თუ არა ის დემოკრატიას მუდმივი საფრთხეებისგან.

---

[95] MUDDE & KALTWASSER, მოხსენიებულია სქოლიო 14-ში, გვ.82.

[96] Barber & Vermuele, მოხსენიებულია სქოლიო 32-ში.

სასამართლო სისტემის დამოუკიდებლობა და ლეგიტიმურობის აღქმები

ნიკ ფრიდმანი[1]
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 დავები შიშისა და მიკერძოების გარეშე გადაწყვიტოს. თავად სასამართლოც ამ მცდელობის მხოლოდ პასიურ მონაწილეს არ წარმოადგენს. წინამდებარე ნაშრომში განვიხილავ, რისი გაკეთება 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 აღქმებს 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 განვავითარებ 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 ზოგადად, საზოგადოების კონტროლის ან ზეწოლისგან.[2] ამგვარად გაგებული სასამართლოს დამოუკიდებლობა მოიცავს როგორც მოსამართლის აზროვნების

[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.

[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.

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 აქაც 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 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

[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.

[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.

ლეგიტიმაციის თაობაზე საზოგადოებრივი აზრის კვლევებით. აქ კითხვები ეხება, მაგალითისათვის, საკითხებს - მიიღებს თუ არა საზოგადოება ისეთ ფუნდამენტურ ცვლილებებს სასამართლოს როლსა და სტრუქტურაში, როგორიცაა 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. სტატიის 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 კიდეც დაინტერესებული მისი ლეგიტიმაციის თაობაზე საზოგადოებაში არსებული აღქმებით. თუმცა, ხელისუფლების სხვა 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,

[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).

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 სიძლიერესა 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 მხაობის 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 პრინციპის პრაქტიკაში მოქმედებაზე, მაგალითად, როდესაც ფრანკლინ რუზველტმა შეაჩერა აშშ-ს უზენაესი სასამართლოს მიერ მისი New Deal-ის საკანონმდებლო პროგრამის აგრესიული ანულირება 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

---

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

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 უგულებელყოფს 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 (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 ხელისუფლებების მოქმედებებისა და გადაწყვეტილებების ბათილად ცნობის გამოც, განსაკუთრებით ისეთ მკაფიო სფეროებში, რომლებსაც საჯარო პოლიტიკის განზომილება აქვთ ან ითვლება, რომ

---

[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 Y ale 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').

[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).

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 დემოკრატიას, 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 ინტერესებს 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] 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" მოიხსენიებს[24] და ეს არის მიზეზი იმისა, რომ სასამართლოები კრიტიკულად უნდა იყვნენ

[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.

[23] Bickel (n 12) 17 – 18.

[24] Slack (n 17).

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 დისკუსიაა ასევე გვაფრთხილებს იმ პოტენციურად შეცდომაში შემყვანი მტკიცებების შესახებ, თითქოს ჩვენ ვცხოვრობთ „იურისტროკრატიის“[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 მტკივნეული 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 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

---

[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 .
[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.

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 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

---

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.

34 Vanberg (n 27) 176 – 79.

დემოკრატიულ ქვეყანაშია[35] - 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, 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

---

[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 L aw & Society Review 621, 621 – 22.

[40] Caldeira and Gibson (n 2).

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

ბლექსტოუნისა 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, როგორიცაა 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 მოქმედი წესის შინაარსი, სწორად იქნას გაგებული იგი და ყოველთვის გამოიყენონ ეს წესი მსგავს ფაქტებზე.[44] ამ თვალსაზრისით, ენა განმსაზღვრელია; სასამართლოს დაყრდნობა არასამართლებრივ ნორმებზე, როგორიცაა 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

---

[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.
[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 – 6l; 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.

ამტკიცებდა, რომ ნებისმიერი საქმის წაკითხვა შესაძლებელია „თავისუფალი“ გაგებით - ფაქტებისგან აბსტრაჰირებულად, 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 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 კიდეც 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

[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).
[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.

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, 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“, როგორიცაა კანონმდებლობისა და სასამართლო პრაქტიკის სპეციფიკური ფორმულირება.[67] მაგრამ ის

---

[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.
[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.

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]

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 (როგორიც 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 გვთავაზობენ გარკვეულ სტრატეგიებს, რომლითაც სასამართლოს საკუთარი ლეგიტიმაციის გაუმჯობესება შეუძლია. პირველი ორი, გამჭვირვალობა და თავშეკავება, უპირველეს ყოვლისა, საზოგადოებასთან ურთიერთობის სტრატეგიებია, რომელთა გამოყენებაც მოსამართლეებს შეუძლიათ და იყენებენ კიდეც თავიანთ წერილობით გადაწყვეტილებებში თუ სასამართლოს გარეთ გაკეთებულ განცხადებებში. ეს სტრატეგიები ერთმანეთისგან იმით განსხვავდებიან, რომ თითოეული ცდილობს,

---

[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.

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

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 კიდეც მოსამართლეთა მხრიდან გარკვეული სახის პოლიტიკურ შეფასებას.

ქვემოთ, მე გთავაზობთ სასამართლოს მიერ გაკეთებულ 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. ეჭვგარეშეა, 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 ბრწყინვალებით 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]

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

ლორდ ნიუბერგერი და ლედი ჰეილი გამჭვირვალობის ბოლოდროინდელი ყველაზე ცნობილი დამცველები არიან.[72] ლორდ ნიუბერგერი ამტკიცებს, რომ „მოსამართლეები არიან და ყოველთვის იყვნენ კანონმდებლები“[73] 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 (როგორიცაა 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

---

[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 .

[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. ჰოლმსი ამტკიცებს, რომ აშშ-ს კონსტიტუციის დებულებები არის „ორგანული, ცოცხალი ინსტიტუტები“, რომელთა მნიშვნელობა არის „შეკრებილი არა უბრალოდ სიტყვებისა და ლექსიკონის აღებით, არამედ მათი წარმოშობისა და მათი ზრდის ხაზის გათვალისწინებით“ (Gompers, 610).). დეკლარაციული თეორია, როგორც ამას ჰოლმსი დამცინავად აღწერს, კანონს ამტკიცებს, როგორც რაღაც „ყოვლისმომცველს ცაში“. S outhern Pacifi c 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.

ინტერპრეტაციამ „უნდა გაითვალისწინოს ამ 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 ვალდებულად 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 მოიცავს[85] - დოქტრინა საკმაო 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 ლეგალისტური, ხოლო, მეორე მხრივ კი მათ შორის, ვინც

---

[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: D rafting 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).

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 მიანიშნა 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 ჭეშმარიტება 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

თავშეკავება, როგორც საზოგადოებასთან ურთიერთობის სტრატეგია, იზიარებს ლორდ ნიუბერგერის კრიტიკას. თუ საზოგადოების მოლოდინები მიუკერძოებელი და ლეგალისტური გადაწყვეტილების შესახებ ეწინააღმდეგება ღირებულებით დატვირთულ

[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.

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 წარმოუდგენლად 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 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 გადამწყვეტიცაა".[93] რაც შეეხება

---

[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).

[93] Sumption (n 17).

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 სოლუმი 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]

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

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

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] ბლექსტოუნის 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 (ძალიან) 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]

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]

---

[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.
[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.

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 მიმღებლობა, რომ შექმნილიყო იმგვარი საკანონმდებლო კონტექსტი, რომლის ფარგლებშიც ასეთ „უფლებას" შეეძლო ემოქმედა".[108] ანალოგიურად, ლორდ ჰოფმანმა 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, როგორიცაა 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 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 ჩამოყალიბდა ზემოაღნიშნული შეხედულებების მიხედვით, ჯამალ

---

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 .

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

გრინი მტკიცებულებების მიმოხილვით ასკვნის, რომ „ამერიკის საზოგადოების მნიშვნელოვანი ნაწილი [ახლა] აფიქსირებს ორიგინალიზმთან კავშირს“.[115] ამრიგად, იქნება ეს მიღებული გულწრფელი რწმენით, რომ ღირებულებების გარეშე გადაწყვეტილებების 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 (როგორიცაა 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 კონსერვატიულს“, როგორც „ზედმეტად ლიბერალურს“.[117] როგორც ურა და მერილი ასკვნიან, 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, როგორიცაა ლგბტ თემის წარმომადგენელთა შრომითი უფლებები, კონტრაცეპტივების ხელმისაწვდომობა

---

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

[116] Ura and Merrill (n 36) 435.

[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/ .

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 წარმოუდგენელი 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 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 მგრძნობიარე 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

---

[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.
[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.

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 მგრძნობიარე 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 როგორიც 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.

---

[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.
[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.

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, 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, როგორიც 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 ბეწვის ხიდზე 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

---

[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

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 გულებს 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 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, გამამხნევებელია: 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.

Review 995, 1004 – 05. c f Ura and Merrill (n 36) 435 – 36.
[137] Friedman (n 135) 1006.

შმიტელზენის სასამართლო: ლეგიტიმაციის საკითხი

ორ ბასოკი[1]
თარგმანი: ანა ჭიაბრიშვილი

შესავალი

მაშინ, როდესაც კონსტიტუციის მცველის შესახებ მეტაფორას, სხვა მოაზროვნეთა შორის,[2] ჯერ კიდევ სიესისა და ჰამილტონის ნაშრომებში ვხვდებით, კონსტიტუციური დისკუსიების წინა პლანზე მან ვაიმარის რესპუბლიკის მშფოთვარე წლებში, კონსტიტუციის მცველის ინსტიტუციურ იდენტობის შესახებ კარლ შმიტსა და ჰანს კელზენს შორის დებატებისას წამოიწია.[3] ამ მწვავე დებატების ფონზე გერმანიის პირველი ექსპერიმენტი დემოკრატიასთან დაკავშირებით ჩაიშალა, ამიტომ, ამ გამოცდილების გაკვეთილებს ჯერ კიდევ დიდი მნიშვნელობა აქვთ.[4] როგორც წესი, ეს დებატები წარმოდგენილია იმ სქემით, რომელშიც შმიტი მცველად პრეზიდენტს წარმოადგენს, ხოლო კელზენი - საკონსტიტუციო სასამართლოს. თუკი ამ მეტისმეტად გამარტივებულ აღწერას გავიზიარებთ, ამ დებატების უდავო გამარჯვებული კელზენია, რეტროსპექტულად, ვინაიდან მსოფლიოს მრავალ ქვეყანაში, მათი კონსტიტუციების მცველებად[5] სწორედ ეროვნული უმაღლესი სასამართლოები გვევლინებიან.[6] თუმცა, ორივე მეცნიერის არგუმენტების უფრო სიღრმისეული შესწავლა, საკმაოდ განსხვავებულ დასკვნამდე მიგვიყვანს.

შმიტს მიაჩნია, რომ მცველი იცავს საზოგადოების ძირითად პოლიტიკურ გადაწყვეტილებას - იდენტობას - როგორც ეს კონსტიტუციაშია გამოხატული. ამ გადაწყვეტილების დასაცავად, მცველს ხალხის მხარდაჭერა უნდა ჰქონდეს. შმიტის თანახმად, ვინაიდან, სასამართლოები თავიანთ ლეგიტიმაციას სახალხო მხარდაჭერაზე ვერ დააფუძნებენ, ისინი კონსტიტუციის მცველის ფუნქციის შესასრულებლად არ გამოდგებიან. აღნიშნული შეუძლია მხოლოდ რაიხის პრეზიდენტს, რომელიც ხალხის მხარდაჭერით სარგებლობს. კელზენი მცველის როლს საკონსტიტუციო სასამართლოს ანიჭებს, რაც მის მიერ დასაცავი ობიექტის განსხვავებულ გაგებას ეფუძნება. კელზენის

---

[1] Bassok, O. (2020). The Schmitelsen Court: The Question of Legitimacy. German Law Journal, 21(2), 131-162. doi:10.1017/glj.2020.2. © The Author(s) 2020. Published by Cambridge University Press on behalf of the German Law Journal. This is an Open Access article, distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-Non Commercial licence (http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/), which permits unrestricted re-use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

[2] *იხილეთ The Federalist No. 78*, THE FEDERALIST PAPERS, 392 (Alexander Hamilton) (Ian Shapiro ed., 2009); Marco Goldoni, *At the Origins of Constitutional Review: Sieyes' Constitutional Jury and the Taming of Constituent Power*, 32 OXFORD J. LEGAL STUD. 211, 211 (2012).

[3] HANS KELSEN & CARL SCHMITT, THE GUARDIAN OF THE CONSTITUTION: HANS KELSEN AND CARL SCHMITT ON THE LIMITS OF CONSTITUTIONAL LAW (Lars Vinx trans., 2015).

[4] *იხილეთ* David Dyzenhaus, *Legal Theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?* 91 AM. POL. SCI. REV. 121 (1997).

[5] *იხილეთ, მაგ.*, JUSTIN COLLINGS, DEMOCRACY'S GUARDIANS: A HISTORY OF THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT, 1951–2001, xxix (2015) („ახლა, მისი საქმიანობის მეშვიდე ათწლეულში, თვითგამოცხადებული „კონსტიტუციის მცველი"Hüter der Verfassung) უსაფრთხოდ დგას გერმანიის სამართლებრივი და პოლიტიკური წესრიგის ცენტრში".).

[6] ჩემს მიერ გამოყენებული ტერმინი „ეროვნული უმაღლესი სასამართლოები" მოიცავს, როგორც საკონსტიტუციო, ისე უზენაეს სასამართლოებს.

მიხედვით, საკონსტიტუციო სამართალი არის სისტემა, რომლის მიზანია, მოიცვას მშვიდობიანი დემოკრატიული პროცესები; ეს არაა ასპარეზი ეგზისტენციალური პოლიტიკისთვის. კონსტიტუციური სამართლის სისტემური მთლიანობის უზრუნველსაყოფად, საჭიროა სასამართლო ინსტიტუტი. ამ რეალობაზე დაყრდნობით, მცველის ლეგიტიმაციის წყარო არა საზოგადოებრივი მხარდაჭერა, არამედ მისი კომპეტენციაა სამართლის დარგში.

უკანასკნელ ათწლეულებში ახალი ქმნილება გამოჩნდა: შმიტელზენის სასამართლო. ამ სასამართლომ შეითვისა კელზენისეული ხედვა დანიშნული მცველის შესახებ, ხოლო მოქმედებს, როგორც შმიტისეული წარმოდგენის მცველი. პირველ რიგში, შმიტელზენის სასამართლო საზოგადოების იდენტობას იცავს; მეორე - მის მიერ გამოყენებული საშუალებები, მნიშვნელოვნად აღემატება საშუალებებს, რომელთა გამოყენების უფლებაც კელზენმა თავის მცველს დაუტოვა; და მესამე, შმიტელზენის სასამართლო საკუთარ ლეგიტიმაციას საზოგადოებრივ მხარდაჭერაზე აფუძნებს, რაც შმიტს მიაჩნდა, რომ სასიცოცხლოდ აუცილებელი იყო მცველისთვის. ამ სტატიაში ჩემი განხილვის მთავარი საკითხი შმიტელზენის მცველის ლეგიტიმაციის წყაროა. შმიტელზენის მცველის სხვა ორი მახასიათებელი კავშირშია მისი ლეგიტიმაციის წყაროსთან. ექსტრაორდინარული საშუალებების გამოყენებით საზოგადოების იდენტობის მცველის როლის შესრულება შმიტელზენის მცველს მხოლოდ მაშინ შეუძლია, როდესაც თავის ლეგიტიმაციის წყაროდ საზოგადოებრივ მხარდაჭერას დაეყრდნობა. ამიტომ, შმიტელზენის მცველის ორ სხვა მახასიათებელზე ვისაუბრებ მხოლოდ იმდენად, რამდენადაც ისინი, მცველის ლეგიტიმაციის წყაროს განხილვისთვის იქნება აქტუალური.

კელზენისა და შმიტის დებატებში უდავოდ მრავალი ისეთი მნიშვნელოვანი საკითხი წამოიჭრა, რაც დაწვრილებით განხილვას იმსახურებს. მცველის ლეგიტიმაციის წყაროს საკითხზე ფოკუსირება ორი ძირითადი მიზეზის გამო გადავწყვიტე. პირველ რიგში, ამ საკითხს ჯერ კიდევ არ დაუმსახურებია იმ მეცნიერთა რაიმე განსაკუთრებული ყურადღება, რომლებიც წერენ შმიტსა და კელზენზე. მეორეც, უკანასკნელ ათწლეულებში, სასამართლო ლეგიტიმაციის ცნება მრავალ სამართლებრივ სისტემაში გარდაიქმნა, და კელზენსა და შმიტს შორის დებატები, მნიშვნელოვან ნათელს ფენს ამ გადამწყვეტ განვითარებას.

განხილვას ვიწყებ მცველის ლეგიტიმაციის წყაროს, ამ საკითხსა და მცველის მისიას შორის კავშირის, და ამ მისიის მიღწევის საშუალებათა შესახებ შმიტისა და კელზენის პოზიციების წარმოდგენით (ნაწილი მეორე). შემდგომ ნაწილში, ვამტკიცებ, რომ ამერიკის შეერთებულ შტატებში სასამართლო ლეგიტიმაციის გაგების ბოლოდროინდელი გარდაქმნა შესაბამისობაშია მცველის ლეგიტიმაციის წყაროს შესახებ შმიტელზენის გაგებასთან (ნაწილი მესამე). მომდევნო ნაწილებში, ვიკვლევ სასამართლოს ორ მაგალითს, რომლებმაც შეითვისეს შმიტელზენის გაგება სასამართლოს ლეგიტიმაციის შესახებ, რაც ნაწილობრივ დაეფუძნა მათ აღქმებს ვაიმარის გამოცდილებაზე (ნაწილები მეოთხე და მეხუთე). კონკრეტულად ამ სასამართლოებზე ყურადღებას ძირითადად იმ მიზეზის გამო ვამახვილებ, რომ არაორაზროვანია კავშირი სასამართლოს ლეგიტიმაციის შესახებ მათ გაგებასა და ვაიმარის გამოცდილების განმარტების მათ ვერსიას შორის. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, სასამართლოს ლეგიტიმაციის გაგების კონცეპტუალური ცვლილების განხილვა შესაძლებელია მისი კელზენ-შმიტის დებატებთან დაკავშირების გარეშე, თუმცა ამ ორი სასამართლოს შემთხვევაში, ამ ცვლილებაზე გავლენა სწორედ ვაიმარის „გაკვეთილებმა“

იქონიეს. შესაბამისად, არ მაქვს ამბიცია, წარმოვადგინო ამ სასამართლოთა მიერ სასამართლო ლეგიტიმაციის შესახებ შმიტელზენის გაგებასთან დაახლოვების ყოვლისმომცველი აღწერა. ამის ნაცვლად, ორივე მაგალითის ფარგლებში ყურადღებას გავამახვილებ, როგორ არის გამოყენებული ვაიმარის გამოცდილება, ამ ცვლილების მხარდაჭერის მიზნით. მეოთხე ნაწილში ვამტკიცებ, რომ ისრაელის უზენაესმა სასამართლომ, „ვაიმარის გაკვეთილების" მისეული გაგების გავლენითა და აარონ ბარაკის ხელმძღვანელობით, კონსტიტუციის მცველად გარდაქმნის პროცესში, შეიცვალა სასამართლო ლეგიტიმაციის გაგება. მეხუთე ნაწილში ვდავობ, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის შექმნისას, სწორედ ვაიმარის რესპუბლიკის მსგავსი კოლაფსის შიშმა განაპირობა სასამართლო ლეგიტიმაციის გაგება საჯარო მხარდაჭერის თვალსაზრისით. ეს გაგება ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილებებში განგრძობითად გვხვდება.

დისკუსიაში ჩაღრმავებამდე საჭიროა განვმარტოთ ცნებები, რათა შმიტის ინტერპრეტაცია მისი ცნებითი გადმოსახედიდან ვცადოთ, და თავიდან ავირიდოთ მისი წაკითხვა ცნებების ამჟამინდელი მნიშვნელობით. პოლიტიკური აზროვნების ისტორიაში ცნება „პოლიტიკური" მრავალნაირად განიმარტა.[7] კონსტიტუციური თეორიის კონტექსტში აუცილებელია ერთმანეთისგან განვასხვავოთ ცნების სამი მნიშვნელობა. პირველ რიგში, პოლიტიკური მიეკუთვნება უმაღლესი ხარისხის ინტენსივობის ეგზისტენციალურ გადაწყვეტილებათა სფეროს.[8] ეს ის გადაწყვეტილებაა, რომელსაც ეფუძნება სახელმწიფოს კონკრეტული იდენტობა. როდესაც ადამიანები გარკვეულ ღირებულებათა სახელით სახელმწიფოსთვის სიკვდილზე საუბრობენ, ისინი სახელმწიფოს პოლიტიკური არსებობისთვის საკუთარი სიცოცხლის შეწირვაზე საუბრობენ.[9] მეორე, პოლიტიკური არის სფერო, სადაც კონკურენტულ ღირებულებებზე ვპაექრობთ. ესაა სფერო - რომელსაც ზოგჯერ „მაღალ პოლიტიკასაც" უწოდებენ - სადაც საკუთარ საჭიროებებსა და სურვილებს რაციონალური დარწმუნების ენაზე გამოვხატავთ.[10] თანამედროვე კონსტიტუციურ დისკურსში, უფლებების და პოლიტიკური მიზანშეწონილობის ენა საუკეთესოდ გამოხატავს ტერმინ პოლიტიკურის ამ მნიშვნელობას. მისი მესამე გაგებით, პოლიტიკური დაცლილია მკაფიო შინაარსისგან და დაყვანილია პიროვნულ მოტივებსა და ძალაუფლებაზე. პოლიტიკის ამ სამეფოში სისწორე განისაზღვრება პოლიტიკურ ასპარეზზე პოზიციის მომხრეთა ძალაუფლებით, და არა მათი არგუმენტების

[7] შეადარეთ არისტოტელეს მტკიცებას 'მეტაფიზიკაში', რომ „არსებულს მრავალი მნიშვნელობა აქვს: : :." ARISTOTLE, METAPHYSICS VII.1 (1028A-10).

[8] *იხილეთ* CARL SCHMITT, THE CONCEPT OF THE POLITICAL 25–27 (George Schwab trans., 1996) (1928). *ასევე იხილეთ* WILLIAM E. SCHEUERMAN, CARL SCHMITT: THE END OF LAW 229–40 (1999) (აღნიშნავს, რომ შმიტისთვის „პოლიტიკა შეიძლება აღმოცენდეს ადამიანური არსებობის უამრავ განსხვავებულ ასპარეზზე ::: როდესაც ის განსაკუთრებულად დაძაბულ ხასიათს იძენს :::" და აჩვენებს, რომ შმიტმა ეფექტურად მიითვისა ჰანს მორგენთაუს ინტენსივობის იდეა); BENJAMIN SCHUPMANN, CARL SCHMITT'S STATE AND CONSTITUTIONAL THEORY: A CRITICAL ANALYSIS 82 (2017) („პოლიტიკური ფასეულობები ეგზისტენციალურია, რადგან იმ ადამიანების პერსპექტივიდან, რომელთაც მას თავი უძღვნეს, მათი წართმევა სიცოცხლეს ფასს დაუკარგავდა".).

[9] *იხილეთ* PAUL W. KAHN, POLITICAL THEOLOGY: FOUR NEW CHAPTERS ON THE CONCEPT OF SOVEREIGNTY 57–58 (2011).

[10] *იხილეთ, მაგ.*, Jack M. Balkin & Sanford Levinson, Understanding the Constitutional Revolution, 87 VA. L. REV. 1045, 1062–63 (2001) (ახსნის „განსხვავებას პოლიტიკის ორ სახეობას შორის - 'მაღალი პოლიტიკა', რომელიც მოიცავს ბრძოლას კონკურენტულ ღირებულებებსა და იდეოლოგიებზე და 'დაბალ პოლიტიკას', რომელიც მოიცავს ბრძოლას იმის შესახებ, თუ რომელი ჯგუფი ან პარტია დაიკავებს ძალაუფლებას").

დამაჯერებლობით ან სამკვდრო-სასიცოცხლო ბრძოლით.[11] პოლიტიკურის ამგვარ გამოხატულებას ზოგჯერ „დაბალ პოლიტიკას“[12] ან „პარტიულ პოლიტიკასაც“[13] უწოდებენ. შმიტის მიერ დროდადრო გამოყენებული ტერმინი „პოლიტიკური“ გამოხატავს მის მეორე და მესამე მნიშვნელობებს,[14] მაგრამ აუცილებელია ხაზგასმით აღინიშნოს, რომ ტერმინის ამჟამინდელი გამოყენებისგან განსხვავებით, შმიტი მას ასევე იყენებს საზოგადოების იდენტობის შესახებ კონსტიტუციით განმტკიცებული ეგზისტენციალური გადაწყვეტილების აღსანიშნად.[15] შმიტის სამყაროში პოლიტიკურისთვის იღუპებიან;[16] ჩვენს სამყაროში ამის თქმა გაოცებასა და უკმაყოფილებას გამოიწვევს. არავინ კვდება ლეიბორისტული ან რესპუბლიკური პარტიებისთვის.[17]

გარდა იმისა რომ მსურს შმიტი სწორად იქნეს გაგებული, ფარული მოტივი მაქვს, ხაზგასმით წარმოვაჩინო გარდაქმნა, რაც შმიტის დროს არსებულმა „პოლიტიკურის“ მნიშვნელობამ ჩვენს დროში განიცადა. ამ სტატიის მეშვეობით ვამტკიცებ, რომ რამდენიმე სამართლებრივ სისტემაში სასამართლო ლეგიტიმაციის ცნების გაგება გარდაიქმნა. ცნება პოლიტიკურის გაგების ცვლილება აჩვენებს, როგორ ხდება ამ ტიპის კონცეპტუალური ძვრები: ტერმინოლოგია რჩება სტატიკური, მისი მნიშვნელობა კი არსებითად იცვლება.

მცველის ლეგიტიმაციის წყარო

შმიტი ამბობს, რომ „დემოკრატიულ კონსტიტუციაში დამოუკიდებელი უფლებამოსილების გარეშე … კონსტიტუციის მცველი ვერ იარსებებს“.[18] ის განმარტავს, რომ მოსამართლის დამოუკიდებლობა - „ძალიან განსხვავებული სახის დამოუკიდებლობიდან“[19] ერთ-ერთი - ეფუძნება კომპეტენციას, მაშინ, როდესაც რაიხის პრეზიდენტის დამოუკიდებლობა ეფუძნება „*რაიხის* კონსტიტუციის პლებისციტურ ელემენტს“.[20] იმ საფუძვლებს შორის სხვაობა, რომელზეცა ნაშენია მათი დამოუკიდებლობა, მოსამართლეებს ორი მიზეზის გამო აქცევს კონსტიტუციის მცველის როლისთვის შეუფერებლად. პირველ რიგში, იმ პოლიტიკური გადაწყვეტილების დაცვა,

---

[11] *იხილეთ* Michel Foucault, Nietzsche, Genealogy, History, THE FOUCAULT READER 76, 79 (Paul Rabinow ed., 1984).

[12] *იხილეთ* Sanford Levinson, Return of Legal Realism, NATION 8 (Jan. 8, 2001) („მიუხედავად იმისა, რომ მოსამართლეები არიან „პოლიტიკურები“, აქ პოლიტიკა არის „მაღალი“ და არა „დაბალი“; ანუ, გადაწყვეტილებები ემყარება იდეოლოგიას და არა უბრალო სურვილს, დაეხმარონ საკუთარი პოლიტიკურ მეგობრებს მოკლევადიან პერსპექტივაში.“).

[13] *იხილეთ* Alec Stone Sweet, *The Politics of Constitutional Review in France and Europe*, 5 INT'L J. CONST. L. 69, 73 (2007) (განიხილავს მტკიცებას, რომ კონსტიტუციური მართლმსაჯულების განხორციელება პოლიტიკურია).

[14] *იხილეთ, მაგ.*, SCHMITT, *supra* note 7, 30 (განმარტავს, რომ „ყველაზე უჩვეულო გარიგებებსა და მანიპულაციებს“, რომლებიც პოლიტიკურის „ბანალური ფორმებია“, „პოლიტიკა ეწოდება“.).

[15] *იხილეთ* JOHN P. MCCORMICK, CARL SCHMITT'S CRITIQUE OF LIBERALISM: AGAINST POLITICS AS TECHNOLOGY 230–36, 251 (1997); Ernst-Wolfgang Böckenförde, *The Concept of the Political: A Key to Understanding Carl Schmitt's Constitutional Theory*, LAW AS POLITICS 37, 42–45 (David Dyzenhaus ed., 1998).

[16] *იხილეთ* SCHMITT, *supra* note 7, 35, 71 („საჭიროების შემთხვევაში პოლიტიკურმა სუბიექტმა უნდა მოითხოვოს სიცოცხლის გაწირვა. ასეთი მოთხოვნა არანაირად არ არის გამართლებული ლიბერალური აზროვნების ინდივიდუალიზმით ... ინდივიდისთვის, როგორც ასეთი, არ არსებობს მტერი, რომელთანაც ის უნდა შევიდეს სამკვდრო-სასიცოცხლო ბრძოლაში, თუ მას ეს პირადად არ სურს.“).

[17] Cf. Alasdair MacIntyre, *Poetry as Political Philosophy: Notes on Burke and Yeats*, ON MODERN POETRY: ESSAYS PRESENTED TO DONALD DAVIE 145, 149 (Vereen Bell & Laurence Lerner eds., 1988) (ამტკიცებს, რომ მოთხოვნა, სიცოცხლე შესწირო თანამედროვე ლიბერალურ სახელმწიფოს, „ჰგავს, რომ გთხოვონ, მოკვდე სატელეფონო კომპანიისთვის“.).

[18] KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 162.

[19] KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 162.

[20] KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 162, 164.

რომელიც კონსტიტუციის ბირთვს წარმოადგენს, ცდება სასამართლოს კომპეტენციის სფეროს და აუცილებლად გამოიწვევს სასამართლო ხელისუფლების პოლიტიზებას. მეორეც, თუ დემოკრატიულად არჩეული პარლამენტისგან საზოგადოების ყველაზე ფუნდამენტური გადაწყვეტილების დაცვის საჭიროება ჩნდება, მცველი ვერ შეძლებს, რომ ეფექტურად დაუპირისპირდეს პარლამენტს, თუკი მისი დამოუკიდებლობის წყარო ხალხისგან არ მომდინარეობს. ამ ორ მიზეზს უფრო დეტალურად განვმარტავ.

შმიტი წერს, რომ „კონსტიტუციის მცველი მართლაც დამოუკიდებელი და პარტიულ-პოლიტიკურად ნეიტრალური უნდა იყოს".[21] შმიტი მცველისგან არ მოითხოვს, იყოს აპოლიტიკური იმ გაგებით, რომ ეგზისტენციალურ პოლიტიკაშიც ნეიტრალური პოზიცია გააჩნდეს. მისთვის მცველის მთავარი ფუნქციაა, დაიცვას ერის ეგზისტენციალური გადაწყვეტილება, რაც არსებითად პოლიტიკური არჩევანია. მისი აზრით, ვაიმარის პარლამენტის უუნარობა, ხალხის სახელით მიეღო ეგზისტენციალური პოლიტიკური გადაწყვეტილებები, პარლამენტის დაყოფისა და მრავალპარტიულობის შედეგი იყო. შმიტი ნეიტრალიტეტს მოითხოვს მხოლოდ პარტიული პოლიტიკისგან, პარლამენტის პარტიების დაქუცმაცებისგან.[22] პარტიული პოლიტიკისგან ამ დამოუკიდებლობის მიღწევა მოსამართლესაც შეუძლია და პრეზიდენტსაც.[23]

თუმცა საზოგადოების ეგზისტენციალური პოლიტიკური გადაწყვეტილება სასამართლოს კომპეტენციის სფეროს მიღმაა და ამ მიზეზით, შეპირისპირებულია სასამართლოს დამოუკიდებლობასთან. „მოსამართლეთა დამოუკიდებლობა", წერს შმიტი, „უბრალოდ კანონებისადმი მოსამართლეთა დაქვემდებარებულობის სხვა ნაწილია, და, შესაბამისად, არაპოლიტიკურია."[24] სხვაგვარად, სამოსამართლო დამოუკიდებლობას ამართლებს და შესაძლებელს ხდის მოსამართლეთა კანონებისადმი მორჩილება; მოსამართლეთა მიერ გადაწყვეტილების მიღება სამართლებრივი კომპეტენციის შესაბამისად.[25] მოსამართლე დამოუკიდებელია იმდენად, რამდენადაც ის სრულად დამოკიდებულია ნორმებზე.[26] თუმცაღა, საზოგადოების პოლიტიკური გადაწყვეტილება არ განისაზღვრება უკვე არსებული კონსტიტუციური კანონით და, შესაბამისად, კვაზი-საკანონმდებლოა.[27] ამ მიზეზით, პოლიტიკური გადაწყვეტილება - კონსტიტუციის ბირთვი - სამართლებრივი ნორმების „მსგავსად ვერ შებოჭავს მოსამართლეებს".[28] მოსამართლეებისთვის პოლიტიკური გადაწყვეტილების უფლებამოსილების მინიჭება ნიშნავს სასამართლო

---

[21] KELSEN & SCHMITT, supra note 2, 167.

[22] *იხილეთ, მაგ.,* Lars Vinx, *Introduction*, HANS KELSEN & CARL SCHMITT, THE GUARDIAN OF THE CONSTITUTION 11–12 (Lars Vinx trans., 2015) („შმიტს არ უგულისხმია, რომ კონსტიტუციის პრეზიდენტისმიერი მცველობა არ იქნებოდა პოლიტიკური. ამის ნაცვლად, მას მიაჩნდა, რომ ეს არ იქნებოდა პარტიულ-პოლიტიკური."); DAVID DYZENHAUS, LEGALITY AND LEGITIMACY: CARL SCHMITT, HANS KELSEN, AND HERMANN HELLER IN WEIMAR 77 (1999).

[23] KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 162–65.

[24] KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 165, 170 („სამოსამართლო დამოუკიდებლობა მოსამართლის კანონებისადმი დაქვემდებარების მხოლოდ მეორე მხარეა ...").

[25] *იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 87–88, 168.

[26] *იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 108; CARL SCHMITT, CONSTITUTIONAL THEORY 176, 195, 301 (1928) (Jeffrey Seitzer ed. & trans., 2008) („მოსამართლეთა დამოუკიდებლობა და კანონისადმი უმკაცრესი ბმა ურთიერთ განმაპირობებელია: : : . ეს ქმნის ნამდვილ კავშირს და ეს არაა ბუნდოვან ნორმებსა და სასამართლოს დისკრეციაზე უბრალოდ ბლანკეტური მითითება, რომელიც აპოლიტიზებს სასამართლო სისტემას"). *ასევე იხილეთ* RENATO CRISTI, CARL SCHMITT AND AUTHORITARIAN LIBERALISM 184 (1998); DYZENHAUS, *supra* note 21, 66.

[27] *იხილეთ* LARS VINX, HANS KELSEN'S PURE THEORY OF LAW: LEGALITY AND LEGITIMACY 150–51 (2007).

[28] KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 165.

ხელისუფლების კონსტიტუციური განლაგების შეცვლას.[29] შმიტი ამტკიცებს, რომ ისინი, ვინც მცველად სასამართლო დაწესებულებას განსაზღვრავენ, რეალურად დამოუკიდებელ და ნეიტრალურ უფლებამოსილებას ესწრაფვიან - მედიატორს - და არა სამართლის ექსპერტს. მოთხოვნა, საკონსტიტუციო სასამართლო იყოს საზოგადოების ძირითადი პოლიტიკური გადაწყვეტილების მცველი, „ინსტრუმენტად იყენებს“ წოდებას „სასამართლო“, როგორც დამოუკიდებლობისა და ნეიტრალიტეტის საყოველთაოდ ცნობილ, ინსტიტუციონალიზებულ ფორმას.[30] აზროვნების ამ ხაზის მიხედვით, საკონსტიტუციო სასამართლო გამიზნულია, როგორც მედიატორი და არა დავების განმხილველი სასამართლო, ვინაიდან არ არსებობს კანონი, რომლითაც გადაწყვეტდა ეგზისტენციალურ პოლიტიკურ საკითხებს. წოდება „სასამართლოს“ გამოყენებით, ამ სიტყვის თანმხლები ლეგიტიმაციის მიმნიჭებელი უფლებამოსილების - რომელიც სამართალის სფეროში მოსამართლის კომპეტენციიდან გამომდინარეობს- ექსპლუატირება ხდება.[31] მიუხედავად ამისა, ვერანაირი „სასამართლო პროცედურა ვერ შენიღბავს ფაქტს“, რომ ამგვარი „საკონსტიტუციო სასამართლო იქნება უაღრესად პოლიტიკური ინსტიტუტი“[32], რომელიც „სასამართლოდ ყოფნას მხოლოდ გარეგნულად იჩემებს“.[33]

ეგზისტენციალური პოლიტიკის ენა განსხვავდება სამართლებრივი კომპეტენციის ენისგან. სამართალი, როგორც ექსპერტიზის ენა, მოითხოვს სისტემატურ რაციონალურობას, მაშინ, როდესაც იდენტობის სფერო ყოველთვის თანმიმდევრული არ არის, მეტიც, ზოგჯერ ირაციონალურიც კია.[34] ეგზისტენციალური იდენტობის საკითხებზე გადაწყვეტილებების მიღება შეუძლებელია ნორმატიულ მასალებსა და სამართლებრივი კომპეტენციაზე მითითებით.[35] თუკი მცველმა უნდა დაიცვას საზოგადოების იდენტობა, მან უნდა ისაუბროს იდენტობის, და არა პროფესიული სამართლებრივი ექსპერტიზის გადმოსახედიდან. სამართლებრივი პერსპექტივიდან, გადაწყვეტილებები ეგზისტენციალურ იდენტობაზე თითქოს არსაიდან მოდის, მაშინ როდესაც სასამართლო ხელისუფლება „ფუნდამენტურად არაპოლიტიკურია, ვინაიდან ის ზოგად კანონს ექვემდებარება“.[36] ამიტომ, ვაიმარის რესპუბლიკის გამოწვევებზე რეაგირება ეგზისტენციალურ პოლიტიკურ დონეზე მთლიანად შეცვლიდა და პოლიტიკურს გახდიდა სასამართლო როლს.[37] კანონის უბრალოდ მისადაგების (სუბსუმფცია) ნაცვლად,

---

[29] *იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 107.

[30] *იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 165.

[31] SCHMITT, *supra* note 25, 176. შმიტი დასძენს, რომ ყველაზე ინტენსიურ პოლიტიკურ გადაწყვეტილებებში მედიაციაც კი შეუძლებელია.

[32] KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 168, 171.

[33] SCHMITT, *supra* note 25, 389 („პოლიტიკური კონფლიქტი სასამართლო პროცედურით ვერ გადაიჭრება.“).

[34] *იხილეთ, მაგ.*, KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 177 (განმარტავს, რომ „წინააღმდეგობის შეუძლებლობის კანონი“, რომელიც არის „სამართლის მეცნიერების ნაწილი: … არაფერი ესაქმება აზროვნების სისტემაში, რომლის თეოლოგიასთან ღრმა კავშირის იგნორირება აღარ შეიძლება.”); Robert C. Post & Neil S. Siegel, *Theorizing the Law/Politics Distinction: Neutral Principles, Affirmative Action, and the Enduring Legacy of Paul Mishkin*, 95 CALIF. L. REV. 1473, 1477–78 (2007) (განიხილავს სამართლებრივი ლოგიკის ღირებულებებს და აღნიშნავს, რომ „თანმიმდევრულობა, სტაბილურობა, განჭვრეტადობა და გამჭვირვალობა ... არსებითია სამართლის უზენაესობისთვის“); Antonin Scalia, Assorted Canards of Contemporary Legal Analysis, 40 CASE W. RES. L. REV. 581, 588 (1989) (“თანმიმდევრულობა არის სამართლის უზენაესობის საფუძველი.”).

[35] მაშინაც კი, თუ შმიტი სასამართლო კომპეტენციის მოდელს უფრო მტკიცედ შეითვისებდა, ვიდრე სუბსუმციის მოდელს *იხილეთ* SCHEUERMAN, *supra* note 7, 22–24—ამგვარი კომპეტენცია ვერ უპასუხებს ეგზისტენციურ შეკითხვებს.

[36] *იხილეთ* SCHMITT, *supra* note 25, 229. *ასევე იხილეთ* KAHN, *supra* note 8, 46–52, 64, 81, 84; DYZENHAUS, *supra* note 21, 123; SCHEUERMAN, *supra* note 7, 33–34, 45.

[37] *იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supr*a note 2, 171 („თუკი კონსტიტუციის მცველად სასამართლოს დავაყენებთ,

კონსტიტუციის დასაცავად მოსამართლეებს მოუწევდათ უაღრესად პოლიტიკური გადაწყვეტილების მიღება და მოქცევა „კონსტიტუციური კანონმდებელივით“.[38] ამგვარი ქმედება იქნებოდა „სასამართლოს ფორმისა და გადაწყვეტილებების ცნებების ბოროტად გამოყენება“[39] და სასამართლოს არსებითად გარდაქმნიდა სხვა პოლიტიკურ ინსტიტუტად. შმიტი თავის პოზიციას „კონსტიტუციურ თეორიაში“ აჯამებს და აცხადებს, რომ „ყველაფერი, რასაც მოსამართლე აკეთებს, როგორც მოსამართლე, ნორმატიულად არის განსაზღვრული და განსხვავდება პოლიტიკურის ეგზისტენციალური ბუნებისგან …“.[40] ამგვარად, შმიტისთვის, გასაკვირი სულაც არ იყო, ის, რომ ვაიმარის სასამართლოებს არ სურდათ და არც შეეძლოთ იდენტობის გამოწვევებთან შეჭიდება.[41]

შმიტი სასამართლო შემოწმებას შეზღუდული გაგებით ცნობს, რაც გულისხმობს, რომ სასამართლომ არ უნდა მიუსადაგოს კანონი ფაქტებს, მაშინ, როდესაც არსებობს „კონსტიტუციური კანონის დებულებები“, რომლებიც მიესადაგება იმავე ფაქტებს. მაგრამ, კანონებთან მიმართებით „კონსტიტუციური კანონების“ ეს უპირატესობა არ ეწინააღმდეგება სამოსამართლო ფუნქციას - „ფაქტობრივი მოცემულობის წესთან სუბსუმციას“.[42] კანონმდებლობის შემოწმების ამ შეზღუდული უფლებამოსილების გამოყენების შემთხვევაშიც კი, სასამართლო ხელისუფლება „შებოჭილია კანონით, და მაშინაც კი, თუ გაფანტავს ეჭვებს კანონის ვალიდურობასთან დაკავშირებით, ის წმინდად ნორმატიულ სფეროში რჩება“.[43]

კანონიერების სფეროს მიღმა არსებული საკითხების გადაწყვეტა სასამართლო ხელისუფლების მიერ უკავშირდება სირთულეს, თუმცა, ამას გარდა დგას დემოკრატიული ლეგიტიმაციის პრობლემაც. მე-19 საუკუნეში, „საფრანგეთისა და გერმანიის კონსტიტუციურ მონარქიებში, მონარქის უფლებებს, გამოეცა ბრძანებულებები“ შეუპირისპირდა სასამართლო.[44] მაგრამ ვინაიდან ლეგიტიმაციის „დინასტიური“ წყარო შეიცვალა „დემოკრატიული ლეგიტიმაციით“, სასამართლო სისტემა ახალი რეალობის წინაშე დადგა.[45] ამრიგად, შმიტი განმარტავს, რომ „[დღეს] [ვაიმარის რესპუბლიკაში]

რათა გადაწყვიტოს უაღრესად პოლიტიკური საკითხები და კონფლიქტები, და სანამ სასამართლო ხელისუფლებას დავამძიმებთ და საფრთხეს არ შევუქმნით მას ასეთი პოლიტიზაციით”.); SCHMITT, *supra* note 25, 164.

[38] *იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 120.

[39] KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 167. *ასევე იხილეთ* JEFFREY SEITZER, COMPARATIVE HISTORY AND LEGAL THEORY 89 (2001).

[40] SCHMITT, *supra* note 25, 300. *ასევე იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 108 („სამართლის უზენაესობის ბურჟუაზიულ სახელმწიფოში, სასამართლო განხილვა არსებობს მხოლოდ კანონზე დაფუძნებული სასამართლო გადაწყვეტილების სახით.”).

[41] *იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 101, 171. შმიტის მიერ სასამართლო გადაწყვეტილების მიღების პროცესის კრიტიკისთვის, *იხილეთ* SCHEUERMAN, *supra* note 7, 181–20 (ამტკიცებს, რომ შმიტი სასამართლო გადაწყვეტილების მიღების პროცესის კარიკატურულ ვერსიას აღწერს და შემდგომ, ამ ვერსიას ამხელს); Stanley L. Paulson, *Hans Kelsen and Carl Schmitt: Growing Discord Culminating in the 'Guardian' Controversy of 1931*, THE OXFORD HANDBOOK OF CARL SCHMITT 510, 525–26 (Jens Meierhenrich & Oliver Simons eds., 2016) (აკრიტიკებს შმიტის პოზიციას და აღნიშნავს, რომ ეს პოზიცია ეწინააღმდეგება მის შედარებით ძველ პოზიციას, რომელიც თავისუფალი სამართლის მოძრაობას შეესაბამებოდა).

[42] KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 82–89 ("ეს არ ნიშნავს ჩვეულებრივი კანონის ვალიდურობის უარყოფას. ეს მხოლოდ იმას ნიშნავს, რომ კონკრეტულ საქმეში კონსტიტუციური კანონის გამოყენების გამო, არ გამოიყენება ჩვეულებრივი კანონი."). *ასევე იხილეთ* SCHMITT, *supra* note 25, 230–32.

[43] SCHMITT, *supra* note 25, 232.

[44] KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 167–68.

[45] CARL SCHMITT, THE CRISIS OF PARLIAMENTARY DEMOCRACY 30 (Ellen Kennedy trans., 1988) (1926) („1815 წლიდან 1918 წლამდე განვითარება შეიძლება აღიწეროს, როგორც ლეგიტიმაციის კონცეფციის ევოლუცია:

სასამართლო სისტემას მონარქის წინააღმდეგ შეპირისპირების მაგიერ, პარლამენტთან შეპირისპირება მოეთხოვება“.[46] მონარქის მაგიერ დემოკრატიულად არჩეულ ინსტიტუციასთან შეპირისპირება ნიშნავს, რომ „დემოკრატიული თვალსაზრისით, საეჭვოა, რომ შესაძლებელი იყოს ამგვარი უფლებამოსილების გადაცემა მანტიის არისტოკრატიისთვის“.[47] ეს საკითხი სცდება არჩეული ორგანოს მიღებული აქტების არარჩეული ორგანოს მიერ შემოწმების უფლებამოსილების გამართლების მხოლოდ ნორმატიულ პრობლემას,[48] და პრობლემატურია იმ თვალსაზრისითაც, თუ რა არის „შესაძლებელი“. საკონსტიტუციო სასამართლო ვერ შეძლებს წინ გადაუდგეს არჩეულ პარლამენტს. მარტოოდენ სამართლებრივი კომპეტენციით, სასამართლო ვერ დაიცავს პოლიტიკურ გადაწყვეტილებას არჩეული ინსტიტუტის წინააღმდეგ.[49] ამრიგად, მიუხედავად იმისა, რომ არსებობს კავშირი სასამართლოს ნორმატიულ ლეგიტიმაციას - გამართლებულია თუ არა მისი უფლებამოსილება? - და სასამართლოს სოციოლოგიურ ლეგიტიმაციას შორის - მხარს უჭერს თუ არა საზოგადოება მის უფლებამოსილებას? - შმიტი მართებულად აცალკევებს ამ ორს. სასამართლო ხელისუფლების უფლებამოსილება შეიძლება სრულად გამართლდეს აკადემიურ სივრცეში ჩატარებული ნორმატიული ანალიზის შედეგად, თუმცა ხალხის მიერ არჩეულ ინსტიტუციას წინ ვერ აღუდგეს.[50] ეფექტურად ფუნქციონირებისთვის, მცველს უნდა შეეძლოს ხალხის სახელით მოქმედება, როგორც მათ იდენტობასთან დაკავშირებული საკითხების გადაწყვეტისას, ასევე იმ გაგებით, რომ არჩეულ პარლამენტთან შეპირისპირებისას ჰქონდეს საზოგადოებრივი მხარდაჭერა. მანამ, სანამ მისი ლეგიტიმაცია კომპეტენციაზეა დაფუძნებული, საკონსტიტუციო სასამართლო ვერ გადაწყვეტს ხალხის სახელით და ეგზისტენციურ პოლიტიკურ საკითხებში ვერ დაუპირისპირდება პარლამენტს.

შმიტის თანახმად, ვაიმარის რესპუბლიკის ხანაში, პრეზიდენტი, რომელიც აირჩეოდა „სრულიად გერმანელი ხალხის“ მიერ - როგორც ამას ვაიმარის კონსტიტუციის 41-ე მუხლი ადგენდა - სარგებლობდა საზოგადოების ერთიანი ნდობით, განსხვავებით პარლამენტის ნდობისგან, რომელიც იყოფოდა პარტიებს შორის.[51] გარდა ამისა, ხალხის ნების გამოხატვა პლებისციტის გზით იყო პირდაპირი და შესაბამისად, დემოკრატიულად უპირატესი პარლამენტის ხმებზე, რომელიც მხოლოდ ირიბად გამოხატავს ხალხის ნებას.[52] ამ მიზეზთა გამო, შმიტი პრეზიდენტს მიიჩნევდა დამოუკიდებლად და ამტკიცებდა, რომ პრეზიდენტს შეუძლია ისაუბროს ხალხის ჭეშმარიტი იდენტობის სახელით და ამგვარად, დაიცვას

დინასტიიდან დემოკრატიულ ლეგიტიმაციამდე..”).

[46]KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 168. *ასევე იხილეთ id.* 93–95.

[47]KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 168.

[48]ნორმატიული ასპექტი ხაზგასმულია შმიტის პოზიციის დაიზენჰაუზისეულ ანალიზში. *იხილეთ* DYZENHAUS, *supra* note 21, 115.

[49]KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 135 (განმარტავს, რომ სასამართლო ხელისუფლებას „კანონმდებელს ბუნდოვანი და საკამათო პრინციპების გარდა ვერაფერს დაუპირისპირებს, ეს კი მას ვერ დაეხმარება დაასაბუთოს, რომ კანონმდებელზე ზემდგომი უფლებამოსილება აქვს.”).

[50]*იხილეთ* Or Bassok, *The Sociological-Legitimacy Difficulty*, 26 J.L. & POL. 239 (2011).

[51]*იხილეთ* SCHMITT, *supra* note 25, 370 (“ამის საპირისპიროდ, პრეზიდენტს აქვს სრულიად ხალხის ნდობა, რომლის ინტენსივობასაც არ ამცირებს პარტიებად დაყოფილი პარლამენტის მედიუმი. ეს ნდობა, პირიქით, პირდაპირ ინტეგრირებულია მის პერსონაში.”).

[52]*იხილეთ* CARL SCHMITT, LEGALITY AND LEGITIMACY 60–61 (Jeffrey Seitzer trans., 2004) (აღნიშნავს, რომ რუსოს თანახმად, „დემოკრატიული შედეგი ისაა, რომ სახალხო ასამბლეა ყოველთვის უკანა პლანზე უნდა გადავიდეს, თუ მას ეწინააღმდეგება ხალხი, რომელსაც ის წარმოადგენს“ და რომ „რეფერენდუმი ყოველთვის არის გადაწყვეტილების უმაღლესი ფორმა.”).

კონსტიტუცია, მათ შორის კანონმდებლისგან მომდინარე საფრთხეებისგან.[53] არჩევნების პლებისციტური ხასიათიდან გამომდინარე ლეგიტიმურობით, პრეზიდენტს შეუძლია წარმატებით დაუპირისპირდეს პარლამენტს.[54] პლებისციტებზე დაფუძნებული ლეგიტიმაცია, ამტკიცებდა შმიტი, „არის სახელმწიფო გამართლების ერთადერთი სახეობა, რომელიც დღეს შეიძლება ზოგადად ვალიდურად ვაღიაროთ".[55]

ლეგიტიმაციის ეს პლებისცისტური წყარო „მეტყველებს პოლიტიკური პარტიებისგან დამოუკიდებლობაზე, მაგრამ არა არაპოლიტიკურ დამოუკიდებლობაზე".[56] სხვა სიტყვებით, პრეზიდენტი არ არის დამოუკიდებელი ეგზისტენციალური პოლიტიკისგან, და ამიტომაც, შესწევს უნარი, დაიცვას საზოგადოების პოლიტიკური გადაწყვეტილება.

კელზენი აღიარებს, რომ ის და შმიტი კონსტიტუციის მცველს განსხვავებულ ფუნქციებს ანიჭებენ.[57] მათი შეხედულებების შეუთანხმებლობის ერთი მიზეზი კონსტიტუციის როლის განსხვავებულ აღქმაშია. სწორედ მცველის ფუნქციებსა და კონსტიტუციის როლზე შეხედულებათა სხვაობა განაპირობებს მათ სხვადასხვანაირ პოზიციებს მცველის ლეგიტიმაციის წყაროს შესახებ. მათ განსხვავებულ პოზიციებთან მიდგომის საუკეთესო გზა კონსტიტუციური იდენტობის ორი ცნების ერთმანეთისგან გამორჩევაა.[58] მიუხედავად იმისა, რომ კელზენი და შმიტი თავად არ იყენებენ ტერმინს „კონსტიტუციური იდენტობა",[59] მისი გამოყენება გვეხმარება უკეთ დავადგინოთ სხვაობა მათ კონსტიტუციურ მოდელებს შორის. ცნების, კონსტიტუციური იდენტობის პირველი გაგების თანახმად, კონსტიტუცია საზოგადოების იდენტობის ბირთვია. მაგალითად, აშშ-ს აქვს კონსტიტუციური იდენტობა იმ გაგებით, რომ აშშ-ს კონსტიტუცია მრავალი წლის განმავლობაში ამერიკული ეროვნული იდენტობის ბირთვია.[60] კონსტიტუციური

---

[53] *იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 171–72 ("რაიხის პრეზიდენტს ირჩევს სრულიად გერმანელი ხალხი და მისი პოლიტიკური კომპეტენციები საკანონმდებლო ინსტიტუტისგან განსხვავებით … არსებითად სხვა არაფერია, თუ არა 'appeal to the people.'").

[54] *იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 162 („რაიხის პრეზიდენტი, რომელიც დგას პლებისციტურ საფუძველზე …"); SCHMITT, *supra* note 51, 65 („საეჭვოა რაიხსტაგმა გაბედოს ხალხთან ბრძოლა."). შმიტის თეორია კონტრმაჟორიტარულია მხოლოდ საპარლამენტო უმრავლესობის პირისპირ წინააღმდეგობის გაგებით. ის არაა კონტრმაჟორიტარული ხალხის ნებასთან შეპირისპირების თვალსაზრისით. Cf. Lars Vinx, *Carl Schmitt and the Problem of Constitutional Guardianship*, THE CONTEMPORARY RELEVANCE OF CARL SCHMITT: LAW, POLITICS, THEOLOGY 34 (Matilda Arvidsson, Leila Brännström & Panu Minkkinen eds., 2016) („კარლ შმიტის კონსტიტუციური თეორია მხარს უჭერს საკანონმდებლო უმრავლესობის ძალაუფლებაზე ძლიერ კონტრ-მაჟორიტარულ შეზღუდვებს.").

[55] SCHMITT, *supra* note 51, 90.

[56] KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 169.

[57] *იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 213–14, 217.

[58] *იხილეთ* Or Bassok, *Interpretative Theories as Roadmaps to Constitutional Identity: The Case of the United States*, 4 GLOBAL CONSTITUTIONALISM 289, 292–94 (2015) (განასხვავებს კონსტიტუციური იდენტობის ორ ტიპს შორის).

[59] მონიკა პოლზინი ამტკიცებს, რომ შმიტმა გამოიყენა „კონსტიტუციური იდენტობის ცნება", მაგრამ ამას ამტკიცებს ერთი ციტატით შმიტის კონსტიტუციური თეორიიდან, სადაც შმიტი წერს „კონსტიტუციის, როგორც მთლიანობის იდენტობასა და უწყვეტობაზე". პოლზინის ანალიზი კარგად აჩვენებს, რომ შმიტის წაკითხვა კონსტიტუციური იდენტობის კონცეფციის ამჟამინდელი გაგების გამოყენებით ნაყოფიერია, თუმცა შმიტს ეს კონცეფცია თავის ცნებებათა შორის არ ჰქონდა. *იხილეთ* Monika Polzin, *Constitutional Identity, Unconstitutional Amendments and the Idea of Constituent Power: The Development of the Doctrine of Constitutional Identity in German Constitutional Law*, 14 INT'L J. CONST. L. 411, 411–21 (2016).

[60] *იხილეთ, მაგ.*, HANS KOHN, AMERICAN NATIONALISM: AN INTERPRETIVE ESSAY 8 (1957) („რადგან ამერიკის კონსტიტუცია სხვას არ ჰგავს: ის წარმოადგენს ამერიკელი ერის სიცოცხლისუნარიანობას, მის უზენაეს სიმბოლოსა და გამოვლინებას."); Paul W. Kahn, *American Exceptionalism, Popular Sovereignty, and the Rule of Law*, in AMERICAN EXCEPTIONALISM AND HUMAN RIGHTS 198, 206–07 (Michael Ignatieff ed., 2005) („მხოლოდ აქაა

იდენტობის ეს კონცეფცია შეესაბამება კონსტიტუციის ცენტრალური როლის შმიტისეულ გაგებას. მისი აზრით, პოლიტიკური გადაწყვეტილება - გამყარებული კონსტიტუციით - განსაზღვრავს სახელმწიფოს იდენტობას, მის ტელოსს.[61] ამ თვალსაზრისით, „სახელმწიფოს არ აქვს კონსტიტუცია … . სახელმწიფო არის კონსტიტუცია… . კონსტიტუციაა მისი 'სული, მისი რეალური ცხოვრება, და მისი ყოფა".[62]

შმიტის კონსტიტუციის მცველი იცავს ერის იდენტობას. ამ საკვანძო როლის გათვალისწინებით, ახლა უკვე შესაძლებელია იმის ახსნა, რატომაა შმიტის მცველი უფლებამოსილი, გააუქმოს ის კონსტიტუციური ცვლილებები, რომლებიც პოლიტიკური საზოგადოების კონსტიტუციურ იდენტობას ეწინააღმდეგება. საზოგადოების ძირითადი პოლიტიკური გადაწყვეტილება - შმიტის სიტყვებით „კონსტიტუცია" - უბრალოდ კონსტიტუციური კანონით არ შეიძლება შეიცვალოს.[63] საზოგადოების იდენტობის განსაზღვრაში მისი როლიდან გამომდინარე, კონსტიტუციის ბირთვი და მისი ხელშეუვალობა, პრიორიტეტული უნდა იყოს კონსტიტუციის შესწორების პროცედურასთან მიმართებით. არსებითად, პოლიტიკური გადაწყვეტილება არის კონსტიტუციის მუდმივი ნორმა.[64] კონსტიტუციის ცალკეული მუხლები არ შეიძლება შეიცვალოს ისე, რომ დაირღვეს კონსტიტუციის ფუნდამენტური პრინციპები: კონსტიტუციური „გადასინჯვა" არ არის კონსტიტუციური „ანიჰილაცია".[65] შესაბამისად, გადასინჯვის სათანადო პროცედურით მიღებული კონსტიტუციური ცვლილება, შესაძლოა მაინც არაკონსტიტუციური იყოს, თუ ის საზოგადოების პოლიტიკური გადაწყვეტილების გაუქმებას ისახავს მიზნად.[66] მსგავს მიზეზთა გამო, ხალხის პოლიტიკური გადაწყვეტილების დაცვისას, პრეზიდენტი, როგორც კონსტიტუციის მცველი, არაა შეზღუდული კანონიერებით, მხოლოდ ლეგიტიმაციით.[67] „პლებისციტარული ლეგიტიმაცია" იმარჯვებს „საკანონმდებლო კანონიერებაზე".[68]

ეროვნული პოლიტიკური იდენტობა ასე ნათლად და სწრაფად კონცენტრირებული სამართლებრივ ტექსტში.")

[61] *იხილეთ* SCHMITT, *supra* note 25, 59, 65 („გერმანელი ხალხის ნებამ, მაშასადამე, რაღაც ეგზისტენციალურმა, დაამყარა ერთიანობა, პოლიტიკური და საჯარო სამართლის თვალსაზრისით, ყველა სისტემატური წინააღმდეგობის, ცალკეული კონსტიტუციური კანონების არათანმიმდევრულობასა და სიცხადის ნაკლებობის მიუხედავად"). SCHMITT, *supra* note 25, 132 („პოლიტიკური გადაწყვეტილება, რომელიც წარმოადგენს კონსტიტუციის შინაარსს."). *ასევე იხილეთ* MCCORMICK, *supra* note 14, 230–32, 251.

[62] SCHMITT, *supra* note 25, 60. *ასევე იხილეთ* ANDREAS KALYVAS, DEMOCRACY AND THE POLITICS OF THE EXTRAORDINARY: MAX WEBER, CARL SCHMITT, AND HANNAH ARENDT 131 (2008) („ნებისმიერი სადამფუძნებლო სუვერენული გადაწყვეტილება მოიცავს გარკვეულ არსებით მნიშვნელობებს და ფუნდამენტურ პრინციპებს, რომლებიც ასახავს პოლიტიკური საზოგადოების იდენტობასა და ეიდოსს.").

[63] *იხილეთ* SCHMITT, *supra* note 51, 50–58 („ყველა კონსტიტუცია აღიარებს ისეთ ფუნდამენტურ „პრინციპებს" … [რომლებიც] პრინციპში უცვლელია."); SCHMITT, *supra* note 25, 70–73, 150–51. *ასევე იხილეთ* DYZENHAUS, *supra* note 21, 52–53; KALYVAS, *supra* note 61, 141.

[64] SCHMITT, *supra* note 25, 92 (ხაზგასმით აღნიშნავს, რომ პოლიტიკური გადაწყვეტილება არის „მუდმივი და უცვლელი … რაღაც აბსოლუტურად შეუვალი").

[65] SCHMITT, *supra* note 25, 151. *ასევე იხილეთ id.* 72–74, 79–81, 150–58, 215; SCHMITT, *supra* note 51, 58 („როდესაც კონსტიტუცია ითვალისწინებს კონსტიტუციის გადასინჯვის შესაძლებლობას, კონსტიტუცია მიზნად არ ისახავს, უზრუნველყოს, მაგალითად, სამართლებრივი მეთოდი მისი საკუთარი კანონიერების აღმოსაფხვრელად, მით უმეტეს, უზრუნველყოს ლეგიტიმური საშუალებები მისი ლეგიტიმაციის განადგურების მიზნით.").

[66] *იხილეთ* JOSEPH W. BENDERSKY, CARL SCHMITT: THEORIST FOR THE REICH 97–99, 147–48, 197 (1983); ELLEN KENNEDY, CONSTITUTIONAL FAILURE: CARL SCHMITT IN WEIMAR 172–73 (2004); MCCORMICK, *supra* note 14, 234–35, 242; SCHUPMANN, *supra* note 7, 138, 141–42.

[67] *იხილეთ* DYZENHAUS, *supra* note 21, 2 („ლეგიტიმური ყოველთვის უფრო მტკიცე იქნება ვიდრე კანონიერი").

[68] SCHMITT, *supra* note 51, 59.

მეორე გაგებით, ტერმინი კონსტიტუციური იდენტობა შეეხება თავად კონსტიტუციის, და არა ერის იდენტობას. ნებისმიერ კონსტიტუციას აქვს იდენტობა იმ ძირითადი მახასიათებლებით განპირობებული, რაც მის ბუნებას ქმნის.[69] ამ გაგებით, კონსტიტუციური იდენტობის ქონა არ ნიშნავს იმას, რომ ერის იდენტობის ბირთვი მისი კონსტიტუციაა. მრავალ ერში, კონსტიტუციის ძირითადი ფუნქცია სტრუქტურული ან ნორმატიულია, ხოლო მისი იდენტობის ფუნქცია შედარებით უმნიშვნელოა.[70] ამ ერებში კონსტიტუციას აქვს იდენტობა, მაგრამ ეროვნული იდენტობის ბირთვი კონსტიტუცია არ არის. ამ ერების იდენტობა სხვაგან, კონსტიტუციის მიღმა არსებულ წყაროებშია ფესვგადგმული.[71]

კელზენი კონსტიტუციას ხალხისთვის საერთო იდენტობის შექმნაში როლს არ ანიჭებს.[72] მისი აზრით, სიკეთის საკითხზე შეუთანხმებელ პლურალისტურ საზოგადოებაში, არ უნდა არსებობდეს ერთი გამაერთიანებელი, მუდმივი იდენტობა, და ერთი კონკრეტული უფლებამოსილი ორგანო, რომელიც ერთპიროვნულად წყვეტს ამ იდენტობის შესახებ უთანხმოებებს.[73] მაშინ, როდესაც შმიტი მიიჩნევს, რომ პოლიტიკური არსი საშუალებას ქმნის, შეიქმნას ერთიანობა, რომელიც წინ აღუდგება პლურალისტულ საფრთხეებს, კელზენს სურს - საზოგადოების იდენტობის შესახებ შეხედულებების მრავალფეროვნების სახელით - შეუნარჩუნოს ხალხს საშუალება, გადასინჯოს ნებისმიერი სამართლებრივი შინაარსი.[74] კელზენის აზრით, სახელმწიფო ნორმატიული ქმნილებაა და არა იდენტობის მქონე.[75] შმიტის ხედვის საპირისპიროდ, კელზენი მიიჩნევს, რომ სახელმწიფო არ არის ერთიანი არსი, ხოლო კონსტიტუცია არ არის ამ არსის განსხეულება.[76] კელზენი მიზნად ისახავს, სამართლებრივი თეორია გამოწმინდოს არასამართლებრივ სიმბოლური ფიქციებისგან, როგორადაც ის, მაგალითად, პოლიტიკურ არსს მიიჩნევს.[77] იდეა, რომ კონსტიტუცია გამოხატავს ხალხის მუდმივ იდენტობას, რომელიც აღემატება სამართლებრივად ორგანიზებულ, პლურალისტურ პოლიტიკას, ანათემაა

---

[69] *იხილეთ* MICHEL ROSENFELD, THE IDENTITY OF THE CONSTITUTIONAL SUBJECT: SELFHOOD, CITIZENSHIP, CULTURE, AND COMMUNITY 11–12, 113 (2010).

[70] *იხილეთ* Dieter Grimm, *Integration by Constitution*, 3 INT'L. J. CONST. L. 193, 194–96 (2005) („კონსტიტუცია უპირველეს ყოვლისა მიზნად ისახავს ნორმატიული ეფექტების წარმოებას."); Michel Rosenfeld, *The European Treaty–Constitution and Constitutional Identity: A View from America*, 3 INT'L. J. CONST. L. 316, 323 (2005) („ამრიგად, კონსტიტუციური იდენტობა ბევრად უფრო ცენტრალურია ეროვნული იდენტობისთვის შეერთებული შტატების მოდელში, ვიდრე ეს არის ფრანგულ ან [მეორე მსოფლიო ომამდე] გერმანულ მოდელში.").

[71] *იხილეთ* Gary Jeffrey Jacobsohn, Constitutional Identity, 68 REV. POLITICS 361, 364–65, 368 (2006).

[72] HANS KELSEN, INTRODUCTION TO THE PROBLEMS OF LEGAL THEORY 99–106 (Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulsen trans., 1992) (1934). *ასევე იხილეთ* PETER C. CALDWELL, POPULAR SOVEREIGNTY AND THE CRISIS OF GERMAN CONSTITUTIONAL LAW: THE THEORY & PRACTICE OF WEIMAR CONSTITUTIONALISM 49, 90 (1997) („კელზენი სახელმწიფოსა და კანონს, ირიბად განიხილავდა როგორც იდენტურს....").

[73] *იხილეთ* VINX, *supra* note 26, 170.

[74] *იხილეთ* KELSEN, *supra* note 71, 31–32, 98. *ასევე იხილეთ* VINX, *supra* note 26, 142.

[75] *იხილეთ* HANS KELSEN, THE ESSENCE AND VALUE OF DEMOCRACY 35–42 (Brian Graf trans., 2005) (1920); KELSEN, *supra* note 71, 99–100 („სახელმწიფო, შესაბამისად, სამართლებრივი სისტემაა."), 105 („ ყველა სახელმწიფო მხოლოდ სამართლებრივი სისტემაა...."). *ასევე იხილეთ* CALDWELL, *supra* note 71, 49 („კელზსენი სახელმწიფოსა და კანონს, ირიბად განიხილავდა როგორც იდენტურს....").; JOHN H. HALLOWELL, THE DECLINE OF LIBERALISM AS AN IDEOLOGY 97–98 (1946) („კელზენი სახელმწიფოს სამართლებრივ წესრიგთან აიდენტიფიცირებს: : : .").

[76] *იხილეთ* Nicolleta Ladavac, *Philosophy of Law and Theory of Law: "The Continuity of Kelsen's Years on America"*, HANS KELSEN IN AMERICA: SELECTIVE AFFINITIES AND THE MYSTERIES OF ACADEMIC INFLUENCE 229, 242 (D.A. Jeremy Telman ed., 2016).

[77] *იხილეთ* KELSEN, *supra* note 71, 31–32, 98. *ასევე იხილეთ* CALDWELL, *supra* note 71, 119.

კელზენისთვის.[78] კელზენისთვის სამართლებრივ ნორმებზე შეთანხმება და საზოგადოების დიდი ნაწილის მიერ მათზე თანხმობის არსებობაა ის, რაც ქმნის სახელმწიფოს ერთიანობას.[79]

მაშინ, როდესაც შმიტი არ იყო დარწმუნებული სასამართლო ხელისუფლების უნარში, მიიღოს პოლიტიკურ-ეგზისტენციალური გადაწყვეტილებები და სურდა მოსამართლეთა ამორიცხვა სახელმწიფოს არსის შესახებ გადაწყვეტილებებიდან, კელზენს იმისაც კი არ სჯეროდა, რომ სახელმწიფოს ესაჭიროება ამგვარი გადაწყვეტილებების მიღება.[80] ამიტომ, კელზენის აზრით, მოსამართლეებმა თავი უნდა აარიდონ, კონსტიტუციას მიანიჭონ კარგი ცხოვრების სრულად უზრუნველყოფის მუდმივი ფუნქცია.[81] დემოკრატიის მიზანია უზრუნველყოს სამართლებრივი ჩარჩო, რომელიც საზოგადოების ცხოვრების წესში მშვიდობიანი გზით ცვლილებების საშუალებას ქმნის.[82] კელზენის მცველის როლი კონსტიტუციის და არა საზოგადოების იდენტობის დაცვაში გამოიხატება.[83] ამ პოზიციის გამო კელზენი არ ცნობდა იმ მრავალ ფუნქციას, რომელსაც შმიტი მცველის როლის ნაწილად განიხილავდა.[84] მაგალითისთვის, კელზენსაც მიაჩნდა, რომ კონსტიტუციის ნორმამ, შესაძლოა თავისი თავი მუდმივ ნორმად გამოაცხადოს. თუმცა, მის კონსტიტუციურ მოდელი არ მოიაზრებდა კონსტიტუციის ბირთვ პოლიტიკურ გადაწყვეტილებას, რომელიც მცველს უფლებას ანიჭებს, შეამოწმოს კონსტიტუციური ცვლილებები, მაშინაც კი, თუ ისინი სათანადო პროცედურის მიხედვით განხორციელდა.[85] კელზენს არ შეუქმნია არსებითი კონცეფცია, რომელიც შეზღუდავდა საკანონმდებლო ხელისუფლებას. ის ეწინააღმდეგებოდა იმ აზრს, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოს შეუძლია, გააუქმოს კანონები პრეამბულებში გაცხადებული მიზნების საფუძველზე. მისი აზრით, კანონმდებელი მხოლოდ ექსპლიციტური კონსტიტუციური ნორმებით არის შეზღუდული.[86] მცველის როლი უბრალოდ ამ ნორმების დარღვევისგან კონსტიტუციის დაცვაა.

კელზენი წერს, რომ კონსტიტუცია არის „წესი, რომელიც განსაზღვრავს კანონთა წარმოქმნას“.[87] კელზენისეული მცველის როლი კანონთა შექმნის პროცესზე კონსტიტუციის ნორმების მისადაგებაა, ნორმების, რომლებიც ძირითადად პროცედურულ მოთხოვნებზეა ფოკუსირებული.[88] ზუსტად ისევე, როგორც „საერთო“ სასამართლოები მოითხოვენ, ადმინისტრაციული აქტები შეესაბამებოდნენ კანონს, რათა მათი კანონიერება

---

[78] *იხილეთ* VINX, *supra* note 26, 126, 132.

[79] *იხილეთ* Manfred Baldus, *Hapsburgian Multiethnicity and the "Unity of the State" – On the Structural Setting of Kelsen's Legal Thought*, HANS KELSEN AND CARL SCHMITT: A JUXTAPOSITION 13, 20–21 (Dan Diner & Michael Stolleis eds., 1999); CALDWELL, *supra* note 71, 113.

[80] *იხილეთ* Raphael Gross, *"Jewish Law and Christian Grace" – Carl Schmitt's Critique of Hans Kelsen*, HANS KELSEN AND CARL SCHMITT: A JUXTAPOSITION, *supra* note 78, 101, 103.

[81] *იხილეთ* VINX, *supra* note 26, 171.

[82] *იხილეთ* VINX, *supra* note 26, 132–33.

[83] *იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 174 („„კონსტიტუციის მცველი“: მისი თავდაპირველი გაგებით, ეს ტერმინი აღნიშნავს ორგანოს, რომლის ფუნქციაა კონსტიტუციის დაცვა შელახვისაგან.").

[84] *იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 213–14.

[85] *იხილეთ* Claude Klein, *"The Eternal Constitution" – Contrasting Hans Kelsen and Carl Schmitt*, HANS KELSEN AND CARL SCHMITT: A JUXTAPOSITION, *supra* note 78, 61, 63–64.

[86] *იხილეთ* VINX, *supra* note 26, 125–26.

[87] KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 28. *ასევე იხილეთ* KELSEN, *supra* note 71, 63–64.

[88] KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 176 („საკითხი უბრალოდ ისაა, რომ ნორმა უნდა გაუქმდეს კონკრეტული შემთხვევისთვის ან ზოგადად, რადგან მისი შექმნა უმაღლეს ნორმას ეწინააღმდეგება, რომელიც სწორედ იმიტომაა, უფრო მაღალი, რომ მის შექმნას არეგულირებს..").

დადგინდეს, საკონსტიტუციო სასამართლო მხოლოდ აღასრულებს კანონიერების პრინციპს, როდესაც მოითხოვს საკანონმდებლო აქტების კონსტიტუციასთან შესაბამისობას.[89] ვინაიდან საკონსტიტუციო სასამართლო ძირითადად დაინტერესებულია, კანონი მიღებული იყო თუ არა კონსტიტუციით გათვალისწინებული საკანონმდებლო პროცედურებით, შემოწმების პროცესში ის არსებითად ფაქტებს უსადაგებს კანონს, სადაც ფაქტები არის საკანონმდებლო პროცესი.[90] „და სწორედ ამ მხრივ, - წერს კელზენი, - „მისი ფუნქცია საერთო სასამართლოების ფუნქციას ჰგავს; ეს არის ძირითადად კანონის მისადაგება და, შესაბამისად, ამ გაგებით, ჭეშმარიტი განსჯა“.[91]

იმ შეხედულებიდან გამომდინარე, რომ კონსტიტუციის მთავარი როლი კანონშემოქმედების პროცედურის რეგულირებაა, კელზენი კონსტიტუციის იმ მუხლებს, რომლებიც ამ როლს სცდება, აღწერს, როგორც კონსტიტუციის მიღმა არსებული საკითხის კონსტიტუციურ ფორმაში „შემოსვად“.[92] მხოლოდ ის კონსტიტუციური დებულებები შეიძლება გახდეს კანონის ბათილობის საფუძველი მისივე შინაარსის გამო, რომლებსაც აქვთ მარტივად განსაზღვრადი მნიშვნელობა.[93] კანონმდებლობის კანონიერების შემოწმება იმგვარი „ბუნდოვანი ლოზუნგების საფუძველზე, როგორიცაა „თავისუფლება“, „თანასწორობა“, „სამართლიანობა“ და ა.შ“ შექმნის „პოლიტიკურად უაღრესად შეუსაბამო უფლებამოსილებათა ცვლილების საფრთხეს ...”.[94] კელზენი დასძენს, რომ თუკი მოსამართლეები კანონმდებლობის შესამოწმებლად დაეყრდნობიან „ცუდად განსაზღვრულ და უაღრესად ბუნდოვან სიტყვას, როგორც 'სამართლიანობაა“, მათი გადაწყვეტილებები სამართალში მათ კომპეტენციაზე მეტად[95] ასახავს „შეუზღუდავ დისკრეციას კოლეგიისა, რომლის წევრებიც ... პოლიტიკური თვალსაზრისით, თვითნებურად არიან არჩეულნი“[96]. კელზენი საკონსტიტუციო სასამართლოს განიხილავს,

---

[89] *იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 45 („მაშასადამე, მოთხოვნა, რომ კანონები იყოს კონსტიტუციური, სამართლებრივ-თეორიული და სამართლებრივ-ტექნიკური თვალსაზრისით არ განსხვავდება მოთხოვნისგან, რომ იურისდიქცია და ადმინისტრირება კანონთან იყოს შესაბამისი.”).

[90] *იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 188 („„ფაქტის საკითხი“, რომელიც დებულების კონსტიტუციურობის შესახებ გადაწყვეტილების მიღებისას კონსტიტუციის ნორმას უნდა მიესადაგოს, არის არ ნორმა, არამედ ნორმის შექმნა. ფაქტი და ნორმა განსხვავებული ცნებებია. ნორმის შექმნა კი კონსტიტუციური ნორმით დარეგულირებული ჭეშმარიტად „ფაქტობრივი საკითხია“).

[91] KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 47. შმიტის არგუმენტის გაბათილების მცდელობისას, რომ მცველი ვერ იქნება სასამართლო, რადგან მცველის ფუნქციები ეწინააღმდეგება სასამართლოს ფუნქციას, კელზენმა შმიტი დაადანაშაულა „კონცეპტუალურ იურისპრუდენციასთან“ მიჯაჭვაში. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, კელზენმა უარყო, რომ მცველი „სასამართლოდ“უნდა კლასიციფირდეს. მიუხედავად ამისა, კელზენს არ უარყვია, რომ მცველის ინსტიტუციური მახასიათებლები სასამართლო ინსტიტუციის მსგავსი იქნებოდა. *იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 181–83.

[92] *იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 31, 73 („სამართლებრივ-ტექნიკური თვალსაზრისით, კონსტიტუცია ... განსაზღვრავს საკანონმდებლო პროცედურას და ადგენს გარკვეულ მითითებებს კანონის შინაარსისთვის ....”); KELSEN, *supra* note 71, 64.

[93] *იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 60–61 (აცხადებს, რომ კანონების სასამართლოს მიერ შემოწმება ისეთი ზოგადი ფორმულირებების საფუძველზე, როგორიცაა „სამართლიანობა“, „საკონსტიტუციო სასამართლოს მისცემს უფლებამოსილების იმგვარ სისრულეს, რომელიც სრულიად დაუშვებლად უნდა მივიჩნიოთ“.). *ასევე იხილეთ* Vinx, *supra* note 26, 164.

[94] KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 193.

[95] *იხილეთ* DYZENHAUS, *supra* note 21, 152 (განმარტავს, რომ კელზენის თანახმად, „საჭიროა, რომ კონსტიტუციის შინაარსი თავად კონსტიტუციითვე განისაზღვროს საკმარისი სიზუსტით, რათა მკაცრად შეზღუდოს სასამართლო დისკრეცია კანონმდებლობის კონსტიტუციურობის შეფასებისას“.)

[96] KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 61 („პარლამენტიდან უფლებამოსილების გადანაცვლება არასაპარლამენტო ინსტიტუტზე, რომელიც შეიძლება იქცეს იმ პოლიტიკური ძალების გამოხატულებად, რომლებიც სრულიად განსხვავდებიან პარლამენტში გამოხატულისგან, რა თქმა უნდა, არ არის კონსტიტუციით გამიზნული და

როგორც ნეგატიურ კანონმდებელს, რადგან მისი გადაწყვეტილებები, კანონმდებლობის გაუქმების შესახებ გავლენას ახდენს ზოგად ნორმებზე.[97] თუმცა, ის მას არ აღიქვამს ჩვეულებრივ კანონმდებლად, ნაწილობრივ იმიტომ, რომ მისი გადაწყვეტილებები არ არის დაფუძნებული ნებაზე. პირიქით, მიუხედავად იმისა, რომ ის საკონსტიტუციო სასამართლოა, გადაწყვეტილებას სამართლებრივი არგუმენტაციაზე დაფუძნებით იღებს, როგორც, ზოგადად, სასამართლოებს სჩვევიათ.[98]

კელზენის პოზიცია საკონსტიტუციო სასამართლოს, როგორც მცველის როლზე, მჭიდროდ უკავშირდება სამართლებრივი ნორმების იერარქიის შესახებ მის თეორიას.[99] დაწერილი კონსტიტუცია, როგორც კანონი, რომელიც არეგულირებს ორდინარული კანონმდებლობის შექმნას, ნაკლოვანია, თუ არ ითვალისწინებს მოთხოვნას, რომ ორდინარული კანონმდებლობა სწორედ მას უნდა შეესაბამებოდეს.[100] კელზენი მიიჩნევს, სამართლებრივი წესრიგის უფრო მაღალი დონის ნორმებთან უფრო დაბალ საფეხურზე მყოფი ნორმების შესაბამისობის დაცვისთვის აუცილებელია საკონსტიტუციო სასამართლოს უფლებამოსილება, კონსტიტუციური შემოწმებაზე.[101] ის ამ სისტემურ თვისებას კანონიერებას უწოდებს.[102] კონსტიტუციური კანონიერების საუკეთესო გარანტორი საკონსტიტუციო სასამართლოა, რომელსაც აქვს უფლებამოსილება, გააუქმოს არაკონსტიტუციური კანონმდებლობა.[103] სასამართლო შემოწმება სისტემის შენარჩუნებისთვის კანონიერების აუცილებელ გარანტიას ქმნის.[104] კელზენის თქმით, „ინსტიტუციური კონტროლის“ გარეშე, რომელიც უზრუნველყოფს კონსტიტუციურ კანონიერებას, დემოკრატია ჩამოიშლება.[105]

ამრიგად, კელზენის თანახმად, მცველის ერთ-ერთი ვალდებულებაა, უმაღლეს კონსტიტუციურ ნორმებსა და უფრო დაბალ საფეხურზე მდგომ უბრალო კანონმდებლობას

პოლიტიკურად უაღრესად შეუსაბამოა.").

[97] *იხილეთ* Hans Kelsen, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, 4 J. POLITICS 183, 187 (1942).

[98] *იხილეთ* Michel Troper, *"The Guardian of the Constitution" – Hans Kelsen's Evaluation of a Legal Concept*, HANS KELSEN AND CARL SCHMITT: A JUXTAPOSITION, *supra* note 78, 81, 92–93.

[99] *იხილეთ* KELSEN, *supra* note 71, 63–65 (ხსნის კონსტიტუციის უპირატესობას, როგორც „სამართლებრივი სისტემის იერარქიული სტრუქტურის" და მისი აღსრულების მექანიზმების ნაწილს); KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 45.

[100] *იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 27–28 („ესაა „წესი, რომელიც განსაზღვრავს კანონთა წარმოქმნას."); KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 69 („სანამ კონსტიტუცია არ ითვალისწინებს არაკონსტიტუციური აქტებუს გაუქმების გარანტიას, ტექნიკური თვალსაზრისით, მას არ გააჩნია სამართლებრივი სრული მზოჭავი ხასიათიც."). *ასევე იხილეთ* VINX, *supra* note 26, 146.

[101] *იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 56 („მარტივად რომ ვთქვათ, ყველა აქტი უნდა შემოწმდეს ან შემოწმდეს მისი შესაბამისობა რელევანტურ, უფრო მაღალ იერარქიულ საფეხურზე მყოფ ნორმებთან"); KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 189 („საკითხი უბრალოდ ისაა, რომ ნორმა უნდა გაუქმდეს კონკრეტული შემთხვევისთვის ან ზოგადად, რადგან მისი შექმნა უმაღლეს ნორმას ეწინააღმდეგება, რომელიც სწორედ იმიტომაა, უფრო მაღალი, რომ მის შექმნას არეგულირებს.."). *მაგრამ იხილეთ* KELSEN, *supra* note 71, 71–73 (განმარტავს, რომ კანონსა და კონსტიტუციას შორის შეიძლება არსებობდეს წინააღმდეგობა; კანონი, რომელიც ეწინააღმდეგება კონსტიტუციას, ნაკლოვნადდ უნდა ჩაითვალოს, და არა არაკონსტიტუციურად ან უკანონოდ).

[102] *იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 24–27. *ასევე იხილეთ* VINX, *supra* note 26, 145, 160.

[103] *იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 69–71. *ასევე იხილეთ* Vinx, *supra* note 21, 8; Michel Troper, *Marshall, Kelsen, Barak and the Constitutionalist Fallacy*, 3 INT'L. J. CONST. L. 24, 30 (2005).

[104] *იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 251. *ასევე იხილეთ* Vinx, *supra* note 26, 146–47.

[105] *იხილეთ* KELSEN, *supra* note 74, 83.

შორის უზრუნველყოს შიდა სისტემური კავშირი და თანმიმდევრულობა.[106] კელზენისთვის, სამართლებრივი სისტემის თანმიმდევრულობა და მისი შინაგანი ერთიანობა ცენტრალურია იმისთვის, რომ კანონი მიიჩნეოდეს მეცნიერულ ძალისხმევად.[107] კონსტიტუციური სამართლის, როგორც სამართლის სისტემატური ლოგიკის - ან მისი სიტყვებით, „კანონიერების" - უზრუნველყოფაში მცველის როლის შესახებ ხედვაზე დაყრდნობით, კელზენი ამტკიცებს, რომ საკონსტიტუციო სასამართლო უნდა შედგებოდეს სამართლის ექსპერტებისგან.[108] სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, კელზენისეული მცველის ლეგიტიმაციის წყარო მომდინარეობს კანონიერებიდან, როგორც კომპეტენციის სფეროდან.[109]

მიუხედავად იმისა, რომ კელზენი უფრო მეტ ყურადღებას ამახვილებს კონსტიტუციის „არსებით ფუნქციაზე" , განსაზღვროს „ზოგადი კანონის შექმნის პროცესი",[110] ის არ უარყოფს, რომ კონსტიტუცია ზოგჯერ მიზნად ისახავს „განსაზღვროს მისაღები კანონების შინაარსი", გარკვეული შინაარსის დაგმობითა თუ გამორიცხვით.[111] მისი აზრით, კანონშემოქმედების პროცესში კონსტიტუციური კანონიერებით დაწესებული შეზღუდვებისადმი დამორჩილების მოთხოვნით, მცველს აქვს შესაძლებლობა დაიცვას მეტი, ვიდრე მხოლოდ კანონმდებლობის სათანადო პროცედურაა. მაგალითად, კელზენი აცხადებს, რომ ფუნდამენტურ საკითხებთან დაკავშირებით კონსტიტუციის შესწორება, როგორც წესი, დამოკიდებულია „კვალიფიციური უმრავლესობის" მოპოვებაზე, რაც მოითხოვს უმცირესობის მონაწილეობასაც. ამ გზით უმრავლესობას უწევს უმცირესობასთან კომპრომისზე წავიდეს. იმის უზრუნველყოფით, რომ უმრავლესობას თავისი მიზნების მიღწევა მხოლოდ კონსტიტუციით გათვალისწინებული ამ ტიპის პროცედურული შეზღუდვების დაცვის გავლით შეუძლია, მცველი იცავს უმცირესობებს „უმრავლესობის მხრიდან თავდასხმებისგან".[112]

კელზენის აზრით, დაწერილი კონსტიტუციას მხოლოდ მაშინ აქვს აზრია და მაშინაა ეფექტური, თუ მას საკონსტიტუციო სასამართლო იცავს კანონიერების უზრუნველყოფით.[113] თუკი არ არსებობს კონსტიტუციური კანონიერების ამგვარი გარანტია, მაშინ კონსტიტუციას არ ექნება სრული, სამართლებრივად მბოჭავი ძალა.[114] და ვინაიდან საკონსტიტუციო სამართლის ამ სისტემური ლოგიკით ჩნდება საკონსტიტუციო სასამართლოს საჭიროება, არ არსებობს საკონსტიტუციო სისტემაში საკონსტიტუციო

---

[106] *იხილეთ* TROPER, *supra* note 97, 81, 86.

[107] *იხილეთ* KELSEN, *supra* note 71, 53. *ასევე იხილეთ* Baldus, *supra* note 71, 16.

[108] *იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 76 („რაც შეეხება კოლეგიურ ორგანოდ ჩამოყალიბებული საკონსტიტუციო სასამართლოს შემადგენლობას, უპირველეს ყოვლისა, საჭიროა პარტიულ-პოლიტიკური გავლენის აღმოფხვრაზე და სამართლებრივი ექსპერტიზის, განსაკუთრებით საკონსტიტუციო სამართალში, მოზიდვაზე ზრუნვა.").

[109] *იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 31, 47–48 („სასამართლომ უნდა შეასრულოს კონსტიტუციური განმარტების წმინდად იურიდიული სამუშაო... უაღრესად მნიშვნელოვანია, რომ სასამართლოს შემადგენლობაში სათანადოდ იყვნენ მოაზრებულნი სამართლის ექსპერტები .... თავად სასამართლოს უდიდესი ინტერესია ბრწყინვალე ექსპერტების დაშვებით განამტკიცოს თავისი ავტორიტეტი ...."). *ასევე იხილეთ* VINX, *supra* note 26, 162.

[110] KELSEN, *supra* note 71, 64–66.

[111] KELSEN, *supra* note 71, 64–65.

[112] KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 71. *ასევე იხილეთ* KELSEN, *supra* note 74, 83; VINX, *supra* note 26, 126–28.

[113] *იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 216 (აცხადებს, რომ „კონსტიტუციის მცველის" ფუნქციაა სახელმწიფო აქტების კონსტიტუციურობის კონტროლი.").

[114] *იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 251. *ასევე იხილეთ* VINX, *supra* note 26, 160.

სასამართლოს შემოღების წინააღმდეგ სამართლებრივი არგუმენტები, არსებობს მხოლოდ პოლიტიკური მიზეზები. ამიტომ გასაკვირი არ არის, რომ ის შმიტის არგუმენტებს სამართლებრივი მეცნიერების ბოროტად გამოყენებად მიიჩნევდა.[115]

კელზენი ეხმიანება შმიტის არგუმენტს იმის შესახებ, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოს არ აქვს უნარი, საკუთარი ლეგიტიმაციის წყაროდ გამოიყენოს სახალხო მხარდაჭერა - „თუკი ვინმეს სურს შექმნას საკონსტიტუციო სასამართლო დემოკრატიული წესით, არ არსებობს წინაღობა იმისთვის, რომ მოსამართლეები აირჩიოს ხალხმა, მსგავსად სახელმწიფოს მეთაურისა“.[116] თუმცა, კელზენი ეჭვებს გამოთქვამს იმის თაობაზე, შეძლებს თუ არა ასეთი სასამართლო ნეიტრალიტეტის შენარჩუნებას. კელზენი წერს, რომ „არჩევნების დამოუკიდებლობის გარანტიად მიჩნევა ... შესაძლებელია მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ რეალობას თვალს მოვუხუჭავთ“.[117] ამ კუთხით, კელზენი ხაზს უსვამს, რომ ნაკლებად სავარაუდოა, რომ უმრავლესობის მიერ იმ პროცესის შედეგად არჩეული პრეზიდენტი, რომელიც წარიმართება პარტიული პოლიტიკის ზეწოლის შედეგად, განკერძოებული იქნება პარტიული ინტერესთა კონფლიქტისგან.[118] სასამართლო, რომლის წევრებიც აირჩევიან პარლამენტის და არა საზოგადოების მიერ, მოსალოდნელია, რომ მეტად ნეიტრალური იქნება, ვინაიდან „მოსამართლე ავტომატურად მიისწრაფვის ნეიტრალიტეტისკენ თავისი პროფესიის ეთოსით“.[119] გარდა ამისა, ვინაიდან სასამართლო საკანონმდებლო პროცესში მონაწილე მხარეებისაგან განცალკევებული და დამოუკიდებელი მხარეა, მას შეუძლია იმის უზრუნველყოფა, რომ „არავინ იყოს საკუთარი საქმის მსაჯული“.[120] მტკიცებას, რომ კანონმდებლის ნებისთვის ხელშეშლის გამო სასამართლოები მოქმედებენ სახალხო სუვერენიტეტის წინააღმდეგ, კელზენი ხაზგასმით პასუხობს, რომ სახალხო სუვერენიტეტი სახელმწიფოს ერთ ორგანოში არაა თავმოყრილი. ამის ნაცვლად, ის არის მთლიანად სამართლებრივი რეჟიმის ატრიბუტი და არა მასში შემავალი რომელიმე კონკრეტული ინსტიტუტის.[121] ამ მიზეზით, ის უარყოფს შმიტის მტკიცებას, რომ პრეზიდენტია ის, ვინც წარმოადგენს ხალხის ნებას.[122]

ეგზისტენციალური პოლიტიკის სფეროს გარდა, კელზენმა შმიტისთვის კარგი პასუხები წარმოადგინა სამართლისა და პოლიტიკის კავშირის ანალიზთან დაკავშირებით. კელზენი აცხადებდა, რომ პარტიული პოლიტიკის თვალსაზრისით, საკონსტიტუციო სასამართლოები არჩეულ ინსტიტუტებთან შედარებით პოლიტიკური ასპარეზის

---

[115] *იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 45, 190–91 („არიან ისეთებიც, რომლებიც : : ამტკიცებენ, რომ კონსტიტუციური სამართალწარმოება შეუთავსებელია კანონმდებლის სუვერენიტეტთან: : : . შეიძლება, გარკვეულ პირობებში, შეზღუდვის ასეთი არარსებობა სასურველი იყოს; მაგრამ ასეთი პოზიციის დაცვა სამართლებრივი არგუმენტებით არ არის შესაძლებელი.”). *ასევე იხილეთ* VINX, *supra* note 26, 162–63; DYZENHAUS, *supra* note 21, 122 (წარმოაჩენს კელზენის პოზიციის ორმაგობას, რომელიც ზოგჯერ ამტკიცებს, რომ „საკითხი უნდა იყოს თუ არა საკონსტიტუციო სასამართლო კანონმდებლობის ვალიდურობის შემოწმების უფლებამოსილებით, არის პოლიტიკური და, შესაბამისად, არ არის სამართლის მეცნიერებისთვის შესაბამისი საკითხი.”); DYZENHAUS, *supra* note 21, 153 (კელზენის აზრით, კანონიერების პრინციპზე ან მის რომელიმე ტექნიკურ კომპონენტზე თავდასხმა „არღვევს მოთხოვნას, რომ მეცნიერება განირჩეოდეს ეთიკისა და პოლიტიკისგან.”).

[116] KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 215.

[117] KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 209.

[118] *იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 209; CALDWELL, *supra* note 71, 115.

[119] KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 210.

[120] KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 175. *ასევე იხილეთ* DYZENHAUS, *supra* note 21, 115, 118, 152.

[121] *იხილეთ* DYZENHAUS, *supra* note 21, 115–16; VINX, *supra* note 26, 82.

[122] *იხილეთ* CALDWELL, *supra* note 71, 9.

აუტსაიდერები არიან.[123] მან არ უარყო, რომ სასამართლოები პოლიტიკური ინსტიტუტები არიან იმ გაგებით, რომ ისინი „ახორციელებენ უფლებამოსილებას“ ან კანონის მისადაგებაში აქვთ დისკრეცია.[124] კელზენი აღიარებდა, რომ სასამართლოებს უწევთ მაღალი პოლიტიკის საკითხებთან შეჯახება, მაგალითად, „ინტერესთა ან უფლებამოსილების კონფლიქტთან“.[125] მან მკაცრად გააკრიტიკა შმიტი, მის მიერ სასამართლო გადაწყვეტილების მიღების უბრალო „სუბსუმციად“ შეფასების გამო და აღიარა, რომ „კანონმდებლობის პოლიტიკურ ხასიათსა და სასამართლო სამართალწარმოებას შორის არსებობს მხოლოდ რაოდენობრივი, მაგრამ არა ხარისხობრივი განსხვავება“.[126] კელზენს მიაჩნდა, რომ მოსაზრება, თითქოსდა კანონს აქვს კონკრეტული ფიქსირებული მნიშვნელობა, რომელსაც განმარტების მეშვეობით უნდა მივაკვლიოთ, უბრალო ილუზიაა. კანონს ქმნიან მოსამართლეები.[127] და მაინც, კელზენი დაჟინებით ამტკიცებდა, რომ სასამართლოები ხელისუფლების არჩეული შტოებისგან განსხვავებულ ფუნქციას ასრულებენ. მოსამართლეები არჩეულ შტოებზე მეტად არიან შეზღუდულნი თავიანთი სამართლებრივი კომპეტენციით და უფრო დამოუკიდებლები - პარტიული ზეწოლისგან.[128]

მიუხედავად ამისა, კელზენი სათანადოდ ვერ შეუპირისპირდა შმიტის მტკიცებას, რომ სასამართლოები ვერ შეძლებენ პოლიტიკური იდენტობის საკითხების გადაწყვეტას საკუთარი ნეიტრალიტეტის დაკარგვის გარეშე და გადაწყვეტილების სამართლებრივი კრიტერიუმებით მიღების ვალდებულებიდან გადახვევის გარეშე. შმიტის არგუმენტი ეფუძნებოდა პოლიტიკის ყველაზე მძაფრ და ფუნდამენტურ დონეს: იდენტობის პოლიტიკას. ერთი შეხედვით, ზედაპირულად ისე ჩანს, თითქოს კელზენს არასწორად ესმის შმიტის მიერ ტერმინი „პოლიტიკურის“ გამოყენება. ის აცხადებდა, რომ შმიტი საკუთარ თავს ეწინააღმდეგება იმით, რომ ერთგან აცხადებს სასამართლო გადაწყვეტილებების არსებითად პოლიტიკურობის შესახებ, ხოლო სხვა პასაჟში ამბობს, რომ გადაწყვეტილებები აპოლიტიკური უნდა იყოს.[129] თუმცა, როგორც ზემოთ განიმარტა, შმიტის ტერმინ „პოლიტიკურ“ სხვადასხვა მნიშვნელობით იყენებდა. შმიტი ეწინააღმდეგებოდა სასამართლო გადაწყვეტილებების პოლიტიკურობას პარტიული პოლიტიკის გაგებით; თუმცა, იმავდროულად, ის აღიარებდა, რომ ისინი პოლიტიკურია დისკრეციული პოლიტიკის საკითხების გადაწყვეტის თვალსაზრისით. მას ასევე მიაჩნდა, რომ სასამართლო გადაწყვეტილებები არ შეიძლება იყოს პოლიტიკური, იმ კუთხით, რომ დაფიქსიროს ან გადაწყვიტოს საზოგადოების ეგზისტენციალური იდენტობა. დიდი ალბათობით, კელზენს კარგად ესმოდა, რას გულისხმობდა შმიტი[130] და მხოლოდ „წყლის ამღვრევა“ სურდა; ცნება „პოლიტიკურის“ მნიშვნელობების გაერთიანებით, მან მიაღწია იმას, რომ შმიტის არგუმენტი რიტორიკულად დამარცხდებოდა, თანაც ისე, რომ მან

---

[123]KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 203–04. *ასევე იხილეთ* DYZENHAUS, *supra* note 21, 119.

[124]*იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 183–84, 189–90. *ასევე იხილეთ* DYZENHAUS, *supra* note 21, 112–13.

[125]KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 184 („უფლებათა ყოველი კონფლიქტი ასევე არის ინტერესთა ან უფლებამოსილებების კონფლიქტი, ყოველი სამართლებრივი დავა, შესაბამისად, პოლიტიკური დავაა.”).

[126]KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 184-85. *ასევე იხილეთ* CALDWELL, *supra* note 71, 111.

[127]KELSEN, *supra* note 71, 82–84.

[128]*იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 210–11; KELSEN, *supra* note 71, 83.

[129]*იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 190–91.

[130]კელზენი წერდა, რომ შმიტის თანახმად, „კონსტიტუციის შემადგენელი ნორმებისგან ან „კანონები“ კი არაა, არამედ „კონსტიტუცია“ სტატუსია, გერმანელი ხალხის „ერთიანობის“ პირობა“. KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 218.

შმიტის მიერ წარმოდგენილი გამოწვევა ვერ გადაჭრა, კერძოდ სასამართლოების მიერ ეგზისტენციალური პოლიტიკის საკითხებზე მსჯელობის შესახებ.[131]

ამერიკის უზენაესი სასამართლო და სასამართლო ლეგიტიმაციის გაგების გარდაქმნა

უკანასკნელი ათწლეულების განმავლობაში, სასამართლო ლეგიტიმაციის შესახებ გაგება რამდენიმე ეროვნულმა უმაღლესმა სასამართლომ გარდაქმნა. ცვლილება დაიწყო აშშ-დან. როგორც ჩემი წინა ნაშრომის მეშვეობით ვაჩვენე კიდეც,[132] დღეს, ამერიკელ მოსამართლეთა და მეცნიერთა შორის, თითქმის სრული კონსესუსი არსებობს, რომ სასამართლოს სათანადო ფუნქციონირებისთვის, აუცილებელია საზოგადოების მტკიცე მხარდაჭერა, ვინაიდან უზენაეს სასამართლოს (შემდგომში: სასამართლო) პირდაპირი კონტროლი არ აქვს არც „ხმალზე და არც ხაზინაზე“.[133] ამდენად, სასამართლოს ლეგიტიმაციის გაგება ჩვეულებრივ მიებმება ხოლმე საზოგადოებრივ მხარდაჭერას.[134]

თუმცა, აღნიშნული გაგება ყოველთვის გაბატონებული გაგება არ ყოფილა. ალექსანდერ ჰამილტონი *ფედერალისტი N78*-ში წერდა, რომ „სასამართლო ხელისუფლებას, პირიქით, ხელი არც ხმალზე მიუწვდება და არც ხაზინაზე ... ამიტომ შეიძლება ითქვას, რომ სასამართლო ხელისუფლება ძალასაც მოკლებულია და ნებასაც; მას მხოლოდ განსჯის საშუალება აქვს ...“.[135] ჰამილტონი, რომელიც *ფედერალისტი N78*-ში შმიტამდე და კელზენამდე დიდი ხნით ადრე საუბრობდა მოსამართლეებზე, „როგორც კონსტიტუციის ერთგულ მცველებზე“,[136] სასამართლოს ლეგიტიმაციას „უბრალოდ“ სამოსამართლო კომპეტენციაზე აფუძნებდა და არა სასამართლოს საზოგადოებრივ მხარდაჭერაზე.[137] აშშ-ში სასამართლოს ლეგიტიმაციის გაგების გარდაქმნის დამტკიცებისთვის, წინა ნაშრომში გამოვიყენე შემდგომი ტექნიკა - ჩავატარე მონიტორინგი სასამართლოსა და მეცნიერთა მიერ წლების განმავლობაში ჰამილტონის ციტატის წაკითხვის მეთოდზე.[138] ვინაიდან ეს ძალიან ცნობილი ციტატა წლების განმავლობაში სასამართლოს ლეგიტიმაციის შესახებ

---

[131] *იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 183 (მსჯელობს ტერმინი „პოლიტიკურის“ მნიშვნელობის გაშიფვრის სირთულეზე და აღნიშნავს, რომ ეს არის „ორაზროვანი და ბოროტად გამოყენებული სიტყვა“).

[132] *იხილეთ, მაგ*., Or Bassok, *The Supreme Court's New Source of Legitimacy*, 16 U. PA. J. CONST. L. 153, 156 (2013).

[133] *იხილეთ, მაგ*., Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833, 865 (1992) (უმრავლესობის მოსაზრება) („სასამართლოს უფლებამოსილება მდგომარეობს მის ლეგიტიმაციაში, რაც არსისა და აღქმის პროდუქტია, რომელიც გამოიხატება ხალხის მიერ სასამართლო სისტემის მიღებაში ... .“); STEPHEN BREYER, MAKING OUR DEMOCRACY WORK: A JUDGE'S VIEW, xiii (2010) („სასამართლო თავად უნდა დაეხმაროს საზოგადოების ნდობის შენარჩუნებას სასამართლოსადმი“); Barry Friedman, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty*, Part Five, 112 YALE L.J. 153, 221 (2002) (.“).

[134] მაგალითად, ჯეფერი როზენი ამტკიცებს, რომ სასამართლოს აქვს ლეგიტიმაციის პრობლემა, რომელიც ეფუძნება „ნიუ-იორკ თაიმსის/CBS-ის გამოკითხვას [რომელმაც] დაადგინა, რომ ამერიკელთა მხოლოდ 44 პროცენტს მოსწონს უზენაესი სასამართლოს მიერ გაწეული სამსახური“. *იხილეთ* Jeffery Rosen, *The Supreme Court Has a Legitimacy Crisis, But Not for the Reason You Think*, NEW REPUBLIC (June 11, 2012), https://newrepublic.com/ article/103987/the-supreme-court-has-legitimacy-crisis-not-the-reason-you-think.

[135] HAMILTON, *supra* note 1, 392.

[136] HAMILTON, *supra* note 1, 392.

[137] *იხილეთ* Or Bassok, *The Supreme Court at the Bar of Public Opinion Polls*, 23 CONSTELLATIONS 573, 574–75 (2016); PAUL O. CARRESE, THE CLOAKING OF POWER: MONTESQUIEU, BLACKSTONE, AND THE RISE OF JUDICIAL ACTIVISM 208 (2010) (ამტკიცებს, რომ ჰამილტონისეულად სასამართლო სისტემა, „აქებს მოსამართლეებს, რომლებიც არ არიან მკაცრად რესპუბლიკელები, რადგან მათი უფლებამოსილების წყარო არ არის მხოლოდ ხალხის თანხმობა ... . ჰამილტონის მიერ სასამართლო შემოწმების დაცვა ... ხაზს უსვამს არა მხოლოდ სასამართლო სისტემის, არამედ მოსამართლეთა მომზადებას და ხასიათის სისუსტეს“).

[138] BASSOK, *supra* note 136.

დისკუსიების საწყისი წერტილია, სარწმუნოა, რომ ვივარაუდოთ, ცვლილება სასამართლო ლეგიტიმაციის გაგებაში აისახება ამ ციტატის განხილვისა და გაგების გზებზეც. გარდა ამისა, ამ ცნობილი ციტატის ცვალებადი გაგების მონიტორინგის გზით, თავიდან ავიცილებ ბრალდებებს, რომ მე მხოლოდ იმ ციტატებს ამოვარჩევ, რომლებიც ჩემს არგუმენტებს წაადგება.

რამდენიმე უახლესი მაგალითი საკმარისი იქნება ამ ცვლილებების საილუსტრაციოდ. საქმეში *Williams-Yulee v. Fla. Bar*,[139] სასამართლოს თავმჯდომარე რობერტსმა მისი გადაწყვეტილება *ფედერალისტი N78*-ის ციტირებით დაიწყო - „აღმასრულებელი თუ საკანონმდებლო ხელისუფლებისგან განსხვავებით, სასამართლოს 'არ აქვს გავლენა არც ხმალზე და არც ხაზინაზე; არც ძალაზე და არც ნებაზე, მხოლოდ განსჯაზე". თუმცა, ჰამილტონის მარჯვედ ციტირების შემდგომ, რობერტსმა გადაწყვეტილება განაგრძო იმით, რომ „სასამართლო ხელისუფლების უფლებამოსილება, შესაბამისად, დიდწილად დამოკიდებულია საზოგადოების მზაობაზე, პატივი სცეს და დაიცვას მისი გადაწყვეტილებები".[140] მიუხედავად იმისა, რომ თავმჯდომარე რობერტსმა თავისი მეორე წინადადება, იმგვარად ჩამოაყალიბა, თითქოს ის გამომდინარეობდა ჰამილტონის ციტატიდან („შესაბამისად"),[141] მისი პოზიცია ჰამილტონისაგან ძალიან განსხვავდება. სხვაობა რამდენიმეა, თუმცა, მე ორზე გავამახვილებ ყურადღებას. პირველი, ჰამილტონის მიხედვით, სასამართლო ხელისუფლების დაყრდნობა მის "განსჯაზე" ნიშნავს, რომ თუ მას აქვს კომპეტენცია, აღმასრულებელი ხელისუფლება მის გადაწყვეტილებებს შეასრულებს, მაშინაც კი, თუ მას არ აქვს საზოგადოების მხარდაჭერა. რობერტსთან, საზოგადოების მხარდაჭერის გარეშე კომპეტენციას მცირე მნიშვნელობა აქვს სასამართლოს უფლებამოსილებისთვის. მეორე, რობერტსის მიხედვით, მაშინაც კი, თუ სასამართლო ხელისუფლებას არ აქვს კომპეტენცია, აღმასრულებელი ხელისუფლება მაინც მიჰყვება მის გადაწყვეტილებებს, თუ მას ზურგს უმაგრებს საზოგადოების მხარდაჭერა.

რობერტსის მიდგომას იზიარებენ მისი პროგრესისტი თანამოაზრენიც. 2002 წელს, მოსამართლე რუთ ბეიდერ გინსბურგმა გადაწყვეტილებაში *Republican Party of Minnesota v. White* დაწერა, რომ „ვინაიდან სასამართლოები არ აკონტროლებენ არც ხაზინას და არც ხმალს, მათი უფლებამოსილება საბოლოო ჯამში ემყარება მანტიით შემოსილებისადმი საზოგადოების რწმენას".[142] მოსამართლე სტივენ ბრეიერი თავის წიგნში „Making Our Democracy Work – A Judge's View" წერს, რომ „სასამართლო თავად უნდა დაეხმაროს სასამართლოსადმი საზოგადოების ნდობის შენარჩუნების მიზანს", რათა უზრუნველყოს მისი სათანადოდ ფუნქციონირება.[143] სწორედ ეს პოზიცია გახდა ბრეიერის განსხვავებული მოსაზრების წინაპირობა საქმეში *Bush v. Gore*.[144] ბრეიერმა განმარტა, რომ ამგვარ „უაღრესად პოლიტიზებული საკითხის ირგვლივ" „გადაწყვეტილებაში ხმების გაყოფა" ძირს უთხრის „საზოგადოების ნდობას თავად სასამართლოს მიმართ".[145] „ეს ნდობა", წერს

---

[139]Williams-Yulee v. Fla. Bar, 135 S. Ct. 1656 (2015).

[140]*Id.* 1666.

[141]*ასევე იხილეთ id.* 1672–73 რობერტსის გადაწყვეტილებაში, სადაც ის ასკვნის, რომ ჰამილტონის პოზიცია მიზნად ისახავდა საზოგადოების პატივისცემის შენარჩუნებას სასამართლო სისტემისადმი. *ასევე იხილეთ* Obergefell v. Hodges, 135 S. Ct. 2584, 2611 (2015) (Roberts, C.J., განსხვავებული მოსაზრება).

[142]Republican Party of Minn. v. White, 536 U.S. 765, 817–18 (2002).

[143]STEPHEN BREYER, MAKING OUR DEMOCRACY WORK: A JUDGE'S VIEW xiii (2010).

[144]Bush v. Gore, 531 U.S. 98 (2000).

[145]*Id.* 157 (Breyer, J., განსხვავებული მოსაზრება).

იგი, „ერის საგანძურია. იგი მრავალი წლის განმავლობაში, ნელ-ნელა ჩამოყალიბდა... . ძირითადი თავისუფლების, და მართლაც, თავად სამართლის უზენაესობის დაცვის ნებისმიერი წარმატებული ძალისხმევისთვის ის საციცოცხლოდ აუცილებელი კომპონენტია“.[146]

მეცნიერებმაც გამოიყენეს *ფედერალისტი №78*-დან ჰამილტონის ციტატის პერიფრაზი იმგვარად, რომ მორგებოდა მიმდინარე გაბატონებულ გაგებას. ლუის ფუენტეს-როუერის ბოლოდროინდელი სტატია „Taking Judicial Legitimacy Seriously“ ამის კარგი მაგალითია.[147] ფუენტეს-როუერი სასამართლოს ლეგიტიმაციას აიგივებს „სასამართლოს, როგორც კონსტიტუციური შტოს მიღებასთან, რაც იზომება საზოგადოებრივი აზრის გამოკითხვით“.[148] სასამართლოსადმი საჯარო მხარდაჭერის შესახებ მსჯელობისას მას მოჰყავს რამდენიმე მაგალითი სხვადასხვა გადაწყვეტილებიდან. შემდეგ ის აღნიშნავს, რომ „არგუმენტი ჯერ კიდევ 1788 წლით თარიღდება“ და ციტირებს ჰამილტონს *ფედერალისტი №78*-დან.[149] თუმცა, 1930-იან წლებამდე და საზოგადოებრივი აზრის გამოკითხვის გამოგონებამდე, სასამართლო ლეგიტიმაციაზე საზოგადოების გაზომვადი მხარდაჭერის კუთხით ვერ ვიფიქრებდით. ამ ფაქტს ფუენტეს-როუერისთვის ხელი არ შეუშლია, წარმოედგინა ჰამილტონის სასამართლო ლეგიტიმაციის კონცეფციასა და ამჟამინდელ დომინანტურ პარადიგმას შორის უწყვეტი განგრძობითობა, რომელიც სასამართლო ლეგიტიმაციას აიგივებს საზოგადოებრივი აზრის გამოკითხვის შედეგებთან.

1930-იან წლებამდე და საზოგადოებრივი აზრის გამოკითხვის გამოგონებამდე, არჩეულ წარმომადგენლებს ჰქონდათ მონოპოლია საზოგადოების მხარდაჭერაზე დაფუძნებული ლეგიტიმაციაზე.[150] 1930 წლამდე, არჩევნების გარდა, მონაცემთა არც ერთ სხვა წყაროს არ შეეძლო პირდაპირი, რეგულარული და სანდო გაზომვა იმისა, თუ რას ფიქრობდა საზოგადოება.[151] ნაგულისხმევი გაგება, დაფუძნებული საჯარო აზრის გამოქვეყნებულ გამოკითხვებზე, რომ სასამართლო სარგებლობს საზოგადოების უფრო მაღალი მხარდაჭერით, ვიდრე არჩეული შტოები, ვერ იარსებებდა. საჯარო მტკიცებულების გარეშე, რომელიც საშუალებას იძლევა სასამართლოს ლეგიტიმაცია საზოგადოების მხარდაჭერის თვალსაზრისით გავიგოთ, გასაკვირი არ უნდა იყოს, რომ 1880-დან 1930-იან წლებამდე, სასამართლოს ლეგიტიმაციის საკითხი ზოგადად გაგებული იყო კომპეტენციის თვალსაზრისით.[152] პოლიტიკური შტოები, რომლებიც ემორჩილებოდნენ სასამართლოს, მაშინაც კი, თუ მას აკლდა საზოგადოების მხარდაჭერა - იქცეოდნენ ისევე როგორც ის პაციენტი, რომელიც ექიმის რჩევას ემორჩილება.

თუ ზოგიერთ მკითხველს ეს უცნაურად მოეჩვენება, ცენტრალური ბანკების შემთხვევა გავიხსენოთ. შეერთებულ შტატებში, ფედერალური სარეზერვო სისტემა შეიქმნა, როგორც

---

[146]*Id.* 157-158 (Breyer, J., განსხვავებული მოსაზრება).
[147]Luis Fuentes-Rohwer, *Taking Judicial Legitimacy Seriously*, 93 CHI.-KENT L. REV. 505 (2018).
[148]*Id.* 507.
[149]*Id.* 506. *ასევე იხილეთ id.* 508 (ციტირებს ფრანქფურტერს Baker v. Carr-დან, და აღნიშნავს, რომ „ეს ძველი შეგონებაა. პუბლიუსმაც გვითხრა ეს, როდესაც იცავდა სასამართლო სისტემის ღირსებებს“ და შემდეგ ციტირებდა ჰამილტონს ფედერალისტი No. 78-დან“).
[150]*იხილეთ, მაგ.*, Bassok, *supra* note 131, 156; Amy Fried & Douglas B. Harris, *Governing with the Polls*, 72 HISTORIAN 321, 341 (2010) (განმარტავს, რომ საზოგადოებრივი აზრის გამოკითხვის გამოგონებამდე საზოგადოებრივი აზრი იყო კონგრესი).
[151]*იხილეთ* Robert S. Erikson, Norman R. Luttbeg & Kent L. Tedin, AMERICAN PUBLIC OPINION: ITS ORIGINS, CONTENT AND IMPACT 23 (2d ed. 1980).
[152]*იხილეთ* Bassok, *supra* note 131, 167–68.

ინსტიტუტი, რომელიც გვთავაზობს განსჯას ეკონომიკური ექსპერტიზის სფეროში და ანგარიშვალდებული არ არის საზოგადოების წინაშე.[153] ფედერალური სარეზერვო სისტემის საზოგადოებრივი მხარდაჭერის რეგულარული გაზომვა არ ხდება და, ყოველ შემთხვევაში 2008 წლის ფინანსურ კრიზისამდე, მეცნიერული დებატები ფედერალური სარეზერვო ფუნქციის კონტრ-მაჟორიტარული ხასიათის შესახებ ჯერ კიდევ საკმაოდ მწირი იყო.[154] მრავალი წლის განმავლობაში დომინანტური აღქმა იყო, რომ, როგორც ამერიკული მმართველობის სისტემის ნაწილი, ფედერალური სარეზერვო სისტემა ეყრდნობა რეჟიმის დემოკრატიულ ლეგიტიმაციას, თუმცა, როგორც ცალკეულ ინსტიტუტი, ის არ საჭიროებს საზოგადოების მხარდაჭერას. მრავალი წლის განმავლობაში მსგავს სიტუაციაში იყო სასამართლოც.

საზოგადოებრივი აზრის კონცეფცია - მისი თანამედროვე გაგებით, როგორც სახალხო ნების კოლექტიური ხმა - გამოჩნდა მეთვრამეტე საუკუნეში, საზოგადოებრივი აზრის გამოკითხვის გამოგონებამდე დიდი ხნით ადრე.[155] ამიტომ, გასაკვირი არ არის, რომ „საზოგადოებრივი აზრის კულტურის"[156] გაჩენამდე მრავალი წლით ადრე სასამართლო და მეცნიერები იშვიათად საუბრობდნენ სასამართლოს საზოგადოების ნდობაზე დაყრდნობაზე.[157] თუმცა, 1930-იან წლებამდე არ არსებობდა მისი გაზომვის ეფექტური ინსტრუმენტი (გარდა არჩევნების დღისა). ამ მიზეზით, საზოგადოებრივი აზრის გამოკითხვის გამოჩენამდე, იმის თქმა, რომ სასამართლო ეყრდნობოდა საზოგადოებრივ ნდობას, ჩვეულებრივ გამოხატავდა ნორმატიულ შეფასებას ან მხარდაჭერის ატმოსფეროს. სხვა შემთხვევებში, „საზოგადოების ნდობაზე" მითითება გამოიყენებოდა იმისათვის, რომ აღენიშნათ საზოგადოების მიმღებლობა რეჟიმის, როგორც ერთიანობის მიმართ (და არა სასამართლოს, როგორც ცალკეული ინსტიტუტის მხარდაჭერა), რაც სასამართლოსაც ანიჭებს დემოკრატიულ ლეგიტიმაციას.[158] ამ სულისკვეთებით, ოუენ ფისმა განმარტა, რომ დემოკრატიულ მოწყობაში „თანხმობა ცალკეულ ინსტიტუტებზე ცალ-ცალკე არ გაიცემა. იგი ვრცელდება მთლიანად მმართველობის სისტემაზე. მიუხედავად იმისა, რომ სისტემის ლეგიტიმურობა დამოკიდებულია ხალხის თანხმობაზე, სისტემაში არსებული

---

[153] *იხილეთ, მაგ.*, JOHN T. WOOLLEY, MONETARY POLITICS: THE FEDERAL RESERVE AND THE POLITICS OF MONETARY POLICY 88 (1986) („ფედერალური სარეზერვო სისტემა ექსპერტიზაზეა დამოკიდებული, შესაბამისი ექსპერტები კი ეკონომისტები არიან.").

[154] *იხილეთ* Frederick Schauer, *The Supreme Court, 2005 Term – Foreword: The Court's Agenda – and the Nation's*, 120 HARV. L. REV. 4, 54–55 (2006) (ამტკიცებს, რომ თითქმის არ განიხილება ფედერალურ სარეზერვო საბჭოსთან დაკავშირებული კონტრ-მაჟორიტარული სიძნელე, ნაწილობრივ იმიტომ, რომ „ბევრს სჯერა, სწორად თუ არასწორად, რომ სააგენტოს გადაწყვეტილებების უმეტესობა ეფუძნება ტექნიკურ ცოდნას, რომელსაც არც ხალხი და არც მათი უშუალოდ არჩეული წარმომადგენლები ფლობენ.").

[155] John Durham Peters, *Historical Tensions in the Concept of Public Opinion*, PUBLIC OPINION AND THE COMMUNICATION OF CONSENT 3, 9, 11–14 (Theodore L. Glasser & Charles T. Salmon eds., 1995) („საზოგადოებრივი აზრი, პირველ რიგში, მე-18 საუკუნის გამოგონებაა და არა ადამიანთა ცხოვრების მუდმივი მოცემულობა."); John Durham Peters, *Realism in Social Representation and the Fate of the Public*, PUBLIC OPINION AND DEMOCRACY: VOX POPULI-VOX Dei 85, 86 (Slavko Splichal ed., 2001) („მოქალაქეთა საჯარო სფეროს ან სოციოლოგიური აგრეგატის - „საზოგადოების" იდეა არ არსებობდა მეთვრამეტე საუკუნემდე: : : .").

[156] საზოგადოებრივი აზრის კულტურა არის კულტურა, რომელშიც თითქმის ყველა საჯარო საკითხზე გამოკითხვა ტარდება და მედია ყურადღებას უთმობს გამოკითხვის შედეგებს. *იხილეთ* SARAH E. IGO, THE AVERAGED AMERICAN 103–49 (2007).

[157] *იხილეთ* Bassok, *supra* note 131, 158–59.

[158] *იხილეთ* Bassok, *supra* note 131, 158–60.

ინსტიტუტი არ არის დამოკიდებული ხალხის თანხმობაზე.“[159] გასაკვირი არ არის, როგორც ზემოთ აღინიშნა, რომ ეს პოზიცია უკვე იყო კელზენის ნაშრომებში.

1930-იან წლებში საზოგადოებრივი აზრის გამოკითხვის გამოგონებას, 1960-იანი წლებიდან მოჰყვა სასამართლოსადმი საზოგადოების მხარდაჭერის რეგულარული გაზომვა. სასამართლოსადმი საზოგადოების მხარდაჭერის თვალყურის დევნების შესაძლებლობა, ამ მხარდაჭერის საჯარო ჩანაწერი - ხშირად გამოქვეყნებული მასმედიის მიერ - და საზოგადოებრივი აზრის გამოკითხვის მეცნიერული მომხიბვლელობა სასამართლოსადმი საზოგადოების მხარდაჭერას უფრო „რეალურს“ ხდიდა საზოგადოების წარმოსახვაში. პირველად ისტორიაში შესაძლებელი გახდა სასამართლოს ლეგიტიმურობის განხილვა საზოგადოების მხარდაჭერის თვალსაზრისით. ამ მოვლენებზე დაყრდნობით, გაჩნდა ახალი გაგება, რომლის მიხედვითაც სათანადო ფუნქციონირებისთვის სასამართლოს სჭირდება საზოგადოების მხარდაჭერა.[160]

აშშ-ში სასამართლო ლეგიტიმაციის გაგების გარდაქმნა, რომელსაც მე აღვწერ, უცხო არ იქნებოდა შმიტისთვის. „პოლიტიკურ თეოლოგიაში“ შმიტი საუბრობს სახელმწიფოს თეორიის ორ არასახარბიელო მომენტზე, რომელიც მოხდა XIX საუკუნეში. მეორე იყო ლეგიტიმაციის ახალი კონცეფციის ჩამოყალიბება, „რაც ნიშნავს, რომ ლეგიტიმაციის დემოკრატიულმა ცნებამ დაიკავა მონარქიული ლეგიტიმაციის ადგილი ... როიალიზმი აღარ არის იმიტომ, რომ მეფეები აღარ არიან“.[161] ლეგიტიმაციის წყარო თეოლოგიური, ხელშეუხებელი საფუძვლიდან შეიცვალა სახალხო სუვერენიტეტით.[162] შეიცვალა არა მხოლოდ ლეგიტიმაციის იდეა, არამედ ხარისხობრივი კრიტერიუმიდან მისი შეფასების გზა „რაოდენობრივ განსაზღვრად“ გარდაიქმნა.[163] მსგავსი განვითარება მიმდინარეობს სასამართლოებთან მიმართებითაც, რომელთა ლეგიტიმურობა ახლა უფრო მეტად გაგებულია საზოგადოების გაზომვადი მხარდაჭერის, ვიდრე მათი კომპეტენციის თვალსაზრისით. თუ ეს ცვლილება წარმატებული იქნება, შმიტიანელმა შეიძლება რამდენიმე ათწლეულში ამტკიცოს, რომ არ არსებობს უზენაესი სასამართლოები ან საკონსტიტუციო სასამართლოები და არა იმიტომ, რომ არ არსებობს ინსტიტუტი, რომელსაც ეწოდება „უზენაესი სასამართლო“ (როდესაც შმიტი ამბობდა, რომ „აღარ არიან მეფეები“, მაშინ ჯერ კიდევ არსებობდნენ მმართველები, რომლებსაც ეწოდებოდათ „მეფეები“). არამედ, ეს განცხადება დაეფუძნება სასამართლოების ლოგიკის მკვეთრ ცვლილებას მათი ლეგიტიმაციის წყაროს შეცვლის გამო, რაც მათ გამოიწვევს მათი, როგორც სასამართლოების, ფუნქციონირებას შეწყვეტს.

როიალიზმის შესახებ შმიტის მსჯელობის ანალოგია კიდევ ერთ დელიკატურ საკითხს ამხელს. სასამართლო ლეგიტიმაციის გაგებაში ცვლილება არ ნიშნავს იმას, რომ სასამართლო მიჰყვება საზოგადოებრივ აზრს. როიალიზმის ლეგიტიმაციის წყაროს გაგების ცვლილების შემდეგ, მეფეები სულაც არ მიჰყვებოდნენ საზოგადოებრივ აზრს, მიუხედავად იმისა, რომ მათი ლეგიტიმაცია მონარქიულიდან დემოკრატიულში

---

[159]Owen M. Fiss, *Two Models of Adjudication*, HOW DOES THE CONSTITUTION SECURE RIGHTS? (Robert A. Goldwin & William A. Schambra eds., 1985) 36, 43–44.

[160]ეს ცვლილება უფრო დეტალურად აღვწერე სხვა ნაშრომში, *supra* note 136.

[161]*ასევე იხილეთ* SCHMITT, *supra* note 44, 30 (განმარტავს, რომ დღეს „ლეგიტიმაციის დომინანტური კონცეფცია, პრინციპში, დემოკრატიულია“).

[162]*იხილეთ* CALDWELL, *supra* note 71, 100.

[163]SCHMITT, *supra* note 44, 48. *ასევე იხილეთ MCCORMICK*, *supra* note 14, 225.

გადაიზარდა. მათი საზოგადოებრივი მხარდაჭერა შეიძლებოდა შენარჩუნებულიყო მაშინაც კი, როცა ისინი მოქმედებდნენ საზოგადოების სურვილის საწინააღმდეგოდ. მაგალითად, საზოგადოებას შეიძლება მაინც სჯეროდეს მონარქიის მითიური აურის.[164] ანალოგიურად, უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეები შეიძლება მიჰყვნენ ორიგინალიზმს, რადგან ის „იყიდება“ საზოგადოების მხარდაჭერის მოპოვების თვალსაზრისით მაშინაც კი, როდესაც მათი კონკრეტული გადაწყვეტილებები ეწინააღმდეგება საზოგადოებრივ აზრს.[165] თუმცა, სასამართლოს ლეგიტიმურობის გაგება სოციოლოგიური და არა ნორმატიული თვალსაზრისით ცვლის კრიტერიუმს, რომლითაც უნდა შეფასდეს სასამართლოს გადაწყვეტილებები. სასამართლოს ქმედებების ნორმატიული დასაბუთების მიხედვით შესწავლის ნაცვლად, სასამართლოს ქმედებები ფასდება სასამართლოსადმი საზოგადოების მხარდაჭერის უზრუნველსაყოფად.

სასამართლოს ლეგიტიმაციის გაგებაში ცვლილება ემთხვევა შმიტის ისტორიულ ნარატივს, იმის შესახებ როგორ წარმოიშობა კონცეპტუალური ცვლილებები. მიუხედავად ამისა, ამ კონცეპტუალური ცვლილების საბოლოო შედეგისთვის შმიტის თვალით ყურება იწვევს ურთიერთსაწინააღმდეგო რეაქციას. ერთი მხრივ, ეს ცვლილება სასამართლოს საშუალებას აძლევს, დაძლიოს ერთ-ერთი მთავარი ნაკლი, რომელიც შმიტმა იპოვა მათ უნარში, იმსახურონ როგორც კონსტიტუციის მცველებმა. მეორე მხრივ, მოსაზრება, რომ სახალხო მხარდაჭერა ტექნოლოგიური საშუალებით განისაზღვრება, რომელიც დაფუძნებულია ციფრულ საზომზე, ეწინააღმდეგება ხალხის ხმის ციფრულ მონაცემებად გადაქცევის მიმართ შმიტის მიდგომას. ნება მომეცით მეტად განვმარტო ეს ორი საკითხი.

შმიტი ნეგატიურად აფასებდა საბუნებისმეტყველო მეცნიერების მიბაძვით ისეთი აბსტრაქტული ცნებების, როგორიცაა „ღირსება“, გადაყვანის მცდელობებს, გაზომვად მეტრიკაზე, როგორიცაა „ეკონომიკური ღირებულება“. მისთვის ლეგიტიმაციის გაზომვა ისეთივე სასოწარკვეთილი მცდელობა იქნებოდა, როგორც ეთიკის მეცნიერებად გადაქცევის მცდელობა.[166] შმიტი „ფარულ არჩევნებსაც“ კი არ განიხილავდა, როგორც ხალხის ნების განსაზღვრის „აბსოლუტურ და სარწმუნო“ მეთოდად.[167] პირიქით, ფარული კენჭისყრის მეთოდს ის აფასებდა მოქალაქის პოლიტიკური არსებიდან გადაქცევას არაანგარიშვალდებულ, კერძო პირად.[168] „ადამიანები აღარ ირჩევენ და ხმას აღარ აძლევენ ისე, როგორც ხალხი, - წერდა შმიტი, - ისინი ისეთ პროცედურას აწყობენ, სადაც

---

[164]Cf. EDWARD L. RUBIN, BEYOND CAMELOT: RETHINKING POLITICS AND LAW FOR THE MODERN STATE 76 (2005) (განმარტავს, რომ მოხდა მეფის ძალაუფლების წყაროს გაგების შეცვლა წყაროდან, რომელიც წმინდაა საზოგადოების კოლექტიური ნებისთვის და მაინც, „საერთო კონცეფცია დარჩა სასულიერო: : : რადგან კოლექტიური ნება განიხილებოდა, როგორც მისტიური ერთიანობა, რამაც საზოგადოება ზებუნებრივ წესრიგს დაუკავშირა”).

[165]*იხილეთ, მაგ.,* Jamal Greene, Selling Originalism, 97 GEO. L.J. 661, 695 (2009) (აანალიზებს გამოკითხვებს, რომლებიც აჩვენებს, რომ საზოგადოების დიდი ნაწილი თვლის, რომ სასამართლომ უნდა გააგრძელოს განმარტების ორიგინალისტური მეთოდი).

[166]*იხილეთ* CARL SCHMITT, THE TYRANNY OF VALUES 9–13 (Simona Draghici ed., Simona Draghici trans., 2001). *ასევე იხილეთ* Juah-Pekka Rentto, *Carl Schmitt and the Tyranny of Values*, THE CONTEMPORARY RELEVANCE OF CARL SCHMITT: LAW, POLITICS, THEOLOGY 64, 69–70 (Matilda Arvidsson, Leila Brännström & Panu Minkkinen eds., 2016).

[167]SCHMITT, *supra* note 26, 131.

[168]*იხილეთ* SCHMITT, *supra* note 26, 273; SCHMITT, *supra* note 44, 16–17. *ასევე იხილეთ* Ulrich K. Preuss, *Carl Schmitt and the Weimar Constitution*, THE OXFORD HANDBOOK OF CARL SCHMITT, *supra* note 40, 471, 480–81; DYZENHAUS, *supra* note 21, 63–64.

ინდივიდუალურ ხმებს დაემატება ასევე ინდივიდუალური ხმები ... ".[169] მან დასძინა, რომ „ხალხი არსებობს მხოლოდ საჯაროობის სფეროში. ასი მილიონი კერძო პირის ერთსულოვანი აზრი არც ხალხის ნებაა და არც საზოგადოებრივი აზრი".[170] ერთი შეხედვით, შმიტის მკვეთრად უარყოფითი დამოკიდებულება „მათემატიკურ-სტატისტიკური უმრავლესობის"[171] მიმართ, ინდივიდუალურ ნებათა გაერთიანების მიმართ, რომელიც ცვლის ავთენტური ხალხის ნებას, ეწინააღმდეგება სასამართლო ლეგიტიმაციის ამჟამინდელ ამერიკულ გაგებას, რადგან ის ეფუძნება გამოკითხვის შედეგებს.[172] თუმცა, როდესაც შმიტმა პოლიტიკური ნეიტრალიზაციის უარყოფითი პროცესის უკანასკნელ ეტაპად ტექნოლოგია დაასახელა, მან იმავდროულად აღიარა ტექნოლოგიის როლი თანამედროვეობის პოლიტიკური პირობების განსაზღვრაში, მათ შორის ლეგიტიმაციის ჩამოყალიბებაში.[173]

მიუხედავად იმისა, რომ საზოგადოებრივი აზრის გამოკითხვები მხოლოდ 1930-იან წლებში გამოიგონეს აშშ-ში, გასაკვირია, რომ შმიტმა ეს ტექნოლოგიური ინოვაცია 1928 წელს იწინასწარმეტყველა და დაუპირისპირდა კიდეც მას. „კონსტიტუციურ თეორიაში" ის წერდა, რომ „სრულიად შესაძლებელია, რომ ერთ დღეს, მახვილგონივრულ აღმოჩენათა გამოისობით, თითოეულ ადამიანს, სახლიდან გაუსვლელად, აპარატის მეშვეობით შეეძლოს განგრძობადად გამოხატოს პოლიტიკურ საკითხებზე თავისი მოსაზრებები და რომ ყველა ეს მოსაზრება ავტომატურად დარეგისტრირდეს ცენტრალურ ოფისში, სადაც მხოლოდ მათი წაკითხვა იქნება საჭირო".[174] შმიტისთვის, ამგვარი განვითარება „განსაკუთრებით ინტენსიური დემოკრატიის"[175] ნიშანი კი არ იქნება, არამედ პოლიტიკურ წარმომადგენლობაში მატერიალური საგნების მასობრივად გამრავლების შესახებ ტექნოლოგიური აზროვნების შეღწევის კიდევ ერთი დემონსტრირება.[176] საზოგადოებრივი აზრის გამოკითხვის სამყაროში ხალხი იქნებოდა „სრულიად პრივატიზებული," და არ იქნებოდა ჭეშმარიტი საზოგადოებრივი აზრი, „მხოლოდ კერძო მოსაზრებების ჯამი".[177] შმიტს სურდა „თავად მოქმედება" ხალხისა და არა უმრავლესობის ხმების ტექნოლოგიებით გაზომილ და გაშუალებულ ჯამზე დაკვირვება.[178] მას სჯეროდა „ხალხის" ცნების, რომელიც ტექნოლოგიური საშუალებებით მისი რეპროდუცირების ყველა მცდელობის მიღმა არსებობს.[179]

---

[169]KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 273.

[170]SCHMITT, *supra* note 44, 16.

[171]SCHMITT, *supra* note 51, 28. *ასევე იხილეთ id.* 30, 41; MCCORMICK, *supra* note 14, 241.

[172]*იხილეთ* CARL SCHMITT, ROMAN CATHOLICISM AND POLITICAL FORM 25–27 (G.L. Ulmen trans., 1996); SCHMITT, *supra* note 25, 305–06 („დაჯამება იმისა, თუ რას ფიქრობენ კერძო პირები პირადულ სივრცეში, არ წარმოქმნის არც ნამდვილ საზოგადოებრივ აზრს და არც ნამდვილ პოლიტიკურ გადაწყვეტილებას.").

[173] CHRIS THORNHILL, POLITICAL THEORY IN MODERN GERMANY – AN INTRODUCTION 77–78 (2000). *ასევე იხილეთ* SCHMITT, *supra* note 7, 92–95.

[174]SCHMITT, *supra* note 25, 274.

[175]SCHMITT, *supra* note 25, 274.

[176]SCHMITT, *supra* note 171, 13. *ასევე იხილეთ* MCCORMICK, *supra* note 14, 4, 158, 168–69, 186.

[177]SCHMITT, *supra* note 51, 274–75 („არავითარი საზოგადოებრივი აზრი არ შეიძლება წარმოიშვას ფარული ინდივიდუალური კენჭისყრით და იზოლირებული კერძო პირების მოსაზრებების შეჯამებით..").

[178]SCHMITT, *supra* note 25, 131. *ასევე იხილეთ* DYZENHAUS, *supra* note 21, 52 („შეცდომაა და არადემოკრატიულიც, ვიფიქროთ, რომ ხალხის ნების აღიარება ხდება ინდივიდუალური ფარული კენჭისყრის სისტემის შედეგებით. ეს ნება შეიცნობა მოქმედებაში და არა ნორმატიულად რეგულირებულ ტრანზაქციაზე დაკვირვებით.").

[179]*იხილეთ* Horst Dreier, *The Essence of Democracy – Hans Kelsen and Carl Schmitt Juxtaposed*, HANS KELSEN AND CARL SCHMITT: A JUXTAPOSITION, *supra* note 78, 71, 75–76; JAN-WERNER MULLER, WHAT IS POPULISM? 27

შმიტმა აღიარა, რომ საჯარო თავშეყრის ადგილებში, როგორიცაა ქუჩის დემონსტრაციები, ხალხის ნების გამოხატვა „აკლამაციით“ თანამედროვე სახელმწიფოებში აღარ არის მიღებული ფორმა. ამჟამად ხალხის ნება „თავის თავს გამოხატავს როგორც „საზოგადოებრივი აზრი“.[180] სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, თანამედროვე ნორმალური პოლიტიკის პირობებში (და არა დაფუძნების მომენტში), „საზოგადოებრივი აზრი აკლამაციის თანამედროვე ფორმაა“.[181] შმიტის თანახმად, აკლამაციის [მოწონების] ერთადერთი დარჩენილი ფორმა პლებისციტია, რომელიც მან დაახასიათა, როგორც „გადაწყვეტილება ერთი ნების მეშვეობით“.[182] პლებისციტებში „თავად ხალხს არ შეუძლია განხილვა... მას შეუძლია მხოლოდ მოწონება, ხმის მიცემა და მისთვის [ზემოდან] წარდგენილ შეკითხვაზე თქვას დიახ ან არა“.[183] შმიტისთვის პლებისციტარული დემოკრატია იყო პასუხი „არითმეტიკულ-სტატისტიკური მეთოდების ფუნქციონალიზმით“ კონსტიტუციურ სამართალში შეჭრაზე.[184] მასობრივი დემოკრატიის რეალობაში, კომპლექსური ბიუროკრატიული მმართველობით, მრავალი ხმითა და კონფლიქტური ინტერესებით, შმიტი ფიქრობდა, რომ „პლებისციტარული ლეგიტიმაცია არის ... უკანასკნელი და ერთადერთი დარჩენილი მიღებული გამართლების სისტემა“.[185]

ამ მიზეზით, შმიტი თვლიდა, რომ პრეზიდენტის არჩევა პლებისციტის გზით ლეგიტიმაციის მძლავრ წყაროს იძლევა. ის ამ ტიპის არჩევნებს ხელსაყრელად მიიჩნევდა პარლამენტის პლურალისტურ-რაოდენობრივი მაჟორიტარობასთან შედარებით მისი პირდაპირობისა და დაუყოვნებელი ბუნების გამო.[186] მას სჯეროდა, რომ „წარმომადგენელს გაჩუმება მართებს, როდესაც თავად წარმოდგენილნი საუბრობენ“.[187] შმიტს კარგად ესმოდა, რომ პლებისციტი საზოგადოებრივი აზრის მომენტალური ასახვის მიზნით შექმნილი ინსტრუმენტია.[188] და მაინც, მას მიაჩნდა, რომ საპარლამენტო წარმომადგენლობა ხმათა დავიწროებით, ხალხის „როგორც ძირითადი“ ორგანოს როლს ამცრობს, გარდა ამისა, ხალხის როლი მცირდება მათი ავთენტური ხმის უბრალო გამოხატვით ჩანაცვლებით, „მეორად ორგანოში“ ხალხის წარმომადგენლების მიერ.[189]

შმიტი წერდა, რომ მაშინ, როდესაც დემოკრატიული იდეალის უპირატესობა ეჭვქვეშ არ დგას, დებატები ხალხის ნების „იდენტიფიკაციის საშუალებებზე“ მიმდინარეობს.[190] ამ

(2016) („ყველა პოლიტიკური ფორმის მიღმა „ხალხის“ ამგვარი ცნების თეორიაზე მნიშვნელოვანი გავლენა ჰქონდა მემარჯვენე ფრთის წარმომადგენელ სამართლებრივ თეორეტიკოსს კარლ შმიტს, ომებს შორის პერიოდში.”).

[180] SCHMITT, *supra* note 25, 131, 246–47, 302–03. *ასევე იხილეთ* DYZENHAUS, *supra* note 21, 57; KALYVAS, *supra* note 61, 124–25.

[181] SCHMITT, *supra* note 25, 275.

[182] SCHMITT, *supra* note 51, 89.

[183] SCHMITT, *supra* note 25, 338.

[184] SCHMITT, *supra* note 51, 45. *ასევე იხილეთ* SCHMITT, *supra* note 44, 16–17, 22; MCCORMICK, *supra* note 14, 175, 230. Cf. SCHUPMANN, *supra* note 7, 62–64 (დავობს, რომ შმიტი მხარს უჭერდა პლებისციტარულ დემოკრატიას, როგორც ხალხის ნების უფრო ლეგიტიმურ გამოხატულებას 1928 წლამდე, და დასძინა, რომ 1928 წელს სიტუაცია შეიცვალა და შმიტიც აფასებდა როგორც „პოლიტიკურად უძლური და უაღრესად მანიპულირებადი”).

[185] SCHMITT, *supra* note 51, 90.

[186] KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 141. *ასევე იხილეთ* MCCORMICK, *supra* note 14, 232, 243 (აღწერს შმიტის პოზიციას პრეზიდენტისა და პარლამენტის ლეგიტიმაციის წყაროების მიმართ).

[187] SCHMITT, *supra* note 51, 61.

[188]SCHMITT, *supra* note 51, 89–90. *ასევე იხილეთ* SCHEUERMAN, *supra* note 7, 101–02.

[189]SCHMITT, *supra* note 171, 26; SCHMITT, *supra* note 44, 34. *ასევე იხილეთ* KALYVAS, *supra* note 61, 168–69.

[190]Cf. SCHMITT, *supra* note 44, 29 („ხალხის ნებასთან კუთვნილება იმდენად გავრცელებულ წინაპირობად იქცა,

მიზეზით, გასაკვირი არ არის, რომ გასაზომ საშუალებებთან დაკავშირებით მის პოზიციაში აღმოვაჩინოთ შეუსაბამობები. მიუხედავად ამისა, მრავალი თვალსაზრისით, ტექნოლოგია, რომელიც მიზნად ისახავს მოაგროვოს ხალხის არაორგანიზებული ხმები, შმიტის ეპოქის პლებისციტებიდან ჩვენს დრომდე საზოგადოებრივი აზრის გამოკითხვამდე განვითარდა. შმიტი თვლიდა, რომ პლებისციტები არღვევს პარლამენტის „მონოპოლიას“ საზოგადოების მხარდაჭერიდან წარმოშობილ ლეგიტიმაციაზე, აღნიშნული კი პრეზიდენტს საშუალებას აძლევს დაეყრდნოს ასეთ მხარდაჭერას.[191] მსგავსად, საზოგადოებრივი აზრის გამოკითხვებმა დაარღვია არჩეული ინსტიტუტების მონოპოლია საზოგადოების მხარდაჭერაზე დაფუძნებული ლეგიტიმაციის პრეტენზიაზე.[192] საზოგადოებრივი აზრის გამოკითხვებმა სასამართლოს, ისტორიაში პირველად, მისცა შესაძლებლობა დაეყრდნოს იმას, რასაც შმიტი უწოდებდა „ნდობას ქვემოდან“.[193] შმიტი ხაზგასმით აღნიშნავდა, რომ „ხშირად ნახსენები 'ყოველდღიური პლებისციტის' ორგანიზება რეალურობაში შეუძლებელია“,[194] თუმცა, საზოგადოებრივი აზრის გამოკითხვამ შექმნა ტექნოლოგია, რომელმაც ეს ხედვა შესაძლებელი გახადა.

შმიტი საზოგადოებრივი აზრის გამოკითხვის გამოგონებას შეაფასებდა მის მიერ სასამართლო სისტემაში დანახული ნაკლოვანების პასუხად, სწორედ რომლის გამოც შმიტი მიიჩნევდა, რომ სასამართლოს არ შესწევდა უნარი, ყოფილიყო კონსტიტუციის მცველი. შმიტის წიგნის - „კონსტიტუციური თეორია“ - ერთ-ერთი ნაწილი „დემოკრატია და სასამართლო ხელისუფლება“ ამყარებს ამ არგუმენტს. აღნიშნულ ნაწილში შმიტი განიხილავს აზრს, რომ „მხოლოდ იმ მოსამართლეს შეუძლია განიხილოს სამართლებრივი საჩივრები, რომელსაც აქვს ხალხის ნდობა“.[195] ამ იდეის განხორციელების ტექნოლოგიას ხედავდა, როგორც დაფუძნებულს მოსამართლეთა გარკვეული ოლქის მაცხოვრებელთა მიერ „გამოხმობაზე“ ან ცალკეულ რეგიონებში მოსამართლეთა არჩევაზე.[196] შმიტმა აღიარა, რომ იმ დროს, როცა ის წერდა, შეუძლებელი იყო ამ „დემოკრატიული მოთხოვნის შესრულება ეროვნული დემოკრატიის გადმოსახედიდან“.[197] საზოგადოებრივი აზრის გამოკითხვის გამოგონებით, რომლებსაც შეუძლიათ სასამართლოებისადმი საზოგადოების მხარდაჭერის ეროვნული მასშტაბის გაზომვა, ეს ტექნოლოგიური პრობლემა მოგვარდა. ეროვნული უმაღლესი სასამართლოების ამჟამინდელი შესაძლებლობა, ჰქონდეთ საზოგადოებრივი მხარდაჭერის მტკიცებულება, რომელიც დაფუძნებულია საზოგადოებრივი აზრის გამოკითხვებზე, როგორც ჩანს, შეესაბამება შმიტის შეხედულებას კონსტიტუციურ თეორიაში იმის შესახებ, რანაირად უნდა ჰქონდეთ

რომ ის პოლიტიკურად საინტერესო აღარ არის და დავა მხოლოდ მისი იდენტიფიკაციის საშუალებების ირგვლივ მიმდინარეობს.”).

[191] *იხილეთ* SCHMITT, *supra* note 2, 149 („რაიხის პრეზიდენტს ირჩევს სრულიად გერმანელი ხალხი, რათა ის ასევე იყოს ხალხის წარმომადგენელი, რის შედეგადაც უქმდება მონოპოლია ხალხის წარმომადგენლობაზე, რომელიც მონარქიული კონსტიტუციური სამართლის ნორმებსა და კონცეფციებში, იგულისხმება რომ პარლამენტს აქვს..”). *ასევე იხილეთ* MCCORMICK, *supra* note 14, 230 („შმიტი მხარს უჭერს სახალხო ნების იდენტიფიცირებას აღმასრულებელ ხელისუფლებასთან და არა კანონმდებლის ინსტიტუტთან.”).

[192] *იხილეთ* Bassok, *supra* note 131, 156.

[193] SCHMITT, *supra* note 51, 90.

[194] SCHMITT, *supra* note 51, 89.

[195] SCHMITT, *supra* note 25, 300.

[196] SCHMITT, *supra* note 25, 301.

[197] SCHMITT, *supra* note 25, 301.

სასამართლოებს დემოკრატიული ლეგიტიმაცია. ამ გზით წყდება შმიტის ერთ-ერთი მთავარი წინააღმდეგობა სასამართლოების, როგორც კონსტიტუციის მცველების მიმართ.

თუმცა, არ უნდა დაგვავიწყდეს, რომ შმიტის პრობლემა სასამართლოსთან, როგორც კონსტიტუციის მცველთან, მომდინარეობდა არა მხოლოდ სასამართლო ხელისუფლების ლეგიტიმაციის წყაროდან, არამედ პოლიტიკური საკითხების გადაწყვეტის უუნარობიდან. იმავე ნაწილში „დემოკრატია და სასამართლო ხელისუფლება", შმიტი წერს, რომ „პოლიტიკური გადაწყვეტილება კანონმდებლისა და პოლიტიკური ხელმძღვანელობის საქმეა".[198] სასამართლო ხელისუფლებას ვერ ისაუზრებს ერის ეგზისტენციალურ პოლიტიკურ გადაწყვეტილებაზე ისე, თითქოს ის ერთიანი ხალხის ნების ავთენტური დელეგატია.[199] სასამართლო ხელისუფლების თვისებები, რაც ექსპერტად აყალიბებს, იმავდროულად მას, ეგზისტენციალურ-პოლიტიკურ საკითხებზე გადაწყვეტილების მიღების უუნაროს ხდის.[200]

ისრაელის შმიტელზენის სასამართლოს აღმოცენება

ამერიკელების მიერ უზენაესი სასამართლოს ლეგიტიმაციის წყაროს შესახებ ხედვის გარდაქმნა გამოხატულია მათ მიერ ალექსანდერ ჰამილტონის *ფედერალისტი No. 78*-დან ცნობილი ციტატის წაკითხვაში. როგორც უკვე ზემოთ განიმარტა, ჰამილტონმა სასამართლოს ლეგიტიმაცია დააფუძნა „მარტოოდენ" მის სამართლებრივ კომპეტენციაზე -"განსჯაზე"- და არა სასამართლოსადმი საზოგადოებრივ მხარდაჭერაზე.[201] მიუხედავად ამისა, წლების განმავლობაში, ეს ციტატა პერიფრაზირებით აისახა სასამართლოს გადაწყვეტილებებში და მეცნიერულ ნაშრომებში.[202] ამგვარი პარაფრაზირების ერთ-ერთი მაგალითია მოსამართლე ფელიქს ფრანქფურტერის განსხვავებული მოსაზრება საქმეში *Baker v. Carr*. მის მოსაზრებაში, ფრანქფურტერი წერს, რომ „სასამართლოს უფლებამოსილება - რომელიც არც ხაზინას ფლობს და არც ხმალს - საბოლოოდ ეყრდნობა მისი მორალური უფლებამოსილებისადმი მდგრად საზოგადოებრივ ნდობას".[203] ფრანკფურტერის ციტატა ახლა ჩვეულებრივ ციტირებულია იმ არგუმენტის მხარდასაჭერად, რომ სასამართლოს ლეგიტიმურობა გამომდინარეობს მისი საჯარო მხარდაჭერიდან.[204]

---

[198] SCHMITT, *supra* note 25, 301.

[199]SCHMITT, *supra* note 25, 299 („მოსამართლე შებოჭილია კანონით. მისი საქმიანობა არსებითად ნორმატიულად არის განსაზღვრული. ის არ არის დამოუკიდებელი წარმომადგენელი, პოლიტიკური ერთიანობისა, როგორც ასეთი."). *ასევე იხილეთ* Preuss, *supra* note 167, 478; SCHUPMANN, *supra* note 7, 167 (აღნიშნავს, ჰოფმანის თანახმად, რომ სასამართლო ვერ შეასრულებს მცველის ფუნქციას, რადგან „სასამართლო სისტემას აკლდა დემოკრატიული ლეგიტიმაცია.").

[200]*იხილეთ* SEITZER, *supra* note 38, 55–56.

[201]*იხილეთ* KEITH E. WHITTINGTON, CONSTITUTIONAL INTERPRETATION 54 (1999) (განმარტავს, რომ ალექსანდერ ჰამილტონის თანახმად, „ სასამართლოს ერთადერთი პრეტენზია უფლებამოსილებაზე არის მათი გადაწყვეტილებების არგუმენტაციის ძალა და მკაფიო სიზუსტე").

[202]*იხილეთ* Bassok, *supra* note 136, 575–78.

[203]Baker v. Carr, 369 U.S. 186, 267 (1962).

[204]*იხილეთ*, მაგ., James W. Stoutenborough & Donald P. Haider-Markel, Public Confidence in the U.S. Supreme: A New Look at the Impact of Court Decisions, 45 SOC. SCI. J. 28, 29 (2008) (მიუთითებს ფედერალისტი No. 78-ზე და ფრანქფურტერის ციტატაზე Baker v. Carr-დან და აღნიშნავს, რომ „ლეგიტიმაცია, მნიშვნელოვანწილად, მიბმულია საზოგადოების ნდობაზე, ან კონკრეტულ მხარდაჭერაზე, სასამართლოსადმი, როგორც ინსტიტუციისადმი... და კეთილგანწყობის ამ წყაროს გარეშე სასამართლოს გაუჭირდება თავისი ლეგიტიმაციის შენარჩუნება").

მოსამართლე ფრანკფურტერის აღნიშნული ციტატა პირველად ერთ-ერთ მის გადაწყვეტილებაში 1986 წელს მოსამართლე აარონ ბარაკმა მოიხსენია და ისრაელის იურისპრუდენციაში გადმოიტანა იდეა, რომ სასამართლოს ლეგიტიმაციის წყარო საზოგადოებრივი ნდობაა.[205] მიუხედავად იმისა, რომ ფრანქფურტერსა და ბარაკის ბიოგრაფია მსგავსი ელემენტებისგან შედგება და მსგავსი კარიერული გზები აქვთ,[206] ბარაკმა გამოხატა მისი ანტიპატია ფრანქფურტერის პერსონისადმი.[207] და მაინც, ბარაკმა ფრანქფურტერისგან წამოიღო იდეა, რომელიც ცენტრალურ როლს შეასრულებს მის იურისპრუდენციაში.[208] მეტიც, ბარაკის გავლენით, ისრაელის უზენაესი სასამართლომ (შემდგომში: ISC) მის მრავალ გადაწყვეტილებაში შეითვისა იდეა, რომ მისი ლეგიტიმაციის წყარო მოდის „სასამართლოსადმი საზოგადოების ნდობიდან".[209] უზენაესი სასამართლოს ყოფილმა მოსამართლემ ხაიმ კოენმა 2003 წელს აღნიშნა, რომ „თუკი არსებობს ერთი მოსაზრება, რომელზეც უზენაესი სასამართლოს ყველა მოსამართლე თანხმდება, ეს უზენაესი სასამართლოსადმი საზოგადოებრივი ნდობის საჭიროებაა".[210] მოსამართლეთა შორის ეს შეთანხმება იმ პერიოდში შედგა, როდესაც საზოგადოებრივი აზრის გამოკითხვები ISC-ს მიმართ ძლიერ მხარდაჭერას აჩვენებდნენ.[211]

1986 წელს, როდესაც ბარაკმა პირველად წამოწია საკითხი, რომ ISC-ს ლეგიტიმაცია საზოგადოებრივ მხარდაჭერას ეფუძნება, ISC-ს ძნელად თუ ეთქმოდა შმიტელზენის სასამართლო. მომდევნო პარაგრაფებში, გიჩვენებთ, რომ იდეა, რომ ISC საჭიროებს საჯარო ნდობას, ბარაკის ძალისხმევის ნაწილი იყო, გარდაექმნა ISC შმიტელზენის სასამართლოდ. მაგრამ, პირველ რიგში, ამ ცვლილების აღსაქმელად, საჭიროა მოკლედ გავიხსენოთ ისრაელის კონსტიტუციური ისტორია.

დავის საგანს არ წარმოადგენს ფაქტი, რომ 1992 წლამდე, ისრაელს არ ჰქონდა დაწერილი კონსტიტუცია.[212] ისრაელის 1948 წლის დამოუკიდებლობის დეკლარაცია მოიცავდა კონსტიტუციის მიღებისა და ამოქმედების ვალდებულებას, თუმცა, ეს პირობა, არ შესრულებულა. პირველ არჩეულ ასამბლეას - პირველ კნესეტს - ჰქონდა ორმაგი როლი,

---

205 *იხილეთ* HCJ 732/84 Tzaban v. Minister of Religious Affairs 40(4) PD 141, 148–49 (1986) (Isr.).

206 ორივე იყვნენ ევროპიდან ადრეულ ასაკში მიგრირებული ებრაელები; ორივენი იყვენ სამართლის ახალგაზრდა პროფესორები, რომელთაც კარიერის განმავლობაში ჰქონდათ ძლიერი გავლენა აკადემიაზე; და თავიანთი კარიერის გარკვეულ ეტაპზე ორივეს ჰქონდათ ახლო ურთიერთობა აღმასრულებელი ხელისუფლების ხელმძღვანელთან - ფრანქფურტერს პრეზიდენტ ფრანკლინ დ. რუზველტთან, და ბარაკს პრემიერ-მინისტრ მენახემ ბეგინთან.

207 NOAMI LEVITSKY, THE SUPREMES: INSIDE THE SUPREME COURT 150 (2006) („ბარაკი ხშირად ციტირებს ფრანქფურტერს, თუმცა პირად საუბარში ის გამომიტყდა, რომ არ მოსწონს იგი, 'ის ამაყი ებრაელი არ ყოფილა', თქვა ბარაკმა").

208 *იხილეთ* Aharon Barak, Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy, 116 HARV. L. REV. 16, 59– 60 (2002) (მიუთითებს ფრანქფურტერის ციტატაზე Baker v. Carr-დან და აღნიშნავს „სწორედაც, რომ, მოსამართლეს არც ხმალი აქვს და არც საფულე. ერთადერთი რაც მას გააჩნია, მისადმი საზოგადოებრივი ნდობაა"). საინტერესოა, რომ ფრანქფურტერის მონახაზები ბეიკერის საქმეში, აჩვენებს, რომ მისი პოზიცია განსხვავდებოდა იმისგან, რასაც ბარაკი და ბევრი ამერიკელი სქოლარი მას მიაწერს. *იხილეთ* Bassok, *supra* note 136, 579–81.

209 *იხილეთ, მაგ.*, HCJ 4481/91 Bargil v. The Government of Israel 47(4) PD 210, 220 (1993) (Isr.); HCJ 5364/94 Velner v. Chairman of Israeli Labor Party [1995] 49(1) PD 758, 785–86, 826 (1995) (Isr.) [შემდგომში HCJ 5364/94].

210 Haim Cohen, *Thought of Disbelief in Public Confidence*, SEFER SHAMGAR 365, 365, 370–71 (Barak et al. eds., 2003).

211 *იხილეთ* GAD BARZILAI, EPHRAIM YUCHTMAN-YA'AR & ZEEV SEGAL, THE ISRAELI SUPREME COURT AND THE ISRAELI PUBLIC (1994) (წარმოადგენს 1991 წელს ჩატარებული ვრცელი გამოკითხვის შედეგებს, რომელიც აჩვენებს ISC-ის მხარდაჭერის ძალიან მაღალ დონეს);

212 *იხილეთ* Melville B. Nimmer, The Uses of Judicial Review in Israel's Quest for a Constitution, 70 COLUM. L. REV. 1217, 1219 (1970).

როგორც დამფუძნებელი კრების, ასევე ორდინარული კანონმდებლის. 1950 წელს, ისრაელისთვის კონსტიტუციის შექმნის შესახებ ერთწლიანი, ენერგიული განხილვების შემდგომ, კნესეტმა მიაღწია ჰარარის რეზოლუციის სახელით ცნობილ კომპრომისს.[213] ამ რეზოლუციის თანახმად, ისრაელის კონსტიტუცია უნდა შედგეს ცალკეული, ძირითადი კანონებისგან. ამ ძირითად კანონებს კნესეტი ეტაპობრივად მიიღებდა და ერთიანობაში ისინი სახელმწიფოს კონსტიტუციას შექმნიდნენ.[214] ჰარარის რეზოლუციის შესაბამისად, 1992 წლამდე კნესეტმა ცხრა ძირითადი კანონი მიიღო, რომელთაგან ყველა ფოკუსირებული იყო ისრაელის რეჟიმის ინსტიტუციურ თუ სტრუქტურულ ასპექტებზე.[215]

რაც შეეხება სასამართლო ხელისუფლების მიერ კანონმდებლობის შემოწმებას, 1986 წელს მიღებული გადაწყვეტილების - *Bergman*[216] - ის შემდგომ, სასამართლოები უფლებამოსილნი იყვნენ შეემოწმებინათ და გაეუქმებინათ მხოლოდ ის კანონები, რომლებიც ეწინააღმდეგებიან ძირითადი კანონების თითქმის მუდმივ ნორმებს.* გარდა ამ ვიწრო და შეზღუდული უფლებამოსილებისა, სასამართლოებს არ გააჩნდათ კანონმდებლობის შემოწმების სხვა უფლებამოსილება. ყველა პრაქტიკული საკითხისთვის ძირითადი კანონების ორდინარული ჩანაწერები განიხილებოდა ისევე, როგორც რიგითი კანონის ჩანაწერები.[217]

1992 წელს, კნესეტმა მიიღო „ძირითადი კანონი: საქმიანობის თავისუფლება“ და „ძირითადი კანონი: ადამიანის ღირსება და თავისუფლება“, რომლებმაც ნაწილობრივად ჩამოაყალიბეს უფლებათა ბილი. 1995 წელს, უზენაესმა სასამართლომ, თავისი ახალი თავმჯდომარის, აარონ ბარაკის წინამძღოლობით, საქმეში *Bank HaMizrachi* დაადგინა, რომ სასამართლოს ჰქონდა უფლებამოსილება, გაეუქმებინა კანონები, რომელიც არ შეესაბამებოდა 1992 წლის ძირითად კანონებს, ნორმის მუდმივობის საკითხთან ყოველგვარი კავშირის გარეშე.[218] სასამართლომ ასევე დაიწყო გაგების დამკვიდრება, რომ 1992 წლის კანონმდებლობამ შექმნა ნორმატიული იერარქია, შესაბამისად, ყველა ძირითადი კანონი უნდა განიხილებოდეს, როგორც უმაღლესი კანონი, ისევე როგორც ისრაელის კონსტიტუცია.[219] უკანასკნელმა ნაბიჯმა, მტკიცებით, რომ ისრაელს აქვს დაწერილი კონსტიტუცია, რომელიც შედგება მისი 11 ძირითადი კანონისგან, ISC-ის ყოფილ თავმჯდომარეს, მოშე ლანდაუს ათქმევინა, რომ სასამართლო ბარაკის თაოსნობით

---

[213]*იხილეთ, მაგ.*, Gideon Sapir, *Constitutional Revolutions: Israel as a Case-study*, 5 INT'L J. LAW CONTEXT 355, 358–59 (2009).

[214]*იხილეთ, მაგ.*, Yoseph M. Edrey, *The Israeli Constitutional Revolution/Evolution, Models of Constitutions, and a Lesson from Mistakes and Achievements*, 53 AM. J. COMP. L. 77, 81–82 (2005).

[215]Suzie Navot, THE CONSTITUTIONAL LAW OF ISRAEL 36–37 (2007).

[216]HCJ 98/69 Bergman v. Minister of Finance 23(1) P.D. 693 (1963) (Isr.).

* ამ შემთხვევაში თითქმის მუდმივი ნორმის სახელით გადმოვიტანეთ ცნება, რაც გულისხმობს, რომ ნორმები იმდენად მნიშვნელოვანია, რომ მისი შეცვლისთვის, კონსტიტუციის თუ ძირითადი კანონების ავტორებმა, კვალიფიციური უმრავლესობის ხმა, ან სხვა რთული პროცედურული მექანიზმი გაწერეს. [მთარგმნელის შენიშვნა].

[217]ძირითადი კანონების თითქმის მუდმივი დებულებების დარღვევა დასაშვები იყო მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ დამრღვევი კანონი მიღებული იყო თითქმის მუდმივი ნორმებით მოთხოვნილი საჭირო კვალიფიციური უმრავლესობით. ბერგმანის გადაწყვეტილების უფრო ვრცელი განხილვისთვის, *იხილეთ* Robert A. Burt, *Inventing Judicial Review: Israel and America*, 10 CARDOZO L. REV. 2013, 2043–47 (1989); Ruth Gavison, *The Israeli Constitutional Process: Legislative Ambivalence and Judicial Resolute Drive*, 11 REV. CONST. STUD. 345, 368 (2006).

[218]CA 6821/93 Bank HaMizrachi United Ltd. v. Migdal Communal Village 49(4) PD 221 (1995) (Isr.) [შემდგომში CA 6821/93]

[219]*იხილეთ* Gavison, *supra* note 216, 371–72.

„თავიანთი გადაწყვეტილების მეშვეობით ანიჭებდა ისრაელს კონსტიტუციას".[220] *Bank HaMizrachi*-ის გადაწყვეტილების შემდეგ, ISC განგრძობითად უჭერდა მხარს ორ კომპონენტს - 1992 წლის ძირითად კანონზე დაფუძნებულ სასამართლო შემოწმებას და 11 ძირითადი კანონის ისრაელის კონსტიტუციად მიჩნევას. აღნიშნული ცნობილია, როგორც ისრაელის „კონსტიტუციური რევოლუცია".

Bank HaMizrachi-ში, ბარაკი აცხადებდა, რომ „ვაიმარის გაკვეთილები" სასამართლო შემოწმების საჭიროებას გვასწავლის. მან დაწერა, რომ „მეორე მსოფლიო ომის ერთ-ერთი გაკვეთილი ისაა, რომ კონსტიტუციური უზენაესობა და კონსტიტუციურობის სასამართლო შემოწმება დემოკრატიის მტრების წინააღმდეგ მძლავრი იარაღია".[221] მან ეს არგუმენტი *Bank HaMizrachi*-ს გადაწყვეტილების შემდგომ არაერთხელ გაიმეორა.[222] ის ასევე ხშირად აკავშირებდა ვაიმარისა და ჰოლოკოსტის გაკვეთილებს.[223] ბარაკის ისტორიული შეფასება ვაიმარის შესახებ ორაზროვანია, საუკეთესო შემთხვევაში,[224] მაგრამ გასაკვირი არაა, რომ ვაიმარის გაკვეთილები მის, როგორც ჰოლოკოსტს გადარჩენილის აზროვნებაში ასეთ მნიშვნელოვან როლს თამაშობს.

Bank HaMizrachi-იდან რამდენიმე წლის შემდგომ, ბარაკმა ისრაელის კონსტიტუციურ დისკურსში ISC-ის, როგორც კონსტიტუციის მცველის (ებრაულად: Shomer H'Hocka) იდეის ჩართვა დაიწყო. მან ახსნა, რომ „მოსამართლის როლი კონსტიტუციისა და მისი ღირებულებების დაცვა, მათი მოფრთხილება და ხელშეწყობაა... 'მოსამართლეები კონსტიტუციის მცველნი არიან'."[225] მან დასძინა, რომ „სასამართლო შემოწმების მთავარი წვლილი კონსტიტუციისა და მისი ღირებულებების დაცვაა. ეს იმავდროულად მოსამართლის მთავარი როლია. აქედან გამომდინარეობს სამოსამართლოს როლის შესრულებისთვის ამ ინსტრუმენტის სასიცოცხლო მნიშვნელობა."[226]

მიუხედავად იმისა, რომ ბარაკი, კელზენისეული მოდელის მსგავსად, კონსტიტუციის მცველის როლს სასამართლოს მიაწერდა, ბარაკის მცველი თავის მოვალეობას უფრო

---

[220]Moshe Landau, *Granting Israel a Constitution Through Court Decisions*, 3 MISHPAT U-MIMSHAL 697, 705–706 (1996) German Law Journal 151 (emphasis added).
[221]CA 6821/93, 415.
[222]*იხილეთ, მაგ.*, Aharon Barak, *The Role of a Supreme Court in a Democracy, and the Fight Against Terrorism*, U. MIAMI L. REV. 125, 125-26 (2003) („ჰოლოკოსტისა და მეორე მსოფლიო ომის გაკვეთილი არის დემოკრატიული კონსტიტუციების მიღების და მათი ამოქმედების საჭიროება უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეების მიერ, რომელთა მთავარი ამოცანაა დემოკრატიის დაცვა.").
[223]*იხილეთ, მაგ.*, Barak, *supra* note 207, 37, 38.
[224]*იხილეთ* Or Bassok, *A Decade to the "Constitutional Revolution": Israel's Constitutional Process from a Historical-Comparative Perspective*, 6 MISHPAT UMIMSHAL 451, 461–63 (2003) (განიხილავს ვაიმარის რესპუბლიკაში სასამართლო შემოწმების არსებობას და მის უძლურებას, წინ აღდგომოდა რესპუბლიკის ჩამომხობას); Michael Mandel, *A Brief History of the New Constitutionalism, Or "How We Changed Everything So That Everything Would Remain The Same"*, 32 ISR. L. R. 250, 250–69 (1998) (აღნიშნავს, რომ ბარაკის „ვაიმარის გაკვეთილი" „უბრალოდ არანაირ კავშირში არ არის ისტორიულ რეალობასთან").
[225]AHARON BARAK, THE JUDGE IN A DEMOCRACY 320–21 (2004) [ებრაულად]. ბარაკის ამ წიგნის ინგლისური თარგმანი 2006 წელს გამოქვეყნდა. ბარაკი ტექსტში ზემოთ მოცემულ ციტირებულ წინადადებას ორი წყაროს მითითებით ამყარებს. პირველი, ბარაკი მიუთითებს კანადელი მოსამართლის დიქსონის გადაწყვეტილებაზე საქმეში Hunter v. Southam, [1984] 2 S.C.R. 145, 155 (Can.) („სასამართლო ხელისუფლება კონსტიტუციის მცველია"). მეორე, ბარაკი მიუთითებს გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლოს მაშინდელი გერმანელი თავმჯდომარის ლექციის ებრაულ თარგმანზე, Justice Jutta Limbach, *The Role of the Federal Constitutional Court as the Guardian of the Constitution*, 28 MISHPATIM 5 (1997). მსგავსი განცხადებების ინგლისურ ენაზე სანახავად, *იხილეთ* Barak, *supra* note 207, 36.
[226]BARAK, *supra* note 224, 320–321.

შმიტის მცველის მსგავსად ასრულებს. შესაძლოა, ეს უფრო ცხადი ბარაკის ნაშრომების პასაჟების გაანალიზების შემდეგ გახდეს, ეს ნაწყვეტები მოგვაგონებს კელზენის ცნობილ პასაჟს ჩაძირული გემის შესახებ.

1929 წელს კელზენმა განიხილა შეკითხვა: რა უნდა გააკეთოს დემოკრატმა, როდესაც უმრავლესობას დემოკრატიის განადგურება განუზრახავს? კელზენის თანახმად, ამ კითხვის წამოჭრა თავისთავად უკვე მასზე პასუხის გაცემას ნიშნავს. დემოკრატია, რომელიც ცდილობს უმრავლესობის ნების საწინააღმდეგოდ თავი განამტკიცოს, დემოკრატია აღარ არის. ხალხის მმართველობა ვერ განაგრძობს არსებობას ხალხის წინააღმდეგ. და როგორ უნდა მოიქცეს ამ დროს დემოკრატი? „ადამიანი საკუთარი თავის ერთგულად უნდა დარჩეს, მაშინაც, კი, როცა გემი იძირება, და სიღრმეში შეიძლება ჩაიყოლოს მხოლოდ იმედი, რომ თავისუფლების იდეალი ურღვევია და რაც უფრო ღრმად ჩაიძირება, მით უფრო მგზნებარედ გამოცოცხლდება“.[227]

კელზენმა კარგად უწყოდა, რომ საკონსტიტუციო სასამართლო არ არის „აბსოლუტურად ეფექტური გარანტია ყველა შესაძლო გარემოებაში“.[228] ის წერდა, რომ „კონსტიტუცია მართლაც სრულიად უსარგებლო ინსტრუმენტია ტოტალიტარულ სახელმწიფოდ გარდაქმნის პრევენციისკენ“.[229] საკონსტიტუციო სასამართლოს შესაძლებლობების შეზღუდულობის გათვალისწინებით, კელზენმა აღნიშნა, რომ პრეზიდენტიც კონსტიტუციის ერთ-ერთი მცველია: მისი როლიცაა უზრუნველყოს, რომ კონსტიტუცია არ დაირღვეს.[230]

ბარაკმა განსხვავებული მოდელი შემოგვთავაზა, თუ რა უნდა გააკეთოს დემოკრატმა, როდესაც გემი იძირება. *Velner*-ში (1994) ISC-მ განიხილა ორ მხარეს შორის კოალიციური შეთანხმების დებულების კანონიერება. დებულება აწესებდა ISC-ის მიერ მიღებული ნებისმიერი იმ გადაწყვეტილების შეცვლის ავტომატურ პროცედურას, კანონმდებლობის გზით, რომელიც დაარღვევდა რელიგიურ საკითხებში გაბატონებულ სტატუს ქვოს. მიუხედავად იმისა, რომ ყველა მოსამართლემ მკაცრად გააკრიტიკა ეს შეთანხმება, სასამართლოს შემადგენლობის უმრავლესობამ გადაწყვიტა, რომ ის არ უნდა გაუქმებულიყო. შედეგად, ISC-მ არ დააკმაყოფილა შუამდგომლობა. ბარაკი, თავის განსხვავებული მოსაზრებით, გააუქმებდა დებულებას, ვინაიდან მისი

შინაარსი ეწინააღმდეგება კონსტიტუციურ საჯარო პოლიტიკას (‘ordre public’). ეს წინააღმდეგობა ორმაგია: პირველი, ის ძირს უთხრის სასამართლო ხელისუფლებას. მან შეიძლება ზიანი მიაყენოს მოსამართლის დამოუკიდებლობასა და მოსამართლეებისადმი საზოგადოების ნდობას. მეორე, ის ძირს უთხრის ხელისუფლების დანაწილების პრინციპს... . ესაა შეთანხმება, რომელიც ‘გვერდს უქცევს დემოკრატიას’. ეს შეთანხმება ბათილია *ab initio*. ის არ შეიძლება დაინერგოს სახელმწიფოში, რომელიც ‘ძირითად კანონში ისრაელის სახელმწიფოს, როგორც ებრაული და დემოკრატიული სახელმწიფოს

[227]Clemens Jabloner, *Hans Kelsen – Introduction*, WEIMAR – A JURISPRUDENCE OF CRISIS 74 (Arthur J. Jacobson & Bernhard Schlink eds., 2000).
[228]KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 181.
[229]KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 203.
[230]*იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 212–13 („იმას, რომ პრეზიდენტი კონსტიტუციის ერთ-ერთი მცველია: : : არავინ უარყოფს.”).

ღირებულებებს' ამყარებს (ნაწილი1A. ძირითადი კანონი: ადამიანის ღირსება და თავისუფლება; ნაწილი 2 ძირითადი კანონი: საქმიანობის თავისუფლება).[231]

ბარაკმა განიხილა პოლიტიკური შეთანხმების სასამართლოს მიერ განსჯადობის საკითხი. ადრინდელი გადაწყვეტილებების ფარგლებში, ბარაკს უკვე დადგენილი ჰქონდა, რომ სასამართლო უფლებამოსილია ამგვარი შეთანხმებების განსჯაზე,[232] თუმცა *Velner*-ში მან ხაზი გაუსვა, რომ იმ შემთხვევაშიც კი, თუ არ არის განსჯადი,

ნაწილი, რომელიც ძირს უთხრის კონსტიტუციურ საჯარო პოლიტიკას, განსჯადი ხდება. მართლაც, შეთანხმების ბათილობა გამომდინარეობს საზოგადოების ძირითადი ცნებიდან, რომელსაც სურს მიიღოს პრევენციული ზომები და სურს დაიცვას თავი მათგან, ვინც ცდილობს შელახოს მისი ძირითადი ღირებულებები. ესაა თავდაცვითი დემოკრატიის (*Yardor*-ში მოსამართლე სუსმანის სიტყვებით) გამოხატულება, რომელიც თავს იცავს ყველაზე ძირითადი ღირებულებების დარღვევის დამაჯერებელი და რეალური - და ჩვენს შემთხვევაში ძალიან დამაჯერებელი და რეალური - შესაძლებლობისგან ... უკან არ უნდა დავიხიოთ, ჩვენ კონსტიტუციური კედლის მცველები ვართ. უნდა დავბლოკოთ ეს დარღვევა. წინააღმდეგ შემთხვევაში, მთლიანი კედელი დადგება საფრთხის ქვეშ.[233]

კონსტიტუციის ფუძემდებლური ღირებულებების დარღვევის შესაძლებლობის წინაშე ბარაკი არ იყო პასიური. ის არ უყურებს, როგორ იძირება გემი:

არასდროს უნდა მოვადუნოთ სამართლის უზენაესობის დაცვა. ყველა ჩვენგანმა - ხელისუფლების ყველა შტომ, ყველა პარტიამ და ფრაქციამ, ყველა ინსტიტუტმა - უნდა დავიცვათ ჩვენი ახალგაზრდა დემოკრატია. დაცვის ეს როლი ენიჭება მთლიანად სასამართლო ხელისუფლებას, და განსაკუთრებით უზენაეს სასამართლოს. ისევ და ისევ, ჩვენ, ამ თაობის მოსამართლეებს, გვმართებს დავიცვათ ჩვენი ძირითადი ღირებულებები, დავიცვათ ისინი მათგან, ვინც მათ წინააღმდეგ გაილაშქრებს.[234]

ამგვარად, თავის განსხვავებულ მოსაზრებაში, ბარაკმა უმრავლესობის მოსაზრების მიღმა „დამატებითი სვლა" განახორციელა, და განაცხადა, რომ დებულება ბათილი იყო.[235]

ბარაკის მცველი კელზენის მცველის კვალს არ გაჰყვა. შმიტის მსგავსად, საზოგადოების პოლიტიკური გადაწყვეტილების დასაცავად ბარაკიც მზადაა, გაარღვიოს დაწესებული კანონიერების შეზღუდვა. ბარაკი არ უცქერს გემის ჩაძირვას მშვიდად, ნუგეშით, რომ „საკუთარი თავის ერთგული" რჩება. ეს ყველაზე კარგად ჩანს მის მიდგომაში ზეკონსტიტუციური ღირებულებების იდეისადმი, რომელიც იძლევა კანონებისა და თუნდაც საკონსტიტუციო ცვლილებების გაუქმების შესაძლებლობას. ბარაკის თქმით, მცველს ევალება იმ დაუწერელი ფუნდამენტური ფასეულობების დაცვა, რომლებიც კანონმდებლობაზე და კონსტიტუციაზე მაღლაც კი დგას.

231HCJ 5364/94, 784. ჰარვარდის სტატიაში ბარაკმა დაწერა, რომ ველნერში „კოალიციური შეთანხმება ბათილი იყო, რადგან ძირს უთხრიდა დემოკრატიული ცხოვრების სტრუქტურას, რაც ეწინააღმდეგება საჯარო პოლიტიკას". Barak, *supra* note 207, 135–36.

232HCJ 1635/90 Jerjevsky v. Prime Minister 45(1) PD 749 (1993) (Isr.); HCJ 1601/90 Shalit v. Peres 44(3) PD 353 (1990) (Isr.).

233HCJ 5364/94, 793-94, 799.

234 HCJ 5364/94, 808. *ასევე იხილეთ* Barak, *supra* note 207, 37–38.

235 HCJ 5364/94, a804.

აუცილებლობისას, მცველს შეუძლია სწორედ ამ ღირებულებების სახელით მოქმედება და კანონების, კონსტიტუციური ცვლილებების გაუქმებაც კი.[236] ბარაკს ამ იდეის გაჟღერებისას თავი მხოლოდ სამეცნიერო ნაშრომებით არ შემოუფარგლავს.[237] როგორც ქვემოთ განვიხილავთ, თავის ცენტრალურ გადაწყვეტილებებშიც - კონსტიტუციურ რევოლუციამდე თუ მას შემდგომ - ბარაკმა წამოაყენა ზეკონსტიტუციური ღირებულებების სახელით კანონების და თუნდაც საკონსტიტუციო ცვლილებების გაუქმების შესაძლებლობა. ამგვარი უფლებამოსილება შმიტისეული მცველის ნაწილია. კელზენმა უარყო შმიტის მიდგომა, კონსტიტუციაში დაუწერელი ღირებულებების გამოყენებით, კონსტიტუციური შესწორების შეზღუდვის უფლებამოსილებაზე.[238]

კონსტიტუციურ რევოლუციამდე, *Laor Movement v. Speaker of the Knesset*[239]-ში (1990) მის განსხვავებულ მოსაზრებაში ბარაკმა განიხილა შეკითხვა, შეიძლება თუ არა გაუქმდეს კანონი, რომელიც არეგულირებს პოლიტიკური პარტიების დაფინანსებას, იმის გამო, რომ ის არღვევს თანასწორობის ძირითად ღირებულებას, რომელიც ძირითადი კანონებით განსაზღვრული არ იყო. ბარაკი იზიარებდა, რომ ეს კანონი არ არღვევდა ძირითადი კანონის თითქმის მუდმივ ნორმებს, რაც იმ პერიოდში კანონმდებლობის გაუქმების აუცილებელი პირობა იყო. ამ მიზეზით, მისი დისკუსია ეხებოდა ზეკონსტიტუციურ ღირებულებებს. ბარაკმა დაადგინა, რომ სასამართლოს შეეძლო „დოქტრინალურ-პრინციპულ დონეზე," გააუქმოს კანონი, რომელიც ეწინააღმდეგება სისტემის ძირითად და ფუნდამენტურ პრინციპებს, მიუხედავად იმისა, რომ ეს პრინციპები არ არის ჩამოყალიბებული დაწერილ კონსტიტუციაში ან ძირითადი კანონში თითქმის მუდმივი ნორმის სახით, და მეტიც, მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლოს რაიმე საკანონმდებლო უფლებამოსილება არ გააჩნია მსგავსი ქმედებისთვის. თუმცა ბარაკმა აღიარა

ისრაელში არსებული სოციალურ-სამართლებრივი გაგების გათვალისწინებით და წლების განმავლობაში ამ სასამართლოს თანმიმდევრული იურისპრუდენციის გათვალისწინებით, მართებული არ იქნება თუ გადავუხვევთ ჩვენი პოზიციიდან, რომელიც ასახავს ჩვენს სამართლებრივ-პოლიტიკურ ტრადიციას, მართებული არ იქნება, მივიღოთ ახალი პოზიცია, რომელიც ცნობს სასამართლოს უფლებამოსილებას, კანონი გააუქმოს მაშინ, როდესაც ის ძირითადი კანონის თითქმის მუდმივ ნორმას არ ეწინააღმდეგება და ეწინააღმდეგება სისტემის ძირითად ღირებულებებს. თუკი ასე მოვიქცევით, საზოგადოება ამას აღიქვამს ისრაელის საზოგადოებაში მოსამართლის როლისა და უფლებამოსილების შესახებ სოციალური კონსენსუსიდან გადახვევად. ისრაელის საზოგადოების მიერ სასამართლო როლის აღქმა აცდენილი იქნება ამგვარ, თავისი შედეგებით შორსმიმავალ გადაწყვეტილებას.[240]

Laor-ში ბარაკმა აღიარა, რომ ძირითადი ღირებულებების იდეა, ემსახურება კანონმდებლობისთვის დაუწერელი შეზღუდვების დაწესებას. მიუხედავად ამისა, მან ISC-ს არ მიანიჭა ამ დაუწერელი შეზღუდვებით შემოწმების უფლებამოსილება, და ამ ნაბიჯის

[236]Aharon Barak, *The Constitutional Revolution – 12 Anniversary*, 1 L. & BUS. 3, 18 (2004) („მე ვაღიარებ, რომ კონსტიტუციის არარსებობის პირობებშიც კი, გარემოებებმა შეიძლება მოითხოვოს სასამართლო შემოწმება ან შემოწმება თუნდაც კონსტიტუციის მუხლებთან მიმართებით).
[237]Aharon Barak, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, 44 ISR. L. REV. 321 (2011).
[238]Klein, *supra* note 84, 65.
[239]HCJ 142/89 Laor Movement v. Speaker of the Knesset 44 (3) PD 529 (1990) (Isr.).
[240]Id. 554.

ერთ-ერთი მთავარი მიზეზი „სოციალური კონსესუსის“ ნაკლებობა იყო საკითხზე, ISC-ს ჰქონდა თუ არა ეს უფლებამოსილება. ბარაკს კარგად ესმოდა შმიტის მიერ შემოთავაზებული გაკვეთილი: იმისათვის, რომ შეასრულოს თავისი ექსტრაორდინარული ფუნქციები, მცველი უნდა სარგებლობდეს საზოგადოების მხარდაჭერით. ბარაკის გონებაში არსებული კავშირი *Laor*-ში მის განსხვავებულ მოსაზრებასა და ვაიმარის გაკვეთილებს შორის, ალბათ ყველაზე აშკარაა ბარაკის *Bank HaMizrachi*-ის მოსაზრების შემდეგ აბზაცში:

მართლაც, საერთო სამართლის რიგ ქვეყნებში ნელ-ნელა აღიარებენ, რომ კანონმდებელმა არ შეიძლება შელახოს გარკვეული ფუნდამენტური ღირებულებები, იმ პირობებშიც კი, თუკი არ არსებობს დაწერილი კონსტიტუცია. ნაცისტური გერმანიის მწარე გამოცდილებამ, *inter alia*, ხელი შეუწყო ამ საკითხის გაგებას (იხ. ჩემი გადაწყვეტილება *Laor*-ში ...).[241]

2006 წელს, მას შემდეგ, რაც კონსტიტუციურმა რევოლუციამ ISC-ის გადაწყვეტილებებში დაიმკვიდრა თავი, ბარაკმა თავის ერთ-ერთ უკანასკნელ, მნიშვნელოვან საკონსტიტუციო გადაწყვეტილების *obiter*-ში დაწერა, რომ ISC უფლებამოსილია, გააუქმოს არაკონსტიტუციური კონსტიტუციური ცვლილებები.[242] ბარაკი არამხოლოდ იმაში მიჰყვა შმიტს, რომ მცველს მიანიჭა ეს უფლებამოსილება, არამედ მან ძირითად კანონებში დაადგინა ისრაელის ძირითადი პოლიტიკური გადაწყვეტილება, ექსპლიციტური მუდმივი ნორმების არსებობის გარეშე, ისევე, როგორც შმიტი მოიქცა ვაიმარის კონსტიტუციის შემთხვევაში.[243] ბარაკმა ისაუბრა „ისრაელის, როგორც ებრაული და დემოკრატიული სახელმწიფოს ხასიათზე“, როგორც სახელმწიფოს პოლიტიკურ გადაწყვეტილებაზე, რომლის უარყოფა შეუძლებელია, თუნდაც საკონსტიტუციო ცვლილებით.[244] მიუხედავად იმისა, რომ „ებრაული და დემოკრატიული“ სახელმწიფოს ფორმულირება გამყარებულია „ძირითადი კანონის: საქმიანობის თავისუფლების“, ასევე „ძირითადი კანონის: ადამიანის ღირსებისა და თავისუფლების“ იმ პუნქტებში, რომლებიც ამ კანონების მიზნებს გაწერენ, ბარაკმა ეს ფორმულირება ისრაელის მუდმივი/შეუცვლელი პოლიტიკური გადაწყვეტილების სტატუსამდე აიყვანა. თუმცა, მნიშვნელოვანია ხაზგასმით აღვნიშნოთ, რომ ISC-ის მიმართ საზოგადოების მხარდაჭერის საკითხმა გადამწყვეტი როლი ითამაშა იმ დოქტრინის შესახებ ბარაკის შეხედულებაზე, რომელიც

---

[241]CA 6821/93, 398–99. ოფიციალურ თარგმანში გამოვასწორე უმნიშვნელო შეცდომა - „მიღებული სამართლებრივი სისტემები“ გადასწორდა „საერთო სამართლის ქვეყნებად“. Bank HaMizrachi-მდე, ბარაკმა Velner-ში დაწერა, რომ ISC-ის მიერ ძირითადი ღირებულებების შემლახავი კანონის ან ძირითადი კანონის გაუქმების უფლებამოსილება, რთული საკითხია, რომელიც საჭიროებს შემდგომ შესწავლას. მან თქვა: „ვიმედოვნებთ, რომ არასოდეს მოგვიწევს ამ საკითხის გადაწყვეტა. ნებისმიერ შემთხვევაში, ჩვენს წინაშე არსებული შუამდგომლობების ფარგლებში ასეთი გადაწყვეტილების მიღება არ არის საჭირო“. HCJ 5364/94, 798.

[242] HCJ 6427/02 Movement for Quality of Government in Israel v. The Knesset 61(1) PD 619, 714-17 (2006) (Isr.) [შემდგომში HCJ 6427/02] („ვალიდური შეიძლება იყოს კონცეფცია, რომ კანონი ან ძირითადი კანონი, რომელიც უარყოფს ისრაელის, როგორც ებრაულ დემოკრატიული სახელმწიფოს ბუნებას, იქნება არაკონსტიტუციური.: : : ეს საქმე ამ ვიწრო ჩარჩოში არ თავსდება“). 1996 წელს ბარაკმა დაწერა, რომ „ თუნდაც ვივარაუდოთ - ამ საკითხზე გადაწყვეტილების გარეშე - რომ არსებობს ძირითადი პრინციპები და მიზნები, რომელთათვისაც ზიანის მიყენება ორდინარული კანონით არ შეიძლებავერ, ეს იქნება ძირითადი პრინციპები და მიზნები, რომლებზეც დაფუძნებულია მთელი ჩვენი კონსტიტუციური სტრუქტურა, მათ შორის თავად ძირითადი კანონები, და რომ მათი შელახვა არსებითი და მძიმეა (შეადარეთ: Yardor; Laor)... .“); HCJ 4676/94 Mitrael Ltd. v. Israeli Knesset 50(5) PD 15, 26 (1996) (Isr.).

[243] შმიტის მიდგომის შესახებ, *იხილეთ* Vinx, *supra* note 21, 10–11.

[244] HCJ 6427/02, §§ 72–74.

შეეხება კონსტიტუციური ცვლილებებისთვის დაუწერელი შეზღუდვების დაწესებას. ბოლოს და ბოლოს, როგორც *Laor*-ში მისი განსხვავებული მოსაზრება ცხადყოფს, 1992 წლის ძირითად კანონებამდეც, ბარაკი საუბრობდა იმ ფუნდამენტურ ღირებულებებზე, რომლებიც სამართლებრივ სისტემაზე მაღლა დგას და საშუალებას აძლევს ISC-ს, შეამოწმოს კანონმდებლობა. ცვლილება *Laor*-ში მისი განსხვავებული მოსაზრებიდან მის პოზიციამდე, 2000-იან წლებში არაკონსტიტუციური კონსტიტუციური ცვლილებების დოქტრინის მიღების მხარდაჭერაზე, არამხოლოდ 1992 წლის ძირითადი კანონების მიღებამ განაპირობა, არამედ შესაძლებლობამ, ISC თავის ლეგიტიმაციის წყაროდ დაყრდნობოდა საზოგადოებრივ მხარდაჭერას.[245]

ევროპული შმიტელზენის სასამართლო?

ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა ევროპული კონვენცია (ECHR) მეორე მსოფლიო ომის ტრაგედიების გათვალისწინებით შედგენილი საერთაშორისო შეთანხმებაა, რომელიც ხელმოწერისთვის გაიხსნა 1950 წელს, ხოლო ძალაში შევიდა 1953 წელს. ECHR-ის დამფუძნებლებს ესმოდათ, რომ კონვენციის სათანადო მცველს, ლეგიტიმაციის წყაროდ სამართლებრივი კომპეტენცია არ ეყოფოდა. ამ კონტექსტში, მათ გონებას ვაიმარის გაკვეთილები ამძიმებდა.

ECHR-ის თავდაპირველი ინსტიტუციური მოწყობით, ხელშემკვრელი სახელმწიფოების საჩივრების შემოწმებაზე პასუხისმგებელ ორგანოდ ადამიანის უფლებათა ევროპული კომისია განსაზღვრა. კვაზი-სასამართლოდ ჩაფიქრებულ კვაზი-პოლიტიკური ორგანოს - კომისიის - ანგარიში მხოლოდ და მხოლოდ მოსაზრებას გამოხატავდა და ამგვარად პოლიტიკურ ორგანოს - მინისტრთა კომიტეტს - უქმნიდა საფუძველს ადამიანის უფლებათა საკითხების გადაწყვეტისთვის.[246] კომისიის რეკომენდაციები სამართლებრივად მბოჭავი არ იყო, გარდა შემთხვევისა, როდესაც მათ მინისტრთა კომიტეტი იღებდა.[247] ამრიგად, დარღვევების გამოვლენისა და დავების მოგვარების საზომი ერთეული იყო არა სამართლებრივი, არამედ პოლიტიკური.[248] კომისიას შეეძლო საქმის წარმოებაც ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოში (ECtHR), იმ შემთხვევაში თუ შესაბამისი სახელმწიფოები აღიარებდნენ ECtHR-ის იურისდიქციას.[249] ECtHR-ის იურისდიქცია, რომელიც შეიქმნა ECHR-ის მიერ და ამოქმედდა მხოლოდ 1959 წელს, იმ პერიოდში კონვენციის მონაწილე სახელმწიფოების მიერ მის აღიარებაზე იყო დამოკიდებული. ეს შეთანხმებები ასახავდა კონვენციის მოლაპარაკებებში მონაწილე სახელმწიფოთა უმრავლესობის განწყობას, რომლებიც დაუფარავად ეწინააღმდეგებოდნენ სასამართლოს შექმნას.[250]

---

245 საზოგადოებრივი აზრის გამოკითხვების გავლენის შესახებ, რომელიც ზომავს ISC-ის მხარდაჭერას მის იურისპრუდენციაზე, *იხილეთ* Or Bassok, *Two Conceptsof Judicial Legitimacy*, JUDGES AS GUARDIANS OF CONSTITUTIONALISM AND HUMAN RIGHTS 50, 67–69 (Martin Scheinin, Helle Krunke & Marina Aksenova eds., 2016).

246 ED BATES, THE EVOLUTION OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: FROM ITS INCEPTION TO THE CREATION OF A PERMANENT COURT OF HUMAN RIGHTS 120 (2010).

247 *იხილეთ* Mikael Rask Madsen, *The Challenging Authority of the European Court of Human Rights: From Cold War Legal Diplomacy to the Brighton Declaration and Backlash*, 79 L. & CONTEMP. PROBS. 141, 146 (2016).

248 *იხილეთ id.* 146; BATES, *supra* note 245, 92.

249 *იხილეთ* ARMIN VON BOGDANDY & INGO VENZKE, IN WHOSE NAME? A PUBLIC LAW THEORY OF INTERNATIONAL ADJUDICATION 64 (2014).

250 *იხილეთ* BATES, *supra* note 245, 8–9; Madsen, *supra* note 246, 66, 71 („კონვენციაზე მოლაპარაკებების დროს

ECHR-ის შექმნის პერიოდში, ევროპული მოძრაობის წევრები, რომლებიც ადამიანის უფლებათა ევროპული რეჟიმისთვის სასამართლო ინსტიტუტს უმთავრესად მიიჩნევდნენ, მას წარმოიდგენდნენ როგორც ინსტიტუტს, უნარიანს, გადაერჩინა ვაიმარის რესპუბლიკა 1932 წლის ვაიმარის კონსტიტუციური კრიზისის პიკში.[251] 1932 წელს, გერმანიის ელიტებს სჯეროდათ, რომ კანცლერი ფონ პაპენისთვის გერმანიის იმ დროის ყველაზე ძლევამოსილი მხარის, პრუსიის, სამთავრობო მანქანის გამღოლის უფლებამოსილების მინიჭებით შეიძლებოდა შეჩერებულიყო ნაცისტებისა და კომუნისტების ძალაუფლებაში მოსვლა. იმ საგანგებო ბრძანების საპასუხოდ, რომლითაც ფონ პაპენი პრუსიის კომისრად დაინიშნა, პრუსიის ხელისუფლებას მხარის უმაღლესი სასამართლოსგან (Staatsgerichtshof)[252] სურდა მოეპოვებინა შუალედური განკარგულება, რომლის თანახმადაც პაპენი ვერ დაიკავებდა თანამდებობას, მანამ, სანამ სასამართლო საგანგებო ბრძანების კანონიერებას შემოწმდებოდა. უმაღლესმა სასამართლომ უარი თქვა ამგვარი განკარგულების მიღებაზე, და მისი საბოლოო გადაწყვეტილებით ფედერალურ მთავრობას მიეცა თავისუფლება, ჩარეულიყო პრუსიის შიდა საქმეებში.[253] ბევრი მიიჩნევს, რომ სწორედ ეს გადაწყვეტილება იყო ვაიმარის რესპუბლიკაზე უკანასკნელი დარტყმა.[254] იმ საოცნებო სცენარში, რომელიც ECHR-ის ზოგიერთ დამფუძნებელს ჰქონდა ჩაფიქრებული, ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება დაგმობდა ფონ პაპენის მთავრობის „ავტორიტარულ ქმედებებს“, რაც გამოიწვევდა „საზოგადოებრივ უკმაყოფილებას მთავრობისადმი“.[255] შედეგად, ყველა დემოკრატიული ძალა გაერთიანდებოდა დემოკრატიულ მთავრობაში, რომელიც ადოლფ ჰიტლერის აღზევებას ხელს შეუშლიდა. სასამართლოს გადაწყვეტილება შეასრულებდა გამომწვევ როლს, თუმცა სურათი ისაა, რომ ევროპული საზოგადოება, რომელიც მხარს უჭერს ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილებას, იხსნის ევროპას.[256]

მართლაც, ECHR-ის შექმნისას ვაიმარის რესპუბლიკისა და ნაცისტური რეჟიმი გაკვეთილები ცენტრალურ საკითხს წარმოადგენდა და ამ გაკვეთილებს შორის თვალსაჩინო იყო სასამართლო ინსტიტუტის იდეა, რომელიც ისარგებლებდა ევროპის ხალხის მხარდაჭერით. ედ ბეიტსმა განავრცო ეს მოსაზრება და დასძინა: „ჩერჩილს ეჭვიც არ ეპარებოდა, რომ ევროპის თავისუფალ დემოკრატიულ ქვეყნებში 'საზოგადოებრივი აზრის დიდი ნაწილი' 'მოითხოვდა მოქმედებას', რათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება უზრუნველყოფილი ყოფილიყო".[257] აღიქმებოდა, რომ ECHR-ის სასამართლო ორგანოს ცენტრალური მისია მაინცდამაინც სამართლებრივი არ იყო, და იმ იშვიათ შემთხვევებში, როდესაც სასამართლო მიიღებდა გადაწყვეტილებას, მისი აქტებისადმი დამორჩილების უზრუნველყოფის გზა იყო საზოგადოებრივი აზრის გადმობირება.

თითქმის არ არსებობდა პოლიტიკური ნება სრულიად დამოუკიდებელი სამართლებრივი ინსტიტუტების შესაქმნელად..").

[251] EUROPEAN MOVEMENT, EUROPEAN MOVEMENT AND THE COUNCIL OF EUROPE 126 (1949).

[252]ვაიმარის კონსტიტუციის თანახმად, ეს სასამართლო შექმნილი იყო ფედერალურ მთავრობასა და გერმანიის სხვადასხვა შტატებს შორის კონსტიტუციური დავების გადასაწყვეტად.

[253] კრიზისის შესახებ მოკლედ, *იხილეთ,* DYZENHAUS, supra note 21, 2–3, 30–37.

[254] *იხილეთ* SEITZER, *supra* note 38, xiv.

[255] EUROPEAN MOVEMENT, *supra* note 250, 126.

[256] EUROPEAN MOVEMENT, *supra* note 250, 126.

[257]BATES, *supra* note 245, 7.

იმ პერიოდში, ადამიანის უფლებების ევროპული სამართალი ჯერ კიდევ არ იყო განვითარებული და არც „ნამდვილ სამართლად“ მოიაზრებოდა, მიიჩნეოდა უფრო დასავლური ცივი ომის იდეოლოგიის დიპლომატიის მექანიზმად („სამართლებრივი დიპლომატია“).[258] კონვენციის ადრეულ წლებში არ არსებობდა ECHR-ის სამართლის კომპეტენციის მქონე იურისტები საზოგადოება, არ არსებობდა არც დოქტრინალური ადამიანის უფლებათა სამართლის ორგანო.[259] მაშინ ადამიანის უფლებები იურისტების ექსკლუზიურ კომპეტენციად არ მიიჩნეოდა.[260] იმ დროს ვერავინ ივარაუდებდა, რომ კონვენციის სამართლებრივ წაკითხვას საბოლოოდ იურისტები წარმართავდნენ და რომ შედარებითი მშვიდობიანობის დროსაც კი, ადამიანის უფლებათა კონვენციის საფუძველზე დაცვის არსსა და პროცედურებს, ეროვნულ სისტემებზე გავლენა ექნებოდა.[261]

ადრეულ წლებში, ECHR-ის მიერ თავდაპირველად გამყარებული ინსტიტუციური დიზაინის კონკრეტული წაკითხვის საფუძველზე, კომისია „დიპლომატიური პოზიციის შეთვისებით“ ხელმძღვანელობდა.[262] ეს პოზიცია უპირატესობას ანიჭებდა მოლაპარაკებებზე დაფუძნებულ მორიგებებსა და დიპლომატიური ფაქტორის გათვალისწინებით კონფლიქტების გადაჭრას.[263] თანდათანობით, ადამიანის უფლებათა ევროპული რეჟიმი გარდაიქმნა სამართლის დინამიურ სფეროდ და კონვენცია ტოტალიტარიზმის აღზევების პრევენციის ინსტრუმენტზე მეტად უკვე მზარდად განიხილებოდა, როგორც უფლებათა ევროპული ბილი.[264] EctHR-მა ამ ტრანსფორმაციაში აქტიური როლი შეასრულა. 1970-იანი წლების შუა პერიოდიდან სასამართლომ შექმნა ადამიანის უფლებების პრეცედენტული სამართლის მნიშვნელოვანი ნაწილი, რომელიც მის საქმიანობაში ფოკუსირებულია ინდივიდუალურ განცხადებებზე, და არა სახელმწიფოთაშორის განაცხადებზე. მიუხედავად იმისა, რომ პროგრესი ჯერ კიდევ იყო დამოკიდებული სახელმწიფოების მიერ ECtHR-ის იურისდიქციის და ინდივიდუალური განცხადებების უფლების აღიარებაზე, 1980-იან წლებში სტრასბურგის სისტემამ მზარდად სამართლებრივი ბუნება შეიძინა.[265] 1998 წელს მე-11 დამატებითი პროტოკოლის ძალაში შესვლით, ინდივიდუალური განაცხადის უფლება გამყარდა და ECtHR ტრანსფორმირდა

---

[258] *იხილეთ* Mikael R. Madsen, *Legal Diplomacy—Law, Politics and the Genesis of Postwar European Human Rights*, HUMAN RIGHTS IN THE TWENTIETH CENTURY 63, 66, 69, 78–79 (Stefan-Ludwig Hoffmann ed., 2011); Madsen, *supra* note 246, 150–51.

[259] *იხილეთ* Madsen, *supra* note 257, 78–79.

[260] *იხილეთ* Madsen, *supra* note 257, 73 n. 43.

[261] *იხილეთ* Madsen, *supra* note 257, 67–68.

[262] *იხილეთ* BATES, *supra* note 245, 224, 257–60.

[263] *იხილეთ* Henri Rolin, *Has the European Court of Human Rights a Future?*, 11 HOWARD L.J. 442, 443–48 (1965) (განიხილავს, რომ ECHR-ის თავდაპირველი ჩანაფიქრი, მიზნად ისახავდა, რომ კომისიას მიეღო მეგობრული შეთანხმებები, და ეს არჩევანი ფართოდ ყოფილიყო გამოყენებული); BATES, *supra* note 245, 212–25 (ხსნის, რომ 1965 წლამდე, ცენტრალური საქმეები არ გადაეცემოდა EctHR-ს, და გადაიჭრებოდა კომისიასა და შესაბამის სახელმწიფოს შორის ინტერაქციით, შესაბამისად სვამს შეკითხვას „აქვს თუ არა მომავალი ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს?“, და აჩვენებს, როგორ იმოქმედა დიპლომატიურმა საკითხებმა კომისიის ქცევაზე 1960-იან წლებში); Anthony Lester, *The European Court of Human Rights After 50 Years*, THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS BETWEEN LAW AND POLITICS 98, 100 (Jonas Christoffersen & Mikael Rask Madsen eds., 2011) (განიხილავს, „დიპლომატიური უნარების [გამოყენებას] ... მთავრობათა ნდობის მოსაპოვებლად“ ECHR-ის შექმნის ადრეულ პერიოდში).

[264] *იხილეთ* Madsen, *supra* note 257, 80; BATES, *supra* note 245, 305–06, 308–09, 365–69, 371, 376, 386.

[265] *იხილეთ* BATES, *supra* note 245, 275, 401 („1970 წლის შუა პერიოდიდან მის ბოლომდე ... კონვენციების მონაწილე უმეტესი სახელმწიფოთათვის ადამიანის უფლებათა საკითხები მოექცა სამართლებრივი და არა პოლიტიკურ კონტროლს ქვეშ.“); VON BOGDANDY & VENZKE, *supra* note 248, 68 („1980-იანი წლებიდან მოყოლებული ... კონტროლის სისტემის ცენტრი სულ უფრო და უფრო გადავიდა სასამართლოზე“).

სავალდებულო იურისდიქციის მქონე, მუდმივ მოქმედ სასამართლოდ.[266] დაცვის სისტემა გადავიდა „სრულად სასამართლო სფეროში და სასამართლო აღიარებულ იქნა, როგორც კვაზი-კონსტიტუციური“ სასამართლო ადამიანის უფლებათა სფეროში.[267] 1990-იანი წლებიდან ზოგიერთ კომენტატორს სურს არა მხოლოდ უარყოს მოსაზრება, რომ სისტემას აქვს სამართლებრივი დიპლომატიის მახასიათებლები, არამედ გაამყაროს მოსაზრება, რომ სისტემა კონსტიტუციური სამართლის ნაწილია და არა მხოლოდ საერთაშორისო სამართლის.[268]

თუმცა, აზრი, რომ ინსტიტუცია, რომელიც გადაწყვეტილებას იღებს ECHR-ის დარღვევების შესახებ, საჭიროებს საზოგადოებრივ მხარდაჭერას და არა მხოლოდ სამართლებრივ კომპეტენციას, ადამიანის უფლებათა ევროპული რეჟიმის იურიდიფიკაციის შემდეგაც შენარჩუნდა. „საზოგადოების ნდობა“ და სხვა მსგავსი ფრაზების ძიება ECtHR-ის გადაწყვეტილებების HUDOC-ის მონაცემთა ბაზაში აჩვენებს, რომ ECtHR დროდადრო საუბრობს სასამართლოს გამართულად ფუნქციონირებისთვის საზოგადოების ნდობის საჭიროებაზე. 1993 წლიდან 2018 წლის ივლისამდე, ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ სულ მცირე 66 გადაწყვეტილებაში მიუთითა სასამართლოსადმი ან სასამართლო ხელისუფლებისადმი საზოგადოებრივი ნდობის ან სახალხო მხარდაჭერის საჭიროებაზე.[269] მაგალითად, გადაწყვეტილებაში *Erdoğan and Others v. Turkey* (2014) EctHR-მა დაადგინა, რომ „სასამართლომ არაერთხელ გაამახვილა ყურადღება საზოგადოებაში სასამართლო ხელისუფლების განსაკუთრებულ როლზე, რომელსაც, როგორც მართლმსაჯულების გარანტი, რაც ფუნდამენტური ღირებულებაა სამართლის უზენაესობის შემთვისებელ სახელმწიფოში, თავისი ფუნქციების ეფექტურად განხორციელებისთვის უნდა ჰქონდეს საზოგადოებრივი მხარდაჭერა“.[270] მსგავსი განცხადებები გააკეთა ECtHR-მა დანარჩენ სამოცდახუთ გადაწყვეტილებაშიც.

თუმცა, უნდა აღინიშნოს, რომ თითქმის ყველა საქმე, რომელშიც ECtHR მიუთითებს საზოგადოების ნდობაზე, როგორც სასამართლო ხელისუფლების ლეგიტიმაციის წყაროზე, ეხება ეროვნულ სასამართლოებს და არა ECtHR-ს.[271] მაგალითისთვის განვიხილოთ *Morice*

---

[266] *იხილეთ* Madsen, *supra* note 246, 161 („ევროპაში ადამიანის უფლებათა ზენაციონალური დაცვა სრულად სასამართლოს სფეროში გადავიდა.“); Laurence R. Helfer & Anne-Marie Slaughter, *Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication*, 107 YALE L.J. 273, 296 (1997).

[267] BATES, *supra* note 245, 25. *ასევე იხილეთ id.* 399–400, 461–62, 466; NICO KIRSCH, BEYOND CONSTITUTIONALISM: THE PLURALIST STRUCTURE OF POSTNATIONAL LAW 139–40 (2010) (ამტკიცებს, რომ „ადრეულ წლებში "ადამიანის უფლებათა ევროპული კომისია „ხშირად ასრულებდა მედიატორის და არა განმხილველის როლს“, მაგრამ ეს იურიდიული დიპლომატიის ტაქტიკა შემცირდა „მას შემდეგ, რაც სასამართლო ფუნქცია სულ უფრო და უფრო გამყარდა“).

[268] *იხილეთ, მაგ.*, Loizidou v. Turkey, App. No. 15318/89, para. 75 (Mar. 23, 1995), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57920 (კონვენციას მოიხსენიებს როგორც „ევროპული საჯარო წესრიგის (ordre public) კონსტიტუციურ ინსტრუმენტად“); David Kosař, *Policing Separation of Powers: A New Role for the European Court of Human Rights?*, 8 EUR. CONST. L. REV. 33, 60–61 (2012) ("არაერთ შემთხვევაში ამტკიცებდნენ, რომ ECtHR არის საკონსტიტუციო სასამართლო."); BATES, supra note 245, at 441–43, 467, 479, 497–98.

[269] ჩემი მეთოდებისა & შედეგებისთის, *იხილეთ* Or Bassok, *The European Consensus Doctrine and the ECtHR Quest for Public Confidence*, BUILDING CONSENSUS ON EUROPEAN CONSENSUS: JUDICIAL INTERPRETATION OF HUMAN RIGHTS IN EUROPE AND BEYOND 236 (Panos Kapotas & Vassilis Tzevelekos eds., 2019).

[270] Erdoğan and Others v. Turkey, App. Nos. 346/04 and 39779/04, para. 42 (May 27, 2014), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-144129.

[271] თუმცა, იხილეთ ბოლოდროინდელი საქმე Eskerkhanov and Others v. Russia, App. Nos. 18496/16, 61249/16, და 61253/16, para. 7 (July 25, 2017), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-194448, სადაც მოსამართლე პასტორ ვილანოვა მისი განსხვავებული მოსაზრების ფარგლებში აცხადებდა, რომ EctHR-ის „უფლებამოსილება და პრესტიჟი ასევე დამოკიდებულია იმაზე, თუ როგორ მიუსადაგებს საკუთარ თავს იმ წესებს, რომლებსაც იგი ეროვნულ

v. France (2015). ამ საქმეში, ECtHR-ის დიდი პალატა აღნიშნავს, რომ „სასამართლო ხელისუფლებას საზოგადოებაში ... უნდა გააჩნდეს საზოგადოებრივი ნდობა, რათა საკუთარი მოვალეობების წარმატებულად განხორციელება შეძლოს“.[272] თუმცა, EctHR ზოგადად საუბრობს სასამართლოებსა თუ სასამართლო ხელისუფლებაზე. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, გაუჭირდება, თავისი თავი ამორიცხოს სასამართლოების ლეგიტიმაციის წყაროზე ამ ზოგადი განცხადებებიდან. როგორც ჯერ კიდევ 1960-იან წლებში გამოჩნდა - განსაკუთრებით *Lawless*-ის გადაწყვეტილებით - მისი შექმნის ადრეული პერიოდიდანვე ECtHR ხაზს უსვამს, მისი, როგორც სასამართლოს ბუნებასა და როლს.[273] აქედან გამომდინარე, არ არსებობს საფუძველი, ვიფიქროთ, რომ ECtHR თავს გამორიცხავს „სასამართლო ხელისუფლების“ ან „სასამართლოების“ კატეგორიიდან, როდესაც აცხადებს, რომ ისინი საჭიროებენ საზოგადოების ნდობას.

შესაძლოა არგუმენტის წარმოება, რომ „საზოგადოების ნდობა“ უნდა წავიკითხოთ, როგორც დემოკრატიული სუვერენიტეტზე ან „ხალხის“ აბსტრაქტულ კონცეფციაზე მითითება და არა რეალურ სოციოლოგიურ საზოგადოებრივ მხარდაჭერაზე. სამართლის მეცნიერები არმინ ფონ ბოგდანდი და ინგო ვენცკე წერენ, რომ ეროვნული სასამართლოების მიერ გამოყენებული ფორმულა „ხალხის სახელით“, გამოიყენება იმისთვის, რომ აღწერონ „ვისი სახელით“ წყვეტენ საქმეებს. რაც თავის მხრივ ეხმიანება დემოკრატიული სუვერენის უფლებამოსილებას.[274] მაგალითად, ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ გერმანიის კანონის 25(4) მუხლის თანახმად, საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები გამოაქვს „ხალხის სახელით“.[275] არსებობს სულ მცირე ერთი მეცნიერი, რომელიც მიიჩნევს, რომ გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ ამ ფორმულის მოხმობა, სასამართლოს რეალურ საჯარო მხარდაჭერაზე მითითებაა.[276] თუმცა, ფონ ბოგდანდი და ვენცკე მართებულად აფასებენ ამ ფორმულას, როგორც სახალხო სუვერენიტეტის ძველი კონცეფციის გამოძახილს, რომელიც მოწყვეტილია საზოგადოების იმ რეალური მხარდაჭერის არსს, რასაც დღეს საზოგადოებრივი აზრის გამოკითხვები ზომავს.[277] ამ ძველი კონცეფციის თანახმად, დემოკრატიული სუბიექტი არის არა ინდივიდუალურ ხმათა აკუმულაცია, არამედ ერთიანი კოლექტივი, ძირითადად- ერი ან ხალხი.[278]

სასამართლოებს უწესებს. ეს საჭიროა თანასწორობის, სამართლებრივი განჭვრეტადობისა და საზოგადოების ნდობის პრინციპების შესანარჩუნებლად“.

[272] Morice v. France, App. No. 29368/10, para. 128 (Apr. 23, 2015), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-154265.

[273] Lawless v. Ireland, App. No. 332/57, paras. 13–16 (Nov. 14, 1960), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57516 (მისი გადაწყვეტილება, ნაწილობრივ, დააფუძნა EctHR-ის, როგორც სასამართლოს, ბუნებაზე).

[274] Armin von Bogdandy & Ingo Venzke, *In Whose Name? An Investigation of International Courts' Public Authority and Its Democratic Justification*, 23 EUR. J. INT'L L. 7, 7–8 (2012).

[275] *იხილეთ* BUNDESVERFASSUNGSGERICHTSGESETZ, ACT ON THE FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT (2018), https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Gesetze/BVerfGG.pdf;jsessionid=017752E8F0215E46B9BD30B8F__2AAAF06.2_cid394?__blob=publicationFile&v=10. სხვა მაგალითებისთვის, იხილეთ VON BOGDANDY & VENZKE, *supra* note 248, 20, fn. 94–95.

[276] *იხილეთ* COLLINGS, *supra* note 5, 185 („სასამართლოსადმი უზარმაზარმა სახალხო პატივისცემამ, პოლიტიკოსის და პოლიტიკური პარტიების მიმართ სწრაფად მზარდ იმედგაცრუებასთან ერთად, ხელი შეუწყო, ყოველ შემთხვევაში, არაპირდაპირი გზით, სასამართლოს პრაქტიკის გამართლებას თავისი გადაწყვეტილებების გამოცხადებას „Im Namen des Volkes““.).

[277] *იხილეთ* VON BOGDANDY & VENZKE, *supra* note 248, 20.

[278] *იხილეთ* VON BOGDANDY & VENZKE, *supra* note 248, 140.

მიუხედავად იმისა, რომ EctHR, განსხვავებით მრავალი ეროვნული სასამართლოსგან არ იყენებს თავისი გადაწყვეტილების საწყის სტრიქონებში „საზოგადოების ნდობას“, როგორც ფიქსირებულ ფორმულას,[279] შეიძლება ითქვას, რომ ECtHR-ის მითითება „საზოგადოების ნდობაზე“ არსებითად ჰგავს „ევროპის ხალხის“ აბსტრაქტულ კონცეფციას. მიუხედავად ამისა, ECtHR-ს არ გამოუყენებია ფრაზა „ხალხის სახელით“ და არც „სახალხო სუვერენიტეტზე“ უსაუბრია, რათა დაედგინა კონკრეტული პოლიტიკური საზოგადოების სახელით სასამართლოს გადაწყვეტილებაზე თანაავტორობა. არმინ ფონ ბოგდანდიმ აღნიშნა, რომ მიუხედავად იმისა, რომ „ბევრი ეროვნული სასამართლო ... ხშირად წყვეტს „ხალხის სახელით“ ... არცერთი ზესახელმწიფოებრივი ან საერთაშორისო სასამართლო თავისი უფლებამოსილების საფუძველს მსგავსად არ ასახელებს“.[280] მართლაც, ECtHR-მა აირჩია გამოეყენებინა ფრაზა „საზოგადოების ნდობა“ ევროპის რეალური ხალხების მხარდაჭერის აღსანიშნავად. ECtHR-ის მიერ ცნების „საზოგადოების ნდობის“ გამოყენების მხოლოდ ამგვარი წაკითხვა შეიძლება შეესაბამებოდეს ECtHR-ის პოზიციას, რომ „ურთიერთგამომრიცხავი სასამართლო გადაწყვეტილებების არსებობას, მეორე მხრივ, შეუძლია შექმნას სამართლებრივი ბუნდოვანება, რომელმაც შესაძლოა შეამციროს საზოგადოების ნდობა სასამართლო სისტემაში, მაშინ როცა ასეთი ნდობა აშკარად სამართლის უზენაესობაზე დაფუძნებული სახელმწიფოს ერთ-ერთი არსებითი კომპონენტია“.[281] „შემცირება“ შეეხება გაზომვადი ერთეულის შემცირებას. „საზოგადოების ნდობას“ ECtHR „სახალხო სუვერენიტეტის“ ექვივალენტურად რომ ხედავდეს, ან ხედავდეს, როგორც ნორმატიულ სტანდარტს, ის არ გამოიყენებდა ზმნას „შემცირება“.

„სახალხო სუვერენის“ ნაცვლად ამ გაზომვად ერთეულზე საუბარი მიმდინარე დისკურსში ზოგადი ცვლილების მაგალითია. გაზომვადი ერთეული ანაცვლებს, ან სულ მცირე, განასახიერებს აბსტრაქტულ კონცეფციებს.[282] სასამართლო ლეგიტიმაციის გაგების ამგვარი ცვლილება შეესაბამება შმიტის ცნობას, სუვერენიტეტის ცნების გაგებაში ცვლილების შესახებ. შმიტის თანახმად, მეცხრამეტე საუკუნის განმავლობაში, სუვერენიტეტი გაგებული იყო, როგორც „ხალხში“ იმანენტურად ‘დაბუდებული’, აბსტრაქტულ არსებაში, რომელიც წარმოდგენილია როგორც ერთი, გაერთიანებული ნების მქონე. მეოცე საუკუნეში სუვერენიტეტი გაგებულია, როგორც რეალური ინდივიდების დემოკრატიულად გაერთიანებული ნება.[283] ამრიგად, შმიტს არ გაუკვირდებოდა ECtHR-ის მიერ „საზოგადოებრივი ნდობის“ გამოყენება სახალხო უმრავლესობის მიმართ. მისთვის პოლიტიკური კონცეპტუალური წესრიგი აუცილებლად შეესაბამება ეპოქის მაკონტროლებელ მეტაფიზიკას. ამ შეხედულებისამებრ, როგორც სუვერენიტეტის

---

[279] *იხილეთ* VON BOGDANDY & VENZKE, *supra* note 248, 20

[280] Armin von Bogdandy, *The Democratic Legitimacy of International Courts: A Conceptual Framework*, 14 THEO. INQ. L. 361, 364 (2013).

[281] Borg v. Malta, App. No. 37537/13, para. 107 (Jan. 12, 2016), http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159924 (emphasis added).

[282] *იხილეთ* KAHN, *supra* note 35, 12.

[283] *იხილეთ* SCHMITT, *supra* note 44, 46–50. *ასევე იხილეთ* BENJAMIN A. SCHUPMANN, LEVIATHAN RUN AGROUND: CARL SCHMITT'S STATE THEORY AND MILITANT DEMOCRACY 66–68 (PhD Thesis, Columbia University, 2015) [unpublished] („შმიტი ამგვარად ასახავს ლეგიტიმური სუვერენიტეტის პოლიტიკურ კონცეფციებს, რომლებიც მომდინარეობს ლეგიტიმური თეოლოგიური სუვერენიტეტიდან და პარალელურად თანაარსებობს მასთან“.)

გაგებაში, ისე სასამართლო ლეგიტიმაციის გაგებაში ცვლილება შეესაბამება ეპოქის დიდ რწმენას დემოკრატიულ ლეგიტიმაციაში და მის გაზომვით შეფასებაში.[284]

მაგრამ როგორ შეიძლება გაიზომოს საზოგადოების ნდობა ECtHR-სადმი? არ არსებობს ერთი ჭეშმარიტი ევროპული საზოგადოება, რომელიც მხარს უჭერს ან ეწინააღმდეგება ECtHR-ს.[285] ორმოცდაშვიდი წევრი სახელმწიფოს ხალხები არ ქმნიან ერთ საზოგადოებრივ აზრს. უფრო მეტიც, არ მოიპოვება ბევრი გამოკითხვა, რომელიც ამოწმებს ECtHR-ისადმი საზოგადოების მხარდაჭერას.[286] მიუხედავად ამისა, ევროპული კონსენსუსის (შემდგომში: EuC) დოქტრინის გამოყენებით, ECtHR-მა შეიმუშავა კომპლექსური მექანიზმი, რომელიც ასახავს საზოგადოებრივი აზრის თავმოყრას, რომელიც მომდინარეობს სხვადასხვა ეროვნულ ასპარეზზე.

EuC დოქტრინა არის განმარტების ინსტრუმენტი, რომელიც ბევრ საქმეში გამოიყენა ECtHR-მა, იმის გადასაწყვეტად მისაღებია თუ არა სახელმწიფოს სამართლებრივი მიდგომა გარკვეული საკითხის მიმართ.[287] თუ არსებობს შეთანხმება ორმოცდაშვიდი ხელშემკვრელი სახელმწიფოს კრიტიკულ რაოდენობას შორის, ან თუნდაც არსებობს მზარდი ტენდენცია იმის შესახებ, როგორ უნდა მოგვარდეს ადამიანის უფლებების გარკვეული საკითხი, სახელმწიფოს შესაძლებლობა, გადაიხაროს ამ წარმოშობილი კონსენსუსიდან, ძალიან შეზღუდულია.[288] არსებობს პრეზუმპცია, თუ საწინააღმდეგო არ დამტკიცდა, რომელიც მოქმედებს ხელშემკვრელი სახელმწიფოების უმრავლესობის მიერ ECHR-ის განმარტების სასარგებლოდ მოქმედებს.[289] სახელმწიფოს შეუძლია გადაიხაროს ასეთი კონსენსუსისგან მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ წარმოადგენს დამაჯერებელ დასაბუთებას.[290] EuC დგინდება ხელშემკვრელი სახელმწიფოების კანონებისა და პრაქტიკის შედარებითი ანალიზის შედეგად.[291]

EuC დოქტრინის ლოგიკა მაჟორიტარულია: ამ დოქტრინის მართებულად გამოყენება კონკრეტულ შემთხვევებში მიზნად ისახავს შედეგის მიღებას, რომელსაც მხარს უჭერს ევროპელთა უმეტესობა და ხელშემკვრელი სახელმწიფოების უმეტესობა. შესაძლოა, ვინმემ ეს მაჟორიტარულობის არგუმენტი ეჭვქვეშ დააყენოს, მტკიცებით, რომ პოზიცია, რომელიც ასახავს კანონმდებლობას ან პრაქტიკას ხელშემკვრელი სახელმწიფოების უმრავლესობისთვის, აუცილებლად არ ასახავს ევროპელების უმრავლესობის აზრს.

---

284 *იხილეთ* SCHMITT, *supra* note 44, 22, 46–50.

285 Cf. VON BOGDANDY & VENZKE, *supra* note 248, 140 (ევროკავშირის კონტექსტში აღნიშნავს, რომ „ევროპული დემოკრატია ევროპელი ხალხის განხილვის გარეშე შემოდის").

286 *იხილეთ* Erik Voeten, *Public Opinion and the Legitimacy of International Courts*, 14 THEO. INQ. L. 411, 423 (2013) („მე ვერ მოვახერხე ECtHR-ის შესახებ შედარებითი კვლევებისთვის მიმეგნო.").

287 *იხილეთ* KANSTANTSIN DZEHTSIAROU, EUROPEAN CONSENSUS AND THE LEGITIMACY OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS 17–21, 129 (2015) (იმ საქმეების კვლევა, რომლებშიც გამოყენებულია ევროპული კონსენსუსის დოქტრინა).

288 *იხილეთ id.* 12–16; Eyal Benvenisti, *Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards*, 31 NYU J. INT'L L. & POL. 843, 851 (1999).

289 *იხილეთ* DZEHTSIAROU, *supra* note 286, 208 („ევროპული კონსესუსის კონცეპცია შეიძლება ჩამოყალიბდეს, როგორც პრეზუმპცია, რომელიც ECHR-ის ხელშემკვრელი სახელმწიფოების უმრავლესობის მიერ მიღებული წესის ან პრაქტიკის სასარგებლოდ მოქმედებს.").

290 *იხილეთ* Kanstantsin Dzehtsiarou, *Does Consensus Matter? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights*, 2011 PUB. L. 534, 544 (2011); DZEHTSIAROU, *supra* note 286, 27–29 (აღნიშნავს, რომ კონსენსუსის ნაკლებობა ნიშნავს მიხედულების ფართო ზღვარს); Shai Dothan, *The Optimal Use of Comparative Law*, 43 DENVER J. INT'L L. & POL'Y 21, 26 (2015).

291 *იხილეთ* DZEHTSIAROU *supra* note 286, 2, 24, 37–45.

თუმცა, აღნიშნულის და EuC დოქტრინის სხვა მსგავსი გამოწვევების გათვალისწინების შემთხვევაშიც, ძნელია უარყო, რომ კონკრეტულ საკითხზე ხელშემკვრელ ქვეყნებში სამართლებრივი მდგომარეობის კვლევის ლოგიკა ღრმა მაჟორიტარულ-დემოკრატიული ლოგიკაა: დემოკრატიის პირობებში, ჩვენ ვვარაუდობთ, რომ ხალხის ნება აისახება, ძირითადად, კანონმდებლობაში. ამ სულისკვეთებით, აშშ-ს უზენაესმა სასამართლომ, რომელიც გადაწყვეტილების მიღებისას ასევე ეყრდნობა აშშ-ს სხვადასხვა შტატში არსებული სამართლებრივი მდგომარეობის გამოკვლევებს, რამდენჯერმე განაცხადა, რომ „კონსენსუსის პირველადი და ყველაზე საიმედო მინიშნებაა … მიღებული კანონების ხასიათი“.[292]

EuC დოქტრინის გამოყენებით, უმრავლესობის მოსაზრების გაყოლით ECtHR მიზნად ისახავს შეამსუბუქოს თავისი ძალისხმევის კონტრ-მაჟორიტარული ხასიათი, ყოველ შემთხვევაში ზოგიერთი საქმის ფარგლებში, და ამით უზრუნველყოს მის მიმართ საზოგადოების ნდობა.[293] იმ შემთხვევებშიც კი, როდესაც ECtHR-ის მოსამართლეები გვერდს უვლიან ევროპულ კონსენსუსს მიზეზით, რომ ეს აზრკოლებს ადამიანის უფლებებს, EuC დოქტრინით მოცული ზოგადი დოქტრინალური სახელმძღვანელო პრინციპი, ნაწილობრივ ეფუძნება სოციოლოგიური ლეგიტიმაციის ლოგიკას. EuC დოქტრინის მიყოლით, ECtHR ამჯობინებს უზრუნველყოს საზოგადოების მხარდაჭერა, ვიდრე მხოლოდ ნორმატიული ლეგიტიმაციის ლოგიკას გაჰყვეს და ადამიანის უფლებების დაცვის თვალსაზრისით გამართლებული გადაწყვეტილებები გამოიტანოს. შედეგად, არის თანდაყოლილი წინააღმდეგობა ან ირონია EuC დოქტრინის მაჟორიტარულ ლოგიკასა და ადამიანის უფლებათა სასამართლოს მისიას შორის, დაიცვას ადამიანის უფლებები თუნდაც სახალხო ნების საწინააღმდეგოდ.[294] ბოლოსდაბოლოს, თუ ადამიანის უფლებები ყოველთვის კონსენსუსზე დაფუძნებული იქნებოდა, მათი დაცვა დემოკრატიული პროცესით იქნებოდა შესაძლებელი და არ იქნებოდა საჭირო სასამართლო ჩარევა უმრავლესობის ნების საწინააღმდეგოდ მათი აღსრულებისთვის. მაგრამ ვინაიდან ადამიანის უფლებები ხშირად ფუნქციონირებს როგორც კოზირი უმრავლესობის ნების საწინააღმდეგოდ უმცირესობების დასაცავად, იმ სასამართლოს მიერ EuC დოქტრინის შექმნა, რომლის სახელიც შეიცავს ფრაზას „ადამიანის უფლებებს“, თითქოს მისი ფუნქციის ღალატია ან სულ მცირე დამაბნეველი. გააზრება, რომ ECtHR ჩაფიქრებული იყო, ყოველ შემთხვევაში ECHR-ის ზოგიერთი დამფუძნებლის მიერ, როგორც პასუხი ვაიმარის გაკვეთილებზე, გვეხმარება უკეთ გავიგოთ ლოგიკა, რომელმაც მიიყვანა ECtHR ამ ერთი შეხედვით წინააღმდეგობრივ გზაზე. ECtHR-ის მისია თავიდანვე განიხილებოდა, როგორც დემოკრატიის დაცვა, როგორც რეჟიმისა, რომელიც განათავსებს ადამიანის უფლებებს მის

---

[292] Stanford v. Kentucky, 492 U.S. 361, 373 (1989). *ასევე იხილეთ* Washington v. Glucksberg, 521 U.S. 702, 711 (1989); Corinna Barrett Lain, *The Unexceptionalism of Evolving Standards*, 57 UCLA L. REV. 365 (2009).

[293] *იხილეთ* Jeffrey A. Brauch, *The Dangerous Search For and Elusive Consensus: What the Supreme Court Should Learn from the European Court of Human Rights*, 52 HOWARD L.J. 277, 278 (2009) („ორივე, ECHR-იც (მნიშვნელოვანწილად) და [ამერიკის] უზენაესი სასამართლოც (ნაკლებად, მაგრამ მნიშვნელოვნად) წყვეტენ უფლებებზე მნიშვნელოვან პრეტენზიებს იმ ფაქტორის გათვალისწინებით, რომელსაც არ უნდა ჰქონდეს გავლენა ადამიანის ან კონსტიტუციური უფლებების ფარგლების ან შინაარსის განსაზღვრაში: ესაა საზოგადოებრივი კონსენსუსი.”).

[294] *იხილეთ* Jeffrey A. Brauch, *The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law*, 11 COLUM. J. EUR. L. 113, 146 (2004); Kanstantsin Dzehtsiarou, *Interaction Between the European Court of Human Rights and Member States: European Consensus, Advisory Opinions and the Question of Legitimacy*, THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND ITS DISCONTENTS: TURNING CRITICISM INTO STRENGTH 116, 119–20 (Spyridon Flogaitis, Tom Zwart & Julie Fraser eds., 2013) (quoting Letsas).

ბირთვში და არა როგორც სასამართლო, რომელიც წყვეტს ადამიანის უფლებათა ათასობით დარღვევას.[295] თუმცა, შმიტელზენის სასამართლოს ძირითადი გაკვეთილი არის ის, რომ რეჟიმის პოლიტიკური გადაწყვეტილების დასაცავად სასამართლომ უნდა მოიპოვოს საზოგადოების მხარდაჭერა.

დასკვნა

ვაიმარის გამოცდილება კვლავ თან დაგვდევს.[296] მსოფლიოს გარშემო პოპულისტური მოძრაობების აღზევებასთან ერთად, ვაიმარის რესპუბლიკის ჩამოქცევის შედეგად მიღებული გაკვეთილები უფრო აქტუალურია, ვიდრე ოდესმე. პოპულისტური მოძრაობების საფრთხისგან დემოკრატიის ფუნდამენტური სტრუქტურების დასაცავად ძლიერი სასამართლო ორგანოს საჭიროება ხშირად წარმოდგენილია როგორც ვაიმარის გამოცდილებიდან მიღებული გაკვეთილი. მიუხედავად ამისა, კონსტიტუციის მცველის იდენტობაზე კელზენსა და შმიტს შორის დებატების ამჟამინდელი ანალიზი აჩვენებს, რომ ვითარება უფრო რთულია.

უპირველეს ყოვლისა, ბევრ სისტემაში, ტერმინები, რომელთა მიხედვითაც სასამართლო ლეგიტიმაციაა გაგებული, მნიშვნელოვნად შეიცვალა კელზენ-შმიტის დებატების შემდეგ. ჩვენ პარადიგმის ცვლილების შუაგულში ვართ. ბოლო ათწლეულების განმავლობაში, მთელ მსოფლიოში რამდენიმე სასამართლომ დაიწყო მათი ლეგიტიმაციის გაგება საზოგადოების მხარდაჭერის თვალსაზრისით. კონსტიტუციონალიზმის სამყაროში ეს მნიშვნელოვანი განვითარება დამალულია როგორც საზოგადოების, ისე მეცნიერის თვალისთვის. ის დამალულია, რადგან სასამართლო ლეგიტიმაციის განხილვისას გამოყენებული ტერმინები იგივე დარჩა, ხოლო მათი შინაარსი შეიცვალა. მნიშვნელოვანია ხაზგასმით აღვნიშნო, რომ მოსაზრება, რომ სასამართლო ლეგიტიმაცია ეფუძნება საზოგადოების მხარდაჭერას, არ დაიმალა. პირიქით, მთელი ჩემი პოზიცია ისაა, რომ რამდენიმე სამართლებრივ სისტემაში, სასამართლო ლეგიტიმაციის ფართოდ გავრცელებული გაგება ახლა საზოგადოების მხარდაჭერის თვალსაზრისითაა. ეს გაგება ბართეზის მნიშვნელობით მითად იქცა. ის ბუნებრივ ან საყოველთაო აზრად იქცა და, შესაბამისად, დამალული იყო ყველასთვის ხელმისაწვდომ ადგილას.[297] რაც დაიმალა ისაა, რომ მოხდა გარდაქმნა სასამართლო ლეგიტიმაციის გაგებაში. ამ ცვლილების ნათლად დანახვის საშუალებას კელზენ-შმიტის დებატები გვაძლევს. ორივე თეორეტიკოსი ფიქრობდა, რომ სასამართლო ხელისუფლებას არ შეუძლია დაეყრდნოს საზოგადოების მხარდაჭერას, როგორც მისი ლეგიტიმაციის წყაროს. სასამართლო ლეგიტიმაციის ამ საერთო გაგებიდან თითოეული მათგანი მივიდა განსხვავებულ დასკვნამდე დებატებში, თუ ვინ არის კონსტიტუციის მცველი. ახლა, შეადარეთ მათი გაგება ბარი ფრიდმანის 2009 წლის შესანიშნავ წიგნს *„ხალხის ნება: როგორ მოახდინა საზოგადოებრივმა აზრმა გავლენა უზენაეს სასამართლოზე და ჩამოაყალიბა კონსტიტუციის მნიშვნელობა“*.[298] ფრიდმანის

---

295 MARCO DURANTI, THE CONSERVATIVE HUMAN RIGHTS REVOLUTION 3 (2017) (ხსნის "ECHR-ის წარმოშობის შესახებ კონვენციურ გაგებას, რომელიც ამტკიცებს, რომ მათ ფუძემდებლებს მხოლოდ კონტინენტის დემოკრატიების დაცვა ამოძრავებდათ").

296 *იხილეთ, მაგ.*, Daniel Bessner & Udi Greenberg, The Weimar Analogy, JACOBIN (Dec. 7, 2016) („გაზეთებსა და თოქ-შოუებში კომენტატორები დროს არ კარგავენ, რომ გაგვაფრთხილონ, შეერთებული შტატები მიდის 1930-იანი წლების გერმანული დემოკრატიის გზით.").

297 *იხილეთ* ROLAND BARTHES, MYTHOLOGIES 129 (Annette Lavers trans., 1972) (1957) („მივადექით მითის ძირითად პრინციპს: ის ისტორიას ბუნებად აქცევს.").

298 BARRY FRIEDMAN, THE WILL OF THE PEOPLE: HOW PUBLIC OPINION HAS INFLUENCED THE SUPREME

განმარტება საზოგადოებრივ აზრსა და აშშ-ს უზენაეს სასამართლოს შორის ურთიერთობის შესახებ არ ასხვავებს საზოგადოებრივი აზრის გამოკითხვის გამოგონებამდე პერიოდსა და შემდგომ პერიოდს.[299] ფრიდმანის მიხედვით, ეს ისტორია საზოგადოებრივ აზრსა და სასამართლოს შორის სტრუქტურულად უცვლელი ურთიერთობაზე გვიყვება. არსებითად, მისი გადმოცემით, სასამართლო ლეგიტიმაცია ყოველთვის გაგებული იყო საზოგადოებრივი აზრის თვალსაზრისით; ერთადერთი ცვლილება ის არის, რომ დროთა განმავლობაში მართლმსაჯულებები უკეთესები გახდნენ საზოგადოებრივი აზრის შეფასებაში.[300] ფრიდმანის წიგნი მხოლოდ ერთი მაგალითია სასამართლოებსა და საზოგადოებრივ აზრს შორის ურთიერთობის შესახებ იმ მრავალი ნაშრომიდან, რომლებიც დაწერილია აშშ-ში ახალი მაკონტროლებელი პარადიგმის მიხედვით. ეს ნაშრომები წარსულს ამ პარადიგმის მიხედვით „კითხულობს". მათ გამორჩებათ ხოლმე, რომ მნიშვნელოვანი ცვლილება მოხდა, ცვლილება, რომელიც აშკარა ხდება, თუ ფონად კელზენ-შმიტის დებატებს მოვიხმობთ.

მეორე, მის ინსტიტუციურ დიზაინში სასამართლო ლეგიტიმაციის გაგებაში ბოლო ცვლილებების ჩართვით, შმიტელზენის მცველი, როგორც ჩანს, ასახავს კელზენ-შმიტის დებატებში ნასწავლ გაკვეთილებს. ერთი მხრივ, შმიტელზენის მცველი შეესაბამება კელზენის მცველს: მცველის როლი ეკისრება სასამართლოს, რომელიც მტკიცედ უნდა მიჰყვეს სამართლებრივ რაციონალურობას და არა პოპულისტურ ზეწოლას, ზეწოლას, რომელმაც შეიძლება აცდუნოს არჩეული წარმომადგენლები. მეორეს მხრივ, შმიტელზენის მცველი შეითვისებს შმიტის შეხედულებას, რომ კონსტიტუციის პოლიტიკური გადაწყვეტილების დასაცავად, მცველი უნდა სარგებლობდეს ხალხის მხარდაჭერით. მცველი, რომელიც შეზღუდულია კელზენის მცველის შეზღუდვებითა და აქვს შმიტის მცველის უფლებამოსილება, როგორც ჩანს, სრულყოფილი რეცეპტია იმ სერიოზულ საფრთხეებთან დასაპირისპირებლად, რომლებსაც დემოკრატიები აწყდებიან ბოლო დროს.

მიუხედავად ამისა, შმიტელზენის მოდელში გამოხატულია ორი მნიშვნელოვანი სირთულე, რომლებიც გამომდინარეობს ლეგიტიმაციის საკითხიდან. პირველი, სასამართლოებს, რომლებსაც სასამართლო ლეგიტიმაცია საჯარო მხარდაჭერის თვალსაზრისით ესმით, ძალიან უჭირთ გამიჯნონ შმიტისეული ლეგიტიმაციის წყაროს შენარჩუნების აუცილებლობა მათი მოვალეობისგან, გადაწყვიტონ კელზენის კრიტერიუმით - პროფესიული სამართლებრივი კომპეტენციის მიხედვით. გადაწყვეტილებები ნებისმიერი კომპეტენციის ფარგლებში პროფესიული კრიტერიუმების მიხედვით მიიღება და მომხრეთა რაოდენობის მიხედვით.[301] სასამართლომ, რომელიც საკუთარ ლეგიტიმურობას საზოგადოებრივი მხარდაჭერის პრიზმაში ხედავს, შეიძლება გადაუხვიოს გზას და გადაწყვეტილებების მიღება საზოგადოებრივი აზრის მიხედვით დაიწყოს. ის შეიძლება გახდეს პოპულისტური მცველი. მიუხედავად იმისა, რომ სასამართლო ლეგიტიმურობის აღქმა საზოგადოებრივი მხარდაჭერის თვალსაზრისით არ ნიშნავს გადაწყვეტილების მიღებას აუცილებლად საზოგადოებრივი აზრის მიხედვით, მას აქვს დიდი პოტენციალი, შერყვნას სამართლის ექსპერტიზის ენა იმგვარად, რომ

COURT AND SHAPED THE MEANING OF THE CONSTITUTION (2009).

[299] ფრიდმანის განმარტების ჩემეული კრიტიკისთვის, *იხილეთ* Bassok, *supra* note 131, 192–93.

[300] FRIEDMAN, *supra* note 297, 376.

[301] *იხილეთ* ROBERT C. POST, DEMOCRACY, EXPERTISE, AND ACADEMIC FREEDOM xii-xiv, 8, 29–32, 54 (2012).

დაუქვემდებაროს საზოგადოებრივი აზრს.[302] მეორე სირთულე მომდინარეობს შესაძლებლობიდან, მცველმა დაკარგოს საზოგადოების მხარდაჭერა. მიუხედავად იმისა, რომ ბევრ ქვეყანაში სასამართლო ხელისუფლების აღზევებას საზოგადოება მხარს უჭერს,[303] ყოველთვის არსებობს საშიშროება, რომ კონსტიტუციის მცველის მხარდაჭერა შემცირდეს. მსოფლიოს გარშემო სასამართლო უფლებამოსილების გაძლიერების უპირველესი და შემაშფოთებელი მაგალითია ISC-ს შემთხვევა. ოცდამეერთე საუკუნის პირველ ათწლეულში, საზოგადოებრივი გამოკითხვების მიხედვით ISC-ს მიმართ საზოგადოების მხარდაჭერა მკვეთრად დაეცა.[304] ISC დადგა რეალობის წინაშე, რომ გაუძნელდა თავისი ლეგიტიმაციის წყაროდ სასამართლოს მიმართ „საზოგადოებრივი ნდობა“ დაასახელოს, როდესაც საზოგადოებრივი აზრის გამოკითხვამ აჩვენა, რომ საზოგადოების უმრავლესობას არ ჰქონდა ნდობა ISC-ის მიმართ.[305] შმიტელზენის სასამართლო, რომელიც თავის ლეგიტიმაციას საზოგადოების მხარდაჭერის თვალსაზრისით განიხილავს, ყოველთვის მოწყვლადია საფრთხის წინაშე, შემცირდეს კონსტიტუციის მცველის მხარდაჭერა.

---

[302] *იხილეთ* Or Bassok, *The Arendtian Dread: Courts with Power*, 30 RATIO JURIS 417, 424–27 (2017).
[303] *იხილეთ* James L. Gibson, Gregory A. Caldeira & Vanessa A. Baird, *On the Legitimacy of National High Courts*, 92 AM. POL. SCI. REV. 343 (1998) (ეროვნული უმაღლესი სასამართლოების საჯარო მხარდაჭერის შესახებ მონაცემების კვლევა ოცი ქვეყნიდან); ALEC STONE SWEET, GOVERNING WITH JUDGES 139 (2000) (აღნიშნავს, რომ ევროპაში საკონსტიტუციო სასამართლოებს აქვთ მაღალი „ინსტიტუციური ლეგიტიმაცია“); WOJCIECH SADURSKI, RIGHTS BEFORE COURTS 33 (2005) („უდავოა, რომ რეგიონის აქ განხილული საკონსტიტუციო სასამართლოები [ცენტრალური და აღმოსავლეთი ევროპა] სარგებლობენ სოციალური მიმღებლობის მაღალი დონით, მიუხედავად დროდადრო ცალკეული გადაწყვეტილებების ირგვლივ არსებული უთანხმოებისა და კრიტიკისა. მაშასადამე, მათ არ აქვთ პრობლემა „ლეგიტიმაციასთან“ იმ გაგებით, რომ საზოგადოება ეთანხმება მათ უფლებამოსილებას გააკეთონ ის, რასაც აკეთებენ - კანონების ბათილობის ჩათვლით.”).
[304] *იხილეთ* ASHER ARIAN, ET AL., AUDITING ISRAELI DEMOCRACY 2008: BETWEEN THE STATE AND CIVIL SOCIETY 54 (2008); Bassok, *supra* note 210, 307–08.
[305] *იხილეთ* Bassok, *supra* note 244, 67–69 (აღწერს, როგორ რთულ ვითარებაში აღმოჩნდა სასამართლოს ლეგიტიმურობის „საზოგადოების ნდობიდან“ გამომდინარეობის იდეასთან დარჩენილი დორიტ ბეინიში, ISC-ის პრეზიდენტი ბარაკის მიერ თანამდებობის დატოვების შემდგომ შემდეგ, იმ პერიოდში, როდესაც საზოგადოებრივი აზრის გამოკითხვები აჩვენებდა ISC-ისადმი საზოგადოების მხარდაჭერის მკვეთრ შემცირებას.).

სამართალი, პოლიტიკა და საკონსტიტუციო სასამართლოების აქტივიზმი

საწყისი წერტილის დასმა

მაურო ზამბონი[1]

თარგმანი: ანა ჭიაბრიშვილი

შესავალი

„სასამართლო აქტივიზმი“ ან „პოლიტიკის იურიდიფიკაცია (მართლმსაჯულების პოლიტიკაში შეჭრა)“ მიუთითებს მოსამართლეთა მიდრეკილებაზე, განსაკუთრებით უმაღლეს სასამართლო ინსტანციებში, გადაიხარონ პოლიტიკური თამაშებისკენ. მიუხედავად იმისა, რომ ჩვენი დროის სიახლეს არ წარმოადგენს, ბოლო ათწლეულების განმავლობაში სამართლებრივი სამყაროს ერთ-ერთი ყველაზე მწვავე დავის საგანი პოლიტიკურ ასპარეზზე სასამართლო ორგანოების როლს შეეხება.[2] დასავლურ ან დასავლურის მსგავს დემოკრატიულ ქვეყნებში, მიზეზთა გამო, რომლებსაც ამ თავში არ განვიხილავთ, მრავალი საკონსტიტუციო სასამართლო სულ უფრო ‘აქტიური’ ხდება კანონშემოქმედებითი საქმიანობის განვითარების გზითა და მოქმედი კანონის იმგვარი ავტორიტეტული განმარტებით, რაც განსხვავდება კონსტიტუციური სტრუქტურის სათავეში მყოფი სხვა, ინსტიტუციურად კანონშემოქმედებისთვის შექმნილი აქტორების (მაგ. ეროვნული პარლამენტების ან აღმასრულებელი ხელისუფლების) მიერ მინიჭებული განმარტებისგან.[3] სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, კონსტიტუციურ დოკუმენტებთან მიმართებით კანონის უფლებამოსილი განმმარტებლის საკუთარი, ‘აღიარებული’ ფუნქცია, ბევრმა საკონსტიტუციო სასამართლომ გადაიტანა სამართლის უზენაესობაზე დაფუძნებული დემოკრატიის ინსტიტუციური რუკის შუაგულში. ამრიგად, ისინი უფრო ჩამოშორდნენ სამართლებრივ სფეროს (როგორც უმაღლესი ინსტანციის უფლებამოსილი

---

[1] Mauro Zamboni, *Law, politics, and the constitutional courts’ activism Setting the starting point,* Courts and Judicial Activism under Crisis Conditions, 1st Edition, 2021, Routledge, DOI: 10.4324/9781003200666-3.

[2] *იხილეთ* Ran Hirschl, The Judicialization of Politics, in R. E. GOODIN (ED.), THE OXFORD HANDBOOK OF POLITICAL SCIENCE, 2011, Oxford: Oxford University Press, 253. See, e.g., EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION), THE BINDING EFFECT OF FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS UPON POLITICAL INSTITUTIONS (available at www.venice.coe.int/docs/2003/CDL-JU(2003)018-e.pdf); or Sandra Day O’Connor, Importance of an Independent Judiciary, in WEBCAST – CONFERENCE ON THE STATE OF THE JUDICIARY IMPORTANCE OF AN INDEPENDENT JUDICIARY (available at www.law.georgetown.edu/webcast/eventDetail.cfm?eventID=178) (‘ბრაზის მიპყრობა მოსამართლეების მიმართ ჩვენს ერში დიდი ხნის ტრადიციაა... მიუხედავად იმისა, რომ სიძულვილი ზოგიერთი მოსამართლის მიმართ სავსებით არ წარმოადგენს სიახლეს, მე ვფიქრობ, რომ არა მხოლოდ საჯარო მოხელეების მიერ, არამედ ქვეყნის საზოგადოებრივი აზრის გამოკითხვებში, ამჟამად გამოხატული უკმაყოფილების მასშტაბი გვიჩვენებს, რომ დღეს უკმაყოფილების დონე, შესაძლოა უფრო დიდია ვიდრე წარსულში და ეს რა თქმა უნდა დიდი შეშფოთების საგანია.’). რაც შეეხება ისტორიულად სასამართლო აქტივიზმს, იხილეთ, მაგ. the French LOI DES 16–24 AOÛT 1790 SUR L’ORGANISATION JUDICIAIRE, 1790, tit. II, art. 12 (available at https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000704777); or the famous MARBURY V MADISON, 5 U.S. (1 CRANCH) 137 (1803) (available at http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep005/usrep005137/usrep005137.pdf *).*

[3] *იხილეთ, მაგ.,* Richard A. Posner, The Supreme Court 2004 Term-Foreword: A Political Court, 119 HARVARD LAW REVIEW 35–39 (2005); or Michael Hein, The Least Dangerous Branch? Constitutional Review of Constitutional Amendments in Europe, in M. BELOV (ED.), COURTS, POLITICS AND CONSTITUTIONAL LAW: JUDICIALIZATION OF POLITICS AND POLITICIZATION OF THE JUDICIARY, 2020, Abingdon: Routledge, 187–206.

ორგანოები, რომლებიც განსაზღვრავენ, თუ რა არის სამართალი) და მეტად მიუახლოვდნენ პოლიტიკურს (პოლიტიკური აქტორების სამოქმედო არეალისა და მათი საკანონმდებლო ინსტრუმენტების შეზღუდვის და/ან გაფართოების გზით).[4]

როგორც ამ მოკლე შესავლიდან ჩანს, სასამართლო აქტივიზმი (განსაკუთრებით უმაღლესი ინსტანციების სასამართლოების მხრიდან) ძირითადად ფოკუსირებულია სამართლისა და პოლიტიკის ურთიერთობაზე. ამიტომ, ამ თავის ძირითადი მიზანია შეაფასოს, საკონსტიტუციო სასამართლოები უნდა განვიხილოთ სამართლებრივ აქტორებად, რომლებიც მხოლოდ აღასრულებენ პოლიტიკური აქტორების მიერ დაწერილ კანონებსა და კონსტიტუციებში გაწერილ შინაარსს, თუ განვიხილოთ მეტწილად პოლიტიკური ბუნების ინსტიტუციურ აქტორებად, რომლებიც განსაზღვრავენ კანონის სათქმელს. ამ მიზნის მისაღწევად, ყურადღება გამახვილდება არა მხოლოდ იმ ფუნქციაზე, რომელსაც საკონსტიტუციო სასამართლოები სამართალსა და პოლიტიკას შორის ასრულებენ, არამედ მათ ინსტიტუციურ განლაგებაზე.

ამ თავის ძირითადი დებულებაა, რომ მიუხედავად საკონსტიტუციო სასამართლოების პოლიტიკურ და სამართლებრივ სამყაროებს შორის მაკავშირებლის როლისა, ისინი - ინსტიტუციური და ფუნქციონალური თვალსაზრისით - უმთავრესად მაინც სამართლებრივი აქტორები არიან. ეჭვგარეშეა, რომ აღნიშნული სასამართლოები მონაწილეობენ პოლიტიკურ თამაშში; თუმცა, მათი, როგორც ინსტიტუციური აქტორის პოზიცია უნდა ეფუძნებოდეს მათივე გადაწყვეტილებების პირდაპირ ეფექტებს (‘outputs’) სამართლებრივ სფეროზე და არა მათ არაპირდაპირ შედეგებს (‘outcomes’) პოლიტიკურ სფეროზე. შედეგად, საკონსტიტუციო სასამართლოები ძირითადად ანგარიშვალდებულნი არიან სამართლის საზოგადოების და მისი დისკურსის წარმმართავი პარადიგმების წინაშე.

ამ თავის მიზანი არ არის, საბოლოოდ გადაწყვიტოს სასამართლო აქტივიზმის შესახებ დისკუსია და არც ზოგადად - სამართლებრივ და პოლიტიკურ სამყაროს შორის ურთიერთობა. პირველ რიგში, აქ ყურადღება გამახვილებულია მხოლოდ დასავლურ (ან დასავლურის მსგავს) სამართლებრივ სისტემებზე. მეორე რიგში, ამ ნაშრომს უფრო ვიწრო მიზანი აქვს, ხელი შეუწყოს დისკუსიის ტერმინების დაზუსტებას, კერძოდ, მოიძიოს მყარი საფუძველი (ყოველ შემთხვევაში, სამართლებრივი თვალსაზრისით), სასამართლო აქტივიზმის ავკარგიანობის შესახებ დისკუსიის დასაწყებად. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, ამ ძიების მთავარი მიზანია, დააზუსტოს, რას გულისხმობენ სამართლებრივ დისკუსიებში, როდესაც საქმე საკონსტიტუციო სასამართლოების საქმიანობის ‘პოლიტიკურობას’ შეეხება.

ამ თავში გამოყენებულ ძირითად ცნებებს მე-2 ნაწილი განსაზღვრავს, ხოლო მე-3 ნაწილში ყურადღება ეთმობა ჩამოყალიბებული დემოკრატიების საკონსტიტუციო სასამართლოების მახასიათებელს - მათ განლაგებას იურიდიულ და პოლიტიკურ ასპარეზებს შორის. შემდგომ, დასკვნითი, მე-4 და მე-5 ნაწილები ადგენს, დესკრიფციული

[4] *იხილეთ* Joseph Raz, On the Nature of Law, in J. RAZ, BETWEEN AUTHORITY AND INTERPRETATION – ON THE THEORY OF LAW AND PRACTICAL REASON, 2009, Oxford: Oxford University Press, 99–100. იხილეთ მაგ., Julien Mouchette, The French Constitutional Council as a Law-Maker: From Dialogue with the Legislator to the Rewriting of the Law, inM. FLORCZAK-WA˛TOR (ED.), JUDICIAL LAW-MAKING IN EUROPEAN CONSTITUTIONAL COURTS, 2020, London: Routledge, 9–27; or Harvie J. Wilkinson, Of Guns, Abortions, and the Unraveling Rule of Law, 95 VIRGINIA LAW REVIEW 275–288 (2009).

თუ ნორმატიული თვალსაზრისით, სამართლებრივი პერსპექტივიდან რატომაა აქტუალური საკონსტიტუციო სასამართლოები აღიწეროს სამართლებრივ ან პოლიტიკურ აქტორებად. აღნიშნული ნაწილები ასევე შეეხება საკითხს, როგორ შეიძლება გადაიჭრას 'სამართლებრივი vs. პოლიტიკური აქტორების' დილემა სასამართლოების პოლიტიკური ფუნქციების შემსრულებელ სამართლებრივ აქტორებად დაკვალიფიცირებით.

განმარტებითი ჩარჩო

სანამ განსახილველ თემას ჩავუღრმავდებით, უნდა დავაზუსტოთ ამ ტექსტში გამოყენებული რამდენიმე ძირითადი ცნება. პირველი, *სასამართლო აქტივიზმი*, რომელსაც ზოგჯერ სხვა სიტყვებით მოიხსენიებენ (*მაგ.*, 'კონსტიტუციური პოლიტიკა', 'მოსამართლეთა ხელისუფლება' ან 'მართლმსაჯულების შეჭრა პოლიტიკაში'), განსაზღვრავს დამკვიდრებული დასავლური დემოკრატიებისთვის დამახასიათებელ (მაგრამ არ შემოიფარგლება) ზოგად ფენომენს – როდესაც 'სასამართლოები გადაწყვეტილებას იღებენ საკითხზე, რომელიც, უწინ პოლიტიკური გადაწყვეტის საგანი იყო', კერძოდ, სათანადო წესით მიღებული კანონმდებლობის ნაწილის საწინააღმდეგოდ ჩარევითა და მისი გაუქმებით, ან კონკრეტულ სფეროში კანონმდებლობის უქონლობისას 'კანონშემოქმედებით'.[5] ამგვარად, სასამართლო აქტივიზმი განსაზღვრავს სასამართლოს აქტივობას, რომელიც პოლიტიკოსთა მიერ დატოვებული ხარვეზების (ან ხარვეზად აღქმულის) შევსების მიზნით, მიმართულია ფორმალური სტრუქტურებისა და კანონის ჩანაწერის გაფართოვებაზე. მოსამართლეები კანონშემოქმედების მიმართ (კერძოდ, კანონმდებლობის ფორმით) იკავებენ უფრო 'აქტიურ' პოზიციას, იმ ღირებულებათა განსახორციელებლად, რომლებსაც პოლიტიკური აქტორები ვერ გრძნობენ საზოგადოებაში ან არ შეუძლიათ მათი საკანონმდებლო ღონისძიებებად გარდაქმნა, ან რომლებიც ზოგიერთი მოსამართლის პოლიტიკური ტვირთის ნაწილია.[6] როგორც წესი, თავიანთი ახალი კურსისთვის სასამართლოები საფუძველს სამართლებრივი სისტემების ფუძემდებლურ პრინციპებში პოულობენ, *მაგ.*, კონსტიტუციაში ან საერთაშორისო ხელშეკრულებებში. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, სასამართლო აქტივიზმი გულისხმობს სასამართლო ქმედებათა ერთიანობას, რის მეშვეობითაც მოსამართლეები შეგნებულად და მკაფიოდ იღებენ საკუთარ თავზე იმ უფლებამოსილებას, რომელიც ტრადიციულად სხვა ინსტიტუციურ აქტორებს, *მაგ.*, ეროვნულ ასამბლეებში მსხდომ პოლიტიკურ აქტორებს ან (უფრო ნაკლებად) საჯარო ადმინისტრაციას ენიჭება. ასე ქცევისას, სასამართლოები ხელმძღვანელობენ იდეით, რომ მათი მთავარი ფუნქცია არც საკანონმდებლო ორგანოების

---

[5] David L. Anderson, When Restraint Requires Activism: Partisan Gerrymandering and the Status Quo Ante, 42 STANFORD LAW REVIEW 1570 (1990). See also Keenan D. Kmiec, The Origin and Current Meanings of Judicial Activism, 92 CALIFORNIA LAW REVIEW 1463–1476 (2004); ALEC STONE SWEET, GOVERNING WITH JUDGES: CONSTITUTIONAL POLITICS IN EUROPE, 2000, Oxford: Oxford University Press, 61–66; and CHARLES S. LOPEMAN, THE ACTIVIST ADVOCATE: POLICY MAKING IN STATE SUPREME COURTS, 1999, London: Preager, 3. But see Frank H. Easterbrook, Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism?, 73 UNIVERSITY OF COLORADO LAW REVIEW 1403 (2002) or William P. Marshall, Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism, 73 UNIVERSITY OF COLORADO LAW REVIEW 1220–1221 (2002) (მიუთითებს „სასამართლო აქტივიზმის" ერთიანი მნიშვნელობის იდენტიფიცირების სირთულეებზე).

[6] *იხილეთ, მაგ.*, AHARON BARAK, THE JUDGE IN A DEMOCRACY, 2006, Princeton: Princeton University Press, 8–10. See also NIELS PETERSEN, PROPORTIONALITY AND JUDICIAL ACTIVISM – FUNDAMENTAL RIGHTS ADJUDICATION IN CANADA, GERMANY AND SOUTH AFRICA, 2017, Cambridge: Cambridge University Press, 18–33 (სასამართლო აქტივიზმს გამოყოფს, როგორც მიმართულს მიზნისკენ, გამოასწოროს პოლიტიკური ბაზრის წარუმატებლობა).

ჭეშმარიტი განზრახვის აღმოჩენაა, და არც საჯარო უწყებათა შესრულებული საქმიანობის შემოწმება. ამის ნაცვლად, მესამე მხარედ პოზიციონირებით და დავების იმ ფუნდამენტური სამართლებრივი პრინციპების ფონზე გადაჭრით, რომლებიც საკანონმდებლო ორგანოებს არ გაუთვალისწინებიათ და/ან ადმინისტრაციულ პრაქტიკაში უგულებელყოფილი იყო, სასამართლოების მიზანია, იმოქმედონ, როგორც სრული სამართლებრივი სისტემის მცველებმა.

მეორე, როდესაც მოვიხსენიებთ *საკონსტიტუციო სასამართლოებს,* ეს მოიცავს სხვადასხვა სახელწოდებით მოღვაწე უმაღლესი ინსტანციის ყველა სასამართლოს (*მაგ*., უმაღლესი საბჭო ან უზენაესი სასამართლო), რომელთა მთავარ სამართლებრივ მოვალეობათა შორისაა, განსაჯოს კანონის კონსტიტუციურობა, *ანუ* შეაფასოს კონკრეტულ სამართლებრივ სისტემაში შექმნილი რელევანტური სამართლებრივი დოკუმენტების შესაბამისობა თუ კონფლიქტი ამავე საზოგადოების ძირითად სამართლებრივ დოკუმენტებთან მიმართებით. ამ სასამართლოებს გამოარჩევს ისიც, ყოველ შემთხვევაში კონსტიტუციური შემოწმების განხორციელებასთან კავშირში, რომ, გარკვეულწილად, განლაგებულნი არიან საერთო სასამართლოს სისტემის გარეთ და თავიანთ საქმიანობაში სრულად დამოუკიდებლები (ყოველ შემთხვევაში, თეორიულ ჩარჩოში მაინც) ხელისუფლების სხვა შტოებისგან.[7] აღნიშვნას იმსახურებს ისიც, რომ ამ ერთიან დეფინიციაში რამდენიმე ტიპის საკონსტიტუციო სასამართლო შეიძლება მოექცეს. კერძოდ, ეს განმარტება საშუალებას იძლევა საგულდაგულოდ შემოწმდეს ორივე ტიპის საკონსტიტუციო სასამართლო, ისიც, რომელსაც აქვს აბსტრაქტული შემოწმების კომპეტენცია (*ე.ი,* როდესაც არასასამართლო საჯარო ორგანოების, მაგ., ეროვნული ასამბლეის კანონშემოქმედების კომიტეტის ან რეგიონული მთავრობის მოთხოვნით საკონსტიტუციო სასამართლოს ევალება განსაზღვროს კანონის შესაბამისობა კონსტიტუციასთან), და ისიც, რომელსაც უფრო კონკრეტული შემოწმების უფლებამოსილება აქვს (*ე.ი,* როდესაც საკონსტიტუციო სასამართლოს იურისდიქცია შემოწმებაზე, ამოქმედდება სამართალწარმოების მხარის, ან ქვედა ინსტანციის მოსამართლის მიერ, მოტივით, რომ კანონი ეწინააღმდეგება კონსტიტუციის ტექსტს).[8]

მესამე, *პოლიტიკური აქტორების* აქ გამოყენებული განმარტება საკმაოდ განსხვავდება იმ სხვა დისციპლინაში გამოყენებული დეფინიციისგან, რომელიც ასევე იკვლევს საკონსტიტუციო სასამართლოების როლს პოლიტიკურ სისტემაში და პოლიტიკურ

---

[7] *იხილეთ* Ralf Rogowski and Thomas Gawron, Constitutional Litigation as Dispute Processing, inR. ROGOWSKI AND T. GAWRON (EDS.), CONSTITUTIONAL COURTS IN COMPARISON: THE US SUPREME COURT AND THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT, 2nd edn., 2016, Oxford: Berghahn, 1. საერთო სასამართლო სისტემასთან მიმართებით ამ ძალიან „გარე" პოზიციის გამო, დასავლური სამართლებრივი სისტემები, ჩვეულებრივ, საკონსტიტუციო სასამართლოებს ანიჭებენ სხვა ფუნდამენტურ იურისდიქციის ტიპებს 'მხარეებზე'. *იხილეთ* VÍCTOR FERRERES COMELLA, CONSTITUTIONAL COURTS AND DEMOCRATIC VALUES: A EUROPEAN PERSPECTIVE, 2009, Yale: Yale University Press, 6.

[8] *იხილეთ* Alec Stone Sweet, Constitutional Courts, in M. ROSENFELD AND A. SAJÓ (EDS.), THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW, 2012, Oxford: Oxford University Press, 823; and WOJCIECH SADURSKI, RIGHTS BEFORE COURTS: A STUDY OF CONSTITUTIONAL COURTS IN POSTCOMMUNIST STATES OF CENTRAL AND EASTERN EUROPE, 2005, Dordrecht: Springer, 65–74. იხილეთ ასევე Albert H. Y. Chen and Miguel Poiares Maduro, The Judiciary and Constitutional Review, in M. TUSHNET, T. FLEINER, AND C. SAUNDERS (EDS.), ROUTLEDGE HANDBOOK OF CONSTITUTIONAL LAW, 2015, Abingdon: Routledge, 97–98 (ამერიკულ „დეცენტრალიზებულ" მოდელსა და უფრო „ცენტრალიზებულ" კონტინენტურ ევროპულ მოდელს შორის განსხვავების შესახებ).

სისტემასთან მიმართებით, კერძოდ, პოლიტიკურ მეცნიერებაში. მაშინ როდესაც, ამ უკანასკნელისთვის, პოლიტიკური აქტორები მეტ-ნაკლებად იდენტიფიცირებულნი არიან, როგორც ყველა ის ინსტიტუციური აქტორი, რომელიც 'ქმნის კანონს', ამ თავში გამოყენებული ტერმინი მეტად სამართლებრივი პერსპექტივიდან არის გამიზნული და შეეხება ინსტიტუციური ერთეულების უფრო ვიწრო დიაპაზონს, რომელთა უმთავრესი მიზანია, საზოგადოებაში დანერგონ თავიანთი ღირებულებები სამართლებრივი აპარატისა და სისტემის გამოყენებით, *მაგ.*, პოლიტიკური პარტიების ან ინტერესთა ჯგუფების. პოლიტიკურ აქტორებს შესაძლოა ჰქონდეთ (და ჩვეულებრივ აქვთ კიდეც) არასამართლებრივი ხასიათის (*მაგ.*, ეკონომიკური ან სოციალური ხასიათის) ძირითადი მიზანი და, შესაბამისად, თავიანთ საქმიანობაში ძირითადად ითვალისწინებენ სამართლებრივი სფეროს ირგვლივ არსებულ გარემოს, *მაგ.*, პოლიტიკურ ან სოციალურ-ეკონომიკურ გარემოს. უფრო მეტიც, მათი უპირველესი მიზანია, ადამიანებს მიაღებინონ ქცევის გარკვეული მოდელი, მათი მოდელის 'შინაგანი სიკეთეში' ადრესატების დარწმუნების გზით.[9]

და ბოლოს, *სამართლებრივი აქტორები*, განსაკუთრებით დასავლურ სამართლებრივ სისტემებში, შეიძლება განისაზღვროს, როგორც ინსტიტუციური აქტორები, რომელთა ძირითადი მიზანია სამართლებრივ სისტემაზე გავლენა და, შესაბამისად, უმთავრესად ფოკუსირებულნი არიან სისტემის ლოგიკურ სტრუქტურაზე. როგორც პოლიტიკური აქტორებისთვის, სამართლებრივი აქტორების მთავარი მიზანია უფლებამოსილების განხორციელება, *ანუ* აიძულონ ადამიანები გააკეთონ ის, რისი გაკეთებაც სხვაგვარად არ სურთ. როგორც ჰანს კელზენმა აღნიშნა, ორივე, კანონიც და პოლიტიკაც ცდილობენ ადამიანებს გააკეთებინონ რაღაც, კანონი არის 'სოციალური წესრიგი, ანუ წესრიგი, რომელიც არეგულირებს ადამიანთა ურთიერთქცევას'.[10] თუმცა, სამართლებრივი აქტორები, როდესაც საქმე ეხება კანონს ან სამართლებრივ პრეცედენტს, ამ ნორმატიულ დოკუმენტებს განიხილავენ, როგორც ადრესატებზე თავიანთი (მზოჭავი) უფლებამოსილების აღსრულებას მხოლოდ (და მხოლოდ მაშინ, თუკი არიან) ნორმათა უფრო ფართო, მსგავსი (სამართლებრივი) ბუნების იერარქიული სისტემის ნაწილად, და რომ კონკრეტული (სამართლებრივი) წესები უნდა იქნეს გამოყენებული განმარტებისთვის, მისადაგებისთვის და შექმნისთვის (სამართლებრივი დასაბუთება).[11]

საკონსტიტუციო სასამართლოები სამართალსა და პოლიტიკას შორის

---

[9] *Raz, On the Nature of Law, supra at 101; NIKLAS LUHMANN, LAW AS A SOCIAL SYSTEM, 1994, Oxford: Oxford University Press, 370; and Gunther Teubner, Substantive and Reflexive Elements in Modern Law, 17 LAW AND SOCIETY REVIEW 259 (1983). See also JÜRGEN HABERMAS, BETWEEN FACTS AND NORMS: CONTRIBUTIONS TO A DISCOURSE THEORY OF LAW AND DEMOCRACY, 1998, Cambridge: The MIT Press, 266. Compare to Frederick W. Frey, The Problem of Actor Designation in Political Analysis, 17 COMPARATIVE POLITICS 127–129 (1985).*

[10] Hans Kelsen, Law, State, and Justice in the Pure Theory of Law, in H. KELSEN, WHAT IS JUSTICE? JUSTICE, LAW AND POLITICS IN THE MIRROR OF SCIENCE, 1957, Berkeley: University of California Press, 289. See also MAX WEBER, THE THEORY OF SOCIAL AND ECONOMIC ORGANIZATION, 1964, Glencoe: Free Press, 152.

[11] *იხილეთ* HABERMAS, BETWEEN FACTS AND NORMS, supra at 233–234; KAARLO TUORI, CRITICAL LEGAL POSITIVISM, 2002, Aldershot: Ashgate Publishing, 36–39; and LUHMANN, LAW AS A SOCIAL SYSTEM, supra at 188 (და მისი წარმოდგენა 'იურიდიული რაციონალურობის' შესახებ). See alsoMAX WEBER, ECONOMY AND SOCIETY: AN OUTLINE OF INTERPRETIVE SOCIOLOGY, 1978, Berkeley: University of California Press, 657.

საკონსტიტუციო სასამართლოების პოლიტიკასთან მიმართების საკითხის განხილვისას, პირველი შეკითხვა შეეხება იმას, თუ სად უნდა განლაგდეს ეს ინსტიტუციური აქტორები ორი იდეალურ-ტიპური კონტინენტის, კერძოდ, სამართლებრივი და პოლიტიკური სამყაროს წარმოსახვით რუკაზე. ეს შეკითხვა ლეგიტიმურია, ვინაიდან ადვილი დასანახია ზოგადად სასამართლოების და კონკრეტულად, საკონსტიტუციო სასამართლოების როლის მნიშვნელობა როგორც სამართლებრივ, ისე პოლიტიკურ სისტემებში.

საკონსტიტუციო სასამართლოები სამართლებრივ სისტემაში უმაღლეს პოზიციებს იკავებენ, ვინაიდან წარმოადგენენ კონსტიტუციის და, შესაბამისად, სხვადასხვა კანონშემოქმედებითი ღონისძიების, განსაკუთრებით (მაგრამ არა ექსკლუზიურად) კანონების კონსტიტუციურობის უზენაეს და საბოლოო განმმარტებლებს. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, კონსტიტუციური შემოწმების სამართლებრივი კომპეტენცია ასეთ სასამართლოებს გადაწყვეტილების მიღების ექსკლუზიურ უფლებამოსილებას ანიჭებს და ასევე, ეს კომპეტენცია მათ შესაძლებლობას უქმნის, ისარგებლონ ხელისუფლების სხვა შტოებთან მიმართებით იმგვარი სამართლებრივი აღმატებულობით, რაც ხშირად ეროვნული საზოგადოების სხვა სასამართლო ორგანოებისთვის უცხოა. სამართლებრივ სტრუქტურაში ამ აღმატებული პოზიციის გარდა, საკონსტიტუციო სასამართლოები, როგორც წესი, დემოკრატიული წესწყობილებისთვის დამახასიათებელ პოლიტიკურ არქიტექტურაში დომინანტურ ადგილს იკავებენ. პოლიტიკური სისტემა (და, მისი მეშვეობით, საზოგადოება) საკონსტიტუციო სასამართლოებს ანდობს იმ ძირითადი ღირებულებების საბოლოო დამცველობას, რომლითაც შთაგონებული იყვნენ დამფუძნებელი მამები და დედები პოლიტიკური საზოგადოების ცხოვრების ფუძემდებლური და მარეგულირებელი ძირითადი დოკუმენტების (ან ძირითადი ჩვეულების ჩამოყალიბებისას) წერისას.[12]

თუმცა, თუ საკონსტიტუციო სასამართლოებს განვიხილავთ სამართლისა და პოლიტიკის ურთიერთობის პერსპექტივიდან, შეიძლება ითქვას, რომ ისინი, ფუნქციონირებენ რა, როგორც სამართლებრივ და პოლიტიკურ სამყაროებს შორის ერთგვარი გადატანის წერტილები, რეალურად იკავებენ მესამე პოზიციას, გაცილებით ღრმა დონეზე. თუ გავითვალისწინებთ საკონსტიტუციო სასამართლოების მოწინავე პოზიციას (რაც ხშირად ნაგულისხმევია თანამედროვე დემოკრატიის შენებისას), ეს განლაგება შეიძლება გავაიგივოთ ხიდთან, რომელიც პოლიტიკურ და სამართლებრივ აზროვნებაში წარმოებულ ღირებულებებს შორისაა გადებული. როგორც პოლიტიკის მეცნიერმა აღნიშნა:

> *საკონსტიტუციო სასამართლოები სისტემურად მოქმედებენ როგორც სამართლებრივ, ისე პოლიტიკურ სისტემებში.* თითქმის ყველა გადაწყვეტილებას აქვს გარკვეული შედეგები სამართლებრივ სისტემასა (მაგ. არაკონსტიტუციური კანონის გაუქმება) და პოლიტიკურ სისტემაზე (მაგ. კანონის მიმღები საპარლამენტო უმრავლესობის რეტროაქტული დამარცხება).[13]

---

[12] *იხილეთ* CONRADO HÜBNER MENDES, CONSTITUTIONAL COURTS AND DELIBERATIVE DEMOCRACY, 2015, Oxford: Oxford University Press, 73–82. იხილეთ ასევე CASS R. SUNSTEIN, LEGAL REASONING AND POLITICAL CONFLICT, 1998, Oxford: Oxford University Press, 82–83; and (ზოგადად, სამართლებრივი დისკურსის ამ დუალისტურ პოზიციაზე) Robert Alexy, The Dual Nature of Law, 23 RATIO JURIS 167–182 (2010).

[13] Michael Hein, Constitutional Conflicts between Politics and Law in Transition Societies: A Systems-Theoretical Approach, 3 STUDIES OF TRANSITION STATES AND SOCIETIES 17 (2011) [italics in the original]. See, e.g., MARTIN SHAPIRO AND ALEX SWEET STONE, ON LAW, POLITICS, AND JUDICIALIZATION, 2002, Oxford: Oxford

როგორც უკვე აღინიშნა, საკონსტიტუციო სასამართლოს ძირითადი ფუნქცია კონსტიტუციური კონტროლის *ე.ი* კონსტიტუციის თუ სხვა ფუნდამენტური კანონებით გაცხადებული ძირითად ღირებულებებთან კანონმდებლობისა და სხვა ნორმატიული ზომების თავსებადობის განგრძობადი მონიტორინგი. მაშინ როდესაც დიდწილად საყოველთაოდაა აღიარებული სასამართლოსთვის მინიჭებული ეს როლი, ის თავის თავში ურთიერთგამომრიცხავი ლოგიკის პრობლემას მოიცავს. ერთი მხრივ, კონსტიტუციის სამართლებრივ გზავნილზე, კერძოდ ქცევის დადგენილ მოდელებზე, მნიშვნელოვან გავლენას ახდენს ფაქტი, რომ კონსტიტუციები არამხოლოდ დაწერილია პოლიტიკურ აქტორთა (როგორც სამართლებრივ ზომათა უმრავლესობა) მიერ, არამედ ხშირად უკიდურესად კომპლექსური პოლიტიკური კომპრომისების ან ძალიან ზოგადი პოლიტიკური ფორმულირების შედეგია. არის რა პოლიტიკის პროდუქტი, კონსტიტუცია თუ ძირითადი კანონი, როგორც წესი, ნაკლებადაა დაწერილი სამართლებრივი ტერმინებით, *ე.ი.*, როგორც (სულ მცირე, გამიზნული ასე იყო) 'თუ x, მაშინ y' ან 'ან/ან' ფორმულირებით, და უფრო მეტად პოლიტიკური გზავნილებით, *ე.ი.,* პოლიტიკური პროპაგანდის მსგავსი ფორმულირებით, სადაც ძირითადი მიზნები ქცევის ის მოდელებია, რომლებიც პოლიტიკურ აქტორებს სურთ, რომ 'რეალიზდეს' თავად საზოგადოებაში.[14] მეორე მხრივ, დასავლურ სამართლებრივ სისტემებში, ისტორიულ მიზეზთა გამო, კონსტიტუციური დოკუმენტები განიხილება სამართლის უზენაეს წყაროდ ან, სხვაგვარად რომ ვთქვათ - ყოველ შემთხვევაში სამართლებრივი პერსპექტივიდან - კონსტიტუცია სამართლებრივი ხასიათისაა, *ანუ* ადრესატებისთვის სავალდებულოდ შესასრულებელია. ვინაიდან კონსტიტუციები იქმნება, როგორც სამართლებრივი დოკუმენტები, მათ ეპყრობიან, როგორც სამართლებრივ წყაროებს, რომლებსაც ეროვნულ კანონმდებელ და კანონშემფარდებელ ორგანოებზე, ასევე საზოგადოებაზე, აქვთ ყველაზე ძლიერი მბოჭავი ძალა.[15] სხვა სიტყვებით, ზოგადად კონსტიტუციების ან ძირითადი კანონების შინაარსი, როგორც წესი, ჩამოყალიბებულია პოლიტიკური დისკურსის ლოგიკის გავლენით, მაგრამ ეს შინაარსი გახვეულია კანონის და სამართლებრივი ლოგიკისა და ფორმის გარსში - და ასე თუ ისე ადგენენ კონკრეტული საზოგადოების მთელი სამართლებრივი სფეროს დღის წესრიგს (ყოველ შემთხვევაში, პირდაპირი ეფექტად).[16] როგორც ახლახან განაცხადა სამართლის მეცნიერმა: 'კონსტიტუციები ქმნიან სამართლისა და პოლიტიკის ურთიერთობას. სამართლებრივი სისტემის პოლიტიკურ პროცესთან დაკავშირებით, ისინი პოლიტიკურ ხასიათს ანიჭებენ სამართლის წარმოებას, და უმაღლესი სამართლებრივი

University Press, 81; Ralf Michaels, American Law (United States), in J. M. SMITS (ED.), ELGAR ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW, 2nd edn., Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2012, 75–76; or Nevil Johnson, The Interdependence of Law and Politics: Judges and the Constitution in Western Germany, 5 WEST EUROPEAN POLITICS 239–244 (1982).

[14] *იხილეთ, მაგ.*, Rudolf Streinz, The Role of the German Federal Constitutional Court – Law and Politics, 31 RITSUMEIKAN LAW REVIEW 103–104 (2014); or JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT, 2001, Oxford: Oxford University Press, 220–222.

[15] *იხილეთ, მაგ.*, ANDRÁS SAJÓ AND RENÁTA UITZ, THE CONSTITUTION OF FREEDOM: AN INTRODUCTION TO LEGAL CONSTITUTIONALISM, 2017, Oxford: Oxford University Press, 23–25; or JOHN O. MCGINNIS AND MICHAEL B. RAPPAPORT, ORIGINALISM AND THE GOOD CONSTITUTION, 2013, Cambridge: Harvard University Press, 130–132.

[16] *იხილეთ* ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS, 2002, Oxford: Oxford University Press, 349–351; and Martin Loughlin, Fundamental Law, in M. NOGUEIRA DE BRITO AND L. PEREIRA COUTINHO (EDS.), THE POLITICAL DIMENSION OF CONSTITUTIONAL LAW, 2020, Cham: Springer, 8–19.

წესების მიმართ მისი დავალდებულებით, სამართლებრივ ხასიათს სძენენ ამ პოლიტიკურ პროცესს.'[17]

ვინაიდან ამგვარი დოკუმენტების 'დაცვაა' საკონსტიტუციო სასამართლოს უპირველესი მიზანი, მარტივი გასაგებია, როგორ არის ეს ინსტიტუციური აქტორი მიდრეკილი, გახდეს სამართლებრივი მოთამაშე, მაგრამ გადაიხაროს პოლიტიკური სამყაროსკენაც. იმაზე, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოები არიან აქტორები, რომლებსაც ფეხი სამართლებრივ სამყაროში უდგათ, თუმცა, მიდრეკილნი არიან პოლიტიკური ასპარეზისკენ, მათი სამი განსხვავებული თავისებურება ახდენს გავლენას.

პირველ რიგში, საკონსტიტუციო სასამართლოები პოლიტიკისკენ გადახრილი სამართლებრივი აქტორები *ინსტიტუციური პერსპექტივიდან* არიან, *ე.ი.* პერსპექტივიდან, სადაც არიან ეს სასამართლოები განლაგებულნი, გარკვეულ საზოგადოებაში სხვადასხვა დაწესებულებათა შორის, უმთავრესი მიზნით, მართონ ინდივიდების ქცევა, და, ახასიათებთ მუდმივობა, ქმნიან და აღასრულებენ ქცევის მარეგულირებელ წესებს. საკონსტიტუციო სასამართლო ინარჩუნებს სამართლებრივი ინსტიტუტის როლს, *ანუ* დაწესებულების, რომელიც შექმნილია იმისთვის, რომ სამართლებრივი თვალსაზრისით დაიცვას გარკვეული მნიშვნელოვანი სამართლებრივი საკითხები და იმისთვის, რომ დაიცვას ის პოლიტიკური შესაძლებლობები, რასაც კანონმდებლობა ქმნის.[18]

ამავდროულად, საკონსტიტუციო სასამართლო იმგვარი პოლიტიკური აქტორების მოღვაწეობასა და საქმიანობას, როგორებიცაა ეროვნული თუ ადგილობრივი ასამბლეები, ირიბად, მკაცრი შემოწმების ობიექტად აქცევს. მართალია, მისი შეფასება უშუალოდ სამართლებრივი ხასიათისაა, მაგრამ ისიც მართალია, რომ პოლიტიკური აქტორების მთავარი ხმა კანონია – ყოველ შემთხვევაში, სამართლის უზენაესობის შემთვისებელი დემოკრატიული წყობილების სახელმწიფოში. ყოველ ჯერზე, როდესაც საკონსტიტუციო სასამართლოები ცვლიან, ამტკიცებენ ან თუნდაც დუმან იმაზე, რაც პოლიტიკურმა აქტორებმა კანონის მეშვეობით გამოხატეს, სასამართლოები პოლიტიკურ ინსტიტუციურ ასპარეზზე მოქმედებენ, გარკვეული პოლიტიკური აქტორებისთვის ნების დართვით ან ნების არ დართვით, შექმნან ფორმულირებები, რომლებიც უშუალოდ ეხება და სავალდებულოა მთელი იმ საზოგადოებისთვის, საიდანაც შეირჩა ასეთი აქტორები (პირდაპირ ან ირიბად).[19] სხვა სიტყვებით, საკონსტიტუციო სასამართლოები სამართლებრივი ინსტიტუციური აქტორები არიან იმის გამო, რომ სასამართლოები არიან, მაგრამ, იმავდროულად, პოლიტიკურ სამყაროსთან მიმართებით ისინი ფილტრის ფუნქციას ასრულებენ, რაც პოლიტიკურ აქტორებს საშუალებას აძლევს მათი ხმა

[17] Christoph Möllers, Legality, Legitimacy, and Legitimation of the Federal Constitutional Court, in M. JESTAEDT, O. LEPSIUS, C. MÖLLERS, AND C. SCHÖNBERGER (EDS.), THE GERMAN FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT: THE COURT WITHOUT LIMITS, 2020, Oxford: Oxford University Press, 143.

[18] *იხილეთ* Dieter Grimm, What Exactly Is Political about Constitutional Adjudication? in C. LANDFRIED (ED.), JUDICIAL POWER: HOW CONSTITUTIONAL COURTS AFFECT POLITICAL TRANSFORMATIONS, 2019, Cambridge: Cambridge University Press, 310–311. But see Robert A. Dahl, Decision Making in Democracy: The Supreme Court as National Policy-
Maker?, 6 JOURNAL OF PUBLIC LAW 279 (1957); and Kevin T. McGuire, The Institutionalization of the U.S. Supreme Court, 12 POLITICAL ANALYSIS 129–135 (2004) (ამ საკითხზე ტრადიციული პოლიტიკური მეცნიერების პერსპექტივის შესახებ).

[19] *იხილეთ* Grimm, What Exactly Is Political about Constitutional Adjudication? supra at 308–309; and Nuno Garoupa and Tom Ginsburg, Building Reputation in Constitutional Courts: Political and Judicial Audiences, 28 ARIZONA JOURNAL OF INTERNATIONAL & COMPARATIVE LAW 541 (2011).

გაჟღერდეს (ან არც) სამართლებრივ სამყაროში. ამ ინსტიტუციურ ფაქტორთან ერთად, რომელიც შეეხება სხვადასხვა აქტორებს შორის საკონსტიტუციო სასამართლოების განლაგებას, მეორე ფაქტორიც მოქმედებს *სტრუქტურული პერსპექტივიდან*, იმგვარად, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოებს პოლიტიკურ სფეროში გადახრილ სამართლებრივ აქტორებად აქცევს. უკვე აღინიშნა, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოები, სახელმწიფო ხელისუფლების სხვა შტოებისგან დამოუკიდებლად, საერთო სასამართლოს სისტემის გარეთ არიან განთავსებულნი. თუმცა საკონსტიტუციო სასამართლოები ყოველთვის მიდრეკილნი არიან, გამოხატონ გარკვეული 'სტრუქტურული კავშირი' პოლიტიკური სფეროს აქტორებთან. ეს ნიშნავს, რომ თითქმის ყველა დასავლურმა სამართლებრივმა სისტემამ გაითვალისწინა, რომ პოლიტიკური აქტორებს, იქნება ეს საკანონმდებლო თუ აღმასრულებელი შტო, შეეძლოთ ნაწილობრივი (როგორც იტალიაში) ან სრული (როგორც აშშ-ში) კონტროლი, იმისა, თუ ვინ იქნება საკონსტიტუციო სასამართლოების მოსამართლე. შედეგად, პოლიტიკური ასპარეზი და მასზე გაბატონებული იდეოლოგიები გავლენას ახდენენ და გარკვეულწილად ემთხვევიან სასამართლოების სტრუქტურასა და მათ ფუნდამენტურ კომპონენტებს კანონისმიერი უფლებამოსილების მეშვეობით, გადაწყვიტონ მოსამართლეების ვინაობა.[20]

საკონსტიტუციო სასამართლოების სტრუქტურის გადაწყვეტის ამ მნიშვნელოვანი პოლიტიკური გავლენის მიუხედავად, ეს სასამართლოები არ შეიძლება ჩაითვალოს წმინდად და ექსკლუზიურად 'პოლიტიკური სტრუქტურის' მქონედ. მათი მოსამართლეები შეიძლება (და ხშირად არიან კიდეც) იყვნენ პოლიტიზირებული პირები, ისინი, მაინც სამართლებრივი სამყაროდან მოდიან, *ანუ* საკონსტიტუციო სასამართლოებში მოღვაწე ინდივიდების დომინანტური მახასიათებელია, რომ ისინი, ჩვეულებრივ, შეირჩევიან იურისტებს ან სამართალში ფორმალური განათლების მქონე პირთა შორის. სხვანაირად, იმ შემთხვევაშიც კი, როდესაც ყველა მოსამართლე პოლიტიკურ განსჯაზე, პირად პოლიტიკურ იდეოლოგიებსა და აფილირებაზე დაფუძნებითაა არჩეული, მათი შერჩევის პროცესი შემოფარგლულია (კანონით ან კონსტიტუციური ჩვეულებით) იმ პირებით, რომლებიც ფორმალურად მაინც არიან მომზადებულნი სამართლის ხელოვნებაში, *ე.ი* აქვთ სამართალმცოდნის ხარისხი. მეტიც, უმეტეს შემთხვევაში (მაგრამ არა ყოველთვის) შერჩევის პროცედურები მოითხოვს, რომ კანდიდატებს სასამართლო შტოდან ჰქონდეთ მაღალი დონის გარკვეული გამოცდილება.[21]

და ბოლოს, საკონსტიტუციო სასამართლოები შეიძლება მივიჩნიოთ სამართლებრივ აქტორებად, რომლებიც მიდრეკილნი არიან პოლიტიკური სამყაროსკენ, *ფუნქციონალური*

---

[20] *იხილეთ* CARLO GUARNIERI AND PATRIZIA PEDERZOLI, THE POWER OF JUDGES: A COMPARATIVE STUDY OF COURTS AND DEMOCRACY, 2003, Oxford: Oxford University Press, 138–141; WALTER F. MURPHY AND CHARLES HERMAN PRITCHETT, COURTS, JUDGES, AND POLITICS: AN INTRODUCTION TO THE JUDICIAL PROCESS, 4th edn., 1986, New York: Random House, 139; and NICOLA CH. CORKIN, EUROPEANIZATION OF JUDICIAL REVIEW, 2014, Abingdon: Routledge, 115–116. იხილეთ მაგ., Donald P. Kommers, American Courts and Democracy: A Comparative Perspective, in K. L. HALL AND K. T. MCGUIRE (EDS.), THE JUDICIAL BRANCH, 2005, Oxford: Oxford University Press, 207.

[21] *იხილეთ* STONE SWEET, GOVERNING WITH JUDGES, supra at 45–49; and Klaus Stüwe, The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court: Selection, Nomination, and Election of Justices, in ROGOWSKI AND GAWRON (EDS.), CONSTITUTIONAL COURTS IN COMPARISON, supra at 242–244. But see Peter H. Russell, Conclusion: Judicial Independence in Comparative Perspective, in P. H. RUSSELL AND D. M. O'BRIEN (EDS.), JUDICIAL INDEPENDENCE IN THE AGE OF DEMOCRACY: CRITICAL PERSPECTIVES FROM AROUND THE WORLD, 2001, Charlottesville: University of Virginia Press, 303–304.

პერსპექტივიდანაც, *ანუ* იმ ფუნქციაზე დაკვირვებით, რომელიც ამ სასამართლოებს იურისტებსა და პოლიტიკოსებს შორის ურთიერთობაში აქვთ.[22] ამ ფუნქციონალური პერსპექტივით, შეიძლება ითქვას, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოები ამ ორ სფეროს შორის მედიატორთა ფუნქციას ასრულებენ. როგორც ზემოთ გაკვრით აღინიშნა, მათი ერთ-ერთი მთავარი წვლილი საზოგადოებაში არის კონსტიტუციაში არსებული უაღრესად პოლიტიკური ფორმულირებებს შორის მედიაციაა. კონსტიტუციის მუხლებში, როგორც წესი, სამართლებრივი თვალსაზრისით, დომინირებს პოლიტიკური დისკურსის რაციონალურობა; ამავდროულად, ისინი 'სამართლებრივად რელევანტური' ცნებები და კატეგორიებია, *ე.ი* ცნებები, რომლებიც ბოჭავს საჯარო მოხელეებსა და ზოგადად საზოგადოებას, დაიცვან სამართლებრივი სისტემის მიერ მოთხოვნილი რაციონალურობის პარამეტრები.[23]

საკონსტიტუციო სასამართლოების მიერ შესრულებული მედიატორის აღნიშნული როლი მხოლოდ სამართლებრივი სამყაროსკენ არ არის მიმართული, რომელშიც სასამართლოები თავიანთი აქტორებისთვის სამართლებრივი ტერმინებით განმარტავენ, რას ნიშნავს მიზნების ზოგადი ფორმულირებები კონსტიტუციურ დოკუმენტებსა თუ პრაქტიკაში, *მაგ.* კონსტიტუციურად სადავო კანონების განმარტებით. მედიაციური ფუნქცია მიმართულია პოლიტიკის სფეროსკენაც, რადგან საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები ადგენს სამართლებრივ ჩარჩოებს, რომლებიც პოლიტიკურმა აქტორებმა კანონშემოქმედების პროცესში უნდა დაიცვან.[24]

ვინაიდან კონსტიტუცია საზოგადოების ნების პროდუქტია (მათი პოლიტიკური წარმომადგენლების მეშვეობით), თეორიულად მაინც, საკონსტიტუციო სასამართლოს ფუნქცია დემოკრატიულ სახელმწიფოში არის საზოგადოებასთან და, კერძოდ, მის პოლიტიკურ წარმომადგენლებთან, იმ ღირებულებითი გზავნილის მედიაცია, რომელიც ამავე საზოგადოებამ და მისმა პოლიტიკურმა აქტორებმა თავდაპირველად მიიღეს, თუმცა ახლა სამართლებრივი გზავნილის თვალსაზრისით, *ანუ* გზავნილის, რომელიც უპირველესად მიმართულია აქტორებზე, რომლებსაც ევალებათ საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ განმარტებული (ან დადასტურებული) სამართლებრივი წესების დანერგვა. კერძოდ, როგორც ამერიკელმა სამართლის რეალისტებმა და ალფ როსმა აღნიშნეს, მოსამართლეებს, ზოგადად, გადამწყვეტი როლი აქვთ როგორც გასავალ წერტილებს, სადაც 'ფურცელზე დაწერილი კანონი' ხდება 'კანონი მოქმედებაში', ე.ი

[22] ამ თავში, 'ფუნქცია' გულისხმობს გარკვეულ გარემოზე გარკვეული დაწესებულების 'ფუნქციას, როგორც ეფექტს' (რომელიც განსხვავდება 'ფუნქცია, როგორც მიზნიდან'), ან, როგორც ამ შემთხვევაში, საკონსტიტუციო სასამართლოების საქმიანობის კონკრეტულ შედეგებს როგორც სამართლებრივ, ასევე პოლიტიკურ სტრუქტურებზე. *იხილეთ* BRIAN Z. TAMANAHA, LAW AS A MEANS TO AN END: THREAT TO THE RULE OF LAW, 2006, Cambridge: Cambridge University Press, 245–249.

[23] *იხილეთ* Joseph Raz, On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries, in RAZ, BETWEEN AUTHORITY AND INTERPRETATION, supra at 369–370; and JIRˇÍ PRˇ IBÁŇ, LEGAL SYMBOLISM: ON LAW, TIME AND EUROPEAN IDENTITY, 2007, Abingdon: Routledge, 21. იხილეთ მაგ., RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE, 1986, Cambridge: Belknap Press, 370–371.

[24] *იხილეთ* Torbjörn Vallinder, When the Courts Go Marching In, inC. NEAL TATE, T. VALLINDER (EDS.) THE GLOBAL EXPANSION OF JUDICIAL POWER, 1995, New York: New York University Press, 13–24. Ulrich K. Preuß, Die Wahl der Mitglieder des BVerfG als verfassungsrechtliches und -politisches Problem, 19 ZEITSCHRIFT FÜR PARLAMENTSFRAGEN 389–391 (1988); or MARK TUSHNET, TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS, 1999, Princeton: Princeton University Press, 7–9.

მოსახლეობისა თუ საჯარო მოხელეების მიერ წესების ნორმატიული ერთობლიობა აღქმულია, როგორც მბოჭავი.[25]

ამ შემთხვევაში, საკონსტიტუციო სასამართლოების უპირველესი ფუნქციაა, პოლიტიკური აქტორების მიერ ფურცელზე მიღებული კანონები მათთვის და საზოგადოებისათვის განმარტოს მბოჭავ ნორმებად. კონსტიტუციებში, როგორც წესი, უფრო ნათლად ჩანს სამართლის პოლიტიკური საწყისები, თანამედროვე სამართლის ტიპური მახასიათებელი, ვიდრე სხვა სამართლებრივ დოკუმენტებში (*მაგ.*, საგადასახადო სამართლის მარეგულირებელ კანონმდებლობაში). კონსტიტუციები ხშირად გამოიყენება არა მხოლოდ როგორც ახალი სამართლებრივი სისტემის სადამფუძნებლო სამართლებრივი დოკუმენტები, არამედ, როგორც 'პოლიტიკური სიმბოლოს' თავდაპირველი ფორმა, ე.ი. პოლიტიკური აქტორების გზავნილი საზოგადოებისთვის, თუ რომელ ძირითად ღირებულებებზეა დაფუძნებული სახელმწიფო/საზოგადოება.[26] მეტიც, ამ ნაწილობრივ პოლიტიკური ბუნების შედეგად, კონსტიტუციის სამართლებრივი ენა, როგორც წესი, გაზნეულია პოლიტიკურ ენასთან ერთად.[27] აღნიშნულის კლასიკური მაგალითია იტალიის კონსტიტუციის ის მუხლი, რომელიც ადგენს, რომ საკუთრება ქონებაზე გარანტირებულია კანონით, თუკი ის ასრულებს თავის სოციალურ ფუნქციას.[28]

ამ ვითარებაში, სადაც მოსამართლეები 'ფურცელზე არსებულ სამართალსა' და 'ნამდვილ სამართალს' შორის მედიატორობენ, სადაც 'ფურცელზე არსებული სამართალი' კონსტიტუციაა - პოლიტიკური ფორმულირებებისა და სამართლებრივი კონცეფციების კომბინაცია - უცნაური სულაც არ არის, რომ სასამართლო ხელისუფლების სხვა შტოებზე მეტად, საკონსტიტუციო სასამართლოები კანონის განმარტების გზით ხდებიან კანონშემოქმედებითი აქტორები. როგორც უკვე აღინიშნა სამართლის მრავალი მკვლევარის მიერ, კანონის განმარტება, რაც ზოგადად დამახასიათებელია სასამართლოსთვის, შეიძლება გახდეს კანონის შექმნის უფლებამოსილება.[29] ეს ფენომენი უფრო თვალსაჩინოა საკონსტიტუციო სასამართლოების შემთხვევაში, რადგან სამართლებრივი ტექსტი, რომლის მიმართაც უნდა განიმარტოს კანონი (კერძოდ,

---

[25] *იხილეთ* KARL N. LLEWELLYN, BRAMBLE BUSH: ON OUR LAW AND ITS STUDY, 1951, New York: Oceana Publications, 150; Roscoe Pound, Law in Books and Law in Action, 44 AMERICAN LAW REVIEW 35–36 (1910); and ALF ROSS, ON LAW AND JUSTICE, 1959, Berkeley: University of California Press, 75–77. იხილეთ ასევე RONALD DWORKIN, FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION, 1996, Cambridge: Harvard University
Press, 7–15; and WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT, supra at 262.

[26] *იხილეთ* Raz, On the Authority and Interpretation of Constitutions, supra at 343–344.

[27] *იხილეთ* Raz, On the Authority and Interpretation of Constitutions, supra at 365–366; and HABERMAS, BETWEEN FACTS AND NORMS, supra at 388–389. See also Mark Tushnet, Abolishing Judicial Review, 27 CONSTITUTIONAL COMMENTARY 585–586 (2011).

[28] იტალიის კონსტიტუცია, მუხლი 42: 'კერძო საკუთრება აღიარებული და გარანტირებულია კანონით, რომელიც გაწერს... მის ფარგლებს, რათა უზრუნველყოს მისი *სოციალური ფუნქცია* და გახადოს ის ყველასთვის ხელმისაწვდომი'. *ასევე იხილეთ* GIUSEPPE PORTONERA, THE PROBLEM OF SQUATTING IN ITALY: A NEW APPROACH BY THE COURTS, 2019, 4–5, available at https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3472293_code3097842.pdf?abstractid=3472293&mirid=1 .

[29] *იხილეთ, მაგ.*, Frederick Schauer, Opinions as Rules, 53 UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW 684 (1986); HERBERT L. A. HART, THE CONCEPT OF LAW, 3rd edn., 2012, Oxford: Oxford University Press, 132–136; or NEIL MACCORMICK, H. L. A. HART, 2nd edn., 2008, Stanford: Stanford University Press, 157–159. იხილეთ ასევე Aharon Barak, A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy, 116 HARVARD LAW REVIEW 62 (2002); and JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW, 1980, Cambridge: Cambridge University Press, 1–9.

კონსტიტუციური დოკუმენტი) იმდენად ფართოა, რომ მისი შინაარსისა და ფარგლების დაზუსტების პროცესი კანონშემოქმედობითობა ხდება (ყოველ შემთხვევაში, სამართლებრივი თვალსაზრისით), რომელიც პირდაპირ აღსრულებადია კონკრეტულ შემთხვევებში (კონსტიტუციურ შემოწმებასთან დაკავშირებით) ან ზოგადად (აბსტრაქტულ საკონსტიტუციო შემოწმებასთან დაკავშირებით).[30] შეჯამებისთვის, საკონსტიტუციო სასამართლო, ზემოთ აღნიშნული ყველა მიზეზის გამო, ინსტიტუციური აქტორის განსაკუთრებული სახეობაა, რომელიც, მიუხედავად იმისა, რომ პოზიციონირებს როგორც სამართლებრივი აქტორი, *ე.ი* აქტორი, რომელიც მიზნად ისახავს კანონის განმარტებასა და მისადაგებას, მიდრეკილია ძლიერად გადაიხაროს კანონშემოქმედების პოლიტიკური სამყაროსკენ, ვინაიდან საკონსტიტუციო სასამართლოები განმარტების გზით აყალიბებენ გარკვეული საზოგადოების მარეგულირებელ სამართლებრივ პანორამას.[31]

საკონსტიტუციო სასამართლოების „პოლიტიკური vs. სამართლებრივი ბუნება"

ამ ნაშრომის ცენტრალურ საკითხზე, კერძოდ საკონსტიტუციო სასამართლოები უნდა განისაზღვროს ძირითადად სამართლებრივ თუ პოლიტიკურ აქტორებად, პირველი რეაქცია ამ თემის მნიშვნელობის ეჭვქვეშ დაყენება შეიძლება იყოს. ერთი შეხედვით ეს წმინდად ტერმინოლოგიური საკითხია ვინაიდან საკონსტიტუციო სასამართლოებისთვის მინიჭებული კომპეტენცია და იურისდიქცია, ყოველ შემთხვევაში, ჩამოყალიბებულ დასავლურ დემოკრატიებში, მიუხედავად იმისა, თუ რომელ აქტორად განიხილებიან ისინი კონკრეტულ უფლებამოსილებათა სისტემაში, უფრო პოლიტიკურ თუ უფრო სამართლებრივ, როგორც წესი, იგივეა სამართლებრივი პერსპექტივიდანაც. მიუხედავად იმისა, თუ როგორ არიან დანახულნი, სამართლებრივ თუ პოლიტიკურ აქტორებად, უმაღლესი ინსტანციების მოსამართლეებს ყოველთვის ექნებათ უფლებამოსილება, განსაზღვრონ კანონების კონსტიტუციურობა, ამგვარად, მათზე პოლიტიკური გარემო და გაბატონებული პოლიტიკურ იდეოლოგიები სულ მოახდენს გავლენას.[32]

თუმცა, აქ წარმოდგენილი საკითხი უბრალოდ ტერმინოლოგიური ან აკადემიური პრობლემა არ არის. რაღაცის ან ვიღაცის განსაზღვრება, როგორც ხშირად ხდება სამართლებრივ საკითხებში, გარკვეულ სამართლებრივ სფეროებში მისთვის კომპეტენციის და იურისდიქციის მინიჭებას, და იმავდროულად, სხვა სამართლებრივ სფეროებში მისი მოქმედების ფარგლების ლიმიტირებას ნიშნავს. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, როდესაც საქმე ეხება სამართლებრივ საკითხებს, პრობლემის ან საგნის კლასიფიკაცია ნიშნავს მის ფორმირებას და, ამავდროულად, შეზღუდვას.[33]

---

[30] *იხილეთ* Gunther Teubner, And God Laughed … Indeterminacy, Self- Reference and Paradox in Law, in J.-P. DUPUY AND G. TEUBNER (EDS.), PARADOXES OF SELF-REFERENCE IN THE HUMANITIES, LAW AND THE SOCIAL SCIENCE, 1991, Stanford: Anma Libri, 31. იხილეთ ასევე, Stone Sweet, Constitutional Courts, supra at 827–828; and Anna Gamper, Constitutional Courts and Judicial Law-Making: Why Democratic Legitimacy Matters, 4 CAMBRIDGE JOURNAL OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW 824–834 (2015).

[31] *იხილეთ* LUHMANN, LAW AS A SOCIAL SYSTEM, supra at 235.

[32] *იხილეთ* HANS KELSEN, THE PURE THEORY OF LAW, 1970, Berkeley: University of California Press, 3–5; and Waldron, Law and Disagreement, supra at 144. იხილეთ მაგ., ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS, supra at 366; or LAWRENCE BAUM, AMERICAN COURTS: PROCESS AND POLICY, 7th edn., 2013, Boston: Wadsworth, 270–272.

[33] *იხილეთ* Timothy A. O. Endicott, Law and Language, inJ. L. COLEMAN AND S. SHAPIRO (EDS.), HANDBOOK OF JURISPRUDENCE AND LEGAL PHILOSOPHY, 2002, OXFORD: Oxford University Press, 935–968. See

თუ განვიხილავთ კონკრეტულად საკონსტიტუციო სასამართლოებს და მათი ბუნების, როგორც კონკრეტულ გარემოში მომუშავე აქტორებად განსაზღვრებას, უკვე აღინიშნა, რომ მათ უმთავრეს ამოცანათა შორის იმის 'შემოწმებაა', რომ იდეოლოგიების ან ღირებულებების კანონში გადატანა კონკრეტული საზოგადოების კონსტიტუციასა თუ ძირითად კანონებში ჩამოთვლილი, ძირითად და ხშირად პოლიტიკურად ფორმულირებულ პრინციპებთან შესაბამისად (ან მინიმუმ უხეში წინააღმდეგობის გარეშე) მოხდა. საკონსტიტუციო სასამართლოების პოლიტიკურ თუ სამართლებრივ აქტორად დახასიათებას შედეგად თან ახლავს ფუნდამენტური კრიტერიუმების გამოვლენაც, ან მაქს ვებერის ტერმინოლოგიით, 'რაციონალობების', რომლებმაც უნდა წარმართონ გარკვეულ სამართლებრივ სისტემაში მიმდინარე კანონშემოქმედების კონსტიტუციურობის კონტროლი.[34] საკონსტიტუციო სასამართლოების ბუნებისა და ფუნქციის ნორმატიული განსაზღვრით (*ანუ* რა 'უნდა' იყვნენ და რა 'უნდა' გააკეთონ), შესაძლებელი ხდება პასუხი გაეცეს ყველა დემოკრატიული სამართლებრივი სისტემისთვის არსებით ნორმატიულ შეკითხვას: რა არის ის მთავარი კრიტერიუმი, რომლითაც საკონსტიტუციო სასამართლომ უნდა იხელმძღვანელოს კონსტიტუციური კონტროლის განხორციელებისას?

იმის გათვალისწინებით, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოები ფუნქციონირებენ სამართლებრივ და პოლიტიკურ სამყაროებს შორის, შესაძლებელია გამოვლინდეს ორი ძირითადი კრიტერიუმი, ან რაციონალი, რომელთაც შეუძლიათ მათ მუშაობაზე გავლენის მოხდენა. პირველი, ყოველ შემთხვევაში სამართლებრივი თვალსაზრისით, საკონსტიტუციო სასამართლოებს აქვთ შესაძლებლობა, კონსტიტუციურობის საკითხების გადაჭრისთვის უპირველესად იხელმძღვანელონ ვებერისეული სუბსტანციური რაციონალით.[35] ეს არჩევანი ნიშნავს, რომ 'საუკეთესო' გადაწყვეტისთვის, მოსამართლეები სამართლებრივ სისტემას მიიჩნევენ ამ სისტემის გარეთ არსებული გარკვეული მიზნების მისაღწევ საშუალებად. სხვანაირად, საკონსტიტუციო სასამართლოები მზად უნდა იყვნენ, 'გაწირონ' შინაგანი რაციონალურობა და წესები, რომლებიც ტრადიციულად ანაცვლებენ დასავლურ სამართლებრივ სისტემებსა და დასაბუთებას, თუ და მხოლოდ მაშინ, თუ ეს კაპიტულაცია იმ პოლიტიკური, სოციალური და ეკონომიკური ღირებულებების მისაღწევად პირდაპირ ფუნქციონალურია, რომლის კონკრეტულ საზოგადოებაში დანერგვაც, გარკვეულ საფუძვლებზე დაყრდნობით, განიზრახა სასამართლომ.

თუმცა, კიდევ ერთი შესაძლო იდეალურ-ტიპური რაციონალი ან კრიტერიუმია, რომელმაც შესაძლოა ხელმძღვანელობა გაუწიოს საკონსტიტუციო სასამართლოების მუშაობას. როგორც ვებერი აღნიშნავს, თანამედროვე კაპიტალისტურ საზოგადოებებში, სამართლებრივი აქტორების მუშაობის შთამაგონებელი ფუნდამენტური კრიტერიუმია ფორმალური რაციონალურობა: ისინი გადაწყვეტილებას ან სამართლებრივ გადაწყვეტას

---

alsoWALDRON, LAW AND DISAGREEMENT, supra at 229; and PETER GOODRICH, LEGAL DISCOURSE: STUDIES IN LINGUISTICS, RHETORIC, AND LEGAL ANALYSIS, 1988, London: Palgrave Macmillan, 2–3. იხილეთ მაგ., Linda L. Berger, Applying the New
Rhetoric to Legal Discourse: The Ebb and Flow of Reader and Writer, Text and Context, 49 JOURNAL OF LEGAL EDUCATION 155 (1999).

[34] *იხილეთ* WEBER, ECONOMY AND SOCIETY, supra at 650–658; and MAX WEBER, MAX WEBER ON LAW IN ECONOMY AND SOCIETY, 1954, New York: Simon and Schuster, 63–64.

[35] *იხილეთ* WEBER, ECONOMY AND SOCIETY, supra at 656–658. See alsoREZA BANAKAR, NORMATIVITY IN LEGAL SOCIOLOGY – METHODOLOGICAL REFLECTIONS ON LAW AND REGULATION IN LATE MODERNITY, 2015, Cham: Springer, 219.

სამართლებრივი სისტემის შიდა ლოგიკურ კრიტერიუმებზე დაყრდნობით იღებენ, სისტემის თანმიმდევრულობის შენარჩუნების მიზნით, მიუხედავად გარემოზე რეალური ზემოქმედებისა.[36] ფორმალური რაციონალურობა (ან 'კანონიერება') არის და უნდა იყოს დაცული, რადგან როგორც ვებერი აღნიშნავს, სამართლებრივი აქტორებისთვის (და კონკრეტულად, მოსამართლეებისთვის) ეს პირდაპირ ფუნქციონალური და ფუნდამენტურია ლეგიტიმაციის მოსაპოვებლად და შესანარჩუნებლად, *ანუ* იმისთვის, რომ მათი გადაწყვეტილებები ადრესატთა უმრავლესობის მიერ შესრულდეს, როგორც 'სწორი' და, შესაბამისად, მბოჭავი.[37]

ამიტომ, აქტორის აღწერა სამართლებრივ თუ პოლიტიკურად აქტორად, ყოველთვის არსებითია, სულ მცირე სამართლებრივი თვალსაზრისით იმისთვის, რომ კონკრეტულ აქტორს კონკრეტული კრიტერიუმი დავუკავშიროთ (ან როგორც ამ თავშია, რაციონალურობის ტიპი), რომლითაც მან თავისი საქმიანობის განხორციელებისას უნდა იხელმძღვანელოს. ეს დეფინიცია კიდევ უფრო მნიშვნელოვანია საკონსტიტუციო სასამართლოებისთვის, ამგვარი სასამართლოების მიერ პოლიტიკური ორგანიზების თანამედროვე დემოკრატიულ ფორმებში მათ მიერ დაკავებული პოზიციის გამო. საკონსტიტუციო სასამართლოები ნამდვილად არ არიან ის ერთადერთი აქტორები, რომელთა ბუნებაც შეიძლება იყოს და არის კიდეც ფართოდ სადავო. მაგალითად, კორპორაციების შიდა სამართლებრივი მრჩეველების სამართლებრივი ბუნება მნიშვნელოვნად დგება კითხვის ნიშნის ქვეშ; ზოგჯერ მათ ეპყრობიან როგორც უბრალოდ ეკონომიკური და პოლიტიკური პროგრამების სამართლებრივ შეფუთვას.[38] თუმცა, საკონსტიტუციო სასამართლოების ნორმატიულად განსაზღვრის თეორიული საკითხი არსებითია: ამ სასამართლოების გადაწყვეტილებებს (და, შესაბამისად, მათი მიღების კრიტერიუმებს) შეუძლიათ ჩამოაყალიბონ მთელი საზოგადოების ფუნდამენტური სამართლებრივი, მაგრამ ასევე პოლიტიკური და სოციალური მახასიათებლები, ზოგჯერ უფრო მეტადაც კი, ვიდრე დემოკრატიულად არჩეული ასამბლეის გადაწყვეტილებებს ძალუძთ. მაგალითად, ბრაუნი განათლების საბჭოს წინააღმდეგ [Brown v. Board of Education] (1954) გადაწყვეტით, შეერთებული შტატების უზენაესმა სასამართლომ ჩამოაყალიბა (სულ მცირე ისევე, როგორც კონგრესმა ათი წლის შემდეგ 1964 წლის სამოქალაქო უფლებების აქტით) მთელი ეროვნული საზოგადოების მომავალი ეთნიკური ნიშნით უკანონო სტრუქტურულ დისკრიმინაციასთან დაკავშირებით.[39]

---

[36] *იხილეთ* WEBER, ECONOMY AND SOCIETY, supra at 655. See also David M. Trubek, Max Weber on Law and the Rise of Capitalism, 3 WISCONSIN LAW REVIEW 733 (1972); and ANTHONY T. KRONMAN, MAX WEBER, 1983, Palo Alto: Stanford University Press, 90.

[37] *იხილეთ* WEBER, ECONOMY AND SOCIETY, supra at 654–658. See also Sally Ewing, Formal Justice and the Spirit of Capitalism: Max Weber's Sociology of Law, 21 LAW & SOCIETY REVIEW 497–502 (1987). But see Arthur L. Stinchcombe, Reason and Rationality, 4 SOCIOLOGICAL THEORY 151 (1986) (იმის შესახებ რომ სუბსტანციური რაციონალობა ყველა ფორმალური რაციონალურობის *conditio sine qua non* არის).

[38] *იხილეთ, მაგ.*, Robert L. Nelson and Laura Beth Nielsen, Cops, Counsel, and Entrepreneurs: Constructing the Role of Inside Counsel in Large Corporations, 34 LAW & SOCIETY REVIEW 464–468 (2000); or PRASHANT DUBEY AND EVA KRIPALANI, THE GENERALIST COUNSEL: HOW LEADING GENERAL COUNSEL ARE SHAPING TOMORROW'S COMPANIES, 2013, Oxford: Oxford University Press, 66–67.

[39] *იხილეთ Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 485 (1954); and MICHAEL J. KLARMAN, BROWN V. BOARD OF EDUCATION AND THE CIVIL RIGHTS MOVEMENT: THE SUPREME COURT AND THE STRUGGLE FOR RACIAL EQUALITY, 2007, Oxford: Oxford University Press, 302– 338. As to a more European context, see alsoGUARNIERI AND PEDERZOLI, THE POWER OF JUDGES, supra at 1–4; and STONE SWEET, GOVERNING WITH JUDGES, supra at 66–70.*

რონალდ დვორკინის ცნობილ მეტაფორას თუ დავესესხებით - სიმართლეა, რომ მოქმედი სამართლის ჯაჭვურ რომანში [რომელიც ავტორთა კოლექტივის მიერ იწერება] სასამართლოები მხოლოდ ერთ თავს წერენ, მათი გადაწყვეტილების შემდგომ, მათი სიტყვები განიმარტება ყველა სხვა აქტორის მიერ, *მაგ.* სამართლის მეცნიერების, ქვედა ინსტანციების სასამართლოთა მოსამართლეების და კანონმდებლების მიერ.[40] თუმცა, მაშინაც კი, თუ მომდევნო აქტორები რომანისთვის 'განსხვავებულ' გაგრძელებას დაწერენ, სამომავლო განხილვის დღის წესრიგის დადგენის უპირატესობა საკონსტიტუციო სასამართლოებს ეკუთვნით.[41] მაგალითად, Brown v. Board of Education გადაწყვეტილებით, აშშ-ს უზენაესმა სასამართლომ საბოლოოდ დაიწყო დესეგრეგაციის პროცესი, *ე.ი* ამერიკულ საზოგადოებაში რასისტული პრინციპის 'განცალკევებული, მაგრამ თანაბარის' შენარჩუნების თავიდან მოშორებაში ძლიერი როლი შეასრულა.

როგორც პოლიტიკური, ასევე სამართლებრივი ხასიათის ბევრი სხვა ასპექტი ხაზს უსვამს აუცილებლობას, მკაფიოდ განისაზღვროს, თუ რომელი ტიპის აქტორები უნდა იყვნენ საკონსტიტუციო სასამართლოები. პოლიტიკური თვალსაზრისით, საკონსტიტუციო სასამართლოს განსაზღვრება მნიშვნელოვანია იმდენად, რამდენადაც ის აზუსტებს, და შესაბამისად, ნაწილობრივ თავიდან იცილებს საზოგადოებაში უმაღლეს უფლებამოსილებებს შორის შესაძლო კოლიზიას. იმ ძირითადი მახასიათებლებისა თუ კრიტერიუმების გამოყოფა, რომლითაც სასამართლოებმა უნდა იხელმძღვანელონ საქმიანობისას, პოლიტიკური ხელისუფლების მიერ სასამართლო საქმიანობის უკეთ და მეტი სიზუსტით კონტროლის საშუალებას ქმნის, *მაგ.* საპარლამენტო კომიტეტებისთვის ან გამომძიებლებისთვის მკაფიო სახელმძღვანელო ცხრილის შეთავაზების სახით, რომელთან მიმართებითაც შეაფასებენ საკონსტიტუციო სასამართლოს გარკვეულ გადაწყვეტილებას. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, ეს განსაზღვრება ფუნდამენტურ აქტორს უფრო ზუსტად მონიშნავს პოლიტიკურ რუკაზე, ან როგორც ძირითადად გარკვეული იდეოლოგიების მხარდამჭერს, რომლებიც დროთა განმავლობაში იცვლება (თუ განსაზღვრულია როგორც პოლიტიკური აქტორი) ან, მხარდამჭერს, შეინარჩუნოს ერთიანი და დამკვიდრებული სამართლებრივი იდეოლოგია, კერძოდ, სამართლის უზენაესობა (თუ განისაზღვრება, როგორც სამართლებრივი აქტორი).

საკონსტიტუციო სასამართლოების ბუნების დახასიათება მნიშვნელოვანია სამართლებრივი პერსპექტივიდანაც, ვინაიდან ეს საშუალებას იძლევა ნორმატიულად დადგინდეს, თუ რა ტიპის რაციონალობა უნდა გამოიყენონ საკონსტიტუციო სასამართლოებმა თავიანთ საქმიანობაში. ერთი მხრივ, უმაღლეს პოზიციებზე დასაქმებული მოსამართლეები შეიძლება განისაზღვრონ ძირითადად სამართლებრივ აქტორებად. შესაბამისად, სამართლებრივი პერსპექტივიდან, 'რთულ საქმეებში' მათი გადაწყვეტილებების კანონიერება შეიძლება შემოწმდეს (და უნდა შემოწმდეს კიდეც)

---

[40] *იხილეთ* DWORKIN, LAW'S EMPIRE, supra at 228–238. See also Mark J. Richards and Herbert M. Kritzer, Jurisprudential Regimes in Supreme Court Decision Making, 96 THE AMERICAN POLITICAL SCIENCE REVIEW 306 (2002)) ('უზენაესი სასამართლოს დონეზე სამართალი უნდა მოიძებნოს იმ სტრუქტურებში, რომლებსაც მოსამართლეები ქმნიან, რათა წარმართონ მომავალი გადაწყვეტილების მიღების საკუთარი, ქვედა სასამართლოებისა და არასასამართლო პოლიტიკური აქტორების'); და and MARTIN SHAPIRO, THE SUPREME COURT AND ADMINISTRATIVE AGENCIES, 1968, New York: Free Press, 39.

[41] *იხილეთ* LUHMANN, LAW AS A SOCIAL SYSTEM, supra at 406 (მიუთითებს, თუ როგორ არის თანამედროვე კონსტიტუციების მთავარი მახასიათებელი მათი 'ღიაობა მომავლისთვის'). *იხილეთ ასევე, Raz, On the Authority and Interpretation of Constitutions, supra at 338–343.*

კრიტიკულად, თუნდაც ქვედა ინსტანციის სასამართლოების მიერ, როდესაც ამგვარ გადაწყვეტილებათა სამართლებრივი დასაბუთება ძირითადად ემყარება მიზანს, განხორციელდეს ღირებულებები, რომლებიც კონსტიტუციურ დოკუმენტებსა თუ ძირითად კანონებში ექსპლიციტურად არაა მოხსენიებული, თუმცა მოსამართლეები მათ საზოგადოებისთვის იმანენტურად მიიჩნევენ. მათი გადაწყვეტილებათა კანონიერების ეს კრიტიკა შეიძლება და უნდა განხორციელდეს, განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც ღირებულებათა განხორციელება ტრადიციული კრიტერიუმების მიერ სამართლებრივი დასაბუთების ჩანაცვლების ხარჯზე მიიღწევა (*მაგ*., თანმიმდევრულობა ან მსგავს საკითხებზე მიღებული პრეცედენტების დაცვა), *ანუ* დასაბუთების ერთადერთ ტიპის, რომელზეც თანამედროვე დემოკრატიის სამართლებრივ აქტორებს ლეგიტიმური უფლებამოსილება აქვთ. მაგალითად, თუ დროის საკმაოდ პატარა მონაკვეთში, სასამართლო მსგავსს საქმეებსა თუ საკითხებზე დიამეტრალურად განსხვავებულ გადაწყვეტილებებს მიიღებს, სამართლებრივი თვალსაზრისით ის პირდაპირ შეიძლება გააკრიტიკდეს დასავლური სამართლებრივი სისტემების ფუნდამენტური პრინციპის, კერძოდ, იდენტურ გარემოებებში მყოფი პირების თანაბარი მოპყრობის დარღვევის გამო.

მეორე მხრივ, თუ საკონსტიტუციო სასამართლოები განისაზღვრებიან ძირითადად პოლიტიკურ აქტორებად, სამართლებრივი პერსპექტივიდან მათთვის პასუხისმგებლობის დაკისრების შესაძლებლობა რაიმე 'უკანონობის' ჩადენის გამო, უფრო შეზღუდულია. თუ ისინი პოლიტიკურ აქტორებად მიიჩნევიან, სასამართლოს 'იძულება', საქმეები გადაწყვიტონ წინა გადაწყვეტილებათა შესაბამისად, ან თუნდაც თანმიმდევრულად, შეუძლებელი იქნება, თუმცა ყოველთვის იარსებებს სასამართლოს სამართლებრივი კრიტიკის შესაძლებლობა, მათ მიერ კონსტიტუციით გარანტირებული უფლებების დარღვევის გამო. ერთი პრეროგატივა, რომელიც ზოგადად პოლიტიკურ აქტორებს ენიჭებათ, ისაა, რომ მათ თავიანთი ღირებულებითი სისტემის ცვლილება შეუძლიათ ამისთვის პასუხისმგებლობის (ყოველ შემთხვევაში სამართლებრივად) დაკისრების გარეშე. თუ პოლიტიკური პარტია ან ეროვნული ასამბლეა გადაწყვეტს, იღწვოდეს დაგეგმილისგან განსხვავებული ღირებულებებისათვის, სამართლებრივი თვალსაზრისით მისი გაკიცხვა ან პასუხისმგებლობის დაკისრება არ შეიძლება.[42]

და ბოლოს, დასავლურ სამართლებრივ სისტემებში საკონსტიტუციო სასამართლოების ბუნების ნორმატიულად განსაზღვრის მნიშვნელობას კიდევ ერთი ელემენტი უსვამს ხაზს. ეს სასამართლოები სიმბოლურნი გამოხატავენ (და მაქსიმალურად) თანამედროვე დასავლურ სამართლებრივ სისტემებში მოღვაწე სამართლებრივ აქტორთა უმრავლესობის ძირითად მახასიათებელს: მათი განლაგება პოლიტიკურ სამყაროს - სადაც იქმნება ღირებულებები (ან საზოგადოების მოდელების) - და ამ ღირებულებების საზოგადოებაში განხორციელების საშუალების - სამართლებრივ სამყაროებს შორის.

თითოეულ ინდივიდს, რომელიც სამართლებრივი აქტორების სტრუქტურას ქმნის, განათლება სამართლის სფეროში აქვს მიღებული და ამგვარი განათლება ყოველთვის წარმოადგენს ფორმალურ მოთხოვნას, რათა გახდე ამ აქტორთა ჯგუფის წევრი.

---

[42] *იხილეთ* STONE SWEET, GOVERNING WITH JUDGES, supra at 62. See also John Ferejohn and Pasquale Pasquino, Constitutional Courts as Deliberative Institutions: Towards an Institutional Theory of Constitutional Justice, inW. SADURSKI (ED.), CONSTITUTIONAL JUSTICE, EAST AND WEST: DEMOCRATIC LEGITIMACY AND CONSTITUTIONAL COURTS IN POST-COMMUNIST EUROPE IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE, 2002, The Hague: Kluwer Law International, 23.

სხვანაირად რომ ვთქვათ, სამართლებრივი აქტორების ნაწილ ყველა ინდივიდს განათლება მიღებული აქვს იდეით, რომ სამართალს, მიუხედავად იმისა, რომ უაღრესად პოლიტიზირებულია, აქვს თავისებურებები, რაც მას წმინდად პოლიტიკური ფორმულირებებისგან გამოარჩევს.[43] საკონსტიტუციო სასამართლოთა მოსამართლეებისთვის, ისევე, როგორც სამართლებრივ აქტორთა უმრავლესობისთვის, სწორია რომ: ისინი საქმიანობენ სამართლებრივ სისტემაში, თუმცაღა ცოდნით, რომ მათი პოლიტიკური (*მაგ.* პოლიტიკური პარტიების სამართლის ექსპერტები) თუ ეკონომიკური (*მაგ.* დიდი კორპორაციების შიდა სამართლებრივი მრჩეველები) წყაროების მიერ მხარდაჭერილი ღირებულებებისა თუ ქცევის მოდელების საზოგადოებაში დასანერგად, სამართალი ინსტრუმენტალურია. დასავლურ სამართლებრივ სისტემებში სამართლის ეს მახასიათებელი, *ე.ი* ფუნქციონალურობა, ყოველთვის სხვა რამისთვის, სამართლებრივ აქტორებს ზოგადად უბიძგებს, ყოველთვის გაითვალისწინონ ღირებულებათა სისტემები (და დასაბუთების ძირითადი გზები), რომლებიც გავლენას ახდენენ საფუძვლებზე, განვითარებასა და გარემოზე, სადაც სამართლის შექმნა და მისადაგება ხდება.[44]

რამდენიმე სიტყვით, საკონსტიტუციო სასამართლოების განსაზღვრის მნიშვნელობას სამართლებრივ ან პოლიტიკურ აქტორებად ის ფაქტიც განაპირობებს, რომ ამგვარი ინსტიტუციური აქტორები სხვებზე უკეთ ასახავენ იმ რთულ ვითარებას, რომელშიც ზოგადად იურისტებს უწევთ მოღვაწეობა დღეის მდგომარეობით.

მაშინ, როდესაც მათ განათლება მიღებული აქვთ სამართლის სფეროში და დაქირავებული არიან რათა შექმნან, განმარტონ და მიუსადაგონ სამართალი, სამართლებრივი აქტორებს მოქმედება მუდმივი და უკიდურესი ზეწოლის ქვეშ უწევთ, რაც მათ უბიძგებს უგულებელყონ დასავლური ან დასავლურის მსგავსი სამართლებრივი სისტემის დამახასიათებელი ელემენტები (განჭვრეტადობა, განსაზღვრულობა, სამართლის უზენაესობა და ა.შ.), რათა სანაცვლოდ პოლიტიკური (ან არასამართლებრივი) მიზნები შეასრულონ.[45]

შესაძლო გამოსავალი

მე-4 ნაწილში (*საკონსტიტუციო სასამართლოები სამართალსა და პოლიტიკას შორის)*) ნაჩვენებია მოსაზრება, როგორ შეიძლება საკონსტიტუციო სასამართლოები რეალურად

---

[43] *იხილეთ* TUORI, CRITICAL LEGAL POSITIVISM, supra at 161; and ROGER COTTERRELL, LAW'S COMMUNITY: LEGAL THEORY IN SOCIOLOGICAL PERSPECTIVE, 1995, Oxford: Clarendon Press, 108– 110. See alsoGUNTHER TEUBNER, LAW AS AN AUTOPOIETIC SYSTEM, 1993, Oxford: Blackwell Publishers, 33; ANDREW D. ABBOT, THE SYSTEM OF PROFESSIONS: AN ESSAY ON THE DIVISION OF EXPERT LABOR, 1988, Chicago, University of Chicago Press, 52–57; and NEIL MACCORMICK, LEGAL REASONING AND LEGAL THEORY, 1978, Oxford: Clarendon Press, 188.

[44] *იხილეთ* COTTERRELL, LAW'S COMMUNITY, supra at 281–284; Richard Posner, The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962–1987, 100 HARVARD LAW REVIEW 773–774 (1987); and Francis J. Mootz III, 'Die Sache': The Foundationless Ground of Legal Meaning, inJ. M. BROEKMAN AND F. J. MOOTZ III (EDS.), THE SEMIOTICS OF LAW IN LEGAL EDUCATION, 2011, Dordrecht: Springer, 48–49. See also Raz, On the Nature of Law, supra at 99–100; and Jeremy Waldron, Legislation, Authority, and Voting, 84 GEORGETOWN LAW JOURNAL 2198 (1996).

[45] *იხილეთ,* Gunther Teubner, The Transformation of Law in the Welfare State, inG. TEUBNER (ED.), DILEMMAS OF LAW IN THE WELFARE STATE, 1986, Berlin: Walter de Gruyter, 6–7; Lawrence Friedman, Introduction, 4 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 446 (2003); and Kaarlo Tuori, Legislation between Politics and Law, inL. J. WINTGENS (ED.), LEGISPRUDENCE: A NEW THEORETICAL APPROACH TO LEGISLATION, 2002, Oxford, Hart Publishing, 100–101.

მიეკუთვნებოდნენ სამართლებრივ სამყაროს, მაგრამ ძლიერად იყვნენ მიდრეკილნი პოლიტიკური სფეროსკენ. მე-5 ნაწილი (*საკონსტიტუციო სასამართლოების 'პოლიტიკური vs.სამართლებრივი ბუნება'*) აღნიშნავს, რომ არსებობს რამდენიმე მიზეზი, რომელთა გამოც მნიშვნელოვანია, საკონსტიტუციო სასამართლოები ნორმატიულად 'განვათავსოთ' ამ ორ იდეალურ-ტიპურ ჩარჩოში, ე.ი, დავადგინოთ ორი ბუნებიდან (პოლიტიკური vs. სამართლებრივი) რომელი უნდა დომინირებდეს მათ საქმიანობაზე და რომელი უნდა გამოვიყენოთ მათი გადაწყვეტილებების მიღების პროცესის შესწავლისა და (დამსახურების შემთხვევაში) კრიტიკის ამოსავალ წერტილად.

აქ დამხმარე როლს შეასრულებს მცირე გადახვევა და სოციოლოგიური განსხვავების აღნიშვნა კონკრეტული აქტორის (ან აგენტის) *ინსტიტუციურ* (ან *ორგანიზაციულ*) *პოზიციებს* (ან *სტატუსს*) და ამ აქტორის საქმის *ფუნქცია-ეფექტებს* შორის.[46] „ინსტიტუციურ პოზიციაში" ვგულისხმობ პოზიციას, რომელსაც იკავებს გარკვეული აქტორი, რომელიც უფრო ფართო გარემოში (ან ორგანიზაციულ სტრუქტურაში) ოპერირებს.[47] სასამართლო ორგანოებთან მიმართებით, ეს განლაგება ძირითადად ორი (ხშირად გადაფარვითი) ფაქტორის მოქმედების ერთობლიობაა: ლეგიტიმურობის ხარისხი, რომლითაც სარგებლობენ სასამართლო ორგანოები, რაც თავის მხრივ მიანიშნებს, სად ექცევიან ისინი უფლებამოსილებათა სპექტრში (ვერტიკალური განლაგება), და უფლებამოსილებების კანონმდებლობით დაწესებული განაწილება, რაც გამოხატავს, ლეგიტიმაციით მინიჭებულ ეტაპზე, სადაა სასამართლო ორგანო განლაგებული (ჰორიზონტალური განლაგება). აქტორის საქმის ფუნქცია-ეფექტები უბრალოდ შეეხება იმ გავლენას, რაც მის საქმეს აქვს გარემოზე.[48] აღნიშნული ეფექტები შესაძლოა სხვადასხვა იდეალურ-ტიპური ბუნების იყოს. შესაძლოა ისინი იყოს *განზრახული*, როდესაც შეესაბამებიან თავდაპირველ მიზანს, რომელიც აქტორს საქმის დაწყებისას ჰქონდა, ან *გაუნზრახველი*, როდესაც ისინი არ შეესაბამებიან (სრულად ან ნაწილობრივ) ქმედების თავდაპირველ მოტივს.[49] ეფექტები შეიძლება არსებობდეს *უშუალო შედეგების* ან *საბოლოო რეზულტატის* სახითაც.[50] *უშუალო შედეგები* არის კონკრეტული ქმედების

---

[46] *იხილეთ* TALCOTT PARSONS, THE SOCIAL SYSTEM, 1951, New York: Free Press, 25. As to an application of this distinction within the legal discourse (specifically to the judiciary), see, e.g., Robert F. Williams, In the Supreme Court's Shadow: Legitimacy of State Rejection of Supreme Court Reasoning and Result, 35 SOUTH CAROLINA LAW REVIEW 397 402 (1984).

[47] *იხილეთ* PHILIP SELZNICK, LEADERSHIP IN ADMINISTRATION: A SOCIOLOGICAL INTERPRETATION, 1957, Berkeley: University of California Press, 17–22. But seeOTA WEINBERGER, LAW, INSTITUTION AND LEGAL POLITICS: FUNDAMENTAL PROBLEMS OF LEGAL THEORY AND SOCIAL PHILOSOPHY, 1991, Dordrecht: Springer, 18–24 and Neil MacCormick, Norms, Institutions, and Institutional Facts, 17 LAW AND PHILOSOPHY 324–331 (1998) (სადაც 'ინსტიტუტები' ტრადიციულ სამართლებრივ კონტექსტში ეხება მარეგულირებელ ინსტრუმენტებს, მაგ., ხელშეკრულებას ან საკუთრებას).

[48] *იხილეთ,* ROGER COTTERRELL, THE SOCIOLOGY OF LAW: AN INTRODUCTION, 2nd edn., 1992, London: Butterworths, 72–73.

[49] *Robert K. Merton, The Unanticipated Consequences of Purposive Social Action, 1 AMERICAN SOCIOLOGICAL REVIEW 894–904 (1936).*

[50] ეფექტების აღნიშნული გამიჯვნა შედეგებისგან არის იმ რეზულტატების ადაპტაცია, რომლებიც მიღწეულია პოლიტოლოგიაში შემუშავებული ხანგრძლივი კვლევების შედეგად. *იხილეთ* SeeDAVID EASTON, A SYSTEMS ANALYSIS OF POLITICAL LIFE, 1965, New York: Wiley, 3531–3552; GABRIEL ABRAHAM ALMOND, G. BINGHAM POWELL, AND ROBERT J. MUNDT, COMPARATIVE POLITICS: A THEORETICAL FRAMEWORK, 1993, New York: Harper Collins, 20; and JAN-ERIK LANE AND SVANTE T ERSSON, THE NEW INSTITUTIONAL POLITICS: OUTCOMES AND CONSEQUENCES, 2000, London: Routledge, 60–62. See, e.g., Selden Biggs, LELIA B. HELMS, THE PRACTICE OF AMERICAN PUBLIC POLICYMAKING, 2015, London: Routledge, 370–371.

გავლენა (განზრახული თუ განუზრახველი) იმ იდეალურ-ტიპურ ასპარეზზე, სადაც ეს ქმედება განხორციელდა (*მაგ.* სასამართლო გადაწყვეტილების გავლენა (ეფექტი) მსჯავრდებულის მიერ გასაჩივრების სამართლებრივ უფლებაზე). ამის საპირისპიროდ, საბოლოო რეზულტატები აღნიშნავს იმ ეფექტებს (განზრახული თუ განუზრახველი), რომლებიც ამგვარ გავლენას ფართოდ, გარემომცველ სამყაროზე აქვს (*მაგ.* სასამართლო გადაწყვეტილების გავლენა (ეფექტი) მსჯავრდებულის ოჯახის ეკონომიკურ მდგომარეობაზე).[51]

თუკი სასამართლოებს განვიხილავთ ინსტიტუციურ პოზიციებსა და ფუნქცია-ეფექტებს (და ეფექტების განსხვავებული ტიპების) შორის ამ სხვაობის ფონზე, შეგვიძლია დავინახოთ, რომ სასამართლოთა დომინანტური მახასიათებლები სამართლებრივი ბუნებისაა. *ინსტიტუციური პოზიციიდან* რომ დავიწყოთ, საკონსტიტუციო სასამართლოები, პირველ რიგში და უმთავრესად, 'სასამართლოები' არიან. ეს იარლიყი ნიშნავს, რომ მათი გადაწყვეტილებები ადრესატთა აბსოლუტური უმრავლესობის მიერ მბოჭავად მიიჩნევა, თუმცა არა გადაწყვეტილებათა შინაარსის გამო, *ე.ი* ქცევის მოდელების გამო, რომელთა საზოგადოებისთვის დაწესებაც მათ განუზრახავთ, არამედ იმის გამო, რომ გადაწყვეტილებები სამართლებრივ-ნორმატიული გადაწყვეტილებებია. ეს ნიშნავს, რომ ამ გადაწყვეტილებებს უნდა დაემორჩილონ იმის გამო, რომ ისინი სამართლებრივად შექმნილი ორგანოს შექმნილია, რომელსაც კანონით დადგენილი ფორმით მინდობილი აქვს ამგვარი სავალდებულო გადაწყვეტილებების მიღების სამართლებრივი უფლებამოსილება. იმგვარი პოლიტიკური აქტორებისგან განსხვავებით, როგორიცაა პოლიტიკური პარტიები ან ლობისტური ჯგუფები, საკონსტიტუციო სასამართლოს მუშაობის გათვალისწინება და დაცვა უმეტესწილად არ ეფუძნება მისი გადაწყვეტილებების მეშვეობით მხარდაჭერილ ინჰერენტულ ღირებულებებს, მაგალითად, როგორც კონკრეტული პოლიტიკური პროგრამის 'პოპულარობა'. გადაწყვეტილებები პატივისცემას, ან ლეგიტიმაციას იმსახურებენ მათი სამართლებრივი ფორმის გამო და იმ წესების გამო, რომლებიც გადაწყვეტილების მიღებისას და იმ პირების (*ანუ* მოსამართლეების) არჩევისას იყო დაცული, რომლებიც პასუხისმგებელნი არიან ამ გადაწყვეტილებების მიღებაზე. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, საკონსტიტუციო სასამართლოები ინარჩუნებენ საზოგადოებაში თავიანთ პოზიციასა და 'საქმეს', როგორც დავების გადაჭრის უმაღლესი აქტორები მანამ, სანამ მათ შეუძლიათ თავიანთი ლეგიტიმაციის შენარჩუნება, *ე.ი* დასავლურ სამართლებრივ სისტემებში მოპოვებული

---

[51] *იხილეთ* ნილ მაკკორმიკის შემუშავებული განსხვავება 'შედეგებსა' და 'იურიდიულ შედეგებს' შორის, *სამართლებრივი გადაწყვეტილებებისა და მათი შედეგების შესახებ - დიუიდან დვორკინამდე,* 58 ნიუ იორკის უნივერსიტეტის სამართლის მიმოხილვა 247–251 (1983). *იხილეთ, მაგ.*, Tomas M. Koontz and Craig W. Thomas, Measuring the Performance of Public-Private Partnerships. A Systematic Method for Distinguishing Outputs from Outcomes, 35 PUBLIC PERFORMANCE & MANAGEMENT REVIEW 772 (2012) (under Figure 1). სინამდვილეში, ეს განსხვავებული იდეალურ-ტიპები (განზრახული ეფექტები, განუზრახველი ეფექტები, განზრახული შედეგები, განუზრახველი შედეგები) თითქმის ყოველთვის ერთმანეთში აირევა, მაგალითად, სასამართლო გადაწყვეტილებების სახით, რომლებსაც ერთდროულად აქვთ განზრახული და განუზრახველი ეფექტები და შედეგები. რეალურ სამყაროში ამ გადაფარვის მიუხედავად, ასეთი იდეალურ-ტიპები შეიძლება სასარგებლო ანალიტიკური ინსტრუმენტი იყოს აქტორის სპეციფიკური ტენდენციების გამოსავლენად, მოქმედებდეს ერთ გარემოში, ვიდრე მეორეში, გარკვეული ეფექტის მოსაპოვებლად და შემდეგ ნორმატიულად აირჩიოს ამ მიზნისთვის უფრო შესაფერისი რაციონალურობის ტიპი, ე.ი. რაც მიუთითებს იმ ხაზზე, რომელსაც გარკვეულ ასპარეზზე მიკუთვნებულმა აქტორებმა უნდა მისდიონ.

ლეგიტიმაციის, რაც ძირითადად ფორმალური სამართლებრივი რაციონალობის (ან 'კანონიერების') პარადიგმების დაცვით მიიღწა.[52]

ბუნებრივია, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოების 'სამართლებრივ ყუთში' ამგვარი განთავსება გვერდს ვერ აუქცევს ფაქტს, რომ მოსამართლეებს პოლიტიკური სიმპათიები აქვთ. თუმცა, მაშინაც კი, როდესაც მოსამართლეები ძლიერ პოლიტიზირებულნი არიან, მათ მაინც უწევთ ფუნქციონირება სამართლებრივი სისტემისკენ მიპყრობილი თვალით (და იძულებულნი არიან, დაიცვან სისტემისგან დაწესებული ბარიერები და საზღვრები). სხვა სიტყვებით, პოლიტიკურ სამყაროსთან კავშირში ყოფნის მიუხედავად, ადრესატებში (და ზოგადად საზოგადოებაში) ლეგიტიმაციის შესანარჩუნებლად, საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლეებმა უნდა დაიცვან დომინანტური სამართლებრივი კულტურით დაწესებული პრინციპები და პარადიგმები (მაგ., სამართლის უზენაესობა, უფლებათა ბილი, ხელისუფლების დანაწილება, სათანადო სამართლებრივი პროცედურა და ა.შ).[53]

რაც შეეხება მათ *ფუნქციას*, თუ გავითვალისწინებთ საკონსტიტუციო სასამართლოს გარკვეული გადაწყვეტილების *განზრახულ* და *გაუზრახველ ეფექტებს*, საკონსტიტუციო სასამართლოების მოქმედების ძირითადი სფერო არის სამართლებრივი. საკონსტიტუციო სასამართლო, განმარტების მიხედვით, აფასებს სამართლებრივ საკითხებს, კერძოდ, კანონშემოქმედებითი უწყებების კანონების ან ქმედებების პოტენციურ შეუსაბამობას კონსტიტუციასთან. სასამართლოების მსჯელობის ეფექტები არის იმის გადაწყვეტა, შეიძლება თუ არა უფრო დაბალი იერარქიის სამართლებრივი წესები ჩაითვალოს 'სავალდებულო და, შესაბამისად, მოქმედ' სამართლებრივ წესებად. კერძოდ, საკონსტიტუციო სასამართლოები 'ადასტურებენ' ამ წესების არსებობას იმის შეფასებით, შეესაბამებიან თუ არა ისინი კონსტიტუციებსა და ძირითად კანონებში გაწერილ (ან გარკვეულწილად გამომდინარე) ფუნდამენტურ წესებსა და პრინციპებს. ეს ტესტი, როგორც უკვე აღვნიშნეთ, ტიპიური სამართლებრივი პრობლემაა, ვინაიდან მას ოპერირება ძალუძს თუ, და მხოლოდ იმდენად, რამდენადაც აქსიომატიურად აღიარებს წესების აღმავალი სტრუქტურის არსებობას, სადაც ქვედა იერარქიის წესები, რათა იარსებონ

---

[52] *იხილეთ* JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST – A THEORY OF JUDICIAL REVIEW, 1980, Cambridge: Harvard University Press, ch. 4; and HABERMAS, BETWEEN FACTS AND NORMS, supra at 278–279. See also Hein, Constitutional Conflicts between Politics and Law in Transition Societies, supra at 17 ('საკონსტიტუციო სასამართლოებს, per se, აქვთ გარკვეული თავისუფლება, მიიღონ გადაწყვეტილებები პოლიტიკური კრიტერიუმების საფუძველზე. თუმცა, თუკი ეს ზღვარი ძალიან ფართოა, და თუკი სასამართლო დამოკიდებულია სხვა სახელმწიფო ხელისუფლების პოლიტიკურ ინტერესებზე, კონსტიტუციური კონფლიქტები წარმოიქმნება'); and HANS KELSEN, GENERAL THEORY OF LAW AND STATE, 2005 [1949], London: Routledge, 117. But see SADURSKI, RIGHTS BEFORE COURTS, supra at 53–61 (აღნიშნავს, რომ სამართლებრივი დისკურსის მიღმა არსებული ღირებულებების რეალიზაციისას, ლეგიტიმაციის უზრუნველსაყოფად, აუცილებელია სასამართლომ იხელმძღვანელოს 'ლეგალისტური', ფორმალურ რაციონალური მოსაზრებებით, ე.ი სუბსტანციური რაციონალობით).

[53] *იხილეთ* Niklas Luhmann, Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System, 13 CARDOZO LAW REVIEW 1435 (1991). See, e.g., ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS, supra at 367. See also FERRERES COMELLA CONSTITUTIONAL COURTS AND DEMOCRATIC VALUES, supra at 19 ('ჩვენ არ შეგვიძლია ავტომატურად განვაცხადოთ, რომ თუ მოცემული ინსტიტუცია აუქმებს კანონებს, ის რეალურად არის „საკანონმდებლო" ორგანო, ხოლო თუ ის უბრალოდ აყენებს მათ განზე დავების გადაწყვეტის მიზნით, ის მოქმედებს როგორც რეალური 'სასამართლო'. მთავარია რა საფუძვლები - პოლიტიკური თუ სამართლებრივი - რომელზედაც დაწესებულება აფუძნებს თავის გადაწყვეტილებებს).

სამართლებრივ (და ამიტომ სავალდებულო) წესებად, არ უნდა ეწინააღმდეგებოდეს მასზე მაღლა მდგომს.[54]

როგორც კელზენმა და სამართლის სხვა მეცნიერებმა აღნიშნეს, ეს წინასწარი ვარაუდი დამახასიათებელია სამართლებრივი სფეროსთვის.[55] ამის საპირისპიროდ, პოლიტიკური სფეროს იერარქიული სტრუქტურა, მართალია არსებობს (მაგ., ძირითადი ღირებულებები vs. ტაქტიკური არჩევანი), მაგრამ გადამწყვეტი არაა ქვედა კატეგორიის გადაწყვეტილებების 'ვალიდურობისთვის'. კონგრესის მიერ მიღებული ტაქტიკური გადაწყვეტილებები კონკრეტული პარტიის პოლიტიკური ხაზისთვის 'ვალიდურად' მიიჩნევა იმ შემთხვევაშიც კი, თუ ისინი პარტიის პროგრამით გათვალისწინებულ ძირითად ღირებულებებს ეწინააღმდეგებიან (მაგ. იმის გამო, რომ ამგვარ ტაქტიკურ გადაწყვეტილებებს მომავალ არჩევნებზე პარტიის პოზიციების გამყარება შეუძლია).

პოლიტიკური აქტორებისგან განსხვავებით, საკონსტიტუციო სასამართლოები სამართლებრივი დასაბუთების გარე საზღვრებისგან სრულად თავისუფალნი არ არიან. 'გარე საზღვრები' განსაზღვრულია როგორც კონკრეტული საზოგადოების სამართლებრივი კულტურის წითელი ხაზები, საზღვრები, რომლებმაც უნდა იარსებონ, იმისთვის რომ სამართლებრივი სისტემა, როგორც ასეთი, გადარჩეს.[56] მაგალითად, დემოკრატიულ თავისუფალი ბაზრის რეჟიმში, ეს წითელი ხაზები შეიძლება განისაზღვროს, როგორც ფუნდამენტური სამართლებრივი პრინციპები (*მაგ.*, კერძო საკუთრების დაცვა), რომლებიც გამოხატავენ პოლიტიკური, კულტურული და ეკონომიკური ძალების იმ საფუძველს, სწორედ რომელზედაც დაარსდა თავად რეჟიმი და რომლისთვისაც ის ფუნქციონალურია.[57]

პოლიტიკური აქტორები არ არიან ვალდებულნი, აუცილებლად დაიცვან სამართლებრივი დასაბუთების ასეთი გარე საზღვრები. სინამდვილეში, ბევრი პოლიტიკური პარტიის არსებობის ძირთადი და სრულად პოლიტიკურად ლეგიტიმური მიზანია, ასეთი გარე საზღვრების შეცვლა ან გადანაცვლება, მაგალითად, კერძო საკუთრებისთვის მინიჭებული სამართლებრივი დაცვის აღმოფხვრით. სიტუაცია იცვლება, თუ ყურადღებას საკონსტიტუციო სასამართლოების მიერ მიღებული გადაწყვეტილებების *შედეგებზე* გადავიტანთ, *ანუ* იმ ეფექტებზე (განზრახული თუ განუზრახველი), რომლებსაც მათი გადაწყვეტილებები ქმნის იმ გარემომცველი (არასამართლებრივი) გარემოსთვის,

---

[54] *იხილეთ* HART, THE CONCEPT OF LAW,supra at 100–110; and HANS KELSEN, INTRODUCTION TO THE PROBLEMS OF LEGAL THEORY, 1996 [1934], Oxford: Clarendon Press, 11 ('იმისთვის რომ რაღაც სამართლებრივად სრულყო, ის კანონის ფორმა უნდა მისცე'). See also LUHMANN, LAW AS A SOCIAL SYSTEM, supra at 406–407.

[55] *იხილეთ* KELSEN, GENERAL THEORY OF LAW AND STATE,supra at 110–113. იხილეთ ასევე, KELSEN, THE PURE THEORY OF LAW, supra at 3–4 and 19; ROBERT S. SUMMERS, FORM AND FUNCTION IN A LEGAL SYSTEM: A GENERAL STUDY, 2006, Cambridge: Cambridge University Press, 313; and Neil MacCormick, Natural Law Reconsidered, 1 OXFORD JOURNAL OF LEGAL STUDIES 108 (1981).

[56] *იხილეთ HART, THE CONCEPT OF LAW, supra at 193–200; and Herbert L. A. Hart, Problems of the Philosophy of Law, in H. L. A. HART, ESSAYS IN JURISPRUDENCE AND PHILOSOPHY, 1983, Oxford: Clarendon Press, 112* („ბუნებრივი კანონის მინიმალური შინაარსზე" მისი მოსაზრების შესახებ). *ასევე იხილეთ* TUORI, CRITICAL LEGAL POSITIVISM, supra at 177–183 (სამართლებრივი კულტურის „ზოგადი სამართლებრივი პრინციპებზე" მისი მოსაზრების შესახებ).

[57] *იხილეთ, მაგ.*, JEREMY WALDRON, THE RULE OF LAW AND THE MEASURE OF PROPERTY, 2012, Cambridge: Cambridge University Press, 103; or Neil MacCormick, MacCormick on MacCormick, inA. J. MENÉNDEZ AND J. E. FOSSUM (EDS.), LAW AND DEMOCRACY IN NEIL MACCORMICK'S LEGAL AND POLITICAL THEORY – THE POST-SOVEREIGN CONSTELLATION, 2011, Dordrecht: Springer, 23.

რომელშიც თავად სასამართლო ფუნქციონირებს (სამართლებრივი გარემო). მარტივად ჩანს, იმ სამართლებრივი თვისების გაქრობის ტენდენცია, რაც ახასიათებს საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ შესრულებულ ფუნქციას. საკონსტიტუციო სასამართლოების გადაწყვეტილებებს თითქმის ყოველთვის აქვს გავლენა (ეფექტი) სამართლებრივი სამყაროს მიღმაც, მაგალითად, კულტურულ, ეკონომიკურ ან პოლიტიკურ სფეროებზე.[58] მათი გადაწყვეტილებების შედეგებთან დაკავშირებით, სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, არსებობს გარკვეული მსგავსება საკონსტიტუციო სასამართლოებსა და იმგვარ პოლიტიკურ აქტორებს შორის, როგორიცაა მთავრობა ან ეროვნული ასამბლეები. უფრო მეტიც, საკონსტიტუციო სასამართლოები, საბოლოო ჯამში, თავიანთი გადაწყვეტილებების მეშვეობით ცდილობენ (გაცნობიერებულად თუ გაუცნობიერებლად) საზოგადოებას დაუწესონ ქცევის ან ღირებულებების გარკვეული მოდელები. მიუხედავად პოლიტიკურ სფეროში მათი ამ გადახრისა, საკონსტიტუციო სასამართლოები უნდა ჩაითვალოს სამართლებრივი ბუნების მქონედ, *ანუ* სამართლებრივ აქტორებად (და უნდა იმოქმედონ ისე, როგორც ამგვარმა აქტორებმა). პირველ რიგში, აქტორი კონკრეტული ტერმინოლოგიური ქოლგის ქვეშ უმთავრესად მის *ინსტიტუციური განლაგებასა* და მისი საქმიანობის ფუნქცია-ეფექტებზე, კერძოდ მისი ქმედებების წარმოქმნილ *განზრახულ ეფექტებზე* დაფუძნებით უნდა დაჯგუფდეს.[59] შედეგებს თუ შევხედავთ, გაქრება აქტორების იდეალურ-ტიპურ სფეროებში დაჯგუფების ანალიტიკური შესაძლებლობა, და შედეგობრივად იმის შესაძლებლობა, რომ განვსაზღვროთ გარკვეული ნორმატიული კრიტერიუმები, რომლებზე დაყრდნობითაც შეფასდება და გაკრიტიკდება მათი საქმიანობა. გადაწყვეტილების შედეგები თითქმის ყოველთვის ვრცელდება სხვადასხვა მიმართულებით და, ხშირად შეუძლებელია დადგენა, გარკვეულმა ქმედებამ რომელ სფეროში გამოიწვია მნიშვნელოვანი გავლენა, განსაკუთრებით განუზრახველი შედეგების შემთხვევაში, და განსაკუთრებით დიდი ხნის გასვლის შემდეგ. მაგალითად, დიდი კორპორაციის მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებას შეიძლება შესაბამისი შედეგები ჰქონდეს რელიგიურ ან კულტურულ სფეროებში, მაგრამ საკმაოდ უცნაური იქნებოდა ასეთი კორპორაციების განსაზღვრება უმთავრესად რელიგიურ ან უმთავრესად კულტურულ აქტორებად, და, შედეგად, მთავარი აღმასრულებელი დირექტორისთვის ან დირექტორთა საბჭოსთვის რელიგიური ან კულტურული კრიტერიუმების დაწესება, რომლის მიხედვითაც ფასდება მათი საქმიანობა.

ცხადია რომ საკონსტიტუციო სასამართლოების სამართლებრივ აქტორებად მიჩნევა (და შედეგობრივად, სამართლებრივი კრიტერიუმების დაწესება მათი საქმიანობის შესაფასებლად) არ გამორიცხავს შესაძლებლობას, რომ მათ შეუძლიათ (და ხშირად ასრულებენ) პოლიტიკური ფუნქციის შესრულება. როგორც უკვე აღვნიშნეთ, ყველა სამართლებრივ გადაწყვეტილებას აქვს გარკვეული შედეგი, მაგრამ საკონსტიტუციო

[58] სამართლის თეორიული პერსპექტივიდან, ეს განსხვავებული სახის ეფექტი (ეფექტი, როგორც სამართლებრივი და შედეგი, როგორც არასამართლებრივი) შეიძლება ჩაითვალოს სამართლის ნორმატიულ და სოციალურ ფუნქციებს შორის უფრო ზოგადი განსხვავების შედეგად. *იხილეთ,* Joseph Raz, On the Functions of Law, inA. W. B. SIMPSON (ED.), OXFORD ESSAYS IN JURISPRUDENCE (SECOND SERIES), 1973, Oxford: Clarendon Press, 280.

[59] *იხილეთ, მაგ.*, LOPEMAN, THE ACTIVIST ADVOCATE, supra at 3–5 (მისი აზრის შესახებ, რომ სასამართლო აქტივიზმი არის უპირველეს ყოვლისა „განზრახ აქტივიზმი"). *მაგრამ იხილეთ* Christopher H. Schroeder, Causes of the Recent Turn in Constitutional Interpretation, 51 DUKE LAW JOURNAL 352–353 (2001) (კონსტიტუციური განმარტებისას სამართლებრივი ეფექტების გამომწვევი სამართლებრივი დასაბუთების სასურველი არასამართლებრივი შედეგებისაგან გამიჯვნას სირთულის შესახებ).

სასამართლოები, კონსტიტუციურ არქიტექტურაში მათთვის დაკისრებული ამოცანის გამო, გადაწყვეტილებებს იღებენ, კერძოდ, გარკვეული დებულებების კონსტიტუციურობისა თუ არაკონსტიტუციურობის შესახებ, სწორედ სამართლებრივი ეფექტების გათვალისწინებით. როგორც სამართლის მეცნიერმა განაცხადა, '[ს]ასამართლოები ახორციელებენ საკანონმდებლო უფლებამოსილებას, მაგრამ ეს არ აქცევს მათ საკანონმდებლო ორგანოებად'.[60]

უმაღლესი ინსტანციის მოსამართლეებს, რა თქმა უნდა, შეიძლება ჰქონდეთ (და ხშირად აქვთ) პოლიტიკური დღის წესრიგი, მაგრამ ისინი მაინც იძულებულნი არიან შეაპირისპირონ ის სამართლებრივ სისტემასთან და სისტემის დომინირებულ პრინციპებთან. პარლამენტის წევრთა შორის შეგვიძლია დავინახოთ შებრუნებული მაგალითი. ისინი უდავოდ პოლიტიკური აქტორები არიან, მკაფიო პოლიტიკური დღის წესრიგით, მაგრამ ზოგჯერ მაინც ასრულებენ ძალიან აქტუალურ სამართლებრივ ფუნქციას და ეს ხდება გარკვეული სამართლებრივი დღის წესრიგის შესაბამისად, ანუ იმ სამართლებრივი კრიტერიუმების შესაბამისად, რომელიც ადგენს თუ როგორ უნდა გამოიყურებოდეს სამართლებრივი სისტემა ან მისი ნაწილი. მაგალითად, სამართლებრივ სამყაროში ეს ფუნქციონალური გადახრა შეიძლება მოხდეს, როდესაც პარლამენტის წევრები სპეციალურ კომიტეტში შეაფასებენ სახელმწიფოს უმაღლესი თანამდებობის პირისთვის, მაგალითად რესპუბლიკის პრეზიდენტისა თუ პრემიერ-მინისტრისთვის დაკისრებული სისხლის სამართლის პასუხისმგებლობის სამართლებრივ საზღვრებს.

მეტიც, და ამ უკანასკნელთან კავშირში, საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართლებრივი თავისებურებების კვალს მათი საქმიანობის ჩამომყალიბებელ ფუნდამენტურ იდეოლოგიაში შეიძლება მივაგნოთ. საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლეები ოპერირებენ გარემოში, სადაც ბევრი პოლიტიკური 'გამვლელია', მათ კი უპირველესად სამართლებრივი ამოცანა აქვთ: დაიცვან და უზრუნველყონ, რომ კონკრეტულ სახელმწიფოში კანონშემოქმედობითობა ხორციელდება (ან უმაღლეს საჯარო უფლებამოსილებათა შორის კონფლიქტი გადაწყდება) კონსტიტუციურ დოკუმენტებსა თუ ძირითად კანონებში დადგენილი უმაღლესი რანგის წესებთან შესაბამისად. საკონსტიტუციო სასამართლოს ეს ამოცანა სამართლებრივია, იმ გაგებით, რომ მოიცავს სამართლებრივი წესების განხილვას. მოსამართლეებს ეძლევათ უმთავრესი დავალება, შეამოწმონ გარკვეული სამართლებრივი წესების 'კონსტიტუციურობა': მათ სამართლებრივი დისკურსის პერსპექტივიდან (ე.ი სამართლებრივი დასაბუთების მარეგულირებელი ტრადიციული წესებით) უნდა შეაფასონ, შეიძლება თუ არა ასეთი სამართლებრივი წესები მოერგოს სამართლებრივ სისტემას, როგორიც შექმნა კონსტიტუციურმა დოკუმენტებმა თუ ძირითადმა კანონებმა. რასაკვირველია, მოსამართლეებმა ხშირად მშვენივრად უწყიან მათი გადაწყვეტილებების (შედეგების)

[60] Herbert M. Kritzer, Martin Shapiro: Anticipating the New Institutionalism, in N. MAVEETY (ED.), THE PIONEERS OF JUDICIAL BEHAVIOR, 2003, Ann Arbor: University of Michigan Press, 409. იხილეთ ასევე NEIL MACCORMICK, QUESTIONING SOVEREIGNTY, 1999, Oxford: Oxford University Press, 11–15 (სამართლებრივ და პოლიტიკურ დისკურსებს შორის ფუნდამენტურ ონტოლოგიურ განსხვავების შესახებ); LUHMANN, LAW AS A SOCIAL SYSTEM, supra at 162–165. But see STONE SWEET, GOVERNING WITH JUDGES, supra at 61. შეადარეთ JEROLD WALTMAN, PRINCIPLED JUDICIAL RESTRAINT: A CASE AGAINST ACTIVISM, 2015, Basingstoke: Palgrave Pivot, 58–61 (კრიტიკული პერსპექტივით სასამართლო ხელისუფლების მიერ გამოყენებული სამართლებრივი პარადიგმების პოლიტიკურ დისკურსში დანერგვის ნეგატიურ ეფექტებზე).

ირიბი პოლიტიკური ეფექტების შესახებ, ეს არის გააზრება, რომელიც ზოგჯერ გავლენას ახდენს მათზე, აირჩიონ კონკრეტული გადაწყვეტა სხვაგვარი გადაწყვეტის ნაცვლად. თუმცა, გარკვეულ გადაწყვეტილებათა მიღმა ნებისმიერი ფარული დღის წესრიგის მიუხედავად, მოსამართლეები ყოველთვის იძულებულნი არიან თავიანთი პოლიტიკურად მოტივირებული გადაწყვეტილებები 'მოათავსონ" სამართლებრივი დასაბუთების 'ყუთებში', რომლის ფუნდამენტური პრინციპებსა და დასაბუთების გზებს მოსამართლეებმა უნდა შესწირონ (კონფლიქტის შემთხვევაში) თავიანთი პოლიტიკური პროგრამები.[61]

სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, საზოგადოებაში ლეგიტიმაციის შესანარჩუნებლად საკონსტიტუციო სასამართლოებს ყოველთვის უწევთ, ისაუბრონ სამართლის და არა პოლიტიკის ენაზე, იმ შემთხვევებშიც კი, როდესაც ისინი პოლიტიკური გზავნილების გაგზავნას ისახავენ მიზნად. როგორც მიშელ ფუკომ აღნიშნა, თანამედროვე საზოგადოებაში ენა ძალაა და ეს თავისებურება ყველაზე „პოლიტიზებულ" სამართლებრივ ტერმინოლოგიაშიც კი შენარჩუნებულია: უბრალოდ პოლიტიკური პრობლემისა და პოლიტიკური გადაწყვეტის სამართლებრივ ენად კლასიფიცირებითაც კი, მოსამართლეები (ცნობიერად თუ არაცნობიერად) ირჩევენ საკითხზე სამართლებრივი დისკურსით დადგენილი ფარგლებისა და ბუნების გავრცელებას.[62] ამიტომ, საკონსტიტუციო სასამართლოების საქმიანობა შესაბამისად უნდა შეფასდეს, *ე.ი* სამართლებრივი კრიტერიუმების გამოყენებით და, ამავდროულად, შეფასების პროცესიდან უნდა გამოირიცხოს სხვა ტიპის დისკურსებით, მათ შორის პოლიტიკური დისკურსით, დაწესებული ყველა თავისებურება და შეზღუდვა.

დასკვნა

კონსტიტუციურ დონეზე სასამართლო აქტივიზმის შესახებ დებატების ფონზე, *ანუ* საკონსტიტუციო სასამართლოების პოლიტიკურ სამართალშემოქმედებაში ჩართულობის საკითხის ფონზე, ამ თავში გამოვიკვლიეთ საკითხი, ამგვარი სასამართლოები ძირითადად სამართლებრივ აქტორებად უნდა განიხილებოდეს თუ პოლიტიკურად. იმ მიზეზთა გამოკვეთის შემდგომ, რომელთა გამოც დამკვიდრებულ დასავლურ დემოკრატიებში საკონსტიტუციო სასამართლოები შეიძლება დავინახოთ სამართლებრივ, თუმცაღა პოლიტიკურ ასპარეზზე ძლიერი კავშირების მქონე აქტორებად, ამ თავის ცენტრალური არგუმენტი იყო იმაზე, თუ რატომ უნდა დაერქვათ ნორმატიულად ამ სასამართლოებს 'სამართლებრივი აქტორები', მიუხედავად იმისა, რომ ისინი პოლიტიკურ ფუნქციას ასრულებენ. სამართლებრივ სამყაროში ამ განლაგებაზე დაფუძნებით, შესაძლოა ორი ზოგადი დასკვნის გაკეთება იმის თაობაზე, თუ როგორ უნდა მივუდგეთ ამგვარი

---

[61] *იხილეთ* Gonçalo de Almeida Ribeiro, Judicial Activism and Fidelity to Law, inL. COUTINHO, M. LA TORRE AND S. SMITH (EDS) JUDICIAL ACTIVISM – AN INTERDISCIPLINARY APPROACH TO THE AMERICAN AND EUROPEAN EXPERIENCES, 2015, Cham: Springer, 36–40; and DIETER GRIMM, CONSTITUTIONALISM: PAST, PRESENT, AND FUTURE, 2016, Oxford: Oxford University Press, 208. მაგრამ იხილეთ, Alec Stone Sweet, The Politics of Constitutional Review in France and Europe, 5 INTERNATIONAL JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 72 (2007). იხილეთ მაგ., Lawrence B. Solum, The Supreme Court in Bondage: Constitutional Stare Decisis, Legal Formalism, and the Future of Unenumerated Rights, 9 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW 160–176 (2006); and RONALD DWORKIN, JUSTICE IN ROBES, 2006, Cambridge: Belknap Press, 147–150.

[62] *იხილეთ* MICHEL FOUCAULT, THE ARCHAEOLOGY OF KNOWLEDGE AND THE DISCOURSE ON LANGUAGE, 1972, New York: Pantheon books, ch. 2. ასევე იხილეთ, ALAN HUNT AND GARY WICKHAM, FOUCAULT AND LAW: TOWARDS A SOCIOLOGY OF LAW AS GOVERNANCE, 1994, Chicago: Pluto Press, 7–12 and 41–43.

უმაღლესი ინსტანციების აქტივიზმს. პირველი, საკუთარი ფუნქციების შესრულებისას საკონსტიტუციო სასამართლოების (ბუნებრივი) პოლიტიკური აქტივიზმი ყოველთვის უნდა შეფასდეს ექსკლუზიურად სამართლებრივი კრიტერიუმებით (და არა, მაგალითად, პოლიტიკურ შესაძლებლობათა კრიტერიუმებით). მეორე, ამ სასამართლოების ფუნქციებში პოლიტიკური სამყაროს შეჭრა ყოველთვის შეიძლება შევიწყნაროთ, განსხვავებით მათ სტრუქტურაში პოლიტიკის შეჭრისგან, *მაგალითად*, როგორიც იქნებოდა მოსამართლეთა შერჩევის პროცესის შემდგომი პოლიტიზირება.