

სასამართლოს როლი პოპულიზმისგან დემოკრატიის დაცვაში

დევიდ პრენდერგასტი¹

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 დემოკრაციას, 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

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, პოდეშოსის, 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 რეჟიმ თაიფ ერდოღანის შესახებ ჰყვებიან. MÜLLER, მოხსენიებულია სქოლიო 1-ში, გვ. 1.

ჰქონდეთ პრეტენზია პოპულარულ და დემოკრატიულ ლეგიტიმაციაზე.⁵ ამ დროს, თავად დემოკრატიული პროცესები დგება საფრთხის ქვეშ. ტრადიციულად, 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 გადაწყვეტილების 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 - დემოკრატის 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 დაცვა და არა სრულყოფა, და ეს წარმოადგენს ხელისუფლების დანაწილების პრინციპიდან გამომდინარე კონსტიტუციური კონტროლის მხარდამჭერი არგუმენტის ჯონ

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

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).

ჰარტ ელის (John Hart Ely) თეორიით შთაგონებულ მოდიფიკაციას,⁸ რომელიც ადგენს სამოსამართლო თვითშეზღუდვის პრინციპებსა და ისეთ მეთოდებს, როგორც 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 უგულვებელყოფილ - 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

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

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).

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.

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 არასადაოცნება. როგორც წესი, დემოკრატია 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

⁹ ROSS HARRISON, DEMOCRACY 3 (1993).

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 მახასიათებლების მქონე შედეგების გამო, აღიარა შემდეგი: “დემოკრატია აღარ იარსებებდა ნებისმერი ზოგადი საკონსტიტუციო ცვლილების შედეგად, რომელიც არჩევნების გარეშე შერჩეულ ექსპერტთა ოლიგარქიას მისცემდა უფლებას, დაეძლია და შეეცვალა ნებისმერი საკანონმდებლო გადაწყვეტილება, რომლებსაც ისინი არაგონიერულად 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 DWORCKIN, 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).

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 ანგარიშვალდებულებული, როგორც ეს ახასიათებს ფორმალურ მაჟორიტარულ პროცესს წარმომადგენლების საკანონმდებლო ორგანოში არჩევისას. ეს არის არგუმენტი იმის შესახებ, რომ დემოკრატიაში კანონები დემოკრატიულად მიიღება.

მოსაზრება, რომ დემოკრატის ცნება არსებითად სადავოა, თუმცა არა მოქნილი - იმ გაგებით, რომ მან შეიძლება მიიღოს ნებისმიერი თავსმოხვეული ფორმა - შესაბამისობაშია დემოკრატის პლურალისტურ გაგებასთან. ლიბერალური პოლიტიკური ფილოსოფიის ყველაზე ფართო განმარტების ფარგლებში დემოკრატის გამამართლებელი სხვადასხვა არგუმენტი არსებობს (ეს მიუთითებს დემოკრატის პლურალისტური ბუნების დასაბუთებაზე), არგუმენტები განსხვავდება მისი ფორმის შესახებაც. ეს ნიშნავს იმას, რომ არსებობს დემოკრატის 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 ცხოვრებისათვის¹² 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 - დემოკრატის პრინციპებიდან გამომდინარე - უნდა ექვემდებარებოდეს სადავოდ გახდომასა და შეცვლას მომავალი მაჟორიტარული პროცესების საშუალებით. დღეს დამარცხებული შეიძლება ხვალ გამარჯვებული გახდეს. ამგვარად, პოპულიზმის ანტიპლურალიზმი პატივს არ სცემს დემოკრატას: პლურალიზმის იდეის საწინააღმდეგოდ, პოპულიზმები მიდრეკილნი არიან ჩაახშონ სამომავლო პოლიტიკური კონკურენცია, ერთიან ხალხში მოაზრებულ განსაზღვრულ მონისტურ ღირებულებაზე მითითებით.¹⁴ ამ თვალსაზრისით, პოპულიზმის ანტიპლურალიზმი არის დემოკრატისთან მისი შეუთავსებლობის მთავარი მიზეზი. ამ სტატიაში მე გამოვიყენე პოპულიზმის დემოკრატისთან 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 დემოკრატისთან ურთიერთობის შესახებ კას მუდის (Cas Mudde) და კრისტობალ როვირა კალტვასერის (Cristobal Rovira Kaltwasser) არგუმენტების საფუძველზე განვმარტავ.¹⁵

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 MUDDÉ & CRISTÓBAL ROVIRA KALTWASSER, POPULISM: A VERY SHORT INTRODUCTION (2017).

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 „არსებს დამოუკიდებელ ინსტიტუტებს, რომლებიც სპეციალიზდებიან ფუნდამენტური უფლებების დაცვაში“.¹⁶ პოპულიზმი ფუნდამენტური უფლებების დაცვის მიზნებით „(ნამდვილი) ხალხის ნების“ შეზღუდვას ეწინააღმდეგება;¹⁷ მას არ სურს, დემოკრატია ფორმა იცვალოს ლიბერალიზმით ან სხვა ღირებულებებით. მუდისა და კალტვასერის მიერ შემოთავაზებული კონცეპტუალიზაცია მისაღებია. ისინი ავითარებენ სიღრმისეულ ანალიზს იმის შესახებ, თუ როგორ შეიძლება პოპულიზმი იყოს დადებითი მამომრავებელი 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. დემოკრატია 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, როგორცაა 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.

¹⁶ იქვე, გვ. 80.

¹⁷ იქვე, გვ. 81.

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).

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 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 აზნაგში 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

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).

ჩვეულებრივი კანონებისთვის პარამეტრების დამდგენი კონსტიტუციური ნორმების მეტ-ნაკლებად ინოვაციური განმარტებისთვისაც.

როგორც მიუღერი 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 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 პლემბისციტს ან სახალხო ლეგიტიმაციის სხვა ფორმებს. ადვილი

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).

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.

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 დემოკრატias, მაგრამ ის ასევე საჭიროა გარკვეულწილად იმისთვის, რომ დემოკრატია საერთოდ განხორციელდეს და იყოს მტკიცე. კონსტიტუციონალიზმი ხშირად - თუმცა 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 მოხსენიება 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

²⁷ იაპონიის 1947 წლის 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).

²⁹ კონსტიტუციური დემოკრატიის პროექტის მრავალი დასაბუთებიდან, იხილეთ WALTER MURPHY, *CONSTITUTIONAL DEMOCRACY: CREATING AND MAINTAINING A JUST POLITICAL ORDER* (2007). კონსტიტუციონალისტთა პერსპექტივისთვის, იხილეთ RONALD DWORIN, *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.

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 გამჭირახი 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 შესანარჩუნებლად. ზოგჯერ დემოკრატიული პროცესების ცვლილება გამართლებულია არა იმიტომ, რომ უპირატესი მოწესრიგება არის წარმოდგენილი, არამედ იმიტომ, რომ გადატვირთვა საჭიროა არსებული მოწესრიგების ფუნქციონირების დონეზე დასაბრუნებლად. დემოკრატია 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

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).

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).

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

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 საკანონმდებლო 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.

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).

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

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 დავეთანხმეთ 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 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.

³⁸ იქვე, გვ. 1403.

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.

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 ევალუაბათ ხალხის მხარდაჭერის და მორალური ინოვაციის მოთხოვნების გაერთიანება, როდესაც სასამართლოები მათი დამოუკიდებლობის გამო სათანადო პოზიციაში არიან, შეითავსონ საკანონმდებლო ორგანოზე ზედამხედველობის ფუნქცია.”⁴⁰

კირითისის 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 ინსტიტუციურ სტიმულს აძლევს, ცვლილების საჭიროება მოქალაქეებს შეძლებისდაგვარად კარგად აუხსნან.“⁴¹

კირითისისთვის 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 საკანონმდებლო 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

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.

⁴¹ იქვე, გვ. 16.

⁴² იქვე, გვ. 18–19.

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 ძალისხმევით შედეგად, როდესაც სასამართლოებს საკანონმდებლო ორგანოს კონტროლის შემავსებელი როლი აქვთ.

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 გამოირიცხავს 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

⁴³ იქვე, გვ. 21–22.

⁴⁴ იქვე, გვ. 23.

⁴⁵ იქვე, გვ. 25.

⁴⁶ იქვე, გვ. 26.

⁴⁷ იქვე.

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

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

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

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

⁴⁹ იქვე, გვ. 455.

და, მეორე მხრივ, ზოგადად კანონების შემოწმების შემთხვევებს. ამავე დროს, ჩემი არგუმენტი სასამართლოს სასურველი შეზღუდული როლის შესახებ უფრო ნორმატიულია. კირითისის 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 მიუღიანი ციტირებს ბერტოლდ ბრენტს, “ძალაუფლება ხალხიდან მოდის, თუმცა სად მივყავართ მას?” დემოკრატია აქვს ძალაუფლების პრობლემა და ძალაუფლების დანაწილების თეორია გვთავაზობს ძალაუფლების პრობლემის გადაწყვეტას.

ჯონ ჰარტ ელი⁵⁰ იცავს ამერიკის უზენაესი სასამართლოს კონსტიტუციური კონტროლის პრაქტიკას, როგორც სათანადოს, და მეტიც, ამერიკის დემოკრატის მხარდამჭერს. ელის ელევანტური თეორია საფუძველს იღებს წინამორბედ აკადემიურ შრომებში⁵¹ 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 დემოკრატის სამსახურშია. როდესაც კონსტიტუციური კონტროლი არ მიემართებოდა პოლიტიკურ პროცესებს, ის მნიშვნელოვნად არადემოკრატიული იყო.

კირითისის არგუმენტს ამდიდრებს ელისეული დიფერენციაცია შინაარსსა და პროცედურას შორის. მიაქციეთ ყურადღება რამდენად მნიშვნელოვანია ინსტიტუციური კომპეტენცია კირითისისთვის: 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 მხარდამჭერა 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

⁵⁰ ELY, მოხსენიებულია სქოლიო 7-ში.

⁵¹ Michael Dorf, The Coherencism 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).

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. წარმოდგინეთ 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 ყველაზე მძაფრად გაკრიტიკებული ასპექტია. კრიტიკოსებს შორის, ლოურენს ტრაიბი⁵⁷ 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 ასახვენ პოზიციებს, რომლებსაც არსებითი უფლებები და ღირებულებები უნდა დაემყარონ

⁵⁵ გამორიცხავს ისეთ უჩვეულო შემთხვევებს, როდესაც სასამართლოებს სთხოვენ განიხილონ ისეთი საკითხები, როგორცაა 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).

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

საკანონმდებლო მაჟორიტარული ჩარევის წინააღმდეგ.⁵⁸ პროცედურულმა გარანტიებმა სისხლის სამართლის ბრალდებულებისთვის - მაგალითად გირამ 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 მტკიცებებისთვის, 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 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

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, *მოსხენიებულია სკოლიო* 50-ში, გვ. 1243.

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 გარემოებებზე: როგორ შეძლებენ განათლებას მოკლებული ადამიანები პოლიტიკურ პროცესში ეფექტურ მონაწილეობას? პროცესის თეორიის ხანგრძლივი კრიტიკა სწორედ იმას ეხება, რომ ის უზრუნველყოფს 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, როგორცაა 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:

დემოკრატია 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 *დემოკრატია 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 აქცენტი.⁶⁶ ეს ნიშნავს, რომ სასამართლოს კონსტიტუციური კონტროლის განსახორციელებლად უნდა მიეწოდოს ემპირიული ინფორმაცია, რომელიც დემოკრატიული პროცესისთვის მიყენებულ სტრუქტურულ ზიანს ადასტურებს.⁶⁷ მყარი ემპირიული ინფორმაციის მოთხოვნა მოსამართლის მიერ სტანდარტების ფორმულირების და

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.

⁶⁷ McLoughlin, მოხსენიებულია სქოლიო 63-ში, გვ. 130.

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 ძეგნა 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 კიდევ მაკლოქლინის არგუმენტის ნაწილი. ელი ასეთ ინსტრუქციას არ გვთავაზობს, რადგან დემოკრატიაში მათი შესატანი წვლილი, რაც მუდმივად მიმდინარე სამუშაოა, სასამართლოებმა თავად უნდა განსაზღვრონ.

როგორ უნდა განესაზღვროთ 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 სასამართლო როლს ვუჭერ მხარს, და ამდენად, თავს ვიკავებ წესრიგის დაცვის სურათის მარტივი დახასიათების მიღებისგან.

განვიხილოთ ხარისხის კონტროლის ზედამხედველის სიტუაცია, რომელსაც ლორენს ზაგერი ახასიათებს, და კირითისი ეთანხმება და აცტირებს, კონსტიტუციური კონტროლის დროს სასამართლოს როლის დახასიათებლად.

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

⁶⁸ McLoughlin, მოხსენიებულია სქოლიო 63-ში, გვ. 129.

⁶⁹ McLoughlin, მოხსენიებულია სქოლიო 63-ში, გვ. 100.

ერთვებიან მხოლოდ მას შემდგომ, რაც კანონმდებელი თავად განიხილავს მათ წინაშე არსებული წინადადებების კონსტიტუციურ განზომილებას.⁷⁰

ეს მაგალითი კარგად ასახავს თუ როგორ უნდა იყოს მოსამართლის როლი რეაქტიული ან “მეორეხარისხოვანი,” როგორც ამას კირითისი განმარტავს.⁷¹ როგორც წესი, ზედამხედველი არ ერევა კონსტიტუციის 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, როგორც 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.

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.

ამ სირთულის მიუხედავად, ეს პასაჟი გონივრულად მიანიშნებს 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

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).

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 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 დასაბუთონ 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 გამოსაწვრიონ 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

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).

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 და პროცედურას.⁸⁰ ეს წესები უცხო არ არის ისეთი პოლიტიკური პროცესების კონსტიტუციური სტანდარტებისთვის, როგორცაა 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, არსებითაა 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.

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

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).

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 დევიდ 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 მოსამართლეებისთვის დემოკრატიის დეგრადაციისთვის წინააღმდეგობის გაწევისას. ეს თავიდან იცილებს დემოკრატიის შესახებ გადაწყვეტილების მიმღები მოსამართლეების 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

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).

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.

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 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 ღირებულებათა 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

⁸⁷ Minister for Justice and Equality v. Gelmer (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).

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

⁹¹ იქვე, Waldron, მოხსენიებულია სქოლიო 9-ში.

ზედმეტი.⁹² შედარებითი კონსტიტუციური სამართლის 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 მხარედი წარმატების ფონზე. პოპულისტებს 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 მუდგე 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

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 გამოვრება, 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.

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

⁹⁶ Barber & Vermuele, მოხსენიებულია სქოლიო 32-ში.

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 სრულყოფილი 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.

