

შმიტელზენის სასამართლო: ლეგიტიმაციის საკითხი

ორ ბასოკი¹

თარგმანი: ანა ჭიბრიშვილი

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 მცველებად⁵ 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

¹ Bassok, O. (2020). The Schmitz 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: Sieyès' 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.

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 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

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 დამაბულ ხასიათს იძენს ::“ და აჩვენებს, რომ შმიტმა ეფექტურად მიითვისა ჰანს მორგენტაუს 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).

გამოხატავთ.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 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 ილუპებიან;¹⁶ ჩვენს სამყაროში ამის თქმა გაცეხასა 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.

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“).

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 („საკიროების 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, „ჰვავს, რომ გთხოვონ, მოკვდე სატელეფონო კომპანიისთვის“).

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, რომელზეცაა ნაშენია მათი დამოუკიდებლობა, მოსამართლეებს ორი მიზეზის გამო აქცევს კონსტიტუციის მცველის როლისთვის შეუფერებლად. პირველ რიგში, იმ პოლიტიკური გადაწყვეტილების დაცვა, რომელიც კონსტიტუციის ბირთვის 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,

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

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

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

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.

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 დამოუკიდებელია ნორმებზე.²⁶ თუმცადა, 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 მოსამართლეს“.²⁸ მოსამართლეებისთვის პოლიტიკური გადაწყვეტილების უფლებამოსილების მინიჭება ნიშნავს სასამართლო 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 დავეების განმხილველი სასამართლო, ვინაიდან არ არსებობს კანონი, რომლითაც გადაწყვეტდა ეგზისტენციალურ პოლიტიკურ საკითხებს. წოდება „სასამართლოს“ გამოყენებით, ამ სიტყვის თანმხლები ლეგიტიმაციის მიმნიჭებელი უფლებამოსილების - რომელიც სამართლის 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

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 ზმა ურთიერთ განმაპირობებელია: . . . ეს ქმნის ნამდვილ კავშირს და ეს არაა ბუნდოვან ნორმებსა და სასამართლოს დისკრეციაზე უბრალოდ ბლანკეტური მითითება, რომელიც აპოლიტიკურებს სასამართლო სისტემას“). *აღევე 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.

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.“).

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, 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

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. *სხვე* *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, *supra* note 2, 171 („თუკი კონსტიტუციის მცველად სასამართლოს დავაყენებთ, 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. *სხვე* *იხილეთ* JEFFREY SEITZER, *COMPARATIVE HISTORY AND LEGAL THEORY* 89 (2001).

⁴⁰ SCHMITT, *supra* note 25, 300. *სხვე* *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

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 „შეზღუდულია 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] 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. მართოდენ სამართლებრივი კომპეტენციით, სასამართლო ვერ დაიცავს პოლიტიკურ გადაწყვეტილებას არჩეული ინსტიტუტის

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).

⁴²KELSEN & 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.”). *სხვა იხილეთ* SCHMITT, *supra* note 25, 230–32.

⁴³SCHMITT, *supra* note 25, 232.

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

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

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

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

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

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 კონსტიტუცია, მათ შორის კანონმდებლისგან მომდინარე საფრთხეებისგან.⁵³ არჩევნების პლებისციტური ხასიათიდან გამომდინარე ლეგიტიმურობით, პრეზიდენტს შეუძლია წარმატებით დაუპირისპირდეს პარლამენტს.⁵⁴ პლებისციტებზე დაფუძნებული ლეგიტიმაცია,

⁴⁹KELSEN & 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.“).

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

ამტკიცებდა შმიტი, „არის სახელმწიფო გამართლების ერთადერთი სახეობა, რომელიც დღეს შეიძლება ზოგადად ვალიდურად ვადიაროთ“.⁵⁵

ლეგიტიმაციის ეს პლებისციტური 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 მოდელს 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 იდენტობის ეს კონცეფცია შეესაბამება კონსტიტუციის ცენტრალური როლის შმიტისეულ გაგებას. მისი აზრით, პოლიტიკური გადაწყვეტილება - გამყარებული კონსტიტუციით - განსაზღვრავს სახელმწიფოს იდენტობას,

თეორია მხარს უჭერს საკანონმდებლო უმრავლესობის ძალაუფლებაზე ძლიერ კონტრ-მაჟორიტარულ შეზღუდვებს.”).

⁵⁵SCHMITT, *supra* note 51, 90.

⁵⁶KELSEN & 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).

⁵⁹მონიკა პოლზინი ამტკიცებს, რომ შმიტმა გამოიყენა „კონსტიტუციური იდენტობის ცნება“, მაგრამ ამას ამტკიცებს ერთი ციტატიით 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 ცნებებთან 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 ეროვნული პოლიტიკური იდენტობა ასე ნათლად და სწრაფად კონცენტრირებული სამართლებრივ ტექსტში.”)

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

მეორე გაგებით, ტერმინი კონსტიტუციური იდენტობა შეეხება თავად კონსტიტუციის, და არა ერის იდენტობას. ნებისმიერ კონსტიტუციას აქვს იდენტობა იმ ძირითადი მახასიათებლებით

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.

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, როგორც ის, მაგალითად, პოლიტიკურ არსს მიიჩნევს.⁷⁷ იდეა, რომ კონსტიტუცია გამოხატავს ხალხის მუდმივ იდენტობას, რომელიც აღემატება სამართლებრივად ორგანიზებულ, პლურალისტურ

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

⁷⁰იხილეთ 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.”).

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

⁷²HANS 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....”).

⁷³იხილეთ VINX, *supra* note 26, 170.

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

⁷⁵იხილეთ 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 („კელზენი 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: : .”).

⁷⁶იხილეთ 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).

⁷⁷იხილეთ Kelsen, *supra* note 71, 31–32, 98. ასევე იხილეთ CALDWELL, *supra* note 71, 119.

პოლიტიკას, ანათემა 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, მოსამართლეთა 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

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.

ფოკუსირებული.⁸⁸ ზუსტად ისევე, როგორც „საერთო“ სასამართლოები მოითხოვენ, ადმინისტრაციული აქტები შეესაბამებოდნენ კანონს, რათა მათი კანონიერება დადგინდეს, საკონსტიტუციო სასამართლო მხოლოდ ადასრულებს 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, როგორცაა „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,

⁸⁸KELSEN & 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.“).

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“).

⁹¹KELSEN & 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, როგორცაა „სამართლიანობა“, „საკონსტიტუციო სასამართლოს მისცემს უფლებამოსილების იმგვარ სისრულეს, რომელიც სრულიად დაუშვებლად უნდა მივიჩნიოთ“). *ასევე იხილეთ* Vinx, *supra* note 26, 164.

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

როგორც „სამართლიანობა“, მათი გადაწყვეტილებები სამართალში მათ კომპეტენციაზე მეტად⁹⁵ ასახავს „შეუზღუდავ დისკრეციას კოლეგიისა, რომლის წევრებიც ... პოლიტიკური თვალსაზრისით, თვითნებურად არიან არჩეულნი“⁹⁶. კელზენი საკონსტიტუციო სასამართლოს განიხილავს, 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,

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 გამოხატულებისგან, რა თქმა უნდა, არ არის კონსტიტუციით გამიზნული და 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 აქტებულს გაუქმების გარანტიას, ტექნიკური თვალსაზრისით, მას არ გააჩნია სამართლებრივი სრული მზობრავი ხასიათი.“). 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, ნაკლოვანად უნდა ჩაითვალოს, და არა არაკონსტიტუციურად ან უკანონოდ).

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

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 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

¹⁰³ *იხილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 69–71. *სხევე 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. *სხევე იხილეთ* Vinx, *supra* note 26, 146–47.

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

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

¹⁰⁷ *იხილეთ* KELSEN, *supra* note 71, 53. *სხევე 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“). *სხევე იხილეთ* VINX, *supra* note 26, 162.

¹¹⁰ KELSEN, *supra* note 71, 64–66.

¹¹¹ KELSEN, *supra* note 71, 64–65.

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 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 მოგუხუჭავთ“.¹¹⁷ ამ კუთხით, კელზენი ხაზს უსვამს, რომ ნაკლებად სავარაუდოა, რომ უმრავლესობის მიერ იმ პროცესის შედეგად არჩეული პრეზიდენტი, რომელიც წარმართება პარტიული პოლიტიკის ზეწოლის შედეგად, განკერძოებული იქნება პარტიული ინტერესთა კონფლიქტისგან.¹¹⁸ სასამართლო, რომლის წევრებიც აირჩვიან 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

¹¹²KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 71. *სხვევით* KELSEN, *supra* note 74, 83; VINX, *supra* note 26, 126–28.

¹¹³*ობილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 216 (აცხადებს, რომ „კონსტიტუციის მცველის“ ფუნქციაა სახელმწიფო აქტების კონსტიტუციურობის კონტროლი.“).

¹¹⁴*ობილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 251. *სხვევით* VINX, *supra* note 26, 160.

¹¹⁵*ობილეთ* 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.“). *სხვევით* 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.“).

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

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

¹¹⁸*ობილეთ* KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 209; CALDWELL, *supra* note 71, 115.

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

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

ევზისტენციალური 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 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,

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

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

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

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

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

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

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

¹²⁷KELSEN, *supra* note 71, 82–84.

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

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, იმავედროულად, 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 გადაწყვეტოს საზოგადოების ეგზისტენციალური იდენტობა. დიდი ალბათობით, კელზენს კარგად ესმოდა, რას გულისხმობდა შმიტი¹³⁰ და მხოლოდ „წყლის ამღვრევა“ სურდა; ცნება „პოლიტიკურის“ მნიშვნელობების გაერთიანებით, მან მიაღწია იმას, რომ შმიტის არგუმენტი რიტორიკულად დამარცხდებოდა, თანაც ისე, რომ მან 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 კიდევ,¹³² დღეს, ამერიკელ მოსამართლეთა და მეცნიერთა შორის, თითქმის სრული კონსენსუსი არსებობს, რომ სასამართლოს სათანადო ფუნქციონირებისთვის, აუცილებელია საზოგადოების მტკიცე მხარდაჭერა, ვინაიდან უზენაეს სასამართლოს (შემდგომში: სასამართლო) პირდაპირი კონტროლი არ აქვს არც „ხმაზე და არც ხაზინაზე“.¹³³ ამდენად, სასამართლოს ლეგიტიმაციის გაგება ჩვეულებრივ მიეხმება ხოლმე საზოგადოებრივ მხარდაჭერას.¹³⁴

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.

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 არისა 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

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 დისკუსიების საწყისი წერტილია, სარწმუნოა, რომ ვივარაუდოთ, ცვლილება სასამართლო ლეგიტიმაციის გაგებაში აისახება ამ ციტატის განხილვისა და გაგების გზებზე. 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 მზობაზე, 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

უზენაესი სასამართლოს მიერ გაწეული სამსახური“. *ობილეთ* 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 *ობილეთ* 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, „აქვს 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.

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

¹⁴⁰ *Id.* 1666.

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

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, რობერტის მიხედვით, მაშინაც კი, თუ სასამართლო ხელისუფლებას არ აქვს კომპეტენცია, აღმასრულებელი ხელისუფლება მაინც მიჰყვება მის გადაწყვეტილებებს, თუ მას ზურგს უმაგრებს საზოგადოების მხარდაჭერა.

რობერტის 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 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

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

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

¹⁴⁴Bush v. Gore, 531 U.S. 98 (2000).

¹⁴⁵Id. 157 (Breyer, J., განსხვავებული მოსაზრება).

¹⁴⁶Id. 157-158 (Breyer, J., განსხვავებული მოსაზრება).

¹⁴⁷Luis Fuentes-Rohwer, *Taking Judicial Legitimacy Seriously*, 93 CHI.-KENT L. REV. 505 (2018).

¹⁴⁸Id. 507.

¹⁴⁹Id. 506. ასევე იხილეთ id. 508 (ციტირებს ფრანკფურტერს 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“).

ლეგიტიმაციაზე საზოგადოების გაზომვადი მხარდაჭერის კუთხით ვერ ვიფიქრებდით. ამ ფაქტს ფუნქციონირების-როდისთვის 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 შეემლო 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 ინსტიტუტი, რომელიც გვთავაზობს განსჯას ეკონომიკური ექსპერტიზის სფეროში და ანგარიშვალდებულები 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

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.

¹⁵³ *იხილეთ, მაგ.*, JOHN T. WOOLLEY, MONETARY POLITICS: THE FEDERAL RESERVE AND THE POLITICS OF MONETARY POLICY 88 (1986) („ფედერალური სარეზერვო სისტემა ექსპერტიზაზე 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.“).

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

1930-იან წლებში საზოგადოებრივი აზრის გამოკითხვის გამოგონებას, 1960-იანი წლებიდან მოწყვა სასამართლოსადმი საზოგადოების მხარდაჭერის რეგულარული გაზომვა. სასამართლოსადმი საზოგადოების მხარდაჭერის თვალყურის დევნების შესაძლებლობა, ამ მხარდაჭერის საჯარო ჩანაწერი - ხშირად გამოქვეყნებული მასმედიის მიერ - და საზოგადოებრივი აზრის გამოკითხვის მეცნიერული მომხიბვლელი სასამართლოსადმი საზოგადოების მხარდაჭერას უფრო „რეალურს“ ხდიდა საზოგადოების წარმოსახვაში. პირველად ისტორიაში შესაძლებელი გახდა სასამართლოს ლეგიტიმურობის განხილვა საზოგადოების მხარდაჭერის თვალსაზრისით. ამ მოვლენებზე დაყრდნობით, გაჩნდა ახალი

¹⁵⁵John 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: : .“).

¹⁵⁶საზოგადოებრივი 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.

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

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 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

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

¹⁶¹*სხევე იბილეო* SCHMITT, *supra* note 44, 30 (განმარტავს, რომ დღეს „ლეგიტიმაციის დომინანტური კონცეფცია, პრინციპში, დემოკრატიულია“).

¹⁶²*იბილეო* CALDWELL, *supra* note 71, 100.

¹⁶³SCHMITT, *supra* note 44, 48. *სხევე იბილეო* MCCORMICK, *supra* note 14, 225.

¹⁶⁴Cf. 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 წმინდა საზოგადოების კოლექტიური ნებისთვის და მაინც, „საერთო კონცეფცია დარჩა სასულიერო: : : რადგან კოლექტიური ნება განიხილებოდა, როგორც მისტიური ერთიანობა, რამაც საზოგადოება ზებუნებრივ წესრიგს დაუკავშირა“).

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 თვალთა 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 მიზამდვით ისეთი აბსტრაქტული ცნებების, როგორცაა „ღირსება“, გადაყვანის მცდელობებს, გაზომვად მეტრიკაზე, როგორცაა „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 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,

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

¹⁶⁶ *ობილეთ* CARL SCHMITT, THE TYRANNY OF VALUES 9–13 (Simona Draghici ed., Simona Draghici trans., 2001). *სხვა ობილეთ* 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 *ობილეთ* SCHMITT, *supra* note 26, 273; SCHMITT, *supra* note 44, 16–17. *სხვა ობილეთ* 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.

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

¹⁷⁰ SCHMITT, *supra* note 44, 16.

¹⁷¹ SCHMITT, *supra* note 51, 28. *სხვა ობილეთ* id. 30, 41; MCCORMICK, *supra* note 14, 241.

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 კიდევ მას. „კონსტიტუციურ თეორიაში“ ის წერდა, რომ „სრულიად შესაძლებელია, რომ ერთ დღეს, მახვილგონივრულ აღმოჩენათა გამოსობით, თითოეულ ადამიანს, სახლიდან გაუსვლელად, აპარატის მეშვეობით შეეძლოს განგრძობად 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

შმიტმა აღიარა, რომ საჯარო თავშეყრის ადგილებში, როგორცაა ქუჩის დემონსტრაციები, ხალხის ნების გამოხატვა „აკლამაციით“ თანამედროვე სახელმწიფოებში აღარ არის მიღებული ფორმა. ამჟამად ხალხის ნება „თავის თავს გამოხატავს როგორც „საზოგადოებრივი

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). *სხვა იხილეთ* SCHMITT, *supra* note 7, 92–95.

¹⁷⁴SCHMITT, *supra* note 25, 274.

¹⁷⁵SCHMITT, *supra* note 25, 274.

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

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

¹⁷⁸SCHMITT, *supra* note 25, 131. *სხვა იხილეთ* DYZENHAUS, *supra* note 21, 52 („შეცდომაა და არადემოკრატიულიც, ვიფიქროთ, რომ ხალხის ნების აღიარება ხდება ინდივიდუალური ფარული კენჭისყრის სისტემის შედეგით. 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 (2016) („ყველა პოლიტიკური ფორმის მიღმა „ხალხის“ ამგვარი ცნების თეორიაზე მნიშვნელოვანი გავლენა ჰქონდა მემარჯვენე ფრთის წარმომადგენელ სამართლებრივ თეორეტიკოსს კარლ შმიტს, ომებს შორის პერიოდში.“).

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 „ართემეტიკულ-სტატისტიკური მეთოდების ფუნქციონალიზმით“ კონსტიტუციურ სამართალში შეჭრაზე.¹⁸⁴ მასობრივი დემოკრატის 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 მიზეზით, გასაკვირი არ არის, რომ გასაზომ საშუალებებთან დაკავშირებით მის პოზიციამში

¹⁸⁰ SCHMITT, *supra* note 25, 131, 246–47, 302–03. *სხვა 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. *სხვა 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. *სხვა 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. *სხვა იხილეთ* SCHEUERMAN, *supra* note 7, 101–02.

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

¹⁹⁰ Cf. SCHMITT, *supra* note 44, 29 („ხალხის ნებასთან კუთვნილება იმდენად გავრცელებულ წინაპირობად იქცა, რომ ის პოლიტიკურად საინტერესო აღარ არის და დავა მხოლოდ მისი იდენტიფიკაციის საშუალებების ირგვლივ მიმდინარეობს.“).

აღმოვაჩინოთ შეუსაბამობები. მიუხედავად ამისა, მრავალი თვალსაზრისით, ტექნოლოგია, რომელიც მიზნად ისახავს მოაგროვოს ხალხის არაორგანიზებული ხმები, შმიტის ეპოქის პლემბისციტებიდან ჩვენს დრომდე საზოგადოებრივი აზრის გამოკითხვამდე განვითარდა. შმიტი თვლიდა, რომ პლემბისციტები 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 პლემბისციტის’ 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 სასამართლოებს დემოკრატიული ლეგიტიმაცია. ამ გზით წყდება

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.

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 ისაუბრებს 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 ფრანკფურტერის განსხვავებული მოსაზრება საქმეში *Baker v. Carr*. მის მოსაზრებაში, ფრანკფურტერი 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, ჰომანის 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 ფრანკფურტერის ციტატაზე *Baker v. Carr*-დან და აღნიშნავს, რომ „ლეგიტიმაცია, მნიშვნელოვანწილად, მიბმულია

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 ფრანკფურტერსა და ბარაკის ბიოგრაფია მსგავსი ელემენტებისგან შედგება და მსგავსი კარიერული გზები აქვთ,²⁰⁶ ბარაკმა გამოხატა მისი ანტიპათია ფრანკფურტერის პერსონისადმი.²⁰⁷ და მაინც, ბარაკმა ფრანკფურტერისგან 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.

საზოგადოების ნდობაზე, ან კონკრეტულ მხარდაჭერაზე, სასამართლოსადმი, როგორც ინსტიტუციისადმი... და კეთილგანწყობის ამ წყაროს გარეშე სასამართლოს გაუჭირდება თავისი ლეგიტიმაციის შენარჩუნება“).

²⁰⁵ *იხილეთ* H CJ 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 იყვნენ სამართლის ახალგაზრდა პროფესორები, რომელთაც კარიერის განმავლობაში ჰქონდათ ძლიერი გავლენა აკადემიაზე; და თავიანთი კარიერის გარკვეულ ეტაპზე ორივეს ჰქონდათ ახლო ურთიერთობა აღმასრულებელი ხელისუფლების ხელმძღვანელთან - ფრანკფურტერს პრეზიდენტ ფრანკლინ დ. რუზველტთან, და ბარაკს პრემიერ-მინისტრ მენახემ ბეგინთან.

²⁰⁷ NOAMI LEVITSKY, *THE SUPREMES: INSIDE THE SUPREME COURT* 150 (2006) („ბარაკი ხშირად ციტირებს ფრანკფურტერს, 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 ფრანკფურტერის ციტატაზე Baker v. Carr-დან და აღნიშნავს „სწორედაც, რომ, მოსამართლეს არც ხმალი აქვს და არც საფულე. ერთადერთი რაც მას გააჩნია, მისადმი საზოგადოებრივი ნდობა“). საინტერესოა, რომ ფრანკფურტერის 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.*, H CJ 4481/91 Bargil v. The Government of Israel 47(4) PD 210, 220 (1993) (Isr.); H CJ 5364/94 Velner v. Chairman of Israeli Labor Party [1995] 49(1) PD 758, 785–86, 826 (1995) (Isr.) [შემდგომში H CJ 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);

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, 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

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

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).

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

²¹⁶H CJ 98/69 *Bergman v. Minister of Finance* 23(1) P.D. 693 (1963) (Isr.).

* ამ შემთხვევაში თითქმის მუდმივი ნორმის სახელით გადმოვითანეთ 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].

²¹⁷ძირითადი 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. 2043–47 (1989); Ruth Gavison, *The Israeli Constitutional Process: Legislative Ambivalence and Judicial Resolute Drive*, 11 REV. CONST. STUD. 345, 368 (2006).

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

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 „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'Hoeka) იდეის ჩართვა დაიწყო. მან ახსნა, რომ „მოსამართლის როლი კონსტიტუციისა და მისი ღირებულებების დაცვა, მათი მოფრთხილება და ხელშეწყობა... 'მოსამართლეები კონსტიტუციის მცველნი არიან'“.²²⁵ მან დასძინა, რომ „სასამართლო შემოწმების მთავარი

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

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 უძღურებას, წინ აღდგომოდა რესპუბლიკის ჩამოშობას); 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“).

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 შმიტის მცველის მსგავსად ასრულებს. შესაძლოა, ეს უფრო ცხადი ბარაკის ნაშრომების პასაჟების გაანალიზების შემდეგ გახდეს, ეს ნაწყვეტები მოგვაგონებს კელზენის ცნობილ პასაჟს ჩადირული 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 დემოკრეტი? „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 სტატუსს ქვოს. მიუხედავად იმისა, რომ ყველა მოსამართლემ მკაცრად გააკრიტიკა ეს შეთანხმება,

მეორე, ბარაკი მიუთითებს გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლოს მაშინდელი გერმანელი თავმჯდომარის ლეკციის 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.

²²⁶BARAK, *supra* note 224, 320–321.

²²⁷Clemens Jabloner, *Hans Kelsen – Introduction*, WEIMAR – A JURISPRUDENCE OF CRISIS 74 (Arthur J. Jacobson & Bernhard Schlink eds., 2000).

²²⁸KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 181.

²²⁹KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 203.

²³⁰იხილეთ KELSEN & SCHMITT, *supra* note 2, 212–13 („იმას, რომ პრეზიდენტი კონსტიტუციის ერთ-ერთი მცველია: :: არავინ უარყოფს.“).

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 ღირებულებებს' ამყარებს (ნაწილი 1A. 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 *Vener*-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,

²³¹H CJ 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.

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

²³³H CJ 5364/94, 793–94, 799.

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.

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

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

²³⁵ H CJ 5364/94, a804.

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 H CJ 142/89 *Laor Movement v. Speaker of the Knesset* 44 (3) PD 529 (1990) (Isr.).

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 მუდმივი 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 ერთ-ერთი მთავარი მიზეზი „სოციალური კონსენსუსის“ 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

²⁴⁰Id. 554.

²⁴¹CA 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: „ვიმედოვნებ, რომ არასოდეს მოგვიწევს ამ საკითხის გადაწყვეტა. ნებისმიერ შემთხვევაში, ჩვენს წინაშე არსებული შუამდგომლობების ფარგლებში ასეთი გადაწყვეტილების მიღება არ არის საჭირო“. HCJ 5364/94, 798.

არაკონსტიტუციური კონსტიტუციური ცვლილებები.²⁴² ბარაკი არამხოლოდ იმაში მიჰყვება 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 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

²⁴² H CJ 6427/02 Movement for Quality of Government in Israel v. The Knesset 61(1) PD 619, 714-17 (2006) (Isr.) [შემდგომში H CJ 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 კანონთ 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)... “); H CJ 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 H CJ 6427/02, § 72–74.

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).

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 მხოლოდ 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

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 გაძლიერების 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 შემოწმებოდა. უმაღლესმა სასამართლომ უარი თქვა ამგვარი განკარგულების მიღებაზე, და მისი საბოლოო

²⁴⁶ED 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 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.

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 გადმოზიარება.

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

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.

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.

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 პრევენციული 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 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

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“).

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“).

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 *Erdog̃an 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 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

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 Kosar, *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 & შედეგებისთვის, *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 *Erdog̃an 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 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>.

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 ამორიცხავს „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

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

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 *ობილეთ* BUNDESVERFASSUNGSGERICHTSGESETZ, ACT ON THE FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT (2018), https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Gesetze/BVerfGG.pdf?jsessionid=017752E8F0215E46B9BD30B8F2AAAF06.2_cid394?_blob=publicationFile&v=10. სხვა მაგალითებისთვის, იხილეთ VON BOGDANDY & VENZKE, *supra* note 248, 20, fn. 94–95.

²⁷⁶ *ობილეთ* 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 *ობილეთ* VON BOGDANDY & VENZKE, *supra* note 248, 20.

²⁷⁸ *ობილეთ* VON BOGDANDY & VENZKE, *supra* note 248, 140.

²⁷⁹ *ობილეთ* VON BOGDANDY & VENZKE, *supra* note 248, 20

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

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

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

²⁸²იხილეთ KAHN, *supra* note 35, 12.

²⁸³იხილეთ 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“.)

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

მაგრამ როგორ შეიძლება გაიზომოს საზოგადოების ნდობა ECtHR-სადმი? არ არსებობს ერთი ქეშმარიტი 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 მისაღება 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. თუმცა,

²⁸⁵Cf. 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 მოვახერხებ ECtHR-ის შესახებ შედარებითი კვლევებისთვის მიმეგნო.“).

²⁸⁷ *იხილეთ* KANSTANTZIN 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 კონსენსუსის 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 მიხედვლების 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.

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 აბრკოლებს 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 გაჰყვებს 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,

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

²⁹³ *obოლოთ* 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 მნიშვნელოვანად) წყვეტენ უფლებებზე მნიშვნელოვან პრეტენზიებს იმ ფაქტორის გათვალისწინებით, რომელსაც არ უნდა ჰქონდეს გავლენა ადამიანის ან კონსტიტუციური უფლებების ფარგლების ან შინაარსის განსაზღვრაში: ესაა საზოგადოებრივი კონსენსუსი.“).

²⁹⁴ *obოლოთ* 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).

როგორც დემოკრატიის დაცვა, როგორც რეჟიმისა, რომელიც განათავსებს ადამიანის უფლებებს მის 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 სასამართლო 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 ბარტესის 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.

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.“).

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 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 გამორჩევათ 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

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

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 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.

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

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 მიმდებლობის მაღალი დონით, მიუხედავად დროდადრო ცალკეული გადაწყვეტილებების ირგვლივ არსებული უთანხმოებისა და კრიტიკისა. მათსადამე, 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.).

