

სულხან-საბა ორბელიანის უნივერსიტეტის
დავით ბატონიშვილის სამართლის ინსტიტუტი

სამართლის მეთოდები

N5, 2021

Legal Methods

Sulkhan-Saba Orbeliani University
Prince David Institute for Law

UDC(უაკ)340

ს-216

რედაქტორები

პროფესორი გიორგი ხუბუა (შთაინბაისის უნივერსიტეტი), პროფესორი დიმიტრი გეგენავა (სულხან-საბა ორბელიანის უნივერსიტეტი), პროფესორი მარიამ ჯიქია (საქართველოს ტექნიკური უნივერსიტეტი), ასოცირებული პროფესორი მალხაზ ნაკაშიძე (ბათუმის შოთა რუსთაველის უნივერსიტეტი), ასოცირებული პროფესორი სერგო ჭელიძე (კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტი), ასოცირებული პროფესორი სოფიო დემეტრაშვილი (საქართველოს ტექნიკური უნივერსიტეტი), ასისტენტ-პროფესორი მარიამ ხოფერია (ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი), ასისტენტ-პროფესორი ზურაბ მაჭარაძე (ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი)

რეცენზენტები

პროფესორი გიორგი გორაძე (სულხან-საბა ორბელიანის უნივერსიტეტი), პროფესორი უშანგი ბახტაძე (სულხან-საბა ორბელიანის უნივერსიტეტი), ასისტენტ-პროფესორი გიორგი მესხი (სულხან-საბა ორბელიანის უნივერსიტეტი), ასისტენტი პაატა ჯავახიშვილი (ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი), ასისტენტი იაკობ ჭეიშვილი (გრიგოლ რობაქიძის სახელობის უნივერსიტეტი)

პორექტურა

ციცინო ხითარიშვილი

ჟურნალი „სამართლის მეთოდები“, N5, 2021

სულხან-საბა ორბელიანის უნივერსიტეტის გამომცემლობა, 2021

EDITORS

Professor Giorgi Khubua (Steinbeis University), Professor Dimitry Gegenava (Sulkhan-Saba Orbeliani University), Professor Mariam Jikia (Georgian Technical University), Associate Professor Malkhaz Nakashidze (Batumi Shota Rustaveli University), Associate Professor Sergo Tchelidze (Caucasus International University), Associate Professor Sophio Demetrashvili (Georgian Technical University), Assistant-Professor Mariam Kheria (Ivane Javakhishvili Tbilisi State University), Assistant-Professor Zurab Matcharadze (Ivane Javakhishvili Tbilisi State University)

REVIEWERS

Professor George Goradze (Sulkhan-Saba Orbeliani University), Professor Ushangi Bakhtadze (Sulkhan-Saba Orbeliani University), Assistant-Professor Giorgi Meskhi (Sulkhan-Saba Orbeliani University), Assistant Paata Javakhishvili (Ivane Javakhishvili Tbilisi State University), Assistant Jacob Cheishvili (Grigol Robakidze University)

COPY EDITOR

Tsitsino Khitarishvili

Journal "Legal Methods", N5 2021

SULKHAN-SABA ORBELIANI UNIVERSITY PRESS, 2021

© ავტორები/Authors, 2021

© სულხან-საბა ორბელიანის უნივერსიტეტი/Sulkhan-Saba Orbeliani University, 2021

ISSN 2449-2795

შინაარსი

სამოსამართლო თვითშეზღუდვის აღმასვლა და დაცემა.....	1
რიჩარდ ა. პოზნერი, ინგლისურიდან თარგმნა ივა ხავთასმა	
THE RISE AND FALL OF JUDICIAL SELF-RESTRAINT	73
Richard A. Posner, Translated by Iva Khavtasi	
საერთაშორისო საჯარო სამართლის ჰარტიანული კონცეფცია ..	75
გიორგი ალადაშვილი	
HARTIAN CONCEPTION OF INTERNATIONAL PUBLIC LAW.....	104
Giorgi Aladashvili	
ისლამური სისხლის სამართლის ზოგიერთი საკითხი	105
ნუგზარ ბარდაველიძე	
SOME QUESTIONS OF ISLAMIC CRIMINAL LAW.....	125
Nugzar Bardavelidze	
დამსაქმებლის ნდობის დაკარგვა, როგორც დასაქმებულის სამსახურიდან გათავისუფლების საფუძველი (რამდენიმე სასამართლო გადაწყვეტილებაზე დაყრდნობით).....	126
სიმონი ტაკაშვილი	
A LOSS OF TRUST AS THE LEGAL GROUND FOR DISMISSAL OF AN EMPLOYEE (BASED ON SEVERAL COURT DECISIONS).....	139
Simoni Takashvili	
გლუვულიან ცეცხლსასროლ იარაღში გასროლილი ობიექტების ბალისტიკური კვლევის შედეგების მტკიცებულებითი ღირებულება	141
გიორგი დინძიბაძე	

THE EVIDENCE VALUE OF BALLISTIC RESEARCH RESULTS OF OBJECT, FIRED IN A SMOOTH-BORE FIREARMS	163
Giorgi Dzindzibadze	
მარბერი მედიცინის წინააღმდეგ: ზონ მარშალის ხელოვნება	164
ლუსუდან დარცმელიძე, ლანა ჩუბინიძე	
MARBURY V. MADISON: THE ART OF JOHN MARSHALL	186
Rusudan Dartsmelidze, Lana Chubinidze	
ხანდაგმულობის ვადა, CONTRA LEGEM ინტერპრეტაცია და ერთი საინტერესო გადაწყვეტილება ქართული სამოქალაქო სამართალწარმოების პრაქტიკიდან	187
ლიკა კობალაძე	
STATUTE OF LIMITATIONS, CONTRA LEGEM INTERPRETATION AND ONE INTERESTING DECISION FROM THE GEORGIAN CIVIL CASE LAW.....	207
Lika Kobaladze	

სამოსამართლო თვითშეზღუდვის აღმასვლა და დასემა*

რიჩარდ ა. პოზნერი

ინგლისურიდან თარგმნა ივა ხავთასმა**

სამოსამართლო თვითშეზღუდვას, ერთხანს მოსამართლეთა და სამართლის პროფესორთა გამაერთიანებელ ყიფინას, ავგვარი დღეები უდგას. მას იშვიათად გამოიყენებენ ანდა მხარს უჭერენ ხოლმე. წინამდებარე ნაშრომი იკვლევს მისი ყველაზე ცნობილი ფორმის აღმასვლასა და დაცემას – საკანონმდებლო ხელისუფლების აქტის ძალადაკარგულად, შესაბამისად, არაკონსტიტუციურად ცნობისგან თავშეკავებას – მხარდაჭერილს „ტაიერის სკოლის“ მიერ, რომელშიც იგულისხმებიან ჯეიმს ბრედლი ტაიერი და სხვა გავლენიანი მოსამართლეები და სამართლის პროფესორები, რომლებიც ტაიერის მიმდევრებად იწოდებიან. ეს ნაშრომი ამტკიცებს, რომ სხვა საკითხებთან ერთად, ამ სკოლის სიძლიერეცა და სისუსტეც იყო გაცხადებული იმ თეორიის არარსებობა, თუ როგორ უნდა გადაწყვეტილიყო საკონსტიტუციო დავა. საკონსტიტუციო თეორიის გაძლიერებამ განსაკუთრებით გაამწვავა მიმართება ტაიერის მტკიცებას, რომ მოსამართლეებმა მხარი უნდა დაუჭირონ ცალკეულ საკანონმდებლო აქტს იქამდე, სანამ მისი ბათილობა ეჭვგარეშე არ იქნება (იშვიათად იქნება ასე) და საკონსტიტუციო თეორიებს შორის, რომელთა თანახმად, შესაძლებელია გაიფანტოს ეჭვი და მოწოდებული იყოს გადამოწმებადი პასუხები ყოველი ცალკეული სადაო შემთხვევისთვის.

შესავალი

გსურთ ისეთი სასამართლო, რომელიც მე-19 საუკუნის ისტორიას გამოიკვლევს და იპოვის მანდატს თავისუფალი კაპიტალიზმის-

* თარგმნილია შემდეგი გამოცემიდან: Richard A. Posner, *The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint*, 100 *California Law Review* 519 (2012).

** სამართლის ბაკალავრი, მაგისტრანტი, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართლებრივი მრჩეველი. orcid.org/0000-0002-7819-6037.

თვის? ხმა მიეცით რესპუბლიკელებს. გსურთ დაანესოთ სოციალური უფლებები დიდი წილი სამოსამართლო ემპათიით? ხმა მიეცით დემოკრატებს. შემდეგ კი ინატრეთ დროული ვაკანტური ადგილები და ისეთი დღეგრძელი მოსამართლეები, რომლებიც გაიზიარებენ თქვენს პოლიტიკურ გემოვნებას. ამასობაში კი კონსტიტუციური უფლებების, როგორც უქცევი პრინციპების, ცნება იცავს ჩვენს თავისუფლებას უმრავლესობის ტირანიისგან, უმაღლეს სასამართლოში რომელ ჯგუფსაც არ უნდა ჩაუვარდეს ხელში ერთხმიანი უმრავლესობა.¹

I. „სამოსამართლო შეზღუდულობის“ ცნების განსაზღვრა

ტერმინი „სამოსამართლო თვითშეზღუდვა“ ქამელეონია. იმ მრავალ მნიშვნელობას შორის, რომლებთანაც იგი მკვლევრებს² დაუკავშირებიათ, სამია უმნიშვნელოვანესი: 1. მოსამართლენი იყენებენ კანონმდებლობას, ისინი არ ქმნიან მას (დავარქვათ ამას „ლეგალიზმი“ – თუმცა „ფორმალიზმი“ მეტად გავრცელებული სახელია – ან უკეთესი იქნება „კანონმა გამაკეთებინა ასე“); 2. მოსამართლეები დიდ ანგარიშს უწევენ ხელისუფლების სხვა პირების გადაწყვეტილებებს – სააპელაციო სასამართლოს მოსამართლეები ანგარიშს უწევენ საქალაქო სასამართლოს მოსამართლეებსა და ადმინისტრაციულ ორგანოებს, ცალკე თითოეული მოსამართლე კი – საკანონმდებლო და აღმასრულებელი ხელისუფლების შტოების გადაწყვეტილებებს (დავარქვათ ამას „მოკრძალება“ ან „ინსტიტუციური კომპეტენცია“, ანდაც „პროცედურული იურისპრუდენცია“); 3. მოსამართლეები განსაკუთრებით ერიდებიან საკანონმდებლო

¹ Stuart Taylor, Jr., *Judicial Factions and the Constitution: None of the Nine Justices Has Shown Much Modesty in Finding Support for His or Her Policy Preferences in the Constitution*, NAT'L J., Mar. 6, 2010, გვ. 1, იხ. http://www.nationaljournal.com/njmagazine/or_20100306_2636.php.

² იხ., John Daley, *Defining Judicial Restraint*, in *JUDICIAL POWER, DEMOCRACY AND LEGAL POSITIVISM* 279 (Tom Campbell & Jeffrey Goldsworthy eds., 2000;); Bradly C. Canon, *A Framework for the Analysis of Judicial Activism*, in *SUPREME COURT ACTIVISM AND RESTRAINT* 385, (Stephen C. Halpern & Charles M. Lamb eds., 1982); STEFANIE A. LINDQUIST & FRANK B. CROSS, *MEASURING JUDICIAL ACTIVISM*, (2009).

ანდა აღმასრულებელი ხელისუფლების აქტების არაკონსტიტუციურად გამოცხადებას – ანგარიშის განევა ზენიტშია მაშინ, როდესაც ქმედების კონსტიტუციურობა დგას კითხვის ნიშნის ქვეშ (ვუნოდოთ ამას „კონსტიტუციური შეზღუდვა“).

მესამე კატეგორია (3) (კონსტიტუციური შეზღუდვა), რომელიც ჩემი კვლევის საგანია, არის მეორე კატეგორიის (2) (მოკრძალება) განშტოება, მაგრამ როგორც პრინციპი განსხვავებულად არის მოტივირებული; მეორე კატეგორია (2) სტიმულირებულია შედარებითი ინსტიტუციური კომპეტენციის ცნებებით, მესამე (3) ხელისუფლების არჩეული შტოებისადმი პატივისცემით, თუმცა აღნიშნული პატივისცემა ზოგჯერ ეფუძნება რწმენას, რომ კანონშემოქმედნი აკეთებენ პოლიტიკას უკეთესად, ვიდრე სასამართლოები, რაც, თავის მხრივ, სასამართლო მოკრძალებულობის ფორმაა. მესამე კატეგორია (3) აგრეთვე განსხვავდება „სამართლებრივი მინიმალიზმისაგან“³, თუმცა მოიცავს მას. მინიმალისტები მხარს უჭერენ დავინროებულ გადაწყვეტილებებსა და ამბიციური თეორიული მსჯელობისგან თავის შეკავებას, ამგვარად, მინიმალიზმი არის სამოსამართლო შეზღუდულობის თვითალიარებული სკოლა. მიუხედავად ამისა, სამართლებრივი მინიმალიზმი არ არის სამოსამართლო შეზღუდულობის იდენტური. მინიმალისტების გაცხადებული მიზანი მოსამართლეთათვის არის, მხარი უქციონ შეცდომებს იმის აღიარებით, რომ მათი ცოდნა შეზღუდულია (მაშასადამე, ისინი უფრო მეტად ალღოს უღებენ თავიანთ ხვედრს, ნაცვლად იმისა, რომ იმოქმედონ თამამად); მათი მიზანი არ არის მიჯნათა ხელახალი ხაზვა სასამართლოსა და ხელისუფლების სხვა შტოთა შორის. ეს თეორიულად, თუმცაღა პრაქტიკაში მინიმალიზმი არის სამოსამართლო აქტივისტის მალული ლტოლვა და მისი სამოსამართლო დღის წესრიგის გამოვლინება.

პირველი (1) (კანონმა გამაკეთებინა ასე) და მესამე (3) (კონსტიტუციური შეზღუდვა) კატეგორიები ძლიერ უპირისპირდებიან ერთმანეთს. კონსტიტუციაც კანონია და მისი გამოყენება შესაძ-

³ შეჯამებული და გაკრიტიკებულია ნაშრომში: Tara Smith, *Reckless Caution: The Perils of Judicial Minimalism*, 5 N.Y.U. J.L. & LIBERTY, 347 (2010).

ლოა შეუთავსებელი იყოს იმგვარ პოლიტიკასთან, რომელიც კანონის ან აღმასრულებელი ხელისუფლების გადაწყვეტილების არაკონსტიტუციურად გამოცხადებისგან თავშეკავებას გულისხმობს. რაც მეტად გჯერა (ან თავს აჩვენებ, რომ გჯერა) პირველი კატეგორიის თვითშეზღუდვის (1), მით ნაკლებ გავლენას მოახდენს შენზე მესამე (3). პირიქითაც სწორია. რაც ნაკლებად იწამებ პირველს (1), მით მეტად გახსნილი იქნები მესამეს მიმართ (3). მართლაც, პირველის (1) უარყოფა აჩენს მესამეს (3) მწვავე საჭიროებას, რათა მოსამართლეების სრულიად უკონტროლო მოქმედებები და მათი რიგით კანონმდებლებად ქცევა არ იყოს ნახალისებული.

ორივე, (2) („მოკრძალება“) და (3) („კონსტიტუციურ შეზღუდვა“), თან დაატარებს შინაგან წინააღმდეგობებს. მოსამართლე შესაძლოა შემდეგი არჩევანის წინაშე დადგეს, – ანგარიში გაუწიოს ერთ სასამართლოს, ადმინისტრაციულ ორგანოს ან ხელისუფლების შტოს და უარყოს მეორეს მორჩილება, შესაბამისად, შეზღუდვის ვექტორი იქნება გაურკვეველი, როგორც ეს ეროვნული უსაფრთხოების შემთხვევაშია, როცა ვერჩეებით დაპირისპირებას პრეზიდენტისა და კონგრესის პრეროგატივებს შორის. კიდევ ერთი მაგალითია: დოქტრინა, რომლის მიხედვით, კანონი ისე უნდა განიმარტოს, რომ თავიდან იქნეს აცილებული კონსტიტუციასთან კონფლიქტი; აღნიშნული ამცირებს არაკონსტიტუციურად გამოცხადებულ ნორმათა რაოდენობას, მაგრამ ამით ასევე იზღუდება საკანონმდებლო მასშტაბი და კანონმდებელთა უფლებამოსილება.⁴

II. ტაიერის მოძღვრება სამოსამართლო შეზღუდულობის შესახებ

ყველაზე უფრო ცნობილ და განვითარებულ კატეგორიას (3) (კონსტიტუციური შეზღუდვა) აქვს მკაფიოდ განსაზღვრული

⁴ მოსამართლე ისტერბრუკი დამაჯერებლად ამტკიცებს, რომ ასეთი მიდგომა დოქტრინულად აქტივისტურია. Frank H. Easterbrook, *Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism?* 73 U. COLO. L. REV. 1401, 1405-09 (2002).

დასაწყისი და დასასრული, შესაბამისად, მეც ჩემს მსჯელობას წარვმართავ მის ოთხმოცდაერთწლიანი ისტორიის ირგვლივ. ამ მოძღვრებას საფუძვლად უდევს ჰარვარდის სამართლის პროფესორ ჯეიმს ბრედლი ტაიერის 1893 წლის სტატია, რომელშიც იგი ამტკიცებდა, რომ ნორმა მხოლოდ მაშინ უნდა ყოფილიყო იურიდიულად გაუქმებული, თუ მისი არაკონსტიტუციურობა იქნებოდა „იმდენად ცალსახა, რომ ამის შესახებ გონივრული ეჭვი არ იარსებებდა“.⁵ (არ ირკვევა, რომ ტაიერი დაინტერესებული ყოფილიყო აღმასრულებელი ხელისუფლების სასამართლო კონტროლით; რა თქმა უნდა, იმ დროისთვის მთავრობა იყო ბევრად სუსტი და მცირე, ვიდრე დღეს). არ ვგულისხმობ იმას, რომ კონსტიტუციური შეზღუდვისადმი ინტერესი უპირობოდ 1893 წელიდან იწყება; იგი ბევრად გვიანდელია, როგორც ლარი კრამერი ხსნის თავის ესეში.⁶ თუმცა ჩემს მსჯელობას ვუთმობ კონსტიტუციური შეზღუდვის მხარდამჭერთა ერთ ჯგუფს, ტაიერის სკოლას (და ჩემი დასათურება მეტისმეტად ფართოა).

ტაიერისეული მოძღვრების სკოლა განსაკუთრებით სწორედ მაშინ განვითარდა, როდესაც არ არსებობდა საარწმუნო თეორიები იმის შესახებ, თუ როგორ უნდა გადაწყვეტილიყო რთული სასამართლო დავა. არსებობა კი რიგ მიზეზთა გამო შეწყვიტა: იგი ეფუძნებოდა მცდარ პოსტულატს სასამართლო თათბირის შესახებ; არ იყო თანმიმდევრული – ტაიერისეული აზრის მიმდევრებს

⁵ James B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 HARV. L. REV. 129, 144 (1893). იხ. Sanford Byron Gabin, *Judicial Review, James Bradley Thayer, and the “Reasonable Doubt” Test*, 3 HASTINGS CONST. L.Q. 961 (1976). (ოდნავ გაფართოებულია მსჯელობა გაბინის პატარა წიგნში, SANFORD BYRON GABIN, *JUDICIAL REVIEW AND THE REASONABLE DOUBT TEST* (1980)), ეს უკანასკნელი, ვფიქრობ, ცნობილი ყველაზე სრულყოფილი ანალიზია ტაიერის მიდგომაზე, მის წარსულსა და რეცეფციაზე. ასევე აღნიშვნის ღირსია EVAN TSEN LEE, *JUDICIAL RESTRAINT IN AMERICA: HOW THE AGELESS WISDOM OF THE FEDERAL COURTS WAS INVENTED* (2011). ასევე იხ., *One Hundred Years of Judicial Review: The Thayer Centennial Symposium*, 88 NW. U. L. REV. 1 (1993).

⁶ Larry Kramer, *Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint*, 100 CALIF. L. REV. 621 (2012).

არ ჩამოუყალიბებიათ აზრთა ერთიანობა; მითითებულ თეორიას არ ჰქონია შეკავების ზღვარი – როგორც კი მას გაიზიარებდი, ველარ შეძლებდი აგეხსნა, თუ რატომ შეიძლებოდა ნორმა ოდესმე გამოცხადებულიყო არაკონსტიტუციურად; საკონსტიტუციო თეორიების განვითარების წინაშე იგი დაუცველი აღმოჩნდა; სასამართლო შეზღუდვის შესახებ ტაიერისეული მოძღვრებისთვის *coup de grâce* აღმოჩნდა უორენის პერიოდის ლიბერალური სასამართლოს მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებათა მთელი წყება და ამ პერიოდის სასამართლოს მოსამართლეთა კონსერვატორი მონაცვლეების უარი, რომ სამართალმემკვიდრეობად შეეთვისებინათ ისეთი ექსტრემალური მიდგომა, რომლის მიხედვითაც, ლიბერალი მოსამართლეები ემიჯნებოდნენ პრეცედენტს და ფართოდ განმარტავდნენ ლიბერალური პოლიტიკური ფრთისთვის მოსაწონ კონსტიტუციურ უფლებებს, ნაცვლად ამისა, უორენის პერიოდის სასამართლოს მოსამართლეთა კონსერვატორმა მონაცვლეებმა *stare decisis* დოქტრინისადმი ერთგულებით „შეინარჩუნეს“ უკვე დაფიქსირებული ლიბერალური პრეცედენტები. თუმცა ტაიერისეული აზრის სკოლას მემკვიდრეობაც დარჩა: პროცესუალური მეთოდები საკონსტიტუციო დავების შესამცირებლად; შეზღუდვის ცნება, როგორც პრაგმატული ყაიმმწყვეტი და ცალკეული შემთხვევებისთვის გასათვალისწინებელი სამოსამართლო შეზღუდულობის მხარდამჭერი საკითხები.

ტაიერის მსჯელობისთვის ცენტრალური იყო განსხვავება მათ შორის, თუ რა არის უბრალოდ არასწორი და რა არის არაგონიერული ან, თუ გნებავთ, მკაფიოდ მცდარი, ანდაც კეთილგონიერების ბოროტად გამოყენება. ეს განსხვავება ასევე უცხო არაა სამართალწარმოების მთელი რიგი კატეგორიებისთვის. მაგალითისთვის, გაიხსენეთ პირველი ინსტანციის მოსამართლეების მიერ ფაქტების დადგენაზე სააპელაციო კონტროლი ან განჩინება მტკიცებულების დასაშვებობის შუამდგომლობაზე დაუკმაყოფილებლობის შესახებ, ანდაც სხვა განჩინებები, მაგალითად, იმის შესახებ, შეიზღუდოს თუ არა მონმეთა რაოდენობა პროცესზე. იმ გადაწყვეტილებებში, რომლებიც ტაიერმა მოიხმო თავისი ფორმულის მხარდასაჭერად (მის მიერ გამოვლენილი ორიგინალურობა

სამოსამართლო შეზღუდულობის მესამე კატეგორიის (3) მხარდამჭერი გაბნეული სამოსამართლო მითითებების ორგანიზება და ცხადყოფა უფრო იყო, ვიდრე მათი გამოგონება), მოსამართლეები იმდენად შორს მიდიოდნენ, რომ, მათი თქმით, კანონი მხოლოდ მაშინ უნდა ყოფილიყო ძალადაკარგულად გამოცხადებული, თუ მისი არაკონსტიტუციურობა იქნებოდა აშკარა „გონივრულ ეჭვს მიღმა“,⁷ რაც უფრო მკაცრი სტანდარტია, ვიდრე მკაფიო შეცდომა ან არაგონივრულობა.

ტაიერის შეფასების ტესტი „არ არსებობდეს გონივრული ეჭვი“ (ან სხვა სიტყვებით რომ ითქვას, არაგონივრული განსხვავებით, უბრალოდ ნავარაუდები მცდარისგან), რომელიც მან განავითარა ნაფიც მსაჯულთა ვერდიქტის მიხედვით მიღებული გადაწყვეტილების გადასინჯვის სტანდარტიდან,⁸ მიუთითებს პირველი (1) და მესამე (3) კატეგორიების თვითშეზღუდვას შორის არსებულ დაძაბულობაზე. მოსამართლეებს, რომლებიც კანონს მიიჩნევდნენ არაკონსტიტუციურად, მაგრამ არ იყვნენ თავიანთ სისწორეში დარწმუნებულნი, ტაიერის ფორმულა ავალდებულებდათ კანონისთვის მხარდაჭერას და ეს იქნებოდა ისეთი ნორმისთვის მხარდაჭერა, რომლის არაკანონიერებასაც ისინი არა უეჭველად, თუმცა იაზრებდნენ⁹. პირველი კატეგორიის (1) (კანონმა გამაკეთებინა ასე) შეზღუდვის მხარდამჭერები, დაგმობდნენ ნორმას იმ თვითრწმენით, რომ მათი მოვალეობა იყო კანონის ისე შეფასება, როგორც მათ ესმოდათ ეს, მაშინაც კი, როდესაც თავიანთი მიხვედ-

⁷ მაგალითისთვის იხ., შენიშვნა ნაშრომში: THOMAS M. COOLEY, TREATISE ON THE CONSTITUTIONAL LIMITATION WHICH REST UPON THE LEGISLATIVE POWER OF THE STATES OF THE AMERICAN UNION, 182, nn. 2-3, (1868).

⁸ JAY HOOK, A BRIEF LIFE OF JAMES BRADLEY THAYER, 88 NW. U. L.REV. 1, 5 (1993).

⁹ ტაიერი პირდაპირი იყო: მოსამართლეებს არ უნდა შეძლებოდათ ნორმისთვის იურიდიული ძალის წართმევა „მხოლოდ იმიტომ, რომ იგი სამართლიანი და ზუსტი განმარტებით ანტიკონსტიტუციურად მიიჩნეოდა.“ მათ ასე მოქმედება უნდა შეძლებოდათ მხოლოდ მაშინ „თუკი კანონმდებლები არა მარტო უბრალოდ შეცდნენ, არამედ აშკარა შეცდომა დაუშვეს“, Thayer, *supra* 5, გვ. 144.

რილობის შესაძლო არასრულყოფილებას აცნობიერებდნენ. თუკი ისინი ეჭვს მისცემდნენ საშუალებას, შეეცვალა მათი გადაწყვეტილება, დაუშვებდნენ მეტაკანონიერის (სულ მცირე ამ სიტყვის ვიწრო გაგებით) გავლენას სამოსამართლო შედეგზე.

სხვა მეცნიერებისა და მოსამართლეების მთელი რიგი ყოფილა სკეპტიკურად განწყობილი სასამართლო კომპეტენციის (როგორც ლეგიტიმურობის, ისე უნარიანობის ასპექტში) მიმართ, გადაენწყვიტა რთული თუ ცვლილებების გამომწვევი შემთხვევები, თუმცა მათ შთაგონება ტაიერის მოძღვრებაში არ უძებნიათ. ზოგიერთი მათგანი ფიქრობს, რომ კანონშემოქმედნი იმდენად უმჯობესნი არიან პოლიტიკის კეთებისას, სასამართლოებთან შედარებით, რომ მოსამართლეებმა ეს სფერო სრულიად უნდა მიანდონ მათ – ეს არის სრული ანგარიშის განევის პოზიცია, რომელიც ტაიერის პრინციპებს სცდება. ერთი გამომწვევსახელშერქმეული ნაშრომი, რომელსაც სათაურში „ტაიერისეული“ ურევია, მაგრამ სულისკვეთებით ასეთი არ არის, მხარს უჭერს კონგრესის ინსტიტუციურ ტრანსფორმაციას, რათა ამ უკანასკნელმა შეძლოს ეფექტური საქმიანობა, რამაც შესაძლოა თავიდან აგვაცილოს სასამართლო ხელისუფლების მიერ განმეორებითი კონტროლის საჭიროება¹⁰. თუმცა, როგორც სტატიაში აღინიშნება, თავად ტაიერს არ უმსჯელია ინსტიტუციურ მონყობაზე. არც ტაიერის იმ მიმდევრებს, რომლებსაც ვახსენებ; მათთვის, როგორც ჩანს, მისაღები იყო ის, როგორადაც საკანონმდებლო ხელისუფლება იყო დაფუძნებული, თუმცა თავად კანონმდებლების როლი არ ყოფილა აუცილებლად დამაკმაყოფილებელი (ბიკელის მოძღვრების მიმდევარი ტაიერისგან განსხვავდება, ამაზე უფრო ვრცლად შემდეგ ქვეთავში).

სასამართლო ხელისუფლების კომპეტენციის სკეპტიკოსები ხშირად მკაცრი ინტერპრეტატორები არიან, რაც გულისხმობს კანონის სემანტიკასთან ახლოს მიყოლა-მიდევნებას.¹¹ ისინი არიან

¹⁰ Elizabeth Garrett & Adrian Vermeule, *Institutional Design of a Thayerian Congress*, 50 DUKE L.J. 1277, (2001). პროფესორი ვერმიული ტაიერის ერეტიკოსი მიმდევარია, რაზეც ქვემოთ მეხუთე ნაწილშია მიმოხილვა.

¹¹ იხ., ADRIAN VERMEULE, *JUDGING UNDER UNCERTAINTY: AN INSTITUTIONAL THEORY OF LEGAL INTERPRETATION*, 57-59, (2006),

პირველი კატეგორიის (1) შეზღუდვის მხარდამჭერები, რომლებიც თავიანთ როლს განსაზღვრავენ ისე, რომ საშუალება ეძლევათ, გამოიყენონ კანონი თავდაჯერებულად („უბრალო მნიშვნელობა“). ეს დამახასიათებელი ნიშანი ტაიერის მიმდევრებისთვის უცხოა; ისინი, როგორც ჩვენ დავინახავთ, უფრო თავისუფალი ინტერპრეტატორები იყვნენ; და არა უსათუოდ მოკრძალებულნი. მათი აქცენტი არ ყოფილა მოსამართლეთა უუნარობაზე, გაეაზრებინათ რთული შემთხვევები და გამოექბნათ სამართლებრივი დაცვის ეფექტური საშუალება, არამედ საკანონმდებლო ხელისუფლების უმჯობეს კომპეტენციაზე, რაც გულისხმობს ლეგიტიმურობას ან კვალიფიკაციას, ან ორივეს ერთად, წარემართათ კანონშემოქმედების პროცესი თავისუფლად.

ტაიერმა რამდენიმე არგუმენტი წამოაყენა სამოსამართლო შეზღუდვის შესახებ თავისი კონცეფციის მხარდასაჭერად. პირველი, სასამართლოსთვის უფლებამოსილების მინიჭება, ძალადაკარგულად გამოეცხადებინა საკანონმდებლო ხელისუფლების მიერ დადგენილი კანონები, ამერიკული ნოვაცია იყო მცირე საფუძვლით კონსტიტუციის ტექსტში, რაც ტაიერის ეპოქაში, ჯერ კიდევ სადაო საკითხად რჩებოდა. აღნიშნული გარემოება იყო „გონივრული შეზღუდულობის“ გამართლება; სასამართლოებს ფრთხილად უნდა ემოქმედათ ხელისუფლების სხვა შტოებთან უშუალო კონტაქტისას.

მეორე, ხშირად ნორმა წლობით მოქმედებს მანამ, სანამ სასამართლო არ განიხილავს შემთხვევას, რომელშიც მისი კონსტიტუციურობა დგას კითხვის ნიშნის ქვეშ ან პროცედურულად დასაშვები იქნება, რომ კანონი სასამართლო წესით განიხილებოდეს. ტაიერის მსჯელობით, აღნიშნული გულისხმობდა, რომ საკანონმდებლო ორგანოს დამოუკიდებლადაც უნდა ემსჯელა კონსტიტუციასთან დაკავშირებით – განსაკუთრებით კი ფედერალურ საკანონმდებლო ხელისუფლებას, რადგან ფედერალური სასამართლოები არ გასცემენ საკონსულტაციო დასკვნებს – და შესა-

განხილულია ნაშრომში: RICHARD A. POSNER, HOW JUDGES THINK, 214-16, (2008).

ბამისად, კონგრესს თავად უნდა გადაეწყვიტა, იყო თუ არა კანონი, რომლის მიღებასაც აპირებდა, კონსტიტუციური (მან ეს არგუმენტი კონსტიტუციის VI მუხლის, მესამე წინადადებაზე მითითებით გაამყარა, რომელიც კონგრესის წევრს ავალდებულებს, დადოს ფიცი, რომ დაიცავს კონსტიტუციას). ამდენად, კონგრესი არის კვაზი-საკონსტიტუციო სასამართლო. ამ ასპექტში ინგლისი იმდენად შორს წავიდა, რომ პარლამენტი ეროვნულ უმაღლეს სასამართლოდ მიიჩნეოდა – პარლამენტის აქტს ჰქონდა საკონსტიტუციო შესწორების ძალა¹². ტაიერიც მხარს უჭერდა ინგლისური მიდგომის მოდიფიცირებულ ვარიანტს.

მესამე, ხელისუფლების სხვადასხვა შტოსთან დაკავშირებული დავები არის პოლიტიკისგან განუყოფელი და შესაბამისად, სასამართლოებს აქვთ პოლიტიკური და არა მხოლოდ სამართლებრივი კრიტერიუმების გამოყენების ძალაუნებური საჭიროება მათზე პასუხების გასაცემად, ტაიერი ფიქრობდა, რომ ასეთი სტანდარტი ზოგადად ხელს შეუწყობდა თვითშეზღუდვას.¹³

მეოთხე და ყველაზე მნიშვნელოვანი (თავის მხრივ, ნაგულისხმევი პირველი ორი არგუმენტით), თუ სასამართლოები საკონსტიტუციო კონტროლის განხორციელებისას რადიკალურები იქნებოდნენ, კანონშემოქმედნი შეწყვეტდნენ განსახილველი კანონმდებლობის კონსტიტუციურობის გააზრებას და იფიქრებდნენ მხოლოდ იმაზე, თუ როგორი იქნებოდა სასამართლოთა რეაქცია მათზე. საკანონმდებლო ხელისუფლების თათბირი შესუსტდებოდა და გახდებოდა უმნიშვნელო: „კონსტიტუციაში განერილი აკრძალვებით საკანონმდებლო უფლებამოსილების შეკავება და შეზღუდვა ვერ განხორციელდება ხელისუფლების შესუსტებისა და არაქმედითუნარიანად გახდომის გარეშე.... ვერცერთ სისტემაში შეძლებს სასამართლოთა ძალაუფლება ხალხის განადგურებისგან ხსნას; ჩვენი უმთავრესი მფარველი სხვაგან უნდა ვეძებოთ“¹⁴. ან როგორც მან შემდეგ აღნიშნა, „ამ მოცულობითი საქმიანობის [კა-

¹² იხ., PHILIP HAMBURGER, LAW AND JUDICIAL DUTY, 54-237 (2008).

¹³ Thayer supra 5, გვ. 135.

¹⁴ იქვე, გვ. 156.

ნონმდებლობის სასამართლო კონტროლი] განსახორციელებლად გავრცელებული, სამწუხაროდ, დღეს ძალიან ხშირიც კი, და მარტივი საშუალების მიდრეკილებაა, მინიმუმამდე დაიყვანოს ხალხის პოლიტიკური უნარიანობა და მოაკვდინოს ამ უკანასკნელის მორალურ ვალდებულებად გააზრება. რაც ვერ იქნება უბრალო საქმე“¹⁵. ეს შეგვიძლია შევადაროთ საქმის არსებითად განმხილველი სასამართლოს მიერ გამოკველული მტკიცებულებების სააპელაციო წესით სუსტი (მინდობითი) კონტროლის ტრადიციულ არგუმენტს: მოსამართლეებს ასტიმულირებს, რომ იყვნენ მეტად გონიერნი. ანალოგია არასრულყოფილია იმდენად, რამდენადაც საქმის არსებითად განმხილველი სასამართლოს მიერ დადგენილ წმინდად იურიდიულ საკითხებზე სააპელაციო კონტროლი შეუზღუდავია.¹⁶

¹⁵ James Bradley Thayer, John Marshall, in JAMES BRADLEY THAYER, OLIVER WENDELL HOLMES, AND FELIX FRANKFURTER ON JOHN MARSHAL 3, 86, 1967. [შემდეგში მოხსენიებული – THAYER, HOLMES & FRANKFURTER ON JOHN MARSHALL].

¹⁶ ტაიერის თეორიის მშვენიერ შეჯამებას შეხვდებით ნაშრომში Evan Lee, *Judicial Restraint in America*:

„სასამართლო თავისი გადაწყვეტილებებით არ უნდა ანაცვლებდეს საკანონმდებლო ხელისუფლებას, რომელსაც შეუძლია გაუმკლავდეს პოლიტიკის ფართო სპექტრის საკითხებს და უზრუნველყოს „ხელისუფლების მასშტაბური, კომპლექსური და ყოვლისმომცველი საჭიროებები“. უფრო მეტიც, სასამართლოს მიერ წინდაუხედავმა კონტროლმა მოქალაქეებისა და მათ მიერ არჩეული წარმომადგენლების აზროვნება ინდიფერენტული გახადა. იმის ნაცვლად, რომ მათ განსახილველი კანონმდებლობის სასამართლიანობასა და სასურველობაზე ეფიქრათ, ისინი ლეგალურობის საკითხმა შეიპყრო. რაც კიდევ უფრო ცუდია, ასეთმა კონტროლმა კანონმდებლები ცინიზმით განმსჭვალა – მათ მიეცათ თავისუფალი ნება, დემაგოგიური განზრახვებით მიეღოთ არაკონსტიტუციური კანონები და დარწმუნებულები ყოფილიყვნენ, რომ სასამართლო ასეთ კანონებს მაინც გააუქმებდა. არსობრივად სასამართლო კონტროლი აუცილებელია, რადგან კონგრესს არ უნდა შეეძლოს თანასწორი სახელისუფლებო შტოს, სასამართლოს იძულება, აღასრულოს ისეთი კანონმდებლობა, რომელიც არაკონსტიტუციურია... მაგრამ... სასამართლო კონტროლის გავრცელება უნდა შეზღუდულიყო უადრესად აღმაშფოთებელი შემთხვევებისთვის.“
LEE, *supra* 5, გვ. 56 (შენიშვნები გამოტოვებულია). გაითვალისწინეთ, ტაიერს არგუმენტად არ გამოუყენებია ის, რომ კანონმდებლობის სასა-

ჯეიმს ბრედლი ტაიერს საკანონმდებლო ხელისუფლების თათბირი ძალზე ღირებულად ესახებოდა, შესაბამისად, სასამართლოებს ანგარიში უნდა გაენიათ აღნიშნული თათბირის რეზულტატებისთვის.¹⁷ აქ ორი ერთმანეთისგან განსხვავებული საკითხია: ვინმე შეიძლება ფიქრობდეს, რომ კანონშემოქმედნი კარგად ართმევენ თავს თავიანთ საქმეს და არ უნდა იყვნენ მჭიდროდ შებოჭილნი სასამართლოების მიერ, და პარალელურად არ ფიქრობდეს, რომ მათი თათბირი ინიცირებული ნორმის კონსტიტუციურობის შესახებ სანდო და ორიგინალური ფორმისაა. ტაიერს ორივე ამ საკითხისა სჯეროდა. ორივე ეს რწმენა-წარმოდგენა, როგორც გამოჩნდა, მცდარია ან სუსტად მხარდაჭერილი მაინც (ამაზე უფრო მეტი მოგვიანებით). მოკლედ რომ ვთქვათ, ტაიერისეული მოძღვრება მყიფე საფუძვლიდან განვითარდა.

III. ტაიერის მემკვიდრეები

ტაიერის ყველაზე თანადროული და სახელოვანი მემკვიდრე იყო ჰოლმსი, რომელსაც გარკვეული დროის განმავლობაში პრაქტიკული პროფესიული ურთიერთობაც კი ჰქონდა ტაიერთან. მოგვიანებით ბრანდაისი (ტაიერის ყოფილი სტუდენტი), შემდეგ ფრანკფურტერი (ორივეს, ჰოლმსისა და ბრანდაისის, თანაშემწე და ტაიერისეული თვითშეზღუდვის ყველაზე ემპათიკური ინტერპრე-

მართლო კონტროლი იმიტომაცაა ანომალური, რომ მოსამართლეები, კანონმდებლებისგან განსხვავებით, არ გამოხატავენ სახალხო ნებას, რაც შემდეგში ბიკელისა და სხვების ხელში სამოსამართლო შეზღუდვის პლატფორმისთვის ცალკეულ პროგრამულ პუნქტად იქცა. ამ ძალიან სუსტი არგუმენტის სანიხააღმდეგოდ მოკლედ შეიძლება ითქვას, რომ „კონსტიტუცია გაჟღენთილია როგორც მაჟორიტარული, ისე მინორიტარული ელემენტებით და არ იძლევა არანაირ მითითებას, რომ მისით განმტკიცებული ინსტიტუტებიდან რომელიმე ანომალიურია“. David Luban, *Justice Holmes and the Metaphysics of Judicial Restraint*, 44 DUKE L.J. 449, 457–58, (1994).

¹⁷ ტაიერის სტატიის „პრო-ლეგისლატიური“ ასპექტი განხილულია ნაშრომში Robin West, *The Aspirational Constitution*, 88 NW. U. L.REV. 241, (1993).

ტატორი.¹⁸) და ბოლოს ალექსანდრ ბიკელი (ფრანკფურტერის ყოფილი კლერკი და თანაშემწე). ამ მიმდევრობაში სხვებიც არიან, მაგრამ ესენი იყვნენ მთავარი პერსონები,¹⁹ რომელთა მიმოხილვა რაღაც მოცულობით მაინც აუცილებელია.

A. ჰოლმსი (1902-1932)

პირად მიმონერაში ჰოლმსი მიუთითებდა, რომ სასამართლო შეზღუდვის მისეული გაგება გამომდინარეობდა ტაიერისეული მოძღვრებისგან და მისი იდენტური იყო.²⁰ და მართლაც, იგი იყენებდა ტაიერის ფორმულას (გონივრულობის ტესტს) დასაბუთებულ სამოსამართლო აზრებში; ამის მაგალითს მოგვიანებით მოგანვლით. თუმცა იგი არ ეთანხმებოდა ტაიერის წინამძღვრებს. იგი პატივისცემით არ ყოფილა გამსჭვალული კანონშემოქმედთა, ანდაც მათ მიერ შეთხზული „ლიბერალური“ კანონების მიმართ, როგორებიც იყო ანტიმონოპოლიური ან ბიზნესის მარეგულირებელი სხვა კანონები. ის არ მიიჩნევდა, რომ კანონმდებლებს ჰქონდათ იმის პოტენციალი, ყოფილიყვნენ კონსტიტუციის გულისხმიერი ინტერპრეტატორები. მეტიც, ფიქრობდა, რომ კანონშემოქმედნი სწორხაზოვნად საერთოდ არ აზროვნებდნენ. კანონმდებლობა იყო ლაკმუსის ქალაქი, რომელიც საზოგადოებაში პოლიტიკური ძალაუფლების ბალანსს ამჟღავნებდა. ტაიერს პოლიტიკური მსჯელობები გარდაუვალად მიაჩნდა მაშინ, როდესაც სასამართლო საკონსტიტუციო სადავო საკითხებს განიხილავდა, მაგრამ მას ასევე მიაჩნდა, რომ მოსამართლეებს მსგავსი პოლიტიკური მსჯელობები უბიძგებდათ, მხარი დაეჭირათ ისეთი კანონებისთვისაც, რომელთა არაკონსტიტუციურობაში ისინი თითქმის დარწმუნებულები იყვნენ. აღნიშნულის საპირისპირო იყო ჰოლმსის მსჯელობა; მას მიაჩნდა, რომ მოსამართლეები, რომლე-

¹⁸ მაგალითისთვის იხ., *West Virginia v. Barnette*, 319 U.S. 624, 667-70, (1943), (ფრანკფურტერის განსხვავებული აზრი).

¹⁹ იხ., David Luban, *supra* 16, გვ. 451.

²⁰ იხ., Letter from Oliver W. Holmes to James B. Thayer (Nov. 2, 1893), დაბეჭდილი ნაშრომში David Luban, *supra* 16, გვ. 462, 34-ე შენიშვნა.

ბიც პოლიტიკურ მასშტაბებში აზროვნებდნენ, ტენდენციურები იქნებოდნენ, სადავო ნორმა გაეუქმებინათ, თუკი მათი პოლიტიკური იდეოლოგია საკანონმდებლო ხელისუფლების იდეოლოგიისგან განსხვავებული იქნებოდა.

მასაჩუსეტსის უმაღლეს სასამართლოში ჰოლმსის განსხვავებული აზრები იმ გადაწყვეტილებებზე, რომლებითაც მხარი დაეჭირა პროფესიული კავშირების უფლებებს²¹ და მოგვიანებით, ამერიკის უმაღლეს სასამართლოში მისი უფრო ცნობილი განსხვავებული აზრები იმ გადაწყვეტილებებზე, რომლებითაც ძალადაკარგულად ცნეს სოციალური უზრუნველყოფის შესახებ კანონები „ხელშეკრულების თავისუფლებაზე“ აპელირებით²², მიიჩნევა ზოგადად სამოსამართლო თვითშეზღუდვის აპოგეად, თუ გავითვალისწინებთ იმ ცინიკურ შენიშვნებს, რომლებსაც ჰოლმსი ასეთ კანონმდებლობაზე აკეთებდა ხოლმე პირად მიმონერაში. იგი მიუთითებდა, რომ ჯეროვანი სასამართლოს როლის მისეული კონცეფცია აიძულებდა, მხარი დაეჭირა ისეთი კანონმდებლობისთვის, რომელიც ეზიზღებოდა. თუმცა მე სკეპტიკურად ვარ განწყობილი. საკონსტიტუციო დავებში იგი შორს იდგა ერთფეროვანი სამოსამართლო შეზღუდვისგან – გაიხსენეთ სიტყვის თავისუფლების ან ჰაბეას კორპუსის შესახებ დასაბუთებული აზრები²³ და განსხვავებული აზრი სატელეფონო საუბრების მოსმენის საქმეზე.²⁴ მიუხედავად იმისა, რომ მითითებული მოსაზრებები არ არის გულდას-

²¹ იხ., ჰოლმსის განსხვავებული აზრები საქმეებზე: *Plant v. Woods*, 57 N.E.1011, 1015-16 (Mass. 1900); *Vegetahn v. Gunter*, 44 N.E. 1077, 1079-82 (Mass. 1896), და *Commonwealth v. Perry*, 28 N.E. 1126, 1127-28 (Mass. 1891).

²² მაგალითისთვის იხ., მისი განსხვავებული აზრები საქმეებზე: *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 75 (1905), და *Adkins v. Children's Hospital*, 261 U.S. 525, 568-69 (1923).

²³ მაგალითისთვის სიტყვის თავისუფლების შესახებ იხ., მისი განსხვავებული აზრები საქმეებზე: *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 624-31 (1919) და *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 672-73 (1925). იხ. ჰაბეას კორპუსის შესახებ მის მიერ დაწერილი უმრავლესობის მოტივირებული აზრი საქმეზე *Moore v. Dempsey*, 261 U.S. 86 (1923), და ჰოლმსის განსხვავებული აზრი საქმეზე *Frank v. Mangum*, 237 U.S. 309, 345-50 (1915).

²⁴ იხ., *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 470 (1928).

მით დასაბუთებული, ჰოლმსისთვის განსაკუთრებით მიუღებელ სამთავრობო მოქმედებებზე მძაფრ რეაქციას ასახავს.

უფრო მნიშვნელოვანია, „კანონმა გამაკეთებინა ასე“ რიტორიკის კრიტიკა, რომელიც მიმოხეულია პირადი მიმოხერაში და რთულად აღქმადს ხდის დარვინიზმს, ასე გაცხადებულს სიტყვის თავისუფლების შესახებ მის განსხვავებულ აზრებსა²⁵ და გადანყვეტილებაში – *Buck v. Bell* („იმბეცილთა სამი თაობა საკმარისია“²⁶). ჰოლმსისთვის პოლიტიკური ბრძოლა თითქმის ბუნებრივი გადარჩევის ანალოგიური იყო – მისი საილუსტრაციო მაგალითიც კი. ყველაზე ძლიერი იმარჯვებს. არა იმიტომ, რომ მათ უეჭველად დაიმსახურეს გამარჯვება, თუმცა ჰოლმსს სურდა „იმბეცილთა“ მარცხი იმ გაგებით, რომ არ შესძლებოდათ კვლავწარმოება და იგი სრულიად აცნობიერებდა დარვინისტული სოციალური ბრძოლის დამახასიათებელ ნიშანს.²⁷ დარვინიზმი არის თეორია არა განვითარების, არამედ შეგუების შესახებ. სასამართლოს ბრძნული თუ უგუნური გადანყვეტილებები, რომლებიც იურიდიულ ძალას უკარგავენ თანამედროვე ლიბერალურ კანონმდებლობას, ნებისმიერ შემთხვევაში უბრალოდ აყოვნებენ გარდაუვალის დადგომას. „მტკიცე ნორმის უპირველესი მოთხოვნა არის, რომ იგი უნდა პასუხობდეს საზოგადოების რეალურ გრძნობებსა და საჭიროებებს, ჭეშმარიტსა თუ მცდარს.“²⁸ ასე რომ, მოსამართლეები უნდა ჩამოშორდნენ დაპირისპირებას გაერთიანებებსა და დამსაქმებლებს, სოციალისტებსა და კაპიტალისტებს შორის, იმის მიუხედავად, თუ

²⁵ იხ., Vincent Blasi, *Holmes and the Marketplace of Ideas*, 2004 SUP.CT.REV.1.

²⁶ 274 U.S. 200, 207 (1927).

²⁷ [ჰოლმსს] სწამდა, რომ საზოგადოებაში არსებული გავლენიანი იმპულსებისადმი პატივისცემა, თუკი ამას ჩვენ თავზე გამოვცდიდით, ცხოვრების სასიამოვნო ნაწილი გახდებოდა, როგორცაა, მაგალითად, სავალდებულო სამსახური. სულის სიღრმეში, საზოგადოებაში არსებულ დომინანტურ ტენდენციებს ვაღიარებთ, რადგან ასეთ შემთხვევაში, ჩვენ გულისწადილებს რაიმე რწმუნებულება არ სჭირდება და იმასაც შევიგრძნობთ, რომ მათ გამართლებას ვერც აღმოვაჩენდით“. David Luban, *supra* 16, გვ. 507.

²⁸ O.W. HOLMES, JR., *THE COMMON LAW* 41 (1881).

რომელი მხარის გამარჯვება სურთ მათ (ტაიერმა გაიზიარა პოლმსის ნუხილი – ხაზგასმით აღნიშნული პოლმსის ესეში – „სამართლის გზა“, რომელიც გამოქვეყნდა ტაიერის სტატიის გამოცემიდან ოთხ წელში – გამონეული თავისი დროის მოსამართლეების მიდრეკილებით, განემართათ კონსტიტუცია ისე, რომ აღეკვეთათ „სოციალისტური“ გამოვლინებები²⁹). დემოკრატიული პოლიტიკური პროცესი უბრალოდ ცივილიზებული (რადგან არაძალადობრივია) მეთოდია საზოგადოებაში ერთმანეთის მოწინააღმდეგე ძალების ფარდობითობის წარმოსაჩენად – სამოქალაქო ომის ნაცვლად, ისევე, როგორც დავის მხარეებს შორის შეთანხმება შეიძლება იყოს სასამართლო პროცესის ალტერნატივა.

„ყველაფერი, რისი მოლოდინიც შეიძლება თანამედროვე განვითარების კვალდაკვალ გვექონდეს, არის ის, რომ კანონმდებლობა მარტივად და სწრაფად, თუმცა არა ძალიან, უნდა გარდაიქმნებოდეს საზოგადოებაში არსებული *de facto* უზენაესი ძალის ნებელობის შესაბამისად.... უფრო მძლავრი ინტერესები მეტად თუ

²⁹ იხ., HOOK, *supra* 8, გვ. 7. ამ ტენდენციის ყველაზე ექსტრემალური გამოხატულებაა მოსამართლე ბრიუერის სიტყვა, გამოქვეყნებული იმავე წელს, როცა გამოქვეყნდა ტაიერის სტატია. აღნიშნულ სიტყვაში ბრიუერი მიუთითებს:

„განვადიდებ, როგორც ძველთაგან მოციქულნი, ჩემს სასამართლო მოვალეობას და მტკიცედ ვარ დარწმუნებული, რომ ერის ხსნა, ხალხთათვის და ხალხის მიერ ხელისუფლების უწყვეტობა დამოკიდებულია თავისუფალ და გამბედავ სასამართლოზე. სახალხო ემოციური ზვირთების შესაკავებლად, მრავალთა ხარბი ხელების ასალაგმავად, რომლებიც ჰპარავენ მცირედს იმას, რაც პატიოსნად შეუგროვებია და ყოველი ადამიანის, მდიდრისა თუ უქონლის, საკუთრებისა და მფლობელობის დასაცავად სასიცოცხლო მართლმსაჯულების ორგანო, რომელიც იქნება იმდენად მტკიცე, რამდენადაც ადამიანის დამოუკიდებელ მოქმედებას ხელნიფების და თავისუფალი სხვათა გავლენებისა თუ სხვა ქარაგმებისგან, გარდა სამართლიანობის იდეისა, რამდენადაც ადამიანის უძლურ ბუნებას ძალუძს ეს. ამ განზრახვით არსებობს სასამართლოები, დაე, არცერთ მოსამართლეს ზღუდავდეს პოლიტიკური ხელისუფლება და კეთილსინდისიერების პირობებში არ ჰქონდეთ თანამდებობის ანდა ანაზღაურების დაკარგვის ნუხილი.“

David J. Brewer, *An Independent Judiciary as the Salvation of the Nation*, PROC. N.Y. STATE B. ASS'N 37, 47 (1893).

ნაკლებად უნდა აისახებოდეს კანონმდებლობაში; რომელიც, მსგავსად კაცთა ან მხეტთა სხვა მექანიზმებისა, საბოლოოდ ხელს უნდა უწყობდეს ყველაზე მეტად ადაპტირებულის გადარჩენას.³⁰

ჰოლმსის, ტაიერისგან განსხვავებული, დარვინისტული კანონმდებლობის კონცეფცია³¹ საუკეთესოდ ხსნის მის თვითშეზღუდვას იმ საქმეთა ფარგლებში, რომლებიც მოიცავდა ჯეროვანი სამართლებრივი პროცედურის დათქმას.

B. ბრანდაისი (1916-1939)

ბრანდაისი, რომელსაც ხშირად ჰოლმსთან ერთად განიხილავდნენ, განსხვავდებოდა მისგან და ნაკლებად ჰგავდა ტაიერს. ჰოლმსის მსგავსად, ისიც სამართლებრივი რეალისტი იყო *avant la lettre*; თუმცა მისგან განსხვავებით, თავიდან ფეხებამდე პოლიტიკური – ჯეფერსონის იდეების მხარდამჭერი, სამხრეთული მტრული დამოკიდებულებით ძლიერი ცენტრალური მთავრობისადმი (ბოლოს და ბოლოს ბრანდაისი წარმოშობით კენტუკიდან იყო, თუმცა იგი არ ყოფილა თქვენი წარმოდგენით ტიპური კენტუკელი) და აშკარად ანტაგონისტურად განწყობილი ფინანსური საქმიანობის, ქსელური სავაჭრო დაწესებულებებისა და ზოგადად, დიდი ბიზნესის მიმართ. შტატის მრავალი კანონმდებელი იზიარებდა ამ არაკეთილგანწყობილებას, იყვნენ რა უმეტეს ფედერალურ მოსამართლეზე მეტად ლიბერალები, როგორც ბრანდაისი. ეს უკანასკნელი, აღმოჩნდა რა აქტივისტი კონსერვატორების სასამართლოში, შეითვისა მესამე კატეგორიის (3) (კონსტიტუციური) შეზღუდვა, ჩამოაყალიბა, მხარი დაუჭირა და გააძლიერა ისეთი პრინციპები, როგორიცაა: „სა-

³⁰ ანონიმური ავტორობით [ოლივერ უ. ჰოლმს უმცროსი], *The Gas-Stokers' Strike*, 7 AM. L. REV. 582, 583 (1873).

³¹ „ჰოლმსმა, რომლის შეხედულებები ყველაზე მეტადაა დოკუმენტირებული [იურისტ მოაზროვნეთა წრიდან, რომელშიც ჰოლმსიცა და ტაიერიც იგულისხმებიან], ყოველგვარი ენთუზიაზმის გარეშე გაითავისა სამოსამართლო კონტროლზე ტაიერისეული პოზიცია პროგრესივიზმზე და შედარებით ლატენტური და გამოურკვეველი კავშირით დემოკრატიასთან.“ Thomas C. Grey, *Thayer's Doctrine: Notes on Its Origin, Scope, and the Present Implications*, 88 NW. U. L. REV. 28, 39 (1993).

პროცესო უფლებაუნარიანობა“, „მზაობა“, შესაძლებლობის შემთხვევაში საკონსტიტუციო გადაწყვეტილებებისთვის გვერდის ავლა, უარი საკონსულტაციო დასკვნების მომზადებასა და პოლიტიკური დავების გადაწყვეტაზე – რომლებიც აღმოფხვრიან ანდა გადაავადებენ მაინც ისეთ შემთხვევებს, როდესაც ფედერალური სასამართლო თავს უფლებამოსილად მიიჩნევს, საკანონმდებლო ან აღმასრულებელი ხელისუფლების აქტები გამოაცხადოს არაკონსტიტუციურად. ამ პრინციპიდან ვერცერთს იპოვით კონსტიტუციის ტექსტში ან მის ანგლიკანურ პირველწყაროში; თითოეული არის ამერიკელი მოსამართლეების აზროვნების ნაყოფი.³² მათ შორის, ზოგიერთი თავად ბრანდაისის შემოქმედებაა.³³

ჰოლმსის მსგავსად, ბრანდაისიც არ გამოირჩეოდა თანმიმდევრული სამოსამართლო შეზღუდულობით. იგი მონაწილეობდა ისეთი გადაწყვეტილებების მიღებაში, რომლებითაც იურიდიული ძალა დაუკარგეს „ახალი კურსის“ კანონმდებლობას და ასე მოქცევით 1930-იან წლებში, მანაც გაახვია უმაღლესი სასამართლო პოლიტიკურ სირთულეებში. მან გაიზიარა ჰოლმსის მოტივირებული მოსაზრება საქმეზე – *Buck v. Bell*. მისი განსხვავებულ აზრი საქმეზე – *Olmstead v. L.C* აქტივისტური იყო, მიუთითებდა რა სატელეფონო კომუნიკაციის მოპოვების საკონსტიტუციო შეზღუდვაზე პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობის უფლებიდან გამომდინარე, მითითებულ უფლებას კონსტიტუციის ტექსტში ვერსად შეხვდებით.³⁴ იგი არ ეთანხმებოდა ჰოლმსს სიტყვის თავისუფლების შესახებ დავებზე.³⁵

ორივენი, ჰოლმსიცა და ბრანდაისიც, მხარს უჭერდნენ მესამე კატეგორიის (3) შეზღუდვას იმ საფუძველზე, რომ ასე შტატებს პოლიტიკურ ლაბორატორიებად ფუნქციონირების საშუალება მი-

³² იხ., John A. Ferejohn & Larry D. Kramer, *Independent Judges, Dependent Judiciary: Institutionalizing Judicial Restraint*, 77 N.Y.U. L.REV. 962, 1004-15 (2002).

³³ მაგალითისთვის იხ., *Fairchild v. Hughes*, 258 U.S. 126 (1922); LEE, *supra* 5, გვ. 39-40, გვ. 68-76.

³⁴ იხ., *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 471-85 (1928).

³⁵ იხ., *supra* 25 და თანმხლები ტექსტი.

ეცემოდან. შტატები შეიმუშავებდნენ სხვადასხვა პოლიტიკურ ტაქტიკას და ეს ექსპერიმენტები, მოქცეული ჩარჩოში (რადგან შემოფარგლული იქნებოდა მხოლოდ ცალკეული შტატებით), გამოიწვევდა ნაკლებ ზიანს არაგონივრული პოლიტიკური კურსის შემთხვევაშიც კი; ხოლო, თუკი ასეთი პოლიტიკური მოქმედებები სასიკეთო აღმოჩნდებოდა, იქცეოდა ემპირიულ საფუძვლად მთელ ქვეყანაში სოციალური რეფორმისთვის. თუმცა ექსპერიმენტების ამ თეორიას ორი მოსამართლე სხვადასხვა საფუძვლით უჭერდა მხარს – ბრანდაისს სურდა შექმნილიყო ერთგვარი მტკიცებულებითი წყარო იმის შესახებ, თუ რომელი პოლიტიკა იყო ეფექტიანი, უფრო მეტად კი, დაეცვა ლიბერალური პოლიტიკის გამტარებელი ნორმები მრავალ შტატში, ჰოლმსმა კი (მე ასე ვვარაუდობ) შეამჩნია ვარიაციის ანალოგი, რაც ევოლუციის წინაპირობაა.

როდესაც თავიდან აცილების ტაქტიკა უშედეგო აღმოჩნდებოდა და საკონსტიტუციო სადაო საკითხის გადაწყვეტა გარდაუვალი, ბრანდაისი ცდილობდა მის მიერ მხარდაჭერილი სადავო ნორმების გონივრულობა ეჩვენებინა, ამისთვის იგი უფრო მეტად ფაქტობრივ დეტალებს არა სამართალწარმოების მასალებიდან, არამედ ოფიციალური და სოციალური სამეცნიერო კვლევებიდან აგროვებდა.³⁶ ამ მიდგომაში იყო ამოებების ელემენტი. სასამართლოს კონსერვატიული უმრავლესობა არ ეთანხმებოდა ბაზისურ წინამძღვარს, რომ ისეთი კანონმდებლობა უნდა ყოფილიყო მხარდაჭერილი, რომელიც, ასე ჩანდა, არღვევდა კონსტიტუციას, თუმცა მოაზროვნე ადამიანებს შეიძლება პირიქითაც ეფიქრა. ბრანდაისს არა მის მიერ მხარდაჭერილი სადავო ნორმის გონივრულობის, არამედ მისი კონსტიტუციურობის დამტკიცება უნდა ეცადა. თუმცა იგი მაინც ვერ მოახერხებდა წარმატების მიღწევას: კანონმდებლობის კონსტიტუციურობაზე ბრანდაისისეულ ლიბერალურ შეხედულებებს უზენაეს სასამართლოს მოსამართლეთა უმრავლესობა არ იზიარებდა.

³⁶ იხ., Wallace Mendelson, *The Influence of James B. Thayer upon the Work of Holmes, Brandeis, and Frankfurter*, 31 *VAND. L.REV.* 71, 74–75, 1978.

ამისგან განსხვავებით, ჰოლმსი, რომელსაც არ ჰქონია ასეთი ემპირიული გატაცება, ჩვეულებრივ, თანახმა იყო სადავო ნორმის მხოლოდ გონივრულობა ემტკიცებინა, თუმცა შეუდარებელი ენამზეობით, როგორც იგი წერს თავის განსხვავებულ აზრში საქმეზე – *Lochner v. New York*:

„ვფიქრობ, რომ მეთოთხმეტე დამატებაში სიტყვა „თავის-უფლება“ მახინჯდება მაშინ, როდესაც გამოიყენებენ, რათა აღკვეთონ დომინანტური აზრის ბუნებრივი შედეგი, გარდა იმ შემთხვევისა, თუკი შეიძლება ითქვას, რომ ცალკეული მოაზროვნე და მიუკერძოებელი ადამიანი აუცილებლად მიიჩნევდა, რომ განსახილველი კანონი არღვევს ფუნდამენტურ პრინციპებს აღიარებულს ჩვენი ხალხის ტრადიციებისა და სამართლის მიერ. კვლევა არ სჭირდება იმის ჩვენებას, რომ განსახილველი ნორმის შესახებ ასეთ მძაფრ ბრალდებას ვერ მოისმენთ. გონიერმა ადამიანმა განსახილველი ნორმა შეიძლება მიიჩნიოს ჯანმრთელობის დაცვისთვის საფუძვლიან ღონისძიებად. ისინი, ვისზეც მე უეჭველად ვერ განვაცხადებდი, რომ გამოირჩევიან უგუნურობით, განსახილველ ნორმას მიიჩნევდნენ სამუშაო საათების შესახებ ზოგადი რეგულირების პირველად ელემენტად.“³⁷

იმისდა მიუხედავად, საჭირო იყო თუ არა კვლევა ნორმის გონივრულობის დასადგენად, ჰოლმსი ასეთი კვლევის გამოყენებას არ აპირებდა.

ჰოლმსი ამერიკის ფედერალურ უმაღლეს სასამართლოში დაინიშნა მასაჩუსეტსის შტატის უმაღლეს სასამართლოში ორი ათწლეულის გატარების შემდეგ, ეს უკანასკნელი უმაღლესი სასამართლოა მასაჩუსეტსის კანონმდებლობასთან დაკავშირებულ საქმეებზე, თუმცა დაქვემდებარებული სასამართლოა ფედერალური კანონმდებლობის საკითხებთან მიმართებით და რომელშიც

³⁷ *Lochner v. New York*, 198 U.S 45, 75 (1905) (ჰოლმსის განსხვავებული აზრი)

ძირითადად უმეტესი დრო რუტინულ დავებს ეთმობა. ძირითადად, ჰოლმსი უძღვებოდა ოლქს და შესაბამისად, ჰქონდა მნიშვნელოვანი გამოცდილება, როგორც საქმის განმხილველ მოსამართლეს. უკვე იმ დროისთვის, როცა ჰოლმსი ამერიკის უმაღლეს სასამართლოში დაინიშნა, იგი იყო სავსებით პროფესიონალი მოსამართლე იურიდიული დოქტრინის უშუალო და მწყობრი აღქმის უნარით, როდესაც მას კონკრეტული საქმეების სპეციფიკასთან უხდებოდა კონფრონტაცია. მისთვის ასევე უცხო არ ყოფილა მოსამართლეთა მიზეზობრივი ტენდენციურობა, კერძოდ, მათი უუნარობა, გადაწყვიტათ სასამართლო შემთხვევა სახელმძღვანელო ტექსტზე მითითებით, როგორცაა, კანონი ან მზლუდავი პრეცედენტი და ის მოცემულობა, რომ მოსამართლეები გამოხატავდნენ თავიანთ პოლიტიკურ ინსტინქტებს იურიდიულ მოძღვრებებში. რაც შეეხება ბრანდაისს, უმაღლეს სასამართლოში დაინიშნამდე, იგი მოსამართლე არ ყოფილა.

C. ფრანკფურტერი (1939-1962)

ფრანკფურტერი, ბრანდაისის მსგავსად, თავიდან ფეხის წვერებამდე პოლიტიკური იყო და არც პროფესიონალი მოსამართლე გახლდათ, მანამდე მან უარი განაცხადა, მიუხედავად ჰოლმსის მაგალითისა, მასაჩუსეტსის შტატის უმაღლეს სასამართლოში დაინიშნაზე. ფრანკფურტერი განსაკუთრებული, ყველა სხვა მიმდევრისგან გამორჩეული, მჭექარე ენთუზიაზმით უჭერდა მხარს ტაიერისეულ მოძღვრებას. მისთვის დამახასიათებელმა ემოციურობამ რთული გახადა კოლეგა-მოსამართლეებთან ურთიერთობა და ინსტინქტური რეაქციების კონტროლი მრავალი სასამართლო საქმის ფარგლებში. ბრწყინვალე, მაგრამ არა გულისხმიერმა და უდავოდ, არაემპირიულმა ფრანკფურტერმა მიამიტურად მიიჩნია კანონმდებლები სპეციალისტებად და გაიზიარა ექსპერტთა მეტისმეტი მოწინება პროგრესული მთავრობისადმი და ტაიერისთვის დამახასიათებელი დიდი პატივისცემა კანონმდებლებისადმი. მან ისიც კი იფიქრა (აბსურდულად), რომ კანონმდებლებისთვის დამამცირებელი იქნებოდა მანდატების გადანაწილება (სხვა სიტყვებით,

გადანაწილების შედეგად უმუშევრად დარჩენა).³⁸ ფრანკფურტერ-მა გაითავისა ტაიერის ფორმულა და დეტალურად დაამუშავა ბრანდაისის პროცედურული შეზღუდვები, რისი შედეგიც იყო განსხვავებული აზრი საქმეზე – *Baker v. Carr*, უფრო ზუსტად, მისი ნაწილი, რომელშიც მოცემულია მსჯელობა „პოლიტიკური საკითხის“ თემატიკაზე.³⁹

ფრანკფურტერის მიერ მიღებული რიგი თავშეკავებული გადაწყვეტილებებისა შეიძლება აიხსნას სამოსამართლო თვითშეზღუდვის მისეულ თეორიაზე მითითების გარეშეც, მათ შორის ყველაზე ცნობილი გადაწყვეტილებები – მაგალითად, „დროშის-სალუტის“ შესახებ საქმეზე განსხვავებული აზრი, *West Virginia v. Barnette*.⁴⁰ „სამეფო კართან დაახლოებული ებრაელის“ (ეთნიკურად მრავალფეროვანი სახელმწიფოების მონარქებს, მაგალითად, ავსტრია-უნგრეთი, სადაც ფრანკფურტერი დაიბადა, ზოგჯერ დაფასებული ჰყავდათ განათლებული ებრაელები მათი კოსმოპოლიტიზმისთვის, ანუ ადგილობრივ ტომებთან მყარი კავშირის ნაკლებობის გამო) ამერიკული ანალოგი, ფრანკფურტერი ღრმად პატრიოტი გახლდათ. მას არ შეეძლო გაეთავისებინა, თუ რატომ შეიძლებოდა რომელიმე ამერიკელს უარი ეთქვა ამერიკული დროშისთვის მისალმებაზე, რომელსაც სიმბოლური დატვირთვა აქვს ამერიკელებისთვის და რომელიც გაცილებით აღემატება სხვა ხალხებში ეროვნული დროშის მნიშვნელობას – მაგალითად „იუნიონ ჯეკისა“. მას თითქოს არ ანუხებდა ის ფაქტი, რომ დასავლეთ ვირჯინიაში აღნიშნული სალუტი იყო შემალლებული ხელის მაგვარი, როგორც ჰიტლერის გერმანიაში, რომელთანაც ომი გვექონდა, როდესაც სამართლომ საქმე განიხილა.

ამ ემპათიკური იმიგრანტის ამერიკანიზმისთვის კიდევ ერთი დამახასიათებელი ასპექტი ძლიერი ანტიკომუნისმი იყო (თუმცა, ამ მხრივ, იგი განსხვავდებოდა იმ ეპოქის ებრაელი იმიგრანტების

³⁸ იხ., მისი განსხვავებული აზრი საქმეზე – *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 266–330 (1962).

³⁹ იქვე.

⁴⁰ იხ., *West Virginia v. Barnette*, 319 U.S. 624, 646 (1943) (ფრანკფურტერის განსხვავებული აზრი).

უმეტესობისგან): შესაბამისი იყო მის მიერ დაფიქსირებული პოზიცია გადანყვეტილებაზე – *Dennis v. United States*, რომლითაც სასამართლომ მხარი დაუჭირა „სმიტის აქტს“⁴¹. ფრანკფურტერს არ გამოუვლენია რაიმე თვითშეზღუდვა, როცა საქმე ეხებოდა მეთოთხმეტე შესწორებას და თანაბარი დაცვის დებულებას; ენთუზიაზმით შეხვდა საჯარო სკოლებში სეგრეგაციის არაკონსტიტუციურად გამოცხადებას.⁴² ფელიქს ფრანკფურტერის ტაიერისეული რიტორიკა, ყველაზე უფრო მძაფრი სხვა მიმდევრებს შორის, კაცს ჰამლეტიდან გეტრუდას რეპლიკას მოაგონებს: „დედოფალი მეტად მძიმე აღთქმასა სდებს, ვგონებ“⁴³.

D. ბიკელი (1956–1974)

მიუხედავად იმისა, რომ ალექსანდერ ბიკელი თავს ფრანკფურტერის ინკარნაციად მიიჩნევდა და ხშირად მოწონების ნიშნით მიუთითებდა ტაიერზე,⁴⁴ რეალურად სამოსამართლო თვითშეზღუდვის მისეული ფორმა ბრანდაისისას ჰგავდა. ბიკელს ჰქონდა პოლიტიკური პროგრამა – იმ ზომიერი ლიბერალიზმის მაგვარი, რომელსაც თანამედროვე უმაღლეს სასამართლოში ლიბერალ მოსამართლეებთან გააიგივებდით – მას სწამდა, რომ სასამართლოს შეეძლო საზოგადოების დარწმუნება-დაყოლიება გონივრული ტაქტიკური, მათ შორის, ზოგიერთი მის მიერ მოგონილი მეთოდით (სამოსამართლო მინიმალიზმი ამის მსგავსია: მალული წინსვლა, შეუმჩნეველი ნაბიჯებით, მოსამართლის პოლიტიკურ იდეოლოგიაზე დამოკიდებულ კონსერვატიულ ან ლიბერალურ ნირვანამდე).

⁴¹ იხ., 341 U.S. 494, 517–61 (1951) (ფრანკფურტერის თანმხვედრი აზრი)

⁴² ფრანკფურტერის იურისპრუდენციის ეს ელემენტები კარგად არის აღწერილი ნაშრომში: MELVIN I. UROFSKY, FELIX FRANKFURTER: JUDICIAL RESTRAINT AND INDIVIDUAL LIBERTIES (1991).

⁴³ WILLIAM SHAKESPEARE, HAMLET, act 3, sc. 2.

⁴⁴ მკაფიოდ არის გადმოცემული ნაშრომში: ALEXANDER M. BICKEL, THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS, 35-46 (1962).

ბიკელი სშირად მსჯელობდა „პრინციპებზე“, თუმცა მისი ეს პრინციპები იყო პოლიტიკური იდეები – ამ მიმართებით იგი ჰგავდა მეცხრამეტე საუკუნის მოსამართლეებს, რომელთა აქტივიზმიც ტაიერსა და ჰოლმსს სძულდათ – და იგი ფიქრობდა, რომ უმაღლესი სასამართლო უნდა ყოფილიყო ფრთხილი ამ პრინციპების ხალხზე გავრცელებისას, რადგან გადაწყვეტოდა სხვა ინსტიტუტების წინააღმდეგობას. ბიკელისა და მისი სამოსამართლო მონაფისთვის, გვიდო კალაბრესისთვის უმაღლესი სასამართლო ყოველთვის დაძაბულ პოლიტიკურ კონკურენციაშია ხელისუფლების სხვა არჩეულ შტოებთან.⁴⁵ ამგვარი საფუძვლიანი ხედვა აქვთ პოლიტიკის მეცნიერებსაც.

ბიკელმა ტაქტიკური რჩევა შესთავაზა სასამართლოს, რათა იგი ხელისუფლების სხვა შტოებზე დომინირებულიყო. მაგალითად, მას სურდა, რომ სასამართლოს თავიდან აერიდებინა კონსტიტუციურად ცნობა ისეთი „არასასურველი“ ნორმის, რომლის დაგმობაც სასამართლოს ჯერ ვერ გაეხდებოდა (ასეთ შემთხვევებში სასამართლოს უარი უნდა ეთქვა *Certiorari*-ის გაცემაზე), იმ მიზნით, რომ გარეშე პირებს გადაწყვეტილება, რომელიც ნორმის კონსტიტუციურობას ცნობდა, არ ჩაეთვალათ ერთგვარ მოწონებად (ბიკელი მიიჩნევდა, რომ გარეშე პირებს არ შეეძლოთ განესხვავებინათ ერთმანეთისგან კონსტიტუციური და „სასურველი“ კანონები). სხვა შემთხვევებში, მას სურდა, სასამართლოს კანონშემოქმედნი იძულებით „დილოგში“ ჩაერთო.⁴⁶ შტატის აშკარად არასასურველი კანონები ძალადაკარგულად იქნებოდა გამოცხადებული, მაგრამ შეზღუდული საფუძვლებით, რითაც შტატებს მიეცემოდათ იმის ილუზია, რომ თუკი ისინი საქმეს, კანონმდებლობის საფუძველში

⁴⁵ მაგალითისთვის იხ., *Quill v. Vacco*, 80 F.3d 716, 738-43 (2d Cir. 1996) (კალაბრესის თანხვედრი აზრი), *rev'd*, 521 U.S. 793 (1997); *United States v. Then*, 56 F.3d 464, 469 (2d Cir. 1995) (კალაბრესის თანხვედრი აზრი), Guido Calabresi, *The Supreme Court 1990 Term, Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores)*, 105 HARV. L. REV. 80, 103-08 (1991).

⁴⁶ Alexander M. Bickel, *The Supreme Court 1960 Term, Foreword: The Passive Virtues*, 75 HARV. L. REV. 40, 47-58 (1961).

არსებული ძირითადი პრობლემატიკის გამოვლენას, უკეთ გაართმევდნენ თავს ან გამოთქვამდნენ მაინც ამის სურვილს უფრო მკაფიოდ, შეიძლებოდა კანონს არსებობა გაეგრძელებინა.⁴⁷ ბიკელისეული სასამართლოს მოლოდინი იქნებოდა ის, რომ კანონმდებლებს სამოსამართლო დარიგებებისთვის ყურადღებით ედევნებინათ თვალი ან ძალადაკარგული კანონის განახლებისთვის დასახარჯავ ძალისხმევას შეექმნა ინერტულობის ტენდენცია, რაც გაართულებდა ახლიდან დაკანონების პროცესს. ბიკელს კანონშემოქმედებზე უფრო დიდი წარმოდგენა ჰქონდა, ვიდრე ჰოლმსს, მაგრამ უფრო მცირე, ვიდრე ტაიერს. მას კანონმდებლები უბრალოდ ცოდნის ათვისების უნარიანებად მიაჩნდა და არა კომპეტენტურებად, მათ შორის, ბიკელისეული სასამართლოს მენტორობის გარეშე.

ბიკელმა გააკრიტიკა კონექტიკუტის კანონი „შობადობის კონტროლის შესახებ“, რომელიც მისი კრიტიკიდან რამდენიმე წლის შემდეგ უმაღლესმა სასამართლომ ძალადაკარგულად გამოაცხადა საქმეზე – *Griswold v. Connecticut*.⁴⁸ მსგავსი კანონის შესახებ არაფერი ყოფილა კონსტიტუციასა ან სასამართლოს ადრინდელ პრაქტიკაში; მანამდე დიდი ხნის განმავლობაში მიჩნეული იყო, რომ საოჯახო და სქესობრივი სამართალი შტატების პრეროგატივა იყო. მაგრამ ბიკელს არ სურდა, რომ სასამართლოს ასეთი უვარგისი ნორმისთვის დაეჭირა მხარი და ურჩია, რომ შეზღუდული საფუძვლით გაუუქმებინა იგი, კერძოდ, რადგანაც ნორმას აღარ აღასრულებდნენ, იგი თავიდან უნდა მოეცილებინათ.⁴⁹ ასეთი გადანყვე-

⁴⁷ იქვე, გვ. 58–64

⁴⁸ 381 U.S. 479 (1965).

⁴⁹ „სასამართლოსთვის ხელმისაწვდომი იყო მეთოდი, რომლის გამოყენებითაც შესაძლებელია განსახილველი ნორმის მიზნების შესახებ მომხრე და საწინააღმდეგო ძალების საკანონმდებლო ორგანოსკენ მიმართვა, რომელიც ჩვენი სისტემიდან გამომდინარე, როგორც მინიმუმ, საწყისი გადანყვეტილებების მიღების ადგილია; აღნიშნული მეთოდი და დოქტრინა გამოუყენებლობის შესახებ ირიბად ნაგულისხმებია პრეცედენტულ გადანყვეტილებაში – *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961).“ *Bickel, supra* 46, გვ. 61. თუმცა სასამართლომ გრისვოლდის საქმეზე არაკონსტიტუციურად მიიჩნია კონექტიკუტის შტატის ნორმა არა გამოუყენებლობის გამო,

ტა შტატს კანონის ახლიდან მიღების საშუალებას მისცემდა. თუმცა რადგან ნორმის დაკანონება უფრო რთულია, ვიდრე მისი აღუსრულებლობა (ან იშვიათად აღსრულება, როგორც ეს „შობადობის კონტროლის შესახებ“ კონექტიკუტის კანონის შემთხვევაში), სავარაუდოდ, კანონს ახლიდან აღარ მიიღებდნენ და ბიკელის მიზანიც, კონტრაცეპტივების დარეგულირების ასპექტში, მიიღწეოდა სასამართლოს მიერ შტატზე პირდაპირი ზენოლის გარეშე.⁵⁰

ბიკელისთვის, როგორც მანამდე ფედერალისტებისთვის,⁵¹ სასამართლო შეზღუდულობა მკაცრად გონივრული იყო. ბიკელი და იგი იმედოვნებდა, რომ უმაღლესი სასამართლოს მოსამართლეებიც, იდგნენ საზოგადოებრივ აზრზე მაღლა და ამიტომაც ფრთხილად უნდა ემოქმედათ, თუკი მათი მოსაზრებები მყარ საკონსტიტუციო სამართლად შეიძლებოდა ქცეულიყო. აღნიშნული შეხედულება არ შეესაბამება ტაიერის მიდგომას, რადგან გულისხმობს პატერნალისტურ დამოკიდებულებას კანონმდებლე-

არამედ იმაზე მითითებით, რომ იგი არღვევდა „პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობის“ (ეზოპესეული ტერმინი, რომელსაც უმაღლესი სასამართლოს პრაქტიკაში, სექსუალური თავისუფლების მნიშვნელობა აქვს) კონსტიტუციურ უფლებას. **Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 485-86 (1965)**. რეალურად კი, აღნიშნულ ნორმას აღასრულებდნენ, თუმცა მხოლოდ შობადობის მაკონტროლებელი კლინიკების მიმართ.

⁵⁰ გონივრული სამოსამართლო შეზღუდულობის ბიკელისეული სტრატეგიის გამოვლინება იქნებოდა, თუკი უმაღლესი სასამართლო „როუ უეიდის წინააღმდეგ“ გადაწყვეტილებაში გააუქმებდა „აბორტის შესახებ“ ტექსასის კანონს და ამავდროულად, ჯორჯიას შტატის ახლადმიღებულ და უფრო ლიბერალურ კანონს დაუჭერდა მხარს საქმეზე – **Doe v. Bolton**, რომელიც როუსთან ერთად განიხილებოდა. **RICHARD A. POSNER, LAW, PRAGMATISM, AND DEMOCRACY 126 (2003)**. ასეთი მიდგომა დააჩქარებდა შტატებში აბორტის შესახებ კანონმდებლობის რეფორმას და სავარაუდოდ, დაგვაახლოვებდა – როუს მიერ გამოწვეული პოლიტიკური არეულობის გარეშე – იმ სიტუაციასთან, რომელიც დღეს არის (აბორტი თავისუფლადაა ხელმისაწვდომი ლიბერალურ შტატებში, ხოლო ძალიან გართულებულია პროცედურა კონსერვატიულ შტატებში).

⁵¹ „ფედერალისტებისთვის... სამოსამართლო შეზღუდულობა თუ ანგარიშის განევა იყო გონივრულობისა და პოლიტიკური მიზანშეწონილობის საკითხი, რომელიც აუცილებელი ელემენტია სასამართლოს (და არა სახალხო) უფლებამოსილების შესანარჩუნებლად ზღვარგადასული რისკების შემცირებით.“ **Kramer, supra 6, გვ. 626**.

ბისადმი (და უფრო ფართოდ, საზოგადოებისადმი) და უმაღლეს სასამართლოს მორალური ლიდერის მნიშვნელობას განუსაზღვრავს.

IV. ტაიერისეული ტრადიციის დასასრული და საკონსტიტუციო თეორიის განვითარება

ბიკელის სიკვდილთან ერთად 1974 წელს, ტაიერისეული ტრადიციაც უმეტესწილად სრულდება.⁵² ბრანდაისის მიერ არსებითად განვითარებული დოქტრინა დავის სასამართლოს წესით განხილვის შესაძლებლობის შესახებ ნარჩუნდება, თუმცა ცალკეულ გადაცდომებთან ერთად, მაგალითად საქმეზე – *Roe v. Wade*,⁵³ რომელიც აღარ უნდა განეხილა სასამართლოს მას შემდეგ, რაც საკითხმა დაკარგა პოლემიკურობა, როცა ორსულმა მოსარჩელემ ბავშვი საქმეზე გადაწყვეტილების გამოტანამდე გააჩინა. სათანადო მოსარჩელე უნდა ყოფილიყო პირი, რომელსაც აბორტის გაკეთება შეეძლებოდა. სამოსამართლო შეზღუდულობის კვალი შემორჩენილია, როგორც ამას შემდეგ დავინახავთ, თუმცა ტაიერისეული გაგებით უმნიშვნელო და იშვიათად გამოვლენილი.

უფრო მართებული იქნება, ითქვას, რომ ტაიერის ჰაეროვანი ბურთი გასკდა, ვიდრე ის, რომ ტაიერისეულმა მოძღვრებამ არსებობა შეწყვიტა. საერთოდაც როდესმე უარსებია კი (ტაიერის გონების გარდა)? იყვნენ მისი მხარდამჭერები თავდაჭერილები, თუ ისინი მხოლოდ იყენებდნენ შეზღუდულობის რიტორიკას თავიანთი სამოსამართლო ტაქტიკის დასაფარავად (არა აუცილებლად შეგნებულად), მეტად დაფუძნებულს იდეოლოგიასა და პიროვნულ სურვილებზე, ვიდრე სამოსამართლო საქმისწარმოების ორთოდოქსულ ორიენტირებზე? ბიკელის სამოსამართლო თვითშეზღუდვის კონცეფცია ტაიერის იდეების დამახინჯება არ იყო? დაგანახეთ თუ არა, რომ ტაიერის გამოჩენილი მიმდევრები ტაიერის

⁵² ბიკელის გარდაცვალების შემდეგ დეკადაში მისი იდეებისადმი ინტერესის დონის მკვეთრი ვარდნა განხილულია ნაშრომში: Anthony T. Kronman, Alexander Bickel's Philosophy of Prudence, 94 YALE L.J. 1567 (1985).

⁵³ 410 U.S. 113 (1973).

პოსტულატებს არ იზიარებდნენ, მიუხედავად იმისა, თუ რამდენად ალტაცებულნი იყვნენ მისით?

ტერმინები – „სამოსამართლო შეზღუდულობა“ და „სამოსამართლო თვითშეზღუდვა“ შენარჩუნდა, მაგრამ როგორც გაურკვეველი მანევრირებადი ქათინაურები; „სამოსამართლო აქტივიზმი“ კი – როგორც ბუნდოვანი ლანძღვა.⁵⁴ მათი თავდაპირველი მნიშვნელობები დიდი ხანია დაიკარგა. ტაიერის მიმდევარი პროფესორები ცოტანი შემორჩინენ⁵⁵ და შეზღუდულობის მქადაგებლებიც თანამედროვე უმაღლეს სასამართლოში აღარ მოიძებნებიან.⁵⁶ სამოსამართლო შეზღუდვის (ტაიერისეული მოძღვრების პერსპექტივიდან არასრულყოფილად) უკანასკნელი განმახორციელებელი მოსამართლე უმაღლეს სასამართლოში გახლდათ ჯონ ჰარლან

⁵⁴ იხ., Easterbrook, *supra* 4, გვ. 1401–03. 1950 წლიდან 2009 წლამდე პერიოდში აღნიშნულ სამ ტერმინს უმაღლესი სასამართლოს მოტივირებულ აზრებში (ძირითადად განსხვავებულ აზრებში) ჯამში 132-ჯერ შეხვდებით, თუმცა, გასაკვირია, რომ 1950 წლიდან 1969 წლამდე პერიოდში მხოლოდ 15-ჯერ გვხვდება. მიუხედავად იმისა, რომ ათწლეულების პიკი 1980-იანი წლებია, როდესაც 39-ჯერ ფიქსირდება, ხოლო შემდეგ ორ ათწლეულში 27-ჯერ და 29-ჯერ დაფიქსირდა, უმაღლესი სასამართლოს მიერ ყოველწლიურად მიღებული გადაწყვეტილებები 1980-იანი წლების ბოლოდან დაახლოებით 50%-ით შემცირდა; შესაბამისად, უმაღლესი სასამართლოს მოსაზრებებში ტერმინების გამოყენების სიხშირე იზრდება.

მე სიტყვა „აქტივიზმს“ ვიყენებ წინამდებარე ნაშრომში მესამე კატეგორიის (3) შეზღუდვის უარყოფის აღსანიშნავად. ტერმინის ისტორიის შესახებ იხ., საინტერესო დისკუსია ნაშრომში: Craig Green, *An Intellectual History of Judicial Activism*, 58 EMORY L.J. 1196 (2009).

⁵⁵ ორზე, – მარკ ტაშნეტსა და რობინ ვესტზე, მითითება ნაშრომში: RICHARD H. FALLON, JR., *IMPLEMENTING THE CONSTITUTION* 142, n. 41 (2001). იხ. ასევე ERIC SEGALL, *WHY THE SUPREME COURT IS NOT A COURT AND ITS JUSTICES ARE NOT JUDGES*. თუმცა თავად ფალონი უარყოფს ამას. იხ., FALLON, *supra*, გვ. 9-10. ტაშნეტი და ვესტი პოლიტიკურ სპექტრზე მარცხნივ იმყოფებიან, და საინტერესოა, იქნებოდნენ თუ არა ისინი ტაიერიანელები, თუკი უმაღლეს სასამართლოში უმრავლესობა ლიბერალებს ეყოლებოდათ. კიდევ ერთი ნეოტაიერიანელია ადრიან ვერმიულია, თუმცა იგი მემარჯვენეა. იხ., VERMEULE, *supra* 11, გვ. 230- 88.

⁵⁶ David A. Strauss, *The Death of Judicial Conservatism*, 4 DUKE J. CONST. L. & PUB. POL'Y 1, 7-10 (2009); Easterbrook, *supra* 4, გვ. 1409.

მეორე, რომელმაც ბიკელის სიკვდილამდე სამი წლით ადრე დატოვა პოსტი (შემძლო ჰარლანი მესამე კატეგორიის კონტროლის (3) მხარდამჭერების სიისთვის დამემატებინა, მაგრამ მიუხედავად ძალიან კარგი მოსამართლეობისა, მას თეორია არ განუვითარებია). კონსტიტუციურობის შესაფასებლად „გონივრულობის“ კრიტერიუმმა (ტაიერის მემკვიდრეობა), გავლენა დაკარგა და ეზოპესეულ ფორმულად იქცა, სასამართლოში ინტერესის ნაკლებობის გამო გამოიყენონ კონსტიტუციის ნორმები იმ კანონებთან მიმართებით, რომლებიც ზღუდავენ საკუთრების უფლებას, თუმცა შესაძლოა, რომ ასეთი ინტერესი სასამართლოს მარჯვნივ გადანაცვლებასთან ერთად ახლდებოდეს.

A. ტაიერისეული დოქტრინის ორი თანამედროვე მიმდევარი

ტაიერს კიდევ ჰყავს მინიმუმ ორი ეპიგონე ფედერალურ სააპელაციო სასამართლოში, თუმცა არცერთია ტაიერიზმის ორთოდოქსი მიმდევარი (უკანასკნელნი აღარ არსებობენ). ერთ-ერთი არის მეცხრე ოლქის მოსამართლე კლიფორდ უოლესი, ღრმააზროვანი სტატიის ავტორი, გარკვეულწილად ტაიერისეული არსის, თუმცა არასრულყოფილად, რომელშიც ტაიერს არც ახსენებს.⁵⁷ უოლესი სამოსამართლო შეზღუდულობას ამართლებს დემოკრატიაზე მითითებით, რომელიც, მისი მტკიცებით, მოსამართლეებისგან მოითხოვს საკანონმდებლო გადაწყვეტილებისთვის ყველაზე ფართო თავისუფლების მიცემას. მაგრამ სამოსამართლო შეზღუდულობის გამართლების დემოკრატიაზე დაფუძნებით, იგი უნებლიედ ჯონ ჰარტ ელაის ნისქვილზე ასხამს წყალს, რომელმაც, ცნობილია, რომ უორენის სასამართლოს აქტივისტური გადაწყვეტილებებიც დაიცვა იმ არგუმენტით, რომ ამით ამერიკის ხელისუფლება უფრო დემოკრატიული გახდა.⁵⁸ ელაის მიაჩნდა, რომ დემო-

⁵⁷ J. Clifford Wallace, *The Jurisprudence of Judicial Restraint: A Return to the Moorings*, 50 GEO. WASH. L.REV. 1 (1981).

⁵⁸ JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST* 73-74 (1980).

კრატის მცველმა სამოსამართლო აქტივიზმმა იმარჯვა დემოკრატიის პატივისმცემელ სამოსამართლო თვითშეზღუდვაზე.

უოლესის სტატია გვთავაზობს შეზღუდული სამართალწარმოებისთვის განახლებულ ზუსტ ფორმულას. როცა ცალკეულ საქმეზე არსებობს ეჭვი, მისი თქმით, მოსამართლემ უნდა:

1. განმარტოს ნორმა მხოლოდ იმდენად, რამდენადაც საჭიროა სასამართლოს მიერ კონკრეტული შემთხვევის გადასაწყვეტად.

2. განმარტოს ნორმა ისე, როგორც თვით საკანონმდებლო ორგანო განახორციელებდა ამას, თუკი მოუწევდა განეხილა ბუნდოვანი საკითხი.

3. გაითვალისწინოს ნორმის განმარტების საერთო სამართლისეული პრინციპები.

4. განმარტოს ნორმა იმგვარად, რომ ყველაზე ნაკლები სი-ახლე შეიტანოს მანამდე მოქმედი ნორმის სპეციფიკაში – განსაკუთრებით კი სასარჩელო საფუძვლების გაზრდის ასპექტში.⁵⁹

ეს დებულებები ვერ მიიჩნევა ტაიერისეულ პრინციპებად, არის რა ნორმათა ვიწრო ინტერპრეტაციის ტექნიკა. ვიწრო ინტერპრეტაცია კი ზღუდავს კანონმდებლობის ფარგლებს. აღნიშნული კი ძალზე არატაიერისეულია.

ტაიერის მეორე მიმდევარი და სამოსამართლო შეზღუდულობის ყველაზე ცნობილი განმახორციელებელი თანამედროვე მოსამართლეებს შორის გახლავთ მეოთხე ოლქში ჯეიმს ჰარვი ვილკინსონ მესამე,⁶⁰ რომელიც ცნობილია თავისი ანტაგონისტური დამო-

⁵⁹ Wallace, *supra* 57, გვ. 9.

⁶⁰ ფედერალური სააპელაციო სასამართლოს მოქმედი 142 მოსამართლიდან ვილკინსონი შეფასებულია, როგორც სამოსამართლო შეზღუდვის ყველაზე აქტიური განმახორციელებელი, კვლევის ავტორს საკმარისი მონაცემები ჰქონდა, რათა დასკვნის სანდოობა განემტკიცებინა, Corey Rayburn Yung, *Flexing Judicial Muscle: An Empirical Study of Judicial Activism in the Federal Courts*, 105 NW. U. L. REV. 1, 51–54 (2011). სამოსამართლო აქტივიზმის შესახებ გაცილებით იუნგის კონცეფცია ფართოა, ვიდრე გაგებული მხოლოდ, როგორც ნორმის გაუქმებისას თვითშეზღუდვის უარყოფა; მოსამართლის აქტივიზმის იუნგისეული საზომი გამომდინარეობს სააპელაციო წესით გადაწყვეტილებების

კიდებულებით არა მარტო კონსერვატორებისთვის საძულველი გადანყვეტილებისადმი – *Roe v. Wade*, არამედ, ასევე, ლიბერალების მიერ შეჯავრებული *District of Columbia v. Heller*-ის გადანყვეტილებისადმიც.⁶¹ ვილკინსონის დაპირისპირება ამ გადანყვეტილებებისადმი, თუმცა შეესაბამება ტაიერის მოძღვრებას, რადგან არცერთი ზემოთ ნახსენები გადანყვეტილება არ აკმაყოფილებს ნორმის ბათილობის ტაიერისეულ სტანდარტს, არ არის ტაიერისეული ბუნების. იგი არ აღიარებს ტაიერის ფორმულას. როუს და ჰელერის გადანყვეტილებების (ვარაუდი, რომელიც მართებული აღმოჩნდა, რომ უმაღლესი სასამართლო ჰელერის გადანყვეტილებას შტატებზეც გაავრცელებდა)⁶² მავნე ეფექტზე შტატებში ექსპერიმენტაციის შესახებ ვილკინსონის ხაზგასმის გარდა, მისი კრიტიკა, როგორც მოსამართლე უოლესისა, დაფუძნებულია დემოკრატიული გადანყვეტის უპირატესობაზე სამოსამართლო გადანყვეტასთან მიმართებით,⁶³ რაც ვერ მიიჩნევა ტაიერის შეხედულების ანალოგიად, რომლის მიხედვით, კანონმდებლობის აგრესიული სასამართლო კონტროლი კანონმდებლე-

გაუქმების – სააპელაციო სრული კონტროლისა და სუსტი კონტროლის სტანდარტებიდან გამომდინარე – კოეფიციენტიდან. *Id.* იდეა ისაა, რომ სრული კონტროლის სტანდარტი მიანიშნებს ანგარიშის განვეის (მინდობის) ნაკლებობაზე.

⁶¹ იხ., J. Harvie Wilkinson III, *Of Guns, Abortions, and the Unraveling Rule of Law*, 95 VA. L.REV. 253 (2009).

⁶² იხ., იქვე, გვ. 307-09, 318-20.

⁶³ უარყოფს კონსტიტუციურ თეორიებს და იგი მიუთითებს, „ისინი დარწმუნებულები არიან, რომ ფლობენ წინასწარ-დადგენილ ჩარჩოებს, რომელთა ფუნქციაა უდაო გადანყვეტილებების კარნახი, თეორიით შეგულიანებულ მოსამართლეებსა და პროფესორებს დაავინყდათ, რომ სიბრძნე გულისხმობს საკუთარი ცოდნის შეზღუდულობის გაცნობიერებას, რომ ხშირად კეთილგონიერება მეტად გამოიხატება კოლექტიურ და მრავალფეროვან გარემოში, ვიდრე აპელაციის ეზოთერულ ატმოსფეროში, ხოლო კანონმდებლობის ენა, სტრუქტურა და ისტორია მეტად შეზღუდულობის მედიუმია, ვიდრე თავს მოხვევის გამართლება“. J. Harvie Wilkinson III, *COSMIC CONSTITUTIONAL THEORY: WHY AMERICANS ARE LOSING THEIR INALIENABLE RIGHT TO SELF-GOVERNANCE*, 107, 2012. (გამოქვეყნდა წიგნების სერიაში: “INALIENABLE RIGHTS”, რედაქტორი Geoffrey R. Stone).

ბის ინფანტილიზაციას ახდენს. ვილკინსონი არ უნდა მიიჩნევდეს, რომ სამოსამართლო თვითშეზღუდვა კანონშემოქმედებს აქცევთ საკონსტიტუციო საკითხებისადმი ფრთხილ მოაზროვნებად.

B. საკონსტიტუციო თეორიის განვითარება

მესამე კატეგორიის (3), როგორც ზოგადი, ისე ტაიერისეული ფორმის თვითშეზღუდვის გაუჩინარება უკავშირდება ტაიერის თეორიისგან განცალკევებული საკონსტიტუციო თეორიის განვითარებას, რასაც არსებითად ხელი შეუწყო გადაწყვეტილებამ საქმეზე – *Roe v. Wade* და უფრო ზოგადად კი უორენის პერიოდის სასამართლოსადმი კონსერვატორების უარყოფითმა რეაქციამ და ბურგერის სასამართლოს შემდგომმა გადაწყვეტილებებმა, მათ შორისაა, *Roe v. Wade*. თანამედროვე საკონსტიტუციო თეორიების – იქნება ეს რობერტ ბორკის თუ ანტონინ სკალიას ორიგინალიზმი ან ფრენკ ისტერბრუკის ტექსტუალიზმი, თუ ჯონ ელას ნარმომადგენლობის გაძლიერება ან სტივენ ბრაიერის აქტიური თავისუფლება თუ კონსტიტუცია, როგორც ჩვეულებითი სამართლის პრინციპი, ან ცოცხალი კონსტიტუციის თუ კონსტიტუციის მორალური წაკითხვა ან ლიბერტარიანიზმი, თუ კონსტიტუციის ექსორია, ანდა ყველა სხვა (მათ შორის, მინიმალიზმი, თუმცა გარეგნულად იგი წააგავს ტაიერის მიდგომას) – ამოცანაა, მიუთითოს მოსამართლეებს, განსაკუთრებით კი უმაღლესი სასამართლოს მოსამართლეებს, როგორ გადაწყვიტონ სადავო საკითხი უშეცდომოდ და არა უბრალოდ კეთილგონივრულად.

საკონსტიტუციო თეორიის მთელ რიგ პრეტენზიულ მისწრაფებებს რონალდ დუორკინის მტკიცება აჯამებს, რომ ყველაზე რთული – ყველაზე გადაუწყვეტელი – სამართლებრივი სადავო საკითხებისთვისაც კი მოიძებნება „სწორი პასუხები“.⁶⁴ იგი აღიარებდა, რომ სწორი პასუხი ყოველთვის შეიძლება არ ყოფილიყო საკმარისად დამარწმუნებელი და ეჭვგარეშე. მაგრამ მოსამართ-

⁶⁴ RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 119, 1985 (Chapter Five: Is There Really No Right Answer in Hard Cases?).

ლევს – თუკი მათ არ მიუთითებდნენ, როგორ უნდა ემოქმედათ მაშინ, როდესაც დავიდან გამომდინარე წამოჭრილ შეკითხვაზე პასუხის პოვნას ვერ ახერხებდნენ – არ ექნებოდათ სურვილი, ელი-არებინათ სწორი პასუხის პოვნის უუნარობა. მოსამართლე ისტერ-ბრუკი, თუმცა არ არის დვორკინის მიმდევარი, წერს, რომ „ხელის-უფლების სხვა სუბიექტების გადანყვეტილებების გაუქმების ძალა-უფლება და მათი დასჯა, ვინც არ გეთანხმება, ეყრდნობა ისეთ თეორიას, რომელიც სწორი პასუხების არსებობის ალბათობას გუ-ლისხმობს“⁶⁵. ისტერბრუკის აზრით, ზუსტი თეორია ტექსტუალიზ-მია.⁶⁶ სწორედ ტექსტუალიზმის მკვიდრმა ბიძაშვილმა, ორიგინა-ლიზმმა მისცა საშუალება მოსამართლე სკალიასა და მის კო-ლეგებს, რომ საქმეზე – *District of Columbia v. Heller*⁶⁷ – გამორჩე-ულად აქტივისტური გადანყვეტილება მიეღოთ.

თუკი ყველაზე რთულ საკონსტიტუციო სადავო საკითხებზეც კი აშკარა სწორი პასუხები არსებობს, ბუნებრივია, ვიფიქროთ, რომ მხოლოდ ასეთი პასუხი უნდა გასცეს მოსამართლემაც და თი-თოეული სხვა კი არაკანონიერად ჩაითვლება. როგორც თავიდანვე აღვნიშნე, რაც უფრო ძლიერ სწამს პირს პირველი კატეგორიის (1) სამოსამართლო შეზღუდულობის (მოსამართლეები იყენებენ და არ ქმნიან ნორმებს), მით უფრო ნაკლებად ემორჩილება იგი მესამე კატეგორიის (3) შეზღუდულობას, რომელიც, ტაიერის ფორმული-რებით, მოითხოვს მოსამართლეებისგან, მხარი დაუჭირონ კანონს იმ შემთხვევაშიც, თუკი ფიქრობენ, რომ ის არაკონსტიტუციურია, უფრო ზუსტად, ისინი აღნიშნულში არ არიან დარწმუნებულები ან თითქმის დარწმუნებულები მაინც. თანამედროვე საკონსტიტუციო თეორია კი თეორეტიკოსებს აღჭურავს მოთხოვნილი რწმენით, აგულიანებს მათ, უარყონ ჰოლმისის დიქტუმი, რომლის მიხედვით,

⁶⁵ Frank H. Easterbrook, *Authority and Abstraction*, 59 U. CHI. L. REV. 349, 380 (1992).

⁶⁶ Frank H. Easterbrook, *Textualism and the Dead Hand*, 66 GEO. WASH. L. REV. 1119, 1126 (1998).

⁶⁷ 554 U.S. 570 (2008). ტაიერიზმის უარყოფის შესახებ იხილეთ მონინავე კონსერვატორი კონსტიტუციონალისტის ნაშრომი, Steven G. Calabresi, *Thayer's Clear Mistake*, 88 NW. U. L. REV. 269, 275- 77, (1993).

მტკიცე რწმენა არ არის უტყუარობის სტანდარტი. როგორც ჩანს, „სკალია და ტომასი მიიჩნევენ, რომ აშკარა შეპირისპირება მათ მწვავე მოთხოვნებს შორის, ზოგ შემთხვევაში მიმართონ სამოსამართლო შეზღუდულობას და ზოგან კი – რადიკალურ აქტივიზმს, განსაზღვრულია თვით კონსტიტუციის ტექსტით“⁶⁸. მათი დევიზი უნდა იყოს: კონსტიტუციამ გამაკეთებინა ასე. ისინი წინდახედულობას საბაბად აჩვენებენ; ვინმეს წინდახედულობის შესახებ უილიამ ბლეიკის დეფინიცია მოგაგონდებათ: „შეძლებული, გონჯი, ბებერი ქალწული, რომელიც უუნარობით კეთილგანწყობის მოპოვებას ცდილობს“⁶⁹.

როგორც მოსამართლე ვილკინსონი აღნიშნავს, თანამედროვე საკონსტიტუციო თეორიებს „არაფრისთვის მიუცია ბიძგი, კონკურენტი ლიბერალური და კონსერვატიული სკოლების სასამართლო აქტივიზმის გარდა, სკოლებს, რომლებსაც ცოტა აქვთ საერთო, თუ არ ჩავთვლით სურვილს, გამოძებნონ თეორიული საფარველი განპირობებული და ხშირად მიკერძოებული რეზულტატებისთვის“, და რომლებმაც „რეალური ზიანი მიაყენეს... სამოსამართლო შეზღუდულობის იდეალებს, რომლებსაც ჩვენი ქვეყნის დიდებული მოსამართლეები ერთ დროს მხარს უჭერდნენ“⁷⁰. ამ ციტატის პირველი ნაწილი სწორია; მაგრამ რომელი დიდებული ამერიკელი მოსამართლეები მიმართავდნენ რეგულარულად სამოსამართლო თვით-შეზღუდვას?

იმას არ ვამბობ, რომ თანამედროვე საკონსტიტუციო თეორიული მსჯელობები არსებითად შეუთავსებელია მესამე კატეგორიის (3) შეზღუდვასთან. ორიგინალისტები, ტექსტუალისტები, ცოცხალი კონსტიტუციის თავყანისმცემლები და სხვებიც, შესაძლოა აღიარებენ სადავო საკონსტიტუციო საკითხთა ცალკეული ჯგუფის არსებობას, რომელთათვის აშკარა პასუხებს მათი თეორიები

⁶⁸ Thomas M. Keck, *Activism and Restraint on the Rehnquist Court: Timing, Sequence and Conjuncture in Constitutional Development*, 35 *POLICY* 121, 139 (2002).

⁶⁹ WILLIAM BLAKE, *THE MARRIAGE OF HEAVEN AND HELL* 31 (Dover Publications, Inc. 1994) (1794).

⁷⁰ WILKINSON, *supra* 63, გვ. 1.

არ იძლევა. მაგალითად, შესაძლოა, რომ ცალკეულ კონსტიტუციურ ნორმათა პირველადი მიზნის დადგენა თავდაჯერებულად შეუძლებელი იყოს; ასეთ შემთხვევაში ორიგინალისტ მოსამართლეებს დასჭირდებათ გადანყვეტის ყაიმწყვეტი მეთოდი და სავარაუდოა, რომ კანონმდებლების ინტერესებს გაითვალისწინებენ. თუმცა მოსამართლეებს ხშირად არ სურთ, აღიარონ მათი საკონსტიტუციო თეორიების სივინროვე. იშვიათად, მხოლოდ გაურკვეველობის შემთხვევაში კანონმდებლების ინტერესების გათვალისწინება კი ტაიერისეული მოძღვრება არაა. ტაიერს სურდა, მოსამართლეებს გამოეფლინათ შეფარული და მიკერძოებული ცბიერება, კერძოდ, თუ ისინი ორიგინალისტები იყვნენ და მიიჩნევდნენ, კონსტიტუციის ცალკეული ნორმის თავდაპირველი მიზანი მიუთითებდა იმაზე, რომ განსახილველი კანონი ძალადაკარგულად ეცნოთ, მათ აღნიშნული კანონისთვის მხარი მაინც უნდა დაეჭირათ, თუკი მის არაკონსტიტუციურობაში გონიერ ადამიანი არ ეჭვდებოდა.

არცერთი ორიგინალისტი ან სხვა საკონსტიტუციო თეორიის (რა თქმა უნდა, ტაიერის თეორიისა ან მისი მსგავსი ტიპის გარდა) ერთგული მოსამართლე იქნებოდა ასეთი პოზიციის გაზიარებაზე თანახმა. არცერთი მსგავსი მოსამართლე არ განაცხადებდა შემდეგს: „ვფიქრობ, კონსტიტუციის მეორე შესწორების თავდაპირველი მნიშვნელობაა, რომ ადამიანებს აქვთ უფლება, ფლობდნენ იარაღებს თავდაცვისთვის, ხოლო განსახილველი კანონი ან ბრძანება ზღუდავს ამ უფლებას, მაგრამ გონიერი ადამიანები შესაძლოა არ დაეთანხმონ ისტორიის ჩემეულ გაგებას და ამიტომაც მივიჩნევ კანონის კონსტიტუციურად“. ასეთ მიდგომის შედეგი იქნებოდა კოლუმბიის ოლქში იმ ნორმის კონსტიტუციურად მიჩნევა, რომელიც ძალადაკარგულად გამოცხადდა გადანყვეტილებით საქმეზე – *District of Columbia v. Heller*, რადგან იმავე გადანყვეტილებაში განსხვავებული აზრის ავტორი მოსამართლეების მიერ კონსტიტუციის მეორე შესწორების თავდაპირველი მიზნის ინტერპრეტაცია, ჭეშმარიტი თუ მცდარი, როგორც მინიმუმ, გონივრული მაინც იყო. ტაიერისეული მოძღვრების მიმდევარი ორიგინალისტები უმაღლეს

სასამართლოში არ არიან – ტაიერიზმის არცერთი მიმდევარი სასამართლოში, წერტილი.

ეს ისე არ უნდა გავიგოთ, რომ უმაღლეს სასამართლოში მოსამართლეები არ ემორჩილებიან პრეცედენტსა და მკაფიოდ განსაზღვრულ ნორმატიულ ტექსტს ან სამართალშეფარდების სხვა ორთოდოქსულ ელემენტებს; ასეთ განსაზღვრებებს ქვედა ინსტანციების სასამართლოების მოსამართლეები უფრო მეტადაც ითვისებენ. თუმცა აღნიშნულ ელემენტებს არაფერი აქვთ საერთო ანგარიშის განევის (მინდობის) ტაიერისეულ მოძღვრებასთან; საკანონმდებლო გადაწყვეტილებებისადმი მიკერძოებული და შეფარული ცბიერებით გამოვლენილი მინდობა არის ტაიერიზმის განმასხვავებელი ნიშან-თვისება.

უფრო მეტად ტაიერისეულია პრინციპი, რომლის მიხედვით, პირველი ინსტანციის სასამართლოს მიერ დადგენილი ფაქტობრივი გარემოებები შეიძლება (ცალკეული გამონაკლისების გარდა) გაუქმდეს სააპელაციო სასამართლოს მიერ მხოლოდ მაშინ, თუკი დგინდება მათი ეჭვგარეშე მცდარობა. პრაქტიკულად, ეს ნიშნავს, რომ დადგენილი ფაქტობრივი გარემოებები არ გადაიხედება, თუკი სააპელაციოს მოსამართლეს არ დაარწმუნებენ მათ სიმცდარეში, ასეთი მიდგომა ტაიერის გონივრულობის ტესტის მსგავსია (ალბათ, იდენტურიც, ტერმინოლოგიური სხვადასხვაობის მიუხედავად). მაგრამ ფაქტობრივი გარემოებების მინდობით სააპელაციო კონტროლს ტექნიკური ხასიათი აქვს და მისი შედეგებიც შეზღუდულია. ფაქტობრივი გარემოებების თავდაპირველ დამდგენს პროცესში შედარებითი უპირატესობა აქვს სააპელაციო სასამართლოსთან მიმართებით, მხოლოდ იმიტომ, რომ ის (მოსამართლე თუნაფიცო მსაჯულები) მეტ დროს ატარებენ ცალკეული საქმის გარემოებებთან. და რადგანაც სააპელაციო სასამართლოს ძირითადი ფუნქცია დოქტრინული შეთანხმებულობის შენარჩუნებაა, სააპელაციოს მოსამართლეთათვის განსაკუთრებული მნიშვნელობა არ გააჩნია, თუ რამდენად ფაქტობრივად ზუსტი იქნება ცალკეული განსაზღვრებები თითოეულ შემთხვევაში. მაგრამ გადაწყვეტი მნიშვნელობა აქვს იმას, კანონი იქნება მხარდაჭერილი თუ გამოცხადდება იგი ძალადაკარგულად და საკონსტიტუციო სა-

კითხთა გადაწყვეტისას, საკანონმდებლო ორგანოს სასამართლოს-თან მიმართებით, შედარებითი უპირატესობა არ გააჩნია. ასე რომ, პირველი ინსტანციის გადაწყვეტილებების მინდობითი სააპელაციო კონტროლი არ ვრცელდება წმინდა სამართლებრივ პრობლემატიკაზე,⁷¹ მათ შორის, საკონსტიტუციო დებულებების ფარგლებსა და მნიშვნელობასთან დაკავშირებულ დასკვნებზე.

პირველ ინსტანციაში დადგენილი ფაქტობრივი გარემოებების მინდობითი სააპელაციო კონტროლი ტაიერის თეორიას ჰგავს იმით, რომ ორივეს გამამართლებელ არგუმენტად შეიძლება მივუთითოთ, რომ ახალისებენ თავდაპირველი გადაწყვეტილების მიმდებთან – კანონმდებლებისა თუ სასამართლოების – პასუხისმგებლიან ქცევას; კანონმდებლები იმ რწმენით ვერ მიეცემიან მოცალეობას, რომ ნებისმიერ დაშვებულ შეცდომას მაღალ ეშელონებში გამოასწორობენ – რომ მათი გადაწყვეტილებები უბრალოდ გენერალური რეპეტიციაა.

V. სამართლებრივი პრაგმატიზმის პრინციპები

მოსამართლის მიერ ტაიერის სტანდარტის გათავისების წინაპირობა, უკვე ნათელი უნდა იყოს, რომ გულისხმობს თეორიის არქონას, თუ როგორ გადაწყვიტოს, არღვევს თუ არა კონსტიტუციას კონკრეტული ნორმა ან აღმასრულებელი ხელისუფლის მოქმედება. ტაიერისეულ „გაგებას სამოსამართლო თვითშეზღუდვისა არაფერი აქვს საერთო კანონისადმი ერთგულების პრინციპთან. მართლაც, იმდენად, რამდენადაც ტაიერიზმი მოითხოვს მოსამართლეთაგან ანგარიში გაუწიონ კონსტიტუციურობის ისეთ

⁷¹ შევრონის დოქტრინა გამონაკლისია, თუკი ვინმეს არ სჯერა იმ ფიქციის, რომ შევრონისეული ანგარიშის განევა გულისხმობს საკანონმდებლო ტექსტის ადმინისტრაციული სააგენტოს მიერ განხორციელებული ინტერპრეტაციისთვის მინდობას მაშინ, როდესაც კონგრესს დელეგირებული აქვს ინტერპრეტაციის ფუნქცია სააგენტოსთვის და სააგენტოს მიერ განხორციელებულ ინტერპრეტაციას ნორმატიული მნიშვნელობა ენიჭება. იხ., *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Res. Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

საკანონმდებლო გაგებას, რომლისაც თავადაც არ სჯერათ, ტაიერიზმი შეუსაბამო ხდება კანონისადმი ერთგულების მკაცრ გაგებასთან⁷². დღეს საკონსტიტუციო თეორიებზე პოლემიკის წარღვნაში, მათ გარეშე მოსამართლეები შესაძლოა სიშიშვლის გარკვეულმა განცდამ შეიპყროს. და თუკი თავიანთი სიშიშვლის შესამოსად ისინი ცალკეულ თეორიას ითვისებენ, თუმცა მაინც ვერ გამოიყენებენ მას, უკანონობის განცდა იპყრობთ და ვეღარც ანალოგიურ, პირველი ინსტანციის მოსამართლის მიერ ფაქტობრივი გარემოებების დადგენისას აშკარა შეცდომის კონტროლს აფარებენ თავს.

არ მგონია, რომ ტაიერის რომელიმე მიმდევარს ჰქონოდა რაიმე წარმოდგენა იმაზე, თუ როგორ შეეძლებოდა პასუხის გაცემა სამართლებრივ ანალიზს მრავალი ბუნდოვანი და არქაული საკონსტიტუციო დებულებიდან წარმოშობილ შეკითხვაზე. ლარი კრამერი შესანიშნავად აღწერს, თუმცა ადრეულ ეპოქაზე მითითებით: „ყველას მიაჩნდა, რომ კონსტიტუცია შეიძლებოდა და უნდა განმარტებულიყო იმავე, ღია სამოსამართლო არგუმენტაციის გამოყენებით, რომელიც სამართლებრივ სფეროებს შორის იყო გავრცელებული – არგუმენტების შეკრება (რელევანტურად და შედარებით არასტრუქტურული ნესით) ტექსტიდან, სტრუქტურიდან, ისტორიიდან, პრეცედენტიდან და რეზულტატებიდან, რათა ყველაზე დამარწმუნებელი საბოლოო გადაწყვეტილება ყოფილიყო მიღებული“⁷³. ამ ზედმეტად ქაოსური მიდგომისგან განსხვავებით, კონსტიტუციის მკაცრი ინტერპრეტაცია არის გადაწყვეტის თეორია, რომელიც ამცირებს ნორმების ძალადაკარგულად გამოცხადების შემთხვევებს. თუმცა ტაიერის მიმდევრები იყვნენ თავისუფალი

⁷² Luban, *supra* 16, გვ. 459.

⁷³ Kramer, *supra* 6, გვ. 624.

ინტერპრეტატორები,⁷⁴ მათ შორის, ტაიერიც.⁷⁵ თავისუფალი ინტერპრეტაცია, როცა ეხება კონსტიტუციის დებულებებს, არ არის თეორია, არამედ ერთგვარი ლიცენზიაა, თანამედროვეობის პრობლემების საპასუხოდ კონსტიტუციის ნორმაში იკითხებოდეს მოსამართლის შეხედულებების შესაბამისი გონივრული პოლიტიკა. სწორედ მაშინ, როდესაც მოსამართლეებს ასეთი ლიცენზია აქვთ, ჩნდება ზენოლა სამოსამართლო თვითშეზღუდვის დოქტრინის-თვის.

⁷⁴ მაგალითისთვის იხ., Thayer, *supra* 15, მე-4 თავი; Oliver Wendell Holmes, *Some Remarks on John Marshall*, in THAYER, HOLMES & FRANKFURTER, ON JOHN MARSHALL, *supra* 15, გვ. 129, 131 (მითითება, რომ მარშალის სასამართლოს თავმჯდომარედ გამწესებამ „საშუალება მისცა ფედერალისტებსა და თავისუფალ ინტერპრეტატორებს კონსტიტუციაზე მუშაობის დაწყების“) Felix Frankfurter, *John Marshall and the Judicial Function*, in THAYER, HOLMES & FRANKFURTER, ON JOHN MARSHALL, *supra* 15, გვ. 135, 145 (მითითება, რომ „ფორჯის ხეობაში მიღებულმა გამოცდილებამ“ მარშალის უმაღლეს სასამართლოში მოღვაწეობაზე „არსებითი გავლენა“ იქონია).

⁷⁵ იხ., THAYER, *supra* 5, გვ. 138; BICKEL, *supra* 44, გვ. 36, 43-44. სხვათა შორის, აქვე ბიკელი ცდილობს საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების თეორიის ჩამოყალიბებას:

„უმაღლესი სასამართლოს მოსამართლეთა ფუნქცია – და არ არსებობს შეკითხვა, გარდა იმისა, თუ რას მატებს აღნიშნული მსჯელობა საკითხზე უკვე არსებულ მრავალ გავლენიან შეხედულებას – ჩაულრმავდნენ ჩვენი საზოგადოებისა და მანამდე არსებული მონათესავე საზოგადოებების ტრადიციას, ისტორიასა და ისტორიის დანალექ ნაწილაკებს, სამართალს, და როგორც ერთხელ მოსამართლე ლერნდ ჰენდმა მიუთითა, ფილოსოფოსთა და პოეტთა აზრებსა და ხედვებს. ასე მსაჯულები შეძლებენ „ფუნდამენტური პოსტულატები“ განავითარონ თავიანთი ღრმა თვითმყოფადობიდან, თუმცა რეალურად კი დაკავშირებულები იქნებიან ჩვენი ტრადიციის განვითარებად მორალთან.“

BICKEL, *supra* 44, გვ. 236. ფრაზა „ფუნდამენტური პოსტულატები“ არის ფრანკფურტერის ანალოგიური ტრანსცედენტალური მონაკვეთიდან. იხ., *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234, 266-67 (1957) (ფრანკფურტერის თანმხვედრი აზრი). მოსამართლეთა რაოდენობა, რომელიც დააკმაყოფილებდა ჰენდის მაღალ კულტურაში იმერსიის ტესტს, მაშინ, როდესაც ეს აზრი დაინერა, მცირე იყო; დღევანდელ დაკავებულ, ფილისტინურ რეალობაში კი – მიკროსკოპულია.

ტაიერის მიმდევრები კონსტიტუციის თავისუფალ ინტერპრეტაციას არა მხოლოდ უფრო ბუნებრივად მიიჩნევენ, ვიდრე მკაცრს, არამედ ასევე საკანონმდებლო უფლებამოსილების უფრო გამაფართოებლად, ვიდრე შემზღუდველად, ვინაიდან კანონმდებელთათვის დამახასიათებელი შეზღუდული შორსმჭვრეტელობა მკაცრ ინტერპრეტაციას უბრალო „გამოგიჭირე იურისპრუდენციად“ (“Gotcha” Jurisprudence) აქცევს. ნორმათა თავისუფალი ინტერპრეტაცია ამისგან განსხვავდება. ეს უკანასკნელი ძირითადად გულისხმობს, რომ როცა ნორმის ორი განსხვავებული მნიშვნელობა ერთმანეთს ეწინააღმდეგება, მეტად უნდა იხელმძღვანელო ნორმის შესამჩნევი მიზნით, ვიდრე მისი პირდაპირი ენობრივი შინაარსით. თუმცა კონსტიტუციის ყველაზე ხშირად დავების დროს გამოყენებული დებულებების ბუნდოვანება და ანტიკურობა მიზნობრივ ინტერპრეტაციას უბრალო ფიქციად აქცევს. არ არსებობს ობიექტური მეთოდი, რომლითაც გავიგებთ, თუ რას იფიქრებდნენ „კონსტიტუციის შემქმნელები“ თანამედროვე პრობლემებზე, რომლებზეც მცირეოდენი წარმოდგენაც კი ვერ ექნებოდათ.

მაგრამ შეუძლიათ კი მოსამართლეებს გადაწყვიტონ დავა სწორად გადაწყვეტის თეორიის გარეშე? შეუძლიათ – ფაქტობრივად, ვალდებულნიც არიან, რადგან როდესაც ცალკეული სადავო საქმე ტრადიციული სამართლებრივი აზროვნების პოზიციიდან გაურკვეველია, მათ არ შეუძლიათ ხელის ჩაქნევა და თქმა, „არ შემიძლია გადავწყვიტო კონკრეტული შემთხვევა, რადგან არ ვიცი, რა არის სწორი პასუხი წარმოჩენილ საკითხზე“. ისინი ვალდებულნი არიან მიიღონ გადაწყვეტილება ნებისმიერი ხელსაყრელი საშუალებით.

მოსამართლეებს, რომლებიც არ ამტკიცებენ, რომ ერთგვარი იურიდიული ალგორითმი გადაწყვეტს ყოველ შემთხვევას, ვარქმევ „პრაგმატისტებს“, არა ცალკეული პრეტენზიული ფილოსოფიური აზრით, არამედ სამართალწარმოებისადმი მიდგომის გამო, რომელიც აქცენტს აკეთებს შედეგებზე და არა დოქტრინაზე. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, პრაგმატისტები დოქტრინას რეზულტატების გარშემო აგებენ. ტაიერი, ჰოლმსი, ბრანდაისი და ბიკელი პრაგმატისტები იყვნენ (არ ვიცი, როგორ დავახასიათო ფრანკფურტერი).

მიუხედავად იმისა, რომ დღესდღეობით სამოსამართლო პრაგმატიზმს იურისტების საზოგადოებაში დასცინიან თეორიული სიზუსტის ნაკლებობის გამო, მრავალი მოსამართლე, რომლებითაც ყველაზე მეტად არიან აღფრთოვანებულნი სამართლის პროფესორები, იყო პრაგმატიკი – მათ შორის, ჯონ მარშალი, ჰოლმსი, ბრანდაისი, კარდოზო, რობერტ ჯექსონი, ლერნდ ჰენდი, როჯერ ტრეინორი⁷⁶ და ჰენრი ფრენდლი.⁷⁷ ბენ ფილდი იდეალურად აჯამებს ტრეინორის მეთოდს:

„ტრეინორის საორიენტაციო გადაწყვეტილებები გამოირჩეოდა სამართლებრივი ჩვეულებისგან არა მარტო შედეგებით, არამედ მეთოდებითაც. გვიანდელი სამოსამართლო აქტივისტებისგან განსხვავებით, რომლებიც თავიანთ ნოვატორულ იდეებს კონვენციურ ენაში შეფარვით გამოხატავდნენ, ტრეინორმა მკაფიოდ განაცხადა, რომ იგი საჯარო პოლიტიკას ქმნიდა. მისი ინოვაციური გადაწყვეტილებები მცირედით იყო დამოკიდებული პრეცედენტზე. ისინი ძირითადად პოლიტიკის ანალიზს ითავსებდნენ და ხშირად კალიფორნიის უმაღლესი სასამართლოს მოსამართლეები განსხვავებულ აზრებში სწორედ ამ ასპექტს აკრიტიკებდნენ. ტრეინორის ინოვაციური მოტივირებული აზრები ხშირად არატრადიციულ წყაროებზე მიუთითებდნენ, როგორებიცაა, მაგალითად, აკადემიური ნაშრომები და პოლიტიკაზე ორიენტირებული კვლევები. მას მიაჩნდა, რომ თანამედროვე დროება სამოსამართლო შემოქმედებითობას მოითხოვდა და ახალი მიღწევები სოციალურ მეცნიერებებში მოსამართლეს მხოლოდ დაეხმარებოდა ამ გზაზე.“⁷⁸

⁷⁶ იხ., BEN FIELD, *ACTIVISM IN PURSUIT OF THE PUBLIC INTEREST: THE JURISPRUDENCE OF CHIEF JUSTICE ROGER J. TRAYNOR* (2003).

⁷⁷ იხ., DANIEL L. BREEN, *HENRY J. FRIENDLY AND THE PRAGMATIC TRADITION IN AMERICAN LAW: A DISSERTATION* (2002).

⁷⁸ იხ., FIELD, *supra* 76, გვ. 121.

მეტი უნდა მივუთითო პრაგმატიზმზე, რათა წინამდებარე ქვეთავში მტკიცება სრულიად დამაჯერებელი გახდეს იურისტებისა და სამართლის პროფესორთა აუდიტორიისთვის (მოსამართლეები სწრაფადვე გაითავისებენ, მაგრამ სურვილი არ ექნებათ, აღიარონ ასეთი მწვალებლობა). გთავაზობთ სამართლებრივი პრაგმატიზმის შემდეგ რვა პრინციპს:⁷⁹

1. მოსამართლის პირველადი მოვალეობა გადანყვეტაა. იგი უარს ვერ იტყვის გადანყვეტილების მიღებაზე მხოლოდ იმიტომ, რომ არ არსებობს სახელმძღვანელო მითითება ავტორიტეტულ ტექსტში, როგორცაა, მაგალითად, საკანონმდებლო თუ საკონსტიტუციო დებულებები, ანდა იურიდიული ძალის მქონე პრეცედენტები.

2. კანონი არ არის მხოლოდ ორთოდოქსული იურიდიული მასალებით შემოზღუდული და შესაბამისად, სასამართლოს ფუნქციაც ვერ შეიზღუდება მხოლოდ ამ ელემენტებთან ჰარმონიაში გადანყვეტით. აღნიშნული პირველი პუნქტიდან გამომდინარეობს.

3. იმ შემთხვევებში, როდესაც ორთოდოქსული მასალები არ იძლევა პასუხს წარმოდგენილ სამართლებრივ დავაზე ან როდესაც მონოდებული პასუხი არადადამაკმაყოფილებელია, მოსამართლის როლი კანონშემოქმედებითი ხდება: შექმნას ახალი ნორმა, რომელიც გადანყვეტს მითითებულ დავას და მომავალში დაარეგულირებს ანალოგიურ შემთხვევებს.

4. არ არსებობს სახელმძღვანელო თეორიები, რომლებიც მოსამართლეებს დაეხმარებოდნენ, რათა განეხორციელებინათ თავიანთი კანონშემოქმედებითი როლი საკონსტიტუციო დავის მიზნებისთვის, ვინაიდან არ არსებობს რომელიმე საკონსტიტუციო თეორიიდან (ორიგინალიზმი, ტექსტუალიზმი, „ცოცხალი კონსტიტუცია“ და ა.შ. *ad nauseam*) უმჯობესის გამორჩევის ლოგიკური ან ემპირიული მეთოდი. დამაჯერებელი თეორიის უქონლობის დროს მოსამართლეებმა, რომლებიც კანონშემოქმედებით როლს ასრულებენ, კონკრეტული შემთხვევის გადანყვეტისას ძირითადად

⁷⁹ ჩემ წიგნში უფრო სრულად მიმოვიხილავ, “LAW, PRAGMATISM, AND DEMOCRACY, *supra* 50, გვ. 59-85.

უნდა იხელმძღვანელონ შედეგებზე თავიანთი პროგნოზის მიხედვით – შედეგები დავის მხარეთათვის, პირთათვის ანალოგიურ სიტუაციაში და სისტემისთვის, როგორც მთლიანობისთვის. პრაგმატიკისტი არ დაეთანხმებოდა მოსამართლე სკალიას, რომ კარგი მსაჯულობის ნიშანი ინდიფერენტული დამოკიდებულებაა მეორე შესწორების ფართო ინტერპრეტაციისადმი, რასაც შეიძლება თანათასობით ფატალური შედეგი მოჰყვეს, ან ბრაიერს, რომ ასეთი დამოკიდებულება ცუდ მოსამართლეობაზე მიანიშნებს. პრაგმატიკების აზრით, თუკი შემთხვევის ერთგვარად ან მეორენაირად გადანყვეტის შედეგი სიკვდილიანობა იქნება, მოსამართლემ აღნიშნული უნდა გაითვალისწინოს; ხოლო გათვალისწინების ინტენსიურობა კი აუცილებლად დამოკიდებული იქნება მოსამართლის აზროვნებაზე, რომელსაც მისი ხასიათი, გამოცდილება, იდეოლოგია და სხვა იურიდიულად არაორთოდოქსული ფაქტორები განსაზღვრავს.

5. პრაგმატიკმა არა მხოლოდ მხარეთათვის გადანყვეტილების შედეგები უნდა გაითვალისწინოს, არამედ ასევე გავლენები ისეთ სისტემურ პრინციპებზე, როგორიცაა, სამართლის ნორმების უწყვეტობა, წინასწარგანჭვრეტადობა და სტაბილურობა. ამ დამოკიდებულებას სისტემური შედეგებისადმი – შედეგები იურიდიული სისტემის პრაქტიკულ ფუნქციონირებაზე, როგორცაა, მაგალითად, გავლენა სასამართლოში საქმეთა საერთო რაოდენობაზე – ხაზი უნდა გაესვას რონალდ დუორკინის მიერ გავრცელებული მითქმა-მოთქმის გამო, რომ თითქოსდა სამართლებრივი პრაგმატიკები ითვალისწინებენ მხოლოდ იმას, თუ რა არის საუკეთესო შედეგი კონკრეტული დავისთვის და არ აინტერესებთ უფრო ფართო სამართლებრივი სისტემა, და ამიტომაც პრაგმატიზმი არამდგრადი დოქტრინა.⁸⁰ გონიერი პრაგმატიკი ფხიზლად აკვირდება კანონმდებლების აზროვნების პროცესს; თუკი მოსამართლეები, ერთი მხრივ, გარკვევით დაწერილ ნორმებს ყურადღებას არ მიაქცევენ ამისთვის მყარი საფუძვლის გარეშე, კანონმდებლებს აღარ ეცოდინებოდათ, თუ რისთვის ქმნიან

⁸⁰ RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE 148-52 (1986).

კანონებს – ისინი უბრალოდ თიხის მწარმოებლები გახდებოდნენ, რომელსაც ფორმას მოსამართლეები აძლევენ და მეორე მხრივ, თუკი იურისტებისა და მოდავე მხარეების წინაშე დამაჯერებელი მიზეზების გარეშე არარად ჩააგდებდნენ ნორმატიულ ტექსტსა და სასამართლო პრეცედენტს, ამგვარად, ისინი კანონმდებლობას ამოუცნობს გახდიდნენ. ახლომხედველი მოსამართლე პრაგმატიკისტი არ არის; რადგან ასეთ გადაწყვეტას არასასურველი საბოლოო შედეგები მოჰყვება.

6. და თუკი დავის გადაწყვეტის შესაძლო შედეგები უცნობია, როგორც მინიმუმ, სამართალწარმოების მეთოდების გამოყენებით, რაც ასე ხშირად ხდება ხოლმე? გადაწყვეტილებებმა, რომლებმაც განსაზღვრეს ამერიკული სამართალი – რომლებშიც განმარტებულია ნორმები და კონსტიტუციის დებულებები, რომლებიც ფორმას უცვლიდნენ და ქმნიდნენ ჩვეულებითი სამართლის პრინციპებს – იყო, უმეტესობა მაინც, მიღებული კარდინალური განუსაზღვრელობის პირობებში; წყვილადმი განხორციელებული ძალისხმევა. გაურკვევლობასთან გასამკლავებლად მოსამართლეებს სჭირდებათ წესები (მტკიცების ტვირთი ასეთი წესის აშკარა მაგალითია). გაურკვეველი საკონსტიტუციო დავებისთვის მიმზიდველ მეორე კანდიდატად რჩება ტაიერის გონივრულობის სტანდარტი, თუმცა, როგორც უკვე აღვნიშნე, მისი უბრალო ყაიმმნტვეტად გამოყენება არ ყოფილა ის, რაც ტაიერს განზრახული ჰქონდა.

7. მოსამართლე დავის მონაწილეებს უნდა განიხილავდეს წარმომადგენელ მხარეებად, ანუ მას არ უნდა აინტერესებდეს მათი სოციალური მდგომარეობა პერსონალური დამსახურებები და პოლიტიკური გავლენა. ესაა ძირითადი იდეა „სამართლის უზენაესობისა“ – რასაც არისტოტელემ დაარქვა „გამასწორებელი სამართლიანობა“.⁸¹ იგი ამზადებს თავისუფალ საფუძველს შედეგებზე ორიენტირებისთვის, რადგანაც გადაწყვეტილების შედეგებს გავლენა ექნება არა მხოლოდ დავის მონაწილეებზე, არამედ

⁸¹ იხ., ARISTOTLE, NICOMACHEAN ETHICS, bk. V, ch. 4 (Davis Ross trans., rev. Ed. 1980); ასევე იხ., Richard A. Posner, Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law, 10 J. LEGAL STUD. 187, 189-91, 1981.

მონაწილეების მსგავს სიტუაციაში მყოფი მესამე პირებზეც (და ხშირად სხვებზეც).

8. სასამართლო გადაწყვეტილებაში აუცილებლად უნდა იყოს ალქმადი მოსამართლის მიერ მიღებული გადაწყვეტილების რეალური საფუძვლები. გულახდილობის ასეთი ვალდებულება აუცილებელია მოსამართლეთა ინფორმირებული კრიტიკისთვის. ასევე, ეს ვალდებულება გამომდინარეობს მეოთხე და მეხუთე პრინციპებისგან და ემსახურება იმ მიზანს, რომ მოსამართლეებს არ მიეცეს თავიანთი გადაწყვეტილებების ისეთ შედეგებზე დაფუძნების შესაძლებლობა, რომელთაც საზოგადოება სასამართლო გადაწყვეტილებებისთვის ლეგიტიმურად არ თვლის. გულახდილობის ვალდებულებისგან იშვიათი გამონაკლისისთვის იხილეთ მსჯელობა ქვემოთ საქმეზე – *Brown v. Board of Education*.

მეოთხე პრინციპის პირველი წინადადება – არ არსებობს სახელმძღვანელო თეორიები, რომლებიც მოსამართლეებს დაეხმარებოდნენ, რათა განეხორციელებინათ თავიანთი კანონშემოქმედებითი როლი საკონსტიტუციო დავის მიზნებისთვის – ტაიერისეული თვალთახედვისთვისაც საკვანძო მნიშვნელობისაა; წარმოქმნის მისი ფორმულის მოქმედებისთვის სივრცეს. ასე იმიტომ ხდება, რომ, როგორც უკვე ავხსენი, ტაერისეული მოძღვრება არ არის სამართალწარმოების ანდა საკონსტიტუციო ინტერპრეტაციის თეორია, რომელიც შეძლებდა უჩვეულო დავებისთვის ზუსტი პასუხების წარმოებას, არამედ იგი ითავისებს და რეაგირებს კანონმდებლობის ხშირ განუსაზღვრელობაზე, და არის საწყისი პოზიცია იმ მოსამართლეთათვის, რომლებსაც გადაწყვეტის თეორია არ გააჩნიათ. ჩვენს სისტემაში მოსამართლეები იყენებენ დავის განხილვის პრაგმატულ წესს, როდესაც ორთოდოქსული სამართლებრივი მეთოდები სათანადოდ ვერ უზრუნველყოფს შემთხვევის გადაწყვეტას და ამ სიცარიელის ამოსავსებად თავად მოსამართლეც არ ფლობს ყოვლისმომცველ თეორიას. ამერიკული

სამართლის ისტორიაში ყველაზე დაფასებული მოსამართლეებისგან უმეტესობა, როგორც უკვე ვთქვი, პრაგმატისტები იყვნენ.⁸²

საკონსტიტუციო დავებზე „სწორი პასუხების“ გენერირების თეორიული აპარატის არარსებობის გამო (ჰოლმსი განსაკუთრებით ცინიკურად იყო განწყობილი სამართალწარმოებაში უეჭველობის მიმართ), ასეთ დავებზე პასუხის გაცემის ინტელექტუალურად ძლიერ მეთოდზე ტაიერის მიმდევრების პოზიცია ყოველთვის განუსაზღვრელი იქნებოდა, რადგან მათ ესაჭიროებოდათ დოქტრინა, რომელიც სამოსამართლო უფლებამოსილებასაც შეზღუდავდა და აგრეთვე ისინი არ თაკილობდნენ ისეთი ნორმისთვის მხარდაჭერას, რომელსაც არაკონსტიტუციურად მიიჩნევდნენ. კიდევ ერთი პრაგმატისტის, ლერნდ ჰენდის აზრით, „უფლებათა ბილში“ დებულებათა უმეტესობა, მათი ბუნდოვანების გამო, სასამართლო წესით განხილვას დაქვემდებარებული ვერ იქნებოდა.⁸³ მას შეგვიძლია დავარქვათ ჰიპერ-ტაიერიანელი, რადგან ამ მოძღვრების თავდაპირველი მიმდევრები, ჰენდისგან განსხვავებით (და ასევე თანამედროვე პროფესორებისგან, როგორებიც არიან მარკ ტამნეტი, ჯერემი ვალდრონი და ადრიან ვერმიული⁸⁴), „უფლებათა ბი-

⁸² იხ., *Supra* 78. ეს საკითხი მოსამართლე ვილკინსონს შეუმჩნეველი დარჩა თავის სტატიაში, *supra* 61. იგი სამართლებრივ პრაგმატიზმს აქტივისტურ თეორიად განიხილავს მაშინ, როცა პარალელურად, ცნობილ პრაგმატისტებს, მაგალითად, ჰოლმსს თვითკონტროლის მოციქულად მიიჩნევს.

⁸³ იხ., *LEARNED HAND, THE BILL OF RIGHTS (1958)*.

⁸⁴ იხ., *MARK TUSHNET, TAKING THE CONSTITUTION AWAY FROM THE COURTS, 154-76, (1999); JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT, 212, (1999)*. („ამერიკული პრაქტიკის სასამართლო კონტროლის მიხედვით, არ არსებობს გარდაუვალი, მორალურად ანდა პოლიტიკურად ჭეშმარიტი დასკვნის სახით ვალდებულება უფლებათა ბილისადმი, როგორც პოლიტიკური ინსტიტუტისადმი.) პროფესორ ვერმიულს, როგორც ლერნდ ჰენდის, მიაჩნია, რომ ტაიერის მიდგომა „მოქმედებაში ფაქტობრივად უფლებათა ბილის ყველაზე ბუნდოვან და ამბიციურ დებულებებს სამართალწარმოებისთვის გამოუყენებლად აქცევს; მითითებული მიდგომა, უმეტეს შემთხვევაში, ზღუდავს სასამართლოებს გამოიყენონ კონსტიტუციის I-VII მუხლებით გათვალისწინებული უფრო კონკრეტული სტრუქტურისა და ორგანიზების დებულებები“, *კონსტიტუციის ეს ტექსტი 1787 წლით თარიღდება, ხოლო უფლებათა ბილის დამატება შემდეგ განხორციელდა. VERMEULE, supra 11, გვ. 233*. ამ მონაკვეთში ყველაზე

ლის“ დებულებების სასამართლოში გამოყენებას შესაძლებლად მიიჩნევდნენ.⁸⁵ მათი აზრით, „უფლებათა ბილი“, ჯეროვანი სამართლებრივი პროცედურისა და თანაბარი დაცვის დებულებები იმდენად ბუნდოვანი იყო და მრავალი პრეცედენტიც, რომლებიც დროთა განმავლობაში მსგავსი დებულებებიდან – და რა თქმა უნდა, მთლიანი კონსტიტუციიდანაც – ჟამგადასულად, პოლიტიკურად და თანამედროვე საჭიროებებთან და ხედვებთან შეუსაბამოდ განისაზღვრა, რომ მოსამართლეებს აღარ შეეძლოთ კონსტიტუციის წმინდა იურიდიულად გამოყენება. მაგრამ მათ მაინც ხელწინააღმდეგობადათ კონსტიტუციის გამოყენება – ვალდებულნი იყვნენ – თუნდაც იგი აღარ ყოფილიყო ტექსტების კრებული მიღებული 1787, 1789, 1868 და სხვა წლებში, არამედ ქცეულიყო მოსამართლეთა გადანყვეტილებებში განსაზღვრულ მრავალნახნაგოვან ქმნილებად. ტაიერისთვის მეტად მარტივი იყო განეცხადებინა, რომ ნორმა არ უნდა გაუქმებულიყო იქამდე, სანამ მოაზროვნე პირს იგი კონსტიტუციურად მიაჩნდა, ვიდრე ეჩვენებინა, რომ მეხუთე და მეოთხმეტე შესწორებებით გამტკიცებული ჯეროვანი სამართლებრივი პროცედურის დებულებებში სიტყვა „თავისუფლების“ გაიგივება „ხელშეკრულების თავისუფლებასთან“ იყო მცდარი ინტერპრეტაცია.

ცნობილია, რომ ჰოლმსი სკეპტიკურად იყო განწყობილი ჩვეულებათა სამართლის მიღმა იურიდიული მსჯელობების მიმართ, განსაკუთრებით საკონსტიტუციო დავების შემთხვევაში, სადაც გადანყვეტის ორთოდოქსული მეთოდები მალევე ქრებოდა და მაღალი ინტენსივობით ერთვებოდა პროცესში მოსამართლის მსოფლხედვა და ემოციები, რომლებსაც ხშირად გადამწყვეტი გავ-

მყოფე სიტყვაა „მოქმედებაში“: მე ვერ ვხედავ რაიმე მტკიცებულებას, რომ ტაიერი ან რომელიმე ტაიერიანელი ასე ფართოდ გაავრცელებდა მიდგომის ლოგიკას.

⁸⁵ ტაიერის შემთხვევაში, უფრო ზუსტი იქნება, ვთქვა, რომ ჩემთვის არ არის რაიმე მტკიცებულება ცნობილი, რომ იგი არ მიიჩნევდა შესაძლებლად. მისი სიცოცხლის პერიოდში უფლებათა ბილზე დავა იშვიათი იყო და შესაბამისად, არც ვარ დარწმუნებული მის შეხედულებებში, მათ შორის, კონკრეტულად მეოთხმეტე დამატების დებულებებზე.

ლენა ჰქონდათ მოსამართლეთა პოზიციებზე. საკონსტიტუციო გადაწყვეტილებაში სამართლებრივი უზუსტობის დემონსტრირებისთვის ჰოლმსს ტაიერზე მეტი საშუალება არ ჰქონია. მის სამოსამართლო მოსაზრებებში საკონსტიტუციო მეთოდოლოგიაზე მსჯელობა გასაოცრად სტანდარტულია, უმაღლესი სასამართლოს დღევანდელ არგუმენტაციასთან შედარებით, სადაც ერუდირება საკმაოდ მოხშირებულია. ჰოლმსის სამოსამართლო აზრები თითქმის დაცლილია კონსტიტუციის ტექსტზე მითითებებისგან, „კონსტიტუციის მამების“ მიერ მის გაგებასა და ინტერპრეტაციის ყოვლისმომცველ პრინციპებზე. ჰოლმსის განსხვავებული აზრი საქმეზე – *Lochner v. New York* ითვალისწინებს ტაიერის გონივრულობის სტანდარტს (ნაგულისხმევია, მაგრამ არა მხარდაჭერილი), აგრეთვე მოკლედ ეხება რამდენიმე გადაწყვეტილებას, რომლებშიც – როგორც ჩანდა, ლოხნერისგან განსხვავებით – უმაღლესმა სასამართლომ ჯეროვანი პროცედურის მატერიალური ფარგლები შეზღუდა. ჰოლმსმა ეს საქმეები დაიმონმა, რათა უარეყო ნებისმიერი მტკიცება, რომლის მიხედვით, „მოაზროვნე და სამართლიანი ადამიანი მიიჩნევდა, რომ [სამუშაო საათების მაქსიმუმის შესახებ ნორმა, რომელიც ლოხნერის გადაწყვეტილებაში განიხილებოდა] შელახავდა ფუნდამენტურ პრინციპებს აღიარებულს ჩვენი ხალხისა და სამართლის ტრადიციების მიერ“.⁸⁶ მას არ განუხორციელებია ნორმის რეალურ ან შესაძლო ეფექტებზე რაიმე ანალიზი („ამის ჩვენებას კვლევა არ სჭირდება...“)⁸⁷, თუმცა შეიძლება ვინმემ იფიქროს, რომ აღნიშნული ნორმის გონივრულობის შეფასებისთვის ასეთი ანალიზი ძალზე რელევანტური იქნებოდა.

ჰოლმსის აქტივისტურმა განსხვავებულმა აზრმა საქმეზე – *Abrams v. United States*⁸⁸ გააერთიანა ჩარლზ სანდერს პირსის (მეგობრის) პრაგმატული ეპისტემოლოგია და დარვინიზმი (მოძღვ-

⁸⁶ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 76 (1905) (ჰოლმსის განსხვავებული აზრი).

⁸⁷ იქვე.

⁸⁸ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 624 (1919) (ჰოლმსის განსხვავებული აზრი).

რება, რომელმაც ყოვლისმომცველი გავლენა მოახდინა ჰოლმსზე, რომელიც სრულწლოვანი სწორედ იმ წელს გახდა, როცა „სახეობათა წარმოშობა“ გამოქვეყნდა): „ჭეშმარიტება“ არის იდეათა გარკვეული ჯგუფი, რომელიც ჯერჯერობით გადაურჩა კონკურენტულ ბრძოლას იდეათა ბაზარზე (აქ სიტყვა „ჯერჯერობით“ არსებითია; ჩარლზ პირსის ეპისტემოლოგიაში არ არსებობს აბსოლუტური ან დიდი ალბათობით, მუდმივი ჭეშმარიტებები) საქმეზე – *Olmstead v. United States* ჰოლმსის აქტივისტური განსხვავებული აზრი ღიად დაეფუძნა გაცხადებულ მტკიცებას, რომ ხელისუფლების მიერ სისხლისსამართლებრივი ბრალისთვის მტკიცებულებების არალეგალურად მოპოვება უარესია მორალური (და შეიძლება ესთეტიკური) გადმოსახედიდან, ვიდრე ასეთი მტკიცებულებების დაუშვებლად ცნობა და დამნაშავის კანონის კლანჭებიდან ხსნა.⁸⁹ ძალიან მცირეა სტანდარტული იურიდიული მსჯელობები ამ მოტივირებულ აზრებში (საქმეზე – *Olmstead v. United*

⁸⁹ „არ არსებობს პრეცედენტთა ერთობლიობა, რომლის წინაშეც ვალდებული ვართ და რომელიც გვზღუდავს დადგენილი ნორმა-წესებიდან გამომდინარე ლოგიკური დედუქციით. შესაბამისად, ჩვენ უნდა გავითვალისწინოთ სურვილის ორი ობიექტი, რომელთაგან ორივეს ვერ განვახორციელებთ და უნდა გადავწყვიტოთ, თუ რომელს ვირჩევთ. სასურველია, რომ დამნაშავეები აღმოჩენილი იყვნენ და ამ მიზნით თითოეული ხელმისაწვდომი მტკიცებულება უნდა იყოს გამოყენებული. ასევე, სასურველია, რომ ხელისუფლებამ თავად არ წაახალისოს ან შეუკვეთოს სხვა დანაშაულები მაშინ, როდესაც იგი თავად არის მტკიცებულების მოპოვების საშუალება. თუკი ხელისუფლება თავის მოხელეებს გასამრჯელოს აძლევს უკვე დანაშაულებრივი გზით მოპოვებული მტკიცებულებებისთვის, არ მესმის, რატომ არ შეიძლება წინასწარაც გადაუხადოს ანალოგიური მოქმედებისთვის, და მე ვერ მივანიჭებ რაიმე არსებით მნიშვნელობას იმ განცხადებებს, თითქოსდა განსხვავება არსებობდეს, ერთი მხრივ, თუკი ხელისუფლება განცობიერებულად ეთანხმება და ანაზღაურებს და მეორე მხრივ, აცხადებს, რომ მიღებული ინფორმაციისთვის მომავალში გასცემს გასამრჯელოს შორის. ჩვენ არჩევანი გვაქვს გასაკეთებელი და ჩემი მხრივ, ვფიქრობ, ნაკლები ბოროტება იქნება, რომ ზოგიერთმა დამნაშავემ თავი დაიძვრინოს, ვიდრე ის, რომ ხელისუფლებამ შეითავსოს დეგრადირებული როლი.“ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 470 (1928).

States საერთოდ არ გვხვდება), ანდაც (ასე ვფიქრობ) ზოგადად, საკონსტიტუციო დავებზე ჰოლმისის სამოსამართლო აზრებში.

ვერც ჰოლმსთან, ვერც ტაიერთან, ბრანდაისთან, ფრანკფურტერთან ანდა ბიკელთან ვერ იპოვით თეორიას, თუ როგორ უნდა გადაწყვიტოთ, არის თუ არა ნორმა არაკონსტიტუციური. პირად მიმონერაში ჰოლმსმა აღწერა მისი მიდგომა საკონსტიტუციო მართლმსაჯულებაზე, რომლის მიხედვით, მას არ სურდა ნორმის გაუქმება იქამდე, სანამ იგი მასში გულზიდვას არ აღძრავდა.⁹⁰ მას ეს ფორმულა რომელიმე გადაწყვეტილებაში ან სტატიაში აღარ გაუმეორებია, თუმცა მისი მიდგომის ამაზე უკეთეს აღწერას, ვერსად იპოვით. აგრეთვე, აღნიშნული მიმონერა იმის მტკიცებულებაა, რომ იგი არ ყოფილა ტაიერის ორთოდოქსი მიმდევარი, მიუხედავად იმისა, რომ ჰოლმსმა ტაიერის გონივრულობის ტესტი გამოიყენა ისეთ საქმეზე, როგორიცაა, მაგალითად, ლოხნერი და ხშირად აღიარებდა (თუმცა კერძო მიმონერაში) ტაიერის გავლენებს. როგორც სხვაგან მივუთითე, „ტაიერის მიდგომა ცალმხრივია, ჰოლმისის კი – ორმხრივი, ტაიერის მეთოდი ზღუდავს – არასდროს განავრცობს – სამოსამართლო კონტროლს. ჰოლმისისა კი საშუალებას აძლევს მოსამართლეებს, განავრცონ კონსტიტუციის ტექსტი, როცა აუცილებელია ექსტრემალური უსამართლობის თავიდან აცილება. ჰოლმისის კონსტიტუციას ნაპრალები არ გააჩნია – ისიც საინტერესოა, როგორ იშვიათად იშველიებს კონსტიტუციის ტექსტს თავის მოსაზრებებში საკონსტიტუციო დავებზე“⁹¹.

ტაიერის [ორთოდოქსი] მიმდევარი დაგმოზდა [გადაწყვეტილებას საქმეზე – *Griswold v. Connecticut*], რადგან იგი [კონეკტიკუტის შტატის შობადობის მაკონტროლებელი კანონი] არ ყოფილა გონიერ ეჭვს მიღმა არაკონსტიტუციური; მართლაც, რთულია, იპოვო კონსტიტუციის ერთი დებულება მაინც, რომელიც კონტრაცეპტივების შემთხვევას შეეხება. ჰოლმისის მიმდევარს კი შეიძლე-

⁹⁰ HOLMES-LASKI LETTERS: THE CORRESPONDENCE OF MR. JUSTICE HOLMES AND HAROLD J. LASKI 888 (Mark De Wolfe Howe ed., 1953).

⁹¹ POSNER, *supra* 11, გვ. 288.

ბოდა ნორმა ისე საშინლად მოჩვენებოდა (არა მხოლოდ თეოკრატიული შინაარსის გამო, არამედ პრაქტიკულადაც, კანონის ერთადერთი ეფექტი იყო შობადობის მარეგულირებელი კლინიკებისთვის მუშაობის შეზღუდვა,⁹² ქორწინებაში მყოფი ღარიბი წყვილებისთვის კონტრაცეპტივებთან, გარდა პრეზერვატივებისა, ნვდომის აკრძალვა), რომ მხარი დაეჭირა კანონის გაუქმებისთვის, მიუხედავად იმისა, რომ ძალზე რთული იქნებოდა ასეთი გადაწყვეტილების კონსტიტუციის ტექსტზე დაფუძნება.⁹³

ბრანდაისს მოსწონდა, ფაქტების მოგროვებით ეჩვენებინა, რომ სადავო ნორმა ტაიერის გონივრულობის ტესტს აკმაყოფილებდა. თუმცა ეს იგივეა, ვთქვათ, რომ მისთვის საკონსტიტუციო სამართალი პოლიტიკის ანალიზად იქცაო. იდეა – შტატები, როგორც ლაბორატორიები, რომლებშიც პოლიტიკური ექსპერიმენტები კეთდება – რომელსაც იგი ჰოლმსთან იზიარებდა, მართალია, გონივრული იყო, თუმცა მას ასუსტებდა მოცემულობა, რომ ფედერალურ კანონს შეეძლო ექსპერიმენტების შეწყვეტა და ასეთ შემთხვევაშიც, სამოსამართლო შეზღუდვა მოსამართლისგან მოითხოვდა ანგარიშის განევას (მინდობას) მსგავსი მოქმედებისთვის.

ფრაკფურტერის მოტივირებული მოსაზრებები მოცულობითი და ერუდირებულია, თუმცა ფელიქსის სამოსამართლო მიდგომის საუკეთესო ნიმუშია მისი შეხედულება, რომ პოლიცია მტკიცებულებათა მოსაპოვებლად არ უნდა იყენებდეს კუჭის შიგთავსის ამორეცხვას, რადგან ასეთი „ქმედება სინდისს აღაშფოთებს“⁹⁴ და მაშასადამე, არღვევს

„ზოგად ვალდებულებას, რომლის მიხედვით, შტატები სისხლისსამართლებრივი დევნისას პატივს სცემენ ცივილური ქმედების ცალკეულ ნორმებს. ჯეროვანი სამართლებრივი პროცესი, როგორც ისტორიული და განვითარებადი

⁹² RICHARD A. POSNER, *SEX AND REASON* 205 (1992); Mark A. Graber, *False Modesty: Felix Frankfurter and the Tradition of Judicial Restraint*, 47 *WASHBURN L.J.* 23, 24-26 (2007).

⁹³ POSNER, *supra* 11, გვ. 288-89.

⁹⁴ *Rochin v. California*, 342 U.S. 165, 172 (1952).

პრინციპი, თავიდან იცილებს ასეთი ნორმების განსაზღვრულად და შესაბამისად, შეზღუდულად განმარტებას, იმაზე ზუსტად, ვიდრე შეგვიძლია ვთქვათ, რომ მსჯავრდება არ შეიძლება განხორციელდეს ისეთი მეთოდებით, რომლებიც ხელყოფს „სამართლიანობის განცდას“.⁹⁵

„სამართლიანობის განცდის“ გარდა, საკონსტიტუციო სამართალწარმოებისთვის სხვა გზამკვლევი პრინციპის პოვნის აშკარა უიმედობის ფონზე, ფრანკფურტერს სწამდა, რომ პროცესუალური ფორმალიზმის სკრუპულოზური დაცვა, უსაზღვრო სამოსამართლო თათბირთან ერთად, როგორცაა გონივრული გადანყვეტილებების წყარო გახდებოდა.⁹⁶ აღნიშნული შეხედულება მცდარია. პროცესუალურმა პედანტიზმმა შეიძლება შეამციროს შემთხვევათა რიცხვი, როდესაც უმაღლესი სასამართლო მიიჩნევს თავს უფლებამოსილად, განიხილოს კანონის კონსტიტუციურობა, მაგრამ ასეთ მიდგომას არ შეუძლია შინაარსი მინიჭოს ცარიელ ფრაზებს, როგორცაა, მაგალითად, საკონსტიტუციო დოქტრინად დასახული „სამართლიანობის განცდა“. გარდა ამისა, სამოსამართლო თათბირი გადაჭარბებულად არის შეფასებული, როგორც მოსამართლეთა შეთანხმების საშუალება ცალკეულ საკითხებზე აზრთა სხვადასხვაობის დროს, რაც ხშირად ხდება ხოლმე საკონსტიტუციო დავების შემთხვევაში.⁹⁷

უმეტეს შემთხვევაში, მესამე კატეგორიის (3) შეზღუდულობა ნებას რთავს მოსამართლეებს – მათ შორის ყველაზე ნაკლებად პოლიტიკურ ჰოლმსს, პროფესორ ბიკელსა და მოსამართლე-პრო-

⁹⁵ იქვე., გვ. 173.

⁹⁶ აგრეთვე იხ., Henry M. Hart, Jr., *The Supreme Court 1958 Term, Foreword: The Time Chart of the Justices*, 73 HARV. L. REV. 84 (1959).

⁹⁷ იხ. LEE EPSTEIN, WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, *THE BEHAVIOR OF FEDERAL JUDGES: A THEORETICAL AND EMPIRICAL STUDY OF RATIONAL CHOICE* ch. 7; POSNER, *supra* 11, გვ. 302 (მაშინ, როცა საერთო თათბირი შესაძლებლობას იძლევა, რომ „დასკვნები საერთო წინამძღვრებიდან წარმოიშობოდეს“, საკონსტიტუციო დისპუტის შემთხვევაში „მხარეები არ დაობენ საერთო წინამძღვრებიდან გამომდინარე“); იქვე, გვ. 382 (იხ., „თათბირი“ საძიებელი).

ფესორ ფრანკფურტერს – კანონმდებლობა, მწირი მითითებით კონსტიტუციის ტექსტზე, მათ მეტასამართლებრივ რწმენებისა და ემოციებს შეუსაბამონ. ერთადერთი ნამდვილი ტაიერიანელი თავად ტაიერი იყო – თუკი ისიც, ჰოლმსის მსგავსად, უპირველეს ყოვლისა, არ რეაგირებდა მოსამართლე დევიდ ბრუერის თანადროული ჰიპერ-აგრესიული სამართალწარმოებასა და უზენაესი სასამართლოსთვის მინიჭებული მსსნელის როლის მიმართ.⁹⁸

VI. განმარტება ტაიერისეული მოძღვრების დასასრულზე

აქამდე შევეცადე ამეხსნა ტაიერის თეორიის (უკეთესი იქნება ენოდოს რიტორიკა, ვიდრე თეორია), უმწეობა, თუმცა არ ამიხსნია მისი ნეკროზი. ტაიერისეულმა თეორიამ ორ ფრონტზე შეწყვიტა არსებობა: აკადემიურ დანესებულებებსა (გარდა თითზე ჩამოსათვლელი ჰიპერ-ტაიერიანელისა) და სასამართლოებში. აკადემიური სიკვდილი გარკვეულწილად უკავშირდება მის არათანმიმდევრულობას, თუმცა, როგორც წინათ აღვნიშნე, უფრო მეტად საკონსტიტუციო თეორიების განვითარებას, რომელთა მტკიცებით, „სწორი“ საკონსტიტუციო გადაწყვეტილებები შეიძლება თავდაჯერებულად მიიღო. თეორიებმა გააშიშვლა ტაიერის მოძღვრების ყველაზე სუსტი ნაწილი: რომლის მიხედვით, მოსამართლეებმა მხარი უნდა დაუჭირონ ისეთ ნორმებსაც, რომლებსაც ისინი არაკონსტიტუციურად მიიჩნევენ. თუ მოსამართლეებს ეცოდინებოდათ ნორმის კონსტიტუციასთან შეუსაბამობის შესახებ, მათ, ტაიერის დასაბუთებითაც, ასეთი ნორმა ძალადაკარგულად უნდა გამოეცხადებინათ; თანამედროვე თეორეტიკოსებმა დაამტკიცეს (თუმცა მხოლოდ თავი დაირწმუნეს), რომ საკონსტიტუციო დავებში შეუძლიათ მოსამართლეებს უკარნახონ, რომელი შედეგი იქნება სწორი და რომელი მცდარი. პროფესორთა შორის თავდაჯერების ზრდა, რომ ასეთ თეორიებს ძალუძს კონსტიტუციის საიდუმლოებების გახსნა, დაკავშირებულია საკონსტიტუციო სამართალში სპეციალიზებული პროფესორების რიცხვის უკიდურეს მა-

⁹⁸ იხ., Brewer, *supra* 29.

ტებასთან (რადგან განსაკუთრებით 1960-იან წლებში აღნიშნული დარგის მოქმედების ფარგლები საგრძნობლად გაფართოვდა და აგრძელებს ამ ტენდენციას) და იურისტი პროფესორების ინტელექტუალური ამბიციის ზრდასთან, რის პარალელურადაც ისინი უფრო და უფრო შორდებიან იურიდიულ პრაქტიკას.⁹⁹

სასამართლოში ტაიერისეული მოძღვრების ნეკროზი წინ უსწრებდა და დამოუკიდებელი იყო – თუმცა ხელი შეუწყო – აკადემიურ წრეებში თეორიის აღსასრულისგან. მისი სამოსამართლო კვდომა დაკავშირებულია უორენის სასამართლოს ჭარბ აქტივიზმთან, რომელმაც 1950-იან და 1960-იან წლებში მოიცვა და გადახარა საკონსტიტუციო სამართალი საგრძნობლად მარცხნივ. ამ პერიოდის ყველაზე ნაცნობი გადაწყვეტილება – *Brown v. Board of Education*, მალევე იქცა სიმბოლოდ, მიუხედავად არგუმენტაციის ანალიტიკური სისუსტისა. ჯერ კიდევ შეგიძლიათ გააკრიტიკოთ ბრაუნის გადაწყვეტილება, მაგრამ თუკი საჯაროდ ეჭვქვეშ დააყენებთ გადაწყვეტის სისწორეს, მიღმიერ წყვიდალში მოგისვრიან. ინკორპორაციის დოქტრინა, რომელიც ძლიერ იყო სტიმულირებული ლიბერალი მოსამართლეების მიერ (ამ მხრივ, გამოირჩეოდა მოსამართლე ბლეკი), მიიჩნევა სამოსამართლო თვითშეზღუდვის ანტითეზად, რადგან შტატებს თავს ახვევდა ერთგვაროვან წესებს და არ ყოფილა კონსტიტუციით დავალდებულებული. ამ გადაწყვეტილებამ არა მხოლოდ ჩაანაცვლა შტატის ცალკეული საკანონმდებლო განსაზღვრებები, არამედ ბოლო მოუღო შტატის მიერ კონკრეტულ დისკრეციულ სფეროებში ექსპერიმენტაციას.

პროფესორი ვერმიული ამტკიცებს, რომ გადაწყვეტილება საქმეზე – *Brown v. Board of Education* ვერ პასუხობს ტაიერის ტესტს და შესაბამისად, არასწორადაა გადაწყვეტილი.¹⁰⁰ თუკი ვერმიული მართალია, იგი უკანასკნელ ლურსმანს აჭედებს ტაიერის კუბოს. მისი არგუმენტის შეფასებისას, ერთმანეთისგან უნდა განვასხვა-

⁹⁹ იხ., Richard A. Posner, *The Judiciary and the Academy: A Fraught Relationship*, 29 U. QUEENSLAND L.J. 13 (2010)

¹⁰⁰ VERMEULE, *supra* 11, გვ. 280. ასეთი შეხედულება აქვს გაბინსაც. იხ., GABIN, *supra* 5, გვ. 86.

ვით გადაწყვეტილება (ან დოქტრინა) და სასამართლოს მოსაზრებაში დაფიქსირებული გამამართლებელი მსჯელობანი. ბრაუნის საქმეზე სასამართლოს პოზიცია სუსტია, რადგან არ სურდათ, უდავო პოლიტიკური მიზეზების გამო,¹⁰¹ ყოფილიყვნენ გულწრფელები საჯარო სკოლებში რასობრივი სეგრეგაციის შესახებ: რომ ეს იყო აპარტიდის სისტემის ნაწილი და გულისხმობდა, ისევე როგორც თეთრებისა და შავებისთვის განცალკევებული სასაშუალო განათლების და საცურაო აუზების, ასევე რასობრივი სისხლის არევის ამკრძალავი კანონების შემთხვევაში, შავების რასობრივად თეთრებისადმი ქვემდებარედ წარმოჩენას. შეიძლება დაწერილიყო თუ არა უმრავლესობის პოზიციის მიმართ „გონივრული“ განსხვავებული აზრი, რომელიც გულწრფელად ეჭვქვეშ დააყენებდა უმრავლესობის შეხედულებებს (განსხვავებული აზრი განამტკიცებდა რა: ეს სისტემა საზიზღარია, მაგრამ 57 წლის წინ ჩვენ განვაცხადეთ, რომ რასობრივი დისკრიმინაცია ვაგონებში დასაშვებია, რამაც ჯიმ ქროუს კანონებს თავისუფალი გასაქანი მისცა და სამხრეთმაც თავისი სოციალური სისტემა ჩვენი გადაწყვეტილების მიხედვით შექმნა და ამიტომაც არ უნდა დავარღვიოთ ის), მაგრამ ასევე შეგვახსენებდა, რომ არასწორსა და არაგონივრულს, ისევე, როგორც მცდარსა და აშკარად მცდარს შორის გამყოფი ხაზი მკაფიო არ არის.

უორენის პერიოდის უმაღლესი სასამართლოს ლიბერალი მოსამართლეების კონსერვატორი მემკვიდრეები არ აპირებდნენ შეეთვისებინათ სამოსამართლო თვითშეზღუდვის ხისტი თეორია (ბუნებრივია, ლიბერალების მხრიდან დაჟინებულად მოთხოვნილი), რომელიც წინათ ვახსენე: აქტივისტი ლიბერალები კონსტიტუციურ უფლებებს განსაკუთრებით განავრცობენ; სამოსამართლო შეზღუდვის გამტარებელი კონსერვატორები კი ინარჩუნებენ ამ უფლებებს პრეცედენტისთვის პედანტური მიყოლით, რათა

¹⁰¹ Dennis J. Hutchinson, *Perspective on Brown*, 8 GREEN BAG 2D 43, 46 (2004) („მოსამართლეებზე, რომლებმაც მიიღეს ბრაუნის გადაწყვეტილება... ყველაფერს იტყოდით, პოლიტიკური გულღიანობის გარდა. ბრაუნის გადაწყვეტილების თითოეული დეტალი... გაანგარიშებული იყო სახალხო მხარდაჭერის მოსაპოვებლად...“)

შეზღუდათ თავიანთი სამოსამართლო დისკრეცია. სამოსამართლო თვითშეზღუდვა შეგიძლიათ წარმოიდგინოთ, როგორც წონასწორობის მდგომარეობა (სტაბილური წერტილი, საიდანაც გადახრა მოხდება მხოლოდ გარე იმპულსის შემთხვევაში) და სამოსამართლო აქტივიზმი, როგორც ბალანსის კიდევ ერთი შემთხვევა; თუმცა რთულია წარმოიდგინოთ განონასწორების კიდევ ერთი ალტერნატივა, რომელ პერიოდშიც აქტივიზმი და თავდაჭერილობა ერთმანეთს შეენაცვლებოდა.¹⁰² ასეთი ალტერნატივის არსებობა უმაღლესი სასამართლოს მოსამართლისგან მოითხოვდა თავდადებას, რასაც რეალურად მათგან არ უნდა ელოდო. საერთოდ არაა სახალისო ისეთი საკონსტიტუციო ტრადიციის კონსერვატორი/შემნარჩუნებელი იყო, რომელიც გძულს, განსაკუთრებით, როცა ლიბერალების აქტივისტური გადანყვეტილებების უარყოფა შეიძლება გაამართლო, როგორც ჭეშმარიტი სამოსამართლო თვითშეზღუდვის აღდგენა¹⁰³ და სანაცვლოდ აღარ მოგინიოს შეუსაბამო სამოსამართლო შეზღუდულობის დაცვა, რომელიც აქტივისტურ პრეცედენტებს აძლევს მაკონტროლებელ მნიშვნელობას. განსაკუთრებით პრეზიდენტი რონალდ რეიგანის მიერ მოსამართლეების უმაღლეს სასამართლოში გამწესების შემდეგ, კონსერვატორმა მოსამართლეებმა წარსულს ჩააბარეს უორენის პერიოდის სასამართლოს მრავალი ინიციატივა და ასე მოქმედებით – მათ შორის ხისტადაც – აგრძელებენ მარჯვნივ სვლას (ამ მიზნისთვის პრეზიდენტი ბუშის მიერ ორი მოსამართლის დანიშვნა შეგულიანება იყო), როგორც ეს იარაღის მფლობელობის¹⁰⁴ და პოლიტიკური კამპანიის დაფინანსების¹⁰⁵ შესახებ გადანყვეტილებებში გამოჩნდა. თუმცა, როგორც ეს ლი ეპშტეინის და უილიამ

¹⁰² პროფესორი ჰუკი თავის ტექსტში წარმოადგენს ისტორიულ მტკიცებულებას აღნიშნული ვარაუდისთვის. Aziz Z. Huq, *When Was Judicial Self-Restraint?*, 100 CALIF. L.REV. 579 (2012).

¹⁰³ როგორც უოლესი ამტკიცებს, *supra* 57, გვ. 15. ჰელერის გადანყვეტილების, როგორც „როი ვეიდის წინააღმდეგ“ გადანყვეტილებისთვის „სამაგიეროს გადახდის“ შესახებ იხ., *Wilkinson*, *supra* 61, გვ. 274

¹⁰⁴ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).

¹⁰⁵ *Citizens United v. Federal Election Comm'n*, 130 S. Ct. 876 (2010).

ლანდესის ესეიშია ნაჩვენები, რასაც უნდა ველოდოთ, არის გარდამავალი პერიოდი აქტივიზმის თანმიმდევრულ ტალღებს შორის. ახალი უმრავლესობისთვის ოპტიმალური სტრატეგია შესაძლოა იყოს თავდაპირველი თავშეკავების პერიოდი, რომლის მიზანი იქნება, გააძლიეროს მტკიცება, რომ წინა შემადგენლობა წინდაუხედავად აქტივისტური იყო, რასაც აქტივიზმის მონაკვეთი მოჰყვება, რათა ჯერ ამოშალოს და შემდეგ ჩანაცვლოს ძველი უმრავლესობის აქტივისტური იურისპრუდენცია.

შესაძლოა, ვინმეს ევარაუდა, რომ მარჯვნივ მიბრუნება, რომელიც 1980-იანი წლებიდან დაიწყო და დაჩქარდა ჯონ რობერტსისა და სემუელ ალიტოს სასამართლოში გამწესებით, გამოაცოცხლებდა სამოსამართლო თვითშეზღუდვის ლიბერალურ დოქტრინას – როგორც ეს სამოსამართლო აქტივიზმის კონსერვატიულ ეპოქაში, რომელიც ტაიერის ეპოქიდან მის უეცარ განადგურებამდე, 1937 წლამდე გაგრძელდა, როდესაც უმაღლესმა სასამართლომ, პრეზიდენტ ფრანკლინ დ. რუზველტის მიერ შეშინებულმა, თეთრი დროშა ააფრიალა. თუმცა ასეთი გამოცოცხლება არ დაწყებულა, რადგან ეს ინკორპორაციის დოქტრინისა და შესაბამისად, უორენის ეპოქის უმაღლესი სასამართლოს საორიენტაციო გადაწყვეტილების უარყოფის ფასად იქნებოდა. ლიბერალების ბანაკში სურდათ სამოსამართლო კონტროლის ისეთი თეორიის გამოძებნა, რომელიც, ერთი მხრივ, უორენის პერიოდის სასამართლოს გადაწყვეტილებების ლეგიტიმაციას და მეორე მხრივ, პირიქით, თანამედროვე სასამართლოში კონსერვატიული აქტივიზმის დელეგიტიმაციას მოახდენდა. ძიება უშედეგო აღმოჩნდა. საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების შესახებ ლიბერალური აკადემიური თეორიები განქიქების ობიექტია და მათ იშვიათად იზიარებენ ლიბერალი მოსამართლეებიც კი, რომლებმაც ვერ მოახერხეს ლიბერალური საკონსტიტუციო იურისპრუდენციის თანმიმდევრული ხედვის პროექტირება, მაშინ, როდესაც მემარჯვენეებმა შეძლეს თავიანთი აქტივიზმის იურიდიულ რიტორიკაში გახვევა. სამოსამართლო თვითშეზღუდვა კი კანდიდატად აღარ განიხილება.

მიუხედავად იმისა, რომ როგორც აზიზ ჰუკი თავის ესეიში¹⁰⁶ აჩვენებს, უმაღლესი სასამართლოს აქტივიზმის ისტორია მინიმუმ სამოქალაქო ომის შემდგომ პერიოდამდე ვრცელდება, უორენის პერიოდის სამოსამართლო აქტივიზმი რამდენიმე ასპექტის გამო იყო უნიკალური. ვრცელდებოდა სამართლის მრავალ სფეროზე, ეხებოდა პოლიტიკურად უაღრესად მგრძობიარე თემებს (მათ შორისაა, უხამსობა, კონტრაცეპტივები, რასათაშორისი ქორწინება, შტატების უფლებები, სისხლის სამართალში ბრალდებულების უფლებები, საარჩევნო მანდატების პროპორციული გადანაწილება და პატიმართა უფლებები); კონცენტრირებული იყო ხანმოკლე პერიოდში – 1962 წლიდან 1969 წლამდე – თუმცა რამდენიმე მნიშვნელოვანი აქტივისტური გადაწყვეტილება, მაგალითად, *Brown v. Board of Education*, მეტად გვიანდელია; მისი მემარცხენე ხასიათისა და უბრალო თანადროულობის გამო, უორენის პერიოდის სამოსამართლო აქტივიზმი გაიგივდა არეულობასა და კრიმინალის ზრდასთან. უორენის პერიოდის აქტივიზმის კვალდაკვალ გარდაუვალი იყო უკურეაქციის პროვოცირება, პოლიტიკური სიტუაციის შეცვლასთან ერთად.

ბოლო წლებში ფედერალური უმაღლესი სასამართლოს ადმინისტრაციის (ძირითადად იურისტი კლერკების) რაოდენობისა და ხარისხობრივი დონის ზრდამ – რასაც დაემატა უმეტესად ყოფილი მოსამართლეების გამწვანება და მოსმენილი საქმეების რაოდენობის მკვეთრი კლება – თანამედროვე უმაღლესი სასამართლოს გადაწყვეტილებები, წინამორბედებთან შედარებით, იურიდიული ერუდირებით უფრო ბრწყინვალედ წარმოაჩინა. ასეთი ტენდენცია კონსერვატორი აქტივისტებისთვის ხელსაყრელია. გაიხსნეთ ჰელერის გადაწყვეტილებაში მეორე დამატების ფართო განმარტება. შეეძლო თუ არა მოსამართლე ჯონ პოლ სტივენსის განსხვავებულ აზრს მხოლოდ ჰოლმსის პერიფრაზით შეექმნა დამაჯერებლობა, რომ „გონიერ ადამიანს შესაძლოა [კოლუმბიის ოლქის იარაღის კონტროლის შესახებ მკაცრი კანონი] ჯეროვან ღონისძიებად

¹⁰⁶ Huq, supra 102, გვ. 586-87.

მიეჩნია [საზოგადოებრივი უსაფრთხოების დაცვის] მიზნით“¹⁰⁷ მას არ შეეძლო, ნაცვლად ამისა, სტივენსმა იგრძნო აუცილებლობა, ეკამათა უმრავლესობასთან მეთვრამეტე საუკუნის ისტორიის აუხსნელ მოვლენებზე, თუმცა პარაფრაზი მართებული იქნებოდა და ჯეროვანი სამართლებრივი პროცედურის დათქმაც, რომელსაც ლოხნერის გადაწყვეტილებაში უმრავლესობა დაეყრდნო, კონსტიტუციის მეორე დამატებაზე უფრო განჭვრეტადი არ არის. მაგრამ დღეს სასამართლოს უმრავლესობა რთული საკონსტიტუციო შემთხვევების გადაწყვეტის „თეორიას“ ფლობს, ხოლო ლოხნერის შემთხვევაში მაშინდელ უმრავლესობას მსგავსი რამ არ ჰქონდა. დღესაც ლიბერალ უმცირესობას არ გააჩნია მსგავსი თეორია, როგორც ეს ჰელერის გადაწყვეტილებაში გამოჩნდა, როდესაც მოსამართლე სტივენს ოპონენტების მოედანზე მოუწია თამაში. მეთვრამეტე საუკუნის ისტორიული მასალების მოკვლევის ფაქტით მან არაპირდაპირ აღიარა კონსერვატორი მოსამართლეების „ორიგინალისტური“ მეთოდის ლეგიტიმურობა. სტივენსმა თეორიული მარცხი აღიარა. მან შესაძლოა უკეთესი ისტორიული სურათი აჩვენა, მაგრამ ვინ შეამჩნევს ამას? მხოლოდ ორიგინალიზმთან შედაგებითაა შესაძლებელი ტაიერიზმის გამოყენება, როგორც ეს მოსამართლე ვილკინსონმა მოახერხა (თუმცა ტაიერის წინამძღვრების გათვალისწინების გარეშე), უარყო რა ორიგინალიზმი ჰელერის გადაწყვეტილების მის კრიტიკაში (უფრო სრულყოფილად კი მის წიგნში), გადაწყვეტილებისა, რომელიც ტაიერის უარყოფის კონსერვატიული გამოვლინებაა.

ლოხნერში უმრავლესობის მოტივირებული გადაწყვეტილება მარტივად დავიწყებადია, მაგრამ მაინც ღირს ამასთან დაკავშირებით მისი გადაკითხვა. ვცითირებ ერთ ჩვეულებრივ პუნქტს:

„ჩვენთვის აშკარაა, რომ სამუშაო საათების შეზღუდვას, რომელიც განსაზღვრულია ნორმის გასაჩივრებული ნაწილით, რომლის მიხედვითაც, საბრალდებო დასკვნა განი-

¹⁰⁷ იხ., *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 76 (1905) (ჰოლმსის განსხვავებული აზრი).

საზღვრა და მოსარჩელე შეცდომით დამნაშავედ ცნეს, არ აქვს პირდაპირი კავშირი და არსებითი ეფექტი დასაქმებულის ჯანმრთელობაზე იმდენად, რომ აღნიშნული კანონი ნამდვილად ჯანდაცვის საკითხებთან დაკავშირებულ ნორმად მივიჩნიოთ. ჩვენი აზრით, ნორმის რეალური ობიექტი და მიზანი იყო სამუშაო საათების რეგულირება კერძო ბიზნესში, დამქირავებელსა და დაქირავებულს (თითოეული მათგანი *sui juris*) შორის, კერძო ურთიერთობაში, რომელიც არანაირად ენინააღმდეგება მორალს და არ ქმნის დასაქმებულის ჯანმრთელობისთვის რეალურ ანდა არსებით საფრთხეს. ასეთ პირობებში კი დამსაქმებლისა და დასაქმებულის ერთმანეთთან ხელშეკრულების თავისუფლება სამუშაოსა და მისი განსაზღვრის შესახებ არ შეიძლება აიკრძალოს ანდა შეიზღუდოს ისე, რომ არ დაირღვეს ფედერალური კონსტიტუცია.“¹⁰⁸

ესაა დაუფარავი პოლიტიკური ინტერპრეტაცია; არაფერი მიუთითებს კონსტიტუციაში ან მზოჭავ პრეცედენტულ სამართალში, რომ შტატებს არ შეიძლება მიეცეთ უფლება, სამუშაო საათები შეზღუდონ, თუკი არ არსებობს დასაქმებულთა ჯანმრთელობაზე ზრუნვის ინტერესი. მოტივირებული მოსაზრება, რომელიც მსურდა სრულიად მიმეთითებინა, იმდენად ზედაპირულია, რომ ჰოლმსის ერთგვერდიანი განსხვავებული აზრიც კი საკმარისია, რათა გამჟღავნებულიყო ყოველგვარი სიყალბე, თითქოსდა უმრავლესობა დაკავებული იყო რაღაც ისეთით, რასაც შეიძლებოდა სამართლებრივი ანალიზი დარქმეოდა. თუმცა თუ ხუთი რიჩარდ ეშტეინი იქნებოდა უმაღლეს სასამართლოში მოსამართლედ, უმრავლესობის მოტივირებულ აზრს ლოხნერის საქმეზე ხორცი შეესხმებოდა საკონსტიტუციო ინტერპრეტაციის შესახებ შთამბეჭდავი თეორიით და ტაიერისეული პასუხიც კრახისთვის იქნებოდა განწირული. როგორც ამბობენ (მცდარად, მაგრამ ამ მომენტში ყურადღება არ მიაქციოთ), თეორიას ვერ აჯობებ კონკურენტი თეორიის

¹⁰⁸ იქვე, გვ. 64 (უმრავლესობის პოზიცია).

გარეშე. რადგანაც ლოხნერის შემთხვევაში უმრავლესობის პოზიცია რაიმე თეორიას არ ეფუძნებოდა, ჰოლმს აღარ დასჭირვებია (და არც სურდა) საპირისპირო თეორიის წარმოდგენა.

მესამე კატეგორიის (3) სამოსამართლო შეზღუდულობის დამცველები ვერ შეძლებდნენ ეფექტური წინააღმდეგობის გაწევას საქმეზე – *Heller or Citizens United* იმიტომ, რომ უმაღლეს სასამართლოში ასეთ თვითშეზღუდვის მხარდამჭერები აღარ არიან. რადგან, როგორც დავინახეთ, ამ ტიპის სამოსამართლო შეზღუდვა არც არასდროს ყოფილა „ნამდვილი“. ძირითადად იგი იყო ნილაბი სხვა მოტივებით ნაკარნახევი შედეგებისთვის. მისადმი მხარდაჭერა ოპორტუნისტული ერთგულება იყო. დღეს უმაღლეს სასამართლოში ლიბერალები ელიან თავიანთ შანსს, რათა ისევ გარდაქმნან კონსტიტუცია თავიანთი ხედვის შესაბამისად.

გადაწყვეტილება – *Brown v. Board of Education* ასახავს უორენის პერიოდის უმაღლესი სასამართლოს აქტივიზმს, თუმცა ასევე აჩვენებს სხვა ასპექტსაც – ტაიერიზმის ემპირიულ არარეალურობას. წარმოიდგინეთ ტაიერის მიმდევარი (მაგალითად, ფრანკ-ფურტერი, ბრაუნის ენთუზიასტი მხარდამჭერი) როგორ დაიცავდა ამ გადაწყვეტილებას. მას შეეძლო ემტკიცებინა, რომ ის საკანონმდებლო ხელისუფლებები, რომლებმაც დაადგინეს საჯარო სკოლებში სეგრეგაცია და სხვა რასისტული კანონმდებლობა სამხრეთის და მის მოსაზღვრე შტატებში, ვერ ჩაითვლებოდნენ ლეგიტიმურ სახალხო ორგანოებად, რადგან შავკანიანი მოსახლეობის დიდ ნაწილს ამ შტატებში სამოქალაქო უფლებები ფაქტობრივად ჩამოართვეს. მსგავსივე არგუმენტაცია შეიძლება განვითარდეს საარჩევნო ოლქებში მანდატების არასწორად გადანაწილების შესახებ გადაწყვეტილების (*Baker v. Carr*) დასაცავად: არათანაბრად გადანაწილება ხელყოფს ამომრჩეველი უმცირესობების უფლებებს. მაგრამ როგორც კი კანონშემოქმედთა შესახებ ტაიერის პოზიტიურ თვალთახედვას ეჭვის ქვეშ დააყენებთ, შეჩერება შეუძლებელია. ამერიკის სენატიც არათანაბრადაა დაკომპლექტებული. ყველა დონეზე ამერიკული პოლიტიკური მექანიზმიც დამახინჯებულია ფულით, ინტერესთა ჯგუფებით, საჯარო უმეცრებითა და აპათიით, წარმომადგენლობითი დემოკრატიის თანდაყოლილი

შეზღუდვებით, რომელთა მიხედვით, ხალხი ირჩევს პიროვნებებს და არა პოლიტიკურ ვექტორებს. ჰოლმსი რეალისტი იყო თრასიმაქეს მსგავსად, რომელსაც მიეწერება საუცხოო განაცხადი, რომ „სამართლიანობა ყოველგან ერთია, ის, რაც ხელსაყრელია ძლევამოსილთათვის“¹⁰⁹. დემოკრატიაში, როგორც სხვა ნებისმიერი ფორმის მმართველობისას, საბოლოოდ ძლიერნი ბატონობენ, თუმცა ძლევამოსილთა იდენტიობა დემოკრატიაში განსხვავებულია. დღეს ამერიკაში ძალაუფლების მფლობელნი არ არიან ოლიგარქები, არისტოკრატები ანდა ძლევამოსილები; არამედ ხანში შესული ხალხი, „ხანდაზმულები“, რომლებიც ყველგან არიან თავიანთი სუბსიდირებული სახელმწიფო პენსიით, ჯანდაცვითა და ხმის მიცემისას წინასწარ შექმნილი განწყობით. ჰოლმსი ამტკიცებდა, რომ მოსამართლეთათვის სჯობდა ჯაგერნაუტის როლი არ მოერგოთ, თუმცა გამონაკლის შემთხვევებში, კანონმდებლობის ნაწილი შეიძლებოდა იმდენად ამაზრზენი აღმოჩენილიყო, რომ მსაჯულების ვალდებულება გახდებოდა შეწინააღმდეგება. საკანონმდებლო პროცესზე ჰოლმსის ხედვა მეტად დრამატიზებულია, თუმცა ჭეშმარიტებასთან იგი უფრო ახლოა, ვიდრე ტაიერის თვალსაზრისი კანონმდებლებზე, როგორც წინდახედულ კონსტიტუციონალისტებზე, რომლებიც მოსამართლეთაგან გათავისუფლების მომენტიდან სახელმწიფო ინტერესების დამცველ კანონმდებლებად იქცეოდნენ. ფრანკფურტერიც, როგორც ტაიერი, აზვიადებდა კანონმდებლების უნარებსა და ფართო თვალსაწიერს; ბიკელი კი ფიქრობდა, რომ როგორც მინიმუმ, მათი განვრთნა შეეძლო იმ მოსამართლეებს, რომლებთანაც მას ღირებულები ჰქონდა საერთო.

VII. სამოსამართლო შეზღუდულობის ემპირიული ანალიზი

მიუხედავად იმისა, რომ ტაიერიზმის აღსასრულს უკვე ნათელი მოვფინე, ეჭვი არ მეპარება, რომ ფედერალურ დონეზე მოსამართ-

¹⁰⁹ PLATO, THE REPUBLIC OF PLATO 16 (Allan Bloom trans., 1991) (bk. 1, 1.339a ბერძნული ტექსტი).

ლეთა გადაწყვეტილებები შეიძლება აქტივისტურიდან თავდაჭერილამდე სპექტრზე დალაგდეს, რადგანაც ტაიერიზმი მესამე ტიპის (3) სამოსამართლო თვითკონტროლის მხოლოდ ერთი ნიმუშია. პროფესორებმა – სტეფანი ლინდქუისტმა და ფრენკ ქროსმა ასეთი რანჟირება შეადგინეს.¹¹⁰ მათ განსაზღვრეს აქტივიზმისა და თავშეკავებულობის ხუთი კატეგორია: (1) ფედერალური საკანონმდებლო ნორმების კონსტიტუციურობაზე სამოსამართლო კონტროლი; (2) შტატების საკანონმდებლო ნორმებზე სამოსამართლო კონტროლი; (3) ფედერალური აღმასრულებელი ხელისუფლების წარმომადგენელ პირთა და სააგენტოების, მათ შორის, ე.წ. „დამოუკიდებელი“ სააგენტოების, როგორცაა, ფედერალური სავაჭრო კომისიისა და შრომითი შეთანხმებების საკითხებზე მომუშავე ეროვნული სამმართველოს გადაწყვეტილებების სასამართლო კონტროლი; (4) არსებული დამოკიდებულებები დოქტრინებისადმი, რომლებიც სასამართლოს წესით დაგების განხილვას ეხება (დოქტრინები, რომლებიც ზღუდავენ სასამართლოსთვის მიმართვიანობას და შესაბამისად, შემთხვევებს, როდესაც ნორმას შეიძლება იურიდიული ძალა დაუკარგონ); და (5) უმაღლესი სასამართლოს მოსამართლეების მიერ ამავე სასამართლოს პრეცედენტის დაძლევის ტენდენცია. ეს ხუთივე მიმართულება შეიძლება გაერთიანდეს ერთში (როგორც ლინდქვისტი და ქროსი საბოლოოდ ახერხებენ ამას), რომელიც შეგვიძლია მოვიხსენიოთ, როგორც „კადნიერებისა და მოკრძალების სპექტრი“.

ავტორებმა კვლევაში გაითვალისწინეს 1953 წლიდან 2004 წლამდე თითოეული მოსამართლის დაფიქსირებული ხმა, შეიძლება ითქვას, რომ ეს არის პერიოდი, რომელიც მოიცავს უორენის თავმჯდომარეობიდან და რეინქუისტის მიერ სასამართლოს დატოვებამდე არსებულ პერიოდს, თუმცა ავტორებმა არ გაითვალისწინეს ისეთი მოსამართლეები, რომლებიც ამ პერიოდის განმავლობაში ცოტა ხნით იყვნენ სასამართლოში. ამ გამონაკლისების გათვალისწინებით, კვლევა მოიცავს 22 მოსამართლეს უმაღლესი სასამართლოდან. ზემოთ მოხსენიებული პირველი ოთხი კატეგო-

¹¹⁰ LINDQUIST & CROSS, *supra* 2; cf. Yung, *supra* 60.

რია საკონსტიტუციო შეზღუდულობის საზომი მასშტაბია, თუმცა მნიშვნელოვანია დათქმა, რომ ფედერალური ნორმისთვის მხარდაჭერით შესაძლოა გაუქმდეს შტატის კანონმდებლობის ნორმა, თუმცა ეს იყოს იერარქიული უპირატესობით გამონვეული და ამრიგად, მოქმედება დამაბნეველად ერთდროულად იყოს სამოსამართლო შეზღუდულობისა და აქტივიზმის გამოვლინება.

ყოველ კატეგორიაში მოსამართლეების დაჯგუფებისას გამოვლენილმა გადაკვეთის ნერტილებმა¹¹¹ შესაძლებელი გახადა რეინქუისთის, ფრანკფურტერის, ბურგერისა და სკალიას კვლევის ნახევარ საუკუნოვან პერიოდში ყველაზე თავდაჭერილ, ხოლო დაგლასის, ბრენანის, ბლექისა და მარშალის ყველაზე აქტივისტ მოსამართლეებად იდენტიფიცირება. თქმა არ უნდა, უკანასკნელი ოთხი უორენის სასამართლოს გამოჩენილი წევრები იყვნენ და მათთვის განსაკუთრებით დამახასიათებელი იყო აქტივიზმი. რობერტსის ხელმძღვანელობით უმაღლესი სასამართლო კი კონსერვატიული აქტივიზმის ნიმუშია, თუმცა ზედმეტად ახალგაზრდა იყო იმისთვის, რომ კვლევაში მიმოეხილათ.

თუმცა რეალურად რას გვეუბნება ეს მონაცემები უმაღლეს სასამართლოში მოსამართლეთა ტაიერისეული პრინციპებისადმი ერთგულებაზე? უორენის სასამართლოს აქტივისტები – რატომ არ ვუნოდებთ მათ ლიბერალებს? სამოსამართლო შეზღუდულობის დამცველების შემთხვევაში, რატომ არ დავარქმევთ მათ კონსერვატორებს (თუმცა ფრანკფურტერის შემთხვევაში, ასე გადაჭრით ვერ მოვიქცევით¹¹²), რამეთუ ისინი არსებითად კმაყოფილნი არიან ფედერალური და შტატებში არსებული კანონმდებლობითა და კონსერვატორი პრეზიდენტების აღმასრულებელი საქმიანობით?¹¹³

¹¹¹ იხ., იქვე, გვ. 56, ილუსტრაცია 6, 77 ილუსტრაცია 11, 116 ილუსტრაცია 16.

¹¹² ფრანკფურტერი ცალსახად არ ყოფილა სისტემურად თანმიმდევრული კონსერვატორი, თუმცა იგი მეტად კონსერვატიული გახლდათ, ვიდრე თავს აჩვენებდა, რომ იყო. იხ. Harold J. Spaeth, *The Judicial Restraint of Mr. Justice Frankfurter – Myth or Reality?*, 8 *MIDWEST J. POL. SCI.* 22 (1964).

¹¹³ აშშ-ში 1953 წლიდან 2004 წლამდე არსებულ 51 წლიან პერიოდში 31 წლის განმავლობაში პრეზიდენტი რესპუბლიკელი იყო.

ლინდქუისთმა და ქროსმა სცადეს, დაედგინათ იდეოლოგიურად განსაზღვრული აქტივიზმის ფარგლები – ეს არის ისეთი ფედერალური ან შტატის კანონების გაუქმების ტენდენცია, რომლებიც მოსამართლეთა იდეოლოგიისთვის უცხოა.¹¹⁴ ამას მათ „იდეოლოგიური აქტივიზმი“ უწოდეს, განსხვავებით „ინსტიტუციური აქტივიზმისგან“, რომელიც გულისხმობს ნორმის გაუქმებას, იმისდა მიუხედავად, ახლობელია თუ უცხო მოსამართლის იდეოლოგიური კატეგორიებისთვის. უორენი, ბლეკი, დაგლასი, ბრენანი, მარშალი და თომასი ორივე მიმართულებით განსაკუთრებით გამორჩეულები იყვნენ.¹¹⁵ ისინი ბევრი ფიქრის გარეშე მისცემდნენ ხმას ფედერალური თუ შტატების კანონების, როგორც წესი, მათი იდეოლოგიური მიდრეკილებების წინააღმდეგი ნორმების, გაუქმებას. ლინდქუისთისა და ქროსის კვლევაში სხვა მოსამართლეები, მათ შორისაა, რეინქუისთი, კლარკი, სკალია, გინსბურგი და სუტერი, არ იჩქარებდნენ ნორმისთვის იურიდიული ძალის წართმევას, თუმცა ასე მოქცევის შემთხვევაში, მათი მოქმედება თითქმის ყოველთვის იდეოლოგიური მიდრეკილებებით იქნებოდა ნაკარნახევი. რამდენადაც არსებობს მასშტაბი, რომლის მიხედვითაც, მოსამართლეები განსხვავდებიან მიდრეკილებების ასპექტში, მათი იდეოლოგიისგან დამოუკიდებლად გააუქმონ ესა თუ ის ნორმა, აგრეთვე არსებობს ცალკეული მოსამართლეების სამოსამართლო შეზღუდულობის გამოვლინება, რაც უფრო მეტია, ვიდრე იდეოლოგიას ამოფარებული გადაწყვეტა.

მაგრამ შესაძლებელია კი ამათგან რომელიმეს ტაიერის მოძღვრების მიმდევარი დავარქვათ? ვეჭვობ. ჰენრი ფრენდლი, გასული საუკუნის ბოლო 50 წლის საუკეთესო მოსამართლე, რომლისთვისაც არავის დაუბრალებია შეურაცხყოფის მიზნით „აქტივისტობა“ – პირიქით, თავად იყო უორენის სასამართლოს მომეტებული აქტივიზმის მწვავე კრიტიკოსი – არ ყოფილა ტაიერიზმის მიმდევარი. განვიხილოთ მისი მნიშვნელოვანი ესეიდან შემდეგი ნაწყვეტი:

¹¹⁴ იხ., LINDQUIST & CROSS, supra 2, გვ. 57–64, 78–82.

¹¹⁵ იქვე, გვ. 136, ილუსტრაცია 19.

„საკონსტიტუციო გადაწყვეტილება იყოს ჩინებული მხოლოდ იმას არ გულისხმობს, რომ საპირისპირო გადაწყვეტა რაციონალურობის მიღმა დარჩებოდა. დაჟინებით იმის მტკიცებას არ დავიწყებ, რომ *Erie Railroad Co. v. Tompkins*-ის გადაწყვეტილება გამონაკლისია. თუმცა იგი უკეთესად ესადაგება წლების განმავლობაში ჩამოყალიბებულ კონსტიტუციის სტრუქტურას, ვიდრე მტკიცება, რომ „აუცილებლობისა და მართებულობის დებულება“ კონგრესს ანიჭებს უფლებამოსილებას, შეიმუშავოს ფედერალური სასამართლოებისთვის მატერიალური სამართალი ისეთ სფეროებში, რომლებიც სხვა მხრივ მიკუთვნებულია შტატებისთვის, ანდა თავად ფედერალურმა სასამართლოებმა გააკეთონ იგივე – და ამგვარად არა მხოლოდ ნებართვა გასცენ, არამედ უზრუნველყოფენ კანონის წინაშე უთანასწორობას.“¹¹⁶

ამ ნაწყვეტის პირველი ორი წინადადება, ტაიერისეული დოქტრინის მიმდევარს რომ ეთქვა, იგულისხმებდა დასკვნას, რომ სასამართლოს აუცილებლად უნდა ეცნო კონსტიტუციურად კონგრესის მიერ დადგენილი წესები ფედერალური იურისდიქციის შესახებ დავებზე. ამის ნაცვლად, ფრენდლიმ აღნიშნულ გადაწყვეტილებას (ბრანდაისის მიერ დაწერილი, რომელმაც გადაწყვეტილება ნაწილობრივ ჰოლმსის გვიანდელი განსხვავებული აზრიდან განავითარა) მხარი დაუჭირა, რომელმაც საპირისპირო განამტკიცა – ამ პროცესს კი პრეცედენტების მთელი წყება შეეწირა. ფედერალური სააპელაციო სასამართლოს კიდევ ერთი (სასურველი იქნებოდა, გვეთქვა მრავალთა შორის) გამორჩეული მოსამართლე, ლერნდ ჰენდი სამოსამართლო შეზღუდულობის პირდაპირი დამცველი იყო; ამ ასპექტში მასსა და ფრენდლის შორის განსხვავება, ალბათ, ძირითადად თაობათაშორისია, თუმცა ტემპერა-

¹¹⁶ Henry J. Friendly, In Praise of Erie – And of the New Federal Common Law, 39 N.Y.U. L.REV. 383, 398 (1964).

მენტანაცაა დაკავშირებული, ჰენდი, სხვა მოსამართლეებისგან განსხვავებით, უჩვეულო მასშტაბის ეჭვით იყო შეპყრობილი.

რამდენადაც ჩემს თემას ეხება, ლინდქუსთისა და ქროსის კვლევაში კიდევ ორი შეზღუდვაა; პირველი, „ინსტიტუციური აქტივიზმის“ კრიტერიუმი აქტივიზმის ხუთივე კატეგორიას ერთში აქცევს, მიუხედავად იმისა, რომ მათგან მხოლოდ სამი უკავშირდება იმ კონცეფციას, რომელსაც მე ვიყენებ. ამასთანავე, ავტორები არ მიუთითებენ, გვაქვს თუ არა იდეოლოგიური მიკერძოებულობა მესამე კატეგორიის შემთხვევაში – საკონსტიტუციო დავების სასამართლოს წესით განხილვის მიმართ არსებული შეზღუდვებისადმი ერთგულება. ასევე, პროფესორი ლორი რინგჰენდის კიდევ ერთმა კვლევამ, რომელმაც თუმცა მხოლოდ 1994-დან 2004 წლამდე პერიოდი მოიცვა, მოსამართლეთა შორის „ინსტიტუციურ აქტივიზმში“ ვერ გამოავლინა არსებითი განსხვავება: უმაღლესი სასამართლოს ლიბერალი მოსამართლეები ხმას აძლევენ კონსერვატიული ნორმების გაუქმებას (ძირითადად შტატების კანონები) და კონსერვატორი მოსამართლეები კი ძირითადად ლიბერალური ნორმების (ძირითადად ფედერალური კანონების) – და ორივე ჯგუფი ამას მთელი ენთუზიაზმით აკეთებს.¹¹⁷

დასკვნა

თავიანთი კვლევის მთელი რიგი შეზღუდვებითა და რინგჰენდის კვლევის საწინააღმდეგო დასკვნების სათანადოდ გათვალისწინებითაც, ლინდქუსთმა და ქროსმა წარმოადგინეს გარკვეული მტკიცებულებები, რომ სამოსამართლო შეზღუდვა – მოქმედებაში იდეოლოგიისგან განყენებულად, თუკი თეორიულ ვალდებულებად აღარ – კვლავ არსებობს უმაღლეს სასამართლოში. იმედი მაქვს, რომ მათი მტკიცება სწორია, მაშინაც კი, თუ ეს მხოლოდ ფრაგმენტული ნაკვალევია, რადგან ასეთი თავდაჭერილობის სასარ-

¹¹⁷ Lori A. Ringhand, *Judicial Activism: An Empirical Examination of Voting Behavior on the Rehnquist Court*, 24 CONST.COMMENT. 43, 45 (2007).

გებლოდ, ზოგი რამ პოზიტიური შეიძლება ითქვას. ტაიერიზმი მკვდარია, მაგრამ მან მემკვიდრეობა დატოვა.

ტაიერიზმის მიმდევრების, თუმცა არა თვით ტაიერის, მტკიცებათა დიდი ნაწილის გავლენა სიცოცხლისუნარიანია: შეზღუდვები დავების სასამართლო წესით განხილვაზე; ბრანდაისის ძლიერი სურვილი, შეესწავლა სადავო კანონმდებლობის ცხოვრებისეული გავლენები; და შტატის დონეზე ექსპერიმენტირებისთვის ხელშეწყობის ნება – ეს უკანასკნელი კარგადაა ილუსტრირებული უმაღლესი სასამართლოს გადაწყვეტილებაში, რომელშიც სასამართლომ არ გააუქმა სამრევლო სკოლებისთვის სასკოლო ვაუჩერების პროგრამა¹¹⁸ და პირიქით, უმრავლესობის პოზიციასა და განსხვავებულ აზრებში საქმეზე, რომელზეც სასამართლომ მეორე დამატების ჰელერისეული ინტერპრეტაციის ინკორპორირება მოახდინა.¹¹⁹ საზოგადოდ, საკონსტიტუციო მართლმსაჯულებაში სამოსამართლო შეზღუდულობის (დაახლოებით ტაიერისეული გაგებით) მხარდაჭერი დამატებითი მტკიცებებია სამოსამართლო მოკრძალებისთვის არსებული არგუმენტები: ჩვეულებრივ, მოსამართლეები კომპეტენტური იურისტები არიან, მაგრამ იშვიათად ამაზე მეტნი; სასამართლო გადაწყვეტილებები შესაძლებელია სავსე იყოს გაუთვალისწინებელი შედეგებით; კონსტიტუციის მასშტაბი ფართოა და მოსამართლეებს კი შეზღუდულ ინფორმაციაზე დაყრდნობით უწევთ მოქმედება; რადგან არ არსებობს ცალკეული კეთილგონიერი ალგორითმიული მეთოდი რთულ შემთხვევათა გადასაწყვეტად, ძირითადად საკონსტიტუციო გადაწყვეტილებების ობიექტური მართებულობა მყიფეა; კონსტიტუციის ის დებულებები, რომელთა შესახებაც უმაღლესი სასამართლოს დონეზე მიმდინარეობს სამართალწარმოება, ძალიან ძველი და ზოგადია იმისთვის, რომ გამოყენებული იყოს, როგორც მითითებები; საკონსტიტუციო დავების თანმდევი გარემოებები, როგორც წესი, არის ემოციურიც და გადამწყვეტი მნიშვნელობისაც, შესაბამისად, მათი გადაწყვეტის მიზნით მიღებულ გადაწყვეტილებებში გარდა-

¹¹⁸ *Zelman v. Simmons-Harris*, 536 U.S. 639 (2002).

¹¹⁹ *McDonald v. City of Chicago*, 130 S. Ct. 3020 (2010).

უელად აისახება მოსამართლეთა პიროვნული ღირებულებები, ფსიქოლოგია, გამოცდილება, სოციუმის გავლენები, პოლიტიკური მდღეღარება, პროფესიული კვალიფიკაცია, იდეოლოგიური მიდრეკილებები და სხვა არაიურიდიული ფაქტორები, ძირითადად, გაუთვითცნობიერებლად; შეუზღუდავი სამოსამართლო პრაქტიკის განმახორციელებელი სასამართლოები უკონტროლო უკურეაქციას ინვევენ (მაგალითისთვის, შეადარეთ უორენისა და რობერტსის სასამართლოები); სასამართლოთა მოქმედების ინსტრუმენტები ლიმიტირებულია და შედეგად, მათი კანონშემოქმედებითი ძალისხმევა ხშირად ხელისუფლების სხვა შტოების მიერ შეიძლება შეიცვალოს. უკანასკნელი საკითხის მაგალითია, თუ როგორი რეაგირება მოახდინა კონგრესმა და მრავალმა შტატმა უორენის სასამართლოს მიერ სისხლის სამართლის პროცესის ლიბერალიზაციაზე, გაზარდეს რა თავისუფლების აღკვეთის მინიმალური და მაქსიმალური სასჯელები, შედეგად, რამდენადაც ვიცით, მაშინ, როდესაც დღეს სავარაუდოდ უფრო ნაკლები უდანაშაულო ადამიანია მსჯავრდებული, დანარჩენი, ვინც დამნაშავედ ცნეს, უფრო ხანგრძლივ სასჯელს იხდის. სასამართლო უნებლიე შედეგების კანონის მსხვერპლია.

შეიძლება ითქვას, რომ მითითებული მოსაზრებები ქმნიან ფედერალური და შტატების კანონმდებლობის ცალკეული ნორმების მხარდაჭერისთვის, როგორც მინიმუმ, მცირე პრეზუმფციას, როდესაც ასეთი ნორმები სადავოა გამხდარი ფედერალურ კონსტიტუციასთან მიმართებით. რამდენიმე მაგალითი უნდა მოვიხმო, თუ როგორ შეიძლება აღნიშნული პრეზუმფცია უარყოფილ იქნეს. უპირატესობის დოქტრინა ცალსახა მაგალითია, თუმცა ზედმეტად უბრალო, როგორც მაშინ, როდესაც ნორმა ეწინააღმდეგება მკაფიო საკონსტიტუციო დებულებას. არ შემოიძლია მაგალითებად მოვიტანო ნორმები ფედერალური კანონმდებლობიდან, რომელთაც არაკონსტიტუციურად მივიჩნევდი, თუმცა შემოიძლია მთელი რიგი მაგალითებისა შტატების კანონმდებლობიდან მივუთითო. იმ სიიდან, რომელიც სულ ახლახანს აღმოვაჩინე და რომელშიც შესულია ის 31 მნიშვნელოვანი ფედერალური კანონი (სულ 161-დან), რომელიც მარბერის გადაწყვეტილების შემდეგ უმაღლესმა

სასამართლომ არაკონსტიტუციურად მიიჩნია (აღნიშნულ რიცხვს ჰელერის გადაწყვეტილება ცუნდა დამატოს), მხოლოდ ერთზე მგონია, რომ იყო გაუქმების უდავო კანდიდატი, კანონი, რომელიც კოლეჯის ოლქში საჯარო სკოლების სეგრეგაციას ახდენდა, აღნიშნული კანონი სასამართლომ **Bolling v. Sharpe**¹²⁰-ის გადაწყვეტილებით გააუქმა, მიუხედავად იმისა, რომ „უფლებათა ბილში“ ე.წ. „თანაბარი დაცვის კლაუზულა“ ნახსენები არაა. ფორმალისტები მიიჩნევენ, რომ ეს გადაწყვეტილება არასწორია და მართლაც ძლიერი არგუმენტები შეიძლება მის წინააღმდეგ გამოიყენო; თუმცა სასამართლოს მიერ საჯარო სკოლებში სეგრეგაციის ყველგან გაუქმება, გარდა იმ ქალაქისა, სადაც სასამართლო მდებარეობს – უფრო ზუსტად კი, სასამართლოს გადაწყვეტილება, რომ ფედერალურ ხელისუფლებას შეუძლია განახორციელოს რასობრივი დისკრიმინაცია, რადგან „თანაბარი დაცვის კლაუზულა“ ფედერალური ხელისუფლების მიმართ არ გამოიყენება – უგუნური ტექნიკურობის ტრიუმფად იქცეოდა.

თუმცა მე მიიჩნევნია, თავიდან ავირიდო ვარაუდები და რჩევის სახით მარტივად განვაცხადო, რომ სამოსამართლო შეზღუდულობისთვის ის მხარდამჭერი წინადადებები, რომლებზეც მივუთითე, არის პრინციპები, რომლებიც გონიერმა და პრაგმატულმა მოსამართლემ უნდა გაითვალისწინოს, სხვა საკითხებთან ერთად, რომელთაც ცალკეული მნიშვნელობა ენიჭებათ რთული შემთხვევების გადაწყვეტისას. ტაიერის მიმდევრები პრაგმატისტები იყვნენ, თუმცა პრაგმატისტები აუცილებლად ტაიერის მიმდევრები არ არიან; თუნდაც გამოჩენილი პრაგმატისტი აქტივისტი როჯერ ტრენიორი. მოსამართლე სკალიას მსგავსი ლეგალისტები კონსტიტუციონალიზმის ახალ საფუძველს ამუშავენ იმ რწმენით, თითქოს ისინი ფლობდნენ ცოდნას იმის შესახებ, თუ „რეალურად“ რას გულისხმობს კონსტიტუცია. პრაგმატისტებს თავი შეცდომაში ასე არ შეყავთ, მიუხედავად ამისა, შიგადაშიგ და ზოგჯერ ხშირადაც, ისინიც ქმნიან კონსტიტუციონალიზმის სხვაგვარ გაგებას, არაფრით გამორჩეული კანონმდებლის როლის აღიარებითა და

¹²⁰ 347 U.S. 497, 499 (1954).

დამორჩილებით. ასეთი პრაგმატიკების, როგორებიც იყვნენ ჯონ მარშალი, ჰოლმსი, ბრანდაისი, კარდოზო, რობერტ ჯეკსონი და ჰენრი ფრენდლი, თავშეკავებული და აქტივისტური ტენდენციები არაერთმნიშვნელოვანია.

სამოსამართლო პრაგმატიზმის პრობლემა ისაა, რომ იგი მოითხოვს ფაქტებისადმი ლტოლვას – და რიტორიკულ უნარებს – რაც დღეს მოსამართლეებში იშვიათია. მართალია, პრაგმატიზმზე – არაფილოსოფიური გაგებით, როგორც ამ სიტყვას მე ვიყენებ, როდესაც სამოსამართლო უნარ-ჩვევებს ვახსიათებ – ფიქრისას ახსენდებათ ბუნებრიობა, მაგრამ მოსამართლეთათვის რთულია, წერონ მიწიერად და თან არ გამოჩნდნენ არაპროფესიონალებად. ჰოლმსის უნარი – ისეთი დავების დროს, როგორებიც იყო ლოხნერი და ოლმსტედი, ეწერა სამოსამართლო მოტივირებული აზრები, რომლებიც იქნებოდა ძლიერ დაფასებული, მიუხედავად იმისა, რომ მცირედით ან საერთოდ არ შეიცავდა „იურიდიულ არგუმენტაციას“, როგორც ამას ჩვეულებრივ აღიქვამდნენ – ასახავს ისეთ კულტურას, რომელიც ფაქტობრივად მკვდარია იურისტების წრეში. აღნიშნული და ამერიკის ისტორიიდან სხვა დიდებული მოსამართლეების მოტივირებული აზრები რიტორიკის **tour de force**-ია, ხოლო რიტორიკა დახვეწილობის და აღტაცების საგანი აღარ არის. მაგრამ ეს უკვე სხვა დროს განსახილველი საკითხია.

საკონსტიტუციო დავებისას გამოვლენილი სამოსამართლო თვითშეზღუდვის არგუმენტი – რომ აგრესიულ სასამართლო კონტროლს შემასუსტებელი ეფექტი აქვს კანონშემოქმედების მიერ საკანონმდებლო უფლებამოსილების პასუხისმგებლობით (მათ შორის, კონსტიტუციურად ჰარმონიზებულ) განხორციელებაზე – რომელსაც ტაიერი უდიდეს ყურადღებას უთმობდა, ასახავს მისი თუ ჩვენი დროის ამერიკელი კანონმდებლების შესაძლებლობებისა და მოტივებისადმი არსებულ გულუბრყვილო დამოკიდებულებას. ამგვარი ბრალდებისთვის ტაიერს შესაძლოა იმ მტკიცებით ეპასუხა, რომ სწორედ მისეული სტანდარტის უგულებელყოფა იქნებოდა კონგრესის ფუნქციის – განემარტა კონსტიტუცია – შესუსტება. თუმცა ასეთი შეპასუხება არადაამაჯვრებელი იქნებოდა. იმ ხალხის, ვინც კანონმდებლები ხდებიან, არც ხასიათი, მოტივები

ან გამოცდილება არ მიუთითებს იმას, რომ იქნებოდნენ კონსტიტუციის დებულებების პასუხისმგებლიანი ინტერპრეტატორები და საკონსტიტუციო ღირებულებების მცველები, რომ არა სასამართლო აქტივიზმი.

ის მართალია, რომ კონსტიტუციის გამოყენება საკანონმდებლო თათბირის რიტორიკის ნაწილია, მაგრამ ამაზე მეტი? ადრეულ პერიოდში, როდესაც კონგრესის ყველაზე მნიშვნელოვანი წევრები ჩართულები იყვნენ კონსტიტუციის შექმნასა და მის რატიფიცირებაში და ჯერ კიდევ ძალიან ცოტა სასამართლო გადანყვეტილებით იყო კონსტიტუცია განმარტებული, კანონმდებლის საკონსტიტუციო მსჯელობები რიტორიკაზე მეტიც იყო.¹²¹ თუმცა სახელმწიფოს პოლიტიკურ კულტურაში მომხდარი ცვლილებები და უფრო და უფრო კომპეტენტური სასამართლო ხელისუფლების მიერ მიღებული საკონსტიტუციო გადანყვეტილებების მზარდი ტენდენცია კონსტიტუციის ინტერპრეტაციაში კონგრესის მნიშვნელოვანი როლის დასასრული აღმოჩნდა. დონ კიხოტობა იქნებოდა ამ ტენდენციის შეცვლის მცდელობა, როგორც ტაიერი იმედოვნებდა, რომ შესაძლებელი იქნებოდა, ოღონდაც მოსამართლეებს ნორმების კონსტიტუციურობის კონტროლი უფრო ღმობიერად განეხორციელებინათ. უფრო ღმობიერი მიდგომა არ გაზრდის კანონმდებლის ინტელექტს ანდა გააუმჯობესებს მათ ბუნებას, გაანათლებს საზოგადოებას, გააუქმებს „ეროუს შეუძლებლობის თეორემას“ ანდა დაასუსტებს ინტერესთა ჯგუფებს; და საერთოდაც, უმაღლესი სასამართლო არც აპირებს დათმოს ძალაუფლება ხელისუფლების სხვა შტოების სასარგებლოდ.

თუმცა ეს ისედაც იცოდით.

¹²¹ იხ., DAVID P. CURRIE, THE CONSTITUTION IN CONGRESS: THE FEDERALIST PERIOD, 1789-1801, 3 (1997).

THE RISE AND FALL OF JUDICIAL SELF-RESTRAINT

Richard A. Posner

Translated by Iva Khvtasi*

Abstract

The following translation is completed according to the publication: Richard A. Posner, “The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint”, 100 California Law Review 519 (2012).

Richard A. Posner is one of the most influential scholars who served as a federal appellate judge on the U.S Court of Appeals for the 7th Circuit. This article discusses the origins and characteristics of the doctrine of Judicial Self-Restraint. The author reviews James Bradley Thayer’s constitutional doctrine which argues that judges should overturn a legislative act only when there is no reasonable doubt that it is unconstitutional. According to Posner, Thayer’s doctrine was approved and utilized by great American jurists including Oliver Wendell Holmes, Louis Brandeis, Felix Frankfurter and Alexander Bickel in their judicial and academic writings. The paper suggests that one of the major reasons for declining the prominence of Judicial Self-Restraint was the development of modern Constitutional Theories (like originalism, textualism, moral interpretations, etc.) stimulated by the conservative backlash against the Warren Court’s Judicial Activism. Subsequently, Judge Posner makes the case for Judicial Pragmatism which emphasizes the significance of consequences over doctrine by offering the eight principles of legal pragmatism. And the author argues that the most highly regarded jurists in American legal history have always been pragmatists.

* Bachelor of Law, MA Student, Legal Counselor at the Constitutional Court of Georgia. orcid.org/0000-0002-7819-6037.

რიჩარდ ა. პოზნერი

Key words: Judicial Self-Restraint, Posner, Thayer, Oliver Wendell Holmes, Louis Brandeis, Felix Frankfurter, Alexander Bickel.

სამართლის საზოგადოებრივი სამართლის პარტიკული კონსტრუქცია

გიორგი ალადაშვილი*

I. შესავალი

რთულია, ადამიანმა გადააფასოს ჰერბერტ ლაიონელ ადოლფუს ჰარტის მნიშვნელობა და მის მიერ შეტანილი წვლილი როგორც სამართლებრივ პოზიტივიზმში, ისე ანალიტიკურ იურისპრუდენციაში. თამამად შეიძლება ითქვას, რომ ზოგადად პოზიტივიზმის იდეას, რომელიც მეორე მსოფლიო ომის შემდეგ ბუნებითი სამართლის თეორიის მხარდამჭერების მხრიდან გამაღებელი კრიტიკის საგანი გახდა, ჰარტმა ახალი სიცოცხლე მისცა თავისი საყურადღებო მოსაზრებებით იმის თაობაზე, თუ რა არის სამართალი და რა ელემენტებისგან შედგება ის. ჰარტის თეორიებმა მნიშვნელოვნად შეარბილა ოსტინის, ბენტამისა და კომტის იდეები პოზიტივიზმის თაობაზე და სათავე დაუდო ანალიტიკურ იურისპრუდენციას.¹ ჰარტის მოძღვრება სამართლის რაობის შესახებ, რომელიც ჩამოყალიბებულ იქნა მის ნაშრომში – „სამართლის გაგება“ (The Concept of Law), დღესაც იურისპრუდენციაში ცხარე კამათისა და დისკუსიის საგანია² და აღნიშნული მარტოოდენ მისი მომხრე პოზიტივისტებითა და მოწინააღმდეგე ბუნებითი სამართლის მიმდევრებით არ შემოიფარგლება. ჰარტის იდეები სამართლის სხვა სფეროებშიც გასათვალისწინებელია. თუ ჰარტის მოსაზ-

* სამართლის დოქტორი, სულხან-საბა ორბელიანის უნივერსიტეტის მონვეული ლექტორი. orcid.org/0000-0003-3379-5121.

¹ ჰარტამდელი პოზიტივიზმის შესახებ იხ., Shauer F., Positivism before Hart, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 24, No.2, 2011, 455-471.

² ამერიკულ იურისპრუდენციაში აღნიშნული დავა ცნობილია, როგორც „დავა ჰარტსა და დუორკინს შორის“. იხ., Shapiro S.J., *The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed*, in: Ronald Dworkin, Edited by A. Ripstein, Cambridge University Press, 2007.

რებები სამართლის რაობის თაობაზე და აგრეთვე ოსტინის ბრძანებითი თეორიის კრიტიკა იურიდიულ წრეებში ფართოდაა ცნობილი, იმავს ვერ ვიტყვით მის მიერ სამართლის სხვა მნიშვნელოვან საკითხებზე გამოთქმული მოსაზრებების შესახებ, როგორცაა, მაგალითად, ჰარტის მეტად ორიგინალური აზრები საერთაშორისო საჯარო სამართლის შესახებ, რომლებსაც ნაკლები ყურადღება ექცევა სუბიექტური თუ ობიექტური მიზეზის გამო.

საერთაშორისო სამართალს ჰარტი თავისი უმნიშვნელოვანესი ნაშრომის მეათე თავს უთმობს. ერთ-ერთი კრიტიკოსის თქმით, ეს თავი გამჭრიახობისა და გაუგებრობის გამაღიზიანებელი ნაზავია და ბევრიც მას მხოლოდ უადგილო დამატებად აღიქვამს.³ აღნიშნული მკაცრი განაჩენი, განსაკუთრებით კი საერთაშორისო საჯარო სამართლის მრავალი იურისტების მხრიდან, რამდენიმე ფაქტორითაა განპირობებული. უმთავრესი კი თვით ჰარტის სკეპტიკური დამოკიდებულება საერთაშორისო საჯარო სამართლის მიმართ. თუ მის მოსაზრებებს შევაჯამებთ, შეიძლება დავასკვნათ, რომ ჰარტისათვის დადგენილი საერთაშორისო კანონმდებლობის, სავალდებულო იურისდიქციის არმქონე სასამართლოებისა და ცენტრალურად ორგანიზებული სანქციების არარსებობა ნიშნავდა იმას, რომ სახელმწიფოთა მიმართ მოქმედი წესები სოციალური სტრუქტურის უმარტივეს ფორმებს ჰგავდნენ, რომლებიც, განვითარებული ე.წ. მუნიციპალური სამართლებრივი სისტემებისგან⁴ განსხვავებით, მხოლოდ ძირითადი მავალდებულებელი წესებისგან შედგებოდა და არ გააჩნდა სამართლისათვის უმნიშვნელოვანესი მეორეული წესები.⁵

³ Waldron J., *International Law: "A Relatively Small and Unimportant" Part of Jurisprudence*, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-56, 2013, 209.

⁴ მუნიციპალური სამართლის სისტემაში ჰარტი მოიაზრებს ეროვნული სახელმწიფოების მიერ დაწესებულ მართლწესრიგს, ეროვნულ სამართალსა და კანონმდებლობას. წინამდებარე სტატიის მიხედვით აღნიშნული ტერმინი იქნება გამოყენებული.

⁵ Hart H.L.A., *The Concept of Law*, 2nd Ed., Clarendon Press, 1994, 214.

საერთაშორისო სამართლის ჰარტისეული კონცეფცია არაერთხელ გამხდარა კრიტიკის ობიექტი. სამართლის ფილოსოფოსების მხრიდან მეთავე თავი ხშირად იგნორირებული იყო, როგორც „უსარგებლო“, ხოლო საერთაშორისო სამართლის სფეროში მოღვაწე სპეციალისტებს კი ამ თავის წაკითხვის შემდეგ ისეთი შთაბეჭდილება ექმნებოდათ, თითქოს ჰარტს, ოსტინის მსგავსად, არ სჯეროდა არანაირი საერთაშორისო „სამართლის“ არსებობის, რაც, თუმცა უეჭველად გადაჭარბება და საკითხის უტრირებაა, მაინც ძალიან შორს არ დგას ჰარტის ძირითადი პოსტულატისგან – რომ საერთაშორისო სამართალი ფორმით უფრო „პრიმიტიულ“ სამართლებრივ სისტემას ჰგავს.⁶ ლიტერატურაში აღნიშნულია, მიუხედავად იმისა, რომ ჰარტი პირდაპირ არ იხსენიებს საერთაშორისო საჯარო სამართალს, როგორც „პრიმიტიულ“ ლეგალურ სისტემას, ამკარად ჩანს მისი დამოკიდებულება, როგორც სამართლის უფრო ნაკლებად განვითარებული სისტემისადმი და რომ ეჭვს არ იწვევს მის მიერ გამოტანილი დასკვნაც, რომ საერთაშორისო საჯარო სამართალს უფრო მეტი კავშირი აქვს პრიმიტიული საზოგადოების სოციალურ წესებთან, ვიდრე კომპლექსურ ე.წ. მუნიციპალურ სამართლებრივ სისტემასთან.⁷

ამავდროულად, როგორც წინამდებარე სტატიაში იქნება ნაჩვენები, ჰარტის მოსაზრებებში რიგი ძალიან საყურადღებო მომენტიც არის მიმოფანტული, რომლის განხილვაც მიზანშეწონილია საერთაშორისო საჯარო სამართალზე სრული წარმოდგენის შე-

⁶ Waldron J., *Hart and the Principles of Legality*, in: *The Legacy of H.L.A. Hart: Legal, Political and Moral Philosophy*, Ed., Kramer M.H., Grant C., Colburn B., Hatzistavrou A., Oxford University Press, 2008, 68.

⁷ Payandeh M., *The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart*, *The European Journal of International Law* Vol. 21, No. 4, 2011, 978. საერთაშორისო საჯარო სამართლის „პრიმიტიულ“ სამართლად მიჩნევა მხოლოდ ჰარტის ორიგინალურ მოსაზრებას არაა. ამ შეხედულებას იზიარებდა, მაგალითად, ჰანს კელზენიც: Kelsen H., *Reine Rechtslehre: Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, 140-141. აღნიშნული ზოგადად სამართლის თეორეტიკოსებს შორის მწვავე კამათის საგანია. იხ., Kolb R., *Theory of International Law*, Hart Publishing, 2016, 162-168.

საქმნელად. აღნიშნული განსაკუთრებით ეხება ჰარტის მოსაზრებებს ეროვნული სუვერენიტეტისა და სანქციების არარსებობის გამო საერთაშორისო სამართლის აღსრულების გზების შესახებ.⁸ თემის აქტუალურობა ზოგადად განპირობებულია იმითაც, რომ ჰარტის, როგორც თანამედროვე ანალიტიკური იურისპრუდენციის ერთ-ერთი ფუძემდებლის, აზრები ხშირად ანგარიშგასაწევია მათი ორიგინალურობისა და განსხვავებული თვალთახედვის გამო. ბევრი სამართალმცოდნის მიერ, შეიძლება ითქვას, რომ უსამართლო იგნორირების მიუხედავად, ჰარტის საერთაშორისო საჯარო სამართლის კონცეფციას სულ უფრო და უფრო ხშირად მიმართავენ, განსაკუთრებით იმ სფეროში, რომელშიც მისი აზრები, როგორც აღვნიშნეთ, მეტად საყურადღებოა (სანქციები, საერთაშორისო საჯარო ურთიერთობანი და ა.შ.). ისინიც კი, ვინც ჰარტის საერთაშორისო საჯარო სამართლის კონცეფციას აკრიტიკებენ, მაინც აღიარებენ, რომ ჰარტს რამდენიმე საკმაოდ საინტერესო ნააზრევიც ეკუთვნის, რომელთა სრული უგულვებლყოფაც დაუშვებელია.

სტატიის მიზანია, მოკლედ მიმოიხილოს ჰერბერტ ჰარტის ნააზრევი საერთაშორისო საჯარო სამართლის შესახებ, აგრეთვე კრიტიკულად განიხილოს ის მის მიერვე ჩამოყალიბებული სამართლის კონცეფციის ფარგლებში.

II. ჰარტის სამართლის კონცეფცია

1. სამართლის ბრძანებითი თეორიის ჰარტისეული კრიტიკა

საერთაშორისო საჯარო სამართლის ჰარტისეული კონცეფციის განხილვამდე უპრიანი იქნებოდა უპირველესად მოკლედ მიმოგვეხილა ჰარტის მთლიანი შეხედულებანი სამართალზე, რაც მის 1961 წელს გამოქვეყნებულ „სამართლის გაგებაშია“ გადმოცემული. ნაშრომის მიზნად ჰარტი ასახელებს არა სამართლის ცნების დადგენას, არამედ „მუნიციპალური ლეგალური სისტემის სტრუქტურის გაუმჯობესებული ანალიზითა და სამართალს, ძალადობასა

⁸ Waldron J., International Law: “A Relatively Small and Unimportant” Part of Jurisprudence, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-56, 2013, 209.

და მორალს, როგორც სოციალური ფენომენების ტიპებს შორის განსხვავებებისა და მსგავსებების უკეთესი გამოჩვენებით“ სამართლებრივი თეორიის წინ ნაწილს.⁹

ჰარტის წიგნის მიზანია სამართლის ე.წ. ბრძანებითი თეორიის გაქარწყლება – თეორიის, რომელსაც თავის რიგებში არაერთი გამორჩენილი სამართალმცოდნე ჰყავდა და ახლაც ჰყავს და რომელიც, ჰარტის თქმით, აშკარა ნაკლოვანებების მიუხედავად, „მუდმივად მიმზიდველია“. ¹⁰ შედეგად, ჰარტი დიდ ადგილს უთმობს სამართლის ნორმატიული თეორიის ფუძემდებლის,¹¹ ჯონ ოსტინის ნააზრევის კრიტიკულ განხილვას. ამ უკანასკნელმა სამართალი განსაზღვრა, როგორც საზოგადოების მბრძანებელთა მიერ გაცემული ბრძანებების ნაკრები, იმ მბრძანებლების, რომელთა ნებაც, თავის მხრივ, ამავე ბრძანებებით შებოჭილი არ არის.¹² ანუ სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, სამართალი სხვა არაფერია, თუ არა სუვერენის მიერ გაცემული იძულებითი, სავალდებულო ძალის მქონე ნორმების (სინამდვილეში, სუვერენის ბრძანებების) ერთობლიობა.¹³

ჰარტი თამამად ილაშქრებს ამ იდეის წინააღმდეგ. იგი მიუთითებს, რომ სამართლის, როგორც მუქარით გამაგრებული და ერთი მხარის მიერ გაცემული ზოგადი ბრძანებების ერთობლიობის, კონცეფცია ყველაზე მეტად უახლოვდება თანამედროვე სახელმწიფოთა მიერ დადგენილ სისხლისსამართლებრივ დებულებებს (იმავე კანონებს ანგლოამერიკულ სამართალში, ე.წ. სტატუტებს), ვიდრე სამართლის სხვა რომელიმე სფეროს. მაგრამ ამ შემთხვევაშიც ბრძანებების გამცემი დამოუკიდებელი კანონმდებელი

⁹ Hart H.L.A., *The Concept of Law*, 2nd Ed., Clarendon Press, 1994, 17.

¹⁰ იქვე, 18.

¹¹ ხუბუა გ., სამართლის თეორია, თბილისი, 2004, 34.

¹² Hart H.L.A., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, 1983, 59.

¹³ „Every law or rule.... is a command“ („ყველა კანონი ან წესი ბრძანებაა“). იხ., Austin J., *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, 1995, 21. ოსტინის ბრძანებითი თეორიის შესახებ ასევე იხ., მეტრეველი ვ., დავითაშვილი გ., პოლიტიკურ და სამართლებრივ მოძღვრებათა ისტორია (ლექციების კურსი), თბილისი, 1997, 276-277.

ლია, რომელსაც უმაღლესი საკანონმდებლო ფუნქციებიც აქვს შეთავსებული.¹⁴

ოსტინის თეორიას ჰარტი უპირისპირდება იმ საფუძველზე, რომ სამართლის ბევრ სფეროში ეს მიდგომა ელემენტარულად არ მუშაობს. უფრო მეტიც, ბევრი და შეიძლება ითქვას, რომ დანაწესთა რიცხოვრები ოდენობის უმრავლესობა ვალდებულებებს კი არ შეიცავს, არამედ იძლევა უფლებებს, როგორცაა, მაგალითად, დაქორწინება, ანდერძისა ან ხელშეკრულების შედგენა. ასეთი წესები ინდივიდებისათვის ადგენენ უფლებებისა და მოვალეობების კონსტრუქციულ მატრიცას თვით სამართლებრივი სისტემის ჩარჩოებში, რომ ადამიანებმა ეფექტურად განახორციელონ საკუთარი ნებასურვილები და თავიანთი თავი განავითარონ.¹⁵ ჰარტი აკრიტიკებს იმ იურისტებს, რომლებიც ცდილობენ აღნიშნული უწყინარი სამოქალაქო სამართლებრივი დანაწესები ოსტინის თეორიის ჭრილში წარმოაჩინონ, როგორც ბრძანებები და ვალდებულებები (მაგ., სამოქალაქო აქტის ბათილობა ან მისი ძალადაკარგულად გამოცხადება, როგორც სანქცია).¹⁶

ამავდროულად, თუ სამართალი განხილული იქნება მხოლოდ იმ კუთხით, რომ ერთი მხარე მეორესათვის დასამორჩილებელ ბრძანებებსა და სანქციებს გასცემს, აღნიშნული ვერ ხსნის იმ მარტივ ჭეშმარიტებას, რომ კანონმდებელი, იმავე აბსოლუტური მონარქისგან განსხვავებით, ძალიან ხშირად ისეთ კანონებსაც იღებს, რომლებიც თვითმბოჭავია.¹⁷ კიდევ ერთ არგუმენტად ჰარტს მო-

¹⁴ Hart H.L.A., *The Concept of Law*, 2nd Ed., Clarendon Press, 1994, 24-25.

¹⁵ Hart H.L.A., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, 1983, 60-61.

¹⁶ Hart H.L.A., *The Concept of Law*, 2nd Ed., Clarendon Press, Oxford, 1994, 27-29, 33-35.

¹⁷ იქვე, 42-44. აქვე უნდა აღინიშოს, რომ ჯერ კიდევ პლატონის დროიდან იყო შემჩნეული, რომ კანონმდებელს შეუძლია თუნდაც შეცდომით ისეთი კანონებიც შექმნას, რომლებიც უშუალოდ თუ ირიბად მისსავე ინტერესებს ეწინააღმდეგება. ანუ სამართლის ასეთი მარტივი აღქმა, როგორც მბრძანებელი მხარის მიერ მიცემული ბრძანებების ერთობლიობისა, პრიმიტიული და არასწორია. იხ., Plato, *The Republic*, 2nd Ed., Translated by D. Lee, London, 2007, 19-20.

აქვს წარმოშობის სახეც: კანონებისა და სტატუტების გარეთ არსებობს ძალიან ბევრი ჩვეულებაც, რომლებიც, თუნდაც ისინი დღესდღეობით სამართლის უპირველეს წყაროდ არ განიხილებოდნენ, მაინც შეიძლება გამოყენონ სამართლის როლში იმავე სასამართლოების მიერ (ანუ რეალურად აღიარონ მოქმედ სამართლად).¹⁸

ჰარტი ყურადღებას ამახვილებს იმაზეც, რომ კანონმდებელიცა და კანონიც იცვლება და ოსტინის თეორია ადეკვატურად ვერ განმარტავს იმ ნორმებს, რომლებიც მიმართულია არა რომელიმე კონკრეტული კანონმდებლისადმი, არამედ ასეთი კანონმდებლის კლასისადმი, ინსტიტუტისადმი (მეფე, პარლამენტი) და ეხება ძალაუფლების შეცვლას – როდესაც, მაგალითად, ახალი კანონმდებელი იკავებს ძველის ადგილს, მაგრამ ამ ადგილის დაკავება ხდება იმ საზოგადოებრივი წესების შესაბამისად, რომელთა თანახმადაც, აღნიშნული საერთოდ შესაძლებელია.¹⁹ კანონმდებელს, იქნება ეს სუზერენი, იმპერატორი თუ მონარქი, არ შეუძლია არსაიდან კანონის დადგენა, რადგან უპირველესად უნდა მოხდეს შეთანხმება ფუნდამენტურ კანონშემოქმედებით საკითხებზე და ასეთი წესები არა უბრალოდ ბრძანებები და ვალდებულებებია, რომელთაც ქვეშევრდომნი უნდა დაემორჩილონ, არამედ ნებისმიერი სამართლებრივი სისტემის ფუნდამენტი, მისი ქვაკუთხედი.²⁰

ჰარტის არგუმენტი მდგომარეობს იმაში, რომ ბრძანებითი თეორია, რომელიც მართლწესრიგს უბრალოდ სუზერენის მიერ გაცემული ბრძანებებისადმი მორჩილების ჩვევით ხსნიდა, სრულიად უგულვებელყოფდა „შიდა ასპექტს“, რაც რეალურად უჩენს ადამიანებს კანონისადმი დამორჩილების ვალდებულების გრძნობას, სტიმულს.²¹ სწორედ ამ შინაგანი ელემენტითაა შეკრული, მაგალითად, იმავე „პრიმიტიული“ საზოგადოების სამართალი.

¹⁸ Hart H.L.A., *The Concept of Law*, 2nd Ed., Clarendon Press, 1994, 44-48.

¹⁹ იქვე, 59-60.

²⁰ Hart H.L.A., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, 1983, 59.

²¹ Nalbandian E.G., *Positivist Theory of Law – H.L.A. Hart: Hart's Concept of Law*, *Mizan Law Review*, Vol. 3, No. 1, 2009, 141.

ჰარტი, ემიჯნება რა პოზიტივიზმის სკოლის ბრძანებითი თეორიის მომხრეებს, იმავდროულად, მაინც რჩება პოზიტივიზმის მომხრედ და ისევე, როგორც ამ სამართლებრივი მიმდინარეობის სხვა წარმომადგენლები (მაგალითად, ბენტამი და იგივე ოსტინი), აკრიტიკებს ბუნებითი სამართლის თეორიასა და ამ თეორიით გამოწვეულ ბუნდოვნებას, როდესაც სამართალი, „როგორც ის არის“ და სამართალი, „როგორც ის უნდა იყოს“ (თეორიულად, იდეალურად)²² ერთმანეთშია აღრეული და მათ შორის ზღვარი რეალურად ნაშლილია.²³ სამართლებრივი პოზიტივიზმის ცენტრალური იდეა საკმაოდ მარტივი იყო და არის: მარტოდენ ფაქტი იმისა, რომ წესი მორალურ სტანდარტს არღვევს, არ ნიშნავს, რომ ის სამართლებრივი დანაწესი არ არის და მეორე მხრივ, რომ ელემენტარულად მორალურად სასურველი წესი ავტომატურად არ აქცევს ასეთ წესს სამართლად.²⁴

ჰარტი ბრძანებითი თეორიის საფუძვლიანი და ძირეული კრიტიკის შემდეგ გადადის სამართლის საკუთარი თეორიის ჩამოყალიბებაზე და წარმოაჩენს მას, როგორც ძირითადი (პირველადი) და მეორეული წესების ერთობლიობას.

2. სამართალი, როგორც ძირითადი და მეორეული წესების ერთობლიობა

ჰარტის ანალიტიკურ იურისპრუდენციაში დიდი ადგილი ეთმობა იმის განსაზღვრას, თუ ზუსტად როგორ შეიძლება კლასიფიცირდეს სამართლის ნორმები. თვით ჰარტი მათ ძირითად (პირველად) და მეორეულ ნორმებად ჰყოფს.²⁵ ძირითადი წესები ის წესებია, რომლებიც სუბიექტებისგან მოითხოვენ რაიმე ქმედებაში ჩართვას ან ასეთი ქმედებისგან თავის შეკავებას, ხოლო მეორეული წესები

²² ხუბუა გ., სამართლის თეორია, თბილისი, 2004, 33.

²³ Hart H.L.A., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, 1983, 50.

²⁴ იქვე, 55.

²⁵ Jones M.L., *The Legal Nature of the European Community: A Jurisprudential Analysis using H.L.A. Hart's Model of Law and a Legal System*, *Cornell International Law Journal*, Vol. 17, No. 1, 1984, 6-10.

კი უფრო პროცესუალურ ხასიათს ატარებენ და თვით წესებს ეხებიან – კანონიერ ძალას აძლევენ რა იმ კონკრეტულ დებულებებს, რომლებიც დაკავშირებულია ამ ძირითადი წესების განსაზღვრასთან, შეცვლასთან ან დადგენასთან და ამგვარად აკონტროლებენ მათ (ძირითადი წესების) ფუნქციონირებას.²⁶ წესები, რომლებიც უფლების მიმნიჭებლები არიან, განსხვავდებიან ბრძანებებისგან, თუმცა აუცილებელი არაა, ისინი მორალურ ხასიათს ატარებდნენ. სამართლებრივი წესებით რეგულირდება ბევრი ისეთი სფეროც, რომელშიც სამართლიანობის საკითხი ირელევანტურია.²⁷

ჰარტი განასხვავებს ამ მეორეული წესის სამ სხვადასხვა სახეს: 1. წესები, რომლებიც კანონშემოქმედების უფლებამოსილებას იძლევიან; 2. ისინი, რომლებიც სასამართლო განხილვის უფლებას ადგენენ და საბოლოოდ ყველაზე ცნობილი ე.წ. აღიარების წესები (**rule of recognition**). ეს უკანასკნელნი კონკრეტულ უფლებებს კი არ ადგენენ, არამედ განსაზღვრავენ იმ პირობებს, რომელთა დაკმაყოფილებაც აუცილებელია, რათა ნორმა სოციაუმის სამართლის ნაწილად ჩაითვალოს.²⁸ არსობრივად, აღიარების წესი იძლევა სისტემაში ძირითადი წესების იდენტიფიცირების კრიტერიუმებს.²⁹ თავად ეს აღიარების წესი სამართლებრივად არ ფასდება და არ შეიძლება მისი ნამდვილად ან ბათილად მიჩნევა. იგი კომპლექსური სოციალური მოვლენაა და სულ მცირე ორ კრიტერიუმს მაინც უნდა აკმაყოფილებდეს: (1) ყველა მოქმედი წესი უნდა იქნეს დაცული და (2) ეს მოქმედი წესები უნდა დამოწმდეს ამ აღიარების

²⁶ Payandeh M., *The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart*, *The European Journal of International Law* Vol. 21, No. 4, 2011, 973.

²⁷ Hart H.L.A., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, 1983, 62.

²⁸ Coleman J.L., Leiter B., *Legal Positivism*, in: *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Edited by D. Patterson, 2nd Ed., Wiley-Blackwell, 2010, 232.

²⁹ Payandeh M., *The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart*, *The European Journal of International Law* Vol. 21, No. 4, 2011, 974.

ნესის თანახმად, რომელიც რეალურად უნდა მიიღონ, როგორც ქცევის საერთო საზოგადოებრივი სტანდარტი.³⁰

უტილიტარიზმის მიმდევრების მსგავსად, ჰარტი მიიჩნევდა, რომ სრულიად შესაძლებელია კანონი კანონადვე მიიღონ, მაგრამ მორალური თვალსაზრისით იმდენად გაუმართლებელი იყოს, რომ მისდამი დამორჩილება არ შეიძლებოდეს. მეტიც, ასეთი ამორალური წესებისათვის წინააღმდეგობის განევა ვალდებულებადაც კი იქცევა.³¹ ჰარტი ამგვარად ცდილობს, პასუხი გასცეს ბუნებითი სამართლის ცნობილ არგუმენტს ამორალური ან უსამართლო კანონის შემთხვევის შესახებ. იგი აქარწყლებს იმ არასწორ აზრს, რომ პოზიტივიზმი ყველანაირი კანონისადმი უბრალო და ბრმა მორჩილებას ქადაგებს.

ჰარტის სამართლებრივი კონცეფციის დეტალური განხილვა სცდება წინამდებარე თემის ფარგლებს. აღსანიშნავია მხოლოდ ის, რომ ჰარტის თეორიამ როგორც დიდი სახელი მოიხვეჭა პოზიტივისტებისა და ანალიტიკური იურისპრუდენციის წრეებში, ისე საკმაოდ დიდი კრიტიკაც მიიღო ბევრი სხვა გამოჩენილი იურისტისგან.³²

III. ჰარტის მოსაზრებანი საერთაშორისო საჯარო სამართლის შესახებ

„სამართლის გაგებაში“ საერთაშორისო სამართლისათვის მიძღვნილ მეთე თავში ჰარტი არ ცდილა, იგი იმავე პრიზმაში განეხილა, როგორც ე.წ. მუნიციპალური ლეგალური სისტემა და სავარაუდოდ, არც იმის სურვილი ჰქონდა, წინა პლანზე წამოენია საერთაშორისო საჯარო სამართლის რაობის რთული საკითხი. ამის

³⁰ Nalbandian E.G., *Positivist Theory of Law – H.L.A. Hart: Hart's Concept of Law*, Mizan Law Review, Vol. 3, No. 1, 2009, 144.

³¹ Hart H.L.A., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, 1983, 73, 77.

³² კრიტიკულად განწყობილი სამართალმცოდნეების, მათ შორის, დუორკინის, მაკკორმიკის, კოტერელის და სხვათა კრიტიკის მოკლე შინაარსისათვის იხ., Nalbandian E.G., *Positivist Theory of Law – H.L.A. Hart: Hart's Concept of Law*, Mizan Law Review, Vol. 3, No. 1, 2009, 144-148.

ნაცვლად, პირდაპირ მიანიშნა, რომ აღნიშნული თემა მეორეხარისხოვანი იყო წიგნის მიზნებისათვის.³³ როგორც უკვე აღინიშნა, ჰარტის დამოკიდებულება საერთაშორისო საჯარო სამართლის მიმართ მეტად თავისებურია. იგი მას არც სამართლად მიიჩნევს და არც რაიმე მორალურ სისტემად, არამედ იმგვარი პირველადი დანაწესების ერთობლიობად, რომელსაც სრულყოფილ მართლწესრიგად ქცევისათვის რამდენიმე ნიშანი აკლია, მათ შორის, მეორეული წესები და რაც მთავარია, აღიარების წესი.

თავის ანალიზში ჰარტი, უპირველეს ყოვლისა, განიხილავს საერთაშორისო საჯარო სამართლის „სამართლად“ მიჩნევისას არსებულ „საეჭვო“ მომენტებს. ერთ-ერთი საფუძველი მისი დაეჭვებისათვის მდგომარეობს თვით სამართლის, როგორც ფუნდამენტურად ვალდებულებითი, ძალის გამოყენების მუქარით მხარდაჭერილი სისტემის კონცეფციისაში, რაც საერთაშორისო საჯარო სამართალს არ შეესაბამება. მეორე საფუძველი სახელმწიფოთა სტატუსს უკავშირდება – ჰარტის თქმით, ქვეყნებს არ ძალუძთ სამართლებრივი ვალდებულების სუბიექტებად ყოფნა, იმავე „მუნიციპალური“ სამართლისგან განსხვავებით, სადაც ადამიანები ნამდვილი სუბიექტები არიან.³⁴ ამ ორი არგუმენტის გარდა, ჰარტის მოსაზრებით, საერთაშორისო სამართალს არც სამართლისათვის აუცილებელი მეორეული წესები აქვს, მათ შორის, მის მიერ შემოთავაზებული ე.წ. აღიარების წესი, რომლისგანაც ყველა სხვა სამართლებრივი ვალდებულება და წესი საკუთარ ქმედითობას იღებს.

თავის წიგნში ჰარტი სვამს მარტივ კითხვას, რაც იმ დროისთვისაც და დღესაც ძალიან ბევრ იურისტსა აწუხებდა და აწუხებს: „როგორ შეიძლება საერთაშორისო სამართალი მავალდებულებელი იყოს?“. იგი ჯერ განასხვავებს შემთხვევებს, რომელთა დროსაც საკითხი დგას იმის შესახებ, კონკრეტული სამართლებრივი ნორმა მოქმედებს თუ არა რომელიმე კერძო სუბიექტის მიმართ (მაგალითად, ბელგიური სამართალი საერთაშორისო კერძოსა-

³³ Waldron J., International Law: “A Relatively Small and Unimportant” Part of Jurisprudence, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-56, 2013, 210.

³⁴ Hart H.L.A., The Concept of Law, 2nd Ed., Clarendon Press, 1994, 216.

მართლებრივ დავაში), ისეთი შემთხვევებისგან, როდესაც კითხვის ნიშნის ქვეშ დგება თვით ამ სამართლის მოქმედების ბუნება. ანუ პირველის დროს ეჭვს არ იწვევს ბელგიური თუ საერთაშორისო ნორმის არსებობა; საკითხავია მხოლოდ ის, მოქმედებს თუ არა იგი ამ კონკრეტულ სიტუაციაში კონკრეტული სუბიექტის მიმართ და რეალურად აქ საქმე ეხება ამ ნორმის მოქმედების მოცულობას. მეორე შემთხვევაში კი სწორედ ამ ნორმის ნიშან-თვისებებისა და მახასიათებლების არსებობა იწვევს ეჭვს. კითხვის უფრო ზუსტი და მკაფიო ფორმულირებისას იგი შემდეგნაირ სახეს იღებს: „შეიძლება თუ არა, რომ ასეთ [საერთაშორისოსამართლებრივ] წესებს სამართლიანად და გააზრებულად მოჰყვეს ვალდებულების წარმოქმნა?“. რეალურად ცენტრალიზებულად ორგანიზებულ სანქცი-ათა სისტემის არარსებობის გამო, ჰარტის აზრით, პასუხი უარყოფითია. ამგვარად, თუ საერთაშორისო სამართლის წესები შესასრულებლად სავალდებულო არაა, მაშინ მათი სამართლად კლასიფიკაციაც არასერიოზულია. მაგრამ მისი შეხედულებით, ვალდებულებათა ამგვარი ანალიზით იგულისხმება, რომ სამართალი ძირითადად მხოლოდ ისევე ბრძანებები და ვალდებულებებია, რომლებიც თან მუქართაა ზურგგამაგრებული. აღნიშნული რეალურად ბრძანებითი თეორიის გამეორებაა – იმ თეორიის, რომელიც მან ნიგნშივე მკაცრად გააკრიტიკა.³⁵

განასხვავებს რა დაუმორჩილებლობის შედეგად დამდგარ სასჯელსა და შესასრულებელ ვალდებულებას, ჰარტი ამტკიცებს, რომ თუ ადამიანი გათავისუფლდება სამართლის, როგორც მუქართით გამაგრებული ბრძანებების, კონცეფციისგან, არ არსებობს რაიმე მიზეზი, რის გამოც ვალდებულება აუცილებლად მხოლოდ და მხოლოდ ორგანიზებული სანქციებით მხარდაჭერილ წესებამდე უნდა იქნეს დაყვანილი. იგი გადადის ოპონენტთა მეორე არგუმენტზე და სვამს შეკითხვას, რომ როგორც მუნიციპალურ სამართლებრივ სისტემაში არსებობს ძირითადი, საჭირო დებულებანი, როგორიცაა ვალდებულების, ძალის გამოყენების აკრძალვისა და სხვა ნორმები, ნიშნავს თუ არა ეს იმას, რომ ზუსტად ამგვარი

³⁵ იქვე, 217.

დებულებები უნდა არსებობდეს საერთაშორისო საჯარო სამართალშიც. ამის პასუხად, ჰარტი აცალკევებს ურთიერთობას ადამიანებსა და სახელმწიფოებს შორის. სახელმწიფოთა შორის ძალადობა გაცილებით უფრო საჯაროა, ვიდრე კერძო ინდივიდების შემთხვევაში და საერთაშორისო არენაზე მოასპარეზებს შორის ძალებიც აშკარად არათანაბრადაა გადანაწილებული. აგრესიის გამოყენებისას, რომელიც ყოველთვის საჯაროა, შედეგის პროგნოზირება ძალიან რთულია თვით ყველაზე ძლიერი სახელმწიფოებისთვისაც კი. ჰარტი აგრეთვე აღნიშნავს, რომ საშინელ ომებს შორის შუალედებში ქვეყნებს ახასიათებთ მშვიდობიანობის მრავალი წელიც და ამიტომ რაციონალურად მოსალოდნელია შესაბამისი წესების დადგენაც – წესების, რომელთა აღსასრულებლადაც არ იქნებოდა საჭირო რაიმე ცენტრალური ორგანო.³⁶ მეორე მხრივ, ძალაუფლების არათანაბარი გადანაწილების გამო მარტოოდენ სანქციების არსებობა საერთაშორისო საჯარო სამართალში (რომლებიც ფუნქციური დატვირთვით განსხვავდებიან მუნიციპალურ სამართალში არსებული სანქციებისგან) არ იქნებოდა იმის გარანტია, რომ სახელმწიფოები ყოველთვის დაემორჩილებოდნენ აღნიშნულ წესებს და მათი შემაკავებელი ეფექტიც მცირე იქნებოდა.³⁷ საერთაშორისო საჯარო სამართალში აღნიშნული სპეციფიკური ნიშნების არსებობა გულისხმობს, რომ იგი გარკვეულწილად სხვა საფუძვლებზე განვითარდა, ვიდრე ე.წ. მუნიციპალური სამართალი და ცენტრალიზებულად ორგანიზებული მკაცრი სანქციების სისტემის ჩამოყალიბების აუცილებლობა მისთვის უბრალოდ არ არსებობდა.³⁸ მთლიანობაში, ჰარტის აზრით, მიუხედავად იმისა, რომ მაგალითად, იმავე სანქციებს საერთაშორისო სამართალში გარკვეულწილად განსხვავებული ფუნქცია ეკისრებათ, მარტო-

³⁶ იქვე, 219-220.

³⁷ Payandeh M., *The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart*, *The European Journal of International Law* Vol. 21, No. 4, 2011, 975.

³⁸ Waldron J., *International Law: "A Relatively Small and Unimportant" Part of Jurisprudence*, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-56, 2013, 213.

დენ აღნიშნული არაა საკმარისი საბაზი იმისათვის, რომ საერთაშორისო სამართალს „სამართლის“ სტატუსი ავტომატურად ჩამოერთვას.³⁹

ჰარტი კიდევ ერთხელ ხაზს უსვამს, რომ ზოგადად საერთაშორისო საზოგადოების მხრიდან თითქმის ყოველთვის არსებობს ზენოლა, რომ საერთაშორისოსამართლებრივი ნორმები შესრულდეს და სახელმწიფოთა მიერ შეტანილი სარჩელებიც თითქმის ყოველთვის უთითებენ სწორედ აღნიშნულ წესებზე და მათ დარღვევას მართლაც შესაძლოა უარყოფითი შედეგები მოჰყვეს დამრღვევი მხარისათვის.⁴⁰ ამგვარად, საერთაშორისოსამართლებრივი ნორმების დარღვევას გარკვეული უარყოფითი ეფექტი მართლაც მოჰყვება, თუნდაც რომ სანქციის აღსრულება სირთულეებთან იყოს დაკავშირებული.

საერთაშორისო სამართლის პარადოქსული საკითხი იყო სახელმწიფოს, როგორც სუვერენული უფლების მქონე სუბიექტის, შებოჭვა მავალდებულებელი საერთაშორისო სამართლის ქვეშ. ჰარტი ამ პრობლემის გადაჭრას თვით ტერმინ „სუვერენულობის“ ახსნით ცდილობს: მისი თქმით, მცდარია იმ ადამიანთა შეხედულება, რომლებიც ცდილობენ სუზერენი წარმოაჩინონ იმ პირად, რომლის სიტყვაც კანონია, ხოლო თვითონ კი ამ კანონზე მალა დგას.⁴¹ გასათვალისწინებელია ისიც, რომ სახელმწიფოები და სახელმწიფოს მსგავსი სუბიექტები ზოგადად დამოუკიდებლობის განსხვავებული ხარისხითაც გამოირჩევიან და სუვერენულობა, როგორც საერთაშორისო საჯარო სამართლებრივი ინსტიტუტი, არსობრივად დამოუკიდებლობის ტოლია. ამ დამოუკიდებლობის გარკვეული შეზღუდვა კი სრულიად შესაძლებელია.⁴²

³⁹ Patterson D., *Transnational Governance Regimes*, in: *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, Edited by J. Kammerhofer and J. D'Aspremont, Cambridge University Press, 2014, 410.

⁴⁰ Hart H.L.A., *The Concept of Law*, 2nd Ed., Clarendon Press, 1994, 220.

⁴¹ იქვე, 221.

⁴² იქვე, 222-223; აგრეთვე იხ., Waldron J., *International Law: "A Relatively Small and Unimportant" Part of Jurisprudence*, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-56, 2013, 211.

ჰარტი ეხება ე.წ. ვოლუნტარისტულ ანუ თვითშეზღუდვის თეორიებსაც, რომლებიც ცდილობენ, ერთმანეთს შეუთავსონ სახელმწიფოთა სუვერენულობა საერთაშორისო სამართლის მავალდებულებელი წესების არსებობას. ამ თეორიების თანახმად, ყველა აღებული საერთაშორისო ვალდებულება ისეთივე თვითნაკისრია, როგორც, მაგალითად, დაპირება. ზოგიერთი ამ თვითშეზღუდვის თეორიით, სახელმწიფოს შეთანხმება ან ხელშეკრულებით ნაკისრი ვალდებულება მხოლოდ და მხოლოდ შემდგომი მოქმედების დეკლარაციაა და მისი შეუსრულებლობა ვალდებულების დარღვევად არ მიიჩნევა.⁴³

ამ თეორიას ჰარტი აკრიტიკებს რამდენიმე არგუმენტზე დაყრდნობით. უპირველეს ყოვლისა, ის სვამს კითხვას, თუ რატომაა შესაძლებელი, საერთაშორისო სამართლის ბუნების შესწავლამდე და მის გამორკვევამდეც კი სახელმწიფოები მხოლოდ თვითნაკისრი ვალდებულებებით შეიბოჭონ. აქ იგი ყურადღებას ამახვილებს იმაზე, რომ აბსოლუტური სუვერენულობა შეუთავსებელია ნებისმიერ ვალდებულებასთან და იმისათვის, რომ რაიმე სიტყვიერ კონსტრუქციას შემდგომში დაპირების, შეთანხმების ან ხელშეკრულების ფუნქცია მიენიჭოს და ვალდებულების დაკისრებაც მოჰყვეს, საჭიროა თვით იმ წესების არსებობა წინაპირობის სახით, რომელთა თანახმადაც, სახელმწიფო ვალდებულია ის გააკეთოს, რისი პირობაც დადო. აქ ჰარტი ასკვნის, რომ შეუძლებელია, ასეთმა წესებმა, რომლებშიც უკვე თვითნაკისრი ვალდებულება იდენიფიკაციისგან იგულისხმება, წრიული ლოგიკით თავიანთი მავალდებულებელი ხასიათი შეიძინონ ამავე თვითნაკისრი ვალდებულებისგან. აღნიშნული განსხვავდება მოქმედებისგან – ბუნებრივია, სახელმწიფოს დაპირების შემთხვევაში რაიმე ქმედება თავის მავალდებულებელ ხასიათს იძენს დაპირებისგან, მაგრამ ეს მხოლოდ იმ შემთხვევაშია შესაძლებელი, თუ უკვე არსებობს წესები ასეთი დაპირებების შესრულების თაობაზე, რაც თვით ამ დაპირებისგან დამოუკიდებელია.⁴⁴ ნებისმიერ საზოგადოებაში უნდა არსებობდეს

⁴³ Hart H.L.A., *The Concept of Law*, 2nd Ed., Clarendon Press, 1994, 224.

⁴⁴ იქვე, 225.

ნესები ამ დაპირებებსა და მათი შესრულების ვალდებულებებთან დაკავშირებით, – ეს ეხება თვით ყველაზე ავტონომიურ, რომელიმე მხარის ნებაზე დაფუძნებულ, სოციალურ ვალდებულებასაც.

ბოლოს ჰარტი ამ ვოლუნტარისტულ თეორიებს აკრიტიკებს იმისათვის, რომ ისინი ჰიპოთეტურადაც კი სრულიად გამორიცხავენ სახელმწიფოთა დავალდებულების სხვა სახეებს, თუნდაც თანამედროვე საერთაშორისო სამართლის ქვეშ ჯერჯერობით არც კი არსებობდნენ. საერთაშორისო სამართალი ძირითადად მართლაც ხელშეკრულებათა სამართალია, მაგრამ ზოგიერთ შემთხვევაში შესაძლებელია, რომ ქვეყანა მისი თანხმობის გარეშეც დაექვემდებაროს ვალდებულებებს, მაგალითად, როდესაც სახელმწიფოს წარმოქმნისთანავე ვალდებულია შეასრულოს გარკვეული საერთაშორისო ნორმები ან როდესაც სახელმწიფო მიიღებს ტერიტორიას, რომელიც მას ზღვაზე გასასვლელს აძლევს – ამ შემთხვევებში, ამკარაა, რომ იგი იღებს შესაბამისი საერთაშორისო ვალდებულებების (დაკავშირებულს, მაგალითად, საზღვაო სამართლის ან ტერიტორიული წყლების საკითხებთან) შესრულების მოვალეობას.⁴⁵

ზემოაღნიშნული თეორიების კრიტიკული განხილვის შემდეგ, ჰარტი გადადის საერთაშორისო სამართლის საკუთარ კონცეფციაზე. იგი პირდაპირ არ იძლევა საერთაშორისო საჯარო სამართლის განმარტებას, მაგრამ გვთავაზობს თეზისს, რომ ფორმით იგი პრიმიტიული საზოგადოების სოციალურ სტრუქტურას ჰგავს. ამ უკანასკნელის დროს არსებობს თავდაპირველი ნესების რეჟიმი (**a regime of primary rules**). ამავდროულად, ის ფაქტი, რომ საერთაშორისო სამართლის ნესები შესაძლოა შინაარსით, კონცეფციითა და მეთოდებითაც კი თანამედროვე მუნიციპალურ სამართალს ემსგავსებოდნენ, მაინც არ შლის მათ შორის არსებულ იმ დიდ ზღვარს, რომელიც მკაცრად დადგენილი მეორეული ნესების არარსებობაზე გადის.

ჰარტი აღნიშნავს, რომ საერთაშორისო სამართლის სპეციფიკურობიდან გამომდინარე, ბევრი სპეციალისტი შეეცადა მის სწორად კატეგორიზაციას. ამისათვის საერთაშორისო სამართალ-

⁴⁵ იქვე, 226.

სა და რასაც ჰარტი უწოდებს, ე.წ. მუნიციპალურ სამართალს, შორის ზღვრის გასავლებად ზოგიერთი პირველს „მორალობად“ ან „მორალურ სისტემად“ აკლასიფიცირებდნენ.⁴⁶ ასეთ კატეგორიზაციას, ჰარტის თქმით, უფრო მეტი გაუგებრობა მოჰყვება, ვიდრე სიცხადე. აღნიშნულ დასკვნას იგი რამდენიმე წონადი არგუმენტის მოტანით ამყარებს. მიუხედავად იმისა, რომ სახელმწიფოები ერთმანეთს ხშირად ბრალს დებენ ამორალურ ქმედებებში და თავს იწონებენ სწორი, მორალური ქცევით, ეს სამართლისა და მორალის იგივეობას არ ნიშნავს. სოციალური მორალი ეფუძნება საზოგადოებრივ ზენოლას, როდესაც სინდისის ქენჯნით ან შერცხვენის გამო, პირი იძულებულია, მორალურად მოიქცეს. საერთაშორისო საჯარო სამართალში კი სიტუაცია მკვეთრად განსხვავებულია: არგუმენტებში, მორალის მაგივრად, ფიგურირებს წმინდა სამართლებრივი და ტექნიკური ხასიათის მქონე საკითხები, მითითებანი პრეცედენტებზე, სასამართლო საქმეებსა და ფართო იურიდიულ დოქტრინაზე.⁴⁷ მორალობისგან განსხვავებით, საერთაშორისო საჯარო სამართლის დამახასიათებელი თვისებებია ფორმალიზმი და ლეგალიზმი.⁴⁸ ბუნებრივია, არსებობს მორალური განზომილებაც, მაგრამ იგი ძირითადად კერძო სფეროში არსებული თავაზიანობისა და ეტიკეტის ნორმების ანალოგიურია.⁴⁹

ამავდროულად, სრულიად შესაძლებელია არსებობდეს საერთაშორისოსამართლებრივი ნორმა, რომელსაც რაიმე მორალური დატვირთვა საერთოდ არ გააჩნია. იგივე ეხება ე.წ. მუნიციპალურ სამართალს – რთულია, რაიმე მორალური ან პრინციპული მნიშვნელობა მიენიჭოს გზის მარჯვენა ან მარცხენა მხარეზე ავტომობილის ტარებას. სამართლის განმასხვავებელი ნიშანია მისი სანდო-

⁴⁶ იქვე, 227, 232.

⁴⁷ Patterson D., *Transnational Governance Regimes*, in: *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, Edited by J. Kammerhofer and J. D'Aspremont, Cambridge University Press, 2014, 411.

⁴⁸ Payandeh M., *The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart*, *The European Journal of International Law* Vol. 21, No. 4, 2011, 976.

⁴⁹ Hart H.L.A., *The Concept of Law*, 2nd Ed., Clarendon Press, Oxford, 1994, 228.

ობა და ფუნქციური ელემენტების შემოტანა საზოგადოებრივ ცხოვრებაში, საჩივრებისა თუ განცხადებების განხილვისას მტკიცებულებების ან მათი შეფასების უზრუნველყოფის მიზნით.⁵⁰ შესაბამისად, საერთაშორისოსამართლებრივი ნორმები იმასთან დაკავშირებით, თუ რამდენ ხანს შეუძლია ომის მონაწილე მხარის გემს ნეიტრალურ პორტში დარჩენა შეკეთებისა ან სანავაგის შევსების მიზნით ან თუ რამდენი უნდა იყოს ტერიტორიული წყლების სიგანე – ყველაფერი ეს საჭირო და სასურველი დებულებანია და განსხვავებებიან მორალისათვის დამახასიათებელი დებულებებისგან.⁵¹

მიუხედავად იმისა, რომ სამართლის წესებში ცვლილებას შესაძლოა რომელიმე ჯგუფის მორალურ ქცევაშიც გარკვეული ცვლილებები მოჰყვეს, იდეას იმის შესახებ, რომ კანონმდებლობას მორალური წესების შექმნა ან გაუქმება შეუძლია, ჰარტი „აბსურდულს“ უწოდებს.⁵² ამის მიზეზი კი ის არის, რომ მორალობას ადამიანები მიიჩნევენ უმაღლეს სტანდარტად, რომლის თანახმადაც, მათი ქმედებანი ფასდება. ჰარტი ყურადღებას ამახვილებს აგრეთვე იმ ფაქტზე, რომ საერთაშორისოსამართლებრივ პრაქტიკაში ძალიან ბევრი შემთხვევაა, როდესაც სახელმწიფოები რეგულარულად სცემენ პატივს გარკვეულ წესებს, თუნდაც ეს მსხვერპლსაც მოითხოვდეს.

ჰარტი აკრიტიკებს მეორე თვალსაზრისსაც – მისი თქმით, თუ კანონმდებლობის, სავალდებულო იურისდიქციის მქონე სასამართლოებისა და ოფიციალურად ორგანიზებული სანქციების არარსებობით საერთაშორისო სამართალი განსხვავდება მუნიციპალური სამართლისგან და მას უფრო ჩვეულებით სამართალთან აახლოებს, ბევრი თეორისტი, ცდილობს რა დაიცვას სიტყვა „სამართლის“ არსებობა ცნებაში „საერთაშორისო სამართალი“, ამ განსხვავებების მინიმინაციისათვის იღწვის. შედეგად, თვით ომის შემდგომ ისეთ ხელშეკრულებაზე დათანხმება, რომლის დროსაც და-

⁵⁰ იქვე, 229.

⁵¹ იქვე, 230.

⁵² იქვე.

მარცხებული მხარე გამარჯვებულს ტერიტორიას უთმობს, ზოგიერთის აზრით, საკანონდებლო აქტი გამოდის, რადგან ეს არსობრივად სავალდებულო სამართლებრივი ცვლილებაა.⁵³

უფრო ნონადი ანალოგიების მოტანით, ჰარტი მაინც ამტკიცებს, რომ მიუხედავად გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის საერთაშორისო სასამართლოს არსებობისა და მის მიერ გამოტანილი სასამართლო განჩინებების უმეტესწილად კეთილსინდისიერად აღსრულებისა, ფაქტი ფაქტად რჩება, რომ იმავე მუნიციპალური სასამართლოებისგან განსხვავებით, არც ერთი სახელმწიფო არ შეიძლება წარსდგეს სასამართლოს წინაშე ამავე სახელმწიფოს წინასწარი თანხმობის გარეშე.⁵⁴ იგივე ეხება მუნიციპალურ სამართალში სამართლებრივად რეგულირებული და ოფიციალურად გამოყენებული ძალისთვის მიმართვას. საერთაშორისო სასამართლოს უბრალოდ არ გააჩნია სავალდებულო იურისდიქცია, გამოიძიოს თავდაცვასთან დაკავშირებული უფლებები, ვალდებულებანი და ამ ვალდებულებების დარღვევები.⁵⁵ იგივე შეიძლება ითქვას გაერთიანებული ერების ქარტიაზე – მიუხედავად შესაბამისი აღმასრულებელი დებულებების არსებობისა, რაიმე ღონისძიება პრაქტიკაში ძალიან ხშირად ვეცოთი ან დიდ სახელმწიფოთა შეკავშირებული ქმედებებით იბლოკება. ამავდროულად, აზრს, რომ საერთაშორისო სასამართლოთა მიერ განხორციელებული პროცედურები, ერთი შეხედვით მაინც, გარკვეულ სამართლებრივ ხასიათს ატარებენ, სავარაუდოდ ჰარტიც გაიზიარებდა.⁵⁶

რეალურად, საერთაშორისო საჯარო სამართალში ერთადერთ საინტერესო, თუმცა მცდარ ანალოგიად ჰარტი, მუნიციპალური სამართლის მსგავსად, ე.წ. ძირითადი ნორმის (Grundnorm) არსებობას მიიჩნევს. ძირითადი ნორმა, ან როგორც ზემოთ უკვე აღ-

⁵³ იქვე, 232.

⁵⁴ იქვე.

⁵⁵ იქვე, 233.

⁵⁶ Morss J.R., Sources of Doubt, Sources of Duty: H.L.A. Hart on International Law, Deakin Law Review, Vol. 10, No.2, 2005, 701.

ნიშნული მისი ჰარტიციული ანალოგი – აღიარების წესი,⁵⁷ არის ნორმა, რომელზედაც მითითებით ფასდება სისტემის სხვა წესების ნამდვილობა და რომლის მეშვეობითაც ეს წესები მთლიანობაში ერთიან სისტემას ადგენენ.⁵⁸

ჰარტი აღნიშნავს, რომ აღნიშნული ანალოგიაც არასწორია – საერთაშორისო სამართალი შედგება ცალკეული ძირითადი ვალდებულებითი წესების ნაკრებისგან, რომლებიც არ არიან რაიმე ერთიანი მეორადი ნორმით გაერთიანებულნი.⁵⁹ საერთაშორისო სამართლის იურისტების მცდელობა, ასეთ ძირითად ნორმად ექციათ პრინციპი – „ხელშეკრულება უნდა შესრულდეს“ (**pacta sunt servanda**) არ გამოდგება იმ მარტივი მიზეზით, რომ რამდენად ფართოდაც არ უნდა განიმარტოს **pacta**, ყველა საერთაშორისოსამართლებრივი ვალდებულება ხელშეკრულებებიდან არ გამომდინარეობს.⁶⁰ ჰარტისათვის რეალურად საერთაშორისო სამართალი შედგება ძირითადი წესებისგან და იგი ეჭვს გამოთქვამს რაიმე მეორეული წესების საერთაშორისო დონეზე არსებობასთან დაკავშირებით.⁶¹ შედეგად, საერთაშორისო საჯარო სფეროს სრულფასოვან სამართლად მიჩნევის მომხრეების მიერ შემოთავაზებულ იქნა სხვა ძირითადი ნორმა – „სახელმწიფოები უნდა იქცეოდნენ ისე, როგორც ისინი ჩვეულებისამებრ იქცევიან“. ჰარტი ამ შემოთავაზებულ საერთაშორისოსამართლებრივ ძირითად ნორმასაც აკ-

⁵⁷ კელზენისეულ **Grundnorm**-სა და ჰარტიციულ **rule of recognition**-ს შორის განსხვავებები ძირითადად მეტაფიზიკურია. ერთი წმინდა თეორიულ ხასიათს ატარებს ნეოკანტიანიზმის სტილში, ხოლო ჰარტის „აღიარების წესი“ სოციოლოგიური ფენომენია და არსებობს როგორც სოციალური ჩვეულება. იხ., Patterson D., *Transnational Governance Regimes*, in: *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, Edited by J. Kammerhofer and J. D’Aspremont, Cambridge University Press, 2014, 403. Paulson S.L., Stolleis M (Hrsgs.), Hans Kelsen: *Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, VI.

⁵⁸ Hart H.L.A., *The Concept of Law*, 2nd Ed., Clarendon Press, 1994, 233.

⁵⁹ იქვე.

⁶⁰ იქვე, 233-234.

⁶¹ Payandeh M., *The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart*, *The European Journal of International Law* Vol. 21, No. 4, 2011, 975.

რიტიკებს. მისი თქმით, ეს კონსტრუქცია არ ამბობს არაფერს, გარდა იმისა, რომ მათ, ვინც გარკვეულ წესებს იცავენ, აგრეთვე უნდა დაიცვან ამ წესთა დაცვის წესიც. მისი თქმით, ეს წინადადება არაფრისმომცემი ტავტოლოგიაა და მარტივი დეკლარაცია იმ ფაქტისა, რომ სახელმწიფოები გარკვეულ წესებს იღებენ, როგორც შესასრულებლად სავალდებულოს.⁶²

ჰარტი გამოდის იქიდან, რომ სრულიად შესაძლებელია, საზოგადოებამ იცხოვროს ვალდებულებების დამდგენი წესებით, თუნდაც ისინი მხოლოდ ცალკეული წესების ერთობლიობა იყოს, რაიმე ძირითადი შემაკავშირებელი ნორმის გარეშე. მაგალითისათვის, იგივე ეტიკეტის წესები რეალურად მართლაც არსებული წესებია და ადამიანები არ ეძებენ ეტიკეტის რაიმე საბაზისო ნორმას, რასაც ცალკეული წესების ნამდვილობა დაეფუძნებოდა.⁶³

საბოლოოდ, ჰარტი სვამს კითხვას, თუ კერძოდ რომელი უმაღლესი სისტემური დებულებისგან იღებენ საერთაშორისო სამართლის ცალკეული წესები თავიანთ ნამდვილობას და მავალდებულებელ ძალას და ამას თავადვე პასუხობს. ასეთი დებულება არც არსებობს და არც არის საჭირო, არსებობდეს. ის ზოგადად არასწორად მიიჩნევა მოსაზრებას, რომ ვალდებულებითი წესების არსებობისათვის ალიარების წესი აუცილებელი წინაპირობაა. იგი მას „ფუფუნებად“ მოიხსენიებს, რომელიც მხოლოდ „განვითარებულ“ სოციალურ სისტემებში არსებობს.⁶⁴ მაშასადამე, შეიძლება ითქვას, რომ ჰარტი საჭიროდ მიიჩნევს საერთაშორისო საჯარო სამართალში წესების მიღებას, რომლებიც ქცევის სტანდარტების ფუნქციას შეასრულებენ და შესაბამისი სახის სოციალური ზეწოლის ქვეშ ისინი მიიღებენ თავიანთ მავალდებულებელ ხასიათს. მაგრამ ე.წ. მეორეული წესების არარსებობის გამო, რომლებიც ადგენენ წესების ნამდვილობის კრიტერიუმებს, ასეთი ძირითადი (პირველადი) წესების მოქმედება მთლიანად დამოკიდებული იქ-

⁶² Hart H.L.A., *The Concept of Law*, 2nd Ed., Clarendon Press, 1994, 236.

⁶³ იქვე, 234.

⁶⁴ იქვე, 235.

ნება იმაზე, რომ სუბიექტები (ამ შემთხვევაში სახელმწიფონი) მათ, როგორც წესებს, ისე მიიღებენ.⁶⁵

საბოლოო ჯამში, ჰარტი დაასკვნის, რომ საერთაშორისო სამართლის წესების ნამდვილობის კრიტერიუმებისათვის რაიმე ძირითადი ნორმა უბრალოდ არ არსებობს და უკვე მოქმედი წესები რეალურად იმგვარი წესების ერთობლიობაა, რომლებიც სხვადასხვა თემატიკას ეხებიან, მათ შორის ხელშეკრულებათა მავალდებულებელი ბუნების შესახებ. ჰარტი აგრეთვე ვარაუდობს, რომ მრავალმხრივი საერთაშორისო ხელშეკრულებები, რომლებიც სახელმწიფოთა შორის ურთიერთობას აწესრიგებენ, შესაძლოა მომავალში მართლაც კანონმდებლობად გადაიქცნენ, რადგან ისინი შესასრულებლად სავალდებულონი გახდებოდნენ იმ სახელმწიფოებისათვისაც, რომლებიც ამ ხელშეკრულების მხარეები არ იყვნენ. აღნიშნული კი შესაძლოა აღიარების ნორმის ჩამოყალიბების საფუძველიც გახდეს.⁶⁶ მაგრამ სანამ საერთაშორისო სამართალი ამ დონემდე მივა, საერთაშორისო სამართლის ანალოგია მუნიციპალურ სამართალთან ძირითადად შემოიფარგლება ფუნქციებით (რაც განასხვავებს საერთაშორისო სამართალს მორალისგან) და შინაარსით (პრინციპები, კონცეფციები და მეთოდები, რომლებიც საერთოა მუნიციპალურ და საერთაშორისო სამართალს შორის). ჰარტი იმასაც დასძენს, რომ შინაარსით სოციალური წესების არცერთი ერთობლიობა არაა ასე ახლოს მუნიციპალურ სამართალთან, როგორც საერთაშორისო საჯარო სამართალი, მაგრამ იგივე არ შეიძლება ითქვას ფორმაზე.⁶⁷ შესაბამისად, შეიძლება ითქვას, რომ პირველი მეორეზე უფრო განვითარებული და სრულყოფილია.

⁶⁵ Payandeh M., *The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart*, *The European Journal of International Law* Vol. 21, No. 4, 2011, 977.

⁶⁶ Hart H.L.A., *The Concept of Law*, 2nd Ed., Clarendon Press, 1994, 236. იხ. აგრეთვე: Patterson D., *Transnational Governance Regimes*, in: *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, Edited by J. Kammerhofer and J. D'Aspremont, Cambridge University Press, 2014, 413.

⁶⁷ Hart H.L.A., *The Concept of Law*, 2nd Ed., Clarendon Press, 1994, 237.

IV. ჰარტის საერთაშორისოსამართლებრივი კონცეფციის კრიტიკული განხილვა

ჰარტის მიერ ჩამოყალიბებული საერთაშორისო საჯარო სამართლის კონცეფციას სამართალმცოდნეების მხრიდან განსხვავებული (ძირითადად მაინც უარყოფითი) რეაქციები მოყვა. უმრავლეს შემთხვევაში, ეს იყო ამ თავის მთლიანი უგულებელყოფა ან გაცხარებული კრიტიკა, რომლის დროსაც ჰარტის ნააზრევი როგორც საერთაშორისო, ასევე ზოგადად სამართლის ექსპერტების მიერ საკმაოდ ნეგატიურად ფასდებოდა.

ჰარტის თეორიულ მიდგომაში არის ცენტრალური პრობლემა: თუ მივიღებთ მის აზრს, რომ საერთაშორისო საჯარო სამართალი „სამართალი“ არ არის, რომ იგი უფრო პრიმიტიულია და უფრო დაბალ დონეზე დგას, ვიდრე იგივე მუნიციპალური ანუ სახელმწიფო (ეროვნული) სამართალი, მაშინ რა შეუშლის ხელს რომელიმე საჯარო მოხელეს ან პოლიტიკოსს, სრულიად უგულებელყოს საერთაშორისო მართლწესრიგი იმ მარტივი საბაბით, რომ ეს მართლწესრიგი მის ნაციონალურ, ე.წ. მუნიციპალურ სისტემაზე უფრო დაბლა დგას? ან რატომ უნდა დააკმაყოფილოს რომელიმე სახელმწიფოს მოსამართლემ საერთაშორისო სასამართლოს მიერ გამოტანილი გადაწყვეტილება – მისი შიდა სამართალი ხომ უფრო მაღლა დგას საერთაშორისოზე და საერთოდ რატომ უნდა გაითვალისწინოს ან განმარტოს იგი?⁶⁸ ამ მიზეზით ზოგიერთი ავტორი ჰარტის არგუმენტებს გაუფრთხილებელსა და დაუფიქრებელს უწოდებს და მათი აზრით, საერთაშორისო საჯარო სამართალში ორგანიზებული სანქციების არარსებობის თაობაზე გამოთქმული საინტერესო მოსაზრებების შემდგომ, მან თვითონაც უბრალოდ ინტერესი დაკარგა ამ თემის მიმართ.⁶⁹

⁶⁸ Payandeh M., The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart, The European Journal of International Law Vol. 21, No. 4, 2011, 978.

⁶⁹ Waldron J., International Law: “A Relatively Small and Unimportant” Part of Jurisprudence, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-56, 2013, 213.

საერთაშორისო საჯარო სამართლის მიმართ ჰარტის ზოგადად სკეპტიკურ დამოკიდებულებას ზოგიერთი ავტორი ისტორიული კონტექსტითაც ხსნის. „სამართლის გაგება“ 1961 წელს გამოიცა, როდესაც მსოფლიოს ჯერ კიდევ ნათლად ახსოვდა საერთაშორისო საჯარო სისტემის (განსაკუთრებით კი, ერთა ლიგის) სრული კრაზი მეორე მსოფლიო ომამდე. ამას ემატებოდა კოლექტიური უსაფრთხოების სისტემის სრული ჩამოშლა ცივი ომის პირობებში.⁷⁰ ჰარტს, ბუნებრივია, არ შეეძლო ეწინასწარმეტყველა ის მნიშვნელოვანი განვითარება და წინსვლა, რაც საერთაშორისო საჯარო სამართალმა შემდგომში, მეოცე საუკუნის მეორე ნახევარში განიცადა. მას არ შეეძლო ევარაუდა, რომ საერთაშორისო ორგანიზაციებს რეალურად საკმაოდ ფართო კანონშემოქმედებითი ფუნქციაც ექნებოდათ დაკისრებული იმ მხრივ, რომ შეეძლებოდათ შესასრულებლად სავალდებულო გადაწყვეტილებების მიღება, რაც შეიძლება დღეს ჩაითვალოს ცენტრალური საერთაშორისო კანონმდებლობის ჩანასახად.⁷¹ ამავდროულად, გასათვალისწინებელია ისიც, რომ, როგორც უკვე აღინიშნა, საერთაშორისო საჯარო სამართლის დეტალური განხილვა არ შედიოდა „სამართლის გაგების“ ძირითად მიზნებში: წიგნის პირველ თავში („მუდმივი შეკითხვები“), ჰარტი აცხადებს, რომ ის ნაშრომში ძირითად პრობლემასთან ერთად იმ შემთხვევებსაც შეეხება, რომელთა მიმართაც იურისტები ტერმინებს – „სამართალი“ და „სამართლებრივი სისტემა“ – ჭოჭმანით იყენებენ, თუმცა ამ ეჭვების გაქარწყლება წიგნის მხოლოდ მეორადი მიზანია. ამ შემთხვევაში, მინიშნება საერთაშორისო საჯარო სამართალზე უდავოა.⁷²

კრიტიკის საგანია აგრეთვე თვით ჰარტის ძირითადი მიდგომაც: საერთაშორისო საჯარო სამართალი უნდა განიხილებოდეს მაინც-დამაინც მუნიციპალურ, ანუ თანამედროვე სახელმწიფოს ეროვ-

⁷⁰ Morss J.R., Sources of Doubt, Sources of Duty: HLA Hart on International Law, *Deakin Law Review*, Vol. 10, No. 2, 2005, 699.

⁷¹ Payandeh M., The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart, *The European Journal of International Law* Vol. 21, No. 4, 2011, 983.

⁷² Hart H.L.A., *The Concept of Law*, 2nd Ed., Clarendon Press, 1994, 17.

ნულ სამართალთან შეპირისპირებით. ჰარტის ნაწერიდან აშკარაა, რომ, მისი აზრით, საერთაშორისო სამართლის სისტემა უნდა შეადარონ მისთვის სანიმუშო მოდელს – მუნიციპალურ სამართალს.⁷³ გაუგებარია, თუ რატომ უნდა არსებობდეს მაინცდამაინც ეს მოდელი. საეჭვოა აგრეთვე ისიც, რომ ჰარტის მუნიციპალური სამართლის კონცეფციაში დიდი ადგილი უჭირავს კერძო და სისხლის სამართალს. ბუნებრივია, საერთაშორისო და ეროვნული სამართლის სისტემებს შორის მნიშვნელოვანი განსხვავებანი იქნება, თუ მათ კერძო ან სისხლისსამართლებრივ სფეროებს შევადარებთ, მაგრამ თუ მუნიციპალურ სამართალს საკონსტიტუციო ან ადმინისტრაციული სამართლის ჭრილში განვიხილავთ და შემდგომ შევადარებთ საერთაშორისოს, სტრუქტურულად ისინი გაცილებით უფრო მსგავსნი იქნებიან.⁷⁴ ამასთანავე, როგორც აღინიშნა, ჰარტის არგუმენტი – რომ საერთაშორისო საჯარო სამართალს ე.წ. მეორეული წესები აკლია – დღეს უბრალოდ უსაფუძვლოა, რადგან საერთაშორისო სასამართლოებს უკვე აქვთ შესაძლებლობა, გადაწყვეტილება მიიღონ საერთაშორისო სამართლის დარღვევებთან დაკავშირებით და ეს გადაწყვეტილებებიც უმეტესწილად სრულდება.⁷⁵

ბოლოს, კრიტიკა ეხება აგრეთვე „პრიმიტიული“ სამართლებრივი სისტემის შესახებ ჰარტის თვალსაზრისს. მისი თქმით, ასეთ სისტემას ახასიათებს ძირითადი წესების „მინიმუმი“, მაგრამ შემდგომში გაურკვევლობის, წესების სტატიკური ხასიათისა და არაეფექტურობის პრობლემების⁷⁶ გადაჭრის მიზნით, აღნიშნული საკითხები გადაწყდება აღიარების, ცვლილების და სამართლებრივი განხილვის (**adjudication**) თაობაზე მეორეული წესების შემოღებით.

⁷³ Payandeh M., *The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart*, *The European Journal of International Law* Vol. 21, No. 4, 2011, 980.

⁷⁴ იქვე.

⁷⁵ Waldron J., *International Law: “A Relatively Small and Unimportant” Part of Jurisprudence*, *NYU School of Law, Public Law Research Paper* No. 13-56, 2013, 216.

⁷⁶ Nalbandian E.G., *Positivist Theory of Law – H.L.A. Hart: Hart’s Concept of Law*, *Mizan Law Review*, Vol. 3, No. 1, 2009, 143-144.

კრიტიკოსები სვამენ კითხვას, თუ პრიმიტიული საზოგადოების სოციალურ წესებსა და უფრო კომპლექსურ (მუნიციპალურ) სამართლის სისტემას შორის განსხვავება მდგომარეობს იმაში, რომ ეს უკანასკნელი აგვარებს გაურკვევლობის, სოციალური წესების სტატიკური ბუნებისა და ზოგადად, სისტემის არაეფექტურობის პრობლემებს, მაშინ არ არსებობს რაიმე გონივრული მიზეზი, თუ რატომ არ იმოქმედებს ეს საერთაშორისო საჯარო სამართლის მიმართაც: რატომ უნდა ჰგავდეს საერთაშორისო საჯარო მართლ-წესრიგი იმავე მუნიციპალურს ფორმით მაინც – ანუ ზუსტად იმ მიზეზით, რის გამოც ჰარტი საერთაშორისო საჯარო სამართალს მხოლოდ პირველადი წესების ერთობლიობად და არა სამართლად აკვალიფიცირებს. უფრო ლოგიკური იქნებოდა საერთაშორისო საჯარო სამართლის შეფასება იმ მხრივ, აკმაყოფილებს თუ არა იგი სამართლებრივი სისტემის არსებობის ფუნქციურ მაჩვენებლებს, კერძოდ, შემოაქვს თუ არა მას სიცხადე, უფრო ეფექტურს ხდის თუ არა მთლიან სისტემას და ა.შ., რის შემდეგაც, დადებითი პასუხის შემთხვევაში, იგი აღარ იქნება პრიმიტიული სისტემა. შესაბამისად, ჰარტის შეფასების კრიტერიუმები არაერთგვაროვანი გამოდის.⁷⁷

ჰარტის სხვა არგუმენტებზე კრიტიკოსები პასუხობენ, რომ თუმცა საერთაშორისო საჯარო სამართალს არ გააჩნია მკაცრად განსაზღვრული კანონმდებლობა ან საკანონმდებლო ორგანო, მაგრამ მეორე მხრივ, იგი ცვლილებისათვის საჭირო მეორეულ წესებს უდავოდ შეიცავს. ჰარტის მიერ მის ნიგნში მოყვანილი მაგალითიც, როდესაც იგი ხელშეკრულებების დადებასა და ანდერძების შედგენას მეორეულ წესებთან აიგივებს,⁷⁸ კიდევ ერთხელ მიუთითებს, რომ მზადაა ამ შემთხვევაში ანალოგიისათვის და უბრალოდ გაუგებარი ხდება, რატომ არ შეიძლება რომ იგივე სწორი იყოს სა-

⁷⁷ Payandeh M., *The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart*, *The European Journal of International Law* Vol. 21, No. 4, 2011, 981.

⁷⁸ Hart H.L.A., *The Concept of Law*, 2nd Ed., Clarendon Press, 1994, 96.

ერთაშორისო საჯარო სამართლის შემთხვევაშიც, რომელიც ბევრ მსგავს ხელშეკრულებას ითვალისწინებს.⁷⁹

ამავდროულად, თუ ჰარტი საკმაოდ გულგრილი იყო იმ საკითხის მიმართ, ნამდვილად ჰქონდათ თუ არა სახელმწიფოებს მორალური ვალდებულება, დამორჩილებოდნენ საერთაშორისო სამართალს, დღეს საერთაშორისო სამართალში მოღვაწე იურისტებისათვის ეს აქტუალური საკითხია და მხოლოდ ჰარტის პოზიცია, რომ მთავარია სახელმწიფოებს უბრალოდ მიზეზი ჰქონდეთ საერთაშორისო სამართალთან შესაბამისობისათვის, მათ უკვე აღარ აკმაყოფილებთ.⁸⁰ ზოგიერთი კომენტატორი აღნიშნავს, რომ ჰარტი უგულებელყოფს იმ ფაქტსაც, რომ მრავალმხრივი ხელშეკრულებები ნელ-ნელა უფრო და უფრო ემსგავსება კანონონ-შემოქმედებით, საპარლამენტო გარემოს, ვიდრე ადგილზე, კონკრეტული შემთხვევის გამო (*ad hoc*) ორ ან თუნდაც მრავალ მხარეს შორის მოლაპარაკებებს.⁸¹

სხვების აზრებით, თუ ჰარტის სამართლებრივი კონცეფციის ძირითადი ქვაკუთხედის – აღიარების წესის – მთავარი ფუნქცია არის ძირითადი წესების ნამდვილობისა და სამართლის სხვადასხვა წყაროს შორის ურთიერთობის მომანერსიგებელი კრიტერიუმების დადგენა, მაშინ საერთაშორისო სამართალში ასეთ აღიარებით წესად გვევლინება გაეროს ქარტიის 38(1)-ე მუხლი, რომელიც დეკლარაციულად ადგენს საერთაშორისო სამართლის ზოგადად აღიარებულ წყაროებს: საერთაშორისო ხელშეკრულებებს, ჩვეულებით სამართალსა და სამართლის ზოგად პრინციპებს.⁸² საერთაშორისო საჯარო სამართლის ძირითადი (პირველადი) და მეორეული ნორმები ერთმანეთისგან მკაცრად არიან გამიჯნულნი და

⁷⁹ Waldron J., *International Law: "A Relatively Small and Unimportant" Part of Jurisprudence*, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-56, 2013, 216-217.

⁸⁰ Goldsmith J.L., Posner E.A., *The Limits of International Law*, Oxford University Press, 2005, 200.

⁸¹ Payandeh M., *The Concept of International Law in the Jurisprudence of H.L.A. Hart*, *The European Journal of International Law* Vol. 21, No. 4, 2011, 982.

⁸² იქვე, 989-990.

გიორგი ალადაშვილი

ასეთი ხელშეკრულებების თაობაზე მოლაპარაკებები, მათი მიღება და განხორციელება ყოველთვის იგივეა, მათი მიზნისა და შინაარსის მიუხედავად.⁸³

ყველა აღნიშნული კრიტიკა გარკვეულწილად სამართლიანად უნდა ჩაითვალოს. მეორე მხრივ, როგორც აღინიშნა, გასათვალისწინებელია ის მარტივი ფაქტი, რომ ჰარტის დროს საერთაშორისო საჯარო სამართლის მიმართ დამოკიდებულება მეტად სკეპტიკური იყო და ეს სკეპტიციზმი ჰარტის წიგნიც აისახა. რთულია იმის თქმა, თუ რა აზრისა იქნებოდა იგი დღევანდელ საერთაშორისო საჯარო სამართალზე, მაგრამ იმის გათვალისწინებით, რომ მეათე თავის ბოლოში პირდაპირ განაცხადა საერთაშორისო სამართლის სრულყოფილ სამართლებრივ სისტემად ჩამოყალიბების შესაძლებლობაზე (ძირითადად მეორეული წესების დადგენისა და შესაბამისი კანონმდებლობის მიღების გზით),⁸⁴ მაშინ გამართლებულად უნდა ჩაითვალოს ვარაუდი, რომ ჰარტის მოსაზრება ახლა შეიძლება კარდინალურად განსხვავებული ყოფილიყო.

V. დასკვნა

ნაშრომში განხილულ იქნა ჰერბერტ ჰარტის მოსაზრებანი საერთაშორისო საჯარო სამართლის ბუნების შესახებ. მიუხედავად იმისა, რომ თანამედროვეობაში მისი ნააზრევი ნაწილობრივ მოძველებული ჩანს და კრიტიკის ხშირი საგანია, აღნიშნული არ ითვალისწინებს რამდენიმე პრინციპულ ასპექტს. უპირველეს ყოვლისა, ჰარტის სკეპტიკური დამოკიდებულება საერთაშორისო საჯარო სამართლის მიმართ განპირობებული იყო ისტორიული პერიოდით. მას არც დაუმაღავს, რომ მისი წიგნის – „სამართლის გაგების“ – მთავარი მიზანი საერთაშორისო საჯარო სამართლის დეტალური განხილვა არასოდეს ყოფილა. ამის მიუხედავად, არასწორი იქნებოდა მის მიერ ჩამოყალიბებული შეხედულებების, რაოდენ ბევრ

⁸³ Waldron J., *International Law: "A Relatively Small and Unimportant" Part of Jurisprudence*, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 13-56, 2013, 222.

⁸⁴ Hart H.L.A., *The Concept of Law*, 2nd Ed., Clarendon Press, 1994, 236-237.

ნაკლსაც არ უნდა შეიცავდნენ, სრული უგულებელყოფა. ჰარტის ანალიზი, განსაკუთრებით კი ის ნაწილი, რომელიც ეხება საერთაშორისო საჯარო და საზოგადოებაში კერძო ურთიერთობებს შორის განსხვავებებსა და სანქციების სისტემას დღესაც რელევანტურად უნდა ჩაითვალოს.

აქვე აღსანიშნავია, რომ ნელ-ნელა საერთაშორისო სამართლის თეორიის სფეროში ჰარტი რეაბილიტირდება და სამართალმცოდნეების მხრიდან სულ უფრო მზარდი ინტერესია საერთაშორისო სამართლის ჰარტისეული კონცეფციისადმი. თუ ადრე მისი იდეები თითქმის მთლიანად უგულებელყოფილი იყო, დღესდღეობით მატულობს იმ ნაშრომთა რაოდენობა, რომლებშიც საერთაშორისო საჯარო სამართლის ესა თუ ის საკითხი (მაგალითად, ევროკავშირის სამართლებრივი ბუნება ან საერთაშორისო საჯარო სამართლის ცნება) სწორედ ჰარტის ნააზრევის ქრილშია განხილული.⁸⁵ გამორიცხული არაა, რომ მისი მოსაზრები შემდგომში კიდევ უფრო აქტუალური გახდება, თუ გავითვალისწინებთ იმ მართლაც განსაკუთრებულ ადგილს, რომელსაც დღეს საერთაშორისო საჯარო სამართალი თანამედროვე მსოფლიოში იკავებს.

⁸⁵ მაგალითისთვის იხ., Kresic M., Implementing Kantorowicz's and Hart's Definition of Law in the International Law, *Pravni Vjesnik*, Vol. 29, No. 3, 2013, 119-138; Jones M.L., The Legal Nature of the European Community: A Jurisprudential Analysis using H.L.A. Hart's Model of Law and a Legal System, *Cornell International Law Journal*, Vol. 17, No. 1, 1984, 1-60.

HARTIAN CONCEPTION OF INTERNATIONAL PUBLIC LAW

Giorgi Aladashvili *

Abstract

The article examines idiosyncratic Hartian conception of international public law, which, often maligned and ignored in the past, has come to recent attention due to originality and singularity of thoughts expressed. Through the positivistic lens in his seminal work, *The Concept of Law*, H.L.A. Hart manages to offer a unique analysis, even if not entirely free from blemishes, of international public law as its own system of distinguishable rules and an intriguing examination of both the vital distinction between public and private affairs as well as the system of sanctions applicable. The crucial underpinning in the analysis is Hart's insistence on the rule of recognition as a primary basis of any developed legal system, a feature whose applicability to international public law could be dubious. In spite of this controversial opinion, Hart still closely dissects this field of law, giving valuable insights to be considered.

With the ever-increasing importance and consideration given to the international public law, understanding imperfect and yet still unique Hartian perspective might be of great use to legal analysts, wishing to comprehensively grasp this field of jurisprudence.

Key words: H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, International Public Law, Legal System, Rule of Recognition.

* Doctor of Law, Invited Lecturer at Sulkhan-Saba Orbeliani University. orcid.org/0000-0003-3379-5121.

ისლამური სისხლის სამართლის ზოგიერთი საკითხი

ნუგზარ ბარდაველიძე*

I. შესავალი

მუსლიმური სამყაროს ქვეყნებში მოქმედებს სისხლის სამართლის კოდექსები, რომლებიც, როგორც წესი, ნაწილობრივ ნაკარნახევია საფრანგეთის კანონმდებლობით ან სხვა სამართლებრივი სისტემებიდან სამართლის რეცეფციით. ასე რომ, მუსლიმური ქვეყნების უმრავლესობაში ადგილობრივი კანონმდებლობა ზოგადად შედგენილია დასავლური სამართლებრივი ტრადიციების გავალისწინებით.¹ რაც შეეხება საუდის არაბეთს, ამ სახელმწიფოს არასოდეს მიუღია სისხლის სამართლის კოდექსი და საუდის მოსამართლეები კვლავ მისდევენ ტრადიციულ ჰანბალის² იურისპრუდენციას³.

ისლამიზაციის კამპანიების მსვლელობის დროს რამდენიმე ქვეყანამ (ლიბიამ, პაკისტანმა, ირანმა, სუდანმა, მავრიტანიამ და იემენმა) ისლამური სისხლის სამართალი თავიანთი სისხლის სამართლის კოდექსებში შეიტანა, რომლებიც მანამდე, დასავლური მოდელების საფუძველზე იყო წარმოდგენილი.⁴ ზოგიერთ ისლამურ ქვეყანაში კანონებს მხოლოდ ჰუდუდის ჯარიმები დაემატა,

* საქართველოს ტექნიკური უნივერსიტეტის პროფესორი, სულხან-საბა ორბელიანის უნივერსიტეტის ასოცირებული პროფესორი. orcid.org/0000-0002-5121-5074.

¹ იხ., Апи-заде А.А., Исламский Энциклопедический Словарь, Москва, 2007.

² **ჰანბალი** (არაბ. ალ-ფიყჰ ალ-ჰანბალი) – ერთ-ერთი ორთოდოქსული სუნიტური რელიგიურ-სამართლებრივი სკოლა, მაზჰაბი. მის ფუძემდებლად მიიჩნევა იმამი აჰმად იბნ ჰანბალი. იქვე, 392.

³ Human Rights Watch, Precarious Justice Arbitrary Detention and Unfair Trials in the Deficient Criminal Justice System of Saudi Arabia, Vol.20, No.3(E), 2008, 4.

⁴ El-Awa M.S., Punishment in Islamic Law, American Trust Publications, 1993, 1-68.

ნუგზარ ბარდაველიძე

ზოგიერთმა სახელმწიფომ კი ქისასის⁵ და დიას⁶ კანონებიც დაამატა.

ისლამური რევოლუციის შემდეგ ირანმა მიიღო ახალი „ისლამური სისხლის სამართლის კოდექსი“⁷. ავღანეთისა⁸ და არაბეთის გაერთიანებული საემიროების სისხლის სამართლის კოდექსები შეიცავენ ზოგად დებულებას, რომ გარკვეული დანაშაული ისჯება ისლამური კანონის თანახმად, ოღონდ ჯარიმების დაზუსტების გარეშე.⁹ ნიგერიის ზოგიერთმა შტატმაც მიიღო ისლამური სისხლის სამართლის კანონები.¹⁰ ინდონეზიის აჩეს პროვინციის კანონები ითვალისწინებს დისკრეციულ სასჯელთა გამოყენებას ისლამური ნორმების დარღვევისთვის, მაგრამ აშკარად გამოორიცხავს ჰუდუდსა და ქისასს¹¹.

ბრუნეში 2014 წლიდან მოქმედებს „შარიათის სისხლის სამართლის კოდექსი“, რომელიც მოიცავს ჩაქოლვის და კიდურების

⁵ დანაშაულის კატეგორია, რომლისთვისაც შარიათი ადგენს ზუსტ სანქციას – **Kisas**, რაც, ზოგადად მიღებული განმარტებით, ნიშნავს შურისძიება, სამაგიეროს გადახდას. ე.ი. დასჯა, ე.წ. „თანაბარი“ სიმძიმით ჩადენილი უკანონო ქმედება. ამ კატეგორიის მთავარი დანაშაულია მკვლელობა და შეუქცევადი ხასიათის სხეულის დაზიანება. იხ., იქვე.

⁶ ისლამურ სამართალში ფულადი ანაზღაურება, რომელსაც იხდის დამნაშავე მის მიერ ჩადენილი უნებლიე დანაშაულისათვის. დანაშაულის ამ კატეგორიას მიეკუთვნება გაუფრთხილებლობით სიცოცხლის მოსპობა, სხეულის დაზიანება. თუ დამტკიცდა, რომ დანაშაული განზრახაა ჩადენილი, მაშინ დაზარალებულის ახლობლებს უფლება აქვთ მოითხოვონ ქისასი. ყადი უფლებამოსილია, ურჩიოს სასჯელის კონპენსაცია ფულადი ჯარიმით დაწესდეს, თუ მკვლელობა ან სხეულის დაზიანება უნებლიეთ, წინასწარი განზრახვის გარეშე მოხდა. ამ შემთხვევაში ქისასს არ ითვალისწინებენ და დაჯარიმის სახით გამოიყენება მხოლოდ დია. **Али-заде А.А., Исламский Энциклопедический Словарь, Москва, 2007, 91.**

⁷ **Ислам: Энциклопедический Словарь, Отв. ред. С. М. Прозоров, Москва, 1991, 254-259.**

⁸ 2021 წელს ავღანეთში პოლიტიკური რეჟიმის ცვლილებას შესაძლოა სისხლის სამართლის კანონმდებლობის ცვლილებები მოჰყვეს.

⁹ **Али-заде А.А., Исламский Энциклопедический Словарь, Москва, 2007, 254-259.**

¹⁰ იქვე, 315.

¹¹ იქვე.

მოკვეთის შესახებ დებულებებს.¹² ქვეყნები, სადაც ჰუდუდის ჯარიმები ლეგალურია, რუტინულად არ იყენებენ ჩაქოლვას ან ასოთმილებას და ჩანაცვლების სახით ზოგადად მიმართავენ სხვა სასჯელებს.

სტატია მიმოიხილავს ისლამური სისხლის სამართლის მახასიათებლებს, მის ინსტიტუტებს, ზოგიერთი დანაშაულისა და სასჯელის თავისებურებებს როგორც განყენებულად, შარიათის, ისე ისლამური სისხლის სამართლისა და სახელმწიფოს კანონმდებლობის თანაარსებობის კონტექსტში.

II. ჰუდუდი (ჰადი) და მისი აღსრულების წესი

1. ჰუდუდი

ჰუდუდი (იგივეა, რაც **ჰადი**, Hadd არაბულად: **أ** - შეკავება, აღკვეთა) სასჯელებია, რომლებსაც შარიათის მოსამართლე აკისრებს დამნაშავეს, ზნეობისა და საზოგადოებრივი წესრიგის წინააღმდეგ ჩადენილი დანაშაულისათვის.¹³ ამ დანაშაულებს განეკუთვნება: რელიგიური სინმინდეების შეურაცხყოფა, მკრეხელობა, გარყვნილი ქმედება, ცრუმონმეობა, ცილისწამება, სიმთვრალე, აზარტული თამაშები, თაღლითობები და ა.შ.¹⁴

ჰუდუდი სასჯელად დაწესებულია არა კონკრეტულად ინდივიდის, არამედ კანონის საწინააღმდეგოდ ჩადენილი დანაშაულისათვის, სწორედ ამიტომ ჰუდუდი აუცილებლად უნდა აღსრულდეს.¹⁵ ჰუდუდის სასჯელად გამოიყენება გაროზგვა. გაროზგვა ხდება შოლტის ან ჯოხის გამოყენებით¹⁶, დანაშაულის სიმძიმის გათვალისწინებით, დარტყმების რაოდენობა შეიძლება მერყეობდეს 40-

¹² Basuni I., Ta'zir Offences Explained, <<https://btarchive.org/news/national/2014/05/17/tazir-offences-explained>> [15.11.2021]

¹³ Али-заде А.А., Исламский Энциклопедический Словарь, Москва, 2007, 285.

¹⁴ იქვე.

¹⁵ იქვე.

¹⁶ არსებობს სპეციალური სტანდარტი, თუ როგორი უნდა იყოს ფიზიკური დასჯის იარაღი და როგორ უნდა გამოიყენოს იგი მსჯავრის აღმასრულებელმა. იხ., იქვე.

ნუგზარ ბარდაველიძე

დან 100-მდე.¹⁷ სასჯელის მოხდის შემდეგ, დამნაშავემ აუცილებლად უნდა მოინანიოს (**თაუბა**) და გამოისყიდოს თავისი დანაშაული (**კაფარა**).¹⁸

2. თაუბა (თევბე) და კაფარა

თაუბა ან **თევბე** (არაბულად: توبة) მონანიება, ღმერთის მიმართ ლოცვა ცოდვების მონანიების მიზნით.¹⁹ ისლამში მონანიებას, რომელსაც ყოველი განმეორებადი ცოდვის შემდეგ ალასრულებენ, ეწოდება **თაუბა ალ-ისთიგფარი**,²⁰ ხოლო მონანიებას, რომელსაც ალავლენენ ჩადენილი ცოდვის შემდგომ, როდესაც აღარ სურთ ამ ცოდვის განმეორება – **თაუბა ან-ნასუჰ**²¹ (ამგვარი მონანიება განუხრელად და მკაცრად უნდა დაიცვან).

ცოდვის ჩამდენი ადამიანისათვის მონანიების აუცილებლობა, ყურანის მრავალ აიათსა და ჰადისშია გადმოცემული. ყოველი ცოდვის შემდგომ მონანიება სავალდებულო მოქმედებაა – ფარდია²² და მისი დაყოვნება დაუშვებელია.²³ სინანული დამნაშავეს

¹⁷ იქვე.

¹⁸ იქვე, 161.

¹⁹ იქვე, 269.

²⁰ იქვე.

²¹ იქვე.

²² ქცევის წესები, მათ შორის, რიტუალური წესები და ქმედებები, რომელთა დაცვა ისევე სავალდებულოა მუსლიმისთვის, როგორც რელიგიური აღთქმების შესრულება (მაგალითად, ყოველდღიური ნამაზის ხუთჯერადი შესრულება ან რამადანის თვეში მარხულობა). ფარდი ეფუძნება ყურანისა და სუნას მოთხოვნებს, ხოლო ჰანეფიტური სკოლის თანახმად, ასევე იჯმას, ანუ სწავლულ თეოლოგთა და ფაქიჰთა ერთსულოვან გადაწყვეტილებას. ფარდთან დაკავშირებული ქმედებები, თავის მხრივ, ოყოფა ორ ნაწილად – ფარდ ალ-აინი (აღსრულება სავალდებულოა ყოველი მორწმუნისათვის: მაგ., ლოცვა) და ფარდ ალ-კიფაი (კოლექტიური პასუხისმგებლობა, რომლის შესრულებიდანაც შეიძლება გათავისუფდეს მორწმუნე, თუ ადამიანების საკმარისი რაოდენობა უკვე ალასრულებს ამ მოთხოვნას: მაგ., საომარ მოქმედებებში მონაწილეობა).

<<https://www.britannica.com/topic/ijtihad>> [15.11.2021]

²³ დონდურენი ჰ., ისლამის ცოდნის წყარო, თ. მიქელაძის თარგმანი, სტამბული, 2014, 99.

გულში უნდა აისახოს და ენით გადმოიცეს, ხოლო თუ სინანულის ყველა პირობა შესრულდა, მუსლიმი უნდა იმედოვნებდეს, რომ ღმერთი მას აპატიებს.²⁴ ყურანის მეცხრე სურასაც ასევე ეწოდება – „თევზე“: იგი შედგება 129 აიათისაგან და ბოლო ორი აიათის გარდა, გადმოვლენილია მედინაში.²⁵

კაფარა (არაბულად: كَفَرَ დამალვა, დაფარვა, გამოსყიდვა) ისლამში ჩადენილი ცოდვის მიზნით განხორციელებული ნებისმიერი ქმედებაა, რომლის მიზანიც ცოდვის გამოსყიდვაა.²⁶ კაფარა შეიძლება ადამიანს დაეკისროს მარხვის, ჰაჯის წესების, ფიცის ან უნებური მკვლელობისათვის.²⁷

III. თაზირი

საზოგადოებრივი წესრიგის დარღვევისთვის შარიათი ითვალისწინებს სამაგალითო, საზოგადოებისათვის ჭკუის სასწავლ სასჯელს, რომელსაც თაზირი ეწოდება.²⁸ დამნაშავეს თაზირი დაეკისრება სასამართლოს განაჩენით, ხოლო იმ შემთხვევაში, თუ სახელმწიფოში ისლამური კანონი მოქმედებს, მაშინ მმართველის ან მუჰთასიბის (პოლიციის უფროსის) გადაწყვეტილებით.²⁹ სასჯელის გამოყენების მეთოდი ჩადენილი დანაშაულის პროპორციულია. თაზირს განეკუთვნება ნებისმიერი დანაშაული, რომელიც არ არის გათვალისწინებული ყურანში და შესაბამისად, მათზე არ ვრცელდება ჰუდუდის (ჰადის) ან ქისას სასჯელები.³⁰ თაზირს

²⁴ წმინდა წიგნი ყურანი, სურა თევზე, 9-3; 9-11.

²⁵ იბ., წმინდა წიგნი ყურანი, რ. მიქელაძის თარგმანი, სტამბული, 2012, 186-206.

²⁶ იქვე, 2-184.

²⁷ Kaffarah, Islamic Relief UK,

<https://www.islamic-relief.org/kaffara/> [20.11.2021]

²⁸ Cammack M., Islamic Law and Crime in Contemporary Courts, Berkeley Journal of Middle Eastern & Islamic Law, Vol. 4, No.1, 2011, 5-6.

²⁹ Али-заде А.А., Исламский Энциклопедический Словарь, Москва, 2007, 216-217.

³⁰ Cammack M., Islamic Law and Crime in Contemporary Courts, Berkeley Journal of Middle Eastern & Islamic Law, Vol. 4, No.1, 2012, 2.

ნუგზარ ბარდაველიძე

შესაბამისად განსაზღვრავენ მუსლიმი ფაკიჰები იჯთიჰადის³¹ სხვადასხვა მეთოდის საფუძველზე.

1. დასჯის მეთოდები

დამნაშავეს, მის მიერ ჩადენილი დანაშაულის სიმძიმისა და მისი პიროვნების გათვალისწინებით, თაზირით შეიძლება სხვადასხვა სიმძიმის სასჯელი მიესაჯოს. მცირე დანაშაულის შემთხვევაში სასჯელი შეიძლება ითვალისწინებდეს: საჯარო გაკიცხვას, მოსამართლის (ყადი) ან მმართველის შენიშვნას, დამრიგებლურ საუბარს და სხვ.³² მძიმე დანაშაულის შემთხვევაში სასჯელი შესაძლოა იყოს: 6 თვემდე ვადით თავისუფლების აღკვეთა, გადასახლება, გაროზგვა მათრახით ან ჯოხით 5-დან 39 დარტყმამდე, ჯარიმა ან ქონების კონფისკაცია, გამონაკლისი სახით სიკვდილით დასჯაც.³³ თაზირის შემთხვევაში სასჯელი ისევე აღესრულება, როგორც ჰუდუდისას. თაზირი გულისხმობს სავალდებულო მონანიებას (თაუბა) და ბოდიშის მოხდას. უფრო მძიმე შემთხვევებში კი აუცილებელი ხდება გამოსყიდვა (კაფარა).

2. ცოდვები და დანაშაულებები, რომელთა გამოც დამნაშავეს ეკისრება თაზირი

თაზირს განეკუთვნება არაკანონიერი ან არასწორი ქმედებები, რომელთა სასჯელსაც არ ითვალისწინებს შარიათის მიერ ჰუდუდით განსაზღვრული ნორმები. გადაცდომები, რომელთათვისაც

³¹ მუსლიმ ღვთისმეტყველ-სამართლისმცოდნეთა (ფაკიჰთა) მიერ თეოლოგიურ-სამართლებრივ საკითხთა კომპლექსის შესწავლა და განაწვევტილების მიღება. სწავლულ მუჯთაჰიდების მიერ პრინციპების, არგუმენტების, მეთოდებისა და ხერხების გამოყენების სისტემა, ასევე საღვთისმეტყველო-სამართლებრივ კუთხით განმარტებებისა და კომენტარების ცოდნაში თავად მუჯთაჰიდის ავტორიტეტის ხარისხი. **Али-заде А.А., Исламский Энциклопедический Словарь, Москва, 2007, 118.**

³² <<https://law.jrank.org/pages/666/Comparative-Criminal-Law-Enforcement-Islam-Discretionary-punishment-ta-zir.html>> [21.11.2021]

³³ იქვე.

ეკისრებათ თაზირი, მოიცავს ისეთ ცოდვებსა და დანაშაულებებს, როგორიცაა: ბაზარში ქურდობა, წვრილმანი თაღლითობები, გამომწვევი ქცევა და ხულიგნობა, ხელისუფლებისადმი დაუმორჩილებლობა, მარხვის დარღვევა რამადანის თვეში, ნამაზის შესრულებაზე უარი, მევახშეობა და ა.შ.³⁴

თაზირის აღსრულება ნებადართულია ისეთ შემთხვევებში, როგორიცაა, ჰომოსექსუალიზმი, რომლის მიმართ, მუსლიმური თემის ნაწილი მკვეთრად ნეგატიურ დამოკიდებულებას ავლენს;³⁵ ასევე ერეტიკული (მწვალებლური) იდეების პროპაგანდა ან მუსლიმური სახელმწიფოს მტრის სასარგებლოდ ჯაშუშობა.³⁶ ფიკჰის ოთხივე სკოლა (ჰანაფის, მალიქის, შაფი'ის და ჰანბალის მაზჰაბები) შესაძლებლად მიიჩნევენ თაზირის გარკვეული დანაშაულისათვის სახელმწიფოს ან ყადის მხრიდან დამნაშავისათვის სიკვდილის განაჩენის გამოტანას.³⁷

წმინდა წერილებში (როგორც ყურანში, ისე ჰადისებში) ტერმინი „თაზირი“ არ გამოიყენება იმ გაგებით, როგორადაც ის თანამედროვე ისლამური სისხლის სამართალი იცნობს. ყურანის რამდენიმე მუხლში, სხვადასხვა დანაშაულია მოცემული და ბრალდებულის დასჯის აუცილებლობაც მითითებულია, მაგრამ კონკრეტული სასჯელი არ არის აღწერილი ან განსაზღვრული. ამ შემთხვევებმა აიძულა ადრეული ისლამის მკვლევრები, განემარტათ ყურანი და გარკვეული დანაშაულებებისათვის შემოეღოთ დისკრეციული სასჯელები, კერძოდ კი, თაზირი.

³⁴ <<https://law.jrank.org/pages/666/Comparative-Criminal-Law-Enforcement-Islam-Discretionary-punishment-ta-zir.html>> [21.11.2021]

³⁵ ბრუნეის სასულთნოში ჰომოსექსუალიზმში ბრალდებულ მამაკაცებს სიკვდილით სჯიან, ხოლო ქალებს – გაროზგვით ან თავისუფლების აღკვეთით. სიკვდილით დასჯაზე ამჟამად მორატორიუმია გამოცხადებული. იხ., Penal Code of Brunei Darussalam, 1951, Art. 82, Art. 85, Art. 86, Art. 92.

³⁶ <<https://law.jrank.org/pages/666/Comparative-Criminal-Law-Enforcement-Islam-Discretionary-punishment-ta-zir.html#ixzz7KTg3dS7h>> [21.11.2021]

³⁷ იქვე.

ნუგზარ ბარდაველიძე

აიათები³⁸, რომლებიც მხარს უჭერენ თაზირს:

„და თქვენგან ის ორი, ვინც ამას (მრუშობს) ჩაიდენს, დასაჯეთ. თუ მოინანიებენ და გამოასწორებენ (თავიანთ საქმეს), თავი დაანაბეთ. უეჭველად, ალლაჰი შემნდობია (ვინც მოინანიებს), მწყალობელი.“ (სურა 4. 16.)

„და რომელნიც დაობენ ალლაჰის თაობაზე, მას მერე, რაც შეისმინეს იგი, მათი მოსაზრება ამაოა თავიანთი ღმერთის წინაშე, რამეთუ მათზეა რისხვა და მათთვისაა სასჯელი სასტიკი.“ (სურა 42. 16.)

3. თაზირის დანაშაულების მაგალითები

თაზირის დანაშაულები ორ ჯგუფად იყოფა. პირველ ჯგუფში თავმოყრილია ის დანაშაულები, რომლებიც განხორციელდა, მაგრამ ზუსტად არ აკმაყოფილებენ ხუდუდით გათვალისწინებული დანაშაულის სრულ მოთხოვნებს (ქურდობა ნათესავებს შორის, ან ქურდობის მცდელობა, წარუმატებელი ძარცვა, სიძვა, რომელიც არ მოიცავს სექსუალურ აქტს, ჰომოსექსუალური კონტაქტები, როგორცაა, კოცნა ან ხელით მოფერება რომელიც არ გადაზრდილა სიძვად³⁹).⁴⁰ მეორე ჯგუფში ერთიანდება ადამიანის მიერ ჩადენილი ის სამართალდარღვევები, რომლებიც არღვევენ ყურანითა და ჰადისებით მოთხოვნილ ქცევის ნორმებს (მაგ., ცრუ ჩვენების მიცემა; დამატებითი მოგების მიზნით უკვე არსებულ სესხზე შეგნებულად ახალი სესხის დამატება; ასევე ნებისმიერი ქმედება, რომელიც საფრთხეს უქმნის საზოგადოებრივ წესრიგს ან მუსლიმთა თემს ან ისლამს).⁴¹

³⁸ აქ და შემდგომ მოხმობილი ციტატები დამონმებულია შემდეგი გამოცემიდან: წმინდა წიგნი ყურანი, რ. მიქელაძის თარგმანი, სტამბული, 2012.

³⁹ ანალოგიური დღეს მრავალ არამუსლიმურ ქვეყანაში მოქმედებს, სადაც, მაგალითად, იკრძალება საჯარო ადგილებში კოცნა.

⁴⁰ Wasti T., The application of Islamic Criminal Law in Pakistan Sharia in Practice, Brill, 2009, 72-73.

⁴¹ იქვე, 72-73.

XIV საუკუნეში ფაკიჰმა იბნ თაიმიამ⁴² კანონებისა და საზოგადოებრივი ნორმებისადმი დაუმორჩილებლობის ნებისმიერი გამოვლენა მიაკუთვნა თაზირის დანაშაულებებს და შეადგინა იმ დანაშაულებათა ჩამონათვალი, რომლებზეც შარიათის სამართლებრივი ნორმებით არ არსებობდა რაიმე სახის ჯარიმა:

- არა ოჯახის წევრის ან არა ახლო ნათესავების კოცნა;
- სიძვის გარეშე არშიყობა;
- აკრძალული საკვების, როგორცაა, სისხლი ან ლეში ან წესის დაცვის გარეშე დაკლული ხორცის, ჭამა;
- დაუცველ, ღია ადგილზე დადებული ან გაურკვეველი ღირებულების ნივთის ქურდობა;
- საქონლის ღირებულების ხელოვნური გაუფასურება ან წონაში, მოცულობასა და ზომაში მოტყუება (ზომა-წონის დაკლება);
- ცრუმონუმობა ან ცრუმონუმობისკენ სხვების წაქეზება;
- მოსამართლის მხრიდან ღმერთის მიერ დადგენილი სამართლის დარღვევა (უსამართლო სამართალი);
- მუსლიმის ან არამუსლიმის მიერ ჯაშუშობა;
- გათხოვილი ქალის მიერ მეუღლის მიმართ უკმეხი მიმართვა, უხეშობა;

⁴² ცნობილი სუნიტი თეოლოგი, სამართალმცოდნე, ფილოსოფოსი, ჰანბალისტიური სკოლის წარმომადგენელი. ცხოვრობდა სირიაში, მამლუქთა სასულთნოში 1263-1328 წლებში. არის 500-ზე მეტი თხზულების ავტორი. გამოირჩეოდა თავისი პრინციპულობით. სხვა წარგზავნილებთან ერთად მონაწილეობდა ელჩობაში მონღოლებთან. სწორედ აბუ თაიმიამ თავისი თამამი მიმართვის შემდგომ მონღოლთა მბრძანებელს, ყაზან ყაენს გადააფიქრებინა დამასკოზე ლაშქრობა.

ნუგზარ ბარდაველიძე

- *ყადის ან სხვა მუსლიმთა მოსაზრების უგულებელყოფა და ეჭვქვეშ დაყენება.*⁴³

აქ ჩამოთვლითა გარდა, კიდევ მრავალი სხვა მსგავსი დანაშაული ერთიანდება თაზირის კატეგორიაში.

თანამედროვე მონაცემებით, დღეისათვის თაზირი რამდენიმე ქვეყანაში მოქმედებს. მაგ., 2014 წელს **ბრუნეში** თაზირი სისხლის სამართლის კოდექსში აისახა. ამ ქვეყანაში თაზირის დანაშაულები მოიცავს, მაგალითად, 15 წელზე უფროსი ასაკის მოზარდის მიერ პარასკევის ღოცის შეუსრულებლობას, რამადანის წმინდა თვის უპატივცემულობას, ხალვათის დარღვევას და ა.შ.⁴⁴ **ირანმა** თაზირი 1979 წლის რევოლუციის შემდეგ ამოქმედა (კანონი „თაზირის შესახებ“). თაზირის ეს კანონები საშუალებას იძლევა სისხლისსამართლებრივი დევნა განხორციელდეს ისეთ დანაშაულებზე, როგორცაა: უკანონო (დაუშვებელი) კოცნა, არანებადართული სამოსის ტარება, ქალებისათვის ჰიჯაბის ტარების აუცილებლობის დარღვევა, კრიტიკული განცხადებების გაკეთება მოსამართლეთა და ირანის რევოლუციის დამცველთა საბჭოს წევრთა მიმართ.⁴⁵

IV. ნამუსი (ღირსება და მოკრძალება) და ნამუსთან დაკავშირებული სასჯელები 1. ნამუსი

ნამუსი⁴⁶ ის ეთიკური კატეგორიის ცნებაა და ახლო აღმოსავლეთის პატრიარქალურ საზოგადოებაში ღირსებას შეესატყვისებოდა. მართალია, ნამუსი სიტყვასიტყვით ითარგმნება როგორც

⁴³ Ibn Taimiyya on Public and Private Law in Islam or Public Policy in Islamic Jurisprudence, Translated by O. Farrukh, Beirut, 1966, 92-97.

⁴⁴ Basuni I., Ta'zir Offences Explained, <<https://btarchive.org/news/national/2014/05/17/tazir-offences-explained>> [15.11.2021]

⁴⁵ Cronin S., Reformers and Revolutionaries in Modern Iran: New Perspectives on the Iranian Left, Routledge, 2004, 273.

⁴⁶ <ibit.ly/JslQ> [22.11.2021]

„სათნობა“, მაგრამ ამჟამად იგი უფრო ფართო მნიშვნელობით გამოიყენება სპეციფიკურ გენდერულ კონტექსტში, იმ ოჯახური ურთიერთობების აღწერისას, როგორცაა: ღირსება, უბინობა, რესპექტაბელურობა, დარბაისლობა, პატივისცემა და მოკრძალება.⁴⁷ ასევე არაბული სიტყვა „ნამუსი“ შეიძლება ნიშნავდეს „კანონს“, „ჩვეულებას“ ან „პატივს“.⁴⁸ სიტყვა „ნამუსი“ ინგლისურ ენაში, სავარაუდოდ ისევე როგორც ქართულში, არაბულიდან შევიდა. თურქულ ენაში „ნამუსის“ შესატყვისებია „ონურ“ და „შერეფ“, სამივე ეს სიტყვა ღირსების აღმნიშვნელი ტერმინებია.⁴⁹ ისლამურ ქვეყნებში სამართალი ითვალისწინებს ღირსების დაცვის გამო ჩადენილ დანაშაულს და იგი შემამსუბუქებელ გარემოებად აღიქმება (მაგ., როდესაც მამაკაცები იცავენ ქალის უმანკობას ან ითხოვენ ქალებისგან უმანკობას)⁵⁰.

მიუხედავად იმისა, რომ ნამუსი ტრადიციულ თურქულ საზოგადოებაში (ისევე როგორც ქართულ და ზოგადად კავკასიურ საზოგადოებაში), ჩვეულებისამებრ, აღიქმება როგორც ქალის გენდერული მოკრძალება და უბინობა, თანამედროვე საზოგადოებისათვის ეს განსაზღვრება უკვე მოძველებულია. თანამედროვე თურქულ ენაში ნამუსი განმარტებულია როგორც: **„საზოგადოების მიჯაჭვულობა მორალურ წესებთან“⁵¹.**

თურქეთში ქალთა ქორწილამდელი უბინობა ზოგიერთ ოჯახში დღემდე განიხილება, როგორც საპატივსაცემი, ღირსების უმნიშვნელოვანესი საკითხი. მსგავსი კულტურული აღქმა შენარჩუნებულია როგორც თანამედროვე დიდ ქალაქებში, ისე (კიდევ უფრო

⁴⁷ არაბ. – ناموس (ბერძნულად “νόμος” ნიშნავს „კანონს“, „ჩვეულებას“.
<<https://www.nisanyansozluk.com/kelime/namus>> [22.11.2021]

⁴⁸ იქვე.

⁴⁹ <<https://ka.glosbe.com/tr/ka>> [21.11.2021]

⁵⁰ Ending Violence against Women and Girls, UNFPA Report, <<https://www.unfpa.org/gender-based-violence>> [21.11.2021]

⁵¹ Demos V., Segal M.T., An Introduction, in: Gendered Perspectives on Conflict and Violence, Edited by M.T. Segal and V. Demos, Emerald Publishing, 2014.

მეტად) პროვინციულ ქალაქებსა და სოფლებში,⁵² სადაც ზოგიერთები დრომოჭმული ადათ-წესის შენარჩუნებას კვლავ ჯიუტად განაგრძობენ.⁵³ მიუხედავად იმისა, რომ ქემალიზმმა ხელი შეუწყო ქვეყნის სწრაფ მოდერნიზაციას და ევროპეიზაციას, მრავალ ასპექტში, ტრადიციული გენდერული შეხედულებები კვლავაც შენარჩუნებულია. იმ შემთხვევაშიც კი, როდესაც ოჯახები, რომლებიც თავიანთ ქალიშვილებს ხელს უწყობდნენ პროფესიული კარიერის განვითარებაში (ისეთ პრესტიჟულ პროფესიებში, როგორიცაა, მასწავლებლობა, ექიმობობა ან იურისტობა) მტკიცედ ინარჩუნებენ მოლოდინს, რომ მათი წარმატებული ქალიშვილები გააგრძელებენ თავიანთ ცხოვრებას და კარიერულ ზრდას, მაგრამ კარიერასთან ერთად იქნებიან, უპირველესად, სათნოებით და მოკრძალების გამორჩეული მანდილოსნები, სამაგალითო „თავდადებული დედები და მოკრძალებული დიასახლისები“.⁵⁴

ლიბერალური მიდგომები ფეხს იკიდებს აშშ-ის და დიდი ბრიტანეთის მუსლიმური საზოგადოების ცალკეულ ფენებში, თუმცა ძალზე მოკრძალებულად. ისლამური ქვეყნებში, ცალკეულ შემთხვევები, უმაღლეს განათლების მიღების შემდეგ ახალგაზრდა მუსლიმი ქალები გარბიან პირადი თავისუფლების დამთრგუნველი

⁵² ამ თვალსაზრისით, ყველაზე მეტი სიმკაცრით გამოირჩევიან თურქეთის შავი ზღვის რეგიონისა და ეთნიკურად ქურთებით დასახლებული რეგიონების მაცხოვრებლები.

⁵³ მაგალითად, მოითხოვენ ქალწულობის დასამტკიცებლად სისხლიანი ზენრის ან ზოგიერთ შემთხვევაში სამედიცინო გამოკვლევის წარმოდგენას, ხოლო ქორწინებამდე უბინოების დარღვევის შემთხვევაში პატარძლის ძმები, ადათის მიხედვით, ვალდებულებად მიიჩნევენ თავიანთი დის დასჯას. მიუხედავად იმისა, რომ მოსახლეობის ნაწილს კარგად აქვს გაცნობიერებული, რომ დეფლორაციის თითქმის ნახევარი უსისხლოდ ვითარდება, რეპუტაციისა და ღირსების შესანარჩუნებლად ოჯახის წევრები (ქალები), საზოგადოების იმ ნაწილში ვისთვისაც სისხლით დასვრილი ზენარი პატარძლის ღირსებისა და უბინოების უცილებელი ატრიბუტია, „ეხმარებიან“ პატარძალს და ქათმის სისხლის ან სხვა რაიმე საშუალების გამოყენებით ცდილობან საზოგადოების თვალში ნაშუსის შენარჩუნებას.

⁵⁴ Cindoglu D., *Virginity Tests and Artificial Virginity in Modern Turkish Medicine*, *Women's Studies International Forum*, Vol.20, No.2, 1997, 253-261.

გარემოდან, ოჯახებიდან და დასავლურ სამყაროს თავს აფარებენ დამოუკიდებელი და უკეთესი მომავლის იმედით. ამგვარ შემთხვევისას ოჯახის წევრი მამაკაცების (განსაკუთრებით, უფროსი ძმები) ვალდებულებაა, მოძებნონ გაქცეული გოგონა და ადათის თანახმად დასაჯონ. რაც შეეხება ახლო აღმოსავლეთის, ცენტრალური აზიის, აფრიკის ხალხებში ქალწულობის მოთხოვნასა და მასთან დაკავშირებული ტრადიციებისა და ადათის დაცვას, ეს სახელმწიფოს მიერ დადგენის ვალდებულებას უთანაბრდება ან ზოგ შემთხვევაში აჭარბებს კიდევ მას⁵⁵.

2. ნამუსის შელახვა და სისხლის აღება

მამაკაცის ან ზოგადად ოჯახის ნამუსის შელახვად მიიჩნევა, ზრდასრული ქალიშვილის მიერ „არასათანადო“ ჩაცმულობის, მაკიაჟის ან ვარცხნილობის ტარება, ასევე, ქალის მიმართ გამოჩენილი უხამსობის ან დანაშაულის რეაგირების გარეშე დატოვება.⁵⁶ თუ ოჯახი არ რეაგირებს ქალიშვილის შეცდენასა თუ გაუპატიურებაზე, ამ ოჯახის უფროსს მოიხსენიებენ სამარცხვინო ეპითეტით – ნამუსუზი.⁵⁷ ამგვარ შემთხვევებში ოჯახის მხრიდან სწორ ქმედებად მიიჩნევა მოძალადის ან შემაცდენელის სიკვდილით დასჯა; ეს მძიმე ამოცანა ეკისრება ოჯახის წევრ მამაკაცებს. სწორედ ამ ფაქტის გამო ფიქრობენ, რომ ნამუსის დაცვა (აღდგენა) სწორედ მამაკაცების მოვალეობაა.⁵⁸

ავღანეთის პუშტუნთა ტომებში ნამუსი (ღირსება) შეილახება, თუ ვინმე მათ კერძო მიწის ნაკვეთში შეიჭრება. დაზარალებულმა

⁵⁵ იქვე.

⁵⁶ იქვე.

⁵⁷ იქვე.

⁵⁸ Schiffauer W., Die Gewalt der Ehre. Erklärungen zu einem deutsch-türkischen Sexualkonflikt, Frankfurt am Main, 1983; Pieper U., Problemfelder und Konflikte von Kindern ausländischer Arbeitsmigranten in der Bundesrepublik Deutschland und die Probleme und Konflikte von ausländischen Kindern in der Schule, Grin, 1998.

მკაცრად უნდა აგებინოს დანაშაული მისი კერძო ქონების ხელმყოფს.⁵⁹

სისხლის აღება ღირსების დაცვის მიზნით სრულიადაც არ არის ნმინდა ისლამური მოვლენა. სისხლის აღების ტრადიცია არსებობდა ყველა ხალხსა თუ კულტურებში. აღნიშნული განსაკუთრებით კარგადაა შესწავლილი ხმელთაშუა ზღვის რეგიონის კულტურებში. რაც შეეხება აზიისა და სხვა რეგიონების განვითარებადი ქვეყნებიდან ევროპასა და აშშ-ში გადასახლებული ასეულ ათასობით ემიგრანტი და მათ შორის, მუსლიმების გარდა, ინდუსები და სხვა რელიგიების მიმდევრებიც მრავლად არიან, დასავლური კანონებისა და საზოგადოებრივი აზრის საწინააღმდეგოდ, ცდილობენ ღირსების აღდგენის მიზნით სისხლის აღების მავნე ტრადიცია კვლავ გააგრძელონ. ბელგიაში, გერმანიაში, საფრანგეთში, ნორვეგიასა და შვედეთში ყოველწლიურად აღირიცხება აზიელ მიგრანტებს შორის სისხლის აღების შემთხვევები,⁶⁰ უმრავლესობა კი ნამუსის აღდგენის მოტივითაა ჩადენილი. სისხლის აღების დროს კიდევ ერთი მანკიერი თავისებურება იკვეთება: ოჯახის წევრების დაჟინებით სისხლის აღება იძულებით უნევთ არასრულწლოვან ბიჭებს ან ისინი იძულებულნი არიან, დაიბრალონ ეს დანაშაული, რათა ნაკლები სასჯელი მიიღონ.⁶¹ ასევე ღირსების შელახვად მიიჩნევა ჰომოსექსუალიზმი, ოჯახის წევრები ვალდებულები არიან, რელიგიური და ღირსების მოთხოვნების გათვალისწინებით, – ამგვარ ცოდვაში მხილებული პირი სიკვდილით დასაჯონ.

ირანში ნამუსის დაცვის მიზნით ჩადენილი მკვლევლობები ძირითადად ეთნიკურ უმცირესებოთა შორისაა გავრცელებული (მაგ., ქურთებში, ბელუჯებში, არაბებში, ლურებსა და თურქულენოვან ჯგუფებში). ხოლო სპარსელები გამოირჩევიან ნაკლები სოციალუ-

⁵⁹<<https://web.archive.org/web/20060214072105/http://www.afghanan.net/pashto/pashtunwali/terms.htm>> [22.02.2021]

⁶⁰ Ermers R., Honor Related Violence, A New Social-psychological Perspective, Routledge, 2018.

⁶¹ Wessel R., In Germany, Debate Over Muslim Headscarf Rages On, <<https://rheawessel.com/clips/debate-over-muslim/>> [23.11.2021]

რი კონსერვატიზმით და მათ შორის სისხლის აღების მაგალითები არ გვხვდება.⁶²

ქუვეითი ახლო აღმოსავლეთის სტანდარტებით ყველაზე ლიბერალურ ქვეყნად მიიჩნევა. აქ ნამუსის აღდგენის მკვლევლობები იშვიათია, რაც მოსახლეობის მაღალი ეკონომიკური დონით, ევროპული განათლებით, დასავლურ კულტურასთან ზიარებითა და მოსახლეობის რაოდენობის შედარებითი სიმცირით უნდა აიხსნას.⁶³ მაშინ როდესაც თურქეთის აღმოსავლეთ რეგიონებში, სადაც ქურთი მოსახლეობა უმრავლესობაა და სოციალური პირობები მეტად მძიმეა, სისხლის აღებით ნამუსის დაცვა აუცილებელი ნორმაა და მასზე უარის მთქმელი მოსახლეობის თვალში გვარის მოლატე, ლაჩარი და დამნაშავეა.⁶⁴

3. ჩაქოლვა

ჩაქოლვა,⁶⁵ ჩვეულებრივ, გამოიყენება ჰუდუდით გათვალისწინებული სასჯელის აღნიშვნისას, რომლის დროსაც ადამიანთა ორგანიზებული ჯგუფი ქვების სროლით ჩაქოლავს, ანუ სიკვდილამდე მიიყვანს ბრალდებულს.⁶⁶ ისლამური სამართლით, ჩაქოლვა არის სასჯელი მრუშობისთვის, რომელიც ჩაიდინა ცოლიანმა მამაკაცმა ან დაქორწინებულმა ქალმა. განაჩენის გამოტანისათვის აუცილებელია, მრუშობის მონაწილე მამაკაცის ან ქალის მხრიდან აღიარება, ან ოთხი მონმის ჩვენება⁶⁷, ან ქორწინების გარეშე ორსულობა. ხოლო თუ მეუღლე დასნამებს თავის ცოლს მრუშობას და

⁶² Ending Violence against Women and Girls, UNFPA Report, <<https://www.unfpa.org/gender-based-violence>> [21.11.2021]

⁶³ იქვე.

⁶⁴ Mayell H., Thousands of Women Killed for Family "Honor", <ibit.ly/aShh> [22.11.2021]

⁶⁵ არაბულად რაჯმ (رجم). იხ., Али-заде А.А., Исламский Энциклопедический Словарь, Москва, 2007, 233.

⁶⁶ Peters R., Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-First Century, Cambridge University Press, 2006, 37.

⁶⁷ იხ., ყურანი, სურა ან-ნური, აია 4.

ნუგზარ ბარდაველიძე

ოთხი მონმე არ ეყოლება, მაშინ მან ოთხგზის უნდა დაიფიცოს ღმერთისადმი, რომ სიმართლეს ამბობს, ასევე მეუღლესაც აქვს უფლება ოთხგზის დაფიცებისა თავისი უდანაშაულობის დასამტკიცებლად:

„რომელნიც ცილს დასწამებენ თავიანთ ცოლებს და მათ არ მოეძებნებათ მონმენი, თუ არა თავიანთი სულისა, თითოეული იმათგანის მონმეობა ალლაჰისადმი ოთხჯერ შეფიცებაა, რომ იგი ჭეშმარიტად მართალთაგანია, და მეხუთედ იმისათვის, რომ ალლაჰის წყევლა იყოს მასზე, თუ იგი ცრუთაგანია! და სასჯელი აეშორება ქალს, თუ ის ალლაჰის წინაშე ოთხჯერ დაამონმებს, რომ კაცი უთუოდ ცრუთაგანია, და მეხუთედ იმისათვის, რომ ალლაჰი რისხვა დაატყდეს მას [ქალს] თავზე, თუ კაცი მართალთაგანია!“ (სურა 24. 6-9).

ცრუმონმეობა ისევე მკაცრად ისჯება, როგორც მრუშობა. თუ ეჭვიმტანილს ვერ დაუმტკიცდება მრუშობის ფაქტი და ცილისმნამებელი ვერ მოიყვანს ოთხ მონმეს, მაშინ თავად ცილისმნამებელი დაისჯება სამაგალითოდ:

„და რომელნიც ცილს დასწამებენ პატიოსან ქალებს, შემდეგ კი არ მოიყვანენ ოთხ მონმეს, მაშინ ისინი გაროზგეთ ოთხმოცჯერ. და არასდროს მიიღოთ მათი მონმეობა, რამეთუ სწორედ ეგენი არიან ცოდვილნი.“ (სურა 24.4).

ეჭვიმტანილის მიმართ ჩაქოლვა (რაჯმი) გამოიყენება, თუ იგი საღ გონებაზეა, სრულწლოვანია (ბალიჰ)⁶⁸ და მრუშობის ჩადენა

⁶⁸ ისლამური ღვთისმეტყველების თანახმად, გოგონების სრულწლოვანების ასაკის ქვედა ზღვარი (ბალიჰა) 9, ხოლო ბიჭებისთვის (ბალიჰ) – 12 წელია. სრულწლოვანების დადგომამდე ბავშვი უდანაშაულოდ მიიჩნევა. ჰანაფის მარჯობის თანახმად, გოგონების სრულწლოვანების ზედა ზღვარი 17 წელია, ხოლო ბიჭებისთვის – 18 წელი, იმ პირობით, რომ ამ მომენტამდე სრულწლოვანების გარეგნული ნიშნები არ არსებობს. სხვა

არავის დაუძალებია.⁶⁹ რაჯმის განაჩენის გამოტანა შეუძლია მხოლოდ შარიათის მოსამართლეს. ჰანაფისა და მალქიტურ მაზჰაბებში ეს სასჯელი ასევე არ გამოიყენება არამუსლიმთა (კაფირების) წინააღმდეგ. ის, ვინც მრუშობის ჩადენის დროს ან მანამდე არ იყო ქორწინებაში (განქორწინებული, ქვრივი, ან საერთოდაც იყო დაქორწინებული), ისჯებიან როზგის ასი დარტყმით და ერთწლიანი გადასახლებით, მონები – ორმოცდაათი როზგის დარტყმით.

სამაგალითოა სიძვაში ბრალდებულთა დასჯასაც, თუმცა სასჯელი არ ითვალისწინებს ჩაქოლვას:

„მეძავი ქალი და მეძავი კაცი – თითოეული გაროზგეთ ასჯერ, არ შეიბრალოთ ისინი ალლაჰის რჯულისთვის, თუ გნამთ ალლაჰი და დღე უკანასკნელი! მათი დასჯის მოწმე იყოს მორწმუნეთა ერთი ჯგუფი“. (სურა 24.2.)

აბუ ჰურაირას მიხედვით, ღმერთის მოციქულს უთქვამს – „ალლაჰმა ადამის ყოველ შვილს თავისი წილი ზინა არგუნა, რომელსაც იგი როდესაც აუცილებლად ჩაიდენს. თვალის ზინა უყურებს, ენის ზინა ამბობს, ზოგს სურვილის ან ვნების ზინა ახასიათებს, ხოლო სხეულის ნაწილები ამას ადასტურებენ არ უარყოფენ“.⁷⁰

4. გაუპატიურება

გაუპატიურება ტრადიციულ ისლამურ ტექსტებში განისაზღვრება, როგორც ზინა ალ-ზიბრი (ძალადობრივი, უკანონო სქესობრივი კავშირი).⁷¹ ყურანში ამ დანაშაულზე არაფერია ნათქვამი, სამაგიეროდ, სუნას რამდენიმე ჰადისი განმარტავს სასჯელს ამ დანაშაულზე. ყველაზე ცნობილი ჰადისი გვამცნობს, რომ მოძალადე

მაზჰაბების ფაკიჰთა აზრით, ზრდასრულობის ასაკში საშუალო ასაკი 15 წელია. ნმინდა წიგნი ყურანი, 24-58.

⁶⁹ Али-заде А.А., Исламский Энциклопедический Словарь, Москва, 2007.

⁷⁰ Королев К., Ислам Классический, Энциклопедия, Москва, 2005, 69.

⁷¹ Али-заде А.А., Исламский Энциклопедический Словарь, Москва, 2007, 104.

ნუგზარ ბარდაველიძე

უნდა ჩაიქოლოს დაზარალებულისა და თვით მისი აღიარების შემდგომ.⁷² ამ დანაშაულის დამტკიცებისათვის ოთხი მონმე საჭირო არაა.

ზოგიერთი ულემის მოსაზრების თანახმად, მოძალადე არის ის, ვინც „დედამინაზე ბოროტებას თესავს“ და სიკვდილით უნდა დაისაჯოს. საუდის არაბეთის დიდი ფაკიჰების კომიტეტის 1981 წლის 10 სექტემბრის 8585 ბრძანებულების თანახმად, ასეთი ადამიანი განიხილება „ალლაჰთან ომში“ და სიკვდილით დაისჯება⁷³.

V. დასკვნა

საქართველოში ისლამის (ისტორია, თეოლოგია, სამართალი) მიმართ დაინტერესება სულ უფრო იზრდება, რაც განპირობებულია, ერთი მხრივ, ქვეყანაში მუსლიმი თემის რაოდენობის მატებით (დაახლოებით 12%), მეორე მხრივ კი, საზოგადოებრივ-პოლიტიკურ ცხოვრებაში მუსლიმი მოქალაქეების ჩართულობის ზრდით. ეს გარკვეულწილად ეთნიკურად აზერბაიჯანელ ახალგაზრდებში ქართული ენის შესწავლის პროგრამების განხორციელების პირდაპირი შედეგია, მაგრამ ამ პროცესში მთავარი და ყველაზე მნიშვნელოვანი ფაქტორი, უკანასკნელ ათწლეულებში საბჭოური ეპოქისათვის დამახასიათებელი ქსენოფობიური და ისლამოფობიური მენტალობის ნაწილობრივი დაძლევაა.

ისლამური სისხლის სამართალი მუჰამედ წინასწარმეტყველის სიცოცხლეშივე, მუსლიმი თემის ფორმირების პირველივე წლებში იწყებს ჩამოყალიბებას და ვინაიდან ისლამი, სხვა რელიგიებისაგან განსხვავებით, მეტად სწრაფად გახდა მსოფლიო იმპერიების სახელმწიფო რელიგია (მათგან ყველაზე მნიშვნელოვანია არაბული სახალიფო, ოსმალეთის იმპერია და ირანი), უმაღლვე დადგა აუცილებლობა ყოვლისმომცველი, მდგრადი სამართლის სისტემის შექმნისა. ისლამის, როგორც რელიგიისა და იდეოლოგიის, უნი-

⁷² წმინდა წიგნი ყურანი, 24 (2-9).

⁷³ Noor A.M., Rape: A Problem of Crime Classification in Islamic Law, Arab Law Quarterly, Vol.24, No.4, 2010, 417-438.

კალურობაც ის არის, რომ იგი ადამიანის ყოფის ნებისმიერ სფეროს მოიცავს, ადამიანის ყოველს ქმედებას სწვდება. ის, რაც არ არის ღვთის გამოცხადებაში, ანუ ყურანში, ივსება მოციქულ მუჰამედის განმარტებებით (ჰადისებით), შიიტები ეყრდნობიან ასევე მართალი ხალიფა ალის გამონათქვამებსაც. ხოლო ის, რაც წმინდა ნიგნებში არ არის აღწერილი, შეიძლება შეივსოს ჰადისთა მცოდნე ავტორიტეტული თეოლოგების მიერ ერთობლივად მიღებული გადაწყვეტილებებითა და სხვადასხვა ისლამურ რელიგიურ-სამართლებრივ სკოლაში (მაზჰაბი) მიღებული ანალოგიებით. ასე რომ, მუსლიმ მოსამართლეს – ყადის – აქვს არჩევანის გაკეთების ფართო სპექტრი. ისლამურ სამყაროში თვით სულთნებიც კი სამართლებრივ საქმეებში არ ერეოდნენ და სამართლის დადგენა ყადების (სამხედრო სფეროში ყადი-ასკერების), უცილობელი პრეროგატივა იყო.

ოსმალეთის იმპერიაში მეცხრამეტე საუკუნის თანზიმატის ეპოქიდან იწყება თანდათანობითი, მაგრამ მაინც ფართო რეფორმა, რომელიც ნაწილობრივ სამართალსაც შეეხო. შემდგომ თურქეთის რესპუბლიკაში, ასევე შაჰების ირანში ევროპული ღირებულებები, მათ შორის, სამართლებრივი ნორმები ინერგება. ამ სახელმწიფოების მოსახლეობის დიდი ნაწილი საკმაოდ სწრაფად იღებს რეფორმებს და ითავისებს მათ თანმდევ შედეგებს. მეოცე საუკუნის მეორე ნახევრიდან, აზიისა და აფრიკის მრავალმა კოლონიურმა რეგიონმა მოიპოვა დამოუკიდებლობა და ყოფილი მეტროპოლიების გავლენით დაიწყეს ევროპული კანონმდებლობების დანერგვა. თუმცა სხვადასხვა გარე თუ შიდა ფაქტორის ზემოქმედებით ზოგ ქვეყანაში, სადაც მუსლიმი მოსახლეობა უმრავლესობას შეადგენდა, მეოცე საუკუნის ბოლოსათვის დაიწყო შარიათის ნორმებისადმი უკანდაბრუნების პროცესი. ეს უკან მიბრუნება მრავალი ფაქტორითაა ნაკარნახევი, იგი კომპლექსურ ანალიზს და ინდივიდუალურ მიდგომასაც მოითხოვს. ზოგიერთ სახელმწიფოში უკან მიბრუნება ვესტერნიზაციისადმი ფობიით შეიძლება აიხსნას, ზოგან ეკონომიკური სიძნელეების გადაჭრის უუნარობით ან სულაც ძალაუფლების განმტკიცებისადმი სწრაფვით. ფაქტი ერთია, იმ სახელმწიფოებმა, რომლებმაც განვითარების საერო გზა აირჩიეს,

მიუხედავად იმისა, რომ მათი მოსახლეობის უდიდესი ნაწილი მუსლიმია (აზერბაიჯანი, თურქეთი, შუა აზიის რესპუბლიკები, ბოსნია და ჰერცეგოვინა), მათი სამართალიც ევროპულ საფუძველზეა დამკვიდრებული. ეს ქვეყნები არ ცდილობენ შარიათის ნორმების შემოტანას, პირიქით, ისლამიზაციაში სახელმწიფოებრიობისათვის საფრთხესაც ხედავენ. ასე რომ, სრულიადაც არ არის აუცილებელი, სახელწიფო, სადაც მოსახლეობის დომინანტი ნაწილი მორწმუნე მუსლიმია, ისლამურ სახელმწიფოდ ჩამოყალიბდეს. სეკულარულ ქვეყნებშიც მუსლიმი მოსახლეობა ინარჩუნებს ისლამურ ტრადიციებს და ისლამური სამართალი, რომელიც ადათში ტრანსფორმირდა, მაინც აქტიურ ზეგავლენას მოახდენს მოსახლეობის ქცევაზე. ისლამური ნორმები რჩება კულტურის განუყოფელ ნაწილად, თვითიდენტიფიკაციის ღერძად და მისი გარდაქმნა მხოლოდ კულტურის პრეროგატივაა. რაც შეეხება ისლამურ სისხლის სამართალს, იგი მსოფლიო სამართალმცოდნეობის ერთ-ერთი ძველი და განუყოფელი ნაწილია და მისი შესწავლის გარეშე ძნელია სრულყოფილი წარმოდგენის შექმნა სამართალმცოდნეობაზე.

მოსახლეობის კონფესიურობიდან გამომდინარე, დღეისათვის ისლამური სამართალი სრულად ან ნაწილობრივად მსოფლიოს მრავალ ქვეყანაში ან ზოგიერთი ქვეყნის ცალკეულ რეგიონში მოქმედებს. ამ სახელმწიფოებსა თუ რეგიონებში შესაძლოა ისლამური სისხლის სამართალიც სხვადასხვა დოზით მოქმედებდეს, ამიტომ ისლამური სისხლის სამართლის შესწავლა სამართალმცოდნეებისათვის პრიორიტეტად რჩება, ისევე, როგორც სამართლის ისტორიის შესწავლა.

SOME QUESTIONS OF ISLAMIC CRIMINAL LAW

Nugzar Bardavelidze*

Abstract

Islamic criminal law is one of the important fields of fiqh in Islamic jurisprudence. Islamic criminal law began to take shape in the very first years of the Muslim community, during the lifetime of Prophet Muhammad, and as Islam, unlike other religions, quickly became the state religion of the Arab caliphate, the Ottoman Empire, Iran. The uniqueness of Islam as a religion and ideology is that it encompasses any sphere of human life, reaching into every human action. What is not in the revelation of God or in the Qur'an is filled with the explanations (hadiths) of Prophet Muhammad (pbuh) (for the Shiites also by the sayings of the righteous Caliph Ali). And what is not described in the holy books can be supplemented by the joint decisions of the authoritative theological scholars and the analogies made in various Islamic schools. Thus, a Muslim judge has a wide range of choices to make.

Due to the confessional nature of the population, Islamic law is now fully or partially enforced in many countries of the world or in some regions of some countries. In these states or regions, Islamic criminal law may be enacted in various doses, which is why the study of Islamic criminal law remains a priority for jurists, as well as the study of the history of law.

Key words: Islamic Criminal Law, Hadd, Ta'zir, Kiisa, Namus.

* Professor at Georgian Technical University, Associate Professor at Sulkhani-Saba Orbeliani University. orcid.org/0000-0002-5121-5074

დამსაქმებლის ნდობის დაკარგვა, როგორც დასაქმებულის სამსახურიდან გათავისუფლების საფუძველი (რამდენიმე სასამართლო გადაწყვეტილებაზე დაყრდნობით)

სიმონი ტაკაშვილი*

I. შესავალი

შრომითსამართლებრივი ურთიერთობები სულ უფრო მრავალფეროვანი და კომპლექსური ხდება, რაც კანონმდებლობის მხრიდან შესაბამის სამართლებრივ მონესრიგებას მოითხოვს. საქართველოს შრომის კოდექსში არაერთხელ შევიდა ცვლილებები, რომელთა მიზანია, ერთი მხრივ, დასაქმებულთა უფლებების და მეორე მხრივ, დამსაქმებელ ორგანიზაციათა ინტერესების სრულყოფილად დაცვა და ევროპული გამოცდილების ქართულ სინამდვილეში დანერგვა იყო.

შრომით ურთიერთობებში ყველაზე მნიშვნელოვან და პრობლემურ საკითხად იყო და კვლავ რჩება დასაქმებულთან შრომის ხელშეკრულების შეწყვეტის საფუძვლები და ის სასამართლო პრაქტიკა, რომელიც დღეს საქართველოში არსებობს. ხელშეკრულების შეწყვეტის საფუძვლებიდან პრაქტიკაში ყველაზე გავრცელებული და პრობლემურია დასაქმებულის გათავისუფლება ნაკისრი ვალდებულების უხეშად დარღვევის გამო.¹ აღნიშნული დასტურდება საქართველოს უზენაესი სასამართლოს საკმაოდ მდიდარი პრაქტიკით, რომელიც შრომის ხელშეკრულების შეწყვეტის სხვა საფუძვლებზე არსებულ პრაქტიკასთან შედარებით, მეტად მოცულობითია. შრომის ხელშეკრულებით ნაკისრი ვალდებულების უხეშად დარღვევის საფუძველზე დასაქმებულის გათავისუფლებასთან ერთად, ბოლო პერიოდში განსაკუთრებით სპეციფიკური და აქტუალური

* სულხან-საბა ორბელიანის უნივერსიტეტის აფილირებული ასოცირებული პროფესორი, ადვოკატი, კომპანია „ჯეი ენდ თი ქონსალთინგის“ პარტნიორი. orcid.org/0000-0001-8608-170X.

¹ საქართველოს შრომის კოდექსის 47-ე მუხლის პირველი ნაწილის „ზ“ ქვეპუნქტი.

გახდა ხელშეკრულების შეწყვეტა კიდევ ერთი – „სხვა ობიექტური გარემოების“ საფუძველით.²

სტატიის მიზანია საქართველოს უზენაესი სასამართლოს რამდენიმე პრეცედენტული გადაწყვეტილების შეფასება, სადაც დამსაქმებელმა დასაქმებულთან შრომის ხელშეკრულება შეწყვიტა სწორედ უხეში დარღვევის, ერთი წლის განმავლობაში ხელმეორედ ჩადენილი გადაცდომის ან სხვა ობიექტური გარემოების გამო და რომელსაც საფუძვლად დაედო დამსაქმებლის მხრიდან დასაქმებულისადმი ნდობის დაკარგვა. ნდობის დაკარგვის კრიტერიუმი ძალზე სპეციფიკური და ამავდროულად, ზოგადი საფუძველია. შესაბამისად, მნიშვნელოვანია ამ საკითხის კვლევა და გარკვეული დასკვნების გამოტანა, რაც სასამართლო პრაქტიკის განვითარებას კიდევ უფრო მეტად შეუწყობს ხელს.

II. ნდობის პრინციპი და მისი მნიშვნელობა შრომით ურთიერთობებში

მხარეთა შორის ნდობის პრინციპი კერძოსამართლებრივ ურთიერთობებში ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი ინსტიტუტია. აღნიშნული კიდევ უფრო მეტად საყურადღებოა შრომით ურთიერთობებში. შრომის ხელშეკრულების დადების დროს დამსაქმებელს დასაქმებულის მიმართ აქვს გარკვეული ნდობა, რომელიც, რა თქმა უნდა, მხოლოდ ადამიანურ გრძნობებზე მინდობილი არაა და მოქცეულია იმ სამართლებრივ ჩარჩოებში, რასაც, ერთი მხრივ, შრომის კოდექსი და მეორე მხრივ, შრომის ხელშეკრულების ნორმები ადგენს.

შრომის კოდექსი ნდობის პრინციპზე არაფერს ამბობს, თუმცა ნდობის საწინააღმდეგო გარიგების ბათილობის შესახებ დათქმა მოცემულია საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 346-ე მუხლში, რომლის პირველი წინადადების მიხედვითაც, ბათილია ხელშეკრულებათა სტანდარტული პირობა, მიუხედავად ხელშეკრულებაში მისი ჩართვისა, თუ იგი ნდობისა და კეთილსინდისიერების პრინციპების საწინააღმდეგოდ საზიანოა ხელშეკრულების მეორე მხა-

² იქვე, „ო“ ქვეპუნქტი.

რისთვის. აღნიშნული მუხლის გამოყენება შრომით ურთიერთობაში შესაძლებელია შრომის კოდექსის პირველი მუხლის საფუძველზე, რომელიც ისეთი შემთხვევების გადაწყვეტისთვის, რაც შრომის კოდექსით ან საერთაშორისო შეთანხმებებით არაა მოწესრიგებული, სამოქალაქო კოდექსზე ამისამართებს.³

სამოქალაქო კოდექსის მითითებულ ნორმასთან დაკავშირებით საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ განმარტა, რომ სახელშეკრულებო სამართალში მოქმედებს მხარეთა ნების ავტონომია, რომლის ფარგლებში შესაძლებელია ხელშეკრულების იმგვარ პირობებზე შეთანხმება, რომლებიც მისაღებია გარიგების ყველა მონაწილისათვის, თუმცა ხელშეკრულების მხარეთა მდგომარეობა ყოველთვის თანაბარი არ არის.⁴ სწორედ აქედან გამომდინარეობს კანონისმიერი ვალდებულება, რომ მხარეებმა უნდა იმოქმედონ კეთილსინდისიერად და მაგალითად, ბუნდოვანი და არალოგიკური შეთანხმების შემთხვევაში, თუ ეს კეთილსინდისიერებასა და ნდობას არღვევს, ხელშეკრულების ასეთი დათქმა/პირობა ბათილად უნდა იქნეს მიჩნეული.⁵ ამგვარად, 346-ე მუხლი ხელშეკრულების შინაარსობრივი კონტროლის ზოგადი ნორმაა,⁶ რომელიც თავისებურ ასახვას პოულობს შრომით ურთიერთობებში. განსაკუთრებით შრომით ურთიერთობებშია ისეთი შემთხვევები, როდესაც დამსაქმებელი დასაქმებულს უთანხმდება ისეთ პირობაზე, რომლის შინაარსიც ეწინააღმდეგება ნდობისა და კეთილსინდისიერების პრინციპებს. მსგავს შეთანხმებაზე კონტროლი, გარდა სამოქალაქო კოდექსის 346-ე მუხლისა, შრომის კოდექსის პირველივე მუხლით ხდება, რომლის თანახმადაც, შრომითი ხელშეკრულებით არ შეიძლება განისაზღვროს შრომის კოდექსით გათვალისწინებული საგანგანსხვავებული ნორმები, რომლებიც აუარესებს დასაქმებულის

³ იქვე, პირველი მუხლის მე-2 ნაწილი.

⁴ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2018 წლის 12 ნოემბრის განჩინება Nას-1064-2018.

⁵ იქვე.

⁶ სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, ნ. III, ვალდებულებითი სამართლის ზოგადი ნაწილი, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2019, 228.

მდგომარეობას.⁷ ამგვარად, ნდობისა და კეთილსინდისიერების პრინციპი მოცემულია როგორც სამოქალაქო, ისე შრომის კოდექსში. მართალია, ნდობის პრინციპი სიტყვასიტყვით არ წერია შრომის კოდექსის პირველ მუხლში, თუმცა ამ ნორმის ნორმატიული მიზნიდან გამომდინარე, ამგვარი დასკვნის გაკეთება მაინც შესაძლებელია.

III. ნდობის პრინციპის მნიშვნელობა შრომის ხელშეკრულების შეწყვეტისას

შრომის კოდექსი შრომის ხელშეკრულების შეწყვეტისას დამსაქმებლის ე.წ. პოზიტიურ და ნეგატიურ ვალდებულებებს ადგენს. დამსაქმებლის პოზიტიური ვალდებულებაა, დასაქმებულთან შრომითი ურთიერთობა მხოლოდ ლეგიტიმური გზებით დაასრულოს, ხოლო ნეგატიურ ვალდებულება – დამსაქმებელს არ უნდა შეეძლოს დასაქმებულის სამსახურიდან დათხოვნა შესაბამისი და გამართლებული საფუძვლის გარეშე.⁸ დასაქმებულთან დადებული შრომის ხელშეკრულების შეწყვეტის საფუძვლად შესაძლოა მითითებული იყოს ისეთი გარემოება, რომელიც, მაგალითად, შრომის ხელშეკრულებით ნაკისრი ვალდებულების უხეში დარღვევა და შესაბამისად, პირის გათავისუფლებაც ამ ფაქტის გამო მოხდეს. თავის მხრივ, ეს გარემოება, რომელიც დამსაქმებელმა უხეშ დარღვევად მიიჩნია, შესაძლოა დამსაქმებელს დასაქმებულის მიმართ ნდობას უკარგავდეს. ამასთან, მარტოოდენ იმაზე მითითება, რომ დამსაქმებელს დასაქმებულის მიმართ ნდობა დაეკარგა, არასწორია. შესაძლოა რაიმე მოქმედებამ გამოიწვია ნდობის დაკარგვა და ეს გახდეს პირთან შრომის ხელშეკრულების შეწყვეტის საფუძველი, თუმცა, ზოგადად, მითითება იმაზე, რომ დამსაქმებელს ნდობა დაეკარგა დასაქმებულის მიმართ, ვერ გახდება შრომის ხელშეკრულების შეწყვეტის საფუძველი, თუ ამ ნდობის და-

⁷ საქართველოს შრომის კოდექსის პირველი მუხლის მე-3 ნაწილი.

⁸ თბილისის სააპელაციო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2021 წლის 13 დეკემბრის გადაწყვეტილება N2ბ/5257-21.

კარგვას, თავის მხრივ, რაიმე საფუძველი/გარემოება არ გააჩნია. ამ თვალსაზრისით, პრაქტიკაში ნდობის დაკარგვის გამო პირის გა-თავისუფლების კანონისმიერ საფუძვლად შესაძლოა გამოყენებულ იქნეს შრომის კოდექსის 47-ე მუხლის პირველი ნაწილის „ზ“ (ვალ-დებულების უხეში დარღვევა) ან „თ“ ქვეპუნქტი (ერთი წლის გან-მავლობაში ვალდებულების ორჯერადი დარღვევა) ან „ო“ ქვეპუნქ-ტი (სხვა ობიექტური გარემოება). საგულისხმოა, რომ სხვა ობიექ-ტური გარემოების ნდობის დაკარგვის ერთ-ერთ გამოვლინებად მიჩნევა მართებული არ უნდა იყოს. აღნიშნული განხილულია ქვე-მოთ, ერთ-ერთი გადაწყვეტილების ანალიზის საფუძველზე.

როდესაც ნდობის დაკარგვაზე საუბარი, უნდა შეფასდეს, რა გარემოება გახდა ნდობის დაკარგვის საფუძველი. ამ თვალსაზრი-სით, საინტერესოა ის, თუ რა კონკრეტული მტკიცებულებებით უნდა იყოს დადასტურებული ნდობის დაკარგვის ფაქტი. მაგალი-თად, შესაძლოა თუ არა, ეს იყოს სამსახურისადმი გულგრილი და-მოკიდებულება, დანაშაულებრივ ქმედებაში მონაწილეობის მილე-ბა თუ სხვა. ამ მხრივ, საინტერესოა საერთო სასამართლოების პრაქტიკა, რომლის შესწავლის შედეგად, შესაძლებელია გამოიყოს ორი ტენდენცია: 1. ნდობის დაკარგვას სჭირდება კანონიერ ძალა-ში შესული სასამართლოს გადაწყვეტილება ან განაჩენი (უპირატე-სად განაჩენი), რომლითაც დადგინდება, მაგალითად, დასაქმებუ-ლის დანაშაულებრივი ქმედება, რომელიც დამსაქმებლისთვის ნდობის დაკარგვას იწვევს; 2. საჭირო არ არის სასამართლოს გადაწყვეტილების ან განაჩენის არსებობა იმისთვის, რომ რაღაც კონკრეტულმა ქმედებამ დამსაქმებლის მხრიდან დასაქმებულის მიმართ ნდობის დაკარგვა გამოიწვიოს.

1. სასამართლოს განაჩენის არსებობა

ერთ-ერთ საკმეზე, სადაც დამსაქმებელი დასაქმებულის მი-მართ ნდობის დაკარგვაზე მიუთითებდა, სასამართლომ არ დაად-გინა ნდობის დაკარგვის მართლზომიერება და შესაბამისად, უკა-ნონოდ მიიჩნია დასაქმებულთან შრომითი ურთიერთობის შე-

წყვეტა.⁹ საქმის ფაქტობრივი გარემოებების მიხედვით, დასაქმებულთან შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტას საწარმოში ქურდობის ფაქტი დაედო საფუძვლად, კერძოდ, მოსარჩელემ (დასაქმებულმა), ხელმძღვანელთან შეთანხმების გარეშე, მსჯავრდებულს ნაქურდალი ქონება (ბიდონები) გადაატანინა საწარმოს ტერიტორიის ერთი ნაწილიდან მეორე ნაწილში, რაც მოპასუხე კომპანიის განმარტებით, კომპანიის ადმინისტრაციის მხრიდან დასაქმებულის მიმართ ნდობის დაკარგვის საფუძველი იყო. აღნიშნულ საქმეზე საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ დაადგინა, რომ საწარმოს კუთვნილი ქონების ქურდობის ფაქტზე სასამართლომ განაჩენით არა მოსარჩელე, არამედ სხვა პირი ცნო დამნაშავედ. შესაბამისად, საკასაციო სასამართლოს განმარტებით, მსჯავრდებულის თხოვნით ბიდონების ერთი ადგილიდან მეორე ადგილას გადატანა, თუნდაც ხელმძღვანელობასთან შეთანხმების გარეშე, არ შეიძლება მიჩნეულ იქნეს იმგვარ ქმედებად, რაც შრომითი ურთიერთობის გაგრძელების მიზანშეწონილობას ეჭვქვეშ დააყენებდა. შესაბამისად, სასამართლომ დაადგინა, რომ გამამტყუნებელი განაჩენის არარსებობის პირობებში, საწარმოში მომხდარი ფაქტის გამო მოპასუხე კომპანიას, ნდობის დაკარგვის საფუძველით, მოსარჩელის სამუშაოდან გათავისუფლების საკმარისი ფაქტობრივი საფუძველი არ გააჩნდა და მან დაუსაბუთებლად გამოიყენა დისციპლინური პასუხისმგებლობის ყველაზე მკაცრი ფორმა – გათავისუფლება. ამგვარად, იმისთვის, რომ დაედგინა, დაკარგა თუ არა ნდობა დამსაქმებელმა დასაქმებულის მიმართ, სასამართლომ მიზანშეწონილად მიიჩნია სისხლის სამართლის საქმეზე მიღებული განაჩენის არსებობა.

სასამართლოს განაჩენის არსებობის თვალსაზრისით, საგულისხმოა ერთ-ერთი უახლესი გადანყვეტილება, სადაც სასამართლომ შეაფასა ნდობის დაკარგვისა და დამსაქმებლისთვის რეპუტაცი-

⁹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2020 წლის 2 დეკემბრის განჩინება Nას-619-2020; საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 12 აპრილის განჩინება Nას-199-2019.

ული ზიანის მიყენების მასშტაბი.¹⁰ კერძოდ, საქმის ფაქტობრივი გარემოებების მიხედვით, დამსაქმებლის ბრძანებით, დასაქმებული ორ პირთან ერთად მასალების მისაღებად მივლინებით თბილისში გაემგზავრა. მივლინების დროს კი დასაქმებულს სამართალდამცავმა ორგანოებმა აღმოუჩინეს ნარკოტიკული საშუალებები. მას სასამართლოს განაჩენით მსჯავრი დაედო დიდი ოდენობით ნარკოტიკული საშუალების უკანონო შექმნა-შენახვისათვის. იმის გათვალისწინებით, რომ დასაქმებულმა მივლინების პერიოდში ჩაიდინა დანაშაული, დამსაქმებელმა ორგანიზაციამ მასთან შრომის ხელშეკრულება შეწყვიტა. მითითებული ფაქტობრივი გარემოებების ანალიზის შედეგად სასამართლომ დაადგინა, რომ მართებულია დასკვნა იმის შესახებ, რომ მოსარჩელის ქმედება მის მიერ შრომითი ხელშეკრულებით ნაკისრი ვალდებულების უხეშად დარღვევის ტოლფასი ქმედებაა. სასამართლოს განმარტებით, ასეთ შემთხვევაში მოპასუხეს ვერ მოეთხოვება, შრომითი ურთიერთობა გააგრძელოს დასაქმებულთან, რომელიც მისი ნდობით აღარ სარგებლობს და რომლის მიერ ჩადენილი ქმედებაც კომპანიის რეპუტაციისთვის შემლახველია. ამდენად, ამ შემთხვევაშიც სასამართლომ ყურადღება გაამახვილა სწორედ იმ გარემოებაზე, რომ დასაქმებულის მიმართ გამოიტანეს სასამართლოს განაჩენი, რომლითაც დადგინდა მივლინების დროს დანაშაულის ჩადენის ფაქტი. შესაბამისად, დანაშაულის ჩადენის ფაქტი ნდობას უკარგავდა დამსაქმებელს დასაქმებულის მიმართ, რაც, ცხადია, შეიძლება გახდეს შრომის ხელშეკრულების შეწყვეტის საფუძველი.

კიდევ ერთ საქმეზე სასამართლომ ყურადღება გაამახვილა იმაზე, თუ რამდენად არსებობდა ნდობის დაკარგვა იმ შემთხვევაში, როდესაც დასაქმებულის მოქმედებამ გარკვეული სახის ზიანი გამოიწვია და ეს ზიანი დადასტურებული იყო შესაბამისი სახელმწიფო უწყების გადაწყვეტილებით.¹¹ კერძოდ, ამ საქმეში სასამართლომ დადგენილად მიიჩნია, რომ ასრულებდა რა საბაჟო გამშვებ

¹⁰ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2021 წლის 15 ოქტომბრის განჩინება Nას-169-2020.

¹¹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 15 მარტის განჩინება Nას-1096-2018.

პუნქტში სამსახურებრივ მოვალეობას, მოსარჩელემ (დასაქმებულმა) უცხოეთის მოქალაქისათვის საქონლის მიყიდვისას, გამოიჩინა დაუდევრობა – უხეში გაუფთხილებლობა, რაც გამოიხატა მომხმარებლის მონაცემების პროგრამულად არასწორად გატარებით, რის შედეგადაც მოპასუხე დაჯარიმდა 12 000 ლარით. შესაბამისად, სასამართლომ დაადგინა, რომ დასაქმებულის მიერ ამგვარი დაუდევრობითა და უხეში გაუფთხილებლობით ჩადენილი დარღვევა დამსაქმებელს ნდობას უკარგავს მუშაკის მიმართ. ამასთან, სასამართლოს განმარტებით, შესაფასებელი ქმედება არაა ისეთი დარღვევა, რომელიც დამსაქმებლის მიერ გამაფრთხილებელი ზომის გამოყენების შემთხვევაში, შესაძლებელია, გამოსწორდეს იმგვარად, რომ დამსაქმებელმა არ დაკარგოს მუშაკთან შრომითი ურთიერთობის გაგრძელების ინტერესი. აღნიშნული კი დასაქმებულის მიმართ ნაკლებად მკაცრი დისციპლინური ღონისძიების გამოყენებას გამორიცხავდა და ქმნიდა შრომის ხელშეკრულების შეწყვეტისა და მუშაკის სამსახურიდან გათავისუფლების საფუძველს.

უზენაესი სასამართლოს ზემოაღნიშნული გადწყვეტილებების გარდა, ნდობის დაკარგვასთან მიმართებით, საინტერესოა ერთერთ საქმეზე ჯერ თბილისის საქალაქო სასამართლოსა და შემდგომ თბილისის სააპელაციო სასამართლოების მიერ მიღებული უახლესი გადაწყვეტილებები.¹² აღნიშნულ საქმეზე პირველი ინსტანციის სასამართლომ არ დააკმაყოფილა სარჩელი, ხოლო სააპელაციო სასამართლომ გაიზიარა აპელანტების (დასაქმებულების) სააპელაციო საჩივარი და ბათილად ცნო დამსაქმებელი კომპანიის გადაწყვეტილება მოსარჩელების გათავისუფლების შესახებ. საქმის ფაქტობრივი გარემოებების მიხედვით, დასაქმებულები იმიტომ გათავისუფლდნენ დაკავებული თანამდებობებიდან, რომ დამსაქმებელს მათ მიმართ ნდობა დაეკარგა. დამსაქმებლის მხრიდან ნდობის დაკარგვის საფუძვლად მითითებული იყო ის გარე-

¹² თბილისის საქალაქო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა კოლეგიის 2021 წლის 8 ივნისის გადაწყვეტილება N2/4208-20; თბილისის სააპელაციო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2021 წლის 13 დეკემბრის გადაწყვეტილება N23/5257-21.

მოება, რომ დასაქმებულები თითქოსდა ჩართულები იყვნენ უკანონო ფინანსურ სქემაში, რამაც დამსაქმებელ კომპანიას ზიანი მიაყენა. თბილისის საქალაქო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა კოლეგიის გადაწყვეტილებით არ დაკმაყოფილდა მოსარჩელების სარჩელი და შრომის კოდექსის 47-ე მუხლის პირველი ნაწილის „ო“ ქვეპუნქტის საფუძვლით დასაქმებულების გათავისუფლება კანონიერად იქნა მიჩნეული. აღნიშნული გადაწყვეტილება გააუქმა თბილისის სააპელაციო სასამართლომ, რომელმაც მიუთითა, რომ თუ დამსაქმებელი კომპანია აპელირებს თანხების მითვისების ფაქტზე და უკანონო ფინანსურ საქმიანობაზე, ეს სისხლის სამართლის დანაშაულია და აღნიშნულს სასამართლოს კანონიერ ძალაში შესული გამამტყუნებელი განაჩენი სჭირდება, რაც ამ შემთხვევაში არ არსებობდა. შესაბამისად, სააპელაციო სასამართლომ სრულიად მართებულად გააუქმა პირველი ინსტანციის სასამართლოს გადაწყვეტილება და დაადგინა, რომ თუ დამსაქმებელი აპელირებს ისეთ ქმედებაზე, რომელიც დანაშაულია და აღნიშნულზე უნდა არსებობდეს გამამტყუნებელი განაჩენი, რომლითაც ცალსახად დადგინდებოდა დასაქმებულების ბრალეულობა მათ მიერ განხორციელებულ ქმედებაში. მარტოოდენ დამსაქმებლის შეხედულება და მოსაზრება იმაზე, რომ დასაქმებულები უკანონო ფინანსურ სქემაში არიან და ამით ზიანს აყენებდნენ კომპანიას, საკმარისი არაა. ამ საქმეში სპეციფიკური არის ისიც, რომ დამსაქმებელი, ერთი მხრივ, დასაქმებულთა გადაცდომებსა და ზიანის მიყენებაზე, საერთო ჯამში კი, ნდობის დაკარგვაზე უთითებს და მეორე მხრივ, დასაქმებულებს სხვა ობიექტური გარემოებით და არა ვალდებულების უხეში დარღვევის გამო ათავისუფლებს. თუნდაც დადასტურებულიყო ვალდებულების უხეშად დარღვევის ფაქტი, სხვა ობიექტური გარემოება (შრომის კოდექსის 47-ე მუხლის პირველი ნაწილის „ო“ ქვეპუნქტი) არ იარსებებდა, რადგან ამ საკითხზე არის უახლესი სასამართლო პრაქტიკა. კერძოდ, „ო“ ქვეპუნქტში იგულისხმება სხვა ისეთი ობიექტური გარემოება, რაც შეიძლება იყოს და რაც კანონმდებელმა პირდაპირ ვერ/არ გაითვალისწინა შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის საფუძვლების ჩამონათვალში. აღნიშნული ნორმით გათვალისწინებული საფუძვლით „შრომითი

ხელშეკრულების მოშლისთვის აუცილებელია: 1. შრომითი ხელშეკრულების მოშლის საფუძველი იყოს კოდექსის 47-ე მუხლის პირველ ნაწილში მითითებული სხვა საფუძვლისაგან განსხვავებული; 2. იგი არ იყოს დამოკიდებული დამსაქმებლის სუბიექტურ ნებაზე.¹³ შესაბამისად, თუ დასაქმებულებმა ზიანი მიაყენა და ფინანსურ სქემაში მონაწილეობდა – ეს არა „სხვა ობიექტური გარემოების“, არამედ „უხეში დარღვევის“ ფაქტობრივი შემადგენლობა უნდა ყოფილიყო. შესაბამისად, ამ სასამართლო დავაში¹⁴ დასაქმებულთა გათავისუფლება საფუძვლის მითითების დროსაც კი არასწორად მოხდა, რაც პირველი ინსტანციის სასამართლომ სათანადოდ არ შეაფასა.

ამდენად, ზემოთ მოტანილი სასამართლო პრეცედენტების განხილვის შედეგად, შესაძლებელია ითქვას, რომ ნდობის დაკარგვის შემადგენლობისთვის სასამართლო სამართლიანად ითხოვს ისეთი გარემოების არსებობას, რომლითაც დადგინდება დასაქმებულის მხრიდან გარკვეული გადაცდომა, შრომის ხელშეკრულებით ნაკისრი ვალდებულების დარღვევა, რაც, თავის მხრივ, დადასტურებული უნდა იყოს უფლებამოსილი ორგანოს გადანყვეტილებით ან/და განაჩენით. სწორედ ამ შემთხვევაში მიიჩნევა ეს ქმედება იმ ინტენსივობის ქმედებად, რაც, საბოლოო ჯამში, დამსაქმებლის მხრიდან ნდობის დაკარგვას იწვევს.

2. ნდობის დაკარგვა სასამართლოს გადაწყვეტილების/განაჩენის არსებობის გარეშე

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს ბოლოდროინდელი პრაქტიკის ანალიზის საფუძველზე შესაძლებელია ითქვას, რომ, როგორც ზემოთ აღინიშნა, ნდობის დაკარგვისთვის, როგორც

¹³ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2021 წლის 23 დეკემბრის განჩინება Nას-949-2021.

¹⁴ იგულისხმება თბილისის საქალაქო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა კოლეგიის 2021 წლის 8 ივნისის გადაწყვეტილება N2/4208-20 და თბილისის სააპელაციო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2021 წლის 13 დეკემბრის გადაწყვეტილება N2ბ/5257-21.

ნესი, აუცილებელია სასამართლოს განაჩენი ან შესაბამისი უფლებამოსილი ორგანოს გადაწყვეტილება, რომლითაც უნდა დადასტურდეს ეს გარემოება (ნდობის დაკარგვა). ამასთან, სასამართლო პრაქტიკაში მოიძებნება ისეთი პრეცედენტებიც, სადაც სასამართლომ ზოგადი მითითებებით მიიჩნია, რომ კონკრეტულ შემთხვევებში დამსაქმებელს დასაქმებულის მიმართ ნდობა დაეკარგა. მაგალითად, ერთ-ერთ საქმეზე სასამართლომ დადგენილად მიიჩნია, რომ შრომის ხელშეკრულების შეწყვეტის საფუძველი გახდა მოსარჩელის მიერ შრომის შინაგანანესით დაკისრებული ვალდებულებების არაერთგზის დარღვევა, რაც, თავის მხრივ, დადასტურებული იყო საქმეში არსებული მტკიცებულებების – დამსაქმებლის მიერ გამოცემული ბრძანებებისა და შიდა აუდიტის დასკვნების შესაბამისად.¹⁵ ამდენად, უზენაესი სასამართლოს დასკვნით, მოსარჩელის ქმედებები იყო დარღვევის ის სახე, რომელიც დამსაქმებელს ნდობას უკარგავს მუშაკის მიმართ. აღნიშნული კი გამორიცხავდა დასაქმებულის მიმართ ნაკლებად მკაცრი დისციპლინური ღონისძიების გამოყენებას და შრომის კოდექსის 47-ე მუხლის პირველი ნაწილის „თ“ ქვეპუნქტის შესაბამისად, ქმნიდა შრომის ხელშეკრულების შეწყვეტისა და მუშაკის სამსახურიდან გათავისუფლების საფუძველს.

საგულისხმოა კიდევ ერთი გადაწყვეტილება, რომლის მიხედვითაც, საბანკო სექტორში, კერძოდ კი, ბანკის სისტემების მხარდაჭერის განყოფილების უფროსის პოზიციაზე დასაქმებულ პირთან მიმართებით საქართველოს უზენაესმა სასამართლომ დაადგინა, რომ საბანკო სფეროსათვის, რომელიც ფულად ბრუნვას ახორციელებს და ინსტიტუტის გამართული საქმიანობა დიდწილად დამოკიდებულია დასაქმებულთა მხრიდან მოვალეობების ჯეროვან შესრულებაზე, ლეგიტიმურია განსაკუთრებულ ნდობაზე დაფუძნებული თანამშრომლობის მოთხოვნა.¹⁶ შესაბამისად, თუ დამსაქმებელს ეს ნდობა აღარ ექნება, შესაძლებელია დასაქმებულის თა-

¹⁵ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2017 წლის 15 მაისის განჩინება Nას-783-750-2016.

¹⁶ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2019 წლის 3 ივნისის განჩინება Nას-1327-2018.

ნამდებობიდან გათავისუფლება. აღნიშნული განმარტებიდან გამომდინარე, სასამართლომ ისეთ სპეციფიკურ სფეროში, როგორც საბანკო სექტორია, დასაქმებული პირების მიმართ ნდობის კიდევ უფრო დიდი და განსაკუთრებული ხარისხი დაადგინა.

საინტერესოა კიდევ ერთი სასამართლო პრეცედენტი, სადაც დამსაქმებელი კომპანია დასაქმებულის მიმართ ნდობის დაკარგვის გამო სამსახურში მის აღდგენაზე უარის თქმას ითხოვდა.¹⁷ ამ საქმეში სასამართლომ დაადგინა შემდეგი: დასაქმებულის მიერ მასზე დაკისრებული ვალდებულებების დარღვევის ფაქტი, შესაძლოა, შეფასდეს იმგვარ დარღვევად, რომელიც დამსაქმებელს ნდობას უკარგავს მუშაკის მიმართ, რაც გაამართლებს გათავისუფლებული მუშაკის სამუშაოზე აღდგენაზე უარის თქმას. ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში სასამართლომ უნდა შეაფასოს, დარღვევის ხარისხისა და მნიშვნელობიდან გამომდინარე, რამდენად ადეკვატურია მის მიმართ ამგვარი ღონისძიების გამოყენება. ამ შემთხვევაში სასამართლომ აღნიშნა, რომ სამართლებრივად არარელევანტურია მსჯელობა ნდობის დაკარგვის გამო მოსარჩელის პირვანდელ თანამდებობაზე აღდგენის შეუძლებლობაზე. შესაბამისად, კონკრეტული გარემოებების შეფასებაა საჭირო იმისთვის, რომ დადგინდეს, დაეკარგებოდა თუ არა დამსაქმებელს ნდობა დასაქმებულის მიმართ და აღნიშნული ხომ არ არის იმავე ან ტოლფას თანამდებობაზე აღდგენისთვის დამაბრკოლებელი გარემოება.

IV. დასკვნა

მარტოოდენ ნდობის დაკარგვა, როგორც შრომის ხელშეკრულების შეწყვეტის საფუძველი, არ არსებობს. ნდობის დაკარგვისთვის ისეთი მოქმედების განხორციელებაა აუცილებელი, რაც დამსაქმებლის თვალში ობიექტურად იწვევს დასაქმებულის მიმართ ნდობის დაკარგვას, ეს კი შესაძლოა გამოწვეული იყოს შრომის

¹⁷ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2017 წლის 3 ივლისის განჩინება Nას-312-295-2017.

ხელშეკრულებით ან/და შრომის შინაგანანესით ნაკისრი ვალდებულების უხეში დარღვევით ან ერთი წლის განმავლობაში შრომის ხელშეკრულებით ან/და შრომის შინაგანანესით ნაკისრი ვალდებულების განმეორებითი დარღვევის გამო. ამგვარად, ნდობის დაკარგვა, როგორც ცალკე აღებული საფუძველი, არ არსებობს, ის გამომდინარეობს რაიმე ვალდებულების დარღვევიდან, რომელიც დამსაქმებლისთვის ნდობის დაკარგვას იწვევს. უნდა აღინიშნოს ისიც, რომ ნდობის დაკარგვა ვერ გახდება „სხვა ობიექტური საფუძველით“ დასაქმებულის გათავისუფლების საფუძველი, რადგან სიტყვა „ობიექტური“ გამორიცხავს ნდობის დაკარგვის არსებობას, რომელიც, ცხადია, სუბიექტურია.

ამავდროულად, საგულისხმოა, სასამართლოს დადგენილი მართებული პრაქტიკაც, რომლის მიხედვითაც, თუ დამსაქმებელი აპელირებს იმაზე, რომ დასაქმებულის მოქმედებაში რაიმე უკანონოა, ამის გამო ნდობის დაკარგვას, როგორც წესი, სჭირდება სასამართლოს განაჩენი. შესაბამისად, მართოდენ დამსაქმებლის მითითება იმაზე, რომ დასაქმებულის რაიმე უკანონო მოქმედებამ (რომელიც, შესაძლოა, მართლა უკანონო და დანაშაულებრივი იყოს) მის მიმართ ნდობის დაკარგვა გამოიწვიო, ვერ გახდება შრომითი ურთიერთობის შეწყვეტის საფუძველი. ამასთან, პრაქტიკული თვალსაზრისით, შესაძლოა არსებობდეს ისეთი შემთხვევები, რომლის დროსაც არ არსებობს სასამართლოს განაჩენი, თუმცა დასაქმებულის მხრიდან ნაკისრი ვალდებულება იმგვარი ინტენსივობით დაირღვეს, რომ ეს დამსაქმებლის მხრიდან ნდობის დაკარგვას იწვევდეს. ამ შემთხვევაში, თუ ეს დარღვევა განაჩენით დადასტურებული არ არის, შესაძლოა მაინც იქნეს მიჩნეული ნდობის დაკარგვის საფუძველად, თუმცა გათავისუფლების საფუძველი ნაკისრი ვალდებულების უხეში ან ერთი წლის განმავლობაში განმეორებით დარღვევა იქნება. ეს კი საფუძველად დაედება ნდობის დაკარგვას და შესაბამისად, შრომის ხელშეკრულების შეწყვეტას გამოიწვევს.

A LOSS OF TRUST AS THE LEGAL GROUND FOR DISMISSAL OF AN EMPLOYEE (BASED ON SEVERAL COURT DECISIONS)

Simoni Takashvili*

Abstract

In view of the fact that the employment relationships have been getting diverse and complex respective legal regulations are being required. The latest amendments to the Georgian Labor Code, which have implemented European regulations into Georgian legislation, considered several issues regarding the respective protection of employee's and employer's rights.

One of the most significant and problematic issues in labor relations is related to the termination of the labor contract and its legal grounds. The article deals with the issue of labor contract termination when the legal ground of dismissal is the employer's loss of trust in the employee. The loss of trust might be the result of the gross violation by an employee of his/her obligations; the violation by an employee of his/her obligations, if any of the disciplinary steps have already been taken against the employee during the last year; or other objective circumstances justifying the termination of an employment agreement.

The article provides an overview of decisions rendered by the Supreme Court of Georgia. Moreover, it underlines, the role of trust in labor relationships and its role while termination of the labor contract. As a consequence of the analysis of the decisions, the following conclusion is outlined: in order to state that the employer had lost trust in

* Associate Professor at Sul Khan-Saba Orbeliani University, Attorney at Law, Partner at "J&T Consulting". orcid.org/0000-0001-8608-170X

სიმონ ტაკაშვილი

the employee, therefore had the right to dismiss the employee the respective court order in the criminal case against the employee should have existed.

Key words: Loss of Trust, Labor Law, Labor Relation, Termination of Labor Contract.

**გლუვლულიან ცეცხლსასროლ იარაღში
გასროლილი ობიექტების ბალისტიკური კვლევის
შედეგების მტკიცებულებითი ღირებულება**

გიორგი ძინძიბაძე*

I. შესავალი

დანაშაულის გამოძიების პროცესში, თუკი ეს ფიზიკურად შესაძლებელია, ყოველთვის ხდება სხვადასხვა კვალის გამოკვლევა და იდენტიფიცირება, ვინაიდან აღნიშნული გამოძიებისათვის ინფორმაციის ერთ-ერთი მთავარი წყაროა. ეს განსაკუთრებით ითქმის მასრასა და ტყვიაზე, მათზე არსებული ინდივიდუალური კვალის გამოკვლევისა და იდენტიფიცირების თვალსაზრისით. ამ შემთხვევაში განსაკუთრებული როლი ენიჭება მაღალპროფესიული ცოდნის მქონე სპეციალისტს, რომელიც მონაწილეობს ცეცხლსასროლი იარაღის გამოყენებით ჩადენილი დანაშაულის გამოძიებაში და სწორად შერჩეული ობიექტების კვლევაში.

ცეცხლსასროლი იარაღიდან გასროლილი ობიექტების კვლევის საკითხებს არაერთი ნაშრომი მიეძღვნა, მაგრამ ბევრი მათგანი მხოლოდ თეორიულ კვლევად დარჩა და ვერ ჰპოვა პრაქტიკული დანიშნულება, ეს განსაკუთრებით ითქმის იმ ნაშრომებზე, სადაც საუბარია გლუვლულიანი იარაღის ლულიდან გასროლილი ობიექტების იდენტიფიკაციაზე. სწორედ ამ საკითხებზე იქნება სტატიაში საუბარი, კერძოდ, რა შემთხვევებში და რა ობიექტებზეა შესაძლებელი ჩატარდეს კონკრეტული საიდენტიფიკაციო კვლევები, რომელთა შედეგებიც, მათი სანდოობიდან და მაღალპროფესიონალურ დონეზე გამოკვლევიდან გამომდინარე, სასამართლოს შეეძლება გამოიყენოს, როგორც მტკიცებულება სისხლის სამართლის საქმეზე.

* გრიგოლ რობაქიძის სახელობის უნივერსიტეტის დოქტორანტი.
orcid.org/0000-0003-3167-6436.

თემის აქტუალურობას განსაზღვრავს, უპირველეს ყოვლისა, იმ დანაშაულების გაზრდილი რაოდენობა, რომლებშიც ცეცხლსასროლი იარაღი გამოიყენება და ამის პროპორციულად, გამოძიების პრობლემების გადასაჭრელად ექსპერტიზის როლის გაზრდა; ასევე, სამეცნიერო საკითხების არასაკმარისი განვითარება, რაც, ერთი მხრივ, გამოწვეულია წინააღმდეგობებით ცოდნის არსებულ სისტემაში (როგორც სასამართლო ექსპერტიზის მეცნიერებაში, ისე მის ქვედარგებშიც).

კვლევის მიზანია გლუვგულიან ცეცხლსასროლ იარაღში გასროლილი ობიექტების იდენტიფიკაციის პრობლემების განხილვა, მისი, როგორც მტკიცებულების, კონტექსტში. ამ მიზნის მისაღწევად, აუცილებელია იმ თეორიული და პრაქტიკული ცოდნის გაანალიზება, რომელიც დღემდე არსებობს ამ საკითხთან მიმართებით და რაც მთავარია, ცოდნა იმისა, თუ კონკრეტულად რომელი ობიექტები ექვემდებარება იდენტიფიკაციას, რა არის მათი ინდივიდუალური კერძო ნიშნები, რომელთა მიხედვითაც ხდება მათი გაიგივება სხვა ობიექტებთან, რამდენად სანდოა იდენტიფიკაციის შედეგები (შედარების შედეგები, კონკრეტულ შემთხვევაში, სასამართლოში შესაძლოა მიჩნეულ იქნეს პირდაპირ მტკიცებულებად და საფუძვლად დაედოს განაჩენს). სტატიაში განხილული იქნება საიდენტიფიკაციო საკითხები ბალისტიკაში, კერძოდ კი, ჭურვებზე არსებული ლულის არხისა (ლულის შიდა ღრუ) და მასრაზე არსებული იარაღის ნაწილებისა და მექანიზმების კვლების მიხედვით გლუვგულიანი იარაღის იდენტიფიკაცია და მისი როლი დანაშაულის გამოძიებისათვის.

II. სასამართლო-ბალისტიკური ექსპერტიზის ობიექტების – მასრების და ტყვიების (ჭურვების) გამოკვლევის მეთოდთა

1. სასამართლო-ბალისტიკური კვლევის ობიექტები – მასრები და ტყვიები (ჭურვები)

სასამართლო ბალისტიკა კრიმინალისტიკური მეცნიერების შემადგენელი ნაწილია, რომელიც მიზნად ისახავს ცეცხლსასროლი იარაღის გამოყენებით ჩადენილი მოქმედებების, ფაქტობრივი მო-

ნაცემების გამოვლენას. სასამართლო ბალისტიკა სწავლობს: ცეცხლსასროლ იარაღს, გასროლის შედეგად მომხდარ მოვლენებს, კვლევს, გამოსახულს ტყვიებზე, მასრებზე, დაზიანებულ წინალობას, საბრძოლო მასალას და მის კომპონენტებს.¹

ამ ობიექტების და მოვლენების შესასწავლად გამოიყენება ტექნიკური ხასიათის მეცნიერების მიღწევები, უპირველეს ყოვლისა, ასეთია სამხედრო-ტექნიკური მეცნიერება, როგორც ბალისტიკა, ასევე კრიმინალისტიკური კვლევისთვის სპეციალურად შემუშავებული მეთოდები. დღესდღეობით სასამართლო ბალისტიკაში ფართოდ გამოიყენება თანამედროვე, როგორც ფიზიკური, ისე ქიმიური და ციფრული კვლევის მეთოდები.²

საგანგაშოა ექსპერტიზის ჩატარებისას კვლევის მეთოდების თანმიმდევრობის დაუცველობა. ბალისტიკური ექსპერტიზის წილი, საერთო ჯამში, გამოძიებისთვის მნიშვნელოვანია, ექსპერტიზები სპეციფიკურია, რთულია და საჭიროებს ყურადღებას, განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც საქმე ეხება საიდენტიფიკაციო საკითხებს, კერძოდ კი, გასროლილი ტყვიების ერთმანეთთან ან/და იარაღიდან მიღებულ ექსპერიმენტულ ტყვიებთან იდენტიფიცირებას. მძიმე დანაშაულთა უდიდესი ნაწილი ცეცხლსასროლი იარაღის გამოყენებითაა ჩადენილი, ხოლო უმეტეს საქმეზე ცეცხლსასროლი იარაღი ამოღებული არაა გამოძიების მიერ, შესაბამისად, ამ საქმეებზე წარმოდგენილი ტყვიებისა და მასრების ერთმანეთთან და სხვა საქმეებიდან ამოღებული იარაღებიდან მიღებულ ექსპერიმენტულ ობიექტებთან შედარება, ხშირ შემთხვევაში, სხვადასხვა სისხლის სამართლის საქმეების გახსნისა თუ გაერთიანების საფუძველია.

კვლევაში ყურადღება იქნება გამახვილებული გლუვგულიან იარაღში გასროლილ მასრებსა და ჭურვებზე, როგორც სასამართლო-ბალისტიკური კვლევის ობიექტებზე, მასრები და ჭურვები კი, თავის მხრივ, ვაზნის შემადგენელი კომპონენტია.

¹ იალანაშვილი თ., ელიავა გ., ძინძიბაძე გ., სასამართლო-ბალისტიკური ექსპერტიზის მეთოდური სახელმძღვანელო, თბილისი, 2021, 4.

² ბალისტიკური ექსპერტიზის ტრენინგის სახელმძღვანელო, თბილისი, 2021, 5.

კრიმინალისტიკური თვალსაზრისით, თანამედროვე ხელის ცეცხლსასროლი იარაღისათვის განკუთვნილი ვაზნები შეიძლება დაიყოს შემდეგნაირად: გლუვლულიანი იარაღისათვის განკუთვნილი ვაზნები, ხრახნილლულიანი იარაღისათვის განკუთვნილი ვაზნები და ნომინალური კალიბრის ვაზნები. ვაზნები ძირითადად შედგება მასრისგან, კაფსულისგან, დენტისა და გასატყორცნი ელემენტისაგან. გასატყორცნი ელემენტების მიხედვით, გლუვლულიანი იარაღის ვაზნები ძირითადად დამუხტულია საფანტით,³ ფინდიხით⁴ და ჭურვით (ტყვიით),⁵ რასაც თან ახლავს საფენი, ტიზი და ა. შ.,⁶ ხრახნილლულიანი იარაღისა – ძირითადად ტყვიით, რომელიც შეიძლება იყოს გარსიანი, უგარსო, ნახევრადგარსიანი, რაც შეეხება ნომინალური კალიბრის ვაზნებს, მათი გასატყორცნი ელემენტები ძირითადად აირი, რეზინი და საფანტია, თუ არ ჩავთვლით, თვითნაკეთი წესით დამუხტულ ვაზნებს.

საყურადღებოა, რომ ვინაიდან ამ მტკიცებულებებს დიდი მნიშვნელობა აქვს სასამართლოსა და გამოძიებისათვის, ისინი განსაკუთრებული სიფრთხილით უნდა შეგროვდეს, სათანადოდ იყოს დაცული და დოკუმენტირებული.⁷ წინამდებარე სტატიაში სწორედ სხვადასხვა სახეობის მასრებსა და გლუვი ლულიდან გასატყორცნი ელემენტებზე იქნება საუბარი – მათი ბალისტიკური თავისებურებებიდან გამომდინარე, თუ რომელი მათგანი იძლევა შესაძლებლობას გამოკვლეული იქნეს სრულად და უტყუარად,

³ ვაზნის მრავლობითი გასატყორცნი ელემენტი, განკუთვნილი სამიზნის დასაზიანებლად, შედგება მომრგვალო ელემენტებისგან (ქარხნული წესით დამზადებისას) და გაიტყორცნება ცეცხლსასროლი იარაღის ლულის არხიდან ისე, რომ ლულის არხის განივი კვეთისას, ყოველთვის ჩანს ლულაში გამავალი რამდენიმე ასეთი ელემენტი.

⁴ საფანტი, რომლის დიამეტრია 5მმ-ზე მეტია.

⁵ ვაზნის გასატყორცნი ელემენტი, გაიტყორცნება ცეცხლსასროლი იარაღის ლულის არხიდან ისე, რომ ლულის არხის განივი კვეთისას, ყოველთვის ჩანს ლულაში გამავალი მხოლოდ ერთი ასეთი ელემენტი.

⁶ გლუვლულიანი ცეცხლსასროლი იარაღის ვაზნის კომპონენტი, განკუთვნილი საფანტის, ფინდიხის და ჭურვის მოსათავსებლად და დენტის წვის შედეგად წარმოქმნილი აირის ობტურაციისათვის.

⁷ Harris H.A., Lee H.C., Introduction to Forensic Science and Criminalistics, 2nd Ed., CRC Press, 2019, 184.

რაც სისხლის სამართლის საქმეზე მტკიცებულების სახით სამართლიანი გადანყვეტილების საფუძველია.

2. გლუვლულიანი ცეცხლსასროლი იარაღიდან გასროლილი მასრების ბალისტიკური გამოკვლევა

იდენტიფიკაციის პრობლემა მოიცავს, უპირველეს ყოვლისა, მონაცემების დაკვირვებასა და აღქმას, ასევე, მონაცემთა სათანადო შეფასებას. ექსპერტს უნდა შეეძლოს არა მხოლოდ შესაბამისი მონაცემების დადგენა, არამედ მახასიათებლების მნიშვნელობისა იდენტიფიკაციასთან მიმართებით გაანალიზება. იდენტიფიკაციის პროცესი არის მსგავსებებისა და განსხვავებების დადგენა. დადგენილია, რომ არსებობს განსხვავებები კონკრეტული ცეცხლსასროლი იარაღის მიერ დატოვებულ კვლებში, ასევე, საპირისპიროდ, მსგავსება სხვადასხვა ცეცხლსასროლი იარაღის მიერ დატოვებულ კვლებში, ამიტომ ექსპერტმა იდენტიფიცირება უნდა მოახდინოს ორივე ასპექტის გათვალისწინებით.⁸

მასრების იდენტიფიკაციისას ექსპერტმა შეძლებისდაგვარად უნდა განსაზღვროს იარაღის მოდელი და დაადგინოს ცეცხლსასროლი იარაღის კონკრეტული ეგზემპლარის იგივეობა მასრაზე ამ იარაღის ნაწილების კვლების მიხედვით. მასრები შესაძლებელია გასროლილი იყოს ხრახნილულიანი ცეცხლსასროლ იარაღში, გლუვლულიანი ცეცხლსასროლ იარაღში, აირის და სასიგნალო იარაღში, ასევე, თვითნაკეთ სასროლ მონყობილობაში.

მასრების იდენტიფიკაცია ზოგადი და კერძო ნიშნების ერთობლიობით უნდა დადგინდეს.⁹ ზოგად ნიშნებში მოიაზრება ნემსის კვალის ზომა, ადგილმდებარეობა და სხვ., ხოლო კერძო (ინდივიდუალური) ნიშნები ზოგად ნიშნებში გამოსახული მიკრორე-

⁸ Gunther J.D., Gunther C.O., The Identification of Firearms, New York, 2015, 102.

⁹ Гиверц П., Кокин А.В., Проблема подклассовых признаков в судебно-баллистической идентификации, Теория и практика судебной экспертизы, Том 15, №1, 2020, 109-116.

ლიეფია.¹⁰ სწორედ ზოგადი და კერძო ნიშნების საფუძველზეა შესაძლებელი იდენტიფიცირება – იდენტიფიცირების თეორიის თანახმად, სტანდარტიზაციის ფარგლებში, ექსპერტი აყალიბებს დასკვნას ობიექტური დაკვირვებებისა და გამოკვლევების საფუძველზე ზოგადი და კერძო ნიშნების დამთხვევის ან აცდენის შესახებ. გამოიყოფა კვლევის შედეგის რამოდენიმე ვარიანტი: ზოგადი და კერძო ნიშნების კომბინაციის იდენტურობა, როდესაც დამთხვევების რაოდენობა აღემატება ცდომილებებს; ზოგადი და კერძო ნიშნების გარკვეული, მაგრამ იდენტიფიკაციისათვის არასაკმარისი რაოდენობით დამთხვევა; ზოგადი ნიშნების იდენტურობა და კერძო ნიშნების არაიდენტურობა ან არასაკმარისობა; ზოგადი და კერძო ნიშნების არაიდენტურობა; ობიექტების გამოსაკვლევად უფარგისობა. ეს ყოველივე დაფუძნებულია სამეცნიერო პრინციპებზე და ეყრდნობა ექსპერტის ცოდნასა და გამოცდილებას.¹¹

მასრების იდენტიფიცირებისას ექსპერტმა ერთმანეთისაგან უნდა გამოჰყოს ზოგადი და კერძო (ინდივიდუალური) ნიშნები. ზოგადი ნიშნებია: დამუხტვის კვლები, გასროლის კვლები, მასრის ამოგდების დროს წარმოქმნილი კვლები. აღნიშნული კვლები უნდა იყოს მდგრადი, რაც იმას გულისხმობს, რომ კვალი უცვლელია დიდ ხნის განმავლობაში და გადმოსცემს ობიექტის თვისებებს კვალწარმოქმნის მომენტში.¹² კერძო (ინდივიდუალური) ნიშნები მხოლოდ კონკრეტული იარაღისათვის დამახასიათებელი ნიშნებია და გამოისახება ზოგად ნიშნებში მიკრორელიეფის სახით.

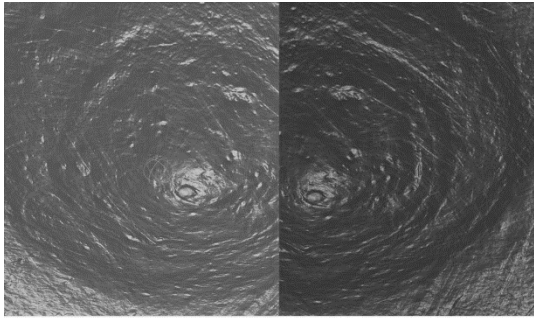
იარაღის შედარებით მტკიცე მასალისაგან დამზადებული დეტალები გავლენას ახდენს მასრის შედარებით რბილ მეტალზე, მაგა-

¹⁰ Saferstein R., A Simplified Guide To Firearms Examination, Largo, 2012, 3-4.

¹¹ Thompson R.M., Firearm identification in the Forensic Science Laboratory, Alexandria, 2010, 11-12.

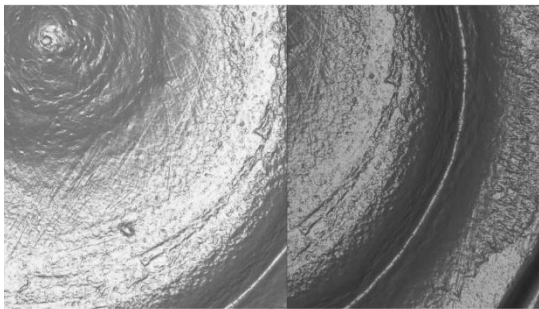
¹² Методика Отождествления Огнестрельного Оружия по Следам на Гильзах, Утверждена Межведомственным Научно-Методическим Советом в Области Судебной Экспертизы при Межведомственной Комиссии по Вопросам Судебно-Экспертной Деятельности при Совете Безопасности Республики Беларусь, 12.03.2008, Протокол №4, 1-2.

ლითად, ნემსის კვალი კაფსულზე, მიბჯენის კვალი კაფსულსა და მასრის ძირზე, ამომწვევის ან ამომგდების კვალი და სხვა, რაც შესაძლებელს ხდის მასრის იდენტიფიკაციას ინდივიდუალური ნიშნების საფუძველზე¹³ (იხ., სურათი №1; №2; №3; №4). აღნიშნული მიკრორელიეფი შესაძლებელია განვითარებული იყოს ასევე ინსტრუმენტის დეფექტით, რომლითაც მზადდება იარაღის დეტალი.¹⁴



A ნემსის კვალი – ზოგადი და კერძო ნიშნები B

სურათი №1

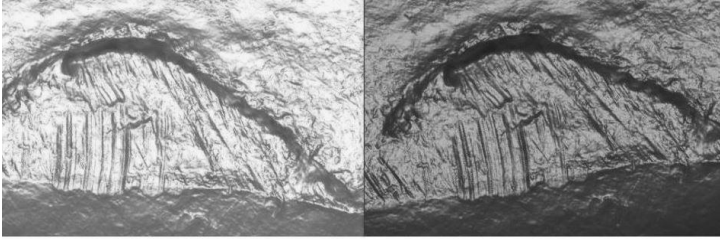


A მიბჯენის კვალი – ზოგადი და კერძო ნიშნები B

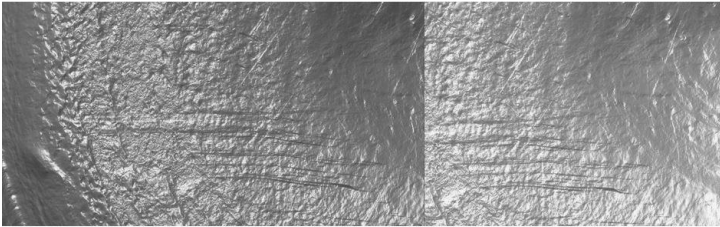
სურათი №2

¹³ Saferstein R., *Criminalistics, An Introduction to Forensic Science*, 11th Ed., Pearson Education, 2015, 176.

¹⁴ Fisher B.A.J., Tilstone W.J., Woytowicz C., *Introduction to Criminalistics*, Elsevier Academic Press, 2009, 36.



A ამრეკლის კვალი – ზოგადი და კერძო ნიშნები B
სურათი №3



A მიბჯენის კვალი – ზოგადი და კერძო ნიშნები B

სურათი №4

გასროლისას, ვაზნის კორპუსში წარმოქმნილი მაღალი წნევის აირი ზემოქმედებს იარაღის ნემსზე, მასრის ძირსა და კორპუსზე, რაც ხელს უწყობს ინდივიდუალური ნიშნების წარმოქმნას. ეს კვლები შეიძლება იყოს როგორც კლასობრივი, ასევე ინდივიდუალური. მასრის კორპუსის გამოკვლევამ შეიძლება გამოავლინოს კლასის მახასიათებლები, რაც საშუალებას იძლევა იარაღის იდენტიფიკაციას ტიპის, მარკისა და მოდელის მიხედვით, ხოლო ინდივიდუალური ნიშნების საფუძველზე შესაძლებელია მისი კონკრეტულ იარაღთან გაიგივება. იარაღთან გასაიგივებლად აუცილებელია ექსპერიმენტული მასრების მიღება. ამ პროცესში მნიშვნელოვანია, გამოყენებული იქნეს იგივე მწარმოებლის საბრძოლო მასალა და ექსპერიმენტები არაერთხელ წარიმართოს.¹⁵

¹⁵ Dimaio V.J.M., Practical Aspects of Firearms, Ballistics, and Forensic Techniques, 3rd Ed., Boca Raton, 2016, 35-36.

მაშასადამე, ბალისტიკური ექსპერტიზის კვლევის შედეგად უნდა დადგინდეს მასრაზე არსებული კვლების მდგრადი ინდივიდუალური ნიშნების ერთობლიობის შესაბამისობა სხვა მასრასთან ან იარაღის კვლების მდგრადი ინდივიდუალური ნიშნების ერთობლიობასთან. აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ როდესაც საკვლევად წარმოდგენილია მასრა და იარაღი, მასრის იარაღთან, როგორც ორიგინალთან, შედარება არ ხდება. როდესაც მატერიალური მტკიცებულების თვისებების პირდაპირი შესწავლა შეუძლებელია, ამ შემთხვევაში შედარება ხორციელდება ობიექტიდან მიღებულ ექსპერიმენტულ ნიმუშებთან. მაგალითად, მასრის იდენტიფიკაციისას ცეცხლსასროლ იარაღთან პირდაპირ არ ხდება მასრის კვლების შედარება იარაღის დეტალებთან, არამედ – იარაღიდან მიღებულ ექსპერიმენტულ მასრასთან.¹⁶ აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ ასეთ შემთხვევებში, სასურველია, ექსპერიმენტული მასრების მიღებისას გამოყენებული იქნეს იმავე მწარმოებლის და მასალის მასრები, რაც ამოღებულია შემთხვევის ადგილიდან,¹⁷ ამით ექსპერტს გაუადვილდება შემდგომი საიდენტიფიკაციო კვლევა.

აუცილებელია, იდენტიფიკაციისას ექსპერტმა ყურადღება მიექციოს მასრაზე გამოსახულ ყველა ნიშანს. ეს შეიძლება იყოს სავაზნის დეფექტით გამოწვეული კვლები. დენტის აფეთქებისას წარმოქმნილი ნნევის შედეგად მასრა ფართოვდება, რა დროსაც შესაძლებელია ამ დეფექტის მასრაზე ასახვა, ეს შეიძლება აისახოს გაბერვის სახითაც და მასში შესაძლებელია ინდივიდუალური ნიშნების მოძიებაც.¹⁸

იდენტიფიკაცია ემყარება იმ ფაქტს, რომ თვითონ დანადგარიც, რომელზეც იარაღის დეტალები მზადდება, ცვდება და იცვლის ფორმას, შესაბამისად, იარაღის ამ დეტალების მიერ მასრაზე დატოვებული კვლებიც მიკროსკოპულად განსხვავებულია, ასე რომ, ყველა დეტალს, მიუხედავად მათი პარამეტრების მსგავსე-

¹⁶ Орлов Ю., *Современные Проблемы Доказывания и Использования Специальных Знаний в Уголовном Судопроизводстве*, Москва, 2016, 93.

¹⁷ Warlow T., *Firearms, The Law, and Forensic Ballistics*, 3rd Ed., Boca Raton, 2012, 339.

¹⁸ Howard M.J., *Firearms Identification*, Springfield, 1973, 20.

ბისა, აქვს ინდივიდუალურობა, რაც, ზოგ შემთხვევაში, შეუიარაღებელი თვალითაც ჩანს.¹⁹

ეს ყოველივე მიუთითებს იმაზე, რომ მასრების იდენტიფიკაცია საკმაოდ რთულ პროცედურებს მოითხოვს, რაც, თავის მხრივ, დამოკიდებულია ექსპერტის ცოდნასა და გამოცდლებაზე. თანამედროვე ციფრული ტექნოლოგიების განვითარებამ ექსპერტებს მასრების სავარაუდო საძიებო ჯგუფის დადგენა გაუადვილა. ავტომატური ბალისტიკური საძიებო პროგრამები იძლევიან პასუხს საძიებო მასრის მსგავს ობიექტებთან დაკავშირებით, რასაც, საბოლოოდ, ექსპერტი ამოწმებს.

გასული საუკუნის 80-იანი წლების მიწურულიდან დაიწყო კომპიუტერული გამოსახულებების ტექნოლოგიების გამოყენება ბალისტიკური ექსპერტიზის დასახმარებლად, დანაშაულის ადგილიდან ამოღებულ ბალისტიკურ მტკიცებულებებს – ტყვიებსა და მასრებს შორის შესაძლო კავშირების ძებნა. ამ წამოწყების მხარდასაჭერად, ალკოჰოლის, თამბაქოს, ცეცხლსასროლი იარაღის და ფეთქებადი ნივთიერებების ბიურომ (ATF) 1997 წელს შექმნა ეროვნული ინტეგრირებული ბალისტიკური ინფორმაციის ქსელი (NIBIN). მასში მონაწილე სამართალდამცავი ორგანოები ხელს უწყობენ იმ ტყვიებისა და მასრების ციფრული გამოსახულებების ბაზის შექმნას, რომლებიც ამოღებულია შემთხვევის ადგილიდან, ასევე, იმ ცეცხლსასროლი იარაღიდან მიღებული ექსპერიმენტული ობიექტებისა (ტყვიების და მასრების), რომლებიც დაკავშირებულია დანაშაულთან. აღნიშნული სისტემა ხელს უწყობს სხვადასხვა დანაშაულიდან ამოღებული ობიექტების ერთმანეთთან სწრაფ შედარებას. NIBIN შეიქმნა როგორც საძიებო სისტემა და ის იძლევა არა საბოლოო პასუხს შედარებასთან დაკავშირებით, არამედ მხოლოდ სავარაუდო პასუხებს, რასაც საბოლოოდ ექსპერტი ამოწმებს.²⁰ მსგავსი ტიპის პროგრამებით მუშაობს მსოფლიოში მრავალი ქვეყ-

¹⁹ Burrard G., *The Identification of Firearms and Forensic Ballistics*, New York, 1962, 104-105.

²⁰ Cork D.L., Rolph J.E., Meieran E.S., Petrie C.V., *Ballistic Imaging*, Washington DC, 2008, 1.

ნის, მათ შორის, საქართველოში არსებული საექსპერტო დაწესებულება.

დღეს საგამოძიებო პროცესების უმეტესი ნაწილი არის ანალიზი, რომელსაც დიდი დრო, ენერგია და ძალისხმევა სჭირდება. მეორე მხრივ, ალგორითმულმა ანალიზმა შეიძლება გააუმჯობესოს შედეგები, მთელი პროცესი უფრო სწრაფი გახადოს. მტკიცებულებების ციფრული გამოსახულებები შეიძლება გახდეს მულტიმედიაური მონაცემების ანალიზზე ორიენტირებული ალგორითმების სრულყოფილი ბაზა. ავტომატიზირებული სისტემა ხელს უწყობს კრიმინალური მოვლენების გაანალიზებას მასრის კორპუსებსა და ტყვეებზე არსებული მიკრორელიეფის შედარების გზით. ამ სისტემების მეშვეობით ბალისტიკური მტკიცებულებების სწრაფად გაანალიზება და კლასიფიკაცია ხდება. ამის გაკეთება შესაძლებელია გამოსახულების ანალიზის ტექნიკის გამოყენებით.²¹

მაშასადამე, მასრის იდენტიფიკაცია ხდება მასზე გამოსახული, იარაღის მიერ დატოვებული ზოგადი და კერძო ნიშნების საშუალებით. ზოგადი ნიშნების გამოყენებით ექსპერტმა შესაძლებელია დაადგინოს კლასობრივი მახასიათებლები – მოდელი, სისტემა და სხვა, რაც ამ ტიპის იარაღებისთვისაა დამახასიათებელი, ხოლო ინდივიდუალური ნიშნების საფუძველზე – კონკრეტულ იარაღთან ან სხვა მასრასთან იდენტიფიკაცია, ვინაიდან ინდივიდუალური ნიშნები განუმეორებელია და დამახასიათებელია მხოლოდ კონკრეტული იარაღისათვის.

3. გლუვლულიანი ცეცხლსასროლი იარაღიდან გასროლილი ჭურვების ბალისტიკური გამოკვლევა

ტყვიასთან მიმართებით სასამართლო-ბალისტიკური ექსპერტიზით გადასაწყვეტი საკითხებიდან, უპირველესია ტყვიაზე არსებული ლულის არხის კვლების მდგრადი ინდივიდუალური ნიშნების ერთობლიობის შესაბამისობის დადგენა სხვა ტყვიასთან ან წარმოდგენილი იარაღის ლულის არხის კვლების მდგრადი ინდივიდუალური ნიშნების ერთობლიობასთან, ვინაიდან „მხოლოდ ტყვიის

²¹ Giudice O., Digital Forensics Ballistics, Catania, 2017, 45-46.

ქიმიური შემადგენლობითა და კალიბრით ბრალდება დაუშვებელია²². არ შეიძლება არ დავეთანხმოთ ამ მოსაზრებას, ვინაიდან ტყვიის ქიმიური შემადგენლობა საერთოა სანარმოში ერთ პარტიად დამზადებული ტყვიებისათვის და არა მხოლოდ მათთვის, შესაძლოა მსგავსი იყოს როგორც შემდეგ პარტიად დამზადებული, ასევე სხვა სანარმოს მიერ დამზადებული ტყვიების შემადგენლობასთანაც, რაც საფუძველშივე გამორიცხავს ქიმიური შემადგენლობის, როგორც მტკიცებულების, ასპექტს, მით უმეტეს, არსებული პრაქტიკა აჩვენებს, რომ იარაღში ხშირად მოთავსებულია სხვადასხვა სანარმოს მიერ სხვადასხვა პერიოდში დამზადებული ვაზნა. რაც შეეხება კალიბრს, იგი შეიძლება გამოვიყენოთ მხოლოდ ჯგუფური იდენტიფიკაციისათვის და ისიც, ძალიან ფართო გაგებით.

მხოლოდ ზოგადი და კერძო ნიშნების საფუძველზე უნდა წარმართოს ტყვიების იდენტიფიკაცია. ზოგად ნიშნებში მოიაზრება კალიბრი, ველების რაოდენობა, მიმართულება, ხოლო კერძო (ინდივიდუალური) ნიშნებია ტყვიის ველებსა და კორპუსზე არსებული მიკრორელიეფი.²³

ბალიტიკური ექსპერიზის კვლევის შედეგად უნდა დადგინდეს ტყვიაზე არსებული ლულის არხის კვლების მდგრადი ინდივიდუალური ნიშნების ერთობლიობის შესაბამისობა სხვა ტყვიასთან ან იარაღის ლულის არხის კვლების მდგრადი ინდივიდუალური ნიშნების ერთობლიობასთან. აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ როდესაც საკვლევად წარმოდგენილია ტყვია და იარაღი, ტყვიის იარაღთან, როგორც ორიგინალთან, შედარება არ ხდება. მასრების, ტყვიების შედარებაც ხორციელდება ობიექტიდან მიღებულ ექსპერიმენტულ ნიმუშებთან.²⁴

²² Kiely T.F., *Forensic Evidence: Science and The Criminal Law*, Boca Raton, 2001, 137; Kiely T.F., *Forensic Evidence: Science And The Criminal Law*, 2nd Ed., Boca Raton, 2006, 200-201.

²³ Saferstein R., *A Simplified Guide To Firearms Examination*, Largo, 2012, 3-4.

²⁴ Орлов Ю., *Современные Проблемы Доказывания и Использования Специальных Знаний в Уголовном Судопроизводстве*, Москва, 2016, 93.

ტყვიების იდენტიფიკაციის პროცესი საკმაოდ რთულ პროცესს მოიცავს, რა დროსაც ხდება იმ ზოგადი და კერძო ნიშნების ურთიერთდამთხვევებისა და განსხვავებების დადგენა, რაც მათ ზედაპირზეა გამოვლენილი. ზოგად ნიშნებში მოიაზრება ტყვიის დიამეტრი (კალიბრი), ჭდეულის ველების კვლების რაოდენობა, მიმართულება, ჭდეულის ველების საშუალო სიგანე, კვლების სიღრმე; ჭდეულის ველების დახრის კუთხე; ლულიდან წარმოქმნილი პირველადი კვლების მდებარეობა და გამოსატყვა; ტყვიაზე გაზგამყვანი ნახვრეტის კიდეებიდან წარმოქმნილი კვლების არსებობა, მდებარეობა და ზომები ხოლო კერძო ნიშნებში შეიძლება მოვიპოვოთ ტყვიის ველებსა და მთელს ზედაპირზე არსებული მიკრორელიეფი, გამოხატული წვრილი ნაკანრებისა და ღარების სახით.²⁵ ამ შრომატევადი საქმის წარმატებით თავის გართმევა ნამდვილად დამოკიდებულია ექსპერტის ცოდნაზე და გამოცდილებაზე,²⁶ მაგრამ აღნიშნული არ უნდა იქნეს გაგებული ისე, რომ ექსპერტი ყოველისშემძლე ადამიანია, მას გამოსაკვლევემა ობიექტებმაც უნდა მისცეს დასკვნის გამოტანის საშუალება, ასეთად კი ვერ ჩაითვლება ყველა ის ობიექტი, რომელიც ლულის არხს გაივლის. ვერ დავეთანხმები ავტორებს, რომლებიც აღნიშნავენ, რომ შესაძლებელია გლუვლულიანი იარაღიდან გასროლილი საფანტის მარცვლებით, ფინდიხით და პლასტმასის კონტეინერით იარაღის იდენტიფიცირება.

კოლდინის რედაქტორობით 1986 წელს გამოცემულ წიგნში („სოციალისტური ქვეყნების კრიმინალისტიკა“) ვკითხულობთ, რომ „გასროლილი საფანტისა და ფინდიხის მეშვეობით ცეცხლსასროლი იარაღის იდენტიფიცირების შესაძლებლობამ რადიკალურად შეცვალა შესაბამისი დანაშაულების გამოძიების ტაქტიკა და

²⁵ Методика Отождествления Огнестрельного Оружия по Следам на Гильзах, Утверждена Межведомственным Научно-Методическим Советом в Области Судебной Экспертизы при Межведомственной Комиссии по Вопросам Судебно-Экспертной Деятельности при Совете Безопасности Республики Беларусь, 12.03.2008, Протокол №4, 2-3.

²⁶ Thompson R.M., Firearm Identification in the Forensic Science Laboratory, Alexandria, 2010, 11-12.

მეთოდები“.²⁷ დაახლოებით მსგავსი შინაარსის ჩანაწერია ფილიპოვის რედაქტორობით 2007 წელს გამოცემულ „კრიმინალისტიკაში“: „სასამართლო-ბალისტიკური ექსპერტიზის მეთოდების განვითარებასთან ერთად, გამოჩნდა შესაძლებლობა გლუვლულიანი ცეცხლსასროლი იარაღის იდენტიფიკაციისა გასროლილი ტყვიით. თანამედროვე პერიოდში დადგენილია შესაძლებლობა და შემუშავებულია მეთოდიკა გლუვლულიანი ცეცხლსასროლი იარაღის იდენტიფიკაციისა გასროლილი ფინდიხისა და საფანტის მეშვეობით“.²⁸ ფინდიხისა და საფანტის იდენტიფიკაციის შესაძლებლობაზე საუბრობენ ავტორები 2005 და 2018 წლებში გამოცემულ „კრიმინალისტიკის“ წიგნებში. ავტორთა აზრით, საიდენტიფიკაციო საკითხებთან დაკავშირებით, გამომძიებელს შეუძლია კითხვა დაუსვას ექსპერტს: „გასროლილია თუ არა ტყვია, ფინდიხი, საფანტი კონკრეტული იარაღიდან“.²⁹

ჯერ კიდევ 1972 წელს, ამერიკულ ჟურნალში – „სისხლის სამართალი და კრიმინოლოგია“ – გამოქვეყნებულია სტატია – „საფანტის იდენტიფიკაცია“, სადაც ავტორები აღნიშნავენ, რომ გლუვლულიანი ცეცხლსასროლი იარაღიდან გასროლილი საფანტის იდენტიფიცირება განიხილება როგორც ამოუხსნელი პრობლემა. მათი აზრით, შედარებით დიდი ზომის საფანტის მარცვლებზე ფიქსირდება ნაკაწრები, რომელთა მიხედვითაც, შესაძლებელია მათი იდენტიფიკაცია, მაგრამ, ავტორები იქვე მიუთითებენ, რომ იმავე ნაკაწრების განმეორების ალბათობა ძალიან მცირეა, ამისათვის აუცილებელია, რომ ტყვიის მთლიანი ზედაპირი შეეხოს ლულის მთლიან შიდა ზედაპირს, რა დროსაც, უფრო მეტია შანსი იმისა, რომ ტყვიაზე დარჩეს საიდენტიფიკაციო ნიშნები.³⁰

²⁷ Криминалистика Социалистических Стран, Под ред. В.Я. Колдина, Москва, 1986, 110.

²⁸ Криминалистика, Под ред. А.Г. Филиппова, Москва, 2007, 90-91.

²⁹ Криминалистика, Под ред. Л.В. Бертовского, Москва, 2018, 283; Балашов Д.Н., Балашов Н.М., Маликов С.В., Криминалистика, Москва, 2005, 150.

³⁰ Sinha J.K., Kshetry M. L., Pellet Identification, Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 63, 1972, 134-136.

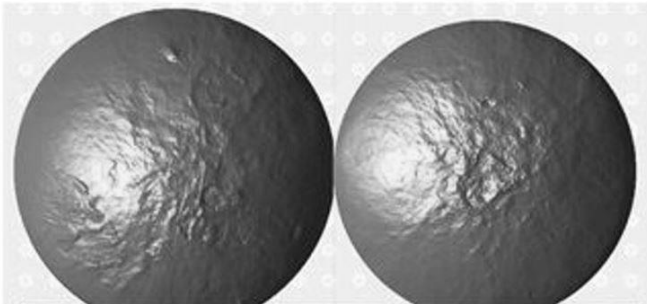
გლუვლულიანი იარაღიდან გასროლილი ობიექტების (ტყვია, საფანტი, ფინდიხი და კონტინერი) იდენტიფიკაციის შესაძლებლობაზე საუბარი ბახტაძისა და გოლენევის სტატიაში. ავტორები ასკვნიან, რომ გლუვლულიანი იარაღიდან გასროლილი ობიექტების იდენტიფიკაცია შესაძლებელია, თუმცა ამისათვის ჯერ კიდევ აუცილებელია ექსპერიმენტული კვლევების ჩატარება.³¹

პრაქტიკას რომ თავი დავანებოთ, თეორიულადაც კი ძალზე საეჭვოა გლუვლულიანი იარაღის იდენტიფიკაცია კონტინერების მიხედვით. კონტინერი პლასტმასის მასალისაგან დამზადებული სათავსია, რომელშიც გასროლის მომენტში მოთავსებულია საფანტი, ფინდიხი ან ჭურვი. გასროლის მომენტში, ხდება მაღალი წნევის წარმოქმნა ლულაში, კონტინერში მოთავსებული გასატყორცნი ელემენტების შემჭიდროვება, ობტურაციის შექმნა და ხახუნის გაზრდა ლულის არხის კედლებსა და კონტინერს შორის, რაც, დენტის წვის შედეგად წარმოქმნილ ტემპერატურასთან ერთად, იწვევს პლასტმასის კონტინერის კედლების დარბილებას. გასროლის შემდეგ კონტინერის კედლებზე წარმოქმნილი მიკრორელიეფი კარგავს მაღალ ტემპერატურას, ცივდება, პლასტმასი ისევ მყარდება და მიკრორელიეფის ფორმის ცვლა, რაც უკვე თავისთავად გამორიცხავს მასზე მდგრადი ინდივიდუალური ნიშნების დარჩენას და მის ვარგისიანობას იდენტიფიკაციისათვის. (იხ., ფოტო №6)

იმ ავტორთა მსჯელობა, რომლებიც აღნიშნავენ, რომ გლუვლულიანი ცეცხლსასროლი იარაღის იდენტიფიკაცია შესაძლებელია საფანტით, ფინდიხითა და კონტინერით, მხოლოდ მცირე თეორიულ მოსაზრებებზეა დამყარებული. ყოველი თეორიული კვლევა და მსჯელობა იმისთვის არსებობს, რომ პრაქტიკაში ჰპოვოს გამოყენება, სხვაგვარად, მას არ გააჩნია თეორიული ღირებულება. კვლევისას ლაბორატორიაში იდეალური პირობებია შექმნილი ექსპერიმენტების ჩასატარებლად და ექსპერიმენტული ტყვიების

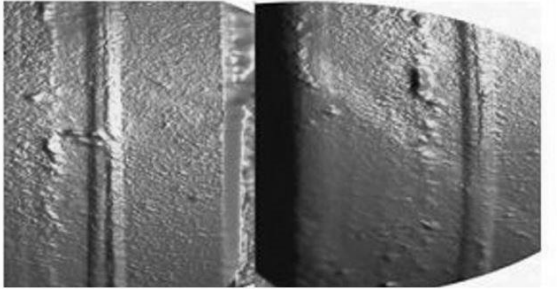
³¹ Бахтадзе Г.Э., Голнев В.С., Краткий Экскурс в Историю Идентификации Гладкоствольного Огнестрельного Оружия по Следам на Снарядах, Криминалистика и Судебная экспертиза, 1(22), 2019, 77-91.

მოსაპოვებლად, მათი დაზიანების გარეშე. ამ პირობებშიც კი თითქმის შეუძლებელია მიიღო გლუვგლულიანი იარაღიდან გასროლილი საფანტი ან/და ფინდიხი, რომელიც შემდგომი იდენტიფიკაციისათვის გამოდგება და მათზე დაფუძნებული საიდენტიფიკაციო კვლევა შედეგის მომტანი იქნება, საუბარი არაა შემთხვევის ადგილიდან ამოღებულ საფანტსა და ფინდიხზე, მით უმეტეს, რომ ისინი ძირითადად რბილი ლითონისგანაა დამზადებული და წინააღმდეგობასთან შეხებისთანავე იცვლიან ფორმას და ხდება მათი ფრაგმენტაცია. ლაბორატორიაში ჩატარებული არაერთი ექსპერიმენტისა და კვლევის მიუხედავად, გლუვგლულიანი იარაღიდან ვერ იქნა მიღებული ისეთი ექსპერიმენტული საფანტი და ფინდიხი, რომელთა ერთმანეთთან შედარებით ექსპერტი ცალსახად დაასკვნოდა, რომ ისინი გასროლილი იყო ერთი და იმავე იარაღიდან (იხ. დანართი, ფოტო №5 და №7). საფანტისა და ფინდიხისაგან განსხვავებით, შესაძლებელია გლუვგლულიანი იარაღიდან გასროლილი მხოლოდ ისეთი ჭურვის საიდენტიფიკაციოდ გამოყენება, რომლის დიამეტრიც ლულის არხის შიდა დიამეტრის ტოლი ან ოდნავ მეტია და ჭურვის ლულაში გავლის მომენტში ხდება სრული ან ნაწილობრივი ობტურაცია. ამ შემთხვევისათვისაც, იდეალური იქნება, თუ ლულას შიდა ზედაპირზე აქვს რაიმე დეფექტი, ვინაიდან, გლუვ ლულას შიდა ზედაპირზე არ გააჩნია ქდეულის ველები.



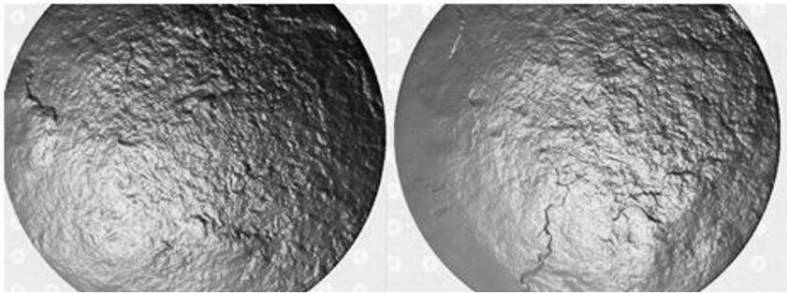
A საფანტი B

სურათი №5



A კონტინერი B

სურათი №6



A ფინდისი B

სურათი №7

არ უნდა დავივიწყოთ, რომ შედარება ეს არის ძალზე რთული პროცესი. თავდაპირველად უნდა მოხდეს საერთო ნიშნების შეთავსება, რომლებიც ასახევენ ლულის არხის კონსტრუქციულ მოწყობას; საერთო ნიშნების შეთავსება, რომლებიც ასახევენ ლულის არხის ცვეთის ხარისხს; შესაბამისი (შესათავსებელი) კვლების დადგენა გამოსაკვლევ და ექსპერიმენტულ ტყვიებზე, ხოლო ამის შემდეგ იწყება კერძო (ინდივიდუალური) ნიშნების შედარების რთული პროცესი ველებსა და ზედაპირზე არსებული მიკრორელიეფის მიხედვით. მხოლოდ ამ რთული პროცესის გავლის შემდეგ მიდის ექსპერტი კონკრეტულ გადაწყვეტილებამდე და აყალიბებს დასკვნას დამთხვევის, არდამთხვევის ან საკითხის გადაწყვეტის შეუძლებ-

ლობის შესახებ. ალბათ, ყველასათვის ცხადია, რომ ამ მასშტაბის კვლევის ჩატარება ობიექტებზე (საფანტზე, ფინდიხზე, კონტინერზე), რომელთაც არ გააჩნიათ საკმარისი საიდენტიფიკაციო ნიშნები, შეუძლებელია. ამ შემთხვევაში, ექსპერტი უნდა შემოიფარგლოს მხოლოდ გვარეობითი (ზოგადი) ნიშნების დადგენით, როგორცაა, საფანტისა და ფინდიხის ზომა, კონტინერის ზომა, რომლითაც შესაძლებელია მსჯელობა გამოყენებული ვაზნის კალიბრზე, თუმცა, ესეც სავარაუდოდ, ვინაიდან ვაზნის თვითნაკეთი ნესით დამუხტვის დროს შეიძლება გამოყენებული იქნეს შეუსაბამო კალიბრის კონტინერი. დასაბუთებული დასკვნა, რომელიც სასამართლოში მტკიცებულებად გამოიყენება, უნდა ემყარებოდეს მხოლოდ ტყვიანზე არსებული ლულის არხის კვლების მდგრადი ინდივიდუალური ნიშნების ერთობლიობის შესაბამისობის დადგენას სხვა ტყვიასთან ან წარმოდგენილი იარაღის ლულის არხის კვლების მდგრადი ინდივიდუალური ნიშნების ერთობლიობას.

III. გლუვლულიანი ცეცხლსასროლი იარაღიდან გასროლილი ობიექტების მტკიცებულებითი მნიშვნელობა მათი იდენტიფიცირების შესაძლებლობიდან გამომდინარე

დანაშაული წარსულში ხდება, ხოლო ფაქტები ყოველთვის ტოვებენ გარკვეულ კვალს, გადამწყვეტი მნიშვნელობა ენიჭება ამ კვლების აღდგენას და გამოკვლევას, რაშიც მრავალი მეცნიერების ცოდნის გამოყენებაა აუცილებელი. აქ წინა პლანზე წამოიწეოს საკითხი, თუ ვის აქვს სათანადო კვალიფიკაცია იმ მეცნიერული მეთოდების გამოყენებისა კვლების აღდგენისა და გამოკვლევის საქმეში.

იმის გამო, რომ საქმეში არსებული მტკიცებულებების გამოკვლევა ხშირად სცილდება იმ ცოდნას, რომელიც შეიძლება ჰქონდეს ნაფიც მსაჯულებსა და მოსამართლეს, სასამართლოები კიდევ უფრო მეტად ეყრდნობიან ექსპერტებს მეცნიერების ყველა სფეროდან. თანამედროვე პერიოდში ეს პასუხისმგებლობა საგრძნობლად გაიზარდა, სასამართლოს სჭირდება არა უბრალოდ მოსაზრება, არამედ დასაბუთებული და სანდო ჩვენება, რომელც უფრო

მეტად წაადგება მართლმსაჯულებას.³² საუბარია კვალიფიციური ექსპერტის მიერ თანამედროვე ტექნიკის გამოყენებით ობიექტურად, პროცედურების დაცვით ჩატარებულ კვლევაზე, როგორც ერთ-ერთ მტკიცებულებაზე, რაც სასამართლოს უნდა დაეხმაროს საქმეზე ჭეშმარიტების დადგენაში. როდესაც ექსპერტი დაასკვნის, რომ ტყვია, წარმოდგენილი დაზარალებულის სხეულიდან, გასროლილია ბრალდებულისაგან ამოღებული იარაღიდან, ეს უნდა ჩაითვალოს პირდაპირ მტკიცებულებად, ვინაიდან, ხდება ხრახნილ-ლულიანი იარაღიდან გასროლილი და ექსპერტიზაზე წარმოდგენილი ტყვიის ზოგადი და კერძო ნიშნების მიხედვით შედარება წარმოდგენილი იარაღიდან მიღებულ ექსპერიმენტულ ტყვიებთან, ეს ყოველივე უტყუარი მტკიცებულებაა, ვინაიდან კერძო ნიშნების კვლევი ინდივიდუალური და განუმეორებელია. ამ შემთხვევაში, არსებობს პირდაპირი მტკიცებულებების ერთობლიობა: ერთი ის, რომ ცეცხლსასროლი იარაღი ამოღებულია ბრალდებულისაგან, ხოლო მეორე – ტყვია წარმოდგენილი დაზარალებულის სხეულიდან, გასროლილია ბრალდებულისაგან ამოღებული იარაღის ლულიდან. იმ შემთხვევაში, როდესაც სხეულიდან ამოღებულ გლუვ-ლულიანი იარაღიდან გასროლილ საფანტზე, ფინდიხსა და კონტინერზე, შეგვიძლია დავადგინოთ მხოლოდ ზოგადი ნიშნები – ჭურვებისა და კონტინერის დიამეტრი, ეს არ იქნება პირდაპირი მტკიცებულება სასამართლოსთვის, ვინაიდან ამ შემთხვევაში ექსპერტი ვერ დაადასტურებს, კონკრეტულად რომელი იარაღიდანაა გასროლილი ისინი, ბრალდებულისაგან ამოღებული თუ სხვა რომელიმე იარაღიდან, ვინაიდან მათზე არ იქნება ასახული ინდივიდუალური (კერძო) ნიშნების ერთობლიობა.

რასაკვირველია, შედარების დროს აუცილებელია დაცული იქნეს პროცედურული თანმიმდევრობა, ასევე გაკეთდეს განმარტებები, ცხრილები და ფოტომასალა, რაც მეტად სანდოსა და ადვილად გასაგებს გახდის დაინტერესებული პირებისათვის ექსპერტის დასკვნას, როგორც მტკიცებულებას. განსხვავებით წარსული-

³² Haack S., *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law*, New York, 2014, 180.

საგან, როდესაც არ არსებობდა საკმარისი ცოდნა ბალისტიკური იდენტიფიკაციის შესახებ, შედარება ხდებოდა ფოტოსურათების გამოყენებით, ხშირ შემთხვევაში მიიღებოდა პოლიტიკური გადანყვეტილება,³³ დღევანდელი მდგომარეობა აბსოლუტურად სხვაა. ექსპერტს აქვს მაღალი კვალიფიკაცია, მეცნიერულად დასაბუთებული პროცედურული სახელმძღვანელოები, სარგებლობს მაღალი ხარისხის შემადარებელი ციფრული და ოპტიკური ტექნიკით, ფლობს ფართო საინფორმაციო ბაზას, ასევე საერთაშორისო ორგანიზაციების მიერ საექსპერტო დაწესებულებებში რეგულარულად უტარდება ტესტირება, შესაბამისად, ასეთი კვალიფიკაციის მქონე ექსპერტის მიერ პროცედურული ნორმების დაცვით გატარებული დასკვნა სასამართლომ უნდა მიიღოს პირდაპირ მტკიცებულებად, მაგრამ, რასაკვირველია, მხოლოდ იმ შემთხვევაში, როდესაც ექსპერტისათვის გამოსაკვლევად წარდგენილი ობიექტები იძლევა იდენტიფიცირების შესაძლებლობას მათი ინდივიდუალურიობიდან და იდენტიფიკაციისათვის ვარგისიანობიდან გამომდინარე.

IV. დასკვნა

სტატიაში წარმოჩენილია გლუვფულიანი ცეცხლსასროლი იარაღიდან გასროლილი მასრებისა და ტყვიების (ჭურვების) საიდენტიფიკაციო საკითხი, როგორც ბალისტიკური ექსპერტიზის კვლევის ობიექტი და ბალისტიკური კვლევის შედეგის – დასკვნის – მტკიცებულებითი მნიშვნელობა სასამართლოში.

მასრასთან და ტყვიასთან მიმართებით სასამართლო-ბალისტიკური ექსპერტიზით გადასანყვეტი საკითხებიდან უპირველესია მათზე არსებული ლულის არხისა და იარაღის დეტალების კვლების მდგრადი ინდივიდუალური ნიშნების ერთობლიობის შესაბამისობის დადგენა სხვა ტყვიასთან, მასრასთან ან წარმოდგენილი იარაღის ლულის არხისა და დეტალების კვლების მდგრადი ინდივიდუალური ნიშნების ერთობლიობასთან. შესაბამისად, არ შეიძლება

³³ Heard B.J., *Forensic Ballistics in Court*, Chichester, 2013, 153-154.

სასამართლოში პირდაპირი მტკიცებულების სახით გამოიყენონ ისეთი დასკვნა, სადაც იდენტიფიკაცია ჩატარებულია მხოლოდ ქიმიური მეთოდით (ტყვიისა და მასრის ქიმიური შემადგენლობით), მხოლოდ ზოგად ნიშნებზე დაყრდნობით (კალიბრი, დიამეტრი და ა.შ.).

მასრის იდენტიფიკაცია ხდება მასზე გამოსახული იარაღის მიერ დატოვებული ზოგადი და კერძო ნიშნების საშუალებით. ზოგადი ნიშნების გამოყენებით ექსპერტმა შესაძლებელია დაადგინოს კლასობრივი მახასიათებლები – მოდელი, სისტემა და სხვა, რაც ამ ტიპის იარაღებისთვისაა დამახასიათებელი, ხოლო ინდივიდუალური ნიშნების საფუძველზე – კონკრეტულ იარაღთან ან სხვა მასრასთან იდენტიფიკაცია, ვინაიდან ინდივიდუალური ნიშნები განუმეორებელია და დამახასიათებელია მხოლოდ კონკრეტული იარაღისათვის.

მასრებისა და ტყვიების იდენტიფიკაციის პროცესი საკმაოდ რთულ პროცედურას მოიცავს, რა დროსაც ხდება იმ ზოგადი და კერძო ნიშნების ურთიერთდამთხვევებისა და განსხვავებების დადგენა, რაც მათ ზედაპირზეა გამოვლენილი. მხოლოდ ამის შემდეგ ექსპერტი აყალიბებს ზოგადი და კერძო ნიშნების დამთხვევის ან აცდენის შესახებ დასკვნას ობიექტური დაკვირვებებისა და გამოკვლევების საფუძველზე. ამ მასშტაბის კვლევის ჩატარება ობიექტებზე (საფანტზე, ფინდიხზე, კონტეინერზე), რომელთაც არ გააჩნიათ საკმარისი საიდენტიფიკაციო ნიშნები, შეუძლებელია. ამ შემთხვევაში, ექსპერტი უნდა შემოიფარგლოს მხოლოდ გვარეობითი (ზოგადი) ნიშნების დადგენით, როგორცაა, საფანტისა და ფინდიხის ზომა, კონტეინერის ზომა, რომლითაც შესაძლებელია მსჯელობა გამოყენებული ვაზნის კალიბრზე, თუმცა, ესეც სავარაუდოდ, ვინაიდან ვაზნის თვითნაკეთი წესით დამუხტვის დროს შეიძლება გამოყენებული იქნეს შეუსაბამო კალიბრის კონტეინერი. დასაბუთებული დასკვნა, რომელსაც სასამართლოში მტკიცებულებად გამოიყენებენ, უნდა ემყარებოდეს მხოლოდ ტყვიაზე არსებული ლულის არხის კვლების მდგრადი ინდივიდუალური ნიშნების ერთობლიობის შესაბამისობის დადგენას სხვა ტყვიასთან ან წარმოდგენილი იარაღის ლულის არხის კვლების მდგრადი ინდივი-

დუალური ნიშნების ერთობლიობას, შესაბამისად, იმ ობიექტებზე, რომლებიც გასროლის შემდეგ იცვლიან ფორმას (პლასტმასის კონტეინერები), საფანტსა და ფინდიხზე, რომლებიც ლულის არხში გავლისას არ განიცდიან ობტუტაციას და მათზე ნათლად არ არის აღბეჭდილი მდგრადი კერძო (ინდივიდუალური) ნიშნების ერთობლიობა, საიდენტიფიკაციო კვლევა ვერ ჩატარდება.

იმის გამო, რომ საქმეში არსებული მტკიცებულებების გამოკვლევა ხშირად სცილდება იმ ცოდნას, რომელიც შეიძლება ჰქონდეს სამართალშემფარდებელსა და სისხლის სამართლის პროცესის სხვა მონაწილეებს, სასამართლოები კიდევ უფრო მეტად ეყრდნობიან ექსპერტებს მეცნიერების ყველა სფეროდან. თანამედროვე პერიოდში ეს პასუხისმგებლობა საგრძნობლად გაზრდილია, სასამართლოს არ სჭირდება მხოლოდ მოსაზრება, არამედ – დასაბუთებული და სანდო დასკვნა, რომელც უფრო მეტად წაადგება მართლმსაჯულებას.

THE EVIDENCE VALUE OF BALLISTIC RESEARCH RESULTS OF OBJECT, FIRED IN A SMOOTH-BORE FIREARMS

Giorgi Dzindzibadze*

Abstract

Numerous papers have been devoted to the study of objects fired from firearms, but many of them remained only theoretical research and could not find practical application. This is especially true of papers that deal with the identification of objects fired from the barrel of a smooth-bore weapon. These are the issues discussed in the article, in what cases and at what facilities can specific identification surveys be conducted, the results of which, due to their reliability, the court can use as evidence in a criminal case.

The article discusses the scientific implications of identifying the cartridge cases, shots, pellets and plastic containers, the marks necessary for their identification are described in detail, analyzed and substantiated that not all objects fired from a firearm can be identified.

Because the examination of the evidence in a case often goes beyond the knowledge that jurors, judges and trial participants may possess, the courts rely even more on experts from all fields of science. In modern times, this responsibility has increased significantly, the court does not need only an opinion, it needs a reasoned and credible conclusion that will be more useful for making a fair decision.

Key words: Smooth-bore, Cartridge case, Shot, Pellet, Plastic Container, Identification.

* Ph.D. Candidate at Grigol Robakidze University. orcid.org/0000-0003-3167-6436.

მარბერი მედისონის წინააღმდეგ: ჟონ მარშალის ხელოვნება

რუსუდან დარცმელიძე*, ლანა ჩუბინიძე**

I. შესავალი

„მარბერი მედისონის წინააღმდეგ“¹ აშშ-ის უმაღლესი სასამართლოს მიერ მიღებული ერთ-ერთი ყველაზე მნიშვნელოვანი გადაწყვეტილებაა². იგი პრეცედენტულია, მის თაობაზე მსჯელობა და კრიტიკა კი დღესაც აქტუალურია. აღნიშნული განპირობებულია როგორც გადაწყვეტილების მიღებამდე არსებული პოლიტიკური ფონით, ისე მასში მოცემული მსჯელობის უდავო შეუდარებლობით.

ჯონ მარშალის მიერ მიღებულმა გადაწყვეტილებამ დაამკვიდრა პრეცედენტი და საფუძველი ჩაუყარა ამერიკის შეერთებული შტატების უმაღლესი სასამართლოს მიერ საკონსტიტუციო კონტროლის განხორციელებას.³ მოსამართლის მრავლისმთქმელმა გადაწყვეტილებამ სასამართლო ხელისუფლების სრულიად ახლებური და უალტერნატივო გაგება დაამკვიდრა. მანამდე არსებული მდგომარეობით სასამართლოს უფლებამოსილება სამართალწარმოების ტრადიციული გზით შემოიფარგლებოდა, ხელისუფლების სხვა შტოებზე ზედამხედველობის ფუნქცია სრულიად არ შედიოდა მის კომპეტენციურ არსენალში. ფაქტობრივად, 1800 წელს დამქირავებელსა და დაქირავებულს შორის დანყებულმა შრომითსამართლებრივმა დავამ კი ამერიკის მმართველობის მოდელი და

* სამართლის ბაკალავრი, მაგისტრანტი (სულხან-საბა ორბელიანის უნივერსიტეტი), orcid.org/0000-0002-9751-8281.

** სამართლის ბაკალავრი, მაგისტრანტი (სულხან-საბა ორბელიანის უნივერსიტეტი), orcid.org/0000-0001-5643-9213.

¹ Marbury v. Madison, 5 U.S. 137 (1803).

² Marbury v. Madison, Dickinson Law Review, Vol.15, No.5, 1911, 135.

³ <<https://bit.ly/3rEXDXH>> [07.12.2021].

ხელისუფლების შტოებს შორის ბალანსი, ფაქტობრივად, სამუდამოდ შეცვალა.⁴

უმალესი სასამართლოს თავმჯდომარე მარშალს მეტად საპასუხისმგებლო როლი ხვდა წილად, ვინაიდან მის მიერ მიღებულ გადაწყვეტილებას, ერთი მხრივ, შესაძლოა, საფრთხე შეექმნა სასამართლოს ძალაუფლებისთვის და ამ ინსტიტუტის მიმართ მოქალაქეთა ნდობისათვის, რომელიც იმ პერიოდში ისედაც შემცირებული იყო, ხოლო, მეორე მხრივ, შესაძლებელი იყო მის გადაწყვეტილებას პოლიტიკური ან საკონსტიტუციო კრიზისი გამოენვია.⁵ მიუხედავად ასეთი მძიმე წნეხისა, მოსამართლემ იპოვა გონივრული გამოსავალი და მიიღო გადაწყვეტილება, რომლითაც თავიდან აიცილა კრიზისი და ამ ფონზე გაზარდა სასამართლო უფლებამოსილება, რამაც შემდგომში განსაზღვრა კიდევ ამერიკული დემოკრატიის ბედი. მისი მსჯელობა სრულად დაეფუძნა კონსტიტუციას, მასში მოცემული პრინციპებისა და მისი მიზნების ინტერპრეტაციას.⁶

საქმეს – „მარბერი მედისონის წინააღმდეგ“ – სამართლებრივ საზოგადოებაში უწოდებენ „პოლიტიკურ დინამიტს“⁷, რომელმაც საფუძველი ჩაუყარა სამართალსა და პოლიტიკას შორის „შეჯიბრებით ურთიერთობას“⁸. გადაწყვეტილების განსაკუთრებული მნიშვნელობის გათვალისწინებით სტატია მიმოიხილავს საქმის ფაქტობ-

⁴ Mountjoy S., *Marbury v. Madison, Establishing Supreme Court Power, Great Supreme Court Decisions*, New York, 2007, 8.

⁵ დუდაშვილი ნ., კონსტიტუცია და მისი დამცველი ინსტიტუტის როლი ძალაუფლების გამიჯვნაში, სამართლის სტატიათა კრებული, თბილისი 2013, 8.

⁶ Levinson S., Balkin J. M., *What Are the Facts of Marbury v. Madison*, *Constitutional Commentary*, Vol.20, No.2, 2003, 257.

⁷ კონსტიტუციონალიზმი, ზოგადი შესავალი, ნ. II, დ. გეგენავას, გ. გორაძისა და მ. ჯიქიას რედაქტორობით, თბილისი, 2020, 217, იხ. ციტირება: Hoffmann-Riem W., *Two Hundred Years of Marbury v. Madison: The Struggle for Judicial Review of Constitutional Questions in the United States and Europe*, *German Law Journal*, No. 5, 2004, 686.

⁸ იქვე, იხ. ციტირება: Eisgruber C. L., *Marbury, Marshall, and the Politics of Constitutional Judgment*, *Va. L. Rev.* 89, 2003, 1203.

რუსუდან დარცმელიძე, ლანა ჩუბინიძე

რივ გარემოებებსა და იმ სამართლებრივ მსჯელობას, რომელიც სასამართლომ განავითარა.

II. საქმის ფაქტობრივი გარემოებები

1800 წლის დაძაბულ არჩევნებში პრეზიდენტი ჯონ ადამსი და ფედერალისტები – ძლიერი ცენტრალური მთავრობის მომხრეები, დამარცხდნენ.⁹ ახალგაზრდა ამერიკის ისტორიაში პირველად შეიქმნა მმართველი პარტია და რიგით მე-3 პრეზიდენტი გახდა თომას ჯეფერსონი, რომელიც მხარს უჭერდა საერთო-სახალხო, მოქალაქეთა პირდაპირი ნების, მოქმედების პრინციპს.¹⁰ მისი მოსაზრებით, არაპირდაპირ „არჩეული“ სასამართლო და უმაღლეს სასამართლოში განუსაზღვრელი ვადით დანიშნულ მოსამართლეთა სისტემა ინგლისური არისტოკრატის სახე იყო, რომელიც საფრთხეს უქმნიდა ამერიკული დემოკრატის იდეას.¹¹

დემოკრატ-რესპუბლიკელებსა და ფედერალისტებს შორის არსებული დაპირისპირება 1800 წლის არჩევნების შედეგების გამოცხადების შემდეგ არ დაწყებულა. მას წინ უძღოდა საკმაოდ ცხელი პოლიტიკური ფონი. წინასაარჩევნო კამპანიის ფარგლებში იმდროინდელი მოქმედი ფედერალისტი პრეზიდენტის, ჯონ ადამსის, მხარდამჭერები დაუფარავად გამოხატავდნენ მათ აშკარად მტრულ დამოკიდებულებას ჯეფერსონის მიმართ.¹² ამის საილუსტრაციო მაგალითია, საარჩევნო კამპანიის პერიოდში ალექსანდრე ჰამილტონის მიერ ჯეფერსონის „რელიგიურ ათეისტად და პოლიტიკურ ფანატიკოსად“ დახასიათება.¹³

⁹ Marbury v. Madison, Dickinson Law Review, Vol.15, No.5, 1911, 135.

¹⁰ ხავთასი ი., შეერთებული შტატების მაგალითზე ფედერალური უზენაესი სასამართლოს პოლიტიკური როლი ძალაუფლების დანაწილების შეკავება-განონანსწორების მოდელში, „საკონსტიტუციო სამართლის ჟურნალი“, N2, 2019, 72.

¹¹ იქვე.

¹² Marbury v. Madison, Dickinson Law Review, Vol.15, No.5, 1911, 135.

¹³ იქვე.

1800 წლის საპრეზიდენტო არჩევნები შეფასებულია, როგორც ყველაზე ამაღლელებელი, მასზე დამოკიდებული საკითხები, – როგორც ყველაზე მნიშვნელოვანი, ხოლო შედეგები – ყველაზე შორსმიმავალი.¹⁴ საარჩევნო მარათონის ფარგლებში ერთმანეთს უპირისპირდებოდა ორი საპრეზიდენტო კანდიდატი – თომას ჯეფერსონი და ჯონ ადამსი, რომლებიც დიდი ხნის განმავლობაში იცნობდნენ ერთმანეთს, თუმცა არჩევნებმა ისინი პოლიტიკურ მტრებად აქცია.¹⁵ მათი მოსაზრებები სახელმწიფოს ხელისუფლების როლის შესახებ განსახვავდებოდა.¹⁶

მას შემდეგ, რაც ჯეფერსონმა მცირე უპირატესობით¹⁷ მოიგო არჩევნები, ადამსმა მომდევნო 4 წლის განმავლობაში დაკარგა აღმასრულებელი სახელისუფლებო ძალაუფლება. შექმნილ რეალობაში, ფედერალისტებმა „უსაფრთხოების მიზნებისათვის“¹⁸ თავდასაცავად გამოიყენეს იმ დროისათვის მათ ხელთ არსებული უმრავლესობა კონგრესში¹⁹ და ჯეფერსონის ინაუგურაციამდე 3 კვირით ადრე მიიღეს „სასამართლო აქტი“, რომლითაც მნიშვნელოვნად გაზარდეს ფედერალური სასამართლოების რაოდენობა და დაფინანსება²⁰. თანამდებობის დატოვებამდე რამდენიმე დღით ადრე პრეზიდენტმა ადამსმა დანიშნა სამოცამდე მოსამართლე²¹. მიუხედავად იმისა, რომ სახელმწიფოს სამართლებრივი წყობა არ ამართლებდა სასამართლოების რაოდენობის ამგვარ ზრდას, ადამსმა დაჩქარებული წესით შეავსო მოსამართლეების ვაკანტური თანამდე-

¹⁴ Pennoyer S., The Case of Marbury v. Madison, American Law Review, Vol.30, No.2, 1986, 193.

¹⁵ Mountjoy S., Marbury v. Madison, Establishing Supreme Court Power, Great Supreme Court Decisions, New York, 2007, 25.

¹⁶ იქვე, 24.

¹⁷ Trickett W., Marbury v. Madison, a Critique, American Law Review, Vol.53, No.5, 1919, 737.

¹⁸ იქვე, 738.

¹⁹ ფედერალისტები კონგრესის უმრავლესობაში იყვნენ 1801 წლის 4 მარტამდე.

²⁰ სასამართლო ბიუჯეტი წლიურად 50 000 აშშ დოლარით გაიზარდა. იხ., იქვე, 738.

²¹ Mountjoy S., Marbury v. Madison, Establishing Supreme Court Power, Great Supreme Court Decisions, New York, 2007, 45-46.

ბობები ფედერალისტური იდეების მიმდევრებით. ამ ცვლილებების ფარგლებში, 31 იანვარს ამერიკის შეერთებული შტატების უმაღლესი სასამართლოს თავმჯდომარედ დანიშნა გამოცდილი იურისტი და ფედერალისტური იდეების მომხრე ჯონ მარშალი, რომელიც, იმავდროულად, სახელმწიფო მდივანიც იყო. ფაქტობრივად, სასამართლოს რეფორმირების შემდეგ, ადამსის ფედერალისტური იდეების მიმდევრების ღრმა რწმენით, სასამართლოს ფედერალისტებით დაკომპლექტება დაიცავდა სახელმწიფოს ხელისუფლებაში მოსული ჯეფერსონის მიერ ძალაუფლების ბოროტად გამოყენების ან ცვლილებებისაგან.²² ფედერალისტებისათვის საკითხის უდიდეს მნიშვნელობაზე მეტყველებს ის ფაქტიც, რომ მოსამართლეთა დანიშვნის პროცესი ადამსის ადმინისტრაციაში ყოფნის ბოლო საათებშიც გრძელდებოდა.²³

მოსამართლეთა დანიშვნის პროცედურის ფარგლებში, კოლუმბიის ოლქის მოსამართლედ გაამწესეს უილიამ მარბერი, რომლისთვისაც რწმუნებათა სიგელის (mandamus²⁴) გადაცემაც დროულად ვერ მოესწრო. პრეზიდენტის ადმინისტრაციის შეცვლის შემდეგ ჯეფერსონმა ახალ სახელმწიფო მდივანს, ჯეიმს მედისონს დაავალა, მანდამუსი არ გადაეცა 17 ახლადდანიშნული მოსამართ-

²² Trickett W., *Marbury v. Madison, a Critique*, *American Law Review*, Vol.53, No.5, 1919, 737.

²³ ამიტომაც ამ პროცესს „შუალამის დანიშნებადაც“ (midnight appointment) მოიხსენიებენ. იხ., Mountjoy S., *Marbury v. Madison, Establishing Supreme Court Power*, *Great Supreme Court Decisions*, New York, 2007, 45.

²⁴ მანდამუსის ბლექსტოუნისეული განმარტების თანახმად, ეს უკანასკნელი არის: სამეფო სასამართლოდან მეფის სახელით გაცემული ბრძანება, რომელიც ეხება მეფის ქვეშემრდომ ნებისმიერ პირს, კორპორაციას ან ქვემდებარე სასამართლო ინსტანციას, რომელიც მათ კონკრეტული მოქმედების შესრულებას ავალებს. ამგვარი ქმედება დაკავშირებული უნდა იყოს მათ სამსახურებრივ მოვალეობასთან და არ უნდა ეწინააღმდეგებოდეს სასამართლოთი დადგენილ პრაქტიკასა და სამართალს. მანდამუსის გამოცემა ხდება მაშინ, როცა კანონი არ აწესებს უფლების დაცვის სხვა საშუალებას და როცა ოფიციალური პირები თავს იკავებენ მათი მოვალეობის შესრულებისგან. სასამართლოს მიერ გამოცემული ეს დოკუმენტი უნდა გადაეგზავნოს საჯარო მოხელეს, რომლის მიმართაც გამოიცა იგი, თავად მისი გამოცემის მიზანი კი მშვიდობისა და საჯარო წესრიგის დაცვა და მთავრობის მიერ ქვეყნის ეფექტური მართვის განხორციელებაა.

ლისათვის.²⁵ ამ მოსამართლეებს შორის იყვნენ უილიამ ჰარბერი, რობერტ თაუნსენდ ჰუ, დენის რამსი და უილიამ მარბერი (შემდგომში საქმის მოსარჩელები).²⁶ ჯეფერსონის განკარგულებით აღნიშნული დოკუმენტის გაცემა საერთოდ შეჩერდა. სწორედ პრეზიდენტის ამგვარი განკარგულების საფუძველზე, ახალმა სახელმწიფო მდივანმა მედისონმა მარბერის და ზემოთაღნიშნულ დანარჩენ მოსარჩელებს რამდენჯერმე უთხრა უარი რწმუნებათა სიგელის გაცემაზე, რის შემდეგაც მათ 1801 წლის 21 დეკემბერს მიმართეს მოთხოვნით უმაღლეს სასამართლოს, ბრძანებით დაევალებულენა აღმასრულებელი ხელისუფლება, ბოლომდე მიეყვანა დანიშვნის პროცედურა.²⁷

მოსარჩელების წარმომადგენელმა ჩარლზ ლიმ სარჩელში აღნიშნა, რომ სახელმწიფო მდივანს არ ჰქონდა დისკრეცია, თავად გადაეწყვიტა, დანიშნავდა თუ არა კონკრეტულ კანდიდატურას მოსამართლედ. მისი მოვალეობა შემოიფარგლებოდა ფორმალური თვალსაზრისით პრეზიდენტის მიერ ხელმოწერილ დოკუმენტზე ბეჭდის დასმით.²⁸ მოსარჩელის მტკიცებით, მარბერი უნდა დანიშნულიყო თანამდებობაზე, ვინაიდან მოსამართლედ დანიშვნის შესახებ გამოცემულ აქტზე ოფიციალური ხელმოწერა ფიქსირდებოდა, სახელმწიფო მდივნის მხრიდან მარბერის მიერ თანამდებობის დაკავების ხელშეშლამ კი დაარღვია ფედერალური კანონი.²⁹ მოპასუხე მხარეს სარჩელთან დაკავშირებით ოფიციალური პოზიცია არ წარუდგენია.³⁰ ამით მას სურდა სასამართლოს სისუსტისათვის გაესვა ხაზი. მსჯელობის საგანია, რამდენად არის გამართლებული სასამართლოში ქცევის ეს ფორმა, ვინაიდან „დუმილი“ პოლიტიკაში

²⁵ Mountjoy S., *Marbury v. Madison, Establishing Supreme Court Power, Great Supreme Court Decisions*, New York, 2007, 46.

²⁶ იქვე.

²⁷ Hartman G.R., Mersky R.M., Tate C.L., *Landmark Supreme Court Cases: The Most Influential Decisions of the Supreme Court of the United States*, Checkmark Books, 2014, 467.

²⁸ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 152 (1803).

²⁹ იქვე, 137.

³⁰ Khan P.W., *The Reign of Law, Marbury v. Madison and the Construction of America*, London, 1997, 16.

შესაძლოა იყოს ძალაუფლების მაჩვენებელი, მაგრამ სამართალში იგი ხშირად სისუსტედ მიიჩნევა.³¹ მიუხედავად მედისონის დუმილისა, ბევრი არგუმენტი, რომელიც მხარს უჭერდა პრეზიდენტის ადმინისტრაციის პოზიციას, კონგრესში დებატებისას გაჟღერდა³². სასამართლომ სწორედ აქედან იცოდა პრეზიდენტის დამოკიდებულება საქმის მიმართ.³³ ჯეფერსონის ადმინისტრაციამ უარყო საქმესთან დაკავშირებით სასამართლოს უფლებამოსილება, იგი ამტკიცებდა, რომ მოსამართლეობის კანდიდატისათვის სამოსამართლო უფლებამოსილების გადაცემა მთლიანად პრეზიდენტის დისკრეციას და შესაბამისად, ნებისმიერ შემთხვევაში, ის და მისი მოხელეები ამ საკითხთან დაკავშირებით პრობლემის წარმოქმნის შემთხვევაში, პასუხს აგებდნენ ხალხის და არა სასამართლოს წინაშე³⁴.

საქმის კომპლექსურობაზე მეტყველებს ისიც, რომ ერთ მხარეს იდგნენ დემოკრატ-რესპუბლიკელები – პრეზიდენტი, გავლენიანი სახელმწიფო მდივანი და მთელი კონგრესი ოპოზიციური ძალებით უმრავლესობაში,³⁵ ხოლო მეორე მხარეს – ფედერალისტები – მარბერი და ჯონ მარშალი, რომლებიც ყოფილი პრეზიდენტის, ადამსის იდეების მომხრეები იყვნენ.³⁶ სწორედ იმიტომ, რომ მარშალი ფედერალისტი იყო, დემოკრატ-რესპუბლიკელებს ჰქონდათ ეჭვი მის დამოუკიდებლობასა და მიუკერძოებლობასთან დაკავშირებით. ასევე, მიუხედავად იმისა, რომ მარშალი ჯეფერსონს კარგად

³¹ იქვე.

³² *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

³³ *Reinstein R.J., Rhdert M.C., Marbury's Myths: John Marshall, Judicial Review and the Rule of Law*, 26-27.

³⁴ იქვე.

³⁵ ხავთასი ი. შეერთებული შტატების მაგალითზე ფედერალური უზენაესი სასამართლოს პოლიტიკური როლი ძალაუფლების დანაწილების შეკავებაგანონსწორების მოდელში, „საკონსტიტუციო სამართლის ჟურნალი“, N2, 2019, 72.

³⁶ დუდაშვილი ნ., კონსტიტუცია და მისი დამცველი ინსტიტუტის როლი ძალაუფლების გამიჯვნაში, სამართლის სტატიათა კრებული, თბილისი, 2013, 8.

იცნობდა და არ ენდობოდა,³⁷ სჯეროდა, რომ ჯეფერსონს ზედმეტად დიდი ძალაუფლება ჰქონდა იმისათვის, რომ მისი ნდობა დაემსახურებინა.³⁸ ამასთან, ჯეფერსონის ერთ-ერთი ბიოგრაფის მტკიცებით, მარშალი იყო ადამიანი, რომელსაც მხურვალედ სძულდა ჯეფერსონი.³⁹ ამავდროულად, იგივე „კეთილგანწყობა“ ჰქონდა ჯეფერსონს მარშალის მიმართაც: იგი არ ენდობოდა მას „შუალამის დანიშვნებში“ მიღებული მონაწილეობის გამო.⁴⁰ შესაბამისად, წარმოიშვა დილემა – სასამართლოს არ ჰყავდა ჯარი და დამოუკიდებლად არ ფლობდა ფინანსებს.⁴¹ ამასთან, იმ შემთხვევაში, თუ სასამართლო მედისონს გაამტყუნებდა და პრეზიდენტს დანიშვნის პროცესის ბოლომდე მიყვანას აიძულებდა, შესაძლებელი იყო, აღმასრულებელი ხელისუფლება არ დამორჩილებოდა ასეთ გადაწყვეტილებას, აღნიშნული კი, საბოლოო ჯამში, „საკონსტიტუციო კრიზისს“⁴² გამოიწვევდა.⁴³ მარშალმა, მიუხედავად სიტუაციის სიმძაფრისა, განიხილა საქმე და მიიღო გადაწყვეტილება, რომელმაც მომავალში მთელი ამერიკული მართლმსაჯულების (და არა მარტო) მომავალი განსაზღვრა.

III. უმაღლესი სასამართლოს გადაწყვეტილების სამართლებრივი მხარე

გადაწყვეტილების მიღების პროცესში სასამართლომ სამართლებრივად მნიშვნელოვან რამდენიმე საკითხზე იმსჯელა. მათ შო-

³⁷ Mountjoy S., Marbury v. Madison, Establishing Supreme Court Power, Great Supreme Court Decisions, New York, 2007, 63.

³⁸ Nelson W.E., Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review, The University of Kansas Press, 2000, 49.

³⁹ Mountjoy S., Marbury v. Madison, Establishing Supreme Court Power, Great Supreme Court Decisions, New York, 2007, 63.

⁴⁰ იქვე.

⁴¹ ჰამილტონი ა., ფედერალისტური წერილი N78.

⁴² რურუა ნ., მერბერი მედისონის წინააღმდეგ, ქართული პრესის ელექტრონული არქივი, 2002.

⁴³ დუდაშვილი ნ. კონსტიტუცია და მისი დამცველი ინსტიტუტის როლი ძალაუფლების გამიჯვნაში, სამართლის სტატიათა კრებული, თბილისი, 2013, 9.

რუსუდან დარცმელიძე, ლანა ჩუბინიძე

რის, უმთავრესი კითხვები ეხებოდა: 1. იყო თუ არა მარბერი უფლებამოსილი, მოეთხოვა თანამდებობაზე დანიშვნა; 2. ასეთი უფლების არსებობის შემთხვევაში, რა სამართლებრივი დაცვის გარანტიას სთავაზობდა მას კანონი და 3. თუ კანონი სთავაზობს სამართლებრივი დაცვის გარანტიას, იყო თუ არა უმაღლესი სასამართლო შესაფერისი ინსტანცია მოთხოვნის წარსადგენად და შეეძლო თუ არა მას მანდამუსის გაცემა.⁴⁴

პირველ საკითხთან დაკავშირებით სასამართლომ აღნიშნა, რომ მისი უფლებამოსილება გამომდინარეობდა „კოლუმბიის ოლქის შესახებ“ კონგრესის 1801 წლის 27 თებერვლის აქტიდან, რომლის მე-11 მუხლის თანახმად, პრეზიდენტი უფლებამოსილი იყო, დაენიშნა მომრიგებელი მოსამართლეები 5 წლის ვადით.⁴⁵ საქმის ფაქტობრივი გარემოებებიდან ირკვევა, რომ ჯერ კიდევ ფედერალისტმა პრეზიდენტმა ადამსმა მარბერი დანიშნა თანამდებობაზე, რაც დასტურდებოდა მის მიერ გამოცემული ბრძანებით.⁴⁶ თუმცა პრობლემა მდგომარეობდა იმაში, რომ თანამდებობამ, რომელზეც მარბერი გაამწესეს, ვერ მიაღწია ადრესატამდე, ვინაიდან სახელმწიფო მდივანმა, რომელიც მთავრობის ცვლილებასთან ერთად შეიცვალა, პრეზიდენტის გადაწყვეტილების აღსრულება შეაჩერა.⁴⁷ აღნიშნულ საკითხთან დაკავშირებით სასამართლომ განსაზღვრა, რომ მარბერის თანამდებობაზე დანიშვნისათვის კანონის ფორმალური მოთხოვნა შემოიფარგლებოდა დანიშვნის ბრძანებაზე პრეზიდენტის ხელმოწერითა და სახელმწიფო მდივნის მიერ ამ უკანასკნელზე აშშ-ის სახელმწიფოს ბეჭდის დასმით.⁴⁸ ადამსისა და მარშალის მიერ „შუალამის დანიშვნების“ ფარგლებში მარბერისათვის მოსამართლის სტატუსის მინიჭება მოხდა ოფიციალური დო-

⁴⁴ იქვე, 8.

⁴⁵ „მერბერი მედისონის წინააღმდეგ“, ნიგნში: შვაიკარტი ლ., დოქტორი დ., ალენი მ., პატრიოტთა ისტორიის მასალები, ქ. მამულაშვილია, ლ. ებრალიძისა და ი. ქვაჩახიას თარგმანი, ვ. კაჭარავას, ე. მეძმარიაშვილის და ა. ზაქარიადის რედაქტორობით, თბილისი, 2009, 159.

⁴⁶ იქვე, 160.

⁴⁷ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

⁴⁸ Unger H. G., *John Marshall, The Chief Justice Who Saved the Nation*, DA CAPO Press, 2014, 207.

კუმენტით, რომელზეც ფიქსირდებოდა როგორც პრეზიდენტის ხელმოწერა, ისე სახელმწიფო მდივნის ბეჭედი.⁴⁹ დანიშვნის ბრძანების სწორედ ეს ფორმალური მახასიათებლები გახდა ძირითადი საფუძვლები აქტის ნამდვილად მიჩნევისათვის. პრეზიდენტმა ამ დოკუმენტის საფუძველზე მარბერის მინიჭა მოსამართლის სტატუსი და შესაბამისი უფლებამოსილების განხორციელების უფლება.⁵⁰ სწორედ პრეზიდენტის მიერ ლეგალური აქტის გამოცემის ფაქტი გახდა სასამართლოსათვის ამოსავალი წერტილი მარბერის მიმართ განხორციელებული უკანონო ქმედების დადგენისათვის.

სამოქალაქო თავისუფლების არსი მდგომარეობს იმაში, რომ თითოეულ პირს, ვისი უფლებაც ირღვევა, შეეძლოს მისი დაცვა.⁵¹ უფლების დარღვევის ფაქტის დადგენის შემდეგ, სასამართლომ იმსჯელა, სთავაზობს თუ არა კანონი მარბერის უფლების დაცვის საშუალებას და თუ კი, – კონკრეტულად რას. მას შემდეგ, რაც სასამართლომ აღიარა მარბერის კანონიერი უფლება, დანიშნულიყო კოლუმბიის ოლქის მომრიგებელ მოსამართლედ, მას წარმოეშვა კანონიერი შესაძლებლობა, დაეცვა თავისი უფლება, მათ შორის, სასამართლოსათვის მიმართვის გზით.⁵²

უფლების დაცვის საშუალების განსაზღვრის შემდეგ აუცილებელი გახდა, პასუხი გასცემოდა კითხვას, იყო თუ არა სასამართლო უფლებამოსილი, დაევალებულებინა აღმასრულებელი ხელისუფლება, განეხორციელებინა მარბერის სასარგებლო ქმედება. 1789 წლის კონგრესის აქტით⁵³ სასამართლოს შეეძლო, წერილობითი ორდერით მოეთხოვა აღმასრულებელი ხელისუფლებისთვის, გა-

⁴⁹ იქვე, 208.

⁵⁰ იქვე, იხ ციტირება: *Marbury v. Madison* Opinion, September 24, 1803, *JM Papers*, 6: 160-187.

⁵¹ „მერბერი მედისონის წინააღმდეგ“, ნიგნში: შვაიკარტი ლ., დოქერტი დ., ალენი მ., პატრიოტთა ისტორიის მასალები, ქ. მამულაშვილია, ლ. ებრალიძისა და ი. ქვაჩახიას თარგმანი, ვ. კაჭარავას, ე. მექმარიაშვილის და ა. ზაქარიადის რედაქტორობით, თბილისი, 2009, 161.

⁵² იქვე, 163.

⁵³ Unger H. G., John Marshall, The Chief Justice Who Saved the Nation, DA CAPO Press, 2014, 210.

ეცათ რწმუნებათა სიგელი.⁵⁴ სწორედ ამ აქტის მე-13 პუნქტი მიიჩნია მარშალმა არაკონსტიტუციურად, ვინაიდან, მისი მოსაზრებით, იგი უკანონოდ და არაგონივრულად აფართოებდა კონსტიტუციის მე-3 მუხლში მოცემულ სასამართლო ხელისუფლების იურისდიქციას.⁵⁵ მარშალის მითითებით, სასამართლოსათვის აღმასრულებელ ხელისუფლებაზე პირდაპირი ზემოქმედების ამგვარი ბერკეტის გადაცემა არ გამომდინარეობდა კონსტიტუციური პრინციპებიდან⁵⁶, შესაბამისად, სასამართლოს მიერ არაკონსტიტუციური კანონის საფუძველზე მიღებული უფლებამოსილების გამოყენება არ შეიძლებოდა ყოფილიყო კანონიერი ქმედება. გადაწყვეტილების ტექსტში ნახსენებია, რომ სასამართლო ხელისუფლება ვერ და არ უნდა ჩაერიოს აღმასრულებელი შტოს განსაკუთრებულ უფლებამოსილებაში, მით უმეტეს, თუ იგი კონსტიტუციის ტექსტითაა განსაზღვრული.⁵⁷ მოსამართლე მარშალის განმარტებით, სასამართლოს მიერ ანტიკონსტიტუციური უფლებამოსილების გამოყენება არის აღმასრულებელი ხელისუფლების კომპეტენციაში ჩარევა და, შესაბამისად, ეწინააღმდეგება ხელისუფლების შტოებს შორის ძალაუფლების გამიჯვნის, შეკავებისა და განონასწორების პრინციპს⁵⁸.

გადაწყვეტილებაში მოცემული მსჯელობით, მარშალმა სასამართლო ხელისუფლება გაუთანაბრა საკანონმდებლო და აღმასრულებელ ხელისუფლებას, შესაბამისად, ამ მხრივ ფორმა უცვალა ძალაუფლების გამიჯვნის იმდროინდელ მოქმედ მოდელს.⁵⁹ ამ

⁵⁴ ხავთასი ი., შეერთებული შტატების მაგალითზე ფედერალური უზენაესი სასამართლოს პოლიტიკური როლი ძალაუფლების დანაწილების შეკავება-განონასწორების მოდელში, „საკონსტიტუციო სამართლის ჟურნალი“, N2, 2019, 73.

⁵⁵ იქვე.

⁵⁶ „მერბერი მედისონის წინააღმდეგ“, ნიგნში: შვაიკარტი ლ., დოქერტი დ., ალენი მ., პატრიოტთა ისტორიის მასალები, ქ. მამულაშვილია, ლ. ებრაელიძისა და ი. ქვანახიას თარგმანი, ვ. კაჭარავას, ე. მეძმარიაშვილის და ა. ზაქარიაძის რედაქტორობით, თბილისი, 2009, 167.

⁵⁷ Marbury v. Madison, 5 U.S. 13775, 99 (1803).

⁵⁸ იქვე, 137.

⁵⁹ Unger H. G., John Marshall, The Chief Justice Who Saved the Nation, DA CAPO Press, 2014, 207.

გზით მოსამართლე მარშალმა, ფაქტობრივად, მხარი დაუჭირა „ძალაუფლების გამიჯვნის“ მონტესკიესეულ გაგებას, რომლის თანახმადაც, „ძალაუფლება უნდა აკავებდეს ძალაუფლებას“⁶⁰, რაც იმას ნიშნავს, რომ ხელისუფლების თითოეულ შტოს აქვს თავისი ფუნქცია და პასუხისმგებლობა⁶¹. ამ პრინციპის გარეშე დემოკრატიული სახელმწიფოს არსებობა წარმოუდგენელია.⁶² მისი ამოსავალი წერტილია სამართალი და კანონი, რომელთა მიმართაც ხორციელდება უფლებამოსილებების რაციონალური გადანაწილება: საკანონმდებლო ქმნის, აღმასრულებელი აღასრულებს, ხოლო სასამართლო უფარდებს.⁶³ აღნიშნული უზრუნველყოფს სახელისუფლებო შტოების მათ კომპეტენციაში შემავალი უფლება-მოვალეობების განხორციელებას ორგანიზაციული, პერსონალური, ფუნქციური, პროცედურული, კომპეტენტიურობის, მიუკერძოებლობის და სხვა თვალსაზრისით ოპტიმალური სუბიექტების მიერ.⁶⁴ ძალაუფლების გამიჯვნის პრინციპის იმ დოზით დამკვიდრება, როგორც ეს მარშალმა მოახერხა აღნიშნულ გადანაწილებაში, თავის მხრივ, ფუნქციურად ემსახურებოდა თავისუფლების დაცვისა და სახელისუფლებო შტოებს შორის ძალთა დაბალანსების მიზნებს.⁶⁵ შეიძლება ითქვას, რომ გადანაწილებაში მოცემულმა

⁶⁰ გეგენავა დ., ქანთარია ბ., ცანავა ლ., თევზაძე თ., მაჭარაძე ზ., ჯავახიშვილი პ., ერქვანია თ., პაპაშვილი თ., საქართველოს საკონსტიტუციო სამართალი, მე-4 გამოცემა, თბილისი, 2016, 9, იხ. ციტირება: მონტესკიე შ. ლ., კანონა გონი, დ. ლაბუზიძის თარგმანი, თბილისი, 1994, 181.

⁶¹ იქვე; ზოიძე ბ., საკონსტიტუციო კონტროლი და ღირებულებათა წესრიგი საქართველოში, თბილისი, 2007, 60.

⁶² შესავალი საქართველოს საკონსტიტუციო სამართალში, მე-2 გამოცემა, დ გეგენავასა და გ. გორაძის რედაქტორობით, თბილისი, 2021, 20.

⁶³ იქვე, იხ. ციტირება: Pound R., Courts and Legislation, Science of Legal Method, Selected Essays of Various Authors, The Modern Legal Philosophy Series, Translated by Ernest Bruncken and Layton B. Register, with introductions by Henry N. Sheldon and John W. Salmond, New York, 1921, 204.

⁶⁴ ზოიძე ბ., საკონსტიტუციო კონტროლი და ღირებულებათა წესრიგი საქართველოში, თბილისი, 2007, 148.

⁶⁵ შესავალი საკონსტიტუციო სამართალში, დ. გეგენავას რედაქტორობით, თბილისი, 2021, 48-49.

რუსუდან დარცმელიძე, ლანა ჩუბინიძე

მარშალისეულმა მსჯელობამ გარდამტეხი როლი ითამაშა ხელისუფლების შტოებს შორის ძალთა შეკავება-განონანსწორების პრინციპის იმ სახით დამკვიდრებაში, რაც დღემდე არსებობს აშშ-ში.

აუცილებელია აღინიშნოს გადაწყვეტილების როლი საკონსტიტუციო კონტროლის შექმნაში. ამერიკის კონსტიტუცია პირდაპირ არ განსაზღვრავდა სასამართლოს მიერ საკონსტიტუციო კონტროლის განხორციელების შესაძლებლობას, თუმცა მარშალმა ფართოდ განმარტა ზოგადი კონსტიტუციური პრინციპები და მიიჩნია, რომ სწორედ სასამართლო არის ინსტიტუტი, რომელსაც ევალება აკონტროლოს კანონის კონსტიტუციასთან შესაბამისობა.⁶⁶

გადაწყვეტილებაში მოცემულია, რომ თუ სასამართლო არ შეეძლება კონტროლის განხორციელება, ხელისუფლების სხვა შტოების ძალაუფლება შეუზღუდავი იქნება, შესაბამისად, ვერც საკონსტიტუციო მმართველობა დამყარდება.⁶⁷ საკონსტიტუციო კონტროლის დამყარების იდეას ცალსახად ემხრობოდა აბატი სიესი, რომლის მიხედვითაც, „თუ კონსტიტუცია ზოგადსავალდებულო ქცევის წესების ერთობლიობაა, ისმის კითხვა – სად არის მისი დამცველი ინსტიტუტი?..⁶⁸ ამავე შინაარსის მატარებელი კითხვა დასვა მარშალმა განსახილველ გადაწყვეტილებაში, სადაც იგი აპელირებდა მოსამართლის როლზე, კერძოდ: „რატომ დებს მოსამართლე ფიცს, რომ შეასრულებს თავის მოვალეობებს შეერთებული შტატების კონსტიტუციის შესაბამისად, თუ კი ეს კონსტიტუცია არ აყალიბებს წესებს მისი ხელისუფლებისთვის (სასამართლო ხელისუფლებისათვის)? თუ ის დახურულია მათთვის და თუ

⁶⁶ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

⁶⁷ თოლორდავა მ. საკონსტიტუციო კონტროლი და ხელისუფლების დანაწილების პრინციპი, სამართლის აქტუალური საკითხები №3, თბილისი, 2019, 6.

⁶⁸ გეგენავა დ., საკონსტიტუციო მართლმსაჯულება საქართველოში: სამართალწარმოების ძირითადი სისტემური პრობლემები, თბილისი, 2012, 14, იხ. ციტირება: კვერენჩილაძე გ., კონსტიტუციის სამართლებრივი დაცვა (ზოგადი თეორიული საკითხი), ჟურნ. „ადამიანი და კონსტიტუცია“, №3, 2006, 44.

მოსამართლეს არ შეუძლია მისი ინტერპრეტაცია?⁶⁹ მარშალის ამ რიტორიკულ შეკითხვაზე პასუხი მის მიერ მიღებული გადაწყვეტილებათა, რომლითაც აშშ-ის უმაღლესმა სასამართლომ შექმნა საერთო სასამართლოების მიერ საკონსტიტუციო კონტროლის განხორციელების პრეცედენტი⁷⁰. კონტროლის განხორციელების ეს ფორმა მოიხსენიება, როგორც დეცენტრალიზებული, ანუ ამერიკული მოდელი⁷¹.

ამ საქმეზე საუბრისას საკონსტიტუციო კონტროლის დამკვიდრების ორ ძირითად საფუძველზე მიუთითებენ: 1. სოციალური ფაქტორი, რომლის მიხედვითაც, საზოგადოება ხელისუფლებისაგან ითხოვდა მის მიერ ნაკისრი ვალდებულებების შესრულებას და 2. ინსტიტუციური ფაქტორი, რაც გულისხმობს იმგვარი მექანიზმის არსებობის აუცილებლობას, რომელიც ინსტიტუციური კონფლიქტის თავიდან აცილების პლატფორმას შექმნიდა.⁷²

მარშალმა „საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების დოქტრინა“ დააფუძნა სამართლის ზოგადი პრინციპებისა და კონსტიტუციის, როგორც უზენაესი საკანონმდებლო აქტის მიზნების განმარტებას, ასევე, აშშ-ის დამოუკიდებლობის დეკლარაციას.⁷³ მოცემული დავის ფარგლებში კონგრესის მიერ მიღებული კანონი დაუპირისპირდა კონსტიტუციას. მსჯელობის შედეგად კი უმაღლესმა სასამართლომ დაადგინა, რომ კონსტიტუცია არის „ქვეყნის ძირითადი და უზენაესი კანონი“⁷⁴, შესაბამისად, „საკანონმდებლო ხე-

⁶⁹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

⁷⁰ გეგენავა დ., საკონსტიტუციო მართლმსაჯულება საქართველოში: სამართალწარმოების ძირითადი სისტემური პრობლემები, თბილისი, 2012, 13-14, იხ. ციტირება: კახიანი გ., საკონსტიტუციო კონტროლი საქართველოში - თეორია და კანონმდებლობის ანალიზი, თბილისი, 2011, 55.

⁷¹ კონსტიტუციონალიზმი, ზოგადი შესავალი, ნ. II, დ. გეგენავას, გ. გორაძისა და მ. ჯიქიას რედაქტორობით, თბილისი, 2020, 222.

⁷² კონსტიტუციონალიზმი, ზოგადი შესავალი, ნ. II, დ. გეგენავას, გ. გორაძისა და მ. ჯიქიას რედაქტორობით, თბილისი, 2020, 217-218, იხ. ციტირება: CDL-Ad (2010)039, Study of Individual Access to Constitutional Justice, Venice Commission, Strasburg, 27 January 2011, 28.

⁷³ *Toumania J. C., Marbury v. Madison and the Foundation of Law, Liberty University Law Review*, Vol.4, No.2, 2010, 299.

⁷⁴ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

რუსუდან დარცმელიძე, ლანა ჩუბინიძე

ლისუფლების ნებისმიერი აქტი, რომელიც ეწინააღმდეგება მას, მოკლებულია იურიდიულ ძალას“.75 მოცემულ შემთხვევაში მარშალმა განმარტა, რომ უმაღლესი სასამართლოსთვის მანდამუსის გაცემის უფლებამოსილების მინიჭება არ გამომდინარეობს კონსტიტუციიდან.76

იმდროინდელი აშშ-ის პოლიტიკური სიტუაციის ფონზე მარშალმა თამამი გადაწყვეტილება მიიღო და დაამკვიდრა საკონსტიტუციო მართლმსაჯულება. ის აღნიშნავდა, რომ კონსტიტუცია საკანონმდებლო ხელისუფლების შეზღუდვის აუცილებლობისათვის შეიქმნა77 და „მხოლოდ სასამართლო გამგებლობაშია და მისი მოვალეობა იმის განსაზღვრა, თუ რა არის კანონი“78 და „რა არის სამართალი“79. სახელმწიფო ხელისუფლებათა ნორმალური ფუნქციონირებისათვის სასამართლო კონტროლის ინსტიტუტი ისეთი მნიშვნელოვანი გახდა, რომ სხვა სახელმწიფოებმა კონსტიტუციით პირდაპირ გაითვალისწინეს საკონსტიტუციო კონტროლის მექანიზმები.80

საბოლოოდ, მარშალმა ზემოთ მოყვანილ კითხვებზე პასუხები თვით კონსტიტუციის სტრუქტურაში იპოვა. მან მოახერხა, საკმაოდ ფრთხილად და იმავდროულად, გაბედული ნაბიჯებით გაიარა აღმასრულებელ და სასამართლო ხელისუფლების ინტერესთა და-

75 მელქაძე ო., გონაშვილი ვ., საკონსტიტუციო ზედამხედველობა და კონტროლი ამერიკის შეერთებულ შტატებში, ჟურნ. „ადამიანი და კონსტიტუცია“, N1, 1999, 108-109.

76 Unger H.G., John Marshall, The Chief Justice Who Saved the Nation, published by DA CAPO Press, 2014, 209; იხ. ციტირება: *Marbury v. Madison* Opinion, September 24, 1803, *JM Papers*, 6:160-187.

77 შაიო ა., ხელისუფლების თვითშეზღუდვა, კონსტიტუციონალიზმის შესავალი, მ. მაისურაძის თარგმანი, თ.ნინიძის რედაქტორობით, თბილისი, 2003, გვ 280.

78 მელქაძე ო., გონაშვილი ვ., საკონსტიტუციო ზედამხედველობა და კონტროლი ამერიკის შეერთებულ შტატებში, ჟურნალი „ადამიანი და კონსტიტუცია“, N1, 1999, 109.

79 Bell B.W., *Marbury v. Madison and the Madisonian Vision*, *George Washington Law Review*, Vol.72, No.1, 2003, 197.

80 გოგიაშვილი გ., შედარებითი კონსტიტუციური სამართალი, თბილისი, 2014, 370.

ბალანსების პრობლემურ ბილიკზე და კონსტიტუციური პრინციპებისა და ნორმების ინტერპრეტაციის საფუძველზე მიუთითა, რომ აქტი, რომლითაც სასამართლოსათვის მანდამუსის გაცემის უფლების დელეგირება ხდებოდა, უნდა გაუქმებულიყო.⁸¹

გადანყვეტილების გამორჩეული ბუნება გამოიხატება იმაშიც, რომ მასში მოცემული მსჯელობა იდეალურად აბალანსებს მოსარჩელე და მოპასუხე მხარეების პოლიტიკურ ინტერესებსა და სასამართლო ძალაუფლებას. თავად ჯონ მარშალი ბუნებით ფილოსოფოსი არ ყოფილა და ვერც გახდებოდა, თუმცა მოსამართლის რანგი, თავისი არსით, ზოგჯერ ფილოსოფოსობასაც „აიძულებს“⁸² მოსამართლეს კონკრეტული შემთხვევის სამართლიანად გადანყვეტის მიზნით. მარშალს ახასიათებდნენ არა როგორც ცალკეული იურისპრუდენციული თეორიების უზადო მცოდნეს, არამედ, როგორც შედეგზე ორიენტირებულ ტაქტიკოს პოლიტიკოსს.⁸³ სწორედ ამ უნარების გამოყენებით, მოცემული გადანყვეტილება მარშალმა აქცია სასამართლო ხელისუფლების მიერ გონივრული თვითშეზღუდვისა და თვითკონტროლის მაგალითად, რომლითაც საბოლოოდ გააფართოვა კიდევც სასამართოს უფლებამოსილებები.⁸⁴

საბოლოოდ, სასამართლომ დაადგინა, რომ მარბერის ჰქონდა თანამდებობაზე დანიშვნის მოთხოვნის უფლება, თუმცა არაკონსტიტუციურად ცნო აქტი, რომლითაც სასამართლოს ენიჭებოდა უფლებამოსილება, აღმასრულებელი ხელისუფლების წარმომადგენლები დაევალებულიყვნენ, გამოეცათ რწმუნებათა სიგელი.

⁸¹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 180 (1803).

⁸² რთული შემთხვევები სასამართლო პრაქტიკაში, ტ. I, დ. გეგენავას რედაქტორობით, თბილისი, 2018.

⁸³ ხავთასი ი., შეერთებული შტატების მაგალითზე ფედერალური უზენაესი სასამართლოს პოლიტიკური როლი ძალაუფლების დანაწილების შეკავება-განონანსწორების მოდელში, „საკონსტიტუციო სამართლის ყურნალი“, N2, 2019, 73.

⁸⁴ იქვე, 74.

IV. მარშალი, როგორც „მოსამართლე ჰერკულესი“

რთული შემთხვევების გადაწყვეტის დუორკინისეული თეორია, ერთის მხრივ, უპირისპირდება პოლიტიკას, როგორც ინსტრუმენტს, ხოლო, მეორე მხრივ, კი კრძალავს კანონშემოქმედებას მოსამართლის მხრიდან. ამ გზით, იგი არ არღვევს ძალაუფლების გამიჯვნის პრინციპს, არ იჭრება და არ ითავსებს საკანონმდებლო ხელისუფლების ფუნქციებს, არ ქმნის ახალ ნორმას, არამედ ახლებურ მნიშვნელობას სძენს იმ ჩანაწერს, რომელიც კანონში აქამდეც არსებობდა.⁸⁵

დუორკინმა ჩაუყარა საფუძველი სამოსამართლო სამართალში „პრინციპის არგუმენტის“ შემოტანას, რომლითაც მთლიანად უარყო „პოლიტიკის არგუმენტის“ გამოყენება რთული შემთხვევების გადაწყვეტისას.⁸⁶ სწორედ სამართლის პრინციპი ავალდებულებს მოსამართლეს, მიიღოს სამართლიანი გადაწყვეტილება ისე, რომ არ გასცდეს სამართლის მიერ დადგენილ საზღვრებს.⁸⁷ ამგვარი საზღვრების დანესება მოსამართლეს აიძულებს, იმოქმედოს „სამოსამართლო თვითბოჭვის“⁸⁸ ფარგლებში, რაც გულისხმობს მის მიერ სამოსამართლო საქმიანობის განხორციელებისას პოლიტიკის შექმნისაგან თვითშეზღუდვას. პარტიული კუთვნილებისა და პოლიტიკური შეხედულებების გამო, მარშალის მიუკერძოებლობის მიმართაც არსებობდა კითხვები მისი ოპონენტების მხრიდან. თუმცა უზადო ხელოვანმა შეძლო მიეღო გადაწყვეტილება ისე, რომ არ გადაჭრილიყო პოლიტიკაში, მისი ამოსავალი წერტილი გამხდარიყო არა ვინრო პოლიტიკური შეხედულებები, არამედ სამართლის პრინციპები და მიზნები.⁸⁹ მარშალმა კონსტიტუციის ინ-

⁸⁵ უექსი რ. სამართლის ფილოსოფია, ძალიან მოკლე შესავალი, მ. ბაბუხაძის თარგმანი, ი. ბაჩიაშვილის რედაქტორობით, თბილისი, 2012, 58-64.

⁸⁶ ხუბუა გ., სამართლის თეორია, მე-2 გამოცემა, თბილისი, 2015, 204-205.

⁸⁷ იქვე.

⁸⁸ Luban D., Justice Holmes and the Metaphysics of Judicial Restraint, Duke Law Journal, Vol.44, No.3, 1994, 451.

⁸⁹ Unger H.G., John Marshall, The Chief Justice Who Saved the Nation, DA CAPO Press, 2014, 222-224.

ტერპრეტაცია საკუთარი სამართლებრივი აზროვნებისა და ინტელექტუალურ-ნებელობითი უნარის⁹⁰ საფუძველზე შეძლო. ნინამდებარე გადაწყვეტილების უმათავრესი აზრი მდგომარეობს კანონისა და პოლიტიკური მოქმედების გამიჯვნაში. მასში მოცემული მსჯელობით, კანონის უზენაესობის ცნებამ ჩანაცვლა პოლიტიკური ქმედება.⁹¹

მარშალის გადაწყვეტილებამდე კანონმდებლობაში არ იყო ნორმა, რომელიც საქმის გადაწყვეტის გზას შესთავაზებდა სასამართლოს. თავის მხრივ, მის გადაწყვეტილებაზე კი საზოგადოებრივი და პოლიტიკური სტაბილურობა იყო დამოკიდებული. ამიტომაც, ყოფილმა სახელმწიფო მდივანმა და შედეგზე ორიენტირებულმა ტაქტიკოსმა იურისტმა გადაწყვეტილება მიიღო კონსტიტუციის ნორმის ფართო ინტერპრეტაციის საფუძველზე. აღნიშნული, უპირველეს ყოვლისა, გამოიხატება სასამართლოსათვის საკონსტიტუციო კონტროლის განხორციელების უფლებამოსილების დელეგირებაში. ამ საკითხთან დაკავშირებით პირდაპირი ჩანაწერი კონსტიტუციაში არ არსებობდა⁹², მარშალმა კი სამართლის ზოგადი პრინციპების ანალიზითა და კონსტიტუციის ნორმის ნეგატიური ინტერპრეტაციის გზით დაადგინა, რომ ძალაუფლების გამიჯვნის პრინციპის დაცვისა და საკონსტიტუციო წესრიგზე დამყარებული დემოკრატიული საზოგადოების შექმნისათვის აუცილებელი იყო სახელისუფლებო შტოების მიერ ურთიერთკონტროლი (შეკავება-განონასნორების პრინციპი)⁹³. ასეთის არსებობის შემთხვევაში კი, ვის, თუ არა სასამართლოს, შეიძლება ჰქონდეს სხვა

⁹⁰ შესავალი საკონსტიტუციო სამართალში, დ. გეგენავას რედაქტორობით, თბილისი, 2021, 73.

⁹¹ Khan P.W., *The Reign of Law, Marbury v. Madison and the Construction of America*, London, 1997, 16.

⁹² Unger H.G., *John Marshall, The Chief Justice Who Saved the Nation*, DA CAPO Press, 2014, 209; იხ. ციტირება: *Marbury v. Madison* Opinion, September 24, 1803, *JM Papers*, 6:160-187.

⁹³ შესავალი საქართველოს საკონსტიტუციო სამართალში, მე-2 გამოცემა, დ. გეგენავას და გ. გორაძის რედაქტორობით, თბილისი, 2021, 20, იხ. ციტირება: Barnett H., *Constitutional and Administrative Law*, 4th ed., Cavendish Publishing, 2013, 13.

რუსუდან დარცმელიძე, ლანა ჩუბინიძე

ნებისმიერი აქტის ქვეყნის უმთავრეს კანონთან – კონსტიტუციასთან შესაბამისობის დადგენის უფლება. კელზენი მოსამართლეთა და კანონმდებლების საქმიანობას საერთო ლოგიკას უქვემდებარებს. იგი მიუთითებს, რომ თუკი პირველი იყენებს კანონს კონკრეტული საქმის გადასაწყვეტად, მეორე, რომელსაც მოქმედების მეტად ფართო არჩევანი აქვს, კონსტიტუციური ნორმების შესაბამისად იღებს კანონს.⁹⁴ მარშალის გადაწყვეტილებით უმაღლესმა სასამართლომ მიიღო საკონსტიტუციო კონტროლის უფლებამოსილება. ასეთი პრეცედენტის შემდეგ კი სახელმწიფო ხელისუფლებათა ნორმალური ფუნქციონირებისათვის სასამართლო კონტროლის ინსტიტუტი ისეთი მნიშვნელოვანი გახდა, რომ სხვა სახელმწიფოებმა კონსტიტუციით პირდაპირ გაითავალისწინეს საკონსტიტუციო კონტროლის მექანიზმი.⁹⁵

საკონსტიტუციო სამართალი სავსეა ბუნდოვანებით, იგი იცვლება დროსთან ერთად და ქმნის აუცილებლობას, მოსამართლეებმა მიიღონ არსებითი და პრეცედენტული გადაწყვეტილებები.⁹⁶ განსახილველ გადაწყვეტილებაზე მუშაობის პროცესში მარშალმა სწორად დაინახა პრობლემის გამომწვევი საკანონმდებლო სიცარიელე, კონსტიტუციის ინტერპრეტაციის აუცილებლობა და იდეალურად შეაფასა მისი თანადროული სოციალურ-პოლიტიკური მოვლენები, საბოლოოდ კი, შექმნა სამართლებრივი მექანიზმი, რომელიც ყველაზე მეტად დაბალანსებული გამოსავალი იყო მოსალოდნელი პოლიტიკური და საკონსტიტუციო კრიზისის თავიდან ასაცილებლად.

მკვლევართა განმარტებით, მარშალი უბრალოდ ზედმეტად „საზრიანი პოლიტიკოსი“ იყო იმისათვის, რომ მიეღო ისეთი გადაწყვე-

⁹⁴ იქვე, 219, იხ. ციტირება: Vinx L., *The Guardian of the Constitution*, Hans Kelsen and Karl Schmitt on the Limits of Constitutional Law, Cambridge University Press, 2015, 5.

⁹⁵ გოგიაშვილი გ., შედარებითი კონსტიტუციური სამართალი, თბილისი, 2014, 370. დამატებით იხ., მელქაძე ო., გონაშვილი ვ., საკონსტიტუციო ზედამხედველობა და კონტროლი ამერიკის შეერთებულ შტატებში, ჟურნალი „ადამიანი და კონსტიტუცია“, N1, 1999, 109.

⁹⁶ Sheehan C.A., *The Mind of James Madison, The Legacy of Classical Republicanism*, New York, 2015, 202.

ტილება, რომლის აღსრულების საკითხიც ეჭვქვეშ დადგებოდა.⁹⁷ მისი მიზანი არ ყოფილა, ამერიკულ მოდელში საკონსტიტუციო კონტროლის განხორციელებას რაიმე „ექსტრაორდინალური პრაქტიკის“ მნიშვნელობა ჰქონოდა, იგი ცდილობდა, სამართლის განმარტების ერთ-ერთი მიმართულება ჩამოეყალიბებინა.⁹⁸ ბევრი ევროპული ქვეყნისგან განსხვავებით, საერთო სამართლის სისტემის ქვეყნებში პრეცედენტს აქვს მბოჭავი ძალა სასამართლო სისტემისთვის.⁹⁹ მარშალის მიერ მიღებული გადაწყვეტილების შემდეგ ამერიკულ მოდელში საერთო სასამართლოს მოსამართლეს აქვს შესაძლებლობა, იმსჯელოს და გადანყვიტოს სადავო აქტის კონსტიტუციასთან შესაბამისობის საკითხი.¹⁰⁰ აღნიშნული კი ხდება თავად კონსტიტუციის „ღია ტექსტის“¹⁰¹ ინტერპრეტაციის მეთოდით.

სასამართლოსთვის *erga omnes* საკონსტიტუციო ზედამხედველობის უფლებამოსილების მინიჭების სისწორე გამართლებულია, ვინაიდან, ხელისუფლების ეს შტო, თავისი ბუნებიდან გამომდინარე, ყველაზე ნეიტრალური და შესაბამისად, არბიტრალურია.¹⁰² ჯონ მარშალის რაციონალური კომპრომისის შედეგად ამერიკულმა უმაღლესმა სასამართლომ მოგვიანებით კონსტიტუციის მცველი არბიტრის როლი შეითავსა.¹⁰³

⁹⁷ Unger H.G., John Marshall, The Chief Justice Who Saved the Nation, published by DA CAPO Press, 2014, 209.

⁹⁸ კონსტიტუციონალიზმი, ზოგადი შესავალი, ნ. II, დ. გეგენავას, გ. გორაძისა და მ. ჯიქიას რედაქტორობით, თბილისი, 2020, 225.

⁹⁹ იქვე, 224.

¹⁰⁰ იქვე.

¹⁰¹ იქვე, 220, იხ. ციტირება: Vinx L., The Guardian of the Constitution, Hans Kelsen and Karl Schmitt on the Limits of Constitutional Law, Cambridge University Press, 2015, 9.

¹⁰² ჰამილტონი 78-ე ფედერალისტურ ნერილში უთითებდა: „სასამართლო ხელისუფლება ყველაზე სუსტია ხელისუფლების სამ შტოთაგან. იგი ვერასოდეს შეძლებს, წარმატებით დაესხას თავს დანარჩენ შტოებს“. იხ., <<http://www.federalistpapers.ge/federali78.php>> [08.12.2021].

¹⁰³ ზავთასი ი., შეერთებული შტატების მაგალითზე ფედერალური უზენაესი სასამართლოს პოლიტიკური როლი ძალაუფლების დანაწილების შეკავება-განონასწორების მოდელში, „საკონსტიტუციო სასამართლოს ჟურნალი“, N2, 2019, 74.

რუსუდან დარცმელიძე, ლანა ჩუბინიძე

აღსანიშნავია, რომ მოსამართლე მარშალი მსჯელობისას არ გასცდა საკანონმდებლო ჩარჩოს. მის მიერ სამართლის ზოგად პრინციპებზე დაფუძნებული მსჯელობაც გამომდინარეობდა კონსტიტუციის ახლებური ინტერპრეტაციიდან. „მოსამართლე ჰერკულესმა“ თავს უფლება მისცა, გაბედულად, ნორმის ინტერპრეტაციის საფუძველზე, ისე რომ არ გასცდენოდა კანონის ფარგლებს, მიეღო საუკეთესო გადაწყვეტილება. გადაწყვეტილების განსაკუთრებულ მნიშვნელობაზე მეტყველებს ის ფაქტიც, რომ აღნიშნული პრეცედენტის შემდეგ აშშ-ის უმაღლესმა სასამართლომ 200-მდე ფედერალური აქტი ცნო არაკონსტიტუციურად.¹⁰⁴ მოსამართლე მარშალმა იდეალურად მოიგო დუორკინის „მოსამართლე ჰერკულესის“ მანტია და პრობლემის გადაჭრის გზა კონსტიტუციის ნორმის ინტერპრეტაციაში პოვა.

V. დასკვნა

მარშალმა, თავისი მრავალწლიანი გამოცდილების ექსკლუზივად აღიარებული საქმის ამგვარი ეპიკური გადაწყვეტით, საკუთარი „ალტერ-ეგო“ შექმნა, დაბალანსებული გადაწყვეტილებით, მან, ერთი მხრივ, აღიარა სასამართლოს იურისდიქციის შეზღუდვა (არ მიიჩნია სასამართლო უფლებამოსილად, გამოეცა მანდამუსი და განეხორციელებინა აღმასრულებელი ძალაუფლება), ხოლო, მეორე მხრივ, საკონსტიტუციო კონტროლის საკუთარ იურისდიქციას დაქვემდებარებით, უსაზღვროდ გაზარდა სასამართლოს ძალაუფლება.

„მარბერი მედისონის წინააღმდეგ“ თავისუფლად ჯდება დუორკინისეული „მოსამართლე ჰერკულესის“ იდეაში: მარშალმა რეალურად მოიგო მოსამართლე ჰერკულესის როლი და კონსტიტუციის ნორმისა და სამართლის პრინციპების ფართო ინტერპრეტაციის გზით მიიღო გადაწყვეტილება, რომელიც პრეცედენტული გახდა მთელ მსოფლიოში და რომელმაც საფუძველი ჩაუყარა სასამართ-

¹⁰⁴ Unger H.G., John Marshall, The Chief Justice Who Saved the Nation, DA CAPO Press, 2014, 212.

ლო ხელისუფლების მიერ საკონსტიტუციო კონტროლის განხორციელებას.

MARBURY V. MADISON: THE ART OF JOHN MARSHALL

Rusudan Dartsmelidze*, Lana Chubinidze**

Abstract

The precedent-setting decision *Marbury v. Madison* rendered by the supreme court of the U.S. in 1803 determined the future of the entire American judiciary (and not only). It is an outstanding example of judicial art by a savvy politician and experienced lawyer, Jon Marshall. The reasoning given by Justice Marshall in it became the ground for establishing a model of constitutional review in the United States and later in the rest of the world. By the decision, it was firstly determined that a court could nullify a law of Congress. It is also important to note the role of the decision in setting the Judiciary as an independent and equal branch of the government together with executive and legislative branches and establishing the principle of separation of powers.

This article examines all the important aspects of the reasoning presented by John Marshall – “Judge Hercules” and to determine which method of resolving a hard case the judge uses.

Key words: Marshall, Madison, Marbury, Constitutional Review.

* BA in Law, Master Student at Sulkhan-Saba Orbeliani University.
orcid.org/0000-0002-9751-8281.

** BA in Law, Master Student at Sulkhan-Saba Orbeliani University.
orcid.org/0000-0001-5643-9213.

ხანდაზმულობის ვადა, CONTRA LEGEM ინტერპრეტაცია და ერთი საინტერესო გადაწყვეტილება ქართული სამოქალაქო სამართალწარმოების პრაქტიკიდან

ლიკა კობალაძე*

I. შესავალი

საზოგადოებრივი ცხოვრების განვითარებასთან ერთად მუდმივად ვითარდება და იხვეწება სამართალშემოქმედებითი საქმიანობაც, მაგრამ მაინც ხშირია შემთხვევა, როდესაც კონკრეტული სამართლის ნორმა ბუნდოვანი, ორაზროვანი ან/და ხარვეზიანი შინაარსის მატარებელია, ასეთ დროს კი დგება მისი განმარტების, ზოგჯერ კი არასტანდარტულად განმარტების აუცილებლობაც, რათა ინდივიდუალურად მიესადაგოს ყოველ კონკრეტულ შემთხვევას და სამართლიანი და კანონიერი გადაწყვეტილების გამოტანის მიზანს ემსახუროს.

„როდესაც კანონის განმარტება იძლევა უსამართლო შედეგს, მაშინ ნორმა შესაძლებელია განიმარტოს *contra legem*, ანუ ტექსტის სიტყვასიტყვითი მნიშვნელობის საწინააღმდეგოდ.“¹ იურიდიულ ლიტერატურაში გავრცელებული მოსაზრებით, ხსენებული ტერმინი გამოიყენება სასამართლოს არგუმენტირებულ მსჯელობაში, დასაბუთებული გადაწყვეტილების გამოტანის მიზნით და გულისხმობს საქმის არსიდან გამომდინარე, ამა თუ იმ სამართლებრივი ნორმის იმგვარ განმარტებას, რაც კანონის შინაარსის და პირდაპირი აზრის საპირისპიროა, თუმცა არ ეწინააღმდეგება ლეგიტიმურ მიზანს.²

* სულხან-საბა ორბელიანის უნივერსიტეტის სამართლის ფაკულტეტის აფილირებული ასისტენტი, დოქტორანტი, orcid.org/0000-0003-1800-8185.
¹ ხუბუა გ., განმარტება *Contra Legem*, ჟურნ. „სამართლის მეთოდები“, N2, 2018, 1.

² *Contra Legem Law and Legal Definition*, USLegal Inc.,
<<https://definitions.uslegal.com/c/contra-legem/>> [29.08.2021]

სამართლებრივი ნორმის *contra legem* განმარტება საკმაოდ გავრცელებული ინსტიტუტია ევროპულ სამართალში და მასზე ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოსაც არაერთხელ უმსჯელია³, რასაც ვერ ვიტყვით ქართულ სამართლებრივ პრაქტიკაზე, მით უფრო სამოქალაქო სამართლებრივი ურთიერთობებიდან გამომდინარე დავებში, რამდენადაც კერძო სამართლის პრინციპებიდან გამომდინარე, რაც აკრძალული არ არის, დასაშვებია⁴ და ხშირად ცალკეულ ნორმათა საკანონმდებლო მოწესრიგება შეიცავს დათქმას: „...თუკი მხარეთა შეთანხმებით სხვა რამ არ არის გათვალისწინებული“⁵. შესაბამისად, ასეთი დავების გადაწყვეტისას მოსამართლეს მეტი თავისუფლება აქვს, გარდა კანონის ნორმებისა, დაეყრდნოს მხარეთა შორის არსებულ შეთანხმებებს, რაც, თავის მხრივ, არ უნდა ეწინააღმდეგებოდეს კანონს ან მორალს,⁶

³ მაგ., *Nait-Liman v. Swizerland CASE OF NAÏT-LIMAN v. SWITZERLAND* (საქმეში ევროსასამართლომ მიიჩნია, რომ შვეიცარიის ფედერალური უმაღლესი სასამართლოს მიერ გამოყენებული *contra legem* ინტერპრეტაციით დადგენილი გარემოებები იმდენად აუარესებდა მოსარჩელის მდგომარეობას, რომ მას უკიდურესად შეეზღუდა სასამართლოსადმი მიმართვის უფლება).

⁴ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მე-10 მუხლის მე-2 ნაწილი.

⁵ მაგ., იხ., საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 181-ე მუხლის პირველი ნაწილი, 195-ე მუხლი, 236-ე მუხლის მეორე ნაწილი, 239-ე მუხლის პირველი და მეორე ნაწილები, 266-ე მუხლი, 264-ე მუხლის პირველი და მეორე ნაწილები, 265-ე მუხლის პირველი და მეორე ნაწილები, 276-ე მუხლის მეორე ნაწილი, 293-ე მუხლი, მე-300 მუხლის მეორე ნაწილი, 301-ე მუხლის 1¹ ნაწილი, 432-ე მუხლის პირველი ნაწილი, 462-ე მუხლის მეორე ნაწილი, 478-ე-479-ე მუხლები, 556-ე მუხლი, 561-ე მუხლი, 629-ე მუხლის მესამე ნაწილი, 721-ე მუხლის პირველი ნაწილი, 726-ე მუხლის პირველი ნაწილი, 764-ე მუხლის პირველი ნაწილი, 847-ე მუხლის პირველი ნაწილი, 878-ე მუხლი, 890-ე მუხლის მეორე ნაწილი, 934-ე მუხლის მეხუთე ნაწილი, 949-ე მუხლის მეორე ნაწილი, 1158-ე მუხლის პირველი ნაწილი, 1167-ე მუხლი, 1168-ე მუხლის პირველი ნაწილი, 1459-ე მუხლი, 1494-ე მუხლი.

⁶ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 54-ე მუხლი ადგენს მართლსაწინააღმდეგო და ამორალური გარიგების ცნებას და განმარტავს, რომ ბათილია გარიგება, რომელიც არღვევს კანონით დადგენილ წესსა და აკრძალვებს, ეწინააღმდეგება საჯარო წესრიგს ან ზნეობის ნორმებს. ზნეობის ცნების ქვეშ კი იგულისხმება საზოგადოებაში „გაბატონებული მორალი“.

რაც ამცირებს გადაწყვეტილებათა დასაბუთებისას **contra Legem** განმარტებების გამოყენების აუცილებლობას.

თბილისის საქალაქო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა კოლეგიის 2015 წლის 19 მაისის N2/17071-14 გადაწყვეტილება ხანდაზმულობის ვადების ათვლისა და გაანგარიშების საკითხს ეხება და სწორედ განმარტების ხსენებულ მეთოდს ეფუძნება. მართალია, აღნიშნული გადაწყვეტილება თბილისის სააპელაციო სასამართლოს მიერ გაუქმდა და საბოლოოდ ამ სახით დარჩა ძალაში საქართველოს უზენაესი სასამართლოს მიერ მიღებული განჩინებითაც, თუმცა თავისი არსით მეტად საინტერესოა ქართული სამართლისთვის.

II. ხანდაზმულობის ვადების ზოგადი მიმოხილვა

განსახილველი გადაწყვეტილების ფაქტობრივი თუ სამართლებრივი გარემოებების შეფასებამდე აუცილებელია ხანდაზმულობის ვადების მნიშვნელობის, მათი ათვლის წესისა და აღნიშნულის თაობაზე სამოსამართლო პრაქტიკაში დამკვიდრებული განზოგადებული განმარტებების მიმოხილვა.

ტერმინი „ხანდაზმულობა“ სამოქალაქო სამართალში გულისხმობს, რომ რომელიმე ურთიერთობა, მდგომარეობა, მოვლენა მოხდა იმდენად დიდი ხნის წინ, რომ ხანგრძლივი დროის გასვლა განსაზღვრული სახით გავლენას ახდენს პირთა უფლებებსა და ვალდებულებებზე.⁷ ხანდაზმულობა არის ვადა, რომლის მოქმედების პერიოდშიც პირს, ვისი უფლებაც დაირღვა, შეუძლია წაუყენოს უფლების დამრღვევს კონკრეტული მოთხოვნა.⁸ ამ ვადის გასვლის შემდეგ კი, მართალია, მოთხოვნის უფლების მქონეს აღნიშნულის განხორციელება არ ეკრძალება, თუმცა მოვალე პირი თავისუფლ-

იხ., ჭანტურია ლ., სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 2011, 354.

⁷ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი I, თბილისი, 2002, 316.

⁸ შეად., საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, წიგნი I, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2017, 720.

დება ვალდებულებისგან⁹ (გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც ვალდებული პირი, ხანდაზმულობის ვადის გასვლის მიუხედავად, შესრულებაზე თანახმაა¹⁰). სხვა სიტყვებით, ხანდაზმულობა იწვევს არა მოთხოვნის უფლების გაუქმებას, არამედ საპასუხო უფლებას აღუძრავს ვალდებულ პირს, უარი თქვას შესრულებაზე.¹¹

განზოგადებული სასამართლო პრაქტიკის თანახმად¹², „სამოქალაქო კანონმდებლობა იცნობს სხვადასხვა ტიპის ვადებს და მათ შორისაა სამოქალაქო უფლების განხორციელების ვადები, რომლებიც სხვა ვადებთან ერთად გულისხმობს უფლების დაცვის ხანდაზმულობის ვადებს“. ამასთან, „სასარჩელო ხანდაზმულობა არის კანონით დადგენილი დრო, რომლის განმავლობაშიც პირს, რომლის უფლებაც შელახულია, შეუძლია მოითხოვოს იძულებითი აღსრულება ან უფლების დაცვა სასამართლოში სარჩელის შეტანის გზით. თუკი დარღვეული უფლების იძულებით დაცვის შესაძლებლობა კანონით განსაზღვრული ვადით არ იქნებოდა შეზღუდული, ეს გამოიწვევდა სამოქალაქო საქმეზე გადანყვეტილების გამოტანის გაძნელებას, ვინაიდან დიდია ალბათობა საქმესთან დაკავშირებული უტყუარი მტკიცებულებების დაკარგვისა, საქმეში მონაწილე პირების მიერ საქმის გარემოებების არაადეკვატურად აღქმისა და სხვა. ამრიგად, სასარჩელო ხანდაზმულობა ხელს უწყობს რა სამოქალაქო ურთიერთობათა სტაბილიზაციას, ამავდროულად ემსახურება სახელმწიფოებო დისციპლინის სიმყარეს და ეხმარება სამოქალაქო ურთიერთობის მონაწილეებს თავიანთი უფლებებისა და ვალდებულებების აქტიურად და დროულად განხორციელებაში“.¹³

⁹ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 144-ე მუხლი.

¹⁰ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის კომენტარი, ნიგნი I, ლ. ჭანტურიას რედაქტორობით, თბილისი, 2017, 721.

¹¹ კროპჰოლერი ი., გერმანიის სამოქალაქო კოდექსი, სასწავლო კომენტარი, თ. დარჯანიას და ზ. ჭეჭელაშვილის თარგმანი, ე. ჩაჩანიძის, თ. დარჯანიას და ლ. თოთლაძის რედაქტორობით, თბილისი, 2014, 95.

¹² საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2020 წლის 10 ივნისის განჩინება Nას-184-2020, 21.

¹³ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2013 წლის 25 დეკემბრის გადანყვეტილება Nას-266-254-2013.

სასარჩელო ხანდაზმულობის ვადები მიიჩნევა საქმის სწორად გადაწყვეტის ერთ-ერთ გარანტიად, ხოლო გადაწყვეტილება ეფუძნება მხარეთა მიერ წარდგენილ მტკიცებულებებს,¹⁴ – შესაბამისად, როდესაც ხანგრძლივი დროა გასული იმ მოვლენიდან, რომელმაც სადავო გარემოებები წარმოშვა, მაღალია ალბათობა, რომ მტკიცებულებები, რომლებიც ადრე არსებობდა, შეიძლება დაკარგული ან სახეშეცვლილი იყოს, ასევე გაფერმკრთალდება მოწმეთა მემსიერება, რომელთა ჩვენებებს სასამართლო დავის გადაწყვეტისას უნდა დაეყრდნოს, გაიზრდება სავარაუდო, არასანდო მტკიცებულებათა რიცხვი. შედეგად, მეტი ალბათობით შეიქმნება ნიადაგი საქმის ფაქტობრივი გარემოებების არაობიექტური შეფასებისათვის. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსაზრებით, ხანდაზმულობის ვადა არის მცდელობა, დაიცვას მხარეები ასეთი საფრთხეებისგან.¹⁵

ხანდაზმულობასთან დაკავშირებით საკასაციო სასამართლომ არაერთ გადაწყვეტილებაში განმარტა¹⁶, რომ იგი გულისხმობს დროს, რომლის განმავლობაშიც უფლებამოსილ პირს შეუძლია საკუთარი უფლების რეალიზაცია ან დაცვა. ხანდაზმულობის ინსტიტუტის სპეციფიკურობა ისაა, რომ დადგენილი ვადის გასვლის შემდეგ მოთხოვნის უფლება ობიექტურად არსებობს, თუმცა იძულებით ვერ განხორციელდება, ანუ ამ უფლების რეალიზება სრული მოცულობით დამოკიდებულია მოთხოვნის ადრესატის ნება-სურვილზე. კანონმდებელი ხანდაზმულობის დანყებას მოთხოვნის წარმოშობის მომენტს უკავშირებს¹⁷, ხოლო მოთხოვნის წარმოშობის მომენტად მიიჩნევა დრო, როდესაც პირმა შეიტყო ან უნდა

¹⁴ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2013 წლის 5 ნოემბრის №3/1/531 გადაწყვეტილება საქმეზე, „ისრაელის მოქალაქეები – თამაზ ჯანაშვილი, ნანა ჯანაშვილი, ირმა ჯანაშვილი, ასევე საქართველოს მოქალაქეები - გიორგი წაქაძე და ვახტანგ ლორია საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, II, 21.

¹⁵ იხ., იქვე.

¹⁶ მაგ., საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2017 წლის 31 ივლისის გადაწყვეტილება №ს-369-353-2016.

¹⁷ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 130-ე მუხლი

შეეტყო უფლების დარღვევის შესახებ.¹⁸ ამდენად, ხანდაზმულობის ვადის სწორად გამოთვლისათვის უმნიშვნელოვანესია მისი დენის დაწყების მომენტის განსაზღვრა. ხანდაზმულობის ვადის დასაწყისი შეესაბამება დღეს, როდესაც წარმოიშვა მოთხოვნის უფლება, გარდა კანონით პირდაპირ გათვალისწინებული შემთხვევებისა, როდესაც მოთხოვნის წარმოშობის ვადა ზოგადი წესისაგან განსხვავებულადაა განსაზღვრული, მისი წარმოშობა დაკავშირებულია მომენტთან, როდესაც პირმა გაიგო ან უნდა გაეგო უფლების დარღვევის თაობაზე.¹⁹ ამასთან, საგულისხმოა ისიც, რომ მართალია, ხანდაზმულობა უნდა ემსახურებოდეს მოთხოვნის არსებობისა და აღსრულების განუსაზღვრელობის დასრულებას, თუმცა მნიშვნელოვანია, რა ვადების დადგენა იქნება ამ მიზნის მიღწევის ეფექტური საშუალება.²⁰

ხანდაზმულობის საკანონმდებლო დეფინიციას იძლევა საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 128-ე მუხლი, რომლის პირველი ნაწილის თანახმადაც, სხვა პირისაგან რაიმე მოქმედების შესრულების ან მოქმედებისაგან თავის შეკავების მოთხოვნის უფლებაზე ვრცელდება ხანდაზმულობა. ხანდაზმულობის საერთო ვადა, ამავე მუხლის შესაბამისად, ათი წელია, თუმცა კოდექსით უფრო მოკლე ხანდაზმულობის ვადაც არის დადგენილი სახელშეკრულებო მოთხოვნებთან მიმართებით²¹ და არც სპეციალური ვადების არსებობა გამოირიცხება ამა თუ იმ სამართლებრივ ურთიერთობებში.²² სწორედ ასეთ, ხანდაზმულობის სპეციალურ ვადას ეხება სამოქალაქო კოდექსის 1008-ე მუხლიც, რომელიც დელიქტით გამოწვეული ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის უფლების ხანდაზმულობის

¹⁸ იხ., იქვე.

¹⁹ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2017 წლის 14 თებერვლის განჩინება №ას-934-899-2016.

²⁰ მახათაძე ნ., სახელშეკრულებო მოთხოვნის ხანდაზმულობის გავლენა სამოქალაქო ბრუნვის სტაბილურობაზე, „სამართლის ჟურნალი“, N1, 2019, 68.

²¹ საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 129-ე მუხლის პირველი ნაწილი.

²² მაგ. იხ., იქვე, 663-ე მუხლის პირველი ნაწილი, 920-ე მუხლი, 1008-ე მუხლი.

ვადას 3 წლით განსაზღვრავს და რომელსაც ეხება კიდეც განსახილველი გადაწყვეტილება.

III. თბილისის საქალაქო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა კოლეგიის 2015 წლის 19 მაისის N2/17071-14 გადაწყვეტილება
1. ფაქტობრივი გარემოებები

განსახილველ გადაწყვეტილებაში მოცემულ საქმეში დავა ეხებოდა ჩუქების ხელშეკრულების ბათილად ცნობასა და ზიანის ანაზღაურებას. ი. პ-ს ეკუთვნოდა გაზსადენი – 3 214 მეტრი, რომელიც რეგისტრირებული იყო საჯარო რეესტრში. შსს კონსტიტუციური უსაფრთხოების დეპარტამენტის კახეთის რეგიონალური სამმართველოს უფროსმა და მისმა მოადგილემ 2009 წელს, უფლებამოსილების გადამეტების გზით, ზეწოლა განახორციელეს ი.პ-ზე, რომელმაც არსებული გაზსადენი 2010 წლის 6 მაისს უსასყიდლოდ გადასცა სახელმწიფოს. აღნიშნული ქონება საქართველოს ეკონომიკისა და მდგრადი განვითარების სამინისტრომ გაასხვისა ს/ს „ი.ა“-ზე. თელავის რაიონული სასამართლოს 2013 წლის 18 თებერვლის განაჩენით თანამდებობის პირი ცნობილი იქნა დამნაშავედ საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის 333-ე მუხლის პირველი ნაწილით გათვალისწინებული მართლსაწინააღმდეგო ბრალეულ ქმედებაში და სასჯელის სახედ და ზომად განესაზღვრა თავისუფლების აღკვეთა 1 წლის ვადით, ხოლო მოსარჩელე ი.პ. 2013 წლის დადგენილებით ცნობილი იქნა დაზარალებულად. მოსარჩელის განმარტებით, შსს კონსტიტუციური უსაფრთხოების დეპარტამენტის თანამშრომელთა უკანონო ქმედებების შედეგად მისთვის მიყენებული ზიანის ოდენობა განისაზღვრება 90 615 ლარის ოდენობით.²³

2014 წლის 17 ოქტომბერს თბილისის საქალაქო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა კოლეგიაში წარდგენილი შესაგებლით საქართველოს ეკონომიკისა და მდგრადი განვითარების სამინისტრომ

²³ თბილისის საქალაქო სასამართლოს 2015 წლის 19 მაისის N2/17071-14 გადაწყვეტილება, 3.1.1- 3.1.6 და 3.2.1.

სარჩელი არ ცნო. შესაგებელში აღნიშნულია, რომ „მოსარჩელის მოთხოვნის სამართლებრივ საფუძველს წარმოადგენს დელიქტური ვალდებულებები, რომელიც რეგულირებულია სამოქალაქო კოდექსის 992-ე მუხლით. ამ ნორმის დისპოზიციით სამინისტროს პასუხისმგებლობა ეკისრება მხოლოდ მაშინ, თუ სახეზეა ამ სამართალურთიერთობის ოთხი წინაპირობა: ზიანი, ქმედება, მართლწინააღმდეგობა, ბრალი და მიზეზობრივი კავშირი. ამ შემთხვევაში, მოსარჩელეს მტკიცებულების სახით წარმოდგენილი აქვს თელავის რაიონული სასამართლოს განაჩენი, რომლითაც ცალსახად დასტურდება, რომ საქართველოს ეკონომიკისა და მდგრადი განვითარების სამინისტროს არ მიუძღვის ბრალი მოსარჩელისათვის ზიანის მიყენებაში, სამინისტრო არის მხოლოდ 2010 წლის 6 მაისის ჩუქების ხელშეკრულების მხარე და ქონების მიმღები“²⁴. გარდა ამისა, მოპასუხემ მიუთითა, რომ სასარჩელო მოთხოვნა იყო ხანდაზმული, რადგან სამოქალაქო კოდექსი 1008-ე მუხლის თანახმად, დელიქტით გამოწვეული ზიანის ანაზღაურების მოთხოვნის უფლების ხანდაზმულობის ვადაა 3 წელი. შესაბამისად, მოსარჩელისათვის ზიანის მოთხოვნაზე უფლების ხანდაზმულობის ვადის დენა დაიწყო 2010 წლის 6 მაისს, როდესაც მისთვის ცნობილი გახდა ზიანის არსებობის შესახებ და დასრულდა 2013 წლის 6 მაისს, ხოლო მის მიერ სარჩელი სასამართლოში წარდგენილია 2014 წლის 26 მარტს, თითქმის ერთწლიანი დაგვიანებით. შესაგებელში მოპასუხე მიუთითებდა სამოქალაქო კოდექსის 144-ე მუხლის პირველი ნაწილზეც, რომლის თანახმად, ხანდაზმულობაზე ვადის გასვლის შემდეგ ვალდებული პირი უფლებამოსილია, უარი თქვას მოქმედების შესრულებაზე.

2. სამართლებრივი დასაბუთება

სასამართლოს 2015 წლის 19 მაისის გადაწყვეტილებით ი.პ-ის სასარჩელო მოთხოვნა სრულად დაკმაყოფილდა. სასამართლომ სასარჩელო განცხადება ხანდაზმულად არ მიიჩნია და განმარტა,

²⁴ იქვე, 2.

რომ მოცემული დავის ფარგლებში სახელმწიფო ვერ ისარგებლებს ხანდაზმულობის ინსტიტუტზე მითითების სამოქალაქოსამართლებრივი უფლებით.

თბილისის საქალაქო სასამართლომ დადგენილად მიიჩნია, რომ დავის ფარგლებში სახელმწიფო ვერ ისარგებლებდა ხანდაზმულობის ინსტიტუტზე მითითების სამოქალაქოსამართლებრივი უფლებით²⁵, რამდენადაც „ხანდაზმულობის ინსტიტუტის სახელმწიფოს მხრიდან სარგებლობის ნებისმიერი სამართლის ნორმის განმარტება უნდა მიმდინარეობდეს კონსტიტუციური მართლწესრიგის ჩარჩოებში. ადამიანის ძირითადი უფლებები გარანტირებულია კონსტიტუციით და სახელმწიფო, რომელიც ფუნქციონირებს სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპებით, პოზიტიური ვალდებულებებიდან გამომდინარე უზრუნველყოფს მათი განხორციელების მექანიზმებს. ამდენად, უფლებით სარგებლობა კონსტიტუციური და ზნეობრივი წესრიგის ფარგლებში განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია, როდესაც სამართლებრივი ურთიერთობის უშუალო სუბიექტი სახელმწიფოა“²⁶.

სასამართლოს განმარტებით, მიუხედავად იმისა, რომ სახელმწიფო და ადგილობრივი თვითმმართველი ერთეული სამოქალაქოსამართლებრივ ურთიერთობებში მონაწილეობენ ისევე, როგორც კერძო სამართლის იურიდიული პირები, სამოქალაქო კოდექსი სახელმწიფოს განიხილავს სხვა მონაწილეებისაგან განცალკევებულად, კერძოდ: „...კერძო-სამართლებრივ ურთიერთობებში სახელმწიფო მაინც ინარჩუნებს იმ თვისებებს, რაც განსაზღვრავს მის „განსაკუთრებულ სტატუსს“. ამიტომაც, სამოქალაქო კოდექსის მე-8 მუხლი მოიცავს კერძო-სამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტების კლასიფიკაციას ფიზიკური პირების, იურიდიული პირების და სახელმწიფოს სახით. აღნიშნული მუხლის მე-2 ნაწილი ფოკუსირებულია უშუალოდ სახელმწიფოს სამართლებრივ მდგომარეობაზე, განსხვავებით პირველი ნაწილისა, სადაც მოცემულია სუბიექტების ზოგადი ჩამონათვალი. ამ ნორმის ანალიზი მიუთითებს,

²⁵ იხ., იქვე, 6.1.

²⁶ იხ., იქვე.

რომ სამოქალაქო კოდექსი განიხილავს სახელმწიფოს სხვა მონაწილეებისაგან განცალკევებულად. მართალია, კერძო-სამართლებრივ ურთიერთობებში სახელმწიფო სამართლებრივად გათანაბრებულია იურიდიულ პირის სტატუსთან, თუმცა ასეთად მაინც არ იწოდება²⁷.

სასამართლოს აზრით, შეფასებადი იყო საკითხი, რამდენად უთანაბრდება სახელმწიფო კერძოსამართლებრივი ურთიერთობის სხვა მონაწილეებს, თუკი იგი თვისობრივად მაინც რჩება ყველა მმართველობითი ფუნქციით აღჭურვილ „განსაკუთრებულ სუბიექტად“. ამ მიმართულებით სასამართლომ ყურადღება გაამახვილა კერძო სამართლებრივ ურთიერთობებში გაბატონებულ თანასწორობის პრინციპზე და მიუთითა, რომ „...იმ ურთიერთობაში, სადაც სუბიექტები ფაქტობრივად არათანასწორ მდგომარეობაში იმყოფებიან, თანასწორობის პრინციპი მხოლოდ ფორმალურ სახეს იძენს, ამიტომაც ასეთ ურთიერთობებში ერთგება იმპერატიული საკანონმდებლო ნორმები (მაგალითისთვის, ბაზარზე დომინირებული მდგომარეობის მქონე სუბიექტებისთვის დადგენილი ხელშეკრულების დადების ვალდებულება, ხელშეკრულების სტანდარტული პირობების რეგულაცია, მომხმარებელთა უფლებების დაცვის სამართალში და შრომის სამართალში მოქმედი დამცავი ნორმები და ა. შ.)“²⁸ ამასთან, სასამართლომ მიუთითა ისიც, რომ კერძოსამართლებრივი ურთიერთობის მომწესრიგებელი კანონმდებლობისთვის უცხო არ არის მხარეთა თანასწორობის პრინციპის მოქმედების ფარგლებში განსხვავებული სამართლებრივი რეჟიმის დადგენა სხვადასხვა სუბიექტებისათვის, მათი განსაკუთრებული თვისებების გათვალისწინებით: „...ამგვარი სპეციფიკური მიდგომა განპირობებულია ურთიერთობის მონაწილისათვის დამახასიათებელი ობიექტური ფაქტორებით, რომელიც ამკვიდრებს ურთიერთობებში მენარმე სუბიექტის გონივრული და გულისხმიერი მონაწილეობის ვალდებულებას. კანონის ამგვარი „არათანაბარი“ მიდგომა განსხვავებული სუბიექტების მიმართ განპირობებულია

²⁷ იქვე.

²⁸ იქვე.

სწორედ თანასწორობის პრინციპით, რომლის მიღწევაც ფაქტობრივად არათანაბარი მონაცემების მქონე სუბიექტებს შორის შესაძლებელია მხოლოდ სამართლიანი გათანაბრების გზით, რასაც ემსახურება ამგვარი საკანონმდებლო რეგულაციები²⁹.

რაც შეეხება სახელმწიფოს, როგორც მმართველობითი ფუნქციებით აღჭურვილ „განსაკუთრებულ სუბიექტს“, სასამართლოს აზრით, „პრობლემა განხილული დავის ფარგლებში უკავშირდებოდა საკითხს, უნდა შეიზღუდოს თუ არა სახელმწიფო, როგორც საკუთრების კონსტიტუციური გარანტი, ხანდაზმულობაზე მითითების უფლებაში, როდესაც სადავო სამართლებრივ ურთიერთობაში ის მონაწილეობს, როგორც საკუთრების უფლების სავარაუდოდ ხელმყოფი და თუკი საკითხი გადაწყდება სახელმწიფოსთვის ამ უფლების შეზღუდვის გზით, შესაფასებელია, ხომ არ იქნება ამით ხელყოფილი კერძო-სამართლებრივ ურთიერთობაში მოქმედი თანასწორობის პრინციპი“³⁰. ამ საკითხზე მსჯელობისას კი, სასამართლომ უპირველეს ყოვლისა, მიზანშეწონილად მიიჩნია ხანდაზმულობის ინსტიტუტის შინაარსის გაანალიზება.

სასამართლოს მსჯელობით, ხანდაზმულობის ინსტიტუტი საკონსტიტუციო მართლწესრიგის შემადგენელი ნაწილია და მიმართულია ეკონომიკური ურთიერთობების მონაწილეთა სამართლებრივი მშვიდობის უზრუნველსაყოფად.³¹ ქართულ სამართლებრივ სივრცეში ხანდაზმულობის ინსტიტუტის შინაარსი და მისი გამოყენების წინაპირობები მოწესრიგებულია სამოქალაქო კოდექსის 128-ე მუხლით, რაც არაერთხელ გამხდარა საერთო სასამართლოებისა და საკონსტიტუციო სასამართლოს განმარტების საგანი. სასამართლოს მსჯელობით, „თუკი თავად ხანდაზმულობის ინსტიტუტის გამოყენება ხდება კეთილსინდისიერების პრინციპის საწინააღმდეგოდ, ამასთან, თუკი საკითხი ეხება საკუთრების უფლებას, ხოლო სუბიექტად თავად ამ უფლების დაცვის კონსტიტუციური გარანტი გვევლინება, სასამართლომ უნდა შეაფასოს საკითხი,

²⁹ იქვე.

³⁰ იქვე.

³¹ იქვე.

რამდენად ლეგიტიმურია ამ უფლების გამოყენება კონსტიტუციური მართლწესრიგის ფარგლებში. მით უმეტეს – იმის გათვალისწინებით, რომ სამოქალაქო-სამართლებრივი პასუხისმგებლობის საკითხი უნდა გადაწყდეს მხოლოდ ხანდაზმულობაზე მითითებით – ყოველგვარი არსებითი დასაბუთების გარეშე. შესაბამისად, ჩნდება კითხვა, კეთილსინდისიერების პრინციპიდან გამომდინარე, გააჩნია თუ არა სახელმწიფოს, როგორც საკუთრების კონსტიტუციური გარანტიის ფუნქციით აღჭურვილ სუბიექტს, ხანდაზმულობაზე მითითების უფლება, როდესაც ამ უფლების რეალიზაციით იგი ყოველგვარი დასაბუთების გარეშე ცდილობს აირიდოს თავიდან სამოქალაქო პასუხისმგებლობა. სამოქალაქო ურთიერთობაში სახელმწიფო თვისობრივად არ კარგავს „განსაკუთრებულ სტატუსს“, რაც გულისხმობს, რომ იგი ინარჩუნებს კონსტიტუციურ ვალდებულებებს კერძო-სამართლებრივ სივრცეშიც. როგორც სუვერენი და კონსტიტუციური ვალდებულებების მატარებელი, იგი შებოჭილია სამართლიანობის დაცვის უფრო მაღალი სტანდარტით. უფლების რეალიზაცია სამართლიანობის ფარგლებში განსაკუთრებულად სახელმწიფოს მოვალეობაა³².

ყოველივე ზემოთქმულის გათვალისწინებით, სასამართლომ დასაშვებად მიიჩნია სახელმწიფოსთვის ამ უფლებით სარგებლობის შეზღუდვა და განმარტა, რომ „...სახელმწიფო, რომელიც ფუნქციონირებს სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპებით, ყველა სამოქალაქო უფლებას უნდა ახორციელებდეს კეთილსინდისიერების მაღალი სტანდარტის განსაკუთრებული დაცვით და დასაბუთებულად გამორიცხოს მის მიმართ არსებული პრეტენზიები, რომელიც კონსტიტუციური ვალდებულებების შინაარსიდან გამომდინარეობს. ამის საწინააღმდეგოდ, განსახილველ შემთხვევაში ხანდაზმულობაზე აპელირებით, სახელმწიფო თავს არიდებს საკითხების განხილვას სამართლებრივ წრილში, რაც არ შეესაბამება მისი, როგორც საკუთრების უფლების გარანტორის ქცევის სტანდარტს“³³.

³² იქვე.

³³ იქვე.

გადანყვეტილებაში მითითებულია ისიც, რომ, მიუხედავად სამართალურიერთობის კერძოსამართლებრივი ბუნებისა, კერძო სამართლის სუბიექტების მხრიდან კონტრაჰენტი ძლიერი მხარის, სახელმწიფოს ქმედებების მიმართ მოქმედებს კანონიერი ნდობის პრინციპი, რომლის პირობებშიც სახელმწიფო, როგორც ერთიანი მექანიზმი, საჯარო ფუნქციების განხორციელებით უზრუნველყოფს თითოეული ინდივიდის მშვიდობიან არსებობას და განვითარებას, ხოლო სახელმწიფოს მაღალი სტატუსი, განსაზღვრავს ქცევის სტანდარტს, რომ მისი იურიდიული მოქმედებები უნდა მიმდინარეობდეს კეთილსინდისიერების საბაზისო პრინციპის ფარგლებში, რის გამოც სასამართლომ მიიჩნია, რომ „სახელმწიფოს მხრიდან ხანდაზმულობის ინსტიტუტით სარგებლობა, იქ სადაც ამ უფლებების გამოყენება ეწინააღმდეგება მისი კონსტიტუციური ვალდებულებების არსს, ანდა, როდესაც სახელმწიფო მართლსაწინააღმდეგო ან ამორალური შინაარსის ქმედებით იძენს ქონებრივ სარგებელს სხვა პირის უფლების ხელყოფის ხარჯზე – დაუშვებელია“³⁴.

ამდენად, ამ დავის ფარგლებში, სასამართლომ დაასკვნა, რომ სახელმწიფო ვერ ისარგებლებდა ამ ინსტიტუტზე მითითებით, რადგან მოსარჩელის სამართლებრივი პრეტენზია გულისხმობდა სახელმწიფოს მხრიდან მისი საკუთრების უფლების ხელყოფას სისხლისსამართლებრივი მექანიზმების გამოყენებით.

3. სააპელაციო სასამართლოს შეფასება

თბილისის საქალაქო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა კოლეგიის 2015 წლის 19 მაისის გადაწყვეტილება სააპელაციო წესით გაასაჩივრა საქართველოს ეკონომიკისა და მდგრადი განვითარების სამინისტრომ და მისი გაუქმების ერთ-ერთ არგუმენტად მიუთითა, რომ სასარჩელო მოთხოვნა ხანდაზმული იყო. აპელანტის მოსაზრებით, უფლების რეალიზაციის შეზღუდვა დროში კანონით რეგლამენტირებული შესაძლებლობაა, უარი თქვას მეორე მხარემ შესრულებაზე. აღნიშნული დანაწესი ზოგადი ხასიათისაა და არ ით-

³⁴ იხ., იქვე.

ვალისწინებს გამონაკლისს სუბიექტების სახით, როგორც ეს არის მითითებული გასაჩივრებულ გადაწყვეტილებაში.³⁵

თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2016 წლის 13 ივნისის გადაწყვეტილებით, მართალია, ნაწილობრივ შეიცვალა თბილისის საქალაქო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა კოლეგიის 2015 წლის 19 მაისის გადაწყვეტილება, თუმცა საქართველოს ეკონომიკისა და მდგრადი განვითარების სამინისტროს სააპელაციო საჩივარი არ დაკმაყოფილდა, სააპელაციო პალატამ არ გაიზიარა აპელანტის არგუმენტი სასარჩელო მოთხოვნის ხანდაზმულობასთან დაკავშირებით და მიუთითა: „საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 128-ე მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად, სხვა პირისაგან რაიმე მოქმედების შესრულების ან მოქმედებისაგან თავის შეკავების მოთხოვნის უფლებაზე ვრცელდება ხანდაზმულობა. ამაში მოიზარება დრო, რომლის განმავლობაშიც უფლებამოსილ პირს შეუძლია თავისი უფლების რელიზაცია ან დაცვა. ხანდაზმულობის ინსტიტუტის სპეციფიკურობა იმაში მდგომარეობს, რომ დადგენილი ვადის გასვლის შემდეგ მოთხოვნის უფლება ობიექტურად არსებობს, თუმცა იგი განუხორციელებელია, ანუ უფლების რეალიზება სრული მოცულობით დამოკიდებულია მოთხოვნის ადრესატის ნება-სურვილზე. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 130-ე მუხლი ხანდაზმულობის დაწყებას მოთხოვნის წარმოშობის მომენტს უკავშირებს, ხოლო მოთხოვნის წარმოშობის მომენტად მიიჩნევა დრო, როდესაც პირმა შეიტყო ან უნდა შეეტყო უფლების დარღვევის შესახებ. ამდენად, ხანდაზმულობის ვადის სწორად გამოთვლისათვის უმნიშვნელოვანესია მისი დენის დაწყების მომენტის განსაზღვრა. ხანდაზმულობის ვადის დასაწყისი შეესაბამება დღეს, როდესაც წარმოიშვა მოთხოვნის უფლება, გარდა კანონით პირდაპირ გათვალისწინებული შემთხვევებისა, როდესაც მოთხოვნის წარმოშობის ვადის განსაზღვრა ზოგადი წესისაგან განსხვავებულია რეგულირებული, მისი წარმოშობა

³⁵ თბილისის სააპელაციო სასამართლოს 2016 წლის 13 ივნისის N2ბ/3210-15 გადაწყვეტილება, 3.2.2.

დაკავშირებულია მომენტთან, როდესაც პირმა გაიგო ან უნდა გაეგო უფლების დარღვევის თაობაზე³⁶.

პალატის შეფასებით, ხანდაზმულობის საერთო ვადა სამოქალაქო კოდექსის 128-ე მუხლის მესამე ნაწილის შესაბამისად, შეადგენს ათ წელს. არც სამოქალაქო კოდექსის 54-ე მუხლით გარიგების ბათილად ცნობას, არც უსაფუძვლო გამდიდრებიდან გამომდინარე უკუმოთხოვნას არ გააჩნია სამოქალაქო კოდექსის სახელშეკრულებო, უძრავ ნივთებთან დაკავშირებული ან სხვა რაიმე სპეციალური ხანდაზმულობის ვადები. შესაბამისად, მათ მიმართ მოქმედებს ხანდაზმულობის საერთო, 10 წლიანი ვადა. სააპელაციო სასამართლომ მიიჩნია, რომ მოსარჩელეს ჩუქების ხელშეკრულების დადებიდან სარჩელის აღძვრამდე 10 წლიანი ვადა დაცული ჰქონდა, თუმცა არ გაიზიარა პირველი ინსტანციის სასამართლოს დასკვნა, *contra legem* ინტერპრეტაციის ფარგლებში, მასზედ, რომ სახელმწიფო ვერ ისარგებლებს ხანდაზმულობის ინსტიტუტზე მითითების სამოქალაქოსამართლებრივი უფლებით, ვინაიდან, პალატის შეფასებით, „აღნიშნული ეწინააღმდეგება საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 24-ე მუხლის მე-4 ნაწილის დანაწესს, რომლის თანახმადაც, სახელმწიფო სამოქალაქო-სამართლებრივ ურთიერთობებში მონაწილეობს ისევე, როგორც კერძო სამართლის იურიდიული პირი. შესაბამისად, სახელმწიფოს, როგორც სამოქალაქო სამართლის განსაკუთრებულ სუბიექტად აღიარება ეწინააღმდეგება სამოქალაქო სამართლის სუბიექტთა თანასწორობის პრინციპს და საფრთხეს უქმნის სამოქალაქო ბრუნვის სტაბილურობას“³⁷.

შესაბამისად, ზემდგომმა სასამართლომ მიიჩნია, რომ პირველი ინსტანციის სასამართლომ არასწორად განმარტა საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 24-ე მუხლის მე-4 ნაწილი, ასევე სამოქალაქო კოდექსის მე-8-ე მუხლის მე-2 ნაწილი და 128-ე მუხლი, მაგრამ იმის გათვალისწინებით, რომ სააპელაციო პალატამ სხვა კვალიფიკაცია მისცა დადგენილ ფაქტობრივ გარემოებებს (პალატა

³⁶ იქვე, 4.1.8.

³⁷ იხ., იქვე.

მიიჩნევს, რომ მოსარჩელის დარღვეული უფლების აღსადგენად გამოყენებული უნდა ყოფილიყო სამოქალაქო კოდექსის 54-ე და 976-ე მუხლები), რომლებიც სპეციალურ ხანდაზმულობის ვადებს არ ითვალისწინებს, ხოლო სარჩელი აღძრულია საერთო 10 წლიანი ხანდაზმულობის ვადაში, სარჩელი არ იყო ხანდაზმული.

4. გადაწყვეტილების ანალიზი

სასარჩელო მოთხოვნის საფუძვლიანობის შემოწმებისას, სასამართლო იკვლევს, თუ რამდენად ვლინდება სამართლებრივი და ფაქტობრივი გარემოებების ის ერთობლიობა, რომლებიც სასარჩელო მოთხოვნის ან მოთხოვნის გამომრიცხველი შესაგებლის წარმატებას განაპირობებს. ამ დროს სასამართლო ვალდებულია, განსაზღვროს მოთხოვნის ფარგლები (ისე, რომ არ გასცდეს მას), მოძებნოს დავის მომწესრიგებელი შესატყვისი სამართლის ნორმა (სპეციალური ან ზოგადი წესი) და დაადგინოს იმ გარემოებათა არსებობა/არარსებობა (ფაქტობრივი გარემოებები), რომლებიც ამ ნორმის გამოყენებისთვის აუცილებელ წინაპირობებს წარმოადგენენ. საკასაციო სასამართლომ არაერთ საქმეზე განმარტა³⁸, რომ „სასამართლოს უპირველესი ამოცანაა, დაადგინოს, თუ რას ითხოვს მოსარჩელე მოპასუხისაგან და რის საფუძველზე, ანუ რომელ ფაქტობრივ გარემოებებზე ამყარებს თავის მოთხოვნას. სასამართლომ მხარის მიერ მითითებული მოთხოვნის ფარგლებში უნდა მოძებნოს ის სამართლებრივი ნორმა (ნორმები), რომელიც იმ შედეგს ითვალისწინებს, რისი მიღწევაც მხარეს სურს. ამასთან, მოთხოვნის სამართლებრივ საფუძველად განხილული ნორმა (ან ნორმები) შეიცავს იმ აღწერილობას (ფაქტობრივ შემადგენლობას), რომლის შემოწმებაც სასამართლოს პრეროგატივაა და რომელიც უნდა განხორციელდეს ლოგიკური მეთოდების გამოყენების გზით, ანუ სასამართლომ უნდა დაადგინოს, ნორმაში მოყვანილი აბსტრაქტუ-

³⁸ იხ. საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2013 წლის 9 დეკემბრის განჩინება Nას-1529-1443-2012; საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2017 წლის 2 მარტის გადაწყვეტილება Nას- 664-635-2016.

ლი აღწერილობა რამდენად შეესაბამება კონკრეტულ ცხოვრებისეულ სიტუაციას და გამოიტანოს შესაბამისი დასკვნები³⁹. ის მხარე, რომელსაც აქვს მოთხოვნა მეორე მხარისადმი, სულ მცირე, უნდა უთითებდეს იმ ფაქტობრივ შემადგენლობაზე, რომელსაც სამართლის ნორმა გვთავაზობს. აქედან გამომდინარე, შეიძლება დავასკვნათ, რომ მოთხოვნის სამართლებრივი საფუძვლის რომელიმე ფაქტობრივი ნაწილის (სამართლებრივი წინაპირობის) არარსებობა გამორიცხავს მხარისათვის სასურველი სამართლებრივი შედეგის დადგომას.⁴⁰

წინამდებარე შემთხვევაშიც, მოხმობილი სასამართლო გადაწყვეტილების სამოტივაციო ნაწილი, სასარჩელო მოთხოვნის საფუძვლიანობის დასაბუთების თვალსაზრისით, ეყრდნობა საქმის ფაქტობრივი გარემოებებისა და საქმეზე წარმოდგენილი მტკიცებულებების ურთიერთშეჯერების შედეგად გამოკვეთილი სადავო გარიგების მართწინააღმდეგობის და ამორალურობის თაობაზე მსჯელობასა და ხანდაზულობის ნაწილში მოპასუხე მხარის შედავების პოზიციის დაუსაბუთებლობას, თუმცა არა სტანდარტული, განზოგადებული სასამართლო პრაქტიკით დამკვიდრებულ ქრილში, არამედ – **Contra Legem** – იმ კუთხით, რომ როდესაც სახელმწიფო მართლსაწინააღმდეგო ან ამორალური შინაარსის ქმედებით იძენს ქონებრივ სარგებელს სხვა პირის უფლების ხელყოფის ხარჯზე – ხანდაზმულობის ნიშნით მოთხოვნის უარყოფა დაუშვებელია, რაც თავისი შინაარსობრივი დატვირთვით სამართლიანი გადაწყვეტილების მიღების მცდელობაა, თუმცა მატერიალურსამართლებრივ ქრილში, რთულია იურიდიულ მეცნიერებაში მიჩნეული იმ აქსიომის უგულვებლყოფა, რომ სახელმწიფო სამოქალაქოსამართლებრივ ურთიერთობებში მონაწილეობს როგორც კერძო სამართლის იურიდიული პირი და აქვს იგივე უფლებები და ვალდებულებები, რაც სამართალურთიერთობის მონაწილე ნებისმიერ

³⁹ იხ., საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2022 წლის 18 იანვრის გადაწყვეტილება Nას-679-2021, 143.

⁴⁰ შეად., საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2020 წლის 13 მარტის განჩინება Nს-1263-2019.

მხარეს. შესაბამისად, სახელმწიფოსაც შეუძლია მიუთითოს ხანდაზმულობაზე, როგორც მოთხოვნის განხორციელების შემაფერხებელ გარემოებაზე. თბილისის საქალაქო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა კოლეგიის გადაწყვეტილებაში ხანდაზმულობის თაობაზე მსჯელობა კი, უპირველესად, ალბათ, სასარჩელო მოთხოვნის მატერიალური საფუძვლიდან გამომდინარე უნდა განხორციელებულიყო და დამატებით, ამის შემდეგ შესაძლოა ემსჯელა სასამართლოს სახელმწიფოს მხრიდან ხანდაზმულობაზე მითითების მორალურ ასპექტებთან დაკავშირებით. აღნიშნულს განამტკიცებს ისიც, რომ წინამდებარე დავაში ჩუქების ხელშეკრულების ბათილად ცნობის სამართლებრივი საფუძველი იყო სსკ-ის 54-ე, 976 და 979-ე მუხლები და რამდენადაც არსებობდა უცილოდ ბათილი გარიგება, მის მიმართ გამოყენებული ყოფილიყო ხანდაზმულობის საერთო, ათწლიანი ვადა, რაზეც ზემდგომი ინსტანციის სასამართლოებმა მართებულად გაამახვილეს ყურადღება.⁴¹

IV. დასკვნა

განხილული სასამართლო გადაწყვეტილებების მაგალითზე შეიძლება ითქვას, რომ პირველი ინსტანციის სასამართლომ საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 128-ე მუხლი განმარტა *Contra Legem* ინტერპრეტაციის მეთოდით. ამ დავის ფარგლებში სასამართლომ მიიჩნია, რომ სახელმწიფო ვერ ისარგებლებდა ამ ინსტიტუტზე მითითებით, რადგან მოსარჩელის სამართლებრივი პრეტენზია გულისხმობდა სახელმწიფოს მხრიდან მისი საკუთრების უფლების ხელყოფას სისხლისსამართლებრივი მექანიზმების გამოყენებით.

საგულისხმოა თბილისის სააპელაციო სასამართლოს მოხმობილი გადაწყვეტილების მსჯელობაც – „ხანდაზმულობის ინსტიტუტის სპეციფიკურობა იმაში მდგომარეობს, რომ სახელმწიფო,

⁴¹ დაწვრილებით იხ., საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატის 2016 წლის 25 მაისის გადაწყვეტილება №ას-225-215-2016.

როგორც კერძო-სამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტი, ჩვეულებრივ სარგებლობს ხანდაზმულობაზე მითითების უფლებით და სასამართლოს მხრიდან ამ უფლებაში ჩარევა განპირობებული უნდა იყოს ლეგიტიმური მიზნებით“, რაც მიმოხილულ შემთხვევაში ფაქტობრივად არ დადგინდა და შესაბამისად, სასამართლომ მიიჩნია, რომ სახელმწიფო, როგორც კერძოსამართლებრივი ურთიერთობის სუბიექტი, ჩვეულებრივ ისარგებლებდა ხანდაზმულობის უფლების გამოყენებით, რამდენადაც სახელმწიფოს მიმართ ყოველი ამგვარი აკრძალვა კონკრეტული შემთხვევის ფარგლებში შეფასების საგანია და უნდა ემსახურებოდეს მხოლოდ ლეგიტიმურ ინტერესებს.

საკვლევ საკითხთან მიმართებით საინტერესოა იურიდიულ ლიტერატურაში გამოთქმული მოსაზრებაც, რომ მოსამართლემ არ უნდა დაიცვას არაადამიანური კანონები, რომლებიც ეწინააღმდეგება სამართლიანობისა და მორალის შესახებ გაბატონებულ შეხედულებებს. განსაკუთრებულ შემთხვევებში მოსამართლემ უნდა იმოქმედოს კანონის წინააღმდეგ და სამართლიანობის სასარგებლოდ, თუ მოსამართლე მიმართავს **Contra Legem** განმარტებას, ის მოქმედებს კონსტიტუციის ფარგლებში, რამდენადაც არ დაურღვევია კონსტიტუციით განმტკიცებული სამართლის პრინციპები.⁴² ამ მოსაზრებიდან გამომდინარე, შეიძლება ითქვას, რომ განხილული საქმის ფარგლებში, ორივე ზედა ინსტანციის სასამართლოს მსჯელობის გათვალისწინებით, შეფასების საკითხი იყო თბილისის საქალაქო სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა გადანყვეტილებაში მოხმობილი სადავო მსჯელობა და არა თავად საქმეზე დამდგარი შედეგი. როგორც სააპელაციო, ისე საკასაციო სასამართლომ ხაზი გაუსვა სამოქალაქოსამართლებრივ ურთიერთობის ფორმასა და სარჩელის მატერიალურსამართლებრივ მოთხოვნას, სწორედ მოთხოვნის სამართლებრივი საფუძვლიდან ამოვიდა სააპელაციო სასამართლო ხანდაზმულობაზე მსჯელობისას და მიუთითა, რომ სარჩელი ხანდაზმული არ იყო, ანალოგიური მსჯე-

⁴² ხუბუა გ., განმარტება **Contra Legem**, ჟურნ. „სამართლის მეთოდები“, N2, 2018, 17.

ლიკა კობლაძე

ლობა განავითარა საქართველოს უზენაესი სასამართლოს სამოქალაქო საქმეთა პალატამაც, რომელმაც გაიზიარა სააპელაციო სასამართლოს შეფასება. მიუხედავად იმისა, თუ როგორ დასრულდა დავა საკასაციო სასამართლოში, უნდა აღინიშნოს, რომ თბილისის საქალაქო სასამართლოს მიერ კანონის **contra legem** განმარტების უფლების გამოყენება საკმაოდ გაბედული და წინგადადგმული ნაბიჯი იყო, რომელიც როგორც პრაქტიკული, ისე კვლევითი თვალსაზრისით, მნიშვნელოვანია ქართული სამართლის განვითარების საკმაოდ რთულ და წინააღმდეგობით აღსავსე გზაზე.

STATUTE OF LIMITATIONS, CONTRA LEGEM INTERPRETATION AND ONE INTERESTING DECISION FROM THE GEORGIAN CIVIL CASE LAW

Lika Kobaladze*

Abstract

“Contra Legem” is a Latin legal term and it is a different, oppositional interpretation of the norms established by the legislation in the country. In other words, this term is used in a specific legal context to discuss court decisions that appear to contradict or defy the laws governing a particular legal controversy.

The obligation to interpret the law Contra Legem, of course, due to its content, is not recognized by the legislation of any country (including Georgia), it can only be considered as an element of judge-made law, as courts are allowed to reach such decisions under certain circumstances, insofar as a judge has the right to use this form of explanation at his or her discretion if necessary.

The national legal space “Contra Legem” is not really pampered by explanations, moreover, Georgian judge-made law practically is not developed in this direction. One can only find distorted and non-standard explanations of the content of particular law norm in separate court decisions. The following is an analysis of just one such decision.

Key words: Statute of Limitations, Interpretation of Law, Contra Legem, Georgian Case Law.

* Ph.D. Candidate and Assistant at Sul Khan-Saba Orbeliani University.
orcid.org/0000-0003-1800-8185.