

სარჩევი

გასარიონ ზოიძე კონსტიტუციის ნორმების კონსტიტუციურობის შემოწმების პრობლემები	3
რაინერ არნოლდი კენონის უზენაესობის როლი საკონსტიტუციო სამართლის განვითარებაში	17
გიორგი მელაძე, კარლო მოდოლაძე კონსტიტუცია „ყველასათვის“ თუ „მცირერიცხოვან რჩეულთათვის“ — კონსტიტუციის შექმნის პრობლემები საქართველოში	26
ვახტანგ ნახვლიშვილი კონსტიტუციური ცვლილებები შესწორებების გარეშე: გვერდიშორისი კონსტიტუციონალიზმის გამოწვევა	34
ვახუშტი მენაბდე პოლიტიკის დასასრული საქართველოს უზენაესი სასამართლოს დაკომპლექტება — STATUS QUITO-სა და რეფორმის პერსპექტივების გარშემო არსებული სიღმის შესახებ	53
ლუი ფიფიაშვილი პირადი ცხოვრების საღმრთაბედობა პირადი ჩხრეკისას მოგიწევთ ტელეფონებთან მიმართებით	80
პოლუგანა ბაბაქი, ჯულიან პრეფრუტი და გიორგი შტინეროტარი შეღწევაში სამართლის მეთოდოლოგიის გამოყენება პრაქტიკაში პრაზიკონტისა და პრაქტიკა-მინისტრის უფლებამოსილებათა გადანიშნულება საქართველოში, სურათმეტყველება და გარემოება	99

კონსტიტუციის ნორმების კონსტიტუციურობის შემოწმების პრობლემები

შინაარსი

- I. კონსტიტუციური ნორმების განმარტება როგორც კონსტიტუციურობის შემოწმების გზა
- II. კონსტიტუციური შესწორებების პროცედურული კონტროლი
- III. კონსტიტუციურ ნორმათა შინაარსობრივი კონტროლი
 - III.1. კონსტიტუციური კანონი როგორც კონსტიტუციის ორგანული ნაწილი
 - III.2. ნორმათა იერარქიული ქვემდებარეობა
 - III.3. პრეცედენტების როლი კონსტიტუციის კონსტიტუციურობის შემოწმებაში

I. კონსტიტუციური ნორმების განმარტება როგორც კონსტიტუციურობის შემოწმების გზა

კანონში არსებული ხარვეზის დაძლევის ისტორიულად ნაცადი ხერხია მისი განმარტება. განმარტება გამოიყენება იქ, სადაც არსებობს განმარტების საგანი. ასეთი საგანი კი შეიძლება იყოს სამართლის ნორმა, რომლის შინაარსის შემეცნება შესაძლებელია. ასეთი შინაარსი კი ის არის, რომელშიც ქცევის გარკვეული წესია მოცემული. როცა განმარტების საგნიდან არ ჩანს მისი შინაარსი, ასეთი საგანი უშინაარსო საგანია. ვინაიდან საგნის სუბსტანციას მისი შინაარსი ქმნის, შინაარსის გარეშე ასეთი საგანი არარსებულად უნდა ჩაითვალოს. წარმოვიდგინოთ გარიგება, რომლის შინაარსი გაურკვეველია. ასეთი გარიგება ბათილი კი არ არის, არამედ საერთოდ არარსებულია. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 53-ე მუხლი ამბობს: „გარიგება არ არსებობს, თუ არც გარეგნული გამოხატვიდან და არც სხვა გარემოებებიდან არ შეიძლება ზუსტად დადგინდეს გარიგების შინაარსი“. მაშასადამე, არსებობს იურიდიულ-ტექნიკური ნიშნების მქონე სინამდვილე, რომელიც აღნიშნული ნაკლის გამო ვერ კვალიფიცირდება სამართლებრივ ღირებულებად. სამართლებრივი ღირებულება კი შეფასებაუნარიანი გარიგებაა, სულ ერთია იგი ნამდ-

ვილი იქნება თუ ბათილი. მსგავსი კატეგორიის სინამდვილის კონსტიტუციურობის შეფასებაც უსაგნო იქნება. მაგრამ ნორმატიულ სინამდვილეში ხშირია შემთხვევები, როცა ნორმის შინაარსი ისეა ჩამოყალიბებული, რომ იგი იძლევა მისი თანაბრად სხვადასხვაგვარად წაკითხვის შესაძლებლობას. სწორედ ამ შემთხვევაზე ვამბობთ, რომ განმარტების გზით ვერ დადგინდა ნორმის ნამდვილი შინაარსი. მაშასადამე, ნორმა მოკლებულია სიცხადის ნიშნებს, რაც მისი ერთმნიშვნელოვნად წაკითხვის აუცილებელი პირობაა. ამ შემთხვევაში შესაძლებელია ნორმის კონსტიტუციურობის შეფასება და თუ დადასტურდება მისი ასეთი ბუნება, იგი ჩაითვლება არაკონსტიტუციურად.

მაგრამ რა შეიძლება ჩაითვალოს ნორმაში არსებულად და რა არარსებულად? როცა ჩვენ ვცნობთ რაიმე საგნის არსებობას, ივარაუდება, რომ ჩვენ მას ვაღიარებთ ყველა იმ თვისება-განზომილებით, რაც ამ საგნის არსობას (სუბსტანციას) ქმნის. განსაკუთრებით ამკარაა ეს კონსტიტუციური ფასეულობების მიმართ. საქართველოს კონსტიტუციის 21-ე მუხლით აღიარებული და დაგენილია საკუთრების უფლება როგორც ადამიანის ძირითადი უფლება. თუკი ჩვენ, ჩვენივე კონსტიტუციიდან გამომდინარე, ვაღიარებთ ამ უფლების საყოველთაო ხასიათს, მაშინ მისი შინაარსის ბუნება, მოქმედების ფარგლებიც ამ ხასიათის ადეკვატურად უნდა გავიგოთ, როგორი ავტონომიური შეფასების სუვერენიტეტიც არ უნდა ვსარგებლობდეთ. საყოველთაო სამართლებრივი სარტყელი, რომელიც საკუთრების უფლებას აკრავს, ჩვენთვისაც სავალდებულო იქნება. მაშასადამე, როგორც ზემოთაც ითქვა, როცა ვაღიარებთ ამა თუ იმ სიკეთეს როგორც საზოგადოდ მიღებულ სიკეთეს, იგულისხმება, რომ ჩვენ ვაღიარებთ მისი არსის განმსაზღვრელ შინაარსს.

აღნიშნულთან დაკავშირებით გარკვეული მწირი პრაქტიკა დაგროვდა საკონსტიტუციო სასამართლოში. ერთ-ერთი პრეცედენტი ეხება საქართველოს კონსტიტუციის მე-14 მუხლის შინაარსის ინტერპრეტაციას. აქ შეიძლება ძველი პრეცედენტების ახლით ჩანაცვლება. მოცემული მუხლი განამტკიცებს ადამიანთა თანასწორობასა და დისკრიმინაციის დაუშვებლობას სხვადასხვა ნიშნის მიხედვით. კერძოდ, კონსტიტუციით აღიარებულია, რომ „ყველა ადამიანი დაბადებით თავისუფალია და კანონის წინაშე თანასწორია, განურჩევლად რასისა, კანის ფერისა, ენისა, სქესისა, რელიგიისა, პოლიტიკური თუ სხვა შეხედულებებისა, ეროვნული, ეთნიკური და სოციალური კუთვნილებისა, წარმოშობისა, ქონებრივი და წოდებრივი მდგომარეობისა, საცხოვრებელი ადგილისა“. ამ მუხლში გათვალისწინებულია დისკრიმინაციის ყველაზე მტკივნეული შემთხვევები, რამაც შეიძლება თავდაყირა დააყენოს თანასწორობის საყოველთაოდ აღიარებული ფასეულობა. საერთაშორისო-სამართლებრივი აქტებიც, რომლებშიც პირველად გაუღერდა ადამიანთა უფლებრივი თანასწორობა, ყურადღებას ძირითადად დისკრიმინაციის აღნიშნულ მიმართულებებზე ამახვილებენ. შეიძლება ითქვას, რომ კონსტიტუციის მე-14 მუხლი შეიცავს თანასწორობის იმ სტანდარტს, რაც ისტორიულად მკვიდრდებოდა ადამიანთა შორის ურთიერთობაში.

უნდა ვაღიაროთ, რომ დისკრიმინაციის ფუნდამენტური შემთხვევებით არ ამოიწურება დისკრიმინაცია, რაზეც მეტყველებს ადამიანთა თანასწორობის ის ცნება, რომელსაც გვთავაზობს ადამიანის უფლებათა და თავისუფლებათა ევროპული კონვენცია. კონვენციის მე-14 მუხლი დისკრიმინაციის ტრადიციული შემთხვევებით არ შემოიფარგლება და დაუშვებლად მიიჩნევს მას „სხვა ნიშნითაც“. მაგალითად, როგორიც არის დისკრიმინაცია შეზღუდული უნარიდან გამომდინარე, პროფესიული სტატუსის ან სამხედრო ჩინის მიხედვით¹. დისკრიმინაციის ფაქტებისადმი მეტაფიზიკური დამოკიდებულების ეგზისტენციურ-

¹ გიორგი ხუბუა, საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარები, გამომცემლობა „მერიდიანი“, თბილისი, 2005, მუხ. 14, გვ. 44.

თან შერწყმით კონვენცია ხდება ცოცხალი სამართლებრივი დოკუმენტი, რომლის ყოფიერებაც გაყინულ მდგომარეობაში კი არ არის, არამედ დროისა და ცხოვრების ცვალებადობასთან ერთად ვითარდება და იცვლება.

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოში დისკრიმინაციის ნორმის განმარტებასთან დაკავშირებით შესამჩნევია პრეცედენტების ცვალებადობა ევროკონვენციით მოაზრებული ფართო განმარტების მიმართულებით. სასამართლო თავდაპირველად კატეგორიულად გამორიცხავდა კონსტიტუციის მე-14 მუხლის ფართო განმარტებას და დისკრიმინაციის იმ შემთხვევებით შემოიფარგლებოდა, რა შემთხვევებიც იყო მასში გათვალისწინებული. ამ საკითხზე საგანგებოდ გაამახვილეს ყურადღება ახალგაზრდა მკვლევარებმა. მათი დაკვირვებით, სასამართლოს 2008 წლამდე პრაქტიკა მე-14 მუხლის განმარტებისას ძირითადად ემყარებოდა გრამატიკული განმარტების მეთოდს. ამას შედეგად მოსდევდა ის, რომ, თუ მოსარჩელის მიერ მითითებული დისკრიმინაციის შემთხვევა არ იქნებოდა მე-14 მუხლით გათვალისწინებული დისკრიმინაციის შემთხვევა, სარჩელი არ მიიღებოდა განსახილველად². საკონსტიტუციო სასამართლოს ერთ-ერთ განჩინებაში ნათქვამია: „საქართველოს კონსტიტუციის მე-14 მუხლში ჩამოთვლილია ის ნიშნები, რომელთა მიხედვითაც, დაუშვებელია ადამიანის დისკრიმინაცია. მოსარჩელებმა და მათმა წარმომადგენლებმა ვერ დაასაბუთეს სადავო ნორმების მიმართება კონსტიტუციის მე-14 მუხლით დაუშვებელი დისკრიმინაციის რომელიმე სახესთან, უფრო მეტიც, განმწესრიგებელ სხდომაზე მოსარჩელეთა წარმომადგენლებმა აღნიშნეს, რომ მოსარჩელებს საქართველოს კონსტიტუციის მე-14 მუხლში ჩამოთვლილი დისკრიმინაციის ნიშნებიდან არც ერთი არ შეეხებოდა“³. როგორც ვხედავთ, სასამართლო სიფრთხილეს იჩენს კონსტიტუციური ნორმის განმარტებისას და შემოიფარგლება დისკრიმინაციის იმ შემთხვევებით, რაზედაც საუბარია მე-14 მუხლში. ამ მუხლში რომ ყოფილიყო, კონვენციის მე-14 მუხლის ანალოგიურად, მითითება დისკრიმინაციის „სხვა ნიშანზე“, ცხადია, სასამართლო შეაფასებდა ყოველ კონკრეტულ შემთხვევას განმწესრიგებელ სხდომაზე და ასე გადაწყვეტდა საქმის არსებითად განსახილველად მიღება-არმიღების საკითხს.

გამოთქმა „სხვა ნიშანი“ სრულიად ლოგიკურად გვაფიქრებინებს, რომ დისკრიმინაციის ამომწურავი ჩამონათვალი შეუძლებელია. შესაძლებელია მისი მხოლოდ სანიმუშო ჩამონათვალი, როგორც ამას ფაქტობრივად აქვს ადგილი საქართველოს კონსტიტუციაში. კონვენცია აღნიშნული ჩამონათვამით დისკრიმინაციის შეფასებაში ტოვებს ღია კარებს და სასამართლოს მიანდობს ყოველი კონკრეტული შემთხვევის გამორკვევას. მიუხედავად იმისა, რომ „სხვა ნიშანი“ საქართველოს კონსტიტუციაში არ არის მითითებული, ნორმის განმარტებიდან შეგვიძლია ამოვიკითხოთ, რომ იგი არსებობს თავად დისკრიმინაციის, როგორც მოვლენის ბუნებიდან გამომდინარე. დისკრიმინაცია არ წარმოადგენს თანასწორობის ისეთ ანტიპოდს, რომელიც თავის თავს მხოლოდ რამდენიმე ტრადიციული შემთხვევით ამოწურავს. დისკრიმინაცია თავისი თვისობრივი განზომილებით შეუძლებელია მხოლოდ მკაცრად განსაზღვრული შემთხვევებით ქმნიდეს თავის ორგანიზმს. ე.წ. „ნუმერუს კლაუზას“ პრინციპით მიდგომა ავიწროებს იმ ფასეულობას, რომლის უარყოფაცაა დისკრიმინაცია და, შესაბამისად, მისი ნეგატიური დახასიათება.

² თეიმურაზ ტულუში, გიორგი ბურჯანაძე, გიორგი შშენიერაძე, გიორგი გოცირიძე, ვახუშტი მენაბდე, ადამიანის უფლებები და საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართალწარმოების პრაქტიკა, 1996-2012 წლების სასამართლო პრაქტიკა, თბილისი, 2013, გვ. 37-38.

³ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 18 მაისის №2/1-370,382,390,402,405 გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქეები ზაურ ელაშვილი, სულიკო მაშია, რუსუდან გოგია და სხვები და საქართველოს სახალხო დამცველი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“.

როცა შეუძლებელია მოვხაზოთ, თანასწორობის ყველა შესაძლო პოზიტიური მდგომარეობა, უნდა ვივარაუდოთ, რომ შეუძლებელია ამომწურავი იყოს მისი ნეგატიური მდგომარეობაც.

საკონსტიტუციო სასამართლოს ბოლოდროინდელი პრაქტიკა მხარს უჭერს კონსტიტუციის მე-14 მუხლის ფართო განმარტებას. სასამართლო აღნიშნავს: „...ამ მუხლში არსებული ნიშნების ჩამონათვალი, ერთი შეხედვით, გრამატიკული თვალსაზრისით ამომწურავია, მაგრამ ნორმის მიზანი გაცილებით უფრო მასშტაბურია, ვიდრე მხოლოდ მასში არსებული შეზღუდული ჩამონათვალის მიხედვით დისკრიმინაციის აკრძალვა... მხოლოდ ვიწრო გრამატიკული განმარტება გამოფიტავდა საქართველოს კონსტიტუციის მე-14 მუხლს და დააყენებდა მის მნიშვნელობას კონსტიტუციურსამართლებრივ სივრცეში“⁴. აქედან ჩანს, რომ საკონსტიტუციო სასამართლო ნორმის განმარტებას ახდენს ჰერმენევტიკული მეთოდის მომარჯვებით, რომლისთვისაც ამოსავალია ნორმის მიზანი. ნორმის მიზანი ნორმის მოქმედების ფარგლებს განსაზღვრავს. ამ შემთხვევაში მიზანი გაცილებით ფართოა, ვიდრე მასში არსებული ჩამონათვალი. სასამართლო ეგზისტენციურ დამოკიდებულებას უჭერს მხარს, როცა ამბობს, რომ კანონის წინაშე თანასწორობის უფლების დაცვის „...მასშტაბის დადგენა უნდა მოხდეს ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში“⁵. ეს უკვე სამართლის პრაქტიკული ყოფიერებაა. ეს იყო ერთ-ერთი გაბედული პრეცედენტი, როცა სასამართლო წარმოჩინდა კონსტიტუციური ნორმების ფართო ინტერპრეტაციის მხარდამჭერი. ამ ახალი პრეცედენტის გარეშე უეჭველად დადგებოდა კონსტიტუციაში ცვლილებების შეტანის აუცილებლობა დაგროვილი პრაქტიკული მოთხოვნილებებიდან გამომდინარე. ასეთი მიდგომით ჩვენ ვახდენთ კონსტიტუციის, როგორც უმაღლესი ნორმატიული აქტის ნორმატიული ორგანიზმის (სხეულის) სიჯანსაღის შენარჩუნებას. ეს აგვაცდენს ჩვენი კონსტიტუციის ხშირი ცვლილებების ობიექტად გახდომას.

მსურს მოვიტანო კიდევ ერთი პრეცედენტი, როცა სასამართლოს შეეძლო, კონსტიტუციის ნორმათა სისტემური განმარტების გზით, მიეღწია იმავე მიზნისათვის, რაც განხორციელდა ზემოაღნიშნული პრეცედენტის საფუძველზე. საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკაში დასტურდება შემთხვევა, როცა სასამართლო, იმ მიზნით, რომ, მისი აზრით, კონსტიტუციაში არსებული ხარვეზი დაძლიოს, მიმართავს შემოვლით გზებს და ინსტიტუციურ ფასეულობებს აყენებს ეჭვის ქვეშ. ერთ-ერთ საქმეში, რომელიც ცნობილია პროფკავშირების საქმის სახელწოდებით, სასამართლო კერძო პირის სარჩელის საფუძველზე არკვევს პროფკავშირების, როგორც იურიდიული პირის, საკუთრებაში ჩარევის კონსტიტუციურობის საკითხს იმ მოტივით, რომ იურიდიულ პირებს, სასამართლოს აზრით, კონსტიტუცია არ აძლევდა საკონსტიტუციო სასამართლოში სარჩელის შეტანის უფლებას. სასამართლო გადაწყვეტილებაში აღნიშნავდა: „...საკონსტიტუციო სასამართლოსათვის მიმართვის უფლება არ გააჩნია იურიდიულ პირს და იმ შემთხვევაში, თუ მოსარჩელები (ფიზიკური პირები – ბ. ზ.) ცნობილი არ იქნებიან უფლებამოსილ სუბიექტებად, საერთოდ დაუცველი რჩება მილიონობით ადამიანის უფლება“⁶. გამოდის, რომ ფიზიკურმა პირმა წარმოადგინა იურიდიული პირი. თუკი მოვახდენდით კონსტიტუციის ნორმების განმარტებას კონსტიტუციურ პრინციპზე დაყრდნობით, აღმოჩნდებოდა სრულიად სხვა სურათი. კერძოდ, ქრება მანიპულირების გამოყენების საჭიროება, ვინაიდან აღმოჩნდება, რომ იურიდიულ პირებს კონსტიტუციის 89-ე მუხლის „ვ“ ქვეპუნქტის ძველი რედაქციის განმარტებიდან გამომდინარე, გააჩნდა საკონსტიტუციო სასამართლოსადმი მიმართვის უფლება. ამჟამინდელი რედაქცია იტყობინება: „პირის სარჩელის

⁴ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2008 წლის 31 მარტის №2/1-392 გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქე შოთა ბერიძე და სხვები საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“.

⁵ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2011 წლის 18 მარტი №2/1/473 გადაწყვეტილება.

საფუძველზე იხილავს ნორმატიული აქტების კონსტიტუციურობას საქართველოს კონსტიტუციის მეორე თავით აღიარებული ადამიანის ძირითად უფლებებთან და თავისუფლებებთან მიმართებით“. ძველი რედაქციით „მოქალაქის სარჩელის“ საფუძველზე ხდებოდა საქმის განხილვა. რადგანაც მოქალაქე არ არის იურიდიული პირი, ამიტომ ჩათვალა სასამართლომ, რომ იურიდიულ პირებს არ ჰქონდათ აღნიშნული უფლება. სინამდვილეში სხვა სურათს მივიღებთ, თუ სისტემური განმარტების მეთოდს გამოვიყენებთ. მოცემული ნორმა უნდა განმარტებულიყო სხვა ნორმებთან ერთად, თუნდაც კონსტიტუციის 45-ე მუხლთან ერთად. ამ მუხლის თანახმად კი, „კონსტიტუციაში მითითებული ძირითადი უფლებანი და თავისუფლებანი მათი შინაარსის გათვალისწინებით, ვრცელდება აგრეთვე იურიდიულ პირებზე“. როცა ვაღიარებთ, რომ იურიდიული პირი არის საკუთრების ძირითადი უფლების მატარებელი, ამით ჩვენ ვაღიარებთ ამ უფლების დაცვის ყველა იმ საშუალებას, რაც გათვალისწინებულია ფიზიკურ პირებთან მიმართებით. არ არსებობს ძირითადი უფლება, რომლის დაცვაც არ ხდებოდა საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ. მაშასადამე, იურიდიულ პირებს მაშინაც ჰქონიათ საკონსტიტუციო სასამართლოსადმი მიმართვის უფლება, მიუხედავად იმისა, რომ 89-ე მუხლის „ვ“ ქვეპუნქტში მხოლოდ მოქალაქეზე იყო საუბარი (შემდგომ იგი შეიცვალა ტერმინით „პირი“). სასამართლოს მიერ კეთილშობილური მიზნის განხორციელებას შედეგად მოჰყვა ინსტიტუციური გაუგებრობა. მას შემდეგ, რაც სასამართლომ პროფკავშირების წევრები მიიჩნია პროფკავშირების ქონების თანამესაკუთრებად, ამით მან ერთმანეთში აურიო იურიდიული პირისა და მისი წევრების საკუთრება.

II. კონსტიტუციურ შესწორებათა პროცედურული კონტროლი

კონსტიტუციურ შესწორებათა კონტროლის მიმართ კონსტიტუციური მართლმსაჯულება უფრო ნაკლებად გაუცხოებულია, ვიდრე ამ შესწორებათა მატერიალური კონტროლისაგან. ეს განპირობებულია იმით, რომ პროცედურის კონტროლი აღიქმება წმინდა ფორმალური გარემოებების შემოწმების კონტროლად. კერძოდ, მოწმდება, დაცული იყო თუ არა კონსტიტუციური შესწორებების მიღების პროცედურა. პროცედურული ხარვეზის შედეგი კი ის იქნება, რომ კონსტიტუციური შესწორება ჩაითვლება არაკონსტიტუციურად. მნიშვნელობა არა აქვს ამ შემთხვევაში თავად შესწორების ფასეულობას. როგორი მაღალი ღირებულებისაც არ უნდა იყოს იგი, მაინც არაკონსტიტუციურად ჩაითვლება და პირიქით, როგორი გაუცხოებულიც არ უნდა იყოს ეს შესწორება კონსტიტუციისგან, ეს გავლენას ვერ მოახდენს შესწორების კონსტიტუციურობაზე. მოკლედ, პროცედურული კონტროლის საგანი თავად პროცედურის დაცვაა, იმისგან დამოუკიდებლად, ამ პროცედურაში ობიექტს რა წარმოადგენს. თვითონ პროცედურა წარმოადგენს კონსტიტუციურ ფასეულობას მასში მოაზრებული შინაარსით. ეს შინაარსი შეიცავს კანონმდებლობით გაწერილ ფორმალურ მოთხოვნებს, რომელთა დაცვაც სავალდებულოა კონსტიტუციურ შესწორებათა მიღებისას.

პროცედურული კონტროლის მიმართ სამართალში გამოკვეთილია სამი მიმართულება. ერთ შემთხვევაში ცალკეულ ქვეყნებში არსებობს პროცედურული კონტროლის კონსტიტუციით დადგენილი ნორმატიული უფლება. ამის მაგალითია თურქეთის კონსტიტუცია, რომლის 148-ე მუხლის თანახმად, საკონსტიტუციო სასამართლოს კონსტიტუციით აქვს მინიჭებული ფორმალური კონტროლის განხორციელების უფლებამოსილება. იმდენად შემოქმედებითად იყენებდა სასამართლო კონტროლის ამ გზას, რომ ზოგჯერ მასზე დაყრდნობით შესწორების მატერიალური კონტროლის პრეცედენტებს ქმნიდა. მე-

ორე შემთხვევაში, მართალია, საკონსტიტუციო სასამართლოებს კონსტიტუციით არ აქვთ პირდაპირ მინიჭებული ეს უფლებამოსილება, მაგრამ ისინი მაინც ახორციელებენ მას. მაგალითად, როგორიცაა გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო. უკრაინის, რუმინეთის, ბულგარეთისა და უნგრეთის საკონსტიტუციო სასამართლოებმაც მისცეს თავს უფლება, იგივენაირად მოქცეულიყვნენ. მესამე შემთხვევაში, საკონსტიტუციო სასამართლოები უარს ამბობენ კონსტიტუციური შესწორებების კონსტიტუციურობის განხილვაზე, ვინაიდან მათი ქვეყნის კონსტიტუციები არ შეიცავენ პირდაპირ მოთხოვნას ამ უფლებამოსილების შესახებ. ასეთი პოზიცია დაიცავა საფრანგეთის საკონსტიტუციო სასამართლომ⁶.

როგორც ვხედავთ, საკონსტიტუციო სასამართლოების გარკვეული ჯგუფი თავს უფლებას აძლევს, პრეცედენტების საფუძველზე შეავსოს საკუთარი ფუნქციური ხარვეზი. ნებისმიერ შემთხვევაში სასამართლოები კონსტიტუციას კი არ ემიჯნებიან, არამედ ეს უფლებამოსილება კონსტიტუციის განმარტებიდან გამოჰყავთ. პროცედურული დარღვევა იმდენად „ტექნიკური“ ხასიათისაა, რომ იგი არ მოითხოვს ნორმის ღირებულებით შეფასებას. ეს კი აადვილებს სასამართლოს ხელმისაწვდომობას, შეავსოს იგი იმის მიუხედავად, კონსტიტუციაში პირდაპირ არის თუ არა ასეთი უფლებამოსილება გათვალისწინებული. რა მოხდება, თუ სასამართლო დამოუკიდებლად არ ჩაერევა ამ საქმეში? წარმოვიდგინოთ, კონსტიტუციური კანონი ისე მიიღო პარლამენტმა, რომ არ დაიცვა მისი საყოველთაო სახალხო განხილვის წესი ან/და საკანონმდებლო ორგანოში კენჭისყრის წესი. გახდება კი ასეთი კანონი კონსტიტუციის ნაწილი? ცხადია, ვერ გახდება და ეს უნდა დადგინდეს საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ. კონსტიტუციის ნაწილი ხდება ის, რაც კონსტიტუციითან თავსებადი და შერწყმადია, ამ შემთხვევაში პროცედურული მოთხოვნების დაცვით მიღებული კანონი. სხვაგვარად, ფორმის დაუცველად მიღებული კანონი გაუცხოებული იქნება კონსტიტუციის ფორმალური კონსტიტუციურობისაგან. კონსტიტუცია, როგორც ძირითადი კანონი, ფასეულობაა როგორც ფორმის, ისე შინაარსის თვალსაზრისით. გარკვეული წესით დადგენილი ფორმა (პროცედურული სხეული) კონსტიტუციის შინაარსობრივი კონსტიტუციურობის განმსაზღვრელია.

რაც შეეხება ქართულ კანონმდებლობას, ამ საკითხზე საკონსტიტუციო სასამართლომ გამონატა თავისი პოზიცია საქმეში „საქართველოს მოქალაქეები – ირმა ინაშვილი, დავით თარხან-მოურავი, იოსებ მანჯავიძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“ 2013 წლის 5 თებერვლის გადაწყვეტილებაში (№1/1/549). საკონსტიტუციო სასამართლო ფაქტობრივად დასაშვებად მიიჩნევს პროცედურული კონტროლის შესაძლებლობას, საქართველოს კონსტიტუციისა და „საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ“ ორგანული კანონის ნორმებიდან გამომდინარე. საქართველოს კონსტიტუციის 89-ე მუხლში, რომელშიც საუბარია საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს ფუნქციებზე, არ არის პირდაპირ გათვალისწინებული საკონსტიტუციო სასამართლოს ფუნქცია კონსტიტუციური ცვლილებების კონსტიტუციურობის შემოწმებასთან დაკავშირებით, თუმცა ამავე მუხლის „ზ“ ქვეპუნქტი საკონსტიტუციო სასამართლოს უფლებას აძლევს, განახორციელოს ორგანული კანონით გათვალისწინებული სხვა უფლებამოსილებანი. ეტყობა, ამაზე დაყრდნობით, „საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ“ ორგანული კანონის მე-19 მუხლის პირველი პუნქტის „ა“ ქვეპუნქტი საკონსტიტუციო სასამართლოს უფლებას აძლევს, შეამოწმოს საკანონმდებლო აქტების მიღების/გამოცემის, ხელმოწე-

⁶ Лех Гарлицкий, Зофия А. Гарлицкая, Неконституционные поправки к конституции: существует ли проблема и найдется ли решение? Сравнительное конституционное обозрение, №1 (98), 2014, гг. 90-91.

რის, გამოქვეყნებისა და ამოქმედების შესაბამისობა საქართველოს კონსტიტუციასთან. საკანონმდებლო აქტებს მიეკუთვნება კონსტიტუცია. კონსტიტუციური ცვლილებების საკითხი მოწესრიგებულია კონსტიტუციის 102-ე მუხლით, რომელიც ეხება კონსტიტუციის გადასინჯვას. ამდენად, სასამართლომ ორგანული კანონით გათვალისწინებული უფლებამოსილება კონსტიტუციურ ცვლილებებთან დაკავშირებით შეიძლება შეაფასოს კონსტიტუციის 102-ე მუხლთან მიმართებით. თავად 102-ე მუხლი კი წარმოადგენს საფუძველს, კონსტიტუციის 89-ე მუხლით გათვალისწინებულ „სხვა უფლებამოსილებებში“ ვივარაუდოთ ორგანული კანონით გათვალისწინებული აღნიშნული უფლებამოსილება.

აქედან გამომდინარე, სრულიად ლოგიკურია, სასამართლოს პოზიცია, რომ შესაძლებელია, საკონსტიტუციო სასამართლომ „დაადგინოს, რამდენად იყო დაცული კონსტიტუციური კანონის მიღების კონსტიტუციით გათვალისწინებული წესი“, რისი საფუძველიც შეიძლება იყოს კონსტიტუციის გადასინჯვის აღნიშნული შემთხვევა⁷. ამასთან, სასამართლოს აზრით, ბუნდოვანია კანონმდებლობაში ამ უფლებამოსილებების განხორციელებას რა შედეგები მოჰყვება. უნდა ვივარაუდოთ, რომ აქაც იგივე შედეგები დადგება, რაც დგება სხვა საკანონმდებლო აქტების კონსტიტუციურობის შეფასებისას. ორგანული კანონის 23-ე მუხლის პირველი პუნქტის თანახმად, აღნიშნულ შემთხვევებში მოხდება არაკონსტიტუციურად ცნობილი აქტის ძალადაკარგულად ცნობა. ამისათვის ხელისშემშლელი ვერ იქნება ის, რომ კონსტიტუციური კანონი კონსტიტუციის ნაწილი ხდება. პროცედურული არაკონსტიტუციურობა საფუძველს აცლის კონსტიტუციის ერთიანი ორგანიზმის ნაწილად მის გახდომას.

შეიძლება დასკვნის სახით ვთქვათ, რომ კონსტიტუციური ცვლილებების კონსტიტუციურობის შემოწმება ქართულ სინამდვილეში შეიძლება ჩაითვალოს საკონსტიტუციო სასამართლოს, კონსტიტუციიდან არაპირდაპირ გამომდინარე, ნორმატიულ უფლებად, რომელიც განმტკიცებულია ორგანული კანონით.

III. კონსტიტუციურ ნორმათა შინაარსობრივი კონტროლი

III.1. კონსტიტუციური კანონი როგორც კონსტიტუციის ორგანული ნაწილი

პროცედურული კონტროლის შესწავლამ აჩვენა, რომ კონსტიტუციის სხეული არ არის მისგან გაუცხოებული ნორმების „თავშესაფარი“. ნებისმიერი ნორმა, თავისი კონსტიტუციური უფლებაუნარიანობით, ხდება კონსტიტუციის ნაწილი. კონსტიტუცია სისტემურად, იდეურად, ლოგიკურად შეკრული ორგანიზმია, რომლის ნორმებიც ერთმანეთთან მიზეზშედეგობრივად არიან დაკავშირებული, იმის მიუხედავად, რა ფუნქციური დატვირთვა გააჩნიათ ამ ნორმებს. ცხადია, ყველა ნორმა ვერ იქნება ერთმანეთთან ერთნაირ მიმართებაში. ამ შემთხვევაში მნიშვნელოვანია ერთი გვარის შიგნით ნორმების ურთიერთდამოკიდებულება. სისტემური და ორგანული ერთიანობა არა მარტო კონსტიტუციის, არამედ მთელი საკანონმდებლობის დამახასიათებელი თვისებაა. აქაც საკანონმდებლო ცვლილებები ხდება ნორმატიული აქტის ორგანული ნაწილი. კანონის ნორმა ავტონომიური სახით არსებობს. მიუხედავად ამისა, სისტემის შიგნით მისი არსებობის გამართლებას საფუძველი აქვს, ჯერ ერთი, მაშინ, როდესაც ნორმა თვისობრივად წარმოადგენს კონსტიტუციურ ფასეულობას და მეორეც, კონსტიტუციაში მისი შეტანით ყალიბ-

⁷ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2013 წლის 5 თებერვლის განჩინება №1/1/549 საქმეზე საქართველოს მოქალაქეები ირმა ინაშვილი, დავით თარხან-მოურავი და იოსებ მანჯავიძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.

დება ერთიანი ორგანული სისტემა, როგორც მთლიანი ფასეულობა. თუ ამ თვისებებს იქნება მოკლებული ნორმა, მაშინ ეს გამოიწვევს მთელი სხეულის სიცოცხლისუნარიობას. აქედანაც ნათელი ხდება ის ფაქტი, რომ შეფასებაუნარიანი შეიძლება იყოს კონსტიტუციის თითოეული ნორმა. ის, რაც ძალაში შესვლამდე ფასდებოდა, შეიძლება შეფასდეს ძალაში შესვლის შემდეგაც. მაგრამ რა შეიძლება იყოს შეფასების საზომი მიმდინარე კანონმდებლობისათვის? ასეთია კონსტიტუცია. როცა კონსტიტუციის ნორმა შეფასდება, ასეთი საზომი შეიძლება იყოს მთელი კონსტიტუცია ან მისი რომელიმე ნორმა. ამ კითხვას პასუხი რომ გავცეთ, ჯერ სხვა კითხვებს უნდა ვუპასუხოთ.

III.2. ნორმათა იერარქიული ქვემდებარეობა

ნორმათა იერარქიული ქვემდებარეობა წმინდა ფორმალურ მომენტზეა დამყარებული და ჰარმონიული ნორმატიული წესრიგის მნიშვნელოვანი გარანტიაა. ამ ქვემდებარეობის საფუძველს ქმნის კონსტიტუცია და მის საფუძველზე მიღებული კანონი „ნორმატიული აქტების შესახებ“. იერარქიულობით სათავეში დგას კონსტიტუცია და მის შემდეგ მოდის, რანგის მიხედვით, ყველა სხვა ნორმატიული აქტი. ქვემდებარეობის ამ სისტემის დაფუძნებაში, გარდა კონსტიტუციისა, შინაარსობრივი (თვისებრივი) მომენტი არ თამაშობს გადამწყვეტ როლს. კონსტიტუცია უმაღლესი რანგის აქტს წარმოადგენს არა მარტო იმიტომ, რომ განსხვავებულია მისი მიღების პროცედურა, არამედ იმიტომაც, რომ იგი თვისებრივად, ღირებულებითი აზრით წარმოადგენს ყველაზე სრულფასოვან ნორმატიულ აქტს. ამ თავისებურებების გამო, იგი ყველა ნორმატიული აქტის საფუძველია. ეს გარემოება განსაკუთრებულ მნიშვნელობას ანიჭებს კონსტიტუციური ნორმების შემუშავებას გარკვეული აღიარებული სტანდარტების დაცვით.

ნორმატიული აქტების ფორმალური იერარქიული წესრიგის მიმართ ბოლო ხანებში შეინიშნება მათი შინაარსობრივი ელემენტების წინა პლანზე წამოწევა. ამას შეიძლება შინაარსობრივი იერარქია ვუწოდოთ, რასაც ნორმატიული სივრცე არ იცნობს. ეს ღირებულებითი იერარქია შეინიშნება ადამიანის უფლებათა დაცვის სივრცეში. წარმოვიდგინოთ, რომ ეროვნული კანონმდებლობა ადგენს ადამიანის უფლების დაცვის უფრო მაღალ სტანდარტს, ვიდრე ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია. კონსტიტუციის მე-6 მუხლიდან გამომდინარე, მას ექნება უპირატესი იურიდიული ძალა და უფრო დაბალი სტანდარტი იქნება გამოსაყენებელი, მაგრამ გონივრული იქნება იმისი მტკიცება, რომ ამ კონკრეტულ შემთხვევაში გამოყენებულ იქნეს საქართველოს კანონმდებლობა. მაგრამ ეს აზრიც ხომ კონსტიტუციიდან უნდა გამომდინარეობდეს? უნდა ვივარაუდოთ, რომ კონსტიტუციის მე-7 მუხლი იქნება ამის საფუძველი. ე. ი., თუ დავუშვებთ კონსტიტუციის კონსტიტუციურობის შემოწმებას, ეს უნდა მოხდეს ისევ კონსტიტუციის მეშვეობით. ერთგვარი პარადოქსია, როცა შეფასების საგანი და შეფასების საშუალება (იარაღი) ერთი და იგივე აქტია. ეს მხოლოდ მაშინ იქნება შესაძლებელი, თუ დავუშვებდით კონსტიტუციის შიგნით იერარქიულობას. ამ საკითხზე საკონსტიტუციო სასამართლომ დააფიქსირა უარყოფითი პოზიცია. სასამართლოს აზრით, „საკონსტიტუციო სასამართლო ნორმატიული აქტების შესაბამისობას კონსტიტუციასთან, როგორც ერთიან, თანაბარი მნიშვნელობის მქონე ნორმების ერთობლიობასთან ახდენს“⁸. ეს დებულება სწორია, მაგრამ საჭოჭმანო. კონსტიტუციურ ნორმათა ერთიანობა ეს არის ავტონომიური ხასიათის ნორმების ერთობლიობა, რომელიც სისტემურად, ორგანულად, აქსიომატურად ქმნის ერთ მთლიანობას. როცა ჩვენ ვაფასებთ რომელიმე ნორმის კონსტიტუციურობას, პირველ რიგში, მას კონსტიტუციის რომელიმე ნორ-

⁸ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2013 წლის 5 თებერვლის განჩინება №1/1/549 საქმეზე – საქართველოს მოქალაქეები ირმა ინაშვილი, დავით თარხან-მოურავი და იოსებ მანჯავიძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.

მასთან მიმართებით ვაფასებთ, ნორმასთან, რომელიც ერთიანი ორგანიზმის ნაწილია. რაც შეეხება კონსტიტუციური ნორმების თანაბარ სამართლებრივ მნიშვნელობას, ესეც დაცულია. მაგრამ, იმავდროულად, კონსტიტუციაში ნორმათა ერთმანეთთან მიმართების ორი შემთხვევა შეიძლება ამოვივითხოთ: ერთი, როცა ადგილი აქვს ნორმათა შორის კოლიზიას. ასეთ შემთხვევაში ეს საკითხი წყდება ერთ-ერთი ნორმის სასარგებლოდ და არ დგას საკითხი მათი კონსტიტუციურობის შესახებ. მეორე შემთხვევაში მიმართება კოლიზიის ჭრილში კი არ გვაქვს, არამედ ნორმების გარკვეული ჯგუფი ქმნის კონსტიტუციის ხერხემალს და ცალკეული ნორმები დეტერმინირებულია ამ ნორმებით. ასეთია ნორმები ადამიანის ძირითად უფლებათა შესახებ. ძირითადი უფლების განხორციელების გენერალური ნორმა, კერძოდ, კონსტიტუციის მე-7 მუხლი იტყობინება, რომ „სახელმწიფო ცნობს და იცავს ადამიანის საყოველთაოდ აღიარებულ უფლებებსა და თავისუფლებებს, როგორც წარუვალ და უზენაეს ადამიანურ ღირებულებებს. ხელისუფლების განხორციელებისას ხალხი და სახელმწიფო შეზღუდული არიან ამ უფლებითა და თავისუფლებებით, როგორც უშუალოდ მოქმედი სამართლით“. ხალხისა და ხელისუფლების შეზღუდვა ძირითადი უფლებებით, თავის თავში მოიცავს შეზღუდვას საკანონმდებლო ნების ფორმირების პროცესშიც. დაუშვებელია, ხელისუფლების დანაწილებისას კომპეტენციები ისე განისაზღვროს, რომ ამან საფრთხე შეუქმნას ძირითად უფლებებს, მნიშვნელობა არ აქვს მიმდინარე კანონმდებლობის დონეზე მოხდეს ეს თუ კონსტიტუციის დონეზე. მით უფრო მიუღებელია ეს, თუ კონსტიტუციაში იქნება ძირითად უფლებასთან დაპირისპირება. წარმოვიდგინოთ, რომ საქართველოს კონსტიტუციაში ყოფილიყო ნორმა, რომელიც აუკრძალავდა უცხოელს სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მიწის ნაკვეთის შეძენას საკუთრებაში. თუ ეს არ შეფასდებოდა კონსტიტუციის 21-ე მუხლთან მიმართებით, მაშინ რას მივიღებდით შედეგად ჩვენი ბოლოდროინდელი პრაქტიკის ფონზე. მივიღებდით უფლების დამოკიდებულებას წმინდა ფორმალურ მომენტზე. თუ მიმდინარე კანონით აკრძალვოდა ეს უფლება, ეს აკრძალვა არაკონსტიტუციურად ჩაითვლებოდა და სინამდვილეშიც ასე მოხდა. მაგრამ, თუ აკრძალვა კონსტიტუციური ნორმით იქნებოდა, მაშინ არ გაუქმდებოდა და იგი კონსტიტუციურად ჩაითვლებოდა. ე. ი. ერთ სინამდვილეზე დაიწერებოდა ერთმანეთის სრულიად საპირისპირო მოტივაცია. ერთით დამტკიცდებოდა, რომ უცხოელს უნდა ჰქონოდა აღნიშნული უფლება, მეორე კი იტყოდა, რომ არ უნდა ჰქონოდა. რა გამოდის? სამართალი ფორმალურად თუ შინაარსი? ფორმა უნდა მოერგოს შინაარსს თუ შინაარსი ფორმას? სამართალი ფორმის გარეშე არ არსებობს, მაგრამ ფორმა შინაარსის ადეკვატური უნდა იყოს, ვინაიდან განსაზღვრულია შინაარსით. რა დონის ნორმატიული აქტივ არ უნდა ავიღოთ, მისი ფორმა აუცილებლად ნორმის შინაარსის ადეკვატური უნდა იყოს. ავიღოთ ელემენტარული მაგალითი: მოძრავი ნივთის შეძენა გადაცემით ხდება, უძრავისა – გარიგების რეესტრში რეგისტრაციის წესით. რატომაა განსხვავება? იგი ძირითადად განპირობებულია უძრავი ქონების განსაკუთრებული შინაარსობრივი დატვირთვით, მისი განსაკუთრებული ფასეულობით. მოკლედ, ურთიერთობის მატერიალური შინაარსია ამოსავალი სამართლის არსში და არა მისი ფორმალური მხარე. გამოდის, რომ აღნიშნული ლოგიკით შეიძლება ამკრძალავი ნორმის კონსტიტუციურობა.

ნორმა კონსტიტუციური ნორმაა არამარტო იმიტომ, რომ იგი კონსტიტუციის ნაწილია ფორმალურად და ცალკე ნორმის სახითაა მოცემული. ასეთი მიდგომა იქნება წმინდა პოზიტივიზმი. კონსტიტუცია ნორმების ღირებულებითი სისტემაა. ეს თუ აკლია ნორმას, საეჭვოა, ის ჩაითვალოს კონსტიტუციურად, მაგრამ როგორ უნდა გავარკვიოთ ეს?

ძირითადი უფლებები ადამიანის ბუნებითი უფლებებია და დაუშვებელია მისი დაძლევა იურიდიული ფორმალიზმით. ისინი, როგორც ადამიანის პიროვნულობის განმსაზღვრელი ფასეულობები, ზეკონსტი-

ტუციური ხასიათისაა და ავალდებულებს თავად კონსტიტუციას, რომელიც წარმოადგენს მათი გამოვლინების პოზიტიურ სამართლებრივ საშუალებას. სულაც რომ არ მოხდეს ამ ფორმით მათი გამოხატვა, ისინი მაინც იარსებებენ. ვიდრე არსებობს ადამიანი როგორც სამართლის სუბიექტი, მასთან ერთად არსებობს მისი ძირითადი უფლებები. აქედან ჩანს, რომ ეს უფლებები არ წარმოადგენენ პოზიტიურ სამართლებრივი მართლწესრიგის შედეგს. ეს მართლწესრიგი იქმნება უფლებების გარანტიისთვის. წარმოვიდგინოთ, რომ კონსტიტუციაში არა გვაქვს 21-ე მუხლი, რომელიც ეხება საკუთრების ძირითადი უფლების დაცვას. ექნება კი ჩვენი ქვეყნის მოქალაქეს მოცემული უფლება? რა თქმა უნდა, ექნება, ვინაიდან ეს უფლება არაპოზიტიურ ფორმაში მაინც იარსებებს. ასევე ექნება მიმდინარე კანონმდებლობა, რომელიც მოაწესრიგებს ამ უფლების გამოყენების წესს. ამიტომ შეცდომაა, სასწაულმოქმედი როლი მივანიჭოთ ფორმალურ მომენტებს. ძირითადი უფლებები ადამიანზეა შეზღუდული. ამიტომაც უკავშირდება იგი მის პიროვნულობას, სუბიექტურობას. ეს გარემოება გვაფიქრებინებს ძირითადი უფლებების პრიორიტეტულ (რანგირებულ) მდგომარეობას სხვა ინსტიტუტებთან შედარებით.

აღნიშნული ხაზი ჩანს როგორც განვითარებული, ისე განვითარებადი ქვეყნების კონსტიტუციებიდან. ყველაზე შთამბეჭდავი შეფასებები ძირითადი უფლებებისა იმ ქვეყნებშია, რომლებიც ჯერ კიდევ ვერ გამოსულან საბჭოთა სამართლის გავლენიდან. მაგალითად, ბელორუსიის კონსტიტუციის მე-2 მუხლში აღნიშნულია: „ადამიანი, მისი უფლებები, თავისუფლებები და მათი რეალიზაციის გარანტიები წარმოადგენს უმაღლეს ფასეულობებს და საზოგადოებისა და სახელმწიფოს მიზანს“. რუსეთის ფედერაციის კონსტიტუციის მე-17 მუხლით აღიარებულია უფლებების ბუნებითი ხასიათი. მე-18 მუხლში კი ნათქვამია: „ადამიანის ძირითადი უფლებები და თავისუფლებები უშუალოდ მოქმედებენ. ისინი განსაზღვრავენ კანონების არსს, შინაარსსა და გამოყენებას, საკანონმდებლო და აღმასრულებელი ხელისუფლებისა და ადგილობრივი თვითმმართველობის საქმიანობას და უზრუნველყოფილია მართლმსაჯულებით“. იმის მიუხედავად, რეალურად როგორია ამ უფლებებისადმი დამოკიდებულება, მათი ფორმალური კონცეფცია შთამბეჭდავია!

შეიძლება ითქვას, რომ ძირითადი უფლებებით შეზოგადებულია სახელმწიფო და მთელი კანონმდებლობა, კონსტიტუციის ჩათვლით, ვინაიდან ისინი არსებობენ არაპოზიტიური მართლწესრიგის სივრცეში. ამიტომაც, შეუძლებელია პოზიტიური მართლწესრიგით მათი გაუქმება (დაძლევა). საკონსტიტუციო სასამართლოს აზრით, დაუშვებელია ძირითადი უფლებების არსის კონსტიტუციითვე დაძლევა⁹, ვინაიდან ფასეულობათა კონსტიტუციური სისტემა დაფუძნებულია „ძირითადი უფლებების პრიორიტეტისა და პატივისცემაზე“. ძირითადი უფლებების ბუნებითი ხასიათი განაპირობებს მის განსხვავებულ „უფლებრივ“ მდგომარეობას კონსტიტუციის ერთიან ორგანიზმში. გამოდის, რომ ძირითადი უფლებების განმსაზღვრელი ნორმა კონსტიტუციის კონსტიტუციურობის განმსაზღვრელია. ყველა ინსტიტუტის დანიშნულება ძირითადი უფლებების მსახურებაშია. ძირითადი უფლება ავალდებულებს ყველას, თვით მის მატარებელსაც.

III.3. პრეცედენტების როლი კონსტიტუციის კონსტიტუციურობის შემოწმებაში

თანამედროვე სამართალში დიდია სასამართლო პრეცედენტების როლი. სამართალგანვითარება წარმოუდგენელია სასამართლოს აქტიურობის გარეშე. ეს განპირობებული უნდა იყოს სამოქალაქო ცხოვ-

⁹ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2010 წლის 28 ივნისის გადაწყვეტილება №1/466 საქმეზე – საქართველოს სახალხო დამცველი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.

რების არნახული მრავალფეროვნებით. შეუძლებელია პოზიტიურმა სამართალმა მხარი აუბას ყველა იმ გამოწვევას, რის წინაშეც დგება ჩვენი საზოგადოება. კანონმდებელს ვერ ექნება იმის პრეტენზია, რომ სწორად (ცხადად) განჭვრიტოს მომავლის ყველა დეტალი და ისეთი მოწესრიგება შემოგვთავაზოს, რომელიც დროის ცვლილებებს გაუძლებს. ეს მით უფრო შეუძლებელია დღევანდელ, ახალ-ახალი სიურპრიზებით სავსე ცხოვრებაში. ამ ყველაფერმა გასაქანი მისცა სამართალში ეგზისტენციურ მიდგომას, რაც გულისხმობს უზომოდ დანაწევრებული ურთიერთობების მომწესრიგებელი ავტონომიური სამართლის აღიარებას. თანამედროვე ცხოვრება გვთავაზობს სამართლის ფართოდ დანაწევრებული და დამოუკიდებელი (ავტონომიური) შედეგების ერთიანობას. ეს მიდგომა სამართლიანი გადაწყვეტილების მიღების ყველაზე რაციონალური გზაა. ეს არ არის სამართლის, როგორც გარკვეული, ზოგადი თვისებრიობის მქონე ფენომენის უარყოფა, პირიქით, ესაა სამართლის, როგორც ზოგადი ბუნების მქონე ფასეულობაში (სარკეში) სამართლის მკაცრად ინდივიდუალური თვისებრიობის წარმოჩენა (შემეცნება). სხვა სიტყვებით, სამართალიც იმავე მდგომარეობაში ვარდება, რა მდგომარეობაშიც ვიმყოფებით თითოეული ჩვენგანი. თითოეული ადამიანი ინდივიდუალურია და რაც უფრო მეტად იქნება გათვალისწინებული ეს, მისი როგორც საზოგადოების წევრის შეფასებაში, მით უფრო ნაკლებად იქნება იგი გაუცხოებული საზოგადოებისაგან.

სამართლის ამ მდგომარეობას აფუძნებს სასამართლო პრეცედენტები. ეს არ არის მარტო წმინდა განმარტების გზა. სასამართლოები ამ პროცესში ფაქტობრივად „ქმნიან“ ახალ ნორმებსაც, რომლებიც არ არის პირდაპირ ასახული კანონმდებლობაში. მაგალითად, საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის მე-4 მუხლის თანახმად, მოსამართლეს არ აქვს უფლება, უარი თქვას მართლმსაჯულების განხორციელებაზე იმ მოტივით, რომ „სამართლის ნორმა არ არსებობს“. კანონმდებელს აქ მხედველობაში აქვს პოზიტიური სამართლის ნორმა, რომელიც შეიძლება ყოფილიყო კოდექსის ცალკეულ მუხლებში, მაგრამ თუ ნორმა არ არსებობს, რის საფუძველზე უნდა გადაწყდეს საკითხი? მოსამართლე ამ შემთხვევაში მიმართავს სამართლის ანალოგიას. სამართლის ანალოგია გულისხმობს, ასევე გარკვეული ნორმის გამოყენებას, რომელიც გამოდინარეობს კოდექსით გათვალისწინებული სადამფუძნებლო ფასეულობებიდან. მოკლედ, ისეთ ნორმას მივადევით, რომელიც თან არ არსებობს და თან არსებობს. ნორმა კი შეიძლება არ არსებობდეს ერთ ფორმაში, მაგრამ არსებობდეს მეორე ფორმაში. სასამართლო ნორმის არარსებობის ფორმებს იძიებს და თუ იგი არც ერთ ფორმაში არ არსებობს, მაშინ მან ან თავად უნდა შექმნას ასეთი ნორმა, ან უარი თქვას მართლმსაჯულების გამოყენებაზე. ამ კონკრეტულ ვითარებაში, ნორმა, რომელიც შეიძლება არარსებულად მივიჩნიოთ, წარმოადგენს იმ სამართლებრივ სარტყელს, რომელიც ორგანულად აკრავს სამოქალაქო კოდექსს და, ამასთან, მის გარეთაც არსებობს, დამოუკიდებელი ფასეულობის სახით, მკაცრად არაპოზიტიურ ფორმაში. ამიტომაც, გადაწყვეტილების მიღებისას კარგად უნდა გავარკვეოთ, მოცემული ნორმა კოდექსის „მოსასხამს“ წარმოადგენს თუ მის გარეთ არსებულ ფასეულობათა „თანავარსკვლავედს“.

მთელი ჩემი ამ მსჯელობის მიზანი მდგომარეობს იმაში, რომ სასამართლომ შეძლოს პოზიტიური სამართლის ორბიტის გარღვევა და სამართლის მეტაფიზიკურ სივრცეში ეძებოს პასუხები იმაზე, რაზედაც პირდაპირ არ პასუხობს მოქმედი კანონმდებლობა. თუ ჩვენ ვრჩებით იმ აზრის ერთგული, რომ ყოველივე, რაც კანონმდებლობაშია მოცემული, ჯერ კანონმდებლობის გარეთაა და ემორჩილება ღირებულებათა საყოველთაო წესრიგს, ასეთ შემთხვევაში თუ შევძლებთ კანონმდებლობაში ამოვიკითხოთ ი რაც მის გარეთაა და რითაც შეზოჭილია (უნდა იზოჭებოდეს) ეს კანონმდებლობა, მაშინ ჩვენ არც ამ კანონმდებლო-

ბიდან გავდივართ. უბრალოდ, მას ვიმეცნებთ იმ ფასეულობათა ჭრილში, რაც განსაზღვრავს მის ბუნებას. მთავარია, ჩვენ სწორი პასუხი გავცეთ კითხვას, რაც არის, როგორი უნდა იყოს და რამდენად გვიბიძგებს ამისკენ ის, რაც არის. მოკლედ, ჩვენ უნდა შევძლოთ არა მარტო გარეგანი მეტაფიზიკური ვალდებულების (მოთხოვნების) დანახვა, არამედ შინაგანი ვალდებულების (მოთხოვნების) დანახვაც. ამ უკანასკნელ შემთხვევაში უფრო მეტადაა ხელ-ფეხი გახსნილი სამოსამართლეო აქტივიზმისათვის.

ფუნქციურობის პოზიციიდან აღნიშნულის შეფასება დამოკიდებულია იმაზე, თუ რა როლს ვანიჭებთ ჩვენს სასამართლოს მართლმსაჯულებისა თუ საკონსტიტუციო კონტროლის განხორციელებაში. ის სადემარკაციო ხაზი, სადაც გადის სასამართლოს თვითშემოქმედება, საკანონმდებლო ფუნქციაა. სასამართლოს არ აქვს უფლება, მიითვისოს ეს ფუნქცია. მაგრამ აქვე ჩნდება კითხვა, ფუნქციების სტერილიზაცია ხდება თუ ნებისმიერი დამოუკიდებელი ფუნქცია გარკვეული დონით სხვა ფუნქციის ნიშნებსაც შეიცავს. როდესაც ჩვენ ხელისუფლების დანაწილებაზე ვლაპარაკობთ და ვმიჯნავთ ერთმანეთისაგან სამი ხელისუფლების ფუნქციას, არ უნდა დაგვაფიქვდეს, რომ ისინი ერთიანი ხელისუფლების, როგორც ერთიანი ფუნქციის სხვადასხვა განშტოებებია. მაშასადამე, მიზეზ-შედეგობრივად არიან ისინი ერთმანეთთან დაკავშირებული. სასამართლოს ადგილი ამ სისტემაში განსაკუთრებულია. მიუხედავად ფუნქციათა დამოუკიდებლობისა, არ გამოირიცხება მათი ერთმანეთთან კორდინაცია და მსგავს პოზიციებზე დგომა. ჩვენ ვამტკიცებთ, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოს არა აქვს უფლება, შეამოწმოს კონსტიტუციის ნორმების შინაარსის კონსტიტუციურობა, ვინაიდან კონსტიტუცია არ ითვალისწინებს ასეთ ფუნქციას. თუ დავუშვებდით ამას სასამართლოს პრეცედენტებით, მაშინ რა მოხდებოდა? საკონსტიტუციო სასამართლოს აზრით, ეს იქნებოდა „...კონსტიტუციის ნორმების ძალადაკარგულად ცნობის უფლებამოსილებით საკუთარი თავის აღჭურვა...“¹⁰, კონსტიტუციის დაცვის მოტივით კონსტიტუციის დარღვევა, სასამართლოს მიერ კანონმდებლის ჩანაცვლება¹¹. ფორმალურად ეს მართლაც ასე გამოიყურება და სასამართლო აფართოებს თავის ფუნქციებს. ამგვარი მიდგომა აკნინებს სასამართლოს როლს კონსტიტუციური კონტროლის სფეროში. სასამართლო, როგორც წესი, რჩება კანონით განსაზღვრული უფლებამოსილებების სივრცეში, მაგრამ იგი ბრმად არ მიჰყვება კონსტიტუციის ნორმებს. ისევ ძველ მაგალითს მოვიტან, ვთქვათ, სომხეთის კონსტიტუციის მსგავსად, საქართველოს კონსტიტუციაში წერია, რომ უცხო ქვეყნის მოქალაქეს არ აქვს უფლება, იყოს სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მიწის მესაკუთრე. მოსარჩელე ითხოვს ამ ნორმის კონსტიტუციურობის შემოწმებას კონსტიტუციის 21-ე მუხლთან მიმართებით. ფორმალური მიდგომით სასამართლო მას ვერ შეაფასებს, ვინაიდან არ აქვს ასეთი ფუნქცია. სასამართლო აქტივიზმიდან გამომდინარე შეაფასებს, ვინაიდან ყველაზე მეტად საკონსტიტუციო სასამართლოს ხელეწიფება, შეაფასოს კონსტიტუციურ ღირებულებათა ობიექტურ-სამართლებრივი წესრიგი. სასამართლოსათვის ყოველი გადაწყვეტილების მიღებისას ეს წესრიგია ამოსავალი. საკონსტიტუციო სასამართლოს ამ ნაბიჯის გადადგმის უფლება უნდა მისცეს მოცემული წესრიგის დაცვის ინტერესებმა, რაც შეუძლებელია ჩაითვალოს თვითშემოქმედებად. თუ არ დავუტოვებდით სასამართლოს ამის შესაძლებლობას ადამიანის უფლებებთან დაკავშირებით, მაშინ კონსტიტუცია დაემსგავსებოდა მხოლოდ პოლიტიკურ ნებაზე დამოკიდებულ აქტს და შეიქმნებოდა იმის ალბათობა, რომ სიცოცხლისუუნარო, დრომოჭმული ნორმები გახდეს ადამიანის უფლებების დაცვისთვის ხელშემშლელი.

¹⁰ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2013 წლის 5 თებერვლის განჩინება №1/1/549 საქმეზე – საქართველოს მოქალაქეები ირმა ინაშვილი, დავით თარხან-მოურავი და იოსებ მანჯავიძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.

¹¹ ქეთევან ერემაძე, კონსტიტუციური კანონის კონსტიტუციურობის შეფასების პერსპექტივები. ადამიანის უფლებები და სამართლის უზენაესობა (სტატიათა კრებული), კონსტანტინე კორკელია (რედ.), თბილისი, 2013, გვ 72.

კონსტიტუციურ შესწორებათა პროცედურული კონტროლის დასაშვებობა, რასაც საკონსტიტუციო სასამართლოც აღიარებს, გვაფიქრებინებს, რომ შესაძლებელია მათი შინაარსის კონტროლიც. ბუნებრივია, გარკვეული პროცედურების დაცვა კონსტიტუციური ნორმის ლეგიტიმურობის მნიშვნელოვანი საფუძველია, მაგრამ არანაკლებ და უფრო მეტად მნიშვნელოვანია ნორმის მატერიალური მხარე. პროცედურა გარკვეული სამართლებრივი სიკეთის ლეგიტიმაციაა იმის მიუხედავად, როგორია თავად ეს სიკეთე. ჩვენთვის საინტერესოა ის, თუ როგორი პროცედურების დაცვით იქმნება ესა თუ ის ინსტიტუტი. მაგრამ ამაზე მნიშვნელოვანია მათი ღირებულებითი მდგომარეობა. პროცედურული ნაკლის გამო ნორმის არაკონსტიტუციურად ცნობისას შინაარსი შევასების სივრციდან ვარდება. შინაარსის შეფასება უნდა მოხდეს სასამართლოსადმი საგანგებოდ მინიჭებული ფუნქციით. ასეთი ფუნქცია არ ჰქონია ბევრ სასამართლოს, მაგრამ პრეცედენტის გზით დაუმკვიდრებია. ლიტერატურაში ხშირად მოჰყავთ თურქეთის საკონსტიტუციო სასამართლოს მაგალითი, რომელმაც დამოუკიდებლად შექმნა ნორმის მატერიალური კონტროლის პრეცედენტები და, შეიძლება ითქვას, სრულიად საფუძვლიანად. ყოველთვის დაისმება კითხვა, თუ შესაძლებელია პროცედურული კონტროლი, მაშინ რატომ არ არის შესაძლებელი მატერიალური კონტროლი. ბოლოს და ბოლოს, პრაქტიკულად ადამიანებზე ნორმათა მატერიალური შინაარსი ახდენს გავლენას და ჩვენ გვაინტერესებს, ნორმა თავისი ღირებულებითი მდგომარეობით შეიძლება ჩაითვალოს თუ არა კონსტიტუციის ნაწილად კონსტიტუციისადმი წაყენებული მოთხოვნების ფონზე. როცა კანონმდებლობაში არ არის სასამართლოს ფუნქცია გათვალისწინებული და საკანონმდებლო ხარვეზთან გვაქვს საქმე, ეს ხარვეზი ისევ კანონმდებელმა უნდა შეავსოს, მაგრამ დავსვათ კითხვა შემდეგნაირად: ვის უფრო უკეთ ხელეწიფება კონსტიტუციის, როგორც პრაქტიკული, ცოცხალი ორგანიზმის შემეცნება: საკანონმდებლო ორგანოს თუ სასამართლოს? ერთი შეხედვით, ასეთად გამოიყურება საკანონმდებლო ორგანო, ვინაიდან იგი იღებს კონსტიტუციის ნორმებს და მან ყველაზე უკეთესად იცის, რა მიზნებს ემსახურება ეს ნორმები. რა თქმა უნდა, კანონმდებელი უნდა მოქმედებდეს კანონთა პრაქტიკული გონიერების პრინციპზე დაყრდნობით და იგი სწორად უნდა ჭვრეტდეს ნორმის სავარაუდო შედეგებს. მაგრამ, ვიდრე ნორმის პრაქტიკული გამოყენება არ მოხდება, მანამდე შეუძლებელია ნორმის ღირებულების სრული შემეცნება და მისი სიცოცხლისუნარიანობის განსაზღვრა. ამ პროცესებთან ყველაზე ახლო შემხებლობა აქვს სასამართლოს და მას ძალუძს, ყველაზე უკეთ შეაფასოს ნორმის მოქმედების მდგომარეობა მისი მიღების შემდეგ გასული დროის განმავლობაში. ნორმის პრაქტიკულ მოქმედებაში ვლინდება მისი ქმედუნარიანობა. ნორმა მისი მიღებიდან უფლებაუნარიანია, მაგრამ მოქმედების პერიოდში ვლინდება ქმედუნარიანობის რა მდგომარეობას აკმაყოფილებს იგი.

აღნიშნული მსჯელობა იმ დასკვნისაკენ გვიბიძგებს, რომ სასამართლოს მოქმედება, პრეცედენტების გზით დაძლიოს საკანონმდებლო ხარვეზი, ვცნოთ გამართლებულად. მთავარია, ჩვენ დავუშვათ ნორმის მატერიალური შინაარსის კონტროლის შესაძლებლობა. თუ მას ვაღიარებთ, მაშინ ის, რაც პოზიტიური სამართლის ფორმით შეიძლება დავუშვათ, დასაშვებად უნდა მივიჩნიოთ პრეცედენტის ფორმაში. პრეცედენტი არ უნდა განვიხილოთ პოზიტიური სამართლისაგან აბსოლუტურად მოწყვეტილად. პრეცედენტისაკენ სასამართლოს კონსტიტუცია უნდა უბიძგებდეს. ესაა ლეგიტიმური ბიძგი, რის შედეგადაც სასამართლო აღიჭურვება ნორმის მატერიალური შინაარსის კონტროლით. ეს არის კონსტიტუციის მოთხოვნილება, რომელიც უნდა დაკმაყოფილდეს, კონსტიტუციის სიჯანსაღე რომ შევინარჩუნოთ. ამ მოთხოვნილებების დაკმაყოფილება აუცილებელია, სასამართლოს მოქმედება უნდა შეფასდეს როგორც აუცილებლობიდან გამომდინარე მოქმედება, კერძოდ, როგორც კონსტიტუციაში განმტკიცებული ღირებულებათა ობიექტური წესრიგიდან გამომდინარე აუცილებლობა. ცხადია, ამ თვალსაზრისით,

სასამართლო კანონმდებელს ემსგავსება, მაგრამ არ სცდება კანონმდებელს, ვინაიდან, როგორც ზევით ვთქვით, მის მოქმედებას, რომელიც აუცილებლობითაა გამოწვეული, ზოგადად მაინც ნორმატიული საფუძვლები გააჩნია.

ამდენად, კონსტიტუციის კონსტიტუციურობის შემოწმება არ შეიძლება გამოვრიცხოთ საკონსტიტუციო სასამართლოს კომპეტენციიდან. ვიდრე ეს ფუნქცია ფორმალურად კონსტიტუციაში აისახებოდეს, მანამდე პრეცედენტების გზით შეიძლება მისი მოგვარება განსაკუთრებული აუცილებლობის შემთხვევაში, როცა შეიძლება საეჭვო გახდეს ღირებულებათა კონსტიტუციით განსაზღვრული ობიექტურ-სამართლებრივი წესრიგი. მოცემულ პრობლემაზე ბოლო ხანებში გამოქვეყნებული კვლევები სამოსამართლო აქტივიზმის განსაკუთრებულ მნიშვნელობაზე მიგვანიშნებს.

კანონის უზენაესობის როლი საკონსტიტუციო სამართლის განვითარებაში

1. გლობალიზაცია და კონსტიტუციონალიზაცია

თანამედროვე სამართალში ორი მთავარი ტენდენცია არსებობს: გლობალიზაცია და კონსტიტუციონალიზაცია.

მთელი მსოფლიოს მასშტაბით პოლიტიკის, ეკონომიკის, უსაფრთხოების, გარემოს დაცვის, ტექნოლოგიისა და ა.შ. მჭიდრო ურთიერთკავშირმა სუვერენული სახელმწიფოს ღიაობას შეუწყო ხელი. სახელმწიფო, რომელიც მანამდე კარჩაკეტილი იყო, ახლა გახსნილია. „ღია სახელმწიფოებრიობა“¹ მისი ახალი მახასიათებელია. სუვერენიტეტმა განსაკუთრებულობის ეფექტი დაკარგა, მეტად ფარდობითი ხასიათი შეიძინა და თითქმის უარი თქვა თავისი ქვეყნის ფუნქციის შესრულებაზე. კანონმა პასუხი უნდა გასცეს ამ მოვლენას. შიდასახელმწიფოებრივი კანონმდებლობის (სამართლის) ინტერნაციონალიზაციისათვის უკვე გადაიდგა მნიშვნელოვანი ნაბიჯები, კონკრეტულად კი საკონსტიტუციო სამართლის სფეროში. ევროკავშირი ამ ინტერნაციონალიზაციის იმ მნიშვნელოვან ნიმუშს წარმოადგენს, რომელსაც ერთგვარი ზესახელმწიფოებრიობაც კი ახასიათებს².

ეს ტრანსნაციონალური კავშირი თავის არსენალში სახელმწიფო სტრუქტურის სხვადასხვა ინსტრუმენტებსა და მექანიზმებს მოიცავს. საშინაო საკითხები საკმაოდ გავეროპულებულია და ეს აშკარად განაპირობებს სახელმწიფო სტრუქტურიდან ტრანსნაციონალურ სტრუქტურაზე ფუნქციონალურ გადასაცვლას.

¹ ob. Karl-Peter, Sommermann, Offene Staatlichkeit: Deutschland, in: Armin von Bogdandy/Pedro Cruz Villalón/Peter M. Huber (eds.), Handbuch ius Publicum Europaeum, vol. 2. Offene Staatlichkeit – Wissenschaft vom Verfassungsrecht, Heidelberg 2008, გვ. 3-35.

² Determined by the basic decision of the European Court of Justice (ECJ) in the case Costa/ENEL 6/64, Rep. 1964, 1253.

თანამედროვე სამართლის განვითარებაში მეორე უმნიშვნელოვანეს მოვლენას კონსტიტუციონალიზაცია წარმოადგენს, რომელიც შიდასახელმწიფოებრივ და საგარეო, საერთაშორისო სამართალთან დავშირებულ განზომილებებში მოიხზრება³.

კონსტიტუციონალიზაციის შიდასახელმწიფოებრივ განზომილებას სხვადასხვა ასპექტები გააჩნია. პირველ რიგში, ტერმინი „კონსტიტუციონალიზმი“ სხვადასხვანაირად შეიძლება გავიგოთ. მისი ყველაზე ძლიერი ფორმა თავად ახალი კონსტიტუციის შექმნაა. ნაკლებად მნიშვნელოვან, მაგრამ ბევრ ქვეყანაში ხშირად გამოყენებად ფორმას არსებული კონსტიტუციის ფორმალური სახეცვლილება წარმოადგენს. საკონსტიტუციო რეფორმა, რომელიც რეგულარულად მოითხოვს კონკრეტული პირობების დაკმაყოფილებას, როგორცაა კვალიფიციური უმრავლესობა პარლამენტში და/ან რეფერენდუმი.

უფრო მეტიც, კონსტიტუციონალიზმი ყველაზე ეფექტურად და სისტემატურად კონსტიტუციურ ინტერპრეტაციას იყენებს, რომლის საშუალებითაც ხდება საკონსტიტუციო ტექსტის ადაპტირება მთავარ სოციალურ ცვლილებებთან, იმის გათვალისწინებით, რომ კონსტიტუცია „ცოცხალი ინსტრუმენტი“⁴, რომელიც უამთავლას მიჰყვება, მაგრამ ნებისმიერ მომენტში ადეკვატური უნდა იყოს. ასე რომ ადაპტაცია ინტერპრეტაციის საშუალებით სავალდებულოა (აუცილებელია). თუკი ადაპტაციის ამგვარი ხერხი აძლიერებს მოცემული ტექსტის საკონსტიტუციო ზეგავლენას კონსტიტუციური იდეების გამდიდრებითა და განმტკიცებით, სწორედ ეს წარმოადგენს კონსტიტუციონალიზაციის ფორმას ინტერპრეტაციის საშუალებით.

იგივე შეიძლება ითქვას იმ შემთხვევაშიც, თუკი ჩვეულებრივი კანონის ადაპტირება ხდება „კონსტიტუციის თანახმად“, რაც გულისხმობს იმას, რომ კონსტიტუციური ცნებები ჩვეულებრივი კანონმდებლობის საშუალებით გადმოიცემა და ხორციელდება. ამგვარად, კონსტიტუციური იდეები აღწევს პარლამენტის მიერ შექმნილი კანონის სფეროებში და ავსებს მას, რაც აგრეთვე კონსტიტუციონალიზაციის პროცესს წარმოადგენს.

კონსტიტუციონალიზმი ასევე აღწევს საერთაშორისო და სუპრანაციონალურ (ზესახელმწიფოებრივ) კანონში. ამის დამადასტურებელ მნიშვნელოვან მაგალითებს წარმოადგენს მოსამართლეების მიერ კანონის უზენაესობის დაუწერელი ფუნდამენტალური უფლებებისა და საფუძვლების შექმნა ევროპული თანამეგობრობისა და ევროკავშირის მართლწესრიგში (სამართლებრივ ნორმებში)⁵. სასამართლო პრაქტიკის საფუძველზე შექმნილმა (პრეცედენტულმა) კონსტიტუციონალიზაციის პროცესმა ფუნქციურად დაუდო სათავე ამ საკითხებში წერილობითი საკონსტიტუციო ტექსტის წარმოქმნას.

კონსტიტუციონალიზაციის პროცესები ასევე ნათლად ჩანს ტრადიციულ საერთაშორისო სამართალში. *jus cogens* -ის ევოლუცია, როგორც იმპერატიული ნორმების პრინციპებისა, რომელთაც ვერანაირად ვერ აუვლის გვერდს სახელმწიფოს უზენაესი ძალაუფლება, სწორედ ასეთ პროცესს შეგვიძლია მივაკუთვნოთ. ადამიანის უფლებები, სამხედრო ძალის გამოყენების აკრძალვა და საერთაშორისო საზოგადოება.

³ იხ. Rainer Arnold, *The External Dimension of Rule of Law, Essays in Honour of Giuseppe De Vergottini*, 2015 (ნაბეჭდი).

⁴ იხ. Luzius Wildhaber, *The European Court of Human Rights in action*, <http://www.asianlii.org/jp/journals/RitsLRev/2004/4.pdf>.

⁵ იხ. e.g. ECJ in the *Hauer case* 44/79, Rep.1979, 3727.

დოებისთვის სხვა არსებითი მნიშვნელობის მქონე პრინციპები გვიჩვენებს საერთაშორისო სამართლის, როგორც უზენაეს ძალაუფლებაზე დაფუძნებული ჰორიზონტალური კოორდინირების სისტემის ეტაპობრივ ტრანსფორმაციას ვერტიკალურ პრინციპებზე დაფუძნებულ სამართლებრივ ნორმებზე⁶. ასეთი ტრანსფორმაცია კონსტიტუციონალიზაციის პროცესთან ერთად მიმდინარეობს.

კონსტიტუციონალიზაციის ყველაზე ძლიერი ფორმა ახალი კონსტიტუციების შექმნაა. სწორედ ეს პროცესი დაიწყო ახლად ჩამოყალიბებული დემოკრატიული ქვეყნების უმრავლესობაში, კომუნისტური ბლოკის დაშლის შემდეგ. ეს პროცესი ასევე არსებული კონსტიტუციების „სრულ გადასინჯვას“ მოიცავს, როგორც ეს მოხდა შვეიცარიაში 1999 წელს (ახალი კონსტიტუცია 2000 წლიდან ამოქმედდა)⁷, ავსტრიაში განხორციელებულმა კონსტიტუციის ფუნდამენტურმა ცვლილებებმა⁸ არსებული კონსტიტუციის ძირითად პრინციპებზე მოახდინეს ზეგავლენა.

როგორც უკვე აღინიშნა, შიდასახელმწიფოებრივი კონსტიტუციონალიზაციის მეორე ასპექტი ახალი კონსტიტუციის შექმნაში კი არ მდგომარეობს, არამედ არსებული კონსტიტუციის რეფორმირებაში (თუკი ის არ შედის „სრული გადასინჯვის“ კატეგორიაში), რათა უფრო ქმედითი გავხადოთ ან რაიმე მნიშვნელოვანი საკითხი დავამატოთ. მაგალითად შეიძლება მოვიყვანოთ კონსტიტუციის ტექსტში ინდივიდუალური საკონსტიტუციო სარჩელის შემოღება, როგორც ეს თურქეთში ხდება⁹. ეს რეფორმები კონსტიტუციის კონკრეტული დებულებების თანახმად უნდა განხორციელდეს.

უკვე აღვნიშნეთ, რომ არსებობს საკონსტიტუციო იურისდიქციით განსაზღვრული ფუნქციური კონსტიტუციონალიზაციის ფორმა. მოსამართლეების მიერ საკონსტიტუციო ტექსტის ინტერპრეტაცია საკონსტიტუციო სამართლის შემდგომი განვითარებისთვის უაღრესად მნიშვნელოვანია. მაგალითად, გერმანული საკონსტიტუციო სასამართლოს იურისპრუდენცია პიროვნების უფლებებთან დაკავშირებით, რომელიც ადამიანის ღირსებისა და პიროვნების თავისუფალი გადაადგილების გარანტიებს ეფუძნება (2.1 მუხლები გერმანიის ძირითადი კანონის 1.1 მუხლებთან შესაბამისობაში)¹⁰. ამ კონტექსტში ჩვენ ასევე შეიძლება განვიხილოთ საკონსტიტუციო სამართლის იურისპრუდენციის სტრუქტურები სხვა ევროპულ ქვეყნებში.

კონსტიტუციონალიზმის შემდეგი ასპექტი წარმოადგენს იმ გადამწყვეტ ფაქტორს, რასაც სამართალი, კონკრეტულად კი საკონსტიტუციო სამართალი ახდენს საზოგადოებაზე. საკონსტიტუციო სამართლის იდეებისა და ცნებების ინტერნალიზაცია ქვეყნის ძირითად საკონსტიტუციო სტრუქტურებთან და ღირებულებებთან იდენტიფიცირებულ საზოგადოებაში უნდა მოხდეს.

კონსტიტუციონალიზმი უბრალო ფორმალობა იქნებოდა და მეტი არაფერი, პიროვნებების მხარდაჭერით რომ არ სარგებლობდეს. საკონსტიტუციო სამართლის საბოლოო მიზანი მხოლოდ საჯარო ძალაუფლების განხორციელებაზე საზღვრების დაწესება კი არა, საზოგადოებისთვის ისეთი კურსის

⁶ ტექსტი ინგლისურად <http://www.admin.ch/ch/e/rs/1/101.en.pdf>.

⁷ ob. Arnold Koller, Verfassungserneuerung in alten Demokratien, www.humboldt.hu/HN24/28_35.pdf.

⁸ Art. 44.3 BVG: <https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Dokumentnummer=NOR40045767>.

⁹ ob. Erdal Tercan, The Individual Application in Turkish Law, 2015

¹⁰ ob. Friedhelm Hufen, Staatsrecht II. Grundrechte, მე-3 გამოც., 2011, § 11.

დასახვა, რომელსაც თითოეული ადამიანი განახორციელებს ცხოვრებაში, რაც იმას მოწმობს, რომ კანონის ყველა დარგი კონსტიტუციონალიზებულია და ყველანი ერთად „ქვეყნის უზენაეს კანონს“ – კონსტიტუციას ექვემდებარებიან.

საზოგადოებამ უნდა იცოდეს საკონსტიტუციო შესაძლებლობები, ძირითადი უფლებები და სამართალ-წარმოების საშუალებები, რომლებიც სახელმწიფოს მხრიდან ძალის გადამეტების შემთხვევაში, საზოგადოების თითოეულ წევრს გააჩნია. საზოგადოებამ პატივი უნდა სცეს, მიიღოს და რეალურ ცხოვრებაში გამოიყენოს საკონსტიტუციო სამართალი, რადგან სამართლებრივი ნორმის უმაღლესი ღირებულებები საზოგადოების საქმიანობის იდეოლოგიურ საფუძველს წარმოადგენს. საკონსტიტუციო სამართალი დასაბამს აძლევს პიროვნებასთან იდენტიფიცირების პროცესს და არსებითი წვლილი შეაქვს საზოგადოების ინტეგრირების პროცესში.

კონსტიტუციონალიზმი კანონის უზენაესობის დამყარებას გულისხმობს. კონსტიტუცია კანონის მთავარი გამოხატულებაა. კონსტიტუციის უპირატესობის აღიარება კანონის ყველა სხვა დარგებზე წინ გადადგმულ ნაბიჯს წარმოადგენს კანონის უზენაესობის განვითარების პროცესში.

კონსტიტუციონალიზაციის გარე (ობიექტურად არსებულ) განზომილებას ორმაგი მნიშვნელობა აქვს. პირველ რიგში, ეს კონსტიტუციაში არსებულ დებულებებს ეხება, რომლებიც სახელმწიფოსა და საერთაშორისო საზოგადოების ურთიერთობას არეგულირებს. კონკრეტულად კი, კონსტიტუცია განგვიმარტავს, თუ როგორ უნდა წარმოვადგინოთ საერთაშორისო შეთანხმებები საშინაო სამართლებრივ ნორმებად, პირდაპირი მიღებით თუ ტრანსფორმაციის გზით¹¹. თანამედროვე მიდგომით, ეროვნული ინსტიტუტები საერთაშორისო შეთანხმებებს პირდაპირი გზით იყენებენ, რაც ნიშნავს, „მიიღო“ ისინი შიდა სამართლებრივი ნორმის ფარგლებში, საშინაო სამართლად გარდაქმნის გარეშე. საერთაშორისო შეთანხმებების მიღებისა და შეთვისების ამგვარი კონცეფცია ხშირ შემთხვევაში ამ შეთანხმებების ეროვნულ კანონმდებლობასთან უპირატესობას უკავშირდება. ეს ყველაფერი განაპირობებს შორს მიმავალ პრაქტიკულ შედეგებს, რაც იმაში მდგომარეობს, რომ ჩვეულებრივმა მოსამართლეებმა კონფლიქტის დროს საერთაშორისო შეთანხმება უნდა გამოიყენონ და არა შიდა კანონმდებლობა. ევროპის უმეტეს ქვეყნებში ეს სისტემა მოქმედებს, ხოლო ზოგიერთი ქვეყნები, როგორიცაა გერმანია, საერთაშორისო შეთანხმებებს შიდა გერმანულ კანონად გარდაქმნიან. კონსტიტუციონალიზაციის პროცესი კონკრეტულად შეიძლება დავინახოთ ტრანსფორმაციის სისტემების რეფორმებში, რომლებიც მათ მონისტურ, მიმღებ სისტემებად აქცევენ, როგორც ეს მოხდა იტალიაში 2001 წელს¹².

რაც შეეხება ზოგად საერთაშორისო სამართლის ნორმებს, უნივერსალურ ჩვეულებით სამართალს ან ზოგად პრინციპებს, კონსტიტუციები რეგულარულად ცხადყოფენ, რომ ამ ტიპის საერთაშორისო სამართალი პირდაპირ ესადაგება შიდა სამართლებრივი ნორმის ფარგლებს და კანონმდებლობაზე მაღლა დგას. მიუხედავად იმისა, რომ გერმანიაში შეთანხმებების მიმართ დუალისტური დამოკიდებულება,

¹¹ მისაღები მოდელი, რომელიც დღესდღეობით ყველაზე მეტად არის გავრცელებული. იხ. მაგ., პოლონეთის კონსტიტუციის 91-ე მუხლი, ჩეხეთის კონსტიტუციის მე-10 მუხლი, ბულგარეთის კონსტიტუციის 5.4 მუხლი ან საფრანგეთის კონსტიტუციის 55-ე მუხლი და ტრანსფორმაციის მოდელისთვის გერმანიის კონსტიტუციის 59.2 მუხლი.

¹² Gazzetta Ufficiale n. 248 del 24 ottobre 2001; აგრეთვე იხ. Giuseppe Bianchi, L'efficacia dei trattati internazionali alla luce dell'art. 117, c. 1 della Costituzione, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=40084>.

ზოგადი საერთაშორისო სამართალი მიღებულია როგორც საერთაშორისო სამართლის პირდაპირი წყარო, რომელიც თავად კანონმდებელსაც ანგარიშვალდებულს ხდის¹³.

ამ კონტექსტიდან გამომდინარე, ასევე უნდა აღინიშნოს, რომ საკონსტიტუციო სამართლის კონსტიტუციონალიზაციის პროცესი თვალნათლივ გამოიხატება მის ინტერპრეტაციაში. საკონსტიტუციო სასამართლომ შიდასახელმწიფოებრივი სამართლის, თვით შიდა საკონსტიტუციო სამართლის ინტერპრეტაციის მეთოდი, საერთაშორისო სამართალთან შესაბამისობაში განავითარა¹⁴, ევროკავშირი კი, ევროკავშირის კანონმდებლობასთან შესაბამისობაში¹⁵. ეს ყველაფერი „ღია სახელმწიფოებრიობის“ შედეგს წარმოადგენს: ევროპული და უნივერსალური კონსტიტუციონალიზმის ახალი, მძლავრი ტენდენცია, რომელმაც ეროვნული სუვერენიტეტობის შორსმიმავალ რელატივიზაციამდე მიგვიყვანა.

კონსტიტუციონალიზაციის გარე განზომილების მეორე მნიშვნელობა ის ფენომენია, რომელიც საერთაშორისო საზოგადოების ელემენტებშიც კი ვრცელდება და რომელიც ადრე მხოლოდ ეროვნულ საკონსტიტუციო სამართალში იყო ცნობილი: ფუნდამენტური უფლებები, კანონის უზენაესობის ასპექტები, ძირითადი პრინციპები, როგორცაა მშვიდობის პრინციპი და სამხედრო ძალის გამოყენება საერთაშორისო ურთიერთობის იარაღად და ა.შ. ამ კონტექსტში ჩვენ შეგვიძლია განვასხვაოთ ფორმალური და არსებითი კონსტიტუციონალიზაციის პროცესი. რეალური ღირებულებების წარმოქმნა, რომელიც აკანონებს *ius cogens* (საერთაშორისო სამართლის იმპერატიულ ნორმებს), ამ პროცესის მთავარ ფორმალურ ასპექტს წარმოადგენს; საერთაშორისო სამართალი, რომელიც თავისი ბუნებით კოორდინირებულია და ძირითადად ეროვნულ სუვერენიტეტზე და თანასწორობაზეა დაფუძნებული, ზოგიერთ სფეროში/დარგში ჰორიზონტალურიდან ვერტიკალურ სამართლებრივ ურთიერთობებში გადადის. ეს იმაზე მეტყველებს, რომ ამ სფეროებში დადგენილ ღირებულებებს საერთაშორისო სამართლის საკითხების ჰორიზონტალური კოორდინაცია ვერანაირად ვერ დააკნინებს. ასეთ სფეროებში/დარგებში არსებული იერარქია კანონმდებლობასა და კონსტიტუციას შორის არსებული ურთიერთობის მსგავსია. ფორმალური კონსტიტუციონალიზმის ეს ასპექტი იმ ელემენტებით შეივსო, რომლებიც ეროვნული კონსტიტუციური კონცეფციიდან გამომდინარეობენ. ამის შესახებ ჩვენ უკვე ვისაუბრეთ ზემოთ. შეიძლება ითქვას, რომ, რაც უფრო მეტი ინდივიდუალურ საკითხებთან დაკავშირებული ელემენტები იქნება გარანტირებული არა მარტო ეროვნულ კონსტიტუციაში, არამედ საერთაშორისო სამართლის დონეზეც, მით მეტი საერთაშორისო სამართალი გაივლის კონსტიტუციონალიზმის პროცესს.

2. კანონის უზენაესობა კონსტიტუციონალიზმის პრესწარმოადგენს

კანონის უზენაესობა კონსტიტუციის საფუძველს, საკონსტიტუციო სამართლის Grundnorm-ს (ძირითად ნორმას) წარმოადგენს. კანონის უზენაესობა საჯარო ძალაუფლების კანონთან შესაბამისობას გულისხმობს. კანონი საკონსტიტუციო სამართლისა და კანონმდებლობის ერთობლიობაა. ორივე მათგანი კი პოლიტიკის ნაყოფია, რამეთუ წინასწარდაგეგმილი ქმედებით საზოგადოებაზე ზემოქმედების სასურ-

¹³ იხ. გერმანიის ძირითადი კანონის 25-ე მუხლი.

¹⁴ იხ. გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო, ტომი 123, 267, http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html/340.

¹⁵ http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html/241.

ველ შედეგს აღწევს. კონსტიტუცია ხალხის კეთილი ნების გამოხატულებაა, ინსტიტუციონალური სისტემისა და ღირებულებათა დადგენის გზით ძირითადი სამართლებრივი წესრიგის დასამყარებლად. თუკი პოლიტიკა „პოლისის“, საზოგადოების კეთილდღეობისთვის იღვწის, საზოგადოების აქტიურობა ძირითადი სამართლებრივი წესრიგის შესაქმნელად, თავისი ბუნებით, პოლიტიკურ ხასიათს ატარებს. კონსტიტუციის შექმნა დემოკრატიისკენ გადადგმული პირველი და ყველაზე მნიშვნელოვანი ნაბიჯია, რომელიც ხალხის დამოუკიდებლობას ემსახურება. კანონმდებლობა ხალხის კონკრეტულ ნებას პარლამენტში მათ მიერვე არჩეული წარმომადგენლების საშუალებით გამოხატავს, რის შედეგადაც პოლიტიკური ქმედება კანონის სახეს იღებს. კონსტიტუციით გამოხატული ხალხის მთავარი ნება და კანონმდებლობით გამოხატული ხალხის კონკრეტული ნება ერთმანეთს კი არ უნდა ეწინააღმდეგებოდნენ, არამედ უნდა ავსებდნენ. დემოკრატიის პრინციებიდან გამომდინარე, კანონმდებლობა კონსტიტუციას უნდა ერგებოდეს/ეკმდებარებოდეს. ხალხის კონკრეტული ნება ვერ უარყოფს მის ძირითად ნებას¹⁶.

აქედან გამომდინარე, ჩვენ შეგვიძლია განვაცხადოთ, რომ დემოკრატია მოიცავს კანონის უზენაესობას; ორივე პრინცი ერთ მთელ ორგანიზმს წარმოქმნის. დემოკრატია კანონის უზენაესობის, უფრო ზუსტად კი, საკონსტიტუციო სამართლის უზენაესობის გარეშე „ტოტალიტარული დემოკრატია“ და მეტი არაფერი. „უმრავლესობის ტირანია“ (ალექსის დე ტოკვილი¹⁷) წარმოუდგენელი რამ არის. კანონის უზენაესობა დემოკრატიის გარეშე შეუძლებელია. თუკი ვაღიარებთ, რომ კონსტიტუცია ძირითადი დემოკრატიული აქტია, მაშინ ორივე პრინცი ერთიმეორის არსებობას ადასტურებს.

დღესდღეობით კანონის უზენაესობა მხოლოდ კანონიერებად ან აღმასრულებელი საქმიანობის კანონმდებლობასთან შესაბამისობად აღარ მოიპოვება. უფრო მეტიც, ის კანონმდებლობის კონსტიტუციურობას გამოხატავს¹⁸.

თანამედროვე კონსტიტუციონალიზმში კანონის უზენაესობა ღირებულებებზეა ორიენტირებული. იგი, უდავოდ, ადამიანის ღირსების დაცვას, ავტონომიას და თავისუფლებას მოიცავს. ფუნდამენტური უფლებები კანონის უზენაესობის განუყოფელი ნაწილია.

არსებობს ფორმალური არგუმენტი კანონის უზენაესობასა და ფუნდამენტურ უფლებებს შორის ურთიერთკავშირის მხარდასაჭერად. თუკი კონსტიტუციის უზენაესობა კანონის უზენაესობის მახასიათებელია, პიროვნების დაცვა როგორც კონსტიტუციის პირველყოფილი დასრულებულობა მის შემადგენელ ნაწილს წარმოადგენს. მიუხედავად ამისა, კანონის უზენაესობის უფრო სიღრმისეულ გაგებას ფუნდამენტური უფლებების როგორც კანონის უზენაესობის განუყოფელი ნაწილის აღიარებამდე მივყავართ. კანონის ფუნქციას ნორმატიული წერიგის დამყარება წარმოადგენს, რომელიც ინდივიდების,

¹⁶ იხ. R. Arnold, Les moyens constitutionnels susceptibles d'assurer la démocratie et de prévenir les changements anticonstitutionnels: la perspective de l'Allemagne (avec des références comparatives à d'autres pays européens), Rafa Ben Achour (dir.), 2014.

¹⁷ „ამ ფარგლებში ძალაუფლება, რომელიც ამერიკის სასამართლოს გადაეცა საკანონმდებლო აქტის მისაღებად, წარმოადგენს არაკონსტიტუციურ ფორმას, ერთ-ერთი ყველაზე ძლიერი ბარიერისა, რომელიც კი ოდესმე გამოუგონიათ პოლიტიკური საკანონმდებლო ორგანოების ტირანიის წინააღმდეგ“. დემოკრატია ამერიკაში, წიგნი I-ლი, თავი V, სახელმწიფოების მდგომარეობის შემოწმების აუცილებლობა. მე-3 ნაწილი, შტატების საკანონმდებლო ხელისუფლება. თარგმნა ჰენრი რივემ. 1831. <https://www.gutenberg.org/files/815/815-h/815-h.htm>.

Power Of The State. Translated by Henry Reeve. 1831. <https://www.gutenberg.org/files/815/815-h/815-h.htm>

¹⁸ იხ. საფრანგეთის საკონსტიტუციო საბჭოს ცნობილი ფორმულირება Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985: «La loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution».

როგორც საზოგადოების წევრების მშვიდობიან თანაცხოვრებას განაპირობებს. უფრო მეტიც, კანონი თავისი ფუნქციით პიროვნების სამსახურში დგას, მის არსებობას უზრუნველყოფს, მის ინტელექტუალურ, ემოციურ, სოციალურ და ა.შ. კეთილდღეობას უწყობს ხელს. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, კანონი უმთავრესად ანთროპოცენტრულია. აქედან გამომდინარე, კანონის უზენაესობა როგორც არსებითი კონცეფცია, უდავოდ გადაჯაჭვულია პიროვნების დაცულობასთან/დაცვასთან¹⁹.

სამართლიანობა კანონის საშუალებით მყარდება და ძირითადად თანასწორობას ეყრდნობა, მაგრამ არა მარტო მას, იგი მოითხოვს, რომ საჯარო ხელისუფლებამ შექმნას კანონები, რომლებიც თითოეული ინდივიდისთვის ადეკვატური იქნება და ეს მხოლოდ იმას კი არ გულისხმობს, თუ რით არის დავალებული საზოგადოება პიროვნების წინაშე მის მიერ საზოგადოების კეთილდღეობისთვის შეტანილი წვლილისთვის, არამედ იმასაც, რაც პიროვნების ინდივიდუალურობას ეხმიანება. ღირსება, ავტონომია/თვითმართველობის უფლება და თავისუფლება ინდივიდუალობის ის ძირითადი ელემენტებია, რომლებიც კანონმა უნდა დაიცვას და უზრუნველყოს. თუკი სახელმწიფო კანონის უზენაესობით იქნება მართული, მან უნდა დააკმაყოფილოს პიროვნების ინდივიდუალურობასთან დაკავშირებული ყველა მოთხოვნა. კანონის უზენაესობა ამ ღირებულებების უზრუნველყოფის გზად უნდა მოიპოვებოდეს.

აქედან გამომდინარე, ჩვენ შეგვიძლია დავასკვნათ, რომ კანონის უზენაესობა, დემოკრატია და ფუნდამენტური უფლებები ერთ მთლიან, განუყოფელ ფუნქციურ ერთეულს ქმნიან. კანონის უზენაესობის პროგრესი დემოკრატიის და ფუნდამენტური უფლებების დაცვის პროგრესს განაპირობებს და პირიქით. ამიტომ კონსტიტუციონალიზმის განვითარებაში კანონის უზენაესობა მთავარ კრიტერიუმს წარმოადგენს.

3. კანონის უზენაესობა როგორც საერთაშორისო ფენომენი

კანონის უზენაესობა მხოლოდ სახელმწიფოს კონსტიტუციური წყობილების მახასიათებელი არ არის, ის აგრეთვე საერთაშორისო დონის, კერძოდ კი, ევროკავშირის²⁰ და ევროსაბჭოს²¹ სამართლებრივი წყობის განმსაზღვრელი მოვლენაა. გარდა ამისა, როგორც უკვე აღვნიშნეთ, სუვერენულ სახელმწიფოებში და საერთაშორისო საზოგადოებაშიც კი, კანონის უზენაესობის როლი სულ უფრო მეტად იზრდება²².

ამ განაცხადს იმ აზრამდე მივყავართ, რომ დღესდღეობით კონსტიტუციონალიზმის მნიშვნელობა სახელმწიფოს სამართლებრივი ნორმებით კი არ უნდა იყოს შეზღუდული, არამედ ტრანსნაციონალურ ორგანიზაციებს უნდა აერთიანებდეს, კონკრეტულად კი, ინტეგრაციის სისტემებში. საყოველთაოდ მიღებული შეხედულებაა, რომ საკონსტიტუციო სამართლის ცნება სახელმწიფოს ფარგლებს გარეთაც არსებობს. არავითარი სერიოზული მიზეზი არ გაგვაჩნია საიმისოდ, კონსტიტუციისა და საკონსტიტუციო სამართლის ცნებები სუპრანაციონალურ/ზესახელმწიფოებრივ და საერთაშორისო ორგანიზმებამდე რომ არ განვავრცოთ.

¹⁹ იხ. R. Arnold, Constitution and Justice, Essays in Honour of Stanislaw Sagan, in print.

²⁰ იხ. Paul Craig, EU Administrative Law, 2006, გვ. 270-273.

²¹ იხ. Geranne Lautenbach, The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights, 2013.

²² იხ. Simon Chesterman, An International Rule of Law? American Journal of Comparative Law, ტომი. 56, გვ. 331-361, 2008; NYU Law School, Public Law Research Paper No. 08-11: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1081738.

ევროპულმა სასამართლომ, თავისი განვითარების ადრეულ ფაზაში, კანონის უზენაესობის ევროპული ინტეგრაციის ელემენტები, ფუნდამენტურ უფლებებთან ერთად, როგორც ევროპული თანამეგობრობის დაუწერელი/პრეცედენტული სამართალი, ძირითადი პრინციპების სახით შეიმუშავა. მოსამართლეებმა, შედარებით-შერჩევითი მეთოდის საფუძველზე, კანონის უზენაესობის უამრავი ასპექტის ფორმულირება მოახდინეს²³.

ამ სასამართლო პრაქტიკამ განაპირობა უწყვეტი ნორმატივიზაციის პროცესი, რაც, საბოლოოდ, ევროკავშირის 1993 წლის ხელშეკრულების 6.2 მუხლში აისახა, ავალდებულებდა რა ევროკავშირის ინსტიტუტებს სასამართლო პრაქტიკის საფუძველზე შექმნილ ძირითად პრინციპებს დამორჩილებოდნენ და შემდგომში კი ევროკავშირის ძირითად უფლებათა ქარტიის შედგენას, რომელიც ევროპის კონსტიტუციაში უნდა შესულიყო, მაგრამ ეს დოკუმენტი/ტექსტი არ დაამტკიცეს. 2009 წელს ახალი ევროკავშირის შექმნასთან ერთად, ქარტია ნორმატიულად სავალდებულო გახდა. ეს ქარტია მხოლოდ ადამიანის უფლებებს კი არ განაპირობებს, არამედ კანონის უზენაესობის ელემენტებს. ამის ნათელ მაგალითს წარმოადგენს ქარტიის 41-ე მუხლი, რომელიც „კარგი ადმინისტრაციის“ უფლებას მოიცავს, რაც თავისი ბუნებით, კანონის უზენაესობის უფრო ობიექტური გარანტიაა, ვიდრე რეალური ძირითადი უფლება. თუმცა ქარტიამ ეს გარანტია სუბიექტური გახადა და ძირითად უფლებად გარდაქმნა. ასევე უნდა ითქვას, რომ ქარტიის პრეამბულა პირდაპირ კანონის უზენაესობაზე ამახვილებს ყურადღებას და ამით უფლებების დაცვასთან ურთიერთკავშირის დემონსტრირებას ახდენს²⁴.

4. კანონის უზენაესობა სამდონიან პერსპექტივაში. ევროპული “BLOC DE CONSTITUTIONNALITÉ”

რაც შეეხება ევროპის შემდგომ საკონსტიტუციო დოკუმენტს – ადამიანის უფლებათა ევროპულ კონვენციას, აქაც კანონის უზენაესობა ძირითად უფლებებთან ძალიან მჭიდრო კავშირში მოიხრება. ევროკავშირის ქარტია, ისევე როგორც ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია, ევროპული კონსტიტუციონალიზმის დოკუმენტს წარმოადგენს. ევროპაში მთავარი საკონსტიტუციო სტრუქტურების ანალიზისას არა მარტო დემოკრატიის ძირითადი უფლებების და კანონის უზენაესობის ურთიერთკავშირი უნდა გავითვალისწინოთ, არამედ ევროპული “bloc de constitutionnalité”²⁵ -ის არსებობაც. კანონის უზენაესობა ზუსტად ისევეა ინტერნაციონალიზებული, როგორც ძირითადი უფლებების დაცვა.

სამ საკონსტიტუციო დონეს შორის ურთიერთობა ევროპაში – ეროვნული საკონსტიტუციო სამართალი, ევროკავშირის დებულებები ძირითად უფლებებზე და კანონის უზენაესობა, ისევე როგორც ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია, კანონის უზენაესობის ელემენტებისთვისაც სამდონიან განხილვას საჭიროებს. მაგალითად, პროპორციულობა, რომელიც კანონის უზენაესობის კონცეფციის ყველაზე მნიშვნელოვანი ასპექტია, გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლოს იურისპრუდენციამ შეიმუშავა,

²³ იხ. ევროპული სასამართლოს საქმე 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Rep.1970, 1126 ECLI:EU:C:1970:114. <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30ddf6c41fb25aeb4f0a8a0da17b59c5eaf3.e34Kaxilc3qMb40Rch0SaxuPbxr0?text=&docid=88063&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&id=933540>.

²⁴ იხ. Margrét Vala Kristjánsdóttir, Good Administration as a Fundamental Right, skemman.is/stream/get/1946/.../a.2013.9.1.12.pdf.

²⁵ ეს ტერმინი ძირითადად საფრანგეთის საკონსტიტუციო სამართლის ორგანოებში გამოიყენება და სხვადასხვა წყაროებს შეიცავს; 1789 წლის დეკლარაცია, რესპუბლიკური კანონებით დადგენილი და აღიარებული პრინციპები 1946 წლის კონსტიტუციის პრეამბულა და 1958 წლის კონსტიტუცია; იხ. Décision no. 71-44 DC du 16 juillet 1971, Rec., p.29. ამ ტერმინით უფრო ზოგადად უნდა იყოს გამოხატული, სხვადასხვა ფუნდამენტურ უფლებათა წყაროები ქმნიან „ფუნქციურ ერთეულს“

რაც მოგვიანებით ევროსაბჭოს/ევროკავშირის ზესახელმწიფოებრივ/სუპრანაციონალურ დონეზე ავიდა და ევროპულმა სასამართლომ მთელ ევროპაში გაავრცელა²⁶.

თანამედროვე კონსტიტუციონალიზმში პროპორციულობას უფრო გლობალური მნიშვნელობა აქვს²⁷. ამ პრინციპის კონცეპტუალური ტრანსნაციონალურობა ნათლად გვიჩვენებს, რომ მისი არსი მხოლოდ ეროვნული თვალთახედვიდან ან სხვა საკონსტიტუციო დონეებზე მყოფი სასამართლოების ინტერპრეტაციით კი არ უნდა დავადგინოთ, არამედ ევროკავშირისა და ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის ჩართვასაც საჭიროებს. იგივე მეთოდოლოგია უნდა იქნეს გამოყენებული კანონის უზენაესობის სხვა ასპექტებთან მიმართებაშიც, როგორიცაა კანონიერი მოლოდინის დაცვა, რეტროაქტიულობის აკრძალვა, კანონის უსაფრთხოება და ა.შ. მხოლოდ ეროვნული გადმოსახედიდან გაკეთებული, იზოლირებული ინტერპრეტაცია მიუღებელია. მეორე მხრივ, ტრანსნაციონალური სასამართლოების ინტერპრეტაციაშიც, კანონის უზენაესობასა და სხვა საკონსტიტუციო პრინციპებთან მიმართებაში გათვალისწინებული უნდა იქნეს წევრი სახელმწიფო სასამართლოების ინტერპრეტაციები. კონსტიტუციონალიზმი ურთიერთდახმარებასა და პატივისცემაზეა დაფუძნებული²⁸ და სათანადო ყურადღება უნდა მიაქციოს ტრანსნაციონალურობის ფენომენს, კონცეპტუალური უნივერსალიზმის ტენდენციას. მიუხედავად ამისა, უნდა გავითვალისწინოთ, რომ სასამართლოების პერსპექტივას თითოეულ დონეზე თავისი კონცეპტუალური მიდგომა აქვს, რომელიც კონკრეტული დონის სამართლებრივ კულტურას შეესაბამება. ეს მიდგომა გარეგანი ფაქტორების ზემოქმედებით კი არ უნდა გაუჩინარდეს, სუბსიდიარულობის მნიშვნელობით უნდა იქნეს შენარჩუნებული²⁹. შინაგანი და გარეგანი მიდგომები, ისეთი კონცეფციების ინტერპრეტაციების დროს, როგორიცაა ძირითადი უფლებები და კანონის უზენაესობის ელემენტები, ჰარმონიაში უნდა იყვნენ და არ უნდა უგულვებელყოფილი მათგანის ძირითადი ცნება.

შეჯამებული შენიშვნები

თანამედროვე კონსტიტუციონალიზმში კანონის უზენაესობა მთავარი კონცეპტუალური ნორმა გახდა. ფუნქციურ ერთეულს იგი დემოკრატიისა და პიროვნული თავისუფლების პრინციპებთან აერთიანებს. კანონის უზენაესობას გააჩნია შიდა და გარე განზომილებები. ეს უკანასკნელი ასპექტი ღია სახელმწიფოებრიობის კორელაციურია.

კანონის უზენაესობა ასევე ზესახელმწიფოებრივ/სუპრანაციონალურ ევროკავშირის სამართლებრივ წყობაში და ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის ფარგლებში განვითარდა. ეს პროცესი ტრანსნაციონალურ დონეზე ევროპული მასშტაბის კონსტიტუციონალიზაციისთვის მეტად მნიშვნელოვანია და აძლიერებს საკონსტიტუციო სამართლის კონვერგენციის ამჟამინდელ ტენდენციას. როგორც ჩანს, აუცილებელია საკონსტიტუციო საკითხების სრული პერსპექტივის გამოყენება, კონკრეტულად კი ძირითადი უფლებებისა და კანონის უზენაესობის სფეროში, რომელიც პარალელურ კონცეფციებს საკონსტიტუციო ერთეულის სხვადასხვა დონეზე მოიპოვებს.

²⁶ იხ. Paul Craig, EU Administrative Law, 2006, გვ. 655-715.

²⁷ R. Arnold, El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, together with J.I. Martínez Estay, F. Zuniga Urbina, in: Estudios Constitucionales 2012, Santiago de Chile, გვ. 65-116.

²⁸ იხ. Francis G. Jacobs, Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice, in: <http://www.tilj.org/content/journal/38/num3/Jacobs547.pdf>.

²⁹ R. Arnold, Fundamental Rights Review in Europe: Substitution or Standard Control? In: F. Palermo/G. Poggeschi/G. Rautz/ J. Woelk (eds.), Globalization, Technologies and Legal Revolution, Nomos, 2012, გვ. 189-198.

მიორგი გელაძე

ასოცირებული პროფესორი, კონსტიტუციური კვლევების ცენტრი, ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტი.

პარლო მოდოლაძე

მკვლევარი, კონსტიტუციური კვლევების ცენტრი, ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტი.

კონსტიტუცია „ყვალასათვის“ თუ „მხირარისხოვან რჩეულთათვის“ — კონსტიტუციის შექმნის პრობლემები საქართველოში

აბსტრაქტი

კონსტიტუციის შექმნა საკმაოდ რთული პროცესია, რომლის დროსაც ინტერესთა კონფლიქტს საერთო სახელმწიფო და საზოგადოებრივი წყობის ჩამოყალიბებამდე მივყავართ. ერთი მხრივ, როგორც დიქსონმა და გინსბურგმა ჩამოაყალიბეს „... კანონმდებლები შესაძლოა შეეცადონ, თავიანთი პოლიტიკური კურსი და ტენდენციური მოსაზრებები ჩართონ განხილვის პროცესებში ან თავად კონსტიტუციის ტექსტში“¹. მეორე მხრივ, კონსტიტუციისთვის აუცილებელია უფრო ფართო საზოგადოებრივი ლეგიტიმურობის მინიჭება, რის შედეგადაც ეს პროცესი ხელმისაწვდომი გახდება არა მხოლოდ ექსპერტთა ვიწრო წრისათვის².

ამ ორმხრივი ინტერესების ბალანსირება კონსტიტუციის შექმნაში თანამონაწილეობის ხელოვნებად შეიძლება ჩაითვალოს. ქართველმა მეცნიერებმა გააცნობიერეს კონსტრუქციული თანამონაწილეობის მნიშვნელოვანი როლი. ამ თემაზე დაწერილი რამდენიმე პროგრამული ნაშრომი და საავტორო სტატია, ერთი მხრივ, მიუთითებს კონსტიტუციის შექმნის სირთულეზე იმ ქვეყანაში, სადაც კონსტიტუციონალიზმის ნაკლები გამოცდილება არსებობს³, ხოლო, მეორე მხრივ – საყოველთაო თანამონაწილეობის მნიშვნელობაზე, რაც კონსტიტუციას ელიტარული პროექტიდან სახალხო პროექტად გარდაქმნის⁴.

¹ Comparative Constitutional Law; Edited by Tom Ginsburg and Rosalind Dixon; Research Handbooks in Comparative Law; Participation in Constitutional Design; Edward Elgar Publishing; 2011, გვ. 44.

² იხ. Constitution-making and Reform Options for the process; Michele Brandt, Jill Cottrell, Yash Ghai, Anthony Regan, Publisher Interpeace; Constitutions as contracts among people or peoples; 2011, გვ. 14.

³ გია გეწაძე, გია ნოდია, დემოკრატიის მშენებლობა საქართველოში; კონსტიტუციური სისტემა საქართველოში; სადისკუსიო დოკუმენტი 2; საერთაშორისო აზრი; მაისი, 2003, გვ. 14.

⁴ გია გეწაძე, გია ნოდია. დემოკრატიის მშენებლობა საქართველოში; კონსტიტუციური სისტემა საქართველოში; სადისკუსიო დოკუმენტი 2; საერთაშორისო აზრი; მაისი, 2003, გვ. 12-13.

ეს სტატია აანალიზებს საქართველოში კონსტიტუციის შექმნასთან დაკავშირებული მარცხის პროცესს, რამაც, მისი ავტორების აზრით, საქართველოს კონსტიტუციის „არასტაბილურობა“ გამოიწვია.

წინასიტყვაობა

საქართველოს ახალგაზრდა დემოკრატია, რომელიც 2015 წელს 25 წლის ხდება, უკვე გაიარა დემოკრატიულ წყობილებაზე გადასვლის დრამატული პროცესი – ორი სამოქალაქო და რუსეთთან საერთაშორისო ომის, მშვიდობიანი რევოლუციის, ეკონომიკური ნგრევის, რელიგიური ექსტრემიზმისა და სხვათა გავლით. დაახლოებით, 4,5 მილიონიანი სახელმწიფოს შემადგენლობაში 83,8% ქართველი, 0.1% აფხაზი, 0.9% რუსი, 0.2% უკრაინელი, 6.5% აზერბაიჯანელი, 5.7% სომეხი, 0.1% ებრაელი, 0.3% ბერძენი, 0.5% ქურთი და სხვა ეთნიკური ჯგუფები შედიან, რომლებიც მთლიანობაში 0.41% -ს აღწევენ. მოსახლეობის 55% მდედრობითი სქესის წარმომადგენელია. ქალაქისა და სოფლის მოსახლეობას შორის თანაფარდობა თითქმის ორმოცდაათი ორმოცდაათზეა. მოსახლეობის 35% სიღარიბის ზღვარს ქვემოთ ცხოვრობს⁵.

ასეთ საზოგადოებაში კონსტიტუციის შექმნის პროცესში ერთობლივი მონაწილეობის ორგანიზება მნიშვნელოვანი გამოწვევაა. მიუხედავად ამისა, „ლიბერალური პროექტის“ მხარდამჭერებს თანამონაწილეობითი მიდგომა არასოდეს დარჩენიათ ყურადღების მიღმა; კონსტიტუციაში ცვლილებების შეტანის ფორმალური პროცედურა, რა თქმა უნდა, საჯარო განხილვის ვალდებულებას შეიცავს, თუმცა კანონის რეალურად განხორციელების შესახებ კითხვები კვლავაც ძალაშია.

2013 წელს პარლამენტმა საკონსტიტუციო რეფორმების პაკეტის მოსამზადებლად ე.წ. მესამე საკონსტიტუციო კომისია შექმნა (პირველი 1993-ში, ხოლო მეორე 2009 წელს შეიქმნა). იმის გათვალისწინებით, რომ წინა მთავარი რეფორმა სამი წლის წინ განხორციელდა, მეორე კომისიის შექმნა, ძალაუფლების დემოკრატიული გზით გადაცემის შემდეგ, კონსენსუსისა და ინკლუზიურობის სერიოზულ პრობლემაზე მიუთითებს, როდესაც საქმე პროექტის შემუშავების შემდგომ განვითარებას ეხება. ამ ყველაფერს იმის აღიარებამდე მივყავართ, რომ უფრო ღია და ყოვლისმომცველმა მიდგომამ საკონსტიტუციო რეფორმისადმი, შესაძლოა, სახელმწიფო ინტრიგებში ჩართულ პირებს „მადა დაუცხროს“ და სისტემისათვის სტაბილური გარემო შექმნას.

თეორიული სტრუქტურა

ამჟამად ყველა იმაზე ლაპარაკობს, რომ დახურულ კარს მიღმა კონსტიტუციის შექმნის ისტორია წარსულს ჩაბარდა⁶. პოლიტიკური და სამართლებრივი ელიტის წარმომადგენლები მნიშვნელოვან როლს ასრულებენ გადაწყვეტილებების მიღების პროცესში. მიუხედავად ამისა, დღესდღეობით, კონსტიტუ-

⁵ იხ. საქართველოს სტატისტიკური წელიწადი, 2013 / საქართველოს სტატისტიკის ეროვნული სამსახური; თბილისი, 2013, გვ. 274.

⁶ იხ. Mark Tushnet; Constitution-making: An Introduction; Texas Law Review; 1983; <http://www.texaslrev.com/wp-content/uploads/Tushnet.pdf>.

ციის შექმნის პროცესი პოლიტიკოსებისა და სამართლებრივი ექსპერტების მცირერიცხოვანი ჯგუფით ველარ იქნება შემოსაზღვრული⁷. თანამონაწილეობა სამართლებრივი ვალდებულებაა, რომელიც არა მხოლოდ ადგილობრივი მართლწესრიგიდან გამომდინარეობს, არამედ საერთაშორისო მექანიზმებშიცაა დამკვიდრებული⁸.

არაერთხელ აღუნიშნავთ, რომ, თუკი კონსტიტუციის შექმნაში მონაწილეობის პროცესი კარგად არის დაგეგმილი, დიდია საზოგადოების მხრიდან ამ კონსტიტუციური წყობის დადებითად მიღების ალბათობა⁹.

ფართო საზოგადოებრივი ჩართულობა კონსტიტუციის შექმნის მნიშვნელოვანი მხარეა, მაგრამ სკეპტიკოსები ხშირად მიუთითებდნენ ამგვარ პროცესთან ასოცირებულ სირთულეებზე. სკეპტიკური პოზიციიდან გამომდინარე, „თანამონაწილეობის პროცესი“ „სამართლიანი“ და „იდეალური“ ჩანს, თუმცა ეს უფრო სიტყვებში გამოიხატება, ვიდრე საქმეში¹⁰. შეიძლება ითქვას, რომ საკონსტიტუციო დოქტრინების გაგება კონკრეტულ სამართლებრივ ცოდნას საჭიროებს, რამაც ეს მრავალმნიშვნელოვანი განხილვები, შესაძლოა, პროფესიონალების ვიწრო წრემდე დაიყვანოს, ვინაიდან კონსტიტუცია თავისთავად სამართლებრივი დოკუმენტია¹¹.

მეორე მხრივ, საზოგადოება პლურალისტურია და თუ სხვადასხვა ეთნიკური, რელიგიური, კულტურული და სხვ. ჯგუფები არიან ჩართულნი, კონსენსუსის მიღწევა ნამდვილად უფრო გაჭირდება¹². სკეპტიკოსები ასევე მიუთითებენ კონსტიტუციის შექმნის პროცესის გაზრდილ ხარჯებზე¹³.

მესამე მხრივ, თანამონაწილეობის პროცესი, როგორც პირდაპირი ხელშეწყობა საბოტაჟისთვის, შეიძლება ბოროტად გამოიყენონ რადიკალურმა ჯგუფებმა. ამგვარად, დემოკრატიული განხილვების კეთილშობილური გეგმა, ნათელი კურსისა და გადაწყვეტილების გარეშე, შესაძლოა, უსასრულოდ გაგრძელდეს¹⁴.

აიგივებენ რა საკუთარ თავს საზოგადოებრივი არჩევანის თეორიასთან, თეორეტიკოსები ეჭვქვეშ აყენებენ ფართო საზოგადოების მონაწილეობის სურვილს, რადგანაც ხარჯებმა, რომლებიც ამ ფართომას-

⁷ Constitution-making and Reform Options for the process; Michele Brandt; Jill Cottrell; Yash Ghai; and Anthony Regan; Publisher Interpeace; ნოემბერი, 2011, გვ.17

⁸ იხ. საერთაშორისო შეთანხმება სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებების შესახებ (ICCPR), 25-ე მუხლი. „თითოეულ მოქალაქეს უნდა ჰქონდეს უფლება და შესაძლებლობა მე-2 მუხლში ნახსენები ყოველგვარი დისკრიმინაციისა და დაუსაბუთებელი შეზღუდვების გარეშე მიიღოს მონაწილეობა საზოგადოებრივ ცხოვრებაში პირადად ან თავისუფლად არჩეული წარმომადგენლების დახმარებით...“.

⁹ Democracy Reporting International; Lessons Learned From Constitution-Making: Process With Broad Based Public Participation; Briefing Paper No. 20; ნოემბერი, 2011, გვ.4.

¹⁰ იხ. Towards a Participatory Constitution Making Process in Turkey: Assoc. Prof. Dr. Levent Gönenç; TEPAV Policy Note; იანვარი, 2011, გვ.5

¹¹ Towards a Participatory Constitution Making Process in Turkey; Ibid., გვ. 9; TEPAV Policy Note; იანვარი, 2011

¹² Constitution-making and Reform Options for the Process; Michele Brandt; Jill Cottrell; Yash Ghai; and Anthony Regan; Publisher Interpeace; Sequencing the process; ნოემბერი, 2011, გვ.23.

¹³ იხ. Tom Ginsburg, Justin Blount & Zachary Elkins, „The Citizen as Founder: Public Participation in Constitutional Approval,“ გვ. 371, 81 Temple Law Review 361 (2008)

¹⁴ Wolfgang Babeck; Drafting and Adoption of Constitution in Georgia; Iris Georgia; თბილისი, 2002, გვ. 26-29.

შტაბიან მონაწილეობასთანაა დაკავშირებული, შესაძლოა, გადაწონოს ის სარგებელი, რასაც საზოგადოების თითოეული წევრი უშუალოდ ამ პროცესიდან იღებს¹⁵.

„ოპტიმისტები“ თანამონაწილეობის დადებით მხარეებს გამოყოფენ, რაც მთავრობისა და სხვა საზოგადოებრივი მნიშვნელობის საკითხებთან დაკავშირებით მოქალაქეების გათვითცნობიერებას¹⁶, დემოკრატიული ღირებულებების ხელშეწყობას¹⁷, ეროვნული ერთიანობის მხარდაჭერასა და კონსტიტუციის სტაბილურობის უზრუნველყოფას გულისხმობს¹⁸. „ოპტიმისტური“ მოსაზრებებიდან გამომდინარე, თანამონაწილეობა აუმჯობესებს განსახილველი ინფორმაციის ხარისხსა და სანდოობას, რის შედეგადაც პოლიტიკური კურსის უფრო მაღალ ხარისხს ვიღებთ¹⁹. რისკები, რა თქმა უნდა, არსებობდა, მაგრამ ამას ხელი არ შეუშლია თანამონაწილეობის სხვადასხვა მექანიზმისთვის – სულ უფრო და უფრო პოპულარული გამხდარიყო ბოლო ათწლეულის განმავლობაში²⁰.

რაიმე უნიკალური რეცეპტი თანამონაწილეობის პროცესის ეფექტურობისთვის, უბრალოდ, არ არსებობს. თეორეტიკოსები, რომლებიც ამ პროცესს ანალიზებენ, განვითარების ორ სხვადასხვა მიმართულებას გამოყოფენ: პირველი ტექსტის დამუშავებას მოიცავს, მეორე კი საბოლოო დოკუმენტის ოფიციალურ გამოქვეყნებას. ჰარბერფელდი და ბენომარი კონსტიტუციის შექმნაში თანამონაწილეობის პროცესულურ მხარეზე მიუთითებენ და ამტკიცებენ, რომ პროცესისა და მისი სხვადასხვა დონის, სხვადასხვა დაინტერესებული მხარის ჩართულობის საშუალებების სიცხადემ, შესაძლებელია, მთელი ამ პროცესისადმი ნდობა და რწმენა წარმოშვას²¹.

მეორე მხრივ, გვირგვინდნენ, რომ დაინტერესებულ მხარეებზე გაგვეკეთებინა ფოკუსირება და რაც შეიძლება მეტი ჯგუფისთვის მიგვეცა მონაწილეობის შესაძლებლობა²². ავტორების თქმით, „... საკონსტიტუციო სტრუქტურა უფრო თანამონაწილეობითია, თუკი საზოგადოებას პროცესში მონაწილეობის მიღების და მისი გაკონტროლების მეტი შესაძლებლობა აქვს“²³.

კონსტიტუციის შექმნის გამოცდილება და მასში მონაწილეობის მიღების პრობლემები საქართველოში

საქართველოში კონსტიტუციის შექმნაში თანამონაწილეობის პროცესს განსაკუთრებული მნიშვნელობა აქვს. არაერთი მეცნიერი აღნიშნავდა, რომ საქართველო, როგორც ახალგაზრდა დემოკრატიული

¹⁵ იხ. Tom Ginsburg, Justin Blount & Zachary Elkins, *The Citizen as Founder: Public Participation in Constitutional Approval*; გვ.368-369; 81 Temple Law Review; 361 (2008).

¹⁶ *Comparative Constitutional Law*; Edited by Tom Ginsburg and Rosalind Dixon; Research Handbooks in Comparative Law; Participation in Constitutional Design; Edward Elgar publishing; 2011, გვ. 39.

¹⁷ იქვე. გვ. 39.

¹⁸ იქვე. გვ. 39.

¹⁹ იხ. ზემოთ შენიშვნა 14, გვ. 367.

²⁰ *Constitution-making and Reform Options for the Process*; Michele Brandt; Jill Cottrell; Yash Ghai; and Anthony Regan; Publisher Interpeace; Impacts to adherence to guiding principles; ნოემბერი, 2011; გვ. 16-17.

²¹ What is the title of the chapter of the mentioned authors? *Comparative Constitutional Law*; Edited by Tom Ginsburg and Rosalind Dixon; Research Handbooks in Comparative Law; Participation in constitutional design; Edward Elgar Publishing; 2011, გვ. 38.

²² *Constitution-making and Reform Options for the Process*; Michele Brandt; Jill Cottrell; Yash Ghai; and Anthony Regan; Publisher Interpeace; Impacts to adherence to guiding principles; ნოემბერი, 2011, გვ. 16-17.

²³ იხ. ზემოთ. შენიშვნა 14, გვ. 363.

ქვეყანა, სამართლებრივი სისტემის ლეგიტიმიზაციის წინაშე დგას, სადაც კონსტიტუცია მთავარი ბურჟია²⁴. ალბათ, ზედმეტია იმ ფაქტის კიდევ ერთხელ აღნიშვნა, რომ საქართველო მრავალეროვანი ქვეყანაა, სადაც უმცირესობის წარმომადგენლებს ჯერ კიდევ უჭირთ საბჭოთა კავშირის დროინდელი დამორჩილებული სტერეოტიპებისგან თავის დაღწევა და ქვეყნის სოციალურ, ეკონომიკურ და პოლიტიკურ ცხოვრებაში სრული ინტეგრირება.

საკონსტიტუციო რეფორმა საქართველოში ხუთ მთავარ ეტაპად შეიძლება დაიყოს. პირველი ეტაპი მოიცავს 1922 წელს დამოუკიდებლობის გამოცხადებიდან პირველი „მცირე კონსტიტუციის“ მიღებამდე არსებულ პერიოდს. „მცირე კონსტიტუცია“ საგანგებო მდგომარეობაში შეადგინეს – 1978 წელს შესწორებული საბჭოთა კონსტიტუციის სანაცვლოდ და თითქმის ორი წელი ფუნქციონირებდა. საბჭოთა კავშირის დაშლის შემდეგ კი, გარდამავალი პერიოდის კონსტიტუციის შედგენა ძალიან მოკლე ვადებში მოხდა.

მეორე პერიოდი 1992-1995 წლებს მოიცავს, როდესაც დამოუკიდებელი საქართველოს კონსტიტუცია შეიმუშავეს. კომისია, რომელიც კონსტიტუციის პროექტზე მუშაობდა, 1993 წელს შეიქმნა და 118 წევრისგან შედგებოდა. მათ შორის იყვნენ აკადემიის წევრები, დამოუკიდებელი ექსპერტები და სასამართლო თუ სხვა სამთავრობო ორგანოების წარმომადგენლები²⁵.

კომისიის წევრების დიდი რაოდენობის მიუხედავად, ამ პროექტების განხილვის პროცესი ყველასთვის არ იყო ხელმისაწვდომი. ექსპერტების ჯგუფი იურისტებისა და სტუდენტების მხოლოდ ვიწრო წრეებში ატარებდნენ დისკუსიებს²⁶. ეს პროცესი თითქმის სამი წელი გაგრძელდა და, საბოლოოდ, პროექტი გადაწყვეტილების მიმღებებს დაეგზავნათ. ფაქტობრივად, წარმოდგენილმა პროექტმა, რომელიც ორ წელზე მეტი ხნის მუშაობის ნაყოფი იყო, ერთი ხელის მოსმით განიცადა მნიშვნელოვანი ცვლილებები და თავდაპირველი ვარიანტიდან ცოტა რამ თუ დარჩა, რამაც სერიოზული გაუგებრობები და, შესაბამისად, პრობლემები წარმოშვა სამუშაო ჯგუფსა და გადაწყვეტილების მიმღებებს შორის²⁷.

1995 წელს კონსტიტუციის მიღებიდან 2004 წლამდე, მასში რამდენიმე ცვლილება შევიდა და ამასთან დაკავშირებით, ყველა წინადადება თუ მოსაზრება, კონსტიტუციის დადგენილებით, განხილვამდე ერთი თვით ადრე გამოქვეყნდა; თუმცა არც ფართო საზოგადოების მხრიდან და არც ექსპერტებისგან რაიმე სახის კომენტარები არ შემოსულა²⁸. განსაკუთრებით უნდა აღინიშნოს ის ფაქტი, რომ პარლამენტის წევრთა 235-წევრიდან 150-მდე შემცირების საკითხი პლებისციტით გადაწყდა, რომელიც 2004 წლის პოსტ-რევოლუციური არჩევნების პარალელურად ჩატარდა და ეს იყო გამონაკლისი.

²⁴ იხ. საკონსტიტუციო-პოლიტიკური რეფორმის პროცესი საქართველოში, სომხეთსა და აზერბაიჯანში; პოლიტიკური ელიტა და ხალხის ხმები; International IDEA (დემოკრატიისა და არჩევნების ხელშეწყობის საერთაშორისო ინსტიტუტი) და მშვიდობის, დემოკრატიისა და განვითარების კავკასიური ინსტიტუტი; საქართველოს სახელმწიფო ხელისუფლება ცენტრალურ დონეზე: ბალანსი მის განმტოვებათა შორის; პოლიტიკური ნაშრომი; ავტ. ავთანდილ დემეტრაშვილი, ზურაბ ჯიბლაშვილი, ვახტანგ ხმალაძე, ალექსანდრე ნალბანდოვი, ლევან რამიშვილი, დავით უსუფაშვილი. თბილისი, 2005, გვ. 6-23.

²⁵ See Wolfgang Babaeck; Drafting and Adoption of Constitution in Georgia; Iris Georgia; თბილისი, 2002, გვ. 13-20.

²⁶ იხ. ზემოთ. შენიშვნა 25, გვ. 13-20.

²⁷ იქვე. გვ. 70-89.

²⁸ იხ. კარლო გოდოლაძე, საკონსტიტუციო ცვლილებები საქართველოში; პოლიტიკური და სამართლებრივი ასპექტები; ჰუმანიტარულ და სოციალურ მეცნიერებათა მიმოხილვა. 2013, გვ. 443-460; იხ. აგრეთვე საკონსტიტუციო-პოლიტიკური რეფორმის პროცესი საქართველოში, სომხეთსა და აზერბაიჯანში; პოლიტიკური ელიტა და ხალხის ხმები. თბილისი, 2005, გვ. 6-23.

მესამე პერიოდი 2004 წელს მოიცავს, როდესაც კონსტიტუციის მთავარი რეფორმა „ვარდების რევოლუციით“ მოსული ახალი ხელისუფლების მიერ განხორციელდა. კონსტიტუციის პროექტი ძალიან მოკლე დროში შემოიტანეს და დაამტკიცეს. განხილვებში კვლავ გადაწყვეტილების მიმღებებისა და ექსპერტების მცირე ჯგუფი იღებდა მონაწილეობას. მიუხედავად იმისა, რომ შემოთავაზებულმა შესწორებებმა ხელისუფლების დანაწილების, კონტროლისა და ბალანსის საგულისხმო ცვლილებები გამოიწვია, უფრო მასშტაბურ განხილვებს ძალიან ცოტა დრო დაეთმო, რის გამოც, ეს პროცესი არ იყო ყოვლისმომცველი და, შესაბამისად, უპასუხოდ დატოვა სხვადასხვა კომენტარები, რჩევები თუ საწინააღმდეგო მოსაზრებები²⁹.

2004-2010 წლებში კონსტიტუციაში რამდენიმე ცვლილება შევიდა, რამაც მნიშვნელოვანწილად შეცვალა კონსტიტუციური წყობა. სამართლებრივი რეფორმის მიღებისას, არც ერთი შესწორება სათანადოდ არ განხილულა, რასაც ოპონენტები ამ პროცესისათვის გამოყოფილი დროის ნაკლებობას აბრალებდნენ³⁰. რამდენიმე რეფორმა, როგორცაა სასამართლო სისტემასთან დაკავშირებული რეფორმები და ნაფიც მსაჯულთა ინსტიტუტის შემოღება, ჯერ კიდევ 2000 წელს, საჯარო დებატების თემად იქცა. ეს ყველაფერი მთავრობამ არგუმენტის სახით მიიღო და შესწორებების დაჩქარებული პროცესი იმით გაამართლა, რომ კონსტიტუციაში შეტანილ ყველა მთავარ საკითხთან დაკავშირებით უკვე საკმარისი დისკუსიები და განხილვები ჩატარა. 2004-2010 წლების საკონსტიტუციო რეფორმებმა გვიჩვენა, რომ თანამონაწილეობითი მიდგომის გააზრებას დროში მიმოფანტულ პროცესებზე საკმაოდ დიდი ზეგავლენის მოხდენა შეეძლო.

ეს ყველაფერი მნიშვნელოვნად ზრდის ინკლუზიურობისა და თანამონაწილეობის დილემას. ასეთ შემთხვევაში, როგორ უნდა განვსაზღვროთ თანამონაწილეობა, როგორც დროებითი პროცესი, რომელსაც გადაწყვეტილების მიღებამდე მივყავართ, თუ რეალურად მას უფრო მეტი დატვირთვა აქვს – პერმანენტულად საზრდოობს რა საჯარო დებატებით, რომელთა შედეგებიც შემდგომში სამართლებრივი ან პოლიტიკის კურსის განმსაზღვრელ ინიციატივებში აისახება.

კონსტიტუციის შემუშავების პროცესი 2009 წელს უფრო კარგად იყო ორგანიზებული. პრეზიდენტმა სააკაშვილმა საკონსტიტუციო კომისიის თავმჯდომარე და წევრები პოლიტიკური პარტიების კანდიდატებიდან და წარმომადგენლებიდან შეარჩია. ყველა ძირითად პოლიტიკურ პარტიას, პარლამენტში თუ საკანონმდებლო ორგანოს გარეთ, ჰქონდა კვოტა. მიუხედავად ამისა, მთავარმა ოპოზიციურმა პარტიებმა ამ პროცესს ბოიკოტი გამოუცხადეს. კომისიამ ერთი წელი იმუშავა და კონსტიტუციის ოთხი ალტერნატიული ვერსია განიხილა. კომისიის სხდომები საჯარო იყო და მისი მუშაობის შესახებ ინფორმაცია მუდმივად თავსდებოდა კომისიის ვებ-გვერდზე³¹. უნდა აღინიშნოს, რომ, სამწუხაროდ, კომისიის მუშაობის დასრულების შემდეგ, ამ მასალამ ინტერნეტიდან სახელმწიფო არქივში გადაინაცვლა და ნაკლებად ხელმისაწვდომი გახდა.

²⁹ იხ. კარლო გოდოლადე, საკონსტიტუციო ცვლილებები საქართველოში; პოლიტიკური და სამართლებრივი ასპექტები; ჰუმანიტარულ და სოციალურ მეცნიერებათა მიმოხილვა. 2013, გვ. 447; აგრეთვე იხ. საკონსტიტუციო-პოლიტიკური რეფორმის პროცესი საქართველოში, სომხეთსა და აზერბაიჯანში; პოლიტიკური ელიტა და ხალხის ხმები. თბილისი, 2005, გვ. 75-76.

³⁰ იხ. კარლო გოდოლადე, იქვე, გვ. 443-460; იხ. აგრეთვე ამ საკითხთან დაკავშირებით European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission); Final Opinion on the Draft Constitutional Law on amendments and changes to the Constitution of Georgia; Strasbourg, 15 October 2010; Opinion no. 543/2009; გვ. 4, პუნქტი 16.

³¹ იხ. Wolfgang Babeck, Steven Fish, Zeno Reichenbecher; Rewriting a Constitution: Georgia's shift towards Europe; With an introduction by Avtandil Demetrasvili, Chairman of the State Constitutional Commission; Nomos Publishing; Baden-Baden; 2012.

2009 წელს კონსტიტუციის შემუშავების პროცესი და კომისიის მუშაობა საკონსტიტუციო რეფორმის პოპულარიზაციის მცდელობას წარმოადგენდა. სხვადასხვა დაინტერესებულ მხარეს შესაძლებლობა ჰქონდა, მონაწილეობა მიეღო და თავისი წვლილი შეეტანა ამ პროცესში. 2009 წელს, კონსტიტუციის შექმნის პროცესში, თანამონაწილეობის რამდენიმე მეთოდი გამოიყენეს – პირისპირ შეხვედრებისა და სოციალური მედიის ჩათვლით. საერთაშორისო დამკვირვებლებმა კონსტიტუციის განხილვის პროცესი დადებითად შეაფასეს³². თუმცა, იშვიათად აღნიშნავდნენ იმ ფაქტს, რომ კონსტიტუციაზე მომუშავე სამუშაო ჯგუფებსა და კომისიებს არასოდეს ჰქონიათ ინკლუზიური ხასიათი. როგორც ზემოთ უკვე აღინიშნა, საქართველო მრავალეროვანი ქვეყანაა, სადაც სხვადასხვა ეთნიკური, რელიგიური და კულტურული უმცირესობის წარმომადგენლები ცხოვრობენ. არც ერთი პრეცედენტი იმისა, რომ უმცირესობის ჯგუფის წარმომადგენლები მიწვეულნი ყოფილიყვნენ საკონსტიტუციო კომისიის წევრებად, არ ყოფილა. უფრო მეტიც, კომისიის მდებრობითი სქესის პროცენტული რაოდენობა 15-ზე ქვემოთ არის³³.

შეიძლება ვილაცა შემოგვედავოს, რომ საჯაროდ აზრის გამოთქმა არავის ეკრძალებოდა, მაგრამ ფაქტობრივად სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისია ერთადერთია, სადაც ლეგალურად შეიძლება მონაწილეობის მიღება. უმცირესობის ჯგუფების, ქალებისა და რეგიონალური წარმომადგენლების გამო-რიცხვა ამ პროცესიდან, უდავოდ, მნიშვნელოვანი გადაწყვეტილებების დახურულ კარს მიღმა მიღების ტენდენციაზე მიგვანიშნებს.

ჩვენი აზრით, ეს იყო ელიტარული კონსტიტუციის შექმნის პროცესი, საყოველთაო ლეგიტიმურობის ფუნდამენტური კანონის გარეშე, რამაც „ჯიბის კონსტიტუციონალიზმის“ კულტურის დანერგვას შეუწყო ხელი³⁴.

თანამონაწილეობის საკითხი მთავარ გამოწვევად რჩება – კონსტიტუცია „ყველასათვის“ თუ „მშირარისხოვან რჩეულთათვის“

2013 წლის 4 ოქტომბერს პარლამენტის თავმჯდომარემ მესამე საკონსტიტუციო კომისიის შექმნა აუწყა საზოგადოებას. „ქვეყნის საკონსტიტუციო კომისიის დაარსებასთან“ დაკავშირებით გამოცემული გან-კარგულების მიხედვით, დანიშნული კომისიის წევრები, სხვადასხვა პოლიტიკური პარტიების კანდიდა-ტებისა და დამოუკიდებელი წევრებისგან შეარჩიეს³⁵.

³² იხ. თანამონაწილეობის და ასევე საკონსტიტუციო რეფორმასთან დაკავშირებით ვენეციის კომისიის დასკვნა; European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission); საბოლოო დასკვნა; საქართველოს კონსტიტუციაში საკონსტიტუციო კანონის პროექტთან დაკავშირებული შესწორებები და ცვლილებები; მიღებულ იქნა 84-ე პლენარულ სხდომაზე. ვენეცია, 2010 წლის 15-16 ოქტომბერი.

³³ მეორე სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისია 56 წევრისგან შედგებოდა (2009-2010). აქედან მხოლოდ 8 მდებრობითი სქესის წარმომადგენელია. არც ერთი უმცირესობის, ახალგაზრდობის და საზოგადოების სხვა სეგმენტის წარმომადგენელი. ფაქტობრივად ეს მოცემულობა არ შეცვლილა მესამე საკონსტიტუციო კომისიისთვისაც (2014 წლიდან) - 58 წევრი და 9 ქალბატონი. მეორე კომისიის მსგავსად, აქაც არ ყოფილან უმცირესობის და საზოგადოების სხვა სეგმენტის წარმომადგენლები.

³⁴ იხ. უფრო მეტი the phenomenon of so-called “pocket constitution” in Georgian context; Instrumentalization of the Constitution: Story of post-revolutionary constitution-making; Accepted research paper for the 9th International Congress of Constitutional law; <https://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws11/w11-meladze&godoladze.pdf> ოსლო, ნორვეგია, 2014 წლის 16-20 ივნისი.

³⁵ იხ. ამჟამინდელი სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისიის ოფიციალური ვებ-გვერდი. <http://constcommission.ge/en/about> დეტალური ინფორმაცია სამართლებრივი საფუძვლებისა და სხვა ფორმალური საკითხებისათვის.

კომისია ხუთ ჯგუფად დაიყო: საქართველოს კონსტიტუციის ზოგადი დებულებებისა და კონსტიტუციის გადასინჯვის საკითხთა სამუშაო ჯგუფი; საქართველოს პარლამენტის, პრეზიდენტისა და მთავრობის საკითხთა სამუშაო ჯგუფი; ადამიანის ძირითადი უფლებებისა და თავისუფლებების, სასამართლო ხელისუფლებისა და პროკურატურის ინსტიტუტის საკითხთა სამუშაო ჯგუფი; დამოუკიდებელი კონსტიტუციური ინსტიტუტების საკითხთა სამუშაო ჯგუფი; საქართველოს ტერიტორიული მოწყობისა და ადგილობრივი თვითმმართველობის საკითხთა სამუშაო ჯგუფი³⁶.

რ თვის თავზე, რაც კომისიამ მუშაობა დაიწყო³⁷, ის უკვე დაკომპლექტებულია და საკუთარი ვებგვერდი აქვს, სადაც მუდმივად ხდება საჭირო ინფორმაციის განახლება, მაგრამ, მიუხედავად ამისა, სხვადასხვა დაინტერესებული მხარის ეფექტურ თანამონაწილეობასთან დაკავშირებული კითხვები მაინც ღიად რჩება.

კომისიის შემადგენლობა ჯერ კიდევ არ არის ინკლუზიური (ყოველსიმომცველი), რადგანაც ძირითად აქცენტს პოლიტიკური პარტიების, აკადემიის და სამოქალაქო საზოგადოების წევრი ორგანიზაციების რამდენიმე წარმომადგენელზე აკეთებს. კომისიის შემადგენლობაში არ არიან უმცირესობის ჯგუფები და მხოლოდ ცხრა წევრია მღვდლობითი სექსის წარმომადგენელთაგან. ახალგაზრდა თაობისა და სხვადასხვა რეგიონის წარმომადგენლები არ არიან ინტეგრირებულნი. აქედან გამომდინარე, რთული სათქმელია, აისახება თუ არა სამუშაო პროექტში ის საკითხები, რაც უშუალოდ ამ ჯგუფების ინტერესებს დააკმაყოფილებს. უფრო და უფრო ცხადი ხდება, რომ საზოგადოების ფართო ჩართულობის გარეშე საქართველოს კონსტიტუციას საზოგადოებისგან გაუცხოება და საყოველთაო მხარდაჭერის დაკარგვა ემუქრება, რაც უკვე არაერთხელ მოხდა და კონსტიტუციის ფუნდამენტური გადასინჯვებით დაგვირგვინდა.

შემაჯავებელი შენიშვნები

საქართველოს უახლესი ისტორია გვასწავლის: საფრთხე იმისა, რომ ხელისუფლების აღმასრულებელი შტო შეეცდება, კონსტიტუციაში ცვლილებების შეტანის პროცესზე ზეგავლენა მოახდინოს, ყოველთვის იარსებებს. ამის საუკეთესო მაგალითად შეგვიძლია ადრეული, 90-იანი წლების მოვლენები მოვიყვანოთ, როდესაც საქართველოს იმდროინდელმა პრეზიდენტმა ედუარდ შევარდნაძემ, მანამდე არსებული მოსაზრებების სრული იგნორირების საფუძველზე, ერთ ღამეში შეცვალა კონსტიტუცია³⁸. თანამონაწილეობის საზღვრების გაზრდა ერთ-ერთი საშუალებაა იმისა, რომ პროცესი არა მარტო ღია და გამჭვირვალე, არამედ ანგარიშვალდებულებით იყოს; ე.წ. „დაუპატიჟებელ სტუმრებს“ თავიანთი რადიკალური ჩარევები ძვირად რომ დაუჯდეთ და საკუთარ საქციელზე პასუხი აგონ.

2012 წლის არჩევნებმა ახალი რეალობა შემოიტანა საქართველოს დემოკრატიაში. პირველად ქვეყნის ისტორიაში, ძალაუფლების მშვიდობიანად გადაბარების შემდეგ, ახალი მთავრობა და ახალი საპარლამენტო უმრავლესობა მოვიდა ქვეყნის სათავეში. გადაწყვეტილებების მიღების პროცესში თანამონაწილეობის არარსებობას, ხშირად წინა ხელისუფლების მარცხის მიზეზად ასახელებდნენ. რეფორმის პროცედურული მხარის სერიოზული გადახედვის გარეშე, ახალი მთავრობა ძველი შეცდომების გამეორების საფრთხის წინაშე დგას. რადგანაც ეს პროცესი ჯერ კიდევ თავისი განვითარების ადრეულ სტადიაშია, ჯერჯერობით, შესაძლებელია, თანამონაწილეობის კონცეფციას გადავხედოთ და ის რეფორმის განხორციელების განუყოფელ ნაწილად ვაქციოთ; წინააღმდეგ შემთხვევაში, გაგვიჭირდება იმის თქმა, რომ ჩვენი კონსტიტუცია საქართველოში მცხოვრები თითოეული მოქალაქის საკუთრებაა.

³⁶ იქვე, იხ. ინფორმაცია საქართველოს სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისიის წევრებისა და სამუშაო ჯგუფების შესახებ.

³⁷ რეალური სამუშაო პროცესი ჯგუფური შეხვედრების ფორმატში და სარედაქციო სხდომები 2014 წლის 3 მარტს დაიწყო, როდესაც კომისიის სარედაქციო საბჭოს პირველი სხდომა გაიმართა.

³⁸ იხ. Wolfgang Babeck; Drafting and Adoption of Constitution in Georgia; IRIS Georgia, თბილისი, 2002.

პასტანგ ნაცვლიშვილი

საქართველოს სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისიის წევრი,
ამერიკული და საერთაშორისო სამართლის მაგისტრი, კენტის სამართლის სკოლა.

კონსტიტუციური ცვლილებები შესწორების გარეშე: პერიკული კონსტიტუციონალიზმის გამოწვევა

შინაარსი

შესავალი

ნაწილი I. დაწერილი კონსტიტუცია და მისი ზოგადი დებულებანი

1. ამერიკის დაწერილი კონსტიტუციის უმთავრესი მახასიათებელი
2. კონსტიტუციის დებულებები, როგორც ზოგადი ნორმატიული პრინციპები

ნაწილი II. ვინ საუბრობს კონსტიტუციის სახელით?

1. კონსტიტუციის სამოსამართლო ინტერპრეტაცია
2. კონსტიტუციის პოლიტიკური განმარტება

ნაწილი III. ცვლილებები შესწორებების გარეშე

1. არაფორმალური საკონსტიტუციო ცვლილებები
2. აღვიქვამთ თუ არა კონსტიტუციას სერიოზულად?

დასკვნა

შესავალი

ამერიკის შეერთებული შტატების კონსტიტუცია მისი სიძველის გამო უდიდეს პატივს იმსახურებს და ამერიკის სიმბოლოდ მიიჩნევა. კონსტიტუცია – დამფუძნებელი მამების მიერ განხორციელებული სასწაული¹ – ქვეყნის თვითმყოფადობას განასახიერებს და თავის თავში მოიცავს ერის პატრიოტულ განწყობას.

¹ 1829 წელს ჯეიმს მედისონი წერს: „ამ შტატების ბედნიერი ერთობა საოცრებაა, მათი კონსტიტუცია – სასწაული, მათი მაგალითი თავისუფლების იმედია მთელი მსოფლიოსთვის“. იხ. The Founders' Constitution, ტომი 1 (University of Chicago Press, 2000), გვ. 351.

ყობილებას². საყოველთაოდ ცნობილია, რომ დოკუმენტი, რომელმაც მეთვრამეტე საუკუნის ბოლოს მთავრობას ჩარჩოები დაუდგინა, უცვლელობით ამტკიცებს საკუთარ წარმატებას და ქვეყნის საერო ბიბლიად გვევლინება.

მიუხედავად ამისა, კონსტიტუციური სამართლის თეორია ეჭვქვეშ აყენებს კონსტიტუციის მარადიულობის საყოველთაო წარმატებას. კონსტიტუციის წარმატების განმსაზღვრელი სხვადასხვა ფაქტორი არსებობს, მაგრამ ამერიკის შეერთებული შტატების კონსტიტუციის შეფასებები ძირითადად კონსტიტუციური ცვლილებების განხორციელების გზებზე ფოკუსირდება. თუ ცვლილება კონსტიტუციით დადგენილი რთული პროცედურის გავლით ხდება, მისი წარმატება უდავოა, რადგანაც თავდაპირველი ტექსტი დღემდე მნიშვნელოვანწილად უცვლელია. მაგრამ, თუ მნიშვნელოვანი საკონსტიტუციო ცვლილებები სხვა არხების საშუალებით ხორციელდება, ვიდრე ეს კონსტიტუციითაა დადგენილი, მისი წარმატება უკვე საკამათო ხდება³. ამ საკითხთან დაკავშირებით გამართული აკადემიური დისკუსიები შეგვიძლია ერთ მარტივ შეკითხვამდე დავიყვანოთ: რამდენჯერ შეიცვალა ამერიკის შეერთებული შტატების კონსტიტუცია? ამ კითხვაზე კონცენტირებული პასუხი საკმაოდ არასერიოზულად გამოიყურება.

თვალსაჩინოებისთვის მაგალითი რომ მოვიყვანოთ, მეცხრამეტე საუკუნის ბოლოდან მოყოლებული, როდესაც კონგრესმა პირველი ფართო ძალაუფლების მქონე ფედერალური ადმინისტრაციული ორგანო შექმნა, ადმინისტრაციული უწყებების ძალაუფლების ზრდამ ქვეყნის ადმინისტრაციულ სახელმწიფოდ გარდაქმნა გამოიწვია. ეს ორგანოები აწესებენ მატერიალურ სამართალს – რეგულაციებს, რომლებიც ფედერალური კანონების ათჯერ მეტ ადგილს იკავებენ. როგორ შეიძლება ეს მომხდარიყო, როდესაც კონსტიტუციაში არსად არ არის ნახსენები ადმინისტრაციული ორგანოები და, უფრო მეტიც, როდესაც ის მთელ საკანონმდებლო ძალაუფლებას კონგრესს ანიჭებს? უამრავი მსგავსი მაგალითების მოყვანა შეიძლება იმისათვის, რომ ვაჩვენოთ, თუ როგორ დაშორდა კონსტიტუციური წესრიგი კონსტიტუციის ტექსტს.

წინამდებარე ესეს მიზანია, უფრო ღრმად ჩავწვდეთ ამერიკის შეერთებული შტატების კონსტიტუციის ამ პრობლემურ სფეროს, რომელიც მოქმედებს როგორც სავალდებულო ძალის მქონე კანონი ხელისუფლების შესაზღუდად, მაგრამ მეორე მხრივ, მისი ზოგადი დებულებები სამოსამართლო ინტერპრეტაციებისა და პოლიტიკური განმარტებისათვის ფართო შესაძლებლობებ ტოვებს. ესე ყურადღებას ამახვილებს კონსტიტუციისა და კონსტიტუციური წესრიგის შეცვლის არაფორმალურ საშუალებებზე. ესეს პირველ ნაწილში გადმოცემულია კონსტიტუციონალიზმის კონცეფცია და დისკუსია იმაზე, თუ როგორ ესადაგება იგი კონსტიტუციური დებულებების ზოგად ლექსიკას. პირველ ნაწილში გაკეთებული წინასწარი დასკვნები ვითარდება მეორე ნაწილში, რომელიც კონცენტრირებულია იმაზე, თუ როგორ განმარტავენ და როგორ შეიმუშავენ კონსტიტუციური დებულებების მნიშვნელობას კონსტიტუციის სახელით ყველაზე ხშირად მოსაუბრე სასამართლო და პოლიტიკური ხელისუფლების შტოები. მესამე ნაწილში საკონსტიტუციო ცვლილებების ფორმალური და არაფორმალური კონცეფციის მითითების შემდეგ ვაჩვენებთ, რამდენად უცვლელად უნდა მივიჩნიოთ ამერიკის კონსტიტუცია, როდესაც ჩვენი წარმოდგენა მასზე მუდმივად იცვლება. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, რამდენად სერიოზულად შეიძლება მივუდგეთ კონსტიტუციას, თუკი ის ვერ ახერხებს მთავრობის ქმედებათა საკმარის შეზღუდვას?

² იხ. Stephen M. Griffin, *Constitutionalism in the United States: From Theory to Practice in Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Ed. Sanford Levinson (Princeton University Press, 1995), გვ. 37.

³ იქვე, გვ. 38.

1. დაწერილი კონსტიტუცია და მისი ზოგადი ღვაწლენი

პირველ თავში წარმოდგენილია კონსტიტუციონალიზმის კონცეფცია როგორც ხელისუფლების შეზღუდვის მცდელობა. რა არის ამერიკის შეერთებული შტატების ლიბერალური, დაწერილი კონსტიტუციის უმთავრესი არსი? რას ეყრდნობა ის? როგორ არის ფორმულირებული კონსტიტუციური დებულებები? როგორ მოქმედებს კონსტიტუციის ზოგადი დებულებების ენა კონსტიტუციაზე, როგორც სავალდებულო კანონის ფუნქციონირებაზე? ესეც ამ ნაწილში ჩვენ ვცდილობთ, პასუხი გავცეთ ამ შეკითხვებს, რათა გავაგრძელოთ დისკუსია კონსტიტუციის ინტერპრეტაციისა და განმარტების მასშტაბსა და მოცულობაზე, ასევე იმ ეფექტებზე, რომლებიც ასეთ ინტერპრეტაციას/განმარტებას ახლავს კონსტიტუციის გადასინჯვასთან დაკავშირებით.

1. დაწერილი კონსტიტუციის აუცილებელი მახასიათებელი

ლიბერალური კონსტიტუციონალიზმის მრავალი დეფინიცია არსებობს, მაგრამ ყველა განმარტება აქცენტს აკეთებს იმაზე, რომ კონსტიტუციონალიზმის არსი მთავრობის შეზღუდვაა⁴. კარლ შმიტის თანახმად, დაწერილი კონსტიტუციის მიზანი და არსი იმ ძირითადი უფლებების აღიარებაა, რომლებიც პიროვნების თავისუფლების ზოგადი კონცეფციის დამყარებას გულისხმობს. ამ თვალსაზრისით, ძალაუფლების დანაწილების პრინციპი უზრუნველყოფს იმას, რომ ამ თავისუფლებას გააჩნია ორგანიზაციული გარანტია სახელმწიფოს მხრიდან ძალაუფლების არასწორად გამოყენების წინააღმდეგ⁵. „კონსტიტუციონალიზმის განვითარების ყველა ეტაპზე, მას ერთი მნიშვნელოვანი თვისება აქვს: ხელისუფლების სამართლებრივი შეზღუდვა. ის წარმოადგენს თვითნებური მმართველობის ანტიტეზას. მას უპირისპირდება დესპოტური ხელისუფლება, რომელიც კანონით კი არ ხელმძღვანელობს, არამედ საკუთარი ნება-სურვილით“⁶. ლიბერალური კონსტიტუციონალიზმის მთავარი ქვეტექსტი ის არის, ვინც არ უნდა ასრულებდეს საკონსტიტუციო ძალაუფლებას და ხელისუფლებას, იგი „კანონის საფუძველზე“ ან „კანონის სახელით“ ხორციელდება. სამართლიანობის პრინციპი, საბოლოო ჯამში, იმაში მდგომარეობს, რომ არ არსებობს ხელისუფლება და მორჩილება, რადგან მხოლოდ ობიექტური კანონის ძალის მქონე ნორმებს გამოიყენებენ⁷.

ზემოთ ჩამოთვლილი მიზნების მისაღწევად, კონსტიტუცია – ფუნდამენტური, ძირითადი პრინციპებისა და ნორმების კრებული, რომლის მიხედვითაც იმართება სახელმწიფო – უნდა იყოს ძლიერმოქმედი, რათა გარკვეულწილად მაინც უზრუნველყოს სტაბილურობა და მუდმივობა. ლიბერალური კონსტიტუციონა-

⁴ ასე ასათაურებს პროფესორი სანფორდ ლევინსონი თავის სტატიაში. იხ. Sanford Levinson, How Many Times the United States Constitution Been Amended? (A) < 26; (B) 26; (C) 27; (D) > 27: Accounting for Constitutional Change in Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment, Ed. Sanford Levinson (Princeton University Press, 1995), გვ. 13.

⁵ იხ. Stephen M. Griffin, "Constitutionalism in the United States: From Theory to Politics" in Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendments, ed. Sanford Levinson (Princeton University Press, 1995), გვ. 39.

⁶ იხ. Rune Slagstad, "Liberal Constitutionalism and its Critics: Carl Schmitt and Max Weber" in Constitutionalism and Democracy, ed. Jon Elster and Rune Slagstad (Cambridge University Press and Universitetsforlaget, 1988), გვ. 104-105.

⁷ Charles Howard McIlwain, Constitutionalism Ancient and Modern (Ithaca: Cornell University Press, 1940), გვ. 24, quoted in Stephen M. Griffin, "Constitutionalism in the United States: From Theory to Politics" in Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendments, ed. Sanford Levinson (Princeton University Press, 1995), გვ. 39.

⁸ Carl Schmitt, Legitimacy and Legitimacy (Duke University Press, 2004), გვ. 3.

ლიზმის თეორია მკაცრად გვიჩვენებს, რომ კონსტიტუცია, როგორც უზენაესი სახელმწიფო კანონი, რომლის დებულებებსაც ყველა სხვა კანონი უნდა დაექვემდებაროს, უფრო რთული უნდა იყოს შესაცვლელად, ვიდრე სხვა საკანონმდებლო აქტები და, ასე ვთქვათ, იზოლირებული უნდა იყოს პოლიტიკის ჩვეულებრივი მიმდინარეობისგან, რათა არ დაუშვას სახელმწიფო ძალაუფლების ბოროტად გამოყენება. მისმა გაძლიერებამ, შესაძლოა, ასევე ხელი შეუწყოს კონსტიტუციის მისტიკურ გაგებას. გავიხსენოთ, რომ კონსტიტუცია ჩვეულებრივ წარმოდგენილია როგორც მკაცვშირებელი რგოლი წარსულსა და აწმყოს შორის, ვინაიდან კონსტიტუცია „არ შეიძლება შეიცვალოს ჩვეულებრივი პოლიტიკური გზებით, მას აღიქვამენ როგორც წინაპრებისგან გადმოცემულ სამარადისო მემკვიდრეობას“⁹. ამგვარად, კონსტიტუცია მხოლოდ სამთავრობო ორგანოებს კი არ ზღუდავს, მათთვის კონსტიტუციით დადგენილ საზღვრებს რომ არ გადააბიჯონ, არამედ ზღუდავს ამ უკანასკნელთა უფლებასაც, შეცვალონ თავად კონსტიტუციის ტექსტი. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, კონსტიტუციის შეცვლის უფლებამოსილება არა მარტო იმ გართულებული პროცედურის მეშვეობით იზღუდება, რომელსაც მოცემული კონსტიტუცია აწესებს, არამედ იმ კონცეპტუალური საფუძველმდებარე პრინციპების გამოც, რასაც კონსტიტუცია თავის თავში გულისხმობს: კონსტიტუციის ძირითად დებულებათა ცვლილება არ წარმოადგენს სახელმწიფოს ნორმალურ ფუნქციას: ეს მისი განსაკუთრებული ფუნქციაა¹⁰, რომელიც განსაკუთრებულ სიტუაციებში უნდა იქნეს გამოყენებული. მაგალითად, როდესაც მთავრობის ინიციატივით საკონსტიტუციო ცვლილებები ხორციელდება, ეს პროცესი ავტომატურად უფრო დიდ საზოგადოებრივ პროტესტს იწვევს, რადგან ეჭვობენ, რომ შესწორებების გაცხადებული მიზნების უკან, სხვა, უფრო დაფარული მოტივაციები იმალება.

მიუხედავად ამისა, მკაფიოდ უნდა აღინიშნოს, რომ ლიბერალური კონსტიტუციონალიზმის თეორია არ უკუაგდებს საკონსტიტუციო ცვლილების საჭიროებას. კარლ შმიტი 1653 წელს დაწერილ კრომველის „ხელისუფლების ინსტრუმენტს“ განიხილავს როგორც თანამედროვე, დაწერილი კონსტიტუციის პირველ მაგალითს. კრომველს უნდოდა ეს დოკუმენტი ყოფილიყო „ხანგრძლივი, ხელშეუხებელი ნორმა პარლამენტის უმრავლესობის ცვალებადი გადაწყვეტილებების წინააღმდეგ, [...] თავისუფლების დიდი ქარტიის მსგავსი, რომელიც მუდმივი და უცვლელია [...] მისი აბსოლუტური გამძლეობის თვალსაზრისით“. შმიტი აღნიშნავს, რომ კრომველის ძალისხმევა წარუმატებელი აღმოჩნდა, მაგრამ იქვე შენიშნავს, რომ ლიბერალური კონსტიტუციონალიზმის ფუნდამენტური ნორმები, სახელმწიფოს სხვა კანონებთან შედარებით, უფრო ძნელად შესაცვლელი უნდა იყოს¹¹.

ანალოგიურად, როდესაც ჯორჯ მეისონმა ფილადელფიაში, საკონსტიტუციო ყრილობაზე საკონსტიტუციო ცვლილებებთან დაკავშირებით დისკუსია გახსნა, ხაზგასმით აღნიშნა, რომ „გეგმა, რომელიც ახლა იქმნება, დეფექტური იქნება, ისე როგორც კონფედერაცია აღმოჩნდა დეფექტური. შესაბამისად, შესწორებების გაცემა აუცილებელია და უმჯობესი იქნება მათი მარტივი, რეგულარული და კონსტიტუციური გზით განხორციელება და არა შემთხვევითი და ძალადობრივი გზებით¹². თითქმის სამი ათეული წლის

⁹ Ernest A. Young, *The Constitution Outside the Constitution* (Yale Law Journal 117, 2007-2008), p. 426.

¹⁰ კარლ შმიტი ამტკიცებს, რომ საკონსტიტუციო კანონების შეცვლა არ წარმოადგენს სახელმწიფოს ნორმალურ ფუნქციას, როგორცაა სტატუტების დაწესება, სასამართლო პროცესების ჩატარება, ადმინისტრაციული აქტების განხორციელება და ა.შ. მისი თქმით, ეს განსაკუთრებული უფლებაა და, შესაბამისად, განსაკუთრებულ სიტუაციებში უნდა იქნეს გამოყენებული. იხ. Carl Schmitt, *Constitutional Theory* (Duke University Press, 2008), გვ. 150-156.

¹¹ იხ. Carl Schmitt, *Constitutional Theory* (Duke University Press, 2008), გვ. 89-93.

¹² იხ. Max Farrand, *The Records of the Federal Convention of 1787* (New Haven: Yale University Press, 1937), 1:202-3, quoted in Sanford Levinson, "Introduction: Imperfection and Amendability" in *Responding to Imperfection: the Theory and Practice of Constitutional Amendments*, Ed. Sanford Levinson (Princeton University Press, 1995), გვ. 3.

შემდეგ თომას ჯეფერსონმა დაწერა, რომ „ყველა თაობა თავისუფალია [...] თავის არჩევანში, ჰყავდეს ისეთი მთავრობა, რომელიც მას მოცემულ პირობებში ყველაზე საამურ ცხოვრებას შესთავაზებს [...] ეს მიცვალებულებს არ გააჩნიათ არავითარი უფლებები“¹³. შესაბამისად, ამერიკის შეერთებული შტატების კონსტიტუციის V მუხლი, სირთულეების მიუხედავად, დოკუმენტის შესწორების პროცედურას განსაზღვრავს. აუცილებლად უნდა აღინიშნოს ის ფაქტი, რომ თითქმის ყველა ლიბერალური კონსტიტუცია, რომელიც 1789 წლის შემდეგ არის მიღებული, საკონსტიტუციო ცვლილებების განსახორციელებელი პროცედურის დებულებებს შეიცავს, რომელიც „მანამდე არსებული კონსტიტუციის კორექტირებისა და გაუმჯობესების საშუალებას იძლევა ახალი ინფორმაციის, გამოცდილების განვითარებისა და პოლიტიკური ხედვის გათვალისწინებით“¹⁴. მიჩნეულია, რომ ნებისმიერი ლეგიტიმური საკონსტიტუციო ცვლილება კონსტიტუციით გათვალისწინებული პროცესის გავლით უნდა განხორციელდეს.

2. კონსტიტუციის დებულებები, როგორც ზოგადი ნორმატიული პრინციპები

რადგან უკვე განვსაზღვრეთ დაწერილი კონსტიტუციონალიზმი როგორც კონსტიტუციის საშუალებით ხელისუფლების შეზღუდვის მცდელობა, რომელიც უზენაესი კანონის ძალით მოქმედებს და კონსტიტუციური წესრიგის შეცვლის გზებს ზღუდავს, ნათელი ხდება, რომ საკონსტიტუციო დებულებებს სავალდებულო კანონების ძალა უნდა გააჩნდეთ, რათა ხელისუფლების მიერ ფართო სპექტრის პოლიტიკური საშუალებებით ოპერირების დროს გარკვეული ზეგავლენა მოახდინონ მასზე¹⁶.

პროფესორი გრიფინი განსაზღვრავს, თუ როგორ ზემოქმედებს ხელისუფლების პოლიტიკაზე ამერიკის საკონსტიტუციო დებულებები. მისი თქმით, „პოლიტიკის მასტრუქტურირებელი ან მაკონსტრუირებელი დებულებები, როგორც წესი, ზოგად ტერმინებშია ფორმულირებული და სხვადასხვა პოლიტიკის შედეგებზე პოტენციური ზემოქმედების უნარი გააჩნია. პოლიტიკის განმსაზღვრელი და მარეგულირებელი დებულებები¹⁷ თავისი ფორმით არ განსხვავდება ჩვეულებრივი კანონმდებლობის ნორმებისგან და პოლიტიკის შედეგების მხოლოდ შეზღუდულ რაოდენობაზე ახდენს ზეგავლენას“¹⁸. გრიფინის თქმით, ამე-

¹³ Letter of Thomas Jefferson to Samuel Kercheval, Monticello, July 12, 1816.

¹⁴ ამერიკის შეერთებული შტატების კონსტიტუციის მე-5 მუხლში წერია: „თუკი თითოეული პალატის წევრთა ორი მესამედი ამას საჭიროდ ჩათვლის, კონგრესმა უნდა წარმოადგინოს წინადადებები ამ კონსტიტუციაში შესწორებების შესატანად, ან მან ცალკეული შტატების საკანონმდებლო დაწესებულებების ორი მესამედის მოთხოვნით უნდა მოიწვიოს კონვენტი შესწორებათა განსახილველად, რომლებსაც, ორივე შემთხვევაში, არსებითად ძალა ექნება და განიხილება როგორც ამ კონსტიტუციის ნაწილი, როდესაც ისინი რატიფიცირებული იქნება ცალკეული შტატების საკანონმდებლო დაწესებულებების სამი მეოთხედის მიერ ან კონვენტზე შეკრებილთა სამი მეოთხედის მიერ, რატიფიკაციის როგორც ერთი, ისე მეორე წესის შეთავაზება კონგრესს შეუძლია, ოღონდ იმ პირობით, რომ არც ერთი შესწორება, რომელიც შეიძლება გაკეთდეს ათას რვაას რვა წლამდე, არ შევა ძალაში, თუ ის შეეხება პირველი მუხლის მეცხრე ნაწილის პირველ და მეოთხე აბზაცებს, აგრეთვე იმ პირობით, რომ არც ერთ შტატს არ უნდა წაერთვას მისი თანხმობის გარეშე სენატში თანასწორი ხმის უფლება“. იხ. დისკუსიები მე-5 მუხლის სირთულის შესახებ მაგ., Rosalind Dixon and Richard Holden, *Constitutional Amendment Rules: The Denominator Problem*, Public Law and Legal Theory Working Paper No: 346, University of Chicago, 2011.

¹⁵ იხ. Brannon P. Denning and John R. Vile, *The Relevance of Constitutional Amendments: A Response to David Strauss*, *Tulane Law Review* 77, 2002, გვ. 247-282 quoted in Rosalind Dixon, *Constitutional Amendment Rules: Comparative Perspective*, *Constitutional Law Review*, Ed. Tom Ginsburg, University of Chicago, Public Law and Legal Theory Working Paper No: 347, 2011, გვ. 96.

¹⁶ იხ. Stephen M. Griffin, *Constitutionalism in the United States: From Theory to Practice in Responding to imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Ed. Sanford Levinson (Princeton University Press, 1995), გვ. 40-41.

¹⁷ ამ თავში ტერმინები – „ფუძემდებლური დებულებები“ და „მარეგულირებელი დებულებები“ პროფესორი გრიფინის მიერ ნაცულისხმევი მნიშვნელობით.

¹⁸ იქვე, გვ. 40-41.

რიკის შეერთებული შტატების კონსტიტუციის უმეტეს დებულებებს გარკვეული მაკონსტრუირებელი ეფექტი აქვთ. ამის მაგალითად უნდა მივიჩნიოთ ამერიკის კონსტიტუციის ის დებულებები, რომელებიც წარმომადგენელთა პალატისა და სენატის არჩევას შეეხება (პირველი მუხლის მე-2 და მე-3 სექციები), კონგრესის უფლებამოსილებების ჩამონათვალი I მუხლის მე-8 სექციაში; პრეზიდენტის უფლებამოსილებანი II მუხლის 1-2 სექციებში; დებულებები პრივილეგიებისა და იმუნიტეტის შესახებ IV მუხლის მე-2 სექციაში და აშშ-ის კონსტიტუციის პირველი ათი შესწორების – უფლებათა ბილის – უმეტესობა, მათ შორის პირველი, მეხუთე და მერვე შესწორებები. მეორე მხრივ, მარეგულირებელი დებულებების მაგალითებად მიიჩნევა სახელმწიფო ლალატის სახეობები III მუხლის მე-3 სექციაში/ნაწილში; მართლმსაჯულებას გაქცეული მონების შესახებ დებულება IV მუხლის მე-2 სექციის მე-3 პუნქტში და მესამე შესწორება. ამ მაგალითებით პროფესორი გვეუბნება, რომ ზოგიერთი საკონსტიტუციო დებულებები, კონკრეტულად კი, მარეგულირებელი დებულებები პრაქტიკაში განხორციელებამდე ინტერპრეტაციას არ საჭიროებენ, რადგანაც სისხლის სამართლის კანონის მსგავსად საკმაოდ მკაფიო და ზუსტ შინაარს შეიცავენ¹⁹. მეორე მხრივ, გრიფინი ამტკიცებს, რომ ზემოთ ჩამოთვლილი მაკონსტიტუირებელი დებულებები ჩვეულებრივი კანონების მსგავსად ვერ ფუნქციონირებენ. პირველი მათგანის სიტყვიერი ფორმულირება ზოგადია და იღებენ რა ზოგადი ნორმატიული პრინციპების ფორმას, გამოყენებამდე საჭიროებენ ინტერპრეტაციას²⁰. მიუხედავად იმისა, რომ მაკონსტრუირებელი დებულებებსა და მარეგულირებელ დებულებებს შორის განსხვავება ზოგჯერ ძალიან ბუნდოვანია, ის მაინც გვეხმარება საკონსტიტუციო დებულებების ნამდვილი არსის აღქმაში.

პროფესორ გრიფინის არგუმენტები აშკარად რონალდ დვორკინის პრინციპებისა და ნორმების დიქტომიას ეფუძნება. დვორკინის გაგებით, ნორმები გამოყენებადია ყველა ან არც ერთ შემთხვევაში. თუ ნორმით დარეგულირებული ფაქტორები სახეზეა, ნორმა მას ან პირდაპირ მიემართება ან ნორმა არ არის ვალიდური. მაგრამ „პრინციპები [...] ასე არ ფუნქციონირებს [...] ისინიც კი, რომლებიც ყველაზე მეტად გვანან კანონებს, არ ადგენენ ჩვენს სამართლებრივ შედეგებს, რომლებიც ავტომატურად დგება მოცემული პირობების დაკმაყოფილების შემთხვევაში [...] პრინციპებს გააჩნიათ ის განზომილება, რომელიც ნორმებს არ ახასიათებთ – მისი გავლენისა და მნიშვნელოვნობის განზომილება²¹“. მეტიც, დვორკინის მიხედვით, სამართლებრივი ნორმების ინტერპრეტირება ისე მუშაობს, როგორც მხატვრული/სახელოვნებო ინტერპრეტაცია კრიტიკოსები, მაგალითად, ლექსის ინტერპრეტაციას ახდენენ, რათა თავიანთი მოსაზრება ან თვალსაზრისი დაიცვან მხატვრულ ნაწარმოებში (ხაზგასმა ჩვენია)²². მხატვრული ნაწარმოების ინტერპრეტატორს არ გააჩნია სრული თავისუფლება, გააკეთოს ის, რაც მას მოესურვება, მაგრამ მისი ინტერპრეტაცია, მოცემული ნაწარმოების მისეულ ახსნასა და თავად ამ ნა-

¹⁹ იქვე, გვ. 40.

²⁰ იქვე, გვ. 41-42.

²¹ იხ. see Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth, 1978), გვ. 24-28.

²² რონალდ დვორკინი ერთმანეთისგან განასხვავებს სასაუბრო, სამეცნიერო და მხატვრულ ინტერპრეტაციებს. პირველ შემთხვევაში, ჩვენ განვმარტავთ იმ ბგერებსა და ნიშნებს, რომელთაც სხვა ადამიანი იყენებს, რათა გავიგოთ, თუ რისი თქმა სურდა მას. სამეცნიერო ინტერპრეტაციის შემთხვევაში, მეცნიერი ჯერ მონაცემებს აგროვებს და შემდეგ განმარტავს. სასაუბრო ინტერპრეტაციის დროს ჩვენ იმას განვმარტავთ, რასაც ადამიანები ამბობენ, მაშინ როცა სამეცნიერო შემთხვევაში ისეთი მოვლენების ინტერპრეტირებას ვახდენთ, რომლებიც ადამიანების მიერ არ არია შექმნილები. მხატვრული ინტერპრეტაციის დროს ჩვენ ვხსნით „ადამიანების შექმნილ რეალობას, რომელიც მათგან განსხვავდება“. იხ. Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge: Harvard University Press, 1986), გვ. 49-55.

²³ იქვე, გვ. 52.

წარმოებს შორის ინტერაქციას წარმოადგენს²³. ამგვარად, კონსტიტუციის ძირითადი პრინციპები გამოყენებამდე საჭიროებს ახსნა-განმარტებას. სხვა სიტყვებით, სანამ მათ გამოვიყენებთ, კონკრეტული არსი უნდა მივანიჭოთ და, რაც ყველაზე მნიშვნელოვანია, ნებისმიერი ასეთი ინტერპრეტაცია კონკრეტული ინტერპრეტატორის მიზნების ძლიერ ზემოქმედებას განიცდის.

როგორც ჩანს, კონსტიტუციას, კონკრეტულად კი მის მაკონსტრუირებელ დებულებებს, უმეტეს შემთხვევაში, არ შეუძლიათ საკმაოდ ძლიერად შეზღუდონ ხელისუფლება. სხვა სიტყვებით, თუკი ეს დებულებები არ ატარებენ მათ „თავდაპირველ“ მნიშვნელობას, ჩვენ ვერ შევაფასებთ ხელისუფლების ქმედებას ობიექტურად²⁴, ჩვენი იდეოლოგიური შეხედულებებისგან დამოუკიდებლად²⁵. ამგვარად, მაკონსტრუირებელი დებულებები სამართალსა და პოლიტიკას შორის არსებულ გაურკვეველ სასაზღვრო ტერიტორიაზე მდებარეობს²⁶. შესაბამისად, კონსტიტუციის ტექსტი შეიძლება აღქმულ იქნეს როგორც ჩარჩო ან ძირითადი გეგმა პოლიტიკაში. „კონსტიტუციის რატიფიცირება სათავეს უდებს კონსტიტუციის პროექტს, რომელიც მრავალ თაობას მოიცავს ... ამერიკელები ამ პროექტს დროთა განმავლობაში საკონსტიტუციო პოლიტიკის საშუალებით ახორციელებენ“²⁷. აქ ასევე არსებობს ერთი საშიშროება იმისა, რომ, როდესაც საწინააღმდეგო აზრის მქონე პარტიები იგდებენ ხელში პოლიტიკურ ძალაუფლებას, ცდილობენ თავიანთი ახსნა და კონკრეტული აზრი მიანიჭონ თავისუფლების, თანასწორობის, საზოგადოებრივი წესრიგის და ა.შ. კონსტიტუციურ კონცეფციებს²⁸ იმ ფარგლებში, რა ფარგლებშიც ინტერაქცია მათ მიზნებსა და კონსტიტუციურ დებულებებს შორის ამის საშუალებებს იძლევა. საკონსტიტუციო, კონკრეტულად კი მაკონსტრუირებელი დებულებებისთვის შინაარსის მინიჭება, სხვადასხვა მხარეებს შორის განხილვისა და სჯა-ბაასის, ერთმანეთის დარწმუნების, კამათის და დიალოგის პროცესს წარმოადგენს²⁹.

როგორც ვხედავთ, კონსტიტუციონალიზმის მცდელობა, შეეზღუდა ხელისუფლება კონსტიტუციის ტექსტის (რომელიც სავალდებულო ძალის მქონე კანონის შესაბამისად უნდა ფუნქციონირებდეს) საშუალებით, მეტად საეჭვო და სადავო საკითხია. ერთი მხრივ, ზოგიერთი კონსტიტუციური დებულებებისთვის დადგენილი შინაარსის არარსებობა და, მეორე მხრივ, მათი ხშირი შეცვლის ნაგულისხმევი აკრძალვა, ტექსტში შესწორებების შეტანის გარეშე, დროდადრო მათ შინაარსობრივ ცვლილებას იწვევს. ამერიკის შეერთებული შტატების კონსტიტუცია, რომელსაც თავყვანს სცემენ მისი ხანგრძლივი არსებობის გამო, ნათელი მაგალითია იმისა, თუ როგორ შეიძლება დაშორდეს საკონსტიტუციო პრაქტიკა კონსტიტუციის ტექსტს.

²⁴ იხ. Stephen M. Griffin, *Constitutionalism in the United States: From Theory to Practice in Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Ed. Sanford Levinson (Princeton University Press, 1995), გვ. 40-42.

²⁵ ეს, რა თქმა უნდა, ეწინააღმდეგება ჰანს კელზენის ცნობილ პროექტს, რომლის მიზანი იყო სამართლის წმინდა თეორიის შექმნა, რომელიც თავისუფალი იქნებოდა იდეოლოგიური ინტერპრეტაციებისგან. იხ. Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (The Lawbook Exchange, LTD., 2005), გვ. 101-107.

²⁶ Stephen M. Griffin, *Constitutionalism in the United States: From Theory to Practice in Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Ed. Sanford Levinson (Princeton University Press, 1995), გვ. 41.

²⁷ Jack M. Balkan, *Living Originalism* (Harvard University Press, 2014), 4ff.

²⁸ იხ. Carl Schmitt, *Constitutional Theory* (Duke University Press, 2008), გვ. 89-90.

²⁹ იხ. მაგ., Louis Fisher, *Constitutional Dialogue: Interpretation as Political Process* (Princeton University Press, 1988). პროფესორი ფიშერი განმარტებს, რომ ამერიკის შეერთებული შტატების საკონსტიტუციო სამართალი ექსკლუზიურად უზენაესი სასამართლოს „საბოლოო სიტყვა“ კი არა, უფრო ცალკეული ინტერპრეტაციების უხვი პოლიტიკური კონვენგენციაა. იგი ამტკიცებს, რომ საკონსტიტუციო პრინციპები ხელისუფლების სამივე შტოს შორის გამართული დიალოგიდან გამომდინარეობს.

II. ვინ საუბრობს კონსტიტუციის სახელით?

წინამდებარე ესეს პირველ თავში მეტ-ნაკლებად დაწერილი კონსტიტუციონალიზმის თეორიის სირთულეები იყო წარმოდგენილი. კონსტიტუცია ცდილობს ხელისუფლების შეზღუდვას, მაშინ როცა მისი დებულებების ენა ფართო ასპარეზს იძლევა მათი მნიშვნელობის ინტერპრეტირების ან შექმნისათვის. კონსტიტუციის ტექსტს, რომელიც სამართლსა და პოლიტიკას შორის გამავალ ზღვარზე მდებარეობს, უმთავრესად სასამართლო და პოლიტიკური სტრუქტურები განმარტავენ – ინსტიტუტები, რომლებიც ყველაზე ხშირად საუბრობენ კონსტიტუციის სახელით და აცოცხლებენ კონსტიტუციურ დებულებებს. ამ თავში შევეცდები, ერთი მხრივ, სასამართლო ინტერპრეტაციის, ხოლო, მეორე მხრივ, პოლიტიკური განმარტების (construction) გაანალიზებას³⁰. აქ მოყვანილ ანალიზს იმის დასადგენად გამოვიყენებთ, თუ რა ზემოქმედება აქვს მსგავს ინტერპრეტაციებს/განმარტებებს კონსტიტუციის ტექსტსა და კონსტიტუციურ წესრიგზე.

1. კონსტიტუციის სასამართლო ინტერპრეტაცია

ამერიკის შეერთებული შტატების კონსტიტუციის ტექსტში მკაფიოდ არ არის ჩამოყალიბებული, რა სახის კონტროლს უნდა აწარმოებდეს სასამართლო ხელისუფლება კონგრესსა და საპრეზიდენტო ხელისუფლებაზე. ყველაზე ხშირად ციტირებულ საქმეში „მარბური მადისონის წინააღმდეგ“ უზენაესმა სასამართლომ მიუთითა, რომ სასამართლოს ხელისუფლების სხვა შტოების საქმიანობის გადახედვის უფლება აქვს კონსტიტუციის ბუნებიდან გამომდინარე, ამ უკანასკნელის უზენაესობის გამოისობით და კონსტიტუციის მესამე მუხლის შესაბამისად. III მუხლში სასამართლო ხელისუფლებისათვის მინიჭებული უპირატესობით, უზენაესმა სასამართლომ დაწერილი კონსტიტუციის სასამართლო გადასინჯვის საფუძველი აღმოაჩინა³¹. ამდენად, დადგინდა სასამართლოს უფლება – თქვას, რას გულისხმობს კონსტიტუცია და არაკონსტიტუციურად გამოაცხადოს კანონები. წლების განმავლობაში ამერიკულ საკონსტიტუციო სამართლად ითვლებოდა კონსტიტუცია მისი თავდაპირველი 7 მუხლით, თავისი 27 შესწორებით და უამრავი სასამართლო გადაწყვეტილებით, სადაც ეს დებულებები, ასე ვთქვათ, გულდასმით იყო შესწავლილი და მათი შინაარსი გაცხადებული³². უზენაესმა სასამართლომ მიიჩნია: „დაადგინო თუ რა ვალდებულებას აკისრებს კონსტიტუცია ხელისუფლების სხვა ორგანოს ან იმ ორგანოს ქმედება სცილდება თუ არა მის უფლებამოსილებას, თავისთავად, საკონსტიტუციო ინტერპრეტაციისადმი მეტად დელიკატურ მიდგომას საჭიროებს და სასამართლოს როგორც კონსტიტუციის ძირითადი/საბოლოო ინტერპრეტატორის პასუხისმგებლობას წარმოადგენს“³³.

³⁰ ვითინგტონის თანახმად, პოლიტიკური სტრუქტურების მიხედვით, საკონსტიტუციო დებულებების განსაზღვრა წარმოადგენს პროცესს, რომლის თანახმადაც, კონსტიტუციური მნიშვნელობა პოლიტიკის შიგნით ყალიბდება, პოლიტიკას კი კონსტიტუცია აყალიბებს და ის უფრო სტრუქტურას წარმოადგენს, ვიდრე ინტერპრეტაციას, რომელსაც სასამართლოები იყენებენ. იხ. Keith Whittington, *Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning* (Cambridge: Harvard University Press, 1999).

³¹ 5 U.S. 137 (1803).

³² იხ. John Argento, *The Supreme Court and Constitutional Democracy* (1984), გვ. 102 cited in Bruce G. Reabody, *Coordinate Construction, Constitutional Thickness, and Remembering the Lyre of Orpheus* (University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law 662, 2014), p.622, იხ. ზემოთ შენიშვნა 1. (არგესტო აღნიშნავს, რომ „სასამართლო გადასინჯვის ძალაუფლების შესახებ დღესდღეობით არსებული საერთო საზოგადოებრივი და სამეცნიერო მოსაზრება მტკიცედ უჭერს მხარს სასამართლოს, როგორც საბოლოო ინსტანციის უფრო მარტივ დოქტრინას, რომლის მიხედვითაც, კონსტიტუციური მმართველობის დროს საბოლოო სიტყვა სასამართლოს ეკუთვნის“).

³³ *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 211 (1962).

მიუხედავად იმისა, რომ კონსტიტუციის რაობის დადგენა სასამართლო ხელისუფლების პრეროგატივაა და ეს პრეროგატივა მან თავად მიანიჭა საკუთარ თავს, საყოველთაოდ ცნობილია, რომ საკონსტიტუციო დებულებების სულსა და ხორცს³⁴ უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილება წარმოადგენს. სხვა სიტყვებით, ზოგიერთები ამტკიცებენ, რომ საკონსტიტუციო სამართლის საკითხი მოგვარებულად არ უნდა ჩითვალოს, სანამ უზენაესი სასამართლო არ მიიღებს გადაწყვეტილებას ამის შესახებ. მაგალითად, 2005 წელს უზენაესი სასამართლოს მიერ ინტერპრეტირებული მერვე შესწორების მიხედვით, სიკვდილით დასჯა 18 წლამდე ასაკის დამნაშავეებისთვის არაპროპორციულ და არაკონსტიტუციურ სასჯელად გამოცხადდა³⁵ და, ამდენად, გზა გაუხსნა ახალ საკონსტიტუციო რეალობას, სადაც არასრულწლოვანთა სიკვდილით დასჯა არაკონსტიტუციონალიზებულია როგორც მათ წინააღმდეგ გამოტანილი სასტიკი და არაჰუმანური სასჯელის ზომა.

კონსტიტუციის სასამართლო ინტერპრეტაცია სხვადასხვა ფორმას იძენს, მაგრამ მათი ერთ-ერთი დამახასიათებელი თვისება მოქნილობაა, რაღაც დოზით მაინც, რომელიც კონსტიტუციური დებულებების მიმართ მოსამართლეების ინდივიდუალური მიდგომით ან მათ მიერ გამოყენებული ინტერპრეტაციის მეთოდებით განისაზღვრება. კონსტიტუცია, როგორც ზოგადი ნორმატიული პრინციპები, რომლებიც მათ გამოყენებამდე უნდა იქნეს ინტერპრეტირებული, სასამართლოს წევრებს კონსტიტუციაზე მსჯელობისას გარკვეულ თავისუფლებას უნარჩუნებს. მოსამართლე ოლივერ ვენდელ ჰოლმსი დელიკატურად აღნიშნავს, რომ კონსტიტუციის ტექსტი „კრისტალური, გამჭვირვალე და უცვლელი სულაც არ გახლავთ. იგი ამჟამად არსებული აზროვნების გარსია და გარემოებებისა და დროის მიხედვით შეიძლება ფერი და შინაარსი შეიცვალოს“³⁶. ე.წ. ორიგინალისტებიც კი, რომლებიც, უხეშად რომ ვთქვათ, კონსტიტუციის შემქმნელი მამების თავდაპირველი მიზნებისგან განსხვავებულ გადაწყვეტილებას არა-ლეგიტიმურად მიიჩნევენ, საკმარის სივრცეს იტოვებენ ამ თავდაპირველი მიზნების განმარტებისთვის, რათა მათი ინტერპრეტირება მოახდინონ. „კონსტიტუციის შემქმნელი მამებიდან რომლებს ვარჩევთ და მათი ცხოვრების რომელ პერიოდს? ხდება თუ არა მათი მიზნების ნაწილობრივი აღდგენა მათი პირადი წერილებიდან, ჩანაწერებიდან და დღიურებიდან? ფილადელფიის ყრილობაზე უნდა მოვახდინოთ ფოკუსირება თუ შტატების რატიფიცირების კონვენტებზე? რამდენად ქმედითია ბრიტანული, ამერიკული კოლონიალური და ადრეული სახელმწიფო ისტორია“³⁷? რამდენადმე განსხვავებული შეხედულების მქონე ორიგინალისტი მოსამართლე ანტონინ სკალია ამტკიცებს, რომ სასამართლო სისტემამ კონსტიტუციის ინტერპრეტირება უნდა მოახდინოს „ტექსტის თავდაპირველი მნიშვნელობის შესაბამისად და არა იმის მიხედვით, თუ რა ჰქონდათ ჩაფიქრებული მის პირველ შემთხვევებს“. მიუხედავად იმისა, მოსამართლე ორიგინალისტია თუ ე.წ. ცოცხალი კონსტიტუციის მომხრე (living constitutionalists), როგორც ჩანს, კონსტიტუციაში აბსოლუტური ობიექტურობა მაინც არ არსებობს³⁹.

³⁴ Edward S. Corwin, *Court Over the Constitution: A Study of Judicial Review as an Instrument of Popular Government* (Princeton University Press, 1938), გვ. 68.

³⁵ *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 125 S.Ct. 1183.

³⁶ *Towne v. Eisner*, 245 U.S. 418, 425 (1918).

³⁷ Louis Fisher, *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process* (Princeton University Press, 1988), გვ. 70.

³⁸ Antonin Scalia, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Courts in Interpreting the Constitution and Laws in A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Ed. Amy Gutmann (1997) გვ. 38.

³⁹ George D. Braden, *The Search for objectivity in Constitutional Law* (Yale Law Journal 57, 1948), 571 ff. აგრეთვე იხ. Ralph L. Ketcham, *James Madison: A Biography* (University of Virginia Press, 1990) კეტჩემი წერს, რომ მედისონს სურდა თავისი სიკვდილის შემდეგ მისი ჩანაწერები განადგურებულიყო, რადგან ფიქრობდა, რომ ისინი კონვენციის დისკუსიების ნამდვილ არსს უკვე აღარ ასახავდნენ. ამ თვალსაზრისით აღსანიშნავია მედისონის ჩანაწერები, რომლებიც კონსტიტუციის შემქმნელი მამების თავდაპირველ მიზნებში ჩაღრმავების მთავარ წყაროდ ითვლებიან, კონსტიტუციის შემქმნელი მამების დებატების საგრძნობლად მცირე ნაწილს შეიცავენ.

პროფესორ ჯეკ მ. ბალკანის თეორია ინტერპრეტაციისა და განმარტების შესახებ შეიძლება გაგებულ იქნეს როგორც ორიგინალიზმისა და ცოცხალი კონსტიტუციონალიზმის ერთმანეთთან შეთავსების მცდელობა. იგი მსჯელობს ტექსტისა და პრინციპის მეთოდზე, რომელიც კონსტიტუციის თავდაპირველი მნიშვნელობის სიზუსტის დაცვას მოითხოვს, განსაკუთრებით კი იმ წესებისა და სტანდარტებისას, რომლებიც თითოეულ თაობას ავალებს ისეთი საკონსტიტუციო განმარტებების შექმნას, რომლებიც არსებულ პირობებს ყველაზე კარგად მოერგება⁴⁰. აქედან გამომდინარე, მოსამართლეები ქმნიან პრეცედენტის სისტემებს, რომლებიც კონსტიტუციურ მიზნებს ახორციელებენ და კონსტიტუციებს პრაქტიკულად გამოსაღებ გარანტიებსა და სტრუქტურებს ანიჭებენ⁴¹.

უნდა ვაღიაროთ, რომ სასამართლო სისტემის და, ყველაზე მძლავრად, უზენაესი სასამართლოს მიერ არაკონსტიტუციური კანონების წინააღმდეგ გალაშქრებამ საყოველთაო მოწონება დაიმსახურა. ასევე უნდა ვაღიაროთ, რომ ეს ყველაფერი ყოველთვის პროგრესულ ინტერესებს არ ემსახურებოდა⁴². სასამართლოს სამარცხვინო განაჩენი საქმეში დრედ სკოტი სანფორდის წინააღმდეგ⁴³ – ფედერალური კანონის მეორე გაბათილება ზუსტად მერბური მედისონის წინააღმდეგ ჩატარებული საქმის შემდეგ⁴⁴ – აცხადებდა, რომ კონსტიტუციის თანახმად, შავკანიანებს არ შეეძლოთ, ესარგებლათ ე.წ. diversity jurisdiction-ით და რომ კონგრესს არ ჰქონდა მონობის გაუქმების უფლებამოსილება.

მიუხედავად იმისა, ვეთანხმებით თუ არა სასამართლოს კონკრეტულ მოსაზრებას, მოსამართლეთა უფლებამოსილება მთავარ გამართლებას საჯარო აღიარებაში პოულობს – არა თითოეული გადაწყვეტილების აღიარებაში, არამედ მოსამართლის როლის აღიარებაში. საზოგადოებრივი მხარდაჭერის გარეშე სასამართლო გადახედვის ძალაუფლებას დიდი ხნის წინ მიიტაცებდნენ პოლიტიკური ძალები⁴⁵. ეს ჩვენ ვართ ხალხი, ვინც ვეხმარებით სასამართლო ხელისუფლებას კონსტიტუციის ინტერპრეტირებაში და იმ პრინციპების აღქმის შეცვლაში, რომელთაც ჩვენ, ხალხი ვიცავთ. სასამართლოს გადაწყვეტილებები „არ არის საბოლოო იმიტომ, რომ ჩვენ /მოსამართლეები/ ვართ შეუმცდარი, არამედ შეუმცდარი ვართ მხოლოდ იმიტომ, რომ საბოლოო სიტყვა ჩვენზეა“⁴⁶.

როგორც ვხედავთ, კონსტიტუციის სასამართლო ინტერპრეტაცია კონსტიტუციის ტექსტის ინტერპრეტაციის საქმეში უდავოდ მნიშვნელოვან როლს კისრულობს. სასამართლო სისტემის ძალა კარგად ჩანს ტოკვილის ცნობილ შენიშვნაში „ამერიკის შეერთებულ შტატებში თითქმის არ არსებობს პოლიტიკური საკითხი, რომელიც ადრე თუ გვიან სასამართლოს მიერ გადასაწყვეტ საკითხად არ გადაიქცევა“⁴⁷. მიუხედავად იმისა, რომ არსებობდა სასამართლო ძალაუფლების მოთოკვის მცდელობები⁴⁸, ის მაინც კონსტიტუციური დებულებების ყველაზე ქმედით ინტერპრეტატორად გვევლინება, მაგრამ როგორც მოგვიანებით ვნახავთ, „საბოლოო ინტერპრეტატორი“ სულაც არ ნიშნავს ექსკლუზიურ ინტერპრეტატორს და სასამართლოს გადაჭარბებულ როლს კონსტიტუციის გადასინჯვის საქმეში.

⁴⁰ იხ. Jack M. Balkan, *Living Originalism* (Harvard University Press, 2014), 3ff.

⁴¹ იქვე, გვ. 4-5.

⁴² William Burnham, *Introduction to the Law and Legal System of the United States* 5th Ed. (West, 2011), 11ff.

⁴³ 60 U.S. 393 (1857).

⁴⁴ 5 U.S. 137 (1803).

⁴⁵ Kaufman, *The Founding Fathers*, N.Y. Times Magazine, February 23, 1986, at 69 quoted in Louis Fisher, *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process* (Princeton University Press, 1988), გვ. 84.

⁴⁶ *Brown v. Allen*, 344 U.S. 443, 540 (1953) (Jackson, J., concurring).

⁴⁷ Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, translated by George Lawrence (New York: Doubleday, 1969), გვ. 377.

⁴⁸ ფიშერი აღწერს იმ ძალისხმევებს, რომლებიც ცდილობენ სასამართლო ძალაუფლების აღაგმვას. იხ. Louis Fisher, *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process* (Princeton University Press, 1988), გვ. 200-231.

2. კონსტიტუციის პოლიტიკური განმარტება

ბოლოდროინდელი მეცნიერული კვლევა ცხადყოფს, რომ უზენაესი სასამართლო კონსტიტუციას არ წარმოადგენს⁴⁹. იურიდიული და პოლიტიკური მეცნიერების წარმომადგენლების უმრავლესობა ხელახლა განიხილავს დიდი ხნის წინ მიღებულ დასკვნას, რომ საკონსტიტუციო სამართალი და თავად კონსტიტუცია უმთავრესად მოსამართლეების იურიდიული ხასიათის დასკვნებისგან შედგება. სასამართლო ხელისუფლების უზენაესობა, რომელიც უზენაეს სასამართლოს „კონსტიტუციური კანონის განმარტებაში“⁵⁰ უპირატეს როლს ანიჭებს, ახლა ეჭვქვეშ დგას და ხელახალ გადამოწმებას გადის. ამორებს რა კონსტიტუციას სასამართლოს, პროფესორი ტაშნეტი ამტკიცებს, რომ სასამართლო კონსტიტუციური ინტერპრეტაცია სრულად ვერ წარმოაჩენს ამერიკული საზოგადოების ყველაზე სანუკვარ ვალდებულებებს და დაუინებით მოგვიწოდებს, რომ ჩვენ, ხალხმა ვიკისროთ პასუხისმგებლობა ჩვენი თავისუფლებების დასაცავად⁵¹.

თეორეტიკოსები მიიჩნევენ, რომ კონსტიტუცია უნდა მივიღოთ არა მხოლოდ როგორც დებულებები, რომლებსაც სიცოცხლეს სასამართლო სისტემა ანიჭებს, არამედ სხვადასხვა პოლიტიკური და არაპოლიტიკური მონაწილეების, მოთამაშეების მიერ განმარტებული დოკუმენტი.

მეცნიერები, რომლებიც კონსტიტუციის პოლიტიკურ სტრუქტურას იკვლევნ, ერთ რამეზე თანხმდებიან: კონსტიტუციის დებულებების განსაზღვრის პროცესში საკანონმდებლო და აღმასრულებელი ხელისუფლების წარმომადგენლები არიან ჩართულნი⁵². ლუის ფიშერმა უამრავი მაგალითი გამოაწვავა, სადაც კონგრესმა ან პრეზიდენტმა საკონსტიტუციო საკითხებზე დამოუკიდებელი გადაწყვეტილება მიიღო. ნებისმიერ შემთხვევაში, ფაქტები გვიჩვენებს, რომ ორივე შტო აღიარებს თავიანთ თანასწორობას სასამართლო სისტემასთან კონსტიტუციის დებულებების განსაზღვრასთან მიმართებით⁵³.

კოორდინირებული ინტერპრეტაციის დოქტრინის მიხედვით, პრეზიდენტი და კონგრესის წევრები ულებამოსილი არიან, მონაწილეობა მიიღონ საკონსტიტუციო ინტერპრეტაციის პროცესებში. არსებობს მოსაზრება, რომ VI მუხლის მიხედვით, ხელისუფლების ყველა შტო ვალდებულია, დაიცვას კონსტიტუცია⁵⁴. II მუხლის „ფიცის დადების“ პუნქტი ცალსახად ავალდებულებს პრეზიდენტს, „დაიცვას და შეინახოს ამერიკის შეერთებული შტატების კონსტიტუცია“⁵⁵. კონგრესის წევრები კანონპროექტის

⁴⁹ ალფეას ტომას მასონი და უილიამ ბინეი თავიანთ წიგნს იწყებენ თავით, რომლის სახელწოდებაც არის „სასამართლო კონსტიტუცია“, რათა აღწერონ სასამართლო ხელისუფლების როლი კონსტიტუციურ წესრიგში. იხ. Alpheus Thomas Mason and William M. Beane, *The Supreme Court in a Free Society* (1968).

⁵⁰ Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1, 18 (1958) (აღნიშნავს, რომ მარბური მედიონის წინააღმდეგ ჩატარებულმა საქმემ ცხადყო სასამართლო ხელისუფლების უზენაესობა, განსაზღვრა რა კანონი კონსტიტუციის შესახებ).

⁵¹ Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts* (New Jersey: Princeton University Press, 1999).

⁵² იხ. მაგ., Keith E. Whittington, *Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning* (Cambridge: Harvard University Press, 1999).

⁵³ Robert J. Spitzer, *Politics and Constitutionalism: the Louis Fisher Connection* (State University of New York Press, 2000), 63ff.

⁵⁴ Louis Fisher, *Constitutional Dialogue: Interpretation as Political Process* (Princeton University Press, 1988), 231ff.

⁵⁵ მუხლი VI, პუნქტი 3-ის შესაბამის ნაკვეთში (ფიცი თანამდებობის დაკავებისას) წერია: „ზემოთ ნახსენებმა სენატორებმა და წარმომადგენლებმა, აგრეთვე ცალკეული შტატების საკანონმდებლო დაწესებულებების წევრებმა, როგორც შეერთებული შტატების, ისე ცალკეული შტატების აღმასრულებელი და სასამართლო ხელისუფლების ყველა თანამდებობის პირმა უნდა დადოს ფიცი ან საზეიმო დაპირება, რომ დაიცავს ამ კონსტიტუციას“ (ხაზგასმა ჩვენია).

⁵⁶ პრეზიდენტის ფიცი, მუხლი II, ნაწილი 1, პუნქტი 8-ის მეხედვით: „მე საზეიმოდ ვფიცავ (ან პირობას ვდებ), რომ პატიოსნად აღვასრულებ შეერთებული შტატების პრეზიდენტის მოვალეობას და ჩემი შესაძლებლობების ფარგლებში დავიცავ, შევიცნავ და მფარველობას გავუწევ შეერთებული შტატების კონსტიტუციას“.

შედგენისა და განხილვის პროცესში საკონსტიტუციო საკითხებს აყალიბებენ. აღმასრულებელი ხელისუფლების წარმომადგენლები იგივე პასუხისმგებლობას კისრულობენ კანონპროექტების მომზადების დროს ან, როდესაც მათ ხელმოსაწერად ან ვეტოს დასადებად პრეზიდენტს წარუდგენენ⁵⁷. კონსტიტუციის ზოგიერთი დებულება პირდაპირ მოუწოდებს კონგრესს კონსტიტუციურობასთან დაკავშირებული საკითხების განხილვას კანონპროექტის მომზადების პროცესში. I მუხლის მე-9 სექციის თანახმად, „არ შეიძლება მიღებულ იქნეს Bill of Attainder ან კანონი ex post facto“. გარდა ამისა, I შესწორება პირდაპირ მოითხოვს, რომ „კონგრესის მიერ არ უნდა იქნეს მიღებული არც ერთი კანონი“⁵⁸, რომელიც არ შეესაბამება კონსტიტუციას. კონგრესის წევრებმა კანონმდებლობის შემუშავებისას განსაკუთრებული სიფრთხილე უნდა გამოიჩინონ საკონსტიტუციო ფასეულობებისა და საკითხებისადმი“. კანონმდებლობის ბრმად განხორციელება, როდესაც სასამართლო ხელისუფლებისგან ელოდები საკონსტიტუციო ხარვეზების ამოცნობასა და კორექტირებას, უპასუხისმგებლო საქციელია“⁵⁹.

პოლიტიკური მხარეების მიერ, როგორცაა კონგრესისა და აღმასრულებელი ხელისუფლების წევრები, საკონსტიტუციო დებულებების განმარტება არა როგორც თეორიული წინადადება, არამედ როგორც აუცილებლობა ისე უნდა განიხილებოდეს. იღებენ რა მათზე დაკისრებულ საკონსტიტუციო ვალდებულებებს, ხელისუფლების თითოეულმა შტომ კონსტიტუცია და თავის უფლებამოსილებები ნებისმიერი სხვა ორგანოების მიმართ უდიდესი პატივისცემით უნდა განმარტოს“⁶⁰. კონსტიტუციის დაცვის მოვალეობა პოლიტიკურ სტრუქტურებს ავალდებულებს, ისაუბრონ კონსტიტუციურობის საკითხებზე, განიხილონ თითოეული კანონის კონსტიტუციურობა მისი მომზადების პერიოდში – კონსტიტუცია მხოლოდ სასამართლო ხელისუფლებას არ ანიჭებს კონსტიტუციურობის განხილვის ფუნქციას, უფრო მეტიც, კონგრესისა და აღმასრულებელი ხელისუფლების საქმიანობა კონსტიტუციის მნიშვნელობის დადგენაში საკმაოდ ეფექტური და მნიშვნელოვანი იყო წლების განმავლობაში. 1903 წელს უზენაესმა სასამართლომ მხარი დაუჭირა პრეზიდენტის უფლებამოსილებას ოფიციალური პირების თანამდებობიდან გადაყენების შესახებ და თავისი მოსაზრებები „ერთი საუკუნის განმავლობაში ხელისუფლების საქმიანობის უნივერსალური პრაქტიკის“ საფუძველზე დაასაბუთა“⁶¹.

ეროვნული შრომითი ურთიერთობების კანონის (ვაგნერის კანონის)⁶² მიღების პროცესი შესაძლოა კარგი მაგალითი იყოს, თუ როგორ განმარტეს შტატებს შორის ვაჭრობის პუნქტი (interstate commerce clause) პოლიტიკურმა მონაწილეებმა/მოთამაშეებმა – კონგრესმა და პრეზიდენტმა. შრომითი ურთიერთობების სახელმწიფო კანონის გაუქმების თავიდან ასაცილებლად მათ პირდაპირ განაცხადეს, რომ კანონი საწარმოო კონფლიქტს შეამცირებდა. ეს არგუმენტი უდავოდ იმ მოსაზრებით იყო შემუშავებული, რომ გადაელახა ის საკონსტიტუციო ბარიერი, რომლის წინაშეც ეს კანონი აღმოჩნდებოდა უზენაეს სასამართლოში. გამომდინარე იქიდან, რომ ბიზნეს დამსაქმებელსა და დასაქმებულებს შორის ურთიერთობის სფეროს შტატი განაგებდა, კანონის შემდგენლებს ფედერალური ხელისუფლების ქმედება იმის საფუძველზე უნდა გაემართლებინათ, რომ სახელმწიფოს გააჩნდა შტატებსშორის ვაჭრობის კონტროლის უფლება. ისინი დამაჯერებლად ხაზს უსვამდნენ იმ ფაქტს, რომ შრომითი ურთიერთ-

⁵⁷ Fisher, იქვე, გვ. 234.

⁵⁸ იქვე, გვ.234.

⁵⁹ იქვე, გვ.235.

⁶⁰ United States v. Nixon, 418 U.S. 683, 703 (1974).

⁶¹ See Stuart v. Laird, 5 U.S. (1 Cr.) 299, 309 (1803) quoted in Fisher, გვ. 243.

⁶² 29 U.S.C. §§ 151-169.

ბების ეროვნული კანონი უკეთესი ეკონომიკური ბალანსის შექმნით უფრო დიდ ეკონომიკურ სტაბილურობას გამოიწვევდა. ამის შედეგად, უზენაესი სასამართლოს „ცხრა ხანდაზმულმა მამაკაცმა“ აწონ-დაწონა საპირისპირო ინტერესები და კანონი კონსტიტუციურად გამოაცხადა იმ მიზეზით, რომ „საწარმოო კონფლიქტს ყველაზე მძიმე ზემოქმედება შტატებს შორის ვაჭრობაზე ექნებოდა“⁶³.

როგორც ვხედავთ, კონსტიტუციის პოლიტიკური განმარტება დისკუსიისა და საკუთარი მოსაზრებების გაცვლის შედეგად ყალიბდება. საკონსტიტუციო ტექსტში არსებული ორპიროვნება და პოლიტიკურ სიტუაციაში მიმდინარე ცვლილებები პოლიტიკურ მონაწილეებს – კონგრესს და პრეზიდენტს აძლევს კონსტიტუციურ პრინციპებზე ააგონ თავიანთი შეხედულებები. საკონსტიტუციო მნიშვნელობის პოლიტიკური ინტერპრეტაცია პოლიტიკური პროცესის აუცილებელი ნაწილია და თითქმის იგივე ფუნქციის შესრულება შეუძლია, რასაც სასამართლო აკეთებს.

III. ცვლილებები შესწორების გარეშე

ვინაიდან ჩვენ განვსაზღვრეთ მთავარი მოთამაშეები/მონაწილეები, რომლებიც კონსტიტუციის ზოგადი დებულებების შინაარსს ადგენენ, ნათელი ხდება, რომ მათმა ინტერპრეტაციებმა და განმარტებებმა შესაძლოა შეცვალოს კონსტიტუციის ტექსტის აღქმა. ამ თავში გავაგრძელებთ დისკუსიებს, რათა გამოვიკვლიოთ, თუ როგორ ხდება არაფორმალური საკონსტიტუციო შესწორება და შევეცდებით, პასუხი გავცეთ შემდეგ შეკითხვას: იმ შემთხვევაში თუ არაფორმალური შესწორება ლეგიტიმურია, კონსტიტუციას ისევ სერიოზულად უნდა მივუდგეთ?

1. არაფორმალური საკონსტიტუციო ცვლილებები

ამერიკის შეერთებული შტატების კონსტიტუციაში ცვლილებების შეტანის წესს V მუხლი იძლევა, რომელიც საკონსტიტუციო ცვლილებებსა და გადასინჯვას ითვალისწინებს. შესწორების პროცესი ხალხის წარმომადგენლების უფრო დიდი კვალიფიციური უმრავლესობის თანხმობას საჭიროებს ხმის მიცემის ორ ტურში – წარდგენისა და რატიფიკაციის ეტაპებზე. მიჩნეულია, რომ საკონსტიტუციო შესწორება ტექსტში მანამდე არსებული მოქმედი ნორმების შეცვლას იწვევს, კონკრეტული კონსტიტუციური დებულებების გამორიცხვის ან ახალი საკონსტიტუციო ფორმულირების მიღების გზით. ფორმალური საკონსტიტუციო შესწორება, ანუ შესწორება, რომელიც კონსტიტუციურად დადგენილი პროცედურის საშუალებით ხორციელდება, იმის მიმანიშნებელია, რომ თითოეული კონსტიტუციური ცვლილება მკაფიოდ უნდა აღინიშნებოდეს შესწორებით. წინააღმდეგ შემთხვევაში, კონკრეტული პროცედურის დადგენის საჭიროება აღარ იქნებოდა. შესწორებებისათვის აუცილებელი კონკრეტული პროცედურის განხორციელება ასევე უზრუნველყოფს ცვლილებების არსებით განხილვას და, რა თქმა უნდა, ლეგიტიმურობას. თუმცა საკონსტიტუციო დებულებები, ჩვეულებრივ, ისე არ არის შედგენილი, როგორც, ვთქვათ, ჩვეულებრივი საკანონმდებლო დებულებები და ინტერპრეტაციისა და განმარტებისთვის სრულიად საკმარის შესაძლებლობებს იძლევა. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, მათი განმარტება უნდა მოხდეს გამოყენებამდე⁶⁴ და სასამართლო ხელისუფლების მსგავსად, კონგრესს და პრეზიდენტს ხშირ შემთხვევა-

⁶³ N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Corp., 301 U.S. 1, 41, 57 (1937).

⁶⁴ იხ. ზემოთ შენიშვნა 15 და თანმდევი დისკუსიები.

ში მოეთხოვებათ კონსტიტუციის მნიშვნელობის დადგენა. როგორც მიიჩნევენ, მათ მიერ განმარტებული საკონსტიტუციო დებულებები სრულიად ცვლის ჩვენს თვალთახედვას კონსტიტუციის ტექსტისადმი და მის არაფორმალურ შესწორებებს განაპირობებს.

კონსტიტუციაში არაფორმალური შესწორებების შეტანის ფენომენმა საქვეყნოდ ცნობილი მეცნიერების დიდი ყურადღება გამოიწვია, მაგრამ ეკერმანის, ვითინგტონის და სხვა მეცნიერებს შორის არ არსებობს ერთიანი განმარტება არაფორმალური შესწორების შესახებ⁶⁵. ყველა მათგანს აერთიანებს ის, რომ მთავარი აქცენტი პოლიტიკურ მონაწილეებზე აქვთ გაკეთებული (ვიდრე ტრადიციული, განსაკუთრებული ფოკუსირება სასამართლოებზე), მაგალითად, როგორებიც არიან საკანონმდებლო და აღმასრულებელი ხელისუფლების წარმომადგენლები, რომლებიც საკონსტიტუციო მნიშვნელობის განსაზღვრის პროცესში მუდმივად არიან ჩართულნი და უფრო სხვა საშუალებებს იყენებენ, ვიდრე ფორმალურ შესწორებებს⁶⁶. ვინაიდან ამ წერილის მიზანს არაფორმალური შესწორების ზუსტი განსაზღვრა არ წარმოადგენს, ფოკუსირებას მოვახდენ იმაზე, თუ მე-5 მუხლის პროცედურის გარდა, რეალურად როგორ იცვლება კონსტიტუცია სხვა საშუალებებით.

პირველ რიგში, კონსტიტუციური ტექსტი არ არის თვითმართი. კონსტიტუცია ადგენს მთავრობის ძირითად მონახაზს, აწესებს კონსტიტუციურ ორგანოებს, ანაწილებს სახელმწიფო ძალაუფლებას მათ შორის და უფლებებს ანიჭებს ადამიანებს, მაგრამ კონსტიტუციის განხორციელება კონსტიტუციურ მოთამაშეებს/მონაწილეებს ევალებათ⁶⁷. მეორე მხრივ, საკონსტიტუციო დებულებების ზოგადი ენა ძირითადად სასამართლო პრაქტიკის საფუძველზე შექმნილი მოსაზრებებითა და საკანონმდებლო და მარეგულირებელი მასალებით ფორმულირდება, რომლებიც ზოგად საკონსტიტუციო დებულებებს ადვილად გასაგებს ხდის. კონსტიტუცია დუმს, თუკი, მაგალითად, ფედერალურ მთავრობას უფლება აქვს, დააარსოს ამერიკის შეერთებული შტატების ბანკი, მაგრამ უკვე დიდი ხანია დადგენილია, რომ კონგრესი როგორც ინსტიტუცია, რომელიც ახორციელებს ე.წ. *unenumerated* ძალაუფლებას, უფლებამოსილი იყო დაეარსებინა ბანკი. ჯონ მარშალმა სასამართლოს უფლება, გამოაცხადოს კანონი არაკონსტიტუციურად, განსაზღვრა სასამართლოს ზოგად მიზანსა და ფუნქციაზე მითითებით⁷⁰.

აგრეთვე უნდა აღვნიშნოთ, რომ საკონსტიტუციო დებულებები ზოგჯერ ნათლად განსაზღვრავს შესაძლო პოლიტიკური საკითხების შედეგებს, მაგრამ ეს „აბსოლუტური“ სტრუქტურები და პრინციპები მაინც სხვადასხვა ექსტრაკონსტიტუციონალური წესებით არის ჩანაცვლებული. მაგალითად, კონსტიტუციის I მუხლის 1-ლი ნაწილის მიხედვით⁷², მთელი საკანონმდებლო ძალაუფლება ცალსახად კონგრესს აქვს მინიჭებული (ხაზგასმა ჩვენია). კონსტიტუციაში არსად არ არის ნახსენები ადმინისტრაციული ორგანოები, მაგრამ 1887 წლიდან მოყოლებული, როდესაც კონგრესმა პირველი ძლიერი ფედერალური ად-

⁶⁵ იხ. Michael Besso, Constitutional Amendment Process and the Informal Political Construction of Constitutions (Journal of Politics 67, Issue 1, Feb 2005), გვ. 71-75.

⁶⁶ იქვე, გვ. 72.

⁶⁷ იხ. Ernest A. Young, The Constitution Outside the Constitution (Yale Law Journal 117, 2007-2008), გვ. 443-444.

⁶⁸ იქვე, გვ. 445.

⁶⁹ იხ. McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316 (1819).

⁷⁰ იხ. Marbury v. Madison, 5 U.S. 137, 176-178 (1803).

⁷¹ იხ. Ernest A. Young, The Constitution Outside the Constitution (Yale Law Journal 117, 2007-2008), გვ. 446-448.

⁷² აშშ-ის კონსტიტუციის მუხლი I, ნაწილი 1: „მთელი საკანონმდებლო ხელისუფლება, როგორც აქ არის დადგენილი, გადაეცემა შეერთებული შტატების კონგრესს, რომელიც შედგება სენატისა და წარმომადგენელთა პალატისაგან“.

⁷³ იხ. William Burnham, Introduction to the Law and Legal System of the United States 5th Ed. (West, 2011), 15ff.

მინისტრაციული ორგანო Interstate Commerce Commission (ICC) დააარსა. ადმინისტრაციული ორგანოების ძალაუფლების ზრდამ ქვეყნის „ადმინისტრაციულ სახელმწიფოდ“ გარდაქმნა გამოიწვია. ადმინისტრაციული ორგანოები სახელისუფლო ზეგავლენას უმთავრესად დელეგირებული ძალაუფლების გამოყენებით ახდენენ, იღებენ რა, მატერიალურ სამართალს – რეგულაციებს, რომლებიც დაახლოებით ფედერალური კანონების ათჯერ უფრო მეტ სივრცეს იკავებს⁷⁴ – მიუხედავად მკაფიო საკონსტიტუციო განაცხადისა, რომ მთელ საკანონმდებლო ძალაუფლებას მხოლოდ კონგრესი უნდა ფლობდეს. „ახალი კურსის“ პერიოდი, რომელიც ადმინისტრაციული ორგანოების ზრდით ხასიათდება, ყველაზე ხშირად მოჰყავთ იმის საჩვენებლად, თუ როგორ უბიძგა ქარიზმატული პრეზიდენტის ფრანკლინ რუზველტის მიერ წამოწყებულმა პროცესმა პოლიტიკურ მოთამაშეებს, არაფორმალური საკონსტიტუციო შესწორების საშუალებებისთვის მიემართათ.

როგორ მოხდა ეს ყველაფერი? ამ შეკითხვისთვის პასუხის გასაცემად უნდა გავიხსენოთ პროფესორ ტუშნეტის კონცეფცია კონსტიტუციური გამოსავლის (constitutional workaround) შესახებ. მისი თქმით, როდესაც კონგრესტული მიზნის მისაღწევად მნიშვნელოვანი პოლიტიკური წნეხი არსებობს, მაგრამ ზოგიერთი საკონსტიტუციო დებულება ეწინააღმდეგება ამ მიზანს, შეიძლება გამოჩნდეს სხვა საკონსტიტუციო დებულება, რომელიც საშუალებას იძლევა, სასურველ შედეგს მივაღწიოთ⁷⁵. კონსტიტუციური გამოსავალი „მხოლოდ მაშინ ხდება, თუ კონსტიტუცია, გარკვეული გაგებით, საკუთარ თავთან მოდის კონფლიქტში/საკუთარ თავს ეწინააღმდეგება. ტექსტის ერთი ნაწილი რაღაცას კრძალავს, მაგრამ სხვა ნაწილი ნებას რთავს და თავად კონსტიტუცია არც ერთ ნაწილს არ ანიჭებს უპირატესობას⁷⁶“. მიუხედავად იმისა, რომ არსებობს გარკვეული გარემოებები, სადაც საკონსტიტუციო პრობლემის დროებითი ფიქსაცია, როგორც იარაღი არ შეიძლება იქნეს გამოყენებული, საკონსტიტუციო ტექსტების დაძლევაზე მუშაობისას შეგვიძლია გამოსავალი ვიპოვოთ და ეს „დასახულ მიზანამდე მისასვლელი გზებია“.

ერთი შეკითხვა, რომელიც რჩება, შემდეგში მდგომარეობს: თუკი საკონსტიტუციო მნიშვნელობის კორექტირება კონსტიტუციურად დადგენილი შესწორების პროცედურის გარეშე არის შესაძლებელი, მაშინ როგორ შეიძლება, კონსტიტუცია ხელისუფლების შეზღუდვის სავალდებულო კანონის ძალას ფლობდეს? ან უფრო ზოგადად, შესაძლებელია კონსტიტუციის სერიოზულად აღქმა, თუ სასამართლო ინტერპრეტაცია, ისევე როგორც პოლიტიკური განმარტება, მნიშვნელოვან გავლენას ახდენს მის შინაარსზე?

2. აღვიქვით თუ არა კონსტიტუცია სერიოზულად?

განაცხადი იმის შესახებ, რომ „შესწორების პროცესის გარეშე კონსტიტუციაში ვერც ახალს ჩაამატებ [და] ვერც ძველს ამოიღებ“ ზემოთ განხილული პრაქტიკის შედეგად გაბათილდა. კონსტიტუციის თავდაპირველი ტექსტი შედარებით უცვლელი რჩება, მაგრამ კონსტიტუციური წესრიგი, რომელსაც კონსტიტუცია უნდა განსაზღვრავდეს, თანდათანობით იცვლება. როგორც ზემოთ განვიხილეთ, არსებობს

⁷³ იხ. William Burnham, Introduction to the Law and Legal System of the United States 5th Ed. (West, 2011), 15ff.

⁷⁴ იქვე, გვ. 15-16.

⁷⁵ Mark Tushnet, Constitutional Workarounds (Texas law review 87, 2009; Harvard Public Law Working Paper No: 09-14 Available at SSRN <http://ssrn.com/abstract=1338087>).

⁷⁶ იქვე, გვ. 6.

V მუხლს მიღმა არსებული საშუალებები, რომელთა მეშვეობით ხდება კონსტიტუციის ცვლილება და ეს საშუალებები კონსტიტუციისთვის თავისთავად არის დამახასიათებელი. სასამართლოს გადაწყვეტილებები, მნიშვნელოვანი კანონმდებლობა ან ძალაუფლების ეტაპობრივი ზრდა, როგორც მეოცე საუკუნის პრეზიდენტობის პერიოდში, ნათელი მაგალითია იმისა, თუ როგორ შეიცვალა ჩვენი აღქმა კონსტიტუციის გაგებასთან დაკავშირებით⁷⁹. უდავოა, რომ ამერიკის შეერთებულ შტატებში ჩვენი გაგება ამჟამინდელი საკონსტიტუციო წყობის მიმართ დიდად იყო დამოკიდებული წერილობითი დოკუმენტის სასამართლო ინტერპრეტაციასა და პოლიტიკურ განმარტებაზე. თუმცა ასევე სიმართლეს წარმოადგენს ის ფაქტი, რომ ეს ცვლილებები კონსტიტუციით დადგენილი პროცედურების საშუალებით კი არ განხორციელებულა, არამედ არაფორმალური, არატექსტუალური საშუალებებით, ტექსტში ჩარევის გარეშე.

ე.წ. არაფორმალური საკონსტიტუციო შესწორებების წინააღმდეგ მიმართული მთავარი არგუმენტი იმაში მდგომარეობს, რომ ასეთი მიდგომა კონსტიტუციას ჩვეულებრივი პოლიტიკური ბრძოლის არენად აქცევდა. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, კონსტიტუცია, რომელიც საკონსტიტუციო ორგანოების მხრიდან ინტერპრეტაციისა და გადაკეთების საშუალებას იძლევა, ისე ძლიერად ვერ ფუნქციონირებს, რომ ხელისუფლების ქმედებები მოთოვოს. არაფორმალური შესწორების ზოგიერთი კრიტიკოსი დაჟინებით მოითხოვს, რომ საკონსტიტუციო პრაქტიკაში განხორციელებული თითოეული ცვლილება მკაფიოდ უნდა იყოს აღნიშნული ტექსტში შეტანილი შესწორებით, როგორც ეს ხდება, მაგალითად, სისხლის სამართალში, როდესაც პრაქტიკაში განხორციელებული ყველა მნიშვნელოვანი ცვლილება კანონში აისახება⁸⁰. როგორც ისინი აცხადებენ, იმისათვის რომ კონსტიტუციურ კანონსა და პოლიტიკის ჩვეულებრივ კურსს შორის მკაფიო გამიჯვნა შენარჩუნდეს, კონსტიტუციის მნიშვნელობა ყველასთვის გასაგები უნდა იყოს⁸¹. თუ იმის შესაძლებლობა იქნება, რომ სახელმწიფოს სტრუქტურა ფორმალური საკონსტიტუციო პროცედურების გარეშე შეიცვალოს, მაშინ პოლიტიკური მოთამაშეები, ძალაუფლების ხელში ჩაგდებისთანავე, საკონსტიტუციო პრინციპების ხელახლა განსაზღვრას შეძლებენ და, შესაბამისად, ხალხის, სხვა პოლიტიკური პარტიების, სასამართლოს უფლებებს შელახავენ და ამით კონსტიტუციის ჭეშმარიტი არსი შეიბღალება.

ამ მოსაზრებებზე პასუხის გასაცემად, თავდაპირველად, „ყველაფერი ან არაფერი“ ტიპის დამოკიდებულება უნდა უკუვაგდოთ. ზოგიერთი საკონსტიტუციო დებულება, როგორც პროფესორმა გრიფინმა განსაზღვრა, თავიანთი ფორმით თითქმის არ განსხვავდება ჩვეულებრივ კანონმდებლობაში შემავალი ნორმებისგან და, ამგვარად, ნათლად განსაზღვრავს მოცემული პოლიტიკური საკითხის შედეგებს⁸². მეორე მხრივ, მიუხედავად იმისა, რომ ზოგიერთი საკონსტიტუციო დებულებების ენა ჩვეულებრივ ზოგადია და ზოგადი ნორმატიული პრინციპების ფორმას იძენს, არც სასამართლო ხელისუფლებას და არც პოლიტიკურ მოთამაშეებს უფლება არა აქვთ, კონსტიტუციური ტექსტი როგორც მოესურვებათ, ისე

⁷⁷ შემოთავაზებული პრობლემების დაძლევის დროებითი მეთოდი კონსტიტუციური არ იქნება, თუ ის, მაგ., ზოგად საკონსტიტუციო დებულებას ეყრდნობა, რომელიც, თავის მხრივ, ეწინააღმდეგება მას. იხ. იქვე, გვ. 6 ზემოთ 22.

⁷⁸ Ullman v. United States, 350 U.S. 422, 428 (1956) quoted in David A. Strauss, The Irrelevance of Constitutional Amendments (114 Harvard Law Review, 2001).

⁷⁹ იხ. Strauss, The Irrelevance of Constitutional Amendment, 1458ff.

⁸⁰ Stephen M. Griffin, Constitutionalism in the United States: From Theory to Politics in Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment, Ed. Sanford Levinson (Princeton University Press, 1995) გვ. 42-43.

⁸¹ იქვე, გვ. 42.

აზურთან. დვორკინი ნათლად გვიჩვენებს, რომ სახელოვნებო ინტერპრეტაციის მსგავსად, კონსტიტუციის ინტერპრეტაციორიც ვერ დასცილდება თავის ობიექტს,⁸³ ანუ ამ შემთხვევაში კონსტიტუციის ტექსტს. გარდა ამისა, კონსტიტუციური გამოსავალი (workaround) ყველა შემთხვევისთვის არ გამოდგება. საკონსტიტუციო პრობლემების დროებითი მოგვარება/ფიქსაცია „მხოლოდ მაშინ ხდება, თუ კონსტიტუცია, გარკვეული გაგებით, საკუთარ თავთან მოდის კონფლიქტში/საკუთარ თავს ეწინააღმდეგება. ტექსტის ერთი ნაწილი რაღაცას კრძალავს, მაგრამ დანარჩენი ნებას რთავს და თავად კონსტიტუცია არც ერთ ნაწილს არ ანიჭებს უპირატესობას“⁸⁴.

გამომდინარე ამ ფაქტიდან, ჩვენ ასევე უნდა გავიხსენოთ, რატომ იქნა უკუგდებული პრეზიდენტ ფრანკლინ რუზველტის მიერ კონსტიტუციის ფორმალურად შესწორების იდეა. კონსტიტუციის ტექსტუალური შესწორება რუზველტმა მეხუთე მუხლის მიხედვით განიხილა, მაგრამ საბოლოოდ მან ამ ვერსიაზე სხვადასხვა მიზეზების გამო უარი განაცხადა. პირველ რიგში, აღმასრულებელ ხელისუფლებაში არ იყო შეთანხმება შესწორების ლექსიკაზე. მეორე რიგში, მან აღიარა, რომ შესწორებების ენა უფრო ზოგადი ტერმინების სახით უნდა შექმნილიყო. წინააღმდეგ შემთხვევაში, გრძელვადიან პერსპექტივაში ვერ შეძლებდნენ ფუნქციონირებას. თუმცა ზოგად ლექსიკას შეიძლებოდა გაუთვალისწინებელი შედეგების რისკის ფაქტორი გაეზარდა და ახალი, შესწორებული დებულებები ისევ სასამართლო სისტემის იტერპრეტაციის და პოლიტიკური განმარტების საგანი გამხდარიყო. მესამე რიგში, ზოგადი ტერმინებისგან შედგენილ შესწორებას შესაძლოა ზიანი მისდგომოდა სასამართლოს მხრიდან, შეზღუდული ინტერპრეტაციის განხორციელების გზით. მაგრამ, თუ ეს შესწორებები ისეთი მკაფიო ენით იქნებოდა შედგენილი, რომ გასაგები და ზუსტი გზავნილი ყოფილიყო სასამართლოებისთვის, მაშინ სხვადასხვა ვითარებაში ქვეყნის მართვის დროს მათ უკვე ვეღარ გამოიყენებდნენ⁸⁵.

ამგვარად, სირთულე, რომელიც შესწორების პროცედურას თან ახლავს, საკონსტიტუციო წყობის შეცვლისთვის ფორმალური საშუალებების არგამოყენების ერთადერთი მიზეზი არ ყოფილა. ბოლოდროინდელი მეცნიერების კვლევები ცხადყოფს, რომ კონსტიტუციური წყობის შეცვლის არაფორმალური საშუალებები იურისდიქციაში გამოიყენება, სადაც კონსტიტუციის შესწორების პროცესი შედარებით მარტივია⁸⁶. უდავოდ მართალია შესწორების პროცესში არსებული სირთულე, გადამწყვეტ როლს თამაშობს საკონსტიტუციო ტექსტის უცვლელად შენარჩუნებაში. თუმცა როგორც რუზველტის შემთხვევაშია ნაჩვენები, სხვა მნიშვნელოვანი მიზეზებიც არსებობს საიმისოდ, რომ კონსტიტუციის ტექსტს არ შევეხოთ. ეს ყველაფერი რომ განვზოგადოთ და რუზველტის მაგალითიდან დასკვნები გავაკეთოთ, პირველ რიგში, უნდა ვთქვათ: იმისათვის, რომ საკონსტიტუციო დებულებებმა სამთავრობო ქმედებების დიდი რაოდენობა მოიცვას და დრო დაზოგოს, ზოგად ფრაზებში უნდა იყოს ფორმულირებული. მეორე რიგში არ არსებობს არანაირი გარანტია, რომ სასამართლო ხელისუფლება ახალი დებულებების ენას ისეთ ინტერპრეტაციას მისცემს, როგორიც მათ ავტორებს ჰქონდათ ჩაფიქრებული – სასამართლოებმა შეიძლება პოტენციურად გამოიყენონ შეზღუდული ან ზოგადი ინტერპრეტაცია. მესამე, საკონსტიტუციო ტექსტის შეცვლა ზოგჯერ სხვადასხვა შტოებს შორის ძალთა ბალანსისა და საკონსტიტუციო ფუნქციების შეცვლით მთავრდება. როდესაც ძველი ნორმები ამოღებულია, არსებობს ალბათობა, რომ

⁸² იქვე, ზემოთ შენიშვნა 14 და მისი თანმდევი დისკუსიები.

⁸³ იხ. ზემოთ შენიშვნა 19 და მისი თანმდევი დისკუსიები.

⁸⁴ იხ. ზემოთ შენიშვნა 71 და მისი თანმდევი დისკუსიები.

⁸⁵ იხ. Stephen M. Griffin, *Constitutionalism in the United States: From Theory to Politics in Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Ed. Sanford Levinson (Princeton University Press, 1995) გვ. 51-55.

სასამართლო პრეცედენტები და პოლიტიკური განმარტებები, რომლებიც მათ თან ახლდა, ასევე უარყოფილი იყოს. ამიტომ თითქმის შეუძლებელია ვინმემ წინასწარ განჭვრიტოს, თუ როგორ მიიღებენ ახალ საკონსტიტუციო დებულებებს.

გარდა ზემოთ ჩამოთვლილი სამართლებრივი და პოლიტიკური არგუმენტებისა, საკონსტიტუციო ტექსტში განხორციელებული ბევრი ცვლილება, როგორც წესი, ასუსტებს იმ პატივისცემას, რასაც კონსტიტუცია თავისი სიძველის გამო იმსახურებს. კონსტიტუციას, რომელსაც მარადიული ჭეშმარიტებებისთვის ეთაყვანებიან და წარსულისა და აწმყოს მაკავშირებელ ძაფად თვლიან, ბოლო მოეღება, თუკი ჩვეულებრივი კანონების კრებულს დაემსგავსება, რომელიც სულ ცვლილებებს განიცდის. კონსტიტუციის ლეგიტიმურობა, სხვა ყველაფერთან ერთად, იმაშიც მდგომარეობს, რომ ის ჩვეულებრივი პოლიტიკისგან განსხვავდება.

დასკვნა

კონსტიტუცია კონსტიტუციურ წესრიგში ცენტრალურ ადგილს იკავებს. კონსტიტუცია ადგენს მთავრობის ძირითად მონახაზს, აწესებს საკონსტიტუციო ორგანოებს, ანაწილებს სახელმწიფო ძალაუფლებას მათ შორის და უფლებებს ანიჭებს მოქალაქეებს. მოქმედებს რა როგორც სავალდებულო კანონი, ის ხელისუფლების შეზღუდვასა და ადამიანების პიროვნული თავისუფლების დაცვას ცდილობს.

თუმცა საკონსტიტუციო დებულებები, როგორც წესი, ისე არ არის შედგენილი, როგორც, ვთქვათ, ჩვეულებრივი საკანონმდებლო დებულებები. მათი ლექსიკა ზოგადია და ისეა ფორმულირებული, რომ ზოგადი ნორმატიული პრინციპების სახეს იღებს, რომელთა განმარტება მათ გამოყენებამდე უნდა მოხდეს⁸⁶. ამიტომაც არის, რომ ხელისუფლების პოლიტიკური და სასამართლო ორგანოები შესაბამისად ახდენენ კონსტიტუციის მნიშვნელობის ინტერპრეტაციას და განმარტებას და თანდათანობით ცვლიან ჩვენს აღქმას კონსტიტუციის ტექსტისადმი. ისინი კონსტიტუციის ტექსტს კორექტირების გარეშე, ტექსტთან ყოველგვარი შეხების გარეშე „ცვლიან“.

როგორც ჩანს, კონსტიტუციაში შესწორებების შეტანა შესაძლებელია V მუხლის პროცედურის გარეშე, რომელიც უკიდურესად რთული და მძიმეა, მაგრამ ჩვენ ვნახეთ, რომ ყველა შემთხვევაში ეს ასე არ არის. პირველ რიგში, კონსტიტუცია თავად აწესებს შეზღუდვებს – ზოგი დებულება ნათლად განსაზღვრავს ნებისმიერი პოლიტიკური საკითხის შედეგებს. არანაირი არგუმენტი, რაც არ უნდა იყოს წარმოდგენილი, ვერ შეცვლის, მაგალითად, ორპალატიან საკანონმდებლო ორგანოს ამერიკის შეერთებულ შტატებში. მეორე რიგში, კონსტიტუციის მნიშვნელობის და მისი კონკრეტული დებულებების შეცვლა იოლი არ არის, მაშინაც კი, როცა ფორმალურ პროცედურას არ იცავენ.

ნებისმიერი არაფორმალური საკონსტიტუციო ცვლილება სხვადასხვა მონაწილეებს შორის არგუმენტის, განხილვის, დარწმუნების და დიალოგის ფორმას იღებს. მას თან ახლავს დაძაბულობა და კოორდინაციას საჭიროებს. პოლიტიკური განმარტება შეიძლება სასამართლომ გააბათილოს; სასამართლო

⁸⁶ იხ. მაგ., Michael Besso, Constitutional Amendment Process and the Informal Political Construction of Constitutions (Journal of Politics 67, Issue 1, Feb 2005), pp.

ინტერპრეტაცია შეიძლება ახალი შესწორებით შეიცვალოს ან კონსტიტუციის ცვლილებით გაუქმდეს. საბოლოო ჯამში, ცვლილებები შესწორებების გარეშე არც ისეთი რთულია, როგორც ამას საკმაოდ ჩახლართული ფორმალური პროცედურა ითვალისწინებს, მაგრამ არც ისეთი იოლი ჩანს, როგორც ჩვეულებრივი კანონის მიღების პროცესი. კონსტიტუციის ცვლილების შემთხვევაშიც კი, ახალი დებულებები მაინც სასამართლო ინტერპრეტაციასა და პოლიტიკურ განმარტებას დაექვემდებარება.

აქედან გამომდინარე, კონსტიტუცია კონსტიტუციური წესრიგის ცენტრშია მოთავსებული, რადგან ნებისმიერი არგუმენტი, რომელიც საკონსტიტუციო წყობის შეცვლის მცდელობისას მოჰყავთ, კონსტიტუციის ტექსტიდან მომდინარეობს. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, ყველა პოლიტიკური და სამართლებრივი არგუმენტი საკონსტიტუციო დებულების ციტირებით არის დასაბუთებული. უფრო ზუსტი იქნებოდა იმის თქმა, რომ კონსტიტუცია კონსტიტუციური წესრიგის მხოლოდ ცენტრში კი არა, მის გარშემოც არის, როგორც წრეწირის პერიმეტრი. ეს შეიძლება კარგი გაცვეთილი იყოს იმ ქვეყნებისთვის, რომლებიც თავიანთ საკონსტიტუციო დოკუმენტებს ხშირად ცვლიან.

ვერუბრი მენაბლა

კონსტიტუციური სამართლის სპეციალისტი, სამართალმცოდნეობის ბაკალავრი,
სოციოლოგიის მაგისტრი, ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტის სამართლის სკოლის
ასოცირებული პროფესორი.

პოლიტიკის დასასრული

საქართველოს უზენაესი სასამართლოს დაკომპლექტება — STATUS QUO-სა და რეფორმის პერსპექტივების გარშემო არსებული ხედვების შეხახვა

არ მინდა პოლიტიკა, მინდა

პროფესიონალიზმი, წესრიგი და პატიოსნება.

თომას მანი

„აპოლიტიკური კაცის რეფლექსიები“

კონსტიტუციონალიზმი უფრო მეტია, ვიდრე სამართალი. მის მნიშვნელობაში მოიაზრება რაღაც ისეთი, რაც სამართლის მიღმაა. „კონსტიტუციონალიზმი“ და „კონსტიტუციური სამართალი“ როგორც სინონიმური მიმართება, გარკვეულ უზერზულობას ყოველთვის იწვევდა და ამაში წვლილი სიტყვა „სამართალს“ ნამდვილად მიუძღვის.

საქმე ის არის, რომ კონსტიტუციონალიზმში ერთმანეთს უპირისპირდება სამართალი და პოლიტიკა. ეს კარგად ჩანს ზოგიერთი ისეთი ინსტიტუტის ანალიზისას, როგორიც არის იმპიჩმენტი, საგანგებო მდგომარეობა და თანამდებობაზე განწესება. განსაკუთრებით ამ უკანასკნელ შემთხვევაშია ნათელი სამართლის მცდელობა, შეზღუდოს პოლიტიკის თავისუფალი მიხედულების არე სამართლის კრიტერიუმებით. ამის ილუსტრირება იყო უზენაესი სასამართლოს თავმჯდომარის არჩევის პერიპეტიები, რომელიც საქართველოში 2014 წლის ბოლოს და 2015 წლის დასაწყისში მიმდინარეობდა. წინამდებარე ტექსტი სწორედ ამ პროცესების განხილვის მცდელობაა.

1. რა არის სამართალი?

სამართალს ყველაზე მეტად, სხვა არაზუსტი მეცნიერებებიდან, აქვს ამბიცია, გააჩნდეს მკაფიო და ერთმნიშვნელოვანი პასუხები მის წინაშე წამოჭრილი პრობლემების შესახებ. ხოლო ეს პასუხები, ნორმატიულ მოცემულობებზე დაფუძნებით, სპეციფიკური მეთოდით მიიღოს. ამას ნორმის შეფარდებას, ანუ სუბსუმეციას უწოდებენ. იუსტინიანეს დიგესტები იწყება პრეტენზიით, რომ იურისტებს, როგორც სამართლის ქურუმებს, ხელეწიფებათ, ისწრაფოდნენ ჭეშმარიტებისაკენ¹. რა თქმა უნდა, ეს პროცესი [სუბსუმეცია] არ არის თავისუფალი ინტერპრეტაციებისგან, მაგრამ ყოველთვის არსებობს მათი შეზ-

¹ იუსტინიანეს დიგესტები, წიგნი პირველი, ტიტული პირველი, 1. თბილისი, გამომცემლობა მერანი, 2000, გვ. 19.

ლუდული რაოდენობა, რომელიც იშვიათად თუ სცილდება 2-3 ვარიანტს. ცნობილი გამოთქმა, „სადაც ორი იურისტია იქ სამი ჰარია“, მისი მიზანმიმართულების მიუხედავად, გაუსვას ხაზი სამართლის არამეცნიერულ ბუნებას, სინამდვილეში სწორედ იმას მიუთითებს, რომ სამართალი მოწადინებულია, მაქსიმალურად ზუსტად გასცეს პასუხი კითხვებს და ამ პასუხების რაოდენობა ორი იურისტის შემთხვევაშიც კი არ აღემატება სამს (ეს ციფრები ისეთივე ფიგურალურია, როგორც თავად სენტენცია). თუმცა მთავარი არის შესაძლებლობა, კონკრეტულ იურისდიქციაში მათი რაოდენობა ერთადერთ ლეგიტიმურ ინტერპრეტაციამდე დავიდეს. ინტერპრეტაციამდე, რომელსაც სასამართლოს საბოლოო გადაწყვეტილება დაადგენს.

სამართალს ახასიათებს ყველა კითხვაზე საბოლოო პასუხის გაცემის პოტენციური შესაძლებლობის ქონა. ეს იმდენად, რამდენადაც არც აქამდე დასმულა ყველა კითხვა და არც ყველა პასუხია გაცემული, მაგრამ ასეთია სამართლის მიზანმიმართულება. Inter alia, სწორედ ამაზე მიუთითებს რომაული სამართლიდან მომდინარე პრინციპი, რომელიც აქტუალურობას დღესაც ინარჩუნებს და რომელიც მოსამართლეს კონკრეტული ნორმის არარსებობის პირობებშიც კი არ ათავისუფლებს დავის გადაჭრის ვალდებულებისაგან მსგავს ნორმებზე² ან სამართლის ზოგად პრინციპებზე³ დაყრდნობით. ამ ინსტიტუტს *iura novit curia* ეწოდება. ამ დროს ანალოგია გამოიყენება. როგორც იმავე დიგესტებში წერია: „ყოველთვის, როდესაც კანონით ესა თუ ის რამ დადგინდება, იქმნება ხელსაყრელი დრო იმისთვის, რომ იგივე [...] გავრცელდეს სხვა ისეთ შემთხვევებზე, რომლებიც იმავე ინტერესს მიემართებიან“⁴. ამგვარად, თეორიულადაც კი არ არსებობს შემთხვევა, როდესაც სამართალი დუმს და როდესაც სასამართლო თავის საბოლოო სიტყვას არ ჩაწერს გადაწყვეტილების სარეზოლუციო ნაწილში. ამას იმავე რომაული სამართლიდან მომდინარე სხვა დანაწესებები ადასტურებს, მაგ., *da mihi factum, dabo tibi ius* (მომიტანე ფაქტები და დაგიდგენ სამართალს).

პოტენციურთან ერთად სამართლის პასუხი პირობითად არის ზუსტი. ჯერ ერთი იმიტომ, რომ ის არა ზოგადად, არამედ კონკრეტულ იურისდიქციაში არის უნივერსალური და მეორე იმიტომაც, რომ მხოლოდ შემთხვევითად, სასამართლოს კონკრეტული შემადგენლობის სუბიექტური მოსაზრებების მეშვეობით დადგინდა იგი ასეთად. ამდენად, სამართლის მიერ კითხვაზე გაცემული პასუხი არის არა ზუსტი თავისთავად, არამედ ზუსტი პირობითი თვალსაზრისით. მიუხედავად ამისა, სამართლის ტონი აბსოლუტურია. ის ცდილობს, სრულად და ტოტალურად მოიცვას სოციალური ურთიერთობები. ის ახდენს სამართლის შეფარდებას, რაც მის დადგენასაც ნიშნავს. შეფარდების დროს კი იყენებს კონკრეტულ ფორმულებს, რომელსაც მეთოდს უწოდებენ.

პოტენციური პირობითი სიზუსტე ახასიათებს სამართლის ყველა დარგს, გარდა კონსტიტუციონალიზმისა. ცხადია, კონსტიტუციონალიზმშიც არსებობს დიდი ოდენობა იმგვარი კითხვებისა, რომლებზეც პასუხის გაცემა საკონსტიტუციო იუსტიციას ევალება, მაგრამ აქ ერთადერთ ადგილას, მთელ სამართლებრივ სივრცეში, შეიძლება გაჩნდეს კითხვები ავტორიტარული პასუხის გარეშე. ამგვარად, კონსტიტუციონალიზმში არის ორი ნაწილი, მათგან ერთი სამართალია.

² თუ კანონში არ არსებობს უშუალოდ კონკრეტული ურთიერთობის მოსაწესრიგებლად განსაზღვრული ნორმა, მაშინ გამოიყენება ყველაზე უფრო ახლოს მდგარი ურთიერთობის მარეგულირებელი ნორმა (კანონის ანალოგია).

³ თუ სამართალშემფარდებელი კანონის ანალოგიას ვერ იყენებს, მსგავსი ურთიერთობის მოწესრიგებელი ნორმების არარსებობის გამო, ურთიერთობა უნდა მოწესრიგდეს სამართლის ზოგადი პრინციპების საფუძველზე (სამართლის ანალოგია).

⁴ იუსტინიანეს დიგესტები, წიგნი პირველი, ტიტული მესამე, 13. გვ. 36.

სამართალი არის ქცევის სავალდებულო წესი, რომლის შეუსრულებლობა იწვევს განსხვავებული ქმედების ანუღირებას, რაც მის საბოლოო იმპლემენტაციამდე გრძელდება. ამგვარად, სამართალი ჩართულია არსებული რეალობისა და ნორმატიული სტანდარტის მუდმივ შედარებაში, რის გამოც, ის რეალობის საზომად იქცევა, ერთგვარი შეფასების უნივერსალურ მასშტაბად. ამ თვალსაზრისით სამართალი არსებულის მოდიფიცირებას ცდილობს, იჭრება რა მის წიაღში, აწმყოს აუქმებს და მომავალს აკონსტრუირებს. ამდენად, სამართალი ჯერარსული მოვლენაა. სამართალი მოქმედებს, როდესაც ის არ აღსრულებს, მაშინაც სავალდებულოა, როდესაც ირღვევა, რეალობაა, როდესაც ემპირიულად არ დასტურდება.

სამართალს სახელმწიფო ინსტიტუტები ადგენენ. არსებითად სახელმწიფო სამართლის მეშვეობით მოქმედებს და სამართალში პოვნებს საკუთარ ასახვას. სახელმწიფო ხელშეხება სამართლის მეშვეობით ხდება. სახელმწიფო ძალაუფლება სწორედ სამართლის მეშვეობით ხორციელდება. სამართალი ადგენს სოციალური ქცევის ფარგლებს. სამართალი აწესებს კრიტერიუმებს. ამ გზით სოციალურ რეალობას ის საკუთარ თავში აინტეგრირებს. ამ აზრით სამართალი სახელმწიფო სისტემის შიგნით არის. სახელმწიფოს ყოველთვის შეუძლია კონკრეტული ქცევის დელეგატიმაცია სამართალთან მისი შეუსაბამობის მოტივით, იმ სამართალთან, რომელიც მისივე შექმნილია.

2. რა არის კონსტიტუციონალიზმი?

კონსტიტუციონალიზმი ორ ნაწილს მოიცავს. ერთი, რომელიც მოქალაქეთა და სახელმწიფო ინსტიტუტებს, ხოლო მეორე – სახელმწიფო ინსტიტუტებს შორის მიმართებებს არეგულირებს. პირველ რიგში, მოეწყოიან ისეთი პრინციპები და მათი შემდგომი ნორმები, როგორიც არის ადამიანის უფლებების პრიმატი, სამართლებრივი და სოციალური სახელმწიფო და ა.შ. მეორე – ხელისუფლების ვერტიკალური და ჰორიზონტალური დანაწილება, შეკავება შეკავება-გაწონასწოების მექანიზმის ჩათვლით. წინამდებარე ესეში კონსტიტუციონალიზმის მეტწილად ეს მეორე ნაწილია განხილული.

კონსტიტუციონალიზმის ერთი მხარე სამართლებრივი რომ არის, ამაზე ზემოთ იყო საუბარი, თუმცა მას მეორე სხეულიც გააჩნია, რომელიც, როგორც ასევე უკვე ითქვა, განასხვავებს მას სამართლის სხვა დარგებისგან და იურიდიული მეცნიერების კიდებე მიუჩენს ადგილს. ეს არის კონსტიტუციონალიზმის პოლიტიკური ბუნება. სამართლის დარგებიდან არსად სხვაგან, პოლიტიკა ისე ღრმად არ იჭრება, როგორც კონსტიტუციონალიზმში. მთელ რიგ ინსტიტუტებს გამოაცლის რა სამართლებრივ საფუძველს, პოლიტიკა მოქმედების თავისუფლებას ინდივიდუალურ მიმართებებს უთმობს. სწორედ ამიტომ იგულისხმება, რომ პოლიტიკა არის სახელმწიფო სისტემის გარეთ. პოლიტიკა ეფუძნება ფართო შეფასების არეს. ის, მართალია, აღსრულება სახელმწიფოს შიგნით ანდა მისი ინსტიტუტების მეშვეობით, მაგრამ ფორმირდება მის მიღმა. სამართალიც პოლიტიკის პროდუქტია მის პირველად გამოვლინებასა და დადგენაში, მაგრამ ამის შემდეგ დისტანცირდება მისგან და უპირისპირდება კიდევ.

სწორედ ამ ორი ხედვის, პოლიტიკური და სამართლებრივი სტანდარტის შეთანხმებას ცდილობს კონსტიტუციონალიზმი. რეალურად, მისი მიზანი სახალხო სუვერენიტეტის უკიდვანო დისკრეციის შეზღუდვაა. მაგრამ კონსტიტუციონალიზმივე არის გარანტი იმისა, რომ იარსებებს რაღაც, რაც სტანდარტიზაციას არ დაექვემდებარება. მოდერნული სახელმწიფოს მთელი ისტორია, ეს არის აბსოლუტური

სუვერენიტეტის და ამ სუვერენიტეტის მფლობელის თავისუფალი მიხედულების არე, აბსოლუტური დისკრეციის ფარგლებში მიღებული გადაწყვეტილებების, სამართლის მეშვეობით თანდათანობითი სტანდარტიზაციის ისტორია. მაგრამ არსებული პარადიგმის პირობებში არსებობს ზღვარი, რომელსაც კონსტიტუციონალიზმი არასოდეს უნდა გადავიდეს და ეს ზღვარი პოლიტიკაზე გადის. ხალხს და მათ წარმომადგენლებს უნდა მიეცეთ პოლიტიკის გატარების შესაძლებლობა. სახელმწიფო, პირველ რიგში, პოლიტიკური წარმონაქმნია, რაც მოიპოვებს სამართლის არსებობას, მაგრამ სამართლის ფუნქცია შეთანხმებული ფუნდამენტური პოლიტიკური ღირებულებების უზრუნველყოფაა და არა საზოგადოებრივი ცხოვრებიდან პოლიტიკის გამორიცხვა.

სამართლის მიზანი არის კანონის უზენაესობის დამკვიდრება იქ, სადაც სამართლის იურისდიქცია უნდა ვრცელდებოდეს. მაგრამ არსებობს პოლიტიკური ანკლავები, სადაც სამართალი ვერ ჩაერევა. ეს არის სპონტანურობის არეალი, სადაც საკანონმდებლო წინასწარმეტყველება ვერ ახდება, სადაც სამართალი თავისი ჯერარსული ბუნებით ვერ გასცემს ადეკვატურ პასუხს არსებულ გამოწვევებს. რა თქმა უნდა, პოლიტიკური თავისუფლება ქმნის ხელისუფლების უზურპაციის საფრთხეს, რასაც სამართალი გარკვეულწილად ამცირებს, მაგრამ „თავისთავად, სახელმწიფოს საქმიანობის სამართლებრივი განსაზღვრა და რეგულირება არ უზრუნველყოფს კონსტიტუციურ თავისუფლებას. იქ, სადაც ყველაფერი სახელმწიფოს დანაწესის მიხედვით კეთდება, მოუქნელობა და წინასწარგანჭვრეტადობა ცხოვრებას გაუსაძლისს ხდის“⁵. სწორედ ამიტომ, კონსტიტუციონალიზმი პოლიტიკასა და სამართალს შორის გონივრულ ბალანსს ესწრაფვის. ეს ძალიან ინტიმური საკითხია და ყველა პოლიტიკურ საზოგადოებაში სხვადასხვაგვარად დგინდება. სწორედ ამიტომ, კონსტიტუციონალიზმში არსებობს მხოლოდ პრინციპები, მიზნები, საითგენაც უნდა მივსწრაფოდეთ და არ არსებობს კონკრეტული გზა, რითაც ეს მიზნები მიიღწევა საპირისპიროდ ადამიანის უფლებების სამართლისგან, სადაც მეტწილად ერთიანი სტანდარტია დადგენილი.

3. პოლიტიკა კონსტიტუციონალიზმში

1982 წელს გერმანიის საკანონმდებლო ორგანომ ფედერალური კანცლერი ჰელმუტ კოლი გადააყენა. პარლამენტში არსებული პარტიები შეთანხმდნენ, რომ არ დაასახელებდნენ ახალ კანდიდატურას, რის გამოც პრეზიდენტმა კარსტენსმა რიგგარეშე არჩევნები დანიშნა. მიუხედავად იმისა, რომ ეს ქმედება კონსტიტუციას ეწინააღმდეგებოდა გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ აქტი ძალაში დატოვა. მისი მოტივაცია სწორედ კონსენსუსზე მიუთითებდა, რომელიც პოლიტიკურ მოთამაშებს შორის შედგა. სასამართლომ მაშინ ფაქტობრივად განაცხადა, რომ კონსტიტუციაზე, როგორც სამართლებრივ სტანდარტზე მაღლა, განსაკუთრებით, კონსენსუსის შემთხვევაში, პოლიტიკური მიზანშეწონილობა შეიძლება დადგეს⁶.

ეს და მსგავსი შემთხვევები გვაიძულებენ, ჩვენი ხედვა მივაბრუნოთ თავდაპირველი საწყისებისკენ, იმ ხდომილებისკენ, სადაც კონსტიტუცია იბადება. კონსტიტუციონალიზმის ტრადიცია ერთ გაკვეთილს გვასწავლის – სამართალს პოლიტიკური საფუძვლები აქვს.

⁵ ანდრას შაიო, ხელისუფლების თვითშეზღუდვა, კონსტიტუციონალიზმის შესავალი, თბილისი, 2003 წელი, IRIS საქართველო, გვ. 254.

⁶ იგივე, გვ. 159.

სახელმწიფოს მიზანი, დემოსის სურვილის შესაბამისად, სახელმწიფოს მართვაა. იმისათვის, რომ საზოგადოების უმრავლესობის პოლიტიკური ძალაუფლება უკონტროლო არ გახდეს, იგი სამართლებრივი პროცედურებითა და სტანდარტებით, უპირველესად კი, კანონის უზენაესობით იზღუდება. თუმცა ეს პოლიტიკური საზოგადოების მიზანს არ ცვლის, უბრალოდ, ზოგიერთ შემთხვევაში ამ მიზნის ჩარჩოებს ადგენს, ისიც იმდენად, რომ უმცირესობა დაიცვას, რათა ის გადაურჩეს პოლიტიკურ განადგურებას და ოდესმე თავად აიღოს ხელში პოლიტიკის გაძღოლის სადავეები. მაგრამ, თუ ასეთი კონფლიქტი, კონფლიქტი უმრავლესობასა და უმცირესობას შორის არ არსებობს, მაშინ სამართალი როგორც ამ კონფლიქტის მარეგულირებელი გვერდზე დგება და მოქმედებას იწყებს წმინდა პოლიტიკა⁷. ამდენად, სახელმწიფოში სოციალური ურთიერთობების წესი არის პოლიტიკა, ხოლო გამონაკლისი – სამართალი, რომელიც ექსტრაორდინალურ შემთხვევებში იწყებს მოქმედებას. როგორც ანდრეაშ შაიო წერს, „დემოკრატიაში საზოგადოებრივი პრობლემების გადაწყვეტის ადგილი საარჩევნო კაბინაა და არა სასამართლო“⁸ თუმცა ისე როგორც ზემოთ აღწერილ შემთხვევაში, სასამართლოც ხშირად სამართალს პოლიტიკურ გარემოებებს მოარგებს ხოლმე. ეს სულაც არ არის სამართლის ბნელი მხარე, როგორც შეიძლება ვინმეს მოეჩვენოს, უბრალოდ, უპირველესი მნიშვნელობა მოცემულ მომენტში არსებული გამოწვევის გადაჭრის გზებზე საზოგადოებრივ თანხმობას ენიჭება და არა ოდესღაც დადგენილ სამართალს, რომელიც დღეს გარემოებების ადეკვატურ პასუხს შესაძლოა ვეღარ იძლეოდეს. სამართალი ინსტრუმენტი პოლიტიკის განსახორციელებლად, ის გამაშუალებელი მექანიზმია, რომელიც ზოგიერთ შემთხვევაში გზას უთმობს წმინდა პოლიტიკას. ისე არ უნდა მოხდეს, რომ ინსტრუმენტმა მიზანი შეთანქვას. ეს საღ აზრს ეწინააღმდეგება. ინსტრუმენტების აბსოლუტიზირება სახიფათოა იმდენად, რამდენადაც პოლიტიკას, დემოკრატიას ტექნოკრატიად გარდაქმნის. სადაც მიზანი სოციალური მიმართებების შეცნობა კი არ არის, სტანდარტების მექანიკური შეფარდება ხდება, რომელიც ნელ-ნელა ასცდება კიდევ არსებულ რეალობას და საბოლოოდ მის წინააღმდეგაც შემოტრიალდება.

რას უნდა დაეფუძნოს სოციალური მიმართებების შეცნობა? ციპელიუსი იურიდიული მეთოდების მოძღვრების მეათე გადაშუავებული გამოცემის წინათქმას სწორედ კონსენსუსზე მითითებით იწყებს და შემდეგ მთელი წიგნის განმავლობაში იმდენჯერ იმეორებს ამას, თითქოს მთელი სამართლის ინტერპრეტაციის მეთოდი ამ პოსტულატამდე უნდა დაიყვანოს. თავდაპირველად ის წერს, რომ სამართლის ამოცანაა „კონსენსუსუნარიანი გადაწყვეტილებების შემოთავაზება“⁹. მაგრამ რა ხდება მაშინ, როდესაც ნორმა პირდაპირ პასუხს არ იძლევა? როგორ უნდა წავიკითხოთ სამართალი? რა მეთოდით უნდა მივუდგეთ ინტერპრეტაციას? ციპელიუსს აქაც იგივე პასუხი აქვს, ის ამბობს, რომ „ინტერპრეტაციის მიზანია, კანონმდებლის აზრების კონსენსუსუნარიან ფორმაში გამოსახვა“¹⁰. ის ამას უკავშირებს დემოკრატიულ ლეგიტიმაციას, რაც ორმაგი წაკითხვის და არა ორგვარ შესაძლებლობას იძლევა. ეს, ერთი მხრივ, ინტერპრეტაციით კანონმდებლის ნების ამოცნობას ნიშნავს, რადგან სწორედ მას აქვს სახალხო სუვერენიტეტით მინდობილი ნორმათშემოქმედება, ხოლო მეორე მხრივ, მოცემულ სიტუაციაში საზოგადოებრივი მართლშეგნების გათვალისწინებას, რაც სრულ თანხვედრაშია საგინის კლასიკურ თეორიას-

⁷ წმინდა პოლიტიკაში იგულისხმება სახალხო სუვერენიტეტის თვითგანმახორციელებელი ან გამაშუალებელი აქტი, რომლის მიხედვით მიღებული გადაწყვეტილება ეფუძნება განუსაზღვრელი მიხედულების არეს და არ არის შეზღუდული კრიტერიუმებით. წმინდა პოლიტიკა უპირისპირდება რა სამართალს, გამორიცხავს მიღებული გადაწყვეტილების შეფასებას მატერიალური, შინაარსობრივი კანონიერების კრიტერიუმებით.

⁸ იგივე, გვ. 297.

⁹ რაინჰოლდ ციპელიუსი, იურიდიული მეთოდების მოძღვრება, ბეკის გამომცემლობა, მიუნჰენი, 2006, გვ. V.

¹⁰ იგივე, გვ. 52. ასევე გვ. 54.

თან ინტერპრეტაციის შესახებ, რომლის მიხედვითაც, ინტერპრეტატორი იმეორებს კანონმდებელს, ოღონდ ხალხის სულით განმსჭვალულ კანონმდებელს¹¹. აქაც მკვეთრად ჩანს სამართლის პოლიტიკით განსაზღვრულობის იდეა და მისი დაქვემდებარებული ხასიათი. ეს კი გვაფიქრებინებს, რომ ყოველთვის, როდესაც პოლიტიკის სამართლით სტანდარტიზაცია ხდება, ფაქტობრივად უნდა შეფასდეს არსებული ვითარება, მიმართება ინსტრუმენტსა და მიზანს შორის, რათა პირველმა მეორის მისია არ იტვირთოს.

ზუსტი დაკვირვების შედეგად კონსტიტუციის ფარგლებშივე აღმოვაჩინეთ ექსტრასამართლებრივ მექანიზმებს. ეს ინსტიტუტები თითქმის სამართლებრივი ჩარჩოებით იმართება, მაგრამ მათ ერთი რამ განასხვავებს სხვა კონსტიტუციური ინსტიტუტებისგან, მათი მატერიალურ-სამართლებრივი შეფასება შეუძლებელია. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, შეუძლებელია მათი სტანდარტიზაცია. ამ დროს სუვერენიტეტი პოლიტიკური მიზანშეწონილობით მოქმედებს. ქვემოთ სწორედ რამდენიმე მათგანის მიმოხილვაა მოცემული.

არსებობს ასეთი კონსტიტუციური ინსტიტუტი: **საგანგებო და საომარი მდგომარეობა**. ის ცხადდება მაშინ, როდესაც ერის სიცოცხლე საფრთხეშია. ამ დროს მთელი ძალაუფლება ფაქტობრივად ერთი პირის ხელში გადადის და ის ხდება ქვეყნის ერთპიროვნული მმართველი. საქართველოს კონსტიტუციის მიხედვით, ომიანობის თუ მასობრივი არეულობის, ქვეყნის ტერიტორიული მთლიანობის ხელყოფის, სამხედრო გადატრიალებისა და შეიარაღებული ამბოხების, ეკოლოგიური კატასტროფის და ეპიდემიის დროს ან სხვა შემთხვევებში, როდესაც სახელმწიფო ხელისუფლების ორგანოები მოკლებული არიან კონსტიტუციურ უფლებამოსილებათა ნორმალური განხორციელების შესაძლებლობას, საქართველოს პრეზიდენტი აცხადებს საგანგებო¹² ან საომარ¹³ მდგომარეობას ქვეყნის მთელ ტერიტორიაზე ან მის რომელიმე ნაწილში¹⁴.

ეს აქტი დაუყოვნებლივ წარედგინება პარლამენტს, რომელიც აბსოლუტური უმრავლესობით¹⁵ იღებს ან უარყოფს აღნიშნულ ხედვას¹⁶.

ამ ვითარებაში საქართველოს პრეზიდენტი გამოსცემს კანონის ძალის მქონე დეკრეტებს, რომლითაც მოქმედებს ამ მდგომარეობის გაუქმებამდე¹⁷. ამ დროს შეიძლება შეიზღუდოს მთელი რიგი ადამიანის უფლებები. მათ შორის, გამოხატვის თავისუფლება, თავისუფლების უფლება, პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობის, საკუთრების უფლება და სხვ. რაც ნიშნავს, რომ ადამიანები ამ უფლებებით ვეღარ ისარგებლებენ¹⁸. მიუხედავად თავისუფლებაში ამხელა ინტენსივობის ჩარევისა, მიუხედავად იმისა, რომ კონსტიტუციური წესრიგი არსებითად იცვლება და რომ განუზომლად იზრდება ძალაუფლების

¹¹ იგივე, გვ 52.

¹² საგანგებო მდგომარეობის გამოცხადების, ისევე როგორც საგანგებო მდგომარეობის დროს გამოცემული დეკრეტების კონტრასიგნაცია ხდება პრემიერ-მინისტრის მიერ.

¹³ საომარი მდგომარეობის აქტი და საომარი მდგომარეობის დროს გამოცემული დეკრეტები კონტრასიგნაციისგან თავისუფალია.

¹⁴ საქართველოს კონსტიტუცია 73-ე მუხლის პირველი პუნქტის „თ“ ქვეპუნქტი.

¹⁵ „აბსოლუტური უმრავლესობა“ ეწოდება სრული შემადგენლობის უმრავლესობას, რა დროსაც მხედველობაში არ მიიღება დაშლურთა რაოდენობა და კვორუმი საერთო შემადგენლობიდან გამოითვლება.

¹⁶ საქართველოს კონსტიტუცია 62-ე მუხლი.

¹⁷ საქართველოს კონსტიტუცია 73-ე მუხლის პირველი პუნქტის „ი“ ქვეპუნქტი.

¹⁸ საქართველოს კონსტიტუციის 46-ე მუხლის პირველი პუნქტი.

უზურპაციის საფრთხე, არ არსებობს მექანიზმი, რომელიც სამართლებრივად შეამოწმებდა საგანგებო ან საომარი მდგომარეობის ან ამ დროს გამოცემული დეკრეტების კანონიერებას (განსაკუთრებით, მატერიალურ-სამართლებრივი თვალსაზრისით). როგორც კარლ შმიტი შენიშნავს, სწორედ ამ მომენტში ჩანს აბსოლუტური სუვერენის იდეა. ამ პროცესში მონაწილეობს პოლიტიკური ხელისუფლება, პრეზიდენტი (საგანგებო მდგომარეობის დროს მთავრობა) და პარლამენტი, ეს გადაწყვეტილება თავისი არსით სრულად პოლიტიკურია, გადამოწმებას გამოიცხადებს, სამართალი და მისი დამცველი სასამართლო საერთოდ ქრება¹⁹. პარადოქსია, მაგრამ საგანგებო მდგომარეობის დროს, უშუალოდ პრეზიდენტის მეშვეობით, ძალაუფლებას ხელში იღებს ხალხი. ხორციელდება წმინდა პოლიტიკა მისი დამაბალანსებელი და გამაწონასწორებელი სამართლის გარეშე.

კიდევ ერთი შემთხვევა, სადაც პოლიტიკა სამართალზე პრევალირებს იმპიჩმენტის პროცედურა²⁰. საქართველოს კონსტიტუციის მიხედვით, პარლამენტის წევრებს უფლება აქვთ, მოითხოვონ კონკრეტული თანამდებობის პირის იმპიჩმენტი. ამის შემდეგ საკითხი დასკვნისათვის გადაეცემა საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს. თუ მან თავისი დასკვნით არ დაადასტურა დანაშაულის შემადგენლობის ნიშნების არსებობა ან კონსტიტუციის დარღვევა, პროცესი ჩერდება, დადასტურების შემთხვევაში კი კიდევ ერთი საფეხურია საჭირო პროცედურის ბოლომდე მისაყვანად და იმპიჩმენტის წესით პირის თანამდებობიდან გადასაყენებლად. ამ ნაბიჯამდე პროცედურა წმინდა სამართლებრივი ხასიათისაა, სასამართლო თავის გადაწყვეტილებას სამართლებრივ სტანდარტებს აფუძნებს – კონსტიტუციასთან შესაბამისი დადგენა, ისევე როგორც სისხლის სამართლის დანაშაულის ნიშნების დადასტურება-უარყოფა, სამართლის სფეროა. მაგრამ, თუ სასამართლომ დადებითი პასუხი (კონსტიტუციის დარღვევა ან ქმედებაში სისხლის სამართლის დანაშაულის ნიშნების არსებობა დაადასტურა) გასცა დასმულ კითხვას, რატომ არ ითვლება საკითხი ამოწურულად? პრინციპში, პასუხი არსებობს, სამართალი ერთმნიშვნელოვნად მიუთითებს დანაშაულის ნიშნების არსებობაზე ან კონსტიტუციურ დარღვევაზე. ამ ფონზე რა საჭიროა კიდევ ერთი საფეხური? მეტიც, ეს დამატებითი ნაბიჯი სამართლის უფლებებელყოფას ხომ არ ნიშნავს?

სასამართლოს დადებითი გადაწყვეტილების შემდეგ პროცედურა ასეთია: პარლამენტი კენჭს უყრის იმპიჩმენტის წესით თანამდებობიდან გადაყენების საკითხს. პრეზიდენტის შემთხვევაში პარლამენტის სრული შემადგენლობის 2/3-ია საჭირო²¹, სხვა თანამდებობის პირებისთვის კი აბსოლუტური უმრავლესობა²². ნათელია, პარლამენტს შეუძლია არ გამოაცხადოს იმპიჩმენტი, მიუხედავად სასამართლოს დასტურისა. ფაქტობრივად, ეს საკანონმდებლო ორგანოს განაცხადია, რომელიც პოლიტიკურ პროცესში სასამართლოს გადაწყვეტილებას არ მიიჩნევს საკმარის მიზეზად იმპიჩმენტის პროცედურის ბოლომდე მისაყვანად. ამასთან, გადაწყვეტილებას პრეცედენტული მნიშვნელობა არ აქვს და ერთჯერადია²³, ის მხოლოდ ამ კონკრეტული შემთხვევისთვის გამოდგება. შესაძლოა დღეს კონსტიტუციის ნაკლებად

¹⁹ Carl Schmitt, "Definition of Sovereignty" from Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty, trans. George Schwab. Cambridge, MA: MIT Press, 1986, pp. 5-15.

²⁰ საქართველოს კონსტიტუციის 63-ე, 64-ე და 75-ე მუხლები არეგულირებენ იმპიჩმენტის პროცედურებს.

²¹ საქართველოს კონსტიტუციის 63-ე მუხლის მე-3 პუნქტი.

²² საქართველოს კონსტიტუციის 64-ე მუხლის პირველი პუნქტი.

²³ პოლიტიკის და სამართლის კიდევ ერთი განმასხვავებელი ნიშანი ამ უკანასკნელის პრეცედენტული ხასიათია. სამართლის სწამს, რომ, რაც გამოსადეგია ერთი შემთხვევისთვის გამოსადეგია სხვა მსგავსი შემთხვევებისთვისაც, პოლიტიკისთვის კი მსგავსი შემთხვევები ფაქტობრივად არ არსებობს.

მნიშვნელოვანი დარღვევისთვის მოაწყოს იმპიჩმენტი საკანონმდებლო ორგანომ, ხოლო ხვალ უზენაესი კანონის არსებით დარღვევაზე განაცხადოს, რომ მოცემულ პოლიტიკურ ვითარებაში იგივე სახის პასუხისმგებლობა დაუშვებელია. შეუძლებელია პარლამენტი დაავალდებული რაიმე სტანდარტით ამ შემთხვევაში, კონსტიტუციონალიზმი არ იცნოს არც ერთ მითითებას, რომელიც გამოდგებოდა საკანონმდებლო ორგანოს მიხედულების არის შესაბამისად. აქ ისევ ჩნდება წმინდა პოლიტიკა, როგორც სახალხო სუვერენიტეტის გამოძახებული ექსტრასამართლებრივი მექანიზმი. ესეც ის შემთხვევაა, როდესაც კონსტიტუციონალიზმში პოლიტიკური მიზანშეწონილობის არგუმენტი გადაწონის სამართლებრივს.

მაგრამ ყველა ეს პროცედურა მხოლოდ განსაკუთრებულ შემთხვევებში თუ ხდება ხოლმე საჭირო, ძალიან იშვიათად. შეიძლება ათწლეულები გავიდეს ისე, რომ კონსტიტუციის ამ მიძინებულ ნორმებამდე ვერ მიაღწიოს პოლიტიკურმა ხმაურმა. სწორედ ამიტომ წმინდა პოლიტიკის ეს გამოვლინება ნაკლებად პრობლემურია სტაბილურ დემოკრატიებში, სადაც ის იშვიათად ეღობება წინ სამართალს. ამიტომ მის შეზღუდვას იშვიათად ცდილობენ.

წმინდა პოლიტიკის დრო 4-5 წელიწადში ერთხელ მაინც გარდაუვლად დგება. არჩევნების შემდეგ, რომელიც, თავის მხრივ, სახალხო სუვერენიტეტის გამოვლინება და უშუალო დემოკრატიის ფორმაა, დღის წესრიგში წინ წამოიწევენ მინისტრების თანამდებობაზე განწესება. საპარლამენტო და დუალისტურ რესპუბლიკაში ძალიან მკაფიო მაგალითია ნდობა-უნდობლობის პროცედურა, რომელიც მატერიალური თვალსაზრისით მთლიანად პოლიტიკური მიზანშეწონილობის საკითხია და, ამგვარად, წმინდა პოლიტიკის საუკეთესო გამოვლინებას წარმოადგენს. აქ, და სწორედ აქ, სამართალი უკანა პლანზე ინაცვლებს და ადგილს პოლიტიკას უთმობს, ვინაიდან ნდობა-უნდობლობის ინსტიტუტი კონსტიტუციონალიზმის როგორც სისტემის ქვაკუთხედია, მას სამართლით სტანდარტიზაცია არ უწერია მანამ, სანამ ეს სისტემა იარსებებს.

ყოველდღიური კონსტიტუციური ცხოვრების ნაწილში პოლიტიკა ყველაზე ხშირად საკადრო გადაწყვეტილებების დროს გამოვლინდება. თანამდებობაზე განწესება არის ის სივრცე, სადაც ასევე არ ვრცელდება სამართლის სტანდარტები.

თუმცა რაც დრო გადის ეს სივრცე უფრო და უფრო ვიწროვდება სტანდარტების სასარგებლოდ. დღეს ძირითადად აღმასრულებელ ხელისუფლებაში მხოლოდ მინისტრებისა და მათი მოადგილეების (ასევე სხვა რამდენიმე ინსტიტუტის ხელმძღვანელის) დონეზეა თუ ხდება პოლიტიკური დანიშვნა. სხვაგან ყველგან სტანდარტი მოქმედებს, იქნება ეს კვალიფიკაცია თუ კონკურსის შედეგები. რაც, ცხადია, ნიშნავს პოლიტიკური დისკრეციის შეზღუდვას, თუმცა ეს ჯერ კიდევ არ ნიშნავს ბალანსის დარღვევას სამართლის სასარგებლოდ.

როდესაც მაქს ვებერი საყოველთაოდ ცნობილ ტექსტში „პოლიტიკა, როგორც მოწოდება და ხელობა“ თანამედროვე ბიუროკრატიის ჩამოყალიბებაზე საუბრობს, ის ყურადღებას ამახვილებს ერთ თავისებურებაზე. ის მიუთითებს პოლიტიკური მოხელის თანამდებობაზე. ვებერი შენიშნავს, რომ „პარტიული ხელმძღვანელები თავიანთ დამქაშებს სხვადასხვა თანამდებობაზე ამწესებენ ხოლმე პარტიათა სამდივნოში, ამა თუ იმ თემსა თუ შტატში. გამძვინვარებული ბრძოლა პარტიათა შორის როდი ჩაღდება ხოლმე მართოდენ საბოლოო მიზანთა გამო, არამედ ყოვლის უწინ, ესაა ბრძოლა თანამდებობრივი

პატრონაჟის მოსაპოვებლად²⁴. ამის შემდეგ ტექსტში ვრცელი მიმოხილვა ეთმობა ამ თვალსაზრისით ოკეანის ორივე მხარეს არსებულ მდგომარეობას, საიდანაც კიდევ ერთხელ ემპირიულად დასტურდება ციტირებული მოსაზრების მართებულობა. ამგვარად, თავდაპირველი რეალობის მიხედვით, ბიუროკრატიის გარიჟრაჟზე საკადრო საკითხები სრულად პოლიტიკური დაინტერესების შესაბამისად ნაწილდება მოგვიანებით გატარებული რეფორმების შედეგად, რაზეც ვებერიც საუბრობს, წინა პლანზე გამოდის პროფესიონალიზმი როგორც კრიტერიუმი და მოხელეთა დანიშვნა სამართლის სფეროში ექცევა.

თანამედროვე კონსტიტუციები და მათ საფუძველზე მიღებული აქტები²⁵ მხოლოდ უმაღლეს თანამდებობებს ათავისუფლებენ სამართლისაგან და პოლიტიკის სივრცეში ტოვებენ, თუმცა გარკვეული ცენზები მაინც არსებობს და რაც დრო გადის ცენზები უფრო და უფრო მრავლდება, ეს კი პირდაპირ პროპორციულად აისახება ამ აქტებში პოლიტიკური ნაწილის შემცირებაზე. მიუხედავად ამისა, დღესაც არსებობს გარკვეული თავისუფლება საკადრო საკითხებში. დღევანდელი კონსტიტუციონალიზმი თანამდებობაზე განწესების ობიექტურ და სუბიექტურ კრიტერიუმებს აყალიბებს, ობიექტური კრიტერიუმებია, მაგ., ასაკი და განათლება, ხოლო სუბიექტური რეპუტაცია და მისთანანი. სუბიექტური კრიტერიუმები შეუფასებელია, ითვლება, რომ ეს არის გადაწყვეტილების მიმღების პასუხისმგებლობა, ეს არსებითად შეფასებითი საკითხია. სადაც არასწორი ნაბიჯი პოლიტიკურ დივიდენდებზე იქონიებს გავლენას.

ზემოთ ჩამოთვლილი წმინდა პოლიტიკის ზოგიერთი გამოვლინებიდან, როგორებიცაა საგანგებო და საომარი მდგომარეობა, იმპიჩმენტი ნდობა-უნდობლობის ჩათვლით, თანამდებობაზე განწესება, სწორედ ეს უკანასკნელი ამოულია მიზანში სამართალს. სწორედ ამაზე შეტევა განზრახავს და სურს სუბიექტური კრიტერიუმების ობიექტივიზაცია. რაღა თქმა უნდა, პირველ რიგში, იქიდან დაიწყებს, სადაც პოლიტიკის პოზიციები ყველაზე სუსტია. იმ თანამდებობებს ამოიღებს მიზანში, რომლებზეც ყველაზე უფრო ბუნებრივი იქნება ნეიტრალურობის მოთხოვნა და დისტანცირება პოლიტიკისაგან, ამ სიტყვის ვულგარული მნიშვნელობით. ეს კი არის მართლმსაჯულების სისტემა. ამიტომ პოლიტიკისა და სამართლის დაპირისპირების ფრონტის მიანცდამაინც ამ წერტილში დაკვირვება მოგვცემს ყველაზე მეტად სანდო და თანამედროვე ტენდენციების მაჩვენებელ შედეგებს.

4. სამართალი კონსტიტუციონალიზმში

„წინათ პატრიციები აცხადებდნენ, რომ პლებისციტები მათთვის სავალდებულო არ არის, რადგან ისინი მათი თანხმობის გარეშე იქნა მიღებული. მაგრამ შემდეგ [...] დადგინდა, რომ პლებისციტები მთელი ხალხისთვის არის სავალდებულო და ამგვარად, პლებისციტები კანონებს გაუთანაბრდა“²⁶ ასე აღწერს გაიუსი ინსტიტუციებში პლებისის წარმატებულ მცდელობას, საკუთარი უპირატესობა დაადგინოს პატრიციებთან მიმართებით. იქამდე ხალხის ორივე ნაწილისთვის მხოლოდ ის წესი იყო სავალდებულო, რასაც ერთად აქვეყნებდნენ, თუმცა ამიერიდან პლებისციტიც ორივესთვის სავალდებულო

²⁴ მაქს ვებერი, პოლიტიკა როგორც მოწოდება და ხელობა, თბილისი, გონი, 1994. გვ. 26.

²⁵ ეკონომიის მიზნით, სხვაგან ყველგან საუბარია „კონსტიტუციით“ დადგენილ რეგულირებებზე, თუმცა იგულისხმება, რომ ეს რეგულირება შესაძლოა სულაც არ იყოს უშუალოდ კონსტიტუციური აქტით დაწესებული, უბრალოდ კონსტიტუციური წესრიგის შემადგენელი ნაწილი იყოს.

²⁶ გაიუსი, ინსტიტუციები, წიგნი პირველი, §.3.თბილისი, თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა. 2011. გვ. 10.

ბულო ხდება. აქედან იწყება რომაულ სამართალში ელიტის დაღმასვლა, რაც, საბოლოოდ, მოდერნულ სახელმწიფოში ფაქტობრივად მთელი ხელისუფლების დათმობით სრულდება, გარდა სასამართლოსი. ამას გაიუსი ჩვენი წელთაღრიცხვით მე-2 საუკუნეში წერს.

ცნობილია, რომ „ძველ რომში ჩვ. წ. აღ-მდე I-II საუკუნეებში სამართლის ცოდნა საზოგადოების წარჩინებული ფენების - სენატორების, და მხოლოდ მოგვიანებით, მოსამართლეების პრივილეგია იყო“.²⁷ ეს იყო საკრალური ცოდნა, რომელიც მხოლოდ მემკვიდრეობით გადადიოდა. პრინციპი, *communis opinio iuris*, მიუთითებს იმაზე, რომ თავდაპირველად არა მხოლოდ სამართალს აყალიბებს ელიტა, არამედ მის გაგებასაც. გაბატონებული შეხედულება სამართალში ყალიბდება სწორედ მათ მიერ, ვინც ელიტიდან გამოდის. თუმცა თავდაპირველად პლებსი ცდილობს საკუთარ თავში ინტეგრირების გზით ნელ ნელა ჩამოიშოროს პატრიციები და მხოლოდ თავად იქცეს ძალაუფლების ბატონ-პატრონად. თუმცა პატრიციები ვეღარ აკონტროლებენ სამართლის შექმნას, მისი ინტერპრეტაცია კვლავ მათ ხელში რჩება.

მოდერნული სახელმწიფოს ხედვით ხელისუფლების წყარო არის ხალხი და არა სამართალი და სწორედ ამ ხალხს უნდა მიეცეს სოციალური გარემოს ორგანიზების შესაძლებლობა. ცნება ხალხი, თავისთავად, მხოლოდ უმრავლესობას არ მოიპოვებს, ამიტომ სამართლის ერთადერთი ფუნქციაა, შეზღუდოს უმრავლესობა და დაიცვას რელატიური უმცირესობის²⁸ ინტერესები. ამის იქით რაც ხდება, ეს უკვე პოლიტიკაა. რაც არ გამოირიცხავს მის სტანდარტიზებას თავისთავად და ჩვენ ვართ კიდევ ამ პროცესის მომსწრენი, მაგრამ ეს სტანდარტიზება, ერთი მხრივ, ნაციონალური კონსტიტუციური წესრიგით არის ზღვარდადებული, ხოლო, მეორე მხრივ, არსებობს უნივერსალური შეთანხმება, რომლის მიღმა პოლიტიკას თავისუფლება ეძლევა.

სამართლის ამგვარი გაგება, მას ელიტურ კომპონენტს ანიჭებს და დემოკრატიასთან მის დაპირისპირებას იწვევს. შესაძლოა ეს წინააღმდეგობრივად უღერდეს, რადგან კანონი სახალხო სუვერენიტეტის შედეგია, მაგრამ აქ საუბარია კანონზე, როგორც მოქმედების შეფასების კრიტერიუმზე, რომელიც თავის თავს ზღუდავს და რომელიც სასამართლოს მეშვეობით ინტერპრეტირდება, ეს კი უპირისპირდება პოლიტიკას, როგორც არა სტანდარტიზებულ, არამედ კონკრეტულ ვითარებაში არსებულ ძალთა ბალანსსა და მიზანშეწონილობაზე დაფუძნებული მოქმედების ფორმულას. ხელისუფლების პოლიტიკური აქტი არ ექვემდებარება სასამართლო კონტროლს. მარტივი გამიჯვნა ასეთია: ის, რაც სასამართლოს ხელში გაივლის სამართალია, ხოლო ის, რაც მისგან თავისუფალია პოლიტიკაა. ამ აზრით კონსტიტუციის შექმნა, მისი დაფუძნების ეტაპზე მაინც, პოლიტიკური და არა სამართლებრივი აქტია.

ხელისუფლების დანაწილების კლასიკური თეორიის მიხედვით, ჰორიზონტალურ დონეზე არსებული სამი შტოდან ორი პოლიტიკური ხელისუფლებაა, სადაც წარმომადგენლობით ორგანოს ვერავინ შეეცლება პრიმატში. მესამე, სასამართლო ხელისუფლების შედარებით არაპოლიტიკური შტოა. ეს უკანასკ-

²⁷ გიორგი ხუბუა, სამართლის თეორია, თბილისი, მერიდიანი, 2004, გვ. 136.

²⁸ უმცირესობა არასოდეს არის მყარი. თუნდაც რომ შეთანხმდეთ მყარი იდენტობების არსებობის შესახებ, ამ შემთხვევაშიც კი უმცირესობა ყოველთვის რელატიურია. ერთ და იმავე ადამიანს ერთდროულად რამდენიმე უმცირესობასა და უმრავლესობაში უწევს ყოფნა. ამდენად, არ არსებობს ჯგუფი საერთო და აბსოლუტური სახელით – უმცირესობა. არ არსებობს აბსოლუტური იდენტობა, რომელიც დამოუკიდებლად და სხვა იდენტობებისგან იზოლირებულად განსაზღვრავს ადამიანს. იდენტობა ადამიანში სიტუაციის შესაბამისად ილვიძებს, იმის მიხედვით, რამდენად ეხება მას გარემომცველი სამყარო. ამდენად, როგორც ინდივიდი, ისე ჯგუფი რელატიურად არის უმცირესობა.

ნელი მონტესკიემ გამოყო როგორც ცალკე სუბიექტი. შეიძლება ითქვას, სასამართლო, ყველაზე მეტად, სხვა ორ შტოსთან შედარებით, განსაზღვრულია სამართლით, როგორც შეფასების მასშტაბით. ეს, რა თქმა უნდა, არ ნიშნავს, რომ სასამართლო მხოლოდ სამართლის მეშვეობით მოქმედებს და არც იმას, რომ, როგორც აღმასრულებელი, ისე კანონმდებელი სამართლისგან თავისუფალია, მაგრამ ნადვილად მიუთითებს პოლიტიკა სამართლის წილის მეტ-ნაკლებობაზე ამ ორგანოთა ყოველდღიურ საქმიანობაში.

ციპელიუსი ანაწილებს სამართლისა და პოლიტიკის მოცულობის წილს ხელისუფლებებს შორის, მათ საქმიანობაში. „მართლმსაჯულება არ უნდა გასცეს იმ საზღვრებს, რომელიც კანონის მიზნიდან და მიზანშეწონილობიდან გამომდინარე არის დადგენილი. [...] მხოლოდ კანონმდებელია მოწოდებული, რომ მიიღოს სამართალპოლიტიკური გადაწყვეტილებები და არა სასამართლო“.²⁹ ციპელიუსს ამის მიზეზად ინფორმირებულობისა და დემოკრატიული კონტროლის მექანიზმები მოაქვს³⁰. განსაკუთრებით საყურადღებო ბოლო არგუმენტია. სასამართლო ფაქტობრივად არ ექვემდებარება დემოკრატიულ კონტროლს. კონსტიტუციონალიზმი აღიარებს, რომ თანამდებობაზე განწესებული მოსამართლის ხელმეორედ დანიშვნა არ არის მიზანშეწონილი და, ამდენად, მასზე პოლიტიკური გავლენის მოხდენის ირიბი მექანიზმებიც კი არ არსებობს. ამიტომ ის მკაცრად არის შეზღუდული სტანდარტებით, რათა მათი არსებითი დარღვევის შემთხვევაში სამართლებრივი პროცედურით აგოს პასუხი. პოლიტიკური პასუხისმგებლობის არარსებობა არსებითად გამორიცხავს პოლიტიკური მიხედვლების თავისუფლების მინიჭების შესაძლებლობას. ამ შემთხვევაში ის უკონტროლო ხდება, განსხვავებით საკანონმდებლო ორგანოსგან, რომელიც პერიოდულ არჩევნებზე აგებს პასუხს პოლიტიკურად მიუღებელი სვლებისთვის. ამდენად, სასამართლო პოლიტიკურად თავისუფალ გადაწყვეტილებებს თითქმის ვერ იღებს, და თუ მას რაიმე არე ამისთვის დატოვებული აქვს, ეს მხოლოდ იმიტომ, რომ, როგორც წესი, ხელისუფლების ეს შტო, გარკვეული პოლიტიკური³¹ მიზეზების გამო, ყველაზე ნაკლებად წარმოშობს პირდაპირ საფრთხეს დემოკრატიისთვის.

დაკვირვების შედეგად ნათელი ხდება, რომ სასამართლო სხვა აქტიორებთან შედარებით, ყველაზე მეტად კონსერვატორულია. ხშირად ასე ხდება, ტრადიციულ დემოკრატიებში სასამართლო, როგორც ერთ-ერთი უკანასკნელი პოლიტიკური მოთამაშეებიდან, მას შემდეგ, რაც კონსენსუსი შედგება, გადადგამს ნაბიჯს და სამართლით გააფორმებს იმას, რაც საზოგადოებრივ ცხოვრებაში უკვე თითქმის შეთანხმებულია. გავრცელებული აზრის საპირისპიროდ, განვითარებულ დემოკრატიებში ადამიანის უფლებების დაცვა და განვითარება არსებითად სასამართლოში არ ხდება, ის უბრალოდ ნოტარიუსის როლს ასრულებს და ადასტურებს იმას, რისთვისაც ათეულობით წლების განმავლობაში მიმდინარეობდა ბრძოლა. თუმცა ეს სასამართლოს როლს არ აცნინებს. ეს უმნიშვნელოვანესი ფუნქციაა, რომელიც საკუთარ ფესვებს პლებების და პატრიციების დაპირისპირებაში პოულობს, რომელიც, რაღაც აზრით, გვიანი შუა საუკუნეების შემდეგ შემოტრიალდა. ელიტას ხალხის ძალაუფლების მზარდი პერსპექტივების გათვალისწინებით მოუწია, უარი ეთქვა პოლიტიკაში წამყვან როლზე და მხოლოდ მისი შემაკავებლის ფუნქციას დაეკმაყოფილა. ამდენად, სასამართლოს და სამართალს, თავისთავად, მოყვება ელიტური ბუნება. აღმასრულებელი ხელისუფლების დათმობის შემდეგ ის რჩება ელიტის ინტერესების გამტარებელ

²⁹ რაინჰოლდ ციპელიუსი, დასახელებული ნაშრომი, გვ. 63.

³⁰ იქვე.

³¹ მაგალითად, მას არც ჯარი ჰყავს, როგორც აღმასრულებელ ხელისუფლებას და არც ხალხის პირდაპირი ლეგიტიმაცია აქვს, როგორც საკანონმდებლო ხელისუფლებას.

ფაქტობრივად უკანასკნელ ბასტიონად. საფრანგეთის რევოლუციის, თუ შვედეთის შტატებში კონსტიტუციის შემქმნის პროცესში აშკარა იყო ხელისუფლების ამ შტოსადმი უნდობლობა სწორედ ამ მოტივით. ინგლისში კი ლორდთა პალატა პირდაპირ ახორციელებდა უზენაესი სასამართლოს ფუნქციებს ბოლო დრომდე. მხოლოდ 2005 წლის რეფორმით არსებითად ჩამოშორდა მას უფლებამოსილებები ამ კუთხით. იმის ფონზე, რომ ეს ინსტიტუტი ფაქტობრივად აღარ მონაწილეობდა საკანონმდებლო საქმიანობაში გასული საუკუნის ათიანი წლებიდან, უცნაურია სასამართლო უფლებამოსილებების კიდევ თითქმის ერთი საუკუნით შენარჩუნება. ეს შეიძლება ორი მიზეზით იყოს განპირობებული, პირველი, აღნიშნული უფლებამოსილება დიდ საფრთხეს არ ქმნიდა ძალაუფლების თვალსაზრისით და მეორე, სასამართლო ფუნქცია ლორთა პალატისთვის, როგორც ელიტური ორგანოსთვის უფრო მეტად ავთენტური იყო, ვიდრე საკანონმდებლო. ელიტას აღარ ჰქონდა მთავარი იარაღი, პოლიტიკური მიხედულების თავისუფლება, ხოლო სტანდარტიზებული სამართლით ისე საშიშად აღარ გამოიყურებოდა.

გამოდის, სასამართლო არის ხელისუფლების შტო, რომლის ერთადერთი ფუნქცია პოლიტიკის სამართლის ჩარჩოებში მოქცევაა. სასამართლო იბრძვის პოლიტიკის წინააღმდეგ. ის, როგორც სახალხო სუვერენიტეტის მოთხოვნის მექანიზმი, ელიტის დასაყრდენია ხალხის ძალაუფლების წინააღმდეგ. ელიტური კლუბი, რომელიც მუშაობს ფორმულების მეშვეობით, რომელიც იცავს მისივე პოზიციებს მინიმალურად, მაგრამ მაინც შემნარჩუნებელ შეთანხმებას, რომელსაც აქვს მეთოდები, იპოვოს ჭეშმარიტება და რეალობა მასზე დააფუძნოს.

ამგვარი ვითარება კონსტიტუციონალიზმის სასარგებლოდ მუშაობს. როდესაც კონსტიტუციონალიზმს ჩვენ ვყოფთ პოლიტიკურ და სამართლებრივ ნაწილებად, ხოლო მათ მიმართებას ბალანსის ერთ-ერთ გამოხატულებად მივიჩნევთ, ყოველთვის იგულისხმება, რომ სასამართლო არის სამართლის ბასტიონი, რათა დაიცვას ის ნაწილი, სადაც სტანდარტიზება უპრიანია.

ხოლო წმინდა პოლიტიკად რჩება ის ადგილი, სადაც სასამართლოს ფეხი აქვს ამოკვეთილი, სადაც მას არ შეუძლია პროგრუსტეს სარეცელით პოლიტიკის სტანდარტიზაცია.

5. მოსამართლეთა თანამდებობაზე განხილვა და პოლიტიკა

ზემოთ წამოჭრილი ჰიპოთეზის მიხედვით, მართლმსაჯულების სისტემაში თანამდებობაზე განწყობების პროცედურა და შინაარსი იქნება ის ადგილი, სადაც გაივლის კონფლიქტის ხაზი პოლიტიკასა და სამართალს შორის. წინამდებარე ტექსტში მის მხოლოდ ერთ ასპექტზე, სასამართლო სისტემაზე საუბარი. მთელ კონსტიტუციონალიზმს წითელ ხაზად გასდევს სამართლის ინტეგრალური მცდელობა, საკადრო გადაწყვეტილებებისას შეზღუდოს პოლიტიკა და ის, გადაწყვეტილების მიღების ეს ნაწილი საკუთარ თავში დაიტოვოს. ფაქტობრივად ყველა თანამდებობა ექვემდებარება მოქალაქეობის ცენზს, უფრო და უფრო იზრდება ასაკობრივის წილი და უკვე თითქმის არ არსებობს ქვეყანა, სადაც განათლების და სტაჟის ცენზები არ იყო გათვალისწინებული. სასამართლოს დაკომპლექტების პროცესში ჩნდება რაც შეიძლება მეტი კრიტერიუმი, რომელთაგან უპირველესი თანამდებობაზე დანიშვნამდე იმგვარი შეფასებაა, რომელიც ობიექტურ საფუძვლებს ექვემდებარება.

„მოსამართლეების შერჩევის პროცედურები არის ის წერტილი, სადაც მართლმსაჯულება და პოლიტიკა იკვეთებიან“³² სასამართლო ხელისუფლება არის შტო, რომელში მონაწილეობაც პროფესიულ სპეციალიზაციას მოითხოვს. სადაც სუვერენიტეტი სამართლით იბოჭება და სადაც თავს იყრის ის რაციონალიზაცია, რომელზეც ვებერი ამდენს წერს³³. რაციონალიზის შემოტანა კონსტიტუციური ინსტიტუტების საქმიანობაში მთლიანად სამართლის ნაწილია, ამ დროს პროცესი მთლიანად ფორმულაზე ორიენტირდება, რასაც იურიდიულ სილოგიზმებს უწოდებენ. ეს სილოგიზმები მუშაობენ მარტივი სტრუქტურით „თუ... მაშინ“, „ეს არის...“, „მაშინ... არის“³⁴, რასაც ავტომატიზმამდე დაჰყავს სისტემა და პასუხისმგებლობის წილს გადაწყვეტილების მიღების დროს მინიმუმამდე ამცირებს. ეს ლოგიკა, პრინციპში, გამორიცხავს ღირებულებით არჩევანს³⁵. აქ, განსაკუთრებით სასამართლოს დაკომპლექტებისას, თვალსაჩინო ხდება ის წინააღმდეგობები, რომლებიც სამართალსა და პოლიტიკას შორის წარმოიშობა. ის, რაც ჰერბერტ კრიცერიმ აშშ-თან დაკავშირებით თქვა, მსოფლიოს მრავალ იურისდიქციაშია აქტუალური, „ჩვენ ფუნდამენტური წინააღმდეგობა გვაქვს სამართლის როლზე პოლიტიკაში და პოლიტიკის როლზე სამართალში და ეს ცხადი ხდება ჩვენი ამბივალენტური დამოკიდებულებით იმისადმი, თუ რა სახით ვარჩევთ და ვასაქმებთ მოსამართლეებს“³⁶. ამ ამბივალენტობის სანახავად საქართველო კარგი მაგალითია.

ჯერ კიდევ 2012 წლის საპარლამენტო არჩევნების შემდეგ დაიწყო საუბარი სასამართლო რეფორმის პირველ ტალღაზე, რასაც მოჰყვა კიდევ 2013 წლის ცვლილებები. უკვე შარშან ცნობილი გახდა რეფორმის მეორე ტალღის შესახებ, რომელიც, სავარაუდოდ, წელს განხორციელდება. იქამდე კი პარლამენტმა მთელი რიგი ნოვაციები შეიტანა კანონმდებლობაში პრობაციის ვადით დანიშნულ მოსამართლეთა ყოველწლიური შეფასების დასარეგულირებლად.

ამის პარალელურად, იუსტიციის უმაღლესმა საბჭომ მოსამართლეთა დანიშვნის მარეგულირებელი აქტით მოსამართლეთა თანამდებობაზე დანიშვნის ახალი წესი განსაზღვრა, რომელიც დასავლურ რეკომენდაციებს ეყრდნობა და თანამედროვე ტენდენციებზეა დაფუძნებული, ამდენად, მნიშვნელოვან ინფორმაციას შეიცავს.

დაბოლოს, 2014 წლის ბოლოს და 2015 წლის დასაწყისში აქტუალური გახდა უზენაესი სასამართლოს თავმჯდომარის თანამდებობა. თებერვლის ბოლოს მოქმედ თავმჯდომარეს ვადა ამოეწურა. გაიმართა დისკუსია იმ კრიტერიუმების შესახებ, რომელსაც უნდა აკმაყოფილებდეს პირი, რომელსაც პრეზიდენტი პარლამენტს წარუდგენს.

³² ანტონინა პერი, სასამართლო დამოუკიდებლობა სასამართლოს ანგარიშვალდებულებასთან მიმართებაში, საკონსტიტუციო სასამართლოებისთვის მოსამართლეთა შერჩევის მოდელების შედარებითი ანალიზი, საკონსტიტუციო სამართლის მიმოხილვა, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს ჟურნალი, №VI, 2013, გვ. 107.

³³ მაქს ვებერი, დასახელებული ნაშრომი.

³⁴ გიორგი ხუბუა, სამართლის თეორია, გამომცემლობა მერანი, 2004, გვ. 194.

³⁵ იგივე. გვ. 118.

³⁶ ციტირებულია ანტონინა პერის დასახელებული ნაშრომიდან, ჰერბერტ კრიცერი, „კანონი უბრალოდ პოლიტიკის გაგრძელებაა სხვადასხვა საშუალებით: ამერიკელ მოსამართლეთა შერჩევა ოცდამეერთე საუკუნეში“ (Kritzer, H. “Law is the mere continuation of politics by different means: American judicial selection in the twenty-first century”), cit., 423.

ამგვარად, სწორედ ახლა, ვითარება იმყოფება იმ წერტილში, როცა სამართლისა და პოლიტიკის დაპირისპირებაში მთავარი სტრატეგიული ოპერაციები თამაშდება. სწორედ აქეთკენ არის მიმართული წინამდებარე ანალიზი და მას შემდეგ, რაც პრინციპების დონეზე ანალიზი მეტ-ნაკლებად დაძლეულია, შესაძლებელია უშუალოდ ქართული კონსტიტუციური სისტემის ანალიზი.

მოსამართლეთა დანიშვნისთვის საჭირო პირობები ქართულ კონსტიტუციონალიზმში ქვეყნის უზენაესი და საერთო სასამართლოების შესახებ ორგანული კანონებით, ასევე იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს აქტებით რეგულირდება. ერთმანეთისგან გამოიყოფა უზენაესი და ქვედა ინსტანციის მოსამართლეების თანამდებობაზე განწესების პროცედურა და კრიტერიუმები, ამ უკანასკნელში არსებობს საერთო და განმასხვავებელი ნიშნები.

5.1. კრიტერიუმები

5.1.1. ყველა ინსტანციისთვის საერთო კრიტერიუმები

ის, რაც საერთოა ყველა მოსამართლისთვის, მოიცავს შემდეგ კონსტიტუციურ ცენზებს³⁷:

- ასაკს, რაც საქართველოში 30 წლით განისაზღვრება;
- უმაღლეს პროფესიულ განათლებას;
- სპეციალობით მუშაობის 5 წლიან სტაჟს.

ამას ემატება ორგანული კანონით განსაზღვრული მოთხოვნები³⁸:

- ქმედუნარიანობა;
- მაგისტრის ან მასთან გათანაბრებული აკადემიური ხარისხი;
- სახელმწიფო ენის ცოდნა;
- ნასამართლეობის არქონა;
- ზოგიერთი დისციპლინური გადაცდომისთვის მოსამართლის თანამდებობიდან გათავისუფლების ფაქტის არარსებობა.

ასევე განსაზღვრულია შეუთავსებლობები და ესენია³⁹:

- ნებისმიერი სხვა თანამდებობა;
- ნებისმიერი სხვა ანაზღაურებადი საქმიანობა, გამონაკლისია მხოლოდ პედაგოგიური სამეცნიერო მოღვაწეობა;
- პოლიტიკური პარტიის წევრობა;
- პოლიტიკურ საქმიანობაში მონაწილეობა.

ეს მოთხოვნებია, რაც საერთო სასამართლოს მოსამართლეებს წარედგინება ინსტანციურობის მიუხედავად. ამის შემდეგ არსებობს გარკვეული დიფერენციაცია.

³⁷ საქართველოს კონსტიტუციის 86-ე მუხლის პირველი პუნქტი.

³⁸ საქართველოს საერთო სასამართლოების შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 34-ე მუხლის პირველი და მე-2 პუნქტები.

³⁹ საქართველოს კონსტიტუციის 86-ე მუხლის მე-3 პუნქტი.

5.1.2. კრიტერიუმები ქვედა ინსტანციებისთვის

ქვედა ინსტანციის სასამართლოს მოსამართლეები თანამდებობაზე განწესდებიან ორ ეტაპად. პირელად განსაზღვრული სამწლიანი ვადით და ამ ვადის გასვლის შემდეგ უვადოდ. მათ დამატებით მოეთხოვებათ⁴⁰:

- მოსამართლეობის საკვალიფიკაციო გამოცდის ჩაბარება;
- იუსტიციის უმაღლესი სკოლის სრული სასწავლო კურსის გავლა და იუსტიციის მსმენელთა საკვალიფიკაციო სიაში ყოფნა⁴¹.

საქართველოს იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს გადაწყვეტილებით, მოსამართლეობის კანდიდატი მოიწვევა სხდომაზე⁴². მოსამართლის თანამდებობაზე დანიშვნის შესახებ გადაწყვეტილების მიღებისას მიხედველობაში მიიღება:

- რიგითი ნომერი იუსტიციის მსმენელთა საკვალიფიკაციო სიაში⁴³;
- იუსტიციის უმაღლესი სკოლის დამოუკიდებელი საბჭოს შეფასება⁴⁴.

იუსტიციის უმაღლესი საბჭო თავისი გადაწყვეტილებით განსაზღვრავს კონკურსის ჩატარების პირობებსა და მოსამართლეთა შერჩევის კრიტერიუმებს⁴⁵.

სამწლიანი გამოსაცდელი ვადით დანიშვნისას საბჭოს გადაწყვეტილების მიხედვით მოსამართლეობის კანდიდატის შეფასება ხორციელდება ორი ძირითადი კრიტერიუმის – კეთილსინდისიერებისა და კომპეტენტურობის საფუძველზე⁴⁶. პირველ კრიტერიუმს 4 მახასიათებელი აქვს, მეორეს – 6⁴⁷. თითო მახა-

⁴⁰ საქართველოს საერთო სასამართლოების შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 34-ე მუხლის მე-2 პუნქტი.

⁴¹ იგივე, 34-ე მუხლის მე-2 პუნქტის მიხედვით: მოსამართლის თანამდებობის დასაკავებლად იუსტიციის უმაღლეს სკოლაში სწავლისაგან თავისუფლდება [...] ყოფილი მოსამართლე, რომელსაც ჩაბარებული აქვს მოსამართლეობის საკვალიფიკაციო გამოცდა, განწესებული იყო მოსამართლის თანამდებობაზე უზენაეს სასამართლოში ან რაიონულ (საქალაქო) ანდა სააპელაციო სასამართლოში კონკურსის წესით და აქვს მოსამართლედ მუშაობის არანაკლებ 18 თვის გამოცდილება. პირი, რომელმაც გაიარა იუსტიციის უმაღლესი სკოლის სრული სასწავლო კურსი და შეყვანილ იქნა იუსტიციის მსმენელთა საკვალიფიკაციო სიაში, მოსამართლის თანამდებობის დასაკავებლად თავისუფლდება იუსტიციის უმაღლეს სკოლაში სწავლისაგან, მიუხედავად იმისა, რა ვადით ეკავა მას მოსამართლის თანამდებობა ან იუსტიციის უმაღლესი სკოლის დამთავრების შემდეგ დაინიშნა თუ არა იგი ამ თანამდებობაზე.

ასევე, საქართველოს საერთო სასამართლოების შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 34-ე მუხლის მე-5 პუნქტის მიხედვით: მოსამართლეობის საკვალიფიკაციო გამოცდის ჩაბარებისაგან თავისუფლდება საქართველოს საერთო სასამართლოების ყოფილი მოსამართლე მოსამართლის უფლებამოსილების შეწყვეტიდან 7 წლის გასვლამდე.

ხოლო, საქართველოს საერთო სასამართლოების შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 34-ე მუხლის მე-6 პუნქტის მიხედვით: მოსამართლეობის საკვალიფიკაციო გამოცდის ჩაბარებისაგან და იუსტიციის უმაღლეს სკოლაში სწავლისაგან თავისუფლდებიან საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს როგორც მოქმედი, ისე ყოფილი წევრები.

⁴² საქართველოს საერთო სასამართლოების შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 35-ე მუხლის პირველი პუნქტი.

⁴³ იქვე.

⁴⁴ იქვე.

⁴⁵ იქვე.

⁴⁶ მოსამართლეობის კანდიდატების შერჩევის წესის დამტკიცების შესახებ საქართველოს იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს 2014 წლის 24 სექტემბერის №1/86 გადაწყვეტილების მე-8 მუხლის პირველი პუნქტი.

⁴⁷ იგივე, მე-8 მუხლის მე-2 და მე-3 პუნქტები.

სიათბელი, საერთო ჯამში, შედგება 70-მდე კატეგორიად დაყოფილი ქვეკრიტერიუმების ამომწურავი ჩამონათვალისგან⁴⁸, დაწყებული გულწრფელობით, თავშეკავებულობითა და არაეგოცენტრულობით, დამთავრებული ოჯახური კონფლიქტებითა და საოფისე კულტურით⁴⁹.

ძირითადი კრიტერიუმებით მოსამართლეობის კანდიდატის შეფასებისას ინფორმაცია გროვდება სამი წყაროდან: (1) კანდიდატის მიერ წარმოდგენილი დოკუმენტაცია, (2) იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს მიერ მოძიებული მონაცემები და (3) კანდიდატთან ჩატარებული გასაუბრების შედეგები⁵⁰.

დაახლოებით იგივე კრიტერიუმებს ეყრდნობა საბჭო სამი წლის შემდეგ მოსამართლის შეფასებისას, როცა უნდა განისაზღვროს, დანიშნავს თუ არა მას საპენსიო ასაკამდე. მოსამართლის შეფასების პროცედურის ამოცანა არის ღირსეული, კვალიფიციური და კეთილსინდისიერი მოსამართლის შერჩევა⁵¹, ხოლო კრიტერიუმები კვლავ კეთილსინდისიერება და კომპეტენტურობა⁵². პირველ კრიტერიუმს ხუთ ბლოკად დანაწილებული ათი მახასიათებელი აქვს, მეორეს – შვიდ ბლოკად განაწილებული ცხრა მახასიათებელი. თითო მახასიათებელი შედგება ქვეკრიტერიუმების, უმეტეს შემთხვევაში არაამომწურავი ჩამონათვალისგან⁵³. შემფასებლის მიერ კეთილსინდისიერების კრიტერიუმი ფასდება სამგვარად: არ აკმაყოფილებს (ექვსიდან ოთხი ასეთი შეფასება ავტომატურად გამორიცხავს უვადო დანიშნვას⁵⁴), აკმაყოფილებს, სრულად აკმაყოფილებს⁵⁵. კომპეტენტურობის კრიტერიუმი 100 ქულიანი სიტემით (ექვსიდან ოთხი 70 ქულაზე დაბალი შეფასება ავტომატურად გამორიცხავს უვადო დანიშნვას⁵⁶), სადაც შვიდ მახასიათებელს საკუთარი წილი აქვს⁵⁷. ამ შეფასების შემდეგ იუსტიციის უმაღლესი საბჭო ატარებს ღია კენჭისყრას და 2/3-ის უმრავლესობით ნიშნავს მოსამართლეს უვადოდ⁵⁸. წინააღმდეგ შემთხვევაში იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს თითოეული წევრი ვალდებულია, წერილობით დაასაბუთოს საკუთარი დადებითი ან უარყოფითი პოზიცია. რაც დაერთვის უარყოფით გადაწყვეტილებას⁵⁹.

5.1.3. უზენაესი სასამართლოს კრიტერიუმები

უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეობის კანდიდატურებს, თავმჯდომარის ჩათვლით, არ წაეყენებათ იუსტიციის უმაღლეს სკოლაში სწავლა და მოსამართლეობის საკვალიფიკაციო გამოცდის ჩაბარების პირობა⁶⁰.

სამაგიეროდ, საქართველოს პრეზიდენტს მოეთხოვება, წარადგინოს ისეთი კანდიდატი, რომლის პროფესიული გამოცდილება უნდა შეეფერებოდეს უზენაესი სასამართლოს წევრის მაღალ სტატუსს⁶¹.

⁴⁸ იგივე, მე-9 მუხლი.

⁴⁹ იქვე.

⁵⁰ იგივე, მე-10 მუხლი.

⁵¹ საქართველოს საერთო სასამართლოების შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 36¹ მუხლის პირველი პუნქტი.

⁵² იგივე, 36² მუხლი.

⁵³ იგივე, 36³ მუხლი.

⁵⁴ იგივე, 36⁴ მუხლის მე-13 პუნქტი.

⁵⁵ იგივე, 36⁴ მუხლის მე-7 პუნქტი.

⁵⁶ იგივე, 36⁴ მუხლის მე-13 პუნქტი.

⁵⁷ იგივე, 36⁴ მუხლის მე-7 პუნქტი.

⁵⁸ იგივე, 36⁴ მუხლის მე-20 პუნქტი.

⁵⁹ იქვე.

⁶⁰ იგივე, 34-ე მუხლის მე-3 და მე-4 პუნქტები.

⁶¹ იგივე, 34-ე მუხლის მე-4 პუნქტი.

5.1.4. კრიტერიუმების ანალიზი

ყველა ზემოთ ჩამოთვლილი კრიტერიუმი ან ობიექტურია თავისი შინაარსით ან სუბიექტურია, მაგრამ შეფასების ინსტრუმენტების გამოყენებით, მისი ობიექტივიზაცია ხდება. ქვედა ინსტანციების სასამართლოების მოსამართლეების დანიშვნის წინა პირობები ფაქტობრივად გამოიწვევს სუბიექტურ გადაწყვეტილებას. ამას ადასტურებს ქულებზე დამყარებული შეფასების სისტემა და სასამართლოში გასაჩივრების შესაძლებლობა, რაც წმინდა პოლიტიკის შემთხვევაში შეუძლებელია.

რაც შეეხება უზენაესი სასამართლოს სუბიექტურ კრიტერიუმს, ეს ჩანაწერი კი არ ბოჭავს პარლამენტს, პირიქით მის თავისუფლებას აჩვენებს, თავისი განუსაზღვრელობით მიუთითებს რა საკანონმდებლო ორგანოს სუბიექტურობის მაღალ დონეზე, რითაც და ამით პოლიტიკურ პასუხისმგებლობას მაქსიმალურად მაღლა სწევს.

როგორც ზემოთ გამოჩნდა, ინსტანციების მიხედვით, მოსამართლეთა კანდიდატების მიმართ მოთხოვნებში არსებობს როგორც საერთო, ისე განსხვავებული კრიტერიუმები. რაც შეეხება განწყობების პროცედურას, აქ სრულიად განსხვავებული ვითარებაა.

5.2. პროცედურა

5.2.1. ქვედა ინსტანციები – დანიშვნა განსაზღვრული ვადით

დანიშვნის პროცედურა აბსოლუტურად განსხვავებულია ქვედა ინსტანციისა და უზენაეს სასამართლოებში.

უზენაესი სასამართლოს წევრების გარდა ყველა სხვა მოსამართლე კონსტიტუციის მიხედვით⁶², ინიშნება იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს მიერ⁶³, სრული შემადგენლობის 2/3-ით, ანუ 10 წევრის თანხმობით⁶⁴. კენჭისყრა ფარულია⁶⁵. ხმის მიცემა ეყრდნობა საბჭოს წევრის მიერ კანდიდატის შეფასებას. მოსამართლეობის კანდიდატის შეფასება იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს წევრების მიერ ხდება გასაუბრების შემდეგ ინდივიდუალურად, კეთილსინდისიერების ან კომპეტენტურობის ძირითადი კრიტერიუმის მიხედვით. ნეგატიური შეფასების შემთხვევაში იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს წევრი უფლებამოსილია, მიიღოს უარყოფითი გადაწყვეტილება⁶⁶.

⁶² საქართველოს კონსტიტუციის 86-ე მუხლის მე-2 პუნქტის მიხედვით, „მოსამართლის უვადო განწესებამდე კანონით შეიძლება გათვალისწინებულ იქნეს მოსამართლის განწესება განსაზღვრული ვადით, მაგრამ არაუმეტეს 3 წლისა“. ორგანული კანონი საკმაოდ დიდ დროს უთმობს ამ საკითხის განხილვას, თუმცა წინამდებარე კვლევის მიზნებისთვის ამ საკითხს არსებითი მნიშვნელობა არ აქვს, ამიტომ განხილული არ არის.

⁶³ იგივე, 86¹ მუხლის პირველი პუნქტი.

⁶⁴ საქართველოს საერთო სასამართლოების შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 50-ე მუხლის მე-4 პუნქტი.

⁶⁵ იქვე.

⁶⁶ მოსამართლეობის კანდიდატების შერჩევის წესის დამტკიცების შესახებ საქართველოს იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს 2014 წლის 24 სექტემბერის №1/86 გადაწყვეტილების 12⁷ მუხლის მე-5 პუნქტი.

5.2.2. ქვედა ინსტანციები – მოსამართლეთა უფალოდ დანიშვნა⁶⁷

მოსამართლის თანამდებობაზე თავდაპირველი განწესებიდან სამი წლის შემდეგ იუსტიციის საბჭოს ისევ მოუწევს მსჯელობას იგივე პირის უფალოდ დანიშვნის შესახებ. რასაც წინ უძღვის ზემოთ აღწერილი შეფასება. თუ შეფასების მინიმალური სტანდარტი დაძლეულია, მაშინ საჭიროა ღია კენჭისყრით საბჭოს 2/3-ის მხარდაჭერა, დანიშვნაზე უარის შემთხვევაში კი – დასაბუთება. გამოსაცდელი ვადის შემდეგ დაწუნებულ მოსამართლეს უფლება აქვს, აღნიშნული გადაწყვეტილება, მართალია, შეზღუდული საფუძვლებით, მაგრამ გაასაჩივროს უზენაესი სასამართლოს საკვალიფიკაციო პალატაში⁶⁸. რომელსაც უფლება აქვს, საქმე ხელახლა განსახილველად დაუბრუნოს იუსტიციის უმაღლეს საბჭოს⁶⁹, რომლის ანალოგიური გადაწყვეტილების გამოტანის შემდეგ, შესაძლებელია იგივე პროცედურის გამეორება⁷⁰.

5.2.3. ქვედა ინსტანციების დანიშვნის პროცედურის ანალიზი

მოსამართლეები თანამდებობას იკავებენ იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს მხარდაჭერის შემდეგ. თავად იუსტიციის უმაღლესი საბჭო 15 წევრისგან შედგება, მათგან 9 მოსამართლეა, აქედან 8 ორჩევა მოსამართლეთა თვითმმართველობის ორგანოს მოსამართლეთა კონფერენციის მიერ, ერთი კი უზენაესი სასამართლოს თავმჯდომარეა, როგორც ex officio თანამდებობის პირი. დანარჩენი 6-იდან ერთს პრეზიდენტი ნიშნავს, ხუთს კი პარლამენტი ირჩევს⁷¹. პარლამენტისთვის არჩევის კვორუმი 2/3-ია, რაც თითქმის აიძულებს უმრავლესობას, რომელიც 100 მანდატს ვერ აკონტროლებს, უმცირესობასთან შეთანხმებაზე წავიდეს, პოლიტიკურად ყველასთვის მისაღები კანდიდატი ეძიოს, მაგრამ ამ შანსს სპობს ჩანაწერი, რომლის მიხედვითაც, თუ პირველ კენჭისყრაზე ვერ მოგროვდა ხმების შესაბამისი რაოდენობა, განმეორებით კენჭისყრაზე უკვე შესაძლებელია აბსოლუტური უმრავლესობით დანიშვნის ხუთიდან მაქსიმუმ ოთხი წევრი⁷². ამგვარად, პოლიტიკურ კონსენსუსზე ორიენტირებულად ჩაფიქრებული სისტემა შეთანხმების გზაზე პირველი დაბრკოლების შემდეგ უმრავლესობის ძალაუფლებაზე ორიენტირებულ სისტემად იქცევა, რაც საერთო კანდიდატურებზე შეჯერების ენთუზიზმს აფერმკრთალებს. მაღალი შანსია, მინიმუმ 4 წევრი კონკრეტული პოლიტიკური ჯგუფის ინტერესს გამოხატავდეს. ამდენად, იგულისხმება, რომ 8 მიუკერძოებელი მოსამართლე, ხელისუფლების შტოებს შორის პოლიტიკური შეთანხმების შედეგად არჩეული თავმჯდომარე, პრეზიდენტის ინტერესების შესაბამისად დანიშნული, 4 პოლიტიკური პარტიის ინტერესების გამომხატველი და ერთი პოლიტიკური კონსენსუსით არჩეული წევრი განაწესებს ქვედა ინსტანციის მოსამართლეებს. ძნელი წარმოსადგენი არ არის, როგორი მრავალმხრივი პოლიტიკური პროცესი მიმდინარეობს იუსტიციის უმაღლეს საბჭოში, როდესაც საქმე მოსამართლის დანიშვნას ეხება. სწორედ ამის განეიტრალებას ცდილობს შეფასებით კრიტერიუმებზე დამყარებული დანიშვნის სისტემა. ამას შესაძლოა ორი მხარე გააჩნდეს. პირველი პოლიტიკურ პროცესში აღნიშნული ბალანსის შემოტანაა, ოდონდ ბალანსი შემოდის არა პოლიტიკურ ძალებს შორის (ის თავად დაკომპლექტების წესსა და კვორუმშია გარანტირებული), არამედ ამ ძალების მოქმედების საფუძვლად არსებულ სამართლებრივ და

⁶⁷ მართალია, შეფასების ეს სისტემა, როგორც პრინციპულად ისე ტექნიკურად არსებით კრიტიკას იმსახურებს, მაგრამ წინამდებარე სტატიის მიზანი მისი შეფასება არ არის.

⁶⁸ საქართველოს საერთო სასამართლოების შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 36⁵ მუხლი.

⁶⁹ იგივე, 36⁶ მუხლი.

⁷⁰ იგივე, 36⁷ მუხლი.

⁷¹ იგივე, 47-ე მუხლის მე-2 პუნქტი.

⁷² იგივე, 47-ე მუხლის მე-7 პუნქტი.

პოლიტიკურ მოტივებს შორის. მეორეა თავად პოლიტიკური ბალანსის მიზანმიმართულება. შეფასებითი კრიტერიუმების შემოტანით პოლიტიკური კონსენსუსი მიემართება არა კონკრეტულ კანდიდატს, ხელი-სუფლების შესაბამისი შტოების წარმომადგენლები ადსტურებენ არა იმას, რამდენად მისაღებია კანდიდატი თავისთავად, არამედ იმას, რამდენად შეესაბამება კანდიდატი კრიტერიუმებს. კონსენსუსი დგება არა პირზე, არამედ კრიტერიუმებთან მის შესაბამისობაზე, ეს კი არსებითად სხვადასხვაა (ფაქტობრივად იგივე ვითარებაა მოსამართლეთა უვადო დანიშვნის შემთხვევაში).

5.2.4. უზენაესი სასამართლო

კონსტიტუციის მიხედვით, განსხვავებული წესია დადგენილი უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეების, მათ შორის თავმჯდომარის თანამდებობაზე განწესებისთვის⁷³. უზენაესი სასამართლოს წევრებს ქვეყნის საკანონმდებლო ორგანოს სახელმწიფოს მეთაური წარუდგეს⁷⁴. მნიშვნელოვანია, რომ კანონით მოქმედ თავმჯდომარეს უფლება აქვს, პრეზიდენტს წარუდგინოს უზენაესი სასამართლოს მოსამართლედ ასარჩევი კანდიდატურა⁷⁵, თუმცა ამას რაიმე მხოტავი ძალა არ აქვს.

უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეთა თანამდებობაზე განწესების ანალიზისთვის მნიშვნელოვანია პროცედურის დეტალური განხილვა:

თავდაპირველად კანდიდატურების განხილვა შესაბამის კომიტეტში ხდება⁷⁶. კომიტეტი განიხილავს კანდიდატურებთან დაკავშირებულ ინფორმაციას⁷⁷. ეს ინფორმაცია მინიმუმ უნდა მოიცავდეს ცნობებს ბიოგრაფიის, შრომითი გამოცდილებისა და პროფესიული ცოდნის შესახებ⁷⁸. მიღებული ინფორმაციის საფუძველზე, კომიტეტი შემოუშავებს დასკვნას არჩევის თანხმობის მიცემის შესახებ⁷⁹. დასკვნა მიიღება ფარული კენჭისყრით, დამსწრეთა უმრავლესობით⁸⁰, რომელიც წარედგინება ბიუროს. ეს უკანასკნელი კი მას აწვდის პრეზიდენტსა და პარლამენტს⁸¹, რის შემდეგაც ბიურო კანდიდატურას გაიტანს პლენარულ სესიაზე⁸². თუ ერთდროულად რამდენიმე ადგილია დასაკავებელი, პარლამენტი ცალ-ცალკე ატა-

⁷³ საქართველოს პარლამენტის 217-ე მუხლის მე-4 პუნქტი რეგლამენტის თავმჯდომარესთან დაკავშირებით ორ თავისებურებას აწესებს:

1. ჩანს, რომ პრეზიდენტს შეუძლია არა ერთი, არამედ რამდენიმე კანდიდატურა წარადგინოს უზენაესი სასამართლოს თავმჯდომარის თანამდებობაზე;
2. ერთი და იმავე პირის კანდიდატად წარდგენის ლიმიტი მხოლოდ ერთია.

⁷⁴ საქართველოს კონსტიტუციის 90-ე მუხლის მე-2 პუნქტი.

⁷⁵ საქართველოს საერთო სასამართლოების შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 36-ე მუხლის მე-2 პუნქტი.

⁷⁶ საქართველოს პარლამენტის რეგლამენტის 217-ე მუხლის მე-2 პუნქტი.

⁷⁷ საგულისხმოა, რომ პარლამენტის რეგლამენტის 46-ე მუხლის პირველი პუნქტის მიხედვით ერთი და იმავე პროცედურით ხდება როგორც მთავრობისთვის ნდობის გამოცხადების, ასევე სხვადასხვა თანამდებობის პირების, მათ შორის უზენაესი სასამართლოს წევრების კანდიდატურების განხილვა. ეს კიდევ ერთხელ მიუთითებს იმაზე, რომ აღნიშნული პროცესი წმინდა პოლიტიკური ხასიათისაა, ისეთივე ფართო მიხედულების საშუალებას იძლევა, როგორც მთავრობის აბსოლუტურად პოლიტიკური დანიშვნა. მართლაც, რა უნდა იყოს მთავრობისთვის ნდობის გამოცხადებაზე უფრო დიდი პოლიტიკური აქტი პარლამენტის მხრიდან.

⁷⁸ საქართველოს პარლამენტის რეგლამენტის 46-ე მუხლის პირველი პუნქტი.

⁷⁹ „არჩევის თანხმობის შესახებ დასკვნა“ გულისხმობს როგორც დადებით ასევე უარყოფით დასკვნას, რაც არ აფერხებს კანდიდატების პლენარულ სესიაზე დამტკიცებას.

⁸⁰ საქართველოს პარლამენტის რეგლამენტის 46-ე მუხლის მე-2 პუნქტი.

⁸¹ იგივე, 46-ე მუხლის მე-4 პუნქტი.

⁸² იგივე, 217-ე მუხლის მე-2 პუნქტი.

რებს კენჭისყრას ყველა ვაკანტურ თანამდებობაზე⁸³. არჩევისთვის საჭიროა აბსოლუტური უმრავლესობა. თანამდებობის დაკავების ვადა კი 10 წელია⁸⁴.

ერთი და იმავე კანდიდატის წარდგენა უზენაესი სასამართლოს წევრის კანდიდატურაზე შესაძლებელია მხოლოდ ორჯერ⁸⁵. გამონაკლისია სასამართლოს თავმჯდომარე, სადაც ერთხელ დაწუნებულ პირს პრეზიდენტი მეორედ ვერ წარადგენს⁸⁶.

არჩევის წესში კარგად ჩანს კონსტიტუციურ ინსტიტუტებს შორის მიმართება და პოლიტიკური პროცესი, რომელიც თამაშდება. „ის, თუ როგორ ხდება მოსამართლეთა სამუშაოდ აყვანა, არ არის მხოლოდ ადმინისტრაციული მოცემულობა, რომელიც ზეგავლენას ახდენს მხოლოდ სასამართლოს სოციალურ და პროფესიულ შემადგენლობაზე, იგი ასევე ის ელემენტია, რომელიც მოქმედებს იმ ურთიერთობებზეც, რომლებსაც სასამართლო სისტემა ამყარებს სხვა პოლიტიკურ მოთამაშეებთან, უპირველეს ყოვლისა, ხალხთან და პოლიტიკურ ინსტიტუტებთან“⁸⁷. უზენაესი სასამართლოს დაკომპლექტება არის საკანონმდებლო და აღმასრულებელი ხელისუფლების მექანიზმი, ფაქტობრივად პოლიტიკური თვალსაზრისით თავის ნებაზე მიშვებული სასამართლო ხელისუფლების დასაბალანსებლად. ხელისუფლების ამ ორ შტოს თითქმის არავითარი ქმედითი მექანიზმი არ გააჩნია შეკავებისა და გაწონასწორების სისტემაში სასამართლოს წინააღმდეგ. თანამდებობაზე განწესება არის იმ იშვითთაგანი, რაც ხელისუფლების პოლიტიკურ ნაწილებს შესაძლებლობას აძლევს, პოლიტიკური ბერკეტები შემოიტანოს ძალთა ბალანსის საქმეში. სწორედ ამაზე მიუთითებს ქართული მექანიზმი, როცა პრეზიდენტს არაფერი ბოჭავს კანდიდატურის შერჩევაში, გარდა რამდენიმე ცენზისა, მართალია, საკომიტეტო განხილვისას გარკვეული ინფორმაციის განხილვა ხდება, მაგრამ ამას მხოლოდ პოლიტიკური დებატებისთვის აქვს მნიშვნელობა, ბოლოს ყველაფერი მაინც იმის მიხედვით წყდება, რამდენად არის პოლიტიკურად მისაღები ესა თუ ის კანდიდატი.

5.2.5. საკანონმდებლო დისკრეციის კონსტიტუციური ფარგლები

თუ კონსტიტუცია მოსამართლის თანამდებობაზე განწესებას ღიად არ ტოვებს და არეგულირებს, ეს უკვე მიუთითებს ამ პროცესის მაღალ პოლიტიკურ მნიშვნელობაზე, რომელიც არა რომელიმე უმრავლესობის გემოვნების მიხედვით შედგენილი კანონის, არამედ საზოგადოებრივი კონსენსუსის გამომხატველი დოკუმენტის, კონსტიტუციის, ყურადღების ცენტრშია მოქცეული. საქართველოს კონსტიტუციის მე-5 თავში, რომელიც სასამართლო ხელისუფლებას ეძღვნება, არის ერთი საინტერესო დეტალი. ის უზენაესი და ქვედა ინსტანციის სასამართლოების მოსამართლეების მიერ თანამდებობების დაკავების წესის განსაზღვრისას საკანონმდებლო ორგანოსთვის დისკრეციაში იმდენად უმნიშვნელო განსხვავებას ადგენს, ადვილი შესაძლებელია, ყურადღების მიღმა კი დარჩეს. მაგრამ კონსტიტუციის თითოეულ სიტყვას გადამწყვეტი მნიშვნელობა აქვს მისი ინტერპრეტირებისთვის.

⁸³ იგივე, 217-ე მუხლის პირველი პუნქტი.

⁸⁴ საქართველოს კონსტიტუციის 90-ე მუხლის მე-2 პუნქტი.

⁸⁵ საქართველოს საერთო სასამართლოების შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 35-ე მუხლის მე-3 პუნქტი.

⁸⁶ საქართველოს პარლამენტის რეგლამენტის 217-ე მუხლის მე-4 პუნქტი.

⁸⁷ ანტონინა პერი, დასახელებული ნაშრომი, გვ. 87-88.

როდესაც უზენაესი კანონი საერთო სასამართლოების პირველ და მეორე ინსტანციის მოსამართლეებზე საუბრობს, ის ორგანულ კანონს ავალებს, განსაზღვროს მოსამართლეთა (1) შერჩევის, (2) დანიშვნისა და (3) თანამდებობიდან გათავისუფლების წესი⁸⁸.

ამას კონსტიტუცია იმავე პუნქტში მოსამართლეთა უვადო განწესებისა და სამწლიანი პრობაციის დადგენის შემდეგ არეგულირებს, სადაც, ცხადია, საუბარი შეეხება ქვედა ინსტანციის სასამართლოებს. ეს არის 86-ე მუხლის მე-2 პუნქტი. ამ მუხლში პირველი (ცენზები) და მესამე (თანამდებობრივი შეუთავსებლობა) პუნქტები შეეხება მთლიანად საერთო სასამართლო სისტემას სამივე ინსტანციის ჩათვლით, ხოლო მეორე ყველას, უზენაესი სასამართლოს გარდა. ამას ისიც ადასტურებს, რომ ქვემოთ განხილული ნორმის მსგავსად (90-ე მუხლის მე-3 პუნქტი), ეს ნორმაც ეხება თანამდებობიდან გათავისუფლების წესის ორგანული კანონით განსაზღვრას, ხოლო ერთი და იმავე წესის ორი დებულებით დადგენის აუცილებლობა არ არსებობს ერთ ნორმატიულ აქტში. მით უმეტეს, მის ერთ თავში.

ამგვარად, კონსტიტუცია პირველი და მეორე ინსტანციების შემთხვევაში ორგანული კანონისგან მოითხოვს დაარეგულიროს:

- მოსამართლეთა შერჩევა, რაც მოსამართლეობის კანდიდატისთვის წაყენებული კრიტერიუმების დადგენას ნიშნავს;
- მოსამართლეთა დანიშვნა, რაც კანდიდატთაგან ერთ-ერთი მოსამართლის თანამდებობაზე განწესებას გულისხმობს;
- თანამდებობიდან გათავისუფლება, რაც მოსამართლის გადაყენების შესაბამისი პირობების განსაზღვრას მოიცავს.

საქართველოს კონსტიტუციაში არსებობს 90-ე მუხლი, რომელიც ექსკლუზიურად უზენაეს სასამართლოს შეეხება, სადაც მითითებულია შემდეგი რამ, უზენაესი სასამართლოს წევრთა უფლებამოსილების ვადამდე შეწყვეტის წესი განისაზღვრება ორგანული კანონით, ხოლო იქამდე საუბარია იმაზე, რომ იგივე ნორმატიულმა აქტმა უნდა დაარეგულიროს უზენაესი სასამართლოს უფლებამოსილება, ორგანიზაცია და საქმიანობა⁸⁹.

ზემოაღნიშნული სამი საკითხიდან კონსტიტუცია მხოლოდ ბოლოს, თანამდებობიდან გადაყენების საკითხის მოწესრიგებას ანდობს პარლამენტს უზენაესი სასამართლოს წევრის შემთხვევაში. პირველი ორისთვის კი საკუთარ ტექსტშივე არსებულ რეგულირებებს საკმარისად მიიჩნევს. ეს ნიშნავს, რომ უმჯობესია საკანონმდებლო ორგანომ არ დაადგინოს იმგვარი რეგულირება, რომელიც შეეხება უზენაესი სასამართლოს მოსამართლის შერჩევა-დანიშვნის წესს. ამას რამდენიმე მიზეზი აქვს.

პირველი, ეს კონსტიტუციის განზრახულობიდან გადახვევის დაუშვებლობაა, განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც ეს ხელისუფლების ორ შტოს შორის ზემოქმედების მექანიზმებს ეხება. განსახილველი საკითხი კი საქართველოს პრეზიდენტის, პარლამენტისა და სასამართლო ხელისუფლებას შორის შეკავებისა და

⁸⁸ საქართველოს კონსტიტუციის 86-ე მუხლის მე-2 პუნქტი.

⁸⁹ საქართველოს კონსტიტუციის 90-ე მუხლის მე-3 პუნქტი.

გაწონასწორების უმთავრეს თემას, უზენაესი სასამართლოს კომპლექტაციას უკავშირდება. ამგვარად საკანონმდებლო ორგანო პრეზიდენტს ვერ დაუდგენს იმაზე მეტ კრიტერიუმს, ვიდრე ეს კონსტიტუციიდან გამომდინარეობს.

მეორე, იმ უმცირესობის ინტერესებია, რომლებიც ამგვარ თვითშეზღუდვას ეწინააღმდეგებიან. იმაზე მეტი კრიტერიუმის დადგენა უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეობის კანდიდატებისთვის, ვიდრე ეს კონსტიტუციით არის განსაზღვრული, პარლამენტარებს უვიწროებს დისკრეციული გადაწყვეტილების მიღების არეს და ზღუდავს მათ მანდატს, განსხვავებით პრეზიდენტისგან, რომელიც თვითშეზღუდვით მხოლოდ საკუთარ თავზე ახდენს გავლენას.

ხოლო მესამე, ადამიანის უფლებებია, იმათი უფლებები, ვისაც მოსამართლის თანამდებობის დაკავება სურს. უფლების შეზღუდვის კრიტერიუმებს, მათ შორის საქართველოს კონსტიტუციის 29-ე მუხლით დაცულ სახელმწიფო თანამდებობის დაკავების უფლების შეზღუდვის კრიტერიუმებს უზენაესი კანონივე განსაზღვრავს. ამგვარად, შესაძლებელია მხოლოდ ისეთი პირობების შემოტანა, რომლებიც თავად კონსტიტუციიდან გამომდინარეობს. მაგალითად, როგორც არის სახელმწიფო ენის ცოდნის პირობა, რომელიც, მართალია, პირდაპირ კონსტიტუციაში არ არის მითითებული, მაგრამ გამომდინარეობს როგორც მე-8 მუხლიდან, რომლითაც განსაზღვრულია სახელმწიფო ენა, ისე 85-ე მუხლის მე-2 პუნქტიდან, სადაც წერია, რომ სამართალწარმოება ხორციელდება სახელმწიფო ენაზე. თუმცა კრიტერიუმების შემოტანის დასაშვებობის დადგენის პროცესის მხოლოდ ადამიანის უფლებების სამართლით გათვალისწინებული პროპორციულობის ტესტზე დაყვანა არასწორი იქნებოდა, რადგან აქ მონაწილეობს კონსტიტუციაში ძალაუფლების ადეკვატური ბალანსის პრინციპი, როგორც ხელისუფლების შტოებს, ისე სამართალსა და პოლიტიკას შორის.

მართალია, კონსტიტუციით არ არის გათვალისწინებული, მაგრამ როგორც ზემოთ აღინიშნა, ორგანული კანონი ითვალისწინებს, რომ უზენაესი სასამართლოს მოსამართლის პროფესიული გამოცდილება უნდა შეეფერებოდეს მისსავე მაღალ სტატუსს. რამდენად შეესაბამება ეს რეგულაცია კონსტიტუციას? პასუხი დადებითია, რადგან ორგანული კანონი არ ითვალისწინებს ობიექტური შეფასების კრიტერიუმებს, რომელზე დაყრდნობითაც დეპუტატებმა უნდა შეუფარდონ კონკრეტულ კანდიდატს აღნიშნული მოთხოვნები. ის არ ზღუდავს პოლიტიკას, მას მხოლოდ მიმართულებას აძლევს, რომლიდანაც გადახვევის შემთხვევას სამართლებრივი შედეგები არ მოჰყვება. არც კანონში და არც კონსტიტუციაში არაფერია ნათქვამი კანდიდატის მიუკერძოებლობის შესახებ, მაგრამ არსებობს ირიბი ჩანაწერი, რომელიც მას პოლიტიკურ აქტივობას უკრძალავს თანამდებობაზე ყოფნის დროს, რაც მინიშნებაა ხალხის რჩეულთათვის, რომ გამოიკვლიონ კანდიდატის არა მხოლოდ მოცემულ მომენტში არსებული, არამედ ზოგადი პოლიტიკური კავშირები და ამით განსაზღვრულობა, ისევე, როგორც მათ უნდა შეისწავლონ არა მხოლოდ კონსტიტუციით აწმყოში აკრძალული შეუთავსებელი საქმიანობა, არამედ სხვა საქმიანი კონტაქტები, კავშირები სამართალდამცავ სისტემასთან და ა.შ. მაგრამ აქ მთავარი ერთი რამაა, არც ერთი ზემოთ ჩამოთვლილი კრიტერიუმი არ არის აბსოლუტური, მათ მხოლოდ ფაკულტატური მნიშვნელობა ენიჭებათ და შესაძლოა მათი უგულებელყოფა.

5.2.6. წინადადებები უზენაესი სასამართლოს თავმჯდომარის არჩევასთან დაკავშირებით

„არასწორია საუბარი იმის თაობაზე, რომ უზენაესი სასამართლოს თავმჯდომარეობის კანდიდატს პოლიტიკური წარსული არ უნდა ჰქონდეს“⁹⁰. იუსტიციის მინისტრმა თეა წულუკიანმა ეს უზენაესი სასამართლოს თავმჯდომარის კანდიდატებზე კომენტარისას განაცხადა. მისი მომდევნო სიტყვებიდან ჩანს, რომ გულისხმობდა არა რომელიმე პოლიტიკური გუნდის წევრს, არამედ კანდიდატის საჯარო პოლიტიკაში მონაწილეობას⁹¹.

იუსტიციის მინისტრის სიტყვები კოალიცია „დამოუკიდებელი და გამჭვირვალე მართლმსაჯულების“⁹² მიერ გამოქვეყნებულ ოფიციალურ განცხადებას მოჰყვა, რომელმაც წამოაყენა საკუთარი ხედვა უზენაესი სასამართლოს თავმჯდომარის არჩევის პროცესის შესახებ⁹³. ყველაფერი კი იმით დაიწყო, რომ პრეზიდენტმა დაინტერესებულ მხარეებს მასთან კონსულტაციებისკენ მოუწოდა, რათა შერჩეულიყო „საუკეთესო კანდიდატი“⁹⁴. პარლამენტის თავმჯდომარის პოზიცია ასეთი იყო: „გჭირდება ძალიან ნორმალური, ძალიან პატიოსანი, ძალიან პროფესიონალი ადამიანი“⁹⁵.

კოალიციის მიერ გამოქვეყნებულ წერილობით დოკუმენტში რამდენიმე პირობაა წამოყენებული:

- კრიტერიუმების ტრანსფარენტულობა;
„წარდგენილ კანდიდატურასთან დაკავშირებით პარლამენტის ფრაქციათა და ცალკეულ დეპუტატთა პოზიციები განმარტებული იქნას საზოგადოებისთვის“. ცნობილია ასევე, რა მიიღება არგუმენტებად და არის „მხოლოდ ნომინირებული კანდიდატის პროფესიული თვისებები“.
- პროცედურის ტრანსფარენტულობა;
რაც, მათ შორის, ერთი მხრივ, პრეზიდენტის მიერ მიუკერძოებელი ექსპერტული წრეების ჩართულობას გულისხმობს, ხოლო, მეორე მხრივ, ნეიტრალურ პროცესს, რომელიც თავისუფალია პოლიტიკური ჯგუფების გავლენისგან.

⁹⁰ თეა წულუკიანი – არასწორია საუბარი იმაზე, რომ უზენაესი სასამართლოს თავმჯდომარეობის კანდიდატს პოლიტიკური წარსული არ უნდა ჰქონდეს. <http://interpressnews.ge/ge/samartali/313239-thea-tsulukiani-arastsoria-saubari-imaze-rom-uzenaesi-sasamarthlos-thavmjdomareobis-kandidats-politikuri-tsarsuli-ar-unda-hqondes.html>; ბოლოს შემოწმებულია: 18.01.15.

⁹¹ „თუ გვინდა ისეთი ადამიანი, რომელიც საერთოდ არ ყოფილა პოლიტიკურ პროცესთან გაკარებული, ასეთს უმრავლესობა არ მისცემს ხმას, რადგან მას უნდა იცნობდეს. უმრავლესობა არ იცნობს მას, ვინც არასდროს ყოფილა თანამდებობაზე, საზოგადოებრივ სექტორში და პოლიტიკურ პროცესთან კავშირში“. იქვე.

⁹² 2011 წლის 29 აპრილს ჩამოყალიბებული კოალიცია დამოუკიდებელ და გამჭვირვალე მართლმსაჯულებისთვის შედგება 30-ზე მეტი არასამთავრობო ორგანიზაციისგან. კოალიციის შექმნის მიზანია მიმდინარე სასამართლოს რეფორმების მონიტორინგისა და დამოუკიდებელი და გამჭვირვალე სასამართლოსთვის ადვოკატირების პროცესში პროფესიული იურიდიული ასოციაციების, იურიდიული უფლებების სფეროში მოღვაწე არასამთავრობო ორგანიზაციებისა და ბიზნეს და პროფესიული ასოციაციების ძალისხმევის გაერთიანება.

⁹³ კოალიციის განცხადება უზენაესი სასამართლოს ახალი თავმჯდომარის შერჩევასთან დაკავშირებით. <http://bit.ly/1Gb8H0v> ბოლოს შემოწმებულია: 18.01.15.

⁹⁴ პრეზიდენტი მზადაა, უზენაესი სასამართლოს თავმჯდომარეობის კანდიდატი კონსულტაციების გზით შეირჩეს. <http://www.epn.ge/?id=432>. ბოლოს შემოწმებულია: 18.01.15.

⁹⁵ დავით უსუფაშვილი – უზენაესი სასამართლოს თავმჯდომარის სახით მართლმსაჯულების დირექტორი არ უნდა იყოს მოძებნილი. <http://www.interpressnews.ge/ge/politika/313238-davith-usufashvili-uzenaesi-sasamarthlos-thavmjdomari-sakhith-marthlmsajulebis-direqtori-ar-unda-iyos-modzebnili.html>. ბოლოს შემოწმებულია: 18.01.15.

ეს განცხადება ეჭვს არ იწვევს, რომ სამართლის მოტივებით არის ნაკარნახევი. ეს გამოიხატება დაფიქსირებული პოზიციის დასაბუთების მოთხოვნაში, შერჩევის ერთადერთ კრიტერიუმად პროფესიული თვისებების წამოყენებაში, პარტიული ინტერესების გადმორიცხვაში (ამ ხედვის მიხედვით, სავარაუდოდ, არ მიიღება არგუმენტები კანდიდატის იდეოლოგიასთან დაკავშირებით). პროცედურაში პრეზიდენტისთვის მიუკერძოებელ პირებთან კონსულტაციის მოთხოვნაც პოლიტიკური ინტერესების უგულვებელყოფასა და პროფესიული კომპონენტის გაძლიერებას ემსახურება. ეს ხედვა პარლამენტზეც ვრცელდებოდა თავისი მიზნით.

კიდევ ერთი შეთავაზება, რომელიც კოალიციამ უკვე პრეზიდენტთან შეხვედრისას წამოაყენა, არის დროებითი მრჩეველთა საბჭო, რომელიც თავდაპირველად იმ კრიტერიუმებს ჩამოაყალიბებს, რასაც უზენაესი სასამართლოს თავმჯდომარე უნდა აკმაყოფილებდეს. შემდეგ კი კანდიდატურებზე იმსჯელებს⁹⁶. მართალია, მრჩეველთა საბჭოს გადაწყვეტილება სავალდებულო არ იქნება პრეზიდენტისთვის სამართლებრივი თვალსაზრისით, მაგრამ პოლიტიკურად ის ვერსად წაუვა მის მიერვე ამ მიზნით შექმნილი ორგანოს დასკვნას. ეს გზა პოლიტიკის შეზღუდვაზე გადის, მაგრამ ჯერ კიდევ არ ნიშნავს, იმას, რომ ბალანსი სამართლის სასარგებლოდ არის დარღვეული. მნიშვნელოვანია, რას დაისახავს მიზნად საბჭო, მინიმალური სტანდარტის დადგენას, რომელიც ყველაზე უღირს კანდიდატურებს გამორიცხავს, თუ იდეალური კანდიდატურის ძებნას, რომელზეც აბსოლუტურ ხელდასხმას მოახდენს.

ამის საპირისპიროდ შედარებით ნათელია კოალიციის დამოკიდებულება პარლამენტის მიმართ. თავისთავად, არაფერია განსაკუთრებული, დეპუტატს მოსთხოვო საკუთარი გადაწყვეტილების ამომრჩეველისთვის განმარტება. ეს პოლიტიკური ანგარიშვალდებულების ბუნებრივი და აუცილებელი ნაწილია. მაგრამ ამ განცხადებაში ყურადღებას იქცევს დასაბუთებისთვის გამოსადეგი გარემოებების შემოსაზღვრა და პროფესიული თვისებების აბსოლუტიზაცია. ეს პოზიცია აღძრავს ქვემდგომი სასამართლოების დაკომპლექტების პოლიტიკური პროცესებიდან მეტად დისტანცირებული განწყობის აღუზიებს. ფაქტობრივად პარლამენტისგან მოთხოვნილია სასამართლოს დარი, ობიექტურ კრიტერიუმებზე დაფუძნებული გადაწყვეტილება, რომელიც მისაღები იქნება სამართლისთვის. იმთავითვე გამორიცხულია პოლიტიკური პროცესი, რაც ასეთი არსებითია უზენაესი სასამართლოს შემთხვევაში. მართალია, ის ყველაზე ნაკლებ პოლიტიზირებული კონსტიტუციური ინსტიტუტია, მაგრამ შეცდომა იქნება მისი პოლიტიკური მნიშვნელობისგან დაცლილ ორგანოდ წარმოდგენა, მისი დაკომპლექტების პროცესში ხელისუფლების სხვა შტოების პოლიტიკური ინტერესებიდან განძარცვა. კანდიდატის მიმართ უნდა არსებობდეს ნდობა, მაგრამ ეს ნდობა პოლიტიკურ პროცესში პოლიტიკურ შეთანხმებას უნდა მოჰქონდეს და არა კრიტერიუმების მათემატიკურ შეფარდებას.

ესეც არ იყოს, ამ თვალსაზრისით შერჩევაც ვერ გამოდგება პოლიტიკის გამოსარიცხად. მაგალითად, იტალიის საკონსტიტუციო სასამართლოში, სადაც შერჩევისას პოლიტიკა მინიმუმამდე, ყოველ შემთხვევაში ოფიციალური შეხედულებით, არის დაყვანილი⁹⁷, მოსამართლეთა 10/15-ს პოლიტიკური ან ადმინისტრაციული წარსული აქვს: 66.7% (2/3)⁹⁸.

⁹⁶ შეიქმნება თუ არა დროებითი მრჩეველთა საბჭო უზენაესი სასამართლოს თავმჯდომარეობის კანდიდატის შესარჩევად? <http://rustavi2.com/ka/news/7524>. ბოლოს შემოწმებულია: 18.01.15.

⁹⁷ ანტონინა პერი, დასახელებული ნაშრომი, გვ. 102.

⁹⁸ ანტონინა პერი, იგივე, გვ.95.

ამგვარად, იუსტიციის მინისტრის კომენტარი თუ განივრცობა, შეიძლება ითქვას, იმისათვის, რომ სასამართლოს თავმჯდომარემ პოლიტიკური თუ სხვა ტიპის გავლენებისგან თავი დაიკავას, ის თავად უნდა იყოს გავლენიანი პოლიტიკური ფიგურა⁹⁹. საუბარია პოლიტიკურ ფიგურაზე, რომელიც შეიძლება იყოს სიმბოლური გარანტი დამოუკიდებელი და მიუკერძოებელი სასამართლოსი. მან სანდოობა თავისი პოლიტიკური პოზიციონირებით უნდა მოიპოვოს და არა მექანიკური კრიტერიუმების დაკმაყოფილებით.

6. სასამართლოს დაკომპლექტების კონსენსუალური გზა

კარლ შმიტი თავის ტექსტში კონსტიტუციური სამართალი (Verfassungslehre) საუბრობს სასამართლოს დაკომპლექტების წესზე. ის განიხილავს ორ შემთხვევას, ერთი არის პარიტეტული დაკომპლექტება, სადაც მოდავე მხარეები კვოტირებულად და თანაბრად ნიშნავენ საკუთარ წევრებს. შმიტი ამბობს, რომ „მხარეთა მსგავსი პარიტეტული წარმომადგენლობის დროს გადაწყვეტილების მიღება შესაძლებელია მხოლოდ მაშინ, როდესაც რომელიმე წევრი არ შეასრულებს მომრიგებელ ორგანოში მისი დანიშნვის პირობებს“.¹⁰⁰ ეს პროცედურა უვარგისია, რადგან თავის თავშივე მოიზრებს ხელის გადაწევის ტაქტიკას და სასამართლოს წევრებს პირდაპირი ზეწოლისთვის გაწირავს.

მეორე ეს არის შემთხვევა, როდესაც ორგანოს წევრები არ არიან დამოკიდებული მაკომპლექტებლებზე. „თუ მომრიგებელი ინსტანციის ჩამოყალიბების მექანიზმი ისეთია, რომ მასში წარმოდგენილი წევრები არ არიან დამოკიდებული მხარეთა ინტერესებზე, ასეთი ორგანო თვითონვე იქნება სუვერენული და, მაშასადამე, არა სასამართლო, არამედ არსებული და, შესაბამისად, მხოლოდ თვითშენარჩუნებაზე მბრუნველი პოლიტიკური ხელისუფლება“.¹⁰¹ ზუსტად ეს შეესაბამება კრიტერიუმების შეფასებაზე დამყარებულ დანიშვნას. ამ შემთხვევაში არავითარი პერსონალური მიმართება პრინციპში არ ხდება. ფასდება კანდიდატი ფურცელზე და არა კანდიდატი თავისთავად. სწორედ ამიტომ, ეს უკანასკნელი წარმოშობს თავისთავად ხელისუფლებას თავისთავადი ინტერესებით, რომელიც ეჯახება მოდავეთა ინტერესებს და როგორც შმიტი ამბობს, „პოლიტიკური კონფლიქტის გადაჭრა ამ სახით შეუძლებელია, რაც უნდა ჭკვიანი და გონიერი ადამიანები მონაწილეობდნენ დავის მოწესრიგების პროცესში“¹⁰². ამის მიზეზი სწორედ დაკომპლექტების წესია, რომელიც დაფუძნებულია არა კონსენსუსზე და, ამდენად, ინტეგრაციაზე, არამედ დისტანცირებაზე და ამდენად, გამოყოფაზე.

კონსენსუსზე ორიენტირებული არჩევის წესი გაცილებით უფრო მოსახერხებელია, ამ შემთხვევაში ორგანოს ფუნქციონირება მორიგებაზეა ორიენტირებული, პრობლემების გადაჭრაზე. იგი საკუთარ თავს ხედავს პროცესში და არა პროცესს მიღმა.

⁹⁹ აქ არ არის საუბარი პარტიული პოლიტიკით დაკავებულ პირზე, არამედ საჯარო პოლიტიკაში აქტიურად ჩართულ პირზე, რომლის შესახებაც საზოგადოებისთვის ცნობილია, რომლის წარსული მოქმედებები, იდეოლოგია და მისწრაფებები არ წარმოადგენს გამოცანას.

¹⁰⁰ გიორგი ხუბუა, ფედერალიზმი როგორც ნორმატიული პრინციპი და პოლიტიკური წესრიგი, საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაციის გამოცემა, თბილისი, 2000, მეშვეობით: Schmitt, C., Verfassungslehre, 1955, S. 371.

¹⁰¹ იქვე.

¹⁰² იქვე.

7. რა პრინციპული პრინციპულია

კონსტიტუციონალიზმი გამოყოფს ანგარიშვალდებულებას და პასუხისმგებლობას. ანგარიშვალდებულება არის მექანიზმი, რომლის მეშვეობით თანამდებობის პირი ვალდებულია, საკუთარი მოქმედებები აუხსნას მას, ვისი წყალობითაც კონკრეტული პირი თანამდებობაზეა. ეს არის წმინდა პოლიტიკის ნაწილი. პასუხისმგებლობა კი მოიპოვებს ანგარიშვალდებულებით უკმაყოფილო დამნიშნავის მიერ თანამდებობის პირის თანამდებობიდან ჩამოშორებას. პასუხისმგებლობა შეიძლება იყოს პოლიტიკური და სამართლებრივი. ანგარიშვალდებულება ყოველთვის პოლიტიკურია.

სასამართლო ანგარიშვალდებული ვერ იქნება ვერავის წინაშე, მას მხოლოდ პასუხისმგებლობა აქვს, დისციპლინური და სისხლისსამართლებრივი თვალსაზრისით. ამიტომ ანგარიშვალდებული, თუნდაც სიმბოლურად, უნდა იყოს ის, ვინც ის თანამდებობაზე დანიშნა. მაშინ როდესაც ობიექტური კრიტერიუმები შემოგვადგენს ანგარიშვალდებულებას ამ კრიტერიუმებს ვაკისრებთ და პოლიტიკოსებს და პოლიტიკურ ინსტიტუტებს ჩამოვაშორებთ. პოლიტიკა კი ანგარიშვალდებულების გარეშე შეუძლებელია. საკანონმდებლო ორგანოს მთავარი იარაღი, რაც კონსტიტუციონალიზმს ამუშავებს სწორედ ის არის, რომ მისი მეშვეობით ხელისუფლების ყველა შტო ხალხს ებმის და მის წინაშე არის პასუხისმგებელი.

პარლამენტი როგორც უშუალო სახალხო სუვერენიტეტის მატარებელი ორგანო და პარლამენტარიზმი როგორც პარლამენტის ძალაუფლებრივ პრინციპზე დაფუძნებული მმართველობის ფორმა სახელმწიფოს პირობებში დემოკრატიული იდეალია, სადაც დემოკრატია ხორციელდება და რომლის მეშვეობითაც დემოკრატია ხორციელდება. პარლამენტი ერთადერთი ადგილია, სადაც ხალხის ხმა კედლებს მიღმა მკაფიოდ უნდა აღწევდეს¹⁰³. უზენაესი კანონი წარმომადგენლობით ორგანოზე საუბარს სწორედ ამის აღნიშვნით იწყებს. საქართველოს კონსტიტუციაში წერია, რომ სწორედ საკანონმდებლო ორგანოა ის, ვინც განსაზღვრავს პოლიტიკას, ანუ ქვეყნის საგარეო და საშინაო პოლიტიკის ძირითად მიმართულებებს¹⁰⁴ და ამ პროცესში ის შეზღუდული არ არის არაფრით, აქ ახორციელებს ის წმინდა პოლიტიკას, სამართალი როგორც შემოქმადი სტანდარტი აქ არ ჩანს.

დეპუტატი, როგორც თავისუფალი მანდატის მფლობელი სუბიექტი სამართლისგან თავისუფალია, მას კანონის საფუძველზე, არ ევალება განმარტოს საკუთარი გადაწყვეტილება, ერთადერთი, რაც მას ლაპარაკს აიძულებს პოლიტიკური სისტემაა. თუ კანონმდებლობა (რისი სურვილიც ზემოაღწერილ პროცესში იკვეთება) მას დაავალდებულებს, დაასაბუთოს საკუთარი გადაწყვეტილებები, მაშინ პოლიტიკური ანგარიშვალდებულება, რაც დაფუძნებულია კონსტიტუციონალიზმზე, ქრება და მის ადგილს იკავებს სამართლებრივი პასუხისმგებლობა. სამართალი გამორიცხავს პოლიტიკური პასუხისმგებლობის დაცვების შესაძლებლობას, კონკრეტული გადაწყვეტილება კანონიერია ან უკანონო, თუ ის უკანონოა შესაბამისი მექანიზმები არსებობს. მაგრამ არის საკითხები, რომლებიც წმინდა მიზანშეწონილობით ფასდება, ის სამართალს არ ეწინააღმდეგება, ფორმულებს, ტესტებს და სქემებს დაუბრკოლებლად

¹⁰³ მართალია, პარტიული ვერტიკალის გაძლიერებასთან ერთად იზრდება აღმასრულებელი ხელისუფლების ძალაუფლება და მცირდება საკანონმდებლო ორგანოსი, მაგრამ კონსტიტუციონალიზმი ხელისუფლების დანაწილების და ხელისუფლების შიგნით ხელისუფლების დანაწილების მექანიზმების გამოყენებით ცდილობს, აღადგინოს ოდინდელი ბალანსი, რომელიც მთავრობასა და პარლამენტს შორის არსებობდა. თუმცა ეს სხვა მსჯელობის საგანია.

¹⁰⁴ საქართველოს კონსტიტუციის 48-ე მუხლი.

გაივლის, მაგრამ მაინც ტოვებს უკმაყოფილების შეგრძნებას. თითქოს ყველაფერი წესრიგშია, მაგრამ თითქოს მაინც არ არის ყველაფერი წესრიგში. სწორედ ამ დროს ხდება აუცილებელი ამ ბუნდოვანი შეგრძნების საფუძველზე უკმაყოფილების გამოხატვა, რომელიც ცხადია არ არის არარაციონალური უკმაყოფილება, მაგრამ ვერც უკანონობის ზღვარს აღწევს, აი, სწორედ ამას ვუწოდებთ ჩვენ პოლიტიკას, საიდანაც გამომდინარეობს პოლიტიკური პასუხისმგებლობა. ეს არის დემოკრატიის მოთხოვნა, რომ ხალხმა საკუთარი პოლიტიკური გეგმვებით მოსთხოვოს პასუხი კონკრეტული ქმედებისთვის ხელისუფლებას, აი, სწორედ აქ და მაინცდამაინც აქ გამოსჭვივის დემოკრატიის ძველი ბერძნული იდეა, სადაც დემოსი ახორციელებს შიშველ ძალაუფლებას. სამართლებრივი სტანდარტიზაციით კი დემოკრატია ქრება და მის ადგილს იკავებს ტექნოკრატია. სამართალი ამ დროს პოლიტიკაზე ბატონობს. პოლიტიკური ელიტა – ხალხზე. სამართალი პოლიტიკას ბუღალტერიად აქცევს.

არ არის გასაკვირი, რომ არამდგრად დემოკრატიებში, სადაც მხოლოდ ერთხელ მოხდა ხელისუფლების არჩევნების გზით გადაცემა, პოლიტიკური პროცესების მიმართ უნდობლობა არსებობდეს. საზოგადოება, სადაც პოლიტიკა დემოკრატიული ტრადიციის ნაწილია, უფრო თამამები იქნებიან პოლიტიკისთვის თავისუფლების მინიჭების თვალსაზრისით, ვიდრე საზოგადოება, სადაც ტრადიცია კულუარული გარიგებების მეშვეობით კორუფციული და ავტორიტარული მართვაა. ცხადია, ერთმანეთისგან განსხვავდება კონსოლიდირებული და გარდამავალი დემოკრატიების კონტექსტები, ისინი სხვადასხვა გამოწვევების წინაშე დგანან და სხვადასხვანაირი პასუხებიც სჭირდებათ კითხვებზე, მაგრამ მზერა უნდა მივაპყროთ მომავალს, ხედვას და ღირებულებებს, მიზანს, რომლისკენ მიმავალ გზაზე შეიძლება გარკვეულ დათმობებზეც წავიდეთ, მაგრამ ისე არ უნდა მოხდეს, დემოკრატიისკენ მიმავალი გზა ტექნოკრატიაში ჩაყლაპოს, ისე რომ დაგვაფიქვდეს, როგორ კეთდება პოლიტიკა. თუ ჩვენ ვიტყვით, რომ ჯერ მზად არ ვართ დემოკრატიისთვის და ამ მიზეზით მისგან შორს დავიჭერთ თავს, მზად ვერასოდეს ვიქნებით. გადაწყვეტილება უნდა მივიღოთ საკუთარ ინტიმურ კონტექსტში. ეს უაღრესად სახიფათო გზაა, ძალიან ბუნდოვანი ზღვარი, სადაც არჩევანი პოლიტიკასა და სამართალს შორის ძალიან ფაქიზად უნდა გაკეთდეს.

ლული ფაფიუშვილი

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს წევრი,
ივ. ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის
სისხლის სამართლის და პროცესის მიმართულების სრული პროფესორი.

პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობა პირადი ჩხრეკისას მოხილურ ტელეფონებთან მიმართებით

ტექნოლოგიური პროგრესი ყოველდღიური ცხოვრების გამარტივებასთან ერთად ამარტივებს პირადი ხასიათის ინფორმაციისადმი გარეშე პირთა წვდომის შესაძლებლობას, ქმნის პირად ცხოვრებაში უნებართვო შეჭრის საფრთხეებს და აჩენს ახალ კითხვებს პირის განმარტოების უფლებაში სახელმწიფოს მხრიდან ნებადართული ჩარევის საზღვრებთან დაკავშირებით.

ციფრული ინფორმაცია ყოველდღიურად სულ უფრო მეტ მნიშვნელობას და ხვედრით წილს იძენს საგამოძიებო ინფორმაციის ნაწილში და არსებითი მნიშვნელობა ენიჭება თანამედროვე გამოძიებისათვის. უდავოა, რომ უფლება ჩხრეკაზე სისხლის სამართალწარმოების ძირითადი შემადგენელი ნაწილია, თუმცა აღნიშნული მოითხოვს ელექტრონული მატარებლების ჩხრეკა-ამოღებაზე გამოძიების მწარმოებელი სუბიექტების უფლებამოსილების მკაფიო და დეტალურ საკანონმდებლო რეგლამენტაციას, რომელიც აკმაყოფილებს კანონმდებლობისათვის დადგენილ განჭვრეტადობის მოთხოვნებს და ერთგვაროვანი ადმინისტრაციული პრაქტიკის ჩამოყალიბებას.

სტატიაში განხილულია პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობის პრობლემატური ასპექტები პირის დაკავებისას მოხილური ტელეფონის ჩხრეკა-ამოღებასთან მიმართებით.

შესავალი

დემოკრატიული საზოგადოების მთავარი ფუნქციაა, მოძებნოს სათანადო ბალანსი საჯარო და კერძო ინტერესებს შორის, მკაფიოდ განსაზღვროს განმარტოების უფლებასა და პირად ცხოვრებაში სახელმწიფოს მხრიდან ნებადართული ჩარევის ფარგლები. მიუხედავად იმისა, რომ კანონმდებლობა კრძალავს დაუსაბუთებელი ჩხრეკის წარმოებას, ყოველთვის არ არის ნათელი, რა წარმოადგენს დაუსაბუთებელ ჩხრეკა-ამოღებას, ხოლო მტკიცებითი სტანდარტი მეტწილად უკავშირდება სუბიექტურ და

არა მხოლოდ ობიექტურ კრიტერიუმს, როგორცაა, მაგალითად, ამოსაღები ნივთის ფიზიკური ადგილმდებარეობა. საკანონმდებლო რეგულირება, რომელიც უზრუნველყოფდა აღნიშნული მიზნის მიღწევას 10 წლის წინ, დღეს უმეტესწილად ვეღარ პასუხობს თანამედროვე გამოწვევებს, როდესაც ადამიანს პრაქტიკულად მთელი მისი ცხოვრება აქვს ასახული და ჩაწერილი მობილურ ტელეფონში. მობილური ტელეფონის ჩხრეკა ათასობით დოკუმენტის, ფოტოსურათის და პერსონალური ხასიათის ჩანაწერის ჩხრეკის იდენტურია და განმარტოების მოლოდინი მისი ჩხრეკის შემთხვევაში გაცილებით მაღალია ფიზიკურ ჩხრეკასთან შედარებით. სასამართლო პრაქტიკით უკვე დადგენილია, რომ მობილური ტელეფონების და კომპიუტერების მიმართ მესაკუთრეებს გააჩნიათ განმარტოების გონივრული მოლოდინი, რის გამოც სასამართლო მათ ადარებს „დაცულ საცავებს“, რომელთა ჩხრეკის უფლება გამომძიებელს არ გააჩნია სასამართლოს ნებართვის ან გადაუდებელი აუცილებლობის გარეშე¹.

მობილური ტელეფონების ჩხრეკისას იქმნება პერსონალური და საქმესთან კავშირში არმყოფი პირადი ხასიათის ინფორმაციის შემცველი ფოტოსურათების, მესიჯების, მეილების, ჩანაწერების და ა.შ. ხელშეუხებლობის ხელყოფის საფრთხე, რომელიც განსაკუთრებით მაღალია დაკავების ადგილზე მობილური ტელეფონის ჩხრეკის წარმოებისას, როდესაც პრაქტიკულად არ და ვერ ხერხდება მობილურის შიგთავსის დასათვალიერებლად სპეციალური სოფტების და პროგრამების გამოყენება, რამაც უნდა უზრუნველყოს როგორც ტელეფონში არსებული ინფორმაციის დაზიანების პრევენცია, ასევე საქმესთან კავშირში არმყოფი ინფორმაციის ხელშეუხებლობა.

პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობის მნიშვნელობა მოგილურ ტელეფონებთან მიმართებით

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ არაერთხელ აღნიშნა, რომ პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობის უფლება ადამიანის თავისუფლების კონცეფციის განუყოფელი ნაწილი და ინდივიდის დამოუკიდებელი განვითარების საფუძველია², რომელიც პირს უზრუნველყოფს თავისუფლებით, დამოუკიდებლად განსაზღვროს გარესამყაროსთან კავშირის ინტენსივობა და ფორმები.

საინფორმაციო ტექნოლოგიების განვითარებამ კომუნიკაციის ახალი საშუალებები დაამკვიდრა ყოველდღიურ ცხოვრებაში, საკმაოდ იაფი და ხელმისაწვდომი გახდა ინფორმაციის მოპოვება, ხოლო პოტენციური ზიანი – განუსაზღვრელი³. ციფრული ტექნოლოგიების საუკუნეში პირადი ხასიათის მონაცემების შეგროვების უნარის მქონე მობილური ტელეფონების მკვეთრმა გავრცელებამ შექმნა ადამიანების ყოველდღიური ცხოვრების შესახებ პერსონალური ხასიათის ინფორმაციის შეგროვების, შენახვის და გაზიარების შესაძლებლობა⁴ და დამატებითი გამოწვევები საქართველოს კონსტიტუციის მე-20 მუხლით გათვალისწინებული უფლების ხელშეუხებლობის და ურყევობისთვის.

საშუალო სტატისტიკური სმარტფონი საკომუნიკაციო საშუალების გარდა მოიცავს საკომუნიკაციო მონაცემებს, სურათებს, ვიდეოებს, დოკუმენტებს და უამრავ სხვა მკაცრად პერსონალური ხასიათის

¹ იხ. მაგალითად, United States v Chan , 830, F. Supp. 531,534 (N.D.Cal. 1993).

² იხ. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 10/06/2009 წლის განჩინება #1/2/458, II-4.

³ Savin A. EU Internet Law, 2013, გვ 190.

⁴ Article 8: The right to respect for private and family life, home and correspondence, Human Rights Review 2012, p. 272.

ინფორმაციას, მათ შორის ადგილმდებარეობის, გადაადგილების, ინტერნეტაქტივობის თუ მომხმარებლის ფინანსური მდგომარეობის შესახებ⁵, შეიცავს ელექტრონულ ფოსტას, მესიჯებს, კონტაქტებს, საბანკო ინფორმაციას, სხვადასხვა სერვისების კოდებს და ა.შ., რაც მობილურ ტელეფონებს უკიდურესად მნიშვნელოვან ინფორმაციის წყაროდ აქცევს გამოძიებისათვის და, იმავდროულად, მიუთითებს სამართალდამცავი ორგანოების მათდამი წვდომის შეზღუდვის აუცილებლობაზე.

მეორე მხრივ, მობილური ტელეფონები ასევე შეიცავს მონაცემებს, რომლებსაც შესაძლებელია ინსტრუმენტალური მნიშვნელობა ჰქონდეთ გამოძიების მიზნებისათვის და ციფრული მონაცემების სპეციფიკიდან გამომდინარე, ყოველთვის არსებობს მათი განადგურების და მტკიცებულების დაკარგვის საფრთხე, თუ გამოძიების ორგანოების მხრიდან დროულად არ განხორციელდება მათი ამოღება და ფიქსაცია.

თანამედროვე მობილური ტელეფონების უმეტესობა ითავსებს კომპიუტერის, ფოტოაპარატის, აუდიო/ვიდეო ფლეერის, კალენდრის, დღიურის, ტელევიზორის, გაზეთის, ბიბლიოთეკის, ალბომის, რუკის, ბლოკნოტის და ა.შ. ფუნქციებს. გასათვალისწინებელია თანამედროვე მობილური ტელეფონების მესხიერების მოცულობაც, რომელიც საშუალოდ 16-64 გიგაბაიტს აღწევს⁶.

დიდ მესხიერებასთან ერთად მობილური ტელეფონები მოიცავს ბევრი სხვადასხვა სახის ინფორმაციის ერთ სივრცეში განთავსების და დაკავშირების შესაძლებლობას – ყველაზე იაფფასიან ტელეფონსაც კი გააჩნია მესიჯების, მეილების, კონტაქტების, შემავალი/გამავალი ზარების, ინტერნეტ-აქტივობის ისტორიის, სურათების, მმს-ების, კალენდრის/დღის წესრიგის და სხვა სახის ინფორმაციის დამახსოვრების შესაძლებლობა⁷. აღნიშნული დამატებით საფრთხეებს უქმნის პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობას:

1. ამ ინფორმაციის კომბინაციით შესაძლებელია, გაცილებით უფრო მეტი და დეტალური ინფორმაციის მოპოვება, ვიდრე თითოეული ამ კატეგორიის ინფორმაციის მატარებლისგან ცალ-ცალკე [მაგალითად, ცალკე აღებული მესიჯი ან სხვა პირებთან ერთად გადაღებული ერთი სურათი, ზარის განხორციელების ფაქტი და ა.შ. ეს ინფორმაცია ერთობლიობაში ქმნის დასაბუთებულ ვარაუდს, როგორც მინიმუმ, დანაშაულთან შემხებლობის შესახებ];
2. პირის პირადი ცხოვრება შესაძლებელია რეკონსტრუირებული იქნეს ტელეფონში არსებული სურათების, კონტაქტების სახელწოდებების, კონკრეტულ დროს ადგილმდებარეობის, მეილების, მესიჯების და ა.შ. მეშვეობით;
3. მობილურში არსებული ინფორმაცია შესაძლებელია რამდენიმე წელიწადის წინანდელი იყოს ან ასახავდეს რამდენიმე წლის წინანდელ აქტივობას, როგორც მინიმუმ, ტელეფონის შეძენის შემდგომ ინფორმაციას. პირს შეიძლება თან ჰქონდეს დღიური, რომელშიც ეწერება კონკრეტულ პირთან შეხვედრის შეხსენება, მაგრამ თან ვერ ექნება იგივე პირთან მის მიერ ბოლო რამდენიმე თვის მანძილზე წარმოებული მიმოწერის ამსახველი დოკუმენტაცია, რაც, როგორც წესი, ასახულია მობილურ ტელეფონში.

⁵ Search and Seizure and the Right to Privacy in the Digital Age: A comparison of US and India, The Center for Internet and Society, 05/31/2015.

⁶ 16 გიგაბაიტი მოიცავს რამდენიმე მილიონ ტექსტურ გვერდს, ათასობით სურათს და ასობით ვიდეოს.

⁷ *ob. United States v Flores-Lopez*, 670 F.3d 803,806(CA7 2012).

იმავდროულად, ინფორმაცია, მოცულობასთან ერთად, შინაარსობრივადაც განსხვავდება – მაგალითად, ინტერნეტაქტივობის ისტორია მიუთითებს პირის კერძო ინტერესებზე ან პრობლემებზე [მაგალითად, კონკრეტული დაავადების/წამლის შესახებ ინფორმაციის ძებნა ინტერნეტში], ინახავს ინფორმაციას პირის ადგილმდებარეობის შესახებ და ქმნის როგორც ქალაქში, ასევე კონკრეტულ შენობაში კონკრეტული დროის მონაკვეთში წუთობრივი სიზუსტით პირის გადაადგილების რეკონსტრუქციის შესაძლებლობას.

მობილური ტელეფონი შესაძლებელია შეიცავდეს ერთდროულად, როგორც მკაცრად პირადი ხასიათის ინფორმაციას, რომელსაც კავშირი არ აქვს არც გამოსაძიებელ საქმესთან და არც რომელიმე სხვა სახის დანაშაულთან და ასევე დანაშაულის ჩადენის მამხილებელ მტკიცებულებებსაც. მობილური ტელეფონები სულ უფრო ფართოდ გამოიყენება ასევე კრიმინალური დაჯგუფების წევრების მიერ, დანაშაულებრივი საქმიანობის ფარგლებში, წევრებს შორის კომუნიკაციის და საქმიანობის კოორდინაციის მიზნებისათვის და შესაძლებელია შეიცავდეს საქმისათვის მნიშვნელოვან ინფორმაციას.

ვინაიდან, როგორც წესი, ყველაზე პირადი ხასიათის ინფორმაცია ინახება მობილურ ტელეფონში, მისი ჩხრეკა გარდაუვლად გამოიწვევს მესამე პირებთან დაკავშირებული პირადი ხასიათის ინფორმაციის ჩხრეკასაც (ფოტოსურათები, დახურულ ჯგუფებში კომუნიკაცია, მესიჯები და ა.შ.). ციფრული მოწყობილობა, როგორც წესი, არ არის მხოლოდ ინფორმაციის შენახვის საშუალება. ის, იმავდროულად, ხელმისაწვდომს ხდის ინფორმაციას პორტალების, სხვა ციფრულ მოწყობილობებთან კავშირის ამსახველი თარიღის, დროის, ხანგრძლივობის, სხვა ციფრული მატარებლების მახასიათებლების, ინტერნეტიდან მოპოვებული ან ქსელში შენახული ინფორმაციის შესახებ და ა.შ.⁸ ე.წ. cloud computing-ი შესაძლებლობას იძლევა, ინტერნეტში ჩართულ ტელეფონებს ჰქონდეთ წვდომა სხვაგან განთავსებული ინფორმაციისადმი, რომელიც ერთდროულად რამდენიმე პირისთვის შეიძლება იყოს ხელმისაწვდომი და ტელეფონის პატრონისათვის საერთოდ უცნობი იყოს, რომ მისი მობილური შეიცავს კონკრეტული სახის ინფორმაციას [განსაკუთრებით ინტერნეტით სარგებლობის და ცალკეული ფაილების ჩამოტვირთვის შემთხვევაში]. მაგრამ ჩხრეკის მწარმოებელი გამოძიებლისათვის ჩხრეკის მომენტში უცნობი იქნება, ტელეფონში აღმოჩენილი ინფორმაცია უკვე არსებობდა ტელეფონში დაკავების მომენტში და შენახული იყო პატრონის მიერ, თუ ამ ინფორმაციის გადმოქაჩვა მოხდა ე.წ. cloud-იდან.

კომპიუტერული სისტემა ინახავს იმ ინფორმაციასაც, რომლის შენახვა თავად მომხმარებელს არ სურდა ან არ ჰქონდა გამიზნული. მაგალითად, Google-ი ინახავს ყოველ ელექტრონულ წერილს, რომელიც იქნა გაგზავნილი Gmail-ის ელექტრონული სერვერის გამოყენებით, ყველა წერილის პროექტს, მომხმარებლის ინტერნეტისტორიის ჩანაწერს, რაც ქმნის მომხმარებლის კვალს კიბერსივრცეში⁹.

ამდენად, ტელეფონის ჩხრეკა შესაძლებლობას იძლევა, მოვიპოვოთ როგორც ის ინფორმაცია, რომლის მოპოვებაც შესაძლებელია ბინის დეტალური ჩხრეკისას, ასევე ინფორმაცია, რომელსაც ბინის ზედმიწევნით დეტალური ჩხრეკის შემთხვევაშიც კი ვერ მოვიძიებთ.

⁸ Scott D. Blake Let's be Reasonable: Fourth Amendment Principles in the Digital Age, 7th Circuit review volume 5, Issue 2 spring 2010; <http://www.kentlaw.iit.edu/>; 25/06/2015.

⁹ ob. Gmail Privacy Notice, Gmail; <http://mail.google.com/mail/help/privacy.html>.

პრესენქიერებული პირადი ჩხრეკის წარმოების საფუძვლები

უსაფრთხოება და თავისუფლება არ არიან აბსოლუტური ანტიპოდები, ისინი ავსებენ ერთმანეთს¹⁰, თუმცა ეს ურთიერთობა არ არის ჰარმონიული. უსაფრთხოების უზრუნველყოფა იმავდროულად გულისხმობს სახელმწიფოს მხრიდან მოქალაქეთა უფლებების შეზღუდვას, მათ შორის იმ მოქალაქეების უფლებების, ვისაც არ ჩაუდენია და არ შეუქმნია დანაშაულის ჩადენის საფრთხე¹¹ უფლებათა შეზღუდვის თანაბომიერების დაცვით.

პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობის უფლება არ მიეკუთვნება აბსოლუტურ უფლებათა რიცხვს და მისი შეზღუდვა შესაძლებელია კონკრეტული ლეგიტიმური მიზნის მისაღწევად, თუმცა უფლებაში ჩარევა შესაბამისი ლეგიტიმური მიზნის მიღწევის აუცილებელ და პროპორციულ¹² მიზნის მიღწევის ვარგის საშუალებას უნდა წარმოადგენდეს.

პირადი ჩხრეკის ფარგლებში მობილური ტელეფონების ჩხრეკა-ამოღებასთან დაკავშირებით სასამართლო პრაქტიკა და კანონმდებლობა, როგორც წესი, შესაძლებელია ითვალისწინებდეს რამდენიმე მიდგომას:

1. განსხვავებულ მიდგომას მობილური ტელეფონების სპეციფიკის გათვალისწინებით [მაგალითად, განსხვავებულ რეგულაციებს სმარტფონების და მხოლოდ საბაზისო ფუნქციების მქონე ტელეფონებისთვის];
2. ითვალისწინებდეს ტელეფონში არსებული მხოლოდ განსაზღვრული კატეგორიის ინფორმაციის ჩხრეკა/ამოღება/დათვალიერების უფლებას¹³;
3. პირადი ჩხრეკის წარმოებისას ნებადართულად მიიჩნევდეს მობილური ტელეფონის მხოლოდ ამოღებას, მაგრამ არა მის ჩხრეკას სასამართლოს ნებართვის გარეშე¹⁴.

მობილური ტელეფონების ჩხრეკის გონივრულად განხორციელებისათვის კანონმდებლობა და სასამართლო პრაქტიკა უნდა ითვალისწინებდეს სპეციალურ რეგულირებას¹⁵. რაც გულისხმობს, ერთი მხრივ, მობილური ტელეფონების ჩხრეკის პროცედურების რეგულირებას, ხოლო, მეორე მხრივ, ჩხრეკის წარმოებისათვის საჭირო მტკიცებულებითი სტანდარტის ზედმიწევნით ნათლად განსაზღვრას, რაც დააკმაყოფილებს გონივრულობის და სამართლებრივი სიცხადის მოთხოვნებს.

ჩხრეკის გონივრულობა წარმოადგენს პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობის კონსტიტუციური გარანტიის ქვაკუთხედს, თუმცა მკაფიო ზღვარის ან წყალგამყოფის გავლება ჩხრეკის გონივრულობასა და

¹⁰ U.Di Fabio, Sicherheit in Freiheit (2008) 61, Neu Juristische Wochenschrift 421, 422.

¹¹ Michael A. Caloyannides, Mitretek Systems Inc, USA., Digital "Evidence" is Often Evidence of Nothing- pp. 334-340 in Digital crime and Forensic Science in Cyberspace/ Panagiotis Kanellis ..[et al.], editor, 2006, 231.

¹² საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2013 წლის გადაწყვეტილება #503,513, II-61.

¹³ აღნიშნული ფაქტორი იქნა გათვალისწინებული სასამართლოს მიერ საქმეზე US v Abel Florez-Lopez სადაც აღინიშნა, რომ სატელეფონო ისტორიის ჩხრეკა მობილურ ტელეფონში არ წარმოადგენს განმარტოების უფლებაში ისეთი ინტენსივობის ჩარევას, რომელიც მოითხოვს სასამართლოს განჩინებას.

¹⁴ იხ. ფლორიდის უზენაესმა სასამართლომ საქმეზე Smallwood V Florida, No SC 11-1130, დაადგინა ასეთი განსხვავება.

¹⁵ J.Nasseri, the Digital and Internet age meets the Law of Search and Seizure' as the SCC clarifies the law on Search warrants and computers in R v. Vu, Canadian Appeals Monitor, 19/11/2013.

არაგონივრულობას შორის მარტივი არ არის. ჩხრეკის გონივრულობა ფასდება ლეგიტიმური საჯარო ინტერესის დაცვის და კერძო პირის პირადი ცხოვრების ხელშეშელობაში ჩარევის თანაზომიერების საფუძველზე საქმის გარემოებათა ერთობლიობის ტესტით¹⁶.

გონივრულობის კრიტერიუმი გამოიყენება როგორც ჩხრეკის ადგილის და ფარგლების, ასევე ინფორმაციის მატარებლების ამოღებაზე უფლებამოსილების არსებობის განსაზღვრისათვის. ბოლო პერიოდში სულ უფრო ხშირად ჩხრეკის გონივრულობა განისაზღვრება არა ჩხრეკაზე სასამართლოს ნებართვის არსებობის ფაქტით, არამედ კონტექსტუალურად – არასანქცირებული ჩხრეკის წარმოების დამსახურებული გარემოებებით და ჩხრეკის წარმოების ფორმით, post factum იმის გადამოწმებით, ჩხრეკის ჩატარების შესახებ გადაწყვეტილების მიღების მომენტში გამომძიებლის ხელთ არსებული ინფორმაციიდან გამომდინარე, რამდენად იყო დასაბუთებული ჩხრეკის ჩატარება¹⁷.

საქართველოს სსკ-ის 121-ე მუხლი დაკავების უფლებამოსილების მქონე პირს ანიჭებს უფლებას, დასაბუთებული ვარაუდის არსებობის შემთხვევაში პირადი ჩხრეკით ამოიღოს საქმისათვის მნიშვნელობის მქონე საგანი, დოკუმენტი, ნივთიერება თუ ინფორმაციის შემცველი სხვა ობიექტი, რომელიც აღმოჩენილია პირის ტანსაცმელზე, მის ხელთ არსებულ ნივთში ან სატრანსპორტო საშუალებაში, სხეულზე ან სხეულში“.

121-ე მუხლის მე-2 ნაწილის თანახმად, „თუ არსებობს დასაბუთებული ვარაუდი, რომ დაკავებულს აქვს იარაღი ან აპირებს თავიდან მოიშოროს დანაშაულის ჩადენაში მისი მამხილებელი მტკიცებულებები, დამკავებელ თანამდებობის პირს უფლება აქვს, ამ კოდექსით გათვალისწინებული წესით ჩაატაროს პირადი ჩხრეკა სასამართლოს განჩინების გარეშე, რაც აღინიშნება დაკავების ოქმში“.

ამდენად, საქართველოს სსკ ითვალისწინებს, პირის პირადი ჩხრეკით, საქმისათვის მნიშვნელობის მქონე ობიექტის ამოღებას, ხოლო პირადი ჩხრეკის წარმოების ფორმის შერჩევას უკავშირებს გადაუდებელი აუცილებლობის არსებობას. თუმცა მოცემულ შემთხვევაში კანონმდებლობა აკონკრეტებს გადაუდებელი აუცილებლობის ცნებას და ასეთად მიიჩნევს მხოლოდ ისეთ ვითარებას, როდესაც 1. დაკავებული შეიარაღებულია ან 2. აპირებს თავიდან მოიშოროს მტკიცებულება. მაგრამ, რამდენად დაიშვება პერსონალური კომპიუტერების, ipad, და მობილური ტელეფონების ჩხრეკა-ამოღება, რა პროცედურები უნდა უსწრებდეს კონკრეტული ტექნიკის ჩხრეკას, კანონმდებლობით რეგლამენტირებული არ არის სპეციალური დათქმის არარსებობის პირობებში.

სსკ-ის 121-ე მუხლი ითვალისწინებს ჩხრეკის მწარმოებელი პირის უფლებას მობილური ტელეფონების ამოღებაზე, თუმცა ნათელი არ არის მობილური ტელეფონის ამოღება დაიშვება პირის ჩხრეკისას მისი აღმოჩენისთანავე თუ მხოლოდ მისი შიგთავსის დათვალიერების გზით საქმისათვის ტელეფონის მნიშვნელობის გარკვევის შემდეგ; რამდენად არის შესაძლებელი და რას გულისხმობს მობილური ტელეფონის დათვალიერება მისი მხოლოდ გარეგნული მახასიათებლების – ფერის, მოდელის, ცვეთის მდგომარეობის, ადგილმდებარეობის შემოწმებას თუ მისი შიგთავსის „დათვალიერებას“?

¹⁶ გვ. 494.

¹⁷ Robert M. Bloom, Mark S. Brodin, Criminal Procedure: The Constitution and the Police, 6th ed. 2010, 12.

სსსკ ითვალისწინებს პირადი ჩხრეკისას აღმოჩენილი ნივთების ამოღების შესაძლებლობას: 1. პირადი ჩხრეკის წარმოების გზით, რითაც აკონკრეტებს ნივთების დაქვინის ხერხს 2. თუ ნივთებს მნიშვნელობა აქვს საქმისათვის. ამასთან, არ მიუთითებს აღნიშნული საგნის მნიშვნელობის ხარისხზე გამოსაძიებელი საქმისათვის, რის გამოც პირის ხელბარგში/ მასში აღმოჩენილი პრაქტიკულად ნებისმიერი ნივთის ამოღება დაიშვება. მიუხედავად იმისა, რომ მუხლი უთითებს დასაბუთებულ ვარაუდზე, დასაბუთებული ვარაუდი ეხება გადაუდებელი აუცილებლობის საფუძვლებს, მაგრამ არა საქმის განხილვისათვის ნივთის მნიშვნელობას, არ ადგენს მნიშვნელობის არც განსაზღვრის ხერხს და არც მკაფიო მითითებას იმაზე, უნდა განხორციელდეს თუ არა მობილური ტელეფონის ჩხრეკა; გაურკვეველია პირადი ჩხრეკისას მობილური ტელეფონის აღმოჩენის შემთხვევაში მისთვის დამახასიათებელი ზ/ა თვისებების გამო ის ნებისმიერ შემთხვევაში თავად არსებობის ფაქტიდან გამომდინარე ექვემდებარება ამოღებას თუ დასაბუთებულ ვარაუდზე აპელირებიდან გამომდინარე, დამკავებელ პირს ევალება აღნიშნული ნივთის საქმისათვის მნიშვნელობის ადგილზე განსაზღვრა, რის გამოც გააჩნია მისი შიგთავსის დათვალიერების უფლებამოსილება? მობილური ტელეფონების სპეციფიკიდან გამომდინარე, რამდენად არის შესაძლებელი მათ მიმართ დათვალიერების საგამოძიებო მოქმედების განხორციელება და სად გადის ზღვარი მათ დათვალიერებასა და ჩხრეკას შორის?

სსსკ-ის 125-ე მუხლის პირველი ნაწილის თანახმად, დანაშაულის კვალის, ნივთიერი მტკიცებულების აღმოჩენის, შემთხვევის ვითარებისა და სისხლის სამართლის საქმისათვის მნიშვნელობის მქონე სხვა გარემოების გარკვევის მიზნით, მხარეს უფლება აქვს, დათვალიეროს შემთხვევის ადგილი, საცავი, სადგომი, სათავსი, გვამი, საგანი, დოკუმენტი ან ინფორმაციის შემცველი სხვა ობიექტი. ხოლო ჩხრეკის მიზანია საქმისათვის მნიშვნელობის მქონე საგნის, დოკუმენტის, ნივთიერების ან ინფორმაციის შემცველი სხვა ობიექტის აღმოჩენა და ამოღება. ამდენად, როდესაც ინფორმაციის მატარებელი საგნის აღმოჩენა შესაძლებელია ე.წ. ზედაპირული დათვალიერების მეშვეობით, რაც არ უკავშირდება დაკეტილი სათავსოს/ნებისმიერი სახის საცავის გახსნას და საქმისათვის მნიშვნელოვანი ინფორმაციის მატარებლის ამოღებას, ადგილი აქვს დათვალიერებას. შესაბამისად, მობილური ტელეფონის შიგთავსის დათვალიერება, რაც მიზნად ისახავს საქმისათვის მნიშვნელოვანი ინფორმაციის აღმოჩენას, ამ ინფორმაციის ვიწრო, კონკრეტული სახის თუ ფორმატის მიუხედავად, წარმოადგენს ჩხრეკას სსსკ-ის მიზნებისათვის.

საერთაშორისო პრაქტიკა არ არის ერთგვაროვანი გადაუდებელი აუცილებლობის განმარტებასთან და მობილური ტელეფონების ამოღებასა და ჩხრეკას შორის დასაშვებ დროით ზღვართან დაკავშირებით. სასამართლოთა ნაწილის აზრით, დაკავების შემთხვევაში დაიშვება დაკავებული პირის უშუალო სარგებლობაში ანდა მისი უშუალო წვდომის არეალში არსებული საგნების ამოღება საზოგადოების უსაფრთხოების ან/და მტკიცებულებათა განადგურების თავიდან აცილების მიზნით¹⁸. მეორე ნაწილის აზრით, აღნიშნული საგნები უნდა დაიყოს: 1. საგნებად, რომლებიც დაუყოვნებლივ ასოცირდება დაპატიმრებულ პირთან და მისი მხრიდან განხორციელებულ ექსკლუზიურ კონტროლთან; 2. საგნები, რომლებზეც არ ვრცელდება ბრალდებულის უშუალო კონტროლი [მაგალითად ტვირთი]. აღნიშნული მიდგომის თანახმად, როგორც კი განხორციელდება საგნების ამოღება დაპატიმრებულის ექსკლუზიური კონტროლის სფეროდან და აღარ იარსებებს მისი მხრიდან აღნიშნული საგნებისადმი წვდომის შესაძლებლობა

¹⁸ იხ. მაგ., U.S. v Robinson, 414 U.S. 218 [1973]; U.S. v Finley- 5th Cir.- in Orso, Matthew E. [2009] cellular Phones Warrantless Searches and the New Frontier of Fourth Amendment Jurisprudence. Santa Clara Law Review 50; 183-224.

იარაღის გამოყენების ან მტკიცებულების განადგურების მიზნებისათვის, ამ საგნების არასანქცირებული ჩხრეკა სსკ-ის 121-ე მუხლზე აპელირებით არ იქნება გამართლებული¹⁹.

ცალკეულ შემთხვევაში სასამართლო კიდეც ურო აფართოებს დაკავების განმახორციელებელი პირის უფლებამოსილებას და ანიჭებს პირადი ჩხრეკის ჩატარების ბლანკეტურ უფლებას, რაც არ არის დამოკიდებული კონკრეტულ შემთხვევაში იარაღის გამოყენების ან მტკიცებულების განადგურების საფრთხის არსებობასთან. როდესაც დაკავება კანონიერია, არ მოითხოვება დამატებითი არგუმენტაცია მასთან დაკავშირებით ჩატარებული ჩხრეკის დასაბუთებისათვის. თუმცა ეს მიდგომა უარყოფილი იქნა მთელი რიგი სასამართლოების მიერ²⁰.

ჩხრეკა დაკავებული პირის შეიარაღების საგნებით

პირის დაკავებისას ბრალდებულმა დაკავების უფლებამოსილების მქონე პირს შეიძლება გაუწიოს შეიარაღებული წინააღმდეგობა და ამისათვის გამოიყენოს მის ხელთ ან მისთვის ხელმისაწვდომ დისტანციაზე არსებული ნებისმიერი იარაღი ან საგანი. აღნიშნული გამონაკლისი იძლევა დაკავებული პირის და მის უშუალო სივრცეში არსებული ტერიტორიის ჩხრეკის შესაძლებლობას სასამართლოს ex ante ნებართვის გარეშე. ასეთი ჩხრეკის წარმოების ძირითადი წინა პირობაა დაკავების კანონიერება, ე.ი. დასაბუთებული ვარაუდის არსებობა რწმენისათვის, რომ დაკავებულმა პირმა ჩაიდინა დანაშაული და არსებობს შეიარაღებული წინააღმდეგობის გაწევის საფრთხე. იმ პირობით, რომ დაკავება წინ უნდა უსწრებდეს ჩხრეკის წარმოებას, რადგან სწორედ დაკავება წარმოადგენს ამ შემთხვევაში არასანქცირებული ჩხრეკის წარმოების ერთ-ერთ წინა პირობას²¹.

დაკავების უფლებამოსილების მქონე პირის მიერ აუცილებლად სწრაფად მისაღებ ad hoc გადაწყვეტილებას წარმოადგენს იმის განსაზღვრა, თუ სად და როგორ განახორციელოს დაკავებული პირის ჩხრეკა. ვინაიდან „პირადი ჩხრეკა წარმოადგენს დანაშაულის პრევენციის, მისი დროული აღკვეთის ან მასზე რეაგირების მექანიზმს, ... ძალზე რთულია კანონით წინასწარ ყველა იმ სავარაუდო გარემოების განსაზღვრა, რომელიც ეჭვის წარმოქმნის საფუძველი შეიძლება გახდეს. ... შესაბამისი უფლებამოსილების მქონე პირი გადაწყვეტილებას შექმნილი ვითარებისა და ფაქტობრივი გარემოებების შეფასების საფუძველზე იღებს, მათ შორის დანაშაულთან დაკავშირებული გარემოებების შეფასების, საკუთარი ინტუიციის, გამოცდილების და სამართლებრივი ნორმების საფუძველზე. განსხვავებულ გარემოში ეჭვის წარმოქმნის საფუძველი შესაძლოა განსხვავებული იყოს. შესაბამისად, ვარაუდის წარმოშობა დაკავშირებულია ობიექტური გარემოებების სუბიექტურ შეფასებასთან“²². მაგრამ დაუშვებელია, რომ პირის თავისუფლებაში ჩარევა ეფუძნებოდეს მხოლოდ სუბიექტურ განცდას, წინათგრძნობას ან ინტუიციას. „ვარაუდი ისეთ ფაქტს, გარემოებას ან მათ ერთობლიობას უნდა ემყარებოდეს, რომელიც ობიექტურ დამკვირვებელს ეჭვის წარმოქმნის საფუძვლიანობაში დაარწმუნებს“²³.

¹⁹ იხ. მაგ., U.S. v Chadwick, 433 U.S.1 [1977]; U.S. v Park 2007 WL 1521573.

²⁰ Robert M. Bloom Mark S. Brodin, Criminal Procedure: The Constitution and the Police, 6th ed., 2010, 145.

²¹ Robert M. Bloom Mark S. Brodin, Criminal Procedure: The Constitution and the Police, 6th ed., 2010, 143.

²² საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 04/11/2013 წლის გადაწყვეტილება # 503-513, II-27.

²³ იქვე, II-28.

მობილურ ტელეფონებში არსებული ციფრული მონაცემები, თავისთავად, არ შეიძლება გამოყენებული იქნეს იარაღად დამკავებელი პოლიციელის ჯანმრთელობის დაზიანებისათვის. პოლიციელს შეუძლია განახორციელოს ტელეფონის ფიზიკური დათვალიერება, რომ დარწმუნდეს, ხომ არ შეიცავს/არ შეიძლება იქნეს გამოყენებული ტელეფონი იარაღად [მაგალითად, ბასრი საგანი ხომ არ არის მოთავსებული კორპუსსა და ბატარეას ან ტელეფონსა და ე.წ. ქეისს შორის], მაგრამ ტელეფონში ჩაწერილ მონაცემებს არ შეუძლია ვინმეს ფიზიკური დაზიანება. მოსაზრება, რომ მობილურის შიგთავსის დათვალიერებამ შესაძლებელია გააფრთხილოს დაკავების განმახორციელებელი პირი დაკავებულის გათავისუფლების მიზნით მისი თანამონაწილეების მხრიდან მოსალოდნელი თავდასხმის შესახებ, არ არის რელევანტური, თუ ამ საფრთხის გათვალისწინება და შეფასება არ განხორციელდება კონკრეტული საქმის ინდივიდუალური გარემოებების საფუძველზე.

მობილური ტელეფონი თვისობრივად და ხარისხობრივად განსხვავდება ყველა იმ ნივთიდან, რომელიც შეიძლება თან ჰქონდეს დაკავებულს. თანამედროვე სმარტფონებს აქვს პრაქტიკულად შეუზღუდავი შესაძლებლობები. მობილურ ტელეფონებამდე პირადი ჩხრეკა წარმოადგენდა მხოლოდ შეზღუდული მასშტაბით ჩარევას პირის პირად ცხოვრებაში და, როგორც წესი, იფარგლებოდა ფიზიკური ჩხრეკით. მაგრამ მობილურ ტელეფონებს შეუძლიათ შეინახონ მილიონობით გვერდი, ათასეულობით ფოტოსურათი, ასობით ვიდეო. უწინ ჩხრეკის მწარმოებელი პირი შესაძლებელია შემთხვევით გადაჰყროდა პირის პირად დღიურს, თუმცა დღეს მოსახლეობის 90%-ს მობილურ ტელეფონში შენახული აქვს თავისი ცხოვრების პრაქტიკულად ყველა ასპექტის ციფრული ჩანაწერი.

საქმეზე *United States v. Robinson*²⁴ სასამართლომ აღნიშნა, რომ მტკიცებულების განადგურების ან/და დაკავების მწარმოებელი პირისათვის დაზიანების მიყენების საფრთხე დამახასიათებელია ნებისმიერი დაკავებისათვის, რის გამოც, ნებისმიერი დაკავებისას გამართლებულია სასამართლოს ნებართვის გარეშე პირადი ჩხრეკის წარმოება. მათ შორის, მაშინაც, როდესაც არ არსებობს მკაფიოდ იდენტიფიცირებული საფრთხე მტკიცებულების განადგურების ან პოლიციელის უსაფრთხოებისათვის²⁵.

ნებისმიერ არაიდენტიფიცირებად ფიზიკურ ობიექტს პოტენციურად შეუძლია ზიანის მიყენება იმისდა მიუხედავად, რაოდენ მცირეც არ უნდა იყოს. მაგალითად, *Robinson*-ის საქმეში პოლიციელმა აღნიშნა, რომ მან არ იცოდა რა იდო სიგარეტის ყუთში, თუმცა ზუსტად იცოდა, რომ ეს არ იყო სიგარეტი. აღნიშნული საფრთხე არ არსებობს ტელეფონის შემთხვევაში, ვინაიდან პოლიციელმა ზუსტად იცის, რა შეიძლება იყოს იქ – ციფრული მონაცემები და, შესაბამისად, ნებისმიერი ფიზიკური საფრთხისგან ტელეფონის უსაფრთხოების უზრუნველყოფის შემთხვევაში, ტელეფონში არსებულ ციფრულ მონაცემებს აღარ შეუძლია დაკავების განმახორციელებელი ან სხვა პირისათვის ფიზიკური დაზიანების მიყენება. მოგვიანებით, სასამართლომ უკუაგდო *Robinson*-ის ტესტი მობილურ ტელეფონებთან მიმართებით. შეაფასა რა, ერთი მხრივ, დაკავებული პირის პირად ცხოვრებაში ჩარევის ინტენსივობა მობილური ტელეფონის მონაცემების ჩხრეკის გზით და, მეორე მხრივ, ლეგიტიმური საჯარო ინტერესი, აღნიშნა, რომ ინტერესთა ბალანსი ამართლებს ფიზიკურ პირად ჩხრეკას დაკავებისას, მაგრამ გაცილებით მეტ ზიანს აყენებს და ჩარევა აშკარად არათანაზომიერია დაკავებისას მობილური ტელეფონების ჩხრეკის წარმოების შემთხვევაში.

²⁴ 414 U.S. 218

²⁵ შეადარე *Chimel v. California*(395 U.S.752); *Arizona v. Gant* (556, U.S. 332).

მოგილური ტელეფონის ჩხრეკის შემთხვევაში იქმნება, ერთი მხრივ, პირის პირად ცხოვრებაში არათანაზომიერი, არაკონტროლირებადი, გაუმართლებელი ჩარევისა და საქმისათვის მნიშვნელოვანი ციფრული მტკიცებულების განადგურების საფრთხე.

საქართველოს სსკ-ის 121-ე მუხლი მიუთითებს პირადი ჩხრეკის ფარგლებში საქმისათვის მნიშვნელოვანი ინფორმაციის მატარებლების ამოღებაზე. მაგრამ, რამდენად დაიშვება აღნიშნული ინფორმაციის მატარებლების დათვალიერება ან ჩხრეკა, კანონმდებლობით მკაფიოდ რეგულირებული არ არის. იმავდროულად, ვინაიდან იგულისხმება, რომ ამოღებას ექვემდებარება მხოლოდ ის ნივთები, რომლებსაც მნიშვნელობა აქვს საქმისათვის, აღნიშნულის განსაზღვრა დაკავების განმახორციელებელ პირს, როგორც წესი, მხოლოდ 2 გზით შეუძლია: 1. როდესაც ინფორმაციის მატარებლის/ ნივთის საქმისათვის მნიშვნელობის დადგენა ხორციელდება მისი შიგთავსის დათვალიერების გზით, მაგალითად, სატრანსპორტო საშუალების დათვალიერებისას მასში გვამის, სისხლის კვალის აღმოჩენა და ა.შ. თუმცა რამდენად დაიშვება მოგილური ტელეფონის ამოღება, როდესაც კანონმდებლობა არ ითვალისწინებს მოგილურ ტელეფონებთან დაკავშირებით სპეციალურ რეგულირებას, გაურკვეველია; 2. ღია სივრცის დოქტრინაზე აპელირებით, როდესაც ნივთების დანაშაულებრივი ხასიათი ცალსახა და ნათელია, მაგ., სისხლიანი დანა, ცეცხლსასროლი იარაღი მის ტარებაზე სათანადო ნებართვის არარსებობის შემთხვევაში.

თავის მხრივ, ღია სივრცის დოქტრინის გამოყენება რამდენიმე წინა პირობას უკავშირდება:

- ჩხრეკის მწარმოებელი პირი კანონიერად უნდა იმყოფებოდეს ჩხრეკის ადგილას;
- ახორციელებდეს ელექტრონიკის ინფორმაციის მატარებლის დათვალიერებას და მას უნდა ჰქონდეს კანონიერი წვდომა აღნიშნული ობიექტისადმი;
- ღია სივრცეში არსებული ინფორმაციის მაინკრიმინირებელი ხასიათი თავიდანვე აშკარა უნდა იყოს და არ უნდა საჭიროებდეს გადამოწმებას – აღნიშნული ინფორმაციის მატარებელი მაინკრიმინირებელი ხასიათის მატარებელია თუ არა.

აღნიშნულიდან გამომდინარე, მოგილური ტელეფონის ამოღების საკითხის გადასაწყვეტად, დაკავების უფლებამოსილების მქონე პირმა: 1. ან უნდა დაათვალიეროს მოგილური ტელეფონის შიგთავსი მასში მოცემული ინფორმაციის [სურათების, მესიჯების, კონტაქტების და ა.შ.] საქმესთან შემხებლობის განსაზღვრის მიზნით; 2. ან უკლებლივ ყველა საქმეზე უნდა განახორციელოს დაკავებული პირის კუთვნილი მოგილური ტელეფონის ამოღება. ამ შემთხვევაში მას ეკისრება ტელეფონის ამოღების აუცილებლობის მტკიცების ვალდებულება, ვინაიდან იგივე 121-ე მუხლის თანახმად, ამოღებას ექვემდებარება მხოლოდ ის ნივთები და ინფორმაციის მატარებლები, რომლებსაც შესაძლებელია მნიშვნელობა ჰქონდეს გამოსაძიებელი საქმისათვის.

პირადი ჩხრეკისას, მართალია, კანონმდებლობა იძლევა შესაძლებლობას, განხორციელდეს დაკავებული ან დაპატიმრებული პირის მფლობელობაში არსებული საგნების ამოღება და მისთვის უშუალოდ და დაუყოვნებლივ ხელმისაწვდომი არეალის ჩხრეკა, ეს არ უნდა მოიცავდეს ამოღებული მოგილური ტელეფონის დაუყოვნებელ ჩხრეკას საქმისათვის მნიშვნელოვანი ინფორმაციის მატარებლების ან დანაშაულის კვალის აღმოსაჩენად. ამიტომ პერსონალური კომპიუტერების, palmtop, ელექტრონული

ორგანიზერის ჩხრეკის წარმოება მათში არსებული მონაცემების ამოღების მიზნით, საჭიროებს სასამართლოს ნებართვას, თუმცა ნებადართულია პირადი ჩხრეკისას აღმოჩენილი ნებისმიერი ამ ნივთის, zip disk-ის და ციფრული ინფორმაციის სხვა მატარებლის ამოღება²⁶.

პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობის და, მათ შორის, პერსონალური მონაცემების დაცვის ვალდებულებიდან გამომდინარე, დაკავების განმახორციელებელ პირს, სასამართლოს ნებართვის გარეშე, არ უნდა ჰქონდეს დაკავებული პირების პირადი ჩხრეკის შედეგადად მისგან ამოღებული მობილური ტელეფონების ჩხრეკის უფლება.

პირის პირადი ჩხრეკა ხორციელდება კონკრეტულ იდენტიფიცირებად დანაშაულთან მისი შემხებლობის შესახებ დასაბუთებული ვარაუდის საფუძველზე.

2. მტკიცებულებათა განადგურების საფრთხე იმ შემთხვევაშიც კი, როდესაც მობილური ტელეფონის ხელშეუხებლობა ფიზიკურად უზრუნველყოფილია, მობილურში არსებული ინფორმაცია მაინც მოწყვლად მდგომარეობაში რჩება, ვინაიდან არსებობს მისი გადაფარვის ან წაშლის შესაძლებლობა. კერძოდ, თუ მტკიცებულების განადგურების მცდელობა, როგორც წესი, უკავშირდება ბრალდებულს, რომელიც დაკავებისას ცდილობს მოიშოროს მამხილებელი მტკიცებულება, მაშინ მობილური ტელეფონის შემთხვევაში აღნიშნული მტკიცებულების განადგურება შესაძლებელია განხორციელდეს ბრალდებულის მონაწილეობის გარეშე ან მისი ნებისგან დამოუკიდებლად, მაგალითად, ტელეფონის მესხიერების მოცულობიდან გამომდინარე, ტელეფონზე დიდი რაოდენობით შემავალი ზარების განხორციელების შემთხვევაში, შესაძლებელია წაიშალოს საქმისათვის მნიშვნელოვანი ადრე განხორციელებული შემავალი და გამავალი ზარების შესახებ ინფორმაცია, ასევე, მესიჯები, დაიბლოკოს, ჩაირთოს ინფორმაციის წაშლის პროგრამა და ა.შ.

United States v Bradley²⁷ საქმეზე სასამართლომ აღნიშნა, რომ საეჭვოა მესაკუთრისათვის ადვილად განადგურებადი მტკიცებულების მფლობელობაში დატოვება, როდესაც მისთვის ცნობილია, რომ სამართალდამცავი ორგანოები ახდენენ მისი საკუთრების ჩხრეკაზე სასამართლოს ნებართვის მოპოვებას. სახელმწიფოს ინტერესი, უზრუნველყოს მტკიცებულების დაცვა განადგურებისაგან, განსაკუთრებით მაღალია, როდესაც საკითხი ეხება ციფრულ მტკიცებულებას, რადგან ასეთი მტკიცებულება ეფემერული და ადვილად განადგურებადია. მესაკუთრეებს კომპიუტერულ მოწყობილობებთან დაკავშირებით განმარტოების გაცილებით უფრო მაღალი ინტერესი გააჩნიათ, ვიდრე ტრადიციულ, დახურულ კონტეინერებთან, როგორიცაა, მაგალითად, ჩემოდანი ან საბარგული.

დღესდღეობით სპეციალიზებული კომპიუტერული პროგრამები საშუალებას აძლევს მომხმარებელს, უზრუნველყოს საკუთარი პერსონალური კომპიუტერების და მობილური ტელეფონების მონაცემების დაცვა გარეშე ჩარევისაგან, მაგ., იწვევდეს გათიშვას და ტელეფონში არსებული მასალის განადგურებას, დაბლოკვას და ა.შ.²⁸

²⁶ Marjie T. Britz, Computer Forensics and Cyber Crime- an introduction, 3rd ed., 2013, Pearson, 244.

²⁷ 2012 WL 2580807[6th Cir 2012].

²⁸ Marjie T. Britz, Computer Forensics and Cyber Crime- an introduction, 3rd ed., 2013, Pearson.

მობილურ ტელეფონში არსებული ინფორმაცია შესაძლებელია მგრძნობიარე აღმოჩნდეს ორი ტიპის დაზიანებისადმი: 1. გადაწერა/წაშლა, როდესაც ქსელში ჩართული ტელეფონი იღებს სიგნალს, რომელიც შლის მასში არსებულ მონაცემებს. მაგალითად, როდესაც მესამე პირი აგზავნის წაშლის სიგნალს ტელეფონზე ან როდესაც ტელეფონი იმგვარადაა დაპროგრამებული, რომ გარკვეულ გეოგრაფიულ არეალში შესვლის / გასვლის შემთხვევაში ავტომატურად შლის ტელეფონში არსებულ მონაცემებს [ე.წ. გეოგრაფიული ღობე]²⁹; 2. მონაცემების დაშიფვრა, ზოგიერთი თანამედროვე სმარტფონი ე.წ. პასვორდთან ერთად, ტელეფონის შიგთავსის დაცვის მიზნით, ასევე ითვალისწინებს მონაცემების დაცვას რთული დამშიფვრავი პროგრამების გამოყენებით [მაგალითად, თითის ანაბეჭდის მეშვეობით კოდირება, ბიომეტრიული იდენტიფიცირება სახის/თვალის მიხედვით და ა.შ.], რომელიც პრაქტიკულად შეუძლებელს ხდის ტელეფონის დესკრიფციას ფასვორდის გარეშე. ნაკლებად სავარაუდოა, რომ დაცვის ასეთი სისტემის მექანიზმები ტელეფონი პირადი ჩხრეკის და დაკავების წარმოებისას განბლოკილ მდგომარეობაში აღმოჩნდეს, ვინაიდან, როგორც წესი, ტელეფონები ავტომატურად იბლოკება მცირე დროის [დაახლოებით 1 წუთი] განმავლობაში ტელეფონის პასიურ მდგომარეობაში ყოფნის შემთხვევაში ან მექანიკურად შესაბამის ლილაკზე დაჭერით და სხვა.

ტელეფონში არსებული ინფორმაციის წაშლა შესაძლებელია მექანიკურად განხორციელდეს ე.წ. გაწმენდის პროგრამის გაშვებით ნებისმიერ დროს, იმ მომენტიდან, რა მომენტიდანაც პირი იმყოფება დაკავების მოლოდინში ჩხრეკის დასრულებამდე, რაც შესაძლებელია, რამდენიმე საათს გაგრძელდეს [მაგალითად, ზედაპირული დათვალიერების მიზნით პირის შეჩერებიდან დაკავებამდე]. დაკავების განმახორციელებელი პირი შესაძლებელია მოკლებული იყოს ამოღებული მობილური ტელეფონის ჩხრეკის დაუყოვნებლივ განხორციელების შესაძლებლობას.

ტელეფონის დაუბლოკავ მდგომარეობაში ამოღების შემთხვევაშიც კი შესაძლებელია, მოკლებული იყოს შესაძლებლობას, დაუყოვნებლივ განახორციელოს მობილურის ჩხრეკა, ვიდრე ტელეფონი დაიბლოკება. ამისდა მიუხედავად, გამოძიების ორგანოს შეუძლია აღნიშნული საფრთხეების თავიდან აცილება და ტელეფონში არსებული ინფორმაციის წაშლის პრევენცია ქსელიდან ტელეფონის გამორთვით [მაგალითად, ტელეფონის გამორთვით ან/და ბატარეის გამოღებით]. ხოლო ტელეფონის ავტომატურად დაბლოკვის თავიდან აცილების მიზნით. ტელეფონის რადიო ტალღებისგან იზოლირებულ სივრცეში, ე.წ. „ფარადის ჩანთაში“³⁰ [ფარადის ჩანთა – ე.წ. ალუმინის ტომსიკა, რომელიც იაფი, ადვილად გამოყენებადი, მსუბუქია და ფართოდ გამოიყენება აშშ-ში] მოთავსებით და სხვა.

პოლიციის თანამშრომლის მიერ მობილური ტელეფონის ჩხრეკა და ბოლოს შემოსული ნომრების ამოწერა შესაძლებელია გამართლებული იყოს შემავალი და გამავალი ზარების შესახებ ინფორმაციის შენახვის მობილური ტელეფონის შეზღუდული შესაძლებლობით³¹. „... მობილური ტელეფონიდან ტელეფონის ნომრების ამოწერა იმისათვის, რომ შემდეგში შემოსულმა ზარებმა არ წაშალოს უკვე არსებული ზარების შესახებ ინფორმაცია... ასეთ ვითარებაში პირს უფლება ჰქონდა, განეხორციელებინა მობილური ტელეფონის მეხსიერების ჩხრეკა დაუყოვნებლივ, რათა თავიდან აეცილებინა მტკიცებუ-

²⁹ ob. Dept. of Commerce, National Institute of Standards and Technology. R. Ayers, S. Brothers & W. Jansen, Guidelines on Mobile Device Forensics (Draft) 29,31 (SP 800-101 rev 1, Sep. 2013).

³⁰ Dept of Justice, National Institute of Justice, Electronic Crime Scene Investigation: A guide for First Responders 14,32 [2nd ed. April 2008].

³¹ U.S. v Parada 289 f. Supp. 2d 1291,1303 (D.Kan., 2003).

ლების განადგურება³². თუმცა აღნიშნული მიდგომა ერთობ საეჭვოა, ვინაიდან, მიუხედავად იმისა, რომ არსებობს შემოსული ზარების შესახებ ინფორმაციის გადაფარვის რეალური საშიშროება, პროცესის მწარმოებელ ორგანოს იგივე ინფორმაციის გამოთხოვის შესაძლებლობა გააჩნია მობილური კავშირ-გაბმულობის ოპერატორებისგან, რა დროსაც გამოირიცხება ინფორმაციის გადაფარვის, წაშლის ან განადგურების საშიშროება. შესაბამისად, პრაქტიკულად არ და ვერ იარსებებს აღნიშნულთან მიმართებით მტკიცებულების განადგურების საფრთხე. ამდენად, მიუხედავად იმისა, რომ ციფრული მტკიცებულება ადვილად განადგურებადია, სასამართლოს ნებართვის გარეშე მისი ამოღება დაიშვება მხოლოდ გადაუდებელი აუცილებლობისას. შესაბამისად, პირადი ჩხრეკისას პირისგან მობილური ტელეფონის, ipad-ის თუ პერსონალური კომპიუტერის ამოღება შესაძლებელია გამართლებული იყოს გადაუდებელი აუცილებლობით, მაგრამ მათი შეიკრების დათვალიერება ან ჩხრეკა სასამართლოს ნებართვის გარეშე უკანონოა, ვინაიდან არ არსებობს მტკიცებულების განადგურების რეალური საფრთხე³³.

როდესაც არსებობს დასაბუთებული ვარაუდი, რომ ბრალდებულის ტელეფონი შესაძლებელია დაეჭვმდებაროს ავტომატური წაშლის პროგრამის გააქტიურებას, არასანქცირებული ჩხრეკა შესაძლებელია განხორციელდეს გადაუდებელი აუცილებლობის რეჟიმში. მაგრამ გადაუდებელი აუცილებლობის არსებობა შეფასებული უნდა იქნეს საქმის ინდივიდუალურ გარემოებათა ერთობლიობის ანალიზის საფუძველზე, რაც გამორიცხავს ყველა შემთხვევაში, მობილური ტელეფონის დაუყოვნებლივ არასანქცირებული ჩხრეკის წარმოების შესაძლებლობას. გადაუდებელი აუცილებლობა შესაძლებელია არსებობდეს ტელეფონში არსებულ იმ ინფორმაციის დაცვის საჭიროებასთან მიმართებით, რომელიც შესაძლებელია არსებობდეს მხოლოდ ტელეფონში და მისი ალტერნატიული გზით მოპოვება მომავალში შეუძლებელი იქნება ან დაკავშირებული იქნება არაგონივრულ ძალისხმევასთან.

ოჰაიოს უზენაესი სასამართლოს განმარტებით, მობილური ტელეფონების სპეციფიკიდან გამომდინარე, მიუხედავად იმისა, რომ ისინი შეიცავენ ე.წ. მისამართებს და კონტაქტებს, რითაც გარკვეულწილად ჰგვანან ტელეფონების წიგნაკებს, რომელთა ჩხრეკა დაიშვება პირის დაკავებისას, ვინაიდან მათ მიმართ განმარტების ნაკლები მოლოდინი არსებობს, იმავდროულად, მობილური ტელეფონები ითავსებს კომპიუტერულ ფუნქციებსაც, შეუძლიათ განახორციელონ დიდი მოცულობის ინფორმაციის სხვადასხვა ფორმით შენახვა-გადაგზავნა, თუმცა კი მნიშვნელოვნად განსხვავდება პირადი კომპიუტერებისგან რიგი პარამეტრებით და მასშტაბებით. მაგრამ სწორედ იმიტომ, რომ მათ შეუძლიათ განახორციელონ დიდი მოცულობის პირადი ხასიათის ინფორმაციის შენახვა-გადაგზავნა, ადამიანებს მობილური ტელეფონების შეიკრებასთან მიმართებით გააჩნიათ განმარტების უფრო მაღალი მოლოდინი. სწორედ ამიტომ, დაკავების ფარგლებში განხორციელებული პირადი ჩხრეკისას მობილური ტელეფონის ამოღების გზით ხდება პოტენციური მტკიცებულების განადგურების და დაზიანების თავიდან აცილება. შესაბამისად, დაუყოვნებლივი ჩხრეკის აუცილებლობაც არ არსებობს. ამიტომ გამოძიების ორგანოებმა მობილური ტელეფონის ჩხრეკისათვის უნდა მოიპოვონ სასამართლოს ნებართვა³⁴.

სადავოა განსხვავებული მიდგომა, რომლის თანახმად, რადგან გამოძიების ორგანო დაკავების განხორციელებისას უფლებამოსილია, დაათვალიეროს სატელეფონი უბის წიგნაკი, მას ასევე უნდა შეეძ-

³² იქვე, United States v Parada; იხ. ასევე U.S. v Zamora, 2006 WL 418390; U.S. v. Young 2006 WL 1302667.

³³ Marjie T. Britz, Computer Forensics and Cyber Crime- an introduction, 3rd ed., 2013, Pearson.

³⁴ იხ. State v Smith 920, N.E.2d 949[Ohio 2009].

ლოს ტელეფონის ჩართვა მისი ნომრის იდენტიფიცირების მიზნით და ტელეფონის კონტაქტების / მისამართების წიგნის დათვალიერება³⁵. აღნიშნული წარმოადგენს პირად ცხოვრებაში „მინიმალურ“ ჩარევას, რაც გამართლებულია ინტერესთა დაბალანსების ტესტით და შედეგები შესაძლებელია გამოყენებული იქნეს შემდგომი გამოძიების მიზნებისათვის [მაგალითად, აღნიშნული ტელეფონიდან განხორციელებული და შემომავალი ზარების შესახებ ინფორმაციის მოპოვება და ა.შ.], მაგრამ უფრო ფართომასშტაბიანი ჩარევა შესაძლებელია არ იყოს გამართლებული.

Riley v California³⁶ საქმეზე მოძრაობის უსაფრთხოების წესების დარღვევისათვის პირის შეჩერებამ გამოიწვია მისი დაკავება ცეცხლსასროლი იარაღის უკანონო შეძენა, შენახვა, ტარებასთან დაკავშირებული ბრალდების საფუძველზე. პოლიციელმა პირადი ჩხრეკის შედეგად დაკავებული პირის შარვლის ჯიბიდან ამოიღო მობილური ტელეფონი, დაათვალიერა და აღმოაჩინა არაერთგვაროვანი განმეორებადი ბანდიტურ დაჯგუფებასთან ასოცირებული ტერმინოლოგია. მოგვიანებით [2 საათის შემდეგ] აღნიშნული ტელეფონი დათვალიერებული იქნა გამომძიებლის მიერ, რომელიც სპეციალიზებული იყო ბანდიტური დაჯგუფებების საქმეთა წარმოებაზე. დაკავებულს ბრალი წაყენა, მათ შორის, გამომძიებლის მიერ აღმოჩენილი ვიდეოების და ფოტოსურათების საფუძველზე. დაკავებულმა შუამდგომლობით მოითხოვა მობილური ტელეფონიდან ამოღებული მტკიცებულებების დაუშვებლად ცნობა, რაც არ დააკმაყოფილა სასამართლომ.

United States v Wurie³⁷ საქმეზე პირი დაკავებული იქნა მას შემდეგ, რაც პოლიციის თანამშრომელი შეესწრო მის მიერ ნარკოტიკული ნივთიერებით უკანონო ვაჭრობას. პოლიციის დაწესებულებაში პოლიციელმა ამოიღო დაკავებულის მობილური ტელეფონი. ტელეფონზე განხორციელდა რამდენიმე შემომავალი ზარი ერთი და იგივე ნომრიდან, რომელიც ტელეფონში აღნიშნული იყო სახელწოდებით „ჩემი სახლი“. გამომძიებელმა გახსნა ტელეფონი, ამოიწერა აღნიშნული სახელით ჩაწერილი ტელეფონის ნომერი და განახორციელა მისი ადგილმდებარეობის დადგენა, ვინაიდან, მისი აზრით, აღნიშნული მისამართი წარმოადგენდა დაკავებული პირის ბინას და მოიპოვა აღნიშნული ბინის ჩხრეკის ორდერი. ჩხრეკის შედეგად ბინიდან ამოღებული იქნა ნარკოტიკული ნივთიერება, ცეცხლსასროლი იარაღი, შეიარაღება და ფული. მოგვიანებით დაკავებულმა მოითხოვა ამოღებული მტკიცებულებების დაუშვებლად ცნობა, ვინაიდან ჩხრეკას საფუძვლად დაედო მობილური ტელეფონიდან უკანონოდ მოპოვებული ინფორმაცია. სასამართლომ შუამდგომლობა არ დააკმაყოფილა.

ახალი ტექნოლოგიების გამოყენება აჩენს ახალ კითხვებს სახელმწიფოს მხრიდან განმარტოების უფლებაში ჩარევის დასაშვებ საზღვრებთან დაკავშირებით³⁸. დღესდღეობით გამოძიების ორგანოს გააჩნია საკმარისი ტექნიკური შესაძლებლობები აღნიშნული საფრთხეების განეიტრალებისათვის, მათ შორის ტელეფონის დაბლოკვის თავიდან ასაცილებლად, რის გამოც აღნიშნული გარემოება არ წარმოადგენს უფლებაში ჩარევის საკმარის და ვარგის გამართლებას. თანამედროვე მობილურ ტელეფონებში ატვირთული ციფრული პერსონალური ხასიათის ინფორმაცია იმავდროულად სერვერებზეც არის განთავსე-

³⁵ იხ. United States v Flores-Lopez, 670 f.3d 803 [7th Cir. 2012].

³⁶ Riley v California # 13-132, 25/06/2014, Supreme Court of the USA.

³⁷ United States v Wurie, # 13-212. 25/06/2014. United States v . Wurie -ლი ეხება ძველმოდური ე.წ. ფლიპ-ტელეფონებს, ხოლო Riley v California -თანამედროვე სმარტ ფონებს.

³⁸ Marc L. Miller, Ronald F. Wright, Criminal Procedure, 4th ed., 2011, 455.

ბული, რაც დამატებით მიუთითებს არასანქცირებული ჩხრეკის წარმოების აუცილებლობის არარსებობაზე და ტელეფონიდან შესაბამისი ინფორმაციის წაშლის შემთხვევაშიც კი მისი აღდგენის შესაძლებლობაზე. იმედვორულად, ტელეფონის ჩხრეკის შემთხვევაში პრაქტიკულად შეუძლებელია ჩხრეკის არეალზე კონტროლის განხორციელება. თუ დაკავების განმახორციელებელი პირი ჩხრეკისათვის დადგენილი სტანდარტით განხორციელებს მობილური ტელეფონის ჩხრეკას, მაშინ მას იგივე წარმატებით შეუძლია სანქცირებული ჩხრეკის განხორციელებაც მისი ამოღების და მასში არსებული ინფორმაციის ე.წ. status quo-ს უზრუნველყოფით. ხოლო, თუ არასანქცირებული ჩხრეკის მიზანია ტელეფონში არსებული ინფორმაციის ე.წ. browse, მასში არსებული მთელი ინფორმაციის ფარგლებში საქმისათვის მნიშვნელოვანი რაიმე სახის ინფორმაციის მოძიების მიზნით, როდესაც დაკავებული პირისათვის დასაბუთებული ვარაუდის სტანდარტით უცნობია, შესაძლებელია თუ არა აღნიშნული ინფორმაცია არსებობდეს ტელეფონში და რომელ კატეგორიაშია მისი არსებობა შესაძლებელი, უფლებაში ჩარევა სცილდება თანაბომიერების კონსტიტუციურ სტანდარტს.

მობილური ტელეფონების არასანქცირებული ჩხრეკის ფარგლებთან დაკავშირებით შესაძლებელია არსებობდეს სამგვარი მიდგომა:

1. დაკავებული პირის მობილურის ჩხრეკის ლეგიტიმაცია, როდესაც არსებობს დასაბუთებული ვარაუდი, რომ ტელეფონი შეიცავს დანაშაულის ჩადენის მამხილებელ ან საქმისათვის მნიშვნელოვან მტკიცებულებებს. ასეთი მიდგომის შემთხვევაში პრაქტიკულად საერთოდ არ იარსებებს შეზღუდვა და ნებისმიერი დაკავებისას დაიშვება ტელეფონის სრულმასშტაბიანი ჩხრეკა;
2. არასანქცირებული ჩხრეკის შეზღუდვა მხოლოდ საქმისათვის მნიშვნელოვანი ინფორმაციით, დაკავებული პირის იდენტიფიცირების ან დაკავების განმახორციელებელი ოფიცრის/გამომძიებლის უსაფრთხოების შეზღუდვით;
3. ანალოგიის გამოყენება და მობილურ ტელეფონში არსებული ინფორმაციის ჩხრეკის დასაშვებობა, როდესაც იგივე ინფორმაციის მოპოვება ოფიცრს შეეძლო ციფრულამდელი ტელეფონებიდან. ამ შემთხვევაში პოლიციას შეუძლია, გაჩხრიკოს ტელეფონში არსებული უამრავი ინფორმაცია, მიუხედავად იმისა, რომ, როგორც წესი, ამ მოცულობის ინფორმაციას მატერიალიზებული სახით, მაღალი ალბათობით, ადამიანი არ ატარებს თან და სასამართლოებს დააყენებს გამოწვევის წინაშე, განსაზღვრონ, რომელი ციფრული ფაილი არის ფიზიკურ ჩანაწერებთან შედარებადი, არის კი ელექტრონული ფოსტა წერილის ანალოგი? გაურკვეველია, როგორ შეძლებენ გამომძიებლები გადაწყვეტილების მიღებას ჩხრეკის დაწყებამდე და რამდენად შეძლებს სასამართლო კონტროლის ეფექტიანად განხორციელებას.

იურიდიულ სამეცნიერო ლიტერატურასა და პრაქტიკაში ბოლო პერიოდში იმის დაკავებისას პოლიციელისთვის ტელეფონის მხოლოდ იმ არეალის ჩხრეკის უფლების მინიჭების საკითხი, რომელშიც გონივრულად შესაძლებელია განთავსებული იყოს ინფორმაცია, რომელიც დაკავშირებულია დაკავებულის პიროვნებასთან, გამოსაძიებელ დანაშაულთან ან ოფიცრის უსაფრთხოებასთან. აღნიშნული მიდგომა, ვფიქრობ, ნაკლებად რეალისტურია, ვინაიდან, ერთი მხრივ, საკმოდ მარტივია ინფორმაციის დამალვის და კამუფლაჟის შესაძლებლობა, მეორე მხრივ კი, ინფორმაციის დიდი მოცულობიდან გამომდინარე, გამომძიებლისათვის რთული იქნება იმის გარკვევა, თუ სად შეიძლება იყოს დამალული გამომძიებლისათვის საინტერესო ინფორმაცია[ფოტოსურათებში, მესიჯებში, მემოში, ელექტრონულ ფოსტაში თუ

სოციალური ქსელების „მესინჯერში“ ან საქმისათვის მნიშვნელოვანი რა სახის ინფორმაცია შეიძლება იყოს ტელეფონში.

იმ შემთხვევაშიც კი, თუ სატელეფონო კომუნიკაციის აქტივობის ისტორიის დათვალიერების უფლება მიენიჭება დაკავების განმახორციელებელ პირს იმ მოტივით, რომ არსებობს ძველი ზარების შესახებ ინფორმაციის წაშლის საფრთხე აღნიშნული მიდგომა, ვფიქრობ, არასწორი იქნება, ვინაიდან განხორციელებული სატელეფონო კომუნიკაციის აქტივობის ისტორია შეიცავს გაცილებით მეტ ინფორმაციას, ვიდრე მხოლოდ ტელეფონის ნომერი, მაგალითად, მნიშვნელოვანია სატელეფონო ნომრის დასათაურება, რომელ კატეგორიაშია განლაგებული, კონტაქტის სიხშირე, დრო, ხანგრძლივობა და ა.შ.

თუ დაკავებასთან დაკავშირებული პირადი ჩხრეკისას მოზილურის ჩხრეკის შესაძლებლობას დავუკავშირებთ აღნიშნული მოწყობილობის ტიპს ან/და მასში არსებულ პროგრამულ უზრუნველყოფას, მაშინ იმ შემთხვევაშიც კი, თუ პოლიციას დაკავებისას ექნება გამარტივებული ფუნქციების და შეზღუდული პროგრამული უზრუნველყოფის მქონე ტელეფონის ჩხრეკის შესაძლებლობა, [მაგალითად, ე.წ. Fitbit, რომელიც განსაზღვრავს პატრონის მიერ განხორციელებული ნაბიჯების რაოდენობას] და ბრალდებული აცხადებს, რომ მკვლელობის დღეს მთელი დღის მანძილზე სახლში იყო, ხოლო პოლიციას სურს ტელეფონის შემოწმება იმის გადამოწმებისათვის, თუ 3 დასაკავებელ პირს გავლილი ჰქონდა იმ დღეს რამდენიმე კილომეტრი, იქნება ეს ჩხრეკა ან/და დაიშვება აღნიშნული ინფორმაციის გადამოწმების მიზნით მოზილური ტელეფონის ჩხრეკის წარმოება?

მოზილურში განთავსებული ინფორმაცია იმუნიტეტით არ სარგებლობს და ხელშეუხებელი არ არის, მაგრამ ჩხრეკისათვის აუცილებელია, სასამართლო კონტოლი ჩხრეკის ფარგლების და პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობის ერთ-ერთ ყველაზე დაცულ სფეროში თვითნებური და გადამეტებული ჩარევის პრევენციისათვის.

სისხლის სამართლის პროცესის კონტექსტში დაცული სფეროები, პირველ რიგში, მოიცავს კომუნიკაციას ნებისმიერი ტექნიკური საშუალების³⁹ მეშვეობით. იდეებისა და ინფორმაციის გაცვლა, განსაკუთრებით, პირადი გამოცდილებისა და განცდების გაზიარება, ადამიანის პიროვნების უმნიშვნელოვანესი გამოვლინება და უაღრესად პირადი საკითხია.

პირადი ცხოვრების აბსოლუტურად დაცულ ძირითად სივრცეში პიროვნების განვითარება მოიცავს მისი შინაგანი პროცესების-შეგრძნებების, გრძნობების, უკიდურესად პირადი სახის შეხედულებებისა და გამოცდილებების გამოხატვის შესაძლებლობას⁴⁰. პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობისათვის განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია პირად დღიურებში, პერსონალურ კომპიუტერში, მოზილურ ტელეფონში არსებული ინფორმაციისადმი წვდომა გამოძიების მწარმოებელი ორგანოსათვის [მაგ., პირადი ელექტრონული ფოსტიდან, სოციალური ქსელების დახურული ჯგუფის ფარგლებში გამოთქმული მოსაზრებების]. ყოველ ადამიანს უნდა ჰქონდეს უფლება, მისი აზრები, ფიქრები და პირადი გამოცდილება თავისთვის შეინახოს იმ შიშის გარეშე, რომ მისი ჩანაწერები მტკიცებულებად იქნება გამოყენებული⁴¹.

³⁹ შ. ტრექსელი, ადამიანის უფლებები სისხლის სამართლის პროცესში, 2009, 567.

⁴⁰ ი. შვაბე, გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებების, 2011, 242.

⁴¹ BVerfGE a.a.O.; LG Aschaffolter a.a.O.

ტექსტური მესიჯების მეშვეობით კომუნიკაცია იმდენად გავრცელებულია, რომ ცალკეულმა ადამიანებმა ის შესაძლებელია განიხილონ როგორც არსებითი საშუალება ან აუცილებელი ინსტრუმენტი თვითგმობატვის და თვითიდენტიფიცირებისთვისაც კი, განვითარება, რაც კიდევ უფრო მეტად ამყარებს განმარტოების მოლოდინს⁴².

კონსტიტუცია არ კრძალავს მესიჯების/მეილების და ნებისმიერი სახის ჩანაწერების მტკიცებულებად გამოყენებას სისხლის სამართლის პროცესში. ჩანაწერის ტელეფონში/პერსონალურ კომპიუტერში/დღიურში გაკეთების ფაქტი არ ათავსებს ინფორმაციას აბსოლუტურად დაცულ სფეროში და არ გამოიწვევს მის ხელმისაწვდომობას სახელმწიფოსთვის⁴³. თუ არსებობს ვარაუდის საფუძველი, რომ ჩანაწერი შეიძლება ეხებოდეს დანაშაულებრივ ქმედებას და ხელს უწყობდეს მის გახსნას, კონსტიტუცია არ კრძალავს მის გამოყენებას სისხლის სამართლის პროცესში მტკიცებულებად. თუმცა ამ ჩანაწერების გაცნობისას მაქსიმალური თავშეკავებულობაა საჭირო⁴⁴.

აღნიშნული, პირველ რიგში, ეხება სწორედ მობილურ ტელეფონებში განთავსებულ ინფორმაციას. ციფრული ინფორმაციის დიდი რაოდენობის არსებობის მიუხედავად, ადამიანებმა შექმნეს ციფრული სიცოცხლის ფენომენი, რომლის ფარგლებშიც ინფორმაცია, რომელიც ადრე ფიზიკური სახით არსებობდა, კონვერტირდა ციფრულ ფორმატში⁴⁵. ფოტოსურათების, ვიდეოების, დოკუმენტების, კორესპონდენციის პერსონალური მონაცემების ფიზიკურ ფორმატში შენახვის ნაცვლად, ადამიანები ამ ინფორმაციას ინახავენ ციფრულ ფორმატში. კომპიუტერულმა ტექნოლოგიებმა შექმნა განუსაზღვრელი რაოდენობის ფაილების, სურათების და დოკუმენტების შექმნის შესაძლებლობა. სოციალური ქსელები, მაგალითად, Facebook, ინახავს მომხმარებლების 40 მილიარდ სურათს⁴⁶. ამ ინფორმაციის დიდი ნაწილი შესაძლებელია სხვებისათვისაც იყოს ხელმისაწვდომი სოციალური ქსელების მეშვეობით, ხოლო მეორე ნაწილი დაცული იყოს სხვადასხვა სახის დაშიფვრის გამოყენებით.

მობილური ტელეფონი ინახავს პირადი ხასიათის ინფორმაციას, რომლის გაზიარებაც მის პატრონს არ სურს სხვა პირებთან. ვინაიდან კომპიუტერში შესაძლებელია ინახებოდეს ინტიმური/პირადი ხასიათის ინფორმაცია, კომპიუტერები უნდა მოექცეს დაცვის იგივე კატეგორიაში, რაშიც პერსონალური ნივთები, რომელთა მიმართაც არსებობს განმარტოების მაღალი მოლოდინი⁴⁷. ეს ყველაფერი აქცევს სმარტფონებს [ასევე, პერსონალურ კომპიუტერებს და ტაბლეტებს] მნიშვნელოვანი ინფორმაციის წყაროდ გამოძიებისათვის და მიუთითებს მათდამი სამართალდამცავი ორგანოების წვდომის შეზღუდვის აუცილებლობაზე მკაცრი სასამართლო კონტროლის პირობით.

თანამედროვე ტექნოლოგიების პირობებში, ლეგიტიმური საჯარო ინტერესის დაცვის მოტივით, დაკავების განმხორციელებელი პირების მიერ მობილური ტელეფონის თვითნებური ჩხრეკა ქმნის, თუნდაც

⁴² Hannibal Travis[ed.] Cyberspace Law, გვ. 239.

⁴³ გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება [BVerfGE] 6, 32, <41>, 54, 143, <146>, ე.წ. „დამკვიდრებული პრაქტიკა“.

⁴⁴ გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს განჩინება – 17.11.2007 2 BvR 518/07; BVerfGE 80, 367 374).

⁴⁵ Rayming Chang, Why the Plain View Doctrine Should Not Apply to Digital Evidence, 12 SUFFOLK J. Trial &App. Advoc. 31,35(2007).

⁴⁶ ib. Data, Data Everywhere, The Economist. Feb. 25, 2010.

⁴⁷ ib United States v Andrus 488 F.3d 711,718[10th Cir. 2007].

მინიმალური განმარტოების უფლების გაქრობის საშიშროებას⁴⁸. ამიტომ დაკავების განმხორციელებელი პირისათვის დაკავებისას მოზილური ტელეფონის ამოღების უფლებამოსილების მინიჭება მისი ჩხრეკის სასამართლო ნებართვის მოპოვებამდე გადავადების პირობით,⁴⁹ მართალია, ზღუდავს დაკავებული პირის საკუთრებით ინტერესებს, მაგრამ იცავს უფრო ღირებულ, პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობის უფლებას და უზრუნველყოფს უფლებაში ჩარევის თანაზომიერების მოთხოვნის დაცვას.

დასკვნა

ადამიანების უმეტესობისათვის მოზილური ტელეფონები მათი ყველაზე პირადული სფეროა, რომელთა ჩხრეკა უკავშირდება გაცილებით უფრო მაღალი ინტენსივობით პირად ცხოვრებაში ჩარევას საფულის, ხელჩანთის ან სხვა სახის ხელბარგის ჩხრეკასთან შედარებით. ამიტომ ტელეფონის ჩხრეკის წარმოება იმაზე აპელირებით, რომ პირადი ჩხრეკისას გამომძიებელს აქვს ხელბარგის ჩხრეკის უფლება, არასწორია.

კანონმდებლობამ უნდა დააბალანსოს 3 სიკეთე: სამართალდამცავი სისტემის საჭიროებები, პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობა და ტექნოლოგიური გამოწვევები.⁵⁰ მოზილურ ტელეფონებში არსებული ინფორმაციის მნიშვნელობის მიუხედავად, გამოძიებისათვის, დაკავების მწარმოებელ პირს არ უნდა ჰქონდეს წვდომა მოზილურ ტელეფონში არსებული მთელი ინფორმაციისადმი მხოლოდ იმიტომ, რომ დაკავების მომენტში პირს აღმოაჩნდა მოზილური ტელეფონი. წინააღმდეგ შემთხვევაში ტელეფონში შენახული ინფორმაციის ხელშეუხებლობის უზრუნველყოფისათვის, პირს მოუწევს მოზილური ტელეფონის სახლში დატოვება, რაც ცხოვრების თანამედროვე წესიდან გამომდინარე, პრაქტიკულად წარმოუდგენელია.

ის, რომ თანამედროვე ტექნოლოგიური პროგრესი საშუალებას აძლევს ადამიანს, ხელთ იქონიოს მუდმივად აურაცხელი მოცულობის ინფორმაცია, რომელსაც ინახავს მისი მოზილური, არ გულისხმობს, რომ ეს ინფორმაცია დაცულობის უფრო დაბალი სტანდარტით უნდა სარგებლობდეს სახლში/ სამსახურში თუ სხვა დაწესებულებაში [მაგალითად, ბანკში და, მეორე მხრივ, ტელეფონზე მოსული შეტყობინებები განხორციელებული ფინანსური ტრანსაქციების და ბალანსის შესახებ] დაცულ ინფორმაციასთან შედარებით. პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობის გარანტია იცავს პირის საკუთრებით ინტერესს თავად ინფორმაციის და არა ინფორმაციის მატარებლის მიმართ. შესაბამისად, იცავს არა ფურცელს ან ელექტრონულ მატარებელს, რომელზეც ჩაწერილია ინფორმაცია, არამედ ინფორმაციას, რომელიც მოცემულია ამ დისკსა თუ მატარებელზე. ამიტომ ინფორმაციის დათვალიერება ან/და მისი შინაარსის გაცნობა ზღუდავს განმარტოების უფლებას მაშინაც, თუ თავად ინფორმაციის მატარებელი არ არის ამოღებული.

კანონმდებლობა და სასამართლო პრაქტიკა უნდა ითვალისწინებდეს სპეციალურ რეგულირებას მოზილური ტელეფონების ჩხრეკის გონივრულად განხორციელებისათვის,⁵¹ რაც გულისხმობს, ერთი მხრივ,

⁴⁸ Marjie T. Britz, *Computer Forensics and Cyber Crime*, 3rd ed., 2013, Pearson, 247.

⁴⁹ *ob. United Steta v Bradley*, 2012 WL 2580807[6th Cir 2012].

⁵⁰ Marjie T. Britz, *Computer Forensics and Cyber Crime- an introduction*, 3rd ed., 2013, 254.

⁵¹ J.Nasser, 'the Digital and Internet age meets the Law of Search and Seizure' as the SCC clarifies the law on Search warrants and computers in *R v. Vu*, *Canadian Appeals Monitor*, 19/11/2013.

მობილური ტელეფონების ჩხრეკის პროცედურების რეგულირებას, ხოლო, მეორე მხრივ, ჩხრეკის წარმოებისათვის საჭირო მტკიცებულებითი სტანდარტის ზედმიწევნით, ნათლად განსაზღვრას, რაც დააკმაყოფილებს გონივრულობის და სამართლებრივი სიცხადის სტანდარტს; მობილური ტელეფონის ჩხრეკის დაუშვებლობას წვრილმანი და მცირე მნიშვნელობის მქონე დანაშაულის გამოძიების მიზნებისათვის; პირადი ჩხრეკის წარმოებისას აღმოჩენილი მობილური ტელეფონის მხოლოდ ამოღების უფლებამოსილებას, მისი შიგთავსის ჩხრეკის გარეშე და ადგენდეს გონივრულ ვადას, სასამართლოს ნებართვის საფუძველზე, მობილური ტელეფონის ჩხრეკის წარმოებისათვის.

სასამართლოს განჩინების სავალდებულოება უზრუნველყოფს მობილური ტელეფონის მფლობელის და მესამე პირთა პირადი ცხოვრებით დაცულ სფეროში ჩარევის მინიმზაციის და აუცილებლობის სტანდარტებს, პირადი ხასიათის ინფორმაციისადმი თვითნებური ხელმისაწვდომობის თავიდან აცილებას.

ამდენად, დაკავების და პირადი ჩხრეკის მარეგულირებელი კანონმდებლობა არ ითვალისწინებს სათანადო გარანტიებს მობილური ტელეფონების ჩხრეკის და პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობის უზრუნველყოფისათვის. სპეციალური კანონმდებლობის არარსებობის პირობებში, მოძველებული სტანდარტების გამოყენება ქმნის კერძო პირის პირად ცხოვრებაში გაუმართლებელი ჩარევის საფრთხეს და შესაძლებლობას.

მობილურ ტელეფონებში არსებული ინფორმაციის სპეციფიკა და მრავალფეროვნება მიუთითებს ციფრული განმარტოების უფლების უზრუნველყოფისათვის უფრო მაღალი სტანდარტის დაწესების აუცილებლობაზე ციფრული მატარებლების ჩხრეკისა და პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობის შეზღუდვისათვის.

შედარებითი სამართლის მეთოდოლოგიის გამოყენება პრაქტიკაში

პრაზიდენტისა და პრემიერ-მინისტრის უფლებამოსილებათა გდანაწილება
საქართველოში, საფრანგეთსა და გერმანიაში

2014 წლის 22 ოქტომბერს თბილისში ჩატარდა საერთაშორისო კონფერენცია, რომელიც 2010 წლის საკონსტიტუციო რეფორმას ეძღვნებოდა. კონფერენცია მიზნად ისახავდა, დაედგინა, თუ როგორ შეიძლება რეფორმის კლასიფიცირება კონსტიტუციური თეორიის ქრილში და შეესწავლა თეორიის გამოყენება პრაქტიკაში. ამას გარდა, კონფერენციაზე უნდა გარკვეულიყო საქართველოს პრეზიდენტის ფუნქციები და პასუხისმგებლობები რეფორმის შემდგომ. პირველ რიგში, სტატიაში განვიხილავთ შედარებითი სამართლის მეთოდოლოგიას (I.), შემდეგ თავში კი ყურადღებას გავამახვილებთ საქართველოში დღეს არსებულ მდგომარეობაზე (II.). ამას გარდა, მე-3 ნაწილში დაწვრილებით აღვწერთ უფლებამოსილებათა განაწილებას საფრანგეთში (III.) და შევადარებთ ქართულ სისტემას. სტატიის დასასრულს გერმანიის კონსტიტუციასთან გავაგებებთ პარალელებს (IV.) და კვლევის შედეგებს რამდენიმე თეზისად შევაჯამებთ.

I. მეთოდოლოგიური საფუძვლები

სხვადასხვა სამართლებრივი სისტემის შედარებისას, პირველ რიგში, უნდა გადაწყდეს მეთოდოლოგიური მიდგომების საკითხი¹. ეს სასურველია არა მხოლოდ იმიტომ, რომ შედარებას ლოგიკური სტრუქტურა ჰქონდეს, არამედ აუცილებელიცაა, რათა სხვა ავტორების მიერ გამოყენებულ მეთოდებთან თანხვედრას მივაღწიოთ რაღაც ხარისხით მაინც, წინააღმდეგ შემთხვევაში, შეუძლებელი იქნება შედარებითი სამართლებრივი ანალიზისას მიღებული შედეგების შედარება. ამ მოსაზრების გათვალისწინებით, ეს სტატია ეყრდნობა ფუნქციონალურობის პრინციპს, რომელიც სამეცნიერო დისკურსში ყველაზე სასურველ მეთოდად მიიჩნევა *შედარებითი სამართალში*². ეს კი ნიშნავს, რომ რამდენადაც სამართლებ-

* სტატიის ავტორი ვ. ბაბეკი პრაქტიკოსი იურისტი. ის მუშაობს გერმანიაში, ინგლისში, უელსსა და ავსტრალიაში. ამასთან, ის ავსტრალიის რობინს ბონდის უნივერსიტეტის ადიუნქტ-პროფესორი და ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტის საპატიო დოქტორია. ჯულიან ერფურტი და ბიორნ შტაინროტერი ჰანოვერის ლაიბნიცის უნივერსიტეტის პროფესორები არიან.

¹ აქ „შედარებითი სამართალში“ იგულისხმება დისციპლინა, რომლის მიზანია უცხო ქვეყნის სამართლის აღწერა ეროვნული სამართლის თვალთახედვიდან და ეროვნული მიმღების გათვალისწინებით. იხ. Hoecke, EU Working Paper LAW no. 2002/13, გვ. 1.

² იხ. ამ მოსაზრების კრიტიკა: Platas, Electronic Journal of Comparative Law, კრ. 12.3 (დეკემბერი 2008).

რივი ფორმები თუ ნორმები ერთსა და იმავე ფუნქციას ასრულებენ სამართალში, მათი შედარება *prima facie* შესაძლებელია³. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, ფუნქციონალურობის მიხედვით, ფოკუსირება ხდება იმაზე, თუ როგორ ოპერირებს უცხო ქვეყნის კანონი მოცემული სამართლის სისტემის კონკრეტულ სფეროში. ამ კონტექსტში სხვადასხვა სამართლებრივი სისტემის ფორმალური (სამართლებრივი) მოთხოვნები ნაკლებად მნიშვნელოვანი ხდება.

მნიშვნელოვანი საკითხია, მივიღოთ თუ არა მხედველობაში სამართლებრივი ასპექტების გარდა ისტორიული, პოლიტიკური, სოციოლოგიური, კულტურული თუ ეკონომიკური მახასიათებლები, განსაკუთრებით, საკონსტიტუციო სამართლის სფეროში⁴. ამ სტატიის ავტორთა აზრით, ეს აუცილებელია უცხო ქვეყნის სამართლებრივი წესრიგის შესახებ ცოდნის მისაღებად, მიუხედავად ეპისტემოლოგიური ბარიერებისა, რომლებსაც იურისტი აწყდება დისციპლინათაშორის სფეროში⁵.

მუშაობისას ამ მიდგომას გავითვალისწინებთ, პოლიტიკური მეცნიერებიდან მოვიხმობთ წყაროებს და გამოვიყენებთ შეფასებისას.

II. მოვლენათა გენეტიკა საქართველოში და თავდაპირველი მდგომარეობა

კონსტიტუციის ისტორიული განვითარების თვალსაზრისით, მართებული იქნება, თუ მხოლოდ კონსტიტუციის ტექსტის შესწავლას არ დავჯერდებით და გავითვალისწინებთ, რომ საქართველოს პრეზიდენტი არ არის ნეიტრალური არბიტრი, პირიქით, ის აქტიურ როლს თამაშობს ქვეყნის პოლიტიკაში ამ ბოლო ოცდაათი წლის განმავლობაში⁶. კონსტიტუცია⁷, რომელიც 2013 წელს შევიდა ძალაში, ნამდვილად ისახავდა მიზნად პრეზიდენტის მიერ მონოპოლიზებული ძალაუფლების გადანაწილებას პარლამენტსა და მთავრობაზე და ამ უკანასკნელთა პოლიტიკური უფლებამოსილებების გაძლიერებას⁸. ამ დასკვნას გავითვალისწინებთ ინტერპრეტაციის მთელ პროცესში (კონსტიტუციის გენეზისი ინტერპრეტაციის ერთ-ერთი წყარო იქნება).

და მაინც, ჩნდება კითხვა, თუ რამდენად შორსმიმავალი იყო ეს მიზანი და რა შედეგების მოლოდინი ჰქონდა. ახალი საკონსტიტუციო სისტემის მაღალი რანგის თანამდებობის პირთა მოსაზრებებიც განსხვავებულია როგორც ზოგადად კომპეტენციების ზუსტი ინტერპრეტაციისა და მათი პრაქტიკაში გა-

³ იხ. Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, Tübingen, Mohr Siebeck, 3rd ed., 1996, გვ. 33.

⁴ შემდგომი დისკუსიისთვის იხ.: Smith, Bond Law Review, Vol. 15 (2003), Iss. 2, Art. 5, გვ. 20, 21.

⁵ ერთ-ერთი მაგალითი იმისა, რომ სამართლებრივი ნორმა უკეთ გაიზრება მხოლოდ ეკონომიკურ კონტექსტში, გახლავთ საბანკო რეგულაციები, რომლებიც მსოფლიო ფინანსური კრიზისისა და მთავრობის დავალიანებასთან დაკავშირებული კრიზისის შემდგომ დაწესდა. იხ. Babeck, Forum Recht, 4/2002; Gaul, in: Christian Boulanger (ed.), Recht in der Transformation. Rechts- und Verfassungswandel in Mittel- und Osteuropa, Wiss.-Verl., 2002, გვ. 63-84.

⁶ იხ. ი. კობახიძე, Challenging Aspects of Georgia's New Constitutional System, as stated at the conference in Tbilisi on the 22nd of October 2014. (საქართველოს ახალი კონსტიტუციური სისტემის გამოწვევები, გამოსვლა 2014 წლის 22 ოქტომბრის კონფერენციაზე).

⁷ უფრო მეტი ინფორმაცია რეფორმის პროცესზე იხ. Babeck/Fish/Reichenbecher, Rewriting a Constitution: Georgias's shift towards Europe, 2012. (კონსტიტუციის ხელახლა დაწერა: საქართველოს მოზრუნება ევროპისკენ)

⁸ იხ. ი. კობახიძე, Challenging Aspects of Georgia's New Constitutional System, as stated at the conference in Tbilisi on the 22nd of October 2014. (საქართველოს ახალი კონსტიტუციური სისტემის გამოწვევები...).

მოყენების კუთხით, ასევე იმ საკითხის გარშემო, თუ რომელ ჯგუფს უნდა მიეკუთვნებოდეს ქართული სისტემა – საპარლამენტოს თუ ნახევრად საპრეზიდენტოს, თუ ის ამ ორივე სისტემის შერეულ სახეს წარმოადგენს. თუმცა ყველაზე მნიშვნელოვანი, კონსტიტუციის მოქმედი ტექსტის გარდა, რეფორმირებული კონსტიტუციის პრაქტიკაში დანერგვა. თავად კონსტიტუცია, ბუნებრივია, ამ თვალსაზრისით სრულყოფილი არ არის და, შესაბამისად, ხელშეკრულებებსა და ზეპირ შეთანხმებებს მოვიხმობთ ხარვეზების შესავსებად. მისი პრაქტიკაში განხორციელება კი პასუხისმგებელ საკონსტიტუციო უწყებებს შორის კონსტრუქციული დიალოგის გამართვას მოითხოვს⁹.

სამართლებრივ შედარებაში, რომელსაც გთავაზობთ, ვეცდებით, ზემოთ ჩამოთვლილ კითხვებს ვუპასუხოთ. შედარებისთვის ფრანგული და გერმანული საკონსტიტუციო სისტემები შევარჩიეთ, ანუ ნახევრად საპრეზიდენტო და საპარლამენტო. საქართველოს კონსტიტუცია შეიძლება ამ ორ სისტემას შორის მოვათავსოთ. საფრანგეთის კონსტიტუციის პრაქტიკაში მუშაობაზე დაკვირვება გვიჩვენებს, რომ ის ხანდახან სცილდება კონსტიტუციის არაორაზროვან ფორმულირებას. მაგრამ ეს არ ნიშნავს, რომ ჩვენ მომხრენი ვართ კონსტიტუციის დებულებების დარღვევის ან გახალისებით დარღვევას. ფრანგული კონსტიტუციის განვითარებას რომ თვალი გადავავლოთ, შეიძლება წარმოდგენა შეგვექმნას იმაზე, თუ როგორ უნდა იმოქმედონ პასუხისმგებელმა კონსტიტუციურმა უწყებებმა, რომ ქართული კონსტიტუცია ქვეყნის სასიკეთოდ და რაციონალურად განმარტონ საკონსტიტუციო სასამართლოს დახმარების გარეშე. რადგან საკონსტიტუციო სასამართლოს განხილვის პროცესმა შეიძლება დიდი დრო წაიღოს და იურიდიული ბუნდოვანებაც წარმოქმნას.

ფრანგული, გერმანული და ქართული კონსტიტუციების შედარებისას, უპირველეს ყოვლისა, ძალაუფლების განაწილების ფრანგულ თავისებურებებს გამოვყოფთ, შემდეგ გერმანულისას და ბოლოს ქართული კონსტიტუციის ფუნქციურად მსგავს დებულებებს განვიხილავთ. ქართულ კონსტიტუციასთან შედარებულ მონაკვეთებს მკითხველი კურსივით დაბეჭდილს გაეცნობა ყოველი ქვეთავის ბოლოს.

III. ფრანგული ნახევრად საპრეზიდენტო სისტემა

1. წინასწარი შენიშვნები და კონსტიტუციური სტრუქტურის მონახაზი

საფრანგეთის მე-3 და მე-4 რესპუბლიკა საპარლამენტოს წარმოადგენდა, ხოლო ახლანდელი – მე-5 რესპუბლიკის პოლიტიკური სისტემა, 1958 წლიდან დღემდე, მაგალითია „ნახევრად საპრეზიდენტო“ და „რაციონალიზებული საპარლამენტო“ სისტემისა. პრემიერ-მინისტრი როგორც ქვეყნის მეთაური, პარლამენტის მიერ არ აირჩევა. ის პირდაპირ ხალხის მიერ არის არჩეული და დანიშნული. მთავრობა ანგარიშვალდებულია, დემოკრატიულად ლეგიტიმირებული პარლამენტის წინაშე, ხოლო პრეზიდენტი არ შეიძლება ეროვნული ასამბლეის წინაშე იყოს ანგარიშვალდებული; მისი მოქმედებები საკონსტიტუციო სასამართლოს შესწავლის ობიექტი არ არის.

⁹ იხ. გ. ბაბეკი; Babeck, Lessons from Georgia. A role model for constitutional reform?, p. 73 in Babeck/Fish/Reichenbecher, Rewriting a Constitution: Georgia's shift toward Europe (საქართველოში მიღებული გაცვეთილები. მოდელი საკონსტიტუციო რეფორმისთვის. კონსტიტუციის ხელახლა დაწერა: საქართველოს მოზრუნება ევროპისკენ).

პრეზიდენტისა და პრემიერ-მინისტრის უფლებამოსილებათა გამიჯვნა ხშირად რთულია¹⁰. ეს ნაწილობრივ იმით აიხსნება, რომ კონსტიტუციის ზოგიერთი მუხლის ფორმულირება ბუნდოვანია. ამას გარდა, ფრანგული კონსტიტუცია აბსტრაქტულად შემოფარგლავს სხვადასხვა ფუნქციას, რაც ართულებს მკაფიო სამართლებრივი დასკვნის გამოტანას და, გარკვეულწილად, პოლიტიკურ ფილოსოფიაზე სვამს მახვილს¹¹. კიდევ უფრო ამძიმებს საქმეს კონსტიტუციის მკაფიო ფორმულირებებისგან სერიოზული გადახრები, რაც რეალობაში საკმაოდ ხშირად ხდება.

უდავოა, რომ საფრანგეთის პრეზიდენტს საკმაოდ ძლიერი კონსტიტუციური ფუნქცია აქვს მთავრობის შიგნით და რეალურად გადაწყვეტილების მიმღების პოზიცია უჭირავს¹², მაგრამ, ამავე დროს, მიიჩნევა, რომ აღმასრულებელ ხელისუფლებას ორმაგი ხელმძღვანელობა ჰყავს, იერარქია ფორმალურად არ არსებობს¹³.

მნიშვნელოვანია იმის გარკვევა, არიან თუ არა პრეზიდენტი და პრემიერ-მინისტრი ერთი და იმავე პარტიის წარმომადგენლები. 2012 წლის საკონსტიტუციო რეფორმამდე ფრანგულ ნახევრად საპრეზიდენტო სისტემას ერთი დინამიკური კომპონენტი ჰქონდა, კერძოდ, პრეზიდენტსა და პრემიერ-მინისტრს შორის ძალთა განაწილება პარლამენტში წარმოდგენილ უმრავლესობაზე იყო დამოკიდებული, პრემიერ-მინისტრი არ იყო პირდაპირ დემოკრატიულად ლეგიტიმირებული, მაგრამ ის, რომ ძალების გადანაცვლება საპარლამენტო უმრავლესობის ჩამოყალიბებას მოჰყვებოდა თან, მას უფრო ახლად ლეგიტიმურს ხდიდა¹⁴. ასე რომ, ჩვეულებრივ, პრეზიდენტი de facto წარმომადგენდა „საპარლამენტო უმრავლესობის ლიდერს“, ხოლო კოჰაბიტაციის პერიოდში პრემიერ-მინისტრიც ხდებოდა ლიდერი. ამ გარემოებებს, როგორც წესი, მკაფიოდ და საჯაროდ არ აღნიშნავდნენ, რადგან არსებობდა იმის მოლოდინი, რომ პრეზიდენტს უფრო დიდი გავლენა უნდა ჰქონოდა, ვიდრე პოლიტიკურ პარტიებს¹⁵.

- იმ პერიოდში, როცა კოჰაბიტაციის რეჟიმში არ მუშაობდნენ (ჰომოგენური უმრავლესობა), პრეზიდენტი განსაზღვრავდა საგარეო და საშინაო პოლიტიკის ძირითად მიმართულებებს და იღებდა გადაწყვეტილებას პრემიერ-მინისტრის კანდიდატურაზე. ბუნებრივია, რომ ინტერესთა კონფლიქტს არ ჰქონია ადგილი. პრეზიდენტი თავისუფალი იყო თავის არჩევანში, გადაეწყვიტა, თუ რა წარმომადგენდა მნიშვნელოვან საკითხებს მიმდინარე პოლიტიკურ ცხოვრებაში¹⁶. 2012 წლის საკონსტიტუციო რეფორმის შემდეგ სიტუაცია შეიცვალა.
- კოჰაბიტაციის პერიოდში (ჰეტერეგონული უმრავლესობები) პრეზიდენტის უფლებამოსილებები შემოფარგლული იყო საგარეო და თავდაცვის პოლიტიკით. პრემიერ-მინისტრი კი შიდა საქმეებსა და ეკონომიკურ საკითხებზე მუშაობდა, ასევე იღებდა ყოველდღიურ გადაწყვეტილებებს. საფრან-

¹⁰ იხ. Knapp/Wright, *The Government and Politics of France*, Oxon, 5th ed. 2006, გვ. 136: "institutionalised tension" (საფრანგეთის ხელისუფლება და პოლიტიკა, გვ. 123, „ინსტიტუციონალიზებული დაძაბულობა“).

¹¹ იხ. R. Grote, *Das Regierungssystem der V. französischen Republik – Verfassungstheorie und -praxis*, Baden-Baden, 1995, გვ. 321.

¹² იხ. J. Hartmann, *Westliche Regierungssysteme, Parlamentarismus, präsidentielles und semi-präsidentielles Regierungssystem*, Wiesbaden, 2nd ed. 2005, გვ. 181.

¹³ იხ. R. Grote, გვ. 322.

¹⁴ იხ. Knapp/Wright, გვ. 96.

¹⁵ იხ. R. Grote, გვ. 319.

¹⁶ იხ. R. Grote, გვ. 326, 328.

გეთის პრეზიდენტს შეეძლო ჰომოგენური უმრავლესობა დაებრუნებინა პარლამენტში (დაითხოვდა ეროვნულ ასამბლეას), როცა კი ამის შესაძლებლობა გამოუჩნდებოდა.

- გოლისტური მიდგომა, რომელიც გულისხმობდა პრეზიდენტისთვის ზოგადად პოლიტიკური სახელმძღვანელო პრინციპების განსაზღვრის უფლებამოსილების მინიჭებას, ხოლო პრემიერ-მინისტრისთვის მიმდინარე პრობლემების გადაჭრის ძალაუფლების მინიჭებას, ზუსტად არ შეესაბამებოდა რეალობას. ამას გარდა, ეროვნული ასამბლეის უმრავლესობა¹⁷ წყვეტდა, de facto შეეძლო თუ არა პრეზიდენტს გაეზარდა თავისი უფლებამოსილებები და შეეტანა თუ არა თავის დღის წესრიგში უფრო „სერიოზული“ საკითხები¹⁸.

2002 წლის კონსტიტუციურმა რეფორმამ პრეზიდენტის ვადა 5 წლით და სულ ორი ვადით განსაზღვრა. შედეგად პარლამენტის უფლებამოსილებისა და საპრეზიდენტო ვადები ერთმანეთს დაემთხვა, რითაც კოჰაბიტაციის პერსპექტივაც შემცირდა¹⁹.

ამ სტატიის მიზნებისთვის არაკოჰაბიტაციის რეჟიმს როგორც ნორმას ისე შევხებით.

2. კომპეტენციების განაწილება პრეზიდენტსა და პრემიერ-მინისტრს შორის

დემოკრატიული ლეგიტიმაციის მიზეზით, საფრანგეთის პრეზიდენტი მთავარ როლს თამაშობს კონსტიტუციის მიხედვით („რესპუბლიკელი მონარქი“)²⁰.

საქართველო: საქართველოს პრეზიდენტიც ხალხის მიერ აირჩევა პირდაპირი წესით (მუხლი 70). ეს შეიძლება განვიხილოთ როგორც მინიშნება ფართო პოლიტიკური კომპეტენციებით სარგებლობაზე. თუმცა უნდა აღინიშნოს, რომ პირდაპირი დემოკრატიული ლეგიტიმაცია ყოველთვის ამ შედეგს არ გულისხმობს. ამის დამამტკიცებლები არიან ევროკავშირის 25 წევრი სახელმწიფოს პრეზიდენტები²¹, რომლებიც პირდაპირი წესით აირჩევიან, მაგრამ ყოველთვის მთავარი და მნიშვნელოვანი პოზიცია არ უჭირავთ აღმასრულებელ ხელისუფლებაში.

კონსტიტუციის მე-20 მუხლის მიხედვით, პრემიერ-მინისტრს, როგორც მთავრობის მეთაურს, თავისი საკუთარი ადმინისტრაცია ემსახურება. პრეზიდენტს კი ეკვივალენტური აპარატი არ გააჩნია თავისი გადაწყვეტილებების შესასრულებლად. მას დახმარებას უწევს მხოლოდ პოლიტიკურ და ადმინისტრაციულ მრჩეველთა ჯგუფი, რომლის ფუნქციები არ განისაზღვრება კონსტიტუციით და მრჩეველების რაოდენობაც დავალებათა მიხედვით იცვლება²². მე-5 რესპუბლიკის დროს პრემიერ-მინისტრი „მხოლოდ“ პრეზიდენტის „პირველი მინისტრია ან მას ექვემდებარება“²³. ის აღარ არის *Président du Conseil*, ანუ

¹⁷ ამასთან დაკავშირებით განსაკუთრებით იხ. R. Grote, გვ. 319 და ასევე Knapp/Wright, გვ. 109.

¹⁸ უწინ პრეზიდენტიც და პრემიერ-მინისტრიც ერთი პარტიის (გოლისტი) წევრები იყვნენ. პირველად კოჰაბიტაციის რეჟიმში მათ 1986 წელს მოუწიათ მუშაობა, როცა პრეზიდენტმა მიტერანმა დაკარგა უმრავლესობა ეროვნულ ასამბლეაში.

¹⁹ იხ. U. Kempf, *Das politische System Frankreichs*, Wiesbaden, 4th ed. 2007, გვ. 33.

²⁰ იხ. U. Schild, *Der französische Präsident, Verkörperung einer zentralistischen politischen Macht*, 2013.

²¹ იხ. I. Kobakhidze, *Challenging Aspects of Georgia's New Constitutional System*. ი. კობახიძე, საქართველოს ახალი კონსტიტუციური სისტემის გამოწვევები.

²² იხ. R. Grote, გვ. 218.

²³ როგორც უ. კემპფი ამბობს, ეს „შუა საუკუნეების ურთიერთობებია“, იხ. U. Kempf, გვ. 50; გვ. 85; რ. გროტი მას ასე ახასიათებს: „მეორე კაცი სახელმწიფოში და პირველი – მთავრობაში“. იხ. Grote, გვ. 302.

მინისტრთა საბჭოს თავმჯდომარე. პრემიერ-მინისტრი არბიტრის როლს ასრულებს, ერთი მხრივ, პრეზიდენტსა და მინისტრთა კაბინეტს შორის და, მეორე მხრივ, პრეზიდენტსა და საპარლამენტო უმრავლესობას შორის. და, მიუხედავად იმისა, რომ ფორმალურად ის პრეზიდენტს უთანაბრდება, პრაქტიკაში მას ექვემდებარება²⁴.

მთავრობის ყველაზე მნიშვნელოვანი ფუნქციები და პრემიერ-მინისტრის ზოგიერთი უფლებამოსილება განმტკიცებულია კონსტიტუციის მე-20 და 23-ე მუხლებში. ერთი შეხედვით, კონსტიტუციის დებულებები პრემიერ-მინისტრს ფართო უფლებამოსილებებს ანიჭებს. ეს, სულ მცირე, ძალთა თანასწორ გადაწოდებას გულისხმობს პრეზიდენტსა და მთავრობას, მათ შორის, პრემიერ-მინისტრს შორის²⁵.

იმის გამო, რომ, ტრადიციისამებრ, პრეზიდენტისა და პრემიერ-მინისტრის დისკურსი ღია და რეგულარულია პრემიერ-მინისტრის უფრო ფორმალური უფლებების, მაგალითად, ინიციატივით გამოსვლისა და კონსულტაციების გაწევის თემებზე, ჯერჯერობით ინტერესთა კონფლიქტს არ ჰქონია ადგილი ამ მიმართულებით. თუმცა დე გოლის შემდგომდროინდელ რეალობაში კონსტიტუციის მუშაობა „მკვეთრად განსხვავდება კონსტიტუციის ტექსტისგან“²⁶ მეთოდოლოგიური თვალსაზრისით. კონსტიტუციის პრაქტიკაში გამოყენების ცვალებადობა „ჩვეულებით საკონსტიტუციო სამართალს“²⁸ ეფუძნება.

საქართველო: კონსტიტუციის 79-ე მუხლი ეხება პრემიერ-მინისტრის როლს სამთავრობო სისტემაში. პირველი პუნქტი მკაფიოდ ადგენს, რომ პრემიერ-მინისტრი მთავრობის მეთაურია. მთავრობა კი, თავის მხრივ, აღმასრულებელი ხელისუფლების უმაღლესი ორგანოა, როგორც ამას 78-ე მუხლის პირველი პუნქტი კითხულობთ. ასე რომ, პრემიერ-მინისტრს პოლიტიკური ლიდერის როლიც აქვს მინიჭებული.

ა) პოლიტიკური ზეგავლენა

საფრანგეთის პრეზიდენტის ძლიერი როლი მხოლოდ პირდაპირი დემოკრატიული ლეგიტიმაციით არ არის განპირობებული, ის კონსტიტუციის რედაქციის სისტემატური ინტერპრეტაციის შედეგაცაა. თუკი მე-5 რესპუბლიკის კონსტიტუციაში პარლამენტს ეკუთვნოდა პირველი ადგილი ტექსტში, დღეს ამ ადგილს პრეზიდენტის ინსტიტუტი იკავებს.

საქართველო: რაციონალური სტრუქტურირების თვალსაზრისით, საქართველოს კონსტიტუცია საგრძნობლად განსხვავებულ მიდგომას იყენებს და პირველად პარლამენტს აღწერს როგორც კონსტიტუციურ ორგანოს, შემდეგ კი პრეზიდენტის უფლებამოსილებებს ეხება. თუმცა ეს არ გახლავთ მინიშნება იმაზე, რომ პრეზიდენტის როლი ისეთივე ძლიერი არ არის, როგორიც პარლამენტისა. საქართველოს 1995 წლის კონსტიტუცია, ისევე როგორც ყველა მომდევნო არამო-

²⁴ იხ. R. Grote, გვ. 326, „სამხედრო ხელმძღვანელობის სტრუქტურების მსგავსი“.

²⁵ იხ. R. Grote, გვ. 323. კონსტიტუციური დებულებების სემანტიკის ანალიზისას იმ დასკვნის გამოტანაც შეიძლება, რომ პრემიერ-მინისტრის პრეროგატივას პოლიტიკური სახელმძღვანელო დირექტივების განსაზღვრაც წარმოადგენს.

²⁶ იხ. R. Grote, გვ. 325.

²⁷ უფრო დაწვრილებით კომპეტენციებზე იხილეთ U. Kempf, გვ. 88 et seq.; Hans J. Tümmers, Das politische System Frankreichs, Eine Einführung, Munich 2006, გვ. 90.

²⁸ იხ. R. Grote, გვ. 325.

დიფიციტული კონსტიტუცია, საპრეზიდენტო მდგომარეობის იყენება, მიუხედავად იმისა, რომ ტექსტის დასაწყისში პარლამენტი განთავსებული.

საფრანგეთის პრეზიდენტის ინსტიტუტი კონსტიტუციაში არ იზღუდება ასეთი წარმომადგენლობით. უფრო მეტიც, კონსტიტუციით მას აღმასრულებელი ხელისუფლების მთავარი კომპეტენციები აქვს მინიჭებული.

მე-5 მუხლი²⁹ ძირითადი დებულებაა, რომელიც სახელმწიფოს შიგნით პრეზიდენტის მდგომარეობას ეხება. ის ზოგადი ტერმინებით ადგენს პრეზიდენტის მთავარ პასუხისმგებლობებს და შემოსაზღვრავს მის ფუნქციურ ვალდებულებებს სახელმწიფო უწყებების ფარგლებში. ეს დებულება გამოხატავს დამფუძნებელი მამების მცდელობას, რომ პრეზიდენტი მხოლოდ მორალურ ავტორიტეტად არ ქცეულიყო, როგორც ამას მე-3 და მე-4 რესპუბლიკების შემთხვევებში ჰქონდა ადგილი³⁰.

პრეზიდენტის როლი გაცილებით დიდია, ვიდრე მე-5 მუხლის ფორმულირება გვთავაზობს. პრეზიდენტი პასუხისმგებელია იმაზე, რომ კონსტიტუცია დაცული იქნეს. ის მხოლოდ მის შესრულებაზე საზედამოებლო უფლებამოსილებით არ შემოიფარგლება. ამასთან, ეს მუხლი არა მხოლოდ მოიცავს პრეზიდენტის კომპეტენციებს, ის ვრცელდება იმ დებულებამდე, რომელიც განსაზღვრავს ზოგად სახელმძღვანელო დირექტივებს და რომლის დაცვაც პრეზიდენტს ევალება მე-5 მუხლით გათვალისწინებული ფუნქციების შესრულებისას³¹. ასე რომ, მე-5 მუხლი ფორმალური თვალსაზრისით არ ანიჭებს პრეზიდენტს გავლენიან მთავარ როლს პოლიტიკური გადაწყვეტილების მიღების პროცესში. ამ მუხლის მიხედვით, პრეზიდენტი პასუხისმგებელია იმაზე, რომ კონსტიტუცია დაცული იქნეს და, ამავდროულად, ის შეზღუდულია კონსტიტუციით. ამგვარად, მე-5 მუხლის გამოყენება შეუძლებელია კონსტიტუციური წესრიგის ან მთავრობის უფლებამოსილებების შესაცვლელად იმისთვის, რომ განისაზღვროს და განხორციელდეს ქვეყნის პოლიტიკა, როგორც ამას მე-20 მუხლი ითვალისწინებს³².

გარდა თავად კონსტიტუციის ტექსტისა და იმ ფაქტისა, რომ პრეზიდენტი პირდაპირ დემოკრატიულად ლეგიტიმირებულია ხალხის მიერ, არჩევის გზით, მისი გავლენიანი მდგომარეობის საფუძველი დე გოლის დროინდელ გამოყენებაში ძვეს, რაც შემდგომშიც გაგრძელდა და უფრო ფართო გახდა, ვიდრე კონსტიტუციური დებულებებია.

საქართველო: საქართველოს კონსტიტუციის 69-ე მუხლი, საფრანგეთის კონსტიტუციის მე-5 მუხლის მსგავსად, პირველ რიგში, ზოგადად ზღუდავს პრეზიდენტის როლსა და პასუხისმგებლობებს. 69-ე მუხლის მიხედვით, პრეზიდენტი, როგორც სახელმწიფოს მეთაური, უზრუნველყოფს სახელმწიფო ორგანოთა ფუნქციონირებას და ის საქართველოს სამხედრო ძალების უმაღლესი მთავარსარდალია. 73-ე მუხლი პრეზიდენტის კომპეტენციათა არეალს განსაზღვრავს.

²⁹ საფრანგეთის კონსტიტუცია, მუხლი 5: „რესპუბლიკის პრეზიდენტი უზრუნველყოფს კონსტიტუციის დაცვას. პრეზიდენტი უზრუნველყოფს საჯარო უწყებების სათანადო ფუნქციონირებას, სახელმწიფოს მთლიანობას და მუდმივობას. იგი ეროვნული დამოუკიდებლობის, ტერიტორიული მთლიანობის და ხელშეკრულებათა დაცვის გარანტია“.

³⁰ იხ. R. Grote, გვ. 223.

³¹ იხ. R. Grote, გვ. 228.

³² იხ. R. Grote, გვ. 228.

საფრანგეთის კონსტიტუციის მე-20 მუხლი, 21-ე მუხლის პირველი პუნქტის პირველ წინადადებასთან ერთობლიობაში, პრეზიდენტს ზოგადი პოლიტიკური დირექტივების დადგენის უფლებამოსილებას ანიჭებს. ამ დებულებების მიხედვით, პრეზიერ-მინისტრი კოორდინირებას უწევს მთავრობის საქმიანობას და უზრუნველყოფს საქმიანობის კოჰერენტულობას, ის აძლევს აგრეთვე საჭირო მითითებებს მინისტრებს. თუმცა ეს მითითებები „პოლიტიკურადაა სავალდებულო“ და არ აქვს სამართლებრივ-ადმინისტრაციული დატვირთვა³³. 21-ე მუხლის ფორმულირების საპირისპიროდ, სინამდვილეში, პრეზიდენტი ის, ვინც „პოლიტიკურ დირექტივებს“ გასცემს³⁴. პრეზიდენტი უძღვება მინისტრთა საბჭოს სხდომას (მუხლი 9), რომელსაც არაკოჰაბიტაციის დროსაც კი პრაქტიკული ფუნქციები აქვს.

ა) უმრავლესობა როგორც გადამწყვეტი ფაქტორი, ეროვნულ ასამბლეაში

ძალაუფლებათა ზუსტი გადანაწილება საპარლამენტო უმრავლესობაზეა დამოკიდებული. პრეზიერ-მინისტრს უფრო ძლიერი როლი ჰქონდა მაშინ, როცა პარლამენტი ნაკლებად მოდიოდა თანამშრომლობაზე, განსაკუთრებით, კოჰაბიტაციის დროს. ამ პერიოდში პრეზიერ-მინისტრის პოლიტიკური დირექტივების გაცემის უფლებამოსილება თითქმის ისეთივე ძლიერი იყო, როგორც პრეზიდენტისა და ზოგ სფეროში აღემატებოდა კიდევ პრეზიდენტისას³⁵. თუმცა მთლიან პოლიტიკურ სპექტრს ეს არ ეხებოდა. მაგალითად, თეორიულად შესაძლებელი იყო, რომ პრეზიერ-მინისტრს წარმატებით გაეწია წინააღმდეგობა პრეზიდენტისთვის ქვეყნის შიდა საქმეების მნიშვნელოვან სფეროში³⁶. ამ შემთხვევაში პრეზიდენტი, ასე ვთქვათ, *de facto* ჩამოქვეითდებოდა ხოლმე „ოპოზიციის“ დონემდე³⁷. ამავე დროს, სახელისუფლებო სისტემა ისევ ნახევრად საპრეზიდენტოდ რჩებოდა. განსხვავებით პრეზიერ-მინისტრისგან, როცა უმრავლესობა ჰომოგენურად იყო გადანაწილებული, პრეზიდენტი ყოველთვის სასიცოცხლოდ მნიშვნელოვან როლს ასრულებდა აღმასრულებელი ხელისუფლების შიგნით³⁸. მას შესაძლებლობა ჰქონდა, დაეთხოვა პარლამენტი იმ იმედით, რომ მისთვის სასურველი უმრავლესობა შეეყვანა იქ³⁹. ვადამდელი საპარლამენტო არჩევნების მოთხოვნას მთავრობისადმი მიმართავა არ სჭირდებოდა⁴⁰. არჩევნებს როგორც პრობლემის გადაჭრის მეთოდს, ხშირად მიმართავდნენ წარსულში, მიუხედავად იმისა, რომ ყოველთვის არ მოჰქონდა გამარჯვება. მეორე გამოსავალი, როგორც ჩანს, პრეზიდენტის გათავისუფლება იყო მოვალეობებისგან⁴¹. თუმცა, ნებისმიერ შემთხვევაში, პრეზიდენტი პასუხისმგებელ პირად რჩებოდა (ყოველ შემთხვევაში, მონაწილეობის თვალსაზრისით) თავის რეზერვირებულ სფეროში (*domaine réservé*)⁴². რადგან პრეზიდენტის მიერ გამოცემული ბევრი აქტის ამოქმედება და, როგორც 21-ე მუხლის პირველი წინადადება ამბობს, მათი განხორციელებაც პრეზიერ-მინისტრის თანახმობაზე (კონტრასიგნაცია) არის დამოკიდებული, ამ ორი პირის თანამშრომლობას ერთმანეთთან დიდი

³³ იხ. R. Grote, გვ. 312.

³⁴ იხ. U. Kempf, გვ. 71; Knapp/Wright, გვ. 109.

³⁵ იხ. J. Hartmann, გვ. 183; იხ. U. Kempf, გვ. 86; Knapp/Wright, გვ. 107.

³⁶ იხ. U. Kempf, გვ. 90.

³⁷ იხ. W. Vogel, *Charakteristika des politischen Systems*, 2005; Grote, გვ. 342 ლაპარაკობს „ოპოზიციის პრივილეგირებულ როლზე“.

³⁸ უფრო გარკვევით იხ.: Knapp/Wright, გვ. 121.

³⁹ იხ. Hans J. Tümmers, გვ. 85 და შემდეგ.

⁴⁰ იხ. J. Hartmann, გვ. 181.

⁴¹ იხილეთ მომდევნო შენიშვნები.

⁴² იხ. R. Grote, გვ. 354.

მნიშვნელობა აქვს მთელი აღმასრულებელი შტოს ეფექტიანად მუშაობისთვის. კონსტიტუციის მე-19 მუხლიც, რომელიც კონტრასიგნაციის ვალდებულებას ითვალისწინებს, ამის დასტურია⁴³. 2002 წლის საკონსტიტუციო რეფორმის შემდეგ განვითარებულმა მოვლენებმა გვაჩვენა, რომ საფრანგეთში კოპა-ბიტაციის რეჟიმში უკვე იშვიათად მუშაობენ.

ბ) მუდმივი პრეროგატივები საგარეო და თავდაცვის პოლიტიკაში

პრეზიდენტის უმთავრესი ვალდებულებები ე.წ. რეზერვირებულ სფეროში (domaine réservé) ექცევა. ეს ტერმინი პრეზიდენტის პრეროგატივების აღსაწერად გამოიყენება. თავად კონსტიტუცია სუსტად მიაჩნებს ამ ფუნქციურ მოვალეობებზე, თუმცა საგარეო პოლიტიკაში და უსაფრთხოების დაცვის სფეროში მისი ვალდებულებების ამოცნობა და დადგენა შესაძლებელია პრეზიდენტის, როგორც „ეროვნული დამოუკიდებლობის, ტერიტორიული მთლიანობის გარანტიისა და საერთაშორისო ხელშეკრულებების დამცველის“ (მუხლი 5), ასევე „სამხედრო ძალების მთავარსარდლის“ (მუხლი 15) ფუნქციებიდან. ამას გარდა, 52-ე მუხლი ავალდებულებს პრეზიდენტს, გამართოს მოლაპარაკებები საერთაშორისო ხელშეკრულებების თაობაზე და მოახდინოს მათი რატიფიცირება. და მაინც, ეს ინტერპრეტაცია კარგავს მნიშვნელობას მთავრობის, განსაკუთრებით კი, პრემიერ-მინისტრის მკაფიოდ ფორმულირებული კომპეტენციების შემცველი ნორმების ფონზე. აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ საერთაშორისო ხელშეკრულებების რატიფიცირების უფლება, განსაკუთრებით, ვაჭრობის სფეროში და საერთაშორისო ორგანიზაციებთან ურთიერთობების კუთხით, პარლამენტს აქვს, რაც, 53-ე მუხლის მიხედვით, კანონის მიღებასაც ითვალისწინებს მის მიერ⁴⁴. პრეზიდენტის მთავარსარდლობის ფუნქციაც შეიძლება უფრო სიმბოლურად მივიჩნიოთ, რადგან გადაწყვეტილების მიღების პასუხისმგებლობა მთავრობას აკისრია. მე-20 მუხლის მიხედვით, მთავრობაა ვალდებული, განსაზღვროს და გაატაროს პოლიტიკური კურსი, რომელიც თავდაცვის პოლიტიკასაც მოიცავს. უფრო მეტიც, კონსტიტუციის რედაქციიდან გამომდინარე, 21-ე მუხლი აზუსტებს, რომ პრემიერ-მინისტრია პასუხისმგებელი სახელმწიფოს თავდაცვაზე და შეირაღებული ძალების წინაშე (მე-20 მუხლის მეორე პუნქტი, 21-მუხლის პირველი პუნქტის მეორე წინადადებასთან ერთობლიობაში).

მიუხედავად კონსტიტუციის ფორმულირების ორპროცენტისა, რეალურად, პრეზიდენტი გამორჩეულ როლს ასრულებს იმ გადაწყვეტილებების მიღების პროცესში, რომლებიც საგარეო თუ თავდაცვის საკითხებს ეხება. მაგალითად, პრეზიდენტი ის პირია, რომელიც წარმოადგენს საფრანგეთს საერთაშორისო კონფერენციებსა თუ ეკონომიკურ სამიტებზე⁴⁵. ამას გარდა, მე-9 მუხლის მიხედვით, იგი თავმჯდომარეობს მინისტრთა საბჭოს იმ სხდომებს, რომლებზეც განიხილება საფრანგეთის თავდაცვის პოლიტიკის ძირითადი სახელმძღვანელო მითითებები და მიიღება გადაწყვეტილებები⁴⁶. ამ ფონზე 21-ე მუხლი მე-15 მუხლის მეორე წინადადებასთან ერთობლიობაში გააგებული უნდა იქნეს როგორც პრეზიდენტის პრეროგატივების შემცველი, ოღონდ მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუკი თავდაცვასა და სამხედრო სფეროებში უკვე მიღებული გადაწყვეტილებების განხორციელებას ეხება საქმე. ამგვარად, საფრანგეთის შეირაღებული ძალების დისლოცირების შესახებ გადაწყვეტილების მიღებაში პრეზიდენტი უმნიშვნე-

⁴³ ამაზე ყურადღებას კემპფი ამახვილებს, U. Kempf, გვ. 71.

⁴⁴ იხ. R. Grote, გვ. 239.

⁴⁵ იხ. R. Grote, გვ. 240.

⁴⁶ იხ. R. Grote, გვ. 241.

ლო როლს თამაშობს. მისი რეალური, გადაწყვეტილების მიღების მონოპოლიური უფლება თავდაცვის პოლიტიკაზე ვრცელდება კონფლიქტის მიმდინარეობისას, ხოლო პრემიერ-მინისტრის პასუხისმგებლობები შემოფარგლულია იმ შედეგების მართვით, რომლებიც კონფლიქტის მიზეზით შეიძლება დადგეს ქვეყნის შიგნით. ნებისმიერ შემთხვევაში, პრეზიდენტის პრეროგატივა ამ სფეროში უმეტესწილად დამოკიდებულია მთავრობისა და პარლამენტის მზადყოფნაზე, რომ თავი შეიკავონ საკუთარი კონსტიტუციური უფლებების განხორციელებისგან. ბუნებრივია, ეს ჰომოგენურ სიტუაციას მოითხოვს, სადაც პრეზიდენტი და ეროვნული ასამბლეის უმრავლესობაც ერთ პარტიას მიეკუთვნებიან. საფრანგეთში ასეთი მდგომარეობა 2002 წლის რეფორმების შემდგომ და მომავალშიც ასე იქნება. თუმცა კოჰაბიტაციის პერიოდშიც პრეზიდენტი მსხვილ პოლიტიკურ მოთამაშედ რჩებოდა თავის რეზერვირებულ სფეროში (domaine réservé)⁴⁷. ეს მიდგომა⁴⁸, რომელიც დოგმატურად სათავეს იღებს დე გოლის ეპოქიდან, ეყრდნობა იმ კონსტიტუციურ დებულებას, რომელიც პრეზიდენტს მთავარსარდლის როლს ანიჭებს (მუხლი 15) და მისთვის ძლიერ მდგომარეობას უზრუნველყოფს უსაფრთხოებისა და საგარეო საქმეებში (მუხლები 5, 52).

საქართველო: საფრანგეთის კონსტიტუციის „არსებით“ გამოყენებასთან (ანუ სინამდვილეში როგორც მუშაობს) შედარებით, საქართველოს კონსტიტუცია პრეზიდენტს შეზღუდულ კომპეტენციებს ანიჭებს საგარეო და თავდაცვის პოლიტიკაში. მთავარი პასუხისმგებელი ორგანო ამ სფეროებში პარლამენტია (მუხლი 48), მთავრობა კი მისი გადაწყვეტილებების განმახორციელებელი (მუხლი 78 (1)).

საქართველოს კონსტიტუციის 69-ე მუხლის თანახმად, საქართველოს პრეზიდენტი წარმოადგენს საქართველოს საგარეო ურთიერთობებში. აქ კი საქართველოს კონსტიტუცია მკაფიოდ ითვალისწინებს პრეზიდენტის პრეროგატივას საგარეო საქმეებში, განსხვავებით ფრანგულისგან, რომელიც არაპირდაპირ ქმნის ამ ნორმას. თუმცა წარმომადგენლის როლი არ შეიძლება გაუთანაბრდეს ზოგად პასუხისმგებლობებს საგარეო საქმეთა სფეროში. უფრო მეტიც, 48-ე მუხლის მიხედვით, პარლამენტი განსაზღვრავს საგარეო და თავდაცვის პოლიტიკის ძირითად მიმართულებებს. ხოლო მთავრობა, როგორც ქვეყნის აღმასრულებელი ხელისუფლების უმაღლესი ორგანო, პასუხს აგებს ამ პოლიტიკის განხორციელებაზე, როგორც ამას 78-ე მუხლის პირველი პუნქტი ითვალისწინებს. ამავე მუხლის მე-4 პუნქტის მიხედვით, პრემიერ-მინისტრი და მინისტრები საქართველოს წარმომადგენელ საგარეო ურთიერთობებში თავიანთი კომპეტენციების ფარგლებში. ამგვარად, პრეზიდენტის წარმომადგენლობითი ფუნქცია საგარეო საქმეებში, რომელზეც 69-ე მუხლშია ლაპარაკი, შემოიფარგლება უცხო ქვეყნებთან/საერთაშორისო ორგანიზაციებთან მოლაპარაკებების წარმართვის პასუხისმგებლობით და საერთაშორისო ხელშეკრულების გაფორმებით, რომელსაც პრემიერ-მინისტრის კონტრასიგნაცია სჭირდება (იხ. მუხლი 73 (პირველი პუნქტი, „ა“ ქვეპუნქტი)). საკამათო საკითხია, მივყავართ თუ არა საერთაშორისო ხელშეკრულებაზე ხელმოწერის პასუხისმგებლობას პრეზიდენტის ექსკლუზიურ პასუხისმგებლობამდე ამ სფეროში, თუ პრემიერ-მინისტრსაც შეუძლია აქ მოქმედება (65-ე მუხლის პირველი პუნქტის ფორმულირება: „(...) თუ ხელშეკრულება (შეთანხმება) დადებულია საქართველოს პრეზიდენტის მიერ“, საშუ-

⁴⁷ იხ. U. Kempf, გვ. 68 და შემდეგ: „მართალია, კონსტიტუცია ამას არ ითვალისწინებს, მაგრამ არსებობს „პარტიებს შორის კონსტიტუციური კონსენსუსი“ ამ საკითხზე“.

⁴⁸ იხ. W. Vogel, Charakteristika des politischen Systems, 2005.

აღებას გვაძლევს, განვავრცოთ ინტერპრეტაცია და დავასკვნათ, რომ არსებობს შემთხვევებიც, როცა პრემიერ-მინისტრი გვევლინება ხელმოწერად და არა პრეზიდენტი. ბუნებრივია, ჩვენი ინტერპრეტაცია სავალდებულო არ არის. პრეზიდენტს არ შეუძლია დამოუკიდებლად მოქმედება საგარეო საქმეთა სფეროში კონტრასიგნაციის ვალდებულების არსებობის გამო. ამგვარ ინტერპრეტაციას ზურგს უმაგრებს ის ფაქტი⁴⁹, რომ კონსტიტუციური რეფორმა პრეზიდენტის ძალაუფლების შეზღუდვას ისახავდა მიზნად⁵⁰. რაც შეეხება თავდაცვას, აქ გასარკვევია, თუ ვინ არის „ნამდვილი“ მთავარსარდალი. პრეზიდენტის უმაღლეს მთავარსარდალად მოხსენიება აუცილებლად არ გულისხმობს, რომ მას ნამდვილად აკისრია ამ ფუნქციის შესრულება. უფრო მეტიც, კონსტიტუციის გენეზისის გათვალისწინებით, ჩანს, რომ უფრო მეტად პრემიერ-მინისტრს ან თავდაცვის მინისტრს აქვთ ეს ვალდებულება. ასევე გაუგებარია „ეროვნული უშიშროების საბჭოს“ ფუნქციები, რომელსაც პრეზიდენტი თავმჯდომარეობს. მაგრამ, მიუხედავად ამისა, 2014 წლის დასასრულისთვის მთავრობასთან შეიქმნა ე. წ. „უსაფრთხოებისა და კრიზისების მართვის საბჭო“.

ბ) სხვა პასუხისმგებლობები

გარდა რეზერვირებულ სფეროში (domaine réservé) არსებული მოვალეობებისა, საფრანგეთის პრეზიდენტს სხვა მკაფიოდ ფორმულირებული კომპეტენციებიც აქვს, რომელთა განხორციელება პრემიერ-მინისტრის ან რომელიმე სხვა მინისტრის კონტრასიგნაციის გარეშე შეუძლია (იხ. მუხლი 19). ესენია: პრემიერ-მინისტრის დანიშვნა (მუხლი 8), ეროვნული ასამბლეის დათხოვნა (მუხლი 12) და საგანგებო ან საომარი ვითარების დროს საგანგებო უფლებამოსილებების განხორციელება (მუხლი 16). ყველა სხვა მოქმედებას პრემიერ-მინისტრის ან მთავრობის კონტრასიგნაცია სჭირდება. არის თუ არა კონტრასიგნაცია მხოლოდ ფორმალური, თუ რეალურად ითხოვს პრემიერ-მინისტრისგან საკითხის არსებითად განხილვას, ამას ეროვნული ასამბლეის უმრავლესობა წყვეტს. მაგრამ 2002 წლის შემდგომ კონტრასიგნაციამ ფორმალური ხასიათი მიიღო.

ა) პრემიერ-მინისტრის დანიშვნა

პრემიერ-მინისტრს ნიშნავს პრეზიდენტი, რომელიც, ჩვეულებრივ, შებოჭილი არ არის სამართლებრივი სახის შეზღუდვებით (იხ. მუხლი 8). კოჰაბიტაციის დროსაც დასაშვებია იყოს, რომ პრეზიდენტს გარკვეული ხარისხით ჰქონოდა დისკრეციული უფლებამოსილება, გადაეწყვიტა, თუ ვინ დაენიშნა ოპოზიციური პოლიტიკური ბანაკიდან პრემიერ-მინისტრად⁵¹. მიუხედავად იმისა, რომ პრემიერ-მინისტრს პარლამენტი არ ირჩევს, ის შეიძლება პირდაპირ ანგარიშვალდებული გახდეს პარლამენტის წინაშე, რადგან ამ უკანასკნელს უნდობლობის გამოცხადების უნარი აქვს (ეს მხოლოდ ერთხელ მოხდა 1962 წლის შემდეგ). იმის გამო, რომ პრეზიდენტს პრემიერ-მინისტრის დანიშვნის ექსკლუზიური უფლება აქვს, პრემიერ-მინისტრი თითქმის მხოლოდ მის ნდობაზეა დამოკიდებული, რომელსაც პრეზიდენტი პარლამენტისგან არ იღებს. ამ მიზეზის გამო უწევდა წარსულში ზოგიერთ პრემიერ-მინისტრს დიდი

⁴⁹ იხ. ზემოთ, თავი II. იხ. W. Vogel, Charakteristika des politischen Systems, 2005.

⁵⁰ 2014 წლის ოქტომბრის კონფერენციაზე ვოლფგანგ ბაბეკმა საგარეო საქმეთა სფეროში შესასრულებელ ფუნქციას „საქართველოს სუპერ-ელჩი“ უწოდა.

⁵¹ იხ. U. Kempf, გვ. 48.

ხნის ლოდინი ნდობის ვოტუმის საკითხის დაყენებამდე⁵². და მაინც, კოპაბიტაციის პერიოდში, რაც, სავარაუდოდ, საფრანგეთში აღარ დადგება 2002 წლის რეფორმის შედეგად, პარლამენტის უმრავლესობის თანხმობა გადამწყვეტი ფაქტორია⁵³.

საქართველო: მიუხედავად იმისა, რომ საფრანგეთის კონსტიტუციის მე-8 მუხლი და საქართველოს კონსტიტუციის 73-ე მუხლი (1, „გ“) ითვალისწინებს პრეზიდენტის მიერ პრემიერ-მინისტრის დანიშვნის უფლებამოსილებას, ეს პრეროგატივა, უბრალოდ, ფორმალური ხასიათისაა, რადგან პრეზიდენტი პარლამენტის გადაწყვეტილებით არის შებოჭილი (მუხლი 80). საფრანგეთის პრეზიდენტი კი პოლიტიკურად არის შეზღუდული და არა კონსტიტუციურად.

ბ) პრემიერ-მინისტრის გათავისუფლება

რაც შეეხება პრემიერ-მინისტრის გათავისუფლებას, აქ კონსტიტუციის ტექსტსა და პრაქტიკაში მის მუშაობას შორის დიდი შეუსაბამობაა. მიუხედავად იმისა, რომ მე-8 მუხლი ზღვარს აწესებს გათავისუფლებაზე, კერძოდ, პრეზიდენტი პრემიერ-მინისტრს ათავისუფლებს მისი გადადგომის შესახებ თხოვნის საფუძველზე (ან პარლამენტის მიერ უნდობლობის გამოცხადების შემთხვევაში (მუხლები 49 და 50)), სინამდვილეში ფრანგ პრემიერ-მინისტრს პრეზიდენტი აიძულებს, თანამდებობიდან წასვლის გადაწყვეტილება მიიღოს. გადადგომის შესახებ განცხადებაში მან შეიძლება მიუთითოს კიდევ პრეზიდენტის სურვილზე⁵⁴. პრეზიდენტის თხოვნის შეუსრულებლობა ფაქტობრივად კონსტიტუციური სულისკვეთების უგულვებელყოფაა. პრეზიდენტს, სავარაუდოდ, „გათავისუფლების“ ეს de facto შესაძლებლობა გამოტანილი აქვს actus contrarius არგუმენტაციის საფუძველზე იმის გათვალისწინებით, რომ პრემიერ-მინისტრის დანიშვნის უფლებამოსილებით არის აღჭურვილი. რაც შეეხება კოპაბიტაციის პერიოდს, პრემიერ-მინისტრის გადადგომა ნაკლებად მოსალოდნელი იყო, რადგან მას პარლამენტის უმრავლესობა უმაგრებდა ზურგს⁵⁵.

საქართველო: საქართველოს კონსტიტუციის თანახმად, პრეზიდენტს არ აქვს პრემიერ-მინისტრის გათავისუფლების უფლება. 81-ე მუხლის მიხედვით, პრემიერ-მინისტრი თანამდებობიდან მიდის უნდობლობის ვოტუმის გამოცხადების შემთხვევაში.

გ) მინისტრთა კაბინეტი

პრემიერ-მინისტრი წამოაყენებს მინისტრთა კანდიდატურებს და ნიშნავს მათ თანამდებობებზე. ამავდროულად, ის ითვალისწინებს პრეზიდენტისგან შეთავაზებულ კანდიდატებსაც, თუ ორივე ერთი პარტიის წევრები არიან. სხვა შემთხვევაში, მაგ., კოპაბიტაციის დროს მე-20 მუხლის პირველი პუნქტის მეორე წინადადების 21(1)-ე მუხლთან ერთობლიობაში ფორმულირების საწინააღმდეგოდ, პრეზიდენტის კანდიდატურას ენიჭება უპირატესობა, განსაკუთრებით, საგარეო საქმეთა და თავდაცვის მინისტრების

⁵² იხ. U. Kempf, გვ. 48.

⁵³ იხ. R. Grote, გვ. 298.

⁵⁴ იხ. R. Grote, გვ. 246; Hans J. Tümmers, გვ. 69; U. Kempf, გვ. 54.

⁵⁵ იხ. U. Kempf, გვ. 54; Grote, გვ. 246.

პოსტებზე⁵⁶. ასე რომ, მე-8 მუხლის რედაქციის საწინააღმდეგოდ, საფრანგეთის მინისტრთა კაბინეტის წევრების დანიშვნა ფორმალურ აქტს არ წარმოადგენს. უფრო მეტიც, პრეზიდენტს უშუალოდ შეუძლია ზეგავლენის მოხდენა მთავრობის შემადგენლობაზე და უფლება აქვს, უარი თქვას იმ კანდიდატებზე, რომელთა მინისტრობაც არ სურს.

საქართველო: 79-ე მუხლის მე-5 პუნქტის მიხედვით, პრემიერ-მინისტრი, რომელიც ქვეყნის აღმასრულებელი ორგანოს უმაღლესი რანგის პირია, უფლებამოსილია, დანიშნოს და თანამდებობიდან გაათავისუფლოს მთავრობის სხვა წევრები. ეს გახლავთ მნიშვნელოვანი განსხვავება საქართველოს და საფრანგეთის კონსტიტუციებს შორის.

დდ) პარლამენტის დათხოვნა

კონსტიტუციის მე-12 მუხლის თანახმად, პრეზიდენტი უფლებამოსილია, დაითხოვოს პარლამენტი პრემიერ-მინისტრთან და ორივე პალატის თავმჯდომარეებთან მოთათბირების შემდეგ. მე-19 მუხლი მკაფიოდ ადგენს, რომ პრემიერ-მინისტრის კონტრასიგნაცია საჭირო არ არის ამ შემთხვევაში. არც მე-12 მუხლით გათვალისწინებული მოლაპარაკებები, თუ თათბირი ზღუდავს პრეზიდენტის ამ უფლებამოსილებას. განცხადებებს სავალდებულო ძალა არ გააჩნია⁵⁷. ერთადერთ შემთხვევაში მე-14 მუხლის მე-4 პუნქტი შეიცავს, რომლის მიხედვით, ეროვნული ასამბლეის დათხოვნა შეუძლებელია მისი არჩევიდან ერთი წლის განმავლობაში.

პრეზიდენტს პარლამენტის დათხოვნის უფლებამოსილების გამოყენება ტაქტიკური და პოლიტიკური მიზნებითაც შეუძლია. სამართლებრივად, ეროვნული ასამბლეის დათხოვნა კოჰაბიტაციის პერიოდშიც შესაძლებელია სასურველი უმრავლესობის მისაღებად, არჩევნების გზით. წარმატება, ბუნებრივია, ხალხზეა დამოკიდებული. მაგრამ უნდა ითქვას, რომ პოლიტიკურ ძალებს დასახული მიზნისთვის ყოველი დათხოვნისას ვერ მიუღწევიათ⁵⁸.

საქართველო: ამ ადგილიდან კიდევ უფრო დიდი განსხვავება გვხვდება თვალში საქართველოსა და საფრანგეთის კონსტიტუციებს შორის. კონსტიტუციური თვალსაზრისით, საფრანგეთის პრეზიდენტს მოქმედების მეტი თავისუფლება აქვს, ქართველ კოლეგასთან შედარებით, პარლამენტის დათხოვნისას. ამ უკანასკნელს პარლამენტის დათხოვნა შეუძლია კონსტიტუციით განსაზღვრულ შემთხვევაში, როგორც ამას 73-ე მუხლის 1-ლი პუნქტის „ჟ“ ქვეპუნქტი ადგენს.

მაგალითად, მე-80 მუხლის მე-7 პუნქტის მიხედვით, იგი დაითხოვს ახლად არჩეულ პარლამენტს, თუ პარლამენტი ვერ დაამტკიცებს მთავრობას კონსტიტუციით განსაზღვრულ ვადაში. მე-80 მუხლის მე-2 პუნქტის მიხედვით, იგივე ხდება მთავრობის გადადგომის შემთხვევაში. ამას გარდა, პარლამენტი შეიძლება დათხოვნილი იქნეს მთავრობის ახალი შემადგენლობისთვის ნდობის გამოცხადებლობის შემთხვევაში (მუხლი 81 (ბ)).

⁵⁶ იხ. U. Kempf, გვ. 85. კემპფი ამას კონსტიტუციის „იდიოსინკრატულ ინტერპრეტაციას“ უწოდებს ან „კონსტიტუციური ნორმებისგან აშკარა გადახვევას“.

⁵⁷ იხ. U. Kempf, გვ. 58; Hans J. Tümmers, გვ. 69.

⁵⁸ იხ. U. Kempf, გვ. 58; Hans J. Tümmers, გვ. 70.

ისევე როგორც საფრანგეთში, საქართველოშიც შეუძლებელია პარლამენტის დათხოვნა მისი არჩევიდან გარკვეული დროის განმავლობაში (იხ. მუხლი 51). ამას გარდა, 73-ე მუხლის პირველი პუნქტის მიხედვით, პარლამენტის დათხოვნას ყოველთვის ესაჭიროება პრემიერ-მინისტრის კონტრასიგნაცია.

ეე) საგანგებო უფლებამოსილებები

მე-16 მუხლი პრეზიდენტს ფართო უფლებამოსილებებს ანიჭებს საგანგებო ვითარებაში. საგანგებო ვითარება განიმარტება ისეთ მდგომარეობად, რომელშიც სახელმწიფო ხელისუფლების ორგანოებს, ქვეყნის დამოუკიდებლობას, ტერიტორიულ მთლიანობას ან საერთაშორისო ხელშეკრულებებით გათვალისწინებული ვალდებულებების შესრულებას სერიოზული ან მყისიერი და გარდაუვალი საფრთხე ემუქრება და რომელშიც კონსტიტუციური ორგანოების ნორმალური მუშაობა ფერხდება. პრეზიდენტის ექსკლუზიურ უფლებამოსილებას წარმოადგენს ზემოთ ჩამოთვლილი კრიტერიუმების შეფასება⁵⁹. მე-16 მუხლით გათვალისწინებული კონსულტაციები პრემიერ-მინისტრთან და ეროვნული ასამბლეის პალატების თავმჯდომარეებთან სავალდებულო არ არის⁶⁰.

ამგვარად, თუ სამშობლოს ღალატთან არ გვაქვს საქმე, ამ de facto განუსაზღვრელი საგანგებო უფლებამოსილებების ბოროტად გამოყენების საწინააღმდეგო, რეალურად, ეფექტიანი კონსტიტუციური დაცვა არ არსებობს. თუმცა საკონსტიტუციო საბჭოს ანგარიშს, რომელიც გამოქვეყნებულია და შეიცავს დეტალურ განმარტებებს, სავალდებულო ძალა აქვს პრაქტიკული თვალსაზრისით. ძნელი იქნება ისეთი სიტუაციის წარმოდგენა, რომელშიც პრეზიდენტი საბჭოს რეკომენდაციის საწინააღმდეგოდ მე-16 მუხლით გათვალისწინებულ ქმედებას განახორციელებდა⁶¹. მე-16 მუხლით გათვალისწინებული საგანგებო უფლებამოსილებათა ტრანეცტორია ყოველთვის გულისხმობს კონსტიტუციური წესრიგის აღდგენას. მიუხედავად იმისა, რომ პრეზიდენტი ორივე ხელისუფლების ძალაუფლებას იღებს ხელთ, აღმასრულებლის და საკანონმდებლოსი და საგანგებო ვითარებაში პარლამენტისა და მთავრობის ფუნქციებს ითავსებს, მას ეკრძალება ძალაუფლების კონსტიტუციური დანაწილების შეცვლა⁶².

საქართველო: 73 მუხლის პირველი პუნქტის „თ“ და „ი“ ქვეპუნქტების მიხედვით, საქართველოს პრეზიდენტი უფლებამოსილია, გამოაცხადოს საგანგებო ან საომარი მდგომარეობა, მაგრამ საგანგებო მდგომარეობის გამოცხადება პრემიერ-მინისტრის კონტრასიგნაციას საჭიროებს. კონტრასიგნაციის მოთხოვნა გაცილებით მეტს ნიშნავს, ვიდრე ვალდებულებაა მოთხოვნილების შესახებ. ასე რომ საქართველოს პრეზიდენტს ნაკლები გავლენა აქვს ამ ნაწილში. მას შეუძლია აგრეთვე გამოსცეს კანონის ძალის მქონე დეკრეტი (კონტრასიგნაციით).

ვვ) საკადრო უფლებამოსილებები

პრეზიდენტი უფლებამოსილია, დანიშნოს მაღალი თანამდებობის სახელმწიფო მოხელეთა გარკვეული რაოდენობა. მაგალითად, როგორც 56-ე მუხლი ადგენს, იგი უფლებამოსილია, დანიშნოს საკონსტიტუ-

⁵⁹ იხ. R. Grote, გვ. 230.

⁶⁰ იხ. U. Kempf, გვ. 63; Hans J. Tümmers, გვ. 78.

⁶¹ იხ. R. Grote, გვ. 265.

⁶² იხ. R. Grote, გვ. 266.

ციო საბჭოს ცხრიდან სამი წევრი, რომელთაგან ერთი საბჭოს თავმჯდომარეა. ეს უფლებამოსილება პრეზიდენტს საკმაო გავლენას აძლევს საბჭოზე, რადგან, ხმების თანაბრად გაყოფის შემთხვევაში, საბჭოს თავმჯდომარეს გადამწყვეტი ხმა აქვს⁶³. უნდა აღინიშნოს, რომ პრეზიდენტი ავტომატურად ხდება საკონსტიტუციო საბჭოს წევრი საპრეზიდენტო ვადის გასვლის შემდეგ. ამას გარდა, მიუხედავად ძალაუფლების გადანაწილების პრინციპისა, პრეზიდენტი თავმჯდომარეობს იუსტიციის უმაღლეს საბჭოს და პროკურატურასაც. უმაღლესი საბჭოს წინადადებით პრეზიდენტი ნიშნავს საკასაციო სასამართლოს მოსამართლეებს, სააპელაციო სასამართლოს თავმჯდომარეს და პირველი ინსტანციის რამდენიმე მოსამართლესაც.

საქართველო: საქართველოს პრეზიდენტი, როგორც მთავარსარდალი, უფლებამოსილია, და-
ნიშნოს შეიარაღებული ძალების გენერალური შტაბის უფროსი. ამას გარდა, ის ნიშნავს იუსტი-
ციის უმაღლესი საბჭოს წევრს (მუხლი 73 (1, „ე“)) და საკონსტიტუციო სასამართლოს ცხრიდან
სამ მოსამართლეს (მუხლი 88 (2)). რაც შეეხება უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეებს, საქარ-
თველოს პრეზიდენტს მხოლოდ მათი წარდგინების უფლება აქვს (მუხლი 90 (2)).

ზზ) გავლენა კანონმდებლობაზე

საფრანგეთის კონსტიტუციის მე-10 (1) მუხლის მიხედვით, პრეზიდენტი 15 დღის განმავლობაში აქვეყნებს (პრომულგაცია) პარლამენტის მიერ მიღებულ კანონს. 61(2) მუხლის მიხედვით, პრეზიდენტს შესაძლებლობა აქვს, მიმართოს საკონსტიტუციო საბჭოს კანონის კონსტიტუციასთან შესაბამისობის დადგენის მოთხოვნით, სანამ 15 დღიანი ვადა ამოიწურება. ამ შემთხვევაში პრომულგაციის ვადა გადაიწევა (62-მუხლი, პუნქტი მე-4). მე-10 (2) მუხლით, მას უფლება აქვს, მოითხოვოს კანონის ან მისი ნაწილის ხელახალი განხილვა. აი ამ თხოვნაზე უარის თქმის უფლება ეროვნულ ასამბლეას არ აქვს. თუმცა ეს შესაძლებლობა პრეზიდენტს არ ანიჭებს კანონზე ვეტოს დადების უფლებას, რადგან ის ვალდებულია, ხელი მოაწეროს კანონს და გამოაქვეყნოს ხელახალი განხილვის დასრულების შემდეგ⁶⁴.

საქართველო: 67(1) მუხლის თანახმად, პრეზიდენტს საკანონმდებლო ინიციატივის უფლება არ აქვს. მას მხოლოდ პარლამენტის მიერ მიღებულ კანონზე ხელმოწერა და მისი გამოქვეყნება ევალება 73 (1, „მ“) მუხლის მიხედვით. იმ შემთხვევაში, თუ ის ათი დღის განმავლობაში არ მოაწერს ხელს და გამოაქვეყნებს კანონს, მის მაგივრად ამას პარლამენტის თავმჯდომარე აკეთებს. კონსტიტუციის რედაქციით, პრეზიდენტს არც ვეტოს უფლებამოსილება გააჩნია ზუსტი და მკაცრი მნიშვნელობით⁶⁵. ეს, უკეთეს შემთხვევაში, შეიძლება გამოდინარეობდეს 69(1) მუხლის დებულებიდან, მყისიერი და გარდაუვალი საფრთხის არსებობის შემთხვევაში. მაგრამ ამ ინტერპრეტაციის გაკეთებაც რთულია, რადგან 68(2) მუხლი კონკრეტულ წესს შეიცავს, რომელიც პრეზიდენტის მიერ კანონის შეცვლას ეხება მისი სურვილის შემთხვევაში. ამ დებულების მიხედვით, პრეზიდენტი, კანონის გამოქვეყნების ნაცვლად, ათი დღის განმავლობაში პარლამენტს მოტივირებული შენიშვნებით უბრუნებს კანონპროექტს. პარლამენტი განიხილავს მის წინადადებებს

⁶³ об. У. Kempf, гл. 65.

⁶⁴ vgl. Hans J. Tümmers, 83. 72.

⁶⁵ იხ. I.Kobakhidze, Challenging Aspects of Georgia's New Constitutional System (იხ. კობახიძე, (საქართველოს ახალი კონსტიტუციური სისტემის გამოწვევები, ავტორი ვეტოს „შესუსტებულ“ უფლებამოსილებამდე ლაპარაკობს)..

და გადაწყვეტილებას ცვლილებების შესახებ იღებს უბრალო უმრავლესობით (იხ. მუხლი 68 (3)) მე-6 მუხლთან ერთობლიობაში). პრეზიდენტის ამგვარ ჩარევას შედეგი არ მოაქვს, თუ საპარლამენტო უმრავლესობა უარყოფს შეთავაზებულ ცვლილებებს.

ზზ) პრეზიდენტის გავლენა ბრძანებულებების (ორდონანსების) და დეკრეტების გამოცემაზე

ორდონანსებსა და დეკრეტებთან დაკავშირებით სიტუაცია განსხვავებულია. პრემიერ-მინისტრსაც და პრეზიდენტსაც აქვთ უფლება, რეგულაციები გამოსცენ, თუმცა 21(1) მუხლის მიხედვით, პირველ რიგში, პრემიერ-მინისტრს, გარდა იმ შემთხვევებისა, რომლებიც ჩამოთვლილია მე-13 მუხლში. ამ მუხლის თანახმად, პრეზიდენტი აწერს ხელს მინისტრთა საბჭოს მიერ განხილულ ორდონანსებსა და დეკრეტებს, მაგრამ იგი აღჭურვილია დისკრეციული უფლებამოსილებით ამ შემთხვევისთვის და თუ გადაწყვეტს, რომ არ ხელი მოაწეროს, დებულება ძალაში შევა მხოლოდ მაშინ, როცა პარლამენტი მისი შესაბამისი მინაარსის შემცველ კანონს მიიღებს⁶⁶.

მთავრობაში, პირველ რიგში, პრემიერ-მინისტრს აქვს უფლება, მიიღოს რეგულაციები, როგორც ამას 21(1) მუხლის მე-4 წინადადება ითვალისწინებს. რეგულაციებს შედეგად მოსდევს არა მარტო იმ აქტების მიღება, რომელთა საშუალებით კანონის განხორციელება ხდება, არამედ ავტონომიური ნორმატიული აქტებისაც, მაგალითად, საფრთხის ასაცილებლად⁶⁷. ეს პრეროგატივები ითვლება ვეტოს ყველაზე ძლიერ უფლებად, რომელსაც საფრანგეთის პრეზიდენტი ახორციელებს. იგივე ითქმის იმ წესებზე, რომელთა საშუალებითაც ხორციელდება ფორმალური საპარლამენტო კანონები. მხოლოდ მინისტრთა საბჭოს მიერ მიღებულ ორდონანსებსა და დეკრეტებს (ეს ნორმატიული აქტები უფრო მნიშვნელოვანია, ვიდრე პრემიერ-მინისტრის გამოცემული) სჭირდებათ პრეზიდენტის ხელმოწერა და, აქედან გამომდინარე, კონსენსუსიც პრეზიდენტსა და მთავრობას შორის.

საქართველო: 73 (1, „ლ“) მუხლი პრეზიდენტს დეკრეტებისა და ბრძანებულებების გამოცემის უფლებამოსილებას ანიჭებს თავისი კომპეტენციების ფარგლებში. თუმცა, ზოგადად, პრეზიდენტის გადაწყვეტილებებს პრემიერ-მინისტრის კონტრასიგნაცია სჭირდება (იხ. მუხლი 73 (1), პირველი პუნქტი), გარდა იმ აქტებისა, რომლებიც საომარი მდგომარეობის დროს გამოიცემა და 73 (2-4) მუხლით გათვალისწინებული აქტებია.

იი) რეფერენდუმი

მე-11 მუხლი შეიცავს კიდევ ერთ მნიშვნელოვან დებულებას, რომელიც პრეზიდენტს კონკრეტული საკითხის რეფერენდუმზე გატანის უფლებამოსილებას ანიჭებს. რეფერენდუმის მოწყობა შეიძლება სახელმწიფო უწყებების ორგანიზების, ეკონომიკურ, სოციალურ ან გარემოსდაცვითი პოლიტიკის საკითხებზე, ან იმ საერთაშორისო ხელშეკრულების რატიფიცირებაზე, რომელმაც შეიძლება გავლენა იქონიოს სახელმწიფო ორგანოების ფუნქციონირებაზე. მიუხედავად იმისა, რომ მე-19 მუხლის მიხედვით გადაწყვეტილება რეფერენდუმის შესახებ არ საჭიროებს კონტრასიგნაციას, მე-11 მუხლი მოითხოვს,

⁶⁶ იხ. Hans J. Tümmers, გვ. 72.

⁶⁷ იხ. R. Grote, გვ. 314 და შემდეგ.

რომ ინიციატივა მთავრობისგან ან პარლამენტისგან მოდიოდეს. ამგვარად, კონსტიტუცია, პირველ რიგში, ითხოვს, რომ წინადადება რეფერენდუმის ჩატარების შესახებ მთავრობისგან ან პარლამენტისგან მოდიოდეს და მხოლოდ ამის შემდეგ ანიჭებს პრეზიდენტს დისკრეციული გადაწყვეტილების მიღების უფლებას, რომელსაც კონტრასიგნაცია სჭირდება. თავად პრეზიდენტს რეფერენდუმის ჩატარების ინიცირების უფლებამოსილება არ გააჩნია. თუმცა არაკოჰაბიტაციის რეალობაში კონსტიტუციის მუშაობამ გვიჩვენა, რომ მისი ფორმულირების მიუხედავად, მთავრობისგან წამოსულ სავალდებულო ინიციატივას რეფერენდუმის დანიშვნის შესახებ, წინ უსწრებდა პრეზიდენტის გადაწყვეტილება⁶⁸. მაგრამ კოჰაბიტაციის პერიოდში, როცა პრემიერი და პრეზიდენტი სხვადასხვა პოლიტიკურ ბანაკს მიეკუთვნებოდნენ და კონსენსუსს ვერ აღწევდნენ, მე-11 მუხლში მოცემულ მექანიზმს დაბრკოლებები ექმნებოდა⁶⁹.

საქართველო: 74(1) მუხლის მიხედვით, პრეზიდენტს რეფერენდუმის ჩატარების ინიცირების უფლება აქვს მთავრობის, პარლამენტის ან ამომრჩეველთა გარკვეული რაოდენობის მოთხოვნით. 74(2) მუხლი ადგენს, რომ რეფერენდუმზე არ შეიძლება კანონპროექტის გატანა, რითაც ხაზს უსვამს, რომ პარლამენტი უმთავრესი კანონმდებელი.

კვ) მინისტრთა საბჭო

საფრანგეთის კონსტიტუციის მე-9 მუხლის თანახმად, პრეზიდენტი თავმჯდომარეობს მინისტრთა საბჭოს. ზემოთ ხსენებული კომპეტენციების გარდა, სამთავრობო პოლიტიკაზე ზეგავლენისთვის ძალზე მნიშვნელოვანია მინისტრთა საბჭოს სხდომებზე დასწრება. მინისტრთა საბჭო კოორდინირებას უწევს მთავრობის სამოქმედო კურსს კაბინეტს შიგნით. პრეზიდენტისა და პრემიერ-მინისტრის გარდა, საბჭოს წევრები არიან დანარჩენი მინისტრებიც.

პრემიერ-მინისტრისთვის საბჭოს გადაწყვეტილებები სავალდებულო ძალისაა. ის მთავრობის საქმიანობას უსადაგებს თავის გადაწყვეტილებებს. პრეზიდენტს შეუძლია პრემიერ-მინისტრს დაავალოს არა მარტო მინისტრთა საბჭოს თავმჯდომარეობა, არამედ სხვა კომიტეტებისა და საბჭოებისაც (იხ. მუხლი 9). მაგრამ მინისტრთა საბჭოს შემთხვევაში პრემიერმა ზუსტად გაწერილ დღის წესრიგს უნდა მისდიოს (რაც იშვიათად ხდებოდა წარსულში). ორდონანსებისა და დეკრეტებისგან განსხვავებით, მინისტრთა საბჭოს მიერ მიღებულ კანონპროექტებს პრეზიდენტის ნაცვლად პრემიერ-მინისტრი აწერს ხელს, რადგან, პარლამენტთან ერთად, ის პასუხისმგებელია ამ აქტებზე⁷⁰.

საქართველო: საქართველოს კონსტიტუცია არ შეიცავს პრეზიდენტის მსგავს ფუნქციას. როგორც ჩანს, ყველაზე მეტად ამით განსხვავდება ქართული და ფრანგული კონსტიტუციების პრაქტიკული გამოყენება. ქართველ პრეზიდენტს გავლენა არ აქვს მინისტრთა კაბინეტსა და მის გადაწყვეტილებებზე.

⁶⁸ იხ. U. Kempf, გვ. 61 და შემდეგ.

⁶⁹ იხ. R. Grote, გვ. 253.

⁷⁰ იხ. U. Kempf, გვ. 70.

ლლ) კონტრასიგნაცია და მონაწილეობის სხვა უფლებები

თითქმის არ არსებობს ისეთი გადაწყვეტილება, რომლის მიღება პრეზიდენტს პრემიერ-მინისტრის თანხმობის ან მისი შეტყობინების გარეშე შეუძლია, მიუხედავად იმისა, რომ, საბოლოო ჯამში, მაინც პრეზიდენტის ინსტიტუტია სახელმწიფოს ცენტრალური ორგანო. ამ კონტექსტში მე-19 მუხლი მნიშვნელოვანი ნორმაა. პრემიერ-მინისტრის კონტრასიგნაცია ადასტურებს, რომ პრეზიდენტი თავის სამოქმედო არეალში რჩება და რომ პრემიერ-მინისტრი იღებს პოლიტიკურ პასუხისმგებლობას მის ქმედებებზე. თავიდან ეს უბრალო ფორმალობად გამოიყურება, მაგრამ კოპაბიტაციის დროს მოთხოვნა კონტრასიგნაციაზე ძალაუფლების პოლიტიკური ინსტრუმენტის დონეს აღწევს, რადგან პრემიერ-მინისტრი არანაირად არ არის სამართლებრივად ვალდებული, ხელი მოაწეროს მოცემულ აქტებს. მათი განხორციელებისთვის აუცილებელია პოლიტიკური კონსენსუსის მიღწევა წინასწარ.

პრეზიდენტის ქმედებები, რომლებიც კონტრასიგნაციაზე არ არის დამოკიდებული, როგორც მე-19 მუხლითაა მითითებული, პირველ რიგში, ექსკლუზიური პრეროგატივები არ გახლავთ (მაგ., მინისტრთა საბჭოს სხდომის მოწვევა 54-ე და 61-ე მუხლების მიხედვით) და მეორეც, უმეტესად უმნიშვნელო უფლებებია, როგორცაა, მაგალითად, პარლამენტის პალატებისთვის ოფიციალური წერილის გადაცემა (მუხლი 18). მე-11, მე-12 და მე-13 მუხლების არსებითი ნორმების განხორციელება ყოველთვის მოითხოვს პრემიერის მონაწილეობას (სხვადასხვა ფორმით). რეფერენდუმის ჩატარებისთვის (მუხლი 11) საჭიროა, რომ მთავრობისგან ან ეროვნული ასამბლეისგან მოდიოდეს ინიციატივა. დაბოლოს, მიუხედავად იმისა, რომ პრემიერ-მინისტრის მოსაზრება პარლამენტის დათხოვნაზე სავალდებულო არ არის (მუხლი 12), მას საკმაოდ დიდი პოლიტიკური დატვირთვა აქვს და დიდი ზეგავლენის მოხდენაც შეუძლია.

პრეზიდენტს თავისუფლად, ჩარევის გარეშე მოქმედების საშუალება მხოლოდ მე-8 მუხლით გათვალისწინებული ქმედებების დროს აქვს.

პრემიერ-მინისტრს უფლება აქვს, მისი მოსაზრება მოსმენილი იქნეს, თუ პრეზიდენტი პარლამენტის დათხოვნაზე ან საგანგებო ვითარების დროს თავისი უფლებამოსილებების განხორციელებაზე ფიქრობს (მუხლი 16).

ამას გარდა, მას უფლება აქვს (ფორმალური), წამოაყენოს კანდიდატები მინისტრის პოსტზე და გამოვიდეს საკონსტიტუციო ცვლილებების ინიციატორად.

საქართველო: ზოგადად, საქართველოს პრემიერ-მინისტრს პრეზიდენტის აქტებზე თანახელმოწერის დიდი უფლებამოსილება აქვს. 73¹ მუხლის მე-5 პუნქტის მიხედვით, პრეზიდენტის აქტები, მისი კონტრასიგნაციის გარეშე, იურიდიული ძალის არმქონედ ითვლება. ხოლო ამავე მუხლის მე-6 პუნქტის მიხედვით, კონტრასიგნაციის შემთხვევაში პრეზიდენტის სამართლებრივ აქტზე პასუხისმგებლობა მთავრობას ეკისრება.

3. საქართველოსა და საფრანგეთის კონსტიტუციების შედარების შეჯამება

როგორც შედარებისას გაირკვა, საფრანგეთის პრეზიდენტი გაცილებით ფართო უფლებამოსილებებით სარგებლობს, ვიდრე მისი ქართველი კოლეგა. აქედან გამომდინარე, შეიძლება ითქვას, რომ საქართვე-

ლო შორსაა ნახევრად საპრეზიდენტო სისტემისგან. ფრანგული მდგომა, სხვა ნახევრად საპრეზიდენტო სისტემებთან შედარებით, საკმაოდ ფართო საპრეზიდენტო უფლებებით გამოირჩევა. მაგალითისთვის, საგარეო საქმეთა სფეროში პრეზიდენტის პრეროგატივებიც გამოდგება და მისი ფუნქციური სიძლიერეც მინისტრთა კაბინეტში⁷¹. მაგრამ ყველაზე არსებითი ნახევრად საპრეზიდენტო სისტემისთვის ის არის, რომ პრეზიდენტის პოზიცია ძალზე მნიშვნელოვანი და გამოკვეთილია (აღმასრულებელი ძალაუფლების თვალსაზრისითაც). ამ სურათს ვერ ვხედავთ საქართველოს კონსტიტუციაში.

IV. გერმანიის საპრეზიდენტო სისტემა⁷²

1. შესავალი

რაც შეეხება კონსტიტუციურ უფლებამოსილებებს, გერმანიის პრეზიდენტი ყველაზე შესაფერისი მაგალითია სახელმწიფოს არაავტონომიური მეთაურისა. მას, ძირითადად, „სახელმწიფოს ნოტარიული“ ფუნქცია აკისრია. თუ ყოფილი გავლენიანი Reichspräsident-ის უფლებამოსილებებს შევადარებთ, ზოგიერთი მათგანი, მაგალითად, მთავარსარდლობის ფუნქცია თუ საგანგებო მდგომარეობის უფლებამოსილებები, გერმანიის კონსტიტუციიდან მთლიანად გამქრალია, ხოლო პარლამენტის დათხოვნისა და სახელმწიფო მოხელეების დანიშვნის/გათავისუფლების უფლებამოსილებები მინიმუმამდეა დაყვანილი. აუცილებლად უნდა აღინიშნოს, რომ გერმანიის პრეზიდენტი ხალხის მიერ არ აირჩევა პირდაპირი წესით (მუხლი 54(1)). აღმასრულებელი ძალაუფლება მთლიანად მთავრობას ეკუთვნის, რომლის სათავეში გერმანიის კანცლერი დგას.

საქართველო: საქართველოს პრეზიდენტი კი დემოკრატიულად არის ლეგიტიმირებული, რაც, ნებისმიერ შემთხვევაში, მას უფრო დიდ ძალაუფლებას ანიჭებს.

2. სამხედრო ძალების უმაღლესი მთავარსარდალი; საგანგებო მდგომარეობა

გერმანული კონსტიტუცია მკაფიოდ ანიჭებს მთავრობას სამხედრო ძალების მეთაურობის უფლებამოსილებას (მუხლები 65 „ა“, 115 „ბ“). ამ დასკვნის გამოტანის საშუალებას 84 (2), 5, 85 (2, 3), 86 (1), 108 (3) და მე-7 მუხლებით გათვალისწინებული ბრძანებები გვაძლევს, რომლებიც ადმინისტრაციისთვის გაიცემა. პრეზიდენტს არ გააჩნია საპეციალურად საგანგებო მდგომარეობისთვის გათვლილი უფლებამოსილებები, თუ არ გავითვალისწინებთ იშვიათ შემთხვევას, როცა ე.წ. „კანონშემოქმედებითი აუცილებლობის“ წუთი დგება ბუნდესტაგის დათხოვნისას.

საქართველო: გერმანიის პრეზიდენტისგან განსხვავებით, საქართველოს პრეზიდენტი შეიარაღებული ძალების მთავარსარდალია (მუხლი 69(2)). 99-ე მუხლის მიხედვით, საქართველოს პრეზიდენტი (პარლამენტთან ერთად) იღებს გადაწყვეტილებას საქართველოს ტერიტორიაზე სხვა სახელმწიფოს სამხედრო ძალის შემოყვანის შესახებ. ამას გარდა, საქართველოს პრეზიდენტს სა-

⁷¹ ამ დასკვნის გაცემის საშუალება მოგვცა პოლონეთის (მუხ. 133-136, 154), პორტუგალიის (მუხ. 133, 200-201), ფინეთის (მუხ. 58-66) და რუმინეთის (მუხ. 80-81, 87, 91-92) კონსტიტუციების შესაბამისი დებულებების შესწავლამ.

⁷² ტექსტის მონაკვეთები, რომლებიც გაურკვეველია და ვერ დადგინდა თავად კონსტიტუციის რედაქციიდან, ეყრდნობა ბექის ონლაინ კომენტარებს (Beck'scher OnlineKommentar). ნანახია 1 ივნისს, 2014.

განგებო ვითარების დროს განსაკუთრებული უფლებამოსილებები აქვს, რაც მის უფრო ფართო კომპეტენციებზე ლაპარაკობს ამ სფეროში (იხ. მუხლი 73 (1, „ზ“, „თ“, „ი“).

3. მოვალეობები საგარეო საქმეთა სფეროში

გერმანიის ძირითადი კანონის (კონსტიტუცია) 59(1) მუხლის მიხედვით, გერმანიის პრეზიდენტი ქვეყნის მთავარი წარმომადგენელია საერთაშორისო ურთიერთობებში. თუმცა ეს დებულება თავისი ბუნებით ფრაგმენტულია. ფოკუსირება ხდება მხოლოდ წარმომადგენლობაზე და საერთაშორისო ხელშეკრულებების გაფორმების უფლებამოსილებაზე, საიდანაც გამორიცხულია საგარეო საქმეთა მთავარი ასპექტები, მაგ., მთავრობის განსაკუთრებული ფუნქციები ამ მიმართულებით.

59(1) მუხლით გათვალისწინებული წარმომადგენლობის უფლებამოსილება უფრო ფორმალურია, ვიდრე არსებითი. გერმანიის პრეზიდენტს არ გააჩნია ძალაუფლება, რომ თავად მიიღოს გადაწყვეტილებები საგარეო საქმეთა სფეროში. კონსტიტუციის 65-ე მუხლის პირველი წინადადება გერმანიის კანცლერს ანიჭებს ზოგადი პოლიტიკური მითითებების განსაზღვრის უფლებამოსილებას, ხოლო ამ მითითებებს დამოუკიდებლად ახორციელებს საგარეო საქმეთა სამინისტრო. პრეზიდენტი კი, უბრალოდ, განცხადებებს აკეთებს საგარეო პოლიტიკაზე⁷³. თუმცა უნდა გვახსოვდეს პარლამენტის უფლებებიც საგარეო საქმეთა სფეროში (იხ. მუხლი 59(2)), რომელმაც უფრო მნიშვნელოვანი ფუნქციების განხორციელება დაიწყო ამ, ტრადიციულად მთავრობის, სამოქმედო არეალში. შედეგად სახეზეა პარლამენტის სულ უფრო მოცულობითი ჩარევა საგარეო საქმეებში⁷⁴.

წარსულში გერმანიის პრეზიდენტებს ხშირად მთავრობისგან განსხვავებული პოზიციები ჰქონდათ საგარეო პოლიტიკასთან დაკავშირებით, მაგალითად, ადამიანის უფლებათა დაცვის საკითხებზე. ისინი, ჩვეულებრივ, ფოკუსირებას გარკვეულ საკითხზე აკეთებენ, როგორცაა, მაგალითად, საზოგადოებრივი ცნობიერების ამაღლება კონკრეტულ საერთაშორისო პრობლემასთან დაკავშირებით. ამ მხრივ, პრეზიდენტს უფლება აქვს, გააკეთოს პოლიტიკური განცხადება და გარკვეულ საკითხებს კანცლერის კონტრასიგნაცია არ სჭირდება (მუხლი 58). პრეზიდენტის ოფიციალური ვიზიტი საზღვარგარეთ, როგორც წესი, მთავრობასთან შეთანხმებით მზადდება, თუმცა მთავრობა ნებადართვას ფორმალურად არ გასცემს. ამ მიდგომას შეიძლება „კონსტიტუციისადმი ერთგული ქმედება“ ეწოდოს (*verfassungsorgantreues Verhalten*), რაც გავლენას ახდენს პრეზიდენტსა და მთავრობის ურთიერთობებზე და ზღუდავს პრეზიდენტს. ეს უკანასკნელი, როგორც აღმასრულებელი ხელისუფლების წევრი, ღიად არ უნდა დაუპირისპირდეს მთავრობას, როცა საქმე საგარეო ურთიერთობებს ეხება. თავის მხრივ, მთავრობამაც უნდა ჩართოს პრეზიდენტი საგარეო პოლიტიკასთან დაკავშირებული გადაწყვეტილების მიღების პროცესში, ყოველ შემთხვევაში, როცა საქმე სერიოზულ გადაწყვეტილებებს ეხება.

საქართველო: საქართველოს კონსტიტუციური დებულებებიდან მსგავსი შედეგები გამომდინარეობს. მთავარ ფუნქციებს პარლამენტი ასრულებს (მუხლი 48), ხოლო მთავრობა მიღებული გადაწყვეტილებების განხორციელებაზე პასუხისმგებელი (მუხლი 78(1)). პრეზიდენტის წარმომადგენლობის უფლებამოსილებას უფრო ფორმალური ხასიათი აქვს (მუხლი 69)⁷⁵.

⁷³ გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება იგივეს ამბობს; NJW 1985, 603.

⁷⁴ ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო: BVerfGE 90, 286; BVerfGE 123, 267.

⁷⁵ იხ. ზემოთ, III.2.ა.ბ.ბ.

4. პრეზიდენტის კონტრასიგნაცია

გერმანიის კონსტიტუციის 58-ე მუხლით მკაფიოდ არ არის დაკონკრეტებული, თუ რომელ აქტებს სჭირდება პრეზიდენტის კონტრასიგნაცია.

ზოგადად, პრეზიდენტი ვალდებულია, ხელი მოაწეროს სხვა სახელმწიფო ორგანოს მიერ მიღებულ აქტს. მაგალითად 82(1), მუხლი ითვალისწინებს, რომ „კანონს, რომელიც მიიღება კონსტიტუციით განსაზღვრული წესებით“, ხელს აწერს პრეზიდენტი და აქვეყნებს ფედერალურ საკანონმდებლო გაზეთში. სხვა მუხლებში კიდევ უფრო დაზუსტებულია, რომ პრეზიდენტი ვალდებულია, ხელი მოაწეროს გარკვეულ აქტებს (იხ. მუხლები 63 (2,3), 64(1) და 67 (1-ის პირველი წინადადება)). მთავრობისა და პარლამენტის მიერ მიღებულ აქტებზე ხელმოწერის გარდა, რასაც კონსტიტუცია ითვალისწინებს, პრეზიდენტს შეუძლია, წამოაყენოს თავისი წინადადებები არაფორმალურად, თუმცა თავად საჯარო ნორმატიული აქტების მიღების უფლება არ აქვს. პრეზიდენტს არც იმის უფლება აქვს, რომ მთავრობას აცნობოს თავისი გადაწყვეტილების შესახებ ამა თუ იმ აქტზე ხელმოწერის შესახებ.

უმრავლეს შემთხვევაში ბუნდესტაგი (გერმანიის პარლამენტის ქვედა პალატა) და ბუნდესრატი (ზედა პალატა, რომელიც მიწების წარმომადგენლებისგან შედგება) იღებენ გადაწყვეტილებებს ფედერალურ კანონებთან დაკავშირებით. ამ სფეროში პრეზიდენტი მხოლოდ „სახელმწიფოს ნოტარიუსია“. თუმცა, თუ აქტი აღმასრულებელი ხელისუფლების მიერ არის მიღებული კონსტიტუციის ან რიგითი კანონით დადგენილი წესებით, მაშინ მთავრობას ეკუთვნის ბოლო სიტყვა და არა პრეზიდენტს. მაგრამ პრეზიდენტს მაინც აქვს კანონმდებლობასთან მიმართებით გარკვეული უფლებები, კერძოდ, ის უფლებამოსილია, გადასინჯოს აქტი არსებითად. ეს გამომდინარეობს, ერთი მხრივ, 82-ე მუხლის პირველი წინადადებიდან, მეორე მხრივ კი, პირდაპირ მე-20 მუხლის მე-3 პუნქტიდან⁷⁶. ამგვარად, პრეზიდენტის ეს უფლება მხოლოდ საკანონმდებლო აქტებით არ შემოიფარგლება, ის მოიცავს ყველა იმ აქტს, რომელიც პრეზიდენტის კონტრასიგნაციას მოითხოვს. ამ უფლების მიხედვით, პრეზიდენტს შეუძლია ყველა ფედერალური კანონისა და სხვა ნორმატიული აქტების შესწავლა კონსტიტუციურობის და კანონიერების კუთხით.

საქართველო: საქართველოს პრეზიდენტი სარგებლობს ვეტოს უფლებამოსილებით, რომლის დაძლევა პარლამენტს უმრავლესობით შეუძლია (მუხლები 68 (3) და 4). ეს უფლება გაცილებით ფართოა, ვიდრე გერმანიის პრეზიდენტის მიერ ნორმატიული აქტების არსებითი გადასინჯვის უფლებამოსილება.

5. მთავრობის კონტრასიგნაცია

გერმანიის კონსტიტუციის 58-ე მუხლის პირველი წინადადების მიხედვით, პრეზიდენტის მიერ გაცემული ბრძანებები თუ ღირექტივები⁷⁷ კანცლერის ან უფლებამოსილი მინისტრის კონტრასიგნაციას მოით-

⁷⁶ ამ დებულების მიხედვით, კანონმდებლობა ექვემდებარება საკონსტიტუციო წესრიგს, ხოლო აღმასრულებელი ხელისუფლება და სასამართლო ხელმძღვანელობენ კანონითა და სამართლით.

⁷⁷ პრაქტიკული თვალსაზრისით, ეს ორი ტერმინი შეიძლება გავაერთიანოთ და განვმარტოთ როგორც პრეზიდენტის მიერ გამოცემული ნებისმიერი იურიდიული ძალის მქონე აქტი, მაგრამ არა ის მითითებები თუ ბრძანებები, რომლებსაც პრეზიდენტი თავისი აპარატისთვის გამოსცემს.

ხოვს. იგივე ხდება კონსტიტუციით დადგენილი წესებით მიღებულ კანონებთან დაკავშირებით, კონტრასიგნაციის შემდეგ პრეზიდენტი აწერს ხელს და აქვეყნებს (იხ. მუხლი 82 (1) პირველი წინადადება).

58-ე მუხლში მოცემულია იმ შემთხვევების ჩამონათვალი, როცა პრეზიდენტის აქტს კონტრასიგნაცია არ სჭირდება (კანცლერის დანიშვნა და გათავისუფლება, გერმანიის პარლამენტის დათხოვნა 63-ე მუხლით გათვალისწინებულ შემთხვევაში და 69(3) მუხლით გათვალისწინებული მოთხოვნა), მაგრამ კონსტიტუცია კიდევ განსაზღვრავს რამდენიმე შემთხვევას. ესენია: პრეზიდენტის თხოვნით ბუნდესტაგის მოწვევა (მუხლი 39(3), მე-3 წინადადება), პრეზიდენტის მიერ კანცლერის კანდიდატურის წარდგენა (მუხლი 63(1)) და სარჩელის შეტანა საკონსტიტუციო სასამართლოში უმაღლესი ფედერალური ორგანოების კომპეტენციებთან დაკავშირებით (მუხლი 93(1) „1“).

მთავრობის წევრებიც, ისევე როგორც პრეზიდენტი, სარგებლობენ პრეზიდენტის მიერ მიღებული გადაწყვეტილებების არსებითი გადასინჯვის უფლებამოსილებით (მუხლი 20(3)). ამ მხრივ, ყველაზე მნიშვნელოვანი მაგალითია იმ ფედერალური კანონების შემოწმება, რომლებიც კონტრასიგნაციას მოითხოვენ 82-ე მუხლის პირველი წინადადების და არა 58-ე მუხლის პირველი წინადადების მიხედვით. დანარჩენი შემთხვევები გულისხმობს კანონით დადგენილი წესებით პრეზიდენტის მიერ საკონსტიტუციო (მუხლი 94 (1, მე-2 წინადადება)) და უზენაესი ფედერალური სასამართლოების (მუხლი 95 (2)) მოსამართლეთა დანიშვნას.

ნებისმიერი აქტი დანიშვნისა თუ თანამდებობიდან გათავისუფლების შესახებ, რომელიც ეხება 60(1) მუხლით გათვალისწინებულ პირებს, მოითხოვს კონტრასიგნაციას, როგორც ეს 58-ე მუხლის პირველი წინადადებაშია დადგენილი. 60(1) მუხლი არ ანიჭებს პრეზიდენტს დანიშვნის ან გათავისუფლების შეუზღუდავ (არც საერთო) უფლებამოსილებას.

საქართველო: პრემიერ-მინისტრი პრეზიდენტის მიერ გამოცემულ აქტებზე კონტრასიგნაციის ფართო უფლებამოსილებით სარგებლობს. პრეზიდენტის აქტები ითვლება იურიდიული ძალის არმქონედ კონტრასიგნაციის გარეშე (მუხლი 73).

6. „ზომიერების მოთხოვნა“ (Mäßigungsgebot)

გერმანიის პრეზიდენტს ზომიერების დაცვა მოეთხოვება პოლიტიკური მოსაზრებების გამოთქმისას. იგი ვალდებულია, იმდენად გააკონტროლოს თავი, რომ რომელიმე პარტიისადმი მიკერძოებული პირის შთაბეჭდილებაც კი არ დატოვოს. ეს გამომდინარეობს იქიდან, რომ გერმანული კონსტიტუციით ბუნდესტაგი და მთავრობა არიან პასუხისმგებელი „პოლიტიკის კეთებაზე“ და არა პრეზიდენტი.

საქართველო: ამგვარი მოთხოვნა არც კონსტიტუციის ფორმულირებიდან, არც კონსტიტუციის განვითარების ისტორიიდან თუ რეფორმირებული კონსტიტუციის გენეზისიდან არ გამომდინარეობს. უფრო მეტიც, შეიძლება ვივარაუდოთ, რომ საქართველოს პრეზიდენტი „შეიძლება“ უფრო „აქტიურ“ პოლიტიკას ატარებდეს ყოველდღიურად, ვიდრე მისი გერმანელი კოლეგა.

7. პარლამენტის დათხოვნა

პრეზიდენტი პარლამენტის დათხოვნის უფლებამოსილებით მხოლოდ 88-ე მუხლის პირველ პუნქტში მოცემულ შემთხვევაში სარგებლობს. ამ მუხლის მიხედვით, პრეზიდენტს ბუნდესტაგის დათხოვნის უფლება კანცლერის მიერ წინადადების წამოყენებიდან 21 დღის განმავლობაში აქვს. კანცლერი ბუნდესტაგის დათხოვნის წინადადებით გამოდის იმ შემთხვევაში, თუ მისდამი გამოცხადებულ ნდობას უმრავლესობა არ დაუჭერს მხარს.

საქართველო: საქართველოს პრეზიდენტის უფლებამოსილებაც შეზღუდულია ამ მხრივ (მუხლი 73 (პირველი პუნქტი, „ე“ ქვეპუნქტი)). თუმცა მაინც უფრო ფართოა, ვიდრე გერმანიის პრეზიდენტის.

8. გერმანიის კონსტიტუციასთან შედარების დასკვნები

- შეიძლება ითქვას, რომ საქართველოს პრეზიდენტს უფრო ფართო კომპეტენციები აქვს, ვიდრე მის გერმანელ კოლეგას და, შესაბამისად, „ტიპურ“ საპარლამენტო სისტემის ვითარებაში იმყოფება.
- საქართველოს პრეზიდენტს ისეთი მნიშვნელოვანი „არსებითი“ უფლებამოსილებები აქვს, როგორიც მის გერმანელ კოლეგას არ გააჩნია (მაგალითად, ის უმაღლესი მთავარსარდალია, მონაწილეობს გადაწყვეტილებებში ქვეყნის ტერიტორიაზე უცხო ქვეყნის შეიარაღებული ძალების ყოფნის შემთხვევაში, ვეტოს ადებს კანონს და ითხოვს პარლამენტს).
- რომ შევაჯამოთ, საქართველოს კონსტიტუციური წესრიგი არ შეიძლება საპარლამენტოდ დაახასიათდეს, მიუხედავად იმისა, რომ განსხვავებები შეიძლება უფრო მცირე ჩანდეს საფრანგეთის კონსტიტუციურ წესრიგთან შედარებით.

V. ძირითადი დასკვნები

- საქართველოს კონსტიტუციური სისტემა საპარლამენტო დემოკრატიის მსგავსია. თუმცა საპარლამენტო დემოკრატიისთვის უჩვეულო პრეზიდენტის პრეროგატივებიც არ უნდა დავივიწყოთ.
- ამავე დროს, პრეზიდენტის უფლებამოსილებები იმდენად ფართო არ არის, რომ ქართული საკონსტიტუციო წესრიგი ნახევრად საპრეზიდენტოს გაგუთანაბროთ.
- შესაბამისად, ქართული სისტემის მოთავსება ამ ორ სისტემას შორის შეიძლება.
- საბოლოოდ, ქართულ სისტემას შეიძლება „შერეული“ ვუწოდოთ⁷⁸, რომელიც იხრება საპარლამენტოსკენ⁷⁹. პრეზიდენტსა და პრემიერ-მინისტრს შორის შიდა კონსტრუქციული დიალოგი იმპერატიულია, ვინაიდან კონსტიტუცია ორ სახელმწიფო ორგანოს შორის „კონტროლისა და წონასწორობის“

⁷⁸ როგორც ვენეციის კომისიის საბოლოო დასკვნაშია ნათქვამი; Venice Commission, Final Opinion on the Draft Constitutional Law on Amendments and Changes to the Constitution of Georgia, no. 110 (Conclusion), 2010.

⁷⁹ საპირისპირო მოსაზრება: „არ უნდა ჩაითვალოს შერეულ სისტემად, არამედ არსებითად საპარლამენტო სისტემად“. I. Kobakhidze, Challenging Aspects of Georgia's New Constitutional System (ი. კობახიძე, საქართველოს ახალი კონსტიტუციური სისტემის გამოწვევები).

მიდგომის მაგალითია. შეიძლება მოხმობილი იქნეს სხვა ქვეყნებში პრაქტიკული გამოცდების მაგალითები და დიალოგი თვეში ერთხელ მაინც უნდა გაიმართოს.

- შეჭველია, რომ ინსტიტუციური შეუსაბამოებები ამ ორ ინსტიტუტს შორის საზიანო იქნება საქართველოს დემოკრატიული სისტემის განვითარებისთვის⁸⁰.
- პრეზიდენტს წარმომადგენლობითი ფუნქციები აქვს. მისი პასუხისმგებლობები აღმასრულებელ სფეროში ძლიერ შეზღუდულია, მიუხედავად იმისა, რომ სხვადასხვა უფლებამოსილებით მაინც სარგებლობს.
- თუმცა ყველაზე მნიშვნელოვანი ფუნქციები პარლამენტისთვის ან მთავრობისთვის და, შესაბამისად, პრემიერ-მინისტრისთვის არის განსაზღვრული. ეს განსაკუთრებით საგარეო საქმეთა სფეროს ეხება, სადაც პრემიერ-მინისტრს აქვს გადამწყვეტი უფლებამოსილება გადაწყვეტილების მიღების პროცესში. პრეზიდენტს კი უფრო ფართო უფლებები აქვს თავდაცვის სფეროში. ამავე დროს, მთავრობა მიმდინარე პოლიტიკური საკითხების მოგვარებაზე პასუხისმგებელია.

⁸⁰ იბ. ი. კობახიძე, I.Kobakhidze, Challenging Aspects of Georgia's New Constitutional System (საქართველოს ახალი კონსტიტუციური სისტემის გამოწვევები.).

