

ვლად პერჯიუ

# პროპორციულობის პრინციპი და თავისუფლება ესეი კონსტიტუციური სამართლის მეთოდზე

სტატია გამოქვეყნდა ავტორისა და Cambridge University Press-ის თანხმობით. ნამუშევარი პირველად დაიბეჭდა ჟურნალში Global Constitutionalism, Volume 1 (2), 2012 (Cambridge UP).

ვლად პერჯიუ<sup>1</sup>

ბოსტონის კოლეჯის სამართლის სკოლის  
ასოცირებული პროფესორი, აშშ.

## 1. შესავალი

პროპორციულობის პრინციპის დანერგვა საკონსტიტუციო სამართალწარმოებაში უმნიშვნელოვანესი მოვლენაა თანამედროვე სამართლის განვითარებაში. პროპორციულობა „კონსტიტუციურობის უნივერსალური კრიტერიუმი“ გახდა<sup>2</sup>. მისმა გავრცელებამ მთელ მსოფლიოში მეცნიერები აიძულა, მისთვის „მე-20 საუკუნის ყველაზე წარმატებული სამართლებრივი ტრანსპლანტი“ ეწოდებინათ<sup>3</sup>. თუმცა ეს წარმატება ისევ დამაბნეველია. პროპორციულობის პრინციპით მოსამართლეების ძალაუფლების გაზრდამ, როგორც ჩანს შექმნა

<sup>1</sup> ბოსტონის კოლეჯის სამართლის სკოლის ასოცირებული პროფესორი. წინამდებარე ნაშრომი წარმოდგენილი იყო კონფერენციაზე „კონსტიტუციონალიზმი ახალი მსოფლმხედველობით: კოსმოპოლიტური, პლურალისტული და მიზანშეწონილობაზე ორიენტირებული“, რომელიც ბერლინის ჰუმბოლდტის უნივერსიტეტისა და სოციალურ მეცნიერებათა კვლევის ცენტრის მიერ იყო ორგანიზებული 2011 წლის იანვარში. ნაშრომის აღრინდელი ვერსიები გავაცანი ნიუ-იორკის უნივერსიტეტის კოლოქვიუმის მონაწილეებს, რომელიც გლობალურ და შედარებით საჯარო სამართალს მიეძღვნა და აგრეთვე პრინსტონის უნივერსიტეტის, ჰარვარდის სამართლის სკოლის, ჯორჯ ვაშინგტონის სამართლის სკოლისა და ავსტრალიის ეროვნული უნივერსიტეტის სემინარების მსმენელებს. მადლობას ვუხდის სტივენ გარდბაუმს, ჯამალ გრინს, მათიას კუმს, მიშელ როზენფელდს, ფრანკ მიხელმანს, ფრედ შაუერს და კიმ ლეინ შეპელს მათი შენიშვნებისთვის, რომლებიც ამ ნაშრომის აღრინდელ ვარიანტებთან დაკავშირებით მომაწოდეს ამ თემაზე დისკუსიებისთვის. ნაშრომს ერთვის განცხადებაც.

<sup>2</sup> იხ. David Beatty, *The Ultimate Rule of Law* 162 (2004); (ფუნდამენტური კანონის უზენაესობა).

<sup>3</sup> იხ. Mattias Kumm, *Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice*, 2 *International Journal of Constitutional Law* (I-CON) 574, 595 (2003); (კონსტიტუციური უფლებები, როგორც პრინციპები: საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების სტრუქტურა და სფერო).

დაძაბულობა/დაპირისპირება ამ პრინციპსა და დემოკრატიული მმართველობის იდეალებს შორის. უფრო მეტიც, დაცვა, რომელსაც ეს მეთოდი კონსტიტუციურ უფლებებს სთავაზობს, ავტომატური არ არის, ის დამოკიდებულია სასამართლოების კონტექსტუალურ შეფასებაზე, რომ უფლებები საკმარისად ძლიერია დაპირისპირებული საჯარო თუ კერძო ინტერესების დასაძლევად. პროპორციულობის პრინციპის გამოყენებისას უფლებები უბრალოდ გარკვეული ფაქტორებია, რომლებსაც ითვალისწინებს სასამართლო სამართლებრივი ანალიზის დროს, რაც უნდა ვალიართ, რომ „ბევრს არაფერს ნიშნავს“<sup>4</sup>.

მიუხედავად ამისა, ჩვენ მაინც „პროპორციულობის ერა“<sup>5</sup>-ში ვცხოვრობთ. მოსამართლეები აღმოსავლეთ ევროპიდან სამხრეთ აფრიკამდე და კანადიდან ბრაზილიამდე თუ ევროპის სუპრანაციონალურ სასამართლოებამდე, იყენებენ პროპორციულობის პრინციპს კონსტიტუციურ სამართალში და მის მიღმა. პროპორციულობის პრინციპის გლობალური გავრცელება საკმარისად არის დადასტურებული<sup>6</sup>. ეს მეთოდი მე-19 საუკუნეში პრუსიის ადმინისტრაციულ სამართალში დაიბადა, შემდგომ მეორე მსოფლიო ომის დასრულებისას, კონსტიტუციური სამართლის სფეროში გადაინაცვლა და პირველად გერმანიაში, თანდათანობით კი დანარჩენ მსოფლიოში კონსტიტუციური სამართლის იურისტების წარმოსახვა დაიპყრო. პროპორციულობისთვის ცენტრალური ადგილის მინიჭებამ ეს მეთოდი „გლობალური კონსტიტუციონალიზმის ფუძემდებლურ ელემენტად“<sup>7</sup> აქცია საკონსტიტუციო საქმისწარმოებაში, გარდა ამერიკული სამართლისა<sup>8</sup>.

თუმცა, პროპორციულობის პრინციპის წარმატება რთულად ასახსნელია. მისი გავრცელების მიზეზების ახსნის თეორიები მთელ სპექტრს მოიცავს, ცივი, რეალისტური მიდგომებიდან იდეალისტურ თეორიებამდე. რეალისტური კუთხით, მოსამართლეები პროპორციულობის პრინციპს იმიტომ წყალობენ, რომ ის მოსამართლის მიერ დისკრეციული უფლებამოსილების განხორციელებას უფრო დამაჯერებლად თუ ეფექტურად მალავს, ვიდრე სხვა დანარჩენი ალტერნატიული მეთოდები, მაგალითად, კატეგორიული დასაბუთება (categorical reasoning) ან დაბალანსება. კონფლიქტური ინტერესების შეჯერებისთვის ფორმალური სტრუქტურის მინიჭებით, პროპორციულობის პრინციპი ისეთ ილუზიას გთავაზობს, თითქოს ღირებულე-

<sup>4</sup> იხ. Mattias Kumm, *Id.* at 582. „უფლების ქონა (ფლობა) ბევრს არაფერს ანიჭებს მის მფლობელს: ანუ ის ფაქტი, რომ ადამიანს ერთი შეხედვით აქვს უფლებები (prima facie), არ გულისხმობს, რომ ის ისეთ მდგომარეობაშია, რომ შეუძლია კონკრეტული პოლიტიკის/კურსის დაპირისპირებული გარემოებები დაძლიოს“.

<sup>5</sup> იხ. Aharon Barak, *Proportionality and Principled Balancing*, in *Law & Ethics of Human Rights*, vol. 4 (1): 1-18, 14; (პროპორციულობა და პრინციპული წონასწორობის დამყარება).

<sup>6</sup> იხ. მაგალითად, Alec Stone Sweet and Jud Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism* (პროპორციულობის დაბალანსება და გლობალური კონსტიტუციონალიზმი), 47 *Columbia Journal Transnational Law* 72, 160 (2008); Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations* (პროპორციულობა: კონსტიტუციური უფლებები და მათი ფარგლები) (2012).

<sup>7</sup> *Id.* (Alec Stone Sweet and Jud Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*), (პროპორციულობის დაბალანსება და გლობალური კონსტიტუციონალიზმი), გვ. 160. ავტორები ამ დასკვნას იმ დაკვირვების საფუძველზე იღებენ, რომ „1990-იანი წლების დასასრულისთვის საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების ფაქტობრივად ყველა ეფექტური სისტემა მსოფლიოში, ნაწილობრივ აშშ-ის გამოკლებით, პროპორციულობის ძირითადი დოგმატებით იყო მოცული“ (*id.*, გვ. 74).

<sup>8</sup> პროპორციულობის პრინციპის განხილვა ამერიკული სამართლის კონტექსტში იხილეთ, E. Thomas Sullivan and Richard S. Frase, *Proportionality Principles in American Law* (2008) (პროპორციულობის პრინციპები ამერიკულ სამართალში); Jed Mathews and Alec Stone Sweet, *All Things in Proportion?* (ყველაფერი პროპორციულად? ამერიკული უფლებების მიმოხილვა და წონასწორობის დამყარების პრობლემა, 60 *Emory Law Journal* 797 (2011); და Moshe Cohen-Eliya & Iddo Porat, *The Hidden Foreign Law Debate in Heller: The Proportionality Approach in American Constitutional Law*, 46 *San Diego Law Review* 367 (2009); (ფარული უცხოური სამართლის განხილვა: ამერიკული საკონსტიტუციო სამართლის მიდგომა პროპორციულობის პრინციპთან).

ბები შეიძლება ერთ სკალაზე განლაგდეს, მიუხედავად იმისა რომ შეუძლებელია მათი ერთი სტანდარტით შეფასება. თუმცა აღნიშნული თეორიები ბევრ საკითხს ტოვებენ უპასუხოდ. პროპორციულობის წარმატების სათავედ მხოლოდ ამ შენიღბული ფუნქციის აღიარება ჩიხში შეყვანის უმოკლესი სამართლებრივი გზაა. პროპორციულობის პრინციპზე აგებული საკმაოდ რთული და დეტალური სასამართლო დასაბუთება (judicial reasoning) არ შეიძლება „აპრიორი“ უარყოფით, როგორც უბრალოდ ფიქციური. ამის საპირისპიროდ, იდეალისტური მიდგომა კონცენტრირდება დასაბუთების პროცესზე და ხაზს უსვამს მის თანდაყოლილ რაციონალიზმს<sup>9</sup>.

როგორც დავინახავთ, პროპორციულობის ამგვარი შეფასებები, როგორც წესი, უყურადღებოდ ტოვებს სერიოზულ ნაკლოვანებებს ამ პრინციპის სასამართლო გამოყენების პრაქტიკაში. მაგრამ ასეც რომ არ იყოს, იდეალისტური შეფასებების უმრავლესობა პროპორციულობის გავრცელებას მხოლოდ ამართლებს, ისე რომ არ ხსნის მისი მიმზიდველობის მიზეზს. თავი რომ დავანებოთ სკეპტიციზმს მხოლოდ წმინდა რაციონალური სამართლებრივი დასაბუთების პერსპექტივის თაობაზე მე-20 საუკუნის მასიური მკვლევარებისა და კატასტროფების ფონზე, მხოლოდ რაციონალიზმს არ ძალუძს სრულად გამოააშკარავოს ამ მეთოდის ხიბლი ისეთი რთული ინსტიტუციური აქტიორისთვის, როგორიცაა სასამართლო.

ჩემი მიზანია, დამატებითი განმარტებები შემოგთავაზოთ პროპორციულობის პრინციპის როგორც კონსტიტუციური კონტროლის მეთოდის პოპულარობის მიზეზებზე. მე ვამტკიცებ, რომ ალტერნატიულ მეთოდებთან შედარებით, პროპორციულობის პრინციპი უფრო მეტად ეხმარება მოსამართლეს, რომ მან შეამციროს ის ეფექტი, რასაც რობერტ ქავერი „თანდაყოლილ სირთულეს“ უწოდებს, რომელსაც „სახელმწიფო კანონმდებლობის ძალადობა იწვევს თავისუფალი ინტერპრეტაციის პროცესზე“<sup>10</sup>. ძალების გადანაწილების მექანიზმების რუტინული განთავსების გარდა, რითაც მოქალაქეს აიძულებენ, რომ „თავისუფალი იყოს“<sup>11</sup>, კონსტიტუციური დემოკრატიის სახელმწიფო ინსტიტუტებმა უნდა გაამართლონ აგრეთვე ამ განთავსების მიმართულებები. ამგვარად, კანონის ძალადობას ორი განზომილება აქვს. ერთს, იძულებით მიმართულებას, მოქმედებისა თუ უმოქმედობის ფორმა აქვს, რომელსაც სახელმწიფო იყენებს თავისი ქვეშევრდომების წინააღმდეგ. მაგრამ ძალადობის მეორე განზომილება, რომელიც პირველთან არის დაკავშირებული, სათავეს იღებს ამ იძულებით მიღებული შედეგების გამართლების პროცესიდან. როგორც დავინახავთ, ეს დასაბუთება ასახავს დამარცხებული/წაგებული მხარის ინტერპრეტაციული პროცესის შედეგის სახელმ-

<sup>9</sup> იხ., მაგალითად, Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, Proportionality and the Culture of Justification (პროპორციულობა და გამართლების კულტურა), 59 American Journal of Comparative Law 463 (2011); და Mattias Kumm, The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review, Law and Ethics of Human Rights vol. 4(2): 141-157 (2010) (სოკრატეს დავა და გამართლების უფლება: უფლებებზე დაფუძნებული პროპორციულობის არსის მიმოხილვა...)

<sup>10</sup> იხ. Robert Cover, Nomos and Narrative, 97 Harvard Law Review 4, 48 (1983). ვინაიდან სახელმწიფო ხშირად მონაწილეობს საკონსტიტუციო დავაში როგორც სასამართლოს ნებართვისთვის მებრძოლი მხარე, რომ ინდივიდუალურ უფლებებს მოერიოს, ქავერის „სახელმწიფოებრივი კანონმდებლობა“ უკეთ აიხსნება, როგორც „სახელმწიფოს კანონი“. ჩემი ხაზგასმა ინტერპრეტაციაზე მიჰყვება ქავერისას, რამდენადაც ის ხაზს უსვამს კონსტიტუციურ (როგორც სამართლებრივ ფორმას) ინტერპრეტაციას. რაც შეეხება კანონის „მომაკვდინებელ პოტენციალს“, იურისპატიური (კანონის დაავადება) განზომილების საპირისპიროდ ან იქნებ მასთან კავშირში, იხ. რობერტ ქავერი, Robert Cover, Violence and the Word, 95 Yale Law Journal 1601 (1986).

<sup>11</sup> ეს ფორმულირება რუსოს ეკუთვნის. იხ. Jean Jacques Rousseau, The Social Contract, Book I, § 7 (1726) (სოციალური კონტრაქტი).

წიფოს მიერ უარყოფას. მე ვვარაუდობ, რომ პროპორციულობის პრინციპი იმიტომ იზიდავს მოსამართლეებს, რომ მათ ადეკვატური მეთოდები სჭირდებათ იმ ძალადობის შესამსუბუქებლად, რომელსაც მათ მიერ გამართლებული სახელმწიფო იძულება იწვევს კერძო (არაოფიციალურ)<sup>12</sup> ინტერპრეტაციაზე კონსტიტუციურ დავებში<sup>13</sup>.

თუკი კანონის ძალმომრეობის მეორე განზომილება არ შემსუბუქდება, შეიძლება სასამართლოების ფუნქცია მოსარჩელებისადმი, როგორც მოქალაქეებისადმი, რაც მათ სარჩელებზე გულისხმიერ რეაგირებაში გამოიხატება, საერთოდ მოიშალოს. ტოტალიტარული რეჟიმისგან განსხვავებით, რომლის ინსტიტუტები არ რეაგირებენ ან სულაც უარესი – თავიანთ ქვეშევრდომებს სჯიან მოთხოვნების საპასუხოდ, კონსტიტუციური დემოკრატიის სახელმწიფო ინსტიტუტებს აკისრიათ მოვალეობა, იმგვარად გასცენ პასუხი მოქალაქეების პრეტენზიებს, რომ თითოეული მოსარჩელის სოციალური მდგომარეობა აღიარებული და განმტკიცებული იქნეს როგორც თავისუფალი და თანასწორი<sup>14</sup>.

სამართლებრივი დავის შემთხვევაში გულისხმიერი რეაგირება ყოველთვის ვერ მოითხოვს ნებისმიერი მოსარჩელის მატერიალურ დაკმაყოფილებას. მაგრამ ის ითხოვს, რომ გამამართლებელმა შედეგმა გარკვეული პირობები დააკმაყოფილოს. მაგალითად, ის ითხოვს, რომ გამამართლებელი გარემოება პატივისცემით და ღირსეულად მოექცეს ნებისმიერ მოსარჩელეს, მათ შორის მათაც, რომელთა სარჩელი უეჭველია, რომ არ დაკმაყოფილდება<sup>15</sup>. მე გთავაზობთ მოსაზრებას, რომ პროპორციულობის პრინციპი ამ მოთხოვნებს უკეთ პასუხობს, ვიდრე ალტერნატიული მეთოდები.

ერთი შეხედვით, შეიძლება არალოგიკურად გვეჩვენებოდეს, რომ მოსამართლის გულისხმიერება (გულისხმიერი რეაგირება) იმაზე უნდა იყოს დამოკიდებული თუ როგორი წარმატებით ამსუბუქებს სასამართლო იმ ძალადობას, რომელსაც ის მხარეების იურისგენერაციულ პროცესს აყენებს. მაგალითად, მოსარჩელე, ჩვეულებრივ, წამგებიან პოზიციაში აყენებს თავს მისი სარჩელის ძლიერი მხარეების გაზვიადებით. მისი მცდარი წარმოდგენა სარჩელის სიძლიერეზე ამწვავებს ძალადობის შეგრძნებას, რომელსაც სასამართლო იწვევს იმით, რომ სარჩელს არ აკმაყოფილებს, რაც შედეგად გაუმართლებლად მაღალ ბარიერს აჩენს სასამართლო გულისხმიერებისთვის. უფრო მეტიც, მაშინაც კი, როცა არ არსებობს გადაჭარბებული მოლოდინი, უბრალოდ ის იმპერატივი, რომ საქმე გადაუწყვეტელი არ დარჩეს, ღრმა ნაპრაღს აჩენს მხარეთა აღქმას შორის, იქნება ეს ინდივიდუალურ პირებსა თუ მათ და

<sup>12</sup> „კერძო“ განმარტებული უნდა იქნეს როგორც „არაოფიციალური“ და არა „ინდივიდუალური“. ის მოიცავს მთავრობის კონსტიტუციურ განმარტებას, რომელიც თავისი ინტერესების დასაცავად იბრძვის.

<sup>13</sup> უნდა აღვნიშნო, რომ ქავერის საკუთარი არსებითი მოსაზრებები გამართლების შესაძლებლობაზე უფრო სკეპტიკურია, ვიდრე ამ სტატიაში წარმოდგენილი პოზიცია. უფრო მეტი ამ საკითხთან დაკავშირებით იხილეთ მე-17 შენიშვნაში.

<sup>14</sup> იხ. მაგალითად, Thomas Pogge, *Politics as Usual* 200 (Polity, 2010) პოლიტიკა, როგორც ყოველთვის, „დემოკრატიის თავისებურების განმსაზღვრელი „მორალური იმპერატივი, რომ პოლიტიკურმა ინსტიტუტებმა უნდა გაზარდონ და გაათანაბრონ მოქალაქეთა უნარები იმისთვის, რომ მათ იმ სოციალური კონტექსტის ფორმირება შეძლონ, რომელშიც ცხოვრებენ“.

<sup>15</sup> გულისხმიერი რეაგირების მოვალეობას განვიხილავ ნაშრომში, *Cosmopolitanism and Constitutional Self-Government* (კოსმოპოლიტანიზმი და კონსტიტუციური თვითმმართველობა), *International Journal of Constitutional Law* I-CON, vol. 8(3): 236 (2010). ამჯერად კი, მხოლოდ იმას აღვნიშნავ, რომ არ მესმის „გულისხმიერი რეაგირება“, როგორც წმინდა პროცედურული ღირებულება. ასეთი მიდგომის ანალიზი იხილეთ Frank Michelman, *Must Constitutional Democracy be 'Responsive'?* (უნდა იყოს თუ არა კონსტიტუციური დემოკრატია „გულისხმიერი?“) 107 *Ethics* 706 (1997) (დემოკრატიული გულისხმიერი რეაგირების პროცედურული კონცეფციის განხილვა და ანალიზი რობერტ პოსტის *Constitutional Domains*-ში).

სახელმწიფოს შორის დავისას, სასამართლო გადაწყვეტილების მიღებამდე და მიღების შემდეგ<sup>16</sup>. ყოველ შემთხვევაში, რთულ საქმეებში, თითქოსდა შედარებით ძლიერი სარჩელები ისეა წარმოდგენილი, როგორც მხარეთა იურისგენერაციული ინტერპრეტაციის შედეგები, რომლებიც ოფიციალურ დადასტურებას ითხოვენ სასამართლოსგან, როგორც იმ ინსტიტუტისგან, რომელიც იღებს გადაწყვეტილებებს კონსტიტუციური განმარტების სადავო საკითხებზე.

თუმცა, მიუხედავად ამისა, განსაცვიფრებელი წყვეტა არსებობს, ერთი მხრივ, სასამართლოს მიერ გადაწყვეტილების გამოტანამდე (ex ante) მხარეების მიერ მათი სარჩელის ძლიერი მხარეების აღქმას და, მეორე მხრივ, უკვე სასამართლო გადაწყვეტილების გამოტანის შემდეგ (ex post) კონსტიტუციურობასთან დაკავშირებულ ბინარული განცხადებების აღქმას შორის.

კონსტიტუციურობის/კანონიერების შესახებ ბინარული განცხადებები (კონსტიტუციური/არაკონსტიტუციური ან კანონიერი/უკანონო) სპობს გამარჯვების შესაძლო შანსს, რომელიც სარჩელს ჰქონდა სასამართლოს მიერ გადაწყვეტილების გამოტანამდე<sup>17</sup>. კონსტიტუციურობის შესახებ განცხადებების ბინარული შედეგები ზრდის მხარეთა თავისუფალი ინტერპრეტაციის პროცესზე ძალადობას, რომლითაც სამართლებრივი დავა სრულდება. როგორც კონსტიტუციური სისტემის შემადგენელი ელემენტი, სასამართლო უმოქმედობა არ შეიძლება რომ კანონის ძალადობის წყარო იყოს.

თუ შეიძლება რომ იყოს, მნიშვნელოვანია, ძალადობის ხსენებისას გავითვალისწინოთ ძალადობის ხარისხიც. გარკვეული დონის ძალადობას ვერ ავცდებით სამართალში<sup>18</sup>, სასამართლო მეთოდოლოგია ახდენს გადაწყვეტილების დასაბუთების სტრუქტურირებას და, ამგვარად, აკონტროლებს ძალადობის ხარისხს. კანონის ძალადობის ორი წყარო – შედეგი და შედეგის დასაბუთება ერთმანეთთან არის დაკავშირებული. როგორც ჩარლზ თილი ასკვნის თავის სოციოლოგიურ კვლევაში მიზეზების ახსნის შესახებ, „რაც არ უნდა მოხდეს მიზეზების ახსნის, დასაბუთების პროცესში, მიზეზების გამცემიც და მიმღებიც მათი თანასწორობისა თუ უთანასწორობის განსაზღვრებაზე აწარმოებენ მოლაპარაკებებს“<sup>19</sup>. პროპორციულობა გამოირჩევა იმით, თუ როგორ განაწყოებს მოსამართლეს მხარეების მიმართ და მხარეებს ერთმანეთის მიმართ.

<sup>16</sup> თუ როგორ იქცევა კონსტიტუციური უფლება ინტერესად გადაწყვეტილების მიღების განხილვაში შემოსვლით, Richard Fallon, Individual Rights and the Powers of Government (ინდივიდუალური უფლებები და ხელისუფლების უფლებამოსილებები), 27 Ga. L. Rev. 343 (1993).

<sup>17</sup> როგორც ჰაბერმასმა აღნიშნა, „მოქმედების ნორმები გვხდება ქმედითობის შესახებ სისწორის ბინარულ განცხადებებთან ერთად და, როგორც წესი, ან ქმედითია ან არა; ჩვენ ნორმატიულ წინადადებებს ისევე შეგვიძლია პასუხი გავცეთ, როგორც ასერტიორულს, მხოლოდ „დიახ“ ან „არა“ ან გადაწყვეტილების მიღების შეჩერებით. იხ. Habermas, Between Facts and Norms (ფაქტებსა და ნორმებს შორის) 255 (1996). იხილეთ აგრეთვე, Ronald Dworkin, A Matter of Principle 119-120 (1985) (ორმნიშვნელობის პრინციპის განხილვა, რომელიც კანონს ეხება, ისევე როგორც ყველა დისპოზიციურ ცნებას).

<sup>18</sup> გამართლების პროცესში ბუნებრივი შეზღუდვები არსებობს. რობერტ ქავერი მათ ტრაგიკულ შეზღუდვებად მოიხსენიებს ზოგადი მნიშვნელობით, რომელთა მიღწევა შესაძლებელია სამართლებრივი ძალმომრეობის სოციალური ორგანიზების გამართლებაში. იხ. Robert Cover, Violence and the Word (ძალადობა და სიტყვა), 95 Yale Law Journal 1601, 1628-1629 (1986).

<sup>19</sup> იხ. ჩარლზ თილი, Why (რატომ)?, გვ. 24-25 (შენიშვნები გამოტოვებულია).

ეს მართებული კონტექსტია, რათა ავხსნათ პროპორციულობა როგორც მეთოდი, რომელიც „თანაბარ პატივისცემასა და ყურადღებას იჩენს საქმის ნებისმიერი მონაწილისადმი“<sup>20</sup>. პროპორციულობის პრინციპი ამცირებს ნაპრაღს მხარეთა პოზიციებს შორის სასამართლოს მიერ გადაწყვეტილების მიღებამდე და შემდგომ, რადგან სათანადო ყურადღებითა და პატივისცემით ეპყრობა საზოგადოებრივ ინტერესს, რომელსაც სახელმწიფო იცავს, და ასევე ინდივიდუალურ უფლებას.

პროპორციულობის წარმატების ჩემული ახსნა ფუნქციურია და არა მიზეზობრივი. მისი გამოყენების გავრცელება მთელ მსოფლიოში რთული ფენომენია, რომელსაც უამრავი მიზეზი აქვს ისტორიულიდან სოციოლოგიურამდე<sup>21</sup>. ჩემი მოხსენების მიზანია პროპორციულობის პრინციპის სიძლიერისა და წარმატების მიზეზების ახსნა და არა განცხადების გაკეთება მისი წარმოშობის შესახებ<sup>22</sup>. მე ვადგენ, თუ რა ფუნქციას ასრულებს პროპორციულობის პრინციპი თანამედროვე საკონსტიტუციო სამართალსა და სასამართლო პრაქტიკაში, კერძოდ, რომ ის ამსუბუქებს მოსამართლეთა გადაწყვეტილებების ძალადობრივ შედეგებს მოსარჩელეთა ინტერპრეტაციულ პროცესებზე და, ამავე დროს, განვმარტავ, თუ რით აიხსნება პროპორციულობის პრინციპის აღნიშნული ფუნქციის აუცილებლობა (მათ შორის სოციალური პლურალიზმის ფაქტორი, მოსამართლეთა შეშფოთება კანონის არასაკმარისად განსაზღვრულ ბუნებაზე, რთული ურთიერთობები სახელმწიფოსა და ადამიანს შორის). ეს მოსაზრება ავსებს და არ ანაცვლებს ისტორიულ, სოციოლოგიურ ან სხვა შესაბამის ნორმატიულ თეორიებს.

პროპორციულობის პრინციპისადმი მსგავსი ფართო მიდგომის საშუალებით იმდენივე შეიძლება გავიგოთ თანამედროვე კონსტიტუციურობის ფილოსოფიის პრინციპებზე, რამდენიც თავად ამ მეთოდზე. ამ მეთოდის, როგორც დამოუკიდებელი სამართლებრივი მექანიზმის, ანალიზის ნაცვლად, მე უფრო ფართო თვალსაზრისით ვუდგები საკითხს, რომლის მიხედვითაც ის ინტეგრირებულია კონსტიტუციური დოქტრინის უფრო ვრცელ კონფიგურაციაში და დისკურსში. ამ კონფიგურაციებს „კონსტიტუციურ სტილს“ ვუწოდებ. სტილი თავის მეთოდოლოგიაში კონსტიტუციური უფლებებისადმი სრულყოფილ მიდგომას, სასამართლოების როლს და მათი გულისხმიერი რეაგირების მოვალეობის ინკაფსულირებას ახდენს და, ზოგადად, სამართლის არსისადმი, რომელიც „თავისუფლების კულტურაზე“ ზემოქმედების ფორმირებას ახორციელებს<sup>23</sup> კონსტიტუციურ დემოკრატიაში. პრაქტიკაში სხვადასხვანაირი სტილი ხშირად ერთმანეთზეა გადახლართული, მაგრამ ჩემს შეფასებაში მე მათ იდეალურ ტიპებად (ideal-types) განვიხილავ. პროპორციულობა განსაკუთრებულ სტილს განასახიე-

<sup>20</sup> იხ. David Beatty, *Ultimate Rule of Law* (ფუნდამენტური კანონის უზენაესობა), გვ. 169. ქუში ამტკიცებს, რომ პროპორციულობის პრინციპი მიუთითებს ინტერპრეტაციიდან ახსნა-განმარტებაზე გადასვლას: 'პროპორციულობის ტესტი, უბრალოდ სტრუქტურას იძლევა ქმედების მტკიცებადი ახსნისთვის იმ მიზეზების თვალსაზრისით, რომლებიც ლიბერალური დემოკრატიისთვისაა შესაფერისი. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ: ის გვევაზობს ქმედების ახსნის/გამართლების სტრუქტურას საჯარო მოტივაციის თვალსაზრისით. მათიას ქუში, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review, Law and Ethics of Human Rights* vol. 4(2): 141-157 (2010), გვ. 150. თუმცა მნიშვნელოვანია პროპორციულობის პრინციპის თეორიაში თავად უფლების მფლობელის შეხედულება გაერთიანდეს. ამ შეხედულებით პროპორციულობა ისევ ინტერპრეტაციის მეთოდაა. როგორც მე ვასაბუთებ ამ ნაშრომის მე-3 და მე-4 მონაკვეთებში, პროპორციულობის დადებითი ასპექტი ის გახლავთ, რომ მას ორივე შეხედულების ინტეგრირება შეუძლია.

<sup>21</sup> მიზეზების განხილვა იხ. Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat, *supra* note 8 (Proportionality and the Culture of Justification) (პროპორციულობა და გამართლების კულტურა), გვ. 467-474.

<sup>22</sup> ფუნქციურ განმარტებებზე იხ. G.A. Cohen, *Karl Marx's Theory of History*, 249-277 (1978).

<sup>23</sup> ეს ტერმინი რონალდ დგორკინს დავესხებ. *A Bill of Rights for Britain* (1990).

რებს. ვინაიდან სტილების ერთმანეთისგან განსხვავება მათი განსაკუთრებული მიდგომებით შეიძლება კონსტიტუციური მოთამაშეების განლაგებისადმი, ანუ კონსტიტუციური სივრცის აგებისადმი, არქიტექტურულ მეტაფორას ვიყენებ და მას კორინთულ სტილს ვუწოდებ<sup>24</sup>. ამ კონსტიტუციურ სტილს, თავად ბერძნული არქიტექტურული სტრუქტურის მსგავსად, ინტეგრაციული მიზანი აქვს, რომელიც ორი დანარჩენი კონსტიტუციური სტილის ელემენტებს აერთიანებს. პირველია დორიული კონსტიტუციური სტილი, რომელიც ზემოდან ქვემოთ მომავალი სამართლებრივი დასაბუთების ფორმით და დეონტოლოგიური უფლებების კატეგორიული კონსტიტუციური ინტერპრეტაციით ხასიათდება. მეორე – იონური კონსტიტუციური სტილია, რომელიც კონტექსტუალიზებულ, ქვემოდან ზემოთ მიმავალ დასაბუთებასა და მოსამართლის დამაბალანსებელ მეთოდოლოგიას ეყრდნობა.

ნაშრომის პირველი ორი ნაწილი დორიულ და იონურ სტილს აღწერს. აღწერა აუცილებელია, რადგან მესამე ნაწილში განხილული კორინთული სტილი ამ ორის მიდგომას აერთიანებს პროპორციულობის მეთოდის მეშვეობით. პროპორციულობა უფლებათა არადეონტოლოგიურ კონცეფციას ფორმალური ანალიზის კატეგორიულ სტრუქტურაში ათავსებს. ის სინთეზია ფორმისადმი და ინსტიტუციური სტრუქტურისადმი (თეზა) დორიული და კონტექსტისადმი იონური<sup>25</sup> „ფაქტების მგრძობელობისა“, რომელშიც კონკრეტული წინააღმდეგობები წარმოიშობა (ანტითეზა) და რომელიც სასამართლო გულისხმიერების გაძლიერებულ აღქმას იწვევს. თუმცა არ უნდა გავაერთიანოთ აღქმისა და მატერიალური ღირებულების საკითხები. ამ ნაწილში ვამტკიცებ, მაშინ როდესაც პროპორციულობა უფრო გულისხმიერი რეაგირებაა ალტერნატიულ მეთოდებთან შედარებით, მისი სამოსამართლო ტექნიკა ჯერჯერობით ვერ ამართლებს ინტეგრაციულ მიზნებს. პროპორციულობის პრინციპი ვერ უწევს წინააღმდეგობას უნივერსალიზმის ცენტრიდანულ ძალებსა და პარტიკულარიზმს, რომლის ინტეგრირებისკენაც ის მიისწრაფის. ეს წნეხი პარადოქსს წარმოშობს იმ თვალსაზრისით, რომ პროპორციულობის ანალიზის უკუდატვირთვა (ის ფაქტი, რომ პრაქტიკულად თითქმის ყველა სამთავრობო ღონისძიება გადის განხილვის პირველ საფეხურს), მისი ნაკლიცაა და მიმზიდველობის წყაროც. ეს მისი უარყოფითი მხარეა, რადგან მსგავსი უკუდატვირთვა საფრთხეს ამადლებს პროპორციულობის ანალიზის მომდევნო (დაბალანსების) საფეხურზე იმით, რომ ზრდის პრინციპული გადაწყვეტილების მიღების ტექნიკის საჭიროებას. ასეთი ფორმალიზებული ტექნიკა აქ უფრო ხელმისაწვდომი, ვიდრე იონური სტილის შემთხვევაში, არ არის. მაგრამ გაზრდილი დაინტერესებულობაც პროპორციულობის მიმზიდველობის წყაროა, რადგან ორივე დაპირისპირებული ინტერესი შეიძლება იურიდიული ძალის მქონედ გამოცხადდეს. თუკი საქმე სახელმწიფო ინტერესს ეხება, პროპორციულობის ანალიზის რაც უფრო მეტ საფეხურს გაივლის სადავო ურთიერთობები, მით უფრო განმტკიცდება საჯარო ინტერესის აღიარება. უფლების მფლობელის მხრიდან, სახელმწიფო ინტერესის დაჟინებული განხილვა, რომელიც ამ უფლების დასაძლევად ისწრაფის, განამტკიცებს იმ წონას, რასაც კონსტიტუცია ანიჭებს უფლებით დაცულ ინტერესს. თუმცა, რაც უნდა გასაკვირი იყოს,

<sup>24</sup> ბერძნული და რომაული არქიტექტურის განსხვავებული ორდერების განხილვა იხ. Fil Hearn, *Ideas that Shape Buildings* 97-133 (MIT Press, 2003) (იდეები, რომლებიც შენობებს ფორმებს აძლევენ).

<sup>25</sup> იხ. Philip Sales and Ben Hooper, *Proportionality and the Form of Law* (პროპორციულობის პრინციპი და კანონის ფორმა), 119 *Law Quarterly Review* vol. 119 (2003), გვ. 428.

ორივე დაპირისპირებული ინტერესის ძალის სასამართლო დასაბუთება მნიშვნელოვნად ავიწროებს ex ante/ex post არსებულ ხარვეზს, რითაც ზრდის სასამართლოს გულისხმიერი რეაგირების შეგრძნებას.

ნაშრომის მეოთხე ნაწილში მე ვიწყებ იმის განხილვას, რომ სასამართლო ძალმომრეობა კერძო ინტერპრეტაციის პროცესზე სამართლებრივად არარელევანტურია. დისკუსია კონსტიტუციური მეთოდოლოგიით იხსნება და სოციალური პლურალიზმის ფართო ზემოქმედებამდე მიდის კონსტიტუციურ სამართალწარმეობაზე თანამედროვე დემოკრატიებში. პლურალიზმი „განცალკევებულობის უფსკრულებს“ აჩენს, როგორც ჰანნა არენდტი უწოდებს მათ<sup>26</sup>. ისინი გამოწვევას წარმოადგენენ მოქალაქეთა და მათი ინსტიტუტების ინტერაქციის საფუძვლებისთვის. პლურალიზმი სოციალურ და პოლიტიკურ ცხოვრებაზე ხედვების იმ მარაგს აფართოებს, საიდანაც სარჩელი ჩნდება, მაგრამ, ამავდროულად, კონკრეტული ინსტიტუციური რეაგირების გამართლების საჭიროებასაც ზრდის ისეთი საშუალებებით, რაც მისაღები უნდა იყოს პლურალისტური მოსახლეობისთვის. მე ვამტკიცებ, რომ პლურალიზმი მართლზომიერი განსაზღვრულობის კრიტიკასთან და სახელმწიფოს ცვალებად ფუნქციასთან ერთად, ზრდის მანძილს მოსარჩელეთა შორის, აფართოებს ex ante/ex post ნაპრაღს და ინსტიტუციური რეაგირების მექანიზმების საჭიროებას აძლიერებს იმისთვის, რომ შეამსუბუქოს სახელმწიფოს კანონის ძალადობა კერძო იურისგენერაციული ინტერპრეტაციის პროცესზე.

მაიკლ ვოლცერმა სასამართლო გადაწყვეტილების მიღების გამოწვევა აღწერა არა როგორც „ინდიფერენტულობის გამოწვევა, არამედ, როგორც ამბიციური კავშირის“<sup>27</sup>. ნაშრომის ბოლო ნაწილში გაანალიზებულია წარმოსახვის როლი იქ, თუ როგორ აგებს ამბიციურ კავშირებს თანამედროვე სამართალი მოსამართლეებსა და მათ მსმენელებს შორის. კანტისა და ჰანა არენდტის ნაშრომების დახმარებით, მე წარმოსახვის როლს იქ განვიხილავ, თუ როგორ აგებენ სხვადასხვაგვარი კონსტიტუციური სტილები გადაწყვეტილების მიმღებთა პოზიციურ ობიექტურობას. პროპორციულობა უნივერსალიზმისა და პარტიკულარიზმის ძალების სინთეზს ახდენს და წარმოსახვის ფუნქციას ეყრდნობა ისე, როგორც ტრადიციულად, სხვა კონსტიტუციური სტილები ცდილობდნენ, რომ თავიდან აეცილებინათ. ამას გარდა, მე ვიმსჯელებ იმის შესახებ, რომ პროპორციულობასა და თავისუფლებას შორის არსებული ურთიერთობები რთულია და ზოგიერთი საფრთხისა და შესაძლებლობის იდენტიფიცირებას შევცდები პროპორციულობის ეპოქაში.

<sup>26</sup> იხ. Hannah Arendt, *Understanding and Politics*, in *Essays in Understanding 1930-1954*, (Jerome Kohn, ed.) (1994) გვ. 323.

<sup>27</sup> იხ. Michael Walzer, *Interpretation and Social Criticism* 37 (1987) (ინტერპრეტაცია და სოციალური კრიტიკა).



## 2. დორიული კონსტიტუციური სტილი

კატეგორიული მსჯელობა/არგუმენტაცია ტექსტიდან ან ზოგადი პრინციპიდან დორიული სტილის „გამათავისუფლებელი ბირთვის“ დონეზე, იმ აზრს გულისხმობს, რომ კონსტიტუციურმა, ისევე როგორც სხვა სამართლებრივმა გადაწყვეტილებამ წინააღმდეგობა უნდა გაუწიოს „პარტიკულარისტულ მიზეზებად კატეგორიზაციას“<sup>28</sup>. მსგავსი მიზეზები თანდათანობით ფიტავს საყოველთაოობის, უნივერსალიზმისა და სამართლებრივი ფორმის ღირსებებს. ამ თვალსაზრისით, პარტიკულარისტული მიზეზებისთვის წინააღმდეგობის არგაწევა ზიანს აყენებს კანონის უზენაესობისადმი ვალდებულებას და ძირს უთხრის კონსტიტუციური სისტემის გულისხმიერებას მოსარჩელეთა, ანუ თავისთავად, მოქალაქეთა მოთხოვნებზე. რადგან საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლე საქმეს „თავისი უფლებამოსილების საფუძველზე წყვეტს და არა იმიტომ, რომ ის სხვებზე უფრო სწორად გადაწყვეტს დავას“<sup>29</sup>, სამოსამართლეო უფლებამოსილება უზურპირებული ხდება ყოველთვის, როცა კი დაიშვება, რომ მოსამართლის გადაწყვეტილება ყველაფერს ითვალისწინებს.

დორიული სტილი კედლებს აგებს – „კაპრიზის მოსისხლე მტერს, ... თავისუფლების ბურჯს“<sup>30</sup> – რომ ნაწილებად დაშალოს კონსტიტუციური სივრცე უფლებამოსილებათა დამოუკიდებელ სფეროებად და დისკრედიტაცია გაუკეთოს „ოლიმპიურ“ შეხედულებებს<sup>31</sup>. კონსტიტუციური უფლებების კედლები გადაწყვეტილების მიღების უფლებამოსილების აბსოლუტურ სივრცეს ქრის, გამოჰყოფს<sup>32</sup>. ინტერპრეტაციის შესატყვისი მეთოდი კატეგორიული ანალიზია. განცხადება იმის შესახებ, რომ უფლება დაირღვა, მოითხოვს „სახელმწიფოს ქმედების გამართლების შეფასებას იმ პრინციპების ქრილში, რომლითაც განისაზღვრა სახელმწიფო ქმედების ლეგიტიმური საფუძველი კონკრეტულ განსახილველ სფეროში“<sup>33</sup>. ეს შეფასება იურისდიქციულია, თუ შეიძლება ასე ვთქვათ, და არა არსებითი/მატერიალური. მაგალითად, დროშის დაწვა ან მთავრობის პოლიტიკის კრიტიკა ენერგეტიკის სფეროში ისეთი მოქმედებებია, რომლებსაც სიტყვის თავისუფლების კონსტიტუციური უფლება იცავს ხელისფლების

<sup>28</sup> იხ. Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations* 503-504 (2004) (ერების მშვიდი ცივილიზატორი).

<sup>29</sup> იხ. Charles Fried, *Two Concepts of Interests: Some Reflections on the Supreme Court's Balancing Test* (ინტერესთა ორი კონცეფცია: ფიქრები უზენაესი სასამართლოს წონასწორობის ტესტზე), 76 *Harvard Law Review* 755, 761(1963).

<sup>30</sup> „ფორმა კაპრიზის, ახირების მოსისხლე მტერია, თავისუფლების ტყუპისცალი და... ფიქსირებული ფორმები დისციპლინისა და წესრიგის სკოლაა და აქედან გამომდინარე, თავად თავისუფლებისა. ისინი დამცავ საყრდენებს წარმოადგენენ გარე შემოსევებისგან, და რადგან ტყდებიან და არა – იდრიკებიან, სადაც ხალხს ნამდვილად გააზრებული აქვს თავისუფლების მომსახურება, მას ინსტიტუტურად ფორმის ღირებულებაც აღმოჩენილი აქვს და ინტუციით გრძნობს, რომ მის ფორმებში რაღაც წმინდა გარეგანს, უცხოს კი არ ფლობს, არამედ თავისუფლების ბურჯს“ (Rudolf von Jhering ციტირებულია ნაშრომში Roscoe Pound, *The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines* (სამართლის დასასრული, სამართლებრივ წესებსა და დოქტრინებში განვითარებული) 27 *Harvard Law Review* 195, 208-209 (1913).

<sup>31</sup> იხ. Charles Fried, *ზედა შენიშვნა 29 (Two Concepts of Interests)* (ინტერესთა ორი კონცეფცია), *id.*

<sup>32</sup> კონსტიტუციური სივრცეების გამოჭრის რამდენიმე გზა არსებობს. აქ მე ვკონცენტრირდები მხოლოდ ერთ მიდგომაზე. იხ. Stephen Gardbaum, *A Democratic Defense of Constitutional Balancing* (კონსტიტუციური წონასწორობის დამყარების დემოკრატიული დაცვა), 4 *Law & Ethics of Human Rights* 78 (2010).

იხ. Richard H. Pildes, *Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law* (წონასწორობის თავიდან აცილება: გამომრიცხავი მიზეზების როლი საკონსტიტუციო სამართალში), 45 *Hastings L. J.* 711, 713 (1994).

<sup>33</sup> იხ. Richard H. Pildes, *Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law* (წონასწორობის თავიდან აცილება: გამომრიცხავი მიზეზების როლი საკონსტიტუციო სამართალში), 45 *Hastings L. J.* 711, 713 (1994).

მხრიდან ჩარევისგან, რაც უნდა დამაჯერებელი და უდავო იყოს ხელისუფლების მხრიდან ჩარევის მიზეზები. უფლება საფუძველია იმისთვის, რომ სარჩელი არარელევანტურად იქნეს აღიარებული – არა როგორც სუსტი ან სხვა მხრივ არასრულყოფილი – იმ კოლექტიური მიზნების დასაკმაყოფილებლად, რომლებიც წინააღმდეგობაში მოდიან უფლების მფლობელის ინტერესებთან<sup>34</sup>.

დორიული სტილის მიხედვით, რეაგირება გადანაწილების სქემისადმი და მისი მეშვეობით უფლების მფლობელისადმი ვალდებულებაა. სისტემაზე ცენტრირებული გულისხმიერების ფორმის გაგება ყველაზე კარგად ინსტიტუციური პერსპექტივის საშუალებით შეიძლება. სოციალური წესრიგის შენარჩუნება პლურალიზმის პირობებში მოსარჩელეთა თანასწორობის მუდმივ განმტკიცებას და მათი მოლოდინების სტაბილიზაციას მოითხოვს. ვინაიდან უფლება იცავს უფლების მფლობელის მოქმედებას უფლებამოსილების წინასწარ დადგენილ სფეროებში, სასამართლოს მიერ მისი უზრუნველყოფა მფლობელის არსებითი ალტერნატივების სიბრძნის მოწონებისა და დადასტურების ტოლფასი არ გახლავთ. უფრო სწორად, ინდივიდუალური უფლებების დაცვისას, სასამართლო ხელახლა განამტკიცებს იმ ინსტიტუციურ სქემას, რომლის მიხედვით, უფლების მფლობელს გადაეცემა მოქმედების და გადაწყვეტილების მიღების უფლებამოსილება, იმოქმედოს ისე, როგორც თავად მიაჩნია სწორად<sup>35</sup>. აძლევს თუ არა კონსტიტუცია გადაწყვეტილების მიღების უფლებამოსილებას ქალს და მის ექიმს ან სახელმწიფოს შეწყდეს არასასურველი ორსულობა<sup>36</sup>? ვის უტოვებს გადაწყვეტილების მიღების შესაძლებლობას, უფლების მფლობელს თუ სახელმწიფოს, შენახული უნდა იქნეს თუ არა დატენილი იარაღი სახლში, რომელიც ქალაქის ყველაზე კრიმინალურ უბანშია<sup>37</sup>? და კიდევ ერთი, დაფიქრდით, აქვს თუ არა კონსტიტუციური უფლება მომაკვდავ ავადმყოფს, მიიღოს გამოსაცდელი სამკურნალო საშუალებები<sup>38</sup>. ეს კითხვა არჩევანის მიზანშეწონილობას არ ეხება, რომელიც რისკიანია (მაგ., გონივრული და ჭკვიანურია თუ არა რისკზე წასვლა და ისეთი წამლების მიღება, რომლებიც შესწავლილი და გამოცდილი არ არის ჯერ და, შესაბამისად, შეიძლება სახიფათო აღმოჩნდეს ჯანმრთელობისთვის). კითხვა მდგომარეობს იმაში, თუ ვის აძლევს კონსტიტუცია გადაწყვეტილების მიღების უფლებამოსილებას (ავადმყოფს, ექიმს, სახელმწიფოს და ა.შ.) იმის შესახებ, ღირს თუ არა რისკის გაწევა.

<sup>34</sup> ეს გამომრიცხავი მიზეზების იდეაა. იხ. Joseph Raz, Practical Reason and Norms 35-49 (პრაქტიკული მიზეზი და ნორმები) (1975). იხ. აგრეთვე Jeremy Waldron, Pildes on Dworkin's Theory of Rights (ფილდესი დვორკინის უფლებათა თეორიის შესახებ), Journal of Legal Studies, 2000, vol. 29 (1): 301, 301 („უფლებები მიზეზების საზღვრებია, რომლებსაც სახელმწიფო შესაბამისად მიმართავს თავისი მოქმედებების გასამართლებლად“). იხ. აგრეთვე, Pildes, ზედა შენიშვნა 32 (წონასწორობის თავიდან აცილება), გვ. 712.

<sup>35</sup> იხ. Howe, Foreword: Political Theory and the Nature of Liberty (წინასიტყვაობა: პოლიტიკური თეორია და თავისუფლების ბუნება, 67 Harv. L. Rev. 91,91 (1953); („ხელისუფლებამ უნდა აღიაროს, რომ მხოლოდ ის არ არის უზენაესი ძალაუფლების მფლობელი და, რომ საზოგადოების ინდივიდუალურ ჯგუფებს უფლება აქვთ, თავისი ცხოვრებით იცხოვრონ და განახორციელონ მათ კომპეტენციაში შემაჯავლი უფლებამოსილება ისეთი ეფექტურობით, რომ გამართლდეს ამ უფლებამოსილებისთვის სუვერენული იმუნიტეტის სახელდება“).

<sup>36</sup> ადრეული აბორტის ინტერპრეტაციაზე იხ. Laurence Tribe, Structural Due Process (სტრუქტურული სათანადო სამართლებრივი პროცესი), 10 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 269 (1975).

<sup>37</sup> იხ. საქმე District of Columbia v. Heller (კოლუმბიის ოლქი ჰელერის წინააღმდეგ) 554 U.S. 570 (2008).

<sup>38</sup> იხ. საქმე See Abigail Alliance for Better Access to Experimental Drugs v. Eschenbach, 495 F.3d 695 (D.C. Cir.2007), cert. denied mem., 128 S.Ct. 1069 (2008). (აბიგაილის გაერთიანება საექსპერიმენტო სამკურნალო საშუალებების უკეთეს ხელმისაწვდომობაზე ესენზაბის წინააღმდეგ).

რა თქმა უნდა, ეს მიდგომა საშუალებას გვაძლევს, მრავალგვარი მიდგომები გამოვიყენოთ უფლებამოსილებათა გადანაწილების თაობაზე პასუხების გაცემისას, იქნება ეს ისტორიული თუ მორალური და ა.შ. უფრო მეტიც, თავად ამ სქემაში შეიძლება აისახოს არსებითი/მატერიალური გადაწყვეტილებები<sup>39</sup>. მაგრამ ამ არსებითი/მატერიალური გადაწყვეტილებების შედეგების უფლებებად განსაზღვრა ეპისტემოლოგიურ/გნოსეოლოგიურ წყვეტაზე მიუთითებს: კონკრეტული თავისუფლების ინტერესი იმიტომ კი არ არის დაცული, რომ ის მნიშვნელოვანია, არამედ იმიტომ, რომ კონსტიტუცია ამბობს მასზე, რომ დაცულია. როგორც ერთ-ერთმა მეცნიერმა აღნიშნა: „მოსარჩელის მიერ სიტყვის ან სინდისის თავისუფლებაზე მითითება დაუყოვნებლივ დასაკმაყოფილებელი სარჩელი კი არ არის, ეს პრეტენზიაა ინტერესზე, რომელიც მხოლოდ ისე შეიძლება იქნეს გაგებული, როგორც საქმეების სისტემურად კეთების, ფუნქციების, ინსტიტუტებისა და პრაქტიკის მოხმობა“<sup>40</sup>. ამ სამყაროში, ყოველი კედელი „ახალ თავისუფლებას ქმნის“<sup>41</sup>. კონსტიტუციური შეკითხვების ამგვარი სტრუქტურირების უპირატესობა ის კი არ არის, რომ უთანხმოება თანდათანობით გაქრება – ის არსად წავა – არამედ ის, რომ ასეთი სტრუქტურირება უკეთ მიგვახვედრებს, თუ რაზეა უთანხმოება.

უფლებათა დორიულ კონცეფციას დეონტოლოგიური ბუნება აქვს, რაც არ გააჩნია ძირითად სიკეთებს<sup>42</sup>. უფლება „აიპაღს“ ან დიზაინერის ტანსაცმელს თუ სხვა სამომხმარებლო პროდუქტს არ ჰგავს, რომლის საკუთრებაში ფლობა შეიძლება გვსურდეს, მაგრამ მისი მოთხოვნის უფლებამოსილება არ გვაქვს. როგორც რონალდ დვორკინი აღნიშნავს, „თუ ადამიანს რალაცის უფლება აქვს და ხელისუფლება უარს ეუბნება მას ამ უფლებით სარგებლობაზე იმ შემთხვევაშიც კი, თუკი ეს საერთო ინტერესს სჭირდება, ის არასწორად იქცევა“<sup>43</sup>. უფლებებს ძლიერი ანტიუტილიტარული განზრახვები აქვთ<sup>44</sup>. ჯერემი უოლდრონი მშვენივრად ანვითარებს აზრს:

„სარგებლიანობის ფაქტორების გათვალისწინებით, ნებისმიერი კონფლიქტის გადაწყვეტისას, ცხადია: უფლებამ უნდა დაძლიოს სარგებლიანობა ზუსტად იმიტომ, რომ უფლების საქმე სწორედ იმ დეფექტების გამოსწორებაა უტილიტარულობის მოტივირებისას, რომელზეც, სავარაუდოდ, მას ეწინააღმდეგება.

ჩვენ დაუინებით არ მივჩნებვართ სარგებლიანობის კალკულაციას, შემდეგ უფლებებს და არ ვაკეთებთ აღმოჩენას, რომ უფლება საკმარისად მნიშვნელოვანია იმისთვის, რომ

<sup>39</sup> სქემა შეიძლება იყოს „სწორედ ინტერესთა (არსებითი) დაბალანსების პროდუქტი“ 128 S. Ct. 2783 at 2821 (Scalia, J.)

<sup>40</sup> იხ. Charles Fried, ზედა შენიშვნა 29 (Two Concepts of Interests) (ინტერესთა ორი კონცეფცია: ფიქრები უზენაესი სასამართლოს წინასწარობის ტესტზე), გვ. 769. სიტყვის თავისუფლება მეორე რიგის საფუძველია იმისა, თუ როგორ ახდენს კონსტიტუცია გადაწყვეტილების მიღების უფლებამოსილებათა გადანაწილებას იმ უფლებამოსილებათა ფარგლებში, რომლებსაც ის ჭრის/გამოჰყვს.

<sup>41</sup> იხ. Michael Walzer, Liberalism and the Art of Separation (ლიბერალიზმი და განცალკევების ხელოვნება), Political Theory vol. 12 (3): 315-330 (1984), გვ. 315. ის განაგრძობს: „გამოყოფის/განცალკევების ხელოვნება მოჩვენებითი საქმე ან ფანტასტიკის სფეროდან არ არის; ეს მორალურად და პოლიტიკურად საჭირო ადაპტირებაა თანამედროვე ცხოვრების სირთულეებთან. ლიბერალური თეორია ასახავს და განამტკიცებს სოციალური დიფერენციაციის ხანგრძლივ პროცესს“.

<sup>42</sup> იხ. Jürgen Habermas, Between Facts and Norms (ფაქტებსა და ნორმებს შორის), გვ. 257.

<sup>43</sup> იხ. Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously (უფლებების სერიოზულად განხილვა), გვ. 269.

<sup>44</sup> იქვე, Id. (Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously), გვ. 277.

პირველის მნიშვნელობას „გადაუჯგოკროს“. არა, ასე არ ხდება. პრიორიტეტები დადგენილია ამ ორს შორის შიდა კავშირის არსებობის ჩვენეული შეგრძნებით<sup>45</sup>.

ამ კუთხით, დეონტოლოგიური ნიჟარის გატეხვა, რომელშიც კონსტიტუციური უფლებებია ჩასმული, მაგალითად, წონასწორობის დამყარებით, საფრთხეში აგდებს კონსტიტუციური თავისუფლების სტრუქტურას. მსგავსი პროცედურა ხელახლა ხსნის კონსტიტუციურ სივრცეს გარკვეული არსებითი მოლაპარაკებებისთვის, რომლებსაც, წესით, უფლებებმა გადაჭრით უნდა დაუსვან წერტილი. ფსონი იმდენად მაღალია სახელმწიფოსა და ინდივიდუალურ პირს (ასიმეტრიული ძალაუფლების მოთამაშეებს) შორის გადაწყვეტილების მიღების უფლებამოსილების დანაწილების შემოწმებისას, რომ კონსტიტუციურმა სივრცემ არ უნდა განიცადოს დეფორმაცია. ამ სახის კონსტიტუციური ექსპერიმენტები სასურველი არ არის. დორიული სივრცე, უბრალოდ, არ არის ღია დავისთვის ამ გზით, თუმცა სხვა მხრივ ის ღიაა დავისთვის. უფლებების, როგორც პოლიტიკური უფლებამოსილების ფრაგმენტაციისთვის სტრუქტურული მექანიზმების გააზრებამ არ უნდა დაჩრდილოს ის, რომ თავისუფლების დორიული კულტურა მაინც კამათის/დავის კულტურაა<sup>46</sup>. თავის მხრივ, უფლება არ არის აბსოლუტური. ის შეიძლება დაიძლიოს, თუკი შეზღუდვები განსაკუთრებულია<sup>47</sup>. დორიული სტილი ორმაგ სტრატეგიას იყენებს უფლებების შეზღუდვების ზემოქმედების შესარბილებლად. პირველ რიგში, ის ითხოვს უფლებათა ვიწრო განმარტებას. ეს არ არის გასაკვირი: უფლებათა ფართო განმარტება, რაც დეონტოლოგიურად გაიზარება, ექსპონენციალურად გაზრდის კონსტიტუციური უფლებების დარღვევის რიცხვს სამთავრობო პოლიტიკით. ამგვარი მიდგომა გააფართოებდა კონსტიტუციურ სამფლობელოს და სასამართლოს ერთადერთ მხარედ აქცევდა საზოგადოებაში სახელმწიფოს როლზე მიმდინარე მოლაპარაკებისას. დორიული სტილის მეორე სტრატეგიის მიხედვით, ინდივიდუალურ პირებსა და სახელმწიფოს შორის ტიპური კონსტიტუციური კონფლიქტის სტრუქტურირება ხდება. იმ სიტუაციებში, როცა კონსტიტუციური ნორმები ჰორიზონტალურად არ გამოიყენება, ინდივიდუალური უფლებების კონფლიქტი, რომელსაც შეეძლებოდა დეონტოლოგიური კონცეფციის ეჭვქვეშ დაყენება, იშვიათად მოხდება. ამ ორმაგი სტრატეგიის წარმატება მეტწილად იმაზეა დამოკიდებული, თუ როგორ განვმარტავთ წარმატებას. თუკი მონაწილე პირის თვალსაზრისს ავიღებთ, უბრალოდ იმის შესაძლებლობა, რომ უფლება შეიძლება შეზღუდულ იქნეს, რაც უნდა განსაკუთრებული მიზეზი ჰქონდეს, საკმარისია იმისთვის, რომ დაინტერესებულ მხარეს, – ჩვეულებრივ სახელმწიფოს – უფლება მისცეს დაამტკიცოს, რომ სადავო საქმე სწორედ ამ გამონაკლისს ამართლებს<sup>48</sup>.

<sup>45</sup> იხ. Jeremy Waldron, Rights in Conflict (უფლებები ერთმანეთთან კონფლიქტში), Ethics vol. 99 (1989): 503-519, გვ.516.

<sup>46</sup> იხ. Martti Koskenniemi, The Gentle Civilizer of Nations (ერების მშვიდი ცივილიზატორი); ზედა შენიშვნა 28, გვ. 502 („მართლაც რომ ვთქვა, და ვშიშობ ბანალურადაც, რასაც ეს მესიჯი არ იმსახურებს, ის გულისხმობს, რომ ძალაუფლების განხორციელებას საზღვრები უნდა ჰქონდეს, რომ ისინი, ვინც ძალის პოზიციებზე იმყოფებიან, ანგარიშგალდებული უნდა იყვნენ და მათ, ვინც სუსტები არიან, უნდა მოუსმინონ და დაიცვან, და როცა პროფესიონალი ქალები და მამაკაცები მსჯელობას დაიწყებენ იმაზე, თუ რა არის კანონიერი და არაკანონიერი, ისინი იმ პოლიტიკაში ერთვებიან, რომელსაც წარმოდგენილი აქვს ისეთი საზოგადოების არსებობის შესაძლებლობა, რომელიც დასძლევს კონკრეტულ ალიანსებს, პრეფერენციებს და შესაძლებელს გახდის, რომ გონივრულად განსხვავდებოდეს ერთმანეთისგან კანონიერი შეზღუდვა და შიშველი ძალის გამოყენება“).

<sup>47</sup> განხილვისთვის იხ. Stephen Gardbaum, Limiting Constitutional Rights (კონსტიტუციური უფლებების შეზღუდვა), 54 UCLA Law Review 785 (2007) (მსჯელობა უფლებებზე დაწესებულ „შიდა საზღვრებზე“).

<sup>48</sup> ამავე დროს, როგორც ამერიკული კონსტიტუციური კულტურის მაგალითი გვიჩვენებს, უფლებათა დეონტოლოგიური

ცხადია, რომ დორიული სტილი უარყოფს ex ante/ex post ნაპრალის კონსტიტუციურ რეგულაციურობას. ამ თვალსაზრისით, არსებობს მხოლოდ ერთი სამართლებრივი პოზიცია და ეს გადაწყვეტილების მიღების უფლებამოსილების კონსტიტუციური გადანაწილების პოზიციაა. მოსამართლე ამ სქემის დამცველია. კონსტიტუციური გულისხმიერი რეაგირება გადანაწილების სქემისა და მისი ღირებულებებისა თუ პრინციპების პატივისცემას ნიშნავს. დორიული გულისხმიერი რეაგირება მოითხოვს, რომ მოსამართლის გონება ყოველთვის ღუზაზე იდგეს იმის შიშით, რომ თუ აიშვავს, ის შეიძლება დაშორდეს უფლებამოსილების გადანაწილების ხედვას და „პარტიკულარისტული საფუძვლების“ აკრძალულ სივრცეში აღმოჩნდეს<sup>49</sup>.

### 3. იონური კონსტიტუციური სტილი

იონური სტილი ვითარდება, როგორც დორიულ მიდგომაში მოსამართლის პოზიციის მიუკერძოებელი უცვლელი ალტერნატივა. კონკრეტულად კი, ეს ალტერნატივაა „ობიექტური საფუძვლის, რომელიც მიზნად ისახავს მოქმედების კონკრეტული სიტუაციების ფარგლებს გარედან მიიღოს აზრი, ტრანსცენდენტული „აზრი არსაიდან“, რომელიც არა რომელიმე განსაკუთრებული სუბიექტის ან სუბიექტთა ჯგუფის ხედვების, განწყობების, ხასიათებისა და ინტერესების მატარებელია“<sup>50</sup>. ამ მოსაზრებით, „ადამიანის ამჟამინდელი არჩევანისგან“<sup>51</sup> დაშორების მცდელობა გაუცხოებითა და დაშორებით იკვეთება. სასამართლოს გადაწყვეტილების დორიული მოტივირების ციკმა განკერძოებულობამ შეიძლება კონტექსტის იგნორირება მოახდინოს მხოლოდ სოციალური ცხოვრებისგან გამოცალკევებით. ამ თვალსაზრისით, წინააღმდეგობის გაწევა პარტიკულარისტული საფუძვლების წინებისთვის თანამდეროვე სამართლის ამოცანის გააზრებას უშლის ხელს. ეს გამოწვევა არ გულისმობს, თუ როგორ გამოიყოს კონსტიტუციური მოტივირება მოუწესრიგებელი სოციალური ცხოვრებისგან ხელოვნურად. ესაა, თუ როგორ დავუპირისპირდებით ამ სირთულეს და დავძლევთ „მანძილის სხვადასხვაობას“<sup>52</sup> კანონის საშუალებით, რომელიც გვყოფს.

აქემის მუდმივ დადასტურებას ფართო განხილვებისას თავისუფლების დორიულ კულტურაში, შეიძლება მისი აღიარებაც მოჰყვეს. უფლებებისადმი დეონტოლოგიური მიდგომის უფრო ფართო კულტურული შედეგები აშშ-ის კონტექსტში განხილულია ნაშრომში: Mary-Ann Glendon, Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse (1991) (საუბარი უფლებებზე: პოლიტიკური კულტურის გაღატაკება).

<sup>49</sup> იხ. Koskeniemmi, The Gentle Civilizer of Nations, supra note 27, at 501 („ფორმალისმი იბრძვის პროტაგონისტების დასარწმუნებლად (იურისტები, გადაწყვეტილების მიმღებები), რომ მათ უკან დაიხიონ საკუთარი პრეფერენციებისგან და შევიდნენ იმ ტერიტორიაზე, სადაც ეს პრეფერენციები გამართლდება (და არა შეუსწავლელად იქნება მიღებული, როგორც მოცემულობა) იმ სტანდარტებზე მითითებით, რომლებიც არ არიან მათ კონკრეტულ პოზიციებსა თუ ინტერესებზე დამოკიდებული“).

<sup>50</sup> იხ. Iris Marion Young, Justice and the Politics of Difference 100 (მართლმსაჯულება და განსხვავების პოლიტიკა) (1990).

<sup>51</sup> იხ. Martha Minow, Interpreting Rights: An Essay for Robert Cover (უფლებების განმარტება...), 96 Yale Law Journal 1860, 1877 („სამართლებრივი პოზიტივიზმი ან ობიექტურობა, რომელიც ავტორიტეტულ ბაზას ან საფუძველს გულისხმობს ადამიანის ამჟამინდელი ალტერნატივების მიღმა“). იხ. აგრეთვე, Minow, Martha L. & Elizabeth Spelman. „In Context,” 63 Southern California Law Review 1597 (1990).

<sup>52</sup> იხ. David Harvey, Cosmopolitanism and the Geographies of Freedom (კოსმოპოლიტიზმი და თავისუფლების გეოგრაფია)

გამოცალკევების იონური ალტერნატივა სიტუაციურობაა. განთავსებაზე/განლაგებაზე ორიენტირებული გადაწყვეტილების მიღების პროცესი უარყოფს „წარმოადგენას იმის შესახებ, რომ სასამართლო გადაწყვეტილებისთვის უნივერსალური, რაციონალური საფუძველი არსებობს. მოსამართლე არ არის ... რალაც სიმაღლეზე განთავსებული... საიდანაც განსახილველი საქმის ობიექტური ხედვა და მისი სწორი დისპოზიცია გამოჩნდება“<sup>53</sup>. სიტუაციურობა არ მოითხოვს, რომ მოსამართლე ყველგან იყოს განთავსებული, ეს ბანალური იქნებოდა, ის უფრო ითხოვს, რომ მოსამართლემ ადგილი დაიკავოს საქმის (პარტიკულარისტულ) კონტექსტში. როგორც ჯუდიტ რეზნიკი აღნიშნავს თავის ნაშრომში საქმის ფემინისტურ ქრილში განხილვა/გადაწყვეტილებაზე: „გადაწყვეტილების გამოტანა ხელისუფლების მიერ ძალთა განთავსების ერთ-ერთი შემთხვევაა, რომელსაც ნამდვილი კონტექსტუალიზმისთვის, სასამართლო გადაწყვეტილებებით შექმნილი ადამიანების საჭიროებების სერიოზულად აღქმისთვის და გადაწყვეტილებების შესაბამისად ფორმირებისთვის აქვს პოტენცია. ზუსტად იმიტომ, რომ სასამართლო განხილვას ღრმად აქვს სოციალური ფესვები გადგმული, ის შეიძლება დენადი და გულისხმიერი იყოს“<sup>54</sup>. აქ გულისხმიერება კონცეპტუალიზებულია როგორც საკონსტიტუციო პროცესის მონაწილეთა მდიდარი და მრავალფენიანი სოციალური მნიშვნელობებისადმი პატივისცემა. კონტექსტუალური, პრაგმატული და ქვემოდან ზემოთ მიმართული მიდგომა კონსტიტუციურ გაანალიზებას აიძულებს, დაფიქრდეს ცხოვრების მრავალმნიშვნელოვან ასპექტებზე, რომელთა რეგულირებას კანონი ისახავს მიზნად. თუ დორიული სტილი სოციალურ სივრცეს უფლებამოსილების აბსოლუტურ სფეროებად ჰყოფს, იონური კონსტიტუციური სივრცე შეფარდებითია, ლანდშაფტი იცვლება თითოეული მხარის პერსპექტივასთან ერთად<sup>55</sup>.

ამ კუთხით, უფლებები ექსკლუზიის სივრცეებს არ წარმოადგენენ; თანამემამულეები სახელმწიფო დამრღვევებად არ მიიჩნევიან. როგორც დიტერ გრიმმა ახსნა: „უფლებათა საკონსტიტუციო გარანტიების ფუნქცია შეზღუდვების დამძიმება არ არის; მათი ფუნქციაა სპეციალური გამართლება მოითხოვონ ამ შეზღუდვებისთვის, რაც თავსებადია ინდივიდუალური ავტონომიისა და ღირსების ზოგად პრინციპებთან“<sup>56</sup>.

უფლებებისადმი დეონტოლოგიური მიდგომის საპირისპიროდ, იონური სტილი ჩვეულებრივად აძლევს მოსამართლეს იმის უფლებამოსილებას, რომ მან გატეხოს ის ნიჟარა, რომელშიც უფლებაა მოქცეული, იმ მიზნით, რომ ჩაწვდეს ინტერესების გარემოებებს თუ მიზეზებს. უფლება გაიაზრება როგორც მოთხოვნა ინსტიტუციურ დაცვაზე შერჩეული მატერიალური საჭიროებებისთვის და არა როგორც მიჯნა, რომელიც სუვერენულობის სფეროე-

140 (2009).

<sup>53</sup> იხ. Catharine Wells, *Situated Decision making* სიტუაციური გადაწყვეტილების მიღება, 63 *Southern California Law Review* 1727, 1728 (1990).

<sup>54</sup> იხ. Judith Resnik, *On the Bias: Feminist Reconsiderations of the Aspirations for Our Judges* (მიკერძოებულობაზე ჩვენი მოსამართლეების სწრაფვის ფემინისტური განხილვა), 61 *S. Cal. L. Rev.* 1877, 1935 (1988). (იონური არქიტექტურული სტრუქტურა მდებარეობს სქესთან იყო დაკავშირებული. იხ. Fil Hearn, *ზედა შენიშვნა* 24 23 (იდეები...), გვ. 110.

<sup>55</sup> იხ. Catharine Wells, *ზედა შენიშვნა* 53 (*Situated Decision-making*), გვ. 1734 (“დავაში / უთანხმოებაში გარკვევა ითხოვს... რომ ის დანახული იქნეს რამდენიმე სხვადასხვა კუთხიდან, როგორც განვითარებული დრამა, რომელიც თავისი და ერთადერთი დასასრულისკენ მიდის”).

<sup>56</sup> იხ. Dieter Grimm, *Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence* (პროპორციულობა კანადისა და გერმანიის საკონსტიტუციო სამართლის თეორიაში), 57 *University of Toronto Law Journal* 384, 391 (2007).

ბის საზღვრებს ადგენს. მაგალითად, სიტყვისა და პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობის უფლებები ზედირებული ინტერესებია, რომელთაც *pouvoir constituant* ირჩევს და რომელთა დაცვისთვის ან განხორციელებისთვის სახელმწიფო ძალას მიმართავს<sup>57</sup>.

დორიული სტილისგან განსხვავებით, რომელიც ფოკუსირდება კონსტიტუციური უფლებამოსილების სფეროს საზღვრების დადგენაზე და უფლებებს ვიწროდ განმარტავს, იონური მიდგომა უფლებებს ფართოდ განმარტავს და შემდგომ, მოსამართლის ინტერპრეტაციული ენერჯის ზედა ნაწილს მიმართავს კითხვაზე, გამართლებულია თუ არა მათთვის უარის თქმა. მაგალითად, როცა მოსამართლე წყვეტს საკითხს, აქვს თუ არა ადამიანს უფლება ექიმის დახმარებით მოიკლას თავი, ის პირველ რიგში აღიარებს პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობის ინტერესს ასეთ სიტუაციებში და შემდგომ იწყებს იმის განხილვას, აქვს თუ არა სახელმწიფოს საკმარისად დასაბუთებული მიზეზი იმისთვის, რომ შეზღუდოს ამ უფლების განხორციელება. უფლებების ფართო განმარტებას კუმულაციური ეფექტი აქვს სამართლებრივ სისტემაზე. იმის გამო, რომ სახელმწიფოს საჯარო პოლიტიკა უფრო მეტად იჭრება ფართოდ განსაზღვრულ უფლებებში, საზოგადოებრივი ინტერესის მიერ ინდივიდუალური უფლებების დაძლევის სინშირე გაიზრდება, თუკი სახელმწიფო არ შეაჩერეს. კონსტიტუციური დოქტრინების ეს სტრუქტურა შესაბამისად ახდენს თავისუფლების იონური კულტურის ფორმირებას, რომელშიც უფლებები გამყოფ კედლებს არ წარმოადგენენ დეონტოლოგიურ ჯგუფში.

მაშ, რა არის უფლება ზუსტად? იქნებ უფრო მეტია, ვიდრე „უბრალოდ თეორიული ორნამენტი“<sup>58</sup>? ვინაიდან დეონტოლოგიური ნიჟარის გატეხვის შედეგად უფლება/სარჩელი მატერიალურ მიზეზად იქცევა იმისთვის, რომ კონკრეტული ინსტიტუციური პასუხი მიიღოს, როგორც ჩანს, „უფლების ფლობა ბევრს არაფერს ანიჭებს მფლობელს“<sup>59</sup>. პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობის ინტერესის არსებობა, რომელსაც უფლება იცავს, უფლების მფლობელს არ აძლევს იმის უფლებამოსილებას, რომ ის სახელმწიფო დაცვის იმედზე იყოს, ანუ, რომ სახელმწიფო დაიცავს მისი პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობის ინტერესებს. თუკი ამ დაცვას ის მიიღებს, ეს დაბალანსების პროცესის შედეგად მოხდება, რომელშიც მოსამართლე მიიჩნევს, რომ პირადი ცხოვრების ინტერესი ძლიერია დაპირისპირებულ ინტერესთან შედარებით<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> ინტერესთა სამართლებრივი აღიარება, რა თქმა უნდა, ერთმიმართულებიანი არ არის. ზოგიერთი ინტერესი სამართლებრივ ნორმამდე არ არსებობდა, უფრო პირიქით, ნორმის გაჩენის შედეგად წარმოიშვა. იმის მოლოდინმა, რომ სიკეთის მიმნიჭებელი სტატუტური სქემა არ შეწყდება გარემოებებში ცვლილების გარეშე, შეიძლება ისეთი ინტერესები შექმნას, რომლებიც ლოგიკურად ვერ გაუსწრებენ ამ სქემის მიღებას. იხ. საქმე *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970).

<sup>58</sup> იხ. David Beatty, ზედა შენიშვნა 2, გვ. 171 („როცა უფლება მამრავლებადაა დაყოფილი პროპორციულობის პრინციპის გაანალიზებისას, მას კოზირის განსაკუთრებული ძალა არ აქვს. ის, უბრალოდ, რიტორიკული ორნამენტი“).

<sup>59</sup> იხ. Mattias Kumm, ზედა შენიშვნა 4 (კონსტიტუციური უფლებები როგორც პრინციპები), გვ. 582. („უფლების ქონა (ფლობა) ბევრს არაფერს ანიჭებს მის მფლობელს. ანუ ის ფაქტი, რომ ადამიანს ერთი შეხედვით აქვს უფლებები (*prima facie*), არ გულისხმობს, რომ ის ისეთ მდგომარეობაშია, შესძლოს კონკრეტული პოლიტიკის/კურსის დაპირისპირებული გარემოებები დაძლიოს“).

<sup>60</sup> დაბალანსების შედეგი შეიძლება სამართლებრივი წესის სახით გამოიხატოს. იხ. Robert Alexy, *Theory of Constitutional Rights* (კონსტიტუციური უფლებების თეორია) 56 [2002 („კონსტიტუციური უფლებების ნებისმიერი სწორად წარმართული დაბალანსება შეიძლება ფორმულირებულ იქნეს წარმოებულ კონსტიტუციური უფლებების ნორმის კუთხით, წესის სახით, რომლის მიხედვითაც, საქმეს შეიძლება კლასიფიკაცია მიეცეს“)].

ამ მოსაზრების კრიტიკოსების აზრით, ასე იწყება მოსამართლის უფლებამოსილების გაძლიერების გაუკონტროლებელი პროცესი. გერმანული საკონსტიტუციო სამართლის 30 წლიანი შესწავლის შემდეგ, დევიდ ქარიმ დაასკვნა, რომ „დაბალანსების ტესტი იმაზე მეტად არ იცავს თავისუფლებას, ვიდრე მოსამართლე, რომელიც მის ადმინისტრირებას ეწევა“<sup>61</sup>. რაგინდ ძლიერი იყოს უფლება, როგორც მატერიალური საფუძველი, უბრალოდ, „მიზეზია, რომელიც შეიძლება სხვა მიზეზებმა ჩაანაცვლოს“<sup>62</sup>.

კრიტიკოსებმა უგულვებელყვეს ამ მიდგომის კანონიერება: „კონსტიტუციური გარანტია, რომელიც მომავალი მოსამართლეების შეფასებებს დაექვემდებარება მისი გამოყენების შესახებ, საერთოდ არ არის კონსტიტუციური გარანტია“<sup>63</sup>.

კრიტიკოსები ერთ მიზანს აღწევენ, მაგრამ მეორეს აცილებენ. დიახ, ეს სტილი აძლიერებს სასამართლოს იმდენად, რომ უარი თქვას უფლების განხორციელებაზე კონკრეტულ კონტექსტში. მაგრამ მოსამართლე ამას აკეთებს მხარეთა დავის/შეჯიბრის იმ კულტურაში, რომელიც მისგან მოითხოვს თავისი გადაწყვეტილების დასაბუთებას. მართალია, შემამფოთებელია იმის გაცნობიერება, რომ უფლებებით დაცული ინტერესის დაკმაყოფილება მოსამართლის შემდგომ აღიარებაზეა დამოკიდებული, მაგრამ ფაქტია, რომ არც ერთ კონსტიტუციურ სტილს, იონურის ჩათვლით, ამ პრობლემისთვის გვერდის აგლა არ შეუძლია, თუკი პრობლემად მივიჩნევთ, რომ საზოგადოებრივ თუ კერძო ინტერესს კონსტიტუციური უფლებების დაძლევა შეუძლია. თუ კლასიკოსის პერიფრაზირებას გავაკეთებთ, თანამდებროვე იურისტი, რომლისთვის შემამფოთებელია ის ფაქტი, რომ კანონი არგუმენტაციის „ხელთ“ რჩება, ცუდ დროსაა დაბადებული. ჩვენს თანამდებროვე ეპოქაში, კოლექტიური თვითმმართველობის ცნებები მსჯელობისა და დასაბუთება-არგუმენტაციის ობიექტებია<sup>64</sup>.

უეჭველი ფაქტებისა და დარწმუნებულობის ეპოქის დაკარგვაზე გლოვის ნაცვლად, უმჯობესი იქნება, თუ შევისწავლით, როგორ განმარტავენ კონსტიტუციურ შეკითხვას/გამოკვლევას სხვადასხვა სტილები. აი, აქ გვიჩვენებს არადამაკმაყოფილებელ შედეგებს იონური სტილის დაბალანსება, რადგან ის ვერ ახერხებს სათანადოდ ააგოს დაპირისპირებული ინტერესების შეწონვის პროცესი. ფორმალური სტრუქტურის არარსებობა აჩქარებს მოსამართ-

<sup>61</sup> იხ. David P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany* (გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის კონსტიტუცია) 181 (1994).

<sup>62</sup> იხ. Robert Alexy, ზედა შენიშვნა 60 (კონსტიტუციური უფლებების თეორია), გვ.???, რა თქმა უნდა, კატეგორიული დაცვის შემუშავება შესაძლებელია უფლებების, როგორც მატერიალური საფუძველების, მოდელის ფარგლებში. როგორც კუმი შეგვახსენებს, მიზეზთა გარკვეული სახეები – დავუშვათ, რელიგიური მიზეზი საჯარო სკოლებში ლოცვის დასაშვებად – კატეგორიულად გამოირიცხება ინტერესთა შეწონვაში პროპორციულობის ანალიზისას. იხ. Mattias Kumm, ზედა შენიშვნა 3 (კონსტიტუციური უფლებები როგორც პრინციპები), გვ. 591.

<sup>63</sup> იხ. Scalia, J. მოსამართლე სკალია „ჰელერის“ საქმეში *Heller 128 S. Ct. at 2821*.

<sup>64</sup> უფლებას შეუძლია აგრეთვე დროის ის ინტერვალებიც შეცვალოს, რომელშიც პროცესი მიმდინარეობს. მაგალითად, უფლება შეიძლება უფლების მფლობელისა და სოციალური ინსტიტუტების მიმდინარე ინტერაქციის ნაწილი იყოს რაღაც დროის განმავლობაში. მარტა მინოუ წერს: “მოსარჩელე ამტკიცებს უფლებას და ამით თავისთვის უზრუნველყოფს თემის ყურადღებას იმ პროცედურების საშუალებით, რომლებიც ამავე თემის შექმნილია მსგავსი სარჩელების განსახილველად. იურიდიულად უფლებამოსილი პირი მას პასუხობს, თუმცა ეს პასუხი დროებითია და შეზღუდულ ფარგლებშია მოქცეული, ის მაინც შემდგომი სარჩელის ჩამოყალიბების საშუალებას იძლევა. სამართლებრივი უფლებები, ამგვარად, გაგებულ უნდა იქნეს როგორც უწყვეტი ფორმულირების პროცესი და არა ფიქსირებული წესებისა. უფლებათა დისკურსი დროებით ისვენებს ხოლმე და ამ მომენტიდან ახალი სარჩელები შეიძლება წარმოიშვას. უფლება, ამ თვალსაზრისით, „ტუზი“ კი არაა, ენაა, რომელსაც სხვების დასარწმუნებლად ვიყენებთ, რომ ამ რაუნდში გამარჯვება დავითონი”. იხ. მარტა მინოუ, ზედა შენიშვნა 51, გვ. 1875-1876 (შენიშვნები გამოტოვებულია).



ლის ჩასმას მხარეთა კონკრეტულ კონტექსტებში<sup>65</sup>. კონტექსტზე დაფუძნებული ანალიზი მოქნილობას ითხოვს, რაც იმას გულისხმობს, რომ „წმინდა ლოგიკური ან კონცეპტუალური პასუხი“ არ შეიძლება არსებობდეს<sup>66</sup> კითხვაზე, თუ როგორ უნდა დადგინდეს დაპირისპირებული ინტერესების პრიორიტეტულობა. ერთ დონეზე, ფონად არსებული ინტერესების მუდმივი ამოტივტივება დაბალანსების ანალიზის პროცესში, მისასაღმებელი შეხსენებაა იმისა, თუ რა ქმნის მათ ღირებულს იმისთვის, რომ დაცული იქნენ როგორც უფლებები<sup>67</sup>. თუმცა დაპირისპირებული ინტერესების ერთმანეთისთვის შეჯერება სასამართლოში სულ იმპროვიზაციას რომ მივანდოთ, დაბალანსების მეთოდურ მიმართულებას ზიანს მიაყენებს. ვინაიდან მეთოდი, რომელსაც უნდა მივსდით არ არსებობს, მხარეები მოსამართლისგან მხოლოდ პროცესის შედეგს მოელიან და ეს შედეგი აუცილებლად არაპროგნოზირებადი იქნება. ბალანსირება ხსნის კონსტიტუციურ სივრცეს და უბრალოდ ღიად ტოვებს. მაგრამ კონსტიტუციურ მეთოდს მეტი ევალება. ის იმგვარად უნდა იქნეს გამოყენებული, რომ მზად იყოს გულისხმიერი რეაგირება მოახდინოს ინსტიტუციური სტრუქტურის მოთხოვნებსა და მომავალი მოსარჩელების ლეგიტიმურ მოლოდინებზე. გარდა ამისა, მან უნდა აამოქმედოს, ისევ და ისევ ამ გზით, უფლების მფლობელის ინტერესების წონა და წარმოშობა, რომლებიც დაბალანსების ანალიზში შემოდიან. მაგრამ იმ პირობით, რომ ეს ინტერესები ავტომატურად არ დაჯაბნის სახელმწიფო ინტერესებს. თუმცა, მეორე მხრივ, „ავტომატურად“ არაფერი ხდება მხარეთა კამათის/დავის კულტურაში.

სადღაც იონური სტილით კონტექსტის მნიშვნელობის ცოდნა ხაფანგი ხდება. უფლების თავისებურება ტრანსცენდენტური კონტექსტი იყო, თუმცა ირკვევა, რომ ის კონტექსტზე დამოკიდებული. მაგრამ უფლებათა დეონტოლოგიური გაგების გარდაცვალება, ნიადგას აცლის ამასთანავე იმ დაცულ სივრცეს, რომელიც, წესით, უფლებებს უნდა შეექმნათ და რომლის დაცვაც ნაწილობრივ დამოკიდებულია ინტერპრეტატორის ცოდნაზე უფლებათა ფუნქციებზე ზოგად კონსტიტუციურ სქემაში. ამ ეფექტის დამცრობა შეცდომაა. იონური კორექტირება კონტექსტიდან დორიულის გამოცალკევებისა და სამართლებრივი ფორმის იმედზე ყოფნა მკვეთრი მიტრიალებაა საპირისპირო მიმართულებისკენ. გამოწვევა ხდება არა ის, თუ როგორ გაკეთდეს არჩევანი ამ ორ სტილს შორის, არამედ თუ როგორ მოხდეს მათი სინთეზირება.

<sup>65</sup> იხ. ჯულით რეზნიკი, On the Bias: Feminist Reconsiderations of the Aspirations for Our Judges, 61 S. Cal. L. Rev. 1877, 1935 (1988); (მიკერძობულობაზე ჩვენი მოსამართლეების სწრაფვის ფემინისტური განხილვა), 61 S. Cal. L. Rev. 1877, 1935 (1988); („იმის მაგივრად, რომ ვიტიროთ... როლების შეცვლაზე, ფემინიზმი გვასწავლის, რომ ვიზეიმოთ ეს გადანაცვლება/რეკონსტრუქცია, მოვითხოვოთ მოსამართლისგან, რომ სხვებს დართოს ნება მისი განსჯისა. ამ დროს, მოსამართლე შეიძლება უფრო თანამგრძობი გახდეს, მიიღოს მეორე მხარის ხედვა, გაიზიაროს სასამართლო დარბაზის გამოცდილება, რომელიც დაუცველია მისი სპეციალური სტატუსის გამო. მოსამართლე, როგორც მოწმე, შეიძლება ამგვარად გააზრებულ იქნეს რთულ გამოწვევად სტაბილური იერარქიისთვის, როგორც გამანადგურებელი ქმედება, რომელსაც მოწონებით უნდა შეხვდეთ“).

<sup>66</sup> 128 S. Ct. გვ. 2850 (მოსამართლე ბრეიერის განსხვავებული მოსაზრება).

<sup>67</sup> როცა დაბალანსებას წესებზე დამყარებულ მოტივირებას ადარებს, ქეთლინ სალივანი დაბალანსებას სწორედ ამ საფუძველზე იცავს: „წესები კარგავენ სიცოცხლისუნარიანობას, თუკი მათი არსებობის მიზეზი კვლავ და კვლავ არ განმეორდება“. იხ. Kathleen Sullivan, Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing, (პოსტლიბერალური სასამართლო განხილვა: კატეგორიულობისა და დაბალანსების ფუნქციები) 63 University of Colorado Law Review 293, 309 (1992) (შენიშვნები გამოტოვებულია).

#### 4. კორინთული კონსტიტუციური სტილი

თავად კორინთული არქიტექტურული სტრუქტურის მსგავსად, რომელიც დორიულ და იონურ ელემენტებს აერთიანებს, ეს სტილიც აერთიანებს სამართლებრივი ფორმისა და ინსტიტუციური სტრუქტურისადმი ერთგულებას ერთის მხრივ და მეორეს მხრივ დავის წარმომშობი კონტექსტისადმი/ „ფაქტისადმი სენსიტიურობას“<sup>68</sup> ეს სტილი ცდილობს იონური სახის კორექტირება დორიულს მიუსადაგოს იმდენად, რომ სასამართლოს რეაგირების უნარი გაზარდოს რეალური კონტექსტისადმი და დააკმაყოფილოს სისტემური განჭვრეტადობისა და ადმინისტრირების მოთხოვნები, რომლებიც კანონის უზენაესობასთან ასოცირდება კომპლექსურ დემოკრატიებში. პროპორციულობის მეთოდი ამ ინტეგრაციულ აზრს განასახიერებს. ის უფლებათა არადეონტოლოგიურ თეორიას აყალიბებს ფორმალური ანალიზის კატეგორიულ სტრუქტურაში. პროპორციულობის ანალიზი ერთი მოსამზადებელი საფეხურისგან შედგება, რომელშიც სასამართლო კითხულობს სადავო რეგულაციის მიზნის შესახებ, შემდეგ მას მოჰყვება სამი „ჩვეული“ საფეხური, სადაც განიხილება შესაბამისობა, აუცილებლობა და ხდება იონური ტიპის დაბალანსება და სასამართლო მიზნის დაკმაყოფილებასა და კონსტიტუციურ უფლებებში ჩარევის შედეგად დამდგარ ზიანს ერთმანეთს აჯერებს<sup>69</sup>. შეზღუდვა, რომელიც ვერ გაივლის რომელიმე საფეხურს, უქმდება როგორც კონსტიტუციური უფლების დამრღვევი.

ნაშრომის დასაწყისში ავლნიშნეთ ორი მიდგომა სასამართლო გადაწყვეტილებამდე და გადაწყვეტილების შემდეგ არსებული ნაპრალისადმი. მე ვამტკიცებ, რომ დორიული სტილი არ აღიქვამს ამ ნაპრალს პრობლემად; იონური მიდგომით ეს პრობლემაა, მაგრამ მას არ აქვს მისი გადაწყვეტის რესურსები. კორინთული კონსტიტუციური სტილი კი, უფრო დამაკმაყოფილებელ მიდგომას ეძებს. მთავარია მისი ინტეგრირება თავად სასამართლო თვალსაზრისის ფარგლებში, რასაც ჰანნა არენდტი ზოგადად გადაწყვეტილების კონტექსტში „საზოგადოების სხვადასხვა პოზიციათა სიმრავლეს“ უწოდებს<sup>70</sup>. მოსამართლისთვის საბოლოო და უცვლელი პოზიციის განკუთვნება ან საქმის ყოველი მონაწილის პოზიციაში მოთავსების ნაცვლად, კორინთული სტილი მოსამართლეს მეთოდს აძლევს, – პროპორციულობის მეთოდს – იმისთვის, რომ გასცდეს საზღვრებს მხარეთა ხედვების ინტეგრაციის საშუალებით. ამ ხედვების სიმრავლე და რელევანტურობა კონსტიტუციური გადაწყვეტილებისთვის არც უარყოფილია, როგორც დორიულში, არც ხოტბა აქვს შესხმული, როგორც იონურში, არამედ უბრალოდ აღიარებულია როგორც სოციალური ცხოვრების ფაქტი. პროპორციულობის პრინციპი მიუძღვის მოსამართლეს, რომ მან წინ და უკან იაროს მისსა და მოსარჩელეთა

<sup>68</sup> იხ. Philip Sales and Ben Hooper, Proportionality and the Form of Law (პროპორციულობა და სამართლის ფორმა), 119 Law Quarterly Review vol. 119 (2003), გვ. 428.

<sup>69</sup> აქ ალექსის სტანდარტულ „ბალანსირების“ ფორმულას ვიყენებ: „რაც უფრო დიდი ხარისხითაა ერთი უფლება ან პრინციპი დარღვეული ან რაც უფრო მეტი ზიანი აქვს მიყენებული, მით უფრო დიდი უნდა იყოს მეორის დაკმაყოფილების მნიშვნელობა. იხ. ზედა შენიშვნა 60; Robert Alexy (Theory of Constitutional Rights), (კონსტიტუციური უფლებების თეორია), გვ. 102.

<sup>70</sup> იხ. Lisa Jane Disch, Hannah Arendt and the Limits of Philosophy 162 (1994).

პოზიციებს შორის, რითაც მოსამართლის თვალსაზრისი ფართოვდება. ეს კონსტიტუციური სივრცე არც აბსოლუტური და არც შეფარდებითია, ის ურთიერთობითაა<sup>71</sup>.

მომდევნო თავებში ასახულია სასამართლო თვალთახედვის „პოზიციური ობიექტურობა“<sup>72</sup> პროპორციულობის ანალიზში. ამჟამად ჩემი ინტერესის საგანს ამ მეთოდის სტრუქტურის და გამოყენების დეტალები წარმოადგენს. აქამდე ვსაუბრობდი ამ მეთოდის მიზნებზე, მათ საუკეთესო გამოხატულებაში. თუმცა დეტალისადმი ყურადღება ავლენს კავშირის ნაკლებობას ამ მეთოდის გამაერთიანებელ მიზნებსა და სასამართლო ტექნიკას შორის. პროპორციულობის მიზანია უნივერსალიზმისა და პარტიკულარიზმის ინტეგრირება. ის ამ ამოცანას, საბოლოო ჯამში, ვერ ასრულებს, ვინაიდან ვერ უძლებს ამ ორი პოლუსიდან მომდინარე ცენტრიდანულ ზეწოლებს. სხვაგვარად თუ ვიტყვით, პროპორციულობის წარმატება გამომდინარეობს გაძლიერებული სასამართლო რეაგირების აღქმიდან, თუმცა როგორც ამას ქვემოთ ვნახავთ, თავისთავად ეს აღქმა არ არის კონსტიტუციური პრაქტიკით სათანადოდ გამყარებული. რეალობასა და აღქმას შორის სწორედ ამ კავშირის ნაკლებობის გამო, პროპორციულობისადმი ფენომენოლოგიურმა მიდგომამ შეიძლება სინათლე შემოიტანოს. მაგალითად, მხოლოდ ამ აღქმის კვლევა დაგვეხმარება, გავიგოთ პროპორციულობასა და დაბალანსებას შორის განსხვავება. წმინდად ანალიტიკური ან კონცეპტუალური სხვაობა ვერ დაადგენს განსხვავებებს, ვინაიდან ორივე ემყარება უფლებებისადმი ერთნაირ მიდგომას<sup>73</sup>. მიუხედავად ამისა, მოსამართლეები, რომლებიც პროპორციულობის მეთოდს იყენებენ, თავგამოდებით უარყოფენ იმას, რომ პროპორციულობა და დაბალანსება ერთი და იმავე მეთოდის ორი სხვადასხვა სახელია. იმის აღქმა, რომ პროპორციულობა ცალკე მეთოდია, მოითხოვს მისი როგორც დოქტრინალური, ასევე თეორიული ფესვების შესწავლას. დავიწყებთ დოქტრინით.

წარმოიდგინეთ დაძაბულობა, რომელიც პროპორციულობის ანალიზის სხვადასხვა საფეხურის ფორმალიზებიდან გამომდინარეობს. ამ საფეხურების განსხვავებულობა მიზნად ისახავს პროპორციულობის მეთოდის ადმინისტრირების შესაძლებლობის და იურიდიული საიმედოობის გაძლიერებას უფრო ცუდად სტრუქტურირებული დაბალანსების მეთოდის საპირისპიროდ. ვინაიდან შეშფოთებული იყო პროპორციულობის ისეთი გამოყენებით, რომელიც აფერმკრთალებს ზღვარს ტესტის „აუცილებლობასა“ და დამაბალანსებელ საფეხურებს შორის, დიეტერ გრიმმა გაფრთხილება გააკეთა, რომ „საფეხურების აღრევა წარმოშობს იმის საფრთხეს, რომ ელემენტები ქმედებაში უკონტროლოდ ერთვება და შედეგს უფრო თვითნებურსა და ნაკლებ პროგნოზირებადს ხდის“<sup>74</sup>. თვითნებური და არაპროგნოზირებადია ის,

<sup>71</sup> ამ კლასიფიკაციას დევიდ ჰარვისენ ვსესხულვ (აბსოლუტური, შეფარდებითი, ურთიერთობითი სივრცეები) *Cosmopolitanism and the Geographies of Freedom* (კოსმოპოლიტანიზმი და თავისუფლების გეოგრაფია) (2009), თუმცა უნდა აღვნიშნო, რომ ამ სიტყვას ყოველთვის არ ვიყენებ ჰარვისენული მნიშვნელობით. უფრო დაწვრილებით ურთიერთობით სივრცეზე იხ. Lefebvre, *The Production of Space* (სივრცის შექმნა, 1992) (1992).

<sup>72</sup> ეს ფრაზა ეკუთვნის ამარტიას სენს. სენი საუბრობს ობიექტურობის კონცეფციაზე, რომელიც დამოკიდებულია ვითარებაზე და დამოუკიდებელია პიროვნებისგან. დაკვირვებები და მოსაზრებები ობიექტურია, თუ რომელიმე სუბიექტი შესძლებს მათ რეპროდუცირებას, როდესაც იმავე მდგომარეობაში იქნება ჩაყენებული, როგორშიც თავდაპირველი დამკვირვებელი იყო. ამის შემდეგ მთავარი გამოწვევა არის ის, თუ როგორ განისაზღვროს ვითარებაზე დამოკიდებული. იხ. ამარტიას სენი. *პოზიციური ობიექტურობა* [Amartya Sen, *Positional Objectivity, Philosophy and Public Affairs*, Vol. 22 (2) 126-145 (1993)].

<sup>73</sup> იხ. სტივენ გარდბაუმი [Stephan Gardbaum], *შენიშვნა 46 ზემოთ (უფლებების შეზღუდვა)*, [Limiting Rights].

<sup>74</sup> დიეტერ გრიმი [Dieter Grimm], *შენიშვნა 55 ზემოთ (პროპორციულობა გერმანიასა და კანადაში)* [Proportionality in Germany and Canada], გვ. 397.

როგორც კრიტიკოსები დაბალანსებას აღწერენ. სხვადასხვა საფეხურების ფორმალიზება, სავარაუდოდ, ამ შემთხვევას შეამცირებს<sup>75</sup>.

თუმცა ფორმალიზება ასახავს იმ დაძაბულობებს, რომლებიც დორიულ და იონურ ორდერებს შორის არსებობს. წარმოიდგინეთ, მაგალითად, საკანონმდებლო მიზნების ანალიზი საწყის ეტაპზე. მოსამართლეების მოთხოვნა, რომ კანონმდებლებმა წარმოადგინონ საკანონმდებლო მიზანი მნიშვნელოვანი გამოწვევაა საკანონმდებლო უფლებამოსილებისთვის. ის აჩვენებს, რომ კანონის წარმომავლობა, რომელიც ამოქმედებულია ხალხის მიერ არჩეული წარმომადგენლების მიერ, არასაკმარისი საფუძველია იმისა, რომ მისი ქმედუნარიანობა იყოს მხარდაჭერილი და საჭიროა მისი შემდგომი დასაბუთება. ამ მოთხოვნას შემოაქვს დორიული ელემენტი კორინთულ ორდერში – იდეა, რომ უფლებები იცავს იმ სივრცეს, რომელში შემოსვლაც მთავრობას არ შეუძლია, როდესაც ის დაუშვებელი მიზნების მიღწევას ცდილობს. თეორიულად, მიზნის ანალიზი შეიძლება საკმაოდ მკაცრი იყოს, ვინაიდან სასამართლოებს შეუძლიათ დააწესონ მოთხოვნები სპეციფიკურობის დონის შესახებ, რომლის თანახმადაც, უნდა მოხდეს მიზნის ფორმულირება და ასევე მოითხოვონ მტკიცებულება, რომ კანონმდებლობის გაცხადებული მიზანი რეალური მიზანია და არა *ex post facto* რაციონალიზაცია<sup>76</sup>.

თუმცა პროპორციულობის პრაქტიკაში კანონმდებლობის გაუქმება ამ ადრეულ ეტაპზე პრაქტიკულად არასდროს ხდება. გამოდის, რომ (რაც არ არის გასაკვირი) ყოველთვის შეიძლება იმ საკანონმდებლო აქტის რაიმე დასაშვები მიზნის შემოთავაზება, რომელიც დავის საგანია. ამ ეტაპზე სასამართლოებს კანონმდებლობის გაუქმება მხოლოდ მისი გადავადებით შეუძლიათ, თუმცა ეს არ არის იმ სასამართლოების მიერ არჩეული სტრატეგია, რომლებიც პროპორციულობის ანალიზს იყენებენ. მოსამართლეებმა არჩიეს, დაუთმონ საკანონმდებლო ორგანოს ძალაუფლების განაწილების საფუძველზე. ძალაუფლების დემოკრატიულად არჩეულ შტოს აქვს უფლება, საკუთარი პოლიტიკური დღის წესრიგი დაისახოს<sup>77</sup>. უნდა ითქვას, რომ დათმობა არ აქცევს წინასწარ ეტაპს უაზროს. საკანონმდებლო მიზნების დეტალური განხილვის გარეშეც კი, გაცხადებული მიზნები აყალიბებს არგუმენტაციას მომდევნო ეტაპებზე გამოსაყენებლად. თუმცა, მოითხოვონ საკანონმდებლო მიზნები, მაგრამ ვერ შეძლო მათი სიმყარის ეჭვის ქვეშ დაყენება, უდავოდ, უცნაური კომბინაციაა<sup>78</sup>. ეს არის კომბინაცია,

<sup>75</sup> იდეა ასევე არის იმ ორმაგი რისკის თავიდან აცილება, რომელსაც სამხრეთ აფრიკის კონსტიტუციურმა სასამართლომ „საკითხების საკონტროლო სიის რიგითობის მექანიკური დაცვა“ უწოდა. ს. მანამელა, 2000 (3), [S. Manamela, 2000 (3) SA 1 (CC)] გვ. 20 (ციტირებული აქვს სტივენ გარდბაუმს [Stephan Gardbaum], შენიშვნა 46 ზემოთ (უფლებების შეზღუდვა) [Limiting Rights], გვ.842).

<sup>76</sup> ამერიკის კონსტიტუციურ სამართალში ასეთი ანალიზისთვის იხილეთ საქმე United States v. Virginia, 518 U.S. 515 (1996).

<sup>77</sup> იხ. დიეტერ გრიმი [Dieter Grimm], შენიშვნა 55 ზემოთ (პროპორციულობა), გვ. 388. თავდაპირველად, კანადის სასამართლოებმა ხელისუფლებაზე უფრო მაღალი ზღვარის დაწესება სცადეს იმით, რომ მოითხოვეს, მთავრობის ამოცანა ყოფილიყო „აქტუალური და არსებითი“ პრობლემა [აარონ ბარაკი, „პროპორციული ეფექტი: ისრაელის გამოცდილება“ [Aharon Barak, Proportional Effect: The Israeli Experience, 57 U. Toronto L.J. 369, 371 (2007)]], ანდა „საკმარისად მნიშვნელოვანი იმისათვის, რომ ქართის [კონსტიტუციურად დაცული] უფლების შელახვა“ გამართლებული ყოფილიყო. იხ. ბარაკი, „პროპორციული ეფექტი“, გვ. 371 (ციტირებულია პიტერ ჰოგის „კანადის კონსტიტუციურ სამართალში“ [PETER HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA], სტუდენტური გამოცემა (2005), გვ. 823. თუმცა დროთა განმავლობაში, როდესაც ანალიზის სხვა საფეხურები უფრო არსებითი გახდა, კანადის სასამართლოებმა უფრო და უფრო დაუთმეს საკანონმდებლო ორგანოს. იხ. ზოგადად, სუჯით ჩჟუდრი [Sujit Choudhry, So What Is the Real Legacy of Oakes?, (2006) 34 Sup.Ct.L. Rev. (2d) 501]).

<sup>78</sup> პროპორციულობის ზოგი მომხრე – მათ შორის მოსამართლეები – სასამართლოს უფრო მკაცრ ჩარევას ემხრობა ამ ეტაპზე („მოუხედავად ობიექტის კომპონენტის ცენტრალურობისა, ისრაელში არც ერთი კანონი არ გაუქმებულა უბრალოდ

რომელიც მაღავს სასამართლოების უზენაესობას, რომლებსაც უნდათ, რომ აღქმული იყვნენ როგორც აქტორები, რომლებიც საერთო კონსტიტუციურ სტრუქტურაზე რეაგირებენ.

სტრუქტურულ დათმობას საწყის ეტაპზე მოქმედებაში მოჰყავს ცვალებადი შკალა ანალიზის მომდევნო ეტაპებზე, რაც ქმნის საფრთხეს, რომ პროპორციულობა არასტრუქტურულ დაბალანსებაში გადავა. პროპორციულობის ანალიზის ტვირთის ბოლო ეტაპებზე გადატანა გარდაუვალად ზრდის ზეწოლას დაბალანსების ეტაპზე. რაც უფრო დიდია სასამართლოების მხრიდან დათმობა პროპორციულობის ანალიზის პირველ ეტაპზე, მით უფრო მეტად გადაიწევა სასამართლო განხილვის არსი მომდევნო ეტაპებისკენ. პარადოქსულია, მაგრამ ამაში არის პროპორციულობის უდიდესი ნაკლიც და მისი განუმეორებელი მიმზიდველობის წყაროც. ერთი მხრივ, მზარდი ფსონები მოითხოვს სასამართლო ტექნიკას პრინციპული დაბალანსებისთვის. როგორც ვნახავთ, ასეთი ტექნიკის ხელმისაწვდომობა საეჭვოა. მეორე მხრივ, მაღალი ფსონები კონკურენტული ინტერესების სიძლიერის ლეგიტიმიზაციას ახდენს. ვინაიდან საქმე სახელმწიფო ინტერესს ეხება, რაც უფრო მეტ ეტაპს გადაურჩება პროპორციულობის ანალიზში სადავო რეგულაცია, მით უფრო მეტად ხდება მის საფუძვლად აღებული საჯარო ინტერესის აღიარება. უფლების მფლობელისთვის, ეს ანალიტიკური სტრუქტურა უზრუნველყოფს იმას, რომ ნებისმიერ მცდელობას, უგულვებელყოს ინდივიდუალური ინტერესი, მკაცრი შესწავლა ელოდება, საერთო კონსტიტუციურ სქემაში ამ ინტერესის მნიშვნელობის გათვალისწინებით. თუმცა არაინტუიტიურად ეს სასამართლო გამართლება რეაგირების წყაროა, რომელიც გაგებულია როგორც სათანადო დასაბუთება, რომელიც ხიდს დებს *ex ante/ex post* უფსკრულზე და ამსუბუქებს სასამართლო გადაწყვეტილების ძალადობრივ განზომილებას.

პროპორციულობის ანალიზის დაბალანსების ეტაპზე, მოსამართლეები ამსხვრევენ ინსტიტუციურ ნაჭუჭს, რომელშიც მოქცეულია უფლება და იწყებენ უფლების დარღვევის სერიოზულობის აწონ-დაწონას (იონური სტრუქტურის ტიპის) იმ ინტერესთა შესაბამისობის ხარისხთან შეფარდებით, რომელსაც სადავო ნორმა იცავს. ტექნიკის ფორმალიზება აუცილებელია, რათა აჩვენო, რომ ამ ეტაპზე სასამართლო ანალიზი არ არის ფორმაში „თავისუფალი სტილით“ შესვლა-გამოსვლა. ქვემოთ ვისაუბრებ უფლებების ბირთვისა და პერიფერიას შორის განსხვავების ფორმალიზების ტექნიკაზე და არადაამაჯერებლად მივიჩნევ მას. დავასკვნი, რომ პროპორციულობის მიმზიდველობა სხვაგან უნდა ვეძებოთ.

უფლებების ბირთვისა და პერიფერიას შორის განსხვავება ფორმალიზების ფართოდ გამოყენებული ტექნიკაა. მისი მიზანია, რომ დაბალანსების პროცესში დათმობები მოაქციოს უფლებების პერიფერიაზე. როგორც ისრაელის უზენაესი სასამართლოს ყოფილმა პრეზიდენტმა, აარონ ბარაკმა თქვა, მოსამართლეებმა „მიზნად უნდა დაისახონ თითოეული ... თავისუფლების „ბირთვის“ შენარჩუნება ისე, რომ ნებისმიერი ზიანი მხოლოდ ნაჭუჭს შეეხოს“<sup>79</sup>.

სათანადო ობიექტის [ან მიზნის] არსებობის გამო. მსგავსი მიდგომა არსებობს გერმანიის საკონსტიტუციო სამართალში... ეს გულდასაწყვეტია. კონსტიტუციურობის შესწავლაში ობიექტის კომპონენტს დამოუკიდებელი და ცენტრალური როლი უნდა მიენიჭოს, მისი მხოლოდ განხორციელების საშუალებებთან დაკავშირების გარეშე. მართლაც, ყველა ობიექტი სათანადო არ არის კონსტიტუციური პერსპექტივიდან. ეს არ არის საკანონმდებლო ორგანოსადმი ნდობის ნაკლებობის გამოხატულება, ეს უფრო ადამიანის უფლებების სტატუსის გამოხატულებაა.“ (სქოლიოები გამოტოვებულია).

<sup>79</sup> იხ. საქმე *Shavit v. The Chevra Kadisha of Rishon Le Zion, C.A. 6024/97 (1999)* (ისრაელის უზენაესი სასამართლო) §9.

როდესაც ინტერესი განისაზღვრება როგორც უფლების ბირთვი – მაგალითად, თავდაცვის ინტერესი როგორც მეორე შესწორებით გათვალისწინებული იარაღის ტარების უფლების ბირთვი, ანდა პოლიტიკური გამოხატვის ინტერესი როგორც სიტყვის უფრო ფართო თავისუფლების ბირთვი – ეს ინტერესი არ უნდა დაბალანდეს.

ცენტრიდანული იურისპრუდენციული ძალები, რომლებიც პროპორციულობის ანალიზს აყალიბებს, თვალნათელია. უფლებების დეონტოლოგიური კონცეფციისგან განსხვავებით, ეს კონცეფცია საფუძვლად აღებული ინტერესებისადმი სასამართლო ხელმისაწვდომობის უფლებას იძლევა. დაშვებული ვარაუდი არის ის, რომ სახელმწიფო ზომა – ან კონფლიქტური ინდივიდუალური უფლება (დამოკიდებულია კონკრეტულ შემთხვევაზე) – გავლენას ახდენს მხოლოდ რამდენიმე ინტერესზე, რომლებსაც კონკრეტული უფლება იცავს<sup>80</sup>. თუმცა ეს ინტერესები პრიორიტეტებად არის განსაზღვრული. სირთულის ხარისხის შესაბამისი გრადაცია, რომელიც დაცული ინტერესების იერარქიას შეესაბამება, ასახავს იურიდიული ფორმის ცენტრალურ როლს. ვერტიკალური კონსტიტუციური კონფლიქტის შემთხვევაში, სახელმწიფოს უფრო გაუჭირდება, შესაძლოა საერთოდ ვერ შეძლოს, კონსტიტუციური უფლების ბირთვის შეზღუდვის აუცილებლობის დასაბუთება. რაც უფრო რთული ხდება დასაბუთება სირთულის ამ შკალაზე, მით უფრო კატეგორიული ხდება ის დაცვა, რასაც უფლების ბირთვი იღებს. აი ასე აერთიანებს კორინთული სტრუქტურა დორიულ განზომილებას უფლებების არადეონტოლოგიურ, იონურ კონცეფციამში.

თუმცა სირთულები არსებობს. ყველა უფლებას არა აქვს მკაფიო ბირთვი. მაგალითად, ამბობენ, რომ ინვალიდობის უფლებებს, რომლებსაც ბევრ იურისდიქციაში კონსტიტუციური სტატუსი აქვს, არა აქვს ბირთვები<sup>81</sup>. ბირთვების ფარგლების დადგენა ასევე კამათის საგანია, როგორც ამას რელიგიის თავისუფლების ინტერპრეტაცია აჩვენებს<sup>82</sup>. კრიტიკოსები მიუთითებენ, რომ ხშირად შეუძლებელია უფლების ბირთვის განსაზღვრა კონკურენტული საჯარო ინტერესის მითითების გარეშე<sup>83</sup>. ფარგლების დადგენა დამოკიდებული იქნება იმაზე, თუ რომელ მეთოდს იყენებს ინტერპრეტატორი და როგორ არის ეს მეთოდი გამოყენებული

<sup>80</sup> ვარაუდი, როგორც დიტერ გრიმი ამბობს, არის ის, რომ „იშვიათად ხდება, როდესაც იურიდიული ზომა მთლიანად ეხება ფუნდამენტურ უფლებას. ჩვეულებრივ, უფლების რომელიმე ასპექტს ეხება... იგივე ხდება იმ სიკეთის შემთხვევაში, რომლის ინტერესიდან გამომდინარეც იზღუდება უფლება. იშვიათად ხდება, რომ ერთმა ზომამ რომელიმე სიკეთის სრული დაცვა უზრუნველყოს“. დიტერ გრიმი, შენიშვნა 55 ზემოთ (პროპორციულობა), გვ. 396.

<sup>81</sup> სემუელ ბაგენსტოსი, „სუბორდინაცია, სტიგმა და „ინვალიდობა“. [Samuel Bagenstos, Subordination, Stigma, and “Disability”, 86 VA. L. REV. 397, 406 (2000)] (ამტკიცებს, რომ ინვალიდობის უფლებას არა აქვს „ბირთვი“).

<sup>82</sup> რელიგიის თავისუფლების კონტექსტში, თუ მოსამართლეები უფლების ნაჭუჭს დაამსხვრევენ, ისინი შემდეგ შეძლებენ ეძიონ თავისუფალი გამოხატვის უფლების „ბირთვი“ რელიგიური მრწამსისა და პრაქტიკის გამოცდილების მფეთქავ გულში, მაგრამ ეს რთულად განსაზღვრადელი ამოცანაა. „მოსამართლეთათვის უფრო შესაფერისია, განსაზღვრონ რელიგიური რწმენების „ცენტრალურობა“ მანამ, სანამ გამოიყენებენ „არსებითი დანტერესების“ ტესტს თავისუფალი გამოხატვის სფეროში, ვიდრე განსაზღვრონ იდეების „მნიშვნელოვანება“ მანამ, სანამ ამ ტესტს გამოიყენებენ თავისუფალი გამოხატვის სფეროში“. საქმე Shavit v. The Chevra Kadisha of Rishon Le Zion, C.A. 6024/97 (1999) (ისრაელის უზენაესი სასამართლო) (მოსამართლე ენგლარდი) (რომელიც მსჯელობდა, ჰქონდათ თუ არა უფლება დაკრძალვის ებრაულ კომპანიებს, რომლებიც ჩვეულებრივ ადმინისტრირებას უწევდნენ სასაფლაოებს მთელი ქვეყნის მასშტაბით, აკრძალათ ოჯახისთვის, გარდაცვლილი წევრის საფლავის ქვაზე დაეწერათ მისი დაბადების და გარდაცვალების თარიღები გრეგორიანული კალენდრის მიხედვით (და ასევე ებრაული კალენდრის მიხედვით)).

<sup>83</sup> ამ მიზეზთა გამო, ბირთვსა და პერიფერიას შორის განსხვავება უფრო მეტ კითხვას აჩენს, ვიდრე პასუხს იძლევა. იხ. ასევე, Julian Rivers, Proportionality and Variable Intensity of Review, Cambridge Law Journal vol. 65 (1): 174-207 („უფლების „ძირითადი არსის“ პრობლემა ის არის, რომ თითქმის შეუძლებელია მისი სათანადოდ განსაზღვრა კონკურენტული საჯარო ინტერესების მოხსენიების გარეშე.“) გვ. 187.

მოცემულ საქმეში. მაგალითად, აშშ-ის უზენაესი სასამართლოს მსჯელობამ საქმეზე *District of Columbia v. Heller* აჩვენა, რომ მანძილი უმრავლესობის ორიგინალიზმის ინტერპრეტაციულ ანალიზსა და განსხვავებული აზრის მქონეთა პროპორციულ მეთოდს შორის უფრო მოკლე იყო, ვიდრე ამას რომელიმე მხარე აღიარებდა. ასეთ შემთხვევაში, განსხვავებული აზრის მქონე მოსამართლეებმა გამოიყენეს ისტორიული ანალიზი, რათა განესხვავებინათ მეორე შესწორებით გათვალისწინებული იარაღის ტარების უფლების ბირთვი და პერიფერია (ანუ ცენტრალური და მეორადი მიზნები) და სადავო რეგულაცია კონსტიტუციურად მიიჩნიეს იმიტომ, რომ ის ეხებოდა მხოლოდ მეორად ინტერესს ინდივიდუალურ თვითდაცვაში, ვიდრე ინტერესს, მონაწილეობა მიეღო მებრძოლთა ფორმირებაში, რომელიც კონსტიტუციურად დაცული უფლების ბირთვი იყო<sup>84</sup>. უმრავლესობასა და მოწინააღმდეგეებს შორის მთავარი უთანხმოება ეხებოდა სწორ ისტორიულ ინტერპრეტაციას. ამ სირთულეებმა ზოგიერთი სასამართლო, მაგალითად, სამხრეთ აფრიკის კონსტიტუციური სასამართლო, მიიყვანა გადაწყვეტილებამდე, შეეწყვიტა ამ ტექნიკის გამოყენება პროპორციულობის ანალიზის დაბალანსების ეტაპზე<sup>85</sup>.

საჭირო იქნება უფრო ყოვლისმომცველი კვლევის ჩატარება, რათა ნაჩვენები იყოს ის საქმე, რომელიც ზუსტად განსაზღვრავს, რომ სასამართლო ტექნიკა არ შეესაბამება პროპორციულობის გამაერთიანებელ მიზნებს. თუმცა ნაწილობრივი შესწავლაც კი საკმარისი იქნება იმის დასადგენად, რომ მხოლოდ ტექნიკა სათანადოდ ვერ ხსნის პროპორციულობის წარმატებას. მომდევნო თავში ამ წარმატებაზე საუბარი უფრო ფართო იურისპრუდენციულ პერსპექტივაში.

## 5. კონსტიტუციური მეთოდი სამ განზომილებაში

კონსტიტუციური კონფლიქტი მხოლოდ ინტერპრეტაციის კონფლიქტი არ არის, თუმცა ეს არის იმ ფორმის საუკეთესო ნორმატიული რეკონსტრუქცია, რომელსაც იღებს კონფლიქტი სასამართლოში. თითოეული მხარე წარმოადგენს საკუთარ მოსაზრებას იმაზე, თუ, მისი ინტერპრეტაციით, რატომ იცავს კონსტიტუცია კონკრეტულ ინტერესს მოცემულ კონტექსტში. ამრიგად, სასამართლოების ფუნქციაა, შექმნას კანონი იმისათვის, რომ შეზღუდოს კანონი. მას შემდეგ, რაც ახსენებს „სირთულეს, რომელიც დამახასიათებელია თავისუფალი ინტერპრეტირების პროცესზე სახელმწიფოს კანონის ძალადობისთვის“, კოვერი აგრძელებს: „აღსა-

<sup>84</sup> 554 U.S. 570 (2008).

<sup>85</sup> კერძოდ, სამხრეთ აფრიკის დროებითი კონსტიტუციის დებულება გერმანული სტილის რეალიზმის პარადიგმას შეესაბამებოდა. სასამართლოს მიერ ამ ნაკლოვანების განხილვის ნახვა შესაძლებელია საქმეში *S. v. Makwanyane*, (1995) (3) SALR 391 (CC), პარაგრაფი 132 („ინტერპრეტაციის სირთულე წარმოიშობა გაურკვევლობიდან იმის შესახებ, თუ რა არის უფლების „არსებითი შინაარსი“ და როგორ უნდა განისაზღვროს იგი. უნდა განისაზღვროს იგი სუბიექტურად, იმ ინდივიდის თვალთახედვიდან, რომლის უფლებაც დაირღვა, თუ ობიექტურად, უფლების ბუნების კუთხიდან და საკონსტიტუციო წესრიგში მისი ადგილის მიხედვით ან სხვაგვარად?“).

ნიშნავია, რომ მითსა და ისტორიაში, სასამართლოს წარმოშობა და გამართლება იშვიათად არის გაგებულნი როგორც კანონის არსებობის საჭიროება. ეს უფრო გაგებულა, როგორც საჭიროება, შეიზღუდოს კანონი, არჩევანი გაკეთდეს ორ ან მეტ კანონს შორის, კანონებზე დაწესდეს იერარქია. სწორედ კანონთა სიმრავლე მართლმსაჯულების გენერირების პრინციპის ნაყოფიერებაა, რაც ქმნის პრობლემას, რომლის მოგვარების გზას სასამართლო და სახელმწიფო წარმოადგენს<sup>86</sup>.

ლიბერალური აზროვნების თანახმად, მოგვარება საჭიროა იმის შიშით, რომ მოუგვარებლად დატოვების შემთხვევაში, მართლმსაჯულების გენერირების პროცესის ნაყოფიერება სოციალურ წესრიგს დაემუქრება. ვინაიდან მართლმსაჯულების გენერირების ყველა პროცესი არ არის ბუნებით ინტერპრეტირებადი, ინტერპრეტაციის პროცესების შესახებ სპეციფიკურ წუხილებს ჰობსამდე მივყავართ. როგორც ჰობსი ამბობდა, თუ ინდივიდებს მივანდობთ კანონის მოთხოვნების თავიანთებურ ინტერპრეტირებას – იქნება ეს ბუნების კანონი თუ, თანამედროვე ანალოგიით, უზენაესი კანონის ნებისმიერი ფორმა, როგორც დაწერილი კონსტიტუციაა – ისინი (სხვადასხვა მიზეზის გამო, რომელთაგან ყველა არ მოიცავს თვითინტერესს) ერთმანეთისგან განსხვავებულ ინტერპრეტაციას გააკეთებენ<sup>87</sup>. ეს ინტერპრეტაციები შეუძლებელს ხდის კოორდინაციას, რასაც, თავის მხრივ, უბედურება მოაქვს. კოორდინირება რომ შესაძლებელი იყოს, ინდივიდები კანონის ინტერპრეტირების საბოლოო უფლებას, შეიძლება ითქვას, სახელმწიფოსა და მის ინსტიტუტებს ანდობენ<sup>88</sup>. ამიტომ სასამართლოს ინტერპრეტაცია აღემატება კერძო ინტერპრეტაციას – ანუ ინტერპრეტაციას, რომელიც მოქალაქეთა იურიდიულ წარმოსახვაშია<sup>89</sup> – ისევე, როგორც სახელმწიფოს კანონი, ზოგადად, აღემატება კერძო კანონშემოქმედებას. სახელმწიფო კანონი აუცილებლობით ამარცხებს კერძო მართლმსაჯულების გენერირების პროცესებს და ეს გარდაუვალად აცრუებს იმედებს, რომ მომავალ წაგებულ მხარეს ჰქონდა *ex ante* სასამართლო შედეგი. მაშ, რატომ არის ძალადობა, რომელსაც სასამართლოები კერძო სამართალზე ან იურიდიულ ინტერპრეტაციაზე აწესებენ, პრობლემა?

რომ გავიგოთ, პირველ რიგში რატომ უნდა აღინიშნოს, რომ პოლიტიკური ხელისუფლების ბუნების ისტორია ზუსტად ამას განმარტავს – პოლიტიკური ხელისუფლების ბუნებას. როგორც ბერნარდ უილიამსმა აღნიშნა, პოლიტიკაზე არსებობს კითხვები, რომლებიც არ არის პირველი რიგის კითხვები მის საფუძვლებზე<sup>90</sup>. ეს მარტივი შენიშვნა უკავშირდება ჩვენს მიზნებს. სასამართლო ხელისუფლების ბუნების საკითხი კონცეპტუალურად განსხვავდება სასამართლო გადაწყვეტილებების შედეგების ბუნებისაგან, რაც, თავისთავად, განსხვავ-

<sup>86</sup> Robert Cover, *Nomos and Narrative*, 97 *Harvard Law Review*, 4, 48 (1983).  
<sup>87</sup> ჰობსი, „ლევიათანი“ [Hobbes, *The Leviathan* (Richard Tuck, ed.) (1996).]  
<sup>88</sup> უზენაეს სასამართლოს გამოაქვს იურიდიული ძალის მქონე საბოლოო გადაწყვეტილება. ჩვეულებრივ მიუთითებენ მოსამართლე ჯექსონის განცხადებას: „ჩვენ არა ვართ საბოლოო, ვინაიდან ჩვენ ვართ შეუცდომლები, მაგრამ ჩვენ ვართ შეუცდომლები იმიტომ, რომ ვართ საბოლოო“. საქმე *Brown v. Allen* 344 US 443, 540 (1953) (ჯექსონი თანახმაა). იხილეთ *Larry Alexander and Frederick Schauer, On Extrajudicial Constitutional Interpretation*, 110 *Harv. L. Rev.* 1359 (1997).  
<sup>89</sup> მე ვიყენებ „იურიდიული წარმოსახვის“ იდეას ჩარლზ ტეილორის სოციალური წარმოსახვის კონცეფციის ანალოგიით ჩარლზ ტეილორის წიგნში „თანამედროვე სოციალური წარმოსახვები“ (2007) [Charles Taylor, *Modern Social Imaginaries*]. ტეილორმა სოციალური წარმოსახვა განსაზღვრა როგორც „მთელი ჩვენი სიტუაციის უმეტესად არასტრუქტურირებული და გამოუთქმელი გაგება... (.) სოციალური სივრცის ფარული რუკა“ (გვ. 25).  
<sup>90</sup> Bernard Williams, *In the Beginning Was the Deed* (2005).



ვდება იმისგან, თუ როგორ მიდიან მოსამართლეები ამ გადაწყვეტილებებამდე. პოლიტიკური თუ კონსტიტუციური ხელისუფლების საფუძვლების ისტორია არ არის კონსტიტუციური მეთოდოლოგიის ისტორია. მართალია, საფუძვლების თეორია გვთავაზობს ლინზას მეთოდოლოგიური მიდგომების შესაფასებლად, მაგრამ ეს პერსპექტივაც კი უბრალოდ ერთ-ერთია მრავალთა შორის.

ამის ალტერნატივაა პერსპექტივა რეალობიდან. საწყისი წერტილი აქ პოლიტიკური ხელისუფლების საფუძველი კი არ არის, არამედ სოციალური ცხოვრების ან იურიდიული პრაქტიკის ფაქტი, როგორცაა პროპორციულობის, როგორც კონსტიტუციური ანალიზის მეთოდის აღმასვლა მსოფლიოში. ეს წარმატება შეიძლება გაგებულ იქნეს ერთ ინდიკატორად იმისა, რომ სასამართლოები მიიჩნევენ არასაკმარისად – ან როგორც მე ვივარაუდებ, არასაკმარის რეაგირებად – გაამართლონ ძალადობა მხოლოდ და მხოლოდ ალოკაციური კონსტიტუციური სქემის საჭიროების მითითებით, რომელიც მოსამართლეებს ანიჭებს საბოლოო სიტყვის უფლებას იმაზე, თუ რა არის კანონი. მიზეზები იმისა, თუ რატომ არის ალოკაციური სქემის მოხმობა არასაკმარისი, იმდენადვე უკავშირდება ამ ძალადობის აღქმას, რამდენადაც თავად ალოკაციის სქემას. ალოკაციური სქემების მოხმობა იშვიათად არის სათანადოდ „სუსტი“, სხვა სიტყვებით თუ ვიტყვით, ხშირად ძნელია, გაუძლო ცდუნებას, გამოიყენო ალოკაციური სქემის არსებობა იმისათვის, რომ გაამყარო დასკვნები კონკრეტულ საქმეებში და აღარ დაგჭირდეს საკუთარი ინტერპრეტაციული არჩევანის შემდგომი დაცვა. ფაქტორების კომბინაცია ხსნის, რატომ არის ასეთი დასკვნები გაუმყარებელი. ჯერ წარმოვიდგინოთ სოციალური პლურალიზმის ფაქტი. პლურალიზმი მნიშვნელოვნად ართულებს პოლიტიკური ძალის ისე გამოყენების გამართლებას, რომელიც აიძულებს სუბიექტებს, დაემორჩილონ ნორმებს, რომლებსაც ისინი, როგორც განსხვავებული ცხოვრებისეული გეგმების მქონე ინდივიდები, ხშირად შეგნებულად ეწინააღმდეგებიან ისეთი სამართლიანობის საფუძველზე, როგორც მათ ეს სამართლიანობა ესმით. პლურალიზმის ფაქტი გარკვეულ ზეწოლას ახდენს სასამართლოს რეაგირების უნარზე. ის აფართოებს სოციალური და პოლიტიკური ცხოვრების შესახებ პერსპექტივების ერთობლიობას, რომლიდანაც გამომდინარეობს მოთხოვნები და, ამავე დროს, აღრმავებს სპეციფიკური ინსტიტუციური რეაგირებების გამართლების საჭიროებას იმ ფორმებით, როგორებიც პლურალისტული მოქალაქეებისათვის არის მისაღები. როგორ ინარჩუნებენ კონსტიტუციური დემოკრატიის თავისუფალი ინსტიტუტები მოქალაქეთა პრეტენზიებზე რეაგირების სათანადოდ მაღალ დონეს, რომლებსაც გააჩნიათ სიკეთის შესახებ ღრმა, გონივრული, ყოვლისმომცველი, თუმცა შეუსაბამო დოქტრინები?

დაამატეთ ამას იურიდიული განსაზღვრების კრიტიკა თანამედროვე იურისპრუდენციაში. მე-20 საუკუნის შუა პერიოდის ენის ფილოსოფიით შთაგონებულმა სამართალმცოდნეებმა განსაზღვრეს ღია სტრუქტურა, როგორც სამართლის მედიუმის – ენის ცენტრალური ფუნქციონი<sup>91</sup>. ეს განსაკუთრებით რელევანტურია შეუზღუდავი კონსტიტუციური დებულებების შემთხვევაში, როდესაც ნავარაუდევია, რომ მრავალი ინტერპრეტაციული ვარიანტი იქნება, რომელთაგან ზოგი გამომდინარეობს საზოგადოების წინააღმდეგობრივი და ზოგჯერ, შეურიგებელი პოლიტიკური და იდეოლოგიური ხედვებიდან. დეტერმინირების ამ კრიტიკამ

<sup>91</sup> იხ. See H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (2nd ed., 1997), Ch IV

გააძლიერა იურიდიული დასაბუთების ხარვეზიანობის აღქმა და უფლებებზე დისკურსი სხვა სიბრტყეზე გადაიტანა<sup>92</sup>. ბოლოდროინდელი მოწოდებები გამჭვირვალობის და პატიოსნების უზრუნველყოფაზე გავებული უნდა იქნეს ამ კონტექსტში როგორც მცდელობები, კომპენსირებული იქნეს იურიდიული ინტერპრეტაციის პროცესის გარდაუვალი საჭიროება ინტერპრეტაციის პროცესის სიკეთეების ან იურიდიული ინტერპრეტატორების ეთიკის მეშვეობით<sup>93</sup>.

მეორე მიზეზი იმისა, თუ რატომ არის კონსტიტუციური სქემის მითითება არასაკმარისი, უკავშირდება ინდივიდებსა და თანამედროვე სახელმწიფოს შორის ურთიერთობების სირთულეს. მეოცე საუკუნის განმავლობაში თანამედროვე სახელმწიფოს როლი და ფუნქციები გაფართოვდა და, შესაბამისად, გართულდა მის ინსტიტუტებსა და მოქალაქეებს შორის ურთიერთობის დინამიკაც. როდესაც საქმე კანონის მოვალეობას ეხება, ეს სირთულე ორმხრივად მწვავე შეიძლება იყოს. კანონის როლი შეიძლება იყოს ამ სირთულის დაბალანსება და დორიული სტრუქტურის პოლიფონიური სიმარტივის შენარჩუნება: კონსტიტუციური უფლებები გადაულახავი გვერდითი შეზღუდვებია სახელმწიფო ინტერესების დაკმაყოფილებაზე<sup>94</sup>. ან პირიქით, სახელმწიფოს ფუნქციებმა შეიძლება მოითხოვოს, რომ მისმა კანონმა ასახოს სახელმწიფოსა და მის მოქალაქეებს შორის ურთიერთობების გართულებული დინამიკა. ამ მიდგომით, რომელსაც კორინთული სტრუქტურა მოიცავს, კანონი განიხილება, როგორც მოკლებული რეალურ ნიადაგს, რომელზე დაყრდნობითაც უნდა ჩათვალოს, რომ სახელმწიფოს (ანუ ჩვენს) და უფლების ინდივიდუალურ მფლობელს შორის კონფლიქტები არის არანაკლებ რთული, ვიდრე ჩვენ ვიცით რომ არის. მიუხედავად იმისა, რომ ბევრი რამის თქმა შეიძლება ორივე მიდგომაზე, პროპორციულობის გავრცელება გვიჩვენებს, რომ კონსტიტუციურმა პრაქტიკამ მეორე გზა აირჩია.

რჩება კითხვა, რატომ აღიქმება პროპორციულობა უფრო მორგებულად საჭიროებაზე, გამართლო ინტერპრეტირებადი ძალადობა და სასამართლო იძულება. მე უკვე გამოვთქვი ვარაუდი, რომ პასუხის ნაწილი დაკავშირებულია პატივისცემასთან. რთულ შემთხვევაში, როდესაც ინტერპრეტაციული არჩევანის გაურკვევლობის გამო უფრო ძნელია და უფრო საჭიროა ex ante/ex post განსხვავების შემსუბუქება, პროპორციულობა აძლიერებს სასამართლო რეაგირებას იმით, რომ შესაძლებლობას აძლევს მოსამართლეებს, აჩვენონ „თანაბარი ზრუნვა და პატივისცემა ყველასადმი, ვინც ჩართულია“<sup>95</sup>. როგორც ალექ სტოუნ სვიტიმა და ჯედ მეთიუსმა აღნიშნეს, ეს მეთოდი ნათელს ხდის, რომ „სასამართლოები, a priori, თანაბარი პატივისცემით ექცევიან თითოეული მხარის ინტერესებს“, რაც საშუალებას აძლევს სასამართლოს, „დამაჯერებლად განაცხადოს, რომ იზიარებს წაგებული მხარის გარკვეულ წუხილს შედეგთან დაკავშირებით“<sup>96</sup>.

<sup>92</sup> კრიტიკული დისკუსიისთვის, იხილეთ Lawrence Solum, On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma, 54 U. Chi. L. Rev. 462 (1987). See also Mark Tushnet, Essay on Rights, 62 Texas Law Review 1363 (1984).

<sup>93</sup> იხ. Vicki Jackson, Being Proportional about Proportionality, 21 Constitutional Commentary 803 (2004).

<sup>94</sup> Robert Nozick, Anarchy, State and Utopia 10 (1977).

<sup>95</sup> დევიდ ბიტი, შენიშვნა 1 ზემოთ (სამართლის საბოლოო მიზანი) [David Beatty, (Ultimate Rule of Law)] გვ. 169.

<sup>96</sup> ალექ სტოუნ სვიტი და ჯედ მეთიუსი, „პროპორციულობის დაბალანსება და გლობალური კონსტიტუციონალიზმი“, სვეტი 47 [Alec Stone Sweet and Jud Mathews, Proportionality Balancing and Global Constitutionalism, 47 Colum. Transnat'l L. 72, 88, 89 (2008)]. ავტორები ამ მომავალს ხედავენ როგორც პროპორციულობის სტრატეგიული განზომილების ნაწილს.

ყურადღება, რომელსაც სასამართლო უთმობს საჩივრებს, მისი მნიშვნელოვანი ჩართულობა და პატივი, როგორც ის მათ ეკიდება – ყველაფერი ეს ახდენს საჩივრების ლეგალიზაციას და პროპორციულობას აქცევს ავტორიტეტულ და შესაბამისად რეაგირებად მეთოდად. პროპორციულობის მიზანია, დაადგინოს სასამართლო თვალსაზრისის მიუკერძოებლობა მომჩივანის პოზიციების ობიექტურობისა – რაც ამ კონტექსტში სიძლიერის ტოლფასია – უარყოფის გარეშე. როგორც დევიდ ბეტიმ თქვა, „ვინაიდან მას ძალუძს, ობიექტურად შეაფასოს ადამიანების სუბიექტური პრეფერენციების ინტენსივობა, [პროპორციულობას] მეტი თავისუფლების და თანასწორობის გარანტირება შეუძლია, ვიდრე რომელიმე კონკურენტმა თეორიამ შეძლო ამის უზრუნველყოფა“<sup>97</sup>. როგორც დავინახეთ, პროპორციულობის ანალიზის უკანა ეტაპებისკენ გადატანა ზრდის ფსონებს ისეთი მეთოდის საჭიროების გაძლიერების გზით, რომლებიც შეაძლებინებს მოსამართლეებს, შეაფასონ და საბოლოოდ გადაწყვიტონ, კონფლიქტის რომელი მხარის ინტერესებს მიენიჭოს უპირატესობა. როდესაც საქმე სახელმწიფო ინტერესს ეხება, პროპორციულობა კანონმდებლობას ექცევა იმ მაქსიმალური პატივისცემით, როგორც შესაძლებელია მტკიცებითი სასამართლო განხილვის სისტემაში. მოსამართლეები ერთი ხელის მოსმით არ უარყოფენ საჯარო ინტერესს, როგორც ეს ხალხის არჩეულ წარმომადგენლებს ესმით. ნაცვლად ამისა, ისინი ამ ინტერესს პატივისცემით, ნაბიჯ-ნაბიჯ განიხილავენ გადაწყვეტილების მიღების ეტაპამდე და ამ ეტაპის ჩათვლით. ანალიზის რაც უფრო მეტ ეტაპს გაივლის საჩივარი, მით უფრო მტკიცდება და ძლიერდება მისი ლეგიტიმურობა. ამის მსგავსად, ეს მეთოდი ადასტურებს უფლების მფლობელის ინტერესის მნიშვნელობას იმის უზრუნველყოფით, რომ მხოლოდ მნიშვნელოვანი საჯარო ინტერესი გადაწონის იურიდიული დაცვის იმ მაღალ დონეს, რომელიც ინდივიდის უფლებებს აქვს. რა თქმა უნდა, გადაწყვეტილების მიღებას ვერ გაექცევი. პლურალისტული საზოგადოების წევრებისთვის არაგონივრული იქნებოდა იმის წარმოდგენა, რომ ისინი ისე გაატარებენ ცხოვრებას, რომ საზოგადოების სხვა თავისუფალ და თანასწორ წევრებთან კომპრომისზე წასვლა არ მოუწევთ. როგორც არდენტმა თქვა, ჩვენ მსოფლიო ადამიანებთან გვაქვს საზიარო და არა ერთ ადამიანთან<sup>98</sup>. მაგრამ იძულების ამ აუცილებელი აქტის ფონზე, პროპორციულობა უფრო მეტს აკეთებს ალტერნატიულ მეთოდებთან შედარებით, რომ მოსამართლეები მხარეებს პატივისცემით მოეპყრონ.

ახლა შეგვიძლია ეს სამი კონსტიტუციური სტრუქტურა დავახასიათოთ. დორიული სტრუქტურა ინარჩუნებს ობიექტურობის ბეჭედს იმ სასამართლო თვალსაზრისისთვის, რომელიც მონაწილეთა „სუბიექტური“ პერსპექტივის მიღმაა. იონური სტრუქტურა მთლიანად უარყოფს ობიექტურობის შესაძლებლობას, რომელიც მას ესმის როგორც ისეთი რამ, რაც მოითხოვს „ავტორიტეტულ ბაზას ან საფუძველს ადამიანის არსებული არჩევანის მიღმა“<sup>99</sup>. ამის საპირისპიროდ, კორინთული სტრუქტურა აყალიბებს სასამართლო მოსაზრებას, რომელიც მოიცავს მომჩივანთა პერსპექტივების სიმრავლეს და აღიარებს მათი პრეტენზიების

<sup>97</sup> იხ. დევიდ ბეტი, შენიშვნა 1 ზემოთ (სამართლის საბოლოო მიზანი) [David Beatty, (Ultimate Rule of Law)] გვ. 172.

<sup>98</sup> იხილეთ შენიშვნა ზემოთ.

<sup>99</sup> იხილეთ მართა მინოვი, შენიშვნა 50 ზემოთ (უფლებების ინტერპრეტირება) [Martha Minow, (Interpreting Rights)], გვ. 1877 (კურსივი დამატებულია).

ობიექტურობას გადაწყვეტილების მიღების მომენტამდე და მისი ჩათვლით<sup>100</sup>. ბოლო თავში უფრო დეტალურად არის განხილული, თუ როგორ ხდება მოსამართლის პოზიციური ობიექტურობის არტიკულირება სხვადასხვა კონსტიტუციური მეთოდით.

## 6. თავისუფლება და წარმოსახვა: (კონსტიტუციური) მსჯელობის პრიტიკა

„სხვების მიერ იყო დანახული და გაგონილი, მნიშვნელობას იძენს იმ ფაქტიდან გამომდინარე, რომ ყველა ხედავს და ყველას ესმის სხვადასხვა პოზიციიდან. ეს არის საჯარო ცხოვრების მნიშვნელობა... ჩვეული სამყაროს დასასრული მაშინ დადგება, როდესაც ის მხოლოდ ერთი ასპექტიდან იქნება დანახული და მხოლოდ ერთი პერსპექტივიდან წარმოგვიდგება“.

ჰანა არენდტი, „ადამიანური მდგომარეობა“<sup>101</sup>.

საჯარო ცხოვრება მოქალაქეებისაგან იმ უფსკრულებზე ხიდის გადებას მოითხოვს, რომლებიც მათ ყოფს და მსოფლიოს დანახვას სხვების თვალთახედვიდან. ვინაიდან სხვა ადამიანების თვალსაზრისების ნახვა რეალურად არ შეგვიძლია, ეს აზროვნებაში უნდა გავაკეთოთ. წარმოსახვა გადამწყვეტ როლს თამაშობს. როდესაც ვინმე „ცდილობს, წარმოიდგინოს, რა იქნებოდა სადმე სხვაგან რომ იყოს“, ის „თავისუფლდება საკუთარი კერძო ინტერესებისგან“ და „მისი შეფასება აღარ არის სუბიექტური“<sup>102</sup>. ამრიგად, წარმოსახვის ძალა ჩვენი განმანათლებლობის წინა პირობა ხდება<sup>103</sup>. მსოფლიოს წარმოდგენა სხვა ადამიანების პერსპექტივიდან – ანუ ისეთი ადამიანის წარმოდგენა, როგორც ჩვენ არ გავმხდარვართ – გამოავლენს ადამიანის საკუთარი იდენტობის განზომილებებს, რომლებსაც, სხვა შემთხვევაში, რუტინა და დაუფიქრებლობა დამალავდა. მხოლოდ ისეთი ადამიანი, რომელსაც გავარჯიშებული აქვს წარმოსახვა, „ნახოს“<sup>104</sup> და აღმოაჩინოს სოციალური სივრცის უკიდევანობა, შეიძლება თავისუფალ ადამიანად ჩაითვალოს.

თუმცა სხვა ადამიანების წარმოდგენა ძნელია. ძნელად თუ წარმოვიდგენთ, რას ნიშნავს, იყო ის ადამიანი, ვისაც ვიცნობთ და ვინც გვიყვარს; კიდევ უფრო რთულია წარმოვიდგინო

<sup>100</sup> როგორც ჰანა არენდტი დაწერა ზოგადად სასამართლო გადაწყვეტილებასთან დაკავშირებით, „მიუკერძოებლობა მიიღება სხვების მოსაზრებების მხედველობაში მიღებით. მიუკერძოებლობა არ არის რომელიმე უფრო მაღალი მოსაზრების შედეგი, რომელიც გადაწყვეტდა დავას იმით, რომ შერკინებაზე მაღლა დგას“. ჰანა არენდტი, შენიშვნა 70 ზემოთ (ლექციები კანტის პოლიტიკურ ფილოსოფიაზე) [Hannah Arendt, (Lectures on Kant's Political Philosophy)], გვ. 42

<sup>101</sup> ჰანა არენდტი, „ადამიანური მდგომარეობა“ [Arendt, The Human Condition] (1958), გვ. 57-58.

<sup>102</sup> არენდტი, ლექციები კანტზე, გვ. 105-106.

<sup>103</sup> იხ. პაულო ბაროზო, „სამართალი როგორც მორალური წარმოსახვა: დიდი ალიანსი და სამართლის მომავალი“ [Paulo Barrozo, Law as Moral Imagination: The Great Alliance and the Future of Law] (გამოუქვეყნებელი დისერტაცია, ჰარვარდის უნივერსიტეტი, 2009 (ფაილი ჰარვარდის სამართლის ბიბლიოთეკაში).

<sup>104</sup> არენდტი, ლექციები კანტზე, გვ. 43.

უცხო ადამიანად, პოლიტიკურ ოპონენტად ან სასამართლო დარბაზში მოწინააღმდეგედ ყოფნა. წარმოსახვაზე როგორც პოლიტიკური კეთილშობილების გარანტორზე დაყრდნობა სახიფათო გამბიტი<sup>105</sup>. მაშ, რატომ უნდა იყოს წარმოსახვაზე დაყრდნობა სხვაგვარი კონსტიტუციური მეთოდოლოგიის კონტექსტში?

აქ არ ვუპასუხებ კითხვას რატომ. ჩემი მიზანი მხოლოდ იმ ფორმების შესწავლაა, რომლებიც შეიძლება დაყრდნობამ მიიღოს. ამ მიზნის მისაღწევად, განვიხილავ წარმოსახვის როლს თითოეულ კონსტიტუციურ ორდერში და ვიმსჯელებ, რა ღირებულებას მატებს (თუ საერთოდ მატებს რამე ღირებულებას) კონსტიტუციური მეთოდოლოგიის გაგებას წარმოსახვაზე ფოკუსირება. ვინაიდან კონსტიტუციური მსჯელობა ზოგადად მსჯელობის ქვეტიპია, მე მოვიხილავ კანტისა და არენდტის ნაშრომებს, როგორც სასარგებლო მეგზურებს.

კანტის ტრანსცენდენტული იდეალიზმის მსგავსად, დორიული სტრუქტურა აფართოებს სასამართლოს პერსპექტივას იმით, რომ ახდენს მოსამართლის დისტანცირებას ვითარებაზე დამოკიდებული დეტალებისგან – საკუთარის ჩათვლით – იმ უნივერსალურ პოზიციამდე, საიდანაც დამოუკიდებელი შეფასებაა შესაძლებელი. კანტმა თქვა: „რაც არ უნდა მცირე იყოს ადამიანის ბუნებრივი უნარის დიაპაზონი და ხარისხი, ის მაინც ადამიანის გახსნილ გონებაზე მიუთითებს, თუ ეს ადამიანი დისტანცირებას ახდენს საკუთარი აზროვნების სუბიექტური პირობებისგან, რომლებიც ზღუდავს ბევრი სხვის გონებას და ფიქრობს საკუთარ აზროვნებაზე უნივერსალური პოზიციიდან (რისი გაკეთებაც შესაძლებელია საკუთარი მოსაზრების სხვების თვალთახედვის შეცვლით)“<sup>106</sup>. დორიული სასამართლო თვალთახედვის ობიექტურობა და მიუკერძოებლობა მოსამართლის შესაძლებლობის ფუნქციებია, გაცდეს მომჩივანთა პერსპექტივას. მაგრამ, სანამ გაცდება მათ, მოსამართლემ უნდა წარმოიდგინოს მომჩივანთა პოზიცია – მან უნდა წარმოადგინოს ისინი. რეპრეზენტაცია კონსტიტუციური მსჯელობის არსებითი უნარია: მოსამართლე აკავშირებს „უფსკრულებს, რომლებიც აშორებს მას მხარეებისაგან მათი წარდგენით“<sup>107</sup>.

წარდგენა-წარმოსახვის პროცესი იწერება. ხელნაწერს – კერძოდ, სასამართლო მეთოდს – აკისრია კონტექსტის ელემენტების გაფილტვრის როლი, რომელთა რელევანტურობას კანონი არ ცნობს. დორიული კანონი არ ცნობს კონტექსტის ელემენტთა უმეტესობას. იურიდიული ფორმა აცლის ხალხს დამატებით დეტალებს. როგორც ილენ სკარიმ მოსწრებულად შენიშნა, „კონსტიტუციური სტრატეგიები ემყარება წარმოსახვითი უწონობის სტრატეგიას, რადგან ისინი განსაზღვრავენ უფლებებსა და ძალაუფლებებს, რომლებიც დამოუკიდებელია ნებისმიერი ადამიანის პირადი თვისებებისაგან“<sup>108</sup>.

<sup>105</sup> ილენ სკარი, „სხვა ხალხის წარმოდგენის სირთულე“, მარტა ნუსბაუმის ნაშრომში „ქვეყნის სიყვარულისთვის?“ [Elaine Scarry, The Difficulty of Imagining Other People, in Martha Nussbaum, For Love of Country?] გვ. 98-110 (2002).

<sup>106</sup> კანტი, „მსჯელობის კრიტიკა“ [The Critique of Judgment,], გვ. 153.

<sup>107</sup> სასამართლო მსჯელობაში სხვების წარდგენაზე აქცენტი, დორიული და ნებისმიერი სხვა სტილის საუკეთესო გაგებით, არ გულისხმობს პოლიტიკური წარდგენის ჩანაცვლებას ან დამატებას. ასეთი მიდგომის სამარცხვინო ამბავი მოთხრობილია მარტი კოსკენიემის ნაშრომში „ლეგალური კოსმოპოლიტიზმი: ტომ ფრენკის მესიანური მსოფლიო“ [Martti Koskeniemi, Legal Cosmopolitanism: Tom Franck's Messianic World, 35 New York University Journal of International Law and Politics 471 (2003)].

<sup>108</sup> ილენ სკარი, შენიშვნა 105 ზევით („სხვა ხალხის წარმოდგენის სირთულე“) [Elaine Scarry, The Difficulty of Imagining Other People], გვ. 106 (კურსივი ჩემია).

უნივერსალურ პოზიციასთან მისვლა მოითხოვს კონტექსტის დეტალებისგან დისტანცირებას და „ნებისმიერი სხვა ადამიანის“ ადგილას ფიქრს<sup>109</sup>. სავარაუდოდ, ეს მოვალეობა არ არის მხოლოდ მოსამართლეებისათვის დამახასიათებელი. ვინაიდან რეპრეზენტაცია არ არის ცალმხრივი პროცესი, მხარეებმაც უნდა წარმოიდგინონ თავიანთი თავი მოსამართლეთა ადგილას<sup>110</sup>. მათ უნდა სცადონ წარმოიდგინონ, გადაწყვეტილება, რომელსაც ისინი უნდა დაემორჩილონ, იქნებოდა თუ არა ისეთივე, რომელსაც ისინი მიიღებდნენ, გადაწყვეტილების მიმღების ადგილას რომ ყოფილიყვნენ. მოსამართლეთა პოზიციის წარდგენის ტვირთი მნიშვნელოვანია. ის მხარეებისგან მოითხოვს, გამორიცხონ იმ ინტერესების დაკმაყოფილების საჭიროება, რამაც ისინი პირველ რიგში მოიყვანა სასამართლოში. ეს პოზიცია მომჩივნებს აყენებს უცოდინრობის მდგომარეობაში, როდესაც მათი პოზიციების ცოდნა და თავიანთ სიმართლეში დარწმუნება აღარ აყალიბებს მათ მოსაზრებებს<sup>111</sup>. ეს შემეცნებითი უნარი, გაიაზრო სოციალური როლების ცვალებადობა იმით, რომ ისწავლო საკუთარი სოციალური პოზიციის განმსაზღვრელი პირობებისგან დისტანცირება, დორიული კონსტიტუციური კულტურის განმსაზღვრელი მახასიათებელია. პოლიტიკური კულტურისთვის მნიშვნელოვანი შედეგები მოაქვს, როდესაც მოქალაქეები საკუთარ სოციალურ როლებს აღიქვამენ როგორც ილბლის და, ასევე, სათნოებისა და მანკიერების შედეგს. მხოლოდ წარმოსახვის უუნარობის და არა შესაძლებლობის არარსებობის ბრალია ის, როდესაც ადამიანს არ შეუძლია შეიცნოს, როდესაც მისი ცხოვრება სხვა გზას ირჩევს „ყვითელ ტყეში“<sup>112</sup>.

დორიული სტრუქტურის კრიტიკოსები ეჭვქვეშ აყენებენ ამ სტილის სავალდებულო მოთხოვნას დისტანცირებაზე. ამ თვალსაზრისით, შეუძლებლობას, გასცდე ყველა ფორმირებად კონტექსტს, რომლებიც ადამიანის სამყაროს აღქმას აყალიბებს, მხოლოდ ემატება უნივერსალური პოზიციისაკენ სწრაფვის მსოფლმხედველობა. ასეთი მსოფლმხედველობა კვებას გაუცხოებას პოლიტიკური და სოციალური სამყაროსგან. როგორც წინა თავში ვნახეთ, იონური სტრუქტურა გვთავაზობს სიტუაციურობას როგორც დისტანციურობის ალტერნატივას. მოსამართლეები ეფლობიან მხარეთა პოზიციებში და მათი პერსპექტივებიდან სრულად განიცდიან წინააღმდეგობას. ეს კონსტიტუციური სივრცე ჰიპერ-ფარდობითია: თითოეულის პოზიციიდან პეიზაჟი განსხვავებულად მოჩანს. იონური სტრუქტურა იაზრებს რეაგირებას არა როგორც ვითარების დეტალებისგან განდგომას, არამედ როგორც ემპათიას ამ დეტალებისადმი. მეორე წარმოდგენილია ემპათიურად და ემპათია არის პროცესი, რომლითაც გადაწყვეტილების მიმღები ეფლობა მხარეების პოზიციებში.

<sup>109</sup> იქვე.

<sup>110</sup> ისინი ასე უნდა მოიქცნენ, რადგან ეს არის მათი, როგორც მოქალაქის მოვალეობის შემადგენელი ნაწილი. მოქალაქეთა, როგორც მოვალეობის მფლობელთა იდეის შესახებ, იხილეთ როულზი, „პოლიტიკური ლიბერალიზმი“ [Rawls, Political Liberalism].

<sup>111</sup> იხ. კოსკენიემი, „ერების მსუბუქი ცივილიზატორი“ [Koskeniemmi, The Gentle Civilizer of Nations,], გვ. 501 („ფორმალისში ცდილობს დაარწმუნოს პროტაგონისტები (იურისტები, გადაწყვეტილების მიმღებები), მოახდინონ მომენტალური დისტანცირება თავიანთი პრეფერენციებისგან და შეაბიჯონ სივრცეში, სადაც ეს პრეფერენციები გამართლებული უნდა იქნეს (და არა მიჩნეული თავისთავად არსებულად) იმ სტანდარტებით, რომლებიც დამოუკიდებელია მათი კერძო პოზიციებისა ან ინტერესებისაგან“).

<sup>112</sup> რობერტ ფროსტი, „გზა რომელიც არ ავირჩევია“ ადრეული რჩეული ლექსების კრებულში, 141, (2008) [Robert Frost, The Road Not Taken in Selected Early Poems 141 (Thomas Fasano ed., Coyote Canyon Press)].

ემპათიის კრიტიკის ერთ-ერთი ასპექტი მისთვის დამახასიათებელი არასტაბილურობაა. როდესაც სათანადოდ ხორციელდება, ემპათიისთვის დამახასიათებელია საკუთარ თავსა და სხვებს შორის ზღვარის გაფერმკრთალება<sup>113</sup>. სხვებში ჰუმანურობის აღმოჩენა ქმნის საფრთხეს, რომ გადაილახება ჩვენი თანდაყოლილი განცალკევების ფარგლები. ამიტომ ემპათია შეიძლება განხილული იქნეს როგორც „ასიმილაციური“<sup>114</sup>. მისი ობიექტი ასიმილაციას ახდენს. ადამიანი რომელიც საკუთარ თავს სხვაში კარგავს ვერ იქნება მყარად: ის ყოველთვის მისი ყურადღების ობიექტის ბედის ანაბარადაა დარჩენილი. თუ დორიული მიდგომა მოსამართლეებს ისეთ პოზიციებში აყენებს, რომლებიც ძალიან გაუცხოებული და დაშორებულია, იონური მიდგომა საწინააღმდეგო მიმართულებით იხრება: ეს სასამართლო პოზიცია ემპათიის ცეცხლის ქვეშ დნება, რაც საკმაოდ მკაცრი მიდგომაა ინსტიტუციური როლების ცვალებადობისადმი.

ეს კრიტიკა მხოლოდ ნაწილობრივ არის საფუძვლიანი. საფრთხე იმისა, რომ ემპათიური ადამიანი შეიძლება სრულად ასიმილირდეს თავის ობიექტთან, გადაჭარბებულია<sup>115</sup>. იმავე მიზეზით, რითაც დორიული ტრანსცენდენტულობა ვერ გაანეიტრალებს საკუთარ მაფორმირებელ კონტექსტებს მანამ, სანამ მოსამართლესთან წავა, ასევე სხვა ადამიანის პერსპექტივაში ჩაფლობა არ შლის პიროვნულობის ყველა წინა ნიშანს. თუმცა, მართალია, რომ იონურ ორდერს სინთეზის ფორმულა აკლია, რათა, ასე ვთქვათ, აჩვენოს, როგორ იზრდება და ფართოვდება სასამართლო თვალსაზრისი მისი ემპათიის ობიექტის ერთი ობიექტიდან შემდეგზე გადასვლასთან ერთად. ასეთი ფორმულის გარეშე, მოსამართლე სხვა ადამიანების განწყობებსა და მიკერძოებულობებთან ასიმილირების ან, როგორც კანტმა თქვა, „ჩაკეტვის“<sup>116</sup> აშკარად რეალური რისკის წინაშე დგას. კრიტიკული დისტანციისა და მეთოდის გარეშე, შეიძლება აღმოჩნდეს, რომ მოსამართლემ განწყობების ერთი წყება მეორით შეცვალა<sup>117</sup>.

თუმცა იონურ ემპათიასთან დაკავშირებით, მეორე, უფრო სერიოზული სირთულე არსებობს და ეს ეხება პლურალიზმის ფაქტს. მაშინ როდესაც ეს სტრუქტურა ღია პლურალიზმისადმი, მისთვის დამახასიათებელია მისი სიღრმის არასწორად გათვლა. მისი მეგობრული მიდგომა გამომდინარეობს საექსტო რწმენიდან, რომ ადამიანებს შორის დისტანციები უფრო მოკლეა, ვიდრე ჩანს. რა თქმა უნდა, შესაძლებელია საპირისპიროს დადასტურება, და ის

<sup>113</sup> მაგალითად, იხილეთ ჯუდიტ რესნიკი, [Judith Resnik, On the Bias: Feminist Reconsiderations of the Aspirations for Our Judges, 61 S. Cal. L. Rev. 1877, 1935 (1988)] (როლების შეცვლაზე... უწუწუნის ნაცვლად, ფემინიზმი გვასწავლის, მივესალმოთ ისეთ ცვლილებებს, რომლებიც მოსამართლეებისგან ითხოვენ, სხვებმა განსაჯონ ისინი. ასეთმა მომენტებმა შესაძლოა უკეთ შეაძლებინოს მოსამართლეებს, გახდნენ ემპათიური, მიიღონ სხვების პერსპექტივა, შეაბიჯონ სასამართლო დარბაზის გამოცდილებაში საკუთარი სპეციალური სტატუსით, დაცვის გარეშე. მოსამართლე როგორც მოწმე, შეიძლება გაგებული იქნეს როგორც მყარი იერარქიის მნიშვნელოვანი გამოწვევა, დივერსიული აქტი, რომელიც მისასაღმებელია.)

<sup>114</sup> იხილეთ შენიშენა ზევით.

<sup>115</sup> იხ. რობინ ვესტი, „ანტიემპათიური ცვლილება“ (2011) [Robin West, The Anti-Empathic Turn], ხელმისაწვდომია შემდეგ ვებგვერდზე ([http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1885079](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1885079)). ზოგადად ემპათიაზე იხ. კარსტენ სტუბერი, „ემპათიის ხელახლა აღმოჩენა“ [Karsten Steuber, Rediscovering Empathy] (2006).

<sup>116</sup> კანტი, მსჯელობის კრიტიკა, გვ. 160.

<sup>117</sup> იხილეთ დიში, 162 (მსჯელობს „საკუთარი განწყობებიდან (სხვების) განწყობებზე“ გადასვლის რისკზე). პროპორციულობის ანალიზთან დაკავშირებით შეიძლება ითქვას, ოთხ ცალკეულ საფეხურად დაყოფა აწესებს „გონებრივ გადამოწმებას“, რომელიც გამიზნულია ზუსტად იმ დისტანციის შექმნისთვის, რომელიც აუცილებელია შესაძლო განწყობის იდენტიფიცირებისა და შეწინააღმდეგებისთვის. გონებრივ გადამოწმებაზე მსჯელობისთვის და მსჯელობის ფილოსოფიისთვის იხილეთ Dan H. Kahan, David A. Hoffman & Donald Braman, Whose Eyes Are You Going to Believe? Scott v. Harris and the Perils of Cognitive Illiberalism, 122 HARV. L. REV. 837 (2009).

ზღვარი, რომელიც სიკეთის გონივრულ აღქმას არაგონივრულისგან განაცალკევებს, თავად არის (გონივრული) დავის საგანი. და მიუხედავად იმისა, თუ რა არის სიმართლე, შესაძლოა, მაინც მიზანშეწონილი იყოს სასამართლო მეთოდის არჩევა იმ ვარაუდით, რომ მანძილი პოლიტიკური საზოგადოების წევრებს შორის მნიშვნელოვანია. ისეთი სასამართლო გონების საჭიროება, რომელიც არა მხოლოდ მოგზაურობს, არამედ, ასევე შეუძლია შედეგად მიღებული ინფორმაციის სინთეზირება, უმნიშვნელოვანესია კონსტიტუციური სამართლის ისე გამოყენებისათვის, რომელიც სოციალური ინტერაქციის კოორდინირებას ახდენს. ამ ტიპის სინთეზი მოითხოვს დისტანცირებას მიუკერძოებელ – ანუ ობიექტურ სასამართლო თვალსაზრისამდე.

ნებისმიერი სასამართლო გადაწყვეტილების მსგავსად, კონსტიტუციური გადაწყვეტილებაც მიუკერძოებელი უნდა იყოს. მიუკერძოებლობა ასახავს გადაწყვეტილების მიმღების დისტანცირებას მომჩივანთა ნებისმიერი კერძო ინტერესიდან: მოსამართლემ უნდა ილაპარაკოს მოქალაქეობისა და მისი კანონის პოზიციიდან<sup>118</sup>. კორინთული სტრუქტურა ცდილობს ჩამოაყალიბოს ემპათიური, მაგრამ მიუკერძოებელი სასამართლო თვალსაზრისი სადღაც „შუაში, კოგნიტიური სიმართლის პრეტენზიებსა და უბრალოდ სუბიექტურ პრეფერენციებს შორის“<sup>119</sup>. ჩვენ უკვე ვნახეთ, რატომ და როგორ აკეთებს ის ამას და ვისაუბრეთ მის შეზღუდულ წარმატებაზე.

არენდტის ნაშრომი მსჯელობის კრიტიკაზე კარგად ასახავს კორინთული სტრუქტურის ამოცანას. არენდტმა კარგად შეადგინა ეს ანალიზი, როგორც კანტის პოლიტიკურ ფილოსოფიაზე ლექციების განმარტება. კომენტატორებმა აღნიშნეს, რომ ამ განმარტებებში უფრო მეტი არენდტია, ვიდრე კანტი<sup>120</sup>. და მაინც, იგი გვეუბნება, რომ თავად არენდტი ამას ასე არ ხედავს. მიმაჩნია, რომ ამის მიზეზი არის ის, რომ მან თავისი ინტერპრეტაცია დაინახა როგორც იმ არასტაბილურობის მოგვარების ერთადერთი გზა, რომელიც დამახასიათებელია რეპრეზენტაციის კონცეფციაში და, აქედან გამომდინარე, კანტის ნავარაუდევი ერთადერთი შესაძლო გამოსავალი. როგორც ერთ-ერთი კომენტატორი აცალიბებს ამ პრობლემას, „რეპრეზენტაცია პრინციპულად არის ორიენტირებული დისტანციის შექმნაზე. ის მაშორებს მე აწმყოს მყისიერებისაგან, სადაც არ არის სივრცე გაჩერებისა და ფიქრისთვის. რეპრეზენტაცია შეზღუდული გასვლაა, რაც აწმყოს ნაკლებ აქტუალურს ხდის, ხოლო ნაცნობს უცნობს, მაგრამ ჩემ დისტანცირებას აჩერებს იქ, სადაც ჩემთვის აღარ არის მნიშვნელოვანი, რომ დავინტერესდე, რას გულისხმობს სიტუაცია“<sup>121</sup>. ახლა პრობლემა იგივეა, რომელსაც წავაწყდით დორიულ უნივერსალიზმსა და იონურ პარტიკულარიზმს შორის მსჯელობაში.

<sup>118</sup> სასამართლო გადაწყვეტილებები, როგორც სახელმწიფო ხელისუფლების ყველა აქტი, იძულებითი აქტებია და „ნებისმიერი იძულებითი აქტი ლიბერალურ დემოკრატიაში აღქმული უნდა იქნეს როგორც გონების კოლექტიური მსჯელობა, თუ რას საჭიროებს სამართალი და კარგი პოლიტიკა“. იხილეთ Mattias Kumm, The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review, Law and Ethics of Human Rights vol. 4(2): 141-157 (2010), გვ. 157.

<sup>119</sup> ნედელსკი [Nedelsky] ციტირებული სალიზინთან [Salzyzn, The Role of Agency in Arendt's Theory of Judgment: A Principled Approach to Diversity on the Bench, 3 J. L. & Equal. 165 (2004)] გვ. 174.

<sup>120</sup> ემი სალიზინი [Amy Salzyzn, The Role of Agency in Arendt's Theory of Judgment: A Principled Approach to Diversity on the Bench, 3 J. L. & Equal. 165 (2004)] („მაშინ როდესაც ის ცდილობს, მიითვისოს კანტის თეორიის ბევრი ძირითადი კონცეფცია, იგი უარყოფს მის ტრანსცენდენტულ უნივერსალიზმს და შორდება მის ფორმალიზმს, რათა გადაიტანოს მსჯელობები რეალურ, კონკრეტულ საზოგადოებებში“).

<sup>121</sup> დიშ ჰანა არენდტი და ფილოსოფიის ლიმიტები, გვ. 158 [Disch Hannah Arendt and the Limits of Philosophy].



არენდტის გამოსავალი არის პლურალობის როგორც ალტერნატივის ხაზგასმა. ის იწყებს იმ მიდგომების უარყოფით, რომლებიც იმის მსგავსია, რასაც მე დორიული მიდგომა ვუწოდებ: „მიუკერძოებლობა მოიპოვება სხვების პოზიციების მხედველობაში მიღებით: მიუკერძოებლობა არ არის რაიმე უფრო მაღალი პოზიციის შედეგი, რომელიც გადაჭრის დავას იმით, რომ შერკინებაზე უფრო მაღლა დგას“<sup>122</sup>. ამისვე მსგავსად, რეპრეზენტაციის პროცესი „ბრმად არ იზიარებს იმათ ფაქტობრივ მოსაზრებებს, რომლებიც სადღაც სხვაგან არიან და, შესაბამისად, სამყაროს სხვა პერსპექტივიდან გადმოსცქერნიან: ეს არის... ემპათიის ... საკითხი“<sup>123</sup>. როგორც არენდტის ერთ-ერთმა კომენტატორმა თქვა, ემპათია მოითხოვს, „იყო ან გრძნობდე სხვადასვით, ხოლო რეპრეზენტაციაში – ისეთში, რომელსაც არენდტი გულისხმობდა – მისვლა ჰიპოთეტურად ნიშნავს იფიქრო და იგრძნო ჩემსავით სხვა პოზიციაში“<sup>124</sup>. პოზიცია უფრო აძლევს მოსამართლეს საკმარის დისტანციას წინააღმდეგობიდან, რათა მოიპოვოს ისეთი პერსპექტივა, რაზეც მიუკერძოებლობაა დამოკიდებული, მაგრამ არა ისე, რომ გახდეს მოწვეტილი და გაუცხოებული<sup>125</sup>.

(კორინთული) სასამართლო პოზიციის დადგენილი მიუკერძოებლობა, როგორც არენდტი ზოგადად მსჯელობის პოზიციას აღწერს, შედეგია „კრიტიკული გადაწყვეტილებისა, რომელიც არ არის გამყარებული უფლების აბსტრაქტული სტანდარტის მითითებით, არამედ განსხვავებული საჯარო პოზიციების პლურალობის გააზრებით“<sup>126</sup>. ამ ფარდობით საკონსტიტუციო სივრცეში წინ და უკან მოძრაობა აფართოებს სასამართლო პოზიციას სხვადასხვა პერსპექტივების ინტეგრირების გზით. და სასამართლო პოზიციაში სხვადასხვა პერსპექტივების ეს ინტეგრირება – როგორც კონსტიტუციური ინტერპრეტაციები, რომელთა ობიექტურობა სადავო არ არის – სასამართლო რეაგირების აღქმას აძლიერებს.

კონსტიტუციურ მეთოდოლოგიაში სოციალური პლურალიზმის არსებობა პოზიციების პლურალობის ფორმით პროპორციულობის განმსაზღვრელი ნიშანია. ერთ დონეზე ეს მოვლენა შემასუსტებელია. კანონის მიზანი უთანხმოების მოგვარებაა და არა მისი გამეორება<sup>127</sup>. თუმცა პროპორციულობის წარმატება ასევე აჩვენებს, რომ არ არის აუცილებელი, იურიდიუ-

<sup>122</sup> არენდტი, ლექციები კანტზე, გვ. 42.

<sup>123</sup> არენდტი, ლექციები ინტერპრეტაციული ესეი კანტზე, გვ. 106.

<sup>124</sup> დიში, გვ. 168.

<sup>125</sup> არენდტი, ტოტალიტარობის ბუნებაზე: ესეი გაგებაზე [On the nature of totalitarianism: An Essay in Understanding] (ციტირებულია ლიზა დიშის ნაშრომში „ანა არენდტი და ფილოსოფიის ლიმიტები“ [Lisa Disch, Hannah Arendt and the Limits of Philosophy], გვ. 157) („მხოლოდ წარმოსახვას ძალუძს ის, რასაც ჩვენ „საგნების შესაფერის დისტანციაზე განლაგებას“ ვუწოდებთ და რაც სინამდვილეში ნიშნავს, რომ უნდა ვიყოთ საკმარისად ძლიერები, რათა გავწიოთ ის, რაც ჩვენთან ძალიან ახლოსაა მანამ, სანამ შევძლებთ მათ დანახვას და გაგებას მიკერძოებისა და წინასწარგანწყობის გარეშე. უნდა ვიყოთ საკმარისად ძლიერები, რათა გავდოთ ხიდი უფსკრულებზე მანამ, სანამ შევძლებთ იმათ დანახვას და გაგებას, რომლებიც ძალიან შორს არიან ისე, თითქოს ისინი ჩვენი პირადი საქმეებია. რალაცების შორს გაწევა და სხვებთან უფსკრულებზე ხიდების გადება იმ მუდმივი დიალოგის ნაწილია, რომლისთვისაც უშუალო გამოცდილება ამყარებს მყისიერ და ახლო კონტაქტს, ხოლო ცოდნა აღმართავს ხელოვნურ ბარიერს“).

<sup>126</sup> დიში (162). არენდტი აგრძელებს. როგორც იგი აღწერს: „მე ვყავი ბევრ მოსაზრებას მოცემული საკითხის სხვადასხვა თვალთახედვიდან განხილვის გზით, ჩემს გონებაში იმ თვალსაზრისების წარმოდგენით, რომლებიც არ არის. მე წარმოვადგენ მათ. ... რაც უფრო მეტი ადამიანის მოსაზრება მაქვს წარმოდგენილი გონებაში საკითხზე ფიქრისას, მით უფრო ძლიერდება ჩემი შესაძლებლობა რეპრეზენტაციული მსჯელობისა და ჩემი საბოლოო დასკვნები, ჩემი მოსაზრებები უფრო ქმედუნარიანი ხდება“. არენდტი, ლექციები კანტზე, ინტერპრეტაციული ესეი, გვ. 107.

<sup>127</sup> ჯერემი უოლდრონი, „კანტის ლეგალური პოზიტივიზმი“ [Jeremy Waldron, Kant's Legal Positivism, 1535 Harvard Law Review 1535, 1540], (1996) („კანონი ისეთი უნდა იყოს, რომ მისი შინაარსი და ქმედუნარიანობა განისაზღვროს უფლებებსა და სამართალზე უთანხმოებების რეპროდუცირებით, რისი გადალახვაც კანონის ფუნქციაა“).

ლი დოქტრინა და მეთოდი მრავალი პოზიციის ზეწოლის ქვეშ ჩაინგრეს. სწორედ ამიტომ არ არის სხვა საკითხი, რომელიც მე არ შემიძლია აქ გამოვიკვლიო. თუმცა კვლევის ამ მიმართულების გაყოლა, ანუ იმის გაგება, როგორ და რატომ ხდება, რომ ზოგ იურიდიულ პრაქტიკაში სასამართლო პოზიციამ შეიძლება გააერთიანოს მრავალი პერსპექტივა, შესაძლოა დაგვეხმაროს იმის ახსნაში, თუ რატომ გრძელდება პროპორციულობისადმი წინააღმდეგობა ამერიკის საკონსტიტუციო სამართალში. პასუხში ალბათ იქნება მითითება იმ კონსტიტუციური მეთოდოლოგიის არჩევანის „პატიოსნება-შეშფოთებაზე“, რომელიც ეხმარება იურიდიულ სისტემას, შეასრულოს თავისი სტაბილიზების სოციალური ფუნქცია პოლიტიკური პოლარიზაციის მუდმივი წნეხის ქვეშ<sup>128</sup>.

## დასკვნა

პროპორციულობასა და თავისუფლებას შორის ურთიერთობა რთულია. წინამდებარე ნაშრომში შემოგთავაზებთ, რომ პროპორციულობის მიზიდველობის მთავარი წყარო მისი დაპირებაა, გააძლიეროს სასამართლო რეაგირება. ასევე ისიც ვთქვი, რომ პროპორციულობა სრულად ვერ ასრულებს ამ დაპირებას, რადგან მის სასამართლო ტექნიკას არ შეუძლია, ყოველ შემთხვევაში მისი ამჟამინდელი ფორმებით, სათანადოდ მოახდინოს ფორმის უნივერსალობისა და კონტექსტის კონკრეტულობის ორი საჭიროების სინთეზირება. და მაინც, პროპორციულობის შესწავლა გვთავაზობს იმის მიმოხილვას, თუ სად დგას დღეს კონსტიტუციური პრაქტიკა და თეორია და საით შეიძლება ისინი მომავალში წავიდეს.

მომავალი სავსეა საფრთხეებითა და შესაძლებლობებით. შიდა სტაბილურობისა და თანმიმდევრულობის საჭიროებამ შეიძლება პროპორციულობა ექსპერტიზაზე მეტი დამოკიდებულებისა და იურიდიული მიზნების ასეპტიკური ფორმალიზების მიმართულებით წაიყვანოს. ასეთი განვითარება, რომლის ნიშნებიც უკვე ჩანს თანამედროვე კონსტიტუციურ პრაქტიკაში, ამ მეთოდს მძლავრ იარაღად აქცევს კონსტიტუციური სამართლის „ადმინისტრაციისთვის“<sup>129</sup>, რითიც მოხდება მისი შეუთავსებელი მე-19 საუკუნის საფუძვლების და იურიდიული წარმოსახვის ფართოდ გავრცელებული კოლონიზაციის შეთავსება ორი საუკუნის შემდეგ. ცალკე ნაშრომი დასჭირდება იმაზე მსჯელობას, თუ რატომ უნდა შევეწინააღმდეგოთ ასეთ განვითარებას. ამ ჯერზე საკმარისია ითქვას, რომ, ჩემი აზრით, ეს განვითარება გააღარიბებს კონსტიტუციურ დისკურსს და თანამედროვე დემოკრატიებს და-

<sup>128</sup> ეს არგუმენტი გამოთქმული იქნა ამერიკის მიერ კონსტიტუციის ინტერპრეტაციაში უცხოური კანონის გამოყენების უარყოფის კონტექსტში. იხილეთ ფრენკ მიშელმანი, „პატიოსნება-შეშფოთება?“ [Frank Michelman, Integrity-Anxiety?] მიშელ იგნატიეფის ნაშრომში „ამერიკული განსაკუთრებულობა და ადამიანის უფლებები“ [Michael Ignatieff (ed.), American Exceptionalism and Human Rights] (2005).

<sup>129</sup> ამ არგუმენტისთვის იხილეთ მოშე კოენ-ელია და იდო პორატი [Moshe Cohen-Eliya and Iddo Porat], შენიშვნა 8 ზევით, გვ. 487-490.

ტოვებს მნიშვნელოვანი ფორუმის გარეშე, რომელიც, მიუხედავად ყველა მისი ხარვეზისა და ნაკლოვანებებისა, მაინც აძლევს მოქალაქეებს საშუალებას, დაფიქრდნენ (თუმცა სტილიზებული ფორმით) მათი კოლექტიური თვითმმართველობის ფორმებზე<sup>130</sup>. ამის საპირისპიროდ, ყურადღებას პროპორციონალობისადმი, რომელიც ისეა გაგებული, როგორც ეს ამ ნაშრომშია კონცეპტუალიზებული, შეუძლია მიმართოს კონსტიტუციური აზროვნების მნიშვნელოვანი რესურსები უნივერსალურისა და კონკრეტულის, ფორმისა და კონტექსტის სინთეზირების უფრო პროდუქტიული მიმართულებით – იმ ღრმა ძალების მიმართულებით, რომლებიც აყალიბებს თანამედროვე კონსტიტუციურ დოქტრინასა და თეორიას. ამ პროექტში ფსონები მაღალია, ალბათ ისეთი მაღალი, როგორც თავად კონსტიტუციური დემოკრატიის ბედი მსოფლიოს ბევრ კუთხეში.

---

<sup>130</sup> პოლიტიკის საჯარო სივრცეზე მსჯელობისას არენდტმა დაწერა, რომ „როდესაც ხალხი იკრიბება, სამყარო მათ შორის მაინც ახერხებს ჩადგომას და სწორედ ამ შუა სივრცეში ხდება ყველა ადამიანური საქმის წარმართვა“, ჰანა არენდტის „პოლიტიკის შესავალი“ ნაშრომში „პოლიტიკის დაპირება“ 106 (ჯერომ კონის რედაქციით, 2005) [Hannah Arendt, Introduction into Politics in The Promise of Politics 106 (Jerome Kohn ed., 2005)].

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოსა და თბილისის თავისუფალი  
უნივერსიტეტის სამართლის სკოლის მიერ 2013 წელს ქართულ და ფედარებით  
კონსტიტუციურ სამართალში გამოცხადებული სტუდენტური სტატიების  
კონკურსში გამარჯვებული ნამუშევრები

წარმოდგენილი სამი ნამუშევრის რეცენზენტები:  
დავით ზედელაშვილი და ეკატერინე ლომთათიძე