



კონსტიტუციონალიზმი

მიღწევები და გამოწვევები

კონსტიტუციონალიზმი

მიღწევები და
გამოწვევები



კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტი
Caucasus International University

კონსტიტუციონალიზმი

მიღწევები და გამოწვევები

Constitutionalism Achievements and Challenges

სამეცნიერო რედაქტორები და გამომცემლები:
მინდია უგრეხელიძე და ბეკა ქანთარია

Scientific Editors and Publishers:

Mindia Ugrekhelidze and Beka Kantaria



გამომცემლობა „უნივერსალი“
თბილისი 2019

საერთაშორისო სამეცნიერო კრებული ეძღვნება საქართველოს
დამოუკიდებლობის აღდგენის, ქართული კონსტიტუციონალიზმისა და
პარლამენტარიზმის 100 წლის საიუბილეო თარიღებს.

**The international scientific collection is dedicated to the 100th anniversary of the
restoration of Georgia's independence, Georgian constitutionalism and
parliamentarism.**

კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტი

Caucasus International University

საერთაშორისო სამეცნიერო კრებული:
კონსტიტუციონალიზმი - მიღწევები და
გამონწვევები

International Scientific Collection:
**Constitutionalism - Achievements and
Challenges**

სამეცნიერო რედაქტორები და გამომცემლები:
მინდია უგრეხელიძე და
ბექა ქანთარია

Scientific Editors and Publishers:
**Mindia Ugrehelidze and
Beka Kantaria**

იდეის ავტორი და საორგანიზაციო კოლეგიის
ხელმძღვანელი
ბექა ქანთარია

Author of the concept and Head of
the Organising Board
Beka Kantaria

პროფესორ მინდია უგრეხელიძის შესავალი
სიტყვა ინგლისურ ენაზე თარგმნა
ნანა გოგიაშვილი

Foreword from Professor
Mindia Ugrehelidze
was translated into English by
Nana Gogia

პროფესორების ჰერმან შვარცის, ჯუზეპე დე
ვერგოტინის, მიხეილ შტოლაისისა და დავით
შულცის ინგლისურენოვანი სტატიები თარგმნა:
ნანა გოგიაშვილი

English articles by Professors Herman Schwartz,
Giuseppe De Vergottini,
Michael Stolleis and
David Schultz are translated by:
Nana Gogia

პროფესორების პეტერ ჰებერლეს, იოზეფ
იზენსეს და ქრისტიან შტარკის
გერმანულენოვანი სტატიები თარგმნა:
ნიკოლოზ ჯაში

German articles by Professors Peter Häberle, Josef
Isensee and Christian Starck
are translated by:
Nikoloz Jashi

პროფესორების დიტერ გრიმის, მარტინ
მორლოკის, ოტო დეპენჰეის, უდო დი
ფაბიოს, მიხაელ ბრენერის, ოლივერ ლემბეკეს,
რეგინა ქინერის და დემის მირაჩის
გერმანულენოვანი სტატიები თარგმნა
ნათია დაუთაშვილი

German articles by Professors
Dieter Grimm, Martin Morlok,
Otto Depenheuer, Udo Di Fabio,
Michael Brenner, Oliver W. Lembcke, Regina
Kiener and Demis Mirarchi
are translated by:
Natia Dautashvili

ბენჟამინ კონსტანტის ფრანგულენოვანი
ნაშრომი თარგმნეს:
რუსუდან თურნავამ, ნინო ძველაიამ და
სალომე მიმინოშვილმა

A French work by Benjamin Constant
is translated by:
**Rusudan Turnava, Nino Dzvelaia and Salome
Miminoshvili**

თარგმანების სამეცნიერო რედაქტორი:
მინდია უგრეხელიძე

სარედაქციო კოლეგია:
**მინდია უგრეხელიძე, ნიკოლოზ ჯაში,
ბექა ქანთარია**

ქართული ტექსტის კორექტორები:
ეკა თხილავა და მზია ქარდავა

საორგანიზაციო კოლეგია:
**თამთა წირქვაძე, ანანო წიფნიაძე, მარიამ
გოგავა და დიმიტრი ცანავა**

ყდის დიზაინი:
გვანცა მახათაძე

Scientific Editor of the translated articles:
Mindia Ugrehelidze

Editorial Board:
**Mindia Ugrehelidze, Nikoloz Jashi,
Beka Kantaria**

Proof-readers of the Georgian text:
Eka Tkhilava and Mzia Kardava

Organizing Board:
**Tamta Tsirkvadze, Anano Tsivtsivadze,
Mariam Gogava and Dimitri Tsanova**

Cover design:
Gvantsa Makhatadze

სამეცნიერო სარედაქციო კოლეგია: Scientific Editorial Board:

მინდია უგრეხელიძე
კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის
სამართლის ფაკულტეტის პროფესორი,
ადამიანის უფლებათა ევროპული
სასამართლოს მოსამართლე (1999-2009)

ლადო მაჭარაშვილი
კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის
სამართლის ფაკულტეტის დეკანი,
ასოცირებული პროფესორი

ბექა ქანთარია
კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის
სამართლის ფაკულტეტის
ასოცირებული პროფესორი

ჰერმან შვარცი
ამერიკის უნივერსიტეტის სამართლის კოლეჯის
პროფესორი (აშშ)

დავიდ შულცი
მინესოტას უნივერსიტეტის პროფესორი (აშშ)

მიხაელ ბრენერი
იენის ფრიდრიხ-შილერის უნივერსიტეტის
პროფესორი (გერმანია)

ოლივერ ლემბკე
ერტურტის უნივერსიტეტის პროფესორი

Mindia Ugrehelidze
Professor of Law Faculty of Caucasus International
University, Judge of the European Court of Human
Rights (1999-2009)

Lado Macharashvili
Dean of Law Faculty at Caucasus International
University, Associate Professor

Beka Kantaria
Associate Professor of Law Faculty of Caucasus
International University

Herman Schwartz
Professor at American University,
College of Law (USA)

David Schultz
Professor at the University of Minnesota (USA)

Michael Brenner
Professor of Friedrich-Schiller-University of Jena
(Germany)

Oliver W. Lembecke
Professor at the University of Erfurt (Germany)

აკრძალულია გამოქვეყნებული მასალის გამრავლება ან გავრცელება კომერციული მიზნებისათვის.

Reproduction or distribution of the materials published in this Book for commercial purposes is prohibited.

საერთაშორისო სამეცნიერო კრებული გამოიცა კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის ფინანსური მხარდაჭერით

The International Scientific Collection was published with the financial support of Caucasus International University

მისამართი: 0141, ჩარგლის ქუჩა N 73, თბილისი, საქართველო
ტელეფონი: (+995 32) 2 022115 , (+995 32) 2 611298, (+995 32) 2 945992.

ელ-ფოსტა: ciu@ciu.edu.ge

www.ciu.edu.ge

Address: 73 Chargali Str., 0141, Tbilisi, Georgia

Phone: (+995 32) 2 022115 , (+995 32) 2 611298, (+995 32) 2 945992

email: ciu@ciu.edu.ge

www.ciu.edu.ge



© კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტი, 2019

გამომცემლობა „**უნივერსალი**“, 2019

თბილისი, 0186, ა. ჰოლიბოკისაძის №4, ☎: 5(99) 33 52 02, 5(99) 17 22 30
E-mail: universal505@ymail.com; gamomcemlobauniversali@gmail.com

ISBN 978-9941-26-627-0

ავტორთა შესახებ About the authors

ჰერმან შვარცი

(1931). სამართლის დოქტორი. ამერიკის
უნივერსიტეტის
ვაშინგტონის სამართლის კოლეჯის პროფესორი

პეტერ ჰებერლე

(1934). სამართლის დოქტორი. ბაიროითის
უნივერსიტეტის
საჯარო სამართლის ემერიტუსი პროფესორი

ჯუზეპე დე ვერგოტინი

(1936). სამართლის დოქტორი. ბოლონიის
უნივერსიტეტის
ემერიტუსი პროფესორი

იოზეფ იზენსე

(1937). სამართლის დოქტორი. ბონის ფრიდრიხ
ვილჰელმის
უნივერსიტეტის ემერიტუსი პროფესორი.

ქრისტიან შტარკი

(1937). სამართლის დოქტორი. გიოტინგენის
უნივერსიტეტის
საჯარო სამართლის ემერიტუსი პროფესორი.

დიტერ გრიმი

(1937). სამართლის დოქტორი. ბერლინის
ჰუმბოლტის
უნივერსიტეტის ემერიტუსი პროფესორი.

მიხეილ შტოლაისი

(1941). სამართლის დოქტორი. ფრანკფურტის
იოჰან ვოლფგანგ გოეთეს უნივერსიტეტის საჯარო
სამართლისა და სამართლის ისტორიის ემერიტუსი
პროფესორი

მარტინ მორლოკი

(1949). სამართლის დოქტორი. დიუსელდორფის
ჰაინრიხ ჰაინის უნივერსიტეტის საჯარო სამართლის,
სამართლის თეორიისა და სამართლის
სოციოლოგიის პროფესორი

ოტო დეპენჰეური

(1953). სამართლის დოქტორი. კიოლნის
უნივერსიტეტის სამართლის ფაკულტეტის საჯარო
სამართლის, სახელმწიფოს ზოგადი თეორიისა და
სამართლის ფილოსოფიის პროფესორი

Herman Schwartz

(1931). Doctor of Law.
Professor at American University,
Washington College of Law

Peter Häberle

(1934). Doctor of Law. Emeritus Professor
of Public Law
at the University of Bayreuth

Giuseppe De Vergottini

(1936). Doctor of Law. Emeritus
Professor at
the University of Bologna

Josef Isensee

(1937). Doctor of Law. Emeritus
Professor at the
Friedrich-Wilhelm-University of Bonn

Christian Starck

(1937). Doctor of Law. Emeritus
Professor of Public
Law at the University of Göttingen

Dieter Grimm

(1937). Doctor of Law. Emeritus
Professor of Public
Law at the Humboldt University, Berlin.

Michael Stolleis

(1941). Doctor of Law. Emeritus
Professor of Public Law and
Legal History at the
Johann Wolfgang Goethe University in Frankfurt

Martin Morlok

(1949). Doctor of Law. Professor of Public Law,
Legal Theory and Legal
Sociology at the Heinrich Heine University in
Düsseldorf

Otto Depenheuer

(1953). Doctor of Law. Professor of Constitutional
Law, Public Law and
Philosophy of Law at the Law Faculty of the
University of Cologne

უდო დი ფაბიო

(1954). სამართლის დოქტორი. ბონის უნივერსიტეტის საჯარო სამართლის პროფესორი

Udo Di Fabio

(1954). Doctor of Law. Professor of Public Law at the University of Bonn

დავიდ შულცი

(1958). პოლიტიკის დოქტორი. ჰამლინის უნივერსიტეტის პროფესორი

David Schultz

(1958). Professor of Political Science. Professor at Hamline University

მიხაელ ბრენერი

(1960). სამართლის დოქტორი. იენის ფრიდრიხ შილერის უნივერსიტეტის გერმანული და ევროპული საკონსტიტუციო და ადმინისტრაციული სამართლის პროფესორი

Michael Brenner

(1960). Doctor of Law. Professor of German and European Constitutional and Administrative Law of Friedrich-Schiller-University of Jena

რეგინა კინერი

(1962). სამართლის დოქტორი. ციურიხის უნივერსიტეტის საკონსტიტუციო და ადმინისტრაციული სამართლის პროფესორი

Regina Kiener

(1962). Doctor of Law. Professor of Constitutional and Administrative Law at the University of Zurich

ოლივერ ლემბკე

(1969). პოლიტიკის დოქტორი. ერფურტის უნივერსიტეტის სახელმწიფო მეცნიერების ფაკულტეტის პროფესორი

Oliver W. Lembcke

(1969). Doctor of Political Sciences. Professor of the Faculty of Public Sciences at Erfurt University

დემის მირარჩი

(1993). ციურიხის უნივერსიტეტის დოქტორანტი

Demis Mirarchi

(1993). PhD of the University of Zurich

* * *

მინდია უგრეხელიძე

(1942). კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის სამართლის ფაკულტეტის პროფესორი, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს მოსამართლე (1999-2009)

Mindia Ugrehelidze

(1942). Professor of Law Faculty of Caucasus International University, Judge of the European Court of Human Rights (1999-2009)

გია ხუბუა

(1964). სამართლის დოქტორი. შტაინბაისის უნივერსიტეტის პროფესორი

Gia Khubua

(1964). Doctor of Law. Professor of Steinbei University

გიორგი გოგიაშვილი

(1971). სამართლის დოქტორი. საქართველოს დავით აღმაშენებლის სახელობის უნივერსიტეტის პროფესორი

Giorgi Gogiashvili

(1971). Doctor of Law. Professor of the David Aghmashenebeli University of Georgia

კონსტანტინე კუბლაშვილი

(1973). სამართლის დოქტორი. ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტის საჯარო სამართლის პროფესორი

Konstantine Kublashvili

(1973). Doctor of Law. Professor of Public Law at Ilia State University

ბესიკ ლოლაძე

(1975). სამართლის დოქტორი. საქართველოს
ეროვნული
უნივერსიტეტის პროფესორი

Besik Loladze

(1975). Doctor of Law. Professor of the
National University of Georgia

გია გოგიბერიძე

(1975). სამართლის დოქტორი. თბილისის
სახელმწიფო
უნივერსიტეტის ასისტენტ-პროფესორი

Gia Gogiberidze

(1975). Doctor of Law. Assistant Professor
of Tbilisi State University

ზურაბ ჯიბღაშვილი

(1975). სამართლის დოქტორი. გრიგოლ რობაქიძის
სახელობის უნივერსიტეტის ასოცირებული
პროფესორი

Zurab Jibghashvili

(1975). Doctor of Law. Associate Professor
of Grigol Robakidze University

მარი მარინაშვილი

(1980). სამართლის დოქტორი. საქართველოს
უნივერსიტეტის სამართლის სკოლის
აფილირებული პროფესორი

Mari Marinashvili

(1980). Doctor of Law. Affiliate Professor of the
School of Law at the University of Georgia

თამარ ავალიანი

(1981). სამართლის დოქტორი. კავკასიის
საერთაშორისო უნივერსიტეტის
ასოცირებული პროფესორი

Tamar Avaliani

(1981). Doctor of Law. Associate Professor
of Caucasus International University

ბექა ქანთარია

(1981). სამართლის დოქტორი. კავკასიის
საერთაშორისო
უნივერსიტეტის აფილირებული პროფესორი

Beka Kantaria

(1981). Doctor of Law. Affiliate Professor of
Caucasus International University

დავით წერეთელი

(1982). სამართლის დოქტორი. კავკასიის
უნივერსიტეტის
ასოცირებული პროფესორი

David Tsereteli

(1982). Doctor of Law. Associate Professor of
Caucasus University

ზურაბ მაჭარაძე

(1984). სამართლის დოქტორი. თბილისის
სახელმწიფო უნივერსიტეტის
იურიდიული ფაკულტეტის ასისტენტი

Zurab Macharadze

(1984). Doctor of Law. Assistant at the Faculty
of Law of Tbilisi State University

გიორგი მელიქიძე

(1988). პოლიტიკის დოქტორი. ილიას სახელმწიფო
უნივერსიტეტის პოლიტოლოგიის ინსტიტუტის
ასოცირებული მკვლევარი

Giorgi Melikidze

(1988). Doctor of Political Sciences. Research
Associate of the
Institute of Politology at Ilia State University

შინაარსი

Table of Contents

მინდია უგრეხელიძე. კონსტიტუციონალიზმის ფერადოვანი ხალიჩა	11
Mindia Ugrehelidze. A Colourific Rug of Constitutionalism.....	16
ჰერმან შვარცი. ამერიკის კონსტიტუცია (კრიტიკული ანალიზი).....	19
Herman Schwartz. The American Constitution (A Critical Analysis)	36
პეტერ ჰებერლე. კონსტიტუციონალიზმი როგორც მეცნიერული პროექტი.....	47
Peter Häberle. Konstitutionalismus als Projekt der Wissenschaft	64
ჯუზეპე დე ვერგოტინი. პარტიული სისტემის კრიზისი ევროპის მაგალითზე	74
Giuseppe de Vergottini. The Crisis of the Party System on the Example of Europe	80
იოზეფ იზენზეე. სამართლიანობა - მარადიული იდეა თანამედროვე კონსტიტუციურ სახელმწიფოში	84
Josef Isensee. Gerechtigkeit - zeitlose Idee im Verfassungsstaat der Gegenwart.....	121
ქრისტიან შტარკი. ადამიანის უფლებათა დაცვის საერთაშორისო ხელშეკრულებები და ეროვნული საკონსტიტუციო სამართალი	147
Christian Starck. Internationale Menschenrechtsverträge und nationales Verfassungsrecht.....	163
დიტერ გრიმი. რა არის პოლიტიკური საკონსტიტუციო მართლმსაჯულებაში?	174
Dieter Grimm. Was ist politisch an der Verfassungsgerichtsbarkeit?	189
მიხეილ შტოლაისი. ევროპის შედარებითი კონსტიტუციის ისტორიის ცნებები, მოდელები და ტრადიციები	199
Michael Stolleis. Concepts, Models and Traditions of a Comparative European Constitutional History.....	211
მარტინ მორლოკი. პარტიების ფუნქციები და პარლამენტის მუშაობა	220
Martin Morlok. Die Funktion der Parteien und die Arbeit des Parlaments.....	233
ოტო დეპენჰეიერი. სოლიდარობა და თავისუფლება.....	243
Otto Depenheuer. Solidarität und Freiheit.....	282
უდო დი ფაბიო. დემოკრატიის მდგომარეობის შესახებ - გლობალური ეკონომიკა და პოლიტიკური პარტიკულარობა	309
Udo Di Fabio. Zur Lage der Demokratie - globale Wirtschaft und politische Partikularität.....	319

დავიდ შულცი. დემოკრატია და საკონსტიტუციო სამართალი: მათი კავშირის პოლიტოლოგიური ხედვა.....	326
David Schultz. Democracy and Constitutional Law: A Political Science Perspective on their Connection	348
მისაელ ბრენერი. მმართველობის სისტემა და ძალაუფლებათა გამიჯვნა - გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის საპარლამენტო მმართველობის სისტემა	364
Michael Brenner. Regierungssystem und Machtverteilung - Das parlamentarische Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland.....	378
რეგინა კინერი/დემის მირარხი. საერთო დემოკრატიული მიზნები - საქართველოს 1921 წლის კონსტიტუცია და შვეიცარიის კონფედერაციის 1874 წლის ფედერალური კონსტიტუცია	389
Regina Kiener/Demis Mirarchi. Gemeinsame Demokratische Ziele – Die Verfassung Georgiens von 1921 und die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft von 1874.....	407
ოლივერ ვ. ლემბკე. კონსტიტუციონალიზმი თანამედროვე საზოგადოებებში - პოლიტიკისა და სამართლის ურთიერთობის სურათი.....	420
Oliver W. Lembcke. Konstitutionalismus in modernen Gesellschaften. Eine Skizze über das Verhältnis von Politik und Recht.....	451
გია ხუბუა. სამართალი და რელიგია „პოსტ-სეკულარულ საზოგადოებაში“	475
Gia Khubua. Law and Religion „in the Post-Secular Society“	475
გიორგი გოგიაშვილი. სამოსამართლო კონსტიტუციონალიზმი: დაბალანსება და პროპორციულობის ტესტი	486
Giorgi Gogiasvili. Judicial Constitutionalism: Balancing and Proportionality Test.....	486
კონსტანტინე კუბლაშვილი. კონსტიტუციის ხარვეზები – კონსტიტუციონალიზმის პრობლემები	507
Konstantin Kublashvili. Defects in the Constitution – Problems of Constitutionalism.....	507
ბესიკ ლოლაძე. სასამართლოს შეზღუდვა კონსტიტუციითა და ძირითადი უფლებებით.....	523
Besik Loladze. Limitation of the Court by the Constitution and Fundamental Rights.....	522
გია გოგიბერიძე. პარლამენტარიზმის ქართული ანარეკლები (კონსტიტუციურ-სამართლებრივი ექსკურსი).....	541
Gia Gogiberidze. Georgian Reflections of Parliamentarism (Constitutional-legal tour).....	541

ზურაბ ჯიბლაშვილი. პრეზიდენტის პოსტსოციალისტური ინსტიტუციური მოდელები და მათი განვითარების ძირითადი ტენდენციები	572
Zurab Jibghashvili. Post-Socialist Institutional Models of the President and the Main Directions of its Development	572
მარი მარინაშვილი. ჩვეულება და სასამართლო პრეცედენტი როგორც საქართველოს კონსტიტუციური სამართლის წყარო	600
Mari Marinashvili. Custom and Judicial Precedent as a Source of Constitutional Law of Georgia	600
თამარ ავალიანი. თანაზომიერების პრინციპი - ადამიანის უფლებებით დაცულ სფეროში ჩარევის მართლზომიერების შემოწმების კონსტიტუციური მასშტაბი	622
Tamar Avaliani. The Principle of Proportionality – Constitutional Scope for Verifying the Legitimacy of the Violation of Human Rights.....	622
ბექა ქანთარია. „Pouvoir neutre“ კონსტიტუციონალიზმის დოქტრინაში: საკონსტიტუციო რეალობა თუ ილუზია?	636
Beka Kantaria. „Pouvoir neutre” in the Doctrine of Constitutionalism: Constitutional Reality or Illusion?	636
ბენუამინ კონსტანი. პოლიტიკის პრინციპები. განკუთვნილი ყველა წარმომადგენლობითი მთავრობისთვის და განსაკუთრებით - საფრანგეთის მოქმედი კონსტიტუციისთვის. პარიზი, მაისი, 1815 (თავი II. სამეფო ხელის-უფლების ბუნების შესახებ კონსტიტუციურ მონარქიაში).....	678
Benjamin Constant. Principes de Politique. Applicables a tous les Gouvernemems Representatifs et Particulienement a la Constitution Actuelle de la France. Paris. 1815. (Chapitre II. De la Nature du pouvoir royal dans une monarchie constitutionnelle).....	678
დავით წერეთელი. სასამართლო ხელისუფლების კონსტიტუციური საფუძვლები საქართველოში	689
David Tsereteli. Constitutional Bases of the Judiciary in Georgia.....	689
ზურაბ მაჭარაძე. ორპალატიანი პარლამენტის იდეა საქართველოს კონსტიტუციაში.....	713
Zurab Macharadze. The Idea of a Two-Chamber Parliament in the Constitution of Georgia.....	713
გიორგი მელიქიძე. კონსტიტუციის მნიშვნელობა საქართველოში: 1990-იანი წლების პოლიტიკური ვითარების კონტექსტში	726
Giorgi Melikidze. The Importance of the Constitution in Georgia: In the Context of the Political Situation of the 1990s	726

კონსტიტუციონალიზმის ფერადოვანი ხალიჩა

მინდია უგრეხელიძე

„ ... არ დაგავიწყდეთ, რომ ჩვენ კონსტიტუციას განვმარტავთ“.

Marshal Ch. J., in McCulloch v. Maryland,
17. U.S. (Thead), 315 (1819)

წინამდებარე წიგნის გამოცემა, რომლის იდეა კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის სამართლის ფაკულტეტზე ჩაისახა და განხორციელდა, მრავალმხრივ არის საგულისხმო. თანამედროვე კონტანიმაციის მიხედვით, იგი ერთგვარად გლობალური მოვლენაა, რომელსაც ერთდროულად გლობალური მნიშვნელობაც აქვს და ლოკალურიც. მას გლობალურობის მასშტაბს ანიჭებს პრობლემემატიკისა თუ თემემატიკის მოცულობა და განზომილება, აგრეთვე ავტორთა ფართო შემადგენლობა, რომელთაც გაბედულად შეიძლება ეწოდოს ჩვენი დროის რჩეულ კონსტიტუციონალისტთა თანავარსკვლავედი. რაც შეეხება პროექტის ლოკალურ განზომილებას, იგი უტყუარად ადასტურებს, რომ საქართველოში კონსტიტუციონალიზმისადმი ინტერესი და საკონსტიტუციო სამართლის მიმართულება არა მარტო მზარდია, არამედ აშკარა აღორძინებას განიცდის. როგორც ჩანს, სულ მალე ის გვერდს დაუმშვენებს სამართლის მეცნიერების ისეთ სახელოვან სკოლებს, როგორიცაა ქართული სამართლის ისტორიის (ივანე ჯავახიშვილი), სისხლის სამართლის (თინათინ წერეთელი) და სამოქალაქო სამართლის (სერგი ჯორბენაძე) სკოლები. მინდა ვირწმუნო, რომ წინამდებარე კრებული უტყუარი და მნიშვნელოვანი მაჩვენებელია, რომ სულ მალე გავხდებით კონსტიტუციონალიზმის ქართული დამოუკიდებელი სკოლისა და მისი შემდგომი სწრაფი აღმავლობის მოწმე. დიდად მისასალმებელია, რომ ქართული მეცნიერების ამ მიღწევაში წვლილი აქვთ შეტანილი როგორც ძველი, ისე საშუალო, და რაც მთავარია, სრულიად ახალი თაობის სამართლისმცოდნეებს - როგორც თეორეტიკოსებს, ისე პრაქტიკოსებს; ასევე, როგორც საჯარო, ისე სამოქალაქო სექტორის წარმომადგენლებს.

კონსტიტუციონალიზმისადმი ინტერესი ყოველთვის იყო საქართველოში. მუდამ არსებობდა საამისოდ შინაგანი მოთხოვნილება და რეალური გამოწვევები. მაგრამ ყოველგვარი ძალისხმევა აზრს იყო მოკლებული ყველასთვის ცნობილი ფორსმაჟორული ვითარების გამო. კონსტიტუციონალიზმის თეორიული და პრაქტიკული ასპექტების ენერგიული კვლევა-ძიება, დამუშავება და შესაბამისი საკანონმდებლო მოწესრიგება შესაძლებელი გახდა მხოლოდ საქართველოს სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის აღდგენის შემდეგ. მაღლობა ღმერთს და საქართველოს დამოუკიდებლობისთვის თავმიძღვნილ

რაინდებს, რომ არასდროს მოგვკლებია მათი მადლი, არ მოდუნებულა მათი ფიქრი, გრძნობა და ძალისხმევა საამისოდ. ამ საქმეში ჩვენ ყოველთვის მხარში გვედგნენ უცხოელი იურისტები¹, რომელთაგან ზოგიერთი წინამდებარე კრებულის მონაწილეა (მათ შორისაა, მაგალითად, კონსტიტუციონალიზმის ამერიკელი მეტრი **ჰერმან შვარცი**). საქართველო არასდროს დაივიწყებს მათ ღვანლსა და ამაგს. იმედი ვიქონიოთ, რომ საკუთრივ ეს წიგნიც ბიძგს მისცემს ქართული სამართლებრივი აზროვნებისა და მისი კონსტიტუციისადმი მზარდ ინტერესს, მით უფრო, რომ ამასწინათ ჩვენმა კონსტიტუციამ მნიშვნელოვანი ცვლილებები განიცადა². ეს კი თანამშრომლობის ახალ კერებს წარმოშობს მთელ მსოფლიოში. კეთილი იყოს მათი შემდგომი გაღვივება და მომძლავრება. ახლა კი ორიოდ სიტყვა საკუთრივ კრებულის შინაარსზე.

* * *

მისი სახელწოდება - კონსტიტუციონალიზმი (მიღწევები და გამოწვევები) - საკმაოდ მაქსიმალისტურად უღერს, სინამდვილეში კი ერთობ მინიმალისტურ მიზანს ისახავს: დაითოს ყოველივე, რაც ავტორთა ნააზრევის სახით არის აქ წარმოდგენილი. იგი ვერ იქნება უფრო ამბიციური რამდენიმე მიზეზის გამო. ჯერ ერთი, დღემდე არ არსებობს საკუთრივ კონსტიტუციისა და კონსტიტუციონალიზმის ცნებათა ერთიანი გაგება და გამოყენება. მაგრამ, კიდევაც რომ არსებობდეს, მათი ავკარგიანობის შესაფასებლად საჭირო გახდებოდა საიმედო კრიტერიუმების შემუშავება, რაც აგრეთვე პრობლემატურია. როგორც ჩანს, ჯერ კიდევ, დიდი დროა საჭირო, რათა ჩამოყალიბდეს **ენგიშის** მიერ შემოთავაზებული „ნომოლოგია“, რომელიც, სხვათა შორის გამოიკვლევდა, თუ რა კანონზომიერებას ექვემდებარება ესა თუ ის კონსტიტუციური კულტურა მოცემულ დროსა და სივრცეში; შესაბამისად, როგორია კონსტიტუციონალიზმის მოძრაობისა და ცვალებადობის ვექტორები. არადა, კონსტიტუციონალიზმის ზიგზაგები მართლაც რომ ნაირგვარია. მაგალითად, სრულიად მოულოდნელად შეიძლება მოგვეჩვენოს მოვლენების განვითარება ქართული კონსტიტუციონალიზმის ფარგლებში, თუ არ გავიხსენებთ და გავაცნობიერებთ, რომ საქართველო პირველი სოციალ-დემოკრატიული ქვეყანაა მსოფლიოში, რომელმაც, ჯერ კიდევ, 1921 წელს დასავლური ყაიდის დემოკრატიაზე დაფუძნებული კონსტიტუცია მიიღო; აგრეთვე იმას, რომ ის არც ე.წ. „ძველ დემოკრატებს“ განეკუთვნება, შემდგომ განმტკიცებასა და განვითარებას რომ საჭიროებს და არც „ახალი დემოკრატია“, რომელიც სრულიად ახლის თავიდან ჩამოყალიბებასა და დამკვიდრებას მოითხოვს. აქ გაცილებით რთული ამოცანა აღმოჩნდა გადასაწყვეტი. სახელდობრ აღდგენა

¹ ესენია: ბრიტანელი გარდნერი, ამერიკელები შვარცი, ლესიგი და ჰოლმსი; გერმანელები ბლანკენაგელი და ბაბეკი, იტალიელი ბუკიკო, უნგრელი შაიო, დანიელი ფოიგელი, შვეიცარიელი ტრესელი და მრავალი სხვა.

² დანვრილებით იხ. ირაკლი კობახიძე. კონსტიტუციური სამართალი. პირველი გამოცემა. თბილისი. 2019.

დასავლური ტიპის 1921 წლის კონსტიტუციის პრინციპებისა³, ცხადია - შერჩევით. არადა, ისტორიული პროცესის განუწყვეტელი მდინარებისა და ცვალებადობის გამო, აღდგენა გაცილებით ძნელია, ვიდრე ახლის შექმნა. ამ თვალსაწიერიდან დანახული მოქმედი ქართული კონსტიტუცია შეუძლებელია უფრო სანდო სურათს არ წარმოსახავდეს, ვიდრე ნებისმიერი სხვა, კეთილმოსურნე თუ პირიქით, ჩასაფრებული თვალთ დანახული სინამდვილე.

მიუხედავად აღნიშნული სირთულეებისა, კრებულში დამაჯერებლად არის წარმოდგენილი თანამედროვე კონსტიტუციონალიზმის როგორც მომენტური, ისე მონუმენტური მიღწევები და გამონწვევები. უფრო მეტიც, ეს აქ ისეთი შთაგონებითა და გატაცებით ხორციელდება, რომ უნებურად გეუფლება აზრი: ხომ არ ამკობს და ამშვენებს კონსტიტუციონალისტს რომანტიკოსის თვისება არანაკლებ, ვიდრე რეალისტისა? არცაა გასაკვირი. როგორ შეიძლება სერიოზული კონსტიტუციონალისტი იყო, თუ უკეთეს მომავალზე ოცნებით არ ხარ შეპყრობილი და გამსჭვალული. ამიტომ კრებულში მკითხველი ნააწყდება შემთხვევებს, როდესაც სინამდვილე, თუნდაც უსახური, მხატვრულ სახეებშია გადმოცემული. პროგრესის ნადილი იმდენად დიდია, რომ კონსტიტუციონალიზმზე ზრუნვით გატაცებული, ისეთ რამესაც კი არ იშურებს მეთოდად და საშუალებად, როგორც გახლავთ იუმორი. ეს კიდევ ერთხელ დააფიქრებს მკითხველს, რომ კონსტიტუცია კულტურის პროდუქტაც არის და კულტუროლოგიური კვლევის უაღრესად საინტერესო საგანი (გავისხენოთ **გუსტავ რადბრუხის** სამართლის ფილოსოფია). ამავე მიმართულებით უამრავ ფიქრს აღძრავს წარმოდგენილი ესეების შესრულების სტილური და სტილისტური თავისებურებანი - უაღრესად განსხვავებული ერთმანეთისაგან.

სხვაც ბევრი ითქმის წიგნის შინაარსზე ისეთი, რაც დააინტერესებს უთუოდ მკითხველს. მაგალითად, ზოგან შიგ სკეპსისი და სკეპტიციზმი ჭარბობს, ზოგჯერ - პირიქით; ხან უფრო კრიტიკულია მასალა, ხან კიდევ - შემწყნარებლური. ზოგიერთი ავტორი მუქ ტონებსა და მაღალ ტონალობაში გამოთქვამს აზრს, სხვები კი ამას ახერხებენ უფრო ფრთხილი მანერით - ნახევარტონებსა და ობერტონებში⁴.

³ დაწვრილებით იხ. Mindia Ugrekhelidze. Protection of Human Rights: Legal Traditions and Constitutional Experience of Georgia. European Review of Public Law (Esperia Publications LTD). Vol. 13. N. 1. მისივე: Défense de droits de l'homme – normes europeennes et Constitution de la Republique Georgienne. Protection of Human Rights, The European Perspective Carl Heymanns Verlag KG. köln, Berlin, Bonn, München.

⁴ ამ მხრივ განსაკუთრებით თვალში საცემია განსხვავება კონტინენტური და ბრიტანული სტილის ავტორებში. თუ გარეშე ლიტერატურასაც მოვიხმობთ, ეს კიდევ უფრო თვალსაწირო გახდება. მაგალითად, D. M. Walker. The Oxford Companion to Law. Oxford. 1980. P. 277. S.v. Constitution. Event Albert Alkema. The European Convention as a Constitution and its Court as a Constitution Court. Protecting Human Rights: the European Perspective. Carl Heymanns Verlag KG. p. 41; Karl-Georg-Zierlein. Functions and Task of Constitutional Courts. იქვე. გვ. 1553.

მდიდარია სამართლებრივი კვლევის მეთოდების პალიტრა: მაგალითად, გამოყენებულია ისეთი საშუალებებიც კი, როგორცაა ლიტერატურული პარალელები და პარადიგმები. ეს კი აადვილებს აღქმას და დამაჯერებლობას მათებს კვლევის შედეგებს.

ყოველივე ზემოთ აღნიშნული ნათელყოფს წარმოდგენილი კვლევების დიდ შემეცნებით ღირებულებას, განსაკუთრებით სამართლის მეცნიერების შემსწავლელი ახალგაზრდებისთვის. თუმცა არც მონიჭული მკვლევრებისთვის არის იგი ნაკლებად სასარგებლო. თუნდაც ის რად ღირს, რომ კრებულში უამრავი უახლესი წყაროა გამოყენებული და გაანალიზებული. ბევრი მათგანი ყველასთვის არაა ხელმისაწვდომი. ან კიდევ, არც თუ იშვიათად, მართო სამართლის მეცნიერების კი არა, არამედ პოლიტიკის მეცნიერების ნაკლებად ცნობილ დებულებებსაც შეიძლება ეზიაროს მკითხველი. ასეთი გახლავთ, მაგალითად, გამოთქმა: „პოლიტიკა - სიტუაციური სიბრძნის ხელოვნება“.

ამ გამოცემის წყალობით ბევრ ისეთ სპეციალურ ტერმინსაც შეაჩვევს ყურსა და თვალს მკითხველი, რომელიც ადრე არ გამოიყენებოდა. ასეთია, მაგალითად „ნაწილობრივი კონსტიტუცია“, „კონსტიტუციამდებლობა“ და მრავალი სხვა. დღეს აღარ დავობენ, რომ კონსტიტუციური დემოკრატიის წესით ცხოვრება „მწვავე სოციალურმა საჭიროებამ“ წარმოშვა (Pressing social need). ამიტომ, შემდგომი მისი განვითარების აუცილებლობაც, ყოველ შემთხვევაში საამისო გზების შეუნელებელი ძიება, თანამედროვე კაცობრიობის გარდაუვალი ხვედრია. შესაბამისად, მოსალოდნელია, რომ ახალ-ახალმა გამოწვევებმა იჩინოს თავი. რატომ არ შეიძლება, მაგალითად, ისეთი საკითხიც კი გახდეს სულ მალე აქტუალური, როგორცაა სახელმწიფო მმართველობის გაერთიანოვნულობის, ერთგვარი მონარქიზაციის ტენდენცია მთელ რიგ პოლიტიკურ სისტემებში. და მაშინ მკითხველს ალბათ გაუჭირდება დაეთანხმოს კრებულის ერთ-ერთი ავტორის მტკიცებას: „...ჩვენ შეგვიძლია გარკვევით განვაცხადოთ, რომ ეროვნული კონსტიტუციების ისტორიის ეპოქა დასრულებულია“.

ასეა თუ ისე, მთლიანობაში თანამედროვე კონსტიტუციონალიზმი ნურვის ჰგონია ლამის თაროებზე განლაგებული პრინციპების, ნორმების, ინსტიტუციების, პროცედურებისა და სტანდარტების მწყობრად მოქმედი სისტემა. კონსტიტუციონალიზმი კომპრომისულად კოლექტიური მოძრაობისა და შემოქმედების ისტორიულ პროდუქტს წარმოადგენს. უწინარესად და უპირატესად იგი ჭრელი მოზაიკა უფროა, ფერადოვანი სპარსული ხალიჩა. სწორედ ასეთ სურათს ქმნის კრებულში წარმოდგენილი მდიდარი და მრავალფეროვანი ნააზრევი.

დალოცვილი ყოფილიყოს მისი გზა დაინტერესებული მკითხველის გულამდე.

* * *

დასასრულ, უდავოდ აღნიშვნას იმსახურებს ის ფაქტი, რომ წარმოდგენილი სტატიები საგანგებოდ ამ გამოცემისთვის დაინერა (გარდა ბენუამინ კონსტანტის ნაშრომისა).

გულითადი მადლიერება გვმართებს წიგნის დასაწყისში მოხსენიებული ყველა პირის მიმართ, ვინც, თავიანთი კომპეტენციის ფარგლებში, მოამზადა და მოაწესრიგა დიდძალი მასალა, რათა საბოლოო სახე მისცემოდა გამოცემას. აქ ზედმეტად მიგვაჩნია თითოეული მათგანის განმეორებით დასახელება. თუმცა, ცალკე აღნიშვნის ღირსია საორგანიზაციო კოლეგიის ხელმძღვანლის, ბატონი ბექა ქანთარას გამორჩეული წვლილი, რომელმაც არამარტო დაუღალავად გასწია საავტორო და სარედაქციო საქმიანობა, არამედ უდრტვინველად იკისრა ე.წ. „შავი სამუშაო“ და ფასდაუდებელი ამაგი დასდო ხარისხის ორგანიზაციულ, ტექნიკურ და საერთოდ ყოველგვარ უზრუნველყოფას.

წიგნი ვერ იხილავდა დღის სინათლეს კავკასიის საერთაშორისო უნივერსიტეტის სწორუპოვარი თავკაცის, ბატონი ვახტანგ წიფწივაძის მონყალე და გამგებიანი მხარდაჭერის გარეშე. დიდი მადლობა მას!

A Colourific Rug of Constitutionalism

Mindia Ugrekhelidze

...We must never forget that it is a constitution we are expounding”.

Marshal Ch. J., in *McCulloch v. Maryland*,
17. U.S. (Thead), 315 (1819)

The publication of this book, conceptualised and implemented at the Law Faculty of the Caucasus International University, deserves attention in many aspects. According to the modern contanimation, this is to some extent a glocal phenomenon, which at the same time has both a global and a local significance. The global dimension of the book is determined by the scope and scale of problems or topics, as well as by a wide circle of authors, who may be safely considered the constellation of modern constitutionalists. As for the local dimension of the project, it undoubtedly proves that interest in constitutionalism and the direction of constitutional law in Georgia is not only growing but is also undergoing a visible revival. It seems that soon it will be on a par with such prominent law schools as the History of Georgian Law (**Ivane Javakhishvili**), Criminal Law (**Tinatin Tsereteli**) and Civil Law (**Sergi Jorbenadze**). I believe that this book of collected writings is a genuine and important indicator that we will soon become witnesses to the Independent Georgian School of Constitutionalism and its subsequent rapid growth. It is very pleasant that the Georgian scholars of old and middle generations along with the new generation of lawyers - both theorists and practitioners, as well as the representatives of the public and civil sectors have contributed to this achievement of Georgian science.

Interest in constitutionalism has always been in Georgia. There has always been an inner need for this issue and real challenges. But all efforts were in vain due to well-known force majeure circumstances. Active research, development and proper legislative regulation of the theoretical and practical aspects of constitutionalism became possible only after the restoration of state independence of Georgia. We are grateful to God and the people who have dedicated themselves to the independence of Georgia, for their never-losing grace, and also for their thoughts, feelings and efforts in this direction. In this situation, we were always supported by foreign lawyers¹, some of whom are participants of this collection (including, for example, **Herman Schwartz**, Master of American Constitutionalism). Georgia will never forget their efforts and contributions. Let's hope that this book itself fuels the growing interest in the legal thinking of Georgia and its Constitution, especially after the recent significant changes to our Constitution². This creates new hotspots for cooperation throughout the world and we welcome their further consolidation and strengthening. In the meanwhile, a few words about the content of the collection.

* * *

The title of the collection – Constitutionalism (Achievements and Challenges) - sounds quite maximalistic, but actually has a single minimalist goal: to contain everything that is presented by

¹ These are: British Gardner, Americans Schwartz, Lassig and Holmes; Germans Blankenagel and Babeck, Italian Buquicchio, Hungarians Shayo, Daniel Fogel, Swiss Trechel and many more.

² See Irakli Kobakhidze. Constitutional Law. First edition. Tbilisi. 2019.

the authors. It may not be more ambitious for several reasons. Firstly, there is still no common understanding and application of the concepts of constitution and constitutionalism. However, if they existed, it would be necessary to develop reliable criteria for measuring their strengths and weaknesses, which is also problematic. As it seems the formation of “nomology” proposed by **Engish** will still require a lot of time, which, *inter alia*, would examine the legitimacy of any constitutional culture in a given time and space, and therefore, the vectors of movement and variability of constitutionalism. The zigzags of constitutionalism are really different. For example, the development of events within Georgian constitutionalism may seem rather unexpected if we do not remember and do not realize that Georgia is the first social-democratic country in the world to adopt a constitution based on Western democracy; Moreover, it does not belong to the so-called “old democracies” that need further consolidation and development, nor the “new democracies” that require the creation and establishment of a completely new one. It turned out that a much more complex problem has been arisen here, in particular, the restoration of the principles of the Western-type constitution of 1921³, obviously, selectively. However, due to the continuous development and fluctuation of the historical process, it is much more difficult to restore it than to create a new one. From this point of view, the applicable constitution of Georgia can present a more reliable picture than the reality that friendly or, on the contrary, unfriendly, eyes see.

Despite these difficulties, the collection convincingly presents both the momentous and the monumental achievements and challenges of modern constitutionalism. Moreover, this is done here with such inspiration and passion that we involuntarily have the thought: does the quality of romanticist fit and adorn a constitutionalist not less than the quality of a realist? No wonder, how can you be a serious constitutionalist if you are not obsessed with the dream of a better future? Therefore, readers will encounter cases in the collection where reality, even ineffective, is expressed in artistic forms. The desire for progress is so great that an author who cares about constitutionalism employs even humour as a method and means of expression. This will convince readers that the Constitution is a product of culture and at the same time, a highly interesting topic of cultural research (let’s recall the philosophy of law by **Gustav Radbrück**). To this end, the style and stylistic features of the essays presented hereby evoke many thoughts - very different from each other.

Much more may be said about the content of the book, which is of interest to a reader. For example, scepticism and scepticism prevail, and sometimes *vice versa*; Sometimes the material is more critical, sometimes even more tolerant. Some authors prefer to express their opinions in dark tones and higher tonalities, while others do it more carefully - in semitones and overtones⁴.

A palette of legal research methods is rich through, for example, the use of tools such as literary parallels and paradigms. This facilitates the perception and reliability of the research results.

³ See Mindia Ugrehelidze. Protection of Human Rights: Legal Traditions and Constitutional Experience of Georgia. European Review of Public Law (Esperia Publications LTD). Vol. 13. N. 1. Mindia Ugrehelidze: Défense de droits de l’homme – normes europeennes et Constitution de la Republique Georgienne. Protection of Human Rights, The European Perspective Carl Heymanns Verlag KG. köln, Berlin, Bonn, München.

⁴ In this respect, the difference between the continental and British style authors is particularly striking. This will become even more evident if we apply other literature as well. For example, D. M. Walker. The Oxford Companion to Law. Oxford. 1980. P. 277. S.v. Constitution. Event Albert Alkema. The European Convention as a Constitution and its Court as a Constitution Court. Protecting Human Rights: the European Perspective. Carl Heymanns Verlag KG. p. 41; Karl-Georg-Zierlein. Functions and Task of Constitutional Courts. p. 1553.

All of the above illustrate the great cognitive value of the presented studies, especially for young people studying law. However, these are also useful for experienced researchers. It is even worth noting that many of the latest sources, which are not available to everyone, are used and analyzed in the collection. In addition, a reader can often read expressions from not only legal science, but also from political science, which are less known. For example, the expression like “Politics is the art of situational wisdom“.

Thanks to this publication, Georgian readers adopt many such special terms that have never been used before, e.g. „Partial constitution“, “Constitutsiamdebloba (Constitutional legislation)” and much more. Today, it is no longer claimed that a “Pressing social need” has given rise to life under the conditions of constitutional democracy. Therefore, the need for its further development, at least in the light of the constant search for ways, is an inevitable destiny of modern humanity. Accordingly, new challenges may arise such as, for example, the relevance of the trend towards individual rule, a kind of monarchization of government in a number of political systems, and then a reader may find it difficult to agree with the statement of one of the authors of the collection: “...We definitely can say that the times of national constitutional histories are over”.

In any case, let no one think that modern constitutionalism as a whole is an agreed system of principles, norms, institutions, procedures and standards laying on the shelves. Constitutionalism is a historical product of the compromise of collective movement and creativity. First of all, it is a colorful mosaic, a colorful Persian rug. It is this picture that creates the rich and diverse thought presented in the collection.

Blessed is the path to the hearts of interested readers.

* * *

In conclusion, it is worth noting that the authors wrote articles specifically for this publication (Except of **Benjamin Constant**).

We are grateful to all the persons mentioned at the beginning of the book who, within their competence, have processed and edited extensive material to prepare for final publication. Here we find it unnecessary to once again name each of them. Nevertheless, it is worth noting the outstanding contribution of Mr. **Beka Kantaria**, Head of the Organising Collegium. He has tirelessly led the work of the authors and the Editorial Board, providing invaluable practice and high-quality organizational, technical and, in general, all kinds of support.

And finally, the book would never have been reached its final form without an amicable support of Mr. **Vakhtang Tsivtsivadze**, the righteous leader of the Caucasus International University. Thanks a lot to him!

ამერიკის კონსტიტუცია (კრიტიკული ანალიზი)

ჰერმან შვარცი

თეზისები. I. ზოგადი ინფორმაცია. II. სუვერენიტეტის დაყოფა და უფლებამოსილებათა გამიჯვნა. III. პრეზიდენტობა. IV. საარჩევნო სისტემა. დასკვნა.

თეზისები

თანამედროვე ამერიკის შეერთებულ შტატებში 330 მილიონი ადამიანი ცხოვრობს 230 წლის წინანდელი კონსტიტუციის მიხედვით, რომელიც შემუშავდა მცირე სასოფლო-სამეურნეო ქვეყნისათვის, იქ დაახლოებით 4 000 000 ადამიანი ცხოვრობდა. იგი ძლიერს შეაკონინეს ურთიერთგანსხვავებული 13 ბრიტანული კოლონიის წარმომადგენლებმა, რომელნიც დამოუკიდებლობის მიღწევის შემდეგ ერთიან ერად ჩამოყალიბებისადმი მცირედ ინტერესს ამჟღავნებდნენ. ისინი აცნობიერებდნენ, რომ საჭირო იყო ცენტრალური ხელისუფლება, მაგრამ არ ემხრობოდნენ მის სიძლიერეს. აქედან გამომდინარე, ძირითადი სახელმწიფო უფლებამოსილებანი დაყვეს როგორც ვერტიკალურად ცენტრალურ ხელისუფლებასა და შტატებს შორის, ასევე, ეროვნული ძალაუფლების გამიჯვნით, ჰორიზონტალურად როგორც ერთმანეთს შორის, ასევე აღმასრულებელ შტოსთან მიმართებით, რომლის აღმასრულებელ ორგანოს სახელმწიფო საკანონმდებლო ორგანოების მიერ არჩეული ამომრჩეველთა ჯგუფი ირჩევდა. ორპალატიანი საკანონმდებლო ორგანო შედგებოდა სენატისგან, რომელშიც თითოეულ შტატს ჰყავდა ორი წარმომადგენელი, და ხალხის მიერ არჩეული წარმომადგენლობითი პალატისგან. ასევე იყო სასამართლო, რომლის წევრი მოსამართლეები სამუდამო ვადით ინიშნებოდნენ. ხელისუფლების სამივე შტოს გააჩნდა უფლება, გაეკონტროლებინა დანარჩენი ორი, რაც ხშირად იწვევდა კრიზისულ მდგომარეობას და ართულებდა საკანონმდებლო საქმიანობას, რიგ შემთხვევებში მოსახლეობის ძლიერი მხარდაჭერის მიუხედავად. ამომრჩეველთა კოლეგია და ორი სენატორი თითოეული შტატიდან თავიანთი საქმიანობით ასევე იმკიდნენ ანტიდემოკრატიულ შედეგებს. მიუხედავად იმისა, რომ პრეზიდენტობის გავლენიან ორგანოდ გადაქცევის მოლოდინი არ არსებობდა, აშშ-მ მიაღწია ე. წ. „იმპერიულ პრეზიდენტობას“ თავის საგარეო პოლიტიკაში, ხოლო ქვეყნის შიგნით პრეზიდენტი კანონმდებლობის მთავარი წყარო გახდა. ვინაიდან, კონსტიტუციით საარჩევნო ადმინისტრაცია თითქმის მთლიანად გადაეცემა შტატებს, ამერიკული საარჩევნო სისტემა, როგორც წესი, ექვემდებარება მიკერძოებულ მანიპულირებას ნებისმიერი პარტიის

მხრიდან, რომელიც ხელისუფლების სათავეშია და არჩევნები ხშირად სრულდება შედეგებით, რომელიც ხალხის ნებას არ ასახავს. იმის გამო, რომ კანონმდებლობა საარჩევნო კამპანიის დაფინანსების შესახებ სუსტია, ფული გადაიქცა გადამწყვეტ ფაქტორად არჩევნებზე წარმატების მისაღწევად. ამით მდიდარსა და გავლენიან ადამიანებს საშუალება მიეცათ, თავიდან აეცილებინათ იმ ზომების გატარება, რომელსაც მხარს უჭერდა ამერიკელი ხალხის დიდი უმრავლესობა.

I. ზოგადი ინფორმაცია

ამერიკის შეერთებული შტატები გააერთიანეს ბრიტანეთის ცამეტი კოლონიის წარმომადგენლებმა, რომლებიც თავდაპირველად სხვადასხვა რელიგიური და სხვა სახის ჯგუფებს წარმოადგენდნენ. ისინი ვითარდებოდნენ ერთმანეთისგან დამოუკიდებლად და სრულიად განსხვავებული გზებით, თუმცა პირველად გაერთიანდნენ 1775 წელს დიდი ბრიტანეთის წინააღმდეგ დამოუკიდებლობისთვის ბრძოლაში. მას შემდეგ, რაც საერთო მტერი დაამარცხეს, მათ მცირედი ინტერესიც კი არ გამოუმუშავებიათ ერთიან ერად ჩამოყალიბებისადმი, რადგან ეს შეამცირებდა მათ ინდივიდუალურ სუვერენულ უფლებამოსილებას. თუმცა, ვინაიდან ომიდან გამომდინარე ერთობლივი ქმედებების საჭიროება ცხადი იყო მრავალი პრობლემის მოსაგვარებლად და სხვა შემთხვევებშიც, 1781 წელს, პირველმა კონგრესმა თანხმობა განაცხადა კონფედერაციის შექმნაზე. ეს იყო თავისუფალი კავშირი უმნიშვნელო უფლებამოსილებით.

კონფედერაცია განწირული იყო მარცხისთვის და იგი მხოლოდ ექვსი წელი გაგრძელდა. მან ვერ შეძლო ეფექტურად მართვა, რადგან ის მთლიანად დამოკიდებული იყო იმაზე, რასაც ჯეიმს მედისონმა უწოდა „13 დამოუკიდებელი ორგანოს ერთიანი და პუნქტუალური მორჩილება საერთო ინტერესების მისაღწევად“.¹ შტატებმა უარი განაცხადა ფულის გაღებაზე, რომელიც აუცილებელია ქვეყნის სამართავად და ვალების გადასახდელად, უგულვებელყო სახელშეკრულებო ვალდებულებები, ხშირად ექიმპობოდნენ ერთმანეთს და ადვილად ექცეოდნენ უცხო სახელმწიფოების, განსაკუთრებით მათი ყოფილი მტრის - დიდი ბრიტანეთის გავლენის ქვეშ.

აქედან გამომდინარე, გასაკვირი არ არის, რომ ნაციონალისტებმა - მედისონმა, ჯორჯ ვაშინგტონმა, ალექსანდრ ჰამილტონმა და სხვებმა, გადანწყვიტეს, თავიდან დაეწყოთ ეფექტური ცენტრალური ხელისუფლების შექმნა. 1787 წლის მაისში მათ ცამეტიდან თორმეტი შტატის დელეგატები მიიწვიეს შეხვედრაზე ფილადელფიაში; როდ-აილენდის პატარა შტატმა კი გადანწყვიტა, მონაწილეობა არ მიეღო.

დელეგატების მიერ შექმნილი კონსტიტუციით შეკონწიწებული კავშირის სისუსტე ასახულია პრეამბულის პირველი ხუთი სიტყვის ნაკლებად ცნობილ დეტალში: „ჩვენ, ამერიკის

¹ Jack N. Rakove, *Original Meanings* (New York, 1996), 47-48.

შეერთებული შტატების ხალხი“. ეს სიტყვები პრეტენზიას აცხადებს ერთობაზე, რომელიც მაშინ, ჯერ კიდევ, არ არსებობდა. პრეამბულა, რომელზეც დელეგატები თავდაპირველად შეთანხმდნენ, იკითხებოდა შემდეგნაირად: „ჩვენ, ნიუ ჰემპშირის, მასაჩუსეტის ხალხი...“, რომელშიც ჩამოთვლილი იყო ყრილობის მონაწილე თორმეტივე შტატი. „შემდეგ კონსტიტუციის პროექტი კორექტირებისა და სტილისტური რედაქტირებისათვის გადაეგზავნა კომიტეტს და შესავალი წინადადება გადაკეთდა კანონპროექტის მთავარი ავტორის მიერ, რომელმაც თავდაპირველი სია, თორმეტივე შტატის ჩამონათვალით, შეცვალა ამჟამად პატივსაცემი ფორმულირებით: „ჩვენ, ამერიკის შეერთებული შტატების ხალხი ...“.²

II. სუვერენიტეტის დაყოფა და ძალაუფლებათა გამიჯვნა

ფილადელფიის ყრილობის მონაწილე ჯეიმს მედისონი და მისი მოკავშირეები იმედოვნებდნენ, რომ შექმნიდნენ ძლიერ ცენტრალურ ხელისუფლებას, მაგრამ სწრაფად მიხვდნენ, რომ ეს ფუჭი იმედი იყო. უფრო მეტიც, ნაციონალისტებსაც კი არ სურდათ ძალიან ძლიერი ხელისუფლების შექმნა, რადგან ეშინოდათ, რომ ხალხის თავისუფლებას საფრთხე დაემუქრებოდა. მათ, რა თქმა უნდა, არ სურდათ ძალიან გავლენიანი აღმასრულებელი ხელისუფლების ჩამოყალიბება, რომელიც წარმატებით აღსდგა მეფის წინააღმდეგ. უფრო მეტიც, ომის შემდგომ წლებში მედისონი და ზოგიერთი სხვა დელეგატი უნდობლობითა და შიშით შეჰყურებდნენ შტატის საკანონმდებლო ორგანოს, რადგან მის მიერ მიღებული ზოგიერთი კანონი ძალიან რადიკალურად ეჩვენებოდათ დელეგატებს, რომელთაგან ბევრი, მედისონის მსგავსად, შეძლებულ კლასს მიეკუთვნებოდა.

შედეგად, დამფუძნებელთა მიერ შექმნილი მთავრობის დებულებით მმართველობა გადაეცა შეზღუდული უფლების მქონე ეროვნულ ხელისუფლებას, რომლის უფლებამოსილებები მხოლოდ კონსტიტუციით განსაზღვრულ და პირდაპირ მასზე დაკისრებულ კონკრეტულ საკითხებზე ვრცელდებოდა; ხოლო შტატები პასუხს აგებდნენ ყველა დანარჩენ საკითხზე მათთვის აკრძალული ისეთი საკითხების გარდა, როგორცაა უცხო ქვეყნებთან ხელშეკრულებების დადება.

სამ შტოდ დაიყო ეროვნული ხელისუფლება, რომლებიც ასევე ერთმანეთის ქმედებებს გარკვეულწილად აკონტროლებდნენ. ეს გაკეთდა ეროვნული ხელისუფლების თითოეული შტოსათვის ერთმანეთის გარკვეული ფუნქციების გადაცემის გზით. მაგალითად, კონგრესს გადაეცა „ყველა საკანონმდებლო უფლებამოსილება“,³ მაგრამ პრეზიდენტი იზიარებს საკანონმდებლო ფუნქციას, რომელიც მოიცავს ვეტოს დადების

² Joseph J. Ellis, *American Dialogue* (New York, 2018), 238.

³ Art. I; “All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States...”.

უფლებას კონგრესის მიერ დამტკიცებულ საკანონმდებლო აქტებზე. კონგრესს ამ ვეტოს დაძლევა შეუძლია მხოლოდ საკანონმდებლო პალატის ხმათა უმრავლესობით. პრეზიდენტი დებს ხელშეკრულებებს უცხო ქვეყნებთან, მაგრამ ხელშეკრულებების ძალაში შესვლისთვის საჭიროა სენატის ორი მესამედის თანხმობა. მას შეუძლია, დანიშნოს ფედერალური თანამდებობის პირები თავისი მოვალეობების შესასრულებლად ისევე, როგორც ფედერალური სასამართლოების მოსამართლეები და უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეები, თუმცა მხოლოდ სენატის უმრავლესობის თანხმობით. ფედერალური კანონმდებლობის კონსტიტუციურობაზე საბოლოო სიტყვა ეკუთვნის უმაღლეს სასამართლოს, თუმცა კონგრესს შეუძლია, გააუქმოს სასამართლოს იურისდიქციის უმეტესი ნაწილი.

1787 წლის 17 სექტემბერს, ცხელ ზაფხულში ხანგრძლივი მუშაობის შემდეგ, ყრილობამ მიიღო კონსტიტუცია, რომელიც დღემდე არსებობს თავის ოცდაშვიდ შესწორებასთან ერთად.

1788 წლის 21 ივნისს, მთავარ შტატებში - ვირჯინიასა და ნიუ-იორკში ჩატარებული თითქმის კენჭისყრის ტოლფასი ინტენსიური საერთო-ეროვნული დებატების შემდეგ, კონსტიტუცია საბოლოოდ დაამტკიცა ცხრა შტატმა და იგი ძალაში შევიდა.

მიუხედავად გამოთქმული დასაბუთებისა, კონსტიტუციის მრავალი დებულება შეიძლება აიხსნას მხოლოდ დათმობის აუცილებლობით, რომელიც მიზნად ისახავს წინსვლას. ზოგიერთი დელეგატი, მაგ. ალექსანდრ ჰამილტონი, იბულებული გახდა, მიეღო დებულებები, რომლებსაც მიიჩნევდა არასწორად და ამორალურადაც კი, მაგალითად, როგორცაა სამხრეთ შტატების მიერ მოთხოვნილი მონობის განსაკუთრებული დაცვა. მცირე შტატების დიდი შტატებისგან დაცვის საჭიროებამ წარმოშვა მთელი დოკუმენტის ერთ-ერთი ყველაზე არაეფექტური და ყველაზე არაადემოკრატიული ასპექტი: ორპალატიანი საკანონმდებლო ორგანოს შექმნის გადანყვეტილება წარმომადგენელთა პალატით, რომლის შემადგენლობა განისაზღვრება საყოველთაო კენჭისყრით და სენატი, სადაც თითოეულ შტატს წარმომადგენს ორი სენატორი და ყველა შტატს ყოველთვის გააჩნია ხმების ერთი და იმავე რაოდენობა, მოსახლეობის რაოდენობის მიუხედავად.⁴ თავდაპირველად, სენატორებს ირჩევდნენ სახელმწიფო საკანონმდებლო ორგანოების მეშვეობით, მაგრამ 1913 წელს მიღებულმა მე-16 შესწორებამ დააწესა სენატორთა არჩევა საყოველთაო კენჭისყრის გზით.

მუდმივი სახელმწიფო თანასწორობა სენატში, მოსახლეობის მიუხედავად, რომელსაც დღეს „დიდ კომპრომისს“ უწოდებენ, ბევრმა დამფუძნებელმა კატეგორიულად უარყო, მაგრამ ამის გარეშე კონსტიტუციას, სავარაუდოდ, ვერ მიიღებდნენ. თუმცა, დღემდე

⁴ Article V “No State, without its consent, shall be deprived of its equal suffrage in the Senate.”

გაუგებარია, რის გამო ეშინოდათ პატარა სახელმწიფოებს დიდი სახელმწიფოების, რადგან მაშინაც და მას შემდეგ, პატარა ქვეყნებს უფრო მეტი საერთო ჰქონდათ მეზობელ და სხვა დიდ სახელმწიფოებთან ეკონომიკის, რელიგიის, კულტურისა და ცხოვრების წესის თვალსაზრისით, ვიდრე სხვა პატარა ქვეყნებთან.

მაგალითად, ცოტა ხნის წინ გავრცელდა ინფორმაცია იმის შესახებ, რომ დემოკრატიული შტატები - ნიუ-მექსიკო, ნიუ-იორკი, ილინოისი და ვერმონტი მოუწოდებენ აბორტზე ქალების უფლების დაცვისკენ. ვერმონტი მეორე ყველაზე პატარა შტატია, ნიუ-მექსიკო ბოლოდან მე-15 ადგილზეა, ხოლო სიდიდით ნიუ-იორკი მეოთხე და ილინოისი - მეექვსე შტატებია. ამის საპირისპიროდ, რესპუბლიკელების მიერ კონტროლირებადი შტატები - ტეხასი, ლუიზიანა და ოკლაჰომა, რომელთაც მძლავრი ნავთობისა და გაზის მრეწველობა გააჩნიათ, აბორტის წინააღმდეგ გამოდიან. ტეხასი თავისი სიდიდით მეორე შტატია, რომელშიც ცხოვრობს 28 მილიონი ადამიანი, ხოლო მოსახლეობა ლუიზიანაში მხოლოდ 4.6 მილიონს და ოკლაჰომაში 4 მილიონს შეადგენს.

ორ საუკუნეზე მეტი ხნის მანძილზე, 1787 წლიდან დღემდე ამერიკის შეერთებული შტატები, რომლის საზოგადოება უმეტესწილად სოფლის მეურნეობითა და კომერციითაა დაკავებული, აღმოსავლეთ სანაპიროზე მიმოფანტული დაახლოებით ოთხ მილიონამდე ადამიანისგან შედგებოდა, მათ შორის დაახლოებით 700,000 შავკანიანი მონის ჩათვლით, გადაიქცა მოწინავე სამრეწველო ქვეყნად, დაახლოებით 320 მილიონი მოსახლეობით და ასევე მოიცავს ჩრდილოეთ ამერიკის კონტინენტის უმეტეს ნაწილს. ამ პერიოდში, კონსტიტუციის თავდაპირველი ექვსი ფუნდამენტური დებულება შეიცვალა ან შეივსო მხოლოდ 27 დამატების შეტანით, რომელთაგან ათი დამატება - კანონი უფლებათა შესახებ თავდაპირველი მორიგების ნაწილს შეადგენდა და სწრაფად მიიღეს 1791 წელს. მათგან ორმა ერთმანეთი გააუქმა.⁵ მიუხედავად იმისა, რომ დამფუძნებლები არ აღიარებდნენ კონსტიტუციური პრინციპებისა და დოქტრინების უმრავლესობას, რომელთა მიხედვით დღეს იმართება ამერიკის შეერთებული შტატები, მმართველობის ძირითადი სტრუქტურა, რომელიც შეიქმნა ორი საუკუნის წინ სრულიად განსხვავებული საზოგადოებისათვის, დღემდე მართავს ამერიკელებს, რაც ხშირად ართულებს და ზოგჯერ ვერ ახერხებს გაუმკლავდეს ქვეყანაში მიმდინარე საჭიროებებსა და პრობლემებს.

პრობლემების სადემონსტრაციოდ სასარგებლოა იმის აღწერა, თუ როგორ ხდება კანონის ამოქმედება. საკანონმდებლო ინიციატივის მისაღებად, იგი უნდა შემოიტანოს წარმომადგენლობითი პალატის ან სენატის წევრმა. თავად პრეზიდენტი ვერ შემოიტანს საკანონმდებლო ინიციატივას. ამ პალატის ხმათა უმრავლესობით დამტკიცების შემთხვევაში, იგი შემდეგ გადაეცემა სხვა პალატას, სადაც ხმათა უმრავლესობით კვლავ დამტკიცდება იგივე კანონპროექტი, მათ შორის იმავე ვადის, წერტილ-მძიმის და ა.შ.

⁵ Arts. VIII and XXI (Prohibition on sale of alcoholic beverages)

ჩათვლით. ბევრი კანონპროექტის წარდგენა ხდება, რომელთაგან ზოგი გადის ერთ პალატას, მაგრამ ვერასოდეს აგროვებს ხმათა უმრავლესობას სხვა პალატაში. ეს განსაკუთრებით დამახასიათებელია იმ შემთხვევაში, როდესაც წარმომადგენელთა პალატასა და სენატს აკონტროლებენ სხვადასხვა პარტიები, როგორც ეს დღეს არის. თითოეულ პალატას აქვს თანაბარი უფლებამოსილება მიიღოს ან უარყოს ყველა შემოთავაზებული კანონპროექტი მნიშვნელოვან ან უმნიშვნელო განსხვავებებთან ერთად.

ორპალატიანი საკანონმდებლო ორგანოს მქონე არც ერთ თანამედროვე სახელმწიფოში საკანონმდებლო პალატას, რომელიც არ არის სახალხო არჩეული, როგორც არის ბრიტანეთის ლორდთა პალატა, არ ენიჭება იმდენად დიდი ძალაუფლება მთელ კანონმდებლობაზე, რომელიც გააჩნია ხელისუფლების საყოველთაოდ არჩეულ შტოს. მათ უმრავლესობას, ისევე როგორც გერმანიის ბუნდესტაგს, აქვს უფრო ვიწრო იურისდიქცია ან, როგორც ბრიტანეთის ლორდთა პალატას, გააჩნია ბევრად ნაკლები ძალაუფლება, ვიდრე საყოველთაოდ არჩეულ შტოს.⁶

თავის მხრივ, პრეზიდენტს უფლება აქვს, დაბლოკოს შემოთავაზებული კანონმდებლობა იმ შემთხვევაშიც კი, თუ იგი დამტკიცდა როგორც პალატის, ასევე სენატის უმრავლესობით. თუ პრეზიდენტი ვეტოს დაადებს კანონპროექტს, მისი დაძლევა შესაძლებელია მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ თითოეული პალატის ხმების 2/3 მხარს დაუჭერს ვეტოს გადალახვას. ამერიკის ორად გაყოფილი და ერთმანეთთან მჭიდროდ დაკავშირებული პოლიტიკური სტრუქტურის გათვალისწინებით, ვეტოს დაძლევა იშვიათად ხდება, რადგან სენატორები და პრეზიდენტის პარტიის წარმომადგენლები იშვიათად აძლევენ ხმას პრეზიდენტის გადანწყვეტილების გაუქმებას. ამის შედეგად პრეზიდენტს, რა თქმა უნდა, უზარმაზარი გავლენა აქვს საკანონმდებლო პროცესზე; და ხშირად, ზოგჯერ ვეტოს საფრთხეც კი საკმარისია საკანონმდებლო შედეგზე გავლენის მოსახდენად.

ამდენად, ხშირად ძალზედ რთულია სასიცოცხლოდ აუცილებელი კანონპროექტის მიღება, განსაკუთრებით მაშინ, თუ სამ შტოზე კონტროლი გაყოფილია. XIX-XX-XXI საუკუნეების თითქმის ყველა დიდი საკანონმდებლო მიღწევა შესაძლებელი გახდა მხოლოდ მაშინ, როდესაც კონგრესის ორივე პალატაში პრეზიდენტსა და მის პარტიას დიდი უმრავლესობა ჰყავდათ.

⁶ Fact Sheet: Political System of Germany, Research Office, Legislative Council Secretariat (Feb. 18, 2015), <https://www.legco.gov.hk/research-publications/english/1415fsc05-political-system-of-germany-20150218-e.pdf>; Guidance, Legislative Process: taking a Bill through Parliament, Cabinet Office (Feb. 20, 2013), <https://www.gov.uk/guidance/legislative-process-taking-a-bill-through-parliament>. საფრანგეთში ორივე პალატამ უნდა მიიღოს იდენტური კანონმდებლობა, მაგრამ მოუგვარებელი დავისას ეროვნული ასამბლეა უპირატესი უფლებით სარგებლობს.

ღრმა პოლარიზაციის პირობებში, რომელსაც დღეს ამერიკა განიცდის, კიდევ უფრო გაჭირდა გარემოსდაცვითი, ინფრასტრუქტურის, ჯანდაცვისა და სხვა სასიცოცხლო მნიშვნელობის კანონპროექტების მიღება. მაგალითად, 2009 წლის იანვრის დასაწყისში, როდესაც ერი ყველაზე მძიმე ეკონომიკურ კრიზისს განიცდიდა დიდი დეპრესიის შემდეგ და პრეზიდენტ ბარაკ ობამას ინაუგურაციამდე, სენატის უმცირესობის ლიდერმა რესპუბლიკელმა მიჩ მაკკონელმა განაცხადა, რომ მისი პარტია შეეცდება შეაჩეროს ახალი პრეზიდენტის მიერ შემოთავაზებული ყველა „არსებითი“ კანონი. შედეგად, პრეზიდენტ ობამას უფლებამოსილების უკანასკნელი ექვსი წლის განმავლობაში, მას შემდეგ, რაც მან დაკარგა კონგრესმენტა დიდი უმრავლესობა 2008 წელს დემოკრატების გამარჯვებით, მცირე რაოდენობის მნიშვნელოვანი კანონპროექტები დამტკიცდა.

როგორც განაცხადა ისტორიკოსმა არტურ მ. შლეზინგერმა-უმცროსმა, რამდენიმე წლის წინ ამერიკულ სისტემაში „ხელისუფლების სამ ნაწილად დაყოფას“ ახასიათებს მიდრეკილება ინერციისა და ჩიხური მდგომარეობისაკენ.⁷ სხვები კიდევ უფრო შორს წავიდნენ. 2010 წლის არჩევნებამდე ხუთი დღით ადრე, „ვაშინგტონ პოსტის“ მიმომხილველი იტყობინებოდა, რომ „მთელი პოლიტიკური სპექტრის მასშტაბით გავრცელებულია იმგვარი აზრი, რომ ვაშინგტონი გატყდა და არ ექვემდებარება აღდგენას“.⁸ 10 წლის საზოგადოებრივი აზრის კვლევამ აჩვენა, რომ ეს შეგრძნება არ შეცვლილა.

ამერიკის კონსტიტუციით მოქმედი თანასწორობა თითოეული შტატიდან ორი სენატორის წარდგენის თაობაზე არადემოკრატიული და არაეფექტურია. დემოკრატიის ყველაზე ფუნდამენტური პრინციპი ისაა, რომ თითოეული მოქალაქის ხმა უნდა იყოს თანაბარი მნიშვნელობითა და გავლენით ერთმანეთთან მიმართებით. თუმცა, ჩვენს სისტემაში ვაიომინგის სენატორს, რომელიც 600 000-ზე მეტ ადამიანს წარმოადგენს, იმდენივე ძალაუფლება გააჩნია კანონმდებლობის დასამტკიცებლად, რამდენიც კალიფორნიელ სენატორს, რომელიც 40,000,000 ამომრჩეველს წარმოადგენს. საერთო მოსახლეობა ყველაზე მცირე მოსახლეობის 20-მდე შტატში უფრო ნაკლებია, ვიდრე კალიფორნიის 40-მილიონიანი მოსახლეობა, მაგრამ საერთო ჯამში, ამ შტატებს 100-დან 40 სენატორი ჰყავთ. თეორიულად, ყველაზე პატარა 26 შტატის სენატორთაგან შემდგარ ბლოკს, რომელიც ამერიკის მოსახლეობის 20%-ზე ნაკლებს წარმოადგენს, შეუძლია სენატორების მიერ დანარჩენი 80%-ის მხარდაჭერილი კანონპროექტის დამტკიცების დაბლოკვა, მიუხედავად იმისა, რომ სახალხოდ არჩეულმა პალატამ, შესაძლოა, კანონპროექტი დიდი უმრავლესობით დაამტკიცა. რამდენადაც ზომა იშვიათად განსაზღვრავს ინტერესს, არის რამდენიმე შემთხვევა, როდესაც ყველაზე პატარა 26 შტატი ხმას აძლევს ბლოკის სახით, მაგრამ 15 ან უფრო მცირე შტატები ხშირად ერთიანდებიან სხვასთან და ბლოკავენ

⁷ Arthur M. Schlesinger, Jr. *The Imperial Presidency* (New York 1973)

⁸ Dan Balz, *Washington Post*, Oct. 28, 2010.

ქვეყნის დიდი უმრავლესობით მხარდაჭერილ ქმედებებს; ამის მაგალითია იარაღის უსაფრთხოების წესები.

კიდევ ერთი ანტიდემოკრატიული ფაქტორი, რომელიც გავლენას ახდენს კონგრესის ფუნქციონირებაზე ისაა, რომ სენატის მოქმედი წესებით დაშვებულია შემოთავაზებულ კანონმდებლობაზე შეუზღუდავი დებატები, თუ 60 სენატორი ხმას არ მისცემს მის შეწყვეტაზე; 1917 წლამდე დებატების დასრულების არანაირი მექანიზმი არ არსებობდა, თუკი რამდენიმე სენატორი უარს იტყოდა მის შეწყვეტაზე. კანონპროექტის განხილვის გაჭიანურების შესაძლებლობა, რომელსაც ეწოდებოდა ობსტრუქცია, იყო მთავარი იარაღი, რომელსაც ერთი მუჭა სამხრეთელი სენატორები 120 წელზე მეტი ხნის მანძილზე იყენებდნენ მონობისა და რასობრივი დისკრიმინაციის აღმოსაფხვრელად მიმართული ზომების დასაბლოკად, მაშინაც კი, როდესაც სენატის, პალატისა და მოსახლეობის უმრავლესობა მხარს უჭერდა ასეთ კანონმდებლობას. ეს იარაღი დღესაც ხელმისაწვდომია, თუმცა, ძირითადად გამოიყენება სხვა მიზნებისთვის.

თითოეული შტატიდან ორი სენატორის წარდგენის წესი ასევე ამახინჯებს საპრეზიდენტო არჩევნების შედეგებს. ამერიკელები პირდაპირ არ ირჩევენ პრეზიდენტს. ამის ნაცვლად, ისინი ირჩევენ ე.წ. „ამრჩევებს“ მთელი ქვეყნის მასშტაბით. თითოეულ შტატს საარჩევნო კოლეგიაში ჰყავს იმდენივე წარმომადგენელი, რამდენიც კონგრესში. პრეზიდენტი ხდება ის კანდიდატი, რომელიც ამრჩევთა ხმების უმრავლესობას დააგროვებს, საყოველთაო არჩევნების შედეგის მიუხედავად. ეს საშუალებას აძლევს მცირე შტატებს, არაპროპორციული სარგებლობა მიიღონ. იმ შემთხვევაში, როდესაც შტატები არათანაბარი მოსახლეობით სარგებლობენ საარჩევნო ხმების თანაბარი რაოდენობით საყოველთაო არჩევნებით მიღებულ წილზე დამატებით, მცირე მოსახლეობის მქონე შტატები სარგებლობენ მათემატიკური უპირატესობით. მაგალითად, 2003 წელს ვაიომინგში არჩევნებში მონაწილეობა მიიღო მხოლოდ 167,081 ადამიანი, ხოლო კალიფორნიაში ეს რიცხვი 645,172 ადამიანს მოიცავდა. ამგვარად, ვაიომინგის ამრჩევმა 2004 წლის საპრეზიდენტო არჩევნებში ოთხჯერ მეტი ზემოქმედება გამოავლინა, ვიდრე კალიფორნიამ.⁹

რობერტ დალი, ამერიკის წამყვანი მკვლევარი, რომელიც სწავლობს დემოკრატიას, ასკვნის, რომ პრეზიდენტის არჩევის ეს მეთოდი შექმნა „თავგზააბნეული და დაბნეული ადამიანების ჯგუფმა, რომელმაც საბოლოოდ მიიღო გადაწყვეტილება უფრო იმედგაცრუების, ვიდრე ნდობის საფუძველზე“.¹⁰

⁹ George C. Edwards Why the Electoral College is Bad for America (New Haven 2004), 38,39.

¹⁰ Robert Dahl, How Democratic is the Constitution (New Haven 2001), 66.

ქვემოთ მოყვანილი ცხრილის მიხედვით,¹¹ 1877 წლიდან სახალხო არჩევნებით გამარჯვებულმა ხუთჯერ დაკარგა პრეზიდენტობა, ორჯერ - 2000 წლიდან, რომლის მიზეზია საარჩევნო კოლეგიის მიკერძოებულობა ნაკლებად დასახლებულ შტატებთან მიმართებაში. ნაწილობრივ ეს იმიტომ ხდება, რომ დემოკრატი ამრჩევები უმეტესწილად დიდ ქალაქებში ცხოვრობენ და სწორედ დემოკრატებმა წააგეს ხუთივე შემთხვევაში.¹²

ცხრილი 2.2 საარჩევნო კოლეგიის მიერ სახალხო არჩევნების გზით გამარჯვებულთა შეცვლა					
წელი	კანდიდატი	სახალხო არჩევნები		არჩევთა ხმები	
		№	%	№	%
18761	ტილდენი (დ)	4,287,670	50.9	184	50
	ჰეისი (რ)	4,035,924	47.9	185	50
ტილდენმა სახალხო არჩევნები მოიგო 251,746 ხმით. ჰეისმა გაიმარჯვა ამრჩევის 1 ხმით.					
1888	კლივლენდი (დ)	5,540,365	48.6	168	42
	ჰარისონი (რ)	5,445,269	47.8	233	58
კლივლენდმა სახალხო არჩევნები მოიგო 95,096 ხმით. ჰარისონმა გაიმარჯვა ამრჩევის 65 ხმით.					
1960	ნიქსონი (რ)	34,108,157	49.3	219	41
	კენედი (დ)	34,049,976	49.2	303	59
ნიქსონმა სახალხო არჩევნები მოიგო 48,181 ხმით. კენედმა გაიმარჯვა ამრჩევის 84 ხმით.					
2000	გორი (დ)	50,996,062	48.3	271	50
	ბუში (რ)	50,456,169	47.8	266	49
გორმა სახალხო არჩევნები მოიგო 539,893 ხმით. ბუშმა გაიმარჯვა ამრჩევის 5 ხმით.					

2016 წელს სენატორმა ჰილარი რ. კლინტონმა პრეზიდენტ ღონაღდ ჯ. ტრამპს დაახლოებით სამი მილიონი ხმით მოუგო, მაგრამ წაავო 227-304 ხმით ამრჩევთა კოლეგიაში.

დღეს ჩვენ ძალიან მიკერძოებული პარტიები გვყავს, დამფუძნებელთა იმედის საწინააღმდეგოდ და როდესაც ხელისუფლება დაყოფილია, მაშინაც კი, თუ თვით ოპოზიციური პარტია აკონტროლებს ყველა ან მხოლოდ ერთ პალატას, ჩიხში შესვლის ალბათობა მნიშვნელოვნად იზრდება.

¹¹ Edwards supra at 45.

¹² თუმცა, 1876 წლის არჩევნები, ზოგადად, მიიჩნევა როგორც ჩრდილოეთ და სამხრეთ პოლიტიკოსებს შორის პოლიტიკური გარიგების შედეგად.

III. პრეზიდენტობა

დამფუძნებლებს სჯეროდათ, რომ მათ მიერ შედგენილი კონსტიტუცია შექმნიდა სუსტ პრეზიდენტსა და აგრესიულ კანონმდებელს. ჩვენი ისტორიის გარკვეულ პერიოდებში მათ ეს წარმატებით მოახერხეს. თუმცა, საერთო ჯამში, ისტორიამ ყველაფერი თავდაღმა დააყენა, რადგან შეერთებული შტატები მცირე სასოფლო-სამეურნეო ქვეყნიდან, რომელიც ცდილობდა თავი დაეღწია „პრობლემური მოკავშირეებისგან“, გადაიქცა ზესახელმწიფოდ, რომელიც „გახლართულია“ საერთაშორისო ურთიერთობებში. ასევე, დამფუძნებელთა მოლოდინის საწინააღმდეგოდ, ქვეყნის შიგნით გაბატონდა ეროვნული მთავრობა. „კანონების კეთილსინდისიერად შესრულებაზე ზრუნვის მიზნით“¹³ ამჟამად პრეზიდენტის დაქვემდებარებაშია ფართო ადმინისტრაციული აპარატი, რომელიც მილიონობით ადამიანს მოიცავს.

თვით ჯორჯ ვაშინგტონსაც, ყველაზე სანდო საზოგადო მოღვაწეს ამერიკაში, რომელიც პირველი მოქმედი პრეზიდენტი იყო, კონსტიტუციით რეალურად ეკისრებოდა ძალიან მცირე კონკრეტული უფლებამოსილებანი. The Federalist Papers-ში ალექსანდრ ჰამილტონმა დიდი მონდომებით აღწერა, რომ პრეზიდენტს არ გააჩნია ბრიტანეთის მეფესავით ფართო ძალაუფლება, როგორც არის დამოუკიდებლად საგარეო პოლიტიკის გატარება და თვით ამერიკელი გუბერნატორის უფლებებიც კი არ გააჩნია. მიუხედავად იმისა, რომ პრეზიდენტი ინიშნებოდა შეიარაღებული ძალების მთავარსარდლად, ეს მიზნად ისახავდა მისთვის მხოლოდ „პირველი გენერლის ან აღმირალის“ უფლებამოსილებების მინიჭებას.¹⁴ ომის გამოცხადებაზე უფლებამოსილება მხოლოდ კონგრესს გადაეცა ისევე, როგორც არმიის, საზღვაო ფლოტისა და სახელმწიფო პოლიციის მობილიზებისა და რეგულირების უფლებამოსილებები. მიუხედავად იმისა, რომ პრეზიდენტობა მართლაც ჩაფიქრებული იყო, როგორც „ენერგიული“ საქმიანობა,¹⁵ როგორც ჰამილტონმა აღნიშნა, ეს ეხებოდა მხოლოდ პრეზიდენტისთვის მინიჭებული უფლებამოსილებების ენერგიულ ადმინისტრირებას და არა მათ გაფართოებას; მასში აშკარად არ იგულისხმებოდა თითქმის შეუზღუდავი უფლებამოსილებები, რომელზეც პრეტენზიას აცხადებდნენ ბოლოდროინდელი პრეზიდენტები როგორც მშვიდობის, ასევე ომის დროს.

მიუხედავად ამისა, პრეზიდენტებმა თავიანთი თავი იმდენად გავლენიან ფიგურად აქციეს ქვეყანაში, რომელზეც ვერც ერთი დამფუძნებელი ვერ იოცნებებდა, თუმცა კი შიშობდა. თვით სუსტ პრეზიდენტებსაც შეუძლიათ ბევრ რამეს მიაღწიონ როგორც შიდა, ასევე საგარეო პოლიტიკაში.

¹³ Art. II, §3, ¶3.

¹⁴ The Federalist 69 (Jacob E. Cooke ed. Middletown, 1961), p. 465.

¹⁵ The Federalist 70, p. 471

მაგალითად, თითქმის ყველა კანონმდებლობის წყარო კონგრესი უნდა ყოფილიყო და ეს ასე გრძელდებოდა XX საუკუნემდე, თუმცა დღეს ასე არ არის. XX საუკუნის დასაწყისიდან პრეზიდენტების მიერ ინიცირებულ იქნა ყველაზე მნიშვნელოვანი კანონი და დღეს საკანონმდებლო დღის წესრიგს ადგენს პრეზიდენტი.

ქვეყნის შიგნით პრეზიდენტი განაგებს უზარმაზარ ადმინისტრაციულ ბიუროკრატიულ აპარატს, რომელიც შედგება მილიონობით ადამიანისგან. ისინი გავლენას ახდენენ ამერიკული ცხოვრების ყველა ასპექტზე. თითქმის ყველა ამ სააგენტოს აქვს ძალიან ფართო მანდატი და მათ ხელმძღვანელობენ პრეზიდენტის მიერ დანიშნული ადამიანები მისი პოლიტიკის გასატარებლად. ამდენად, იმ შემთხვევაშიც კი, თუ კონგრესის ორივე პალატა კონტროლდება ოპოზიციის მიერ, ამ უწყებებს შეუძლიათ, ეფექტურად განახორციელონ თავიანთი პოლიტიკა კანონმდებლობის გარეშე. მაგალითად, პრეზიდენტ დონალდ ტრამპის მიერ გარემოს დაცვის სააგენტოში დანიშნულმა თანამდებობის პირებმა წარმატებით გააუქმეს პრეზიდენტ ობამასა და ზოგიერთი მისი წინამორბედის მიერ მიღებული გარემოსდაცვითი პოლიტიკის უმეტესი ნაწილი.

პრეზიდენტებმა ასევე ბევრჯერ გამოიყენეს პირადი მექანიზმები გადაწყვეტილებების მისაღებად, როგორცაა აღმასრულებელი ბრძანებები, საპრეზიდენტო მემორანდუმები, აღმასრულებელი შეთანხმებები, პროკლამაციები და ადმინისტრაციული ღირებულებები, რომლებსაც აქვთ კანონის ძალა.

თუ საქმე ეხება საგარეო პოლიტიკასა და ეროვნულ უსაფრთხოებას, მაშინ პრეზიდენტის უფლებამოსილება თითქმის მონარქიულია, რაც ზემოთ ხსენებული ჰამილტონის არგუმენტების დაცინვაა. მხოლოდ კონგრესს შეუძლია „ომის გამოცხადება“, თუმცა ბოლოს კონგრესმა ომი გამოაცხადა მასზე თავდასხმის გარეშე (როგორც 1941 წელს) 1917 წელს. მას შემდეგ და განსაკუთრებით მეორე მსოფლიო ომის დასრულებიდან შეერთებული შტატები ჩართული იყო მრავალრიცხოვან შეიარაღებულ კონფლიქტში, რომელშიც ათობით ათასი ამერიკელი დაიღუპა და ათასობით ადამიანი დაიჭრა ომის გამოცხადების გარეშე. მიუხედავად იმისა, რომ ზოგიერთი კონფლიქტი, მაგალითად, ერაყსა და ავღანეთში, კონგრესის მიერ იყო ნებადართული, ამგვარი ჩარევის უმეტესობა სანქცირებული არ იყო. პრეზიდენტები აშშ-ს შეიარაღებულ კონფლიქტში იმდენად ხშირად რთავდნენ კონგრესის დამტკიცების გარეშე, რომ ახლა ხშირად საუბრობენ „იმპერიული პრეზიდენტობის“ შესახებ. კონგრესი ხანდახან ცდილობდა, შეეზღუდა საპრეზიდენტო ძალაუფლება, მაგრამ ეს მცდელობები, როგორც წესი, წარუმატებელი იყო. სინამდვილეში, კონგრესს ბევრი ვერაფერი შეუძლია პრეზიდენტის საგარეო პოლიტიკის უფლებამოსილების შესაზღუდად, რადგან მხოლოდ პრეზიდენტს აქვს უზარმაზარ ინფორმაციასა და რჩევებზე ხელმისაწვდომობა ისევე, როგორც სწრაფად და ფარულად მოქმედების შესაძლებლობა, რასაც კონგრესი მოკლებულია. ამიტომ, როდესაც იწყება ტყვიების ზუზუნი, კონგრესი უძლურია.

ამ მოვლენების შედეგი ისაა, რომ დღეს ჩვენ დამფუძნებელთა დროიდან მოყოლებული უფრო ვინრო, მაგრამ მაინც მწვავე დილემის წინაშე ვდგავართ: როგორ შეიძლება ამერიკელებს ჰყავდეთ იმდენად ძლიერი პრეზიდენტი, რომელიც გააკეთებს რაც საჭიროა, მაგრამ არა იმდენად ძლიერი, რომ საფრთხე შეუქმნას ხალხის თავისუფლებას?

დამფუძნებელთა გადანწყვეტილებით, შეკავებისა და განონასწორების სისტემას უნდა ემოქმედა, როგორც ზემოთ აღწერილია, მაგრამ მათ არ გაუთვალისწინებიათ პარტიების გაჩენა, რომელთაც შეეძლოთ ძალაუფლების გამიჯვნის მოსალოდნელი ეფექტის გაუქმება, თუ პრეზიდენტი და ორივე პალატა ერთსა და იმავე პალატას ეკუთვნის, როგორც ეს იყო პრეზიდენტ დონალდ ტრამპის პირველი ვადის დროს.

პრეზიდენტის ძალაუფლების შეკავების ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი ღონისძიება ფულს მოიცავს. თუ პრეზიდენტის პოლიტიკა მოითხოვს სახელმწიფო სახსრების ხარჯვას, კონსტიტუცია კონგრესსა და მხოლოდ „კონგრესს“ ანიჭებს „საფულის ძალაუფლებას“, რათა დახარჯოს „საერთო კეთილდღეობისთვის“,¹⁶ მათ შორის ხაზინის ფულადი სახსრების განკარგვაზე განსაკუთრებული უფლების ჩათვლით.¹⁷ ორივე მხარე ძალიან სერიოზულად უდგება ამ უფლებამოსილების ექსკლუზიურობას და ამან გამოიწვია ხელისუფლების ორ შტოს შორის არსებული დავა.

პრეზიდენტი ტრამპი თავისი საპრეზიდენტო კამპანიის დროს თავს ესხმოდა არალეგალურ ემიგრანტებს ცენტრალური ამერიკის ქვეყნებიდან, სადაც ძალადობა ბატონობს. მან უკანონო იმიგრაციას უწოდა „ეროვნული კრიზისი“, რომელიც მოიცავს ეროვნულ უსაფრთხოებას, ნარკოტიკების კონტრაბანდასა და ძალადობრივ დანაშაულს. კამპანიის ქვაკუთხედი იყო დაპირება, რომ მექსიკასთან ააშენებდა ბეტონის კედელს, სიგრძით 2000 მილი, სამხრეთ საზღვრის გაყოლებაზე, იმის გარანტიით, რომ ამ მშენებლობის ხარჯებს მექსიკა დაფარავდა.

გასაკვირი არ არის, რომ მექსიკამ კედლის მშენებლობის ხარჯების გადახდაზე უარი განაცხადა. უფრო მეტიც, პრეზიდენტის აქტიურ მხარდამჭერთა უმრავლესობის გარდა, ბევრი არ არის დარწმუნებული, რომ კედელი აუცილებელია ან სასარგებლოა ემიგრანტების, ნარკოტრაფიკის ან სხვა ბოროტების გავრცელების შესაჩერებლად. ამიტომ კონგრესი თანმიმდევრულად უარს ამბობდა ათობით მილიარდი დოლარის გამოყოფაზე, რაც ღირს ასეთი კედლის მშენებლობა იმ შემთხვევაშიც კი, როდესაც ორივე პალატას პრეზიდენტის პარტია აკონტროლებდა. სწორედ მაშინ, როდესაც

¹⁶ Arts. I, §8, ¶1

¹⁷ Art. I, §9, ¶7

დემოკრატებმა წარმომადგენელთა პალატაში მოიპოვეს გადამწყვეტი უმრავლესობა 2018 წლის ნოემბერში, პრეზიდენტმა დაკარგა შანსი, მიეღო ფული კონგრესისგან.

პრეზიდენტ ტრამპის პირველი ნაბიჯი იყო კონგრესზე ბენოლა, რაც გამოიხატა მის მიერ 2018 წლის შობის წინ უმეტესი სამთავრობო უწყებების დახურვაში, რომელმაც მილიონობით ამერიკელს - 800,000 სამთავრობო მუშაკს, მათი ოჯახის წევრებსა და სხვა ადამიანებს პრობლემები შეუქმნა. მას შემდეგ, რაც ეს ტაქტიკა ჩაიშალა და მთავრობამ განაახლა მუშაობა 2019 წლის 25 იანვარს, პრეზიდენტმა განაცხადა, რომ საზღვარზე კრიზისია და მან გამოსცა ოფიციალური განცხადება საზღვარზე საგანგებო მდგომარეობის გამოცხადების შესახებ. პრეზიდენტის მტკიცებით, ამის საფუძველზე იგი შეძლებდა კონგრესის მიერ სხვა სამხედრო მშენებლობისთვის გამოყოფილი ფულის გამოყენებას ამ კედლის ასაშენებლად.

ბევრი თანამედროვე კონსტიტუციისგან განსხვავებით, ამერიკული კონსტიტუცია არ ითვალისწინებს საგანგებო სიტუაციებს. თუმცა, კონგრესს ხშირად მიუღია საკანონმდებლო აქტები კონკრეტული საგანგებო სიტუაციების დროს, როგორცაა 2001 წლის 11 სექტემბრის თავდასხმა ან სტიქიური უბედურების მსგავსი ქარიშხალი ან 1976 წლის საკანონმდებლო აქტი, რომელიც თავდაპირველად მიზნად ისახავდა პრეზიდენტის უფლებამოსილების შეზღუდვას, მაგრამ სინამდვილეში საგანგებო უფლებამოსილების განხორციელების ნებას რთავდა, თუ მიუთითებდა იმ კონკრეტულ კანონებს, რომლებსაც ის დაეყრდნობოდა.

ტრამპის პრეზიდენტობის დროს კონგრესს არ მიუღია კანონი, რომელიც პრეზიდენტ ტრამპს კედლის ასაშენებლად ფულის განკარგვის ნებას დართავდა, მაშინაც კი, როდესაც მისი პარტია კონგრესის ორივე პალატას აკონტროლებდა. საკუთარი პარტიის წევრებმაც კი შეშფოთება გამოხატეს პრეზიდენტის გეგმაზე, კონგრესის მიერ სხვა სამხედრო მიზნებისთვის გამოყოფილი სახსრები მიემართათ კედლის მშენებლობაზე. წარმომადგენელთა პალატამ მიიღო ერთობლივი დადგენილება, რომელშიც მხარი არ დაუჭირა პრეზიდენტის განცხადებას, რაც ასევე დაადასტურა სენატის უმრავლესობამ მიუხედავად იმისა, რომ სენატს პრეზიდენტის პარტია აკონტროლებდა. ვინაიდან პრეზიდენტი ამ დადგენილებას ვეტოს დაადებს, მას პრაქტიკული ეფექტი არ ექნება.

პრეზიდენტის განცხადებამ გამოიწვია საკონსტიტუციო კონფლიქტი, რაც გამოიხატა იმაში, რომ პრეზიდენტი დაუპირისპირდა კონგრესს და სასამართლო იძულებული გახდა, თვით მოეგვარებინა ეს საკითხი. პრეზიდენტის განცხადება სასამართლოში უკვე გაასაჩივრა თექვსმეტმა შტატმა, საზღვრის გასწვრივ მიწის მფლობელმა ბევრმა მესაკუთრემ და სხვებმა, ვინც ზარალდებოდა ასეთი კედლისგან. მიუხედავად იმისა, რომ მსგავსი საქმეები თითქმის ყოველთვის უმაღლეს სასამართლომდე აღწევს, ამ უკანასკნელმა უკიდურესად გამწვავებულ პოლიტიკურ დაპირისპირებაში მონაწილეობის მიღებაზე შესაძლებელია

უარი თქვას. ასეთ შედეგს ვარაუდობს ბევრი დამკვირვებელი, თანაც იმის გათვალისწინებით, რომ სასამართლომ შესაძლოა მოიძიოს და შეათვასოს პრეზიდენტის გადაწყვეტილება, რომ საზღვართან მართლაც არის კრიზისი - ეს არის საკითხი, რომლის თაობაზე გადაწყვეტილების მისაღებად ამერიკელი მოსამართლეები თავს კომპეტენტურად არ მიიჩნევენ. ამ შემთხვევაში, საკითხს საბოლოოდ გადაწყვეტს 2020 წლის საპრეზიდენტო არჩევნებში გამარჯვებული.

IV. საარჩევნო სისტემა

ცხადია, რომ თავისუფალი, სამართლიანი და სანდო არჩევნები შესაძლებელია მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ სისტემის ყველა ასპექტზე პასუხისმგებელია არაპოლიტიკური ორგანო. ამ ორგანოს ქმედებები უნდა იყოს გამჭვირვალე, მიუკერძოებელი და დამოუკიდებელი. უპირველეს ყოვლისა, იგი უნდა იყოს თავისუფალი ნებისმიერი პოლიტიკურად მოტივირებული განზრახვის ან მანიპულირებისგან.

ამდენად, უკმაყოფილებას იწვევს ის ფაქტი, რომ კენჭისყრის დებულებები, რომელიც უნდა ყოფილიყო კონსტიტუციის ყველაზე დემოკრატიული თვისება, აღმოჩნდა ამერიკული დემოკრატიისთვის ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი საფრთხე.

ამერიკული კონსტიტუცია, შესწორებების მიუხედავად, არსად აკონკრეტებს ხმის მიცემის უფლებას ყველა თანამედროვე დემოკრატიული კონსტიტუციისგან განსხვავებით. ფედერალური არჩევნების მარეგულირებელი ძირითადი კონსტიტუციური დებულებებია 1-ლი მუხლის მე-2 ნაწილი, რომლის თანახმადაც, ფედერალურ არჩევნებში მონაწილე ამომრჩეველს უნდა ჰქონდეს ისეთივე კვალიფიკაცია, როგორც აქვს შტატის არჩევნებში მონაწილე ამომრჩეველს და 1-ლი მუხლის მე-4 ნაწილი, რომელიც სახელმწიფო საკანონმდებლო ორგანოებს ფედერალური არჩევნების რეგულირებისა და ადმინისტრირების უფლებამოსილებას ანიჭებს, თუმცა ექვემდებარება კონგრესის ზედამხედველობას. იმის გამო, რომ არჩევნების რეგულაციისა და ადმინისტრაციის გზით შეიძლება განისაზღვროს, ვინ გაიმარჯვებს და ვინ დამარცხდება, მე-4 ნაწილის გარდაუვალი შედეგი ის არის, რომ რაც უნდა გაკეთდეს ობიექტური და არამიკერძოებული ადმინისტრატორების მიერ, აუცილებლად დამახინჯდება მიკერძოებული პოლიტიკოსების მიერ.

შესაძლოა, 1787 წელს მე-2 ნაწილთან დაკავშირებით არჩევანი არ არსებობდა. შტატებს შეიძლება არ სურდათ, რომ ცენტრალური მთავრობა დამოკიდებული ყოფილიყო ერთიან ამომრჩევლებზე, რომლებიც განსხვავდებიან შტატის არჩევნებში მონაწილე ამომრჩევლებისგან, რადგან ცენტრალური ხელისუფლების მიერ კონტროლირებად საკითხებში ფედერალურმა ამომრჩეველმა შესაძლოა ისეთი პოლიტიკა გაატაროს, რომელიც უარყოფით გავლენას მოახდენს შტატებზე. მაგრამ ეს უსამართლობაა ამერიკელი მოქალაქის მიმართ, რომელიც ცხოვრობს ქვეყანაში, რომელიც არ აძლევს

მას საკუთარ შტატში არჩევნებში კენჭისყრის უფლებას, ასევე უზღუდავს მონაწილეობის შესაძლებლობას, თუნდაც წარმომადგენლის არჩევნისას, ეროვნული პოლიტიკის შემუშავების პროცესში, რომელიც პირდაპირ გავლენას ახდენს მის ცხოვრებაზე მაშინ, როდესაც ამერიკულ მოქალაქეს, რომელიც ცხოვრობს შტატში და ადგილობრივ არჩევნებში მონაწილეობის უფლებით სარგებლობს, შეუძლია მონაწილეობა მიიღოს ეროვნულ არჩევნებშიც. ისინი ორივენი ამერიკელები არიან, ცხოვრობენ ერთი და იმავე ეროვნული კანონმდებლობის მიხედვით, მაგრამ ერთს შეუძლია მონაწილეობა მიიღოს ამ კანონის დახვეწაში, ხოლო მეორეს არ შეუძლია.

მე-4 ნაწილი შეიძლება დროებით საჭირო იყო, რადგან არ არსებობდა ფედერალური ადმინისტრაციული აპარატი პირველი რამდენიმე ფედერალური არჩევნებისათვის, ხოლო მისი შექმნა რამდენიმე წელიწადს მოითხოვდა. სამწუხაროდ, როგორც კი სახელმწიფო ადმინისტრაცია ამუშავდა და პარტიები გაჩნდა, პოლიტიკურად შეუძლებელი გახდა სისტემის შეცვლა, რადგანაც არც ერთი კანონმდებელი არ მიიღებდა ცვლილებას, თუ ეს საფრთხეს შეუქმნიდა მის პოლიტიკურ ძალაუფლებას შტატის თუ ფედერალურ დონეზე.

ხმა შედარებით ცოტა ხალხმა მისცა ქვეყნის არსებობის პირველ წლებში, რადგან ქონებრივი და საგადასახადო კვალიფიკაციები ფართოდ იყო გავრცელებული. 1840 წლისთვის თეთრკანიანი მამაკაცის საარჩევნო უფლებამ (მაშინ არჩევნებზე მხოლოდ თეთრკანიანი იყო დაშვებული) შეადგინა 80% და მეტი. ამავდროულად, ქვეყანაში ეკონომიკური და სხვა სახის სოციალური უთანხმოება გაიზარდა და როგორც ერთი ისტორიკოსი აღწერს, „უსამართლო გადანაწილება საარჩევნო უფლების შემზღუდვის სახით“ გაძლიერდა.

დღეს მსგავსი და მრავალი სხვა სახის დამახინჯებანი საყოველთაოდ გავრცელებულია. მიუხედავად იმისა, რომ ორივე პარტია ცდილობს საარჩევნო ოლქების დახვეწას საკუთარი ინტერესების სასარგებლოდ, უკანასკნელ ათწლეულში რესპუბლიკურმა პარტიამ დემოკრატებთან შედარებით ბევრად უფრო მეტად მოახერხა სახელმწიფო მმართველობის ორგანოების კონტროლი და შესაბამისად, უფრო ეფექტური იყო საარჩევნო კანონის თავის სასარგებლოდ ამოქმედებაში. რესპუბლიკური პარტია წარმოდგენილი იყო მფლობელთა კლასებით მეცხრამეტე საუკუნის ბოლოდან, ხოლო პარტიამ ეს კონტროლი გამოიყენა არჩევნების ადმინისტრირებისთვის და მიიღო ისეთი კანონები, რომელთაც კიდევ უფრო გაართულეს მუშა ხალხის, ღარიბი ფენის, ეროვნული უმცირესობებისა და ახალგაზრდების მონაწილეობა არჩევნებში. მაგალითად, მიუხედავად იმისა, რომ ბევრ ქვეყანაში არჩევნებში მონაწილეობის მისაღებად ადამიანებს არეგისტრირებენ დაბადების ადგილას ან სხვაგვარად ამარტივებენ რეგისტრაციას, ამერიკის შეერთებულ შტატებში რეგისტრირების ტვირთი გადადის ინდივიდუალურ მოქალაქეებზე, როდესაც მათ უსრულდებათ 18 წელი და რესპუბლიკელთა მიერ

კონტროლირებად ბევრ შტატში ეს ძალიან რთული პროცესია. ბოლო დროს ჩატარებულმა ერთ-ერთმა სამთავრობო კვლევამ აჩვენა, რომ ხმის უფლების მქონე ამერიკელ ამომრჩეველთა 25%-ზე მეტი რეგისტრირებული არ არის.¹⁸ ასევე, უკანასკნელი 20 წლის განმავლობაში რესპუბლიკელთა მიერ კონტროლირებად ბევრ შტატში ითხოვენ მცირე რაოდენობის სამთავრობო უწყებების მიერ გაცემულ პირადობის მონმობებს. დაბალი შემოსავლის მქონე ამერიკელებისათვის ამ ბარათების მიღება ხშირად ძალიან ძნელი და ძვირია.

კიდევ ერთი ფაქტორი, რომელიც ბევრ ამერიკელს უძნელებს ხმის მიცემას, არის ის, რომ შეერთებულ შტატებში არჩევნები თითქმის ყოველთვის ტარდება სამშაბათს და ეროვნულ დღესასწაულად არ ითვლება. დასაქმებულთა უმრავლესობა ვერ ახერხებს სამსახურიდან გათავისუფლებას და არც დამსაქმებლებს ევალებათ მათთვის დროის გამოყოფა ამ მიზნით.

მსგავსი და ბევრი სხვა საშუალებით ამომრჩეველთა შეკავების ტაქტიკის გამო,¹⁹ ასევე იმ გამონწვევებისა და გაურკვევლობის აღრევის გამო, რომელიც ამ ტაქტიკამ წარმოშვა, შეერთებულ შტატებში არჩევნების დონე გაცილებით დაბალია, ვიდრე სხვა ქვეყნებში. როგორც წესი, ამერიკელთა მხოლოდ 60% იღებს მონაწილეობას თვით საპრეზიდენტო არჩევნებშიც კი, რაც გაცილებით დაბალია, ვიდრე კანადაში, მექსიკასა და ევროპის უმეტეს ქვეყანაში. არასაპრეზიდენტო არჩევნებში მხოლოდ მცირე რაოდენობის ამერიკელები მიდიან არჩევნებზე.

ამომრჩეველთა კვალიფიკაციის შემთხვევის მსგავსად, არ არსებობს საფუძვლიანი მიზეზი, რის გამოც ამომრჩეველი ფედერალურ არჩევნებში უფრო ადვილად მიიღებს მონაწილეობას ერთ შტატში, ვიდრე მეორეში. ხმის მიცემა უნდა დარეგულირდეს და ადმინისტრირდეს ერთგვაროვნად, ფედერალური კანონმდებლობის შესაბამისად და ფედერალური თანამდებობის პირთა მიერ.

გარკვეული თვალსაზრისით, ხმის მიცემისას უთანასწორობა აღმოიფხვრა. რაც მთავარია, კონსტიტუციაში ოთხჯერ შევიდა ცვლილება იმისათვის, რომ „შეერთებულ შტატებში მცხოვრები მოქალაქეების უფლება არ უნდა იქნეს ხელყოფილი ან ჩამორთმეული შეერთებული შტატების ან რომელიმე შტატის მიერ რასის, ფერის, ანუ მონობის წინა სტატუსის გამო²⁰; სქესის გამო;²¹ არჩევნებისათვის დანესებული ან სხვა სახის გადასახადის

¹⁸ Rakove supra at p. 243.

¹⁹ ამომრჩეველთა შეკავების ტაქტიკის უახლესი მოკლე მიმოხილვა მოცემულია ამერიკის შეერთებული შტატების სამოქალაქო უფლებების შესახებ კომისიის ანგარიშში, ამერიკის შეერთებული შტატების უმცირესობათა საარჩევნო უფლებების ხელმისაწვდომობის შეფასება - 2018 წლის დასკვნა.

²⁰ Amendment XV

²¹ Amendment XIX

გადაუხდელობის გამო;²² ან ასაკის გამო.²³ ფედერალური კანონი ხმის მიცემის უფლებათა შესახებ მიღებულ იქნა 1965 წელს რასობრივი და ეთნიკური უმცირესობების დაცვის მიზნით, მაგრამ მისი ყველაზე ეფექტური დებულებები გააუქმა უმაღლესმა სასამართლომ 2013 წელს.²⁴ პრაქტიკულად, თითქმის ყველა სხვა შემთხვევაში, ხმის მიცემის შესაძლებლობა კვლავ დამოკიდებულია იმაზე, თუ პიროვნება სად ცხოვრობს და როგორი შემოსავალი აქვს.

დასკვნა

ინტენსიური პოლიტიკური პოლარიზაციისა და მიკერძოებულობის მიუხედავად, მრავალი წლის განმავლობაში საზოგადოებრივი აზრის გამოკითხვამ აჩვენა, რომ ამერიკელი ხალხი საკმაოდ ერთიანობას ამჟღავნებს სასიცოცხლოდ მნიშვნელოვანი საკითხების გარშემო. როგორც აღნიშნულია „ნიუ-იორკ ტაიმის“ ერთ-ერთ უახლეს სტატიაში:

ამერიკელების დაახლოებით 75% მხარს უჭერს ულტრა მდიდრებისთვის მაღალი გადასახადების დაწესებას. ფედერალური კანონის იდეას, რომელიც უზრუნველყოფს ორსულობის გამო ფასიან შვიტულებას, 67 % მხარს უჭერს. 83 % უპირატესობას ანიჭებს მკაცრ წესებს ფართოხაზოვანი კავშირების ქსელური ნეიტრალიტეტისთვის, ხოლო 60%-ზე მეტს სურს კონფიდენციალურობის დაცვისათვის უფრო ძლიერი კანონები. 71%-ის აზრით, ჩვენ უნდა გვექონდეს შესაძლებლობა, ვიყიდოთ კანადიდან იმპორტირებული წამლები, ხოლო 92%-ს სურს „Medicare“-თან დაკავშირებით [ფედერალური ჯანდაცვის პროგრამა ხანდაზმული ამერიკელებისათვის უფასო სამედიცინო მომსახურების განწევის შესახებ] მოილაპარაკონ წამლების დაბალ ფასებზე.²⁵

მიუხედავად საყოველთაო კონსენსუსისა, ჩვენი მოძველებული და ხმარებიდან გამოსული კონსტიტუციური სტრუქტურა მდიდარ და ძლიერ ადამიანებს ეხმარება იმაში, რომ თავიდან აიცილონ ასეთი პოლიტიკის კანონად გადაქცევის შესაძლებლობა.

²² Amendment XXIV

²³ Amendment XXVI

²⁴ *Shelby County v. Holder*, 133 Sup. Ct. 2612 (2013).

²⁵ Tim Wu, *What the Public Wants, It Doesn't Get*, *New York Times*, March 5, 2019.

The American Constitution (A Critical Analysis)

Herman Schwartz

Abstract. I. Background. II. The Division of Sovereignty and The Separation of Powers. III. The Presidency. IV. The Electoral System. Conclusion.

Abstract

The 330 million people of today's United States of America live under a 230-year old Constitution devised for a small agricultural country of approximately 4,000,000 people. It was cobbled together by representatives from 13 very diverse British colonies who, once independence was achieved, had little interest in becoming one nation. They understood that a central government was necessary, but did not want it to be very powerful. They therefore divided the basic governmental powers both vertically – between the central government and the states – and horizontally by separating the national power between and among an executive branch, the chief executive of which was to be elected by a group of electors chosen by the state legislatures; a two-house legislature comprised of a Senate, in which each state was given two representatives, and a popularly-elected House of Representatives; and a judiciary whose members serve for life. Each of these three branches was given power to check the other two, which has frequently produced a stalemate, making it difficult to pass legislation despite often strong popular support; the electoral college and the 2 Senators per state have also produced antidemocratic results. Although the presidency was not expected to be a very powerful office, in foreign policy United States has developed what has been called an "imperial presidency"; domestically, the president has become the primary source of legislation. Because the Constitution turns over almost all election administration to the states, America's electoral system has usually been subjected to partisan manipulation by whatever party is in power, often resulting in electoral outcomes that do not reflect the popular will. Because of loose electoral campaign finance laws, money has become a crucial factor in electoral success, enabling the rich and the powerful to prevent enactment of measures supported by large majorities of the American people.

I. Background

The United States of America was cobbled together by representatives from thirteen British colonies that had initially been founded by diverse religious and other groups. They developed separately and in many respects quite differently, and came together for the first time in 1775 in the War of Independence against Great Britain. Once the common enemy was defeated, they had little interest in becoming one nation, for that would reduce their individual sovereign powers. Since it was evident, however, that some joint activities would be necessary to deal with the many problems arising from the war and otherwise, in 1781 the original Congress agreed to form a Confederation, a loose union with little authority.

The Confederation was doomed to fail and it lasted only six years. It could not govern effectively for it depended entirely on what James Madison called the "uniform and punctual obedience of 13

independent bodies” to “pursue the common interest”.¹ The states refused to provide the money necessary to run the country and to pay its debts, ignored treaty obligations, quarreled with each other incessantly, and were easily exploited by foreign powers, especially by their former enemy, Great Britain.

It is thus not surprising that nationalists like Madison, George Washington, Alexander Hamilton and others decided to start all over again to establish a viable central government. In May, 1787 they convened a meeting of delegates in Philadelphia from twelve of the thirteen states; the small state of Rhode Island chose not to participate.

The looseness of the union created by the Constitution that the delegates produced is reflected in a little known detail about the first seven words of the Preamble - “We the People of the United States.” Those words claim a unity that did not then exist. The Preamble that the delegates actually agreed to initially was “We the people of New Hampshire, Massachusetts...”, naming all the twelve states at the Convention. When the draft Constitution was turned over to the Committee on Style and Arrangement for editing, that opening sentence was changed by the chief draftsman who replaced the original list of the twelve states with the now-hallowed “We the People of the United States, ...”²

II. The Division of Sovereignty And The Separation Of Powers

James Madison and his allies at the Philadelphia Convention hoped to create a strong central government, but quickly realized that such hopes were illusory. Moreover, even the nationalists did not want to create too strong a government because they feared that it might threaten the liberties of the people. They certainly did not want to establish a very powerful executive, having just successfully rebelled against a king. Moreover, during the post-war years, Madison and some of the other delegates had come to distrust and fear the state legislatures because some of the laws they enacted seemed too radical to the delegates, many of whom, like Madison, were members of the propertied classes.

As a result, the charter of government created by the Founders divided the government between a limited national government whose authority extended only to those specific matters enumerated and expressly assigned to it by the Constitution, leaving to the states everything else except matters specifically denied to them, such as treaties with foreign nations.

The three branches of the national government were separated, but they were also intended to check each other’s actions to some extent. This was done by allocating to each branch of the national government some functions of the other. For example, Congress is given “All legislative Powers”³ but the President shares the legislative function by being given the power to veto legislation passed by Congress. It can override his veto but only by a super majority vote in each legislative chamber. The President can make treaties with foreign nations but for the treaty to go into effect, two thirds of the Senate must concur. He can appoint federal officers to help fulfill his duties, as well as federal court judges and Supreme Court Justices but only with the approval of a majority of the

¹ Jack N. Rakove, *Original Meanings* (New York, 1996), 47-48.

² Joseph J. Ellis, *American Dialogue* (New York, 2018), 238.

³ Art. I; “All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States...”.

Senate. The Supreme Court has the final word on the constitutionality of federal legislation but Congress can withdraw much of the Court's jurisdiction.

After laboring over a long, hot summer, on September 17, 1787, The Convention approved the Constitution we still have today, as supplemented by twenty-seven Amendments.

After a vigorous nation-wide debate, with very close votes in such key states as Virginia and New York, on June 21, 1788 the Constitution was finally adopted by nine states and went into effect.

Whatever the stated justification, many provisions of the Constitution can be explained only by the need to compromise in order to move forward. Some delegates like Alexander Hamilton were forced to accept provisions they considered wrong and even immoral, such as the special protections for slavery demanded by the Southern states. The need to placate the small states who wanted protection from the larger ones produced one of the most inefficient and most undemocratic aspects of the entire document: the decision to have a two – chamber legislature; with a House of Representatives allocated in accordance with the popular vote, and a Senate where each state would have two Senators and in which all the states would always have the same number of votes regardless of population.⁴ Originally the Senators were chosen by the state legislatures but in 1913, the Sixteenth Amendment changed this to popular election of Senators.

The permanent state equality in the Senate regardless of population, now called the “Great Compromise”, was strongly opposed by many of the Founders but without it, the Constitution would probably not have been adopted. Nevertheless it still remains something of a mystery why the smaller states were so fearful of the larger ones, since both then and since, many small states have more in common with neighboring and other large states with respect to economics, religion, culture, and life style, than they have with other small states.

For example, it recently been reported that Democratic states like New Mexico, New York, Illinois and Vermont are advancing legislation to a woman's right to an abortion. Vermont is the second smallest state, New Mexico is 15th from the bottom whereas New York is the fourth-largest state and Illinois is the sixth. By contrast, Texas, Louisiana and Oklahoma are all Republican-controlled antiabortion states in which the dominant industry is oil and gas. Texas is the second-largest state with 28 million people, whereas Louisiana has just 4.6 million people and Oklahoma has 4 million.

During the more than two centuries since 1787, the United States has gone from a largely agricultural and commercial society of about four million people scattered along the eastern seaboard, including about 700,000 black slaves, to a post-industrial nation of approximately 320 million covering most of the North American continent. Yet, the original six substantive provisions of the Constitution have been changed or enlarged with only 27 Amendments, ten of which – the Bill of Rights – were part of the original bargain and quickly adopted in 1791, and two of which cancelled out each other⁵. Although, the Founders would not recognize most of the constitutional principles and doctrines that currently govern the United States, the basic structure of the government they created over two centuries ago for that very different society still governs

⁴ Article V “No State, without its consent, shall be deprived of its equal suffrage in the Senate.”

⁵ Arts. VIII and XXI (Prohibition on sale of alcoholic beverages)

Americans today, which often makes it difficult and sometimes impossible to deal with the nation's current needs and problems.

A description of how a law is enacted may be helpful to demonstrate the problems. For a legislative proposal to become law, it must be introduced by a member of the House of Representatives or the Senate; the President himself may not introduce legislation. If approved by a majority vote in that chamber, it is then sent to the other chamber, where the exact same bill, including all periods, commas, etc., must again be passed by a majority. Many bills are introduced, pass one chamber, and are never even voted on in the other, particularly if the House and Senate are controlled by different parties, as is true today. Each chamber has equal power to adopt or reject all proposed legislation, over major differences or minor.

No other modern state with a two-chamber legislature grants to a legislative chamber that is not population-based, such as the British House of Lords, as much power over all legislation that the popularly elected branch has. Most, like the German Bundesrat, have a narrower jurisdiction, or like the British House of Lords have much less power than the popularly elected branch.⁶

For his part the President has the ability to block proposed legislation even when it is passed by both the House and Senate with overwhelming majorities. If the President vetoes the legislation, the veto can be overridden but only if 2/3 of each chamber votes to overturn the veto. Given America's closely divided two-party political structure an override rarely occurs, for Senators and Representatives from the president's own party rarely vote to override the President's decision. This, of course, gives the President enormous influence over the legislative process; the mere threat of a veto is often enough to affect the legislative outcome.

It is thus often very difficult to pass vitally needed legislation, especially if control of the three branches is divided. Almost all of the great legislative achievements of the 19th, 20th and 21st centuries were possible only when the President and his party had a large majority in both chambers of Congress.

The deep polarization that America is experiencing today has made it even more difficult to pass environmental, infrastructure, health care and other vital legislation. For example, in early January 2009 while the nation was undergoing the most severe economic crisis since the Great Depression, and before President Barack Obama was inaugurated, Republican Senate Minority Leader Mitch McConnell announced that his party would try to block every "substantive" measure proposed by the new president. As a result, during the last six years of President Obama's tenure, after he lost the very large congressional majorities the Democrats won in 2008, little important legislation was passed.

As the historian Arthur M. Schlesinger, Jr. commented a few years ago, "the tripartite separation of powers" in the American system has an inherent tendency toward inertia and stalemate.⁷ Others have been more blunt. Five days before a 2010 election, a Washington Post columnist reported that

⁶ Fact Sheet: Political System of Germany, Research Office, Legislative Council Secretariat (Feb. 18, 2015), <https://www.legco.gov.hk/research-publications/english/1415fsc05-political-system-of-germany-20150218-e.pdf>; Guidance, Legislative Process: taking a Bill through Parliament, Cabinet Office (Feb. 20, 2013), <https://www.gov.uk/guidance/legislative-process-taking-a-bill-through-parliament>. In France, both chambers must pass the identical legislation, but if there is an irreconcilable dispute, the National Assembly prevails.

⁷ Arthur M. Schlesinger, Jr. *The Imperial Presidency* (New York 1973)

"across the political spectrum there is a widespread feeling that Washington is broken beyond repair".⁸ 10 years later, public opinion polls show that that feeling has not changed.

The two Senator per state equality of the American Constitution is undemocratic as well as inefficient. The most fundamental principle in a democracy is that the vote of each citizen must be equal in importance and influence to every other. In our system, however, a senator from Wyoming, who represents fewer than 600,000 people has as much power over the ultimate passage of legislation as a senator from California who represents 40,000,000 constituents. The total population of the least populous 20 states is less than California's 40 million, but together those states have 40 of the 100 Senators. Theoretically, a bloc of Senators from the 26 smallest states representing fewer than 20% of the American people can block passage of a bill supported by Senators from the other 80% even though the population-based House may have passed the bill by an overwhelming vote reflecting almost universal support for the law. Since size rarely determines interest, there are few occasions where the 26 smallest states are likely to vote as a bloc, but 15 or fewer small states have often joined together with a few others and blocked action favored by a large majority of the country; gun safety rules are an example.

Another antidemocratic factor affecting the efficient functioning of the Congress is that current Senate rules allow unlimited debate on proposed legislation unless 60 Senators vote to end it; until 1917, there was no way to end debate if a handful of Senators refused to stop talking. This ability to talk a bill to death, called a "filibuster", was the primary weapon that a handful of Southern Senators used for over 120 years to block efforts to end slavery and racial discrimination, even when a large majority of the Senate, the House and the nation supported such legislation. That weapon is still available today, though it is now used primarily for other issues.

The two Senators per state rule also distorts presidential election outcomes. Americans do not elect a president directly. Instead, they choose so-called "electors" on a state-by-state basis. Each state is allocated a number of electors equal to the total of that state's two senators and the population-based representatives, and the candidate with a majority of electors wins the presidency, regardless of the popular vote outcome. This allows small states to benefit disproportionately. When states with unequal populations receive an equal number of electoral votes in addition to their population-allocated share, states with small populations gain a mathematical advantage. For example, in 2003 an electoral vote in Wyoming corresponded to only 167,081 persons, while a vote in California corresponded to 645,172 persons. The voter in Wyoming thus had four times as much influence in the 2004 presidential election as a Californian.⁹

Robert Dahl, America's leading student of democracy, has concluded that this method of selecting our president was created by "a group of baffled and confused men who finally settled on a solution more out of desperation than confidence".¹⁰

As the chart below shows,¹¹ since 1877 the popular vote winner has lost the presidency five times, twice since 2000, because of the Electoral College bias toward the small lightly populated states. In

⁸ Dan Balz, Washington Post, Oct. 28, 2010.

⁹ George C. Edwards Why the Electoral College is Bad for America (New Haven 2004), 38,39.

¹⁰ Robert Dahl, How Democratic is the Constitution (New Haven 2001), 66.

¹¹ Edwards supra at 45.

part because Democratic voters tend to live in cities in the larger states, in all five cases it was the

Table 2.2 Electoral College Reversal of Popular Vote Winners

Year	Candidate	Popular Votes		Electoral Votes	
		N	%	N	%
1876	Tilden (D)	4,287,670	50.9	184 ^a	50
	Hayes (R)	4,035,924	47.9	185	50
<i>Tilden</i> popular vote margin of 251,746. <i>Hayes</i> winner with electoral vote margin of 1.					
1888	Cleveland (D)	5,540,365	48.6	168	42
	Harrison (R)	5,445,269	47.8	233	58
<i>Cleveland</i> popular vote margin of 95,096. <i>Harrison</i> winner with electoral vote margin of 65.					
1960	Nixon (R)	34,108,157 ^b	49.3	219	41
	Kennedy (D)	34,049,976	49.2	303	59
<i>Nixon</i> popular vote margin of 48,181. <i>Kennedy</i> winner with electoral vote margin of 84.					
2000	Gore (D)	50,996,062	48.3	271	50
	Bush (R)	50,456,169	47.8	266	49
<i>Gore</i> popular vote margin of 539,893. <i>Bush</i> winner with electoral vote margin of 5.					

Democrats who lost.¹²

In 2016 Senator Hillary R. Clinton won nearly three million more votes than President Donald Jt. Trump but lost the Electoral College vote 227-304.

Today we have very partisan parties, contrary to the Framers' hopes, and when there is divided government, even if the opposition party controls all or only one chamber, the likelihood of gridlock and stalemate increases substantially.

III. The Presidency

The Framers believed that the Constitution they put together would produce a weak president and an aggressive legislature. At certain periods in our history, they succeeded, but overall, history has turned things upside down, as the United States transformed itself from a small agricultural society that tried to avoid "entangling alliances" to a superpower totally "entangled" in international affairs. Also contrary to the Framers' expectations, the national government has come to dominate the domestic scene. To "take Care that the Laws be faithfully executed"¹³ the president now commands a vast administrative apparatus involving millions of people.

¹² The 1876 election however, is generally considered to have been the result of a political deal between northern and southern politicians.

¹³ Art. II, §3, ¶3.

Even with George Washington, the most trusted public figure in America as the first incumbent, the Constitution actually assigns the president very few specific powers. In the Federalist Papers, Alexander Hamilton went to great lengths to show that the president does not have the extensive powers of the British king, such as the power to make foreign policy by himself, and lacked even the prerogatives of an American governor. Although the President was made Commander-in-chief of the armed forces, this was intended to give him only the powers of the "first General or Admiral".¹⁴ The power to declare war was given only to Congress, together with the related powers of raising and regulating the army, a navy and the state militia. Although the presidency was indeed intended to be "energetic"¹⁵ as Hamilton put it, this referred only to the energetic administration of the powers given the president, not to expand them; it clearly was not meant to imply the almost unlimited powers that some recent presidents have claimed both in peace and in war.

Nevertheless, Presidents have made themselves the nation's dominant figure to a degree envisioned by none of the Founders and feared by many of them. Even weak presidents have been able to achieve many of their goals in both domestic and foreign policy.

For example, Congress was expected to be the source of almost all legislation - and until the 20th century it was – but that is no longer true. Since the beginning of the twentieth century, Presidents have initiated most important legislation and today the president sets the legislative agenda.

Domestically, the president commands a huge administrative bureaucracy consisting of many millions of people affecting every aspect of American life. Almost all these agencies have very broad mandates and are led by officers appointed by the president in order to fulfill his policies. Thus, even if both houses of Congress are controlled by the opposition, these agencies can significantly implement his policies, even without legislation. For example President Donald Trump's appointees at the Environmental Protection Agency, have successfully overturned most of the of environmental policies adopted by President Obama and some of his predecessors.

Presidents have also resorted to numerous personal decision-making instruments such as executive orders, presidential memoranda, executive agreements, proclamations, and administrative directives that have the force of law.

Where foreign policy and national security are concerned, the president's powers are now almost monarchical, making a mockery of Hamilton's arguments described above. Only Congress may "declare war", but the last time Congress declared a war without having first been attacked (as in 1941), was 1917. Since then, and especially since the end of World War II, the United States has been involved in numerous armed conflicts in which tens of thousands of Americans have died and many thousands more have been wounded, without a single declaration of war. Although several of these conflicts, as in Iraq and Afghanistan, have been specifically authorized by Congress, most such interventions have not. Presidents have taken the US into armed conflict without congressional approval so often that it is now common to talk about the "imperial presidency". Congress has occasionally tried to restrain presidential power, but these efforts have usually failed. In fact, Congress can't do much to limit a president's foreign policy powers, for only the president has access to a vast amount of information and advice, as

¹⁴ The Federalist 69 (Jacob E. Cooke ed. Middletown, 1961), p. 465.

¹⁵ The Federalist 70, p. 471

well as the ability to act promptly and secretly, none of which Congress can match. And when bullets start to fly, it is very difficult for Congress to interfere.

The result of these developments is that today, we face a narrower but still acute version of the Framers' dilemma: how can Americans have a president strong enough to do what is necessary, but not so strong as to threaten the liberty of the people?

The Framers' solution was the checks and balances system as described above, but they did not foresee the rise of parties, which can nullify the intended effect of the separation of powers if the President and both Houses are from the same party as was true during President Donald J. Trump's first term.

One of the few significant checks on the President's power involves money. If a president's policy requires the expenditure of public funds, the Constitution gives to Congress and only to Congress "the power of the purse" to spend for the "general welfare"¹⁶ including the exclusive right to appropriate money from the Treasury.¹⁷ Both parties have taken the exclusivity of this delegation very seriously, and this has produced the latest dispute between the two branches of government.

President Trump's attack on illegal immigrants from the violence - torn countries in Central America dominated his presidential campaign. He has called illegal immigration a "national crisis" involving national security, drug smuggling, and violent crimes. The centerpiece of the campaign was a promise to build a concrete wall stretching 2000 miles across the entire southern border with Mexico, coupled with an assurance that Mexico would pay for it.

Not surprisingly, Mexico has refused to pay for the wall. Moreover, few outside the President's most committed supporters believe that a wall is necessary or even useful to stopping the flow of immigrants, drug trafficking or other evils. Congress has therefore consistently refused to provide the tens of billions of dollars such a wall would cost, even when both chambers were controlled by the President's own party. When the Democrats captured the House of Representatives by a decisive margin in November 2018, that ended the President's chances to obtain the money from Congress.

President Trump's first approach was to put pressure on Congress by shutting down much of the government just before Christmas, 2018, which imposed severe hardship on millions of Americans - 800,000 government workers, their families and many others. After that tactic failed and the government reopened on January 25, 2019, the President declared that there was a crisis on the border and he issued a Proclamation declaring a National Emergency at the border, which he claimed would enable him to use money for the wall that Congress had appropriated for other military construction.

Unlike most modern constitutions, the American Constitution does not provide for emergencies. Congress has, however, frequently passed statutes to deal with specific emergency situations, such as the aftermath of the September 11, 2001 attack, or a natural disaster like a hurricane, and a 1976

¹⁶ Arts. I, §8, ¶1

¹⁷ Art. I, §9, ¶7

statute - originally intended to limit the president's authority - does authorize him to exercise emergency powers if he specifies the particular statutes on which he relies.

At no time during the Trump presidency has Congress passed a law appropriating money for President Trump's wall, even when his party controlled both Houses of Congress. Even members of his own party have expressed dismay over the President's plan to divert funds that Congress appropriated for other military uses in order to construct his wall, and a Joint Resolution disapproving the President's Proclamation has been passed by the House of Representatives and has drawn support from a majority of the Senate even though the President's own party controls the Senate. Since the President will veto the Resolution, it will have no practical effect.

The President's Proclamation has precipitated a constitutional conflict, pitting the President against Congress and forcing the judiciary to decide the matter. Lawsuits challenging the Proclamation have already been filed by sixteen states, many persons owning land along the border, and by others directly affected by such a wall. Although these cases will almost certainly reach the Supreme Court, it may refuse to be drawn into so intensely political a controversy. Many observers consider likely such an outcome likely, especially since the Court may find itself called upon to evaluate the President's judgment that there really is a crisis at the border, a matter that American judges do not consider themselves qualified to judge. In that event, the issue will ultimately be decided by the victor in the 2020 presidential election.

IV. The Electoral System

It is self-evident that free, fair and reliable elections are possible only if a nonpolitical body is in charge of all aspects of the system. Actions by that body must be transparent, impartial and independent. Above all, it must be free at all times from any politically motivated intent or manipulation.

It is thus an unhappy paradox that what should be the most democratic feature of the Constitution - the provisions for voting - have turned out to pose some of the major threats to American democracy.

The American Constitution, even as amended, nowhere establishes a specific right to vote, in contrast to all modern democratic constitutions. The basic constitutional provisions governing federal elections are Article I section 2, which mandates that voters in federal elections shall have the same qualifications as those who vote in state elections, and Article 1 section 4, which authorizes state legislatures to regulate and administer federal elections, though subject to congressional supervision. Because the regulation and administration of elections can determine who wins and who loses, the inevitable result of section 4 is that what should be done by objective and nonpartisan administrators will inevitably be manipulated by partisan politicians to put and keep themselves in power.

Perhaps there was no choice back in 1787 about section 2. The states may not have been willing to allow the central government to be dependent on a set of voters different from those who vote in state elections, since in matters controlled by the central government, the federal electorate might adopt policies adversely affecting the states. But it is unfair to an American citizen who lives in a state that doesn't qualify him for voting in his state's elections, to also be denied the ability to

participate, if only through electing a representative, in making policy for the nation that may directly affect him, whereas an American citizen who happens to live in a state that does qualify him to vote in that state's local elections, is able to participate in the national election. They are both American, they both live under the same national law, but one can participate in shaping that law whereas the other cannot.

Section 4 may have been temporarily needed, because there was no federal administrative apparatus for the first few federal elections, and it would take a few years to establish one. Unfortunately, once state administration went into effect and parties arose, it became politically impossible to change the system, for no legislator would vote for a change if that might threaten his or his party's hold on political power at either the state or the federal level.

Relatively few people voted in the nation's early years since property and tax qualifications were widespread. By the 1840s, however, white male suffrage, (the only kind then allowed), approached 80% and more. At the same time, economic and other social divisions in the country widened and what one historian has described as "unjust distortions in the form of suffrage restrictions" proliferated.

Today, such distortions and many others are widespread. Although both parties try to shape electoral districts to favor themselves, during the last decade the Republican party has won control of many more state governments than the Democrats, and has therefore been far more effective in enacting voting laws in its favor. The Republican party has represented the propertied classes since the latter part of the nineteenth century, and the party has used this control to administer elections and pass laws to make it much harder for working people, the poor, minorities and young people to vote. For example, although most countries register people to vote at birth or otherwise make registration easy, in the United States the burden is on individual citizens to register when they become 18, and in many Republican-controlled states, this has been made very difficult. One recent government study found that more than 25% of American eligible voters are not registered to vote.¹⁸ Also, during the last 20 years, many Republican states have begun to require identification cards issued by a small number of government agencies. These cards are often very difficult and expensive for low-income Americans to obtain.

Another factor making it difficult for many Americans to vote is that voting in the United States is almost always on Tuesdays and is not a national holiday. Most working people cannot afford to take time off from work, nor are employers required to give them such time.

Because of these and many other voter suppression tactics,¹⁹ and because of the confusion and uncertainties that these tactics have generated, voting in the United States is much lower than in other countries. Only 60% of Americans usually vote, even in presidential elections, far fewer than in Canada, Mexico and most of Europe. In non-presidential elections, only a small number of Americans go to the polls.

¹⁸ Rakove supra at p. 243.

¹⁹ A summary of recent voter suppression tactics appears in a report by the US Commission on Civil Rights, An Assessment of Minority Voting Rights Access in the United States – 2018 Statutory Report.

Just as with voter qualifications, there is no good reason why voters in federal elections should have it easier to vote in one state than voters in another. Voting should be regulated and administered uniformly, under federal law and by federal officials.

In some respects voting inequities have been eliminated. Most importantly, the Constitution has been amended four times to ensure that "the right of citizens of the United States shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude";²⁰ on account of sex;²¹ for failure to pay a poll tax or other tax;²² or account of age.²³ A Federal Voting Rights Act was passed in 1965 to protect racial and ethnic minorities but its most effective sections were nullified by the Supreme Court in 2013.²⁴ In almost all other respects, the opportunity to vote still depends on where one lives and on income.

Conclusion

Despite the intense political polarization and intense partisanship, for many years, public opinion polls have shown that the American people are fairly united on many crucial issues. As a recent article in the New York Times pointed out:

About 75 percent of Americans favor higher taxes for the ultrawealthy. The idea of a federal law that would guarantee paid maternity leave attracts 67 percent support. Eighty-three percent favor strong net neutrality rules for broadband, and more than 60 percent want stronger privacy laws. Seventy-one percent think we should be able to buy drugs imported from Canada, and 92 percent want Medicare [the federal health care program for older Americans] to negotiate for lower drug prices.²⁵

Despite this popular consensus our antiquated, and obsolete constitutional structure makes it easy for the rich and the powerful to prevent enactment of these policies into law.

²⁰ Amendment XV

²¹ Amendment XIX

²² Amendment XXIV

²³ Amendment XXVI

²⁴ *Shelby County v. Holder*, 133 Sup. Ct. 2612 (2013).

²⁵ Tim Wu, *What the Public Wants, It Doesn't Get*, New York, Times, March 5, 2019.

კონსტიტუციონალიზმი როგორც მეცნიერული პროექტი

პეტერ ჰებერლე

I. კონსტიტუციური ცხოვრების ფორმები და მათი მჭიდრო პოლიტიკური და სამართლებრივი ურთიერთდამოკიდებულება. 1) კოოპერაციული კოსმოპოლიტური კონსტიტუციური სახელმწიფო. 2) რეგიონალური, ტრანსნაციონალური, კონსტიტუციური გაერთიანებები, როგორც მეორე პოლიტიკური ფორმა ანდა კონსტიტუციონალიზმის სამართლებრივი კატეგორია. 3) კონსტიტუციური მომენტები საერთაშორისო სამართალში, როგორც კაცობრიობის კონსტიტუციური უფლებები. II. კონსტიტუციონალიზმის აქტორები. III. კვლევის მეთოდები კონსტიტუციონალიზმში. ინკურსი: აფრიკის კონსტიტუციონალიზმი ჩამოყალიბების პროცესში. მიმოხილვა.

შესავალი

განსაკუთრებული მადლობა ჩემს კოლეგებს - ლანჩესტერსა და ბალაგერს. პირველი დღევანდელი შეხვედრის „რომანული წარმმართველი სულია“, მეორემ კი - ჩვენს ჯგუფს, დაახლოებით ერთი წლის წინ, დაუვინყარი დღეები აჩუქა გრანადაში. ასევე, მადლიერებით მსურს გავიხსენო ორი წლის წინ მონპელიემში გამართულ კონფერენციაზე მყოფი კოლეგები რუსო, ვილა და პინონი. ყველა მომხსენებელი წარმოადგენს მკვლევართა გლობალურ ერთობას კონსტიტუციონალიზმის ეგიდით. ყოველი მათგანი მუშაობს წიგნზე: „კონსტიტუცია მსოფლიო დისკურსში“ (1999) და „კონსტიტუციური სახელმწიფოს სამყარო“ (2004). საკმარისია მხოლოდ ამ ორი სათაურის დამონშება ჩემი საიუბილეო გამოცემიდან. ჩვენ ვდგამთ ნაბიჯებს უნივერსალური კონსტიტუციური მოძღვრების გზაზე. მომხსენებლებმა შთამბეჭდავად მიმოხილეს კონსტიტუციონალიზმის წარსული, აწმყო და მომავალი. მე კი მხოლოდ ძალმიძს ცოტა რამ დავამატო მათ ნააზრევს, ვინაიდან, ვიმყოფები სიცოცხლის არა „შუასაუკუნეების მიწურულს“, არამედ „უძველესი ხანის დასასრულში“. რომი დღემდე იერუსალიმის, ათენის, ფლორენციისა და ბოლონიის კვალდაკვალ ევროპის სულიერების სიმბოლოა. მომავალ თაობას ევალება ამ მრავალფეროვანი კულტურის (აგრეთვე სამართლებრივი კულტურის) გაგრძელება; საბედნიეროდ, ამ კონფერენციას დღეს ახალგაზრდა კოლეგებიც ესწრებიან: თაობათაშორისი სამეცნიერო თანამშრომლობა კვლავ სიცოცხლისუნარიანია.

I. კონსტიტუციური ცხოვრების ფორმები და მათი მჭიდრო პოლიტიკური და სამართლებრივი ურთიერთდამოკიდებულება

საქმე ეხება კონსტიტუციონალიზმის მაღალ და უმაღლეს ღირებულებებს, როგორცაა ადამიანის უფლებები და თავისუფლებები, სამართლიანობის პრინციპი, კონსტიტუციური სტრუქტურები, სოლიდარობა, საერთო სიკეთე, უსაფრთხოება და თანამშრომლობა; ეს ღირებულებები ქმნის მთელი მართლწესრიგის ფუნდამენტს და, ამავე დროს, აღაზღვევს მას, შეგვიძლია ვისაუბროთ „გამსჭვალულობაზე“ (იხ. ამასთან კავშირში, ასევე სკიული, „საზოგადოებრივი კონსტიტუციონალიზმის თეორია“, 1992; ვალკერი, „კონსტიტუციური პლურალიზმის იდეა“, თანამედროვე სამართლის მიმოხილვა 65 (2002), გვ. 317 და შემდგომ); მაშასადამე, კონსტიტუციონალიზმი სამართლის სხვადასხვა დარგში განსხვავებულად განისაზღვრება, მატერიალურ და პროცესუალურ ფორმად ანდა სტრუქტურად - ძალაუფლების შებოჭვისა და სამოქალაქო ომის თავიდან აცილების მიზნით, ასევე მშვიდობის დასამყარებლად; ამასთან, იგი მუდმივი ანუ ინსტიტუციონალიზებულია; და ბოლოს, კონსტიტუციონალიზმი ეროვნული, რეგიონალური და უნივერსალურია და, ამდენად, სივრცობრივად განსაზღვრული. გამონაკლისის სახით რიხარდ ვაგნერის პერეფრაზირებას რომ მივმართოთ, სივრცეს უხდება დრო. კონსტიტუციონალიზმი როგორც კულტურა - საკმაოდ შრომატევადი - ისტორიული პროცესი გახდა; ამის დასტურად, უპირველეს ყოვლისა, საკმარისია გადავხედოთ 1776, 1787, 1789, 1848 წლებში ჩრდილოეთ ამერიკასა და ევროპაში მიღებულ კონსტიტუციებს, ასევე საინტერესოა ლათინური ამერიკის კონსტიტუციები, რომლებიც მე-19 საუკუნეშია მიღებული; 1945 წლის შემდეგ იზრდება კონსტიტუციონალიზმი აფრიკასა და აზიაში. ლათინური ამერიკა დღეს ჩვენს წრეში წარმოდგენილია სახელგანთქმული კოლეგებით. ესენია პერუდან ბელონდესი, ბრაზილიიდან მენდესი, მექსიკიდან ვალადესი. მიუხედავად მრავალი ეროვნული, რეგიონალური და საერთაშორისო კრიზისებისა, კონსტიტუციონალიზმი თანამედროვე მსოფლიოში ცოცხლობს და კვლავ მომავლის დღის წესრიგშია. ბრწყინვალე რეფერატებმა მრავალი თემა წამოწიეს. ზოგიერთი მათგანი კრიტიკულად საუბრობს „ჰიპერკონსტიტუციონალიზმის“ შესახებ (იხილეთ ფიშერი, „ალსრულების ხელმისაწვდომობა, როგორც ძირითად უფლებებში ჩარევა“. ამასთან, "მარტივი საპროცესო სამართლის ჰიპერკონსტიტუციონალიზმის კრიტიკა", 2006), უპირველეს ყოვლისა, ევროპის კავშირის მაგალითზე, ანდა „დეკონსტიტუციონალიზმის“ შესახებ (შეადარეთ ვოლენშლეგერი, „ადმინისტრაციული სამართლის კონსტიტუციონალიზაცია და დეკონსტიტუციონალიზაცია ევროპეიზაციისა და ემანსიპაციის მაგალითზე“; ევროპული ადმინისტრაციული სამართლის მიმოხილვა. 10 (2017), გვ. 7 და შემდგომი გვერდები).

ქვემოთ განვიხილავთ კონსტიტუციონალიზმის სამ ფორმას სამ კულტურულ სივრცეში და მათ მჭიდრო პოლიტიკურ და სამართლებრივ-თანამშრომლობით ურთიერთდამოკიდებულებას. პირველ რიგში უარყოფილია გავრცელებული ცნება - „მრავალდონიანი კონსტიტუციონალიზმი“ (მაგალითად, პერნიცესთან). მისეული იერარქიული სტრუქტურა კითხვის ნიშნებს ბადებს. „კონსტიტუციური მომენტები“ საერთაშორისო სამართალში (შთაგონებულია ამერიკელი კონსტიტუციონალისტის აკერმანისა და ასევე კოტცურის ნაშრომებით, "კონსტიტუციური მომენტები? მოსაზრებები საერთაშორისო სამართლის ცვლილების შესახებ": არნოლდის რედაქციით, საერთაშორისო სამართლის ისტორია. ისტორიული ნარატივები და კონსეფციები ცვლილებაში, 2017, გვ. 100 და შემდგომ) არ დგას უფრო "მაღლა", ხოლო ეროვნული და რეგიონალური საკონსტიტუციო სამართალი უფრო „დაბლა“, არამედ აქ საქმე გვაქვს დიფერენცირებულ ურთიერთმემავსებელ ურთიერთობებთან (მთავარი ცნებები: კომპლემენტარობა და კოოპერაცია) - ეს ყოველივე ემსახურება ეროვნულ, რეგიონალურ და საერთაშორისო მშვიდობას. კონსტიტუციონალიზმი საზოგადოებას ღია საზოგადოებად აქცევს და იმპულსებს აძლევს იდეებისა და ინტერესების პლურალიზმს. და: „კონსტიტუციის“ ცნება უნდა აიხსნას მისი ძალზედ გერმანული ფიქსაციით სახელმწიფოზე. კერძო სამართალს და სისხლის სამართალს, მიუხედავად „კონსტიტუციის პრიმატისა“, აქვთ საკუთარი ინდივიდუალობა და სამართლებრივი სინამდვილე.

1) კოოპერაციული კოსმოპოლიტური კონსტიტუციური სახელმწიფო

კოოპერაციული კოსმოპოლიტური კონსტიტუციური სახელმწიფო, რომელიც 1978 წლიდან თეორიულ დაშვებას და მეცნიერულ იდეალს წარმოადგენს, არსებობს თავისი ტიპური შინაარსით, ძალაუფლების გამიჯნით და სამართალწარმოებით (გერმანიისთვის: კონსტიტუციის 1-ლი, მე-20 და 92-ე მუხლები), განსაკუთრებით კი მესამე ხელისუფლების, როგორც ძირითადი უფლებების „საბოლოო“ გარანტის დამოუკიდებლობით. სმენდისა და არნდტის სიტყვები რომ გამოვიყენოთ, კოოპერაციულ კოსმოპოლიტურ კონსტიტუციურ სახელმწიფოში სახელმწიფო არსებობს იმ დოზით, რამდენსაც ადგენს კონსტიტუცია. მე-19 საუკუნის გერმანულ კონსტიტუციონალიზმში ეს ასე არ იყო (მთავარი ცნებები: მთავრის სუვერენიტეტი, მონარქიის პრინციპი, პირობითად შეუზღუდავი სახელმწიფო ძალაუფლება, შესაბამისად შეზღუდული ძირითადი უფლებები, ფენები ანდა პარლამენტი). დღეს კონსტიტუციურ სახელმწიფოს, რომელიც ჩართულია არაერთ კოოპერაციულ ქსელში, იმთავითვე მოვიაზრებთ როგორც მოქალაქეთა კონსტიტუციურ დემოკრატias. მოქალაქენი „თავიანთ თავს მიანდობენ“ თავის კონსტიტუციას,

როგორც ეს ცალსახად წერია აღმოსავლეთ გერმანიის მიწების ახალ კონსტიტუციებში. ადამიანის ღირსების გარანტია, რომელიც მოცემულია კონსტიტუციის 1-ლ მუხლში, პლურალისტური დემოკრატიისთვის არ არის ხელმისაწვდომი - ეს არის ზღვარი ხალხის მმართველობისთვის, რომელიც საერთოდ ინვესტ ეჭვს. პლურალისტური დემოკრატია წარმოადგენს ადამიანის ღირსების ორგანიზაციულ შედეგს. თავისთავად ცხადია, ვერ ვუარყოფთ, რომ ზოგიერთ კონსტიტუციურ სახელმწიფოს აქვს ტენდენცია ავტორიტარული სტრუქტურების ჩამოყალიბებისკენ (მაგალითად, თურქეთი, უნგრეთი, ეგვიპტე და განსაკუთრებით კი, სოციალისტური ვენესუელა). კოოპერაციული კონსტიტუციური სახელმწიფო საკუთარ ეროვნულ კონსტიტუციას დღეს მხოლოდ ნაწილობრივ ახორციელებს. 2001 წელს ამ სტატიის ავტორმა გერმანიისა და ევროპის კავშირის სხვა ქვეყნებისთვის შემოიტანა ცნება „ნაწილობრივი ეროვნული კონსტიტუციები“, რომელიც შევსებულია ნაწილობრივ ევროპის საკონსტიტუციო სამართლის კონსტიტუციებით, ნაწილობრივ გადაფარულია და ნაწილობრივ კი, აკუმულირებულია (დამატებით იხილეთ ჰებერლე/კოტცური, ევროპული კონსტიტუციის მოძღვრება, მე-8 გამოცემა, 2016). კოოპერაციული კონსტიტუციური სახელმწიფო ან "საერთაშორისო სამართლისადმი გახსნილობა" (გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო) ხიდება დებს საერთაშორისო სამართალთან, ხოლო ევროპის შემთხვევაში, ამას, ასევე ახდენს „ევროპული სამართლისადმი გახსნილობა“. სიმსონი საუბრობდა „სახელმწიფოს ზეეროვნულ პირობითობაზე“. დღეს კოოპერაციული კოსმოპოლიტური კონსტიტუციური სახელმწიფო განპირობებულია საერთაშორისო სამართლის ნაწილობრივი კონსტიტუციებით და, შესაბამისად, ევროპული საკონსტიტუციო სამართლით.

განსაკუთრებით უნდა ვახსენოთ არასამთავრობო ორგანიზაციები, რამდენადაც მათთვის, ჯერ კიდევ, არ არსებობს კონსტიტუციის თეორია (იხ. ჰემპელი, "საერთაშორისო არასამთავრობო ორგანიზაციების საერთაშორისო სამართლებრივი სუბიექტობა", 1999). მათი საქმიანობა საბუთია ეროვნული, რეგიონალური და საერთაშორისო კონსტიტუციონალიზმის ღიაობისა. არასამთავრობო ორგანიზაციები მოქმედებენ ეროვნულ, რეგიონალურ ან/და საერთაშორისო დონეზე. მოვიყვანთ რამდენიმე მაგალითს: საერთაშორისო წითელი ჯვარი დღეს: „ექიმები საზღვრებს გარეშე“, „ჟურნალისტები საზღვრებს გარეშე“, ჰუმანიტარული დახმარების ორგანიზაციები, მალტის დახმარების სამსახური, საერთაშორისო ამნისტია, გრინფისი, თეთრი ჩატხუტები და ოქსფამი, საერთაშორისო გამჭვირვალობა, „რობინ ვუდი“, WWF, ჰუმან რაიტს ვოჩი. მათი სტრუქტურა, ამოცანები და საზღვრები განსხვავებულია. არასამთავრობო ორგანიზაციები, რომელთა საქმიანობა, პრინციპში, დადებითად უნდა შეფასდეს, თეორიულად ახალი კონსტიტუციების ტექსტებშია კლასიფიცირებული და წარმოადგენენ „სამოქალაქო საზოგადოებებს“

(სახელმწიფოსა და საზოგადოებას შორის განსხვავების უწყვეტი განვითარება ჰეგელის მიხედვით). აქვე შედის კლასიკური მოხალისეობა. საერთო ჯამში, აქ საქმე გვაქვს კვლევის მდიდარ სფეროსთან, რომელიც პირდაპირ გავლენას ახდენს კონსტიტუციონალიზმზე. ავტორიტარული სახელმწიფოები ამიტომაც აჩუმებენ, კრძალავენ ან ზღუდავენ არასამთავრობო ორგანიზაციებს (როგორც ეს ხდება რუსეთში, უნგრეთსა თუ ეგვიპტეში), რადგან ისინი განსაკუთრებულ საზოგადოებებს ქმნიან. რამდენიმე სიტყვა კონსტიტუციური სახელმწიფოს და დემოკრატიის კრიზისთან დაკავშირებით, რომელიც განიხილება „პოპულიზმის“ მთავარი ცნებით (იხ. ასევე ვილენგა/ჰარტლები, „პოპულიზმი თანამედროვე დემოკრატიაში“, 2011). აქვე უარს ვამბობ სიტყვა „პოპულუს/populus“ დავუთმო პოპულიზმს. გავიხსენოთ ციცერონი: სახელმწიფო ხალხის საქმეა ან რომაული „სენატი რომის ხალხია“. მრავალ კონსტიტუციაში ცნობილ ჩანაწერს „ჩვენ ხალხი“, მათ შორის ბერლინის რაიხსტაგზე არსებულ დევიზს „გერმანელ ხალხს“, ასევე მესამე ხელისუფლების მიერ „ხალხის სახელით“ გამოტანილ გადაწყვეტილებებს მათვე უნდა ვუმაღლოდეთ. პოპულიზმი შემდეგით ხასიათდება: იგი მტრულადაა განწყობილი ინსტიტუციების მიმართ, ანტიპლურალისტური, ანტიპარლამენტარული და ანტიელიტარულია. იგი მომდინარეობს ჰომოგენური ხალხის ნების ფიქციიდან.

2) რეგიონალური, ტრანსნაციონალური, კონსტიტუციური გაერთიანებები, როგორც მეორე პოლიტიკური ფორმა ანდა კონსტიტუციონალიზმის სამართლებრივი კატეგორია

აქაც ოთხი ჩამოთვლილი მახასიათებელი მოიაზრება. მაგალითებად მოყვანილია ევროპის კავშირი, სამხრეთ კონუსის ქვეყნების საერთო ბაზარი, ამერიკის სახელმწიფოთა ორგანიზაცია და აფრიკის კავშირი. ყველა 1945 წლის შემდგომ განვითარდა. ევროპის საბჭო, სამხუხაროდ, ხშირად ევროპის კავშირის ჩრდილში ექცევა, თუმცა ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია „ევროპის კონსტიტუციის“ ცენტრალური შემადგენელი ნაწილის „ცოცხალი ინსტრუმენტი“ (მთავარი ცნებები: ევროპეიზაცია როგორც კონსტიტუციონალიზმება). გავიხსენოთ „ერთიანი ევროპული საკონსტიტუციო სამართლის“ კვლევა-ძიება (1991), ისევე, როგორც ევროპის შესახებ ეროვნული კონსტიტუციების, იტალიისა და ესპანეთის რეგიონული კანონების მუხლები (მთავარი სიტყვა: „ევროპის ეროვნული საკონსტიტუციო სამართალი“). ევროპის კავშირის გამაერთიანებელი ხასიათი სამართლიანადაა ხაზგასმული. განსაკუთრებით ინტენსიური და ღრმაა იგი, აპელირებს ცნებებით „სახელმწიფოთა კავშირი“, „კონსტიტუციური კავშირი“ ანდა „კონსტიტუციური გაერთიანება“ (ჩემი მხრიდან თეორიული შემოთავაზება). ნაწილობრივ შეინიშნება

ძალაუფლებათა გამიჯვნის წინაფორმები, მაგალითად ევროპის კავშირში. შთამბეჭდავია მდგრადი შემოჭრა ევროპული ანდა საერთაშორისო საკონსტიტუციო სასამართლოების მხრიდან. ჩემი აზრით, საქმე არ ეხება „მეტ ევროპას“ საბანკო ანდა ტრანსფერების კავშირის მაგალითზე. არამედ, აუცილებელია სუბსიდიურობის პრინციპის აღდგენა. მეცნიერული აზრის განვითარების ისტორიაში უნდა ვუმაღლოდეთ ამისთვის კათოლიკურ სოციალურ მოძღვრებას. დღევანდელ კრიზისში წინა პლანზე ბრუნდება კარგად ცნობილი იდეა „სხვადასხვა სისწრაფის ევროპის“ ანდა „ცვალებადი გეომეტრიის“ თაობაზე. მრავალი კრიზისის გათვალისწინებით, ევროპის კავშირს სრული საფუძველი აქვს, მიუთითოს საკუთარ მდიდარ კულტურულ საფუძვლებზე (ევროპის კავშირის ხუთ კრიზისთან დაკავშირებით იხ: ამავე სახელწოდების ჩემი სტატია: კონსტიტუციის გზები, 2015, გვ. 319 და შემდგომ). შექების ღირსია საფრანგეთის პრეზიდენტის მაკრონის წინადადება 20 ევროპული უნივერსიტეტის დაფუძნების თაობაზე.

წარმოთქმული იყო საჯარო სიტყვა ბრექსიტის უბედურების შესახებ (ველფენსი, ბრექსიტი შემთხვევით. ევროპის კავშირი დეზინტეგრაციასა და ახალ ევროპის კავშირს შორის, 2017): დიდი ბრიტანეთის გასვლა ევროპის კავშირის კონსტიტუციური გაერთიანებიდან გამონაკლისად უნდა დარჩეს, ხოლო, კულტუროლოგიური თვალსაზრისით, ეს დიდი უიღბლობაა. ბრიტანეთი, თავის მხრივ, ასაზრდოებს „გლობალური ბრიტანიის“ ილუზიას. აღარ ახსოვთ, რომ ბრიტანეთის იმპერია დღეს მხოლოდ საკუთარი თავის აჩრდილია. გაამართლებს კოლოპერაციული ბრექსიტი? დარჩება სულ მცირე უსათრთხოების პარტნიორობა და საბაჟო კავშირი დიდ ბრიტანეთსა და ევროპის კავშირს შორის? შესაძლოა ბრექსიტმა 27 დანარჩენი წევრი სახელმწიფოს ერთმანეთისადმი მეტ სოლიდარობაზე იმოქმედოს? ნებას ვითხოვ ამგვარი პროვოკაციისათვის, იგი ტკივილითაა გამოწვეული, რადგან დიდი კულტურა დაკვარგეთ (მთავარი ცნებები 2016 წლიდან: „ევროპული სამართლის მეცნიერება როგორც კულტუროლოგია“). დავფიქრდეთ დიდი ბრიტანეთის, როგორც ერთ დროს მსოფლიოს უძლიერესი სახელმწიფოს პრაგმატული გამოცდილების შესახებ. უნდა გავიმეორო, რომ ჩემ მიერ დასახელებული ოთხი მახასიათებელი, რომლითაც მეცნიერულად უნდა მივუდგეთ კონსტიტუციონალიზმს, მოქმედებს ასევე რეგიონალურ, ტრანსნაციონალურ გაერთიანებებში: მაღალი ფასეულობები, უმაღლესი ღირებულებები, როგორც მართლწესრიგის დამკვიდრების, ამავდროულად აღზევებისა და ცხოვრებაში განხორციელებისთვის, სამართლებრივად დადგენილი ფორმა, პრინციპულად „ინსტიტუციონალური“ მდგრადობა და მოქმედება სივრცეში: ეროვნულ, რეგიონალურ ანდა უნივერსალურ დონეზე. ეს ყოველივე უნდა ემსახურებოდეს საყოველთაო მშვიდობას: ხსენებულ სამ კულტურულ სივრცეში.

3) კონსტიტუციური მომენტები საერთაშორისო სამართალში, როგორც კაცობრიობის კონსტიტუციური უფლებები

საერთაშორისო სამართლის კონსტიტუციონალიზება დღეს ყოველმომცველი ცნებაა. განსაკუთრებით კი კოტცურმა კონკრეტულად გადაამუშავა ეს საკითხი „სამართლებრივი სახელმწიფო საერთაშორისო სამართალში“ (M. Kotzur, FS für E. Klein, 2013, გვ. 797 და შემდგომ). უნდა გავიხსენოთ ჩემი სწავლება „ნაწილობრივი კონსტიტუციების“ შესახებ: გაეროს წესდება (1945), უენევის (1907), ჰააგის (1945) და ვენის კონვენციები (1961/69), საერთაშორისო სისხლის სამართლის სასამართლოს რომის სტატუტი (1998/2002) და გაეროს ტრიბუნალის ორგანიზაციული ფორმა ნაწილობრივი კონსტიტუციებია. იგივე ითქმის საერთაშორისო საზღვაო სამართლის კონვენციის, როგორც „ზღვის კონსტიტუციის“ (1982), გაეროს ადამიანის უფლებათა პაქტებისა და სამართლის ზოგადი პრინციპების შესახებ (იხ. ჩვენი მოსამზადებელი სამუშაო, მაგალითად, მოგონებები ბარანკო ველაზე, ტომი პირველი. 2015 წელი. 45-ე გვ. და მომდევნო გვერდები). უნდა გავიხსენოთ, ასევე კოსმოსის სამართალი წარმოდგენილ ტექსტებში, ისევე როგორც „გლობალური საზოგადოების ეროვნული საკონსტიტუციო სამართალი“, ანუ კონსტიტუციური სახელმწიფოს ტექსტები, რომლებიც მსოფლიოში მშვიდობას, ადამიანის უფლებებსა და ჰუმანურობას შეესატყვისება (მაგალითად, პრეამბულა და ძირითადი კანონის პირველი მუხლის მე-2 ქვეპუნქტი და შვეიცარიაში ფედერალურ და კანტონების დონეზე). აქ თავს იყრის ჩემი ოთხივე კატეგორია „კონსტიტუციონალიზმის“ ცნებისთვის. თავისთავად, სამწუხაროდ, არსებობს გასვლის შემთხვევები: მაგალითად, აშშ-ის გასვლა UNESCO-დან ანდა გარემოს დაცვის პარიზის კონვენციიდან. ე.წ. ატომური იარაღის აკრძალვის შესახებ გაეროს კონვენცია მომავლის საწინააღმდეგო აქტია. საერთაშორისო საკონსტიტუციო სასამართლოების მნიშვნელოვან შემოჭრაზე იყო კვლავ საუბარი (ბოგდანდი/ვენცკე, „ვისი სახელით?“ - საერთაშორისო სასამართლოები გლობალური მმართველობის პერიოდში, 2014).

მრავალი თემა გადადის მთლიანად ან ნაწილობრივ ეროვნული კონსტიტუციური სახელმწიფოდან საერთაშორისო სამართალში და მისი ნაწილობრივი მონესრიგების ქვეშ ექცევა. ამის მაგალითია 1976 წლის ადამიანის უფლებების ორივე პაქტი (ოქმებითურთ): რომლებიც გამსჭვალულია 1776 და 1789 წლების და სხვა დიდი ტექსტების სულისკვეთებით და, ასევე ადამიანის უფლებების სხვა მრავალი კატალოგი, განსაკუთრებით კი, ბოლო დროის სამართლებრივი სახელმწიფოს მოზაიკა - საერთაშორისო სასამართლოების მზარდი რიცხვის გათვალისწინებითა და ძალაუფლებათა გამიჯვნის ელემენტებით (სასამართლოს დამოუკიდებლობა). ნაწილობრივი კონსტიტუციები ამ გაგებით, უპირველესად, არის გაეროს წესდება (1945) და გაეროს მრავალრიცხოვანი კონვენციები. უნდა ვახსენოთ

რასობრივი დისკრიმინაციის აღმოფხვრის (1966), წამების აკრძალვის (1984), ბავშვთა უფლებების (1989), შეზღუდული შესაძლებლობების მქონე პირთა შესახებ კონვენციები (2006), ასევე საერთაშორისო სასამართლოების სტატუტები, როგორცაა გაეროს საერთაშორისო სასამართლო ჰააგაში (1945) და საერთაშორისო საზღვაო სასამართლო ჰამბურგში.

ცნება „ნაწილობრივი კონსტიტუციები“ გამოიყენება განსაკუთრებით საერთაშორისო სამართლისთვის: ხელშეკრულებები, ფაქტობრივად და სამართლებრივად, კონსტიტუციის მსგავსად, ხანგრძლივი მოქმედებისაა. შემდეგი მთავარი ცნებებია სამართლის მოქმედება სივრცეში. მსოფლიო საზოგადოების მიერ აღებული თემების მნიშვნელობა, მათი ფასეულობა ცალსახაა, ასეთია კონვენცია გენოციდის წინააღმდეგ (1948), ველური ფაუნისა და ფლორის სახეობათა დაცვის (1973), საერთაშორისო ჰუმანიტარული სამართლის და საერთაშორისო გარემოს დაცვის კონვენციები (1979/85/87/92/97). საქმე გვაქვს საორიენტაციო ღირებულებებთან, იდეალებთან ანდა მაღალმნიშვნელოვან პრინციპებთან, როგორცაა სამართლიანობა, მსოფლიო მშვიდობა, კაცობრიობის ინტერესები, ადამიანის ღირსება, რომლებიც ნაწილობრივ გამომდინარეობს ეროვნული საკონსტიტუციო სამართლიდან. ასევე უნდა გავიხსენოთ ლტოლვილთა საერთაშორისო-სამართლებრივ სტატუსში (1951/67) არსებული სამართლებრივი და სოციალური სახელმწიფოს ელემენტები, ისევე როგორც სავალდებულო საერთაშორისო სამართლის გვერდით არსებული სამართლის ზოგადი პრინციპები, მაგალითად, კეთილსინდისიერების პრინციპი; იგი დაცულია ცალსახად ცალკეულ საერთაშორისო სამართლებრივ დოკუმენტებში (1945 წლის გაეროს წესდების მე-2 მუხლის მე-2 აბზაცი, ხელშეკრულებების შესახებ ვენის 1961 წლის კონვენციის 31-ე მუხლის პირველი აბზაცი) და აღიარებულია კლასიკურად ეროვნული სახელმწიფოების კერძო სამართლის დიდი კოდიფიკაციების პერიოდებიდან. ეს ნორმები იმიტომაცაა კონსტიტუციური, რომ კონკრეტულ დარგში ან სივრცეში ძალაუფლების ყოველი ტიპის შეზღუდვას ცდილობს. „სტიმული ან ბარიერი“ არის სმენდის კონსტიტუციური გაგების ელემენტი. იგივე ითქმის მრავალი საერთაშორისო-სამართლებრივი პრინციპის, აგრეთვე კონსტიტუციის შოინერსისეული გაგების მიმართ, კონსტიტუცია როგორც „ნორმა და ამოცანა“; ამ შემთხვევაში: საერთაშორისო სამართალი, როგორც ნორმა და ამოცანა, რომელიც აიყვანება „საერთაშორისო სამართლის პოლიტიკამდე“, რომელიც მინდობილი აქვს მრავალ აქტორს, მათ შორის იურისტთა კომისიებს „საერთაშორისო სამართლის კომისიის“ ჩათვლით.

აღსანიშნავია დიფუზია საერთაშორისო სამართლის ნაწილობრივ კონსტიტუციებსა და ეროვნულ ნაწილობრივ კონსტიტუციებს შორის. ვაკვირდებით სამართლის პრინციპების ურთიერთკავშირს, აღებ-მიცემობას კოოპერაციულ, კოსმოპოლიტურ

კონსტიტუციურ სახელმწიფოსა და საერთაშორისო სამართალს შორის. გავიხსენოთ ბავშვთა უფლებები, მონობის აკრძალვა, ბიომრავალფეროვნებისა და კულტურული მემკვიდრეობის ძეგლების დაცვა. მონმენი ვართ კლასიკური შიდა და გარე სქემების მოდიფიცირების. ტრადიციული გათიშვის აზროვნებამ თავისი დრო მოჭამა. შედეგად შემოდის სუბიექტური საერთაშორისო სამართალი (პეტერსი). ჯერ კიდევ, 1997 წელს განვაავითარე მსოფლიო ადამიანის სტატუსის (status mundialis hominis) თემა.

განსაკუთრებით უნდა განვიხილოთ პოლიტიკური და სამართლებრივი ურთიერთ-დამოკიდებულება კონსტიტუციური ცხოვრების სამ ფორმას ანუ სამ კულტურულ სივრცეს შორის. არსებობს მჭიდრო ქსელები, ინტერაქციები და დიფუზიური პროცესები, ასევე მითითება და განახლება, მიგრირება და მიკვლევა კოოპერაციულ კონსტიტუციურ სახელმწიფოსა, ერთი მხრივ, და რეგიონალურ, ტრანსნაციონალურ კონსტიტუციურ გაერთიანებებს ანდა სახელმწიფოთა საერთაშორისო თანამეგობრობას შორის, მეორე მხრივ (მთავარი ცნებები 1978 წლიდან: „ლიაობა“). ჩვენ ვაკვირდებით ტექსტების და სასამართლო გადაწყვეტილებების კოსმოსურ და ტრანსფორმაციის პროცესს, ასევე პოლიტიკასთან მიმართებით. ადამიანის უფლებების იდეა ეროვნულიდან საერთაშორისო კონტექსტში „გადავიდა“. ევროპის კავშირის ძირითადი უფლებები მრავალი ეროვნული მოდელისა და მათი კონსტიტუციური სინამდვილისკენაა ორიენტირებული. ისინი, თავის მხრივ, ეროვნულ კონსტიტუციებზე უკუქმედებენ. იგივე ითქმის ძალაუფლებათა გამიჯვნის წინაფორმაზე, კერძოდ ე.წ. ინსტიტუციონალურ წონასწორობაზე ევროპის კავშირში. კონსტიტუციონალიზებულ საერთაშორისო სამართლებრივ დონეზე ვხედავთ ამოცანათა მდიდარ კატალოგს, რომლებიც არსებობს ეროვნული კონსტიტუციური პროტორმებიდან და სამაგალითო მოდელებიდან. დემოკრატიის ელემენტი შეიმჩნევა გაეროშიც კი (გენერალური ასამბლეა, გაეროს ადამიანის უფლებათა საბჭო აქენევაში), განსაკუთრებით ევროპის კავშირში ევროპის პარლამენტის სახით. ცხადად ჩანს წარმოებისა და რეცეფციის სამართლებრივი პროცესი ხსენებულ სამ კონსტიტუციურ მოდელს ანდა კულტურულ სივრცეს შორის მესამე ხელისუფლებასთან მიმართებით. საერთაშორისო სასამართლოები და მათი შემოჭრა, როგორც საერთაშორისო სამართლის კონსტიტუციონალიზების მექანიზმი, ძნელია გადაჭარბებულად შეფასდეს. საუბრობენ უკვე საკონსტიტუციო სასამართლოების „დილოგზე“ (იხ. ასევე ფოსკულე, ევროპული საკონსტიტუციო სასამართლოთა კავშირი, სახელმწიფო სამართლის ჟურნალი. 2010, გვ. 1 და შემდგომ). სასამართლოს განსაკუთრებული მოსაზრება, როგორც „ალტერნატიული სასამართლო პრაქტიკა“, გრძელვადიან პერსპექტივაში სასარგებლოა. უნივერსალური იურისპრუდენცია შესაძლებელი ხდება, უპირველესად კი, განმარტების მეთოდებით.

დისკუსია მიმდინარეობს იმის თაობაზეც, თუ რამდენადაა საჭირო საერთაშორისო სასამართლოებში ეროვნული მოსამართლეების განწესება. ჩემი აზრით, საჭიროა.

უნდა ვახსენოთ, სამწუხაროდ, ასევე კონსტიტუციონალიზმის კრიზისები და გამოწვევები სამივე სამართლებრივად სტრუქტურირებულ კულტურულ სივრცეში. გავიხსენოთ საერთაშორისო ტერორიზმი, გლობალური საფინანსო კრიზისები, ფინანსური კაპიტალიზმის გადაჭარბებული მომჭირნეობა, კლიმატის აშკარა ცვლილება, აღზევებული აგრესიული ნაციონალიზმი, ინტერნეტი როგორც ლეგალური და სახელმწიფოსგან თავისუფალი სივრცე, მზარდი კორუფცია, საერთაშორისო საგადასახადო სავანეები, „ყალბი ინფორმაციის“ გავრცელება და სიძულვილის ენა, ევრეთნოდებული ისლამური სახელმწიფო, ომები, შიმშილი, კიბერთავდასხმები, მიგრაციის ტალღები, სამხედრო ხარჯების ასტრონომიული ზრდა და არც თუ უკანასკნელ შემთხვევაში, უკანონო სეპარატისტული მცდელობები, როგორცაც ადგილი ჰქონდა კატალონიაში, სახიფათო „პარალელური საზოგადოებები“, რომლებიც კითხვის ნიშნის ქვეშ აყენებს მშვიდობიან თანაარსებობას (მაგალითად, ისლამის პარალელური მართლმსაჯულება გერმანიაში, გეტოები დანიაში). კონსტიტუციონალიზმი, პოლიტიკური და მეცნიერული თვალსაზრისით, უდიდესი გამოწვევები წინაშეა, ისევე როგორც ბაზრის შეზღუდვის მხრივ, რომელიც მხოლოდ ინსტრუმენტული მნიშვნელობისაა და თვითმიზანს არ წარმოადგენს. გეოპოლიტიკურ ძალთა ცვლილებებზე აშშ-ს, რუსეთსა და ჩინეთს შორის საერთოდ არ ვსაუბრობთ. მხოლოდ „მსოფლიო სულს“ შეუძლია გაიგოს ეს სურათი მთლიანობაში. შეგვიძლია მხოლოდ მივყვეთ ნაბიჯ-ნაბიჯ და შევიმუშავოთ ზუსტი რეფორმები ევროპის კავშირში მაგალითად, მკაფიო გამიჯვნა თავშესაფრის მაძიებელთა და მიგრანტებს შორის. ჩვენს კონტინენტზე ევროპისადმი კრიტიკულად განწყობილი პარტიების მზარდი რიცხვი უარყოფით ანოტაციას იძლევა.

II. კონსტიტუციონალიზმის აქტორები

კონსტიტუციონალიზმის ჩემეული თეორიის სტრუქტურაში მოხსენიებულია აქტორები, ანუ მოაზროვნე ადამიანები, ქმედითი ორგანოები და ინსტიტუტები. ისტორიულად აქ, უპირველესად, დიდ როლს თამაშობს ეროვნული სახელმწიფო, რომელიც ისტორიის მსვლელობაში გადაიქცა კონსტიტუციურ სახელმწიფოდ. ცალკეულ სახელმწიფოთა პოლიტიკოსები, რეგიონალური, ტრანსნაციონალური კონსტიტუციური გაერთიანებებისა და საერთაშორისო სცენის პოლიტიკოსები მოხსენიებული არიან აქტორებად კონსტიტუციონალიზმის მზარდ პროცესებში. გაერო მნიშვნელოვანი აქტორია, მისი ორგანოებით და თანამშრომლებით, თუმცა უშიშროების საბჭო ნიუ-ორკში ხშირადაა ბლოკირებული. ეროვნულ დონეზე უნდა გავიხსენოთ ის აქტორები, რომლებმაც, „მამისა და დედის“ მსგავსად, განავითარეს

თავიანთი კონსტიტუციები. ვცხადებ აშშ-ს ფედერალისტურ წერილებს და ბონის 1949 წლის საპარლამენტო საკონსტიტუციო საბჭოს წევრებს: ესენია კარლო შმიდი და ჰოისი. არ უნდა დავივიწყოთ ევროპაში ვენტოტენეს მანიფესტის (1945) იტალიელი ავტორები, ასევე დიდი ევროპელი პოლიტიკოსები: დე კასპერი, ჩე დე გაულე, ჟან მონეტი და კოლი, ასევე ჰალშტაინი და დელორსი. აუცილებლად უნდა ვახსენოთ დიდი სახელმწიფო მოღვაწეები, რომლებმაც თავიანთ ხალხს კონსტიტუციური თავისუფლება მოუტანეს, ღია საზოგადოება ჩამოაყალიბეს და, ამდენად კონსტიტუციონალიზმში შეიყვანეს. ესენია: ჰაველი ჩეხო-სლოვაკეთში და მანდელა სამხრეთ აფრიკაში, მანამდე კი ბოლივარი ლათინურ ამერიკაში. ცენტრალური ადგილი უჭირავთ კონსტიტუციონალისტ იურისტებს ან იმ პიროვნებებს, რომლებმაც საკუთარი ნააზრევით კონსტიტუციურ სახელმწიფოს მიმართულება მისცეს და „კონსტიტუციური ცხოვრების კლასიკური ტექსტები“ (1981) შექმნეს: ლოკი, მონტესკიე, რუსო, ტოკვილი, ასევე კანტი, გარკვეულწილად ჰეგელი და ბოლოს ჯონასი (პასუხისმგებლობის პრინციპი) - გერმანიაში ვაიმარის კლასიციზმი. აქტორების ამ ცხრილში, თვითონ მნიშვნელობით, არც თუ უკანასკნელ რიგში არიან საერთაშორისო მოსამართლეები, როგორც კონსტიტუციონალისტი იურისტები და აქტორები. მესამე ხელისუფლების მნიშვნელობა თავისი დამოუკიდებლობით და სპეციფიკური მეთოდებით, კონსტიტუციონალიზმისთვის გაღებული წვლილის თვალსაზრისით, არ შეიძლება გადაჭარბებულად შეფასდეს (მაგალითად, ლუქსემბურგში, სტრასბურგში, კოსტა რიკაში). აშშ-ში იგი არის უკანასკნელი დაცვა პრეზიდენტ ტრამპისგან. მესამე ხელისუფლება დღეს საფრთხეშია თურქეთში და ასევე პოლონეთში (აღსანიშნავია, რომ აქ საკონსტიტუციო საპროცესო სამართლით დარღვეულია ევროპის კავშირის ძალაუფლებათა გამიჯვნის ძირითადი ღირებულებები). მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლოს 2018 წლის ახალი განჩინება, მოსამართლეთა დამოუკიდებლობისა და ეფექტიანი სამართლებრივი დაცვის მოთხოვნის შესახებ, ამ პრინციპებს მიიჩნევს წევრი ქვეყნების „საერთო კონსტიტუციონალურ ტრადიციად“.

ნაწილობრივი კონსტიტუციების მიმდინარე გაცვლითი პროცესები აქტორთა პლურალიზმით ხასიათდება. აქტორები არიან ცალკეული სახელმწიფოები, არასამთავრობო ორგანიზაციები, ეროვნული სასამართლოები, საერთაშორისო სასამართლოები, როგორცაა გაეროს ტრიბუნალი მესამე ხელისუფლების დამოუკიდებლობის შიდასახელმწიფოებრივი მოდელის მსგავსად, შემდეგ საერთაშორისო ორგანიზაციები და, ბოლოს, ასევე მოქალაქეები, რომლებიც საკუთარ ძირითად თავისუფლებებს და სოციალურ უფლებებს ახორციელებენ (ეროვნულ თუ საერთაშორისო დონეზე). მჭიდრო კავშირი მყარდება ეროვნულ კონსტიტუციურ უფლებებს, საკონსტიტუციო სასამართლოებსა და საერთაშორისო

სამართალს შორის. უკანასკნელ რიგში როდია დასახელებული მეცნიერება: „სხვადასხვა ერის საერთაშორისო სამართლის ყველაზე ნიჭიერი იურისტები“ (1945 წლის საერთაშორისო სასამართლოს სტატუტის 38.1 მუხლი) არიან, ასევე გრძელვადიან პერსპექტივაში აქტორები, ისევე როგორც ეროვნული და რეგიონალური სამეცნიერო გაერთიანებები, როგორც სწავლულთა გლობალური რესპუბლიკის ნაწილი.

ეროვნული, რეგიონალური და საერთაშორისო-სამართლებრივი ნაწილობრივი კონსტიტუციების ამ თეზებს მივყავართ მხოლოდ გლობალური კონსტიტუციონალიზმისკენ და არა მსოფლიო სამართლისკენ და არც მსოფლიო სახელმწიფოსკენ. ტერმინი „მსოფლიო სამართლის კულტურა“ ზედმინვენით ზუსტად უნდა იქნას გამოყენებული, მაგალითად, კულტურული მემკვიდრეობის (1972) და კულტურული თვითგამოხატვის მრავალფეროვნების დაცვის (2005), ასევე არამატერიალური კულტურული მემკვიდრეობის დაცვის UNESCO-ს (2003/13), სიკვდილით დასჯის აკრძალვის (1989) და მეკობრეობასთან ბრძოლის შესახებ კონვენციების მიმართ.

„კონსტიტუციური პოლიტიკის“ გარკვეული დისციპლინები კონსტიტუციონალიზმის სამივე განხილულ სამუშაო სფეროში შესაძლოა მხოლოდ ანოტაციად მივიღოთ, ასევე ხიდად მუშაობის მესამე მეთოდზე გადასასვლელად, განსაკუთრებით მეცნიერებისკენ.

III. კვლევის მეთოდები კონსტიტუციონალიზმში

მხოლოდ კონსტიტუციონალისტი იურისტი გვაქვს მხედველობაში (მკვლევარი და საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლე), რომელიც მოღვაწეობს და მოთხოვნადია მსოფლიო მამტაბით. კონსტიტუციონალიზმის დარგში ჩემ მიერ დასახელებულ სხვა აქტორთა მუშაობის მეთოდები განსაკუთრებით უნდა ყოფილიყო განხილული, მაგალითად, იმ პოლიტიკოსთა მუშაობის ყაიდა, რომლებიც ემსახურებიან საკონსტიტუციო პოლიტიკას, ან იმ ეკონომისტების, ისტორიკოსების, პოლიტოლოგებისა და საბუნებისმეტყველო მეცნიერთა საქმიანობა, რომლებსაც რჩევებს ეკითხებიან. კონსტიტუციონალისტი იურისტების მიმართებით უნდა ითქვას, რომ ისინი დაინტერესებულნი არიან „უნივერსალური იურისპრუდენციის“ განვითარებით. ამიტომ, სულ მცირე, რამდენიმე სიტყვა უნდა ითქვას იმ მეთოდებზე, რომლებსაც ისინი იყენებენ და დისციპლინას ქმნიან - მოთხოვნადია დარგობრივი სპეციფიკური მეთოდების მოძღვრება, რადგან, მაგალითად, სისხლის სამართალში რაღაც ცნება სულ სხვარიგად უნდა დამუშავდეს, ვიდრე საკონსტიტუციო სამართალში (ამასთან იხ. ასევე ჯაკაბი, ევროპის კონსტიტუციური ენა, 2016). კონსტიტუციონალისტი, იქნება ეს ეროვნული,

რეგიონალური თუ უნივერსალური, დღეს შემდეგი მეთოდებით უნდა მუშაობდეს: კონსტიტუციის შედარებითი მეთოდი, როგორც განმარტების „მეხუთე“ მეთოდი (1989), ტექსტის საფეხურეობრივი პარადიგმის მეთოდი, რომელიც კონსტიტუციის ტექსტების წარმოებისა და რეცეფციის მსოფლიო პროცესებს, ისევე როგორც მათ გამოყენებას, „მიყოლას“ (კონსტიტუციური სინამდვილის: მაგალითად, შვეიცარიის 1999 წლის ფედერალური კონსტიტუცია) და განახლებას მოიცავს, და კონსტიტუციის კონტექსტუალური შედარების მეთოდი: 1979 წელს დაწყებული და ჩემ მიერ 2005 წლის რომის ლექციაში განვითარებული მთავარი ცნება: „კონსტიტუციის შედარება როგორც კონტექსტის მეტყველება“. გავიხსენოთ, უპირველესად, კულტურული კონტექსტი, მითითება კეთდება ცნობილ, ახალ კონსტიტუციებში ხშირად არსებულ ფორმულირებაზე: „თუ კონტექსტი სხვაგვარად არ ითხოვს“ - გამარტივებული ფორმულირებით: „განმარტე გააზრებით“, „კონტექსტიდან გამომდინარე“. დროის ნაკლებობის გამო მხოლოდ ეს მთავარი ცნებები დავამუშავეთ. უნდა გვახსოვდეს მუდმივად, რომ ჩვენი მეცნიერება არის მხოლოდ აქტორი სხვა აქტორებს შორის, როდესაც ვსაუბრობთ კონსტიტუციური სახელმწიფოს უწყვეტ განვითარებაზე და მის რეგიონალურ და გლობალურ კონტურებზე სამ კულტურულ სივრცეში. ეს ჩვენი პროექტია. შვეიცარიამ თავისი ფედერალური კონსტიტუციის ზოგადი გადასინჯვის დროს, 80-იან და 90-იან წლებში, სამაგალითოდ იმუშავა მრავალ ტექსტობრივ ალტერნატივაზე.

ინკურსი: აფრიკის კონსტიტუციონალიზმი ჩამოყალიბების პროცესში

აფრიკა, როგორც კონტინენტი და მისი 55 ცალკეული სახელმწიფო მრავალ დისციპლინაში, მათ შორის პოლიტიკურად, ბოლო დროს, მეცნიერთა და პოლიტიკოსთა ყურადღებას იპყრობს. გავიხსენოთ აფრიკული „წარმოშობის ქვეყნების“ ირგვლივ არსებული წინააღმდეგობრიობა, რომლის მიგრანტები გამოძევებული იქნენ ევროპიდან (იტალია განსაკუთრებით ჩამორჩება ევროპული სოლიდარობის საქმეს). აღსანიშნავია საფრანგეთის პრეზიდენტის, მაკრონის ინიციატივა ევროპული კოლონიური მმართველობის დროს ნაძარცვი კულტურული ქონების უკანდაბრუნების თაობაზე. აფრიკის კულტურული მემკვიდრეობა ევროპის მუზეუმებიდან წარმოშობის ქვეყნებში უნდა დაბრუნდეს. მაკრონმა 2018 წელს წამოიწყო ევროპის კავშირის პროგრამა მთავარი ცნებით: საჰელის ზონა როგორც „კულტურის ადგილი“. იმდროინდელ ევროპულ სახელმწიფო-მეტროპოლიებს ბევრი მიზეზის გამო სინდისი სუფთა არ უნდა ჰქონოდათ. აუცილებელია დავიცადოთ და ვნახოთ, როგორ არის შესაძლებელი ევროპის დახმარებით აფრიკის ქვეყნებში შემცირდეს ექსპლუატაცია, ტანჯვა, სიღატაკე და შიმშილი. ეს ნამდვილად საუკუნის

ამოცანაა. დამაიმედებელია, რომ დღეს UNESCO-ს მსოფლიო მემკვიდრეობის მრავალი ღირსშესანიშნავი ადგილი მდებარეობს აფრიკაში. უნდა ვახსენოთ ჩინეთის განსაკუთრებული მონაწილეობა აფრიკაში, რომელიც, გეოპოლიტიკური მიზნებით, ინფრასტრუქტურას, როგორცაა პორტები (ჯიბუტი), რკინიგზა და სხვა პროექტები, აფინანსებს (ჩინეთმა, ასევე შეიძინა პიერიის პორტი, რაც საკმაოდ მტკივნეულია ჩვენთვის). ეს ყოველივე გეოპოლიტიკურ ფონად განიხილება, როცა ქვემოთ მოკლედ მიმოვიხილავთ აფრიკის კონსტიტუციონალიზმს. საჭირო იქნება დრო, ვიდრე აქ სრულყოფილი „კონსტიტუციური კულტურა“ აღმოცენდება ჩემი 1982 წლის წინადადების მნიშვნელობით (სამხრეთ აფრიკის 1996 წლის კონსტიტუცია, როგორც ტექსტი, ამის კარგი მაგალითია).

შესამჩნევია აფრიკის საწყისი კონსტიტუციონალიზება, რომელიც იქმნება ეროვნული კონსტიტუციებისგან, ასევე რეგიონალური გაერთიანებებისგან, როგორცაა აფრიკის კავშირი და დასავლეთ აფრიკის სახელმწიფოთა თანამეგობრობა (საკონსტიტუციო სასამართლოს არსებობით). ამდენად, არსებობს „აფრიკული საზოგადოება“. ქვემოთ დამუშავებულია მხოლოდ რამდენიმე კრეატიული ტექსტობრივი მახასიათებელი ეროვნული კონსტიტუციებიდან. აქაც შესაძლებელია მხოლოდ შერჩევა. სამხრეთ აფრიკის (1996), კენიის (2010), ანგოლის (2010) და ტუნისის (2014) კონსტიტუციათა მრავალი ტექსტი კრეატიულია. აქაც, როგორც მსოფლიოს სხვა კუთხეში, არსებობს ურთიერთგაცვლის სასარგებლო პროცესები. ასე ჩნდება „მშვიდობის კულტურის“ დიდი ცნება ჯერ სლოვენიაში (1991), შემდეგ უმბრიაში (2005), ისევე როგორც ესპანეთის რამდენიმე რეგიონალურ ტექსტში, მოგვიანებით კი ლათინური ამერიკის ქვეყნებში და, საბოლოოდ, სამხრეთ სუდანის კონსტიტუციაში (2011). შეიძლება ვისაუბროთ „კონსტიტუციისმდებელთა ღია საზოგადოებაზე“ მსოფლიო მასშტაბით. მხოლოდ სახელდახელოდაა ჩამოთვლილი შემდეგი კონსტიტუციური სინამდვილის სფეროები, რომლებსაც აფრიკელი კონსტიტუციისმდებლები ამდიდრებენ და, ამდენად, შეიძლება უკვე ვისაუბროთ აფრიკულ კონსტიტუციონალიზმზე, რომელსაც ადამიანის და აფრიკის ხალხთა უფლებების ბანჯულის ქარტია (1986) მიეკუთვნება.

განსაკუთრებით ნაყოფიერია კონსტიტუციათა პრეამბულები. ისინი ქმნიან ქვეყნის მნიშვნელოვან ნარატივს, როგორც კონსტიტუციონალიზმის გულს, ფორმალური და შინაარსობრივი თვალსაზრისით, ღირსეულად. კულტუროლოგიური თვალთახედვით, პრეამბულა პროლოგი და პრელუდიაა, მსგავსად პოეზიასა და მუსიკაში. ხშირად პრეამბულა იმსახურებს სახელწოდებას „ტექსტის ღირებულება“. პრეამბულა სამოქალაქო და საზოგადოებრივ ენით მიუთითებს ქვეყნის ისტორიაზე, ის აკავშირებს ტექსტს დღევანდელიობასთან და მაღალფარდოვანი სიტყვებით გვთავაზობს კონსტიტუციურ მომავალს. ერთად აღებული ესაა აფრიკული

კონსტიტუცია და სახელმძღვანელო. აქ წარმოდგენილია კონსტიტუციური სახელმწიფოს ძირითადი ღირებულებები. მათ უნდა „იზიარებდეს“ მოქალაქე ზედმინევნით. რამდენიმე მაგალითი: მალის კონსტიტუცია (1992) ხაზს უსვამს „გმირული ბრძოლის ტრადიციებს“ და საუბრობს „პლურალისტურ დემოკრატიაზე“, ასევე „კულტურულ და ლინგვისტურ მრავალფეროვნებაზე“, მშვიდობის აუცილებლობაზე. მალავის (1994) პრეამბულაში ნათქვამია კაცობრიობის ერთიანობაზე და მშვიდობიან საერთაშორისო ურთიერთობებზე. ნიგერიის (1999) პრეამბულა, რომელიც იწყება სიტყვებით „ჩვენ ხალხი“, ეძღვნება „შიდაათრიკულ სოლიდარობას“ და კარგ მმართველობას, სურვილებს ყველა ადამიანის კეთილდღეობის თაობაზე (ნიგერია ბოლო დროს წარმოდგება პრესტორიული ნოქის კულტურის ხელახალ აღმოჩენად). ანგოლას ყოველმხრივ სრულყოფილი კონსტიტუცია (2010) საუბრობს „კოლონიური დაპყრობის“ წინააღმდეგ ბრძოლაზე, იაზრებს „საერთო ისტორიისა და კულტურის სიბრძნეს“ და შთაგონებულია „აფრიკული ტრადიციის საუკეთესო სწავლებებით“, რომლებიც ქმნის ანგოლის კულტურისა და იდენტობის ფუნდამენტს; იგი, ასევე ხედავს თავს „ტოლერანტობის კულტურისგან“ კვეთილად. ადამიანის ღირსება თანაბრადაა გარანტირებული, ისევე როგორც ძალაუფლებათა გამიჯვნა და შებოჭვა, ასევე საბაზრო ეკონომიკის სისტემა. საბოლოოდ, კონსტიტუცია ადგენს „მომავალი თაობებისთვის მემკვიდრეობის“ ვალდებულებას. სამხრეთ-სუდანის (2011) პრეამბულა, რომელიც იწყება სიტყვებით „ჩვენ ხალხი“, მესხიერებაში აღძრავს „სამართლიანობის, თავისუფლების, თანასწორობისა და ღირსებისთვის ხანგრძლივ და გმირულ ბრძოლას“ და, ასევე, ითხოვს ბუნებრივი რესურსების მდგრად გამოყენებას დღევანდელი და მომავალი თაობებისთვის „ისლამის სულისკვეთებით, სიკეთისა და ქვეყნისადმი სიყვარულით“. როგორი იდეალიზმია!

რამდენიმე სიტყვა ძირითადი უფლებების კატალოგის შესახებ: აქ კლასიკური ძირითადი უფლებების გვერდით გვაქვს ახალი თემები, მაგალითად ახალგაზრდათა, ხანდაზმულთა და უნარშემოღებულთა დაცვის შესახებ, ხოლო ძირითადი უფლებების შემზღვევა და განმარტების განსაკუთრებული წესები შეიცავს არსებით გარანტიებს. ხშირად ფიგურირებს კულტურული ნააზრევი და განათლება - გავისხენოთ ჩემი ძველი იდეა „კონსტიტუცია როგორც განმანათლებლობის მიზანი“. მრავალი საკითხი რეგულირდება კონსტიტუციური ვალდებულებების ფორმით. ჩნდება სრულიად ახალი ორგანოები და ინსტიტუციები, როგორიცაა ადამიანის უფლებათა და სხვა ცხოვრებისეულ სფეროთა, მაგალითად, მედიის, კორუფციის წინააღმდეგ ბრძოლის კომისიები. მონაწილეობის უფლება, თავისთავად, ნორმირებულია. საბოლოოდ, ნახსენებია საპრეზიდენტო ხელისუფლების მშვიდობიანი შეცვლის აუცილებლობა, რაც, მიუხედავად

კონსტიტუციის ტექსტებისა, კონსტიტუციურ სინამდვილეში არ არის ხშირი ან მხოლოდ ზენოლის ქვეშ ხდება, შეგვიძლია გავიხსენოთ ბოლო დროის მაგალითები სამხრეთ აფრიკასა და ზიმბაბვეში.

ამდენად, აფრიკა აცხადებს პრეტენზიას გახდეს „კონსტიტუციონალიზმის ახალი თემებისა და ფიგურების ანდა კონსტიტუციის ტექსტების „შექმნის ადგილი“ და ლაბორატორია. თავისთავად: განსხვავება საკონსტიტუციო სამართალსა და კონსტიტუციურ სინამდვილეს შორის, ხშირად, ძალზედ მტკივნეულია - ამიტომაც არ არსებობს ალბათ, ჯერ ჯიდეგ, „საერთააფრიკული საკონსტიტუციო სამართალი“. კონსტიტუციის ნორმატიული (ჰესესე) ძალა, ჯერ კიდევ, არაა ყველგან განცდილი და განხორციელებული. კონსტიტუციონალიზმის სოციალურ-ეკონომიკური პირობები აფრიკაში ნაკლებადაა დაკმაყოფილებული (შრომითი უფლებები, სწავლა-განათლება, ჯანმრთელობა, მშვიდობა, კეთილდღეობის მინიმალური დონე, ინფრასტრუქტურა). აფრიკას, როგორც ჩანს, ექნება კონსტიტუციური მომავალი, მიუხედავად ზოგიერთი ავტორიტარული სტრუქტურის საფრთხისა (ამ კითხვას სვამს კემერერი თავის კონსტიტუციურ ბლოგში: არსებობს „გლობალური სამხრეთის კონსტიტუციონალიზმი“? (იხილეთ აქ: <https://verfassungsblog.de/quergelesen-gibt-es-einen-konstitutionalismus-globalen-suedens/>)). უშუალოდ იტალიის მეცნიერულ საზოგადოებას, როგორც არის აქ რომში, აფრიკასთან გეოგრაფიული სიახლოვის გამო, განსაკუთრებით ქმედითი შეუძლია იყოს და ადგილზე გასწიოს დახმარება.

მიმოხილვა:

ჩვენ, როგორც სამართლის მსახურთ, გვევალება მეცნიერების მტკივნეულ „საზღვრებს“ სახელი ვუწოდოთ. მეცნიერულ ოპტიმიზმს რთული დღე უდგას, მიუხედავად იმისა, რომ კონსტიტუციონალიზმი განგვანცობს კაცობრიობის მშვიდობის მსახურებისთვის (საერთაშორისო სამართალი, როგორც „კაცობრიობის საკონსტიტუციო სამართალი“, რომელშიც ჰანა არენდტისეულ „უფლებას უფლებებზე“ თავისი ფესვი აქვს გადგმული). ყველაფერი უნდა გავკვეთოთ იმისთვის, რომ კონსტიტუციონალიზმი მიმზიდველი დარჩეს ადამიანებისთვის. მეცნიერება წარმოვიდგინოთ როგორც ჭეშმარიტების მარადიული ძიება ფონ ჰუმბოლდტის გაგებით: აქ ვხედავთ პარალელს მესამე ხელისუფლების მიერ ჭეშმარიტების მსახურებასთან. ძირითადი კანონის ენით რომ ვთქვათ: მეცნიერების თავისუფლება და მართლმსაჯულების ადმინისტრირების ვალდებულება ჰარმონიაში მოდის (ძირითადი კანონის მე-5 მუხლის მე-3 პუნქტი) - კონსტიტუციონალიზმს აყალიბებს ჭეშმარიტების ძიება. კონსტიტუციონალიზმის სიცოცხლისუნარიანობა დასტურდება ახლადშექმნილი „ჭეშმარიტების დამდგენი კომისიებით“ სამხრეთ აფრიკიდან ტუნისამდე - ჭეშმარიტების ძიება უნდა იყოს ამოსავალი პრინციპი ყველა

პოლიტიკოსისთვის, სულ მცირე - კეთილსინდისიერება. თუმცა, კონსტიტუციონალიზმი არ შეიძლება იქცეს „კლიშედ“, მასაც აქვს საზღვრები და კრიზისები: საზღვრები ჩანს პოლიტიკის მხივ ცვალებადი, საპარლამენტო მოწყობის მანდატების, ელემენტარული უფლებებისა და სპეციალიზირებული სასამართლოების ფორმით, კრიზისები, როგორც იყო მრავლად წარმოდგენილი. კონსტიტუციონალიზმი მთლიანობაში თავის სამივე კულტურულ სივრცეში მშვიდობის მეცნიერებაა, იგი იმედის სიტყვაა და მზად უნდა იყოს რეფორმირებისა და პასუხისმგებლობისთვის, უნდა იყოს პროექტი და დროთა განმავლობაში უნდა (შესაძლოა) გახდეს რეალობა.

Konstitutionalismus als Projekt der Wissenschaft

Peter Häberle

I. Konstitutionelle Lebensformen und ihr intensiver politischer und rechtlicher Wirkungszusammenhang. 1) Der kooperative, weltoffene Verfassungsstaat. 2) Regionale, staatenübergreifende Verfassungsgemeinschaften als zweite politische Gestalt bzw. rechtliche Kategorie des Konstitutionalismus. 3) Konstitutionelle Momente im Völkerrecht als konstitutionelles Menschheitsrecht. II. Akteure in Sachen Konstitutionalismus. III. Arbeitsmethoden, insbesondere der Wissenschaft in Sachen Konstitutionalismus. Inkurs: Der werdende Konstitutionalismus in Afrika.

Ausblick

Vorweg einen besonderen Dank den Kollegen F. Lanchester und F. Balaguer. Jener ist „spiritus rector Romanus“ der heutigen Tagung, dieser, also F. Balaguer, hat unserem Kreis vor genau einem Jahr unvergessliche Tage in Granada geschenkt. Gleiches gilt in dankbarer Erinnerung für die Tagung in Montpellier zwei Jahre zuvor, mit den Kollegen D. Rousseau, A. Viala und S. Pinon. Alle Redner und Anwesende heute repräsentieren gemeinsam ein Stück universaler Gelehrtenrepublik im Zeichen des Konstitutionalismus. Sie arbeiten an der „Verfassung im Diskurs der Welt“ (1999) bzw. in der „Welt des Verfassungsstaates“ (2004), um die Titel von zwei mir zugehenden Festschriften früherer Jahre zu zitieren. Wir suchen Schritte auf dem Weg zur universalen Verfassungslehre. Die Redner haben eindrucksvoll Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft des Konstitutionalismus behandelt. Mir sind nur noch punktuelle Ergänzungen möglich, zumal ich nicht mehr im „Herbst des Mittelalters“ sondern im „Winter des Altertums“ lebe, selbst im Rom von heute. Rom ist zusammen mit Jerusalem, Athen, Florenz und Bologna Symbol der Geistigkeit Europas – bis heute. Die nächste Generation ist gefordert, diese vielfältige Kultur (auch Rechtskultur) weiterzutragen; zum Glück sind heute auf dieser Tagung auch junge Kollegen anwesend: Der wissenschaftliche Generationenvertrag lebt.

I. Konstitutionelle Lebensformen und ihr intensiver politischer und rechtlicher Wirkungszusammenhang

Vorweg vier wegleitende Charakteristika als erste Annäherung: Es geht dem Konstitutionalismus um hohe, ja höchste Werte wie Menschenrechte, Frieden, Gerechtigkeit, rechtsstaatliche Strukturen, Solidarität, Gemeinwohl, Sicherheit und Kooperation; er wirkt als Fundamentierung und zugleich Überhöhung einer ganzen Rechtsordnung, man darf von „Durchdringung“ sprechen (siehe in diesem Zusammenhang auch D. Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism*, 1992; N. Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, in: *Modern Law Review* 65 (2002), S. 317 ff.); sodann: der Konstitutionalismus ist in der Gestalt von Recht unterschiedlich differenziert, materiell und prozessual ausgeformt bzw. strukturiert – auch zur Beschränkung von Macht und Vermeidung von Bürgerkriegen sowie zur Schaffung von Frieden; überdies ist er auf Dauer gestellt und d.h. institutionalisiert; zuletzt: der Konstitutionalismus ist heute national, regional und universal wirksam, also räumlich verortet. Zum Raum kommt jetzt die Zeit, um ausnahmsweise Richard Wagner zu paraphrasieren. Konstitutionalismus ist als Kultur – mühsam genug – historisch geworden wie er ist; vor allem in den Jahresdaten 1776, 1787, 1789, 1848 in Nordamerika bzw. Europa und in Gestalt der Konstitutionalisierung Lateinamerikas im 19. Jahrhundert greifbar; nach 1945 wächst der Konstitutionalismus zum Teil auch in Afrika und Asien heran. Lateinamerika ist heute in unserem Kreis durch prominente Kollegen vertreten. Ich erwähne aus Peru D.G. Belaunde,

aus Brasilien G. Mendes, aus Mexiko D. Valades. Der Konstitutionalismus wird gegenwärtig weltweit trotz vieler nationaler und regionaler und internationaler Krisen gelebt und er steht hoffentlich auf der Tagesordnung der Zukunft. Vieles haben die exzellenten Referate erörtert. Manche sprechen freilich kritisch von „Hyperkonstitutionalisierung“ (zum Begriff N. Fischer, Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff. Zugleich eine Kritik der Hyperkonstitutionalisierung einfachen Verfahrensrechts, 2006), vor allem im Blick auf die EU, oder auch von „Dekonstitutionalisierung“ (vgl. F. Wollenschläger, Constitutionalisation and Deconstitutionalisation of Administrative Law in View of Europeanisation and Emancipation, in: Review of European Administrative Law 10 (2017), S. 7 ff.).

Im Folgenden seien drei Lebensformen des Konstitutionalismus in ihren drei Kulturräumen und ihr intensiver politischer und rechtlicher arbeitsteiliger Wirkungszusammenhang behandelt. Vorweg sei dem beliebten Begriff „multilevel constitutionalism“ (etwa I. Pernice) eine Absage erteilt. Seine Hierarchievorstellung ist fragwürdig: „Konstitutionelle Momente“ im Völkerrecht (angelehnt an die Arbeiten des US-amerikanischen Verfassungsrechtlers B. Ackermann etwa M. Kotzur, Konstitutionelle Momente? Gedanken über den Wandel im Völkerrecht, in: A. v. Arnould (Hrsg.), Völkerrechtsgeschichte(en). Historische Narrative und Konzepte im Wandel, 2017, S. 100 ff.) stehen nicht „oben“, das nationale und regionale Verfassungsrecht nicht „unten“, vielmehr geht es um differenzierte Ergänzungsverhältnisse (Stichwort: Komplementarität und Kooperation) – all dies im Dienste des nationalen, regionalen und internationalen Friedens. Der Konstitutionalismus macht die Gesellschaft zur offenen Gesellschaft und gibt dem Pluralismus von Ideen und Interessen Impulse, Rahmen und Sicherungen. Und: Der Begriff „Verfassung“ ist von seiner sehr deutschen Fixierung auf den Staat zu lösen. Das Privatrecht und das Strafrecht haben trotz des „Vorrangs der Verfassung“ ihre eigenen Propria und Rechtswahrheiten.

1) Der kooperative, weltoffene Verfassungsstaat

Der kooperative, weltoffene Verfassungsstaat, ein Theorievorschlag und wissenschaftliches Ideal seit 1978, lebt mit seinen typischen Inhalten, gewaltenteiligen Funktionen und Verfahren (für Deutschland: Art. 1, 20 und 92 GG) insbesondere mit der unabhängigen dritten Gewalt als „letztem“ Garanten der Grundrechte. Im kooperativen, weltoffenen Verfassungsstaat gibt es nur so viel Staat, wie die Verfassung konstituiert, um eine Wendung von R. Smend und A. Arndt aufzugreifen. Im deutschen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts war dies gerade nicht der Fall (Stichwort: Fürstensouveränität, monarchisches Prinzip, vorgegebene umfassende Staatsgewalt, nachträglich beschränkende Grundrechte und Stände bzw. Parlamente). Heute denken wir den in zahlreichen kooperativen Vernetzungen tätigen Verfassungsstaat von vorneherein als rechtsstaatliche Bürgerdemokratie. Die Bürger „geben sich“ ihre Verfassung, wie es in neuen ostdeutschen Landesverfassungen ausdrücklich heißt. Die Menschenwürdegarantie in Art. 1 GG ist für die pluralistische Demokratie nicht verfügbar, - sie ist eine Grenze der Volkssouveränität, die überhaupt in Frage zu stellen ist. Die pluralistische Demokratie ist die organisatorische Konsequenz der Menschenwürde. Freilich, wir können nicht davon absehen, dass der Verfassungsstaat in manchen Ländern zu autoritären Strukturen neigt (Beispiele sind heute die Türkei, wohl auch Ungarn, Ägypten und erst recht das sozialistische Venezuela). Der kooperative Verfassungsstaat lebt seine eigene nationale Verfassung heute nur noch als Teilverfassung. 2001 schlug der Verf. dieses Vortrags für Deutschland und andere EU-Länder den Begriff der „nationalen Teilverfassungen“ vor, die durch die Teilverfassungen des Europäischen Verfassungsrechts teils komplementär ergänzt, teils überlagert, teils kumuliert werden (zu alledem P. Häberle/M. Kotzur, Europäische Verfassungslehre, 8. Aufl. 2016). Brückenelemente zum Völkerrecht hin baut der kooperative Verfassungsstaat bzw. die „Völkerrechtsfreundlichkeit“ (BVerfG), im Blick auf Europa

auch die „Europarechtsfreundlichkeit“. W.v.Simson sprach früh von der „überstaatlichen Bedingtheit des Staates“. Heute ist der kooperative weltoffene Verfassungsstaat durch die Teilverfassungen des Völkerrechts bzw. des Europäischen Verfassungsrechts bedingt.

Ein besonderes Wort gelte den Nichtregierungsorganisationen, es fehlt bislang an einer Verfassungstheorie für sie (siehe aber M. Hempel, Die Völkerrechtssubjektivität internationaler nichtstaatlicher Organisationen, 1999). Ihre Aktivitäten sind ein Beleg für die Offenheit des nationalen, regionalen und internationalen Konstitutionalismus. NGO's sind national, regional und/oder international tätig. Hier einige Beispiele: klassisch wohl das Internationale Rote Kreuz, in unseren Tagen: „Ärzte ohne Grenzen“, „Reporter ohne Grenzen“, humanitäre Hilfsorganisationen wie der Malteser Hilfsdienst, Amnesty International, Greenpeace, Weißhelme und oxfam, transparency international, „Robin Wood“, WWF, Human Rights Watch. Zu differenzieren ist nach Strukturen, Aufgaben und Grenzen. NGO's, grundsätzlich positiv zu bewerten, sind theoretisch in die, auch in neueren Verfassungen getextete „Zivilgesellschaft“ einzuordnen (eine Fortentwicklung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft seit Hegel) – das klassische Ehrenamt gehört hierher. Im Ganzen liegt hier ein reiches Forschungsfeld, das den Konstitutionalismus direkt betrifft. Autoritäre Staaten neigen nämlich dazu, NGO's zu gängeln, zu verbieten oder doch zu begrenzen (etwa in Russland, Ungarn oder Ägypten), weil sie eine besondere Öffentlichkeit schaffen. Ein weiteres Wort zur Krise des Verfassungsstaates bzw. der Demokratie, die unter dem Stichwort „Populismus“ behandelt wird (siehe auch F. Wielenga/F. Hartleb, Populismus in der modernen Demokratie, 2011). Ich weigere mich, das Wort „populus“ dem Populismus zu überlassen. Denken wir an Cicero: res publica, res populi oder an Roms „senatus populusque romanus“. Denken wir an das berühmte „we the people“ in vielen Verfassungen. Denken wir an das Motto am Berliner Reichstag: „Dem deutschen Volk“. Denken wir an die dritte Gewalt, die in vielen Ländern schon konstitutionell ausdrücklich „im Namen des Volkes“ tätig ist. Der Populismus sei vorläufig wie folgt gekennzeichnet: Er ist institutionenfeindlich, antipluralistisch, antiparlamentarisch und antielitär, er geht von der Fiktion eines homogenen Volkswillens aus.

2) Regionale, staatenübergreifende Verfassungsgemeinschaften als zweite politische Gestalt bzw. rechtliche Kategorie des Konstitutionalismus

Auch hier sind die vier eingangs genannten Charakteristika mit zu denken. Als Beispiele, die sich alle erst nach 1945 entwickelt haben, seien die EU, der Europarat, der Mercosur, die OAS und die Afrikanische Union genannt. Der Europarat bleibt leider oft im Schatten der EU, obwohl die EMRK als „living instrument“ ein zentrales Element der „Verfassung Europas“ ist (Stichwort: Europäisierung als Konstitutionalisierung). Die Erkundung des „gemeineuropäischen Verfassungsrechts“ (1991) sei ebenso in Erinnerung gerufen wie die Europa-Artikel in nationalen Verfassungen sowie in italienischen und spanischen Regionalstatuten (Stichwort: „nationales Europaverfassungsrecht“). Der Verbundcharakter der EU wird zu Recht oft betont. Er ist besonders intensiv und dicht, behandelt in den Begriffen „Staatenverbund“, „Verfassungsverbund“ oder „Verfassungsgemeinschaft“ (ein Theorievorschlag von mir). Zum Teil sind Vorformen der Gewaltenteilung erkennbar, etwa in der EU. Auffällig ist das stetige Vordringen europäischer bzw. Internationaler Verfassungsgerichte. Meines Erachtens geht es heute nicht um ein „Mehr an Europa“, etwa in Gestalt einer Bankenunion oder Transferunion. Vielmehr ist eine Wiederbesinnung auf das Prinzip der Subsidiarität erforderlich. Geistesgeschichtlich verdanken wir diese der katholischen Soziallehre. In der Krise von heute rückt die altbekannte Idee eines „Europa der verschiedenen Geschwindigkeiten“ bzw. der „variablen Geometrie“ wieder in den Vordergrund. Die EU hat angesichts ihrer vielen Krisen allen Grund, auf ihr reiches kulturelles Erbe zu verweisen (Zu den fünf Krisen der EU: mein gleichnamiger Beitrag in: Percorsi costituzionali, 2015, S. 319

ff). Der Vorschlag des französischen Staatspräsidenten Macron 20 europäische Universitäten zu gründen, verdient großen Beifall.

Hier ein offenes Wort zum Desaster des Brexit (P. J. J. Welfens, Brexit aus Versehen. Europäische Union zwischen Desintegration und neuer EU, 2017): Der Austritt Großbritanniens aus der regionalen Verfassungsgemeinschaft der EU sollte die Ausnahme bleiben, auch kulturwissenschaftlich betrachtet ist er ein großes Unglück. Großbritannien seinerseits pflegt die Illusion eines „global Britain“. Vergessen wird, dass das britische Empire heute nur noch ein Schatten seiner selbst ist. Gelingt ein kooperativer Brexit? Bleibt wenigstens eine Sicherheitspartnerschaft und Zollunion zwischen Großbritannien und der EU? Hat der Brexit vielleicht eine Solidarisierung der 27 übrigen Mitgliedsstaaten bewirkt? Erlauben Sie bitte diese Provokation, sie ist geboren aus dem Schmerz, eine große Kultur zu verlieren (Stichwort von 2016: „Europarechtswissenschaft als Kulturwissenschaft“). Man denke an den bewährten Pragmatismus und die Erfahrungen Großbritanniens als ehemalige Weltmacht. Wiederholt sei, dass meine vier Charakteristika für die wissenschaftliche Annäherung an den Konstitutionalismus auch in den regionalen, staatenübergreifenden Gemeinschaften gültig bleiben: hohe Werte, höchste Werte als Grundlegung und zugleich Überhöhung und Durchdringung der Rechtsordnung, rechtlich verfestigte Gestalt, grundsätzliche „institutionelle“ Dauerhaftigkeit und räumlich: nationale, regionale bzw. universale Geltung. All dies will und soll dem allseitigen Frieden dienen: in den drei erwähnten Kulturräumen.

3) Konstitutionelle Momente im Völkerrecht als konstitutionelles Menschheitsrecht

Die Konstitutionalisierung des Völkerrechts, ist heute als Begriff allgegenwärtig. Konkret ausgearbeitet hat den „Rechtsstaat im Völkerrecht“ vor allem M. Kotzur (in: FS für E. Klein, 2013, S. 797 ff.). Erinnerung sei an meine eigene Lehre von den „Teilverfassungen“: die UN-Charta (1945), die Genfer (1907), Haager (1945) und Wiener Konventionen (1961/69), das Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofes (1998/2002) und die Organisationsform der UN-Tribunale sind Teilverfassungen. Gleiches gilt für die Internationale Seerechtskonvention als „Verfassung der Meere“ (1982) sowie für die UN-Menschenrechtspakte und die allgemeinen Rechtsgrundsätze (auf eigene Vorarbeiten sei verwiesen, etwa Gedächtnisschrift für R. Barranco Vela, Band 1 2014, S. 45ff.). Erinnerung sei auch an das Weltraumrecht in einschlägigen Texten sowie an das „nationale Weltverfassungsrecht“, d. h. verfassungsstaatliche Texte, die den Frieden in der Welt sowie die Menschenrechte und die Humanität ansprechen (z.B. Präambel und Art.1 Abs.2 GG sowie sehr häufig in der Schweiz – kantonale und föderale). Meine vier Kategorien für den Begriff „Konstitutionalismus“ treffen hier alle zu. Freilich gibt es leider Austritte: etwa den Austritt der USA aus der UNESCO oder aus dem Pariser Klimaschutzabkommen. Eine UN-Konvention zum Verbot von sog. autonomen Waffen ist ein Desiderat für die Zukunft. Auf das ermutigende Vordringen Internationaler Verfassungsgerichte sei erneut verwiesen (siehe auch A. v. Bogdandy/I. Venzke, In wessen Namen? - Internationale Gerichte in Zeiten globalen Regierens, 2014).

Viele Themen wandern ganz oder teilweise vom nationalen Verfassungsstaat in das Völkerrecht und seine Teilordnungen. Beispiele sind die beiden Menschenrechtspakte von 1976 (samt Protokollen): im Geiste der großen Texte von 1776, 1789 etc. und vielen nationalen Menschenrechtskatalogen kodifiziert, in jüngster Zeit vor allem Mosaiksteinen des Rechtsstaates und angesichts der wachsenden Zahl von internationalen Gerichten auch Elemente der Gewaltenteilung (richterliche Unabhängigkeit). Teilverfassungen in diesem Sinne sind vor allem die UN-Charta (1945) und die zahlreichen UN-Konventionen. Genannt seien noch die Konvention

gegen die Rassendiskriminierung (1966) und Folter (1984), die Kinderrechtskonvention (1989), Behindertenkonvention (2006), auch die Statute von Internationalen Gerichten wie des IGH in Den Haag (1945) sowie des Internationalen Seegerichtshofs in Hamburg.

Aus folgenden Gründen wird speziell für das Völkerrecht von „Teilverfassungen“ gesprochen: Faktisch und rechtlich sind die Verträge von langer Dauer, Verfassungen ähnlich; weitere Stichworte sind die Rechtsverbindlichkeit im Raum. Die Wichtigkeit, hohe Wertigkeit der von der Weltöffentlichkeit getragenen Themen wie der Konvention gegen Völkermord (1948), dem Artenschutzabkommen (1973), dem humanitären Völkerrecht, dem Umweltvölkerrecht (1979/85/87/92/97) liegt auf der Hand. Es handelt sich um Orientierungswerte, Ideale bzw. hohe Texte wie Gerechtigkeit, Weltfrieden, Interessen der Menschheit, Würde des Menschen, die teilweise aus dem nationalen Verfassungsrecht stammen. Man denke ferner an rechtsstaatliche und sozialstaatliche Elemente im völkerrechtlichen Status der Flüchtlinge (1951/67) sowie – neben dem zwingenden Völkerrecht - an die allgemeinen Rechtsgrundsätze im Völkerrecht, z.B. an den Grundsatz von Treu und Glauben; er ist in manchen völkerrechtlichen Dokumenten ausdrücklich verankert (z.B. Art.2 Zif.2 UN-Charta von 1945, Art. 31 Abs.1 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (1961)) und er ist klassisch seit den großen Privatrechtskodifikationen alter Nationalstaaten bekannt. Konstitutionell sind diese Normen auch deshalb, weil sie jede Art von Macht auf ihrem jeweiligen Gebiet bzw. Raum beschränken wollen. „Anregung und Schranke“ zu sein, war ein Element des Verfassungsverständnisses von R.Smend. Dies gilt analog auch für viele völkerrechtliche Prinzipien. Gleiches gilt für U. Scheuners Verständnis der Verfassung als „Norm und Aufgabe“, d.h. jetzt: Völkerrecht als Norm und Aufgabe – bis hin zur „Völkerrechtspolitik“, die vielen Akteuren anvertraut ist, auch Juristenkommissionen bis hin zur „International Law Commission“.

Bemerkenswert ist die Osmose zwischen den Teilverfassungen des Völkerrechts und nationalen Teilverfassungen. Wir beobachten eine Verzahnung der rechtlichen Prinzipien, ein Geben und Nehmen zwischen dem kooperativen, weltoffenen Verfassungsstaat und dem Völkerrecht. Man denke an die Kinderechte, das Verbot der Sklaverei, den Schutz der Artenvielfalt und die Kulturelles Erbe-Klauseln, hier wie dort. Wir sehen eine Relativierung des klassischen Innen-/Außenschemas. Das herkömmliche Trennungsgedenken ist überholt. Die Entdeckung des subjektiven internationalen Rechts (A.Peters) gehört hinzu. Schon 1997 habe ich einen status mundialis hominis entwickelt.

Eigens behandelt sei allgemein der politische und rechtliche Wirkungszusammenhang zwischen den drei konstitutionellen Lebensformen bzw. Kulturräumen. Es gibt intensive Vernetzungen, Interaktionen und Osmosevorgänge, auch Verweise und Fortschreibungen sowie Wanderungen und Nachführungen zwischen dem kooperativen Verfassungsstaat einerseits und den regionalen, staatenübergreifenden Verfassungsgemeinschaften bzw. der internationalen Staatengemeinschaft andererseits (Stichwort von 1978: „Permeabilität“). Wir sehen Wechselwirkungen und Transfervorgänge in Bezug auf Texte und Judikate, auch Politiken. Die Idee der Menschenrechte ist aus dem nationalen Kontext in den internationalen „gewandert“. Die EU-Grundrechte orientieren sich an vielen nationalen Vorbildern und ihrer Verfassungswirklichkeit. Sie wirken ihrerseits auf nationale Verfassungen zurück. Gleiches gilt für ihre Vorform der Gewaltenteilung, nämlich das sogenannte institutionelle Gleichgewicht in der EU. Auf der konstitutionalisierten völkerrechtlichen Ebene sehen wir reiche Aufgabekataloge, die von den nationalen konstitutionellen Vorformen und Vorbildern leben. Ein Demokratieelement ist sogar in den UN sichtbar (Generalversammlung, UN-Menschenrechtsrat in Genf), erst recht in der EU als Europäisches Parlament. Besonders deutlich ist der rechtliche Produktions- und Rezeptionsvorgang zwischen den drei erwähnten konstitutionellen

Lebensformen bzw. Kulturräumen im Blick auf die dritte Gewalt. Die Internationalen Gerichte und ihr Vordringen als Vehikel der Konstitutionalisierung des Völkerrechts können gar nicht überschätzt werden. Man spricht schon von einem „Dialog“ der Verfassungsgerichte (siehe auch A. Voßkuhle, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, S. 1 ff.). Richterliche Sondervoten als „Alternativjudikatur“ sind dabei langfristig hilfreich. Universale Jurisprudenz wird möglich, vor allem bei den Auslegungsmethoden. Diskutiert wird auch, ob in die internationalen Gerichte auch nationale Richter berufen werden sollen. Meines Erachtens: Ja.

Ein Wort leider auch zu den Krisen und Herausforderungen für den Konstitutionalismus in allen drei rechtlich strukturierten Lebensbereichen (Kulturräumen). Der internationale Terrorismus, die globalen Finanzkrisen, die nicht nur im Finanzkapitalismus überbordende Ökonomisierung, der offenkundige Klimawandel, die Wiederkehr des überspannten aggressiven Nationalismus, das Internet als rechts- und staatsfreier Raum, die ausufernde Korruption, die internationalen Steuerparadiese, das Um-sich-greifen von „fake news“ und Hassbotschaften, der sogenannte IS, Kriege, Hungersnöte, Cyberangriffe, Migrationsströme, die astronomische Steigerung der Rüstungsausgaben und nicht zuletzt illegale Sezessionsbestrebungen wie in Katalonien, gefährliche „Parallelgesellschaften“, die ein friedliches Miteinander in Frage stellen (z.B. die Paralleljustiz des Islam in Deutschland, Ghettos in Dänemark), seien in Erinnerung gerufen. Der Konstitutionalismus ist hier politisch und wissenschaftlich enorm gefordert, ebenso bei der Bändigung der Märkte, die doch nur instrumentale Bedeutung haben und kein Selbstzweck sind. Von den geopolitischen Machtverschiebungen zwischen USA, Russland und China sei gar nicht gesprochen. Nur der „Weltgeist“ vermag diese Szenerie im Ganzen überblicken. Wir selbst können nur schrittweise vorgehen und behutsame Reformen erarbeiten, in der EU z.B. die klare Trennung zwischen Asylberechtigten und Migranten. Die zunehmenden europakritischen Parteien auf unserem Kontinent seien ein negativer Merkposten.

II. Akteure in Sachen Konstitutionalismus

In meiner Theoriestructur zum Konstitutionalismus seien jetzt die „Akteure“, d.h. die denkenden Personen und handelnden Institutionen und Organe genannt. Historisch kommt hier den Nationalstaaten, die im Laufe der Geschichte zu Verfassungsstaaten geworden sind, der erste Platz zu. Die Politiker aus den einzelnen Staaten, den regionalen, staatenübergreifenden Verfassungsgemeinschaften und aus der internationalen Bühne seien als Akteure in diesen Wachstumsprozessen des Konstitutionalismus eigens erwähnt. Die UN sind ein wichtiger Akteur, auch ihre Organe und Mitarbeiter, obgleich der Sicherheitsrat in New York oft blockiert ist. National ist an die Akteure zu denken, die als „Väter und Mütter“ ihrer Verfassungen gewirkt haben. Ich zitiere die Federalist Papers in den werdenden USA und die Mitglieder des Parlamentarischen Rates in Bonn für das deutsche Grundgesetz von 1949: etwa Carlo Schmid und T. Heuß. In Europa seien die italienischen Autoren des Manifestes von Ventotene (1945) erwähnt, auch die weichenstellenden großen Europapolitiker wie A. De Gasperi, Ch. De Gaulle, Jean Monnet und H. Kohl, auch W. Hallstein und J. Delors. Gedacht sei überdies an große Staatsmänner, die ihre Völker in die verfasste Freiheit und offene Gesellschaft führten und damit in den Konstitutionalismus: etwa V. Havel in der Tschechoslowakei und N. Mandela in Südafrika, zuvor S. Bolivar in Lateinamerika. Im Zentrum aber stehen jetzt die Verfassungsjuristen bzw. solche Persönlichkeiten, die durch ihr Denken den Verfassungsstaat auf den Weg gebracht haben und gehalten haben und „Klassikertexte im Verfassungsleben“ (1981) schufen. Ich erwähne J. Locke, Montesquieu, Rousseau, Tocqueville aber auch Kant und zum Teil Hegel, zuletzt H. Jonas (Prinzip Verantwortung), in Deutschland die Weimarer Klassiker. Im Sinne meines Tableaus von Akteuren sei nicht zuletzt der internationale Richter als Verfassungsjurist und Akteur genannt. Die dritte

Gewalt kann dank ihrer Unabhängigkeit und ihrer spezifischen Methoden im Blick auf ihre Beiträge für den Konstitutionalismus gar nicht überschätzt werden (etwa in Luxemburg, Straßburg, Costa Rica). In den USA ist sie derzeit wohl der letzte Schutz gegen Präsident Trump. Gefährdet ist die dritte Gewalt als Akteur des Konstitutionalismus heute in der Türkei und wohl auch in Polen (hier bemerkenswerterweise vom Verfassungsprozessrecht her, die EU-Grundwerte der Gewaltenteilung werden verletzt). Eine neue Entscheidung des EuGH von 2018 zur Unabhängigkeit des Richters und zum Gebot effektiven Rechtsschutzes rechnet diese Prinzipien zu den „gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen“ der Mitgliedstaaten.

Ein Pluralismus der Akteure in den lebendigen Prozessen des Austauschs der Teilverfassungen ist charakteristisch. Akteure sind u.a. die Einzelstaaten, NGOs, nationale Gerichtshöfe, internationale Gerichte wie die UN-Tribunale nach dem Vorbild der innerstaatlichen Unabhängigkeit der dritten Gewalt, sodann die Staaten die Internationalen Organisationen, letztlich sogar die Bürger, die ihre Grundfreiheiten und sozialen Rechte in Anspruch nehmen (national oder übernational). Es kommt zu einem Schulterschluss zwischen den zahlreichen nationalen Verfassungsrechten sowie Verfassungsgerichten und dem Völkerrecht. Nicht zuletzt sei die Wissenschaft genannt: die „fähigsten Völkerrechtler der verschiedenen Nationen“ (vgl. Art. 38 Abs.1 lit. d Statut des Internationalen Gerichtshofs von 1945) sind langfristig ebenso Akteure wie die nationalen und überregionalen Wissenschaftlergemeinschaften als Teile der universalen Gelehrtenrepublik.

Mit diesen Thesen zur Verschränkung von nationalen, regionalen und völkerrechtlichen Teilverfassungen wird nur einem universalen Konstitutionalismus das Wort geredet, keinem Weltrecht oder sogar Weltstaat. Nur punktuell sollte der Begriff „Weltrechtskultur“ verwendet werden, etwa im Blick auf die Konventionen zum Schutz des Weltkulturerbes (1972) und der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen (2005) auch der UNESCO-Konvention zum immateriellen Kulturerbe (2003/13), der Abschaffung der Todesstrafe (1989) und seit langem der Bekämpfung der Piraterie.

Die eigene Disziplin der „Verfassungspolitik“ in allen drei behandelten Arbeitsfeldern des Konstitutionalismus kann hier nur ein Merkposten sein, auch als Überleitung zu III. Arbeitsmethoden, insbesondere der Wissenschaft.

II. Arbeitsmethoden, insbesondere der Wissenschaft in Sachen Konstitutionalismus

Nur der Verfassungsjurist (Gelehrte und Verfassungsrichter), heute weltweit tätig und gefordert, sei in den Blick genommen. Die Arbeitsmethoden der übrigen von mir genannten Akteure in Sachen Konstitutionalismus wären eigens zu diskutieren, etwa die Arbeitsweise von Politikern, die sich in den Dienst der Verfassungspolitik stellen, oder die Aktivitäten von Ökonomen, Historikern, Politikwissenschaftlern und Naturwissenschaftlern, die beratend tätig sind. In Bezug auf die Verfassungsjuristen sei gesagt, dass sie an der Entwicklung von „universaler Jurisprudenz“ beteiligt sind. Darum ein Blick wenigstens in Stichworten auf die Methoden, mit denen er arbeitet und sich auch selbst diszipliniert – gefordert ist eine bereichsspezifische Methodenlehre, denn im Strafrecht etwa muss ganz anders gearbeitet werden als im Verfassungsrecht (dazu auch A. Jakab, *European Constitutional Language*, 2016). Der Verfassungsjurist - national, regional oder universal - sollte heute mit folgenden Methoden arbeiten: mit der Verfassungsvergleichung als „fünfte“ Auslegungsmethode (1989), mit dem Textstufenparadigma, das die weltweiten Prozesse der Produktion und Rezeption von Verfassungstexten sowie ihre Wandlungen, „Nachführungen“ (im Blick auf die Verfassungswirklichkeit: Beispiel die Bundesverfassung der Schweiz 1999) und Fortschreibungen erfasst sowie mit der kontextuellen Verfassungsvergleichung: 1979 begonnen und

in einem Vortrag von mir 2005 in Rom weiterentwickelt unter dem Stichwort: „Verfassungsvergleich als Kontextwissenschaft“. Gedacht ist vor allem an die kulturellen Kontexte, verwiesen sei auf die bekannte, in neueren Verfassungen oft vorkommende Formulierung „unless context otherwise requires“ - vereinfacht auf die Formel gebracht: „Auslegen durch Hinzudenken“, „Ausleuchten der Zusammenhänge“. Aus Zeitgründen sei nur mit diesen Stichworten gearbeitet. Erneut sollte man sich vergegenwärtigen, dass unsere Wissenschaft nur ein Akteur unter vielen ist, wenn es um die Fortentwicklung des Verfassungsstaates und seiner regionalen und globalen Ausprägungen in den drei Kulturräumen geht. Dies ist unser Projekt. Die Schweiz hat bei ihrer Totalrevision der Bundesverfassung im Vorfeld in den 80er und 90er Jahren vorbildlich mit vielen textlichen Alternativen gearbeitet.

Inkurs: Der werdende Konstitutionalismus in Afrika

In vielen Disziplinen und auch politisch ist Afrika als Kontinent und mit seinen 55 Einzelstaaten jüngst in den Fokus vieler Wissenschaften und auch der Politik gerückt. Erinnerung sei an die Kontroverse um die „Herkunftsstaaten“ in Afrika, deren Migranten von Europa aus eingedämmt werden sollen (Italien leidet besonders an fehlender europäischer Solidarität). Bemerkenswert ist der Vorstoß des französischen Staatspräsidenten Macron in Sachen Rückgabe des von den europäischen Kolonialmächten in früherer Zeit verschleppten Kulturgutes. Das kulturelle Erbe Afrikas soll aus dem europäischen Museen in die Herkunftsländer zurückgebracht werden. Macron initiierte 2018 auch ein spezielles EU-Programm unter dem Stichwort: die Sahel-Zone als „Ort der Kultur“. Die ehemaligen europäischen Kolonialmächte haben allen Grund zu einem schlechten Gewissen. Man wird abwarten müssen, wie Ausbeutung und Leid, Armut und Hunger in den Ländern Afrikas mit Hilfe Europas vermindert werden können. Es handelt sich wohl um eine Jahrhundertaufgabe. Ermutigend ist, dass es schon viele Welterbestätten der UNESCO in Afrika gibt. Erwähnt sei die auffällige Präsenz Chinas in Afrika, das aus geopolitischen Gründen die Infrastruktur wie Häfen (Dschibuti), Eisenbahnen etc. finanziert. (China hat, für uns schmerzlich genug, auch den Hafen von Piräus gekauft.) All dies sei als geopolitischer Hintergrund gedacht, wenn im Folgenden ein Blick auf den Konstitutionalismus in Afrika geworfen wird. Bis dort eine übergreifende „Verfassungskultur“ im Sinne meines Vorschlags von 1982 heranwächst, braucht es freilich noch Zeit (die Verfassung Südafrikas von 1996 ist als Text besonders mustergültig).

Erkennbar wird eine beginnende Konstitutionalisierung Afrikas, die sich sowohl aus bemerkenswerten nationalen Verfassungen als auch aus regionalen Zusammenschlüssen wie der Afrikanischen Union und der Westafrikanischen Staatengemeinschaft (sogar mit einem Verfassungsgericht) bildet – „eine afrikanische Öffentlichkeit“ dürfte es schon geben. Im Folgenden seien nur einige kreative Textstufen aus nationalen Verfassungen erarbeitet. Auch hier ist nur eine Auswahl möglich. Schöpferisch sind viele Verfassungstexte in Südafrika (1996), Kenia (2010), Angola (2010) und Tunesien (2014). Dabei kommt es hier wie sonst in der Welt zu fruchtbaren Austauschprozessen. So findet sich das große Wort von der „Kultur des Friedens“ zuerst in Slowenien (1991), dann in Umbrien (2005) sowie in einigen Regionalismustexten Spaniens, später in einem Land Lateinamerikas und zuletzt in der Verfassung des Südsudan (2011). Man darf von einer „offenen Gesellschaft der Verfassungsgeber“ weltweit sprechen. Nur stichwortartig seien folgende konstitutionelle Lebensbereiche aufgelistet, zu denen die Verfassungsgeber in Afrika Bemerkenswertes beitragen, so dass schon von einem afrikanischen Konstitutionalismus gesprochen werden darf, zu dem die Banjul-Charta der Rechte und Völker Afrikas (1986) gehört.

Als besonders ergiebig erweisen sich Verfassungspräambeln. Sie bilden ein wichtiges Narrativ des Landes. Dieses macht der Präambel als zentralem Herzstück des Konstitutionalismus formal und

inhaltlich Ehre. Präambeln sind kulturwissenschaftlich den Prologen und Präludien in der Dichtkunst bzw. Musik ähnlich. Oft verdienen Präambeln das Prädikat „Textereignis“. Sie zeichnen in bürgernaher und festlicher Sprache die Geschichte des Landes nach, befassen sich mit der Gegenwart und entwerfen in großen Worten die konstitutionelle Zukunft. Nimmt man sie alle zusammen, so entsteht fast ein afrikanisches Verfassungs- und Lesebuch. Umrissen sind die Grundwerte des jeweiligen Verfassungsstaates. Auf sie soll der Bürger buchstäblich „eingestimmt“ werden. Hier einige Beispiele: Die Verfassung von Mali (1992) beruft sich auf die „Traditionen des heroischen Kampfes“ und spricht von „pluralistischer Demokratie“ sowie von „kultureller und linguistischer Vielfalt“, auch der Beförderung von Frieden. Die Präambel von Malawi (1994) bekennt sich zur Einheit der Menschheit und friedlichen internationalen Beziehungen. Die Präambel von Nigeria (1999), eröffnet durch die Wendung „we, the people“, widmet sich der „innerafrikanischen Solidarität“ und einer guten Regierungsarbeit sowie der Wohlfahrt aller Menschen im Land (Nigeria zeichnet sich durch die jüngst wiederentdeckte prähistorische Nok-Kultur aus). Die in jeder Hinsicht ergiebige Verfassung von Angola (2010) spricht vom Widerstand gegen die „koloniale Besatzung“, gedenkt der „Weisheit der gemeinsamen Geschichte und der Kulturen“ und sieht sich inspiriert von den „besten Lehren der afrikanischen Tradition – das Grundsubstrat der Kultur und der Identität Angolas“; auch sieht sie sich geprägt von einer „Kultur der Toleranz“. Die Würde des Menschen wird ebenso garantiert wie die Teilung und Verschränkung der Gewalten sowie das marktwirtschaftliche System. Schließlich sieht sie sich dem „Erbe für die künftigen Generationen“ verpflichtet. Die Präambel des Südsudan (2011), eröffnet mit „we, the people“, beschwört den „langen und heroischen Kampf für Gerechtigkeit, Freiheit, Gleichheit und Würde“ und verlangt für die natürlichen Ressourcen Nachhaltigkeit im Blick auf die gegenwärtigen und künftigen Generationen „im Geiste des Islam und der Liebe zum Guten und zum Land“. Welch ein Idealismus!

Ein Wort zu den Grundrechtskatalogen: Hier finden sich neben den klassischen Grundrechten neue Themen, etwa zum Schutz der Jugend, der Alten und der Behinderten, bei den Schranken der Grundrechte und besonderen Interpretationsregeln taucht sogar eine Wesensgehaltgarantie auf. Häufig figuriert der Kulturgedanke und die Erziehung – erinnert sei an meine alte Idee von der „Verfassung als Erziehungsziel“. Vieles wird in Gestalt von Verfassungsaufträgen angeordnet. Es finden sich aber auch ganz neue Organe und Institutionen, wie Menschenrechtskommissionen und Kommissionen für andere Lebensbereiche etwa die Medien, den Kampf gegen die Korruption. Teilhaberechte sind wie selbstverständlich normiert. Zuletzt sei die Sorge um den friedlichen Machtwechsel von Staatspräsidenten erwähnt, der trotz der Verfassungstexte in der Verfassungswirklichkeit freilich oft nicht oder nur unter Druck gelingen will, man denke an die jüngsten Beispiele in Südafrika und Simbabwe.

Afrika darf also beanspruchen, eine „Werkstatt“ und ein Labor für neue Themen und Figuren bzw. Verfassungstexte des Konstitutionalismus zu sein. Freilich: die Differenz zwischen Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit ist oft sehr schmerzhaft – darum gibt es wohl noch kein „gemeinafrikanisches Verfassungsrecht“. Die normative Kraft der Verfassung (K. Hesse) wird nicht überall gelebt und erlebt. Die sozioökonomischen Bedingungen für den Konstitutionalismus sind in Afrika wohl noch zu wenig erfüllt (Arbeit, Bildung und Ausbildung, Gesundheit, Frieden, ein Mindestmaß an Wohlstand, Infrastruktur). Dennoch dürfte Afrika eine konstitutionelle Zukunft haben, mögen auch nicht selten autoritäre Strukturen drohen (so fragt etwa A. Kemmerer in einem „Editorial“ für den Verfassungsblog: Gibt es einen „Konstitutionalismus des globalen Südens“? (abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/quergelesen-gibt-es-einen-konstitutionalismus-globalen-suedens/>). Gerade die nationale Wissenschaftlertgemeinschaft Italiens wie hier in Rom könnte wegen der geographischen Nähe zu Afrika besonders authentisch tätig werden und vor Ort Hilfe leisten.

Ausblick

Wir, als Diener des Rechts, müssen auch die oft schmerzlichen „Grenzen“ unserer Wissenschaft beim Namen nennen. Der wissenschaftliche Optimismus hat es heute schwer, auch wenn uns der Konstitutionalismus als Friedensdienst an der Menschheit motivieren darf (Völkerrecht als „konstitutionelles Menschheitsrecht“, in ihm hat das „Recht auf Rechte“ im Sinne von Hannah Arendt seine Wurzel). Wir müssen alles dafür tun, dass der Konstitutionalismus für die Menschen attraktiv bleibt. Vergegenwärtigen wir uns die Wissenschaft als ewige Wahrheitssuche im Sinne von W. von Humboldt: Hier erkennen wir eine Parallele zum Wahrheitsdienst der dritten Gewalt. In den Worten des Grundgesetzes gesprochen: Wissenschaftsfreiheit und Rechtsprechungsauftrag gehören zusammen (Art. 5 Abs. 3 und 92 GG) – die Wahrheitssuche prägt den Konstitutionalismus. Die Vitalität des Konstitutionalismus bestätigt sich angesichts der neu geschaffenen „Wahrheitskommissionen“ von Südafrika bis Tunesien – Wahrheitssuche sollte auch Maxime aller Politiker sein, mindestens aber Wahrhaftigkeit. Der Konstitutionalismus darf zwar nicht zum „Allerweltsbegriff“ werden, auch er hat Grenzen und Krisen: Grenzen in Form des wechselvollen, parlamentarischen Gestaltungsauftrags als Politik, in Form des einfachen Rechts und in Gestalt der sogenannten Fachgerichte, Krisen, wie gezeigt in Fülle. Konstitutionalismus ist im Ganzen seiner drei Kulturräume Friedenswissenschaft, er ist ein Hoffnungswort und muss reformbereit sein und verantwortungsvoll bleiben, Projekt sein und im Wandel zur Realität werden (können).

პარტიული სისტემის კრიზისი ევროპის მაგალითზე

ჯუზეპე დე ვერგოტინი

I. ახალი უმართავობა. II. პარტიული სისტემის კრიზისი, რომელსაც ვერ გაენია წინააღმდეგობა საარჩევნო კანონმდებლობით. III. პოლიტიკური პარტიების დემოკრატიული კრიზისი.

I. ახალი უმართავობა

ბოლო რამდენიმე წლის მოვლენებმა კვლავ განაახლა ევროპული პოლიტიკური სისტემების მართვის ყველაზე მნიშვნელოვანი და დრამატული პრობლემა. დღევანდელ საკონსტიტუციო სახელმწიფოში მართვის იმ ფორმათა მოდელი, რომელიც სახელმწიფო ფორმათაგან ორგანიზაციული გადანაცვებების ეფექტურობას ეყრდნობა, როგორც ჩანს, ღრმა კრიზისშია. ევროპაში უახლესი არჩევნების შედეგების ფონზე, ცნებებმა, როგორცაა მართვა და სტაბილურობა, რეცესიული თვისებები შეიძინა ადმინისტრაციულ ფარგლებში და, ფაქტობრივად, გადაიქცა განმასხვავებელ ნიშნად სხვა სისტემებთან მიმართებით, რომლებიც საპარლამენტო მმართველობის იმავე ფორმას მიეკუთვნებიან. გამუდმებული დესტაბილიზაციისა და დაძაბულობის ფონზე გარკვეული იურისდიქციები-სათვის დამახასიათებელი სტაბილურობა და მმართველობა მყიფე აღმოჩნდა. რა თქმა უნდა, ეს მოცემულობა დაფიქსირდა არა მხოლოდ პრობლემური სისტემის მქონე ქვეყნებში, როგორცაა, მაგალითად, იტალია, არამედ ისეთ სისტემათა ფარგლებშიც, რომლებიც ჩვეულებრივ სტაბილური და ეფექტიანი ინსტიტუტებისგან შედგება. ამ მხრივ, გასათვალისწინებელია საფრანგეთში ბოლო საპრეზიდენტო არჩევნების შედეგები, სეპარატისტული რეფერენდუმი შოტლანდიასა და კატალონიაში და ასევე ბრექსიტი, რომ აღარაფერი ვთქვათ საარჩევნო შედეგებზე ქვეყნებში, როგორცაა ესპანეთი, დიდი ბრიტანეთი, ავსტრია და გერმანია, რომლებიც წარმოადგენენ შედარებითი საჯარო სამართლის მოდელს – ყველა არსებითი ცვლილება ზოგჯერ მხოლოდ პირობითია, ზოგჯერ კი – გრძელვადიანი. აღმოჩნდა, რომ ამ სისტემებში, და არა მხოლოდ იტალიურში, ხელისუფლების ფორმირება რთულია, რაც, საბოლოოდ, ხანგრძლივსა და მომქანცველ მართაობში გადადის.

პირდაპირ არჩევნებს თითქმის არასდროს მოჰყოლია სამთავრობო გუნდის მყისიერი ფორმირება. სწორედ ამ კონტექსტში სახელმწიფოს მეთაურის როლი მეტად გაიზარდა და აქტუალური გახდა მაშინ, როდესაც წარსულში ბიპოლარული სისტემის პირობებში

უმრავლესობა პირდაპირი არჩევნების დასრულებისთანავე ფორმირდებოდა, ხოლო ეს ორგანო ხშირად უსარგებლო იყო.

2017 წლის 24 სექტემბერს ბუნდესტაგის არჩევნებს მოჰყვა ყველაზე ხანგრძლივი სამთავრობო კრიზისი, რომელიც არ ყოფილა მას შემდეგ, რაც შემოიღეს კონსტიტუცია. ახალ პოლიტიკურ ძალთა გაჩენამ იმდენად გაართულა მოლაპარაკებების პროცესი კანცლერის დანიშვნასთან დაკავშირებით, რომ საჭირო გახდა სახელმწიფო მეთაურის არაორდინარული ჩარევა. ამ უკანასკნელმა აქტიური როლი ითამაშა გამოკითხვის შედეგად წარმოშობილ ორ ძირითად ძალას შორის შეთანხმების მიღწევაში იმ ტენდენციებზე დაყრდნობით, რომლებიც უფრო დამახასიათებელია იტალიის მსგავსი ქვეყნებისათვის. ფედერალურმა პრეზიდენტმა აქტიურობის გამოვლენა შეძლო თავისი სარეზერვო ძალაუფლების გამოყენებით, რომელიც მისთვის მინიჭებულ განსაკუთრებულ უფლებას წარმოადგენს. ეს ეპიზოდი გერმანიის მმართველობის ფორმაში მომხდარ მნიშვნელოვან ცვლილებაზე მიუთითებს. სტაბილურობით ცნობილ ესპანეთში 2015 წლის 20 დეკემბრის ეროვნული არჩევნების შემდეგ დაიწყო კრიზისი, რომლის შედეგად შეიქმნა მანამდე არნახული მრავალპარტიული სისტემა. აქაც გამოჩნდა მეფე ფილიპ VI-ის აქტიური, დროული წვლილი და ახლებური მიდგომა. ესპანეთის ორპარტიული სისტემის დასასრულმა გაართულა აღმასრულებელი ხელისუფლების ფორმირება, რადგან მოხდა მთავრობის მიერ პრეზიდენტის ცენტრალურ ფიგურად აღქმის დაძლევა, რომელიც, ამასთანავე, ყოველთვის განიხილებოდა პარტიის ხელმძღვანელადაც, რომელიც სტაბილურად აკონტროლებდა კონგრესს.

II. პარტიული სისტემის კრიზისი, რომელსაც ვერ გაენია წინააღმდეგობა საარჩევნო კანონმდებლობით

რაც შეეხება საკონსტიტუციო მოდელების ფუნქციურობასა და სანდოობას, ფაქტები მეტყველებენ, რომ სტაბილურობა და მართვალობა არ წარმოადგენენ კონსტიტუციური არქიტექტურის შემადგენელ თვისებებს, თუმცა, პირველ რიგში, მომდინარეობენ პარტიული სისტემიდან. ასევე არ ვლინდება, რომ პოლიტიკური სისტემის წარმატებისა თუ მარცხის მთავარი მიზეზი საარჩევნო კანონმდებლობაა, იქნება ეს მაჟორიტარული თუ პროპორციული. პროპორციულობა ერთადერთი არ არის, რომელიც ხელს უწყობს ფრაგმენტაციას და იწვევს პრობლემებს მყარი კოალიციების ჩამოყალიბებისას. პარტიული სისტემის კრიზისს დროთა განმავლობაში კონსოლიდირებულმა მაჟორიტარულმა სისტემებმაც კი ვერ გაუძლეს.

უდავოა, რომ ბოლოდროინდელი საარჩევნო კანონმდებლობის ფონზე იტალიაში მთავრობის ფორმირებასთან დაკავშირებული სირთულის ერთ-ერთი გამომწვევი მიზეზი ამ კანონმდებლობის პროპორციულობაა. თუმცა, არსებობს საპარლამენტო მმართველობის სხვა ფორმებიც, როდესაც მოქმედებენ როგორც მაჟორიტარობის, ასევე

პროპორციულობის კანონები, რომლებიც ამჟამად განიცდიან ზენოლას. 2017 წლის სექტემბრის არჩევნების შემდეგ განვითარებულმა ახალი ბუნდესტაგის პოლიტიკურმა მახასიათებლებმა გერმანიის მთავრობის ფორმირების პროცესში მნიშვნელოვანი და უპრეცედენტო სირთულეები გამოიწვია. გერმანიის პოლიტიკურ ძალთა შორის დაიწყო ხანგრძლივი და მომქანცველი მოლაპარაკებები კოალიციის ფორმირების შესახებ, რასაც მოჰყვა კონფლიქტები პარტიების შიგნით. საბოლოო ჯამში, ეს პროცესი ახალი დიდი კოალიციის (Große Koalition) შექმნით დასრულდა. ჰაერში გამოვიდებული პარლამენტი ვესტმინსტერში, რასაც მოჰყვა თორების მიერ მართული და ჩრდილოეთ ირლანდიის პროვუკაციების DUP-ის ლიდერების მიერ მხარდაჭერილი უმცირესობის მთავრობა, თავის შედარებით სუსტსა და მუდმივად ბრძოლაში ჩაბმულ პრემიერ-მინისტრთან ერთად, იმ წერტილს მიუახლოვდა, როდესაც ბრიტანეთს პოლიტიკური ერთობა უფრო აწყობს იმ რთულ ისტორიულ პროცესში, რომელიც ბრექსიტმა გამოიწვია. დელიკატური სიტუაცია, რომელშიც ესპანეთი აღმოჩნდა, მხოლოდ კატალონიაში განვითარებული დრამატული მოვლენების შედეგი როდია. იგი ასევე დამოკიდებულია კომპლექსურ პოლიტიკურ სტრუქტურაზე, რომელიც შეიქმნა ესპანეთის პარლამენტის განმეორებითი არჩევნების შედეგად. ამ არჩევნების შედეგებმა წინ წამოსწია საარჩევნო კანონმდებლობის როლი, თუ რამდენად იძლევა იგი ხელისუფლების ხელახალი ცვლილების გარანტიას. ესაა ფრანკოს შემდგომი პერიოდის ისტორიულ-დემოკრატიული კონსოლიდაციის მნიშვნელოვანი ელემენტი. უკანასკნელ წლებში ინსტიტუციონალური და პოლიტიკური სირთულეები უფრო შესამჩნევი და გამოკვეთილია ბელგიასა და ნიდერლანდებში – ორ ქვეყანაში, რომლებიც, გარდა იმისა, რომ ევროპის პროექტის დამფუძნებლები არიან და მდებარეობენ ევროპულ საქმეთა გეოგრაფიულსა და ინსტიტუციონალურ ცენტრში, ყოველთვის იძლეოდნენ დემოკრატიული თანაარსებობისა და ფუნდამენტური უფლებების პატივისცემის მნიშვნელოვან მაგალითებს.

უფრო მეტიც, იტალიასთან დაკავშირებით შეიძლება ითქვას, რომ სენატის პროცედურული წესების რეფორმამ გავლენა ვერ მოახდინა პოლიტიკური სისტემის ფუნქციონირებაზე, რომელიც დღეს ხასიათდება პოტენციურად დაპირისპირებულ ძალთა უპრეცედენტო გაერთიანებით და სუსტი გავლენის მქონე საპარლამენტო ოპოზიციით. XVII საუკუნის ბოლო დღეებში საკანონმდებლო ორგანოს მიერ დამტკიცებული საკონსტიტუციო რეფორმა მმართველობის ფორმის ყველაზე მნიშვნელოვან ასპექტებს ეხება, კერძოდ: საპარლამენტო ჯგუფების ფუნქციონირების წესებს, ცვლილებებს საკანონმდებლო პროცესში; პალატისა და კომისიების შესაბამის უფლებამოსილებებს; იმ პირთა ჯამს, ვინც თავი შეიკავა; ნდობის საკითხის დისციპლინასა და სხვ. სამწუხაროდ, რეფორმა უარყოფილ იქნა პოლიტიკური სისტემის რადიკალური ტრანსფორმაციის გამო, რომელიც ამჟამად ხელისუფლების/ოპოზიციის საპარლამენტო დიალექტიკაზე დაფუძნებული მმართველობის თუნდაც უბრალო ფორმის გაუჩინარების წინაშე დგას. აქედან გამომდი-

ნარე, საჭიროა შეფასდეს ამ რეფორმის გავლენა პოლიტიკური სისტემის ცვალებადობის და ასევე ბოლო არჩევნების შედეგების ფონზე.

უნდა გავითვალისწინოთ, რომ საარჩევნო კანონს, მიუხედავად მისი მნიშვნელოვნებისა, ყოველთვის ექნება შეზღუდული ეფექტის ძალაუფლება. თუმცა, ეს უნდა იყოს მიზანმიმართული და სხვა უმნიშვნელოვანეს ელემენტებთან ორმხრივად დაკავშირებული პროცესი, რომელიც, რა თქმა უნდა, კონსტიტუციური ნორმების კომპლექსური ქსელით უნდა დაიწყოს. თანამედროვე დემოკრატიულ ქვეყნებში თავსატეხი საბოლოოდ ამოიხსნება პარტიული სისტემის მეშვეობით: კეთილი გაგებით, იგი ინსტიტუციონალურ მექანიზმებს ანიჭებს მოქნილობას, ხოლო უარყოფითი თვალსაზრისით, იგი გულისხმობს „ამკრძალავ ძალას“ ამგვარი მექანიზმების სათანადო ფუნქციონირებისათვის. რა თქმა უნდა, პასუხისმგებლობა სერიოზულია, რომელიც მოითხოვს ცნობიერებას და პასუხისმგებლობას დიდი მოცულობით, რაც, სამწუხაროდ, ხშირად ძნელი მოსაძებნია.

III. პოლიტიკური პარტიების დემოკრატიული კრიზისი

თვალშისაცემია სახელმწიფო ხელისუფლების სტრუქტურების მზარდი პერსონალიზაცია მმართველობის იმგვარი ფორმის ჩამოყალიბების გამო, რომლის პირობებში ძალაუფლების ლეგიტიმაციისა და შეზღუდვის კლასიკური პრობლემები, რომლებიც ისტორიულად ქმნიან კონსტიტუციურობის კონცეფციას, რეგრესს განიცდიან. ცვლილებათა გაჭიანურების სავარაუდო დასაბუთებად შეიძლება დასახელდეს როგორც ეროვნული, ასევე ევროპული ინსტიტუციების აშკარა უუნარობა, წინააღმდეგობა გაუწიონ და აღმოფხვრან დრამატული ეკონომიკური კრიზისი, რომელსაც მოჰყვა საერთო-სახალხო უკმაყოფილება ტრადიციული მოთამაშეების მიერ განხორციელებული პოლიტიკური მმართველობის გამო. ასეთი უკმაყოფილება გადაიზარდა ტრადიციული პოლიტიკური წარმომადგენლობისადმი მტრულ დამოკიდებულებაში, რომელიც ხაზს უსვამს ლიბერალურ-დემოკრატიულ კონსტიტუციებში გათვალისწინებული უფლებამოსილებების უარყოფით გამონვეული ერთგვარი მწვავე პოლიტიკური ტალღის აგორებას.

ტრადიციული პოლიტიკური პარტიები ყველგან განიცდიან ღრმა კრიზისს და უწინდელი მდგომარეობის აჩრდილად გადაიქცნენ. აქედან გამომდინარე, ფართოდ გავრცელებული ლიტერატურის მიხედვით, პოპულისტური პარტიები ან მოძრაობები უფრო ხელსაყრელ მდგომარეობაში აღმოჩნდნენ „ხალხის“ – საზოგადოების შედარებით ჩამორჩენილი ფენის – წახალისების კუთხით. ეს ადამიანები მოქმედებენ მლიქვნელურად და საკუთარ თავს მორალური თვისებების მატარებლად და ცინიკური ეგოიზმისა და გაბატონებული მაგნე სოციალური კლასების უზნეობის მსხვერპლად წარმოაჩენენ. თუმცა, პოლიტიკური წინადადებები ჩამოყალიბებულია ზუსტად მათ სასარგებლოდ, რათა დაკმაყოფილდეს მათი შურისძიების სურვილი, და არა იმისათვის, რომ ეფექტიანად გამოვლინდეს თანამედროვე საზოგადოების რთული პრობლემები. ასეთი წინადადებები

იქმნება იმ მიზნით, რომ პოლიტიკური სუბიექტების მიერ მიღწეული მცირედი წარმატება ან ძალაუფლების შენარჩუნება სათანადოდ იქნას გამოყენებული მაშინ, როდესაც ისინი შეეცდებიან საკუთარი ძალაუფლების კონსოლიდაციას.

დროთა განმავლობაში პოპულისტური მოძრაობები ისარგებლებენ უარყოფითი ფაქტორებით, როგორცაა კორუფცია, ეკონომიკური კრიზისი, ანტიევროპული განწყობები, მათ შორის ჰიპოთეტური კულტურული იდენტობის ჩათვლით, როგორცაა ნაციონალური და რასობრივი ელფერით შემკული ეთნიკური კუთვნილება და/ან რელიგია. არსებითად, ისინი, როგორც ჯგუფი, იზიარებენ წარმომადგენლობითი დემოკრატიის რადიკალურ კონტექსტს. ამრიგად, როგორც პოლიტიკური, ისე კონსტიტუციური თვალსაზრისით, მიმდინარეობს ღრმა გარდამავალი პროცესი, რომლის დღის წესრიგში აუცილებლად დადგება მეორე მსოფლიო ომის დასასრულს დამტკიცებული სახელმწიფო საკონსტიტუციო მოდელის განხილვა.

პოლიტიკური პარტიების დემოკრატია, რომელსაც ეფუძნებოდა ჩვენი კვლევები, მოძველებულია და შეიცვალა უფრო განახლებული საზოგადოებრივი დემოკრატით, რომელშიც მხარეები თავიანთ სივრცეს უთმობენ პერსონალიზაციასა და ურთიერთობების ორგანიზებას მაშინ, როდესაც მათი კოლექტიური იდენტობა დასუსტებულია, თუმცა პირდაპირ კომპენსირდება ლიდერისადმი გაცხადებული პიროვნული ნდობით. სწორედ ეს ფაქტი გახდა ინსტიტუციების შემდგომი განვითარების ერთ-ერთი ცენტრალური პრინციპი და სამეცნიერო დისკუსიების თემა.

პოლიტიკური ლიდერის იმიჯისადმი უპირატესობის მინიჭების ტენდენცია იმაზე მეტყველებს, რომ თანდათანობით ძლიერდება ინდივიდუალური შეხედულება ძალაუფლებაზე, რაც განსაკუთრებით იკვეთება მაშინ, როდესაც გამარჯვებული კანდიდატი ხდება „მედიის ვარსკვლავი“. ეს კი იმას ნიშნავს, რომ მას აქვს გაზრდილი შესაძლებლობა, გამოიყენოს პოლიტიკური კომუნიკაციის მეთოდები.

ლიდერის გაძლიერებული როლი უნდა განვიხილოთ უფრო ფართო გაგებით, რომელიც ასახავს პარტიათა ტრადიციული აგენტის როლის დაკარგვას და მის ჩანაცვლებას დელეგირებული ასამბლეების წარმომადგენლობითი პოზიციით. იმავდროულად, პერსონალური პოლიტიკური ხელმძღვანელობის კონცეფცია ძლიერდება ოპოზიციის მმართველის იდეისგან შორს საპარლამენტო კაბინეტებში, ერთადერთ ინსტიტუციურ სივრცეში, სადაც შესაძლებელია პოლიტიკური პასუხისმგებლობით მართვა. ამას, თავის მხრივ, ხელს უწყობს ამჟამად არსებული განახლებული პოლიტიკური საკომუნიკაციო საშუალებები. გარდა ამისა, ჩვენ ვამატებთ განცხადებას „პლებისციტის მოდელი“, რომლისთვისაც, უბრალოდ, აშკარაა უპირატესი შეკითხვა (ხალხის ემოციური იმპულსები), ხოლო უპირატესი შეთავაზება – ანუ ლიდერის ნება – სავსებით რეალურია.

ხაზგასმით უნდა აღინიშნოს, რომ იტალიაში განსაკუთრებით გაძლიერდა ტრიადის „პარტიები-წარმომადგენლობა-პარლამენტი“ კაპიტულაცია, რის შედეგადაც პოლიტიკური სისტემა, თითქოს, მიემხრო მთავრობას, მაგრამ სინამდვილეში იგი იხრება აღმასრულებელი მოლაპარაკებების მხარეზე, რომელიც დღეს შედგება ტრიადისგან, სადაც პრემიერ-მინისტრი წარმოჩნდება სუსტ აგენტად ორ ვიცე-პრემიერს შორის, რომლებიც, როგორც ჩანს, პოლიტიკური ძალაუფლების ნამდვილი მფლობელები არიან. ამდენად, სიმართლეს შეეფერება, რომ XX საუკუნის კლასობრივი საზოგადოება, მასთან დაკავშირებულ პარტიულ სისტემასთან ერთად, რომელიც შეადგენდა მის პოლიტიკურ-ინსტიტუციონალურ ხედვას, გაქრა. ამ ფენომენმა ადგილი დაუთმო პოლიტიკური დემოკრატიული წარმომადგენლობის კომპლექსურ მექანიზმებს, რომელიც განიხილება, როგორც პოლიტიკური პროცესი და ურთიერთობა და, რაც დროთა განმავლობაში ირღვევა, გამოხატავს რა მუდმივ კავშირს საზოგადოებასა და არჩეულ პირს შორის. აქვე განიხილება წარმომადგენლობითი კრება, როგორც გამოთქმული ინტერესების სიმრავლის ერთიანობის სიმბოლო რთული და გაყოფილი საზოგადოებისათვის პოლიტიკური ფორმის მისაცემად.

The Crisis of the Party System on the Example of Europe

Giuseppe de Vergottini

I. A New Ungovernability. II. The Crisis of the Party System not Unopposed by Electoral Laws. III. The democratic crisis in the political parties

I. A New Ungovernability

The events of the past few years have brought about the re-emergence of the ever important and dramatic problem of the governability of European political systems. *The model of those forms of government in the contemporary constitutional state that had taken as a reference the efficacy of the organizational solutions from the state form, appears today to be in a profound crisis.* In the face of the most recent electoral outcomes across Europe, concepts such as governability and stability have faded into recessive qualities within the administrative framework. This was a framework which had in fact made these concepts their warhorse, qualities that distinguished them vis-à-vis other systems that belong to the same form of parliamentary government. Having been subjected to continuous destabilizing tensions, the stability and governability that characterized certain jurisdictions proved to be fragile. To be sure, this has occurred not only in already problematic systems, such as Italy, but also in systems that had customarily been considered to be equipped with stable and efficient institutions. One just has to consider the results of the last presidential elections in France, the separatist referendum in Scotland and Catalonia, as well as Brexit. Not to mention electoral results in states that represent models in comparative public law scholarship such as Spain, the UK, Austria, and Germany—all heralding substantial change, sometimes only contingent, other times long-term. In all these systems, not only in the Italian one, the formation of the government proved to be difficult, resulting in long and exhausting marathons.

The popular vote has almost never been able to produce the immediate formation of a governmental team. It is in this context that the role of the Head of State has emerged as so relevant while in the past under a bipolar system in which majorities emerged directly from the elections this organ was often uninfluential.

The elections of the Bundestag on September 24, 2017 were followed by the longest government crisis since the implementation of the Grundgesetz. The emergence of new political forces complicated the negotiation process to appoint the Chancellor, so much so that an unusual intervention by the Head of State was necessary. The latter became an active promoter of an agreement between the two main forces that had emerged from the polls, following trends that are more typically seen in countries such as Italy. The Federal President has taken on a more active role through the use of his reserve power, which falls within the list of his prerogatives. This episode highlights a significant change in the German form of government. In Spain, once characterised by stability entered into a period of crisis with the national elections of December 20, 2015, from which an unprecedented multi-party system emerged. Here too an active, relevant, and innovative role of King Philip VI emerged. The end of Spain's two-party system has complicated the formation of the executive overcoming the centrality of the figure of the President of the Government who was always simultaneously the leader of the party capable of exercising a stable control over Congress.

II. The Crisis of the Party System not Unopposed by Electoral Laws

With regard to the functionality and reliability of the constitutional models, evidence shows that stability and governability are not qualities that are by virtue part of constitutional architectures, but above all they derive from the *party system*. The same electoral laws, whether majoritarian or proportional, do not seem to have manifested themselves as the main cause of the success or failure of political systems. It is not only proportionality that facilitates fragmentation and makes the formation of solid coalitions problematic. Even majoritary systems consolidated over time have not held up to the crisis of the party system.

Certainly one of the causes of the difficulty in forming a government in Italy following the recent electoral law is due to it being prevalently proportional. However, there are also other forms of parliamentary government in which both majority and proportionality laws operate, that now find themselves under stress. The political characteristics of the new Bundestag, triggered by the elections of September 2017, have led to considerable and unprecedented difficulties in the formation of the German government. This has engaged the political forces in Germany in very long and exhausting negotiations for the formation of a coalition, and has generated harsh internal conflicts within the parties that finally gave life to the new Große Koalition. The hung parliament in Westminster-with the consequent minority government led by the Tories and supported externally by the North-Irish unionists of the DUP, as well as the relative weakness of a constantly struggling Prime Minister-has come at a time where the UK would be better served by political unity in the complicated historical process that has been opened by Brexit. The delicate condition in which Spain finds itself, does not simply have roots in the dramatic implications of the Catalonian affair. They also depend on the difficult political framework that has been created by the repeated elections for the *Cortes*, the results of which are provoking profound questions on the ability of the electoral law to again be able to guarantee the alternation of those at the helm of government-an important element of the historic post-Francoist democratic consolidation. The institutional and political difficulties are more notable, and have been highlighted in recent years in Belgium and the Netherlands. Two countries that, in addition to being founding members of the European project and located in the geographical and institutional heart of European affairs, have always been important models of democratic coexistence and respect for fundamental rights.

Moreover, now focusing on Italy, the reform of the Senate's standing order has had no impact on the functionality of the political system that is today characterized by an unprecedented coalition between potentially antagonistic forces, and by a hardly influential parliamentary opposition. The constitutional reform approved in the last days of the past XVII Legislature touches on crucial aspects of the form of government. Specifically: rules on the functioning of parliamentary groups, changes to the legislative process; the respective competences of the Chamber and Commissions; the calculation of abstentions; the discipline of the question of confidence; and so on. Unfortunately, the reform has been overridden by the radical transformation of the political system that is currently bearing witness to the disappearance of even just the mere probability of a form of government that is based on the parliamentary dialectic of Government/opposition. It will therefore be necessary to evaluate what the impact of this reform may be in light of the changes in the political system, as well as recent electoral results.

We must consider that *electoral legislation, although a crucial element, will always have limited and circumscribed effective power*. However, it ought to be targeted and put in a reciprocal relationship with other decisive elements, starting of course from the complex network of constitutional norms. In modern democracies, the last piece of the puzzle is always constituted by the *party system*: it is up to them, in a positive sense, to have the capacity to give fluidity to institutional mechanisms and, in negative sense, a sort of "interdictory power" on the proper

functioning of these mechanisms. A serious responsibility, to be sure, which requires massive doses of awareness and accountability that are unfortunately often difficult to find.

III. The democratic crisis in the political parties

It is palpable that there is a *growing personalisation* of the structures of state power due to the emergence of a form of government in which the classical problems of the *legitimization* and *limitation* of power, having historically formed the blueprint of constitutionality, are in a regressive position. A questionable justification of this ongoing change can be found in the demonstrable incapacity of the institutions, both national and European, to face and resolve the dramatic economic crisis, followed by a consequential general dissatisfaction with political management conducted by the traditional players. Such dissatisfaction has generated a hostile attitude towards traditional political representation which underlines a sort of counter political wave based upon the rejection of the powers provided for in prevailing liberal-democratic constitutions.

The traditional political parties are universally experiencing a profound crisis and have become a mere shadow of their former selves. Therefore, according to prevalent literature, *populist parties or movements* have taken the more advantageous position of encouraging the “people” belonging to the more backward circles of society. These people are identified in a flattering way as the custodians of all social virtues and as the victim of the cynical egoism and amorality of the malignant dominant social classes. To their favour, however, political proposals are precisely formulated so as to reward their desire for avengement but not so as to effectively demonstrate the complex problems of today’s society. Such proposals are developed in an exploitative way in order to substantially direct the mere achievement or maintenance of power by political subjects as they attempt to consolidate their power.

As time goes on, the populist movements take advantage of negative factors such as corruption, economic crises, anti-European sentiments, including a hypothetical cultural identity such as ethnicity and/or religion, and in these cases embracing nationalistic and racial tones. They substantively share as a group the radical context of a representative democracy. Therefore, there is, both politically and constitutionally, a profound ongoing transition that necessarily involves a discussion of the state’s constitutional model affirmed at the end of WW2.

The *democracy of political parties* from which our studies were based upon is outdated and has been substituted by the more updated *democracy of the public* wherein the parties cede their space to personalisation and a communication organization whilst their collective identity is weakened yet directly compensated by the personal trust attributed to the embodiment of the leader. It is this fact which has become one of the central tenets in more recent developments of the institutions and, reflexively during scientific debates.

The tendency to favour the image of the political leader indicates the progressive reinforcement of a personalised view of power increasingly highlighted when the winning candidate is a “media star”, that is, he has an enhanced capability to leverage political communication techniques.

The reinforced role of a leader must be placed in a larger framework that reflects the loss of *the role of the traditional agent of the parties* and replaced by the representative position handed to the delegated Assemblies. In the meantime, the concept of personal political leadership is being consolidated far and away from the idea of the ruler with opposition in the parliamentary chambers, the only institutional site upon which to administer political responsibility. This in turn is facilitated by the revised means of political communication currently available. In addition, we add the assertion of the “*plebescite model*”, to which the predominant question (the emotional impulses of

the people) is only apparent, while the predominant offering, that is, the will of the leader, is quite real.

We must highlight that in Italy, the capitulation of the triad “parties-representation-parliament”, has been particularly accentuated, causing the political system to seemingly drift towards the Government but in reality it leans towards executive negotiation, composed today of a triad in which the Prime Minister is seen as the weaker agent between the two Vice Premiers who appear to be the real owners of political power. Therefore, it is true that there has been a loss of the 20th century class society and along with it that party system that constituted its politico-institutional projection. This phenomenon has given way to a complex mechanism of political democratic representation, intended as the *political process* and as a *relationship* that unravels over *time*, expressing a permanent union between society and the elected, with the representative assembly seen as a symbol of unification of the plurality of represented interests in order to give a political shape to an increasingly complex and divided society.

სამართლიანობა – მარადიული იდეა თანამედროვე კონსტიტუციურ სახელმწიფოში

იოზეფ იზენბეე

I. მიდგომა სამართლიანობის იდეისადმი. 1. ცხადი და გაუგებარი. 2. სამართლიანობის იდეა და სამართლის ნამდვილობა. 3. იდეის ფორმალური სტრუქტურა – სამართლიანობა როგორც მითითება. 4. სამართლიანობა – ცარიელი ფორმულა? 5. ყოვლისმომცველობა პრაქტიკაში. II. სამართლიანი სახელმწიფოს არქეტეპები. 1. პლატონის იდეალური სახელმწიფო. 2. შუასაუკუნეების წმინდა იმპერია (Sacrum Imperium). III. კოპერნიკისეული შემობრუნება მოდერნიზმში. IV. სამართლიანობის გამორიცხვა თანამედროვე სახელმწიფოს სისტემიდან. 1. მშვიდობა სამართლიანობის პირისპირ. 2. თავისუფლება სამართლიანობის პირისპირ. 3. სამართლებრივი უსაფრთხოება სამართლიანობის პირისპირ. 4. სამართალწარმოება სამართლიანობის პირისპირ. V. სამართლიანობის დაბრუნება კონსტიტუციურ სახელმწიფოში. 1. საპროცესო სამართლიანობა. 2. სამართლიანობის გრძნობა როგორც აქცეპტის პირობა. 3. სამართლიანობა როგორც კონსტიტუციური კანონის თემა. 4. სამართლიანობა როგორც თანამდებობის პირებისა და მოქალაქეების სათნოება. VI. ტოტალური სამართლიანობის ტენდენცია. რეალური უთანასწორობა – სოციალური სამართლიანობა. 2. ინდივიდუალობის წუხილი. 3. სოციალური სამართლიანობა – ილუზია. VII. საარსებო საშუალებები არასრული სამართლიანობის პირობებში.

I. მიდგომა სამართლიანობის იდეისადმი

1. ცხადი და გაუგებარი

სამართლიანობის იდეა ქმნის ურთიერთსაზიარებელ სურათს. ერთი შეხედვით იგი ისეთი მარტივია, რომ მისი გაგება ყველას შეუძლია და, ამავე დროს, იმდენად რთულია, რომ სწავლული ადამიანებიც კი, მის წინაშე ფარ-ხმალს ყრიან. ყველას სურს სამართლიანობამ იზეიმოს. ყველას ჰგონია, რომ ძალუძს, განსაჯოს, რა არის სამართლიანი და რა – უსამართლო. მაგრამ გაუჭირდება თქვას, არსებითად რას წარმოადგენს სამართლიანობა და რა ესმის მას სამართლიანობის ქვეშ. საგანი, რომლის თაობაზე ადამიანი ინტუიციურად ასეა დარწმუნებული, ხელიდან ეცლება, როდესაც მისი გაგება თეორიის დონეზე საჭირო. ავგუსტინეს მსგავსად იგი ერთგვარ მცდელობაში, როდესაც „დროის“ რაობა უნდა დაადგინოს: „ამდენად, რა არის „დრო“? თუ ამას არავინ მკითხავს, ვიცი რა არის დრო. მაგრამ თუ ამის ახსნა კითხვის დამსმელისთვის მომიწევს, მაშინ არ ვიცი რა არის იგი“.¹

სამართლის დილექტანტი უმალ სამართლიანობისკენ მოუწოდებს, როდესაც მას სურს საკუთარი მოთხოვნების მხარდაჭერა ან აღსრულება. მაგრამ იურისტი (თუ წარმოვიდგენთ რომ იგი და სამართლის დილექტანტი იდეალური პირია) თავს იკავებს თუნდაც გამოიყენოს ეს სიტყვა, რადგან მისთვის იგი გაურკვეველი, გაუგებარი და ბუნდოვანია. იგი

ფრთხილად უდგება ტერმინს, რომლის მნიშვნელობა მას კარგად არ ესმის. სამართლიანობაზე ხშირ და უშუალო აპელირებას იურისტთა გილდიის წევრები უბრალოდ განმარტავენ პროფესიონალიზმის ნაკლებობის სიმპტომად. პროფესიონალი იურისტი ეყრდნობა მოქმედი სამართლის ნორმებს, რომლებსაც იგი საკუთარი პროფესიული წესების შესაბამისად იყენებს და არ ახსენებს სამართლიანობის იდეას. მას, ასევე არ ესაჭიროება ეს ტერმინი კანონის გამოყენების პროცესში. თუმცა, ეს არ ნიშნავს იმას, რომ იურისტი საერთოდ უარყოფს სამართლიანობის არსებობას ან სამართლიანობა არაფერს ნიშნავს მისთვის. პირიქით, რაც უფრო ჩართულია იგი საკუთარ პროფესიულ საქმიანობაში, მით უფრო აქვს მას შინაგანად გათავისებული სამართლიანობა როგორც პროფესიული სინდისი. თუმცა სინდისი შეფუთულია სირცხვილით. არავის მოეთხოვება საკუთარი საქციელის მორალური საფუძვლები უმაღლეს გამოაშკარავოს. პირადი აღსარება არ ეტევა სუბიექტივიზმისგან დაცლილი, ფაქტობრივ მონაცემებზე დამყარებული იურიდიული რაციონალიზმის სადინარში. ამდენად, იურისტი არ უნდა შეეწინააღმდეგოს ფილოსოფოსს, თუ კი ფილოსოფოსი, არისტოტელეს მსგავსად, სამართლიანობას ყველა სათნოებაზე მაღლა აყენებს, რადგან სამართლიანობა არსებობს უშუალოდ ადამიანებთან ურთიერთობაში და მისი ნათელი „საღამოსა და დილის ვარსკვლავის“ ნათელს ჩრდილავს.²

2. სამართლიანობის იდეა და სამართლის ნამდვილობა

სამართლიანობა წარმოადგენს სამართლის ნორმათა და სავალდებულო ქმედებათა ეთიკური მართებულობის უმთავრეს პრინციპს. სამართლიანობა გვეუბნება, როგორი უნდა იყოს და როგორი არ უნდა იყოს სამართალი. სამართლიანობის სტანდარტით განისაზღვრება მოქმედი კანონმდებლობის ნორმები. სამართლიანობა უფრო ეთიკური ხასიათისაა. იგი ქმნის სამართლის ნორმების ეთიკურ მასშტაბს.

ამასთან, სამართლიანობა სათნოებაა. ამ განზომილებაზე მიუთითებს თავის სიტყვაში სამართლიანი მოსამართლე, გამომცდელი, მმართველი. „სამართლიანი“ შეიძლება იყოს, როგორც მოხელე, ასევე რიგითი მოქალაქე. სამართლიანობა ითხოვს კანონთა არა მხოლოდ ფორმალურ დაცვას (ლეგიტიმურობას კანტის გაგებით), არამედ, ასევე სამართლებრივ აზროვნებას (მორალურობას). ეს არ არის პოზიტიური ნორმების შედეგი, რომლებიც მოქმედებს აქ და ახლა. "სამართლიანი" არის ის, ვინც საკუთარ თავს წარმართავს სამართლის იდეით.

სამართალი და სამართლიანობა ერთმანეთზე დამოკიდებული. სამართლის ნორმა თავის არსებობას მორალურად ამართლებს სამართლიანობის იდეით და ამრიგად არწმუნებს სამართლის სუბიექტს, რომლის მიმართაც ეს ნორმა მოქმედებს, რომ იგი იმსახურებს მონონებას. სამართლიანობის იდეა იძენს კონკრეტულ სახეს, შინაარსს, საჯარო ფორმას, პრაქტიკულ გამოყენებადობას და იძულებით სავალდებულო ხასიათს საკანონმდებლო და ადმინისტრაციულ აქტებში, ხელშეკრულებებსა და სასამართლო

გადაწყვეტილებებში. სამართალი და სამართლიანობა თანხვედრაშია, მაგრამ ეს თანხვედრა სულაც არაა გარანტირებული. კანონი შესაძლოა იყოს უსამართლო და, ამდენად, სამართალსა და მორალს შორის დაპირისპირება შეიქმნას. სამართლიანობის იდეას შუამავალი ესაჭიროება პოზიტიური სამართლის სახით. აქ სირთულე რჩება, რათა კონკრეტულ სიტუაციაში გავაცნობიეროთ, რას ითხოვს სამართლიანობის იდეა.

მაგრამ, სამართლიანობის იდეა სრულად არაა მონყვეტილი სამართლებრივ რეალობას, მაშინაც კი, როცა სახეზე არ გვაქვს შუამავალი სამართლის ნორმის სახით. სამართლიანობის იდეა ეხება საქმის გარემოებას, რომელიც ღიაა სამართლებრივი რეგულირებისთვის და საჭიროებს ამ მონესრიგებას. რაც შეეხება ადამიანის ვალდებულებასა და პასუხისმგებლობას, როგორც ბუნებისა და ისტორიის მოცემულობას, ეს საკითხი თავიდანვე არ იყო სამართლიანობის თემა. სტიქიური უბედურება არ არის „უსამართლო“; ეს უბედურება ადამიანის ზემოქმედების შედეგია, რომელმაც კანონით დადგენილი უსაფრთხოების ზომები უგულვებელჰყო. სამართლიანობის წარმართველი ძალა მოქმედებას იწყებს, როდესაც უნდა გადაწყდეს ინტერესთა კონფლიქტი, ერთმანეთისგან უნდა გაიმიჯნოს გავლენის სფეროები, უნდა განაწილდეს მწირი რესურსები, გამყარდეს ურთიერთობები და ეს ურთიერთობები იმედგაცრუებისგან უნდა იქნას დაზღვეული. სადაც არ არის სამართლებრივი მონესრიგებისა და გადაწყვეტილების მიღების საჭიროება, სადაც ცალკე მდგომი ინდივიდები ერთმანეთის გვერდით თანაცხოვრობენ,³ ადამიანებს შორის არსებობს სპონტანური თანხმობა და სადაც მხოლოდ სიყვარული სუფევს, იქ სამართლიანობა დუმს. მაგრამ, როდესაც ჰარმონია და სიყვარული ეცემა და განხეთქილების მონაწილენი განსხვავებულსა და ძნელად თავსებად პრობლემებზე მსჯელობენ, სამართლიანობა იმაღლებს ხმას.

3. იდეის ფორმალური სტრუქტურა – სამართლიანობა როგორც მითითება

სამართლიანობა ხარისხის მოთხოვნას უყენებს სამართალს. სამართლიანობა გვეუბნება, როგორი უნდა იყოს, ან არ უნდა იყოს სამართლის ნორმა და როგორი უნდა იყოს, ან არ უნდა იყოს სამართლებრივად მნიშვნელოვანი ქმედება. მოკლედ: სამართლიანობა ადგენს სამართლის მართებულობის კრიტერიუმს. მაგრამ რა არის მართებული?⁴

ამაზე კლასიკური პასუხი გასცა არისტოტელემ⁵ და თომა აკვინელმა.⁶ განასხვავებენ სამართლებრივი ურთიერთობების სამ ძირითად განლაგებას, რომელშიც სამართლიანობა კონკრეტული ასპექტით წარმოჩინდება: ურთიერთობა ნაწილსა და მთელს შორის (სუბორდინაცია), მთელსა და ნაწილს შორის (ზემდგომობა) და ასევე ნაწილებს შორის (კოორდინაცია).

- *სუბორდინაცია*. მოქალაქე საზოგადოების წევრი უნდა იყოს და აკეთოს ის, რასაც საერთო სიკეთე კარნახობს (iustitia universalis), განსაკუთრებით კი დაიცვას კანონი (iustitia legalis).

- *გემდგომობა*. საზოგადოება, რომელიც საკუთარ მოქალაქეებს პრივილეგიებსა და ვალდებულებებს უწესებს, როგორცაა სამოქალაქო უფლებები და მოვალეობები, სახელმწიფო თანამდებობა და გადასახადები, ყველას თავისას განუწესებს (*iustitia distributiva*).

- *კოორდინაცია*. ერთმანეთს სოციალური ურთიერთობის დამყარება, როგორც თანასწორებს შორის. ადამიანებმა ერთმანეთი უნდა აღიარონ; მათ არ უნდა ავნონ ერთმანეთს. სამართლებრივ ურთიერთობებში ადამიანებმა უნდა დაიცვან თანაზომიერების პრინციპი. ბარტერული გარიგებისას შესრულება და საპირისპირო შესრულება ერთმანეთს უნდა აწონასწორებდეს. დელიქტის შემთხვევაში ზარალი სრულად უნდა ანაზღაურდეს (*iustitia commutativa*).

სამართლიანობის პრინციპები ფილოსოფიური აბსტრაქციის სიმალღებე ჩერდება. ფილოსოფიური თვალსაზრისით, სამართლიანობის პრინციპის მნიშვნელობა ხელშეუხებელია მიუხედავ იმისა, რომ მათი დღევანდელი გაგება მხედველობაში იღებს ისტორიულ ცვლილებებს და მთელი სისრულით არ გამოხატავს არისტოტელეს ცნებას.⁷ სირთულე იჩენს თავს, როდესაც სამართლიანობის პრინციპებიდან გამომდინარე პრაქტიკული მოქმედებისთვის დასკვნები უნდა გაკეთდეს. როგორც ჩანს, ეს უფრო შესაძლებელია *iustitia legalis* – ის პირობებში, რომლის შედეგად ყალიბდება საყოველთაო სამოქალაქო ვალდებულება, რათა კონკრეტულ სამართლებრივ წესრიგს დავემორჩილოთ. მაგრამ ვინ უზრუნველყოფს, რომ სამართლებრივი რეჟიმი, თავის მხრივ, იყოს სამართლიანი და რომ, საბოლოო ჯამში, კანონისმიერი უსამართლობის მორჩილება იმავე უსამართლობას არ გამოიწვევს? სახელმწიფო ამის საიმედო გარანტი არაა.

ასეა თუ ისე, კანონმდებელიც და კანონის აღმასრულებელიც ექვემდებარება *iustitia distributiva*-ს მოთხოვნას, ყველას თავისი წილი მისცეს. მაგრამ აქაც არ ვართ დაზღვეულნი. რადგანაც ყველა ყაიდის სახელმწიფო აცხადებს, რომ თავის მოქალაქეებსა და ქვეშევრდომებს მიუზღავს სიკეთისა და ბოროტების წილ. აქ არაა განსხვავება ავტოკრატიულსა და დემოკრატიულ, ლიბერალურსა და სოციალისტურ სახელმწიფოებს შორის. ყველაზე სასტიკი დესპოტიაც კი აცხადებს, რომ მის მსხვერპლს „მისას“ მიაგებს, როდესაც ჩაგრავს, აწამებს და კლავს. სახელმწიფოებს შორის განსხვავება მდგომარეობს იმ მოცემულობაში, რას იღებს ინდივიდი მისგან და ასევე იმაში, თუ როგორ განსაზღვრავს საკუთარ თავს კონსტიტუცია სახელმწიფოსთან მიმართებით: არის თუ არა იგი პირობითი თუ უპირობო, შეზღუდულად თუ შეუზღუდავად ხელმისაწვდომი საზოგადოებისთვის, თუ იგი პირველადი, გარანტირებული თავისუფლებაა, რომელიც სახელმწიფოსგან ყველა ქმედების დასაბუთებას ითხოვს; არის თუ არა იგი უთანასწორობის მიზეზი კლასის, რასის, ინდივიდუალურობის, წარმომავლობის და სხვა საფუძველზე, თუ იგი სახელმწიფოს მოქალაქეთა და ადამიანის უფლებათა თანასწორობის გარანტია.

არისტოტელეს განმარტებით, თანასწორობა სამართლიანობის არსებითი შემადგენელია. თანასწორობა წინააღმდეგობრივია. სამართლიანობა ნიშნავს აუცილებელ თანაბარ მოპყრობას ან ლეგიტიმურ დიფერენცირებას, რადგან თანასწორს თანასწორად უნდა მოვეპყროთ, ხოლო უთანასწორს – უთანასწოროდ მისი განსხვავებულობის ხარისხის მიხედვით. *iustitia distributiva* მისდევს არა აბსოლუტურ, არამედ რელატიურ თანასწორობას.⁸ მაგრამ საკითხავია, რომელი ურთიერთობებია აქ გადამწყვეტი. სახელმწიფოს წარმატება შეიძლება შეფასდეს ბენეფიციართა რაოდენობით, რომლებიც სიკეთეს მათი საჭიროებისა და დამსახურების მიხედვით იღებენ. მაგრამ, ეს ფაქტორები, თავის მხრივ, დამოკიდებულია კონკრეტულ გაბატონებულ სამართლებრივსა და სოციალურ სისტემაზე. თანასწორობის შესახებ თავის ფილოსოფიაში არისტოტელე არ ეხება სამართლებრივ უთანასწორობას, მაგალითად, როგორცაა, უთანასწორობა ბატონსა და მონას შორის, კაცსა და ქალს შორის, ბერძნებსა და ბარბაროსებს შორის. თანამედროვე კონსტიტუციური სახელმწიფოების კი, რომლებიც აღიარებენ ადამიანის საყოველთაო უფლებებს, სამართლებრივი სახელმწიფოსა და დემოკრატიული თანასწორობის პრინციპებს, გარკვეული თვალსაზრისით, განასხვავებენ თანამდებობის პირისა და კერძო პირის, მოქალაქისა და უცხოელის, არასრულწლოვნისა და სრულწლოვნის, სამართალდამრღვევისა და დამარალეულის სამართლებრივ უფლებებს. ლიბერალიზმმა წოდებრივი უთანასწორობა გააუქმა და ყველასთვის თანაბარი ავტონომია შემოიღო. სოციალური ნიშნის ქვეშ ჩნდება ახალი განსხვავება საზოგადოების „სოციალურად ძლიერსა“ და „სოციალურად სუსტ“ ჯგუფებს, დამსაქმებელსა და დასაქმებულს, მეიჯარესა და მოიჯარეს, წარმატებულსა და წარუმატებელს შორის. სამართლებრივი სახელმწიფო, რომლის საჯარო სამსახური მხოლოდ კანდიდატის პროფესიონალიზმის ნიშნით უნდა დაკომპლექტდეს და მის სქესს ყურადღებას არ უნდა აქცევდეს, დღეს ფემინისტური კვოტების მონესრიგების საკითხითაა დაკავებული, რითაც სქესი გადამწყვეტი ხდება. დასაშვები თანაბარი მოპყრობა, ისევე როგორც დასაშვები დიფერენცირება იმ სამართლებრივი რეჟიმის კონტექსტით განისაზღვრება, რომელშიც ისინი წარმოებს. შინაარსობრივად თანასწორობის დირექტივა, როგორც ჩანს, დამოკიდებულია იმ სამართლებრივ ურთიერთობაზე, რომელიც მან უნდა მართოს.

ასევე *iustitia commutativa*, რომელიც კერძო სამართლებრივ ურთიერთობებში მოქმედებს, პრაქტიკულ სახეს იძენს, უპირველეს ყოვლისა, მოქმედ სამართლებრივ რეჟიმსა და მოცემულ საზოგადოებრივ ურთიერთობებთან კავშირში. სხვის უფლებათა დარღვევის აკრძალვას (*neminem laedere*) სარგებელი მოაქვს სტატუს ქვოსთვის თავისი რეალური უთანასწორობით. ამდენად, „არავის ავნო“ სამართლიანობის პრინციპი იცავს არსებული სიკეთის განაწილებას, იმისდა მიუხედავად, არის ეს განაწილება თავის თავში სამართლიანი, თუ არა. ეს, რა თქმა უნდა, *iustitia universalis* -ის, ისევე როგორც *iustitia distributiva*-ს თემაა. ამგვარად, სამართლიანობის ასპექტები შესაძლოა ერთმანეთს ანიჭებდნენ ფარდობით მნიშვნელობას. – ამის საპირისპირო შინაარსობრივ დებულებას შეიცავს გარიგების სამართლიანობა (*iustitia commutativa*), როცა ეს უკანასკნელი ფაქტიური

შესრულებისა და საპირისპირო შესრულების თანაზომიერებას, როგორც პრინციპს, იღებს გარიგების მონაწილე პარტნიორთა პიროვნების მიუხედავად და ამგვარად ადგენს "სამართლიან ფასს". ამგვარი იდეალურობა დამაჯერებელია, მაგრამ რთულად განხორციელებადი. ეკვივალენტურობის განსაზღვრა პრაქტიკულად შეიძლება მხოლოდ მაშინ, როცა შესრულებისა და საპირისპირო შესრულების ობიექტური ფასის დადგენა შეგვიძლია და ამისთვის არსებობს შესაბამისი ზომის ერთეული. საქონლის ან მომსახურების ფასი არ არის ონტოლოგიურად დადგენილი. თუ სახელმწიფო არ იღებს მარეგულირებელ ზომებს, ფასი დგინდება ბაზრით. ეს გამოწვეულია მიწოდებისა და მოთხოვნის ეკონომიკური კანონებით, რომლებიც ეთიკური არგუმენტებით ვერ დაიძლევა. სწავლება „სამართლიანი ფასის“ შესახებ წარმოადგენს უტოპიას.⁹

ვისაც სურვილი ექნება, სამართლიანობის აბსტრაქტულ-ფილოსოფიური კონსტრუქციებიდან მოქმედების კონკრეტული მითითება მიიღოს, უმალ აღმოჩნდება *petitio principii*-ს ხელში. იგი იქიდან გამოიღებს იმას, რაც მანამდე ჩადო. ეს კონსტრუქციები ფორმალურია.¹⁰ მათი ქსოვილი იწარმოება იმ სამართლებრივი და სოციალური სისტემიდან, რომელთა შიგნით მოხდება ამ კონსტრუქციების გამოყენება. ამგვარად ასახავს არისტოტელეს მატერიალური ეთიკა ბერძნული პოლისის, ხოლო აქვინელის ეთიკა – სახელმწიფოსა და ეკლესიის შუასაუკუნოვან წესრიგს. თავიანთი ფორმალური ხასიათის გამო, სამართლიანობის კონსტრუქციები ახერხებენ, კონსტიტუციების ცვლილებებს გადაურჩნენ და მოერგონ მათ. ამდენად, არის კი სამართლიანობა მარადიული მხოლოდ იმიტომ, რომ მისი კონსტრუქციები უშინაარსია?

სამართლიანობის დილემა ნათელია: აქვს კი მას განაცხადოს პრეტენზია, მართოს სამართლებრივი სინამდვილე და სადაც საჭიროა, შეასწოროს იგი, თუკი სამართლიანობა, თავის მხრივ, ამ სამართლებრივი სინამდვილით საზრდოობს? არის საერთოდ შესაძლებელი, არსებობდეს ზეპოზიტიური, ტრანსცენდენტული სამართლიანობა, თუ იგი დამოკიდებულია პოზიტიურ სამართალზე? არის თუ არა ეს „მარადიული“ იდეა უფრო მეტად, ვიდრე დინამიური მითითება კონკრეტულ დროში გაბატონებულ სამართლებრივ შეხედულებებზე?

სამართლიანობის აღნიშნული დილემა არ წარმოშობილა არც ჯონ როულზის მიერ XX საუკუნეში განხორციელებული მცდელობით, სამართლიანობის პრინციპები ფილოსოფიურად განესაზღვრა და საზოგადოების წევრების თანხმობით გაემართლებინა. ამ მიზნით ამერიკელ მეცნიერს სახელმწიფოს თეორიის ძველი ევროპული მუზეუმიდან გამოაქვს საზოგადოებრივი კონტრაქტის მანქანა, მოჰყავს იგი მუშა მდგომარეობაში და ასხამს მასში შეერთებული შტატების ამერიკულ სანჯავს. ის პირები, რომლებსაც როულზის სამართლიანობის შესახებ თანხმობისთვის იყენებს, ჰგავს თომას ჰობსის მიერ სამასი წლით ადრე რეკრუტირებულ პირებს, რომლებიც რეალური ადამიანები კი არ არიან, არამედ გონით მართული, პირადი სარგებლის განზრახვით შეზღუდული აჩრდილები. ჰობსის აზრით, ეს თვისება ადამიანებმა სამოქალაქო ომის გამოცდილებიდან

შეიძინეს, ხოლო როულზის თანახმად კი – ამერიკული დემოკრატიისა და ამერიკული კაპიტალიზმის გამოცდილებიდან მისი თავისუფლების, თანასწორობისა და კეთილსინდისიერების იდეალებით. როულზი ხელშეკრულების დადების კეთილსინდისიერ პირობებზე ზრუნავდა იმით, რომ პარტნიორებს თავიდანვე „უმეცრების ფარდას“ ჩამოათარებს, რითაც ისინი საზოგადოებაში საკუთარ პოზიციებზე უარს ამბობენ, განსაკუთრებულ ინტერესებს თავს ანებებენ და საერთო ინტერესებს, როგორც სწორად გაგებულ საკუთარ ინტერესებს, ისე აცნობიერებენ. გაერთიანების პროცესის შედეგი შეესატყვისება მის ჰიპოთეზას. ყველა სამართლიანად მიიჩნევს თავისუფლების, თანასწორობისა და კეთილსინდისიერების პრინციპებს. თუ ფილოსოფიურ რეკონსტრუირებას მივმართავთ, აშშ-ის დემოკრატია აღზევდება, როგორც სამართლით კურთხეული ფენომენი, საკუთარი თავის მიმართ ეთიკური პრეტენზიებით, გამაგრებული მძლავრი სოციალ-დემოკრატიული ინტერვენციის დათქმით არსებული სიკეთის განაწილების საპირწონედ.¹¹

4. სამართლიანობა – ცარიელი ფორმულა?

რა მიგნებებს გვაძლევს ფილოსოფია იმისათვის, რომ სამართლიანობა შინაარსობრივად განუმარტოთ? სამართლის თეორეტიკოსი ჰანს კელზენი პირდაპირ გვეუბნება, რომ – არაფერს. მან გამოიკვლია ფილოსოფიური ტრადიციის ფორმულები, რომლებსაც სამართლიანობის არსი უნდა დაედგინა და მივიდა დასკვნამდე, რომ ყველა ფორმულა უშინაარსოა, მაგალითად, მოთხოვნა „ყველას თავის წილ“ (suum cuique), საშუალო წერტილი მიუღებელ უკიდუროსობებს შორის (Mesotes), სამართლიანი ანაზღაურების პრინციპი, თანასწორობა სამართლებრივი სახელმწიფოს, მათ შორის კომუნისტური გაგებით, ოქროს კანონი, კანტის კატეგორიული იმპერატივი. მეცნიერის დასკვნით, აბსოლუტური სამართლიანობა ირაციონალური იდეალია. ირაციონალური ცოდნის თვალსაზრისით, არსებობს მხოლოდ ადამიანური ინტერესები და აქედან გამომდინარე ინტერესთა კონფლიქტები, რომელთა გადაჭრის მხოლოდ ორი გზა არსებობს: ან ინტერესი სხვისი ინტერესის ხარჯზე უნდა დაკმაყოფილდეს, ან კომპრომისი უნდა შედგეს ორივე მხარეს შორის. შეუძლებელია, დავამტკიცოთ, რომ სამართლიანი იქნება მხოლოდ ერთი ან მეორე.¹² შემეცნების თეორიული აგნოსტიციზმი გვიტოვებს, რომ ცალკეული ადამიანის სამართლიანობის ირაციონალური მოთხოვნილება, „კაცობრიობის ლამაზი ოცნებაა“,¹³ მაგრამ მხოლოდ ოცნება.

ვისაც თავისი საყვარელი იდეალის გადარჩენა სურდა, კელზენის წინააღმდეგ ეჭვებს გამოთქვამდა; ამბობდნენ, რომ კელზენი გადამეტებული ღობით იყენებს კრიტიკას, როგორც ლაქების მოსაცილებელ ძლიერ სითხეს, რომელიც ლაქებს არამართონარჩენების გარეშე ამოიყვანს, არამედ სამოსსაც გაათუჭებს. მაგრამ პროფოკაცია, რომელსაც კელზენი გვთავაზობს, დაგვაფიქრებს. იქნებ, ის ეთიკური იდეალი, რომელიც არისტოტელეს თანახმად უფრო კამკაშად ანათებს, ვიდრე საღამოსა და დილის ვარსკვლავი, სხვა არაფერია, თუ არა ილუზია და იქნებ საშიში და მაცდური შუქიც?

5. ყოვლისმომცველობა პრაქტიკაში

სამართლიანობის იდეა ყოვლისმომცველია. იგი თავს იჩენს სამართლებრივ სინამდვილეში, ისევე როგორც პოლიტიკაში, საზოგადოებრივსა და პირად ცხოვრებაში. იგი არ ცნობს სივრცისა და დროის საზღვრებს. მისთვის ყველა კულტურა მშობლიურია. სამართლიანობის მოთხოვნილება განეკუთვნება ადამიანის სულის ძირითად კონფიგურაციას. იგი ქმნის არქიმედულ წერტილს, რომელსაც სინდისი ეყრდნობა და რომელიც ადამიანის ნების საყრდენია სოციალურ გარემოში მორალური თვითდამკვიდრებისთვის.

გონიერი ადამიანისთვის სამართლიანობისთვის ბრძოლის საუკეთესო მაგალითია სამიოთხი წლის ბავშვი, რომელიც ერთ დღეს, სურვილის მისაღწევად, წყვეტს ყვირილს, ხელებისა და ფეხების ქნევას და სურვილსა თუ საკუთარ უფლებას გამოხატავს სიტყვით. ანუ, მათ იციან უკვე სამართლისა და სამართლიანობის პრინციპების თაობაზე ისე, რომ ეს მათთვის არავის უსწავლებია. ბავშვის ენა საკმარისია იმისთვის, რომ ეს კატეგორიები მან კონკრეტულ სამართლებრივ საფუძვლად აქციოს:

- „მე ეს არ ჩამიდენია“ – ქმედებაზე პასუხისმგებლობა.
- „ვერაფერს ვუშველი“ – მატერიალური პასუხისმგებლობა ბრალეულობისთვის.
- „კარი მე არ გამიღია და მე არ უნდა დავეკეტო“ – მოთავის პასუხისმგებლობა.
- „მეც“ „ყოველვის მე რატომ“ – თანასწორობა, დისკრიმინაციის აკრძალვა.
- „სხვა ბავშვები ამას აკეთებენ“ – ნორმების საყოველთაობა, სააპელაციო საჩივრის მნიშვნელობა.
- „შენ ხომ შემპირდი“ – სიტყვის შესრულება; ხელშეკრულება უნდა შესრულდეს (*pacta sunt servanda*).
- „თავად ამას არ აკეთებ“ – ნორმის შედეგი, ნორმის დამდგენისთვის, მისი ვალდებულება, შეასრულოს კონკრეტული ნორმა და თავისი ცხოვრების წესით მისცეს მაგალითი.
- „შენ ტყუი“ – სიმართლე, როგორც სამართლიანი სასამართლოს გადანყვეტილების საფუძველი.

რიგი გრძელდება კანონიერი ნდობის პრინციპით და პირადი ღირსების დისკრედიტაციისგან დაცვით (აქ სიტყვა უფრო ნაკლებია, ვიდრე ცრემლი). სამართლის ფილოსოფიის ბავშვისმიერი ლექციის დასასრულს არსებობს კატეგორიები, რომლებსაც ემყარება სამართალი, მაგრამ რომლებიც თავის მხრივ არ არის გამართლებული, არ არის სრულად განხილული. მათი გადაცემა აღზრდის გზით არ არის საჭირო: განვითარების კონკრეტულ ეტაპზე ისინი სახეზეა და მოქმედებს. ამით განსაზღვრავს ბავშვი თავის თავს, როგორც პიროვნებას მშობლების წინაშე; ამის საშუალებით დგება აუცილებლობა, ბავშვის აღზრდელითი ზომები დასაბუთებული იყოს. დასაბუთების

კრიტიკერიუმები მშობლებსა და ბავშვს ერთად აქვთ დადგენილი. ისინი აზროვნებენ და საუბრობენ ერთი და იმავე მორალურ (ვირტუალურ) და სამართლებრივ ენაზე. აღმზრდელმა რაც უნდა ასწავლოს აღსაზრდელს არის ის, რომ, უპირველეს ყოვლისა, მან სამართლიანობის მოთხოვნა, რომელსაც სხვებს წაუყენებს, თავად დააკმაყოფილოს. ოქროს წესი – „რაც გინდა რომ სხვებმა გაგიკეთონ, შენც იგივე გაუკეთე მათ“¹⁴ – ითხოვს პედაგოგიურ დახმარებას, რომელიც სინდისს აყალიბებს, რადგან ჩვეულებრივ პირადი სარგებელი უფრო ძლიერაა განვითარებული მათში, ვიდრე სხვისი სამართლის შეგნება.

რაც უფრო ფართოვდება და ვითარდება ახალგაზრდის გარემოცვა, გამოცდას გადის სამართლიანობის მისეული აღქმა. იგი ითხოვს თავისი სოციალური გარემოცვისგან სამართლიანობას და მათ მოთხოვნებს აფასებს სამართლიანობის კრიტიკერიუმებით; და თუ ამ კრიტიკერიუმებს აკმაყოფილებენ, მაშინ იღებს მათ. მზარდ მონიჭებულობასთან ერთად, იგი აკონტროლებს თავის ქმედებებს ახლობლებთან, ნორმებთან და ინსტიტუტებთან მიმართებით სამართლიანობის სახელმძღვანელო პრინციპების მიხედვით. მეორე მხრივ კი, იგი საზოგადოებას უქვემდებარებს სამართლიანობის პრინციპს, მას ქაოსიდან მორალური აზროვნება გამოაქვს. ალბათ, სწორედ ესაა კანტის მკაცრი თეზის ფარული მნიშვნელობა: „თუ სამართლიანობა დაიკარგება, არანაირი ფასი ექნება ადამიანების დედამიწაზე ცხოვრებას“.¹⁵

სამართლიანობის დედააზრი ადამიანებს დაბადებით მოსდგამს: თანდაყოლილი იდეა (ideae innatae), როგორც ეს ესმოდა ციცერონს, ბუნებით მონიჭებული, „ბუნებრივად ნათელი“ და როგორც ელემენტარულ ზნეობრივ კითხვებზე საყოველთაო თანხმობის საფუძველი.¹⁶ პლატონი ერთი ნაბიჯით წინ მიდის და მიიჩნევს, რომ ადამიანისთვის მთელი სიმართლე ცნობილი გახდა არსებობის წინარე პერიოდში და იგი მიმდინარე ცხოვრებაში, მას მეტად თუ ნაკლებად, გაურკვევლად იხსენებს (Anamnesis). სამართლიანობის გაგების ბუნებითი ნიჭი ადამიანის სულიერი განვითარების პროცესში სოციალური გარემოს საშუალებით იკვეთება, მდიდრდება და კულტურულად დიფერენცირდება.¹⁷

II. სამართლიანი სახელმწიფოს არქექტიპები

1. პლატონის იდეალური სახელმწიფო

სამართლიანობაზე დამყარებული საზოგადოების პროტოტიპს ანვითარებს პლატონი თავის „პოლიტიკაში“. სამართლიანობა ვითარდება როგორც იდეა და როგორც სათნოება, როგორც თითოეულ პიროვნებაში, ასევე სახელმწიფოში. პლატონისთვის სამართლიანობის ორივე გაგება კონსტიტუციის სამართლიან-ზნეობრივი განსახიერებაა.

ადამიანის სულის სამ პლასტს შეესაბამება სამი სათნოება: ფიზიკურ თუ ეკონომიკურ ანგარებას – თავდაჭერილობა; პოლიტიკურ პატივმოყვარეობას – სიმამაცე; გონივრულობას – სიბრძნე. აღნიშნულ სათნოებათა ერთმანეთის მიმართ სწორ თანაფარდობას უზრუნველყოფს სამართლიანობა, როგორც მეოთხე „კარდინალური სათნოება“. იგი მართავს ადამიანებს როგორც პატარა, ასევე დიდ მასშტაბში, მართავს სახელმწიფოს. სამართლიანობის ძიება, რომელიც პლატონის თანახმად, გონიერების ძალით აუცილებლად იწვევს სამართლიან ქმედებას, ქმნის სახელმწიფოში მმართველობის ლეგიტიმურობას. გონიერების მჭვრეტელობით ადამიანები განსხვავებული დოზით არიან დაჯილდოვებულნი. გონისმიერი ლეგიტიმურობის პრინციპი ამყარებს ხელისუფლებაში მონაწილეობის გრადაციას და საზოგადოების მუდმივ ჩამოყალიბებას ფენებად. ეს გამომდინარეობს სულის სამმაგი პლასტიდან, რომელიც ინდივიდებში განსხვავებულადაა განვითარებული. უმაღლესი ნიჭისა და სათნოების დომინირებას, განსაკუთრებით კი გონისა და სიბრძნისა, მხოლოდ ცოტა ადამიანთან თუ შევხდებით. სამივე მდგომარეობა საერთო სიკეთეს ემსახურება. რაც უფრო მაღალია ეს მდგომარეობა, მით უფრო დიდია ვალდებულებები. გლეხთა, ხელოსანთა და ვაჭართა უბრალო ფენა საზოგადოების სამეურნეო საჭიროებიდან ჩნდება. ისინი ინტერესების მიხედვით ცხოვრობენ და ვალდებულნი არიან მხოლოდ კანონი დაიცვან. მოხელეები და სამხედროები („გუშაგები“), რომლებიც ერთგულებითა და სიმამაცით ხასიათდებიან, ხელისუფლების ნებას აღასრულებენ და ამიტომ პირად ინტერესსა და პირად ცხოვრებაზე უარს ამბობენ. მაგრამ სახელმწიფოს მართვა იმ ფილოსოფოსების საქმეა, რომლებიც საკუთარ თავს უპირობოდ უძღვნიან სამართლიანობის შემეცნებას, რომელიც სიკეთესა და ჭეშმარიტებასთან ერთად ერთ მთლიანს წარმოადგენს. სწორი შემეცნება აუცილებლად გულისხმობს სწორ მოქმედებას. მაგრამ არც ფილოსოფოსებისთვის არის იდეა უშუალო და აშკარა. მათ ძალუძთ, მხოლოდ მიუახლოვდნენ ამ იდეას, მაგრამ არ ძალუძთ, განმარტონ იგი. სამართლიანობა რჩება საიდუმლოდ, რომლის დანახვა, საუკეთესო შემთხვევაში, ღვთითკურთხეულთა ხვედრია. პლატონის სამართლიანი სახელმწიფო იცავს მოცემულ მორალურ პრინციპს. იგი აფუძნებს ინტელექტუალურ არისტოკრაციას. ძალაუფლება ემორჩილება გონს, მაგრამ გონიერს უფლება აქვს განახორციელოს იგი მხოლოდ მაშინ, როცა ასკეტიზმს იცავს, უარს ამბობს პირად თვითრეალიზაციაზე და სახელმწიფო საქმეებს თავს უპირობოდ უძღვნის. სამართლიანობის გონისმიერი ბატონობა საფუძველს უქმნის ავტორიტეტს, ამგვარ ბატონობას ესაჭიროება სწორედ ავტორიტეტი, რათა ნაკლებად გამჭრიახნი დაიმორჩილოს.¹⁸

2. შუასაუკუნეების წმინდა იმპერია (Sacrum Imperium)

თუ შეუძლებელი ოდესმე რეალობა გამხდარა და პლატონის „პოლიტიკის“ იდეალი ისტორიულ სინამდვილეს შეადგენდა, მაშინ ეს იყო შუა საუკუნეების ქრისტიანულ იმპერიაში.¹⁹ ქრისტიანული ეკლესიის მიერ ინტერპრეტირებული ჭეშმარიტება ქმნის იმპერიის საფუძველს. ამ ჭეშმარიტებას ჰქონდა პრეტენზია, მთელი საზოგადოება

სრულად განემსჭვალა და თითოეული ადამიანის გულამდე მისულიყო. ღვთიური გამოცხადების რწმენა და ფილოსოფიური გააზრება ერთმანეთს ავსებს. ჭეშმარიტება, რომელსაც ეყრდნობა საზოგადოება, განსაზღვრავს სამართლიანობას. სამართლიანობა ყველა სამეფოს საფუძველია (Iustitia fundamentum regnorum). სამართლიანობის იდეა წინ უსწრებს მოქმედ სამართალს, როგორც მისი დედა.²⁰ სახელმწიფოსა და სამართლის მართებული მოწყობა წარმოჩინდება როგორც მოცემულობა, შეგნების და არა ნებისა და ქმედების საგანი.

ეს შუასაუკუნოვანი კონცეფცია ფართოვდება მუდმივ სათნოებათა და მოვალეობათა მრავალსახეობაში. პლატონისმიერ სამეფო ფილოსოფოსთა ადგილს განსწავლული მღვდლები იკავებენ. მათი ავტორიტეტი, მარადიული ჭეშმარიტება ასწავლონ სხვებს, ასევე ეყრდნობა იმ ჭეშმარიტებას, რომელზეც დგას სახელმწიფო და სამართალი და რომელიც ამ პრეტენზიას სულიერი წინამძღოლობით ასაბუთებს. მაგრამ მათ, ვინც ამ პრეტენზიებს აცხადებენ, მოეთხოვებათ სულიერებისა და ასკეტიზმის ვალდებულება, ვალდებულება პირადი მოთხოვნების დაკმაყოფილებისგან შეიკავონ თავი და სამსახური წარმართონ მხოლოდ საზოგადო სასიკეთო საქმისთვის. ქრისტიანობის შუქზე პლატონის იმედი ამოხსნა, ანუ ვიცით, ვინ ცხოვრობს მართალი ცხოვრებით, ვინ არა და ვინ უბედურად.²¹

პლატონის იმედი ბუნებრივად წინააღმდეგობრივია ცხოვრებისეულ გამოცდილებასთან, როცა არამართალი კარგად ცხოვრობს და მართალი უბედურებაში ვარდება და ცხოვრების ბოლოს პაპ გრეგორ VII-ის მსგავსად ასკვნის, რომ: „მიყვარდა სამართლიანობა და მძულდა უსამართლობა, ამიტომ ვკვდები გადასახლებაში“.²² პლატონის თანამედროვეებს, ამქვეყნიური ცხოვრებით გალაღებულ ბერძნებს ფილოსოფიური არგუმენტებით ვერ გადავარწმუნებდით, რომ ყველაზე სამართლიანი ამავე დროს ყველაზე ბედნიერია. ამგვარად, პლატონი იძულებული იყო, თავისი ფილოსოფიისთვის პროპაგანდა მიეშველებინა და მართალთა ჯილდოს შესახებ სწავლება სახელმწიფოსთვის საჭირო ლეგიტიმურ ტყუილად განეწესა.²³ თუმცა, ქრისტიანობა მართალსა და მტყუანსა დაჯილდოების მარადიულობის კუთხით უყურებს (sub specie aeternitatis). აქ არ ითვლება მინიერი ფიასკო და ამქვეყნიური წარმატება. ჯილდო და სასჯელი ადამიანს ბოლოს ღმერთისგან განესაზღვრება.²⁴ ნანატრი სამართლიანობა ღმერთში აღესრულება. მიწაზე კი ყველა მცდელობა სამართლიანობის მისაღწევად ვერასდროს აღწევს მიზანს. სამსჯავრო, რომელიც ქმნის ჭეშმარიტ სამართლიანობას, გაიმართება იმქვეყნად.

ქრისტიანული სწავლება მარადიული სამართლიანობის შესახებ დიდებულ სახეს იძენს დანტეს "ღვთაებრივ კომედიაში" („Divina Commedia“), რომელიც აღწერს ღვთის სასუფეველს, რომელშიც ყველას თავისი მიეზღვება, რაც მინიერი ცხოვრებით დაუმსახურებია - მარადიული სასჯელი, ღროებითი განმენდა, მარადიული ნეტარება.

„მართლმსაჯულება ფუძედ ჰქონდა ჩემს ღიად შემქმნელს,
მე ვარ ნაყოფი ღვთაებრივი ძალმორჭმულობის,
უმაღლეს სიბრძნის და პირველი სიყვარულისა“.²⁵

ასეთი იყო წარწერა ჯოჯოხეთის კარზე დაღუპული ადამიანებისთვის, რომელთაც არანაირი იმედი გააჩნიათ. როცა პოეტი ტკივილების ქალაქში მოგზაურობს, განმნდის მთის იქით სამოთხის ვარსკვლავთა რაიონში მოხვდება და საკუთარი თვალით იხილავს ღვთის სამართლის სინამდვილეს, ეჭვებშია ფარულად, მართლა სამართლიანია თუ არა ღმერთი, თუ იგი მოუნათლავ ინდიელს, რომელსაც არასდროს სმენია ქრისტიანობის შესახებ, უარს ეუბნება, მარადიული ბედნიერების თანაზიარი გახდეს. ცის არწივი ასწავლის სკეპტიკოსს:

„მაგრამ შენ ვინ ხარ, მსაჯულობა რომ გიკისრია,
ასეულ ეჭის სიშორეზე მართლგანმკითხველი,
თვალს ველარ უწვდენ ხუთიოდე წერთისა სიშორეს.
ცხადია, იგი, ვინც ისურვებს გაჰაეყრებას,
საღვთო წერილი რომ არ იყოს ცით ნაბოძები,
გაოცების და იჭვის საგანს გამოსძებნიდა.
ო, კაცთა მოდგმავ, გაუთლელიო, მოუხეშავო,
ეგეც იცოდე ნებისყოფა უპირველესი
თავათ სიკეთე არ ვრცელდება აროდეს თავათ.
მართებულია მხოლოდ მასთან შეხამებული,
ვერც მიიზიდავს მას ოდესმე კეთილად ქმნილი,
მხოლოდ მისივე უკუკრთომა არს მართლის მქმნელი“.²⁶

სამართლიანობა, საბოლოო ჯამში, ღმერთის ნებაზეა. მის წინაშე ღუმან ადამიანთა კითხვები.

III. კოპერნიკისეული შემობრუნება მოღერნისკენ

ფუნდამენტი, რომელზეც სამართლიანობის შესახებ შუასაუკუნეების სწავლება იდგა, ახალ დროში მოირღვა; უპირველეს ყოვლისა, მოიშალა რელიგიისა და მისი ეკლესიური შუამავლობის მთლიანობა. ამრიგად, ძალა დაკარგა რწმენამ, რომ მოცემული ამქვეყნიური წესრიგი შეიძლება იყოს შეცნობადი და, ასევე ძალა დაკარგა რწმენამ იმ სულიერსა და მიწიერ ავტორიტეტებში, რომლებიც ამ შემეცნებას განმარტავდნენ. შემეცნებითმა ოპტიმიზმმა გზა დაუთმო კრიტიკულ აზროვნებას. ინტელექტუალიზმმა ველი მოასუფთავა, ხოლო ვოლუნტარიზმს თავისი ადგილი მიეჩინა. ჭეშმარიტებისა და სამართლიანობის, ასევე არსისა და ჯერ-არსის კავშირი ადამიანის ქცევით ბუნებაში გაიხსნა. თეორიული გონი ეყრება პრაქტიკულ გონს.

ადამიანი აღარ ემორჩილება ღვთის ნებას და საკუთარ ნებას ახორციელებს. ნაცვლად იმისა, რომ დანტესავით ღმერთის მიუწვდომელი სამართლიანობის წინაშე ქედი მოიხაროს, თავად ციტირებს ღმერთს ადამიანური გონის სამსჯავროდან, თეოდიციის პროცესს უმართავს მას და უჩივის უსამართლობისთვის, რადგან ღმერთი უშვებს ამქვეყნად ბოროტებას. პოლიტიკური ფილოსოფია აღარ ცდილობს, სახელმწიფო და სამართალი ღვთის ნებაზე დაფუძნებულად გამოაცხადოს, არამედ გამოჰყავს ისინი ადამიანთა ნებიდან.

სახელმწიფო კარგავს თავის საკრალურ ხასიათს. იგი ითვლება მხოლოდ ადამიანის ქმნილებად, ორგანიზაციად მიწიერი საჭიროებების მიზნებისთვის. იგი თავის ლეგიტიმურობას საკუთარი საჭიროებიდან ახდენს. სახელმწიფოს ლეგიტიმაციის საფუძველი არის არა უბრალოდ საზოგადო სიკეთე, არამედ ერთეული ადამიანების კეთილდღეობა. წინასწარ აღარ ვუშვებთ, რომ სამართლიანობა ადამიანებთან დაკავშირებული საუცხოო სათნოებაა,²⁷ არამედ იგი რაციონალურ პირად ინტერესებზეა დამყარებული. სახელმწიფო წყობილება არ ხდება სამართლიანი იმით, რომ იგი თანხვედრაშია სამართლიანობის პრინციპებთან, არამედ იმით, რომ დაზარალებულთა ნების თანხვედრაშია და მათგან იღებს თანხმობას. ნორმები და ინსტიტუტები წარმოჩინდება როგორც სასარგებლო და მოსახმარი რამ. ისინი შესაძლოა გახდნენ განსჯის საგანი არა მხოლოდ სპეციალისტებისა და საქმეში ჩახედულთა, არამედ თითოეული ადამიანის მხრიდან.²⁸

IV. სამართლიანობის გამორიცხვა თანამედროვე სახელმწიფოს სისტემიდან

1. მშვიდობა სამართლიანობის პირისპირ

„სამართლიანობის საქმეა სუფევდეს მშვიდობა“ – გვეუბნება ესაია წინასწარმეტყველი.²⁹ ეს ძველი აღთქმის იგივე პოლიტიკური უტოპიაა, რომელსაც ქრისტიანობაც მიჰყვება, რომ, როცა სამართლიანობა ბატონობს, მშვიდობა ისადგურებს³⁰ და როგორც მეფსალმუნე ამბობს, „მშვიდობა და სამართლიანობა ერთმანეთს ეამბორებიან“.³¹ ახალი დროების პოლიტიკური ტრავმა სამოქალაქო ომებია, რომელიც XVI საუკუნის რელიგიურ განხეთქილებას მოჰყვა: ეს არის გამოცდილება იმისა, რომ სამართლიანობა და მშვიდობა ქრება, როდესაც მოქალაქეები რელიგიური ნიშნით არიან დაყოფილი და რელიგიურად დასაბუთებული პრეტენზიები აბსოლუტურ სამართლიანობაზე, ერთმანეთის მიმართ შეუწყნარებელ დაპირისპირებაშია. თანამედროვე სახელმწიფო, რომელიც არჩევანს სამართლიანობასა და მშვიდობას შორის აკეთებს, ირჩევს მშვიდობას. თუ სახელმწიფოს არ ძალუძს რელიგიური რწმენის მოპოვება ერთობის აღდგენა, მაშინ იგი იმაზე მაინც უნდა ზრუნავდეს, რომ ადამიანები, განურჩევლად მათი რელიგიისა, მშვიდობიანად თანაცხოვრობდნენ. მშვიდობის გამო სახელმწიფო თავს ანებებს დავას ჭეშმარიტებისთვის და კმაყოფილდება ამქვეყნიური ცხოვრების პრაქტიკული საკითხების მოგვარებით.

თუ მოქალაქეები ვერ თანმხლებიან, როგორ მოაწესრიგონ საზოგადოდ საჭირბოროტო საქმე, მაშინ იგი უნდა გადაჭრას სახელმწიფომ ყველასთვის სავალდებულო წესით. სავალდებულო ხასიათი არ გამომდინარეობს იქიდან, რომ გადანყვეტილება სამართლიანია, არამედ სახელმწიფოა კომპეტენტური, გადანყვეტოს ეს საქმე. ესაა პროვოკაციული ალტერნატივა, რომელსაც თომას ჰობსი თანამედროვე სახელმწიფოს პირდაპირ ანიჭებს: ძალაუფლება და არა სიმართლე ქმნის სამართალს (authoritas, non veritas facit legem).³² თანამედროვე გაგებით: კანონი თავის ლეგიტიმურობას ახდენს არა მისი შინაარსის მართებულობით, არამედ იმ უფლებამოსილებით, რომლითაც იგი გამოიყვება. ვინ განსჯის (Quis iudicabit)? ვინ განმარტავს (Quis interpretabitur)? ესაა კითხვები, რომლებიც აინტერესებს თანამედროვე პოლიტიკურ აზროვნებას. თანამედროვე კანონმდებელს არ მოეთხოვება ორიენტირება სამართლიანობის წამყვან იდეებზე. ამდენად, კანონმდებელი არ ემორჩილება მოქალაქის განაჩენს, თუ რამდენად აკმაყოფილებს კანონი სამართლიანობის პრინციპებს ან რამდენად შეესაბამება ეს პრინციპები სამართლიანობას. მოქალაქეს აინტერესებს უფლებამოსილების საკითხი. მატერიალური სამართლიანობის საკითხი ამით იზღუდება. ჰობსი ლაკონურად ადგენს, რომ სამოქალაქო კანონი განსაზღვრავს „რა არის წესიერი და უწესო და, ზოგადად, რა არის კარგი და რა არის ცუდი“.³³

უფლებამოსილების საკითხზე ყველას შეუძლია ადვილად შეთანხმდეს. ამდენად, გარკვეულია, ვის აქვს უფლება, გადანყვეტოს იგი. მაგრამ ხშირია საკითხი, როგორ უნდა გადანყვეტოს ის და რა არის სამართლიანი. მართებული შინაარსი, ვირტუალურად მაინც, დავის საგანი ხდება და განხეთქილების საფუძველი. მშვიდობის გამო კონკრეტული ინსტანცია, რომელიც იღებს გადანყვეტილებას და რომელსაც აქვს ძალაუფლება, მზად უნდა იყოს, გარკვეულ ვითარებაში გადანყვეტილება წინააღმდეგობის მიუხედავად აღასრულოს. ამ მიზნით თანამედროვე სახელმწიფო პრეტენზიას აცხადებს, მონოპოლია ჰქონდეს ფიზიკურ ძალაუფლებაზე და უკრძალავს თავის ქვეშევრდომებს ფიზიკური ძალის ან მუქარის გამოყენებას აუცილებელი მოგერიების შემთხვევების გარდა, როდესაც სახელმწიფო დაცვას ვერ უზრუნველყოფს. თანამედროვე სახელმწიფო შედგება გადანყვეტილების, ძალაუფლებისა და მშვიდობის მთლიანობისგან.³⁴

მშვიდობა, როგორც თანამედროვე სახელმწიფოს ფუნდამენტური მიზანი, ნიშნავს ძალადობის სრულ, თანაგრძობის გარეშე აღმოფხვრას: რიგითი ადამიანის გაგებით, უსაფრთხოების მდგომარეობა ნიშნავს ცხოვრებით, ჯანმრთელობით, თავისუფლებით, საკუთრებითა და სხვა სიკეთეებით შეუფერხებლად სარგებლობას, რასაც სახელმწიფო სამართალით უზრუნველყოფს თითოეული პირისთვის.³⁵ სახელმწიფოს მიერ უზრუნველყოფილი მშვიდობა, სამოქალაქო მდგომარეობა (status civilis) იმ შესაძლებლობის პირობაა, რომ მოქალაქეები შიშის გარეშე ერთმანეთის პირისპირ სამართლიანობაზე საუბრობდნენ და ლიბერალურ დემოკრატიაში ერთმანეთს ეჭიბებოდნენ, რაც შეიძლება სამართლიანად გადაჭრან პოლიტიკური პრობლემები.

ამგვარად, ესაიას სიტყვები რომ მოვიშველიოთ, მშვიდობის ფუნქცია სამართლიანობაა. ამ მითითებას შეიცავს იაკობის წერილი: „რამეთუ ნაყოფი სიმართლისა დაეთესვის მშვიდობით მათთვის, რომელნი ჰყოფენ მშვიდობასა“.³⁶

2. თავისუფლება სამართლიანობის პირისპირ

ლიბერალურ დემოკრატია არ აქვს პრეტენზია, პასუხი გასცეს „ჭეშმარიტი“ სამართლიანობის კითხვას. იგი მხოლოდ გვთავაზობს ყველა მოქალაქის თავისუფლებას, დასვას კითხვები და ეძიოს მათზე პასუხები. დემოკრატია წარმართავს სახელმწიფოებრივ პროცესებს, რათა კითხვები სავალდებულო წესით იქნას გადაწყვეტილი. რა არის სამართლიანობა და კონკრეტულ შემთხვევაში რა გამოხატავს სამართლიანობას, ამის თაობაზე დემოკრატიაში ლეგიტიმურად დავობენ როგორც კერძო, ასევე საჯარო დისკურსში. ამრისა და მეცნიერების, მსოფლმხედველობისა და რელიგიის თავისუფლების ძირითადი უფლებების განხორციელება ყველასთვის ხელმისაწვდომია. პოლიტიკური პარტიები ცდილობენ, სამართლიანობის არსი საკუთარი მიზნებისთვის გამოიყენონ და ერთმანეთს ეჭიბრებიან „მეტი სამართლიანობისთვის“. უმრავლესობის პრინციპით ხდება გადაწყვეტილების მიღება საპარლემენტო, ძალაუფლებათა გამიჯვნის მქონე დემოკრატიულ სისტემაში. ეს არ იძლევა იმის გარანტიას, რომ შედეგი სამართლიანი იქნება. უბრალოდ უზრუნველყოფს, რომ გადაწყვეტილების იძულების პირობებში ყველას ამის, რაც შეიძლება მეტი შესაძლებლობა ჰქონდეს.³⁷

დემოკრატიაში მოქმედებს პრინციპი: ძალაუფლება და არა სიმართლე (authoritas, non veritas). სამართლიანობის საკითხი ისევ რჩება საკამათო, რადგან დემოკრატიულად არჩეული კანონმდებელი სამართლიანობას ჰპირდება ხალხს. ყველასთვის ნებადართულია, გააკრიტიკოს კანონი, მოითხოვოს მისი გაუქმება, ან იზრუნოს მისი გაუმჯობესებისთვის (იმისდა მიხედვით, რას მიიჩნევს პირი სამართლიანად). ნორმის ადრესატი ვალდებულია გარეგნულად შეასრულოს კანონი და არაა ვალდებული სწამდეს ამ კანონის სამართლიანობა. კანტის ენაზე, სახელმწიფო ითხოვს კანონიერებას და არა მორალურობას. მოქალაქეთა დამოკიდებულება სამართლებრივი სახელმწიფოსადმი დაიყვანება კანონით განსაზღვრულ უფლებებსა და მოვალეობებზე. სათნოება არ მიიღება მხედველობაში. ამდენად, სამართლიანობა, როგორც სათნოება, აღარაა განხილვის საგანი. კანონიერებასა და მორალურობას შორის ზღვარის დადებით დემოკრატიული სამართლებრივი სახელმწიფო შორდება თანამედროვის წინარე სამართლიანობის სახელმწიფოს, რომლისთვისაც სამართალი და მორალი, ჯერ კიდევ, ერთი იყო. იმ ადგილზე, რომელიც დაკავებული ჰქონდა სამართლიანობას, როგორც მოქალაქეთა სათნოებას, ახლა უკვე ჩნდება ძირითადი უფლებები და თავისუფლებები.

აქტუალურ თემად კი რჩება (დემოკრატიულად ღია) კითხვა სწორი სახელმწიფო მოწყობისა და სახელმწიფო მოქმედების სამართლიანობის შესახებ: ინსტიტუციონალური სამართლიანობა.³⁸ ამ თვალსაზრისში კანტი და ჰობსი ერთმანეთს ეთანხმებიან:

ადამიანები სახელმწიფოდ ერთიანდებიან არა თავიანთი სათნოებების, არამედ სალი აზრით ნაკარნახევი პირადი სარგებლის წყალობით. ისინი არ არიან ვალდებული, საკუთარ ბოროტ ფიქრებს მოერიონ და მორალურად გაკეთილშობილდნენ; სრულიად არ სჭირდებათ მათ ანგელოზებად გადაიქცნენ, რათა რესპუბლიკის კარგი მოქალაქეები გახდნენ. სახელმწიფო მონყოების პრობლემა, კანტის თანახმად, „ეშმაკთა ერისთვისაც კი (თუკი მათ შეგნება აქვთ) გადაწყვეტადია“. საკმარისი იქნება, სახელმწიფო კარგად იყოს ორგანიზებული, რათა ის ავადმყოფური ვნების ტენდეციები, რომლებსაც ადამიანები ბუნებით ფლობენ, იმდაგვარად მართოს, „რომ [ადამიანები] სავალდებულო კანონებს დამორჩილდნენ, ამისთვის ერთმანეთი აიძულონ და ამგვარად დამყარდეს მშვიდობა, რომელშიც კანონებს აქვს ძალა“.³⁹ კონსტიტუციურ სახელმწიფოში, როგორც ჩანს, ადამიანებმა გამოსავალი ნახეს, რადგან ისინი მორალური სიმძიმის გარეშე, თავიანთ თანაცხოვრებას სახელმწიფოებრივად აწესრიგებენ და იმდაგვარადაც კი, რომ საკუთარ თავისუფლებებს რაც შეიძლება ნაკლებად ზღუდავენ და საკუთარ სარგებელზე რაც შეიძლება ნაკლებად ამბობენ უარს, ამას ახორციელებენ ძალის გამოყენებაზე სახელმწიფოებრივი მონოპოლიის, საპარლამენტო დემოკრატიისა და ძალაუფლებათა გამიჯვნის ინსტიტუციური დაცვის ღონისძიებებით, ასევე ძირითად უფლებათა შემზღვევისა და კონტროლის გზით.

3. სამართლებრივი უსაფრთხოება სამართლიანობის პირისპირ

კანონის დამდგენი თანამედროვე სახელმწიფო ეყრდნობა დემოკრატიულ ლეგიტიმაციას, რომელიც საპარლამენტო, ძალაუფლებათა გამიჯვნიტურთ წარმომადგენლობითი სისტემით ხალხის ნებიდან გამომდინარეობს. ფორმალური ხელისუფლება ანიჭებს სახელმწიფოს აქტივობას, მობილობას და ყოვლისმომცველობას. იგი არ საჭიროებს ეთიკური ფასეულობებით გამართლებას. საყოველთაო ეთიკური დასაბუთების ვალდებულება, ასევე არ იქნებოდა შესასრულებელი, რადგან რეგულირების საგანი უმეტესწილად ეთიკურად ინდიფერენტულია. საკანონმდებლო პროცესი გამომდინარეობს მიზანშეწონილობის მოსაზრებებიდან, ითვალისწინებს პრაქტიკულ საჭიროებებს და ემყარება თავისი შესაძლებლობების რეალურ საზღვრებს. ტექნიკური ცივილიზაცია და მისგან ნაწარმოები ტექნიკური სახელმწიფო ყრუა ეთიკური არგუმენტების მიმართ.⁴⁰ მიუხედავად ამისა, თუ კანონის დამდგენ სახელმწიფოს საყოველთაო მორალური სახე მაინც უნა მივაკუთვნოთ, მაშინ ეს უფრო, სავარაუდოდ, იქნებოდა საერთო სიკეთის მორალური სახე, რომელიც მოიცავს როგორც საზოგადოებრივ, ასევე გარესამართლებრივ საკითხთა ერთობლიობას. საერთო სიკეთე, თავის მხრივ, დემოკრატიულ პროცესში განისაზღვრება; იგი წარმართავს ხელისუფლების განხორციელებას, მაგრამ არ ადგენს რაიმე მოცემულ ჭეშმარიტებას.⁴¹ ფორმალური ხელისუფლება პოზიტიური სამართლის საფუძველია, რომელსაც ეყრდნობა თანამედროვე საზოგადოება. სამართლის პოზიტიურობა (რომელიც სამართლის ბუნებიდან გამომდინარე, ყოველთვის არ

რეალიზდება სამართლებრივ პრაქტიკაში) უზრუნველყოფს ენობრივ ავთენტურობას და მდგრადობას, საიმედოობას, საჯაროობას, გამჭვირვალობას იმის თაობაზე, თუ რა არის უფლებისმიერი, მოკლედ რომ ვთქვათ, სამართლებრივი უსაფრთხოება. ამ ყაიდის ფორმათა ხარისხი ზეპოზიტიური სამართლიდან მომდინარეობს. ისინი სრულად საჭიროებენ ისეთ მრავალსიტყვიან ძირითად ეთიკურ ფასეულობებს, როგორცაა სამართლიანობა.

თანამედროვე საზოგადოება ეყრდნობა სამართლის განჭვრეტადობას. საზოგადოება ვერ შეეგუება იმას, რომ კონკრეტული პირი კითხვის ნიშნის ქვეშ აყენებდეს დადგენილი წესით მიღებული ფორმალური კანონის მოქმედებას იმ პრეტენზიით, რომ კანონი უსამართლოა. სამართლებრივ უსაფრთხოებას პრინციპულად ენიჭება უპირატესობა, თუ იგი კონტულიქტში მოდის მატერიალურ სამართლიანობასთან.⁴² სამართლებრივი უსაფრთხოება ინდივიდუალური და საზოგადოებრივი თავისუფლების შესაძლებლობის პირობაა. ეს მას თავად ანიჭებს სახელმწიფოებრივ-ეთიკურობის ხარისხს. სამართლებრივი უსაფრთხოება არ წარმოადგენს სამართლიანობასთან ურთიერთდაპირისპირებულ პრინციპს,⁴³ არამედ იგი სამართლიანობის განუყოფელი ნაწილია: მისი სტრუქტურული ელემენტი. ასეთად იგი შესაძლოა, თავისთავად მოვიდეს წინააღმდეგობაში მის შინაარსობრივ ელემენტებთან.

დაპირისპირება მთელი სიმძაფრით იჩენს თავს კითხვაში, რამდენად აქვს უფლება ერთიან გერმანულ სამართლებრივ სახელმწიფოს, ყოფილ გდრ-ში მომხდარი ადამიანთა უფლებების დარღვევებისთვის სისხლისსამართლებრივად აგებინოს პასუხი პირებს – მაგალითად, მესაზღვრეების მიერ საზღვარზე გადამრბენთა მიმართ სასიკვდილო გასროლა, კანონის დარღვევა მოსამართლეებისა და პროკურორების მხრიდან. მატერიალური სამართლიანობა მოითხოვს, რომ კანონსაწინააღმდეგო ქმედებამ თავისი სასჯელი ჰპოვოს და ტოტალიტარული სისტემის მიერ უგულვებელყოფილი უფლებები ისევ აღდგეს. მიუხედავად ამისა, სამართლებრივ სახელმწიფოს ძალუძს, თავისი ყველაზე ბასრი იარაღი, როგორცაა სასჯელი მხოლოდ უკუქცევითი მოქმედების აკრძალვის („Nulla poena sine lege scripta“) მკაცრად განსაზღვრული ფორმალური დათქმის პირობით გამოიყენოს, რაც იმას ნიშნავს, რომ ქმედება მისი ჩადენის დროისა და ადგილის მიხედვით მოქმედი (დანერვილი) კანონით შეიძლება ისჯებოდეს (გერმანიის ძირითადი კანონის 103-ე მუხლის მე-2 ქვეპუნქტი). ადამიანის უფლებების დარღვევა, როგორც ასეთი, არ იძლევა სასჯელის საფუძველს, ყოველ შემთხვევაში, გერმანიაში, რადგან სასჯელის განჭვრეტადობის მიზნებისთვის გერმანია მკაცრად მიჰყვება კანონის ფორმალურ მოთხოვნას, განსხვავებით ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციისგან, რომელიც იმ ქმედებებისთვისაც ითვალისწინებს სასჯელს, რომლებიც ჩადენის მომენტისთვის „ცივილიზებული ერების მიერ აღიარებული სამართლის ზოგადი პრინციპების თანახმად, დასჯადი იყო“ (ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-7 მუხლის მე-2 პუნქტი).

თავისთავად მკვლევლობა, ადამიანის მოკვდინება და კანონის დარღვევა გდრ-შიც იყო დასჯადი. არც კედლის გუშავნი და არც მართლმსაჯულების მსახურნი იყვნენ გათავისუფლებულნი ვალდებულებისაგან, დამორჩილებოდნენ მოქმედ სისხლის სამართლის კანონმდებლობას. ერთი შეხედვით, არ არსებობს ფორმალური დაბრკოლება ამჟამად სასჯელის გამოყენებისთვის. მიუხედავად ამისა, თუ ამ დებულებას წავიკითხავთ სამართლებრივი სახელმწიფოს იურისპრუდენციის ლინზის ქვეშ, კანონები, რომლებიც ადგენდა დასჯადობას, მიღებული იყო გერმანიის ერთიანი სოციალისტური სახელმწიფოს სამართლებრივი შეგნებით, რომელიც ხელმძღვანელობდა სოციალისტური პარტიული პრინციპებით და, ამდენად, საერთოდ არ არის გამოყენებადი ახლა, რადგან რაც სამართლებრივი სახელმწიფოს თვალსაზრისით მკვლევლობას, ადამიანის მოკვდინებასა და კანონის დარღვევას ნიშნავს, სოციალისტური თვალთახედვით, პარტიისა და სახელმწიფოს ფუძემდებლური იდეების მიხედვით, გამართლებული იყო და დანაშაულის ჩამდენისთვის ოფიციალური შექება და სამსახურეობრივი დანინაურება მოჰქონდა. თუ უკუქცევითი მოქმედების აკრძალვა კანონის განჭვრეტადობას უნდა ამყარებდეს, აქ გადამწყვეტი ფაქტორი არის არა სისხლის სამართლის კანონის სიტყვასიტყვითი დამთხვევა, არამედ ტექსტის სახელმწიფო სისტემაში გაბატონებული გაგება. თავისთავად, გდრ იყო მიერთებული ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო პაკტებს; იგი ზრუნავდა საყოველთაოდ აღიარებული ადამიანის უფლებების შინაარსზე, თუმცა არ იყენებდა მას საკუთარ სამართლებრივ პრაქტიკაში. შეიძლება უკანა რიცხვით სიტყვაზე გამოვიდეთ? არ არის საჭირო? ანუ გერმანიის უმაღლესმა ფედერალურმა სასამართლომ გდრ-ის სამართალი, სისხლისსამართლებრივი შედეგების გათვალისწინებით, „ადამიანის უფლებათა მიმართ კეთილგანწყობილ“ სამართლად უნდა განმარტოს? ნუთუ სამართლებრივი სახელმწიფოს ფორმალური მოთხოვნები, ისევე როგორც ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო, შემოიფარგლება მხოლოდ ამ სამართლებრივი სახელმწიფოს სისტემით ისე, რომ უსამართლო სახელმწიფოში ჩადენილი დანაშაულების გასასამართლებლად ისინი არ მოქმედებს და სისტემის წყვეტისას ვერ სწვდება მათ? ნუთუ დიქტატორებმა და მათმა დამქაშებმა არ უნდა გაითვალისწინონ ის რისკი, რომ ისინი მარცხის შემდეგ პასუხს აგებენ ადამიანის უფლებების დარღვევებისთვის? მაგრამ, ნუთუ ადამიანის უფლებების დარღვევები, რაშიც გდრ, როგორც სისტემა, მხილებულია, მხოლოდ დაბალჩინოსან პოლიციელებსა და მოსამართლეებს უნდა მოეკითხოს? გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის სამართლებრივი პრაქტიკა ამ კითხვას დადებით პასუხს სცემს. იგი უგულვებელყოფს გდრ-ის სოციალისტურ მართლშეგნებას, რადგან სხვამხრივ ეს უნდა ნიშნავდეს „სამართლიანობის დედააზრის აშკარა და უხემ დარღვევას“ და უნდა აზიანებდეს ყველა ხალხის სამართლისადმი საერთო რწმენას და ფედერალური სამართლის პრაქტიკა მიგვითითებს „რადბრუხის ფორმულაზე“ („Radbruch'sche Formel“), რომ პოზიტიურ კანონმდებლობასა და სამართლიანობას შორის გადაულახავი დაპირისპირებისას მცდარი კანონი გზას უთმობს სამართლიანობას.⁴⁴ სისხლის სამართლის განაჩენები მაინც იმდენად ლმობიერი გამოდის, რომ ისმის კითხვა, რამდენად გადანონის

ამ განაჩენების სამართლიანობის ეფექტი სამართლებრივი სახელმწიფოს შედეგებისა და ფორმის არარსებობას.⁴⁵

ეს განაჩენები გააჩენდნენ სამართლიანობის იმედს და შეიენარჩუნებდნენ სამართლებრივ სახელმწიფოს, ამაზე წუხდა ყოფილი გდრ-ის სამოქალაქო სამართლის სპეციალისტი ქალბატონი და ამავეს საუბრობდა გულწრფელად მისი ბევრი თანამემამულე, რომლებიც გერმანიის გაერთიანებით იმედგაცრუებულნი იყვნენ. მაგრამ ალტერნატივა სამართლიანობასა და სამართლებრივ სახელმწიფოს შორის არის უსამართლობა. სამართლებრივი სახელმწიფო მიისწრაფვის, განახორციელოს მატერიალური სამართლიანობა; მაგრამ, ამავე დროს, სამართლებრივმა სახელმწიფომ უნცის, რომ მისი მცდელობები არასაკმარისი და საკამათოა. წონასწორობისთვის იგი უზრუნველყოფს ძალაუფლებათა შებოჭვას, სამართლებრივ უსაფრთხოებას და თავისუფლებას. ეს განასხვავებს მას ტოტალიტარული სახელმწიფოსგან. სამართლებრივმა სახელმწიფომ უნდა გააცრუოს რევოლუციური იმედები ცვლილებებსა და რადიკალურ ანგარიშსწორებაზე. ეს იმედები შესაძლოა, მხოლოდ რევოლუციამ აღასრულოს; გერმანიის 1989 წლის მშვიდობიანმა რევოლუციამ ეს უშუალოდ ვერ გააკეთა. სამართლებრივ სახელმწიფოს არ ძალუძს ამის მოტანა. მას არ ყოფნის სამართლიანობის საკითხის მიმართ ფანატიური დარწმუნებულობა, რომელიც რევოლუციონერებს ახასიათებთ, ასევე მიკერძოებულობა, მიზნის მიღწევის საშუალების არჩევის კატეგორიულობა, ემპათიურობა. სკეპტიკურია იმაში, თუ რა უნდა იყოს „ჭეშმარიტი“ სამართლიანობა და კეთილგონივრულად აფასებს საკუთარი მცდარობის შესაძლებლობას. იგი დისტანცირებას ახდენს საზოგადოებრივი კონფლიქტებიდან, რეზისტენტულია სიძულვილის, შურისა და აღფრთოვანების მიმართ, იცავს ფორმასა და სტანდარტს და აღიარებს ყველას სამართლის სუბიექტად და ძირითადი უფლებების მატარებლად, ვინც კი უსამართლო სახელმწიფოს სავარაუდო მსხვერპლი, ისევე როგორც სავარაუდო დანაშაულის ჩამდენნი არიან. ამის საპირისპიროდ აბსოლუტურ სამართლიანობას პირდებოდა ოდესღაც მართლაც არსებული გდრ-ის სოციალიზმი, რომელიც არ იყო შეზღუდული იურიდიული ფორმალობით, არ იყო შეკავებული ლეგალურობის ეჭვით.⁴⁶ ის რაც იყო სამართლიანი, გამომდინარეობდა არა იდეის ფილოსოფიური ჭვრეტიდან, არამედ პარტიის ძალაუფლების ნებიდან და ემსახურებოდა იმას, რომ ლეგიტიმური გაეხადა მისი დიქტატურა და ეს მორალური ცნება პოლიტიკურად დაეტვირთა.

4. სამართალწარმოება სამართლიანობის პირისპირ

სამართლებრივი სახელმწიფოს სისტემიდან ეთიკური საკითხის გამორიცხვა საბოლოო შედეგამდე მიჰყავს ნიკლას ლუმანს, რომელიც საკმარისად მიიჩნევს „ლეგიტიმაციას სამართალწარმოების გზით“. მისი დაშვება ასეთია: სოციალური სისტემა, რომელიც ყველა წამოჭრილი პრობლემის გადაწყვეტადობას უნდა უზრუნველყოფდეს, თანაბრად ვერ უზრუნველყოფს გადაწყვეტილებების მართებულობას.⁴⁷ მატერიალური ჭეშმარიტება

და სამართლიანობა წარმოადგენს ფასეულობათა არასტაბილურ ცნებებს, რომლებიც გადაწყვეტილების მიღების სამართალწარმოებას არ უნდა ამძიმებდეს. ეს კი არის მოსამართლეებისა და საჯარო მოხელეებისთვის ბოძებული ტექნიკა, „სიმბოლურ-ცერემონიალური მუშაობა სამართალზე“. მაგრამ გადაწყვეტილება საკუთარ ლეგიტიმურობას მოახდენს არა მატერიალური და პროცესუალური სამართლიდან, არამედ სამართალწარმოებიდან გამომდინარე, როგორც ნამდვილად მოსახდენი მოვლენიდან, „მოსალოდნელის რესტრუქტურებიდან ფაქტიური კომუნიკაციური პროცესის გზით, რომელიც სამართლებრივი დებულებების შესაბამისად წარიმართება“.⁴⁸ მაგრამ სამართალწარმოება არ ეძიებს კანონმდებლობაში მოცემულ ჭეშმარიტებას, არამედ გადაწყვეტილებით წარმოშობს თავის საკუთარ ფორმალურ ჭეშმარიტებას. დაინტერესებული მხარეები ამ ჭეშმარიტებას იმით „შეიმეცნებენ“, რომ ისინი ამ გადაწყვეტილებას, მოსწონთ თუ არა იგი, კანონიერია თუ არა იგი, როგორც ფაქტს მოეპყრობიან და მასზე გაასწორებენ საკუთარ მომავალ ქმედებებს იმის ნაცვლად, რომ შემეცნების მოძულებით მის მიმართ არარაციონალური პროტესტი დაიტოვონ და დაუსრულებლად გამართონ წარსულთან ბრძოლა.⁴⁹

V. სამართლიანობის დაბრუნება კონსტიტუციურ სახელმწიფოში

მატერიალური სამართლიანობა, რომელსაც კონსტიტუციურმა სახელმწიფომ ფორმალურობის დაცვის ზომების საფუძველზე უარი უთხრა, კვლავ უკან დაბრუნდა.

1. საპროცესო სამართლიანობა

ამის კარგი მაგალითია „ლეგიტიმაცია სამართალწარმოების გზით“. თუ ლუმანი, როგორც გარეშე დამკვირვებელი, სხვას ვერაფერს გამოარჩევს, თუ არა „სამართალზე სიმბოლურ-ცერემონიალურ მუშაობას“, რომელსაც ეწევა მოსამართლე ან საჯარო მოხელე, პროცესის მონაწილე მხარეები უფრო მეტს მოელოიან. უპირველეს ყოვლისა, პროცესის მონაწილე მოელოის, რომ სამართალწარმოება, როგორც ასეთი, დაექვემდებარება სამართლიანობის კონკრეტულ წესებს, როგორიცაა საქმის სამართლიანი მოსმენა, დაინტერესებულ მხარეთა ჩართულობა, გადაწყვეტილების მიმღები ორგანოს მიუკერძოებლობა, კანონის სრული დაცვით საქმის განსახილველად შერჩეული მოსამართლის უზრუნველყოფა. სამართალწარმოების შედეგი არის მხოლოდ ლეგიტიმური ძალა, თუ იგი, როგორც მინიმუმ, პროცესის სამართლიანობას უზრუნველყოფს. იგივე ეხება წარმომადგენლობით ორგანოს, რომელიც არჩევნების გზით ყალიბდება. პარლამენტი ლეგიტიმაციას მხოლოდ მაშინ იძენს, თუ ისეთი ელემენტარული პრინციპებია დაცული, როგორიცაა საყოველთაო და თანასწორი ხმის უფლება, თავისუფალი და ფარული კენჭისყრის პროცესი.

2. სამართლიანობის გრძნობა როგორც აქცეპტის პირობა

პროცესის სამართლიანობის გარდა, პროცესის მონაწილე ასევე მოელის, რომ გადანყვეტილება შინაარსობრივად იყოს მართებული. თავისთავად, სასამართლო და ადმინისტრაციული პროცესი ერთმანეთს უპირისპირდება. ამის დასაკომპენსირებლად, სასამართლო გადანყვეტილებებისა და ადმინისტრაციული აქტების დასაბუთება ხდება. დასაბუთება არ ემსახურება მხოლოდ იმას, წაგებულ მხარეს შეაგნებინოს, რომ მიღებული გადანყვეტილება აუცილებელი და მართებული იყო. თავისთავად ცხადია, რომ არავის გადარწმუნება არ მოხდება. მაგრამ დამარცხებულმა მხარემ, სულ მცირე, უნდა დაინახოს, რომ გადანყვეტილების მიმღები ორგანო ეცადა მაინც, „სამართლე“ ეპოვა (როგორც სამართლიანობის, ასევე იურიდიული კორექტულობის გაგებით). თუ შეიქმნება შთაბეჭდილება, რომ სასამართლომ ან უწყებამ მხოლოდ რიტუალი გაითამაშა, თვითნებობა იურიდიული ჟარგონით შენიღბა და იურიდიულ-შამანური რიტუალი მოაწყო, ეს იმოქმედებს მხარის მიერ გადანყვეტილების აღიარებაზე. გადანყვეტილების სავალდებულო აღსრულებაზე სამართლებრივი მოთხოვნა შესაძლოა დარჩენილიყო ძალაში, მაგრამ მისი რეალური შესრულება იქნებოდა რთული. ცალკეულ შემთხვევაში, ნორმის მოთხოვნის მიმართ დაპირისპირება დაუშვებდა იძულებით აღსრულებას, მაგრამ არა სრულად. კანტმა გვიჩვენა გზა, მკაცრი კანონმორჩილება და „თავისუფლების სული“ როგორ ჰპოვებს პრაქტიკულ წონასწორობას. არაჭირვეულ ქვეშევრდომს უნდა შეეძლოს დაიჯეროს, რომ მის მბრძანებელს არ სურს, მას უსამართლოდ მოექცეს.⁵⁰ აქ კანტი შორდება ჰობსს, რომელიც გვასწავლის, რომ სახელმწიფოს არ შეუძლია უსამართლობა ჩაიდინოს.⁵¹

კონსტიტუციური სახელმწიფო, რომელსაც მოქალაქეთა თავისუფლებისთვის ძალაუფლების მხოლოდ შეზღუდული უფლებამოსილებანი გააჩნია, რჩება საკუთარი ქმედებების მოწონების იმედად. მაშასადამე, თანამდებობის პირებმა ყველასთვის გასაგები საუკეთესო განზრახვით მართებული გადანყვეტილება უნდა ეძიონ. იგივე ეხება კანონებს, რომლებიც თავიანთი ფორმის მიხედვით კატეგორიული არიან. საპარლამენტო უმრავლესობა, რომელიც კანონს იღებს, ბრძნულად ცდილობს, ყველა მოქალაქის თანხმობა მიიღოს, რომელ პოლიტიკურ ბანაკსაც არ უნდა მიეკუთვნებოდნენ ისინი და თავისი გადანყვეტილება სამართლიანობითა და საზოგადო სიკეთით დაასაბუთოს. ამდენად, მხოლოდ სიმბოლური მნიშვნელობა აქვს იმას, რომ კონსტიტუცია ფედერალური პრეზიდენტის, კანცლერისა და მინისტრისგან ითხოვს, „სამართლიანობა ყველას მიმართ აღასრულონ“.

აქედან ჩანს, რომ პოზიტიური სამართალი, რომელიც კანონმდებლის ნებით არსებობს, თავს იბღვევს სამართლიანობის იდეით. ამის შთამბეჭდავ მაგალითს იძლევა საგადასახადო კანონმდებლობა, რომელიც ერთი შეხედვით სამართლებრივ-ტექნიკურ ხასიათს უფრო ატარებს, ვიდრე სამართლებრივ-ეთიკურს, რადგან ამ კანონმდებლობის მიზანია სახელმწიფოს ფინანსური საჭიროებები დააკმაყოფილოს, ანუ იგი მიჰყვება

მოცემულ ფისკალურ მიზანშეწონილობას. მაგრამ მსხვერპლი, რომელსაც საგადასახადო კანონი მოქალაქისგან ითხოვს, საჭიროებს ლეგიტიმაციას საგადასახადო სისტემის სამართლიანობის იდეით. გარიგების სამართლიანობა აქ არ გამოდგება, რადგან კონკრეტულ მოქალაქეს, რომელიც გაიღებს საგადასახადო მსხვერპლს, რაიმე პირადი სარგებელი კომპენსაციის სახით არ ერიცხება. ტვირთი, რომელსაც არანაირი საპირისპირო შესრულება არ მოჰყვება, ასატანია მხოლოდ მაშინ, თუ მას საყოველთაო ხასიათი აქვს და ყველას თანაბარი კანონისმიერი მოთხოვნა ეკისრება. ამ საყოველთაო ტვირთის საზომი მაინც იმ პირთა ინდივიდუალური შესაძლებლობებია, რომლებმაც ეს ტვირთი უნდა ზიდონ.⁵²

3. სამართლიანობა როგორც კონსტიტუციური კანონის თემა

კონსტიტუციური კანონი განსაკუთრებით შეიცავს სამართლებრივ-ეთიკური მნიშვნელობის ნორმებს. იგი სამართლიანობის პრინციპების ტაბულაა, რომლითაც ერი ერთიანდება ან უნდა გაერთიანდეს.

მატერიალური სამართლიანობის ელემენტები განსაკუთრებით მოცემულია ძირითად უფლებებში და სახელმწიფოს მიზნებში: ადამიანის ღირსება და ადამიანის უფლებები, თავისუფლება და თანასწორობა, პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობა და საბაზრო რისკებისგან დაცულობა. ეს ელემენტები არ იძლევა სამართლიანობის დახურულ ცნებას. ისინი ერთმანეთსაც კი უპირისპირდებიან, როგორც, მაგალითად, ლიბერალური და სოციალური ფაქტორები, აზრის გამოხატვის თავისუფლება და პატივისა და ღირსების პირადი უფლებები, ქორწინებისა და ოჯახის განსაკუთრებული დაცვა და ქორწინების გარეშე დაბადებული ბავშვების თანაბარი შესაძლებლობების მოთხოვნა. ეს ანტინომები ითხოვს დაბალანსებას მათი განმარტებისა და კანონმდებლის პოლიტიკური გადაწყვეტილების გზით. ამიტომაც კანონი შეუცვლელი ინსტრუმენტია, რადგან კონსტიტუციური ნორმები, როგორც წესი, ზოგადი (აბსტრაქტული), ღია, შინაარსობრივად დაუსრულებელი და ტექნიკურად მოუმზადებელია.

რამდენადაც კონსტიტუცია მატერიალური სამართლიანობის კონცეფციის მხოლოდ ფრაგმენტებს იძლევა, დემოკრატიის, ძალაუფლებათა გამიჯვნისა და ფედერალიზმის შესახებ ორგანიზაციულ დებულებებს უფრო მეტი მნიშვნელობა ენიჭება. მათში აისახება კონსტიტუციიდან გამომდინარე უფლებამოსილებათა „სწორი“ განაწილება. საბოლოოდ, კონსტიტუცია უზრუნველყოფს პროცესუალურ სამართლიანობას – საარჩევნო პროცესიდან დაწყებული სისხლის სამართლის პროცესით დამთავრებული.

ის მრავალმხრივი კონტროლი, რომელსაც სახელმწიფო ძალაუფლება კონსტიტუციის ძალით ექვემდებარება, გვიჩვენებს, რომ სამართლებრივი სახელმწიფო საკუთარ მცდარობასაც კი აცნობიერებს. საკუთარ თავზე ამგვარი წარმოდგენა და მისი პროცესუალურ-პრაქტიკული შედეგები ქმნის სწორედ ნამდვილ სამართლებრივ

სახელმწიფოს. თავისთავად ცხადია, რომ საბოლოოდ, როდესაც ყველა შესაძლო სამართლებრივი საშუალება ამოწურულია, სამართლებრივ სახელმწიფოშიც ჩნდება აუცილებლობა, იძულებით კანონმორჩილებას მივმართოთ მაშინაც, როდესაც დაინტერესებული მხარეები გადანწყვეტილებას უსამართლოდ მიიჩნევენ. მხოლოდ ასე შეიძლება ფუნქციონირებდეს სახელმწიფო ნორმალურად.

მაგრამ კანონმორჩილების ფორმალური ვალდებულება არაა აბსოლუტური. უკიდურეს შემთხვევაში, თუ კონსტიტუციური სახელმწიფო ჩამოიშალა და მისი დანიშნული თანამდებობის პირები ვეღარ ინარჩუნებენ ან არ სურთ შეინარჩუნონ კონსტიტუციური სახელმწიფო, არსებობს წინააღმდეგობის განევის უფლება ყველა მოქალაქისთვის.⁵³ მაგრამ ეს „საგამონაკლისო უფლება“ არ უნდა შემოიჭრას ნორმალურ ვითარებაში. კონსტიტუცია, მართალია, სახელმწიფო-სამართლებრივი რეჟიმის უმაღლესი ნორმაა, მაგრამ იგი მაინც უქვემდებარებს თავს ზეპოზიტიურ სამართალს, ადამიანური ღირსების „განუსხვისებელ“ უფლებას, ისევე როგორც „ადამიანის განუყოფელ და წარუვალ უფლებებს, როგორც მსოფლიოში ადამიანთა ყოველი საზოგადოების, მშვიდობისა და სამართლიანობის საფუძველს“.⁵⁴ კონსტიტუციური სახელმწიფოს ეს მორჩილება წარმოჩინდება ასევე კანონმდებლის მიერ აღებულ ვალდებულებაში, იყოს „პასუხისმგებელი ღვთისა და ერის წინაშე“. კონსტიტუციის მიმღები კანონმდებელი თავის „სუვერენულ“ გადანწყვეტილებებში მიდის მატერიალური სამართლიანობის უკიდურეს საზღვრებამდე, რომლებსაც იგი თავად ვერ გასცდება ისე, რომ არ დადგეს საფრთხის წინაშე, მისი დებულებები ბათილი გახადოს („არაკონსტიტუციური საკონსტიტუციო სამართალი“). ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო ასეთ შემთხვევას, სულ მცირე, შესაძლებლად მიიჩნევს; ეს თავისთავად იქნება კონსტიტუციური ნორმების არსებობის პრაქტიკული შეუძლებლობის ტოლფასი.⁵⁵

4. სამართლიანობა როგორც თანამდებობის პირებისა და მოქალაქეების სათნოება

სამართლიანობის პოზიტივიზაცია კონსტიტუციურ სახელმწიფოში, ჯერ კიდევ, რჩება როგორც ამოცანა. სწორედ ამიტომ ამ იდეის კრეატიული და კრიტიკული პოტენციალი არასდროს იშრითება. ეს კი ცხადყოფს, რომ თანამდებობის პირთა სამართლებრივი და ეთიკური ვალდებულებები იმით არ ამოიწურება, რომ მოქმედი სამართლის დებულებები მექანიკურად აღასრულონ. მთავრობის წევრები დებენ ფიცს, რომ „სამართლიანობა ყველას მიმართ“ განახორციელონ, მოსამართლეები კი – „მხოლოდ ჭეშმარიტებასა და სამართლიანობას ემსახურონ“.⁵⁶ საჯარო მოხელე კანონის ძალითაა ვალდებული, საკუთარი მოვალეობები „მიუკერძოებლად და კანონიერად“ შეასრულოს.⁵⁷

კონსტიტუცია იმისთვის არსებობს, რომ სახელმწიფო ძალაუფლება სამართლებრივად შეიბოჭოს, რათა მოქალაქეები იყვნენ თავისუფალნი. სამართლებრივი სახელმწიფოს

თემაა ძირითადი უფლებები მაშინ, როდესაც თავისუფლების გამო იგი თავს იზღუდავს ძირითადი ვალდებულებებით. მეორე მხრივ, ტიპიური რეგულირების საგანია ინსტიტუციონალური და არა ინდივიდუალური სამართლიანობის საკითხები. ამასთანავე, მოქალაქის სამოქალაქო თავისუფლებები შეესატყვისება უფლებისწინარე საკონსტიტუციო მოლოდინს, რომ მოქალაქე საკუთარ თავისუფლებას საზოგადო მსახურებისთვის ან სულ მცირე საზოგადო მშვიდობისთვის გამოიყენებს. თუ კონსტიტუცია სახელმწიფოს ქმედით ძალაუფლებას უზღუდავს და კერძო პირებს ძირითადი უფლებებით ქმედების არსებით სფეროებს უდგენს, ამგვარი სახელმწიფო დაშენებულია საზოგადოების თვითრეგულირების ეთიკურ ძალაზე, ანუ მოქალაქეთა სათნოებებზე.⁵⁸ ეს სათნოება შეესაბამება სამართლიანობას კლასიკური გაგებით, როგორც საზოგადოებასთან (*iustitia universalis*), ასევე თანამოქალაქეებსა და უფლების მატარებლებთან მიმართებით (*iustitia commutativa*).

თანამედროვე სახელმწიფო ექვემდებარება სამართლიანობის იმ კრიტერიუმებს, რომლებსაც ავგუსტინე ითხოვს: „თუ სახელმწიფოს სამართლიანობა აკლია, ის სხვა არაფერია, თუ არა ყაჩაღთა დიდი ბანდა?“⁵⁹ ეს არ ნიშნავს, რომ სამართლიანობა სახელმწიფოს კონცეპტუალურ მახასიათებელს წარმოადგენს, ან რომ სამართლიანობის გარეშე სახელმწიფო არ იარსებებდა.⁶⁰ უფრო მეტად ესაა ხარისხის ეთიკური კრიტერიუმი, რომლის ძალითაც სახელმწიფო მალღობა ყაჩაღთა ბანდაზე, რომელიც თავისი ფორმალური ორგანიზაციით ჰგავს კიდევ სახელმწიფოს, როგორც „ადამიანთა ბრბო, რომელიც წინამძღოლის ბრძანებებს ემორჩილება, რომელიც შეთანხმებით ერთიანდება და, უკეთეს შემთხვევაში, თანხმდება, ნადავლი გაინაწილოს“.⁶¹ თანამედროვე ტერმინოლოგიით რომ ვთქვათ, არ არის საკმარისი სოციალურ კონტრაქტზე დაყრდნობა და დემოკრატიული ლეგიტიმაცია, რომ სახელმწიფომ ზნეობრივ ხარისხს მიაღწიოს. ამასთან, ყაჩაღთა ბანდა, მათია, საერთაშორისო ორგანიზებული დანაშაული თავიანთი სფეროების ფარგლებსა და მეორად სათნოებებში შესაძლოა სამართლიანობის კვალს ამჟღავნებდნენ: ბოსსა და ბანდას შორის ნდობა, ბანდის წევრებს შორის სოლოდირობა („ერთი ყველასთვის, ყველა ერთისთვის“), გარიგების სამართლიანობა ბანდიტებს შორის, განაწილების სამართლიანობა ნადავლთან დაკავშირებით. თუმცა, აქ გადამწყვეტია ის ფაქტორი, რომ ყაჩაღთა ბანდის ამოსავალი მიზანი აუცილებლად უსამართლობის ჩადენაა მსხვერპლისა და საერთო გარესამყაროს მიმართ, მაშინ, როდესაც სახელმწიფოს მიზანი სამართლიანობისკენაა მიმართული – მაგრამ იმ გარანტიის გარეშე, რომ სახელმწიფო ამ მიზანს მართლაც მიაღწევს. აქ ჩნდება მნიშვნელოვანი ფორმალური განსხვავება: ყაჩაღთა ბანდა ცხოვრობს ჩრდილში, სახელმწიფო ამის საპირისპიროდ – საჯაროობის შუქზე. ბანდა ქმნის მხოლოდ სახელმწიფო წესრიგის ანომალური საპირისპირო სტრუქტურას, საიდანაც იგი პარაზიტულად იკვებება.

VI. ტოტალური სამართლიანობის ტენდენცია

1. რეალური უთანასწორობა – სოციალური სამართლიანობა

სანამ სამართლიანობის იდეა სამართალსა და სამართლებრივი მნიშვნელობის ქმედებებს ეხება, იგი დაკავშირებული იქნება სამართლებრივი რეჟიმისა და სოციალური წყობის გარემოებებთან და მათზე რჩება დამოკიდებული მაშინაც კი, თუ სამართლიანობის იდეა კრიტიკის საფუძველს სწორედ ამ გარემოებებზე ამყარებს და მისი კორექციის საზომად გამოდის. მეორე მხრივ, „სამართლიანობა“ დღეს წარმოადგენს ფართოდ გავრცელებულ მისწრაფებას, რომელმაც ძირეულად და ახლებურად უნდა მოაწყოს სახელმწიფო, მიუხედავად სახელმწიფოსა და საზოგადოების არსებული სტრუქტურისა. სახელმძღვანელო პრინციპია ყველა ადამიანისა და მათი ცხოვრებისეული შესაძლებლობების თანასწორობა.

„ადამიანები არიან და რჩებიან დაბადებით თავისუფალნი და თანასწორნი“, ვკითხულობთ 1789 წლის ადამიანისა და მოქალაქის უფლებების დეკლარაციის პირველ მუხლში. მაგრამ თავისუფლება, რომელიც თანასწორ უფლებებთან ასოცირდება, წარმოქმნის რეალურ უთანასწორობას. ეს იწვევს სოციალურ შურს და ხელყოფს მათ თვითრწმენას, რომლებიც თავს დაკნინებულ მდგომარეობაში გრძნობენ. მატერიალური სიკეთის განაწილებაში არსებული უთანასწორობა წარმოიქმნება საზოგადოებრივი მორალური ნორმის დარღვევად, ხოლო თანაზომიერი განაწილება – „სოციალური სამართლიანობის“ მოთხოვნად. ეს არ ემთხვევა *iustitia distributiva* – ს პრინციპს არისტოტელეს გაგებით, რომელიც საქმეში შემოდის მაშინ, როცა ზემდგომმა ორგანომ რამდენიმე პრეტენდენტის მიმართ უნდა გადაწყვიტოს, ვის და რა დოზით ერგება მოთხოვნილი წილი და უნდა იზრუნოს, რომ ყველამ თავისი ხვედრი მიიღოს. საზოგადოებრივი სიკეთის განაწილება არ გამომდინარეობს რაიმე კონკრეტული გადაწყვეტილებიდან. იგი ისტორიული გარემოებების შედეგი და ბაზარზე არსებული პერმანენტული პროცესების საგანია, რომლის მონაწილე ნამდვილად მრავალი სუბიექტია. ყოველ შემთხვევაში, ირიბად სოციალური სამართლიანობა შეიძლება სახელმწიფოს მიენეროს, რადგან იგი ბაზარს, როგორც სისტემას, აღიარებს და მას სამართლებრივ საფუძველს უდგენს. *Iustitia distributiva* განაწილების იურიდიული მნიშვნელობის აქტის საზომი, ხოლო *iustitia socialis* საერთოდ დოვლათის „მართებული“ რეგულირების სახელმძღვანელო პრინციპია. მათში წარმოიქმნება პოლიტიკური ნება, რომელიც არსებულმა რეჟიმმა ბედისწერად კი არ უნდა მიიღოს, არამედ გეგმაზომიერად ძირეულად ახლებურად უნდა მოაწყოს. გეგმის მიზანი არის „სოციალური სამართლიანობა“.

პოლიტიკურ ლექსიკონში „სოციალური სამართლიანობა“ დღეს პრაქტიკულად ზუსტად ისევე გამოიყენება, როგორც სამართლიანობა. მიზნის ფორმულირებაში ყველა ბანაკი

ერთიანია. „სოციალური სამართლიანობა“ განსაკუთრებით უხვად იფურჩქნება სოციალიზმის წარმოსახვით სამყაროში.⁶² მას ვხდებით კომუნისტური და სოციალ-დემოკრატიული პარტიების პროგრამებში. თუმცა, ეს ცნება გამომდინარეობს კათოლიკური სოციალური მოძღვრებიდან.⁶³ ეს ფორმულა ცვალებადია შინაარსის თვალსაზრისით. ხშირად მას აყენებენ ერთ რიგში სოციალურ დაცულობასთან. ეს უკანასკნელი თავისთავად ერთმნიშვნელოვანი ფაქტია. სოციალური დაცულობა წარმოადგენს სოციალური სახელმწიფოს ამოცანას, სადაც საბაზრო ეკონომიკის პირობებში საზოგადოება სოლიდარულია რისკებთან გამკლავების საქმის ორგანიზებაში და ყველა ადამიანისთვის მინიმალური სტანდარტის სუბსიდირებული მეურნეობის, ღირსეული საარსებო საშუალებების უზრუნველყოფაში. თანამედროვე სახელმწიფოს ფუნდამენტური მიზანი, უზრუნველყოს თითოეული ადამიანის უსაფრთხოება სხვა ადამიანის ძალადობრივი თავდასხმისგან, სოციალურ სახელმწიფოში ფართოდება ეკონომიკური კონკურენციის პირობებში სამუშაო ცხოვრების საფრთხეების მიმართ დაცულობის თვალსაზრისით. სოციალური დაზღვევა განსაკუთრებით ფარავს იმ რისკებს, როგორცაა ავადმყოფობა, ინვალიდობა, ხანდაზმული ასაკი და უმუშევრობა.⁶⁴ სოციალური დაცვის სახელმწიფო ამოცანაა ურთიერთშევესებადობის (კომპლემენტარობის) სასიცოცხლოდ მნიშვნელოვანი პრინციპის უზრუნველყოფა საბაზრო ეკონომიკაში. „სოციალური სამართლიანობის“ ბუნდოვანი კატეგორიით სოციალური დაცულობის აღქმა ძნელდება. სოციალური დაცულობა ეხება მოქმედი რეჟიმის განახლებას, ხოლო სოციალური სამართლიანობა – ახალი რეჟიმის გამოგონებას.

მეორე მხრივ, წარმოიშვება „სოციალური სამართლიანობის“ ვაკუუმი, როცა საქმე ეხება ბაზრის მიერ შექმნილი დოვლათის გადანაწილებას, რათა თანასწორობისთვის მოხდეს საბაზრო ეკონომიკის გამოსწორება ან სრულიად გაუქმება, რადგან საბაზრო ეკონომიკა არ გამომდინარეობს ცენტრალური დაგეგმარებიდან და არ ერგება ცენტრალიზებულ წყობას. „სოციალური სამართლიანობის“ მორალური სახე აიძულებს არსებულ უთანასწორობას, თავი იმართლოს. მხოლოდ სტატუსითა და ისტორიული შემთხვევით არაფრის ლეგიტიმაცია ხდება. სავარაუდოდ, იგივე შეგვიძლია ვთქვათ პირად მიღწევებზეც. უფრო მეტიც, თუ უფრო ახლოდან დავაკვირდებით, ყოველი მიღწევა გამოწვეულია გარკვეული გარემოებებით, რომლებიც არაა დამოკიდებული თავად წარმატებულ პირზე და რომლებიც არაა განპირობებული არც ამ პირის წარმატებით. ჯერ კიდევ, მეფისტო დასცინოდა წარმატებით გამოწვეულ ამპარტავნობას: „როგორაა შემოსავალი და იღბალი ერთმანეთზე გადაბმული, ამას სულელი ვერასდროს მიხვდება.“⁶⁵ იღბალი და უიღბლობა არასამართლებრივი და სამართლიანობისადმი გულგრილი კატეგორიებია. უფრო სავარაუდოა, რომ აქ საქმე გვაქვს თანამიმდევრულობის პრინციპთან, რომ ვინც ბაზრის რისკებს საკუთარ თავზე აიღებს, მას ასევე უნდა ერგოს ბაზრიდან მომდინარე შესაძლებლობები.

„სოციალური სამართლიანობა“ იძენს სამართლებრივ-ფილოსოფიურ საფარველს ჯონ როულზთან.⁶⁶ იგი ცდილობს, მონახოს ობიექტური თვალსაზრისი, საიდანაც მას სურს, რაციონალურად დააღაგოს, რაც აქამდე ბუნებასა და ისტორიას, ინდივიდუალურ თვითნებობასა და ბაზრის განვითარებას მოუტანია, რათა ბუნების სკანდალური გავლენა შემოსავლისა და დოვლათის განაწილებაზე⁶⁷ შეაჩეროს და მათი შედეგები სხვადასხვა სოციალური წარმოშობის პირებისთვის აღმოფხვრას. მისი სამართლიანობის პრინციპის თანახმად, ყველა სოციალური სიკეთე თანაბრად უნდა განაწილდეს, თუ, რა თქმა უნდა, უთანასწორო განაწილება არ შედის ყველას ინტერესში.⁶⁸ სოციალურ-ეკონომიკური უთანასწორობა შეიძლება გამართლებული იყოს მაშინ, როცა სიკეთით მოსარგებლეთა უპირატესობა ასევე ადგება იმ პირთა ხვედრის გაუმჯობესებას, რომლებსაც დოვლათიდან ნაკლები წილი ერგოთ. მხოლოდ მაშინ, როცა ამ უკანასკნელთაც აქვთ აქედან სარგებელი, ბუნებით უფრო მეტი უნარებით დაჯილდოვებულ პირებს ექნებათ უფლება, დატკბნენ საკუთარი წარმატების ნაყოფით, რადგან არავის არაფრით დაუმსახურებია ბუნებით ბოძებული უკეთესი უნარები ან უკეთესი სასტარტო მდგომარეობა საზოგადოებაში.⁶⁹ იბლლიან ადამიანს, რომელიც გონებისა და ხასიათის წყალობით, აღზრდისა და მემკვიდრეობით მიღებული ქონების შედეგად სამყაროს სათავეში მოექცა, შეეძლო, როულზის მიერ გაგებული სამართლიანობისთვის მიეღწია და უბედური გამხდარიყო, გარდა იმ შემთხვევისა, თუ თავიდანვე უარს იტყოდა პროფესიულ ცხოვრებაზე, ქონებას დაურიგებდა ლატაკებს (და ამას გააკეთებდა მცირე დოზებით, რათა ახალი უთანასწორობა არ გამოეწვია), საკუთარ ნათელს ჭურჭლის ქვეშ დადებდა და ენერგიულად გააგრძელებდა თავის სოციალურ მსახურებას. თავისთავად შესაძლოა, გაჩნდეს მოსაზრება, რომ სამართლის ფილოსოფოსი აქ ინდივიდუალურ სამართლიანობაზე კი არა, ინსტიტუციონალურ სამართლიანობაზე საუბრობს. თუმცა, საერთოდ ეს უფრო სავარაუდოა, არსებობდეს საბაზრო, ვიდრე მის ალტერნატიულ გეგმიურ ეკონომიკაში.⁷⁰ მით უმეტეს, რომ როულზის დაშვების გზით ამ შედეგამდე რომ მივიდეთ, აუცილებლად დაგვჭირდება არგუმენტირებული ხარჯი და „მარილის ერთზე მეტი მარცვალი“.

საქმე გართულდებოდა, თუ ობიექტური თვალსაზრისით, ჰარვარდის ფილოსოფიის პროფესორის ნაცვლად სახელმწიფო წავიდოდა იმაზე, რომ სოციალური უთანასწორობის ნებისმიერი ფორმა გაესწორებინა და ყველა ის სიკეთე, რომელიც არ წაადგებოდა საზოგადოების ყველაზე სუსტ წევრებს, ამოეღო და ხელახლა გაენაწილებინა. თუმცა, აქ სახელმწიფო დადგებოდა საშიშროების წინაშე, რომ თავისუფლება, რომელიც საზოგადოების ყველა წევრს თანაბრად უნდა მისცეს, შეიზღუდებოდა. სახელდობრ, თავისუფლება სოციალური უთანასწორობის მუდმივი წყაროა. ამასთან, თავისუფლების უზრუნველყოფა როულზისთვის წარმოადგენს სამართლიანობის მოთხოვნას, უპირატესსაც კი.

თუმცა, სოციალური შური, რომელიც „სოციალური სამართლიანობის“ ენერჯის წყაროა, არასდროს ნელდება. ნიჟე აღნიშნავს თავის დაკვირვებაში, „შესაძლებელია თუ არა სამართლიანობით საკუთრება გათანაბრებული იყოს“, რომ ძველი დროის მცდელობები, ყველა მოქალაქეს „მინის თანაბარი წილი“ ჰქონოდა: ხელახალი განაწილებისას მხოლოდ გულისწყრომას იწვევდა მათში, ვისაც თავისი ნალოლიავეები ქონებიდან უნდა გამოეყო წილი, მაგრამ ასევე ახალ მფლობელებში: „რამდენი ეჭვი და აღმაცერი მზერაა, რადგან ზუსტად ორი ერთნაირი მინის ნაკვეთი არასდროს არსებულა და რომც არსებულყო, ადამიანური შური მეზობლის მიმართ არ ირწმუნებდა ამგვარ თანასწორობას“.⁷¹ სამართლიანობისკენ ინდივიდუალისტური გზის გარდა, რომელიც გადის ყველასთვის „თანაბარ მინის ნაკვეთზე“, ბუნებრივია, არსებობს, ასევე, სოციალისტური გზა: რომ საზოგადო სიკეთე მხოლოდ კოლექტივს უნდა ეკუთვნოდეს და ყველა ინდივიდი მისი დასაკუთრებისგან გამოირიცხოს. ამ დიდი, ცოტა ხნით გადადებული მცდელობისგან იწყებს კაცობრიობა გამოფხიზლებას.

2. ინდივიდუალობის წუხილი

თუ დავუშვებთ, რომ შეუძლებელი მოხდება და სოციალური სამართლიანობა სახელმწიფოებრივად მოწყობილ საზოგადოებაში წარმოიშვება, მაინც შენარჩუნდება ქვეყნებს შორის რეალური განსხვავება, რომელიც, თავის მხრივ, ქვეყნის ბუნების, ისტორიის, კულტურის, ეკონომიკისა და მოსახლეობის მენტალიტეტის წყალობითაა გამოწვეული. თანასწორობისკენ სწრაფვის შედეგი იქნება ის, რომ იგი ქვეყნის საზღვრებთან არ შეჩერდება, არამედ გადავა მსოფლიო საზოგადოებაზე, სადაც ყველა მატერიალური რესურსი თანაბრად უნდა განაწილდეს. ეს მიზანიც კი გამოიწვევდა მართლაც დაქვემდებარებულობას: მალევე გაჩნდებოდა ისევ რეალური უთანასწორობა, რადგან ხალხთა უნარები, მოიხმარონ დოვლათი, განსხვავებულადაა განვითარებული. სახელმწიფო, როგორც კოლექტიური ინდივიდი იმავე წესებს ექვემდებარება, როგორსაც ადამიანი. მათ უნდა მოიპოვონ ის, რაც მათ შემკვიდრეობით ხვდათ მამებისგან, რათა დაეუფლონ მას. იგივე ეხება ასევე შესაძლო მოგებას ტრანსნაციონალური ხელახალი განაწილებიდან. მოცემული შესაძლებლობების გამოყენების ნიჭი განვითარებულია სხვადასხვა დონეზე. ვიდრე არამატერიალური რესურსები უთანასწოროდ არის აზომილი, თანასწორობა მატერიალურ რესურსებში ნაკლებად გამოსადეგია. გამოცდილება აჩვენებს, რომ ბუნებრივი რესურსების ნაკლებობამ შესაძლოა, ხალხი აიძულოს, კომპესატორულ შედეგებს მიაღწიოს და რომ ბუნების გერები საბოლოო ჯამში უფრო კარგად ეგუებიან გარემოს, ვიდრე სიმდიდრესა და ფუფუნებაში ცხოვრებით გატუტუცებული ბავშვები. ჰოლანდია და იაპონია ამის მაგალითია: ბუნებისგან ნაკლებად დაჯილდოვებული ტერიტორია, განსაკუთრებული ბუნებრივი რესურსების გარეშე, ზომავე მჭიდრო მოსახლეობით; ხმელეთი უმეტეს წილად ზღვის დონეზე დაბლაა და ზღვის მიერ არის წართმეული და ადამიანები იმ აუცილებლობის წინაშე დგანან ერთმანეთის პირისპირ თავი დაიმკვიდრონ; მეორეში კი, მხოლოდ მინის ერთი მეშვიდედი ნაწილია

სოფლის მეურნეობისთვის გამოსადეგი, მიწისძვრების საფრთხით, სასიცოცხლო სივრცე 125 მილიონი ადამიანისთვის, რომელთა გადარჩენის ერთადერთი საშუალებაა საქმის ცივილიზირებული, უმაღლესი დონის შესრულება. სამართლიანია თუ უსამართლო ის ფაქტი, რომ ჰოლანდიისა და იაპონიის მთლიანი შიდა პროდუქტი მსოფლიოში უმაღლეს პოზიციებს იკავებს?

თუ უკვე „სოციალური სამართლიანობის“ სახელით ფორტუნის კორექცია გაგრძელდება – რატომ მხოლოდ ეკონომიკურ სიკეთესთან დაკავშირებით და რატომ არა ასევე არამატერიალური სიკეთის მიმართ, რომელიც უფრო ღრმად აყალიბებს თვითშეფასებას, ვიდრე პირველი და, უფრო მეტად განსაზღვრავს ცხოვრებისეულ წარმატებას? ბუნება არათანაბრად უნაწილებს მიწის შვილებს სილამაზეს, სიმახინჯეს, უნიჭობას და ამრიგად, „სოციალურ უთანასწორობას“ ხდის ბედნიერებისა და უბედობის საფუძველად. ზოგიერთი მახინჯი ჭუკისგან გაიზრდება გელი, მაგრამ უმეტესობისგან – მხოლოდ უშნო იხვი. ბუნების უსამართლობა განსაკუთრებით ვლინდება ადამიანის სახეთა მრავალფეროვნებაში: თვალის ფერი და თვალის ჭრილი, ცხვირის მოყვანილობა და ნიკაპის ფორმა – ეს ყოველივე მიგვიზიდავს ან გაგვიზიდავს, ყოველივეს აქვს თავისი უპირატესობა და ნაკლი სოციალურ კონკურენციაში, შეუხედავის მიმართ ინდიფერენტული ვრჩებით. ამ მორალურად გაუმართლებელი მდგომარეობის გამოსწორებას შეეცადა 1960 წელს ლონდონში გამოქვეყნებული კვლევა „სახის სამართლიანობა“ (ავტორი ლ.პ. ჰარლი). ამ შრომას სურს, სილამაზის ძალა დაარღვიოს, რომელიც ჯერ-ჯერობით ემანსიპაციასა და რევოლუციას გადაურჩა და რომელიც უთანასწორობაა დაუმსახურებელი სიკეთის გამო და სოციალურადაც უსამართლოა, რადგან თეზიონომიურად უფრო სუსტი კონკურენტებისთვის იგი აღარაა გამოსადეგი. სახისმიერი სამართლიანობა, როგორც იქნა, გვაძლევს „გამათანაბრებელი სამართლიანობის პოლიტიკურ პროგრამას, რომელიც ნაკლები რისკის შემცველი, მარტივი სახის ქირურგიის განვითარების გზით მიიღწევა და ამგვარად, ესთეტიკურ თვისებათა ბუნების ბრმა განაწილება კომპენსატორული სახის პლასტიკით სამართლიანობას უბრუნდება ისე, რომ არსებობს მხოლოდ ესთეტიკური საშუალო ვარიაციები, რომლებიც სხეულებრივ ინდივიდუალურობას კარიერული პოლიტიკის მიმართ ნეიტრალური, ჩვეულებრივი ადამიანის მონაცემებით შემოზღუდავს“.⁷²

რაც აქ თამაშისმაგვარ უტოპიას წარმოადგენს, ისაა, რომ სამართლიანობის მიმართ ბრმა შემთხვევითობის აღმოფხვრა გენოტექნიკის სფეროში მართლაც სერიოზულად მოხდება: რაც ადამიანურ გენომს გეგმის მიხედვით მოაწყობს ან შეცვლის. და ისმის კითხვა: ვინ წყვეტს გეგმის საკითხს, მშობლები, ექიმები, ჯანმრთელობის დაზღვევა, თუ სახელმწიფო. „სოციალური სამართლიანობის“ პრაქტიკული გამოყენება მატულობს შესაძლებლობისა და გადანყვეტილებუნარიანობის დონის გათვალისწინებით. მას, ვინც გენეტიკური კონსტიტუციით უკმაყოფილოა, აღარ სჭირდება ღმერთთან და ბედისწერასთან ჭიდილი. ახლა შეუძლია, კონკრეტული მოვალე ამოირჩიოს და მას დააკისროს პასუხისმგებლობა

იმისთვის, რომ იგი ის არის, რაც არის და არა იმისთვის, თუ როგორი უნდა მას იყოს საკუთარი თავის მიმართ წაყენებული პრეტენზიის შესაბამისად. ამ კონფლიქტში „სოციალური სამართლიანობის“ პროცესი დაუსრულებლად გაგრძელდებოდა. აქ ხვდებით უკანასკნელ საფუძველს, რომელშიც უთანასწორობას თავისი წარმომავლობა აქვს: ადამიანის ინდივიდუალურობის პრობლემას.

3. სოციალური სამართლიანობა – ილუზია

„სოციალური სამართლიანობის“ სახელმძღვანელო პრინციპი ფუნდამენტურ წინააღმდეგობას აწყდება ფრიდრიხ ავეუსტ ფონ ჰაიეკთან. ეს დაპირისპირება არ ეხება სოციალური დაცვის სახელმწიფო ზომებს. პირიქით, დაცვის ის ზომები, რომელსაც ბაზარი ვერ უზრუნველყოფს, მაგრამ ხორციელდება არასაბაზრო ღონისძიებებით, ჰაიეკისთვის მიზანშეწონილია.⁷³ უფრო მეტ კრიტიკას მიმართავს იგი იმისკენ, რომ სახელმწიფოებრივ-სამართლებრივი წყობიდან ნაწარმოები სამართლიანობის კატეგორია საბაზრო ეკონომიკიდან ნაწარმოებ კატაგორიაზე გადადის. ამ ორ წესრიგს ჰაიეკი მკაფიოდ განასხვავებს ერთმანეთისგან. პირველი შექმნილია, გარედან (exogen) მონესრიგებული (ბერძნული: taxis), მეორე კი ამოზრდილია, სპონტანურად და განზრახვის გარეშე, შექმნილია დაინტერესებული მხარეების მიერ (ბერძნული: kosmos).⁷⁴ ბაზრის სპონტანური წესრიგი წარმოადგენს თვითრეგულირებად სისტემას, რომელშიც არ შეიძლება და დაუშვებელია არსებობდეს რაიმე მიზნის იერარქია. სამართლებრივ წესებს შეუძლია მხოლოდ ის თამაშის წესები დაადგინოს, რომლებიც კონკურენციის სამართლიანობას უზრუნველყოფს, მაგრამ არა ის წესები, რომლებიც განერდა საბაზრო პროცესების შედეგებს. ეს წესები მიმართული უნდა იყო ბაზრის აბსტრაქტულ სიგნალებზე, მიწოდებისა და მოთხოვნის ურთიერთმიმართებაზე და არა კერძო პირების შემოსავლებსა და მოთხოვნილებებზე, ასევე არც იმედებსა და განუელ ჯაფაზე. წესები შესაძლოა, სამართლიანი ან უსამართლო იყოს. ეს წესები დასაშვებია, რადგან ისინი სამართლიან პირობებში იქნა მიღწეული.⁷⁵ რთულად შესაძლებელია, რომ ორი ადამიანი შეთანხმდეს, ბაზრის მოგება „სამართლიანად“ როგორ უნდა განაწილდეს. შემოსავლების განაწილების გარედან თავსმოხვევას მიყვარათ ეკონომიკის ტოტალური კონტროლისკენ, შედეგად კი პროდუქტიულობის ვარდნისკენ.

ამდენად, „სოციალური სამართლიანობის“ ფორმულა წარმოადგენს „ტოტალიტარიზმის ტროას ცხენს“, „მცდარ ნათელს“, „კვაზირელიგიურ ცრურწმენას“.⁷⁶ ჰაიეკი საუბრობს „სოციალური სამართლიანობის სინდიოთალა-სიტყვაზე“. როგორც ქურდი სინდიოთალა კვერცხს ისე გამოხვრეპს, რომ ვერ დავინახავთ შიგნიდან მიყენებულ ზარალს, ასევე სამართლიანობის ცნება ყალბი, ლოგიკურად მცდარი განსაზღვრებებით შეუმჩნევლად გვართმევს საღ აზრს.⁷⁷ აქედან გამომდინარე, არ არსებობს კერძო პირთა სამართლიანი ქმედების შესაძლო წესები, რომლებიც საზოგადოებაში თავისუფალ ადამიანებს მოიყვანდა იმ მდგომარეობაში, რომ ყოველი პირი, ვინც სოციალურ სამართლიანობას მოითხოვდა, დაკმაყოფილებული ყოფილიყო.⁷⁸ ხელახალმა გადანაწილებამ კი არ იცის

ზომა და საზღვარი. მეტაფორის გასართულებლად, ცარიელ ფორმაში ასხამენ უცხო სუბსტანციას, ალებულს სოციალური უტოპიიდან, სოციალური პოლიტიკიდან, სოციალური შუღლიდან. ჰაიეკი აცნობიერებს, რომ ბაზრის განვითარება წარმოადგენს იღბლისა და უნარების თამაშის ნაზავს, რამაც შესაძლოა, იმედგაცრუებამდე მიგვიყვანოს. კერძო პირებს, სულ მცირე, ოჯახში დაბადებიდან და გარემო პირობებიდან არათანაბარი ხვედრი აქვთ. მაგრამ უფრო ცუდი იქნებოდა, გვამშვიდებს იგი, თუ ჩვენ დარწმუნებული ვიქნებოდით, რომ ყველას ეკუთვნის ის, რაც აქვს ან რაც არ აქვს და მან, ვინც ცუდ დღეშია, იცოდეს, რომ მას მეტი არ ეკუთვნის.⁷⁹

დამატებით არათრის თქმა შეიძლება, გარდა რჩევისა, როგორ მოვეპყრათ სამართლიანობის ცნებას. ვიდრე კითხვა დაისმება, რაიმე ფაქტი სამართლიანია თუ უსამართლო, საჭიროა იმ კითხვას გაეცეს პასუხი, ეს ფაქტი საერთოდ თუ განეკუთვნება სამართლიანობის იურისდიქციას. და მაინც მიმაჩნია, რომ სამართლიანობის იდეა ეხება მხოლოდ (ყოველ შემთხვევაში ვირტუალურად მაინც) სამართლებრივ საკითხებს, ნორმებსა და იურიდიული მნიშვნელობის ქცევებს.

VII. საარსებო საშუალებები არასრული სამართლიანობის პირობებში

სამართლიანობა იდეალური სამართლებრივი სისრულეა. ამ არასრულყოფილ მინაზე იგი ვერ განვითარდება. სამართლებრივი ნორმა და პრაქტიკა შესაძლოა მხოლოდ მიუახლოვდეს მას. თავად იმის გაცნობიერება, თუ რას ითხოვს სამართლიანობა, რჩება გაურკვეველი. ადამიანი დგას დილემის წინაშე, რომ იგი უნდა ისწრაფვოდეს სამართლიანობისკენ და იმით უნდა დაკმაყოფილდეს, რომ ამ მისწრაფებით, საბოლოო ჯამში, მიზანს ვერ მიაღწევს. თავისთავად ქრისტიანს ამგვარი გაგება არ ალელვებს, რადგან სრულ სამართლიანობას იგი იმქვეყნიურ ცხოვრებაში მოელის. ბიბლიური იგავი, ცათა სასუფეველის, როგორც ვენახის⁸⁰ შესახებ, გვასწავლის, რომ ადამიანური წარმოდგენები გარიგებისა და განაწილების სამართლიანობის შესახებ გაქარწყლდება ღვთის უზენაესი სამართლიანობის წინაშე.

ყველაზე სამართლიანმა კანონმაც კი, თუ იგი მოუქნელად და უკიდურესი ფორმით იქნება გამოყენებული, შესაძლოა, ცალკეულ შემთხვევაში უსამართლობა დაამკვიდროს: *summum ius, summa iniuria* (უკიდურესი სამართლიანობა უკიდურესი უსამართლობაა). ამ საშიშროების გამო არისტოტელე მხედველობაში იღებდა იმ გარემოებას, რომ ლეგალური სამართლიანობა კომპლემენტირდება სამართლიანობის მაკორექტირებელი ზომებით, სამართლიანობით ყოველ ცალკეულ შემთხვევაში (*aequitas*). ამის თანახმად, თუ კანონი თავისი განმზოგადებელი წესებით, რომლებიც მორგებულია ნორმალურ საკითხებს, ასევე ითხოვს ანომალურ საკითხებთან მის გამოყენებას, მაშინ სამართლებრივი შედეგები, რომლებიც ამ ზოგადი საკითხისთვისაა კანონიერი, ცალკეულ შემთხვევაში უსამართლო გამოდგება. არისტოტელე ამბობს: "თუ კანონმდებელი

მიგვატოვებს და თავისი გამარტივებული დებულებით ნორმის გამოუსადეგარობას გამოიწვევს, მიზანშეწონილია ჩავარდნა კანონმდებლის გაგებით გამოსწორდეს“.⁸¹ საყოველთაო კანონის კიდევს სამართლიანობა თლის, იგი განსაკუთრებულ გარემოებებს ერგება და არ უშვებს, რომ კანონისმიერმა სამართლიანობამ წონა დაკარგოს. მოქმედი სამართლებრივი რეჟიმი თანასწორობისკენ იხრება იმით, რომ იგი სავალდებულო სამართლებრივ დებულებებს, როგორცაც ადმინისტრაციული და საგადასახადო სამართალი შეიცავს, „გათავისუფლების“ დათქმით უშვებს, გაითვალისწინოს ისეთი შემთხვევებიც, რომ ზოგჯერ ამ დებულების გამოყენება აბსურდული იყოს და გაუმართლებელ სირთულეებს იწვევდეს.⁸² ნორმის უკვე ტელეოლოგიური ინტერპრეტაციით უნდა დადგინდეს, ნორმის ფორმალურად შემოთავაზებული გამოყენება თავის მიზანს შეესატყვისება თუ მიზანშეწონილობიდან გამომდინარე უაზრო იქნება.

მართლზომიერება, როგორც არისტოტელე გვასწავლის, სამართლიანობას გარდაქმნის სათნოებად. იგი უკრძალავს უფლების მატარებელს „პედანტური სიზუსტით იმ დონემდე განახორციელოს თავისი უფლება, ვიდრე ეს კანონსაწინააღმდეგო ქმედებად იქცევა“ და სთავაზობს მას, მაშინაც კი, თუ კანონი მის მხარეს არის, დაკმაყოფილდეს მოკრძალებული წილით იმის ნაცვლად, რომ თავის უფლებას „ბოლომდე მიანვეს“.⁸³ მართლზომიერების მორალური სახე ამდიდრებს სამართლიანობას თვალისზომითა და თავდაჭერილობით. ეს გვიცავს სიმკაცრისგან. მისი საპირისპიროა ბუმბუნი და დოგმატურობა. სამართლიანობის პერფექციონიზმი, ისევე როგორც სამართლიანობის ფანატიზმი, შორსაა მიხაელ კოლჰაასისგან.

კონსტიტუციური სახელმწიფო ამ სამართლებრივ იდეას არ უღალატებს, თუ იგი კანონის აღსრულებას ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში და ნებისმიერ ფასად არ განახორციელებს. კერძო და საჯარო სამართლებრივი სიკეთის დაცვა საფრთხეებისგან, რაც სახელმწიფოს ფუნდამენტური ამოცანაა, დისკრეციულობის პრინციპით მიკუთვნებული აქვს პოლიციასა და სამართალდამცავ ორგანოებს. ისინი არ არიან ვალდებული, ყოველი სამართალდარღვევის დროს ჩაერიონ; ცალკეულ შემთხვევაში მათ შეუძლიათ „საკითხს მარტივად შეხედონ“ და სამართლებრივის მიღმა მართვის ეკონომიკური, ფსიქოლოგიური, ტაქტიკური მოსაზრებებით იხელმძღვანელონ. თავისთავად, ეს გააკეთონ მხოლოდ სათამაშო მოედნის ფარგლებში, რათა სამართლებრივმა რეჟიმმა არ განიცადოს დიდი ზარალი და მოქალაქეთა მართლშეგნება არ შეირყეს.⁸⁴

სადაც ყველაზე შეუპოვარი ფორმით ვლინდება სამართალი, არის სასჯელი, აქ იგი იხმობს სამართლებრივის მიღმა მდგომ საწინააღმდეგო პრინციპს: შეწყალებას. თავისი ბუნებიდან გამომდინარე, შეწყალება არ მოდის შესაბამისობაში სამართლის წესებთან. პირიქით, შეწყალება მათ აუქმებს. მისი მეშვეობით უქმდება სამართლებრივი შედეგები. მისი ადგილი სამართლისა და უსამართლობის მიღმაა, სამართლიანობის იდეის გავლენის სფეროს გარეთ. ვინაიდან სახელმწიფო შეწყალებისთვის ტოვებს სივრცეს, იგი აღიარებს საკუთარ არასრულფასოვნებას. შეწყალება სამართლებრივი სახელმწიფოს

თავმდაბლობის სიმბოლოა. თუმცა, ეს მნიშვნელობა დღეს დაკარგულია, როცა შეწყალეა ინკორპორირებულია ნორმატიულ ბაზაში და სასარჩელო მოთხოვნაშია გადმოტანილი. ახლა სამართლის საზღვრების შესახებ კი არ გვანიშნებენ, არამედ სამართალი ხდება დაკნინებული და შერბილებული.⁸⁵ სამართლიანობის იდეა მარადიულია, მაგრამ მისი განხორციელება ემორჩილება დროის კანონს. ხანდაზმულობის სამართლებრივი ინსტიტუტი მას მხედველობაში იღებს. იგი გამომდინარეობს არა მხოლოდ სამართლის აღსრულების შეზღუდული შესაძლებლობიდან, არამედ, ასევე სამართლის დროში არსებობიდან და ჰუმანური საჭიროებიდან, რომ მკვდრების სამართალმა ცოცხლების სამართალს არ აჯობოს.

გონის მორალის ფილოსოფოსი იბრძვის იმისთვის, რომ სამართლიანობის მოთხოვნა (როგორც ეს მას ესმის) აღსრულდეს შედეგებზე დარდის გარეშე: „დაე აღსრულდეს მართლმსაჯულება, ქვეყანაც რომ დაიქცეს“ (fiat iustitia, pereat mundus). ამ მიდგომიდან არსებობს კანტის მოძღვრება, რომ თუ სამართლიანობა გაქრება, თასი არ ექნება ადამიანის დედამიწაზე ცხოვრებას.⁸⁶ მიუხედავად ამისა, სამართლიანობის იდეას სურს, ცხოვრებას შესძინოს სწორი სამართლებრივი ჩარჩო-პირობები. იგი სიცოცხლეს აყენებს ყველაზე წინ და იდეა კარგავს აზრს, თუ ადამიანი აღარ იარსებებს. იგი ადამიანისთვის ციური მნათობია, რომელიც მის სამართლებრივ ქმედებას მიმართულებას აძლევს და რომლის ნათელს ადამიანი, როგორც სამართლებრივ ბუნებას, ისე საჭიროებს. მაგრამ ამ ციურ სხეულზე ისინი ვერ იცხოვრებენ. მორალური არჩევანი „სამართლიანობა ან სიცოცხლე“ საფუძველშივეა მიუღებელი. იდეასა და სინამდვილეს შორის არსებობს აუცილებელი დაძაბულობა, რომელიც ცალმხრივად ვერ განიმუხტება, მას ყოველი ადამიანი გრძნობს, როგორც ის პედანტი გრილპარცერის დრამაში, რომელიც იმედგაცრუების შემდეგ ბოლოს მხიარულად შეეგუება ბედს:

„სარეველა ბალახს ვერ მოაშთობ, როგორც ვატყობ,
კიდევ კარგი, მხოლოდ ხორბალი იზრდება უკეთ“.⁸⁷

ქრისტიანისთვის სამართლიანობა არაა უმაღლესი და საბოლოო ფასეულობა. ამის მოწმე ისევ დანტეა თავისი მსოფლიო შედეგებით – „ღვთაებრივი კომედია“. როგორც საიქიოს მოსიარულე, ცის ბოლო კიდემდე ღვთის სახების დროისა და სივრცის მიღმა, იგი ღმერთში ხედავს არა აბსოლუტურ სამართლიანობას, არამედ სიყვარულს, „რომელიც მზესა და ყველა ვარსკვლავს ამოძრავებს.“ ამ ციური სხეულებიდან ერთია სამართლიანობა. ადამიანი მას შესცქერის, რომ მორალური ორიენტირი მიიღოს. ისტორიის მსვლელობაში მისი პოზიცია იცვლება და იგი სხვადასხვა კუთხით ეჩვენება ადამიანს. აქ იგი უფრო მკაფიოდ უნათებს ადამიანს, მაგრამ უფრო მოწყენილად. თუმცა, სამართლიანობის ნათელი არასდროს გაქრება, ვიდრე ადამიანი მიწაზე ცხოვრობს.

პირველი პუბლიკაცია: Heinrich Schmidinger (Hg.), *Gerechtigkeit heute – Anspruch und Wirklichkeit*, Innsbruck – Wien 2000, S. 253-292.

- ¹ Aurelius Augustinus Confessiones, XI, 14, 17.
- ² Aristoteles, Nikomachische Ethik, V/3 (1129b).
- ³ სამართლიანობის სისრულეს არისტოტელე იმაში ხედავს, რომ სამართლიანობის მატარებელს შეეძლოს, მისი აღსრულება სხვის მიმართ; მისთვის ის ნიშნავს უცხო სიკეთეს, რადგან თანაბრად კავშირშია სხვასთან (N 2, V/3 [1129b]). ზოგადად, სამართალი არის იქ, "სადაც ადამიანსა და ადამიანებს შორის ურთიერთობები კანონითაა მოწესრიგებული, ხოლო კანონი არსებობს იქ, სადაც შესაძლებელია არსებობდეს უსამართლობა" (N 2, V/10 [1134a]). – Ansätze, die Anwendbarkeitsbedingungen der Gerechtigkeit zu bestimmen, bei Otfried Höffe, Kontext der Gerechtigkeitsfrage, in: Jan Assmann u.a.(Hg.), Gerechtigkeit, 1998, S. 227 ff.
- ⁴ სამართლის შინაარსის ეთიკური მართებულობის თვალსაზრისით, საიდანაც ასევე წარმოდგება სამართლიანობის იდეა, უნდა განვასხვავოთ სამართლის განმარტების (ამ კონტექსტში უმნიშვნელო) მეთოდური „მართებულობა“. Dazu Karl Engisch, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, 1971, S. 186 ff.; Josef Isensee, Vom Ethos des Interpreten, in: Festschrift für Günther Winkler, 1997, S. 367 (369 ff.) mit weit. Nachw.
- ⁵ Aristoteles, Nikomachische Ethik, V. I
- ⁶ Thomas, Summa theologiae, II/II, qu. XVII ff.
- ⁷ Perspektive des modernen Zivilrechts: Claus-Wilhelm Canaris, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1977; zur unterschiedlichen Zuordnung der Strafe: Hasso Hofmann, Bilder des Friedens oder Die vergessene Gerechtigkeit, 1997, S. 25.
- ⁸ Dazu Aristoteles (N 2), V/5-7.
- ⁹ Zur Geschichte der Lehre vom iustum pretium: Max Kaser, Römisches Privatrecht, 16. Aufl. 1992, S. 194; Winfried Trusen, Äquivalenzprinzip und gerechter Preis im Mittelalter, in: Festgabe für Günther Küchenhoff, 1967, S. 247 ff.; Andreas Wacke, Circumscribere, Gerechter Preis und die Arten der List, in: Savigny-Zeitschrift für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung, 94 (1977), S. 184 ff.
- ¹⁰ Hans Kelsen gibt eine scharfsinnige Analyse der „inhaltsleeren Formeln der Gerechtigkeit“: Was ist Gerechtigkeit?, 1953, S. 23 ff., 32 f., 34 ff.
- ¹¹ John Rawls, A Theory of Justice, Cambridge/Massachusetts, 1. Aufl. 1971 (Revised Edition Oxford 1999). Deutsche Übersetzung von Hermann Vetter, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt am Main 1975. Dazu Otfried Höffe (Hg.), Über John Rawls' Theorie der Gerechtigkeit, 1977; ders., Politische Gerechtigkeit, 1987, S. 46 ff., 322 ff., passim; ders., Kategorische Rechtsprinzipien, 1990, S. 306 ff.; Wolfgang Kersting, John Rawls zur Einführung, 1993; Hasso Hofmann, Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, 2000, S. 60ff., 206 ff.
- ¹² Kelsen (N 10), S. 40.
- ¹³ Kelsen (N 10), S. 43.
- ¹⁴ So die positive Version in Mt 7, 12.
- ¹⁵ Immanuel Kant, Die Metaphysik der Sitten. Erster Teil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, 1797, S. 197.
- ¹⁶ Marcus Tullius Cicero, De Finibus bonorum et malorum, V 21, 59; 23, 66; ders., Tusculanae Disputationes, 24, 57; 13, 30; 15, 35; III 1, 2.
- ¹⁷ მორალური განვითარების ზრდის ეტაპების მეცნიერულ მოდელს, ბავშვის მიერ სამართლიანობაზე ფიქრის, ბავშვის უნივერსალური და კულტურულად განპირობებული მოვალეობების შესრულების მხრივ, გვთავაზობს ლორენს კოლბერგი (Lawrence Kohlberg) თავის „მორალურ განვითარებაში“: International Encyclopedia of the Social Sciences, 1968, S. 483 ff. (dt. Ausgabe: Moralische Entwicklung, in: Wolfgang Althof (Hg.), Lawrence Kohlberg, die Psychologie der Moralentwicklung, 1995, S. 7 ff.).
- ¹⁸ ავტორიტეტულ მთავარ მახასიათებელს არაფერი აქვს საერთო მე-20 საუკუნის ტოტალიტარიზმთან, რომელზეც კარლ პოპერი (Karl R. Popper) პლატონის „პოლიტიკის“ კითხვისას მსჯელობს (Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. 1, 6. Aufl. 1980, S. 126 ff., 228 ff.). კვლავ ტოტალიტარიზმის მხილება: პართმუთ ერბზე (Hartmut Erbse), პლატონის „პოლიტიკა“ და თანამედროვე ანტიპლატონელები (1976): ders., Ausgewählte Schriften zur klassischen Philologie, 1979, S. 373 2 ff.; Andreas Schubert, Platon: „Der Staat“, Ein einführender Kommentar, 1995, S. 47 ff.; Otfried Höffe, Vier Kapitel einer Wirkungsgeschichte der „Politeia“, in: ders. (Hg.), Platon, „Politeia“, 1997. S. 335 (354 f.).
- ¹⁹ Wilhelm Windelband, Platon 1900, S. 185 f.
- ²⁰ „Est autem ius a iustitia sicut a matre sua, ergo prius fuit iustitia quam ius.“ – so eine mittelalterliche Glosse zu 1.1. pr. D.
- ²¹ Platon, Politeia IX, 580b ff.; Nomoi II, 660e ff.; V, 733d ff.
- ²² სიტყვები „მიყვარდა სამართლიანობა და მძულდა უსამართლობა, ამიტომ ვკვდები გადასახლებაში“ („Dilexi iustitiam et odivi iniquitatem, propterea morior in exilio.“), რომელიც თავის დროზე ითქვა, დღესაც

- აქტუალურია. ტექსტი რომც იყოს ავთენტური, არ შეიძლება იგი ნიშნავდეს ღვთის მიმართ გამოთქმულ პრეტენზიას, როგორც ამას ახალი ისტორიკოსები ღმერთის სიკვდილის იდეასთან (თეოდეცია) ერთად ცდილობენ ხოლმე დაამტკიცონ. ამის შესახებ Paul Egon Hübing, *Die letzten Worte Papst Gregors VII.*, 1973.
- ²³ Platon, *Nomoi* II, 663d ff. Vgl. auch *Politeia* III, 389b.
- ²⁴ პლატონი ბუნებრივად უკვე მითის სახით წარმოგვიდგენს იმქვეყნიურ ცხოვრებაში ჯილდოსა და სასჯელის ამბავს (*Politeia*, X, 614a ff.). საკითხი გაურკვეველია, მითი ქრისტიანული გაგებით უნდა გავიგოთ თუ არა, ეს სრულად თუ რაიმე დობით გამოხატავს ჭეშმარიტებას, თუ ემსახურება სახელმწიფოს საჭიროების ტყუილს (პლატონის ფილოსოფიის რელიგიური მახასიათებლისთვის, რომელიც ქრისტიანობას თავისი ტრანსცენდენტული რწმენისკენ მიმართავს, იხილეთ: *Windelband [N 19]*, S. 125 ff., 170 ff.). ყოველშემთხვევაში, პლატონი აცნობიერებს, რომ მისი სამართლიანობის კორელაციის თეორია იმქვეყნიურ ცხოვრებაში რთულად შესაძლებელია. კანტს, რომლისთვისაც ქრისტეს გამოცხადების რელიგიას არავითარი მნიშვნელობა ჰქონდა, სურდა მსახურებასა და ბედნიერებას შორის არსებული მიწიერი ნაპრალი დაეძლია და ვერ ნახა სხვა გზა, გარდა იმისა, რომ ამ მიზნით ადამიანისა და ცოცხალი ღმერთის უკვდავება პრაქტიკული საღი აზრის პოსტულატის რანგში აეყვანა (*Kritik der praktischen Vernunft*, 1788, in: *Immanuel Kant, Werke*, hg. von Wilhelm Weischedel, Bd. IV, 1966, S. 103 [252 ff., 254 ff.]). ფილოსოფოსების ღმერთი, რომელიც „სუფთა საღი აზრის კრიტიკით“ გაძევებული იყო, კვლავ ბრუნდება „ღვთის მორალური მტკიცებულებით“ და მორალის სამსახურში დგება, რათა სამართლიანობა და ბედნიერება შეარიგოს.
- ²⁵ Dante Alighieri, *Divina Commedia*, *Inferno*, III, 4-6. Übersetzung von Karl Voßler (Dante, *Die göttliche Komödie*, 1977, S. 17).
- ²⁶ Dante (N 25), *Paradiso*, XDC, 79-90. Übersetzung Voßler, S. 426.
- ²⁷ S.o. N 3.
- ²⁸ Näher Josef Isensee, *Die alte Frage nach der Rechtfertigung des Staates*, in: Petra Kolmer / Harald Korten (Hg.), *Recht – Staat – Gesellschaft*, 1999, S. 21 ff.
- ²⁹ „Et erit opus iustitiae pax“, Is 32,17. Vgl. auch Is 54,13-14.
- ³⁰ მიზეზისა და შედეგის დამოკიდებულება იაკობინელთა წერილში მაინც არის შებრუნებული. S. u. N 36.
- ³¹ Ps 85,11. Vgl. auch Ps 71,1-4. სამართლიანობისა და მშვიდობის (*Justitia und Pax*) კავშირი განეკუთვნება გოთიკისა და ბაროკოს მხატვრობის დიდ ალევორიულ თემებს. მაგალითი და მტკიცებულება: Hasso Hofmann (N 7), S. 7 ff.
- ³² Thomas Hobbes, *Leviathan*, lateinische Fassung, Amsterdam 1670, c. 26.
- ³³ Thomas Hobbes, *Leviathan*, englische Fassung, London 1651, c. 46 (dt. Ausgabe hg. von Iring Fetscher, 1966, S. 510).
- ³⁴ Dazu Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Der Staat als sittlicher Staat*, 1978, S. 12 ff.; Josef Isensee, *Staat und Verfassung*, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (= HStR)*, Bd. I, 2. Aufl. 1995, § 13 Rn. 46 ff., 62 ff. (Nachw.).
- ³⁵ Dazu Josef Isensee, *Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates*, in: *Festschrift für Kurt Eichenberger*, 1982, S. 23 ff.
- ³⁶ Jak 3,18: „Fructus autem iustitiae, in pace seminatur, facientibus pacem.“
- ³⁷ Dazu Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl. 1929, S. 55 ff.
- ³⁸ სამართლიანობის ამ ინსტიტუციონალურ მხარემდე დაიყვანება დღეს დებატებიც ეკონომიკურ, ბიო და სამედიცინო ეთიკის შესახებ. Vgl. Wolfgang Kersting, *Ethischer Kapitalismus?* (1994), in: ders., *Recht, Gerechtigkeit und demokratische Tugend*, 1997, S. 141 (146 f., Anm.6).
- ³⁹ Immanuel Kant, *Zum ewigen Frieden* (1795), in: ders., *Werke* (hg. von Wilhelm Weischedel), Bd. VI, 1964, S. 191 (224).
- ⁴⁰ ამასთან დაკავშირებით იხ. ჰელმუტ შელსკი (Helmut Schelsky), *Der Mensch in der technischen Zivilisation*, 1961, S. 20 ff. ამის საპირისპიროდ სამართლიანობის იდეის რედუქცია იქნებოდა დამატებული, თუკი კანტთან ერთად სახელმწიფოს დაიყვანდით სამართლის პრინციპებამდე, ანუ იმ ამოცანამდე, რომ უზრუნველგვეყო თავისუფლების საყოველთაო სამართლებრივი ჩარჩო-პირობები და აქედან გამომდინარე აგვეკრძალა ის სოციალურ-კულტურული საქმიანობა, რომელიც მიმართული იქნებოდა მოქალაქეთა „ბედნიერების“ მხარდაჭერისკენ. Vgl. Immanuel Kant, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (1793) in: ders., *Werke*, hg. von Wilhelm Weischedel, Bd. VI, 1964, S. 125 (145 f.).
- ⁴¹ Näher Josef Isensee, *Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat*, in: *HStR* Bd. III, 2. Aufl. 1996, § 57 Rn. 23, 32 ff., 88 ff.

- ⁴² Grundlegend dazu Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie (3. Aufl. 1932), zitiert 5. Aufl. 1956, S. 168 ff., 196 ff., passim. Spätere Modifikation: ders., Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946), ebd., S. 347 (353). Dazu Alexander Hollerbach, Gerechtigkeit, in: Staatslexikon (hg. von der Görres Gesellschaft) 2. Bd., 7. Aufl. 1986, Sp. 895 (901 f.).
- ⁴³ So aber Radbruch (N 42), S. 168 ff.
- ⁴⁴ BGHSt 39, 1 (8 ff.); 41, 101 (105). Quelle der Formel: Radbruch, Gesetzliches Unrecht (N 42), S. 353.
- ⁴⁵ Dazu mit unterschiedlichen Ergebnissen, jeweils mit Nachw.: Günther Jakobs, Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht?, in: Josef Isensee (Hg.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 1992, S. 37 ff.; Josef Isensee, Rechtsstaat – Vorgabe und Aufgabe der Einung Deutschlands, in: HStR Bd. IX, 1. Aufl. 1997, § 202 Rn. 156 ff.; Hans-Jürgen Papier, Vergangenheitsbewältigung, Abwicklung, Ahndung, Entschädigung, ebd., § 213 Rn. 56 ff.; Hans Joachim Hirsch, Rechtsstaatliches Strafrecht und staatlich gesteuertes Unrecht, 1996; Hofmann (N 7), S. 109 ff.
- ⁴⁶ Paradigmatisch Walter Ulbricht, Die Staatslehre des Marxismus-Leninismus und ihre Anwendung in Deutschland („Babelsberger Rede“ von 1958), in: ders., Die Entwicklung des deutschen volksdemokratischen Staates, 3. Aufl. 1961, S. 601 ff.
- ⁴⁷ Niklas Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 2. Aufl. 1975, S. 21.
- ⁴⁸ Luhmann (N 47), S. 36 f.
- ⁴⁹ Luhmann (N 47), S. 33 ff., 55 ff. Kritik: Josef Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 25 f., 202 ff.
- ⁵⁰ Immanuel Kant, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis (1798), in: ders. (N 40), Bd. VI, 1964, S. 124 (161).
- ⁵¹ Thomas Hobbes, De cive, 1647, c. 7, § 14.
- ⁵² Zur Steuergerechtigkeit mit weit. Nachw.: Paul Kirchhof, Steuergleichheit, in: StuW 1984, S. 297 ff.; ders., Der verfassungsrechtliche Auftrag zur Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit, in: StuW 1985, S. 319 ff.; ders., Staatliche Einnahmen, in: HStR Bd. IV, 2. Aufl. 1999, § 88 Rn. 45 ff.; Klaus Tipke, Die Steuerrechtsordnung, 1. Bd., 1993, S. 135 ff.
- ⁵³ Zu Problematik, Voraussetzungen und Folgen des Widerstandsrechts nach Art. 20 Abs. 4 GG: Josef Isensee, Das legalisierte Widerstandsrecht, 1969.
- ⁵⁴ Art. 1 Abs. 1 und 2 GG.
- ⁵⁵ BVerfGE 3, 225 Ls. 2 (232 f.). Vgl. auch 4, 294 (296); 1, 14 (32 f.); 4, 294 (296); 23, 98 (106 f.); 84, 90 (121).
- ⁵⁶ Art. 64 Abs. 2 i.V.m. Art. 56 S. 1 GG; § 38 Abs. 1 DRiG.
- ⁵⁷ § 52 Abs. 1 S. 2 BBG, § 35 Abs. 1 S. 2 BRRG.
- ⁵⁸ Dazu Josef Isensee, Das Dilemma der Freiheit im Grundrechtsstaat, in: Festschrift für Martin Heckel, 1999, S. 739 ff.
- ⁵⁹ Aurelius Augustinus, De civitate dei, IV/6. Augustinus spricht von „regna“.
- ⁶⁰ Augustinus entfernt aus Ciceros Definition der res publica ausdrücklich das Merkmal der Gerechtigkeit und schafft einen ethisch indifferenten Staatsbegriff (De civitate dei, XIX/21, 24).
- ⁶¹ Augustinus, De civitate dei, IV/4.
- ⁶² ფრიდრიხ ნიცშე, რომელიც სოციალიზმს განიკითხავს “მომაკვდავი დესპოტიზმის გამოგონილ უმცროს ძმად”, – სოცილიაზმი, რომელიც ინდივიდის განადგურებით იწყებს, რაც ნიცშეს აზრით “ბუნების გაუმართლებლად ძვირადღირებული სიამოვნებაა”, ამტკიცებს, რომ სიტყვა “სამართლიანობა” ნახევრადგანათლებულ მასებს, როგორც ლურსმანი თავში, ისე ესობა, რათა მათ სუფთა სინდისი მისცეს იმ ბოროტ თამაშში, რომელიც მათ უნდა ითამაშონ (“ადამიანური, ძალბედ ადამიანური”, I 473 (1886): KSA 2, 1999, გვ. 307).
- ⁶³ Er taucht auf bei Luigi Taparelli (1840) und Antonio Rosmini (1844). Dazu Walter Kerber, Gerechtigkeit, in: Staatslexikon (N 42), Gerechtigkeit, Sp. 895 (904).
- ⁶⁴ Dazu Josef Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 17 ff.
- ⁶⁵ Johann Wolfgang von Goethe, Faust, Zweiter Teil, 1. Akt.
- ⁶⁶ In diesem Zusammenhang geht es um den zweiten Grundsatz der Gerechtigkeit bei Rawls (N 11) S. 81, 291 ff.
- ⁶⁷ Zitat: Kersting (N 11), S. 62.
- ⁶⁸ Rawls (N 11), S. 83.
- ⁶⁹ Rawls (N 11), S. 122.
- ⁷⁰ Nach Wolfgang Kersting gibt es eine „gerechtigkeitsethische Präferenz für den Kapitalismus“ (Methodologische Probleme einer Theorie der sozialen Gerechtigkeit, 1997, in: ders., Recht, Gerechtigkeit und demokratische Tugend, 1997, S. 213 [241]).
- ⁷¹ Nietzsche (N 62), II 285, in: KSA 2, 1999, S. 679 f.
- ⁷² So die Darstellung durch Kersting (N 70), S. 232.
- ⁷³ Friedrich August von Hayek, Recht, Gesetzgebung und Freiheit, Bd. 2: Die Illusion der sozialen Gerechtigkeit, dt. Ausgabe 1981, S. 122.
- ⁷⁴ Friedrich August von Hayek, Recht, Gesetzgebung und Freiheit, Bd. 1: Regeln und Ordnung, dt. Ausgabe 1980, S. 57 ff.
- ⁷⁵ Hayek (N 73), S. 60 ff., 102 ff.

⁷⁶ Hayek (N 73), S. 184, 98, 99.

⁷⁷ Friedrich August von Hayek, *The fatal conceit: the errors of socialism*, zugl.: *The collected works of Friedrich August Hayek*, hg. von William Warren Bartley III, Bd. 1, London 1988, S. 114 ff.

⁷⁸ Friedrich August von Hayek, *Die Illusion der sozialen Gerechtigkeit*, in: Odo Marquard u. a. (Hg.), *Schicksal? Grenzen der Machbarkeit*, 1977, S. 91 (96).

⁷⁹ Hayek (N 78), S. 102 ff.

⁸⁰ Mt 20, 1-16

⁸¹ Aristoteles (N 5) V/14 (1137b).

⁸² Dazu mit Nachw. Reinhard Mußnug, *Der Dispens von gesetzlichen Vorschriften*, 1964 (Nach.); Josef Isensee, *Das Billigkeitskorrektiv des Steuergesetzes*, in: *Festschrift für Werner Flume*, Bd. II, 1978, S. 128 ff., Ingolf Pernice, *Billigkeit und Härteklauseln im öffentlichen Recht*, 1991.

⁸³ Aristoteles (N 5), V, 14 (1137b, 1138a).

⁸⁴ Dazu Volkmar Götz, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 12. Aufl. 1995, S. 129 ff.; Isensee (N 64), S. 53ff.

⁸⁵ Zum Wesen der Gnade: Radbruch (N 42), S. 276 ff.

⁸⁶ S. o. N 15. Vgl. auch Kants Kommentar zur „Fiat iustitia“-Sentenz: (N 39), S. 241 f.

⁸⁷ Franz Grillparzer, *Weh dem, der lügt*, V. Akt.

Gerechtigkeit - zeitlose Idee im Verfassungsstaat der Gegenwart

Josef Isensee

I. Annäherung an die Idee der Gerechtigkeit. 1. Evidenz und Unfaßlichkeit. 2. Idee der Gerechtigkeit und Wirklichkeit des Rechts. 3. Formale Strukturen der Idee - Gerechtigkeit als Verweisung. 4. Gerechtigkeit - Leerformel? 5. Allgegenwart in der Praxis. II. Archetypus des Gerechtigkeitsstaates. 1. Platons Idealstaat. 2. Sacrum Imperium des Mittelalters. III. Die kopernikanische Wende zur Moderne. IV. Ausklammerung der Gerechtigkeit aus dem System des modernen Staates. 1. Frieden vor Gerechtigkeit. 2. Freiheit vor Gerechtigkeit. 3. Rechtssicherheit vor Gerechtigkeit. 4. Verfahren vor Gerechtigkeit. V. Rückkehr der Gerechtigkeit in den Verfassungsstaat. 1. Verfahrensgerechtigkeit. 2. Gerechtigkeitsstreben als Akzeptanzerfordernis. 3. Gerechtigkeit als Thema des Verfassungsgesetzes. 4. Gerechtigkeit als Tugend der Amtsträger und Bürger. VI. Strebungen nach totaler Gerechtigkeit. 1. Reale Ungleichheit - soziale Gerechtigkeit. 2. Ärgernis der Individualität. 3. Soziale Gerechtigkeit - ein Trugbild. VII. Auskommen mit unvollkommener Gerechtigkeit.

I. Annäherung an die Idee der Gerechtigkeit

1. Evidenz und Unfaßlichkeit

Die Idee der Gerechtigkeit ergibt ein widersprüchliches Bild. Sie scheint so einfach zu sein, daß sie jedermann einleuchtet, und zugleich so schwierig, daß der Gelehrte vor ihr resigniert. Alle wollen, daß Gerechtigkeit herrsche. Ein jeder meint, er könne beurteilen, was gerecht sei, was ungerecht. Doch gerät er in Verlegenheit, wenn er sagen soll, was Gerechtigkeit denn der Sache nach sei und was er unter ihrem Inhalt verstehe. Die Sache, deren er sich intuitiv so sicher gewesen ist, entzieht sich ihm, wenn er sie begrifflich fassen will. Er macht die gleiche Erfahrung wie *Augustinus*, als er das Wesen der „Zeit“ bestimmen sollte: „Was also ist ‚Zeit‘? Wenn mich niemand danach fragt, weiß ich es. Will ich es aber einem Fragenden erklären, so weiß ich es nicht“.¹

Der Rechtslaie ist schnell bei der Hand, sich auf die Gerechtigkeit zu berufen, sowie er seine Belange wahren oder durchsetzen will. Doch der Jurist (wie der Rechtslaie hier als Idealtypus gesehen) zögert, auch nur das Wort zu verwenden, weil es ihm unsicher, unklar, vieldeutig erscheint. Er übt Vorsicht gegenüber einem Begriff, dessen Implikationen er nicht überblicken kann. Häufiger, unmittelbarer Rekurs auf die Gerechtigkeit wird von den Zunftgenossen leicht gedeutet als Symptom mangelnder Professionalität. Der professionelle Jurist hält sich an die Normen des positiven Rechts, die er nach den Regeln seines Handwerks handhaben kann, und macht keine Worte über die Idee der Gerechtigkeit. Ihrer bedarf es auch nicht im Alltagsgeschäft der Rechtsanwendung. Das heißt aber nicht, daß der Jurist ihre Existenz überhaupt leugnete oder daß sie ihm für seine Arbeit nichts bedeutete. Im Gegenteil: je mehr er von seinem Beruf ergriffen ist, desto mehr hat er sie verinnerlicht als Richtmaß seines Berufsgewissens. Gewissen aber umhüllt sich mit Scham. Niemand ist gehalten, die moralischen Gründe seines Tuns ohne weiteres aufzudecken. Persönliche Bekenntnisse passen nicht in den Duktus entsubjektivierter, sachlicher, juridischer Rationalität. Deshalb braucht aber der Jurist nicht dem Philosophen zu widersprechen, wenn dieser die Gerechtigkeit so rühmt, wie *Aristoteles* der sie über die anderen Tugenden stellt, weil gerade sie sich in der Beziehung zu anderen Menschen bewähre und ihr Glanz „den Abend- und den Morgenstern“ übertreffe.²

2. Idee der Gerechtigkeit und Wirklichkeit des Rechts

Gerechtigkeit bildet das höchste Leitbild von der ethischen Richtigkeit der Rechtsnormen und des rechtlich gebundenen Handelns. Als regulative Idee sagt sie, wie das Recht sein und wie es nicht sein soll. Am Maßstab der Gerechtigkeit werden die Normen des geltenden Rechts gemessen. Doch sie selbst beansprucht keine rechtliche Geltung. Vielmehr hat Gerechtigkeit ethischen Charakter. Sie bildet die ethische Regel der Regeln des Rechts.

Darüber hinaus ist Gerechtigkeit eine Tugend. Diese Dimension wird angesprochen in der Rede von einem gerechten Richter, einem gerechten Prüfer, einem gerechten Verwalter. „Gerecht“ kann jedermann sein, gleich, ob Inhaber eines staatlichen Amtes oder einfacher Bürger. Gerechtigkeit fordert nicht nur äußerliche Beachtung der Gesetze (Legalität im Sinne *Kants*), sondern auch rechtliche Gesinnung (Moralität). Diese geht nicht auf in den positiven Normen, die hier und heute in Geltung stehen. „Gerecht“ ist, wer seiner Grundhaltung nach sich von der Idee des Rechts in seinem Denken und Tun leiten läßt.

Recht und Gerechtigkeit sind aufeinander verwiesen. Die Normen des geltenden Rechts suchen sich aus der Idee der Gerechtigkeit sittlich zu rechtfertigen und sich vor den Personen, an die sie sich richten, als zustimmungswürdig zu erweisen. Die Idee der Gerechtigkeit aber findet in Gesetzen und Verwaltungsakten, Verträgen und Urteilen konkrete Gestalt, inhaltliche Eindeutigkeit, Öffentlichkeit und Form, praktische Anwendbarkeit und zwangsbewehrte Verbindlichkeit. Voraussetzung ist jedoch, daß Recht und Gerechtigkeit zur Übereinstimmung gelangen. Die Übereinstimmung aber ist alles andere als sicher. Das Gesetz kann ungerecht sein, so daß zwischen Recht und Moral ein Widerspruch aufreißt. Die Idee der Gerechtigkeit muß hier der Vermittlung durch positive Rechtssätze entbehren. Nun aber erhebt sich die Schwierigkeit, in der konkreten Situation zu erkennen, was die Idee erfordert.

Doch die Idee der Gerechtigkeit löst sich nicht völlig ab von den Realien des Rechts, auch dann nicht, wenn keine Rechtssätze als Mittler bereitstehen. Sie bezieht sich nur auf Sachverhalte, die der rechtlichen Regelung zugänglich sind und ihrer bedürfen. Was sich menschlicher Verfügung und Verantwortung entzieht, wie Vorgaben der Natur und der Geschichte, ist von vornherein kein Thema der Gerechtigkeit. Eine Naturkatastrophe als solche ist nicht „ungerecht“; das ist allenfalls das Verhalten der Menschen, welche die rechtlich gebotene Vorsorge vernachlässigen. Die Direktivkraft der Gerechtigkeit kommt dagegen zur Wirkung, wenn Interessenkonflikte zu entscheiden, Willenssphären voneinander abzugrenzen, knappe Güter zu verteilen, Beziehungen zu verfestigen und gegen Enttäuschungen abzusichern sind. Wo sich kein Bedürfnis nach rechtlicher Ordnung und Entscheidung regt, wo also Einzelgänger beziehungslos nebeneinander existieren,³ aber auch dort, wo zwischen Menschen spontane Übereinstimmung besteht und wo allein die Liebe waltet, schweigt die Gerechtigkeit. Sie meldet sich allerdings zu Wort, wenn Eintracht und Liebe zerbrechen und sich die Beteiligten auf ihre unterschiedlichen und schwer vereinbaren Belange besinnen.

3. Formale Strukturen der Idee - Gerechtigkeit als Verweisung

Gerechtigkeit stellt einen ethischen Qualitätsanspruch an das Recht. Sie sagt, wie die Rechtsnormen und wie das rechtserhebliche Verhalten sein sollen, wie nicht. Kurz: Sie bildet das Kriterium der Richtigkeit des Rechts. Was aber ist richtig?⁴

Die klassische Antwort geben *Aristoteles*⁵ und, ihm folgend, *Thomas von Aquin*.⁶ Sie differenzieren nach drei Grundkonstellationen möglicher Rechtsbeziehungen, innerhalb deren Gerechtigkeit sich jeweils unter besonderem Aspekt zu erkennen gibt: der Beziehung zwischen den Teilen und dem Ganzen (Unterordnung), zwischen dem Ganzen und den Teilen (Überordnung) sowie zwischen den Teilen (Gleichordnung).

- *Unterordnung*. Die Bürger haben sich als Glieder in das Gemeinwesen einzufügen und zu tun, was das Gemeinwohl erheischt (*iustitia universalis*), zumal die Gesetze zu achten (*iustitia legalis*).

- *Überordnung*. Das Gemeinwesen, das seinen Bürgern Vorteile und Lasten zuteilt, etwa staatsbürgerliche Rechte und Pflichten, öffentliche Ämter und Abgaben, hat einem jeden das Seine zu geben (*iustitia distributiva*).

- *Gleichordnung*. Private verkehren miteinander als Gleiche. Sie haben einander anzuerkennen; negativ gewendet, sie dürfen einander nicht schaden. In ihren Rechtsbeziehungen sind sie dem Äquivalenzprinzip verpflichtet. Im Tauschgeschäft haben Leistung und Gegenleistung einander die Waage zu halten. Bei unerlaubter Handlung ist der Schaden in voller Höhe zu ersetzen (*iustitia commutativa*).

Die Maximen der Gerechtigkeit halten sich auf den Höhen philosophischer Abstraktion. Dort stehen sie unangreifbar in Geltung, obwohl ihr heutiges Verständnis dem historischen Wandel Rechnung trägt und nicht in allen Einzelheiten dem authentischen Konzept des Stagiriten entspricht.⁷ Schwierigkeiten setzen aber ein, wenn aus ihnen Folgerungen für das praktische Handeln gezogen werden sollen. Am ehesten ist das möglich bei der *iustitia legalis*, die auf die allgemeine Bürgerpflicht zum Gehorsam gegenüber der jeweiligen Rechtsordnung hinausläuft. Doch wer gewährleistet, daß die Rechtsordnung ihrerseits gerecht ist und daß nicht am Ende der Gehorsam gegenüber dem gesetzlichen Unrecht selber Ungerechtigkeit zeitigt? Der Staat ist kein zuverlässiger Garant.

Allerdings unterliegen die staatlichen Rechtssetzer und Rechtsanwender dem Gebot der *iustitia distributiva*, jedem das Seine zu geben. Doch auch darin liegt keine Sicherheit. Denn Staaten aller Art und Güte beanspruchen, ihren Bürgern und Untertanen „das Ihre“ an Wohltaten und an Übeln zuzuteilen. In diesem Punkte besteht kein Unterschied zwischen autokratischen und demokratischen, liberalen und sozialistischen Staaten. Selbst die grausamste Despotie prätendiert, ihrem Opfer „das Seine“ zu geben, indem sie es unterdrückt, quält, tötet. Der Unterschied der Staaten liegt in der Prämisse, was dem Einzelnen zukommt, und darin, wie die Verfassung seine Stellung zum Staat bestimmt: als bedingte oder unbedingte, begrenzte oder unbegrenzte Verfügbarkeit für das Gemeinwesen oder als ursprunghafte, gesicherte Freiheit, die alles staatliche Handeln unter Rechtfertigungszwang setzt; als Status der Ungleichheit nach Klasse, Rasse, Gleichheit, Herkunft oder als Status staatsbürgerlicher und menschenrechtlicher Gleichheit.

Die Gleichheit erscheint bei *Aristoteles* als das wesentliche Element der Gerechtigkeit. Gleichheit aber ist ambivalent. Sie bedeutet notwendig Gleichbehandlung oder legitime Differenzierung, weil Gleiches gleich, Ungleiches aber nach dem Maß seiner Verschiedenheit ungleich zu behandeln ist. Die *iustitia distributiva* folgt nicht der absoluten, sondern der relativen Gleichheit.⁸ Die Frage ist aber, welche Relationen entscheiden. So mögen staatliche Leistungen nach der Zahl der Empfänger, ihrer Bedürftigkeit und ihrer Würdigkeit bemessen werden. Doch diese Faktoren hängen ihrerseits ab von dem jeweils herrschenden Rechts- und Sozialsystem. *Aristoteles* rührt in seiner Philosophie der Gleichheit nicht an die rechtliche Ungleichheit, die er in seiner geschichtlichen Umwelt

vorfindet, Ungleichheit zwischen Herr und Sklave, zwischen Mann und Frau, zwischen Hellenen und Barbaren. Auch die Verfassungsstaaten der Gegenwart, die sich zu kosmopolitischen Menschenrechten und rechtsstaatlicher wie demokratischer Gleichheit bekennen, treffen in bestimmter Hinsicht Unterscheidungen zwischen Amtsinhabern und Privaten, zwischen Staatsangehörigen und Ausländern, zwischen Minderjährigen und Erwachsenen, zwischen Störern und Opfern. Der Liberalismus hatte die ständische Ungleichheit abgebaut und die gleiche Privatautonomie für alle eingeführt. Unter sozialen Vorzeichen ziehen die neue Unterscheidungen ein zwischen „sozial mächtigen“ und „sozial schwachen“ Gruppen der Gesellschaft, Arbeitgebern und Arbeitnehmern, Vermietern und Mietern, Leistungsfähigen und Leistungsbedürftigen. Der Rechtsstaat, der öffentliche Ämter ausschließlich nach fachlicher Eignung der Bewerber ohne Rücksicht auf deren Geschlecht vergeben darf, wird heute mit feministischen Quotenregelungen konfrontiert, in denen das Geschlecht den Ausschlag geben soll. Zulässige Gleichbehandlung wie zulässige Differenzierung werden determiniert durch den Kontext der Rechtsordnung, innerhalb deren sie erfolgen. Die Direktive der Gleichheit, so zeigt sich, hängt ihrem Inhalt nach ab von der Rechtsmaterie, die sie leiten soll.

Auch die *iustitia commutativa*, die für die privatrechtlichen Beziehungen gilt, gewinnt handlungspraktische Gestalt erst in Verbindung mit der geltenden Rechtsordnung und den gegebenen gesellschaftlichen Verhältnissen. Das Verbot, andere in ihren Rechten zu beeinträchtigen (*neminem laedere*), kommt dem Status quo in seiner realen Ungleichheit zugute. Mithin schützt das Gerechtigkeitsprinzip des „*neminem laedere*“ die bestehende Güterverteilung, ohne Rücksicht darauf, ob diese in sich gerecht ist oder nicht. Das freilich ist Thema der *iustitia universalis* sowie der *iustitia distributiva*. Die Gerechtigkeitsaspekte können sich also wechselseitig relativieren. - Eine eigene inhaltliche Aussage enthält dagegen die Tauschgerechtigkeit (*iustitia commutativa*), indem sie die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung streng sachbezogen, ohne Rücksicht auf die Personen der beteiligten Tauschpartner zum Prinzip erhebt und so den „gerechten Preis“ bestimmt. Das Ideal ist plausibel, doch seine Realisierung prekär. Äquivalenz kann praktisch nur bestimmt werden, wenn Leistung wie Gegenleistung objektiv bewertet werden können und dafür ein Maß bereitsteht. Der Wert einer Ware oder einer Dienstleistung steht aber nicht ontologisch fest und gründet nicht in der Natur der Sache. Er wird, soweit der Staat nicht regulierend eingreift, durch den Markt bestimmt. Dieser folgt den ökonomischen Gesetzen von Angebot und Nachfrage, die sich durch ethische Argumente nicht beiseite schieben lassen. Die Lehre vom „gerechten Preis“ erweist sich als Utopie.⁹

Wer aus den abstrakt-philosophischen Strukturen der Gerechtigkeit konkrete Handlungsanweisungen ableiten möchte, verfängt sich leicht in eine *petitio principii*. Er holt heraus, was er zuvor in sie hineingelegt hat. Die Strukturen sind formal.¹⁰ Ihre Substanz beziehen sie aus dem Rechts- und Sozialsystem, innerhalb dessen sie angewendet werden. So spiegelt die materiale Ethik des *Aristoteles* die Ordnung der griechischen Polis, die des *Aquinaten* die mittelalterliche Ordnung von Staat und Kirche. Wegen ihres formalen Charakters vermögen die Strukturen der Gerechtigkeit im Wechsel der Verfassungen zu überleben und sich anzupassen. Ist die Gerechtigkeit also nur deshalb zeitlos, weil sie ihren Strukturen nach inhaltsleer ist?

Das Dilemma der Gerechtigkeit wird deutlich: Darf sie beanspruchen, die Rechtswirklichkeit zu steuern und, wo es Not tut, zu korrigieren, wenn sie ihrerseits von dieser Rechtswirklichkeit zehrt? Kann es überhaupt eine überpositive, transzendente Gerechtigkeit geben, wenn sie dergestalt vom

positiven Recht abhängt? Ist die „zeitlose“ Idee mehr als eine dynamische Verweisung auf die herrschenden Rechtsanschauungen der jeweiligen Zeit?

Dem Dilemma der Gerechtigkeit entgeht auch nicht der im 20. Jahrhundert von *John Rawls* unternommene Versuch, Grundsätze der Gerechtigkeit philosophisch zu ermitteln und über die Zustimmung der Betroffenen zu rechtfertigen. Zu diesem Zweck holt der Amerikaner das Vehikel des Gesellschaftsvertrages aus dem Museum alteuropäischer Staatstheorie, macht es wieder betriebsfertig und füllt es mit US-amerikanischem Treibstoff. Das Personal, das *Rawls* zum Übereinkommen über die Gerechtigkeit vergattert, ähnelt jenem, das drei Jahrhunderte zuvor *Thomas Hobbes* für den Staatsvertrag rekrutiert hatte: nicht die wirklichen Menschen, sondern absichtsvoll konturierte Träger eines vernunftgesteuerten Eigennutzes. Bei *Hobbes* haben, diese Wesen aus der Erfahrung des Bürgerkriegs gelernt, bei *Rawls* aus den Erfahrungen der amerikanischen Demokratie und des amerikanischen Kapitalismus mit ihren Idealen von Freiheit, Gleichheit, Fairness. *Rawls* sorgt für faire Bedingungen des Vertragsabschlusses dadurch, daß er den Partnern zuvor den „Schleier des Nichtwissens“ überwirft, damit sie von ihrer eigenen Position in der Gesellschaft absehen, ihre besondere Interessenlage hinter sich lassen und das allgemeine Interesse als das wohlverstandene eigene begreifen. Das Ergebnis des Einigungsprozesses entspricht seinen Voraussetzungen. Alle akzeptieren als gerecht die Grundsätze von Freiheit, Gleichheit, Fairness. In philosophischer Rekonstruktion erhebt sich, als gerecht eingesehnet, die Demokratie der USA mit ihren ethischen Ansprüchen an sich selbst, angereichert allerdings um kräftige sozialdemokratische Interventionsvorbehalte gegenüber der bestehenden Güterverteilung.¹¹

4. Gerechtigkeit - Leerformel?

Was ist mit den philosophischen Bemühungen um die inhaltliche Bestimmung der Gerechtigkeit an Einsicht gewonnen? Der Rechtstheoretiker *Hans Kelsen* sagt klar: gar nichts. Er prüft die Formeln der philosophischen Tradition, die das Wesen der Gerechtigkeit fassen sollen, und kommt zu dem Ergebnis, sie alle seien inhaltsleer: das Gebot des „*sum cuique*“, die richtige Mitte zwischen den ungewollten Extremen (*Mesotes*), das Prinzip der Vergeltung, die Gleichheit im rechtsstaatlichen wie im kommunistischen Verständnis, die Goldene Regel, *Kants* kategorischer Imperativ. Absolute Gerechtigkeit, so resümiert er, sei ein irrationales Ideal. „Vom Standpunkt rationaler Erkenntnis gibt es nur menschliche Interessen und daher Interessenkonflikte. Deren Lösung stehen nur zwei Wege zur Verfügung: entweder das eine Interesse auf Kosten des anderen zu befriedigen oder einen Kompromiß zwischen beiden herbeizuführen. Es ist nicht möglich, zu beweisen, daß nur die eine oder die andere Lösung gerecht ist.“¹² Was der erkenntnistheoretische Agnostizismus übrig läßt, sind irrationale Gerechtigkeitsbedürfnisse des Einzelnen, ein „schöner Traum der Menschheit“,¹³ aber eben nur ein Traum.

Wer seine lieb gewordenen Ideale retten will, mag gegen *Kelsen* den Argwohn richten, daß er die Kritik übermäßig dosiere, wie ein allzu scharfes Fleckenwasser, das nicht nur die Flecken ohne Rückstand beseitige, sondern zugleich die Kleidung. Doch die Provokation, die von *Kelsen* ausgeht, macht nachdenklich. Soll das ethische Leitbild, das nach *Aristoteles* heller leuchtet als der Abend- und der Morgenstern, weiter nichts sein als ein Trugbild, vielleicht sogar ein gefährliches Irrlicht?

5. Allgegenwart in der Praxis

Die Zweifel der Theorie brechen sich an der Macht der Idee, die sie in der Praxis beweist. Die Idee der Gerechtigkeit ist allgegenwärtig. Sie regt sich im Rechtsleben wie in der Politik, in der Gesellschaft wie im Privatleben. Sie kennt keine räumlichen und zeitlichen Grenzen. Sie ist in allen Kulturen zu Hause. Das Bedürfnis nach Gerechtigkeit gehört zur geistigen Grundausstattung des Menschen. Sie bildet den archimedischen Punkt, auf den sich das Rechtsgewissen stützt und an dem der Wille des Individuums zur moralischen Selbstbehauptung in der sozialen Umwelt Halt findet.

Den besten Unterricht über das, was der Verstand der Verständigen vielfach nicht sieht, erteilt das kleine Kind seinen Eltern, das, sobald sich seine Vernunft entfaltet, nicht mehr darauf angewiesen ist, seinen Willen durch Geschrei und Gestampel auszudrücken, sondern versteht, ihn in Worte zu fassen, und begreift, daß es seine körperliche Unterlegenheit durch Argumente kompensieren kann, um sich der elterlichen Zumutungen zu erwehren und eigene Wünsche durchzusetzen, kurz: um sich den Eltern gegenüber als Person zur Geltung zu bringen. Diese werden unversehens von ihrem drei oder vier Jahre alten Sprößling mit den elementaren Prinzipien von Recht und Gerechtigkeit konfrontiert, die das Kind anwendet, ohne daß irgendein Erwachsener es sie gelehrt hätte. Die Kindersprache reicht aus, um die Kategorien in handfeste rechtliche Gründe umzusetzen:

- „Ich habe es gar nicht getan“ - Handlungsverantwortung.
- „Ich kann aber nichts dafür“ - Haftung nur für Verschulden.
- „Ich habe die Tür nicht aufgemacht, ich muß sie auch nicht schließen“ - Verursacherhaftung.
- „Ich auch“. „Immer nur ich“ - Gleichheit, Diskriminierungsverbot.
- „Die anderen Kinder dürfen es aber“ - Allgemeinheit der Normen, Bedeutung von Berufungsfällen.
- „Du hast es aber versprochen“ - Bindung an das eigene Wort; *pacta sunt servanda*.
- „Du tust es doch selber nicht“ - Konsequenz der Norm für den Normgeber, seine Verpflichtung, die eigene Norm zu erfüllen und vorzuleben.
- „Du lügst“ - Wahrhaftigkeit als Basis des gerechten Urteils.

Die Reihe ließe sich fortsetzen, etwa mit dem Prinzip des Vertrauensschutzes und dem Schutz der personalen Würde vor Demütigung (hier fallen allerdings weniger Worte als Tränen). Am Ende der kindlichen Lektionen in Rechtsphilosophie sind die Kategorien, auf denen das Recht gründet, die aber ihrerseits nicht begründbar sind, vollständig abgehandelt. Sie brauchen nicht anerzogen zu werden: mit einer bestimmten Entwicklungsstufe sind sie präsent und wirksam. Über sie definiert sich das Kind seinen Eltern gegenüber als Person; durch sie setzt es diese bei ihren erzieherischen Maßnahmen unter Rechtfertigungszwang. Die Kriterien der Rechtfertigung sind Eltern wie Kind gemeinsam vorgegeben. Sie denken und sprechen die gleiche moralische und (virtuell) rechtliche Sprache. Was der Erzieher dem Zögling zu vermitteln hat, ist vor allem, daß er den Gerechtigkeitsanspruch, den er gegen die anderen erhebt, seinerseits einzulösen hat. Die Goldene Regel „Alles, was ihr wollt, das euch die Leute tun sollen, das tut ihnen auch“¹⁴ bedarf allerdings einer pädagogischen Nachhilfe, die das Gewissen schärft, weil normalerweise der moralische Eigennutz kräftiger entwickelt ist als der Sinn für das Recht des anderen.

In dem Maße, in dem sich der Lebenskreis des jungen Menschen weitert und entwickelt, bewährt sich sein Gerechtigkeitsempfinden. Er fordert von seiner sozialen Umwelt Gerechtigkeit ein und mißt deren Forderungen am Maßstab der Gerechtigkeit; nur wenn sie diesem genügen, nimmt er sie

innerlich an. Mit wachsender Reife kontrolliert er sein eigenes Verhalten zu den Mitmenschen, den Normen und Institutionen am Leitbild der Gerechtigkeit. Anders gewendet: Dadurch, daß er die Gesellschaft dem Prinzip der Gerechtigkeit unterwirft, trotz er dem Chaos einen sittlichen Sinn ab. Vielleicht ist das die hintergründige Bedeutung von *Kants* schroffer These: „Wenn die Gerechtigkeit untergeht, so hat es keinen Wert mehr, daß Menschen auf Erden leben“.¹⁵

Die Grundgedanken der Gerechtigkeit sind dem Menschen angeboren: *ideae innatae*, wie *Cicero* sie verstand, von der Natur mitgegeben als „natürliches Licht“ und als Grundlage umfassender Übereinstimmung aller in elementaren sittlichen Fragen.¹⁶ *Platon* geht einen Schritt weiter und nimmt an, daß den Menschen die ganze Wahrheit in ihrer Präexistenz offenbar gewesen sei und sie sich ihrer im gegenwärtigen Leben mehr oder weniger undeutlich erinnerten (Anamnesis). Die natürliche Mitgift an Gerechtigkeitssinn wird im Laufe der geistigen Entwicklung des Einzelnen durch die soziale Umwelt ausgeprägt, angereichert und kulturell ausdifferenziert.¹⁷

II. Archetypus des Gerechtigkeitsstaates

1. Platons Idealstaat

Das Urbild eines auf Gerechtigkeit gegründeten Gemeinwesens entwirft *Platon* in der „*Politeia*“. Die Gerechtigkeit entfaltet sich in ihrer zwiefachen Bedeutung als Idee und als Tugend, im einzelnen Menschen wie auch im Staat. Gerechtigkeit ist für *Platon* der Inbegriff der richtigen sittlichen Verfassung beider.

Den drei Schichten der menschlichen Seele korrespondieren drei Tugenden: der physischen wie ökonomischen Begehrlichkeit die Selbstbeherrschung; dem politischen Ehrgeiz die Tapferkeit; der Vernunft die Weisheit. Das richtige Verhältnis dieser Tugenden zueinander bestimmt die Gerechtigkeit als vierte der „Kardinaltugenden“. Sie regiert den Menschen im Kleinen wie den Menschen im Großen, den Staat. Die Einsicht in die Gerechtigkeit, die nach *Platons* Glauben an die Kraft der Vernunft das gerechte Handeln notwendig nach sich zieht, schafft die Legitimation, Herrschaft im Staate auszuüben. Zur Vernunfteinsicht aber sind die Menschen in unterschiedlichem Maße begabt. Das Legitimationsprinzip der Vernunft begründet eine Abstufung der Herrschaftsteilhabe und eine ständische Ausdifferenzierung der Gesellschaft. Diese folgt der Dreiteilung der Seelenschichten, die in den Individuen unterschiedlich stark entwickelt sind. Die Dominanz der höheren Begabungen und Tugenden, zumal die von Vernunft und Weisheit, ist nur bei wenigen zu finden. Alle drei Stände aber haben das Ihre für das Gemeinwohl zu leisten. Je höher der Stand, desto größer die Pflichten. Das einfache Volk der Bauern, Handwerker und Händler kommt für den wirtschaftlichen Bedarf des Gemeinwesens auf. Es darf nach Interessen leben und schuldet nur die Befolgung der Gesetze. Die Beamten und Soldaten („Wächter“), die sich durch Treue und Tapferkeit ausweisen, müssen um der Macht willen, die sie ausüben, auf Eigennutz und Privatheit verzichten. Die Staatsführung aber kommt den Philosophen zu, die sich vorbehaltlos der Erkenntnis der Gerechtigkeit hingeben, die eins ist mit dem Guten und mit der Wahrheit. Die richtige Erkenntnis zieht notwendig richtiges Handeln nach sich. Doch auch den Philosophen zeigt sich die Idee nicht unmittelbar und nicht unverhüllt. Sie können sich ihr nur nähern, nicht aber sie fassen. Gerechtigkeit bleibt ein Geheimnis, dessen Schau allenfalls Begnadeten zuteil wird. *Platons* Gerechtigkeitsstaat folgt einem vorgegebenen sittlichen Prinzip. Es begründet eine intellektuelle Aristokratie. Die Macht folgt der Vernunft, aber der Vernünftige darf sie nur ausüben, wenn er Askese leistet, auf private Selbstverwirklichung verzichtet, sich der Sache

des Staates vorbehaltlos hingibt. Die Vernunft Herrschaft der Gerechtigkeit begründet Autorität, aber sie bedarf auch der Autorität, damit sich die weniger Einsichtigen fügen.¹⁸

2. Sacrum Imperium des Mittelalters

Wenn das Unmögliche je wirklich geworden und das Ideal der platonischen Politeia je zu geschichtlicher Realität gelangt sein sollte, so wäre es im christlichen Reich des Mittelalters gewesen.¹⁹ Die kirchlich interpretierte Wahrheit des christlichen Glaubens bildet die Grundlage des Reiches. Sie erhebt den Anspruch, das Gemeinwesen zu durchdringen und jeden Menschen zuinnerst zu ergreifen. Offenbarungsglaube und philosophische Erkenntnis ergänzen einander. Die Wahrheit, auf der das Gemeinwesen gründet, umschließt die wahre Gerechtigkeit. *Iustitia fundamentum regnorum*. Die Idee der Gerechtigkeit geht dem geltenden Recht voraus, gleichsam als seine Mutter.²⁰ Die richtige Ordnung von Staat und Recht erscheint als vorgegeben, Gegenstand der Erkenntnis, nicht des Wollens und Machens.

Das mittelalterliche Konzept entfaltet sich in der Vielgestalt ständischer Tugenden und Pflichten. Die Stelle des königlichen Philosophen bei *Platon* besetzt der gelehrte Priester. Seine Autorität, die ewige Wahrheit zu lehren, bezieht sich auch auf die Wahrheit, auf der Staat und Recht beruhen, und begründet den Anspruch auf geistliche Führung. Doch wer diesen Anspruch erhebt, unterliegt der Pflicht zu Spiritualität und Askese, der Pflicht, sich persönlich aus der Sphäre der privaten Bedürfnisse herauszuhalten und das Amt ausschließlich für die Sache des Gemeinwohls zu führen. Im Lichte des Christentums wird die Hoffnung *Platons* einlösbar, daß, wer gerecht lebt, und wer ungerecht, unglücklich lebt.²¹

Die Hoffnung *Platons* reibt sich freilich an der Lebenserfahrung, daß das Unrecht gut gedeihen und daß der Gerechte ins Unglück stürzen und an seinem Lebensende Bilanz ziehen kann wie *Papst Gregor VII*: „Ich habe die Gerechtigkeit geliebt und das Unrecht gehaßt, deshalb sterbe ich in der Verbannung.“²² *Platons* Zeitgenossen, die diesseitsfrohen Griechen, waren schwerlich mit philosophischen Gründen zu überzeugen, daß der Gerechteste auch der Glücklichste sei, und auf diese Weise zu gesetzestreuem Verhalten zu bewegen. So sah *Platon* sich gezwungen, seiner Philosophie durch Propaganda aufzuhelfen und die Lehre vom Lohn des Gerechten als legitime Lüge zum Nutzen des Staates zu verbreiten.²³ Das Christentum aber sieht das rechte und unrechte Tun sub specie aeternitatis. Hier zählen nicht irdisches Scheitern und diesseitiger Erfolg. Lohn und Strafe werden dem Menschen am Ende von Gott zugeteilt.²⁴ In Gott erfüllt sich die vollkommene Gerechtigkeit. Auf Erden aber kommt alles Mühen um Gerechtigkeit niemals zum Ziel. Das Gericht, das wahre Gerechtigkeit herstellt, findet erst jenseits der Geschichte statt.

Die christliche Lehre der ewigen Gerechtigkeit findet großartigste Gestalt in *Dantes* „*Divina Commedia*“, die das Reich Gottes schildert, in dem einem jedem zuteil wird, was er für sein irdisches Tun verdient hat, ewige Strafe, zeitliche Läuterung, ewige Seligkeit.

„Gerechtigkeit bewegte meinen Bauherrn,
die Allmacht Gottes richtete mich auf,
die höchste Weisheit und die erste Liebe.“²⁵

So heißt es in der Inschrift auf dem Tor zur Hölle, zu dem verlorenen Volk, das keine Hoffnung kennt. Als der Dichter auf seiner Wanderung durch die Stadt der Schmerzen über den

Läuterungsberg in die Sternenkreise des Paradieses gelangt ist und die Wirklichkeit der Gerechtigkeit Gottes vor Augen hat, bleibt noch geheimer Zweifel, ob Gott gerecht sei, wenn er dem ungetauften Inder, der niemals vom Christentum gehört habe, die Teilhabe am ewigen Glück versage. Der Himmelsadler belehrt den Zweifler:

„Wer bist du, daß du dich zu richten setzest
auf tausend Meilen Ferne, wo dein Auge
nicht weiter reicht als eine Fingerspanne? Ja, wer mit mir nur
immer klüngeln wollte
und hätte nicht die Bibel über sich,
der könnte tausend schöne Zweifel finden.
Wie stumpf ist, Erdenwesen, euer Sinn!
Urwille, höchstes Gut an sich, ist nie
vom Guten, das er selber ist, gewichen.
Was ihm entspricht, das eben ist gerecht,
und kein geschöpflich Gutes kann ihn bannen;
doch er erzeugt es strahlend aus sich selbst“.²⁶

Gerechtigkeit gründet letztlich im Willen Gottes. Vor ihm verstummen die Fragen des Menschen.

III. Die kopernikanische Wende zur Moderne

Die Fundamente, auf denen die mittelalterliche Lehre von der Gerechtigkeit gebaut war, zerbrechen in der Neuzeit, vorab die Einheit der Religion und ihrer kirchlichen Vermittlung. Damit erlischt der Glaube an die Erkennbarkeit einer vorgegebenen Ordnung und der Glaube an geistliche wie weltliche Autoritäten, die diese dechiffrieren und interpretieren. Der Erkenntnisoptimismus weicht der Skepsis. Der Intellektualismus räumt das Feld, an seine Stelle rückt der Voluntarismus. Die Verbindung von Wahrheit und Gerechtigkeit, von Sein und Sollen in der Wesensnatur des Menschen wird aufgelöst. Die theoretische Vernunft trennt sich von der praktischen Vernunft.

Der Mensch unterwirft sich nicht mehr demütig dem Willen Gottes, sondern bringt seinen eigenen zur Geltung. Statt, wie noch *Dante*, sich der unfaßlichen Gerechtigkeit Gottes zu beugen, zitiert er Gott selbst vor den Richterstuhl menschlicher Vernunft, macht ihm den Theodizee-Prozeß und klagt ihn der Ungerechtigkeit an, weil er die Übel dieser Welt zuläßt. Die politische Philosophie gibt den Versuch auf, Staat und Recht aus dem Willen Gottes zu begründen, und leitet sie ab aus dem Willen des Menschen.

Der Staat verliert seinen sakralen Charakter. Er gilt nur noch als Menschenwerk, eine Zweckveranstaltung zur Erfüllung irdischer Bedürfnisse. Er legitimiert sich durch seine Nützlichkeit. Basis der Legitimation des Staates ist nicht mehr das Gemeinwohl, sondern das Wohl des Einzelnen. Prämisse ist nicht die Gerechtigkeit als die auf den Mitmenschen bezogene, fremdnützige Tugend,²⁷ sondern der vernunftgeleitete Eigennutz. Die Verfassung des Staates wird nicht dadurch „richtig“, daß sie mit apriorischen Prinzipien der Gerechtigkeit, sondern dadurch, daß sie mit dem Willen der Betroffenen übereinstimmt und von ihrem Konsens getragen wird. Die Normen und Institutionen erscheinen als verfügbar und machbar. Sie gelten als diskutabel, und zwar nicht nur für wenige Berufene und Eingeweihte, sondern tendenziell für jedermann.²⁸

IV. Ausklammerung der Gerechtigkeit aus dem System des modernen Staates

1. Frieden vor Gerechtigkeit

„Und das Werk der Gerechtigkeit wird der Frieden sein“, so verheißt der Prophet *Jesaja*.²⁹ Das ist gleichsam die politische Utopie des Alten Testaments, die sich die Christenheit zu eigen macht: daß, wenn die Gerechtigkeit zur Herrschaft gelangt, der Friede sich von selbst ergibt,³⁰ daß, mit dem Worte des Psalmisten, „Friede und Gerechtigkeit sich küssen“. ³¹ Das politische Trauma der Neuzeit sind die Bürgerkriege, die der Glaubensspaltung im 16. Jahrhundert folgen: die Erfahrung, daß Gerechtigkeit und Frieden sich fliehen, wenn die Bürger religiös entzweit sind und religiös begründete Ansprüche auf absolute Gerechtigkeit einander unversöhnlich gegenüberstehen. Der moderne Staat, der wählen muß zwischen Gerechtigkeit und Frieden, wählt den Frieden. Wenn er die zerbrochene Einheit der religiösen Überzeugungen nicht wiederherzustellen vermag, so kann er doch dafür sorgen, daß die Menschen, welcher Religion sie auch angehören, in Frieden miteinander leben können. Um des Friedens willen zieht er sich aus dem Streit um die Wahrheit in den letzten Dingen zurück und begnügt sich damit, praktischen Belangen des Diesseits zu dienen.

Können die Bürger sich nicht darüber verständigen, wie eine Angelegenheit, die alle berührt, zu regeln ist, so muß der Staat für alle verbindlich entscheiden. Die Verbindlichkeit ergibt sich nicht daraus, daß die Entscheidung gerecht ist, sondern daraus, daß der Staat die zuständige Instanz ist, die Sache zu entscheiden. Das ist die provozierende Alternative, die *Thomas Hobbes* dem modernen Staat auf den Weg gibt: *authoritas, non veritas facit legem*.³² Übersetzt in die heutige Begrifflichkeit: das Gesetz legitimiert sich nicht aus der Richtigkeit des Inhalts, sondern aus der Kompetenz dessen, der es erläßt. *Quis iudicabit? Quis interpretabitur?* -mit diesen Fragen setzt das moderne politische Denken ein. Dem modernen Gesetzgeber bleibt unbenommen, sich nach inhaltlichen Leitvorstellungen von Gerechtigkeit auszurichten. Doch unterwirft er sich deshalb nicht dem Urteil des Bürgers, ob das Gesetz die Leitvorstellungen auch wirklich getroffen hat oder ob die Leitvorstellungen als solche der Gerechtigkeit entsprechen. Der Bürger fragt nach der Kompetenz. Die Frage der materialen Gerechtigkeit ist damit abgeschnitten. Lakonisch stellt *Hobbes* fest, das bürgerliche Gesetz bestimme, „*was ehrenhaft und unehrenhaft, gerecht und ungerecht und allgemein was gut und böse ist*“.³³

In Fragen der Kompetenz können sich alle leicht verständigen. Damit herrscht Klarheit, *wer* entscheiden darf. Dagegen ist offen, *wie* zu entscheiden und *was* gerecht ist. Der richtige Inhalt ist, zumindest virtuell, Thema des Streits und Grund zur Zwietracht. Um des Friedens willen muß eine einzige Instanz bereitstehen, die entscheidet und die Macht hat, die Entscheidung gegebenenfalls gegen Widerstände durchzusetzen. Zu diesem Zweck beansprucht der moderne Staat für sich das Monopol legitimer physischer Gewalt und verwehrt seinen Untertanen, körperlichen Zwang anzuwenden oder anzudrohen, es sei denn, daß der Fall der Notwehr vorliegt, in dem der staatliche Schutz nicht bereitsteht. Der moderne Staat konstituiert sich damit als Entscheidungseinheit, als Machteinheit und als Friedenseinheit.³⁴

Frieden als der fundamentale Zweck des modernen Staates bedeutet ganz unempathisch Abwesenheit von Gewalt: den Gesamtzustand der Sicherheit vor den Übergriffen der Nebenmenschen, den ungestörten Genuß von Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum und der übrigen Güter, die das staatliche Recht dem Einzelnen gewährt.³⁵ Der staatlich gesicherte

Frieden, der *status civilis*, ist die Bedingung der Möglichkeit, daß die Bürger ohne Furcht voreinander über Gerechtigkeit reden und, in einer liberalen Demokratie, in den Wettbewerb um die gerechteste Lösung der politischen Probleme eintreten. So kann denn, in Umkehrung des Jesaja-Wortes, das Werk des Friedens die Gerechtigkeit sein. Diese Verheißung enthält der Jakobusbrief: „Frucht der Gerechtigkeit wird in Friede gesät für jene, die Frieden halten“.³⁶

2. Freiheit vor Gerechtigkeit

Die liberale Demokratie beansprucht nicht, die Frage nach der „wahren“ Gerechtigkeit beantworten zu können. Sie bietet nur die Freiheit für alle Bürger, die Frage zu stellen sowie nach Antwort zu suchen, und sie stellt das staatliche Verfahren bereit, in dem die Frage verbindlich entschieden werden kann. Was Gerechtigkeit ist und was sie in der konkreten Situation erheischt, darüber wird in der Demokratie legitim gestritten, im privaten wie im öffentlichen Diskurs. Den Zugang halten die Grundrechte der Meinungs- und der Wissenschaftsfreiheit, der Weltanschauungs- und der Religionsfreiheit jedermann offen. Die politischen Parteien versuchen, den Begriff der Gerechtigkeit für ihre Zwecke zu besetzen, und konkurrieren in Programmen für „mehr Gerechtigkeit“. Die Entscheidung fällt im staatlichen System der parlamentarischen, gewaltenteiligen Demokratie nach dem Mehrheitsprinzip. Dieses verbürgt nicht, daß das Ergebnis gerecht ist. Vielmehr sichert es nur, daß, wenn unter dem Zwang der Entscheidung schon nicht alle ihren Willen verwirklichen können, so viele wie möglich zum Zuge kommen.³⁷

Der Mehrheitsentscheid beansprucht Gehorsam von den Personen, an die er sich richtet, ohne Rücksicht, ob sie diesen als gerecht erkennen oder nicht. Auch in der Demokratie gilt: *authoritas, non veritas*. Die Frage der Gerechtigkeit bleibt weiter diskutabel, nachdem der demokratische Gesetzgeber gesprochen hat. Jedem ist es unbenommen, das Gesetz zu kritisieren, seine Aufhebung zu fordern oder auf seine Verbesserung (im Sinne dessen, was der Einzelne für gerecht hält) hinzuarbeiten. Der Normadressat schuldet nur die äußere Befolgung des Gesetzes, nicht aber den Glauben, daß dieses gerecht sei. Der demokratische Rechtsstaat begnügt sich um der Freiheit willen mit dem normgemäßen Verhalten der Bürger und greift nicht auf seine Gesinnung zu. Kantianisch gesprochen: er verlangt Legalität, nicht Moralität. Die Beziehung des Bürgers zum Rechtsstaat reduziert sich auf gesetzlich definierte Rechte und Pflichten. Die Tugend bleibt außen vor. Daher bildet die Gerechtigkeit als Tugend kein Thema mehr. In der Unterscheidung von Legalität und Moralität setzt sich der demokratische Rechtsstaat ab vom vormodernen Gerechtigkeitsstaat, für den Recht und Ethos noch eins gewesen sind. An die Stelle, die vormals die Gerechtigkeit als Tugend des Bürgers einnahm, tritt nunmehr die grundrechtliche wie die demokratische Freiheit.

Als Thema verbleibt die (demokratisch offene) Frage nach der richtigen Verfassung des Staates und nach der Gerechtigkeit des staatlichen Handelns: die institutionelle Gerechtigkeit.³⁸ In dieser Hinsicht stimmen *Kant* und *Hobbes* überein: Die Menschen werden nicht zum Staat vereint durch ihre Tugenden, sondern durch ihren vernunftgesteuerten Eigennutz. Sie müssen ihre bösen Gesinnungen nicht überwinden und sich nicht moralisch zu läutern; vollends brauchen sie sich nicht in Engel zu verwandeln, um gute Bürger einer Republik zu werden. Das Problem der Staatseinrichtung, so *Kant*, ist, „selbst für ein Volk von Teufeln (wenn sie nur Verstand haben) auflösbar“. Es reiche aus, den Staat gut zu organisieren, um die selbstsüchtigen Neigungen, welche die Menschen von Natur aus beherrschen, so zu lenken, „daß sie sich unter Zwangsgesetze zu begeben, einander selbst nötigen und so den Friedenszustand, in welchem Gesetze Kraft haben, herbeiführen müssen“.³⁹ Im Verfassungsstaat, so scheint es, haben die Menschen die Lösung

gefunden, wie sie, ohne sich einer moralischen Anstrengung zu unterziehen, ihr Zusammenleben staatlich organisieren, und zwar auf eine Weise, daß sie ihre Freiheit möglichst wenig einschränken und ihren Eigennutz möglichst wenig zurücknehmen müssen, durch die institutionellen Vorkehrungen des staatlichen Gewaltmonopols, der parlamentarischen Demokratie, der Gewaltenteilung und der Begrenzung wie Lenkung des staatlichen Handelns durch Grundrechte.

3. Rechtssicherheit vor Gerechtigkeit

Der moderne Gesetzgebungsstaat stützt sich auf demokratische Legitimation, die ihm über das parlamentarische, gewaltenteilige Repräsentationssystem aus dem Willen des Volkes zufließt. Diese formale *authoritas* gibt ihm Aktivität, Mobilität, Ubiquität. Er braucht sich nicht aus ethischen Grundwerten zu rechtfertigen. Eine durchgängige ethische Begründungspflicht wäre auch nicht einzulösen, weil die Regelungsmaterien weithin ethisch indifferent sind. Die Gesetzgebung folgt Zweckmäßigkeitserwägungen, respektiert praktische Notwendigkeiten und stößt an die realen Grenzen ihrer Möglichkeiten. Die technische Zivilisation und ihr Gegenüber, der technische Staat, sind nahezu taub für ethische Argumente.⁴⁰ Will man gleichwohl dem Gesetzgebungsstaat ein durchgängiges Ethos unterstellen, so wäre es am ehesten das des Gemeinwohls, das die Gesamtheit der Belange des Gemeinwesens, auch die außerrechtlichen Belange, umfaßt. Doch das Gemeinwohl wird seinerseits im demokratischen Prozeß definiert; es leitet die Ausübung der *authoritas* aber es bildet keine vorgegebene *veritas*.⁴¹ Die formale *authoritas* ist die Grundlage des positiven Rechts, auf das die moderne Gesellschaft angewiesen ist. Die Positivität des Rechts gewährleistet (ihrem Anspruch nach, der freilich nicht durchwegs von der Praxis eingelöst wird) sprachliche Authentizität und Unverrückbarkeit, Verlässlichkeit, Publizität, Klarheit über das, was rechtens ist - kurz: Rechtssicherheit. Formqualitäten dieser Art gehen dem überpositiven Recht ab. Vollends ermangeln sie diffusen ethischen Grundwerten wie der Gerechtigkeit.

Die moderne Gesellschaft ist angewiesen auf die Berechenbarkeit des Rechts. Sie kann nicht hinnehmen, daß jeder Einzelne die Geltung eines ordnungsgemäß zustande gekommenen formellen Gesetzes in Frage stellen kann mit dem Einwand, es sei ungerecht. Prinzipiell geht die Rechtssicherheit vor, wenn sie in Konflikt mit der materialen Gerechtigkeit gerät.⁴² Die Rechtssicherheit ist eine Bedingung der Möglichkeit individueller wie gesellschaftlicher Freiheit. Das gibt ihr selbst staatsethische Qualität. Rechtssicherheit ist kein antinomisches Prinzip zur Gerechtigkeit,⁴³ sondern deren integraler Bestandteil: ein Formelement. Als solches kann es freilich in Widerspruch geraten zu deren inhaltlichen Elementen.

Der Widerspruch reißt in seiner ganzen Tiefe auf mit der Frage, ob der gesamtdeutsche Rechtsstaat die Menschenrechtsverletzungen der vormaligen DDR strafrechtlich ahnden darf, etwa die Todesschüsse der Grenzsoldaten auf Flüchtende, die Rechtsbeugung durch Richter und Staatsanwälte. Die materiale Gerechtigkeit verlangt, daß das strafwürdige Unrecht auch seine Strafe erfahre und das vom totalitären System mißachtete Recht wieder hergestellt werde. Doch der Rechtsstaat darf seine schärfste Waffe, die Strafe, nur unter den strengen, förmlichen Kautelen des Rückwirkungsverbot (,Nulla poena sine lege scripta“) einsetzen, daß die Tat zu der Zeit und am Ort ihrer Begehung durch ein geschriebenes Gesetz mit Strafe bedroht gewesen ist (Art. 103 Abs. 2 GG). Die Verletzung von Menschenrechten als solche begründet nicht Strafe, jedenfalls nicht in Deutschland, das, um der Berechenbarkeit der Strafe willen, strikt an dem Formerfordernis des Gesetzes festhält, in Abweichung von der Europäischen Konvention für Menschenrechte sogar für

die Taten, die zur Zeit ihrer Begehung „nach den von den zivilisierten Völkern anerkannten Rechtsgrundsätzen strafbar waren“ (Art. 7 Abs. 2 EMRK).

Freilich waren Mord, Totschlag, Rechtsbeugung auch in der DDR unter Strafe gestellt. Weder die Mauerschützen noch die Justizfunktionäre waren von der Bindung an die geltenden Strafgesetze rechtsförmlich freigestellt. Auf den ersten Blick steht der nunmehrigen Bestrafung kein förmliches Hindernis entgegen. Doch die Gesetze, die, mit der Brille rechtsstaatlicher Jurisprudenz gelesen, Strafbarkeit begründen, waren nach dem Rechtsverständnis des SED-Staates, der seine Gesetze nach der Maxime sozialistischer Parteilichkeit handhabte, gar nicht anwendbar, so daß, was aus rechtsstaatlicher Sicht Mord, Totschlag, Rechtsbeugung bedeutete, aus sozialistischer Sicht durch Partei- und Staatsräson gerechtfertigt war und dem Täter amtliches Lob sowie dienstliche Vorteile eintrug. Wenn das Rückwirkungsverbot Berechenbarkeit stiften soll, kommt es nicht auf die Wortidentität des Strafgesetzes an, sondern auf das im staatlichen System herrschende Verständnis des Textes. Freilich war die DDR internationalen Menschenrechtspakten beigetreten; sie hatte die übliche Menschenrechtssemantik gepflegt, wenn auch ohne Konsequenzen für ihre eigene Rechtspraxis. Darf man sie nachträglich beim Wort nehmen? Muß nicht, so der Bundesgerichtshof, das Recht der DDR „menschenrechtsfreundlich“ - mit strafrechtlichen Folgen - interpretiert werden? Beschränken sich rechtsstaatliche Formerfordernisse auf das rechtsstaatliche System, so das Bundesverfassungsgericht, so daß sie für die Beurteilung von Taten im Unrechtsstaat nicht gelten und bei Systembrüchen nicht greifen? Soll den Diktatoren und ihren Hilfskräften das Risiko abgenommen werden, daß sie nach ihrem Scheitern für ihre Menschenrechtsverletzungen zur Rechenschaft gezogen werden? Aber darf die Menschenrechtsverletzung, die der DDR als System vorzuwerfen ist, am kleinen Volkspolizisten und Volksrichter bestraft werden? Die Rechtspraxis der Bundesrepublik Deutschland bejaht die Frage. Sie setzt sich über das sozialistische Rechtsverständnis der DDR hinweg, weil es einen „offensichtlich groben Verstoß gegen Grundgedanken der Gerechtigkeit und Menschlichkeit“ bedeute und die allen Völkern gemeinsamen Rechtsüberzeugungen verletze, und beruft sich auf die „Radbruch'sche Formel“, daß bei unerträglichem Widerspruch positiver Gesetze zur Gerechtigkeit das Gesetz als unrichtiges Recht der Gerechtigkeit zu weichen habe.⁴⁴ Die Strafurteile fallen allerdings so glimpflich aus, daß man sich fragt, ob ihr Gerechtigkeitseffekt die Einbuße an rechtsstaatlicher Konsequenz und Formstrenge aufwiegt.⁴⁵

Sie hätten Gerechtigkeit erhofft und der Rechtsstaat erhalten, so klagte eine vormalige Bürgerrechtlerin der DDR und sprach vielen ihrer Landsleute aus dem Herzen, die von der Wiedervereinigung enttäuscht waren. Doch die Alternative zwischen Gerechtigkeit und Rechtsstaat ist ungerecht. Der Rechtsstaat strebt danach, materiale Gerechtigkeit zu verwirklichen; aber er weiß auch, daß seine Bemühungen unzulänglich und diskutabel bleiben. Als Ausgleich gewährleistet er Machtbegrenzung, Rechtssicherheit, Freiheit. Das unterscheidet ihn vom totalitären Gerechtigkeitsstaat. Der Rechtsstaat muß revolutionäre Hoffnung auf Veränderung und auf radikale Vergeltung enttäuschen. Die Hoffnung könnte nur eine Revolution einlösen; die friedliche Revolution der Deutschen von 1989 aber hat das gerade nicht getan. Der Rechtsstaat kann das nicht nachholen. Ihm fehlen die fanatische Gewißheit über die Sache der Gerechtigkeit, wie sie Revolutionären eignet, die Einseitigkeit, die Unbedenklichkeit in der Wahl der Mittel, die Emphase. Skeptisch in dem, was „wahre“ Gerechtigkeit sein soll, und einsichtig in die eigene Fehlbarkeit, distanziert zu den gesellschaftlichen Konflikten, resistent gegen Haß, Neid und Begeisterung, wahrt er Form und Maß und erkennt sie alle als Rechtssubjekte und Inhaber von Grundrechten an, die mutmaßlichen Opfer des Unrechtsstaats wie die mutmaßlichen Täter. Dagegen verhiß der weiland

real existierende DDR-Sozialismus, nicht behindert durch juristische Förmlichkeiten, nicht gehemmt durch Legalitätsskrupel, absolute Gerechtigkeit.⁴⁶ Was gerecht war, das ergab sich nicht aus philosophischer Schau einer Idee, sondern aus dem Machtwillen der Partei und diente dazu, deren Diktatur zu legitimieren und einen moralischen Begriff politisch zu besetzen.

4. Verfahren vor Gerechtigkeit

Die Ausklammerung der ethischen Fragen aus dem System des modernen Staates wird zu letzter Konsequenz getrieben von *Niklas Luhmann*, der „Legitimation durch Verfahren“ genügen läßt. Seine Prämisse: ein soziales System, das die Entscheidbarkeit aller aufgeworfenen Probleme garantieren müsse, könne nicht zugleich die Richtigkeit der Entscheidungen gewährleisten.⁴⁷ Materiale Wahrheit und Gerechtigkeit seien instabile Wertvorstellungen, die das Verfahren der Entscheidungsfindung nicht belasten dürften. Diese aber sei der Technik des Richters oder des Verwaltungsbeamten anheimgegeben, der „symbolisch-zeremoniellen Arbeit am Recht“. Die Entscheidung aber legitimierte sich nicht aus dem Recht, weder dem materialen noch dem Verfahrensrecht, sondern aus dem Verfahren als wirklichem Geschehen, der „Umstrukturierung des Erwartens durch den faktischen Kommunikationsprozeß, der nach Maßgabe rechtlicher Regelungen abläuft“.⁴⁸ Das Verfahren aber suche nicht nach der in den Gesetzen vorgegebenen Wahrheit, sondern erzeuge über die Entscheidung seine eigene formelle Wahrheit. Diese würde von den Beteiligten „gelernt“ dadurch, daß sie diese Entscheidung, genehm oder nicht, gerecht oder nicht, als Tatsache behandelten, auf die sie ihr künftiges Verhalten einrichteten, statt - lernunwillig - im irrationalen Protest gegen sie zu verharren und die Schlachten der Vergangenheit immer wieder zu schlagen.⁴⁹

V. Rückkehr der Gerechtigkeit in den Verfassungsstaat

Die materiale Gerechtigkeit, die der Verfassungsstaat kraft seiner Formalitätsvorkehrungen aus der Tür gewiesen hat, kehrt durch eine andere Tür wieder zurück.

1. Verfahrensgerechtigkeit

Dafür bietet die „Legitimation durch Verfahren“ ein gutes Beispiel. Wenn *Luhmann* als außenstehender Beobachter weiter nichts erkennt als „symbolisch-zeremonielle Arbeit am Recht“, die der Richter oder der Verwaltungsbeamte leisten, so erwartet der Verfahrensbeteiligte mehr. Zuvörderst erwartet er, daß das Verfahren als solches bestimmte Regeln der Fairness einhält, etwa rechtliches Gehör, Beteiligung der Betroffenen, Unparteilichkeit der Entscheidungsorgane, Gewähr des gesetzlichen Richters. Das Verfahren zeitigt überhaupt nur legitimatorische Kraft, wenn es seinerseits ein Mindestmaß an Verfahrensgerechtigkeit erreicht. Das gilt übrigens auch für die Volksvertretung, die aus Wahlen hervorgeht. Diese legitimieren nur, wenn elementare Grundsätze wie die Allgemeinheit und Gleichheit der Wahlberechtigung so wie die Freiheit und Geheimheit des Wahlverfahrens gewährleistet sind.

2. Gerechtigkeitsstreben als Akzeptanzerfordernis

Über die Verfahrensgerechtigkeit hinaus richtet sich die Erwartung auf die inhaltliche Richtigkeit der Entscheidung. Freilich streiten im Gerichts- wie im Verwaltungsverfahren unterschiedliche

Vorstellungen von richtigem Recht wider einander, so daß am Ende Enttäuschungen unvermeidbar sind. Um diese jedoch aufzufangen, werden Urteile und Verwaltungsakte begründet. Die Begründung dient nicht zuletzt dazu, dem Verlierer die Einsicht zu vermitteln, daß die Entscheidung so, wie sie ausgefallen ist, notwendig und richtig ist. Selbstverständlich wird nicht jedermann überzeugt. Doch der Verlierer muß wenigstens sehen können, daß die Stelle, die entschieden hat, sich um Richtigkeit (im Sinne von Gerechtigkeit wie von jurisdiktorischer Korrektheit) *bemüht* hat. Käme der Eindruck auf, das Gericht oder die Behörde habe nur ein Ritual abgespielt, Willkür mit Fachjargon umnebelt und ein juridisches Schamanentum praktiziert, so wäre es um die Akzeptanz der Entscheidung geschehen. Der rechtliche Anspruch auf Verbindlichkeit könnte zwar bestehenbleiben, aber seine reale Einlösung wäre prekär. Im Einzelfall ließe sich der Widerstand gegen einen Normbefehl zwar erzwingen, nicht jedoch auf ganzer Linie. *Kant* weist den Weg, wie der strikte Rechtsgehorsam und der „Geist der Freiheit“ zum praktischen Ausgleich finden können. Der nicht-widerspenstige Untertan müsse annehmen können, sein Oberherr wolle ihm nicht Unrecht tun.⁵⁰ Darin setzt sich *Kant* von *Hobbes* ab, der lehrt, der Staat *könne* nicht Unrecht tun.⁵¹

Der Verfassungsstaat, der um der Freiheit seiner Bürger willen nur beschränkte Machtbefugnisse hat, ist auf die Akzeptanz seiner Handlungen angewiesen. Mithin müssen seine Amtsträger für alle erkennbar nach bestem Wissen und Gewissen die richtige Entscheidung suchen. Das gilt auch für die Gesetze, die ihrer Form nach kategorisch gefaßt sind. Die parlamentarische Mehrheit, die das Gesetz beschließt, bemüht sich schon aus Klugheit, die Zustimmung aller Bürger, in welchem politischen Lager auch immer, zu finden und ihre Entscheidung aus übergreifenden Gesichtspunkten, nicht zuletzt Gerechtigkeit und Gemeinwohl, zu begründen. So hat es mehr als symbolische Bedeutung, wenn die Verfassung den Bundespräsidenten, den Bundeskanzler und die Bundesminister verpflichtet, „Gerechtigkeit gegen jedermann zu üben“.

Daher ist es erklärlich, daß das positive Recht, das aus dem Diktum des Gesetzgebers lebt, sich rückversichert in der Idee der Gerechtigkeit. Ein eindrucksvolles Beispiel bildet das Steuerrecht, das, auf den ersten Blick eher rechtstechnischer als rechtsethischer Natur, dazu dient, die Finanzbedürfnisse des Staates zu sättigen, also Geboten fiskalischer Zweckmäßigkeit folgt. Doch die Opfer, die das Steuerrecht vom Bürger verlangt, bedürfen der Legitimation aus der Idee der Steuergerechtigkeit. Die Tauschgerechtigkeit versagt, weil dem Einzelnen, der das Opfer erbringt, kein persönlicher Vorteil als Kompensation zuwächst. Die Last, der keine Gegenleistung korrespondiert, ist nur erträglich, wenn sie allgemeiner Natur und jedermann zu gleichen gesetzlichen Bedingungen auferlegt ist. Das Maß der allgemeinen Belastung aber ist die individuelle Leistungsfähigkeit dessen, der die Last zu tragen hat.⁵²

3. Gerechtigkeit als Thema des Verfassungsgesetzes

Das Verfassungsgesetz enthält in hohem Maße Normen von rechtsethischer Bedeutung. Es läßt sich deuten als Tafel von Gerechtigkeitsprinzipien, in denen die Nation sich einig ist oder doch einig sein will.

Elemente materialer Gerechtigkeit sind vornehmlich in den Grundrechten und den Staatszielen enthalten: Menschenwürde und Menschenrechte, Freiheit und Gleichheit, Sicherheit vor den Übergriffen Privater und Sicherheit vor den Risiken des Marktes. Diese Elemente ergeben jedoch kein geschlossenes Konzept der Gerechtigkeit. Sie stehen auch zueinander in Widerspruch, so die liberalen zu den sozialen Faktoren, die Meinungsfreiheit zum Persönlichkeitsrecht auf Ehre, der

besondere Schutz von Ehe und Familie zum Gebot der Gleichstellung unehelicher Kinder. Diese Antinomien bedürfen des Ausgleichs durch Interpretation, nicht zuletzt durch politische Entscheidung des Gesetzgebers. Das Gesetz ist schon deshalb unentbehrlich, weil die Verfassungsnormen durchwegs abstrakt, offen, inhaltlich unvollständig und technisch unfertig gefaßt sind.

Da die Verfassung nur Bruchstücke zu einer Konzeption von materialer Gerechtigkeit liefert, kommt den Organisationsregelungen über Demokratie, Gewaltenteilung, Föderalismus um so größere Bedeutung zu. In ihnen verkörpert sich die aus der Sicht der Verfassung „richtige“ Verteilung der Kompetenzen. Schließlich gewährleistet die Verfassung Verfahrensgerechtigkeit vom Wahlverfahren bis zum Strafprozeß.

Die vielfältigen Kontrollen, denen die Staatsgewalt von Verfassungs wegen unterworfen ist, nicht zuletzt der grundrechtlich garantierte Rechtsschutz des Bürgers, zeigen, daß der Rechtsstaat sich seiner eigenen Fehlbarkeit bewußt ist. Dieses Selbstverständnis und seine verfahrenspraktischen Konsequenzen machen das Eigentliche des Rechtsstaats aus. Freilich kommt am Ende, wenn alle rechtlich möglichen Mittel erschöpft sind, auch im Rechtsstaat die Notwendigkeit des Rechtsgehorsams zum Zuge, auch wenn die Entscheidung den Betroffenen immer noch als ungerecht erscheint. Nur so ist der Staat funktionstüchtig.

Doch die formale Pflicht zum Rechtsgehorsam gilt nicht absolut. Im äußersten Fall, wenn der Verfassungsstaat aus den Fugen gerät und seine berufenen Amtsträger nicht mehr fähig oder nicht mehr willens sind, ihn aufrechtzuerhalten, lebt das Widerstandsrecht für alle Bürger auf.⁵³ Das Ausnahmerecht darf jedoch nicht in die Normallage übergreifen, in der die Frage von Recht und Unrecht in demokratischen wie rechtsstaatlichen Verfahren ausgetragen werden kann, deren Resultat, wie alles Menschenwerk irrtumsanfällig, um der Rechtssicherheit und des Friedens willen als abschließend hinzunehmen ist. Obwohl höchste Norm der staatlichen Rechtsordnung, öffnet und unterwirft sich das Grundgesetz dem überpositiven Recht, der „unantastbaren“ Würde des Menschen sowie den „unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der der Gerechtigkeit in der Welt“.⁵⁴ Diese verfassungsstaatliche Demut zeigt sich auch in dem Bekenntnis des Verfassungsgebers zu seiner „Verantwortung vor Gott und den Menschen“. Der Verfassungsgeber stößt in seiner „souveränen“ Entscheidung auf äußerste Grenzen materialer Gerechtigkeit, die er selber nicht überschreiten darf, ohne Gefahr zu laufen, daß seine Regelungen nichtig sind („verfassungswidriges Verfassungsrecht“). Das Bundesverfassungsgericht hält den Fall immerhin für möglich; diese Möglichkeit komme freilich bei originären Verfassungsnormen einer praktischen Unmöglichkeit gleich.⁵⁵

4. Gerechtigkeit als Tugend der Amtsträger und Bürger

Die Positivierung der Gerechtigkeit im Verfassungsstaat bleibt notwendiges Stückwerk. Eben deshalb wird das kreative und kritische Potential der Idee niemals versiegen. Das erklärt, daß die rechtlichen wie die ethischen Pflichten der Amtsträger sich nicht darin erschöpfen, mechanisch die geltenden Vorschriften zu vollziehen. Die Mitglieder der Regierung schwören, „Gerechtigkeit gegen jedermann“ zu üben, die Richter, „nur der Wahrheit und Gerechtigkeit zu dienen“.⁵⁶ Die Beamten sind von Gesetzes wegen verpflichtet, ihre Aufgaben „unparteiisch und gerecht“ zu erfüllen.⁵⁷

Die rechtsstaatliche Verfassung ist darauf angelegt, die Staatsgewalt rechtlich zu binden, damit der Bürger frei sei. Ihr Thema sind die Grundrechte, indes sie sich um der Freiheit willen in der Statuierung von Grundpflichten zurückhält. Anders gewendet: die typischen Regelungsmaterien sind Fragen der institutionellen Gerechtigkeit, nicht der individuellen. Doch den Freiheitsrechten des Bürgers entsprechen vorrechtliche Verfassungserwartungen, daß er seine Freiheit gemeindienlich oder wenigstens gemeinverträglich wahrnehme. Wenn die Verfassung die Handlungsbefugnisse des Staates beschränkt und wesentliche Handlungsbereiche den Privaten über die Grundrechte vorbehält, so baut sie auch auf die ethischen Selbstreglungskräfte der Gesellschaft, damit auf die Tugend des Bürgers.⁵⁸ Dieser Tugend aber entspricht nach klassischem Sprachgebrauch die Gerechtigkeit, sowohl in Bezug auf das Gemeinwesen (*iustitia universalis*) als auch in Bezug auf den Mitbürger und Rechtsgenossen (*iustitia commutativa*).

Auch der moderne Staat unterliegt den Kriterien der Gerechtigkeit, die *Augustinus* einfordert: „Was anders sind also Staaten, wenn ihnen die Gerechtigkeit fehlt, als große Räuberbanden?“⁵⁹ Das bedeutet nicht, daß die Gerechtigkeit ein Begriffsmerkmal des Staates wäre und ohne Gerechtigkeit kein Staat wäre.⁶⁰ Vielmehr ist diese ein ethisches Qualitätskriterium, kraft dessen er sich über das Niveau der Räuberbande erhebt, die in ihrer formalen Organisation dem Staate gleicht, als „Schar von Menschen, die unter dem Befehl eines Anführers steht, sich durch Verabredung zu einer Gemeinschaft zusammenschließt und nach bester Übereinkunft die Beute teilt“.⁶¹ In die neuzeitliche Terminologie übersetzt: noch nicht einmal die Gründung durch *contract social* und die demokratische Legitimation reichen aus, damit der Staat sittliche Qualität erreicht. Mehr noch: die Räuberbande, die Mafia, die international organisierte Kriminalität können in ihren Binnenbereich sogar Sekundärtugenden, darin Spuren von Gerechtigkeit, aufweisen: Treue zwischen Boß und Bande, Solidarität der Raubgenossen („einer für alle, alle für einen“), Tauschgerechtigkeit unter den Ganoven, Verteilungsgerechtigkeit hinsichtlich der Beute. Entscheidend ist jedoch, daß der Primärzweck der Räuberbande notwendig Ungerechtigkeit gegenüber ihren Opfern wie überhaupt ihrer Umwelt bedeutet, indes der Zweck des Staates auf Gerechtigkeit angelegt ist - ohne daß die Gewähr dafür besteht daß er diesen Zweck tatsächlich erreicht. Ein wichtiger formaler Unterschied kommt hinzu: die Räuberbande lebt im Dunkeln, der Staat dagegen im Licht der Öffentlichkeit. Sie bildet nur eine perverse Gegenstruktur zur staatlichen Ordnung, von der sie parasitär zehrt.

VI. Strebungen nach totaler Gerechtigkeit

1. Reale Ungleichheit - soziale Gerechtigkeit

Solange die Idee der Gerechtigkeit sich auf das Recht und das rechtlich bedeutsame Verhalten bezieht, knüpft sie an die Gegebenheiten der Rechtsordnung und des sozialen Umfeldes an und bleibt von diesen abhängig, auch wenn sie die Grundlage der Kritik an eben diesen Gegebenheiten bildet und als Maßstab ihrer Korrektur dient. Dagegen steht heute „Gerechtigkeit“ weithin für Bestrebungen, den Staat ohne Rücksicht auf seine derzeitige Verfassung und die Gesellschaft ohne Rücksicht auf ihre überkommenen Strukturen von Grund auf neu zu ordnen. Leitbild ist die Gleichheit aller Menschen und ihrer Lebenschancen.

„Die Menschen sind und bleiben von Geburt frei und gleich an Rechten“, so heißt es in Artikel 1 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789. Freiheit aber, verbunden mit gleichen Rechten, erzeugt reale Ungleichheit. Diese weckt den Sozialneid und beleidigt das moderne

Selbstbewußtsein derer, die sich benachteiligt fühlen. Die Ungleichheit in der Verteilung der materiellen Güter erscheint als moralisches Ärgernis, die gleichmäßige Verteilung als Gebot der „sozialen Gerechtigkeit“. Diese deckt sich nicht mit der *iustitia distributiva* im aristotelischen Sinne, die auf den Plan tritt, wenn eine übergeordnete Instanz gegenüber mehreren Prätendenten zu entscheiden hat, wer und in welchem Umfang einen begehrten Vorteil erhält, und Sorge tragen muß, daß jedem das Seine zuteil werde. Die Güterverteilung der Gesellschaft geht nicht auf eine bestimmte Entscheidung zurück. Sie ist das Ergebnis geschichtlicher Kontingenz und Gegenstand permanenter Prozesse am Markt, an der eine unübersehbare Vielzahl von Subjekten beteiligt ist. Dem Staat kann sie allenfalls mittelbar zugerechnet werden, weil dieser den Markt als System akzeptiert und ihm die rechtlichen Grundlagen bereitstellt. *Iustitia distributiva* ist ein Maßstab für den rechtserheblichen Akt der Verteilung, dagegen *iustitia socialis* Leitbild einer „richtigen“ Ordnung der Güter überhaupt. In ihr manifestiert sich der politische Wille, die vorgefundene Ordnung nicht schicksalhaft hinzunehmen, sondern nach Plan von Grund auf neu zu gestalten. Das Planziel heißt „soziale Gerechtigkeit“.

Im politischen Sprachgebrauch erscheint „soziale Gerechtigkeit“ heute nachgerade als Gerechtigkeit schlechthin. In der Zielformel sind sich alle Lager einig. „Soziale Gerechtigkeit“ gedeiht besonders üppig in der Vorstellungswelt des Sozialismus.⁶² Sie findet sich in kommunistischen wie sozialdemokratischen Parteiprogrammen. Der Begriff jedoch entstammt der katholischen Soziallehre.⁶³ Die Formel ist sinnvariabel. Vielfach wird sie gleichgesetzt mit sozialer Sicherheit. Diese freilich bildet einen relativ eindeutigen Tatbestand. Sie repräsentiert die Aufgabe des Sozialstaates, in der Marktgesellschaft Solidarität in der Bewältigung elementarer Risiken zu organisieren und jedermann einen Mindeststandard an wirtschaftlicher Subsistenz, ein menschenwürdiges Auskommen, zu gewährleisten. Das fundamentale Ziel des neuzeitlichen Staates, dem Einzelnen Sicherheit zu bieten vor den gewalttätigen Übergriffen des Nebenmenschen, weitet sich im Sozialstaat aus auf die Sicherheit vor den Gefahren des Erwerbslebens unter den Bedingungen des wirtschaftlichen Wettbewerbs. Vornehmlich deckt die Sozialversicherung diese Risiken ab, also Krankheit, Invalidität, Alter und Arbeitslosigkeit.⁶⁴ Die Staatsaufgabe der sozialen Sicherheit ist das unerläßliche Komplementärprinzip zur Marktwirtschaft. Mit der diffusen Kategorie der „sozialen Gerechtigkeit“ ist sie nicht zu erfassen. Jene bezieht sich gleichsam auf die Reparatur der bestehenden Ordnung, diese aber auf die Erfindung einer neuen Ordnung.

Der Sog der „sozialen Gerechtigkeit“ kommt dagegen zur Wirkung, wenn es darum geht, die Güterverteilung, die der Markt hervorbringt, um der Gleichheit willen zu korrigieren oder die Marktwirtschaft selbst aufzuheben, weil sie nicht zentralem Plan entspringt und sich nicht zentraler Anordnung fügt. Der Topos der „sozialen Gerechtigkeit“ dient dazu, die bestehende Ungleichheit unter Rechtfertigungszwang zu setzen. Das bloße Herkommen und der geschichtliche Zufall legitimieren nichts. Eher gilt das für persönliche Leistung. Doch bei näherem Hinsehen ist jeder Leistungserfolg durch Umstände bedingt, die der Leistende selbst nicht in der Hand hat und die sich nicht seiner Leistung verdanken. Über den Leistungshochmut spottet schon Mephisto: „Wie sich Verdienst und Glück verketten, das fällt dem Toren niemals ein“.⁶⁵ Glück wie Unglück sind außerrechtliche und gerechtigkeitsindifferente Kategorien. Am ehesten mag man hier das Prinzip der Konsequenz bemühen, daß, wer sich den Risiken des Marktes aussetzt, auch an seinen Chancen teilhaben darf.

Die „soziale Gerechtigkeit“ erhält einen rechtsphilosophischen Anstrich durch *John Rawls*.⁶⁶ Er bemüht sich, einen objektiven Standpunkt zu finden, von dem aus er rational ordnen will, was

bisher Natur und Geschichte, Individualwillkür und Marktgeschehen geleistet haben, um den „skandalösen Einfluß der Natur auf die Einkommens- und Vermögensverteilung“⁶⁷ zurückzudrängen und die Folgen unterschiedlicher sozialer Herkunft zu beseitigen. Seiner Gerechtigkeitsmaxime nach sind alle sozialen Werte gleichmäßig zu verteilen, soweit nicht eine ungleiche Verteilung jedermann zum Vorteil gereicht.⁶⁸ Sozioökonomische Ungleichheit sei nur zu rechtfertigen, wenn die Vorteile der Begünstigten auch zur Verbesserung des Loses der am wenigsten begünstigten Gesellschaftsmitglieder beitragen. Nur wenn auch diese einen Nutzen davon hätten, dürfe der von Natur aus mit größeren Fähigkeiten Ausgestattete sich der Früchte seiner Leistungen erfreuen. Denn niemand habe seine besseren natürlichen Fähigkeiten oder einen besseren Startplatz in der Gesellschaft verdient.⁶⁹ Ein Glückspilz, der an Verstand und Charakter, aufgrund seiner Erziehung und seines ererbten Vermögens seine Umwelt überragt, könnte über den Versuch, Gerechtigkeit à la *Rawls* zu erlangen, unglücklich werden, es sei denn, er verzichtete von vornherein auf den Eintritt in das Erwerbsleben, gäbe seine Habe den Armen (und zwar in schmalen Portionen, damit nicht neue Ungleichheit entstehe), stellte sein Licht unter den Scheffel und betriebe energisch seine soziale Verzweigung. Freilich dürfte sich der Einwand erheben, dem Rechtsphilosophen gehe es nicht um individuelle, sondern um institutionelle Gerechtigkeit. Diese aber sei, alles in allem genommen im System der Marktwirtschaft eher gegeben als in ihrer planwirtschaftlichen Alternative.⁷⁰ Doch um von *Rawls'* Prämisse zu einem solchen Ergebnis zu gelangen, bedürfte es nachträglich argumentativen Aufwandes und der Zugabe von mehr als eines Korns des sprichwörtlichen Salzes.

Die Schwierigkeiten nähmen zu, wenn auf den objektiven Standpunkt oberhalb der Gesellschaft statt des Harvard-Professors für Philosophie der Staat rückte und dieser sich anschickte, jede Form sozialer Ungerechtigkeit einzuebnen und alle Vorteile, die nicht auch den schwächsten Angehörigen der Gesellschaft zugute kämen, kassierte oder umverteilte. Denn nun liefe er Gefahr, die Freiheit, die er allen Angehörigen der Gesellschaft, und zwar allen im gleichen Maße, schuldete, zu unterdrücken. Die Freiheit nämlich ist die permanente Quelle sozialer Ungleichheit. Die Gewährleistung der Freiheit jedoch ist auch für *Rawls* ein Gebot der Gerechtigkeit, sogar das vorrangige.

Der Sozialneid aber, die politische Energiequelle der „sozialen Gerechtigkeit“, wird niemals zur Ruhe kommen. *Nietzsche* bemerkt in einer Betrachtung darüber, „ob der Besitz mit der Gerechtigkeit ausgeglichen werden kann“, zu den Versuchen im Altertum, allen Bürgern „gleiche Ackerlose“ zuzuteilen: daß die Umverteilung nur Bitterkeit erzeugt habe bei denen, die sich von altverehrtem Besitz hätten trennen müssen, aber auch unter den neuen Besitzern: „wie viel Eifersucht und Scheelsehen, da es zwei wirklich gleiche Ackerlose nie gegeben hat, und wenn es solche gäbe, der menschliche Neid auf den Nachbar nicht an deren Gleichheit glauben würde“.⁷¹ Neben dem individualistischen Weg zur Gleichheit über „gleiche Ackerlose“ für jedermann gibt es freilich auch den sozialistischen Weg: daß Güter allein der Gemeinschaft anheimfallen und alle Individuen von ihrem Besitz ausgeschlossen werden. Von einem einschlägigen, erst kürzlich eingestellten Großversuch beginnt die Menschheit sich gerade zu erholen.

2. Ärgernis der Individualität

Unterstellt, daß das Unwahrscheinliche sich ereignete und soziale Gerechtigkeit sich innerhalb einer staatlich organisierten Gesellschaft herstellte, so blieben die realen Unterschiede der Staaten, die ihrerseits durch Natur und Geschichte, Kultur, Wirtschaft, Bevölkerungsmentalität bedingt sind. Es

liegt in der Konsequenz des Gleichheitsstrebens, daß es nicht an den Staatsgrenzen haltmacht, sondern auf eine egalisierte Weltgesellschaft ausgeht, in der alle materiellen Ressourcen gleich zu verteilen wären. Eine weitere, noch verwegener Unterstellung, daß auch dieses Ziel tatsächlich erreicht würde: in Kürze stellte sich die reale Ungleichheit wieder her, weil die Fähigkeiten der Völker, die Güter zu nutzen, unterschiedlich entwickelt sind. Für die Staaten als kollektive Individuen gilt nichts anderes als für die menschlichen Individuen. Sie müssen, was sie ererbt von ihren Vätern, erwerben, um es zu besitzen. Das gilt auch für etwaige Gewinne aus transnationaler Umverteilung. Die Talente, die gegebenen Chancen zu nutzen, sind unterschiedlich entwickelt. Solange die ideellen Ressourcen ungleich bemessen sind, hilft die Gleichheit in den materiellen Ressourcen wenig. Die Erfahrung zeigt, daß der Mangel an natürlichen Ressourcen ein Volk zu kompensatorischen Leistungen zwingen kann und daß die Stiefkinder der Natur am Ende besser dastehen als die durch Lage und Reichtum verwöhnten Schoßkinder. Holland wie Japan liefern Exempel: von Natur aus weithin unwirtliche Gebiete, ohne sonderliche Bodenschätze, mit enorm dichter Bevölkerung; das eine Land zu erheblichen Teilen niedriger als der Meeresspiegel, der See abgetrotzt, unter die Notwendigkeit gestellt, sich stetig gegen sie zu behaupten; das andere nur zu einem Siebtel landwirtschaftlich nutzbar, von Erdbeben bedroht, Lebensraum für 125 Mio. Menschen, die nur überleben können durch zivilisatorische Höchstleistungen. Ist es gerecht oder ungerecht, daß das Sozialprodukt Hollands und Japans im Weltvergleich Spitzenpositionen besetzt?

Wenn schon im Namen der „sozialen Gerechtigkeit“ ein *corriger la fortune* betrieben wird - warum nur hinsichtlich der wirtschaftlichen Güter, warum nicht auch hinsichtlich der ideellen, die tiefer als jene das Selbstwertgefühl prägen und über den Lebenserfolg entscheiden? Die Natur verteilt ungleich Schönheit, Häßlichkeit, Mediokrität unter den Erdenkindern und legt so „sozial ungerecht“ den Grund zu Glück und Unglück. Aus manchem häßlichen jungen Entlein entwickeln sich Schwäne, doch aus den meisten nur häßliche Enten. Die Ungerechtigkeit der Natur zeigt sich besonders in der Verschiedenheit der Gesichter: Augenfarbe und Schnitt der Lider, Nasenprofil und Kinnstellung - das alles erzeugt Anziehungs- wie Abstoßungseffekte, Vor- oder Nachteile im sozialen Wettbewerb, Indifferenz der Unansehnlichkeit. Diesem moralisch anstößigen Zustand mochte eine 1960 in London erschienene Studie „Facial Justice“ (Autor *L. P. Hartley*) abhelfen. Sie will die Macht der Schönheit brechen, die bislang den Emanzipatoren und Revolutionären entgangen ist, Ungleichheit kraft eines unverdienten Gutes, das sozial ungerecht ist, weil es den Nutzen der physiognomisch schwächsten Konkurrenten nicht zu mehren geeignet ist. Faziale Gerechtigkeit bietet nun endlich das „politische Programm der egalisierenden Gerechtigkeit, das durch die Entwicklung einer risikolosen und unaufwendigen Gesichtschirurgie ermöglicht wurde und somit die blinde natürliche Verteilung ästhetischer Eigenschaften durch Gesichtsplastiken der ausgleichenden Gerechtigkeit überformen kann, so daß nur noch ästhetische Durchschnittlichkeitsvarianten existieren, die körperliche Individualität sich auf eine karrierepolitisch neutrale Mediokritätsvariation beschränkt“.⁷²

Was hier spielerische Utopie ist, die Ausrottung der gerechtigkeitsblinden Kontingenz, kann auf dem Felde der Gentechnik bald ernst werden: daß das menschliche Genom nach Plan gestaltet oder verändert wird. Damit stellt sich die Frage, wer über den Plan entscheidet, die Eltern, die Ärzte, die Krankenversicherung, der Staat. Mit dem Grad der Machbarkeit und Entscheidbarkeit wächst die Anwendbarkeit der „sozialen Gerechtigkeit“. Wer mit einer genetischen Ausstattung unzufrieden ist, braucht nicht mehr mit Gott oder dem Schicksal zu hadern. Nun kann er sich an bestimmte Schuldner halten und sie dafür haftbar machen, daß er ist, wie er ist, und nicht wie er gemäß den Ansprüchen, die er an sich selbst stellt, sein möchte. In diesem Konflikt fände der Prozeß der

„sozialen Gerechtigkeit“ sein Ende. Es stieße auf den letzten Grund, in dem die Ungleichheit ihren Ursprung hat: im Ärgernis der Individualität des Menschen.

3. Soziale Gerechtigkeit - ein Trugbild

Das Leitbild der „sozialen Gerechtigkeit“ stößt auf den fundamentalen Widerspruch von *Friedrich August von Hayek*. Der Widerspruch trifft nicht die staatlichen Vorkehrungen für die soziale Sicherheit. Im Gegenteil: die Vorsorge für Lebensbedarf, den der Markt nicht befriedigen kann, durch Maßnahmen außerhalb des Marktes, gilt ihm als vernünftig.⁷³ Vielmehr richtet sich die Kritik dagegen, daß die Kategorie der Gerechtigkeit aus der Ordnung des staatlichen Rechts auf die des Marktes übertragen wird. Beide Arten von Ordnung werden von *Hayek* streng unterschieden. Die erste ist gemacht, von außen (exogen) angeordnet (griechisch: taxis), die zweite gewachsen, spontan und absichtslos von den Beteiligten hervorgebracht (griechisch: kosmos).⁷⁴ Die spontane Ordnung des Marktes sei ein selbstregulierendes System, innerhalb dessen keine Hierarchie der Ziele herrschen könne und dürfe. Rechtliche Regeln dürften nur die Spielregeln geben, welche die Fairness des Wettbewerbs sicherten, nicht aber Regeln, welche die Ergebnisse des Marktprozesses vorschrieben. Diese Ergebnisse richteten sich nach den abstrakten Signalen des Marktes, der Wechselbeziehung von Angebot und Nachfrage, nicht aber nach Verdienst oder Bedürftigkeit des Einzelnen, auch nicht nach Hoffnungen und aufgewendeter Mühe. Sie seien weder gerecht noch ungerecht. Akzeptabel seien sie deshalb, weil sie unter fairen Bedingungen zustande gekommen seien.⁷⁵ Es sei kaum möglich, daß zwei Personen sich darüber verständigen könnten, wie Markteinkommen „gerecht“ zu verteilen sei. Der äußere Oktroi der Einkommensverteilung führe zu totaler Beherrschung der Wirtschaft, im Ergebnis zur Senkung der Produktivität.

So erweise sich denn die Formel von der „sozialen Gerechtigkeit“ als „Trojanisches Pferd des Totalitarismus“, als „Irrlicht“, als „quasi-religiöser Aberglaube“.⁷⁶ *Hayek* spricht von dem „Wieselwort der sozialen Gerechtigkeit“. Wie ein räuberisches Wiesel ein Ei aussauge, ohne daß man diesem die innerliche Beschädigung ansehen könne, so werde dem Begriff Gerechtigkeit durch ein falsches, schon logisch unpassendes Attribut unmerklich der Sinn entwendet.⁷⁷ Denn es gebe keine denkbaren Regeln des gerechten Verhaltens für den Einzelnen, die in einer Gesellschaft freier Menschen zu einem Zustand führen würden, die jene, die soziale Gerechtigkeit forderten, befriedigen würden.⁷⁸ Umverteilung aber kenne weder Maß noch Grenze. Um im Bilde zu bleiben: die Leerform wird gefüllt mit fremder Substanz aus Sozialutopie, Sozialpolitik, Sozialressentiment. *Hayek* räumt ein, daß das Marktgeschehen, eine Mischung aus Glücks- und Geschicklichkeitsspiel, zu Enttäuschungen führen könne. Immerhin zogen die Einzelnen schon bei der Geburt in Familie und Umwelt ungleiche Lose. Doch viel schlimmer wäre es, so tröstet er, wenn wir alle überzeugt wären, daß jedermann das verdiene, was er hat - oder nicht hat -, und der, dem es schlecht geht, wüßte, daß alle anderen meinen, er verdiene es nicht besser.⁷⁹

Dem habe ich nichts hinzuzufügen als einen grundsätzlichen Hinweis auf den Umgang mit dem Begriff der Gerechtigkeit. Ehe die Frage gestellt werden kann, ob ein Faktum gerecht oder ungerecht ist, muß die Frage beantwortet werden, ob das Faktum überhaupt im Geltungsbereich der Gerechtigkeit liegt. Ceterum censeo: die Idee der Gerechtigkeit bezieht sich allein auf (zumindest virtuell) *rechtliche* Sachverhalte, auf Normen und auf rechtserhebliches Verhalten.

VII. Auskommen mit unvollkommener Gerechtigkeit

Gerechtigkeit ist das Ideal rechtlicher Vollkommenheit. Auf dieser unvollkommenen Erde läßt es sich nicht verwirklichen. Norm und Praxis können sich ihm nur annähern. Selbst die Erkenntnis dessen, was Gerechtigkeit erheischt, bleibt unzulänglich und unsicher. Die Menschen stehen in dem Dilemma, nach Gerechtigkeit streben und sich doch damit abfinden zu müssen, daß ihr Streben letztlich nicht zum Ziel kommt. Den Christen freilich erschüttert diese Einsicht nicht, weil er vollkommene Gerechtigkeit erst im Jenseits erhofft. Das biblische Gleichnis vom Himmelreich als einem Weinberg⁸⁰ lehrt, daß die menschlichen Vorstellungen von Tausch- und Verteilungsgerechtigkeit zunichte werden an der höheren Gerechtigkeit Gottes.

Das gerechteste Gesetz kann, wenn es starr gehandhabt und auf die Spitze getrieben wird, im Einzelfall Unrecht stiften: *summum ius, summa iniuria*. Dieser Gefahr trägt *Aristoteles* dadurch Rechnung, daß er die Legalgerechtigkeit ergänzt durch das Korrektiv der *Billigkeit*, die Gerechtigkeit im Einzelfall (*aequitas*). Dieser bedarf es, wenn das Gesetz mit seinen generalisierenden Regeln, die auf den normalen Sachverhalt zugeschnitten sind, auch Anwendung auf den anormalen Sachverhalt verlangt, und sodann die Rechtsfolge, die dem Regelfall gerecht wird, sich im Einzelfall als ungerecht erweist. „Wo uns der Gesetzgeber im Stich läßt und durch seine vereinfachende Bestimmung eine Unzuträglichkeit verursacht hat, ist es“, so *Aristoteles*, angemessen, „das Versäumnis im Sinne des Gesetzgebers zu berichtigen: so wie er selbst die Bestimmung getroffen hätte, wenn er im Lande gewesen wäre und wie er sie, wenn ihm der Fall bewußt geworden wäre, in sein Gesetz aufgenommen hätte“.⁸¹ Die Billigkeit schleift die Kanten des allgemeinen Gesetzes ab, paßt es besonderen Gegebenheiten an und verhindert, daß die Gesetzesgerechtigkeit ihr Maß verliert. Die geltende Rechtsordnung öffnet sich der Billigkeit, indem sie zwingende Rechtsvorschriften, wie sie das Verwaltungs- und das Steuerrecht enthalten, unter den Vorbehalt eines *Dispenses* stellt für den Fall, daß die Anwendung der Vorschrift im Einzelfall sinnwidrig wäre und zu unzumutbarer Härte führte.⁸² Schon bei der teleologischen Auslegung einer Norm ist zu prüfen, ob die formell gebotene Anwendung der Norm ihrem Zweck entspricht oder aus Vernunft Unsinn zu werden droht.

Die Billigkeit, wie *Aristoteles* sie lehrt, modifiziert die Gerechtigkeit als Tugend. Sie verwehrt dem Rechtsgenossen „in kleinlicher Genauigkeit sein Recht so lange zu verfolgen, bis es Unrecht wird“, und legt ihm nahe, auch wenn das Gesetz auf seiner Seite stände, sich eher mit einem bescheideneren Teil zu begnügen als sein Recht auf die Spitze zu treiben.⁸³ Das *Ethos der Billigkeit* reichert die Gerechtigkeit an um Augenmaß und Nachsicht. Es bewahrt vor Schroffheit. Sein Gegenteil sind Querulantentum und Rechthaberei. Gerechtigkeitsperfektionismus liegt fern wie auch Gerechtigkeitsfanatismus eines Michael Kohlhaas.

Der Verfassungsstaat wird der Rechtsidee nicht untreu, wenn er die Durchsetzung des Rechts nicht in jedem Falle und nicht um jeden Preis betreibt. Der Schutz der privaten wie der öffentlichen Rechtsgüter vor Gefahren, fundamentale Staatsaufgabe, wird nach dem *Opportunitätsprinzip* dem Ermessen der Polizei und der Ordnungsbehörde anheim gegeben. Diese müssen nicht gegen jeden Rechtsverstoß einschreiten; sie können im Einzelfall „Fünfe gerade sein lassen“ und außerrechtlichen Erwägungen der Verwaltungsökonomie, der Verwaltungspsychologie, der Verwaltungstaktik Raum geben. Freilich nur innerhalb eines Spielraums der seine Grenzen hat, damit die Rechtsordnung nicht unerträglichen Schaden nimmt und das Rechtsbewußtsein der Bürger nicht irritiert wird.⁸⁴

Wo das Recht sich zu seiner schneidigsten Form erhebt, in der Strafe, ruft es ein außerrechtliches Gegenprinzip auf den Plan: die Gnade. Ihrem Wesen nach fügt sich die Gnade nicht den Regeln des Rechts. Im Gegenteil: sie hebt diese auf. An ihr bricht sich juristische Konsequenz. Ihr Ort ist jenseits von Recht und Unrecht, außerhalb der Einflußsphäre der Gerechtigkeitsidee. Indem der Rechtsstaat der Gnade Raum gibt, bekennt er sich zu seiner eigenen Unvollkommenheit. Die Gnade bildet ein Symbol rechtsstaatlicher Demut. Diese Bedeutung verliert sich jedoch heute, wenn die Gnade verrechtlicht und in Anspruchstatbestände übergeleitet wird. Nun wird nicht mehr die Grenze des Rechts signalisiert, sondern das Recht entgrenzt und aufgeweicht.⁸⁵ Die Idee der Gerechtigkeit ist zeitlos, doch ihre Verwirklichung unterliegt dem Gesetz der Zeitlichkeit. Dem trägt das Rechtsinstitut der *Verjährung* Rechnung. Sie ergibt sich nicht nur aus der begrenzten Kapazität zur Durchsetzung des Rechts, sondern auch aus seiner Zeitgebundenheit und aus der humanen Notwendigkeit, daß das Recht der Toten nicht das Recht der Lebenden überwältige.

Der Gesinnungsethiker kämpft dafür, die Gebote der Gerechtigkeit (wie er sie versteht) durchzusetzen, ohne sich um die Folgen zu kümmern: fiat iustitia, pereat mundus. Etwas von dieser Grundhaltung steckt in *Kants* Diktum, daß, wenn die Gerechtigkeit untergehe, es keinen Wert mehr habe, daß Menschen auf Erden leben.⁸⁶ Doch die Idee der Gerechtigkeit will dem Leben die richtigen rechtlichen Rahmenbedingungen geben. Sie setzt das Leben voraus und verliert ihrerseits ihren Sinn, wenn es kein menschliches Leben mehr gibt. Sie bildet für die Menschen gleichsam ein Gestirn, das ihrem rechtlichen Tun Richtung gibt und dessen Licht sie als rechtliche Wesen bedürfen. Aber auf diesem Gestirn können sie nicht wohnen. Die moralische Drohung „Gerechtigkeit oder Leben“ ist von Grund auf verfehlt. Zwischen Idee und Wirklichkeit besteht eine notwendige Spannung, die sich nicht einseitig auflösen läßt, mit der sich ein jeder abfinden muß, wie jener Rigorist in einem Drama *Grillparzers*, der nach tiefer Enttäuschung am Ende heiter resigniert:

„Das Unkraut, merk ich, rottet man nicht aus,
Glück auf, wächst nur der Weizen etwa darüber“.⁸⁷

Dem Christen gilt Gerechtigkeit nicht als der höchste und letzte Wert. Zeuge sei wiederum *Dante* in seinem Weltgedicht der *Divina Commedia*. Als der Jenseitswanderer bis zur äußersten der Himmelsphären aufgestiegen ist und jenseits von Zeit und Raum der Schau Gottes teilhaftig wird, erkennt er in Gott nicht die absolute Gerechtigkeit, sondern die *Liebe* „die bewegt die Sonn' und alle Sterne“. Eines dieser Gestirne aber ist die Gerechtigkeit. Die Menschen blicken zu ihr auf, um moralische Orientierung zu finden. Je nach ihrer Position im Gang der Geschichte, zeigt es sich ihnen unter wechselnden Aspekten. Es leuchtet ihnen hier deutlicher, dort trüber. Doch das Licht der Gerechtigkeit wird niemals erlöschen, solange Menschen auf dieser Erde leben.

Erstveröffentlichung in: Heinrich Schmiedinger (Hg.), Gerechtigkeit heute – Anspruch und Wirklichkeit, Innsbruck – Wien 2000, S. 253-292.

¹ Aurelius Augustinus Confessiones, XI, 14, 17.

² Aristoteles, Nikomachische Ethik, V/3 (1129b).

³ Aristoteles sieht die Vollkommenheit der Gerechtigkeit darin, daß ihr Inhaber sie gegen andere ausüben könne; für ihn bedeute sie wegen ihres Bezugs auf andere gleichsam ein fremdes Gut (N 2, V/3 [1129b]). Eigentliches Recht sei da, „wo die Beziehungen von Mensch zu Mensch durch das Gesetz geordnet sind, und das Gesetz ist da, wo Ungerechtigkeit möglich ist“ (N 2, V/10 [1134a]). - Ansätze, die Anwendbarkeitsbedingungen der Gerechtigkeit zu

-
- bestimmen, bei Otfried Höffe, Kontext der Gerechtigkeitsfrage, in: Jan Assmann u.a.(Hg.), *Gerechtigkeit*, 1998, S. 227 ff.
- ⁴ Von der ethischen „Richtigkeit“ des Rechtsinhalts, die sich aus der Idee der Gerechtigkeit ableitet, ist die (in hiesigem Kontext nicht bedeutsame) methodische „Richtigkeit“ der Rechtsauslegung zu unterscheiden. Dazu Karl Engisch, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, 1971, S. 186 ff.; Josef Isensee, *Vom Ethos des Interpreten*, in: *Festschrift für Günther Winkler*, 1997, S. 367 (369 ff.) mit weit. Nachw.
- ⁵ Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, V. I
- ⁶ Thomas, *Summa theologiae*, II/II, qu. XVII ff.
- ⁷ *Perspektive des modernen Zivilrechts*: Claus-Wilhelm Canaris, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, 1977; zur unterschiedlichen Zuordnung der Strafe: Hasso Hofmann, *Bilder des Friedens oder Die vergessene Gerechtigkeit*, 1997, S. 25.
- ⁸ Dazu Aristoteles (N 2), V/5-7.
- ⁹ Zur Geschichte der Lehre vom *iustum pretium*: Max Kaser, *Römisches Privatrecht*, 16. Aufl. 1992, S. 194; Winfried Trusen, *Äquivalenzprinzip und gerechter Preis im Mittelalter*, in: *Festgabe für Günther Küchenhoff*, 1967, S. 247 ff.; Andreas Wacke, *Circumscribere, Gerechter Preis und die Arten der List*, in: *Savigny-Zeitschrift für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung*, 94 (1977), S. 184 ff.
- ¹⁰ Hans Kelsen gibt eine scharfsinnige Analyse der „inhaltsleeren Formeln der Gerechtigkeit“: *Was ist Gerechtigkeit?*, 1953, S. 23 ff., 32 f., 34 ff.
- ¹¹ John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge/Massachusetts, 1. Aufl. 1971 (Revised Edition Oxford 1999). Deutsche Übersetzung von Hermann Vetter, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main 1975. Dazu Otfried Höffe (Hg.), *Über John Rawls' Theorie der Gerechtigkeit*, 1977; ders., *Politische Gerechtigkeit*, 1987, S. 46 ff., 322 ff., passim; ders., *Kategorische Rechtsprinzipien*, 1990, S. 306 ff.; Wolfgang Kersting, *John Rawls zur Einführung*, 1993; Hasso Hofmann, *Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie*, 2000, S. 60ff., 206 ff.
- ¹² Kelsen (N 10), S. 40.
- ¹³ Kelsen (N 10), S. 43.
- ¹⁴ So die positive Version in Mt 7, 12.
- ¹⁵ Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*. Erster Teil. *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797, S. 197.
- ¹⁶ Marcus Tullius Cicero, *De Finibus bonorum et malorum*, V 21, 59; 23, 66; ders., *Tusculanae Disputationes*, 24, 57; 13, 30; 15, 35; III 1, 2.
- ¹⁷ Ein erziehungswissenschaftliches Stufenmodell der moralischen Entwicklung des Kindes in seinem Gerechtigkeitsdenken, in seinen universalen und kulturspezifischen Bedingungen entwirft Lawrence Kohlberg, *Moral Development*, in: *International Encyclopedia of the Social Sciences*, 1968, S. 483 ff. (dt. Ausgabe: *Moralische Entwicklung*, in: Wolfgang Althof (Hg.), *Lawrence Kohlberg, die Psychologie der Moralentwicklung*, 1995, S. 7 ff.).
- ¹⁸ Der autoritäre Grundzug hat nichts zu tun mit dem Totalitarismus des 20. Jahrhunderts, den Karl R. Popper aus Platons „*Politeia*“ herauszulesen meint (*Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, Bd. 1, 6. Aufl. 1980, S. 126 ff., 228 ff.). *Wider die totalitäre Denunziation*: Hartmut Erbse, *Platons „Politeia“ und die modernen Antiplatoniker* (1976), in: ders., *Ausgewählte Schriften zur klassischen Philologie*, 1979, S. 373 2 ff.; Andreas Schubert, *Platon: „Der Staat“*, Ein einführender Kommentar, 1995, S. 47 ff.; Otfried Höffe, *Vier Kapitel einer Wirkungsgeschichte der „Politeia“*, in: ders. (Hg.), *Platon, „Politeia“*, 1997, S. 335 (354 f.).
- ¹⁹ Wilhelm Windelband, *Platon 1900*, S. 185 f.
- ²⁰ „*Est autem ius a iustitia sicut a matre sua, ergo prius fuit iustitia quam ius.*“ - so eine mittelalterliche Glosse zu 1.1. pr. D.
- ²¹ *Platon, Politeia IX*, 580b ff.; *Nomoi II*, 660e ff.; V, 733d ff.
- ²² „*Dilexi iustitiam et odivi iniquitatem, propterea morior in exilio.*“ Diese Worte, obwohl zeitgenössisch belegt, sind nicht gesichert. Auch wenn der Text authentisch sein sollte, kann er nicht als Anklage gegen Gott gedeutet werden, wie es neuere Historiker, im Banne neuzeitlichen Theodizeedenkens zuweilen versuchen. Umfassend Paul Egon Hübinger, *Die letzten Worte Papst Gregors VII.*, 1973.
- ²³ *Platon, Nomoi II*, 663d ff. Vgl. auch *Politeia III*, 389b.
- ²⁴ Freilich bringt bereits Platon in der Form des Mythos den Bericht von Lohn und Strafe im Jenseits (*Politeia*, X, 614a ff.). Es mag dahinstehen, ob dieser im christlichen Sinne gedeutet werden darf oder nicht, vollends, ob und wie weit er Wahrheit repräsentieren oder als Lüge zum Nutzen des Staates dienen soll (zum religiösen Grundzug der platonischen Philosophie, den das Christentum auf seinen Transzendenzglauben bezogen hat: *Windelband [N 19]*, S. 125 ff., 170 ff.). Jedenfalls erkennt der Philosoph, daß seine Theorie der Korrelation von Gerechtigkeit im Diesseits schwer plausibel zu machen ist. Kant, der für die christliche Offenbarungsreligion keinen Sinn hat, möchte den irdischen Hiatus zwischen Verdienst und Glück des Menschen überbrücken und findet keinen anderen Weg, als deshalb die persönliche Unsterblichkeit des Menschen und das Dasein Gottes zu Postulaten der praktischen Vernunft zu erheben (*Kritik der praktischen Vernunft*, 1788, in: Immanuel Kant, *Werke*, hg. von Wilhelm Weischedel, Bd. IV, 1966, S. 103 [252 ff., 254 ff.]). Der Gott der Philosophen, den die „*Kritik der reinen Vernunft*“ verbannt hatte, kehrt im „*moralischen Gottesbeweis*“ wieder zurück und tritt in den Dienst der Moral, um Gerechtigkeit und Glück zu versöhnen.

-
- ²⁵ Dante Alighieri, *Divina Commedia*, Inferno, III, 4-6. Übersetzung von Karl Voßler (Dante, Die göttliche Komödie, 1977, S. 17).
- ²⁶ Dante (N 25), *Paradiso*, XDC, 79-90. Übersetzung Voßler, S. 426.
- ²⁷ S.o. N 3.
- ²⁸ Näher Josef Isensee, Die alte Frage nach der Rechtfertigung des Staates, in: Petra Kolmer / Harald Korten (Hg.), *Recht – Staat – Gesellschaft*, 1999, S. 21 ff.
- ²⁹ „Et erit opus iustitiae pax“, Is 32,17. Vgl. auch Is 54,13-14.
- ³⁰ Das Verhältnis von Ursache und Wirkung wird jedoch im Jakobusbrief umgekehrt. S. u. N 36.
- ³¹ Ps 85,11. Vgl. auch Ps 71,1-4. Die Verbindung von Justitia und Pax gehört zu den großen allegorischen Themen der Malerei von der Gotik bis zum Barock. Beispiele und Nachweise: Hasso Hofmann (N 7), S. 7 ff.
- ³² Thomas Hobbes, *Leviathan*, lateinische Fassung, Amsterdam 1670, c. 26.
- ³³ Thomas Hobbes, *Leviathan*, englische Fassung, London 1651, c. 46 (dt. Ausgabe hg. von Iring Fetscher, 1966, S. 510).
- ³⁴ Dazu Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Der Staat als sittlicher Staat*, 1978, S. 12 ff.; Josef Isensee, *Staat und Verfassung*, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (= HStR)*, Bd. I, 2. Aufl. 1995, § 13 Rn. 46 ff., 62 ff. (Nachw.).
- ³⁵ Dazu Josef Isensee, Die Friedenspflicht der Bürger und das Gewaltmonopol des Staates, in: *Festschrift für Kurt Eichenberger*, 1982, S. 23 ff.
- ³⁶ Jak 3,18: „Fructus autem iustitiae, in pace seminatur, facientibus pacem.“
- ³⁷ Dazu Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl. 1929, S. 55 ff.
- ³⁸ Auf diese institutionelle Seite der Gerechtigkeit reduziert sich heute zumeist auch die Debatte über Wirtschafts-, Bio-, Medizinethik. Vgl. Wolfgang Kersting, *Ethischer Kapitalismus?* (1994), in: ders., *Recht, Gerechtigkeit und demokratische Tugend*, 1997, S. 141 (146 f., Anm.6).
- ³⁹ Immanuel Kant, *Zum ewigen Frieden* (1795), in: ders., *Werke* (hg. von Wilhelm Weischedel), Bd. VI, 1964, S. 191 (224).
- ⁴⁰ Dazu Helmut Schelsky, *Der Mensch in der technischen Zivilisation*, 1961, S. 20 ff. Eine Reduktion auf die Idee der Gerechtigkeit wäre dagegen plausibel, wenn man mit Kant den Staat auf das Rechtsprinzip reduzierte, also auf die Aufgabe, die allgemeinen rechtlichen Rahmenbedingungen der Freiheit zu gewährleisten, und ihm darüber hinausgehende soziale und kulturelle Aktivität zur Beförderung der „Glückseligkeit“ der Bürger untersagte. Vgl. Immanuel Kant, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (1793) in: ders., *Werke*, hg. von Wilhelm Weischedel, Bd. VI, 1964, S. 125 (145 f.).
- ⁴¹ Näher Josef Isensee, *Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat*, in: *HStR* Bd. III, 2. Aufl. 1996, § 57 Rn. 23, 32 ff., 88 ff.
- ⁴² Grundlegend dazu Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie* (3. Aufl. 1932), zitiert 5. Aufl. 1956, S. 168 ff., 196 ff., passim. Spätere Modifikation: ders., *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946), ebd., S. 347 (353). Dazu Alexander Hollerbach, *Gerechtigkeit*, in: *Staatslexikon* (hg. von der Görres Gesellschaft) 2. Bd., 7. Aufl. 1986, Sp. 895 (901 f.).
- ⁴³ So aber Radbruch (N 42), S. 168 ff.
- ⁴⁴ BGHSt 39, 1 (8 ff.); 41, 101 (105). Quelle der Formel: Radbruch, *Gesetzliches Unrecht* (N 42), S. 353.
- ⁴⁵ Dazu mit unterschiedlichen Ergebnissen, jeweils mit Nachw.: Günther Jakobs, *Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht?*, in: Josef Isensee (Hg.), *Vergangenheitsbewältigung durch Recht*, 1992, S. 37 ff.; Josef Isensee, *Rechtsstaat – Vorgabe und Aufgabe der Einung Deutschlands*, in: *HStR* Bd. IX, 1. Aufl. 1997, § 202 Rn. 156 ff.; Hans-Jürgen Papier, *Vergangenheitsbewältigung, Abwicklung, Ahndung, Entschädigung*, ebd., § 213 Rn. 56 ff.; Hans Joachim Hirsch, *Rechtsstaatliches Strafrecht und staatlich gesteuertes Unrecht*, 1996; Hofmann (N 7), S. 109 ff.
- ⁴⁶ Paradigmatisch Walter Ulbricht, *Die Staatslehre des Marxismus-Leninismus und ihre Anwendung in Deutschland („Babelsberger Rede“ von 1958)*, in: ders., *Die Entwicklung des deutschen volksdemokratischen Staates*, 3. Aufl. 1961, S. 601 ff.
- ⁴⁷ Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 2. Aufl. 1975, S. 21.
- ⁴⁸ Luhmann (N 47), S. 36 f.
- ⁴⁹ Luhmann (N 47), S. 33 ff., 55 ff. Kritik: Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970, S. 25 f., 202 ff.
- ⁵⁰ Immanuel Kant, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (1798), in: ders. (N 40), Bd. VI, 1964, S. 124 (161).
- ⁵¹ Thomas Hobbes, *De cive*, 1647, c. 7, § 14.
- ⁵² Zur Steuergerechtigkeit mit weit. Nachw.: Paul Kirchhof, *Steuergleichheit*, in: *StuW* 1984, S. 297 ff.; ders., *Der verfassungsrechtliche Auftrag zur Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit*, in: *StuW* 1985, S. 319 ff.; ders., *Staatliche Einnahmen*, in: *HStR* Bd. IV, 2. Aufl. 1999, § 88 Rn. 45 ff.; Klaus Tipke, *Die Steuerrechtsordnung*, 1. Bd., 1993, S. 135 ff.
- ⁵³ Zu Problematik, Voraussetzungen und Folgen des Widerstandsrechts nach Art. 20 Abs. 4 GG: Josef Isensee, *Das legalisierte Widerstandsrecht*, 1969.
- ⁵⁴ Art. 1 Abs. 1 und 2 GG.

⁵⁵ BVerfGE 3, 225 Ls. 2 (232 f.). Vgl. auch 4, 294 (296); 1, 14 (32 f.); 4, 294 (296); 23, 98 (106 f.); 84, 90 (121).

⁵⁶ Art. 64 Abs. 2 i.V.m. Art. 56 S. 1 GG; § 38 Abs. 1 DRiG.

⁵⁷ § 52 Abs. 1 S. 2 BBG, § 35 Abs. 1 S. 2 BRRG.

⁵⁸ Dazu Josef Isensee, Das Dilemma der Freiheit im Grundrechtsstaat, in: Festschrift für Martin Heckel, 1999, S. 739 ff.

⁵⁹ Aurelius Augustinus, De civitate dei, IV/6. Augustinus spricht von „regna“.

⁶⁰ Augustinus entfernt aus Ciceros Definition der res publica ausdrücklich das Merkmal der Gerechtigkeit und schafft einen ethisch indifferenten Staatsbegriff (De civitate dei, XIX/21, 24).

⁶¹ Augustinus, De civitate dei, IV/4.

⁶² Friedrich Nietzsche, der dem Sozialismus, dem „phantastischen jüngeren Bruder des fast abgelebten Despotismus“, vorhält, daß er auf die staatlich organisierte Vernichtung des Individuums ausgehe, das ihm „wie ein unberechtigter Luxus der Natur“ erscheine, konstatiert, daß dieser den halbgebildeten Massen das Wort „Gerechtigkeit“ wie einen Nagel in den Kopf treibe, um ihnen für das böse Spiel, daß sie spielen sollten, das gute Gewissen zu schaffen (Menschliches, Allzumenschliches, I 473 (1886), in: KSA 2, 1999, S. 307 f.

⁶³ Er taucht auf bei Luigi Taparelli (1840) und Antonio Rosmini (1844). Dazu Walter Kerber, Gerechtigkeit, in: Staatslexikon (N 42), Gerechtigkeit, Sp. 895 (904).

⁶⁴ Dazu Josef Isensee, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 17 ff.

⁶⁵ Johann Wolfgang von Goethe, Faust, Zweiter Teil, 1. Akt.

⁶⁶ In diesem Zusammenhang geht es um den zweiten Grundsatz der Gerechtigkeit bei Rawls (N 11) S. 81, 291 ff.

⁶⁷ Zitat: Kersting (N 11), S. 62.

⁶⁸ Rawls (N 11), S. 83.

⁶⁹ Rawls (N 11), S. 122.

⁷⁰ Nach Wolfgang Kersting gibt es eine „gerechtigkeitsethische Präferenz für den Kapitalismus“ (Methodologische Probleme einer Theorie der sozialen Gerechtigkeit, 1997, in: ders., Recht, Gerechtigkeit und demokratische Tugend, 1997, S. 213 [241]).

⁷¹ Nietzsche (N 62), II 285, in: KSA 2, 1999, S. 679 f.

⁷² So die Darstellung durch Kersting (N 70), S. 232.

⁷³ Friedrich August von Hayek, Recht, Gesetzgebung und Freiheit, Bd. 2: Die Illusion der sozialen Gerechtigkeit, dt. Ausgabe 1981, S. 122.

⁷⁴ Friedrich August von Hayek, Recht, Gesetzgebung und Freiheit, Bd. 1: Regeln und Ordnung, dt. Ausgabe 1980, S. 57 ff.

⁷⁵ Hayek (N 73), S. 60 ff., 102 ff.

⁷⁶ Hayek (N 73), S. 184, 98, 99.

⁷⁷ Friedrich August von Hayek, The fatal conceit: the errors of socialism, zugl.: The collected works of Friedrich August Hayek, hg. von William Warren Bartley III, Bd. 1, London 1988, S. 114 ff.

⁷⁸ Friedrich August von Hayek, Die Illusion der sozialen Gerechtigkeit, in: Odo Marquard u. a. (Hg.), Schicksal? Grenzen der Machbarkeit, 1977, S. 91 (96).

⁷⁹ Hayek (N 78), S. 102 ff.

⁸⁰ Mt 20, 1-16

⁸¹ Aristoteles (N 5) V/14 (1137b).

⁸² Dazu mit Nachw. Reinhard Mußnug, Der Dispens von gesetzlichen Vorschriften, 1964 (Nach.); Josef Isensee, Das Billigkeitskorrektiv des Steuergesetzes, in: Festschrift für Werner Flume, Bd. II, 1978, S. 128 ff., Ingolf Pernice, Billigkeit und Härteklausele im öffentlichen Recht, 1991.

⁸³ Aristoteles (N 5), V, 14 (1137b, 1138a).

⁸⁴ Dazu Volkmar Götze, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 12. Aufl. 1995, S. 129 ff.; Isensee (N 64), S. 53ff.

⁸⁵ Zum Wesen der Gnade: Radbruch (N 42), S. 276 ff.

⁸⁶ S. o. N 15. Vgl. auch Kants Kommentar zur „Fiat iustitia“-Sentenz: (N 39), S. 241 f.

⁸⁷ Franz Grillparzer, Weh dem, der lügt, V. Akt.

ადამიანის უფლებათა დაცვის საერთაშორისო ხელშეკრულებები და ეროვნული საკონსტიტუციო სამართალი

ქრისტიან შტარკი

I. საერთაშორისო სამართალი და ინდივიდი II. ინდივიდის პოზიციის გაძლიერება რეგიონალურ საერთაშორისო სამართალში III. ადამიანის ძირითად უფლებათა და თავისუფლებათა დაცვის ევროპული კონვენცია IV. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო 1. ეროვნული სასამართლო ორგანიზაცია. 2. ადამიანის უფლებათა კონვენციის განმარტება. 3. ერთმანეთის პირისპირ მდგომი ადამიანის უფლებების შეფასება 4. ხელშეკრულების წევრ სახელმწიფოებში სამართლის განვითარება როგორც საერთაშორისო სამართლებრივი სტანდარტი?

I. საერთაშორისო სამართალი და ინდივიდი

XX საუკუნემდე საერთაშორისო სამართალი წარმოადგენდა სახელმწიფოთაშორის სამართალს, რაც თავს იჩენს ასევე ცნება „საერთაშორისო საჯარო (→ inter nationes) სამართალში“. საერთაშორისო სამართლის სუბიექტებად განიხილებოდა სახელმწიფოები და წმინდა საყდარი, რომლებიც დღესაც საერთაშორისო სამართლის ერთადერთი აბსოლუტური და ნამდვილი სუბიექტები არიან. საერთაშორისო ორგანიზაციები, რომლებიც საერთაშორისო ხელშეკრულებებზე მუშაობენ და რომლებსაც ქმედითი ორგანოები გააჩნიათ, საერთაშორისო სამართლებრივი თვალსაზრისით, შეზღუდული სუბიექტები არიან. ცალკეული ადამიანი თავისი სამშობლო სახელმწიფოს მხრიდან საერთაშორისო დონეზე ხდება წარმოდგენილი, მასზე არ ვრცელდება საერთაშორისო-სამართლებრივი სუბიექტობა. დიპლომატიური დაცვის სამართალში დღესაც ასეა.

მეორე მსოფლიო ომის შემდეგ, 1948 წლის 10 დეკემბერს გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის გენერალურმა ასამბლეამ რეზოლუციის სახით ადამიანის უფლებების საყოველთაო დეკლარაცია მიიღო და არა საერთაშორისო-სამართლებრივი ხელშეკრულება, რომელზეც ყველა წევრი-სახელმწიფო უნდა შეთანხმდეს, ამიტომ ამ დეკლარაციას საერთაშორისო-სამართლებრივი თვალსაზრისით, სავალდებულო ძალა არ გააჩნია. დეკლარაცია პრეამბულაში მოხსენიებულია როგორც იდეალი,¹ „რათა ყოველი ადამიანი და საზოგადოების ყოველი ორგანო, ითვალისწინებს რა ამ დეკლარაციას, მისწრაფვოდეს სწავლა-განათლების მეშვეობით ხელი შეუწყოს ამ უფლებათა და თავისუფლებათა პატივისცემას და მათი საყოველთაო და ეფექტიანი აღიარება-განხორციელების უზრუნველყოფას ნაციონალური თუ საერთაშორისო პროგრესული ღონისძიებებით როგორც ორგანიზაციის წევრ სახელმწიფოთა, ასევე ამ სახელმწიფოების იურისდიქციისადმი დაქვემდებარებულ ტერიტორიათა ხალხებში“.

¹ ამ ციტატით მთავრდება პრეამბულა.

მიუხედავად მცდელობისა, რომ ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციისთვის სავალდებულო ძალა მიენიჭებინათ, იგი მაინც რჩება თავდაპირველი მორალური მნიშვნელობის დეკლარაციად. ამასობაში კი, ეროვნულ კონსტიტუციებსა და საერთაშორისო სახელმწიფოებო სამართალში ადამიანის უფლებების დაცვა სამართლებრივად უზრუნველყოფილი. ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციის მნიშვნელობა მდგომარეობს მის პირველად ნაპერწკალში, რომელმაც საერთაშორისო სამართალში ადამიანის ახალი ადგილის ინიცირება მოახდინა.

უნივერსალურ საერთაშორისო სამართალზე საუბრისას უნდა ვახსენოთ 1966 წლის 19 დეკემბრის ადამიანის უფლებათა პაქტი, განსაკუთრებით კი 1976 წელს ძალაში შესული სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებათა საერთაშორისო პაქტი (შემდგომში „პაქტი“).² გარდა ამისა, არსებობს სხვა საერთაშორისო სამართლებრივი ხელშეკრულებები, რომლებიც ადამიანთა უფლებების დაცვის სპეციფიკურ პრობლემებს ეძღვნება.³ პაქტის მე-3 ნაწილში სამოქალაქო და პოლიტიკური უფლებები ინდივიდუალურ უფლებებადაა მოცემული, ასე მაგალითად: „თითოეულ ადამიანს გააჩნია სიცოცხლის განუყოფელი უფლება“, „არავინ უნდა იმყოფებოდეს მონობაში“. მე-2 ნაწილში მოცემულია ხელშეკრულების მონაწილე სახელმწიფოების ვალდებულებები პაქტით აღიარებული უფლებების დაცვის მხრივ, ხოლო მე-4 ნაწილში ჩამოყალიბებულია სანქციათა მოხერხებული სისტემა, რომლის ცენტრში დგას ადამიანის უფლებათა კომისია და ხელშეკრულების მონაწილე სახელმწიფოთა ანგარიშვალდებულება. ანგარიშები უნდა დაამტკიცოს გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის ადამიანის უფლებათა კომისიამ.

გასაჩივრების პროცესუალური უფლებამოსილება სახელმწიფოს მხრიდან ადამიანის უფლებათა კომისიაში, მოცემულია 41-ე მუხლში, რომლის მიხედვით, ხელშეკრულების მონაწილე სახელმწიფო უფლებამოსილია, საჩივარი შეიტანოს მეორე წევრი სახელმწიფოს წინააღმდეგ, თუ ეს უკანასკნელი არ ასრულებს პაქტით გათვალისწინებულ ვალდებულებებს. ამ წესით, სახელმწიფოს შეუძლია იმოქმედოს მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ თავად აქვს ვალდებულება აღებული, დაეცემდებაროს საკომისიო

² ამასთან, არსებობს ასევე ეკონომიკურ, სოციალურ და კულტურულ უფლებათა საერთაშორისო პაქტი (შემდგომში „სოციალურ უფლებათა პაქტი“) უშუალო სამართლებრივი ვალდებულებების გარეშე, რომლებიც დამოკიდებულია არსებულ რესურსებზე.

³ 1948 წლის 9 დეკემბრის კონვენცია გენოციდის დანაშაულის თავიდან აცილებისა და დასჯის შესახებ; 1966 წლის 7 მარტის საერთაშორისო კონვენცია რასობრივი დისკრიმინაციის ყველა ფორმის ლიკვიდაციის შესახებ; 1966 წლის 19 დეკემბრის საერთაშორისო პაქტი ეკონომიკურ, სოციალურ და კულტურულ უფლებათა შესახებ; 1979 წლის 18 დეკემბრის საერთაშორისო კონვენცია ქალთა მიმართ დისკრიმინაციის ყველა ფორმის აღმოფხვრის შესახებ; 1984 წლის 10 დეკემბრის საერთაშორისო კონვენცია წამებისა და სხვა სახის სასტიკი, არაადამიანური ან ღირსების შემლახველი მოპყრობის და დასჯის წინააღმდეგ; 1989 წლის 20 ნოემბრის საერთაშორისო კონვენცია ბავშვის უფლებების შესახებ; 2006 წლის 13 დეკემბრის საერთაშორისო კონვენცია შეზღუდული შესაძლებლობების მქონე პირთა უფლებების შესახებ.

პროცედურებს. იგივე ვრცელდება იმ სახელმწიფოზე, რომლის მიმართ არსებობს ბრალდება, რომ მან პაქტით გათვალისწინებული ვალდებულებები დარღვია.

ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო სამართლებრივი პაქტები შეიცავს სახელმწიფოთა ზუსტად განვრჩილ ვალდებულებებს. კერძო პირს არ შეუძლია შეიტანოს საჩივარი საკუთარი უფლებების დასაცავად. მხოლოდ სახელმწიფოს აქვს უფლება, გააპროტესტოს კერძო პირის მიმართ სახელმწიფოსგან ჩადენილი ადამიანის უფლებების დარღვევა, რამდენადაც დამრღვევ სახელმწიფოს ამაზე ზოგადი თანხმობა აქვს მიცემული. მიუხედავად იმისა, რომ სახელმწიფო ინდივიდს ანაცვლებს, ჩვენ მაინც უნდა დავინახოთ 1948 წლის ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციასა და სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებათა შესახებ პაქტში საერთაშორისო სამართლის ანთროპოცენტრული გამოყენება,⁴ რომელიც საერთაშორისო რეგიონალურ სამართალში კიდევ უფრო ძლიერდება.

თუ სახელმწიფო ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო ხელშეკრულებასაა მიერთებული, იგი, ასევე ემორჩილება იმ დაცვის მექანიზმებს (კომისიას ან სასამართლოს), რომლებიც უზრუნველყოფს ადამიანის უფლებების დასაცავად ხელშეკრულების გამოყენებას. ამან შესაძლოა, გამოიწვიოს კონფლიქტი შიდასახელმწიფოებრივ მართლმსაჯულებასა და საერთაშორისო დაცვის ინსტიტუტებს შორის. საერთაშორისო სამართალი შიდასახელმწიფოებრივად ისევე სავალდებულოა შესასრულებლად, როგორც ეროვნული სამართალი. საერთაშორისო სამართლის განმარტება დაცვის საერთაშორისო ინსტიტუტების მიერ შესაძლოა, საერთაშორისო სამართლებრივად იყოს შეთანხმებული. ეს კი ეროვნულ სასამართლოს აიძულებს, აღნიშნული განმარტება საერთაშორისო სამართლებრივ ხელშეკრულებაზე დაყრდნობით და, საბოლოოდ კი, ეროვნულ კონსტიტუციაზე მითითებით აღარ გამოიყენოს. ამგვარმა კონფლიქტმა შესაძლოა, გამოიწვიოს სახელმწიფოს მიერ ხელშეკრულების დარღვევა.

ადამიანის უფლებათა პაქტები არსებობს არა მხოლოდ გლობალურ, არამედ ასევე რეგიონალურ დონეზე, განსაკუთრებით კი ევროპასა და ამერიკაში, სადაც მოქმედებს ადამიანის უფლებათა რეგიონალური საერთაშორისო სამართლებრივი ხელშეკრულებები და არსებობს სასამართლო დაწესებულებები, რომლებიც უზრუნველყოფენ ამ წესების დაცვას.⁵ ეროვნული და საერთაშორისო სასამართლოების თანაქმედებიდან წარმოშობილი პრობლემა სიღრმისეულადაა განხილული მომდევნო თავებში.

⁴ *Markus Kotzur*, Die anthropozentrische Wende – menschenrechtlicher Individualschutz im Völkerrecht, in: Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, 2012, S. 811, 822 ff.; *Christian Tomuschat*, Gewährleistung der Menschenrechte durch die Vereinten Nationen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band X, 2012, S. 111 ff.

⁵ 1950 წლის 4 ნოემბრის ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის ევროპული კონვენცია ; 1969 წლის 22 ნოემბრის ადამიანის უფლებათა ამერიკული კონვენცია.

II. ინდივიდის პოზიციის გაძლიერება რეგიონალურ საერთაშორისო სამართალში

ევროპულ რეგიონალურ საერთაშორისო სამართალში ადამიანის სამართლებრივი მდგომარეობა უფრო ძლიერადაა წარმოდგენილი, ვიდრე უნივერსალურ საერთაშორისო სამართალში. ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის ევროპული კონვენცია, რომელიც მიღებულია 1950 წლის 4 ნოემბერს და 1953 წელს თავდაპირველად 10 წევრი-სახელმწიფოსთვის შევიდა ძალაში, დღეს 49 სახელმწიფოს აერთიანებს და მისი მონაწილეა ყოფილი კომუნისტური წყობის სახელმწიფოები, მათ შორის, მაგალითად, საქართველო.⁶

ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის პრეამბულაში ცალსახად კეთდება მითითება გაერთიანებული ერების გენერალური ასამბლეის მიერ მიღებულ ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციასა და იმ ძირითად თავისუფლებებზე, რომლებიც მსოფლიოში სამართლიანობისა და მშვიდობის საფუძველია. დღევანდელი რედაქციით, ევროპული კონვენცია პირველ თავში აყალიბებს უფლებებისა და თავისუფლებების გარანტიებს (მე-2 და მე-18 მუხლები)⁷ და მეორე თავში კი - ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს ინსტიტუციურ და ძირითად პროცესუალურ წესებს (19-54-ე მუხლები). ჩვენს თემასთან კავშირშია უმნიშვნელოვანესი დებულებები, რომლებიც მოცემულია 34-45-ე მუხლებში და რომლებიც ადგენენ ინდივიდუალური საჩივრის წესებს და უზრუნველყოფენ ადამიანთა შესაძლებლობას შიდასახელმწიფოებრივი სამართლებრივი პროცედურების ამოწურვის შემდეგ, უშუალოდ მიმართონ ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს. ეს წესი მოქმედებს 1998 წლიდან. ინდივიდუალური საჩივრის უფლება რეალური გარანტიაა კონვენციით გათვალისწინებული ადამიანის უფლებებისა და თავისუფლებებისთვის, გარანტია, რომელიც გავლენას ახდენს შიდასახელმწიფოებრივ სამართლებრივ სისტემაზე. ეს წარმოადგენს დიდ განსხვავებას ადამიანის უფლებათა დაცვის უნივერსალური საერთაშორისო სამართლებრივი ხელშეკრულებებისგან.

ამ კონტექსტში უნდა მოვიხსენიოთ ამერიკის 1969 წლის ადამიანის უფლებათა კონვენცია, რომელიც ძალაში შევიდა 1978 წელს; აღნიშნული კონვენცია პირველ ნაწილში შეიცავს სახელმწიფოთა მოვალეობებს და დაცულ უფლებებს, ხოლო მეორე ნაწილში აწესრიგებს დაცვის საშუალებებს და აფუძნებს ადამიანის უფლებათა ინტერამერიკულ სასამართლოს, რომელიც მდებარეობს კოსტა რიკაში, ქ. სან ხოსეში. განსხვავებით ევროპული კონვენციისგან, კერძო პირებსა და ორგანიზაციებს უფლება აქვთ, საჩივრით მიმართონ სასამართლოს კომისიის საშუალებით, რომელიც სასამართლოსთან არსებობს (44-ე მუხლი). მხოლოდ სახელმწიფოებისა და კომისიის უფლებამოსილებაა უშუალოდ მიმართონ სასამართლოს (61-ე მუხლი), რომლის გადანაცვებილებები

⁶ Zur Entstehungsgeschichte vgl. *Jochen Abr. Frowein*, in: Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 3. Aufl. 2009, S. 1 ff.

⁷ სხვა უფლებები დაცულია კონვენციის 1-ელ, მე-4, მე-6, მე-7 და მე-12 დამატებით ოქმებში.

სავალდებულოა სახელმწიფოებისთვის. კომისიისა და სასამართლოს შერწყმის საკითხზე, როგორც ეს ევროპული კონვენციის შემთხვევაში 1998 წელს მოხდა, მსჯელობა მიმდინარეობს ამერიკულ სისტემაში.

III. ადამიანის ძირითად უფლებათა და თავისუფლებათა დაცვის ევროპული კონვენცია

საერთაშორისო სამართალი და ეროვნული სამართალი ერთმანეთის მიმართ არ არიან ნორმათა მკაცრი იერარქიით განსაზღვრული. ნორმათა იერარქია ან პრიორიტეტულობა მუდმივად გამომდინარეობს უფლებამოსილებების თანმიმდევრული განაწილებიდან. უფლებამოსილებათა გამოიჭვნა ქვეყნის შიგნით კონსტიტუციით არის დადგენილი.

საერთაშორისო სამართალი სახელმწიფოთა მნიშვნელოვანი ინსტრუმენტია ურთიერთთანამშრომლობისათვის. როგორც წესი, ამ მიზნით იდება ხელშეკრულებები. სახელშეკრულებო სამართლის შესახებ ვენის კონვენციის პრეამბულაში⁸ მითითება კეთდება გაერთიანებული ერების პრინციპებზე (გაეროს წესდების პრეამბულა, 1-ლი და მე-2 მუხლები), რომელშიც შედის სახელმწიფოთა სუვერენული თანასწორობისა და დამოუკიდებლობის, სახელმწიფოთა შიდა საქმეებში ჩაურევლობის, ძალის გამოყენებაზე უარის თქმისა და ადამიანის ძირითად უფლებათა და თავისუფლებათა პატივისცემისა და დაცვის პრინციპები. უფრო ზუსტად, საერთაშორისო სამართალი სახელმწიფოთა თანამეგობრობის სამართალია, რომელიც ეხება ხელშეკრულებებსა და სამართლის რანგში აყვანილ ჩვეულებებს; აქ შედის ცივილიზებული ხალხების მიერ აღიარებული საყოველთაო სამართლის ზოგადი პრინციპებიც.⁹ ამრიგად, სახელმწიფოებს (=inter nationes) შორის მოქმედი სამართალი ეხება სახელმწიფოთა შორის მიღწეულ შეთანხმებებს ხელშეკრულებების, ასევე მოქმედებებისა (ჩვეულებების) და სამართლისადმი საერთო რწმენის გზით. საერთაშორისო სამართალში სამართლის დამცველი ინსტანციებია ზოგადად გაერთიანებული ერების ხსენებული კომისიები და ორგანოები, რომლებიც, ბუნებრივია, იშვიათად ახერხებენ სამართლის აღსრულებას. აღსრულების მეტი ძალა აქვს ევროპის რეგიონალურ საერთაშორისო სამართლებრივ ინსტიტუტებს ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს ჩათვლით.

ეროვნული საკონსტიტუციო სამართალი შიდასახელმწიფოებრივი სამართლის წყაროა (კონსტიტუციის პრიმატი); ეს მნიშვნელოვანია სახელმწიფო ხელისუფლების განსახორციელებლად როგორც ქვეყნის შიგნით, ასევე მის ფარგლებს გარეთ. გერმანიის საკონსტიტუციო სამართლის მიხედვით, საერთაშორისო სამართლებრივი ხელშეკრულებები, რომლებიც ფედერაციის პოლიტიკურ ურთიერთობებს არეგულირებს ან ფედერაციული კანონმდებლობით მონესრიგებულ საკითხებს ეხება, საჭიროებს, ყოველ

⁸ Vom 23.5.1969, in Kraft getreten am 27.1.1980 (BGBl. 1985 II, S. 926).

⁹ Art. 38 Abs. 1 Statut des Internationalen Gerichtshofs.

კონკრეტულ შემთხვევაში, ფედერაციული კანონმდებლობით დადგენილი კომპეტენტური ორგანოების თანხმობას ან თანამონაწილეობას, რომელიც ფედერაციული კანონის სახით მიიღწევა (ძირითადი კანონის 59-ე მუხლის მე-2 პუნქტი). საერთაშორისო სამართლის დამდგენი ხელშეკრულება წარმოადგენს სახელმწიფოთა სუვერენიტეტისა და თანასწორობის გამოხატულებას. შიდასახელმწიფოებრივი თვალსაზრისით, გერმანიის საკონსტიტუციო სამართალი ადგენს, რომ დემოკრატიულად ლეგიტიმური პარლამენტი კომპეტენტური ორგანოა, მიიღოს სუვერენული აქტი, რომელიც შემდეგ ფედერალური პრეზიდენტის მიერ აღესრულება (ძირითადი კანონის 59-ე მუხლის 1-ლი პუნქტის მე-2 წინადადება). შესაბამისად, იგივე წესი მოქმედებს სხვა სახელმწიფოებში.

საერთაშორისო-სამართლებრივი ხელშეკრულება უნდა მოექცეს კონსტიტუციის ჩარჩოებში.¹⁰ საერთაშორისო-სამართლებრივ ხელშეკრულებებს, როგორც წესი, აქვთ კანონის რანგი. ეს ნიშნავს, რომ გამოიყენება წესი *lex posterior derogat legi priori* (უკანასკნელი კანონი აუქმებს წინა კანონს), ამრიგად, ახალი კანონი ძველი კანონის მოქმედებას იმავე საგანზე ანაცვლებს. ამ წესის მხედველობაში მიღებით, ახალი საერთაშორისო-სამართლებრივი ხელშეკრულებები ანაცვლებენ ძველ შიდასახელმწიფოებრივ კანონებს, რომლებიც მათთან წინააღმდეგობაშია. ახალი კანონის გამოცემისას კანონმდებელმა უნდა მიაქციოს ყურადღება, რომ ისინი გამომდინარეობენ ადრე დადებული საერთაშორისო-სამართლებრივი ხელშეკრულებებიდან ან მთავრობასთან ურთიერთქმედების გზით ეცადოს, რომ ხელშეკრულება ახალ კანონმდებლობას მოერგოს, რათა შიდასახელმწიფოებრივი სამართალი და საერთაშორისო-სამართლებრივი ვალდებულებები შესაბამისობაში დარჩეს.

გერმანიის ძირითადი კანონის 25-ე მუხლი ადგენს საერთაშორისო სამართლის ფედერაციული სამართლის ნაწილად განხილვის ზოგად წესს.¹¹ საერთაშორისო სამართლის ჩვეულებრივ ფედერალურ სამართალზე იერარქიული ზემდგომობის მხოლოდ ნაწილია ჩვეულებითი სამართალი, როგორც ამას ცალსახად ადგენს კონსტიტუცია, ასევე საერთაშორისო სამართლის როგორც კოდიფიცირებული, ასევე სამართლის ზოგადი პრინციპები, რამდენადაც „საერთაშორისო სამართლის ზოგადი ნორმების“ სამი წყარო მათგან მომდინარეობს; ესაა გერმანიის საკონსტიტუციო-სამართლებრივი ცნება, რომელსაც განმარტავს ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო (ძირითადი კანონის მე-100 მუხლის მე-2 პუნქტი).

ადამიანის უფლებები, როგორც კატალოგი, ჯერ კიდევ, არაა უნივერსალური საერთაშორისო სამართლის ზოგადი წესები. ადამიანის ელემენტარული უფლებები

¹⁰ Für Deutschland siehe: *Bernd Kempfen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. II, 6. Aufl. 2010, Art. 59 Rn. 98 ff.; für Spanien Art. 95 Sp.Vf.

¹¹ 25-ე მუხლი ასე უღერს: „საერთაშორისო სამართლის ზოგადი ნორმები წარმოადგენს ფედერალური სამართლის ნაწილს. ისინი კანონზე უპირატესი არიან და ასახევენ ფედერაციის ტერიტორიაზე მცხოვრებ პირთა უფლებებსა და მოვალეობებს“.

მოქმედებს როგორც ადამიანის უფლებათა ჩვეულებითი სამართლით დადგენილი მინიმალური სტანდარტი¹² და ძირითადი კანონის 25-ე მუხლის თანახმად, შეიძლება განხილულ იქნას, როგორც საერთაშორისო სამართლის ზოგადი ნორმები. სადავოდ რჩება საკითხი, შეიცავს თუ არა რეგიონალური საერთაშორისო სამართალი ზოგად წესებს.¹³ რეგიონალური საერთაშორისო სამართალი დიდ როლს თამაშობს ევროპაში, უპირველეს ყოვლისა, ხელშეკრულებით უზრუნველყოფილი ადამიანის უფლებების დაცვის თვალსაზრისით.

ძირითადი კანონის 25-ე მუხლი საერთაშორისო სამართლის მიმართ კეთილგანწყობილია, რის მიხედვითაც, გერმანიის ეროვნულ სამართალსა და საერთაშორისო სამართალს შორის რაც შეიძლება სრული ჰარმონიაა, ამდენად, არ არსებობს რაიმე მიზეზი იმისათვის, რომ ასევე რეგიონალური საერთაშორისო სამართლის ზოგადი წესი ძირითადი კანონის 25-ე მუხლით აღიარებულად არ განვიხილოთ, განსაკუთრებით კი ის, რომ „საერთაშორისო სამართლის ზოგადი ნორმები“ არა საერთაშორისო-სამართლებრივი, არამედ გერმანიის საკონსტიტუციო სამართლის ცნებაა. ავტორთა სულ უფრო მზარდი რიცხვი მიიჩნევს ასე.¹⁴ ამ თანამედროვე ხედვას თუ მივყევით, ამგვარ მოთხოვნას აყენებს არა მარტო კონსტიტუციის საერთაშორისო სამართლისადმი კეთილგანწყობა, არამედ ადამიანის უფლებათა ის განსაკუთრებული ადგილი, რომელიც მოცემულია ძირითადი კანონის 1-ლი მუხლის მე-2 პუნქტში. ვიდრე ძირითად უფლებათა კატალოგი შედგება, გერმანელი ხალხი აღიარებს ადამიანის განუყოფელსა და განუსხვისებელ უფლებებს, როგორც მსოფლიოში ადამიანთა ყოველი საზოგადოების, მშვიდობისა და სამართლიანობის საფუძველს.

ძირითადი კანონის 25-ე მუხლი ადგენს საკონსტიტუციო სამართლის ნორმების სავალდებულო გამოყენების მოთხოვნას, რომელთა გარეშე ადამიანის უფლებათა დაცვის საერთაშორისო ხელშეკრულებები, მსგავსად სხვა საერთაშორისო-სამართლებრივი ხელშეკრულებებისა, იქნებოდა კანონისმიერ სამართალთან (კანონთან) გათანაბრებული.

ადამიანის უფლებათა დაცვა, გარანტირებული რეგიონალურ ევროპულ საერთაშორისო სამართალში ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციით, იერარქიის პრობლემას წარმოშობს. ეს კონვენცია საერთაშორისო სახელშეკრულებო სამართლის თანახმად, კანონზე მაღლა დგას, მაგრამ უფრო დაბლა დგას, ვიდრე ძირითადი კანონით

¹² Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Band 46, Seite 342, 346 (BVerfGE 46, 342, 346).

¹³ Dagegen sind: *Matthias Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 25 Rn. 32; *Ondolf Rojahn*, in: v. Münch/Künig, Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl. Bd. II, Art. 25 Rn. 9 besonders für in Europa geltende Menschenrechte.

¹⁴ Siehe vor allem jeweils mit weiteren Nachweisen *Christian König*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2010, Bd. II, Art. 25 Rn. 28; *Rudolf Streinz*, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 25 Rn. 26; *Ingolf Pernice*, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl. 2006, Art. 25 Rn. 20; *Hans-Joachim Cremer*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI, 3. Aufl. 2013, § 235 Rn. 17; *Thomas Giegerich*, in: Grote/Marauhn, EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2006, S. 86 ff.

აღიარებული ძირითადი უფლებები, რაც ნათლად გამომდინარეობს ძირითადი კანონის 25-ე მუხლიდან, რომელიც საერთაშორისო სამართლის ზოგად ნორმებს მხოლოდ ჩვეულებრივ ფედერალურ სამართალზე მალა აყენებს. გერმანიას აღებული აქვს ვალდებულება, აღიაროს ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს იურისდიქცია. კერძო პირებს უფლება აქვთ, მიმართონ ევროპულ სასამართლოს, რათა გერმანული სამართლებრივი აქტები, რომლებიც უკვე შემოწმებულია გერმანიის ძირითადი უფლებების საზომით - ასევე გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ - ახლა უკვე ევროპული სასამართლოს მიერ ევროპული კონვენციის თვალთახედვით იქნას შემოწმებული. საქართველოს წინაშე მდგარ ამ პრობლემას ამომწურავად განიხილავს თინათინ ერქვანია.¹⁵

ამ საკითხზე ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ ისე, რომ სამართლის უპირატესობის პრობლემა ზედმინვენით არ განუხილავს, ძველ გადაწყვეტილებებზე¹⁶ მითითებით დაადგინა შემდეგი:¹⁷ „კონვენციით დადგენილ გარანტიებს გავლენა აქვთ... ძირითადი უფლებებისა და ძირითად კანონში მოცემული სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპების განმარტებაზე. კონვენციის ტექსტი და ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს იურისდიქცია მოქმედებს საკონსტიტუციო სამართლის დონეზე, როგორც ძირითადი კანონით დადგენილი ძირითადი უფლებებისა და სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპებისა და მოქმედების სფეროს შინაარსის დამდგენი დამხმარე ინტერპრეტაცია, იმ პირობით, რომ ამით არ იზღუდება ან არ კნინდება ძირითადი კანონით გათვალისწინებული ძირითადი უფლებები, რაც ასევე გამორიცხულია კონვენციის 53-ე მუხლით“. ზოგადი თვალსაზრისითა და არსებული სამართალწარმოების პრაქტიკით, შესაძლოა ძირითადი კანონით დადგენილი ძირითადი უფლებები ინტერპრეტაციის სირთულეების გარეშე ისე იყოს მოცემული, რომ ჰარმონიაში მოდიოდეს ადამიანის უფლებათა ევროპულ კონვენციასთან.¹⁸

ესპანეთისა და პორტუგალიის კონსტიტუციები, რომლებიც მიღებულია შესაბამისად 1978 და 1976 წლებში, ცალსახად ადგენენ, რომ ეროვნულ კონსტიტუციებში მოცემული გარანტიები შეიძლება განმარტებული იყოს მხოლოდ კონვენციის შინაარსიდან გამომდინარე. ესპანეთის კონსტიტუციის მე-10 მუხლის მე-2 პუნქტი ამბობს: ნორმები, რომლებიც ეხება კონსტიტუციით აღიარებულ ძირითად უფლებებსა და თავისუფლებებს, განმარტებული უნდა იყოს ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციასთან და

¹⁵ *Tinatin Erkvania*, *Verfassung und Verfassungsgericht in Georgien*, Baden-Baden 2017, S.147 f.

¹⁶ BVerfGE 74, 358, 370; 83, 119, 128.

¹⁷ BVerfGE 111, 307, 317.

¹⁸ *Jochen Abr. Frowein*, *Übernationale Menschenrechtsgewährleistungen und nationale Staatsgewalt*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VII 1992, § 180 Rn. 7, 24 f.; *Christian Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. I, 6. Aufl. 2010, Art. 1 Rn. 215; *Angelika Nußberger*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, 3. Aufl., Bd. X, 2012, § 209, Rn. 11; siehe vor allem *Dieter Dörr/Rainer Grote/Thilo Marauhn* (Hrsg.), *EMRK/GG Konkordanzkommentar*, 2. Aufl. 2013, 2416 Seiten. Zur Leit- und Orientierungsfunktion des EGMR für Georgien vgl. *Erkvania* (Anm. 15), S. 364 ff, 371 ff.

ესპანეთის მიერ რატიფიცირებულ ამ სფეროს მარეგულირებელ სხვა საერთაშორისო ხელშეკრულებებსა და შეთანხმებებთან შესაბამისობაში. იმავეს ამბობს პორტუგალიის კონსტიტუციის მე-16 მუხლი. ავსტრია კი უფრო შორს წავიდა. კონსტიტუციისმდებლის გადანყვეტილებით, ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის ძირითადი უფლებების შესახებ დებულებები აყვანილ იქნა ფედერალური საკონსტიტუციო სამართლის რანგში. აქ საქმე გვაქვს საერთაშორისო-სამართლებრივი ხელშეკრულების ეროვნულ საკონსტიტუციო სამართალში ინკორპორირების განსაკუთრებულ ფორმასთან.¹⁹ 1867 წლის 21 დეკემბერს მიღებული სახელმწიფოს ძირითადი კანონის გვერდით, რომელიც აწესრიგებს სახელმწიფოს მოქალაქეთა ზოგად უფლებებს,²⁰ ასევე მოქმედებს ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია, როგორც საკონსტიტუციო სამართალი. თუმცა, ავსტრიაში, ისევე როგორც ესპანეთსა და პორტუგალიაში, თავად კონსტიტუცია განსაზღვრავს ადამიანის უფლებათა საერთაშორისო-სამართლებრივი გარანტიების პრიმატს, რომლებსაც კონკრეტული სახელმწიფოა მიერთებული.

შეაჯამების სახით შეგვიძლია ვთქვათ, რომ ადამიანის უფლებები ევროპულ რეგიონალურ საერთაშორისო სამართალში, საკონსტიტუციო სამართლის მხრივ, სხვადასხვა ფორმით მოქმედებს შიდასახელმწიფოებრივ სამართალზე. ამის შედეგად, ხელშეკრულების მონაწილე უმეტესი სახელმწიფო უზრუნველყოფს ადამიანის უფლებათა იდეის მაღალ დონეზე განხორციელებას და აღიარებს ინდივიდის სტატუსს საერთაშორისო სამართალში.

IV. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო და ეროვნული სასამართლოები

1. ეროვნული სასამართლოს ორგანიზაცია

ადამიანის უფლებათა დაცვის ევროპული კონვენციის ხელმოწერი სახელმწიფოები ვალდებული არიან დაემორჩილონ სასამართლოს იმ საბოლოო გადანყვეტილებებს, რომლებშიც ისინი მხარეს წარმოადგენენ (კონვენციის 46-ე მუხლის 1-ლი პუნქტი). სამართლებრივი საქმე ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ შეიძლება გადანყვიტოს, თუ ყველა შიდასახელმწიფოებრივი სამართლებრივი გასაჩივრების შესაძლებლობა, საერთაშორისო სამართლის საყოველთაოდ აღიარებული პრინციპების შესაბამისად, ამოწურულია (კონვენციის 35-ე მუხლის 1-ლი პუნქტი). ეს ნიშნავს იმას, რომ, როგორც წესი, ეროვნული სასამართლო წარმოების საკასაციო ინსტანციას, როგორც საბოლოო ინსტანციას, გადანყვეტილება უნდა ჰქონდეს მიღებული. ქვეყნებში, როგორც

¹⁹ Art. II Ziff. 7 des Bundesverfassungsgesetzes vom 4. März 1964 (Österr. BGBl. 1964, S. 59). Siehe dazu *Gerhard Baumgarten*, Das Verhältnis der Grundrechtsgewährleistungen auf europäischer und nationaler Ebene, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 54 (1999), S. 117, 120 ff.; *Theo Oehlinger*, Verfassungsrecht, 7. Aufl. 2007, Rn. 681 (S. 295); *Heinz Schäffer*, Die Grundrechte im Spannungsverhältnis von nationaler und europäischer Perspektive, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 62 (2007), S. 1, 4 f.

²⁰ Siehe Art. 149 Abs. 1 Bundes-Verfassungsgesetz.

არის გერმანია, ესპანეთი და საქართველო, სადაც არსებობს საკონსტიტუციო სარჩელის უფლება,²¹ გასაჩივრების შიდა რესურსები უნდა იყოს ამოწურული. როგორც ჩანს, ეს წესი თანმიმდევრულია. საკონსტიტუციო სასამართლო ხსენებულ ქვეყნებში, ცალკეულ ინდივიდუალურ შემთხვევებში, უფლებამოსილია ძირითადი უფლებების განმარტებასა და გამოყენებაზე.²² თუ საკონსტიტუციო სასამართლოს არ გააჩნია უფლებამოსილება, გადაწყვიტოს სასამართლოს გადაწყვეტილებიდან გამომდინარე არსებული საკონსტიტუციო სარჩელი, სამართლებრივი პროცესი ამოიწურება საკასაციო სასამართლოთი.

საკონსტიტუციო სასამართლო არ არსებობს დიდ ბრიტანეთსა და ნიდერლანდებში და, ამდენად, აქ ჩვეულებრივი სასამართლოების მოვალეობაა იზრუნონ ძირითადი უფლებების დაცვაზე. დიდ ბრიტანეთში 2000 წელს შევიდა ძალაში 1998 წელს მიღებული კანონი „ადამიანის უფლებათა შესახებ“, რომელსაც ბრიტანულ სამართალში ადამიანის უფლებათა კონვენციის ნორმები გადმოაქვს. თუ მომავალში გამოცემული ბრიტანული კანონი წინააღმდეგობაში იქნება ადამიანის უფლებების შესახებ კანონთან, მოსამართლე უფლებამოსილია, ახალი აქტი კანონმდებლობად გამოაცხადოს. ეს საშუალებას გვაძლევს, კანონში ცვლილებები დაჩქარებული წარმოებით შევიდეს. მთავრობას შეუძლია, პარლამენტის უბრალო უმრავლესობით გამოსცეს ეს კანონი, რომელიც ადამიანის უფლებათა კონვენციასთან იქნება შესაბამისობაში.²³

2. ადამიანის უფლებათა კონვენციის განმარტება

ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო (კონვენციის 34-ე მუხლი) ამოწმებს, აქვს თუ არა ადგილი კონვენციის დარღვევას. ამ მიზნიდან გამომდინარე, სასამართლომ უნდა განმარტოს კონვენციის ტექსტი.²⁴ ეროვნულ დონეზე არსებული ძირითადი უფლებებისა და ადამიანის უფლებების განმარტება, როგორც წესი, ერთმანეთთან ახლოს დგას, რადგან განმარტება ეხება ერთი და იმავე ტრადიციას. ბუნებრივია, შესაძლოა იყოს გარკვეული შეუსაბამობანი ტექსტში განსხვავებების მხრივ.

კონვენციის განმარტების ამოსავალი წერტილია სახელმეკრულებო სამართლის შესახებ ვენის კონვენციის 31-ე მუხლი, რომლის მიხედვით, ობიექტური მნიშვნელობით ტექსტი ქმნის განმარტების ამოსავალ წერტილს; აქ იგულისხმება ხელმეკრულების კონტექსტი, მათ შორის პრეამბულა და ხელმეკრულების მიზანი, რომელიც უმეტესწილად პრეამბულაშია მოცემული. დამატებითი განმარტების საშუალებას წარმოადგენს ხელმეკრულების გაფორმების (32-ე მუხლი) მოსამზადებელი სამუშაოები და გარემოებები, რომლებიც უფრო მეტად საჭიროა მანამდე აღმოჩენილი და არა ახალი შედეგების დასამოწმებლად. მაშასადამე, საქმე გვაქვს განმარტების კლასიკურ ინსტრუმენტებთან.

²¹ Christian Starck, Die Bedeutung der Schumannschen Formel für Rechtssysteme mit Urteilsverfassungsbeschwerde, in: H. Roth (Hrsg.), Symposium „50 Jahre Schumannsche Formel“, 2014, S. 29 ff.

²² Starck (Anm. 21), S. 29, 33 ff.

²³ Julian Rivers, Menschenrechtsschutz im Vereinigten Königreich, in: Juristenzeitung 2001, S. 127, 130.

²⁴ Siehe dazu ausführlich Hans-Joachim Cremer, in: Grote/Marauhn (Anm. 15), S. 155 ff.

ხოლო ცალკეული ნორმის ტელეოლოგიური განმარტება შესაძლოა იყოს შეზღუდვითი ან განვრცობითი. ადამიანის უფლებათა გარანტიის დინამიური განმარტება საჭიროებს სათანადო არგუმენტს თავად ხელშეკრულებიდან. შეუსაბამო იქნებოდა აქ მითითება ადამიანის უფლებათა ეროვნული დაცვის გაფართოებაზე. კონვენციის 53-ე მუხლის თანახმად, ეს უფლება შესაბამისი სახელმწიფოს არსენალშია, მაგრამ იგი არ იჭრება საერთაშორისო სამართალში. ხელშეკრულებით დადგენილი საერთაშორისო-სამართლებრივი ნორმები, რომელთა გამოყენების საკითხს საერთაშორისო მოსამართლე წყვეტს, წამოჭრის სამოსამართლეო სამართლის განვითარების პრობლემას, როგორც ეს ხდება სხვა სასამართლო გადაწყვეტილებების დროს მათი დინამიურობის ელემენტის გათვალისწინებით; და ამ პრობლემას უფრო ფრთხილი მიდგომა სჭირდება, ვიდრე ეს ეროვნულ სასამართლოებში წარმოებს.

კონვენციით განსაზღვრულ ადამიანის უფლებებსა და ეროვნულ კანონმდებლობაში მოცემულ ძირითად უფლებებს შორის განსხვავება შესაძლოა იმაში მდგომარეობდეს, რომ ადამიანის უფლებათა და ეროვნულ ძირითად უფლებათა შეზღუდვები სხვაგვარადაა ფორმულირებული. ვახსენებ მხოლოდ აზრის გამოხატვის თავისუფლების შეზღუდვას კონვენციის მე-10 მუხლის მე-2 ქვეპუნქტისა და ძირითადი კანონის მე-5 მუხლის მე-2 ქვეპუნქტის მიხედვით. კონკრეტულ შემთხვევაში, რომელიც გახდა ევროპული სასამართლოს განხილვის საგანი, საქმე ეხებოდა ადამიანის ან ძირითადი უფლების გამოყენებას ცალკეულ შემთხვევაში, სადაც მნიშვნელოვნად მოხდა ძირითადი და ადამიანის უფლებების შეზღუდვა. ძირითადი და ადამიანის უფლებების დარღვევის დასაშვები ზომის განმარტებისთვის კარგ სამსახურს გვინევს პროპორციულობის პრინციპი, მაგრამ იგი არ გამოორიცხავს დისკრეციული შეფასების თავისუფალ სივრცეს. როდესაც სამოქალაქო პროცესში ერთმანეთს უპირისპირდებიან კერძო პირები, რომელთა ძირითად უფლებებს ეხება საქმე, საჭირო ხდება ერთმანეთის პირისპირ მდგომი ძირითადი უფლებების დაბალანსება.

3. ერთმანეთის პირისპირ მდგომი ადამიანის უფლებების შეფასება

დავიმონმებთ მაგალითს, რომელიც ამ პრობლემას ნათლად წარმოაჩენს. ამ საქმეში, რომელიც გერმანიის სამოქალაქო საქმეთა სასამართლომ და შემდგომ ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ გადაწყვიტეს, განიხილებოდა ერთმანეთის პირისპირ მდგომი საგაზეთო კომპანიის პრესის თავისუფლების ძირითადი უფლებისა და ადამიანის პირადი უფლებების დაცვის საკითხი; აღნიშნული უფლებები ერთმანეთის პირისპირ უნდა შეფასებულიყო. ამ საქმეზე ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ სხვა გადაწყვეტილება გამოიტანა, ვიდრე ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ. საერთაშორისო-სამართლებრივად პირადმა უფლებამ დაჯაბნა პრესის თავისუფლება. კონსტიტუციურ-სამართლებრივად კი, პრესის თავისუფლებას მიენიჭა უპირატესობა.

რთულია ამ წინააღმდეგობის ასე აბსტრაქტულად აღქმა. ამიტომ მომიწევს უფრო დეტალურად აღვწერო ეს საქმე და სასამართლოს არგუმენტაცია. გერმანიის რამდენიმე საგაზეთო ბულვარულ გამოცემაში გამოჩნდა ჰანოვერის პრინცესა კაროლინას (დაბადებით მონაკოს პრინცესა) პირადი ცხოვრების ამსახველი ფოტოები და ფოტოს ქვემოთ ტექსტი: პრინცესა ჯირითისას, ველოსიპედის ტრეკზე, ბაზარში მცველთან ერთად საყიდლებზე, რესტორანში მსახიობებთან ერთად ტოვებს პარიზთან ახლოს მდებარე სახლს თანმხლებ პირებთან ერთად, ჩოგბურთის თამაშისას და ველოსიპედის პარკთან მეუღლესთან, პრინც ერნსტ აუგუსტ ჰანოვერელთან ერთად პრინცესა საცურაო კოსტიუმში მონტე კარლოს სანაპირო კლუბში რაღაც საგანს ფეხს წამოდებს და ძირს ეცემა.

ორივე სასამართლო²⁵ უშვებს სახელმწიფოს ვალდებულებას, რომ პირად ცხოვრებაზე უფლება კერძო პირებს შორის ურთიერთობებში დაიცვას. ორივე სასამართლო აფასებს პრესისა და გამოხატვის თავისუფლებას, როგორც დემოკრატიული საზოგადოების არსებით საფუძველს. ასევე თანხმობაა იმაზე, რომ ფოტოს გადაღება პრესისა და გამოხატვის თავისუფლებაში შედის.

მაგრამ განსხვავება შემდგომ არგუმენტაციაშია სერიოზული. ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო აღგენს, რომ პრინცესა არის სრული მნიშვნელობით თანამედროვე ისტორიის წარმომადგენელი პირი. ამასთან, პრესას უფლება აქვს, პუბლიცისტური კრიტიკით განსაზღვროს, რა შეესაბამება საჯარო ინტერესს. ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს აზრით, ეს არ გამოირიცხავს პირადი უფლებების დაცვის მოთხოვნის განხორციელებას. ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ არ გაიზიარა ცნების - „სრული მნიშვნელობით თანამედროვე ისტორიის წარმომადგენელი პირი“ პრინცესას მიმართებით გამოყენება, რომელზეც პრესა აპელირებდა და აქედან გამომდინარე, შედეგები. თანამედროვე ისტორიის წარმომადგენელი პირი ნორმატიული ცნებაა, რომელიც სასამართლოებმა სავალდებულო წესით განმარტეს პრესისთვის და ამით პირის ადეკვატური დაცვის გათვალისწინება დაადგინეს. ეს დაცვა იწყება უფრო ადრე, ვიდრე მოხდება შეფასება. თუ პირი არაა თანამედროვე ისტორიის წარმომადგენელი ან არ მოქმედებს ასეთად, მისი სურათები შეიძლება მხოლოდ მისი თანხმობით გასაჯაროვდეს.

ევროპული სასამართლო განასხვავებს პრესის ორგანოებს იმის მიხედვით, გართობას ემსახურებიან ისინი მხოლოდ, თუ პოლიტიკურ აზრსაც აყალიბებენ. და მართლაც, ორივე ასეთი პრესა პრესის თავისუფლების დაცვის ქვეშ იმყოფება. კონკრეტულ შემთხვევაში შეფასებისას, მნიშვნელოვანია ასევე პრესის შინაარსი. ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო პოპულარული პრინცესას შესახებ რეპორტაჟში ხედავს ყურადღების მიპყრობის მნიშვნელოვან პუბლიცისტურ საშუალებას. სასამართლოს აზრით,

²⁵ BVerfGE 101, 361 ff.; EGMR v. 24.6.2004, in: Neue Juristische Wochenschrift 2004, S. 2647 ff.

პერსონიფიკაცია აღვიძებს ინტერესს პრობლემის მიმართ და თემის გაშუქების სურვილის საფუძველს იძლევა. სხვათა შორის, პოპულარული ადამიანები გამოხატავენ გარკვეული მორალური ფასეულობებისა და შეხედულებების სიმბოლოს და იძლევიან კერძო ცხოვრებისეული გეგმების ორიენტაციის შესაძლებლობას.

თუ ფოტოების გამოქვეყნების თაობაზე ორივე არგუმენტს შევადარებთ, შეგვიძლია წინასწარ გნვჭვრიტოთ შეფასების შედეგი. და მართლაც, არც ერთი სასამართლო პრესის თავისუფლების საყოველთაო დაცვის საზიანოდ არ განიხილავს პრესის ხარისხსა და პუბლიკაციის შინაარსს. ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ საქმის განხილვისას ეს თანასწორობა დაცული იყო და საფუძვლად დაედო პიროვნული უფლებებისა და პრესის თავისუფლების შეფასებას, ხოლო ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს შეფასება პრესის პუბლიკაციის შინაარსითაა განმსჭვალული. ამის შემდეგ, იდეის გავრცელება სხვაგვარად არის განხილული, ვიდრე პირზე პირადი ინფორმაციის შემცველი სურათის ტირაჟირება, ან როგორც ერთგან არის ნათქვამი: კერძო პირის პირადი ცხოვრების ამსახველი სურათების გავრცელება.

ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადანწყვეტილებით, დასაცავ პირად სფეროს, რომელიც ასევე გააჩნიათ სრული მნიშვნელობით თანამედროვე ისტორიის წარმომადგენელ პირებს, გარდა შინაური სფეროსი, განეკუთვნება იზოლირებული ადგილები, რომელშიც პირი მიდის, რათა ობიექტური აღქმით სურს, განმარტოვდეს ან როგორც სურს, ისე მოიქცეს. ამის საპირისპიროდ, ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ დაადგინა, რომ იზოლირებული ადგილის კრიტერიუმი პრაქტიკულად ბუნდოვანია და დაინტერესებული მხარისთვის რთულად აღსაქმელი, განსაკუთრებით მაშინ, თუ მან უნდა შეძლოს, იზოლირებული ადგილის პირობა ამტკიცოს, როცა ეს მის კერძო საკუთრებას არ შეადგენს. სასამართლო მიუთითებს შედეგებზე: თუ საქმე არ გვაქვს იზოლირებულ ადგილთან, თანამედროვე ისტორიის წარმომადგენელმა პირმა უნდა აიტანოს, რომ მას ყოველ წუთს შეიძლება გადაუღონ ფოტო და რომ ეს სურათი გავრცელდება. ევროპულმა სასამართლომ მხედველობაში მიიღო ასევე ფოტოს გადაღების ფარული ხასიათი.

აქ ჩვენ მივედით მეოთხე პრობლემასთან: კომერციალიზმასთან. აქაც არგუმენტაცია ურთიერთსაწინააღმდეგოა. ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ გამოარკვია, რომ მონაკოს სამეფო სახლმა პრინცესას დაბადებისას ბავშვის სურათები პრესას მიანოდა ანაზღაურების სანაცვლოდ. თუმცა, ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო ამ ფაქტს მაინც არ იყენებს საკუთარი არგუმენტაციისთვის. ამიტომ, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო არის მართალი, რომ არ განიხილავს ამ მომენტს თავის გადანწყვეტილებაში. ევროპულმა სასამართლომ კომერციალიზაციის არგუმენტი შემოაბრუნა და პრინცესას პიროვნული უფლებების დაცვის შეფასებისას უპირატესობა მიანიჭა პრინცესას გადანწყვეტილებას იმ საჯაროობის ინტერესთან შედარებით, რომელიც

ამბობს, რომ საზოგადოება უნდა იყოს ინფორმირებული პრინციპსა და პირადი ცხოვრების შესახებ და, შესაბამისად, უპირატესობა მიანიჭა პრინციპსა და უფლებას საგაზეთო პრესის ეკონომიკურ ინტერესებთან შედარებით, ფოტოები და სტატია გამოეყვანებინათ გაყიდვების გასაზრდელად.

ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოსგან განსხვავებით, ასეთი იყო ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს შემაჯამებელი დასკვნა:

- სრული გაგებით თანამედროვე ისტორიის წარმომადგენელ პირად ადამიანი არ იქცევა იმით, რომ პრესასა და საზოგადოებას მის მიმართ ინტერესი გააჩნია მისი მმართველი გვარისადმი კუთვნილების გამო.
- ერთი მხრივ, პრესისა და აზრის გამოხატვის თავისუფლების შეფასებისას და მეორე მხრივ, პიროვნული უფლებებისა და პირადი ცხოვრების დაცულობის უფლების შეფასებისას გათვალისწინებული უნდა იყოს პუბლიკაციის შინაარსი და ილუსტრაციასა და კომენტარებს შორის განსხვავება.
- დასაცავი პირადი სფერო არ შეიძლება სივრცობრივად შემოიფარგლოს ბინისა და იზოლირებული ადგილის სფეროთი.

რაც შეეხება ილუსტრაციასა და კომენტარს შორის განსხვავებას და მათ შეფასებას, ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება მოხერხებულ ჟურნალისტებს ყველა შესაძლებლობას სთავაზობს, პიროვნებათა სურათები გამოაქვეყნონ. მოდურად ჩაცმული პრინციპსა ორიენტაციას იძლევა მოდის საკითხებში, ხოლო ცუდად ჩაცმული პრინციპსა გვიჩვენებს, რომ „მდიდრები და ლამაზები“ მოდის დიქტატს არ ემორჩილებიან.²⁶

ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო თავის ბოლო გადაწყვეტილებებში მნიშვნელოვნად იზიარებს ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს კურსს. ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს ახალი გადაწყვეტილებები მოიწონა.²⁷ ეს მაგალითი გვიჩვენებს, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპულ სასამართლოს მნიშვნელოვანი გავლენა აქვს ქვეყნებზე, რომლებსაც მართლმსაჯულების დიდი ისტორია გააჩნიათ და ძირითად უფლებებს მაღალ დონეზე იცავენ. სამოქალაქო სამართლის საქმეებზე ერთმანეთის პირისპირ მდგომი ძირითადი უფლებების ბალანსირებისას კონკრეტულ შემთხვევაში აუცილებლად უნდა შეფასდეს ძირითადი უფლების მდგომარეობა: ამ შემთხვევაში პრესის თავისუფლება და პიროვნული უფლებები. საკონსტიტუციო სამართლის ლიტერატურაში კარგა ხანია მრავლად არსებობს კრიტიკული კომენტარი პიროვნული უფლებების არდაფასე-

²⁶ Vgl. Christian Starck, Anmerkung zu BVerfGE 120, 180, in: Juristenzeitung 2008, S. 634 f.

²⁷ EGMR, Große Kammer, AZ 40660/08 v. 7.2.2012.

ბაზე ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ. ამიტომაც, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილებები აქ ნაცოფიერ ნიადაგზე აღმოჩნდა.²⁸

4. ხელშეკრულების წევრ სახელმწიფოებში სამართლის განვითარება როგორც საერთაშორისო სამართლებრივი სტანდარტი?

შემდეგი მაგალითი აღებულია საოჯახო სამართლიდან. 2003 წელს ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ დაადგინა, რომ სამოქალაქო კანონთა წიგნის 162-ე მუხლის „ა“ ქვეპუნქტი, რომელიც განსაზღვრავდა უკანონო შვილზე ზრუნვას მხოლოდ დედის ნებიდან გამომდინარე, კონსტიტუციის შესაბამისი იყო და განსაკუთრებით კი, ვერ დაინახა აქ ძირითადი კანონის მე-6 მუხლის მე-2 ქვეპუნქტის დარღვევა.²⁹ მე-6 მუხლის მე-2 ქვეპუნქტი ამბობს: „ბავშვზე ზრუნვა და მისი აღზრდა მშობლების ბუნებითი უფლება და, უპირველეს ყოვლისა, მათი მოვალეობაა“. ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ სხვაგვარად გადაწყვიტა ეს გერმანული საქმე.³⁰ თავის გადაწყვეტილებაში სასამართლო ნაკლებად დაეფუძნა ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-8 და მე-14 მუხლებს, რომლებიც არაფერს ამბობენ მშობლების უფლებაზე, არამედ იგი დაეყრდნო სხვა ქვეყნებში არსებულ პრაქტიკას.³¹ მაშინ, როდესაც ეროვნული კანონმდებლისთვის არსებობს დისკრეციული ფარგლები მშობლების ზრუნვის საკითხის დარეგულირებისას, ეს ფარგლები შეიზღუდება საყოველთაო ევროპული სტანდარტის დადგენის შესაძლებლობით. ამ გადაწყვეტილებასთან მიმართებით ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ 2010 წელს სამოქალაქო კანონთა წიგნის 1626-ე „ა“ მუხლის 1-ლი ქვეპუნქტი ძირითადი კანონის მე-6 მუხლის მე-2 ქვეპუნქტის შეუსაბამოდ გამოაცხადა.³² თავისი ახალი დასაბუთებული განმარტებითი მიდგომით, ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს კურსზე გადადის.³³ ამასობაში კანონმდებელმა სამოქალაქო კოდექსის 1626-ე „ა“ მუხლში შესაბამისი ცვლილებები შეიტანა.

ამ საქმის შედეგი დამაჯერებელია. მაგრამ პრინციპულად უნდა ვიკითხოთ, როგორ ადგენს ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო საყოველთაო ევროპულ სტანდარტს? როგორ იქმნება საფუძველი იმისთვის, რომ ამ სტანდარტს ნორმატიული მოქმედება ჰქონდეს? ამ მიზნით მოგვყავს რეალური მაგალითი: ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო გამუდმებით აღნიშნავს თავის გადაწყვეტილებებში, რომ

²⁸ Vgl. z.B. *Walter Schmitt Glaeser*, Meinungsfreiheit und Ehrenschtutz, in: *Juristenzeitung* 1983, S. 95, 98; *Manfred Kiesel*, Die Liquidierung des Ehrenschtutzes durch das Bundesverfassungsgericht, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 1992, S. 1129 ff.; *Martin Kriele*, Ehrenschtutz und Meinungsfreiheit, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1994, S. 1897 ff.; *Fritz Ossenbühl*, Medien zwischen Macht und Recht, in: *Juristenzeitung* 1995, S. 633 640; *Christian Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, Band I, 6. Aufl. 2010, Art. 5 Rdnr. 222 - 224

²⁹ BVerfGE 107, 150, 169 f.

³⁰ EGMR: *Zaunegger gegen Deutschland*, AZ 22028/04, Urteil vom 3.12.2009.

³¹ Siehe die Liste in BVerfGE 127, 132, 139 f.

³² BVerfGE 127, 132, 145 f.

³³ BVerfGE 127, 132, 146 – 162.

ქორწინება ძირითადი კანონის შესაბამისად ქალისა და მამაკაცის კავშირია ძირითადად განუყოფელი ერთობისთვის,³⁴ სტრუქტურული პრინციპი, რომელიც კანონმდებლის ძალაუფლების მიღმაა.³⁵ საქმე სხვარიგად იქნებოდა თუ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო დაადგენდა, რომ სხვა ევროპულ სახელმწიფოებში არსებული განვითარების დონე მსგავსი სქესის პირთა ერთობას ასევე ქორწინებად აღიარებდა? ამასობაში კანონმდებელმა დაადგინა, რომ ქორწინება ვრცელდება მსგავსი სქესის წყვილებზეც.³⁶

საბოლოოდ, შეიძლება აღვნიშნოთ, რომ ხელშეკრულებით აღებული ვალდებულებამ, დაემორჩილონ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილებებს, შესაძლოა იმ ქვეყნებშიც კი, რომლებსაც ძირითადი უფლებების დაცვის მყარი პრეცედენტები გააჩნიათ, გაკვირვება გამოიწვიოს, განსაკუთრებით მაშინ, როცა საქმე ეხება სამოქალაქო-სამართლებრივ საკითხებს, რომლებიც კონკრეტულ ვითარებაში ძირითადი უფლებების ბალანსირებას ითხოვენ. და მაინც, რა დოზით შეიძლება ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო სხვა სახელმწიფოების ნორმათა სტანდარტით ხელმძღვანელობდეს და ეს ყველა წევრი-სახელმწიფოსთვის იყოს მოქმედი, მეტად საეჭვოა. ადამიანის უფლებათა შესახებ პაქტები წარმოადგენს საერთაშორისო-სამართლებრივ ხელშეკრულებებს და მათში შეთანხმებულია მხოლოდ ის, რაც ხელშეკრულებაშია მოცემული. ხელშეკრულების მონაწილე სახელმწიფოებს შეუძლიათ, ხელშეკრულების დამატებებზე შეთანხმდნენ, როგორც ეს კონვენციის მე-13 ოქმშია ნაჩვენები, ხოლო სასამართლოს ამოცანა არაა იმსჯელოს დამატებებზე.

³⁴ BVerfGE 10, 59, 66; 31 58, 82; 49, 286, 300; 53, 224, 245; 105, 313, 345; 121, 175, 198; 131, 239, 259.

³⁵ BVerfGE 63, 323, 330.

³⁶ § 1353 Abs. 1 Satz 1 BGB (BGBl. I 2017, S. 2787).

Internationale Menschenrechtsverträge und nationales Verfassungsrecht

Christian Starck

I. Völkerrecht und Individuum. II. Verstärkung der Position des Individuums im regionalen Völkerrecht. III. Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten. IV. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte. 1. Nationale Gerichtsorganisation. 2. Interpretation der Konvention. 3. Abwägung gegenüberstehender Menschenrechte 4. Entwicklung des Rechts in anderen Vertragsstaaten als internationaler Rechtsstandard?

I. Völkerrecht und Individuum

Völkerrecht war bis ins 20. Jahrhundert zwischenstaatliches Recht, was auch in dem Begriff internationales (→ inter nationes) öffentliches Recht deutlich zum Ausdruck kommt. Als Völkerrechtssubjekte wurden Staaten und der Heilige Stuhl angesehen, die auch heute noch die einzigen unbeschränkten, originären Völkerrechtssubjekte sind. Internationale Organisationen, die auf völkerrechtlichen Verträgen beruhen und handelnde Organe haben, haben beschränkte Völkerrechtssubjektivität. Der einzelne Mensch wurde von seinem Heimatstaat auf internationaler Ebene vertreten, ihm kam keine Völkerrechtssubjektivität zu. Im Recht des diplomatischen Schutz ist das heute noch so.

Nach dem 2. Weltkrieg wurde die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte am 10.12.1948 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen als Resolution erlassen, nicht als völkerrechtlicher Vertrag der Mitgliedstaaten vereinbart, weshalb ihr keine völkerrechtliche Bindungskraft zukommt. Die Erklärung wird in der Präambel als Ideal bezeichnet,¹ „damit jeder Einzelne und alle Organe der Gesellschaft sich diese Erklärung stets gegenwärtig halten und sich bemühen, durch Unterricht und Erziehung die Achtung vor diesen Rechten und Freiheiten zu fördern und durch fortschreitende nationale und internationale Maßnahmen ihre allgemeine und tatsächliche Anerkennung und Einhaltung durch die Bevölkerung der Mitgliedstaaten selbst wie auch durch die Bevölkerung der ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Gebiete zu gewährleisten“.

Obwohl der Versuch gemacht wurde, der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte rechtlich bindende Kraft zuzusprechen, blieb es bei der ursprünglichen bloße moralischen Bedeutung der Erklärung. Inzwischen wird in nationalen Verfassungen und im völkerrechtlichen Vertragsrecht Menschenrechtsschutz rechtlich gewährleistet. Die Bedeutung der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte liegt in ihrer Initialzündung, die eine neue Stellung des Individuums im Völkerrecht ausgelöst hat.

Im universalen Völkerrecht sind die Menschenrechtspakte vom 19.12.1966, vor allem der 1976 in Kraft getretene Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR)² zu nennen.

¹ Mit dem folgenden Zitat endet die Präambel.

² Daneben gibt es den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPWSKR) ohne unmittelbar anwendbare Rechtspflichten, die von den vorhandenen Ressourcen abhängig sind.

Daneben gibt es weitere völkerrechtliche Verträge zu speziellen Menschenrechtsproblemen.³ Die bürgerlichen und politischen Rechte werden in Teil III des Paktes als individuelle Rechte formuliert, wie z. B.: „Jeder Mensch hat ein angeborenes Recht auf Leben“, „niemand darf in Sklaverei gehalten werden“. In Teil II sind die Verpflichtungen der Vertragsstaaten im Hinblick auf die im Pakt anerkannten Rechte festgelegt und in Teil IV ist ein weiches Sanktionssystem etabliert, in dessen Mittelpunkt ein Ausschuss für Menschenrechte und Berichtspflichten der Vertragsstaaten stehen. Die Berichte werden vom Menschenrechtsausschuss der Vereinten Nationen geprüft.

Eine Staatenbeschwerde an den Ausschuss für Menschenrechte ist in Art. 41 vorgesehen, wodurch ein Vertragsstaat geltend machen kann, ein anderer Vertragsstaat komme seinen Verpflichtungen aus diesem Pakt nicht nach. Auf diese Weise kann ein Vertragsstaat nur tätig werden, wenn er sich selbst dem Ausschussverfahren unterworfen hat. Das Gleiche gilt für den Staat, dem vorgeworfen wird, er komme seinen Verpflichtungen aus dem Pakt nicht nach.

Die völkerrechtlichen Menschenrechtspakte enthalten genau genommen staatliche Verpflichtungen. Nicht das Individuum kann seine Rechte einklagen, nur der Staat kann Rechtsverletzungen anderer Staaten gegen Individuen geltend machen, soweit der verletzende Staat sich allgemein dazu bereit erklärt hat. Trotz der Mediatisierung des Individuums durch den Staat ist in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 und im Pakt über bürgerliche und politische Rechte eine anthropozentrische Wende des Völkerrechts zu sehen,⁴ die im regionalen Völkerrecht verstärkt wird.

Wenn ein Staat Vertragspartner eines Internationalen Menschenrechtsvertrages ist, ist er auch den Schutzinstrumenten (Kommission oder Gerichte) unterworfen, die der Vertrag zum Schutze der Menschenrechte vorsieht. Daraus können sich Konflikte zwischen der nationalen Gerichtsbarkeit und den internationalen Schutzinstitutionen ergeben. Völkerrecht bindet innerstaatlich in gleicher Weise wie Gesetzesrecht. Die Auslegung des Völkerrechts durch die internationale Schutzinstitution kann über das völkerrechtlich Vereinbarte hinausgehen. Das wird das nationale Gericht veranlassen, diese Auslegung unter Berufung auf den völkerrechtlichen Vertrag und eventuell auf die nationale Verfassung nicht zu folgen. Solche Konflikte können auch darauf beruhen, dass der Staat den Vertrag verletzt.

Menschenrechtspakte gibt es nicht nur auf universaler Ebene sondern auch auf regionaler Ebene, vor allem in Europa und Amerika, wo regional-völkerrechtliche Menschenrechtsverträge gelten und Gerichte über deren Einhaltung wachen.⁵ Die daraus erwachsenden Probleme des Zusammenwirkens nationaler und internationaler Gerichte werden im Folgenden noch ausführlich behandelt.

³ Konvention über Verhütung und Bestrafung des *Völkermordes* v. 9. 12. 1948; Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der *Rassendiskriminierung* v. 7. 3. 1966; Internationaler Pakt über *wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte* v. 19. 12. 1966; Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von *Diskriminierung der Frau* v. 18., 12. 1979; Übereinkommen gegen *Folter* und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe v. 10. 12. 1984; Übereinkommen über Rechte des *Kindes* v. 20. 11. 1989; Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit *Behinderungen* v. 13. 12. 2006

⁴ *Markus Kotzur*, Die anthropozentrische Wende – menschenrechtlicher Individualschutz im Völkerrecht, in: Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, 2012, S. 811, 822 ff.; *Christian Tomuschat*, Gewährleistung der Menschenrechte durch die Vereinten Nationen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band X, 2012, S. 111 ff.

⁵ Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 4. 11. 1950; American Convention of Human Rights vom 22. 11. 1969

II. Verstärkung der Position der Individuen im regionalen Völkerrecht

Im europäischen regionalen Völkerrecht ist die Rechtsstellung des Individuums stärker ausgebaut als im universalen Völkerrecht. Die *Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. 11.1950 (EMRK)*, die ab 1953 zunächst in 10 Staaten, sämtlich Mitglieder des Europarates galt, gilt jetzt in 49 Staaten, die ehemals kommunistisch regierten Staaten wie z. B. Georgien eingeschlossen.⁶

In der Präambel der EMRK wird ausdrücklich Bezug genommen auf die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte durch die Generalversammlung der Vereinten Nationen und der tiefe Glaube an die Grundfreiheiten bekräftigt, welche die Grundlage von Gerechtigkeit und Frieden in der Welt bilden. In ihrer heutigen Fassung enthält der I. Abschnitt der EMRK die garantierten Rechte und Freiheiten (Art. 2 – 18)⁷ und im II. Abschnitt die Grundregeln für die Einrichtung und das Verfahren des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (Art. 19 – 54), der seinen Sitz in Straßburg hat. Im Zusammenhang meines Themas sind die wichtigsten Bestimmungen die Art. 34 – 45, die die Individualbeschwerde regeln und den Einwohnern der Unterzeichnerstaaten nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges den unmittelbaren Zugang zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gewährleisten. Dies gilt seit 1998. Die Individualbeschwerde ist die eigentliche Garantie der in der Konvention geregelten Menschenrechte und Grundfreiheiten, eine Garantie, die auf die innerstaatliche Rechtsordnung einwirkt. Das ist der große Unterschied zu den universalen völkerrechtlichen Menschenrechtsverträgen.

In diesem Zusammenhang ist auf die *amerikanische Konvention für Menschenrechte von 1969* – in Kraft getreten 1978 – hinzuweisen, die in ihrem ersten Teil Pflichten des Staates und geschützte Rechte enthält und im zweiten Teil die Mittel des Schutzes regelt und einen interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte einsetzt, der in San José/Costa Rica seinen Sitz hat. Im Unterschied zur EMRK können sich Individuen und Verbände mit Beschwerden nur an die Kommission wenden, die vor den Gerichtshof gestellt ist (Art. 44). Nur Staaten und die Kommission haben Zugang zum Gerichtshof (Art. 61), der verbindlich für die Staaten entscheidet. Eine Fusion der Kommission und des Gerichtshofs, wie sie 1998 in der EMRK vorgenommen worden ist, wird auch für das inneramerikanische System diskutiert.

III. Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten

Völkerrecht und nationales Recht stehen nicht im Verhältnis einer strengen Normenhierarchie. Die Hierarchie oder Stufenordnung von Normen ergibt sich regelmäßig aus einer einheitlichen Kompetenzordnung. Diese ist innerstaatlich durch Verfassungsrecht vorgegeben.

Völkerrecht ist ein wichtiges Instrument der Staaten, um miteinander zu kooperieren. Normalerweise werden zu diesem Zweck Verträge geschlossen. In der Präambel des Wiener

⁶ Zur Entstehungsgeschichte vgl. *Jochen Abr. Frowein*, in: Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 3. Aufl. 2009, S. 1 ff.

⁷ Weitere Rechte werden im 1., 4., 6., 7. und 12. Zusatzprotokoll gewährleistet.

Übereinkommens über das Recht der Verträge⁸ wird Bezug genommen auf die Grundsätze der Vereinten Nationen (Präambel, Art. 1 und 2 der UN Charta), darunter die souveräne Gleichheit und Unabhängigkeit der Staaten, die Nichteinmischung in die inneren Angelegenheiten der Staaten, das Gewaltverbot sowie die allgemeine Achtung und Wahrung der Menschenrechte und Grundfreiheiten für Alle. Genauer gesagt ist Völkerrecht das Recht der Staatengemeinschaft, das auf Verträgen und auf zu Recht erstarkter Gewohnheit beruht; hinzu kommen von den Kulturvölkern anerkannte allgemeine Rechtsgrundsätze.⁹ Dieses zwischen den Staaten (= inter nationes) geltende Recht beruht also auf dem Übereinkommen der Staaten durch Vertrag, durch Handeln (Gewohnheit) und durch gemeinsame Rechtsüberzeugungen. Rechtswahrende Instanzen sind im allgemeinen Völkerrecht die erwähnten Kommissionen und Organe der Vereinten Nationen, die freilich das Recht selten durchsetzen können. Bessere Durchsetzungskraft besteht in den regional-völkerrechtlichen Einrichtungen des Europarates mit dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte.

Nationales Verfassungsrecht ist höchste innerstaatliche Rechtsquelle (Vorrang der Verfassung); es ist maßgeblich für die Ausübung der Staatsgewalt nach innen und nach außen. Nach deutschem Verfassungsrecht bedürfen völkerrechtliche Verträge, welche die politischen Beziehungen des Bundes regeln oder sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen, der Zustimmung oder Mitwirkung der jeweils für die Bundesgesetzgebung zuständigen Körperschaften in Form des Bundesgesetzes (Art. 59 Abs. 2 GG). Der Völkerrecht schaffende Vertrag ist Ausdruck der Souveränität und Gleichheit der Staaten. Innerstaatlich ist nach deutschem Verfassungsrecht das direkt demokratisch legitimierte Parlament zuständig, den Souveränitätsakt zu beschließen, der dann vom Bundespräsidenten vollzogen wird (Art. 59 Abs. 1 Satz 2 GG). Entsprechendes gilt in anderen Staaten.

Die völkerrechtlichen Verträge müssen sich im Rahmen der Verfassung halten.¹⁰ Völkerrechtliche Verträge haben normalerweise Gesetzesrang. Das bedeutet, dass die Regel *lex posterior derogat legi priori* Anwendung findet, also dass ein neues Gesetz die Geltung des alten Gesetzes zum selben Gegenstand verdrängt. Unter Berücksichtigung dieser Regel verdrängen neue völkerrechtliche Verträge ihnen widersprechende alte innerstaatliche Gesetze. Bei Erlass neuer Gesetze muss der Gesetzgeber darauf achten, diese im Einklang mit früher geschlossenen völkerrechtlichen Verträgen zu halten oder im Wege der Verhandlung der Regierung mit dem Vertragspartner zu versuchen, den Vertrag der geplanten neuen Gesetzgebung anzupassen, damit innerstaatliches Recht und völkerrechtliche Verpflichtung im Einklang bleiben.

Art. 25 GG erklärt die allgemeinen Regeln des Völkerrechts zum Bestandteil des Bundesrechts, die den Gesetzen vorgehen.¹¹ An dieser hierarchischen Überordnung des Völkerrechts über das einfache Bundesrecht nehmen kraft ausdrücklicher Anordnung des Grundgesetzes nur teil Gewohnheitsrecht, auch kodifiziertes und die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts, soweit die drei Quellen

⁸ Vom 23.5.1969, in Kraft getreten am 27.1.1980 (BGBl. 1985 II, S. 926).

⁹ Art. 38 Abs. 1 Statut des Internationalen Gerichtshofs.

¹⁰ Für Deutschland siehe: *Bernd Kempen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. II, 6. Aufl. 2010, Art. 59 Rn. 98 ff.; für Spanien Art. 95 Sp.Vf.

¹¹ Art. 25 lautet: "Die allgemeinen Regeln des Völkerrechts sind Bestandteil des Bundesrechts. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes."

„allgemeine Regeln des Völkerrechts“ darstellen, was ein deutscher verfassungsrechtlicher Begriff ist, über dessen Auslegung das Bundesverfassungsgericht entscheidet (Art. 100 Abs. 2 GG).

Die Menschenrechte als Katalog sind (noch) keine allgemeinen Regeln des universellen Völkerrechts. Elementare Menschenrechte gelten als menschenrechtlicher Mindeststandard¹² gewohnheitsrechtlich und können gemäß Art. 25 GG als allgemeine Regeln des Völkerrechts betrachtet werden. Ob regionales Völkerrecht allgemeine Regeln enthalten kann, ist streitig.¹³ Regionales Völkerrecht spielt in Europa eine große Rolle, vor allem wegen des vertraglich gesicherten Menschenrechtsschutzes.

Berücksichtigt man die Völkerrechtsfreundlichkeit des Art. 25 GG, wonach möglichst Einklang zwischen Völkerrecht und nationalem deutschem Recht bestehen soll, steht nichts im Wege, auch allgemeine Regeln regionalen Völkerrechts von Art. 25 GG erfasst zu sehen, zumal „allgemeine Regeln des Völkerrechts“ kein völkerrechtlicher sondern ein deutscher verfassungsrechtlicher Begriff ist. Das wird von einer zunehmenden Zahl von Autoren angenommen.¹⁴ Dieser modernen Ansicht zu folgen, gebietet nicht nur die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, sondern auch die besondere Betonung der Menschenrechte, die in Art. 1 Abs. 2 GG zum Ausdruck kommt. Bevor der Grundrechtskatalog beginnt, bekennt sich das deutsche Volk zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.

Art. 25 GG stellt den notwendigen verfassungsrechtlichen Rechtsanwendungsbefehl dar. Ohne diesen wären die Menschenrechtsverträge wie alle anderen völkerrechtlichen Verträge im Range mit dem Gesetzesrecht gleich.

Der im regionalen europäischen Völkerrecht garantierte Schutz der Menschenrechte durch die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) wirft ein Hierarchieproblem auf. Die Konvention als Völkervertragsrecht steht im Rang über den Gesetzen, aber unter den Grundrechten des Grundgesetzes, was sich deutlich aus Art. 25 GG ergibt, der die allgemeinen Regeln des Völkerrechts nur dem einfachen Bundesrecht überordnet. Deutschland hat sich aber verpflichtet, die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) anzuerkennen (§ 46 Abs. 1 EMRK). Individuen können sich an den EGMR wenden, um deutsche Rechtsake, die schon am Maßstab der deutschen Grundrechte – auch vom Bundesverfassungsgericht – geprüft worden sind, vom EGMR am Maßstab der EMRK überprüfen zu lassen. Die für Georgien bestehenden Probleme behandelt ausführlich Tinatin Erkvania.¹⁵

¹² Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Band 46, Seite 342, 346 (BVerfGE 46, 342, 346).

¹³ Dagegen sind: *Matthias Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 25 Rn. 32; *Ondolf Rojahn*, in: v. Münch/Künig, Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl. Bd. II, Art. 25 Rn. 9 besonders für in Europa geltende Menschenrechte.

¹⁴ Siehe vor allem jeweils mit weiteren Nachweisen *Christian König*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2010, Bd. II, Art. 25 Rn. 28; *Rudolf Streinz*, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 25 Rn. 26; *Ingolf Pernice*, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl. 2006, Art. 25 Rn. 20; *Hans-Joachim Cremer*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI, 3. Aufl. 2013, § 235 Rn. 17; *Thomas Giegerich*, in: Grote/Marauhn, EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2006, S. 86 ff.

¹⁵ *Tinatin Erkvania*, Verfassung und Verfassungsgericht in Georgien, Baden-Baden 2017, S.147 f.

Dazu hat das Bundesverfassungsgericht, ohne auf das Rangproblem ausdrücklich einzugehen, unter Bezugnahme auf frühere Entscheidungen¹⁶ ausgeführt:¹⁷ “Die Gewährleistungen der Konvention beeinflussen ... die Auslegung der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes. Der Konventionstext und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes, sofern dies nicht zu einer – von der Konvention selbst nicht gewollten (Art. 53 EMRK) – Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt“. Nach allgemeiner Ansicht und nach den bisherigen Erfahrungen können die Grundrechte des Grundgesetzes ohne interpretatorische Schwierigkeiten so ausgelegt werden, dass sie im Einklang mit der EMRK stehen.¹⁸

Die *spanische* und die *portugiesische* Verfassung, die erst 1978 bzw. 1976 erlassen worden sind, schreiben eine konventionskonforme Auslegung der nationalen Grundrechtsgarantien ausdrücklich vor. Art. 10 Abs. 2 der Spanischen Verfassung lautet: Die Normen, die sich auf die in der Verfassung anerkannten Grundrechte und Grundfreiheiten beziehen, sind in Übereinstimmung mit der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte und den von Spanien ratifizierten internationalen Verträgen und Abkommen über diese Materie auszulegen. Ähnlich lautet Art 16 der Portugiesischen Verfassung. *Österreich* ist weitergegangen. Auf Grund einer Entscheidung des Verfassungsgesetzgebers haben die grundrechtlichen Bestimmungen der EMRK den Rang von Bundesverfassungsrecht. Es handelt sich um eine in Europa einzigartige Form der Inkorporation eines völkerrechtlichen Vertrages in nationales Verfassungsrecht.¹⁹ Neben dem Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger²⁰ gelten die Menschenrechte der EMRK als Verfassungsrecht. In Österreich aber auch in Spanien und Portugal ordnet die Verfassung selbst den Vorrang der völkerrechtlichen Menschenrechtsgarantien an, denen der Staat beigetreten ist.

Zusammenfassend kann man feststellen, dass die Menschenrechte im europäischen regionalen Völkerrecht verfassungsrechtlich auf verschiedene Weise innerstaatliche Rechtswirkung enthalten. Im Ergebnis haben die meisten Vertragsstaaten der Menschenrechtsidee ein hohes Maß an Verwirklichung gesichert und damit die Stellung des Individuums im Völkerrecht anerkannt.

¹⁶ BVerfGE 74, 358, 370; 83, 119, 128.

¹⁷ BVerfGE 111, 307, 317.

¹⁸ *Jochen Abr. Frowein*, Übernationale Menschenrechtsgewährleistungen und nationale Staatsgewalt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII 1992, § 180 Rn. 7, 24 f.; *Christian Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 6. Aufl. 2010, Art. 1 Rn. 215; *Angelika Nußberger*, Europäische Menschenrechtskonvention, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl., Bd. X, 2012, § 209, Rn. 11; siehe vor allem *Dieter Dörr/Rainer Grote/Thilo Marauhn* (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2. Aufl. 2013, 2416 Seiten. Zur Leit- und Orientierungsfunktion des EGMR für Georgien vgl. *Erkvania* (Anm. 15), S. 364 ff, 371 ff.

¹⁹ Art. II Ziff. 7 des Bundesverfassungsgesetzes vom 4. März 1964 (Österr. BGBl. 1964, S. 59). Siehe dazu *Gerhard Baumgarten*, Das Verhältnis der Grundrechtsgewährleistungen auf europäischer und nationaler Ebene, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 54 (1999), S. 117, 120 ff.; *Theo Oehlinger*, Verfassungsrecht, 7. Aufl. 2007, Rn. 681 (S. 295); *Heinz Schäffer*, Die Grundrechte im Spannungsverhältnis von nationaler und europäischer Perspektive, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 62 (2007), S. 1, 4 f.

²⁰ Siehe Art. 149 Abs. 1 Bundes-Verfassungsgesetz.

IV. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und nationale Gerichte

1. Nationale Gerichtsorganisation

Die Unterzeichnerstaaten der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte sind verpflichtet, die endgültigen Urteile, in denen sie Partei sind, zu befolgen (Art. 46 Abs. 1 EMRK). Eine Rechtssache kann vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte nur entschieden werden, wenn alle innerstaatlichen Rechtsbehelfe in Übereinstimmung mit den allgemein anerkannten Grundsätzen des Völkerrechts erschöpft sind (Art. 35 Abs. 1 EMRK). Das bedeutet in der Regel, dass die Revisionsinstanz als letzte Instanz des nationalen Gerichtszugs entschieden haben muss. In Ländern wie in Deutschland, Spanien und Georgien, wo es die Urteilsverfassungsbeschwerde gibt,²¹ muss auch noch das Verfassungsgericht entschieden haben. Das erscheint konsequent. Denn das Verfassungsgericht ist für die Auslegung und Anwendung der Grundrechte in den genannten Ländern auch in Einzelfällen zuständig.²² Soweit Verfassungsgerichte existieren, die keine Kompetenz haben, über Urteilsverfassungsbeschwerden zu entscheiden, ist der Rechtsweg beim Revisionsgericht erschöpft.

Gibt es gar kein Verfassungsgericht wie z.B. in Großbritannien und den Niederlanden, obliegt es den ordentlichen Gerichten, für den Schutz der Grundrechte zu sorgen. In Großbritannien ist im Jahre 2000 der Human Rights Act 1998 in Kraft getreten, der die Menschenrechtskonvention in britisches Recht transformiert. Wenn ein später erlassenes britisches Gesetz dem Human Rights Act widerspricht, ist der Richter befugt, eine Inkompatibilitätserklärung abzugeben. Diese ermöglicht ein schnelles Verfahren der Gesetzesänderung. Die Regierung kann nach einfachem Votum des Parlaments ein geändertes Gesetz erlassen, das mit der Menschenrechtskonvention konform ist.²³

2. Interpretation der Menschenrechtskonvention

Auf Beschwerde prüft der Gerichtshof für Menschenrechte (Art. 34 EMRK), ob eine Konventionsverletzung vorliegt. Dazu muss er den Konventionstext auslegen.²⁴ Die Auslegung der nationalen Grundrechte und der Menschenrechte liegt normalerweise nahe bei einander, sie beruhen auf derselben Tradition. Freilich können Textunterschiede Divergenzen ergeben.

Ausgangspunkt für die Auslegung der Konvention ist § 31 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge. Danach bildet der Wortlaut in seinem objektiven Sinne den Ausgangspunkt der Auslegung; hinzu kommen der Kontext des Vertrages einschließlich die Präambel sowie der Zweck des Vertrages, der zumeist in der Präambel benannt ist. Ergänzende Auslegungsmittel sind die vorbereitenden Arbeiten und die Umstände des Vertragsschlusses (Art. 32), die eher zur Bestätigung des vorher gefundenen Ergebnisses als zur Findung eines neuen Ergebnisses herangezogen werden dürfen. Es handelt sich also um die klassischen Auslegungsinstrumente. Eine teleologische Auslegung aus der einzelnen Norm kann restriktiv oder ausdehnend sein. Eine

²¹ *Christian Starck*, Die Bedeutung der Schumannschen Formel für Rechtssysteme mit Urteilsverfassungsbeschwerde, in: H. Roth (Hrsg.), Symposium „50 Jahre Schumannsche Formel“, 2014, S. 29 ff.

²² *Starck* (Anm. 21), S. 29, 33 ff.

²³ *Julian Rivers*, Menschenrechtsschutz im Vereinigten Königreich, in: *Juristenzeitung* 2001, S. 127, 130.

²⁴ Siehe dazu ausführlich *Hans-Joachim Cremer*, in: *Grote/Marauhn* (Anm. 15), S. 155 ff.

dynamische Auslegung einer Menschenrechtsgarantie bedarf guter Argumente aus dem Vertrag selbst. Verfehlt wären Hinweise auf die Erweiterung nationalen Menschenrechtsschutzes. Dieser hat nach Art. 53 EMRK für den betreffenden Staat Bestand, wirkt aber nicht ins Völkerrecht hinein. Vertraglich vereinbarte völkerrechtliche Normen, über deren Anwendung internationale Richter entscheiden, werfen wie jede gerichtliche Entscheidungstätigkeit als Element der Dynamik das Problem der richterlichen Rechtsfortbildung auf, das zurückhaltender behandelt werden muss als bei nationalen Gerichten.

Divergenzen zwischen Menschenrechten der Konvention und nationalen Grundrechten können auch darauf beruhen, dass die Schranken der Menschenrechte und der nationalen Grundrechte verschieden formuliert sind. Ich erwähne nur die Schranken der Meinungsfreiheit in Art. 10 Abs. 2 EMRK und Art. 5 Abs. 2 GG. Im konkreten Fall, der vor den Gerichtshof gebracht wird, geht es stets um die Anwendung eines Menschen- oder Grundrechts auf einen Einzelfall, wofür es entscheidend auf die Schranken des Grund- oder Menschenrechts ankommt. Für die Bestimmung des erlaubten Ausmaßes eines Eingriffs in das Grund- oder Menschenrecht leistet das Verhältnismäßigkeitsprinzip regelmäßig gute Dienste, schließt aber Wertungsspielräume nicht aus. Stehen sich in einem Zivilprozess Private gegenüber, um deren Grundrechte es geht, kommt es auf die Balancierung der einander gegenüberstehenden Grundrechte an.

3. Abwägung gegenüberstehender Menschenrechte

Ich bringe dazu ein Beispiel, das dieses Probleme anschaulich behandelt. In diesem Fall, der von deutschen Zivilgerichten und dann vom Bundesverfassungsgericht entschieden worden war, ging es um gegenüberstehende Grundrechtspositionen der Pressefreiheit eines Presseunternehmens und des Persönlichkeitsrechts eines Individuums; deren Rechte waren gegeneinander abzuwägen. Dabei kam der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zu einem anderen Ergebnis als das Bundesverfassungsgericht. Den Unterschied kann man so kennzeichnen: Völkerrechtlich siegte das Persönlichkeitsrecht über die Pressefreiheit. Verfassungsrechtlich wurde die Pressefreiheit dem Persönlichkeitsrecht vorgezogen.

Man kann die Kontroverse so abstrakt nicht verstehen. Deshalb muss ich den Fall und die Argumentation der Gerichte näher schildern: In mehreren deutschen Boulevardzeitungen waren Fotos von Prinzessin Caroline von Hannover (geborene von Monaco) aus ihrer Privatsphäre mit darunter stehenden Texten gedruckt: Die Prinzessin auf einem Pferd reitend, auf einem Feldweg radfahrend, auf einem Markte mit Leibwächter einkaufend, im Restaurant mit einem Schauspieler sitzend, in Begleitung ihre Wohnung in der Nähe von Paris verlassend, beim Tennisspiel und beim Abstellen von Fahrrädern mit ihrem Ehemann Prinz Ernst August von Hannover, die Prinzessin im Badeanzug im Beach Club von Monte Carlo über einen Gegenstand stolpernd und stürzend.

Beide Gerichte²⁵ nehmen eine Pflicht des Staates an, das Recht auf Privatsphäre im Verhältnis zwischen Privatpersonen zu schützen. Beide Gerichte bezeichnen die Presse- und die Meinungsfreiheit als wesentliche Grundlage einer demokratischen Gesellschaft. Ferner besteht Einigkeit darin, dass Fotoaufnahmen von der Freiheit der Presse und der Meinungsäußerung umfasst sind.

²⁵ BVerfGE 101, 361 ff.; EGMR v. 24.6.2004, in: Neue Juristische Wochenschrift 2004, S. 2647 ff.

Die Unterschiede in der weiteren Argumentation sind jedoch gravierend: Das Bundesverfassungsgericht hält die Prinzessin für eine absolute Person der Zeitgeschichte. Außerdem billigt es der Presse zu, nach publizistischen Kriterien zu entscheiden, was öffentliches Interesse beansprucht. Das schließt nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts nicht aus, Schutzanforderungen des Persönlichkeitsrechts zur Geltung zu bringen. - Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte akzeptiert nicht die Anwendung des Begriffs „absolute Person der Zeitgeschichte“ auf die Prinzessin durch die Presse und die daraus gezogenen Folgerungen. *Person der Zeitgeschichte sei ein normativer Begriff*, den die Gerichte für die Presse verbindlich auslegen und dabei den Schutz der Person angemessen berücksichtigen müssen. Der Schutz setzt schon vor der Abwägung ein. Wenn die Person nicht Person der Zeitgeschichte ist oder nicht als solche handelt, dürfen Bilder nur mit ihrer Einwilligung veröffentlicht werden.

Der Europäische Gerichtshof unterscheidet zwischen den *verschiedenen Presseorganen*, ob sie nur der *Unterhaltung* oder auch der *politischen Meinungsbildung* dienen. Zwar stehen beide unter dem Schutz der Pressefreiheit. Im konkreten Fall bei der Abwägung komme es aber auf den Inhalt der Presse an. - Das Bundesverfassungsgericht sieht in der Berichterstattung über prominente Personen ein wichtiges publizistisches Mittel zur Erregung von Aufmerksamkeit. Personalisierungen wecken nach seiner Ansicht Interesse an Problemen und begründen den Wunsch nach Sachinformationen. Prominente Personen stünden im Übrigen für bestimmte Wertvorstellungen und Lebenshaltungen und böten Orientierung für eigene Lebensentwürfe.

Vergleicht man die beiden Argumentationen zur Veröffentlichung von Fotos, kann man schon das Ergebnis der Abwägung voraussehen. Beide Gerichte stellen zwar für den allgemeinen Schutz der Pressefreiheit nicht auf die Qualität des Presseerzeugnisses oder den Inhalt der Publikation ab. Während das Bundesverfassungsgericht diese Gleichstellung durchhält und auch bei der Abwägung zwischen Persönlichkeitsrecht und Pressefreiheit zugrunde legt, schlägt der Inhalt der Publikation beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte auf die Abwägung durch. Danach wird die Verbreitung von Ideen anders behandelt als die Verbreitung von Bildern mit persönlichen Informationen über eine Person oder wie es an einer anderen Stelle heißt: Abbildung von Einzelheiten aus dem Privatleben.

Zur *schützenswerten Privatsphäre*, die auch absolute Personen der Zeitgeschichte haben, gehört nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts über den häuslichen Bereich hinaus eine örtliche Abgeschlossenheit, in die sich jemand zurückgezogen hat, um dort objektiv erkennbar allein zu sein, wie auch immer er sich in dieser Situation verhält. Demgegenüber hält der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte das Kriterium der örtlichen Abgeschlossenheit für praktisch zu unbestimmt und für den Betroffenen zu schwer zu handhaben, zumal es ihm auch noch gelingen müsse, die örtliche Abgeschlossenheit zu beweisen, wenn es sich nicht um sein eigenes Besitztum handelt. Der Gerichtshof weist auf die Konsequenzen hin: Fehle es an der örtlichen Abgeschlossenheit, müsse die absolute Person der Zeitgeschichte hinnehmen, dass man sie fast zu jeder Zeit fotografiert und die Aufnahmen anschließend verbreitet. Auch die Heimlichkeit der Aufnahmen mit Teleobjektiven berücksichtigt der Europäische Gerichtshof.

Damit sind wir beim vierten Problem: der *Kommerzialisierung*. Auch hier ist die Argumentation gegenläufig. Das Bundesverfassungsgericht stellt Überlegungen dazu an, dass das monegasische

Fürstenhaus bei der Geburt der Prinzessin deren Bilder gegen Entgelt der Presse zur Verfügung gestellt habe. Das Bundesverfassungsgericht verwendet diese Überlegungen für seine Argumentation allerdings nicht. Deshalb geht der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zu Recht auf diesen Punkt nicht ein. Er kehrt das Kommerzialisierungsargument aber um, indem er bei der Abwägung dem Persönlichkeitsrecht der Prinzessin den Vorrang einräumt vor einem Interesse der Öffentlichkeit, über das Privatleben der Prinzessin informiert zu werden, und folglich vor dem wirtschaftlichen Interesse der Zeitschriften, die Fotos und Artikel zu veröffentlichen, um den Absatz zu steigern.

Im Unterschied zum Bundesverfassungsgericht argumentiert zusammenfassend der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte:

- Absolute Person der Zeitgeschichte werde man nicht dadurch, dass Presse und Öffentlichkeit an einer Person wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer Herrscherfamilie Interesse habe.
- Bei der Abwägung zwischen Presse- und Meinungsfreiheit einerseits und Persönlichkeitsrecht und Recht auf Privatleben andererseits müsse der Inhalt der Publikation berücksichtigt und zwischen Abbildungen und Wortbeiträgen unterschieden werden.
- Die schützenswerte Privatsphäre könne nicht räumlich auf den häuslichen Bereich und eine Sphäre örtlicher Abgeschlossenheit beschränkt werden.

Was den Unterschied von Abbildungen und Wortbeiträgen und deren Würdigung anbelangt, bot die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts findigen Journalisten alle Möglichkeiten, Bilder von Personen zu veröffentlichen. Eine modisch gekleidete Prinzessin dient als Orientierung in Modefragen, eine schlicht gekleidete Prinzessin zeigt, dass die „Reichen und Schönen“ sich keinem Modediktat unterwerfen.²⁶

In seiner neuerlichen Rechtsprechung hat sich das Bundesverfassungsgericht der Linie des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte weitgehend angeschlossen. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat die neue Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht gebilligt.²⁷ Das Beispiel zeigt, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte einen erheblichen Einfluss auch auf Länder hat, die seit langem eine Rechtsprechung haben, die die Grundrechte auf hohem Niveau schützt. Bei der Balancierung gegenüberstehender Grundrechte in zivilrechtlichen Fällen geht es allein um die Bewertung der Grundrechtspositionen im konkreten Fall: hier der Pressefreiheit und des Persönlichkeitsrechts. Viele Stellungnahmen in der verfassungsrechtlichen Literatur kritisieren seit langem die Unterbewertung des Persönlichkeitsrechts durch das Bundesverfassungsgericht. Deshalb ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf fruchtbaren Boden gefallen.²⁸

²⁶ Vgl. *Christian Starck*, Anmerkung zu BVerfGE 120, 180, in: *Juristenzeitung* 2008, S. 634 f.

²⁷ EGMR, Große Kammer, AZ 40660/08 v. 7.2.2012.

²⁸ Vgl. z.B. *Walter Schmitt Glaeser*, Meinungsfreiheit und Ehrenschatz, in: *Juristenzeitung* 1983, S. 95, 98; *Manfred Kiesel*, Die Liquidierung des Ehrenschatzes durch das Bundesverfassungsgericht, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 1992, S. 1129 ff.; *Martin Kriete*, Ehrenschatz und Meinungsfreiheit, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 1994, S. 1897 ff.; *Fritz Ossenbühl*, Medien zwischen Macht und Recht, in: *Juristenzeitung* 1995, S. 633 640; *Christian Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *Kommentar zum Grundgesetz*, Band I, 6. Aufl. 2010, Art. 5 Rdnr. 222 - 224

4. Entwicklung des Rechts in anderen Vertragsstaaten als internationaler Rechtsstandard ?

Ein weiteres Beispiel stammt aus dem Familienrecht. 2003 hat das Bundesverfassungsgericht § 1626a BGB, der die elterliche Sorge für ein uneheliches Kind allein vom Willen der Mutter abhängig machte als verfassungskonform bezeichnet, insbesondere keinen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 GG gesehen.²⁹ Art. 6 Abs. 2 lautet: "Pflege und Erziehung der Kinder sind das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht" Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in einem deutschen Fall anders entschieden.³⁰ Dabei stützte sich der Gerichtshof weniger auf Art. 8 und 14 EMRK, die zum Elternrecht nichts sagen, sondern auf die Rechtsentwicklung in anderen Staaten.³¹ Bei der Regelung der elterlichen Sorge bestehe zwar ein Beurteilungsspielraum für den nationalen Gesetzgeber, der sich allerdings verenge, wenn ein allgemeiner europäischer Standard festgestellt werden könne. Im Anschluss an diese Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht 2010 den § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB für unvereinbar mit Art. 6 Abs. 2 erklärt.³² In einem neuen, sehr ausführlich begründeten Interpretationsansatz gelangt das Bundesverfassungsgericht auf die Linie des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.³³ Inzwischen hat der Gesetzgeber § 1626a BGB entsprechend geändert.

In diesem Fall mag das Ergebnis überzeugen. Aber grundsätzlich muss man fragen, wie stellt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte einen allgemeinen europäischen Standard fest? Wie kann begründet werden, dass dieser Standard normative Wirkung hat? Dazu ein aktuelles Beispiel: Das Bundesverfassungsgericht hat bis jetzt stets entschieden, dass Ehe im Sinne des Grundgesetzes die Verbindung eines Mannes und einer Frau zur grundsätzlich unauflösbaren Lebensgemeinschaft ist,³⁴ ein Strukturprinzip, das der Verfügungsgewalt des Gesetzgebers entzogen ist.³⁵ Soll das anders werden, wenn der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte urteilen sollte, dass der Entwicklungsstand in anderen europäischen Staaten auch die gleichgeschlechtliche Gemeinschaft als Ehe anerkennt? Inzwischen hat der Gesetzgeber die Ehe auch auf gleichgeschlechtliche Paare ausgedehnt.³⁶

Abschließend kann man feststellen, dass die vertraglich vereinbarte Bindung an die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auch in Staaten mit ausgeprägter Grundrechtsjudikatur zu Überraschungen führen kann, besonders wenn es sich um zivilrechtliche Ausgangsfälle handelt, die Balancierungen von Grundrechten in konkreten Fallsituationen verlangen. Wieweit allerdings der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte aus dem Standard anderer Staaten Normen ableiten darf, die für alle Mitgliedstaaten gelten, ist in hohem Maße zweifelhaft. Die Menschenrechtspakte sind völkerrechtliche Verträge, in denen nur das vereinbart ist, was im Vertrag steht. Die Vertragsstaaten können Zusätze vereinbaren, wie die 13 Protokolle zur Konvention zeigen. Hingegen ist es nicht Aufgabe des Gerichtshofs, Zusätze zu judizieren.

²⁹ BVerfGE 107, 150, 169 f.

³⁰ EGMR: Zaunegger gegen Deutschland, AZ 22028/04, Urteil vom 3.12.2009.

³¹ Siehe die Liste in BVerfGE 127, 132, 139 f.

³² BVerfGE 127, 132, 145 f.

³³ BVerfGE 127, 132, 146 – 162.

³⁴ BVerfGE 10, 59, 66; 31 58, 82; 49, 286, 300; 53, 224, 245; 105, 313, 345; 121, 175, 198; 131, 239, 259.

³⁵ BVerfGE 63, 323, 330.

³⁶ § 1353 Abs. 1 Satz 1 BGB (BGBl. I 2017, S. 2787)

რა არის პოლიტიკური საკონსტიტუციო მართლმსაჯულებაში?

ლიტერ გრიმი

როდესაც საქმე ეხება საკონსტიტუციო მართლმსაჯულებასა და საკონსტიტუციო სამართალწარმოების პრაქტიკას, არც ერთ სხვა შეკითხვას არ სვამენ ისე ხშირად, როგორც შემდეგს: საკონსტიტუციო სასამართლოები და საკონსტიტუციო სასამართლოს ფუნქციის მქონე მართლმსაჯულების ბოლო ინსტანციები¹ სამართლებრივი ინსტიტუციებია თუ პოლიტიკური? საკონსტიტუციო სამართალწარმოების პრაქტიკა სამართლებრივი საქმიანობაა, თუ პოლიტიკური? ეს შეკითხვა ამერიკის შეერთებულ შტატებში იმდენი წლისაა, რამდენისაც Supreme Court-ის 1803 წლის გადაწყვეტილება *მერბერი ვ. მედისონის* საქმესთან დაკავშირებით, როდესაც სასამართლომ თავის თავს ნორმების კონტროლის უფლებამოსილება მიანიჭა. ევროპაში დისკუსია 1920 წელს ავსტრიის პირველი სპეციალიზებული საკონსტიტუციო სასამართლოს შექმნით დაიწყო. დებატები, რომლებსაც ჰანს კელზენი და კარლ შმიტი ვაიმარის რესპუბლიკაში საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების თაობაზე აწარმოებდნენ, თავისი პრინციპულობის გამო დღესაც ინტერესის საგანია.²

მოსაზრებები კვლავ გაყოფილია. საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების საკითხებს იკვლევს როგორც სამართლის, ისე პოლიტიკის მეცნიერება. მაშინ, როცა პოლიტოლოგების უმრავლესობა საკონსტიტუციო მართლმსაჯულებას პოლიტიკურ ინსტიტუციად მიიჩნევს, იურისტები ამას ტენდენციურად აფასებენ. არაა გასაკვირი, რომ სასამართლოები და მოსამართლეები საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების სამართლებრივ ბუნებაზე საუბრობენ და სამართალის თეორეტიკოსთა უმრავლესობაც ამ მოსაზრებისაა. თუმცა, საერთო სამართლის ქვეყნებში ამ საკითხს ამგვარად არ უყურებენ. იქ იურისტების უმრავლესობა ფიქრობს, რომ საკონსტიტუციო მართლმსაჯულება არის პოლიტიკა სამართლებრივ მოსასხამში.

ამ შეკითხვაზე პასუხების ასეთი განსხვავებულობა იძლევა ეჭვის საბაბს, სწორად არის თუ არა დასმული საკითხი. ხომ არ შეიძლება, რომ სამართალი და პოლიტიკა საკონსტიტუციო კონტროლის განხორციელებისას ერთმანეთს კი არ გამოირიცხავდნენ, არამედ ერთმანეთის გვერდით არსებობდნენ, რასაც შედეგად მოსდევს ის, რომ ყოველი

¹ შემდგომში გამარტივების მიზნით საუბარი იქნება საკონსტიტუციო სასამართლოებზე.

² Hans Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 5 (1929), S. 30; Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Archiv des öffentlichen Rechts, NF 16 (1929), S. 161; ders., *Der Hüter der Verfassung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1931; Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, Berlin: Rothschild, 1931.

მეცნიერება თავისი საგნის მნიშვნელოვან ასპექტს ვერ ამჩნევს, როდესაც ის მტკიცედ ემხრობა დიქტომიას. იქნებ ორივე დისციპლინა მართალია, მაგრამ მხოლოდ ნაწილობრივ? ეჭვგარეშეა, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოები მნიშვნელოვან პოლიტიკურ როლს თამაშობენ, როდესაც ისინი იღებენ გადაწყვეტილებას პოლიტიკური ქმედებების კონსტიტუციურობასთან დაკავშირებით. ასევე აშკარაა, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოების საქმიანობა პოლიტიკოსების საქმიანობისაგან განსხვავდება და ამ განსხვავებას საფუძვლად უდევს მათი სპეციალიზაცია სამართლებრივ საკითხებში.

აქ მივდივართ დიფერენცირების საკითხთან, საკონსტიტუციო სასამართლო პრაქტიკა ხასიათდება სამართლებრივი თუ პოლიტიკური ნიშნით. ნაცვლად იმასა, რომ კითხვას მარტივი პასუხი გავცეთ, უპრიანია საკითხს ჩავუღრმავდეთ. მიზანშეწონილია, განვასხვავოთ, ერთი მხრივ, საკონსტიტუციო სასამართლოს იურისდიქციის ინსტიტუციები და მათი დანიშნულება და, მეორე მხრივ, ცალკეული საკონსტიტუციო სასამართლოები, რომლებიც შეიძლება სრულად ეფექტურად ვერ მოქმედებდნენ. ხოლო სასამართლო გადაწყვეტილებები, თავის მხრივ, უნდა გავმიჯნოთ სასამართლოებისგან, რომლებიც შესაძლოა მათი პოლიტიკური და სამართლებრივი თვისებებით შევაფასოთ, მიუხედავად იმისა, ინსტიტუციები ფუნქციის შესაბამისად თუ ფუნქციის სანაწარმდეგოდ მოქმედებენ. ამ სტატიის საგანია საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების ინსტიტუციისა და ფუნქციების გარკვევა, რამდენად მართლზომიერად ხორციელდება ეს ფუნქცია.

ამრიგად, *რა არის საკონსტიტუციო მართლმსაჯულებაში პოლიტიკური?* უეჭველად მისი საგანი. საკონსტიტუციო სასამართლოების ამოცანა კონსტიტუციის ნორმების განხორციელებაა. ხოლო კონსტიტუცია, თავის მხრივ, არის სამართალი, რომელიც ეხება პოლიტიკური რეჟიმის დამყარებასა და მის განხორციელებას. ის არა მარტო ქვეყნის პოლიტიკურ საბაზისო სტრუქტურას ქმნის, არამედ მიმართულებას აძლევს და ზღუდავს პოლიტიკურ ქმედებებს. პოლიტიკურ გადაწყვეტილებებს მხოლოდ მაშინ აქვთ მოქმედების პრეტენზია, თუ ისინი თანხვედრაში არიან კონსტიტუციასთან. აქედან გამომდინარე, საკონსტიტუციო კონტროლის საგანს იძულებით წარმოადგენენ პოლიტიკური ქმედებები და ვალდებულებების შეუსრულებლობა, როგორც წესი, უმაღლესი სახელმწიფო ორგანოების აქტები, მ.შ. ისინი, რომლებიც არჩევნების გზით ლეგიტიმაციას პირდაპირ ხალხისაგან იღებენ.

თუმცა, ამ თვალსაზრისით, საკონსტიტუციო სასამართლოების, უფრო ნაკლებად კი საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების ფუნქციის მქონე ბოლო ინსტანციების სასამართლოს ყველა გადაწყვეტილება პოლიტიკური არაა. მხოლოდ იმ საკონსტიტუციო სასამართლოებს, რომელთა კომპეტენცია ნორმების კონტროლით შემოიფარგლება, მუდმივად აქვთ საქმე პოლიტიკურ საკითხებთან. სხვა უფლებამოსილებების მქონე სასამართლოებში, ამის საპირისპიროდ, ყველა კონსტიტუციურ-სამართლებრივი მნიშვნელობის საქმე არ

ეხება უმაღლეს პოლიტიკურ ორგანოებს. ბევრი კონსტიტუციურ-სამართლებრივი საჩივარი, კერძოდ ინდივიდუალური საჩივრები, მიმართულია ადმინისტრაციული აქტის ან სხვა სასამართლოების გადაწყვეტილებათა წინააღმდეგ. თუმცა არსებობს დიდი პოლიტიკური მნიშვნელობის მქონე საქმეების შედარებით მცირე რაოდენობა, რომლებიც საზოგადოებაში ქმნიან საკონსტიტუციო სასამართლოების ნიმუშს და ასაზრდოებენ წარმოდგენას საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკის პოლიტიკური ხასიათის თაობაზე.

გარდა ამისა, გარდაუვალია პოლიტიკური ეფექტი არ ჰქონდეს სასამართლოს გადაწყვეტილებების *შედეგს*, თუ მათი საგანი პოლიტიკურია. პარლამენტში უმრავლესობით მიღებული კანონი ძალაში შევა თუ არა, დიდი პოლიტიკური მნიშვნელობის საკითხია. იგივე ეხება საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებას იმის თაობაზე, აქვს თუ არა პარლამენტს მთავრობის მიერ დადებული საერთაშორისო ხელშეკრულების რატიფიცირების უფლება. თავად აღმასრულებელი ორგანოს მისაღები აქტი, როგორცაა უცხოეთში სამშვიდობო მისიაში მონაწილეობის თაობაზე, შეიძლება დამოკიდებული იყოს საკონსტიტუციო სასამართლოს ბოლო სიტყვაზე. უზარმაზარი პოლიტიკური შედეგები აქვთ გადაწყვეტილებებს პოლიტიკური შეჯიბრებითობის წესების შესახებ, მაგალითად, როგორცაა საარჩევნო კანონები ან კანონები საარჩევნო კამპანიების დაფინანსების შესახებ. არასოდეს არ ყოფილა სასამართლოს გადაწყვეტილების პოლიტიკური ზემოქმედება ისეთი ამკარა, როგორც საქმეში *Bush v. Gore*.³

საკონსტიტუციო სამართალწარმოების პრაქტიკის პოლიტიკურ მნიშვნელობაზე არანაირი ეჭვები არ არსებობს. საკონსტიტუციო სასამართლოებს შეუძლიათ კონსტიტუციაზე დაყრდნობით პოლიტიკური ქმედება დააბრკოლონ, ან გაუხსნან გზა მათ. ეს არაა უფლებამოსილების გადაჭარბება. ესაა საქმის არსი. საკონსტიტუციო სასამართლო, რომელიც უარს ამბობს პოლიტიკურ საქმეებზე, ღალატობს თავის ფუნქციას. არ არსებობს აპოლიტიკური საკონსტიტუციო მართლმსაჯულება. ვინც ვერ ეგუება იმას, რომ დემოკრატიულად მიღებული გადაწყვეტილებები კონსტიტუციურ კონტროლს ექვემდებარება, მან მთლიანობაში უნდა უარყოს საკონსტიტუციო მართლმსაჯულება, მაგრამ მზად უნდა იყოს, გადაიხადოს კონსტიტუციის პრაქტიკული ირელევანტურობის საფასური პოლიტიკური საქმიანობისთვის. საკონსტიტუციო სამართალი თავისით არ ხორციელდება. საკონსტიტუციო სამართალი თვითრეალიზებადი არ არის და, როდესაც მისი ნორმების დაცვას მათ ავალებენ, ვისკენაცაა ის მიმართული, სამართალი, როგორც წესი, აგებს.

ამ პირობებში ძიება იმ საკითხზე კონცენტრირდება, არის თუ არა საკონსტიტუციო სასამართლო პრაქტიკის *პროცესი*, ე.ი. საკონსტიტუციო ნორმების გამოყენება დავასთან

³ *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000); 121 S. Ct. 525 (2000).

დაკავშირებით ასევე პოლიტიკური ხასიათის, თუ შეიძლება მისი იურიდიული კვალიფიცი-
რებაც. პასუხზე ბევრი რამ არის დამოკიდებული: თუ მოსამართლის გადანყვეტილება
პოლიტიკური აღმოჩნდა, ეს არსებითად გაართულებდა საკონსტიტუციო მართლ-
მსაჯულების გამართლებას, რადგან, ისმის კითხვა, თუ რატომ უნდა მიენდოს დიდი
მნიშვნელობის პოლიტიკური გადანყვეტილებების მიღება მოქმედ პირებს, რომლებიც
არც არჩევნების გზით არიან ლეგიტიმური და არც პოლიტიკურად პასუხისმგებელი?
ამის საპირისპიროდ, საკონსტიტუციო სამართლის საკითხების არაგანსჯადობა
კონსტიტუციური წყობილების მიღწევებს ზიანს მიაყენებდა. ბოლოს და ბოლოს, სწორედ
რომ საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების გავრცელებამ მიანიჭა XX საუკუნის მეორე
ნახევარში ბევრ ქვეყანაში კონსტიტუციას მნიშვნელობა, რომლებშიც ის ათწლეულების
მანძილზე არანაირ როლს არ ასრულებდა.

მაშინ, როცა საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკის პირველი ორი ასპექტის პოლი-
ტიკურ ხასიათს ვერ უარყოფთ, მესამე ასპექტის, ანუ საკონსტიტუციო სამართალ-
წარმოების პრაქტიკის შემთხვევაში, საქმე სხვარიგადაა. თავისი არსით, ესაა კანონის
გამოყენება, ანუ ისეთი მოქმედება, რომლის დროსაც ხდება წინასწარ მიღებული ზოგადი
გადაწყვეტილების კონკრეტული დავის მიმართ აღსრულება. თუმცა, მაინც ჩნდება ეჭვები,
რადგან წინასწარი გადანყვეტილება, ამგვარი კონსტიტუციური ნორმა ხშირად არ არის
ცალსახა და ასევე საკონსტიტუციო სასამართლოს გადანყვეტილების გამოტანის პრო-
ცესი არ არის გამჭვირვალე. თუმცა, ცხადია, რომ ადგილი აქვს *არენების ცვლას*, როდესაც
პოლიტიკურ აქტს თავს ესხმის საკონსტიტუციო სასამართლო. იცვლებიან მოქმედი
პირები, კრიტერიუმები და პროცედურები. პოლიტიკა სუბიექტიდან ობიექტი ხდება.

თუ ამ დრომდე მოქმედი პირები იყვნენ პოლიტიკოსები, რომლებსაც სხვადასხვა
როლები ჰქონდათ მორგებული: მაგალითად, როგორც მთავრობის, საპარლამენტო
უმრავლესობის, ოპოზიციისა და სხვა, ახლა ისინი პოზიციას იცვლიან და გადანყვეტი-
ლების მიღებაზე პასუხისმგებელი პირების ნაცვლად, გამოდიან როგორც მოსარჩევეები,
მოპასუხეები, გამოთქვამენ თავიანთ აზრს, წარმართველი ძალა კი მოსამართლეების
ხელში გადადის. ისინი მრავალ ასპექტში განსხვავდებიან პოლიტიკოსებისაგან: ისინი
პროფესიონალი იურისტები არიან. ფაბულებთან დაკავშირებით სამართლებრივი
ნორმების გამოყენება მათი სფეროა. ჩვეულებრივ, ისინი არ განწესდებიან სახალხო
არჩევნებით, ამიტომ არ უწევთ საარჩევნო კამპანიის ჩატარება. ისინი არ გამოდიან დღის
წესრიგით. მათ საკუთარი ინიციატივით მოქმედებაც არ შეუძლიათ, სანამ სარჩელით არ
მიმართავენ. საქმეებთან დაკავშირებით გადანყვეტილების პროცესში ისინი არ არიან
დამოკიდებულნი მესამე პირების თანხმობაზე.

თუმცა მოსამართლეები თავიანთ თანამდებობას, როგორც წესი, პოლიტიკურ გადა-
წყვეტილებას უმადლიან. მათ ან პარლამენტი ირჩევს, ან სახელმწიფოს მეთაური, ან -

კაბინეტი; გვხვდება შერეული ან შუალედური ფორმები, მოსამართლეების ან იურისტების მონაწილეობით. ყველა შემთხვევაში პოლიტიკას დიდი გავლენა აქვს სასამართლოს ბოლო ინსტანციის პერსონალზე. ვინაიდან, არსებობს საშიშროება, რომ შესაძლებელია საკონსტიტუციო სასამართლოების ნორმალურ ფუნქციონირებას ხელი შეეშალოს, კონსტიტუციები ხშირად შეიცავენ თავდაცვით მექანიზმებს, რომ მოსამართლეების არჩევა ან დანიშვნა მხოლოდ მმართველი პარტიის ხელში არ იყოს. მაკონტროლებელი ორგანოსა და გასაკონტროლებელი სუბიექტის ურთიერთთანხმობა მარტივად იწვევს კონტროლის შეფერხებას.

გარდა ამისა, მართლმსაჯულების დამოუკიდებლობის უზრუნველყოფა სასამართლოს პოლიტიზირებისგან იცავს. განწესებული მოსამართლეები დაცულნი არიან პოლიტიკური სანქციებისგან. ისინი არ არიან დამოკიდებული მითითებებზე და მათ ვერ გადაიყვანენ სხვა თანამდებობაზე და ვერ გაათავისუფლებენ მათი გადანაცვებილების გამო. ამ გზით მათი საქმიანობა ხელშეუხებელი რჩება არჩევნების შედეგებისა და ხელისუფლების შეცვლის მიუხედავად. მოსამართლის დამოუკიდებლობა არავითარ შემთხვევაში არაა პიროვნული პრივილეგია, მისი არსებობა სამართლის ინტერესებშია. ეს აუცილებელია იმისათვის, რომ მოსამართლეებმა სამართლებრივი კრიტერიუმების საფუძველზე შეძლონ გადანაცვებილების მიღება ისე, რომ არ ჰქონდეთ უარყოფითი რეაქციების შიში. მოსამართლეებს, რომლებიც უგულვებელყოფენ თავიანთ ვალდებულებას სამართლის წინაშე, შეიძლება პასუხისმგებლობა დაეკისროთ. სასამართლოების პოლიტიკური, რელიგიური ან ეკონომიკური ინტერესების ინსტრუმენტებად გამოყენების მცდელობები, არალეგიტიმურია. ამ შემთხვევაში ძალუფლებათა გამიჯვნა უფრო მკაცრია, ვიდრე კანონმდებელსა და აღმასრულებელ ორგანოებს შორის.

გადაწყვეტილებების მიღების *კრიტერიუმებიც* იცვლება: მაშინ, როცა პოლიტიკურ არენაზე გადამწყვეტია პარტიული პროგრამები და პარტიული ყრილობების გადაწყვეტილებები, მართებულობისა და განხორციელებადობის შესახებ თვალსაზრისები, არჩევნების დროს გადაწყვეტილების ზეგავლენა პარტიების შესაძლებლობებზე, იურიდიულ არენაზე კი, გადამწყვეტია საკონსტიტუციო სამართალი. ამით იმას არ ვამბობთ, რომ საკონსტიტუციო სამართალი პოლიტიკურ პროცესში მნიშვნელოვან როლს არ თამაშობს. ჩვეულებრივ, ეს დასაწყისშივე კი არ იჩენს თავს, არამედ პოლიტიკური ნების ჩამოყალიბების შედეგად კორექტივის სახით ემატება. პოლიტიკა წამოჭრის კონსტიტუციურ საკითხს, რომ პოლიტიკური თვალსაზრისით სასურველი საქმე სამართლებრივადაც დასაშვებია. ამის საწინააღმდეგოდ, კონსტიტუციურ პროცესში პოლიტიკურად მეორეხარისხოვანი საკითხი პირველხარისხოვნად იქცევა. ყოველივე ამას ფონად რომ არ ახლდეს კონსტიტუციური კონტროლის საშიშროება, კონსტიტუციურ საკითხს პოლიტიკურ პროცესში, ალბათ, დიდი მნიშვნელობა არ მიენიჭებოდა.

შესაბამისად, იცვლება პროცესი. საკონსტიტუციო სამართალწარმოების მიზანია, დაადგინოს, თუ რას ნიშნავს კონსტიტუციის შესაბამისი განსაზღვრებები შესამოწმებლად წარმოდგენილ პოლიტიკურ გადაწყვეტილებასთან მიმართებით და სამართლებრივად რა გამომდინარეობს იქიდან. მიზნის შესაბამისად საქმე ეხება პროცესს, რომელშიც მხოლოდ სამართლებრივი არგუმენტებია დასაშვები. თუმცა შეიძლება, საეჭვო იყოს, თუ რა უნდა ჩაითვალოს სამართლებრივ არგუმენტად და რა - არა. ამასთან, საეჭვო არ არის ის ფაქტი, რომ არასამართლებრივი არგუმენტები არ დაიშვება. აზრი იმის შესახებ, არის თუ არა პოლიტიკური ქმედება ჭკვიანური, სასარგებლო და მისაღები, არ თამაშობს მნიშვნელოვან როლს. ის მხოლოდ მაშინ ხდება არსებითი, თუ შესაძლებელი იქნება ფორმულირების შეცვლა სამართლებრივად რელევანტური ასპექტის გათვალისწინებით. სამართლებრივ პროცესში, ასევე ირელევანტურია, უარყოფითი ზეგავლენა ექნება თუ არა გადაწყვეტილებას პოლიტიკური პარტიებისთვის, საწარმოებისთვის, ეკლესიებისთვის და ა.შ.

ყოველ შემთხვევაში, შეიძლება ითქვას, რომ სასამართლოს მოღვაწეობა ამ თვალსაზრისით არაა პოლიტიკური, როგორც პოლიტიკური პარტიების, პარლამენტის, მთავრობის, საერთაშორისო კონფერენციების საქმიანობა. თუმცა ამით, ჯერ კიდევ, არ გავვიცა პასუხი საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართალწარმოების პრაქტიკის პოლიტიკურსა თუ იურიდიულ ხასიათზე. აქამდე გავარკვეეთ მხოლოდ ის, რომ სასამართლოში შესული საჩივრის შემდეგ პოლიტიკური განხილვა გადადის სხვა სტადიაში, რომელშიც ის შეცვლილი პირობებითა და მხოლოდ კონსტიტუციურ-სამართლებრივი ასპექტებით გრძელდება. ამის საპირისპიროდ, ჯერ კიდევ, ღიაა საკითხი, არიან თუ არა გადაწყვეტილების მიღებაზე პასუხისმგებელი იურიდიული აქტორები ვალდებული იხელმძღვანელონ მნიშვნელოვანი სამართლებრივი კრიტერიუმებით, ან იმგვარად არიან დაკავშირებული მათზე, რომ პოლიტიკური განსჯისთვის ადგილი აღარ რჩებათ.

საკითხი საკონსტიტუციო სამართალწარმოების პრაქტიკის პოლიტიკური ან სამართლებრივი ხასიათის თაობაზე შეიძლება შემოიფარგლოს თვითონ სასამართლოს მიერ გადაწყვეტილების მიღების პროცესით. შესაძლებელია ეს პროცესი, საგნის პოლიტიკური მნიშვნელობისა და კონსტიტუციური გადაწყვეტილებების ზემოქმედების მიუხედავად, განვსაზღვროთ, როგორც სამართლებრივი ოპერაცია? ემპირიული დაკვირვება აქ თავის შინაგან საზღვრებს ეჭახება. ეს დაკავშირებულია პროცესის თავისებურებაზე. თითქმის ყველგან მოსამართლის მიერ გადაწყვეტილების მიღება მოითხოვს სხდომის საიდუმლოების დაცვას. ამდენად, რთულია იმის გარკვევა, თუ როგორ იღებენ მოსამართლეები გადაწყვეტილებას. მხოლოდ მცირე რაოდენობის ქვეყნებში, მაგალითად, ბრაზილიაში,

სასამართლო სხდომები საჯაროდ ტარდება. თუმცა, როგორც ჩანს, ამ სხდომებზე რეალურად არ იღებენ გადაწყვეტილებას.⁴

გარდა ამისა, საქმის განხილვის დროს პროცესის ერთი ნაწილი მოსამართლეების გონებაში თამაშდება ისე, რომ დამკვირვებელს, საუკეთესო შემთხვევაში, მოსამართლის ქცევამ შეიძლება რაღაც უკარნახოს, მაგრამ ამაზე დაყრდნობა საეჭვო შეიძლება იყოს. მოსამართლისგან არ უნდა მოელოდე იმის გახმაურებას, რომ გადაწყვეტილების მიღებისას, სამართლებრივის გარდა, სხვა მოტივებით ისარგებლა. ამ გაუმჭვირვალობის გამო, მოსამართლის ქცევის მეცნიერულ აღწერაში ბევრი რამ ჰიპოთეზურია. მეცნიერებისთვის თუ საზოგადოებისთვის *შავ ყუთად (black box)* რჩება კონსტიტუციური მოქმედების უმნიშვნელოვანესი ნაწილი, კერძოდ, გადაწყვეტილების მიღების პროცესი, უშვებს თუ კრძალავს კონსტიტუცია გარკვეულ პოლიტიკურ ზომებს.

ყოველ შემთხვევაში, მოსამართლის მიერ გადაწყვეტილების მიღების პროცესის ნაწილი ხელმისაწვდომია ირიბი დაკვირვებისთვის. საკონსტიტუციო სასამართლოებმა უნდა დაასაბუთონ თავიანთი გადაწყვეტილებები და ეს დასაბუთება გამოაქვეყნონ. სამოტივაციო ნაწილი წარმოდგენილია, როგორც შემეცნებითი და არა ნების გამომხატველი აქტი. მასში საკონსტიტუციო სასამართლო განმარტავს, თუ როგორ და რატომ გამომდინარეობს მისი გადაწყვეტილება კონსტიტუციიდან. ანგლო-ამერიკული სამართლის ქვეყნებში (Common-Law-Länder) მონაცემების უფრო დანვრილებითი შესწავლის შესაძლებლობა არსებობს, რადგან ხმათა უმრავლესობით დაძლეულ მოსამართლეებსაც აქვთ უფლება, საზოგადოებას გააცნონ თავიანთი მოსაზრება გადაწყვეტილების შესახებ და ამგვარად, შესაძლებელი ხდება შიდა დისკუსიებთან დაკავშირებით გარკვეული დასკვნების გამოტანა. კონტინენტური ევროპის ქვეყნებში (Civil-Law-Länder) ეს იშვიათია. ფაქტობრივად, იქაც კი, როგორც, მაგალითად, გერმანიაში, სადაც საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებებში დაშვებულია განსხვავებული აზრი, ეს შესაძლებლობა ხშირად არ გამოიყენება. ამდენად, მხოლოდ განსხვავებული აზრის არარსებობის გამო არაა შესაძლებელი ერთსულოვნებაზე მსჯელობა.

ცხადია, რომ გადაწყვეტილების მიღება და წარმოდგენა შეიძლება ერთმანეთს არ ემთხვეოდეს. სინამდვილეში პოლიტიკის მეცნიერთა უმრავლესობა და ასევე სამართლის მეცნიერთა დიდი ნაწილი, განსაკუთრებით შეერთებულ შტატებში, ვარაუდობენ, რომ გადაწყვეტილების მიღებისას მოსამართლეები უფრო სხვაგვარად მოქმედებენ, ვიდრე გადაწყვეტილების დასაბუთებისას. ისინი მოიაზრებიან, როგორც სტრატეგიულად მოქმედი პირები, რომლებიც ხელმძღვანელობენ პირადი ან ინსტიტუციური ინტერესებით, სუბიექტური ღირებულებებითა და პოლიტიკური უპირატესობებით. მას შემდეგ, რაც ამის საფუძველზე მიიღება გადაწყვეტილება, აღნიშნულს ისე წარმოაჩენენ, თითქოს ის

⁴ Siehe Virgilio Afonso da Silva, Deciding without Deliberating, 11 I-CON 557 (2013).

აუცილებლად გამომდინარეობს კონსტიტუციის დებულებებიდან. ამ მოსაზრებით, მართლმსაჯულების აღსრულებისთვის დადგენილ სამართლებრივ რეგულაციებს არ აქვთ გადამწყვეტი მნიშვნელობა. ეს მიდგომა აღწერილია, როგორც მოსამართლის ქცევასთან დაკავშირებული რეალისტური დამოკიდებულება.

ეჭვგარეშეა, რომ არსებობს საქმეები, რომლებსაც აღნიშნული აღწერა შეესაბამება. ყველა სასამართლო არ იქცევა ფუნქციონალურად. თუ ცალკეულ სასამართლოებს მივმართავთ, ნამდვილად ვიპოვით მოსამართლეებს, რომლებიც სამართალს ნაკლებ ყურადღებას აქცევენ და მხოლოდ თავიანთი უპირატესობებითა და ინტერესებით ხელმძღვანელობენ. ასევე, შეიძლება არსებობდეს ისეთი მოსამართლე, რომელიც მართლმსაჯულების ინტერესებს სამართლის ნორმების სწორ გამოყენებაზე მალა აყენებს. ისეთი მოსამართლეებიც იქნებიან, რომლებიც ერიდებიან ძლიერ პოლიტიკურ ფიგურებთან კონფლიქტს და წამოჭრილ კონსტიტუციურ-სამართლებრივ შეკითხვებზე პასუხისას პოლიტიკის ღია ტექსტით გამოთქმული ან მოსალოდნელი მოლოდინების შესაბამისად მოქმედებენ. ამის საკმარისი მაგალითების პოვნა შეიძლება წარსულსა და დღევანდელობაში. საკითხავი ისაა, ამგვარი საქციელი მართლმსაჯულებისთვის ტიპურია თუ პათოლოგიური.

არსებობს სულ მცირე პოლიტიკის ერთი მეცნიერი, რომელიც მტკიცედ უარყოფს „რეალისტურ“ მიდგომას მას შემდეგ, რაც მან რვა საკონსტიტუციო სასამართლოს გადამწყვეტილების მიღების პრაქტიკა გამოიკვლია. ის წერს შემდეგს: „ეს წიგნი განსხვავდება სასამართლოების თაობაზე პოლიტიკოსების უმეტესი ნაშრომებისაგან იმიტომ კი არა, რომ სხვა ნამუშევრები არასწორად მიმაჩნია, არამედ იმიტომ, რომ ჩემთვის წინა პლანზე დგას იურიდიული არგუმენტაცია, რომელიც, ჩემი აზრით, მოსამართლის საქმიანობის მთავარი ძალა და ცენტრალური საკითხია იმ როლის გასაგებად, რომელსაც სასამართლოები კომპლექსურ საზოგადოებაში თამაშობენ. [...] ჩემი მეთოდის თანახმად, იურიდიული არგუმენტები სერიოზულად აღიქმება, რადგან ისინი მიეკუთვნებიან მოსამართლის გადამწყვეტილების უმნიშვნელოვანეს და გნებავთ, ერთადერთ განმსაზღვრელ ფაქტორებს“. პოლიტოლოგი უპირატესობას ანიჭებს ამ მიდგომას, „რადგან უბრალოდ დაუჯერებელი უნდა იყოს, რომ ათასობით პროფესიულად სოციალიზირებული, უნარიანი მამაკაცი და ქალი იტყუება, ან საკუთარი არგუმენტებით საკუთარი თავები შეჰყავთ შეცდომაში“.⁵

⁵ David Robertson, *The Judge as Political Theorist. Contemporary Constitutional Review*, Princeton: Princeton University Press, 2010, S. 21: “ეს წიგნი მნიშვნელოვნად განსხვავდება სხვა, სასამართლოს შესახებ მოღვაწე პოლიტიკური მეცნიერების ნაშრომებისაგან, და არა იმიტომ, რომ ვთლი, რომ სხვა ნაშრომები ცუდათ არის შედგენილი, არამედ იმიტომ, რომ განსაკუთრებით ვაფასებ სასამართლო არგუმენტაციას, რომელიც, მიმაჩნია, არის უმთავრესი მომენტი მოსამართლის მუშაობაში და ასევე წარმოადგენს ფუნდამენტს იმისათვის, რომ გავიგოთ, რა როლი ეკისრება სასამართლოს კომპლექსურ საზოგადოებაში. ... ჩემი მეთოდი არის სასამართლოს არგუმენტის მიღება, როგორც უმთავრესი დეტერმინანტისა სასამართლოს

ესაა სანდოობის არგუმენტი და, როგორც ასეთი, ემპირიულ გამოკვლევებთან შედარებით, ნაკლებად დამაჯერებელი. მაგრამ მოსამართლის ყველა ქცევას ვერ გავიგებთ ემპირიულად და არც სამართლის რეალისტები ფლობენ ექსკლუზიურ ემპირიულ ცნობებს. ისინი მოსამართლის ქცევის შესახებ თავიანთ ცოდნას იღებენ წინასწარ შექმნილი ჰიპოთეზიდან და მიდგომიდან რაციონალური არჩევანის შესახებ (*Rational-choice-Ansatz*). თუმცა არავითარ შემთხვევაში არ არის ნათელი, საზოგადოებრივი ცხოვრების რა პირობებში, რა მოცულობითა და რომელ სფეროებში გვპირდება აღნიშნული მიდგომა ადამიანური ქცევის სრულყოფილსა და სანდო ახსნას. ამას ემატება ის, რომ სოციოლოგები ხშირად არ იცნობენ სპეციფიურ სამართლებრივ არგუმენტაციას, ანუ თუ როგორ განსაზღვრავენ ისინი კონკრეტულ ინდივიდუალურ გადაწყვეტილებას აბსტრაქტული ზოგადი ნორმიდან და, როგორც *რობერტსონი* მართებულად აღნიშნავს, ამიტომ ისინი მათი არასათანადო შეფასებისკენ არიან მიდრეკილნი.

შემდეგ დისკუსია ეხება *რობერტსონის* მიერ შერჩეული კონკრეტული მოსამართლის ტიპს. აღნიშნული მოსამართლე სერიოზულად არის მოწადინებული, საკუთარი რწმენის საფუძველზე, ნორმიდან გამომდინარე მიიღოს კონსტიტუციურ-სამართლებრივი საკითხების შესახებ გადაწყვეტილება. მოსამართლის ამ ხატებაში ნაგულისხმევია არა როგორც იდეალური ტიპი, არამედ როგორც რეალობის წარმომჩენი. ეს შეესაბამება ჩემი, როგორც მსგავსი სასამართლოს წევრის საკუთარ გამოცდილებას.⁶ კარლსრუელი მოსამართლეები მუდმივად ცდილობდნენ კონსტიტუციურ-სამართლებრივ კითხვებზე პასუხები კონსტიტუციის მიხედვით ჩამოეყალიბებინათ. მოსამართლე, რომელიც ვერ შეძლებდა თავისი მოსაზრების სამართლებრივ დასაბუთებას, ან რომელიც იურიდიულის ნაცვლად პოლიტიკური არგუმენტებით იმსჯელებდა, დისკრედიტაციისთვის იყო განწირული. ჩვეულებრივი ამბავი იყო, რომ სასამართლოს წევრები თავიანთ პირველად წარმოდგენას სწორი გამოსავლის შესახებ, საქმის განხილვის დროს წამოყენებული არგუმენტების საფუძველზე შეცვლიდნენ.

თუმცა, ეს არ ნიშნავს დისკუსიის დასასრულს, რადგან კონსტიტუციურ-სამართლებრივად სადავო საკითხების იურიდიული გადაწყვეტის მცდელობა ამაო იქნებოდა, თუ, მაგალითად, მოსამართლე კონსტიტუციიდან ვერ მიიღებდა საკმარის ორიენტირს, რათა საქმის შესახებ გადაწყვეტილება წმინდა წყლის სამართლებრივ საფუძველზე მიეღო. ამდენად, რჩება ადგილი სხვა მოსაზრებებისთვის. შესაბამისად, ფოკუსი კიდევ ერთხელ უნდა დავიწროვდეს და დაისვას კითხვა, არის თუ არა და რამდენადაა საქმესთან დაკავშირებით კონსტიტუციური ნორმის გამოყენების პროცესი თავისთავად პოლიტიკური

გადაწყვეტილებებისთვის.” იგი უპირატესობას ანიჭებს ამ მიდგომას, “რადგან უბრალოდ დაუჯერებელია, რომ ათასობით პროფესიონალ უნარიან ქალსა თუ კაცს უწევდეს თავი მოიტყუონ საკუთარ არგუმენტებში”.

⁶ Vgl. „მე ვარ კონსტიტუციის მეგობარი“. Dieter Grimm im Gespräch mit Oliver Lepsius, Christian Waldhoff und Matthias Roßbach, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

აქტი. ამით ხდება პრობლემის გადატანა მოსამართლეთა მონდომებიდან - დაიცვან კონსტიტუციური ნორმები, თავად კონსტიტუციური ნორმების უნარზე - ჰქონდეთ სავალდებულო ძალა.

ცალკეული მითითებების საპირისპიროდ, რომლებიც ეფუძნება განსაზღვრულ, უკვე არსებულ სიტუაციას და მთლიანადაა გააზრებული, სამართლებრივი ნორმები ძალაში რჩება დიდი რაოდენობის მომავალი საქმეებისთვის. ამიტომ, ისინი მეტნაკლებად ზოგადად და აბსტრაქტულად უნდა იყოს ფორმულირებული. საქმეები, რომელთა დაკავშირებითაც მათ იყენებენ, საპირისპიროდ მუდმივად ინდივიდუალური და კონკრეტულია. ამიტომ, ნორმასა და ფაქტს შორის წარმოიშვება ხარვეზი. ამას კი შედეგად მოჰყვება ის, რომ ხშირად ვეღარ ხერხდება ნორმის საქმესთან მიმართებაში გამოყენება. ხარვეზები უფრო განმარტების გზით უნდა ამოიფოს. *განმარტება არის იმის დადგენის მცდელობა, თუ რას ნიშნავს აბსტრაქტული და ზოგადი ნორმა ინდივიდუალური და კონკრეტული საქმისთვის. როგორც წესი, ის ნორმის გამოყენებლისგან მოითხოვს, რომ მან აბსტრაქტული ნორმიდან კონკრეტული ნორმა განსაზღვროს, რომელსაც შემდეგ საქმესთან დაკავშირებით გამოიყენებს.*

ეს ნორმის დადგენის ხანგრძლივობისა და განსაზღვრულობის, ასევე შემთხვევის ახლებურობისა და კომპლექსურობის მიხედვით, შეიძლება უფრო რთული ან უფრო ადვილი იყოს. მაგრამ არც ერთი სამართლებრივი ნორმა არ არის იმდენად ნათელი, რომ ცალკეული საქმიდან გამომდინარე არასდროს წარმოიშვას ეჭვი მის მნიშვნელობასთან დაკავშირებით. ნორმა ბუნდოვნად და განუსაზღვრელად თუ არის ფორმულირებული, ამას პოულობენ ნორმატიული ტექსტის ნაკითხვისას. მაგრამ შესაბამისი საქმისგან დამოუკიდებლად ვერ დადგინდება, ნორმა არის თუ არა ნათლად და ერთმნიშვნელოვნად ჩამოყალიბებული. ერთი და იგივე ნორმა, ერთ საქმესთან მიმართებით, შეიძლება ნათელი იყოს, მეორესთან კი - ბუნდოვანი. თუმცა არაა გამორიცხული, რომ რომელიღაც საქმისთვის ნორმის მნიშვნელობასთან დაკავშირებით არ არსებობდეს გონივრული ეჭვები. ჩვეულებრივ, ასეთი საქმეები საერთოდ ვერ ხვდება სასამართლოში. უმეტესად საკონსტიტუციო სამართალწარმოებას ადგილი აქვს მაშინ, როდესაც წარმოიშვება ლეგიტიმური ეჭვი კონსტიტუციური დებულებების მნიშვნელობის თაობაზე კონკრეტულ საქმესთან მიმართებით.

ბუნდოვანი სამართლებრივი ნორმები საკონსტიტუციო სამართალში უფრო ხშირადაა, ვიდრე ზოგადად სამართალში. ბევრი კონსტიტუციური ნორმა *რობერტ ალექსისის ტერმინოლოგიის*⁷ მიხედვით, წარმოადგენს პრინციპებს და არა ნორმებს. ამიტომ აქ ხარვეზი ნორმასა და საქმეს შორის უფრო დიდია, ვიდრე ჩვეულებრივი სამართლის შემთხვევაში. მოსამართლეს, რომელიც სადავო საკითხებზე კონსტიტუციას იყენებს,

⁷ Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos, 1985, S. 71 ff.

ეხსნება გზა ინტერპრეტაციებისათვის. მართალია, ნებისმიერი ინტერპრეტაცია არ დაიშვება, რადგან მოქმედების ყველა არეალს გააჩნია საზღვრები, მაგრამ იქ მისაღებ ინტერპრეტაციაზე მეტი რამ არის დასაშვები. მოქმედების არეალის შევსება არ არის წმინდა წყლის კოგნიტიური პროცესი. ნორმის განმარტება იმით არ შემოიფარგლება, რომ გამოვლინდეს აზრი, რომელიც გამოცემის მომენტისთვის ჩაიდო მასში. ნორმის კონკრეტიზირების დამახასიათებელი ნიშანია კრეატიული ელემენტი. არ ხდება კონკრეტული ნორმატიული დებულების პოვნა, არამედ წარმოებს ნორმის დაკონკრეტება გარკვეულ დონემდე ისე, რომ ლოგიკური არგუმენტირების ჯაჭვში შესაძლებელი იყოს მისი ისევ ნორმამდე უკუმიკვლევადობა.

იქნება ეს ფაქტი საკმარისი, ვამტკიცოთ, რომ კონსტიტუციური ნორმების გამოყენებას კონკრეტულ საქმეებზე პოლიტიკური ხასიათი აქვს? თუ კი სიმართლედ მივიღებთ იმას, რომ იქ, სადაც ნორმის განსაზღვრულობა მთავრდება, სასამართლო პრაქტიკა პოლიტიკური ხდება, მაშინ არა მარტო საკონსტიტუციო სასამართლო პრაქტიკა, არამედ ყოველი სასამართლო პრაქტიკა იქნებოდა პოლიტიკური ხასიათის. მაგრამ ეს თეზა არ ითვალისწინებს იმ გარემოებას, რომ სხვადასხვა შემზღვევებია დანესებული კანონის გამოყენებაზე პასუხისმგებელი პირებისთვის. ხოლო საკითხი იმისა, თუ როგორ უნდა შეივსოს ნორმის არგანსაზღვრული სივრცე და როგორ უნდა იქნას ბუნდოვანი ნორმა კონკრეტული საქმის მიმართ გამოყენებული, მოსამართლის დისკრეციაზე არ არის დამოკიდებული, არამედ თავისთავად წარიმართება. დისკრეცია საზღვრები იზღუდება იურიდიული დოგმატიკით, ანუ მეცნიერებასა და პრაქტიკაში შექმნილი და გაზიარებული მოსაზრებებით „სწორი“ განმარტების თაობაზე, ასევე პრეცედენტებითა და განმარტების მეთოდით.

დოგმატიკისა და პრეცედენტების საშუალებით სამართლის პრაქტიკოსისთვის ხელმისაწვდომია სამართლებრივი ნორმებისა და ცნებების გამოცდილი და აღიარებული ინტერპრეტაციების მთელი სპექტრი, რომელიც შეუძლია მოიშველიოს პერიოდული სამართლებრივი პრობლემების გადაჭრისას. მას არ მოუწევს, ყოველი საქმის დროს სრულიად ახალი გამოსავალი ეძიოს. იურიდიული მეთოდები აჩვენებენ გზას, თუ როგორ შეიძლება განუსაზღვრელად ფორმულირებული ნორმების რაციონალური კონკრეტიზირება ისე, რომ ნორმაზე დამოკიდებულება არ დაზარალდეს. მეთოდების სწავლების ერთ-ერთი ამოცანაა სამართლებრივი და არასამართლებრივი არგუმენტების გამიჯვნა. იურიდიული განათლების არსი იმაშია, რომ სტუდენტებს გააცნონ დოგმატიკა და პრეცედენტები და განუვითარონ უნარი, ობიექტურად და რაციონალურად იხელმძღვანელონ სამართლებრივი ნორმებით, რომლებსაც ერთ კონკრეტულ საქმეზე უშუალოდ ვერ გამოიყენებ.

იურისტების დოგმატური და მეთოდოლოგიური არსენალი მდიდარია. შესაბამისი ნორმა დამოუკიდებლად არ არსებობს, ის უფრო დიდი ნორმების ურთიერთკავშირის ნაწილია.

ეს ლოგიკური ურთიერთკავშირი ხშირად გვანდის დამატებით ინფორმაციას ნორმის მნიშვნელობის შესახებ. იგივე ეხება შეკითხვას ნორმის მიზნის თაობაზე. კანონმდებლობა მიზნობრივი საქმიანობაა. ყოველი ნორმა იქმნება გარკვეული ზემოქმედების მოსახდენად, რომელიც რეალობაში უნდა განახორციელდეს. აღნიშნულის შესახებ ბევრს შევითქვით კანონმდებლობის ისტორიიდან. თუ გვინდა ყველა სამართლებრივი ინსტრუმენტის აღწერა, რომლებიც ნორმების აზრის გამოკვლევაში გვხვდება, მაშინ უნდა მოვიშველიოთ კონსტიტუციის ინტერპრეტაციის მეთოდოლოგია.

რასაკვირველია, ვერც დოგმატიკა და ვერც სამართლებრივი მეთოდები დაავალდებულებს მოსამართლეს იმდენად, რამდენადაც ამას თავად ნორმის ტექსტი შესძლებს. დოგმატიკა და მეთოდოლოგია წარმოადგენს სამართალზე მუშაობის მუდმივი პროცესის შედეგს, რომელშიც მონაწილეობენ მეცნიერები და პრაქტიკოსები. ეს პროცესი იშვიათადაა უდავო და არასდროსაა დასრულებული. ერთმანეთთან კონკურენციაში მოდის სხვადასხვა მეთოდი და სამართლებრივი დავის შედეგი შეიძლება დამოკიდებული იყოს მეთოდზე, რომელსაც სასამართლო ანიჭებს უპირატესობას. საზღვარი სამართლებრივსა და არასამართლებრივ არგუმენტებს შორის შეიძლება მეთოდების შესახებ სხვადასხვა სწავლებების მიერ განსხვავებულად იქნას გავლებული. მაგალითად, ტელეოლოგიური არგუმენტები დიდხანს მოიაზრებოდა, როგორც არასამართლებრივი არგუმენტები. ზოგიერთი მეთოდოლოგიური სკოლისათვის ძველი ნორმების მისადაგება თანამედროვე გამონჭველებთან წარმოადგენს პოლიტიკას, სხვებისთვის კი - სამართალს.

მიუხედავად ამისა, ისინი სამართლებრივი მეთოდებია. ყოველი მათგანი აყალიბებს წინაპირობებს, რომელთა შორის ნორმის ინტერპრეტაციას შეუძლია პრეტენზია განაცხადოს სამართლებრივ სიციხადღზე. მაგრამ, ვინაიდან არ არსებობს საგარეო ინსტანცია, რომელსაც შეეძლებოდა გადაწყვეტილების მიღება, რომელი დოგმატიკა და მეთოდია სწორი, უნდა გამოვიტანოთ დასკვნა, რომ შეიძლება იყოს ყოველთვის რამდენიმე ინტერპრეტაცია ისე, რომ არ იქნება შესაძლებელი ითქვას, რომელია სწორი და რომელი არასწორი. საქმეები, რომლებშიც მხოლოდ ნორმის ერთადერთ განმარტებას შეუძლია ჰქონდეს ჭეშმარიტებაზე პრეტენზია, იშვიათ გამონაკლისებს წარმოადგენს. საქმეების უმეტესობისთვის და, ასევე იმ საქმეებისთვის, რომლებიც კონსტიტუციურ-სამართლებრივი დავების საგანი ხდება, არსებობს პრობლემის გადაჭრის სხვა საშუალებებიც, რომლებიც სამართლებრივად დასაშვებია.

თუმცა, ამან არ უნდა მიგვიყვანოს ვარაუდამდე, რომ „anything goes“ (*„ყველაფერი მისაღებია“*). არსებობს ინტერპრეტაციები, რომლებიც იმისგან დამოუკიდებლად, თუ რომელი დოგმატიკა ან მეთოდი დომინირებს, ცალსახად არასწორია. ამ შემთხვევაში „არასწორი“ ნიშნავს იმას, რომ ინტერპრეტაცია შესაძლოა ინტერპრეტაციების სამოქმედო არეალის ფარგლებს გარეთ იყოს. თუ ინტერპრეტაცია სამოქმედო არეალის ფარგლებშია, მაშინ აზრთა სხვადასხვაობა, მოსამართლეებს შორის პრობლემის სწორი

გადაჭრის შესახებ, ჯერ კიდევ, სამართლებრივ აზრთა სხვადასხვაობებს წარმოადგენს. თუმცა არ იცვლება ის გარემოება, რომ ნორმის შინაარსი და სივრცის შევსება, რომელსაც ნორმა ინტერპრეტაციისთვის ტოვებს, მოსამართლისგან ითხოვს გადანყვეტილებებს, რომლებიც ნორმის ტექსტით სრულყოფილად არაა განსაზღვრული.

ეს იძლევა პრობლემის საბოლოო ლოკალიზების შესაძლებლობას. შეკითხვა მდგომარეობს იმაში, თუ რა განსაზღვრავს არჩევანს პრობლემის სხვადასხვა სამართლებრივად შესაძლებელ გადანყვეტას შორის. ბოლოს და ბოლოს, გავა დაუბრკოლებლად პოლიტიკური შეხედულებები, პარტიული გაერთიანებები, კერძო ინტერესები? სოციოლოგები, რომლებიც ცდილობენ *შავ ყუთს* ნათელი მოჰყვინონ იმით, რომ მოსამართლეებისგან აგროვებენ სოციალურ მონაცემებს, ვარაუდობენ, რომ ეს შესაძლებელია. მაგრამ შეკითხვები წარმომავლობის, რელიგიისადმი დამოკიდებულების, ოჯახური მდგომარეობის, საკუთრების და სხვა საკითხების შესახებ, რომლებსაც შეუძლია ინტერესები დაასაბუთონ, მხოლოდ მაშინაა დამაჯერებელი, თუ ამ მახასიათებლებსა და გადანყვეტილების მიღებასთან დაკავშირებულ ქცევას შორის მიზეზობრივი კავშირი იქნება, ე.ი., თუ კათოლიკე მოსამართლე ყოველთვის ეკლესიის სასარგებლოდ, მენარმის შვილი პროფკავშირების წინააღმდეგ, სახლის მესაკუთრე გამჭირავებლების სასარგებლოდ განსჯიდა საქმეს.

შეგვიძლია თავი დავანებოთ ამ ვულგარულ სოციოლოგიზმს. უფრო სერიოზულია, მივმართოთ იმ სოციოლოგიურ თეორიას, რომელიც მოსამართლის ქცევის ახსნას არა ინდივიდუალური მოსამართლეების სუბიექტური, არამედ ინსტიტუციების, მართლმსაჯულების ობიექტური ინტერესების გათვალისწინებით ცდილობს. მოსამართლეები განსაზღვრავენ ინტერპრეტაციის სამოქმედო არეალს, რომელიც ნორმას უშვებს და შემდგომში იმგვარად ავსებენ მას, რომ მათი საკუთარი ძალაუფლება იზრდება. ასეთი რამ შეიძლება მოხდეს. მაგრამ ეს თეორიები არასათანადოდ აფასებენ სამართლებრივი სისტემის დამახასიათებელ ლოგიკას და სამართლებრივი პროცესების შედარებით ავტონომიას. ისინი, ასევე არასაკმარისად განასხვავებენ განზრახვასა და ზემოქმედებას. სამართლებრივი საკითხების პროფესიონალური დამუშავების განზრახვა ისაა, რომ ოპტიმალურად განხორციელდეს სამართლებრივი ნორმების იურიდიული მოქმედება. ზემოქმედება ხშირად არის სასამართლოს მაკონტროლებელი უფლებამოსილების გაფართოება.

ამდენად, ინტერპრეტაციის სამოქმედო არეალის შემოფარგვლა და არგანსაზღვრული სივრცის შევსება მოითხოვს გადანყვეტილებებს, რომლებიც ნორმატიულ ტექსტებში სრულად ვერ იქნება მოცემული, თუმცა, ეს გადანყვეტილებები უნდა იქნას მიღებული მოცემული ნორმის დარღვევის გარეშე. როგორ ხორციელდება ეს? უპირველეს ყოვლისა, ესაა თანდაყოლილი ცოდნა და სანყისი დებულებანი, რომლითაც

ცხელმძღვანელობთ ნორმის არგანსაზღვრული ნაწილის დასაზუსტებლად. ეს ცოდნა და დებულებანი არ უნდა მივიჩნიოთ წმინდა წყლის სუბიექტურ მოვლენად. ბევრ მათგანს ზეინდივიდუალური ხასიათი აქვს. დროის დინება, როგორცაა შეცვლილი დამოკიდებულებები, მაგალითად სქესის როლისა და სექსუალური ორიენტაციის შესახებ, აქაც თამაშობს მნიშვნელოვან როლს და გეგავლენას ახდენს თანასწორობის ღია პრინციპის განმარტებაზე. საკონსტიტუციო სასამართლოები არ ღვანან იმ საზოგადოების გარეთ, რომლისთვისაც სამართალს აწესებენ. მათზე ისევე მოქმედებს მსოფლმხედველობის შეცვლა, როგორც ისინი მოქმედებენ ამ მსოფლმხედველობაზე.

ამოსავალი დაშვებები ასევე შეიძლება შეეხებოდეს განსაზღვრულ ძირითად მოსაზრებებს სამართლიანი საზოგადოებრივი წყობის შესახებ, კერძოდ, მაგალითად შეკითხვა, რა უნდა დარჩეს ბაზარს და რა უნდა აილოს სახელმწიფომ საკუთარ თავზე მოსაწესრიგებლად. ეს დაშვებები შეიძლება მნიშვნელოვანი გახდეს, როცა საქმე ეხება ძირითადი ეკონომიკური უფლებების შეზღუდვათა კონსტიტუციურ-სამართლებრივ განხილვას. ამოსავალი დაშვებები შეიძლება ეფუძნებოდეს კონსტიტუციათა ფუნქციას. შეადგენს ისინი მხოლოდ პოლიტიკის ჩარჩო-წესრიგს, თუ შეიცავს ისინი ასევე პოლიტიკისათვის მოქმედების ნორმებს? ამოსავალ დაშვებებს შეიძლება ასევე მიეკუთვნებოდეს მოსამართლეების დამოკიდებულება პოლიტიკურ სისტემაში საკუთარი ფუნქციის მიმართ და კერძოდ, მათ მნიშვნელობა შეიძლება შეიძინონ ისეთ საკითხებთან დაკავშირებით, როგორცაა „სასამართლო აქტივიზმი“ („judicial activism“) ან სასამართლოს თვითშეზღუდვა“ („judicial self-restraint“).

ყოველ მოსამართლეს მოეთხოვება, იურიდიულად სწორი გადაწყვეტილება მიიღოს ისე, რომ საბოლოოდ, ეს სიცხადე კონსტიტუციის ტექსტში წინასწარ არ არის დადგენილი. ამიტომ, ყოველმა მოსამართლემ უნდა აღიაროს, რომ სხვას თუ მისგან განსხვავებული შედეგი აქვს, ეს აუცილებლად არ ნიშნავს იმას, რომ მან იურიდიულად არასწორი ან საერთოდ არასამართლებრივი გადაწყვეტილება მიიღო. ამიტომ სადავო გადაწყვეტილება ან განსხვავებული აზრები არ წარმოადგენენ იმის მტკიცებულებას, რომ სინამდვილეში სამართალთან არ გვაქვს საქმე. მოქმედი სამართლის სწორ განმარტებასთან დაკავშირებით შესაძლებელია ლეგიტიმური კამათის წარმოება. საზოგადოებამ სამართლის მიმართ ნამდვილობის მოლოდინები არარეალისტურად არ უნდა აღიქვას. სამართლის ნამდვილობა, როგორც წესი, ნორმის ძალაში შესვლით კი არ მიიღწევა, არამედ მხოლოდ საქმესთან დაკავშირებით ნორმის გამოყენების შემდეგ.

ზემოაღნიშნულ წინასწარშექმნილ აზრებსა და წარმოდგენებს თავიდან ვერ ავიცილებთ, სანამ გადაწყვეტილების გამოტანა რობოტებს არ დაევალებათ. მიუხედავად იმისა, რომ ეს ვარაუდები არა უფრო ვიწრო, ტექსტუალური აზრითაა სამართლებრივი, არ შეიძლება მათი უბრალოდ არასამართლებრივად გამოცხადება. ეს ვარაუდები იქმნება ამოცანის

მემკვიდრეობით, გამოიკველიოს კონსტიტუციის დებულების აზრი და ინტეგრირებულია კონსტიტუციის განმარტებისა და საქმესთან დაკავშირებული გადანწყვეტილების მიღების პროცესში. საზოგადოებრივი რეალობის შესახებ წინასწარარსებული მოსაზრებები ან წარმოდგენები, რომლებშიც ნორმები თავის ზემოქმედებას ავლენენ, მართლმსაჯულების აღსრულების დროს გარემოების გარეშე კი არ გამოიყენებიან, არამედ ზემოქმედებას ახდენენ მხოლოდ ნორმატიულად წარმოდგენილი და მართული სახით. გარდა ამისა, რბილდება სუბიექტური მიდრეკილებები იმ გარემოების გამო, რომ ნორმის ინტერპრეტაცია კოლექტიური საქმეა. ყველა დასახელებული არგუმენტი ჯგუფმა უნდა აღიაროს, როგორც სამართლებრივად რელევანტური.

რასაკვირველია, ვერასოდეს გამოვრიცხავთ, რომ ის საკონსტიტუციო სასამართლოებიც, რომლებიც თავიანთ სამართლებრივ ფუნქციას სერიოზულად აღიქვამენ, სცდებიან კონსტიტუციის ინტერპრეტაციასა და ცვლილებას შორის არსებულ რთულად განმარტებად საზღვარს ან სინქრონული ხდებიან საზოგადოებასთან, რომლის სახელითაც სამართალს აღასრულებენ. ეს მოითხოვს კორექტირებას. აქ მოაზრებულია სამართალის მეცნიერება, რომელიც კრიტიკულად ადევნებს თვალყურს პროცესებს და ამოწმებს სასამართლო პრაქტიკის სამართლებრივ დამაჯერებლობასა და ლოგიკურ თავსებადობას. შემდგომი კორექტივი შეაქვს საჯარო დებატებს, რომლებსაც მოსამართლეები მასმედიასთან აწარმოებენ. ეს არ ნიშნავს იმას, რომ მოსამართლეებმა თავისი გადანწყვეტილების შესახებ საზოგადოებას უნდა აცნობონ, მაგრამ ამით მოსამართლეებს მოუწოდებენ, რომ თავისი მოქმედება მუდამ კრიტიკულად განსაჯონ.

ასეთი გავლენები არავითარ შემთხვევაში არ კარგავს თავიანთ ზემოქმედებას საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლეებზე, რომლებმაც იციან საკონსტიტუციო სასამართლოების განსაკუთრებული მონაცვლადობის შესახებ, რაც იქიდანაც გამომდინარეობს, რომ მათი გადანწყვეტილებების ადრესატები უმაღლესი სახელმწიფო ორგანოები არიან. შესაბამისად, არ არსებობს ზემდგომი აღმასრულებელი ორგანო გადანწყვეტილებების აღსასრულებლად, როგორც ეს ჩვეულებრივი სამართლის შემთხვევაში გვაქვს. თუმცა, საბოლოოდ აუცილებელია გარკვეული საპირინონე, რათა გავუმკლავდეთ იმ რისკებს, რომლებსაც საკონსტიტუციო სასამართლოები ატარებენ ერთობლივად სავალდებულო გადანწყვეტილებების დემოკრატიული ლეგიტიმაციის თვალსაზრისით. ამიტომ, საკონსტიტუციო სასამართლოების სამართალწარმოების პრაქტიკა პოლიტიკურად კორექტირებადი უნდა იყოს. მაგრამ, შესწორების არსი იმაში არაა, რომ პოლიტიკურად გაგაუქმოთ ან უგულვებელვყოთ გადანწყვეტილებები. სამართლებრივ სახელმწიფოში არ არსებობს საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართალწარმოების პრაქტიკის უკუქცევითი ძალის მქონე შესწორება, არსებობს მხოლოდ მომავალი პრაქტიკის შესწორების შესაძლებლობა. ამის საშუალებას იძლევა კონსტიტუციური ცვლილებები.

Was ist politisch an der Verfassungsgerichtsbarkeit?

Dieter Grimm

Wenn es um Verfassungsgerichtsbarkeit und Verfassungsrechtsprechung geht, wird keine Frage so häufig von gestellt wie die, ob es sich bei Verfassungsgerichten bzw. Höchstgerichten mit verfassungsgerichtlicher Funktion¹ um rechtliche oder politische Institutionen handele und ob Verfassungsrechtsprechung eine rechtliche oder eine politische Tätigkeit sei. In den USA ist die Frage so alt wie das Urteil des Supreme Court im Fall *Marbury v. Madison* aus dem Jahr 1803, in dem sich das Gericht die Befugnis zur Normenkontrolle beilegte. In Europa setzte die Diskussion mit der Errichtung des ersten spezialisierten Verfassungsgerichts in Österreich im Jahr 1920 ein. Die Debatte, die Hans Kelsen und Carl Schmitt in der Weimarer Republik über die Verfassungsgerichtsbarkeit führten, zieht in ihrer Grundsätzlichkeit noch immer das Interesse auf sich.²

Wie damals sind die Ansichten auch heute geteilt. Mit der Verfassungsgerichtsbarkeit beschäftigt sich sowohl die Rechtswissenschaft als auch die Politikwissenschaft. Während die Politikwissenschaftler in ihrer Mehrheit die Verfassungsgerichtsbarkeit für eine politische Institution halten, ist das bei Rechtswissenschaftlern tendenziell anders. Dass Gerichte und Richter auf der rechtlichen Natur von Verfassungsrechtsprechung bestehen, kann nicht überraschen. Aber auch die Mehrzahl der Rechtswissenschaftler neigt dieser Ansicht zu. Für die angelsächsische Welt gilt das allerdings nicht in gleicher Weise. Dort gehen auch zahlreiche Juristen davon aus, dass es sich bei der Verfassungsrechtsprechung um Politik in rechtllichem Gewand handele.

Dass die Antworten auf diese Frage so weit auseinanderfallen, gibt Anlass zu Zweifeln, ob sie richtig gestellt ist. Könnte es sein, dass sich Recht und Politik bei der Ausübung verfassungsgerichtlicher Kontrolle nicht ausschließen, sondern nebeneinander bestehen mit der Folge, dass jede Disziplin einen wichtigen Aspekt ihres Gegenstands übersieht, wenn sie auf der Dichotomie beharrt? Haben womöglich beide Disziplinen Recht, aber nur zum Teil? Es ist unbezweifelbar, dass Verfassungsgerichte eine wichtige politische Rolle spielen, wenn sie über die Verfassungsmäßigkeit politischer Maßnahmen entscheiden. Ebenso offensichtlich ist aber, dass sich die Tätigkeit von Verfassungsrichtern von derjenigen von Politikern unterscheidet und dass gerade in ihrer Spezialisierung auf Rechtsfragen die entscheidende Differenz liegt.

Das spricht für eine Differenzierung der Frage, ob Verfassungsrechtsprechung rechtlicher oder politischer Natur ist. Statt pauschal nach dem Ob zu fragen, sollte man dem Inwiefern genauer nachgehen. Dabei empfiehlt es sich, zwischen der Institution der Verfassungsgerichtsbarkeit und der ihr zugeordneten Funktion einerseits und einzelnen Verfassungsgerichten andererseits zu unterscheiden, die sich durchaus funktionswidrig verhalten können. Von den Gerichten sind wiederum ihre Urteile zu trennen, die unabhängig davon, ob die Institutionen sich funktionsgemäß

¹ Im Folgenden wird vereinfachend von Verfassungsgerichten gesprochen.

² Hans Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 5 (1929), S. 30; Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Archiv des öffentlichen Rechts, NF 16 (1929), S. 161; ders., *Der Hüter der Verfassung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1931; Kelsen, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, Berlin: Rothschild, 1931.

oder funktionswidrig verhalten, auf ihren rechtlichen oder politischen Charakter untersucht werden können. In diesem Beitrag liegt der Schwerpunkt auf Institution und Funktion der Verfassungsgerichtsbarkeit, soweit sie funktionsgerecht ausgeübt wird.

Was ist also politisch an der Verfassungsgerichtsbarkeit? Mit Sicherheit ihr *Gegenstand*. Verfassungsgerichte haben die Aufgabe, die Vorschriften der Verfassung durchzusetzen. Die Verfassung wiederum ist dasjenige Recht, welches sich auf die Einrichtung und Ausübung politischer Herrschaft bezieht. Sie legt nicht nur die politische Grundstruktur eines Landes fest, sondern leitet und begrenzt auch politisches Handeln. Politische Entscheidungen können nur dann Geltung beanspruchen, wenn sie mit der Verfassung vereinbar sind. Die Gegenstände verfassungsgerichtlicher Kontrolle sind daher zwangsläufig politische Handlungen oder Unterlassungen, in der Regel Akte der obersten Staatsorgane einschließlich derjenigen, die ihre Legitimation vermittelt durch Wahlen direkt vom Volk ableiten.

Allerdings sind nicht alle Entscheidungen von Verfassungsgerichten und noch weniger von obersten Gerichten mit verfassungsgerichtlicher Funktion politisch in diesem Sinn. Nur diejenigen Verfassungsgerichte, deren Zuständigkeit auf die Normenkontrolle beschränkt ist, haben es stets mit politischen Materien zu tun. Bei Gerichten mit weiteren Befugnissen betrifft dagegen nicht jeder verfassungsrechtliche Fall Handlungen der höchsten politischen Organe. Viele verfassungsrechtliche Rechtsbehelfe, namentlich die Individualbeschwerde, richten sich gegen Akte der Verwaltung oder Entscheidungen anderer Gerichte. Es ist jedoch die relativ kleine Zahl hochpolitischer Fälle, die das Bild der Verfassungsgerichte in der Öffentlichkeit prägt und der Vorstellung von dem politischen Charakter der Verfassungsrechtsprechung Nahrung gibt.

Unweigerlich politisch ist ferner die *Wirkung* verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, soweit ihr Gegenstand politisch ist. Ob ein mit Mehrheit im Parlament verabschiedetes Gesetz in Kraft treten kann oder nicht, ist von beträchtlicher politischer Bedeutung. Das Gleiche gilt, wenn ein Verfassungsgericht darüber entscheidet, ob das Parlament einen von der Regierung abgeschlossenen internationalen Vertrag ratifizieren darf. Selbst der Exekutive vorbehaltene Akte wie die Entscheidung, sich an Friedensmissionen im Ausland zu beteiligen, können vom letzten Wort des Verfassungsgerichts abhängen. Entscheidungen über die Regeln des politischen Wettbewerbs wie etwa Wahlgesetze oder Gesetze über die Finanzierung von Wahlkämpfen haben enorme politische Konsequenzen. Nie war die politische Wirkung einer Gerichtsentscheidung offensichtlicher als im Fall *Bush v. Gore*.³

An der politischen Bedeutung der Verfassungsrechtsprechung ist also gar nicht zu zweifeln. Verfassungsgerichte können politisches Handeln unter Berufung auf die Verfassung sowohl verhindern als auch verlangen. Das ist keine Grenzüberschreitung, es ist der Sinn der Sache. Ein Verfassungsgericht, das politischen Fällen aus dem Weg ginge, verriete seine Aufgabe. Eine unpolitische Verfassungsgerichtsbarkeit gibt es nicht. Wer sich nicht damit abfinden kann, dass demokratisch getroffene Entscheidungen einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterzogen werden dürfen, muss Verfassungsgerichtsbarkeit insgesamt ablehnen, dann aber auch bereit sein, den Preis der praktischen Irrelevanz der Verfassung für das politische Geschäft zu zahlen. Verfassungsrecht setzt sich nicht von selbst durch, und wenn man seine Befolgung denen anheimstellt, an die es sich richtet, wird das Recht meist den Kürzeren ziehen.

³ *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000); 121 S. Ct. 525 (2000).

Die Untersuchung spitzt sich unter diesen Umständen auf die Frage zu, ob der *Vorgang* der Verfassungsrechtsprechung, also die Anwendung von Verfassungsnormen auf einen Streitfall, ebenfalls politischer Natur ist oder ob dieser als juristisch qualifiziert werden kann. Von der Antwort darauf hängt viel ab: Sollte sich die richterliche Entscheidungsfindung als politisch erweisen, würde dies die Rechtfertigung der Verfassungsgerichtsbarkeit wesentlich erschweren. Denn warum sollten politische Entscheidungen von großer Tragweite Akteuren anvertraut werden, die weder durch Wahlen legitimiert noch politisch verantwortlich sind? Umgekehrt würde aber auch die Errungenschaft der Verfassungsstaatlichkeit einen Rückschlag erleiden, wenn Verfassungsrecht nicht justiziabel wäre. Schließlich war es gerade die Ausweitung der Verfassungsgerichtsbarkeit in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts, die der Verfassung in vielen Ländern Bedeutung verlieh, in denen sie jahrzehntelang keine Rolle gespielt hatte.

Während sich der politische Charakter der ersten beiden Aspekte der Verfassungsrechtsprechung kaum leugnen lässt, ist dies bei dem dritten Aspekt, dem *Vorgang* der Rechtsprechung, anders. Ihrem Sinn nach ist sie Rechtsanwendung, also eine Tätigkeit, welche eine generell getroffene Vorentscheidung lediglich in konkreten Streitfall vollzieht. Dennoch regen sich Zweifel, weil die Vorentscheidung, die Verfassungsnorm, oft unklar ist und weil die Art und Weise, wie das verfassungsgerichtliche Urteil zustande kommt, intransparent erscheint. Offensichtlich ist allerdings, dass ein *Arenenwechsel* stattfindet, wenn ein politischer Akt vor einem Verfassungsgericht angegriffen wird. Es wechseln die Akteure, die Kriterien und das Verfahren. Die Politik wird vom Subjekt zum Objekt.

Waren die *Akteure* zuvor Politiker in den verschiedenen Rollen, in denen sie auftreten: als Regierung, Parlamentsmehrheit, Opposition usw., fallen sie nun aus der Rolle der Entscheidungsträger auf die Rolle von Antragstellern, Antragsgegnern, Äußerungsberechtigten zurück, während die Führung auf die Richter übergeht. Diese unterscheiden sich in vielerlei Hinsicht von Politikern: Sie sind professionelle Juristen. Die Anwendung von Rechtsnormen auf Sachverhalte ist ihr Metier. Ihr Amt erlangen sie üblicherweise nicht durch Volkswahlen. Deshalb müssen auch keinen Wahlkampf führen. Sie treten nicht mit einer Agenda an. Sie können nicht einmal aus eigener Initiative tätig werden, sondern müssen warten, bis ihnen Fälle vorgelegt werden. Bei der Entscheidung der Fälle sind sie nicht auf Konsens Dritter angewiesen.

Allerdings verdanken sie ihr Amt in der Regel einer politischen Entscheidung. Sie werden entweder vom Parlament gewählt oder vom Staatsoberhaupt oder dem Kabinett bestimmt; Misch- oder Zwischenformen, auch unter Beteiligung von Vertretern der Richterschaft oder des Juristenstandes, kommen vor. In jedem Fall hat die Politik aber einen erheblichen Einfluss auf das Personal der Höchstgerichte. Wegen der darin liegenden Gefahr für das ordnungsgemäße Funktionieren von Verfassungsgerichten enthalten Verfassungen häufig Schutzvorkehrungen, die verhindern sollen, dass die Wahl oder die Ernennung von Richtern allein in der Hand der regierenden Partei liegt. Übereinstimmung von Kontrolleur und Kontrolliertem führt leicht dazu, dass die Kontrolle untergraben wird.

Weiterhin schützt die Gewährleistung der Unabhängigkeit der Justiz vor der Politisierung der Gerichte. Einmal im Amt, sind Richter vor politischen Sanktionen geschützt. Sie sind weder weisungsgebunden noch können sie wegen ihrer Entscheidungen versetzt oder entlassen werden. Ihre Tätigkeit bleibt auf diese Weise von Wahlausgängen und Regierungswechseln unberührt. Die richterliche Unabhängigkeit ist mitnichten ein persönliches Privileg, sie existiert im Interesse des Rechts. Sie wird gewährleistet, damit Richter aufgrund rechtlicher Kriterien entscheiden können,

ohne Nachteile fürchten zu müssen. Richter, die ihre Bindung an das Recht missachten, können bestraft werden. Versuche, Gerichte für politische, religiöse oder wirtschaftliche Interessen zu instrumentalisieren, sind illegitim. Die Gewaltenteilung ist an dieser Stelle strenger als zwischen Legislative und Exekutive.

Auch die *Kriterien* der Entscheidungen ändern sich: Waren in der politischen Arena Parteiprogramme und Parteitagsbeschlüsse, Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit oder Bezahlbarkeit und nicht zuletzt der Auswirkung der Entscheidung auf die Wahlchancen von Parteien maßgeblich, so ist in der juristischen Arena das Verfassungsrecht entscheidend. Damit ist nicht gesagt, Verfassungsrecht spiele im politischen Prozess keine Rolle. Gewöhnlich kommt es aber nicht von Beginn an zum Tragen, sondern tritt als Korrektiv hinzu, nachdem der politische Wille gebildet worden ist. Die Politik wirft die Verfassungsfrage auf, um sich rückzuversichern, dass das politisch Erwünschte auch rechtlich zulässig ist. Im verfassungsgerichtlichen Prozess wird die politisch nachrangige Frage dagegen zur vorrangigen. Drohte im Hintergrund nicht die verfassungsgerichtliche Kontrolle, käme der Verfassungsfrage im politischen Prozess wahrscheinlich kein großes Gewicht zu.

Entsprechend ändert sich das *Verfahren*. Ziel des verfassungsgerichtlichen Verfahrens ist die Feststellung, was die einschlägigen Bestimmungen der Verfassung bezüglich der zur Überprüfung gestellten politischen Entscheidung bedeuten und was daraus rechtlich folgt. Dem Ziel gemäß handelt es sich um einen Prozess, in dem ausschließlich rechtliche Argumente zulässig sind. Es mag zwar zweifelhaft sein, was als rechtliches Argument gelten kann und was nicht. Unzweifelhaft ist aber, dass nicht-rechtliche Argumente unzulässig sind. Die Frage, ob eine politische Maßnahme klug, nützlich oder bezahlbar ist, spielt keine Rolle, es sei denn, sie kann als rechtlich relevanter Gesichtspunkt reformuliert werden. Ebenso ist es im gerichtlichen Verfahren irrelevant, ob sich ein Urteil für politische Parteien, Unternehmern, Kirchen usw. nachteilig auswirkt.

Es lässt sich also zumindest sagen, dass das Vorgehen des Gerichts nicht in dem Sinn politisch ist, wie die Tätigkeit politischer Parteien, des Parlaments, der Regierung, internationaler Konferenzen politisch ist. Damit ist allerdings die Frage nach dem politischen oder juristischen Charakter der Verfassungsrechtsprechung noch nicht beantwortet. Fest steht bislang ja nur, dass die politische Auseinandersetzung mit der Klage bei Gericht in ein anderes Stadium eintritt, in dem sie unter veränderten Bedingungen und verengt auf die verfassungsrechtlichen Aspekte fortgeführt wird. Offen ist dagegen noch die Frage, ob die juristischen Akteure, die nunmehr entscheiden, an die juristischen Kriterien, die nunmehr maßgeblich sind, so gebunden sind oder sich so an sie binden lassen, dass kein Raum für politische Erwägungen bleibt.

Die Frage nach dem politischen oder rechtlichen Charakter der Verfassungsrechtsprechung kann folglich auf den Prozess der gerichtlichen Entscheidungsfindung selbst eingegrenzt werden. Ist dieser trotz der politischen Bedeutung von Gegenstand und Wirkungen verfassungsgerichtlicher Entscheidungen als rechtliche Operation einzustufen? Die empirische Beobachtung stößt hier an ihre Grenzen. Das hängt mit der Eigenart des Vorgangs zusammen. Fast überall unterliegt der Prozess der richterlichen Entscheidungsfindung dem Beratungsgeheimnis, so dass es schwierig ist, Aufschluss über die Art und Weise zu gewinnen, wie Richter zu ihren Entscheidungen gelangen. Nur in einer sehr kleinen Anzahl von Ländern, wie z.B. in Brasilien, finden die Beratungen von

Gerichten öffentlich statt. Allerdings scheint in diesen Ländern die Beratung auch nicht der Ort der eigentlichen Entscheidungsfindung zu sein.⁴

Überdies spielt sich auch während der Beratung eines Falles ein Teil des Vorgangs in den Köpfen der Richter ab, so dass dem Beobachter bestenfalls richterliche Selbstdarstellungen zur Verfügung stehen, deren Verlässlichkeit aber zweifelhaft sein kann. Man würde von einem Richter kaum erwarten, dass er mitteilt, bei der Entscheidungsfindung von anderen als rechtlichen Motiven geleitet zu sein. Wegen dieser Intransparenz fließt in die wissenschaftliche Beschreibung richterlichen Verhaltens viel Spekulatives ein. Der wichtigste Teil der verfassungsgerichtlichen Tätigkeit, nämlich die Entscheidungsfindung, ob die Verfassung eine bestimmte politische Maßnahme erlaubt oder untersagt, bleibt für die Wissenschaft wie für die Öffentlichkeit eine *black box*.

Immerhin sind Teile des Prozesses der richterlichen Entscheidungsfindung zumindest einer indirekten Beobachtung zugänglich. Verfassungsgerichte müssen ihre Entscheidungen begründen und die Begründung veröffentlichen. Die Entscheidungsgründe werden als Erkenntnisakte, nicht als Willensakte dargestellt. In den Gründen erklärt das Verfassungsgericht, wie und warum sich sein Urteil aus der Verfassung ergibt. Common-Law-Länder gestatten weitergehende Einblicke, da auch die überstimmten Richter ihre Auffassung mitteilen können und so Rückschlüsse auf die interne Diskussion ermöglichen. Dies ist in Civil-Law-Ländern selten. Selbst dort, wo – wie in Deutschland – Sondervoten bei verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zulässig sind, wird diese Möglichkeit nicht häufig genutzt. Allein aus dem Fehlen von Sondervoten kann daher nicht etwa auf Einstimmigkeit geschlossen werden.

Es ist freilich bekannt, dass Herstellung und Darstellung einer Entscheidung auseinanderfallen können. In der Tat geht die Mehrheit der Politikwissenschaftler, aber auch eine ganze Reihe von Rechtswissenschaftlern vor allem in den Vereinigten Staaten, davon aus, dass Richter bei der Entscheidungsfindung anders handeln als sie in der Urteilsbegründung vorgeben. Sie werden als strategische Akteure betrachtet, die sich von persönlichen oder institutionellen Eigeninteressen, subjektiven Werten oder politischen Präferenzen leiten lassen. Nachdem die Entscheidung auf dieser Basis getroffen sei, würde sie so dargestellt, als ergäbe sie sich zwingend aus den Bestimmungen der Verfassung. Rechtlichen Regelungen kommt nach dieser Ansicht keine entscheidende Bedeutung für die richterliche Rechtsfindung zu. Dieser Ansatz wird als realistische Sichtweise auf das richterliche Verhalten beschrieben.

Ohne Zweifel gibt es Fälle, auf die diese Beschreibung zutrifft. Nicht jedes Gericht verhält sich funktionsgemäß. Wendet man sich einzelnen Gerichten zu, wird man gewiss Richter finden, die dem Recht wenig Beachtung schenken und stattdessen ihren eigenen Präferenzen oder Interessen folgen. Ebenso wird man Richter finden, die institutionelle Interessen der Justiz über richtige Rechtsanwendung stellen. Es mag auch Richter geben, die Konflikte mit mächtigen politischen Akteuren scheuen und sich bei der Beantwortung der aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragen nach den explizit geäußerten oder antizipierten Erwartungen der Politik richten. Beispiele hierfür sind in Geschichte und Gegenwart in hinreichender Zahl zu finden. Fraglich ist jedoch, ob solche Verhaltensweisen justiztypisch oder pathologisch sind.

⁴ Siehe Virgilio Afonso da Silva, *Deciding without Deliberating*, 11 I-CON 557 (2013).

Es gibt zumindest einen Politikwissenschaftler, der den „realistischen“ Ansatz entschieden ablehnt. Nachdem er die Entscheidungspraxis von acht Verfassungsgerichten untersucht hat, schreibt er: „Dieses Buch unterscheidet sich von den meisten Arbeiten von Politikwissenschaftlern über Gerichte, nicht weil ich andere Arbeiten für falsch halte, sondern weil für mich die juristische Argumentation im Vordergrund steht, die aus meiner Sicht die richterliche Tätigkeit ausmacht und die zentral für das Verständnis der Rolle ist, die Gerichte in komplexen Gesellschaften spielen. [...] Nach meiner Methode werden juristische Argumente ernst genommen, da diese zu den wichtigsten, wenn nicht sogar einzigen bestimmenden Faktoren gerichtlicher Entscheidungen zählen.“ Er bevorzugt diesen Ansatz, „weil es einfach unglaublich erscheint, dass so viele tausend professionell sozialisierte, fähige Männer und Frauen lügen oder sich selbst mit ihren Argumenten etwas vormachen sollten“.⁵

Das ist ein Plausibilitätsargument und als solches, verglichen mit empirischen Erhebungen, weniger überzeugend. Aber nicht jedes richterliche Verhalten lässt sich empirisch erfassen, und auch die Rechtsrealisten verfügen nicht über exklusive empirische Einsichten, sondern leiten ihre Erkenntnisse über richterliches Verhalten aus einer vorgefassten Prämisse, der *Rational-choice*-Theorie, ab. Es ist allerdings keineswegs klar, unter welchen Bedingungen, in welchem Umfang und in welchen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens der *Rational-choice*-Ansatz eine vollständige und zuverlässige Erklärung menschlichen Verhaltens verspricht. Hinzu kommt, dass Sozialwissenschaftler oft nicht mit der spezifisch rechtlichen Argumentation, also der Art und Weise, wie eine konkret-individuelle Entscheidung aus einer abstrakt-generellen Norm abgeleitet wird, vertraut sind und deswegen dazu neigen, sie zu unterschätzen, wie *Robertson* richtig bemerkt.

Die folgende Diskussion bezieht sich auf den Richter-Typus, den *Robertson* vor Augen hat, also denjenigen Richter, der sich ernsthaft bemüht, verfassungsrechtliche Fragen aufgrund seiner juristisch erlangten Überzeugung von dem Sinn einer Norm zu entscheiden. Dieses Richterbild ist nicht als Idealtypus, sondern als Realitätsbeschreibung gemeint. Es entspricht meiner eigenen Erfahrung als Mitglied eines solchen Gerichts.⁶ Die Karlsruher Richter versuchten stets, die Antwort auf eine verfassungsrechtliche Frage aus der Verfassung zu entwickeln. Ein Richter, der nicht in der Lage gewesen wäre, seine Auffassung mit rechtlichen Argumenten zu begründen, oder der politisch statt juristisch argumentiert hätte, wäre diskreditiert gewesen. Es war gang und gäbe, dass Mitglieder des Gerichts ihre ursprüngliche Vorstellung von der richtigen Lösung aufgrund der in der Beratung vorgebrachten Argumente änderten.

Das bedeutet freilich nicht schon das Ende der Diskussion, denn der Versuch, verfassungsrechtliche Streitfragen juristisch zu entscheiden, könnte vergeblich sein, etwa weil der Richter dem Verfassungstext nicht genügend Anhaltspunkte entnehmen kann, um einen Fall auf rein rechtlicher Grundlage zu entscheiden, so dass Raum für andere Erwägungen bleibt. Daher muss der Fokus noch einmal verengt und die Frage gestellt werden, ob und inwieweit der Prozess der Anwendung einer Verfassungsnorm auf einen Fall in sich selbst ein politischer Akt ist. Damit verlagert sich das

⁵ David Robertson, *The Judge as Political Theorist. Contemporary Constitutional Review*, Princeton: Princeton University Press, 2010, S. 21: “This book is rather different from most work by political scientists on courts, not because I think other work wrongly conceived, but because I am much more concerned with judicial argument, which I take to be the core of judges’ activity, and central to understanding the role courts play in complex societies. ... My method is to take judicial argument seriously as one of the major, if not the sole, determinants of the decisions courts make.” He prefers this approach “because it simply seems beyond credibility that so many thousands of professionally socialized able men and women should be lying or deluding themselves in their arguments”.

⁶ Vgl. „Ich bin ein Freund der Verfassung“. Dieter Grimm im Gespräch mit Oliver Lepsius, Christian Waldhoff und Matthias Roßbach, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

Problem von der Bereitschaft der Richter, sich von den Normen der Verfassung binden zu lassen, auf die Bindungsfähigkeit der Verfassungsnormen selbst.

Im Gegensatz zu Einzelweisungen, die sich auf eine bestimmte, bereits gegebene Situation beziehen und im Vollzug erschöpfen, gelten Rechtsnormen für eine unvorhersehbare Vielzahl zukünftiger Fälle. Deshalb müssen sie mehr oder weniger generell und abstrakt formuliert sein. Die Fälle, auf welche sie angewandt werden, sind dagegen stets individuell und konkret. Zwischen Norm und Fall tut sich daher eine Kluft auf. Das hat zur Folge, dass die Norm oft nicht umstandslos auf den Fall angewendet werden kann. Die Kluft muss vielmehr durch Auslegung überbrückt werden. Auslegung ist der Versuch festzustellen, was die abstrakte und generelle Norm für den individuellen und konkreten Fall bedeutet. In der Regel verlangt das vom Rechtsanwender, dass er aus der abstrakt-generellen Norm einen konkreteren Rechtssatz ableitet, der dann auf den Fall anwendbar ist.

Das kann je nach Alter und Bestimmtheit der Norm und Neuartigkeit und Komplexität des Falles schwerer oder leichter sein. Keine Rechtsnorm ist aber so klar, dass sie niemals Zweifel an ihrer Bedeutung für den Einzelfall aufkommen lässt. Ob eine Norm vage und unbestimmt formuliert ist, erkennt man beim Lesen des Normtextes. Ob eine Norm klar und eindeutig ist, kann hingegen nicht unabhängig vom Fall, auf den sie angewendet werden soll, festgestellt werden. Ein und dieselbe Norm kann im Hinblick auf einen Sachverhalt klar, auf einen anderen dagegen unklar sein. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass an der Bedeutung einer Norm für einen Fall keine vernünftigen Zweifel bestehen. Derartige Fälle kommen normalerweise aber gar nicht erst vor Gericht. Die meisten verfassungsgerichtlichen Verfahren entstehen gerade aus berechtigten Zweifeln an der Bedeutung von Verfassungsbestimmungen für den konkreten Fall.

Vage Rechtsnormen sind zudem im Verfassungsrecht häufiger als im Gesetzesrecht. Viele Verfassungsnormen sind Prinzipien und keine Regeln im Sinne von *Robert Alexys* Terminologie.⁷ Die Kluft zwischen Norm und Fall ist daher meist größer als beim einfachen Recht. Dem Richter, der die Verfassung auf Streitfälle anwendet, eröffnen sich also Interpretationsspielräume. Sie lassen zwar keine beliebigen Deutungen zu, denn jeder Spielraum hat Grenzen, erlauben aber mehr als nur eine akzeptable Deutung. Die Füllung der Spielräume ist kein rein kognitiver Vorgang. Die Auslegung einer Norm erschöpft sich nicht in der Aufdeckung eines Sinns, der bereits zum Zeitpunkt des Erlasses in ihr deponiert wurde. Der Normkonkretisierung ist auch ein kreatives Element eigen. Der konkretisierte Normsatz wird nicht einfach gefunden, sondern bis zu einem gewissen Grad konstruiert, allerdings so, dass er in einer Argumentationskette auf die Norm zurückgeführt werden kann.

Reicht diese Tatsache aus, um zu beweisen, dass die Anwendung von Verfassungsnormen auf konkrete Fälle von Natur aus politisch ist? Wenn es zuträfe, dass bereits dort, wo die Bestimmtheit der Norm endet, die Rechtsprechung beginnt, politisch zu werden, wäre nicht nur die Verfassungsrechtsprechung, sondern jede Rechtsprechung politisch. Dies ließe jedoch die verschiedenen Einschränkungen außer Acht, denen Rechtsanwender unterliegen. Wie der Bereich der Unbestimmtheit gefüllt und wie eine vage Norm auf den zu entscheidenden Fall anwendbar gemacht wird, ist nicht dem richterlichen Belieben überlassen, sondern wird selbst wieder rechtlich gesteuert. Die Spielräume verengen sich durch die juristische Dogmatik, also in Wissenschaft und

⁷ Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos, 1985, S. 71 ff.

Praxis herausgebildete und überwiegend geteilte Auffassungen von der „richtigen“ Auslegung, durch Präzedenzfälle und durch die Interpretationsmethode.

Mit der Dogmatik und mit Präzedenzfällen steht dem Rechtsanwender ein Speicher bewährter und anerkannter Interpretationen von Rechtsnormen und -begriffen zur Verfügung, auf den er für die Lösung wiederkehrender Rechtsprobleme zurückgreifen kann, anstatt bei jedem Fall gänzlich neue Lösungen entwickeln zu müssen. Juristische Methoden zeigen Wege auf, wie unbestimmt formulierte Normen rational konkretisiert werden können, ohne dass die Normbindung aufgegeben würde. Es ist eine der Aufgaben von Methodenlehren, rechtliche von nicht-rechtlichen Argumenten zu scheiden. Die juristische Ausbildung besteht zum Großteil darin, Studenten mit Dogmatik und Präzedenzfällen vertraut zu machen und ihnen die Fähigkeit zu einem objektivierten, rationalen Umgang mit Rechtsnormen zu vermitteln, die keiner unmittelbaren Anwendung auf einen konkreten Fall fähig sind.

Das dogmatische und methodologische Arsenal der Juristen ist reichhaltig. Die einschlägige Norm steht nicht für sich, sondern ist Teil eines größeren Normzusammenhangs. Oftmals liefert dieser systematische Zusammenhang weitere Informationen über die Bedeutung einer Vorschrift. Gleiches gilt für die Frage nach dem Zweck einer Norm. Gesetzgebung ist eine zweckgerichtete Tätigkeit. Jede Norm wird mit Blick auf eine bestimmte Wirkung geschaffen, die sie in der Realität entfalten soll. Ein Blick in die Gesetzgebungsgeschichte kann daher aufschlussreich sein. Wollte man alle rechtlichen Instrumente beschreiben, die helfen, den Sinn von Normen zu ermitteln, müsste man hier eine Methodologie der Verfassungsinterpretation einschieben.

Freilich binden weder Dogmatik noch Rechtsmethoden den Richter in der gleichen autoritativen Weise wie der Text der Norm. Dogmatik und Methodik sind das Ergebnis eines fortdauernden Prozesses der Arbeit am Recht, an dem Wissenschaftler und Praktiker beteiligt sind. Dieser Prozess ist selten unumstritten und nie abgeschlossen. Verschiedene Methoden konkurrieren miteinander, und das Ergebnis eines Rechtsstreits kann von der Methode abhängen, die das Gericht bevorzugt. Die Grenze zwischen rechtlichen und nicht-rechtlichen Argumenten kann von verschiedenen Methodenlehren unterschiedlich gezogen werden. So wurden teleologische Argumente etwa lange Zeit als nicht-rechtliche Argumente angesehen. Für die eine methodologische Schule ist die Anpassung alter Normen an moderne Herausforderungen Politik, für eine andere Recht.

Dessen ungeachtet sind sie rechtliche Methoden. Jede von ihnen formuliert Voraussetzungen, unter denen die Interpretation einer Norm Anspruch auf rechtliche Richtigkeit erheben kann. Aber da es keine externe Instanz gibt, die entscheiden könnte, welche Dogmatik und welche Methode die richtige ist, muss man schließen, dass es immer mehrere Interpretationen geben wird, ohne dass gesagt werden könnte, welche davon richtig und welche falsch ist. Fälle, in denen lediglich eine einzige Normauslegung Richtigkeit beanspruchen kann, sind seltene Ausnahmen. Für die überwiegende Mehrheit der Fälle, und sicherlich für diejenigen, die zum Gegenstand verfassungsrechtlicher Streitigkeiten werden, gibt es mehr als eine Lösung, die rechtlich vertretbar ist.

Dies darf jedoch nicht zu der Annahme eines „anything goes“ verleiten. Es gibt Interpretationen, die eindeutig falsch sind, und zwar unabhängig davon welche Dogmatik oder Methode vorherrscht. „Falsch“ bedeutet in diesem Fall, dass die Interpretation außerhalb des Spielraums möglicher Interpretationen liegt. Befindet sich die Interpretation innerhalb dieses Spielraums, dann sind Meinungsverschiedenheiten zwischen Richtern über die richtige Lösung immer noch rechtliche

Meinungsverschiedenheiten. Es bleibt aber dabei, dass die Begrenzung des Normgehalts und das Auffüllen des Raums, den eine Norm für die Interpretation belässt, dem Richter Entscheidungen abfordert, die nicht vollständig durch den Text der Norm determiniert sind.

Dies ermöglicht eine letzte Eingrenzung des Problems. Die Frage ist nun, was die Wahl zwischen verschiedenen rechtlich möglichen Lösungen bestimmt. Schlagen dort endlich politische Überzeugungen, Parteaaffiliationen, Eigeninteressen ungehindert durch? Soziologen, die Licht in die *black box* zu bringen versuchen, indem sie die Sozialdaten von Richtern erheben, scheinen das anzunehmen. Aber die Frage nach dem Elternhaus, der Religionszugehörigkeit, dem Familienstand, den Besitzverhältnissen und was sonst noch interessenbegründend sein mag, wäre ja nur dann aussagekräftig, wenn zwischen diesen Merkmalen und dem Entscheidungsverhalten eine Kausalbeziehung bestünde, wenn also ein katholischer Richter immer zugunsten der Kirche, ein Unternehmersohn gegen die Gewerkschaften, ein Hauseigentümer zugunsten der Vermieter urteilte.

Diesen Vulgärsoziologismus kann man auf sich beruhen lassen. Ernster ist dagegen jene soziologische Theorie zu nehmen, die zur Erklärung richterlichen Verhaltens nicht bei den subjektiven Interessen individueller Richter, sondern den objektiven Interessen ihrer Institution, der Justiz, ansetzt. Richter bestimmen und füllen danach den Interpretationsspielraum, den eine Norm lässt, in der Weise, dass ihre eigene Macht wächst. Das kann vorkommen. Doch unterschätzen diese Theorien die Eigenlogik des Rechtssystems und die relative Autonomie rechtlicher Prozesse. Sie unterscheiden auch nicht genügend zwischen Absicht und Wirkung. Die Absicht einer professionellen Behandlung von Rechtsfragen ist es, den Geltungsanspruch von Rechtsnormen bestmöglich einzulösen. Die Wirkung ist häufig eine Ausdehnung der Kontrollbefugnis des Gerichts.

Die Bestimmung und Füllung des Interpretationsspielraums macht also Entscheidungen nötig, die vom Normtext nicht völlig determiniert sind und deswegen ohne Verstoß gegen die Norm so oder anders ausfallen können. Wie kommen diese zustande? Vor allem sind es Vorverständnisse und Hintergrundannahmen, welche die Normkonkretisierung im Unbestimmtheitsbereich anleiten. Sie sollten nicht vorschnell für rein subjektiv gehalten werden. Viele sind überindividueller Natur. Zeitströmungen wie zum Beispiel veränderte Einstellungen etwa zu Geschlechterrollen oder sexueller Orientierung spielen eine Rolle und beeinflussen die Auslegung des höchst offenen Gleichheitssatzes. Verfassungsgerichte stehen nicht außerhalb der Gesellschaft, für die sie Recht sprechen. Sie sind dem Wandel der Anschauungen ebenso ausgesetzt wie sie auf ihn einwirken.

Hintergrundannahmen können auch bestimmte Grundauffassungen über eine gerechte Gesellschaftsordnung betreffen, etwa die Frage, was dem Markt überlassen werden kann und was der Staat in eigene Regie nehmen muss. Sie können bedeutsam werden, wenn es darum geht, Beschränkungen der wirtschaftlichen Grundrechte verfassungsrechtlich zu beurteilen. Hintergrundannahmen können sich auf die Funktion von Verfassungen beziehen. Bilden sie lediglich eine Rahmenordnung der Politik oder enthalten sie Handlungsvorgaben für die Politik? Zu den Hintergrundannahmen kann ferner die Einstellung von Richtern zu ihrer eigenen Funktion im politischen System gehören und zum Beispiel für die Frage nach „judicial activism“ oder „judicial self-restraint“ bedeutsam werden.

Jeder Richter steht unter dem Imperativ, juristisch richtig zu entscheiden, ohne dass aber die Richtigkeit im Verfassungstext abschließend vorausbestimmt ist. Jeder Richter muss daher anerkennen, dass diejenigen, welche zu einem anderen Ergebnis kommen als er selbst, deswegen

nicht notwendig juristisch falsch oder gar unjuristisch entschieden haben. Aus diesem Grund sind strittige Urteile oder Sondervoten kein Beweis dafür, dass es in Wahrheit gar nicht ums Recht geht. Über die richtige Deutung des geltenden Rechts kann legitimerweise gestritten werden. Die Gesellschaft darf ihre Gewissheitserwartungen an das Recht nicht unrealistisch überziehen. Die Rechtsgewissheit ist in der Regel nicht schon mit der Inkraftsetzung der Norm erreicht, sondern wird erst in der Anwendung auf den Fall vollendet.

Vorverständnisse und Vorstellungen wie die genannten sind unvermeidlich, solange das Urteilen nicht Robotern überlassen werden kann. Obwohl diese Annahmen nicht in einem engeren, textlichen Sinn rechtlich sind, kann man sie doch nicht einfach als außerrechtlich abtun. Sie sind durch die Aufgabe veranlasst, den Sinn einer Verfassungsbestimmung zu ermitteln, und sind in den Prozess der Verfassungsauslegung und Fallentscheidung integriert. Die Vorverständnisse oder Vorstellungen von der gesellschaftlichen Realität, in der die Normen ihre Wirkung entfalten sollen, fließen nicht umstandslos in die Rechtsfindung ein, sondern beeinflussen diese nur in einer normativ vermittelten und kanalisierten Art und Weise. Darüber hinaus werden subjektive Neigungen durch den Umstand abgemildert, dass die Interpretation einer Norm ein kollektives Unterfangen ist. Alle angeführten Argumente müssen von der Gruppe als rechtlich relevant akzeptiert werden.

Freilich lässt sich nie ausschließen, dass auch Verfassungsgerichte, die ihre rechtliche Funktion ernst nehmen, die schwer definierbare Grenze zwischen Verfassungsinterpretation und Verfassungsänderung überschreiten oder außer Tritt mit der Gesellschaft geraten, in deren Namen sie Recht sprechen. Dies macht Korrektive notwendig. Hierzu gehört die kritische Beobachtung durch die Rechtswissenschaft, die die Rechtsprechung auf ihre rechtliche Plausibilität und ihre logische Konsistenz hin prüft. Ein weiteres Korrektiv bildet die öffentliche Debatte, der die Richter durch die Medien ausgesetzt sind. Das heißt nicht, dass die Richter ihre Entscheidungen an der öffentlichen Meinung ausrichten sollten, wohl aber dass sie aufgefordert sind, ihr Verhalten stets kritisch zu reflektieren.

Solche Einflüsse verfehlen keinesfalls ihre Wirkung auf die Verfassungsrichter. Richter wissen um die besondere Verletzlichkeit von Verfassungsgerichten, die daraus folgt, dass die Adressaten ihrer Urteile die obersten Staatsorgane sind. Es gibt folglich kein übergeordnetes Vollstreckungsorgan wie in Angelegenheiten des einfachen Rechts. Letztlich sind jedoch Gegengewichte notwendig, um den Risiken zu begegnen, die Verfassungsgerichte im Hinblick auf demokratische Legitimation kollektiv verbindlicher Entscheidungen darstellen. Die Praxis der Verfassungsgerichte muss daher politisch korrigierbar sein. Das Korrektiv besteht indes nicht darin, dass die Politik Urteile außer Kraft setzen oder ignorieren dürfte. Im Rechtsstaat gibt es keine rückwirkende, sondern nur eine prospektive Korrektur von Verfassungsrechtsprechung. Das Mittel dafür ist die Verfassungsänderung.

ევროპის შედარებითი კონსტიტუციის ისტორიის ცნებები, მოდელები და ტრადიციები

მიხეილ შტოლაისი*

- I. სამართლის ისტორია და კონსტიტუციის ისტორია მეცნიერების ისტორიის თვალთახედვით.
II. ახალი პროექტები და ხედვები. III. შედარებითი კონსტიტუციის ისტორია.

I. სამართლის ისტორია და კონსტიტუციის ისტორია მეცნიერების ისტორიის თვალთახედვით

ისტორიული საკითხები, რომლებიც „Rechts- und Verfassungsgeschichte“-ის სახელითაა ცნობილი, წამოიჭრა XVI და XVII საუკუნეებში იურისპრუდენციისა და ისტორიოგრაფიის გამიჯვნის პროცესში. მეცნიერებათა განვითარების კვალდაკვალ აღბეჭდილი ეს ისტორიული პროცესი შუა საუკუნეების უნივერსიტეტებში ჩაისახა და 1800 წელს უნივერსიტეტთა რეფორმით დასრულდა. სამართლის ისტორია და კონსტიტუციის ისტორია ყოველთვის არ არსებობდა. ისინი წარმოადგენენ საკუთარი ისტორიის, მასში ჩაქსოვილი სამართლის კულტურის თანამედროვე გააზრების პროდუქტს; მაშასადამე, ორივე მათგანი ისტორიული ფენომენია.

მხოლოდ ისტორიული თვალსაზრისით აიხსნება ის გარემოება, რომ აღნიშნული საკითხები XVIII საუკუნიდან ისწავლება გერმანიაში, განსაკუთრებით კი თანამედროვე რეალობაში – სამართლის სკოლებში. ეს არ ხდება რაიმე იძულებით როგორც იურისპრუდენციის, ასევე ისტორიოგრაფიის მხრიდან.

რაც კიდევ უფრო მნიშვნელოვანია: არ არსებობს განსაკუთრებული სამართლის ისტორია და კონსტიტუციის ისტორია, მათ შორის არც მეთოდოლოგიური შეხედულებების კონსენსუსის სახით. სამართლის კულტურის განსხვავებული თანმიმდევრულობა საფუძველს უყრის სამართლისა და მისი ისტორიის ხელახალ გააზრებას.

მაშასადამე, სამართლის ისტორიის ფარგლებში მოქცეული მეცნიერების ისტორია არც უკუსვლის სევდიან ამბავს და არც ცალსახა პროგრესის შესახებ მონათხრობს უნდა ჰგავდეს. მან უნდა ცხადდეს, როგორ იწვევდა სამართლის კულტურის ირგვლივ კონტექსტთა ცვლა ისტორიისა და სამართლის ისტორიის შესახებ განსხვავებული კონცეფციების წარმოშობას. ასევე, მას უნდა შეეძლოს იმის განმარტება, როგორ გამოიყენებოდა სამართლის ისტორიის მხრიდან წამოჭრილი არგუმენტები მიღებული გადაწყვეტილებების მხარდასაჭერად და როგორი ცვლილებები შეიძლება განეცადა

* მაქს-პლანკის ინსტიტუტის ევროპული სამართლის ისტორიის ყოფილი დირექტორი და გოეთეს უნივერსიტეტის საჯარო სამართლისა და სამართლის ისტორიის პროფესორი-ემერიტუსი, მაინის ფრანკფურტი.

აკადემიურ დისციპლინას ფორმირებისას მას შემდეგ, რაც მისი საკითხები გარდაიქმნა დინამიურ პროცესად და ისეთი სხვადასხვა გარე ფაქტორის დახმარებით, როგორცაა პოლიტიკური იმედები, ცდუნებები და შემლუღვები. მეცნიერების ისტორია შანსს გვაძლევს, განვიხილოთ მოძველებული და თანამედროვე დებულებები თუ ვარაუდები, მათ შორის საკუთარი დებულებებისა და ვარაუდების ჩათვლით, მეტა საფეხურზე. სამუშაო ჰიპოთეზის თანახმად ითვლება, რომ მეცნიერული აღიარების მიზნები და თეორიათა ჩამოყალიბება დამოკიდებულია ზოგად კომუნიკაციაზე იმის შესახებ, თუ რისი ცოდნა არის მნიშვნელოვანი, რისი კვლევა გვეჩვენება მნიშვნელოვნად და რომელ ინსტიტუციურ ჩარჩოებში უნდა გადაეცეს იგი მომავალ თაობებს. კარლ კროეშელს საფუძვლიანი მიზეზი აქვს, როდესაც ამბობს: „სამართლის ისტორია, როგორც წარსულისკენ მიმართული ქმედება, თანამედროვე სამართლის ძალიან სწორად გააზრების სიმპტომაა“.¹

დისციპლინა სახელად „კონსტიტუციის ისტორია“ მოითხოვს „კონსტიტუციის“ ისტორიულ ფენომენთან გაიგივებას. კონსტიტუციონალიზაციის პროცესამდე, რომელშიც ჩვენ აქტიურ მონაწილეობას ვიღებთ, იგი ისტორიულ მიმდინარეობად არ მიიჩნევა და ის დრო, რომელიც მის ისტორიულ ელემენტად წარმოჩენისათვისაა საჭირო, შესაძლებელია გაიზარდოს კიდევაც. ეს საკითხი გერმანიაში XIX საუკუნის შუა პერიოდში იდგა დღის წესრიგში. კონსტიტუციის გარშემო მსჯელობა ორმოცდაათ წელზე მეტ ხანს გრძელდებოდა, დაწყებული ამერიკულით და დამთავრებული ფრანგული კონსტიტუციით (1791-1814 წწ.), დაწყებული 1818 წლის შემდეგ მიღებული სამხრეთგერმანული კონსტიტუციებით და 1830 წლის შემდგომი ბელგიის, საქსონიის, კურჰესენისა და ჰანოვერის კონსტიტუციებით და დამთავრებული 1848/49 წლის ეროვნული კონსტიტუციით. მათ შორის უკანასკნელი და შესაბამისად, მისი წარუმატებლობა, ძალიან მძიმე პოლიტიკური შემთხვევა იყო ყველა გერმანელისათვის. მას შემდეგ „კონსტიტუციის ისტორია“ („Verfassungsgeschichte“) ჩამოყალიბდა.

გერმანიაში, თუკი XVIII საუკუნეში საუბრობდნენ „რაიხის ისტორიაზე“ („Reichsgeschichte“), XIX საუკუნის დასაწყისში უკვე საუბარია „სახელმწიფოს ისტორიაზე“ („Staatsgeschichte“). ცნება „კონსტიტუციის ისტორია“ („Verfassungsgeschichte“) მხოლოდ XIX საუკუნის შუა ხანებში გახდა ცნობილი (ჯორჯ უაიტსი), თუმცა ის, ჯერ კიდევ, არ იყო დანერგილი იურისტთა სანვრთნელ პროგრამებში. ეს მოხდა მხოლოდ მაშინ, როდესაც 1935 წელს ნაციონალ-სოციალისტებმა საუნივერსიტეტო პროგრამის სახით წარადგინეს „თანამედროვე კონსტიტუციის ისტორია“ („Verfassungsgeschichte der Neuzeit“), რომელიც „თანამედროვე სამოქალაქო სამართლის ისტორიის“ („Privatrechtsgeschichte der Neuzeit“) პარალელურად სავალდებულო ლექციათა რიცხვში შედიოდა.²

¹ K. Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte 1 (until 1250), 10. Aufl. Opladen 1992, 10.

² Regarding one of the most influential protagonists see K. A. Eckhardt, Das Studium der Rechtswissenschaft, Hamburg 1935; concerning the role of the most important figure see E. Grothe, Verfassungsgeschichte als „politische Wissenschaft“. Carl Schmitt „über die neuen Aufgaben“ und die Deutung der deutschen Verfassungsgeschichte im Nationalsozialismus, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 29 (2007) 66-87; see R. Frassek, Weltanschaulich begründete Reformbestrebungen für das juristische Studium in den 30er und 40er Jahren, in: Zeitschrift für

1945 წლის შემდეგ ახალი სასწავლო საგანი, მისი მნიშვნელობის გათვალისწინებით, ისევ პროგრამაში რჩებოდა. დღესდღეობით გერმანიაში არსებობს კონსტიტუციის ისტორიის შესახებ მრავალი სახელმძღვანელო, რომელთაც მოკლედ მიმოვიხილავ, ვინაიდან ისინი საკითხის დღევანდელ მდგომარეობაზე მოგვითხრობენ:

შედარებით მოძველებული ნაშრომები კონსტიტუციის ისტორიის შესახებ (Carl Bornhak, Fritz Hartung, Ernst Forsthoff) დღესდღეობით ნაკლებად გამოიყენება, მიუხედავად იმისა, რომ ისინი საინტერესოდ გადმოსცემენ ამბავს. ფრიც ჰართუნგმა კონსტიტუციის ისტორიის შესახებ 30-იან წლებში მოგვითხრო როგორც ისტორიკოსმა, ოტო ჰინცის სტუდენტმა და, თავის მხრივ, გერჰარდ ოსტრეიხის მასწავლებელმა. კონსტიტუციის ისტორიის ცნების მისეული ინტერპრეტაცია საკმაოდ ფართო აღმოჩნდა – იგი კონცეპტუალურად მოიცავდა აღმინისტრაციულ ისტორიასაც და „ეროვნულ“ დონეზე აღიქმებოდა.³ იგივე ითქმის, რამდენიმე შესწორებით, ერნსტ ფორშოფზე. ომის დროს დანერგილი მისი მცირეტანიანი სახელმძღვანელო რამდენჯერმე გამოქვეყნდა ომის შემდგომ პერიოდში.

მეორე მსოფლიო ომის დასრულების შემდეგ ერნსტ რედლოფ ჰუბერმა დაწერა მონუმენტური ნაწარმოები „გერმანიის კონსტიტუციის ისტორია 1789 წლიდან“, რომელიც თითო 1000 გვერდიან, შვიდ თავად გამოქვეყნდა.⁴ პირობები, რომლებშიც იგი იქმნებოდა, საკმაოდ გამორჩეული იყო. როგორც ნაციონალ-სოციალისტური სისტემის ყოფილი თანამშრომელი, დიდი ხნის განმავლობაში ჰუბერი იყო *persona non grata* ფედერალურ რესპუბლიკაში. მან ამ ნაწარმოების შექმნას ოთხი ათეული წელი მიუძღვნა.⁵ ჰუბერს ჰქონდა ყოვლისმომცველი მიდგომა ცნებისადმი „კონსტიტუცია“ და მასში გულისხმობდა გერმანიის პოლიტიკურ (სოციალურ, ეკონომიკურ და კულტურულ) „სახელმწიფოს“. მის წიგნში შემავალ მასალათა სიმდიდრე მართლაც რომ შთამბეჭდავია. მისი მონათხრობი შეუცვლელი რესურსია ყველა მის შემდგომ მოღვაწე მკვლევართათვის. მისი ინტერპრეტაცია კონსერვატიული და ჰარმონიულია, იგი შეიცავს მინიშნებებს ჰეგელის ისტორიის ფილოსოფიიდან. ის უფრო დადებითად აფასებს XIX საუკუნის კონსტიტუციურ მონარქიას, ვიდრე ზოგადად ჩვენ, დღესდღეობით.⁶

სასწავლო მიზნებისათვის შექმნილი შესავალი კურსები დეტალურ დაკვირვებას არ საჭიროებს.⁷ ზოგიერთ შემთხვევაში, ისინი არ წარმოადგენენ ორიგინალს და ზოგიერთი

Rechtsgeschichte Germanistische Abt. 111 (1994) 578 ff.; id., Juristenausbildung im Nationalsozialismus, in: Kritische Justiz 37 (2004) 85-96.

³ E. Grothe, Zwischen Geschichte und Recht. Deutsche Verfassungsgeschichtsschreibung 1900-1970, Munich 2005, 105 ff.

⁴ E. R. Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, 8 vols., Stuttgart 1957-1982.

⁵ Grothe (Anm. 3), 165 ff. (the reforms of legal education 190 ff.); id., Eine ‚lautlose‘ Angelegenheit? Die Rückkehr des Verfassungshistorikers Ernst Rudolf Huber in die universitäre Wissenschaft nach 1945, in: Zeitschrift für Geschichtswissenschaft 47 (1999) 980-1001; id., „Strengste Zurückhaltung und unbedingter Takt“. Der Verfassungshistoriker Ernst Rudolf Huber und die NS-Vergangenheit, in: E. Schumann (Hg.), Kontinuitäten und Zäsuren. Rechtswissenschaft und Justiz im „Dritten Reich“ und in der Nachkriegszeit, Göttingen 2008, 327-348.

⁶ R. Walkenhaus, Konservatives Staatsdenken. Eine wissenssoziologische Studie zu Ernst Rudolf Huber, Berlin 1997.

⁷ E. W. Boeckenoerde (ed.), Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815-1914), Cologne 1981; H. Boldt, Deutsche Verfassungsgeschichte, vol. 2: Von 1806 bis zur Gegenwart, 2nd ed. Munich 1993; M. Botzenhart, Deutsche

მათგანი დასრულებულიც კი არ არის. არც ერთი მათგანი არ მიმართავს შედარებით, ევროპულ მიდგომას. მხოლოდ ღიტერ გრიმი ეხება ამერიკულ და ფრანგულ წინვლებს იმგვარად, რომ ეს შედეგები გერმანიაზეც შეიძლებოდა ასახულიყო, მაგრამ, სამწუხაროდ, მისი მცირეტანიანი წიგნი 1866 წელზე მთავრდება.⁸ ამჟამად გერმანიის კონსტიტუციის ისტორიის საუკეთესო მიმოხილვა ღიტმარ ვილოვაითს⁹ ეკუთვნის (მეექვსე გამოცემა, 2009). იგი დაინერა სამართლისმცოდნე ისტორიკოსის მიერ, რომელმაც საკუთარი კვლევით კარგად შეისწავლა შუა საუკუნეები, განსაკუთრებით კი ადრეული ახალი პერიოდი, თუმცა, ასევე აგრძელებდა თავის კვლევებს ფედერალური რესპუბლიკის სამართლის ისტორიის კვალდაკვალ. მან შეადგინა ძალიან მოკლე აღწერა, რომელიც ცხადყოფს მის სიახლოვეს ლიტერატურასთან და ვინრო ნაციონალიზმისგან თავისუფლებას. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, დღეს გერმანიაში კონსტიტუციის ისტორიაზე საკმარისი წიგნები მოგვეპოვება, ვილოვაითის განსაკუთრებულად კარგი ანგარიშის ჩათვლით, მაგრამ, მაგალითისათვის, არ გვაქვს რ. ს. ფონ კანეგემის (გენტი) წიგნის მსგავსი შედარებითი ისტორიული შესავალი დასავლურ საკონსტიტუციურ სამართალში.¹⁰ მიუხედავად ამისა, ლიტერატურის მიმოხილვას დავასრულებ ისტორიკოსების ბოლოდროინდელი ორი საინტერესო პუბლიკაციის აღნიშვნით. ფრაიბურგელმა ისტორიკოსმა ვოლფგანგ რაინჰარდმა დაწერა ევროპის შედარებითი კონსტიტუციის ისტორია უძველესი დროიდან დღემდე.¹¹ წიგნს ბრწყინვალე გამოხმაურება მოჰყვა და ავტორიც (ჩემი აზრით, დამსახურებულად) დაჯილდოვდა გერმანელი ისტორიკოსების პრემიით. რაინჰარდი აღწერს ევროპის „სახელმწიფოების“ განვითარების გზას, როგორც მმართველობის სტრუქტურის თანდათანობით ცვლილებას შუა საუკუნეებიდან მოყოლებული. მისი ნაშრომი მოიცავს ფართო პანორამას: გერმანია, იტალია, საფრანგეთი, პორტუგალია, ესპანეთი, ინგლისი, დანია, შვედეთი, ბოჰემია, პოლონეთი და უნგრეთი. ის, ფაქტობრივად, სტრუქტურებს შორის პარალელს ავლებს, ვიდრე აპირისპირებს მათ ერთმანეთთან. წიგნი მთავრდება დღევანდელიობაზე მსჯელობით, სადაც ავტორი განიხილავს ისეთ აქტუალურ საკითხებს, როგორცაა ევროკავშირში გადასვლა გვაუწყებს თუ არა ევროპული სახელმწიფოების დასასრულს. წიგნის ერთ კრიტიკულ მენიშვნაში საუბარია იმაზე, რომ ავტორი საკითხს მეტწილად სახელმწიფოს თვალსაზრისით განიხილავს, ხოლო კოოპერატიულ მოძრაობას მცირე მნიშვნელობას ანიჭებს და უარყოფს ქალა-

Verfassungsgeschichte 1806-1949, Stuttgart 1993; H. Brandt, Der lange Weg in die demokratische Moderne: deutsche Verfassungsgeschichte von 1800 bis 1945, Darmstadt 1998; H. Fenske, Deutsche Verfassungsgeschichte: Vom Norddeutschen Bund bis heute, Berlin 1991; W. Frotscher – B. Pieroth, Verfassungsgeschichte, 5th ed., Munich 2005; D. Grimm, Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866, Frankfurt 1988; K. G. A. Jeserich – H. Pohl – G. Chr. von Unruh (ed.), Deutsche Verwaltungsgeschichte, 5 vols., Stuttgart 1983 ss.; O. Kimminich, Deutsche Verfassungsgeschichte, 2. ed. 1987; K. Kröger, Einführung in die jüngere deutsche Verfassungsgeschichte (1806-1933), Munich 1988; Chr. F. Menger, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 8th ed. Heidelberg 1993; R. Scheyhing, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, Cologne 1968.

⁸ D. Grimm, Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866, Frankfurt 1988.

⁹ D. Willoweit, Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands, 6th ed. Munich 2009.

¹⁰ R. C. van Caenegem, An Historical Introduction to Western Constitutional Law, Cambridge University Press, Cambridge 1995.

¹¹ W. Reinhard, Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart, 1999. See M. Stolleis, in: Ius Commune 27 (2000) 429-433.

ქებისა და საზოგადოების ფართო მასების, მაგ. გლეხების მნიშვნელობას. ეჭვგარეშეა, რომ ეს ასეა, მაგრამ ავტორის განზრახვა იყო არა „სრული“, არამედ უფრო „სახელმწიფო ხელისუფლების“ ისტორიის შექმნა. ერთგვარად, რაინჰარდის წიგნის პარალელურად სხვა ფრაიბურგელმა ისტორიკოსმა ჰანს ფენსკემაც გამოსცა ნაშრომი სათაურით „თანამედროვე კონსტიტუციური სახელმწიფო. შედარებითი ისტორია დასაბამიდან XX საუკუნემდე“.¹² ეს, ჩემი აზრით, ნაკლებად წარმატებული წიგნია, რადგან იგი არამხოლოდ „არაისტორიული“ მიდგომით გამოირჩევა (თანამედროვე კონსტიტუციური სახელმწიფო არის ისტორიის „საბოლოო მიზანი“), არამედ მეტწილად აღწერილობითი ხასიათისაა და ვოლფგანგ რაინჰარდის ნაშრომში ასახულ სიღრმეებს ვერ წვდება.

იურიდიული ფაკულტეტის სამართლის ისტორიკოსებს ჯერ არ შეუქმნიათ შედარებითი კონსტიტუციის ისტორია და დღეს ვერავის დავასახელებ, ვისაც შეუძლია ან სურვილი აქვს, ეს გააკეთოს.¹³ მიუხედავად ამისა, ჩვენ, რასაკვირველია, თავისუფლად შეგვიძლია განვიხილოთ, რას წარმოადგენს ასეთი ნაშრომი, რომელიც შექმნილია გერმანული გადასახედიდან და გერმანული ტრადიციების ფონზე. სანამ ასე მოვიქცევი, მსურს დღევანდელი სიტუაცია აღვწერო, როგორც ვხედავ.

II. ახალი პროექტები და ხედვები

ბოლო 30 წლის განმავლობაში ასეთი სახის ნაშრომის შექმნის პირობები საგრძნობლად გაუმჯობესდა. სულ რამდენიმე წლის წინ მმართველობისა და ადმინისტრაციის ფორმების ფართომასშტაბიანი ანალიზი სცადეს მაქს ვებერმა და უპირველეს ყოვლისა, ოტო ჰინცემ,¹⁴ რომელიც, ფაქტიურად, 1945 წლიდან არც არავის გაუგრძელებია. თუმცა, თუკი ვინმე ბოლო 30 წელს თვალს გადაავლებს, დაინახავს, რომ მთელმა ევროპამ მნიშვნელოვანი წინსვლა განიცადა.

ამჟამად უკვე შესაძლებელია, რომ ინსტიტუციური შედარებითი კვლევა შედეგების მყარ საფუძველზე დაშენდეს. აქ მხედველობაში მაქვს პარლამენტისა და სასამართლოს მრავალი კვლევა (პარიზის პარლამენტი, მეჰელენის დიდი საბჭო, იმპერიის კამერალური სასამართლო, შვედეთის უზენაესი სასამართლო), სახელმწიფო საბჭოების (conseils d'Etat), საარჩევნო სამართლის, ადგილობრივი თვითმმართველობისა და ადმინისტრაციის სხვა მრავალი ასპექტის კვლევები.¹⁵ ისტორიულმა მიდგომამ, რომელიც დღეს უფრო მეტად ორიენტირდება საზოგადოებრივ ისტორიაზე, ვიდრე უწინ, წარმოშვა ადგილობრივ სახელმწიფო მოხელეთა სფეროში მრავალი შედარებითი კვლევა, განსაკუთ-

¹² H. Fenske, *Der moderne Verfassungsstaat. Eine vergleichende Geschichte von der Entstehung bis zum 20. Jahrhundert*, Paderborn 2001. Also take note of my critical comment in *Ius Commune* 28 (2001) 347-350.

¹³ The most comprehensive document on legal history (not constitutional history) comes from U. Wesel, *Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart*, 2. Aufl. München 2001.

¹⁴ Grothe (Anm. 3) 55 ff.

¹⁵ Best survey by B. Diestelkamp (Hg.), *Oberste Gerichtsbarkeit und Zentrale Gewalt im Europa der Frühen Neuzeit*, Köln – Weimar – Wien 1996. See also *Festschrift für Diestelkamp zum 65. Geburtstag*, (ed. F. Battenberg and F. Ranieri), *Geschichte der Zentraljustiz in Mitteleuropa*, Weimar – Köln – Wien 1994.

რებით ისტორიულ „ბილგეფელდის სკოლაში“ (ჰანს-ულრიხ უელერი, იურგენ კოცკა).¹⁶

1992 წლიდან შევავრთვით და გამოვაქვეყნეთ დიდი ოდენობის მასალა „politia“-ს (polizia, policey) შესახებ ფრანკფურტის ევროპული სამართლის ისტორიის მაქს-პლანკის ინსტიტუტში. შევძელით, მოგვეცვა და შეგვედარებინა მრავალი ათასი საკანონმდებლო აქტი გერმანიიდან, ავსტრიიდან, შვედეთიდან, დანიიდან და შვეიცარიიდან.¹⁷ ევროპაში პოლიტიკური იდეებისა და სახელმწიფოს თეორიების შედარებითი ისტორიის გამოცოცხლება ხდება. მახსენდება ისეთი ავტორების ნაშრომები, როგორცაა მაგალითად, კვენტინ სკინერი კემბრიჯში, მიშელ სენელარი ლიონში, ენზო ა. ბალდინი ტურინში და ჯანფრანკო ბორელი ნეაპოლში. ეს არიან ადამიანები, რომელთაც თავი შესწირეს მაკიაველის იდეებს ევროპული მაკიაველიზმის პერიოდში.

იდეების ისტორია და ინტელექტუალური ისტორია მყარად ფეხმოკიდებულია.¹⁸ გერმანიაში დაარსებულია „პოლიტიკური აზროვნების ისტორიის“ ასოციაცია.¹⁹ მძაფრი ინტერესია მენტალიტეტების, კოლექტიური დამოკიდებულებების, სიმბოლოთა და სიმბოლიკური ქმედებების ისტორიის, რიტუალებისა და ცერემონიების მიმართ (მილოშ ვეჩი, ბარბარა შტოლბერგ-რილინგერი).

ადმინისტრირების ისტორიაზე შექმნილი ზოგადი ანგარიშებისა და მონოგრაფიების რაოდენობა იზრდება. გერმანიაში დიდი ხუთტომეული ნაშრომი Deutsche Verwaltungsgeschichte („გერმანული ადმინისტრაციული სამართლის ისტორია“) გამოქვეყნდა 1983 – 1988 წლებში. ფინეთსა (მადლობას ვუხდით ჰეიკი ულიკანგას საქმიანობისათვის) და დანიას (მადლობას ვუხდით დიტლევე ტამს კოპენჰაგენიდან) ასევე აქვთ თავიანთი სრული ადმინისტრაციული სამართლის ისტორია. იტალიაში არსებობს კიდევ ადმინისტრაციული სამართლის ისტორიის იტალიური ფონდი (FISA), ხოლო მილანში – „სახელმწიფო მმართველობის მეცნიერების ინსტიტუტი“. ფლორენციაში მაურიციო ფიორავანტიმ გამოსცა მნიშვნელოვანი ნაშრომი „საჯარო სამართლის მეცნიერება“ 2001 წელს. ბერნარდო სორდომ ადმინისტრაციული სამართლის ისტორიას სამი წიგნი მიუძღვნა (ვაიმარსა და ვენას შორის. სახელმწიფო მმართველობა და

¹⁶ See for example the broad debate around the last volume of Hans-Ulrich Wehler's last volume: Bundesrepublik und DDR, ed. P. Bahners und A. Cammann, Munich 2009.

¹⁷ M. Stolleis (Hrsg.), *Policey in Europe in the Early Modern Period*, Frankfurt 1996 with contributions to Italy, France, Spain, Bohemia and Moravia, Silesia, Hungary and Siebenbürgen, Poland, Netherlands, Switzerland, Denmark, Sweden and England. From the repertories the volumes concerning below mentioned territories are published: the Reich, Cologne, Mainz and Trier, Brandenburg-Preußen (2 vol.), the Wittelsbach territories (2 vol.), Württemberg and Baden (1 vol.), Hannover, Saxony (1 vol.), smaller territories (2 vol.), Denmark and Switzerland (2 vol.). The volume for Sweden is expected. – For the history of ideas see Thomas Simon, „Gute Policey“. *Ordnungsleitbilder und Zielvorstellungen politischen Handelns in der Frühen Neuzeit*, 2004. – Relating to the imperial free towns now see Karl Härter – Michael Stolleis (Hg.), *Repertorium der Polizeyordnungen der Frühen Neuzeit*. The repertories for Frankfurt am Main, Cologne and Ulm are published. Other repertories, around 15, will follow.

¹⁸ See, for example, Lutz Raphael / Heinz Elmar Tenorth (Ed.), *Ideen als gesellschaftliche Gestaltungskräfte im Europa der Neuzeit. Beiträge für eine erneuerte Geistesgeschichte*, München 2006.

¹⁹ Since 1991 a Yearbook „Politisches Denken“ is published in Stuttgart (J. B. Metzler), ed. by V. Gerhardt, H. Ottmann, M. P. Thompson. It is the annual review of the German Society for the Study of Political Thinking.

სამართლის თეორია ომისშემდგომ პერიოდში, 1987; სამართლიანობა და მმართველობა გათავისუფლებულ იტალიაში, 1985; ინტელექტუალური ადმინისტრირება, 1991). ჯულიო ჩანფეროტიმ გამოაქვეყნა თავისი ნაშრომის იტალიის ადმინისტრაციული ლიტერატურის ისტორიის პირველი ტომი 1998 წელს. პოლონეთში ერუი და ღოროთა მალეცებმა (კრაკოვი) რამდენიმე წიგნი გამოქვეყნეს პოლონეთის ადმინისტრაციული სამართლის ისტორიაზე. გერმანიაში ერკ ფოლკმარ ჰაიენი (გრაიფსვალდის უნივერსიტეტი) გვიღო მელისთან, უან-ლუი მესტრსა და სხვებთან ერთად ბოლო ათწლეულის მანძილზე აქვეყნებს ევროპული ადმინისტრაციული სამართლის ისტორიის წელიწადეულს. ესპანეთისა და სამხრეთ ამერიკისათვისაა, მაგალითად, ბართლომე კლავეროს წიგნი ბედნიერი კონსტიტუცია, კონსტიტუციური კულტურა და ენა, 2000. მაშასადამე, დაბეჭდვით შეიძლება ითქვას, რომ ამ სფეროში მდიდარი მასალა და ცოდნაა დაგროვებული. რასაკვირველია, ყველაფერი ერთად თავმოყრილი და მარტივი ხელმისაწვდომი არ არის. უმეტეს შემთხვევაში, ხალხს ენობრივი ბარიერი არ აძლევს იმის საშუალებას, რომ მასალა გამოიყენოს. არც რაიმე ევროპული ფორუმი ან ჟურნალი არსებობს ინფორმაციისა და იდეების გაცვლის უზრუნველსაყოფად. ბევრმა მკვლევარმა არც კი იცის ერთმანეთის არსებობის შესახებ. ამიტომაც, ვფიქრობ, ევროპულ დონეზე შედარებითი პროექტების დაარსების შესაძლებლობის განხილვისთვის სწორედ შესაფერისი დროა.

III. შედარებითი კონსტიტუციის ისტორია

რა ფორმა შეიძლება მიიღოს შედარებითი კონსტიტუციის ისტორიამ? რა მეთოდოლოგიური პრინციპები შეიძლება არსებობდეს ამგვარი დარგისთვის? ჰუმანიტარულ მეცნიერებათა ისტორიიდან ვიცით, რომ ისეთი დარგები, როგორცაა პოლიტიკის ისტორია, ეკონომიკური ისტორია, სოციალური ისტორია, იდეების, მენტალიტეტისა და კულტურის ისტორია ან უფრო კონკრეტულად – „რომის სამართლის ისტორია“, „ეროვნული სამართლის ისტორია“, „სამოქალაქო სამართლის ისტორია“, „საჯარო სამართლის ისტორია“ და, რა თქმა უნდა, „კონსტიტუციის ისტორია“ არ წარმოადგენენ ისეთ ფენომენს, რომელსაც „ბუნებაში“ შევხვდებით, არამედ უფრო მეტად უნივერსიტეტის სასწავლო პროგრამის პროდუქტს შეადგენენ. ძირითადად, ისინი არაუმეტეს ასი ან ასორმოცდაათი წლისანი არიან, ქმნიან სალექციო მოდულებს და ამგვარად, წარმოადგენენ ცალკეული პროფესორების კუთვნილ სფეროს, რომლებიც ყველანაირად ცდილობენ მათი, როგორც ოქროს საბადოს, თავისთვის შენარჩუნებას.

ამიტომაც, ევროპის ნებისმიერ შედარებით კონსტიტუციურ ისტორიასთან დაკავშირებული პირველი მოლოდინი მდგომარეობს იმაში, რომ ეს ხელოვნური პრეტენზიები გვერდზე გადაიდოს და განხორციელდეს „საერთო ისტორიის“ შექმნის მცდელობა. შედეგად, ცალკეულ ისტორიკოსებს შეეძლებათ, უფრო თავისუფლად გადანყვიტონ, რამდენად სურთ, რომ აღწერონ კონკრეტული მოვლენები პოლიტიკური, ეკონომიკური, ინტელექტუალური და კულტურული მიზნების თვალსაზრისით; სურთ თუ არა მათი

უკეთესად გაგების მიზნით ცალკეული დარგები მოიაზრონ ერთმანეთისგან დამოუკიდებელ სისტემებად და დაუშვან მათი ურთიერთქმედება; ან იქნებ ურჩევნიათ ციფრების სვეტის ან „გაჯერებული აღწერის“ წარმოდგენა ან თუნდაც პიროვნებასა თუ სტრუქტურაზე ყურადღების გამახვილება.

რა თქმა უნდა, „საერთო ისტორია“, პრაქტიკული მიზეზებიდან გამომდინარე, შეუძლებელია. ისტორიას ვერ წარმოვადგენთ 1:1-ზე მასშტაბით. ორივე, ავტორი და მკითხველიც უნდა იყოს ფრთხილი არჩევანის გაკეთებაში. წიგნის დასაწყისი ან ბოლო უნდა შეიცავდეს „ჰიპოთეზებსა“ და „თეზისებს“, რათა მოხდეს ცხოვრების დაუსრულებელი მრავალფეროვნების გარკვეულ პერსპექტივაში მოქცევა იმისთვის, რომ წარმოსახვითი „მთლიანობა“ გასაგები გახდეს. სწორედ ამიტომ უნდა ვეძიოთ ნარატიული სტრუქტურები (და სტრუქტურები მრავალფეროვნების შესამცირებლად). საჭიროა ასევე ღროითი და გეოგრაფიული საზღვრების დაწესება. ამისთვის გამოვიყენებ შემდეგი ხუთი თეზისისგან შემდგარ ხერხს:

1. შედარებითმა ევროპულმა კონსტიტუციის ისტორიამ არ უნდა მიიღოს ბევრი ავტორის მიერ ერთობლივად შექმნილი მასიური ნაშრომის სახე. გამომცემლობებს მოსწონთ ისეთი მსხვილი კომპანიები, რომლებიც უზრუნველყოფენ საკმარისი რაოდენობის ხელმომწერებით, მაგრამ მათ მხოლოდ არაკეთილხმოვანებასთან, მასალის დიდ გროვასთან და ცარიელ სარედაქციო წინასიტყვაობასთან თუ მივყავართ. საბოლოოდ, არავინ ინტერესდება იმ ოცი ილუსტრირებული ტომის წაკითხვით, რომლებიც დასრულებულ შედეგს წარმოადგენენ. მხედველობაში მაქვს ერთი ავტორის ნაშრომი ან ერთობლივი პროდუქტი მცირე ჯგუფისგან შემდგარი ავტორებისა, რომლებიც თავს ერთ გუნდად მოიაზრებენ, ხვდებიან ერთმანეთს და ღიად აკრიტიკებენ ერთმანეთის ტექსტებს. ასეთ გუნდთან მუშაობა შესაძლებელს ხდის, რომ ნაშრომი მტკიცედ მიჰყვებოდეს საერთო დებულებას.

2. ღროითი საზღვრების დაწესება რთულია. ფრანგები უმეტესად 1789 წელს მიიჩნევენ ისტორიაში გამყოფ ეტაპად და მათი აზრით, სწორადაც იქცევიან. თუმცა სხვა ევროპელებს უფრო უჭირთ ამ თარიღის მიღება ისტორიაში უმნიშვნელოვანესი გარდამტეხი მოვლენის აღსანიშნად. რა თქმა უნდა, ისიც უნდა აღინიშნოს, რომ კონსტიტუცია, თანამედროვე გაგებით, მხოლოდ XVIII საუკუნის ბოლო მესამედიდან არსებობს. თუკი ვინმე კონსტიტუციის ისტორიას კლასიკური გაგებით გაიაზრებს, მაშინ მთავარი აქცენტი მოდის XIX საუკუნეზე, რომლის წინარე ისტორია იწყება თავისუფლებათა დიდი ქართით, ვირჯინიის კონსტიტუციაში შეტანილი პირველი ათი შესწორების სახით. მსგავსად, არსებობს ესპანური და პორტუგალიური კოლონიალური ისტორია და სამხრეთ ამერიკის დაარსების ეპოქა XIX საუკუნეში. სკანდინავიაში XVI და XVIII საუკუნეების მონარქია კონსტიტუციური პერიოდის მოსამზადებელ ეტაპად შეიძლება მოვიაზროთ. ხოლო გერმანიაში კი წმინდა რომაული იმპერიის ისტორია XVI საუკუნიდან მის დასასრულამდე – 1806 წლამდე წარმოადგენს საკუთარი კონსტიტუციური ეპოქის (ძალიან მნიშვნელოვან) წინამორბედს.

კიდევ ერთი არგუმენტი იმის სასარგებლოდ, რომ 1776 ან 1789 წლები მივიჩნიოთ გარდამტეხ მოვლენად, ის ფაქტია, რომ ეს პერიოდი თანამედროვეებისგან მართლაც მიჩნეული იყო, როგორც წარსულთან კავშირის განწყვეტის ეტაპი. სწორედ ამ თარიღით მოინიშნა შუა საუკუნეებით დათარიღებული ფეოდალური ეპოქის დასასრული, მესამე ფენიდან ცალკეული „ერების“ შექმნა და მემკვიდრეობით მიღებული უთანასწორობის თანდათანობითი მოშლა. ამ თარიღს უკავშირდება ბურჟუაზიული საზოგადოების დასაწყისი, მასთან დაკავშირებული უფლებები, ინდუსტრიული რევოლუცია და „სოციალური საკითხი“. დემოკრატიულობა და კანონის უზენაესობა, პარლამენტარიზმი და ადამიანის უფლებები – ყველაფერი ერთად მომდინარეობს ახალი დასაწყისიდან, რომელიც უკავშირდება 1789 წელს.

მიუხედავად ამისა, წლების განმავლობაში ვკამათობდი იმის შესახებ, რომ 1789 წლის გარდამტეხ მოვლენად აღიარება არ უნდა მომხდარიყო ნაჩქარევად. როგორც გერმანელები მიიჩნევენ, უწყვეტობა ბევრად უფრო მტკიცეა. გერმანიას არ გამოუცდია რევოლუცია საფრანგეთის მსგავსად. საჯარო მართვის სტრუქტურები ან ვითარდებოდა 1806 წლის შემდეგ, ან იცვლებოდა „ზემოდან მოწოდებული რეფორმებით“. ამ პერიოდისთვის დამახასიათებელია ანტიკური რეჟიმის სტრუქტურების, შუა საუკუნეების ხელოვნური გასართობებისა და სრულიად ახალი ელემენტების თანაარსებობა. ეს ასევე ეხება სხვა ბევრ ევროპულ სახელმწიფოს, რომლებსაც არ განუცდიათ „თოთხმეტი ივლისი“.

3. ამგვარად, უმჯობესი იქნებოდა არა მხოლოდ ერთმანეთის პარალელურად არსებული და მცირედ დაკავშირებული ეროვნული კონსტიტუციის ისტორიების ქრონოლოგიური აღწერის უზრუნველყოფა, არამედ ყურადღების გამახვილება რამდენიმე საკვანძო საკითხზე და მათი გადაწყვეტა საწყის წყაროებზე დაყრდნობით.

ამგვარი საკვანძო შეკითხვებია: როგორ განვითარდა თანამედროვე სახელმწიფო მთელ ევროპაში გავრცელებული ფეოდალური სისტემისგან? როგორ გაიმარჯვა „თანამედროვე სახელმწიფომ“ ევროპაში არისტოკრატიაზე, ეკლესიასა და ქალაქებზე? რა როლი ითამაშა მთელ ევროპაში მოქმედმა ძირითადმა კანონებმა (leges fundamentales) სახელმწიფოს ძალაუფლების შეზღუდვაში? ითამაშეს თუ არა მათ იგივე როლი ადრეულ თანამედროვე პერიოდში, როგორც ეს მოგვიანებით კონსტიტუციების შემთხვევაში მოხდა? რა პოლიტიკურმა და ეკონომიკურმა მდგომარეობამ გამოიწვია გვიან – XVIII საუკუნეში ძველი რეჟიმის (ancien régime) დამხობა? იყო თუ არა საფრანგეთი განსაკუთრებული შემთხვევა? 1830 წლამდე რა ჰქონდათ ევროპის კონსტიტუციებს საერთო? რა როლი ითამაშა ინდუსტრიულმა რევოლუციამ და „სოციალურმა საკითხმა“ 1848 წელს ევროპაში? რა ურთიერთობა იყო კონსტიტუციურ მოძრაობასა და ნაციონალიზმს შორის ევროპაში? იყო კონსტიტუციური მონარქია ევროპაში მოდელი, რომელსაც შესაძლოა გააჩნდა მომავალი, ან იყო თუ არა ის მხოლოდ ისტორიული

„შუალედური რგოლი“ ინდუსტრიულ ეპოქაში თანასწორობაზე დაფუძნებული (ეგალიტარული) დემოკრატიის განვითარების გზაზე?

4. კონსტიტუციის ისტორია, მხოლოდ განვითარებასა და კონსტიტუციების ტექსტზე დაფუძნებული, არ იქნებოდა სრულყოფილი ერთი ძირითადი ასპექტის გათვალისწინებით. ის, რომ „ადმინისტრირება არის კონსტიტუციის დაკონკრეტება“, ჭეშმარიტებას წარმოადგენს; შესაბამისად, ყველა კონსტიტუციის ისტორია ადმინისტრირების ისტორიის შეტანასაც მოითხოვდა. მაგალითისთვის, თუ ჩვენ გადავხედავთ XIX საუკუნის ადრეული პერიოდის კონსტიტუციებს, ხშირად აღმოვაჩინოთ, რომ კონსტიტუციით დადგენილი პოსტულატების განხორციელება პირდაპირ რეგულირდებოდა ე.წ. „ორგანული ბრძანებულებების“ სახით, რომელთაც მარტივი კანონების ფორმა მიიღეს. თუ ეს ბრძანებულებები და მათი პრაქტიკული განხორციელება იქნებოდა უგულებელყოფილი, მაშინ ჩვენ დავრჩებოდით მხოლოდ კონსტიტუციის ცარიელი ტექსტის ანაბარა და არც იმის ფუფუნება გვექნებოდა, რომ გვეთქვა, რა მივიღეთ ამ ყველაფრისგან.

ეჭვგარეშეა, რომ თანდათანობით გროვდება აღნიშნული პოსტულატების განხორციელებისას წარმოქმნილი სირთულეები; შეუძლებელი იქნებოდა (თუნდაც რაიმე საფუძვლის არარსებობის გამო), რომ აღგვეწერა კონსტიტუციის პოლიტიკური განვითარება, ყველა ქვეყნისთვის ადმინისტრირების შეფასების მიზოდების პარალელურად და ამავდროულად მოგვეხდინა შედარება სხვა ქვეყნებთანაც. თუმცა, ამის გაკეთება უნდა სცადო მაინც.

5. საკითხის ამგვარი დასმისას განსაკუთრებული პრობლემა გეოგრაფიული ზღვრის დადგენაში მდგომარეობს. რას წარმოადგენს ევროპა და რამდენად შორს ვრცელდება მისი საზღვრები? აღნიშნულ საკითხთან დაკავშირებით ბევრი პუბლიკაცია გამოქვეყნებულა.²⁰ ზოგიერთისათვის ევროპა წარმოადგენს ფენტაზიის სფეროს, უძველეს მითსა და წარმოსახვის ნაყოფს, რომელიც ანტიკური ხანის კლასიკური პერიოდიდან მოყოლებული დარქმევია აზიის კონტინენტის დასავლეთ კიდეზე მდებარე ამ უცნაურ გეოგრაფიულ ტერიტორიას. ნებისმიერი ადამიანი, ვინც ამგვარად ფიქრობს, განსაკუთრებით ხაზს უსვამს იმ ფაქტს, რომ „ევროპა“ წარმოადგენს პროექციას, აზროვნების სტილს. „რეალისტებისათვის“ კი ევროპა წარმოადგენს სინამდვილეს თანამედროვე ევროკავშირით (განეწიანებული ქვეყნების ჩათვლით) ბრიუსელში, სტრასბურგსა და ლუქსემბურგში, ასევე წარმოადგენს რეალობას თავისი დაწესებულებებითა და პოლიტიკით. ეს რეალისტები, რა თქმა უნდა, იმის საქმის კურსშიც არიან, რომ სწორედ ამ ევროკავშირს აქვს გრძელი და მრავალფეროვანი ისტორია, რომელიც როგორც ომის, ასევე მშვიდობის პერიოდებს მოიცავს. თუ მაგანი არსებულ განსხვავებებს უფრო კარგად დააკვირდება, მიხვდება, რომ რეალისტებსა და არარეალისტებს შორის განსხვავება, უდაოდ, ძალიან მცირეა.

ორივე ბანაკი თანხმდება, რომ ევროპას სამხრეთითა და ჩრდილოეთით შედარებით მკაფიო

²⁰ J. Kocka, Die Grenzen Europas: Ein Essay aus historischer Perspektive, in: G. F. Schuppert – I. Pernice – U. Haltern (ed.), Europawissenschaft, Baden-Baden 2005, 275 ff.

საზღვრები აქვს. სამხრეთ საზღვარი ხმელთაშუაზღვისპირეთზე გადის. ასევე ეგვიპტე, ლიბია, ტუნისი, ალჟირი და მაროკო შეიძლება არ მდებარეობენ აფრიკაში, მაგრამ ისინი არც ევროპის ნაწილს წარმოადგენენ. ჩრდილოეთ საზღვრის მიჯნას ჩრდილოეთის პოლარული წრე ქმნის. მაგრამ საქმე კიდევ უფრო რთულდება, როდესაც ის ევროპის დასავლეთ და აღმოსავლეთ საზღვრების განსაზღვრას ეხება. დასავლეთში შემდეგი კითხვა ისმის, მოიცავს თუ არა იგი სამხრეთ და ჩრდილოეთ ამერიკას. თავის დროზე ორივე კონტინენტი ევროპელებმა დაიპყრეს, თუმცა მოგვიანებით, XVIII-XIX საუკუნეებში, მათ დამოუკიდებლობა მოიპოვეს. მამასადამე, ესპანელებისა და პორტუგალიელებისათვის, ისევე როგორც ჩრდილო-დასავლეთელი ევროპელებისათვის, თავს იჩენს შემდეგი კითხვა: ეს „ახალი სამყარო“, რომელიც ევროპულია გენეტიკური თვალსაზრისით, უნდა იყოს თუ არა უგულვებელყოფილი ნებისმიერი შედარებითი კვლევის ჩატარებისას. ორივე პასუხისთვის არსებობს დამაჯერებელი არგუმენტები.

აღმოსავლეთ და სამხრეთ-აღმოსავლეთით საზღვრის დადგენა კიდევ უფრო დიდ სირთულეს წარმოადგენს. ვარშავიდან მინსკამდე, ხოლო აქედან მოსკოვამდე და შემდგომ ვლადივოსტოკამდე ან კურილიის კუნძულებამდე საზღვრის გავლება გვაძლევს აღმოსავლეთისგან ევროპის გამოყოფის შესაძლებლობას. რამდენიმე მიზეზის გამო, პირადად მე, რუსეთის ამოღების მომხრე ვარ – იმისდა მიუხედავად, რომ XVI საუკუნიდან მოყოლებული რუსეთში ყოფილა პერიოდები, როდესაც ის პოლიტიკურად და ინტელექტუალურადაც დასავლეთ ევროპისკენ იხრებოდა. სამხრეთ-აღმოსავლეთში მდებარეობს ყოფილი ბიზანტიის იმპერიის ტერიტორია (ბალკანეთი, ბულგარეთი, მოლდოვა, საბერძნეთი, თურქეთისა და შავი ზღვისპირეთის მიმდებარე ტერიტორიები). ეს არის „აღმოსავლეთ რომის“, იმავე მეორე რომის ტერიტორია – იმპერია, რომელიც 1453 წელს თურქებმა დაიპყრეს.

მსჯელობისას, თუ რას წარმოადგენს „ევროპა“, ჩვენ ერთმანეთისგან უნდა განვასხვავოთ ისტორიული არგუმენტები, რომელიც თარიღდება კლასიკური ანტიკური პერიოდით (საბერძნეთი, აღმოსავლეთ რომი), შუასაუკუნეებით (ჯვაროსნები, მიგრაცია სამხრეთ-აღმოსავლეთ ევროპაში) და თანამედროვე ეპოქით, ასევე ლინგვისტური, ეთნიკური და კულტურული არგუმენტები და საბოლოოდ, ევროკავშირში განწევრიანებასთან დაკავშირებული პოლიტიკური არგუმენტებიც.

ჩვენ ვერ დაველოდებით შედეგების გარკვევას. არ არსებობს საყოველთაოდ აღიარებული „სიმართლე“, რომელიც აღნიშნული საკითხით დაინტერესებული მხარეებისთვის ერთნაირად მისაღები იქნება. თუმცა, კვლევით პროექტს მეტნაკლებად შეუძლია პრაგმატულად გადაწყვიტოს, რამდენად შორს სურს ანკესის გადაგდება. თუ შესწავლის ძირითად პერიოდს XIX და XX საუკუნეები წარმოადგენს, ეჭვგარეშეა, რომ კვლევამ ყველა ზემოხსენებული ქვეყანა უნდა მოიცვას. მსოფლიო პოლიტიკა და შესაბამისად, XIX საუკუნის კონსტიტუციის ისტორია წარმოუდგენელი იქნებოდა ესპანური, რუსული და ოსმალური, ასევე ჰაბსბურგთა

და ბრიტანელთა იმპერიების გარეშე. თუმცა, როგორც ჩანს, ეს მხოლოდ თანამედროვე პრობლემას წარმოადგენს. შუასაუკუნეების პერიოდის დაიწყო ევროპული ექსპანსია, კოლონიზაცია, ჯვაროსნული ლაშქრობები და დაპყრობები. XV საუკუნის მიწურულს ექსპანსიამ განსაკუთრებით იფეთქა ახალ სამყაროში და ასევე, აფრიკის გარშემო აზიამდე.²¹ ფრანგული, პორტუგალიური და ჰოლანდიური კოლონიალური იმპერიები უნდა განვიხილოთ, როგორც ევროპული „კონსტიტუციის“ ელემენტები და ასევე, სხვადასხვა იმპერიალისტური ექსპანსიის ნაწილი, გუსტავ ადოლფიდან დაწყებული კარლ XIII-ით დამთავრებული. ანალოგიურად, პრუსიასაც ჰქონდა თავისი ექსპანსიის გაფართოებისა და შემცირების პერიოდები გერმანულ ენაზე მოლაპარაკეთა ტერიტორიის ფარგლებში მანამდე, სანამ ის არსებობას შეწყვეტდა მეორე მსოფლიო ომის შემდეგ. ჰიტლერის ოცნებები „Großraum“-ზე აღმოსავლეთში კი სხვა არაფერია, თუ არა მუსოლინის იმპერიული გაფართოების მცდელობები აფრიკის მიმართულებით. თავისი ხანგრძლივი ისტორიის მანძილზე ევროპა ხშირად ყოფილა დომინანტი სახელმწიფოების ძალაუფლების გადაკვეთის წერტილი, რომლის საშუალებითაც მცირე ეთნიკური ჯგუფები და სახელმწიფოები თვითონ ახორციელებდნენ ორიენტირებას. გრავიტაციის ცენტრები შეიცვალა. შესაძლოა ახლა, საბჭოთა რუსული იმპერიის დაცემიდან 20 წლის შემდეგ, უფრო ნათელი ხდება, რომ ევროპული კონსტიტუციის ისტორია ვერ იქნება ეროვნული კონსტიტუციის ისტორიის დამატება. მუდმივად ცვალებადი ევროპის კონტინენტი, რომელიც დღეს ნაბიჯ-ნაბიჯ მიიწევს იურიდიული რეგულირებისა და შესაძლოა, კონსტიტუციონალიზაციის²² გზაზე, მომსწრე ყოფილა შედარებით შეზღუდული სუვერენული ეროვნული სახელმწიფოებისა, მაგრამ ასევე სახელმწიფოებრიობამდე არსებული ეპოქებისა, რომელიც სტრუქტურულად უფრო მეტად წააგავდა „მრავალდონიანი კონსტიტუციონალიზმის“²³ ნაირსახეობას.

ეს მსგავსებები არ მიაჩნიათ იდენტურობაზე, კიდევ უფრო ნაკლებად მოუწოდებს ძველი მდგომარეობის დაბრუნებისკენ, მათ მხოლოდ იმპულსი უნდა მისცენ იმ საკითხის ასახვას, თუ როგორ შეიქმნებოდა მომავალი ეროვნული სახელმწიფოების ეპოქის შემდეგ. ამგვარად, ევროპული კონსტიტუციის ისტორია მსგავსად XIX საუკუნისა, როდესაც სიტყვა „კონსტიტუციის ისტორია“ გაჩნდა, კვლავაც გააერთიანებს ინტენსიურ მოსაზრებებს „ევროპის კანონმდებლობის“²⁴ შესახებ მიმდინარე განხილვიდან. გაურკვეველია, ამ გზას საითკენ მივყავართ. მაგრამ ჩვენ დანამდვილებით შეგვიძლია ვთქვათ, რომ ეროვნული კონსტიტუციის ისტორიების დრო დამთავრებულია.

²¹ W. Reinhard, *Geschichte der europäischen Expansion*, 4 vol., Stuttgart 1983-1990; J. Fisch, *Die europäische Expansion und das Völkerrecht*, Stuttgart 1984; B. Clavero, *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, 2000.

²² D. Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?*, in: *Juristenzeitung* 1995, 581 ff.; A. v. Bogdandy (Hg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Berlin 2003, 539 ff.; id., *Europäische Verfassung und europäische Identität*, in: G. F. Schuppert – I. Pernice – U. Haltern (ed.), *Europawissenschaft*, Baden-Baden 2005, 331 ff.; I. Pernice, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 60 (2001) 148 ff.

²³ I. Pernice, *The Global Dimension of Multilevel Constitutionalism: A Legal Response to the Challenges of Globalization*, in: P.-M. Dupuy et al. (ed.), *Völkerrecht als Wertordnung*, Kehl 2006, 973 ff.

²⁴ A. v. Bogdandy – P. Cruz Villalón – P. M. Huber (ed.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. I, Heidelberg 2007, Bd. II, Heidelberg 2008; I. Pernice – B. v. Engelhardt – S. H. Krieg – I. Ley – O. Saldias (ed.), *Europa jenseits der Grenzen. Politologische, historische und juristische Perspektiven*, Baden-Baden 2009.

Concepts, Models and Traditions of a Comparative European Constitutional History

Michael Stolleis*

I. History of Law and Constitutional History – seen from the perspective of the History of Science. II. New projects and perspectives. III. Comparative Constitutional History.

I. History of Law and Constitutional History – seen from the perspective of the History of Science.

The historical subjects that now are known as „Rechts- und Verfassungsgeschichte“ originated in the course of the differentiation of jurisprudence and the historiography during the 16th and 17th century. This historical process is embedded in the development of the sciences beginning at mediaeval universities, ending with the reform of universities in 1800. The History of law and the constitutional history have not always been there. They are products of the contemporary comprehension of one's own history, of the culture of law being contained in it; thereby they both are historical phenomena.

Only from a historical viewpoint it is possible to explain that these subjects are taught since the 18th century in Germany and especially nowadays at law schools. It is not coercive - neither from the side of the jurisprudence nor from the side of the historiography.

Even more important is: There is no specific history of law and constitutional history – not even in the sense of a consensus of methodological convictions. Other coherences concerning the culture of law lead on to another comprehension of law and its history.

The history of science within the history of law should therefore neither be a story of melancholic deterioration nor a story of ingenuous progress. It should be able to explain how changing contexts concerning the culture of law lead up to different conceptions of history and the history of law. It should also be able to explain how arguments from the side of the history of law were applied for the justification of actual decisions and how the formation of an academic discipline can change since its questions become a process with its own dynamics and through exterior factors like political hopes, seductions and restraints. The history of science gives us the chance to discuss elder and contemporary premises and jaundices - including one's own - on a meta level. According to the working hypothesis it is assumed that scientific recognitional goals and the forming of theories depend on general communication about what is important to know, what seems to be important to be researched and in which institutional framework it should be conveyed to the next generation. With good reason Karl Kroeschell said: „Rechtsgeschichte ist als ein Sich-Verhalten zur Vergangenheit Symptom eines ganz bestimmten Verständnisses vom Recht der Gegenwart“.¹

The discipline „constitutional history“ requires that „constitution“ is identified as a historical

* Former Director of the Max-Planck-Institute for European Legal History and Prof. em. for Public Law and Legal History of the Goethe-University, Frankfurt am Main.

¹ K. Kroeschell, *Deutsche Rechtsgeschichte 1 (until 1250)*, 10. Aufl. Opladen 1992, 10.

phenomenon. Not before the process of constitutionalisation - in which we take active part - is considered a historical process, the distance needed to describe this historical element can be gained. That was the case during the mid-19th century in Germany. Over fifty years the constitution was being discussed, from the American to the French constitutions (1791-1814), from the South-German constitutions after 1818, the constitution after 1830 in Belgium, Sachsen, Kurhessen and Hannover to the national constitution 1848/49. The last one - and also its failure - was a very disturbing political incident for all Germans. From now on "Verfassungsgeschichte" was formed.

In Germany, one spoke of "Reichsgeschichte", or "Reich History" in the 18th century and then, in the early 19th century, of "Staatsgeschichte" or "State History". The term "Verfassungsgeschichte" or "Constitutional History" has only been known since the mid-19th century (Georg Waitz). Even then, it did not feature in the training of lawyers. It was not until the university curriculum introduced by the National Socialists in 1935 that lectures on "Verfassungsgeschichte der Neuzeit" or "Modern Constitutional History" became obligatory, parallel to "Privatrechtsgeschichte der Neuzeit" or "History of Modern Civil Law".²

After 1945 this new subject, having proved its value, was retained. Nowadays there are a number of text books on constitutional history in Germany, which I would like to look at briefly as they tell us something about the present state of the subject:

The older books on constitutional history (Carl Bornhak, Fritz Hartung, Ernst Forsthoff) are little used nowadays, despite having been well written. Fritz Hartung wrote an account of constitutional history in the Thirties as a historian, student of Otto Hintze and, in turn, teacher of Gerhard Oestreich. His interpretation of the concept of constitutional history was a broad one - he included administrative history in the term, and understood it on a "national" basis.³ The same applies, with a few modifications, to Ernst Forsthoff, whose short textbook written during the war was republished several times during the post-war period.

After the Second World War ended, Ernst Rudolf Huber wrote his monumental "German Constitutional History since 1789", which ran to seven volumes each some 1,000 pages in length.⁴ The circumstances of its writing were rather special. As a former collaborator to the national socialist system, Huber was *persona non grata* for many years in the Federal Republic and he concentrated on writing this work over a period of four decades.⁵ He took a comprehensive view of

² Regarding one of the most influential protagonists see K. A. Eckhardt, *Das Studium der Rechtswissenschaft*, Hamburg 1935; concerning the role of the most important figure see E. Grothe, *Verfassungsgeschichte als „politische Wissenschaft“*. Carl Schmitt „über die neuen Aufgaben“ und die Deutung der deutschen Verfassungsgeschichte im Nationalsozialismus, in: *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 29 (2007) 66-87; see R. Frassek, *Weltanschaulich begründete Reformbestrebungen für das juristische Studium in den 30er und 40er Jahren*, in: *Zeitschrift für Rechtsgeschichte Germanistische Abt.* 111 (1994) 578 ff.; id., *Juristenausbildung im Nationalsozialismus*, in: *Kritische Justiz* 37 (2004) 85-96.

³ E. Grothe, *Zwischen Geschichte und Recht. Deutsche Verfassungsgeschichtsschreibung 1900-1970*, Munich 2005, 105 ff.

⁴ E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, 8 vols., Stuttgart 1957-1982.

⁵ Grothe (Anm. 3), 165 ff. (the reforms of legal education 190 ff.); id., *Eine ‚lautlose‘ Angelegenheit? Die Rückkehr des Verfassungshistorikers Ernst Rudolf Huber in die universitäre Wissenschaft nach 1945*, in: *Zeitschrift für Geschichtswissenschaft* 47 (1999) 980-1001; id., *„Strengste Zurückhaltung und unbedingter Takt“*. Der Verfassungshistoriker Ernst Rudolf Huber und die NS-Vergangenheit, in: E. Schumann (Hg.), *Kontinuitäten und*

the concept of "constitution" as referring to the political (social, economic and cultural) "state" of Germany. The sheer wealth of material contained in the book is impressive, and his account provides an indispensable resource for all subsequent researchers. His interpretation is a conservative, harmonising one that contains overtones of Hegel's philosophy of history, and he takes a much more positive view of the constitutional monarchy of the 19th century than we generally do nowadays.⁶

There is no need to look in detail at the many introductory courses written for teaching purposes.⁷ In some cases they are not really original and in some they are incomplete. None of them takes a comparative, European approach. Only Dieter Grimm includes American and French developments in such a way that their outcome can be transferred to Germany, but unfortunately his short book stops in 1866.⁸ At present, the best account of German constitutional history is by Dietmar Willoweit⁹ (6th edition 2009). This was written by a legal historian who is familiar with the medieval period from his own research, particularly strong on the early modern period but has also produced his own studies right down to the legal history of the Federal Republic. He has written a highly condensed account that displays a familiarity with the literature and is free of any narrow nationalism. In other words: we have in Germany today sufficient textbooks on constitutional history, including the particularly good account by Willoweit - but there is, for example, no comparative historical introduction to western constitutional law of the sort produced by R.C. van Caenegem (Gent).¹⁰ However, I will close this initial overview of the literature by mentioning two interesting recent publications by historians. The Freiburg historian Wolfgang Reinhard has written a Comparative Constitutional History of Europe from Early Times to the Present Day.¹¹ The book has received brilliant reviews, and the author was - in my opinion deservedly - awarded the German Historians' Prize. Reinhard describes the development of "states" in Europe as a gradual change in the structures of governance since the Middle Ages. His account encompasses a broad panorama: Germany, Italy, France, Portugal, Spain, England, Denmark, Sweden, Bohemia, Poland and Hungary. And he actually compares structures, rather than merely juxtaposing them. His book finishes in the present, where he discusses the highly topical issue of whether the transition into the European Union signals the beginning of the end for the European states. One criticism made of the

Zäsuren. Rechtswissenschaft und Justiz im „Dritten Reich“ und in der Nachkriegszeit, Göttingen 2008, 327-348.

⁶ R. Walkenhaus, *Konservatives Staatsdenken. Eine wissenssoziologische Studie zu Ernst Rudolf Huber*, Berlin 1997.

⁷ E. W. Boeckenfoerde (ed.), *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815-1914)*, Cologne 1981; H. Boldt, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, vol. 2: *Von 1806 bis zur Gegenwart*, 2nd ed. Munich 1993; M. Botzenhart, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1806-1949*, Stuttgart 1993; H. Brandt, *Der lange Weg in die demokratische Moderne: deutsche Verfassungsgeschichte von 1800 bis 1945*, Darmstadt 1998; H. Fenske, *Deutsche Verfassungsgeschichte: Vom Norddeutschen Bund bis heute*, Berlin 1991; W. Frotscher – B. Pieroth, *Verfassungsgeschichte*, 5th ed., Munich 2005; D. Grimm, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*, Frankfurt 1988; K. G. A. Jeserich – H. Pohl – G. Chr. von Unruh (ed.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, 5 vols., Stuttgart 1983 ss.; O. Kimminich, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 2. ed. 1987; K. Kröger, *Einführung in die jüngere deutsche Verfassungsgeschichte (1806-1933)*, Munich 1988; Chr. F. Menger, *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, 8th ed. Heidelberg 1993; R. Scheyhing, *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, Cologne 1968.

⁸ D. Grimm, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*, Frankfurt 1988.

⁹ D. Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands*, 6th ed. Munich 2009.

¹⁰ R. C. van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge 1995.

¹¹ W. Reinhard, *Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart*, 1999. See M. Stolleis, in: *Ius Commune* 27 (2000) 429-433.

book is that it approaches the subject too much from the point of view of the state, takes too little account of the co-operative movement and neglects the significance of the cities and grass roots movements such as the peasants. That is undoubtedly the case, but his intention was never to write a "total" history but rather one of "state power". Virtually parallel to Reinhard's book, another Freiburg historian, Hans Fenske, also published a work entitled "The Modern Constitutional State. A Comparative History from its Origins to the 20th Century".¹² This is, in my opinion, a less successful book, because it not only takes an "unhistorical" approach - the modern constitutional state is the "telos" of history - but also is a largely descriptive account that does not achieve the depth of reflection of Wolfgang Reinhard's work.

Legal historians in law faculties have not, as yet, produced any comparative constitutional history, and I cannot at present identify anyone who would be able (or willing) to do so.¹³ But of course we do have the freedom to consider how such an account written from a German perspective and against the background of German traditions might look. Before I do so, I would like to describe the present situation as I see it.

II. New projects and perspectives

The conditions for producing such an account have improved considerably over the last 30 years. Only a few years ago, the sort of large-scale analyses of forms of government and administration attempted by Max Weber and, above all, Otto Hintze¹⁴ had not really been continued post 1945. But if one now looks back at the last thirty years, one can see that considerable progress has been made throughout Europe.

Institutional comparative research can now build on a solid base of results. I am thinking here of the many studies of parliaments and courts of justice (Parlement de Paris, Groote Raat van Mechelen, Reichskammergericht, Högsta Domstolen in Sweden), studies of *conseils d'Etat*, electoral law, local authority self-government and many other aspects of administration.¹⁵ A historical approach that is more strongly oriented towards social history than in the past has also produced many comparative studies of local office-bearers, especially in the historical "School of Bielefeld" (Hans-Ulrich Wehler, Jürgen Kocka).¹⁶

Since 1992 we have gathered and published large quantities of material about "politia" (*polizia, policey*) at the Frankfurt Max-Planck-Institute for european legal history. We have been able to cover and compare many thousands of legislative acts from Germany, Austria, Sweden, Denmark and Switzerland.¹⁷ There has also been revival in Europe of comparative histories of political ideas

¹² H. Fenske, *Der moderne Verfassungsstaat. Eine vergleichende Geschichte von der Entstehung bis zum 20. Jahrhundert*, Paderborn 2001. Also take note of my critical comment in *Ius Commune* 28 (2001) 347-350.

¹³ The most comprehensive document on legal history (not constitutional history) comes from U. Wesel, *Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart*, 2. Aufl. München 2001.

¹⁴ Grothe (Anm. 3) 55 ff.

¹⁵ Best survey by B. Diestelkamp (Hg.), *Oberste Gerichtsbarkeit und Zentrale Gewalt im Europa der Frühen Neuzeit*, Köln – Weimar – Wien 1996. See also *Festschrift für Diestelkamp zum 65. Geburtstag*, (ed. F. Battenberg and F. Ranieri), *Geschichte der Zentraljustiz in Mitteleuropa*, Weimar – Köln – Wien 1994.

¹⁶ See for example the broad debate around the last volume of Hans-Ulrich Wehler's last volume: *Bundesrepublik und DDR*, ed. P. Bahners und A. Cammann, Munich 2009.

¹⁷ M. Stolleis (Hrsg.), *Policey in Europe in the Early Modern Period*, Frankfurt 1996 with contributions to Italy, France, Spain, Bohemia and Moravia, Silesia, Hungary and Siebenbürgen, Poland, Netherlands, Switzerland, Danmark, Sweden

and theories of state. I am thinking, for example, of the work of Quentin Skinner in Cambridge, Michel Senellart in Lyon, Enzo A. Baldini in Turin and Gianfranco Borrelli in Naples; people that intensively dedicated themselves to the thoughts of Machiavelli and his reception during the European machiavellianism.

History of ideas and intellectual history are well established.¹⁸ In Germany, an association for the "History of Political Thought" has been set up.¹⁹ There is intense interest in studies of mentalities, collective attitudes, the history of symbols and symbolic actions, rituals and ceremonies (Miloš Vec, Barbara Stollberg-Rilinger).

Finally, there is a growing number of general accounts and monographs on the history of administration. In Germany a massive five-volume work entitled *Deutsche Verwaltungsgeschichte* ("German Administrative History") appeared between 1983 and 1988, and Finland (thanks to the activities of Heikki Ylikangas) and Denmark (thanks to Ditlev Tamm in Copenhagen) now also have complete administrative histories. In Italy there even is a Fondazione italiana per la storia amministrativa (FISA) and, in Milan, an "Istituto per la scienza dell'amministrazione pubblica". In Florence, Maurizio Fioravanti published a major work on *La scienza del diritto pubblico* in 2001. Bernardo Sordi has written three books on the history of administration (*Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopo-guerra*, 1987; *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberata*, 1985; *L'amministrazione Illuminata*, 1991). Giulio Cianferotti published the first volume of his *Storia della letteratura amministrativistica italiana* in 1998. In Poland, Jerzy and Dorota Malec (Krakow) have published several books on Polish administrative history. In Germany, above all, Erk Volkmar Heyen (Greifswald University), together with Guido Melis, Jean-Louis Mestre and others, has been publishing a *Yearbook of European Administrative History* for the last decade. For Spain and South America there is, for example, Bartolomé Clavero's book *Happy Constitution, Cultura y lengua constitucionales*, 2000. Therefore one can justifiably say that there is now a wealth of material and insights into the subject. Of course they are not all in one place, easily accessible to all-corners. In many cases, people do not have the language skills required to make use of them. And there is no European forum or journal providing for an exchange of information and ideas. Many researchers are not even aware of each other's existence. That is why it would seem to me to be the right moment to give some consideration to the possibility of setting up comparative projects at European level.

III. Comparative Constitutional History

What form could comparative constitutional history assume? What methodological guidelines could there be for such a discipline? We know from the history of humanities that specialist areas such as

and England. From the repertories the volumes concerning below mentioned territories are published: the Reich, Cologne, Mainz and Trier, Brandenburg-Preußen (2 vol.), the Wittelsbach territories (2 vol.), Württemberg and Baden (1 vol.), Hannover, Saxony (1 vol.), smaller territories (2 vol.), Denmark and Switzerland (2 vol.). The volume for Sweden is expected. – For the history of ideas see Thomas Simon, „Gute Policey“. Ordnungsleitbilder und Zielvorstellungen politischen Handelns in der Frühen Neuzeit, 2004. – Relating to the imperial free towns now see Karl Härter – Michael Stolleis (Hg.), Repertorium der Policeyordnungen der Frühen Neuzeit. The repertories for Frankfurt am Main, Cologne and Ulm are published. Other repertories, around 15, will follow.

¹⁸ See, for example, Lutz Raphael / Heinz Elmar Tenorth (Ed.), *Ideen als gesellschaftliche Gestaltungskräfte im Europa der Neuzeit. Beiträge für eine erneuerte Geistesgeschichte*, München 2006.

¹⁹ Since 1991 a Yearbook „Politisches Denken“ is published in Stuttgart (J. B. Metzler), ed. by V. Gerhardt, H. Ottmann, M. P. Thompson. It is the annual review of the German Society for the Study of Political Thinking.

political history, economic history, social history, the history of ideas, mentalities and culture, or - more specifically - "Roman legal history", "national legal history", "history of civil law", "history of public law" and, indeed, "constitutional history" are not phenomena that one finds in "nature", but rather products of university teaching. In most cases they are not more than a hundred or a hundred and fifty years old. They are lecture modules and therefore represent the ring-fenced territories of individual professors, each with his own particular gold-mine that he wishes to retain for himself.

That is why the first hope attached to any comparative constitutional history of Europe would be that these artificial claims could be swept aside and an attempt made to produce a "histoire totale". Individual historians could then more freely decide whether they wish to describe particular phenomena in terms of political, economic, intellectual and cultural causes - whether, in order to understand them better, they wish to regard the individual "spheres" separately from one another as "systems" and let them interact, whether they prefer the presentation of columns of figures or "thick description" - and whether they wish to focus on persons or on structures.

Of course a "histoire totale" is not possible for practical reasons. History cannot be presented on a 1:1 scale. Both the author and the reader have to be selective. At the beginning or end of a book "hypotheses" and "theses" have to be set up that condense the endless variety of life into a certain perspective in order to make the imaginary "whole" comprehensible. That is why narrative structures (and structures to reduce diversity) have to be found. There is also a need for temporal and geographical limits to be set. To do so, I shall use the device of five theses:

1. A comparative European constitutional history should not take the form of a massive work created jointly by a large number of authors. Publishing houses like such large-scale undertakings, provided enough subscribers can be found for them, but they merely lead to a cacophony of voices, a piling up of material and resounding but empty editorial introductions. And in the final analysis nobody is interested in reading the twenty illustrated volumes that are the end result. What I have in mind would either be the work of a single author or a joint production by a small number of authors who view themselves as a group, meeting and openly criticising each other's texts. Working with such a group would make it possible for the work to adhere to an overall thesis.

2. The imposition of temporal limits is difficult. The French tend towards choosing the year 1789 as marking a clear caesura in national terms - and from their own perspective they are not so far wrong in doing so. But other European nations find it less easy to accept this date as a crucial turning-point in history. Of course, one has to say that constitutions in the modern sense have only existed since the last third of the 18th century. If one understands constitutional history in this classic sense, then the main focus is on the nineteenth century, with the pre-history running from the *Magna Charta* via the Bill of Rights to the Constitution of Virginia. Similarly there is a Spanish and Portuguese colonial history and a founding epoch in South America in the 19th century. In Scandinavia, the monarchy between the 16th and 18th centuries will be seen as the run-up to the constitutional period of the nineteenth century. And in Germany, the history of the Holy Roman Empire from the 16th century to its end in 1806 represents the (very important) precursor of its own constitutional epoch. Another argument in favour of regarding 1776 or 1789 as the turning point is the fact that these decades were indeed regarded by contemporaries as representing a break with the past. They marked the end of the feudal period that dated from medieval times, the creation of the "nation" out of the third estate and the step-by-step removal of inherited inequalities. They marked the beginning of bourgeois society and its associated rights and the onset of the industrial revolution and the "social question". Democracy and the rule of law, parliamentarianism and human rights - all are, as

it were, derived from the new start that took place in 1789.

Nevertheless I have been arguing for years that one should not be over-hasty in selecting 1789 as the turning point. From the German point of view, the continuities are stronger. Germany did not experience a revolution along the French lines. The structures of public governance either evolved after 1806 or were changed by "reform from above". Typical for this period is the parallel coexistence of the structures of the Ancien Regime, artificial recreations of the Middle Ages and completely new elements. This also applies to many other European nations that did not go through any "quatorze Juillet".

3. It would therefore perhaps be better not merely to provide a chronological account of parallel national constitutional histories linked by a few threads, but rather to focus on a number of core questions and deal with these on the basis of a variety of different source materials.

Such core questions could be as follows: How did the modern state evolve from the feudal system that was common to the whole of Europe? How did this "modern state" prevail in Europe over the aristocracy, the church and the cities? What role was played by the *leges fundamentales* found throughout Europe in limiting the power of the state? Did they play the same role in the early modern period that later was played by constitutions? What political and economic conditions led, in the late 18th century, to the downfall of the *ancien régime*? Was France a spectacular special case? What elements do European constitutions prior to 1830 have in common? What role was played by the industrial revolution and the "social question" around 1848 in Europe? What was the relationship between the constitutional movement and nationalism in Europe? Was the constitutional monarchy in Europe a model that might have had a future or was it only a historical "stepping stone" in the development towards an egalitarian democracy in the industrial age?

4. Any constitutional history based solely on the development and the text of the constitutions would be incomplete with regard to one crucial aspect. If it is true that "administration is the concretisation of the constitution", then every constitutional history would also need to include a history of administration as well. If one looks, for example, at early 19th century constitutions, one often finds that realisation of the postulates laid down in the constitution was dealt with directly in the form of so-called "organic edicts" that took the form of simple laws. If these edicts and their practical implementation are ignored, then one would only be left with the empty text of the constitution and would not be in a position to say what had developed out of it.

There is no doubt that the difficulties in realising this postulate begin to pile up; it will not be possible (if only because of a lack of any groundwork) to describe the political development of the constitution parallel to providing an account of the administration for all countries and simultaneously make a comparison with other countries. But at least an attempt should be made to do so.

5. A particular problem is that of imposing geographical limits on such an undertaking. What is Europe and how far does it stretch? There have been many publications on the issue.²⁰ For some, Europe is a fantasy, an antique fable, a figment of the imagination that has been attached to this unusual geographical construction on the western edge of the continent of Asia ever since classical

²⁰ J. Kocka, *Die Grenzen Europas: Ein Essay aus historischer Perspektive*, in: G. F. Schuppert – I. Pernice – U. Haltern (ed.), *Europawissenschaft*, Baden-Baden 2005, 275 ff.

antiquity. Anyone who thinks along these lines stresses the fact that "Europe" is a projection, an attitude of mind. For the "realists", Europe is the reality of the present European Union (including the accession states) in Brussels, Strasbourg and Luxembourg, and the reality of its institutions and policies. These realists, too, are, of course, aware that this European Union has a long and varied history that incorporates periods of both war and peace. If one looks more closely at the differences, one realises that the gap between the fictionalists and realists is very small indeed.

Both camps agree that Europe has relatively clear borders to the South and North. In the South these are marked by the Mediterranean. Egypt, Libya, Tunis, Algeria and Morocco may not be in Africa, but they are not part of Europe either. To the North, the limits are marked by the Arctic Circle. But things become rather more difficult when it comes to defining the western and eastern limits of Europe. In the West, the question is whether one includes South and North America. Both continents were colonised by the Europeans and subsequently, in the 18th and 19th centuries, gained independence. For the Spanish and Portuguese, therefore, the question arises just as it does for the north-western Europeans as to whether this "New World", which is European in genetic terms, should not be included in any comparative study. There are cogent arguments both for and against.

Demarcation to the East and South-East is even more difficult. Drawing the line from Warsaw to Minsk, from there to Moscow, and then to Vladivostok or the Kurile Islands offers a pragmatic delimitation of Europe from the East. For several reasons I am in favour of excluding Russia - even if, since the 16th century, there have been periods when Russia was closely oriented towards western Europe both politically and intellectually. In the Southeast, one finds the area of the former Byzantine empire (the Balkans, Bulgaria, Moldavia, Greece, the territories around the Black Sea and Turkey). This is the territory of "East Rome" - the second Rome, the empire that was conquered by the Turks in 1453.

In the discussion as to what constitutes "Europe" we need to differentiate between historical arguments dating from classical antiquity (Greece, East Rome), the medieval period (crusades, migration to south-eastern Europe) and modern times, Linguistic, ethnic and cultural arguments and, finally, political arguments related to accession to the European Union.

One cannot expect the results to be clear-cut. There is no general "truth" that will be acceptable to everyone concerned. But a research project can decide more or less pragmatically how far it wishes to cast its net. If its main focus is on the 19th and 20th centuries, then there is no doubt that all these countries have to be included. World politics, and therefore also the constitutional history of the 19th century, would be unthinkable without the Spanish, Russian and Ottoman, the Habsburg and British empires. But this only seems to be a modern problem. In medieval times European expansions, colonisations, crusades and conquests begin. In the late 15th century the expansions start to explode up to the new world as well as around Africa to Asia.²¹ The French, the Portuguese and the Dutch Colonial Empires have to be included as elements of the European "Verfassung" as well as the imperial expansion beginning with Gustav Adolf, leading up to Karl XII. Similarly Prussia had its phase of expansion and diminution within the German - speaking area up to its termination after the Second World War. Hitler's dreams of a "Großraum" in the east belong here as well as Mussolini's imperial expansion attempt to Africa. During its long history Europe has always been traversed by

²¹ W. Reinhard, *Geschichte der europäischen Expansion*, 4 vol., Stuttgart 1983-1990; J. Fisch, *Die europäische Expansion und das Völkerrecht*, Stuttgart 1984; B. Clavero, *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, 2000.

lines of force of dominant States, by which the smaller ethnicities and national states orientated themselves. The centers of gravitation changed. Perhaps now, twenty years after the decline of the Russian – Soviet Empire, it is becoming clearer that European constitutional history can not be about an addition of national constitutional histories. The unsettled continent Europe that nowadays step by step treads the path of juridification, even perhaps of constitutionalisation,²² has witnessed times of relatively delimited sovereign National States, but also epochs antecedent to the state, that structurally resembled the variety of the „Multilevel Constitutionalism“²³ even more.

These similarities shall not suggest identicalness; much less they shall propagate the return to elder conditions, they shall only give impulse to reflect about the question how the future could be created after the epoch of the national states. Therefore European constitutional history - like in the 19th century when the word “Verfassungsgeschichte” emerged - will incorporate intensive suggestions from the current discussion about a „Ius Publicum Europaeum“.²⁴ It is uncertain where the path leads to. But we definitely can say that the times of national constitutional histories are over.

²² D. Grimm, Braucht Europa eine Verfassung?, in: Juristenzeitung 1995, 581 ff.; A. v. Bogdandy (Hg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, Berlin 2003, 539 ff.; id., Europäische Verfassung und europäische Identität, in: G. F. Schuppert – I. Pernice – U. Haltern (ed.), Europawissenschaft, Baden-Baden 2005, 331 ff.; I. Pernice, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 60 (2001) 148 ff.

²³ I. Pernice, The Global Dimension of Multilevel Constitutionalism: A Legal Response to the Challenges of Globalization, in: P.-M. Dupuy et al. (ed.), Völkerrecht als Wertordnung, Kehl 2006, 973 ff.

²⁴ A.v. Bogdandy – P. Cruz Villalón – P. M. Huber (ed.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. I, Heidelberg 2007, Bd. II, Heidelberg 2008; I. Pernice – B.v. Engelhardt – S. H. Krieg – I. Ley – O. Saldias (ed.), Europa jenseits der Grenzen. Politologische, historische und juristische Perspektiven, Baden-Baden 2009.

პარტიების ფუნქციები და პარლამენტის მუშაობა

მარტინ მორლოკი

I. პოლიტიკური პარტიების ფუნქცია. 1. დემოკრატია როგორც ხელისუფლების ინსტიტუციონალიზებული გავლენისადმი დაქვემდებარების მიდრეკილება. 2. პარტიები როგორც დემოკრატიულ ზეგავლენას დაქვემდებარებული ორგანოები. 3. პარტიების ფუნქციები. 4. სპეციალური ორგანიზაციების სტატუსის სამართლებრივი აღიარება. 5. პარტიის პოლიტიკასთან დაკავშირებული თანასწორობის პრინციპი. II. ფრაქციები როგორც პარტიების საპარლამენტო განშტოება. 1. პარლამენტი როგორც პარტიების მიზანი. 2. ფრაქციები როგორც მნიშვნელოვანი საპარლამენტო სამუშაო ერთეულები. 3. თავისუფალი მანდატის უზრუნველყოფა. 4. პარტიების აუცილებლობა პარლამენტში.

I. პოლიტიკური პარტიების ფუნქცია

1. დემოკრატია როგორც ხელისუფლების ინსტიტუციონალიზებული გავლენისადმი დაქვემდებარების მიდრეკილება

სახალხო სუვერენიტეტის პირობებში ხელისუფლების მთელი ლეგიტიმაცია ხალხისგან მომდინარეობს.¹ ინსტიტუციონალიზებული პოლიტიკური ძალაუფლება ხალხის მიერაა დადგენილი, შინაარსობრივად თუ პერსონალურად განსაზღვრულია და ზუსტად ამიტომაა ლეგიტიმირებული. სახალხო სუვერენიტეტის კონსტიტუციური პრინციპი, ყოველ შემთხვევაში ქალაქებში, პრაქტიკულად თითქმის ყველა კონსტიტუციაშია მოცემული. თუმცა: როგორ შეუძლია ხალხს რეალურად აღიქვას საკუთარი პოლიტიკური ძალის განმსაზღვრელი როლი? ხალხის არასტრუქტურული მრავალრიცხოვნება პოლიტიკურად მოქმედ ძალად მხოლოდ ორგანიზაციისა და საქმის წარმოების მეშვეობით იქცევა. აქ საქმე ეხება სახელმწიფო ორგანოების სტრუქტურისა და მუშაობის ერთ-ერთ მნიშვნელოვან ამოცანას. ის ქმნის ინსტიტუციებს და აფორმებს საქმის წარმოებას, რომელთა მეშვეობითაც და რომლებშიც ხალხის განმსაზღვრელი ძალაუფლება შეიძლება პრაქტიკულად განხორციელდეს. ეს ორგანიზაციები წარმოადგენენ დემოკრატიის „ამოსავალ სტრუქტურებს“.

შესაძლებელია აზრი შემდეგნაირად ჩამოვყალიბოთ: დემოკრატია ნიშნავს გავლენისადმი დაქვემდებარების მიდრეკილებას.² დემოკრატია უზრუნველყოფილია ინსტიტუციებით, რათა ხალხს შეეძლოს სახელმწიფო გადაწყვეტილებების მიღებასა და მის განხორციელებაზე გავლენის მოხდენა. კონსტიტუცია და კანონები მოქალაქეებს უზრუნველყოფენ ინსტიტუციონალიზებული საშუალებებით, რომელთა მეშვეობითაც მათ შეუძლიათ პოლიტიკურ გადაწყვეტილებათა მიღებაში მონაწილეობა. ფორმულირება

¹ Art. 3 Abs. 2 Verfassung Georgien; Art. 20 Absatz 2 S. 1 GG.

² Martin Morlok, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar Bd. II, 3. Auflage 2015, Art. 21 Rn.21

„გავლენისადმი დაქვემდებარების მიდრეკილება“ შეგნებულად ფრთხილად შეირჩა. სახალხო სუვერენიტეტის ნორმატიული იდეალი, რომელიც ესმით, როგორც ხალხის მიერ პოლიტიკის „განსაზღვრა“, არასათანადოდ აფასებს სამოქმედო არეალს, რომელიც დემოკრატიული კრიტერიუმების მიუხედავად, პოლიტიკური საქმიანობისთვის არსებობს და ითვალისწინებს იძულებით აუცილებლობას.

ინსტიტუციონალიზებულ ამოსავალ სტრუქტურებს, პირველ რიგში, მიეკუთვნება პარლამენტი, რომელმაც მნიშვნელოვანი პოლიტიკური გადაწყვეტილებები უნდა მიიღოს.³ ის დემოკრატიის ცენტრალური ორგანოა.⁴ დემოკრატიული გავლენის ცენტრალური პროცედურა არჩევნებია, რომელთა მეშვეობითაც განისაზღვრება პარლამენტის შემადგენლობა.

2. პარტიები როგორც დემოკრატიულ ზეგავლენას დაქვემდებარებული ორგანოები

პოლიტიკური პარტიები სპეციალური ორგანიზაციებია, რომლებიც იყენებენ დემოკრატიული გავლენის ინსტიტუციონალიზებულ სტრუქტურებს, პირველ რიგში, არჩევნებსა და პარლამენტს. ისინი წარმოადგენენ საპარლამენტო დემოკრატიის ცენტრალურ საზოგადოებრივ ორგანოებს.

რთულ საზოგადოებას მხოლოდ სპეციალიზაციის მეშვეობით შეუძლია მაღალ შედეგებს მიაღწიოს. ეს ეხება ორგანიზაციებსაც. მათ ქმნიან განსაზღვრული ამოცანების შესასრულებლად, რომელთა დასაძლევად ისინი შესაბამის სტრუქტურებს აარსებენ, ასაქმებენ შესაბამისი ცოდნის მქონე პერსონალს და კვალიფიკაციას უმაღლებენ მათ. მაგალითად, არსებობს სპეციალური ორგანიზაცია ხანძრების ჩასაქრობად, ანუ, სახანძროები, სტუდენტებისთვის განათლების მისაღებად და მეცნიერული კვლევებისთვის კი – უნივერსიტეტები. პარტიების მნიშვნელოვანი მიზანია არჩევნების მეშვეობით პარლამენტებში ადგილის დაკავება და საპარლამენტო გადაწყვეტილებათა მიღების შესაძლებლობების გამოყენება თავიანთი მიზნების მისაღწევად.

რასაკვირველია, პოლიტიკური გავლენა მხოლოდ პარტიების მეშვეობით არ მიიღწევა და უდავოა, რომ მხოლოდ პარლამენტში არ ცდილობენ საკუთარი პოლიტიკური მიზნების განხორციელებას; მრავალრიცხოვანი გაერთიანებების ერთ-ერთი მნიშვნელოვანი მიზანია, პოლიტიკაზე ზეგავლენით საკუთარი ინტერესებისთვის გზის გაკვალვა, აქ ადგილი აქვს ლობიზმის გამოვლინებებსაც. ამის სანინააღმდეგოდ, პარტიები ორიენტირებული არიან ინსტიტუციონალიზებულ გავლენის საშუალებებზე. ამ ამოცანასთან გამკლავება მის სტრუქტურებს ევალება. საპარლამენტო და, შეძლებისდაგვარად, ასევე

³ BVerfGE 33,125 (158); 49,89 (126 f.); 88,103 (116); 123,39 (78), ständige Rechtsprechung.

⁴ Martin Morlok/Christina Hientzsch, Das Parlament als Zentralorgan der Demokratie, JuS 2011, 1 ff.

მთავრობის საქმიანობაში მონაწილეობის მიღება - ის საკითხებია, რომლებსაც სჭირდება ორგანიზაციის განსაკუთრებული ტიპი, რომელიც აკმაყოფილებს შესაბამის მოთხოვნებს. ამიტომ გვანან ერთმანეთს პოლიტიკური პარტიები თავიანთი სტრუქტურებითა და პროცესების მოდელით. ახალი პარტიების მცდელობა, აქამდე არსებული პარტიებისგან განსხვავებულად გააკეთონ ყველაფერი, ჩვეულებრივ წარმატებულად მთავრდება ან ისე, რომ იქმნება პარტიისათვის ტიპური ორგანიზაციის მოდელები. ამის სანიმუშო მაგალითს წარმოადგენს გერმანიის მწვანეების პარტია. ისინი გამოჩნდნენ პრეტენზიით, ყოფილიყვნენ „ალტერნატიულნი“ და სხვა მოდელები გამოეყენებინათ პრაქტიკაში. დროთა განმავლობაში ისინი ამ მიზნისგან წარმატებით გათავისუფლდნენ და სხვა პარტიების მსგავს პარტიად გადაიქცნენ. ამდენად, პარტიები თვითჩანაცვლებადია.⁵ ისინი შეიძლება წარმატებულად მხოლოდ მსგავსი ტიპის ორგანიზაციებად გარდაიქმნან. სოციოლოგიური თვალსაზრისით, შესაძლებელია პარტიის სტრუქტურების იზომორფიზმ⁶ საუბარი.

3. პარტიების ფუნქციები

პარტიების მიერ განეული მუშაობა წარმოდგენილია იმ ფუნქციების კატალოგში, რომლებსაც ისინი ასრულებენ. ეს კატალოგები მეტნაკლებად ბევრ ფუნქციას⁷ მოიცავს, იმისდა მიხედვით, აბსტრაქციის რომელ დონეზე განიხილავენ პარტიის საქმიანობას.

მოქალაქეების მხრიდან პარტიებზე ზეგავლენის არსებითი მიზანია, რომ მათ მიაღწიონ საკუთარი ინტერესებისა და თვალსაზრისების განხორციელებას. აქ მე ვიყენებ ორმაგ ფორმულას „ინტერესები და თვალსაზრისები“, ამით, ერთი მხრივ, აღნიშნულია მატერიალური მიზნები, მეორე მხრივ კი – იდეური მიზნები. ორივე მათგანი პოლიტიკური პოლემიკის მნიშვნელოვანი საგანია, თუმცა, არსებითი განსხვავებით: მატერიალური ინტერესები, როგორც წესი, კომპრომისუნარიანია. ეს იმას ნიშნავს, რომ ინტერესის მატარებლებს შეუძლიათ, მათი სურვილების არასრული რეალიზაციითაც დაკმაყოფილდნენ. იდეური მოსაზრებების დროს, როგორც წესი, ეს ბევრად უფრო რთულია ან საერთოდ შეუძლებელია, მოსაზრებათა საბოლოო ღირებულებები უფრო ძნელად იზღუდება და სხვების სასარგებლოდაც რაღაცაზე ძნელად ამბობენ უარს.

პარტიები ცდილობენ, იყვნენ მათი მხარდამჭერების სურვილების შუამავალი სახელმწიფო გადაწყვეტილებათა მიღების პროცესში. ისინი არიან შუამავალი ინსტანციები. პარტიები წარმოადგენენ საზოგადოებრივ ორგანიზაციებს, რომლებიც ცდილობენ, თავიანთი ინტერესები და მოსაზრებები აუცილებელ სახელმწიფო გადაწყვეტილებებში ჩართონ. მათი საქმიანობა შეგვიძლია კონკრეტულად სამ ფუნქციად დავყოთ:

⁵ Niklas Luhmann, Identitätsgebrauch in selbstsubstitutiven Ordnungen, besonders Gesellschaften, in: ders., Soziologische Aufklärung Bd. III, 1981, S.198 ff.

⁶ Paul J. DiMaggio/Walter W. Powell, The Iron Cage Revisited, ASR48 (1983), 147 ff.

⁷ S. etwa: Ulrich v. Alemann unter Mitarbeit von Philipp Erbentraut/Jens Walter, Das Parteiensystem der Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl. 2010, S. 211 ff.

ა) პარტიები მოიცავენ საზოგადოებრივ ინტერესებსა და თვალსაზრისებს, აგროვებენ და თავს უყრიან მათ. ამრიგად, ისინი ერთმანეთთან ახლომდგომ ინტერესებს აჯგუფებენ, რათა მათი განხორციელების უფრო დიდი შანსები ჰქონდეთ. ამ ინტერესებს პოლიტიკურ მიზნებად აყალიბებენ.

ბ) დემოკრატიული პოლიტიკის ინსტიტუციებს უმეტესად პარტიები აწარმოებენ. ისინი მხარში უდგანან პოლიტიკურ სისტემას, პროპაგანდას უწევენ თავიანთ მიზნებს, აკვირდებიან და აკრიტიკებენ კონკურენტ პარტიებს და ზემოქმედებას ახდენენ საზოგადოებრივი აზრის ფორმირებაზე. ისინი განსაკუთრებით ცდილობენ, პოლიტიკური გადაწყვეტილებები მათი მიზნების შესაბამისად იყოს მიღებული.

გ) პარტიები თავიანთი მიზნების განხორციელებას განსაკუთრებით იმით ცდილობენ, რომ საკუთარ პერსონალს აძლევენ საშუალებას დაიკავონ პოზიციები, რომლებიც პასუხისმგებელი არიან გადაწყვეტილების მიღებაზე. პარტიის მომხრეებმა უნდა მოახდინონ საკუთარი პროგრამის რეალიზაცია. გადაწყვეტილების მიღებასთან დაკავშირებული უმნიშვნელოვანესი თანამდებობებია საპარლამენტო მანდატები და განსაკუთრებით კი, სავარძლები სამთავრობო ორგანოებში, მთავრობის ხელმძღვანელისა და მინისტრების პოსტები. თუმცა პარტიების საკადრო პოლიტიკური ამბიციები სცდება ყოველივე ამას. მათი მიზანია პარტიულ-პოლიტიკური თვალსაზრისით ნეიტრალიტეტის მქონე საჯარო მოხელეთა ადმინისტრაციისა და შესაძლოა, მართლმსაჯულების ჩამოყალიბებაც კი, რაც სამართლებრივი კუთხით, საკმაოდ საკამათოა.

4. სპეციალური ორგანიზაციების სტატუსის სამართლებრივი აღიარება

საზოგადოებრივი სურვილების სავალდებულო სახელმწიფოებრივ გადაწყვეტილებებად ტრანსფორმაციის პროცესში პარტიები აგენტების როლში გამოდიან და მათი ეს დანიშნულება კიდევ ხაზგასმულია. ამასობაში, მხოლოდ მცირეოდენი გამონაკლისის⁸ გარდა, ყველა ევროპულ დემოკრატიაში არსებობს კონსტიტუციის დებულებები პარტიების შესახებ, მაგალითად, საქართველოს კონსტიტუციის მე - 3 მუხლი, მე-4 ქვეპუნქტი და 23 - ე მუხლი, ესპანეთის კონსტიტუციის მე - 6 მუხლი, საფრანგეთის კონსტიტუციის მე - 4 მუხლი, იტალიის კონსტიტუციის 49 - ე მუხლი ან გერმანიის კონსტიტუციის 21-ე მუხლი. მიმდინარე სამართალიცაა დაკავებული პარტიებით. თავიდან ეს საარჩევნო სამართალში მოხდა. ის რომ ნორმატიული თვალსაზრისით, პირველად იქნა აღიარებული პარტიების მნიშვნელობა, იმის შედეგია, რომ საპარლამენტო

⁸ ევროპის 32 დემოკრატიული სახელმწიფოდან მხოლოდ ოთხი არ შეიცავს დადგენილებებს პარტიების შესახებ, კერძოდ, ბელგია, დანია, ირლანდია და ნიდერლანდები. მონაცემთა შეგროვებისას დაწერილი კონსტიტუციის არარსებობის გამო ვერ იქნა გათვალისწინებული გაერთიანებული სამეფო. Zum Prozess der Institutionalisierung der Parteien *Martin Morlok*, Parteienartikel der Verfassungen im Lichte der Textstufenanalyse, in: A. Blankenagel (Hrsg.), 2014, S. 135 ff.

არჩევნები პარტიების გარეშე ვერ ჩატარდებოდა. გარდა ამისა, მიმდინარე სამართალი უფრო დეტალურად აყალიბებს პარტიების სამართლებრივ მდგომარეობას. ამას ჩვეულებრივ პარტიების სტატუსის შესახებ კანონის ფორმით აკეთებენ. აქ მოიაზრება განსაკუთრებული უფლებები, მაგალითად, როგორცაა საარჩევნო კამპანიაში მონაწილეობის უფლებები, სახელმწიფოს ფინანსური დახმარება, ამას ემატება პარტიების განსაკუთრებული ვალდებულებები ფინანსურ საკითხებში გამჭვირვალობისა ან შიდა დემოკრატიის უზრუნველსაყოფად სამართლებრივი მექანიზმების თაობაზე. აქ სახეზეა დემოკრატიასა და მართლწესრიგს შორის ფუნქციური ურთიერთკავშირი.

5. პარტიის პოლიტიკასთან დაკავშირებული თანასწორობის პრინციპი

პარტიული სისტემის ორგანიზაციულ-სამართლებრივი ჩამოყალიბებისთვის განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია მათთვის თანაბარი შესაძლებლობების უზრუნველყოფა. თანასწორ სტრუქტურებზე ორიენტაცია განასხვავებს პარტიებს პოლიტიკური ზეგავლენის მოპოვების სურვილის მქონე სხვა ორგანიზაციებისგან. აქ თავიდანვე დიდ და ძლიერ გაერთიანებებს მეტი შანსების იმედი უნდა ჰქონდეთ, ვიდრე მარგინალური ინტერესების წარმომადგენლებს. ფინანსური საშუალებები და ორგანიზაციული ძალაუფლება განსხვავებული ინტერესებისა და მოსაზრებების მატარებლებისთვის ერთნაირად არაა წარმოდგენილი. ამის საპირისპიროდ, ინსტიტუციონალიზებული პოლიტიკური გავლენა ცდილობს, უზრუნველყოს თანაბარი, კერძოდ კი, ყველა მოქალაქის პოლიტიკურ უფლებათა და პარტიების შესაძლებლობათა თანასწორობა, მათ შორის, ყველა დეპუტატის თანასწორი სამართლებრივი სტატუსი. ამდენად, პოლიტიკური პროცესი, რომელიც პარტიებისა და პარლამენტის მეშვეობით წარმოებს, უფრო მეტადაა მიმართული დემოკრატიული თანასწორობისკენ, ვიდრე საჯაროდ თუ კულისებში მიმდინარე ღია დაპირისპირება.⁹

II. ფრაქციები როგორც პარტიების საპარლამენტო განშტოება

1. პარლამენტი როგორც პარტიების მიზანი

პარლამენტი წარმოადგენს პოლიტიკური პარტიების მიზნების არეალს. აქ პარტიები თავიანთი პოლიტიკური მიზნების განხორციელებას ცდილობენ. ამის მნიშვნელოვანი საშუალებები, ერთი მხრივ, კანონებია, რომლებიც შეთავაზებებით ან აკრძალვებით ცდილობენ მიზნის მიღწევას, მეორე მხრივ კი, ფინანსური საშუალებების გაღებაა, რომელიც, თავის მხრივ, ღვინდება კანონით განსაზღვრული საბიუჯეტო გეგმის მიხედვით. პარტიული დეპუტატები პარლამენტში განაგრძობენ პარტიების მისწრაფებების განხორციელებას. ფრაქციები ფუნქციონირებს, როგორც პარტიების შიდასაპარლამენტო

⁹ Zu dieser Filterwirkung politischer Parteien gegenüber gesellschaftlichen Machtpositionen *Martin Morlok*, Politische Chancengleichheit durch Abschottung?, In: D. Gehne/T. Spier (Hrsg.), Krise oder Wandel der Parteiendemokratie?, 2010, S. 19 ff.

განშტოება, რასაც კარგად გამოხატავს ფრაქციების ინგლისური განსაზღვრება: „Party in Parliament“.

რასაკვირველია, უნდა გავითვალისწინოთ პარტიებსა და მათ საპარლამენტო წარმომადგენლობას შორის სამართლებრივი და დოგმატური გამიჯვნა. აქ მოქმედებს პარტიების ტრანსფორმაციის ფუნქცია. საზოგადოებრივი ინტერესების გამოკვეთის შემდეგ გასავლელია გზა, სანამ ისინი სავალდებულო სამართლებრივ ფორმას მიიღებენ. ამ გზის ეტაპები სამართლებრივად საყურადღებოა. პარტიები თვითონ არიან საზოგადოებრივი გაერთიანებები და ექვემდებარებიან სამართალს. საპარლამენტო ფრაქციები სახელმწიფოებრივ სფეროს განეკუთვნებიან. ისინი დეპუტატთა გაერთიანებებია და, შესაბამისად, არა პარტიების, არამედ პარლამენტის შესახებ კანონის მიხედვით მოღვაწეობენ.

თუმცა, აღსანიშნავია პოლიტიკური ფრაქციების განსაკუთრებული თვისება: იმ დროს, როდესაც სახელმწიფოს ორგანიზაციული ერთიანობა და მისი უფლებამოვალეობა ჩვეულებრივ, ცალსახადაა განერილი და არსებობს ერთი გარკვეული მოცემულობით, საპარლამენტო ფრაქციას უნევს მრავალფეროვან პოლიტიკურ პარტიებს შორის მოღვაწეობა, რომლებმაც არჩევნებში წარმატებას მიაღწიეს. ფრაქციების დიდი რაოდენობა ასახავს მათი პარტიების სახეს – მრავალპარტიულ დემოკრატიაში. შესაბამისად, ფრაქციებიც ჩართულია პარტიებს შორის მიმდინარე პოლიტიკური შეჯიბრებითობის პროცესში.

2. ფრაქციები როგორც მნიშვნელოვანი საპარლამენტო სამუშაო ერთეულები

წარმატებული საპარლამენტო მუშაობა ჯგუფურად ხორციელდება. ამას რამდენიმე მიზეზი აქვს:

ა) ჩვენ რთულ სამყაროში ვცხოვრობთ. წარმოქმნილი პრობლემების შესაბამისი გადაწყვეტა მოითხოვს ექსპერტების ცოდნის გამოყენებას. ეს კი, თავის მხრივ, მოითხოვს *სპეციალიზაციას*, დეპუტატებიც უნდა დახელოვნდნენ განსაზღვრულ დარგებში. არც ერთ დეპუტატს არ შეუძლია ერთდროულად ერკვეოდეს საპენსიო, საგარეო საქმეთა, გარემოს დაცვის, განათლებისა და რეგიონალური პოლიტიკის სფეროებში. პარლამენტმა, რომელიც მიზნად ისახავს, მონაწილეობა მიიღოს პოლიტიკის დეტალურ შექმნასა და განსაზღვრაში, უნდა აიძულოს თავისი დეპუტატები, დახელოვნდნენ კონკრეტულ სფეროში. დეპუტატებს მხოლოდ ერთ ან ორ სფეროში შეუძლიათ რეალური კომპეტენტურობა შეიძინონ. ამგვარად, სპეციალიზაცია პოლიტიკაში იმპერატიულ ნორმას წარმოადგენს.¹⁰

¹⁰ სპეციალიზაციაზე ზეწოლა თვალსაჩინოა *მარიონ რაიზერის* კვლევაში, რომელმაც შეისწავლა, თუ რა ზეგავლენას ახდენს პარლამენტში მუშაობის გამოცდილება ახლად არჩეული დეპუტატების პოზიციებზე და ეცევაზე. მნიშვნელოვანი შედეგი: პარლამენტის მიერ ახლად არჩეულები უდიდეს მნიშვნელობას ანიჭებენ საპარლამენტო მუშაობას. ისინი მეტად თავს თვლიან რომელიმე განსაზღვრული სფეროს ექსპერტებად,

პარლამენტი შრომის განაწილების საფუძველზე მოქმედებს. დეპუტატები მუშაობის პროცესში ფოკუსირებულნი არიან განსაზღვრულ თემატურ სფეროებზე. ინსტიტუციური თვალსაზრისით, საპარლამენტო შრომის განაწილება გამოხატულებას ჰპოვებს კომისიების შექმნაში განსაზღვრული დარგებისთვის. ისინი, როგორც წესი, იქმნება მთავრობის შესაბამისი დეპარტამენტების მაგალითზე, რომლებიც შრომის განაწილების ლოგიკას ექვემდებარებიან. ამ სპეციალიზებულ კომისიებში არიან განსაზღვრულ დარგში განსწავლული დეპუტატები.

ბ) შრომის განაწილება მოითხოვს *ორგანიზაციას*. უნდა გადაწყდეს, ვინ რაზეა პასუხისმგებელი. საპარლამენტო დონეზე ეს იმას ნიშნავს, რომ უნდა დადგინდეს, რომელი დეპუტატი რომელ კომისიაში თანამშრომლობს. საპარლამენტო შრომის განაწილების ორგანიზაცია ფრაქციების ამოცანაა. ისინი გზავნიან დეპუტატებს სხვადასხვა კომისიებში. ეს შეიძლება ყოველთვის არ შეესაბამებოდეს დეპუტატების სურვილებს. ვინაიდან, კომისიებში მუშაობა ფრაქციებს შორის პოლიტიკური შეჯიბრებითობის შესაბამისად უკიდურესად პოლემიკურადაც შეიძლება წარიმართოს, დეპუტატები ფრაქციების დონეზე, თავიანთი კომიტეტის მუშაობისთვის სპეციალიზებულ სამუშაო წრეებში ემზადებიან.

სპეციალიზაციასთან დაკავშირებით შრომის განაწილებისას, დეპუტატები პოლიტიკის ბევრ სფეროში მხოლოდ არასაკმარისად ერკვევიან. მიუხედავად ამისა, კენჭისყრის დროს გონივრულად, ე.ი. დარგობრივად ინფორმირებულად რომ შეძლონ მოქცევა, იმ დეპუტატებს უნდა მიმართონ რეკომენდაციებისთვის, რომლებიც შესაბამისი სფეროს სპეციალისტები არიან. პოლიტიკური გადაწყვეტილებები შეფასებებზეა დამოკიდებული. ამიტომ მიმართავენ დეპუტატები საკუთარი ფრაქციის სპეციალისტებს აქტუალურ თემასთან დაკავშირებით, ვინაიდან, იმავე ფრაქციასთან და პარტიასთან კუთვნილება ასოცირებულია ერთიან პოლიტიკურ მრწამსთან. პარლამენტში შრომის განაწილებაზე დაფუძნებული მუშაობის წინაპირობაა პოლიტიკური ნდობა. პარტიის საზიარო წევრობის საფუძველზე, შესაძლებელია, მუდამ ენდო საკუთარი ფრაქციის სპეციალისტებს და გაითვალისწინო მათი აზრი. ასე თუ შევხედავთ, ფრაქციები წარმოადგენენ „სპეციალისტების გაერთიანებებს ორმხრივობის მიხედვით“ (*W. Zeh*). შრომის განაწილების საფუძველზე გაყოფილ სპეციალისტებს ისინი ისევ აერთიანებენ და შესაძლებელს ხდიან კენჭისყრის ერთიან ხაზს. ამრიგად, საპარლამენტო მუშაობის ორგანიზაციას ფრაქციების მემკვიდრით სერიოზული მიზნები აქვს. ცალკეული დეპუტატი ვეღარ უმკლავდება ადექვატურად განსახილველი თემების მრავალფეროვნებასა და კომპლექსურობას. ამიტომ შეგვიძლია შემდეგნაირად ჩამოვაცალიბოთ აზრი: საპარლამენტო მუშაობა არის გუნდური სპორტი.¹¹ ფრაქციები წარმოადგენენ გუნდებს, რომლებიც ერთმანეთში თამაშობენ, მაგრამ ერთმანეთს კონკურენციას უწევენ.

ვიდრე პოლიტიკის უნივერსალურ მცოდნეებად. – ეს არის მათი პოზიციის ცვლილება პარტიაში შესვლამდე. *Marion Reiser*, Abgehoben und entkoppelt? In: J. Bruchzahl/D. Krichewsky/J. Frank (Hrsg.), *Soziologie der Parlamente*, 2018, S. 112 ff.

¹¹ So *Werner Patzelt*, Wider das Gerede vom „Fraktionszwang“!, *ZParl* 29 (1998), S. 323 ff. (bes. 324).

გ) ფრაქციების შექმნის სხვა მნიშვნელოვანი მიზეზია გადანწყვეტილებათა მიღება დემოკრატიული უმრავლესობის წესის შესაბამისად. პარლამენტებმა უნდა მიიღონ გადანწყვეტილებები როგორც დარგობრივ, ისე საკადრო საკითხებზე. ამ დავალებების შესასრულებლად ისინი გადანწყვეტილების მიღებისუნარიანნი უნდა იყვნენ. ამასობაში, უმრავლესობა თავისით არ ყალიბდება. უმრავლესობებს უფრო მეტად ორგანიზაცია და მხარდაჭერა ესაჭიროებათ. აღნიშნული ფრაქციებში ხორციელდება. ისინი ცდილობენ, მათმა წევრებმა შეძლებისდაგვარად ერთსულოვნად მისცენ ხმა და გაიზარდოს მათი უმრავლესობაში მოხვედრის შანსი. საპარლამენტო უმცირესობის ფრაქციებისთვისაც გონივრულია ერთსულოვანი კენჭისყრის ხაზი: პარტიას უნდა, რომ პარლამენტში მესამე პირებთან ურთიერთობაში თავი ერთსულოვნად წარმოაჩინოს. პარტიის პოლიტიკური ხაზი ნათელი უნდა იყოს, მან პოლიტიკური ეფექტურობა პუბლიკას კენჭისყრის ერთიანი ქცევის მეშვეობით უნდა წარუდგინოს, ყოველთვის სხვა ფრაქციებთან კონკურენციის გზით. ამდენად, ფრაქციები არიან კონკურსში მონაწილე საზოგადოებები.

უმრავლესობები იქმნება განსხვავებულ საწყის პოზიციებს შორის კომპრომისების შედეგად. უმრავლესობის გადანწყვეტილება მოითხოვს კომპრომისზე წასვლას. კომპრომისის მიღწევა მარტივდება, როცა პოზიციები ძალიან არ განსხვავდება ერთმანეთისაგან. მსგავსი პოლიტიკური მოსაზრების მქონე დეპუტატების შემთხვევაში კი, ეს სიახლოვე მოსალოდნელია. ამდენად, შესაძლებელი იქნება, რომ პოლიტიკურად მსგავსი მოსაზრებების მქონე დეპუტატები შეერთდნენ კენჭისყრის საერთო ხაზის გარშემო, რათა პოტენციურად უმრავლესობაში მოხვედრა შეძლონ.

ამრიგად, გადანწყვეტილების მიღების წესი უმრავლესობის მეშვეობით ძლიერ ზეწოლას ახდენს, რომ მსგავსი პოლიტიკური მრწამსის მქონე დეპუტატები ერთსულოვნად გაერთიანდნენ კენჭისყრის გარშემო, მუდმივი თანამშრომლობის მიზნით დაჯგუფდნენ და სტაბილურობის გამო ორგანიზაციად ჩამოყალიბდნენ. პარლამენტები ქმნიან ფრაქციებს. ამას გვიჩვენებს ისტორია,¹² ასევე ევროპარლამენტის გამოცდილებაც ადასტურებს ფრაქციების შექმნის ამ ლოგიკას.

ფრაქციები იგივე პარტიის¹³ დეპუტატებისგან წარმოიქმნება. ეს ამომრჩევლების ინტერესშიცაა – ამით მათ შეეძლებათ პარლამენტში თავიანთი პოზიციების ეფექტური წარმოდგენა.

ერთსულოვან კენჭისყრასთან დაკავშირებული მცდელობები განსაზღვრულია როგორც „ფრაქციის დისციპლინა“ ან „ფრაქციის იძულება“. ბოლო აღნიშნული ცნება,

¹² S. z.B. Jörg-Detlef Kühne, Die Reichsverfassung der Paulskirche, 2. Aufl. 1998, S. 37 ff. სხვადასხვა პოლიტიკური მინდინარეობების წარმომადგენლები ერთმანეთს რესტორნებში ხვდებოდნენ და მათ თავიანთი სახელები დაერქვათ, როგორც მაგალითად: Württemberger Hof, Augsburger Hof etc.

¹³ გერმანიის ბუნდესტაგის რეგლამენტი ფრაქციის შექმნის ჩვეულებრივ წინაპირობად ფრაქციის დეპუტატის იმავე პარტიისადმი მიკუთვნებასაც კი აწესებს, § 10 Abs. 1 Satz 1 Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages.

სამართლებრივი თვალსაზრისით, დეპუტატების თავისუფალი მანდატიდან გამომდინარე (ამასთან დაკავშირებით იხ. ასევე 4) შეუსაბამოა. საქმეში ის ვერ ხედავს, რომ შრომის განაწილების აუცილებლობა და ლტოლვა უმრავლესობისკენ, ან ყოველ შემთხვევაში, ფრაქციის წევრების ერთსულოვნება კენჭისყრისკენ, უპრიან მიზნებს წარმოადგენს ცალკეული დეპუტატისთვის, ყველა წესით მიჰყვეს ფრაქციის ხაზს¹⁴. პოლიტიკური ეფექტურობიდან გამომდინარე დეპუტატებისთვის რეკომენდებულია, შევიდნენ ფრაქციებში.

მთლიანობაში საპარლამენტო მუშაობისთვის ორმაგი სტრუქტურაა დამახასიათებელი: პოლიტიკური და დარგობრივი.¹⁵ ორივე სტრუქტურა ერთმანეთს ფარავს. შრომის განაწილების დარგობრივი სტრუქტურა კომისიებში ფრაქციების ფარგლებშიც გვხვდება სამუშაო წრეების ფორმით. ამასთანავე, დარგობრივი კომისიები და პლენუმი პოლიტიკური თვალსაზრისით, პარტიისადმი კუთვნილების მიხედვით, დაყოფილია პოლიტიკურ ჯგუფებად. ორივე სტრუქტურა ფარავს ერთმანეთს, ორივე სტრუქტურა მუდამ არსებობს.

3. თავისუფალი მანდატის უზრუნველყოფა

როგორც ერთი შეხედვით ჩანს, თავისუფალი მანდატის კონსტიტუციით უზრუნველყოფა წინააღმდეგობაშია ფრაქციების მნიშვნელოვან როლთან (საქართველოს კონსტიტუცია, 39 - ე მუხლის 1-ლი ქვეპუნქტი, ძირითადი კანონის 38 - ე მუხლის 1-ლი ქვეპუნქტის მე-2 წინადადება). იმპერატიული მანდატის დაცვას ამომრჩევლებთან მიმართებით პრაქტიკულად ნაკლები მნიშვნელობა აქვს – ორგანიზაციის გარეშე ამომრჩევლები წარმოადგენენ ნაკლებად ხელშესახებ ერთობას სხვადასხვა გაერთიანებებთან შედარებით, რომლებიც დეპუტატის უკან დგას, განსაკუთრებით კი დეპუტატის პარტიასთან მიმართებით.

ცალკეული დეპუტატის კონსტიტუციური დაცვა მათ პარლამენტის საბაზისო ელემენტებად აქცევს. მათი რეალურად დიდი მნიშვნელობის მიუხედავად, ფრაქციები მხოლოდ წარმოებულ სიდიდეებს წარმოადგენენ: ფრაქციები შეგვიძლია გავიგოთ, როგორც დეპუტატების ნებაყოფლობითი გაერთიანება.¹⁶ ფრაქციების ეს დერივატიული ხასიათი არა მარტო ფორმალური კონსტრუქციაა, მის უკან ასევე იმალება ფაქტობრივი ლოგიკა: დეპუტატებს სჭირდებათ ფრაქციები, რათა სპეციალიზაციის საშუალებით და ამდენად შრომის განაწილების პირობებში შეძლონ გონივრული საპარლამენტო მუშაობა. ამგვარად, ფრაქციები წარმოადგენენ პოლიტიკური მიზნების მისაღწევად დეპუტატების ეფექტური მოღვაწეობის ინსტრუმენტებს.

¹⁴ Dazu eindringlich Werner Patzelt, Wider das Gerede vom „Fraktionszwang“, ZParl 29 (1998), S. 323 ff.

¹⁵ Vgl. dazu Martin Morlok, Volksvertretung als Grundaufgabe, in: M. Morlok/U. Schliesky/ D. Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht, 2016, § 3, S. 143 (162 ff.).

¹⁶ BVerfGE 80, 188 (219 f.); 84, 304 (322); 40, 1 (31); 140, 25 (61); Wolfgang Demmler, Der Abgeordnete im Parlament der Fraktionen, 1994, S. 261 ff.; Sven Hölscheidt, Das Recht der Parlamentsfraktionen, 2001, S. 327 ff.

როგორც ვნახეთ, უმრავლესობის საპარლამენტო გადანაცვებების წინაპირობა კომპრომისებია. გადანაცვებების მიღების უნარის უზრუნველყოფა მანდატის თავისუფლებაა. კოლეგიურ ორგანოს, რომლის წევრები ვალდებულნი არიან გადანაცვებების მიღების გარკვეულ წესს დამორჩილდნენ, არ შესწევს კომპრომისზე წასვლის უნარი და ექცევა ხიფათის ქვეშ, რათა გადანაცვებების მიღების უუნარო გახდეს. ამგვარად, მანდატის თავისუფლება გადანაცვებების მიღების უნარიანობის მნიშვნელოვან წინაპირობას წარმოადგენს.¹⁷

პარადოქსულია, რომ თავისუფალი მანდატი იმ გარემოებების ანსამბლს მიეკუთვნება, რომლებიც შესაძლებელს და გონივრულს ხდიან ფრაქციის შექმნას. ის დეპუტატებს ათავისუფლებს დავალებებისგან და დაჯგუფებებზე დამოკიდებულებისგან, რომლის ინტერესები და თვალსაზრისები უნდა წარმოადგინონ (ხშირად მათ ამის სურვილიც აქვთ) და მათ უყალიბებს კომპრომისის უნარს სხვების სურვილებთან მიმართებაში. დეპუტატების თავისუფლება შესაძლებელს ხდის მათ თანამშრომლობას ფრაქციებში და იქ (ნებაყოფლობით) ორიენტაციას ფრაქციის ხაზზე. ასე თუ შევხედავთ, თავისუფალი მანდატი ფრაქციის დისციპლინის წინაპირობაა!

პოლიტიკის, როგორც საზოგადოების მსახურების ვალდებულების თვალსაზრისით, თავისუფალ მანდატს კიდევ სხვა არსებითი მნიშვნელობა გააჩნია: საკითხი ღია უნდა დარჩეს იმ მხრივ, რომ დეპუტატს შეეძლოს, მოექცეს ყველა შესაძლო ინტერესისა და მოსაზრების გავლენის ქვეშ. როგორც სრულიად ხალხის წარმომადგენელი (ძირითადი კანონის 38 - ე მუხლის პირველი ქვეპუნქტის მეორე წინადადება), დეპუტატი არ უნდა იყოს მიჯაჭვული კონკრეტულ, თუნდაც მისი პარტიის ინტერესებს. ამდენად, საჭიროა საწყის, პარტიაში განევრიანებასთან დაკავშირებულ ვიწრო თვალთახედვასთან გამკლავება. ამგვარი ღიაობა სხვადასხვა შესაძლო წუხილის და მგრძობიარობა ახალი პრობლემების მიმართ, ზრდის პარლამენტის უნარს, გადაჭრას პრობლემები. ეს კი ამაღლებს პოლიტიკური სისტემის რეაგირების ხარისხს.

ყოველ ორგანიზაციულ მოვლენას აქვს დადებითი და უარყოფითი მხარე. ყველა სტრუქტურა იცნობს განსაზღვრულ შერჩევითობას. უარყოფითი მხარეების დასაბალანსებლად რეკომენდირებულია მოცემული აგებულების საპირისპირო მოდელის¹⁸ სხვა დადებითი შესაძლებლობების მქონე წყობის მეშვეობით გამდიდრება. განსხვავებული მოდელების ეს კომბინაცია ძველი დროიდან კარგადაა გამოცდილი. ეს გვხვდება კონსტიტუციის თეორიაში *შერეული კონსტიტუციის* კონცეფციაში, რომელსაც

¹⁷ Christoph Müller, Das imperative und freie Mandat, 1966, S. ff.

¹⁸ კონცეპტუალურად აქ უნდა გაიხსენოთ ვიქტორ ტერნერი (Victor Turner), Das Ritual: Struktur und Gegenstruktur, dt. 1989 (engl. 1969), რომელშიც საუბარია სტრუქტურის (ფაზების) და „communitas“ ანტითეზაზე.

ანტიკური პერიოდიდან ვიცნობთ.¹⁹ განსხვავებულ ლოგიკათა კომბინაციის იდეას ასევე ემორჩილება ძალაუფლებათა გამოჭვნის პრინციპი. საპარლამენტო მუშაობაში მისი გამოყენება ნიშნავს იმას, რომ ფრაქციის ხაზზე დამოკიდებულებას დაემატება თავისუფალი მანდატი, ე.ი. საპირისპირო სტრუქტურა. ამის გამოხატვა პირიქითაც შეიძლება, თუ კონსტიტუციურ-სამართლებრივ მოცემულებებს გავითვალისწინებთ: დეპუტატის თავისუფლების გარანტი ფრაქციაში განწევრიანებაა.

თავისუფალი მანდატი უპირისპირდება ცალკეულ პარტიასა და მის ფრაქციაში მიმდინარე პოლიტიკური პროცესის უკიდურესად გამოხატულ ცალმხრივობას. ცალკეული დეპუტატების ან, ასევე დეპუტატთა ჯგუფის წინააღმდეგობის მეშვეობით ფართოვდება ფრაქციის ყურადღების ჰორიზონტი. უმრავლესობის მიერ გათვალისწინებული აუცილებლობა, შეძლებისდაგვარად ფრაქციის ყველა დეპუტატმა ერთსულოვნად მიიღოს კენჭისყრაში მონაწილეობა, იწვევს შიდა დისკუსიას, აუცილებელს ხდის უმცირესობების ნების გათვალისწინებასა და კომპრომისებს. ინტერესებისა და თვალსაზრისების უფრო დიდი წრის გათვალისწინება ზემოქმედებს საყოველთაო კეთილდღეობის ხელშეწყობაზე, განსაკუთრებით მაშინ, როცა სხვადასხვა ინტერესთა მხედველობაში მიღება და მათი ერთმანეთში დაბალანსება საყოველთაო კეთილდღეობასთან დაკავშირებული გადანყვეტილების წინაპირობად მიიჩნევა.

4. პარტიების აუცილებლობა პარლამენტში

ყველაფრის შემდეგ: ფრაქციები, როგორც იგივე პარტიის დეპუტატების საქმიანი გაერთიანებები, პარლამენტშიც აუცილებელია. ისინი წარმოადგენენ საპარლამენტო მუშაობის ხარისხის მნიშვნელოვან გარანტიებს. თუმცა, ეს დამოკიდებულია პარლამენტის თვითშეგნებაზე, სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, ნორმაზე, რომელსაც პარლამენტი საკუთარ თავს უწესებს. არსებობს პარლამენტის განსხვავებული ტიპები, რომლებშიც დეტალური დარგობრივი მუშაობის ან პლენუმში სპონტანური სიტყვით გამოსვლების, მაგალითად, როგორც ვესტმინსტერში, მნიშვნელობა განსხვავებულია.²⁰ ასეთი თავისებური ფორმების მიუხედავად, მართებულად მიგვაჩნია, ვიხელმძღვანელოთ პარლამენტის არსის რეალისტური გაგებით და განვიხილოთ რეალური საპარლამენტო სამუშაო პირობები და მეთოდები²¹ და შევცდომავი არ შეგვიყვანოს პარლამენტის მცდარმა იდეალმა, რომლის დეპუტატები სიტყვით გამოსვლისა და რეპლიკების რეჟიმში ცდილობენ ერთმანეთის დარწმუნებას.²²

¹⁹ მოსაზრება შერეული კონსტიტუციის შესახებ განვითარდა კონსტიტუციების მიმოქცევის სწავლებიდან. მ.შ. აღსანიშნავია არისტოტელე, განსაკუთრებით პოლიბიოსი და შემდეგ ციცერონი.

²⁰ Zu einer Unterscheidung unterschiedlicher Formen des Parlamentarismus, *Eberhard Schütt-Wetschky*, Grundtypen parlamentarischer Demokratie, 1984.

²¹ So *Martin Morlok*, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?, *VVDStRL* 62 (2003), S. 37 (64 ff.).

²² Besonders wirkmächtig ist das von *Carl Schmitt*, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 8. Aufl. 1996, Nachdruck der 2. Aufl. von 1926, gezeichnete Bild des Parlamentarismus geworden, das allerdings nicht einmal für die Vergangenheit zutrifft.

რაც უფრო მტკიცედ ისახავს პარლამენტი მიზნად სამართლებრივი ურთიერთობების დეტალურ საკანონმდებლო მონესრიგებას, მით უფრო მნიშვნელოვანი ხდება ფრაქციების როლი, როგორც შრომის განაწილების საორგანიზაციო საფუძვლი. ამისგან დამოუკიდებლად, ფრაქციების გამაერთიანებელი ფუნქცია უმრავლესობის პირობებში პარლამენტის გადაწყვეტილების მიღების უნარიანობისთვისაც მნიშვნელოვანია. ფორსირებული ინდივიდუალისტების პარლამენტი საშიშროების ქვეშაა, ვინაიდან, ის ვერ ჩამოაყალიბებს უმრავლესობებს და ამდენად, გადაწყვეტილების მიღების უნარო იქნება. ეს აჩვენა ვესტმინსტერის პარლამენტის მოვლენებმა 2019 წლის პირველ კვირებსა და თვეებში. ამიტომ, პარლამენტები შედარებით სწრაფად ქმნიან ფრაქციებს, ამას აჩვენებს ისტორიული დაკვირვება და ასევე განვითარების ტენდენცია ევროპარლამენტში.

თუმცა, ფრაქციების ხაზგასმისას არ უნდა გამოგვრჩეს, რომ ხალხისა და მისი ინტერესების განსხვავებულობის გამო პარლამენტი მხოლოდ მთლიანობაში ქმნის სახალხო წარმომადგენლობას, აქ საუბარია „სრულ წარმომადგენლობაზე“.²³ დეპუტატები არიან მთელი ხალხის წარმომადგენლები და პირიქით, მხოლოდ ყველა დეპუტატი ქმნის სახალხო წარმომადგენლობას. როგორ უნდა გამოხატოს ცალკეულმა დეპუტატმა პარლამენტში განსხვავებული ინტერესები და მოსაზრებები? ამგვარი მრავალფეროვნება უნდა აისახოს პარლამენტშიც, თუმცა ეს მრავალფეროვნება, ასევე უნდა შემცირდეს, რათა პარლამენტი ქმედუნარიანი იყოს ძირითად პოზიციებთან დაკავშირებით შესატყობლად. ამაშია პარტიების, ხოლო პარლამენტში – ფრაქციების მათოკუსირებელი როლი. იმისათვის, რომ მრავალფეროვანი ინტერესები და მოსაზრებები, პრობლემის ხედვის მრავალმხრივობა აისახოს პოლიტიკური გადაწყვეტილების მიღების პროცესში, მნიშვნელოვანია ყველა დეპუტატისა და, შესაბამისად, ყველა ფრაქციის სამართლებრივი თანასწორობა. უმრავლესობის წესით ჩასატარებელი კენჭისყრის წინ აუცილებელია თანასწორობის მკაცრი დაცვა.

ამასთანავე, დემოკრატიული კონსტიტუციები დეპუტატების თავისუფლებასაც იცნობენ. თავისუფალი მანდატი წარმოადგენს ფრაქციების ძალაუფლების საპირისპირო სტრუქტურულ ელემენტს. ამდენად, ეს ხელს უწყობს საპარლამენტო დემოკრატიის მთლიან რაციონალურობას. ამ კონტექსტში არასწორად არ უნდა გავიგოთ, რომ ცალკეული დეპუტატი და მისი უნარები, ისევე როგორც მისი სიმართლე, წარმოადგენენ კარგი საპარლამენტო პოლიტიკის ჩამოყალიბების გარანტიებს.

პარლამენტის მიერ გადაწყვეტილების მიღება უნდა გავიგოთ, როგორც ინფორმაციის დამუშავების კომპლექსური პროცესი. გონივრულად ეს ხდება გადაწყვეტილების მიღების სხვადასხვა საფეხურზე, ინფორმაციის ნაბიჯ-ნაბიჯ დამუშავებით, ასევე სპეციალიზებული

²³ Siehe etwa BVerfGE 80,188 (218); *Martin Morlok*, *Volksvertretung als Grundaufgabe* in: M. Morlok/U. Schliesky/D. Wiefelspütz (Hrsg.), *Parlamentsrecht*, 2016, § 3, S. 143 (158 ff.).

დეპუტატების, ფრაქციის სამუშაო ჯგუფის, კომისიების, სამინისტროს მოხელეებთან საუბრების, ლობისტების საშუალებითა და, საბოლოოდ, სავალდებულო სახით პლენუმში.

ამ კომპლექსური ნიმუშის მიხედვით თუ შევეხებით საპარლამენტო საქმიანობას, არსებითი მნიშვნელობისაა ფრაქციების შეთანხმება გადაწყვეტილების მიღებასთან დაკავშირებით, რომ გაჩნდეს საყოველთაო კეთილდღეობის შემქმნელი პოლიტიკისადმი ნდობა. – ნდობა წარმოადგენს წარმომადგენლობითი დემოკრატიის ძირითად კატეგორიას. – რეალისტური დაკვირვებისას, არა დეპუტატების პიროვნულ ხარისხს აქვს ნდობის მნიშვნელოვანი საფუძველი კარგი პოლიტიკისათვის, არამედ დეპუტატების შეთანხმებულ თანამშრომლობას. აქ შეიძლება „სისტემის ნდობაზე“ საუბარი. ამ სისტემაში ფრაქციები მთლიანად თავის წევრებზე არიან დამოკიდებულნი, რასაკვირველია, სპეციალისტებზეც.

ამრიგად, ჩვენ საქმე გვაქვს *თავისუფლებისა და დამოკიდებულების* დიალექტიკასთან. მხოლოდ ფრაქციებში ჩართვა აძლევთ ცალკეულ დეპუტატებს წარმატების შესაძლებლობებს. საპარლამენტო მუშაობისას ფრაქციებზე ორიენტირება პარლამენტს გადაწყვეტილებების მისაღებად უფრო ემედითს ხდის და დადებით იმპულსებს აძლევს საპარლამენტო მუშაობას. ფრაქციაში „ჩართულობა“ გულისხმობს ასევე „ვალდებულებებს“ და დეპუტატის თავისუფლების შემზღვევას. როგორც ყველა თავისუფლება, თავისუფალი მანდატიც ექვემდებარება რეალურ შემზღვევებს, ამ შემთხვევაში ვალდებულებებიც, რომლის მიხედვით, გათვალისწინებული უნდა იყოს სანდო შრომის განაწილებაზე დაფუძნებული ფრაქციის მუშაობის წინაპირობები და პარტიის ძირითადი პოლიტიკური ხაზი. ფრაქციის წევრობა ეფუძნება *გაცვლას*: თავისუფლების შემზღვევა რელიგვანტური პოლიტიკური მოქმედების შესაძლებლობების სანაცვლოდ.

კარგი საპარლამენტო მუშაობის წინაპირობებს წარმოადგენენ ფრაქციები, ფრაქციების კარგ მუშაობას კი – პარტიები. ძველ გამოცდილებას, რომ პარტიების წინაპირობები პარლამენტებია, რომლებიც მათ არჩევნების მეშვეობით დეპუტატებით ამარაგებენ, შეგვიძლია ის დავამატოთ, რომ პარლამენტის მუშაობის ფორმაც განსაზღვრულია პარტიების მიერ მხარდაჭერილი ფრაქციებით.

Die Funktion der Parteien und die Arbeit des Parlaments

Martin Morlok

I. Die Funktion der politischen Parteien. 1. Demokratie als institutionalisierte Beeinflussbarkeit der Herrschaft. 2. Parteien als Spezialorgane demokratischer Einflußnahme. 3. Die Funktionen der Parteien. 4. Rechtliche Anerkennung als Spezialorganisationen. 5. Egalitäre Prägung parteipolitische Politik. II. Fraktionen als parlamentarischer Arm der Parteien. 1. Das Parlament als Ziel der Parteien. 2. Fraktionen als die wesentlichen parlamentarischen Arbeitseinheiten. 3. Die Gewährleistung des freien Mandats. 4. Unverzichtbarkeit der Parteien auch im Parlament

I. Die Funktion der politischen Parteien

1. Demokratie als institutionalisierte Beeinflussbarkeit der Herrschaft

Unter der Geltung der Volkssouveränität geht alle Legitimation der Herrschaft vom Volk aus.¹ Die institutionalisierte politische Herrschaft ist eine vom Volk abgeleitete und inhaltlich wie personell bestimmte und eben deswegen legitimierte. Dieses Verfassungsprinzip der Volkssouveränität ist – mindestens auf dem Papier – ein Bestandteil so gut wie aller Verfassungen. Allein: Wie kann das Volk seine Rolle als bestimmende politische Kraft auch tatsächlich wahrnehmen? Zur politisch wirksamen Kraft hielt die unstrukturierte Vielheit des Volkes erst durch Organisation und Verfahren. Das Staatsorganisationsrecht hat hierin eine seiner wesentlichen Aufgaben. Es installiert Institutionen und gestaltet Verfahren aus, durch welche und in welchen die Bestimmungsmacht des Volkes praktisch werden kann. Diese Einrichtungen stellen demokratische „Inputstrukturen“ dar.

Man kann nun formulieren: Demokratie heißt Beeinflussbarkeit.² Eine verfasste Demokratie stellt Institutionen zur Verfügung, um die Herstellung der staatlichen Entscheidungen und ihre Durchsetzung durch das Volk beeinflussbar zu machen. Die Verfassung und die Gesetze stellen institutionalisierte Einflusskanäle bereit, über welche die Bürger die politische Entscheidungsfindung beeinflussen können. Die Formulierung „Beeinflussbarkeit“ ist bewusst vorsichtig gewählt, das normative Ideal der Volkssouveränität verstanden als „Bestimmung“ der Politik durch die Bürger unterschätzt die Spielräume, welche dem politischen Betrieb trotz demokratischer Vorgaben bleiben und nimmt auch Rücksicht auf bestehende Sachzwänge.

Zu den institutionalisierten Inputstrukturen zählt an erster Stelle das Parlament, das die wesentlichen politischen Entscheidungen treffen soll.³ Es ist das *Zentralorgan* der Demokratie.⁴ Das *zentrale Verfahren* der demokratischen Beeinflussung sind die Wahlen, durch welche die Zusammensetzung des Parlamentes bestimmt wird.

¹ Art. 3 Abs. 2 Verfassung Georgien; Art. 20 Absatz 2 S. 1 GG.

² Martin Morlok, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar Bd. II, 3. Auflage 2015, Art. 21 Rn. 21

³ BVerfGE 33,125 (158); 49,89 (126 f.); 88,103 (116); 123,39 (78), ständige Rechtsprechung.

⁴ Martin Morlok/Christina Hientzsch, Das Parlament als Zentralorgan der Demokratie, JuS 2011, 1 ff.

2. Parteien als Spezialorgane demokratischer Einflußnahme

Politische Parteien stellen nun Spezialorganisationen dar zur Nutzung der institutionalisierten demokratischen Einflußstrukturen, vor allen Dingen der Wahlen und der Parlamente. Sie sind die zentralen gesellschaftlichen Organisationen jedenfalls einer parlamentarischen Demokratie.

Eine komplizierte Gesellschaft kann höhere Leistungen nur durch Spezialisierung erreichen. Dies gilt auch für Organisationen. Diese bilden sich um die Erfüllung bestimmter Aufgaben herum, für deren Bewältigung sie geeignete Strukturen entwickeln und speziell geschultes Personal einstellen und herausbilden. So gibt es Spezialorganisationen für die Bekämpfung von Bränden, nämlich die Feuerwehren, und für die Ausbildung von Studenten und die Forschung, nämlich die Universitäten. Die Parteien haben ihren maßgeblichen Zweck in der Besetzung der Parlamente auf dem Wege über Wahlen und die Nutzung der parlamentarischen Entscheidungsmöglichkeiten zur Durchsetzung ihrer Ziele.

Selbstverständlich wird politischer Einfluss nicht nur durch Parteien ausgeübt und selbstverständlich wird nicht nur im Parlament versucht, eigene politische Ziele durchzusetzen; zahlreiche Verbände haben einen ihrer wesentlichen Zwecke darin, die eigenen Interessen durch Einflussnahme auf die Politik zu befördern, nicht zuletzt durch die verschiedenen Erscheinungen des Lobbyismus. Das proprium der Parteien liegt demgegenüber in ihrer Ausrichtung auf die institutionalisierten Einflusskanäle. Auf die Bewältigung dieser Aufgabe sind ihre Strukturen ausgerichtet. Die Spezialisierung auf die Gewinnung von Parlamentsmandaten durch Wahlen, auf die parlamentarische Tätigkeit und möglichst auch auf die Mitwirkung in Regierungen bildet einen eigenen Organisationstypus heraus, der auf die damit verbundenen Anforderungen eingestellt ist. Deswegen ähneln sich politische Parteien. In ihren Strukturen und Ablaufmustern. Versuche neuer Parteien, alles ganz anders zu machen als die bislang existierenden Parteien, enden regelmäßig in einem Misserfolg oder darin, dass sich die parteitypischen Organisationsmuster herausbilden. Die Partei der Grünen in Deutschland bildet hierfür das Musterbeispiel. Angetreten waren sie mit dem Anspruch, „alternativ“ zu sein und andere Muster zu praktizieren. Hiervon haben sie sich im Laufe der Zeit – mit steigendem Erfolg – befreit und sind eine Partei wie die anderen auch geworden. Parteien sind insofern selbstsubstitutiv.⁵ Sie können erfolgreich nur durch Organisationen desselben Typs ersetzt werden. Soziologisch kann man von Isomorphie⁶ der Parteistrukturen sprechen.

3. Die Funktionen der Parteien

Die von den Parteien erbrachten Leistungen werden gerne in Katalogen der Funktionen dargestellt, welche sie erfüllen. Diese Kataloge umfassen mehr oder weniger viele Funktionen,⁷ je nachdem, auf welchem Abstraktionsniveau man die Parteitätigkeit betrachtet.

Die Einflussnahme der Bürger auf die Politik hat das wesentliche Ziel, deren *Interessen und Überzeugungen* durchzusetzen. Ich benutze dabei die Doppelformel „Interessen und

⁵ Niklas Luhmann, Identitätsgebrauch in selbstsubstitutiven Ordnungen, besonders Gesellschaften, in: ders., Soziologische Aufklärung Bd. III, 1981, S.198 ff.

⁶ Paul J. DiMaggio/Walter W. Powell, The Iron Cage Revisited, ASR48 (1983), 147 ff.

⁷ S. etwa: Ulrich v. Alemann unter Mitarbeit von Philipp Erbentraut/Jens Walter, Das Parteiensystem der Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl. 2010, S. 211 ff.

Überzeugungen“; damit sind einerseits materielle Anliegen bezeichnet und andererseits werden ideelle Ziele erfasst. Beide sind wesentliche Gegenstände politischer Kontroversen, allerdings mit einem wesentlichen Unterschied: Materielle Interessen sind in aller Regel kompromissfähig, das heißt, die Träger eines Interesses können sich auch mit weniger als der vollen Realisierung ihrer Wünsche zufriedengeben. Bei ideellen Überzeugungen ist dies regelmäßig sehr viel schwieriger oder gar unmöglich, Überzeugungen um die letzten Werte werden nur schwer relativiert und zugunsten anderer etwas zurückgenommen.

Die Parteien versuchen nun, diese Anliegen ihrer Anhänger in den staatlichen Entscheidungsprozess zu vermitteln. Sie sind Vermittlungsinstanzen. Parteien sind gesellschaftliche Organisationen, die Interessen und Überzeugungen in verbindliche staatliche Entscheidungen zu überführen versuchen. Im Einzelnen kann man ihre Tätigkeit zu drei Funktionen zusammenfassen:

- a) Die Parteien greifen gesellschaftliche Interessen und Überzeugungen auf, sammeln und aggregieren sie. Sie bündeln also einander nahestehende Interessen, um größere Durchsetzungschancen zu gewinnen. Diese Interessen werden zu politischen Zielen formuliert.
- b) Die Institutionen der demokratischen Politik werden wesentlich von den Parteien betrieben. Sie unterhalten das politische System. Sie propagieren ihre Ziele, beobachten und kritisieren konkurrierende Parteien und wirken auf die Bildung der öffentlichen Meinung ein. Insbesondere versuchen sie, die politischen Entscheidungen gemäß ihren Zielen zu gestalten.
- c) Ihre Ziele versuchen die Parteien insbesondere dadurch durchzusetzen, dass sie die Entscheidungspositionen mit eigenem Personal besetzen. Die Parteianhänger sollen die eigene Programmatik realisieren. Die wichtigsten Entscheidungspositionen sind die Parlamentsmandate und insbesondere die Sessel der Regierungsstellen, Regierungschef und Minister. Die personalpolitischen Ambitionen der Parteien reichen aber auch darüber hinaus, sie zielen auch auf die parteipolitisch zur Neutralität verpflichtete Verwaltung und gegebenenfalls auch auf die Gerichtsbarkeit, was rechtlich durchaus fragwürdig ist.

4. Rechtliche Anerkennung als Spezialorganisationen

In dieser Rolle als Agenturen der Transformation gesellschaftlicher Wünsche in verbindliche staatliche Entscheidungen werden die Parteien rechtlich geschützt und in ihrem Spezialzweck auch hervorgehoben.

Mittlerweile gibt es mit ganz wenigen Ausnahmen⁸ in allen europäischen Demokratien Verfassungsbestimmungen über die Parteien, so Art. 3 Abs. 4 und Art. 23 der georgischen Verfassung, Art. 6 der spanischen, Art. 4 der französischen, Art. 49 der italienischen oder Art. 21 der deutschen Verfassung. Auch das einfache Recht befasst sich mit den Parteien. Dies geschah ursprünglich im Wahlrecht. Dass diese Rechtsmaterie als erste die Bedeutung der Parteien

⁸ Von den 32 demokratischen Staaten Europas weisen nur vier keine Bestimmungen über die Parteien auf, nämlich Belgien, Dänemark, Irland und die Niederlande. Mangels einer schriftlichen Verfassung kann das Vereinigte Königreich bei dieser Erfassung nicht berücksichtigt werden. Zum Prozess der Institutionalisierung der Parteien *Martin Morlok*, Parteienartikel der Verfassungen im Lichte der Textstufenanalyse, in: A. Blankenagel (Hrsg.), 2014, S. 135 ff.

anerkannt hat ist die Folge dessen, dass Parlamentswahlen kaum ohne Parteien durchzuführen sind. Darüber hinaus gestaltet das einfache Recht, regelmäßig in Gestalt eines Parteiengesetzes, die Rechtsstellung der Parteien näher aus. Dazu zählen besondere Rechte, etwa im Wahlkampf, staatliche Finanzhilfen, aber auch besondere Pflichten der Parteien, insbesondere zur Transparenz in Finanzangelegenheiten oder Vorkehrungen zur Sicherung interner Demokratie. Der funktionale Zusammenhang von Demokratie und rechtlicher Ordnung wird hieran sichtbar.

5. Egalitäre Prägung parteipolitische Politik

Wesentlich für die rechtliche Ausgestaltung des Parteiwesens ist insbesondere die Gewährleistung gleicher Chancen. Diese Ausrichtung auf egalitäre Strukturen unterscheidet die Parteien von anderen Organisationen, die ebenfalls politischen Einfluss suchen. Hier können große und mächtige Verbände von vornherein mit mehr Chancen rechnen als die Vertreter randständiger Interessen. Finanzielle Mittel und Organisationskraft sind ungleichmäßig bei den Trägern der verschiedenen Interessen und Überzeugungen vorhanden. Die institutionalisierte politische Einflussnahme versucht demgegenüber die politische Chancengleichheit aller Bürger zu sichern – insbesondere durch die Wahlrechtsgleichheit und die Chancengleichheit der Parteien, aber auch die gleiche Rechtsstellung aller Abgeordneten. Damit ist ein politischer Prozess, der über die Parteien und die Parlamente läuft, stärker der demokratischen Egalität verpflichtet als der freie Kampf der Interessen in der Öffentlichkeit und hinter den Kulissen.⁹

II. Fraktionen als parlamentarischer Arm der Parteien

1. Das Parlament als Ziel der Parteien

Das Parlament bildet das Zielgebiet der politischen Parteien. Hier versuchen die Parteien, ihre politischen Ziele durchzusetzen. Die wesentlichen Mittel dazu sind zum einen Gesetze, die durch Gebote oder Verbote die Zielerreichung bezwecken und zum anderen die Zuwendung von Finanzmitteln, die ihrerseits im durch Gesetz festgestellten Haushaltsplan gebilligt werden. Die Abgeordneten einer Partei im Parlament setzen dort die Bestrebungen der Parteien fort. Die Fraktionen fungieren als innerparlamentarischer Arm der Parteien. Dies kommt in der englischen Bezeichnung der Fraktionen gut zum Ausdruck: „Party in Parliament“.

Freilich: Es gilt rechtliche und dogmatische Abgrenzungen zwischen Parteien und ihrer parlamentarischen Repräsentation zu beachten. Die Transformationsfunktion der Parteien wirkt sich hier aus. Auf dem Wege von der gesellschaftlichen Interessenanmeldung zu ihrer verbindlichen rechtlichen Fixierung gibt es Stufen, die rechtlich beachtlich sind. Während die Parteien selbst gesellschaftliche Vereinigungen sind und insofern dem Zivilrecht unterfallen, allerdings mit öffentlich-rechtlicher Überformung, zählt man die Parlamentsfraktionen zum staatlichen Bereich. Sie sind Vereinigungen von Abgeordneten und leben demgemäß nach Parlamentsrecht, nicht nach Parteienrecht.

⁹ Zu dieser Filterwirkung politischer Parteien gegenüber gesellschaftlichen Machtpositionen *Martin Morlok*, Politische Chancengleichheit durch Abschottung?, In: D. Gehne/T. Spier (Hrsg.), *Krise oder Wandel der Parteiendemokratie?*, 2010, S. 19 ff.

Allerdings bleibt eine Besonderheit der Fraktionen zu beachten: Während staatliche Organisationseinheiten und deren Zuständigkeiten regelmäßig nur einmal vorhanden sind, finden sich die Fraktionen im Parlament in der Pluralität derjenigen politischen Parteien, welche den nötigen Wahlerfolg hatten. Die Mehrzahl der Fraktionen spiegelt also deren Parteiengprägtheit – in der Mehrparteiendemokratie. Dementsprechend sind auch die Fraktionen in den politischen Wettbewerb, der zwischen den Parteien ausgetragen wird, eingestellt.

2. Fraktionen als die wesentlichen parlamentarischen Arbeitseinheiten

Erfolgreiche parlamentarische Arbeit ist gruppengetragen. Dies aus mehreren Gründen:

a) Wir leben in einer komplizierten Welt. Angemessene Lösungen der sich stellenden Probleme erfordern den Einsatz von Expertenwissen, Das verlangt *Spezialisierung*, auch die Abgeordneten müssen sich auf bestimmte Felder spezialisieren. Kein Abgeordneter kann sich auf dem Gebiet der Rentenpolitik, der Außenpolitik, des Umweltschutzes, der Bildungspolitik und der Regionalförderung zugleich auskennen. Ein Parlament, das sich zum Ziel gesetzt hat, die Politik auch in den Einzelheiten mitzugestalten und mitzubestimmen, muss deswegen seine Abgeordneten zur Spezialisierung drängen. Abgeordnete können sich nur mehr auf ein oder zwei Gebieten wirkliche Expertise aneignen. Spezialisierung ist mithin auch das Gebot in der Politik.¹⁰

Ein Parlament geht deswegen arbeitsteilig vor. Die Abgeordneten arbeiten im Schwerpunkt auf bestimmten thematischen Feldern. Institutionell kommt die parlamentarische Arbeitsteilung zum Ausdruck in der Einrichtung von Ausschüssen für bestimmte Themenfelder. Diese folgen in der Regel den Ressorts der Regierung, die gleichfalls sich der Logik der Arbeitsteilung unterwerfen. In diesen Fachausschüssen treffen sich die auf ein bestimmtes Gebiet spezialisierten Abgeordneten.

b) Arbeitsteilung bedarf der *Organisation*. Es muss entschieden werden, wer wofür zuständig ist. Parlamentarisch bedeutet dies, dass festgelegt werden muss, welcher Abgeordnete in welchem Ausschuss mitarbeitet. Diese Organisation der parlamentarischen Arbeitsteilung ist Aufgabe der Fraktionen. Sie entsenden die Abgeordneten in die verschiedenen Ausschüsse. Dabei kann durchaus nicht immer den Wünschen aller Abgeordneten entsprochen werden. Weil die Arbeit in den Ausschüssen zwischen den Fraktionen entsprechend dem politischen Wettbewerb durchaus auch kontrovers abläuft, bereiten sich die Abgeordneten auf Ebene der Fraktionen auf ihre Ausschusstätigkeit in spezialisierten Arbeitskreisen vor.

c)

Mit der Spezialisierung der Arbeitsteilung ist unvermeidlicherweise verbunden, dass sich die Abgeordneten sich auf vielen Feldern der Politik nur unzureichend auskennen. Um gleichwohl in Abstimmungen sich sinnvoll, d. h. sachlich informiert, verhalten zu können, sind sie angewiesen

¹⁰ Dieser Spezialisierungsdruck wird deutlich sichtbar in einer Studie von *Marion Reiser*, die untersucht hat, wie sich die Erfahrung der Arbeit im Parlament auf die Einstellungen und Handlungsweisen neu gewählter Abgeordneten auswirkt. Das wesentliche Ergebnis: Die Parlamentsneulinge legen verstärkten Wert auf ihre parlamentarische Arbeit, verstehen sich stärker als Experten auf einem bestimmten Gebiet denn als Generalisten der Politik – eine Veränderung gegenüber ihrer Haltung vor dem Einzug ins Parlament, *Marion Reiser*, *Abgehoben und entkoppelt?* In: J. Bruchzahl/D. Krichewsky/J. Frank (Hrsg.), *Soziologie der Parlamente*, 2018, S. 112 ff.

auf die Empfehlungen derjenigen Abgeordneten, die auf dem fraglichen Gebiet Spezialisten sind. Politische Entscheidungen sind immer auch von Bewertungen abhängig. Deswegen orientieren sich die Abgeordneten an den Spezialisten der eigenen Fraktion für das in Rede stehende Thema, weil die Zugehörigkeit zur selben Fraktion und Partei für eine gemeinsame politische Grundüberzeugung steht. Arbeitsteilige Parlamentsarbeit setzt politisches Vertrauen voraus. Auf der Basis geteilter Parteimitgliedschaft kann man regelmäßig den Empfehlungen der Spezialisten der eigenen Fraktion vertrauen und ihnen folgen. So betrachtet sind die Fraktionen „Spezialistenvereine auf Gegenseitigkeit“ (*W. Zeh*). Sie fügen die arbeitsteilige Aufsplitterung in Spezialisten wieder zusammen und ermöglichen eine einheitliche Abstimmungslinie. Die Organisation der parlamentarischen Arbeit durch Fraktionen hat also starke Gründe in der Sache für sich. Der einzelne Abgeordnete kann sich mit der Diversität und Komplexität der zu behandelnden Materien nicht mehr adäquat auseinandersetzen. Man kann deswegen auch formulieren: Parlamentarische Arbeit ist Mannschaftssport.¹¹ Die Fraktionen sind Mannschaften, die intern zusammenspielen, miteinander aber konkurrieren.

d) Ein weiterer wesentlicher Grund für die Fraktionsbildung liegt in der Entscheidung nach der demokratischen *Mehrheitsregel*. Parlamente sollen Entscheidungen treffen, über Personalfragen wie über Sachfragen. Um diese Aufgaben erfüllen zu können, müssen sie entscheidungsfähig sein. Mehrheiten stellen sich indes nicht von alleine ein, Mehrheiten müssen vielmehr organisiert und erhalten werden. Dies geschieht in den Fraktionen. Sie bemühen sich, dass ihre Mitglieder möglichst einheitlich abstimmen und so die Chance besteht, eine Mehrheit zu erreichen. Auch für die Fraktionen der parlamentarischen Minderheit ist eine einheitliche Abstimmungslinie sinnvoll: Eine Partei möchte sich auch im Parlament nach außen als geschlossen darstellen. Die politische Linie der Partei soll erkennbar sein, ihre politische Wirksamkeit soll dem Publikum durch einheitliches Abstimmungsverhalten demonstriert werden – immer auch in Konkurrenz zu den anderen Fraktionen. Fraktionen sind insofern auch Wettbewerbsgemeinschaften.

Mehrheiten werden erzielt durch *Kompromisse* zwischen unterschiedlichen Ausgangspositionen. Die Mehrheitsentscheidung zwingt also zur Kompromissbildung. Kompromisse werden erleichtert, wenn die Positionen nicht allzu weit auseinanderliegen. Bei Abgeordneten ähnlicher politischer Grundauffassung ist diese Nähe zu erwarten. Von daher wird es wahrscheinlich, dass Abgeordnete politisch benachbarter Auffassungen sich zu einer gemeinsamen Abstimmungslinie zusammenfinden – um damit potentiell mehrheitsfähig zu werden.

Die Regel der Entscheidung durch die Mehrheit übt also einen starken Druck aus, dass Abgeordnete ähnlicher politischer Überzeugung sich zu einem einheitlichen Abstimmungsverhalten zusammenfinden und sich zu kontinuierlicher Zusammenarbeit gruppieren und um der Dauerhaftigkeit willen sich auch organisieren. Parlamente produzieren Fraktionen. Dies zeigt die Geschichte,¹² auch die jüngere Erfahrung des europäischen Parlaments bestätigt diese Sachlogik der Fraktionsbildung.

¹¹ So *Werner Patzelt*, Wider das Gerede vom „Fraktionszwang“, ZParl 29 (1998), S. 323 ff. (bes. 324).

¹² S. z.B. *Jörg-Detlef Kühne*, Die Reichsverfassung der Paulskirche, 2. Aufl. 1998, S. 37 ff. Die Vertreter der unterschiedlichen politischen Strömungen trafen sich in Gasthöfen und wurden nach diesen auch benannt, also etwa Württemberger Hof, Augsburger Hof etc.

Unter den Bedingungen der Parteiengeprägtheit der Politik entstehen Fraktionen aus Abgeordneten derselben Partei.¹³ Dies liegt auch im Interesse der Wähler, die dadurch ihre Positionen wirksam im Parlament vertreten sehen.

Dieses Bemühen um eine einheitliche Abstimmung kennzeichnet man als „Fraktionsdisziplin“ oder „Fraktionszwang“. Letzterer Begriff ist rechtlich betrachtet wegen des freien Mandates der Abgeordneten (dazu sogleich 4.) unzutreffend. In der Sache verkennt er, dass die Notwendigkeit der Arbeitsteilung wie auch das Streben nach Mehrheit oder jedenfalls nach einheitlicher Abstimmung der Fraktionsmitglieder gute Gründe für den einzelnen Abgeordneten darstellen, sich in aller Regel an die Fraktionslinie zu halten.¹⁴ Um der politischen Wirksamkeit willen empfiehlt es sich für die Abgeordneten, sich in die Fraktion einzuordnen.

Insgesamt ist die parlamentarische Arbeit durch eine doppelte Struktur gekennzeichnet: eine politische Struktur und eine sachliche Struktur.¹⁵ Beide Strukturen überlagern sich. Die sachliche Struktur der Arbeitsteilung in Fachausschüssen findet sich auch innerhalb der Fraktionen in Gestalt von Arbeitskreisen. Zugleich sind die Fachausschüsse wie auch das Plenum politisch nach Parteizugehörigkeit in Fraktionen gegliedert. Beide Strukturen überlagern sich, beide sind immer präsent.

3. Die Gewährleistung des freien Mandats

Im Widerspruch zu der dargestellten tragenden Rolle der Fraktionen für den Parlamentsbetrieb, so will es dem ersten Blick erscheinen, steht die verfassungskräftige Sicherung des freien Mandates, Art. 39 Abs. 1 Verfassung Georgiens, Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG. Die Abwehr eines imperativen Mandates hat praktisch weniger Bedeutung gegenüber den Wählern – diese sind ohne Organisation eine wenig greifbare Kollektivität, sondern gegenüber den verschiedenen Verbänden, die hinter einem Abgeordneten stehen können, und insbesondere gegenüber der Partei des Abgeordneten.

Die verfassungskräftige Sicherung der einzelnen Abgeordneten macht diese zu den Basiselementen des Parlaments. Die Fraktionen sind trotz ihrer großen tatsächlichen Bedeutung nur *abgeleitete* Größen: Fraktionen sind zu verstehen als freiwillige Vereinigungen von Abgeordneten.¹⁶ Dieser derivative Charakter der Fraktionen ist nicht nur eine formale Konstruktion, dahinter steckt auch die Sachlogik: Die Abgeordneten brauchen die Fraktionen, um unter Spezialisierungsdruck und damit unter Bedingungen der Arbeitsteilung sinnvolle parlamentarische Arbeit leisten zu können. Fraktionen sind also *Instrumente der Abgeordneten* für die wirksame Verfolgung ihrer politischen Ziele.

Parlamentarisches Entscheiden mit Mehrheit setzt – wie gesehen – Kompromisse voraus. Eine wesentliche Gewährleistung der Entscheidungsfähigkeit liegt nun in der Freiheit des Mandats. Ein

¹³ Die Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages macht sogar die Zugehörigkeit der Abgeordneten einer Fraktion zur selben Partei zur regelmäßigen Voraussetzung der Fraktionsbildung, § 10 Abs. 1 Satz 1 Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages.

¹⁴ Dazu eindringlich *Werner Patzelt*, Wider das Gerede vom „Fraktionszwang“, ZParl 29 (1998), S. 323 ff.

¹⁵ Vgl. dazu *Martin Morlok*, Volksvertretung als Grundaufgabe, in: M. Morlok/U. Schliesky/ D. Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht, 2016, § 3, S. 143 (162 ff.).

¹⁶ BVerfGE 80, 188 (219 f.); 84, 304 (322); 40, 1 (31); 140, 25 (61); *Wolfgang Demmler*, Der Abgeordnete im Parlament der Fraktionen, 1994, S. 261 ff.; *Sven Hölscheidt*, Das Recht der Parlamentsfraktionen, 2001, S. 327 ff.

Kollektivorgan, dessen Mitglieder an mitgebrachte Entscheidungsvorgaben gebunden sind, kann sich nicht auf Kompromisse einigen und läuft Gefahr, entscheidungsunfähig zu sein. Die Freiheit des Mandats ist mithin eine wesentliche Voraussetzung für die Entscheidungsfähigkeit des Parlaments.¹⁷

Paradoxerweise gehört das freie Mandat also zum Ensemble derjenigen Umstände, welche die Fraktionsbildung ermöglichen und sinnvoll machen. Es befreit die Abgeordneten von Aufträgen von und Bindungen an Gruppierungen, deren Interessen und Überzeugungen sie vertreten sollen (und oft auch wollen) und macht sie kompromissfähig gegenüber anderen Anliegen. Die Freiheit der Abgeordneten ermöglicht deren Zusammenarbeit in Fraktionen und dort die – freiwillige – Orientierung an einer Fraktionslinie. So betrachtet ist das freie Mandat eine Voraussetzung für die Fraktionsdisziplin!

Das freie Mandat hat unter dem Gesichtspunkt der Gemeinwohlverpflichtung der Politik eine weitere wesentliche Bedeutung: Es soll offenhalten, dass sich der Abgeordnete von allen möglichen Interessen und Überzeugungen beeinflussen lassen kann. Als Vertreter des ganzen Volkes (Art. 38 Abs. 1 S. 2GG) soll er nicht auf bestimmte Interessen fixiert sein, auch nicht auf die von seiner Partei vertretenen. Einer durch Verbandsnähe oder Parteimitgliedschaft mitgebrachten möglichen anfänglichen Verengung des Blickwinkels kann so entgegengewirkt werden. Durch diese Offenheit für alle möglichen Anliegen, steigt auch die Sensibilität für neu auftauchende Probleme, wird die Problemverarbeitungskapazität des Parlaments erhöht. Das steigert die Responsivität des politischen Systems.

Jedes Organisationsmuster hat Vorteile und Nachteile. Jede Struktur kennt bestimmte Selektivitäten. Um diese Nachteile auszugleichen, empfiehlt es sich, eine gegebene Struktur durch eine Gegenstruktur¹⁸ anzureichern, eine Struktur mit anderer Selektivität und anderen positiven Möglichkeiten. Diese Kombination unterschiedlicher Modelle ist alterprobt. Man kann sie für die Verfassungstheorie zurückführen bis auf das Konzept der *gemischten Verfassung*, das wir aus der Antike kennen.¹⁹ Auch die Gewaltenteilung folgt dieser Idee der Kombination unterschiedlicher Logiken. Angewendet auf die parlamentarische Arbeit bedeutet dies, dass die Bindung an die Linie der Fraktion ergänzt wird durch das freie Mandat, mithin um eine Gegenstruktur; man mag es – von den verfassungsrechtlichen Gegebenheiten her formuliert – auch umgekehrt ausdrücken: Der Freiheit des Abgeordneten wird die Einbindung in eine Fraktion zur Seite gestellt.

Das freie Mandat wirkt einer allzu ausgeprägten Einseitigkeit der Politikformulierung in einer Partei und ihrer Fraktion entgegen. Durch Widerspruch einzelner oder auch von Gruppen von Abgeordneten wird der Aufmerksamkeitshorizont einer Fraktion erweitert. Die unter der Mehrheitsregel bestehende Notwendigkeit, möglichst alle Abgeordneten einer Fraktion zu einem einheitlichen Abstimmungsverhalten zu bringen, regt die interne Diskussion an, zwingt zum Eingehen auf Minderheiten und macht Kompromisse notwendig. Die Einbeziehung eines größeren Kreises von Interessen und Überzeugungen wirkt so gemeinwohlfördernd, jedenfalls dann, wenn

¹⁷ Christoph Müller, Das imperative und freie Mandat, 1966, S. ff.

¹⁸ Begrifflich ist hier zu erinnern an Victor Turner, Das Ritual: Struktur und Gegenstruktur, dt. 1989 (engl. 1969), bei dem es allerdings um den Gegensatz von (Phasen der) Struktur und „communitas“ geht.

¹⁹ Der Gedanke der gemischten Verfassung wurde entwickelt aus der Lehre vom Kreislauf der Verfassungen. Zu nennen sind u. a. Aristoteles, besonders Polybios und dann Cicero.

man die Berücksichtigung verschiedener Interessen und deren Ausgleich untereinander als Voraussetzung für eine Gemeinwohllentscheidung ansieht.

4. Unverzichtbarkeit der Parteien auch im Parlament

Nach allem: Fraktionen als Arbeitsgemeinschaften von Abgeordneten derselben Partei sind auch im Parlament unverzichtbar. Sie sind wesentliche Garanten für die Qualität der parlamentarischen Arbeit. Dies ist allerdings abhängig vom Selbstverständnis, des Parlamentes, anders formuliert: von dem Leitbild, dem sich ein Parlament verschreibt. Es gibt verschiedene Parlamentstypen, in denen die Bedeutung fachlicher Detailarbeit oder spontaner Redebeiträge im Plenum, so etwa in Westminster, unterschiedlich ist.²⁰ Unabhängig von solchen unterschiedlichen Ausprägungen ist es aber geboten, von einem realistischen Parlamentsverständnis auszugehen und sich die tatsächlichen Arbeitsbedingungen und Arbeitsweisen im Parlament anzusehen²¹ und nicht einem verfehlten Ideal eines Parlaments sich zu verschreiben, dessen Abgeordnete sich in Rede und Gegenrede wechselseitig zu überzeugen versuchen.²²

Je stärker ein Parlament sich die Aufgabe setzt, die gesetzlichen Regelungen auch in den Einzelheiten mitbestimmen zu können, desto wichtiger wird die Rolle der Fraktionen als Organisationsbasis der Arbeitsteilung.

Unabhängig davon ist die vereinheitlichende Wirkung von Fraktionen auch wesentlich für die Entscheidungsfähigkeit des Parlaments unter der Mehrheitsregel. Ein Parlament von forcierten Individualisten läuft Gefahr, keine Mehrheiten zustande zu bringen und damit entscheidungsunfähig zu sein. Die Vorgänge im Parlament in Westminster während der ersten Wochen und Monate des Jahres 2019 haben dies demonstriert. Parlamente führen deswegen relativ schnell zur Ausbildung von Fraktionen, das zeigt die historische Betrachtung, aber auch die Entwicklung im europäischen Parlament.

Die Betonung der Fraktionen darf indes nicht übersehen, dass wegen der Heterogenität des Volkes und seiner Interessen nur das Parlament als Ganzes die Volksvertretung bildet, man spricht hier von der „Gesamtrepräsentation“.²³ Die Abgeordneten sind Vertreter des ganzen Volkes und umgekehrt bilden erst alle Abgeordneten die Volksvertretung. Wie sollte auch ein einzelner Abgeordneter die unterschiedlichen Interessen und Überzeugungen im Parlament zur Sprache bringen können? Diese Vielfalt muss sowohl im Parlament widerspiegelt werden als auch um dessen Handlungsfähigkeit willen auf Hauptpositionen reduziert werden. Dies ist die konzentrierende Rolle der Parteien und im Parlament der Fraktionen. Damit auch die vielfältigen Interessen und Überzeugungen und die Vielzahl der relevanten Aspekte eines Problems in den Entscheidungsprozess eingespeist werden können, ist die rechtliche Gleichstellung aller Abgeordneten und damit auch aller Fraktionen

²⁰ Zu einer Unterscheidung unterschiedlicher Formen des Parlamentarismus, *Eberhard Schütt-Wetschky*, Grundtypen parlamentarischer Demokratie, 1984.

²¹ So *Martin Morlok*, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?, VVDStRL 62 (2003), S. 37 (64 ff.).

²² Besonders wirkmächtig ist das von *Carl Schmitt*, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 8. Aufl. 1996, Nachdruck der 2. Aufl. von 1926, gezeichnete Bild des Parlamentarismus geworden, das allerdings nicht einmal für die Vergangenheit zutrif.

²³ Siehe etwa BVerfGE 80,188 (218); *Martin Morlok*, Volksvertretung als Grundaufgabe in: M. Morlok/U. Schliesky/D. Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht, 2016, § 3, S. 143 (158 ff.).

wesentlich. Vor der nach der Mehrheitsregel erfolgenden Abstimmung ist strikte Gleichberechtigung geboten.

Zugleich kennen demokratische Verfassungen auch die Freiheit des Abgeordneten. Das freie Mandat bildet ein gegenstrukturelles Element zur Herrschaft der Fraktionen. Es wirkt insofern förderlich für die Gesamtrationalität einer parlamentarischen Demokratie. Das darf aber nicht dahingehend missverstanden werden, der einzelne Abgeordnete und seine Fähigkeiten ebenso wie seine Rechtschaffenheit seien die Garanten guter parlamentarischer Politikgestaltung.

Die parlamentarische Entscheidungsfindung ist zu verstehen als komplexer Prozess der Informationsverarbeitung. Diese erfolgt vernünftigerweise auf unterschiedlichen Ebenen der Entscheidungsfindung und in stufenweiser Abarbeitung der Informationslasten, also durch spezialisierte Abgeordnete, durch Fraktionsarbeitskreise, durch Ausschüsse, durch Gespräche mit Ministerialbeamten und auch mit Lobbyisten und letztverbindlich im Plenum.

Angesichts dieses komplexen Musters hat das Vertrauen auf eine gemeinwohlproduzierende Politik – Vertrauen ist eine Grundkategorie der repräsentativen Demokratie – sich zu beziehen auf das parlamentarische, wesentlich von den Fraktionen getragene Arrangement der Entscheidungsfindung. Nicht die persönliche Qualität der Abgeordneten ist bei realistischer Betrachtung die wesentliche Vertrauensgrundlage für gute Politik, sondern das geordnete Zusammenwirken der Abgeordneten. Man könnte von „Systemvertrauen“ sprechen. In diesem System sind die Fraktionen durchaus von ihren Mitgliedern abhängig – und zwar als Spezialisten.

Wir haben es mithin mit einer *Dialektik von Freiheit und Bindung* zu tun. Die Einbeziehung in die Fraktionen verschafft dem einzelnen Abgeordneten erst politische Erfolgchancen. Das Ausrichten der parlamentarischen Arbeit auf Fraktionen macht das Parlament entscheidungsfähig und qualifiziert es zu guter Arbeit.

Die „Einbindung“ in eine Fraktion ist auch „Bindung“, bedeutet eine Einbuße an Freiheit des Abgeordneten. Auch das rechtlich freie Mandat unterliegt – wie jede Freiheit – tatsächlichen Einschränkungen, hier in der Form von Pflichten zur Rücksichtnahme auf die Voraussetzungen vertrauensvoller arbeitsteiliger Fraktionsarbeit und die Beachtung der politischen Grundlinie der Partei. Die Fraktionsmitgliedschaft beruht auf einem *Tausch*: Autonomieeinbuße gegen relevante politische Handlungsmöglichkeiten.

Gute parlamentarische Arbeit setzt Fraktionen voraus und diese ihrerseits Parteien. Die alte Erkenntnis, dass Parlamente Parteien voraussetzen, die ihnen durch Wahlen Abgeordnete zuliefern, ist also dahin zu ergänzen, dass auch die Arbeitsweise im Parlament geprägt wird von den parteigetragenen Fraktionen.

სოლიდარობა და თავისუფლება*

ოტო დეპენჰოიერი

A. ურთიერთდაპირისპირება სოლიდარობასა და თავისუფლებას შორის. I. თავისუფლება როგორც კონსტიტუციური პრინციპი. II. სოლიდარობა როგორც დამატებითი პრინციპი. B. სოლიდარობა როგორც პრინციპი. I. სოლიდარობის ცნება. II. გაერთიანება როგორც მიზეზი. III. უსაფრთხოება როგორც მიზანი. IV. სოლიდარული ვალდებულება როგორც საშუალება. V. სოლიდარობის მრავალფეროვნება და დონეები. C. სოლიდარობა როგორც ძირითად უფლებაზე დაფუძნებული თავისუფლების წინაპირობა. I. სახელმწიფო როგორც სოლიდარული გაერთიანება. II. თავისუფლება გაერთიანებაში და გაერთიანების მეშვეობით. III. სოლიდარობის ძირითადი პრინციპები. 1. ძირითად ვალდებულებათა სპეციფიური ცნება. 2. მშვიდობის ვალდებულება და კანონისადმი მორჩილება. 3. საგადასახადო ვალდებულება. 4. მომსახურების ზოგადი ვალდებულებები. 5. მომსახურების განსაკუთრებული ვალდებულებები. IV. სოლიდარული ვალდებულებების კონსტიტუციური დოგმატიკა. 1. ნეგატორული თავისუფლება ძირითადი სოლიდარული ვალდებულებების წინააღმდეგ? 2. ძირითად ვალდებულებათა კანონისმიერი გაფორმება. 3. საგადასახადო ტვირთის თანაბარი გადანაწილება და სოლიდარული ვალდებულებები. 4. სოლიდარობის პრინციპის იურიდიული სტრუქტურა. D. თავისუფლება როგორც სოლიდარობის სახელმწიფოებრივი იძულებითი ზღვარი. I. ძირითადი უფლების ნეგატორული დაცვა. II. კონსტიტუციური ლეგიტიმაცია. III. საკონსტიტუციო-თეორიული ამბივალენტობა. E. თავისუფლება როგორც სოლიდარობის შანსი. I. სოლიდარობა თავისუფლებაში. II. სახელმწიფოებრივი სოლიდარული მზრუნველობა.

A. ურთიერთდაპირისპირება სოლიდარობასა და თავისუფლებას შორის

სოლიდარობა გულისხმობს საზოგადოების ფარგლებში ორმხრივ პასუხისმგებლობას მათი სპეციფიური კავშირის გამო. სოლიდარობის პრინციპი „ერთი ყველასთვის, ყველა ერთისთვის“ აყალიბებს ადამიანთა ყველა გაერთიანებას და მათ მხოლოდ მიზანზე ორიენტირებული საზოგადოებებისგან განასხვავებს. გაერთიანებები გამოირჩევიან სტაბილურობით და ქმნიან სოციალურ რეალობას, რადგან და ვიდრე მისი წევრები პრინციპულად და ორმხრივად მხარს უჭერენ ერთმანეთს. სოლიდარობის პრინციპი სოციალურ გაერთიანებებს სპეციფიურ იდენტობას ანიჭებს, რომელიც მის წევრებში მრავალფეროვნებას და განსხვავებას წარმოშობს, შესაბამისად, ძლიერდება ერთიანობის იდეა. ის მათ შესაძლებლობას აძლევს, გაუმკლავდნენ გარედან არსებულ უსიამოვნებებს და ხიფათებს, შეიცნონ წარსული, აწმყო და მომავალი, როგორც საკუთარი ისტორიის უწყვეტი პროცესი და გამოიმუშაონ თვითდაჯერებულობა და მოვალეობის გრძნობა.

თუმცა, ლიბერალური-დემოკრატიული კონსტიტუციური სახელმწიფოს პერსპექტივიდან სოლიდარობის პრინციპს თან ახლავს სპეციფიური პრობლემები და გამოწვევები.

ის ურთიერთგამომრიცხავ დამოკიდებულებაშია თანამედროვე სახელმწიფოებრიობის სამართლებრივი სტრუქტურის პრინციპებთან – ინდივიდუალიზმთან და რაციონალიზმთან: მისი წინაპირობაა ერთიანობა, იგი კატეგორიულად მოითხოვს სოლიდარობის ფარგლებში ვალდებულებების დაცვას, უარს ამბობს მხოლოდ ინდივიდუალური სარგებლის მიღებაზე. აქედან აღმოცენდება მოთხოვნები ძირითადი უფლებების დოგმატიკისადმი, რომელიც სტრუქტურულად მიმართულია ინდივიდის თვითგანვითარების უფრო მეტი შესაძლებლობის გამოვლენისა და შენარჩუნებისაკენ. ამიტომ ის სოლიდარობის აპრიორული ვალდებულებების წინაშე გაუცხოებულია და სათქმელიც არაფერი აქვს. ძირითად უფლებათა თეორიის ფარგლებში ელემენტარულ შეკითხვებს სვამენ: არის სახელმწიფო იმთავითვე სოლიდარული საზოგადოება, თუ იგი ძირითად უფლებებზე დაყრდნობით უნდა განისაზღვროს და აიხსნას? როგორი მიმართება აქვთ ძირითად უფლებებს სოლიდარულ ვალდებულებებთან? შეუძლია თუ არა სახელმწიფოს სოლიდარული ვალდებულებების დადგენა კანონით და, თუ შეუძლია, რა პირობების გათვალისწინებით? იწვევს თუ არა ძირითადი უფლებები ამავე ძირითადი უფლებების სუბიექტთა ნებაყოფლობით სოლიდარულ კავშირს?

I. თავისუფლება როგორც კონსტიტუციური პრინციპი

ლიბერალური დემოკრატიული კონსტიტუციური სახელმწიფო არსებობს მისი მოქალაქეების ძირითადი და თავისუფალი აპრიორული უფლებებით. ინდივიდის თანდაყოლილი და განუსხვისებელი უფლებების იდეა კულტუროლოგიური მონაპოვარია რენესანსისა და საგანმანათლებლო პერიოდიდან და ის ევროპულ საკონსტიტუციო ისტორიას სპეციფიურ ფორმას აძლევს: ესაა ყველა საზოგადოებრივი ფორმაციისა და საერთო პოლიტიკური დაქვემდებარების გადატანა ინდივიდზე, როგორც ლეგიტიმაციის საბოლოო წყაროზე. იზოლირებული ინდივიდის იდეა ისტორიული განვითარების ერთადერთი უდავოდ უკიდურესი ზღვარია: „*მე ვფიქრობ, ე.ი. მე ვარსებობ*“.¹ სახელმწიფო ყალიბდება თავისუფალი ინდივიდების იმ ნებელობითი აქტით, რომელიც მისკენაა მიმართული: სახელმწიფოებრივი ხელშეკრულების² იდეაში „სახელმწიფო ადამიანებისთვისაა და არა ადამიანები სახელმწიფოსთვის“.³ ტრადიციულად დაფუძნებული და რელიგიურად ლეგიტიმებული ინსტიტუციები ინდივიდუალური გონიერულობის სამჯავროზე განიხილება, ფასდება და, როგორც წესი, მიიჩნევა ელემენტარულ მოცემულობად. საზოგადოებრივი წყობის ფენებად დაყოფის მზარდმა თავისუფალმა პროცესმა, ერთმანეთის გვერდით არსებული სოციალური სისტემების სიმრავლემ საკუთარი რაციონალურობით, როგორცაა პოლიტიკა, ეკონომიკა, სამართალი, კულტურა,⁴ დასავლურ კონსტიტუციურ სახელმწიფოებში ინდივიდუალური თავისუფლების განვითარებაზე მნიშვნელოვანი ზეგავლენა მოახდინა, რასაც ისტორიულად პროტოტიპი არ ჰყავს. პოლიტიკური საზოგადოების მთლიანი სტრუქტურა ვითარდება ინდივიდუალური თავისუფლების იდეის შინაგანი ლოგიკის მიხედვით. დემოკრატიისა და ძირითადი უფლებების კონსტიტუციურ პრინციპთა გამაში

ინდივიდუალური თავისუფლება კონკრეტიზირებულია თავისი ზეგავლენითა და თვითგამორკვევით.⁵

თავისუფლებამ, როგორც კონსტიტუციურმა პრინციპმა, ძირითადი უფლებების ფორმით დაიწყო უმაგალითო ტრიუმფალური შეღწევა მართლწესრიგში და სვლა მის ფარგლებს გარეთ. „სახელმწიფოებრივ-სამართლებრივი განაწილების პრინციპი“⁶ ინდივიდუალური თავისუფლების ყველანაირ შეზღუდვას საყოველთაო კეთილდღეობასთან დაკავშირებული ლეგიტიმური სურვილებით გამართლების პირობას უყენებს. ძირითადი უფლებები ადამიანის ღირსების დამაგვირგვინებელი გარანტიით აღწევენ ყველგან, სახელმწიფოს მართლწესრიგისა და საზოგადოებრივი ცხოვრების ყველა კუთხე-კუნჭულში.⁷ ქვეყნად არ არსებობს საგანი, რომელიც არ შეიძლება ძირითადი უფლებების ლეგიტიმური განხორციელების საშუალებად იქცეს. ყველას ემანსიპაცია ყველასთან და ყოველთან მიმართებაში წარმოგვიდგება, როგორც კონსტიტუციის მიზანი. საზოგადოების ფართო ფენების ასეთი თავისუფალი და ლეგიტიმირებული ეგოიზმი და ჰედონიზმი, როგორც ცხოვრების პრინციპი, შესაბამისად ეჭახება კონსტიტუციურ-სამართლებრივ და საზოგადოებრივ გულგრილობას, საიდანაც გამომდინარეობს საკუთარი თავის მეტად დამკვიდრების სურვილი, ეს კი იწვევს თვითკრიტიკულ გადააზრებას.⁸

ტოტალური, საკუთარი წინაპირობების უარყოფელი თავისუფლების ფილოსოფია და პრაქტიკა, ადრე თუ გვიან, აუცილებლად დაემუქრება თავად ლიბერალური კონსტიტუციური სახელმწიფოს პოლიტიკურ, ეკონომიკურ და კულტურულ არსებობას.⁹ ყველას წინააღმდეგ და ყველასგან უფრო მეტი თავისუფლების უწყვეტი ტენდენცია, ასევე ძირს უთხრის ყველა არსებულ სოლიდარულ გაერთიანებას: დანყვებული სახელმწიფოთი, რომელიც თავისუფლების გარანტიას იძლევა, დამთავრებული ქორწინებით, რომელიც წარმოადგენს ყველაზე ელემენტარულს სოლიდარულ გაერთიანებებს შორის. ინდივიდუალურ თავისუფლებასა და ადამიანის ღირსებაზე ორიენტირებული დოგმატიკის სიმბოლური კულმინაცია იყო ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადანყვებილება საჭაერო ტრანსპორტის უსაფრთხოების შესახებ კანონთან მიმართებით, როდესაც სასამართლოს ამ გადანყვებილების დედა-აზრი იყო, რომ ადამიანთა ღირსების დასაცავად „კონსტიტუციური სახელმწიფო“ უნდა მოეშვას თვითდამკვიდრებას ტერორისტული თავდასხმის წინააღმდეგ ბრძოლაში.¹⁰ ამ გადანყვებილებაში მაგალითის სახით ჩანს თავისუფლების დაუმორჩილებელი იდეის სხვა შედეგი, რომელიც ტენდენციურად ხიფათს უქმნის პოლიტიკურ საზოგადოებას, პოტენციურად კი თავისუფლებას: თავისუფლების იდეა აღარ არის დარწმუნებული, რომ საზოგადოებას შეუძლია მისი უზრუნველყოფა, ის თავისუფლებას აღარ უკავშირებს საკუთარ სტაბილურობასა და ეფექტურობას და შედეგად უკიდურეს შემთხვევაში მარცხდება. ეს დასკვნა აუცილებლად წამოჭრის საკითხს ლიბერალურ საზოგადოებაში საზოგადოების დაცვისა და მისი გამაერთიანებელი ძალის შესახებ. ეს განსაკუთრებით

აქტუალურია იმ პროცესში, როდესაც აშკარად კლებულობს განვითარების სივრცეები და რესურსები მზარდი სახიფათო სიტუაციების ფონზე, როგორებიცაა ბუნებრივი კატასტროფები, კლიმატის ცვლილება, მასობრივი მიგრაცია და ტერორიზმი. ამ დროში კი, ინდივიდუალური თავისუფლების განვითარების რეალური პირობების საკითხი წინა პლანზე ინაცვლებს. თავისუფლების პირობები ცენტრალურ ადგილს უთმობს იდეების ისტორიის თვალსაზრისით გამომხატველ ტერმინს „სოლიდარობა“.

II. სოლიდარობა როგორც დამატებითი პრინციპი

სოლიდარობის პრინციპი კონსტიტუციით მკაფიოდ გამოხატული არაა, თუმცა, იმავდროულად იგი თავისუფალი კონსტიტუციური სახელმწიფოს იურიდიულად მოქმედი სტრუქტურული ელემენტია. სოლიდარობის პრინციპი კონსტიტუციური სახელმწიფოს ფუნდამენტურ კანონებთან მიმართებით, წინააღმდეგობრივ სტრუქტურირებულ პრინციპს წარმოადგენს. ის არ მოქმედებს, როგორც მხოლოდ ძირითადი უფლებების დამაბალანსებელი დირექტივა. სინამდვილეში, სოლიდარობის პრინციპის სიღრმისეული შრეები ყველა ფესვს ასაზრდოებს, მათ შორის იურისტთა საზოგადოებას. იგი ინდივიდუალური თავისუფლების უფრო თანდაყოლილი პრინციპია, ვიდრე თანამედროვე. ცხოვრებაში განხორციელებული სოლიდარობა აფუძნებს თავისუფალ კონსტიტუციურ სახელმწიფოს, რომელიც სხვა შემთხვევაში, ვერ იარსებებდა. მიუხედავად იმისა, რომ სოლიდარობისა და თავისუფლების პრინციპები ანტინომიურად არიან სტრუქტურირებული, ისინი მაინც ერთად განსაზღვრავენ საკონსტიტუციო ერთიანობას, როგორც რეალობას, თუნდაც პოლარული ჭრილიდან. ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ პოლარულობა ქრისტიანულ სოციალურ ეთიკაზე დაყრდნობით ამ კონტექსტში ისე განმარტა, რომ კონსტიტუციაში მოცემული ადამიანის ხატება არ წარმოადგენს იზოლირებულ სუვერენულ ინდივიდს, არამედ კონსტიტუციამ აჩვენა ინდივიდსა და საზოგადოებას შორის არსებული დაძაბულობა საზოგადოებასთან მიმართებისა და საზოგადოებასთან გადაკვანძულობის თვალსაზრისით ადამიანის ჭეშმარიტი ღირებულების შეუბღალავად.¹¹

მაშინ, როცა თავისუფლების პრინციპი უფლებებს „იზოლირებულ სუვერენულ ინდივიდს“ ანიჭებს, სოლიდარობის პრინციპი თავის მარეგულირებელ ეფექტურობას კონკრეტულად არსებული გაერთიანებების კონტექსტში ავითარებს. სოლიდარობის პრინციპი წარმოადგენს აუცილებელ პირობას ურთერთვალდებულების ფორმირებისა და განხორციელებისთვის, ხოლო თავისუფლების პრინციპი აუცილებელია ლიბერალური, ნეგატორული თავისუფლების არსისთვის. არა იზოლირებული ინდივიდი, არამედ არსებული ერთიანობა არის ლოგიკური, როგორც სოლიდარობის პრინციპის სამართლებრივ-პრაქტიკულად კონსტრუქციული ამოსავალი წერტილი. ამ კონტექსტში წამოიჭრება შეკითხვა, თუ როგორ მოიაზრება კონსტიტუციურ-

სამართლებრივი „გაერთიანება“ თავისუფალ სამართლებრივ სახელმწიფოში და როგორ შეიძლება მისი ჩამოყალიბება ძირითად უფლებათა შესაბამისად.

თავისუფლების კონსტიტუციური პრინციპის თანახმად, მმართველობის ყველა ფორმამ უნდა გაამართლოს ინდივიდის კონსტიტუციურად უზრუნველყოფილი თავისუფლების მოთხოვნა. ამის საპირისპიროდ, სოლიდარობის პრინციპს არ აინტერესებს არსებული გაერთიანების რაციონალური დასაბუთება, ის მისი წევრების მხრიდან მოვალეობების აუცილებელ შესრულებას ითხოვს. არსებული გაერთიანების ფარგლებში სოლიდარული ვალდებულებები აუცილებლად უნდა შესრულდეს. ის თავისთავად ლეგიტიმურია, რადგან და ვიდრე გაერთიანება არსებობს. მას აქვს არსებობის უფლება, რადგან არსებობს. წამოიჭრება შეკითხვა, თუ რა დამოკიდებულება გააჩნია სამოქალაქო სოლიდარულ ვალდებულებებს მოქალაქეთა კონსტიტუციურად გარანტირებულ ძირითად უფლებებთან.

სოლიდარული ვალდებულებები ძირითადი უფლებების, კერძოდ კი, ძირითადი ვალდებულებების ანტონიმს წარმოადგენენ. სოლიდარობის არსი ვალდებულებაა და არა თავისუფლება. როგორც ვალდებულებების აუცილებლად შესრულების საფუძველი, სოლიდარობა დიამეტრიულად უპირისპირდება ძირითად უფლებებს: გაერთიანებაში სოლიდარული ძირითადი ვალდებულება ინდივიდუალური თვითრეალიზების კონსტიტუციური თავისუფლების საპირისპირო მოვლენაა. თვითგანვითარება გაერთიანების ხარჯზე წარმოადგენს სოლიდარობის ცნების პირდაპირ უარყოფას.

თავისუფალი დემოკრატიული სახელმწიფოს სამართლებრივ-სახელმწიფოებრივი სტრუქტურა არ განსაზღვრავს „სოლიდარობის“ ცნებას. ვინაიდან, კონსტიტუცია გულისხმობს სახელმწიფოს სოლიდარულ აგებულებას, იგი არ განიხილავს სოლიდარულ ძირითად უფლებებს და არ განსაზღვრავს სოლიდარული პრინციპის სამართლებრივ სტრუქტურას. პოზიტივიზმზე ორიენტირებული სახელმწიფო სამართალი არ გვთავაზობს კონსტიტუციურ-სამართლებრივ დოგმებს სოლიდარობის პრინციპის ჩართვისთვის; კონსტიტუციის თეორია შემოიფარგლება პრინციპის გარდამავალი რეკონსტრუქციით კონსტიტუციურ-სამართლებრივ მარეგულირებელ დებულებებში.¹² სხვა მხრივ, კონსტიტუციურ-სამართლებრივი დილემიდან არსებობს პოპულარული გამოსავალი, რომელიც გამოიხატება ცნების გაქრობაში და პრობლემის გადატანაში სოციალურ ეთიკაზე. პრობლემა დიფუზირდება კონსტიტუციის წინაპირობებისა და მოლოდინების¹³ კატეგორიებში და სამართლებრივ-პრაქტიკული თვალსაზრისით ცარიელი ხდება. სოლიდარობა იქცევა საკვირაო წირვების საგნად, მორალური მოწოდებების დასაბუთებად, განაწილების პოლიტიკის გზამკვლევად და სამართლებრივ-პოლიტიკურად ემსახურება თავისუფლების შეზღუდვების გამართლებას. თუმცა, სოლიდარობის პრინციპის კონსტიტუციურ-თეორიული გამონწვევა ამით არ დაიძლევა:

როგორი ურთიერთკავშირი აქვთ ძირითად კონსტიტუციურ უფლებებსა და მოქალაქის სამართლებრივად ეფექტურ სოლიდარულ მოვალეობებს სახელმწიფოში?

სოლიდარობის ცნების და მისთვის დამახასიათებელი ლოგიკის დეტალური ანალიზის გარეშე ამ შეკითხვებს პასუხს ვერ გავცემთ: თუ სოლიდარობა სპეციფიური კავშირის გამო მოითხოვს მოვალეობების აუცილებელ შესრულებას, ისმება შეკითხვა ამ კავშირის, როგორც გაერთიანების ლეგიტიმაციასთან დაკავშირებით (B.). რადგან სახელმწიფო სოლიდარული გაერთიანებაა, ძირითადი უფლებები პრინციპში ვერ იქნებიან თავდაცვის უფლებები ელემენტარული სამოქალაქო სოლიდარული უფლებების შესრულებასთან მიმართებაში C.). კონსტიტუციურ-სამართლებრივი ძირითადი უფლებების გათვალისწინებით სახელმწიფოს შეუძლია პროპორციულობის საზღვრებში შექმნას ახალი ქვესახელმწიფოებრივი სოლიდარული გაერთიანებები და ამით სოლიდარობას ჩაუყაროს საფუძველი (D.). საბოლოოდ, საზოგადოებისადმი ნებაყოფლობითი ვალდებულების ფარგლებში და ამავე საზომით ძირითადი უფლებები ქმნის ეთიკურად გამართლებული, ნებაყოფლობითი სოლიდარობის საფუძვლებს. (E.).

B. სოლიდარობა როგორც პრინციპი

I. სოლიდარობის ცნება

სხვადასხვა იდეების ისტორიის განვითარებები უკავშირდებიან სოლიდარობის ცნებას.¹⁴ იგი როგორც სამართლებრივი ცნება, თავიდან აღნიშნავდა კოლექტიურ თანამშრომლობით პასუხისმგებლობას ცალკეული პირის ბრალეულობაზე.¹⁵ ეს ასიმეტრიული მხარდაჭერის ვალდებულება ფრანგმა სოციალურმა რეფორმატორებმა მე-19 საუკუნის დასაწყისში ქრისტიანობაში მოყვასის სიყვარულზე დაყრდნობით შეცვალეს ყველას მიმართ სიმეტრიული ვალდებულებით. რევოლუციის ლოზუნგი „ძმობა“, სოლიდარობის ცნების მეშვეობით, „სამართლებრივად უნდა გაფორმებულიყო“. პოლიტიკური ინსტრუმენტის სტატუსით ამ ცნებამ თავიდან 48 წლის რევოლუციის ბრძოლებში „ძმობის“ გვერდით ლოზუნგის სახით დაიკავა ადგილი, შემდეგ კი კარლ მარქსის გავლენით მუშათა ასოციაციების პროკლამაციებში შეაფინროვა ცნება „ძმობა“, თანდათანობით იგი გერმანიის მუშათა მოძრაობის ცენტრალურ იდეად იქცა. ამდენად, სოლიდარობის ცნება აღნიშნავს საერთო ინტერესებს ერთდროული ორმხრივი ურთიერთდამოკიდებულებისას და მიზნად ისახავს ერთობლივ მოქმედებებს. იურიდიული წარმოშობის, სოციალურ-ეთიკური ვალდებულებებისა და პოლიტიკური ინსტრუმენტალიზაციის ეს ნაბავი დღემდე ანიჭებს ამ ცნებას თავის მუდმივ მიზიდველობას და გვევლინება როგორც კრისტალიზაციის ცნება პოლიტიკური იმედების, ოცნებებისა და უტოპიებისთვის.¹⁶ როგორც სამართლის პრინციპი და ეთიკური მოლოდინი, სოლიდარობის კონცეპტი წარმოადგენს ლეგიტიმაციის უზრუნველმყოფ

პრინციპს სოციალური დაზღვევისა და შრომის სამართალში, საერთაშორისო, ევროპულ და სახელმწიფო სამართალში.¹⁷

მიუხედავად სოლიდარობის ცნების ყოვლისმომცველი გამოყენებისა, მისი მნიშვნელობა შედარებით მყარადაა ჩამოყალიბებული: ის აღნიშნავს სპეციფიური კავშირით გამოწვეულ ორმხრივ მხარდაჭერას პიროვნებათა ერთობლიობის ფარგლებში. ამ ძირითადმა მოსაზრებამ დროის განმავლობაში შეიცვალა გამოხატვის ფორმები და ფორმულირებები: „ყველა ერთისთვის და ერთი ყველასათვის“, „ყველა ერთ ნაწილში“, „ძმობის სამართლებრივი ჩამოყალიბება“.¹⁸ სოლიდარობასთან მიმართებით გამოხატვის ყველა ამ ფორმისათვის საერთოა სამი განმსაზღვრელი ელემენტი: კონკრეტული სოლიდარული გაერთიანობის არსებობა (II.) გაერთიანების წევრებს შორის უსაფრთხოების დათქმა (III.), აქედან გამომდინარე მოვალეობები, რომლებიც ყოველმა პირმა უნდა შეასრულოს (IV.).

II. გაერთიანება როგორც მიზანი

სოლიდარობა გაერთიანების გარეშე არ მოიაზრება. მისი ცნება „ერთიანობიდან“ გამომდინარეობს, ისე რომ არ ასახელებს მის სპეციფიურ არსს, ნიშან-თვისებებსა და წინაპირობებს. აბსტრაქტული პასუხი მდგომარეობს სოლიდარული გაერთიანების ცნებაში: გაერთიანება აღნიშნავს სოლიდარული ქმედების მიზნს. მაგრამ რაში მდგომარეობს კონკრეტულად სოლიდარული გაერთიანების არსი? ვინ და რა მიზნით მიეკუთვნება მას? ან ვინ არ მიეკუთვნება მას?

კაცობრიობის კოსმოპოლიტური უნივერსალური სოლიდარობა – „ყველა ადამიანი ერთმანეთის ძმა ხდება“ – შილერმა პოეტურად მშვენივრად ჩამოაყალიბა, მაგრამ პრაქტიკულად მისი განხორციელება მხოლოდ გამონაკლის შემთხვევაშია შესაძლებელი. მართალია, სტოიციური და ქრისტიანული ფესვები ყოველთვის კაცობრიობის ერთიანობას ქადაგებდნენ, თუმცა სწორედ რომ ადამიანთა უნივერსალური უფლებებისა და გლობალიზაციის ეპოქაში, რომელშიც ეს ერთიანობა მსოფლიო ისტორიაში პირველად რეალურად აღქმადი, ის სულ უფრო მეტად იქცევა პოლიტიკის რიტორიკულ ფრაზებად, რომლებიც, იმავდროულად, პრაქტიკული მოქმედების თვალსაზრისით, უსარგებლოა.¹⁹ თუ სოლიდარობა უნდა იყოს იმაზე მეტი, ვიდრე საფიქრალის იაფუასიანი რიტორიკული გამოხატვაა, თუ მას უნდა რომ იყოს პრაქტიკული, მას აუცილებლად სჭირდება განსხვავებები. მოქმედი სოლიდარობა შებლუდულობის პირობებში ყოველთვის მხოლოდ სელექციურად ვითარდება.²⁰ ეს უკვე *აუგუსტინუსმა* იცოდა: „ყველა ადამიანი ერთნაირად უნდა გიყვარდეს. მაგრამ რადგან შეუძლებელია ყველაზე იზრუნო, მაშინ უპირველესად მათზე უნდა იზრუნო, რომელთანაც ადგილის, დროისა ან სხვა გარემოებების გამო ბედისწერით უფრო

ახლოს ხარ დაკავშირებული“.²¹ ამგვარად, სოლიდარული უსაფრთხოების გარანტიები ყოველთვის კონკრეტული გაერთიანებებია.

კონცეპტუალურად გაერთიანება კონტრასტულ დამოკიდებულებაშია საზოგადოებასთან.²² თუ საზოგადოება მიმართულია თავისუფალი ინდივიდების ინტერესთა დაბალანსებაზე, რომლებიც პრინციპის „do ut des“ მიხედვით მოქმედებენ, გაერთიანება გამოხატულია არსებითი თანასწორობით, რომელიც მხარს უჭერს და უზრუნველყოფს სოლიდარულ უსაფრთხოებას. სოლიდარული მოვალეობის შესრულება არ წარმოადგენს ერთმანეთის კოლექტიური მხარდაჭერის მიზებს, არამედ ის იქიდან გამომდინარეობს. სოლიდარული გაერთიანება გაზიარებას კი არ ეფუძნება, არამედ მასში ჰპოვებს სპეციფიკურ გამოხატულებას. თუმცა, ფაქტობრივ გარემოებაზე, რომელსაც ის შეგვიძლია დავუკავშიროთ, სოლიდარობის სამართლებრივი პრინციპი პასუხს არ იძლევა. მისი წინაპირობა სოლიდარობის ფაქტობრივი გარემოებაა.

„ადგილის, დროისა და სხვა გარემოებების“ კონკრეტული ბედისწერა „უფრო ახლოს აკავშირებს“ მასში მონაწილე პირებს, მათ გაერთიანებად აქცევს. ბედისწერა ქმნის იმ განსაკუთრებულ, არსებით თანასწორობას, რომლის საფუძველზეც გაერთიანება საკუთარ ერთობას აფუძნებს. ეს ჰომოგენობა იწვევს იმას, რომ გაერთიანების წევრები ერთმანეთთან უფრო ახლოს დგანან, ვიდრე მესამე პირებთან, მიუხედავად იმისა, რომ ისინი სხვა საკითხებში განსხვავდებიან. ბედისწერით განპირობებულ, ცალკეული პირისთვის დადგენილ მოცემულ ჰომოგენურ გაერთიანებებს განსაკუთრებით მიეკუთვნებიან ოჯახი და სახელმწიფო,²³ თუმცა, ასევე ურთიერთდახმარების გაერთიანებები, რომლის წევრები ვიდრე გასაჭირი არ გადაივლის, გარდაუვალად და „ძმურად“, ეგზისტენციალურად და არსებითად არიან ერთმანეთთან დაკავშირებული. შედეგად, შექმნილი სოლიდარული გაერთიანების ჰომოგენობა ზემოქმედებას ახდენს ფუნდამენტურ, ადამიანებს შორის პრინციპულად გადაულახავ განსხვავებაზე, რაც ასევე ეთიკურად მუდმივია. მართალია, თავისთავად ყველა ადამიანი ერთნაირია, მაგრამ რადგან და რამდენადაც ყოველი ადამიანი მრავალი ბედისწერით განპირობებულ ურთიერთობების სტრუქტურებში იმყოფება, მოქმედებს შემდეგი: კონკრეტულ სოლიდარულ გაერთიანებაში მონაწილე პირები, მათი არსებითი მსგავსების შედეგად, ერთმანეთისთვის უფრო მსგავსები (თანასწორები) არიან.²⁴ ისინი ერთმანეთის ვალში არიან, უფრო მეტი სოლიდარული მხარდაჭერა გამოუცხადონ და ძმური სიყვარული გაუნაწილონ ერთმანეთს, ვიდრე გარეშე მყოფ მესამე პირებს. მეტწილად მაშინ, როცა უფრო მჭიდროა მათი დამაკავშირებელი ძაფი.²⁵ ამდენად, „ძმობა“ უფრო მეტ ვალშია ღვიძლ ძმებთან, ვიდრე საკუთარ ხალხთან, ასევე უფრო მეტ ვალშია საკუთარ ხალხთან, ვიდრე კაცობრიობასთან.²⁶ როცა ადამიანი თავის სოლიდარობას ახლო მდგომს უცხადებს და არა შორს მდგომს, ეს არ არის მოყვასის სიყვარულის ქრისტიანული მოვალეობის დარღვევა; სავალდებულო არ არის ყველა ადამიანს

ერთნაირად გაუნაწილო ყურადღება, ნებადართულია და, ასევე სავალდებულო, რომ ადამიანები განასხვავო.²⁷

სოლიდარობის პრინციპი ღია კოლექტიური ერთობის განსხვავებული შინაარსებისა და ინტენსივობებისთვის:²⁸ უსაფრთხოება, რომლის მიღწევასაც ცალკეული პირი გაერთიანებასა და გაერთიანების მეშვეობით ცდილობს, შეიძლება იყოს მისი სხეულის ფიზიკური ან ქონების, მისი თავისუფლების ან სოციალური უსაფრთხოება ცხოვრების ცვალებადობასთან მიმართებაში, ასევე მეტაფიზიკური უსაფრთხოება, რომელიც გვპირდება ცხოვრების აზრის შესახებ კითხვაზე პასუხს. სოლიდარობის შინაარსა და პერიოდს, მოცულობასა და ინტენსივობას ყოველი სოლიდარული გაერთიანება თავისთვის განსაზღვრავს. სოლიდარობა შეიძლება მიზნად ისახავდეს განუსაზღვრელი დროით შექმნილ უსაფრთხოებას ან ემსახურებოდეს მოკლევადიანი საფრთხის გადალახვას. თუ სოლიდარული საზოგადოება განსაზღვრული რისკის გადალახვის მიზნით იქმნება, მაშინ გაერთიანების ეს მიზანი ამართლებს მის მიზმსა და საზღვარს: სანამ რისკი სახეზეა და ვიდრე გაერთიანება სოლიდარულ უსაფრთხოებას უზრუნველყოფს, სოლიდარული გაერთიანება ლეგიტიმურია. თუ სოლიდარული საზოგადოება მწვავე და მოკლევადიანი ხიფათის დაძლევის მიზნით ყალიბდება, ის წარმოიქმნება და იშლება პრობლემის დაძლევისთანავე. სოლიდარობა შეიძლება უსაფრთხოების მინიმუმის უზრუნველყოფას ისახავდეს მიზნად ან ყოვლისმომცველი მაქსიმალური უსაფრთხოებისკენ ილტვოდეს. ის ღია ერთმანეთის პირისპირ მდგომი სოლიდარული პასუხისმგებლობის როგორც მიზნის, ასევე ნორმის მიმართ: მხოლოდ ფიზიკური უსაფრთხოება უნდა იქნას სოლიდარულად უზრუნველყოფილი, თუ ასევე სოციალური? მხოლოდ უსაფრთხოების მინიმუმი უნდა იყოს მხოლოდ სოციალურად გარანტირებული თუ სოლიდარობის პრინციპი მიზნად ისახავს გაერთიანების წევრების ოპტიმალურ კეთილდღეობას ფართო გაგებით?

სოლიდარობა შეიძლება წარმოდგეს უსაფრთხოების მოთხოვნილების რაციონალური გაანგარიშებიდან, მაგრამ ასევე შეიძლება ემყარებოდეს ემოციურ მოვლენებსა და “ჩვენი ერთობის” განცდას. თუმცა, ყველა შემთხვევაში სოლიდარობა ეფუძნება სპეციფიურ და ორმხრივ პასუხისმგებლობას.²⁹ ეს მას მიჯნავს მოყვასის თავდადებული სიყვარულისგან და ემპათიისგან; თუმცა ორივეს შეუძლია სოლიდარული პრაქტიკისა და გაერთიანების შექმნა და გაძლიერება.

III. უსაფრთხოება როგორც მიზანი

სოლიდარობა ნიშნავს უსაფრთხოებას გაერთიანების მეშვეობით. სოლიდარული გაერთიანება არცერთ თავის წევრს მარტო არ ტოვებს. ამაშია თითოეული მათგანის, როგორც გაერთიანების ნაწილის უსაფრთხოება. არავის არ უნევს მარტო თავის თავზე ზრუნვა, მათ შეუძლიათ დარწმუნებულები იყვნენ, რომ სხვები დაეხმარებიან. ასევე,

თავადაც ვალდებულები არიან, გასაჭირში ჩავარდნილ გაერთიანების წევრებს მხარში ამოუდგნენ.

სოლიდარობა, როგორც გაერთიანების ძირითადი პრინციპი, კონცეპტუალურად უპირისპირდება ინდივიდუალური თავისუფლების პრინციპს. თავისუფლება ნიშნავს შანსს, ისევე როგორ რისკს ანუ გაურკვეველობას; სოლიდარობა უზრუნველყოფს უსაფრთხოებას. სოლიდარულ გაერთიანებაში თავისუფლება შეიძლება განვითარდეს მხოლოდ სოლიდარობის ფარგლებში და არა მის წინააღმდეგ. სოლიდარული გაერთიანება რისკს, როგორც ინდივიდუალური თავისუფლების განუყოფელს ნაწილს, სოლიდარული თვალსაზრისით, კოლექტიურად აღიქვამს და თავისუფლებას მხოლოდ იმ დოზით აღიარებს და უშვებს, თუ ის საფრთხეს არ უქმნის უსაფრთხოების დათქმას: *in dubio pro securitate*.³⁰

IV. სოლიდარული ვალდებულება როგორც საშუალება

სოლიდარობის პრინციპი უსაფრთხოების შეპირებას იძლევა („ყველა ერთისთვის“), მაგრამ ის მოითხოვს აუცილებელ სოლიდარულ მზადყოფნასაც („ერთი ყველასთვის“). მოვალეობის სოლიდარული შესრულების მყარ პრაქტიკულ შედეგებს საფუძვლად უდევს, ერთი მხრივ, ობიექტური აუცილებლობები, მოთხოვნილებები და გარემოებები, მეორე მხრივ კი, სუბიექტური შესაძლებლობები და უნარები. აქედან წარმოიშვება კონკრეტულ შემთხვევაში სოლიდარული მოვალეობის მქონე პირთათვის კონკრეტული ამოცანები. სოლიდარული მოქმედება შეიძლება მდგომარეობდეს მორალური თუ მატერიალური ხელშეწყობისთვის მზადყოფნაში, აქტიურ დახმარებასა ან ფულად მხარდაჭერაში. ამის საპირისპიროდ, დამხმარე პირის მხოლოდ სემანტიკური ან სიმბოლური რიტუალები, მართალია, ალამაზებენ ერთმანეთს სოლიდარობის ეტიკეტით, თუმცა მათ არ ჰყოფნით სხვების პირადი დახმარების, ერთგულებისა და თავგანწირვის გადამწყვეტი ელემენტი. რადგან ის ფაქტიურად არათფერი ღირს, ადამიანს შეუძლია სამყაროს ყველა ძმათა შორის ყველაზე შორს მყოფსაც უწილადოს ეს და სხვებისგანაც იგივე მოითხოვოს: ეს ჰიპერმორალი პრაქტიკულად ნიშნავს სოლიდარობის ცნების დაცარიელებას და ღირსების აყრას, რომელიც დეგრადირდება და გადაიქცევა მზრუნველობასთან დაკავშირებულ მეტისმეტად იაფფასიან და უმნიშვნელო რიტორიკად.³¹ ამის საპირისპიროდ, „ნამდვილი“ სოლიდარობა მიმართულია პრაქტიკულ შედეგზე და ქმედით, თავგანწირულ მზრუნველობაზე. სოლიდარული კავშირი გაერთიანების მეშვეობით მოითხოვს ორმხრივი ვალდებულებების აუცილებლობას. სოლიდარობა მოითხოვს ვალდებულების აუცილებელ შესრულებას, თუმცა, მხოლოდ იმის გათვალისწინებით, თუ კონკრეტულად რა შეუძლია ცალკეულ წევრს ინდივიდუალური უნარების მიხედვით. სოლიდარობის მოვალეობა მიმართულია იქითკენ, თუ როგორ შეუძლია ცალკეულ პირს საკუთარი უნარებით წვლილი შეიტანოს გაერთიანების ეფექტურ ფუნქციონირებაში. ყოველი წევრი არ არის ვალდებული ერთი

და იგივე გააკეთოს გაერთიანებისათვის. თუმცა, მათ შესაძლებლობის ფარგლებში, ყველა შემთხვევაში, საკუთარი წვლილი უნდა შეიტანონ. ვალდებულებების სოლიდარული თანასწორობა პრინციპში კონკრეტიზირდება ამოცანებისა და უნარ-ჩვევების გათვალისწინებით: „ვისაც შეუძლია, იმან უნდა გააკეთოს“.

V. სოლიდარობის მრავალფეროვნება და დონეები

სოლიდარობის პრინციპის ლეგიტიმაცია და შინაარსი, ინტენსივობა და საზღვრები, გამონწვევები და პრობლემები შესაძლებელია განხილულ იქნას მხოლოდ კონკრეტული სოლიდარული გაერთიანებების გათვალისწინებით. სოლიდარული ურთიერთობები საზოგადოებრივ რეალობაში მრავალფეროვანი ფორმებით, ნიუანსებითა და გამოყენების სფეროებით არსებობს. მათ შეუძლია მოიცვას მეგობრული ურთიერთობები და ოჯახი; ისევე განსაზღვრავს ისინი რელიგიურ გაერთიანებებს (ორდენებს), ისევე როგორც სპორტულ და პროფესიულ გუნდებს, აძლიერებენ (ეროვნულ) სახელმწიფოებს თუ სახელმწიფოთა ფედერაციულ გაერთიანებებს, გლობალური გაერთიანებების ჩათვლით. საზოგადოებები შეიძლება სპონტანურად შეიქმნას (საერთო ბედისწერით დაკავშირებული ადამიანთა ჯგუფი) ან გეგმაზომიერად დაფუძნდეს, როგორც მოცემულობა (ოჯახი) ან ნებაყოფლობითი (კავშირი) სოლიდარული გაერთიანება, ისინი შეიძლება თავისუფალი თვითორგანიზაციის სახით შეიქმნას, ან სახელმწიფოს მხრიდან იყოს თავსმოხვეული (სპეციალური დაზღვევა).

სოლიდარობის პრინციპი იურიდიულ სტაბილურობას ინსტიტუციების მეშვეობით იძენს, რომლებიც კონკრეტულ უფლებებსა და მოვალეობებს სამართლებრივი მასშტაბებით განსაზღვრავენ, გაერთიანების წევრების მოთხოვნილებას და ქმედუნარიანობას აბალანსებენ. სამართლებრივ სახელმწიფოში სოლიდარობის პრინციპი წარმოშობს ძირითად უფლებაზე დაფუძნებულ დოგმატურ და ფედერალური სახელმწიფოებრივ-სამართლებრივი ხასიათის ურღვევ კავშირებს.³² ძირითად უფლებაზე დაფუძნებულ დოგმატურ კონტექსტში გამოიყოფა სოლიდარობის სამი დონე: სახელმწიფო, როგორც სოლიდარული გაერთიანება და ძირითადი უფლებების კავშირი ძირითად სოლიდარულ მოვალეობებთან (C.); ქვესახელმწიფოებრივი იძულებითი სოლიდარული გაერთიანებების, ე.ი. ისეთი გაერთიანებების სახელმწიფოებრივი ლეგიტიმაცია და საზღვრები, რომლებიც არ მოიცავს ყველა მოქალაქეს (D.). და ბოლოს, ის თავისუფალი სოლიდარული გაერთიანებები, რომლებიც მოქალაქეებს საკუთარი ინიციატივით, საკუთარი ეთიკური მრწამსის მიხედვით, მათი ძირითადი უფლებების საფუძველზე, გადასცემენ ცოდნას (E.).

C. სოლიდარობა როგორც ძირითად უფლებებზე დაფუძნებული თავისუფლების წინაპირობა

I. სახელმწიფო როგორც სოლიდარული გაერთიანება

სახელმწიფო, როგორც პოლიტიკური ერთობის ფორმა, სოლიდარულ გაერთიანებას წარმოადგენს.³³ ეგზისტენციალურად ის ადამიანებზე რომ არ იყოს დამოკიდებული, რომლებიც სახელმწიფოს, როგორც თავის პოლიტიკურ სამშობლოს აღიქვამენ, სადაც ცხოვრება სურთ და რომლის მეშვეობითაც ერთმანეთთან ხანგრძლივად, სოლიდარულად არიან დაკავშირებულნი, ის ვერ იარსებებდა. ყოველი სახელმწიფო ეფუძნება „მხოლოდ ძმებისგან შემდგარ ხალხს, რომლებიც გასაჭირში და ხიფათში არ დაშორდებიან ერთმანეთს“ (*შილერი*). ამდენად, ის ქმნის გაერთიანებას, რომელიც არავის ტოვებს მარტო, ყოველ ადამიანს მხარს უჭერს, მაგრამ ყოველი ადამიანისგან მოითხოვს მისი შესაძლებლობის ფარგლებში შეიტანოს წვლილი ამ ერთიანობისთვის. იმ დროს, როდესაც სახელმწიფოს რომანტიკულმა თეორიამ ეს თავისთავად ცხადი ფაქტობრივი გარემოებები იმთავითვე გახადა საკუთარი მსჯელობის ურყევ საფუძვლად, სახელმწიფოს შესახებ მექანიკურმა მოძღვრებამ კი ეს ძირითადი ცნებები სახელმწიფოს ხელშეკრულებას დაუკავშირა: ის ითვალისწინებდა სახელმწიფო სოლიდარული გაერთიანების შექმნას, რათა ფიზიკური გადარჩენის მიზნით წინააღმდეგობა გაენიათ არსებული ხიფათებისთვის. იდეური თვალსაზრისით, ერთმანეთის საპირისპირო ორივე მოძღვრება გამოხატავს სახელმწიფოებრივად ორგანიზებული პოლიტიკური ძალაუფლების რეალობას: ისინი ფუძნდებიან ბუნებრივად მიღებულ, თავისთავად „დაბადებიდანვე მოცემულ“ ან რაციონალურად ნებაყოფლობით, მიზანმიმართულად „შერჩეულ“ სოლიდარობაში.³⁴ ჰომოგენობა³⁵ და კავშირი ქმნის ორ საფუძველს მოქალაქეობრივი სოლიდარობისთვის, რომლებიც სახელმწიფოს, როგორც ასეთს, ლეგიტიმაციას ანიჭებენ და რომელიც თანამედროვე სახელმწიფოების პოლიტიკურ სინამდვილეში არსებობენ სპეციფიური, თუნდაც განსხვავებული და ცვალებადი შერეული ურთიერთობებით.³⁶

ერთი სახელმწიფოსადმი მიკუთვნებულობიდან გამომდინარეობს ხალხის საერთო გასაჭირით და ბედისწერით განპირობებული გაერთიანება, რომელიც კონსტიტუციის მიერ სამართლებრივად კონკრეტიზირებული და მოქალაქეთა მეშვეობით სამართლებრივადაა აღიარებული. მოქალაქეობა მოქალაქეს პრინციპულად მთელი ცხოვრების მანძილზე აკავშირებს „თავის“ სახელმწიფოსთან, კერძოდ კი, ყველა გარემოებაში. მიუხედავად იმისა, რომ ცალკეული ადამიანები თანამედროვე სამყაროში თავს აღიქვამენ, როგორც „global player“, რომელთა სამშობლო აეროპორტია და რომელთა მეგობრები ინტერნეტში არიან, ადამიანების მასა ვირტუალიზაციის ყველა განვითარების საპირისპიროდ რჩება სამშობლოს, ე.ი. სახელმწიფოს მიწასთან დაკავშირებული. ბევრი „global player“ მონანიების გრძნობით აღსავსე უბრუნდება

სამშობლოს, როდესაც ვირტუალური ბუშტები სკდება. გლობალიზაცია არ ნიშნავს ორმხრივ ვალდებულებაში რეალური კავშირის დასასრულს, პირიქით: სწორედ რომ გლობალურ სამყაროში კომპენსატორულად იზრდება ადამიანის მოთხოვნილება და სურვილი, ჰქონდეს მცირე, ავთენტური პოლიტიკური ერთიანობა, რომელიც წარმოადგენს კულტუროლოგიურად ნაცნობ სამშობლოს მათთვის: უსაფრთხოება სახელმწიფოებრივ, რეგიონალურ, ოჯახურ, ე.ი. რეალურად აღქმად დაცულობაში.

თუმცა, გლობალიზებულ სამყაროში სოლიდარობის შესაძლებლობა პოლიტიკურად არის დიფერენცირებული. პოლიტიკური სოლიდარობიდან დაშრევება გლობალური გაერთიანების დროში, სახელმწიფოს ტოვებს პოლიტიკური იდენტობის ცენტრში, შემოსაზღვრავს მას მრავალრიცხოვანი სხვა სოლიდარული ურთიერთობებით - ქვევით - ქვეყანა, რეგიონი, ქალაქი, თემი - და ზევით - ევროკავშირი, გაერთიანებული ერები. ზე- და ქვესახელმწიფოებრივი სოლიდარული ურთიერთობები სახელმწიფოს ართმევენ პოლიტიკური სოლიდარობის მონოპოლურ პოზიციას, მას ნაწილობრივ უკანა პლანზე წევნ. მაგრამ სახელმწიფო მაინც რჩება პოლიტიკურად ორგანიზებული სოლიდარობის ცენტრად. მისგან იღებს გამუდმებით ყველა სხვა სოლიდარული გაერთიანება პოლიტიკურად მნიშვნელოვან სოლიდარულ რესურსს.

II. თავისუფლება გაერთიანებაში და გაერთიანების მეშვეობით

სახელმწიფოს როგორც სოლიდარული გაერთიანების დახასიათება, დღესდღეობით არც ჩვეულებრივი მოვლენაა და არც პოპულარული. ფაქტობრივად, კონსტიტუციური სახელმწიფო ახალი დროის იდეების ისტორიის ტრადიციას აგრძელებს, რომლის პრინციპებია თავისუფლება და თვითგამორკვევა, ემანსიპაცია და ინდივიდუალიზმი, რაციონალიზმი და ლიბერალიზმი. თუმცა, ამ კონსტიტუციურ-ისტორიულ მონაპოვრებში არ დევს სახელმწიფოს სოლიდარული ხასიათის კონსტიტუციურ-სამართლებრივი უარყოფა. კონსტიტუციას შეუძლია, რომ წინაპირობად ჰქონდეს ის, როგორც თავისთავად გასაგები ფაქტი, ისე რომ შესაძლებელია კონსტიტუციის, როგორც სახელმწიფოებრივი სოლიდარობის კონკრეტული სამართლებრივი ფორმის აღქმა.³⁷ საკონსტიტუციო სამართალი კი, უნდა ქმნიდეს სახელმწიფოს სოლიდარული სტრუქტურის წინაპირობებს, რადგან სახელმწიფო, როგორც სოლიდარული გაერთიანება, მაშინ არსებობს და მის გარეშე მისი გააზრება შეუძლებელია. ძირითადი კანონი არ ამბობს უარს სოლიდარულ პრინციპზე და სახელმწიფო არ არის სოლიდარული გაერთიანების საპირისპირო მოდელი, ის მისი ლიბერალური მოდიფიკაცია და სამართლებრივი აგებულებაა.

სახელმწიფო სოლიდარული გაერთიანებაა, თუმცა როგორც ლიბერალური დემოკრატიული სახელმწიფო, ის არ ფლობს სოლიდარულ მონოპოლიას. დემოკრატიული სახელმწიფო მიჰყვება შუალედურ გზას თავისუფლებასა და ვალდებულებას შორის:

იგი უარს ამბობს, გააერთიანოს მოქალაქეობრივი სოლიდარობა, ისევე როგორც³⁸ არ განიხილავს თავისი მოქალაქეების ძირითად უფლებებზე დაფუძნებულ თვითგამორკვევასა და გადაწყვეტილების მიღებაში დემოკრატიულ მონაწილეობას. სახელმწიფო თავისი წევრებისთვის უზრუნველყოფს აუცილებელი, ორმხრივი მხარდაჭერის ვალდებულებას ცხოვრებისეულ რისკებთან მიმართებით. თუმცა, უსათრთხოების ამ უზრუნველყოფას ზღუდავს ძირითად უფლებებში პოზიტივიზებული თავისუფლების პრინციპი. ვინაიდან სახელმწიფო ძირითად უფლებებთან დაკავშირებულ თავისუფლებას უზრუნველყოფს, მაგრამ მხოლოდ თავისი წევრების სოლიდარობის მეშვეობით შეუძლია არსებობა, სოლიდარობა თავისუფლების წინაპირობა ხდება. ძირითადი უფლებები, როგორც სახელმწიფოს მიმართ არსებული მის მიერ ქმედითად გარანტირებული თავისუფლება ვერ იარსებებს მოქალაქეების სახელმწიფოს მიერ წარმართველი სოლიდარობის გარეშე.

ამგვარად, თავისუფალი-დემოკრატიული სახელმწიფო ახდენს თავისუფლებისა და ერთობის მხოლოდ შესაბამისი დონის რეალიზებას. ის უარს ეუბნება პლატონური წარმოშობის ტოტალურ სახელმწიფოს და ასევე იზოლირებული ეგოიზმის ლიბერტალურ ანარქიზმს. ამდენად, ძირითადი კანონის ადამიანის ხატება არის არა იზოლირებული სუვერენული ინდივიდი, არამედ ის უპირატესობას ანიჭებს გაერთიანებასთან დაკავშირებულ პიროვნებას, ისე რომ არ ეხება მის შინაგან ღირებულებას.³⁹ გერმანიის კონსტიტუციური სახელმწიფო მიზნად ისახავს არისტოტელესეული მოსაზრების შედეგს, რომლის მიხედვითაც, „[არსებობს] ერთიანობის ხარისხი, რომლის მოცემულობის შემთხვევაში სახელმწიფო ველარ იარსებებდა“⁴⁰ და ასევე ინდივიდუალიზმის ხარისხი, რომლის არსებობის შემთხვევაში ადამიანი ადამიანი აღარ იქნებოდა.⁴¹

III. სოლიდარობის ძირითადი პრინციპები

1. ძირითად ვალდებულებათა სპეციფიური ცნება

ძირითადი სოლიდარული ვალდებულებები ნიშნავს ვალდებულებათა შესრულებას სახელმწიფო ორგანიზმის შესაქმნელად და შესანარჩუნებლად, ასევე ამოცანების შესრულებას სოლიდარული კავშირის წევრების ინდივიდუალური წვლილის გათვალისწინებით. როგორც კონსტიტუციის სტრუქტურული წინაპირობები, ისინი წარმოადგენს კონსტიტუციურ-სამართლებრივ ბუნებრივ მოცემულობას, მათ არ სჭირდება ნორმირება „როგორც ასეთი“ და ამიტომ ისინი იშვიათად თუ ხვდება სპეციალურად კონსტიტუციის ტექსტებში.⁴² პრინციპში ისინი აპრიორი არის ძალაში, თავისთავად ლეგიტიმური, მათ არ სჭირდება დასაბუთება ცალკეული პირის თავისუფლების მოთხოვნის მიმართ.

ძირითადი სოლიდარული ვალდებულებები სპეციფიურია და უნდა განვასხვავოთ სხვა „ზოგადი“ ძირითადი ვალდებულებებისგან. ისინი ან პირდაპირი კონსტიტუციური ვალდებულებების⁴³ ერთიანობაა, რომლებიც გამონაკლისის სახით სამართლებრივ-სახელმწიფოებრივ კონსტიტუციაში დამკვიდრდა, ან ისინი პოლიტიკურ დისკურს ემსახურება, როგორც ეთიკურად დასაბუთებული სამართლებრივ-პოლიტიკური მოთხოვნები.⁴⁴ ამ ფორმით ვალდებულებებმა უნდა დააბალნსოს ძირითად უფლებებსა და კანონისმიერ მოთხოვნებს შორის არსებული ასიმეტრია, რომელიც სახელმწიფოებრივად სასურველი და უზრუნველყოფს თავისუფლებას.

ამის საპირისპიროდ, სპეციფიური ძირითადი ვალდებულებები მხოლოდ ის სოლიდარული ვალდებულებებია, რომელთა შესრულება სახელმწიფოს არსებობისთვის *conditio sine qua non*-ს წარმოადგენს, ანუ მათ გარეშე სახელმწიფო ვერ იარსებებდა. ისინი ქმნიან პოლიტიკური გაერთიანების მატერიალურ არსს, მათი წევრების ჰომოგენობას, რომლებიც სოლიდარულ გაერთიანებაში თავს უდავოდ დაცულად გრძობენ. როგორც სოლიდარული გაერთიანება, სახელმწიფო – ძირითად უფლებაზე დაფუძნებული თავისუფლების პერსპექტივიდან ფორმულირებული – წარმოადგენს აპრიორი ლეგიტიმურ გაერთიანებას, რომლის პრინციპი გადანაწილებაა. სახელმწიფოს არსებობაზე გადანაწილების ზემოქმედება შეგვიძლია განვიხილოთ სამი სპეციფიური ძირითადი სოლიდარული ვალდებულების მაგალითზე: მშვიდობის დაცვა, კანონმორჩილება და გაერთიანების გადასახადების სოლიდარული გადახდა.

2. მშვიდობის ვალდებულება და კანონისადმი მორჩილება

მშვიდობის დაცვის ვალდებულება მატერიალურ ძირითად ვალდებულებათა შორის არის ყველაზე მეტად ელემენტარული.⁴⁵ ხოლო კანონმორჩილების ვალდებულების, როგორც ფორმალური ძირითადი ვალდებულების საპირწონე კანონის აღსრულებაა. მშვიდობის დაცვის ვალდებულებისგან განსხვავებით, მას ლოგიკურად ნორმადების უნარი არ გააჩნია: როგორც ყველა სასარჩელო წარმოებას, კანონმორჩილების ვალდებულებას ესაჭიროება მოქმედების საფუძველი, რომელიც, თავის მხრივ, მხოლოდ მორჩილების ნორმატიულ მოთხოვნაში შეიძლება არსებობდეს.⁴⁶

მშვიდობისა და მორჩილების ვალდებულებები, როგორც მოქალაქის ძირითადი ვალდებულებები სახელმწიფოს წინაშე, არ იწვევს დავას. ისინი წარმოადგენენ დასავლურ კულტუროლოგიურ მიღწევას და მიეკუთვნებიან კონსტიტუციური საზოგადოების თვითშეგნებას.⁴⁷ თუ მე-18 საუკუნეში ცნობილი იყო სამშვიდობო ვალდებულების სახელმწიფოებრივ-თეორიული და სახელმწიფოებრივ-სამართლებრივი მნიშვნელობა,⁴⁸ მე-19 საუკუნეში ის გაქრა იურისპრუდენციის თვალთახედვიდან. მშვიდობისა და მორჩილების ვალდებულებები კვლავ ამოტივტივდა ცნობიერებაში, როდესაც მე-20 საუკუნის 70-იან წლებში გერმანიის ფედერაციულ რესპუბლიკაში უფლებების

შეგნებული შელახვა პოლიტიკური დემონსტრაციების საშუალებით აირჩიეს⁴⁹ და ამ საკითხის მოგვარებას ძირითად უფლებებთან მიმართებაში ცდილობდნენ.⁵⁰

3. საგადასახადო ვალდებულება

თავისუფალ სამართლებრივ საზოგადოებაში საგადასახადო ვალდებულებაში კონცენტრირდება მოქალაქის მატერიალური სოლიდარული ვალდებულება. სამხედრო სამსახურის შემდეგ, არცერთი სხვა ინსტრუმენტი არ არის ცალკეული პირის საზოგადოებასთან აპრიორული კავშირის ასეთი ძლიერი გამოხატულება, რომელსაც მან აუცილებლად უნდა მიაგოს პატივი. შესაბამისად, საგადასახადო ვალდებულება დაკავშირებულია მხოლოდ სახელმწიფოს ტერიტორიული იურისდიქციის ფარგლებში ინდივიდის დამორჩილების წინაპირობასთან.⁵¹ როგორც საზოგადოებრივი ერთიანობის გამოხატულება, დაბეგვრა წარმოებს შრომისუნარიანი პირის შესაძლებლობების ფარგლებში⁵², რაც დადგენილია კონკრეტული ნორმებით და ამას სასიცოცხლო მნიშვნელობა ენიჭება.⁵³ აღნიშნულ ნორმებში მატერიალურად მთლიანდება ტვირთის გადანაწილების პრინციპი⁵⁴.

4. მომსახურების ზოგადი ვალდებულებები

ძირითად კანონზე დაფუძნებულ კონსტიტუციურ სახელმწიფოში მომსახურების ვალდებულებებს უფრო მეორეხარისხოვანი მნიშვნელობა ენიჭება. ე.წ. ნატურალური გადასახადის ცენტრში ძირითადი კანონის მე - 12ა მუხლის თანახმად, სამხედრო და სამხედრო სამსახურის ნაცვლად,⁵⁵ შრომითი ვალდებულება დგას. ამის საპირისპიროდ, ტრადიციული ხელით შესრულებული და საჭაპნე სატრანსპორტო მომსახურება სახელმწიფოს ეფექტურობასთან დაკავშირებული ღონისძიებების გამო, უფრო და უფრო უკანა პლანზე გადადის, საზოგადოებრივი სამუშაოს შესრულების ვალდებულება⁵⁶ (მაგალითად, ნაფიც მსაჯულად გამოსვლა⁵⁷ ან საარჩევნო კომისიის წევრობა⁵⁸) თითქმის არ მოიცავს მოსახლეობის ფართო მასებს. სამხედრო სამსახურის ნაცვლად, შრომითი ვალდებულების შემთხვევაში, ძირითადი კანონის მე-12ა მუხლის თანახმად, ზუსტადაა გამოხატული მოქალაქის სოლიდარული სიახლოვე საზოგადოებასთან. ის ეგზისტენციალურად ყველა მოქალაქეს⁵⁹ ეხება და მოითხოვს მათგან მათი შრომისუნარიანობის ფარგლებში წვლილი შეიტანონ გაერთიანების ინტერესთა განხორციელებაში გარეთ (თავდაცვა)⁶⁰ და შიგნით (სოციალური სამსახურები).⁶¹

სოლიდარობის ფარგლებში მოქალაქეობრივი ვალდებულება თავის ეგზისტენციალურ ხასიათს ომის შემთხვევაში ავლენს. როდესაც სახელმწიფოებრიობის არსებობას საფრთხე ემუქრება, ყოველი მოქალაქე ვალდებულია თავისი წვლილი შეიტანოს საზოგადოების უსაფრთხოებაში: სახელმწიფოს დაცვა მოითხოვს ყველა მოქალაქისგან დახმარებას, მაგრამ ყველას არ შეუძლია იარაღი აიღოს ხელში, ისიც

კი, ვისაც ყველაზე მცირედი წვლილი შეუძლია შეიტანოს გამარჯვებაში, ვალდებულია სამხედრო სამსახურში იმსახუროს: სხვა შემთხვევაში ამაო იქნებოდა სახელმწიფოს აშენება, რომლის შენარჩუნებისათვის მოქალაქეებს არც სურვილი ექნებოდათ და არც გამბედაობა.⁶² ომის გამონაკლის შემთხვევაში, მოქალაქეობრივი სოლიდარობა შეიძლება ნიშნავდეს საკუთარი ცხოვრების ამოცანას: მსხვერპლი უზრუნველყოფს და ადასტურებს გაერთიანების არსებობას.⁶³

5. მომსახურების განსაკუთრებული ვალდებულებები

ზოგადი მოვალეობებისგან განსხვავებით, სპეციალური სამსახურეობრივი ვალდებულებები აპრიორი არ არის ძალაში. ისინი მოქმედებაში შედის ვალდებულების საფუძველზე და ძალაშია მხოლოდ ცალკეული ჯგუფებისთვის, განსაკუთრებით მოხელეებისთვის. პროფესიონალი მოხელეების აპარატში ვლინდება თანამედროვე სახელმწიფოს *in nuce* სოლიდარობის სტრუქტურა. მოხელე სახელმწიფოსთან განსაკუთრებით ახლო ურთიერთკავშირშია, საიდანაც გამომდინარეობს ორმხრივად დამაკავშირებელი ერთგულება.⁶⁴ ამდენად, მოხელეების უფლებები და ვალდებულებები განსხვავდება კერძო-სამართლებრივი შრომითი ურთიერთობისგან, რომელშიც გამოხატულია დამქირავებლისა და დაქირავებულის საპირისპირო ინტერესები. მოხელე ვალდებულია მთლიანად მიეძღვნას თავის დამქირავებელს. ამიტომ, მას არა აქვს სამსახურზე უარის თქმის უფლება.⁶⁵ მოხელის სამუშაოს შესრულების პრინციპულად შეუზღუდავ ვალდებულებას არ შეესაბამება ორმხრივი მოთხოვნა ანაზღაურებაზე. მოხელეს არა აქვს პრეტენზია გადაუხდელ ხელფასზე. უზრუნველყოფა, რაც სახელმწიფომ თავის მოსამსახურეებს უნდა გაუწიოს, უწყების შედეგია და არა მისი მიზანი.⁶⁶ უწყების შესაბამისი ალიმენტაცია დამქირავებლის მხოლოდ ობიექტურ-სამართლებრივი და ასევე მისი მატერიალური დახმარების განწევის ვალდებულებაა.

IV. სოლიდარული ვალდებულებების კონსტიტუციური დოგმატიკა

1. ნეგატორული თავისუფლება ძირითადი სოლიდარული ვალდებულებების წინააღმდეგ?

ა) ძირითადი წესი: არ არსებობს თავდაცვის უფლება სოლიდარული ვალდებულებების წინააღმდეგ

ლიბერალური კონსტიტუციური სახელმწიფო არ იცნობს მოქალაქის კონსტიტუციასთან უშუალოდ დაკავშირებულ ვალდებულებებს. მოქალაქის მიერ ყოველი ვალდებულების შესრულებას ფორმალურად სჭირდება დემოკრატიულად ლეგიტიმირებული კანონი, მატერიალურად კი, ცალკეული პირის თავისუფლების პრეტენზიის დასაბუ-

თება. უფლებებისა და ვალდებულებების ეს ასიმეტრია თავისუფალი კონსტიტუციური წყობის დამახასიათებელი ნიშანია.⁶⁷ სხვა წესი მოქმედებს მოქალაქის ძირითადი სოლიდარული ვალდებულებებისთვის. ისინი აპრიორია ძალაში. მართალია, მათ სჭირდებათ და მათთვის ხელმისაწვდომია კანონისმიერი კონკრეტიზირება, მაგრამ პრინციპულად არ ექვემდებარებიან დასაბუთების ვალდებულებას: ისინი ლეგიტიმაციას პოულობენ სახელმწიფო სოლიდარული საზოგადოების არსებობაში. იმავდროულად ეს ძირითადი ვალდებულებები შესაძლებელს ხდიან კონკრეტული სოლიდარული გაერთიანების „სახელმწიფოს“ არსებობას და ამით ქმნიან ძირითადი უფლებების ეფექტური მოქმედების შესაძლებლობის პირობას. სუბიექტური ძირითადი უფლებების ეს იდეა მიგვიყვანდა აბსურდამდე (ad absurdum), თუკი შესაძლებელი იქნებოდა ისინი მიგვემართა მათი მოქმედების წინაპირობების წინააღმდეგ.

ამიტომ მოქალაქეს არ შეუძლია ძირითადი სოლიდარული ვალდებულებების მიმართ „თავისუფლება, როგორც ასეთი“ განახორციელოს. კონსტიტუციურ სახელმწიფოში არსებობს მხოლოდ ძირითადი უფლებები, ე.ი. თავისუფლება ქვეყანაში და მისი მემკვიდრით, მაგრამ არ არსებობს თავისუფლება სახელმწიფოებრიობის წინააღმდეგ; ეს ანარქია იქნებოდა. თუმცა, სახელმწიფოში ყოველი მოქალაქე არა მარტო სოლიდარული უსაფრთხოების შეპირების აღრესატია, არამედ, პირველ რიგში, მისი შრომისუნარიანობის გათვალისწინებით ვალდებულია, გაინაწილოს ამ გაერთიანების ტვირთი. ამ აპრიორული ვალდებულების წინააღმდეგ მას არ შეუძლია დაეყრდნოს ძირითად უფლებებს. სხვა შემთხვევაში მისი საქციელი იქნებოდა ამორალური და სხვის ხარჯზე ცხოვრების ტოლფასი, როგორც სახელმწიფოს წინააღმდეგ გამოხატული ნება.

ძირითადი სოლიდარული ვალდებულებების აპრიორული, კონსტიტუციამდელი სამართლებრივი მოქმედება პრინციპულად გამოირიცხავს კონსტიტუციურ-სამართლებრივად პოზიტივიზებული ძირითადი უფლებების გამოყენებას მოქალაქის ძირითად ვალდებულებებთან მიმართებით. სამართლებრივი სახელმწიფოს ასიმეტრიული მიდგომა კონსტიტუციურად გარანტირებულ თავისუფლებებსა და კანონით დადგენილ ვალდებულებებს შორის – უმაღლეს დონეზე – ანალოგს პოულობს სამართლებრივი სახელმწიფოს ასიმეტრიაში, რომელიც გვაქვს კონსტიტუციით დადგენილ ძირითად სოლიდარულ ვალდებულებებსა და კონსტიტუციურად ნორმადებულ ძირითად უფლებებს შორის⁶⁸ სახელმწიფო, როგორც ასეთი, არ არის ლეგიტიმირებული ძირითადი უფლებების მემკვიდრით; უფრო ზუსტად, სახელმწიფოს არსებობა ხდის ადამიანთა უფლებების, როგორც ძირითადი უფლებების სამართლებრივ ეფექტურობას შესაძლებელს. მხოლოდ სახელმწიფოს შეუძლია ძირითადი უფლებების ეფექტური უზრუნველყოფა და დაცვა. ასევე თავისუფალ სამართლებრივ სახელმწიფოს მხოლოდ მაშინ შეუძლია თავისუფლების მიცემა, როცა მოქალაქეები საზოგადოების წვლილს სოლიდარულად ინაწილებენ. ძირითადი სოლიდარული ვალდებულებები წარმოადგენენ შენატანს სახელმწიფოებრივად გარანტირებულ

თავისუფლებაში. ძირითადი სოლიდარული ვალდებულებების ძირითად უფლებასთან დაკავშირებული დოგმატური პოზიცია, როგორც აპრიორული, რომელსაც პრინციპში გამართლება არ სჭირდება, ფაქტობრივად ყველა სპეციფიურ ძირითად ვალდებულებაში დასტურდება.⁶⁹ თუმცა, ძირითადი უფლებების დოგმატიკა არ ემხრობა აშკარად ძირითადი სოლიდარული ვალდებულებების აპრიორული მოქმედების პრინციპს. უფრო მეტად ის მრავალი რიტორიკული და დოგმატური საშუალებებით ცდილობს გაითვალისწინოს ძირითადი ვალდებულებების აპრიორული მოქმედება.

ბ) მშვიდობისა და კანონისადმი მორჩილების ვალდებულება როგორც „ძირითადი უფლებების იმანენტური ბარიერი“

მშვიდობის დაცვისა და კანონებისადმი მორჩილების ვალდებულება ძირითად კანონში მაშინ შეიმჩნევა, როდესაც მისი მე-2 მუხლი თავისუფლების უფლებათა შორის ყველაზე ზოგადს აკავშირებს იმ წინაპირობასთან, რომ არ უნდა შელახო „სხვების უფლება“, არ უნდა დაარღვიო „კონსტიტუციური წესრიგი“ და „ზნეობის კანონი“. ასევე ძირითადი კანონის მე-8 მუხლი გვახსენებს მშვიდობის ვალდებულებას, როდესაც ის შეკრების თავისუფლებას იმ პირობით უშვებს, თუ ხალხი „მშვიდობიანად და იარაღის გარეშე“ შეიკრიბება. მშვიდობისა და კანონმორჩილების ვალდებულებებს არ სჭირდება კანონისმიერი დასაბუთება, მაგრამ მათ სჭირდება კანონისმიერი შევსება: ისინი მოქმედებენ კატეგორიულად. ამიტომ პირზე, რომელიც მშვიდობისა და მორჩილების ვალდებულების საპირისპიროდ მოქმედებს, ვერ გავრცელდება ძირითადი უფლების დაცვა. მართლსაწინააღმდეგო ქმედებაც არ შეიძლება გამართლდეს ძირითადი უფლებების მოშველიებით. თუ კანონი და მისი გამოყენება ცალკეულ შემთხვევაში კონსტიტუციას შეესაბამება, მაშინ ის აუცილებლად უნდა დაიცვა. კანონმორჩილება თავისუფლების უზრუნველყოფის იმანენტური წინაპირობაა.

ამდენად, პრინციპულად საეჭვოა ის ტენდენცია, რომ სამოქალაქო დაუმორჩილებლობა⁷⁰ დაასაბუთო ძირითადი უფლებების სიმბოლური დარღვევებით.⁷¹ როდესაც ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო იძულების მიმართ ამონმებს პროპორციულობას, თუ რამდენად ამართლებს მაიძულებელი პირის მიზანი იძულებას, ეს იმას ნიშნავს, რომ მშვიდობისა და მორჩილების ვალდებულებას ცალკეულ შემთხვევაში სჭირდება ადექვატურობის, აუცილებლობისა და პროპორციულობის დადასტურება იმ პირის ინტერესთან მიმართებით, რომელიც პროტესტის ნიშნად კანონმორჩილებისა და მშვიდობის ძირითად ვალდებულებას უგულვებელჰყოფს.⁷² შესაბამისად, სისხლის სამართლის კოდექსის 211-ე მუხლით დადგენილ მკვლელობის აკრძალვას დასაბუთება სჭირდება პროფესიონალი მკვლელის ძირითადი უფლების წინაშე, ხოლო იძულებისა და მძევლად აყვანის აკრძალვას - „დემონსტრაციის ძირითადი უფლების“ წინაშე. რეალურად სამართალდამრღვევს აპრიორი უნდა ჩამოერთვას ყველა ძირითად უფლებასთან დაკავშირებული ლეგიტიმაცია. ეს მეტია,

ვიდრე სამართლებრივი კონსტრუქციის საკითხი: ყველა, ვინც ცდილობს ძალა გამოიყენოს და დაარღვიოს კანონი ძირითადი უფლებების დაცვის საბაბით, არა მარტო ხელჰყოფს სახელმწიფო მონოპოლიას ძალის გამოყენებაზე, არამედ ასევე იწვევს ძალადობრივ უკურეაქციას და ამდენად ვნებს საზოგადოების თავისუფლებას. მაგრამ, უპირველეს ყოვლისა, ეს არღვევს ყველასათვის სავალდებულო მშვიდობის დაცვის სოლიდარულ ძირითად ვალდებულებას, რომლის შენარჩუნებაზეა სახელმწიფო ეგზისტენციალურად დამოკიდებული. აქედან გამომდინარე, მსგავს შემთხვევებში, თუ საჭიროა, პრობლემა შეიძლება გადაჭრას ტაქტიანმა ტოლერანტულობამ, მაგრამ არასდროს არამშვიდობიანობისა და სამართლის დარღვევის პრინციპულმა დასაბუთებამ.

ც) საგადასახადო ვალდებულება „შეზღუდვების გარეშე“

გადასახადის გადახდის სოლიდარული მოქალაქეობრივი ძირითადი ვალდებულება დღესდღეობით არსებითად მხოლოდ საგადასახადო ვალდებულებაზე ვრცელდება. დიდი ხნის განმავლობაში გაბატონებული იყო აზრი, რომ საგადასახადო ვალდებულება ძირითად უფლებასთან დაკავშირებულ საკუთრების გარანტიას არ ეხება. მაგალითად, ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ მოკლედ და მკაფიოდ ჩამოაყალიბა, რომ „ყველა მოქალაქე ყველანაირი შეზღუდვების გარეშე შრომისუნარიანობის მიხედვით იბეგრება.“⁷³ ე.ი. კანონის მიხედვით, პრინციპში გადასახადები, როგორც აპრიორული სოლიდარული ვალდებულებები, „შეზღუდვების გარეშე“ უნდა იქნას გადახდილი. საერთოდ, დაბეგვრის სამართლებრივად პრინციპულად შეუზღუდავი უფლებამოსილება სახელმწიფოს აძლევს შესაძლებლობას, თავისი ამოცანების მოცულობა დემოკრატიულად განსაზღვროს და შეასრულოს ისინი. შესაბამისად, სამართლებრივი სახელმწიფო, როგორც საგადასახადო სახელმწიფო, ეფუძნება სახელმწიფოს გადასახადების განსაზღვრისა და ამოღების უფლების მკაცრ გამიჯვნას. საკუთრების უფლების ნეიტრალობა დაბეგვრასთან მიმართებით არის სწორედ „სახელმწიფოს მხრიდან სოციალური უსაფრთხოებისა და სოციალური პროგრესის ხელშეწყობის უზრუნველყოფის საფასური“.⁷⁴

ეს მოსაზრება საგრძნობლად შეიცვალა. დღეს დაბეგვრა ხშირად აღიქმება, როგორც სუვერენული ჩარევა კერძო ფულად ქონებაში, რომელიც ძირითადი კანონის მე-14 მუხლით განისაზღვრება.⁷⁵ ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო პრობლემის გადაჭრას იმით ცდილობდა, რომ არა გადასახადის ამოღება, არამედ „გადაჭარბებული, კონფისკაციაზე დაფუძნებული“ დაბეგვრა საკუთრების გარანტიის დახმარებით კონსტიტუციურ-სამართლებრივად დაეძლია,⁷⁶ ამიტომ მან თავის გადანყვეტილებაში სტანდარტული ღირებულების შესახებ – ყოველ შემთხვევაში ქონებაზე მოგების გადასახადთან მიმართებაში – წამოჭრა სანახევროდ გაყოფის პრინციპი, რომლის მიხედვით, მოქალაქის ქონებასთან დაკავშირებული სრული დაბეგვრა

„სანახევროდ უნდა გაიყოს სახელმწიფო ბიუჯეტსა და კერძო პირს შორის“.⁷⁷ სანახევროდ გაყოფის ამ პრინციპს⁷⁸ იდეალური და საყოველთაოდ მიღებული ფორმით უნდა მოენიშნა სოციალური ვალდებულების (ზედა) ზღვარი.⁷⁹

ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს⁸⁰ მიერ სანახევროდ გაყოფის პრინციპის შემდეგი ამოცანაა, დასაბუთების მიუხედავად, ცალკეულ შემთხვევაში მიღებულის დაბრუნება. ეს საქმესთან დაკავშირებით ნიშნავს, რომ აპრიორულ სოლიდარულ ვალდებულებას წარმოადგენს ამოღებული სახელმწიფო გადასახადის უკან დაბრუნება და აღიარება. მის წინააღმდეგ პრინციპულად შეუძლებელია ძირითადი უფლების დაცვის ამოქმედება, რადგან მოქალაქის საგადასახადო ვალდებულება, მართალია კონსტიტუციურ-სამართლებრივად არის დადგენილი, მაგრამ პრინციპულად ის არის მოქალაქის აპრიორული ძირითადი ვალდებულება. შესაბამისად, სოლიდარული ვალდებულების „გადასახადის“ პრინციპული შეზღუდვა ნორმალურ შემთხვევაშიც ვერ იქნება დამარწმუნებელი. სოლიდარობის ინტენსივობა არ შეიძლება ძირითადი უფლებით იყოს შეზღუდული, არამედ მან უნდა გაუძლოს ასევე შესაძლო განსაკუთრებულ შემთხვევებსაც.⁸¹ თუმცა გადასახადების ნორმირება და აკრეფა ექვემდებარება კანონისმიერ რეგულირებას⁸² და საგადასახადო ტვირთის სოლიდარული გადანაწილების პრინციპს.⁸³

დ) თავდაცვის ვალდებულება როგორც „თავისთავად გასაგები ფაქტი“

მოქალაქეთა ვალდებულება, დაიცვან თავიანთი სახელმწიფო გარეშე თავდასხმებისგან, აპრიორულ სოლიდარულ ვალდებულებას წარმოადგენს, რომელიც „უბრალოდ“ უნდა შესრულდეს. ამიტომ ის, როგორც „მოქალაქის თავისთავად ცხადი ვალდებულება“, ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსაზრებით, ძირითადი კანონის სამართლებრივ და ინტელექტუალურ-პოლიტიკურ პრინციპებთან „სრულ თანხვედრაშია“. ამიტომ „არ შეიძლება კანონსწინააღმდეგო იყოს“, რომ მოქალაქეები გაიწვიონ იმ „საზოგადოების“ დასაცავად, „რომლის პერსონალური მატარებლები თვითონ არიან“.⁸⁴ ეს პრინციპში იმას ნიშნავს, რომ თავდაცვის ვალდებულებას არ სჭირდება კანონისმიერი ლეგიტიმაცია და დასაბუთების ვალდებულება.⁸⁵ სავალდებულო სამხედრო სამსახური „თავის გამართლებას იმაში პოულობს, რომ სახელმწიფო, რომელიც ადამიანის ღირსებას, სიცოცხლეს, თავისუფლებასა და საკუთრებას აღიარებს, როგორც ძირითად უფლებებს და იცავს მათ, შესძლებს კონსტიტუციურ-სამართლებრივი დაცვის ვალდებულება თავისი მოქალაქეების მიმართ მხოლოდ ამავე მოქალაქეების დახმარებითა და მათი გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის არსებობისთვის განეული საქმიანობის მეშვეობით განახორციელოს. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, ძირითად უფლებასთან დაკავშირებული დაცვის ინდივიდუალური მოთხოვნა და დემოკრატიული კონსტიტუციური სახელმწიფოს

მოქალაქეების საზოგადოებასთან დაკავშირებული ვალდებულება, შეიტანონ წვლილი კონსტიტუციური წყობილების დაცვაში, ერთმანეთს შეესაბამებინან.⁸⁶

საზოგადოების დაცვის სოლიდარული ვალდებულების კონკრეტული შინაარსი დამოკიდებულია მოცემულ გარემოებებზე და სახიფათო სიტუაციებზე. დაადგენს თუ არა კანონმდებელი საყოველთაო თავდაცვის ვალდებულებას, შექნის თუ არა პროფესიულ არმიას ან მიიჩნევს თუ არა სხვა გზას მართებულად, დემოკრატიულად ლეგიტიმირებული ორგანოების შეფასების საკითხია. თუმცა, სახელმწიფოს პრინციპულად ყოველთვის შეუძლია ერთობლივი თავდაცვის სოლიდარული ვალდებულების აქტუალიზაცია, აქ შეიძლება მოვიპოვოთ ცალკეული მოქალაქის ვალდებულება, დაიცვას სამშობლო საკუთარი სიცოცხლის ფასად.⁸⁷

e) მოვლისა და ზრუნვის გაზრდილი ვალდებულებები

მოხელეებს სახელმწიფოსთან განსაკუთრებული სოლიდარული ურთიერთობა აკავშირებთ. ისინი სახელმწიფოსთან მჭიდრო ურთიერთობას ამყარებენ, წარმოადგენენ მას და ამდენად, ვალდებულნი არიან განსაკუთრებული ერთგულება გამოიჩინონ მის მიმართ. ისინი მას ემსახურებიან „პროფესიული უნარების, მუშაობის ეფექტურობისა და კვალიფიკაციის“ მიხედვით და, საჭიროებისამებრ, იღებენ მატერიალურ შემოსავალს. მოხელესა და სახელმწიფო ორგანოებს შორის ურთიერთობის სოლიდარული სტრუქტურა მკაფიო ხდება უკიდურეს შემთხვევებში: საყოველთაო გაჭირვების შედეგად გამომუშავების შემცირებასთან დაკავშირებით ან ბიუჯეტის არასაკმარისი რესურსების შემთხვევაში, მოხელეს არ შეუძლია გამოიყენოს სუბიექტური უფლებები შეუზღუდავ ანაზღაურებაზე. უფრო რომ დავაზუსტოდ, მოხელესა და სახელმწიფო ორგანოს შორის ურთიერთობისთვის ბუნებრივია, რომ მისი პოზიტიურ-სამართლებრივი პრეტენზიები ნორმითაა განსაზღვრული, „გაითვალისწინოს დამსაქმებლის დასაშვები შესაძლებლობები და მისი პასუხისმგებლობა საერთო კეთილდღეობასთან მიმართებაში“.⁸⁸

2. ძირითად ვალდებულებათა კანონისმიერი გაფორმება

ძირითადი უფლებები კანონის მიერ ზუსტადაა ჩამოყალიბებული. ასეთი ტიპის კანონები დასაბუთებული უნდა იყოს მოქალაქის სუბიექტური თავისუფლების უფლებებთან მიმართებაში. საყოველთაო თავდაცვის ვალდებულების კონსტიტუციურ-სამართლებრივი გამყარებიდან გამომდინარეობს, რომ ფედერალური კანონი, რომელიც ამ ვალდებულებას ძირითადი კანონის მე-12ა მუხლის პირველ ქვეპუნქტში დასახელებული მოცულობით განსაზღვრავს, არა თუ უპირისპირდება კონსტიტუციას, არამედ ახდენს მასში შესული მხოლოდ ერთი ძირითადი გადაწყვეტილების აქტუალიზებას.⁸⁹ იგივე ეხება საგადასახადო კანონმდებლობას. მაგრამ აქ ძირითადი ვალდებულების დამდგენი კანონი ექვემდებარება ტვირთის გადანაწილების

სამოქალაქო ბარიერს, რომელიც მოიცავს და აყალიბებს ყველა სოლიდარულ ვალდებულებაში არსებულ ინდივიდუალური უნარიანობის საზომს.

3. საგადასახადო ტვირთის თანაბარი გადანაწილება და სოლიდარული ვალდებულებები

სოლიდარული ვალდებულებები კონცეპტუალურად თანასწორობის კომფორმიზმს შეესაბამება: სოლიდარული გაერთიანების ყველა წევრმა თავისი შრომისუნარიანობის ფარგლებში გაერთიანების გადასახადებში წვლილი უნდა შეიტანონ. აქ ძირითადი კანონის მე-3 მუხლის პირველი აბზაცის თანასწორობის პრინციპი ავითარებს თავის მარეგულირებელ ზემოქმედებას ძირითადი ვალდებულებების გათვალისწინებით. დაბეგვრის თანაბარი გადანაწილების შენარჩუნება ძირითად სოლიდარულ ვალდებულებათა ცენტრში დგას. მისი არგათვალისწინება გამოცდის წინაშე დააყენებდა სახელმწიფოს მიმართ მოქალაქეების ლოიალობას და მათ გრძნობას, რომ ისინი სოლიდარული გაერთიანების წევრები არიან. იმდენად, რამდენადაც ცალკეულ შემთხვევაში საქმე მიდის ვალდებულებებისა და ლოიალობის კონფლიქტთან, სოლიდარობის პრინციპის შედეგად მოქმედებს ის, ვინც ცალკეულ შემთხვევაში ფიქრობს, რომ თავის სოლიდარულ ვალდებულებებს ვერ გაუმკლავდება (ფაქტობრივი თუ ფსიქოლოგიური მიზეზით), შეიძლება კონფლიქტის შესახებ კონსტიტუციურ-სამართლებრივი გადანაცვტილების თანახმად, გათავისუფლდეს მოვალეობის შესრულებისგან.

a) გადამეტების ზღვარი

სოლიდარობა ნიშნავს არა მარტო უსაფრთხოებას გაერთიანებაში, არამედ გადასახადის გადახდის ვალდებულებას ინდივიდუალური გადახდისუნარიანობის მიხედვით. სოლიდარული ვალდებულება არ მოქმედებს იმ შენატანის მიღმა, რაც ცალკეულ ადამიანს შეუძლია გაიღოს: *ultra posse nemo obligatur*. ამდენად, კანონმდებელი ვალდებულია, სხვადასხვა სოლიდარულ ვალდებულებათა შესრულებისას მოახდინოს გადასახადების თანასწორობის დაკონკრეტება და უზრუნველყოს ის. სოლიდარული ვალდებულების კანონის შესაბამისი მოთხოვნა სცილდება გადასახადების თანასწორობის ფარგლებს, როდესაც ცალკეული ადამიანი ვერ ასრულებს სოლიდარულ ვალდებულებას გადახდისუნარიანობის გამო. ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ ეს ძირითადი მოსაზრება საკუთრების გარანტიის კონტექსტში სამაგალითოდ მოიყვანა. მისი ადრინდელი თემისის მიუხედავად, რომელიც მოიაზრებს გადახდის ვალდებულებების საკუთრებასთან დაკავშირებულ სამართლებრივ ირელევანტურობას, სასამართლო საუბრობს ძირითადი კანონის მე-14 მუხლის დარღვევაზე, როდესაც გადასახადის გადამხდელები გადაჭარბებით დაბეგრეს და მათი ქონებრივი მდგომარეობა პრინციპულად არ გაითვალისწინეს.⁹⁰ დოგმატური თვალსაზრისით ისე

ჩანს, რომ სასამართლო გადაუჭრელ წინააღმდეგობაში ჩავარდა: თუ საკუთრების უფლების გარანტიას ფულადი თანხის გადახდის ვალდებულება არ შეეხება, მაინც არის შესაძლებელი, რომ საგადასახადო ვალდებულებები საკუთრების უფლების თვალსაზრისით აქტუალური გახდეს.⁹¹ თუმცა აქ წინააღმდეგობა დარჩება მხოლოდ იმ მხრივ, თუ პრობლემას მართლმდებარე სამოქალაქო თავისუფლებების პრობლემად განვიხილავთ. სინამდვილეში, ის ფაქტი, რომ საკუთრების გარანტია ექსტრემალურ შემთხვევაში უმნიშვნელოდ მასშტაბური ხდება, თავის შინაგან გამართლებას პოულობს საგადასახადო ტვირთის თანაბარი განაწილების პრინციპში: გადასახადის გადახდის მოქალაქეობრივი სოლიდარული ვალდებულება, უკიდურესი აუცილებლობის შემთხვევების მიუხედავად, პრინციპულად არ გულისხმობს ქონების კონფისკაციასა და თავისუფლების მოხრჩობას.

ბ) განსაკუთრებული შეღავათი როგორც ზღვარი ცალკეულ შემთხვევაში

გარდა ამისა, კონსტიტუცია ახდენს ვალდებულებათა შესაძლო კონფლიქტების პრევენციას და ცალკეულ შემთხვევაში შესაძლებელს ხდის პასუხისმგებლობისგან განთავისუფლებას. კერძოდ, ძირითადი კანონის მე-4 მუხლის პირველი ქვეპუნქტის მიხედვით, სინდისის თავისუფლებას შეუძლია ცალკეული პირი გადაუჭრელ დილემამდე მიიყვანოს, რომელიც ამ პირის, როგორც სოლიდარული გაერთიანების წევრის ვალდებულებას არღვევს, ან რისკის ქვეშ აყენებს პიროვნების ჩართულობას გაერთიანებაში.⁹² მოვალეობათა ეგზისტენციალური კონფლიქტების გადაჭრის მექანიზმები საკანონმდებლო ორგანოს კომპეტენციაშია, რომელსაც კონსტიტუციაში შეაქვს ცვლილება. ყველაზე ცნობილ მაგალითს წარმოადგენს სამხედრო სამსახურზე უარის თქმა რელიგიური მოსაზრებებით (ძირითადი კანონი, მე-4 მუხლი, მე-3 ქვეპუნქტი). რა თქმა უნდა, სინდისის⁹³ არამატერიალური ბუნებიდან გამომდინარე საჭიროა, გადამოწმდეს, რამდენად სერიოზულია კონკრეტული სინდისისმიერი მოთხოვნილება, მაგალითად, „შრომის მძიმე ალტერნატივის“ სახით, რათა დაცულ იქნას სამოქალაქო ტვირთის გადანაწილების თანასწორობა.⁹⁴ „შედეგებისთვის მზაობის“ გარეშე არ იქნება სწორი რელიგიისა და სინდისის თავისუფლების მომიზნებით მოქალაქეობრივი მოვალეობისთვის თავის არიდება. მკაფიოდ, მოკლედ და დამატარებლად ჩამოაყალიბებული ვაიმარის კონსტიტუციის 136-ე მუხლის პირველ ქვეპუნქტში მოქალაქის ვალდებულების უპირატესობა რელიგიურ მრწამსთან შედარებით: „სამოქალაქო უფლებებსა და ვალდებულებებს რელიგიური თავისუფლების განხორციელება არც განაპირობებს და არც ზღუდავს“.

4. სოლიდარობის პრინციპის იურიდიული სტრუქტურა

თავისუფლების კონსტიტუციური პრინციპი სამართლებრივი და პრაქტიკული თვალსაზრისით, სამართლებრივი სახელმწიფოსთვის დამახასიათებელი განაწილების პრინციპის შესაბამისად ხორციელდება. ამის საპირისპიროდ, სოლიდარული განაწილების პრინციპი ემსახურება უსაფრთხოების მოთხოვნების დაკმაყოფილებას. განაწილების სამართლებრივი პრინციპი და განაწილების სოლიდარული პრინციპი ქმნის ორ საპირისპირო, ორმხრივად გამომრიცხავ მარეგულირებელ პრინციპს ძირითადი პოლიტიკური გადაწყვეტილებების სამართლებრივ-პრაქტიკული განხორციელებისათვის. ეს არის ადამიანის ღირსეული არსებობის ორი ძირითადი საფუძველი: თავისუფლება და უსაფრთხოება. ორივე წარმოადგენს საზოგადოების მართლწესრიგში დაპირისპირებულ მომწესრიგებელ პრინციპს თავიანთი განსხვავებული წინაპირობებითა და შედეგებით.

განაწილების სამართლებრივი პრინციპი უზრუნველყოფს ინდივიდუალურ თავისუფლებას. *კარლ შმიტი* შემდეგნაირად აყალიბებს ამ პრინციპის შინაარსს: „ცალკეული პიროვნების თავისუფლების სფერო, როგორც ასეთი, მინდობილია სახელმწიფოზე და მართლაც პიროვნების თავისუფლება პრინციპულად შეუზღუდავია, მაშინ როდესაც ამ სფეროში სახელმწიფოს ჩარევის უფლებამოსილება პრინციპულად შეზღუდულია.“⁹⁵ ეს თავისუფლება ნორმატიულ გამოხატულებას პოულობს ცალკეული მოქალაქის ძირითადი უფლებების სახელმწიფოს წინაშე დაცვის შესაძლებლობათა გარანტიებში. ამდენად, ძირითადი კანონი მიჰყვება თანამედროვე კონსტიტუციური მოძღვრების ტრადიციას, რომელიც სახელმწიფოს ინდივიდის ნებას უკავშირებს: სახელმწიფო თავისთავად არ არსებობს, არამედ იგი მხოლოდ საკუთარი მოქალაქეების შეთანხმების შედეგია. ანალოგიურად, თავისუფლების პრიორიტეტულობაზე უთითებს ძირითადი კანონის მე-19 მუხლის მე-2 ქვეპუნქტი, მიუხედავად ამ კონსტიტუციური დებულების განსხვავებული განმარტებისა, როდესაც იგი აცხადებს, რომ ძირითადი უფლების არსის ხელყოფა დაუშვებელია: *at libertas, pereat mundus* - დაე შესდგეს თავისუფლება, თუნდაც დაინგრეს მთელი სამყარო. სამართლებრივი სახელმწიფოსთვის ჩვეული განაწილების პრინციპი თანმიმდევრულად გამოხატულია თავისუფლების პრინციპულ პრეზუმციაში: *in dubio pro libertate*⁹⁶ - ეჭვი მოქმედებს თავისუფლების სასარგებლოდ.

სამართლებრივი სინამდვილე სოლიდარობის პრინციპს იძენს იურიდიული ფორმის მეშვეობით: სოლიდარული განაწილების პრინციპით. „სოლიდარული განაწილების პრინციპის“ ცნების შექმნა უკავშირდება *კარლ შმიტის* ნააზრევს, რომელიც შეიცავს განაწილების საპირისპირო პრინციპს. თუ „განაწილების სამართლებრივი პრინციპი“, როგორც სამართლებრივ-თეორიული კატეგორია, ემსახურება იმას, რომ კონსტიტუციისმდებელმა პრინციპული უპირატესობა ინდივიდუალურ თავისუფლებას მიანიჭოს

(„in dubio pro libertate“), მაშინ „სოლიდარობის პრინციპი“ მოქმედებს, როგორც ფორმულა პრინციპისთვის „in dubio pro securitate“ - ეჭვი მოქმედებს უსაფრთხოების სასარგებლოდ. სოლიდარული პრინციპის გამოყენების შემთხვევაში ძირითად ვალდებულებას უპირატესობა აქვს ძირითად უფლებასთან მიმართებით, ხოლო უსაფრთხოებას - თავისუფლებასთან მიმართებით.

სოლიდარული განაწილების პრინციპი თვალსაჩინო და სამართლებრივ-პრაქტიკულ ფორმას იძენს სოციალური დაზღვევის სამართალში, როდესაც იქმნება ქვესახელმწიფოებრივი სოლიდარული საზოგადოება. ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო მიიჩნევს, რომ განსაზღვრული წინაპირობების არსებობის შემთხვევაში, ძირითადი კანონის მე-14 მუხლით დადგენილი საკუთრების დაცვის გარანტიები უნდა გავრცელდეს ასევე სოციალური დაზღვევის ფარგლებში გაკეთებულ მოთხოვნებზე.⁹⁷ მაგრამ, საკუთრების კონსტიტუციური დაცვის დროს მოქმედებს განაწილების პრინციპი, რომლის მიხედვით, „ნივთის მესაკუთრეს თავისი სურვილისამებრ შეუძლია განკარგოს ნივთი და სხვები გამორიცხოს ნივთზე ყოველგვარი ზემოქმედებისგან [...] (მუხლი 903, ფედერალური სამოქალაქო კოდექსი).⁹⁸ ხოლო ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო აბსოლუტურად საპირისპირო კვალიფიკაციას აძლევს საკუთრებას სოციალური დაზღვევის სამართლის თვალსაზრისით, კერძოდ კი, სოლიდარული განაწილების პრინციპის მიხედვით. ძირითადი კანონის მე-14 მუხლით, სოციალური დაზღვევის საკუთრებად სადავო კვალიფიცირებით სასამართლო შეკრული აღმოჩნდა სოციალური დაზღვევის სოლიდარული სტრუქტურით: ეს მოთხოვნები „ვერ იქნება განხილული სხვა ადამიანების უფლებებისა და მოვალეობებისგან დამოუკიდებლად, არამედ ეს მოთხოვნები ჩართულია საერთო კონტექსტში“.⁹⁹ ამრიგად, ეს „საერთო კონტექსტი“ იძლევა შესაძლებლობას, განხორციელდეს სოციალურ დაზღვევასთან დაკავშირებული საკუთრების უფლება. და მართლაც, ინდივიდის ქონებრივი მოთხოვნა სოლიდარული საზოგადოების მიმართ ამ საერთო კონტექსტის გარეშე ვერც სამართლებრივად იქნება შედგენილი და ვერც ანაზღაურებული. მაგრამ, უპირველეს ყოვლისა, „საერთო კონტექსტში ჩართვა“ მიგვანიშნებს, რომ იცვლება საბაზისო განაწილების პრინციპი: განაწილების სამართლებრივ პრინციპს ენაცვლება სოლიდარული განაწილების პრინციპი, ისევე როგორც იცვლება პრინციპული სამართლებრივი ღირებულება: ინდივიდუალური თავისუფლების ადგილს იკავებს სოციალური დაზღვევა. სოლიდარულად სავალდებულო საკუთრებისთვის ძირითადი კანონის მე-14 მუხლს არ შესწევს უნარი უზრუნველჰყოს უფლების დაცვა იმაზე მეტად, ვიდრე პენსიის მიღებით უსაფრთხოების აბსტრაქტული მოთხოვნა იქნებოდა. აღნიშნული მუხლი ადგენს, რომ ინდივიდს ეკუთვნის პროპორციული წილი სოციალური დაზღვევის საერთო მოგებიდან ისე, რომ უზრუნველყოფილი იყოს „საპენსიო დაზღვევის ფინანსური სტაბილურობა და გადახდისუნარიანობა“.¹⁰⁰

დ. თავისუფლება როგორც სოლიდარობის სახელმწიფოებრივი იძულებითი ზღვარი

I. ძირითადი უფლების ნეგატორული დაცვა

სოლიდარული ძირითადი ვალდებულებების მიღმა, რომლებიც ყველა მოქალაქემ ინდივიდუალური შრომისუნარიანობის მიხედვით უნდა შეასრულოს, ძირითადი უფლებები შეუზღუდავად ავითარებს საკუთარ ნეგატორულ დამცავ ეფექტს. კანონმდებელი ვალდებულია უზრუნველყოს სოლიდარობის ფუნდამენტურ უფლებასა და საზოგადო სიკეთის საჭიროებას შორის აუცილებელი ბალანსი. განაწილების სამართლებრივი პრინციპი განსაზღვრავს ინდივიდუალური ინტერესისა და საყოველთაო კეთილდღეობის ხელშეწყობის პროცესის სტრუქტურას. ძირითადი უფლებები მოიცავს ინდივიდუალური თავისუფლების სასარგებლოდ დაძლეულ პრემიციას: *in dubio pro libertate*. პროპორციულობის პრინციპი უშვებს ძირითადი უფლებებით დაცულ სივრცეში ჩარევას მოქმედების, თმენისა ან მოქმედებისგან თავის შეკავების ვალდებულების დაკისრებით ისე, რომ ამგვარი შეზღუდვა ადექვატური და საჭიროა საზოგადო ინტერესისთვის და არ არის დისპროპორციული ამ ინტერესის დაკმაყოფილების მიზნებისთვის.

ძირითადი უფლებები ასევე უზრუნველყოფს თავისუფლებას კანონით სავალდებულო, იძულებითი სოლიდარობის მიმართ ქვესახელმწიფოებრივი სოლიდარული გაერთიანებების სახით.¹⁰¹ ქვესახელმწიფოებრივი სოლიდარული გაერთიანებები ისეთი გაერთიანებებია, რომელთა პერსონალური შემადგენლობა არ არის მოქალაქეების ჯამის ტოლი, არამედ მოიცავს მხოლოდ მათ ნაწილს – სამართლებრივი ფორმისა და სოციალური უსაფრთხოების ინტერესებიდან გამომდინარე, ასევე მოიცავს უცხოელებს. ამ ქვესახელმწიფოებრივ სოლიდარულ გაერთიანებებს მიეკუთვნება სოციალური დაზღვევის სხვადასხვა მიმართულება. მათი საერთო მახასიათებელი - მიუხედავად მრავალფეროვანი დიფერენციაციისა - მდგომარეობს ტვირთის სოლიდარულ გადანაწილებაში განსაზღვრულ რისკებთან მიმართებით (სოციალური უზრუნველყოფა ხანდაზმულობისას, ავადმყოფობა, შრომისუნარობა). ასეთ ქვესახელმწიფოებრივ სოლიდარულ გაერთიანებებში არ მოქმედებს განეული შრომისთვის სამართლიანი ანაზღაურების პრინციპი, არამედ როგორც საჭიროებაზე დაფუძნებული სამართლიანი ანაზღაურების სოლიდარული პრინციპი.

კანონის მოთხოვნას სოციალური დაზღვევის ფარგლებში სავალდებულო ჯგუფური სოლიდარობის შესახებ შეუძლია გამოიწვიოს სამოქალაქო თავისუფლებების შეზღუდვა იძულებითი სოლიდარობის დანესებით და ამდენად სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპის სოლიდარობის პრინციპით შეცვლა. სამართლებრივი პრაქტიკის თვალსაზრისით, მნიშვნელოვანი ხდება ძირითადი უფლების დასაცავად

მოქალაქის სარჩელი იძულებითი ვალდებულების მიმართ ქვესახელმწიფოებრივ სოლიდარულ გაერთიანებაში, თუ პირთა ახალი ჯგუფები უნდა განეწიანდნენ სოლიდარულ გაერთიანებაში. მაგრამ, პრაქტიკაში ძირითადი უფლების დაცვა სახელმწიფოსგან ხელშეწყობილი სავალდებულო სოლიდარობის წინააღმდეგ სოციალური დაზღვევის მიმართ მოიკოჭლებს, რადგან ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო ნაკლებადაა ორიენტირებული მონაწილე პირის დაცვაზე, არამედ იგი უფრო მეტად არის დაინტერესებული სოციალური დაზღვევის ფინანსური ეფექტურობით.¹⁰²

II. კონსტიტუციური ლეგიტიმაცია

კონსტიტუციურობის თვალსაზრისით, ქვესახელმწიფოებრივი სოლიდარული გაერთიანებების პრობლემა წარმოადგენს თანასწორობისა და საფინანსო დებულებებთან დაკავშირებულ კონსტიტუციურ პრობლემას. როდესაც კანონმდებელი საყოველთაო საგადასახადო ვალდებულების მიღმა მოქალაქეს დამატებით აკისრებს გადასახდელს, ირღვევა სამოქალაქო ტვირთის თანაბარი გადანაწილების ელემენტარული პრინციპი.¹⁰³ ამიტომ, ძალზედ მნიშვნელოვანია, სპეციალური გადასახადების აკრეფისას სამოქალაქო ტვირთის თანაბარი გადანაწილების პრინციპი ზედმინევით იყოს დაცული: „არასაგადასახადო გადასახდელით დაბეგვრა უნდა ითვალისწინებდეს ტვირთის გადანაწილებაში გადასახდელის გადამხდელის თანაბარ პასუხისმგებლობას. არასაგადასახადო გადასახდელის გადამხდელი ჩვეულებრივ იმავდროულად გადასახადის გადამხდელია და იგი უკვე ჩართულია საზოგადოებრივი ტვირთის გადანაწილების პროცესში. ძირითადი საგადასახადო მოთხოვნის გარდა, სხვა არასაგადასახადო გადასახდელი, რომლებიც ცალკეულ პირს დამატებით მოუწოდებს ფინანსური დახმარებისკენ, მოითხოვს განსაკუთრებულ დასაბუთებას“.¹⁰⁴

განსაკუთრებული გადასახადები ეკისრება არა საზოგადოებას, არამედ მხოლოდ განსაზღვრულ „ჯგუფს“.¹⁰⁵ მაშინ, როცა საგადასახადო ვალდებულება უკავშირდება ინდივიდუალურ გარემოებებს და, ამდენად, გარკვეული „წინაპირობის გარეშე“ არ ხდება გადასახადის დასაბუთება, არამედ იგი „საპირისპირო შესრულებაზეა დამოკიდებული“, განსაკუთრებული გადასახდელი უკავშირდება განსაზღვრული ჯგუფის გარემოებებს, ორიენტირებულია ჯგუფზე და ჯგუფის მიერ სარგებლის მიღებაზე. ასეთი განსაკუთრებული გადასახადი, რომელიც ხელახლა გადანაწილების შემდეგ მოქმედებს, როგორც ჯგუფური გადასახადი, მხოლოდ მაშინაა დასაშვები, როცა არსებობს ჯგუფის ჰომოგენობა, რომელიც ასაბუთებს გადასახადის გადამხდელი ჯგუფის დაფინანსების სპეციფიურ პასუხისმგებლობას და გარანტირებულია, რომ გადასახადების რესურსების გამოყენება ჯგუფის სასარგებლოდ განხორციელდება. ჯგუფის ჰომოგენურობა ხასიათდება საერთო ინტერესებით, რომელიც თავს იჩენს როგორც სასამართლო პრაქტიკაში, ასევე საზოგადოებრივ სინამდვილეში და განსხვავდება ზოგადი საზოგადოებრივი თუ სხვა ჯგუფებისგან:¹⁰⁶ „ჯგუფი, რომელსაც

დაკისრებული აქვს გადასახადი [უნდა] აშკარად უფრო ახლოს დგას გადასახადის ამოღების მიზანთან, ვიდრე ყველა სხვა ჯგუფი ან გადასახადის გადამხდელთა ზოგადი საზოგადოება.¹⁰⁷ უნდა არსებობდეს „გადასახადის გადამხდელების სპეციფიური ფაქტობრივი სიახლოვე დასაფინანსებელ ამოცანასთან“.¹⁰⁸ გარდა ამისა, გადასახადის ამოღების მიზნიდან ე.წ. „გადასახადის გადამხდელების ფაქტობრივი სიახლოვიდან“ უნდა გამომდინარეობდეს განსაკუთრებული ჯგუფური პასუხისმგებლობა არასაგადასახადო გადასახდელით დასაფინანსებელი ამოცანის შესასრულებლად.¹⁰⁹ ამასთან, უნდა არსებობდეს, ერთი მხრივ, „განსაკუთრებით მჭიდრო კავშირი“ გადასახადის გადამხდელთა წრესა და საზოგადო სიკეთის მიზანს შორის და, მეორე მხრივ კი, გადასახადის გადამხდელთა დაფინანსების პასუხისმგებლობასა და ჯგუფისთვის სასარგებლო გამოყენებას შორის.¹¹⁰ შესაბამისად, გადასახადის დაკისრება არც მხოლოდ და მხოლოდ და არც „უპირატესად“ საზოგადოების ამოცანების შესრულებას უნდა ემსახურებოდეს.¹¹¹ ეს კრიტერიუმები „მკაცრად უნდა იყოს განმარტებული და გამოყენებული“¹¹² და „იშვიათ გამონაკლისს“ უნდა შეადგენდეს.¹¹³

III. საკონსტიტუციო-თეორიული ამბივალენტობა

არსებობის უზრუნველყოფის მიზნით სახელმწიფო ქმნის იძულებით სოლიდარულ ურთიერთობებს, ეს კი, კერძო სოლიდარობის პრაქტიკულ აუცილებლობაზე ნეგატიურად მოქმედებს და მის ეთიკურ საფუძვლებს არღვევს: სამართლებრივი ვალდებულება ფარავს ეთიკას. ვინაიდან, ამის გამო საზოგადოებრივი ურთიერთკავშირის შეგნება იკარგება, სახელმწიფო გაუაზრებლად უთხრის ძირს სწორედ იმ წინაპირობებს, რომელთა დახმარებითაც არსებობს და რომელზეც სასიცოცხლოდაა დამოკიდებული: მისი მოქალაქეების ეთიკა, რომლებიც თავიანთ თავისუფლებას აღიქვამენ, როგორც თავისუფლებას მოყვასთან მიმართებაში და მას სოლიდარული ურთიერთკავშირის თვალსაზრისით ახორციელებენ. ეს ეთოსი ზიანდება სოლიდარობის „გასახელმწიფოებრიობით“. ნებაყოფლობით, ძირითადი უფლებების თანახმად, ლეგიტიმირებულ სოლიდარობას უფრო მეტად სჭირდება თავისუფალი სივრცეები მოქმედებისთვის, მხარდაჭერისთვის და მოვლისთვის. რაც უფრო ფართოდ შეიმცნებს სოციალური სახელმწიფო თავის ამოცანათა მოცულობას, მით უფრო ნაკლებად არსებობს, პირადი პასუხისმგებლობიდან გამომდინარე, კერძო სოლიდარობის ობიექტური საჭიროება და სუბიექტური მზაობა. კერძო სოლიდარობის არსისა და აქტივობის დაკარგვა ზრდის სახელმწიფოს იძულებით სოლიდარობას.¹¹⁴

ე. თავისუფლება როგორც სოლიდარობის შანსი

I. სოლიდარობა თავისუფლებაში

იდეების ისტორიასთან კავშირში, ლიბერალიზმის სულისკვეთებით ძირითადი უფლებები იცავს ინდივიდუალურ ავტონომიას, შესაძლებელს ხდის პიროვნულ ემანსიპაციას და სამართლებრივი თვალსაზრისით კი, შეუძლებელს ხდის თვითნებობას ყველა საგნისა და პირის მიმართ.¹¹⁵ რასაკვირველია, ეგოისტების საზოგადოებისაგან ვერ შექმნი სახელმწიფოს. ამდენად, საკანონმდებლო ორგანო ვალდებულია, კანონების თანახმად, კომპენსატორულად უზრუნველჰყოს ეთიკური მინიმუმი და საყოველთაო კეთილდღეობა. თუმცა, ლიბერალური სახელმწიფო არ მიისწავის საყოველთაო კეთილდღეობის მონოპოლიისკენ. უფრო მეტად, ის მოელის და მას სწამს, რომ თავისუფალ საზოგადოებაში საკმარისად მოქმედებს ეთიკური რესურსები, რათა მოქალაქეების ძირითადი უფლებები გონივრულად, მესამე პირების ინტერესების გათვალისწინებით და სხვებთან და საზოგადოებასთან მიმართებაში, სოლიდარულად განხორციელდეს.¹¹⁶ ამის საპირისპიროდ, სამართლებრივი თვალსაზრისით, ძირითადი უფლებები პრინციპულად ეწინააღმდეგება მათი მოქმედების სახელმწიფო ინსტრუმენტალიზაციას, ძირითად უფლებასთან დაკავშირებულ თეორიულ და ინსტიტუციონალურ ფუნქციონალიზაციას ან რეგულაციურ-თეორიულ დასასრულს.¹¹⁷ ძირითადი უფლებებისა და კანონისმიერი ვალდებულებების სტრუქტურული ასიმეტრია სამართლებრივი სახელმწიფოს მხრივ მოცემულია ცალკეული პირის თავისუფლებისთვის.¹¹⁸ სოლიდარული მინიმუმის შენარჩუნება, უფრო სწორედ, სოლიდარული საზოგადოების გაძლიერების მიზანი, მართალია, სახელმწიფოს ამოცანაა, მაგრამ მას მისი განხორციელება მხოლოდ ცალკეული პირების ძირითადი უფლებების პატივისცემითა და გათვალისწინებით შეუძლია.

რაც უფრო ნაკლებად გვავალდებულებს ძირითადი უფლებები სოლიდარობას, მით უფრო მეტ სივრცეს გვითვავს ისინი ნებაყოფლობითი სოლიდარობის ყველა ფორმისთვის, ორმხრივი დახმარებისა და მოყვასის სიყვარულისთვის, გაერთიანების შექმნისა და ერთგულების ვალდებულებებისთვის. მათ ცენტრში ოდესღაც ქორწინება და ოჯახი იდგა, რომელსაც ძირითადი კანონის მე-6 მუხლი, „როგორც ყველა ადამიანური გაერთიანების ბირთვის, რომლის მნიშვნელობა ვერ შეედრება ვერანაირ სხვა კავშირს ადამიანებს შორის, სახელმწიფოს განსაკუთრებული დაცვის ქვეშ“ აყენებს.¹¹⁹ ამჟამად მისი საზოგადოებრივი დასუსტება, რომელიც ეგოისტური ინდივიდუალიზმის შედეგია, დაკმაყოფილებას პოულობს ალტერნატიული პარტნიორობის მოდელების ფორსირებულ გათანაბრებაში, მაგრამ კონკრეტული გამონწვევების გათვალისწინებით, უკვე ძალიან მალე უნდა მოველოდეთ სოლიდარული ურთიერთკავშირის ამ მოდელის აღორძინებას.¹²⁰

გარდა ამისა, ძირითადი უფლებები პოლიტიკური სისტემის რეალურ გარემოებებში არსებულ მთელ რიგ სოლიდარულად ორიენტირებულ და სტრუქტურირებულ საქველმოქმედო ორგანიზაციებს ათავისუფლებს ვალდებულებებისგან.¹²¹ განსხვავებული წარმოშობის სოლიდარული აქტივობების დიდი მოცულობა და მრავალფეროვნება, თავისუფლებისა და ალტრუისტული მოხალისეობის საფუძველზე, ამჟღავნებს სწორედ თავისუფალი საზოგადოების სოლიდარულ ხასიათს. სოლიდარობის მოლოდინების დამონება ხდება ალტრუისტული დონაციითა და სამოხალისეო საქმიანობით.¹²² სოლიდარობის იდეა მყარდება იმ მოსაზრებით, რომ ინდივიდის თვითგანვითარება სწორედ რომ თავისუფლების ალტრუისტულ გამოყენებაში ხორციელდება,¹²³ რაც, როგორც ჩანს, გენეტიკურადაა ჩადებული და ევოლუციურ-ბიოლოგიურად გამოხატული,¹²⁴ ყოველ შემთხვევაში, ისტორიის განვითარების მანძილზე იგი ხელს უწყობს და მხოლოდ ის ხდის შესაძლებელს ჯგუფების წარმატებასა და გადარჩენას.¹²⁵

კერძო სოლიდარობა სარგებლობს ძირითადი უფლებების დაცვით. ამასთან, ძირითად უფლებებთან დაკავშირებული თავისუფლების განხორციელება კონსტიტუციურად ლეგიტიმური წესია, რომელსაც აბალანსებს სახელმწიფოებრივი ვალდებულება, უზრუნველჰყოს საყოველთაო კეთილდღეობა. იგი ასევე აღრევს კონსტიტუციურად საჭირო სახელმწიფოსა და მოქალაქის პოლარულ ინტერესთა კონსტალაციას. თუმცა, აქედან არ გამომდინარეობს უფლებების შეკვეცა ან თუნდაც თავისუფლების კერძო მიზნებისთვის გამოყენების ვალდებულება.¹²⁶ პირიქით, სოლიდარული ურთიერთვალდებულებები, ქმედითი სოლიდარობა და დახმარება გარეშე პირებისთვის, დასულია ძირითადი უფლებებით.¹²⁷

ამასთან, ძირითად უფლებებზე დამყარებული და კერძოდ ორგანიზებული სოლიდარობა ჰპოვებს განსაკუთრებულ დაცვას ძირითადი უფლების კერძოდ განხორციელების მხრივ.¹²⁸ საყოველთაო კეთილდღეობაზე ორიენტირებული მოქალაქეები და ორგანიზაციები უშუალოდ მონაწილეობენ საყოველთაო კეთილდღეობის განხორციელებაში, რომელიც სოლიდარულად იქმნება და ამით თავის საქმიანობას ძირითადი უფლების საფუძველზე ახორციელებენ. ერთი მხრივ, ისინი ათავისუფლებენ სახელმწიფოს, თუმცა, მეორე მხრივ, თავიდან იცილებენ სოციალური თვითდახმარების მრავალფეროვანი ფორმების სახელმწიფოს მიერ შეფუთვის საჭიროებას. ამით ისინი შესაძლოა კონკურენციაში მოვიდნენ საყოველთაო კეთილდღეობის შესახებ სახელმწიფოს დემოკრატიულად ლეგიტიმირებულ წარმოდგენებთან. აქედან გამომდინარე, საყოველთაო კეთილდღეობის კონცეფციების მრავალფეროვნების და განსხვავებული და ერთმანეთის კონკურენტი სოლიდარული საზოგადოებების პლურალიზმის მიმართ სახელმწიფომ არა მარტო პრინციპულად უნდა გამოხატოს პატივისცემა, არამედ ხელი უნდა შეუწყოს მათ.¹²⁹ ძირითადი უფლებები სთავაზობენ კერძო საზოგადოებრივ ქველმოქმედებას გაძლიერებულ დაცვას. სახელმწიფოებ-

რევად ორგანიზებული სოლიდარობა, ცოცხალი სოლიდარობის ყველა ფორმის საპირისპიროდ, თავისუფლებაში სუბსიდიარულ როლს ასრულებს.

II. სახელმწიფოებრივი სოლიდარული მზრუნველობა

ძირითადი უფლებით განხორციელებული სოლიდარობა ამართლებს ლიბერალური სახელმწიფოს კონსტიტუციურ მოლოდინს. საყოველთაო კეთილდღეობის რეალიზებისას ის არ მოითხოვს მონოპოლიას. სახელმწიფოს „სოლიდარობის ტოტალური მანდატი“ ნიშნავს თავისუფლების დასასრულს. ის შესაძლებელს ხდის მისი წევრების თავისუფალ სოლიდარულ აქტიურობას, მხარს უჭერს მათ იდეურად და მატერიალურად.

დემოკრატიული კანონმდებლის კომპეტენციაა, იზრუნოს საზოგადოების ეთიკური საფუძვლების შენარჩუნებისთვის.¹³⁰ კანონმდებელი მონოდებული უნდა იყოს სოლიდარული მზრუნველობისკენ, ე.ი. „კერძო სოლიდარობაზე“ ზრუნვის, მისთვის იმპულსების მიცემის, აღზრდის, მხარდაჭერისა და პატივისცემისკენ. კერძო სოლიდარობას სჭირდება სახელმწიფოებრივი ზრუნვა და მოვლა. ინდივიდუალური თვითგანვითარების კულტს ტენდენციურად შედეგად მოსდევს ჯანსაღი, თავისუფალი საზოგადოების გაქრობა. მოსახლეობის ფენებად დაყოფის ტენდენცია ინვესს ინდივიდის მზარდ მარტობას ანონიმური მასების საზოგადოებაში და სოლიდარობის გაცნობისა და შესწავლის შესაძლებლობების დაკარგვას. ბევრგანაა სოლიდარობის მზადყოფნის, ასევე დახმარების არსებული რესურსის გამოყენების შესაძლებლობათა დეფიციტი.

ძირითადი თავისუფლებების საზოგადო სიკეთისთვის თავსებადად განხორციელება და, შესაბამისად, სოლიდარობის გააზრება კანონის ნორმების მიღმა, წარმოადგენს აღზრდის ამოცანას. აქ მშობლების გარდა (ძირითადი კანონის მე-6 მუხლის მე-2 ქვეპუნქტი), უპირველეს ყოვლისა, სახელმწიფოსაც განსაკუთრებული როლი და პასუხისმგებლობა ეკისრება.¹³¹ აღზრდის სახელმწიფოებრივი ვალდებულების¹³² ლეგიტიმური ამოცანა და მოვალეობაა სახელმწიფოებრივი და კონსტიტუციურ-სამართლებრივი წყობის იდეური საფუძვლები შემდეგ თაობებს გადასცეს და აგიტაცია გაუწიოს მათ. მას არ შეუძლია შემოიფარგლოს ცოდნის მხოლოდ გადაცემით და თავი აარიდოს სამართლებრივი და ეთიკური ღირებულებების იდენტიფიცირებას. უფრო სწორედ, მან ნათლად უნდა გააცნობიეროს საკუთარი სახელმწიფოებრიობა და სახელმწიფოს სოლიდარული წინაპირობები, მისი კონსტიტუციური ფორმა და ინსტიტუციები აღზრდის ავტორიტეტად აქციოს. შესაბამისად, კონსტიტუციური პრინციპები, როგორებიცაა ადამიანის ღირსება, დემოკრატია, რესპუბლიკა, თავისუფლება და თანასწორობა, პიროვნების განვითარება, ასევე სოციალურ-ეთიკური პრინციპები, როგორიცაა სოლიდარობა¹³³ და ა.შ. წარმოადგენს აღზრდის ლეგიტიმურ მიზნებს.¹³⁴

აღზრდაზე პასუხისმგებელი სახელმწიფო დაწესებულებების მოქმედება არამონო-პოლური და არადოქტრინულია, რაც განსხვავებულ აზრს გამოიწვევს, ის არ არის სტატიკური, რომელიც იგნორირებას უკეთებს ღირებულებების შესახებ საზოგადოებრივი წარმოდგენების ცვლილებას.¹³⁵

კერძო სოლიდარობას სჭირდება სახელმწიფოს მატერიალური მხარდაჭერა. სოციალური დახმარებების პერსონალურ და მატერიალურ სამართალს თანამედროვე საყოველთაო კეთილდღეობის სახელმწიფოში ვერც სოლიდარულად ორგანიზებული თვითდახმარება აუვლის გვერდს. ნაწილობრივ უზარმაზარი ხარჯების დაფარვა მეტწილად მხოლოდ სახელმწიფოს სუბსიდიებითაა შესაძლებელი. თავისუფალ საქველმოქმედო გაერთიანებებს პრინციპულად შეუძლიათ მიიღონ სახელმწიფო დახმარება და ხელშეწყობა. უფრო ზუსტად რომ ვთქვათ, ეს სახელმწიფოს ძირეულ ინტერესებშია: ნებაყოფლობითი სოლიდარობის ხელშეწყობით სახელმწიფო იძლევა პრაქტიკული სოლიდარობის მართვის შესაძლებლობას; სოლიდარობა არის რესურსი, რომელიც სახელმწიფოს ელემენტარულად სჭირდება.

* იგივე სათაურით პირველად გამოქვეყნებული ნამუშევრის შემონახული და გადამუშავებული ვერსია შემდეგ წიგნში: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 3. Aufl., 2011, § 194, S. 665 – 697.

¹ ზოგადისტორიული წარმოდგენა: *Jakob Burckhard*, Kultur der Renaissance in Italien [1859], in: ders. Gesamtausgabe, Bd. V, 1930, S. 95 ff.; *Richard van Dülmen*, Die Entdeckung des Individuums 1500-1800, 1997.

² სახელმწიფოებრივი ხელშეკრულების იდეების ისტორიის მიმოხილვა: *Otto Depenheuer*, Solidarität im Verfassungsstaat [1991], 2. Aufl., 2016, S. 242 ff. m.w.N.

³ „კოპერნიკისეული გარდამტეხი მომენტის“ როგორც ეგზეგეტარული, ისე სიმპტომატური ფორმულირება (*Werner Maihofer*) in Art. 1 Abs. 1 des Verfassungsentwurfs des Konvents von Herrenchiemsee von 1948.

⁴ ამ საზოგადოებრივი განვითარების პროცესთან დაკავშირებით დასკვნის სახით, როგორც მისი შემოქმედების შეჯამება – შეადარე: *Niklas Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997.

⁵ *Josef Isensee*, Die polare Legitimation im grundgesetzlichen Gemeinwesen, in: *Der Staat 20* (1981), S. 161 ff.

⁶ საქმის არსთან და ტერმინთან დაკავშირებით შეადარე *Carl Schmitt*, Verfassungslehre [1928], 1970, S. 126 ff.

⁷ BVerfGE 6, 32 (Elfen); 7, 198 (Lüth); 80, 137 (Reiten im Walde); 54, 143 (Taubenfüttern); 90, 27 (Parabolantenne); 90, 145 (Canabis). – Exemplarisch: *Jan-Philipp Schaefer*, Das Individuum als Grund und Grenze deutscher Staatlichkeit, in: AöR 135 (2010), S. 404 ff.

⁸ ფედერაციული გერმანიის თანამედროვე საზოგადოების შესაბამისი სოციოლოგიური ანალიზები: *Gerhard Schulze*, Die Erlebnisgesellschaft: Kultursoziologie der Gegenwart, 2. Aufl. 2005; frühzeitige, auf die westlichen Gesellschaften insgesamt bezogene Diagnose: *Neil Postman*, Wir amüsieren uns zu Tode, 1985.

⁹ *Udo Di Fabio*, Die Kultur der Freiheit, 2005.

¹⁰ BVerfGE 115, 118 ff. (Luftsicherheitsgesetz). Dazu: *Otto Depenheuer*, Selbstbehauptung des Rechtsstaates, 2. Aufl., 2007.

¹¹ BVerfGE 4, 7 (15 f.).

- ¹² ასე, უპირველეს ყოვლისა, *Uwe Volkmann*, *Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung*, 1998, S. 217 ff.
- ¹³ ამასთან დაკავშირებით შეადარე *Josef Isensee*, *Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen* in: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HStR)*, Bd. IX, 3. Aufl., 2011, § 190 Rn. 124 ff.
- ¹⁴ Zum folgenden: *Josef Isensee* (Hg.), *Solidarität in Knappheit*, 1998, Nachwort, S. 97 ff.; *Hasso Hofmann*, *Vielfalt, Sicherheit und Solidarität statt Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit*, in: *Festschrift E. Denninger*, 1998, S. 112 ff.; *Depenheuer* (N 2), S. 12 ff.; *Volkmann* (N 12), S. 136 ff.; *Ansgar Hense*, *Mehrperspektivische Annäherungen an das Phänomen Solidarität und das Solidarprinzip*, in: *Festschrift Werner Krawietz*, 2003, S. 525 ff.; *Jürgen Brand*, *Solidarität und Identität*, in: *FAZ* v. 18. April 2007, S. 8.
- ¹⁵ მთელი საზოგადოების პასუხისმგებლობა („obligatio in solidum“) შემდეგნაირადაა აღწერილი მე-3 ნიგნის მე-16 პარაგრაფში: „ასეთი ვალდებულებითი ურთიერთობის შემთხვევაში, ერთი მხრივ, ყოველ ცალკეულ კრედიტორს ეკისრება მთელი ვალდებულება, მეორე მხრივ კი, ყოველი ცალკეული კრედიტორი პასუხისმგებელია მთელ ვალდებულებაზე“.
- ¹⁶ *Steinar Stjernø*, *Solidarity in Europe*, 2004 über die ideengeschichtliche Entwicklung und aktuelle politische Vision in Europa; *Clemens Sedmak* (Hg.), *Solidarität. Vom Wert der Gemeinschaft*, 2010; *Kurt Bayertz*, *Solidarität*, 1998.
- ¹⁷ Jeweils m.w.N. *Depenheuer* (N 2), S. 21 ff.; *Hense* (N 14), S. 525 ff.; *Uwe Volkmann*, *Solidarität in einem vereinten Europa*, in: *Staatswissenschaften und Staatspraxis*, 9 (1998), S. 17 ff.; *Sedmak* (N 16), 9 ff., 59 ff.
- ¹⁸ *Werner Maihofer*, *Prinzipien freiheitlicher Demokratie*, in: *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HdbVerfR)*, 2.Aufl., 1994, § 12 Rn. 161.
- ¹⁹ *Isensee* (N 14), S. 109 ff.; *Otto Depenheuer*, „Nicht alle Menschen werden Brüder“. Unterscheidung als praktische Bedingung von Solidarität. Eine rechtsphilosophische Erwägung in praktischer Absicht, in: *Isensee* (N 14), S. 44 ff.
- ²⁰ შეადარე. *Depenheuer* (N 19), S. 41 ff.
- ²¹ In: *De doctrina Christiana I c. 28.* - Vgl. dazu den Kommentar von *Thomas von Aquin*, *Summa Theologica* 2-2, q. 26 a. 6.
- ²² განმსაზღვრელია: *Ferdinand Tönnies*, *Gesellschaft und Gemeinschaft*, 8. Aufl., 1935.
- ²³ პარტიკულარული სახელმწიფოებრიობის შესახებ, რომელიც წარმოადგენს ადამიანების უნივერსალური-პოსტულირებული უფლებების შესაძლებლობის პირობას, შეადარე *Depenheuer* (N 19), S. 64 f.; *Hasso Hofmann*, *Die versprochene Menschenwürde*, in: *AöR* 118 (1993), S. 366 ff. – Kritisch: *Ulrich K. Preuß*, *თანამედროვე საზოგადოებაში მოქალაქის საკონსტიტუციო-თეორიულ ცნებასთან დაკავშირებით* in: *Festschrift Ernst Gottfried Mahrenholz*, 1995, S. 619ff.
- ²⁴ შეადარე: *Hofmann* (N 23), S. 365 ff.; gleichsinnig: *Michael Walzer*, *Sphären der Gerechtigkeit*, [1983], dt. 1992, S. 67: „Sie sind wie wir, aber sie sind keiner oder keine von uns.“
- ²⁵ მსგავსად: *Winfried Brugger*, *Menschenrechte von Flüchtlingen in universalistischer und kommunitaristischer Sicht*, in: *ARSP* 80 (1994), S. 325: „spezifische geht vor allgemeine Verantwortung“.
- ²⁶ შეადარე *Otto Depenheuer*, *Das soziale Staatsziel und die Angleichung der Lebensverhältnisse in Ost und West*, in: *HStR*, Bd. IX, 1997, § 204 Rn. 56 ff.
- ²⁷ შეადარე მსგავსად: *Walzer* (N 24), S. 88ff.
- ²⁸ *Isensee* (N 14), S. 106 f.
- ²⁹ *Isensee* (N 14), S. 101 ff.
- ³⁰ განაწილების სოლიდარულ პრინციპთან დაკავშირებით შეადარე: *Depenheuer* (N 2), S. 148 ff.
- ³¹ Kritik: *Isensee* (N 14), S. 99 f.; *Brand* (N 14), S. 8.
- ³² Letztere bleiben hier außer Betracht, vgl. aber dazu nur: *BVerfGE* 72, 330 (386 f.); *Hartmut Bauer*, *Die Bundestreue*, 1992, S. 226, 305, 343; *Josef Isensee*, *Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz*, in: *HStR*, Bd. VI, 3. Aufl., 2008, § 126 Rn. 154 ff. Zur Solidarität im Rahmen der Europäischen Union vgl.: *Volkmann* (N 12), S. 22 ff.
- ³³ *Depenheuer* (N 2) S. 161 ff.; *ders.*, (N 19), S. 62 f.; *Isensee* (N 14), S. 120; *Solidarischen Implikationen im Grundgesetz nachspürend* *Volkmann* (N 12), S. 217 ff.

³⁴ Näher: *Depenheuer* (N 2), S. 287 ff.; 308 ff.

³⁵ სოციალურ ჰომოგენობასთან დაკავშირებით, რომელიც წარმოადგენს სახელმწიფოებრიობის ერთიანობის საფუძველს: *Hermann Heller*, Politische Demokratie und soziale Homogenität [1928], in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. 2, 1971, S. 421 ff; *Carl Schmitt*, Verfassungslehre [1928], 1970, S. 228 ff. – ჰომოგენობის წარმოდგენის პარალელურობასთან დაკავშირებით Heller-თან და Schmitt-თან: *Pasquale Pasquino*, Politische Einheit, Demokratie und Pluralismus, in: Christoph Müller/Ilse Staff (Hg.), Staatslehre in der Weimarer Republik, 1985, S. 118 ff.

³⁶ სახელმწიფოებრივ-მოქალაქეობრივი სოლიდარობის ორივე საწყისი ამჟამად თვალსაჩინო ხდება, როცა ხალხთა საერთო, ისტორიული გამოცდილებებითა და ბედისწერით გაზრდილი ჰომოგენობის გვერდით მიგრაციული და ინტეგრაციული მოძრაობების გამო თავს იჩენენ გამაერთიანებელი ელემენტები. შეადარე *Depenheuer* (N 2), S. 305 ff.

³⁷ *Volkman* (N 12), S. 217 ff.

³⁸ Staatstheoretische Vorbild der klassische Universalismus *Platon*, Politeia, II, 369 ff.

³⁹ BVerfGE 4, 7 (15 f.).

⁴⁰ *Aristoteles*, Politik, II, 5 [1263 b], *Eugen Rolfes-ის თარგმანი და შენიშვნები*, 4. Aufl. 1990, S. 41 f.: „არსებობს ერთიანობის ისეთი ხარისხი, რომლის დროსაც სახელმწიფო ველარ იარსებებდა. და არსებობს ისეთი ხარისხი, რომლის დროსაც მართალია სახელმწიფო სახელმწიფოდ დარჩებოდა, მაგრამ უფრო იქითკენ განვითარდებოდა მოვლენები, რომ აღარ იქნებოდა სახელმწიფო, ცუდი სახელმწიფო იქნებოდა, რაც იმას შეგვიძლია შევადაროთ, რომ სიმფონია მონოტონიად, ხოლო რიტმი ცალკეულ ტაქტად გადაიქცეს.“

⁴¹ *Aristoteles*, Politik, I, 2 [1253 a], S. 4 f.: „ამგვარად აქედან იკვეთება, რომ სახელმწიფო ბუნებისგანაა შექმნილი და ადამიანი ბუნებით სახელმწიფოებრივი ქმნილებაა. [ζῷον πολιτικόν] ხოლო ადამიანი, რომელიც ბუნებიდან გამომდინარე და არა შემთხვევით სახელმწიფოს ფარგლებს გარეთ ცხოვრობს, ან ცუდია, ან ადამიანზე უკეთესია. [...] ვისაც არ შეუძლია საზოგადოებაში ცხოვრება, ან საერთოდ არ სჭირდება ის, ვინაიდან საკუთარი თავი აკმაყოფილებს, ის არ არის სახელმწიფოს წევრი და აქედან გამომდინარე, ან ცხოველია და ან ღმერთი.

⁴² მნიშვნელოვანი გამოწვევის, საფრანგეთის რესპუბლიკის კონსტიტუციის 1795 წლის 23 სექტემბრის წერილობითი ვალდებულება (ე.წ. დირექტორიის კონსტიტუცია), გერმანული გამოცემა: Die europäischen Verfassungen seit dem Jahre 1789, 2. Band, 1833, S. 33. – თუმცა, სხვა შემთხვევებში კონსტიტუციურ-სამართლებრივი ნორმირება სპეციფიური აზრით საკმაოდ არასაიმედო ინდიკატორია ძირითადი უფლებებისთვის. სხვანაირად: *Otto Luchterhandt*, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, 1988, S. 580 f.), der freilich von einem weiten, unspezifischen Grundpflichtenbegriff aus argumentiert.

⁴³ Überblick: *Hasso Hofmann*, Grundpflichten und Grundrechte, in: HStR, Bd. IX, 3. Aufl., 2011, § 195 Rn. 101 ff.

⁴⁴ ამდენად მნიშვნელოვანია InterAction Council-ის 1997 წლის ზოგადი განცხადება ადამიანების ვალდებულებების შესახებ.

⁴⁵ სამართლის კერძო აღსრულების ინსტიტუციონალური უარყოფა ძირითად კანონში მეორეხარისხოვნადაა მოხსენიებული მხოლოდ მის მე-8 პარაგრაფში, რომლის მიხედვითაც ყველა გერმანელს აქვს უფლება, შეტყობინების გარეშე „მშვილობიანად და იარაღის გარეშე“ შეიკრიბოს. შეადარე სიმშვიდის დაცვის პირობა. *Josef Isensee*, Staat und Verfassung, in: HStR, Bd. II, 3. Auflage. 2004, § 15 Rn. 83 ff.

⁴⁶ პოზიტიური სამართლის თვალსაზრისით ერთმანეთზე დაშენებული მითითებების შესრულების ვალდებულების ეს ჯაჭვი მხოლოდ იმით შეიძლება დასრულდეს, რომ მითითების შესრულების ვალდებულება ჰანს კელზენის მიხედვით, მიღებულ იქნას ლოგიკურ ძირითად ნორმაზე დაყრდნობით, ე.ი. აპრიორი. შეადარე *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, S. 204 f.

⁴⁷ შეადარე. *Josef Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1982, S. 15 ff.

⁴⁸ მტკიცებულებები: *Luchterhandt* (N 42), S. 478.

⁴⁹ ე.წ. „მცირე წინააღმდეგობის უფლების“ პრობლემასთან დაკავშირებით შეადარე *Josef Isensee*, Widerstand gegen den technischen Fortschritt, DÖV 83, 565 ff.

- ⁵⁰ ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები, რომლებიც შედეგების მიხედვით, დაუფიქრებლად ამ მიმართულებით შეიძლება იქნეს ინტერპრეტირებული მაგ.. BVerfGE 73, 206 (247 ff.); 104, 92 (103 ff.); BVerfG – 1 BvR 388/05 – v. 07. 03. 2011, Rn. 30 ff.
- ⁵¹ შეადარე *Paul Kirchhof*, Die Steuern, in: HStR, Bd. V, 3. Aufl., 2007, § 118 Rn. 52.
- ⁵² შეადარე. *Paul Kirchhof*, Die Steuern, in: HStR, Bd. V, 3. Aufl., 2007, § 118 Rn. 168 ff.
- ⁵³ შეადარე. ამასთან უფრო დეტალურად, ასევე საგადასახადო სამართალში საპირისპირო პოზიციასთან დაკავშირებით (Assekuranztheorie und Steuer als Gegenleistung für Marktteilnahme) *Depenheuer* (N 2), S. 178, 210 f.; *Paul Kirchhof*, Die Steuern, in: HStR, Bd. V, 3. Aufl., 2007, § 118 Rn. 1 ff.
- ⁵⁴ ვალდებულებების თანასწორობის ძირითად პრინციპთან დაკავშირებით შეადარე: BVerfGE 23,12; 55,303; *Michael Sachs*, Auswirkungen des allgemeinen Gleichheitssatzes auf die Teilrechtsordnung, in: HStR, Bd. VIII, 3. Aufl., 2010, § 183 Rn. 9 ff. m.w.N.
- ⁵⁵ Zu ihnen: *Rüdiger Breuer*, Freiheit des Berufs, in: HStR, Bd. VIII, 3. Aufl., 2010, § 170 Rn. 123 m.w.N.
- ⁵⁶ ზოგადად ამ საკითხებთან დაკავშირებით: *Georg Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1919, S. 138f, 184f; *Luchterhandt* (N 42), S. 524 ff. – საზოგადოებრივი სამუშაოების მრავალფეროვანი ფორმების მიმოხილვა: *Rolf Stober*, Der Ehrenbeamte in Verfassung und Verwaltung, 1981.
- ⁵⁷ §§ 31 ff., 84 GVG; §§ 19 ff. VwGO.
- ⁵⁸ § 11 B WahlG; § 9 BWahlO.
- ⁵⁹ სავალდებულო სამხედრო სამსახურის მხოლოდ “მამაკაცებზე” გავრცელება ისტორიულად მიღებული მოვლენაა, და ეს ასახავს ომის ვითარებაში ქალთა და კაცთა განსხვავებული შესაძლებლობების შეფასებას, მაგრამ ეს დებულება დღეს არც ობიექტურად არის გამართლებული და არც სამართლებრივად არის მოძველებული. თუმცა, იხილეთ გერმანიის ძირითადი კანონის 12ა მუხლის მე-4 პუნქტი (ქალთა ვალდებულთა თავდაცვისათვის პირველადი დახმარების და ჯანმრთელობის დაცვის სფეროში). ხოლო შეიარაღებული ძალების ქალებისთვის ხელმისაწვდომობის შესახებ იხილეთ EuGH, NJW 2000, 497 ff. (Kreil).
- ⁶⁰ სავალდებულო სამხედრო სამსახურის გადანაწილების ზემოქმედებების შესახებ. შეადარე *Konrad Beiwinkel*, Wehrgerechtigkeit als finanzpolitisches Verteilungsproblem, 1980.
- ⁶¹ სავალდებულო სამხედრო სამსახურის გადადება (შეჩერება) სამხედრო სამსახურის შესახებ ნორმების ცვლილების თაობაზე 2011 წლის კანონის თანახმად პრინციპში არაფერს ცვლის: (Wehrrechtsänderungsgesetz 2011 – WehrRÄndG 2011; Gesetzentwurf der Bundesregierung BT.-Dr. 17/4821) არ არის საჭირო ყოველთვის სოლიდარული ვალდებულებების პოზიტიურ-სამართლებრივი აქტუალიზაცია და ფაქტობრივი აღქმა, თუმცა მათი აქტუალიზაცია საჭიროების შემთხვევაში ყოველთვის უნდა განხორციელდეს.
- ⁶² *Hobbes*, Leviathan [1651], 1970, II. 21. (S. 195).
- ⁶³ *Depenheuer* (N 10), S. 75 ff.
- ⁶⁴ ნდობაზე დაფუძნებული ურთიერთობის შინაარსთან დაკავშირებით: BVerfGE 39, 334 (346 f.); *Helmut Lecheler*, Der öffentliche Dienst, in: HStR, 3. Aufl., 2007, § 110, Rn. 42, 67 ff.
- ⁶⁵ მოხელეებისათვის გაფიცვის აკრძალვასთან დაკავშირებით: BVerfGE 8, 1 (17); 44, 249 (264). *Josef Isensee*, Beamtenstreik, 1971.
- ⁶⁶ შეადარე BVerfGE 83, 89 (98 f.); *Isensee*, in: HdbVerfR, 2. Aufl., 1994, § 32 Rn. 16 ff.
- ⁶⁷ შეადარე BVerfGE 83, 89 (98 f.); *Isensee*, in: HdbVerfR, 2. Aufl., 1994, § 32 Rn. 16 ff.
- ⁶⁸ „სახელმწიფოებრივ-სამართლებრივი“, მოიაზრება, როგორც რაღაც, რაც ეხება სახელმწიფოს სამართლებრივ საფუძვლებს.
- ⁶⁹ უფრო დანვრისა და *Depenheuer* (N 2), S. 213 ff.
- ⁷⁰ სამოქალაქო დამოუკიდებლობის იდეების ისტორიასთან დაკავშირებით ეფექტური გამართლება: *Henry David Thoreau*, Über die Pflicht zum Ungehorsam gegen den Staat [1849].
- ⁷¹ ამგვარად, კამათი ე.წ. „სამოქალაქო დამოუკიდებლობასთან“ მიმართებაში, შეადარე vgl. *Herbert Bethge*, Gewissensfreiheit, in: HStR, Bd. VII, 3. Aufl., 2009, § 158 Rn. 61 ff.
- ⁷² შეადარე, მაგრამ სასამართლო პრაქტიკაში შესაბამის ტენდენციებთან დაკავშირებით – მტკიცებულებები o. N 50.

- ⁷³ BVerfGE 4, 7 (17); 75, 108 (158); 75, 108 (158); 78, 249 (277); 89 48 (61); 95, 267 (300): Art. 14 არ იცავს სახელმწიფოს მხრიდან გადახდის ვალდებულების დაკისრებისგან. – კონსტიტუციურ-თეორიული დასაბუთება: Depenheuer, Solidarität im Verfassungsstaat [1991], 2009, S. 213 ff.; ders., Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, in: VVDStRL 55 (1996), S. 90, 109 ff.
- ⁷⁴ *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: FS-Adolf Arndt, 1969, S. 53/71.
- ⁷⁵ Statt aller mwN. *Paul Kirchhof*, Die Steuern, in: HStR, Bd. V, 3. Aufl.; 2007, § 118 Rn. 117 ff.; *Ferdinand Kirchhof*, Abgabenerhebung als Grundrechtsbeeinträchtigung, in: HGrR Bd. III, 2009, § 59 Rn. 41 ff.
- ⁷⁶ ამ დოგმატურად ნაკლებად დამაჯერებელ არგუმენტაციასთან დაკავშირებით შეადარე Depenheuer, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 6. Aufl., 2010, Art. 14 Rn. 163. Vgl. auch unten Rn. 53.
- ⁷⁷ BVerfGE 93, 121 (138).
- ⁷⁸ Vgl. Kritik: *E. W. Böckenförde*, Sondervotum BVerfGE 93, 121 (157).
- ⁷⁹ შეადარე Walter Leisner, Eigentum, in: HStR, Bd. VIII, 3. Aufl., 210, § 173 Rn. 171, 204 ff.
- ⁸⁰ BVerfGE 115, 97 ff.
- ⁸¹ *E. W. Böckenförde*, Sondervotum BVerfGE 93, 121 (156 f., 162 ff.).
- ⁸² შეადარე ქვემოთ Rn. 52.
- ⁸³ იხილე ქვემოთ Rn. 53 ff.
- ⁸⁴ ყველა ციტატა BVerfGE 12, 45 (51).
- ⁸⁵ BVerfGE 12, 45 (50 f.); 28, 243 (261); 38, 154 (167); 48, 127 (161); 2 BVL 5/99 v. 20. 02. 2002, Ziff. 42: „ეს განსაკუთრებით ეხება ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს სამართლებრივ შეხედულებას, რომ საყოველთაო სავალდებულო სამხედრო სამსახურის ვალდებულება კონსტიტუციურ-სამართლებრივად გამყარებული და ამდენად ეს ვალდებულება არ უნდა შევადაროთ პროპორციულობის პრინციპს“.
- ⁸⁶ უფრო დეტალურად *Depenheuer* (N 10), S. 87 ff.
- ⁸⁷ შეადარე *Depenheuer* (N 10), S. 93 ff.
- ⁸⁸ საზგასმით BVerfGE 81, 363 (384). – პრობლემასთან დაკავშირებით: Carl Schmitt, Wohlerworbene Beamtenrechte und Gehaltskürzungen, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze, S. 174 ff.; ders., in: Gerhard Anschütz/Richard Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. II, 1932, S. 596.
- ⁸⁹ BVerfGE 48, 127 (161).
- ⁹⁰ BVerfGE 14, 221 (241); st. Rspr., zuletzt BVerfGE 105, 17 (32). – მსგავსი გადაჭარბებული ფულადი ვალდებულება შეიძლება დასაშვები იყოს კონფისკატორული (BVerfGE 23, 288 [314]) ან „დამხრჩობი“ (BVerfGE 30, 250 [272 f.]) ფულადი ვალდებულებების დროს.
- ⁹¹ *Depenheuer* (N 76), Rn. 163.
- ⁹² პრობლემასთან დაკავშირებით: *Herbert Bethge*, Gewissensfreiheit, in: HStR, Bd. VII, 3. Aufl., 2009, § 158 Rn. 51 ff.
- ⁹³ პრობლემის ანალიზი: *Niklas Luhmann*, Die Gewissensfreiheit und das Gewissen, in: AöR 90 (1965), S. 257 ff.; auch in: Ausdifferenzierung des Rechts, 1981, S. 326 ff.
- ⁹⁴ BVerfGE 33, 23 (24); 48, 127 (164 ff., 169): მზადყოფნა შედეგებისთვის ე.წ. „დამამძიმებელ ალტერნატივასთან“ დაკავშირებით შეადარე *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, in: VVDStRL 28 (1970), S. 62 f.; *Herbert Bethge*, Gewissensfreiheit, in: HStR, Bd. VII, 3. Aufl., 2009, § 158 Rn. 54 ff.
- ⁹⁵ *Carl Schmitt*, Verfassungslehre [1928], 1970, S. 126.
- ⁹⁶ ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო საუბრობს „თავისუფლების პრინციპულ ვარაუდზე მოქალაქის სასარგებლოდ“, vgl. BVerfGE 1, 98 (105); 6, 32 (42); 7, 377 (404 f.); 13, 97 (105); 42, 263 (295); 63, 32 (42).
- ⁹⁷ დეტალებთან დაკავშირებით შეადარე *Depenheuer* (N 76), Art. 14 Rn. 69 ff.
- ⁹⁸ სამოქალაქო სამართლებრივი საკუთრების, როგორც კონსტიტუციურ-სამართლებრივი საკუთრების დაცვის არსის შესახებ იხილეთ vgl. BVerfGE 24, 367 (389); 42, 263 (295); *Depenheuer* (N 76), Art. 14 Rn. 33.
- ⁹⁹ BVerfGE 53, 257 (292); 76, 256 (301).

¹⁰⁰ *Depenheuer* (N 76), Rn. 82 f.

¹⁰¹ უფრო დანვრლივით: *Depenheuer* (N 2), S. 317 ff.

¹⁰² ასეთ კვალიფიკაციას აძლევს ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო მუდმივ სასამართლო პრაქტიკაში ფინანსური სტაბილურობის გარანტირებას და ამდენად, ჯანმრთელობის დაზღვევის ფუნქციონირებას, რაც წარმოადგენს მეტად მნიშვნელოვან საკითხს საზოგადოების კეთილდღეობისთვის. შეადარე BVerfGE 103, 172 (184 f.) unter Bezugnahme auf BVerfGE 70, 1 (30); 82, 209 (230).

¹⁰³ გარდა ამისა, სპეციალურ გადასახადებს შეცდომაში შეჰყავთ კონსტიტუციური კანონმდებლობა დაფინანსების შესახებ [BVerfGE 55, 274 (300); 91, 186 (202); 93, 319 (342)] ასევე კონსტიტუციის პრინციპი ბიუჯეტის გეგმის სრულყოფილების შესახებ [შეადარე. BVerfGE 113, 128 (147)].

¹⁰⁴ BVerfGE 113, 128 (147).

¹⁰⁵ მოქალაქეების საგადასახადო ვალდებულება ორიენტირებულია მათი ერთგულების „ერთიანობაზე“. ის არ გაუქმდება იმის გამო, თუ კანონმდებელი სუსტი ან არარსებული გადახდისუნარიანობის შემთხვევაში მთლიანად ან ნაწილობრივ უარს იტყვის საგადასახადო მოთხოვნაზე (შეადარე. oben Rn. 54).

¹⁰⁶ ამ კონტექსტში ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო საუბრობს „ჰომოგენურ ჯგუფებზე“. შეადარე BVerfGE 55, 274 (305 ff.); 82, 159 (180); 108, 186 (222).

¹⁰⁷ BVerfGE 55, 274(306).

¹⁰⁸ BVerfGE 82, 159 (180).

¹⁰⁹ BVerfGE 82, 159 (180).

¹¹⁰ BVerfGE 113, 128 (150 f.).

¹¹¹ BVerfGE 113, 128, 153.

¹¹² BVerfGE 55, 274, 308.

¹¹³ BVerfGE 55, 275, 308; 108, 186, 217; 113, 128, 150. – სოციალური დაზღვევის შენატანი არ აკმაყოფილებს ამ წინაპირობას, თუმცა, როგორც „გადასახადი sui generis“ ხელიდან უსხლტდება არაკონსტიტუციურობის ვერდიქტს. პრობლემასთან დაკავშირებით შეადარე *Josef Isensee*, Umverteilung durch Sozialversicherungsbeiträge, 1973.

¹¹⁴ პრობლემასთან დაკავშირებით შეადარე *Helmut Schelsky*, Der selbständige und der betreute Mensch, 1976.

¹¹⁵ ამასთან დაკავშირებით შეადარე *Otto Depenheuer*, Staatliche Finanzierung und Planung im Krankenhauswesen, 1986, S. 164 ff.

¹¹⁶ *Depenheuer* (N 115), S. 175 f.

¹¹⁷ სხვადასხვა შემთავაზებებთან დაკავშირებით *Volkman* (N 12), S. 233 ff.

¹¹⁸ Vgl. nur *Volkmar Götz* und *Hasso Hofmann*, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, VVDStRL 41 (1983), S. 7 ff., 42 ff.

¹¹⁹ BVerfGE 6, 55 (71).

¹²⁰ შეადარე *Frank Schirrmacher*, Minimum, 2006, S. 7 ff., 40 ff.

¹²¹ მიმოხილვა: *Joseph Schmid*, Wohlfahrtsverbände in modernen Wohlfahrtsstaaten. Soziale Dienste in historisch-vergleichender Perspektive, 1996; *D. Thränhardt* u.a. (Hg.), Wohlfahrtsverbände zwischen Selbsthilfe und Sozialstaat, 1986. Zu Caritas und Diakonie vgl. die Beiträge im Handbuch des Staatskirchenrechts, Bd. 2, 2. Aufl., 1995, von *Josef Isensee*, Die karitative Betätigung der Kirchen und der Verfassungsstaat, § 59 (S. 665 ff.), *Josef Schmitz-Elsen*, Die karitativen Werke und Einrichtungen im Bereich der katholischen Kirche, § 61 (S. 780 ff.) und *Peter von Tiling*, Die karitativen Werke und Einrichtungen im Bereich der evangelischen Kirche, § 62 (S. 809 ff.)

¹²² შემომწირველების კვოტა შეადგენს მოსახლეობის 57%-ს და შემოწირულობის მოცულობა 4,5 მილიარდ €. წყარო: სოციალური საკითხების გერმანიის ცენტრალური ინსტიტუტი, Evaluierung von Auswirkungen des Gesetzes zur weiteren Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements, Juli 2009.

¹²³ *Stefan Klein*, Der Sinn des Gebens, 2010.

¹²⁴ ევოლუციურ-ბიოლოგიურ აქტუალურ დისკუსიასთან დაკავშირებით შეადარე *William D. Hamilton*, The genetical evolution of social behavior I and II, in: Journal of Theoretical Biology 1964, S. 1 ff., 17 ff.;

Martin A. Nowak/Corina E. Tarnita/Edward O. Wilson, The evolution of eusociality, in: *Nature* 466 (2010), S. 1057–1062; Edward Allen Herre/ William T. Wcislo, In defence of inclusive fitness theory, in: *Nature* 471 (2011), S. E8–E9; *Martin Nowak* mit *Roger Highfield*, „Super-Cooperation“. *Altruism, Evolution and Why We Need Each Other to Succeed*, N.Y., 2011.

¹²⁵ *Schirmacher* (N 120), S. 7 ff., 40 ff.

¹²⁶ ამის საპირისპიროდ განსხვავებულად გამოთქმული მოსაზრებები, ამასთან დაკავშირებით შეადარე *Depenheuer* (N 115); S. 166 f. m.w.N.

¹²⁷ შეადარე *Depenheuer* (N 115), S. 105 ff., 109 ff., 164 ff.

¹²⁸ ძირითადი უფლების პრივილეგირებული დაცვის შესახებ საზოგადოებისათვის სასარგებლო ქმედებისათვის: *Depenheuer* (N 115), S. 174 ff.

¹²⁹ შეადარე. *Depenheuer* (N 115), S. 162 ff.

¹³⁰ შეადარე *Josef Isensee*, *Ethische Grundwerte im freiheitlichen Staat*, in: Paus (Hg.), *Werte-Rechte-Normen*, 1979, S. 161 f.

¹³¹ პრობლემასთან დაკავშირებით: *Josef Isensee*, *Demokratischer Rechtsstaat und staatsfreie Ethik*, in: *Essener Gespräche* 11 (1977), S. 109 ff.

¹³² პრინციპულ საკითხთან დაკავშირებით შეადარე *Hans-Ulrich Evers*, *Befugnis des Staates zur Festlegung von Erziehungszielen*, 1979; *Josef Isensee*, *Verfassung als Erziehungsprogramm?*, in: Wolfgang Brüggemann u.a. (Hg.), *Wertebezogene Erziehung*, 1983.

¹³³ დასკვნითი სიტყვა სოლიდარული მესაკუთრული აზროვნებისათვის: *Böckenförde*, *Ethische und politische Grundsatzfragen zur Zeit*, in: *Herder Korrespondenz* 35 (1981), S. 345 f.

¹³⁴ *Peter Häberle*, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, 1981.

¹³⁵ აღმზრდელითა და ალთა განაწილების შესახებ: *Isensee* (N 131), S. 33 ff.

Solidarität und Freiheit*

Otto Depenheuer

A. Polarität von Solidarität und Freiheit. I. Freiheit als Verfassungsprinzip. II. Solidarität als Komplementärprinzip. B. Das Prinzip Solidarität. I. Begriff der Solidarität. II. Gemeinschaft als Grund. III. Sicherheit als Ziel. IV. Solidarpflicht als Mittel. V. Vielfalt und Ebenen von Solidarität. C. Solidarität als Voraussetzung grundrechtlicher Freiheit. I. Staat als Solidargemeinschaft. II. Freiheit in und durch Gemeinschaft. III. Die solidarischen Grundpflichten. 1. Spezifischer Begriff der Grundpflichten. 2. Friedenspflicht und Gesetzesgehorsam. 3. Steuerpflicht. 4. Allgemeine Dienstleistungspflichten. 5. Besondere Dienstleistungspflichten. IV. Verfassungsdogmatik der Solidarpflichten. 1. Negatorische Freiheit gegen solidarische Grundpflichten? 2. Gesetzliche Ausgestaltung der Grundpflichten. 3. Lastengleichheit und Solidarpflichten. 4. Juristische Struktur des Solidaritätsprinzips. D. Freiheit als Grenze staatlicher Zwangssolidarität. I. Negatorischer Grundrechtsschutz. II. Verfassungsrechtliche Legitimation. III. Verfassungstheoretische Ambivalenz. E. Freiheit als Chance zur Solidarität. I. Solidarität in Freiheit. II. Staatliche Solidarpflege.

A. Polarität von Solidarität und Freiheit

Solidarität bedeutet wechselseitige Einstandspflicht aus spezifischer Verbundenheit innerhalb einer Gemeinschaft. Das Solidarprinzip „Einer für alle, alle für einen“ fundiert alle menschlichen Gemeinschaften und unterscheidet sie von nur zweckorientierten Gesellschaften. Gemeinschaften haben Bestand und prägen soziale Wirklichkeit nur, weil und solange ihre Mitglieder prinzipiell unbeding und wechselseitig füreinander eintreten. Solidarische Verbundenheit gibt sozialen Gemeinschaften ihre spezifische Identität. Diese hebt Vielfalt und Differenz unter ihren Angehörigen in einer überwölbenden Einheitsidee auf. Sie erlaubt es ihnen, sich gegen äußere Widrigkeiten und Gefährdungen des Kollektivs zu behaupten, Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft als ein Kontinuum einer eigenen Geschichte zu verstehen und daraus Selbstbewußtsein und Verpflichtung gleichermaßen abzuleiten.

Aus der Perspektive des freiheitlich-demokratischen Verfassungsstaates bereitet das Solidaritätsprinzip indes spezifische Probleme und Herausforderungen. Es steht den juristischen Baugesetzen moderner Staatlichkeit – Individualisierung, Rationalisierung – antinomisch entgegen: es setzt Gemeinschaft voraus, fordert kategorisch die Erfüllung der Solidarpflichten, verweigert Rechtfertigung vor individuellem Nutzenkalkül. Daraus erwachsen Herausforderungen an eine Grundrechtsdogmatik, die strukturell auf die Erschließung und Sicherung immer weiterer Selbstentfaltungsoptionen des Individuums gerichtet ist und deshalb apriorischen Solidaritätsverpflichtungen fremd und sprachlos gegenüberstehen muß. Eine Grundrechtstheorie stellen sich daher elementare Fragen: ist der Staat vorgegebene Solidargemeinschaft oder muß er sich grundrechtlich ableiten und rechtfertigen lassen? Wie verhalten sich die Grundrechte zu Solidarpflichten? Kann der Staat, und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen, Solidarpflichten gesetzlich statuieren? Öffnen sich die Grundrechte dem freiwilligen solidarischen Engagement der Grundrechtsträger?

I. Freiheit als Verfassungsprinzip

Der freiheitlich-demokratische Verfassungsstaat wird geprägt durch das Prinzip apriorischer Grund- und Freiheitsrechte seiner Bürger. Die Idee angeborener und unveräußerlicher Rechte des Individuums ist kulturelle Errungenschaft seit Renaissance und Aufklärung und gibt der europäischen Verfassungsgeschichte ihr spezifisches Gepräge: Umbasierung aller gesellschaftlichen Formationen und kollektiver Fremdbestimmung auf das Individuum als letzte legitimierungsspendende Quelle. Die wirkmächtige Idee des isolierten Individuums wird zum einzigen nicht mehr bezweifelbaren Fluchtpunkt der geschichtlichen Entwicklung: „ich denke, also bin ich“.¹ Der Staat wird aus einem auf ihn hin gerichteten Willensakt freier Individuen konstruiert: in der Idee des Staatsvertrags² ist „der Staat um des Menschen willen da, nicht die Menschen um des Staates willen“.³ Traditional überkommene und religiös legitimierte Institutionen werden vor das Forum individueller Vernunft gestellt, rational gewogen und in aller Regel für zu leicht befunden. Der derart freigesetzte Prozeß zunehmender Ausdifferenzierung der gesellschaftlichen Ordnung in eine Vielzahl nebeneinander bestehender sozialer Systeme mit je eigener Rationalität wie Politik, Wirtschaft, Recht, Kultur⁴ haben in den westlichen Verfassungsstaaten ein Maß an individueller Freiheitsentfaltung bewirkt, das historisch ohne Vorbilder ist. Die gesamte Struktur des politischen Gemeinwesens entwickelt sich entsprechend der inneren Logik der Idee individueller Freiheit. In den Verfassungsprinzipien der Demokratie und der Grundrechte konkretisiert sich das Prinzip individueller Freiheit in seine Mitwirkungs- und in seiner Selbstbestimmungsdimension.⁵

Freiheit als Verfassungsprinzip hat in Gestalt der Grundrechte einen beispiellosen Siegeszug durch und über die Rechtsordnung hinaus angetreten. Das „rechtsstaatliche Verteilungsprinzip“⁶ stellt jede Einschränkung individueller Freiheit unter den Vorbehalt der Rechtfertigung durch legitime Gemeinwohlbelange. Unter maßgeblicher Federführung des Bundesverfassungsgerichts strahlen die Grundrechte mit der krönenden Garantie der unverletzlichen Menschenwürde überall bis in die letzten Winkel der staatlichen Rechtsordnung und des gesellschaftlichen Lebens hinein.⁷ es gibt nichts, was nicht legitime Grundrechtsausübung sein könnte. Die Emanzipation aller von allem und jedem erscheint gleichsam als das Telos der Verfassung. Der derart freigesetzte und legitimierte Egoismus und Hedonismus als Lebensprinzip weiter Teile der Gesellschaft stößt konsequenterweise weithin auf verfassungsrechtliche und gesellschaftliche Indolenz, aus der diese mehr Bestätigung ihrer selbst denn Anlaß zu einem selbstkritischen Überdenken zieht.⁸

Eine totale, ihre eigenen Voraussetzungen negierende Freiheitsphilosophie und –praxis führt aber früher oder später notwendig zu einer politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Selbstgefährdung des freiheitlichen Verfassungsstaates.⁹ Die ungebrochene Tendenz zu immer mehr Freiheit gegen alles und von allem unterminiert in der Konsequenz auch alle bestehenden Solidargemeinschaften: von dem die Freiheit garantierenden Staat bis hin zur Ehe als der elementarsten aller Solidargemeinschaften. Einen symbolträchtigen Höhepunkt einer auf individuelle Freiheit und Menschenwürde fixierten Grundrechtsdogmatik bot das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Luftsicherheitsgesetz, als dessen Quintessenz gilt, daß der „Staat des Grundgesetzes“ um der Menschenwürde willen auf effektive Selbstbehauptung gegen einen terroristischen Angriff verzichten muß.¹⁰ In dieser Entscheidung zeigt sich exemplarisch die andere, das politische Gemeinwesen tendenziell und die Freiheit potentiell gefährdende Konsequenz einer ungezügelter Freiheitsidee: sie ist sich der sie ermöglichenden und tragenden Gemeinschaft nicht mehr bewußt, bindet die Freiheit nicht zurück an deren Bestand und

Leistungsfähigkeit und gibt sich in der Konsequenz spätestens im Grenzfall auf. Dieser Befund wirft unabweislich die Frage nach den gesellschaftlichen Abwehr- und Bindekräften in einem freiheitlichen Gemeinwesen auf. Dies gilt umso mehr, als in Zeiten deutlich abnehmender Entfaltungsräume und Ressourcen bei gleichzeitig anwachsenden Bedrohungsszenarien durch Naturkatastrophen, Klimawandel, Völkerwanderungen und Terrorismus die Frage der realen Entfaltungsbedingungen von individueller Freiheit immer deutlicher in den Vordergrund tritt. Im Zentrum der Rückbesinnung auf die Bedingungen von Freiheit steht ein Begriff von ideengeschichtlicher Strahlkraft: „Solidarität“.

II. Solidarität als Komplementärprinzip

Das Solidaritätsprinzip ist *expressis verbis* kein Thema der Verfassung, gleichwohl aber rechtswirksames Strukturelement des freiheitlichen Verfassungsstaates. Allerdings ist das Solidaritätsprinzip gegenüber den ausdrücklichen Baugesetzen des Verfassungsstaates ein antinomisch strukturiertes Prinzip; es wirkt nicht nur als ein die Grundrechte austarierendes Regulativ. Tatsächlich reichen die Tiefenschichten des Solidaritätsprinzips an die Wurzeln jeder, auch der verfaßten staatlichen Rechtsgemeinschaft. Es ist ursprünglicher als das neuzeitliche Prinzip individueller Freiheit. Gelebte Solidarität fundiert den freiheitlichen Verfassungsstaat, der andernfalls nicht bestehen könnte. Auch wenn Solidaritäts- und Freiheitsprinzip antinomisch strukturiert sind, so prägen sie gleichwohl gemeinsam, wenn auch aus polaren Blickwinkeln, die Realität des grundgesetzlichen Gemeinwesens. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Polarität in Anlehnung an die christliche Sozialethik dahingehend umschrieben, daß das Menschenbild des Grundgesetzes nicht das eines isolierten souveränen Individuums sei, das Grundgesetz vielmehr die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden habe, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten.¹¹

Während das Freiheitsprinzip das „isolierte souveräne Individuum“ berechtigt, entfaltet das Solidaritätsprinzip seine regulative Wirksamkeit im Kontext konkret existierender Gemeinschaften. Das Solidaritätsprinzip ist notwendige Bedingung für die Formulierung und Durchsetzung wechselseitiger Einstandspflichten, das Freiheitsprinzip für die Wirklichkeit liberaler, negatorischer Freiheit. Nicht das isolierte Individuum, sondern die gegebene Gemeinschaft ist logisch wie rechtspraktisch konstruktiver Ausgangspunkt des Solidaritätsprinzips. Damit stellt sich die Frage, wie in einem freiheitlichen Rechtsstaat „Gemeinschaft“ verfassungsrechtlich gedacht und grundrechtskonform ausgestaltet werden kann.

Gemäß dem grundrechtlichen Freiheitsprinzip muß sich jede Form von Herrschaft vor dem grundrechtlich gewährleisteten Freiheitsanspruch des Individuums rechtfertigen. Demgegenüber fragt das Solidaritätsprinzip nicht nach rationaler Rechtfertigung der gegebenen Gemeinschaft, sondern fordert unbedingte Pflichterfüllung ihrer Angehörigen ein. Solidarpflichten innerhalb einer existierenden Gemeinschaft sind unbedingte zu erfüllen; sie sind aus sich heraus legitim, weil und solange die Gemeinschaft existiert. Und diese hat ein Recht zu existieren, weil sie existiert. Damit stellt sich die Frage, wie sich staatsbürgerliche Solidarpflichten zu den verfassungsrechtlich verbürgten Grundrechten der Bürger verhalten.

Solidarpflichten sind idealtypisch das Gegenteil von Grundrechten, nämlich Grundpflichten. Nicht Freiheit, sondern Pflicht ist das Gesetz der Solidarität. Als Titel zur unbedingten Pflichtenerfüllung steht es den der Idee menschlicher Freiheit verpflichteten Grundrechten

diametral gegenüber: solidarische Grundpflicht in Gemeinschaft ist das Gegenteil zur grundrechtlichen Freiheit zur individuellen Selbstverwirklichung. Selbstentfaltung auf Kosten der Gemeinschaft ist der glatte Widerspruch zum Gebot der Solidarität.

Die rechtsstaatliche Struktur des freiheitlich-demokratischen Staates hat für die Sache „Solidarität“ keine Worte. Weil die Verfassung die Solidarstruktur des Staates voraussetzt, thematisiert sie nicht die solidarischen Grundpflichten und zeichnet keine rechtliche Strukturierung des Solidaritätsprinzips vor. Die positivistisch orientierte Staatsrechtslehre bietet keine verfassungsrechtliche Dogmatik zur Einbindung des Solidarprinzips an, die Verfassungstheorie beschränkt sich auf die nachzeichnende Rekonstruktion des Prinzips in verfassungsrechtlichen Regelungskomplexen.¹² Im Übrigen besteht ein beliebter Ausweg aus dem verfassungsrechtlichen Dilemma in der Eskamotierung des Begriffs und der Verweisung des Problems auf die Sozialethik. Das Problem diffundiert in die Kategorien der Verfassungsvoraussetzungen und -erwartungen¹³ und läuft rechtspraktisch leer. Solidarität wird zum Gegenstand von Sonntagspredigten, Titel für moralische Appelle, zum Vademecum der Verteilungspolitik und dient rechtspolitisch zur Rechtfertigung von Freiheitsbeschränkungen. Doch die grundrechtstheoretische Herausforderung des Solidaritätsprinzips wird dadurch nicht bewältigt: wie verhalten sich die Grundrechte des Grundgesetzes zu den rechtlich wirksamen Solidarpflichten des Bürgers im Staat?

Ohne eine nähere Begriffsanalyse des Solidaritätsprinzips einschließlich dessen immanenter Logik sind diese Fragen nicht zu beantworten: wenn Solidarität unbedingte Pflichterfüllung aus spezifischer Verbundenheit fordert, stellt sich die Frage nach der Legitimation dieser Verbundenheit in Form der Gemeinschaft (B.). Weil der Staat Solidargemeinschaft ist, können Grundrechte dem Grunde nach nicht Abwehrrechte gegen die Erfüllung elementarer staatsbürgerlicher Solidarpflichten sein (C.). Unter Achtung der verfassungsrechtlichen Grundrechte kann der Staat in den Grenzen der Verhältnismäßigkeit auch neue unterstaatliche Solidargemeinschaften gründen und damit Solidarität stiften (D.). Schließlich bilden die Grundrechte Titel zu ethisch begründeter, freiwilliger Solidarität in den Grenzen und nach Maßgabe freiwilliger Gemeinschaftsbindung (E.).

B. Das Prinzip Solidarität

I. Begriff der Solidarität

Mehrere ideengeschichtliche Entwicklungen gehen in den Begriff der Solidarität ein.¹⁴ Als Rechtsbegriff bezeichnete Solidarität ursprünglich die kollektive genossenschaftliche Verantwortung für die Schuld eines einzelnen.¹⁵ Dieses asymmetrische Entstehen-Müssen wird von den französischen Sozialreformern zu Beginn des 19. Jahrhunderts im Sinne der christlichen Nächstenliebe durch die symmetrische Verpflichtung aller gegenüber allen ersetzt. Die „Brüderlichkeit“ der Revolutionsparole sollte durch den Begriff der Solidarität „rechtlich ausgestaltet“ werden. Politisch instrumentalisiert tritt der Begriff als Parole in den Kämpfen der 48er Revolution zunächst an die Seite der „Brüderlichkeit“ und verdrängt diesen unter dem Einfluß von Karl Marx in den Proklamationen der Arbeiter-Assoziationen und wird allmählich zum zentralen Gedanken der deutschen Arbeiterbewegung. Insoweit bezeichnet der Begriff der Solidarität nunmehr eine gemeinsame Interessenlage bei gleichzeitiger wechselseitiger Abhängigkeit und zielt auf gemeinsame Aktionen. Diese Mischung aus juristischer Herkunft, sozialetischer Verpflichtung und politischer Instrumentalisierung verleiht dem Begriff bis

heute seine ungebrochene Attraktivität als Kristallisationsbegriff für politische Hoffnungen, Träume und Utopien.¹⁶ Als Rechtsprinzip ebenso wie als ethische Erwartungshaltung dient der Solidaritätsbegriff als legitimationsvermittelndes Prinzip im Sozialversicherungs- und Arbeitsrecht, im Völker- und Europa- sowie im Staatsrecht.¹⁷

Ungeachtet der ubiquitären Verwendungsweisen weist der Solidaritätsbegriff einen relativ festen Bedeutungskern auf: er bezeichnet ein wechselseitiges Entstehen aus spezifischer Verbundenheit im Rahmen einer Personengesamtheit. Dieser Grundgedanke hat im Laufe der Zeit verschiedene Ausdrucksformen und Umschreibungen erfahren: „Alle für einen – einer für alle“, „Alle sitzen in einem Boot“, „rechtliche Ordnung der Brüderlichkeit“.¹⁸ Gemeinsam aber sind all diesen Umschreibungen drei konstitutive Elemente einer jeden Solidaritätsbeziehung: die Existenz einer konkreten Solidargemeinschaft (II.), das Sicherheitsversprechen, daß die Mitglieder der Gemeinschaft sich wechselseitig geben (III.), sowie die daraus resultierendem Pflichten, die jeder einzelne unbedingt zu erfüllen hat (IV.).

II. Gemeinschaft als Grund

Solidarität ist ohne Gemeinschaft nicht zu denken. Der Solidaritätsbegriff geht von einer „Gemeinschaft“ aus, ohne indes deren spezifische Substanz, ihre Merkmale und Voraussetzungen zu benennen. Die abstrakte Antwort liegt im Begriff der Solidargemeinschaft: die Gemeinschaft bezeichnet den Grund des solidarischen Handelns. Was aber macht eine Solidargemeinschaft konkret aus? Wer gehört ihr und aus welchem Grund an – und wer nicht?

Eine menscheitsumspannende kosmopolitische Universalsolidarität – „Alle Menschen werden Brüder“ – ist mit *Schiller* gut gedichtet, aber praktisch nur unter angebbaren Ausnahmebedingungen zu realisieren. Stoische und christliche Wurzeln haben zwar immer wieder die Einheit des Menschengeschlechtes beschworen, werden aber just im Zeitalter der universalen Menschenrechte und Globalisierung, in dem diese Einheit erstmals in der Weltgeschichte real erfahrbar wird, immer mehr zu rhetorischen Gemeinplätzen der Politik, während sie sich gleichzeitig handlungspraktisch ins Leere verdünnen.¹⁹ Wenn Solidarität mehr sein will als wohlfeile rhetorische Betroffenheitsbekundung, wenn sie also praktisch werden soll, bedarf sie unumgänglich Unterscheidungen. Tätige Solidarität entfaltet sich unter den Bedingungen der Knappheit stets und nur selektiv.²⁰ Das wußte schon *Augustinus*: „Alle Menschen sind in gleicher Weise zu lieben. Da man aber nicht für jedermann sorgen kann, so muß man vornehmlich für jene Sorge tragen, die einem durch die Verhältnisse des Ortes, der Zeit oder irgendwelcher anderer Umstände gleichsam durch das Schicksal näher verbunden sind“.²¹ Garanten solidarischer Sicherheitsversprechen sind also stets konkrete Gemeinschaften.

Gemeinschaft steht begrifflich in einem Gegensatz zu Gesellschaft.²² Ist diese auf Interessenausgleich freier Individuen gerichtet, die nach dem Prinzip des „do ut des“ operieren, ist Gemeinschaft durch eine substantielle Gleichheit geprägt, die das solidarische Sicherheitsversprechen trägt und garantiert. Die solidarische Pflichterfüllung bildet nicht den Grund für das gemeinschaftliche Zusammenstehen, sondern folgt aus ihm. Die Solidargemeinschaft gründet nicht auf dem Teilen, sondern findet darin ihren spezifischen Ausdruck. Über den Tatbestand, an den es anknüpfen kann, gibt das Rechtsprinzip der Solidarität allerdings keine Auskunft; es setzt den Tatbestand der Solidarität voraus.

Es ist das je konkrete Schicksal „des Ortes, der Zeit und irgendwelcher anderer Umstände“, das die von ihm Betroffenen einander „näher verbunden sein läßt“, zu einer Gemeinschaft zusammenschmiedet. Das Schicksal bildet jene besondere, substantielle Gleichheit aus, aus der eine Gemeinschaft ihre Einheit konstruiert. Diese Homogenität läßt die Angehörigen einer Gemeinschaft einander näherstehen als gegenüber Dritten, ungeachtet aller Unterschiede zwischen ihnen im Übrigen. Zu den schicksalhaften, dem Einzelnen unverfügbar vorgegebenen homogenen Gemeinschaften zählen insbesondere Familie und Staat,²³ aber auch die Notgemeinschaft, deren Mitglieder, solange die Not dauert, unentrinnbar und damit gleichsam „brüderlich“ aneinander gebunden und deshalb – existentiell und insoweit substantiell – einander verbunden sind. Die Homogenität einer geborenen Solidargemeinschaft bewirkt in der Konsequenz eine fundamentale, im Kern unüberbrückbare Unterscheidung zwischen Menschen, die auch ethisch Bestand hat. Zwar sind an sich alle Menschen gleich, aber weil und insoweit sich jeder Mensch in vielfachen schicksalsbedingten Beziehungsgefügen befindet, gilt: die an einer konkreten Solidargemeinschaft Beteiligten sind als Folge dieser ihrer substantiellen Gleichheit füreinander gleicher.²⁴ Sie schulden einander mehr solidarischen Beistand und brüderliche Liebe als gegenüber außenstehenden Dritten, und zwar umso mehr, je enger das sie verbindende Band ist.²⁵ So ist „Brüderlichkeit“ den leiblichen Brüdern mehr geschuldet als dem eigenen Volk, diesem mehr als der Menschheit.²⁶ Seine christliche Pflicht zur Nächstenliebe verletzt nicht, wer seine Solidarität ganz dem Nächsten zukommen läßt, nicht aber dem Fernerstehenden: man muß nicht gleichmäßig unter den Menschen teilen, sondern darf und muß unterscheiden.²⁷

Das Solidaritätsprinzip ist offen für unterschiedliche Inhalte und Intensitäten des gemeinschaftlichen Zusammenstehens:²⁸ die Sicherheit, die der einzelne in und durch die Gemeinschaft erstrebt wie erfährt, kann die physische Sicherheit seines Körpers oder seines Besitzes sein, die Sicherheit seiner Freiheit oder die soziale Sicherheit gegen die Wechselfälle des Lebens bis hin zu der – metaphysischen – Sicherheit, die die Antwort auf die Frage nach dem Sinn des Lebens verspricht. Über Inhalt und Zeitraum, Umfang und Intensität des Solidarversprechens entscheidet jede Solidargemeinschaft für sich. Solidarität kann strukturell auf eine auf unbegrenzte Zeit angelegte Sicherheit zielen oder der Bewältigung einer kurzfristigen Notlage dienen. Wird eine Solidargemeinschaft zum Zwecke der Bewältigung eines bestimmten Risikos begründet, findet diese in dieser Zwecksetzung Grund sowie Grenze ihrer Rechtfertigung: solange das Risiko andauert und solange die Gemeinschaft die solidarische Sicherheit gewährleistet, ist die Solidargemeinschaft legitim. Bildet sich eine Solidargemeinschaft zur Bewältigung einer akuten, kurzfristigen Notlage, entsteht und verfällt sie mit deren Bewältigung. Solidarität kann auf Gewährleistung eines Minimums an Sicherheit zielen oder eine maximale Rundumsicherheit erstreben. Sie ist offen für Ziel wie Niveau des solidarischen Einstehens füreinander: soll nur die physische oder auch die soziale Sicherheit solidarisch gewährleistet werden, soll nur ein Mindestmaß an Sicherheit solidarisch gesichert werden oder zielt das Solidaritätsprinzip auf ein umfassend zu verstehendes, optimales Wohlergehen der Gemeinschaftsmitglieder?

Solidarität kann dem rationalen Kalkül eines Sicherheitsbedürfnisses entspringen, aber auch in emotionalen Ereignissen und einem Wir-Gefühl gründen. In jedem Fall aber beruht Solidarität auf einer spezifischen und wechselseitigen Verantwortung.²⁹ Das grenzt sie ab zur selbstlosen Nächstenliebe und Empathie; beides kann indes auch solidarische Praxis und Gemeinschaft hervorbringen und stärken.

III. Sicherheit als Ziel

Solidarität bedeutet Sicherheit durch Gemeinschaftlichkeit. Eine solidarische Gemeinschaft läßt keines ihrer Mitglieder allein: darin besteht die Sicherheit eines jeden als Teil einer Gemeinschaft. Niemand ist auf sich allein gestellt, sondern kann sich der Hilfe ebenso sicher sein wie er umgekehrt verpflichtet ist, in Not geratenen Mitgliedern der Gemeinschaft im Notfall beizustehen.

Solidarität als Grundprinzip einer Gemeinschaft steht begrifflich im Gegensatz zum Prinzip individueller Freiheit. Freiheit bedeutet Chance wie Risiko, d.h. Unsicherheit; Solidarität gewährt Sicherheit. In einer Solidargemeinschaft kann sich Freiheit nur im Rahmen der Solidarität entfalten, nicht aber gegen sie. Indem die Solidargemeinschaft das Risiko als untrennbaren Bestandteil individueller Freiheit solidarisch kollektiviert, kann es Freiheit nur in dem Maße anerkennen und zulassen, wie sie keine Gefahren für das Sicherheitsversprechen darstellt: *in dubio pro securitate*.³⁰

IV. Solidarpflicht als Mittel

Das Solidaritätsprinzip verspricht Sicherheit („alle für einen“), fordert aber unbedingte Solidarbereitschaft („einer für alle“). Worin die praktischen Konsequenzen solidarischer Pflichterfüllung bestehen, ergibt sich aus den objektiven Notwendigkeiten, Bedürfnissen und Umständen einerseits, den subjektiven Möglichkeiten und Fähigkeiten andererseits. Aus diesen erwachsen den Solidarpflichtigen im gegebenen Fall ihre konkreten Aufgaben. Solidarisches Handeln kann bestehen in moralischer wie materieller Hilfsbereitschaft, tätiger Hilfe oder Geldleistungen. Bloß semantische oder symbolische Rituale des Helfens hingegen schmücken sich zwar gerne mit dem Etikett Solidarität, ihnen fehlt aber das entscheidende Element persönlicher Hilfe, Hingabe und Aufopferung für andere. Da sie buchstäblich nichts kostet, kann man sie noch für die fernsten und entlegensten aller Brüder dieser Welt leisten und vor allem von anderen einfordern: diese Hypermoral bedeutet praktisch eine Entleerung und Entwürdigung des Solidaritätsbegriffs, der zu billiger und unverbindlicher Betroffenheitsrhetorik verkommt.³¹ „Echte“ Solidarität ist demgegenüber angelegt auf praktische Konsequenz und tätige, selbstlose Zuwendung. Die solidarische Verbundenheit durch Gemeinschaft fordert die unbedingte Verbindlichkeit der wechselseitigen Verpflichtungen.

Solidarität verlangt unbedingte Pflichterfüllung, jedoch nur nach Maßgabe dessen, was dem einzelnen Mitglied nach seinen individuellen Fähigkeiten konkret möglich ist. Die Solidarpflicht geht auf das, was der Einzelne nach seinen Fähigkeiten zum Gelingen der Gemeinschaft beitragen kann. Nicht jedes Mitglied schuldet der Gemeinschaft das Gleiche, sondern nur nach dem Grad des ihm Möglichen, dies aber in jedem Fall unbedingt. Die solidarische Pflichtengleichheit dem Grunde nach konkretisiert sich in Ansehung der Aufgaben und Fähigkeiten: „Wer kann, der muß.“

V. Vielfalt und Ebenen von Solidarität

Legitimation und Inhalt, Intensität und Grenzen, Herausforderungen und Problemlagen des Solidaritätsprinzips können nur in Ansehung konkreter Solidargemeinschaften erörtert werden. Solidarbeziehungen finden sich in der gesellschaftlichen Wirklichkeit in vielfältigsten Formen, Abstufungen, Anwendungsbereichen. Sie können von Freundschaftsbeziehungen bis zur Familie reichen, prägen religiöse Gemeinschaften (Orden) ebenso wie sportliche und berufliche Teams, tragen die (National-) Staaten ebenso wie föderale Zusammenschlüsse von Staaten bis hin zur Weltgemeinschaft aller Menschheit. Sie können sich spontan (Schicksalsgemeinschaft) oder planmäßig bilden, treten als geborene (Familie) oder gewillkürte (Bund) Solidargemeinschaft ins Leben, werden in freiheitlicher Selbstorganisation gegründet oder aber staatlich oktroyiert (Sozialversicherung).

Juristische Stabilität gewinnt das Solidaritätsprinzip über Institutionen, welche die konkreten Rechte und Pflichten nach rechtlichen Maßstäben bestimmen, Bedarf wie Belastbarkeit der Gemeinschaftsmitglieder austarieren. Im Verfassungsstaat wirft das Solidaritätsprinzip Implikationen grundrechtsdogmatischer und bundesstaatsrechtlicher Art auf.³² In grundrechtsdogmatischem Kontext müssen drei Solidaritätsebenen abgeschichtet werden: der Staat als Solidargemeinschaft und das Verhältnis der Grundrechte zu den solidarischen Grundpflichten (C.); Legitimation und Grenzen staatlicher Gründung unterstaatlicher, d.h. nicht alle Staatsbürger umfassender Zwangssolidargemeinschaften (D.). Und schließlich diejenigen freien Solidargemeinschaften, die die Bürger in Eigeninitiative aus eigenem ethischem Impetus heraus und auf der Grundlage ihrer Grundrechte bilden (E.).

C. Solidarität als Voraussetzung grundrechtlicher Freiheit

I. Staat als Solidargemeinschaft

Der Staat als Rohform politischer Einheit ist Solidargemeinschaft.³³ Würde er nicht existentiell getragen von den Menschen, die ihn als ihre politische Heimat ansehen, in dem sie ihr Leben verbringen wollen und über den sie einander auf Dauer solidarisch verbunden sind, es gäbe ihn nicht. Jeder Staat beruht auf einem „einzig Volk von Brüdern, in keiner Not uns trennen und Gefahr“ (*Schiller*), bildet insofern eine Gemeinschaft, die niemanden allein läßt, jedem beisteht, aber auch von jedem verlangt, dazu das ihm Mögliche zu leisten. Während die romantische Staatstheorie diesen Tatbestand als sich von selbstverstehende Tatsache zur unbefragten Grundlage ihrer Überlegungen machte, hat die mechanistische Staatslehre diesen Grundgedanken in die Gestalt des Staatsvertrages hineingelegt: die Gründung der staatlichen Solidargemeinschaft als Ergebnis eines rationalen Zusammenschlusses gegen die Fährnisse des physischen Überlebens. Beide idealtypisch einander entgegengesetzten Staatstheorien reflektieren die Realität staatlich organisierter politischer Herrschaft: sie gründen in natürlich überkommener, unverfügbar vorgegebener „geborener“ Solidarität oder in rational gewillkürter, zweckgerichteter „gekorener“ Solidarität.³⁴ Homogenität³⁵ und Bund bilden die zwei Grundlagen staatsbürgerlicher Solidarität, die den Staat als solchen legitimieren und in der politischen Realität der modernen Staatenwelt in spezifischen, wenn auch unterschiedlichen und veränderlichen Mischungsverhältnissen vorliegen.³⁶

Aus der Zugehörigkeit zu einem Staatsverband folgt die Not- und Schicksalsgemeinschaft des Volkes, die durch die Verfassung rechtlich konkretisiert und durch die Staatsangehörigkeit

rechtlich beglaubigt wird. Das Band der Staatsangehörigkeit verbindet den Bürger grundsätzlich sein Leben lang mit „seinem“ Staat, und zwar auf Gedeih und Verderb. Mögen Einzelne sich in der modernen Welt als „global player“ verstehen, deren Heimat der Flughafen und deren Freunde im Internet sind: die Masse der Menschen bleibt allen Virtualisierungsentwicklungen zum Trotz an die heimatliche, d.h. staatliche „Scholle“ gebunden. Und viele „global player“ kehren reumütig zu dieser zurück, wenn die virtuellen Blasen geplatzt sind. Die Globalisierung bedeutet nicht das Ende realer Verbundenheit in wechselseitiger Verpflichtung, im Gegenteil: gerade in der globalisierten Welt wächst kompensatorisch das Bedürfnis wie der Wille des Menschen zur kleinen, authentischen politischen Einheit, die ihnen kulturell vertraute Heimat ist: Sicherheit in staatlicher, regionaler, familiärer, d.h. real erfahrbarer Geborgenheit.

Allerdings differenziert sich in der globalisierten Welt das Solidaritätspotential politisch aus. Die Ausdifferenzierung von politischer Solidarität in Zeiten globaler Vernetzung beläßt den Staat im Zentrum politischer Identität, umgibt ihn indes mit zahlreichen weiteren Solidarbeziehungen nach unten – Land, Region, Stadt, Gemeinde – und nach oben – Europäische Union, Vereinte Nationen. Diese über- wie unterstaatlichen Solidarbeziehungen nehmen dem Staat die Monopolstellung politischer Solidarität, lassen diese gar partiell in den Hintergrund treten. Gleichwohl bleibt der Staat Mittelpunkt politisch organisierter Solidarität; aus dieser beziehen alle anderen Solidareinheiten nach wie vor ihre politisch entscheidenden Solidaritätsressourcen.

II. Freiheit in und durch Gemeinschaft

Den Staat mit und aus der Kategorie der Solidargemeinschaft zu beschreiben ist gegenwärtig weder üblich noch populär. Tatsächlich steht der Staat des Grundgesetzes in der Tradition der neuzeitlichen Ideengeschichte, deren Eckpfeiler Freiheit und Selbstbestimmung, Emanzipation und Individualismus, Rationalismus und Liberalismus sind. In diesen verfassungsgeschichtlichen Errungenschaften liegt indes keine verfassungsrechtliche Absage an den Solidarcharakter des Staates. Die Verfassung kann diesen als selbstverständlich voraussetzen, so daß die Verfassung als konkrete rechtliche Ausgestaltung der staatlichen Solidarität gelesen werden kann.³⁷ Und das Verfassungsrecht muß die Solidarstruktur des Staates voraussetzen, weil der Staat nur als Solidargemeinschaft existieren und ohne sie nicht gedacht werden kann. Das Grundgesetz ist nicht Absage an und Gegenmodell zur staatlichen Solidargemeinschaft, sondern deren liberale Modifikation und rechtliche Ausgestaltung.

Der Staat ist Solidargemeinschaft, als freiheitlich-demokratischer Staat verfügt er indes nicht über ein Solidaritätsmonopol. Der demokratische Staat wahrt den Mittelweg zwischen Freiheit und Pflicht: er entsagt einer Totalisierung staatsbürgerlicher Solidarität³⁸ ebenso wie er nicht in grundrechtlicher Selbst- und demokratischer Mitbestimmung seiner Staatsangehörigen aufgeht. Er gewährleistet seinen Mitgliedern eine unbedingte, wechselseitige Einstandspflicht gegen die Fährnisse des Lebens. Doch ist diese Sicherheitsgewähr begrenzt durch das in den Grundrechten positiviertete Freiheitsprinzip. Indem der Staat grundrechtliche Freiheit gewährleistet, er aber erst durch die Solidarität seiner Mitglieder existieren kann, gilt: Solidarität ist Voraussetzung von Freiheit. Grundrechte als effektive staatsgarantierte Freiheit gegen den Staat kann es nicht geben ohne die den Staat tragende Solidarität seiner Bürger.

Der freiheitlich-demokratische Staat realisiert somit erst das rechte Maß von Freiheit und Bindung. Er formuliert die Absage an den totalen Staat platonischer Provenienz ebenso wie die an einen libertären Anarchismus isolierter Egoisten. So ist das Menschenbild des

Grundgesetzes nicht das eines isolierten souveränen Individuums, sondern votiert für die apriorische Gemeinschaftsgebundenheit der Person, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten.³⁹ Der deutsche Verfassungsstaat zieht damit die Konsequenz aus der aristotelischen Einsicht, nach dem es „einen Grad an Einheit [sc. gibt], bei dem der Staat nicht mehr bestehen würde“,⁴⁰ aber auch einen Grad an Individualismus, bei dem der Mensch aufhört, ein Mensch zu sein.⁴¹

III. Die solidarischen Grundpflichten

1. Spezifischer Begriff der Grundpflichten

Solidarische Grundpflichten bezeichnen den Inbegriff aller Pflichten zur Schaffung und Erhaltung der Staatsorganisation und der Sicherstellung ihrer Aufgabenwahrnehmung nach Maßgabe individueller Leistungsfähigkeit der Mitglieder des Solidarverbands. Als strukturelle Verfassungsvoraussetzungen sind sie verfassungsrechtliche Selbstverständlichkeiten, bedürfen „an sich“ keiner Normierung und haben daher auch nur selten ausdrücklich Eingang in Verfassungstexte gefunden.⁴² Dem Grunde nach gelten sie apriorisch, sind aus sich heraus legitim, unterliegen keiner Rechtfertigung vor dem Freiheitsanspruch des einzelnen.

Die solidarischen Grundpflichten sind spezifische und daher zu unterscheiden von sonstigen „allgemeinen“ Grundpflichten. Diese sind entweder eine Zusammenfassung von ausnahmsweise in einer rechtsstaatlichen Verfassung vorkommenden verfassungsunmittelbaren Pflichten,⁴³ oder sie dienen im politischen Diskurs als ethisch begründete rechtspolitische Forderungen.⁴⁴ In dieser Form sollen sie ein Gegengewicht bilden zu der bestehenden, rechtsstaatlich gewollten und Freiheit sichernden Asymmetrie von grundrechtlicher Freiheit und gesetzlicher Bindung.

Spezifische Grundpflichten sind hingegen nur diejenigen Solidarpflichten, deren Erfüllung *conditio sine qua non* für die Existenz des Staates sind, die also nicht hinweg gedacht werden können, ohne daß der Staat entfielen. Sie bilden die materiale Substanz der politischen Gemeinschaft, schaffen eine Homogenität unter deren Angehörigen, die sich in der Solidargemeinschaft fraglos aufgehoben fühlen dürfen. Als Solidargemeinschaft ist der Staat – aus der Perspektive grundrechtlicher Freiheit heraus formuliert – apriori legitime Umverteilungsgemeinschaft. Die Umverteilungswirkungen der staatlichen Existenzweise lassen sich an den drei spezifisch solidarischen Grundpflichten exemplifizieren: den Frieden zu wahren, den Gesetzen zu gehorchen und die Lasten der Gemeinschaft solidarisch zu tragen.

2. Friedenspflicht und Gesetzesgehorsam

Die Friedenspflicht ist die elementarste aller materialen Grundpflichten.⁴⁵ Die Gehorsamspflicht gegenüber den Gesetzen hingegen bedarf als formale Grundpflicht der Ausfüllung durch das Gesetz. Anders als die Friedenspflicht ist sie logisch einer Normierung unfähig: wie jeder Rechtsbefehl bedürfte sie ihrerseits eines Geltungsgrundes, der seinerseits wiederum nur in einem Gehorsamsgebot bestehen könnte.⁴⁶

Friedens- und Gehorsamspflicht stehen als Grundpflichten des Bürgers gegenüber dem Staat weithin außer Streit. Als Kulturleistung des Abendlandes gehören sie zu den Selbstverständlichkeiten des grundgesetzlichen Gemeinwesens.⁴⁷ War sich das 18. Jahrhundert der staatsrechtlichen und staatsrechtlichen Bedeutung der Friedenspflicht noch bewußt,⁴⁸ so gerät sie im 19. Jahrhundert aus dem Blickfeld der Rechtslehre. Erneut in das Bewußtsein rückten

Friedens- und Gehorsamspflicht indes, als in den siebziger Jahren des 20. Jahrhunderts in der Bundesrepublik die bewußte Rechtsverletzung zum Mittel politischer Demonstration erkoren⁴⁹ und grundrechtlich zu unterfangen versucht wurde.⁵⁰

3. Steuerpflicht

In der Steuerpflichtigkeit konzentriert sich im freiheitlichen Rechtsstaat die materielle Solidarpflichtigkeit des Bürgers. Kein anderes Instrument neben dem Wehrdienst ist derart Ausdruck der apriorischen Gemeinschaftsbindung des einzelnen, der er unbedingt Tribut zu zollen hat. Deswegen ist die Steuerpflichtigkeit an keine andere Voraussetzung geknüpft als die Unterwerfung des Individuums unter die Gebietshoheit des Staates.⁵¹ Als Ausdruck solidarischer Gemeinschaftsbindung kommt der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit⁵² – in der Bandbreite einfachgesetzlicher Konkretisierungen – unverzichtbare Bedeutung zu.⁵³ In ihr gewinnt der Grundsatz der Lastengleichheit⁵⁴ seine materiale Ausfüllung.

4. Allgemeine Dienstleistungspflichten

Im grundgesetzlichen Verfassungsstaat kommt den allgemeinen öffentlichen Dienstleistungspflichten eine eher untergeordnete Bedeutung zu. Im Zentrum dieser sog. Naturalsteuern stehen die Wehr- und Ersatzdienstpflicht nach Art. 12a GG. Die herkömmlichen Hand- und Spanndienste⁵⁵ werden demgegenüber durch staatliche Leistungsvorkehrungen zunehmend zurückgedrängt und die Pflicht zur Übernahme von Ehrenämtern⁵⁶ (z.B. als Schöffen⁵⁷ oder Wahlbeisitzer⁵⁸) betrifft die breite Masse der Bevölkerung kaum. Im Fall der Wehr- und Ersatzdienstpflicht nach Art. 12a GG kommt die solidarische Verbundenheit des Bürgers mit der staatlichen Gemeinschaft prägnant zum Ausdruck. Sie betrifft alle Staatsbürger⁵⁹ existentiell und fordert von ihnen, nach Maßgabe ihrer Leistungsfähigkeit zu den Belange der Gemeinschaft nach außen (Verteidigung)⁶⁰ und nach innen (soziale Dienste) beizutragen.⁶¹

Ihren existentiellen Charakter zeigt die staatsbürgerliche Solidarpflicht im Kriegsfall. Gegen Bedrohungen der staatlichen Existenz ist jeder Bürger verpflichtet, das Seine dazu beizutragen, das Gemeinwesen zu verteidigen: „Erfordert die Verteidigung des Staates die Hilfe sämtlicher Bürger, so ist nicht bloß jeder Waffenfähige, sondern auch wer das Geringste zum Siege beitragen kann, zum Kriegsdienst verpflichtet: sonst wäre die Errichtung des Staates, zu dessen Erhaltung die Bürger weder Willen noch Mut haben, vergeblich“.⁶² Im Ausnahmefall des Krieges kann staatsbürgerliche Solidarität die Aufgabe des eigenen Lebens bedeuten: das Opfer verbürgt und beglaubigt die Existenz der Gemeinschaft.⁶³

5. Besondere Dienstleistungspflichten

Anders als die allgemeinen Dienstpflichten gelten die speziellen Dienstpflichten nicht apriorisch, sondern kraft Verpflichtung und nur für einzelne Gruppen, insbesondere für die Beamten. In der Institution des Berufsbeamtentums zeigt sich die Solidaritätsstruktur des modernen Staates in nuce. Der Beamte tritt zum Staat in ein besonderes Näheverhältnis, dem ein wechselseitig bindendes Treueverhältnis entspringt.⁶⁴ Das Beamtenverhältnis hält damit Distanz zum privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, das von gegensätzlichen Interessen der Arbeitgeber und -nehmer geprägt ist. Es verpflichtet den Beamten zur vollen Hingabe an den Dienstherrn. Deshalb steht ihm kein Dienstverweigerungsrecht zu.⁶⁵ Der – prinzipiell unbegrenzten – Leistungspflichtigkeit des Beamten entspricht kein synallagmatischer Anspruch auf

Lohn. Der Beamte hat keinen Anspruch auf die geschuldete Besoldung. Die Versorgung, die der Staat seinen Bediensteten schuldet, ist die Folge, aber nicht der Zweck des Amtes.⁶⁶ Die amtsangemessene Alimentation ist nur objektiv-rechtliche Verpflichtung des Dienstherrn sowie Ausdruck seiner Fürsorgepflicht.

IV. Verfassungsdogmatik der Solidarpflichten

1. Negatorische Freiheit gegen solidarische Grundpflichten?

a) Grundsatz: Kein Abwehrrecht gegen Solidarpflichten

Der freiheitliche Verfassungsstaat kennt keine verfassungsunmittelbaren Pflichten des Bürgers. Jede Inpflichtnahme des Bürgers bedarf formell des demokratisch legitimierten Gesetzes und materiell der Rechtfertigung vor dem Freiheitsanspruch des einzelnen. Diese Asymmetrie von Rechten und Pflichten ist strukturelles Merkmal einer freiheitlichen Verfassungsordnung.⁶⁷ Anderes gilt für die solidarischen Grundpflichten des Bürgers. Diese gelten apriorisch. Sie sind zwar gesetzlicher Konkretisierung zugänglich und bedürftig, unterliegen aber prinzipiell keiner Rechtfertigungspflicht: sie finden ihre Legitimation in der Existenz der staatlichen Solidargemeinschaft. Gleichzeitig ermöglichen diese Grundpflichten die Existenz der konkreten Solidargemeinschaft „Staat“ und schaffen damit die Bedingung der Möglichkeit effektiver Geltung von Grundrechten. Die Idee subjektiver Grundrechte würde ad absurdum geführt, wenn sie sich auch gegen ihre Geltungsvoraussetzungen richten könnte.

Eben deswegen kann der Bürger gegenüber den solidarischen Grundpflichten keine „Freiheit an sich“ geltend machen. Es gibt im Verfassungsstaat nur Grundrechte, d.h. eine Freiheit im und durch Staat, aber keine Freiheit gegen Staatlichkeit; das wäre Anarchie. Im Staat ist jeder Staatsbürger allerdings nicht nur Destinatar des solidarischen Sicherheitsversprechens, sondern vor allem auch nach Maßgabe seiner Leistungsfähigkeit dazu verpflichtet, seinen Beitrag zu dieser Gemeinschaftslast zu leisten. Gegen diese apriorische Verpflichtung kann er sich nicht auf Grundrechte berufen. Andernfalls handelte er als Trittbrettfahrer unmoralisch und widersprüchlich zu seinem Willen zum Staat.

Die apriorische, vorverfassungsrechtliche Geltung solidarischer Grundpflichten schließt es prinzipiell aus, die verfassungsrechtlich positivierten Grundrechte den staatsbürgerlichen Grundpflichten gegenüber in Ansatz zu bringen. Die rechtsstaatliche Asymmetrie zwischen verfassungsrechtlich garantierten Freiheitsrechten und gesetzlich vermittelten Pflichten findet – auf höherer Ebene – derart eine Entsprechung in der staatsrechtlichen⁶⁸ Asymmetrie von – verfassungsrechtlich vorausgesetzten – solidarischen Grundpflichten und – verfassungsrechtlich normierten – Grundrechten. Der Staat ist als solcher nicht durch Grundrechte legitimiert; vielmehr ermöglicht erst die Existenz des Staates die rechtliche Wirksamkeit der Menschenrechte als Grundrechte. Nur der Staat kann Grundrechte effektiv gewährleisten und schützen. Auch der freiheitliche Rechtsstaat kann Freiheit nur geben, wenn die Bürger die Lasten der staatlichen Gemeinschaft solidarisch tragen. Solidarische Grundpflichten bilden den Tribut für ein Leben in staatlich garantierter Freiheit. Die grundrechtsdogmatische Sonderstellung der solidarischen Grundpflichten als apriorische, dem Grunde nach keiner Rechtfertigung bedürftige, läßt sich der Sache nach bei allen spezifischen Grundpflichten nachweisen.⁶⁹ Allerdings bekennt sich die Grundrechtsdogmatik nicht offen zum Grundsatz der apriorischen Geltung der solidarischen Grundpflichten. Vielmehr bemüht sie eine Vielzahl von

rhetorischen und dogmatischen Kunstgriffen, um der apriorischen Geltung der Grundpflichten im Ergebnis doch Rechnung tragen zu können.

b) Friedens- und Gehorsamspflicht als „immanente Grundrechtsschranke“

Die Pflicht, den Frieden zu wahren und den Gesetzen Folge zu leisten, klingt im Grundgesetz an, wenn Art. 2 GG das allgemeinste aller Freiheitsrechte an die Voraussetzung bindet, die „Rechte anderer“ nicht zu verletzen, nicht gegen die „verfassungsgemäße Ordnung“ und das „Sittengesetz“ zu verstoßen. Auch Art. 8 GG gemahnt an die Friedenspflicht, wenn er Versammlungsfreiheit unter der Bedingung gewährt, daß man sich „friedlich und ohne Waffen“ versammelt. Friedenspflicht und die Pflicht zum Gesetzesgehorsam bedürfen keiner gesetzlichen Begründung, wohl aber gesetzlicher Ausfüllung: sie gelten kategorisch. Deswegen kann derjenige keinen Grundrechtsschutz für sich aktivieren, der der Friedens- und Gehorsamspflicht zuwiderhandelt. Auch rechtswidriges Verhalten kann nicht durch Rückgriff auf Grundrechte gerechtfertigt werden. Ist das Gesetz und seine Anwendung im Einzelfall verfassungskonform, ist es unbedingt zu befolgen. Der Gesetzesgehorsam ist immanente Voraussetzung grundrechtlich gewährter Freiheit.

Tendenzen, den zivilen Ungehorsam in der Form symbolischer Rechtsverletzungen⁷⁰ grundrechtlich zu unterfangen,⁷¹ sind daher grundsätzlich fragwürdig. Wenn das Bundesverfassungsgericht in Ansehung einer Nötigung in eine Verhältnismäßigkeitsprüfung eintritt, ob das Anliegen der Nötigenden im Verhältnis zum verfolgten Zweck die Nötigung rechtfertigen kann, bedeutet das in der Konsequenz, daß die Friedens- und Gehorsamspflicht im Einzelfall des Nachweises der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit gegenüber dem Interesse desjenigen bedürfte, der aus Protest die Grundpflicht des Rechtsgehorsams und der Friedenswahrung mißachtet.⁷² Entsprechend müßte sich das Tötungsverbot der §§ 211 ff. StGB vor dem Grundrecht des Berufsmörders rechtfertigen, das Verbot der Nötigung und Geiselnahme vor dem „Demonstrationsgrundrecht“. Tatsächlich ist dem Rechtsbrecher apriori jede grundrechtliche Legitimation abzuspochen. Das ist mehr als nur eine Frage der rechtlichen Konstruktion: wer privater Gewaltanwendung und Rechtsbruch im Ansatz Grundrechtsschutz zuzubilligen geneigt ist, höhlt nicht nur das staatliche Gewaltmonopol aus, sondern entbindet private Gegengewalt und unterhöhlt damit die Freiheitlichkeit des Gemeinwesens. Vor allem aber liegt darin eine Verletzung der allen obliegenden solidarischen Grundpflicht der Friedenswahrung, auf deren Wahrung der Staat existentiell angewiesen ist. Daher kann in solchen Fällen allenfalls taktisches Dulden, aber niemals prinzipielle Rechtfertigung der Unfriedlichkeit und des Rechtsbruchs die Lösung sein.

c) Steuerpflichtigkeit „ohne weiteres“

Die staatsbürgerliche Grundpflicht solidarischer Lastentragung reduziert sich gegenwärtig im Wesentlichen auf die Steuerpflicht. Lange Zeit hinweg war es insoweit einhellige Auffassung, daß die Steuerpflicht die grundgesetzliche Eigentumsgarantie nicht berühre. So hat das Bundesverfassungsgericht beispielsweise ebenso lapidar wie zutreffend formuliert, daß „jeder Bürger ohne weiteres der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit unterworfen“ ist.⁷³ Steuern sind also nach Maßgabe des Gesetzes dem Grunde nach „ohne weiteres“ als apriorische Solidarpflicht zu erbringen. Die rechtlich grundsätzlich unbeschränkte Befugnis zur Besteuerung setzt den Staat überhaupt erst in den Stand, den Umfang seiner Aufgaben demokratisch zu bestimmen und diese zu erfüllen. Der Rechtsstaat als Steuerstaat beruhe mithin

auf der scharfen Abgrenzung der Steuerhoheit von dem in den Grundrechten gewährleisteten Schutz des Eigentums. Das Leerlaufen der Eigentumsgarantie gegenüber der Besteuerung ist eben der „Preis für die Gewährleistung sozialer Sicherheit und die Förderung sozialen Fortschritts durch den Staat“.⁷⁴

Diese Sichtweise hat sich seither deutlich verschoben. Die Besteuerung wird heute vielfach als hoheitlicher Eingriff in das private Geldvermögen gesehen, der deshalb an Art. 14 GG zu messen sei.⁷⁵ Suchte das Bundesverfassungsgericht die Lösung zunächst darin, nicht den Steuerzugriff als solchen, wohl aber eine „übermäßige, konfiskatorisch wirkende“ Besteuerung mit Hilfe der Eigentumsgarantie verfassungsrechtlich zu bewältigen,⁷⁶ so hat es in seinem Einheitswertbeschuß – jedenfalls für die Ertragssteuern auf das Vermögen – einen Halbteilungsgrundsatz aufgestellt. Danach muß die vermögensmäßige Gesamtbelastung des Bürgers „in der Nähe einer hälftigen Teilung zwischen privater und öffentlicher Hand verbleiben“.⁷⁷ Dieser Halbteilungsgrundsatz⁷⁸ sollte in idealtypischer und allgemeingültiger Weise eine (Ober-)Grenze der Sozialpflichtigkeit markieren.⁷⁹

Die spätere Aufgabe des Halbteilungsgrundsatzes durch das Bundesverfassungsgericht⁸⁰ ist ungeachtet der Begründung im einzelnen im Prinzip zutreffend Rückkehr. Sie bedeutet in der Sache eine Rückkehr und Anerkennung des staatlichen Steuerzugriffs als apriorische Solidarpflicht. Grundrechtsschutz kann gegen diesen prinzipiell nicht aktiviert werden, weil die Steuerpflicht des Bürgers eine zwar verfassungsrechtlich ausgeformte, im Kern aber apriorische Grundpflicht des Bürgers ist. Eine prinzipielle Begrenzung der Solidarpflicht „Steuer“ kann daher auch für den Normalfall nicht überzeugen. Solidarität kann in ihrer Intensität nicht grundrechtlich beschränkt sein, sondern muß sich gerade auch im denkbaren Grenzfall bewähren.⁸¹ Allerdings unterliegt Normierung wie Erhebung der Steuer gesetzlicher Ausgestaltung⁸² sowie dem Grundsatz solidarischer Lastengleichheit.⁸³

d) Wehrpflicht als „Selbstverständlichkeit“

Auch die Pflicht aller Staatsbürger, ihren Staat gegen Angriffe von außen zu verteidigen, ist apriorische Solidarpflicht, die nach Maßgabe gesetzlicher Ausgestaltung „ohne weiteres“ zu erfüllen ist. Als „selbstverständliche Pflicht des Staatsbürgers“ ist sie daher – in den Worten des Bundesverfassungsgerichts – mit den rechtlichen und geistig-politischen Prinzipien des Grundgesetzes „vollends vereinbar“. Deswegen „kann es nicht grundgesetzwidrig sein“, die Bürger zu Schutz und Verteidigung einer „Gemeinschaft, deren personale Träger sie selbst sind, heranzuziehen“.⁸⁴ Das bedeutet im Grundsatz, daß die Wehrpflicht keiner gesetzlichen Legitimation und Rechtfertigungspflicht bedarf.⁸⁵ Die Wehrpflicht „findet ihre Rechtfertigung darin, daß der Staat, der Menschenwürde, Leben, Freiheit und Eigentum als Grundrechte anerkennt und schützt, dieser verfassungsrechtlichen Schutzverpflichtung gegenüber seinen Bürgern nur mit Hilfe eben dieser Bürger und ihres Eintretens für den Bestand der Bundesrepublik Deutschland nachkommen kann. Mit anderen Worten: Individueller grundrechtlicher Schutzanspruch und gemeinschaftsbezogene Pflicht der Bürger eines demokratisch verfaßten Staates, zur Sicherung dieser Verfassungsordnung beizutragen, entsprechen einander.“⁸⁶

Der konkrete Inhalt der Solidarpflicht zur gemeinschaftlichen Verteidigung richtet sich nach den jeweiligen Gegebenheiten und Gefährdungslagen. Ob der Gesetzgeber eine allgemeine Wehrpflicht einführt, eine Berufsarmee aufstellt oder einen anderen Weg für angemessen hält,

obliegt der Einschätzung der demokratisch legitimierten Organe. Grundsätzlich aber kann der Staat jederzeit die Solidarpflicht zur gemeinsamen Verteidigung aktualisieren, bis hin zur Verpflichtung des einzelnen Bürgers, das Vaterland unter Einsatz des eigenen Lebens zu verteidigen.⁸⁷

e) Gesteigerte Treuepflichten

In einem besonderen Solidarverhältnis zum Staat stehen die Beamten. Sie treten ein in ein enges Verhältnis zum Staat, repräsentieren ihn und sind ihm daher zu besonderer Treue verpflichtet. Sie leisten einen Dienst nach „Eignung, Leistung und Befähigung“ und erhalten Versorgung nach Bedarf. Die solidarische Struktur des Beamtenverhältnisses wird deutlich in Grenzfällen: gegenüber Leistungskürzungen infolge einer allgemeinen Notlage oder nicht ausreichend zur Verfügung stehender Haushaltsmittel kann der Beamte keine subjektiven Rechte auf uneingeschränkte Besoldung geltend machen. Es ist vielmehr dem Beamtenverhältnis immanent, daß die ihm positiv-rechtlich zugestanden Ansprüche mit dem Gebot belastet sind, „auf die Belastbarkeit des Dienstherrn und dessen Gemeinwohlverantwortung Rücksicht zu nehmen“.⁸⁸

2. Gesetzliche Ausgestaltung der Grundpflichten

Grundpflichten sind auf konkretisierende Ausgestaltung durch das Gesetz angewiesen. Derartige Ausgestaltungsgesetze müssen sich im Grundsatz nicht gegenüber subjektiven Freiheitsrechten des Bürgers rechtfertigen. So folgt aus der verfassungsrechtlichen Verankerung der allgemeinen Wehrpflicht, daß ein Bundesgesetz, welches diese Pflicht in dem in Art. 12a Abs. 1 GG bezeichneten Umfang einführt, der Verfassung nicht nur nicht widerspricht, sondern nur eine in ihr enthaltene Grundentscheidung aktualisiert“.⁸⁹ Gleiches gilt für die Steuergesetzgebung. Allerdings unterliegen die grundpflichtenausgestaltenden Gesetze der Schranke der staatsbürgerlichen Lastengleichheit, welche das allen Solidarpflichten immanente Maß der individuellen Leistungsfähigkeit aufnimmt und ausgestaltet.

3. Lastengleichheit und Solidarpflichten

Solidarpflichten ist Gleichheitskonformität begrifflich eingeschrieben: Alle Angehörigen einer Solidargemeinschaft müssen zu den Lasten der Gemeinschaft nach Maßgabe ihrer Leistungsfähigkeit beitragen. Hier entfaltet der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG seine regulative Wirkung auch in Ansehung von Grundpflichten. Die Wahrung der Gleichheit der Belastung steht im Zentrum der verfassungsrechtlichen Ausgestaltung der solidarischen Grundpflichten. Ihre Mißachtung würde die Loyalität der Staatsbürger zum Staat sowie das Gefühl, Mitglied einer Solidargemeinschaft zu sein, auf die Probe stellen. Soweit es im Einzelfall zu Pflichtenkollisionen und Loyalitätskonflikten kommt, gilt in Konsequenz des Solidaritätsprinzips, daß, wer im Einzelfall seinen Solidarpflichten – sei es aus faktischen oder psychologischen Gründen – nicht glaubt genügen zu können, insoweit nach Maßgabe verfassungsrechtlicher Konfliktentscheidung dispensiert werden kann.

a) Grenze des Übermaßes

Solidarität bedeutet nicht nur Sicherheit in Gemeinschaft, sondern auch Lastentragung nach individueller Leistungsfähigkeit. Jenseits dessen, was der einzelne tragen kann, erlischt seine Solidarpflicht: *ultra posse nemo obligatur*. Dem Gesetzgeber kommt insoweit die Aufgabe zu,

bei der Erfüllung der verschiedenen Solidarpflichten die Lastengleichheit zu konkretisieren und zu gewährleisten. Nicht mehr im Rahmen der Lastengleichheit hält sich eine gesetzliche Ausgestaltung der Solidarpflicht, wenn die Erfüllung der solidarischen Pflicht die Leistungsfähigkeit des einzelnen überfordert. Das Bundesverfassungsgericht hat diesen Grundgedanken im Kontext der Eigentumsgarantie exemplarisch zur Geltung gebracht. Ungeachtet seiner früher vertretenen These von der eigentumsrechtlichen Irrelevanz von Geldleistungspflichten zieht das Gericht einen Verstoß gegen Art. 14 GG dann in Betracht, wenn die Geldleistungspflichten den Pflichtigen übermäßig belasteten und seine Vermögensverhältnisse grundlegend beeinträchtigten.⁹⁰ Dogmatisch scheint sich das Gericht damit in einen unauflösbaren Widerspruch gesetzt zu haben: wenn die Eigentumsgarantie durch die Auferlegung von Geldleistungspflichten nicht berührt wird, können Abgabepflichten denkunmöglich ab irgendeinem Punkt doch eigentumsrechtlich relevant sein.⁹¹ Doch darin liegt ein Widerspruch nur unter der Voraussetzung, daß das Problem allein ein solches des Freiheitsrechtes ist. Tatsächlich aber findet der Umschlag von der Irrelevanz der Eigentumsgarantie zu deren Maßstäblichkeit im Extremfall seine innere Rechtfertigung aus dem Grundsatz der Lastengleichheit: Konfiskationen von Vermögen und Erdrosselung von Freiheit werden durch die staatsbürgerliche Solidarpflicht zur Lastentragung – abgesehen vom Notstandsfall – grundsätzlich nicht gedeckt.

b) Dispens als Grenze im Einzelfall

Zudem beugt die Verfassung möglichen Pflichtenkollisionen vor und ermöglicht im Einzelfall Dispense. Insbesondere die Gewissensfreiheit des Art. 4 Abs. 1 GG ist es, die den einzelnen in eine unauflösbare Dilemmata führen kann, in der er entweder seine Lasten als Mitglied einer Solidargemeinschaft verletzt oder die Integrität seiner Persönlichkeit existentiell aufs Spiel setzt.⁹² Die Einräumung derartiger Dispense zur Auflösung existentieller Pflichtenkollisionen obliegt dem verfassungsändernden Gesetzgeber. Bekanntestes Beispiel stellt die Kriegsdienstverweigerung aus Gewissensgründen nach Art. 4 Abs. 3 GG dar. Freilich besteht angesichts der Ungreifbarkeit des Gewissens⁹³ ein Bedarf an einem Test auf Ernsthaftigkeit, etwa in Form einer „lästigen Alternative“, um die staatsbürgerliche Lastengleichheit zu wahren.⁹⁴ Ohne die „Bereitschaft zur Konsequenz“ ist die allgemeine Berufung auf Religions- und Gewissensfreiheit ungeeignet, um sich der Pflicht zur Erfüllung staatsbürgerlicher Lasten zu entziehen. Deutlich, lapidar und überzeugend formulierte die WRV in Art. 136 Abs. 1 den grundsätzlichen Vorrang der staatsbürgerlichen Pflicht vor religiösen Überzeugungen: „Die bürgerlichen staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten werden durch die Ausübung der Religionsfreiheit weder bedingt noch beschränkt“.

4. Juristische Struktur des Solidaritätsprinzips

Das Freiheitsprinzip der Verfassung findet seine rechtspraktische Umsetzung nach Maßgabe des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips. Das gegenläufig strukturierte solidarische Verteilungsprinzip steht im Dienste der Sicherstellung des Bedürfnisses nach Sicherheit. Rechtsstaatliches und solidarisches Verteilungsprinzip bilden zwei gegensätzliche, einander wechselseitig ausschließende regulative Prinzipien zur rechtspraktischen Umsetzung politischer Grundentscheidungen: Freiheit und Sicherheit, den beiden elementaren Grundwerten menschenwürdiger Existenz. Beide Prinzipien repräsentieren zwei konträre regulative Prinzipien zur rechtlichen Ordnung einer Gemeinschaft mit unterschiedlichen Voraussetzungen und Konsequenzen.

Das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip sichert individuelle Freiheit. Als Inhalt des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips formuliert *Carl Schmitt*: „die Freiheitssphäre des einzelnen wird als etwas dem Staat Gegebenes vorausgesetzt, und zwar ist die Freiheit des einzelnen prinzipiell unbegrenzt, während die Befugnis des Staates zu Eingriffen in diese Sphäre prinzipiell begrenzt ist“.⁹⁵ Es findet seinen normativen Ausdruck in der Form der Gewährleistung grundrechtlicher Abwehransprüche des einzelnen Bürgers gegen den Staat. Damit steht das Grundgesetz in der Tradition neuzeitlichen Verfassungsdenkens, das den Staat auf den Willen der einzelnen zurückbindet: kein Staat aus eigenem Recht, sondern nur weil und insoweit er von der Zustimmung seiner Bürger getragen wird. In gleicher Weise zeigt die Wesensgehaltssperre des Art. 19 Abs. 2 GG – ungeachtet der unterschiedlichen Lesarten dieser Verfassungsbestimmung – die prinzipielle Vorrangentscheidung zugunsten individueller Freiheit: *fiat libertas, pereat mundus*. Das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip findet seinen konsequenten Ausdruck in der grundsätzlichen Freiheitsvermutung: *in dubio pro libertate*.⁹⁶

Rechtliche Wirklichkeit erlangt das Solidaritätsprinzip über seine juristische Gestalt: das solidarische Verteilungsprinzip. Der Begriff des „solidarischen Verteilungsprinzips“ kann an die entsprechende Begriffsschöpfung *Carl Schmitts* anknüpfen, weil sie das gegenläufige Verteilungsprinzip beinhaltet. Dient das „rechtsstaatliche Verteilungsprinzip“ als verfassungstheoretische Kategorie dazu, die Grundentscheidung des Verfassungsgebers zugunsten des Vorrangs individueller Freiheit rechtstechnisch zu fassen („*in dubio pro libertate*“), so dient das „solidarische Verteilungsprinzip“ als Formel für das Prinzip „*in dubio pro securitate*“. Soweit das solidarische Verteilungsprinzip Anwendung findet, geht Grundpflicht vor Grundrecht, Sicherheit vor Freiheit.

Exemplarische wie rechtspraktische Gestalt nimmt das solidarische Verteilungsprinzip im Kontext des Grundgesetzes im Recht der Sozialversicherung an, einer unterstaatlichen Solidargemeinschaft. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts sollen unter bestimmten Voraussetzungen auch den Ansprüchen im Rahmen der Sozialversicherung der Eigentumsschutz i.S.d. Art. 14 GG zukommen.⁹⁷ Für das verfassungsrechtliche Eigentum gilt aber im Grundsatz des rechtsstaatlichen Verteilungsprinzips, daß „der Eigentümer einer Sache [...] mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen“ kann (§ 903 BGB).⁹⁸ Genau umgekehrt, nämlich nach dem solidarischen Verteilungsprinzip qualifiziert das Bundesverfassungsgericht hingegen das sozialversicherungsrechtliche Eigentum. Die fragwürdige Qualifikation sozialversicherungsrechtlicher als Eigentum i.S.d. Art. 14 GG bindet das Gericht sofort zurück an die solidarische Grundstruktur der Sozialversicherung: diese Ansprüche „lassen sich von den Rechten und Pflichten anderer nicht lösen, sind vielmehr eingefügt in einen Gesamtzusammenhang“.⁹⁹ Der „Gesamtzusammenhang“ wird also zur Bedingung der Möglichkeit sozialversicherungsrechtlichen Eigentums. Tatsächlich läßt sich ohne diesen Gesamtzusammenhang der eigentumsrechtliche Anspruch des Einzelnen gegen die Solidargemeinschaft weder rechtlich konstruieren noch finanziell einlösen. Vor allem aber signalisiert die „Einfügung in einen Gesamtzusammenhang“ den Wechsel des zugrundeliegenden Verteilungsprinzips – an die Stelle des rechtsstaatlichen tritt das solidarische Verteilungsprinzip – sowie einen Wechsel des prinzipiellen Rechtswertes: an die Stelle individueller Freiheit tritt soziale Absicherung. Als solidarisch gebundenes Eigentum kann Art. 14 GG mehr als den abstrakten Anspruch auf Sicherheit durch Rentenzahlungen nicht garantieren. Er vermittelt nur eine anteilige Teilhabe an den Leistungen der Sozialversicherung nach Maßgabe dessen, was „zur Sicherung der finanziellen Stabilität und Leistungsfähigkeit der Rentenversicherung“ erforderlich ist.¹⁰⁰

D. Freiheit als Grenze staatlicher Zwangssolidarität

I. Negatorischer Grundrechtsschutz

Jenseits der solidarischen Grundpflichten, die von allen Bürgern nach Maßgabe ihrer individuellen Leistungsfähigkeit zu erbringen sind, entfalten die Grundrechte ihre negatorische Schutzwirkung uneingeschränkt. Den allfälligen Ausgleich zwischen grundrechtlicher Solidarfreiheit und den Erfordernissen des Gemeinwohls zu vermitteln, obliegt dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber. Das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip strukturiert den Prozeß der Vermittlung von Individualinteresse und Allgemeinwohl. Die Grundrechte beinhalten insoweit eine widerlegbare Vermutung zugunsten individueller Freiheit: *in dubio pro libertate*. Eingriffe in die grundrechtlich geschützten Freiheitsräume durch Auferlegung von Handlungs-, Duldungs- oder Unterlassungspflichten sind nach Maßgabe des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zulässig, wenn sie das öffentliche Interesse zu fördern geeignet und erforderlich sind und in ihrer belastenden Wirkung nicht außer Verhältnis zu diesem stehen.

Grundrechte gewährleisten auch Freiheit von gesetzlich oktroyierter Zwangssolidarität in Form unterstaatlicher Solidargemeinschaften.¹⁰¹ Unterstaatliche Solidargemeinschaften sind solche, die in der personellen Zusammensetzung nicht mit der Summe der Staatsangehörigen identisch, sondern nur eine Teilmenge von dieser erfassen und – je nach gesetzlicher Ausgestaltung und sozialem Sicherheitsinteresse – auch Ausländer umgreifen. Zu diesen unterstaatlichen Solidargemeinschaften zählen insbesondere die verschiedenen Zweige der Sozialversicherung. Ihr gemeinsames Merkmal ist – bei vielfältigster Differenzierung im Einzelnen – eine solidarische getragene Lastenverteilung im Hinblick auf bestimmte Risiken (Altersversorgung, Krankheit, Berufsunfähigkeit). In derartigen unterstaatlichen Solidargemeinschaften herrscht nicht das Freiheitsprinzip der Leistungsgerechtigkeit, sondern das Solidarprinzip der Bedarfsgerechtigkeit.

Die gesetzliche Verpflichtung zur Gruppensolidarität im Rahmen der Sozialversicherung vermag den grundrechtlichen Freiheitsanspruch gegen einen gesetzlichen Oktroy einer Zwangssolidarität nach den allgemeinen Voraussetzungen zurückzudrängen und in diesem Umfang das rechtsstaatliche durch das solidarische Verteilungsprinzip zu ersetzen. Rechtspraktisch relevant wird der grundrechtliche Abwehranspruch gegen eine zwangsweise Inpflichtnahme des Bürgers in eine unterstaatliche Solidargemeinschaft, wenn neue Personenkreise in die Solidargemeinschaft einbezogen werden sollen. In der Praxis läuft der Grundrechtsschutz gegen staatlich vermittelte Zwangssolidarität – jedenfalls in der Sozialversicherung – allerdings weithin leer, weil sich das Bundesverfassungsgericht weniger am Schutz der Betroffenen orientiert, sondern mehr die finanzielle Leistungsfähigkeit der Sozialversicherung im Auge hat.¹⁰²

II. Verfassungsrechtliche Legitimation

Verfassungsrechtlich schlägt sich das Problem unterstaatlicher Solidargemeinschaften als ein gleichheits- und finanzverfassungsrechtliches nieder. Wenn der Gesetzgeber Abgaben jenseits der allgemeinen Steuerpflicht eines jeden Bürgers erhebt, wird der elementare Grundsatz staatsbürgerlicher Lastengleichheit durchbrochen.¹⁰³ Bei der Erhebung von Sonderabgaben muß daher in besonderer Weise sichergestellt bleiben, daß der Grundsatz der staatsbürgerlichen Lastengleichheit gewahrt bleibt: „Die Erhebung einer nichtsteuerlichen Abgabe muß der

Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen Rechnung tragen. Der Schuldner einer nichtsteuerlichen Abgabe ist regelmäßig zugleich auch Steuerpflichtiger und wird schon als solcher zur Finanzierung der Lasten herangezogen, die die Gemeinschaft treffen. Neben dieser steuerlichen Inanspruchnahme bedürfen nichtsteuerliche Abgaben, die den Einzelnen zu einer weiteren Finanzleistung heranziehen, einer besonderen Rechtfertigung¹⁰⁴.

Sonderabgaben werden nicht der Allgemeinheit, sondern nur einer bestimmten „Gruppe“ auferlegt.¹⁰⁵ Während die Steuerpflicht an individuelle Gegebenheiten anknüpft und insoweit zwar nicht „voraussetzungslos“, wohl aber „gegenleistungsunabhängig“ begründet wird, knüpfen Sonderabgaben an Gegebenheiten einer bestimmten Gruppe an, sind gruppenorientiert und „gruppennützig“ ausgestaltet. Eine solche umverteilungswirksame Sonderabgabe ist als Gruppenlast nur zulässig, eine Gruppenhomogenität existiert, die eine spezifische Finanzierungsverantwortung der abgabepflichtigen Gruppe begründet, und sichergestellt ist, daß die Verwendung des Abgabenaufkommens gruppennützig erfolgt. Gruppenhomogenität zeichnet sich durch eine gemeinsame, in der Rechtsprechung oder gesellschaftlichen Wirklichkeit vorgegebene Interessenlage aus, die durch besondere Gemeinsamkeiten von der Allgemeinheit und anderen Gruppen abgrenzbar ist.¹⁰⁶ „Die mit der Abgabe belastete Gruppe [muß] dem mit der Abgabenerhebung verfolgten Zweck evident näher stehen als jede andere Gruppe oder die Allgemeinheit der Steuerzahler“.¹⁰⁷ Es muß „eine spezifische Sachnähe der Abgabepflichtigen zu der zu finanzierenden Aufgabe“ bestehen.¹⁰⁸ Zudem muß aus der vorgenannten „Sachnähe der Abgabepflichtigen“ zum Erhebungszweck eine besondere Gruppenverantwortung für die Erfüllung der mit der außersteuerlichen Abgabe zu finanzierenden Aufgabe entspringen.¹⁰⁹ Dabei muß eine „besonders enge Verbindung“ zwischen dem Kreis der Abgabepflichtigen und dem Sachzweck einerseits und der Finanzierungsverantwortung der Abgabepflichtigen und der gruppennützigen Verwendung andererseits bestehen.¹¹⁰ Die Abgabe darf also weder ausschließlich noch auch nur „primär“ der Erfüllung von Aufgaben der Allgemeinheit dienen.¹¹¹ Diese Kriterien sind „strikt auszulegen und anzuwenden“¹¹² und müssen eine „seltene Ausnahme“ bleiben.¹¹³

III. Verfassungstheoretische Ambivalenz

Staatliche Daseinsvorsorge durch Schaffung erzwungener Solidaritätsbeziehungen entzieht privater Solidarität ihrer praktischen Notwendigkeit und läßt ihre ethischen Grundlagen verdorren: Rechtspflicht überlagert Ethik. Indem dadurch das Bewußtsein gemeinschaftlicher Verbundenheit verloren geht, unterhöhlt der Staat unbeabsichtigt gerade jene Voraussetzungen, aus denen heraus er lebt und auf die er vital angewiesen ist: die Ethik seiner Bürger, die ihre Freiheit auch als Freiheit zum Nächsten und als Freiheit zum solidarischen Zusammenschluß begreifen und verwirklichen. Dieses Ethos leidet bei einer „Verstaatlichung“ der Solidarität. Freiwillige, grundrechtlich legitimierte Solidarität bedarf vielmehr Freiräume der Betätigung, Unterstützung und Pflege. Je ausgreifender der Sozialstaat den Umfang seiner Aufgaben begreift, desto weniger besteht objektiv Bedarf und subjektiv Bereitschaft zu privater Solidarität aus personaler Verantwortung. Der damit einhergehende Verlust privater Solidarsubstanz und -aktivität läßt den Bedarf an staatlicher Zwangssolidarität steigen.¹¹⁴

E. Freiheit als Chance zur Solidarität

I. Solidarität in Freiheit

Ideengeschichtlich im Geist des Liberalismus wurzelnd schützen die Grundrechte individuelle Autonomie, ermöglichen selbstbestimmte Emanzipation von und entbinden rechtlich Beliebigkeit zu allem und jedem.¹¹⁵ Mit einer Gesellschaft von Egoisten ist freilich kein Staat zu machen. Dem Gesetzgeber kommt damit die Aufgabe, das ethische Minimum sowie das Gemeinwohl durch Gesetze kompensatorisch sicherzustellen. Allerdings erstrebt der freiheitliche Staat kein Gemeinwohlmonopol. Er erwartet vielmehr und vertraut darauf, daß in der freiheitlichen Gesellschaft hinreichend ethische Ressourcen wirkmächtig sind, damit die Grundrechte von den Bürgern vernünftig, mit Rücksicht auf Dritte und mit solidarischem Blick auf die anderen und das Gemeinwesen ausgeübt werden.¹¹⁶ Rechtlich hingegen verweigern sich die Grundrechte prinzipiell einer entsprechenden staatlichen Instrumentalisierung, grundrechtstheoretischen und institutionellen Funktionalisierung oder steuerungstheoretischen Finalisierung ihrer Ausübung.¹¹⁷ Die strukturelle Asymmetrie von Grundrechten und gesetzlichen Pflichten ist rechtsstaatlich um der Freiheit des einzelnen willen vorgegeben.¹¹⁸ Die Wahrung des solidarischen Minimums, mehr noch das Ziel zur Stärkung der solidarischen Gesellschaft ist zwar Aufgabe des Staates, die dieser aber nur in Achtung und Rechtfertigung vor den Grundrechten des einzelnen einzulösen imstande ist.

So wenig die Grundrechte aus sich heraus zu Solidarität verpflichten, so sehr bieten sie Raum für alle Formen freiwilliger Solidarität, für wechselseitige Zuwendung und Nächstenliebe, für Gemeinschaftsbildung und Treueverpflichtungen. In deren Zentrum stand einmal Ehe und Familie, die Art. 6 GG „als die Keimzelle jeder menschlichen Gemeinschaft, deren Bedeutung mit keiner anderen menschlichen Bindung verglichen werden kann, unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung“ stellt.¹¹⁹ Deren gegenwärtige gesellschaftliche Schwächung als Folge introvertiert-egoistischen Individualismus findet seine Entsprechung in einer forcierten Gleichstellung alternativer Partnerschaftsmodelle, dürfte aber in Ansehung sehr konkreter Herausforderungen schon bald eine Renaissance dieses Urbilds solidarischer Verbundenheit folgen.¹²⁰

Darüber hinaus entbinden die Grundrechte in der Verfassungswirklichkeit eine Vielzahl von solidarisch orientierten und strukturierten Wohlfahrtsorganisationen.¹²¹ Die Vielzahl und Vielfalt solidarischen Engagements auf der Basis der Freiheitlichkeit und aus dem Geist altruistischer Freiwilligkeit verschiedenster Provenienz bezeugen den solidarischen Charakter auch und gerade eines freiheitlichen Gemeinwesens. Die Erwartung von Solidarität wird beglaubigt in der Praxis fremdnützigem Helfens in der Form von Spenden und ehrenamtlichen Engagements.¹²² Sie kann sich bestätigt fühlen von der Einsicht, daß sich die Selbstentfaltung des Individuums gerade im altruistischen Freiheitsgebrauch vollendet,¹²³ genetisch angelegt und evolutionsbiologisch ausgebildet zu sein scheint,¹²⁴ jedenfalls aber entwicklungsgeschichtlich Erfolg und Überleben von Gruppen fördert und zuweilen erst ermöglicht.¹²⁵

Private Solidarität genießt grundrechtlichen Schutz. Zwar ist die privatnützige Ausübung grundrechtlicher Freiheit der verfassungsrechtlich legitime Regelfall, der durch die staatliche Gemeinwohlverpflichtung austariert wird. Auch wird dadurch die verfassungsrechtlich vorausgesetzte polare Interessenkonstellation von Staat und Bürger irritiert. Aber daraus folgt keine Verkürzung oder gar Verpflichtung der Freiheitsrechte auf privatnützigen Gebrauch.¹²⁶

Vielmehr ist auch solidarischen Einstehen füreinander, gelebte Solidarität und fremdnütziges Helfen grundrechtlich geschützt.¹²⁷

Mehr noch: grundrechtlich legitimierte und privat organisierte Solidarität genießt gegenüber privatnütziger Freiheitsausübung einen besonderen Grundrechtsschutz.¹²⁸ Auf grundrechtlicher Basis agierend nehmen unmittelbar gemeinwohlorientierte Bürger und Organisationen Anteil an der Verwirklichung des solidarisch herzustellenden Allgemeinwohls. Sie entlasten einerseits den Staat, doch entziehen sich andererseits die vielfältigen Formen sozialer Selbsthilfe staatlicher Konfektionierungsbedürfnisse. Damit treten sie unter Umständen in Konkurrenz zu den demokratisch legitimierten Gemeinwohlvorstellungen des Staates. Die Vielfalt der daraus hervorgehenden unterschiedlichen Gemeinwohlkonzepte und der daraus resultierende Pluralismus verschiedener und konkurrierender Solidargemeinschaften hat der freiheitliche Staat nicht nur grundrechtlich und grundsätzlich zu respektieren, sondern zu fördern.¹²⁹ Grundrechte bieten verstärkten Schutz privater Gemeinwohltätigkeit. Staatlich organisierte Solidarität ist gegenüber allen Formen gelebter Solidarität in Freiheit subsidiär.

II. Staatliche Solidarpflege

Grundrechtlich unterfangene Solidarität erfüllt eine Verfassungserwartung des freiheitlichen Staates. Dieser beansprucht bei der Verwirklichung des Gemeinwohls kein Monopol. Eine „totales Solidarmandat“ des Staates bedeutete das Ende der Freiheit. Er ermöglicht das freiwillige solidarische Engagement seiner Mitglieder, unterfängt, unterstützt es ideell und materiell.

Dem demokratischen Gesetzgeber obliegt die Sorge dafür, daß die ethischen Fundamente des Gemeinwesens gewahrt bleiben.¹³⁰ Er ist aufgerufen zur Solidarpflege, d.h. zur Sorge, Anregung, Erziehung, Unterstützung und Respektierung „privater“ Solidarität. Private Solidarität bedarf staatlicher Sorge und Pflege. Der Kult individueller Selbstentfaltung führt tendenziell zur Auflösung immer weiterer noch mehr oder weniger intakter freier Solidargemeinschaften. Der Trend zur Entsolidarisierung führt zu einer zunehmenden Vereinzelung des Individuums in der anonymen Massengesellschaft und damit zugleich zu einem Verlust an Gelegenheiten, Solidarität zu erfahren und zu erlernen. Vielerorts mangelt es nicht an Solidaritätsbereitschaft, sondern an der Möglichkeiten, vorhandene Hilfsbereitschaft einzusetzen.

Die gemeinwohlverträgliche Ausübung grundrechtlicher Freiheit, mithin die solidarische Rücksichtnahme auch jenseits gesetzlicher Regelungen, ist Erziehungsaufgabe. Hier fällt neben den Eltern (Art. 6 Abs. 2 GG) vor allem dem Staat eine besondere Aufgabe und Verantwortung zu.¹³¹ Der staatlichen Erziehungsgewalt¹³² kommt die legitime Aufgabe und Pflicht zu, die ideellen Grundlagen der staatlichen und verfassungsrechtlichen Ordnung den nachwachsenden Generationen zu vermitteln und dafür zu werben. Insoweit kann er sich nicht auf die Rolle bloßer Wissensvermittlung beschränken und jede Identifikation mit seinen rechtlichen und ethischen Grundwerten vermeiden. Er hat sich vielmehr zu seiner eigenen Staatlichkeit zu bekennen und deren solidarische Voraussetzungen und verfassungsrechtliche Gestalt im Rahmen seiner Erziehungsmacht zur Geltung zu bringen. Demgemäß wirken Verfassungsprinzipien wie die Menschenwürde, Demokratie, Republik, Freiheit und Gleichheit, Persönlichkeitsentfaltung, aber auch sozialetische Prinzipien wie das der Solidarität¹³³ usw. als legitime Erziehungsziele.¹³⁴ Die darauf hinzielende Erziehungsgewalt des Staates ist keine ausschließliche, sie ist keine doktrinaire, die abweichende Meinungen ausschließt, und sie ist

keine statische, die einen Wandel gesellschaftlicher Wertvorstellungen ignoriert.¹³⁵

Private Solidarität bedarf materieller staatlicher Unterstützung. Den personellen und materiellen Sachgesetzmäßigkeiten sozialer Hilfen im modernen Wohlfahrtsstaat kann sich auch solidarisch organisierte Selbsthilfe nicht entziehen. Die mitunter immensen Kosten sind großteils nur durch Annahme staatlicher Unterstützungsgelder aufzufangen. Nicht nur, weil sie den Staat von Aufgaben entlasten, haben die freien Wohlfahrtsverbände grundsätzlich Anspruch auf staatliche Hilfen und Förderung. Diese liegt vielmehr im ureigensten Interesse des Staates: durch die Förderung freiwilliger Solidarität ermöglicht er die praktische Erfahrbarkeit von praktizierter Solidarität, eine Ressource, deren auch er elementar bedarf.

* Durchgesehene und überarbeitete Fassung der unter dem gleichen Titel erschienenen Erstveröffentlichung in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IX, 3. Aufl., 2011, § 194, S. 665 – 697.

¹ Allgemeinhistorische Darstellung: *Jakob Burckhard*, Kultur der Renaissance in Italien [1859], in: ders. Gesamtausgabe, Bd. V, 1930, S. 95 ff.; *Richard van Dülmen*, Die Entdeckung des Individuums 1500-1800, 1997.

² Überblick zur Ideengeschichte des Staatsvertrages: *Otto Depenheuer*, Solidarität im Verfassungsstaat [1991], 2. Aufl., 2016, S. 242 ff. m.w.N.

³ So die ebenso exemplarische wie symptomatische Formulierung der „kopernikanischen Wende“ (*Werner Maihofer*) in Art. 1 Abs. 1 des Verfassungsentwurfs des Konvents von Herrenchiemsee von 1948.

⁴ Vgl. zu diesem gesellschaftlichen Entwicklungsprozeß zusammenfassend als Summa seines Werkes: *Niklas Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1997.

⁵ *Josef Isensee*, Die polare Legitimation im grundgesetzlichen Gemeinwesen, in: *Der Staat* 20 (1981), S. 161 ff.

⁶ Zu Sache und Begriff vgl. *Carl Schmitt*, Verfassungslehre [1928], 1970, S. 126 ff.

⁷ BVerfGE 6, 32 (Elfes); 7, 198 (Lüth); 80, 137 (Reiten im Walde); 54, 143 (Taubenfüttern); 90, 27 (Parabolantenne); 90, 145 (Canabis). – Exemplarisch: *Jan-Philipp Schaefer*, Das Individuum als Grund und Grenze deutscher Staatlichkeit, in: *AöR* 135 (2010), S. 404 ff.

⁸ Entsprechende soziologische Analysen der bundesdeutschen Gegenwartsgesellschaft: *Gerhard Schulze*, Die Erlebnisgesellschaft: Kultursoziologie der Gegenwart, 2. Aufl. 2005; frühzeitige, auf die westlichen Gesellschaften insgesamt bezogene Diagnose: *Neil Postman*, Wir amüsieren uns zu Tode, 1985.

⁹ *Udo Di Fabio*, Die Kultur der Freiheit, 2005.

¹⁰ BVerfGE 115, 118 ff. (Luftsicherheitsgesetz). Dazu: *Otto Depenheuer*, Selbstbehauptung des Rechtsstaates, 2. Aufl., 2007.

¹¹ BVerfGE 4, 7 (15 f.).

¹² So vor allem *Uwe Volkmann*, Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung, 1998, S. 217 ff.

¹³ Vgl. dazu *Josef Isensee*, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HStR), Bd. IX, 3. Aufl., 2011, § 190 Rn. 124 ff.

¹⁴ Zum folgenden: *Josef Isensee* (Hg.), Solidarität in Knappheit, 1998, Nachwort, S. 97 ff.; *Hasso Hofmann*, Vielfalt, Sicherheit und Solidarität statt Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit, in: Festschrift E. Denninger, 1998, S. 112 ff.; *Depenheuer* (N 2), S. 12 ff.; *Volkmann* (N 12), S. 136 ff.; *Ansgar Hense*, Mehrperspektivische Annäherungen an das Phänomen Solidarität und das Solidarprinzip, in: Festschrift Werner Krawietz, 2003, S. 525 ff.; *Jürgen Brand*, Solidarität und Identität, in: FAZ v. 18. April 2007, S. 8.

¹⁵ Die Verpflichtung zur gesamten Hand („obligatio in solidum“) wird im 3. Buch, 16. Titel der Institutiones wie folgt umschrieben: „Aus solchen Schuldverhältnissen wird einerseits jedem einzelnen Versprechensempfänger das Ganze geschuldet und andererseits haftet jeder einzelne Versprechende auf das Ganze.“

-
- ¹⁶ *Steinar Stjernø*, Solidarity in Europe, 2004 über die ideengeschichtliche Entwicklung und aktuelle politische Vision in Europa; *Clemens Sedmak* (Hg.), Solidarität. Vom Wert der Gemeinschaft, 2010; *Kurt Bayertz*, Solidarität, 1998.
- ¹⁷ Jeweils m.w.N. *Deppenheuer* (N 2), S. 21 ff.; *Hense* (N 14), S. 525 ff.; *Uwe Volkmann*, Solidarität in einem vereinten Europa, in: Staatswissenschaften und Staatspraxis, 9 (1998), S. 17 ff.; *Sedmak* (N 16), 9 ff., 59 ff.
- ¹⁸ *Werner Maihofer*, Prinzipien freiheitlicher Demokratie, in: Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HdbVerfR), 2.Aufl., 1994, § 12 Rn. 161.
- ¹⁹ *Isensee* (N 14), S. 109 ff.; *Otto Deppenheuer*, „Nicht alle Menschen werden Brüder“. Unterscheidung als praktische Bedingung von Solidarität. Eine rechtsphilosophische Erwägung in praktischer Absicht, in: *Isensee* (N 14), S. 44 ff.
- ²⁰ Vgl. *Deppenheuer* (N 19), S. 41 ff.
- ²¹ In: De doctrina Christiana I c. 28. - Vgl. dazu den Kommentar von *Thomas von Aquin*, Summa Theologica 2-2, q. 26 a. 6.
- ²² Grundlegend: *Ferdinand Tönnies*, Gesellschaft und Gemeinschaft, 8. Aufl., 1935.
- ²³ Zur partikularen Staatlichkeit als Bedingung der Möglichkeit praktischer Wirksamkeit und Wirklichkeit universal-postulierter Menschenrechte vgl. *Deppenheuer* (N 19), S. 64 f.; *Hasso Hofmann*, Die versprochene Menschenwürde, in: AöR 118 (1993), S. 366 ff. - Kritisch: *Ulrich K. Preuß*, Zum verfassungstheoretischen Begriff des Bürgers in der modernen Gesellschaft, in: Festschrift Ernst Gottfried Mahrenholz, 1995, S. 619ff.
- ²⁴ Vgl. *Hofmann* (N 23), S. 365 ff.; gleichsinnig: *Michael Walzer*, Sphären der Gerechtigkeit, [1983], dt. 1992, S. 67: „Sie sind wie wir, aber sie sind keiner oder keine von uns.“
- ²⁵ Ähnlich: *Winfried Brugger*, Menschenrechte von Flüchtlingen in universalistischer und kommunitaristischer Sicht, in: ARSP 80 (1994), S. 325: „spezifische geht vor allgemeine Verantwortung“.
- ²⁶ Vgl. *Otto Deppenheuer*, Das soziale Staatsziel und die Angleichung der Lebensverhältnisse in Ost und West, in: HStR, Bd. IX, 1997, § 204 Rn. 56 ff.
- ²⁷ Vgl. ähnlich: *Walzer* (N 24), S. 88ff.
- ²⁸ *Isensee* (N 14), S. 106 f.
- ²⁹ *Isensee* (N 14), S. 101 ff.
- ³⁰ Vgl. zum solidarischen Verteilungsprinzip: *Deppenheuer* (N 2), S. 148 ff.
- ³¹ Kritik: *Isensee* (N 14), S. 99 f.; *Brand* (N 14), S. 8.
- ³² Letztere bleiben hier außer Betracht, vgl. aber dazu nur: BVerfGE 72, 330 (386 f.); *Hartmut Bauer*, Die Bundestreue, 1992, S. 226, 305, 343; *Josef Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, in: HStR, Bd. VI, 3. Aufl., 2008, § 126 Rn. 154 ff. Zur Solidarität im Rahmen der Europäischen Union vgl.: *Volkmann* (N 12), S. 22 ff.
- ³³ *Deppenheuer* (N 2) S. 161 ff.; *ders.*, (N 19), S. 62 f.; *Isensee* (N 14), S. 120; Solidarischen Implikationen im Grundgesetz nachspürend *Volkmann* (N 12), S. 217 ff.
- ³⁴ Näher: *Deppenheuer* (N 2), S. 287 ff.; 308 ff.
- ³⁵ Zur sozialen Homogenität als Grundlage staatlicher Einheit: *Hermann Heller*, Politische Demokratie und soziale Homogenität [1928], in: *ders.*, Gesammelte Schriften, Bd. 2, 1971, S. 421 ff.; *Carl Schmitt*, Verfassungslehre [1928], 1970, S. 228 ff. - Zur Parallelität der Homogenitätsvorstellung bei Heller und Schmitt: *Pasquale Pasquino*, Politische Einheit, Demokratie und Pluralismus, in: *Christoph Müller/Ilse Staff* (Hg.), Staatslehre in der Weimarer Republik, 1985, S. 118ff.
- ³⁶ Beide Wurzeln staatsbürgerlicher Solidarität werden derzeit erkennbar, wenn der gemeinsamen, durch geschichtliche Erfahrungen und Schicksale gewachsene Homogenität von Völkern im Zuge vermehrter Migrations- und Integrationsbewegungen bündische Elemente zur Seite treten, vgl. *Deppenheuer* (N 2), S. 305 ff.
- ³⁷ *Volkmann* (N 12), S. 217 ff.
- ³⁸ Staatstheoretische Vorbild der klassische Universalismus *Platon*, Politeia, II, 369 ff.
- ³⁹ BVerfGE 4, 7 (15 f.).
- ⁴⁰ *Aristoteles*, Politik, II, 5 [1263 b], Übersetzung und Anmerkungen von *Eugen Rolfes*, 4. Aufl. 1990, S. 41 f.: „Es gibt einen Grad der Einheit, bei dem der Staat nicht mehr bestehen würde, und es gibt einen Grad, bei

dem er zwar noch Staat bliebe, aber nahe daran wäre, es nicht mehr zu sein, wo er dann ein schlechter Staat würde, ähnlich wie wenn man die Symphonie zur Monotonie oder den Rhythmus zum Einzeltakt machte.“

⁴¹ *Aristoteles*, Politik, I, 2 [1253 a], S. 4 f.: „Hieraus erhellt also, daß der Staat zu den von Natur bestehenden Dingen gehört und der Mensch von Natur ein staatliches Wesen [ζῶον πολιτικόν] ist, und daß jemand, der von Natur und nicht bloß zufällig außerhalb des Staates lebt, entweder schlecht ist oder besser als ein Mensch. [...] Wer aber nicht in Gemeinschaft leben kann, oder ihrer, weil er sich selbst genug ist, gar nicht bedarf, ist kein Glied des Staates und demnach ein Tier oder ein Gott.“

⁴² Prominente Ausnahme die Pflichtenerklärung der Verfassung der Französischen Republik vom 23. September 1795 (sog. Direktorialverfassung), deutscher Abdruck in: Die europäischen Verfassungen seit dem Jahre 1789, 2. Band, 1833, S. 33. - Im Übrigen ist aber die verfassungsrechtliche Normierung ein durchaus irreführender Indikator für Grundpflichten im spezifischen Sinn. Anders: *Otto Luchterhandt*, Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland, 1988, S. 580 f.), der freilich von einem weiten, unspezifischen Grundpflichtenbegriff aus argumentiert.

⁴³ Überblick: *Hasso Hofmann*, Grundpflichten und Grundrechte, in: HStR, Bd. IX, 3. Aufl., 2011, § 195 Rn. 101 ff.

⁴⁴ Prominent insoweit der Allgemeine Erklärung der Menschenpflichten durch den InterAction Council von 1997.

⁴⁵ Die institutionelle Absage an private Rechtsdurchsetzung findet im Grundgesetz eine inzidente Erwähnung allein in Art. 8 GG, wonach alle Deutschen das Recht haben, sich ohne Anmeldung „friedlich und ohne Waffen“ zu versammeln, vgl. Friedlichkeitsvorbehalt: *Josef Isensee*, Staat und Verfassung, in: HStR, Bd. II, 3. Auflage. 2004, § 15 Rn. 83 ff.

⁴⁶ Positivrechtlich kann diese Kette aufeinander aufbauender Gehorsamsgebote nur dadurch beendet werden, daß die Gehorsamspflicht im Sinne Hans Kelsens als auf einer logischen Grundnorm beruhend angenommen wird, d.h. apriorisch gilt. Vgl. *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, S. 204 f.

⁴⁷ Vgl. *Josef Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1982, S. 15 ff.

⁴⁸ Nachweise: *Luchterhandt* (N 42), S. 478.

⁴⁹ Zum Problem des sog. „kleinen Widerstandsrechts“, vgl. *Josef Isensee*, Widerstand gegen den technischen Fortschritt, DÖV 83, 565 ff.

⁵⁰ In den Konsequenzen nicht unbedenklich in diese Richtung interpretierbare Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, z.B. BVerfGE 73, 206 (247 ff.); 104, 92 (103 ff.); BVerfG – 1 BvR 388/05 – v. 07. 03. 2011, Rn. 30 ff.

⁵¹ Vgl. *Paul Kirchhof*, Die Steuern, in: HStR, Bd. V, 3. Aufl., 2007, § 118 Rn. 52.

⁵² Vgl. *Paul Kirchhof*, Die Steuern, in: HStR, Bd. V, 3. Aufl., 2007, § 118 Rn. 168 ff.

⁵³ Vgl. näher dazu sowie zu der Gegenposition im Steuerrecht (Assekuranztheorie und Steuer als Gegenleistung für Marktteilnahme) *Deppenheuer* (N 2), S. 178, 210 f.; *Paul Kirchhof*, Die Steuern, in: HStR, Bd. V, 3. Aufl., 2007, § 118 Rn. 1 ff.

⁵⁴ Zum Grundsatz der Lastengleichheit vgl.: BVerfGE 23,12; 55,303; *Michael Sachs*, Auswirkungen des allgemeinen Gleichheitssatzes auf die Teilrechtsordnung, in: HStR, Bd. VIII, 3. Aufl., 2010, § 183 Rn. 9 ff. m.w.N.

⁵⁵ Zu ihnen: *Rüdiger Breuer*, Freiheit des Berufs, in: HStR, Bd. VIII, 3. Aufl., 2010, § 170 Rn. 123 m.w.N.

⁵⁶ Allgemein zu ihnen: *Georg Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1919, S. 138f, 184f; *Luchterhandt* (N 42), S. 524 ff. - Übersicht über die vielfältigen Formen von Ehrenämtern: *Rolf Stober*, Der Ehrenbeamte in Verfassung und Verwaltung, 1981.

⁵⁷ §§ 31 ff., 84 GVG; §§ 19 ff. VwGO.

⁵⁸ § 11 B WahlG; § 9 BWahlO.

⁵⁹ Die Beschränkung des Wehrdienstes auf „Männer“ ist historisch überkommen, spiegelt die unterschiedliche Einschätzung über die solidarische Leistungsfähigkeit von Frauen und Männern im Kriegsfall, ist aber heute weder sachlich gerechtfertigt und de facto auch rechtlich überholt. Vgl. aber schon Art. 12a Abs. 4 GG (Dienstverpflichtung von Frauen im Verteidigungsfall zu Sanitäts- und Heilwesen). Zu Öffnung der Streitkräfte für Frauen vgl. EuGH, NJW 2000, 497 ff. (Kreil).

-
- ⁶⁰ Zu den Umverteilungswirkungen der Wehrpflicht vgl. *Konrad Beiwinkel*, Wehrgerechtigkeit als finanzpolitisches Verteilungsproblem, 1980.
- ⁶¹ Die Aussetzung der Wehrpflicht durch das Gesetz zur Änderung wehrrechtlicher Vorschriften 2011 (Wehrrechtsänderungsgesetz 2011 – WehrRÄndG 2011; Gesetzentwurf der Bundesregierung BT.-Dr. 17/4821) ändert am grundsätzlichen Befund nichts: Solidarpflichten müssen nicht jederzeit positivrechtlich aktualisiert sein und realiter wahrgenommen, wohl aber müssen sie im Bedarfsfalle jederzeit aktualisiert werden können.
- ⁶² *Hobbes*, Leviathan [1651], 1970, II. 21. (S. 195).
- ⁶³ *Depenheuer* (N 10), S. 75 ff.
- ⁶⁴ Zum Inhalt des Treueverhältnisses: BVerfGE 39, 334 (346 f.); *Helmut Lecheler*, Der öffentliche Dienst, in: HStR, 3. Aufl., 2007, § 110, Rn. 42, 67 ff.
- ⁶⁵ Zum Streikverbot für Beamte: BVerfGE 8, 1 (17); 44, 249 (264). *Josef Isensee*, Beamtenstreik, 1971.
- ⁶⁶ Vgl. BVerfGE 83, 89 (98 f.); *Isensee*, in: HdbVerfR, 2. Aufl., 1994, § 32 Rn. 16 ff.
- ⁶⁷ So das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip, vgl. *Schmitt* (N 6).
- ⁶⁸ „Staatsrechtlich“ verstanden als die rechtlichen Grundlagen des Staates betreffend.
- ⁶⁹ Näher *Depenheuer* (N 2), S. 213 ff.
- ⁷⁰ Ideengeschichtlich wirkmächtige Rechtfertigung des zivilen Ungehorsams: *Henry David Thoreau*, Über die Pflicht zum Ungehorsam gegen den Staat [1849].
- ⁷¹ So im Streit um den sog. „zivilen Ungehorsam“, vgl. *Herbert Bethge*, Gewissensfreiheit, in: HStR, Bd. VII, 3. Aufl., 2009, § 158 Rn. 61 ff.
- ⁷² Vgl. aber zu entsprechenden Tendenzen in der Rechtsprechung die Nachweise o. N 50.
- ⁷³ BVerfGE 4, 7 (17); 75, 108 (158); 75, 108 (158); 78, 249 (277); 89 48 (61); 95, 267 (300): Art. 14 schützt nicht vor der staatlichen Auferlegung von Geldleistungspflichten. – Verfassungstheoretische Begründung: *Depenheuer*, Solidarität im Verfassungsstaat [1991], 2009, S. 213 ff.; *ders.*, Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, in: VVDStRL 55 (1996), S. 90, 109 ff.
- ⁷⁴ *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: FS-Adolf Arndt, 1969, S. 53/71.
- ⁷⁵ Statt aller mwN. *Paul Kirchhof*, Die Steuern, in: HStR, Bd. V, 3. Aufl.; 2007, § 118 Rn. 117 ff.; *Ferdinand Kirchhof*, Abgabenerhebung als Grundrechtsbeeinträchtigung, in: HGfR Bd. III, 2009, § 59 Rn. 41 ff.
- ⁷⁶ Zu dieser dogmatisch wenig überzeugenden Argumentation vgl. *Depenheuer*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, 6. Aufl., 2010, Art. 14 Rn. 163. Vgl. auch unten Rn. 53.
- ⁷⁷ BVerfGE 93, 121 (138).
- ⁷⁸ Vgl. Kritik: *E. W. Böckenförde*, Sondervotum BVerfGE 93, 121 (157).
- ⁷⁹ Vgl. *Walter Leisner*, Eigentum, in: HStR, Bd. VIII, 3. Aufl., 210, § 173 Rn. 171, 204 ff.
- ⁸⁰ BVerfGE 115, 97 ff.
- ⁸¹ *E. W. Böckenförde*, Sondervotum BVerfGE 93, 121 (156 f., 162 ff.).
- ⁸² Vgl. unten Rn. 52.
- ⁸³ S. unten Rn. 53 ff.
- ⁸⁴ Alle Zitate BVerfGE 12, 45 (51).
- ⁸⁵ BVerfGE 12, 45 (50 f.); 28, 243 (261); 38, 154 (167); 48, 127 (161); 2 BVL 5/99 v. 20. 02. 2002, Ziff. 42: „Das gilt insbesondere für die Rechtsansicht des Bundesverfassungsgerichts, dass die allgemeine Wehrpflicht verfassungsrechtlich verankert und diese Pflicht daher nicht an dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen ist.“
- ⁸⁶ Näher *Depenheuer* (N 10), S. 87 ff.
- ⁸⁷ Vgl. *Depenheuer* (N 10), S. 93 ff.
- ⁸⁸ So ausdrücklich BVerfGE 81, 363 (384). – Zum Problem: *Carl Schmitt*, Wohlerworbene Beamtenrechte und Gehaltskürzungen, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze, S. 174 ff.; *ders.*, in: Gerhard Anschütz/Richard Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. II, 1932, S. 596.
- ⁸⁹ BVerfGE 48, 127 (161).

-
- ⁹⁰ BVerfGE 14, 221 (241); st. Rspr., zuletzt BVerfGE 105, 17 (32). – Eine solche übermäßige Belastung könne bei konfiskatorisch (BVerfGE 23, 288 [314]) oder „erdrosselnd“ (BVerfGE 30, 250 [272 f.]) wirkenden Geldleistungspflichten angenommen werden.
- ⁹¹ *Depenheuer* (N 76), Rn. 163.
- ⁹² Zum Problem: *Herbert Bethge*, Gewissensfreiheit, in: HStR, Bd. VII, 3. Aufl., 2009, § 158 Rn. 51 ff.
- ⁹³ Problemanalyse: *Niklas Luhmann*, Die Gewissensfreiheit und das Gewissen, in: AöR 90 (1965), S. 257 ff.; auch in: *Ausdifferenzierung des Rechts*, 1981, S. 326 ff.
- ⁹⁴ BVerfGE 33, 23 (24); 48, 127 (164 ff., 169): Bereitschaft zur Konsequenz. Zur sog. „lästigen Alternative“ vgl. *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, in: VVDStRL 28 (1970), S. 62 f.; *Herbert Bethge*, Gewissensfreiheit, in: HStR, Bd. VII, 3. Aufl., 2009, § 158 Rn. 54 ff.
- ⁹⁵ *Carl Schmitt*, Verfassungslehre [1928], 1970, S. 126.
- ⁹⁶ Das Bundesverfassungsgericht spricht von einer „grundsätzlichen Freiheitsvermutung zugunsten des Bürgers“, vgl. BVerfGE 1, 98 (105); 6, 32 (42); 7, 377 (404 f.); 13, 97 (105); 42, 263 (295); 63, 32 (42).
- ⁹⁷ Zu Einzelheiten vgl. *Depenheuer* (N 76), Art. 14 Rn. 69 ff.
- ⁹⁸ Zum zivilrechtlichen Eigentum als dem Kern der verfassungsrechtlichen Eigentumsgewährleistung vgl. BVerfGE 24, 367 (389); 42, 263 (295); *Depenheuer* (N 76), Art. 14 Rn. 33.
- ⁹⁹ BVerfGE 53, 257 (292); 76, 256 (301).
- ¹⁰⁰ *Depenheuer* (N 76), Rn. 82 f.
- ¹⁰¹ Näher dazu: *Depenheuer* (N 2), S. 317 ff.
- ¹⁰² So qualifiziert das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung die Sicherung der finanziellen Stabilität und damit der Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung als einen überragend wichtigen Gemeinwohlbelang, vgl. BVerfGE 103, 172 (184 f.) unter Bezugnahme auf BVerfGE 70, 1 (30); 82, 209 (230).
- ¹⁰³ Zudem irritieren Sonderabgaben die grundgesetzliche Finanzverfassung [BVerfGE 55, 274 (300); 91, 186 (202); 93, 319 (342)] sowie den Verfassungsgrundsatz der Vollständigkeit des Haushaltsplans [vgl. BVerfGE 113, 128 (147)].
- ¹⁰⁴ BVerfGE 113, 128 (147).
- ¹⁰⁵ Die Steuerpflichtigkeit der Bürger orientiert sich an der „Allgemeinheit“ ihrer Erhebung. Diese wird nicht dadurch aufgehoben, daß der Gesetzgeber bei geringer oder fehlender Leistungsfähigkeit auf die Durchsetzung des Steueranspruchs verzichtet ganz oder teilweise verzichtet (vgl. oben Rn. 54).
- ¹⁰⁶ Das Bundesverfassungsgericht spricht insoweit von „homogenen Gruppen“, vgl. BVerfGE 55, 274 (305 ff.); 82, 159 (180); 108, 186 (222).
- ¹⁰⁷ BVerfGE 55, 274(306).
- ¹⁰⁸ BVerfGE 82, 159 (180).
- ¹⁰⁹ BVerfGE 82, 159 (180).
- ¹¹⁰ BVerfGE 113, 128 (150 f.).
- ¹¹¹ BVerfGE 113, 128, 153.
- ¹¹² BVerfGE 55, 274, 308.
- ¹¹³ BVerfGE 55, 275, 308; 108, 186, 217; 113, 128, 150. – Der Sozialversicherungsbeitrag wird dieser Voraussetzung nicht gerecht, entgeht aber als „Abgabe sui generis“ dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit. Vgl. zum Problem *Josef Isensee*, Umverteilung durch Sozialversicherungsbeiträge, 1973.
- ¹¹⁴ Zum Problem vgl. *Helmut Schelsky*, Der selbständige und der betreute Mensch, 1976.
- ¹¹⁵ Vgl. zum folgenden *Otto Depenheuer*, Staatliche Finanzierung und Planung im Krankenhauswesen, 1986, S. 164 ff.
- ¹¹⁶ *Depenheuer* (N 115), S. 175 f.
- ¹¹⁷ Zu den verschiedenen Ansätzen *Volkman* (N 12), S. 233 ff.
- ¹¹⁸ Vgl. nur *Volkmar Götz* und *Hasso Hofmann*, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, VVDStRL 41 (1983), S. 7 ff., 42 ff.
- ¹¹⁹ BVerfGE 6, 55 (71).
- ¹²⁰ Vgl. *Frank Schirrmacher*, Minimum, 2006, S. 7 ff., 40 ff.

-
- ¹²¹ Übersicht: *Joseph Schmid*, Wohlfahrtsverbände in modernen Wohlfahrtsstaaten. Soziale Dienste in historisch-vergleichender Perspektive, 1996; *D. Thränhardt* u.a. (Hg.), Wohlfahrtsverbände zwischen Selbsthilfe und Sozialstaat, 1986. Zu Caritas und Diakonie vgl. die Beiträge im Handbuch des Staatskirchenrechts, Bd. 2, 2. Aufl., 1995, von *Josef Isensee*, Die karitative Betätigung der Kirchen und der Verfassungsstaat, § 59 (S. 665 ff.), *Josef Schmitz-Elsen*, Die karitativen Werke und Einrichtungen im Bereich der katholischen Kirche, § 61 (S. 780 ff.) und *Peter von Tiling*, Die karitativen Werke und Einrichtungen im Bereich der evangelischen Kirche, § 62 (S. 809 ff.)
- ¹²² Die Spenderquote beträgt 57% der Bevölkerung und das Spendenvolumen 4,5 Milliarden €. Quelle: Deutsches Zentralinstitut für soziale Fragen, Evaluierung von Auswirkungen des Gesetzes zur weiteren Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements, Juli 2009.
- ¹²³ *Stefan Klein*, Der Sinn des Gebens, 2010.
- ¹²⁴ Vgl. zur aktuellen evolutionsbiologischen Debatte *William D. Hamilton*, The genetical evolution of social behavior I and II, in: *Journal of Theoretical Biology* 1964, S. 1 ff., 17 ff.; *Martin A. Nowak/Corina E. Tarnita/Edward O. Wilson*, The evolution of eusociality, in: *Nature* 466 (2010), S. 1057–1062; Edward Allen Herre/ William T. Wcislo, In defence of inclusive fitness theory, in: *Nature* 471 (2011), S. E8-E9; *Martin Nowak* mit *Roger Highfield*, „Super-Cooperation“. Altruism, Evolution and Why We Need Each Other to Succeed, N.Y., 2011.
- ¹²⁵ *Schirmmacher* (N 120), S. 7 ff., 40 ff.
- ¹²⁶ Entgegen verschiedentlich geäußerten Ansichten, vgl. dazu *Depenheuer* (N 115); S. 166 f. m.w.N.
- ¹²⁷ Vgl. *Depenheuer* (N 115), S. 105 ff., 109 ff., 164 ff.
- ¹²⁸ Zum privilegierten Grundrechtsschutz für gemeinwohldienliches Handeln: *Depenheuer* (N 115), S. 174 ff.
- ¹²⁹ Vgl. *Depenheuer* (N 115), S. 162 ff.
- ¹³⁰ Vgl. *Josef Isensee*, Ethische Grundwerte im freiheitlichen Staat, in: Paus (Hg.), Werte-Rechte-Normen, 1979, S. 161f.
- ¹³¹ Zum Problem: *Josef Isensee*, Demokratischer Rechtsstaat und staatsfreie Ethik, in: Essener Gespräche 11 (1977), S. 109 ff.
- ¹³² Zur Grundsatzfrage vgl. *Hans-Ulrich Evers*, Befugnis des Staates zur Festlegung von Erziehungszielen, 1979; *Josef Isensee*, Verfassung als Erziehungsprogramm?, in: Wolfgang Brüggemann u.a. (Hg.), Wertebezogene Erziehung, 1983.
- ¹³³ Plädoyer für ein solidarisches Eigentumsdenken: *Böckenförde*, Ethische und politische Grundsatzfragen zur Zeit, in: Herder Korrespondenz 35 (1981), S. 345 f.
- ¹³⁴ *Peter Häberle*, Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat, 1981.
- ¹³⁵ Zur erzieherischen Gewaltenteilung: *Isensee* (N 131), S. 33 ff.

დემოკრატიის მდგომარეობის შესახებ - გლობალური ეკონომიკა და პოლიტიკური პარტიკულარობა

ულო დი ფაბიო

1. გლობალური ეკონომიკა პარტიკულარული დემოკრატიების ხვედრია. თუმცა, გლობალიზაცია არც ისეთი ახალია, როგორც ჩვენ ვფიქრობთ. ის მთლიანობაში ახალი დროისთვისაა დამახასიათებელი, რომლის განვითარებას თან სდევდა განსხვავებული ტემპები და რყევები. 1990 წელს საერთაშორისო ვაჭრობამ დაახლოებით ისევ 1913 წლის დონეს მიაღწია. თითქმის ხუთასი წლის წინ, ახალ დროში დაიწყო მსოფლიოს აღმოჩენა და შორეულ ქვეყნებთან ვაჭრობის განვითარება, რამაც გამოიწვია კონფლიქტები ოკეანისმიღმა ტერიტორიების დაუფლებისათვის. ამიტომ ცივი ომის დასრულების შემდეგ საუბარი შესაძლებელი იქნებოდა უფრო სიტუაციის ნორმალიზებაზე, ვიდრე ახალ ეპოქაზე. მსოფლიო ომების პერიოდი, 1914 – 1945 წლები, ფაქტობრივად წარმოადგენდა პაუზას, რომელიც ხასიათდებოდა სახელმწიფოს მიერ მართული ომებით, ეკონომიკით, ბლოკადის პოლიტიკით, დარბევებით, მმართველობაში არსებული ნაკლოვანებებითა და პოლიტიკისა და სამხედრო ძალის დომინანტობის ტენდენციებით. ცივი ომის პერიოდში ბლოკების ფორმირებამ ეს მდგომარეობა ბერლინის კედლის დანგრევამდე და აღმოსავლეთის ბლოკის დაშლამდე დააკონსერვა.

მხოლოდ მაშინ, როდესაც ფრენსის ფუკუიამა ისტორიის დასასრულზე ალაპარაკდა,¹ შესრულდა ის დაპირებები, რომლებიც ამერიკის პრეზიდენტმა - ფრანკლინ დ. რუზველტმა და ბრიტანეთის პრემიერმა - უინსტონ ჩერჩილმა 1941 წლის აგვისტოს ატლანტიკის ქარტიაში ჩამოაყალიბეს, როგორც ომის დასავლური მიზანი, კერძოდ კი, კლასიკური საერთაშორისო სამართლის აღდგენა, ადამიანთა უფლებების დაცვა, ერების თვითგამორკვევა, ზღვებზე თავისუფალი მოძრაობა და თავისუფალი მსოფლიო ვაჭრობა.²

2. თუმცა, 1990 წლის შემდეგ გლობალური ეკონომიკის განვითარებას დიდ ისტორიულ პერსპექტივაში აღიქვამდნენ არა როგორც ნორმალური მდგომარეობის აღდგენას, არამედ, როგორც პაუზას გასულ ათწლეულებთან შედარებით. 1950 წლიდან 1990 წლამდე პერიოდი უმეტეს დასავლურ ქვეყნებში, პირველ რიგში კი გერმანიაში, იყო ის ოთხი ათწლეული, რომლებიც აღმოჩნდა დემოკრატიისა და სოციალური საბაზრო ეკონომიკის განსაკუთრებულად ეფექტური სიმბიოზი.³ პრინციპში დასავლური

¹ Francis Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, 1992.

² Di Fabio, *Herrschaft und Gesellschaft*, 2018, S. 254 f.

³ სოციალური საბაზრო ეკონომიკის კონცეფციასთან დაკავშირებით: Alfred Müller-Armack, *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik*, 1976; Christian Hecker, *Soziale Marktwirtschaft und Soziale Gerechtigkeit: Mythos, Anspruch und Wirklichkeit*, in: *Zeitschrift für Wirtschafts - und Unternehmensethik*, 12(2), 2011, S. 269 ff.

საზოგადოებისათვის ორი მსოფლიო ომი კარგი გაკვეთილი აღმოჩნდა. უპირველეს ყოვლისა, ევროპულმა კოლონიალიზმმა და იმპერიალისტურმა შეჭიბრმა რესურსების მოსაპოვებლად, იაფმა მუშახელმა და გასაღების ბაზრებმა, პროტექციონისტურ პოლიტიკასთან და გამალებულ შეიარაღებასთან ერთად, არსებითად შეუწყეს ხელი პირველი მსოფლიო ომის დანყებას. ამაზე ამერიკის პრეზიდენტმა ვუდრო უილსონმა 14 - პუნქტიანი პროგრამით მოახდინა რეაგირება და ომის შემდგომი სიტუაციის რაციონალური მონესრიგების პერსპექტივა წარმოადგინა. თუმცა, არაფერი გამოვიდა, რადგან პირველმა მსოფლიო ომმა სიძულვილსა და ძალმომრეობის გაღვივებას შეუწყო ხელი, გაძლიერდა ტოტალიტარული კონცეფციები და ვერსალის სამშვიდობო პირობები მიმართულ იქნა არა მონინააღმდეგე მხარეებს შორის კომპრომისის მისაღწევად, არამედ იქითკენ, რომ მათი მნიშვნელობა დაეკნინებინათ. მაგრამ არაფერს გამოუწვევია მსოფლიოში ისეთი რეზონანსი, როგორც მსოფლიო ეკონომიკური კრიზისის ფონზე ვაიმარის რესპუბლიკის დანგრევამ. 1928 წლის რაიხსტაგის არჩევნებზე გერმანიის ნაციონალ-სოციალისტურმა მუშათა პარტიამ ხმათა მხოლოდ 2,6% მიიღო, გერმანიის სოციალ-დემოკრატიულმა პარტიამ (SPD) კი - თითქმის 30 % და ის გერმანიაში ყველაზე ძლიერი პარტია გახდა. მხოლოდ ორი წლის შემდეგ, როდესაც მსოფლიო ეკონომიკური კრიზისი ხანძარივით მოედო ქვეყანას, დაიწყო კაპიტალის დეფიციტი და გადასახადები წელში წყვეტდა ხალხს, რეცესიის შედეგებმა და უმუშევრობის მკვეთრმა ზრდამ შეცვალა ხმათა თანაფარდობა. გერმანიის ნაციონალ-სოციალისტური მუშათა პარტიის ხმები 18,3 %-მდე, კომუნისტების ხმები 13,1%-მდე გაიზარდა, ხოლო ვაიმარის კოალიცია, რომელიც სოციალ-დემოკრატების, ცენტრისა და ლიბერალებისაგან შედგებოდა, უმრავლესობაში ვეღარ მოხვდა.⁴

სხვა ფსიქო-სოციალურ მიზეზებს შორის, რომლებმაც მნიშვნელოვანი როლი ითამაშეს ნაცისტების აღმავლობასა და პოლიტიკური ძალაუფლების აღებაში, ერთი რამ ცხადია - მსოფლიო ეკონომიკური კრიზისით გამოწვეული სიდუხჭირე და მკაცრი მომჭირნეობის პოლიტიკა რაიხის კანცლერ ბრუნინგის დროს, ამ პროცესების განვითარებისათვის გადამწყვეტი იმპულსის მიმცემი აღმოჩნდა. შესაძლოა, შორეულ აღმოსავლეთში იაპონიის სამხედრო ექსპანსიას ჩინეთში საერთო ჰქონდეს იმასთან, რომ იაპონიაში, როდესაც ერთმანეთს ადარებდნენ საბჭოთა ექსპერიმენტს რუსეთში და ეკონომიკურად და პოლიტიკურად დასუსტებულ დასავლეთს, მკვეთრად შემცირდა ნდობა იმისა, რომ დასავლეთის გზა კეთილდღეობისკენ იყო მიმართული.

3. ვაიმარის დემოკრატიის დანგრევა ისევე ნათელი იყო 1949 წლის ბონის ძირითადი კანონის თუქმდებლებისთვის, როგორც კონრად ადენაუერის მთავრობისა და ეკონომიკის მინისტრ ლუდვიგ ერჰარდისთვის. ის ფაქტი, რომ, მაგალითად, ძირითადი კანონი არ მოიაზრებდა ფედერაციის მოსახლეობის პლებისციტს, გარკვეულ

⁴ Di Fabio, Die Weimarer Verfassung, 2018, S. 167 ff.

უნდობლობას ბადებდა უმაღლესი ხელისუფლების მიმართ. ზუსტად ამიტომ ლუდვიგ ერჰარდისთვის სოციალური საბაზრო ეკონომიკის წარმატება გადამწყვეტი იყო დემოკრატიის წინსვლისთვის. ორმოცდაათიანი წლების ახალი დემოკრატიული ელიტებისთვის ნათელი იყო, რომ ეკონომიკის ზრდისა და სწრაფი აღორძინებისთვის საჭირო ძალისა და ფართო ფენების ინტეგრაციის გარეშე ახალი პარლამენტარული დემოკრატია მალე სახიფათო სიტუაციაში აღმოჩნდებოდა. ორმოცდაათიანი წლების ეკონომიკური ზრდის ფონზე, რომელსაც აძლიერებდა აღორძინების მოთხოვნილება და მუშახელის დეფიციტი, კორეის ბუმისა და თავისუფალი ვაჭრობის ხელშეწყობის პარალელურად, გერმანული ნეოლიბერალიზმის (ორდოლიბერალიზმი) პოლიტიკითა და ვალტერ ოიკენის იდეური ზეგავლენით არსებულმა საბაზრო ეკონომიკის სისტემამ სოციოლოგი ჰელმუტ შელსკი, ჯერ კიდევ, ორმოცდაათიანი წლების დასაწყისში დაათქვამა „გათანაბრებულ საშუალო ფენაზე“.⁵ აქ ნიველირება უარყოფითი მნიშვნელობით არ იყო ნაგულისხმევი, არამედ როგორც უკლასო, ერთობლივი მიღწევებისკენ მიმართული საზოგადოება. განათლების განვითარებამ, სოციალურმა შეღწევადობამ, ძლიერმა პროფესიულმა კავშირებმა და 1957 წელს საპენსიო დაზღვევაზე გადასვლამ, რომელიც არ იყო უზრუნველყოფილი რეზერვებით, ზეგავლენა მოახდინა ცხოვრების მატერიალური პირობების საგრძნობ გაუმჯობესებაზე. ზრდის მკვეთრმა მაჩვენებლებმა ორნიშნა ციფრებამდე გამოიწვიეს ის, რომ მუშების რეალურმა შემოსავალმა უკვე ორმოცდაათიანი წლების დასაწყისში ომისწინანდელ დონეს გადააჭარბა. საბინაო ფონდმა გერმანიის ფედერაციულ რესპუბლიკაში უკვე 1954 წელს მიაღწია 1938 წლის დონეს და ფედერაციის ბიუჯეტი 1968 წლამდე მუდმივად დაბალანსებული იყო. 1957 წელს ქრისტიან-დემოკრატიულმა კავშირმა (CDU) და ბავარიის ქრისტიან-სოციალურმა კავშირმა (CSU), რომლებიც იყვნენ ცენტრისა და ბავარიის სახალხო პარტიის პროტესტანტული იდეებით გაფართოებული მემკვიდრე პარტიები, ხმებისა და მანდატების აბსოლუტური უმრავლესობა მიიღეს. საარჩევნო ბრძოლაში ორივე სახალხო პარტიამ CDU/CSU-მ და SPD-მ ძალები არ დაზოგა. ადენაუერი ამტკიცებდა, რომ არჩევნებში SPD-ს გამარჯვება გერმანიის განადგურების ტოლფასი იქნებოდა, SPD კი გაფრთხილებას იძლეოდა, რომ კლერიკალურ-ფაშისტური და ატომური შეიარაღების მქონე რესპუბლიკის შექმნისკენ მიდიოდა საქმე. თუმცა, შემდეგ დაიწყო მოსაზრებებისა და პოზიციების დაახლოვება და ძველი იდეოლოგიური იდეების უარყოფა, რადგან პოლიტიკური მემარცხენეებიც კი ვერ აუვლიდნენ გვერდს სოციალური საბაზრო ეკონომიკის წარმატების მიმზიდველობას.

მართალია, ათი წლის შემდეგ დაიწყო საუბარი CDU-სახელმწიფოზე და ორმოცდაათიანი

⁵ Helmut Schelsky, Die Bedeutung des Schichtungsbegriffs für die Analyse der gegenwärtigen deutschen Gesellschaft in: Ders., Auf der Suche nach Wirklichkeit, 1965, S. 331 ff.

წლების აღმდგენ კლიმატზე,⁶ მაგრამ ეს ეხებოდა წარსულთან ფრთხილი დამოკიდებულების მხოლოდ გარკვეულ ტიპებს ან ძველ, მორალურ წეს-ჩვეულებებს. მთლიანობაში ლეგენდა აღმავლობის შესახებ რეალურად არ იყო ის დეკადა, რომლისთვისაც დამახასიათებელი იქნებოდა ცოცხალი, დიადი საპარლამენტო დებატები, მასშტაბური მობილობა და სამოქალაქო შეგნება.

დემოკრატია განმტკიცებული იყო, თუმცა პირველმა ჩავარდნებმა ეკონომიკის ზრდაში და რურის კრიზისმა სამოციან წლებში, ისევ საფიქრალი გააჩინა. ამის მიზეზი იყო არჩევნებში ნაციონალ-დემოკრატიული პარტიის გამარჯვება, რომელმაც 1966 წელს ესენში ხმების 7,9% მოიპოვა,⁷ მისი ნაციონალ-სოციალისტური იდეებით განმსჭვალული მიზნები სხვა ფედერალურ მიწებზეც პოპულარული გახდა და 1969 წელს მიცემული განმეორებითი ხმების 4,3 %-ით ცოტა დააკლდა ბუნდესტაგში შესვლას, რომელიც მაშინ მყარად ეჭირა ხელში სამ ფრაქციას.

4. საერთო ეკონომიკური ბალანსის მისაღწევად ეკონომიკური და ფინანსურ-პოლიტიკური საშუალებების მობილიზებისა და ანტიციკლური პოლიტიკის მიზანი, რასაც SPD-ს ეკონომიკის მინისტრი კარლ შილერი დეფიციტური ხარჯვითა და კონიუნქტურული პროგრამებით ატარებდა, იყო ის, რომ უფრო გარკვევით ეჩვენებინათ დემოკრატიის შეპირება, შეძლებისდაგვარად კრიზისის გარეშე შეექმნათ სტაბილური ჩარჩო-პირობების გარანტიები. არანაკლებ მნიშვნელოვანი იყო ის, რომ ამით სურდათ დემოკრატიის აღიარებისა და სტაბილურობის უზრუნველყოფა. სულ უფრო მეტი გახსნილობა მსოფლიო ვაჭრობისადმი, გლობალიზაცია და საერთო ევროპული ბაზრის პროექტი წარმოადგენდნენ არა მარტო ვაჭრობისა და ცვლილებების მემშვეობით მშვიდობის შენარჩუნების მექანიზმებს, არამედ, ასევე პერსპექტიულ სტრატეგიებს კეთილდღეობისა და ზრდის ხელშესაწყობად. ამდენად, დასავლური სახელმწიფოები 1929 წლის მსოფლიოს დიდი ეკონომიკური კრიზისის დამანგრეველი შედეგებისა და ცივი ომის პირობებში არსებულ სისტემებს შორის კონკურსის ფონზე მზად იყვნენ პოლიტიკურად მხოლოდ სანახევროდ გაეტარებინათ ცხოვრებაში „კეინსის თეორია“: როგორც აღნიშნული ეკონომისტი თავის ანტიციკლურ რეცეპტში ითვალისწინებდა, სახელმწიფოს მზარდი დავალიანება და, ასევე კერძო მეურნეობების ვალების მატება, კარგი კონიუნქტურის პერიოდში, არასაკმარისად შემცირდა.⁸ დასავლური სავალუტო და საფინანსო სისტემა მსოფლიო ფინანსური კრიზისიდან მოყოლებული, ჯერ კიდევ მძიმე მდგომარეობაშია, რადგან მაღალი ვალების გამო ის თვალმისაწვდომ პერიოდში ვერ უზრუნველყოფს ერთდროულად დინამიკასა და სტაბილურობას რაციონალური მართვის

⁶ რესტავრაციის თეზისის საწყისებთან დაკავშირებით, რომლითაც თითქმის გროტესკულადაა უარყოფილი დასავლეთთან კავშირის, დემოკრატიზაციისა და სოციალური საბაზრო ეკონომიკის გარდამტეხი მომენტები. Heinrich August Winkler, *Der lange Weg nach Westen*, Band II, 4. Auflage 2002, S. 178 f.

⁷ Heinrich August Winkler, *Der lange Weg nach Westen*, Band II, 4. Auflage 2002, S. 238.

⁸ Theoretische Grundlage der antizyklischen Konjunktursteuerung: John Maynard Keynes, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, 1936.

გზით. ამიტომ ქვეყნებში, როგორცაა იტალია და საფრანგეთი, უძნელდებოდა კონკურენტუნარიანობის გაზრდა, რადგან იქ არ არის სახეზე მოთხოვნის სტიმულაცია ან ინფრასტრუქტურის მოდერნიზაცია.⁹

საერთაშორისო ეკონომიკური ურთიერთკავშირის ლოგიკა და მზარდი პოლიტიკური თანამშრომლობა პოლიტიკური გადაწყვეტილების მიღებას განსაკუთრებით ევროკავშირში, ძირითადად, ტრანსნაციონალურ აღმასრულებელ ორგანოებს ავალებს, რომლებიც მოლაპარაკებებს აწარმოებენ. ამიტომ ეროვნული პარლამენტები ხდებიან იმის აღმასრულებელი ორგანოები, რაც მთავრობებმა მოილაპარაკეს. ამის საპირისპიროდ, ევროპარლამენტი საკმაოდ გაიზარდა. ამასობაში კი, ის არის არა ჩვეულებრივი რეგონატორის მქონე პოლიტიკურად განსხვავებული საზოგადოებრივი აზრის კანონმდებელი, არამედ, უპირველეს ყოვლისა, ის წარმოადგენს მოლაპარაკებებში მონაწილეს, რომელიც მოიცავს პოლიტიკურ, ეროვნულ და სხვა ფართო ინტერესების სფეროს, რომელიც კომისიასთან და საბჭოსთან ერთად (ანუ სამი ინსტიტუტი ერთად) მონაწილეობს მორიგ საკანონმდებლო პროცედურებში. ამასთან ჩნდება ბზარი ეროვნული არენების მთავარ პოლიტიკურ ინსტიტუციებსა და ევროპული ნების ჩამოყალიბებას შორის. ბრიუსელის მოლაპარაკებებისა თუ ტრანსატლანტიკური სავაჭრო შეთანხმების ფაქტიური ლოგიკა მთლიანად ტრანსპარენტული ვერ ხდება. შესაძლებელია მხოლოდ მისი აქცეპტირება ან მთლიანად უარყოფა. ტრანსნაციონალური, ურთიერთდაკავშირებული მმართველობის ეს იძულებითი აუცილებლობა სრულებითაც არ ხდის შეუძლებელს ეროვნული პოლიტიკური გადაწყვეტილებების მიღებას, თუმცა მოითხოვს განლაგების ადგილით განპირობებული ეკონომიკური კალკულაციის, პოლიტიკური პატივისცემისა და სამართლებრივი კავშირების ერთობლიობას. ამ ზენაციონალური მიზნების გვერდით ეროვნულ დონეზე მიღებული გადაწყვეტილება რალაცნაირად ერატიულად გამოიყურება და წააგავს პოპულისტურ უარმყოფელ პოზას, თუმცა ეს პოზიცია უკვე დიდი ხანია გავრცელებულია. ამის საპირისპიროდ, ერთობლივ გადაწყვეტილებას შესახებ მნიშვნელოვანი დონეზე ენიჭება ნახევრად გამჭვირვალე ექსპერტოკრატის ხასიათი,¹⁰ როდესაც თავიდან ვერ ავიცილებთ იმ ფაქტს, რომ ხალხი დემოკრატიულად ვეღარ იმოქმედებს. ეს ყველაფერი წარმოადგენს პოპულიზმის საზრდოს, განსაკუთრებით, როდესაც ამკარავდება სისუსტეები დასავლეთის ინსტიტუციონალურ სისტემაში.¹¹ ამგვარი სისტემისთვის მნიშვნელოვანი სისუსტეები წარმოიქმნება, როდესაც ვერ ხერხდება ეკონომიკისა და საზოგადოების გარკვეული საფუძვლების სანდო, მიზნობრივ-რაციონალური მართვა.

⁹ Clemens Fuest/Mathias Dolls/Friedrich Heinemann/Andreas Peichl, "Reconciling Insurance with Market Discipline: a Blueprint for a European Fiscal Union", CESifo Economic Studies 62 (2), 2016, 210 ff.

¹⁰ Ein alter Vorwurf, siehe etwa Helmut Krauch, Kritik an der Expertokratie, 1964.

¹¹ Clemens Fuest/Mathias Dolls/Friedrich Heinemann/Andreas Peichl, "Reconciling Insurance with Market Discipline: a Blueprint for a European Fiscal Union", CESifo Economic Studies 62 (2), 2016, 210 ff. Di Fabio, Herrschaft und Gesellschaft, 2018, S. 186 ff.

ამის დასტური იყო მსოფლიო ფინანსური და მიგრაციული კრიზისი. სისტემისთვის მნიშვნელოვანი სისუსტე მდგომარეობს ასევე დასავლეთის გეოპოლიტიკურ უუნარობაში, მაგალითად მოგვევლინოს, როგორც წესრიგის ფაქტორი ახლო აღმოსავლეთში, ან შეძლებისდაგვარად შეამციროს უცხო ძალების სტრატეგიული გავლენა ევროკავშირის ქვეყნებზე.

5. აუცილებელია ვისწავლოთ ისტორიის მაგალითებზე, თუმცა შესაძლოა, შეცდომა იყოს, რომ აუცილებლად მიგვაჩნდეს გვერდი ავუაროთ ისეთ ეფექტურ ურთიერთკავშირს, რომელიც ისტორიულად ფატალურად აღიარეს და მტკიცედ ვიზიარებდეთ ამ აზრს. არ უნდა განმეორდეს 1929 წლის ოქტომბრის შავი პარასკევისა და დიდი დეპრესიის ტრაგედია, რამაც გამოიწვია დემოკრატიების გლობალური რყევა. პროტექციონიზმი და ეროვნულმა ეგოიზმმა აღარ უნდა ითამაშოს როლი ატლანტიკურ დასავლურ სამყაროში. ამასობაში ეკონომიკურად მზარდ და უფრო და უფრო თავდაჯერებულ აზიურ სამყაროში საუბარია იმაზე, რომ დასავლეთი თავისი ინსტრუმენტებით, თავისი სოციალურ-სახელმწიფოებრივი ორიენტაციებითა და ღიაობის ფანტაზიებით თავად იგდებს თავს საფრთხეში და ამიტომ, გეოპოლიტიკური თვალსაზრისით, რაღაცებზე უნდა დაფიქრდეთ. ჩინეთის კომუნისტური პარტია სარგებლობს შესაძლებლობით და არა მარტო ადგილობრივ პუბლიკას, არამედ მსოფლიოს ყველა წერტილს აწვდის გზავნილს ახალი სტაბილურობისა და მართვის სიძლიერებზე. ამჟამად ჩინეთში გვიჩვენებენ, რა შესაძლებლობებს გვაძლევს ტრანსსაზღვრული ინტერნეტის რევოლუციური სივრცე, როდესაც, ვერძოდ, სპეციალისტები, რომელთა კომპეტენცია პოლიტიკური საკითხების დაგეგმვაა, ქსელში უშვებენ თავიანთ მოსაზრებას საზოგადოებრივი ჰარმონიის შესახებ და ამასთან, გვახსენებენ ძველი საერთაშორისო სუვერენობის არგუმენტს. მსოფლიოს დიგიტალური გადატრიალება, რომელსაც თან ახლავს ახალი და გამაოცებელი ღირებულებების შექმნა Big Data-ს, მზარდი ავტომატიზაციისა და ხელოვნური ინტელექტის საფუძველზე, ეკონომიკისა და დემოკრატიის ურთიერთობას სრულიად ახალი შეკითხვების წინაშე აყენებს მაშინ, როდესაც ძველი პრობლემები საერთოდ არაა გადანაცვლებილი.

ამგვარად, ამჟამად დიგიტალური მოდერნიზაცია¹² და საზოგადოების რევოლუციონიზაცია კაპიტალიზმის მიმართულებით (4.0) ეჭახება უახლესი წარსულის ანტიციკლური პოლიტიკისა და კრიზისზე რეაქციის დანატოვარ ტვირთს. ტოკიოს, ვაშინგტონისა და ფრანკფურტის საიმისიო ბანკების კულისებს მიღმა გაბატონებულია დაბნეულობა იმ შეკითხვასთან დაკავშირებით, თუ როგორ გახადონ ფინანსურ-პოლიტიკური ინსტრუმენტები ისევ ეფექტური, როგორ შეუძალონ ხელი როგორც კაპიტალის არასწორ ჩადებას

¹² Bernd von Mutius, Die Verwandlung der Welt, 2001; Udo Di Fabio, Vom autonomen Verbraucher zum vernetzten Nutzer: Wie verändert die digitale Gesellschaft den Verbraucherschutz? in: Blättel-Mink/Kenning (Hg.), Paradoxien des Verbraucherverhaltens, 2019, S. 3 ff.

და ბუშტების წარმოქმნას, ისე სახელმწიფოების გადახდისუუნარობას, როგორ უნდა წარმოიშვას ახალი სტაბილური სივრცე.

სოციალური საბაზრო ეკონომიკის მოდელის არსიც დაზარალდა. საფრანგეთში ემანუილ მაკრონი ცდილობდა თავისი ქარიზმატული წარმატების ენერგეტიკა სამუშაო ბაზრის სწრაფი რეფორმებისთვის გამოეყენებინა. თუმცა, ყვითელჟილეტიანთა პროტესტმა პრეზიდენტი აიძულა, დაბრუნებოდა ხარჯებისა და დაშოშმინების კლასიკურ პოლიტიკას.

ითვლება, რომ ღია სამუშაო ბაზრები ხელს უწყობენ დასაქმებას და ეს აძლიერებს საზოგადოების დასაქმებულ საშუალო ფენას. შრომითი საქმიანობა განსაზღვრავს ცხოვრების პრესპექტივასა და ეკონომიკურ და პოლიტიკურ კეთილგონიერებას. საზოგადოებაში უმუშევრობის მაღალი მაჩვენებელი, რაც ხანგრძლივად გრძელდება, დემოკრატიისთვის ტვირთს წარმოადგენს. ვაიმარის რესპუბლიკის გვიან ფაზაში მასობრივი უმუშევრობა მატერიალურ გაჭირვებას ნიშნავდა. სოციალური სახელმწიფოს დღევანდელი შესაძლებლობები ეფექტურად იცილებენ თავიდან ამგვარ სიტუაციას. ზოგადად ცხოვრებისეული გამოცდილება გვიჩვენებს, რომ ისეთ პირობებში არსებობა, როდესაც სახელმწიფო გამნაწილებლის როლშია, იწვევს მოქალაქეთა დემოკრატიული კულტურის ეროზიას, კულტურისა, რომელიც არსებითად ეფუძნება საკუთარი არსებობის უზრუნველყოფისა და ქონების დაგროვების გამოცდილებას.

შრომითი საქმიანობისას ბაზარში წარმატებული მონაწილეობა ხელს უწყობს მოქალაქეობრივ თვითშეგნებას. გლობალიზაციის პირობებში დაბალკვალიფიციური სამუშაოს დაძლევა-გადატანა და მცირე განსხვავება არსებობის უზრუნველყოფა შემოსავალსა და მინიმალური უზრუნველყოფის სოციალურ-სახელმწიფოებრივ ფორმებს შორის, სტრუქტურული პრობლემა ხდება, რაზეც, მაგალითად, ხელისუფლება რეაგირებს მინიმალური გასამრჯელოთი. თუმცა, როგორც, მაგალითად, დენის საფასურისა და ქირის შემთხვევაში ფასებთან დაკავშირებული ჩარევა არ არის შეზღუდული, პოლიტიკა თანდათანობით სცილდება სოციალურს და იქცევა პოლიტიკურად მართულ საბაზრო ეკონომიკად. ვერც ევროპული სავალუტო სივრცე ვერ მოიპოვებს სტაბილურობას მუდმივი ტრანსფერების შემოტანის გზით. ამით წვერი ქვეყნების ეკონომიკური სივრცეები და ამდენად, მთელი კავშირი დაკარგავდა მამოძრავებელ ძალას. დასავლეთის დემოკრატიები დგანან პრინციპული, კონცეპტუალური შეკითხვების წინაშე. უნდა დაუჭეროთ დიგიტალური სფეროს წამყვანი წარმომადგენლების აზრს, რომ მომავალში ტექნიკური განვითარება გამოიწვევს ყველა სამუშაო ადგილის 80%-ის გაუქმებას და საკმარისი იქნება მხოლოდ ერთი უპირობო ძირითადი შემოსავალი? და რას ნიშნავს ეს ცოცხალი დემოკრატიისათვის და ადამიანის შესახებ კონსტიტუციურ-სამართლებრივი წარმოდგენისთვის? რა იქნებოდა, თუ უპირობო ძირითადი შემოსავლის დანერგვის შემდეგ, რომელიც გვიხსნიდა დიფერენცირებული სოციალური სახელმწიფოს ყველა

კომპლექსური პრობლემისგან, მაინც გაიზრდებოდა მოთხოვნილება ანაზღაურებად სამუშაოზე? უკვე დღეს არ დავეძებთ სასონარკვეთილნი აღმზრდელებსა და მასწავლებლებს? სად არიან ექიმები სოფლის სამედიცინო დანესებულებებში?

ჩვენ არ ვიცნობთ მომავალს, მიუხედავად იმისა, რომ მისი აჩრდილები ანმყოში დაძრწიან. ვისაც უნდა, რომ გახსნილ საზოგადოებებში საიმედოდ იმოქმედოს, სჭირდება არეალისა და ნორმატიული ბარიერების ცოდნა. ბოლო წლებში გერმანია მსგავს ძირითად შეკითხვებზე პასუხის გაცემას გერმანიის კონსტიტუციის პირველი პარაგრაფის მოშველიებით ცდილობდა: ადამიანის ღირსება ხელშეუხებელია. თუმცა აქ იმალება სახელმწიფოსა და ეკონომიკას შორის ურთიერთობის გაგების უფრო ღრმა პრობლემა. სოციალური საბაზრო ეკონომიკის არქიტექტორები ხშირად რელიგიურ-ქრისტიანული წრის წარმომადგენლები იყვნენ.¹³ ამიტომ მათთვის მნიშვნელოვანი იყო ტოტალიტარულ კოლექტივიზაციასა და ცივისხლიან რადიკალურ ლიბერალიზმთან შენინაამდეგება. საბაზრო-ეკონომიკური წყობა, რომელსაც თან ახლდა კერძო საკუთრება, კერძო ავტონომია და ხელშეკრულების დადების თავისუფლება, წარმოდგენს ეკონომიკის, ხოლო სამართლებრივ-სახელმწიფოებრივი დემოკრატია - პოლიტიკური ძალაუფლების საფუძველს. ორივე განზომილება ქმნის განვითარების წესებს ადამიანებისთვის, რათა ისინი დამოუკიდებლად განვითარდნენ, ჰქონდეთ საკუთარი გრძნობების გამოხატვის შესაძლებლობა, პატივი სცენ სხვა ადამიანებს, სუსტებსა და გაჭირვებულებს ადამიანურად მოექცნენ და დახმარების ხელი გაუწოდონ. ყურადღების ცენტრში დგას ცალკეული ადამიანი და ადამიანის რასის განსაკუთრებულობა, რომლებიც ზოგჯერ უნდა დავიცვათ ცალკეული ადამიანების დაუფიქრებელი საქციელისგან, როდესაც საქმე ეხება თავად ადამიანის რასის შინაგანი სამყაროს გაგებას. ადამიანის ღირსება შეიძლება აღვიქვათ მთლიანი კონსტიტუციის კონსტიტუციურ პრინციპად, ვიდრე ვერ გადაწყდება მისი ამბივალენტურობის საკითხი. ამგვარად, ადამიანებს გაცნობიერებული უნდა ჰქონდეთ, რომ დემოკრატიულ სახელმწიფოში არსებობს უმრავლესობის უფლება, მისი წარმოდგენების შესაბამისად დაამყაროს წესრიგი, მაგრამ ამ უმრავლესობით დამყარებულ წესრიგს მხედველობიდან არ უნდა გამორჩეს ცალკეული ადამიანის ნება, კერძო ავტონომია, პირადი პასუხისმგებლობა და ნამდვილი ღირებულება. თავისუფალ საზოგადოებაში არსებობს ინდივიდუალური განვითარებისა და ერთობლივი ორგანიზაციის ორმაგი ნორმატიული სპირალი.¹⁴ ისინი არასდროსაა იდენტური, მაგრამ ერთმანეთთანაა დაკავშირებული. დემოკრატია, კანონმდებელმა უნდა უზრუნველყოს ძირითადი უფლებები, ხოლო ცალკეულმა პირებმა უნდა დაიცვან კანონები დემოკრატიულ სახელმწიფოში. დიფერენცირება, მაგალითად, სახელმწიფოს მოქალაქეებსა და უცხოელებს შორის, არ წარმოდგენს თავდასხმას ადამიანთა უნივერსალურ უფლებებზე, არამედ ეს არის აუცილებელი ამბივალენტურობა. ბოლოს და ბოლოს,

¹³ Hans Maier (Hg.), Die Freiburger Kreise. Akademischer Widerstand und Soziale Marktwirtschaft. Paderborn, 2014.

¹⁴ Di Fabio, Schwankender Westen, 2015, S. 137 ff.

ინდივიდუალური განვითარების თავისუფლება კონსტიტუციურად დამოკიდებულია ფუნქციონირებად სამართლებრივ სახელმწიფოებზე, ხოლო სახელმწიფოებს უნდა შეეძლოთ, გააკონტროლონ თავიანთი არსებობის პირობები. ამდენად, სოციალური საბაზრო ეკონომიკა ნიშნავს იმას, რომ სახელმწიფომ თავის ზესახელმწიფოებრივ ურთიერთობებშიც უნდა შექმნას და დაიცვას სამართლიანი შეჭიბრეობითობისა და განვითარების სისტემა. ამან თითოეულ ადამიანსაც უნდა მისცეს შესაძლებლობა, თავად იზრუნოს თავისი არსებობისთვის და ეკონომიკურად წარმატებული იყოს და ასევე სახელმწიფო გაერთიანებებს გაუხსნან კარი წარმატებისკენ. თუ ეკონომიკურ სფეროში თავი იჩინეს არასწორმა განვითარებებმა, როგორცაა მაგალითად, მონოპოლია ან ოლიგოპოლია, სახელმწიფომ ამაზე რეაგირება უნდა მოახდინოს. დღესდღეობით ჩვენ ვართ იმის მომსწრე, რომ დიგიტალური ეკონომიკა ღირებულების ფორმირების სრულიად ახალი მეთოდებით რეალურ ეკონომიკას ნაწილობრივ რესურსებს ართმევს. ჩვენ ვხედავთ, რომ გეოპოლიტიკურ ძალთა თანათარღობა უფრო მყარი ხდება და შეიძლება ისევე ევროპის წინააღმდეგ იქნას მიმართული, საიდანაც საუკუნეების განმავლობაში ექსპანსიური დინამიკა მოედინებოდა. აქ ძალიან მნიშვნელოვანია საუბარი შეჭიბრეობითობის სამართლიან პირობებზე და ცალკეული პირების გადანაცვეტილების მიღების თავისუფლებაზე თავიანთი ქონების განკარგვის, კერძო ავტონომიის, საკუთარი პასუხისმგებლობის შესახებ. სოციალურ-სამართლებრივი სახელმწიფო გამუდმებით მოუწოდებს ახალგაზრდებს შესაბამისი განათლების მიღებისკენ, რათა მათ შეისწავლონ ეს კომპეტენციები. ხელშეწყობა და მოთხოვნა, აღზრდა და განათლება წარმოადგენენ არა ძნელად გაყიდვად პროდუქტებს, არამედ სოციალური სახელმწიფოს უნივერსალური ამოცანას, რომლის მეშვეობითაც მომავალი უნდა განისაზღვროს. ძირითად კანონში ადამიანის ხატება რელიგიური და მსოფლმხედველობითი თვალსაზრისით, ნეიტრალურია, მაგრამ ადამიანის ცენტრში დაყენებით, მისი განსჯის უნარისა და ყოველდღიური საერო აზროვნების მიმართ პატივისცემით, ძირითადი კანონი ადამიანის მხარეს იჭერს და მზადაა დაიცვას მისი ეს პოზიცია.

შეკითხვა, რა არის ეკონომიკურ სისტემაში სოციალური და რა დოზითაა დაშვებული დემოკრატიული სახელმწიფოს ინტერვენცია ეკონომიკაში, რომ ზედმეტად არ შეზღუდოს ძირითადი უფლებების განვითარების სფერო, ისევე აქტუალური რჩება, როგორც შეკითხვა, თუ როგორ გამოიყურება ევროპულ-პოლიტიკური ან საერთაშორისო თვალსაზრისით, ჭკვიანური, მშვიდობიანი და სამართლიანი შეჭიბრეობითობის პრინციპი. ბევრ ადგილას უკვე შეირყა წარსულის ნორმატიული საბაზისო გაგება. ძველ შეკითხვებს, რომლებიც ანტიკური ფილოსოფიიდან მოყოლებული ფიგურირებენ, თავიდან სვამენ. მაგალითად, მიმდინარეობს დისკუსია იმის თაობაზე, შეუძლია თუ არა ინდივიდუალური

ქცევის შეცვლამ ზეგავლენა მოახდინოს კლიმატის ცვლილებაზე,¹⁵ ან შეუძლიათ თუ არა ცენტრალურ პოლიტიკურ ნორმებს სიტუაცია უკეთესობისკენ შემოატრიალონ. აქ ჩარჩო შემჩნევლად ინაცვლებს, რადგან გადამწყვეტი ხდება არა ცალკეული ადამიანის ქცევა, არამედ პოლიტიკური დაგეგმარების დეტალები. ამგვარი პოზიცია შორდება ძირითადი კანონის ადამიანის ხატს, რომლის მიხედვითაც გადამწყვეტია ცალკეული ადამიანი და მისი განსჯის უნარი. მეორე მხრივ, ბევრს აღარ სჯერა, რომ ინდივიდუალური განვითარების თავისუფლებას აბსტრაქტული საზღვრების გარდა, კულტურული ფუნდამენტები და სტაბილური ინსტიტუციები სჭირდება. ინდივიდუალური თვითგამორკვევა ცენტრალური საკითხია, თუმცა მან, ზოგჯერ, ისიც უნდა გაითვალისწინოს, რომ დემოკრატიულად მართული საზოგადოება საკუთარ თვითგამორკვევას საზღვრებს უწესებს, თვით ისეთი წმინდა პირადული გადამწყვეტილებების შემთხვევებშიც, როგორცაა ხელოვნული განაყოფიერება, სუროგატი დედობა და სიცოცხლის საკუთარი სურვილისამებრ დასრულება. აქ, ზოგჯერ, იგრძნობა ინსტიტუციონალური ცოდნის, საკანონმდებლო გადამწყვეტილების მიმართ პატივისცემის დაკარგვა, რასაც მარტივი არგუმენტი აქვს, რომ სახელმწიფომ არ უნდა შეზღუდოს თავისუფლება იმ საკითხებში, რომლებსაც ცალკეული ადამიანისთვის ეგზისტენციალური მნიშვნელობა აქვს. თუმცა, ნორმატიული თვალსაზრისით, ორმაგად უნდა შენარჩუნდეს დაძაბულობა ინდივიდუალურ განვითარებასა და დემოკრატიული საზოგადოების ჩამოყალიბების პროცეს შორის. ეს იმას ნიშნავს, რომ რომელიმე ერთი სფერო არ უნდა დაზარალებდეს მეორის სასარგებლოდ. როგორ უნდა გამოიყურებოდეს სამართლიანი ეკონომიკური სისტემა დიდი ტერიტორიის მქონე სახელმწიფოების ახალი ძალმომრეობითი-პოლიტიკური სტრატეგიების პირობებში, როცა საქმე ეხება მცდელობებს ისეთი გლობალური პრობლემების გადასაჭრელად, როგორებიცაა კლიმატის ცვლილება ან ცხოვრების ყველა სფეროში დიგიტალური საინფორმაციო ტექნოლოგიებისა და ხელოვნური ინტელექტის უმტკივნეულო შეჭრა? დღეს არაა იმაზე ლაპარაკი, გამოვაცოცხლოთ ძველი ან დავბრუნდეთ თითქოსდა წმინდა წარსულში. უფრო მეტად იმაზეა ლაპარაკი, რომ ვიპოვოთ ნათელი ნორმატიული ორიენტაცია, რათა სულ უფრო და უფრო კომპლექსურ სამყაროში უნებლიედ არ დავანგრიოთ რაღაც, რაზეც დამოკიდებულები ვართ.

¹⁵ Niels Boeing, Verzicht rettet die Welt nicht, Die Zeit, Beitrag vom 12. Mai 2019, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/zeit-wissen/2019/03/flugreisen-klimaschutz-gewissen-co2-emissionen-treibhausgase> (zuletzt aufgerufen am 15.05.2019).

Zur Lage der Demokratie - globale Wirtschaft und politische Partikularität

Udo Di Fabio

1. Die globale Wirtschaft scheint das Schicksal der partikularen Demokratien. Doch die Globalisierung ist nicht so neu wie wir denken. Sie ist Kennzeichen der gesamten Neuzeit, sie ist durch Ungleichzeitigkeiten und Pendelschläge in der Entwicklung geprägt. Im Jahr 1990 erreichte der internationale Handel ungefähr wieder das Niveau von 1913. Da die Neuzeit vor gut 500 Jahren bereits mit der Entdeckung der Welt und der Erschließung des Fernhandels den Konflikt um überseeische Besitzungen gestartet hat, konnte man seit Ende des Kalten Krieges eher von einer Normalisierung sprechen als von einer neuen Epoche. Die Zeit der Weltkriege zwischen 1914 und 1945 war die eigentliche Zäsur, mit ihren Tendenzen zur staatlich dirigierte Kriegswirtschaft, Blockadepolitik, Raubzügen, Mangelverwaltung und der Dominanz von Politik und Militär. Konserviert durch die Blockbildung im Kalten Krieg hielt dieser Zustand bis zum Fall der Mauer an und bis zum Zusammenbruch des Ostblocks.

Erst zu dem Zeitpunkt als Francis Fukuyama vom Ende der Geschichte sprach¹ wurden jene Versprechen wahr, die der amerikanische Präsident Franklin D. Roosevelt und der britische Premier Winston Churchill im August 1941 als Atlantik-Charta verabschiedet hatten: das westliche Kriegsziel mit der Wiederherstellung des klassischen Völkerrechts, die Menschenrechte, die Selbstbestimmung der Nationen, die Offenheit der Meere und der freie Welthandel.²

2. Und doch wurde die Entwicklung der globalen Wirtschaft nach 1990 nicht in der großen historischen Perspektive als Wiederherstellung von Normalität, sondern als Zäsur im Vergleich zu den vorangegangenen Jahrzehnten wahrgenommen. Die Zeit zwischen 1950 und 1990 markiert vier Jahrzehnte einer in den meisten westlichen Ländern, zumal in Deutschland, als außerordentlich gelungen empfundenen Symbiose zwischen Demokratie und sozialer Marktwirtschaft.³ Im Grunde genommen hatten die westlichen Gesellschaften aus den beiden Weltkriegen eine Lektion gelernt. Der vor allem europäische Kolonialismus und der imperialistische Wettlauf um Ressourcen, billige Arbeitskräfte und Absatzmärkte hatten gemeinsam mit Schutzzollpolitik und steigender Rüstungsspirale ganz wesentlich zum Ausbruch des Ersten Weltkriegs beigetragen. Darauf hatte bereits das 14-Punkte-Programm des amerikanischen Präsidenten Woodrow Wilson reagiert und eine vernünftige Nachkriegsordnung in Aussicht gestellt. Daraus wurde nichts, weil der erste Weltkrieg Hass und Gewalt Vorschub geleistet hatte, totalitäre Konzepte erstarkt waren und die Friedensbedingungen von Versailles nicht auf Ausgleich, sondern auf Kleinhaltung des Gegners ausgerichtet waren. Aber nichts hatte so sehr weltweit Eindruck gemacht wie der Zusammenbruch der Weimarer Demokratie unter den Schlägen der Weltwirtschaftskrise. Bei den Reichstagswahlen 1928 erreichte die NSDAP lediglich 2,6 % der Stimmen und die SPD wurde mit knapp 30 % die stärkste Partei. Nur zwei Jahre später unter dem Eindruck der sich wie ein Flächenbrand

¹ Francis Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, 1992.

² Di Fabio, *Herrschaft und Gesellschaft*, 2018, S. 254 f.

³ Zum Konzept der Sozialen Marktwirtschaft: Alfred Müller-Armack, *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik*, 1976; Christian Hecker, *Soziale Marktwirtschaft und Soziale Gerechtigkeit: Mythos, Anspruch und Wirklichkeit*, in: *Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik*, 12(2), 2011, S. 269 ff.

ausbreitenden Weltwirtschaftskrise, unter den Bedingungen von Kapitalmangel und einbrechenden Steuereinnahmen, unter den Folgen einer Rezession und einem steilen Anstieg der Arbeitslosenzahlen veränderten sich die Stimmverhältnisse. Die NSDAP wuchs auf 18,3 %, die Kommunisten steigerten ihr Ergebnis auf 13,1 % der Stimmen und die Weimarer Koalition aus Sozialdemokraten, Zentrum und Liberalen erreichte keine Mehrheit mehr.⁴

Was immer ansonsten an sozialpsychologischen Ursachen für den Aufstieg und die Inbesitznahme politischer Macht durch die Nazis eine Rolle gespielt haben mochte, das Elend der Weltwirtschaftskrise und die rigide Sparpolitik unter Reichskanzler Brüning schienen jedenfalls der entscheidende Impuls für diese Entwicklung zu sein. Auch im fernen Osten hat möglicherweise die japanische militärische Expansion nach China etwas damit zu tun, dass das Vertrauen in den westlichen Weg zum Wohlstand zwischen dem sowjetischen Experiment in Russland und der Schwäche des wirtschaftlich und politisch angeschlagenen Westens in Japan rapide abgenommen hatte.

3. Den Müttern und Vätern des Bonner Grundgesetzes von 1949 stand der Zusammenbruch der Weimarer Demokratie ebenso klar vor Augen wie der Regierung unter Konrad Adenauer und seinem Wirtschaftsminister Ludwig Erhard. Dass das Grundgesetz beispielsweise kein Plebiszit des Bundesvolkes vorsah, war einem gewissen Misstrauen gegenüber dem Souverän geschuldet. Für Ludwig Erhard war gerade deshalb der Erfolg der sozialen Marktwirtschaft entscheidend für den Erfolg der Demokratie. Unter den neuen demokratischen Eliten der Fünfzigerjahre war klar, dass ohne Wirtschaftswachstum, ohne die Kraft zum raschen Wiederaufbau und auch ohne die Integration breiter Schichten die neue parlamentarische Demokratie bald ebenso in gefährliches Fahrwasser geraten könnte. Das Wirtschaftswachstum der Fünfzigerjahre, angeheizt durch den Bedarf des Wiederaufbaus, durch Arbeitskräftemangel, den Korea-Boom und durch die Förderung des Freihandels in einem ordoliberalen, ideell von Walter Eucken beeinflussten marktwirtschaftlichen Ordnungsrahmen, führte den Soziologen Helmut Schelsky schon Anfang der Fünfzigerjahre zu der Formulierung der „nivellierten Mittelstandsgesellschaft“.⁵ Hier war die Nivellierung nicht negativ gemeint, sondern als klassenlose, mobile Leistungsgesellschaft. Bildungsaufstieg, soziale Durchlässigkeit, starke Gewerkschaften und die Umstellung auf die umlagefinanzierte Rentenversicherung im Jahr 1957 bewirkten eine unerwartet starke Verbesserung der materiellen Lebensbedingungen. Starke Wachstumsraten bis in den zweistelligen Bereich führten dazu, dass die Realeinkommen der Arbeiter bereits Anfang der Fünfzigerjahre über das Vorkriegsniveau gestiegen waren. Der Wohnungsbestand in der Bundesrepublik erreichte schon 1954 wieder das Niveau von 1938 und der Bundeshaushalt war bis 1968 stets ausgeglichen. Im Jahr 1957 erreichten CDU und CSU, jene protestantisch erweiterten Nachfolgeparteien von Zentrum und Bayerischer Volkspartei, die absolute Mehrheit von Stimmen und Mandaten. Im Wahlkampf hatten sich die beiden Volksparteien CDU/CSU und SPD nichts geschenkt. Adenauer behauptete, ein Wahlsieg der SPD bedeute den Untergang Deutschlands, die SPD warnte vor dem Gang in eine klerikal-faschistische und atomar bewaffnete Republik. Doch danach begann die Konvergenz jenseits der alten weltanschaulichen Gräben, weil sich auch die politische Linke nicht der Faszination des Erfolges der sozialen Marktwirtschaft entziehen konnte.

⁴ Di Fabio, Die Weimarer Verfassung, 2018, S. 167 ff.

⁵ Helmut Schelsky, Die Bedeutung des Schichtungsbegriffs für die Analyse der gegenwärtigen deutschen Gesellschaft in: Ders., Auf der Suche nach Wirklichkeit, 1965, S. 331 ff.

Zehn Jahre später war zwar vom CDU-Staat und vom restaurativen Klima der Fünfzigerjahre die Rede,⁶ aber das war lediglich für bestimmte Arten des verdruckten Umgangs mit der Vergangenheit oder sittlichen alten Zöpfen zutreffend. Insgesamt verfehlte die Restaurationslegende die Wirklichkeit einer überaus lebendigen, von großen parlamentarischen Debatten, von erheblicher Mobilität und dem Wachsen staatsbürgerlichen Bewusstseins gekennzeichneten Dekade. Die Demokratie war gefestigt und dennoch waren die ersten Dellen im Wirtschaftswachstum und die Ruhr-Krise der sechziger Jahre sofort wieder Anlass zur Sorge. Grund war der Wahlerfolg der NPD, die 1966 in Hessen 7,9 % der Stimmen erzielte⁷ und mit ihrer an die nationalsozialistische Diktion anschließenden politischen Programmatik auch in anderen Bundesländern wuchs und 1969 mit 4,3 % der abgegebenen Zweitstimmen nur relativ knapp den Einzug in den damals fest in der Hand von drei Fraktionen befindlichen Bundestag verpasste.

4. Globalsteuerung und antizyklische Politik, die zur Zeit des SPD - Wirtschaftsministers Karl Schiller mit deficit spending und Konjunkturprogrammen betrieben wurden, wollten immer deutlicher das Versprechen der Demokratie einlösen, stabile Rahmenbedingungen möglichst krisenfrei zu garantieren. Nicht zuletzt wollte man damit Akzeptanz und Stabilität der Demokratie sichern. Die immer stärkere Öffnung für den Welthandel, die Globalisierung und das europäische Binnenmarktprojekt waren nicht nur Mechanismen der Friedenswahrung durch Handel und Wandel, sondern auch aussichtsreiche Strategien zur Förderung von Wohlstand und Wachstum. Insofern waren westlichen Staaten im Bann der Verheerungen der großen Weltwirtschaftskrise von 1929 und des im Kalten Krieg bestehenden Wettbewerbs der Systeme nur allzu bereit lediglich einen „halbierten Keynes“ politisch zu praktizieren: Sowohl wachsende Staatsschulden als auch eine steigende Verschuldung privater Haushalte wurden in Zeiten guter Konjunktur regelmäßig nicht hinreichend reduziert, wie das der Ökonom eigentlich in seinem antizyklischen Rezept vorsah⁸. Das westliche Währungs- und Finanzsystem ist seit der Weltfinanzkrise immer noch in einem prekären Zustand, weil es angesichts hoher Schuldenlasten nicht zugleich Dynamik und Stabilität in einer rational überschaubar gesteuerten Weise ermöglichen kann. In Ländern wie Italien oder Frankreich fällt deshalb die Erhöhung der Wettbewerbsfähigkeit schwer, während der Spielraum für teure Nachfragestimulation oder Modernisierung der Infrastruktur fehlt.⁹

Die Logik der internationalen wirtschaftlichen Verflechtung und der zunehmenden politischen Kooperation verlagern politisches Entscheiden vor allem in der Europäischen Union mehr und mehr auf die verhandelnde transnationale Exekutive und das macht die nationalen Parlamente zu Vollzugsorganen dessen, was Regierungen ausgehandelt haben. Das Europaparlament hat demgegenüber erheblich an Statur gewonnen. Es ist indes kein Gesetzgeber mit dem üblichen Resonanzboden einer politisch gefächerten öffentlichen Meinung, sondern vor allem ein politisch, national und vom Interessenzuschnitt breit gefasster Verhandlungsakteur, der gemeinsam mit Kommission und Rat im Trilog beim ordentlichen Gesetzgebungsverfahren agiert. Es entsteht dabei eine Kluft zwischen den politischen Primärräumen der nationalen Bühnen und der europäischen Willensbildung. Die Sachlogik einer Brüsseler Verhandlungsrunde oder eines transatlantischen

⁶ Zu den Ursprüngen der Restaurationsthese in der linkskatholischen Publizistik, mit der die umwälzenden Zäsuren der Westbindung, Demokratisierung und sozialen Marktwirtschaft geradezu grotesk desavouiert wurden: Heinrich August Winkler, *Der lange Weg nach Westen*, Band II, 4. Auflage 2002, S. 178 f.

⁷ Heinrich August Winkler, *Der lange Weg nach Westen*, Band II, 4. Auflage 2002, S. 238.

⁸ Theoretische Grundlage der antizyklischen Konjunktursteuerung: John Maynard Keynes, *The General Theory of Employment, Interest and Money*, 1936.

⁹ Clemens Fuest/Mathias Dolls/Friedrich Heinemann/Andreas Peichl, "Reconciling Insurance with Market Discipline: a Blueprint for a European Fiscal Union", *CESifo Economic Studies* 62 (2), 2016, 210 ff.

Handelsabkommens kann nicht wirklich transparent gemacht werden. Sie kann nur entweder akzeptiert oder pauschal abgelehnt werden. Dieser Sachzwang transnationalen, vernetzten Regierens macht zwar nationale politische Entscheidungen keineswegs unmöglich, bereitet aber ein Geflecht wirtschaftlicher Kalkulation der Standortvorteile, politischer Rücksichtnahmen und rechtlicher Bindungen. Nationales Entscheiden wirkt in diesem übernationalen Bestimmungsgeflecht irgendwie erratisch und als Kennzeichen einer populistischen Verweigerungshaltung, die sich allerdings längst ausgedehnt hat. Demgegenüber haftet dem gemeinsamen Entscheiden auf der überstaatlichen Bühne der Charakter einer opaken Expertokratie¹⁰ an - mit dem Anschein der unausweichlichen Tendenz zur demokratischen Entmündigung der Völker. All das ist Nahrung für Populismus, zumal dann, wenn sich tatsächliche Schwächen im Institutionensystem des Westens offenbaren.¹¹ Solch systemisch bedeutsamen Schwächen entstehen, wenn bestimmte Grundlagen von Wirtschaft und Gesellschaft nicht in einer verlässlich zweckrationalen Weise gesteuert werden können. Dafür war die Weltfinanzkrise und ist die Migrationskrise ein Beleg. Eine systemisch bedeutsame Schwäche liegt auch in der geopolitischen Unfähigkeit des Westens, als Ordnungsfaktor etwa im Nahen Osten aufzutreten oder die womöglich strategisch angelegte Einflussnahme fremder Mächte auf Staaten innerhalb der EU zu verhindern.

5. Aus der Geschichte lernen ist notwendig. Es kann aber auch ein Fehler sein, einen historisch als fatal erkannten Wirkungszusammenhang unbedingt vermeiden zu wollen, sich dabei in einer starren Weise zu fixieren. Das Trauma des Schwarzen Freitags im Oktober 1929 und der großen Depression mit der globalen Erschütterung der Demokratien soll sich nicht wiederholen. Der Protektionismus und nationale Egoismus sollen in der atlantischen westlichen Welt keine Rolle mehr spielen. Inzwischen kann man im wirtschaftlich wachsenden und immer selbstbewusster werdenden asiatischen Raum hören, dass der Westen sich mit seinen Instrumenten, seinen sozialstaatlichen Orientierungen und Offenheitsfantasien selbst gefährde und man sich daher geopolitisch Sorgen machen müsse. Die chinesische KP nutzt die Gelegenheit, nicht nur dem heimischen Publikum, sondern an alle Weltgegenden die Botschaft neuer Stabilität und Führungsstärke zu senden. In China wird zurzeit vorgeführt, was aus dem revolutionären Raum eines grenzüberschreitenden Internets werden kann, wenn nämlich politische Plankader ihre Auffassung von gesellschaftlicher Harmonie im Netz durchsetzen und dazu das alte völkerrechtliche Souveränitätsargument auffrischen. Die digitale Verwandlung der Welt¹² mit ihrer neuen und überraschenden Wertschöpfung auf der Grundlage von Big Data, von wachsender Automatisierung und künstlicher Intelligenz stellen die Beziehung von Wirtschaft und Demokratie vor komplett neue Fragen, während die alten Probleme keineswegs gelöst sind. So treffen zurzeit die digitale Modernisierung und Revolutionierung der Gesellschaft zum Kapitalismus 4.0 auf die Altlasten der antizyklischen Politik und die Krisenreaktion der jüngeren Vergangenheit. Hinter den Kulissen der Notenbanken in Tokio, Washington und Frankfurt herrscht Ratlosigkeit über die Frage, wie man eigentlich geldpolitische Instrumente wieder wirksam machen kann, wie Fehlallokationen und Blasenbildungen ebenso wie Staateninsolvenz verhindert werden können und wie ein neuer Stabilitätsraum entstehen soll.

Aber auch der Kern des Modells sozialer Marktwirtschaft ist betroffen. In Frankreich versuchte Emmanuel Macron die Thermik seines charismatischen Erfolgs für rasche Arbeitsmarktreformen zu

¹⁰ Ein alter Vorwurf, siehe etwa Helmut Krauch, Kritik an der Expertokratie, 1964.

¹¹ Di Fabio, Herrschaft und Gesellschaft, 2018, S. 186 ff.

¹² Bernd von Mutius, Die Verwandlung der Welt, 2001; Udo Di Fabio, Vom autonomen Verbraucher zum vernetzten Nutzer: Wie verändert die digitale Gesellschaft den Verbraucherschutz? in: Blättel-Mink/Kenning (Hg.), Paradoxien des Verbraucherverhaltens, 2019, S. 3 ff.

nutzen. Der Gelbwestenprotest nötigte dem Präsidenten aber wieder die Rückkehr klassischer Ausgabe- und Beschwichtigungspolitik auf.

Entriegelte Arbeitsmärkte gelten als beschäftigungsfördernd und das macht die arbeitende Mitte der Gesellschaft stark. Erwerbsarbeit prägt die Lebensperspektive und die wirtschaftliche und politische Urteilskraft. Wenn eine Gesellschaft es mit hoher und langanhaltender Arbeitslosigkeit zu tun bekommt, ist das eine Belastung für die Demokratie. In der Spätphase der Weimarer Republik bedeutete Massenarbeitslosigkeit materielles Elend. Die heutigen Möglichkeiten des Sozialstaates beugen solchen Verhältnissen wirksam vor. Doch eine Existenz aus der Hand des verteilenden Staates als allgemeine Lebenserfahrung führt gleichwohl zur Erosion einer demokratischen Bürgerkultur, die nicht unwesentlich auf den Erfahrungen eigener Existenzsicherung und Vermögensbildung gründet. Erfolgreiche Marktteilnahme in Erwerbsverhältnissen fördert bürgerliches Selbstbewusstsein. Die Verlagerung geringqualifizierter Arbeit unter Globalisierungsbedingungen und der geringe Abstand von existenzsichernden Einkommen zu sozialstaatlichen Formen der Mindestsicherung wird zu einem Strukturproblem, auf das zum Beispiel ein Lenkungsingriff wie der Mindestlohn reagiert.

Doch wenn Preiseingriffe wie beim Strompreis oder bei Mieten nicht begrenzt bleiben, entfernt sich die Politik ganz allmählich von der sozialen hin zu einer politisch gelenkten Marktwirtschaft. Und auch der europäische Währungsraum wird nicht durch eine Einführung dauerhafter Transfers Stabilität gewinnen. Die mitgliedstaatlichen Wirtschaftsräume und damit die gesamte Union würden dadurch Antriebskraft verlieren. Insofern stehen die Demokratien des Westens vor grundlegenden konzeptionellen Fragen. Soll man Meinungsgurus der Digitalbranche glauben, dass demnächst durch die technische Entwicklung 80 % aller Arbeitsplätze wegfallen und nur noch ein bedingungsloses Grundeinkommen hilft? Aber was hieße das für die Chance auf lebendige Demokratie und für ein verfassungsrechtliches Menschenbild? Und was wäre, wenn nach Einführung eines bedingungslosen Grundeinkommens, das von allen Komplexitätsproblemen des differenzierten Sozialstaates erlösen soll, dann doch der Bedarf nach bezahlbarer Arbeit steigen würde? Suchen wir nicht heute schon recht verzweifelt nach Erziehern und Lehrerinnen und wo sind Ärzte in der ländlichen Versorgung?

Wir kennen die Zukunft nicht, auch wenn ihre Schattenspiele in die Höhle der Gegenwart fallen. Wer in offenen Gesellschaften verlässlich navigieren will, braucht Kenntnis des Geländes und normative Leitplanken. In den letzten Jahren hat man in Deutschland solche Grundfragen mit Hinweis auf den 1. Artikel der deutschen Verfassung zu beantworten versucht: Die Würde des Menschen ist unantastbar. Doch hier steckt auch für das Verhältnis von Staat und Wirtschaft ein tieferes Verständnisproblem. Die Architekten der sozialen Marktwirtschaft kamen häufig aus einem religiös-christlichen Ambiente.¹³ Für sie ging es darum den totalitären Kollektivismus ebenso wie einen kaltherzigen radikalen Liberalismus abzuwehren. Die marktwirtschaftliche Ordnung mit Privateigentum, Privatautonomie und Vertragsfreiheit ist die Grundlage der Wirtschaft und die rechtsstaatliche Demokratie ist die Grundlage politischer Herrschaft. Beide Dimensionen bilden eine Entfaltungsordnung für die Menschen, damit sie selbstbestimmt und selbstexpansiv über sich hinauswachsen, dabei den jeweils anderen in seiner Person achten und mit Hilfsbedürftigen und Schwachen mitmenschlich zugewandt und helfend umgehen. Im Mittelpunkt steht der einzelne Mensch und die Besonderheit der menschlichen Art, die manchmal auch vor dem unbedachten Verhalten Einzelner geschützt werden muss, wenn es um das Selbstverständnis der menschlichen

¹³ Hans Maier (Hg.), Die Freiburger Kreise. Akademischer Widerstand und Soziale Marktwirtschaft. Paderborn, 2014.

Gattung selbst geht. Tiefergehend kann man die Würde des Menschen als Konstitutionsprinzip der gesamten Verfassung verstehen, solange man ihre Ambivalenzen nicht auflöst. Man muss sich also darüber bewusst sein, dass im demokratischen Staat ein Recht der Mehrheit besteht, eine Ordnung nach ihren Vorstellungen zu entwerfen, diese von der Mehrheit geschaffene Ordnung zugleich jedoch nicht den Eigensinn, die Privatautonomie und die Eigenverantwortlichkeit eines jeden einzelnen Menschen ebenso wenig wie seinen Eigenwert aus dem Blick verlieren darf. In der freien Gesellschaft existiert eine normative Doppelhelix individueller Entfaltung und gemeinschaftlicher Gestaltung.¹⁴ Beides ist nie identisch, aber aufeinander bezogen. Die Demokratie, der Gesetzgeber, muss die Grundrechte beachten und die Einzelnen müssen sich an die Gesetze im demokratischen Staat halten. Differenzierungen wie die zwischen Staatsbürgern und Ausländern sind keine Attacke auf die universellen Menschenrechte, sondern eine notwendige Ambivalenz. Schließlich hängt die individuelle Entfaltungsfreiheit von funktionierenden Rechtsstaaten konstitutiv ab und die Staaten müssen die Bedingungen ihrer Existenz kontrollieren können. Soziale Marktwirtschaft bedeutet insofern, dass der Staat auch in seinen überstaatlichen Verbindungen, eine faire Wettbewerbs- und Entfaltungsordnung schaffen und verteidigen muss, die sowohl dem Einzelnen ermöglicht für seine Existenz selbst zu sorgen und wirtschaftlich erfolgreich zu sein als auch staatlichen Gemeinschaften den Zugang zum Erfolg zu erhalten. Wenn sich im wirtschaftlichen Bereich Fehlentwicklungen wie die Bildung von Monopolen oder Oligopolen zeigen, muss der Staat reagieren. Wir beobachten heute, dass die digitale Wirtschaft mit gänzlich neuen Modellen der Wertschöpfung der Realwirtschaft zum Teil Ressourcen nimmt. Wir erleben, dass die geopolitischen Machtverhältnisse wieder robuster werden und sich auch gegen Europa richten können, von dem über Jahrhunderte hinweg eine expansive Dynamik ausging. Hier kommt es sehr darauf an, über faire Wettbewerbsbedingungen zu reden und die Entscheidungsfreiheit der Einzelnen, ihre Eigentumspositionen, ihre Privatautonomie, ihre Eigenverantwortlichkeit zu erhalten. Der soziale Rechtsstaat dringt immer wieder neu auf eine angemessene Bildung, damit junge Menschen diese Kompetenzen erlernen können. Fördern und Fordern, Erziehen und Bilden sind keine Ladenhüter, sondern universelle Sozialstaatsaufträge, mit denen die Zukunft gewonnen wird. Das Menschenbild des Grundgesetzes ist religiös und weltanschaulich neutral, aber bei der Zentralität des einzelnen Menschen, dem Respekt vor seiner Urteilskraft und alltagsweltliche Vernunft auch sehr entschieden festgelegt und bereit, diese Position zu verteidigen.

Die Frage, was sozial an einer Wirtschaftsordnung und wie viel Intervention auch des demokratischen Staates in die Wirtschaft erlaubt ist, ohne den Entfaltungsraum der Grundrechte allzu sehr zu beschneiden, bleibt ebenso aktuell wie die Frage, wie eine europapolitisch oder international vernünftige, friedliche und faire Wettbewerbsordnung aussieht. An vielen Stellen sind normative Grundverständnisse der Vergangenheit bereits ins Rutschen geraten. Alte Fragen, die seit der antiken Philosophie im Umlauf sind, werden wieder neu gestellt. So gibt es eine Diskussion, ob der Klimawandel durch eine Änderung des individuellen Verhaltens beeinflusst werden kann¹⁵, oder ob nur zentrale politische Vorgaben eine Wende zum Besseren bringen können. Hier wird unmerklich der Rahmen verschoben, weil das Verhalten des Einzelnen nicht mehr entscheidend zählt, sondern politische Planvorgaben. Eine solche Haltung entfernt sich vom Menschenbild des Grundgesetzes, wonach es auf den Einzelnen und seine Urteilskraft ankommt. Auf der anderen Seite akzeptieren viele nicht mehr, dass auch die individuelle Entfaltungsfreiheit nicht nur auf einen abstrakten Rahmen angewiesen ist, sondern auch kulturelle Fundamente und stabile Institutionen

¹⁴ Di Fabio, Schwankender Westen, 2015, S. 137 ff.

¹⁵ Niels Boeing, Verzicht rettet die Welt nicht, Die Zeit, Beitrag vom 12. Mai 2019, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/zeit-wissen/2019/03/flugreisen-klimaschutz-gewissen-co2-emissionen-treibhausgase> (zuletzt aufgerufen am 15.05.2019).

benötigt. Individuelle Selbstbestimmung ist zentral, muss sich mitunter aber auch gefallen lassen, dass eine demokratisch regierte Gemeinschaft der eigenen Selbstbestimmung Grenzen setzt, selbst bei so höchstpersönlichen Entscheidungen wie bei der künstlichen Befruchtung, der Leihmutterschaft oder einem selbstbestimmten Lebensende. Hier spürt man mitunter den Verlust des Institutionenwissens, des Respekts vor einer gesetzgeberischen Entscheidung mit dem einfachen Argument, der Staat dürfe eine Freiheit in einer Frage nicht beschränken, die für den Einzelnen als existenziell wahrgenommen wird. Doch in der normativen Doppelhelix muss die Spannungslage zwischen individueller Entfaltung und demokratischer Gemeinschaftsbildung erhalten bleiben. Das heißt, die eine Sphäre darf nicht zugunsten einer anderen verletzt werden. Wie soll eine gerechte Wirtschaftsordnung unter den Bedingungen neuer machtpolitischer Strategien von Großraumstaaten angesichts globaler Problemlösungsbemühungen etwa in Bezug auf den Klimawandel oder angesichts der sanften Durchdringung aller Lebensbereiche durch digitale Informationstechnologien und künstliche Intelligenz aussehen? Es geht heute nicht darum, das Alte wieder aufzuwärmen oder zurück in eine angeblich heile Vergangenheit zu gehen. Es geht vielmehr darum, eine klare normative Orientierung zu gewinnen, damit wir in einer unübersichtlicher werdenden Welt nicht unbeabsichtigt etwas zerstören, von dem wir abhängen.

დემოკრატია და საკონსტიტუციო სამართალი: მათი კავშირის პოლიტოლოგიური ხედვა

დავიდ შულცი

რეზიუმე. შესავალი. 1. კონსტიტუციონალიზმის განსაზღვრება. 1.1 უძველესი კონსტიტუციონალიზმი. 1.2 ისტორიული ევოლუცია და ნაწილობრივი თანხვედრა დემოკრატიასთან, კანონის უზენაესობასთან და სხვა ისეთ ღირებულებებსა და ინსტიტუციებთან, როგორცაა ლიბერალიზმი. 1.3 რა არის დემოკრატია. 1.4 ლიბერალიზმი. 1.5 კაპიტალიზმი. 1.5. დემოკრატია და კონსტიტუციონალიზმი. 1.6 დემოკრატის წინაპირობები. 2.0 კონსტიტუციური დემოკრატია: მეთოდოლოგია. 3.0 შედეგები. 4.0 მსჯელობა. დასკვნა. ცნობები.

რეზიუმე

დემოკრატია და კონსტიტუციონალიზმი ერთდროულად წარმოიშვა ევროპაში XVII-XIX საუკუნეებში. ამასთან, არის თუ არა კონსტიტუციონალიზმი თავისი არსით დემოკრატიული მსოფლიო მასშტაბით? რამდენიმე მონაცემთა ბაზაზე დაყრდნობით, ამ სტატიაში მოცემულია მრავალეროვნული, ერთიანი ჯვარედინი ანალიზი, რომელიც შეისწავლის სახელმწიფოს დემოკრატიულ ხასიათსა და მის კონსტიტუციაში მოცემულ რამდენიმე სპეციფიკურ დებულებას შორის ურთიერთობას, რომელიც ეხება მის ტექსტში ჩამოთვლილი ინდივიდუალური უფლებების რაოდენობას, მთავრობის უნიტარულ/თვედერალურ წყობას, ასევე ქვეყნის აღმასრულებელი, საკანონმდებლო და სასამართლო ორგანოებისთვის მინიჭებული უფლებამოსილების ფარგლებს. ანალიზის მიზანია, შემოწმდეს, საკონსტიტუციო სამართლის რომელი დებულებები ან პირობებია ყველაზე მნიშვნელოვანი დემოკრატის განვითარებაში. სტატიაში ნათქვამია, რომ დემოკრატის განვითარებისათვის საკონსტიტუციო დებულებებს შორის ყველაზე განმსაზღვრელია ის, რომელიც დაკავშირებულია აღმასრულებელ ხელისუფლებასთან და ძლიერ საკანონმდებლო ორგანოსა და დამოუკიდებელ სასამართლო ხელისუფლებას შორის ურთიერთობასთან, როგორც აღმასრულებელი ხელისუფლების შემოწმების მექანიზმთან.

შესავალი

კონსტიტუციონალიზმი და დემოკრატია ისტორიულად ურთიერთდაკავშირებული, თუმცა ხშირად საპირისპირო ცნებებია (Dworkin 1995; Habermas 2001; Alexander 2007; Hutchinson and Colòn-Rios 2011; Adagbabiri 2015). მიუხედავად იმისა, რომ კლასიკურ ბერძნულ პოლიტიკურ თეორიაში კონსტიტუცია, უბრალოდ, მმართველობის ან სტრუქტურის ნებისმიერ ფორმას აღნიშნავს, როგორც აღწერილია პლატონის ან არისტოტელეს ნაშრომებში (McIlwain 1958), თანამედროვე კონსტიტუციონალიზმის აღზევება ასოცირდება დემოკრატის ერთდროულად წარმოქმნასთან ან მხარდაჭერასთან (Schochet 1979). სავარაუდოდ, ორივე მათგანი წარმოიშვა ევროპაში ერთსა და იმავე დროს, დიდ ქართლასთან ერთად, 1215 წელს.

საერთოდ, წარმოშობისთანავე კონსტიტუციონალიზმის კონცეფცია ასოცირდებოდა შებლუდულ მმართველობასთან, ადამიანის უფლებებთან და დემოკრატიასთან (Schochet 1979; Adagbabiri 2015). ვარაუდობენ, რომ კონსტიტუციური ნორმებისადმი პატივისცემა მჭიდროდაა დაკავშირებული დემოკრატიასა და თავისუფლებასთან. მაგრამ მიუხედავად იმისა, რომ ეს კავშირი მისაღები იყო, ის ემპირიულად კარგად შესწავლილი არ ყოფილა. ამრიგად, ყველაზე მეტად რომელი ტიპის კონსტიტუცია უწყობს ხელს დემოკრატიას? არსებობს თუ არა კონსტიტუციის კონკრეტული მოთხოვნები, როგორცაა დებულებები სასამართლო დამოუკიდებლობის, ადამიანის უფლებების ან აღმასრულებელი ან საკანონმდებლო შტოების სიძლიერის შესახებ, რომლებიც უკეთესად ავითარებენ დემოკრატიას? მიუხედავად იმისა, რომ არსებობს რამდენიმე გამოკვლევა, რომელშიც ასახულია კონსტიტუციის სხვადასხვა ასპექტი თუ შემადგენელი ნაწილი და მათი კავშირი თავისუფლებასთან ან დემოკრატიასთან, ამ საკითხზე საერთაშორისო მასშტაბური კვლევა თითქმის არ ჩატარებულა.

ამ სტატიაში გაერთიანებულია კონსტიტუციის თეორია, დემოკრატიის თეორია და ემპირიული პოლიტოლოგია. მაშინ, როდესაც საქართველო თავისი სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის აღდგენის 100 წლის იუბილეს აღნიშნავს და მთელს მსოფლიოში დემოკრატია განიხილება, როგორც გამომწვევა, შესაფერისი დროა, ვიფიქროთ კონსტიტუციონალიზმის ემპირიულ საფუძველსა და მის კავშირებზე სხვა მნიშვნელოვან ფასეულობებთან და ასევე იმაზე, თუ კონსტიტუციის კონკრეტული დებულებები ან პირობები როგორ უწყობს ხელს დემოკრატიას.

1. კონსტიტუციონალიზმის განსაზღვრება

1.1. უძველესი კონსტიტუციონალიზმი

კონსტიტუცია და კონსტიტუციონალიზმი უძველესი ცნებებია. ისინი ასევე ღია კონცეპტებია (Goldstein and Schultz 2015). ამასთან ერთად, ბევრი სხვა კონცეპტის მსგავსად, მათ აქვთ როგორც დადგენილი, ასევე დაუდგენელი მნიშვნელობა საკუთარი ისტორიით. მიუხედავად იმისა, რომ ტერმინის πολιτεία გამოყენება ძველი საბერძნეთიდან იწყება, მისი ნამდვილი მნიშვნელობა დროთა განმავლობაში შეიცვალა. ძველი ბერძნებისთვის πολιτεία – პოლიტეა ან კონსტიტუცია ეხებოდა არა მხოლოდ ხელისუფლების ოფიციალურ ინსტიტუტებს, არამედ ერის ხასიათსაც და სულსაც. არისტოტელესა და ანტიკური პერიოდის სხვა მრავალი მოღვაწის აზრით, მმართველობა ხასიათდებოდა რამდენიმე ფორმით, როგორცაა დემოკრატია, არისტოკრატია და მონარქია – თავისი გარყვნილებითა ან კორუფციით. უბრალოდ, კონსტიტუცია გულისხმობდა იმას, რისგანაც სახელმწიფო შედგებოდა. თვით მონტესკიეც (1949; 1973) მიიჩნევდა, რომ კონსტიტუცია უფრო მეტად ეხებოდა ერის სულისკვეთებას, ვიდრე მხოლოდ ხელისუფლების ოფიციალურ ინსტიტუტებს. კონსტიტუცია ფართოდ გამოიყენებოდა მთელი პოლიტიკური და კულტურული აპარატის მიმართ, რომელიც განსაზღვრავდა სახელმწიფოს. ჰეგელიც კი ამგვარად განიხილავდა კონსტიტუციას (Schultz 1990).

კონსტიტუციისა და კონსტიტუციონალიზმის კლასიკური ცნება მოიცავს ორ შეხედულებას. ერთი, როგორც აღინიშნა, სამთავრობო აპარატსა და სახელმწიფოს განმსაზღვრელ ოფიციალურ ინსტიტუტებს უფრო ფართო გაგებით განიხილავდა. ხოლო მეორე შეხედულების თანახმად, კონსტიტუცია არ უნდა ყოფილიყო დემოკრატიული. კონსტიტუციებს შეეძლოთ წარმოედგინათ ისეთი სახელმწიფოები, რომლებიც ამკარად ანტიდემოკრატიულნი იყვნენ.

1.2 ისტორიული ევოლუცია და ნაწილობრივი თანხვედრა დემოკრატიასთან, კანონის უზენაესობასთან და სხვა ისეთ ღირებულებებსა და ინსტიტუციებთან, როგორცაა ლიბერალიზმი

XVII საუკუნის დასაწყისში, იქნებ უფრო ადრეულ პერიოდშიც, კონსტიტუციონალიზმის კონცეპტმა ცვლილება განიცადა. ეს ცვლილება ნაწილობრივ დაკავშირებული იყო ევროპაში მიმდინარე ბრძოლასთან მონარქიული მმართველობის შესაბოჭად (Skinner 1978). იმის მიხედვით, თუ როგორ იცვლებოდა ისეთი ცნებები, როგორცაა მეფეთა ღვთიური უფლება ან რწმენა, რომ სუვერენიტეტი, როგორც გამონაკლისი, მხოლოდ მონარქთა ხვედრია, ადგილი ჰქონდა ამ ძალაუფლების შებოჭვის მცდელობებს. ინგლისის მეფე ჯონისთვის Magna Charta – თავისუფლებათა დიდი ქარტია აღმოჩნდა გამონწვევა, რათა შეეზღუდა თავისი უფლებამოსილება. 1688 წლის ინგლისის სახელოვანი რევოლუცია, 1689 წელს „უფლებათა ბილის“ მიღება და ჯონ ლოკის 1689 წლის „ორი ტრაქტატი მმართველობაზე“ (1996) შეიძლება განვიხილოთ, როგორც მონარქიული უფლებამოსილების შებოჭვისა და პარლამენტის უფლებების დასაცავად წარმოებული ბრძოლის ნაწილი (Ashcraft 1986). ყველა ეს მოვლენა კონსტიტუციონალიზმის ცვალებადი კონცეპტის ასპექტია, რომელშიც ასახულია ხელისუფლების წარმოშობა საზოგადოების დაკვეთის შესაბამისად და სახალხო სუვერენიტეტი (Ashcraft 1986).

ამ ეტაპზე კონსტიტუციამ შეიძინა კიდევ ერთი, უფრო ვიწრო მნიშვნელობა. ერთი სიტყვით, კონსტიტუცია სულ უფრო მეტად აღიქმებოდა, როგორც ნაკლებად კულტურული და უფრო მეტად მართული იმ წესებით, რომელიც აერთიანებდა მთავრობას. კონსტიტუციები ქმნიდნენ მთავრობებს, რისი მაგალითია ჰანს კელზენის საერთაშორისო სამართლის პრინციპები (1967) ან აღიარების წესები (Hart 2012), რომლებიც განსაზღვრავდნენ, თუ როგორ უნდა ემოქმედა სხვა კანონებს საზოგადოებაში. ისინი წარმოადგენდნენ საპროცედურო სქემას, რომელიც განსაზღვრავდა მთავრობების სტრუქტურას.

გარდა ამისა, როგორც ბელინი (1977) აღნიშნავდა, ასევე ითვლებოდა, რომ კონსტიტუცია მთავრობაზე მალლა იდგა და მის შემზღუდველს წარმოადგენდა. თუ ბრიტანული კონსტიტუციონალიზმის ტრადიცია იმაში მდგომარეობდა, რომ რასაც პარლამენტი აცხადებდა კონსტიტუციურად ჩაეთვალა, მაშინ ამერიკული რევოლუციის ინტელექტუალური და იურიდიული მემკვიდრეობა ნაწილობრივ ცდილობდა კონსტიტუციებისა და კონსტიტუციონალიზმის განცალკევებას მთავრობისგან.

კონსტიტუცია უნდა ყოფილიყო დანერგილი და არა დაუნერგელი ან წარმოშობილი ტრადიციის საფუძველზე. ამას გარდა, კონსტიტუცია მთავრობაზე მაღლა იდგა და ამ უკანასკნელს ბოჭავდა. კონსტიტუცია ისეთი ძალაუფლების მქონე დოკუმენტი იყო, რომ კონსტიტუციის საწინააღმდეგო ქმედების შემთხვევაში შეეძლო მთავრობის არაკონსტიტუციურად გამოცხადება. ამრიგად, კონსტიტუცია განიხილებოდა, როგორც შეზღუდული მთავრობის უზრუნველმყოფი ან მთავრობაზე შეზღუდვების დამნეხებელი, რომელიც ამყარებდა წესებს, პოლიტიკური სტრუქტურების მუშაობის შესახებ.

ამასთან, კონსტიტუციონალიზმის დასავლური კონცეპტის ისტორიული ევოლუცია არ წარმოშობილა ცარიელ ნიადაგზე. იგი განვითარდა სულ მცირე ორი სხვა კონცეპტის – დემოკრატიისა და ლიბერალიზმის პარალელურად.

1.3 რა არის დემოკრატია

”დემოკრატია” ძალიან ძველი, პლატონის დროინდელი ცნებაა. ძველი ბერძნები მის ქვეშ (“δημοκρατία”) მასების მმართველობას გულისხმობდნენ (ჰენოკი 1979). დემოკრატიის უფრო თანამედროვე ცნებები მას სახალხო მმართველობის ფორმად მიიჩნევს, სადაც ხალხი მართავს, პირდაპირი ან არაპირდაპირი გზით, თავისი წარმომადგენლის მეშვეობით, რომელიც ემყარება უმრავლესობის მმართველობის პრინციპს. ჰანტინგტონი აცხადებს დემოკრატიის არსს, სადაც ხალხი თავის წარმომადგენლებს ირჩევს სამართლიანი, კეთილსინდისიერი და კონკურენტუნარიანი არჩევნების პირობებში (Huntington 1991: 7).

დემოკრატია ასევე ღია ცნებაა საკუთარი ისტორიით. თუ დემოკრატია თავდაპირველად გულისხმობდა ხალხის პირდაპირ მმართველობას პირველი ტალღის დროს დალის მიხედვით (1989), მას შემდეგ მან გაიარა დამატებითი ფაზები, მათ შორის პირდაპირიდან წარმომადგენლობით დემოკრატიაზე გადასვლის ჩათვლით. უფრო მეტიც, ზუსტი ფასეულობები, რომელსაც დემოკრატია წარმოადგენს, ასევე შეიცვალა იმგვარად, რომ უკვე შეიძლება შეიცავდეს ისეთ მახასიათებლებს, როგორიცაა თანასწორობა კენჭისყრისას, ეფექტური მონაწილეობა, გააზრებული გაგება, დღის წესრიგის კონტროლი და ჩართულობა. დალის კრიტერიუმები (1989) სხვა დემოკრატიული თეორეტიკოსების მიერ აღწერილი რეკვიზიტებისა თუ ფასეულობების მსგავსია, რაც განსაზღვრავს დემოკრატიას (Pennock 1979; Sartori 1987).

დემოკრატიის თავდაპირველ ცნებებში მითითებულია, რომ ამ ტიპის პოლიტიკური სისტემა ხალხის მიერ მმართველობას გულისხმობდა. როგორც ლოკი (1996) აღწერს, ეს ნიშნავს უმრავლესობის მმართველობას. მაგრამ დემოკრატიის ცნების შემდგომი შემუშავებისას მისი მნიშვნელობა გაფართოვდა და მოიცვა თანასწორობისა და თავისუფლების ცნებები.

ზოგიერთი დემოკრატი თეორეტიკოსი ხაზს უსვამს თანასწორობას, როგორც დემოკრატიის მთავარ ღირებულებას (Pennock 35; Sartori 58-9, 342-44). ამჟამად,

მნიშვნელოვანი დებატები იმართება იმასთან დაკავშირებით, თუ რა ტიპის თანასწორობას ითხოვს დემოკრატიული საზოგადოება. თავად დალი მხარს უჭერს კანონის წინაშე თანასწორობის როგორც პროცედურულ, ისე ფორმალურ გრძნობას, ასევე ზოგჯერ არსებით თანასწორობას ეკონომიკური რესურსების თვალსაზრისით (Dahl 1986). რუსო (1977), კანტი (1969; 1991) და დვორკინი (1978) ხაზს უსვამენ მორალურ თანასწორობას, ხოლო დალი (1989) ყურადღებას ამახვილებს ფორმალურ იურიდიულ და მორალურ და ასევე, შესაძლოა, ეკონომიკურ თანასწორობაზე.

დემოკრატიის განსხვავებული მიმართულება უფრო მეტ ყურადღებას აქცევს თავისუფლებას, როგორც დემოკრატიის მთავარ ღირებულებას. კიდევ ერთხელ დავსვათ კითხვა, როგორი თავისუფლებაა ისტორიულად ღია, როგორც ცნება. ზოგს მიაჩნია, რომ ეს არის ჰობსის კლასიკური უარყოფითი თავისუფლება – გარე შეზღუდვების არარსებობა, ხოლო ზოგი დადებით თავისუფლებას ანიჭებს გადამწყვეტ მნიშვნელობას (Berlin 1969). თეორეტიკოსები – რუსო (1977) და კანტი (1969; 1991) პრიორიტეტულად მიიჩნევენ მორალურ ავტონომიას. სავარაუდო ტიპის თავისუფლების ბუნება კარნახობს სახელმწიფოს სტრუქტურასა და როლს; უარყოფითი თავისუფლების ზედმეტად წახალისება ნიშნავს, რომ სახელმწიფო და კონსტიტუცია უფრო მეტად განიცდის უფლებამოსილების შეზღუდვას, ხოლო დადებითი თავისუფლების მხარდაჭერა ასახავს უფრო აქტიურ სახელმწიფოს, ნაკლებად შეზღუდული სტრუქტურით.

ამრიგად, დემოკრატიის თანამედროვე ცნებები მიგვითითებს, რომ მასთან დაკავშირებულია თავისუფლება და თანასწორობა. მაგალითად, ჯონ როულზი (1971; 1993; 2007) სამართლიანობის თავის ორ პრინციპს – თანაბარ თავისუფლებას ყველასთვის, ვინც იგივე თავისუფლებას სხვებისთვისაც აღიარებს, დემოკრატიის აუცილებელ მახასიათებლებად მიიჩნევს. სხვები თანხმდებიან ამ ორი კონცეპტის მნიშვნელობაზე, თუმცა ისინი ხშირად ერთმანეთთან კონფლიქტში მოდის. კონსტიტუციონალიზმის თანამედროვე წარმოდგენებში ორივე ცნება ანალოგიურად ასახულია.

1.4 ლიბერალიზმი

მაშინ, როდესაც ისტორიულად კონსტიტუციონალიზმი დემოკრატიასთან ერთად განვითარდა, მათ გვერდით ასევე წარმოიშვა მესამე ცნება – ლიბერალიზმი. „ლიბერალიზმს“ ხშირად მიაწერენ ჯონ ლოკს. იგი წარმოადგენს პოლიტიკური ფასეულობების ერთობლიობას, რომელიც მიმართულია ინდივიდუალური უფლებების დაცვის, შეთანხმებულ მმართველობაზე დაფუძნებული პოლიტიკური სისტემის და შეზღუდული მმართველობის ცნებისკენ (Pennock and Chapman 1983; DeRuggiero 1959). ლიბერალიზმმა, განსაკუთრებით, როგორც ეს წარმოჩენილია ჯერემი ბენტამის, ჯეიმსისა და ჯონ სტიუარტ მილის, ასევე ფილოსოფოსი რადიკალების (Halèvy 1955) ნაშრომებში, ახალი განზომილება დაამატა დემოკრატიის ცნებას. თუ დემოკრატია, რომელიც ლიბერალიზმამდე გაცილებით ადრე განვითარდა, გულისხმობდა არაკვალიფიციური

უმრავლესობის მმართველობას ან კლასიკური რესპუბლიკური თვალთახედვით, უპირატესობას ანიჭებდა პირად თავისუფლებათა თანასწორობას, ახლა ის უფრო მეტ ყურადღებას აქცევდა უმცირესობების უფლებების დაცვას. ლიბერალური დემოკრატია უმცირესობის უფლებების დასაცავად მიმართავდა უმრავლესობის ტირანიის შებენიერებას.

ლიბერალიზმის ევოლუციის მნიშვნელობამ დემოკრატიის ბოგიერთ ვერსიასთან ერთად წარმოშვა დემოკრატიის თეორია, რომელიც არ ასახავდა უმრავლესობის არაკვალიფიციურ მმართველობას. იგი უფრო თავშეკავებულ, შესაძლოა, კონსტიტუციონალიზმის ცნებასთან უფრო შესაბამის ფორმას გულისხმობდა, რომელიც ხაზს უსვამდა ხელისუფლების შეზღუდვას, სავარაუდოდ, უმცირესობის უფლებების გათვალისწინებით დარეგულირებული უმრავლესობის მმართველობის პატივსაცემად.

1.5 კაპიტალიზმი

კონსტიტუციონალიზმის, დემოკრატიისა და ლიბერალიზმის ისტორიული აღზვევა კაპიტალიზმთან ერთად თითქმის ერთდროულად მოხდა. კერძოდ, ფრიდმანი (1962) კაპიტალიზმსა და თავისუფლებას განიხილავს, როგორც ერთიერთგამაძლიერებელ მოვლენებს და ამ აზრს ამყარებს მსგავსი იდეებით, როგორცაა შებენიერი მმართველობა, ინდივიდუალიზმი და საბაზრო და პოლიტიკური თავისუფლება. სხვები ხედავენ ისტორიულ კავშირებს დემოკრატიისა და კაპიტალიზმის პოლიტიკურსა და ეკონომიკურ ინსტიტუტებს შორის (შუმპეტერი 2015). ზოგი ეჭვქვეშ აყენებს ამ კავშირს ან ამტკიცებს, რომ მათ შორის ურთიერთობა მზარდ კონფლიქტში გადაიზარდა (Macpherson 1973).

ამ სტატიის მიზანს არ წარმოადგენს კაპიტალიზმსა და დემოკრატიას შორის კავშირის არსებობისა თუ არარსებობის შესახებ დავის გადანიშნულება. ამის ნაცვლად, მხოლოდ იმის დადგენა გვსურს, რომ მაინც არსებობს ისეთი დამოკიდებულება, რომელიც ბაზრის თავისუფლებას უკავშირებს დემოკრატიას და შემდეგ კონსტიტუციონალიზმს იმდენად, რამდენად იცავს ან პატივს სცემს კაპიტალიზმს ეს უკანასკნელი. ამის საწინააღმდეგოდ, ზოგი კაპიტალიზმს მიანერს დემოკრატიის შენარჩუნებას. ამ შემთხვევაში მიზეზობრივ-შედეგობრივი ურთიერთობა ნაკლებად მნიშვნელოვანია ისევე, როგორც იმის მტკიცება, რომ არსებობს დემოკრატიის ბოგიერთი ვარიანტის გაბომვის საშუალებები საბაზრო თავისუფლებების მეშვეობით.

1.5 დემოკრატია და კონსტიტუციონალიზმი

თუ კონსტიტუციონალიზმი დემოკრატიის, ლიბერალიზმის და, ალბათ კაპიტალიზმის მხარდამხარ განვითარდა, შესაძლებელია საუბარი რამდენიმე პრეტენზიაზე. ერთი იმას ამტკიცებს, რომ კონსტიტუციონალიზმის თანამედროვე ცნებები მოიცავს პროცესუალური ნორმებისადმი ან კანონებისადმი მორჩილებას და ინდივიდუალური უფლებების დაცვის ვალდებულებას (McHugh 2002). ამასთან, როგორც ფულერი (1975) და დიზენჰაუსი (2006) ამტკიცებენ, კანონის უზენაესობის დაცვა უფრო მეტია, ვიდრე წესების ფორმალური დასტა

და ასევე გულისხმობს შინაგან მორალურობას, რომელიც გვთავაზობს არსებით შეზღუდვებს იმაზე, თუ რა შეიძლება გააკეთოს მთავრობამ ან სახელმწიფომ. ამ თვალსაზრისით, კონსტიტუციონალიზმი განიხილება, როგორც დემოკრატიასთან თავსებადი ან მისი შესაბამისი. ეს ასეა, რადგან კონსტიტუციონალიზმი მოიცავს ლიბერალურ-დემოკრატიულ ფასეულობებს, რომელიც აწინასწორებს უმრავლესობის მმართველობას უმცირესობის უფლებებთან მიმართებით.

მიუხედავად ამისა, არსებობს განსხვავებული შეხედულება, რომლის მიხედვით დემოკრატია კონფლიქტშია კონსტიტუციონალიზმთან (Rousseau 2015). თუ დემოკრატია გულისხმობს არაკეთილგანწყობილი უმრავლესობის მმართველობას, ხოლო კონსტიტუციონალიზმი მოიცავს მთავრობაზე, მათ შორის უმრავლესობაზე დანერგულ შეზღუდვებს, უმრავლესობის ჩათვლით, მაშინ ეს უკანასკნელი აფერხებს პირველის პოპულიზმს. ისეთი მწერლები, როგორცაა რუსო (1977), კანტი (1969; 1991) და დვორკინი (1995) ამტკიცებენ, რომ დემოკრატია მაჟორიტარული პრეფერენციების უბრალოდ რიცხვითი ზომა არ არის, არამედ იგი მოიცავს ავტონომიის ცნებებს, რომელიც თითოეული ადამიანის მორალურ ღირებულებასა და ღირსებას ნიშნავს.

დებატები დემოკრატიისა და კონსტიტუციონალიზმის შერიგებაზე მხოლოდ აკადემიური ხასიათის არ არის. თუ კონსტიტუციონალიზმისა და საკონსტიტუციო სამართლის ერთ-ერთი მიზანი თავისუფლების ხელშეწყობაა, მაშინ მათ შორის ურთიერთობის ფორმულირება ან განსაზღვრა გადამწყვეტია. ერთი მხრივ, მეორე მსოფლიო ომის შემდგომ პერიოდში ან პოსტ-კომუნისტურ სახელმწიფოებში, ბერლინის კედლის დანგრევისა და საბჭოთა კავშირის დაშლის შემდეგ სტრუქტურების განვითარებისკენ მიმართული კონსტიტუციის შემუშავება, რომელიც მოიტანდა დემოკრატიასა და ინდივიდუალურ თავისუფლებას, მნიშვნელოვან საკითხად განიხილებოდა. მეორე მხრივ, მსოფლიო მოიცვა ნაციონალიზმის გამოვლინებებმა Brexit-ის შემთხვევაში, ღონაღდ ტრამპის არჩევის შემდეგ. ასევე, ნაციონალისტური პარტიები გაჩნდნენ იტალიაში, საფრანგეთში, ესპანეთსა და ფინეთში. ამ ნაციონალისტურმა მოძრაობამ განაპირობა იმის წარმოშობა, რასაც უნგრეთში ვიქტორ ორბანმა უწოდა „არალიბერალური დემოკრატია“. ყველა დემოკრატია ერთნაირი არ არის, ყველა მათგანი არ იძლევა ერთი და იმავე თავისუფლებების დაცვისა და უმცირესობების პატივისცემის შესაძლებლობას. ბევრი ადამიანი დგას პრობლემის წინაშე, როგორ უზრუნველყოს უფრო მეტი დემოკრატია აშშ-ის, დიდი ბრიტანეთის, კანადისა და დასავლეთ ევროპის მსგავსად, იმ ადგილებში, სადაც პატივს სცემენ ლიბერალურ პრინციპებსა და ღირებულებებს.

ამრიგად, ჩნდება ორი კითხვა: პირველი მდგომარეობს იმაში, არის თუ არა კონფლიქტი დემოკრატიასა და კონსტიტუციონალიზმს შორის? თუ არ არის, მაშინ იბადება მეორე კითხვა – რა არის ის წინაპირობები, რომლებიც კონსტიტუციას დემოკრატიად აქცევს და გამოიწვევს ინდივიდუალური უფლებების დაცვას?

პირველი კითხვიდან გამომდინარე, დემოკრატია და კონსტიტუციონალიზმი ვერ იქნებიან ერთმანეთთან კონფლიქტში ან ურთიერთსაწინააღმდეგო ურთიერთობებში. მათ შორის შესაძლებელია ერთგვარი დაძაბული ურთიერთობა, რომელიც ორივესგან მოითხოვს მაქსიმალურ განზრახვასა და თანხმობას.

1.6 დემოკრატიის წინაპირობები

თუ ვივარაუდებთ, რომ დემოკრატია და კონსტიტუციონალიზმი არ არიან კონფლიქტში, მაშინ კონსტიტუციონალიზმის რომელი ემპირიული პირობები ან თვისებებია დემოკრატიის ხელშემწყობი?

მრავალრიცხოვანი კვლევებით ცდილობდნენ იმ ინსტიტუტებისა და ღირებულებების დადგენას, რომლებიც აუცილებელია სტაბილური დემოკრატიის შესანარჩუნებლად (Lijphart 1968 and Neubauer 1967). მნიშვნელოვან ფაქტორებში შედიოდა ეკონომიკური სიმდიდრე და მოდერნიზაცია (Lipset 1960 28, 87, 116; Dahl 1971, 60-2; Huntington 1984, 193, 199; Lipset 1959; Lipset 1960; Needler 1968; Rustow 1968; and Rostow 1971); პოლიტიკური მონაწილეობა (Lipset 1960, 116); მთავრობის სამოქალაქო კონტროლი (Diamond 1989, 344, Huntington 1956) და ფართოდ მხარდაჭერილი და რეგულირებული პოლიტიკური მექანიზმები კონფლიქტის მოსაგვარებლად (Almond and Verba 1965, 363; Dahl, 1976, 364; Huntington 1984). სხვები განსაზღვრავენ, რომ დემოკრატიული პოლიტიკური კულტურა ამკვიდრებს შემწყნარებლობას და გონივრულ ბალანსს, როგორც სოციალური კონსენსუსის, ასევე შეუთანხმებლობის მიმართ, მათ შორის განსხვავებულობის პატივისცემისა და ამ განსხვავებების პოლიტიკური პროცესის გზით მოგვარების ვალდებულების ჩათვლით (Almond and Verba 1965, 363; Lipset 1960, 1, 4) , 78, 250; Dahl 1971, 105; Dahl 1960, 347; Christoph 1965). არანაკლებ მნიშვნელოვანია, რომ დემოკრატია მოითხოვდა სოციალურ პლურალიზმს გამჭოლი ლოიალობით, რომელიც გამოიხატება რამდენიმე კონკურენტი ჯგუფების არსებობით (Lipset 1965, 78).

პენოკი (1979: 2017) აღწერს კონსტიტუციას ან კონსტიტუციონალიზმს, როგორც დემოკრატიისთვის განსაკუთრებით მნიშვნელოვან ფაქტორს. მაგრამ კონსტიტუციის რომელი სპეციფიკური თვისებებია საჭირო დემოკრატიის გასაუმჯობესებლად, განსაკუთრებით საინტერესოა ის, რომელიც ინდივიდუალურ უფლებებს ან თავისუფლებებს უჭერს მხარს. ასევე შემოთავაზებულია რამდენიმე პასუხი. ეს მოიცავს იდეებს საკანონმდებლო, აღმასრულებელი და სასამართლო ხელისუფლების ურთიერთდამოკიდებულებისა და ურთიერთშეზღუდვის პრინციპზე, დამოუკიდებელ სასამართლო სისტემაზე, ფედერალიზმსა და აშშ-ს კონსტიტუციაში შეტანილ პირველ ათ შესწორებაზე. უფლებამოსილებათა გამიჯვნა, აღმასრულებელი ხელისუფლების ან უფლებამოსილების შეზღუდვა ასევე განიხილება, როგორც შესაძლო საშუალებები, დაკავშირებული ან მნიშვნელოვანი კონსტიტუციური დემოკრატიის განვითარებისათვის, რომელიც პატივს სცემს უმცირესობათა ან ინდივიდუალურ უფლებებს. ეს ემპირიული გამოკვლევა მიანიშნებს, რომ დემოკრატია არ არის აბსტრაქტული ან ფორმალური

კონცეპტი თუ ინსტიტუტი; ის ჩაშენებულია სხვა სოციალური, პოლიტიკური, ეკონომიკური და კულტურული ინსტიტუტების კონტექსტში, რომლებიც მხარს უჭერენ ან ინარჩუნებენ მას.

ანალოგიურად, ბევრი მეცნიერი ასევე აღნიშნავს, რომ არსებობს კონსტიტუციური ფორმალიზმის შეზღუდვები (Shapiro 2005; Tushnet 2014: 11; McHugh 2002b; Fuller (1975); and Dyzenhaus (2006)). ამასთან ერთად, კონსტიტუცია მხოლოდ ფორმალური დოკუმენტია და თავისი შემადგენელი მარტივი სიტყვებით ვერ გვეუბნება, თუ რას ნიშნავს იგი პრაქტიკაში, ვინ ფლობს რეალურ უფლებამოსილებას ან კონკრეტული დებულებები გამოიყენება თუ არა. იურიდიული ან კონსტიტუციური ფორმალიზმი უბრალოდ ვარაუდობს, რომ კონსტიტუციას აქვს მნიშვნელობა ან რომ ტექსტი და დებულებები შესრულებულია ან დაცულია. ამის ნაცვლად, საჭიროა უფრო რეალისტური მოსაზრება, რომელიც დაადგენს, კონსტიტუციას მართლა აქვს თუ არა მნიშვნელობა, განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც საქმე ეხება დემოკრატიის განვითარებას და იმას, თუ რომელი სხვა პირობები თუ ინსტიტუტები უკავშირდება საკონსტიტუციო დემოკრატიის მიზნის მიღწევას. ფაქტობრივად, რაც შესაძლოა საფუძვლად დაედოს დემოკრატიის წინაპირობების ჩამოყალიბებას, იგივე შეიძლება ითქვას კონსტიტუციური დემოკრატიის შესახებაც.

საერთო ჯამში, სრულყოფილად არ არის შესწავლილი, თუ რომელი კონკრეტული საკონსტიტუციო დებულებები უწყობს ხელს ყველაზე უკეთესად დემოკრატიის განვითარებას. რამდენადაც სახელმწიფოები მთელ მსოფლიოში იბრძვიან დემოკრატიის შექმნის ან შენარჩუნების მიზნით, ამ ემპირიული საკითხის განხილვა აუცილებელია. ესაა ამ სტატიის დარჩენილი ნაწილის ამოცანა.

2.0 კონსტიტუციური დემოკრატია: მეთოდოლოგია

რამდენად თავსებადია დემოკრატია და კონსტიტუციონალიზმი და თუ ეს ასეა, მაშინ ყველაზე უკეთესად რომელი საკონსტიტუციო დებულებები უწყობს ხელს დემოკრატიის იმ ფორმის განვითარებას, რომელიც პატივს სცემს უმცირესობათა და ინდივიდუალურ უფლებებს? ამ კითხვების შესამოწმებლად, ამ სტატიაში შექმნილია მონაცემთა უნიკალური ბაზა.

შედარებითი კონსტიტუციების პროექტის ფარგლებში (CCP) შეგროვდა დიდი მონაცემთა ბაზა Excel-ის ფორმატში, რომელშიც გაერთიანებულია მსოფლიოს უმეტესი კონსტიტუციები. მონაცემთა ბაზა მოიცავს მრავალ ცვლად სიდიდეს, მათ შორისაა ისეთი, რომელიც ზომავს საკანონმდებლო, აღმასრულებელი და სასამართლო ხელისუფლების მოქმედების სფეროს, აგრეთვე ავლენს საკონსტიტუციო დებულებების რაოდენობას, რომლებიც იცავენ ინდივიდუალურ უფლებებს. მონაცემთა ბაზა წარმოადგენს სამშენებლო ბლოკს უფრო დიდი ბაზისთვის, რომელიც გაანალიზებულია ამ სტატიაში.

CCP-ის მონაცემთა ბაზა გაერთიანდა რამდენიმე სხვა მონაცემთა ბაზასა თუ მაჩვენებელთან. პირველი იყო Freedom House-ის უახლესი (2018 წლის) რეიტინგი, რომელიც

მოიცავს თავისუფალ, ნაწილობრივ თავისუფალ და არა თავისუფალ ქვეყნებს, ასევე ამ ქვეყნებში ინდივიდუალური უფლებებისა და სამოქალაქო თავისუფლებების მდგომარეობას. ამ მონაცემთა ბაზას დაემატა 2018 წლის საერთაშორისო გამჭვირვალობის კორუფციის აღქმის ინდექსი. ასევე შეტანილია მსოფლიო პრესის ინსტიტუტის 2017 წლის რეიტინგი, რომელიც ეხება პრესის თავისუფლებას, მსოფლიო ბანკის უახლესი GINI-ის რეიტინგებს რაც შეიძლება მეტი ქვეყნისთვის, გაეროს განვითარების პროგრამის 2017 წლის გენდერული უთანასწორობის ინდექსსა და მთავრობის ხარისხის ინსტიტუტის 2019 წლის მონაცემთა ბაზას. ყველა ამ მონაცემთა ბაზის გაერთიანებით შესაძლებელი გახდა დაახლოებით 190 სახელმწიფოს კონსტიტუციის შესწავლა იმის დასადგენად, თუ რომელი პირობები და საკონსტიტუციო დებულებები იყო დაკავშირებული ინდივიდუალური და უმცირესობათა უფლებების დაცვის ხელშეწყობასთან.

ამ სტატიის მიზნებისათვის, კონსტიტუციური დემოკრატია წარმოადგენს მმართველობის ფორმას, რომელიც განავითარებს თავისუფალ საზოგადოებას, სადაც დაცულია ისეთი ინდივიდუალური უფლება, როგორცაა სიტყვის თავისუფლება. იგი ასევე პატივს სცემს პრესის თავისუფლებას და ისეთ უფლებებს, როგორცაა ქალთა უფლებები. კონსტიტუციური დემოკრატია ასევე ხელს უწყობს ეკონომიკურ თანასწორობას. ამ მიზნების გათვალისწინებით, რა ვიცით კონსტიტუციებისა და დემოკრატიის შესახებ?

3.0 შედეგები

2019 წლის მდგომარეობით, მსოფლიოში 193 ქვეყანაა, რომლებიც გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის წევრები არიან. წმინდა საყდარსა (ვატიკანს) და პალესტინას აქვთ გაეროს დამკვირვებლის სტატუსი, ხოლო ტაივანი არ არის ოფიციალური წევრი. ეს ნიშნავს, რომ მსოფლიოში 195 ან 196 სუვერენული ქვეყანაა. ამ სტატიისთვის შექმნილმა მონაცემთა ბაზამ ანალიზისთვის მოამზადა 190 ქვეყანა, რომელთაგან 189-ს გააჩნია საკუთარი კონსტიტუცია. ერთადერთი გამონაკლისია იემენი. 190-დან 189 ქვეყნით, რომელთაც რაიმე სახის კონსტიტუცია (ძირითადად დაწერილი ფორმალური დოკუმენტის სახით) გააჩნიათ, გაიმარჯვა კონსტიტუციონალიზმის კონცეპტმა. სახელმწიფოების მიერ გარკვეული ფუნდამენტური წესდების ფლობა დღეს მსოფლიოში მიღებული მმართველობის ფორმაა. მაგრამ რა გავლენა აქვს ამ კონსტიტუციებს დემოკრატიისა და თავისუფლების განვითარების თვალსაზრისით?

ზემოხსენებული 190 კონსტიტუციის თავდაპირველი შესწავლა Freedom House-ის რეიტინგების მიხედვით საინტერესო შედეგებს იძლევა. საერთო ჯამში, ორგანიზაცია Freedom House ქვეყნებს აფასებს, როგორც თავისუფალ, ნაწილობრივ თავისუფალ და არათავისუფალ ქვეყნებს. ამ კლასიფიკაციის გამოყენებით, 85 ქვეყანა თავისუფალია, 57 – ნაწილობრივ თავისუფალი, ხოლო 48 – არა თავისუფალი. მხოლოდ კონსტიტუციის ქონა არ ნიშნავს თავისუფალ ქვეყანას, მიუხედავად იმისა, რომ ერთი სახელმწიფო – იემენი, რომელსაც არ აქვს კონსტიტუცია, შეფასებულია, როგორც არათავისუფალი. განზოგადება ერთი სახელმწიფოს მაგალითზე მიუღებელია იმ დასკვნის გამოსატანად,

რომ კონსტიტუციის არქონა ქმნის არათავისუფალ სახელმწიფოს. ამის საპირისპიროა ის ფაქტი, რომ კონსტიტუციის ქონაც არ იძლევა ქვეყნის თავისუფლების გარანტიას,

სახელმწიფოების Freedom House-ისეული სამგვარი კლასიფიკაცია დემოკრატიის შემცვლელის როლს თამაშობს. ქვეყანა, რომელიც კლასიფიცირდება, როგორც თავისუფალი, შეიძლება ჩაითვალოს დემოკრატიულ სახელმწიფოდ. მაგრამ მარტივი კლასიფიკაცია არ იძლევა სახელმწიფოს თავისუფლების ან დემოკრატიის ხარისხობრივ შეფასებას. როგორც ზემოთ აღვნიშნეთ, დემოკრატია, რომელიც იცავს უმცირესობათა უფლებებს და პირად თავისუფლებებს, უფრო დიდი ალბათობით, უმრავლესობის მიერ ჩაითვლება როგორც თავისუფალი, უმრავლესობის წესის საწინააღმდეგოდ, რომ „გამარჯვებული ღებულობს ყველაფერს“. ორგანიზაცია Freedom House აგრძელებს სახელმწიფოების შემდგომ დაყოფას ორი კრიტერიუმის – პოლიტიკური უფლებებისა (PR) და სამოქალაქო თავისუფლებების (CL) მიხედვით. თითოეული მათგანი შეფასდა ერთიდან შვიდი ქულით, რომელთაგან ერთი ქულა ყველაზე თავისუფალ, ხოლო შვიდი ქულა – ყველაზე ნაკლებად თავისუფალ ქვეყანას ნიშნავს. ორგანიზაცია Freedom House ასევე გვთავაზობს საერთო შემაჯამებელ ქულას მსოფლიოს ყველა ქვეყნისთვის, რომელთაგან 100 ყველაზე თავისუფალი და 0 ყველაზე ნაკლებად თავისუფალი ქვეყნის მანიშნებელია. ამ საერთო რეიტინგის გამოყენება შესაძლებელია კონსტიტუციების კონკრეტული ღებულებების შესამოწმებლად.

შედარებითი კონსტიტუციების პროექტი სახელმწიფოს კონსტიტუციაში ჩამოთვლილი უფლებების რაოდენობას განიხილავს, როგორც მის ერთ-ერთ ცვლად მაჩვენებელს.

ცხრილი 1 ასახავს თავისუფლების საშუალო ქულას სამი ტიპის რეჟიმისთვის, როგორც კლასიფიცირებულია Freedom House-ის მიერ. გასაკვირი არ არის, რომ საშუალო ქულა განსხვავებულია. მაგრამ რით აიხსნება ასეთი განსხვავებული ქულები? იქნებ, ეს არის კონსტიტუციაში ჩამოთვლილი უფლებების რაოდენობა? ცხრილი 2 საშუალოდ აღწერს უფლებების რაოდენობას რეჟიმის ტიპის მიხედვით. გასაკვირია, რომ ნაწილობრივ თავისუფალ და არათავისუფალ ქვეყნებს საშუალოდ უფრო მეტი უფლებები გააჩნიათ, ვიდრე თავისუფალ სახელმწიფოებს.

ცხრილი 1

ცხრილი 2

თავისუფლების საშუალო ქულა		უფლებათა საშუალო რაოდენობა	
თავისუფალი	86.74	თავისუფალი	47.11
ნაწილობრივ თავისუფალი	53.05	ნაწილობრივ თავისუფალი	56.05
არათავისუფალი	19.81	არათავისუფალი	48.06

ეს პუნქტი ძლიერდება, როდესაც უფლებების რაოდენობის თანაფარდობა პოლიტიკურ უფლებებთან (PR) Freedom House-ის რეიტინგის მიხედვით იძლევა 0.025-იან დეტერმინაციის კოეფიციენტს (R^2). მიუხედავად იმისა, რომ ეს გარკვეულწილად დამაბნეველია, რადგან Freedom House-ის რეიტინგის მიხედვით, რაც უფრო მაღალია ქვეყნის ქულა ერთიდან შვიდამდე, მით ნაკლებად თავისუფალია იგი, ხოლო r^2 არსებითად მცირეა (ან კოდირების შეცდომების გამოსასწორებლად იგი ნამდვილად -0.025-ის ტოლია). ანალოგიურად, თანაფარდობა სამოქალაქო თავისუფლებების (CL) რეიტინგსა და კონსტიტუციაში ჩამოთვლილი უფლებების რაოდენობას შორის არის 0.028 (-0.028), რაც არსებითად მცირეა. მესამე შემთხვევაში, როდესაც კეთდება თანაფარდობა თავისუფალ, ნაწილობრივ თავისუფალ და არათავისუფალ ქვეყანასა და კონსტიტუციაში ჩამოთვლილი უფლებების რაოდენობას შორის, წარმოიშობა 0.05-იანი (-0.05) დეტერმინაციის კოეფიციენტი (R^2). საბოლოოდ, კონსტიტუციაში ჩამოთვლილი უფლებების რაოდენობასა და საერთო ჯამურ ქულას შორის (0-100, როდესაც რაც უფრო მაღალია რიცხვი, მით უფრო მეტია თავისუფლება) თანაფარდობისას დეტერმინაციის კოეფიციენტი (r^2) -0.03-ის ტოლია. მიუხედავად იმისა, როგორც არ უნდა ჩატარდეს ანალიზი, არანაირი თანაფარდობა არ არსებობს სახელმწიფოს კონსტიტუციაში მითითებული უფლებების რაოდენობასა და იმ ფაქტს შორის, თუ რამდენად თავისუფალია (დემოკრატიული) იგი. სხვათა შორის, არსებობს მცირე თანაფარდობა ისეთ ფაქტორებს შორის, თუ რამდენად თავისუფალია სახელმწიფო და რამდენ სიტყვას შეიცავს კონსტიტუცია ($r^2 = 0.193$).

შესაძლოა, მთავრობის სტრუქტურული მონაცემი და კონსტიტუცია გავლენას ახდენს იმაზე, თუ რამდენად დემოკრატიულია ქვეყანა. ამგვარად, ინსტიტუციონალურმა მექანიზმებმა, რომლებიც ზღუდავენ ხელისუფლების უფლებამოსილებას ან მიჯნავენ უფლებამოსილებებს ან ადგენენ საკანონმდებლო, აღმასრულებელი და სასამართლო ხელისუფლების ურთიერთდამოკიდებულებისა და ურთიერთშეზღუდვის პრინციპს, შეიძლება წარმოშვას უფრო თავისუფალი და უფრო დემოკრატიული სახელმწიფოები. მთავრობის ხარისხის 2019 წლის მონაცემთა მიხედვით, მთავრობები დაყოფილია უნიტარულ, კონფედერაციულ ან ფედერალურ საფუძველზე. მე-3 და მე-4 ცხრილებში განხილულია ურთიერთობა მმართველობის ტიპსა და ინსტიტუციონალურ მონაცემებს შორის.

ცხრილი 3

მმართველობის კლასიფიკაცია და სტრუქტურული მონაცემი

მმართველობა	უნიტარული	კონფედერაციული	ფედერალური	ჯამი
თავისუფალი	35	1	18	54
ნაწილობრივ თავისუფალი	40	0	12	52
არათავისუფალი	35	0	11	46

ცხრილი 4

მმართველობის კლასიფიკაცია და სტრუქტურული მონაცემები: პროცენტებში

მმართველობა	უნიტარული	კონფედერაციული	ფედერალური
თავისუფალი	64.8	1.8	33
ნაწილობრივ თავისუფალი	76.9	0	23.1
არათავისუფალი	76.1	0	23.9

როგორც ჩანს, უმნიშვნელო ტენდენციას, როდესაც თავისუფალი სახელმწიფოები უნიტარულ მთავრობებთან შედარებით უმეტესწილად ფედერალური სისტემით გამოირჩევიან. ინტუიციამე დაყრდნობით აზრს არ იქნება მოკლებული, თუ ვიტყვით, რომ ნაკლებად თავისუფალმა ან უფრო მეტად ავტოკრატიულმა მთავრობებმა მოახდინეს ძალაუფლების კონსოლიდაცია ადამიანთა ან ინსტიტუციების მცირე ჯგუფის, განსაკუთრებით ეროვნული მთავრობის ხელში. ამასთან, ამ მონაცემების Freedom House-ის საერთო თავისუფლების ქულასთან თანაფარდობისას გვაქვს შემდეგი სურათი: $r^2 = 0.15$. ძალაუფლებათა გამიჯვნა სამთავრობო დონეზე, თითქოს უმნიშვნელოა, მაგრამ არც ისე უმნიშვნელო ფაქტორია დემოკრატიების შენარჩუნებისა და განვითარებისათვის.

შედარებითი კონსტიტუციების პროექტს გააჩნია საშუალებები, რომელთა დახმარებით იკვლევს სასამართლო დამოუკიდებლობას, საკანონმდებლო და აღმასრულებელ ხელისუფლებას. სასამართლო დამოუკიდებლობის თვალსაზრისით, ეს არის ნაკრები ინდექსი ნულიდან ექვს ქულამდე, რომელიც ასახავს ექვსი მახასიათებლის კონსტიტუციურ არსებობას ან არარსებობას, რომლებიც როგორც ცნობილია, სასამართლო დამოუკიდებლობის გაძლიერებას უწყობენ ხელს. ეს ექვსი მახასიათებელია: (1) შეიცავს თუ არა კონსტიტუცია მკაფიო განცხადებას სასამართლო დამოუკიდებლობის შესახებ; (2) ითვალისწინებს თუ არა კონსტიტუცია მოსამართლეების უვადო დანიშვნას; (3) ღებულობს თუ არა მონაწილეობას სასამართლო საბჭო ან ორი (ან მეტი) სუბიექტი უმაღლესი ინსტანციის სასამართლოში დანიშვნის პროცესში; (4) არის თუ არა აკრძალული ან შეზღუდული მოხსნა იმგვარად, რომ ამისთვის საჭიროა საკანონმდებლო ორგანოში უმრავლესობის კენჭისყრის ჩატარება, ან იქნებ მხოლოდ საზოგადოებრივ ან სასამართლო საბჭოს შეუძლია თანამდებობიდან გათავისუფლებაზე წარდგენა სხვა პოლიტიკური სუბიექტის დასტურით; (5) შემოიფარგლება თუ არა მოხსნა დანაშაულობებით და სხვა არასასურველი ქმედებებით, ლალათით ან კონსტიტუციის დარღვევით; და (6) დაცულია თუ არა სასამართლო ხელფასები შემცირებისგან (შედარებითი კონსტიტუციების პროექტი).

რაც უფრო მაღალია ქულა, ფორმალურად მით უფრო დამოუკიდებელია სასამართლო სისტემა. მე-5 ცხრილში სწორედ ეს არის ასახული მმართველობის ტიპების მიხედვით, ამ

ურთიერთობისათვის მოკრძალებული მხარდაჭერის აღმოჩენით. სასამართლოს დამოუკიდებლობა სუსტია არათავისუფალ სახელმწიფოებში, ხოლო ნაწილობრივ თავისუფალ სახელმწიფოებში, როგორც ჩანს, აქვთ ყველაზე ფორმალური დამოუკიდებელი სასამართლოები.

ცხრილი 5

სასამართლო ხელისუფლება	
თავისუფალი	2.55
ნაწილობრივ თავისუფალი	3.07
არათავისუფალი	2.1

ამ ნაკრები ინდექსის Freedom House-ის საერთო რეიტინგთან თანაფარდობა, არსებითად, დაბალ მაჩვენებელს იძლევა: $r^2 = 0.094$.

შედარებითი კონსტიტუციების პროექტი ასევე მოიცავს ისეთ რეიტინგებს, სადაც განხილულია აღმასრულებელი და ეროვნული საკანონმდებლო ხელისუფლება. პირველისთვის ეს არის სკალა ნულიდან შვიდ ქულამდე, რომელიც ასახავს შემდეგს: გააჩნია თუ არა მთავარ აღმასრულებელს (1) საკანონმდებლო ინიციატივის უფლებამოსილება; (2) განკარგულების გამოცემის უფლებამოსილება; (3) კონსტიტუციური ცვლილებების შეტანის უფლებამოსილება; (4) საგანგებო მდგომარეობის გამოცხადების უფლებამოსილება; (5) ვეტოს დადების უფლებამოსილება; (6) კანონების კონსტიტუციურობაში ეჭვის შეტანა; და (7) საკანონმდებლო ორგანოს დათხოვნის უფლებამოსილება. ინდექსის ქულა მთლიანობაში ასახავს ამ უფლებამოსილებათა საერთო რაოდენობას, რომელიც ენიჭება რომელიმე ქვეყნის ნებისმიერ ეროვნულ აღმასრულებელ ორგანოს (პრეზიდენტს, პრემიერ-მინისტრს ან დანიშნულ მთავრობას).

მე-6 ცხრილი აჯგუფებს მმართველობის ტიპს აღმასრულებელ ხელისუფლებასთან ერთად და ძლიერია მთავარი აღმასრულებელი.

ცხრილი 6

აღმასრულებელი ხელისუფლება	
თავისუფალი	3.9
ნაწილობრივ თავისუფალი	4.45
არათავისუფალი	5.04

სტატისტიკურად შესაძლებელია, მოიძებნოს მცირე უკუეფექტური კორექტირება $r^2 = -0.257$, რაც იმაზე მიუთითებს, რომ ქვეყანა რაც უფრო თავისუფალი ან დემოკრატიულია, მით ნაკლები უფლებამოსილება აქვს პრეზიდენტს ან მთავარ აღმასრულებელ ორგანოს.

საბოლოოდ, მე-6 ცხრილი ასახავს მმართველობის ტიპსა და საკანონმდებლო უფლებამოსილებას. საკანონმდებლო ორგანო 32 ელემენტთან ერთად დაჯგუფდა, სადაც უფრო მაღალია რიცხვი, მით ძლიერია საკანონმდებლო ძალაუფლება, ხოლო რაც დაბალია რიცხვი, მით სუსტია იგი. ზოგადად, თავისუფალი საზოგადოება თავის ეროვნულ საკანონმდებლო ორგანოებს ნაკლებ უფლებამოსილებას ანიჭებს, მაგრამ როდესაც თანათარღობა შემონმდა, მიღებულმა შედეგმა $r^2 = -0.067$ გვაფიქრებინა, რომ მასსა და დემოკრატიას შორის მცირე კავშირი არსებობს. თავისუფალმა საზოგადოებამ შეიძლება თავის კანონმდებლებს მნიშვნელოვანი უფლებამოსილება მიანიჭოს დადებითი უფლებების უზრუნველსაყოფად ან სხვა სოციალური მიზნების მისაღწევად, რაც ხელს შეუწყობს ან ხელს შეუშლის დემოკრატიის განვითარებას. ამით უფლებამოსილების ფორმალური კლასიფიკაცია თითქოს გაურკვეველი ხდება, როდესაც საქმე ეხება თავისუფალი საზოგადოების განვითარებას.

ცხრილი 7

საკანონმდებლო ხელისუფლება	
თავისუფალი	0.279
ნაწილობრივ თავისუფალი	0.301
არათავისუფალი	0.307

ყველაზე საინტერესოა ხელისუფლების შტოებს შორის ურთიერთდამოკიდებულების შესწავლა სხვადასხვა ტიპის მმართველობასთან მიმართებით. კერძოდ, მთლიანობაში აღინიშნება მხოლოდ 0,1-იანი თანათარღობა აღმასრულებელი და საკანონმდებლო ორგანოების ძალაუფლებათა შორის თავისუფალი, ნაწილობრივ თავისუფალი და არათავისუფალი ქვეყნების განხილვისას. ამასთან, ურთიერთობა უფრო მეტს აჩვენებს, თუ ის დაყოფილია მმართველობის ტიპების მიხედვით. თავისუფალი თუ დემოკრატიული სახელმწიფოებისთვის თანათარღობა აღმასრულებელ და საკანონმდებლო ხელისუფლებათა შორის 0.469-ის ტოლია; სადაც აღმასრულებელ ხელისუფლებას უფრო მეტი უფლებამოსილება გააჩნია, მისი თანათარღობა გაძლიერებულ საკანონმდებლო ხელისუფლებასთან ზომიერად დადებითია. სავარაუდოდ, გაძლიერებული საკანონმდებლო უფლებამოსილებით მოწმდება აღმასრულებელი უფლებამოსილება. ნაწილობრივ თავისუფალ სახელმწიფოებს შორის თანათარღობა -0.253-ის ტოლია, ხოლო არათავისუფალი მმართველობის ქვეყნებისთვის გვაქვს შემდეგი შედეგი: $r^2 = -0.305$.

ნაწილობრივ თავისუფალ და არათავისუფალ ქვეყნებს ახასიათებთ მეტად მძლავრი ხელმძღვანელები (ცხრილი 7), რომლებიც კონტროლდებიან უფრო და უფრო დასუსტებული საკანონმდებლო ხელისუფლებით.

ანალოგიურად, არსებობს ურთიერთობა უფრო ძლიერ აღმასრულებელ ხელისუფლებასა და ნაკლებად დამოუკიდებელ სასამართლოს შორის. მიუხედავად იმისა, რომ ყველა ტიპის მმართველობისთვის $r^2 = -0.184$ -ს, იგი თავისუფალი მმართველობის პირობებში არსებითად ბრტყელი ურთიერთობიდან გამოდის და უფრო გამოხატული ხდება ნაწილობრივ თავისუფალი და არათავისუფალი მმართველობის პირობებში (ცხრილი 8).

ურთიერთობის დასადგენად რამდენიმე სხვა ექსპერიმენტიც ჩატარდა. ეროვნული საკანონმდებლო ორგანოს ოფიციალურ უფლებამოსილებებსა და კონსტიტუციაში ჩამოთვლილი უფლებების რაოდენობას შორის თანაფარდობა უტოლდებოდა 0,037-ს. ეს, ალბათ, მიუთითებს იმაზე, რომ კონსტიტუციის შემდგენლები, რომლებიც ქმნიან ძლიერ ეროვნულ მთავრობებს, ამასთანავე ქმნიან უფრო მეტ უფლებებს მთავრობის შესამოწმებლად. ასევე უფლებების რაოდენობასა და სასამართლო დამოუკიდებლობას შორისაც თანაფარდობა უტოლდებოდა 0.329-ს, ხოლო აღმასრულებელ ხელისუფლებასა და უფლებების რაოდენობას შორის თანაფარდობა მხოლოდ 0,160-ს უდრიდა.

ცხრილი 8

ურთიერთობა აღმასრულებელ და საკანონმდებლო ხელისუფლებებს შორის

მმართველობა	აღმასრულებელი/ საკანონმდებლო ხელისუფლება
თავისუფალი	0.469
ნაწილობრივ თავისუფალი	-0.253
არათავისუფალი	-0.305

ცხრილი 9

ურთიერთობა აღმასრულებელ ხელისუფლებას და სასამართლო დამოუკიდებლობას შორის

მმართველობა	აღმასრულებელი ხელისუფლება / სასამართლო დამოუკიდებლობა
თავისუფალი	-0.017
ნაწილობრივ თავისუფალი	-0.332
არათავისუფალი	-0.259

საბოლოოდ, სხვა ურთიერთობებისა თუ შეფასების თვალსაზრისით, თავისუფალი მმართველობა, როგორც წესი, უზრუნველყოფს პრესის მეტ თავისუფლებას ($r^2 = 0.824$ მმართველობის საერთო ტიპისათვის), გენდერულ თანასწორობას ($r^2 = 0.51$ მმართველობის საერთო ტიპისათვის) და შედარებით დაბალ საერთო უთანასწორობას (0.171) ნაწილობრივ თავისუფალ ან არათავისუფალ ქვეყნებთან შედარებით, რომლებიც ჩამოთვლილია ზემოხსენებულ რეიტინგში.

ცხრილი 10

პრესის თავისუფლების მსოფლიო რეიტინგი მმართველობის ტიპების მიხედვით

მმართველობა	საშუალო ქულა
თავისუფალი	21.6
ნაწილობრივ თავისუფალი	34.4
არათავისუფალი	54.9

4.0 მსჯელობა

კონსტიტუციების, კონსტიტუციური დებულებებისა და თავისუფლების ეს წინასწარი ანალიზი არ არის საბოლოო ამ საკითხის სრულყოფილი განხილვის თვალსაზრისით. ფართომასშტაბიანი შესწავლით შესაძლებელია კონკრეტული პუნქტების ფართო არჩევანით გაანალიზება. და მაინც, ამ წინასწარმა გამოკვლევამ საინტერესო შედეგები მოგვცა, განსაკუთრებით მაშინ, როდესაც მოხდა დაჯგუფება მმართველობის კონკრეტული ტიპების მიხედვით თავისუფალ, ნაწილობრივ თავისუფალ და არათავისუფალ ქვეყნებად.

ზოგადად, კონსტიტუციაში ჩამოთვლილი უფლებების რაოდენობა არ განსაზღვრავს მთავრობის დემოკრატიულობას. როგორც ჩანს, ეს ეწინააღმდეგება იმ მოსაზრებას, რომ კონსტიტუციაში უფლებების შეტანა თავისუფლებას შეუწყობს ხელს. ამასთან, მნიშვნელოვანია არა ის, ოფიციალურად ჩამოთვლილია თუ არა უფლებები ფუნდამენტურ დოკუმენტში, არამედ ის, მოხდა თუ არა მათი აღსრულება ან დაცვა. საზოგადოებებს, რომლებიც არ არიან თავისუფალნი, ძალიან კარგად შეუძლიათ ჩამოთვალონ ან ცარიელი სიტყვებით მოიხსენიონ მრავალი ინდივიდუალური უფლება, მაგრამ მის დასაცავად ამაზე მეტია საჭირო. იმის აღიარება, რომ კონსტიტუციაში ფორმალური უფლებების ან დებულებების არსებობა არც აუცილებელი და არც საკმარისი პირობაა დემოკრატიული ან თავისუფალი სახელმწიფოს უზრუნველსაყოფად, მიუთითებს ოფიციალური ინსტიტუციონალიზმის ან იურიდიული ფორმალიზმის საზღვრებზე. კანონის

გაკრიტიკება ხშირად გამოიხატება მის უუნარობაში, თავი დააღწიოს ფორმალურ ანალიზს სამართლებრივი პრეცედენტის ან კანონის მოქმედების ახსნის მცდელობის მიზნით. პოლიტიკის მეცნიერება დიდი ხანია გასცდა უბრალო ფორმალობისა და კონსტიტუციების ჩარჩოებს, რათა ახსნას, თუ როგორ ფუნქციონირებენ ინსტიტუტები და რეჟიმები სინამდვილეში. როგორც ჩანს, შედეგები ადასტურებენ ამ კრიტიკას.

ამასთან, არსებობს ცალკეული კონსტიტუციური დებულებები, რომლებიც, როგორც ჩანს, ქმნიან განსხვავებას იმ თვალსაზრისით, თუ რამდენად თავისუფალია სახელმწიფო. ფედერალიზმი უფრო გავრცელებულია თავისუფალ საზოგადოებებში, ვიდრე ნაწილობრივ თავისუფალ ან არათავისუფალ საზოგადოებებში. ფედერალიზმს ახასიათებს ეროვნული ძალაუფლების შეზღუდვა, განსაკუთრებით ძალაუფლების კონცენტრაცია ან ცენტრალიზაცია. ნაკლებად სავარაუდოა, რომ ქვეყნები, რომლებიც პრეზიდენტებს ან მთავარ ხელმძღვანელებს უფრო მეტ უფლებამოსილებას ანიჭებენ კონსტიტუციის დებულებების შესაბამისად, თავისუფალი სახელმწიფოებია. როგორც ჩანს, რაიმე კავშირი ეროვნული კანონმდებლების უფლებამოსილებასა და დემოკრატიასა და თავისუფლებას შორის არ გამოვლინდა. გარკვეული კავშირის არსებობა სასამართლო დამოუკიდებლობასა და დემოკრატიას შორის ფიქსირდება არათავისუფალ სახელმწიფოებში, სადაც წარმოდგენილია ნაკლებად დამოუკიდებელი სასამართლოები.

დარგთაშორისი ურთიერთობები ან უფლებამოსილებათა გამიჯვნა, როგორც ჩანს, იმის განმსაზღვრელია, თუ რამდენად დემოკრატიულია სახელმწიფო. ქვეყნები, სადაც ძლიერი აღმასრულებელი, მაგრამ სუსტი საკანონმდებლო ხელისუფლებაა, ნაკლებად თავისუფალნი არიან. ანალოგიურად, სახელმწიფოები ძლიერი აღმასრულებელი ხელისუფლებით, მაგრამ ნაკლებად დამოუკიდებელი სასამართლოთი ასევე ნაკლებად სავარაუდოა, რომ თავისუფალნი არიან. ფაქტობრივად, სახელმწიფოები, სადაც ძლიერი აღმასრულებელი ხელისუფლებაა და სუსტი საკანონმდებლო და სასამართლო ორგანოები, ნაკლებად სავარაუდოა, რომ დემოკრატიულნი არიან. მიუხედავად ამისა, მმართველობის ტიპის აღმასრულებელ და საკანონმდებლო ხელისუფლებასთან და სასამართლოს დამოუკიდებლობასთან შეპირისპირებისას, საერთო ჯამურმა თანათვარდობამ შეადგინა $r^2 = 0.074$, რაც, არსებითად, მიუთითებს რაიმე ურთიერთობის არარსებობაზე. მმართველობის ტიპების მიხედვით თავისუფალ ან დემოკრატიულ მთავრობებად დაყოფის შემთხვევაშიც კი თანათვარდობა იყო $r^2 = 0.051$, ნაწილობრივ თავისუფალი ქვეყნებისთვის: $r^2 = 0.016$, ხოლო არათავისუფალი ქვეყნებისთვის: $r^2 = 0.056$. კონსტიტუციაში უფლებების რაოდენობა უფრო მეტად უკავშირდება საკანონმდებლო ხელისუფლებას და სასამართლო დამოუკიდებლობას და ნაკლებად – აღმასრულებელ ხელისუფლებას. ეს მართალია, მიუხედავად იმისა, რომ ძლიერი აღმასრულებელი ხელისუფლება, როგორც ჩანს, უფრო დიდ საფრთხეს წარმოადგენს დემოკრატიისთვის, ვიდრე საკანონმდებლო ორგანოები ან სასამართლოები.

საბოლოოდ, თავისუფალი მმართველობის ქვეყნებში უფრო მოსალოდნელია გენდერული და ეკონომიკური თანასწორობისა და პრესის თავისუფლებისადმი ხელშეწყობა. ამ

სტატიისთვის არ გვიძებნია კონსტიტუციებში არსებული კონკრეტული პუნქტები იმის დასადგენად, თუ რომელი მათგანი უკეთესად უწყობს ხელს თანასწორობასა და თავისუფლებას. ასევე, ამ სტატიაში არ გაგვიჩვენია ის ურთიერთობა ან მიზეზობრივი კავშირი, ხელს უწყობს თუ არა კონსტიტუციის კონკრეტული პუნქტები თანასწორობასა და თავისუფლებას, ან არის თუ არა დამოუკიდებელი საფუძველი მათი არსებობისთვის.

დასკვნა

ეს არის წინასწარი ანალიზი, რომელსაც კონსტიტუციების შესწავლაში შემოაქვს ემპირიული პოლიტიკის მეცნიერების მიდგომა. ამ გზით ჩანს, თუ რა კავშირშია საკონსტიტუციო დებულებები და დემოკრატია. მიზანი ნაწილობრივ მდგომარეობდა იმის გაცნობაში, რომელი საკონსტიტუციო დებულებებია მნიშვნელოვანი დემოკრატიის განვითარებისათვის. ამ სტატიის შედეგები იმაზე მეტყველებს, თუ როგორ უქმნის ძლიერი აღმასრულებელი ხელისუფლება საფრთხეს დემოკრატიას მანამ, სანამ იგი არ გაკონტროლდება ძლიერი საკანონმდებლო ორგანოებითა და დამოუკიდებელი სასამართლოთი. ასევე არსებობს რამდენიმე სუსტი მტკიცებულება, რომ ფედერალური სისტემები, ალბათ, ოდნავ უკეთესია დემოკრატიის განვითარების მიზნით. ორივე ეს დასკვნა ზოგადი მოსაზრების შესაბამისი იქნება, რომლის მიხედვით კონსტიტუციის მიზანი, რომელიც ბოჭავს ხელისუფლებას, უკეთესად უზრუნველყოფს ინდივიდუალურ უფლებებს. თუმცა, აქ არც თუ ისე ბევრი მტკიცებულება არსებობს, რომ უბრალოდ სუსტი მთავრობის (საკანონმდებლო ორგანოს) ქონა ან კონსტიტუციაში უამრავი უფლების გაცხადება ნიშნავს მეტ დემოკრატიას. ძლიერი საკანონმდებლო ორგანო შეიძლება აქტიურად ჩაებას თანასწორობის განვითარების საქმეში, მაგრამ ის, რაც უფრო მნიშვნელოვნად წარმოჩინდება, არის არა იმდენად საკანონმდებლო ხელისუფლების, არამედ აღმასრულებელი ხელისუფლების შემზღვევები.

მაგრამ ამ სტატიაში ასევე დაადგინა, რომ მთავრობები, დიდი ალბათობით, დემოკრატიულად უდგებიან და იცავენ პრესის უფლებებს და ხელს უწყობდნენ გენდერულ და ეკონომიკურ თანასწორობას. აქ ვერ დადგინდება მხოლოდ ის, თუ როგორ მოქმედებს მიზეზ-შედეგობრივი კავშირი – რამდენად უწყობს ხელს უფრო დემოკრატიული კონსტიტუცია ამ შედეგების დადგომას, ან არის თუ არა პრესის თავისუფლება და გენდერული და ეკონომიკური თანასწორობა ამის წინაპირობა? ეს დისკუსია მნიშვნელოვან კითხვას სვამს იურიდიული ან კონსტიტუციონალური ფორმალიზმისა და ისეთი საზღვრების შესახებ, რეალურად კონსტიტუციას რისი შეცვლა შეუძლია ან როგორ შეუძლია სოციალური ნორმებისა და პრაქტიკის სტიმულირება? ალბათ, ნაკლებად დასაჯერებელია, რომ მიზეზ-შედეგობრივი კავშირი ერთი გზით მიდის, რომ კარგი კონსტიტუციები უზრუნველყოფს დემოკრატიას ან დემოკრატიულ პირობებს ან – პირიქით. ამის ნაცვლად, კონსტიტუციონალიზმი და დემოკრატია უნდა იქნას გაგებული იმ ღირებულებების, ინსტიტუციების, კულტურისა და სოციალურ-ეკონომიკური პირობების კონტექსტში, რომლებიც ერთად აშენებენ კონსტიტუციურ დემოკრატიას, სადაც დაცულია ინდივიდუალური და უმცირესობათა უფლებები.

ლიტერატურა

- Adagbabiri, Moses. 2015. "Constitutionalism and Democracy: A Critical Perspective." *International Journal of Humanities and Social Science*. 5:12 (December), 108-114.
- Alexander, Larry. 2007. "Constitutionalism and Democracy: Understanding the Relation." Legal Studies Research Paper Series: Research paper No. 07-121 (October).
- Almond, Gabriel A., and Sidney Verba. 1963. *The Civic Culture*. Boston: Little Brown.
- Ashcraft, Richard. 1986. *Revolutionary Politics and Locke's Two Treatises of Government*. Princeton: Princeton University Press.
- Bailyn, Bernard. 1967. *The Ideological Origins of the American Revolution*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Berlin, Isaiah. 1969. "Two Concepts of Liberty." In: I. Berlin, ed., *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, pp. 118-172.
- Budge, Ian. 1970. *Agreement and the Stability of Democracy*. Chicago: Markham Publishing Co.
- Ceaser, James W. 1993. *Reconstructing Political Science*. In Stephen L. Elkin & Karol Edward Soltan, *A New Constitutionalism: Designing Political Institutions for a Good Society*. Chicago: University of Chicago Press.
- Comparative Constitutions Project. No date. Located <http://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-rankings/> (Site last visited on May 13, 2019).
- Dahl, Robert A. 1989. *Democracy and Its Critics*. New Haven: Yale University Press.
- Dahl, Robert A. 1979. *Who Governs? Democracy and Power in an American City*. New Haven: Yale University Press.
- Dahl, Robert A. 1956. *A Preface to Democracy Theory*. Chicago: University of Chicago Press.
- Dahl, Robert A. 1971. *Polyarchy: Participation and Opposition*. New Haven: Yale University Press.
- Dahl, Robert A. 1976. *Democracy in the United States: Promise and Performance*. New Haven: Yale University Press.
- De Ruggiero, Guido. 1959. *The History of European Liberalism*. Boston: Beacon Press.
- Diamond, Larry, et al., eds. 1989. *Democracy in Developing Countries: Latin America*. Boulder, Colorado: Lynn Reinner.
- Dworkin, Ronald. 1978. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, Ronald. 1995. "Constitutionalism and Democracy." *The European Journal of Philosophy*. 3:1, pp. 2-11.
- Dyzenhaus, David. 2006. *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*. New York: Cambridge University Press.
- Freedom House. 2018. *Freedom in the World 2018*. Located at <https://freedomhouse.org/report/freedom-world-2018-table-country-scores> (site last visited on May 13, 2019).
- Friedman, Milton. 1962. *Capitalism and Freedom*. Chicago: University of Chicago Press.
- Fuller, Lon. 1975. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press.
- GINI Index (World Bank estimate). N.D. Located at <https://www.indexmundi.com/facts/indicators/SI.POV.GINI/rankings> (site last visited on May 13, 2019).

- Goldstein, Leon J, and David Schultz. 2015. *Conceptual Tension: Essays on Kinship, Politics, and Individualism*. Lanham, MD: Lexington Books.
- Habermas, Jürgen. 2001. "Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?" *Political Theory*. 29: 6 (December) 766-781.
- Halévy, Elie. 1955. *The Growth of Philosophic Radicalism*. Boston, MA: The Beacon Press.
- Hart, H .L.A. 2012. *The Concept of Law*. New York: Oxford University Press.
- Huntington, Samuel P. 1984. Will More Countries become Democratic? *Political Science Review* 99: pp. 193-199.
- Huntington, Samuel P. 1956. Civilian Control and the Constitution. *American Political Science Review* 50: pp. 676-699.
- Huntington, Samuel P. 1991. *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*. Norman, OK: University of Oklahoma Press.
- Hutchinson, Allan C. and Joel Colón-Ríos. 2011. "Democracy and Constitutional Change." *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*: (June) 43-62.
- Kant, Immanuel. 1969. *Foundations of the Metaphysics of Morals*. Trans. Lewis White Beck. Indianapolis, IN: Bobbs-Merrill Publishing.
- Kant, Immanuel. 1991. *The Metaphysics of Morals*. Translated by Mary J. Gregor. Cambridge University Press.
- Kelsen, Hans. 1967. *Pure Theory of Law*. Berkeley, CA: University of California Press.
- Lijphart, Arend. 1977. *Democracy in Plural Societies*. New Haven: Yale University Press.
- Lijphart, Arend. 1968. "Typologies of Democratic Systems." *Comparative Political Studies* 1: 3-35.
- Lipset, Seymour M. 1959. "Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy." *American Political Science Review*. 53: 69-105.
- Locke, John. 1996. *Two Treatises of Government*. New York: Cambridge University Press.
- Macpherson. C.B. 1973. *Democratic Theory: Essays in Retrieval*. New York: Oxford University Press.
- McHugh, James T. 2002a. *Comparative Constitutional Traditions*. NY: Peter Lang Publishing.
- McHugh, James T. 2002b. *The Essential Concept of Law*. NY: Peter Lang Publishing.
- McIlwain, Charles Howard . 1958. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Ithaca, NY: Great Seal Books.
- Montesquieu, Baron De. 1949. *The Spirit of the Laws*. Trans. Thomas Nugent. New York: Hafner Press.
- Montesquieu, Baron De. 1973. *The Persian Letters*. New York: Penguin Press.
- Needler, Martin C. 1968. "Political Development and Socioeconomic Development: The Case of Latin America." *American Political Science Review* 62: 889-897.
- Neubauer, Deane E. 1967. "Some Conditions of Democracy." *American Political Science Review* 61: 1002-1009.
- O'Donnell, Guillermo, and Phillip C. Schmitter. 1986. "Tentative Conclusions About Uncertain Democracies (part 4)." In *Transitions From Authoritarian Rule" Prospects for Democracy*, edited by , Guillermo O'Donnell, Phillip C. Schmitter, and Lawrence Whitehead. Baltimore, MD: The Johns Hopkins University Press, pp. 3-78.
- Pennock, J. Roland and John W. Chapman. 1979. *Constitutionalism*. NY: NYU Press.
- Pennock, J. Roland and John W. Chapman. 1983. *Liberal Democracy*. NY: NYU Press.
- Pennock, J. Roland. 1979. *Democratic Political Theory*. Princeton: Princeton University Press.

- Przeworski, Adam and Fernando Limongi. 1997. "Modernization: Theory and Facts," *World Politics*, v. 49. No. 2, pp. 155-183.
- Putnam, Robert. *Making Democracy Work*. 1993. Princeton: Princeton University Press.
- Quality of Government Institute. 2019. Located at <https://qog.pol.gu.se/data/datadownloads/qogstandarddata> (Site lasted visited on May 13, 2019).
- Rawls, John. 1971. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press.
- Rawls, John. 1993. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- Rawls, John. 2007. *Lectures on the History of Political Philosophy*. Cambridge, MA: Belknap Press.
- Reporters Without Borders. "World Press Freedom Rankings 2018." Located at <https://rsf.org/en/ranking/2018> (Site last visited on May 13, 2019).
- Rostow, W.W. 1971. *The Stages of Economic Growth*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rousseau, Dominique. 2015. "Constitutionalism and Democracy." John Zvespeter, Trans. Located at <https://booksandideas.net/Constitutionalism-and-Democracy.html> (Site last visited May 12 2019).
- Rousseau, Jean-Jacques. 1977. *The Social Contract*. New York: Penguin.
- Rustow, Dankwart A. 1968. "Modernization and Comparative Politics: Prospects in Research and Theory." *Comparative Politics*. 1: pp. 37-51.
- Sartori, Giovanni Sartori. 1987. *The Theory of Democracy Revisited*, 2 volumes. Chatham, NJ: Chatham House Publishers.
- Schochet, Gordon J. 1979. "Introduction: Constitutionalism, Liberalism, and the Study of Politics." In *Constitutionalism*. Pennock, J. Roland and John W. Chapman eds. NY: NYU Press, pp. 1-18.
- Schultz, David. 1990. "Hegel's Constitutionalism," *4 COMMONWEALTH*, pp. 26-38.
- Schumpeter, Joseph. 2015. *Capitalism, Socialism and Democracy*. New York: Routledge.
- Skinner, Quentin. 1978. *The Foundations of Modern Political Thought*, v. II. New York: Cambridge University Press.
- Schultz, David A. 2002. "The Phenomenology of Democracy: Putnam, Pluralism, and Voluntary Associations." In Scott L. McLean, David A. Schultz, and Manfred B. Steger, eds., *Bowling Alone: Critical Perspectives on Community and "Bowling Alone"*. New York: NYU Press pp. 74-98.
- Shapiro, Martin. 2005. "Law, Courts, and Politics." In *Institutions & Public Law: Comparative Approaches*, eds. Tom Ginsburg and Robert A. Kagan. New York: Peter Lang: 275-298.
- Transparency International. 2018. *Corruption Perceptions Index 2018*. Located at <https://www.transparency.org/cpi2018> (Site last visited on May 13, 2019).
- Tushnet, Mark. 2014. *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. Northampton, MA: Edward Elgar.
- United Nations Development Program. 2018 "Gender Inequality Index." Located at <http://hdr.undp.org/en/content/gender-inequality-index-gii> (Site lasted visited on May 19, 2019).

Democracy and Constitutional Law: A Political Science Perspective on their Connection

David Schultz

Abstract. Introduction. 1. Defining Constitutionalism. 1.1 Ancient Constitutionalism. 1.2 Historical evolution and overlap with democracy, rule of law, and other values and institutions such as liberalism. 1.3 What is Democracy. 1.4 Liberalism. 1.5 Capitalism. 1.5. Democracy and Constitutionalism. 1.6 Preconditions for Democracy. 2.0 Constitutional Democracy: Methodology. 3.0 Results. 4.0 Discussion. Conclusion. References

Abstract

Democracy and constitutionalism arose simultaneously in Europe in the seventeenth through nineteenth centuries. However, globally, is constitutionalism inherently democratic? Drawing upon several databases, this article performs a multinational, cross-aggregate analysis examining the relationship between the democratic character of a state and several specific provisions in its constitution related to the number of individual rights enumerated in its text, the unitary/federal nature of the government, and the scope of powers assigned to the national executive, legislative, and judicial bodies. The goal of the analysis is to test what constitutional law clauses or conditions seem most critical in promoting democracy. The Article finds that among the constitutional provisions most determinative of promoting democracy, are those associated with executive power and the relationship of a strong legislature and an independent judiciary as checks on executive power.

Introduction

Constitutionalism and democracy are historically interconnected concepts, often seen in conflict (Dworkin 1995; Habermas 2001; Alexander 2007; Hutchinson and Colòn-Rios 2011; Adagbabiri 2015). While in classical Greek political theory constitutions referred simply to any form of government or structure as described by Plato or Aristotle (McIlwain 1958), the rise of modern constitutionalism has been associated with the simultaneous emergence of, or support for, democracy (Schochet 1979). Arguably, both arose at similar times in Europe, perhaps commencing with the Magna Charta in 1215.

Generally, as the concept of constitutionalism has emerged, it has come to be associated with limited government, human rights, and democracy (Schochet 1979; Adagbabiri 2015). The assumption is that respect for constitutional norms is highly correlated with democracy and freedom. But while this connection has been assumed, it has not been well tested empirically. By that, what types of constitutions best promote democracy? Are there specific requisites of a constitution, such as clauses of judicial independence, the presence of more or less human rights provisions, or strength of the executive or legislative branches that better promote democracy? While there are some studies that look at various aspects or parts of constitutions and how they are related to freedom or democracy, there is little cross-national aggregate research that does this.

This article blends constitutional theory, democratic theory, and empirical political science. On the 100th anniversary of the restoration of state independence for Georgia, and at a time when across the

world democracy seems to be challenged, it is a good time to think about the empirical basis and linkages of constitutionalism to other significant values and how specific clauses or conditions in a constitution promote democracy.

1 Defining Constitutionalism

1.1 Ancient Constitutionalism

Constitutions and constitutionalism are ancient concepts. They are also open concepts (Goldstein and Schultz 2015). By that, they, like many other concepts, have both a fixed and open meaning, with their exact notion carrying with them their own history. While the usage of the term πολιτεία goes back to Ancient Greece, what the term actually means has changed over time. For the Ancient Greeks πολιτεία, politeia, or constitution referred not just to the formal institutions of the government but also to the character or spirit of a nation. For Aristotle and many of the other Ancients, governments could be typologized into several forms such as democracy, aristocracy, and monarchy, along with their perversions or corruptions. A constitution simply meant what constituted a state. Even with Montesquieu (1949; 1973) a constitution appeared more to refer to a broader spirit of a nation, not simply the formal institutions of government. Constitutions had an expansive reference to the entire political and cultural apparatus that defined a state. Even Hegel seemed to view a constitution in that way (Schultz 1990).

This classical notion of constitutions and constitutionalism included two views. One, as noted, that constitutions were more than simply about the governmental apparatus or rules that defined the formal institutions of the state. Second, a constitution did not have to be democratic. Constitutions could constitute states that were clearly anti-democratic.

1.2 Historical evolution and overlap with democracy, rule of law, and other values and institutions such as liberalism

Beginning sometime in the seventeenth if not later centuries, the concept of constitutionalism began to change. This change was in part associated with the battles to limit monarchical authority in Europe (Skinner 1978). As efforts arose to challenge concepts such as the divine right of kings or beliefs that sovereignty was located absolutely in monarchs, efforts were undertaken to limit that authority. The Magna Charta was a challenge to King John in England to limit his powers. The English Glorious Revolution of 1688, the 1689 establishment of the English Bill of Rights, and John Locke's 1689 *Two Treatises of Government* (1996) could all be seen as part of a battle to limit monarchical authority and defend the rights of parliament (Ashcraft 1986). All of these events are aspects of a changing notion of constitutionalism which depicted the origin of government as residing in a social contract of consent that located sovereignty in the people (Ashcraft 1986).

Constitutions at this point then also came to acquire a more narrow or thinner meaning. For one, constitutions came increasingly to be seen as something that was less cultural and more as applying to the rules that held a government together. Constitutions created governments, they were Hans Kelsen's Grundnorm (1967) or rules of recognition (Hart 2012) that defined how other laws were to operate or be enacted in a society. They served as procedural blueprints that defined the structure of governments.

Additionally, as Bailyn (1977) pointed out, constitutions also came to be seen as something standing above the government, as a limit on it. If the tradition of British constitutionalism was that whatever the Parliament pronounced or declared was equivocated as being constitutional, part of the intellectual and legal legacy of the American revolution was to separate constitutions and constitutionalism from government. A constitution had to be written, not unwritten or evolved from tradition. Second, constitutions were above the government, serving as a limit on the latter. Constitutions were power-conferring documents such that if the government did something that contradicted the former it would be declared unconstitutional. Constitutions thus came to be seen as representing limited government or limits on government, establishing rules for how political structures operate.

Yet the historical evolution of the western concept of constitutionalism did not emerge in a vacuum. It evolved alongside of at least two other concepts—democracy and liberalism.

1.3 What is Democracy

The concept “democracy” is very old, dating back to Plato and the ancient Greeks (“δημοκρατία”) who saw it as a rule by the masses (Pennock 1979). More modern notions of democracy labeled it a form of popular government where the people rule, either directly, or indirectly, through their representative based upon the principle of majority rule. Huntington declares the essence of democracy as one where representatives are chosen by the people in fair, honest, and competitive elections (Huntington 1991: 7).

Democracy is also an open concept with its own history. If democracy originally meant direct rule by people during its first wave according to Dahl (1989), it has gone through additional phases since then, including the transition from direct to representational democracy. Moreover, the exact values that democracy represents also have changed such that they may now include a cluster that includes voting equality, effective participation, enlightened understanding, control of the agenda, and inclusion. Dahl’s criteria (1989) are similar to what other democratic theorists have described as the requisites or values central to what a democracy is (Pennock 1979; Sartori 1987) .

Original conceptions of democracy indicated that this type of political system meant simply rule by the people. As Locke (1996) would describe it, this came to mean majority rule. But further elaboration of the concept of democracy expanded it to include the concepts of equality and liberty.

Some democratic theorists place an emphasis on equality as the core value of what a democracy is (Pennock 35; Sartori 58-9, 342-44). Now there are significant debates regarding what type of equality is demanded of a democratic society. Dahl himself argues for both a procedural and formal sense of equality before the law as well as sometime of substantive equality in terms of economic resources (Dahl 1986). Rousseau (1977) , Kant (1969; 1991), and Dworkin (1978) emphasize moral equality, Dahl (1989) places the focus on formal legal and moral equality as well as perhaps economic equality.

A different strand of democracy puts a greater focus on liberty as the core value of a democracy. Again, what liberty is historically open as a concept. For some it is the classic negative liberty of Hobbes—absence of external restraints—while others see positive liberty as crucial (Berlin 1969). Again, theorists such as Rousseau (1977) and Kant (1969; 1991) prioritize moral autonomy. The nature of the type of liberty envisioned dictates the structure and role of the state; a greater premium

placed on negative liberty means the state and the constitution are more about limitations on powers whereas a positive conception depicts a more active state, perhaps with less structural limits.

Modern conceptions of democracy thus suggest that liberty and equality are connected to it. John Rawls (1971; 1993; 2007), for example, sees his two principles of justice—equal liberty for all consistent with like liberty for others, as essential features of democracy. Others agree on the importance of the two concepts, although they are often seen in conflict or tension with one another. Modern notions of constitutionalism similarly embody both of these concepts.

1.4 Liberalism

While constitutionalism historically evolved with democracy, the two also evolved alongside a third concept—liberalism. “Liberalism” is often traced to John Locke, and it represents a set of political values committed to the protection of individual rights, polities instituted on the basis of the consent of the governed, and to a notion of a limited government (Pennock and Chapman 1983; DeRuggiero 1959). Liberalism, especially as it evolved and developed in the writings of Jeremy Bentham, James and John Stuart Mill, and the philosophical radicals (Halévy 1955), added a new dimension to the concept democracy. If democracy as it had thus far evolved before liberalism meant either unqualified majority rule or it was understood within a classical republican framework that prioritized equality over personal liberties, it now took on greater emphasis to respect minority rights. Liberal democracy was about restraining the tyranny of the majority to protect minority rights.

The significance of the evolution of liberalism alongside some versions of democracy produced a theory of democracy not committed to unqualified majority rule. It came to mean a more restrained form, perhaps one more consistent with the notions of constitutionalism that emphasized limits on the government, presumable to respect majority rule tempered by minority rights.

1.5 Capitalism

The historic rise of constitutionalism, democracy, and liberalism occurred nearly contemporaneously with capitalism. Friedman (1962) among others see capitalism and freedom as mutually reinforcing, drawing upon similar ideas such as a limited government, individualism, and market and political freedom as reinforcing. Others see historical connections between the political and economic institutions of democracy and capitalism (Schumpeter 2015). Some dispute this connection, or at least have argued that the two have come into increasing conflict (Macpherson 1973).

Resolving the dispute regarding the connection or not between capitalism and democracy is not the subject of this article. Instead, the discussion seeks merely to establish that at least for some there are affinities linking market freedom to democracy and then to constitutionalism such that one hallmark of the latter is how it protects or respects capitalism. Conversely, some see capitalism as sustaining democracy. The causal relationship is not critical here so much as the assertion that there be ways to measure some variant of democracy by reference to market freedoms.

1.5. Democracy and Constitutionalism

If constitutionalism evolved long side of democracy, liberalism, and perhaps also capitalism, several claims are possible. One is to argue that modern notions of constitutionalism include an

adherence to legal process or regularity, and a commitment to the protection of individual rights (McHugh 2002). However, as both Fuller (1975) and Dyzenhaus (2006) argue, adherence to rule of law is more than a formal set of rules and also entails some inner morality that suggests substantive limits on what the government or state may do. This perspective sees constitutionalism as consistent with or compatible with democracy. This is the case because constitutionalism is seen to embody liberal-democratic values that balance majority rule with minority rights.

Yet there are others who see democracy and constitutionalism as in conflict (Rousseau 2015). If democracy is about strict majority rule and constitutionalism is restraints on the government, including the majority, then the latter frustrates the populism of the former. Here, writers such as Rousseau (1977), Kant (1969; 1991), and Dworkin (1995) contend that democracy is not simply a numerical measure of majoritarian preferences, but it includes concepts of autonomy that the moral worth and dignity of each person.

The debate over reconciling democracy and constitutionalism is not simply academic. If one of the goals of constitutionalism and constitutional law is promoting liberty or freedom, then articulating or defining a relationship between the two is critical. For one, post-World War II or in the post-communist states after the fall of the Berlin Wall and the breakup of the Soviet Union, constitution writing with a focus on developing structures that enabled democracy and individual freedom were deemed important. Second, waves of nationalism have swept the world in the case of Brexit, the election of Donald Trump. There is also the emergence of nationalist parties in Italy, France, Spain, and Finland, among countries. These nationalist movements have yielded the emergence of what Viktor Orban in Hungary calls “illiberal democracy.” Not all democracies are alike, not all of them enable the same freedoms or respect minorities. The question for many is producing more democracies along the type found in the US, UK, Canada, and western Europe, among other places, that respect liberal tenets and values.

Two questions thus emerge: One, are democracy and constitutionalism in conflict? Two, if not, what are the requisites that transform constitutions into democracies that respect individual rights?

In terms of the first question, democracy and constitutionalism may not be in conflict or stand in contradictory relations. They may be more in tension, requiring the two to be balanced in critical ways if they are to be reconciled.

1.6 Preconditions for Democracy

Assuming democracy and constitutionalism are not in conflict, what empirical conditions or features of constitutionalism promote democracy?

Numerous studies sought to locate those institutions and values necessary to maintain stable democracies (Lijphart 1968 and Neubauer 1967). Factors found important included economic wealth and modernization (Lipset 1960 28, 87, 116; Dahl 1971, 60-2; Huntington 1984, 193, 199; Lipset 1959; Lipset 1960; Needler 1968; Rustow 1968; and Rostow 1971); political participation (Lipset 1960, 116); civilian control of the government (Diamond 1989, 344, Huntington 1956), and widely-supported and regularized political mechanisms to resolve conflict (Almond and Verba 1965, 363; Dahl, 1976, 364; Huntington 1984). Other identify a democratic political culture that inculcated toleration and a reasonable balance of both social consensus and cleavage, including a respect for difference and a commitment to resolve these differences through the political process

(Almond and Verba 1965, 363; Lipset 1960, 1, 4, 78, 250; Dahl 1971, 105; Dahl 1960, 347; Christoph 1965). Equally important though, democracy required a social pluralism with crosscutting loyalties, expressed through multiple, competing groups (Lipset 1965, 78).

Pennock (1979: 2017) describes constitutions or constitutionalism as critical to democracy. But what specific features of a constitution are needed to promote a democracy, especially one that favors individual rights or freedoms. Several answers are also suggested. These include ideas of checks and balances, an independent judiciary, federalism, and a bill of rights. Separation of powers, limits on executive power or tenure are also considered perhaps candidates associated with or essential provisions to promoting a constitutional democracy that respects minority or individual rights. This empirical research points to the notion that a democracy is not an abstract or formal concept or institution; it is embedded within a context of other social, political, economic, and cultural institutions which support or maintain it.

Similarly, many scholars also note that there are limits to constitutional formalism (Shapiro 2005; Tushnet 2014: 11; McHugh 2002b; Fuller (1975); and Dyzenhaus (2006). By that, a constitution is only a formal document and its mere words do not tell us what it means in practice, who holds real power, or whether specific provisions are enforced. Legal or constitutional formalism would simply assume constitutions matter or that text and clauses are enforced or followed. Instead, a more realistic view needs to determine if in fact constitutions do matter, especially here when it comes to promoting democracy and what other conditions or institutions are associated with promoting the goal of constitutional democracy. In effect, in the same way that there may be prerequisites for democracies to form, the same may be true for constitutional democracies.

Overall, identifying exactly what types of constitutional provisions best promote democracy has not been studied well. As states across the world struggle to forge or maintain democracies, examining this empirical question is essential. This is the task of the remainder of this article.

2.0 Constitutional Democracy: Methodology

Are democracy and constitutionalism compatible and if so, what constitutional provisions best promote a form of democracy that respects minority and individual rights? In order to test these questions, this article constructed a unique data base.

The Comparative Constitutions Project (CCP) has assembled a large Excel database that includes constitutions from most of the world. This database includes many variables, including those that measure the scope of legislative, executive, and judicial power along with identifying the number of constitutional provisions that protect individual rights. This database was the building block for a larger one analyzed in this article.

The CCP database was merged with several others or indices. The first was the most recent (2018) Freedom House rankings of countries in terms of free, partially free, and not free, as well as their rankings of personal rights and civil liberties. Added to this database was the 2018 Transparency International Corruption Perceptions Index. Also included was the World Press Institute's 2017 ranking for press freedom, the World Bank's most recent GINI rankings for as many states as possible, the 2017 Gender Inequality Index from United Nations Human Development Program, and the 2019 Quality of Government Institute dataset. Merging all these databases together yielded approximately 190 state constitutions which could be examined to see which conditions and

constitutional provisions were associated with promoting the protection of individual and minority rights.

For the purposes of this article, a constitutional democracy is a form of government which promotes a free society that respects individual right such as speech. It also respects press freedom and the rights of individuals such as women. A constitutional democracy also promotes economic equality. Given these goals, what do we know about constitutions and democracy?

3.0 Results

As of 2019, there are 193 countries in the world which are members of the United Nations. The Holy See (Vatican) and the State of Palestine have U.N. observer status, and Taiwan is not a formal member. This means there are 195 or 196 sovereign states in the world. The database constructed for this article produced 190 countries for analysis. Of those, 189 had a constitution. The only exception was Yemen. With 189 of 190 countries having a constitution of some sorts (mostly written in terms of some formal document), the concept of constitutionalism has won. States possessing some fundamental charter is the accepted form of government in the world today. But what impact do these constitutions have in terms of producing democracy and freedom?

An initial examination of these 190 constitutions with Freedom House rankings produces interesting results. Freedom House overall ranks countries as free, partially free, and not free. Using this classification, 85 countries are free, 57, partially free, 48 not free. Merely have a constitution does not make a country free, although the one state lacking a constitution Yemen, is ranked as not free. Generalizing from one state is not valid in terms of concluding that the absence of a constitution makes a state not free. Conversely, merely have a constitution does not guarantee one is free.

The Freedom House tripart classification of states serves as a surrogate for democracy. Classification as free can be read as a state being democratic. But a simple classification does not provide an evaluation of the degrees of freedom or democracy of a state. As argued above, a democracy that protects rights of minorities or personal freedoms is one more likely to be described ,by most as free, as opposed to a majority rule, winner-take-all regime. Freedom house further ranks states according to two criteria, political rights (PR) and civil liberties (CL). Each is ranked on the basis of a one to seven score, with one being most free and seven being least free. Freedom House also provides an overall composite aggregate score for all the countries of the world, with 100 being the freest and 0 the least free. This aggregate ranking can be used to test specific provisions of constitutions.

The Comparative Constitutions Project lists as one of its variables the number of rights listed in a state's constitution.

Table 1 depicts the average freedom score for the three types of regimes as classified by Freedom House. No surprise here that the average scores are different. But what explains these different scores? Perhaps it is the number of rights listed in the constitution? Table 2 averages out the number of rights per regime type. Surprisingly, partially free and not free regimes have on average more rights than free states.

Table 1

Average Freedom Score		Average Number of Rights	
Free	86.74	Free	47.11
Partially Free	53.05	Partially Free	56.05
Not Free	19.81	Not Free	48.06

Table 2

This point is reinforced when correlating the number of rights with the PR Freedom House regime ranking produces a r^2 of 0.025. While somewhat confusing because the Freedom House scale indicates countries are less free the higher their number on a scale of one to seven, the r^2 is essentially flat (or correcting for coding errors, it is really -0.025). Similarly, the correlation between the CL ranking and number of rights listed in a constitution is 0.028 (-0.028), again essentially flat. Three, doing a correlation between how a state is ranked as free, partially free, and not free and the number of rights listed in the constitution produces a 0.05 (-0.05) r^2 . Finally doing a correlation between the number of rights listed in a constitution and the overall aggregate score (0-100, with a higher number being freer), the r^2 is -0.03. No matter how analyzed, there is no correlation between the number of rights prescribed in a state's constitution and how free (democratic) it is. Parenthetically, there is minimal correlation between how free a state is and how many words in a constitution ($r^2=0.193$).

Perhaps the structural arrangements of the government and the constitution affect how democratic a country is. By that, institutional arrangements that limit the authority or power of the government, or which impose separate of powers or checks and balances, arguably might produce states that are freer and more democratic. The Quality of Government dataset for 2019 classifies governments on the basis of unitary, confederal, or federal. Tables 3 and 4 examine the relationship between regime type and institutional arrangement.

Table 3

Regime Classification and Structural Arrangement

Regime	Unitary	Confederal	Federal	Total
Free	35	1	18	54
Partially Free	40	0	12	52
Not Free	35	0	11	46

Table 4

Regime Classification and Structural Arrangement : In Percentages

Regime	Unitary	Confederal	Federal
Free	64.8	1.8	33
Partially Free	76.9	0	23.1
Not Free	76.1	0	23.9

There appears to be a slight trend where free states are more likely to be federal systems as opposed to unitary governments. Intuitively, this appears to make sense in that less free or more autocratic regimes have consolidated power in fewer hands or institutions, especially that of a national government. However, correlating this data with the Freedom House aggregate freedom score produces an $r^2 = 0.15$. Power sharing across governmental levels seems a minor but not totally insignificant factor in sustaining or promoting democracies.

The Comparative Constitutions Project has measures that examine judicial independence, and legislative and executive power. In terms of judicial independence, it is a composite index on a scale of

0-6 that captures the constitutional presence or absence of six features thought to enhance judicial independence. The six features are: (1) whether the constitution contains an explicit statement of judicial independence; (2) whether the constitution provides that judges have lifetime appointments; (3) whether appointments to the highest court involve either a judicial council or two (or more) actors; (4) whether removal is prohibited or limited so that it requires the proposal of a supermajority vote in the legislature, or if only the public or judicial council can propose removal and another political actor is required to approve such a proposal; (5) whether removal explicitly limited to crimes and other issues of misconduct, treason, or violations of the constitution; and (6) whether judicial salaries are protected from reduction (Comparative Constitutions Project).

The higher the score, formally the more independent the judiciary. Table 5 depicts this for regime type, find some modest support for this relationship. Judicial independence is weakest in states classified as not free, but partially free appear to have the most formally independent courts.

Table 5

Judicial Power	
Free	2.55
Partially Free	3.07
Not Free	2.1

Correlating this composite index with the Freedom House aggregate rankings produces $r^2 = 0.094$, essentially flat.

The Comparative Constitutions Project also has rankings that look at executive and national legislative power. For the former it is a 0-7 scale that includes whether the chief executive has the authority of

(1) the power to initiate legislation; (2) the power to issue decrees; (3) the power to initiate constitutional amendments; (4) the power to declare states of emergency; (5) veto power; (6) the power to challenge the constitutionality of legislation; and (7) the power to dissolve the legislature. The index score indicates the total number of these powers given to any national executive (president, prime minister, or assigned to the government) as a whole.

Table 6 classifies regime type with executive power, find a clear relationship. Specifically, the less free a regime the ore powerful the chief executive.

Table 6

Executive Power	
Free	3.9
Partially Free	4.45
Not Free	5.04

tatistically, one finds a slight inverse correction of $r^2 = -0.257$, indicating that countries are more free or democratic the less authority a president or chief executive has.

Finally, Table 6 depicts regime type and legislative power. Legislative authority is ranked along 32 elements, with a higher number indicating more legislative power and a lower number the converse. Free societies generally have given their national legislatures less authority, but when the correlation is examined, $r^2 = -0.067$ suggested little relationship between it and democracy. Free societies might give their legislatures significant authority to enforce positive rights or promote other social welfare goals that either promote or hinder democracy, rendering formal classification of powers as someone indeterminate when it comes promoting a free society.

Table 7

Legislative Power	
Free	0.279
Partially Free	0.301
Not Free	0.307

However, what becomes more interesting is to the examine the interrelationships among branches of government across regime types. Specifically, overall there is only a 0.1 correlation between the strength of executives and legislatures when free, partially free, and not free regimes are examined. Yet the relationship reveals more when broken down by regime type. For free or democratic states, the correlation between executive and legislative power is 0.469—where there is more authority for an executive there is a moderate positive correlation with enhanced legislative power. Presumably the enhanced legislative powers check executive authority. Among partially free states, the correlation is -0.253, and for not free regimes, $r^2 = -0.305$. Partially and not free regimes are characterized by more powerful executives (Table 7) with increasingly weaker legislatures to check them.

Similarly, there is a relationship between stronger executive authority and less judicial independence. While across all regime types the $r^2 = -0.184$, it moves from essentially a flat relationship in free regimes and becomes more pronounced in partially and not free regimes (Table 8). Several other tests were run to ascertain relationships. There was a .037 correlation between the formal powers of a national legislature and the number of rights in a constitution. This suggests

perhaps that constitutional designers who create strong national governments do so while also creating more rights to check the government. There was also a 0.329 correlation between number of rights and judicial independence, but only a 0.160 relationship between executive power and number of rights.

Table 8

Relationship Between Executive and Legislative Power

Regime	Executive/Legislative Power
Free	0.469
Partially Free	-0.253
Not Free	-0.305

Table 9

Relationship Between Executive Power and Judicial Independence

Regime	Executive Power/Judicial Independence
Free	-0.017
Partially Free	-0.332
Not Free	-0.259

Finally, in terms of other relationships or scores, free regimes generally produce more press freedom ($r^2 = 0.824$ for overall regime type), gender equality ($r^2 = 0.51$ for overall regime type) and lower overall inequality (0.171) than regimes listed as partially or not free.

Table 10

World Press Freedom Scores by Regime Type

Regime	Average Score
Free	21.6
Partially Free	34.4
Not Free	54.9

4.0 Discussion

This preliminary analysis of constitutions, constitutional clauses, and freedom is not definitive in terms of a full-blown analysis of this subject. A broader analysis would analyze more specific clauses and a wider variety of them. Yet this preliminary study still produced some interesting

results, especially when broken down by specific regime type in terms of ranked as free, partially free, and not free.

In general the number of rights found in a constitution is not determinative regarding whether a government is democratic. This appears to be counterintuitive to the idea that entrenching rights in a constitution would seem to promote freedom. However, the issue is not necessarily whether rights are formally listed in a fundamental charter but whether they are actually enforced or respected. Societies that are not free might very well list or give lip service to many individual rights, but more than that is required for individual freedom to be respected. Recognition that formal rights or clauses in a constitution are neither necessary nor sufficient conditions to ensure that a state is democratic or free speaks to the limits of formal institutionalism or legal formalism. One criticism of the law is often its failure to move beyond formal analysis to try to explain legal precedent or the operation of the law. Political science has long moved beyond simply formalism and constitutions to explain how institutions and regimes actually perform. The results here appear to substantiate this criticism.

However, there are some constitutional clauses that do appear to make a difference in terms of how free a state is. Federalism is a more common feature of free societies than in partially or not free. Federalism speaks to limits on national power, especially to concentration or centralization of power. States granting more constitutional clause authority to presidents or chief executives appear to be less likely to be free. There appeared to be no connection regarding how power national legislatures are and democracy and freedom. There appears to be some connection between judicial independence and democracy, with not free states showing the least independent courts.

Inter-branch relations or separation of powers appears to be a factor in determining how democratic a state. In states with strong executives but weak legislatures, they tend to be less free. Similarly, states with strong executives but less independent judiciaries are also less likely to be free. In effect, states with powerful executives and weak legislative and judicial branches are less likely to be democratic. Yet when regime type was correlated with executive and legislative power and judicial independence, the overall correlation was $r^2 = 0.074$, essentially no relationship. Even broken up by regime type for free or democratic governments, it was $r^2 = 0.051$, for partially free is was $r^2 = 0.016$, and for not free it was $r^2 = 0.056$. The number of rights in a constitution seems more related to legislative power and judicial independence and less with executive power. This is true even though strong executives seem to be a great danger to democracy than are legislatures or courts.

Finally, regimes classified as free are more likely to promote gender and economic equality and press freedom. What this article has not done is look to see what specific clauses there are in constitutions to determine which best promote equality and freedom. Nor did this article sort out the relationship or causality of whether specific constitutional clauses promote equality and freedom or whether the latter have an independent basis for their existence.

Conclusion

This is a preliminary analysis bringing to the study of constitutions an empirical political science approach. It sought to look at how constitutional clauses and democracy are related. Part of the goal was to offer insights into what constitutional provisions seem important in promoting democracy. The results of this article do point to how strong executives, unless checked by strong legislatures and independent judiciaries, seem to threaten democracy. There is also some weak evidence that

federal systems are perhaps a little better at promoting democracy. Both of these conclusions would be consistent with the general notion that the purpose of a constitution the limiting the power of the government better promotes individual rights. However, there is little evidence here that simply have a weak government (legislature) or lot of rights promulgated in a constitution means more democracy. Strong legislatures can be active participants in promoting equality, but what seems more critical is not so much the restraints on legislatures but on executives.

But this article did also find that governments as more likely to be democratic respected press rights and promoted gender and economic equality. What cannot be determined here is which way the causality runs—do more democratic constitutions promote these results or are press freedoms and gender and economic equality preconditions for the former? This discussion gets to an important question about legal or constitutionalism formalism and the limits on what constitutions can actually do to change or encourage social norms and practices? It is probably unlikely that the causality runs one way in that good constitutions promote democracy or democratic conditions or vice versa. Instead, constitutionalism and democracy need to be understood within a context of values, institutions, cultures, and socio-economic conditions that all come together to build constitutional democracies that respect individual and minority rights.

References

- Adagbabiri, Moses. 2015. “Constitutionalism and Democracy: A Critical Perspective.” *International Journal of Humanities and Social Science*. 5:12 (December), 108-114.
- Alexander, Larry. 2007. “Constitutionalism and Democracy: Understanding the Relation.” Legal Studies Research Paper Series: Research paper No. 07-121 (October).
- Almond, Gabriel A., and Sidney Verba. 1963. *The Civic Culture*. Boston: Little Brown.
- Ashcraft, Richard. 1986. *Revolutionary Politics and Locke's Two Treatises of Government*. Princeton: Princeton University Press.
- Bailyn, Bernard. 1967. *The Ideological Origins of the American Revolution*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Berlin, Isaiah. 1969. “Two Concepts of Liberty.” In: I. Berlin, ed., *Four Essays on Liberty*. Oxford: Oxford University Press, pp. 118-172.
- Budge, Ian. 1970. *Agreement and the Stability of Democracy*. Chicago: Markham Publishing Co.
- Ceaser, James W. 1993. *Reconstructing Political Science*. In Stephen L. Elkin & Karol Edward Soltan, *A New Constitutionalism: Designing Political Institutions for a Good Society*. Chicago: University of Chicago Press.
- Comparative Constitutions Project. No date. Located <http://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-rankings/> (Site last visited on May 13, 2019).
- Dahl, Robert A. 1989. *Democracy and Its Critics*. New Haven: Yale University Press.
- Dahl, Robert A. 1979. *Who Governs? Democracy and Power in an American City*. New Haven: Yale University Press.
- Dahl, Robert A. 1956. *A Preface to Democracy Theory*. Chicago: University of Chicago Press.
- Dahl, Robert A. 1971. *Polyarchy: Participation and Opposition*. New Haven: Yale University Press.
- Dahl, Robert A. 1976. *Democracy in the United States: Promise and Performance*. New Haven: Yale University Press.
- De Ruggiero, Guido. 1959. *The History of European Liberalism*. Boston: Beacon Press.
- Diamond, Larry, et al., eds. 1989. *Democracy in Developing Countries: Latin America*. Boulder, Colorado: Lynn Reinner.
- Dworkin, Ronald. 1978. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, Ronald. 1995. “Constitutionalism and Democracy.” *The European Journal of Philosophy*. 3:1, pp. 2-11.
- Dyzenhaus, David. 2006. *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*. New York: Cambridge University Press.

- Freedom House. 2018. *Freedom in the World 2018*. Located at <https://freedomhouse.org/report/freedom-world-2018-table-country-scores> (site last visited on May 13, 2019).
- Friedman, Milton. 1962. *Capitalism and Freedom*. Chicago: University of Chicago Press.
- Fuller, Lon. 1975. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press.
- GINI Index (World Bank estimate). N.D. Located at <https://www.indexmundi.com/facts/indicators/SI.POV.GINI/rankings> (site last visited on May 13, 2019).
- Goldstein, Leon J, and David Schultz. 2015. *Conceptual Tension: Essays on Kinship, Politics, and Individualism*. Lanham, MD: Lexington Books.
- Habermas, Jürgen. 2001. "Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?" *Political Theory*. 29: 6 (December) 766-781.
- Halèvy, Elie. 1955. *The Growth of Philosophic Radicalism*. Boston, MA: The Beacon Press.
- Hart, H. L.A. 2012. *The Concept of Law*. New York: Oxford University Press.
- Huntington, Samuel P. 1984. Will More Countries become Democratic? *Political Science Review* 99: pp. 193-199.
- Huntington, Samuel P. 1956. Civilian Control and the Constitution. *American Political Science Review* 50: pp. 676-699.
- Huntington, Samuel P. 1991. *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*. Norman, OK: University of Oklahoma Press.
- Hutchinson, Allan C. and Joel Colón-Rios. 2011. "Democracy and Constitutional Change." *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*: (June) 43-62.
- Kant, Immanuel. 1969. *Foundations of the Metaphysics of Morals*. Trans. Lewis White Beck. Indianapolis, IN: Bobbs-Merrill Publishing.
- Kant, Immanuel. 1991. *The Metaphysics of Morals*. Translated by Mary J. Gregor. Cambridge University Press.
- Kelsen, Hans. 1967. *Pure Theory of Law*. Berkeley, CA: University of California Press.
- Lijphart, Arend. 1977. *Democracy in Plural Societies*. New Haven: Yale University Press.
- Lijphart, Arend. 1968. "Typologies of Democratic Systems." *Comparative Political Studies* 1: 3-35.
- Lipset, Seymour M. 1959. "Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy." *American Political Science Review*. 53: 69-105.
- Locke, John. 1996. *Two Treatises of Government*. New York: Cambridge University Press.
- Macpherson, C.B. 1973. *Democratic Theory: Essays in Retrieval*. New York: Oxford University Press.
- McHugh, James T. 2002a. *Comparative Constitutional Traditions*. NY: Peter Lang Publishing.
- McHugh, James T. 2002b. *The Essential Concept of Law*. NY: Peter Lang Publishing.
- McIlwain, Charles Howard . 1958. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Ithaca, NY: Great Seal Books.
- Montesquieu, Baron De. 1949. *The Spirit of the Laws*. Trans. Thomas Nugent. New York: Hafner Press.
- Montesquieu, Baron De. 1973. *The Persian Letters*. New York: Penguin Press.
- Needler, Martin C. 1968. "Political Development and Socioeconomic Development: The Case of Latin America." *American Political Science Review* 62: 889-897.
- Neubauer, Deane E. 1967. "Some Conditions of Democracy." *American Political Science Review* 61: 1002-1009.
- O'Donnell, Guillermo, and Phillip C. Schmitter. 1986. "Tentative Conclusions About Uncertain Democracies (part 4)." In *Transitions From Authoritarian Rule: Prospects for Democracy*, edited by , Guillermo O'Donnell, Phillip C. Schmitter, and Lawrence Whitehead. Baltimore, MD: The Johns Hopkins University Press, pp. 3-78.
- Pennock, J. Roland and John W. Chapman. 1979. *Constitutionalism*. NY: NYU Press.
- Pennock, J. Roland and John W. Chapman. 1983. *Liberal Democracy*. NY: NYU Press.
- Pennock, J. Roland. 1979. *Democratic Political Theory*. Princeton: Princeton University Press.
- Przeworski, Adam and Fernando Limongi. 1997. "Modernization: Theory and Facts," *World Politics*, v. 49. No. 2, pp. 155-183.
- Putnam, Robert. *Making Democracy Work*. 1993. Princeton: Princeton University Press.
- Quality of Government Institute. 2019. Located at

<https://qog.pol.gu.se/data/datadownloads/qogstandarddata> (Site last visited on May 13, 2019).

- Rawls, John. 1971. *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press.
- Rawls, John. 1993. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- Rawls, John. 2007. *Lectures on the History of Political Philosophy*. Cambridge, MA: Belknap Press.
- Reporters Without Borders. "World Press Freedom Rankings 2018." Located at <https://rsf.org/en/ranking/2018> (Site last visited on May 13, 2019).
- Rostow, W.W. 1971. *The Stages of Economic Growth*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rousseau, Dominique. 2015. "Constitutionalism and Democracy." John Zvespeter, Trans. Located at <https://booksandideas.net/Constitutionalism-and-Democracy.html> (Site last visited May 12 2019).
- Rousseau, Jean-Jacques. 1977. *The Social Contract*. New York: Penguin.
- Rustow, Dankwart A. 1968. "Modernization and Comparative Politics: Prospects in Research and Theory." *Comparative Politics*. 1: pp. 37-51.
- Sartori, Giovanni Sartori. 1987. *The Theory of Democracy Revisited*, 2 volumes. Chatham, NJ: Chatham House Publishers.
- Schochet, Gordon J. 1979. "Introduction: Constitutionalism, Liberalism, and the Study of Politics." In *Constitutionalism*. Pennock, J. Roland and John W. Chapman eds. NY: NYU Press, pp. 1-18.
- Schultz, David. 1990. "Hegel's Constitutionalism," *4 COMMONWEALTH*, pp. 26-38.
- Schumpeter, Joseph. 2015. *Capitalism, Socialism and Democracy*. New York: Routledge.
- Skinner, Quentin. 1978. *The Foundations of Modern Political Thought*, v. II. New York: Cambridge University Press.
- Schultz, David A. 2002. "The Phenomenology of Democracy: Putnam, Pluralism, and Voluntary Associations." In Scott L. McLean, David A. Schultz, and Manfred B. Steger, eds., *Bowling Alone: Critical Perspectives on Community and "Bowling Alone"*. New York: NYU Press pp. 74-98.
- Shapiro, Martin. 2005. "Law, Courts, and Politics." In *Institutions & Public Law: Comparative Approaches*, eds. Tom Ginsburg and Robert A. Kagan. New York: Peter Lang: 275-298.
- Transparency International. 2018. *Corruption Perceptions Index 2018*. Located at <https://www.transparency.org/cpi2018> (Site last visited on May 13, 2019).
- Tushnet, Mark. 2014. *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. Northampton, MA: Edward Elgar.
- United Nations Development Program. 2018 "Gender Inequality Index." Located at <http://hdr.undp.org/en/content/gender-inequality-index-gii> (Site last visited on May 19, 2019).

მმართველობის სისტემა და ძალაუფლებათა გამიჯვნა - გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის საპარლამენტო მმართველობის სისტემა

მიხაელ ბრენერი

I. დემოკრატია, წარმომადგენლობითობა, პარლამენტარიზმი. 1. სახალხო სუვერენიტეტის პრინციპი. 2. დემოკრატიული ლეგიტიმაცია და წარმომადგენლობითობა. 3. საპარლამენტო პრინციპი. 4. შესაძლებელია მრავალფეროვანი კომბინაციები. II. საპარლამენტო მმართველობის სისტემა ძირითადი კანონის მიხედვით. 1. ფედერალური მთავრობის ინსტიტუციური დამოუკიდებლობა. 2. ფედერალური მთავრობის პოლიტიკური პასუხისმგებლობა. 3. საპარლამენტო კონტროლის სხვა ფორმები. ა. ბიუჯეტის დამტკიცების საპარლამენტო უფლებამოსილება. ბ. მთავრობის მეთაურის/მინისტრის მონვევისა და ინტერპელაციის უფლებამოსილება. გ. ბუნდესტაგის მიერ საგამოძიებო კომისიის შექმნის უფლებამოსილება. დ. ბუნდესტაგის კომისიების კონტროლის ფუნქციები. ე. საპარლამენტო მაკონტროლებელი ორგანო. ვ. ბუნდესტაგის სამხედრო ომბუდსმენი. ზ. აღმასრულებელი ორგანოს სამართალშემოქმედების კონტროლი. III. პარტიების გავლენა საპარლამენტო დემოკრატიაზე. IV. ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს როლი. V. რეზიუმე.

I. დემოკრატია, წარმომადგენლობითობა, პარლამენტარიზმი

დემოკრატია, პარლამენტარიზმი და წარმომადგენლობითობა მთლიანობაში თანამედროვე კონსტიტუციური სახელმწიფოს მთავარი ფუნდამენტი. თანამედროვე კონსტიტუციური სახელმწიფოებრიობის იდეალურ ფორმას წარმოადგენს, გარკვეულწილად, სახალხო სუვერენიტეტის პრინციპი, რომელიც მოიაზრებს მოსახლეობის აქტიურ ჩართვას მმართველობაში და ამასთან ერთად იმის წარმოჩენას, რომ წარმომადგენლობითი ორგანო უნდა იყოს პარლამენტი, რომელიც პოლიტიკური მმართველობის განხორციელებაში ცენტრალურ როლს შეასრულებს. წარმომადგენლობით-საპარლამენტო სისტემაში დემოკრატიული პრინციპის განხორციელება, სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, გზას უკვალავს მოსაზრებას, რომ ხალხის მიერ არჩეული წარმომადგენლობა, ყველა თავისი ასპექტით, წარმოადგენს თვითონ ხალხს და პირიქით, ხალხი გრძნობს, რომ წარმოდგენილია არჩეულ ინსტანციაში. ამიტომ, დემოკრატიული, საპარლამენტო და წარმომადგენლობითი პრინციპი სახელმწიფო-სამართლებრივი პერსპექტივიდან აღიქმება, როგორც ურღვევი ერთიანობა. რასაკვირველია, ესაა ერთიანობა, რომელიც დამფუძნებელ საკონსტიტუციო საკანონმდებლო ორგანოს მრავალფეროვან და ფართო სივრცეს უტოვებს და მოიცავს საპარლამენტო სისტემის გამდიდრებას საბაზისო დემოკრატიული ელემენტებით - ხალხის მიერ არჩეული პრეზიდენტის ინსტიტუციონალიზაციას, ყოვლისმომცველი საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების შექმნას, რომელიც მოიაზრებს კონსტიტუციის საბოლოო სავალდებულო განმარტებას.

1. სახალხო სუვერენიტეტის პრინციპი

ამ ერთიანობის ფუნდამენტს წარმოადგენს სახალხო სუვერენიტეტის პრინციპი. ძირითადი კანონისაგან მემკვიდრეობით მიღებული ფორმულა, რომლის მიხედვითაც სახელმწიფო ძალაუფლება ხალხისგან მომდინარეობს (ძირითადი კანონი, მე-20 მუხლი, მე-2 ქვეპუნქტი, 1-ლი წინადადება), წარმოგვიდგება, როგორც დემოკრატიული სახელმწიფოებრივი ფორმის იდეალი და პოლიტიკური ლეგიტიმაცია, რომლის მიზანია ის, რომ სახელმწიფო ძალაუფლების ყველა ორგანო თუ მოქმედება თავის საფუძველს ხალხის გადაწყვეტილებაში უნდა პოულობდეს და, საბოლოოდ, ხალხთან იყოს დაკავშირებული.¹ ხალხის ეს პოლიტიკური ლეგიტიმაციის უზრუნველყოფი ფორმა გამოხატულია სახალხო წარმომადგენლობის პერიოდულ არჩევნებში, რომელიც, თავის მხრივ, ხელს უწყობს დემოკრატიულ ლეგიტიმაციას პარლამენტარიზმისა და საპარლამენტო დემოკრატიის შესაბამისი ფორმის, კანონმდებლობის, მმართველობისა და მართლმსაჯულების წესების მიხედვით.²

2. დემოკრატიული ლეგიტიმაცია და წარმომადგენლობითობა

სახალხო წარმომადგენლობა, არჩეული წესით „ერთი კაცი – ერთი ხმა“, რომლის შემადგენლობა საერთო კეთილდღეობის უპირველესი მიზნების გამო, საჭიროების შემთხვევაში კი, შეიძლება შეიზღუდოს პროცენტული ზღვართ, უზრუნველყოფს კონსტიტუციურ სახელმწიფოში აუცილებელ დემოკრატიულ ლეგიტიმაციას. არჩევნებში გამოხატულ ხალხის „ნებასთან“ დაკავშირებული მისი როლი შეგვიძლია აღვწეროთ, როგორც წარმომადგენლობითობის³ სახელმწიფო-თეორიული და სახელმწიფო-სამართლებრივი ცნება, რადგან, მართალია, სახელმწიფო ძალაუფლება ხალხისგან მომდინარეობს და მას ხალხი ახორციელებს, მაგრამ ეს მხოლოდ არჩევნებში; არჩევნების მიღმა სახელმწიფო ძალაუფლების განხორციელება არჩეული სახალხო წარმომადგენლობის ამოცანა ხდება, რომელიც ამას ხალხის სახელით, შესაბამისად, წარმომადგენლობითი პრინციპით ახორციელებს.

ამ მნიშვნელობით წარმომადგენლობითობა არ ნიშნავს და არ მოითხოვს სახელმწიფოში ხალხის ცალკეული წევრების ბუნებრივი ნების რეალურად არსებულ თანხვედრას სახალხო წარმომადგენლობის გადაწყვეტილებებთან და ქმედებებთან. საბოლოოდ, ამას მივყავართ იმპერატიულ მანდატთან. წარმომადგენლობითობის ცნებაში უფრო მეტად ისაა ნაგულისხმევი, რომ ამგვარი თანხვედრა მხოლოდ აბსტრაქტულადაა შესაძლებელი.

¹ Grundlegend hierzu E.-W. Böckenförde, Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl., 2005, § 34.

² Vgl. nur P. Badura, Staatsrecht, 6. Aufl., 2015, Rdnr. D 6.

³ S. insoweit G. Leibholz, Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert, 3. Aufl., 1973; U. Matz (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen der repräsentativen Demokratie, 1985.

3. საპარლამენტო პრინციპი

წარმომადგენლობითობის სახელმწიფო-თეორიული და სახელმწიფო-პრაქტიკული მოდელი თავის განხორციელებას საპარლამენტო პრინციპში⁴ პოულობს. ეს იმას ნიშნავს, რომ პარლამენტი პოლიტიკურ სისტემაში მნიშვნელოვან, ცენტრალურ ადგილს იკავებს და მისი ქმედებებისა და გადაწყვეტილებების ცენტრს წარმოადგენს.⁵ საპარლამენტო პრინციპის განხორციელებით პარლამენტი ხდება დემოკრატიული სახელმწიფოებრიობის⁶ განსახიერება, რადგან ის დემოკრატიული არჩევნების გზით წარმოიშვება და, ამდენად, მყისიერად დემოკრატიულადაა ლეგიტიმირებული. გარდა ამისა, საპარლამენტო პრინციპის მოქმედება, მისი ფორმისგან დამოუკიდებლად, კონკრეტულად, უოლტერ ბაგეჰოტის მიერ იდენტიფიცირებული ხუთი ცენტრალური ფუნქციის განხორციელების საშუალებას იძლევა. კერძოდ, ესაა მთავრობის არჩევა, ერის ნების გამოხატულება, სასწავლო, საინფორმაციო და საკანონმდებლო ფუნქცია.⁷

4. შესაძლებელია მრავალფეროვანი კომბინაციები

თუ როგორ იძენენ ფორმას ცალ-ცალკე დემოკრატიული, წარმომადგენლობითი და საპარლამენტო პრინციპები და როგორ უკავშირდებიან ეს პრინციპები ერთმანეთს და საბოლოოდ როგორ ნაწილდება ძალაუფლება სახელმწიფოში სახელმწიფო ორგანოებს შორის, წარმოადგენს შესაბამისი საკონსტიტუციო საკანონმდებლო ორგანოს კომპეტენციას. ამიტომ, გასაკვირი არაა, რომ სახელმწიფო პრაქტიკაში მრავალფეროვანი ფორმის ვარიანტები გვხვდება. ამგვარად, დემოკრატიული, წარმომადგენლობითი და საპარლამენტო პრინციპების კომბინაცია შესაძლებლობას იძლევა, რომ არსებობდნენ საპრეზიდენტო მმართველობითი სისტემები, რომლებშიც პარლამენტის გარდა, უმეტესწილად პარლამენტისგან დამოუკიდებელი ადგილი ენიჭება პრეზიდენტს, რომელიც ფლობს პირდაპირ დემოკრატიულ ლეგიტიმაციას. გარდა ამისა, არსებობენ მმართველობის სისტემები, რომლებშიც მთავრობა და პარლამენტი სხვადასხვა ინტენსივობით სახალხო საკანონმდებლო ორგანოს ვოტუმზე არიან დამოკიდებულნი;⁸ და, ასევე საპარლამენტო მმართველობის ისეთი სისტემებიც, რომლებშიც მთავრობა არა მარტო პარლამენტის წინაშეა პასუხისმგებელი, არამედ, მთლიანად მის ნდობაზეა დამოკიდებული. ამდენად, საპარლამენტო მმართველობის სისტემა წარმოადგენს მოდელს, რომელიც განსაკუთრებით ნაყოფიერად ახორციელებს საპარლამენტო პრინციპს, რადგან ის სახალხო წარმომადგენლობას გადაწყვეტილების მიღებისას უპირატეს მნიშვნელობას ანიჭებს

⁴ Ausführlich M. Brenner, Das Prinzip Parlamentarismus, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl., 2005, § 44.

⁵ Hierzu P. Kirchhof, Das Parlament als Mitte der Demokratie, in: Festschrift für P. Badura, 2004, S. 237.

⁶ H. Hoffmann, Verfassungsrechtliche Sicherungen der parlamentarischen Demokratie, in: Verfassungsrechtliche Perspektiven, S. 129/145.

⁷ W. Bagehot, Die englische Verfassung, hrsg. von K. Streifthau, 1971, S. 156 (Ersterscheinung 1867).

⁸ Diese Variante ist in einigen Bundesländern anzutreffen, z. B. im Freistaat Thüringen.

ამის საპირისპიროდ, პარლამენტის პოლიტიკური წონა საპრეზიდენტო მმართველობის სისტემაში, უმეტესწილად, უფრო სუსტადაა გამოხატული. პარლამენტს ხალხი ირჩევს და ის ასრულებს მემკვიდრეობით მიღებულ ფუნქციებს, რომლებიც საპარლამენტო პრინციპის მიხედვითაა განსაზღვრული. შესაბამისად, იგი საპრეზიდენტო მმართველობის სისტემაშიც ცენტრალური წარმომადგენლობითი ორგანოა, ის დემოკრატიული სახელმწიფოებრიობის გამოხატულება და, როგორც ბიუჯეტის დამტკიცების უფლების მქონე ორგანო – იმავდროულად, სახელმწიფო ბიუჯეტის ბატონ-პატრონია. მაგრამ მისი მნიშვნელობა შემცირებულია იმ თვალსაზრისით, რომ ხალხის მიერ არჩეული პრეზიდენტი არაა დამოკიდებული პარლამენტის ნდობაზე, მას ვერ გადააყენებს იგი და გარკვეულ პირობებში პარლამენტის ნების წინააღმდეგაც შეუძლია მოქმედება. ამან შესაძლებელია, პოლიტიკური ცხოვრების პარალიზება გამოიწვიოს, რაც წარსულში გვიჩვენა ე.წ. კოჰაბიტაციამ არა მარტო საფრანგეთში, არამედ ამერიკის შეერთებულ შტატებშიც, სადაც პრეზიდენტს ხშირად უპირისპირდებოდა რესპუბლიკური გზით დომინირებული კონგრესი და – პირიქით.

II. საპარლამენტო მმართველობის სისტემა ძირითადი კანონის მიხედვით

აღნიშნულის გათვალისწინებით, სრულიად გამართლებული იქნება, უფრო დეტალურად გადავხედოთ გერმანიის ძირითად კანონში ფორმულირებულ საპარლამენტო მმართველობის სისტემას, რომელშიც საპარლამენტო დემოკრატია, როგორც საპრეზიდენტო დემოკრატიის საპირისპირო მოდელია, ჭეშმარიტად გერმანული განვითარება ჰქოვა. სახელმწიფო მმართველობის ამ ფორმამ უკვე 70 წელია გაამართლა და ამდენად, როგორც ჩანს, გამოსაცდელი ვადა ჩაბარებული აქვს.

1. ფედერალური მთავრობის ინსტიტუციური დამოუკიდებლობა

საპარლამენტო მმართველობის სისტემას, პირველყოვლისა, ინსტიტუციური წინაპირობა განსაზღვრავს, რომლის მიხედვით, ფედერალური მთავრობა, როგორც სახელმწიფოს მმართველი კონსტიტუციური ორგანო, აღჭურვილია პარლამენტისგან დამოუკიდებელი პოზიციით და, მიუხედავად იმისა, რომ ძირითად კანონში მისი ამოცანები კონკრეტიზირებული არაა, ის პასუხისმგებელია საკუთარ, კონსტიტუციურ-სამართლებრივ მოქმედებებზე.⁹ ზოგადად რომ აღვწეროთ, ამოცანათა სფერო უნდა მოიცავდეს პოლიტიკის მიზნების განსაზღვრას, პოლიტიკური ფუნქციების შესრულებასა და პოლიტიკური მმართველობის განხორციელებას, ანუ მთლიანობაში სახელმწიფოს პოლიტიკურ მართვას. თუ მთავრობა იმ კომპეტენციის ფარგლებში მოქმედებს,

⁹ Ausführlich hierzu M. Schröder, Aufgaben der Bundesregierung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl., 2005, § 64, Rdnr. 6 ff..

რომელსაც შესაძლებელია ვუწოდოთ სახელმწიფოს მართვა,¹⁰ მაშინ იგი დამოკიდებული არ იქნება პარლამენტის დადგენილებებზე და მისი გადაწყვეტილებები ვერ იქნება ჩანაცვლებული ბუნდესტაგის გადაწყვეტილებებით.

ის ფაქტი, რომ საპარლამენტო მმართველობის სისტემამ შექმნა მთავრობა, როგორც პარლამენტის წინაშე პასუხისმგებელი ორგანო, სრულიადაც არ ნიშნავს, რომ იგი პარლამენტის მარიონეტი ან მხოლოდ მისი აღმასრულებელი ორგანოა. პირიქით, საკუთარი პასუხისმგებლობით სახელმწიფოს მართვის განხორციელებაში ჩანს მთავრობის კონსტიტუციურ-სამართლებრივად განმტკიცებული დამოუკიდებლობა, რომელიც არ ეფუძნება პარლამენტის თანხმობას და მოქმედებს ძალაუფლებათა გამიჯვნის პრინციპის თანახმად. ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ მუდმივად ხაზგასმული, რომ მთავრობის დამოუკიდებლობა მდგომარეობს საკუთარი აღმასრულებელი პასუხისმგებლობის ხელშეუხლებლობის არსში და ამით ის საპარლამენტო აბსოლუტუზმს მტკიცე უარს ეუბნება.

2. ფედერალური მთავრობის პოლიტიკური პასუხისმგებლობა

პოლიტიკური მოქმედების დამოუკიდებელი უფლებამოსილება, რაც ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ აღნიშნულია, როგორც „მმართველობის ავტონომია“,¹¹ ფედერალურ მთავრობას მნიშვნელოვნად არიდებს საკონსტიტუციო სასამართლო კონტროლს. როგორც წესი, მთავრობის პოლიტიკური გადაწყვეტილებები არ ექვემდებარება საკონსტიტუციო სასამართლოს მსგავს კონტროლს, ვინაიდან სამართლებრივი შემოწმების ეს კრიტერიუმები არ არის სახეზე. თუმცა, საპარლამენტო დემოკრატიაში ფედერალური მთავრობა არც პარლამენტის წინაშე პასუხისმგებლობისგანაა განთავისუფლებული და არც ფართო საპარლამენტო კონტროლისგან, რადგან საპარლამენტო მმართველობის სისტემა გამოირჩევა იმით, რომ მთავრობა ნებისმიერ დროს დამოკიდებულია პარლამენტსა და მის მუდმივ ნდობაზე. ეს კი იმაზე მიგვანიშნებს, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოს და პოლიტიკური კონტროლის მასშტაბები ტოლფასი არაა. საკონსტიტუციო კონტროლი და პოლიტიკური კონტროლი პრინციპულად განსხვავდებიან ერთმანეთისაგან.

განსაკუთრებით თვალშისაცემია მთავრობის პასუხისმგებლობა პარლამენტის წინაშე იმ თვალსაზრისით, რომ პარლამენტი ნიშნავს ფედერალურ მთავრობას და არა – ხალხი.¹² ამდენად, ძირითადი კანონის 63-ე მუხლის თანახმად, მნიშვნელოვან გადაწყვეტილებას ფედერალური კანცლერის არჩევის შესახებ, იღებს გერმანიის პარლამენტი (ბუნდესტაგი). ეს ფაქტი გვიჩვენებს, რომ გამოირიცხება ე.წ. „საპრეზიდენტო კაბინეტების“ მოწვევა, რაც

¹⁰ BVerfGE 11, 77/85; 26, 338/395 f.; 105, 252/270; 105, 279/301.

¹¹ BVerfGE 9, 268/281; 67, 100/139.

¹² S. insoweit nur M. Schröder, *Bildung, Bestand und parlamentarische Verantwortung der Regierung*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. III, 3. Aufl., 2005, § 65, Rdnr. 3 ff.

არსებობდა ვაიმარის რესპუბლიკის ბოლო წლებში და, შესაბამისად, კაბინეტები დამოკიდებულნი იყვნენ მხოლოდ რაიხის პრეზიდენტის ნდობაზე. გარდა ამისა, პარლამენტს ნებისმიერ დროს შეუძლია გადააყენოს მთავრობა იმ მოტივით, რომ მას ნდობას აღარ უცხადებს, რაც ძირითადი კანონით ე.წ. კონსტრუქციული უნდობლობის ვოტუმითაა შესაძლებელი.¹³ პარლამენტის ეს უფლება განსაკუთრებით თვალსაჩინოს ხდის იმას, რომ საპარლამენტო მმართველობის სისტემის ბირთვი, ფართო გაგებით, პარლამენტის წინაშე „პასუხისმგებელი მთავრობაა“. ნდობის დაკარგვა, ფედერალური კანცლერის გადარჩევა და ახალი ფედერალური კანცლერის არჩევა წარმოადგენს უმძიმეს იარაღს და უმკაცრეს სანქციას, რისი განხორციელების უფლებაც საპარლამენტო მმართველობის სისტემაში პარლამენტის პრეროგატივაა.

ამ კონტექსტში მოკლე დამატების სახით გვინდა აღვნიშნოთ, რომ მართალია, კონსტრუქციული უნდობლობის ვოტუმით განხორციელებული მთავრობის შეცვლა ხალხის მონაწილეობის გარეშე ხორციელდება, მაგრამ კონსტიტუციურ-თეორიულად მას ეხება წარმომადგენლობითი დემოკრატიის პრინციპი. წარმომადგენლობითი ორგანო – ბუნდესტაგი ხალხის სახელით ნიშნავს ახალ მთავრობას, რომელსაც პარლამენტი უცხადებს ნდობას. წარმომადგენლობითი დემოკრატიის სახელმწიფოებრივ-თეორიული სტრუქტურა ზრუნავს იმაზე, რომ ახალ მთავრობას იგივე დემოკრატიული ლეგიტიმაცია ჰქონდეს, როგორც მის წინამორბედს.

3. საპარლამენტო კონტროლის სხვა ფორმები

საპარლამენტო მმართველობის სისტემაში მთავრობა პარლამენტის წინაშეა პასუხისმგებელი, რაც მის ნდობაზეა დამოკიდებული და დანიშვნის შემდეგაც პარლამენტს პერიოდულად უნდა წარუდგინოს ყოვლისმომცველი ანგარიში. ეს წესი სხვადასხვანაირადაა ფორმულირებული ძირითად კანონში. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, ძირითადი კანონი ფედერალური კანცლერის არჩევისა თუ გადარჩევის მიუხედავად, ითვალისწინებს სხვადასხვა მექანიზმს ფედერალური მთავრობის საპარლამენტო კონტროლისთვის და ამდენად, უზრუნველყოფს მთავრობის ზედმინევით პასუხისმგებლობას პარლამენტის წინაშე.

ა. ბიუჯეტის დამტკიცების საპარლამენტო უფლებამოსილება

ბუნდესტაგის კომპეტენციაში, უპირველეს ყოვლისა, ბიუჯეტის დამტკიცების უფლებამოსილება შედის. ეს დაკავშირებულია გადასახადების დადგენის დამოუკიდებელ ნებასთან, რომელიც პარლამენტარიზმის ადრინდელი პერიოდიდან მომდინარეობს. ბიუჯეტის შესახებ კანონის მიხედვით, ბიუჯეტის მიღების უფლებამოსილება ბუნდესტაგს შესაძლებლობას აძლევს მნიშვნელოვანი გავლენა მოახდინოს აღმასრულებლების მიერ

¹³ Näher M. Schröder, Bildung, Bestand und parlamentarische Verantwortung der Regierung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl., 2005, § 65, Rdnr. 35 ff.

სახელმწიფოს მართვასა და ადმინისტრაციული ამოცანების შესრულებაზე. იმავდროულად, ბიუჯეტის დამტკიცების საპარლამენტო უფლებამოსილება წარმოადგენს მთავრობაზე კონტროლის მექანიზმს საპარლამენტო მმართველობის სისტემის ფარგლებში.¹⁴ ის არა მარტო ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი საყრდენია საპარლამენტო სისტემის კონტექსტში, არამედ დემოკრატიული თვითფორმირების უნარის არსებითი შემადგენელი ნაწილია კონსტიტუციურ სახელმწიფოში, რაზეც ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ მიუთითა თავის გადაწყვეტილებაში ევროპის სტაბილურობის შესახებ. ამიტომ, ბუნდესტაგს არ შეუძლია თავი აარიდოს პასუხისმგებლობას ბიუჯეტთან დაკავშირებით იმ თვალსაზრისით, რომ მას და მომავალ ბუნდესტაგებს აღარ შეეძლოთ საკუთარი პასუხისმგებლობით ბიუჯეტის დამტკიცება. აღნიშნული უფლებამოსილება წარმოადგენს დემოკრატიის ცენტრალურ ელემენტს, რომელიც მთავრობათაშორისი მმართველობის სისტემაში - ევროკავშირის ფარგლებში - მოითხოვს ყურადღებას.¹⁵

ბ. მთავრობის მეთაურის/მინისტრის მონვევისა და ინტერპელაციის უფლებამოსილება

ბუნდესტაგის მიერ ფედერალური მთავრობის კონტროლის კიდევ ერთ უფლებამოსილებას წარმოადგენს მთავრობის მეთაურის/მინისტრის მონვევის უფლებამოსილება, რომელიც უკვე დიდი ხანია არსებობს (ძირითადი კანონის 43-ე მუხლი). ამ უფლებამოსილების მიხედვით, მას შეუძლია, მოითხოვოს სხდომაზე ფედერალური მთავრობის ნებისმიერი წევრის დასწრება. ამავე უფლებამოსილებაში ნაგულისხმევია ინტერპელაციის უფლება, ანუ ესაა ბუნდესტაგის კომპეტენცია, მთავრობას დაუსვას მცირე თუ დიდი მასშტაბის შეკითხვები, რომელზეც მან პასუხი უნდა გასცეს.

გ. ბუნდესტაგის მიერ საგამოძიებო კომისიის შექმნის უფლებამოსილება

გარდა ამისა, განსაკუთრებული მნიშვნელობა ენიჭება ბუნდესტაგის მიერ ე.წ. საგამოძიებო კომისიის შექმნის უფლებამოსილებას; შესაბამისად, ეს ძირითადი კანონის 44-ე მუხლის მიხედვით, საპარლამენტო გამოძიების წარმოების უფლებაა. პარლამენტს შეუძლია შექმნას საგამოძიებო კომისია, რომელიც საქმის საჯარო განხილვის პროცესში განსაზღვრულ საკითხს საგამოძიებო საკითხად აქცევს. ამ კონტექსტში განსაკუთრებული აღნიშვნის ღირსია თავდაცვის საკითხთა კომისია, რადგან ის, იმავდროულად, საგამოძიებო კომისიის კომპეტენციებითაა აღჭურვილი.¹⁶ მისი წევრების მეოთხედის მოთხოვნით, თავდაცვის საკითხთა კომისიის ვალდებულებაა, გარკვეული საკითხი გამოძიების საგნად აქციოს (ძირითადი კანონის 45-ე „ა“ მუხლი, მე-2 ქვეპუნქტი, მე-2 წინადადება).

¹⁴ Vgl. z. B. BVerfGE 119, 96/118 f., mit Anm. C. Waldhoff, JZ 2008, S. 200.

¹⁵ BVerfGE 135, 317/399 f.

¹⁶ Vgl. insoweit M.-E. Geis, Parlamentsausschüsse, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl., 2005, § 54, Rdnr. 10 ff.

დ. ბუნდესტაგის კომისიების კონტროლის ფუნქციები

გარდა ამისა, ბუნდესტაგის კონტროლის ფუნქციების მნიშვნელოვან ნაწილს ბუნდესტაგის კომისიები ასრულებენ.¹⁷ მართალია, ისინი კანონის მომზადებაშიც მონაწილეობენ, მაგრამ ფედერალური მთავრობის მიერ მიწოდებული დოკუმენტების საფუძველზე განსაკუთრებით ზრუნავენ აღმასრულებლების დროულსა და ეფექტურ კონტროლზე. კონტროლის ამ კომპეტენციას ემატება ბუნდესტაგის რეგლამენტის 62-ე მუხლის პირველი ქვეპუნქტის მე-3 წინადადებით, საკუთარი ინიციატივით მოქმედების უფლებამოსილება, რომლის მიხედვითაც, კომისიებს მიწოდებული დოკუმენტის გარეშეც შეუძლიათ დაკავდნენ მათ კომპეტენციაში შემავალი ნებისმიერი საკითხით. ბუნდესტაგის მრავალრიცხოვანი კომისიებიდან ძირითადი კანონის 45-ე მუხლის მიხედვით, განსაკუთრებითაა აღნიშნული პეტიციის კომისია, რომლის ფუნქციაა, განიხილოს ბუნდესტაგში წარდგენილი თხოვნები და საჩივრები.

ე. საპარლამენტო მაკონტროლებელი ორგანო

საპარლამენტო მაკონტროლებელი სისტემიდან ძირითადი კანონის 45-ე მუხლის მიხედვით, უნდა გამოვეყოთ საპარლამენტო მაკონტროლებელი ორგანო, რომელსაც 1999 წლამდე საპარლამენტო მაკონტროლებელი კომისია ერქვა. უფლებამოსილების პერიოდის დასაწყისში მის წევრებს ბუნდესტაგი ირჩევს საკუთარი შემადგენლობიდან. მაკონტროლებელი ორგანოს ამოცანაა, გააკონტროლოს ფედერაციის დაზვერვითი საქმიანობა. ეს იმას ნიშნავს, რომ ბუნდესტაგი ყოველმომცველად აკონტროლებს ფედერალურ მთავრობას ფედერაციის საიდუმლო სამსახურების საქმიანობასთან დაკავშირებით, შესაბამისად, კონტროლის საგანია კონსტიტუციის დაცვის ფედერალური უწყების, სამხედრო კონტრდაზვერვის სამსახურისა და დაზვერვის ფედერალური სამსახურის საქმიანობა. კონტროლის ფარგლებში ფედერალური მთავრობა ვალდებულია სრულად ჩააყენოს საქმის კურსში მაკონტროლებელი ორგანო სამსახურების ზოგადი საქმიანობისა და განსაკუთრებული მნიშვნელობის პროცესების თაობაზე. გარდა ამისა, ფედერალურმა მთავრობამ, მოთხოვნის შემთხვევაში, უწყებას უნდა მისცეს საშუალება, გაეცნოს სამსახურებრივ აქტებსა და მონაცემებს, მოუსმინოს მათ თანამშრომლებს და შევიდეს აღნიშნულ სამსახურებში.¹⁸ საპარლამენტო მაკონტროლებელი ორგანო ბუნდესტაგს უფლებამოსილების პერიოდის შუალედში და ბოლოს წარუდგენს ანგარიშს მაკონტროლებელი ორგანოს საქმიანობის შესახებ.

¹⁷ BVerfGE 80, 188/222.

¹⁸ Vgl. das Gesetz zur Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2346). Vgl. hierzu auch den interfraktionellen Gesetzentwurf, BT-Drucks. 16/12411. S. aus der Literatur z. B. M. Baier, Die parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste, 2009; B. Huber, Die Reform der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste und des Gesetzes nach Art. 10 GG, NVwZ 2009, S. 1321; H. A. Wolff, Der nachrichtendienstliche Geheimnisschutz und die parlamentarische Kontrolle, JZ 2010, S. 173; ders., in: Bonner Kommentar, Art. 45d, 2012.

ვ. ბუნდესტაგის სამხედრო ომბუდსმენი

გარდა ამისა, ბუნდესტაგის უფლებამოსილებაა, სამხედრო ომბუდსმენის დახმარებით გააკონტროლოს მთავრობა. ეს განსაკუთრებით თვალსაჩინოა ძირითადი კანონის 45-ე მუხლის ფორმულირებაში, რომლის მიხედვით, ძირითადი უფლებების დაცვის მიზნით, საპარლამენტო კონტროლის განსახორციელებლად ინიშნება ბუნდესტაგის სამხედრო ომბუდსმენი.

ზ. აღმასრულებელი ორგანოს სამართალშემოქმედების კონტროლი

ბუნდესტაგს, ასევე მნიშვნელოვანი გავლენა აქვს აღმასრულებელი ხელისუფლების ნორმატიულ აქტებზე, კანონქვემდებარე ნორმატიული აქტების მიღებაზე, ვინაიდან ძირითადი კანონი არ იცნობს აღმასრულებელი ხელისუფლების დამოუკიდებელ სამართალშემოქმედებას. ყოველი კანონქვემდებარე აქტი ითხოვს ლეგიტიმაციას კანონში, რომელიც, თავის მხრივ, განსაზღვრავს ამ აქტის შინაარსს, მიზანს, პროპორციულობას და მისი მოქმედების სფეროს. საკანონმდებლო უფლებამოსილებათა გარეშე, ვერც ფედერალური მთავრობა და ვერც ფედერალური მინისტრები შეძლებდნენ დაედგინათ ნორმები.

ამასთან, კანონის უზენაესობის პრინციპზე დაყრდნობით, ბუნდესტაგს უფლება აქვს, გააუქმოს კანონქვემდებარე ნორმატიული აქტი კანონის დებულებით. და ბოლოს, საპარლამენტო კონტროლის ყოველისმომცველ ფორმას გამოხატავს ისიც, რომ ბუნდესტაგს შეუძლია მოითხოვოს სამართლებრივი აქტის ძალაში შესვლა დამოუკიდებელი იყოს მის ან მისი კომიტეტის თანხმობაზე და ასევე მოითხოვოს, რომ სამართლებრივი აქტი ითვალისწინებდეს თვითგაუქმებას, თუკი ამას ბუნდესტაგი მოითხოვს.

III. პარტიების გავლენა საპარლამენტო დემოკრატიაზე

საპარლამენტო მმართველობის სისტემის მიმოხილვა არასრულყოფილი იქნებოდა, თუ არ ვისაუბრებდით პარტიების გავლენაზე, ანუ სახელმწიფოს პარტიულ სტრუქტურაზე. ძირითადი კანონი არა მარტო ქმნის წინაპირობებს იმისთვის, რომ პარტიები იყვნენ „თავისუფლად კონკურირებადი, საკუთარი უფლებამოსილებით მოქმედი და სახელმწიფოსგან დამოუკიდებელი ჯგუფები“, ¹⁹ არამედ ძირითადი კანონის 21-ე მუხლი პარტიებს ანიჭებს საპარლამენტო სისტემაში მტკიცე პოზიციას, განსხვავებით ვაიმარის რაიხის კონსტიტუციისგან, რომელიც პრაქტიკულად არ იცნობდა მათ.

პოლიტიკური პარტიების კონსტიტუციურ-სამართლებრივი დაცვა მნიშვნელოვნად სცდება მხოლოდ შეკრების თავისუფლებით განსაზღვრულ გარანტიებს. აღნიშნული ნორმა,

¹⁹ BVerfGE 20, 56/101.

ერთი მხრივ, პარტიებს აძლევს გარანტიას, დაიკავონ განსაკუთრებული კონსტიტუციურ-სამართლებრივი პოზიცია საპარლამენტო დემოკრატიის ინსტიტუციურ წყობაში, ხოლო, მეორე მხრივ, იგი უზრუნველყოფს პოლიტიკური პროცესის პლურალიზმს,²⁰ როგორც ეს გვიჩვენა ბუნდესტაგის 2017 წლის 24 სექტემბრის არჩევნებმა, როდესაც პარლამენტში შვიდი პარტია შევიდა. საპარლამენტო დემოკრატიის პოლიტიკურ პროცესში პარტიებს ენიჭებათ ისეთი ადგილი, რომელიც საგრძნობლად სცილდება უბრალოდ არჩევნებისათვის მოსამზადებელ ორგანიზაციულ საქმიანობას. ამასთანავე, ამით დგინდება „ერთპარტიული სახელმწიფოს“ აკრძალვა, რასაც ადგილი ჰქონდა გერმანიაში ნაცისტების დიქტატურის და ასევე გერმანიის დემოკრატიულ რესპუბლიკაში გერმანიის ერთიანი სოციალისტური პარტიის (SED) მმართველობის დროს.

გარდა ამისა, რომ პარტიების შესახებ კანონი ადგენს პარტიის შექმნის თავისუფლების პრინციპს და ასევე აწესებს მოთხოვნას, რომ პარტიის შიდა სისტემა დემოკრატიულ პრინციპებს შეესაბამებოდეს, ეს, უპირველეს ყოვლისა, აგრეთვე გამორიცხავს შესაძლებლობას, - რომელიც მხოლოდ ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს ხელშია, - არაკონსტიტუციურად გამოვაცხადოთ ის პარტია, რომელიც კონსტიტუციის საწინააღმდეგო მიზნებს ემსახურება და ამდენად, იმ პარტიებსაც, რომლებიც არ დგანან დემოკრატიის საწყისებზე, საშუალება აქვთ, მონაწილეობა მიიღონ პოლიტიკურ პროცესებში. ამ კონტექსტში აღსანიშნავია, რომ ახლახანს ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებების სპექტრი კონსტიტუციის საწინააღმდეგო პარტიებთან მიმართებაში, შესამჩნევად გაფართოვდა. იმ შემთხვევაში, თუ პარტიის აკრძალვისთვის არ იქნება საკმარისი მიზეზები და პარტიას პრაქტიკული მნიშვნელობა არ ენიჭება, შესაძლებელია მას მოეხსნას სახელმწიფოს მხრიდან დაფინანსება.²¹ ამით ძირითადი კანონი მთელი სიცხადით ნათელყოფს, რომ თავის მტრებს არ სთავაზობს თავშესაფარს, განსაკუთრებით კი, მათ არ შეუწყობს ხელს ფინანსური საშუალებებით, რომლებსაც ისინი შემდეგ თავისუფალი დემოკრატიული საზოგადოებრივი წყობილების წინააღმდეგ გამოიყენებენ. ამგვარად, ძირითადი კანონით არსებული თავდაცვისუნარიანობა იმავდროულად საპარლამენტო დემოკრატიას უზრუნველყოფს.

უნდა აღინიშნოს ის ფაქტი, რომ პოლიტიკური პარტიების კონსტიტუციურ-სამართლებრივი სტატუსი და აქედან გამომდინარე თანამშრომლობისა და ზეგავლენის მრავალფეროვანი შესაძლებლობები საპარლამენტო დემოკრატიაში, ხშირად კრიტიკის საბაბს იძლევა. ამასთან დაკავშირებული საკვანძო სიტყვებია პოლიტიკითა და პარტიებით უკმაყოფილება. ამ კონტექსტში, ეს სიტყვა ეკუთვნის ყოფილ ფედერალურ პრეზიდენტს რიხარდ ფონ ვაიციგერს, რომლის მიხედვითაც, *პარტიებმა სახელმწიფო ნადავლად გადააქციეს*. პოლიტიკური ნების ჩამოყალიბების მთლიანი პოლიტიკური

²⁰ P. Badura, Staatsrecht, 6. Aufl., 2015, Rdnr. D 13.

²¹ ამასთან დაკავშირებით, შეადარე ექსპერტების საჯარო მოსმენის ოქმი, გერმანიის ბუნდესტაგის 119-ე სხდომა, 2019 წლის 29 მაისი, ოქმი Nr. 18/119.

პროცესი, რომელშიც შედის ბუნდესტაგის არჩევნები, მთავრობის შექმნა თუ პარლამენტის ყოველდღიური მუშაობა, საბოლოოდ დამოკიდებულია ეფექტურ, კარგად ორგანიზებულ და კონსტიტუციის ნიადაგზე მდგომ პოლიტიკურ პარტიებზე. პარტიების გარდა ვის შეეძლება პოლიტიკური პროცესის ორგანიზება და ცხოვრებაში გატარება? ყოველ შემთხვევაში, სამოქალაქო ინიციატივები ნაკლებად გამოსადეგი იქნებოდა, რადგან მათი მოქმედების რადიუსი მხოლოდ რეგიონალურ და შემზღვეულ თემეტიკაზე ვრცელდება.

პოლიტიკურ პარტიებს, ძირითადი კანონის მიხედვით, ჩამოყალიბებული საპარლამენტო მმართველობის პირობებში, სწორედ ამ აშკარა მიზნის გამო მნიშვნელოვანი როლი ენიჭებათ, რადგან ისინი დემოკრატიასა და საპარლამენტო მმართველობის სისტემას რეალობად აქცევენ. *პეტერ ბადურამ* მართებულად მიუთითა იმაზე, რომ კონსტიტუცია მხოლოდ მისი პრინციპებისა და ინსტიტუციების მეშვეობით ვერ უზრუნველყოფს საპარლამენტო დემოკრატიის სიცოცხლისუნარიანობას,²² ამისთვის აუცილებელი და შეუცვლელიც კია პოლიტიკური პარტიები. და ვინაიდან ეს ასეა, გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკის დახასიათება პარტიულ სახელმწიფოდ იქნებოდა ძალზედ ფართო და ამდენად არაზუსტი. თუმცა, მართებულია იმის თქმა, რომ კონსტიტუციური სახელმწიფო პარტიული დემოკრატიაა, რადგან პოლიტიკური დანყვეტილებების მიღებაზე პარტიებს გადამწყვეტი გავლენა გააჩნია.

IV. ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს როლი

საპარლამენტო მმართველობის სპეციფიური ფორმა და მოდელი ფართო უფლებამოსილებებით აღჭურვილი საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების გარეშე წარმოუდგენელი იქნებოდა. საკონსტიტუციო სასამართლო საბოლოოდ აღიჭურვა კონსტიტუციის განმარტების უფლებამოსილებით. ძალაუფლებათა გამიჯვნის თვალსაზრისით, განმარტებას ყოველთვის არა აქვს ერთმნიშვნელოვანი შედეგი; შეიძლება დაძაბულობასაც ჰქონდეს ადგილი. ამიტომ, კონსტიტუციის კონკრეტიზაციაზე პასუხისმგებელი კანონმდებლისა და დამოუკიდებელი უფლებამოსილებით აღჭურვილი მთავრობის გარდა, პოლიტიკურ პროცესებში მონაწილეობას იღებს სხვა ინსტანცია, კერძოდ, სასამართლო, რომლის გადამწყვეტილებებს ბევრად მეტი პოლიტიკური წონა აქვს.

ის გარემოება, რომ ყოველდღიური პოლიტიკური პროცესებისგან შორს მდგარ კონსტიტუციის მცველთ ეკისრებათ საკონსტიტუციო დავების სამართლის შესაბამისად გადამწყვეტა, მიუთითებს იმაზე, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ კონსტიტუციის შინაარსის დადგენის სავალდებულო ხასიათის გათვალისწინებით, ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო ვალდებულია განმარტოს კონსტიტუცია და იმავდროულად, საპარლამენტო დემოკრატიის ჩამოყალიბების მხრივ, ინგლისური სამართლიდან მომდინარე ანდაზის: „Parliament can do no wrong“ – „პარლამენტს არ შეუძლია ჩაიდინოს

²² P. Badura, Staatsrecht, 6. Aufl., 2015, Rdnr. D 13.

უკანონობა” – მნიშვნელოვანი მოდიფიცირება. ამგვარად, დემოკრატიულად ლეგიტიმი-
რებულმა კანონმდებელმა უნდა დაუშვას, რომ საკონსტიტუციო სასამართლო
უფლებამოსილია მისი გადაწყვეტილებები კონსტიტუციის შეუსაბამოდ და ბათილად²³
გამოაცხადოს – ეს არის სწორედ დემოკრატიულ-თეორიული თვალსაზრისით, ნამდვი-
ლად უნიკალური ძალაუფლება.

თუმცა, იმ კითხვის მიუხედავად, არის თუ არა საბოლოოდ საკონსტიტუციო სასამართლოს
საქმიანობა პოლიტიკური ძალაუფლების განხორციელება და, ასევე იმის მიუხედავად,
რომ ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო არ ფლობს რეალურად მაკონტრო-
ლებელ ძალაუფლებას და, საბოლოოდ, სავალდებულო ძალა ისევ სახელმწიფოს
ხელშია, არ უნდა დაგვაფიქვდეს, რომ სასამართლო ძირითად კანონში განსაზღვრულია
არა როგორც პოლიტიკური ორგანო,²⁴ არამედ როგორც სასამართლო²⁵ და მან
სამართლანარმოების დროს უნდა გამოიყენოს ის ნორმები და იხელმძღვანელოს იმ
პრინციპებით,²⁶ რომლებსაც მას საკონსტიტუციო სამართალი უწესებს. სხვა სიტყვებით
რომ ვთქვათ, სასამართლო პასუხისმგებელია სამართლის პრინციპების წინაშე და არ
უნდა მოექცეს პოლიტიკური პრინციპების გავლენის ქვეშ. ის სასამართლო ძალაუფლებას
ახორციელებს მაშინაც კი, როდესაც მის გადაწყვეტილებებს პოლიტიკური შედეგები აქვთ,
რაც საკონსტიტუციო სასამართლოსთვის, საბოლოო ჯამში, გარდაუვალია.

თუმცა, საკონსტიტუციო სასამართლოს პრინციპებზე აგებული სასამართლო პრაქტიკის
პოლიტიკური ზემოქმედება არ უნდა გავაიგივოთ სასამართლოს ნებისმიერ პირველად
პოლიტიკურ ძალაუფლებასთან. ამიტომ სასამართლო არ მოქმედებს პოლიტიკურად,
ისაა კონსტიტუციის ქომაგი და, ამასთანავე, მისი შემსრულებელი. კონსტიტუციური
განმარტებისა და კონკრეტიზაციის პრეროგატივა სასამართლოს ანიჭებს არა მარტო
განსაკუთრებულ ძალას, საბოლოო სიტყვა თქვას ხელისუფლების შტოებს შორის
ძალაუფლების გამიჯვნის თაობაზე²⁷, არამედ სასამართლოს აძლევს შესაძლებლობას,
საპარლამენტო დემოკრატიისა და საპარლამენტო მმართველობის სისტემა სულ უფრო

²³ Hierzu auch J. Isensee, Die Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik, in: M. Piazzolo (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht, 1995, S. 49/52 ff.: „Rechtswahrung durch Verfassungsgerichtsbarkeit“; M. Brenner, Das Prinzip Parlamentarismus, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl., 2005, § 44, Rdnr. 32.

²⁴ Näher hierzu C. Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1985, S. 119 ff.

²⁵ C. Hillgruber/C. Goos, Verfassungsprozessrecht, 2004, Rdnr. 1 ff. Hierzu auch K. Korinek, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), S. 7/14 ff.

²⁶ Vgl. P. Badura, Staatsrecht, 6. Aufl., 2015, Rdnr. H 68.

²⁷ C. Starck, Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: C. Starck/A. Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I: Berichte, 1986, S. 11/38. კრიტიკულად უყურებს მოსაზრებას, რომლის მიხედვითაც, საბოლოო ჯამში, ფედერალურ საკონსტიტუციო სასამართლოს ენიჭება ინტერპრეტაციის უფლებამოსილება, რომელიც მეთოდურად თითქმის არ არის შეზღუდული და მისი შეზღუდვა თითქმის შეუძლებელია. ამდენად, ის ფაქტიურად ფლობს უფლებამოსილებათა უფლებამოსილებას. K. Stern, Der Einfluss der Verfassungsgerichte auf die Gesetzgebung in Bund und Ländern, in: H. H. Klein/H. Sendler/K. Stern, Justiz und Politik im demokratischen Rechtsstaat, Interne Studien der Konrad-Adenauer-Stiftung Nr. 119/1996, S. 9/16 f.

ახლებურად მოაწყოს. დემოკრატიული სისტემის ჩამოყალიბება, მნიშვნელოვანწილად, ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს ხელში იყო და იქნება. საპარლამენტო მმართველობის ამგვარი საკონსტიტუციო მოდელის მიხედვით, გერმანიის ფედერაციული რესპუბლიკა სამოცდაათწლიანი არსებობის მანძილზე ძალიან კარგად ვითარდება.

V. რეზიუმე

თუ შევეცდებით შევაჯამოთ საპარლამენტო-კონსტიტუციური მმართველობის სისტემა, იგი ძირითადად დადებითად უნდა დავახასიათოთ. სისტემაში ინტეგრირებული სამთავრობო ნდობისა და პასუხისმგებლობის მექანიზმები დემოკრატიულ და საპარლამენტო პრინციპებს იმდაგვარად ახორციელებენ, რომ ხელს უშლიან ავტორიტარული მთავრობის წარმოქმნას ისე, რომ მას არ წაართვან ის დამოუკიდებლობა, რომელიც აუცილებელია მისი საქმიანობის განხორციელებისათვის. მნიშვნელობა, რომელიც ბუნდესტაგს ამ კონსტრუქციაში ენიჭება, იმავდროულად ხელს უწყობს სახალხო სუვერენიტეტის პრინციპს სრული ავტორიტეტის მოპოვებაში, მთავრობის ბედის გადანყვეტა კი, მაინც წარმომადგენლის ანუ ბუნდესტაგის ხელში რჩება.

პარლამენტის ამ ძლიერი პოზიციის შედეგი ისაა, რომ „პარლამენტარიზაცია“ უფრო და უფრო იღვამს ფესვებს. სახელმწიფოს მნიშვნელოვანი გადანყვეტილებების მიღებაში, რომელიც ადრე ფედერალური მმართველობის კომპეტენციაში შედიოდა, ახლა საჭიროა პარლამენტის თანამონაწილეობაც. მაგალითად, ისეთ საკითხებთან დაკავშირებით, როგორცაა საგარეო თუ ევროპული პოლიტიკა, უსაფრთხოების პოლიტიკა, ფინანსური თუ პოლიტიკური დაგეგმვა. პარლამენტის როლის ზრდა გამომდინარეობს, უმეტესწილად, მთავრობასა და პარლამენტს შორის შრომის განაწილებაზე დაფუძნებული კოოპერაციული სტრატეგიიდან, რასაც პოლიტიკურ ცხოვრებაში მხოლოდ მცირე უთანხმოება მოსდევს, რადგან მთავრობა საპარლამენტო უმრავლესობას ეყრდნობა და ამდენად საპარლამენტო უმრავლესობასა და მასზე დაფუძნებულ ფედერალურ მთავრობას შორის ფართო შინაარსობრივი თანხმობა არსებობს. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ, საპარლამენტო მმართველობის სისტემა არსებითად გამოირჩევა იმით, რომ მთავრობასა და მის მხარდამჭერ საპარლამენტო უმრავლესობას შორის არსებობს სერიოზული შინაარსობრივი თანხმობა, რომელიც პრაქტიკულად ხორციელდება და სრულყოფილებას იძენს კოალიციის შეხვედრებში, პოლიტიკური პარტიების თავმჯდომარეების დებატებში ან კოალიციის კომისიებში.

ამ განვითარების თანმიმდევრულობა გვიჩვენებს, რომ ნელ-ნელა ხდება მთავრობის საპარლამენტო კონტროლიდან ისეთ მდგომარეობაში გადასვლა, როდესაც ბუნდესტაგს აქვს სახელმწიფოს მმართველობის გადანყვეტილებების მიღებაში მონაწილეობის მიღებისა და თანამმართველობის უფლებაც კი, რომელიც ლიტერატურაში განისაზღვრება

როგორც „თანამშრომლობითი პარლამენტარიზმი“.²⁸ შეიძლება ეს განვითარება, რომელიც არც თუ უმნიშვნელოდ ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ დააჩქარა, აღვიქვათ, როგორც საპარლამენტო მმართველობის სისტემის შემდგომი სრულყოფა, თუმცა შეიძლება ასევე საკმაოდ კრიტიკულად მივუდგეთ, რადგან ის მთავრობისა და პარლამენტის პასუხისმგებლობის სფეროებს აბუნდოვანებს და მათი მკაფიო აღქმა ძნელდება. მიუხედავად ამისა, ამ განვითარებაში დადებითი ისაა, რომ „სახელმწიფოს ერთობლივი მმართველობა“²⁹ უზრუნველყოფს პარლამენტის საკმარის მონაწილეობას და ამ გზით ხელს უშლის მთავრობის მეტისმეტ ავტორიტარიზმს, რომელიც უფრო და უფრო შორდება ხალხს.

²⁸ Vgl. etwa P. Badura, Die parlamentarische Demokratie, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl., 2004, § 25, Rdnr. 62 ff.

²⁹ Vgl. insoweit auch W. Mößle, Regierungsfunktionen des Parlaments, 1986.

Regierungssystem und Machtverteilung

- Das parlamentarische Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland

Michael Brenner

I. Demokratie, Repräsentation, Parlamentarismus. 1. Der Grundsatz der Volkssouveränität. 2. Demokratische Legitimation und Repräsentation. 3. Das parlamentarische Prinzip. 4. Vielfältige Kombinationen möglich. II. Das parlamentarische Regierungssystem des Grundgesetzes. 1. Die institutionelle Selbständigkeit der Bundesregierung. 2. Politische Verantwortlichkeit der Bundesregierung. 3. Weitere Ausformungen parlamentarischer Kontrolle. a) Das parlamentarische Budgetrecht. b) Zitierungs- und Interpellationsrecht. c) Das Enqueterecht des Bundestages. d) Die Kontrollfunktion der Bundestagsausschüsse. e) Das Parlamentarische Kontrollgremium. f) Der Wehrbeauftragte des Bundestages. g) Kontrolle bei exekutiver Rechtsetzung. III. Die Überlagerung der parlamentarische Demokratie durch die Parteien. IV. Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts. V. Fazit.

I. Demokratie, Repräsentation, Parlamentarismus

Demokratie, Parlamentarismus und Repräsentation bilden die tragenden Fundamente des modernen Verfassungsstaates. Die Verwirklichung des Grundsatzes der Volkssouveränität, in dem sich die Herrschaft des Volkes Bahn bricht, gepaart mit der Vorstellung, dass es das Repräsentativorgan Parlament sein soll, dem bei der Ausübung politischer Herrschaft eine zentrale Rolle zukommt, stellt gewissermaßen die idealtypische Ausformung moderner Verfassungsstaatlichkeit dar. In der Umsetzung des demokratischen Prinzips in einem repräsentativ-parlamentarischen System bricht sich mit anderen Worten die Vorstellung Bahn, dass die vom Volk gewählte Vertretung dieses in all seinen Facetten vertritt, mithin repräsentiert, und sich umgekehrt das Volk von dieser gewählten Instanz auch vertreten fühlt. Demokratisches, parlamentarisches und repräsentatives Prinzip lassen sich daher aus staatsrechtlicher Perspektive als unauflösliches Kondominium begreifen – als Kondominium freilich, das einem Verfassungsgeber durchaus vielfältigen und weitreichenden Gestaltungsspielraum lässt, der von einer Anreicherung des parlamentarischen Systems mit basisdemokratischen Elementen über die Institutionalisierung eines volksgewählten Präsidenten bis hin zur Errichtung einer umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit mit dem Mandat zur letztverbindlichen Auslegung der Verfassung reicht.

1. Der Grundsatz der Volkssouveränität

Das Fundament dieses Kondominiums bildet der Grundsatz der Volkssouveränität. In der überkommenen Formel des Grundgesetzes, wonach alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht (Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG), tritt die ideelle und politische Legitimation der demokratischen Staatsform zutage, die darauf zielt, dass jedes Organ staatlicher Gewalt wie auch jede Ausübung der Staatsgewalt ihre Grundlage in einer Entscheidung des Volkes finden und letztlich auch auf dieses rückführbar sein muss.¹ Diese, demokratische Legitimation vermittelnde Entscheidung des Volkes manifestiert sich in periodisch wiederkehrenden Wahlen zur Volksvertretung, die ihrerseits, nach den Regeln des Parlamentarismus und der jeweiligen Ausformung der parlamentarischen Demokratie, der Gesetzgebung, der Verwaltung und der Rechtsprechung die demokratische Legitimation vermitteln.²

¹ Grundlegend hierzu E.-W. Böckenförde, Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl., 2005, § 34.

² Vgl. nur P. Badura, Staatsrecht, 6. Aufl., 2015, Rdnr. D 6.

2. Demokratische Legitimation und Repräsentation

Die nach der Regel „one man, one vote“ gewählte Volksvertretung, deren Zusammensetzung aus übergeordneten Gründen des Gemeinwohls ggf. durch eine Prozentklausel beschränkt werden kann, vermittelt dann die im Verfassungsstaat notwendige demokratische Legitimation. Ihre Rolle im Zusammenhang mit der Umsetzung des sich in Wahlen manifestierenden „Willens“ des Volkes lässt sich mit dem staatsrechtlichen und staatsrechtlichen Begriff der Repräsentation³ umschreiben. Denn die Staatsgewalt geht zwar vom Volke aus und wird von diesem ausgeübt, aber eben nur in Wahlen; jenseits der Wahlen kommt die Aufgabe der Ausübung der Staatsgewalt der gewählten Volksvertretung zu, die diese stellvertretend für das Volk – und dieses insoweit repräsentierend – ausübt.

Indes bedeutet und erfordert Repräsentation in diesem Sinn keinesfalls eine tatsächlich bestehende Übereinstimmung des natürlichen Willens der einzelnen Mitglieder des Staatsvolkes mit den Entscheidungen und Handlungen der Volksvertretung; dies liefe letztlich auf ein imperatives Mandat hinaus. Vorausgesetzt wird vom Begriff der Repräsentation vielmehr – wenn man so will: lediglich –, dass eine solche Übereinstimmung abstrakt möglich ist.

3. Das parlamentarische Prinzip

Das demokratische Prinzip im modernen Verfassungsstaat umsetzende staatsrechtliche wie staatspraktische Modell der Repräsentation findet seine Ergänzung im parlamentarischen Prinzip.⁴ Dieses ist dadurch gekennzeichnet, dass das Parlament eine wichtige, abhängig von der konkreten verfassungsrechtlichen Ausgestaltung sogar die zentrale Stellung im politischen System einnimmt und dessen Handlungs- und Entscheidungsmittel darstellt⁵. Mit der Verwirklichung des parlamentarischen Prinzips wird das Parlament zugleich zum Inbegriff demokratischer Staatlichkeit,⁶ weil es aus demokratischen Wahlen hervorgegangen und somit unmittelbar demokratisch legitimiert ist. Darüber hinaus ermöglicht die Umsetzung des parlamentarischen Prinzips unabhängig von seiner Ausgestaltung im Einzelnen die Verwirklichung der fünf zentralen, von Walter Bagehot identifizierten Funktionen, nämlich die Funktionen der Regierungsbestellung, der Artikulation des Willens der Nation, die Lehrfunktion, die Informationsfunktion und die Gesetzgebungsfunktion.⁷

4. Vielfältige Kombinationen möglich

Wie das demokratische, das repräsentative und das parlamentarische Prinzip im einzelnen ausgeformt und wie die Prinzipien einander zugeordnet werden, wie letztlich die Macht im Staat und zwischen den Staatsorganen verteilt wird, obliegt der Entscheidung des jeweiligen Verfassungsgebers. Nicht verwunderlich ist es daher, dass in der Staatspraxis überaus vielfältige Gestaltungsvarianten anzutreffen sind. So ermöglicht die Kombination von demokratischem,

³ S. insoweit G. Leibholz, *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert*, 3. Aufl., 1973; U. Matz (Hrsg.), *Aktuelle Herausforderungen der repräsentativen Demokratie*, 1985.

⁴ Ausführlich M. Brenner, *Das Prinzip Parlamentarismus*, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. III, 3. Aufl., 2005, § 44.

⁵ Hierzu P. Kirchhof, *Das Parlament als Mitte der Demokratie*, in: *Festschrift für P. Badura*, 2004, S. 237.

⁶ H. Hoffmann, *Verfassungsrechtliche Sicherungen der parlamentarischen Demokratie*, in: *Verfassungsrechtliche Perspektiven*, S. 129/145.

⁷ W. Bagehot, *Die englische Verfassung*, hrsg. von K. Streifhau, 1971, S. 156 (Ersterscheinung 1867).

repräsentativem und parlamentarischem Prinzip präsidentielle Regierungssysteme, in denen neben dem Parlament einem ebenfalls über unmittelbare demokratische Legitimation verfügenden Präsidenten eine starke, zumeist vom Parlament unabhängige Stellung zukommt, darüber hinaus Regierungssysteme, in denen Regierung und Parlament in verschiedener Intensität dem Votum des Volksgesetzgebers unterworfen sind,⁸ sowie parlamentarische Regierungssysteme, in denen die Regierung nicht nur dem Parlament verantwortlich, sondern darüber hinaus in vollem Umfang von dessen Vertrauen abhängig ist. Das parlamentarische Regierungssystem stellt damit eine das parlamentarische Prinzip besonders weitreichend umsetzende Variante dar, da es ungeachtet verfassungsrechtlich begründeter selbständiger Rechte der Regierung die vorrangige Entscheidungsgewalt der Volksvertretung sichert, einschließlich der Möglichkeit, die Regierung aus dem Amt zu entfernen.

Demgegenüber ist das politische Gewicht des Parlaments in präsidentiellen Regierungssystemen zumeist schwächer ausgeprägt. Zwar ist auch in einem präsidentiellen Regierungssystem das Parlament vom Volk gewählt und nimmt die überkommenen Funktionen wahr, die durch das parlamentarische Prinzip vorgegeben sind. Das Parlament ist mithin auch in einem präsidentiellen Regierungssystem das zentrale Repräsentativorgan, es ist Inbegriff demokratischer Staatlichkeit und als Inhaber des Budgetrechts zugleich Herr über den Staatshaushalt. Doch ist seine Bedeutung insofern geringer, als der volksgewählte Präsident nicht vom Vertrauen des Parlaments abhängig ist, von diesem nicht abgesetzt werden und unter Umständen sogar gegen das Parlament regieren kann. Dass dies zu einer Lähmung des politischen Betriebs führen kann, konnte man in der Vergangenheit mit der sog. Cohabitation nicht nur in Frankreich sehen, sondern auch in den Vereinigten Staaten von Amerika, wo einem demokratischen Präsidenten immer wieder ein republikanisch dominierter Kongress gegenüberstand – und umgekehrt.

II. Das parlamentarische Regierungssystem des Grundgesetzes

Vor diesem Hintergrund stellt es ein durchaus lohnenswertes Unterfangen dar, einen genaueren Blick auf das im deutschen Grundgesetz ausgeformte parlamentarische Regierungssystem zu werfen, in dem die parlamentarische Demokratie – gewissermaßen als deutsches Gegenmodell zur ebenfalls die parlamentarische Demokratie verwirklichenden präsidentiellen Demokratie – ihre originär deutsche Umsetzung gefunden hat. Und dass diese staatsrechtliche Ausformung nicht die schlechteste ist, dürfte daran deutlich werden, dass sie sich in mittlerweile fast 70 Jahren bewährt – und ihre Bewährungsprobe damit wohl bestanden hat.

1. Die institutionelle Selbständigkeit der Bundesregierung

Das parlamentarische Regierungssystem des Grundgesetzes ist zunächst und zum einen von der institutionellen Voraussetzung getragen, dass die Bundesregierung als staatsleitendes Verfassungsorgan mit einer gegenüber dem Parlament selbständigen Stellung ausgestattet und ihr ein eigener, verfassungsrechtlich umrissener Wirkungskreis zugewiesen ist, auch wenn eine Beschreibung ihres Aufgabenbereichs im Grundgesetz fehlt⁹. In einer allgemeinen Umschreibung dürfte dieser Aufgabenbereich jedoch die Festlegung der Ziele der Politik umfassen, die Wahrnehmung politischer Führungsaufgaben und die Ausübung der politischen Leitungsgewalt, in

⁸ Diese Variante ist in einigen Bundesländern anzutreffen, z. B. im Freistaat Thüringen.

⁹ Ausführlich hierzu M. Schröder, Aufgaben der Bundesregierung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl., 2005, § 64, Rdnr. 6 ff.

einer Zusammenschau mithin die politische Leitung des Staates. Wird die Regierung innerhalb dieses Wirkungskreises tätig, den man in einer allgemeinen Beschreibung als den der Staatsleitung beschreiben kann,¹⁰ so ist sie durch Entscheidungen des Parlaments nicht gebunden und können ihre Entscheidungen auch durch Entscheidungen des Bundestages nicht ersetzt werden.

Die Tatsache, dass das parlamentarische Regierungssystem die Regierung als eine dem Parlament verantwortliche Regierung ausgestaltet hat, bedeutet daher keinesfalls, dass die Regierung gewissermaßen eine Marionette oder ein bloßes Vollzugsorgan des Parlaments wäre, im Gegenteil: In der eigenverantwortlichen Wahrnehmung der Aufgabe der Staatsleitung manifestiert sich die verfassungsrechtlich abgesicherte Eigenständigkeit der Regierung, die nicht auf parlamentarischer Gewährung beruht, sondern durch den Grundsatz der Gewaltenteilung vorgegeben ist. Es ist diese, auch vom Bundesverfassungsgericht immer wieder hervorgehobene Eigenständigkeit der Regierung, die einen unantastbaren Kern exekutiver Eigenverantwortung einschließt – und damit zugleich einem Parlamentsabsolutismus eine klare Absage erteilt.

2. Politische Verantwortlichkeit der Bundesregierung

Diese selbständige politische Handlungsvollmacht, die vom Bundesverfassungsgericht mit dem Begriff der „Eigenständigkeit der Regierungsgewalt“¹¹ gekennzeichnet wurde, entbindet die Bundesregierung zwar weitgehend von einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle, da originär politische Regierungsentscheidungen im Regelfall einer solchen gerichtlichen Kontrolle nicht zugänglich sind, weil rechtliche Überprüfungsmaßstäbe fehlen; indes ist die Bundesregierung im Koordinatensystem der parlamentarischen Demokratie weder von ihrer Verantwortlichkeit gegenüber dem Parlament befreit und noch von einer umfassenden parlamentarischen Kontrolle. Denn das parlamentarische Regierungssystem des Grundgesetzes ist dadurch gekennzeichnet, dass die Regierung zu jeder Zeit vom Parlament und dessen fortbestehendem Vertrauen abhängig ist – woran deutlich wird, dass die Maßstäbe der verfassungsgerichtlichen und der politischen Kontrolle nicht deckungsgleich sind; verfassungsgerichtliche und parlamentarische Kontrolle unterscheiden sich in grundsätzlicher Weise voneinander.

Besonders augenfällig tritt die Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber Parlament in der Weise zutage, dass das Parlament – und nicht etwa das Volk – die Bundesregierung ins Amt bringt.¹² Die insoweit maßgebliche Entscheidung, die nach Art. 63 GG erfolgende Wahl des Bundeskanzlers, wird vom Deutschen Bundestag getroffen – woran zugleich deutlich wird, dass unter der Geltung des Grundgesetzes eine Berufung sog. „Präsidialkabinette“, wie sie in den letzten Jahren der Weimarer Republik anzutreffen waren – Kabinette mithin, die lediglich vom Vertrauen des Reichspräsidenten abhängig waren –, ausgeschlossen sind. Darüber hinaus kann das Parlament die Regierung jederzeit aus dem Amt entfernen, indem es der Regierung das Vertrauen entzieht – was das Grundgesetz durch das sog. konstruktive Misstrauensvotum ermöglicht.¹³ Es ist dieses Recht des Parlaments, das besonders anschaulich verdeutlicht, dass Herzstück des parlamentarischen Regierungssystems die in einem umfassenden Sinn gegenüber dem Parlament „verantwortliche Regierung“ ist. Der Entzug des Vertrauens, die Abwahl eines Bundeskanzlers und die Neuwahl

¹⁰ BVerfGE 11, 77/85; 26, 338/395 f.; 105, 252/270; 105, 279/301.

¹¹ BVerfGE 9, 268/281; 67, 100/139.

¹² S. insoweit nur M. Schröder, Bildung, Bestand und parlamentarische Verantwortung der Regierung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl., 2005, § 65, Rdnr. 3 ff.

¹³ Näher M. Schröder, Bildung, Bestand und parlamentarische Verantwortung der Regierung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl., 2005, § 65, Rdnr. 35 ff.

eines neuen Bundeskanzlers ist gewissermaßen die schärfste Waffe und die rigideste Sanktion, die dem Parlament im parlamentarischen Regierungssystem des Grundgesetzes zukommt.

Nur als Randnotiz sei in diesem Zusammenhang angemerkt, dass ein durch das konstruktive Misstrauensvotum herbeigeführter Regierungswechsel zwar ohne Beteiligung des Volkes erfolgt, aber verfassungstheoretisch abgedeckt ist durch das Prinzip der repräsentativen Demokratie; das Repräsentativorgan Bundestag bringt stellvertretend für das Volk eine neue Regierung ins Amt, die über das Vertrauen des Parlaments verfügt. Das staatsrechtliche Konstrukt der repräsentativen Demokratie bewirkt daher, dass die neue Regierung über die gleiche demokratische Legitimation verfügt wie die Vorgängerregierung.

3. Weitere Ausformungen parlamentarischer Kontrolle

Dass die Regierung im parlamentarischen Regierungssystem gegenüber dem Parlament verantwortlich und von dessen Vertrauen abhängig ist, sie auch nach ihrer Einsetzung gegenüber dem Parlament umfassend Rechenschaft über ihre Amtsführung ablegen muss, ist im Grundgesetz in verschiedener Weise ausgeformt. Das Grundgesetz hält mit anderen Worten jenseits von Wahl und Abwahl des Bundeskanzlers verschiedene Mechanismen bereit, die eine umfassende Kontrolle der Bundesregierung ermöglichen und damit die Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber dem Parlament im Einzelnen – und jenseits der Abwahl des Bundeskanzlers – umsetzen.

a. Das parlamentarische Budgetrecht

So kommt dem Bundestag zunächst das Budgetrecht zu, das aus dem aus der Frühzeit des Parlamentarismus stammenden selbständigen Steuerbewilligungsrecht herrührt. Durch das Recht, den Haushaltsplan durch das Haushaltsgesetz feststellen zu können, besitzt der Bundestag die Möglichkeit, maßgeblichen Einfluss auf die staatsleitende wie auch auf die administrative Aufgabenerfüllung durch die Exekutive auszuüben. Zugleich stellt das parlamentarische Budgetrecht aber auch ein Werkzeug der Kontrolle der Regierung durch das Parlament im Rahmen des parlamentarischen Regierungssystems dar.¹⁴ Es ist aber nicht nur einer der tragenden Pfeiler im Kontext des parlamentarischen Regierungssystems, sondern darüber hinaus zugleich wesentlicher Bestandteil der demokratischen Selbstgestaltungsfähigkeit im Verfassungsstaat, worauf das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Europäischen Stabilitätsmechanismus hingewiesen hat. Der Bundestag darf sich daher seiner Haushaltsverantwortung nicht in der Weise entziehen, dass er oder auch zukünftige Bundestage das Budgetrecht nicht mehr in eigener Verantwortung ausüben können. Das Budgetrecht stellt ein zentrales Element der demokratischen Willensbildung dar, das auch in einem System intergouvernementalen Regierens – mithin im Rahmen der Europäischen Union – Beachtung verlangt.¹⁵

b. Zitierungs- und Interpellationsrecht

Ein weiteres Kontrollrecht des Bundestages gegenüber der Bundesregierung stellt das überkommene Zitierungsrecht nach Art. 43 GG dar, mithin das Recht, die Anwesenheit jedes Mitglieds der Bundesregierung zu verlangen – ein Recht, in dem stillschweigend das Interpellationsrecht vorausgesetzt wird, das Recht des Bundestages also, der Regierung auch Fragen

¹⁴ Vgl. z. B. BVerfGE 119, 96/118 f., mit Anm. C. Waldhoff, JZ 2008, S. 200.

¹⁵ BVerfGE 135, 317/399 f.

stellen zu dürfen, z. B. Kleine oder Große Anfragen an diese richten zu können, die diese beantworten muss.

c. Das Enqueterrecht des Bundestages

Darüber hinaus kommt dem sog. Enqueterrecht besondere Bedeutung zu, mithin dem parlamentarischen Untersuchungsrecht nach Art. 44 GG, das dem Parlament das Recht gibt, einen Untersuchungsausschuss einzusetzen, der in öffentlicher Verhandlung einen bestimmten Untersuchungsgegenstand zum Gegenstand seiner Untersuchung macht. Besonderer Erwähnung bedarf in diesem Zusammenhang der Verteidigungsausschuss, weil dieser zugleich die Rechte eines Untersuchungsausschusses hat.¹⁶ Auf Antrag eines Viertels seiner Mitglieder hat der Verteidigungsausschuss die Pflicht, eine Angelegenheit zum Gegenstand seiner Untersuchung zu machen, Art. 45a Abs. 2 S. 2 GG.

d. Die Kontrollfunktion der Bundestagsausschüsse

Weiterhin bedarf der Erwähnung, dass ein wesentlicher Teil der Kontrollaufgaben des Bundestages durch die Bundestagsausschüsse wahrgenommen wird.¹⁷ Zwar wirken diese auch an der Gesetzvorbereitung mit; doch sorgen sie insbesondere im Zusammenhang mit Vorlagen der Bundesregierung für eine frühzeitige und effektive Kontrolle der Exekutive. Ergänzt wird dieses Kontrollrecht durch das in § 62 Abs. 1 S. 3 GO-BTag statuierte Selbstbefassungsrecht, wonach sich die Ausschüsse auch ohne überwiesene Vorlage mit allen Fragen aus ihrem Geschäftsbereich befassen können. Besondere Erwähnung aus der Vielzahl der Bundestagsausschüsse hat im Grundgesetz der Petitionsausschuss nach Art. 45c GG gefunden, dem die Aufgabe obliegt, die an den Bundestag gerichtete Bitten und Beschwerden zu behandeln.

e. Das Parlamentarische Kontrollgremium

Hervorzuheben aus dem Bukett parlamentarischer Kontrollrechte ist auch das Parlamentarische Kontrollgremium nach Art. 45d GG, das bis 1999 den Namen Parlamentarische Kontrollkommission trug; dessen Mitglieder werden zu Beginn jeder Legislaturperiode vom Bundestag aus dessen Mitte gewählt. Aufgabe des Kontrollgremiums ist es, die nachrichtendienstliche Tätigkeit des Bundes zu kontrollieren – was bedeutet, dass die Bundesregierung hinsichtlich der Tätigkeit der Geheimdienste des Bundes – mithin des Bundesamtes für Verfassungsschutz, des Militärischen Abschirmdienstes und des Bundesnachrichtendienstes – einer umfassenden Kontrolle durch den Bundestag unterworfen ist. Im Rahmen dieser Kontrolle ist die Bundesregierung verpflichtet, das Kontrollgremium umfassend über die allgemeine Tätigkeit der Dienste und über Vorgänge von besonderer Bedeutung zu unterrichten. Darüber hinaus muss die Bundesregierung auf Verlangen Einsicht in Akten und Dateien der Dienste geben, die Anhörung von Mitarbeitern der Dienste gestatten und Besuche bei den Diensten ermöglichen.¹⁸ Das Parlamentarische Kontrollgremium erstattet dann dem Bundestag in der Mitte und am Ende jeder Legislaturperiode einen Bericht über seine Kontrolltätigkeit.

¹⁶ Vgl. insoweit M.-E. Geis, Parlamentsausschüsse, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl., 2005, § 54, Rdnr. 10 ff.

¹⁷ BVerfGE 80, 188/222.

¹⁸ Vgl. das Gesetz zur Fortentwicklung der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2346). Vgl. hierzu auch den interfraktionellen Gesetzentwurf, BT-Drucks. 16/12411. S. aus der Literatur z. B. M. Baier, Die parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste, 2009; B. Huber, Die Reform der parlamentarischen Kontrolle der Nachrichtendienste und des Gesetzes nach Art. 10 GG, NVwZ 2009, S. 1321; H. A.

f. Der Wehrbeauftragte des Bundestages

Weiterhin hat der Bundestag das Recht, mit Hilfe des Wehrbeauftragten die Regierung zu kontrollieren. Dies tritt besonders anschaulich in der Formulierung des Art. 45b GG zutage, wonach zum Schutz der Grundrechte und als Hilfsorgan des Bundestages bei der Ausübung der parlamentarischen Kontrolle ein Wehrbeauftragter des Bundestages berufen wird.

g. Kontrolle bei exekutiver Rechtsetzung

Schließlich kommt dem Bundestag auch maßgeblicher Einfluss im Rahmen der exekutiven Rechtsetzung – beim Erlass von Rechtsverordnungen – zu, was ganz wesentlich der Tatsache geschuldet ist, dass das Grundgesetz ein eigenständiges Verordnungsrecht der Exekutive nicht kennt. Vielmehr bedarf jede Rechtsverordnung einer Ermächtigung in einem Parlamentsgesetz, das Inhalt, Zweck und Ausmaß der Verordnung hinreichend bestimmt und auf diese Weise deren Reichweite determiniert. Ohne gesetzliche Ermächtigung, aus der sich zumindest das Programm der Verordnung mit hinreichender Bestimmtheit ergibt, kann weder die Bundesregierung noch ein einzelner Bundesminister normsetzend tätig werden.

Darüber hinaus kann der Bundestag, insoweit gestützt auf den Vorrang des Gesetzes, jede durch eine Verordnung getroffene Regelung durch eine entsprechende gesetzliche Regelung unwirksam machen. Zu guter Letzt – auch dies Ausdruck umfassender parlamentarischer Kontrolle – kann der Bundestag den Erlass einer Rechtsverordnung von seiner vorherigen Zustimmung – oder der eines Bundestagsausschusses – abhängig machen oder vorsehen, dass eine Rechtsverordnung auf sein Verlangen hin wieder aufzuheben ist.

III. Die Überlagerung der parlamentarische Demokratie durch die Parteien

Der Blick auf das parlamentarische Regierungssystem des Grundgesetzes wäre indes unvollständig, würde man nicht auch dessen Überlagerung durch die Parteien, mithin dessen parteienstaatliche Struktur in den Blick nehmen. Denn das Grundgesetz setzt die Parteien als „frei konkurrierende, aus eigener Kraft wirkende und vom Staat unabhängige Gruppen“¹⁹ nicht nur voraus, sondern hat diesen durch Art. 21 GG eine überaus starke, das parlamentarische Regierungssystem prägende Stellung eingeräumt, insbesondere im Vergleich mit der Weimarer Reichsverfassung, der die politischen Parteien praktisch unbekannt waren.

Diese verfassungsrechtliche Absicherung der politischen Parteien geht über die Verankerung einer bloß versammlungsrechtlich verorteten Absicherung weit hinaus; sie sichert den Parteien zum einen eine besondere verfassungsrechtliche Stellung in der institutionellen Ordnung der parlamentarischen Demokratie, garantiert damit aber zugleich und zum anderen den Pluralismus des politischen Prozesses,²⁰ wie nicht zuletzt das Ergebnis der Bundestagswahl vom 24. September 2017 gezeigt hat, bei der sieben Parteien in den Bundestag eingezogen sind. Es dürfte jedenfalls keinem Zweifel unterliegen, dass diese verfassungsrechtliche Institutionalisierung dazu geführt hat,

Wolff, Der nachrichtendienstliche Geheimnisschutz und die parlamentarische Kontrolle, JZ 2010, S. 173; ders., in: Bonner Kommentar, Art. 45d, 2012.

¹⁹ BVerfGE 20, 56/101.

²⁰ P. Badura, Staatsrecht, 6. Aufl., 2015, Rdnr. D 13.

dass den Parteien im politischen Prozess der parlamentarischen Demokratie eine Stellung zugewachsen ist, die weit über den Status bloßer Wahlvorbereitungsorganisationen hinausreicht; zugleich wird damit das Verbot eines „Einparteienstaates“ statuiert, wie er in Deutschland während der Nazi-Diktatur, aber auch in der Deutschen Demokratischen Republik mit der Sozialistischen Einheitspartei Deutschlands, der SED, anzutreffen war.

Neben der im Parteiengesetz enthaltenen Gründungsfreiheit und dem Gebot, dass die innere Ordnung der Parteien demokratischen Grundsätzen entsprechen muss, schließt es aber vor allem die beim Bundesverfassungsgericht monopolisierte Option, eine Partei, die verfassungsfeindliche Ziele verfolgt, für verfassungswidrig zu erklären, aus, dass Parteien, die nicht auf dem Boden der freiheitlichen demokratischen Grundordnung stehen, am politischen Geschehen teilhaben können. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass das Entscheidungsspektrum des Bundesverfassungsgerichts mit Blick auf verfassungsfeindliche Parteien jüngst dahingehend erweitert worden ist, dass für den Fall, dass die Gründe für ein Parteienverbot nicht ausreichen, weil der Partei keine praktische Bedeutung zukommt, dieser jedenfalls die staatlichen Finanzzuwendungen gestrichen werden können.²¹ Das Grundgesetz stellt damit mit aller Deutlichkeit klar, dass es seinen Feinden keine Heimstatt bietet, insbesondere seine Feinde nicht mit Geldmitteln unterstützt, die diese dann zum Kampf gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung einsetzen. Die insoweit zutrage tretende Wehrhaftigkeit des Grundgesetzes sichert mithin zugleich die parlamentarische Demokratie.

Dass die verfassungsrechtlich abgesicherte Stellung der politischen Parteien und die daraus sich ergebenden vielfältigen Mitwirkungs- und Einflussmöglichkeiten in der parlamentarischen Demokratie immer wieder Anlass für Kritik bietet, soll freilich nicht verhehlt werden; die Stichworte lauten insoweit Politik- und Parteiverdrossenheit. Überliefert ist in diesem Zusammenhang das Wort des früheren Bundespräsidenten Richard von Weizsäcker, wonach sich die Parteien den Staat zur Beute gemacht hätten. Doch auch wenn ihre verfassungsrechtlich abgesicherte Stellung den politischen Parteien vielfältige Mitwirkungsmöglichkeiten einräumt, so darf gleichwohl nicht verkannt werden, dass der gesamte politische Prozess der politischen Willensbildung – von den Wahlen zum Bundestag über die Bildung der Regierung bis hin zur parlamentarischen Alltagsarbeit – letztlich auf leistungsfähige, gut organisierte und auf dem Boden der Verfassung stehende politische Parteien angewiesen ist. Wer, außer den politischen Parteien, sollte denn in der Lage sein, den politischen Prozess zu organisieren und mit Leben zu erfüllen? Bürgerbewegungen wären hierzu jedenfalls kaum geeignet, ist deren Aktionsradius doch regelmäßig auf einen regional oder sachlich begrenzten Themenkreis beschränkt.

Es sind also schon aus diesem naheliegenden Grund die politischen Parteien, denen unter der Geltung des grundgesetzlich verfassten parlamentarischen Regierungssystems deshalb eine so bedeutsame Rolle zugewachsen ist, weil sie diese Demokratie und parlamentarisches Regierungssystem mit Leben erfüllen. Zu Recht hat daher *Peter Badura* darauf hingewiesen, dass die Verfassung allein durch ihre Grundsätze und Institutionen die Funktionsfähigkeit der parlamentarischen Demokratie nicht garantieren kann;²² vielmehr sind hierfür die politischen Parteien erforderlich, ja eigentlich sogar unentbehrlich. Und weil dies so ist, erscheint zwar die Charakterisierung der Bundesrepublik Deutschland als Parteienstaat als zu weitgehend und daher

²¹ Vgl. hierzu das Wortprotokoll der Öffentlichen Sachverständigenanhörung, 119. Sitzung des Innenausschusses des Deutschen Bundestages am 29. Mai 2019, Protokoll Nr. 18/119.

²² P. Badura, Staatsrecht, 6. Aufl., 2015, Rdnr. D 13.

unzutreffend; zutreffend ist es allerdings, den Staat des Grundgesetzes wegen des maßgeblichen Einflusses der politischen Parteien auf die politische Willensbildung als eine parteienstaatliche Demokratie zu bezeichnen.

IV. Die Rolle des Bundesverfassungsgerichts

Seine spezifische Ausformung und Prägung hat das parlamentarische Regierungssystem des Grundgesetzes schließlich mit der Etablierung einer mit weitreichenden Befugnissen ausgestatteten Verfassungsgerichtsbarkeit erfahren. Es ist die verfassungsrechtliche Anerkennung und Etablierung eines Verfassungsgerichts mit der Befugnis, letztverbindlich über die Auslegung der Verfassung zu befinden, die die unter Gewaltenteilungsgesichtspunkten durchaus nicht immer eindeutig, geschweige denn spannungsfrei einzuordnende Konsequenz zur Folge hat, dass neben dem aufgrund seiner demokratischen Legitimation zur Verfassungskonkretisierung berufenen Gesetzgeber und der mit eigener Handlungsvollmacht ausgestatteten Regierung eine weitere Instanz in das politische Geschehen eingreift – eine gerichtliche Instanz zwar, aber eben eine Instanz, deren Entscheidungen vielfach erhebliches politisches Gewicht zukommt.

Die Tatsache, dass dem politischen Alltagskampf entrückten Hüter der Verfassung die Aufgabe zugewiesen ist, Verfassungsrechtsstreitigkeiten nach den Maßstäben des Rechts zu entscheiden, hat nämlich angesichts der Letztverbindlichkeit verfassungsgerichtlicher Verfassungskonkretisierung und damit einhergehender verfassungsrechtlicher Definitionsmacht zur Folge, dass das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf die Auslegung der Verfassung – und damit zugleich im Hinblick auf die Ausformung der parlamentarischen Demokratie – den aus dem englischen Recht stammenden Satz: „Parliament can do no wrong“ einer erheblichen Relativierung unterwirft. Der unmittelbar demokratisch legitimierte Gesetzgeber hat es mithin hinzunehmen, dass das Verfassungsgericht seine eigenen Entscheidungen für verfassungswidrig und nichtig erklären kann²³ – eine gerade in demokratietheoretischer Hinsicht wahrhaft einzigartige Befugnis.

Doch unabhängig von der Frage, ob die Ausübung originärer verfassungsrichterlicher Gewalt letztlich nicht selbst Ausübung politischer Macht ist – und das Bundesverfassungsgericht angesichts seiner sämtliches staatliche Handeln kontrollierenden verfassungsgerichtlichen Kontrolle nicht die eigentliche, weil letztverbindliche Macht im Staat darstellt –, darf doch nicht vergessen werden, dass das Gericht vom Grundgesetz nicht als ein politisches Organ konzipiert worden ist,²⁴ sondern als ein Gericht,²⁵ das in einem gerichts förmigen Verfahren nach Maßgabe der Normen und Grundsätze zu entscheiden hat, die ihm durch das Verfassungsrecht vorgegeben sind.²⁶ Mit anderen Worten ist das Gericht den Maßstäben des Rechts verpflichtet, nicht hingegen denen der Politik unterworfen. Es übt rechtsprechende Gewalt selbst dann aus, wenn seine Entscheidungen politische Auswirkungen entfalten – was bei einem Verfassungsgericht letztlich unumgänglich sein wird.

Doch dürfen die politischen Auswirkungen einer an den Maßstäben des Verfassungsrechts ausgerichteten Rechtsprechung nicht gleichgesetzt werden mit einer wie immer gearteten primären politischen Gestaltungsmacht des Gerichts. Das Gericht ist daher nicht politischer Akteur, sondern

²³ Hierzu auch J. Isensee, Die Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik, in: M. Piazzolo (Hrsg.), Das Bundesverfassungsgericht, 1995, S. 49/52 ff.: „Rechtswahrung durch Verfassungsgerichtsbarkeit“; M. Brenner, Das Prinzip Parlamentarismus, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 3. Aufl., 2005, § 44, Rdnr. 32.

²⁴ Näher hierzu C. Gusy, Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht, 1985, S. 119 ff.

²⁵ C. Hillgruber/C. Goos, Verfassungsprozessrecht, 2004, Rdnr. 1 ff. Hierzu auch K. Korinek, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, VVDStRL 39 (1981), S. 7/14 ff.

²⁶ Vgl. P. Badura, Staatsrecht, 6. Aufl., 2015, Rdnr. H 68.

Hüter der Verfassung und damit zugleich auch deren Interpret. Und die ihm insoweit zukommende verfassungsgerichtliche Interpretations- und Konkretisierungsprärogative vermittelt ihm nicht nur die besondere Macht, in letzter Verbindlichkeit über die Machtverteilung zwischen den Staatsgewalten zu befinden,²⁷ sondern zugleich auch die Möglichkeit, die Stellschrauben der parlamentarischen Demokratie und des parlamentarischen Regierungssystems stets aufs Neue zu justieren. Deren Ausgestaltung lag und liegt jedenfalls ganz wesentlich in den Händen des Bundesverfassungsgerichts. Und mit dieser verfassungsgerichtlichen Ausgestaltung des parlamentarischen Regierungssystems durch das Gericht ist die Bundesrepublik Deutschland in den fast siebenzig Jahren ihres Bestehens bislang ganz gut gefahren.

V. Fazit

Versucht man, ein abschließendes Urteil über das parlamentarische Regierungssystem des Grundgesetzes zu formulieren, so fällt dieses daher im Wesentlichen positiv aus. Die in dem System angelegte Verantwortung der Regierung gegenüber dem Parlament und die Abhängigkeit der Regierung vom Vertrauen des Parlaments, das über deren Berufung wie auch über deren Sturz entscheidet, setzt das demokratische wie das parlamentarische Prinzip in einer Art und Weise um, die eine allzu autoritär auftretende Regierung verhindert, ohne allerdings dieser die Selbständigkeit zu nehmen, die erforderlich ist, um die Regierungsgeschäfte erledigen zu können. Durch die Bedeutung, die dem Bundestag in dieser staatsrechtlichen Konstruktion zuteil wird, wird zugleich dem Prinzip der Volkssouveränität in seiner repräsentativen Ausgestaltung zu umfassender Geltung verholfen, liegt es doch in den Händen des Repräsentanten, mithin des Bundestages, über das Schicksal der Regierung zu befinden.

Als Konsequenz dieser starken Stellung des Parlaments ist jedoch eine immer weiter um sich greifende „Parlamentarisierung“ zu konstatieren, in der wichtige Entscheidungen der Staatsleitung – dem originär der Bundesregierung zustehenden Handlungsfeld – der Mitbestimmung durch das Parlament unterworfen werden, sei es im Bereich der Außen- und Europapolitik, der Sicherheitspolitik, der Finanzpolitik oder der politischen Planung. Diese Parlamentarisierung läuft vielfach auf Verfahrensweisen arbeitsteiliger Kooperation zwischen Regierung und Parlament hinaus – was in der politischen Praxis jedoch deswegen zu wenig Friktionen führt, weil die Regierung ja von der parlamentarischen Mehrheit getragen wird und damit eine weitreichende inhaltliche Kongruenz zwischen dieser parlamentarischen Mehrheit und der von ihr getragenen Bundesregierung besteht. Mit anderen Worten ist das parlamentarische Regierungssystem mittlerweile ganz wesentlich dadurch gekennzeichnet, dass eine große inhaltliche Deckungsgleichheit zwischen Regierung und der sie tragenden Parlamentsmehrheit besteht, die in Koalitionsrunden, „Elefantenrunden“ oder Koalitionsausschüssen ihre praktische Umsetzung und Vollendung findet.

In der Konsequenz dieser Entwicklung liegt es, dass wir einen schleichenden Übergang von der parlamentarischen Kontrolle der Regierung zu einer Mitsprache oder gar Mitregierung des Bundestages bei staatsleitenden Entscheidungen feststellen können, der in der Literatur mit dem

²⁷ C. Starck, Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: C. Starck/A. Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I: Berichte, 1986, S. 11/38. Kritisch gegenüber der Ansicht, dass dem Bundesverfassungsgericht letztlich eine methodisch kaum begrenzte und kaum begrenzbar Interpretationsmacht zukommt und es damit faktisch eine Kompetenz-Kompetenz besitzt, K. Stern, Der Einfluss der Verfassungsgerichte auf die Gesetzgebung in Bund und Ländern, in: H. H. Klein/H. Sendler/K. Stern, Justiz und Politik im demokratischen Rechtsstaat, Interne Studien der Konrad-Adenauer-Stiftung Nr. 119/1996, S. 9/16 f.

Begriff des „kooperativen Parlamentarismus“ umschrieben wird²⁸. Man mag diese Entwicklung, die nicht unmaßgeblich durch das Bundesverfassungsgericht befördert wurde, als Fort- und Weiterentwicklung des parlamentarischen Regierungssystems begreifen, mag sie aber auch durchaus kritisch beleuchten, weil sie die Verantwortungsbereiche von Regierung und Parlament verschwimmen lässt und Verantwortlichkeiten nicht mehr klar erkennbar sind. Gleichwohl – und das dürfte das Positive an dieser Entwicklung sein – sichert diese „Staatsleitung zur gesamten Hand“²⁹ jedenfalls stets eine hinreichende Beteiligung des Parlaments und verhindert auf diese Weise eine allzu autoritär handelnde, dem Willen des Volkes weitgehend entfremdete Regierung.

²⁸ Vgl. etwa P. Badura, Die parlamentarische Demokratie, in: J. Isensee/P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 3. Aufl., 2004, § 25, Rdnr. 62 ff.

²⁹ Vgl. insoweit auch W. Möhle, Regierungsfunktionen des Parlaments, 1986.

საერთო დემოკრატიული მიზნები – საქართველოს 1921 წლის კონსტიტუცია და შვეიცარიის კონფედერაციის 1874 წლის ფედერალური კონსტიტუცია

რეგინა კინერი*/დემის მირარხი*

შესავალი. 1. შვეიცარიის კონფედერაციის საკონსტიტუციო სამართალი 1848 წლიდან 1921 წლამდე I. 1848 წლის ფედერალური კონსტიტუცია. II. 1866 წლის ნაწილობრივი გადასინჯვა. III. 1874 წლის ფედერალური კონსტიტუცია. IV. ნაწილობრივი გადასინჯვა 1921 წლამდე. 2. შედარებითი ანალიზი. I. მეთოდი და გამოწვევები. II. არსებითი განსხვავებები. III. მსგავსებები: განსაკუთრებით პოლიტიკური უფლებები. დასკვნითი შენიშვნები.

შესავალი

საქართველოს დემოკრატიული რესპუბლიკის პირველი კონსტიტუცია 1921 წელს შევიდა ძალაში. მუშაობის პროცესში საკონსტიტუციო კომისია და დამფუძნებელი კრება ევროპული კონსტიტუციებით ხელმძღვანელობდნენ, მათ შორის იყო შვეიცარიის ფედერალური კონსტიტუცია.¹ მაცაბერიძის კვლევების თანახმად, საქართველოს კონსტიტუციის მიზანს შეადგენდა შეექმნა „ყველაზე დემოკრატიული სახელმწიფო“ და მიეღწია „მაქსიმალური დემოკრატიისთვის“.² ამ ფონზე არ არის გასაკვირი, რომ საქართველოს საკონსტიტუციო კომისიამ განსაკუთრებით შვეიცარიის ფედერალური კონსტიტუციით გათვალისწინებული დემოკრატიის ფორმები აიღო მაგალითად.³ თუ რამდენად იქნა იმპლემენტირებული ფედერალური კონსტიტუციის სხვა თავისებურებები, ქვემოთ გამოიკვეთება. სტატიის მიზანია, ნათელყოს ორივე კონსტიტუციის არსებითი მსგავსებები და განსხვავებები 1921 წლისთვის.

სამართლებრივი შედარების საგანია 1874 წლის ფედერალური კონსტიტუცია 1921 წლის მდგომარეობით (შემდგომში: BV 1874). 1874 წლის კონსტიტუცია მისი წინამორბედის, 1848 წლის (შემდგომში: BV 1848) კონსტიტუციის სამართალმემკვიდრეა. ყველა კონსტიტუცია ისტორიული პროცესების შედეგია, შერჩეული წესები ყოველთვის ისტორიულადაა განპირობებული.

* რეგინა კინერი, ციურიხის უნივერსიტეტის საჯარო სამართლის პროფესორი.

* დემის მირარხი, ციურიხის უნივერსიტეტის სამეცნიერო ასისტენტი და დოქტორანტი.

¹ B. Kantaria, The Form of Governance under Georgia's First Constitution. Comparative Analysis with Western Governance Systems, in: Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, Journal of International Law 1/2011, S. 27 ff., 28 f.; G. Papuashvili, The 1921 Constitution of the Democratic Republic of Georgia. Looking back after Ninety Years, in: European Public Law, Vol. 18/2012, S. 323 ff., 330.

² M. Matsaberidze, Search for the Georgian model of democracy, in: S. F. Jones (Hrsg.), The Making of Modern Georgia 1918-2012. The first Georgian republic and its successor, New York 2014, S. 141 ff., 145, 150 und 158.

³ Vgl. hinten 2. III.

კონსტიტუცია, როგორც ისტორიულად ჩამოყალიბებული აქტი და როგორც საზოგადოების სამართლებრივი სისტემის აუცილებელი შემადგენელი ელემენტი, იძლევა პასუხს კითხვაზე, თუ რა წესებს აღიარებდა დამფუძნებელი ძალა გარკვეულ ისტორიულ ეტაპზე. ეს ისტორიული ხასიათი ასევე ეხება შვეიცარიის 1874 წლის ფედერალურ კონსტიტუციას. ის დაკავშირებულია XIX საუკუნის სოციო-პოლიტიკურ მიმდინარეობებთან. ეს იყო დრო, რომელიც იტალიელმა ისტორიკოსმა კონსტიტუციის საკითხებში პალოა შიოპამ განმარტა, როგორც „The Age of Nations“ (ეროვნული სახელმწიფოების ეპოქა).⁴ „Nation building“ - ის ეს პერიოდი შვეიცარიაში XIX საუკუნის დასაწყისში დაიწყო და მეტწილად სხვა ევროპული საზოგადოებების პარალელურად მიმდინარეობდა.⁵

1848 წელს ძველი კონფედერაციის კანტონების წარმომადგენლობითმა კრებამ (ე.წ. Tagsatzung) მიიღო შვეიცარიის კონფედერაციის პირველი ფედერალური კონსტიტუცია. თუმცა, *pouvoir constituant originaire*- მაც თვითმყოფადი ნამუშევარი კი არ შექმნა, არამედ დაეყრდნო კონსტიტუციების აღრინდელ პროექტებს და ორიენტირება მოახდინა სხვა სახელმწიფოს კონსტიტუციებზე⁶ – შვეიცარიის კონფედერაციის ისტორიაში არასოდეს ყოფილა „კონსტიტუციურ-სამართლებრივი Stunde Null“ (უშუალოდ ომის შემდგომი პერიოდი გერმანიასა და ავსტრიაში) (TSCHANNEN).⁷ ამ კონტექსტში ჩვენთვის საინტერესოა 1874 წლის ფედერალური კონსტიტუცია. მისი ისტორიული განვითარების შედეგების გაგება 1848 წლის დამფუძნებელი კონსტიტუციის გარეშე შეუძლებელია.⁸ ამიტომ, მოკლედ წარმოგიდგინო მას.

1. შვეიცარიის კონფედერაციის საკონსტიტუციო სამართალი 1848 წლიდან 1921 წლამდე

I. 1848 წლის ფედერალური კონსტიტუცია

1848 წლის კონსტიტუცია წარმოადგენს თანამედროვე შვეიცარიის დამფუძნებელ დოკუმენტს. ამ დოკუმენტით მოხერხდა სუვერენულ კანტონებსა და სახელმწიფოს შორის სახელშეკრულებო რეგულირების ტრანსფორმაცია, რომლის მიხედვითაც, მართალია,

⁴ A. Padoa-Schioppa, A History of Law in Europe. From the Early Middle Ages to the Twentieth Century, Cambridge 2017, S. 491.

⁵ G. Kreis, in Historisches Lexikon der Schweiz, Stichwort „Nation“. W. Linder/S. Mueller, Schweizerische Demokratie. Institutionen, Prozesse, Perspektiven, 4. Aufl., Bern 2017, S. 31.

⁶ Zur Vorgeschichte vgl. G. Biaggini, Die Bundesverfassung, in: G. Biaggini/T. Gächter/R. Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich 2015, § 8, Rz. 6; A. Kley, Verfassungsgeschichte der Neuzeit. Grossbritannien, die USA, Frankreich, Deutschland und die Schweiz, 3. Aufl., Bern 2013, S. 262 ff.; A. Kley, Geschichtliche Einleitung, in: B. Eherenzeller/B. Schindler/R. J. Schweizer/K. A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, S. 3 ff., Rz. 8 ff.; A. Kölz, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992, S. 574 ff.; A. Kölz, Geschichtliche Grundlagen, in: D. Thürer/J. F. Aubert/J. P. Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, 1. Aufl., Zurich 2001, § 7, Rz. 3 ff.

⁷ P. Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, § 2, Rz. 1.

⁸ Vgl. auch J. F. Aubert, Geschichtliche Einführung, in: J. F. Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1996, Rz. 196.

კანტონები ფართო კომპეტენციებით სარგებლობდნენ, მაგრამ აღარ ფლობდნენ სახელმწიფოებრივ დამოუკიდებლობას.⁹ პირველმა კონსტიტუციამ შინაარსობრივად დაადგინა შვეიცარიის კონფედერაციის სამართლებრივი სისტემა, რომლის ძირითადი პრინციპები 1874 წლიდან 1999 წლამდე არსებული კონსტიტუციის ზოგადი გადასინჯებისა და მრავალრიცხოვანი ნაწილობრივი შესწორებების შემდეგ, დღემდე შენარჩუნდა. მატერიალური თვალსაზრისით, განმსაზღვრელია ნაწილობრივ არისტოკრატიულად გამოხატული კონფედერაციიდან ფედერალური, დემოკრატიული სახელმწიფოს იდეა.¹⁰

ფედერალური კონსტიტუციის ძირითად კონსტრუქციას შემდეგი ელემენტები ქმნიან: შვეიცარია ჩამოყალიბებულია, როგორც *ფედერაციული სახელმწიფო*. მართალია, კანტონების ტრადიციულად ძლიერი პოზიციის გამო, მიმდინარეობდა დისკუსიები ფრანგული მოდელის თაობაზე, მაგრამ დადგინდა, რომ ეს ნაჩქარევი იყო და ამდენად, მას შანსები არ ჰქონდა. დამფუძნებელმა ორგანომ აირჩია სისტემა, რომელიც აღიარებდა კანტონების ფედერალურ ხასიათს და მათ მონაწილეობას ფედერაციულ საკითხებზე ნების ჩამოყალიბებაში.¹¹ ეს კონცეფცია ასევე აისახებოდა *ფედერალური უწყებების*, უპირველეს ყოვლისა, პარლამენტის ორგანიზაციაში. ამერიკის შეერთებული შტატების 1787 წლის კონსტიტუციის მიხედვით, დამფუძნებელმა ორგანომ გადანაცვლებდა ორპალატიანი საპარლამენტო სისტემის სასარგებლოდ მიიღო, რომელშიც ეროვნული საბჭო იქნებოდა სახალხო წარმომადგენლობა, კანტონების საბჭო კი - კანტონების წარმომადგენლობა, თუმცა ის უპირატესობას ანიჭებდა ორივე პალატის სრულ თანასწორობას (73-ე და 74-ე მუხლები და გარდა ამისა, უარს ამბობდა ფედერალური ხელშეკრულების დროინდელ ტრადიციებზე და ადგენდა თავისუფალი მანდატის პრინციპს (79-ე მუხლები).¹² 1793 წლის კონსტიტუციის ჟირონდისტურ პროექტსა და 1793 წლის მონტაგნარდის კონსტიტუციაში¹³ არსებული აღმასრულებელი საბჭოს მსგავსად, ჩამოყალიბდა კოლეგიალური მთავრობა. შვიდი მინისტრისგან შემდგარ ფედერალურ საბჭოს (83-ე მუხლი) ირჩევდა გაერთიანებული ფედერალური კრება (ეროვნული საბჭო და კანტონების საბჭო) სამი წლის ვადით (84-ე მუხლი). შვიდი წევრის არსებობა საშუალებას იძლეოდა, რომ ქვეყნის მთავრობაში შედარებით ფართოდ ყოფილიყო წარმოდგენილი კანტონები. სახელმწიფოში უმაღლესი და უძლიერესი ძალაუფლების მფლობელი მთავრობა კი არა, პარლამენტი იყო (მე-60 მუხლი).¹⁴ ფედერალური კრება ირჩევდა ფედერალური საბჭოს წევრებს, ფედერალური მთავრობის ხელმძღვანელს („ფედერალური კანცლერი“) და ფედერალური სასამართლოს წევრებს (74-ე მუხლი, მე-3 ქვეპუნქტი). ფედერალურ სასამართლოს ნაკლები მნიშვნელობა მიენიჭა. ფედერაციის საკითხებში საკანონმდებლო და საბიუჯეტო კომპეტენციის გარდა, ფედერალური კრება,

⁹ Aubert (Anm. 8), Rz. 106 und 110. Ähnlich Kley (Anm. 6), Verfassungsgeschichte der Neuzeit, S. 294 ff.

¹⁰ Tschannen (Anm. 7), § 2, Rz. 12; A. Kley, in Historisches Lexikon der Schweiz, Stichwort „Bundesverfassung“, Ziff. 1.2; ähnlich schon Aubert (Anm. 8), Rz. 110 und 113.

¹¹ Kley (Anm. 6), Verfassungsgeschichte der Neuzeit, S. 291 f.

¹² Kley (Anm. 6), Verfassungsgeschichte der Neuzeit, S. 292; Kölz (Anm. 6), Verfassungsgeschichte, S. 559 ff.

¹³ Kley (Anm. 6), Verfassungsgeschichte der Neuzeit, S. 292 f.

¹⁴ Art. 60 ff. BV 1848; vgl. auch J. F. Aubert, Petite histoire constitutionnelle de la Suisse, Bern 1983, S. 31.

პირველ რიგში, ახორციელებდა მის მიერ არჩეულ ორგანოებზე კონტროლს. ასევე, მას ჰქონდა სასამართლო ხელისუფლების მნიშვნელოვანი კომპეტენცია საკონსტიტუციო და ადმინისტრაციული სამართლის სფეროებში. თუმცა, *ფედერაციული კომპეტენციები* სუსტად იყო გამოხატული. ფედერაციის უფლებამოსილებებში მხოლოდ რამდენიმე სფერო შედიოდა, კერძოდ, საგარეო პოლიტიკა (მაგალითად, მე-8 მუხლი), საბაჟო საქმე (23-ე მუხლი), მონეტარული პოლიტიკა (36-ე მუხლი), საფოსტო საქმე (33-ე მუხლი), მასა და წონა (37-ე მუხლი) და საჯარო ნაშრომების შედგენა (21-მუხლი), ასევე ეროვნული თავდაცვის მნიშვნელოვანი საკითხები (მაგალითად, მე-15 მუხლი).¹⁵

პოლიტიკური წყობილების სისტემად არჩეულ იქნა *წარმომადგენლობითი დემოკრატია*. პოლიტიკური უფლებები მიენიჭათ შვეიცარიის (მამრობით) მოქალაქეებს 20 წლის ასაკიდან (63-ე მუხლი). მათ ჰქონდათ ეროვნული საბჭოს არჩევის (62-ე მუხლი), ფედერალური კონსტიტუციის მთლიანი ან ნაწილობრივი გადასინჯვის კენჭისყრაში მონაწილეობის მიღებისა (113-ე და 114-ე მუხლები) და ფედერალური კონსტიტუციის მთლიანი გადასინჯვის მიზნით, სახალხო ინიციატივის უფლებამოსილება (113-ე მუხლი). 1848 წლის კონსტიტუცია იმ პერიოდის დემოკრატიულ პრეტენზიებს ძირითადად წამომადგენლობითი პრინციპით პასუხობდა. დემოკრატიული უფლებები მოგვიანებით შემოიღეს.¹⁶ პირველ ფედერალურ კონსტიტუციაში *ძირითადი უფლებებიც* მხოლოდ შემლუდულად იყო წარმოდგენილი. სამართლებრივი თანასწორობის გარდა (მე-4 მუხლი), ძირითადად მხოლოდ ის უფლებები იქნა აღებული, რომლებიც ახალგაზრდა ფედერალური სახელმწიფოსათვის განსაკუთრებით მნიშვნელოვანი იყო, ე.ი. რომლებიც მჭიდროდ იყვნენ დაკავშირებულნი ფედერაციულ წყობასთან. პირველ რიგში, ეს ითვალისწინებდა საცხოვრებელი ადგილის არჩევის თავისუფლებას (41-ე მუხლი), თუმცა ეს მოიცავდა შვეიცარიის ქრისტიან მოქალაქეებსა და კულტების თავისუფლებას (44-ე მუხლი), რომელიც მხოლოდ სახელმწიფოს მიერ აღიარებულ ქრისტიანულ სარწმუნოებას ეხებოდა. ასევე მოცემულ იქნა უფლებები, რომლებიც კანტონის დონეზე არასაკმარისად იყო გარანტირებული, მაგალითად, როგორცაა, პრესის თავისუფლება (45-ე მუხლი).¹⁷ გამართივდა ვაჭრობა კანტონებს შორის (29-ე მუხლი), მაგრამ ეკონომიკური თავისუფლება არ იყო უზრუნველყოფილი. არც სოციალური უფლებები იქნა დაშვებული.

II. 1866 წლის ნაწილობრივი გადასინჯვა

1848 წლის კონსტიტუციის (ერთადერთი) ნაწილობრივი გადასინჯვა განხორციელდა 1866 წელს. ის წარმოადგენდა საფრანგეთთან სავაჭრო და ქვეყანაში ცხოვრების უფლების შესახებ ხელშეკრულების შედეგს, რომელიც საფრანგეთის ყველა მოქალაქეს, მათ

¹⁵ Tschannen (Anm. 7), § 2, Rz. 12.

¹⁶ T. Tanquerel, Les fondements démocratiques de la Constitution, in: D. Thürer/J. F. Aubert/J. P. Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, 1. Aufl., Zurich 2001, § 18, Rz. 10.

¹⁷ D. Buser, Kantonales Staatsrecht. Eine Einführung für Studium und Praxis, Basel 2011, Rz. 532; R. Kiener/W. Kälin/J. Wytenbach, Grundrechte, 3. Aufl., Zürich/Bern 2018, § 1, Rz. 13.

შორის, ფრანგ ებრაელებს შვეიცარიაში ცხოვრების უფლებას აძლევდა და ამდენად, მათ შვეიცარიელ ებრაელებთან შედარებით, პრივილეგიას ანიჭებდა. ამიტომ ფედერალურმა საბჭომ შემოიტანა კონსტიტუციის გადასინჯვის წინადადება, რომელიც არა მარტო შვეიცარიის ყველა მოქალაქისა და, განსაკუთრებით, შვეიცარიელი ებრაელებისთვის (41-ე მუხლი) ითვალისწინებდა ცხოვრების თავისუფლებას, არამედ კანტონებს ავალდებულებდა, რომ კანონმდებლობასა და სასამართლო პროცესებში შვეიცარიის ყველა მოქალაქე თანასწორი უფლებებით უზრუნველყო (48-ე მუხლი).¹⁸ მაგრამ სახალხო კენჭისყრამ უარყო ახალი ფედერალური კომპეტენციები და სხვა ძირითადი უფლებები.¹⁹

III. 1874 წლის ფედერალური კონსტიტუცია

XIX საუკუნის დასაწყისში შვეიცარიაში გაძლიერდა დემოკრატიული მოძრაობა, რომელიც სხვადასხვა კანტონში წარმატებულად მიმდინარეობდა, ფედერაციის დონეზე კი, კონსტიტუციის გადასინჯვას მოითხოვდა, რომელთა მიზანი პირდაპირი დემოკრატიის პრინციპების²⁰ შემოღება იყო. იმავდროულად, იურისტთა წრეში სურდათ სამართლის ერთიანი ნორმების შემუშავება და ფედერალური სასამართლოს გაძლიერება.²¹ ორივე საბჭოს გადამსინჯავი კომისიის მიერ შემუშავებული პროექტი შეიცავდა მეტისმეტად ბევრ სიახლეს და ამიტომ 1872 წლის სახალხო კენჭისყრის დროს, მართალია, მცირე პროცენტით,²² მაგრამ მან მაინც მარცხი განიცადა. მეორე პროექტმა გაამძაფრა ცენტრისტული პოზიციები და შეძლო ფედერალისტურად განწყობილი დასავლეთ შვეიცარიის კანტონების დარწმუნება. ზოგადად გადასინჯული ფედერალური კონსტიტუციის ახალი პროექტი ხალხმა და კანტონებმა მიიღეს და ის 1874 წლის 29 მაისს შევიდა ძალაში.

1874 წლის კონსტიტუცია ეყრდნობოდა 1848 წლის ფედერალური კონსტიტუციის ფორმალურ აგებულებას; სტრუქტურა და სათაურები უცვლელი დარჩა.²³ მაგრამ შინაარსობრივად, ნაწილობრივ, რადიკალური ცვლილებები განხორციელდა. *ფედერაციასა და კანტონებს შორის ურთიერთკავშირის* თვალსაზრისით, ფედერაციამ დამატებითი საკანონმდებლო კომპეტენციები შეიძინა, კერძოდ, ქვეყნის დაცვისა (მუხლები 18-დან 22-მდე) და სამოქალაქო სამართლის (53-ე, 54-ე და 64-ე მუხლები), რკინიგზისა (26-ე მუხლები) და სატელეგრაფო (36-ე მუხლი), ასევე ფაბრიკაში მუშაობის (34-ე მუხლი, 1-ლი ქვეპუნქტი) სფეროებში.²⁴ ამ თვალსაზრისით, კონსტიტუციამ გავლენა მოახდინა ფედერალური სახელმწიფოს კონსოლიდაციაზე.²⁵ სახელმწიფოს ორგანიზაციის სფეროში გადასინჯვამ გამოიწვია ფედერალური სასამართლოს გაძლიერება. სასამართლო ახლიდან ჩამოყალიბდა, როგორც მუდმივი ორგანო (106-ე მუხლი) და

¹⁸ Vgl. Aubert (Anm. 8), Rz. 146.

¹⁹ A. Kley, in Historisches Lexikon der Schweiz, Stichwort „Bundesverfassung (BV)“, Ziff. 1.5.

²⁰ Aubert (Anm. 8), Rz. 147.

²¹ Kley (Anm. 19), Ziff. 2.1.

²² Vgl. Kley (Anm. 19), Ziff. 2.1.

²³ Aubert (Anm. 8), Rz. 196; Kley (Anm. 6), Verfassungsgeschichte der Neuzeit, S. 310.

²⁴ Für eine umfassende Liste vgl. Aubert (Anm. 8), Rz. 204.

²⁵ Kley (Anm. 19), Ziff. 2.2.

უნწყებათა შესაძლებელი თავმოყრა ფედერალური კრების ერთ სისტემაში, გაუქმდა, რადგან გამოიკვეთა გარკვეული შეუსაბამობანი (108-ე მუხლი, მე-2 ქვეპუნქტი, BV 1874; მე-3 მუხლი, 1874 წლის 27 ივნისის ფედერალური კანონი ფედერალური მართლმსაჯულების ორგანიზაციის შესახებ). გარდა ამისა, გაფართოვდა სასამართლოს უფლებამოსილება: მას შეეძლო თავიდან გადაემოწმებინა დავები განსჯადობის თაობაზე ფედერაციასა და კანტონებს, ასევე სხვადასხვა კანტონებს შორის, აგრეთვე საჩივრები კანტონებისა და ფედერაციის კონსტიტუციურ უფლებათა დარღვევების გამო (113-ე მუხლი, 1-ლი ქვეპუნქტი). თუმცა, ფედერალური სასამართლოს კომპეტენციის გაზრდას არაფერი შეუცვლია. ფედერალური კრება უმაღლეს ორგანოდ დარჩა. 1848 წლის კონსტიტუციის მსგავსად, ფედერალური კრება ირჩევდა ფედერალურ მოსამართლეებს და ახორციელებდა მთავარ კონტროლს ფედერალურ სასამართლოზე (107-ე მუხლი, 1-ლი ქვეპუნქტი, 85-ე მუხლი, მე-11 ქვეპუნქტი). გარდა ამისა, ახალმა კონსტიტუციამ ფედერალური კრების მიერ გამოცემული ფედერალური კანონები, ყველასათვის სავალდებულო ფედერალური გადაწყვეტილებები და ფედერალური კრების მიერ ნებადართული სახელმწიფო ხელშეკრულებები მნიშვნელოვან აქტებად აღიარა (113-ე მუხლი, 3-მე ქვეპუნქტი). შესაბამისად, ფედერალურ სასამართლოს უნდა გამოეყენებინა ნორმები მაშინაც კი, თუნდაც ისინი კონსტიტუციასთან შეუსაბამო ყოფილიყვნენ.²⁶ საკონსტიტუციო კანონმდებელი ორგანო ხაზს უსვამდა ფედერალური კრების სუვერენობას, მათ შორის მართლმსაჯულებასთან მიმართებით და ამასთანავე, აღიარებდა დემოკრატიული პრინციპის განსაკუთრებულ მნიშვნელობას. სიახლეებით გამოირჩეოდა *პოლიტიკურ უფლებათა* სფერო. მათ დაემატა ნებაყოფლობითი რეფერენდუმი ფედერალური კანონებისა და საყოველთაოდ აუცილებელი ფედერალური გადაწყვეტილებების წინააღმდეგ, ამისათვის 30.000 ხელმოწერა იყო საჭირო (89-ე მუხლი, მე-2 ქვეპუნქტი).²⁷ ამ ცვლილებით შესაძლებელი გახდა წარმომადგენლობითი დემოკრატიიდან პირდაპირი დემოკრატიის ელემენტების მქონე სისტემაში გადასვლა.²⁸ *კონსტიტუციური უფლებების* სფერო მხოლოდ ნაწილობრივი ნოვაციებით ხასიათდებოდა. ძირითადი უფლებების ჩამონათვალი 1874 წლის კონსტიტუციაშიც არ იყო განსაზღვრული, თუმცა ფედერალურ დონეზე დამატებითი უფლებების მთელი რიგი იყო გარანტირებული, მაგალითად, ქორწინების უფლება (54-ე მუხლი), ეკონომიკური თავისუფლება (31-ე მუხლი) ან პრეტენზია უფასო დაწყებით სკოლაზე (27-ე მუხლი, მე-2 ქვეპუნქტი). სიკვდილით დასჯა გაუქმდა, ფიზიკური იძულება აიკრძალა (65-ე მუხლი, 1-ლი და მე-3 ქვეპუნქტები).²⁹ რწმენისა და სინდისის თავისუფლების (49-ე მუხლი) პირველმა აღიარებამ და კულტების

²⁶ W. Haller, Art. 113, in: J. F. Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1996, S. 142 ff.

²⁷ Aubert (Anm. 14), S. 41; Y. Hangartner/A. Kley, Die demokratische Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zurich 2000, Rz. 919 ff.; ausser den Stimmberechtigten können auch acht Kantone eine Volksabstimmung verlangen, vgl. Art. 89 Abs. 2 BV 1874.

²⁸ Kley (Anm. 19), Ziff. 2.2; Linder/Mueller (Anm. 5), S. 295.

²⁹ თუმცა, 1879 წელს ისევ შემოიღეს სახალხო კენჭისყრის საფუძველზე. მშვიდობის დროს სიკვდილით დასჯა სისხლის სამართლის კოდექსის ძალაში შესვლის შემდეგ 1942 წელს გაუქმდა, ომის პერიოდში კი, სიკვდილით დასჯის საკითხი 1992 წელს შეიცვალა სამხედრო სისხლის სამართლის კოდექსით.

თავისუფლების გავრცელებამ³⁰ (50-ე მუხლი) არ უნდა გვაფიქრებინოს, თითქოს 1874 წლის რეფორმა სეკულარული ხასიათის იყო. ეგრეთწოდებულ „საგამონაკლისო მუხლებში“ აკრძალული იყო იფიქრების ორდენი (51-ე მუხლი), ახალი ორდენებისა და მონასტრების დაფუძნება (52-ე მუხლი). ახალი საეპისკოპოსოსის შექმნას თავიდან ესაჭიროებოდა ფედერაციის თანხმობა (50-ე მუხლი, მე-4 ქვეპუნქტი).

IV. ნაწილობრივი გადასინჯვა 1921 წლამდე

1874 წლის კონსტიტუცია 125 წელი მოქმედებდა. ის 1999 წლის 18 აპრილის კონსტიტუციამ შეცვალა, რომელიც 2000 წლის 1 იანვარს შევიდა ძალაში და დღემდე მოქმედებს. ცვლილებების შეტანის შედარებით გამარტივებული პროცედურების გამო, მან 1874 წლიდან 1999 წლის ბოლომდე 150 ცვლილება განიცადა.³¹ წინამდებარე თემისთვის, უპირველეს ყოვლისა, ის დამატებებია მნიშვნელოვანი, რომლებიც 1874 და 1921 წლებს შორის განხორციელდა, ანუ იმ დრომდე, როცა საქართველოს კონსტიტუცია შევიდა ძალაში. პოლიტიკური უფლებების სფეროში განსაკუთრებით საინტერესო იყო სახალხო ინიციატივის დანერგვა 1891 წლის ფედერალური კონსტიტუციის ნაწილობრივ გადასინჯვასთან დაკავშირებით. 1918 წლის ეროვნული საბჭოს არჩევნებში მაჟორიტარულიდან პროპორციულ სისტემაზე გადავიდნენ³² და 1921 წელს შემოიღეს რეფერენდუმი სახელმწიფო ხელშეკრულების თაობაზე.

2. შედარებითი ანალიზი

I. მეთოდი და გამონვევები

კონსტიტუციის ორი ტექსტის შედარებას სჭირდება წყაროების სერიოზული კვლევა. ვინაიდან, საქართველოს 1921 წლის კონსტიტუციის შესახებ ძირითადი ლიტერატურა ქართულ ენაზეა, კონსტიტუციების შედარებისთვის ყველა მათგანის მოძიება და დამუშავება, ჩვენს ძალებს აღემატებოდა. ამიტომ, წინამდებარე სტატია ენობრივი ბარიერის გამო ვერ მოგვცემს სრულ სურათს ორ კონსტიტუციას შორის არსებულ მსგავსებებსა და განსხვავებებზე. პირველ რიგში, ჩვენ იმ საკითხებს ჩაუღრმავდებით, რომელთა შესახებ ენობრივად ხელმისაწვდომი წყაროები გვაქვს. კონსტიტუციების შედარებას შინაარსობრივად წინ უნდა უძღოდეს სპეციფიური ისტორიული, გეოპოლიტიკური და ეკონომიკური გარემოებების გამოკვლევა, რაც, ასევე ვერ ხერხდება. ამ გარემოებათა გათვალისწინებით, წინამდებარე კონსტიტუციების შედარება ვერ იქნება ბოლომდე დასრულებული კვლევა.

³⁰ Vgl. M. Hilti, Die Gewissensfreiheit in der Schweiz, Zuerich/St. Gallen 2007, S. 14.

³¹ Tschannen (Anm. 7), § 2, Rz. 17.

³² კანტონების საბჭოს არჩევნები კვლავ კანტონების კომპეტენციაში შედიოდა, vgl. statt vieler Tschannen (Anm. 7), § 30, Rz. 8 und § 32, insb. Rz. 10 ff.

II. არსებითი განსხვავებები

შვეიცარიისა და საქართველოს სამართლებრივი სისტემები ეფუძნება სპეციფიურ ისტორიულ, ეკონომიკურ და გეოპოლიტიკურ გარემოებებს. ისტორიული კონტექსტიდან გამომდინარე, შვეიცარიის 1848 და 1874 წლების კონსტიტუციები საქართველოს 1921 წლის კონსტიტუციისგან არსებითად განსხვავდებიან. მაშინ, როცა 1874 წლის ფედერალური კონსტიტუცია შეიძლება მთლიანად დაუკავშიროთ 1848 წლის კონსტიტუციას, ე.ი. „Nation building“ უკვე დიდი ხანია დასრულებული იყო, საქართველოში პრინციპულად სხვაგვარი სიტუაცია არსებობდა. XX საუკუნის დასაწყისში, მიუხედავად დამოუკიდებლობისათვის გაძლიერებული ბრძოლისა, საქართველო ისევ რუსეთის ბატონობის ქვეშ რჩებოდა.³³ 1913 წელს ჟენევაში ემიგრანტი ქართველების ჯგუფმა საქართველოს დამოუკიდებლობის აღდგენის მიზნით ჩამოაყალიბეს „საქართველოს ეროვნული დამოუკიდებლობის კომიტეტი“.³⁴ ეს პროცესები 1917 წლის რუსეთის რევოლუციამ განაპირობა. დემოკრატიულმა ძალებმა გამოიყენეს მეფის რუსეთის დასასრული საქართველოში, ამით გამოწვეული სახელისუფლებო ვაკუუმი და დამოუკიდებელი სახელმწიფოს დაფუძნება დააჩქარეს.³⁵ 1918 წლის 26 მაისს საქართველომ დამოუკიდებლობა გამოაცხადა. ბრესტ-ლიტოვსკის სამშვიდობო ხელშეკრულებაში რუსეთმა უარი თქვა საქართველოზე, 1920 წლის 7 მაისს საბჭოთა რუსეთმა საერთაშორისო ნორმების შესაბამისად, საქართველოს სუვერენიტეტი აღიარა. 1921 წლის 21 თებერვალს საქართველოს ახლად არჩეულმა დამფუძნებელმა კრებამ პირველი კონსტიტუცია მიიღო. ამ პერიოდისათვის უკვე 73 წელი იყო გასული, რაც შვეიცარია, როგორც სუვერენული სახელმწიფო, დამოუკიდებლად არსებობდა. კონსტიტუციის 1874 წლის ზოგადი გადასინჯვა პოლიტიკური და ეკონომიკური სტაბილიზაციის პერიოდში განხორციელდა და საქართველოს კონსტიტუციის გამოცემის მომენტში უკვე დაახლოებით 50-წლიანი მოქმედების გამოცდილება ჰქონდა.

ამის საპირისპიროდ, საქართველოს პირველი კონსტიტუცია რუსეთში მიმდინარე რევოლუციური გარდაქმნების ფონზე შეიქმნა და საქართველო პირველად ჩამოყალიბდა, როგორც დემოკრატიული სახელმწიფო. როცა შვეიცარიაში პოლიტიკურ სარბიელზე ლიბერალური და რადიკალური პარტიები დომინირებდნენ, საქართველოში უძლიერესი იყო სოციალ-დემოკრატიული პარტია. მან არა მარტო აგრარული რეფორმა გაატარა და ყოვლისმომცველი სოციალური კანონმდებლობა შემოიღო, არამედ, როგორც შემდგომში გამოჩნდა, მიზნად დაისახა დემოკრატიულ პროცესებში ხალხის

³³ L. Isoria, Verfassungsentwicklung in Georgien, in: P. Häberle (Hrsg.), Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Bd. 58, S. 387 ff., 390.

³⁴ S. F. Jones, Socialism in Georgian Colors. The European Road to Social Democracy 1883-1917, London 2005, S. 245.

³⁵ Vgl. Papuashvili (Anm. 1), S. 326.

მონაწილეობის უფლებათა მაქსიმალიზაცია.³⁶ პრინციპული განსხვავებებია ასევე *სახელმწიფოს ორგანიზაციის* თვალსაზრისით: ორივე სახელმწიფოში არსებობდა ტერიტორიული მთლიანობის შექმნის დაუინტეგრირებელი სურვილი, რაც სახელმწიფოს არსებობის ერთ-ერთი ძირითადი წინაპირობა უნდა ყოფილიყო.³⁷ თუმცა, არჩეული სახელმწიფოებრივი ფორმები მნიშვნელოვნად განსხვავდებოდნენ ერთმანეთისაგან. მაშინ, როცა კონფედერაციის საკონსტიტუციო საკანონმდებლო ორგანო 1848 წლიდან 1874 წლამდე ფოკუსირებული იყო ფედერალური წყობის შექმნაზე და მიმდინარეობდა დისკუსიები ფედერაციასა და კანტონებს შორის კომპეტენციების გამიჯვნაზე, საქართველოში კი, ძირითადად უნიტარული სახელმწიფოს შექმნის საკითხი იყო დღის წესრიგში. შედეგად, ჩამოყალიბდა ეს მოდელი, თუმცა უმეტესად აღიარებულ იქნა ადგილობრივი თვითმმართველობის როლი (98-106-ე მუხლები). გარდა ამისა, 1921 წლის კონსტიტუცია სამ განუყოფელ რეგიონს (აფხაზეთი, ბათუმის ოლქი და ზაქათალას მხარე) ანიჭებდა განსაკუთრებულ ავტონომიურ უფლებებს (107-ე მუხლი). ამის შედეგი იყო „ასიმეტრიული უნიტარული სახელმწიფო“.³⁸ საქართველოს საკონსტიტუციო კომისია ეყრდნობოდა ბელგიის 1831 წლის კონსტიტუციას, რომელიც აქცენტს აკეთებდა ტერიტორიულ ისტორიაზე, ენობრივ-კულტურულ მრავალფეროვნებასა და ადგილობრივ ავტონომიაზე.³⁹ ეს გადანაცვლება მიზნად ისახავდა საქართველოში კულტურული და ეთნიკური პლურალიზმის უზრუნველყოფას⁴⁰ და ამასთან, უმცირესობათა უფლებების გათვალისწინებას (129-ე მუხლი). საქართველოს დამფუძნებელმა კრებამ შეგნებულად თქვა უარი ფედერალურ მოდელზე და კომპრომისის სახით აირჩია დეცენტრალიზაციის ფრთხილი ფორმა ტერიტორიულ მთლიანობასა და რეგიონალურ თავისებურებებს შორის.⁴¹ ამის ფონზე შესაძლებელია იმ გარემოების ახსნა, რომ პარლამენტი წარმოდგენილი იყო არა როგორც ორპალატიანი (როგორც შვეიცარიაში), არამედ ერთპალატიანი ორგანო. ამის საპირისპიროდ, შვეიცარიის კონფედერაცია ჩამოყალიბდა, როგორც ფედერალიზმის მოდელი. ისტორიის მანძილზე ფედერაციის გაძლიერება კანტონებისთვის სასარგებლოდ არ მიმდინარეობდა. ვინაიდან, ფედერალური კონსტიტუციის მიხედვით, ცენტრალიზებული გეგმიური დავალების შესრულება პრინციპულად კანტონების კომპეტენციას შეადგენდა (3-ე მუხლი, BV 1848, 3-ე მუხლი, BV 1874), ფედერაციის კომპეტენციების გაზრდა აუცილებელს ხდიდა კონსტიტუციის ნაწილობრივ გადასინჯვას, რომელსაც სჭირდებოდა ხალხისა და კანტონების მხრიდან კვალიფიცირებული თანხმობა (114-ე მუხლი, BV 1848, 123-ე მუხლი, 1-ლი ქვეპუნქტი, BV 1874). ეს მაღალი დემოკრატიული მოთხოვნა, ფედერაციასა და კანტონებს შორის კომპეტენციების გამიჯვნას ლეგიტიმაციას ანიჭებდა და ამის შედეგად ფედერალიზმის სისტემა შვეიცარიაში წლების განმავლობაში შენარჩუნებული და მტკიცე იყო.

³⁶ So Matsaberidze (Anm. 2), S. 145.

³⁷ W. Haller/A. Kölz/T. Gächter, *Allgemeines Staatsrecht. Eine juristische Einführung in die Allgemeine Staatslehre*, 5. Aufl., Baden-Baden/Zürich 2013, S. 7 ff.; vgl. Art. 1 der georgischen Verfassung von 1921, Präambel BV 1874.

³⁸ Papuashvili (Anm. 1), S. 345.

³⁹ Y. Lejeune, *Droit constitutionnel belge. Fondements et institutions*, 3. Aufl., Brüssel 2017, S. 83.

⁴⁰ Matsaberidze (Anm. 2), S. 142.

⁴¹ Matsaberidze (Anm. 2), S. 154.

საქართველოს და შვეიცარიის კონსტიტუციებს შორის კიდევ ერთი განსხვავება *კონსტიტუციური უფლებების აღიარებაშია*. 1921 წლის საქართველოს კონსტიტუცია შეიცავდა არა მარტო ძირითადი უფლებების ფაქტობრივ ჩამონათვალს (მე-3 თავი, 16-45-ე მუხლები), არამედ ადგენდა ინდივიდუალურ უფლებებს, როგორცაა მოქალაქეობის (მე-2 თავი), განათლებისა და სკოლის (მე-12 თავი), სოციალური და ეკონომიკური (მე-13 თავი), უმცირესობების (მე-14 თავი), ეკლესიისა და სახელმწიფოს უფლებები (მე-16 თავი). ამდენად, საქართველოს პირველი კონსტიტუცია ძლიერადაა გამოხატული სოციალური უფლებების თვალსაზრისით და ამ მხრივ, შვეიცარიის გარდა, სხვა დასავლური ქვეყნების კონსტიტუციებისგანაც განსხვავდება.⁴² ლის შეფასებით, მან ადამიანის უფლებათა შესახებ 1948 წლის ზოგად კონცეფციასაც კი გაუსწრო.⁴³ სოციალ-დემოკრატიული მთავრობის ძლიერი ზეგავლენა კონსტიტუციის დონეზე ეკონომიკური და სოციალური უფლებების ფართო აღიარებაში გამოიხატა (მე-13 თავი, 113-128-ე მუხლი).⁴⁴ განსაკუთრებული მნიშვნელობა მიენიჭა შრომის უფლებებს. 117-ე მუხლის თანახმად, საქართველოს კონსტიტუცია მტკიცედ ეყრდნობოდა პრინციპს, რომლის მიხედვით, სახელმწიფოს არსებობა შრომაზეა დაფუძნებული და ამიტომ სახელმწიფოს ამოცანაა შრომის უფლებებისა და მუშახელის დაცვა („შრომა საფუძველია რესპუბლიკის არსებობისა და მისი უზრუნველყოფა რესპუბლიკის განსაკუთრებული მოვალეობაა“).⁴⁵ აქედან გამომდინარე, საქართველოს კონსტიტუცია შეიცავდა სხვადასხვა დებულებებს შრომის უფლებების დაცვის შესახებ (მაგალითად 119-ე მუხლში), აქ იგულისხმებოდა ბავშვებიც და ახალგაზრდა მუშახელიც (124-ე მუხლი). ძირითადი უფლებების თანახმად, გარანტირებული იყო გაერთიანების თავისუფლება (36-ე მუხლი) და გაფიცვის უფლება (38-ე მუხლი). შვეიცარიაში მსგავს დებულებებს ამაოდ ეძებდნენ 1848 და 1874 წლების კონსტიტუციებში. ისინი ფოკუსირებული იყვნენ ეკონომიკურ-ლიბერალური სახელმწიფოს შესაქმნელ საშუალებებზე და არა ცალკეული ადამიანების ეკონომიკურ და სოციალურ უფლებებზე.⁴⁶ გამონაკლის შეადგენდა 1874 წლის კონსტიტუციის 34-ე მუხლი, რომელიც ფაბრიკებში ბავშვთა შრომით უფლებებს შეეხებოდა.⁴⁷

გარკვეული განსხვავებები იკვეთება *პოლიტიკური უფლებების* სფეროში. 1921 წლის კონსტიტუციის 39-ე მუხლის თანახმად, ორივე სქესის მოქალაქეებს თანაბარი პოლიტიკური, სამოქალაქო, ეკონომიკური და საოჯახო უფლებები გააჩნიათ. შესაბამისად, პოლიტიკური უფლებები ენიჭებოდა ყველა მოქალაქეს განურჩევლად სქესისა, თუ ისინი აკმაყოფილებდნენ განსაზღვრულ ფორმალურ კრიტერიუმებს, განსაკუთრებით, თუ

⁴² T. Erkvania, *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit in Georgien*, Baden-Baden 2017, S. 87; Matsaberidze (Anm. 2), S. 144.

⁴³ E. Lee, *The Experiment. Georgia forgotten revolution 1918-1921*, London 2017, S. 189.

⁴⁴ Erkvania (Anm. 42), S. 87; Matsaberidze (Anm. 2), S. 144.

⁴⁵ Ähnlich später Art. 1 der italienischen Verfassung von 1947, vgl. V. Crisafulli et al., *Commentario breve alla costituzione*, 2. Aufl., Padua 2008.

⁴⁶ Aubert (Anm. 8), Rz. 112.

⁴⁷ G. Aubert, Art. 34 Abs. 1, in: J. F. Aubert et al. (Hrsg.), *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*, Basel/Zürich/Bern 1996, Rz. 1.

მინიმუმ 20 წელი ჰქონდათ შესრულებული.⁴⁸ ამის საპირისპიროდ, შვეიცარიაში ძალიან დიდი ხნის განმავლობაში პოლიტიკური უფლებები მხოლოდ მამრობითი სქესის მოქალაქეებს ჰქონდათ, ფედერაციის დონეზე ქალებისთვის ეს უფლებები 1971 წელს იქნა გარანტირებული. 1921 წლის კონსტიტუცია ითვალისწინებდა არა მარტო კონსტიტუციის ნაწილობრივი ან ზოგადი გადასინჯვის ინიციატივასა (145-ე მუხლი) და საკანონმდებლო რეფერენდუმს (64-ე მუხლი), არამედ, შვეიცარიისგან განსხვავებით, ასევე საკანონმდებლო ინიციატივასაც (63-ე მუხლი). სახალხო სუვერენიტეტის პრინციპის მნიშვნელობას საქართველოს კონსტიტუცია აღიარებს 52-ე მუხლით („ხელმწიფება ეკუთვნის მთელს ერს, პარლამენტი ამ კონსტიტუციის ფარგლებში ახორციელებს ერის ხელმწიფებას.“) და ნათელს ხდის, რომ ხმის უფლების მქონე ერთი პარლამენტზე მაღლა დგას.⁴⁹ თვალსაჩინოა, რომ საქართველოს 1921 წლის კონსტიტუცია პოლიტიკური გადაწყვეტილებების მიღებაში ხალხის მონაწილეობის თვალსაზრისით, ნაწილობრივ შვეიცარიის 1874 წლის ფედერალურ კონსტიტუციას ჯობნის, რომლის მცდელობა იყო სახალხო სუვერენიტეტის პრინციპი თანხვედრაში მოეყვანა წარმომადგენლობითი დემოკრატიის პრინციპთან და ამ მიზნით უარი თქვა საკანონმდებლო ინიციატივაზე. საქართველოსა და შვეიცარიის სახელმწიფოს მმართველობის სისტემებიც განსხვავდებოდა, მიუხედავად იმისა, რომ ორივე გაჯერებული იყო პირდაპირი დემოკრატიის ელემენტებით.⁵⁰

საქართველოს 1921 წლის კონსტიტუციით, მინისტრებს მთავრობის თავმჯდომარე ირჩევდა (68-ე მუხლი). პარლამენტთან მიმართებაში ძალაში იყო მინისტრების ინდივიდუალური პასუხისმგებლობის პრინციპი.⁵¹ შესაბამისად, პარლამენტის უნდობლობის ვოტუმი საკმარის საფუძველს წარმოადგენდა შესაბამისი მინისტრის (73-ე მუხლი) და არა მთელი მთავრობის გადასაყენებლად. საპირისპიროდ, შვეიცარიის სამთავრობო სისტემა თავიდანვე ითვალისწინებდა კოლეგიალობის პრინციპს,⁵² ფედერალური საბჭოს წევრებს პარლამენტი ირჩევდა (85-ე მუხლი, მე-4 ქვეპუნქტი და 96-ე მუხლი, 1-ლი ქვეპუნქტი). ფედერალური საბჭო ახორციელებდა მთავრობაზე კონტროლს (85-ე მუხლი, მე-11 ქვეპუნქტი), თუმცა მუშაობის ოთხწლიანი ვადის გასვლამდე მათი შეცვლა მას არ შეეძლო (96-ე მუხლი, 1-ლი ქვეპუნქტი).⁵³ პრინციპულად განსხვავებულად დადგინდა პრემიერ-მინისტრის როლი (ამ თანამდებობას არც საქართველოს 1921 წლის კონსტიტუცია და არც 1874 წლის ფედერალური კონსტიტუცია იცნობდა). მაშინ, როცა შვეიცარიაში ეს

⁴⁸ Vgl. auch Art. 46 der georgischen Verfassung von 1921: „The representative body of the Georgian Republic is the Parliament of Georgia, composed of deputies elected by universal, equal, direct, secret, and proportional voting. Every citizen, without distinction of sex, enjoying all his rights and being over 20 years old has the right to take part in the elections“.

⁴⁹ Matsaberidze (Anm. 2), S. 146; vgl. Venedig Kommission, Report on legislative initiative, CDL-AD(2008)035, Rz. 140: „[...] The right of legislative initiative is a decisive element in the determination of the respective roles of the different state organs in the democratic process“.

⁵⁰ Papuashvili (Anm. 1), S. 341.

⁵¹ Kantaria (Anm. 1), S. 31 und 35.

⁵² Kölz (Anm. 6), Verfassungsgeschichte, S. 570.

⁵³ A. Glaser, Demokratie, in: G. Biaggini/T. Gächter/R. Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich 2015, § 3, Rz. 22; vgl. auch K. Eichenberger, Art. 96, in: J. F. Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1996, Rz. 4.

თანამდებობა წმინდანწყლის წარმომადგენლობითი იყო და წლიურ რიტმში იცვლებოდა (98-ე მუხლი), საქართველოს 1921 წლის კონსტიტუციაში პრემიერ-მინისტრს გარკვეული დარგობრივი კომპეტენციები ჰქონდა მინიჭებული (70-ე მუხლი). ალბათ, ამიტომ მისი მუშაობის პერიოდი ორი წლით იყო შეზღუდული (67-ე მუხლი).

III. მსგავსებები: განსაკუთრებით პოლიტიკური უფლებები

საქართველოსა და შვეიცარიის კონსტიტუციების დეტალური შედარება შეუძლებელია. სახელმწიფოთა სეკულარიზაციის ან კონსტიტუციური უფლებების მეტად ან ნაკლებად გამოხატულმა აღიარებამ დასავლური კონსტიტუციების ჩამოყალიბებაზე დიდი გავლენა მოახდინა.⁵⁴ ისინი წარმოადგენდნენ საერთო ისტორიული ცოდნის შედეგს, რომლებიც არა მარტო კონკრეტულ გამოცდილებებს, არამედ, ასევე ჩამოყალიბებულ დემოკრატიულ სახელმწიფოებს შორის იდეების გაცვლას უკავშირდებოდნენ. იდეების ამ დინებამ საქართველოშიც მიაღწია.⁵⁵ აქ ვისაუბრებთ შვეიცარიის 1874 წლისა და საქართველოს 1921 წლის კონსტიტუციებს შორის არსებულ მსგავსებებზე, რათა გამოიკვეთოს საქართველოს კონსტიტუციაზე ფედერალური კონსტიტუციის გავლენა. საქართველოს დამფუძნებელი კრებისთვის მნიშვნელოვანი შთაგონების წყარო იყო 1874 წლის ფედერალური კონსტიტუცია პირდაპირი დემოკრატიის თვალსაზრისით. შესაბამისად, პოლიტიკური უფლებები და, განსაკუთრებით, პოლიტიკური გადაწყვეტილებების მიღებაში ხალხის მონაწილეობის მექანიზმები შემდგომი მსჯელობის მთავარი საკითხი იქნება. საქართველოს 1921 წლის კონსტიტუციაზე ფედერალური კონსტიტუციის (შესაძლო) გავლენების განსაზღვრის მიზნით, პირველ რიგში, უნდა მოხდეს იმ პოლიტიკურ უფლებათა განხილვა, რომლებსაც შვეიცარიის კონსტიტუციური წყობა 1921 წელს ითვალისწინებდა.

არჩევნებში მონაწილეობის ზოგადი და თანასწორი უფლება დემოკრატიული სახელმწიფოს ძირითად პინაარსს ქმნის.⁵⁶ 1921 წელს, შვეიცარიაში არჩევნებში მონაწილეობის საყოველთაო უფლება არ იყო სრულად ხორცშესხმული, ვინაიდან, პოლიტიკური უფლებებით მხოლოდ შვეიცარიელი მამაკაცები სარგებლობდნენ, რომლებსაც 20 წელი ჰქონდათ შესრულებული. ქალებსა და შვეიცარიაში მცხოვრებ უცხოელებს არ ჰქონდათ პოლიტიკური უფლებები და, შესაბამისად, ვერ მონაწილეობდნენ კონფედერაციის ჩამოყალიბებაში.⁵⁷ ხმის მიცემის უფლების მქონე ადამიანთა წრე, რომლებსაც მხოლოდ

⁵⁴ J. P. Müller, Geschichtliche Grundlagen, Zielsetzung und Funktionen der Grundrechte, in: D. Merten/H. J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte. Grundrechte in der Schweiz und in Lichtenstein, Zürich/St. Gallen 2007, § 202, Rz. 2 ff.

⁵⁵ Kantaria (Anm. 1), S. 29.

⁵⁶ Vgl. Art. 3 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK sowie Art. 25 UNO-Pakt II; vgl. auch Venedig Kommission, Code of good practice in electoral matters, CDL-AD(2002)023rev2-cor, Ziff. I/1.

⁵⁷ შვეიცარიის ზრდასრულ მოქალაქეებს ხმის მიცემის საყოველთაო უფლება მიანიჭეს კონსტიტუციის 1971 წლის 7 თებერვალს განხორციელებული გადასინჯვის საფუძველზე; კანტონების დონეზე, ვაადტის კანტონი პირველი იყო, რომელმაც 1959 წელს დაუშვა ზრდასრული მოქალაქეებისთვის ხმის მიცემის საყოველთაო უფლება.

ზრდასრული შვეიცარიელი მამაკაცები მიეკუთვნებოდნენ, 1921 წელს შემდეგი უფლებებით სარგებლობდა:⁵⁸

- ეროვნული საბჭოს უშუალოდ ხალხის მიერ არჩევა (62-ე მუხლი, BV 1848), 1874 წლიდან პროპორციული არჩევნების სისტემით (73-ე მუხლი, BV 1874);
- სახალხო ინიციატივა ფედერალური კონსტიტუციის ზოგადი გადასინჯვის შესახებ (113-ე მუხლი, BV 1848, 50.000 ხელმოწერა);
- სახალხო ინიციატივა ფედერალური კონსტიტუციის ნაწილობრივი გადასინჯვის შესახებ (118-ე მუხლი, BV 1874, 50.000 ხელმოწერა);
- სავალდებულო სახალხო კენჭისყრა ფედერალური კონსტიტუციის ზოგადი გადასინჯვის დოქტრინასთან დაკავშირებით (113-ე მუხლი, BV 1848, ხმის მიცემის უფლების მქონე პირთა უმრავლესობა);
- სავალდებულო საკონსტიტუციო რეფერენდუმი (114-ე მუხლი, BV 1848, ხმის მიცემის უფლების მქონე პირთა და კანტონთა უმრავლესობა);
- ნებაყოფლობითი რეფერენდუმი ფედერალური კანონებისა და საყოველთაოდ სავალდებულო ფედერალური გადანყვეტილებების წინააღმდეგ (89-ე მუხლი, მე-2 ქვეპუნქტი, BV 1874, 30.000 ხელმოწერა);
- რეფერენდუმი უვადო ხელშეკრულებებთან ან იმ ხელშეკრულებებთან დაკავშირებით, რომლებიც არ ექვემდებარებოდნენ გაუქმებას (1921, 89-ე მუხლი, 3-5-ე ქვეპუნქტი, BV 1874).

ამ უფლებათა დარღვევის გასაჩივრება 1874 წლიდან შესაძლებელი იყო ფედერალურ სასამართლოში (113-ე მუხლი, 1-ლი ქვეპუნქტი, მე-3 ქვეპუნქტი, BV 1874). გარდა ამისა, გარანტირებული იყო ცოცხალი დემოკრატიის არსებობისათვის აუცილებელი სხვადასხვა ძირითადი უფლებები, უპირველეს ყოვლისა, პრესის თავისუფლება (55-ე მუხლი, BV 1874), გაერთიანების თავისუფლება (56-ე მუხლი, BV 1874) და არა აზრის გამოხატვისა და შეკრების თავისუფლება – ისინი ფედერალურმა სასამართლომ, როგორც დაუნერვლი ძირითადი უფლება, მხოლოდ 1961 და 1970 წლებში აღიარა.⁵⁹

საქართველოს კონსტიტუციასთან შედარებისთვის განსაკუთრებული მნიშვნელობა ენიჭებათ საკონსტიტუციო ინიციატივისა და საკანონმდებლო რეფერენდუმის პირდაპირ-დემოკრატიულ ინსტრუმენტებს, ე.ი. *ხალხის უშუალო უფლებებს*.⁶⁰ ინიციატივები და რეფერენდუმები შესაძლებელს ხდიან ხმის უფლების მქონე პირთა მონაწილეობას სახელმწიფო გადანყვეტილებების მიღებაში და ამიტომ ისინი განმარტებულია, როგორც „მონაწილეობის უფლებები“.⁶¹ ფუნქციურად აქ საქმე ეხება ინსტრუმენტებს იმ ძალების

⁵⁸ Vgl. Tschannen (Anm. 7), § 49, Rz. 2 und 3.

⁵⁹ Für die Meinungsfreiheit BGE 87 I 114 E. 2a S. 117 und explizit als ungeschriebenes Verfassungsrecht vgl. BGE 91 I 480 E. II/1 S. 485 f.; vgl. M. Hertig, Art. 16, in: B. Waldmann/E. M. Belser/A. Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar. Bundesverfassung, Basel 2015, Rz. 4. Für die Versammlungsfreiheit BGE 96 I 219, vgl. Kley, Verfassungsgeschichte der Neuzeit (Anm. 6), S. 414 oder Kölz, Verfassungsgeschichte (Anm. 6), S. 819.

⁶⁰ Vgl. zur Begriffsabgrenzung Tschannen (Anm. 7), § 48, Rz. 1 ff.

⁶¹ Tschannen (Anm. 7), § 48, Rz. 2 und 3.

ხელში, რომლებმაც ვერ შეძლეს საპარლამენტო-პოლიტიკურ პროცესში მათთვის ყურადღება მიექციათ. არსებობს განსხვავებები ამ ორ ინსტრუმენტს შორის. *საკანონმდებლო რეფერენდუმი* ვეტო-ინსტრუმენტია, მას აქვს შეყოვნების ფუნქცია და, ამ თვალსაზრისით, კონსერვატიულად მოქმედებს.⁶² პოლიტიკურ ჯგუფებს ამით ეძლევათ ზეწოლის მნიშვნელოვანი საშუალება, რომელიც მაშინაც კი მოქმედებს, თუ საბოლოოდ რეფერენდუმი არ განხორციელდა. მისი შეყოვნებითი მნიშვნელობიდან გამომდინარე, რეფერენდუმი კომპრომისებისკენ უბიძგებს და შედეგად შეუძლებელს ხდის წმინდანწყლის უმრავლესობის მმართველობას.⁶³ ამ პროცესმა შექმნა ასევე სოციო-პოლიტიკური პროცესის საფუძველი, რომელმაც შვეიცარიაში, საბოლოოდ, კონსოციონალურ დემოკრატიამდე მიგვიყვანა.⁶⁴ საკანონმდებლო რეფერენდუმისგან განსხვავებით, *საკონსტიტუციო ინიციატივა* მიმართულია ცვლილებისკენ და, ამ თვალსაზრისით, დინამიურად მოქმედებს.⁶⁵ ფუნქციონალურად ის იმ წრეებსაც აძლევს შესაძლებლობას, მონაწილეობა მიიღონ სამართლებრივი სისტემის ჩამოყალიბებაში, რომლებიც არ არიან ორგანიზებულნი და პოლიტიკურ პროცესში ძნელად იპყრობენ ყურადღებას. მათ არ სჭირდებათ ზოგადი გადასინჯვის საშუალების გამოყენება, რომელიც წარმატების მცირე შანსებთანაა დაკავშირებული.⁶⁶ 1921 წელს წარმოდგენილი ფედერალური კონსტიტუციის პირდაპირი დემოკრატიის ინსტრუმენტები საბოლოოდ არ იყო ყოვლისმომცველი. *ხალხი უშუალოდ მხოლოდ* ეროვნულ საბჭოს ირჩევდა. ფედერალური საბჭო, ფედერალური მთავრობის ხელმძღვანელი და ფედერალური სასამართლოს წევრები და ასევე გენერალი აირჩეოდა ფედერალური კრების მიერ. კანტონების საბჭოში არჩევა კანტონების კომპეტენციაში შედიოდა (80-ე მუხლი, BV 1874). გლობალური თვალსაზრისით, ხალხის პოლიტიკური უფლებები მნიშვნელოვნად გაფართოვდა, თუმცა ისინი ბოლომდე არ იყო გააზრებული. ფედერაციის დონეზე არ გვხვდება (და არ არის) საკანონმდებლო ინიციატივა, ფინანსური და ადმინისტრაციული რეფერენდუმი. *საკანონმდებლო რეფერენდუმის* უარყოფას, პირველ რიგში, იმით ასახულებდნენ, რომ პარლამენტი დაკარგავდა თავის მთავარ ფუნქციას და სუვერენიტეტს.⁶⁷ შემდგომი საკონსტიტუციო ინიციატივა, რომელიც ითვალისწინებდა *საკანონმდებლო ინიციატივის* შემოღებას, 1961 წლის სახალხო კენჭისყრისას ჩავარდა.⁶⁸ თუმცა, შვეიცარიის კანტონებში სხვაგვარად იყო მდგომარეობა. ციურიხისა და სოლოთურნის კანტონებმა უკვე 1906 წელს შემოიღეს საკანონმდებლო ინიციატივა,⁶⁹ გარკვეული დროის შემდეგ მათ სხვა

⁶² Hangartner/Kley (Anm. 27), Rz. 810; vgl. auch BGE 131 I 126 E. 6 S. 133 (Referendum als Recht „d'exiger le status quo“).

⁶³ B. Degen, in Historisches Lexikon der Schweiz, Stichwort „Referendum“.

⁶⁴ Vgl. C. Ebnöther, Leitfaden durch das politische System der Schweiz, in: RuP – Recht und Praxis 2017, S. ff., 38 ff.; Hangartner/A. Kley (Anm. 27), Rz. 360; Kley (Anm. 19), Ziff. 2.2; Linder/Mueller (Anm. 5), S. 299.

⁶⁵ Hangartner/Kley (Anm. 27), Rz. 810. Vgl. auch BGE 131 I 126 E. 6 S. 133 (Referendum als Recht „d'exiger le status quo“).

⁶⁶ Vgl. Aubert (Anm. 14), S. 45 f.

⁶⁷ Hangartner/Kley (Anm. 27), Rz. 909.

⁶⁸ Hangartner/Kley (Anm. 27), Rz. 577 und 907 ff.

⁶⁹ G. Seferovic, Volksinitiative zwischen Recht und Politik. Die staatsrechtliche Praxis in der Schweiz, den USA und Deutschland, Bern 2018, Rz. 35.

კანტონები⁷⁰ შემოუერთდა. ფედერაციის დონეზე *ფინანსური რეფერენდუმის*⁷¹ შემოღებას არ ჰქონდა შანსები. ასევე უარყოფილ იქნა წინადადებები გარკვეულ საკითხებთან დაკავშირებით *ადმინისტრაციული რეფერენდუმების* შემოღების თაობაზე, მაგალითად, 1956 წელს წყლის რესურსებზე უფლების პატენტის გაცემის,⁷² 1963 წელს ატომური იარაღის შექმნის, 1952 და 1987 წლებში შეიარაღებისთვის განეული ხარჯების და 1978 წელს ავტომაგისტრალის მშენებლობის, 1979-1984 წლებში ატომური სადგურების მშენებლობის წინააღმდეგ.⁷³ ამის საპირისპიროდ, კანტონების მრავალრიცხოვანი კონსტიტუციები ითვალისწინებდნენ ხმის უფლების მქონე პირთა მონაწილეობას გადაწყვეტილების მიღებაში, რომლებიც პარლამენტის ხარჯებს ან ადმინისტრაციულ აქტებს უკავშირდებოდა.⁷⁴ შედეგად, ხალხის ჩართულობა მხოლოდ საკონსტიტუციო ინიციატივით შემოიფარგლა. 1921 წელს შვეიცარია საკუთარ თავს უწოდებდა *წარმომადგენლობით დემოკრატიას პირდაპირი დემოკრატიის ელემენტებით*. თუმცა ის არ იყო (და არ არის) „პირდაპირი დემოკრატია“.⁷⁵

საქართველოს დამფუძნებელი კრების მთავარი მიზანი სამხრეთ კავკასიაში დემოკრატიული სახელმწიფოს მოდელის შექმნა იყო, რომელიც ბოლშევიკური რუსეთის მმართველობის საპირისპირო იქნებოდა.⁷⁶ სხვა საკითხებს შორის, მოიაზრებოდა პირდაპირი დემოკრატიის ფორმები. ხალხის უფლება, პირდაპირ მიიღოს მონაწილეობა პოლიტიკური გადაწყვეტილებების მიღებაში, შესაძლებელს ხდის ხმის უფლების მქონე პირების ჩართულობას საზოგადოებრივ ცხოვრებაში. ისინი, ასევე წარმოადგენენ საპარლამენტო საქმიანობის კონტროლის სისტემებს და ამგვარად ზღუდავენ ზეგავლენებს და ჩამოყალიბების შესაძლებლობებს, რომლებიც წმინდანწყლის წარმომადგენლობით დემოკრატიაში პარლამენტის კომპეტენციაში შედის.⁷⁷ პოლიტიკური გადაწყვეტილებების მიღებაში ხალხის პირდაპირი მონაწილეობის უფლებით საქართველოსა და შვეიცარიის კონსტიტუციების მდებარეობა შემოიღეს ინსტრუმენტი, რომელიც გამოიხატავდა საპარლამენტო საქმიანობის იმუნიზაციას ამომრჩევლების მიმართ. ეს პროგრამულად საკონსტიტუციო ნორმების მეშვეობით ხორციელდება, რომლებიც პარლამენტის სუვერენიტეტს (და ამით წარმომადგენლობით დემოკრატიას) სახალხო სუვერენიტეტს (და ამით პირდაპირ დემოკრატიას) უპირისპირებს.⁷⁸ 1874 წლის შვეიცარიის ფედერალური კონსტიტუციის 71-ე მუხლში აღნიშნულია, რომ „ხალხისა და კანტონების

⁷⁰ Buser (Anm. 17), Rz. 362 ff.

⁷¹ Hangartner/Kley (Anm. 27), Rz. 577; vgl. P. Herold, Zur Geschichte des Finanzreferendums im Bund, ZBl 1981, S. 64 ff.

⁷² Vgl. BBl 1956 I 1227.

⁷³ Degen (Anm. 63).

⁷⁴ Tschannen (Anm. 7), § 50, Rz. 21 und § 51, Rz. 34 ff.

⁷⁵ Die Lehre verwendet den Begriff der „halb-direkten“ Demokratie, so Haller/Kölz/Gächter (Anm. 37), S. 79 ff.; Hangartner/Kley (Anm. 27), Rz. 570; R. Rhinow/M. Schefer/P. Uebersax, Schweizerische Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016, § 21, passim; kritisch aber Tschannen (Anm. 7), § 6, Rz. 15.

⁷⁶ Papuashvili (Anm. 1), S. 328.

⁷⁷ Vgl. G. Kandelaki, The democratic Republic of Georgia. Forgotten lessons for our democracy, in: S. F. Jones (Hrsg.), The Making of Modern Georgia 1918-2012. The first Georgian republic and its successor, New York 2014, S. 161 ff., 168.

⁷⁸ Kantaria (Anm. 1), S. 35 und 38.

უფლებების გათვალისწინებით (89-ე და 121-ე მუხლები), [...] ფედერაციის უმაღლესი ხელისუფლება ფედერალური კრების მიერ ხორციელდება [...]“⁷⁹. ამ დებულებაზე დაყრდნობით, საქართველოს 1921 წლის კონსტიტუციის 52-ე მუხლში ჩამოყალიბებულია შემდეგი: „ხელმწიფება ეკუთვნის მთელს ერს, პარლამენტი ამ კონსტიტუციის ფარგლებში ახორციელებს ერის ხელმწიფებას“⁷⁹. ამ ზოგადი ნორმების საფუძველზე შემოიღეს დემოკრატიის ფორმები როგორც შვეიცარიაში, ისე საქართველოში. 1921 წელს საქართველოში და შვეიცარიაშიც ამ ელემენტებს იცნობდნენ:

- საკანონმდებლო რეფერენდუმი (1921 წლის საქართველოს კონსტიტუციის 64-ე მუხლი და 89-ე მუხლი, მე-2 ქვეპუნქტი, BV 1874),
- საკონსტიტუციო რეფერენდუმი (1921 წლის საქართველოს კონსტიტუციის 147-ე მუხლი, 120-ე მუხლი, მე-2 ქვეპუნქტი და 121-ე მუხლი, მე-5-6 ქვეპუნქტები BV 1874);
- საკონსტიტუციო ინიციატივა (1921 წლის საქართველოს კონსტიტუციის 145-ე მუხლი, 120-ე მუხლი, 1-ლი ქვეპუნქტი და 121-ე მუხლი, 1-ლი ქვეპუნქტი, BV 1874).

ამ მხრივ, საქართველოს დამფუძნებელმა კრებამ უდავოდ იხელმძღვანელა შვეიცარიის კონფედერაციის 1874 წლის კონსტიტუციით, რომელიც საქართველოში თარგმნეს ქართულ ენაზე და ის იყო ანალიზის საგანი.⁸⁰ კერძოდ, რეფერენდუმი და ინიციატივა იმპლემენტირებულ იქნა საქართველოს კონსტიტუციის ტექსტში.⁸¹ სხვა საკითხებში კონსტიტუციები, პოლიტიკური უფლებების მოქმედების თვალსაზრისით, ერთმანეთს სრულიად არ გვანან: მხოლოდ საქართველოს კონსტიტუცია იცნობს *საკანონმდებლო ინიციატივას* (63-ე მუხლი), მაშინ როდესაც (ასევე) 1921 წელს შემოღებული *სახელმწიფო ხელშეკრულებასთან დაკავშირებული რეფერენდუმი* შვეიცარიაში არ შედგა, ალბათ ამიტომ ეს მექანიზმი ფედერალური კონსტიტუციის ქართულ თარგმანში არ აისახა. საკანონმდებლო ინიციატივის შემოღებამ საქართველოს კონსტიტუციაში, ხელი შეუწყო სახალხო სუვერენიტეტის დამატებით გაძლიერებას. მიუხედავად იმისა, რომ ის ზღუდავდა პარლამენტის სუვერენიტეტს, საქართველოს დამფუძნებელ კრებას არ შეუქმნია შეუზღუდავი პირდაპირი დემოკრატია ან აბსოლუტური სახალხო სუვერენიტეტის სისტემა.⁸² ეს თავს იჩენს პარლამენტისთვის დამატებულ კომპეტენციებში, რომლებიც ჩამოთვლილია 1921 წლის საქართველოს კონსტიტუციის 54-ე მუხლში.⁸³ საქართველოს პარლამენტის სუვერენიტეტის არსებობას ადასტურებს ის ფაქტი, რომ მის გვერდით იდგა სუსტი მთავრობა. როგორც შვეიცარიაში, ისე საქართველოში პარლამენტი ჩამოყალიბებული იყო, როგორც ყველაზე ძლიერი ძალაუფლება.⁸⁴ მთავრობა ორივეგან პარლამენტის კონტროლს ექვემდებარებოდა (54-ე მუხლი საქართველოს 1921 წლის კონსტიტუციაში, 85-ე მუხლი, მე-11 ქვეპუნქტი, BV 1874). მაშინ, როცა შვეიცარიაში მთავრობის

⁷⁹ Kantaria (Anm. 1), S. 37.

⁸⁰ Kantaria (Anm. 1), S. 29.

⁸¹ Kantaria (Anm. 1), S. 36.

⁸² Kantaria (Anm. 1), S. 35.

⁸³ Diese Kompetenz untersteht einem obligatorischen Referendum nach Art. 89 Abs. 4 der Schweizer Verfassung von 1874.

⁸⁴ Vgl. für Georgien Kantaria (Anm. 1), S. 38, Matsaberidze (Anm. 2), S. 142; für die Schweiz vgl. Art. 71 BV 1874.

ყველა წევრს პარლამენტი ირჩევდა (85-ე მუხლი, მე-4 ქვეპუნქტი და 96-ე მუხლი, 1-ლი ქვეპუნქტი, BV 1874), საქართველოში მხოლოდ პრემიერ-მინისტრს (67-ე მუხლი) ჰქონდა მინისტრების დასახელების უფლებამოსილება. პრეზიდენტი, ორივე კონსტიტუციის მიხედვით, მთავრობის წევრი იყო (საქართველოს 1921 წლის კონსტიტუციის 74-ე მუხლი და 95-ე და 98-ე მუხლები, BV 1874). ამდენად, პრეზიდენტის თანამდებობა საქართველოშიც არ იყო დამოუკიდებელი.⁸⁵ მთავრობის ორგანიზაციასთან დაკავშირებით, ფედერალურმა კონსტიტუციამ ზეგავლენა მოახდინა საქართველოს კონსტიტუციაზე. თუმცა, საქართველოს დამფუძნებელი კრება იმდენად შორს არ წასულა, რომ დაედგინა შვეიცარიისთვის დამახასიათებელი პარლამენტის მიერ არჩეული კოლეგიალური მთავრობის სისტემა და მთავრობის სახით შემოეღო დირექტორიის რეჟიმი.⁸⁶ პარლამენტისა და სახალხო სუვერენიტეტით განსაზღვრული საკონსტიტუციო წყობის მთლიან სურათს ასევე შეესაბამება ის, რომ საქართველოს კონსტიტუციამ (ისევე როგორც შვეიცარიის ფედერალურმა კონსტიტუციამ) უარი უთხრა საკონსტიტუციო სასამართლოს⁸⁷. შესაბამისად, პარლამენტის სამართლებრივი აქტები არ ექვემდებარებოდნენ შემოწმებას ამომრჩევლებისა და სასამართლოს მხრიდან. – ესეც არის პირდაპირი დემოკრატიის ელემენტების შემცველი საპარლამენტო სისტემის შედეგი.

ამ სისტემის კიდევ ერთი ზეგავლენა ისაა, რომ ორივე კონსტიტუციის შეცვლა შედარებით მარტივად იყო შესაძლებელი – საკონსტიტუციო ინიციატივა და კონსტიტუციის მოუქნელობა ერთმანეთს გამოირიცხავს. საქართველოს 1921 წლის კონსტიტუციის მე-10 მუხლი შეიცავდა დათქმას კონსტიტუციის მუდმივობის თაობაზე. გამონაკლისებს თვითონ კონსტიტუცია გაითვალისწინებდა. აქ მუდმივობის დათქმაზე საუბარი ხალხის ფართო უფლებების გათვალისწინებით, არ იქნებოდა მართებული. კონსტიტუციის გადასინჯვის ერთადერთი მატერიალური შეზღუდვა 148-ე მუხლში არსებული წესია, რომლის თანახმად, აიკრძალა რესპუბლიკური მმართველობის ფორმასთან დაკავშირებით კონსტიტუციის გადასინჯვა. შვეიცარიის საკონსტიტუციო სამართლისთვისაც უცნობია მუდმივობის დათქმა და ამდენად, მმართველობის ფორმაც კი შეიძლება შეიცვალოს. კონსტიტუციის გადასინჯვის ერთადერთი, 1921 წელს მოქმედი ბარიერი, ფორმისა და შინაარსის ერთიანობის დაცვის ვალდებულება იყო (121-ე მუხლი, მე-4 ქვეპუნქტი, BV 1874, 121-ე მუხლი, მე-3 ქვეპუნქტი, BV 1874). პირდაპირი შედარებისას, 1874 წლის ფედერალური კონსტიტუცია უფრო მოქნილია, ვიდრე 1921 წლის საქართველოს კონსტიტუცია.

⁸⁵ Kantaria (Anm. 1), S. 31.

⁸⁶ Kantaria (Anm. 1), S. 35.

⁸⁷ Erkvania (Anm. 42), S. 88.

დასკვნითი შენიშვნები

შვეიცარია 1921 წლის საქართველოს კონსტიტუციის შემუშავების პროცესში საბაზისო მოდელი იყო, მიუხედავად ამისა, საქართველოს კონსტიტუცია უფრო თანამედროვედ გამოიყურება, ვიდრე შვეიცარიის 1874 წლის ფედერალური კონსტიტუცია მისი 1921 წლის ვერსიით, კერძოდ კი, ძირითადი უფლებების ვრცელ ჩამონათვალთან, ეკონომიკური და სოციალური უფლებების ყოვლისმომცველ განსაზღვრასთან და ადგილობრივ დონეზე თვითმმართველობის უფლებებთან მიმართებაში. სახელმწიფო მმართველობის ფორმის სფეროში ორივე კონსტიტუციამ აირჩია წარმომადგენლობითი დემოკრატია ხალხის ფართო უფლებებით. თუმცა, როგორც ჩანს, საქართველოს დამფუძნებელმა კრებამ მოლოდინები მკვეთრად მაღლა დააყენა. 1921 წლის საქართველოს კონსტიტუციას ჰქონდა სურვილი, შეექმნა რესპუბლიკა, რომელიც უზრუნველყოფდა „მაქსიმალურ დემოკრატიას“.⁸⁸ თუმცა საქართველოსა და შვეიცარიის კონსტიტუციების წაკითხვისას ეს მაქსიმუმი არა სიტყვასიტყვით, არამედ პრაგმატულად უნდა გავიგოთ, საქართველოს შემთხვევაში კი ცოტა რიტორიკულად უღერს, რადგან ამის მიზანი ახალი ქართული სახელმწიფოს დემოკრატიული მოდელის ხასიათისთვის ხაზგასმა იყო. პირდაპირი დემოკრატიის მექანიზმების მაქსიმუმაცია იქნებოდა წარმომადგენლობითი დემოკრატიის ეფექტური დასასრული, შედეგი, რომელიც არც საქართველოსა და არც შვეიცარიისთვის არ იყო სასურველი და რისი განხორციელებაც შეუძლებელია თანამედროვე სახელმწიფოშიც, რომელიც კონცენტრირებულია ცენტრალური სახელმწიფოებრივი ამოცანების შესრულებაზე. არ არსებობს ასევე აქსიომა, რომელიც აბსოლუტურად და შეუდავებლად განსაზღვრავდა ბალანსს პირდაპირ და წარმომადგენლობით დემოკრატიას შორის.⁸⁹ სჯობს, დემოკრატიული მონაწილეობის მოცულობა ისე დადგინდეს, რომ გარანტირებული იყოს სახელმწიფოს მმართველობის ნორმალური ფუნქციონირება.⁹⁰ ამ ფონზე ცნება პირდაპირი დემოკრატიის მექანიზმების ერთობლიობის „ოპტიმიზაცია“⁹¹ უფრო შესატყვისი გვეჩვენება. საკანონმდებლო ინიციატივის შემოღებით საქართველოს დამფუძნებელმა კრებამ გადაწყვიტა დამატებით გაეძლიერებინა სახალხო სუვერენიტეტის პრინციპი. საინტერესო იქნებოდა იმის ნახვა, თუ როგორ განვითარდებოდა დროთა განმავლობაში კონსტიტუციის ეს ორი წყობა განსხვავებული პირობების გათვალისწინებით. საქართველოს 1921 წლის კონსტიტუციას ამ განვითარების შესაძლებლობა არ მიეცა.

⁸⁸ So Matsaberidze (Anm. 2), S. 145 f.

⁸⁹ Vgl. J. J. Rousseau, *Du Contrat Social*, Livre troisième, Chapitre IV: „A prendre le terme dans la rigueur de l'acception, il n'a jamais existé une véritable démocratie, et il n'en existera jamais. Il est contre l'ordre naturel que le grand nombre gouverne et que le petit soit gouverné“.

⁹⁰ Vgl. Venedig Kommission, *Opinion on the Citizens' bill on the regulation of public participation, citizens' bills, referendums and popular initiatives and amendments to the Provincial Electoral Law of the Autonomous Province of Trento*, CDL-AD(2015)009, Rz. 80 ff.

⁹¹ Hangartner/Kley (Anm. 27), Rz. 909.

Gemeinsame Demokratische Ziele – Die Verfassung Georgiens von 1921 und die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft von 1874

Regina Kiener*/Demis Mirarchi*

Einleitung. 1. Verfassungsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft von 1848 bis 1921. I. Die Bundesverfassung von 1848. II. Die Teilrevision von 1866. III. Die Bundesverfassung von 1874. IV. Teilrevisionen bis 1921. 2. Vergleichende Analyse. I. Methode und Herausforderungen. II. Wesentliche Unterschiede. III. Gemeinsamkeiten: insbesondere die politischen Rechte. Schlussbemerkungen.

Einleitung

Die erste demokratische Verfassung Georgiens wurde 1921 in Kraft gesetzt. Die verfassungsgebende Gewalt hatte sich bei ihrer Arbeit von verschiedenen europäischen Verfassungen inspirieren lassen, unter anderem von der Schweizer Bundesverfassung.¹ Ziel der georgischen Verfassung war es gemäss den Recherchen von MATSABERIDZE, „the most democratic State“ mit der Verwirklichung einer „maximal democracy“ zu schaffen;² vor diesem Hintergrund erstaunt nicht, dass sich der georgische Verfassungsgeber besonders die Volksrechte in der Schweizer Bundesverfassung zum Vorbild nahm.³ Inwieweit auch andere Besonderheiten der Bundesverfassung übernommen wurden, wird zu zeigen sein. Ziel dieses Beitrages ist es, die wesentlichen Gemeinsamkeiten, aber auch die Unterschiede zwischen den beiden Verfassungen herauszuarbeiten, wie sie im Jahr 1921 bestanden. Gegenstand dieses Rechtsvergleichs auf Seiten der Schweiz ist die Bundesverfassung von 1874 gemäss Stand von 1921 (im Folgenden: BV 1874). Die Verfassung von 1874 lässt sich indessen ohne ihre Vorgängerin, die Verfassung von 1848 (im Folgenden: BV 1848), nicht verstehen. Jede Verfassung ist das Ergebnis geschichtlicher Prozesse, die gewählten Regeln sind immer auch historisch bedingt. Als geschichtlich gewordenes Recht gibt eine Verfassung Antwort auf die Frage, welche Regeln die verfassungsgebende Gewalt zu einem bestimmten historischen Zeitpunkt als notwendigen Teilgehalt der rechtlichen Grundordnung erachtete. Diese Geschichtlichkeit gilt auch für die Bundesverfassung der Schweiz von 1874. Sie ist in die sozio-politischen Strömungen des 19. Jahrhunderts eingebettet, eine Zeit, die der italienische Verfassungshistoriker PADOA-SCHIOPPA unter dem Titel „The Age of Nations“, die Zeit der Nationalstaaten, zusammenfasst.⁴ Dieser Prozess des „nation building“ nahm in der Schweiz im frühen 19. Jahrhundert seinen Anfang und verlief weitgehend parallel zu anderen europäischen Gesellschaften.⁵ Im Jahr 1848 verabschiedete die sog. Tagsatzung – die Versammlung der Abgesandten der Orte (Kantone) der Alten Eidgenossenschaft – die erste Bundesverfassung der

* Prof. Dr. Regina Kiener, Professorin für Öffentliches Recht an der Universität Zürich.

* MLaw Demis Mirarchi, Wissenschaftlicher Assistent und Doktorand an der University Zürich.

¹ B. Kantaria, The Form of Governance under Georgia's First Constitution. Comparative Analysis with Western Governance Systems, in: Ivane Javakhishvili Tbilisi State University, Journal of International Law 1/2011, S. 27 ff., 28 f.; G. Papuashvili, The 1921 Constitution of the Democratic Republic of Georgia. Looking back after Ninety Years, in: European Public Law, Vol. 18/2012, S. 323 ff., 330.

² M. Matsaberidze, Search for the Georgian model of democracy, in: S. F. Jones (Hrsg.), The Making of Modern Georgia 1918-2012. The first Georgian republic and its successor, New York 2014, S. 141 ff., 145, 150 und 158.

³ Vgl. hinten 2. III.

⁴ A. Padoa-Schioppa, A History of Law in Europe. From the Early Middle Ages to the Twentieth Century, Cambridge 2017, S. 491.

⁵ G. Kreis, in Historisches Lexikon der Schweiz, Stichwort „Nation“. W. Linder/S. Mueller, Schweizerische Demokratie. Institutionen, Prozesse, Perspektiven, 4. Aufl., Bern 2017, S. 31.

Schweizerischen Eidgenossenschaft. Auch der *pouvoir constituant originaire* schuf indessen kein originelles Werk, sondern griff auf frühere Verfassungsentwürfe zurück und orientierte sich zudem an anderen Staatsverfassungen⁶ – eine „verfassungsrechtliche Stunde Null“ (TSCHANNEN)⁷ hat es in der Geschichte der Schweizerischen Eidgenossenschaft nie gegeben. Auch die im vorliegenden Zusammenhang interessierende Bundesverfassung von 1874 ist – wie ihre Vorgängerin und ihre Nachfolgerin – das Ergebnis einer geschichtlichen Entwicklung und lässt sich ohne die Gründungsverfassung von 1848 nicht verstehen.⁸ Diese wird deshalb im Folgenden kurz dargestellt.

1. Verfassungsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft von 1848 bis 1921

I. Die Bundesverfassung von 1848

Die Verfassung von 1848 bildet das Gründungsdokument der modernen Schweiz. Mit ihr gelang die Transformation einer vertraglichen Regelung unter souveränen Kantonen zu einem Staat, in dem die Kantone zwar über sehr weitreichende Kompetenzen verfügten, aber keine staatliche Eigenständigkeit mehr besaßen.⁹ Inhaltlich legte die erste Verfassung die rechtliche Grundordnung der Schweizerischen Eidgenossenschaft fest, deren Grundzüge sich über die umfassenden Verfassungsrevisionen von 1874 und 1999 und unzählige Partialrevisionen hinaus bis heute erhalten haben. In materieller Hinsicht prägend ist der Wechsel vom teilweise aristokratisch geprägten Staatenbund zum föderalistischen, demokratischen Bundesstaat.¹⁰

Folgende Elemente bilden das Grundgerüst der Bundesverfassung: Die Schweiz ist als *Bundesstaat* aufgebaut. Eine zentralstaatliche Organisation nach französischem Vorbild wurde zwar diskutiert, angesichts der traditionell starken Stellung der Kantone aber als verfrüht und damit als chancenlos erachtet. Vielmehr wählte der Verfassungsgeber ein System, welches den gliedstaatlichen Charakter der Kantone anerkannte und sie an der Willensbildung in Bundesangelegenheiten beteiligte.¹¹ Dieses Konzept spiegelte sich auch in der *Organisation der Bundesbehörden*, vorab des Parlaments. Nach dem Vorbild der amerikanischen Unionsverfassung von 1787 entschied sich der Verfassungsgeber für ein parlamentarisches Zweikammersystem mit dem Nationalrat als Volksvertretung und dem Ständerat als Vertretung der Kantone, optierte aber für die völlige Gleichberechtigung der beiden Kammern (Art. 73 und 74) und statuierte darüber hinaus – in Abkehr von den Gepflogenheiten zur Zeit des Bundesvertrags – den Grundsatz des freien Mandats (Art. 79).¹² Für die Regierung einigte man sich auf ein Kollegialsystem nach dem Vorbild des Vollzugsrats im girondistischen Verfassungsentwurf von 1793 und in der Montagnard-Verfassung von 1793.¹³ Der aus sieben Ministern bestehende Bundesrat (Art. 83) wurde nicht durch das Volk, sondern durch die Vereinigte

⁶ Zur Vorgeschichte vgl. G. Biaggini, Die Bundesverfassung, in: G. Biaggini/T. Gächter/R. Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich 2015, § 8, Rz. 6; A. Kley, Verfassungsgeschichte der Neuzeit. Grossbritannien, die USA, Frankreich, Deutschland und die Schweiz, 3. Aufl., Bern 2013, S. 262 ff.; A. Kley, Geschichtliche Einleitung, in: B. Eherenzeller/B. Schindler/R. J. Schweizer/K. A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, S. 3 ff., Rz. 8 ff.; A. Kölz, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Bern 1992, S. 574 ff.; A. Kölz, Geschichtliche Grundlagen, in: D. Thüerer/J. F. Aubert/J. P. Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, 1. Aufl., Zürich 2001, § 7, Rz. 3 ff.

⁷ P. Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, § 2, Rz. 1.

⁸ Vgl. auch J. F. Aubert, Geschichtliche Einführung, in: J. F. Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1996, Rz. 196.

⁹ Aubert (Anm. 8), Rz. 106 und 110. Ähnlich Kley (Anm. 6), Verfassungsgeschichte der Neuzeit, S. 294 ff.

¹⁰ Tschannen (Anm. 7), § 2, Rz. 12; A. Kley, in: Historisches Lexikon der Schweiz, Stichwort „Bundesverfassung“, Ziff. 1.2; ähnlich schon Aubert (Anm. 8), Rz. 110 und 113.

¹¹ Kley (Anm. 6), Verfassungsgeschichte der Neuzeit, S. 291 f.

¹² Kley (Anm. 6), Verfassungsgeschichte der Neuzeit, S. 292; Kölz (Anm. 6), Verfassungsgeschichte, S. 559 ff.

¹³ Kley (Anm. 6), Verfassungsgeschichte der Neuzeit, S. 292 f.

Bundesversammlung (Nationalrat und Ständerat) auf eine Amtsdauer von drei Jahren gewählt (Art. 84). Die Zahl von sieben Mitgliedern ermöglichte eine relativ breite Vertretung der Kantone in der Landesregierung. Oberste und stärkste Gewalt im Staat war aber nicht die Regierung, sondern das Parlament (Art. 60).¹⁴ Die Bundesversammlung wählte die Mitglieder des Bundesrats, den Vorsteher der Bundeskanzlei („Bundeskanzler“) und die Mitglieder des – weitgehend bedeutungslosen – Bundesgerichts (Art. 74 Ziff. 3). Neben der Gesetzgebungskompetenz in Angelegenheiten des Bundes und der Budgetkompetenz übte die Bundesversammlung insbesondere auch die Oberaufsicht über die von ihr gewählten Behörden aus. Nicht zuletzt verfügte sie über namhafte Rechtsprechungskompetenzen im Bereich des Verfassungs- und Verwaltungsrechts. Die *Bundeskompetenzen* waren allerdings schwach ausgestaltet. Dem Bund wurden nur einige wenige Aufgabenbereiche zugestanden, namentlich die Aussenpolitik (z. B. Art. 8), das Zollwesen (Art. 23), das Münzwesen (Art. 36), das Postwesen (Art. 33), Mass und Gewicht (Art. 37) und die Erstellung öffentlicher Werke (Art. 21) sowie gewisse Aspekte der Landesverteidigung (z. B. Art. 15).¹⁵

Als politisches System wurde die *repräsentative Demokratie* gewählt. Die politischen Rechte kamen (männlichen) Schweizer Bürgern zu, die das 20. Altersjahr zurückgelegt hatten (Art. 63). Ihnen stand die Wahl des Nationalrats (Art. 62), die Abstimmung über Total- oder Teilrevisionen der Bundesverfassung (Art. 113 und 114) und die Volksinitiative auf Totalrevision der Bundesverfassung zu (Art. 113). Auf die demokratischen Ansprüche der Zeit antwortete die Verfassung von 1848 also im Wesentlichen mit dem Prinzip der Repräsentation; ein Ausbau der demokratischen Rechte erfolgte erst später.¹⁶ Auch die *Grundrechte* waren in der ersten Bundesverfassung erst punktuell garantiert. Neben der Rechtsgleichheit (Art. 4) wurden im Wesentlichen nur jene Rechte aufgenommen, die für den jungen Bundesstaat besonders wichtig waren, also enge Bezüge zur föderalen Ordnung aufwiesen. Dies gilt zuvorderst für die – allerdings auf Schweizer Bürger christlicher Konfession beschränkte – Niederlassungsfreiheit (Art. 41) oder die – nur für die staatlich anerkannten christlichen Konfession geltende – Kulturfreiheit (Art. 44). Ebenfalls aufgeführt wurden Rechte, die auf kantonaler Ebene nicht hinreichend gesichert erschienen, wie insbesondere die Pressefreiheit (Art. 45).¹⁷ Der Handel zwischen den Kantonen wurde erleichtert (Art. 29), die Wirtschaftsfreiheit aber nicht garantiert; auch Sozialrechte fanden keine Aufnahme.

II. Die Teilrevision von 1866

Die (einzige) Teilrevision der Verfassung von 1848 erfolgte im Jahr 1866. Sie war Folge eines Handels- und Niederlassungsvertrags mit Frankreich, der allen französischen Staatsangehörigen und damit auch den französischen Juden die Niederlassungsfreiheit in der Schweiz brachte und sie damit gegenüber den Schweizer Juden privilegierte. Der Bundesrat schlug deshalb eine Verfassungsrevision vor, die nicht nur die Niederlassungsfreiheit für alle Schweizer Bürger und damit insbesondere auch für die Schweizer Juden vorsah (Art. 41), sondern darüber hinaus die Kantone auch zur Gleichstellung aller Schweizerbürger in der Gesetzgebung und in gerichtlichen Verfahren verpflichtete (Art. 48).¹⁸ Die Schaffung neuer Bundeskompetenzen und die Aufnahme weiterer Grundrechte wurden in der Volksabstimmung aber abgelehnt.¹⁹

¹⁴ Art. 60 ff. BV 1848; vgl. auch J. F. Aubert, *Petite histoire constitutionnelle de la Suisse*, Bern 1983, S. 31.

¹⁵ Tschannen (Anm. 7), § 2, Rz. 12.

¹⁶ T. Tanquerel, *Les fondements démocratiques de la Constitution*, in: D. Thürer/J. F. Aubert/J. P. Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, 1. Aufl., Zurich 2001, § 18, Rz. 10.

¹⁷ D. Buser, *Kantonales Staatsrecht. Eine Einführung für Studium und Praxis*, Basel 2011, Rz. 532; R. Kiener/W. Kälin/J. Wytenbach, *Grundrechte*, 3. Aufl., Zürich/Bern 2018, § 1, Rz. 13.

¹⁸ Vgl. Aubert (Anm. 8), Rz. 146.

¹⁹ A. Kley, in *Historisches Lexikon der Schweiz*, Stichwort „Bundesverfassung (BV)“, Ziff. 1.5.

III. Die Bundesverfassung von 1874

In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts erstarkte die demokratische Bewegung in der Schweiz. In verschiedenen Kantonen erfolgreich, forderte sie nun auch eine Verfassungsrevision im Bund, insbesondere den Ausbau der direkt-demokratischen Rechte.²⁰ Gleichzeitig wünschten Juristenkreise eine Rechtsvereinheitlichung und eine Stärkung des Bundesgerichts.²¹ Die von der Revisionskommission der beiden Räte ausgearbeitete Vorlage enthielt aber zu viele Neuerungen und scheiterte deshalb in der Volksabstimmung von 1872, wenn auch relativ knapp.²² Ein zweiter Entwurf entschärfte die zentralistischen Positionen und konnte so die föderalistisch ausgerichteten Westschweizer Kantone überzeugen. Die neue Vorlage für eine totalrevidierte Bundesverfassung wurde von Volk und Ständen angenommen und trat am 29. Mai 1874 in Kraft.

Die Verfassung von 1874 folgte der formalen Struktur der Bundesverfassung von 1848; die Gliederung in drei Abschnitte, deren Aufbau und die Überschriften blieben gleich.²³ Inhaltlich kam es aber zu teils tiefgreifenden Änderungen. Im *Verhältnis von Bund und Kantonen* erhielt der Bund weitere Gesetzgebungskompetenzen, namentlich in den Bereichen der Landesverteidigung (Art. 18 bis 22) und des Zivilrechts (Art. 53, 54 und 64), im Eisenbahn- (Art. 26) und Telegrafwesen (Art. 36) und im Bereich der Fabrikarbeit (Art. 34 Abs. 1).²⁴ In dieser Hinsicht bewirkte die Verfassung eine Konsolidierung des Bundesstaats.²⁵ Im Bereich der *Staatsorganisation* führte die Revision zu einer Stärkung des Bundesgerichts. Das Gericht war neu als ständiges Organ eingerichtet (Art. 106 ff.) und die bislang mögliche Ämterkumulation mit einem Amt in der Bundesversammlung wurde durch Statuierung entsprechender Unvereinbarkeiten abgeschafft (Art. 108 Abs. 2 BV 1874, Art. 3 Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Juni 1874). Zudem wurde die Zuständigkeit des Gerichts erweitert: Neu überprüfte es Kompetenzkonflikte zwischen dem Bund und den Kantonen, Streitigkeiten zwischen den Kantonen sowie Beschwerden wegen der Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Kantone und des Bundes (Art. 113 Abs. 1). An der Stellung der Bundesversammlung als oberste Gewalt änderte dieser Kompetenzzuwachs des Bundesgerichts allerdings nichts. Wie schon in der Verfassung von 1848 lag die Kompetenz zur Wahl der Bundesrichter und die Oberaufsicht über das Bundesgericht bei der Bundesversammlung (Art. 107 Abs. 1, Art. 85 Ziff. 11). Darüber hinaus erklärte die neue Verfassung die von der Bundesversammlung erlassenen Bundesgesetze, allgemeinverbindlichen Bundesbeschlüsse und die von der Bundesversammlung genehmigten Staatsverträge für „massgebend“ (Art. 113 Abs. 3). Das Bundesgericht musste entsprechende Normen folglich auch dann anwenden, wenn sie verfassungswidrig waren.²⁶ Mit dieser Immunisierung von Parlamentsbeschlüssen mit rechtsetzendem Inhalt betonte der Verfassungsgeber die Souveränität der Bundesversammlung auch gegenüber der Justiz und stellte zugleich das demokratische über das rechtsstaatliche Prinzip. Zu einer wichtigen Neuerung kam es im Bereich der *politischen Rechte*. Sie wurden um das fakultative Referendum gegen Bundesgesetze und allgemein verbindliche Bundesbeschlüsse ergänzt, dafür erforderlich waren 30'000 Unterschriften (Art. 89 Abs. 2).²⁷ Mit dieser Änderung erfolgte der

²⁰ Aubert (Anm. 8), Rz. 147.

²¹ Kley (Anm. 19), Ziff. 2.1.

²² Vgl. Kley (Anm. 19), Ziff. 2.1.

²³ Aubert (Anm. 8), Rz. 196; Kley (Anm. 6), Verfassungsgeschichte der Neuzeit, S. 310.

²⁴ Für eine umfassende Liste vgl. Aubert (Anm. 8), Rz. 204.

²⁵ Kley (Anm. 19), Ziff. 2.2.

²⁶ W. Haller, Art. 113, in: J. F. Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1996, S. 142 ff.

²⁷ Aubert (Anm. 14), S. 41; Y. Hangartner/A. Kley, Die demokratische Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zurich 2000, Rz. 919 ff.; ausser den Stimmberechtigten können auch acht Kantone

Übergang von einer repräsentativen Demokratie zu einer Demokratie mit direkt-demokratischen Elementen.²⁸

Im Bereich der *verfassungsmässigen Rechte* gab es nur punktuelle Neuerungen. Ein Grundrechtskatalog wurde auch mit der Verfassung von 1874 nicht eingeführt, aber doch eine Reihe von zusätzlichen Rechten auf Bundesebene garantiert, zum Beispiel das Recht auf Ehe (Art. 54), die Wirtschaftsfreiheit (Art. 31) oder der Anspruch auf unentgeltlichen Grundschulunterricht (Art. 27 Abs. 2). Die Todesstrafe wurde abgeschafft, Körperstrafen verboten (Art. 65 Abs. 1 und 3).²⁹ Die erstmalige Anerkennung der Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 49) und die Ausdehnung der Kultusfreiheit auf alle Konfessionen (Art. 50)³⁰ dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Reform von 1874 stark säkular ausgerichtet war. In den sogenannten „Ausnahmerechtartikeln“ wurde der Jesuitenorden ebenso verboten (Art. 51) wie die Gründung neuer Orden und Klöster (Art. 52); die Schaffung neuer Bistümer bedurfte neu einer Bewilligung des Bundes (Art. 50 Abs. 4).

IV. Teilrevisionen bis 1921

Die Verfassung von 1874 blieb für 125 Jahre in Kraft, bis sie durch die Verfassung vom 18. April 1999 abgelöst wurde, welche am 1. Januar 2000 in Kraft trat und heute noch gilt. Aufgrund ihrer vergleichsweise einfachen Revidierbarkeit hat die Verfassung von 1874 bis Ende 1999 rund 150 Änderungen erfahren.³¹ Für die vorliegende Fragestellung sind vor allem jene Zusätze relevant, die zwischen 1874 und 1921, dem Jahr des Inkrafttretens der georgischen Verfassung vorgenommen wurden. Im Bereich der hier besonders interessierenden politischen Rechte war dies zunächst die Einführung der Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung im Jahr 1891; 1918 kam es zu einem Wechsel vom Majorz- zum Proporzsystem bei Nationalratswahlen³² und 1921 wurde das Staatsvertragsreferendum eingeführt.

2. Vergleichende Analyse

I. Methode und Herausforderungen

Der Vergleich von zwei Verfassungstexten setzt eine breite Quellenrecherche voraus. Da die meisten Quellen zur Verfassung Georgiens von 1921 allein in georgischer Sprache vorliegen, war es uns nicht möglich, alle für den Verfassungsvergleich relevanten Quellen zu sichten und zu verarbeiten. Der vorliegende Beitrag kann deshalb schon aus sprachlichen Gründen keine umfassende Analyse der Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen den beiden Verfassungsordnungen leisten. Wir werden vor allem jene Fragen vertieft behandeln, zu denen uns sprachlich zugängliche Quellen bestehen. Inhaltlich würde ein Verfassungsvergleich eine Untersuchung der je spezifischen geschichtlichen, geopolitischen und wirtschaftlichen Umstände voraussetzen, der hier ebenfalls nicht geleistet werden kann. Vor diesem Hintergrund muss ein Verfassungsvergleich notwendigerweise Stückwerk bleiben.

eine Volksabstimmung verlangen, vgl. Art. 89 Abs. 2 BV 1874.

²⁸ Kley (Anm. 19), Ziff. 2.2; Linder/Mueller (Anm. 5), S. 295.

²⁹ Allerdings 1879 durch Volksabstimmung wieder eingeführt. Die Todesstrafe in Friedenszeiten wurde mit Inkrafttreten des Strafgesetzbuchs 1942 aufgehoben, die Todesstrafe zu Kriegszeiten mit einer Änderung des Militärstrafgesetzbuchs im Jahr 1992.

³⁰ Vgl. M. Hilti, Die Gewissensfreiheit in der Schweiz, Zuerich/St. Gallen 2007, S. 14.

³¹ Tschannen (Anm. 7), § 2, Rz. 17.

³² Die Ständeratswahlen waren weiterhin Sache der Kantone, vgl. statt vieler Tschannen (Anm. 7), § 30, Rz. 8 und § 32, insb. Rz. 10 ff.

II. Wesentliche Unterschiede

Die Rechtssysteme der Schweiz und Georgiens beruhen auf je spezifischen geschichtlichen, wirtschaftlichen und geopolitischen Umständen. Bezüglich des historischen Kontexts unterscheiden sich die Verfassungen der Schweiz von 1848 bzw. 1874 und jener Georgiens von 1921 grundlegend. Während die Bundesverfassung von 1874 im Grundsatz nahtlos an jene von 1848 anknüpfen konnte, das „Nation building“ also seit längerem abgeschlossen war, präsentierten sich die Verhältnisse in Georgien grundlegend anders. Zu Beginn des 20. Jahrhunderts stand Georgien trotz einer erstarkenden Unabhängigkeitsbewegung weiterhin unter russischer Herrschaft.³³ 1913 hatte eine Gruppe von Exilgeorgiern in Genf das „Georgian National Independence Committee“ mit dem Ziel der Unabhängigkeit Georgiens gegründet.³⁴ Die Russische Revolution von 1917 beschleunigte dieses Vorhaben. Das Ende des Zarenregimes auch in Georgien und das damit einhergehende Machtvakuum wurde von der demokratischen Bewegung genutzt und die Gründung eines unabhängigen Staates vorangetrieben.³⁵ Am 26. Mai 1918 erklärte sich Georgien als Demokratische Republik Georgien für unabhängig, Russland verzichtete im Friedensvertrag von Brest-Litowsk auf Georgien, am 7. Mai 1920 erfolgte die völkerrechtliche Anerkennung durch Sowjetrussland. Am 21. Februar 1921 verabschiedete das neu gewählte Parlament Georgiens erste Verfassung. Zu diesem Zeitpunkt existierte die Schweiz seit 73 Jahren unangefochten als souveräner Staat; die 1874 erfolgte Totalrevision der Verfassung war in einem Klima politischer und wirtschaftlicher Stabilität erfolgt und galt bei Erlass der Gründungsverfassung Georgiens 1921 seit annähernd 50 Jahren.

Demgegenüber wurde die erste Verfassung Georgiens vor dem Hintergrund revolutionärer Umwälzungen in Russland geschaffen und konstituierte Georgien erstmals als unabhängigen demokratischen Staat. Während in der Schweiz liberale und radikale Parteien das Sagen hatten, war in Georgien die Sozialdemokratische Arbeiterpartei die stärkste Partei. Sie setzte nicht nur eine Agrarreform und eine umfassende Sozialgesetzgebung durch, sondern verfolgte – wie zu zeigen sein wird – auch das Ziel einer Maximalisierung der demokratischen Partizipationsrechte.³⁶ Grundlegende Unterschiede bestanden auch bezüglich der *Staatsorganisation*: In beiden Staaten drängend war der Wunsch zur Schaffung einer territorialen Einheit, eine der Grundvoraussetzungen für das Bestehen eines Staates.³⁷ Die gewählten Staatsformen unterscheiden sich aber beträchtlich. Während der Fokus des eidgenössischen Verfassungsgebers von 1848 und 1874 auf der Ausgestaltung einer föderalistischen Ordnung lag und um die Kompetenzverteilung zwischen dem Bund und den Kantonen gerungen wurde, lag der Schwerpunkt in Georgien auf der Schaffung eines Einheitsstaats. Im Ergebnis wurde Georgien denn auch als Einheitsstaat ausgestaltet, die lokale Selbstverwaltung aber generell anerkannt (Art. 98-106). Darüber hinaus gewährte die Verfassung von 1921 drei integralen Regionen (Abchasien, die Region Batumi und die Region Zaqatala) besondere Autonomierechte (Art. 107). Ergebnis war ein „asymmetrischer Einheitsstaat“.³⁸ Der georgische Verfassungsgeber liess sich dabei von der Verfassung Belgiens von 1831 inspirieren, die auf Eigenheiten bezüglich Territorialgeschichte und sprachlich-kultureller Heterogenität mit der

³³ L. Isoria, Verfassungsentwicklung in Georgien, in: P. Häberle (Hrsg.), Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Bd. 58, S. 387 ff., 390.

³⁴ S. F. Jones, Socialism in Georgian Colors. The European Road to Social Democracy 1883-1917, London 2005, S. 245.

³⁵ Vgl. Papuashvili (Anm. 1), S. 326.

³⁶ So Matsaberidze (Anm. 2), S. 145.

³⁷ W. Haller/A. Kölz/T. Gächter, Allgemeines Staatsrecht. Eine juristische Einführung in die Allgemeine Staatslehre, 5. Aufl., Baden-Baden/Zürich 2013, S. 7 ff.; vgl. Art. 1 der georgischen Verfassung von 1921, Präambel BV 1874.

³⁸ Papuashvili (Anm. 1), S. 345.

Anerkennung lokaler Autonomie reagiert hatte.³⁹ Diese Entscheidung hatte zum Ziel, den kulturellen und den ethnischen Pluralismus in Georgien zu gewährleisten⁴⁰ und dabei auch die Rechte von Minderheiten zu berücksichtigen (Art. 129 ff.). Der georgische Verfassungsgeber verzichtete damit bewusst auf ein föderalistisches Staatsmodell und wählte als Kompromiss zwischen territorialer Einheit und regionalen Besonderheiten eine zurückhaltende Form der Dezentralisierung.⁴¹ Vor diesem Hintergrund erklärt sich wohl auch der Umstand, dass das Parlament nach dem Einkammersystem organisiert war und nicht (wie in der Schweiz) aus zwei Kammern gebildet wurde. Demgegenüber wurde die Schweizerische Eidgenossenschaft bewusst am Modell des Föderalismus ausgerichtet, wobei im Verlauf der Geschichte eine Stärkung des Bundes zulasten der Kantone erfolgte. Da nach dem Konzept der Bundesverfassung die Kompetenz zur Erfüllung einer Staatsaufgabe grundsätzlich bei den Kantonen liegt (Art. 3 BV 1848, Art. 3 BV 1874), setzt ein Kompetenzzuwachs im Bund eine Teilrevision der Verfassung voraus, die der qualifizierten Annahme durch Volk und Stände bedarf (Art. 114 BV 1848, Art. 123 Abs. 1 BV 1874). Diese hohe demokratische Legitimation ist es, welche der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen Legitimität verschafft und dazu führte, dass das System des Föderalismus in der Schweiz über die Jahre bestätigt und verfestigt wurde.

Ein weiterer Unterschied zwischen den Verfassungen Georgiens und der Schweiz liegt in der *Anerkennung von verfassungsmässigen Rechten*. Die Verfassung Georgiens von 1921 enthielt nicht nur einen eigentlichen Grundrechtskatalog (Kapitel 3, Art. 16-45), sondern verankert individuelle Rechte auch in den Kapiteln über die Staatsbürgerschaft (Kapitel 2), Bildung und Schule (Kapitel 12), soziale und wirtschaftliche Rechte (Kapitel 13), Rechte der Minderheiten (Kapitel 14) sowie Kirche und Staat (Kapitel 16). Die erste georgische Verfassung weist damit eine starke soziale Prägung auf und unterscheidet sich damit von jener der Schweiz, aber auch von den Verfassungen anderer westlicher Staaten.⁴² Der Einschätzung von LEE zufolge nahm sie sogar ein Stück weit die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948 voraus.⁴³ Der starke Einfluss der sozialdemokratischen Regierung zeigte sich in der breiten Anerkennung von wirtschaftlichen und sozialen Rechten auf Verfassungsstufe (Kapitel 13, Artikel 113-128).⁴⁴ Besonderes Gewicht erhielten Arbeitsrechte. Gemäss Art. 117 hielt die Verfassung Georgiens den Grundsatz fest, wonach die Existenz des Staates auf der Arbeit beruht und es deshalb die Aufgabe des Staates ist, Arbeit und Arbeitende zu schützen („The existence of the State is based on work, and it is therefore a particular duty of same to protect same“).⁴⁵ Folgerichtig enthielt die georgische Verfassung verschiedene Bestimmungen zum Schutz der Arbeiterschaft (zum Beispiel in Art. 119), einschliesslich der Kinder und jungen Werktätigen (Art. 124); grundrechtlich gesichert waren die Koalitionsfreiheit (Art. 36) und das Streikrecht (Art. 38). In der Schweiz suchte man solche Bestimmungen in den Verfassungen von 1848 und 1874 vergeblich; der Fokus lag auf den Mitteln zur Erreichung eines wirtschaftsliberalen Staates und nicht auf den wirtschaftlichen und sozialen Rechten des Einzelnen.⁴⁶ Eine Ausnahme bildete Art. 34 der Verfassung von 1874, welche die Modalitäten der Kinderarbeit in Fabriken betraf.⁴⁷

³⁹ Y. Lejeune, *Droit constitutionnel belge. Fondements et institutions*, 3. Aufl., Brüssel 2017, S. 83.

⁴⁰ Matsaberidze (Anm. 2), S. 142.

⁴¹ Matsaberidze (Anm. 2), S. 154.

⁴² T. Erkvania, *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit in Georgien*, Baden-Baden 2017, S. 87; Matsaberidze (Anm. 2), S. 144.

⁴³ E. Lee, *The Experiment. Georgia forgotten revolution 1918-1921*, London 2017, S. 189.

⁴⁴ Erkvania (Anm. 42), S. 87; Matsaberidze (Anm. 2), S. 144.

⁴⁵ Ähnlich später Art. 1 der italienischen Verfassung von 1947, vgl. V. Crisafulli et al., *Commentario breve alla costituzione*, 2. Aufl., Padua 2008.

⁴⁶ Aubert (Anm. 8), Rz. 112.

⁴⁷ G. Aubert, Art. 34 Abs.1, in: J. F. Aubert et al. (Hrsg.), *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen*

Gewisse Unterschiede sind auch im Bereich der *politischen Rechte* auszumachen. Artikel 39 der Verfassung von 1921 bestimmt, dass die Bürger beider Geschlechter die gleichen politischen, zivilen, wirtschaftlichen und Familienrechte haben. Die politischen Rechte standen folglich allen Bürgerinnen und Bürgern unbeschleun ihres Geschlechts zu, wenn sie bestimmte formale Kriterien wie insbesondere das Mindestalter von 20 Jahren erfüllten.⁴⁸ Demgegenüber kamen die politischen Rechte in der Schweiz während sehr langer Zeit einzig männlichen Staatsangehörigen zu, den Frauen wurden diese Rechte auf Bundesebene erst im Jahr 1971 zugestanden. Im Bereich der Volksrechte sah die Verfassung von 1921 nicht nur eine Initiative auf Teil- oder Totalrevision der Verfassung (Art. 145) und ein Gesetzesreferendum (Art. 64) vor, sondern – anders als die Schweiz – auch die Gesetzesinitiative (Art. 63). Die Bedeutung der Volkssouveränität drückt die Verfassung Georgiens auch mit Artikel 52 aus („The sovereignty belongs to the entire nation. Parliament exercises this sovereignty within the limits fixed by the constitution“) und macht klar, dass die Stimmberechtigten über dem Parlament stehen.⁴⁹ Damit zeigt sich, dass die Verfassung Georgiens von 1921 im Bereich der Volksrechte punktuell weiter geht als die Schweizer Bundesverfassung von 1874, welche den Grundsatz der Volkssouveränität mit jenem der Parlamentsouveränität und der repräsentativen Demokratie in Einklang zu bringen suchte und deshalb auf die Einführung namentlich der Gesetzesinitiative verzichtete. Nicht zuletzt zeichnen sich auch die *Regierungssysteme* Georgiens und der Schweiz durch Unterschiede aus, obwohl beide Staaten als parlamentarische Demokratien mit direkt-demokratische Elementen ausgestaltet waren.⁵⁰ Unter der georgischen Verfassung von 1921 wurden die Minister durch den Präsidenten gewählt (Art. 68). Gegenüber dem Parlament galt der Grundsatz der individuellen Verantwortlichkeit der Minister;⁵¹ ein parlamentarisches Misstrauensvotum führte folglich allein zum Rücktritt des betroffenen Ministers (Art. 73) und nicht zum Rücktritt der Gesamregierung. Demgegenüber beruhte das Regierungssystem der Schweiz von Anfang an auf dem Grundsatz der Kollegialität,⁵² die Mitglieder des Bundesrats werden durch das Parlament gewählt (Ar. 85 Ziff. 4 und Art. 96 Abs. 1) und stehen unter dessen Oberaufsicht (Art. 85 Ziff. 11), sind aber bis zum Ende ihrer vierjährigen Amtsdauer nicht mehr absetzbar (Art. 96 Abs. 1).⁵³ Grundlegend anders ist die Rolle des Regierungspräsidenten ausgestaltet (einen Staatspräsidenten kannte weder die georgische Verfassung von 1921 noch die Bundesverfassung von 1874). Während dieses Amt in der Schweiz rein repräsentativ ist und im Jahresrhythmus wechselt (Art. 98), hatte der Regierungspräsident unter der georgischen Verfassung von 1921 gewisse Sachkompetenzen inne (Art. 70); wohl deshalb war seine Amtsdauer auf zweimal ein Jahr beschränkt (Art. 67).

III. Gemeinsamkeiten: insbesondere die politischen Rechte

Auch bei der Untersuchung der Gemeinsamkeiten kann es nicht darum gehen, die georgische Verfassung von 1921 und die Schweizer Bundesverfassung von 1874 im Detail zu vergleichen.

Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1996, Rz. 1.

⁴⁸ Vgl. auch Art. 46 der georgischen Verfassung von 1921: „The representative body of the Georgian Republic is the Parliament of Georgia, composed of deputies elected by universal, equal, direct, secret, and proportional voting. Every citizen, without distinction of sex, enjoying all his rights and being over 20 years old has the right to take part in the elections“.

⁴⁹ Matsaberidze (Anm. 2), S. 146; vgl. Venedig Kommission, Report on legislative initiative, CDL-AD(2008)035, Rz. 140: „[...] The right of legislative initiative is a decisive element in the determination of the respective roles of the different state organs in the democratic process“.

⁵⁰ Papuashvili (Anm. 1), S. 341.

⁵¹ Kantaria (Anm. 1), S. 31 und 35.

⁵² Kölz (Anm. 6), Verfassungsgeschichte, S. 570.

⁵³ A. Glaser, Demokratie, in: G. Biaggini/T. Gächter/R. Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich 2015, § 3, Rz. 22; vgl. auch K. Eichenberger, Art. 96, in: J. F. Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1996, Rz. 4.

Prozesse wie die Säkularisierung des Staates oder die – mehr oder weniger weit gehende – Anerkennung von verfassungsmässigen Rechten bildeten sich in vielen westlichen Verfassungen ab.⁵⁴ Sie waren das Ergebnis von gemeinsamen historischen Erkenntnissen, die nicht nur auf die konkreten Erfahrungen, sondern auch auf den Ideenfluss zwischen den sich herausbildenden demokratischen Staaten zurückzuführen ist. Dieser Ideenstrom hat auch Georgien erreicht.⁵⁵ Im Folgenden geht es darum, die grössten Gemeinsamkeiten der Schweizer Verfassung von 1874 auf die georgische Verfassung von 1921 zu untersuchen und dabei den Einfluss der Bundesverfassung sichtbar zu machen. Eine wichtige Inspirationsquelle für den georgischen Verfassungsgeber war die Bundesverfassung von 1874 im Bereich der direkten Demokratie. Entsprechend stehen die politischen Rechte und dabei insbesondere die Volksrechte im Zentrum der nachfolgenden Ausführungen. Um die (möglichen) Einflüsse der Bundesverfassung auf die georgische Verfassung von 1921 zu identifizieren, muss zunächst der Kreis der politischen Rechte identifiziert werden, welche die Schweizer Verfassungsordnung im Jahr 1921 vorsah.

Das allgemeine und gleiche Wahlrecht gehört zu den Kerngehalten eines demokratischen Staates.⁵⁶ Im Jahr 1921 war das allgemeine Wahlrecht in der Schweiz indessen nicht verwirklicht, kamen die politischen Rechte doch einzig den Schweizer Männern zu, welche das 20. Altersjahr zurückgelegt hatten. Frauen sowie in der Schweiz ansässige Ausländer waren von den politischen Rechten und damit von der Teilhabe an der Mitgestaltung der Eidgenossenschaft ausgeschlossen.⁵⁷ Der auf erwachsene Schweizer Männer beschränkte Kreis von Stimmberechtigten hatte im Jahr 1921 die folgenden Rechte:⁵⁸

- Die Volkswahl des Nationalrats (Art. 62 BV 1848), ab 1874 im Proporzwahlssystem (Art. 73 BV 1874);
- Die Volksinitiative auf Totalrevision der Bundesverfassung (Art. 113 BV 1848, 50'000 Unterschriften);
- Die Volksinitiative auf Teilrevision der Bundesverfassung (Art. 118 BV 1874, 50'000 Unterschriften);
- Die obligatorische Volksabstimmung über den Grundsatz der Totalrevision der Bundesverfassung (Art. 113 BV 1848, Volksmehr);
- Das obligatorische Verfassungsreferendum (Art. 114 BV 1848, Volks- und Ständemehr);
- Das fakultative Referendum gegen Bundesgesetze und allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse (Art. 89 Abs. 2 BV 1874, 30'000 Unterschriften);
- Das Staatsvertragsreferendum gegen unbefristete und unkündbare Staatsverträge (1921, Art. 89 Abs. 3-5 BV 1874).

Eine Verletzung dieser Rechte konnte seit 1874 vor dem Bundesgericht gerügt werden (Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV 1874). Darüber hinaus waren verschiedene, für das Bestehen einer lebendigen Demokratie zentrale Grundrechte garantiert, vorab die Pressefreiheit (Art. 55 BV 1874), die Vereinigungsfreiheit (Art. 56 BV 1874), nicht aber die Meinungsfreiheit und die

⁵⁴ J. P. Müller, Geschichtliche Grundlagen, Zielsetzung und Funktionen der Grundrechte, in: D. Merten/H. J. Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte. Grundrechte in der Schweiz und in Lichtenstein, Zürich/St. Gallen 2007, § 202, Rz. 2 ff.

⁵⁵ Kantaria (Anm. 1), S. 29.

⁵⁶ Vgl. Art. 3 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK sowie Art. 25 UNO-Pakt II; vgl. auch Venedig Kommission, Code of good practice in electoral matters, CDL-AD(2002)023rev2-cor, Ziff. I/1.

⁵⁷ Die Ausweitung auf das allgemeine Erwachsenenstimmrecht für Schweizer Bürgerinnen und Bürger erfolgte erst mit Verfassungsrevision vom 7. Februar 1971; auf kantonaler Ebene hatte der Kanton Waadt 1959 als erster Kanton das allgemeine Erwachsenenstimmrecht 1959.

⁵⁸ Vgl. Tschannen (Anm. 7), § 49, Rz. 2 und 3.

Versammlungsfreiheit – sie wurden erst 1961 bzw. 1970 durch das Bundesgericht als ungeschriebenes Grundrecht anerkannt.⁵⁹

Für den Verfassungsvergleich mit Georgien von besonderer Bedeutung sind die direkt-demokratischen Instrumente der Verfassungsinitiative und des Gesetzesreferendums, also die eigentlichen *Volksrechte*.⁶⁰ Initiativen und Referenden ermöglichen die Teilhabe der Stimmberechtigten an der staatlichen Entscheidungsfindung und werden deshalb auch als „Teilhaberechte“ bezeichnet.⁶¹ Funktional handelt es sich um Oppositionsinstrumente in den Händen jener Kräfte, die sich im parlamentarisch-politischen Prozess kein Gehör verschaffen konnten. Es gibt aber auch Unterschiede zwischen den beiden Instrumenten. Das *Gesetzesreferendum* ist ein Veto-Instrument, es hat eine Bremsfunktion und wirkt in dem Sinne konservativ.⁶² Den „referendumsfähigen“ Gruppierungen wird damit ein erhebliches Druckmittel in die Hand gegeben, das auch dann wirkt, wenn das Referendum letztlich nicht ergriffen wird. Aufgrund seines Verlangsamungs- und Hinderungspotentials erzwingt das Referendum Kompromisse und verunmöglicht im Ergebnis eine reine Mehrheitspolitik.⁶³ Dieser Vorgang bildete denn auch die Grundlage für den soziopolitischen Prozess, der letztlich zur Schweizerischen Konkordanzdemokratie führte.⁶⁴ Anders als das Gesetzesreferendum ist die *Verfassungsinitiative* auf Veränderung gerichtet und wirkt in dem Sinne dynamisch.⁶⁵ Funktional ermöglicht sie auch jenen Kreisen die Mitgestaltung der rechtlichen Grundordnung, die nicht organisiert sind und im politischen Prozess nur schwer Gehör finden – und dies, ohne zum Mittel der Totalrevision greifen zu müssen, das mit deutlich geringeren Erfolgchancen verbunden ist.⁶⁶ Die direkt-demokratischen Instrumente der Bundesverfassung, wie sie sich im Jahr 1921 präsentierte, waren folglich keinesfalls umfassend, die Schweizerische Eidgenossenschaft war keine direkte Demokratie. Der *Volkswahl* unterstand nur die Wahl in den Nationalrat. Der Bundesrat, der Vorsteher der Bundeskanzlei, die Mitglieder des Bundesgerichts und nicht zuletzt der General wurden durch die Bundesversammlung gewählt (Art. 85 Ziff. 4 BV 1874), die Wahl in den Ständerat lag in der Kompetenz der Kantone (Art. 80 BV 1874). Die *Volksrechte* waren im globalen Vergleich stark ausgebaut, aber keineswegs vollständig erfasst. Auf Bundesebene gab (und gibt) es keine Gesetzesinitiative, kein Finanzreferendum und auch kein Verwaltungsreferendum. Das Fehlen der *Gesetzesinitiative* wird vor allem damit begründet, dass das Parlament dadurch seine Kernfunktion verlieren und seine Souveränität einbüßen würde.⁶⁷ Auch eine spätere Verfassungsinitiative auf Einführung der Gesetzesinitiative wurde 1961 in der Volksabstimmung verworfen.⁶⁸ Anders präsentiert sich die Situation aber in den Schweizer Kantonen. Die Kantone Zürich und Solothurn hatten schon 1906 die Gesetzesinitiative eingeführt,⁶⁹ im Verlauf

⁵⁹ Für die Meinungsfreiheit BGE 87 I 114 E. 2a S. 117 und explizit als ungeschriebenes Verfassungsrecht vgl. BGE 91 I 480 E. II/1 S. 485 f.; vgl. M. Hertig, Art. 16, in: B. Waldmann/E. M. Belser/A. Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar. Bundesverfassung, Basel 2015, Rz. 4. Für die Versammlungsfreiheit BGE 96 I 219, vgl. Kley, Verfassungsgeschichte der Neuzeit (Anm. 6), S. 414 oder Kölz, Verfassungsgeschichte (Anm. 6), S. 819.

⁶⁰ Vgl. zur Begriffsabgrenzung Tschannen (Anm. 7), § 48, Rz. 1 ff.

⁶¹ Tschannen (Anm. 7), § 48, Rz. 2 und 3.

⁶² Hangartner/Kley (Anm. 27), Rz. 810; vgl. auch BGE 131 I 126 E. 6 S. 133 (Referendum als Recht „d'exiger le status quo“).

⁶³ B. Degen, in Historisches Lexikon der Schweiz, Stichwort „Referendum“.

⁶⁴ Vgl. C. Ebnöther, Leitfaden durch das politische System der Schweiz, in: RuP – Recht und Praxis 2017, S. 31 ff., 38 ff.; Hangartner/A. Kley (Anm. 27), Rz. 360; Kley (Anm. 19), Ziff. 2.2; Linder/Mueller (Anm. 5), S. 299.

⁶⁵ Hangartner/Kley (Anm. 27), Rz. 810. Vgl. auch BGE 131 I 126 E. 6 S. 133 (Referendum als Recht „d'exiger le status quo“).

⁶⁶ Vgl. Aubert (Anm. 14), S. 45 f.

⁶⁷ Hangartner/Kley (Anm. 27), Rz. 909.

⁶⁸ Hangartner/Kley (Anm. 27), Rz. 577 und 907 ff.

⁶⁹ G. Seferovic, Volksinitiative zwischen Recht und Politik. Die staatsrechtliche Praxis in der Schweiz, den USA und Deutschland, Bern 2018, Rz. 35.

der Zeit folgten zahlreiche andere Kantone.⁷⁰ Auf Bundesebene ebenfalls chancenlos war die Einführung des *Finanzreferendums*.⁷¹ Abgelehnt wurden auch Vorschläge zur Verankerung themenbezogener *Verwaltungsreferenden*, so 1956 gegen die Vergabe von Wasserrechtskonzessionen,⁷² 1963 gegen die Beschaffung von Atomwaffen, 1952 und 1987 gegen Rüstungsausgaben, 1978 gegen den Nationalstrassenbau sowie 1979 und 1984 gegen den Bau von Atomkraftwerken.⁷³ Demgegenüber sehen auch hier zahlreiche Kantonsverfassungen Mitspracherechte der Stimmberechtigten bei bestimmten Ausgabenbeschlüssen oder Verwaltungsakten des Parlaments vor.⁷⁴ Im Ergebnis sind selbständige Sachentscheide des Volkes nur auf dem Weg der Verfassungsinitiative möglich. Die Schweiz im Jahr 1921 lässt sich damit als *repräsentative Demokratie mit direkt-demokratischen Elementen* charakterisieren, sie war (und ist) aber keine „direkte Demokratie“.⁷⁵

Hauptziel des *georgischen Verfassungsgebers* war es, im Südkaukasus einen demokratischen Modellstaat schaffen, gerade auch als Gegenstück zum bolschewistischen Russland.⁷⁶ Dazu gehörte unter anderem die Einführung von Instrumenten der direkten Demokratie. Volksrechte dienen auch, aber eben nicht allein der Teilhabe der Stimmberechtigten an der Gestaltung des Gemeinwesens. Sie sind auch Systeme zur Kontrolle der parlamentarischen Tätigkeit und relativieren so die Wirkungen und Gestaltungsmöglichkeiten, die dem Parlament in einer rein repräsentativen Demokratie zukommen.⁷⁷ Mit den Volksrechten haben sowohl der georgische wie der schweizerische Verfassungsgeber ein Instrument eingeführt, das eine Immunisierung der parlamentarischen Tätigkeit gegenüber den Wählern verhindert. Dies geschieht programmatisch durch Verfassungsnormen, welche der parlamentarischen Souveränität (und damit der repräsentativen Demokratie) die Volkssouveränität (und damit die direkte Demokratie) entgegenstellen.⁷⁸ Art. 71 der Schweizerischen Bundesverfassung von 1874 hält fest, dass „Unter Vorbehalt der Rechte des Volkes und der Kantone (Art. 89 und 121), [...] die oberste Gewalt des Bundes durch die Bundesversammlung ausgeübt [...]“ wird. In Anlehnung an diese Bestimmung ist Art. 52 der georgischen Verfassung von 1921 formuliert: „The sovereignty belonge[d]s to the entire nation. Parliament exercises this sovereignty within the limits fixed by the constitution“.⁷⁹ Auf der Basis dieser allgemeinen Normen wurden sowohl in der Schweiz wie in Georgien die spezifischen Partizipationsrechte eingeführt; 1921 kannten sowohl Georgien wie die Schweiz die folgenden Volksrechte:

- Gesetzesreferendum (Art. 64 der georgischen Verfassung von 1921 und Art. Art. 89 Abs. 2 BV 1874),
- Verfassungsreferendum (Art. 147 der georgischen Verfassung von 1921 und Art. 120 Abs. 2 und 121 Abs. 5-6 BV 1874)
- Verfassungsinitiative (Art. 145 der georgischen Verfassung von 1921 und Art. 120 Abs. 1 und

⁷⁰ Buser (Anm. 17), Rz. 362 ff.

⁷¹ Hangartner/Kley (Anm. 27), Rz. 577; vgl. P. Herold, Zur Geschichte des Finanzreferendums im Bund, ZBl 1981, S. 64 ff.

⁷² Vgl. BBl 1956 I 1227.

⁷³ Degen (Anm. 63).

⁷⁴ Tschannen (Anm. 7), § 50, Rz. 21 und § 51, Rz. 34 ff.

⁷⁵ Die Lehre verwendet den Begriff der „halb-direkten“ Demokratie, so Haller/Kölz/Gächter (Anm. 37), S. 79 ff.; Hangartner/Kley (Anm. 27), Rz. 570; R. Rhinow/M. Schefer/P. Uebersax, Schweizerische Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016, § 21, passim; kritisch aber Tschannen (Anm. 7), § 6, Rz. 15.

⁷⁶ Papuashvili (Anm. 1), S. 328.

⁷⁷ Vgl. G.Kandelaki, The democratic Republic of Georgia. Forgotten lessons for our democracy, in: S. F. Jones (Hrsg.), The Making of Modern Georgia 1918-2012. The first Georgian republic and its successor, New York 2014, S. 161 ff., 168.

⁷⁸ Kantaria (Anm. 1), S. 35 und 38.

⁷⁹ Kantaria (Anm. 1), S. 37.

121 Abs. 1 BV 1874).

Bei der Einführung dieser Instrumente liess sich der georgische Verfassungsgeber unbestritten von der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft von 1874 leiten, welche von den Verfassern der georgischen Verfassung von 1921 übersetzt und analysiert worden war.⁸⁰ Namentlich das Referendum und die Initiative wurden auf den georgischen Verfassungskontext übertragen.⁸¹ Im Übrigen sind die Verfassungen bezüglich der Geltung politischer Rechte nicht völlig deckungsgleich: Einzig die georgische Verfassung kennt die *Gesetzinitiative* (Art. 63), während die (ebenfalls) 1921 erfolgte Einführung des *Staatsvertragsreferendums* in der Schweiz unterblieb, wohl deshalb, weil dieses Instrument in der in Georgien vorliegenden Übersetzung der Bundesverfassung noch fehlte. Die Einführung der Gesetzesinitiative in der Verfassung Georgiens bedeutete – gerade auch im Vergleich zur Schweiz – eine zusätzliche Stärkung der Volkssouveränität. Auch wenn damit die Parlamentsouveränität eingeschränkt wurde, schuf der georgische Verfassungsgeber keine uneingeschränkt direkte Demokratie oder ein System absoluter Volkssouveränität.⁸² Dies zeigt sich zunächst an den dem Parlament weiterhin zukommenden Kompetenzen, wie sie in Art. 54 der georgischen Verfassung von 1921 aufgeführt sind.⁸³ Ein weiterer Beleg für die Souveränität des georgischen Parlaments liegt in dessen Kompetenzen gegenüber der – im Übrigen insgesamt eher schwachen – Regierung. Gleich wie in der Schweiz war das Parlament auch in Georgien als stärkste Gewalt ausgestaltet.⁸⁴ Die Regierung stand hier wie dort unter der Aufsicht des Parlaments (Art. 54 Bst. i der georgischen Verfassung von 1921, Art. 85 Ziff. 11 BV 1874). Während in der Schweiz aber alle Mitglieder der Regierung vom Parlament gewählt werden (Ar. 85 Ziff. 4 und Art. 96 Abs. 1 BV 1874), ist es in Georgien allein der der Regierungspräsident (Art. 67), der seinerseits die Minister ernennt (Art. 68). Der Präsident ist aber unter beiden Verfassungen Mitglied der Regierung (Art. 74 der georgischen Verfassung von 1921 und Art. 95 und 98 BV 1874), das Präsidialamt somit auch in Georgien keine isolierte Behörde.⁸⁵ Bezüglich der Organisation der Regierung hat die Bundesverfassung die Verfassung Georgiens beeinflusst, der georgische Verfassungsgeber ging allerdings nicht so weit, das Schweizer System der vom Parlament gewählten Kollegialregierung zu übernehmen und für die Regierung ebenfalls ein Direktorialsystem einzuführen.⁸⁶ Ins Gesamtbild einer von Parlamentsouveränität und Volkssouveränität geprägten Verfassungsordnung passt auch, dass die georgische Verfassung (gleich wie die Schweizer Bundesverfassung) kein Verfassungsgericht einrichtete⁸⁷ und rechtsetzende Akte des Parlaments bzw. der Stimmbürgerschaft so der gerichtlichen Kontrolle entzog – auch dies eine Konsequenz eines parlamentarischen Systems mit direkt-demokratischen Elementen. Eine weitere Auswirkung dieses Systems liegt darin, dass beide Verfassungen vergleichsweise einfach abzuändern sind – die Möglichkeit der Verfassungsinitiative und die Rigidität der Verfassung schliessen einander aus. Artikel 10 der georgischen Verfassung von 1921 enthielt eine Klausel, mit welcher die grundsätzliche Unabänderbarkeit der Verfassung festgeschrieben wurde; Ausnahmen mussten in der Gründungsverfassung selber genannt sein. Hier von einer Ewigkeitsklausel zu sprechen, erscheint aber angesichts der ausgebauten Volksrechte verfehlt. Einzige materielle Schranke der Verfassungsrevision war die in Art. 148 vorgesehene

⁸⁰ Kantaria (Anm. 1), S. 29.

⁸¹ Kantaria (Anm. 1), S. 36.

⁸² Kantaria (Anm. 1), S. 35.

⁸³ Diese Kompetenz untersteht einem obligatorischen Referendum nach Art. 89 Abs. 4 der Schweizer Verfassung von 1874.

⁸⁴ Vgl. für Georgien Kantaria (Anm. 1), S. 38, Matsaberidze (Anm. 2), S. 142; für die Schweiz vgl. Art. 71 BV 1874.

⁸⁵ Kantaria (Anm. 1), S. 31.

⁸⁶ Kantaria (Anm. 1), S. 35.

⁸⁷ Erkvania (Anm. 42), S. 88.

Regel, wonach die Staatsform als demokratische Republik einer Verfassungsrevision nicht zugänglich war. Angesichts der Garantie von Volksrechten erstaunt es nicht, dass auch dem Schweizer Verfassungsrecht eine Ewigkeitsklausel unbekannt ist und damit sogar die Staatsform zur Disposition gestellt werden kann. Einzige im Jahr 1921 geltende Schranke der Verfassungsrevision war die Verpflichtung zur Wahrung der Einheit der Form und der Einheit der Materie (Art. 121 Abs. 4 BV 1874, Art. 121 Abs. 3 BV 1874). Im direkten Vergleich erweist sich die BV 1874 als (noch) flexibler als die georgische Verfassung von 1921.

Schlussbemerkungen

Obwohl die Schweiz ein Referenzmodell für die Ausarbeitung der georgischen Verfassung von 1921 war, erweist sich die Verfassung Georgiens in der rückblickenden Gesamtschau als deutlich moderner als jene der Schweizerischen Bundesverfassung von 1874 in ihrer Fassung von 1921, namentlich in Bezug auf den ausgebauten Grundrechtskatalog, die breite Verankerung von wirtschaftlichen und sozialen Rechten und die Anerkennung von Selbstverwaltungsrechten auf lokaler Ebene. Im Bereich der Staatsform haben beide Verfassungen ein System der repräsentativen Demokratie mit ausgebauten Volksrechten gewählt; allerdings scheinen die Aspirationen des georgischen Verfassungsgebers deutlich höher gelegt gewesen zu sein. Die georgische Verfassung von 1921 war vom Wunsch getragen, eine Republik zu gründen, die eine „maximum democracy“⁸⁸ gewährleistet hätte. Ein Blick in die Verfassungen Georgiens und der Schweiz zeigt indessen, dass dieses Maximum nicht wörtlich, sondern pragmatisch zu verstehen ist und –im Fall Georgiens – allenfalls auch ein Stück weit rhetorisch, ging es doch auch darum, den demokratischen Modellcharakter des neuen georgischen Staates zu betonen. Die Maximierung der Mechanismen der direkten Demokratie würde effektiv das Ende der repräsentativen Demokratie bedeuten, ein Ergebnis, das weder in Georgien noch in der Schweiz erwünscht war und in einem modernen Gewährleistungsstaat auch nicht umsetzbar wäre. Es gibt auch kein Axiom, welches das Gleichgewicht zwischen direkter und repräsentativer Demokratie absolut und unbestreitbar definieren würde.⁸⁹ Vielmehr sollte der Umfang der demokratischen Partizipation so festgelegt werden, dass ein reibungsloses Funktionieren der Staatsleitung sichergestellt ist.⁹⁰ Vor diesem Hintergrund erscheint der Begriff „Optimierung“⁹¹ des direkt-demokratischen Instrumentariums als angemessener. Mit der Einführung der Gesetzesinitiative hat sich der georgische Verfassungsgeber für eine zusätzliche Stärkung der Volkssouveränität entschieden und damit die Gewichte im Verhältnis von Parlament und Stimmvolk anders gesetzt als der Schweizer Verfassungsgeber. Es wäre interessant gewesen zu sehen, wie sich die beiden Verfassungsordnungen angesichts dieser unterschiedlichen Prämissen im weiteren Verlauf der Zeit entwickelt hätten. Diese Weiterentwicklung war der georgischen Verfassung von 1921 nicht vergönnt.

⁸⁸ So Matsaberidze (Anm. 2), S. 145 f.

⁸⁹ Vgl. J. J. Rousseau, *Du Contrat Social*, Livre troisième, Chapitre IV: „A prendre le terme dans la rigueur de l’acception, il n’a jamais existé une véritable démocratie, et il n’en existera jamais. Il est contre l’ordre naturel que le grand nombre gouverne et que le petit soit gouverné“.

⁹⁰ Vgl. Venedig Kommission, *Opinion on the Citizens’ bill on the regulation of public participation, citizens’ bills, referendums and popular initiatives and amendments to the Provincial Electoral Law of the Autonomous Province of Trento*, CDL-AD(2015)009, Rz. 80 ff.

⁹¹ Hangartner/Kley (Anm. 27), Rz. 909.

კონსტიტუციონალიზმი თანამედროვე საზოგადოებებში - პოლიტიკისა და სამართლის ურთიერთობის სურათი

ოლივერ ვ. ლემბკე

1. შესავალი. 2. განვითარების ორი მიმართულება. 2.1 სამართლის პოლიტიზირება. 2.2 პოლიტიკის სამართლიზირება. 3. სამი მოდელი. 3.1 დეციზიონიზმი (Dezisionismus). 3.2 პოზიტივიზმი. 3.3 კონსტიტუციონალიზმი. 3.4 თანამედროვე კონსტიტუციონალიზმი. 4. საქმიანობის სფერო. 4.1 პოლიტიკური ნორმატიული წესრიგი. 4.2 სამართალშემოქმედება სამართლისა და პოლიტიკის მეშვეობით. 4.3 წარმატებული სამართლებრივი პრაქტიკის წინაპირობები. 5. დაბალანსების გამონკვევები. ლიტერატურა.

1. შესავალი

როგორ შეიძლება თანამედროვე სამართლის დახასიათება? სხვა რისი თქმა შეიძლება, როცა რაღაცა ძალაშია, სანამ არ შეიცვლება, ანუ სანამ მოქმედია. განსაკუთრებულ დიალექტიკაში თანამედროვე სამართლის სისტემის (პოლიტიკურად) ეფექტურობა არსებითად დამოკიდებულია იმაზე, ხერხდება თუ არა ნორმების შექმნისა და შეცვლის პროცესების განხორციელება განსაკუთრებული (სამართლებრივი) წესების დაცვით. როგორც ჩანს, აქ მოიაზრება ის, რომ სამართლებრივი ნორმების მოქმედება შეძლებისდაგვარად სწრაფად და ყოვლისმომცველად გათავისუფლდეს თავიანთი წარმოშობის პროცესზე დამოკიდებულებისაგან. მაგალითად, ჩვეულებრივ არ საუბრობენ სამართლებრივი ნორმების მოქმედების დასრულებაზე. ისინი მუდმივად აქტუალურია.¹ ზოგჯერ ცვლილებების შესაძლებლობებს აშკარად გამოირიცხავენ კიდევ, მაგალითად, ადამიანების ხელშეუვალი უფლებების ან ადამიანის ღირსების შემთხვევაში, ისინი „ხელშეუხებლად“ უნდა ითვლებოდეს. მსგავსი მაგალითების საფუძველზე ნათელი ხდება, თუ როგორ ცდილობს სამართლის ნორმატიულობა პოზიტივიზმთან კავშირში საკუთარი თავის იმუნიზაციას ცხოვრების პირობების პირისპირ, პირველ რიგში კი, პოლიტიკის სფეროში. ის ფაქტი, რომ ამის გამო თავიდან ვერ ავიცილებთ უფლებების დარღვევას ლიდერთა მხრიდან, აშკარაა; მაგრამ ადამიანის უფლებათა შესახებ ძირითადი ლიბერალური იდეის თანახმად, უმაღლესი ძალაუფლების მფლობელს სწორედ მსგავს შემთხვევებში არ უნდა შეეძლოს იმის მტკიცება, რომ სამართლის მიხედვით იმოქმედა. თუმცა, სამართალსა და პოლიტიკას სისტემის უკანონობის საკითხებში მხოლოდ დიდი მასშტაბებით კი არა, არამედ სამართლის ყოველდღიურობაში, მცირე მასშტაბებითაც განასხვავებენ. ხომ არ ეფუძნება სამართ-

¹ სამართლის პოზიტიურობასა და დროს შორის ურთიერთკავშირის შესახებ იხილეთ Oliver W. Lembcke (2009a): Law. In: H. James Birx (Hrsg.): Encyclopedia of Time. Science, Philosophy, Theology, & Culture. Bd. 2. Thousand Oaks (Cal.), 772-774. დაწვრილებით - Stephan Kirste (2002): The Temporality of Law and the Plurality of Social Times. The Problem of Synchronizing Different Time Concepts through Law. In: Michel Troper und Annalisa Verza (Hrsg.): Legal Philosophy. General Aspects: Concepts, Rights and Doctrines. Stuttgart, 23-44.

ლებრივი სისტემის ფუნქციონარიანობა იურისტის სიბრმავეს პოლიტიკურ მიზანშეწონილობებთან ან მიმზიდველობებთან მიმართებაში? და თუ იუსტიცია თვალსაზრისს ატარებს, მაშინ რატომ უნდა იყოს დაკავებული სამართალის მეცნიერების სტუდენტი პოლიტიკითა და საერთოდ პოლიტიკის თეორიით?²

ამ კითხვაზე პასუხები, რომლებითაც პოლიტიკის თეორიასთან სამართალის მეცნიერების ინტერდისციპლინარული გაცვლის მნიშვნელობა უნდა გამოიკვეთოს, იმავდროულად ამ სტატიის არგუმენტების გაგრძელების სტრუქტურას ქმნის: პირველ რიგში, უნდა გავიხსენოთ, რომ თანამედროვე სამართლებრივი სახელმწიფოს მიღწევა განხორციელდა სამართლის პოლიტიზირებისა და პოლიტიკის სამართლიზირების ისტორიული და დღემდე მიმდინარე პროცესების მეშვეობით (2.). ამ კონტექსტში აღმოცენდა კონსტიტუციონალიზმი, რომელმაც დღემდე ერთმნიშვნელოვნად განსაზღვრა დემოკრატიული კონსტიტუციური სახელმწიფოს თვითმყოფადობა. და მეორე, მოძღვრებათა ისტორიული გამოცდილებით მხოლოდ ამგვარად მონიჭულ თეორიას შეუძლია ნათელი მოჰტინოს იმ შემთხვევებელ ფაქტორებს, რომლებიც არ გვაძლევს სამართლებრივ ცნებათა პოლიტიკურ გამოყენებას - რაც პოზიტივიზმის დამახასიათებელი ნიშანია, - ან რომლებიც სამართლებრივ ცნებებს პოლიტიკურ სინამდვილეს ამთხვევს - რაც ახასიათებს დეცისიონიზმს (3.). თუმცა, ამგვარი კრიტიკა სამართლის მეცნიერებასთან კრიტიკულ-კონსტრუქციული დიალოგის გარეშე, არასრულყოფილი იქნებოდა, ესაა პოლიტიკის თეორიის მესამე ამოცანა. მისი წვლილი ამ საკითხში შესაძლებელია განხილულ იქნას სამი დონის მაგალითზე - სამართლებრივი ფილოსოფიის, დოგმატიკისა და პრაქტიკის, იქამდე, სანამ მოკლე დასკვნა გადაწყვეტდეს ამ tour de force-ს, რომელიც რეალობაში არასდროს მთავრდება (5.).

2. განვითარების ორი მიმართულება

სამართალი ადამიანის კულტუროლოგიური მონაპოვარია. ის ევოლუციური პროცესის შედეგია, რომელშიც სამართლებრივი ცნობიერება და მართლწესრიგი კომპლექსურ ურთიერთმიმართებაში ყალიბდება, ერთმანეთს უკავშირდება და კვლავ თანაცხოვრების პირობებს ესადაგება. ამასთან, სამართლის ცენტრალური ფუნქცია იმაშია, რომ ადამიანის ქცევა მართალი და უსამართლო კოდექსის მიხედვით განსაჯოს და დაადგინოს.³ იმისდა მიხედვით, ეს ფუნქცია უფრო მეტად წარსულის შენარჩუნებასა და მის განგრძობადობას ემსახურება თუ უფრო მომავლის მართვისკენაა მიმართული, განასხვავებენ ძველ და თანამედროვე სამართლებრივ სისტემებს. თუ ადრე სამართალი მოცემულობის შეცნობას ემსახურებოდა - მამების, ღმერთების ან ერთი ღმერთის მეშვეობით, თანამედროვე

² პოლიტიკისა და სამართლის კვლევის სფეროს „მონახაზები“ პირველ რიგში, თუმცა არა მარტო პოლიტიკის მეცნიერებისათვის განხილულია Frick, Lembcke und Lhotta-ს კრებულში (Hrsg.) (2017): Politik und Recht. Umriss eines politikwissenschaftlichen Forschungsfeldes. Baden-Baden.

³ სამართლის სისტემის კოდექსთან დაკავშირებით Niklas Luhmann (1995): Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt a.M., 165-213.

სამართალი კი, *გადაწყვეტილების საგანია. სამართლის პოზიტივიზაცია, პირველ რიგში, სამართლის პოლიტიზირებას წარმოადგენს* (2.1). თუმცა, ამ განვითარებამ სამოქალაქო საზოგადოებასთან ერთად, ასევე საპირისპირო განვითარება, კერძოდ კი, პოლიტიკის სამართლიზირება გამოიწვია (2.2). სამართლებრივი სისტემები დიალექტიკური ქანქარას (პერიოდული) მოძრაობამ განსაზღვრა და შედეგად მოიტანა კონსტიტუციური სახელმწიფოების დაფუძნება, რომლებიც „ჩვეულებრივ სამართალსა“ და „საკონსტიტუციო სამართალს“ შორის დონეების განსხვავებით ცდილობენ ორივე პროცესის უზრუნველყოფას.

2.1 სამართლის პოლიტიზირება

ანტიკური და შუასაუკუნეების სისტემები სტრუქტურულად გამოირჩევიან სამართალს, პოლიტიკასა და მორალს შორის მჭიდრო კავშირით.⁴ ამ პერიოდების სამართალი ღრმადაა ჩაბეჭდილი საზოგადოებათა წეს-ჩვეულებებში. სამართალი, უპირველეს ყოვლისა, ეფუძნება მოსამართლის ავტორიტეტს, ამასთან, ხშირად პერსონიფიცირებულია თავად მმართველის მიერ, რომელიც სამართალს ლეგიტიმაციას თავის გადაწყვეტილებებით ანიჭებს. მისი თვალთახედვა პრინციპულად მიმართულია წარსულისკენ, რომელსაც აღიქვამს, როგორც მართებული სიტუაციების პერიოდს, რომლებთანაც მიმართებაში მოსამართლის გადაწყვეტილება უცვლელი უნდა იყოს – „ძველი სამართალი კარგი სამართალია“.⁵ რენესანსის პერიოდში სუბიექტურობის „გამოგონებით“ იცვლება სამართლებრივი აზროვნება.⁶ ცალკეული ადამიანი აღიქმება, როგორც სუბიექტი, რომელიც საკუთარ თავს აყალიბებს ისე, როგორც სურს. ინდივიდუალურ ცხოვრებას ტრადიციის მოცემულობები კი არ განსაზღვრავენ, არამედ ამოცანები, რომლებსაც ყოველი ადამიანი თავად ეძებს და რომლებსაც თავად უნდა გაუმკლავდეს. მაგრამ საკუთარი ბიოგრაფიის შემოქმედებითი არქიტექტურით კმაყოფილებას, *plastes et fctor*, როგორც ამას პიკო დელა მირანდოლა თავის *Oratio de dignitate homini-ში* გამოთქვამს მხატვრულად⁷, ემატება ნერვიულობა მომავალთან

⁴ Uwe Wesel (1997): *Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zum Vertrag von Maastricht*. München, 45 f.; zur Entwicklungsdynamik des Rechts vgl. dens. (1985): *Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften*. Frankfurt a.M., 350-355.

⁵ ამ თემასთან დაკავშირებით კვლავ საინტერესოა Fritz Kern-ის კლასიკური კვლევა [1952]: *Recht und Verfassung im Mittelalter*. Reprint. Darmstadt 1992, 11-23.

⁶ ამასთან დაკავშირებით იხილეთ სხვადასხვა სტატიები Rolf Gröschner, Stephan Kirste und Oliver W. Lembcke-ს კრებულში (Hrsg.) (2008): *Des Menschen Würde – entdeckt und erfunden im Humanismus der italienischen Renaissance*. Tübingen; speziell zur „Erfindung“: Collegium editorum (2008): *Dialog über die Renaissance der Würde*. In: Dies.: (Hrsg.): *Des Menschen Würde, VII-XIII, hier VII f. Ausführlich sozialphilosophisch reflektiert von Michael Walzer* (1993): *Kritik und Gemeinsinn. Drei Wege der Gesellschaftskritik*. Frankfurt a.M., 9-41.

⁷ „ადამ, ჩვენ შენთვის არ მოგვიცია მუდმივი საცხოვრებელი, არც საკუთარი გარეგნობა და არც განსაკუთრებული ნიჭი, რათა საცხოვრებელი, გარეგნობა და ნიჭი, რომლებსაც საკუთარი თავისთვის შეარჩევდი, შენი სურვილისა და გადაწყვეტილების შესაბამისად გქონდეს და ფლობდე. სხვა ქმნილებების ბუნება განსაზღვრულია და ჩვენ ჩვენს მიერ დადგენილ კანონებში გვაქვს მოქცეული. შენ კი ყოველგვარი შეზღუდვისა და შეზღუდულობის გარეშე, შენი შეხედულებისამებრ, რომელიც მე მოგანიჭე, ის თავად უნდა განსაზღვრო. მე შენ სამყაროს შუაგულში მოგაქციე, რათა იქიდან უფრო კომფორტულად დაინახო, რა ხდება იქ. ჩვენ შენ არც ზეციურად და არც მიწიერად, არც მოკვდავად და არც უკვდავად შეგვიქმნიხარ, რათა შენ, როგორც თავისუფალმა, გადაწყვეტილების მიღების უნარიანმა შემოქმედებითმა მოქანდაკემ ის

დაკავშირებით, რასაც ამჟამად პრინციპულად ღიად და ორაზროვნად აღიქვამენ.⁸ ამდენად, მომავლის მართვა დღემდე სამართლის მთავარ ამოცანას წარმოადგენს.⁹

XVI საუკუნეში, რადიკალური სოციალური გარდაქმნების საფუძველზე დაჩქარდა ის პროცესები, რომლებმაც გამოიწვიეს გაძლიერებული კონცენტრაცია კანონმემოქმედებაზე. მართალია, სამართალს ზოგადად ისევ აღიქვამენ, როგორც ღვთიური ნების გამოხატულებას, მაგრამ რწმენის დიფერენცირების შედეგად ქრება დამატებლობა, თუ რომელი წყობაა ღვთის შესაფერისი. ეს საკითხი კამათის საგანია, რაც, საბოლოოდ, არღვევს ქრისტიანების ერთიანობას და ევროპას თავს ახვევს ოცდაათწლიან ომს. თანდათან ვრცელდება აზრი, რომელიც ბოდენს, ჰობსს და სხვებს უკვე გაცხადებული ჰქონდათ თეორიის დონეზე, რომ მხოლოდ სამართალს არ შეუძლია მშვიდობის უზრუნველყოფა. ამისთვის საჭიროა პოლიტიკა, უფრო ზუსტად: სუვერენული ძალაუფლება, რომლის ხელშიც სამართალია.¹⁰ ის იქნება განხორციელებადი და გახდება მუდმივად მზარდი პოლიტიკური ნების ფორმირების ინსტრუმენტი. იგი XVI საუკუნის შუახანებიდან ტერიტორიულ სახელმწიფოში მშვიდობის დამცველი წესრიგის კონსოლიდაციას ემსახურება და აგრეთვე, განსაკუთრებული უფლებების შემცირებას, სამართლის უნიფიკაციას, ადმინისტრაციული სტრუქტურების ცენტრალიზაციას და სამართლის არა ყოვლისმომცველი ნაწილების კოდიფიკაციას XVIII-XIX საუკუნების მიჯნაზე. ყველაფერ ამასთან ერთად კანონმდებლობა მუდმივად იძენს მნიშვნელოვან ფუნქციას და მასთან ერთად იცვლება ღირებულებები სამართალისა და პოლიტიკის ურთიერთობის თაობაზე: სამართალი, რომელიც ადრე სამართლებრივი იდეის გამოხატულება იყო, კარგავს თავის, როგორც აუცილებელი მოცემულობის სტატუსს.¹¹ სამართლებრივი იდეისგან რჩება ზეპოზიტიური სამართალი, არასავალდებულო ბუნებითი სამართალი. ის იმიტომ კი არაა სავალდებულო, რომ პოზიტიური სამართლის

ფორმა მისცე საკუთარ თავს, რომელსაც უპირატესობას ანიჭებ“ (Giovanni Pico della Mirandola [1496]: *Über die Würde des Menschen*. Lateinisch-Deutsch. Übersetzt von Norbert Baumgarten. Herausgegeben und eingeleitet von August Buck. Hamburg 1990, 5-7).

⁸ რენესანსის თავისუფლების კონცეფციისა და სპეციალურად პიკოს მოსაზრების შესახებ: Oliver W. Lembcke (2008b): *Die Würde des Menschen, frei zu sein: Zum Vermächtnis der Oratio de hominis dignitate Pico della Mirandolas*. In: Gröschner, Kirste und Lembcke (Hrsg.): *Des Menschen Würde*, 159-186.

⁹ აღნიშნულ საკითხს ეხება Niklas Luhmann (1999): *Ausdifferenzierung des Rechts*. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie. Frankfurt a.M., 73-91.

¹⁰ სუვერენობის კონცეფციას შეადარე უპირველეს ყოვლისა Jean Bodins *Les six Livres de la République* [1576] შემდეგი პასაჟები, I/8, II/1-4 (*Sechs Bücher über den Staat*. Eingel. und hrsg. von Peter C. Mayer-Tasch, übers. von Bernd Wimmer. 2 Bde. München 1981/1986, Bd. 1, 205-239, 319-360) und Thomas Hobbes' *Leviathan* [1651], hier programmatisch bereits die „Introduction“ und v.a. Kap. 17-18 (*Leviathan: or the Matter, Form, and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil*. In: *The English Works*. First Collected and Edited by Sir William Molesworth. 3rd Vol. London 1839, ix-xii, 153-170). In vergleichender Perspektive siehe die Studie von Preston King [1974]: *The Ideology of Order. A Comparative Analysis of Jean Bodin and Thomas Hobbes*. Reprint. London u.a 1999.

¹¹ ამ მოდერნიზაციის პროცესში სამართალი კარგავს თავის „სინწინდეს“. ამ დანაკარგთან დაკავშირებით ლუმანი ნაწილობრივ საუბრობს: „პოზიტიური სამართალი თავისი გავრცელებისა და შეცვლადობის ფარგლებში ტრივიალური სამართალი ხდება. ფორმა, რომელიც იმისთვის გამოიყენება, რომ დაადგინოს მოთხოვნები ჯილდოზე განსაზღვრული სემონის მოსავლის ვაშლების განადგურებისთვის, იმავდროულად რაღაც წმინდას ვერ გამოხატავს.“ (Niklas Luhmann (1983): *Rechtssoziologie*. 2. Aufl. Reinbek bei Hamburg).

რელატივირებით არ ჩაადლოს საფრთხეში მმართველის მშვიდობისა და წესრიგის უზრუნველმყოფი სუვერენობა.

2.2 პოლიტიკის სამართლიზირება

საშუალო კლასის პოლიტიკური მნიშვნელობის ზრდასთან ერთად სურათი შეიცვალა. ეს გამოვლინდა 1776 წელს ამერიკაში დამოუკიდებლობის დეკლარაციის გამოცხადებისა და 1789 წლის საფრანგეთის რევოლუციების დროს. „მაღალი უფლებების“ (ღვთის წყალობა) მქონე პირთა მხრიდან მმართველობაზე პრეტენზიას კვლავ აპროტესტებდნენ, როგორც სახელმწიფო პოლიტიკის აბსოლუტიზაციის მცდელობას. მტკიცე რწმენა, რომ საზოგადოებას შეუძლია ყველას საკეთილდღეოდ საკუთარი თავის მართვა, ლიბერალიზმის მიმართულებებს ერთმანეთთან აკავშირებს. ის იმ საზოგადოების მტერია, რომელიც ეფუძნება კლასობრივ განსხვავებებს. უფლება მისთვის ხდება ინდივიდუალური თავისუფლების გარანტი, კერძოდ კი, როგორც ყველასათვის თანასწორი უფლება და არა როგორც პრივილეგია ზოგიერთათვის. ესენი ხომ მოქალაქეები არიან, რომელთა საქმიანობა, ერთად აღებული, ქმნის მთლიან საზოგადოებას. შესაბამისად, მათ უნდა მიენიჭოთ პოლიტიკური თვითგამორკვევის უფლება, როგორც ამას აღნიშნავს აბბე სიეისი თავის ცნობილ პამფლეტში *Qu'est-ce que le tiers État?* (1789) და არა იმათ, იგულისხმებიან დიდგვაროვნები, რომლებიც ამ შრომის შედეგებს პარაზიტულად ითვისებენ.¹² ამის მიხედვით, პოლიტიკური მმართველობა მხოლოდ მაშინაა გამართლებული, როდესაც მისი პრეტენზია დემოკრატიულად ლეგიტიმირებული და სამართლებრივად ლიმიტირებულია.

თუმცა, პრივილეგიების გაუქმებით ისევე ცოტა გაკეთდა, როგორც ლიბერალური “ღამის გუშაგების სახელმწიფოს” შექმნით - ფერდინანდ ლასალის მახვილგონიერი გამონათქვამი რომ მოვიშველიოთ, - რომელიც შემოიფარგლება თავისი მოქალაქეების შიდა და საგარეო უსაფრთხოებით. ადამიანებისა და მოქალაქეების ახლად მიღწეულ უფლებებზე რომ აღარაფერი ვთქვათ, უზარმაზარი საზოგადოებრივი ცვლილებები, რომლებიც განსაკუთრებით ინდუსტრიულმა რევოლუციამ გამოიწვია და, ასევე სხვადასხვა სოციალური სისტემებისთვის დამახასიათებელი ლოგიკების სწრაფი ფუნქციონალური დიფერენცირება და მრავალფეროვნება, მოითხოვენ მუდმივად მზარდ საკანონმდებლო საქმიანობას. ერთი მხრივ, ამ მოთხოვნების დაკმაყოფილების, ხოლო, მეორე მხრივ, პოლიტიკოსთა შემოქმედებითი ნების შეზღუდვის მიზნით, ევროპის სამართლებრივ სისტემებში დამკვიდრდა შიდა იერარქია. ის განასხვავებს სამართლის ორ საბაზისო დონეს, ე.წ. ჩვეულებრივ სამართალს, რაც საკანონმდებლო საქმიანობის საგანია, და საკონსტიტუციო სამართალს, რომელიც გადანყვეტილებას იღებს

¹² Emmanuel Joseph Sieyès [1789]: Was ist der Dritte Stand? In: Oliver W. Lembcke und Florian Weber (Hrsg.) : Emmanuel Joseph Sieyès: Was ist der Dritte Stand? Ausgewählte politische Schriften. Berlin 2010, 111-176, hier v.a. 114 ff. – ამის საპირისპიროდ არ არის საუბარი სულიერების შეფასებაზე, რომელიც მაინც ასრულებს საზოგადოებრივ ფუნქციას; ამასთან დაკავშირებით იხილეთ ტექსტი „Kirchliche Güter“ (ebd., 221-232).

ჩვეულებრივი სამართლის წარმოქმნისა და მოქმედების პირობების შესახებ, თავად კი პოლიტიკის სწრაფ ხელმისაწვდომობას თავს არიდებს. უკვე კონსტიტუციის მომზადების პროცესი სამართლებრივ სახელმწიფოში, თავისი ისტორიული მნიშვნელობით, ფუნდამენტურად განსხვავდება კანონმდებლობის ყოველდღიური საქმიანობისაგან, რაც უმეტეს სახელმწიფოში საერთო მესხიერებაში იბეჭდება, როგორც საკუთარი ისტორიის განსაკუთრებული მომენტი (*constitutional moment*).¹³ გარდა ამისა, კანონებში ცვლილებების შეტანის პროცედურასთან თუ შევადარებთ, კონსტიტუციური ცვლილებები, როგორც წესი, მოითხოვს ფორმალობებს, რომელსაც მეტი დრო სჭირდება და ძირითადად კონსენსუსზეა ორიენტირებული. საკონსტიტუციო სამართალსა და ჩვეულებრივ სამართალს შორის ეს შიდა იერარქიზაცია შესაძლებელს ხდის პოლიტიკისა და სამართლის სფეროების „სტრუქტურულ დაკავშირებას“.¹⁴ იგი კანონმდებელს საშუალებას აძლევს, სწრაფად და ეფექტურად იმოქმედოს პოლიტიკურად და მისი წარმოდგენების მიხედვით შეცვალოს და განაახლოს სამართალი ან სრულიად ახალი სამართლებრივი მდგომარეობა შექმნას. მაგრამ აქ მას საზომად უნდა ჰქონდეს საკონსტიტუციო-სამართლებრივი კრიტერიუმები.

3. სამი მოდელი

სამართალისა და პოლიტიკის ურთიერთმიმართების თაობაზე იდეების ისტორიული მონახაზი გვიჩვენებს ორივე სფეროს ორმხრივ ურთიერთდამოკიდებულებას. ამას ემატება კონტექსტების სისტემატიური თეორიული რეფლექსია. სამართლის მეცნიერებაში სამართლის თეორიის სფეროა სამართლისა და პოლიტიკის ურთიერთობის საკითხი, რომლის არსს აკვირდებიან და კომენტარებს აკეთებენ პოლიტიკის თეორიის გადმოსახედიდან. გამარტივების მიზნით განასხვავებენ სამ მოდელს - დეცისიონიზმს (3.1), პოზიტივიზმსა (3.2) და კონსტიტუციონალიზმს (3.3), რომლებიც წარმოდგენილია კარლ შმიტის, ჰანს კელზენისა და ჰერმან ჰელერის მაგალითებით,¹⁵ ქვემოთ მოკლედაა აღწერილი კონსტიტუციონალიზმის თანამედროვე ვარიანტები (3.4).

3.1 დეცისიონიზმი

კარლ შმიტის საკონსტიტუციო თეორიის მყარ დანატოვარს მიეკუთვნება მისეული განსხვავება კონსტიტუციასა და საკონსტიტუციო კანონს შორის. შმიტის აზრით, ცალკეულ

¹³ ცნება უკავშირდება ბრუს აკერმანის გავლენიან ნაშრომს (1989): *Constitutional Politics/Constitutional Law*. In: *Yale Law Journal* 99(3), 453-547.

¹⁴ ამ თეორიის ფიგურასთან დაკავშირებით Luhmann 1995 (Fn. 3), 440-495.

¹⁵ სამართალსა და პოლიტიკას შორის ურთიერთობის შესახებ პარადიგმატული კამათი უკვე გარკვეული დროა თეორიების საერთაშორისო დისკურსშიც მასშტაბურად ჩართეს. siehe u.a. David Dyzenhaus (1997): *Legality and Legitimacy*. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. Oxford und Peter C. Caldwell (1997): *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law. The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham und London.

კანონებს, რასაც კონსტიტუციას ვუნოდებთ, შევყავართ შეცდომაში, ვინაიდან მათი შეცვლა რთულია. კონსტიტუცია უნდა გავიგოთ, როგორც „ერთიანობა“ და არა როგორც „ცალკეული“, როგორც ერის დამფუძნებელი ძალაუფლების გამოხატულება, რომლითაც ის იღებს სუვერენულ გადაწყვეტილებას თავისი არსებობის შესახებ, ამით ემიჯნება ის ერთობლივი ცხოვრების სხვა ფორმებს და საკუთარ იდენტობას აძლევს ფორმას.¹⁶ ასეთი “ფორმის ფორმა“ წინ უსწრებს გადაწყვეტილებას სისტემის ნორმატიული ფუნდამენტის შესახებ და ამდენად, უნდა განვასხვავოთ კონსტიტუციის „პოზიტიური“ ცნებისაგან, რომლის საგანია „ნორმის ნორმა“. ამ განსხვავებაში აშკარად იკვეთება შმიტისეული აზროვნებისთვის დამახასიათებელი დეცისიონიზმი: რწმენა, რომ პოლიტიკურ წყობას წინ არ უსწრებს დამფუძნებელი პრინციპები ან ღირებულებები, არამედ ნორმატიული თვალსაზრისით, საქმე ეხება „creatio ex nihilo“-ს, საკუთარი ნებით ჩამოყალიბებულ წყობას. ფორმირების შემდეგ იგი იურისტისგან ითხოვს „კონკრეტულ მსოფლმხედველობას“, რათა სამართლებრივი გადაწყვეტილებები თანხვედრაში მოიყვანოს ლეგიტიმურ პოლიტიკურ სისტემასთან.

კონსტიტუციის ცნების სისტემურ განმარტებას თან ახლავს ცალკეული ნორმის სამართლებრივი მოქმედების მოდიფიცირება საერთო გადაწყვეტილებასთან მიმართებით. ეს განსაკუთრებით ეხება იმ კონსტიტუციებს, რომლებიც მოაზრებულია არა როგორც ხალხის დამფუძნებელი ძალით მიღებული, არამედ როგორც „იდეალური ცნებისგან“ შემდგარი, მაგალითად, ვაიმარის კონსტიტუცია. ამ უკნასკნელთა მიმართებით აკრიტიკებდა შმიტი ბურჟუაზიული სამართლებრივი სახელმწიფოს ყველა დებულებას, განსაკუთრებით ძირითად უფლებებსა და ძალაუფლებათა გამიჯვნის პრინციპს, რომლებიც „პოლიტიკური ფორმის“ კონსტიტუციური შებოჭვიდან მომდინარეობს.

ეს კრიტიკა ეფუძნება შმიტისეულ პრინციპულ განსხვავებას ლიბერალიზმსა და დემოკრატიას შორის, რომლებსაც ის აკავშირებს ფორმის ორ პრინციპთან - იდენტობასთან და წარმომადგენლობასთან.¹⁷ დემოკრატიას მიეკუთვნება იდენტობის პრინციპი, ამის საპირისპიროდ კი მონარქიას - წარმომადგენლობის პრინციპი. ლიბერალური დემოკრატია ვაიმარის რესპუბლიკის საპარლამენტო ვარიანტში ამ პრინციპებს ერთმანეთში ურევს და ამ მიზნების გამო ფლობს თანდაყოლილ დეფექტს, რომლისგან განკურნებაც, საბოლოო ჯამში, არ შეუძლია. პარლამენტარიზმი კი მეტისმეტად სუსტია იმისათვის, რომ შესაბამისად ჩამოაყალიბოს ხალხის პოლიტიკური ნება.¹⁸

„კონსტიტუციის კონკრეტული მდგომარეობის“ შმიტისეული ანალიზი ერთმნიშვნელოვანი იყო.¹⁹ საპირისპირო ეკონომიკურ და პოლიტიკურ ინტერესთა ჯგუფები ანგრევდნენ

¹⁶ იხილეთ აქ და შემდგომშიც Carl Schmitt [1928]: *Verfassungslehre*. 8. Aufl. Berlin 1993, Kap. I-II.

¹⁷ Schmitt 1928 (Fn. 16), Kap. III.

¹⁸ შმიტის ანტიკონსტიტუციონალიზმთან მიმართებაში საფუძვლიან ანალიზს გვთავაზობს William E. Scheuerman (1996): *Carl Schmitt's Critique of Liberal Constitutionalism*. In: *The Review of Politics* 58(2), 299-322.

¹⁹ Carl Schmitt [1931]: *Der Hüter der Verfassung*. 4. Aufl. Berlin 1996, 71-131.

სახელმწიფოს ერთიანობას, მთავრობა მოქმედებისუუნაროა, ესაა მდგომარეობა, რომელიც მიმართულია ყოველი გონივრული კონსტიტუციური აზრის წინააღმდეგ. ერთი სიტყვით: გერმანია იმყოფება „საგანგებო სიტუაციაში“.²⁰ იმისათვის, რომ ამ სიტუაციაში შეაკავოს მოწინააღმდეგე ძალები, გაუმკლავდეს პარტიკულარულ ინტერესებს და კონფლიქტურ მხარეებს შორის დაბალანსებაზე იზრუნოს, კონსტიტუციის დამცველი ძლიერ პოლიტიკურ ინსტანციას უნდა წარმოადგენდეს. სიტუაციის გათვალისწინებით კი, ეს მხოლოდ „რაიხის პრეზიდენტის დიქტატურა“ შეიძლება იყოს.²¹ ამასთან, შმიტის პრეტენზიები საკონსტიტუციო სასამართლოს მიმართ საკმაოდ ინფორმატიულია სამართლისა და პოლიტიკის ურთიერთკავშირის თავლსაზრისით.²² უფრო დეტალურად რომ შევხედოთ, შმიტი უმეტესად ძალაუფლების სისავსისა და არა ილუზორული უსუსურობის შესახებ გვაფრთხილებს.

საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების, როგორც კონსტიტუციის ქომაგის წინააღმდეგ, მას „სამართლიზირების“ არგუმენტი მოჰყავს, სადაც „პოლიტიკას არაფერი აქვს მოსაპოვებელი, მართლმსაჯულებას კი ყველაფერი აქვს დასაკარგი“.²³ ეს ხედვა უშვებს, რომ კონსტიტუციის ნორმის ინტერპრეტაცია არა მოსამართლის, არამედ კანონმდებლის კომპეტენციაში შედის. თვითონ შმიტმა ბუსტად იცის, რომ მოსამართლის ყველა გადან-ყვეტილებაში დევს წმინდანყლის დეცისიონისტური ელემენტი, რომელიც არ მომდინარეობს ნორმის შინაარსიდან. ამგვარად, რა არის განსაკუთრებული საკონსტიტუციო სამართალში? შმიტისათვის ეს ბუნდოვანი დებულებებია, რომელთა განმარტება სასამართლოს მხრიდან იწვევს მეტისმეტ თვითნებობას. დამცველისგან მომდინარეობს საშიშროება, რომ ის გახდება კონსტიტუციის „ბატონ-პატრონი“. იმის ნაცვლად, რომ უძლურად შესცქეროდეს პოლიტიკურ მოვლენებს, საკონსტიტუციო მართლმსაჯულება „სამართლებრივი სახელმწიფოს“ განხორციელების მექანიზმად გვევლინება.²⁴

3.2 პოზიტივიზმი

კითხვა იმის თაობაზე, უნდა არსებობდეს თუ არა კონსტიტუციის დამცველი, კელზენისთვის წმინდანყლის სამართლებრივ-პოლიტიკური გადანყვეტილების საკითხია, რადგან მხოლოდ საკონსტიტუციო მართლმსაჯულებას ძალუძს, უზრუნველჰყოს კონსტიტუციის, როგორც უმაღლესი ნორმის სავალდებულო ხასიათი და კონსტიტუციის უპირატესი ძალა სხვა ნორმებთან მიმართებით.²⁵ კელზენს შმიტისაგან განსხვავებით არ

²⁰ შმიტის საგანგებო სიტუაციის კონცეფციასთან დაკავშირებით უფრო დანვრილებით: Oliver W. Lembcke (2007a): Exception Rules? Freedom and Order in a State of Exception. In: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 107 (Political Philosophy), 119-128.

²¹ Schmitt 1931 (Fn. 19), 100-108, 115, 135 f.

²² დეტალურად ამის შესახებ Oliver W. Lembcke (2007b): Hüter der Verfassung. Eine institutionentheoretische Studie zur Autorität des Bundesverfassungsgerichts. Tübingen, 15-27.

²³ Schmitt 1931 (Fn. 19), 35.

²⁴ Carl Schmitt [1922]: Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität. 7. Aufl. Berlin 1996, 13.

²⁵ Hans Kelsen (1929): Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Bd. 5, 30-84, hier 43 ff.

ეშინია ძლიერი საკონსტიტუციო სასამართლოსი: ამის წინაპირობა უნდა იყოს ის, რომ კონსტიტუცია არ იქნება გაჟღერებული „ბუნდოვანი ტერმინებით“ (მაგალითად, სამართლიანობა, თავისუფლება, მართლზომიერება, ზნეობრიობა).²⁶ საკონსტიტუციო სასამართლოების „ძალაუფლების სრულყოფილების“ მისაღწევი ყველაზე გარანტირებული გზა არის ის, რომ საკონსტიტუციო კანონმდებელმა ორგანომ „ყველა ასეთი ტერმინის“ გამოყენებისგან თავი შეიკავოს.²⁷ კელზენის აზრით, კონსტიტუცია სხვა არაფერია, თუ არა შინაარსობრივად განსაზღვრულ ნორმათა სისტემა; დამცველის ფუნქცია კი შემოიფარგლება იმით, რომ შეამოწმოს თუ რამდენად შეესაბამებიან ხელისუფლების აქტები კონსტიტუციას და, საჭიროების შემთხვევაში, გააუქმოს ისინი. ამდენად, საქმე ეხება არა კრეატიულ, არამედ ნეგატიურ ფუნქციას, რაც კონსტიტუციის დამცველს ევალება. ამიტომ კელზენი მას უწოდებს „ნეგატიურ კანონმდებელს“.²⁸ გარდა ამისა, ამით გამოიხატება ის, რომ განსხვავებები სასამართლო პრაქტიკასა და კანონმდებლობას შორის მხოლოდ შედარებითი ხასიათისაა: კანონმდებლობა წარმოშობს ზოგად ნორმებს, სასამართლო პრაქტიკა კი - ინდივიდუალურ ნორმებს. ორივე შემთხვევაში საუბარია „სამართლის შექმნაზე“, რომელიც მუდამ შეიცავს „გადაწყვეტილებისა“ და „ძალაუფლების განხორციელების ელემენტებს“.²⁹ ამაშია სამართლის ყველანაირი პრაქტიკის, მათ შორის საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების პოლიტიკური ხასიათი. ის იზრდება მოსამართლის თავისუფალი შეხედულების მიხედვით.

ყველანაირი ანტაგონიზმის მიუხედავად, ამ საკითხის შეფასებაში კელზენსა და შმიტს შორის გარკვეული ნათესაური კავშირია: ორივე მერყეობს საკონსტიტუციო იურისდიქციის საკითხში და მას ხან ძლიერად და ხან უმოქმედოდ მიიჩნევენ. ამის მიზეზია ის, რომ შმიტისთვისაც და კელზენისთვისაც პრაქტიკული მოქმედება საბოლოოდ ეფუძნება იმ პირის ნებას, რომელიც გადაწყვეტილებას იღებს და რომლებსაც აღარ სჭირდება შემდგომი რაციონალიზაცია. შმიტის აზრით, ეს ძალაუფლების გამოხატულება და, იმავდროულად, მოცემულ სიტუაციაში პოლიტიკური ასპექტის ნიშანია. ვიდრე სახელმწიფო „ნორმალურ სიტუაციაში“ იმყოფება, მისთვის სამართლისა და პოლიტიკის გამიჯვნა სამართლებრივი სახელმწიფოს დამახასიათებელი ნიშანია. თუმცა, პოლიტიკას აღარ შეუძლია სამართლის ფარგლებს გარეთ დარჩეს, როცა ეგზისტენციალური საშიშროებები მას გამოწვევის წინაშე აყენებენ. სწორი გადაწყვეტილება, შმიტის აზრით, სამართლის პრეროგატივა კი არაა, არამედ პოლიტიკური (გადარჩენის) ნების საკითხია, რომელსაც შედეგად მოჰყვება ის, რომ ამ სიტუაციაში სამართალი აღმოჩნდება გარეთ.

²⁶ ამ მიზეზის გამო კელზენი დასაწყისში სკეპტიკურად უყურებდა და თითქმის უარყოფდა კიდევ თავისუფლების ძირითადი უფლებების კონცეფციას, თუმცა ეს პოზიცია დროთა განმავლობაში გადალახა. Zur diesem Positionswechsel vgl. Horst Dreier (1990): Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen. 2. Aufl. Baden-Baden, 119.

²⁷ Kelsen 1929 (Fn. 25), 24, 69 f.

²⁸ Hans Kelsen (1931): Wer soll Hüter der Verfassung sein? Berlin, 28.

²⁹ Kelsen 1931 (Fn. 28), 15, 21 f.

კელზენის კონცეფციის მიხედვით, ამ არგუმენტაციის შემთხვევაში საქმე ეხება გაუგებრობების მთელ ჯაჭვს, რაც უპირველესად და მნიშვნელოვანწილად, სამართლისა და პოლიტიკის გამიჯვნაში მდგომარეობს.³⁰ კელზენის მიხედვით, სასამართლო პრაქტიკა მუდამ სამართლის შექმნასაც მოიაზრებს, რადგან სასამართლოს გადანყვეტილება ყოველთვის დეცისიონისტურ ელემენტს შეიცავს. ამდენად, სასამართლოს პოლიტიკური დამცველის ფუნქცია მის „საქმიანობასთან“ წინააღმდეგობაში კი არ მოდის, არამედ უბრალოდ მიჰყვება მას. ყველა სახელმწიფოებრივი ორგანო სამართალს „ქმნის“, განსხვავება მდგომარეობს მხოლოდ (როგორც უკვე აღინიშნა) სამართალშემოქმედების ერთიანობის ხარისხში. ამით უქმდება სახელმწიფოში ფუნქციების ტრადიციული მისადაგება. ამის სანაცვლოდ, მართლწესრიგის კელზენისეული „საფეხურებრივი თეორიის“ მიხედვით, ორგანოთა იერარქიული წყობა, კონსტიტუციასთან სიახლოვის გამო, გვევლინება სახელმწიფოს უმაღლეს ნორმად და ამ დროს მაღლა მდგომი ნორმები ქვედა დონის ნორმების განმარტებისა და აღსრულების სტანდარტია.³¹

მაშინ, როცა შმიტი სამართლისა და პოლიტიკის გამიჯვნას სასამართლოს მოქმედებასა და დამცველის ფუნქციას უკავშირებს, კელზენთანაც ეს განსხვავებები სუსტდება. თუ სამართალშემოქმედების პროცედურები ფორმალურად სწორი იყო,³² მაშინ შედეგად მივიღებთ სამართალს: „ამდენად ნებისმიერი შინაარსი შეიძლება სამართალი იყოს“.³³ მაგრამ ამ თვალსაზრისით, მხოლოდ სახელმწიფო ორგანოების მოქმედების (როგორც სამართალშემოქმედების) სტანდარტიზება არ ხდება. ინტერპრეტაციასაც უბრალოდ ნების აქტთან მივყავართ.³⁴ სამართალმზომელობის პროცესები, რომლებიც გადანყვეტილებას

³⁰ კელზენის მიხედვით, მოცემულ თემასთან დაკავშირებული განსხვავება მოძველებულია. უფრო მეტად მნიშვნელოვანია სამუშაოს მეთოდებით წარმართული განაწილება სამართლის მეცნიერებას (რომელიც ფლობს ცოდნას საკუთარი დისციპლინარული საზღვრების შესახებ) და მეცნიერების სხვა დისციპლინებს, მაგალითად, როგორც პოლიტიკურ მეცნიერებას შორის. Ehs-ის თანახმად, „კელზენის მეთოდების სიზუსტე აღნიშნავს თანამედროვე პოლიტიკური მეცნიერების დასაწყისს.“ (Tamara Ehs (2009): Vorwort. In: Dies. (Hrsg.): Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung. Wien, 5-14, hier 7); in diesem Sinne sind auch Kelsens eigene Beiträge zur Politikwissenschaft, insbesondere zur Demokratietheorie zu lesen: siehe dazu Oliver Lepsius (2009): Kelsens Demokratietheorie. In: Ehs (Hrsg.): Hans Kelsen, 67-89.

³¹ Vgl. Hans Kelsen [1960]: Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. Nachdruck der 2. Aufl. Wien 1992, 228-282.

³² ის, რომ მხოლოდ ფორმალურად უნაკლო პროცედურაზე დაყრდნობა ზედაპირულია, ასევე გვიჩვენებს „soft law“-ს ფენომენი. სამართლის მოქმედებასა და „soft law“-ს რბილი სამართლის ურთიერთობის შესახებ დისკუსიისთვის იხილეთ vgl. Bart van Klink und Oliver W. Lembcke (2018): A Fuller Understanding of Legal Validity and Soft Law. In: Pauline Westerman et al. (Hrsg.): Legal Validity and Soft Law. Cham, 145-164.

³³ Kelsen 1960 (Fn. 31), 201.

³⁴ მოძღვრება ინტერპრეტაციის შესახებ მიეკუთვნება სამართლის წმინდა თეორიის ყველაზე პრობლემატურ ასპექტებს; vgl. dazu auch Dreier 1990 (Fn. 26), 145-155. კელზენის მიზანს წარმოადგენდა, სამართლის მეცნიერება თანამედროვე მეცნიერების დონეზე აეყვანა. თუმცა ობიექტურობის ფასი მაღალი იყო, რადგან ის საკუთარ დისციპლინას, სუბიექტურ ირაციონალიზმში გადავარდნის შიშის გამო, ნორმების ექსპლიკაციაში დამცავ ძალას ვერ ანიჭებდა. სამართლის მეცნიერების „სიზუსტე“ „დისციპლინას“ მხოლოდ საკუთარ დისციპლინებს „აჩვენებს“. ის ვეღარ ამყარებს დისციპლინას სამართალშემოქმედების აქტის ინტერესებით მართული და ხშირად კომპრომისული პროდუქტებისთვის.

უსწრებენ წინ, კარგავენ თავის მნიშვნელობას და - როგორც დეცესიონიზმის შემთხვევაში - თვითნებური ხდებიან.

3.3 კონსტიტუციონალიზმი

კელზენთან და შმიტთან დაპირისპირებისას, უპირველეს ყოვლისა, ჰერმან ჰელერმა დაიცვა საკონსტიტუციო მოთხოვნები დეცესიონიზმისა და პოზიტივიზმის პრეტენზიებთან დაკავშირებით. მისი არგუმენტაცია, პირველ რიგში, იმითომ ითვლება საკონსტიტუციო აზროვნების ნიმუშად, რომ ჰელერი ანვითარებს დემოკრატიულ თვალსაზრის სამართლებრივი სახელმწიფოს შესახებ და განსაკუთრებულად განმარტავს სამართალსა და პოლიტიკას შორის ურთიერთობას.³⁵

ჰელერს კონსტიტუციონალიზმში ორი რამ არწმუნებს:³⁶ პოლიტიკური თვითგამორკვევის პრინციპი და რწმენა ყველა პიროვნებისა ან ჯგუფის უნარში, დამოუკიდებლად შეიყნონ და განახორციელონ თავიანთი ინტერესები. ავტონომიის პრინციპთან ერთად პოლიტიკური თანასწორობა ქმნის აუცილებელ ელემენტს, რომელიც კანონში პოულობს გამოხატულებას. სხვაგვარად რომ ვთქვათ, „კონსტიტუციური“ კანონები მოქალაქეებს შესაძლებლობას აძლევენ, მნიშვნელოვანი მონაწილეობა მიიღონ პოლიტიკურ ცხოვრებაში, რომლებიც, როგორც სუვერენი და სამართალზე დამოკიდებული პირები, დემოკრატიული ნების ჩამოყალიბების პროცესში ორმაგ როლს ასრულებენ.³⁷

თუ განვიხილავთ სამართლებრივი სახელმწიფოს წარმოშობის ისტორიას (ქვეთავი 2), უდაოდ უნდა ვაღიაროთ თუ რა მნიშვნელობა აქვს კონსტიტუციონალიზმისთვის ხალხის მმართველობის იდეას. ჰელერიც განსაკუთრებულად ეხება დემოკრატისა და ლიბერალიზმს შორის არსებულ კავშირს. სამართლებრივი სახელმწიფოს შეზღუდული ფუნქციის გარდა, რომელიც უკავშირდება სახელმწიფოს მმართველობის საზღვრებს, სახელმწიფოს ძალაუფლებათა ორგანიზაციასა და საზოგადოებრივ-სახელმწიფოებრივი მოქმედების პროგნოზირებადობას, არსებობს ლეგიტიმაციის ფუნქციაც, რომელიც XIX საუკუნის შუახანებამდე მთელს ევროპაში მჭიდროდ იყო დაკავშირებული პოლიტიკური მონაწილეობის დემოკრატიულ იდეალთან.

³⁵ სახელმწიფოს შესახებ ჰელერის სწავლების პოლიტიკურ-მეცნიერული მიდგომის რეკონსტრუქცია მ.შ. გვხვდება Michael Henkel und Oliver W. Lembcke-თან (2003): Politikwissenschaft als Theorie der Politik. Hermann Hellers theoretische Grundlegung der Politikwissenschaft. In: Politisches Denken. Jahrbuch 2003, 30-54. Siehe außerdem umfassend Michael Henkel (2011): Hermann Hellers Theorie der Politik und des Staates. Die Geburt der Politikwissenschaft aus dem Geiste der Soziologie. Tübingen.

³⁶ Hermann Heller [1928a]: Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung. In: Ders.: Gesammelte Schriften. Hrsg. von Martin Drath et al. Bd. 2. Leiden 1971, 203-242, hier 210.

³⁷ ამასთან დაკავშირებით დანვრილებით Oliver W. Lembcke (2010): Konstitutionelles Gesetz im sozialen Rechtsstaat. Zu einem Grundbegriff der Staatslehre Hellers. In: Marcus Llanque (Hrsg.): Souveräne Demokratie und soziale Homogenität. Das politische Denken Hermann Hellers, Baden-Baden, 239-260. Vgl. zur demokratischen Partizipation Hermann Heller [1924]: Politische Ideenkreise der Gegenwart. In: Ders. 1971, Bd. 1, 257-374, 309, 331-333.

სამართლებრივ სახელმწიფოში ორმხრივი ურთიერთობა, პასუხისმგებლობების განაწილება და უკუკავშირები უზრუნველყოფს კანონმდებელსა და ნორმის ადრესატს შორის სიმეტრიულ ურთიერთობებს. მაშინ, როცა ფორმალურ-სამართლებრივ სახელმწიფოში სამართალთან კავშირში მოლოდინის გარანტია წინა პლანზე დგას, მატერიალური სამართლებრივი სახელმწიფო ინარჩუნებს სამართლებრივ ურთიერთობებს - თვითონ საკონსტიტუციო კანონი არის ინსტრუმენტი, რომელიც ამ აზრს განსაკუთრებულად ასხამს ხორცს. მსგავსი კანონი უდავოდ წარმოადგენს ბრძანებას კანონზე დაქვემდებარებულის მისამართით. მაგრამ სამართლის ფარგლებში ხდება ამ ბრძანების ინდივიდუალიზაცია, რათა თავისი კონკრეტული ფორმით, როგორც ნორმა, აღიარების ღირსი იყოს და შესაბამისად - დამკვიდრდეს. სამართლებრივ-სახელმწიფოებრივ პირობებში ეს იმას ნიშნავს, რომ ლეგიტიმაციის რწმენა ორიენტირებულია რაციონალურ გამართლებასთან. დასაბუთების ფართო შესაძლებლობის სტანდარტის საკითხი არა მხოლოდ ხელს უწყობს პოლიტიკის „საჯაროობას“,³⁸ როგორც ამას კანტი უწოდებს, არამედ, ასევე ასაზრდოებს დემოკრატიას ლეგიტიმურობის საერთო მოთხოვნის არსებობის გამო.³⁹ და როგორც სამართალი არეგულირებს კანონის მოთხოვნის ინდივიდუალიზაციის პროცესს ვერტიკალურად, ისევე არეგულირებს ის ნების წარმოქმნის პროცესს ქვემოდან ზემოთ, რომლითაც აირჩევა წარმომადგენლები. ჰელერი იზიარებს კელზენის მოსაზრებას ნორმების იერარქიის შესახებ: თუმცა, მასთან ეს იერარქია არ არის საყოველთაოს ლოგიკური უპირატესობის გამოხატულება ინდივიდუალურზე, არამედ კანონმდებლის პოლიტიკური უპირატესობის გამოვლინებაა. მისთვის პოლიტიკური ძალაუფლების სამართლებრივი განსაზღვრა - ორმაგ პერსპექტივაში „bottom up“ და „top down“ - წარმოადგენს სამართლებრივ-სახელმწიფოებრივი დემოკრატის გადამწყვეტ დამახასიათებელ ნიშანს. ის მოიცავს წარმომადგენლების არჩევას და ასევე მათ სამართლებრივ ვალდებულებებს თანამდებობებზე. გარდა ამისა, ის განსაზღვრავს თანამდებობის პირთა დამოუკიდებლობას და უზრუნველყოფს სანქციების მექანიზმებს, რათა გარანტირებული იყოს დემოკრატიული უკუკავშირი.⁴⁰ წარმომადგენლებსა და წარმოდგენილებს შორის ეს სამართლებრივი ურთიერთობა, რომლის მიზნები ხალხის პოლიტიკურ თვითგამორკვევაშია, ჰელერისათვის განაპირობებს განსხვავებას დემოკრატისა და ავტოკრატის შორის. მსგავსი ორმაგი პერსპექტივა, მისი აზრით, იმ სამართლებრივი პრინციპების თვალსაზრისითაც შესაფერისია, რომლებიც არ წარმოადგენს დადებითი სამართლის ნაწილს,⁴¹ თუმცა ისინი დადებით სამართალთან დაკავშირებულია შესაბამისი (სამართლებრივი) კულტურის მეშვეობით.⁴² ეთიკური სამართლებრივი პრინციპები მიუთითებს გარემოებაზე, რომ ლეგიტიმაციის ერთადერთი წყარო

³⁸ ცნებასთან დაკავშირებით, შეადარე მშვიდობის შესახებ ნაშრომის მეორე დამატება: Kant, Immanuel [1795]: Zum ewigen Frieden. In: Werke in zehn Bänden. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Bd. 9. Darmstadt 1983, 193-251, hier 244 ff.

³⁹ ამასთან დაკავშირებით უფრო დანწერილებით Dyzenhaus 1997 (Fn. 15), 196 f.

⁴⁰ Hermann Heller [1928b]: Politische Demokratie und soziale Homogenität. In: Ders. 1971, 421-433, hier 425-427.

⁴¹ ამისათვის მათ უკვე აკლიათ საკმარისი (ინდივიდუალიზებული) განსაზღვრულობა, რათა მოითხოვონ ნორმის შესაბამისი მოქმედება.

⁴² Heller 1928a (Fn. 36), 228 f.

კანონმდებლის ნება არ არის. ამიტომ ისინი ჰელერისთვის კანონებთან ერთად წარმოადგენს ნორმატიულ სტრუქტურას, რომლის ამოწურვა სახელმწიფოს მიერ შეუძლებელია (დადებით-სამართლებრივი) კანონმდებლობის მეშვეობით.⁴³ უნინდელივით, სამართლებრივი ნორმების თანახმად, სამართლებრივი პრინციპები ორი თვალთახედვით მოიაზრება: ქვემოდან ზემოთ ისინი სახელმწიფოსა და განსაკუთრებით კანონმდებელს ავალდებულებს „სწორ“ მოქმედებას; ხოლო ზემოდან ქვემოთ ისინი მოქმედებენ კანონშემოქმედთა ქმედების გამართლებად. ესაა ორმაგი პერსპექტივა, რომელმაც განსაზღვრა კონსტიტუციური აზროვნება არა მარტო თეორიაში, არამედ ასევე პრაქტიკაში.

3.4 თანამედროვე კონსტიტუციონალიზმი

ლიბერალიზმსა (ცალკეული პირის თავისუფლების უფლებები) და დემოკრატიას (ხალხის თვითგამორკვევა) შორის კავშირი წარმოადგენს თანამედროვე კონსტიტუციონალიზმის შინაარსობრივ მახასიათებელს. მართვის ძველი ფორმები, მაგალითად, კონსტიტუციური მონარქია, აღარ აკმაყოფილებენ პოლიტიკური ლეგიტიმაციის მოთხოვნებს.⁴⁴ მსგავს ქვეყნებში გაბატონებულიც რომ იყოს სამართალი და კანონი, თავისუფალი კანონმდებლობის (განსხვავებული ხარისხით) შესაძლებლობები მაინც შეზღუდულია. პოლიტიკური თავისუფლებისა და თანასწორობისგან ხშირად მხოლოდ კანონის წინაშე თანასწორობის ფერმკრთალი ანარეკლი რჩება და ასევე ცალკეული პირების სხვადასხვა ძირითადი უფლებები, რომლებიც მას ემსახურებიან, როგორც სახელმწიფოსგან დამცავი უფლებები: პოლიტიკურის ნაცვლად სამართლებრივი თავისუფლებები. ამის საპირისპიროდ, თანამედროვე კონსტიტუციონალიზმში ხალხის პოლიტიკური ავტონომია თავის გამოხატულებას დემოკრატიული ნების ჩამოყალიბებისა და გადანყვეტილების მიღების სამართლებრივად დადგენილ პროცედურაში პოულობს. თუმცა მისი ინსტიტუციონალიზირებული ფორმირება წარმოადგენს კომპლექსური თეორიული განსჯის საგანს. მ.შ. ეს ვლინდება დემოკრატიის თეორიის ფარგლებში მსჯელობისას, რომელიც შემდეგი შეკითხვის გარშემო ტრიალებს: რამდენ განხილვას მოითხოვს დემოკრატიული მონაწილეობისა და პროცედურების *volonté generale*-ის იდეალი? და რამდენ (უმრავლესობის) გადანყვეტილებას აიტანს ის?⁴⁵ კონსტიტუციონალიზმის გადმოსახედიდან მსგავს შეკითხვას მივყავართ პრობლემასთან, განსაზღვროს შესაბამისად, ერთი მხრივ, სახალხო სუვერენიტეტის, როგორც დამფუძნებელი

⁴³ Vgl. Dyzenhaus 1997 (Fn. 15), 197.

⁴⁴ ამას ზუსტად შეესაბამება Analyse von Seyla Benhabib (1994): Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy. In: Constellations 1(1), 25-53.

⁴⁵ პარადოქსული ურთიერთობების შესახებ, რომლებიც ამოტივტივდება პოლიტიკურ-თეორიული ანალიზის ფარგლებში, იხილეთ Bonnie Honig (2007): Between Decision and Deliberation: Political Paradox in Democratic Theory. In: American Political Science Review 101 (1), 1-17.

ძალაუფლების და, მეორე მხრივ, პოლიტიკის სამართლებრივი ყოფის მნიშვნელობა ძირითად ურთიერთობაში. თანამედროვე დისკუსიაში განასხვავებენ ხუთ მიდგომას.⁴⁶

(1) კონსტიტუციონალიზმის ლიბერალურ ვარიანტში ცალკეული პირის ძირითადი უფლებები - ჯონ ლოკის ტრადიციაში *life, liberty, and estate* - წარმოადგენენ ფუნდამენტს ყოველი თავისუფალი პოლიტიკური წყობისთვის.⁴⁷ ამ თვალსაზრისით, ისინი ფლობენ უნივერსალურ ძალას. ლიბერალური კონსტიტუციის თეორიების უმეტესი ნაწილი ცდილობს, მოგვანოდოს დამატერებელი დასაბუთება უნივერსალობის ამ პრეტენზიასთან დაკავშირებით. ყველაზე ცნობილ და ხარისხიან მონახაზებს მიეკუთვნება ჯონ როულზის *Theorie of Justice* (1971), რომელიც ინტენსიური და კრიტიკული განხილვის ფონზე სამი ათწლეულის შემდეგ ხელახლა გამოიცა სათაურით *Justice as Fairness* (2001). მისი თეორია გვაძლევს შესაძლებლობას, შევისწავლოთ სამართლის უპირატესი ძალა პოლიტიკასთან მიმართებით, რაც, ლიბერალური თვალსაზრისით, აუცილებელია კონსტიტუციის შექმნის პროცესში: არა სუვერენული ხალხი, არამედ სამართლის მორალური პრინციპები და კონსტიტუციის განვითარების პროცესში მათი გათვალისწინება უზრუნველყოფენ პოლიტიკური სისტემის ლეგიტიმაციას. საზოგადოდ მიღებული ამ პრინციპების დასაბუთებისთვის როულზის იყენებს გონებრივ ექსპერიმენტს:⁴⁸ კონსტიტუციის რომელ პრინციპებს მიანიჭებდნენ თავისუფალი და გონიერი ადამიანები უპირატესობას „საწყის მდგომარეობაში“ (*original position*), რომელშიც ისინი, მართალია, საკმარის ინფორმაციას ფლობენ საზოგადოებრივი და პოლიტიკური ცხოვრების ძირითად ურთიერთკავშირზე, მაგრამ „უცოდინრობის პირბადის ქვეშ“ არაფერი იციან მისი კონკრეტული მდგომარეობის შესახებ (ე.ი. მისი სოციალური სტატუსის, რასის, სქესისა და ა.შ.)? როულზის მიხედვით, ასეთ სიტუაციაში ყველა მონაწილე შეძლებდა სამართლიანობის ორ ძირითად პრინციპზე შეთანხმებას:

(i) ყველა ადამიანს ექნებოდა თანასწორი ძირითადი თავისუფლებები, თუ ისინი სხვა ადამიანების ძირითად თავისუფლებებთან თანხვედრაშია.

(ii) სოციალური და ეკონომიკური უთანასწორობა მხოლოდ მაშინაა ყოველთვის დასაშვები, თუ ისინი ან უწყებებთან ან პოზიციებთანაა კავშირში, ან თუ ისინი ყველაზე მეტად მათ მოუტანენ სარგებელს, რომლებიც ყველაზე ნაკლებად არიან უზრუნველყოფილნი ხელშეწყობით (დიფერენციაციის პრინციპი).⁴⁹

(2) სამართლიანობის კონცეფციის ამ უნივერსალიზირებული პრეტენზიის წინააღმდეგ კომუნიტარიზმმა დაიცვა კონკრეტული საზოგადოებების ჩვეული სამართალი. როულზის ადრინდელ კრიტიკაში მ.შ. მაიკლ ი. სანდელმა უკვე მიუთითა იმ გარემოებაზე, რომ

⁴⁶ Martin Loughlin und Neil Walker (2007): Introduction. In: Dies. (Hrsg.): *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*. Oxford, 1-8, hier 6 f.

⁴⁷ John Locke [1689]: *Second Treatise of Government*. Hrsg. von C.B. Macpherson. Indianapolis und Cambridge 1980, Kap. II/6, XIX/222 [Formel]/9 und 111.

⁴⁸ John Rawls (1971): *A Theory of Justice*. Cambridge (Mass.), 17-21, 118 ff.; ders. (2001): *Justice as Fairness. A Restatement*. Hrsg. von Erin Kelly. Cambridge (Mass.)/London, 14-18, 80-134.

⁴⁹ Rawls 1971 (Fn. 48), 54-117; ders. 2001 (Fn. 48), 39-79.

მხოლოდ ამგვარი საზოგადოებებისადმი მიკუთვნება და ღირებულებებისა და მორალის ერთობლივ წარმოდგენებში მონაწილეობა, შესაძლებლობას აძლევს ცალკეულ პირს შეიქმნას აზრი სამართლიანობის პრინციპის შესახებ.⁵⁰ პოლიტიკური ასპექტის გათვალისწინებით, აქედან გამომდინარეობს საყოველთაოს (და პოლიტიკური) უპირატესობა კერძოსთან მიმართებაში: ასე მაგალითად, ინდივიდუალური უფლებები განაპირობებენ საზოგადოებრივ კეთილდღეობას. თვითონ კონსტიტუცია კი, უპირველეს ყოვლისა, უნდა გავიგოთ, როგორც პოლიტიკური ტრადიციების გამოხატულება, როგორც ორგანული ზრდის შედეგი, რომლის უკანაც კონსტიტუციის მომზადების ერთჯერადი აქტი, მნიშვნელობის მიხედვით, უკანა პლანზე ინაცვლებს.

(3) ლიბერალიზმსა და კომუნიტარიზმს შორის მესამე გზას ადგება იურგენ ჰაბერმასი დემოკრატიული სამართლებრივი სახელმწიფოს მისეული დისკურსიულ-თეორიული რეკონსტრუქციით.⁵¹ მისი აზრით, ლიბერალური პოლიტიკური საზოგადოების უფლებებზე ორიენტირებულმა შეზღუდვამ შეიძლება უარყოფითი გავლენები იქონიოს მოქალაქეთა პოლიტიკურ მონაწილეობაზე და, საბოლოოდ, გამოიწვიოს სახელმწიფოსა და საზოგადოების გაყოფა. მაგრამ საზოგადოების კომუნიტარისტულ, დემოკრატიულ ორიენტირებულ პრივილეგირებულ პოზიციასაც აქვს ნეგატიური მხარე, რადგან ის მხოლოდ მსუბუქად ახდენს ინდივიდუალური უფლებების რელატივირებას და, საბოლოოდ, მოქალაქე სამართლებრივად დაუცველი რჩება. ამიტომ, ჰაბერმასი ემხრობა კერძო უფლებებისა და საზოგადოების თვითგამორკვევის სიმბიოზის, ანუ სამართლებრივი სახელმწიფოსა და დემოკრატიის მთლიანობის იდეას, როდესაც სახეგა პროდუქტიული დაძაბულობა, ერთი მხრივ, სტრუქტურულ ხელისუფლებასა და, მეორე მხრივ, ხალხს შორის. ამ მიდგომის თანახმად, ხალხს, როგორც უკანა ფონზე მდგარ დემოკრატიულ სუვერენს, ლეგიტიმაციის მნიშვნელოვანი როლი აქვს, იმ პირობით, რომ კონსულტაციების გზით მოქალაქეთა ინტერესები აისახება პოლიტიკაში.

(4) მიხაელ ჰარდტისა და ანტონიო ნეგრის თვალსაზრისით, დემოკრატიული სუვერენის როლის მსგავსი წარმოდგენა არ აკმაყოფილებს კანონისმიერ მოთხოვნებს. აქ საქმე გვაქვს არა სახელმწიფოებრივად ორგანიზებულ ხალხთან, არამედ სახელმწიფოს საზღვრებს გარეთ ერთმანეთთან დაკავშირებულ ბევრ (*multitude*) ადამიანთან სახელმწიფოში (*empire*), რომლებიც, ფაქტობრივად, მოქმედების ინიციატივას თავის თავზე იღებენ.⁵² სახელმწიფომ (იმპერიამ) აღარ იცის საგარეო საზღვრები, ის მოიცავს მთლიანობაში მსოფლიო საზოგადოებას. თუმცა ეს ჰარდტისა და ნეგრისთვის თითქმის აღარაა ცარიელი ფორმა. ცვალებად, მოქნილ ორგანიზაციებში დიდძალი მასის ბევრ წარმომადგენელს შეუძლია თავისი სტრატეგიული ინტერესების გატანა, რომლებთან მიმართებაში სახელმწიფო თავისი ტრადიციული იერარქიული სტრუქტურებითა და

⁵⁰ Sandel, Michael J. (1982): *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge (Mass.).

⁵¹ Habermas, Jürgen (1994): *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 4. Aufl. Frankfurt a.M., Kap. III.

⁵² Michael Hardt und Antonio Negri (2000): *Empire*. Cambridge (Mass.).

პრეტენზიებით, საშუალო ვადიან პერსპექტივაში, უსუსურად გვევლინება. ჰარდტისა და ნეგრის მიხედვით, თანამედროვე კონსტიტუციონალიზმის რადიკალური პოტენციალი ვლინდება მრავალმხრივ მმართველობაში, როდესაც მასები ლოკალურ, რეგიონალურ, ნაციონალურ და საერთაშორისო სამართლებრივ სფეროებში ფრაგმენტირებულ სამართალს თავის სასარგებლოდ იყენებენ და ამით უფრო მეტად ითავისუფლებენ თავს სახელმწიფოს იძულებისგან.

(5) მსგავსი, „სუბვერსიული“ მიმართულებით⁵³ მიდის ასევე ჯიორჯიო აგამბენი, რომელიც შთაგონებულია ვალტერ ბენუამინის მესიანიზმით, პოლიტიკური მოძღვრებით, რომელიც საუბრობს ყოველი სამართლებრივი სისტემის არათორმალურ „სიკვდილზე“.⁵⁴ შესაბამისად, სამართალში ცხოვრებას აგამბენი მხოლოდ წარმოსახვით უსაფრთხოებას ანიჭებს. მას მოიპოვებენ პოლიტიკის უფლებით სიკვდილ-სიცოცხლის საკითხის გადაწყვეტისას. ეს ძალაუფლება გამოხატავს პოლიტიკურ სუვერენობას, რომლის წინაშეც ადამიანს ვერავითარი სამართალი ვერ დაიცავს.⁵⁵ რადგან სუვერენიტეტის ლოგიკის მიხედვით, ის ადგენს სამართლის წესებს, მაგრამ თვითონ არაა ვალდებული, რომ დაემორჩილოს მათ. წესთან დაკავშირებით ყოველთვის შესაძლო გამონაკლისი თავად სამართლის სტრუქტურულ ელემენტს წარმოადგენს. შესაბამისად, აგამბენის მიხედვით, სამართლისა და უსამართლობის განსხვავება შეუძლებელია. თანამედროვე სახელმწიფოების დამახასიათებელი ნიშანი უფრო მეტად განუსხვავებლობაა, ნორმისა და ფაქტის რუხი ზონა [*twilight zone*]; და ამ საფრთხეში ცხოვრება ადამიანს აქცევს „homo sacer“-ად, რომელიც სუვერენიტეტის გავლენის ქვეშ ექცევა და მის წინაშე დაუცველია. ამ თვალსაზრისით, ნაციონალ-სოციალისტების საკონცენტრაციო ბანაკებსა და გუანტანამოს პატიმართა ბანაკს შორის არანაირი განსხვავება არ არსებობს.⁵⁶

საგანგებო მდგომარეობა, რომელიც სამართალსა და პოლიტიკას შორის არსებული „მანკიერი“ კავშირისგან წარმოიშვება, და რომლის ხელშიც homo sacer-ი (უფლებააყრილი ადამიანი) ექცევა, როგორც აგამბენი იმედოვნებს, პრინციპში ყოველთვის შეიძლება გადაიქცეს ნამდვილ (განმანთავისუფლებელ) საგანგებო მდგომარეობად, რომელშიც ცალკეულ ადამიანს შეუძლია დაეხსნას სახელმწიფოს ბატონობას. ამასთან, თავად ცალკეული ადამიანი წარმოადგენს ნიუანსს, რომელსაც შეუძლია, გვიჩვენოს ძირეული განსხვავება იმ გზით, თუ როგორ მოიქცევა სამართალშემოქმედებით ძალაუფლებასთან მიმართებაში და შეინარჩუნებს თუ არა თავის აზროვნებაში უნიკალურობის ნიშნებს. აგამბენისთვის განსხვავების ეს უნარია მნიშვნელოვანი. თუ გამონაკლისი მხოლოდ საგანგებო მდგომარეობაშიცაა შესაძლებელი, ცალკეული

⁵³ რის გამოც თეორიის ეს მიმართულებები ტიპურად არ მიეკუთვნებიან კონსტიტუციონალიზმს.

⁵⁴ აგამბენის პოლიტიკური თეორიის შესახებ, განსაკუთრებით სამართლის ამ დაუნერვლი ნაწილის შედეგების მაგალითზე Zu Agambens politischer Theorie, insbesondere anhand der Konsequenzen dieses unverfassten Rest des Rechts, vgl. Lembcke 2018.

⁵⁵ Giorgio Agamben (2002): Homo sacer. Die souveräne Macht und das nackte Leben. Übers. von Hubert Thüring. Frankfurt a.M., 25 ff., 81 ff.

⁵⁶ Giorgio Agamben (2004): Ausnahmezustand (Homo sacer II.1). Übers. von Ulrich Müller-Schöll. Frankfurt a.M.

ადამიანი ნამდვილ საგანგებო მდგომარეობაში ცხოვრობს. ის წარმოადგენს „დარჩენილ ნაწილს“, რომელიც არასდროს მთავრდება და როგორც დარჩენილი ნაწილი - როგორც მთლიანობაში ხალხი - ის ნამდვილი პოლიტიკური სუბიექტია.⁵⁷

4. საქმიანობის სფერო

განსხვავებების მიუხედავად, კონსტიტუციონალიზმთან ყველა მიდგომა უნდა გავიგოთ, როგორც რეაქცია ძირითად პრობლემაზე, რაც ხაზგასმულია დე მესტრის მცირეფორმატიან ნაშრომში *De la souveraineté du peuple* (1794), რომლის თანახმად, მართალია, ხალხი სუვერენულია, მაგრამ თავისი ძალაუფლების განხორციელება, როგორც სუვერენს არ შეუძლია.⁵⁸ თუ მაინც მოხერხდა თავისუფალი თვითგამორკვევა, არ შეიძლება პოლიტიკური ძალაუფლების თვითნებურად განხორციელება. ის სამართალთან უნდა იყოს დაკავშირებული და (*authority*) ლეგიტიმირებული. ესაა თომას ჰობსის მთავარი მოსაზრება. სამართალში ტრანსფორმაციის ამ პროცესთან დაკავშირებული მრავალრიცხოვანი საკითხები და პრობლემები წარმოდგენილია სამ დონედ: კონსტიტუციის დონე (4.1), კანონმდებლობა (4.2) და სამართლის გამოყენება (4.3). ამ სამ დონეზე პოლიტიკის ისტორია ვალდებულია, დააკვირდეს სამართლისა და პოლიტიკის სფეროებს შორის კავშირის ემპირიულ პრობლემებს და თეორიულად გაარკვიოს მათი ნორმატიული მნიშვნელობა.

4.1 პოლიტიკური ნორმატიული წესრიგი

პოლიტიკური (ხალხის) სუვერენიტეტის საწყისი სტრუქტურის დემოკრატიულად (რომელიც კანონების წესებს იცავს) გარდაქმნის ამოცანა, როგორც ვნახეთ, წარმოადგენს კონსტიტუციონალიზმის საფუძველს. გარდა ამისა, უკვე ნათელი გახდა, რომ არსებითი განსხვავებები სხვადასხვა თანამედროვე ვარიანტებს შორის დამოკიდებულია იმაზე, თუ როგორ უნდა გავიგოთ სამართლისა და პოლიტიკის ურთიერთკავშირი სისტემის სათავეებთან. კიდევ ერთხელ შევეხოთ მაგალითს (ქვეთავი 3.4): უნდა იყოს კი კონსტიტუცია დადგენილი იმგვარად, რომ “თითქოსდა” ხალხი სხვაგვარად ვერ შეთანხმდებოდა? თუ რეალურად უნდა არსებობდეს რაღაც ტიპის კონსენსუსი, რომლის საფუძველზე კონსტიტუციამ ჯერ ლეგიტიმურობა უნდა შეიძინოს? პირველი საკითხი წარმოშობს შეკითხვას, როგორ უნდა გაამართლო კეთილგონიერების ის ტიპი, რომელსაც ეყრდნობიან. თუმცა ამ ურთიერთობის უფრო მეტად პოლიტიკური ვერსია

⁵⁷ „ნაწილის“ კონცეფციის შესახებ Mechthild Hetzel (2007): *Jenseits von Mehrheit und Minderheit. Zur politischen Konzeption des Restes*. In: Janine Böckelmann und Frank Meier (Hrsg.): *Die gouvernementale Maschine. Zur politischen Theorie Giorgio Agambens*. Münster, 107-113. Zum Kontext der politischen Philosophie Agambens Oliver W. Lembcke (2009b): *Politische Theorie des nackten Lebens: Giorgio Agamben*. In: André Brodocz und Gary S. Schaal (Hrsg.): *Politische Theorien der Gegenwart*. Bd. 2. 3. Aufl. Opladen und Farmington Hills, 560-598.

⁵⁸ Joseph Marie de Maistre [1794]: *Étude sur la souveraineté. Livre Premier: Des Origines de la souveraineté*, chp. 1: *De la souveraineté du peuple* (Von der Souveränität. Ein Anti-Gesellschaftsvertrag. Übers. von Claudia Oestmann. Berlin 2000, 3).

პრობლემებს ეჭახება: თუ სტრუქტურა სამართალთან არაა დაკავშირებული, ე.ი. კეთილგონიერი პრინციპებით მოწესრიგებულ სამართლის წარმოდგენასთან, მაშინ რომელი წყაროებიდან მომდინარეობს ის? პარადიგმატულად ორი განსხვავებული პასუხი გვაქვს: ერთი შეეხება კულტურულ ერს, მეორე კი - ნებაყოფლობით ჩამოყალიბებულ ერს. კულტურული ერი ეფუძნება საერთო ენას, ისტორიის განსხვავებულ გაგებას, ან განათლების საერთო იდეალებს, როგორც, მაგალითად, „პოეტებისა და მოაზროვნეების“ გერმანია. მაშინ, როცა ასეთ კონცეფციებში ერი ესმით, როგორც პრეპოლიტიკური სტრუქტურა, ნებაყოფლობით ჩამოყალიბებული ერი წარმოადგენს განსაზღვრულად პოლიტიკური აქტის პროდუქტს, რომელიც თავის გამოხატულებას ჰპოვებს, მაგალითად, საფრანგეთისა და ამერიკის შეერთებული შტატების შემთხვევაში, კონსტიტუციის მომზადების რევილუციურ აქტში.⁵⁹ ამ პარადიგმული ურთიერთდაპირისპირების ფონზე წარმოიშობა კონსტიტუციის თეორიის სამი პრობლემური საკითხი, რომლებშიც თანაბრად მონაწილეობენ სამართლის ფილოსოფია და პოლიტიკის თეორია:

- (i) არის კი ხალხის მმართველობა (სახალხო სუვერენიტეტი), საზოგადოებრივი ხელშეკრულების მოძღვრების მიხედვით, ნორმატიულად აღქმული ერთიანობის გამოხატულება, რომელსაც პოლიტიკური (რეგულაციური) ქმედება ყოველთვის უკავშირდება ან უნდა უკავშირდებოდეს? ან კიდევ, თუ აღნიშნავს სახალხო სუვერენიტეტი, ელიტათა თეორიის თვალსაზრისით, ისტორიულ სუბიექტს, რომელმაც განსაზღვრა გარკვეული ინტერესები, როგორც საყოველთაოდ სავალდებულო?
- (ii) ამ საკითხებთან მჭიდროდაა დაკავშირებული კითხვები ხალხის სტატუსთან დაკავშირებით: არის ხალხი სუვერენული პოლიტიკური ქმედების ფიქტიური თუ რეალური მატარებელი? არის ხალხი ნამდვილი თუ პოტენციური აქტორი? ან კიდევ, ხომ არ გვაქვს საქმე პოლიტიკური ქმედების სამართლებრივი პასუხისმგებლობის დასასრულთან?
- (iii) და ბოლოს: უსწრებს კი წინ პოლიტიკური ერთობა კონსტიტუციის მომზადებას (მაგალითად, როგორც საერთო ღირებულებებზე დაფუძნებული საზოგადოება), თუ იგი წარმოიშვება პოლიტიკურ საზოგადოებად მხოლოდ კონსტიტუციური აქტის მიღების გზით?

ბოლო ასპექტთან დაკავშირებით თეორიული რეფლექსიის მნიშვნელობა უფრო მეტად რომ გავარკვიოთ: თუ თვალს შევავლებთ პოლიტიკური საზოგადოებების შესახებ (ერები, რეგიონები და ა.შ.) კვლევებს, ხელშესახებია ტენდენცია, რომლითაც, უპირველეს ყოვლისა, თვალსაჩინო ხდება ამ საზოგადოებების წარმოქმნისა და არსებობის შემთხვევითობა (პირობითობა). ერთობლივი ღირებულებები და პოზიციები „ბუნებრივად“ კი არ არის წარმოდგენილი, არამედ აღმოცენდება პოლიტიკურ პროცესში, როგორც

⁵⁹ Friedrich Meinecke (1922): *Weltbürgertum und Nationalstaat. Studien zur Genesis des deutschen Nationalstaates*. 6. Aufl. München.

საერთო წარმოდგენები,⁶⁰ რომლებიც სამართალთან ურთიერთობაში იღებს თავის საყოველთაოდ აუცილებელ სტატუსს. ეს თავის მხრივ ასაზრდოებს კონსტიტუციურ შეგნებას. კონსტიტუციები არავითარ შემთხვევაში არ უნდა ეყრდნობოდეს წინამორბედ პოლიტიკურ იდენტობებს. მოცემულ შემთხვევაში მათ შეუძლია თვითონ შექმნან პოლიტიკური იდენტობები. ამდენად, ისინი არა მარტო აღგენს საზღვრებს და იწვევს სტაბილიზაციას, არამედ მათ გააჩნია ასევე საზღვრების გადალახვისა და დინამიურობის ეფექტი. კონსტიტუციის შემთხვევითობა (პირობითობა) თავად ხვდება თვალთახედვის არეალში და ამასთან, ასევე პოლიტიკური საზოგადოების ამოცანაა, კონსტიტუციის ფარგლებში ახლიდან დაუსვას საკუთარ თავს შეკითხვები საკუთარი იდენტობის შესახებ.⁶¹ ამის მაგალითია ევროპული ინტეგრაციის პროექტი, როცა, ამასობაში, აშკარა ხდება მისი სირთულეები, იპოვოს მტკიცე პასუხი შეკითხვაზე, საერთოდ სად გადის ევროპის საზღვრები.

როცა საქმე პოლიტიკური სისტემის ამ ძირითად საკითხებს ეხება, სამართლის ეფექტურობა ისევე მალე იშრითება, როგორც სამართლის მეცნიერების ინფორმატიული შესაძლებლობა. ორივე ძალიან მოქნილია, როდესაც საქმე ეხება პოლიტიკური სისტემების ფარგლებში ცვლილებებთან მისადაგებას. თუმცა, რაც უფრო მეტადაა ცვლილებები პოლიტიკურ სისტემასთან (polity) დაკავშირებული, მით უფრო აშკარად იკვეთება სამართლის პოლიტიკური ხასიათი და სოციო-კულტურული ჩარჩო-პირობები, რომლებშიც ხორციელდება გადანყვეტილებები. ამ შემთხვევებში სამართლის მეცნიერებისათვის კარგი რჩევა იქნება, აწარმოოს დიალოგი პოლიტიკის თეორიასთან.

4.2 სამართალშემოქმედება სამართლისა და პოლიტიკის მეშვეობით

ეს დიალოგი უნდა გაგრძელდეს სამართალშემოქმედების დონეზეც. აქ შესწავლის საგანი ნაკლებადაა თავისუფლებასა და წესრიგს შორის ურთიერთკავშირის ლეგიტიმაციურ-თეორიულად პრინციპული საკითხები, არამედ სამართლის სოციალური ფუნქცია, რომელიც უმთავრესად საზოგადოებრივი მშვიდობის უზრუნველყოფაში მდგომარეობს. როგორც თვითონ ფუნქციას, ისე სამართლის რეალურ შემოქმედებებს სამართლის მეცნიერების შიდა (კონფიდენციალური) პოზიციიდან ძნელად დავაკვირდებით და აღვწერთ, მაგრამ პოლიტიკის თეორიის გარე პოზიციიდან კი, ემპირიულ სოციალურ მეცნიერებებთან კავშირში, ეს შესაძლებელია. ამ გარე პოზიციიდან ხდება აშკარა, რომ სამართალი მნიშვნელოვნად აადვილებს პოლიტიკურ კომუნიკაციას, რომელშიც, ხშირად გამარჯვებულებსა და დამარცხებულებს ეხება საქმე: სამართლებრივი ფორმა ლეგიტიმურს ხდის და ზღუდავს პოლიტიკურ გადანყვეტილებებს და ამ გზით ხელს

⁶⁰ Benedict Anderson (1991): *Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*. Überarb. und erw. Auflage. London.

⁶¹ Hans Lindahl (2007): *Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood*. In: Loughlin und Walker (Hrsg.): *Paradox of Constitutionalism*, 9-24.

უნეცობს მის აღიარებას. ეს პრინციპული ურთიერთკავშირი სამართლის გადმოსახედიდან იდეალურად ვლინდება პოლიტიკასთან მისი ურთიერთობის ოთხ ასპექტში.⁶²

(1) *სამართალი როგორც პოლიტიკის მიზანი*: დემოკრატიულ თვითშეგნებას მიეკუთვნება ის, რომ საზოგადოდ სავალდებულო გადანყვეტილებები წარმოიქმნება პლურალური პოლიტიკური ბრძოლის შედეგად. ამ ასპექტს, უპირველეს ყოვლისა, ხაზს უსვამს პოლიტიკის მაქს ვებერისეული განსაზღვრება, როგორც ლტოლვა ძალაუფლებისა და მისი შენარჩუნებისკენ. ვებერის თანახმად, სწორედ პოლიტიკაში მოქმედებს ის, რომ ძალაუფლება ნიშნავს შესაძლებლობას, განახორციელო საკუთარი ნება სხვა არაკეთილგანწყობილი ადამიანების საწინააღმდეგოდ.⁶³ მაგრამ საკუთარი ინტერესების ამგვარ განხორციელებას ყოველთვის თან სდევს საერთო ინტერესის შესრულების აუცილებლობა. კანონმორჩილების მოტივების საკითხი იდეათა ისტორიის ძველი თემიდან მომდინარეობს (მაგ. მაკიაველი, ჰობსი), დღეს იგი სოციალურ მეცნიერებაში ე.წ. *compliance studies* - შესაბამისობის კვლევის სახელით არის ცნობილი.⁶⁴ ეს კვლევები, როგორც წესი, ადასტურებს ძველი იდეის აქტუალობას, რომ მართლწესრიგის მუდმივობა დამოკიდებულია იმაზე, რამდენად იზიარებს კონკრეტული სამართლის სისტემის მოქალაქე სამართლიანობის მოლოდინებს. სხვა სიტყვებით რომ ვთქვათ: როგორც ჩანს, წარმოდგენები სამართლიანობის შესახებ ისევეა პოლიტიკის ნაწილი, როგორც ბრძოლა ძალაუფლებისათვის. იმპლემენტაციის ფაზის გადალახვის შემდეგ, სწორედ ამ კუთხით ხდება დემოკრატიული სისტემა კრიზისებისკენ ნაკლებად მიდრეკილი ავტორიტარულ რეჟიმებთან შედარებით.⁶⁵

(2) *სამართალი როგორც პოლიტიკის პროდუქტი*: პოლიტიკის როლი სამართალთან მიმართებაში მომსახურე ფუნქციით შემოიფარგლება. ამასთან, სამართალმა უნდა უზრუნველჰყოს ადაპტაციური სერვისები, რომლებიც სამართლიანად აღქმულ წყობას დაიცავს სოციალური შედეგებისგან. თანამედროვე პოლიტიკური სისტემის მოთხოვნა არსებული ურთიერთობების შენარჩუნებაზე წინ მიდის. პოლიტიკა თავად ცდილობს მოახდინოს მათი რეფორმა სამართლიზირების ფორმით. მაშინ სამართალი

⁶² კატეგორიებისა და ურთიერთკავშირის დებულებებთან დაკავშირებით ფუნდამენტურია Dieter Grimm-ის სტატია (1969): Recht und Politik. In: Juristische Schulung 9 (11), 501-510, hier 501-505.

⁶³ Zum Politikbegriff Max Weber [1919]: Politik als Beruf. In: Ders.: Gesammelte politische Schriften. Hrsg. von Johannes Winckelmann. 5. Aufl. Tübingen 1988, 505-560, hier 506 f.; zur Machtdefinition ders. [1956]: Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie. Hrsg. von Johannes Winckelmann. 5. Aufl. Tübingen 1980, 28.

⁶⁴ ეს მიდგომა, უპირველეს ყოვლისა, საერთაშორისო ურთიერთობებში და ევროკავშირთან დაკავშირებულ კვლევებში თამაშობს განსაკუთრებულ როლს; siehe Dinah Shelton (Hrsg.) 2000: Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System. Oxford; für eine Analyse von Fällen der non-compliance innerhalb der Europäischen Union sh. Tanja A. Börzel, Tobias Hofmann und Diana Panke (2012): Caving in or sitting it out? Longitudinal patterns of non-compliance in the European Union. In: Journal of European Public Policy 19(4), 454-471.

⁶⁵ Vgl. eine differenzierte Analyse bei Axel Hadenius und Jan Teorell (2007): Pathways from Authoritarianism. In: Journal of Democracy 18(1), 143-157.

წარმოადგენს პოლიტიკური ფორმირების ნების გამოხატულებას. ამით ის ხდება კამათის საგანი და პროდუქტი, რომელიც წარმოიშობა „უფლებისათვის ბრძოლაში“.⁶⁶

მითითება პოლიტიკურ დაპირისპირებაზე, რომელიც წინ უსწრებს კანონმდებლობას და თან ახლავს მას სხვადასხვა ინსტიტუციურ სტადიაში, მართებულია იმისათვის, რომ ორმაგად გავამძაფროთ ყურადღება პოლიტიკური პროცესის კომპლექსურობაზე: პირველ რიგში, მონაწილე მხარეებისთვის, მათი ინტერესების სფეროებისა და განსხვავებული პოლიტიკური სტილებისთვის (*arguing vs. Bargaining - პროტესტი ვაჭრობის წინააღმდეგ*);⁶⁷ ხოლო მეორე რიგში, სამართლის კომპრომისული ბუნებისთვის, რომელიც მონაწილე აქტორებს შორის (შესაძლოა, ასევე კოალიციურ პარტიებს შორის და მათ შიგნით) არსებულ (ზოგჯერ ძალზედ) საპირისპირო მოსაზრებათა გამო შეიძლება მხოლოდ ზედაპირულად დაიფაროს რიტორიკული ფორმულირებებით.⁶⁸

(3) *სამართალი როგორც პოლიტიკის ჩარჩო*: პოლიტიკისთვის დამახასიათებელი ლოგიკა იმაშიც ჩანს, რომ მოლაპარაკებების პროცესები მხოლოდ ნაწილობრივ ტარდება უკვე არსებულ პოლიტიკურ არენებზე. ზოგჯერ პოლიტიკური სივრცეები, მონაწილე მხარეების მოთხოვნილებათა გათვალისწინებით, ახლიდან იქმნება, მაშინ, როცა არსებული ინსტიტუციები მნიშვნელობას კარგავენ. მაგალითად, თანამედროვე პარტიული დემოკრატიის პირობებში პარლამენტმა უკვე დიდი ხანია დაკარგა თავისი, როგორც გადაწყვეტილების მიღების ადგილის (*outsourcing*) მნიშვნელობა. თუმცა ეს დინამიკა პოლიტიკას არ უქმნის სამართლისგან თავისუფალ სივრცეს. უფრო მეტიც, სამართალი მოქნილად მოქმედებს პოლიტიკის გვერდით, კანონებით არეგულირებს რა წევრობასა და შიდა პროცედურებს. ვერც ერთი პოლიტიკა, რომელიც საზოგადოდ სავალდებულოდ უნდა განხორციელდეს, ვერ იტყვის უარს სამართლის ამ ფორმაზე. პოლიტიკური ორგანიზაციების სამართლებრივი ხასიათი ხელს უწყობს ნების ფორმირების შიდა სტრუქტურას, რომელიც ჰანა არენდტმა (მანამდე კი ჰეგელმა) შეიცნო, როგორც სივრცე, სადაც შესაძლებელია პოლიტიკური ქმედება.⁶⁹ თვითონ სამართლებრივი ორგანიზაცია განსხვავებულია, რადგან მასში შესაძლებელია საკუთარი გამოცდილებებისა და შედეგების არსებობა. მხოლოდ იმ სივრცეებში, რომლებიც მოითხოვენ საკუთარ *logic of appropriateness*⁷⁰-ს, პოლიტიკოსები წარმოადგენენ მეტს, ვიდრე „წმინდანყლის“ ინტერესების გამტარებლებს და ისინი უნდა ფლობდნენ

⁶⁶ Rudolf von Jhering [1872]: Der Kampf ums Recht. 8. Aufl. Frankfurt a.M. 2003.

⁶⁷ Zum Konzept und seinem Analysepotential siehe Jon Elster (1995): Consenting Adults or the Sorcerer's Apprentice? In: East European Constitutional Review 4(1), 36-41.

⁶⁸ პოლიტიკის ანალიზის კატეგორიებთან დაკავშირებით, რომელიც ცდილობს შეესაბამებოდეს პოლიტიკური რეჟიმის თავისებურებებს, იხილე Deborah Stone (2002): Policy Paradox. The Art of Political Decision Making. Revised edition. New York und London.

⁶⁹ Hannah Arendt ([1963]: On Revolution. London et al. 1991, 150-152) wendet sich damit gegen das herkömmliche Verständnis der Gewaltenteilung als Gewaltenteilung.

⁷⁰ James G. March und Johan P. Olson (2004): Logic of Appropriateness. Working Paper No. 9. Oslo. Online verfügbar unter: https://www.sv.uio.no/arena/english/research/publications/arena-working-papers/2001-2010/2004/wp04_9.pdf, zuletzt abgerufen am 30.04.2019.

პოლიტიკური აზროვნებისა და მოქმედების უნარს. ინტელექტი და ექსპერტიზა გვეხმარება, მაგრამ ვერ ჩაანაცვლებენ პოლიტიკურ დაპირისპირებაში გამოცდილებასა და სპეციფიკურ უნარ-ჩვევებს.

(4) *სამართალი როგორც პოლიტიკის მასშტაბი*: საკონსტიტუციო სამართლისა და ჩვეულებრივი სამართლის (ქვეთავი: 2.2) განსხვავებიდან ვითარდება სამართალსა და პოლიტიკას შორის ფუნქციების გამიჯვნა, რომელსაც ორივე მხარისთვის აქვს დადებითი მომენტები: სამართლის მოქმედებისა და აღიარებისთვის გარდაუვალია განვითარების პროცესში გარკვეული სტაბილურობა. სამართალი, რომელიც ვერ ეგუება ცხოვრებისეულ პირობებს, „მკვდარ სამართლად“ იქცევა. თუ მას არა აქვს სტაბილურობა, მაშინ მოქალაქეებს ვერ შესთავაზებს იმ გარანტიას, რომელიც სამართლის არსებით ფუნქციებს მიეკუთვნება. გარდა ამისა, პოლიტიკასაც უმარტივდება საქმე, რადგან კომპლექსური პოლიტიკური მოლაპარაკებების პროცესები არ ეფუძნება (უშუალოდ) პოლიტიკურ ჩარჩო-პირობებს.⁷¹ თითქმის სხვა არაფერი არ ხორციელდება პოლიტიკაში უფრო რთულად, ვიდრე ინსტიტუციური რეფორმები.⁷² ასე სჯობს, რადგან თამაშის წესების გამოგონება ყოველთვის ახლიდან არაა საჭირო. გარდა ამისა, პროცედურების ცნობილი და აღიარებული წესები პოლიტიკაში წაგებულებს უადვილებენ დამარცხების აღიარებას. ამის გარდა, კონსტიტუციის მიერ უზრუნველყოფილი ძირითადი უფლებების მეშვეობით დამარცხებული უმცირესობა დასჯულია ყოველთვის შესაძლო „უმრავლესობის ტირანისგან“, რაზეც ერთ-ერთი პირველი დამაჯერებლად გვაფრთხილებდა ალექსის დე ტოკვილი.⁷³

4.3 წარმატებული სამართლებრივი პრაქტიკის წინაპირობები

სამართლებრივი სახელმწიფოს საფუძვლებს მიეკუთვნება სამართალსა და პოლიტიკას შორის ბალანსი, რაც, ასევე ვლინდება როგორც კანონშემოქმედებაში, ისე სამართლის გამოყენებაში. ქვემოთ ეს მოთხოვნა კონკრეტიზირდება ორი თემატური სფეროს მაგალითზე, რომლებიც ერთმანეთთან მჭიდროდ არის დაკავშირებული: პირველი ეყრდნობა სამართლის განმარტებაზე პოლიტიკური გავლენის საკითხს; ესაა პრობლემა, რომელიც თავის მნიშვნელობას ძალაუფლების გამიჯვნისა და, უპირველეს ყოვლისა, მოსამართლის საქმიანობის ფარგლებში სასამართლოების დამოუკიდებლობის მეშვეობით იძენს.

⁷¹ Ellen Immergut und Karen M. Anderson (2008): Historical Institutionalism and West European Politics. In: West European Politics 31(1-2), 345-369.

⁷² James G. March und Johan P. Olson (1996): Institutional Perspectives on Political Institutions. In: Governance 9(3), 247-264.

⁷³ Alexis de Tocqueville [1835]: De la démocratie en Amérique I, deuxième partie, chp. VII. (Über die Demokratie in Amerika. Beide Teile in einem Band. München 1987, 284-301).

მეორე თემის ირგვლივ კი, ყურადღება მახვილდება სამართლის პრაქტიკოსებზე. დაუბრუნდეთ კელზენ-შმიტის დებატებს: როგორც უკვე აღვნიშნეთ (ქვეთავი 3.2), ორივე პოზიციის არსებითი მსგავსება იმაშია, რომ ურთიერთობა ქმედებას, ძალაუფლებასა და პოლიტიკას შორის უნდა გავიგოთ, როგორც წარმოშობასთან დაკავშირებული ურთიერთობა: დეცისიონისტური გადანწყვეტილებები შმიტისთვისაც და კელზენისთვისაც ძალაუფლების გამოხატულებაა, რომელიც სტრუქტურულად პოლიტიკურ ასპექტს უკავშირდება. შმიტის მსგავსად, კელზენიც ხედავს სასამართლო პრაქტიკის პოლიტიკურ მომენტს. შმიტისგან განსხვავებით, კელზენისათვის ეს სტრუქტურა აღწერს სამართლებრივი სახელმწიფოს ყოველდღიურობას და არა საგანგებო მდგომარეობას; ყოველდღიური ცხოვრება, რომელსაც იცავს მოსამართლის „პროფესიული ეთიკა, რომელიც მას ნეიტრალობას ავალდებულებს“.⁷⁴ პროფესიული ეთიკის აღნიშვნასთან ერთად ჩნდება ცნება, რომელიც თვალსაჩინოს ხდის მოქმედების კელზენისეული განსაზღვრების სივნიროვს: თუკი უმაღლესი თანამდებობის პირის მოქმედებას, მისი კომპეტენციებიდან გამომდინარე, რეალურად შეზღუდავდნენ, მაშინ საფრთხე დაემუქრებოდა კონსტიტუციურ-სახელმწიფოებრივ წინაპირობებს, რადგან გადანწყვეტილებები დაკარგავდა ყველანაირ კავშირს ლიბერალურ წყობასთან. თვითონ მოსამართლის ნეიტრალური გარეგანი სახის მაგალითი თვალსაჩინოს ხდის, რომ პრაქტიკული მოქმედებისას სწრაფი დეცისიონისტური ცვლილებების გარდა, სხვა მომენტებიც თამაშობს როლს, რომლებსაც რაციონალურობის საკუთარი პოტენციალი გააჩნია.

(1) პრაქტიკული რაციონალურობის ხელმისაწვდომობის მისაღწევად აუცილებელია განსხვავება დეცისიონიზმის სხვადასხვა ფორმებს შორის. ეს პრინციპში გამომდინარეობს დეცისიონიზმის პრობლემის ძირითადი ფორმისაგან „Applikationsaporie“⁷⁵ (ზოგადი ნორმების კონკრეტულ სიტუაციებში გამოყენების პარადოქსიდან). მოკლედ რომ ვთქვათ, ის აუცილებლად წარმოიქმნება, რადგან სამართალი თვითონ თავის თავს ვერ გამოიყენებს. მას სჭირდება გამომყენებელი. კელზენთან და შმიტთან ამ გარემოებიდან ვითარდება „გადაწყვეტილების მიმღების“ ძალაუფლება. მაგრამ, იმის ნაცვლად, რომ ნორმათა ამგვარი გამოყენების პარადოქსის შედეგები სამართლის რუხ ველში ძალაუფლების პრობლემად ვაქციოთ, ეს პარადოქსი შესაძლებლობას იძლევა, ნორმატიული განზრახვის თვალსაზრისით ინსტიტუცია ამოვიდეს პრაქტიკული კეთილგონიერების ვალდებულებიდან და ამგვარად განმარტოს და გამოიყენოს ნორმა (ქვეთავი 4.1).

უკვე ინსტიტუციების შექმნის ამ დასაბუთებაში მდგომარეობს რაციონალურობის გაზრდა, რომელიც მაშინ მარცხდება, როდესაც ნორმების გამოყენებასთან დაკავშირებულ დაუძლეველ წინააღმდეგობას, გააზრების გარეშე, შედეგად მოჰყვება სამართალსა და პოლიტიკას შორის განსხვავების მოშლა, რადგან პოლიტიკური დეცისიონიზმის ეს ფორმა

⁷⁴ Kelsen 1931 (Fn. 28), 45.

⁷⁵ Wolfgang Wieland (1989): Aporien der praktischen Vernunft. Frankfurt a.M., 13.

ნაკლებად თუ დააკმაყოფილებს სამართლებრივი სახელმწიფოს და მისი ინსტიტუციების შინაარსიან აღწერას. პოლიტიკური ინსტიტუციები სამართლებრივ სახელმწიფოში წარმოადგენს კონსტიტუციასთან დაკავშირებულ ინსტიტუციებს, რომელთა პოლიტიკური რაციონალურობა არ შემოიფარგლება მათი კონსტიტუციასთან სამართლებრივი კავშირით. ინსტიტუციების ფაქტობრივი ძალაუფლება რეგულირების არარსებობაში კი არ მდგომარეობს, არამედ კრეატიულობაშია, რომელიც მათ უნდა გამოიყენონ, რათა ხორცი შეასხან სამართლებრივი სახელმწიფოს მოთხოვნას, რომელსაც სახელმწიფო უყენებს საკუთარ თავს. მ.შ. ამას მოჰყვება შედეგები იურიდიული მეთოდების მოძღვრებისთვის, რასაც აქ მხოლოდ მოკლედ შევეხებით:

(i) ცნებებიდან, როგორებიცაა „გამოყენება“ და „სუბსუმცია“ ხშირად გამომდინარეობს სამართლის შესახებ არაპოლიტიკური წარმოდგენა. ამ შემთხვევაში სამართალი ესმით, როგორც ლოგიკური კონცეპტუალური განვითარება. მაგრამ ეს თვალსაზრისი ვერ აკმაყოფილებს თანამედროვე სამართალს და ის უფრო მეტად იდეოლოგიას წარმოადგენს, ვიდრე რეალობას. დემოკრატიული ნების ჩამოყალიბების პროცესს მიეკუთვნება არა მარტო მონაწილეების პლურალობა და მათი ინტერესების მრავალფეროვნება, არამედ, ასევე მრავალრიცხოვანი კომპრომისული მიდგომები, რომლებიც ბოჭკერ არა ფაქტობრივად, არამედ მხოლოდ რიტორიკულ ფორმულირებაში მოიძებნება (ქვეთავი: 4.2). ასეთი კანონების ნორმები იმდენად არა წმინდანწყლის ლოგიკის გამოხატულებაა, რომლებსაც უპრობლემოდ „გამოიყენებ“, არამედ საჭიროა მათი კონკრეტიზირება.⁷⁶

(ii) კონკრეტიზირების პროცესში ნორმათა მოტივებს მნიშვნელოვანი როლი ენიჭებათ. საკანონმდებლო ჩანაფიქრების კონკრეტიზირების წინაპირობა „გამომყენებლის“, სწორედაც რომ მოსამართლის მხრიდან არა მარტო კრეატიულობას, არამედ, ასევე პოლიტიკის შესაბამისი სექტორის (Policy-Sektor) გაგებასაც მოითხოვს - ამ სფეროს განსაზღვრული კომპლექსურობის ზევით კი - ჩართული პოლიტიკური მოლაპარაკებების პროცესის გაგებასაც.

(iii) სამართლის სოციალური ფუნქციის საფუძველზე, ასევე ყურადღება უნდა გავამახვილოთ სამართლის გამოყენების ზემოქმედებაზე, უპირველეს ყოვლისა, უკუზემოქმედებაზე მონაწილე (და დაინტერესებულ) პირებზე. პოლიტიკური აზროვნების ეს ტიპი განსაკუთრებით შეიმჩნევა მაღალი ინსტანციის სასამართლოებში, რომლებიც, როგორც წესი, მათი გადაწყვეტილებების მიღებამდე ინფორმაციას იძიებენ შესაძლო შედეგებზე და მათ კონსულტაციებისას ითვალისწინებენ.

(2) მოკლე მითითებები სამართლის გამოყენების მეთოდებთან დაკავშირებით თვალსაჩინოს ხდის, რომ სამართალსა და პოლიტიკას შორის ურთიერთობა არა მხოლოდ თეორიულ გამოწვევას წარმოადგენს, არამედ ძალიან დიდი პრაქტიკული

⁷⁶ კონკრეტიზირების ეფექტურობა პრინციპების შემთხვევაში (მაგ. თანასწორობა), როგორც წესი მაღალია, მარტივი წესებისას („... არჩევნები ყოველ ოთხ წელში ტარდება), უმეტესწილად დაბალი. მაგრამ პირველმა მთაბეჭდილებამ შეიძლება შეგვახსენოს: ომშიც ირჩევენ?

მნიშვნელობა გააჩნია. ინსტიტუციები და უწყებები განასახიერებენ სახელმწიფოს სინამდვილეს. იქ მაშინვე ირკვევა, რამდენადაა თავისუფალი სისტემა, რომელშიც ცხოვრობ და როგორ ფუნქციონირებს სახელმწიფო მართლწესრიგთან კავშირში. მისი თავისუფალი წყობა საჯარო ძალაუფლების ორგანიზაციაში მოითხოვს მოხელეებისა და დასაქმებულების სპეციფიურ „პოზიციას“, სამსახურეობრივ ეთიკას, რომელიც სამართლებრივად რთულად განსასაზღვრად და უფრო რთულად რეგულირებადი. აქ საქმე ეხება ინტელექტუალური და თვისებრივი უნარის კომბინაციას. როგორც მოქალაქეს ესაჭიროება სოლიდარობის გრძნობა, რომ იყოს მოქალაქე, ისე პოლიტიკური ლიდერის მიერ სამსახურეობრივი პოზიციის გაგება მნიშვნელოვანნილადაა დამოკიდებული კონსტიტუციის მისეულ გააზრებაზე, ე.ი. მის უნარზე, რომ თავისი სპეციფიური დავალებები კონსტიტუციის თვალსაზრისით გაიგოს, როგორც თავისუფალი წყობის გამოხატულება.

იმ ფაქტს, რომ ასეთი სამსახურეობრივი ეთიკის სამართლებრივად განსაზღვრა შეუძლებელია, თავისი საფუძვლები აქვს, თუ საიდან წარმოიშვება ეს ეთიკა. საქმე ეხება განათლებასა და იუმორს. ამ კონტექსტში განათლება, უპირველეს ყოვლისა, უბრალოდ ნიშნავს, რომ ცალკეული მაღალი თანამდებობის პირი სამსახურის მოთხოვნებთან დაკავშირებით საკუთარ მოსაზრებას „იქმნის“. აქ რომ სამართლებრივი კრიტერიუმებია გასათვალისწინებელი, მაგალითად, სამოხელეო სამართლის, ეჭვგარეშეა. ასევე უდავოა, რომ უმაღლესი თანამდებობის პირი სწორედ რომ სამსახურში რჩება როგორც თავისუფლად მოაზროვნე პიროვნება და ამის მეშვეობით შეუძლია ცალკეულ პირს სამსახურში შეიყნოს და განახორციელოს თავისი განსაკუთრებულობა საზოგადოებისათვის და ამით „განსაკუთრებული“ გზით ემსახუროს საყოველთაო კეთილდღეობას. ამდენად, განათლება ორმაგი პროცესია, რომელშიც ცალკეული ადამიანი სამსახურეობრივი ეთიკის მონაწილეა ისე, რომ თვითონ არ შეუძლია მასზე გავლენა მოახდინოს.

ასეთ სამსახურეობრივ ეთიკას ვერც ასწავლი და ვერც ისწავლი, თუმცა საკუთარი ცხოვრებით სხვას შეგიძლია მისცე მაგალითი. აქედან გამომდინარე, იგი განათლებაზე უფრო მნიშვნელოვანი მასწავლებელია. მას შეუძლია უზრუნველყოს სამსახურის წარმატებული ხელმძღვანელობისა და სამსახურის გონივრულ აღქმაზე შეხედულების მისაბაძი მაგალითები, შედეგად კი გადასცეს გამოცდილება სამსახურეობრივ ეთიკაზე წარმოდგენის შესახებ და წვლილი შეიტანოს სამსახურეობრივი ეთიკის „განათლებაში“. ეს გარემოება მნიშვნელოვანია უწყებებში ხალხის დასანიშნად, რაც საჯარო ძალაუფლების შემადგენელი ნაწილია. როგორც უწყება მოითხოვს მაღალი თანამდებობის პირისაგან პასუხისმგებლობას თავის გადანყვეტილებებზე, ის ისე მოითხოვს სამსახურში პერსონალის აყვანისას შესაბამისი კანდიდატების პასუხისმგებლობით შერჩევას. მანდატების შემთხვევაში სისწორე უნდა გამოვლინდეს დემოკრატიული არჩევნების აქტში. სხვა შემთხვევებში გადამწყვეტი უნდა იყოს ფაქტობრივი კრიტერიუმები. ამას მიეკუთვნება უნარიანობა და დარგობრივი მიღწევები, განათლებისა და სწავლების

შედგვი. სხვაგვარადაა საქმე პიროვნულ შესაძლებლობებთან დაკავშირებით. ის ეყრდნობა საქმის არსს, რომელიც სცილდება კომპეტენციის საზღვრებს და მიზნად ისახავს მასთან წარმატებულ ურთიერთობას. პრინციპში, ეს იუმორია, რომელიც გონებას, საქმის აზრიან აღქმას სიბრძნედ გადააქცევს.⁷⁷ კაცს უნდა ჰქონდეს იუმორი, მის გარეშე ყველაზე განათლებული ადამიანიც კი დარჩება თავისი პროფესიის გამოუსწორებელი ფანატიკოსი, საბოლოო ჯამში კი სულელი.

5. დაბალანსების გამონვევები

სამართალსა და პოლიტიკას შორის სტრუქტურული კავშირი არ უნდა გავიგოთ, როგორც კონსტიტუციის მომზადების ერთჯერადი აქტის შედეგი. უფრო მეტად, საქმე ეხება თავად ყოველდღიური დაბალანსების პროცესს პოლიტიკური ინსტიტუციების არენაზე, რომელსაც ესაჭიროება მონაწილე პირების პრაქტიკული სიბრძნე პოლიტიკისა და სამართლის დამახასიათებელ ლოგიკებთან და მოთხოვნებთან დაკავშირებით. ამდენად, დაბალანსების პროცესი ყველა რუტინულ საქმეში, რომელიც მას სტაბილიზაციას აძლევს, ძალიან ხშირად არასტაბილურია. დასასრულს, მივუთითებთ სამ ყველაზე დიდ ხელისშემშლელ გარემოებაზე:

(1) ფართო სამართლიზირება პოლიტიკას იმ პოტენციალებს მოსტაცებდა, რომლებიც მას ინოვაციების დანერგვის უნარს სძენენ. პოლიტიკური მოქმედება და გადანყვეტილების მიღება თანამედროვე წარმომადგენლობით დემოკრატიაში, სადაც არსებობს სახალხო პარტიები და ინტერესთა ჯგუფები, ვერ შემოიფარგლება კანტისეული „აღსრულებადი სამართლებრივი მოძღვრებით“. უმრავლესობები უნდა მოვიპოვოთ, აზრის ძალას დავეუფლოთ, მასების მობილიზაცია მოვახდინოთ; ამის მიღწევა შეუძლებელია კომპრომისების, დათმობების გარეშე და სხვისი აზრის გაუთვალისწინებლად, თუნდაც ისინი არ წაადგნენ თვითონ საქმეს. ამ თვალსაზრისით, *პოლიტიკა ყოველთვის სიტუაციური სიბრძნის ხელოვნებას წარმოადგენს*, რომელიც თავს არიდებს სამართლებრივ კონტროლს. მისი სფეროა, დარგობრივ საკითხებზე მოლაპარაკებები პერსონალური ინტერაქციის რეჟიმში აწარმოოს. *პოლიტიკური მოქმედება ყოველთვის სხვებისთვის მოქმედებას ნიშნავს*. მან წარმატებასა და წარუმატებლობაზეც პასუხი უნდა აგოს. ამ თვალსაზრისით, ყველა პოლიტიკოსი „პასუხისმგებლობის მქონე პოლიტიკოსია“.⁷⁸ მაგრამ პოლიტიკური წარმატებისთვის სამართლებრივი საზომი მხოლოდ შეზღუდულად მოქმედებს. პოლიტიკური პასუხისმგებლობა მხოლოდ ნაწილობრივ ფარავს სამართლებრივ პასუხისმგებლობას: ამდენად გადანყვეტილება, წავიდეს თუ არა წამყვანი პოლიტიკოსი, იშვიათადაა სამართლის საკითხი (ასევე სისხლის სამართლისაც კი), არამედ ის ხშირად საზოგადოებრივი აზრის შედეგია, რომ ის აღარაა „მისაღები“.

⁷⁷ ცნებასთან დაკავშირებით Immanuel Kant [1798]: Anthropologie in pragmatischer Hinsicht. In: Werke in zehn Bänden. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Bd. 10. Darmstadt 1983, 397-690, hier 516.

⁷⁸ Weber 1919 (Fn. 63), 551 f.

(2) ხშირად ისმის ჩივილი ცხოვრების ყველა სფეროს სამართლებრივი რეგულირების მაშტაბების გადაჭარბების შესახებ. მაგრამ აქ მხედველობიდან არ უნდა გამოგვრჩეს მეორე უკიდურესობა: ე.წ. „სამართლებრივი ვაკუმი“. მათ შორის ასახელებენ მოცემულ ქვეყანაში მიღებულ სივრცეებს, რომლებშიც ფაქტობრივად აღარ არის შესაძლებელი სამართლის განხორციელება, რადგან სახელმწიფოს მთლიანი მონოპოლია ფიქციაა. ამის მრავალრიცხოვანი მაგალითები არსებობს: საცხოვრებელი რაიონები, რომლებსაც კერძო დაცვის სამსახურები აკონტროლებენ (*gated communities*), ქალაქის უბნები, რომლებშიც შესვლას პოლიცია ვეღარ ან ძალიან იშვიათად ბედავს (*Slums*), ადმინისტრაციულ სტრუქტურებზე ორგანიზებული დამნაშავეების ძლიერი ზეგავლენა (*Mafia*) ან მთელ სახელმწიფოზე ტერორისტული დაჯგუფებების გავლენა (*failing states*). სამართლებრივი ვაკუმის პრობლემასთან დაკავშირებული რადიკალური თვალთახედვა, რომელიც თვითონ სამართლის ნორმატიულ მომენტებზეა მიმართული, აღწერილია აგამბენთან (ქვეთავი 3.4):⁷⁹ მისი აზრით, მოცემული მაგალითები უფრო ღრმა პრობლემების მხოლოდ თვალში მოსახვედრი ზედაპირია. თავდაპირველად ამის გამო არ ხდება, რომ ცხოვრება სამართალს შორდება და კანონგარეშე ხდება. სამართალმა უნდა აიღოს მის სფეროებზე მონოპოლია, რადგან, სხვა შემთხვევაში, ის შინაარს დაკარგავდა. თუმცა, როდესაც სამართალი ეუფლება ცხოვრებას, იგი ეხება მას სუფთა სახით, მოცილებულს მისი ყველა ცხოვრებისეული კონტექსტით, რომელიც ცხოვრებას სიცოცხლის ღირსად ხდის. ამდენად ადამიანის ცხოვრება დაიყვანება მის დინამიურობაზე (სიკვდილის საპირისპიროდ). ადამიანის არსებობის ეგზისტენციალური დამოკიდებულება, რომლის ბედი რალაცნაირად შეიძლება სამართალმა გადანყვიტოს, გამონაკლისს კი არ წარმოადგენს, არამედ ყოველდღიურ გამოცდილებას, როგორც, მაგალითად, მოხუცი ადამიანებისა ცხოვრების მიწურულს, როდესაც გაურკვეველია, ვინ განსაზღვრავს სიცოცხლის დასასრულს: ექიმი, პაციენტი, ოჯახის წევრი თუ სხვა.⁸⁰

(3) აგამბენის თეორიამ homo sacer-ის შესახებ, ნაწილობრივ მძაფრი კრიტიკა გამოიწვია.⁸¹ ამაში დიდი წვლილი შეიტანა პოლემიკის მისმა სურვილმა, უპირველეს ყოვლისა კი, (არაისტორიულმა) შედარებებმა, რომლებიც მას შესაძლებლობას აძლევდა წამოეყენებინა ეჭვი ბიოპოლიტიკურ სიკვდილთან დაკავშირებით. ამასთან ერთად, გაღიზიანება, რომელიც მის კრიტიკას წარმოშობს, პროდუქტიულად გადაიქცევა კრიტიკულ შეკითხვებად სამართლის საზღვრებთან დაკავშირებით, კერძოდ კი, უპირველეს ყოვლისა, იქ, სადაც საქმე რეგულაციებშია, რომლებიც სიცოცხლის დასაწყისსა და დასასრულს ეხება. აგამბენის მითითება სუვერენობის სტრუქტურაზე,

⁷⁹ სხვადასხვა მაგალითებთან დაკავშირებით შეადარე Agamben 2002 (Fn. 55), 127 ff.

⁸⁰ living will-ის პრობლემასთან დაკავშირებით იხილე siehe Oliver W. Lembcke (2008a): *Regulating the Living Will: The Role of Non-state Law at the End of Life*. In: Jonathan J. Verschuren und Hanneke van Schooten (Hrsg.): *International Governance and Law: State Regulation and Non-State Law*. Cheltenham und Northampton, 191-208.

⁸¹ homo sacer project-თან დაკავშირებული დისკუსიის შესახებ შეადარე სტატიები Andrew Norris-ის კრებულში (Hrsg.) (2005): *Politics, Metaphysics, and Death. Essays on Giorgio Agamben's Homo Sacer*. Durnham und London; zur Kritik siehe außerdem Lembcke 2009b (Fn. 57), 580 ff.

რომელიც სამართალს ქმნის, ამით კი თავად სამართლის ზემოთ ან მის ფარგლებს გარეთაა, ასევე ეხება ძირითად პრობლემას სამართალსა და პოლიტიკას შორის ურთიერთობასთან მიმართებაში, რომელსაც აქ, როგორც მესამე გამოწვევას, მოკლედ შევცხებით: ახალ დროში (ადამიანურ) კანონებზე მალლა მდგომი ხელისუფლება, ჯერ კიდევ, ხელისუფლების ძალაუფლების (*legibus solutus*) დამახასიათებელი ნიშანი იყო. ამის საპირისპიროდ, თანამედროვე სამართლებრივ სახელმწიფოში კი, პოლიტიკის სამართალთან და კანონთან კავშირი კონსტიტუციის ძირითად პრინციპებს მიეკუთვნება. მაგრამ, როგორ უნდა მოხდეს ამ კავშირის უზრუნველყოფა? საბოლოო ჯამში, არანაირად. რადგან სახელმწიფოებრივად მოქმედი პირების კონტროლი, თავის მხრივ, სახელმწიფოსკენაა მიმართული.⁸² თვითშეზღუდვის ნება თან ახლავს კონსტიტუციის შესაბამისი დამცველის ძიებას, რომელიც პლატონიდან მოყოლებული პოლიტიკური ფილოსოფიის დღის წესრიგში დგას. პლატონის პასუხი, პრინციპში, თანამედროვე პასუხის დიდ ნაწილს უსწრებს წინ: რადგან ფილოსოფოსის მეფედ გადაქცევა დაკავშირებულია მიზანთან, რომ სისტემა კეთილგონიერების მიზნებით თვითონ უნდა იცავდეს ამ წყობას. შესაბამისად, პოლიტიკის სამართალთან და კანონთან კავშირის კონტროლი, საბოლოო ჯამში, თვითშეზღუდვას უერთდება. ოდისევსისგან შეგვიძლია ვისწავლოთ, რომ ამ შეცნობას არა მართო კეთილგონიერება, არამედ ასევე სიბრძნე სჭირდება. ამიტომ, იცოდა რა თავისი სისუსტე, რომ წინააღმდეგობას ვერ გაუწევდა სირინოზების სიმღერებს, დროულად მიაბმევინა თავი ანძაზე და ასე უვნებელი დატკბა მათი ხელოვნებით.⁸³

ლიტერატურა:

- Ackerman, Bruce 1989: Constitutional Politics/Constitutional Law. In: Yale Law Journal 99(3), 453-547.
- Agamben, Giorgio 2002: Homo sacer. Die souveräne Macht und das nackte Leben. Übers. von Hubert Thüring. Frankfurt a.M.
- Agamben, Giorgio 2004: Ausnahmezustand (Homo sacer II.1). Übers. von Ulrich Müller-Schöll. Frankfurt a.M.
- Anderson, Benedict 1991: Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism. Überarb. und erw. Auflage. London.
- Arendt, Hannah [1963]: On Revolution. London u.a. 1991.
- Benhabib, Seyla 1994: Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy. In: Constellations 1(1), 25-53.
- Bodin, Jean [1576]: Sechs Bücher über den Staat. Eingel. und hrsg. von Peter C. Mayer-Tasch, übers. von B. Wimmer. Bd. 1. München 1981.
- Börzel, Tanja A., Hofmann, Tobias und Panke, Diana 2012: Caving in or sitting it out? Longitudinal patterns of non-compliance in the European Union. In: Journal of European Public Policy 19(4), 454-471.

⁸² Nach *Juvenals* Sentenz: „Quis custodiet ipsos custodies“.

⁸³ თვითშეზღუდვის რაციონალურობათან დაკავშირებით: Jon Elster (1979): *Ulysses and the Sirenes: Studies in Rationality and Irrationality*. Cambridge und New York. ახლახანს გადამუშავებულია და დამატებული აქვს აქტუალური კონტექსტები Gary S. Schaal-ის კრებულში (Hrsg.) (2009): *Techniken rationaler Selbstbindung*. Berlin.

- Caldwell, Peter C. 1997: *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law. The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham und London.
- Collegium editorum 2008: *Dialog über die Renaissance der Würde*. In: Rolf Gröschner, Stephan Kirste und Oliver W. Lembcke (Hrsg.): *Des Menschen Würde – entdeckt und erfunden im Humanismus der italienischen Renaissance*. Tübingen, VII-XIII.
- De Maistre, Joseph Marie [1794]: *Von der Souveränität. Ein Anti-Gesellschaftsvertrag*. Übers. von Claudia Oestmann. Berlin 2000.
- Dreier, Horst 1990: *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*. 2. Aufl. Baden-Baden.
- Dyzenhaus, David 1997: *Legality and Legitimacy*. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. Oxford.
- Ehs, Tamara 2009: Vorwort. In: Dies. (Hrsg.): *Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung*. Wien, 5-14.
- Elster, Jon 1979: *Ulysses and the Sirenes: Studies in Rationality and Irrationality*. Cambridge und New York.
- Elster, Jon 1995: *Consenting Adults or the Sorcerer's Apprentice?* In: *East European Constitutional Review* 4(1), 36-41.
- Frick, Verena, Lembcke, Oliver W. und Lhotta, Roland (Hrsg.) 2017: *Politik und Recht. Umriss eines politikwissenschaftlichen Forschungsfeldes*. Baden-Baden.
- Grimm, Dieter 1969: *Recht und Politik*. In: *Juristische Schulung* 9(11), 501-510.
- Gröschner, Rolf, Kirste, Stephan und Lembcke, Oliver W. (Hrsg.) (2008): *Des Menschen Würde – entdeckt und erfunden im Humanismus der italienischen Renaissance*. Tübingen.
- Habermas, Jürgen [1992]: *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 4. Aufl. Frankfurt a.M 1994.
- Hadenius, Axel und Teorell, Jan 2007: *Pathways from Authoritarianism*. In: *Journal of Democracy* 18(1), 143-157.
- Hardt, Michael und Negri, Antonio 2000: *Empire*. Cambridge (Mass).
- Heller, Hermann [1924]: *Politische Ideenkreise der Gegenwart*. In: *Gesammelte Schriften*. Bd. 1. Hrsg. von Martin Drath et al. Leiden 1971, 257-374.
- Heller, Hermann [1928a]: *Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung*. In: *Gesammelte Schriften*. Bd. 2. Hrsg. von Martin Drath et al. Leiden 1971, 203-242.
- Heller, Hermann [1928b]: *Politische Demokratie und soziale Homogenität*. In: *Gesammelte Schriften*. Bd. 2. Hrsg. von Martin Drath et al. Leiden 1971, 421-433.
- Henkel, Michael und Lembcke, Oliver W. 2003: *Politikwissenschaft als Theorie der Politik. Hermann Hellers theoretische Grundlegung der Politikwissenschaft*. In: *Politisches Denken. Jahrbuch 2003*, 30-54. Henkel, Michael 2011: *Hermann Hellers Theorie der Politik und des Staates. Die Geburt der Politikwissenschaft aus dem Geiste der Soziologie*. Tübingen.
- Hetzel, Mechthild 2007: *Jenseits von Mehrheit und Minderheit. Zur politischen Konzeption des Restes*. In: Janine Böckelmann und Frank Meier (Hrsg.): *Die gouvernementale Maschine. Zur politischen Theorie Giorgio Agambens*. Münster, 107-113.
- Hobbes, Thomas [1651]: *Leviathan: or the Matter, Form, and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil*. In: *The English Works. First Collected and Edited by Sir William Molesworth*. 3rd Vol. London 1839.
- Honig, Bonnie 2007: *Between Decision and Deliberation: Political Paradox in Democratic Theory*. In: *American Political Science Review* 101(1), 1-17.
- Immergut, Ellen und Anderson, Karen M. 2008: *Historical Institutionalism and West European Politics*. In: *West European Politics* 31(1-2), 345-369.
- Jhering, Rudolf von [1872]: *Der Kampf ums Recht*. 8. Aufl. Frankfurt a.M. 2003.
- Kant, Immanuel [1795]: *Zum ewigen Frieden*. In: *Werke in zehn Bänden*. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Bd. 9. Darmstadt 1983, 193-251.
- Kant, Immanuel [1798]: *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht*. In: *Werke in zehn Bänden*. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Bd. 10. Darmstadt 1983, 397-690.
- Kelsen, Hans 1929: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. Bd. 5, 30-84.
- Kelsen, Hans 1931: *Wer soll Hüter der Verfassung sein?* Berlin.

- Kelsen, Hans [1960]: Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. 2. Aufl. Wien 1992.
- Kern, Fritz [1952]: Recht und Verfassung im Mittelalter. Reprint. Darmstadt 1992.
- King, Preston [1974]: The Ideology of Order. A Comparative Analysis of Jean Bodin and Thomas Hobbes. Reprint. London u.a. 1999.
- Kirste, Stephan 2002: The Temporality of Law and the Plurality of Social Times. The Problem of Synchronizing Different Time Concepts through Law. In: Michel Troper und Annalisa Verza (Hrsg.): Legal Philosophy. General Aspects: Concepts, Rights and Doctrines. Stuttgart, 23-44.
- Klink, Bart van und Lembcke, Oliver W. (2018): A Fuller Understanding of Legal Validity and Soft Law. In: Pauline Westerman et al. (Hrsg.): Legal Validity and Soft Law. Cham, 145-164.
- Lembcke, Oliver W. 2007a: Exception Rules? Freedom and Order in a State of Exception. In: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 107 (Political Philosophy), 119-128.
- Lembcke, Oliver W. 2007b: Hüter der Verfassung. Eine institutionentheoretische Studie zur Autorität des Bundesverfassungsgerichts. Tübingen.
- Lembcke, Oliver W. 2008a: Regulating the Living Will: The Role of Non-state Law at the End of Life. In: Jonathan J. Verschuren und Hanneke van Schooten (Hrsg.): International Governance and Law: State Regulation and Non-State Law, Cheltenham und Northampton, 191-208.
- Lembcke, Oliver W. 2008b: Die Würde des Menschen, frei zu sein: Zum Vermächtnis der Oratio de hominis dignitate Pico della Mirandolas. In: Rolf Gröschner, Stephan Kirste und Oliver W. Lembcke (Hrsg.): Des Menschen Würde – entdeckt und erfunden im Humanismus der italienischen Renaissance. Tübingen, 159-186.
- Lembcke, Oliver W. 2009a: Law. In: H. James Birx (Hrsg.): Encyclopedia of Time. Science, Philosophy, Theology, & Culture. Bd. 2. Thousand Oaks (Cal.), 772-774.
- Lembcke, Oliver W. 2009b: Politische Theorie des nackten Lebens: Giorgio Agamben. In: André Brodocz und Gary S. Schaal (Hrsg.): Politische Theorien der Gegenwart. Bd. 2. 3. Aufl. Opladen und Farmington Hills, 560-598.
- Lembcke, Oliver W. 2010: Konstitutionelles Gesetz im sozialen Rechtsstaat. Zu einem Grundbegriff der Staatslehre Hellers. In: Marcus Llanque (Hrsg.): Souveräne Demokratie und soziale Homogenität. Das politische Denken Hermann Hellers. Baden-Baden, 239-260.
- Lembcke, Oliver W. 2018: Giorgio Agamben's Political Theory. In: Oxford Research Encyclopedia of Communication. DOI: 10.1093/acrefore/9780190228613.013.592.
- Lepsius, Oliver 2009: Kelsens Demokratietheorie. In: Ehs, Tamara (Hrsg.): Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung. Wien, 67-89.
- Lindahl, Hans 2007: Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood. In: Martin Loughlin und Neil Walker (Hrsg.): The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form. Oxford, 9-24.
- Locke, John [1689]: Second Treatise of Government. Hrsg. von C.B. Macpherson. Indianapolis und Cambridge 1980.
- Loughlin, Martin und Walker, Neil 2007: Introduction. In: Dies. (Hrsg.): The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form. Oxford, 1-8.
- Luhmann, Niklas 1983: Rechtssoziologie. 2. Aufl. Reinbek bei Hamburg.
- Luhmann, Niklas 1995: Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt a.M.
- Luhmann, Niklas 1999: Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie. Frankfurt a.M.
- March, James G. und Olson, Johan P. 1996: Institutional Perspectives on Political Institutions. In: Governance 9(3), 247-264.
- March, James G. und Olson, Johan P. 2004: Logic of Appropriateness. Working Paper No. 9. Oslo. Online verfügbar unter: https://www.sv.uio.no/arena/english/research/publications/arena-working-papers/2001-2010/2004/wp04_9.pdf, zuletzt abgerufen am 30.04.2019.
- Meinecke, Friedrich (1922): Weltbürgertum und Nationalstaat. Studien zur Genesis des deutschen Nationalstaates. 6. Aufl. München.
- Norris, Andrew (Hrsg.) 2005: Politics, Metaphysics, and Death. Essays on Giorgio Agamben's Homo Sacer. Durnham und London.
- Pico della Mirandola, Giovanni [1496]: Über die Würde des Menschen. Lateinisch-Deutsch. Übersetzt von Norbert Baumgarten. Herausgegeben und eingeleitet von August Buck. Hamburg 1990.

- Rawls, John 1971: A Theory of Justice. Cambridge (Mass.).
- Rawls, John 2001: Justice as Fairness. A Restatement. Hrsg. von Erin Kelly. Cambridge (Mass.) und London.
- Sandel, Michael J. 1982: Liberalism and the Limits of Justice. Cambridge (Mass.).
- Schaal, Gary S. (Hrsg.) 2009: Techniken rationaler Selbstbindung. Berlin.
- Scheuerman, William E. 1996: Carl Schmitt's Critique of Liberal Constitutionalism. In: The Review of Politics 58(2), 299-322.
- Schmitt, Carl [1922]: Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität. 7. Aufl. Berlin 1996.
- Schmitt, Carl [1928]: Verfassungslehre. 8. Aufl. Berlin 1993.
- Schmitt, Carl [1931]: Der Hüter der Verfassung. 4. Aufl. Berlin 1996.
- Shelton, Dinah (Hrsg.) 2000: Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System. Oxford.
- Sieyès, Emmanuel Joseph [1789]: Was ist der Dritte Stand? In: Oliver W. Lembcke und Florian Weber (Hrsg.): Emmanuel Joseph Sieyès: Was ist der Dritte Stand? Ausgewählte politische Schriften. Berlin 2010, 111-176.
- Stone, Deborah 2002: Policy Paradox. The Art of Political Decision Making. Revised edition. New York und London.
- Tocqueville, Alexis de [1835]: Über die Demokratie in Amerika. Beide Teile in einem Band. München 1987.
- Michael Walzer 1993: Kritik und Gemeinsinn. Drei Wege der Gesellschaftskritik. Frankfurt a.M.
- Weber, Max [1956]: Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie. Hrsg. von Johannes Winckelmann. 5. Aufl. Tübingen 1980.
- Weber, Max [1919]: Politik als Beruf. In: Ders.: Gesammelte politische Schriften. Hrsg. von Johannes Winckelmann. 5. Aufl. Tübingen 1988, 505-560.
- Wesel, Uwe 1997: Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zum Vertrag von Maastricht. München.
- Wesel, Uwe 1985: Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften. Frankfurt a.M.
- Wieland, Wolfgang 1989: Aporien der praktischen Vernunft. Frankfurt a.M.

Konstitutionalismus in modernen Gesellschaften.

Eine Skizze über das Verhältnis von Politik und Recht

Oliver W. Lembcke

1. Einführung. 2. Zwei Entwicklungsstränge. 2.1 Politisierung des Rechts. 2.2 Verrechtlichung der Politik. 3. Drei Modelle. 3.1 Dezisionismus. 3.2 Positivismus. 3.3 Konstitutionalismus. 3.4 Moderner Konstitutionalismus. 4. Aufgabenfelder. 4.1 Normative Ordnung des Politischen. 4.2 Rechtsetzung durch Recht und Politik. 4.3 Voraussetzungen einer gelingenden Rechtspraxis. 5. Herausforderungen der Ausbalancierung. Literatur.

1. Einführung

Wie lässt sich das moderne Recht charakterisieren? Was kann man anderes sagen, als dass es gilt, weil es gilt – solange es gilt. In einer eigenartigen Dialektik hängt die (politische) Leistungsfähigkeit des modernen Rechtssystems entscheidend davon ab, ob es gelingt, die Prozesse der Entstehung und Veränderung von Normen nach eigenen (rechtlichen) Regeln durchzuführen. Dazu gehört scheinbar, dass sich die Geltung von Rechtsnormen möglichst schnell und umfassend von der Genese emanzipiert. So werden – um ein Beispiel zu geben – über das Ende der Geltung von Rechtsnormen typischerweise keine Aussagen getroffen. Sie sind in gewisser Weise zeitlos.¹ Mitunter werden Änderungsmöglichkeiten sogar explizit ausgeschlossen, wie etwa im Falle der „unveräußerlichen“ Menschenrechte oder des Prinzips der Menschenwürde, die gar kontrafaktisch als „unantastbar“ gelten soll. An Beispielen wie diesen wird deutlich, wie die Normativität des Rechts sich qua Positivität gegen die Veränderung von Lebensumständen vor allem im Bereich der Politik zu immunisieren sucht. Dass sich dadurch Rechtsverletzungen seitens der Machthaber nicht verhindern lassen, liegt auf der Hand; aber der liberalen Grundidee der Menschenrechte zufolge soll sich der Souverän in solchen Fällen gerade nicht darauf berufen können, im Einklang mit dem Recht gehandelt zu haben. Die Unterscheidung zwischen Recht und Politik findet jedoch nicht nur im Großen statt – d.h. in den grundlegenden Fragen des Systemunrechts –, sondern auch im Kleinen, im Alltag des Rechts. Beruht nicht auf der Blindheit des Juristen gegenüber politischen Zweckmäßigkeiten oder Wünschbarkeiten die Funktionsfähigkeit des Rechtssystems? Und wenn Justitia eine Augenbinde trägt, warum soll sich dann etwa ein Student der Rechtswissenschaft mit Politik oder gar mit politischer Theorie befassen?²

Die Antworten darauf, mit denen die Relevanz des interdisziplinären Austauschs der Rechtswissenschaft mit der politischen Theorie verdeutlicht werden soll, strukturieren zugleich den Fortgang der Argumentation dieses Beitrags: Erstens ist daran zu erinnern, dass die Errungenschaft moderner Rechtsstaatlichkeit aus historischen, aber bis heute fortwirkenden Prozessen der Politisierung des Rechts und der Verrechtlichung der Politik hervorgegangen ist (2.). Aus diesem Zusammenhang ist der Konstitutionalismus erwachsen, der das Selbstverständnis des demokratischen Verfassungsstaates bis heute so nachhaltig geprägt hat. Nur eine auf diese Weise ideengeschichtlich gesättigte Theorie ist zweitens in der Lage, über jene Engführungen aufzuklären,

¹ Zum Zusammenhang zwischen Rechtspositivität und Zeit siehe Oliver W. Lembcke (2009a): Law. In: H. James Birx (Hrsg.): *Encyclopedia of Time. Science, Philosophy, Theology, & Culture*. Bd. 2. Thousand Oaks (Cal.), 772-774. Ausführlich Stephan Kirste (2002): *The Temporality of Law and the Plurality of Social Times. The Problem of Synchronizing Different Time Concepts through Law*. In: Michel Troper und Annalisa Verza (Hrsg.): *Legal Philosophy. General Aspects: Concepts, Rights and Doctrines*. Stuttgart, 23-44.

² Die „Umriss“ des Forschungsfeldes von Politik und Recht zeigen sich – v.a. aber nicht ausschließlich – für die Politikwissenschaft indes im Sammelband von Frick, Lembcke und Lhotta (Hrsg.) (2017): *Politik und Recht. Umriss eines politikwissenschaftlichen Forschungsfeldes*. Baden-Baden.

die den Rechtsbegriff um seinen notwendigen Bezug zum Politischen verkürzen – Kennzeichen des Positivismus – oder ihn mit dem Politischen zusammenfallen lassen – charakteristisch für den Dezisionismus (3.). Eine solche Kritik wäre jedoch ohne einen kritisch-konstruktiven Dialog mit der Rechtswissenschaft unvollständig, die dritte Aufgabe der politischen Theorie. Welchen Beitrag sie dabei leisten kann, ist anhand von drei Ebenen – der Rechtsphilosophie, Rechtsdogmatik und der Rechtspraxis – exemplarisch zu veranschaulichen (4.), bevor ein kurzes Fazit diese tour de force beschließt, die sich realiter doch nie beenden lässt (5.).

2. Zwei Entwicklungsstränge

Recht ist eine kulturelle Errungenschaft des Menschen. Es unterliegt einem evolutionären Prozess, in dem sich Rechtsbewusstsein und Rechtsordnung in einem komplexen Wechselverhältnis herausbilden, verbinden und immer wieder neu an die Bedingungen des Zusammenlebens anpassen. Dabei besteht die zentrale Funktion des Rechts darin, menschliches Verhalten nach dem Code von Recht und Unrecht zu beurteilen und zu sanktionieren.³ Ob diese Funktion eher der Bewahrung und Fortsetzung der Vergangenheit dient oder dazu angetan sein soll, die Zukunft zu steuern, danach lassen sich die älteren von den modernen Rechtsordnungen unterscheiden. Beruhte das Recht früher auf der Erkenntnis des Vorgegebenen – durch die Väter, die Götter oder dem einen Gott –, so wird das moderne Recht zum Gegenstand der Entscheidung. Die Positivierung des Rechts ist in erster Linie auch eine Politisierung des Rechts (2.1). Diese Entwicklung hat jedoch mit der bürgerlichen Gesellschaft auch die Gegenentwicklung, nämlich die Verrechtlichung der Politik hervorgerufen (2.2). Diese dialektische Pendelbewegung bestimmt die Rechtssysteme und hat zur Herausbildung der Verfassungsstaaten geführt, die mit der Ebenenunterscheidung zwischen dem „einfachen Recht“ und dem „Verfassungsrecht“ beiden Prozessen gerecht zu werden versuchen.

2.1 Politisierung des Rechts

Strukturell zeichnen sich antike und mittelalterliche Ordnungen u.a. durch ihre starke Verbindung von Recht, Politik und Moral aus.⁴ Das Recht dieser Zeiten ist tief in den gemeinschaftlichen Sitten und Bräuchen verankert. Was Recht ist, beruht vor allem auf der Autorität des Richters, oftmals personifiziert vom Herrscher selbst, der dem Recht in seinen Entscheidungen Legitimität verleiht. Seine Blickrichtung ist prinzipiell auf die Vergangenheit gerichtet, als Zeit richtiger Zustände, zu denen der Richterspruch eine Kontinuität herzustellen hat – „altes Recht ist gutes Recht“.⁵ Mit der „Erfindung“ der Subjektivität in der Renaissance ändert sich das Rechtsdenken.⁶ Der Einzelne wird als Subjekt begriffen, der sich selbst zu dem macht, was er ist. Nicht Vorgaben der Tradition bestimmen das individuelle Leben, sondern Aufgaben, die sich jeder selbst sucht und denen er selbst gerecht zu werden hat. Aber der Freude über den schöpferischen Bildhauer, den *plastes et fictor* seiner eigenen Biographie,

³ Zum Code des Rechtssystems Niklas Luhmann (1995): Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt a.M., 165-213.

⁴ Uwe Wesel (1997): Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zum Vertrag von Maastricht. München, 45 f.; zur Entwicklungsdynamik des Rechts vgl. dens. (1985): Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften. Frankfurt a.M., 350-355.

⁵ Nach wie vor lesenswert zu diesem Thema die klassische Studie von Fritz Kern [1952]: Recht und Verfassung im Mittelalter. Reprint. Darmstadt 1992, 11-23.

⁶ Sie dazu die verschiedenen Beiträge im Sammelband von Rolf Gröschner, Stephan Kirste und Oliver W. Lembcke (Hrsg.) (2008): Des Menschen Würde – entdeckt und erfunden im Humanismus der italienischen Renaissance. Tübingen; speziell zur „Erfindung“: Collegium editorum (2008): Dialog über die Renaissance der Würde. In: Dies.: (Hrsg.): Des Menschen Würde, VII-XIII, hier VII f. Ausführlich sozialphilosophisch reflektiert von Michael Walzer (1993): Kritik und Gemeinsinn. Drei Wege der Gesellschaftskritik. Frankfurt a.M., 9-41.

wie Pico della Mirandola in seiner *Oratio de dignitate hominis* wirkmächtig formuliert,⁷ schliessen sich Sorgen um die Zukunft an, die nunmehr als prinzipiell offen und unsicher verstanden wird.⁸ Diese Zukunft zu steuern, wird daher zur Hauptaufgabe des Rechts bis zum heutigen Tag.⁹

Im 16. Jahrhundert beschleunigen sich aufgrund tiefgreifender sozialer Umbrüche jene Prozesse, die zu einer verstärkten Konzentration auf die Rechtsetzung führen. Recht wird zwar allgemein immer noch als Ausdruck göttlichen Willens betrachtet, aber infolge der Glaubensspaltung schwindet die Gewissheit, welche Ordnung gottgerecht ist. Diese Frage wird vielmehr zum Gegenstand eines Streits, an dem die Einheit der Christen unwiderruflich zerbricht und Europa im Dreißigjährigen Krieg untergehen lässt. Mehr und mehr setzt sich die Einsicht durch – die Bodin, Hobbes und andere auf der Ebene der Theorie bereits verkündet hatten –, dass nämlich das Recht allein den Frieden nicht sichern kann. Dazu bedarf es der Politik, genauer: einer souveränen Gewalt, in deren Hand das Recht liegt.¹⁰ Es wird damit machbar – und zu einem Instrument eines stetig wachsenden politischen Gestaltungswillens: Es dient ab Mitte des 16. Jahrhunderts zur Konsolidierung der friedenssichernden Ordnung im Territorialstaat, zum Abbau von Sonderrechten, zur Vereinheitlichung der Rechtspflege, zur Zentralisierung der Verwaltungsstrukturen und nicht zuletzt zur Kodifikation umfassender Teile des Rechts selbst im Übergang des 18. zum 19. Jahrhundert. Bei alledem gewinnt die Gesetzgebung beständig an Bedeutung; und mit ihr verschieben sich auch die Gewichte im Verhältnis zwischen Recht und Politik: Das Recht, vormals Ausdruck der Rechtsidee, büßt seinen Stellenwert als verbindliche Vorgabe ein.¹¹ Was von der Rechtsidee übrig bleibt, wird zum überpositiven Recht, zum unverbindlichen Naturrecht. Es ist nicht zuletzt deswegen unverbindlich, weil es die friedensverbürgende und ordnungssichernde Souveränität des Herrschers nicht durch eine Relativierung des positiven Rechts gefährden sollte.

2.2 Verrechtlichung der Politik

Mit dem Aufkommen des Bürgertums als eine politische Größe wandelt sich das Bild, manifest in der Amerikanischen Unabhängigkeitserklärung von 1776 und der Französischen Revolution von

⁷ „Wir haben dir keinen festen Wohnsitz gegeben, Adam, kein eigenes Aussehen noch irgendeine besondere Gabe, damit du den Wohnsitz, das Aussehen und die Gaben, die du selbst dir ausersiehst, entsprechend deinem Wunsch und Entschluß habest und besitzest. Die Natur der übrigen Geschöpfe ist fest bestimmt und wird innerhalb von uns vorgeschriebener Gesetze begrenzt. Du sollst dir deine ohne jede Einschränkung und Enge, nach deinem Ermessen, dem ich dich anvertraut habe, selber bestimmen. Ich habe dich in die Mitte der Welt gestellt, damit du dich von dort aus bequemer umsehen kannst, was es auf der Welt gibt. Weder haben wir dich himmlisch noch irdisch, weder sterblich noch unsterblich geschaffen, damit du wie dein eigener in Ehre frei entscheidender, schöpferischer Bildhauer dich selbst zu der Gestalt ausformst, die du bevorzugst“ (Giovanni Pico della Mirandola [1496]: *Über die Würde des Menschen*. Lateinisch-Deutsch. Übersetzt von Norbert Baumgarten. Herausgegeben und eingeleitet von August Buck. Hamburg 1990, 5-7).

⁸ Zur Freiheitskonzeption der Renaissance und speziell zu jener Picos: Oliver W. Lembcke (2008b): *Die Würde des Menschen, frei zu sein: Zum Vermächtnis der Oratio de hominis dignitate Pico della Mirandolas*. In: Gröschner, Kirste und Lembcke (Hrsg.): *Des Menschen Würde*, 159-186.

⁹ Einschlägig hierzu Niklas Luhmann (1999): *Ausdifferenzierung des Rechts*. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie. Frankfurt a.M., 73-91.

¹⁰ Vgl. zur Souveränitätskonzeption v.a. die folgenden Passagen von Jean Bodins *Les six Livres de la République* [1576], I/8, II/1-4 (Sechs Bücher über den Staat. Eingel. und hrsg. von Peter C. Mayer-Tasch, übers. von Bernd Wimmer. 2 Bde. München 1981/1986, Bd. 1, 205-239, 319-360) und Thomas Hobbes' *Leviathan* [1651], hier programmatisch bereits die „Introduction“ und v.a. Kap. 17-18 (*Leviathan: or the Matter, Form, and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil*. In: *The English Works*. First Collected and Edited by Sir William Molesworth. 3rd Vol. London 1839, ix-xii, 153-170). In vergleichender Perspektive siehe die Studie von Preston King [1974]: *The Ideology of Order. A Comparative Analysis of Jean Bodin and Thomas Hobbes*. Reprint. London u.a 1999.

¹¹ Das Recht büßt in diesem Modernisierungsprozeß seine „Heiligkeit“ ein; diesen Schwund bringt Luhmann pointiert zur Sprache: „Positives Recht wird in dem Maße seiner Ausbreitung und Änderbarkeit triviales Recht. Eine Form, die dazu benutzt wird, Ansprüche auf Prämien für die Vernichtung von Äpfeln eines bestimmten Erntejahres festzulegen, kann nicht zugleich Heiliges ausdrücken“ (Niklas Luhmann (1983): *Rechtssoziologie*. 2. Aufl. Reinbek bei Hamburg).

1789. Der Herrschaftsanspruch aus höherem Recht (Gottesgnadentum) wird ebenso bestritten wie die absolute Verfügungsgewalt staatlicher Politik. Der feste Glaube, dass die Gesellschaft sich zum Wohle aller selbst regulieren könne, verbindet die unterschiedlichen Richtungen des Liberalismus miteinander. Er ist der Feind einer auf Standesunterschieden beruhenden Gesellschaft. Das Recht wird ihm zum Garanten der individuellen Freiheit, und zwar als gleiches Recht für alle und nicht als Vorrecht für wenige. Sind es doch die Bürger, deren Leistungen zusammengenommen die Gesellschaft in toto ausmachen. Ihnen muss daher auch das Recht zur politischen Selbstbestimmung zukommen, so etwa der Abbé Sieyès in seinem berühmten Pamphlet *Qu'est-ce que le tiers État?* (1789), nicht aber jenen – gemeint sind die Adligen –, die von diesen Leistungen in parasitärer Weise zehren.¹² Politische Herrschaft lässt sich demnach nur noch rechtfertigen, wenn ihr Anspruch demokratisch legitimiert und rechtlich limitiert ist.

Mit einem Abbau an Privilegien ist es jedoch ebensowenig getan wie mit einem liberalen „Nachtwächterstaat“ – um ein geflügeltes Wort Ferdinand Lassalles aufzugreifen –, der sich auf die innere und äußere Sicherheit seiner Bürger beschränkt. Über die neu errungenen Menschen- und Bürgerrechten hinaus verlangen sowohl der immense gesellschaftliche Wandel, besonders infolge der industriellen Revolution, als auch die ausgreifende funktionale Differenzierung mit ihrer Pluralisierung der Eigenlogiken innerhalb der verschiedenen sozialen Teilsysteme eine stetig wachsende Gesetzgebungstätigkeit. Um diesen Anforderungen einerseits gerecht zu werden, andererseits aber den Gestaltungswillen der Politik an das Recht zu binden, hat sich innerhalb der europäischen Rechtsordnungen eine Binnenhierarchisierung durchgesetzt. Sie unterscheidet zwischen zwei grundsätzlichen Ebenen des Rechts, dem sogenannten einfachen Recht, das Gegenstand der gesetzgeberischen Tätigkeit ist, und dem Verfassungsrecht, das über die Entstehungs- und Geltungsbedingungen des einfachen Rechts entscheidet – selbst aber dem schnellen Zugriff der Politik entzogen ist. Bereits der Akt der Verfassunggebung unterscheidet sich durch seine historische Bedeutung fundamental vom Alltag der Gesetzgebung im Rechtsstaat – und wird auch von den allermeisten Staaten als besonderer Moment der eigenen Geschichte (*constitutional moment*)¹³ im kollektiven Gedächtnis gespeichert. Darüber hinaus verlangt die Änderung der Verfassung verglichen mit Gesetzesänderungen in der Regel ein zeitlich aufwendigeres und konsensorientiertes Verfahren. Diese Binnenhierarchisierung zwischen Verfassungsrecht und einfachen Recht ermöglicht eine „strukturelle Kopplung“ zwischen dem Bereich der Politik und jenem des Rechts.¹⁴ Sie ermöglicht dem Gesetzgeber, schnell und effektiv politisch zu handeln und seinen Vorstellungen entsprechend das Recht zu ändern, anzupassen oder ganz neue Rechtslagen zu schaffen. Er muss sich dabei jedoch an den verfassungsrechtlichen Vorgaben messen lassen.

3. Drei Modelle

Die ideengeschichtliche Skizze über das Verhältnis von Recht und Politik hat die Interdependenzen der beiden Bereiche veranschaulicht. In systematischer Absicht schließt sich nun die theoretische Reflexion dieser Kontexte an. Im Bereich der Rechtswissenschaft ist die Rechtstheorie für die Frage des Verhältnisses des Rechts zur Politik zuständig, deren Sichtweise im folgenden aus der Warte

¹² Emmanuel Joseph Sieyès [1789]: Was ist der Dritte Stand? In: Oliver W. Lembcke und Florian Weber (Hrsg.) : Emmanuel Joseph Sieyès: Was ist der Dritte Stand? Ausgewählte politische Schriften. Berlin 2010, 111-176, hier v.a. 114 ff. – Anders hingegen fällt die Beurteilung der Geistlichkeit aus, die immerhin eine gesellschaftliche Funktion erfüllt; siehe hierzu den Text „Kirchliche Güter“ (ebd., 221-232).

¹³ Die Begrifflichkeit geht zurück auf einen einflussreichen Aufsatz von Bruce Ackerman (1989): Constitutional Politics/Constitutional Law. In: Yale Law Journal 99(3), 453-547.

¹⁴ Zu dieser Theoriefigur Luhmann 1995 (Fn. 3), 440-495.

der politischen Theorie beobachtet und kommentiert wird. Zum Zwecke der Vereinfachung lassen sich drei Modelle paradigmatisch unterscheiden – der Dezisionismus (3.1), der Positivismus (3.2) und der Konstitutionalismus (3.3) –, die hier anhand der Vertreter Carl Schmitt, Hans Kelsen und Hermann Heller vorgestellt werden,¹⁵ gefolgt von einer kurzen Übersicht über die modernen Varianten des Konstitutionalismus (3.4).

3.1 Dezisionismus

Zum bleibenden Vermächtnis der Verfassungstheorie von Carl Schmitt gehört seine Unterscheidung zwischen der Verfassung und dem Verfassungsgesetz. Einzelne Gesetze, etwa aufgrund ihrer erschwerten Änderbarkeit, als Verfassung zu bezeichnen, führen Schmitt zufolge in die Irre. Nicht als „Einzelheit“, sondern als „Einheit“ sei die Verfassung zu verstehen, als Ausdruck der verfassungsgebenden Gewalt einer Nation, mit der diese eine souveräne Entscheidung über ihre Existenz trifft, sich dadurch von anderen Formen des Zusammenlebens abgrenzt und sich so eine eigene Identität formt.¹⁶ Eine solche „Form der Form“ geht der Entscheidung über das normative Fundament einer Ordnung voraus und ist daher vom „positiven“ Verfassungsbegriff zu unterscheiden, der die „Norm der Norm“ zum Gegenstand hat. In dieser Unterscheidung tritt der für das Schmittsche Denken charakteristische Dezisionismus deutlich hervor: die Überzeugung, dass der politischen Ordnung keine konstituierenden Prinzipien oder Werte vorausgehen, sondern es sich bei ihr – normativ betrachtet – um eine „creatio ex nihilo“ handelt, eine Ordnung um ihrer selbst willen. Einmal etabliert, verlangt sie dem Juristen ein „konkretes Ordnungsdenken“ ab, um Rechtsentscheidungen im Einklang mit der legitimen politischen Ordnung zu halten.

Aus der systematischen Bestimmung der Verfassungsbegriffe folgt die immer mögliche Relativierung der Rechtsgeltung einzelner Normen im Lichte der Gesamtentscheidung. Dies gelte insbesondere für solche Verfassungen, die nicht von der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes her verstanden, sondern aus einem „Idealbegriff“ heraus konstruiert werden – wie im Falle der Weimarer Verfassung. An ihr sind von Schmitt all jene Bestimmungen des bürgerlichen Rechtsstaates kritisiert worden, insbesondere die Grundrechte und die Gewaltenteilung, die auf eine konstitutionelle Beschränkung der eigentlichen „politischen Form“ hinauslaufen.

Diese Kritik beruht auf der für Schmitt grundlegenden Differenz zwischen Liberalismus und Demokratie, die er mit einer weiteren Leitunterscheidung verknüpft, nämlich den beiden Formprinzipien Identität und Repräsentation.¹⁷ Zur Demokratie gehöre das Formprinzip der Identität, zur Monarchie hingegen jenes der Repräsentation. Die liberale Demokratie in ihrer parlamentarischen Variante der Weimarer Republik vermische diese Formprinzipien miteinander und besitzt bereits aus diesen Gründen einen Geburtsfehler, den sie letztlich nicht heilen kann; und der Parlamentarismus sei zu schwach, den politischen Willen des Volkes in angemessener Weise zu artikulieren.¹⁸

¹⁵ Dieser paradigmatische Streit über das Verhältnis von Recht und Politik ist seit einiger Zeit auch vom internationalen Theoriediskurs ausgiebig rezipiert worden; siehe u.a. David Dyzenhaus (1997): *Legality and Legitimacy*. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. Oxford und Peter C. Caldwell (1997): *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law. The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism*. Durham and London.

¹⁶ Siehe hier und im folgenden Carl Schmitt [1928]: *Verfassungslehre*. 8. Aufl. Berlin 1993, Kap. I-II.

¹⁷ Schmitt 1928 (Fn. 16), Kap. III.

¹⁸ Eine gründliche Analyse des Schmittschen Anti-Konstitutionalismus bietet William E. Scheuerman (1996): *Carl Schmitt's Critique of Liberal Constitutionalism*. In: *The Review of Politics* 58(2), 299-322.

Schmitts Analyse der „konkreten Verfassungslage“ war eindeutig:¹⁹ Die gegensätzlichen wirtschaftlichen und politischen Interessengruppen zerstören die staatliche Einheit, die Regierung ist handlungsunfähig – ein Zustand, der dem Sinn jeder vernünftigen Verfassung zuwider ist. Mit einem Wort: Deutschland befindet sich in einem „Ausnahmestand“.²⁰ Um in diesem Zustand die widerstrebenden Mächte zu bändigen, den Partikularinteressen zu widerstehen und für einen Ausgleich zwischen den Konfliktparteien zu sorgen, müsse der Hüter der Verfassung eine kraftvolle politische Instanz sein. Und dafür komme nach Lage der Dinge nur die „Diktatur des Reichspräsidenten“ in Frage.²¹ Aufschlussreich für das Verhältnis von Recht und Politik sind dabei die Einwände Schmitts gegen ein Verfassungsgericht.²² Denn bei genauerem Hinsehen ist es weniger die vermeintliche Ohnmacht als vielmehr die Machtfülle, vor der Schmitt warnt.

Gegen die Verfassungsgerichtsbarkeit als Hüter der Verfassung führt er das Argument der „Juridifizierung“ an, bei der „die Politik nichts zu gewinnen und die Justiz alles zu verlieren hat“.²³ Diese Sicht unterstellt, dass die Interpretation einer Verfassungsnorm nicht mehr richterliche Tätigkeit, sondern eine des Gesetzgebers sei. Schmitt selbst weiß genau, dass in jeder richterlichen Entscheidung ein Element reiner Dezision liegt, das nicht aus dem Inhalt der Norm abgeleitet werden kann. Was ist also das Besondere im Verfassungsrecht? Für Schmitt sind es die vagen Bestimmungen, deren Auslegung das Gericht zu eigenmächtig werden lässt. Es drohe vom Hüter zum „Herrn“ der Verfassung zu werden. Statt ohnmächtig dem Treiben der Politik zusehen zu müssen, erscheint die Verfassungsgerichtsbarkeit nun plötzlich als Wegbereiter eines „Justizstaates“.²⁴

3.2 Positivismus

Für Kelsen handelt es sich bei der Frage, ob es einen Hüter der Verfassung geben solle, um eine rechtspolitische Entscheidung. Seine Präferenzen liegen jedoch eindeutig bei einem Verfassungsgericht. Denn letztlich könne nur die Verfassungsgerichtsbarkeit die Verbindlichkeit der Verfassung als oberste Rechtsnorm und somit den Vorrang der Verfassung vor den übrigen Normen sicherstellen.²⁵ Vor einem starken Verfassungsgericht ist Kelsen daher anders als Schmitt gar nicht bange: Vorausgesetzt, dass die Verfassung nicht mit „vagen Schlagworten“ angereichert werde (z.B. Gerechtigkeit, Freiheit, Billigkeit, Sittlichkeit).²⁶ Der sicherste Weg, der „Machtvollkommenheit“ der Verfassungsgerichte zu begegnen, sei daher, dass sich der Verfassungsgeber „jeder derartigen Phraseologie“ enthalte.²⁷ In Kelsens Sicht ist die Verfassung nichts anderes als eine Ordnung von inhaltlich bestimmten Normen; und die Funktion des Hüters beschränkt sich darauf, den Vollzug der Verfassung durch entsprechende Akte der anderen Staatsgewalten zu überprüfen und diese

¹⁹ Carl Schmitt [1931]: *Der Hüter der Verfassung*. 4. Aufl. Berlin 1996, 71-131.

²⁰ Näheres zu Schmitts Konzept des Ausnahmestandes: Oliver W. Lembcke (2007a): *Exception Rules? Freedom and Order in a State of Exception*. In: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Beiheft 107 (Political Philosophy), 119-128.

²¹ Schmitt 1931 (Fn. 19), 100-108, 115, 135 f.

²² Ausführlich dazu Oliver W. Lembcke (2007b): *Hüter der Verfassung. Eine institutionentheoretische Studie zur Autorität des Bundesverfassungsgerichts*. Tübingen, 15-27.

²³ Schmitt 1931 (Fn. 19), 35.

²⁴ Carl Schmitt [1922]: *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. 7. Aufl. Berlin 1996, 13.

²⁵ Hans Kelsen (1929): *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. Bd. 5, 30-84, hier 43 ff.

²⁶ Kelsen war aus diesem Grund anfänglich auch skeptisch bis ablehnend gegenüber einem juristischen Konzept grundlegender Freiheitsrechte, hat aber diese Position im Laufe der Zeit überwunden. Zur diesem Positionswechsel vgl. Horst Dreier (1990): *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*. 2. Aufl. Baden-Baden, 119.

²⁷ Kelsen 1929 (Fn. 25), 24, 69 f.

gegebenenfalls als verfassungswidrig aufzuheben. Es handelt sich mithin um keine kreative, sondern um eine negative Funktion, die der Hüter der Verfassung auszuüben hat – weshalb Kelsen ihn auch als einen „negativen Gesetzgeber“ bezeichnet.²⁸ Mit dieser Bezeichnung wird darüber hinaus zum Ausdruck gebracht, dass die Unterschiede zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung nur relativer Art sind: Die Gesetzgebung erzeugt generelle Normen, die Rechtsprechung individuelle Normen. In beiden Fällen handelt es sich um „Rechtserzeugung“, die stets aber auch ein „Dezisionselement“ und damit auch ein „Element der Machtausübung“ enthält.²⁹ Hierin besteht der notwendige politische Charakter jeder Rechtsprechung, auch der Verfassungsgerichtsbarkeit – und er wächst mit dem freien Ermessen des Richters.

Ungeachtet aller Gegensätzlichkeit in den rechtstheoretischen Grundpositionen findet sich daher eine gewisse Verwandtschaft in der Einschätzung dieser Frage zwischen Kelsen und Schmitt: Beide schwanken in der Frage der Macht der Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen machtvoll und ohnmächtig hin und her. Der Grund dafür: Für Schmitt wie Kelsen beruht praktisches Handeln letztlich auf dem Willen desjenigen, der entscheidet; und dessen Entscheidungen entziehen sich weiterer Rationalisierung. In Schmitts Augen ist dies ein Ausdruck von Macht – und zugleich ein Zeichen für das Politische in einer Situation. Solange sich der Staat in einem „Normalzustand“ befindet, ist die Trennung von Recht und Politik für ihn das Kennzeichen des bürgerlichen Rechtsstaates. Die Politik könne dann jedoch nicht mehr aus dem Recht ausgesperrt bleiben, wenn existentielle Gefährdungen den Staat herausfordern. Die Frage nach der richtigen Entscheidung ist dann keine mehr des Rechts, sondern, so Schmitt, des politischen (Überlebens-)Willens – mit der Konsequenz, dass in diesem Zustand das Recht ausgesperrt wird.

Nach Kelsens Auffassung handelt es sich bei dieser Argumentation um eine Kette von Irrtümern, deren erster und wesentlichster in der Trennung von Recht und Politik besteht.³⁰ Rechtsprechung ist Kelsen zufolge stets auch Rechtserzeugung, weil die Entscheidung des Gerichts immer ein dezisionistisches Moment enthält. Die politische Hüter-Funktion eines Gerichts steht daher auch nicht quer zu seiner „Tätigkeit“, diese folgt jener schlicht. Alle staatlichen Organe sind solche, die Recht „setzen“, der Unterschied bestehe eben nur (wie bereits erwähnt) in dem Grad der Allgemeinheit der Rechtssetzung. Damit ist die traditionelle Zuordnung von Funktionen im Staat aufgehoben. Stattdessen ergibt sich die hierarchische Ordnung der Organe gemäß Kelsens „Stufentheorie“ der Rechtsordnung aus ihrer Nähe zur Verfassung als oberster Rechtsnorm eines Staates, wobei die übergeordnete Norm als interpretatorisches Richtmaß für die Auslegung bzw. Setzung der Normen auf den jeweils unteren Stufen dient.³¹

Während Schmitt der Trennung von Recht und Politik jene von gerichtlichem Handeln und Hüterfunktion folgen lässt, lösen sich bei Kelsen auch diese Unterscheidungen auf. Recht ist für Kelsen

²⁸ Hans Kelsen (1931): Wer soll Hüter der Verfassung sein? Berlin, 28.

²⁹ Kelsen 1931 (Fn. 28), 15, 21 f.

³⁰ Eine solche gegenstandsbezogene Unterscheidung ist Kelsen zufolge überholt. Worauf es vielmehr ankommt, ist eine methodengeleitete Arbeitsteilung zwischen der Rechtswissenschaft, die über ihre eigenen disziplinären Grenzen aufgeklärt ist, und anderen Wissenschaftsdisziplinen – wie etwa der Politikwissenschaft. Laut Ehs sei es überhaupt erst „Kelsens Methodenreinheit“, die „den Beginn der modernen Politikwissenschaft [markiert]“ (Tamara Ehs (2009): Vorwort. In: Dies. (Hrsg.): Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung. Wien, 5-14, hier 7); in diesem Sinne sind auch Kelsens eigene Beiträge zur Politikwissenschaft, insbesondere zur Demokratietheorie zu lesen: siehe dazu Oliver Lepsius (2009): Kelsens Demokratietheorie. In: Ehs (Hrsg.): Hans Kelsen, 67-89.

³¹ Vgl. Hans Kelsen [1960]: Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik. Nachdruck der 2. Aufl. Wien 1992, 228-282.

das, was autoritativ gesetzt worden ist. Sind die Verfahren der Rechtssetzung formal korrekt gewesen,³² ist das Ergebnis Recht: „Daher kann jeder beliebige Inhalt Recht sein.“³³ In dieser Sichtweise wird aber nicht nur das Handeln der staatlichen Organe (als Rechtssetzung) uniformiert. Auch die Interpretation wird auf einen schlichten Willensakt reduziert.³⁴ Die Abwägungsprozesse, die der Entscheidung vorausliegen, verlieren ihre Bedeutung und werden – wie beim Dezisionismus – beliebig.

3.3 Konstitutionalismus

In der Auseinandersetzung mit Kelsen und Schmitt ist es vor allem Hermann Heller gewesen, der gegen die Anfechtungen von Dezisionismus und Positivismus den Anspruch des Konstitutionalismus verteidigt hat. Seine Argumentation taugt vor allem deswegen als Muster konstitutionellen Denkens, weil Heller eine dezidiert demokratische Sicht auf den Rechtsstaat entwickelt und sich daher in besonderer Weise mit dem Verhältnis zwischen Recht und Politik auseinandersetzt.³⁵

Für Heller kommen im Konstitutionalismus zwei Überzeugungen zusammen:³⁶ der Grundsatz politischer Selbstbestimmung und der Glaube an die Fähigkeit jeder Person oder Gruppe, selbständig ihre Interessen erkennen und vertreten zu können. Zusammen mit dem Autonomieprinzip bildet die politische Gleichheit eine notwendige Einheit, die im Gesetz ihren Ausdruck findet. Anders gesagt: Die „konstitutionellen“ Gesetze ermöglichen den Bürgern eine gehaltvolle Teilnahme am politischen Leben, die als Souverän und Rechtsunterworfener im demokratischen Willensbildungsprozess eine Doppelrolle einnehmen.³⁷

Wer sich die Genese des Rechtsstaates vor Augen führt (sub 2.), der erkennt die Bedeutung der Idee der Volkssouveränität für den Konstitutionalismus. Auf diesen Zusammenhang von Demokratie und Liberalismus kommt es auch Heller in besonderer Weise an. Neben der limitierenden Funktion der Rechtsstaatlichkeit, die sich auf die Grenzen staatlicher Herrschaft, auf die Organisation der Staatsgewalten sowie auf die Berechenbarkeit öffentlichen Handelns bezieht, existiert die legitimierende Funktion, die bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts europaweit eng mit dem demokratischen Ideal der politischen Partizipation verbunden war.

³² Dass es zu kurz greift, allein auf formal einwandfreie Verfahren abzustellen, zeigt auch das Phänomen des „soft law“. Für eine Diskussion des Verhältnisses von Rechtsgeltung und „soft law“ vgl. Bart van Klink und Oliver W. Lembcke (2018): A Fuller Understanding of Legal Validity and Soft Law. In: Pauline Westerman et al. (Hrsg.): Legal Validity and Soft Law. Cham, 145-164.

³³ Kelsen 1960 (Fn. 31), 201.

³⁴ Die Interpretationslehre dürfte zu den problematischsten Aspekten der Reinen Rechtslehre gehören; vgl. dazu auch Dreier 1990 (Fn. 26), 145-155. Kelsen ist angetreten, die Rechtswissenschaft auf den Stand zeitgemäßer Wissenschaftlichkeit zu heben; der Preis der Objektivität ist jedoch hoch, weil er in Sorge um einen Rückfall in subjektive Irrationalismen der eigenen Disziplin keine hegende Kraft bei der Normexplikation zutraut. Die „Reinheit“ der Rechtslehre „diszipliniert“ nur die eigene Disziplin, diese aber nicht mehr die interessen geleiteten und oftmals kompromissformelartigen Produkte der Rechtsetzungsakte.

³⁵ Eine Rekonstruktion des politikwissenschaftlichen Zugangs der Staatslehre Hellers findet sich u.a. bei Michael Henkel und Oliver W. Lembcke (2003): Politikwissenschaft als Theorie der Politik. Hermann Hellers theoretische Grundlegung der Politikwissenschaft. In: Politisches Denken. Jahrbuch 2003, 30-54. Siehe außerdem umfassend Michael Henkel (2011): Hermann Hellers Theorie der Politik und des Staates. Die Geburt der Politikwissenschaft aus dem Geiste der Soziologie. Tübingen.

³⁶ Hermann Heller [1928a]: Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung. In: Ders.: Gesammelte Schriften. Hrsg. von Martin Drath et al. Bd. 2. Leiden 1971, 203-242, hier 210.

³⁷ Ausführlicher hierzu Oliver W. Lembcke (2010): Konstitutionelles Gesetz im sozialen Rechtsstaat. Zu einem Grundbegriff der Staatslehre Hellers. In: Marcus Llanque (Hrsg.): Souveräne Demokratie und soziale Homogenität. Das politische Denken Hermann Hellers, Baden-Baden, 239-260. Vgl. zur demokratischen Partizipation Hermann Heller [1924]: Politische Ideenkreise der Gegenwart. In: Ders. 1971, Bd. 1, 257-374, 309, 331-333.

Im demokratischen Rechtsstaat sorgen Wechselseitigkeit, Verantwortungsverteilung und Rückbindungen für symmetrische Rechtsverhältnisse zwischen Gesetzgeber und Normadressat. Während im formellen Rechtsstaat die Erwartungssicherheit im Umgang mit dem Recht vordergründig ist, hält der materielle Rechtsstaat Rechtsbeziehungen offen – und das Instrument, das diesen Gedanken in besonderer Weise verkörpert, ist das konstitutionelle Gesetz selbst. Zweifellos stellt auch ein solches Gesetz einen Befehl gegenüber den Rechtsunterworfenen dar. Aber dieser Befehl wird in den Bahnen des Rechts individualisiert, um in seiner konkreten Form als Norm anerkennungswürdig zu sein und auf entsprechende Akzeptanz zu stoßen. Unter rechtsstaatlichen Bedingungen heißt dies, dass der Legitimitätsglaube auf rationale Rechtfertigung ausgerichtet ist. Die Frage nach den Maßstäben solcher Rechtfertigungsmöglichkeiten befördert dabei nicht nur in den Worten Kants die „Publizität“ der Politik,³⁸ sie leistet aufgrund des allgemeinen Legitimationsbedarfs auch der Demokratisierung Vorschub.³⁹ Und so wie das Recht den Prozess der Individualisierung des Gesetzesbefehls von oben nach unten regelt, so regelt es auch den Willensbildungsprozess von unten nach oben, mit dem die Repräsentanten (aus-) gewählt werden. Heller teilt mit Kelsen den Gedanken der Normenhierarchie; diese Hierarchie ist bei ihm jedoch nicht Ausdruck eines logischen Vorrangs des Allgemeinen vor dem Individuellen, sondern das Ergebnis eines politischen Vorrangs des Gesetzgebers. Für ihn ist die rechtliche Bestimmung politischer Macht – in der doppelten Perspektive „bottom up“ und „top down“ – ein entscheidendes Charakteristikum einer rechtsstaatlichen Demokratie. Es umfasst die Bestellung von Repräsentanten ebenso wie ihre rechtliche Bindung im Amt; es regelt überdies die Unabhängigkeit der Amtsträger und stellt Sanktionsmechanismen bereit, um die demokratische Rückbindung zu gewährleisten.⁴⁰ Dieses Rechtsverhältnis zwischen Repräsentanten und Repräsentierten, das seinen Grund in der politischen Selbstbestimmung eines Volkes hat, macht für Heller den Unterschied zwischen Demokratie und Autokratie aus.

Eine solche Doppelperspektive ist seines Erachtens auch mit Blick auf jene Rechtsgrundsätze angemessen, die nicht Teil des positiven Rechts sind,⁴¹ die jedoch mit dem positiven Recht über die jeweilige (Rechts-) Kultur verbunden sind.⁴² Die ethischen Rechtsgrundsätze verweisen auf den Umstand, dass der Wille des Gesetzgebers nicht die einzige Legitimitätsquelle darstellt. Daher bilden sie für Heller zusammen mit den Gesetzen eine normative Einheit, die vom Staat durch seine (positiv-rechtliche) Gesetzgebung nicht erschöpft werden kann.⁴³ Ähnlich wie zuvor bereits die Rechtssätze lassen sich die Rechtsgrundsätze in zweifacher Weise betrachten: Von unten nach oben nehmen sie den Staat und insbesondere den Gesetzgeber in die Pflicht zum „richtigen“ Handeln; von oben nach unten wirken sie als Rechtfertigung des Rechtssetzers. Es ist diese Doppelperspektive, die das konstitutionelle Denken – nicht nur in der Theorie, sondern auch in der Praxis – besonders geprägt hat.

³⁸ Zum Begriff vgl. den zweiten Appendix in der Friedensschrift: Kant, Immanuel [1795]: Zum ewigen Frieden. In: Werke in zehn Bänden. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Bd. 9. Darmstadt 1983, 193-251, hier 244 ff.

³⁹ Ausführlicher hierzu Dyzenhaus 1997 (Fn. 15), 196 f.

⁴⁰ Hermann Heller [1928b]: Politische Demokratie und soziale Homogenität. In: Ders. 1971, 421-433, hier 425-427.

⁴¹ Dafür mangelt es ihnen bereits an einer hinreichenden (individualisierten) Bestimmtheit, um ein normgemäßes Verhalten anordnen zu können.

⁴² Heller 1928a (Fn. 36), 228 f.

⁴³ Vgl. Dyzenhaus 1997 (Fn. 15), 197.

3.4 Moderner Konstitutionalismus

Die Verbindung von Liberalismus (Freiheitsrechte des Einzelnen) und Demokratie (Selbstbestimmung des Volkes) macht den inhaltlichen Kern des modernen Konstitutionalismus aus. Die älteren Spielarten, etwa in Form der konstitutionellen Monarchie, genügen den Anforderungen politischer Legitimation nicht mehr.⁴⁴ Mögen in solchen Staaten auch Recht und Gesetz herrschen, sind doch die Möglichkeiten freiheitlicher Gesetzgebung (in unterschiedlichem Grade) begrenzt. Von der Verbindung politischer Freiheit und Gleichheit bleibt in solchen Fällen oftmals nur der fade Abglanz einer Gleichheitsgarantie vor dem Gesetz zusammen mit verschiedenen Grundrechten des Einzelnen, die ihm als Abwehrrechte gegen den Staat dienen: statt politischer Freiheit, rechtliche Freiheiten. Im modernen Konstitutionalismus findet hingegen die politische Autonomie des Volkes ihren Ausdruck in rechtlich verfassten Verfahren der demokratischen Willensbildung und Entscheidungsfindung. Deren institutionelle Ausgestaltung ist jedoch Gegenstand eines komplexen Theoriediskurses. Das zeigt sich u.a. in dem Diskurs innerhalb der Demokratietheorie, der sich um folgende Frage dreht: Wieviel Deliberation verlangt das Ideal der *volonté generale* von den demokratischen Akteuren und Verfahren? Und wieviel Deziision (der Mehrheit) erträgt es?⁴⁵ Aus der Warte des Konstitutionalismus führt eine solche Frage zum Problem, die Gewichte im Grundverhältnis zwischen der Volkssouveränität als verfassunggebenden Gewalt einerseits und der rechtlichen Verfasstheit der Politik auf der anderen Seite angemessen zu bestimmen. Idealtypisch lassen sich in der gegenwärtigen Diskussion fünf Zugänge unterscheiden:⁴⁶

(1) In einer liberalen Variante des Konstitutionalismus stellen grundlegende Rechte des Einzelnen – in der Tradition John Lockes *life, liberty, and estate* – die unverzichtbare Basis für jede freiheitliche politische Ordnung dar.⁴⁷ Sie sind in diesem Sinne von universaler Gültigkeit; und ein Großteil liberaler Verfassungstheorien versucht eine überzeugende Begründung für diesen Anspruch der Universalität zu liefern. Zu den bekannten und elaborierten Entwürfen zählt John Rawls *Theorie of Justice* (1971), die in einem „Restatement“ nach drei Jahrzehnten der intensiven und kritischen Auseinandersetzung unter dem Titel *Justice as Fairness* (2001) neuerlich vorgelegt werden ist. An seiner Theorie lässt sich der – aus liberaler Sicht notwendige – Vorrang des Rechts vor der Politik im Prozess der Verfassunggebung studieren: Nicht das souveräne Volk, sondern die moralischen Prinzipien des Rechts und ihre Beachtung bei der Entfaltung der Rechtsverfassung entscheiden über die Legitimität der politischen Ordnung. Zur Begründung solcher allgemeingültigen Prinzipien bedient sich Rawls eines Gedankenexperiments:⁴⁸ Auf welche Verfassungsprinzipien würden sich freie und vernünftige Menschen in einem „Urzustand“ (*original position*) entscheiden, in den sie zwar hinreichend über die Grundzusammenhänge des gesellschaftlichen und politischen Lebens informiert sind, aber unter dem „Schleier des Nichtwissens“ nichts über ihre konkrete Lage wissen (d.h. über ihren sozialen Status, über Rasse, Geschlecht etc.)? In einer solchen Lage, so Rawls, würden sich alle Akteure auf zwei basale Gerechtigkeitsgrundsätze einigen können:

(i) Jeder Mensch hätte die gleichen Grundfreiheiten, soweit dies mit den Grundfreiheiten der

⁴⁴ Prägnant hierzu ist die Analyse von Seyla Benhabib (1994): *Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy*. In: *Constellations* 1(1), 25-53.

⁴⁵ Zu den paradoxen Beziehungen, die im Rahmen einer politiktheoretischen Analyse auftauchen, siehe Bonnie Honig (2007): *Between Decision and Deliberation: Political Paradox in Democratic Theory*. In: *American Political Science Review* 101(1), 1-17.

⁴⁶ Martin Loughlin und Neil Walker (2007): *Introduction*. In: Dies. (Hrsg.): *The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form*. Oxford, 1-8, hier 6 f.

⁴⁷ John Locke [1689]: *Second Treatise of Government*. Hrsg. von C.B. Macpherson. Indianapolis und Cambridge 1980, Kap. II/6, XIX/222 [Formel]/9 und 111.

⁴⁸ John Rawls (1971): *A Theory of Justice*. Cambridge (Mass.), 17-21, 118 ff.; ders. (2001): *Justice as Fairness. A Restatement*. Hrsg. von Erin Kelly. Cambridge (Mass.)/London, 14-18, 80-134.

anderen Menschen verträglich ist.

(ii) Soziale und wirtschaftliche Ungleichheiten sind immer dann zulässig, wenn sie entweder mit Ämtern oder Positionen verbunden sind, die allen prinzipiell offenstehen (faire Chancengleichheit), oder wenn sie denjenigen, die am wenigsten begünstigt sind, am meisten zugutekommen (Differenzprinzip).⁴⁹

(2) Gegen diesen universalistischen Anspruch einer Gerechtigkeitskonzeption hat der Kommunitarismus das Eigenrecht konkreter Gemeinschaften verteidigt. In einer frühen Kritik an Rawls hat u.a. Michael J. Sandel bereits darauf hingewiesen, dass erst die Zugehörigkeit zu solchen Gemeinschaften sowie die Teilhabe an gemeinsamen Wert- und Moralvorstellungen den Einzelnen in die Lage versetzen, sich ein Urteil über Gerechtigkeitsprinzipien zu bilden.⁵⁰ Ins Politische gewendet folgt daraus ein allgemeiner Vorrang des Öffentlichen (und Politischen) vor privaten Angelegenheiten: So stehen die individuellen Rechte unter dem Vorbehalt der Gemeinwohlverträglichkeit. Und die Verfassung selbst ist vor allem als ein Ausdruck der politischen Traditionen zu verstehen, als Erzeugnis eines organischen Wachstums, hinter den der einmalige Akt der Verfassungsgebung an Bedeutung zurücktritt.

(3) Einen dritten Weg zwischen Liberalismus und Kommunitarismus strebt Jürgen Habermas mit seiner diskurstheoretischen Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstaates an.⁵¹ In seiner Sicht droht eine liberale, an den Rechten orientierte Limitierung der politischen Öffentlichkeit negative Auswirkungen auf die politische Partizipation der Bürger zu entwickeln und damit letztlich zu einer Trennung von Staat und Gesellschaft zu führen. Aber auch die kommunitaristische, an der Demokratie orientierte Vorrangstellung der Öffentlichkeit hat einen Nachteil, weil sie nur allzu leicht die individuellen Rechte relativiert und den Bürger im Endeffekt rechtlich schutzlos stellt. Habermas plädiert daher für eine Symbiose von privaten Rechten und öffentlicher Selbstbestimmung, eine Gleichursprünglichkeit von Rechtsstaat und Demokratie, aus der sich eine produktive Spannung zwischen den verfassten Gewalten einerseits und dem Volk andererseits ergebe. In diesem Ansatz kommt dem Volk als demokratischem Souverän im Hintergrund weiterhin eine legitimatorisch bedeutsame Rolle zu, sofern sich die Interessen der Bürger durch deliberative Verfahren in das politische System einspeisen lassen.

(4) In den Augen von Michael Hardt und Antonio Negri wird eine solche Vorstellung der Rolle des demokratischen Souveräns nicht gerecht. Es ist nicht mehr das staatlich organisierte Volk, sondern die über die staatlichen Grenzen hinaus miteinander zur *multitude* verbundenen Vielen im *empire*, die im eigentlichen Sinne das Heft des Handelns in der Hand haben.⁵² Das Empire kennt keine Außengrenzen mehr, sondern umfasst die Weltgesellschaft insgesamt; es ist dadurch allerdings für Hardt und Negri kaum mehr als eine leere Form. In wechselnden, flexiblen Organisationen sind die Vielen der *Multitude* in der Lage, ihre strategischen Interessen durchzusetzen, denen gegenüber sich der Staat mit seinem überkommenen hierarchischen Strukturen und Ansprüchen mittelfristig als ohnmächtig erweist. Nach Hardt und Negri erweist sich das radikale Potential des modernen Konstitutionalismus daher in der multilateralen Governance, in dem die *Multitude* das zwischen lokalen, regionalen, nationalen und internationalen Rechtsbereichen fragmentierte Recht zu ihren Gunsten ausnutzen und sich dadurch in zunehmender Weise von staatlichen Zwängen befreien.

⁴⁹ Rawls 1971 (Fn. 48), 54-117; ders. 2001 (Fn. 48), 39-79.

⁵⁰ Sandel, Michael J. (1982): *Liberalism and the Limits of Justice*. Cambridge (Mass.).

⁵¹ Habermas, Jürgen (1994): *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 4. Aufl. Frankfurt a.M., Kap. III.

⁵² Michael Hardt und Antonio Negri (2000): *Empire*. Cambridge (Mass).

(5) In eine ähnliche, „subversive“ Richtung⁵³ zielt auch Giorgio Agambens – in dieser Hinsicht vom Messianismus Walter Benjamins inspiriertes – politisches Denken, das sich um den unverfassten und unverfassbaren „Rest“ einer jeden Rechtsordnung dreht.⁵⁴ Ein Leben im Recht gewährt Agamben zufolge nur eine scheinbare Sicherheit; sie wird erkaufte mit dem Recht der Politik, über Leben und Tod zu entscheiden. In dieser Gewalt drückt sich die Souveränität der Politik aus, vor der kein Recht der Welt den Menschen bewahren kann.⁵⁵ Denn es gehört zur Logik der Souveränität, dass sie die Regeln des Rechts erlässt, ohne sich selbst daran halten zu müssen. Die jederzeit mögliche Ausnahme zur Regel ist ein Strukturelement des Rechts selbst. Zwischen Recht und Rechtlosigkeit lasse sich daher Agamben zufolge gar nicht zuverlässig unterscheiden. Vielmehr ist die Ununterscheidbarkeit, der Graubereich [*twilight zone*] von Norm und Fakt, das Kennzeichen der modernen Staaten; und in dieser Unsicherheit zu leben, macht den Menschen zum „homo sacer“, zu einem der im Bann der Souveränität steht und ihr schutzlos ausgeliefert ist. In dieser Hinsicht bestehe zwischen den Konzentrationslagern der Nationalsozialisten und dem Gefangenenlager in Guantanamo kein Unterschied.⁵⁶

Der Ausnahmezustand, der aus der „unheiligen“ Allianz zwischen Recht und Politik entsteht und dem der homo sacer ausgeliefert ist, kann jedoch im Grunde jederzeit – so Agambens Hoffnung – in einen wirklichen (erlösenden) Ausnahmezustand verwandelt werden, in einen Zustand, in dem der einzelne Mensch sich der Verfügungsgewalt des Staates zu entziehen vermag. Der Einzelne selbst ist dabei die Nuance, die den Unterschied ums Ganze ausmachen kann, nämlich in der Art und Weise, wie er sich zur rechtsetzenden Gewalt verhält und ob er sich im Denken einen Rest an Singularität bewahrt. Es ist diese Fähigkeit zur Differenz, auf die es Agamben ankommt. Nur wenn die Ausnahme auch noch im Ausnahmezustand möglich ist, lebt der Einzelne im wirklichen Ausnahmezustand. Er ist der „Rest“, der nie aufgeht; und nur als Rest ist er – wie das Volk insgesamt – das wirkliche politische Subjekt.⁵⁷

4. Aufgabenfelder

Ungeachtet der Unterschiede verstehen sich sämtliche Ansätze des Konstitutionalismus als eine Reaktion auf ein Grundproblem, das sich mit De Maistres kleiner Schrift *De la souveraineté du peuple* (1794) pointieren lässt. Danach ist das Volk zwar der Souverän, ohne jedoch seine Macht auch souverän ausüben zu können.⁵⁸ Soll die freiheitliche Selbstbestimmung dennoch gelingen, darf die politische Macht nicht willkürlich ausgeübt werden. Vielmehr muss sie durch Recht gebunden und legitimiert zur *authority* werden – so die zentrale Einsicht Thomas Hobbes'. Die zahlreichen mit diesem Transformationsprozess verbundenen Fragen und Probleme lassen sich in drei Rechtsebenen teilen: der Verfassungsebene (4.1), der Gesetzgebung (4.2) sowie der

⁵³ Weswegen diese Theorierichtungen typischerweise nicht zum Konstitutionalismus gerechnet werden.

⁵⁴ Zu Agambens politischer Theorie, insbesondere anhand der Konsequenzen dieses unverfassten Rest des Rechts, vgl. Lembcke 2018.

⁵⁵ Giorgio Agamben (2002): *Homo sacer. Die souveräne Macht und das nackte Leben*. Übers. von Hubert Thüning. Frankfurt a.M., 25 ff., 81 ff.

⁵⁶ Giorgio Agamben (2004): *Ausnahmezustand (Homo sacer II.1)*. Übers. von Ulrich Müller-Schöll. Frankfurt a.M.

⁵⁷ Zur Konzeption des „Restes“ Mechthild Hetzel (2007): *Jenseits von Mehrheit und Minderheit. Zur politischen Konzeption des Restes*. In: Janine Böckelmann und Frank Meier (Hrsg.): *Die gouvernementale Maschine. Zur politischen Theorie Giorgio Agambens*. Münster, 107-113. Zum Kontext der politischen Philosophie Agambens Oliver W. Lembcke (2009b): *Politische Theorie des nackten Lebens: Giorgio Agamben*. In: André Brodacz und Gary S. Schaal (Hrsg.): *Politische Theorien der Gegenwart*. Bd. 2. 3. Aufl. Opladen und Farmington Hills, 560-598.

⁵⁸ Joseph Marie de Maistre [1794]: *Étude sur la souveraineté. Livre Premier: Des Origines de la souveraineté*, chp. 1: *De la souveraineté du peuple (Von der Souveränität. Ein Anti-Gesellschaftsvertrag)*. Übers. von Claudia Oestmann. Berlin 2000, 3).

Rechtsanwendung (4.3). Auf allen drei Ebenen fällt der politischen Theorie die Aufgabe zu, die empirischen Probleme des Verhältnisses zwischen den Bereichen des Rechts und der Politik zu beobachten und deren normative Implikationen theoretisch zu erfassen.

4.1 Normative Ordnung des Politischen

Die Aufgabe, die ursprüngliche Einheit der politischen (Volks-) Souveränität in eine demokratische Organisation zu übersetzen, die den Regeln der Gesetze folgt, macht, wie gesehen, den Kern des Konstitutionalismus aus. Es ist zudem bereits deutlich geworden, dass wesentliche Unterschiede zwischen den verschiedenen modernen Varianten davon abhängen, wie das Verhältnis von Recht und Politik am Ursprung einer Ordnung verstanden wird. Um das Beispiel noch einmal aufzugreifen (sub 3.4): Soll die Verfassung so eingerichtet sein, „als ob“ das Volk vernünftigerweise nicht anders als zustimmen könnte? Oder muss tatsächlich eine Art Konsens vorliegen, auf dessen Grundlage eine Verfassung legitimerweise erst erwachsen kann? Die erste Frage wirft die Nachfrage auf, wie sich diese Art der Vernunft rechtfertigen ließe, auf die man sich beruft. Aber auch eine politischere Fassung dieses Verhältnis zieht Probleme nach sich: Ist die Einheit keine des Rechts, d.h. einer nach vernünftigen Prinzipien geordneten Rechtsvorstellung, aus welchen Quellen stammt sie dann? Paradigmatisch lassen sich zwei Antworten unterscheiden: die der Kulturnation und die der Willensnation. Die Kulturnation bezieht sich auf eine gemeinsame Sprache, ein geteiltes Verständnis von Geschichte oder die Vorstellung eines gemeinsamen Bildungsideals, etwa das Deutschland der „Dichter und Denker“. Während in solchen Konzepten die Nation als eine prä-politische Einheit verstanden wird, ist die Willensnation das Produkt eines dezidiert politischen Aktes, der etwa wie im Falle Frankreichs oder der Vereinigten Staaten in einem revolutionären Akt der Verfassunggebung seinen Ausdruck findet.⁵⁹ Vor dem Hintergrund dieser paradigmatischen Gegenüberstellung lassen sich drei Problemfelder einer Verfassungstheorie markieren, an der Rechtsphilosophie und politische Theorie zu gleichen Teilen beteiligt sind:

- (i) Ist Volkssouveränität – im Sinne der Lehre vom Gesellschaftsvertrag – Ausdruck einer normativ verstandenen Einheit, auf die politisches Handeln (regulativ) immer bezogen bleibt bzw. bleiben soll? Oder wird mit der Volkssouveränität – im Sinne der Elitentheorie – ein historisches Subjekt bezeichnet, das bestimmte Interessen als allgemeinverbindlich durchgesetzt hat?
- (ii) Eng mit diesen Fragen verbunden sind auch die Fragen nach dem Status des Volkes: Ist es fiktiver oder tatsächlicher Träger souveränen politischen Handelns. Ist es ein realer oder doch potentieller Akteur? Oder handelt es sich um einen Endpunkt rechtlicher Zurechnung politischen Handelns.
- (iii) Schließlich: Liegt die Identität der politischen Einheit der Verfassunggebung voraus (z.B. als Wertegemeinschaft) oder wird sie erst durch den Akt der Verfassunggebung zur politischen Gemeinschaft?

Um die Relevanz der theoretischen Reflexion an dem letzten Aspekt noch ein wenig zu verdeutlichen: Überblickt man die Richtung der Studien zu politischen Gemeinschaften (Nationen, Regionen etc.), so ist die Tendenz mit Händen zu greifen, mit der vor allem die Kontingenz des Entstehens und Bestehens dieser Gemeinschaften veranschaulicht wird. Gemeinsame Werte oder Einstellungen sind nicht „natürlich“ vorhanden, sondern bilden sich erst in einem politischen

⁵⁹ Friedrich Meinecke (1922): Weltbürgertum und Nationalstaat. Studien zur Genesis des deutschen Nationalstaates. 6. Aufl. München.

Prozess als gemeinsame Vorstellungen heraus,⁶⁰ die dann im Zusammenspiel mit dem Recht ihren allgemeinverbindlichen Status erhalten. Das hat Rückwirkungen für das Verfassungsverständnis. Verfassungen müssen sich keineswegs auf vorgängige politische Identitäten beziehen, sie können politische Identitäten gegebenenfalls selbst schaffen. Sie wirken damit nicht nur grenzziehend und stabilisierend, sondern auch grenzüberwindend und dynamisch. Die Kontingenz von Verfassung kommt damit selbst in den Blick – und damit auch die Aufgabe der politischen Gemeinschaft, sich im Rahmen der Verfassung immer wieder aufs neue nach der eigenen Identität zu befragen.⁶¹ Ein Beispiel dafür ist das Projekt der Europäischen Integration, dessen Schwierigkeiten, eine nachhaltige Antwort auf die Frage zu finden, wo die Grenzen Europas eigentlich liegen, mittlerweile manifest werden.

Geht es um solche Grundfragen der politischen Ordnung ist die Leistungsfähigkeit des Rechts ebenso bald erschöpft wie die Auskunftsfähigkeit der Rechtswissenschaft. Beide sind hochgradig flexibel, wenn es darum geht, sich den Veränderungen innerhalb politischer Ordnungen anzupassen. Je stärker sich die Veränderungen jedoch auf die politische Ordnung (polity) selbst beziehen, desto klarer treten der politische Charakter des Rechts hervor sowie die sozio-kulturellen Rahmenbedingungen, unter denen die Entscheidungen vollzogen werden. In diesen Fällen ist die Rechtswissenschaft gut beraten, den Dialog mit der politischen Theorie zu suchen.

4.2 Rechtsetzung durch Recht und Politik

Dieser Dialog sollte auch auf der Ebene der Rechtssetzung fortgesetzt werden. Gegenstand sind hier weniger die legitimationstheoretisch bedeutsamen Grundsatzfragen des Zusammenhangs von Freiheit und Ordnung, sondern ist die soziale Funktion des Rechts, die im öffentlichen Frieden besteht. Sowohl die Funktion selbst als auch die tatsächlichen Wirkungen des Rechts lassen sich vom internen Standpunkt der Rechtswissenschaft nur schwer, vom externen Standpunkt der politischen Theorie – im Zusammenspiel mit empirischen Sozialwissenschaften – hingegen sehr wohl beobachten und beschreiben. Erst von diesem externen Standpunkt aus wird deutlich, dass das Recht die politische Kommunikation, in der es oftmals um Gewinner und Verlierer geht, maßgeblich entlastet: Die Rechtsförmigkeit legitimiert und limitiert Entscheidungen der Politik und trägt auf diese Weise zu deren Akzeptanz bei. Dieser grundsätzliche Zusammenhang lässt sich – aus der Warte des Rechts – idealtypisch in vier Verhältnisbeziehungen zur Politik entfalten.⁶²

(1) *Recht als Zweck der Politik*: Es gehört zum demokratischen Selbstverständnis, dass allgemeinverbindliche Entscheidungen aus einem pluralen politischen Kampf hervorgehen. Diesen Aspekt betont vor allem Max Webers Bestimmung der Politik als ein Streben nach Macht und Machterhaltung. Auch und gerade in der Politik gilt Weber zufolge, dass Macht die Chance bedeutet, den eigenen Willen gegen das Widerstreben des anderen durchzusetzen.⁶³ Aber eine solche Durchsetzung eigener Interessen ist stets begleitet von dem allgemeinen Interesse, dass die Befehle befolgt werden. Die Frage nach den Motiven der Rechtsbefolgung ist ein altes Thema der

⁶⁰ Benedict Anderson (1991): *Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*. Überarb. und erw. Auflage. London.

⁶¹ Hans Lindahl (2007): *Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood*. In: Loughlin und Walker (Hrsg.): *Paradox of Constitutionalism*, 9-24.

⁶² Zu den Kategorien und Verhältnisbestimmungen grundlegend der Aufsatz von Dieter Grimm (1969): *Recht und Politik*. In: *Juristische Schulung* 9(11), 501-510, hier 501-505.

⁶³ Zum Politikbegriff Max Weber [1919]: *Politik als Beruf*. In: Ders.: *Gesammelte politische Schriften*. Hrsg. von Johannes Winckelmann. 5. Aufl. Tübingen 1988, 505-560, hier 506 f.; zur Machtdefinition ders. [1956]: *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*. Hrsg. von Johannes Winckelmann. 5. Aufl. Tübingen 1980, 28.

Ideengeschichte (z.B. Machiavelli, Hobbes), dem sich mit den Mitteln der modernen Sozialwissenschaft die sogenannten *compliance studies* angenommen haben.⁶⁴ Sie bestätigen tendenziell die alte Vorstellung, dass die Dauerhaftigkeit der Ordnung davon abhängt, ob der Gerechtigkeitsanspruch der jeweiligen politischen Ordnung von den Bürgern dieser Ordnung geteilt wird. Mit anderen Worten: Gerechtigkeitsvorstellungen scheinen ebenso Teil der Politik zu sein wie der Kampf um Macht. Gerade dieser Aspekt scheint demokratische Systeme, sofern sie ihre Implementationsphase überwunden haben, weniger krisenanfälliger zu machen als autoritäre Regime.⁶⁵

(2) *Recht als Produkt der Politik*: Die Rolle der Politik beschränkt sich jedoch auf eine dienende Funktion gegenüber dem Recht. Sie hat überdies die notwendigen Anpassungsleistungen zu erbringen, mit der die jeweilige als gerecht empfundene Ordnung vor der sozialen Erstarrung bewahrt wird. Der Anspruch einer modernen politischen Ordnung geht über den Erhalt der Verhältnisse hinaus; die Politik strebt selbst aktiv deren Reform in Form von Verrechtlichung an. Das Recht ist dann Ausdruck des politischen Gestaltungswillens. Es wird dadurch selbst Gegenstand des Streits – und zu einem Produkt, das aus dem „Kampf um’s Recht“ hervorgeht.⁶⁶

Der Hinweis auf die politischen Auseinandersetzungen, die der Gesetzgebung vorausgehen und sie in den verschiedenen institutionellen Stadien begleiten, ist geeignet, den Blick auf die Komplexität des politischen Prozesses in zweifacher Weise zu schärfen: erstens für die beteiligten Akteure, deren Interessenlagen und unterschiedlichen Politikstile (*arguing vs. bargaining*);⁶⁷ und zweitens für den Kompromisscharakter des Rechts, der aufgrund der (mitunter sehr) gegensätzlichen Auffassungen zwischen den Akteuren (gegebenenfalls auch zwischen den und innerhalb der Koalitionsparteien) gegebenenfalls nur oberflächlich durch rhetorische Formeln überdeckt werden kann.⁶⁸

(3) *Recht als Rahmen der Politik*: Die Eigenlogik der Politik zeigt sich überdies auch daran, dass die Aushandlungsprozesse nur teilweise in den vorgegebenen politischen Arenen stattfinden. Mitunter werden politische Räume nach den Bedürfnissen der Akteure (neu-) geschaffen, während vorhandene Institutionen an Bedeutung verlieren; so hat unter den Bedingungen der modernen Parteiendemokratie vor allem das Parlament lang schon seine Bedeutung als Sitz der Entscheidungsfindung eingebüßt (*outsourcing*). Diese Dynamiken schaffen jedoch der Politik keine Freiräume vom Recht. Vielmehr erweist sich das Recht als flexibler Begleiter, indem es die Mitgliedschaft sowie die internen Verfahren über Satzungen regelt. Keine Politik, die als allgemeinverbindlich durchgesetzt werden soll, kann auf diese Art der Rechtsförmigkeit verzichten. Die rechtliche Verfasstheit politischer Organisationen begünstigt eine innere Gliederung der Willensbildung, die Hannah Arendt (wie vor ihr bereits Hegel) als den Ermöglichungsraum für

⁶⁴ Dieser Ansatz spielt v.a. in den internationalen Beziehungen und in Studien zur Europäischen Union eine besondere Rolle; siehe Dinah Shelton (Hrsg.) 2000: *Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*. Oxford; für eine Analyse von Fällen der non-compliance innerhalb der Europäischen Union sh. Tanja A. Börzel, Tobias Hofmann und Diana Panke (2012): *Caving in or sitting it out? Longitudinal patterns of non-compliance in the European Union*. In: *Journal of European Public Policy* 19(4), 454-471.

⁶⁵ Vgl. eine differenzierte Analyse bei Axel Hadenius und Jan Teorell (2007): *Pathways from Authoritarianism*. In: *Journal of Democracy* 18(1), 143-157.

⁶⁶ Rudolf von Jhering [1872]: *Der Kampf ums Recht*. 8. Aufl. Frankfurt a.M. 2003.

⁶⁷ Zum Konzept und seinem Analysepotential siehe Jon Elster (1995): *Consenting Adults or the Sorcerer’s Apprentice?* In: *East European Constitutional Review* 4(1), 36-41.

⁶⁸ Zu den Kategorien einer policy analysis, die den Eigenarten des politischen Betriebs gerecht zu werden versucht, siehe Deborah Stone (2002): *Policy Paradox. The Art of Political Decision Making*. Revised edition. New York und London.

politisches Handeln begriffen hat.⁶⁹ Die rechtliche Organisation selbst macht den Unterschied, weil in ihr eigene Erfahrungen und Ergebnisse ermöglicht werden. Erst in diesen Räumen, die ihre eigene *logic of appropriateness*⁷⁰ erfordern, sind Politiker mehr als „reine“ Interessenvertreter und müssen über die Fähigkeit zum politischen Denken und Handeln verfügen. Intelligenz und Expertise helfen, können aber die Erfahrungen und die spezifische Fähigkeit in der politischen Auseinandersetzung mit anderen Akteuren nicht ersetzen.

(4) *Recht als Maßstab der Politik*: Aus der Ebenenunterscheidung von Verfassungsrecht und einfachem Recht (sub 2.2) erwächst eine Arbeitsteilung zwischen Recht und Politik mit Vorteilen für beide Seiten: Sowohl für die Geltung als auch für die Akzeptanz des Rechts ist eine gewisse Stabilität im Wandel unerlässlich. Recht, das sich den Lebensverhältnissen nicht anpassen vermag, wird zu „totem Recht“. Besitzt es jedoch keine Dauerhaftigkeit, kann es den Bürgern nicht die Erwartungssicherheit bieten, die zu den wesentlichen Funktionen des Rechts zählt. Darüber hinaus wird auch die Politik entlastet, weil sich die komplexen politischen Aushandlungsprozesse nicht (unmittelbar) auf die Rahmenbedingungen der Politik selbst beziehen.⁷¹ Kaum etwas erweist sich in der Politik schwieriger als institutionelle Reformen.⁷² Um so besser also, wenn die Spielregeln des Spiels nicht jedesmal aufs neue erfunden werden müssen. Die bekannten und anerkannten Verfahrensregeln erleichtern zudem den politischen Verlierern, ihre Niederlage zu akzeptieren. Durch die von der Verfassung gewährleisteten Grundrechte ist die unterlegene Minderheit überdies vor einer andernfalls stets möglichen „Tyrannei der Mehrheit“ geschützt, vor der als einer der ersten Alexis de Tocqueville so beredt gewarnt hat.⁷³

4.3 Voraussetzungen einer gelingenden Rechtspraxis

Zu den Grundlagen des demokratischen Verfassungsstaates gehört die Balancierung von Recht und Politik, nicht nur in der Rechtsetzung, sondern auch in der Rechtsanwendung. Diese Anforderung ist nachfolgend anhand von zwei Themenbereichen zu konkretisieren, die eng miteinander zusammenhängen: Das erste Thema bezieht sich auf die Frage des politischen Einflusses auf die Auslegung des Rechts; ein Problem, das seine Bedeutung vor allem durch die Unabhängigkeit der Gerichte im Rahmen der Gewaltenteilung und insbesondere der richterlichen Tätigkeit erhält.

Im Rahmen des zweiten Themas richtet sich der Blick auf den Rechtspraktiker: Um noch einmal auf die Kelsen-Schmitt-Debatte zurückzukommen: Eine wesentliche Gemeinsamkeit beider Positionen besteht – wie dargelegt (sub 3.2) – darin, das Verhältnis von Handeln, Macht und Politik als ein Ableitungszusammenhang zu begreifen: Deziisionistische Entscheidungen sind sowohl für Schmitt als auch für Kelsen ein Ausdruck von Macht, die wiederum einen strukturellen Bezug zum Politischen aufweist. Gleich Schmitt sieht Kelsen das politische Moment der Rechtsprechung; im Unterschied zu jenem beschreibt diese Struktur für Kelsen den Alltag des Rechtsstaates und keinen

⁶⁹ Hannah Arendt ([1963]: On Revolution. London et al. 1991, 150-152) wendet sich damit gegen das herkömmliche Verständnis der Gewaltenteilung als Gewaltenkontrolle.

⁷⁰ James G. March und Johan P. Olson (2004): Logic of Appropriateness. Working Paper No. 9. Oslo. Online verfügbar unter: https://www.sv.uio.no/arena/english/research/publications/arena-working-papers/2001-2010/2004/wp04_9.pdf, zuletzt abgerufen am 30.04.2019.

⁷¹ Ellen Immergut und Karen M. Anderson (2008): Historical Institutionalism and West European Politics. In: West European Politics 31(1-2), 345-369.

⁷² James G. March und Johan P. Olson (1996): Institutional Perspectives on Political Institutions. In: Governance 9(3), 247-264.

⁷³ Alexis de Tocqueville [1835]: De la démocratie en Amérique I, deuxième partie, chp. VII. (Über die Demokratie in Amerika. Beide Teile in einem Band. München 1987, 284-301).

Ausnahmezustand; ein Alltag im Übrigen, der gestützt wird durch die richterliche „Berufsethik zur Neutralität“.⁷⁴ Mit dem Hinweis auf die Berufsethik taucht ein Begriff auf, der die Enge des Kelsenschen Handlungsbegriffs erhellt: Würde man tatsächlich das Handeln eines öffentlichen Amtsträgers auf das kompetentiell zugestandene freie Ermessen reduzieren, legte man die Axt an die Voraussetzungen der Verfassungsstaatlichkeit. Denn die Entscheidungen verlören jeden Bezug zur freiheitlichen Ordnung. Kelsens Beispiel des richterlichen Habitus der Neutralität veranschaulicht selbst bereits, dass andere Momente neben dem dezisionistischen Sprung beim praktischen Handeln eine Rolle spielen, die ihre eigenen Rationalitätspotentiale haben.

(1) Um einen Zugang zur praktischen Rationalität zu gewinnen, ist es erforderlich, verschiedene Formen des Dezisionismus zu unterscheiden. Das ergibt sich im Grunde genommen bereits aus der basalen Form des Dezisionismus-Problems, der „Applikationsaporie“⁷⁵. Sie entsteht, kurz gesagt, weil sich das Recht nicht selbst anwenden kann, sondern einen Rechtsanwender benötigt. Bei Kelsen und Schmitt erwächst aus diesem Umstand die Macht des „Entscheidungers“. Aber statt die Folgen der Applikationsaporie unmittelbar als Machtproblem in den Graubereich des Rechts zu überführen, lässt sich ihr in normativer Absicht auch die Pflicht der praktischen Vernunft entziehen, Auslegung und Anwendung einer Institution zu übertragen (sub 4.1).

Bereits in dieser Begründung der Institutionenbildung liegt ein Zugewinn an Rationalität, der jedoch dann verspielt wird, wenn aus der Applikationsaporie kurzschlüssig die Auflösung der Unterscheidung von Recht und Politik gefolgert wird. Denn diese Form des politischen Dezisionismus kann einer gehaltvollen Beschreibung des Verfassungsstaates und seiner Institutionen kaum gerecht werden. Politische Institutionen sind in einem Verfassungsstaat rechtlich verfasste Institutionen, deren politische Rationalität sich gleichwohl nicht auf ihre rechtliche Verfasstheit beschränkt. Nicht in der mangelnden Kontrolle liegt ihre eigentliche Macht, sondern in ihrer Kreativität, die sie aufbringen müssen, um den Anspruch des Verfassungsstaates zu verwirklichen, den dieser gegen sich selbst erhebt. Das hat u.a. Konsequenzen für die juristische Methodenlehre, die hier nur kurz angedeutet werden können:

(i) Mit Begriffen wie „Anwendung“ oder „Subsumtion“ geht oftmals eine unpolitische Vorstellung vom Recht einher. Recht wird hier nur als Entfaltung logischer Begrifflichkeiten verstanden. Aber diese Sichtweise wird dem modernen Recht nicht gerecht – und ist mehr Ideologie als Wirklichkeit. Zum demokratischen Willensbildungsprozess gehören nicht nur die Pluralität der Akteure und deren Interessenvielfalt, sondern auch die zahlreichen Kompromisslösungen, die mitunter weniger in der Sache als mehr in der rhetorischen Formulierung gefunden werden (sub 4.2). Normen solcher Gesetze sind daher auch nicht Ausdruck reiner Logik, die sich ohne Weiteres „anwenden“ lassen. Sie müssen konkretisiert werden.⁷⁶

(ii) Im Prozess der Konkretisierung spielen die Normzwecke eine maßgebliche Rolle. Die gesetzgeberischen Intentionen zu konkretisieren, setzt beim „Anwender“ – gerade auch vom Richter – nicht nur Kreativität voraus, sondern verlangt überdies ein Verständnis für den jeweiligen Policy-Sektor – und ab einer bestimmten Komplexität dieses Bereichs auch der involvierten politischen Aushandlungsprozesse.

(iii) Aufgrund der sozialen Funktion des Rechts sind nicht zuletzt auch die Wirkungen der Rechtsanwendung, vor allem die Rückwirkungen auf die beteiligten (und betroffenen) Akteure zu

⁷⁴ Kelsen 1931 (Fn. 28), 45.

⁷⁵ Wolfgang Wieland (1989): Aporien der praktischen Vernunft. Frankfurt a.M., 13.

⁷⁶ Die Konkretisierungsleistung ist bei Prinzipien (z.B. Gleichheit) in der Regel hoch, bei einfachen Regeln („...Wahlen finden alle vier Jahre statt...“) zumeist gering. Aber der erste Eindruck kann täuschen: Wird auch im Krieg gewählt?

beachten. Diese Art des politischen Denkens lässt sich vor allem bei oberen Gerichten beobachten, die sich in der Regel bereits im Vorfeld ihrer Entscheidungen über deren mögliche Folgen informieren und darauf in den Beratungen Bedacht nehmen.

(2) Die kurzen Hinweise zur Methode der Rechtsanwendung verdeutlichen, dass das Verhältnis von Recht und Politik nicht allein eine theoretische Herausforderung darstellt, sondern eine überaus praktische Bedeutung besitzt. In den Institutionen und Ämtern trifft man auf die Wirklichkeit des Staates. Dort stellt sich alsbald heraus, wie freiheitlich die Ordnung ist, in der man lebt; und wie es der Staat mit der Bindung an die Rechtsordnung hält. In der Organisation ihrer öffentlichen Gewalt ist die freiheitliche Ordnung auf eine spezifische „Haltung“ ihrer Beamten und Angestellten angewiesen, eben auf ein Amtsethos, das rechtlich nur schwer zu bestimmen und noch schwerer zu regeln ist. Es handelt sich hierbei um eine Kombination aus intellektueller und charakterlicher Fähigkeit, in der sich Sinn für die Wirklichkeit der geordneten Freiheit paart mit einem Streben, zur Verwirklichung dieser Freiheit beizutragen. So, wie der Bürger Gemeinsinn benötigt, um Bürger sein zu können, so hängt das Amtsverständnis des Amtswalters entscheidend von seinem Verfassungssinn ab, von seiner Fähigkeit also, seine spezifischen Aufgaben im Lichte der Verfassung als Ausdruck einer freiheitlichen Ordnung zu begreifen.

Lässt sich ein solches Amtsethos auch nicht rechtlich vorschreiben, so hat es gleichwohl seine eigenen Grundlagen, aus denen ein solches Ethos entstehen kann. Es sind dies Bildung und Witz. Bildung heißt in diesem Zusammenhang zunächst schlicht, dass sich der einzelne Amtswalter seine eigene Auffassung zu den Anforderungen des Amtes „bildet“. Dass dabei die rechtlichen Vorgaben zu beachten sind, beispielsweise jene des Dienstrechts, steht außer Frage. Ebenso fraglos bleibt jedoch der Amtswalter gerade im Amt eine frei denkende Person und erst dadurch kann der Einzelne im Amt seine Besonderheit für die Allgemeinheit erkennen und einsetzen – und dadurch dem Gemeinwohl „in besonderer“ Weise dienen. Die Bildung ist insofern ein doppelter Prozess, in dem der Einzelne am Amtsethos mitwirkt und teilhat, ohne es selbst bewirken zu können.

Ein solches Amtsethos lässt sich weder lehren noch lernen – es lässt sich jedoch vorleben. Daher kommt es weniger auf die Ausbildung, sondern vor allem auf den Ausbilder an. Er kann Vorbilder gelungener Amtsführung und Anschauung für ein vernünftiges Amtsverständnis liefern, insoweit eine Vorstellung vom Amtsethos vermitteln und dadurch zur „Ausbildung“ eines Amtsethos beitragen. Dieser Umstand ist für die Besetzung von Ämtern als Bestandteil der Öffentlichen Gewalt bedeutsam. Wie das Amt vom Amtswalter Verantwortung für seine Entscheidungen verlangt, so verlangt es bei seiner Besetzung auch nach einer verantwortlichen Auswahl geeigneter Kandidaten. Im Falle von Mandaten muss sich die Richtigkeit im Akt der demokratischen Wahl erweisen. In anderen Fällen müssen sachliche Kriterien den Ausschlag geben. Dazu zählt die Befähigung ebenso wie die fachliche Leistung, beides Produkte der Bildung und Ausbildung. Anders hingegen bei der persönlichen Eignung, die sich auf den Sinn für die Sache bezieht, der über den Sachverstand hinausgeht und auf den gelingenden Umgang mit ihr zielt. Es ist im Kern der Witz, der die Urteilskraft, das verständige Begreifen einer Sache, zur Klugheit werden lässt.⁷⁷ Witz muss man haben – ohne ihn bleibt der Kenntnisreichste ein Fachidiot, letztlich ein Dummkopf.

⁷⁷ Zur Begrifflichkeit Immanuel Kant [1798]: Anthropologie in pragmatischer Hinsicht. In: Werke in zehn Bänden. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Bd. 10. Darmstadt 1983, 397-690, hier 516.

5. Herausforderungen der Ausbalancierung

Die strukturelle Kopplung zwischen Recht und Politik ist nicht als das Ergebnis eines einmaligen Aktes der Verfassungsgebung zu verstehen. Vielmehr handelt es sich selbst um einen Prozess der täglichen Balancierung in den Bahnen politischer Institutionen, der in hohem Maße einer praktischen Klugheit der beteiligten Akteure im Umgang mit den Eigenlogiken und Erfordernissen der Politik und des Rechts bedarf. Daher bleibt dieser Prozess der Ausbalancierung bei allen Routinen, die ihn stabilisieren, in vielfacher Weise störanfällig. Drei der größten Störpotentiale seien abschließend zumindest angedeutet:

(1) Eine weitreichende Verrechtlichung würde die Politik jener Potentiale berauben, die sie zur Innovationsfähigkeit befähigen. Politisches Handeln und Entscheiden unter den Bedingungen einer modernen repräsentativen Demokratie mit Volksparteien und Interessengruppen lässt sich nicht auf eine „ausübende Rechtslehre“ à la Kant beschränken. Mehrheiten müssen erkämpft, Meinungsmacht erobert, Massen mobilisiert werden; das alles ist ohne Kompromisse, Zugeständnisse und Rücksichten nicht zu erreichen – mögen sie auch zu Lasten der Sache selbst gehen. Politik ist in dieser Hinsicht immer auch eine Kunst der situativen Klugheit, die sich der Rechtskontrolle entzieht. Ihr Metier ist es, Sachfragen im Modus der personellen Interaktion zu verhandeln. Politisch zu handeln, bedeutet immer für andere zu handeln – und für den Erfolg und Misserfolg zur Rechenschaft gezogen zu werden. In diesem Sinne sind alle Politiker „Verantwortungspolitiker“.⁷⁸ Aber für den politischen Erfolg lassen sich nur in begrenzter Weise rechtliche Maßstäbe finden; politische Verantwortung hat nur eine geringe Schnittmenge mit rechtlicher Verantwortlichkeit: So ist die Entscheidung darüber, ob ein führender Politiker „gehen“ muss, selten eine Frage des Rechts (gar des Strafrechts), sondern oft das Ergebnis einer allgemeinen Meinung, er sei nicht mehr „tragbar“.

(2) Die Klage über die geringen politischen Spielräume infolge einer ausufernden Verrechtlichung sämtlicher Lebensbereiche wird des Öfteren angestimmt. Aber sie sollte nicht dazu führen, das andere Extrem zu übersehen: die sogenannten „rechtsfreien Räume“. Darunter werden landläufig Räume bezeichnet, in denen das Recht faktisch nicht mehr durchgesetzt werden kann, weil das Gewaltmonopol des Staates sich hier als Fiktion erweist. Die Beispiele dafür sind vielfältig: Wohnbezirke, die durch private Sicherheitsdienste kontrolliert werden (*gated communities*), Stadtviertel, in die sich die Polizei nicht mehr oder nur noch sehr sporadisch hineintraut (Slums), die Unterwanderung von Verwaltungseinheiten durch organisierte Kriminalität (Mafia) oder des ganzen Staates durch terroristische Verbände (*failing states*). Eine radikalere Sicht des Problems rechtsfreier Räume, die auf das normative Moment des Rechts selbst zielt, findet sich bei Agamben (sub 3.4).⁷⁹ In seinen Augen sind die angeführten Beispiele nur die sichtbare Spitze eines tieferen Problems. Es entsteht nicht dadurch originär, dass sich Leben vom Recht trennt und dadurch rechtlos wird. Es ist das Recht, das sich des Lebens bemächtigen muss, weil es andernfalls keinen Inhalt hätte. Indem aber das Recht das Leben vereinnahmt, bezieht es sich nur auf das reine Leben, abgetrennt von allen Lebenskontexten, die das Leben lebenswert machen. Das menschliche Leben wird so auf seine Lebendigkeit (im Gegensatz zum Tod) reduziert. Die existentielle Abhängigkeit des menschlichen Lebens, dessen Schicksal vom Recht so oder anders entschieden werden könne, ist keine Ausnahme, sondern eine alltägliche Erfahrung – etwa von alten Menschen am Ende ihres

⁷⁸ Weber 1919 (Fn. 63), 551 f.

⁷⁹ Zu den verschiedenen Beispielen vgl. Agamben 2002 (Fn. 55), 127 ff.

Lebens, wenn unklar ist, wer über das Lebensende bestimmt: Arzt, Patient, Angehörige etc.⁸⁰

(3) Agambens Theorie des homo sacer hat zum Teil heftige Kritik hervorgerufen.⁸¹ Dazu haben seine Lust an der Polemik, vor allem aber seine (unhistorischen) Vergleiche, die es ihm erlauben, das gesamte moderne Rechtssystem unter den Verdacht einer biopolitischen Todesmaschinerie zu stellen, maßgeblich beigetragen. Gleichwohl lassen sich die Irritationen, die seine Kritik erzeugt, produktiv in kritische Anfragen an die Grenzen des Rechts wenden, und zwar vor allem dort wo es um Regelungen geht, die den Anfang und das Ende des Lebens betreffen. Agambens Hinweis auf die Struktur der Souveränität – die Recht setzt, dadurch selbst aber über dem oder außerhalb des Rechts steht – betrifft zudem auch ein Grundproblem im Verhältnis zwischen Recht und Politik, das hier als dritte Herausforderung kurz anzusprechen ist: In der Neuzeit war die über den (menschlichen) Gesetzen stehende Herrschaft noch ein Kennzeichen der Herrschaftsmacht (*legibus solutus*). Unter den Bedingungen eines modernen Rechtsstaates hingegen gehört die Bindung der Politik an Recht und Gesetz zu den grundlegenden Verfassungsprinzipien. Wie aber kann eine solche Bindung sichergestellt werden? Letztlich gar nicht. Denn die Kontrolle der staatlich handelnden Akteure richtet sich wiederum an den Staat.⁸² Der Wille zur Selbstbindung begleitet die Suche nach dem geeigneten Hüter der Verfassung, die seit Platon auf der Agenda der politischen Philosophie steht. Platons Antwort nimmt im Grunde einen Großteil der modernen Antwort vorweg: Denn einen Philosophen zum König zu machen, verbindet sich mit dem Ziel, dass die Ordnung sich aus Gründen der Vernunft selbst an ihre Ordnung halten solle. Die Kontrolle der Bindung der Politik an Recht und Gesetz mündet mithin letztlich in einer Selbstbindung. Von Odysseus kann man lernen, dass diese Einsicht nicht nur der Vernunft, sondern auch der Klugheit bedarf. Er ließ sich daher im Wissen um seine eigene Schwäche, den Gesängen der Sirenen nicht widerstehen zu können, rechtzeitig an den Mast fesseln – und kam so unbeschadet in den Genuss ihrer Kunst.⁸³

Literatur

- Ackerman, Bruce 1989: Constitutional Politics/Constitutional Law. In: Yale Law Journal 99(3), 453-547.
- Agamben, Giorgio 2002: Homo sacer. Die souveräne Macht und das nackte Leben. Übers. von Hubert Thüring. Frankfurt a.M.
- Agamben, Giorgio 2004: Ausnahmezustand (Homo sacer II.1). Übers. von Ulrich Müller-Schöll. Frankfurt a.M.
- Anderson, Benedict 1991: Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism. Überarb. und erw. Auflage. London.
- Arendt, Hannah [1963]: On Revolution. London u.a. 1991.
- Benhabib, Seyla 1994: Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy. In:

⁸⁰ Zum Problem des *living will* siehe Oliver W. Lembcke (2008a): Regulating the Living Will: The Role of Non-state Law at the End of Life. In: Jonathan J. Verschuren und Hanneke van Schooten (Hrsg.): International Governance and Law: State Regulation and Non-State Law. Cheltenham und Northampton, 191-208.

⁸¹ Zur Diskussion über das *homo sacer project* vgl. die Beiträge in dem Band von Andrew Norris (Hrsg.) (2005): Politics, Metaphysics, and Death. Essays on Giorgio Agamben's Homo Sacer. Durnham und London; zur Kritik siehe außerdem Lembcke 2009b (Fn. 57), 580 ff.

⁸² Nach *Juvenals* Sentenz: „Quis custodiet ipsos custodies“.

⁸³ Zur Rationalität der Selbstbindung: Jon Elster (1979): Ulysses and the Sirenes: Studies in Rationality and Irrationality. Cambridge und New York. Neuerlich aufbereitet und mit aktuellen Kontexten versehen im Sammelband von Gary S. Schaal (Hrsg.) (2009): Techniken rationaler Selbstbindung. Berlin.

Constellations 1(1), 25-53.

- Bodin, Jean [1576]: Sechs Bücher über den Staat. Eingel. und hrsg. von Peter C. Mayer-Tasch, übers. von B. Wimmer. Bd. 1. München 1981.
- Börzel, Tanja A., Hofmann, Tobias und Panke, Diana 2012: Caving in or sitting it out? Longitudinal patterns of non-compliance in the European Union. In: Journal of European Public Policy 19(4), 454-471.
- Caldwell, Peter C. 1997: Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law. The Theory and Practice of Weimar Constitutionalism. Durham und London.
- Collegium editorum 2008: Dialog über die Renaissance der Würde. In: Rolf Gröschner, Stephan Kirste und Oliver W. Lembcke (Hrsg.): Des Menschen Würde – entdeckt und erfunden im Humanismus der italienischen Renaissance. Tübingen, VII-XIII.
- De Maistre, Joseph Marie [1794]: Von der Souveränität. Ein Anti-Gesellschaftsvertrag. Übers. von Claudia Oestmann. Berlin 2000.
- Dreier, Horst 1990: Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen. 2. Aufl. Baden-Baden.
- Dyzenhaus, David 1997: Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar. Oxford.
- Ehs, Tamara 2009: Vorwort. In: Dies. (Hrsg.): Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung. Wien, 5-14.
- Elster, Jon 1979: Ulysses and the Sirenes: Studies in Rationality and Irrationality. Cambridge und New York.
- Elster, Jon 1995: Consenting Adults or the Sorcerer's Apprentice? In: East European Constitutional Review 4(1), 36-41.
- Frick, Verena, Lembcke, Oliver W. und Lhotta, Roland (Hrsg.) 2017: Politik und Recht. Umriss eines politikwissenschaftlichen Forschungsfeldes. Baden-Baden.
- Grimm, Dieter 1969: Recht und Politik. In: Juristische Schulung 9(11), 501-510.
- Gröschner, Rolf, Kirste, Stephan und Lembcke, Oliver W. (Hrsg.) (2008): Des Menschen Würde – entdeckt und erfunden im Humanismus der italienischen Renaissance. Tübingen.
- Habermas, Jürgen [1992]: Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. 4. Aufl. Frankfurt a.M 1994.
- Hadenius, Axel und Teorell, Jan 2007: Pathways from Authoritarianism. In: Journal of Democracy 18(1), 143-157.
- Hardt, Michael und Negri, Antonio 2000: Empire. Cambridge (Mass).
- Heller, Hermann [1924]: Politische Ideenkreise der Gegenwart. In: Gesammelte Schriften. Bd. 1. Hrsg. von Martin Drath et al. Leiden 1971, 257-374.
- Heller, Hermann [1928a]: Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung. In: Gesammelte Schriften. Bd. 2. Hrsg. von Martin Drath et al. Leiden 1971, 203-242.
- Heller, Hermann [1928b]: Politische Demokratie und soziale Homogenität. In: Gesammelte Schriften. Bd. 2. Hrsg. von Martin Drath et al. Leiden 1971, 421-433.
- Henkel, Michael und Lembcke, Oliver W. 2003: Politikwissenschaft als Theorie der Politik. Hermann Hellers theoretische Grundlegung der Politikwissenschaft. In: Politisches Denken. Jahrbuch 2003, 30-54. Henkel, Michael 2011: Hermann Hellers Theorie der Politik und des Staates. Die Geburt der Politikwissenschaft aus dem Geiste der Soziologie. Tübingen.
- Hetzel, Mechthild 2007: Jenseits von Mehrheit und Minderheit. Zur politischen Konzeption des Restes. In: Janine Böckelmann und Frank Meier (Hrsg.): Die gouvernementale Maschine. Zur politischen Theorie Giorgio Agambens. Münster, 107-113.

- Hobbes, Thomas [1651]: *Leviathan: or the Matter, Form, and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil*. In: *The English Works*. First Collected and Edited by Sir William Molesworth. 3rd Vol. London 1839.
- Honig, Bonnie 2007: *Between Decision and Deliberation: Political Paradox in Democratic Theory*. In: *American Political Science Review* 101(1), 1-17.
- Immergut, Ellen und Anderson, Karen M. 2008: *Historical Institutionalism and West European Politics*. In: *West European Politics* 31(1-2), 345-369.
- Jhering, Rudolf von [1872]: *Der Kampf ums Recht*. 8. Aufl. Frankfurt a.M. 2003.
- Kant, Immanuel [1795]: *Zum ewigen Frieden*. In: *Werke in zehn Bänden*. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Bd. 9. Darmstadt 1983, 193-251.
- Kant, Immanuel [1798]: *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht*. In: *Werke in zehn Bänden*. Hrsg. von Wilhelm Weischedel. Bd. 10. Darmstadt 1983, 397-690.
- Kelsen, Hans 1929: *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* In: *
- Kelsen, Hans 1931: *Wer soll Hüter der Verfassung sein?* Berlin.
- Kelsen, Hans [1960]: *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. 2. Aufl. Wien 1992.
- Kern, Fritz [1952]: *Recht und Verfassung im Mittelalter*. Reprint. Darmstadt 1992.
- King, Preston [1974]: *The Ideology of Order. A Comparative Analysis of Jean Bodin and Thomas Hobbes*. Reprint. London u.a. 1999.
- Kirste, Stephan 2002: *The Temporality of Law and the Plurality of Social Times. The Problem of Synchronizing Different Time Concepts through Law*. In: Michel Troper und Annalisa Verza (Hrsg.): *Legal Philosophy. General Aspects: Concepts, Rights and Doctrines*. Stuttgart, 23-44.
- Klink, Bart van und Lembcke, Oliver W. (2018): *A Fuller Understanding of Legal Validity and Soft Law*. In: Pauline Westerman et al. (Hrsg.): *Legal Validity and Soft Law*. Cham, 145-164.
- Lembcke, Oliver W. 2007a: *Exception Rules? Freedom and Order in a State of Exception*. In: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 107 (Political Philosophy)*, 119-128.
- Lembcke, Oliver W. 2007b: *Hüter der Verfassung. Eine institutionentheoretische Studie zur Autorität des Bundesverfassungsgerichts*. Tübingen.
- Lembcke, Oliver W. 2008a: *Regulating the Living Will: The Role of Non-state Law at the End of Life*. In: Jonathan J. Verschuren und Hanneke van Schooten (Hrsg.): *International Governance and Law: State Regulation and Non-State Law*, Cheltenham und Northampton, 191-208.
- Lembcke, Oliver W. 2008b: *Die Würde des Menschen, frei zu sein: Zum Vermächtnis der Oratio de hominis dignitate Pico della Mirandolas*. In: Rolf Gröschner, Stephan Kirste und Oliver W. Lembcke (Hrsg.): *Des Menschen Würde – entdeckt und erfunden im Humanismus der italienischen Renaissance*. Tübingen, 159-186.
- Lembcke, Oliver W. 2009a: *Law*. In: H. James Birx (Hrsg.): *Encyclopedia of Time. Science, Philosophy, Theology, & Culture*. Bd. 2. Thousand Oaks (Cal.), 772-774.
- Lembcke, Oliver W. 2009b: *Politische Theorie des nackten Lebens: Giorgio Agamben*. In: André Brodocz und Gary S. Schaal (Hrsg.): *Politische Theorien der Gegenwart*. Bd. 2. 3. Aufl. Opladen und Farmington Hills, 560-598.
- Lembcke, Oliver W. 2010: *Konstitutionelles Gesetz im sozialen Rechtsstaat. Zu einem Grundbegriff der Staatslehre Hellers*. In: Marcus Llanque (Hrsg.): *Souveräne Demokratie und soziale Homogenität. Das politische Denken Hermann Hellers*. Baden-Baden, 239-260.
- Lembcke, Oliver W. 2018: *Giorgio Agamben's Political Theory*. In: *Oxford Research Encyclopedia of Communication*. DOI: 10.1093/acrefore/9780190228613.013.592.

- Lepsius, Oliver 2009: Kelsens Demokratietheorie. In: Ehs, Tamara (Hrsg.): Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung. Wien, 67-89.
- Lindahl, Hans 2007: Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood. In: Martin Loughlin und Neil Walker (Hrsg.): The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form. Oxford, 9-24.
- Locke, John [1689]: Second Treatise of Government. Hrsg. von C.B. Macpherson. Indianapolis und Cambridge 1980.
- Loughlin, Martin und Walker, Neil 2007: Introduction. In: Dies. (Hrsg.): The Paradox of Constitutionalism. Constituent Power and Constitutional Form. Oxford, 1-8.
- Luhmann, Niklas 1983: Rechtssoziologie. 2. Aufl. Reinbek bei Hamburg.
- Luhmann, Niklas 1995: Das Recht der Gesellschaft. Frankfurt a.M.
- Luhmann, Niklas 1999: Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie. Frankfurt a.M.
- March, James G. und Olson, Johan P. 1996: Institutional Perspectives on Political Institutions. In: Governance 9(3), 247-264.
- March, James G. und Olson, Johan P. 2004: Logic of Appropriateness. Working Paper No. 9. Oslo. Online verfügbar unter: https://www.sv.uio.no/arena/english/research/publications/arena-working-papers/2001-2010/2004/wp04_9.pdf, zuletzt abgerufen am 30.04.2019.
- Meinecke, Friedrich (1922): Weltbürgertum und Nationalstaat. Studien zur Genesis des deutschen Nationalstaates. 6. Aufl. München.
- Norris, Andrew (Hrsg.) 2005: Politics, Metaphysics, and Death. Essays on Giorgio Agamben's Homo Sacer. Durnham und London.
- Pico della Mirandola, Giovanni [1496]: Über die Würde des Menschen. Lateinisch-Deutsch. Übersetzt von Norbert Baumgarten. Herausgegeben und eingeleitet von August Buck. Hamburg 1990.
- Rawls, John 1971: A Theory of Justice. Cambridge (Mass.).
- Rawls, John 2001: Justice as Fairness. A Restament. Hrsg. von Erin Kelly. Cambridge (Mass.) und London.
- Sandel, Michael J. 1982: Liberalism and the Limits of Justice. Cambridge (Mass.).
- Schaal, Gary S. (Hrsg.) 2009: Techniken rationaler Selbstbindung. Berlin.
- Scheuerman, William E. 1996: Carl Schmitt's Critique of Liberal Constitutionalism. In: The Review of Politics 58(2), 299-322.
- Schmitt, Carl [1922]: Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität. 7. Aufl. Berlin 1996.
- Schmitt, Carl [1928]: Verfassungslehre. 8. Aufl. Berlin 1993.
- Schmitt, Carl [1931]: Der Hüter der Verfassung. 4. Aufl. Berlin 1996.
- Shelton, Dinah (Hrsg.) 2000: Commitment and Compliance. The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System. Oxford.
- Sieyès, Emmanuel Joseph [1789]: Was ist der Dritte Stand? In: Oliver W. Lembcke und Florian Weber (Hrsg.): Emmanuel Joseph Sieyès: Was ist der Dritte Stand? Ausgewählte politische Schriften. Berlin 2010, 111-176.
- Stone, Deborah 2002: Policy Paradox. The Art of Political Decision Making. Revised edition. New York und London.
- Tocqueville, Alexis de [1835]: Über die Demokratie in Amerika. Beide Teile in einem Band. München 1987.

- Michael Walzer 1993: Kritik und Gemeinsinn. Drei Wege der Gesellschaftskritik. Frankfurt a.M.
- Weber, Max [1956]: Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie. Hrsg. von Johannes Winckelmann. 5. Aufl. Tübingen 1980.
- Weber, Max [1919]: Politik als Beruf. In: Ders.: Gesammelte politische Schriften. Hrsg. von Johannes Winckelmann. 5. Aufl. Tübingen 1988, 505-560.
- Wesel, Uwe 1997: Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zum Vertrag von Maastricht. München.
- Wesel, Uwe 1985: Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften. Frankfurt a.M.
- Wieland, Wolfgang 1989: Aporien der praktischen Vernunft. Frankfurt a.M.

სამართალი და რელიგია „პოსტ-სეკულარულ საზოგადოებაში“

გია ხუბუა

I. სახელმწიფოს რელიგიური და მსოფლმხედველობრივი ნეიტრალურობა. II. „პოსტ-სეკულარული საზოგადოება. III. ღმერთის იდეა კონსტიტუციაში. IV. კონსტიტუციის ინტეგრაციული ფუნქცია. V. ღირებულებითი პლურალიზმი და ღია საზოგადოება. VI. რელიგია როგორც კულტურის ნაწილი. რეზიუმე ინგლისურ ენაზე.

II. სახელმწიფოს რელიგიური და მსოფლმხედველობრივი ნეიტრალურობა

სახელმწიფოს რელიგიური და მსოფლმხედველობრივი ნეიტრალურობა ფუნდამენტური მნიშვნელობის კონსტიტუციური პრინციპია. თანამედროვე სახელმწიფოსათვის დამახასიათებელია რელიგიისაგან ემანსიპაციის ტენდენცია, ხოლო მისი მსოფლმხედველობრივი ნეიტრალურობა თავისუფალი დემოკრატიული წესრიგის გამოხატულებაა.¹

სახელმწიფო „ყველას“ სახელმწიფოა, განურჩევლად რწმენისა და რელიგიური კუთვნილებისა. სახელმწიფო უნდა იყოს თვითიდენტიფიკაციის საშუალება ყველა მისი მოქალაქისათვის. რომელიმე რელიგიური იდეოლოგია ვერასოდეს ვერ გარდაიქმნება სახელმწიფო იდეოლოგიად, ისევე როგორც რელიგია და რწმენა არ არის და ვერ გახდება სახელმწიფოს მიერ გადასაწყვეტი საკითხი.²

სახელმწიფოს ნებისმიერი ჩარევა რელიგიის სფეროში შეზღუდავს პიროვნების ინდივიდუალურ ავტონომიას. სახელმწიფოს ჩარევა რელიგიის სფეროში შეიცავს რელიგიური მოძღვრების იდეოლოგიად ტრანსფორმაციის დიდ რისკებსაც. როგორც კი რელიგია გარდაიქმნება პოლიტიკურ იდეოლოგიად, მაშინ დიდი მისი ინსტრუმენტალიზაციის შესაძლებლობაც მწვავე კონფლიქტებისა და ფუნდამენტალიზმის მიმართულებით – იდეოლოგიური ტოტალიტარიზმი ყოველთვის ინდივიდუალური თავსუფლების მტერია.

სახელმწიფოსა და ეკლესიის გამიჯვნა, არსებითად, ეფუძნება ბიბლიას: „მიეცი კეისარს კეისრისა და ღმერთს – ღვთისა“ (ლუკას სახარება, 20, 25.). სახელმწიფოსა და ეკლესიის გამიჯვნის პროცესზე განსაკუთრებით დიდი გავლენა იქონია რელიგიურმა ომებმა და კონფლიქტებმა. რელიგიისა და სახელმწიფოს გამიჯვნა მნიშვნელოვნად ამცირებდა რელიგიური კონფლიქტების რისკს. რელიგიისაგან სახელმწიფოს დისტანცირება ასევე

¹ BVerfGE 12, 1.

² Jarass, in Jarass/Pieroth, Grundgesetz-Kommentar, 13. Auflage 2014, Art. 4 Rn. 10.

განაპირობა რელიგიის მწვავე კრიტიკამ ფილოსოფიურ ლიტერატურაში და მე-18 საუკუნის განმანათლებლობამ.³

სახელმწიფოს მსოფლმხედველობრივი ნეიტრალურობა იცნობს ორ, განსხვავებულ კონცეფციას. პირველი მოდელის თანახმად, რელიგია შეიძლება განვითარდეს საჯარო სივრცეშიც. მეორე მოდელი ცნობილია ლაიციზმის სახელით, რომლის დროსაც რელიგიის განვითარება და გავრცელება შემოიფარგლება მხოლოდ კერძო სფეროთი. ლაიციზმის შემთხვევაში სახელმწიფოს რელიგიურ ნეიტრალურობას უფრო ნეგატიური დატვირთვა ეძლევა და რელიგიისაგან მკაცრ გამიჯვნას ემსახურება.⁴

ერთმანეთისაგან უნდა განვასხვავოთ ერთი მხრივ, სეკულარიზმი, როგორც სახელმწიფო დოქტრინა და, მეორე მხრივ, იდეოლოგიური სეკულარიზმი.⁵ პოლიტიკური სეკულარიზმი, იდეოლოგიური სეკულარიზმისაგან განსხვავებით, არ გამოირჩევა რელიგიის მიმართ ნეგატიური დამოკიდებულებით.

III. „პოსტ-სეკულარული საზოგადოება“

თანამედროვე სამართალი ესწრაფვის ერთგვარ ემანსიპაციას მისი რელიგიური და ისტორიული ძირებისაგან. „პოლიტიკა ტრადიციისა და ტრანსცენდენტურის გარეშე“ – შეიძლება ასე ეწოდოს ამ ტენდენციას, რომლის მიმდევრებიც (მათ შორის, თეოლოგების ნაწილიც) მოითხოვენ ღმერთის ცნების ამოღებას ყველა სახელმწიფო დოკუმენტიდან. ძირითადი კანონი ადამიანის ძირითად უფლებებსა და თავისუფლებებს არ ანიჭებს თეოლოგიურ შინაარსს. ეს უფლებები, ასევე მოკლებულია ღმერთის მეტაფიზიკური ინსტიტუტის მხრიდან ლეგიტიმაციას. ღმერთი არ არის ადამიანის უფლებების საწყისი და არც მისი ლეგიტიმაციის საფუძველი. ჩვენ ვართ მხოლოდ პასუხისმგებელი ღმერთის წინაშე. ხელისუფლების წყაროა ხალხი და სახელმწიფო ხელისუფლებას არ შეიძლება ჰქონდეს ტრანსცენდენტალური, მეტაფიზიკური ბუნება.

ამ მიდგომების პარალელურად ძლიერდება საწინააღმდეგო ტენდენციაც. სულ უფრო აქტიურად განიხილება არამართო ის, თუ რამდენ რელიგიას „აიტანს“ საზოგადოება, არამედ ისიც, თუ რელიგიურობის რა მინიმალური დოზაა აუცილებელი საზოგადოების გადარჩენისათვის (Udo di Fabio). სამართლებრივი ინსტიტუტების ანალიზის პროცესში აქტიურადაა ჩართული თეოლოგიურ-ისტორიული, ღირებულებითი და სულიერი საწყისების კვლევა.⁶

თანამედროვე მსოფლიოში სეკულარიზმი უკვე არ არის დომინანტი პარადიგმა. მართალია, ვერ ვიტყვით, რომ სახეზეა რელიგიის ერთგვარი „რენესანსი“, მაგრამ, ერთი მხრივ,

³ იქვე.

⁴ Morlok, in Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 3. Auflage 2013, Art. 4 Rn. 161

⁵ იქვე, გვ. 258.

⁶ Unruh, P., Religionsverfassungsrecht, 4. Auflage, 2018, S. 44.

შემიჩნევა საზოგადოების სულ უფრო მზარდი სეკულარიზაცია და ინდივიდუალიზაცია, ხოლო მეორე მხრივ, იზრდება მოთხოვნა რელიგიაზე.⁷ ჰაბერმასის აზრით, სახეზეა „პოსტსეკულარული საზოგადოება“, რომლის დროსაც რელიგიურ გაერთიანებებს არსებობა უნევთ მუდმივად სეკულიზირებად გარემოში.⁸ თანამედროვე საზოგადოება უფრო მგრძობიარე გახდა რელიგიის თემატიკის მიმართ, ხოლო რელიგია მოქცეული იქნა ფართო საზოგადოებრივი და ფილოსოფიური დისკუსიის ფოკუსში.⁹

რელიგიისა და სახელმწიფოს გამიჯვნა არ ნიშნავს, რომ რელიგიამ სრულად დაკარგა გავლენა სახელმწიფოზე. საზოგადოებრივი და სოციალური სტრუქტურებიდან რელიგიის „გამოდევნა“ ვერ მოხერხდება და ის კიდევ დიდხანს დარჩება ანგარიშგასაწევ ძალად. თანამედროვეობა და რელიგიურობა არ გამორიცხავს ერთმანეთს, ხოლო რელიგიის თემა შთამბეჭდავად დიდი მასშტაბით დაუბრუნდა სამეცნიერო დღის წესრიგს.“¹⁰ უნდა აღინიშნოს, რომ რელიგიის გავლენა აშკარაა თვით ე.წ. ლაიცისტური ტრადიციების სახელმწიფოებშიც (აშშ, საფრანგეთი).¹¹

IV. ღმერთის იდეა კონსტიტუციაში

კონსტიტუციაში ღმერთისადმი მიმართვა უნდა განვმარტოთ როგორც „პასუხისმგებლობის ფორმულა“.¹² ღმერთისადმი მიმართვა მიუთითებს ადამიანური შემეცნების შეზღუდულ შესაძლებლობებზე და ესწრაფვის, ზღვარი დაუდოს „კონსტიტუციური სახელმწიფოს თვითკმაყოფილებას“.¹³ კონსტიტუცია არ ცნობს და არ აღიარებს ღმერთს. ის, უბრალოდ, ეწინააღმდეგება ხელისუფლების, პოლიტიკისა და სამართლის აბსოლუტიზაციას.¹⁴ ძირითადი კანონი ასევე უარყოფს ათეიზმს, როგორც სახელმწიფო რელიგიას¹⁵ და ემიჯნება სახელმწიფოს ტოტალიტარულ მოდელს.¹⁶ ამ ფორმით კონსტიტუცია ხალხსაც შეახსენებს იმ პასუხისმგებლობას, რომელიც მან უნდა გაითვალისწინოს ხელისუფლების განხორციელების პროცესში.

ღმერთისადმი მიმართვა, როგორც წესი, გვხვდება კონსტიტუციის პრეამბულაში. აყალიბებს თუ არა პრეამბულა იურიდიულად სავალდებულო ქცევის წესს? იურიდიულ ლიტერა-

⁷ Waldhoff, Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität, 13 ff. ციტ. Unruh, P., Religionsverfassungsrecht, 3. Auflage, 2015, S. 43.

⁸ Habermas, Glauben und Wissen, 2001, S. 12 ff.

⁹ Habermas, Die Revitalisierung der Weltreligionen – Herausforderung für ein säkulares Selbstverständnis der Moderne?“, in: SA, Bd. 5, 388 ff.

¹⁰ Dreier, H., Staat ohne Gott. Religion in säkularen Moderne, 2018.

¹¹ Mahlmann, M., Konkrete Gerechtigkeit. Eine Einführung in Recht und Rechtswissenschaft der Gegenwart, 3. Auflage, 2017, S. 256.

¹² Bruno Schmidt-Bleibtreu, Hans Hofmann, Hans-Günter Henneke, Hans Bernhard Brockmeyer, GG Kommentar zum Grundgesetz, 13. Auflage, S. 94.

¹³ Isensee, Rekurs, Fn. 46. ციტ.: Dreier, Staat ohne Gott. Religion in säkularen Moderne, S. 18.

¹⁴ Mangoldt/Klein/Starck/, Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, Rn. 17

¹⁵ Ingo von Münch/Philip Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Band 1, Präambel, Rdnr. 7.

¹⁶ Häberle, P., Gott im Verfassungsstaat, in: P. Häberle, Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates 1992, S. 217 ff.

ტურაში სადავოა საკითხი პრეამბულის იურიდიული ბუნების შესახებ. ავტორთა ნაწილი მიიჩნევს, რომ პრეამბულა კონსტიტუციის განუყოფელი ნაწილია. ზოგიერთი ავტორის აზრით, პრეამბულა საერთოდ არ აყალიბებს სავალდებულო ქცევის წესს, ხოლო ავტორთა ნაწილის აზრით, პრეამბულას განსაკუთრებული მნიშვნელობა უნდა მიენიჭოს, რადგანაც სწორედ პრეამბულით იწყება კონსტიტუცია.¹⁷

პრეამბულაში მოცემული დებულებები მნიშვნელოვანია კონსტიტუციის სხვა ნორმების განმარტებისათვის. აუცილებელია ლოგიკური, ტელეოლოგიური და სისტემური თავსებადობის არსებობა პრეამბულასა და კონსტიტუციის დანარჩენ ტექსტს შორის.¹⁸ გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს განმარტებით, კონსტიტუციის პრეამბულას აქვს სამართლის ნორმის ხასიათი და მასზე დაყრდნობით უნდა მოხდეს კონსტიტუციის სუბსტანციური მნიშვნელობის გარკვევა.¹⁹

ღმერთის კონსტიტუციურ ცნებაზე არაფერს ამბობს საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკა. ევროპის სახელმწიფოთა კონსტიტუციური მართლმსაჯულების პრაქტიკაშიც, როგორც წესი, იშვიათად ვხვდებით „ღვთის“ კონსტიტუციურ-სამართლებრივი კონსტრუქციის განმარტებას. ამავე დროს, ღმერთზე მითითება ცალკეულ ქვეყნებში განიხილება როგორც ძირითადი კანონის აბსოლუტური მნიშვნელობის ეთიკური ფუნდამენტი – სახელმწიფოს, რომელიც უზრუნველყოფს რწმენის თავისუფლებას და არის რელიგიურ-მსოფლმხედველობრივად ნეიტრალური, არ შეუძლია მოწყდეს ისტორიულად ჩამოყალიბებულ ღირებულებით წარმოდგენებს, რომელსაც ეფუძნება საზოგადოების ერთიანობა. ქრისტიანული რწმენა და ქრისტიანული ეკლესიები... (საზოგადოების) უმნიშვნელოვანესი განმსაზღვრელი ფაქტორია.²⁰

პრეამბულის იურიდიული ბუნებისაგან განსხვავებით, გაცილებით უფრო რთულია გავცეთ პასუხი კითხვაზე, არის თუ არა ღვთისა და ქვეყნის წინაშე პასუხისმგებლობა სამართლებრივი პასუხისმგებლობა? და თუ ეს არის სამართლებრივი პასუხისმგებლობა, რა ფორმით უნდა დადგეს ის, თუ დაირღვა „ღვთის წინაშე“ ვალდებულება?

კონსტიტუცია ადგენს პასუხისმგებლობას ორი ინსტანციის – ღმერთისა და ქვეყნის წინაშე. ამით ერთგვარად რელატივირებულია პასუხისმგებლობის მხოლოდ მეტაფიზიკური ინსტიტუტის მნიშვნელობა. ხელისუფლება და ხალხი პასუხისმგებელია არამართო მეტაფიზიკური ინსტიტუტის წინაშე, არამედ ქვეყნის წინაშეც. ამავე დროს, კონსტიტუციის პრეამბულაში მოცემულ პასუხისმგებლობას არ აქვს მკაფიო სამართლებრივი ხასიათი.

ღმერთისადმი მიმართვის ფორმის მიხედვით განასხვავებენ *nominatio dei* და *invocatio dei*-

¹⁷ Süsterhenn/Schäfer, Kommentar der Verfassung für Rheinland Pfalz: mit Berücksichtigung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 1996, S. 64.

¹⁸ Murswiek, in Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 2013, Präambel Rn. 199.

¹⁹ BVerfGE, 36, 1 (17).

²⁰ Schmidt-Bleibtreu/Klein, Kommentar, Präambel, Rdnr. 2.

ს. *nominatio dei*-ს სახით კონსტიტუციაში ღმერთის სახელი მხოლოდ მოხსენიებულია, ხოლო *invocatio dei*-ს სახით მიმართვა ხორციელდება ღმერთის სახელით. *invocatio dei* გვხვდება სამი ევროპული ქვეყნის კონსტიტუციაში – შვეიცარია, ირლანდია და საბერძნეთი. შვეიცარიის კონსტიტუცია, მაგალითად, გამოცხადებულია „ყოვლისშემძლე ღმერთის სახელით“. შვეიცარიაში 1291 წელს დადებული პირველი ფედერალური ხელშეკრულება იწყებოდა სიტყვებით „In nomine Domini, amen“.²¹ საბერძნეთში ღმერთი ფორმულირებულია როგორც წმინდა და განუყოფელი სამება. დაახლოებით მსგავსი შინაარსის ნორმა გვხვდება ირლანდიის კონსტიტუციაში.²²

კონსტიტუციურ პრაქტიკაში, გარდა *nominatio dei*-სა, გვხვდება სხვა კონსტრუქციებიც – კერძოდ, *commemoratio dei* ან *provocatio ad deum*.²³

საქართველოს კონსტიტუციამ აირჩია *nominatio dei*-ს მოდელი. „ჩვენ, საქართველოს მოქალაქენი... ღვთისა და ქვეყნის წინაშე ვაცხადებთ ამ კონსტიტუციას“ – ნათქვამია საქართველოს ძირითადი კანონის პრეამბულაში. ღვთისადმი მიმართვას ვხვდებით კონსტიტუციის სხვა ნაწილებშიც, კერძოდ, პრეზიდენტის ფიცში (მ. 51., პ. 1.).

სახელმწიფოსა და რელიგიურ გაერთიანებებს შორის ინსტიტუციურსა და ფუნქციონალურ კავშირს აღიარებს დანიის, ფინეთის, შვეიცარიის რამდენიმე კანტონისა და საბერძნეთის კონსტიტუცია.²⁴ 2000 წლამდე შვედეთის ეკლესია სახელმწიფო ეკლესია იყო.²⁵ მართალია, შვედეთის ეკლესიამ ეს სტატუსი უკვე დაკარგა, მაგრამ დღესაც მჭიდრო კავშირი არსებობს მასსა და სახელმწიფოს შორის. სახელმწიფო ეკლესიის მაგალითად შეიძლება მოვიყვანოთ შოტლანდიის ეკლესია.²⁶ ინგლისის ეკლესია Church of England დაარსების დღიდან (1534 წ.) ითვლება სახელმწიფო ეკლესიად.²⁷ დანარჩენი ეკლესიები ინგლისში არსებობენ კერძო სამართლის იურიდიული პირის სახით.

სახელმწიფოსა და ეკლესიას შორის გამიჯვნის მოდელის შემთხვევაში რელიგიური გაერთიანება სარგებლობს კერძო სამართლის იურიდიული პირის სტატუსით. ეს მოდელი მოქმედებს ჰოლანდიაში, ირლანდიაში, ამერიკაში. აღსანიშნავია, რომ ამ ქვეყნებში სახელმწიფოსა და ეკლესიის გამიჯვნის მოდელი ხელს არ უშლის რელიგიის განვითარებას. სახელმწიფოს რელიგიური ნეიტრალურობა, ასევე, არ გამორიცხავს პოზიტიურ დამოკიდებულებას რელიგიის მიმართ. სახელმწიფო ხელს უწყობს რელიგიურ გაერთიანებებს (ბელგია, იტალია, ლუქსემბურგი, ავსტრია, პორტუგალია და ესპანეთი).²⁸

²¹ Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 3. Auflage, 2013, Präambel S.10.

²² იქვე, Rn. 32.

²³ იქვე.

²⁴ იქვე, გვ. 336.

²⁵ იქვე, გვ. 337.

²⁶ იქვე.

²⁷ იქვე.

²⁸ იხ. Dreier, H., Staat ohne Gott. Religion in säkularen Moderne, 2018.

რელიგიის მიმართ განსაკუთრებით კრიტიკული მოდელი, ე.წ. ლაიციზმი გვხვდებოდა საფრანგეთში.²⁹ თუმცა, ბოლო პერიოდში ლაიციზმის ტენდენცია საფრანგეთშიც რამდენადმე შესუსტდა და ერთგვარი მოდიფიკაცია განიცადა.³⁰ ფრანგულ სახელმწიფოსა და ეკლესიას შორის ურთიერთობაში სულ უფრო ძლიერდება თანამშრომლობის ელემენტები, რაც ასახვას პოულობს, მაგალითად, საგადასახადო შეღავათების დადგენაში, კერძო კათოლიკური სკოლების სუბვენციონირებაში და სხვ. ლაიციზმის ცნების გარშემო გააქტიურდა დისკუსია ფრანგულ სამეცნიერო ლიტერატურაში.³¹

ევროპული კონსტიტუციები, როგორც წესი, პირდაპირ არ მიუთითებენ, თუ რას გულისხმობს „ღმერთის“ კონსტრუქცია – ქრისტიანულ ღმერთს, თუ ზოგადად ღმერთს, როგორც უზენაეს არსებას. ამ მხრივ გამონაკლისია ირლანდიის კონსტიტუცია, რომელიც პირდაპირ მიუთითებს იესო ქრისტეზე. ირლანდიის კონსტიტუცია, მართალია, იწყება ყოვლადწმინდა სამებისა და ქრისტესადმი მიმართვით, მაგრამ იურიდიულად მკაფიოდ გამოიხატავს ერთმანეთისაგან სახელმწიფოსა და ეკლესიას და კრძალავს ნებისმიერი რელიგიისათვის ფინანსურ მხარდაჭერას.³² საბერძნეთის კონსტიტუციაც, ასევე, მიუთითებს ქრისტიანულ ღმერთზე.

ევროკავშირის კონსტიტუციის პროექტზე მუშაობისას ბევრი ქვეყანა მოითხოვდა ტექსტში ყოფილიყო მითითება ღმერთს ან ევროპის ქრისტიანულ მემკვიდრეობაზე. საბოლოოდ გაიმარჯვა საფრანგეთის პოზიციამ, რომელმაც მისი ლაიციზტური ტრადიციების გათვალისწინებით უარყო ღმერთს ან ქრისტიანობაზე მითითების აუცილებლობა.

ღვთისადმი მიმართვა არ არის კავშირში სახელმწიფოს თეოლოგიურ ან რელიგიურ ლეგიტიმაციასთან – ის მხოლოდ მიუთითებს, რომ არსებული სახელმწიფო და საზოგადოებრივი წესრიგი დროებითია და წარმავალი, ხოლო ხელისუფლება და ხალხი შებოჭილია „ღვთის“ მეტაფიზიკური ინსტანციით და პასუხისმგებელია მის წინაშე.

რატომ უნდა კონსტიტუციამ ამ ინსტანციას ღმერთის სახელი? ის, რასაც სახელი არ აქვს, არ არსებობს. არ არსებობს ანონიმური პასუხისმგებლობაც. ერთადერთი სახელი, რომელიც შეიძლება დაარქვა იმ ტრანსცენდენტალურ ინსტანციას, რომელიც ადამიანსა და პოლიტიკურ ინსტიტუტებზე უფრო მაღლა დგას, არის მხოლოდ „ღმერთი“. ამ თვალსაზრისით, ღვთის ცნება არის სიმბოლო როგორც მორწმუნეთათვის, ისე მათთვისაც, ვისაც არ სწამს ღმერთი, მაგრამ არ უარყოფს პასუხისმგებლობას – მათ შორის, სინდისის წინაშე პასუხისმგებლობას.

ღვთის წინაშე პასუხისმგებლობის აღიარებით კონსტიტუცია ეწინააღმდეგება ადამიანური

²⁹ იქვე, გვ. 338.

³⁰ იქვე.

³¹ Robbers, G. Staat und Kirche in der Europäischen Union, 2. Aufl., 2005.

³² იქვე.

გონის თვითგაღმერთებას. საშიშია ისეთი პოლიტიკური და სულიერი კონსტრუქცია, რომელიც დასცინის ღმერთის წინაშე რიდის თეზას, ან უარყოფს ათასწლეულების კულტურული ისტორიის სიმბოლოებს და განვითარებას განიხილავს მხოლოდ ყოველდღიურობის მიმდინარე, ყოფითი პრობლემების ჭრილში (Udo die Fabio). ღმერთის წინაშე პასუხისმგებლობის კონსტიტუციურ-სამართლებრივი თეზა არის პოზიტიური გონების თეორიული აბსოლუტიზმის უარყოფა, რომელიც ბატონობს ჩვენს გონებაზე როგორც რაციონალიზმი (Klaus Schlaich). პასუხისმგებლობის დეფიციტმა შესაძლოა, საბედისწერო შედეგი იქონიოს პოლიტიკურ წესრიგზე. იქ, სადაც პარალიზებულია სოციალური კონტროლის ინსტიტუტები, ადამიანის ქცევა უკვე არაპროგნოზირებადი ხდება.

სახელმწიფო უნდა იყოს რელიგიისაგან გამიჯნული. რელიგიისაგან გამიჯნული სახელმწიფო, ამავე დროს, არ ნიშნავს „უღმერთო სახელმწიფოს“. ღვთის წინაშე პასუხისმგებლობა მუდმივად შეგვახსენებს ტოტალიტარული სახელმწიფოს მიერ ადამიანობისა და კაცობრიობის წინააღმდეგ ჩადენილ „უღმერთო დანაშაულებს“. ღვთის წინაშე პასუხისმგებლობა უარყოფს „ყოვლისშემძლე სახელმწიფოს“ იდეას. სახელმწიფოს ფაქტობრივი შესაძლებლობები ბღვარდადებულია ღვთისა და ქვეყნის წინაშე პასუხისმგებლობით. ღვთის წინაშე პასუხისმგებლობა, ამავედროულად, აფუძნებს დაუმორჩილებლობისა და წინააღმდეგობის უფლებასაც. ადამიანებს აქვთ უფლება, დაუპირისპირდნენ არა ადამიანურ, არა -ჰუმანურსა და ტოტალურად უსამართლო სახელმწიფო რეჟიმებს.

ღვთისადმი აპელირება აყალიბებს ავტარკიული და ტოტალიტარული რეჟიმებისაგან დაცვის ერთგვარ გარანტიას. თუმცა, მხოლოდ რწმენა ვერ დაგვიცავს ტოტალიტარიზმისაგან. ძალადობა ხშირად განხორციელებულა რელიგიის სახელით და თანამედროვე მსოფლიოში მიმდინარე მოვლენებიც ცხადყოფს, თუ როგორ შეიძლება რელიგია ინსტრუმენტალიზებულ იქნეს კონფლიქტის პროვოცირებისა და ტერორის „ლეგიტიმაციისათვის“.

ღვთის წინაშე პასუხისმგებლობა მოითხოვს არამართო პოლიტიკისა და რელიგიის გამიჯვნას, არამედ რელიგიური ფანატიზმის დაძლევასაც. არანაკლებ საშიშია ფუნდამენტალიზმიც. ფუნდამენტალიზმი ესწრაფვის საზოგადოების რთული, კომპლექსური ურთიერთობების გამარტივებას და ცდილობს, მკაფიო „ფრონტის ხაზი“ გაავლოს „ჩვენთანსა და „არაჩვენთანს“ შორის. ასეთი მიდგომა არ ტოვებს თავისუფალ ადგილს დისკურსის, კრიტიკისა და განსხვავებული შეხედულებისათვის. ფუნდამენტალიზმი შეიძლება უმრავლესობიდანაც მოდიოდეს. ქრისტე სწორედ უმრავლესობამ აცვა ჯვარს და ასევე უმრავლესობამ გაცვალა ის ბარაბაში. საზოგადოებრივი აზრიდან მომდინარე წნეხის დაძლევა უფრო რთულიცაა, ვიდრე სახელმწიფოს ტოტალიტარული სტრუქტურებისა. ღვთის წინაშე პასუხისმგებლობის კონსტიტუციური კონსტრუქცია ასეთი ტოტალიტარიზმის პრევენციასაც ემსახურება.

V. კონსტიტუციის ინტეგრაციული ფუნქცია

ღმერთის ცნება კონსტიტუციაში შეგნებულად არის ღიად დატოვებული. ამ ფორმით, საზოგადოების განსხვავებულ წევრებს, ჯგუფებს უფრო თავისუფლად და მარტივად შეუძლიათ მასთან იდენტიფიკაცია.³³ ღვთისადმი მიმართვის კონსტიტუციური მოდელი ისეა ფორმულირებული, რომ იძლევა მისი შინაარსის მუდმივი განახლების საშუალებას.

საქართველოს კონსტიტუციის პრეამბულაში ღვთისადმი მიმართვა ისეა ჩამოყალიბებული, რომ არ მიუთითებს საქართველო არის თუ არა ქრისტიანული სახელმწიფო. ისტორიული განმარტების გზით უნდა დავასკვნათ, რომ „ღვთის“ ცნებაში კანონმდებელი გულისხმობდა ქრისტიანულ ღმერთს. ამავე დროს, სისტემური და ტელეოლოგიური განმარტების გზით, „ღვთის“ კონსტიტუციური ცნება მოიცავს მუსულმანების, ებრაელებისა და სხვა რელიგიის ღმერთებსაც. ძირითადი კანონისათვის გადამწყვეტია რწმენის კულტურული, ღირებულებითი, და არა – წმინდა თეოლოგიური ასპექტები.

კონსტიტუციის მიზანია სოციალური მშვიდობა და ერთიანობა. ძირითადი კანონი ესწრაფვის სხვადასხვა რელიგიური ჯგუფების ინტეგრაციას და არა იზოლაციას ან გამიჯვნას. საქართველო სეკულარული სახელმწიფოა, სადაც რელიგია და სახელმწიფო გამიჯნულია ერთმანეთისაგან. ამავე დროს, „გამიჯნული“ არ ნიშნავს „დაპირისპირებულს“. სეკულარული სახელმწიფო არ არის „ათეისტური სახელმწიფო“. ნეიტრალურობა მოითხოვს, რომ სახელმწიფო ვერ ჩაერევა რელიგიურსა და მსოფლმხედველობრივ დავებში და ვერ იქნება მხარე. ამავე დროს, სახელმწიფო არ უნდა უწყობდეს ხელს ლაიციზმს ან რელიგიისადმი მტრული დამოკიდებულების ჩამოყალიბებას.

ღვთისადმი მიმართვით კონსტიტუცია არავის აიძულებს, აღიაროს ღმერთი და არც არავის ართმევს ღმერთს. ღვთისადმი აპელირებას არ აქვს ხელისუფლების ლეგიტიმაციის ფუნქცია. თანამედროვე ევროპული სახელმწიფოების ისტორია იწყება სწორედ იმ დროიდან, როდესაც რელიგიამ დაკარგა სახელმწიფოს ლეგიტიმაციის ფუნქცია (Böckenförde).

სახელმწიფოს ლეგიტიმაციის ერთადერთი წყაროა საქართველოს ხალხი, რომელიც მოიცავს იმ ნაწილსაც, ვისაც ღმერთი არ სწამს. კონსტიტუცია საქართველოს ყველა მოქალაქის ძირითადი კანონია, მიუხედავად მათი რელიგიური რწმენისა და აღმსარებლობისა. კონსტიტუცია ერთდროულად იცავს ქრისტიანების, მუსულმანების, ებრაელების ღმერთსაც. ძირითადი კანონი უნდა ასრულებდეს თვითიდენტიფიკაციის ფუნქციას თითოეული მოქალაქისათვის, მიუხედავად იმისა, არის ის მორწმუნე, ათეისტი თუ აგნოსტიკოსი. კონსტიტუციით დადგენილ წესრიგში ყველამ, მორწმუნემ და არამორწმუნემაც, თავი უნდა იგრძნოს, როგორც საკუთარ სამშობლოში.

³³ Mangoldt/Klein/Starck/, Rn. 17.

კონსტიტუციაში მოხსენიებული ღვთის იდეა აბსტრაქტულია. დისკრიმინაციული იქნებოდა კონსტიტუციის ტექსტში მხოლოდ ქრისტიანული ღმერთის მოხსენიება. თუმცა, ისტორიული განმარტების გზით შესაძლებელია დავასკვნათ, რომ საქართველოს ძირითადი კანონი „ღვთის“ ქვეშ მოიაზრებს ქრისტიანულ ღმერთს. ისტორიულად ქრისტიანობამ დიდი როლი შეასრულა ქართული იდენტობის ჩამოყალიბებაში. საქართველოს კონსტიტუციაც აღიარებს მართლმადიდებლური ეკლესიის განსაკუთრებულ როლს საქართველოს ისტორიაში.

VI. ღირებულებითი პლურალიზმი და ღია საზოგადოება

სახელმწიფოს ფუნქცია არ არის ღირებულებითი მასშტაბების დადგენა. არ შეიძლება, არსებობდეს „სახელმწიფო მორალი“. მაგრამ მხოლოდ ადამიანებიც ვერ დაადგენენ ღირებულებით მასშტაბებს. მართლწესრიგი და პოლიტიკური წესრიგი არ არის „უპირობო“ – კონსტიტუციაც ადგენს, რომ ადამიანები შებოჭილნი არიან წინასწარ მოცემული ღირებულებებით, პირველ რიგში, ადამიანის თავისუფლებებითა და უფლებებით. ადამიანი და ვერც ხალხის უმრავლესობა ვერ გააუქმებს ამ ღირებულებებს, რომელთა აღიარებაც, ასევე, არ არის დამოკიდებული უმრავლესობის ნებაზე.

რელიგიური პლურალიზმი ევროპული დემოკრატიისა და თანამედროვე სამართლებრივი წესრიგის საფუძველია. სწორედ ევროპული დემოკრატიის სეკულარულმა ხასიათმა გამოათავისუფლა ადამიანებში უზარმაზარი ენერჯია, წახალისა ინდივიდუალური ინიციატივა, პიროვნული პასუხისმგებლობა და თავისუფლება. შემთხვევითი არაა, რომ რწმენის თავისუფლება ერთ-ერთი პირველია თავისუფლების უფლებათაგან. რწმენის თავისუფლების ლოგიკური გაგრძელება იყო პოლიტიკური თავისუფლებაც – თუ მე შემიძლია, თავისუფლად განვსაზღვრო რწმენა, შემიძლია ასევე, თავისუფლად ავირჩიო პოლიტიკური ცხოვრების ფორმაც.

ამავე დროს დემოკრატია ვერ განვითარდება მხოლოდ სეკულარული საზოგადოების ბაზაზე. არც რელიგიისადმი დაპირისპირება ნიშნავს თავისუფლების იდეისადმი სამსახურს. საბჭოთა პერიოდის ათეისტური რეჟიმის და სხვა ტოტალიტარული სისტემების ისტორიული გამოცდილებაც გვიჩვენებს, რომ ღმერთის იდეის დევნას არ მოაქვს მეტი დემოკრატია. რელიგიასთან დაპირისპირებას და მასთან ბრძოლას, ისევე როგორც რელიგიურ კონფლიქტებს, ისტორიულად არც სეკულარიზაციამდე მიუყვანივართ.

VII. რელიგია როგორც კულტურის ნაწილი

კონსტიტუცია არ არის მხოლოდ იურიდიული დოკუმენტი – ის ასახავს კულტურულ მემკვიდრეობას და აყალიბებს ერის იმედის ფუნდამენტს (Peter Häberle). სამართალი ეფუძნება იმ კულტურულ წანამძღვრებს, რომელსაც ის თვითონ ვერ შექმნის.³⁴ ამ კულტურული წანამძღვრების ფორმირების პროცესში უდიდესი როლი ეკუთვნის ქრისტიანულ ტრადიციებს. ადამიანის უფლებების ევროპული გაგებაც, განსაკუთრებით ადამიანის ღირსება, ქრისტიანული, ანთროპოცენტრისტული მოძღვრების ტრადიციებზეა დაფუძნებული.³⁵

სამართლის ნორმა მოითხოვს მორალურ დასაბუთებას, ხოლო სახელმწიფოს იდეა – მორალურ მასშტაბებს, რომელზეც ორიენტირებული იქნება სამართლის ნორმა. თვითონ ეს მასშტაბი არ შეიძლება იურიდიულად იყოს ფორმულირებული. მორალის მოთხოვნები მუდმივად დარჩებიან ეთიკურ ნორმებად და მათი იურიდიულ ფორმაში მოქცევა არ ნიშნავს მორალური შინაარსის შეცვლას. სამართალი ვერ ჩამოაყალიბებს საზოგადოების ღირებულებით ფუნდამენტს. კონსტიტუცია არის ამ ღირებულებითი სისტემის ნაწილი, მაგრამ ის მხოლოდ ნაწილია. სამართალი ეფუძნება საზოგადოების ღირებულებით კონსენსუსს. საზოგადოების ღირებულებითი წესრიგი კი არ ეფუძნება მხოლოდ ღმერთის იდეას.

რელიგიას ადამიანები, პირველ რიგში, იმედთან აკავშირებენ. ამქვეყნიური პოლიტიკური წესრიგი არასრულყოფილია და წარმავალი, ხოლო ძალაუფლება კი – მოჩვენებითი. არათვრი ისე მალე არ ძველდება, როგორც პოლიტიკა. მიუხედავად ამისა, ადამიანებს აქვთ იმედი, რომ შესაძლებელია პოლიტიკური წესრიგის სრულყოფა, გაუმჯობესება, შეცდომების გამოსწორება და უფრო ჰარმონიული წესების ჩამოყალიბებაც. იმედი აფართოებს ადამიანის თავისუფლების არეალსაც. ფართო სივრცეში კი ყოველთვის უფრო თავისუფლად სუნთქავ და შევიძლია, უფრო დატკბე თავისუფლების განცდით.

პროგრესისკენ მიმავალ გზაზე არ არის აუცილებელი, დაუპირისპირდე ტრადიციებს ან ეცადო მათ განდევნას. ეს არამართო არაგონივრულია, არამედ არარეალურიც – როგორც ვერ გაექცევი საკუთარ ჩრდილს, ისე ვერ მოწყდები საკუთარ წარსულს, ტრადიციასა და ისტორიას.

თავისუფალი, ღია საზოგადოების ფორმირება არ ნიშნავს, რომ უარი ვთქვათ ნორმატიულ მასშტაბებსა და ღირებულებით ორიენტირებზე. პირიქით, ეს ორიენტირები უნდა ასრულებდეს ერთგვარი საყრდენის ფუნქციას და უნდა დაგვეხმაროს, რომ თავისუფლებისკენ მიმავალ რთულ გზაზე უფრო მყარად და იმედიანად ვიგრძნოთ თავი.

ღირებულებით ორიენტირებს მხოლოდ მორწმუნე ადამიანები არ საჭიროებენ. ეს

³⁴ იქვე.

³⁵ Benda, in Handbuch des Verfassungsrechts, 1. Auflage, 1983, Rn 6.

ორიენტირები აუცილებელია მათთვისაც, ვინც უარყოფს ღმერთის იდეას, მაგრამ არ უარყოფს პასუხისმგებლობას სინდისის წინაშე. ასეთი ორიენტირები საჭიროა როგორც პოლიტიკურ, ისე ყოველდღიურ, ინტერ-პერსონალურ ურთიერთობებშიც.

მარტოოდენ მსოფლმხედველობრივი, რელიგიური პლურალიზმი და ტოლერანტობა არ კმარა საზოგადოების ერთიანობის ჩამოსაყალიბებლად. ეს ერთიანობა შეიძლება დაეფუძნოს მხოლოდ თანხმობასა და ფართო საზოგადოებრივ კონსენსუსს. კონსენსუსის მიღწევის ერთადერთი გზა არის თავისუფალი დისკურსი, რომელშიც თითოეულს შეუძლია წარმოადგინოს საკუთარი პოზიცია. თავისუფალი დისკურსი უზრუნველყოფს „განსხვავებულობათა“ თანაარსებობას და გაუცხოების დაძლევას. მხოლოდ თავისუფალ, აქტიურსა და საზოგადოებაში ინტეგრირებულ მოქალაქეებს შეუძლიათ იკისრონ პასუხისმგებლობა ღვთისა და ქვეყნის წინაშე.

Law and Religion „in the Post-Secular Society”

Gia Khubua

Resume

The state is a state of “all”, regardless of belief or religion. The state should be a means of self-identification for all its citizens. Any interference by the state in the field of religion will limit personal autonomy. State intervention in the field of religion also includes great risks of being transformed into an ideology of religious doctrine. The separation of state and church is, in essence, based on the Bible: “Then give back to Caesar what is Caesar’s, and to God what is God’s” (Luke Gospel, 20, 25.).

Modern law seeks a kind of liberation from its religious and historical roots. However, the separation of religion and state does not mean that religion has completely lost its influence on the state. Religion cannot be “expelled” from public and social structures, and it will remain a considerable force for a long time.

Religious pluralism is the basis of European democracy and the modern legal order. It was the secular nature of European democracy that gave people tremendous energy, encouraged individual initiative, personal responsibility and freedom.

სამოსამართლო კონსტიტუციონალიზმი: დაბალანსება და პროპორციულობის ტესტი

გიორგი გოგიაშვილი

შესავალი. 1. პროპორციულობა და სამართლიანობა. 2. კონსტიტუციურ ფასეულობათა კორიზონტალური გავრცელების სტრატეგია, როგორც იურიდიული გადანწყვეტილებების მიღების ახალი იდეოლოგია. 3. პროპორციულობის კონსტიტუციური საფუძვლები. 4. მიზნის ლეგიტიმურობა. 5. დასაბუთებულობა და რელევანტურობა. 6. აუცილებლობა. 7. ბალანსირება. 8. რა შემთხვევაშია გააჩნია კონსტიტუციურ უფლებებს სამოქალაქო პროცესთან, რომელშიც მონაწილეობენ მხოლოდ კერძო პირები? 9. სამოქალაქო სამართლის ავტონომია. 10. კონსტიტუციური უფლებების ირიბი ეფექტი გერმანიაში, „Mittelbare Drittwirkung“. 11. სახელმწიფო მოქმედებათა დოქტრინა (State action doctrine) ამერიკის შეერთებულ შტატებში. რეზიუმე. რეზიუმე ინგლისურ ენაზე.

„– არსებობს უაღრესი განსხვავება, როდესაც კერძო ინტერესებთან კონკურირებად სახელმწიფოებრივ აუცილებლობას აფასებენ სახალხო წარმომადგენლები... და იმას შორის, როდესაც იმავეს აკეთებს სასამართლო“.¹

Antonin Scalia

შესავალი

მსოფლიოს წამყვანი კონსტიტუციონალისტების შეფასებით, თანამედროვე კონსტიტუციური სამართალი იმყოფება გლობალიზაციის ეტაპზე. იგი სცდება სუვერენული სახელმწიფოების ფარგლებს და გადაიქცევა საერთო საქმედ. ბევრ ქვეყანაში კონსტიტუციური სამართალი სულ უფრო მეტად უახლოვდება ერთსა და იმავე მოდელს. ეს საერთო მოდელი უპირველესად მოიცავს ადამიანის უფლებათა დაცვის ორეტაპიან სისტემას, სასამართლო კონტროლის სქემასა და ადამიანის უფლებათა ირგვლივ წარმოშობილი კონფლიქტების გადანწყვეტის დოქტრინას, რომელიც პროპორციულობის დოქტრინის სახელით არის ცნობილი. მისი გავრცელება სხვადასხვა სამართლებრივ სისტემებში ძალიან სწრაფად მოხდა, რამაც წარმოშვა გლობალური კონსტიტუციონალიზმის საერთო წესები, რომელსაც დევიდ ლოუ მოიხსენიებს განზოგადებული კონსტიტუციონალიზმის სახელით.² დევიდ ბიტი (Beatty) ამტკიცებს, რომ პროპორციულობის პრინციპი არის „სამართლის უკიდურესი უზენაესობა“, იგი წერტილს უსვამს კონსტიტუციის ინტერ-

¹ Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507, 28 June 2004.

² Choudhry S. Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation// Indiana Law Journal. Vol. 74. 1999. No. 3. P 819; Ackerman B. The Rise of World Constitutionalism // Virginia Law Review. Vol.83. 1997. No. 4. P.771-798; Walker N. Postnational constitutionalism and the Problem Translation//European Constitutionalism Beyond the State//Ed. By J. H. Weiler, M. Wind. Cambridge; New York: Cambridge University press, 2003. P. 27.

პრეტაციის შესახებ დავას და ასრულებს კონსტიტუციური სამართლის ისტორიას. პროპორციულობის პრინციპი არის პასუხი უნივერსალურ სამართლებრივ პრობლემაზე.³

პროპორციულობის ტექსტს, როგორც აღინიშნა, გააჩნია ორეტაპიანი სტრუქტურა. პირველ ეტაპზე უნდა დავადგინოთ, რომ მთავრობის ქმედებებით შეზღუდული აღმოჩნდა ესა თუ ის უფლება. მეორე ეტაპზე მთავრობამ უნდა გვიჩვენოს, რომ იგი ისახავდა რომელიმე ლეგიტიმურ მიზანს და შეზღუდვა იყო პროპორციული ამ მიზნისა. ამის შემდეგ გადავდივართ პროპორციულობის ტექსტზე, რომელიც მოიცავს სამ კრიტერიუმს: პირველ რიგში, საშუალება გამოყენებული მთავრობის მიერ მიზნის მისაღწევად უნდა იყოს მიზნის მიღწევის საშუალება (*შესაფერისობა*); მეორე რიგში, ყველა შესაბამისი შესაძლებლობიდან არჩეული უნდა იყოს ის საშუალება, რომელიც ყველაზე უფრო ნაკლები ხარისხით ზღუდავს კერძო პირის უფლებას (*აუცილებლობა*) და მესამე, კერძო პირისათვის მისი უფლების შეზღუდვით მიყენებული ზიანი პროპორციული უნდა იყოს მთავრობის ინტერესისა დასახული მიზნის მიღწევასთან მიმართებაში (*პროპორციულობა შეზღუდული თვალსაზრისით*).⁴

ანდრეას ფოსსკულე (Voßkuhle), გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლოს თავმჯდომარე, გვთავაზობს შემდეგ შეფასებით სკალას:

ა) გამოსადეგი/შესაფერისია საშუალება, თუ მისი მეშვეობით შესაძლებელია სასურველი მიზნის მიღწევა;

ბ) შერჩეული საშუალების აუცილებლობას ადგილი აქვს, თუ არ არსებობს რომელიმე სხვა, ერთნაირად გამოსადეგი, მაგრამ უფრო ნაკლები ხარისხის სიმძიმის საშუალება (უფრო რბილი საშუალების არჩევანი);

გ) თანაზომიერად (ვინრო გაგებით, ე.ი. პროპორციულად) ითვლება საშუალება, თუ ინდივიდის შებოჭვის ხარისხი თანაზომიერია დასახული მიზნისა და მისი საშუალებით მთელი საზოგადოებისათვის უპირატესობების მიღებისა. საჭირო ხდება ყოველმხრივი შენონილობის ტექსტის გამოყენება დაინტერესებულ პირზე ზემოქმედებასა და მეორე მხრივ, მის საპირისპირო საჯარო ინტერესს შორის.⁵

1. პროპორციულობა და სამართლიანობა

პროპორციულობის ტექსტს გააჩნია დიდი ფასეულობა, იგი უკეთ ეხმარება მოსამართლეებს სწორი დასკვნების გაკეთებასა და მიღებული გადაწყვეტილებების სტრუქტურირებაში, ხდის სასამართლო პროცესს უფრო გამჭვირვალეს, ანიჭებს სასამართლო გადაწყვე-

³ Beatty D. The Ultimate Rule of Law. Oxford; New York: Oxford University press, 2004.

⁴ Alexy R. A Theory of Constitutional Rights. Oxford; New York: Oxford University press, 2002; Kumm M. What Do You Have in Virtue of a Constitutional Rights : On the Place and Limits of the proportionality Requirement //Law, Rights; Discourse: Themes of the Work of Robert Alexy/Ed. By G. Pavlakos. Oxford, Portland: Hart Publishing, 2007.

⁵ Voßkuhle A. Juristische Schulung Bd. 47. 2007. S. 429-431.

ტილებებს მეტ ლეგიტიმურობას და ახდენს საუკეთესო მარეგულირებელ და პრევენციულ ზეგავლენას საზოგადოებასა და მთავრობაზე.⁶

შედგად, მთელს მსოფლიოში მოსამართლეები რეგულარულად იკრიბებიან კონფერენციებზე და მართავენ დიალოგს, უზიარებენ თავიანთ სამოსამართლო შეხედულებებსა და პრაქტიკაში იყენებენ ერთმანეთის გამოცდილებას, რაც იწვევს სხვადასხვა სამართლებრივი სისტემების სასამართლო პრაქტიკის უნიფიცირებას. გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო პროპორციულობას განიხილავს როგორც სახელმწიფოსაგან დაცვას, როგორც ისეთი პრობლემატური საკითხის გადაწყვეტას, ხომ არ ამეტებს სახელმწიფო ჩარევის დასაშვებ საზღვრებს ან პირიქით, ყველაფერი გააკეთა კი მან, რაც მის შესაძლებლობებში იყო, რათა დაეცვა სადავო უფლებები და ინტერესები.⁷

გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლოს მიდგომა მდგომარეობს იმაში, რომ პროპორციულობამ არა მხოლოდ შეაკავოს სახელმწიფო ზედმეტი ჩარევისაგან, არამედ იგი ასევე მოითხოვს, რომ ადგილი ჰქონდეს სათანადო ჩარევას იმ შემთხვევებში, როდესაც მოითხოვება კონკურირებადი უფლებებისა და ინტერესების დაცვა. მაგ. საკონსტიტუციო სასამართლომ ორჯერ უარყო პარლამენტის მიერ მიღებული კანონი აბორტის შესახებ, ვინაიდან მიიჩნია, რომ არასათანადოდ იცავდა ჩანასახის ინტერესებს.⁸

მიიჩნევენ, რომ პროპორციულობის პრინციპი ცნობილი იყო მანამდეც, ვიდრე იგი კონსტიტუციური პრინციპი გახდებოდა. იგი მნიშვნელოვან როლს იკავებდა სამართლიანობის კონცეფციებში. არისტოტელეს თქმით, სამართლიანობა დაკავშირებულია პროპორციულობასთან. მისი თქმით, სამართლიანობა პროპორციულობაა, ხოლო უსამართლობა ის, რაც არღვევს პროპორციულობას.⁹

პოლიციის უპირველესი ვალდებულებაა საზოგადოების უსაფრთხოებისა და წესრიგის დაცვა. მეორე მხრივ, ადამიანის სიცოცხლე, თავისუფლება და საკუთრება უნდა იყოს დაცული ნებისმიერი პირის, მათ შორის პოლიციის ჩარევისაგანაც. ეს ორი წინაპირობა ქმნის დილემას, შეუძლებელი ხდება ორივე ინტერესის თანაბარი დაცვა.

⁶ M. Cohen-Eliya, I. Porat American Balancing and German Proportionality: The Historical Origins//international Journal of Constitutional Law. Vol. 8, 2010. No. 2. P. 263-286.

⁷ Slaughter A.-M. Judicial Globalization//Virginia Journal of International Law. Vol. 40. 2000. No. 4. P. 11103-1124; Slaughter A.-M. Global Community of Courts // Harvard International Law Journal. Vol.44. 2003. P.191

⁸ Abortion Case 1, BVerfGE 39, 1, 1974; Abortion Case 2, BVerfGE 88, 1, 1993.

⁹ Aristotle, Nicomachean Ethics. Book 5, 1131 B (15)// The Complete works Of Aristotle//princeton University press, 1995.

2. კონსტიტუციურ ფასეულობათა ჰორიზონტალური გავრცელების სტრატეგია, როგორც იურიდიული გადაწყვეტილებების მიღების ახალი იდეოლოგია

კონსტიტუცია არ შემოიფარგლება მხოლოდ სახელმწიფო წყობილების დანესებით, ის იძლევა ადამიანის უფლებებისა და თავისუფლებათა გარანტიებს, აცხადებს საკუთრების თავისუფლებას, სოციალური ჯგუფების გაერთიანების უფლებას, სიტყვის თავისუფლებასა და ა.შ. კონსტიტუცია, უპირველესად იურიდიული დოკუმენტია იმ აზრით, რომ ყოველ მოქალაქეს შეუძლია დაეყრდნოს მას სასამართლოში თავისი კანონიერი უფლებებისა და ინტერესების დაცვაში. XXI საუკუნის დასაწყისში ცენტრალური ევროპის ქვეყნებში განვითარდა საინტერესო პროცესი საერთო სასამართლოების მოსამართლეთა მიერ კონსტიტუციურ ფასეულობათა გათავისებისა და საკონსტიტუციო სასამართლოებთან მათი მჭიდრო თანამშრომლობის შესახებ, რამაც დაასუსტა სამართალთან მიმართებაში გაბატონებული ტექსტუალური პოზიტივიზმი და კანონის დოგმატიკა და შეარყია სასამართლო გადაწყვეტილებათა პოსტკომუნისტური იდეოლოგია. ჩეხეთის საკონსტიტუციო სასამართლო ანხორციელებს სასამართლო ზედამხედველობას, ერთი მხრივ, როგორც სამართლებრივი ნორმების კონსტიტუციურობაზე, ასევე საერთო სასამართლოების ცალკეული სამოსამართლო გადაწყვეტილებებზე. გერმანიის ძირითადი კანონის კონსტიტუციური ფასეულობების ეროვნულ მართლწესრიგში ტრანსპლანტაციის სისტემა (Ausstrahlungswirkung) გაიზიარა ჯერ ესპანეთმა, გენერალ ფრანკოს რეჟიმის უარყოფისა და სამართლებრივი სახელმწიფოს მშენებლობის გზაზე, მოგვიანებით კი ჩეხეთის კონსტიტუციამ, ვაცლავ ჰაველის მეთაურობით, კომუნისტური რეჟიმისა და მისი შედეგების აღმოსაფხვრელად. კონსტიტუციური სამართლის მთელ სისტემაში „გავრცელების“ დოქტრინა მიზნად ისახავს ძირითადი უფლებების ჰორიზონტალურ დანერგვას „მესამე მხარის“ ეფექტის გამოყენებით. ამ დოქტრინის მიხედვით, პირველ რიგში, მოსამართლე ვალდებული გახდება, ყურადღება გაამახვილოს კონსტიტუციური ნორმების ზეგავლენაზე თვით კერძო-სამართლებრივი დავების გადაწყვეტის შემთხვევაშიც კი, ვინაიდან ამ კუთხით მის მიერ მიღებული გადაწყვეტილება დაექვემდებარება საკონსტიტუციო ზედამხედველობას.

მთლიან სამართლებრივ სისტემაზე ძირითადი უფლებების გავრცელება მოასწავებს, რომ მრავალ საქმეს, თუნდაც ისეთებს, რომლებიც მარტივად, ერთი შეხედვით (prima Facie), რეგულირდება მიმდინარე კანონმდებლობით, სინამდვილეში გააჩნია კონსტიტუციური პარამეტრები და შესაძლო შეუთავსებელი კონსტიტუციური უფლებები.

ცენტრალური ევროპის პოსტსოციალისტური ქვეყნებისათვის მაინც რთული გამოდგა სასამართლო გადაწყვეტილებათა ამ რთული პროცესისადმი უარყოფითი განწყობების დაძლევა. საერთო იურისდიქციის მოსამართლეები არ იყენებენ ძირითადი უფლებების, ე.წ. „მესამე მხარის ეფექტს“, უპირატესობას ანიჭებენ შესაბამისი კანონების ტექსტის

განმარტებას კონსტიტუციური პრინციპებისა და ფასეულობების გათვალისწინების გარეშე. სასამართლოები, როგორც წესი, არ მისდევენ საკუთარი გადაწყვეტილებების კონსტიტუციურ დასაბუთებას, მისდევენ კანონს სიტყვასიტყვით, საბოლოო ჯამში, სერიოზულად ვერ აღიქვამენ ძირითად უფლებებსა და ფასეულობებს. ძირითადი უფლებების გავრცელების გერმანული დოქტრინა მიზანად ისახავს მათ საყოველთაო გამოყენებას მთელ სამართლებრივ სისტემაში, სამართლის ყველა სუბიექტის მიერ: მხარეები და მათი ადვოკატები, საერთო სასამართლოს მოსამართლეები. თუ ეს წესი შემოიფარგლებოდა მხოლოდ საკონსტიტუციო სასამართლოს დონით, კონსტიტუციის ასეთი ქვეტექსტი საეჭვო ხდება. საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებათა და სავალდებულო ძალისა და პრეცედენტების საკითხი ხდება ქვეყანაში „ახალი კონსტიტუციონალიზმის“ დანერგვის საკვანძო თემა, რომლის მიზანია ძირითადი უფლებების „ჰორიზონტალური ეფექტის“ გამოწვევა.

ჩეხეთის საკონსტიტუციო სასამართლომ პირდაპირ განაცხადა, რომ საერთო იურისდიქციის სასამართლოებისათვის კონსტიტუციური პრეცედენტების სავალდებულო ძალა არის საკონსტიტუციო სასამართლოს არსებობის აუცილებელი პირობა, მისი „condition sine qua non“. ამ პრინციპის საწინააღმდეგოდ ყველგან ერთი და იგივე არგუმენტაცია გამოიყენება საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებათა სავალდებულო ძალის წინააღმდეგ. კონტინენტური სისტემის მოძველებული კლიშეს მიხედვით, პოზიტივიზმის ფილოსოფია გამორიცხავს სასამართლო გადაწყვეტილებების სავალდებულო ძალას, მეორე მხრივ ოპონენტები პრეცედენტის მავალეებელ ძალას აღიქვამენ, როგორც რაღაც აბსოლუტურს, უტოლებენ მას საკანონმდებლო აქტების სავალდებულო ძალას. პრეცედენტის სავალდებულო ძალის პრინციპის მოქმედება კი უფრო მოქნილი და რთულია.

სინამდვილეში ძირითადი უფლებების გავრცელება სამართლებრივ სისტემაზე მოასწავებს იმას, რომ ბევრი საქმე, რომელიც რეგულირდება ერთი შეხედვით, სისხლის სამართლის ან სამოქალაქო კანონმდებლობის მიერ, სინამდვილეში ფლობს კონსტიტუციურ პარამეტრებს, რომელთა დაცვის გარეშეც შეუძლებელია კონკრეტული დავის სამართლებრივი გადაწყვეტა. მაგ. სამოქალაქო კოდექსის დიფამაციისა და შეურაცხყოფის ნორმების გამოყენებისას სასამართლოებმა უნდა გაითვალისწინონ სიტყვის თავისუფლების გარანტიები, რომლებიც ამ ნორმების საპირისპიროდ გამოიყენება. ამ კონსტიტუციური ნორმების იგნორირება მიგვიყვანდა სიტყვის თავისუფლების ლიკვიდაციამდე.

კონსტიტუციის არსი მდგომარეობს არა მხოლოდ ძირითადი უფლებებისა და თავისუფლებების რეგულირებაში, ასევე ხელისუფლების გადაწყვეტილებებისადმი კანონიერი ძალის მინიჭების პროცესსა და ინსტიტუციურ მექანიზმში, ასევე სახელმწიფო ორგანოებისა და საზოგადოებრივი ორგანიზაციების ვალდებულებაში, განმარტონ და გამოიყენონ კანონი ძირითადი უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვის გათვალის-

წინებით. ამ შემთხვევაში, ეს აღნიშნავს საერთო სასამართლოების ვალდებულებას, განმარტონ სამოქალაქო ან სისხლის სამართლის კოდექსის ცალკეული დებულებები კონსტიტუციით გარანტირებული ძირითადი უფლებებისა და თავისუფლებების არსისა და მიზნის მიხედვით. „გავრცელების დოქტრინა“ გულისხმობს კონსტიტუციური სამართლის გამოყენებას მთელ სამართლებრივ სისტემაზე; იგი ავალდებულებს, პირველ რიგში, მოსამართლესა და იურიდიული პროცესის სხვა სუბიექტებს, გაითვალისწინონ კონსტიტუციური უფლებების გავლენა კერძო სამართლის ნორმებზეც მათი ინტერპრეტაციისას.

3. პროპორციულობის კონსტიტუციური საფუძვლები

თანამედროვე კონსტიტუციები, ერთი მხრივ, შეიცავენ უფლებათა ბილს, რომელიც მოქალაქეებისა და ასევე სხვა პირებისათვის ადგენს სხვადასხვა უფლებებსა და თავისუფლებებს. ამასთანავე, ეს კონსტიტუციები კანონმდებელს ანიჭებენ უფლებას, შეზღუდონ ეს უფლებები და თავისუფლებები, რათა კანონით გათვალისწინებულ შემთხვევებში ხელისუფლება ჩაერიოს მათ გამოყენებაში. აქ წარმოიშობა დილემა: როგორ მოვარიგოთ ეს ნორმები? მიზნებისა და უფლებების პროპორციულობის პრინციპი ემსახურება ამ პრობლემის რეგულირებას. ძირითადი უფლებები და თავისუფლებები, ასევე საკანონმდებლო ორგანოს უფლებამოსილებები უფლებებისა და თავისუფლებების შეზღუდვასა და მათ განხორციელებაში ჩარევაზე წარმოადგენს იმ ძირითად სამართლებრივ სფეროს, სადაც ამ პრინციპის გამოყენება ყველაზე უფრო მნიშვნელოვანია. აქედან გამომდინარეობს ამ პრინციპის კონსტიტუციური ფუნდამენტურობა, მან უნდა უზრუნველყოს კონსტიტუციით გათვალისწინებული ფუნდამენტური უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვა ზედმეტი შეზღუდვისა და ჩარევისაგან. გერმანელი კონსტიტუციონალისტები მიიჩნევენ, რომ პროპორციულობის პრინციპი გამომდინარეობს სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპისაგან (Rechtsstaat), რომელიც განმტკიცებულია კონსტიტუციით და რომლის მიხედვითაც სახელმწიფოს ყველა ქმედება შეთანხმებული უნდა იქნას ადამიანის უფლებებისა და თავისუფლებების პატივისცემის პრინციპთან, ამასთანავე რეგულირებული უნდა იყოს კანონით და კონტროლირებული სასამართლოების მიერ.¹⁰

როგორც ბერნჰარდ შლინკი (Schlink) აღნიშნავს, თეორეტიკოსები მიიჩნევენ, რომ არსებობს პროპორციულობის პრინციპის მესამე საფუძვლილი: და ეს თავად სამართლის ბუნებაა. ამ თვალთახედვით, პროპორციულობის პრინციპი ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი ზოგადი პრინციპია, რომლის გარეშეც სამართალს არ შეუძლია არსებობა.¹¹

რობერტ ალექსი (Alexy) მიიჩნევს, რომ თავად კონსტიტუციაში მოცემული ფუნდამენტური

¹⁰ Dreier H.//Grundgesetz Kommentar. Bd, 1:Art. 1-19/ Aufl. 2004. Kommers D. The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. 2nd ed. Durham: Duke University Press, 1997. p. 46.

¹¹ Бернард Шлинк, К проблеме баланса фундаментальных прав и общественных целей / Сравнительное конституционное обозрение.– 2012. – № 2 (87).

უფლებებია პროპორციულობის პრინციპის კონსტიტუციური საფუძველი, ვინაიდან ფუნდამენტური უფლებები ხშირად შედის კონფლიქტში სხვა პრინციპებთან, რომლებიც არეგულირებენ სახელმწიფოს საქმიანობას დასახული მიზნების მიღწევას. კონფლიქტის გადაწყვეტის საუკეთესო გზაა ოპტიუმის მიღწევა, რომელიც დააკმაყოფილებს კონფლიქტის ორივე მხარეს, ხოლო თუ ეს ვერ მიიღწევა, უნდა მოხდეს ორივე პრინციპის დაბალანსება. კონსტიტუციები არ ახდენენ პრინციპების იერარქიას, შედეგად ყოველი კონფლიქტი ადამიანის ფუნდამენტურ უფლებასა და სახელმწიფოს მიერ დასახული მიზნის მიღწევის ინტერესს შორის გადაიქცევა თანაბარი დონის ძლიერი პრინციპების კონფლიქტად, ფუნდამენტური უფლებები აღმოჩნდება თავისი განსაკუთრებული მნიშვნელობის დაკარგვის წინაშე. უფლებებისა და მიზნების პროპორციულობის პრინციპი წარმოადგენს მეთოდს, რომელიც გვიჩვენებს, რომელი შეზღუდვები და ჩარევების სახეები შესაძლოა ნებადართული იქნეს.¹²

მარკ ტაშნეტი (Tushnet) პარალელს ავლებს გერმანულ სამართალში გამოყენებულ პროპორციულობასა და ამერიკულ დაბალანსების დოქტრინას შორის. იგი აღნიშნავს, რომ პროპორციულობას გააჩნია სტრუქტურა, რაც დაბალანსების პროცესს აკლია. პროპორციულობის დოქტრინის მხარდამჭერები ამტკიცებენ, რომ ის უფრო ობიექტური, მარტივი და გამჭვირვალეა.¹³

4. მიზნის ლეგიტიმურობა

გარკვეული ლოგიკა იმაშია, რომ ტესტი იწყება მიზნის ლეგიტიმურობის შეფასებით. თუ უფლებების შეზღუდვა არ ისახავს ლეგიტიმურ მიზანს, მაშინ საშუალებები, რომლებიც გამოიყენება ამ მიზნის მისაღწევად, შეუძლებელია, იყოს ლეგიტიმური. ფაქტების შესწავლა ხდება მანამ, სანამ გადავიდოდეთ ფასეულობათა ბალანსირებაზე. უფრო ადვილია, მივალწიოთ შეთანხმებას ფაქტებთან მიმართებაში, ვიდრე მივალწევდეთ ერთიანობას ფასეულობებთან მიმართებაში. ტესტირების ყოველი ეტაპი უფრო და უფრო რთულ საფეხურს წარმოადგენს. მომდევნო ნაბიჯი შეიძლება გადაიდგას, თუ წარმატებით იქნა დაძლეული ტესტირების წინა საფეხური. ხშირად უფლების შეზღუდვის მიზნების ლეგიტიმურობა განსაზღვრულია თავად კონსტიტუციის მიერ. კონსტიტუცია განსაზღვრავს, რომ უფლებათა შეზღუდვა დასაშვებია მხოლოდ კონსტიტუციით გათვალისწინებული მიზნების მისაღწევად. მაგ. საქართველოს კონსტიტუციის მე-17 მუხლის მე-5 პუნქტის თანახმად, აზრის, ინფორმაციის, მასობრივი ინფორმაციის საშუალებათა და ინტერნეტის თავისუფლების შეზღუდვა დასაშვებია მხოლოდ კანონის შესაბამისად,

¹² Alexy R. Balancing, Constitutional Review, and Representation//International Journal of Constitutional Law Vol. 3. 2005. No 4. P. 572.

¹³ მარკ ტაშნეტი, შედარებითი კონსტიტუციური სამართლის საწყისები; ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა; თბ. 2016. გვ. 105-108.

დემოკრატიულ საზოგადოებაში აუცილებელი სახელმწიფო ან საზოგადოებრივი უსაფრთხოების ან ტერიტორიული მთლიანობის უზრუნველსაყოფად, სხვათა უფლებების დასაცავად, კონფიდენციალურად აღიარებული ინფორმაციის გამჟღავნების თავიდან ასაცილებლად ან სასამართლოს დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის უზრუნველსაყოფად.

იმ შემთხვევაში, თუ კონსტიტუცია არ უშვებს უფლების შეზღუდვას და კრძალავს ამა თუ იმ ქმედების განხორციელებას, მაშინ ეს ქმედებები ვერ იქნება გამოყენებული ლეგიტიმური მიზნის მისაღწევად. საქართველოს კონსტიტუციის მე-9 მუხლის თანახმად, ადამიანის ღირსება ხელშეუვალია. დაუშვებელია ადამიანის წამება, არაადამიანური ან დამამცირებელი მოპყრობა, არაადამიანური ან დამამცირებელი სასჯელის გამოყენება. წამება საერთაშორისო და შიდა კანონმდებლობის თანახმად აკრძალულია ნებისმიერ შემთხვევაში, მისი გამოყენება დაუშვებელია იმ შემთხვევაშიც, თუ იგი არის ერთადერთი საშუალება მიზნის მიღწევისათვის, რომელსაც უდიდესი მნიშვნელობა გააჩნია. ასეთი აკრძალვის შემთხვევებში პროპორციულობის ანალიზის კვლევა აზრს მოკლებულია და იგი უნდა შეწყდეს.

კანადის უზენაესი სასამართლოს სტანდარტით, „დასახული მიზანი უნდა იყოს მნიშვნელოვანად საჭირო იმისათვის, რათა დასაბუთდეს კონსტიტუციით დაცული უფლებების შეზღუდვა“.¹⁴

ევროპის ადამიანის უფლებათა სასამართლოც აყენებს მსგავს მოთხოვნას, თუმცა მისი მიდგომა განსხვავებულია კანადური სტანდარტისაგან, იგი მოითხოვს, რომ „მიზანი მისი ლეგიტიმურობისათვის უნდა წარმოადგენდეს არსებით საზოგადოებრივ საჭიროებას, რომელიც დაასაბუთებს ფუნდამენტური უფლებების შეზღუდვას დემოკრატიის ინტერესებისათვის“.¹⁵

5. დასაბუთებულობა და რელევანტურობა

დასახული მიზნის ლეგიტიმურობის საკითხთან მჭიდროდაა დაკავშირებული საშუალებათა და მოქმედებათა თანაზომიერების პრობლემა, რომელთა საშუალებითაც იგი მიიღწევა. ბერნჰარდ შლინკის არგუმენტაციით, გამოყენებული ზომა ან ქმედებები შეიძლება განვიხილოთ როგორც თანაზომიერი საშუალებები, თუ ისინი რეალურად არის ამგვარი. ე.ი. იმ შემთხვევაში, თუ ისინი ნამდვილად დასაბუთებული და გამოსადეგია მიზნის მიღწევისათვის. შლინკის მსჯელობით, წვლილი მიზნის მიღწევაში შესაძლებელია იყოს მნიშვნელოვანი ან მცირე, ყველას მიერ აღიარებული ან სადისკუსიოც, მაგრამ თუ

¹⁴ R. v. Oakes, I S.C.R. 103, 28 february 1986.

¹⁵ Jowell L. Beyond the Rule of Law: Towards Constitutional Judicial Review // public Law. 2000. P. 671-683.

გამოყენებულ ზომას ან ქმედებას საერთოდ არ შეუძლია შეიტანოს წვლილი დასახული მიზნის მიღწევაში, ეს ნიშნავს, რომ იგი ვერ განიხილება როგორც მიზნის მიღწევის საშუალება და შესაბამისად, იგი ვერ გადის პროპორციულობის ტესტის ამ ეტაპს. პროპორციულობის აღნიშნულ ანალიზს ხშირად უწოდებენ შესაბამისობის ან გამო-სადევგობის ტესტს და იგი დაკავშირებულია ემპირიულ შემონმებასთან.¹⁶

6. აუცილებლობა

ის, რომ აუცილებლობა ან ქმედება შესაბამისია დასახული მიზნის მისაღწევად, ეს აუცი-ლებლად არ ნიშნავს, რომ შერჩეული ღონისძიებები ერთადერთია ყველა შესაძლო ვარიანტიდან. შესაძლებელია, არსებობდეს სხვა საშუალებებიც, რომლებიც ნაკლებ სერიოზულ ჩარევას იწვევენ ადამიანის უფლებებში; ასეთ შემთხვევებში სახელმწიფოს არ აქვს არავითარი საფუძველი, გამოიყენოს ის საშუალება, რომელიც მეტ ჩარევას იწვევს, ხოლო საშუალებები, რომელიც დაკავშირებულია ნაკლებ სერიოზულ ჩარევასთან, უფრო შეესაბამება მოქალაქეთა ინტერესებს და ამასთანავე თანაბრად შეესაბამება სახელმწიფოს ინტერესებსაც. საშუალებები, რომელიც დაკავშირებულია მეტ ჩარევასთან, ხშირად საჭიროების გარეშე ზედმეტად დამამძიმებელია, ამიტომ ასეთი საშუალებები უნდა უარვყოთ, როგორც ზედმეტი და არასაჭირო და უნდა მოიძებნოს ნაკლებად დამთრგუნველი საშუალებები, რომელიც დაკავშირებულია კონფლიქტის გადაწყვე-ტილების ოპტიმიზაციასთან.

პროპორციულობის ეს ეტაპი სახელდება აუცილებლობის ტესტით. ალტერნატიული საშუალებები უნდა იყოს ისეთი, რომლებსაც ნამდვილად შეუძლიათ დასახული მიზნის მიღწევა; ეს ტესტიც ემპირიული ხასიათისაა, ვინაიდან რამდენად წარმოადგენს ალტერ-ნატიული საშუალება ნაკლებ ჩარევას, შეფასებითი მსჯელობაა და ხშირად ასახავს იმ მხარის პოზიციას, რომლის უფლებებშიც მოხდა ჩარევა; მხარისათვის მნიშვნელოვანია ჩარევის ინტენსიურობა და არა მისი შეფასება დასახულ მიზანთან მიმართებაში.

7. ბალანსირება

ჩარევის შეფასება დასახულ მიზანთან მიმართებაში წარმოადგენს პროპორციულობის მომდევნო ეტაპის ნაწილს – ესაა მიზნებისა და უფლებების ბალანსირების საკითხი. ზომები, რომელიც იწვევს ნაკლებ ჩარევას, შესაძლოა, მაინც აღმოჩნდეს ზედმეტად შემზ-ღუდავი. ამგვარი ბალანსირება და უფლებებისა და მიზნების შენონილობა წარმოადგენს პროპორციულობის ანალიზის კულმინაციას, რომელიც პროპორციულობის, როგორც

¹⁶ Бернард Шлинк, К проблеме баланса фундаментальных прав и общественных целей / Сравнительное конституционное обозрение.– 2012. – № 2 (87).

ასეთის, ანუ პროპორციულობის შეზღუდული თვალსაზრისის ტექსტის სახელით არის ცნობილი. ბალანსირება მოიცავს არა ფაქტებს, არამედ, ფასეულობებსა და მსჯელობას მათზე, ამიტომაც ეს ეტაპი პროპორციულობის ანალიზში ხდება ყველაზე უფრო სადავო. ბერნჰარდ შლინკი დიღემას ამგვარად წარმოაჩენს: როგორ ავიცილოთ თავიდან, რათა არ გადაიქცეს უფლებებისა და მიზნების ბალანსირება სუბიექტივიზმის სათამაშო მოედნად. რამდენად ზუსტი შეიძლება იყოს უფლებებისა და მიზნების ბალანსირება? შეიძლება კი მიღწეული შედეგი ჩავთვალოთ ობიექტურად?¹⁷

რობერტ ალექსი შეეცადა, შეემუშავებინა ყველაზე უფრო დეტალური ალგორითმი.¹⁸ მისი სამეტაპიანი მიდგომა ბალანსირებისადმი მოიცავს, პირველ რიგში, ერთი მხარის მდგომარეობის გაუარესების ხარისხის განსაზღვრას იმ შემთხვევაში, თუ გამარჯვებული გამოვა მეორე მხარე; მეორე მხრივ, ამ მხარის მდგომარეობის გაუარესების ხარისხის განსაზღვრა, თუ გამარჯვებული გამოვიდოდა პირველი; მესამე, მსჯელობის გამოტანა იმის შესახებ, ერთ-ერთი მხარის გამარჯვება რამდენად არის მნიშვნელოვანი წაგებული მხარის მდგომარეობის გაუარესების გამართლებისათვის. რობერტ ალექსი გვთავაზობს, წაგებული მხარის სიტუაციის გაუარესების ხარისხი შევათვასოთ იმგვარი სკალის მეშვეობით, რომელიც განასხვავებს დაბალ, საშუალო და მაღალ ხარისხს; ეს მნიშვნელოვანია იმისათვის, რომ შევადაროთ, ავწონოთ და საბოლოოდ დავაბალანსოთ კონფლიქტში მონაწილე მხარეთა ინტერესები.

ამ საკითხში ასევე მნიშვნელოვანია პოზიცია დევიდ მ. ბეტისა, რომელიც შეეცადა, უფლებებისა და მიზნების ბალანსირება გადაეყვანა სუბიექტურიდან ობიექტურ პროცესში, შეფასებითი მსჯელობის სფეროდან მიექცია იგი ფაქტების შეფასების სფეროში ტრანსფორმაციისაკენ.¹⁹

მან წამოაყენა იდეა, რომ მოსამართლეები კონფლიქტის გადასაწყვეტად აღიარებდნენ და იყენებდნენ იმ ფასეულობებს, რომელსაც პრაქტიკაში იღებს და აღიარებს როგორც მთელი საზოგადოება, ასევე ცალკეული მხარე განსახილველ კერძო შემთხვევაში. ზოგჯერ რთული განსასაზღვრელია საზოგადოება სინამდვილეში რას აფასებს და სცემს პატივს; მით უფრო, როდესაც საზოგადოება გაყოფილია, თუ რომელი უფლებები და ინტერესებია უფრო მნიშვნელოვანი და შესაბამისად, მიჩნეულ უნდა იქნას საერთოდ. ასეთ შემთხვევებში გამოსავალი არ არის საზოგადოების უმრავლესობის კონსენსუსი ჩვენთვის საინტერესო საკითხებზე, ვინაიდან, როგორც წესი, უმცირესობასაც გააჩნია არგუმენტირებული პოზიცია და შესაბამისად, უმრავლესობისაგან დაცვის უფლება. ასეთ

¹⁷ 17. Бернард Шлинк, К проблеме баланса фундаментальных прав и общественных целей / Сравнительное конституционное обозрение.— 2012. — № 2 (87).

¹⁸ Alexy R. The Construction of Constitutional Rights//Law&Ethics of Human Rights.Vol. 4. 2010. No. 1. P. 20.

¹⁹ Beatty D. Ultimate Rule of law. Oxford: New York: Oxford University Press. 2004. P. 169.

შემთხვევებში სასამართლოსათვის აუცილებელი ხდება, აწარმოოს თავისი საკუთარი შეფასება და პროცესის წარმოებისას ისევ სამოსამართლო მიხედულებას ვუბრუნდებით. უფლებებისა და მიზნების ბალანსირების პროცესი ხდება მეთოდოლოგიურად ბუნდოვანი. ბალანსირება დიდწილად არის სუბიექტური და პოლიტიკურიც.

როგორია პოლიტიკური თავისუფლების ფარგლები, რომლითაც აღჭურვილი უნდა იყოს კანონმდებელი დასახული ლეგიტიმური მიზნის მისაღწევად შესაბამისი და აუცილებელ საშუალებათა შერჩევას? ვის ეკისრება ასეთ შემთხვევაში მტკიცების ტვირთი? ვის სასარგებლოდ უნდა გადაწყვიტოთ ეჭვი? სახელმწიფო ამტკიცებს, რომ ისახავს ლეგიტიმურ მიზანს, მაგრამ მოქალაქეს არ ესმის, რატომ უნდა შესწიროს საკუთარი თავისუფლება, თუ ეს შენირვა არც თუ ისე მკაფიოდ არ არის დაკავშირებული დეკლარირებულ მიზანთან. ეს საკითხები წამოჭრის ერთი მხრივ, საკონსტიტუციო სასამართლოსა და მეორე მხრივ, პარლამენტისა და სხვა სახელისუფლებო ორგანოების ურთიერთქმედების საკითხს; ასეთ შემთხვევებში პირველხარისხიან მნიშვნელობას იძენს კონსტიტუციის დებულებების ანალიზი. ამ პრობლემათა თვალსაჩინო მაგალითია საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება „ნოდარ დვალი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“. სახელმწიფოს, პარლამენტის სახით, დაეკისრა მესაკუთრის უფლებებში მისი ჩარევის აუცილებლობის მტკიცების ტვირთი.

საქართველოს კონსტიტუციის 21-ე მუხლისა და საქართველოს სამოქალაქო კოდექსით გათვალისწინებული კეთილსინდისიერების პრეზუმფციის კონსტიტუციურობის შემოწმების საკითხი იდგა საქმეში „ნოდარ დვალი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“. მესაკუთრე აპელირებდა საკუთრების უფლებაზე, რომელიც დაცული და გარანტირებულია საქართველოს კონსტიტუციის 21-ე მუხლით. საერთაშორისო სამართლის საყოველთაოდ აღიარებული პრინციპებიდან და ნორმებიდან გამომდინარე, საკუთრების უფლება წარუვალა და უზენაესი ადამიანური ღირებულებაა, საყოველთაოდ აღიარებული ძირითადი უფლება, დემოკრატიული საზოგადოების სოციალური და სამართლებრივი სახელმწიფოს ქვაკუთხედი. განსახილველი დავის შემთხვევაში, დადგა სამართლებრივ ნორმათა შეფასებისა და ძალთა ბალანსის, მათი შეპირისპირების შეფასების საკითხი, რომელიც ეხება უზენაესი კანონის კონსტიტუციით დაცული საკუთრების უფლების გარანტიასა და კეთილსინდისიერი შემქმნის პრეზუმფციას.

არჩევანი მესაკუთრისა თუ უფლებების კეთილსინდისიერი შემქმნის პრიორიტეტულობასთან მიმართებაში გაკეთებულია კანონმდებლის მიერ. სასამართლომ მიუთითა საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 185-ე მუხლის ჩანაწერზე, „შემქმნის ინტერესებიდან გამომდინარე, გამსხვისებელი ითვლება მესაკუთრედ, თუ იგი ასეთად არის რეგისტრირებული საჯარო რეესტრში, გარდა იმ შემთხვევებისა, როცა შემქმნმა იცოდა, რომ გამსხვისებელი არ იყო მესაკუთრე“. ამავე კოდექსის 312-ე მუხლის მე-2 ნაწილი კი ადგენს, რომ

„იმ პირის სასარგებლოდ, რომელიც გარიგების საფუძველზე სხვა პირისაგან იძენს რომელიმე უფლებას და ეს უფლება გამსხვიებლის სახელზე იყო რეესტრში რეგისტრირებული, რეესტრის ჩანაწერი ითვლება სწორად, გარდა იმ შემთხვევებისა, როცა ამ ჩანაწერის საწინააღმდეგოდ შეტანილია საჩივარი, ან შემძენმა იცოდა, რომ ჩანაწერი უზუსტოა“. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ ამ თვალსაზრისით, განახორციელა კონტროლი სამოქალაქო სამართლის ნორმების შესაბამისობაზე საქართველოს კონსტიტუციის ნორმებთან.²⁰

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ მიუთითა, „იმის გათვალისწინებით, რომ საჯარო რეესტრის უზუსტობისას ნეგატიური შედეგები აუცდენელია როგორც ერთი, ისე მეორე მხარისათვის და საკითხის ნებისმიერი გადაწყვეტა შეიცავს რისკებს ამა თუ იმ მიმართულებით, იმ პირობებში, როდესაც უზრუნველყოფილია შემძენის მიერ გულისხმიერების გამოჩენის ვალდებულება და იმ ფაქტების (რეესტრის ჩანაწერის ხარვეზის ან საჩივრის წარდგენის ფაქტის ცოდნა) იგნორირების გამორიცხვა, რომელზეც შემძენს ინფორმაცია გააჩნია და, ამავე დროს, სადავო რეგულირებები შეეხება მხოლოდ საბაზრო გარიგებებს, კანონმდებელი უფლებამოსილია, უპირატესობა მიანიჭოს კეთილსინდისიერი შემძენის, სამოქალაქო ბრუნვის სტაბილურობისა და სიმართლის დაცვას. ამ პირობებში დადგენილი ბალანსი არ არის უსამართლო და არ ეწინააღმდეგება თანაბრობის პრინციპის მოთხოვნებს“.

გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლო პროპორციულობას განიხილავს როგორც სახელმწიფოს ჩარევისაგან დაცვას, როგორც ისეთი საკითხების გადაწყვეტას, ხომ არ სცდება სახელმწიფო ჩარევის დასაშვებ საზღვრებს და გააკეთა თუ არა მან ყველაფერი, რაც მის შესაძლებლობებშია, რათა დაეცვა უფლება ან კანონიერი ინტერესი.²¹

ეს პრინციპი გვიცავს როგორც ზედმეტი ჩარევისაგან, ასევე ავალდებულებს სახელმწიფოს სათანადო ჩარევას იმ შემთხვევებში, როდესაც მოითხოვება კონკურირებადი უფლებებისა და ინტერესების დაცვა. ამ შემთხვევაში წამოიჭრება უფლებებისა და მიზნების ბალანსირების პრობლემა. მაგ. გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ ორჯერ იქნა უკუგდებული პარლამენტის მიერ მიღებული კანონი, რამდენადაც არასათანადოდ იცავდა ნაყოფის ინტერესებს.²² განსხვავებულია ამ საკითხში კანადის უმაღლესი სასამართლოს პოზიცია, რომელსაც მიაჩნია, რომ სასამართლოს არ გააჩნია უფლება,

²⁰ იხ. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2017 წლის 17 ოქტომბრის №3/4/550 გადაწყვეტილება, საქართველოს მოქალაქე ნოდარ დვალი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ. დავის საგანი: საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 185-ე მუხლისა და 312-ე მუხლის მე-2 ნაწილის კონსტიტუციურობა საქართველოს კონსტიტუციის 21-ე მუხლის პირველ და მე-2 პუნქტებთან მიმართებით.

²¹ Grimm D. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence // University of Toronto law Journal. Vol.57.2007. No.2 P. 383-397.

²² 22. Abortion Case 1, BVerfGE 39, 1, 25 february 1974; Abortion Case 2, BVerfGE 88, 203, 22 May 1993.

შეცვალოს კანონმდებლის მიერ შეთავაზებული უფლებებისა და ინტერესების ბალანსი და რომ ეს ხელისუფლების სხვა შტოების კომპეტენციაა.²³ მოქალაქეებს შორის უფლებათა კონფლიქტის შემთხვევებში ეს ასპექტი უკანა პლანზეა გადასული.

8. რა შემხებლობა გააჩნია კონსტიტუციურ უფლებებს სამოქალაქო პროცესთან, რომელშიც მონაწილეობენ მხოლოდ კერძო პირები?

რა ურთიერთობაშია კონსტიტუციური უფლებები სამოქალაქო პროცესთან, რომელშიც კერძო პირები მონაწილეობენ? შეუძლია თუ არა ამ კერძო პირთაგან ერთ-ერთს სასამართლოში გაასაჩივროს მეორე კერძო პირის ქმედებებით თავისი კონსტიტუციური უფლებების დარღვევა? რამდენად მოიცავს კონსტიტუციური უფლებები კერძო პირთა ურთიერთობებს? რამდენად გააჩნიათ ამ უფლებებს პირდაპირი ჰორიზონტალური ეფექტი?²⁴

ტრადიციული გაგებით, კონსტიტუციური უფლებები წარმოადგენს სახელმწიფო ხელისუფლების მხრიდან კერძო პირთა უფლებების ხელყოფის სანინაალმდეგო გარანტიას. მაგ. სამართლიანი სასამართლოს უფლება, საჯარო სამსახურში შესვლის უფლება, საჯარო ინფორმაციის მიღება ... და ა.შ., სადაც დამრღვევი შესაძლოა, იყოს მხოლოდ სახელმწიფო. მაგრამ სხვა მრავალი საერთო ხასიათის კონსტიტუციური გარანტია, რომელიც თანამედროვე კონსტიტუციათა განუყოფელი ნაწილია – სიცოცხლის უფლება, სიტყვის თავისუფლება, სინდისის თავისუფლება, კერძო საკუთრების უფლება, თანასწორობა, არადისკრიმინაცია და ა.შ., კონსტიტუციით დაცული ეს ინტერესები, შესაძლოა, დარღვეულ იყოს როგორც საჯარო ხელისუფლების წარმომადგენელთა მიერ, ასევე კერძო პირების მიერაც. თუ „ა“ მოკლავს „ბ“-ს, „ა“ დაარღვევს „ბ“-ს კონსტიტუციურ უფლებას, თუ „გ“ ჩაიდენს „დ“-ს ქონების ქურდობას, მაშინ „გ“ არღვევს „დ“-ს საკუთრების უფლებას. ამგვარად, კერძო პირები იმყოფებიან თუ არა იმ პირთა შორის, რომელთაც უკავშირდება კონსტიტუციური უფლებები?²⁵

ძირითადი უფლებები აწესრიგებს სახელმწიფოსა და ინდივიდს შორის ურთიერთობას. მისი მიზანია საჯარო ხელისუფლების შეზღუდვის გზით ძირითადი უფლებებისა და თავისუფლებების უზრუნველყოფა. მაგრამ არსებობს გამონაკლისებიც, როდესაც ძირითადი უფლებები „მესამე პირის“ მიმართაც – კერძოსამართლებრივი ურთიერთობების მოსაწესრიგებლადაც მოქმედებს.²⁶

თუმცა ეს მოქმედება არ არის უშუალო, მას გაშუალებული, ირიბი მოქმედების ფორმა

²³ R. v. Edwards Books and Art LTD., 2 S. C. R. 713, 18 Decemeber 1986.

²⁴ Butler A. S. Constitutional Rights in Private Litigation : A Critique and Comparative Analysis// Anglo-American Law Review. Vol. 22. 1993. No.1.

²⁵ Kumm M., Comella V. F. What is so Special about Constitutional Rights in Private litigation?// The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism/ Ed. By A. Sajo, R. Uitz. Eleven International Publishing, 2005.

²⁶ Schwabe. Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte, 1971, S. 33; Dreier, in:Grundgesetz-Kommentar, ders. (Hrsg.), 2. Aufl., 2004, S100.

აქვს. ძირითადი უფლებები ირიბად მოქმედებს სამოქალაქო სამართალში ნორმების, განსაკუთრებით ზოგადი ცნებების განმარტების პროცესში, რადგან ამ დროს მათ ხსნიან ძირითადი უფლებების შესაბამისად. კერძოსამართლებრივ ურთიერთობას ძირითადი უფლებები კონკრეტულად ვერ მოაწესრიგებს, მაგრამ მათი მარეგულირებელი ნორმების ძირითადი უფლებების შესაბამისად განმარტება უზრუნველყოფს მათზე ძირითადი უფლებების ირიბ მოქმედებას.²⁷

საქართველოს კონსტიტუცია არ იძლევა პირდაპირ პასუხს ამ კითხვაზე. სხვა ქვეყნების კონსტიტუციური ტექსტების უმრავლესობა იმგვარადაა ფორმულირებული, რომ კონსტიტუციური უფლებების უმრავლესობათა დაცვის ვალდებულება მიკუთვნებულია მხოლოდ საჯარო ხელისუფლების და არა კერძო პირებისადმი. მხოლოდ კონსტიტუციათა მცირე ნაწილი იძლევა ამ საკითხზე დადებით პასუხს.

ზოგადი პრინციპის თანახმად, კონსტიტუციური უფლებები გვიცავს სახელმწიფოს მხრიდან ჩვენი უფლებების ხელყოფისაგან და წარმოადგენს კერძო პირების დაცვის გარანტიებს. უმრავლეს სახელმწიფოთა კონსტიტუციები მიუთითებს, რომ კონსტიტუციური უფლებების დაცვის ვალდებულება აკისრია საჯარო ხელისუფლებას და არა კერძო პირებს. გერმანიის ძირითადი კანონის პირველი მუხლის მესამე პუნქტის თანახმად, „ძირითადი უფლებები სავალდებულოა საკანონმდებლო, აღმასრულებელი და სასამართლო ხელისუფლებისათვის“. კანადის ქარტიამი უფლებებისა და თავისუფლებების შესახებ აღნიშნულია, რომ იგი გამოიყენება „პარლამენტისა და კანადის მთავრობის მიმართ“.

საკონსტიტუციო სასამართლოების პოზიციით კონსტიტუციური უფლებები არ აკავშირებს ინდივიდებს უშუალოდ. კონსტიტუციური უფლებები განიხილება როგორც ინდივიდების გარანტია ხელისუფლების მხრიდან ხელყოფის დასაცავად და მათ არ აკისრიათ კერძო პირებისაგან დაცვის ფუნქცია. შესაბამისად, ფიზიკური პირები თავისი უფლებების დასაცავად მიმართავენ სამოქალაქო-პროცესუალურ შესაძლებლობებს. ამგვარად, კონსტიტუციურ უფლებებს არ გააჩნია პირდაპირი და ჰორიზონტალური ეფექტი. რატომ არის ეს ასე?

9. სამოქალაქო სამართლის ავტონომია

გერმანიასა და კანადაში მიიჩნევენ, რომ კონსტიტუციურ უფლებებს შეუძლიათ მხოლოდ ირიბი ზეგავლენის მოხდენა კერძო პირებს შორის აღმოცენებულ ურთიერთობებზე. მათ არ შეუძლიათ პირდაპირ დაეყრდნონ კონსტიტუციურ-სამართლებრივ ნორმებს სხვა კერძო პირების მოქმედებათა გასასაჩივრებლად. აშშ-ს უზენაესი სასამართლოს პრაქ-

²⁷ „საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარი, (თავი მეორე, საქართველოს მოქალაქეობა. ადამიანის უფლებანი და თავისუფლებანი). თბ. 2013. გვ. 18-19.

ტიკით, გარკვეულ შემთხვევებში, სასამართლო ითვლისწინებს საჯარო ინტერესს კერძო პირებს შორის მიმდინარე სასამართლო პროცესში. რით განსხვავდება პირდაპირი და ირიბი ჰორიზონტალური ეფექტის მოქმედების შედეგები? როგორც ამ თემის მკვლევარებს – მათიას კუმს (Kumm), ნიუ-იორკის უნივერსიტეტიდან და ვიქტორ ფერერა კომელას (Comella), ბარსელონის პომპეუს ფაბრის უნივერსიტეტიდან, ამ ქვეყნების პრაქტიკის შესწავლის შედეგებზე დაყრდნობთ მიაჩნიათ, რომ სხვადასხვაგვარად მუშაობს State action doctrine – ამერიკის შეერთებულ შტატებში, ირიბი ჰორიზონტალური ეფექტის დოქტრინა (the indirect horizontal effect doctrine) – გერმანიაში და კონსტიტუციური დოქტრინა – კანადაში.²⁸

რაც მათ საერთო აქვთ, ესაა კონსტიტუციური უფლებების ინდივიდებზე პირდაპირი ზემოქმედების უარყოფა. ამასთანავე, თითოეული დოქტრინა შეიცავს სხვადასხვა მექანიზმებს ასეთი ზემოქმედებისათვის.

10. კონსტიტუციური უფლებების ირიბი ეფექტი გერმანიაში, „Mittelbare Drittwirkung“

კონსტიტუციური უფლებები, რომლებიც გერმანიის ძირითად კანონშია განმტკიცებული, ძირითადად მიმართულია საჯარო ხელისუფლების მიმართ და არა უშუალოდ ინდივიდების მიმართ. სამოქალაქო სამართლის პოზიციით ინდივიდები არ არიან კონსტიტუციურ-სამართლებრივი ნორმების ადრესატები და ასეთს წარმოადგენს სახელმწიფო. კონსტიტუციური უფლებები ესაა ინდივიდების უფლებები სახელმწიფო ხელისუფლებისაგან დაცვაზე და არა სხვა ინდივიდებისაგან დაცვაზე. შესაბამისად, კონსტიტუციურ უფლებებს არ გააჩნიათ პირდაპირი ჰორიზონტალური ეფექტი. გერმანიის სასამართლოს პრაქტიკაში არ არის იმგვარი საქმეები, სადაც სასამართლო მიიჩნევდა, რომ კერძო პირები ერთმანეთთან კონსტიტუციური უფლებებით არიან პირდაპირ დაკავშირებულნი. მაგრამ ეს არ ნიშნავს იმას, რომ კონსტიტუციური უფლებები არ არის დაკავშირებული სამოქალაქო დავასთან. ლუტის საქმეში გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლომ დაადგინა, რომ კერძო სამართლის განმარტებისას სასამართლო წარმოადგენს საჯარო ხელისუფლების ორგანოს, რომელიც ვალდებულია, დაიცვას კონსტიტუციური ნორმები ადამიანის უფლებების შესახებ.²⁹

კონსტიტუციური სამართალი, რაღა თქმა უნდა, პატივისცემით მიუდგება სპეციალური კანონმდებლობის მიერ შესაბამისი საკითხების რეგულირებას, მაგრამ კონსტიტუციური სამართალი, როგორც ქვეყნის უზენაესი სამართალი, ვალდებულია, გადაამოწმოს კანონმდებლობა, პრეცედენტები და დოქტრინა. მოქმედი კერძო სამართალი გამოყენებადი იქნება მხოლოდ იმ ხარისხით, რა დოზითაც მას შეეძლება დაანესოს გონივრული ბა-

²⁸ Kumm M., Comella V. F. What is so Special about Constitutional Rights in Private litigation?// The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism/ Ed. By A. Sajo, R. Uitz. Eleven International Publishing, 2005.

²⁹ Luth case, BVerfGE 7, 198.

ლანსი ერთმანეთის პირისპირ მყოფ უფლებებს შორის, სადაც თანაზომიერებას შეაფასებს საკონსტიტუციო სასამართლო, რომელიც პასუხისმგებელია კონსტიტუციურ-სამართლებრივი ფასეულობების დაცვაზე.

კუმისა და კომელას შეფასებით, როდესაც მოქმედი კერძო სამართალი აწესებს ინტერესების სწორ ურთიერთმიმართებას, მაშინ უნდა გავამართლოთ არსებული კერძო-სამართლებრივი ნორმები კონსტიტუციურ-სამართლებრივი პარადიგმის ჩარჩოში. თუ დავეუბნებით, რომ სახელშეკრულებო სამართალი გარკვეული დოზით არის ძალიან ლიბერტალიანული ან პატერნალისტურად ორიენტირებული მომხმარებელთა უფლებების დაცვაზე, მაშინ კონსტიტუციური უფლებები ქმნის იმგვარ სისტემას, რომლის ფარგლებშიც ეს კრიტიკა უნდა გადამოწმდეს.³⁰

ძირითადი უფლებები და ფასეულობები მთლიანი სამართლებრივი სისტემის გონს წარმოადგენს და აწესებს გარკვეულ მოთხოვნებს სამოქალაქო სასამართლოების მიერ კერძო სამართლებრივი ნორმების განმარტებისას. შესაბამისად, სასამართლომ უნდა განმარტოს კერძო სამართლის ნორმები, მათ შორის კოდექსის ზოგადი დებულებები იმ ძირითად ფასეულობებთან შესაბამისობაში, რომლებიც კონსტიტუციაშია განმტკიცებული. ეს ნიშნავს, რომ კერძო სამართალმა უნდა ასახოს ადეკვატური ბალანსი შესაბამის კონსტიტუციურ ინტერესებს შორის, რომლებიც სასწორზეა დადებული.³¹

რა ხდება მაშინ, როდესაც კანონი ნათელია და განსაკუთრებული განმარტება არ ესაჭიროება? რამდენად შეუძლია სამოქალაქო მოსამართლემ კონსტიტუციური პრინციპების იგნორირება მოახდინოს, როდესაც კერძო სამართლის ნორმები ნათელია? ამ შემთხვევაში მოსამართლეს თითქოს შეუძლია თავისუფლად ამოისუნთქოს, რომ კონკურირებადი ინტერესების ბალანსის რთული ამოცანა გადანყვეტილია თავად კანონმდებლის მიერ, რომელსაც არ დაუტოვებია ტექსტუალური ბუნდოვანება.

როგორც ექსპერტებს მიაჩნიათ, ასეთ შემთხვევაში ერთ-ერთი მხარის კონსტიტუციური ინტერესები შესაძლოა, ადეკვატურად არ იქნეს გათვალისწინებული კანონის განმარტების საჭიროების არარსებობაზე მითითებით, რამდენადაც იგი ამ შემთხვევაში ნათელი და ზუსტია. ასეთ შემთხვევაში მოსამართლის როლი, ერთი შეხედვით, შეზღუდულია. უსამართლო და მევახშური ხელშეკრულების ვალდებულება ეწინააღმდეგება კერძო პირის კონსტიტუციურ უფლებას თავისუფლებაზე. კონსტიტუციურ უფლებებს, მართალია, არ გააჩნიათ პირდაპირი ჰორიზონტალური ეფექტი, მაგრამ თავისუფლების ფუნდამენტური მნიშვნელობა გათვალისწინებული უნდა იქნეს არა მხოლოდ სამართლის განმარტების სტადიაზე სასამართლოების მიერ, ის უპირველესად გათვალისწინებული უნდა იქნეს

³⁰ Kumm M., Comella V. F. What is so Special about Constitutional Rights in Private litigation?; Hager J. Grundrechte im Privatrecht//Juristenzeitung, 49. Jg.1994. S. 374.

³¹ Mephisto case, BVerf GE 30, 173.

კანონმდებლის მიერ კერძო სამართლის ნორმების დადგენისას.

საკანონმდებლო აქტები, მათ შორის კერძო სამართლის საკითხებზე, უდავოდ საჯარო სამართლის აქტებია; შესაბამისად, ისინი ექვემდებარება ზემოქმედებას კონსტიტუციური ნორმების მხრიდან. სამოქალაქო მოსამართლე დაარღვევს მხარის კონსტიტუციურ უფლებას, თუ იგი გამოიყენებს ისეთ კანონს, რომელიც ხელყოფს ამ უფლებას. მას არ შეუძლია, გააუქმოს საკანონმდებლო აქტი არაკონსტიტუციურობის მოტივით; ეს შეიძლება გააკეთოს მხოლოდ საკონსტიტუციო სასამართლომ. მაგრამ როდესაც მოსამართლეს მიაჩნია, რომ კანონი არ შეესაბამება კონსტიტუციურ სტანდარტს, მან უნდა მიმართოს საკონსტიტუციო სასამართლოს, რათა ამ უკანასკნელმა მიიღოს შესაბამისი გადაწყვეტილება და გამოაცხადოს ასეთი კანონი არაკონსტიტუციურად. თუ სამოქალაქო მოსამართლე არ მიიღებს ასეთ გადაწყვეტილებას და დაასრულებს სამართალწარმოებას არა იმ მხარის სასარგებლოდ, რომლის უფლებებსაც არასამართლიანი კანონი ლახავს, მაშინ მოსარჩელე მიმართავს საკონსტიტუციო სასამართლოს იმ საფუძვლით, რომ როგორც სამოქალაქო სასამართლოს გადაწყვეტილება, ასევე საკანონმდებლო აქტი, რომელიც მოსამართლემ გამოიყენა, არღვევს მის კონსტიტუციურ უფლებებს.

საბოლოო ჯამში, კუმისა და კომელას დასკვნით, ჰორიზონტალური ეფექტის დოქტრინას იგივე შედეგები გააჩნია, მატერიალურ-სამართლებრივი და ინსტიტუციური, რაც პირდაპირი ჰორიზონტალური ეფექტის დოქტრინას. ორივე შემთხვევაში, სამოქალაქო სასამართლოებმა უნდა განმარტონ მოქმედი კერძო სამართალი კონსტიტუციური სტანდარტების შესაბამისად. როდესაც ეს შეუძლებელია საკანონმდებლო აქტების სიმუსტისა და არაბუნდოვანების გამო, სასამართლომ უნდა მიმართოს საკონსტიტუციო სასამართლოს, რომელიც გადაწყვეტს კონსტიტუციურ საკითხს და საფუძვლიანობის შემთხვევაში ცნობს სადავო კერძო-სამართლებრივ ნორმას უმოქმედოდ. სამოქალაქო დავის თითოეულ მხარესაც შეუძლია წარადგინოს კონსტიტუციური საჩივარი, რომლითაც განაცხადებს, რომ მისი კონსტიტუციური უფლებები დაირღვა და მოითხოვს კერძო სამართლის ნორმების ან სამოქალაქო სასამართლოების მიერ გაკეთებული განმარტებების კონსტიტუციურობის შემოწმებას.

მიუხედავად ცივილისტების ელიტის წინააღმდეგობისა, კონსტიტუციურად დაცული ინტერესების დიდი სფეროს გათვალისწინებით, კერძო სამართალი გერმანიაში გარკვეული დოზით გახდა გამოყენებითი კონსტიტუციური სამართალი. ამ ქვეყნის სამოქალაქო კოდექსის მთელი რიგი ნორმები, მაგ. შრომითი ხელშეკრულებების, ქირავნობის, ქორწინებამდელი შეთანხმებების შესახებ, ფორმულირებულია საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებების საფუძველზე. ამგვარად, კონსტიტუციური სამართლის ნორმებს კერძო სამართალში გააჩნიათ „რადიაციული ზემოქმედების“ ეფექტი.³²

³² Markesinis B. M. Privacy, Freedom of Expression and the Horizontal Effect of the Human Rights Bill: Lessons from Germany//Law Quarterly Review. Vol. 115. 1999. P. 47, 64; Hellner J. Unfair Contract Terms//Law and the Weaker Party: An Anglo-Swedish Comparative Study. Vol. 1: Swedish Experience/Ed. by A. C. Neal, Abingdon, Oxfordshire:

11. სახელმწიფო მოქმედებათა დოქტრინა (State action doctrine)

ამერიკის შეერთებულ შტატებში

როგორც ირკვევა, ის ფაქტი, რომ აშშ-ის კონსტიტუცია თავის ნორმებს აცხადებს მხოლოდ საჯარო ხელისუფლების მიმართ მოქმედებაში და არა კერძო პირების მიმართ, არ გამორიცხავს კერძო სამართლის დაქვემდებარებას მატერიალურ კონსტიტუციურ სტანდარტებთან, მათ შორის სამოქალაქო პროცესში. იურიდიული თვალსაზრისით, ძნელად წარმოსადგენია სიტუაცია, რომელშიც სახელმწიფო საერთოდ არ იქნებოდა ჩართული. მაგ. კერძო პირებს შორის დადებული ხელშეკრულებებით გათვალისწინებული ვალდებულებების შესრულებისასაც კი სახელმწიფო ჩართულია ორ შემთხვევაში. პირველ რიგში, პოზიტივიზმის კონცეფციის თანახმად, სახელმწიფო არის იმ სამართლებრივი ნორმების წყარო, რომელიც შესაძლებლობას აძლევს ფიზიკურ პირებს, დადონ სავალდებულო ძალის მქონე კონტრაქტები.³³

სამოქალაქო სამართალი, როგორც სამართლის ნებისმიერი სხვა დარგი, ექვემდებარება კონსტიტუციას, როგორც სახელმწიფოს ძირითად კანონს. მეორე, სახელმწიფო სასამართლო ხელისუფლების სახით გამოდის არბიტრის როლში კერძო პირებს შორის ნამოჭრილ დავებში. სასამართლოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილებები კი სახელისუფლებო აქტებია.

აშშ-ს კონსტიტუციით დადგენილია, რომ სასამართლო ხელისუფლება სახელმწიფო ხელისუფლების შტოა, რომლის მიმართაც მოქმედებას განაგრძობს კონსტიტუციური დებულებები. გერმანიის კონსტიტუციის პირველი მუხლის მესამე აბზაცში მკაფიოდ არის ნათქვამი, რომ კონსტიტუციაში ასახული ძირითადი უფლებები სავალდებულოა სასამართლო ხელისუფლებისთვისაც. თუ კონსტიტუციის ტექსტში ნათქვამია, რომ კონსტიტუციური ნორმები ადამიანის უფლებების შესახებ მიმართულია მხოლოდ სახელმწიფო ხელისუფლების წარმომადგენელთა მიმართ, ეს ნიშნავს იმას, რომ კერძო პირები სხვა კერძო პირების ქმედებების გასაჩივრებისას ვერ შეძლებენ, უშუალოდ დაეყრდნონ კონსტიტუციურ უფლებებს. ასეთ შემთხვევებში კონსტიტუციური ნორმები არ გამოდგება სარჩელის აღძვრის საფუძვლად.

მაგრამ როდესაც დადგენილია კონსტიტუციის უზენაესობა ქვეყნის ყველა სხვა კანონების მიმართ, კონსტიტუციური უფლებების დასაცავად აუცილებელია, უზრუნველყოთ, რომ კერძო სამართალი, იქნება ეს სტატუტური თუ საერთო სამართალი, რომელიც

Professional Books, 1981; Tushnet M. The Issue of State Action/Horizontal Effect in Comparative Constitutional Law; //Harvard International Law Journal. Vol. 44. 2009. P. 199; Cheadle H. Third Party Effect in the South African Constitution// The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism/ Ed. By A.Sajo, R. Uitz. Eleven International Publishing, 2005.

³³ The public /Private Distinction and Constitutional Limits on Private Power// Constitutional Commentary. Vol. 10. 1993. P. 361(46)

გამოყენებულ იქნება კერძო პირებს შორის დავის გადასაწყვეტად, არ არღვევდეს კონსტიტუციის ნორმებს. ასეთ სიტუაციაში რამდენად შესაძლებელია გამოვიყენოთ State action doctrine? პრაქტიკა გვიჩვენებს, რომ ამერიკული დოქტრინა თამაშობს ისეთ როლს, რომლის ანალოგიც არ არსებობს არც გერმანიასა და არც კანადაში. რაც მას გერმანულსა და კანადურ მოდელთან აერთიანებს, ეს ისაა, რომ კონსტიტუციური უფლებები გამოიყენება მხოლოდ ისეთი სიტუაციების შესაფასებლად, რომელშიც გამოკვეთილია სახელმწიფოს ქმედებები და იგი არ წარმოადგენს მხოლოდ კერძო პირთა ურთიერთობებს. სახელმწიფო ქმედებების სავალდებულო არსებობა გამომდინარეობს აშშ-ს კონსტიტუციის ტექსტიდან: „არც ერთი შტატი..“ მაგრამ როგორც ამ თემის ექსპერტები მიიჩნევენ, აქ მსგავსება მთავრდება პრაქტიკული გამოყენების თვალსაზრისით. სახელმწიფო მოქმედებათა დოქტრინის პრაქტიკაში გამოიყენება იმგვარი ფორმით, რომელიც არსებითად განასხვავებს კანადასა და გერმანიაში მოქმედ ირიბი ეფექტის კონსტრუქციისაგან – „Mittelbare Drittwirkung“.

როდესაც საქმე შეეხება კერძო პირთა საკონტრაქტო ვალდებულებებს, სასამართლო იყენებს შეზღუდულ მიდგომას, აწესებს სახელმწიფო მოქმედებების სავალდებულო არსებობის წინასწარ შემოწმებას, რომელიც ხშირად უარყოფს კანონის კონსტიტუციურ შეფასებას ინტერესების სათანადო ბალანსირების საკითხზე. შემოწმება საჯარო ხასიათის მოქმედებებზე წარმოებს მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ კერძო პირი ასრულებს ფუნქციებს, რომლებიც „ტრადიციულად მიეკუთვნება სახელმწიფოს“. მაგ. თუ კორპორაცია მართულია მუნიციპალიტეტის მიერ, სასამართლო აფასებს მას, როგორც საჯარო ხასიათის მოქმედებებს, ხოლო თუ კერძო პირი ფლობს კომუნალურ სანარმოს, არა.³⁴

ურთიერთკავშირის შემოწმებისას დგინდება მჭიდრო კავშირის არსებობა სახელმწიფო ხელისუფლების მოქმედებებსა და კერძო პირის ქმედებებს შორის, რომელიც შესაძლებლობას მოგვცემდა, მიგვეკუთვნებინა ეს ქმედებები სახელმწიფოსათვის.

თუ ფაქტი სახელმწიფო ქმედებების შესახებ არ იქნა დადგენილი, მაშინ საკითხი კონსტიტუციური უფლებების შესახებ აღარ არის აქტუალური. აშშ-ს უზენაესმა სასამართლომ, გერმანიისა და კანადის სასამართლოებისაგან განსხვავებით, რატომ მიიჩნია აუცილებლად სახელმწიფოებრივი ქმედებების დადგენა, რა მიზანს ემსახურება ეს დოქტრინა? სახელმწიფო ქმედებათა დოქტრინის მონინაალმდგეგთა აზრით, ასეთი ქმედებების დადგენა ყოველთვის არ ემსახურება (1) ინდივიდის თავისუფლების უზრუნველყოფას; (2) და არ იცავს შტატების ხელისუფლებას ფედერალური მთავრობის ჩარევისაგან. სამართალი, რომელიც გამოიყენებ აშშ-ის სამოქალაქო პროცესში, Common Law და მისი დამატებითი სტატუტური სამართალი უმეტესწილად მიეკუთვნება შტატების

³⁴ Jackson v. Metro Edison Co., 419 U. S. 352 (1974) (53). Marsh v. Alabama, 326 US. 501 (1946).

კომპეტენციას. ამ სამართლის დადგენასა და განვითარებას ახორციელებენ შტატების ლევისლატურები და სასამართლოები. შესაბამისად, State action doctrine გვევლინება ფედერალიზმის დამცველად, იცავს რა შტატებს შეუზღუდავი ფედერალური კონტროლისაგან.

სტივენ ქარდბაუმი მიიჩნევს, რომ კერძო სამართლის კანონმდებლობის კონსტიტუციური ზედამხედველობის განხორციელებისათვის სახელმწიფო ქმედებების დადგენა სულაც არ არის აუცილებელი. ამ სისტემის მომხრეებს მიაჩნიათ, რომ ამ კონსტიტუციის უარყოფა გამოიწვევდა საჯარო და კერძო სფეროების აღრევას. არსებობს პირადი თავისუფლების გარკვეული სფერო, რომელიც არ უნდა შეიზღუდოს კონსტიტუციით და არ უნდა დაექვემდებაროს კონსტიტუციურ კონტროლს. ამასთანავე, დოქტრინა გაცილებით უფრო მეტი შინაარსის მატარებელია, ვიდრე კერძო სამართლის განმარტებაა, „როგორც ნეიტრალურისა და ბუნებითის“.³⁵

მოწინააღმდეგეთა აზრით, უნდა შევინარჩუნოთ კერძო სფერო, რომელიც თავისუფალი იქნება სახელმწიფო ზედამხედველობისაგან. რომ არა ეს დოქტრინა, მაგალითად, მოთხოვნა, რომ „ოფიციალური სადილი უნდა ჩატარდეს რასობრივი თანასწორობის პირობებში“, გავრცელდებოდა ყველა შემთხვევაზე და მისი დაუცველობა კონსტიტუციის დარღვევად იქნებოდა მიჩნეული.

ჩვენ მიერ განხილულ სამივე ქვეყანაში მიიჩნევენ, რომ კონსტიტუციური უფლებები არ შეიძლება ვალდებულებებს უწესებდეს კერძო პირებს, მაგრამ კონსტიტუციური უფლებები ყოველთვის შეიძლება გამოვიყენოთ კერძო სამართლებრივი კანონის საპირწონედ. State action doctrine გვაძლევს შესაძლებლობას, შევამოწმოთ (1) სახელმწიფოებრივი ქმედებებით დარღვეულია თუ არა ის ინტერესი, რომელიც დაცულია კონსტიტუციური სამართლის მიერ; თუ ასეთი კონსტიტუციური ინტერესი დარღვეულია ხელისუფლების ორგანოების მიერ, მოქმედებს პრეზუმფცია, რომ სამართლის დარღვევის ფაქტი დადასტურებულია. (2) სასამართლოების მიერ უნდა დადასტურდეს დაცული ინტერესის ხელყოფის საფუძვლიანობა.

ამასთანავე მკვლევარები პარადოქსულ დასკვნამდე მიდიან – აშშ-ს კერძო სამართლის კონსტიტუციონალიზაციის ხარისხი უფრო მაღალია, ვიდრე ეს არის კანადასა და გერმანიაში. State action doctrine ინსტიტუციური თვალსაზრისით შეიძლება გაგებულ იქნეს, როგორც საერთო სამართლის იმუნიტეტი კონსტიტუციური კონტროლისაგან, იმ შემთხვევების გარდა, როდესაც საქმე შეეხება სახელმწიფო მოქმედებების ფაქტის დადგენის აშკარა საჭიროებას. ეს სამოქალაქო სასამართლოებს კარნახობს გარკვეულ აქცენტებს, მათ კერძო დავების განხილვისას უნდა მიმართონ უფლებების სისტემას მხოლოდ

³⁵ Sunstein C. The Partial Constitution. Cambridge: Harvard University Press, 1993, p. 115.

სერიოზული სამართლებრივი პრობლემების არსებობის შემთხვევებში. აშშ-ს უზენაესი სასამართლო State action doctrine გამოყენებით გამოჰქონდა გადაწყვეტილებები რასობრივ დისკრიმინაციასთან დაკავშირებულ საქმეებში; დღეისათვის აქტუალურია პრობლემები, დაკავშირებული სათანადო სამართლებრივი პროცედურების დაცვასთან და სიტყვის თავისუფლებასთან.

რეზიუმე

მსოფლიოს წამყვანი კონსტიტუციონალისტების შეფასებით, თანამედროვე კონსტიტუციური სამართალი იმყოფება გლობალიზაციის ეტაპზე. იგი სცდება სუვერენული სახელმწიფოების ფარგლებს და გადაიქცევა საერთო საქმედ. ბევრ ქვეყანაში კონსტიტუციური სამართალი უფრო მეტად და მეტად უახლოვდება ერთი და იმავე მოდელს. ეს საერთო მოდელი უპირველესად მოიცავს ადამიანის უფლებათა დაცვის ორეტაპიან სისტემას, სასამართლო კონტროლის სქემასა და ადამიანის უფლებათა ირგვლივ წარმოშობილი კონფლიქტების გადაწყვეტის დოქტრინას, რომელიც პროპორციულობის დოქტრინის სახელით არის ცნობილი. მისი გავრცელება სხვადასხვა სამართლებრივ სისტემებში ძალიან სწრაფად მოხდა, რამაც წარმოშვა გლობალური კონსტიტუციონალიზმის საერთო წესები, რომელსაც დევიდ ლოუ მოიხსენიებს განზოგადებული კონსტიტუციონალიზმის სახელით. დევიდ ბეტი (Beatty) ამტკიცებს, რომ პროპორციულობის პრინციპი არის „სამართლის უკიდურესი უზენაესობა“; იგი წერტილს უსვამს კონსტიტუციის ინტერპრეტაციის შესახებ დავას და ასრულებს კონსტიტუციური სამართლის ისტორიას. პროპორციულობის პრინციპი არის პასუხი უნივერსალურ სამართლებრივ პრობლემებზე.

Judicial Constitutionalism: Balancing and Proportionality Test

Giorgi Gogiashvili

Resume

According to the leading constitutionalists of the world, modern constitutional law is at the stage of globalization. It goes beyond the boundaries of sovereign states and becomes a common task. In many countries, constitutional law is increasingly approaching the same model. This general model primarily involves a two-stage system for protecting human rights, a judicial control scheme and a doctrine of resolving conflicts arising around human rights, known as the doctrine of proportionality. Its dissemination took place very quickly in various legal systems, which gave rise to the common rules of global constitutionalism, mentioned by David Loy as a generalized constitutionalism. David Beatty claims that the principle of proportionality is “the highest rule of law”, he puts an end to the dispute about the interpretation of the Constitution and implements the history of constitutional law. The principle of proportionality is an answer to the universal legal problem.

კონსტიტუციის ხარვეზები – კონსტიტუციონალიზმის პრობლემები

კონსტანტინე კუბლაშვილი

შესავალი

საქართველოს 1995 წლის კონსტიტუციის არსებობის არცთუ ხანგრძლივ ისტორიაში 2017 წელს განსაკუთრებული ადგილი უჭირავს. მართალია, საქართველოს კონსტიტუციაში მეტნაკლებად პრინციპული ცვლილებები ადრეც განხორციელებულა (2004 და 2010 წლებში), მაგრამ თავისი მასშტაბურობით 2017 წელს საქართველოს პარლამენტის მიერ მიღებული კონსტიტუციური კანონი¹ მნიშვნელოვნად აღემატება ყველა წინარე ცვლილებას. ეს ცვლილებები საქართველოს პარლამენტმა მიიღო 2017 წლის 13 ოქტომბრის კონსტიტუციური კანონით, რომელიც ამოქმედდა 2018 წლის 16 დეკემბერს, საქართველოს ახლადარჩეული პრეზიდენტის მიერ ფიცის დადებისთანავე. შეიძლება ითქვას, რომ 17 დეკემბრიდან ჩვენი ქვეყანა სრულიად ახალ კონსტიტუციურსამართლებრივ რეალობაში აღმოჩნდა, რადგან კონსტიტუციის დებულებები შინაარსობრივად, სტრუქტურულად და რაოდენობრივად იმდენად შეიცვალა, რომ საქართველო კლასიკური საპარლამენტო რესპუბლიკა გახდა, ხოლო მუხლების რაოდენობა 109-დან 78-მდე შემცირდა. ცვლილებები შეეხო კონსტიტუციის ყველა თავს, განსაკუთრებით საქართველოს პრეზიდენტის, პარლამენტისა და მთავრობის უფლებამოსილებებს. შედარებით ნაკლებად შეიცვალა კონსტიტუციის მეორე თავი, ადამიანის ძირითად უფლებათა და თავისუფლებათა² განმსაზღვრელი მუხლების დებულებები. ამ თავში შეტანილ ცვლილებათა ნაწილი დადებითად შეიძლება შეფასდეს, რის მაგალითად შეიძლება მოვიყვანოთ აკადემიური თავისუფლების, ფიზიკური ხელშეუხებლობისა და ინტერნეტზე წვდომის ძირითადი უფლებების სახელდებით აღიარება. მიუხედავად ამისა, ამკარაა, რომ ცვლილებების შედეგად კონსტიტუციის მეორე თავის რამდენიმე მუხლში გაჩნდა ხარვეზები, რაც იწვევს ძალიან სერიოზულ კონსტიტუციურსამართლებრივ პრობლემებს, რომლებმაც, თავის მხრივ, შეიძლება დიდი სირთულეები შექმნას ადამიანის უფლებათა დაცვის კუთხით. ამ სტატიის მიზანი კონსტიტუციის აღნიშნული ხარვეზების გაანალიზება და როგორც იურიტ-კონსტიტუციონალისტთა, ისე პოლიტიკოსთა წინაშე მათგან მომდინარე პრობლემების წარმოჩენაა, რადგან ამ პრობლემათა სრულად აღმოფხვრა კონსტიტუციაში სათანადო ცვლილებების შეტანით არის შესაძლებელი.

¹ საქართველოს კონსტიტუციური კანონი „საქართველოს კონსტიტუციაში ცვლილებების შეტანის შესახებ“, N1324, 13 ოქტომბერი, 2017.

² სიტყვების „ადამიანის ძირითადი უფლებები და თავისუფლებები“ ნაცვლად ტექსტში გამოყენებული იქნება სიტყვები „ადამიანის ძირითადი უფლებები“ ან „ძირითადი უფლებები“.

ანალიზი

1. საქართველოს კონსტიტუციის ახალი რედაქციის ხარვეზთაგან თავდაპირველად უნდა გამოეყოთ 71-ე მუხლი („საგანგებო და საომარი მდგომარეობა“), რომელიც, მართალია არ შედის კონსტიტუციის მეორე თავში, მაგრამ ამ მუხლის მე-4 პუნქტი შინაარსობრივად პირდაპირ და არსებითად ეხება ადამიანის ძირითად უფლებებს და განსაზღვრავს სახელმწიფოს უფლებამოსილებას საგანგებო ან საომარი მდგომარეობის დროს ძირითად უფლებათა შეზღუდვის ფარგლებთან დაკავშირებით. საყურადღებოა, რომ კონსტიტუციის ძველ რედაქციაში ამ დებულებებს მეორე თავი მოიცავდა (მ. 46), რითაც კონსტიტუციის ნორმათა სისტემურად განლაგების თვალსაზრისით საკითხი უფრო მართებულიად იყო გადანწყვეტილი. თუმცა, 71-ე მუხლის მთავარი ხარვეზი სულ სხვა დებულებაა.

71-ე მუხლის მიხედვით, საგანგებო ან საომარი მდგომარეობის დროს საქართველოს პრეზიდენტი (პრემიერ-მინისტრის წარდგინებით) გამოსცემს ორგანული კანონის ძალის მქონე დეკრეტებს, რომლებითაც შეიძლება შეიზღუდოს კონსტიტუციის მე-13 (ადამიანის თავისუფლება), მე-14 (მიმოსვლის თავისუფლება), მე-15 (პირადი და ოჯახური ცხოვრების, პირადი სივრცისა და კომუნიკაციის ხელშეუხებლობის უფლებები), მე-17 (აზრის, ინფორმაციის, მასობრივი ინფორმაციის საშუალებათა და ინტერნეტის თავისუფლების უფლებები), მე-18 (სამართლიანი ადმინისტრაციული წარმოების, საჯარო ინფორმაციის ხელმისაწვდომობის, ინფორმაციული თვითგამორკვევისა და საჯარო ხელისუფლების მიერ მიყენებული ზიანის ანაზღაურების უფლებები), მე-19 (საკუთრების უფლება), 21-ე (შეკრების თავისუფლება) და 26-ე (შრომის თავისუფლება, პროფესიული კავშირების თავისუფლება, გაფიცვის უფლება და მენარმეობის თავისუფლება) მუხლებით აღიარებული ძირითადი უფლებები (პ. 4, ნ. 1).³ განსხვავებით მშვიდობიან პირობებში მოქმედი სტანდარტისა, რომლის მიხედვით მხოლოდ *კონკრეტული პირის ძირითადი უფლებები შეიძლება შეიზღუდოს, თანაც მხოლოდ კონკრეტული საჯარო სიკეთის/საჯარო ინტერესების* (რომლებიც თითოეული ძირითადი უფლების განმსაზღვრელ მუხლში არის ზუსტად მითითებული) *დაცვის/უზრუნველყოფის მიზნით*, ეს დებულება ძირითად უფლებათა *შეზღუდვის ე.წ. საერთო, ზოგადი საფუძველია*, რომელზე დაყრდნობით სახელმწიფო უფლებამოსილია, ერთდროულად შეზღუდოს რამდენიმე ძირითადი უფლება, თანაც ეს შეზღუდვა შეიძლება შეეხოს არა ერთ, არამედ განსაზღვრულ ტერიტორიაზე (სადაც საგანგებო მდგომარეობა არის გამოცხადებული) ან მთლიანად ქვეყანაში მცხოვრებ ყველა ადამიანს, ანუ *ზოგადად ყველას ერთდროულად* (მაგალითად, ზოგადად ყველასათვის შეიძლება აიკრძალოს შეკრება ან მანიფესტაცია, გაფიცვა, მიმოსვლა/გადაადგილება, საჯარო ინფორმაციის ხელმისაწვდომობა და ა.შ.⁴).

³ „დეკრეტი ძალაში შედის გამოცემის მომენტიდან. დეკრეტი დაუყოვნებლივ წარედგინება პარლამენტს. პარლამენტი დეკრეტს ამტკიცებს შეკრებისთანავე. თუ პარლამენტი დეკრეტს არ დაამტკიცებს, იგი კენჭისყრისთანავე კარგავს იურიდიულ ძალას“ – მ. 71, პ. 3.

⁴ ეს აკრძალვები განსაზღვრულია საქართველოს კანონებით „საგანგებო მდგომარეობის შესახებ“ (17 ოქტომბერი, 1997) და „საომარი მდგომარეობის შესახებ“ (31 ოქტომბერი, 1997).

ბუნებრივია, ასეთი შეზღუდვა გამართლებულია ქვეყანაში შექმნილი საგანგებო ან საომარი მდგომარეობით, როდესაც საფრთხე ექმნება კონსტიტუციურ წესრიგს, სახელმწიფო და საზოგადოებრივ უსაფრთხოებას, ადამიანების სიცოცხლესა და ჯანმრთელობას. ასეთ პირობებში ძირითად უფლებათა შეზღუდვა „უცილებელია დემოკრატიული საზოგადოებისათვის“ და შეზღუდვის მიზანი აღნიშნულ უმნიშვნელოვანეს კონსტიტუციურ სიკეთეთა უზრუნველყოფა და დაცვაა. საყურადღებოა, რომ საგანგებო ან საომარი მდგომარეობის დროს ძირითად უფლებათა და სახელმწიფოს სწორედ ასეთ ურთიერთმიმართებას – საერთო (ზოგადი) შეზღუდვა კონსტიტუციურ სიკეთეთა უზრუნველსაყოფად – ითვალისწინებდა კონსტიტუციის ძველი რედაქცია. ახალი რედაქციის მსგავსი იყო ის ძირითადი უფლებებიც, რომელთა შეზღუდვაც იყო დაშვებული საგანგებო ან საომარი მდგომარეობების დროს.

აღნიშნული მსგავსების გარდა, კონსტიტუციის ძველსა და ახალ რედაქციებს არაფერი აერთიანებთ, რადგან ახალი რედაქციის 71-ე მუხლით კონსტიტუციურ სივრცეში ძირითადი უფლებებისა და სახელმწიფოს ურთიერთმიმართების სრულიად ახალი მოდელი შემოდის – საგანგებო ან საომარი მდგომარეობის დროს პრეზიდენტს უფლება აქვს დეკრეტით არათუ შეზღუდოს, არამედ შეაჩეროს ძირითად უფლებათა მოქმედება. ზოგადად, ნორმის შეჩერების ინსტიტუტი ქართული სამართლის სისტემისათვის უცხო არ არის. მაგალითად, „საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ“ ორგანული კანონის თანახმად,⁵ თუ საკონსტიტუციო სასამართლო მიიჩნევს, რომ ნორმატიული აქტის მოქმედებას შეუძლია ერთ-ერთი მხარისათვის გამოუსწორებელი შედეგები გამოიწვიოს, საკონსტიტუციო სასამართლო პლენუმს უფლება აქვს, საქმეზე საბოლოო გადაწყვეტილების გამოტანამდე (ან უფრო ნაკლები ვადით) შეაჩეროს სადავო ნორმატიული აქტის ან მისი შესაბამისი ნაწილის მოქმედება (მ. 25, პ. 2). ამასთანავე, „გამოუსწორებელი შედეგის დადგომა ნიშნავს ისეთ ვითარებას, როდესაც ნორმის მოქმედებამ შეიძლება გამოიწვიოს უფლების შეუქცევადი დარღვევა და დამდგარი შედეგის გამოსწორება შეუძლებელი იქნება ნორმის არაკონსტიტუციურად ცნობის შემთხვევაშიც კი“.⁶ როგორც ვხედავთ, აქ ნორმის შეჩერების მიზანი ადამიანის ძირითადი უფლებების დაცვაა, შეჩერება კი ეხება ისეთ ნორმებს (ნორმატიულ აქტებს), რომელთა მოქმედებით შეიძლება დაირღვეს ძირითადი უფლებები. რაც შეეხება თავად ძირითად უფლებათა მოქმედების შეჩერებას, როგორც ამას გვთავაზობს კონსტიტუციის 71-ე მუხლი (პ. 4, ნ. 2), ეს ქართული საკონსტიტუციო სამართლისათვის სიახლეა.

მოცემული სიახლის განხილვისას თავდაპირველად უნდა მივუთითოთ საჭიროებაზე – არსებობდა თუ არა ასეთი ცვლილების საჭიროება თავად კონსტიტუციის ნორმებიდან ან საქართველოს 23 წლიანი (2018 წლისათვის) კონსტიტუციური რეალობიდან გამომდინ-

⁵ 31 იანვარი, 1996.

⁶ იხ. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2008 წლის 20 მაისის N1/3/452,453 საოქმო ჩანაწერი საქმეზე „საქართველოს ახლგაზრდა იურისტთა ასოციაცია და საქართველოს სახალხო დამცველი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, II-2.

ნარე. საქართველოში კონსტიტუციის მიღების დღიდანვე (1995, 24 აგვისტო) მოქმედებდა მოდელი, რომლის მიხედვითაც საგანგებო ან საომარი მდგომარეობის დროს პრეზიდენტის დეკრეტით შესაძლებელი იყო რამდენიმე ძირითადი უფლების შეზღუდვა. ამასთან ერთად, 1997 წელს მიღებულ იქნა კანონები საგანგებო და საომარი მდგომარეობის შესახებ, რომლებითაც განისაზღვრა ასეთ პირობებში ძირითად უფლებათა შეზღუდვის ფარგლები და სახელმწიფოს შესაბამისი უფლებამოსილებები. ამ კონსტიტუციურ და საკანონმდებლო ნორმათა ერთობლიობით შექმნილი იყო ის სამართლებრივი ჩარჩო, რომელშიც სახელმწიფოს ჰქონდა შესაძლებლობა, გადაწყვეტილებები მიეღო სწრაფად და ემოქმედა ოპერატიულად სახელმწიფო და საზოგადოებრივი უსაფრთხოების უზრუნველსაყოფად, მართლწესრიგისა და კანონიერების დასაცავად. აღნიშნული კანონების კონსტიტუციურობა არასოდეს გამხდარა საკონსტიტუციო სასამართლოს განხილვის საგანი. ამდენად, კონსტიტუციაში ძირითად უფლებათა შეჩერების მექანიზმის საჭიროება ნამდვილად არ იდგა და კონსტიტუციის ძველი რედაქცია სრულყოფილად იცავდა ბალანსს იმ კონსტიტუციურ სიკეთეთა შორის, როგორცაა ძირითადი უფლებები და სახელმწიფოს უსაფრთხოებისა და თავდაცვისუნარიანობის გარანტიები.

განსახილველ ცვლილებასთან მიმართებით საყურადღებოა მისი გავრცელების ფარგლები – კონკრეტულად რომელი დებულებები შეიძლება შეჩერდეს საგანგებო ან საომარი მდგომარეობის დროს. ეს საკითხი ძალიან წინააღმდეგობრივად და არალოგიკურად არის ჩამოყალიბებული – 6 მუხლიდან, რომლებსაც ეხება შეჩერება, 3 მუხლის მიმართ შეიძლება შეჩერდეს მხოლოდ ის პუნქტები, რომელთა შინაარსი შესაბამისი ძირითადი უფლების შეზღუდვის მოდელს მოიცავს (მე-13 მუხლის მე-2-მე-6 პუნქტები, მე-14 მუხლის მე-2 პუნქტი და მე-19 მუხლის მე-3 პუნქტი), დანარჩენი 3 მუხლის მიმართ კი შეიძლება შეჩერდეს როგორც თავად ძირითად უფლებათა შინაარსის განმსაზღვრელი, ისე ის პუნქტები, რომლებიც ამ უფლებათა შეზღუდვის მოდელს ადგენენ (მე-15 მუხლის მე-2 პუნქტი (ადამიანის პირადი სივრცისა და კომუნიკაციის, საცხოვრებლის ან სხვა მფლობელობის ხელშეუხებლობის უფლება), მე-17 მუხლის მე-3 (მასობრივი ინფორმაციის საშუალებათა თავისუფლება), მე-5 და მე-6 პუნქტები და მე-18 მუხლის მე-2 პუნქტი (საჯარო ინფორმაციის ხელმისაწვდომობის უფლება). როგორც ვხედავთ, მოცემული ნორმის სტრუქტურის ალოგიკურობა და წინააღმდეგობრიობა აშკარაა, თუმცა რთულია გარკვევა იმისა, რამ გამოიწვია იგი.

მოცემული წინააღმდეგობრიობა კიდევ უფრო აშკარა ხდება იმ შემთხვევების განხილვისას, როცა „შეჩერება“ ეხება ჩამოთვლილ ძირითად უფლებათა შეზღუდვის განმსაზღვრელ დებულებებს. მაგალითისათვის შეიძლება მოვიყვანოთ მე-19 მუხლი („საკუთრების უფლება“), რომელიც შეიძლება შეიზღუდოს (პ. 4, წ. 1), ხოლო ამავე მუხლის მე-3 პუნქტის მოქმედება შეიძლება შეჩერდეს კიდევ (პ. 4, წ. 2). ამ პუნქტის მიხედვით აუცილებელი საზოგადოებრივი საჭიროებისათვის საკუთრების ჩამორთმევა დასაშვებია (ა) კანონით პირდაპირ გათვალისწინებულ შემთხვევებში, სასამართლოს გადაწყვეტილებით ან (ბ)

ორგანული კანონით დადგენილი გადაუდებელი აუცილებლობისას, წინასწარი, სრული და სამართლიანი ანაზღაურებით. ანაზღაურება ყველა შემთხვევაში თავისუფლდება „ყოველგვარი გადასახადისა და მოსაკრებლისაგან.“ ამ დებულების შესაბამისად საქართველოში მოქმედებს კანონი „აუცილებელი საზოგადოებრივი საჭიროებისათვის საკუთრების ჩამორთმევის წესის შესახებ“⁷ და ორგანული კანონი „საზოგადოებრივი საჭიროებისათვის გადაუდებელი აუცილებლობისას საკუთრების ჩამორთმევის წესის შესახებ“.⁸ სწორედ ორგანული კანონით არის განსაზღვრული, რა ვითარებას გულისხმობს „გადაუდებელი აუცილებლობა“(მ. 2).⁹ კანონით ასევე დადგენილია, რომ „საგანგებო ან საომარი მდგომარეობის გამოცხადების შემთხვევაში საზოგადოებრივი საჭიროებისათვის წინასწარი, სრული და სამართლიანი ანაზღაურებით საკუთრების ჩამორთმევის შესახებ გადაწყვეტილება მიიღება საგანგებო ან საომარი მდგომარეობის შესახებ საქართველოს კანონმდებლობით დადგენილი წესით“ (მ. 5). ზემოთ უკვე აღინიშნა, რომ საგანგებო და საომარი მდგომარეობის შესახებ კანონმდებლობას ქმნიან შესაბამისი კანონები,¹⁰ რომლებიც 1997 წლიდან მოქმედებენ და განსაზღვრავენ სახელმწიფოს უფლებამოსილებებს. ამასთანავე, ორგანული კანონის ციტირებული მე-5 მუხლი იმპერატიულად ადგენს, რომ საგანგებო ან საომარი მდგომარეობის პირობებშიც კი საკუთრების ჩამორთმევა შეიძლება განხორციელდეს მხოლოდ წინასწარი, სრული და სამართლიანი ანაზღაურებით. ყოველივე აღნიშნულიდან გამომდინარე, სრულიად ნათელია, რომ საგანგებო ან საომარი მდგომარეობისას საკუთრების ჩამორთმევის სამართლებრივი საფუძველი განსაზღვრულია ჯერ კიდევ 1995 წლიდან კონსტიტუციის შესაბამისი დებულებებით (ძველი რედაქციის 21-ე და 46-ე მუხლები),¹¹ ასევე 1997 წლიდან მოქმედი კანონებით საგანგებო და საომარი მდგომარეობის შესახებდა ორგანული კანონით „საზოგადოებრივი საჭიროებისათვის გადაუდებელი აუცილებლობისას საკუთრების ჩამორთმევის წესის შესახებ.“ შესაბამისად, სახელმწიფო ვალდებულია, ამ სამართლებრივ ჩარჩოში იმოქმედოს და კონსტიტუციის მე-19 მუხლის მე-3 პუნქტის „მოქმედების შეჩერების“ ახალი ნორმა ვერაფერს ცვლის ან აუმჯობესებს (თუკი ეს იყო 2017 წლის ცვლილებების კანონმდებლის ჩანაფიქრი) სახელმწიფოს უფლებამოსილებებთან მიმართებით. პირიქით, ეს ნორმა აშკარად ზედმეტია, იწვევს გაუგებრობას საკანონმდებლო ტექნიკის თვალსაზრისით და ქმნის კონსტიტუციურსამართლებრივ პრობლემებს.

⁷ ეს კანონი ადგენს მშვიდობიან პირობებში საკუთრების ჩამორთმევის წესებს და პროცედურას, მიღებულია 1999 წლის 23 ივლისს.

⁸ 11 ნოემბერი, 1997.

⁹ „გადაუდებელ აუცილებლობას განეკუთვნება ვითარება, რომლის დროსაც საომარი ან საგანგებო მდგომარეობის, ეკოლოგიური კატასტროფის, სტიქიური უბედურების, ეპიდემიის, ეპიზოტის საშიშროების გამო საფრთხე ექმნება ადამიანთა სიცოცხლეს და ჯანმრთელობას, სახელმწიფო ან საზოგადოებრივ უსაფრთხოებას.“

¹⁰ იხ. გვ. 3, სქოლიო 4.

¹¹ საქართველოს კონსტიტუციის მიღების დღიდან 21-ე მუხლით აღიარებული იყო საკუთრების ძირითადი უფლება, განსაზღვრული იყო მისი შეზღუდვისა და საკუთრების ჩამორთმევის წესი, ხოლო 46-ე მუხლი განსაზღვრავდა იმ ძირითად უფლებებს (მათ შორის საკუთრების უფლებას), რომელთა შეზღუდვა შესაძლებელი იყო საგანგებო ან საომარი მდგომარეობის დროს.

კიდევ უფრო დიდი პრობლემა, რასაც კონსტიტუციის მოცემული დებულება (მ. 71, პ. 4, ნ. 2) შეიცავს, არის დაშვება იმისა, რომ თავად ძირითად უფლებათა მოქმედება შეიძლება „შეჩერდეს.“ ეს ტერმინი, როგორც გრამატიკულად, ისე სამართლებრივად, მოქმედი ნორმისათვის იურიდიული ძალის გაუქმებას გულისხმობს (თუნდაც ეს შეჩერება დროებითი იყოს), რაც პირდაპირ ეწინააღმდეგება ძირითად უფლებათა არსს, რომლის მიხედვით ადამიანის ძირითადი უფლებები ბუნებითი უფლებებია, ისინი უშუალოდ მოქმედი, ობიექტური სამართალია და ეს უფლებები ადამიანს აქვს მხოლოდ იმიტომ, რომ ის ადამიანია. ზოგიერთ უფლებას (ღირსება, სიცოცხლის უფლება) ჯერ კიდევ დედის წიაღში გაჩენილი ნაყოფი ფლობს, სხვები კი დაბადებისთანავე წარმოიშობიან. შესაბამისად, ამ ე.წ. „წინარე სახელმწიფოებრივ“ უფლებებს ვერც სახელმწიფო და ვერც რაიმე სხვა სოციალური, ტერიტორიული წარმონაქმნი ვერ მიანიჭებს და, მითუმეტეს, ვერ ჩამოართმევს ადამიანს. პირიქით, თანამედროვე სამართლებრივი სახელმწიფოს არსი სწორედ ადამიანის უფლებებით სახელმწიფოს ბოჭვაში მდგომარეობს. უფრო მეტიც, საქართველოს კონსტიტუცია „წარუვალ და უზენაეს ადამიანურ ღირებულებებად“ აღიარებს ძირითად უფლებებს და აცხადებს, რომ ხელისუფლების განხორციელებისას არათუ სახელმწიფო, არამედ ხალხიც შეზღუდულია (შეზღუდულია) ამ უფლებებით (მ. 4, პ. 2).¹² დემოკრატიულ და სამართლებრივ სახელმწიფოთა კონსტიტუციური წესრიგის საფუძველი სწორედ ძირითადი უფლებებია, განსახილველი დებულებით დადგენილი „შეჩერება“ კი ფაქტობრივად სახელმწიფოს მიერ ძირითადი უფლებების ჩამოართმევას უტოლდება, რაც ეწინააღმდეგება სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპს და, აქედან გამომდინარე, მთლიანად კონსტიტუციურ წესრიგს.

აღნიშნულთან ერთად, უნდა მივუთითოთ კიდევ ერთ გარემოებაზე: საკონსტიტუციო სამართალში საყოველთაოდ აღიარებულია, რომ ძირითადი უფლებები შეიძლება მხოლოდ „შეიზღუდოს“. ამას ადასტურებს დემოკრატიულ სახელმწიფოთა კონსტიტუციების უდიდესი უმრავლესობა. გამონაკლისია სულ რამდენიმე სახელმწიფო (მათ შორის პორტუგალია, ესპანეთი, უნგრეთი), რომელთა კონსტიტუციები შეიცავენ ტერმინს – „შეჩერება“, მაგრამ კონსტიტუციური სამართლის თეორიაში იქაც გაზიარებულია ძირითად უფლებათა შეზღუდვის კონცეფციის არსი – *დემოკრატიულმა და სამართლებრივმა სახელმწიფომ საგანგებო და საომარი მდგომარეობის პირობებშიც უნდა იმოქმედოს იმ კონსტიტუციური წესრიგის ფარგლებში, რომლის საფუძველი ძირითადი უფლებებია.* დაუშვებელია სახელმწიფო გავიდეს აღნიშნული ფარგლებიდან, იურიდიულად ძალადაკარგულად მიიჩნიოს ძირითადი უფლებები და იმოქმედოს თვითნებურად, ყოველგვარი ბოჭვის გარეშე, საკუთარი შეხედულებისამებრ. შესაბამისად, ამ კონცეფციიდან გამომდინარე, *ძირითადი უფლებები საგანგებო ან საომარ პირობებშიც მოქმე-*

¹²„სახელმწიფო ცნობს და იცავს ადამიანის საყოველთაოდ აღიარებულ ადამიანის უფლებებსა და თავისუფლებებს, როგორც წარუვალ და უზენაეს ადამიანურ ღირებულებებს. ხელისუფლების განხორციელებისას ხალხი და სახელმწიფო შეზღუდულია ამ უფლებებით, როგორც უშუალოდ მოქმედი სამართალი“ – მ. 4, პ. 2, ნ. 1, 2.

დებენ და ბოჭავენ სახელმწიფოს, ეს უკანასკნელი კი ვალდებულია, ადამიანის ძირითადი უფლებებით დაცულ სფეროში ჩარევა განახორციელოს იმ ლეგიტიმური მიზნის მნიშვნელობის გათვალისწინებით, რომლის მიღწევასაც იგი (ჩარევა) ემსახურება. მშვიდობიან პირობებში უფლებათა შეზღუდვის მოდელთან მიმართებით განსხვავება მხოლოდ ის არის, რომ საგანგებო ან საომარი პირობების გამო სახელმწიფოს აქვს შესაძლებლობა უფრო ინტენსიურად და ფართოდ ჩაერიოს ერთდროულად რამდენიმე (ასი, ათასი ან უფრო მეტი) ადამიანის კონკრეტული ძირითადი უფლებებით დაცულ სფეროში.¹³ ამასთანავე, ჩარევის ინტენსიურობა შეიძლება გამოიხატოს არა მხოლოდ ადამიანთა რაოდენობით, არამედ რადიკალურობითაც, როცა, მაგალითად, კომენდანტის საათის დარღვევის გამო პოლიცია დააკავებს ადამიანს 72 საათის განმავლობაში, სასამართლოს ნებართვის გარეშე.¹⁴ დაახლოებით მსგავს დებულებას შეიცავს გერმანიის ძირითადი კანონი, რომელიც ადგენს, რომ საგანგებო ან საომარი მდგომარეობის დროს სასამართლოს გადაწყვეტილების გარეშე პირის დაკავების ვადა არ უნდა აღემატებოდეს 4 დღეს¹⁵ (მაშინ, როცა მშვიდობიან პირობებში პირი დაკავების დღიდან არაუგვიანეს მეორე დღისა უნდა წარედგინოს მოსამართლეს, რომელმაც დაუყოვნებლივ უნდა მიიღოს გადაწყვეტილება პირის დაპატიმრების ან გათავისუფლების შესახებ).¹⁶

ზემოთ მოცემული ანალიზის შეჯამების შედეგად შეიძლება ითქვას, რომ საგანგებო ან საომარ პირობებში ძირითად უფლებათა შეზღუდვის კონცეფცია, ერთი მხრივ, თავისი შინაარსით სამართლებრივად სრულად შეესაბამება ძირითადი უფლებების არსს, მეორე მხრივ კი ამ კონცეფციის ფარგლებში რეალურად სახელმწიფოს აქვს შესაძლებლობა, ეფექტიანად იმოქმედოს და უზრუნველყოს კონსტიტუციური წესრიგი და სახელმწიფო თუ საზოგადოებრივი უსაფრთხოება. ამასთან ერთად, უნდა აღინიშნოს, რომ საქართველოს საკონსტიტუციო სამართალში კონსტიტუციის 71-ე მუხლის მე-4 პუნქტის მე-2 წინადადებით შემოტანილი სიახლე – ძირითად უფლებათა „შეჩერების“ მოდელი – საქართველოს კონსტიტუციური წესრიგისათვის მიუღებელია.

¹³ იხ. „საომარი მდგომარეობის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-4 მუხლის მე-2 პუნქტი, რომლის მიხედვით სახელმწიფო ხელისუფლების ორგანოებს უფლება აქვთ: აუკრძალონ პირებს თავიანთი საცხოვრებელი ადგილის ან სხვა ადგილსამყოფელის დატოვება სათანადო ნებართვის გარეშე (ქვპ. „დ“), აკრძალონ კრებების, მიტინგების, ქუჩის მსვლელობებისა და დემონსტრაციების, აგრეთვე სანახაობრივი, სპორტული და სხვა მასობრივი ღონისძიების მოწყობა (ქვპ. „ვ“), აკრძალონ გაფიცვები (ქვპ. „გ“), შემოიღონ კავშირგაბმულობის საშუალებებით სარგებლობის განსაკუთრებული წესები (ქვპ. „პ“), შეზღუდონ სატრანსპორტო საშუალებათა მოძრაობა და გასინჯონ ისინი (ქვპ. „ჟ“).

¹⁴ იხ. „საომარი მდგომარეობის შესახებ“ საქართველოს კანონი, მ. 7, პ. 2.

¹⁵ იხ. გერმანიის ძირითადი კანონი, მ. 115გ, პ. 2, ქვპ. 2, „საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები“, ნაწილი III, გვ. 123, 2006; იხ. ასევე საფრანგეთის კანონი საგანგებო მდგომარეობის შესახებ (Loi^o2015-1501, www.senat.fr), რომელიც დასაშვებად მიიჩნევს სასამართლოს ნებართვის გარეშე შინაპატიმრობას და საცხოვრებელი ადგილის ჩხრეკას იმ პირთა მიმართ, რომელთა ქმედება საფრთხეს წარმოადგენს უსაფრთხოებისა და საზოგადოებრივი წესრიგის მიმართ (მ. 4).

¹⁶ იხ. გერმანიის ძირითადი კანონი, მ. 104, პ. 3, „საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები“, ნაწილი III, გვ. 113, 2006;

2. 2017 წლის 13 ოქტომბრის კონსტიტუციური კანონით შეიცვალა იმ მუხლის სტრუქტურა და ნაწილობრივ შინაარსი, რომლითაც აღიარებული იყო რწმენის, აღმსარებლობისა და სინდისის თავისუფლებები. კონსტიტუციის ახალ რედაქციაში ეს ძირითადი უფლებები მე-16 მუხლშია მოცემული და შედგება სამი პუნქტისაგან. პირველი პუნქტი ამ თავისუფლებათა აღიარებას ახდენს, მე-2 პუნქტში რწმენის, აღმსარებლობისა და სინდისის თავისუფლების შემზღვევის კონსტრუქციაა მოცემული, მე-3 პუნქტით კი აკრძალულია ადამიანის დევნა რწმენის, აღმსარებლობის ან სინდისის გამო, აგრეთვე ადამიანის იძულება, გამოთქვას თავისი შეხედულება მათ შესახებ. ამ სტატიაში ყურადღებას გავამახვილებთ რწმენისა და აღმსარებლობის თავისუფლებებზე (შემდეგში: რწმენის თავისუფლება), მათ მნიშვნელობასა და მე-16 მუხლის იმ ხარვეზზე, რაც არსებით კონსტიტუციურ-სამართლებრივ პრობლემას წარმოადგენს.

ადამიანის უფლებათა სამართალში რწმენის თავისუფლება ადამიანის ერთ-ერთ ყველაზე მნიშვნელოვან ძირითად უფლებად არის მიჩნეული. იგი აღიარებულია ადამიანის უფლებათა ყველა საერთაშორისო დოკუმენტით და ყველა დემოკრატიული სახელმწიფოს კონსტიტუციით. რწმენის თავისუფლებას განსაკუთრებული მნიშვნელობა აქვს ადამიანის, როგორც დამოუკიდებელი და თავისუფალი ინდივიდის ჩამოყალიბებისათვის, რადგან თითოეული პირის ღრმა შინაგან გრძნობებთან და განცდებთან დაკავშირებულ სფეროს იცავს, რაც, თავის მხრივ, დემოკრატიული საზოგადოებრივი წესწყობილების საფუძველია. სწორედ ამ მნიშვნელობას გაუსვა ხაზი საკონსტიტუციო სასამართლომ, როდესაც აღნიშნა, რომ „... რწმენის თავისუფლება, წარმოადგენს რა ადამიანის პიროვნული განვითარებისა და ავტონომიის საყრდენს, იმავდროულად, განაპირობებს მთლიანად საზოგადოების არქიტექტურას, განსაზღვრავს მისი დემოკრატიულობის ხარისხს“.¹⁷ რწმენის თავისუფლების მნიშვნელობა, მისი არსის განსაკუთრებულობა იმაშიც გამოიხატება, რომ, განსხვავებით სხვა რამდენიმე ძირითადი უფლებებისაგან, დაუშვებელია მისი შემზღვევა საგანგებო ან საომარი მდგომარეობის დროს, რასაც ითვალისწინებენ დემოკრატიულ სახელმწიფოთა კონსტიტუციები და საქართველოს კონსტიტუციის ზემოთ განხილული 71-ე მუხლის მე-4 პუნქტი.

რწმენის თავისუფლება მოიცავს როგორც რელიგიურ, ისე არარელიგიურ რწმენას. საკონსტიტუციო სასამართლოს *განმარტებით* „... რწმენა და შეხედულებები, რომელიც წარმოადგენს კეთილსინდისიერი წინააღმდეგობის საფუძველს, არ არის აუცილებელი იყოს რელიგიური ხასიათის“.¹⁸ რწმენის თავისუფლებით დაცულია ადამიანის შინაგანი თავისუფლება (*forum internum*) თავად ჩამოაყალიბოს და განსაზღვროს თავისი რელიგიური თუ არარელიგიური (ათეისტური) რწმენა სამყაროში ადამიანების არსებობის, უზენაეს ძალებთან (ღმერთთან) თავისი დამოკიდებულების შესახებ, აგრეთვე ადამიანის *გარეგანი თავისუფლება* (*forum externum*) აღასრულოს, საჯაროდ გამოხატოს და გაავრცელოს თავისი

¹⁷ იხ. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს სახალხო დამცველი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, 22 დეკემბერი, 2011.

¹⁸ იხ. იქვე.

რწმენა და მის საფუძველზე მიღებული გადაწყვეტილებანი.¹⁹ ამ განმარტებიდან გამომდინარე, რწმენის თავისუფლება იცავს ადამიანის უფლებას, იცხოვროს, იმოქმედოს და მთელი თავისი საქმიანობა წარმართოს თავისი რელიგიის (ან არარელიგიური, მსოფლმხედველობრივი შეხედულებების) წეს-ჩვეულებათა და საკუთარი შინაგანი რწმენის შესაბამისად. ამასთან ერთად, დაცულია ადამიანის რწმენის განხორციელების, გამოხატვის ისეთი საშუალებები, როგორცაა წირვა, ლოცვა, პროცესიები, ეკლესიური შეკრებები, რელიგიური თუ მსოფლმხედველობრივი დღესასწაულები და წეს-ჩვეულებები, სხვადასხვა საკულტო მოქმედებები, არარელიგიური, ათეისტური ზემოქმედებები და ა.შ.

რწმენის თავისუფლების განსაკუთრებული მნიშვნელობის მიუხედავად, იგი არ არის აბსოლუტური უფლება და შეიძლება შეიზღუდოს კანონის შესაბამისად, დემოკრატიული საზოგადოებისათვის აუცილებელი კონკრეტული საჯარო მნიშვნელობის სიკეთეთა დაცვის/უზრუნველყოფის მიზნით. სწორედ აქ იკვეთება ამ ძირითადი უფლების გამორჩეულობის კიდევ ერთი ნიშანი, კერძოდ ის, რომ დაუშვებელია რწმენის თავისუფლების პირველი ნაწილის – შინაგანი თავისუფლების შეზღუდვა. ადამიანის უფლებათა სამართალში რწმენის თავისუფლების ეს სპეციფიკურობა საყოველთაო სტანდარტია, იგი აღიარებულია მსოფლიოს სამეცნიერო წრეებისა და უზენაეს თუ საკონსტიტუციო სასამართლოთა მუდმივი პრაქტიკით. თუ კარგად დავეკვირდებით, სხვაგვარად არც შეიძლება იყოს – თითოეული ადამიანი პირადად აყალიბებს თავის შინაგან განწყობას და რწმენას, მხოლოდ მან იცის რატომ სწამს ასე და არა სხვაგვარად. ეს იმდენად ღრმა, ინტიმური, უზენაესი ძალებისა თუ ღმერთის მიმართ მისი შინაგანი დამოკიდებულებიდან გამომდინარე სფეროა, რომ შეუძლებელია არსებობდეს რაიმე საჯარო, ლეგიტიმური მიზანი, რომლის უზრუნველყოფისათვის დასაშვებია და გამართლებული იქნება სახელმწიფოს ჩარევა. ამდენად, *რწმენის შინაგანი თავისუფლება აბსოლუტურად დაცულია* და ნებისმიერი ჩარევა ამ სფეროში გაუმართლებელ შეზღუდვას წარმოადგენს. აქედან გამომდინარე, შეიძლება შეიზღუდოს მხოლოდ რწმენის გარეგანი თავისუფლება, ანუ შინაგანი რწმენიდან გამომდინარე გადაწყვეტილებათა საჯარო აღსრულება, მათი გამოხატვა, განხორციელება (აღმსარებლობის თავისუფლება). რწმენის თავისუფლების ეს თავისებურება გარკვევით არის ასახული დემოკრატიულ სახელმწიფოთა კონსტიტუციებში (მაგალითად, ესტონეთის, პოლონეთის, ფინეთის, ნიდერლანდების, სერბეთის, სლოვაკეთის, ჩეხეთის კონსტიტუციებში), აგრეთვე ისეთ საერთაშორისო დოკუმენტებში, როგორებიცაა გაეროს საერთაშორისო პაქტი სამოქალაქო და პოლიტიკურ უფლებათა შესახებ²⁰ (ტექსტში შემდგომ – საერთაშორისო პაქტი) და ევროპის საბჭოს კონვენცია ადამიანის უფლებათა და ძირითად თავისუფლებათა დაცვის შესახებ²¹ (ტექსტში შემდგომ – ევროპული კონვენცია). საერთაშორისო პაქტის მე-18 მუხლის პირველი და ევროპული

¹⁹ იხ. აგრეთვე რწმენის თავისუფლების შინაარსის განმარტება საკონსტიტუციო სასამართლოს ზემოთ აღნიშნულ გადაწყვეტილებაში.

²⁰ მიღებულია 1966 წლის 16 დეკემბერს, ამოქმედდა 1976 წლის 23 მარტს.

²¹ მიღებულია 1950 წლის 4 ნოემბერს, ამოქმედდა 1953 წლის 3 სექტემბერს.

კონვენციის მე-9 მუხლის პირველი პუნქტებით აღიარებულია რელიგიის (რწმენის) თავისუფლება, ხოლო იმავე მუხლების მე-3 (საერთაშორისო პაქტი) და მე-2 პუნქტი (ევროპული კონვენცია) კი დასაშვებად მიიჩნევენ მხოლოდ რწმენის გარეგანი თავისუფლების შეზღუდვას: „რელიგიის ან რწმენის გაცხადების თავისუფლება მხოლოდ იმ პირობით შეიზღუდება ...“.²² საყურადღებოა, რომ საქართველოს კონსტიტუციის ძველი რედაქცია იზიარებდა რწმენის თავისუფლების ამ შინაარსს და რწმენის თავისუფლების შეზღუდვას დასაშვებად მიიჩნევდა მხოლოდ მისი „გამოვლინების“ შემთხვევაში: „დაუშვებელია ამ მუხლში ჩამოთვლილ თავისუფლებათა შეზღუდვა, თუ მათი გამოვლინება არ ლახავს სხვათა უფლებებს“ (მ. 19, პ. 3).²³

გემოთ მოცემული ანალიზის საფუძველზე საქართველოს კონსტიტუციის ახალი რედაქციის მე-16 მუხლის შეფასებისას უნდა დავაკვირდეთ პირველი და მე-2 პუნქტების დებულებათა ურთიერთმიმართებას: პირველი პუნქტის მიხედვით „ყოველ ადამიანს აქვს რწმენის, აღმსარებლობისა და სინდისის თავისუფლება“, მე-2 პუნქტით კი „ამ უფლებათა შეზღუდვა დასაშვებია მხოლოდ კანონის შესაბამისად, დემოკრატიულ საზოგადოებაში აუცილებელი საზოგადოებრივი უსაფრთხოების უზრუნველყოფის, ჯანმრთელობის ან სხვათა უფლებების დაცვის მიზნით“.²⁴ თავისთავად ეს დებულებები სამართლებრივად სრულიად გამართული და აზრობრივად ადვილად გასაგებია. დაახლოებით ასეთია ყველა სხვა ძირითადი უფლების შეზღუდვის მოდელი. შესაბამისად, რწმენის თავისუფლების შეზღუდვისას სახელმწიფო ვალდებულია, იმოქმედოს დემოკრატიული საზოგადოების აუცილებლობიდან გამომდინარე, მხოლოდ კანონით განსაზღვრული წესით და მხოლოდ მითითებული ლეგიტიმური მიზნებიდან თუნდაც ერთის დასაცავად/ უზრუნველსაყოფად. მაგრამ, მიუხედავად ამ დებულებათა ასეთი მწყობრი ურთიერთმიმართებისა,

²² “Freedom to manifest one’s religion or beliefs shall be subject only to such limitations ...”, საერთაშორისო პაქტი, მ. 18, პ. 3, ევროპული კონვენცია, მ. 9, პ. 2 (საყურადღებოა, რომ ამ დოკუმენტებში ნორმები განსახილველ უფლებათა შეზღუდვის შესახებ სიტყვასიტყვით ერთმანეთის მსგავსია).

²³ რწმენის თავისუფლების მსგავსი თავისებურება ახასიათებს ასევე შემოქმედების თავისუფლებას (იგივე ხელოვნების თავისუფლება), რომელიც აღიარებულია კონსტიტუციის მე-20 მუხლით (კონსტიტუციის ძველი რედაქციის 23-ე მუხლი). პირველი პუნქტით კონსტიტუცია აცხადებს, რომ შემოქმედებითი თავისუფლება უზრუნველყოფილია, ხოლო მე-2 პუნქტით იმპერატიულად კრძალავს შემოქმედებით პროცესში ჩარევას, ასევე დაუშვებლად მიიჩნევს შემოქმედებითი საქმიანობის სფეროში ცენზურას. ამ დებულებებიდან გამომდინარე ცხადია, რომ შემოქმედებითი თავისუფლების არსებითი ნაწილი, რომელიც ავტორის შემოქმედებით იდევს, ფანტაზიებსა და წარმოდგენებს, ასევე მათი განხორციელების პროცესს ეხება, აბსოლუტურად დაცულია ჩარევისაგან. კონსტიტუცია დასაშვებად მიიჩნევს შემოქმედებითი თავისუფლების მხოლოდ იმ ნაწილის შეზღუდვას, რასაც ჰქვია „შემოქმედებითი ნაწარმოების გავრცელება“, თანაც მხოლოდ სასამართლოს გადაწყვეტილების საფუძველზე და მხოლოდ მაშინ, თუ „ნაწარმოების გავრცელება ლახავს სხვათა უფლებებს“ (მ. 20, პ. 3).

²⁴ საინტერესოა, რომ კონსტიტუციის ძველი რედაქციით შეზღუდვა დასაშვებია იყო მხოლოდ სხვათა უფლებების დაცვის მიზნით (მ. 19, პ. 3). მართალია დღეს მოქმედი რედაქცია აფართოებს რწმენის თავისუფლების შეზღუდვის საფუძველს, თუმცა იგი არ ცდება ევროპული კონვენციის მიერ დადგენილ ფარგლებს – კონვენციის მე-9 მუხლის მე-2 პუნქტით შეზღუდვის მიზანი შეიძლება იყოს საზოგადოებრივი უსაფრთხოების ინტერესების, საზოგადოებრივი წესრიგის, ჯანმრთელობის ან მორალის ანდა სხვათა უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვა.

აშკარაა არსებითი ხარვეზი: მე-2 პუნქტიდან გამომდინარე სახელმწიფოს უფლება აქვს, შეზღუდოს აბსოლუტურად დაცული რწმენის შინაგანი თავისუფლება (forum internum). მოცემული დებულება შეზღუდვის ფარგლებში აქცევს მთლიანად რწმენის თავისუფლებას და არა მხოლოდ რწმენის გარეგან თავისუფლებას, რის შედეგადაც ამ თავისუფლების შეზღუდვა შეიძლება განხორციელდეს ადამიანზე „*იდეოლოგიური, ფსიქოლოგიური და მორალური გემოქმედებით, დაშინებით, იძულებით*“ იმ მიზნით, რომ მან „*უარი თქვას კონკრეტულ რწმენაზე, შეიცვალოს ის (და გაიზიაროს რომელიმე სხვა რწმენა)*“.²⁵ ასეთი რამ ნებისმიერ შემთხვევაში დაუშვებელია თუნდაც იმის გამო, რომ შეუძლებელია არსებობდეს მდგომარეობა, როცა, მაგალითად, „საზოგადოებრივი უსაფრთხოების უზრუნველყოფის“ ან „ჯანმრთელობის დაცვის“ მიზნით სახელმწიფო ვალდებული (ან მითუმეტეს უფლებამოსილი) იქნება, აიძულოს ადამიანი შეიცვალოს საკუთარი რწმენა. სახელმწიფოს ეს მოქმედება ვერასოდეს იქნება გამართლებული და ვერ ჩაითვლება რწმენის შინაგანი თავისუფლების არსის თანაზომიერ შეზღუდვად. ასეთი დაშვება პირდაპირ ეწინააღმდეგება რწმენის თავისუფლების არსს, საერთაშორისო პაქტს (მ. 18, პ. 3) და ევროპულ კონვენციას (მ. 9, პ. 2), აგრეთვე ევროპული სასამართლოსა და საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკას. როგორც უკვე აღინიშნა, ეს საერთაშორისო დოკუმენტები და სასამართლოთა გადაწყვეტილებები რწმენის თავისუფლების შეზღუდვას დასაშვებად მიიჩნევენ მხოლოდ მისი „*გამოვლინების*“, „*გაცხადების*“ დროს, ე.ი. რწმენის შინაგანი თავისუფლებიდან გამომდინარე მოქმედებებისას. საკონსტიტუციო სასამართლოს განმარტებით, „*უხეში, გადამეტებული მოპყრობა, რომელიც იწვევს ადამიანის აზროვნების წესის შეცვლას, იწვევს ადამიანის სულიერ ტანჯვას.*“ აქედან გამომდინარე, სასამართლომ მიუთითა ასეთი ჩარევების აბსოლუტურ დაუშვებლობაზე და განაცხადა, რომ „*კონსტიტუციის მე-19 მუხლი*“²⁶ „*ითვალისწინებს ადამიანის შინაგანი სფეროს, მისი შინაგანი სამყაროს აბსოლუტურ დაცვას...*“.²⁷ რაც შეეხება ევროპულ სასამართლოს, მნიშვნელოვანია გადაწყვეტილება საქმეზე „*დარბი შვედეთის წინააღმდეგ*“, სადაც სასამართლომ რწმენის თავისუფლების forum internum-ში დაუშვებელ ჩარევად მიიჩნია შვედეთის კანონმდებლობის ის ნორმები, რომლებიც აიძულებდნენ მოსარჩელეს, გადაეხადა სპეციალური გადასახადი შვედეთის სახელმწიფო ეკლესიისათვის, მიუხედავად იმისა, რომ იგი არ მიეკუთვნებოდა ამ ეკლესიას.²⁸

ამდენად, კონსტიტუციის მე-16 მუხლის დებულებათა განხილვის შედეგად შეიძლება დავასკვნათ, რომ მუხლის მოქმედი რედაქცია კონსტიტუციურსამართლებრივი თვალსაზრისით მიუღებელია, ეწინააღმდეგება რწმენის თავისუფლების არსს, რაც საკანონ-

²⁵ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს სახალხო დამცველი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, 22 დეკემბერი, 2011.

²⁶ კონსტიტუციის ძველი რედაქციით რწმენის თავისუფლება მე-19 მუხლით იყო აღიარებული.

²⁷ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს სახალხო დამცველი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, 22 დეკემბერი, 2011.

²⁸ იხ. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე „დარბი შვედეთის წინააღმდეგ“ (Darby v. Sweden), 24 სექტემბერი, 1990.

მდებლო ხელისუფლებისაგან დაუყოვნებელ მოქმედებას და კონსტიტუციაში შესაბამისი ცვლილებების შეტანას მოითხოვს.

3. საქართველოს კონსტიტუციის ახალი რედაქციის მე-15 მუხლით აღიარებულია პირადი და ოჯახური ცხოვრების, პირადი სივრცის, კომუნიკაციისა და საცხოვრებლის ხელშეუხებლობის ძირითადი უფლებები. მუხლის პირველი პუნქტით პირადი და ოჯახური ცხოვრების, ხოლო მე-2 პუნქტით პირადი სივრცის, კომუნიკაციისა და საცხოვრებლის ხელშეუხებლობა არის გარანტირებული. ამ უფლებებსარსებითი მნიშვნელობა აქვთ თითოეული ადამიანის განვითარებისა და თვითრეალიზაციის თვალსაზრისით. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს განმარტებით „*პირადი ცხოვრების ხელშეუხებლობის უფლება, ყველა სხვა უფლების მსგავსად, ადამიანის ღირსების გამოხატულებაა...*“, იგი „*სასიცოცხლოდ აუცილებელია ადამიანის თავისუფლების, თვითმყოფადობისა და თვითრეალიზაციისათვის, მისი სრულყოფილად გამოყენების ხელშეწყობა და დაცვა არსებითად განმსაზღვრელია დემოკრატიული საზოგადოების განვითარებისათვის*“.²⁹ გარდა ამისა, პირველი პუნქტით აღიარებული პირადი და ოჯახური ცხოვრების ხელშეუხებლობის უფლება პირდაპირ კავშირშია პიროვნების თავისუფალი განვითარების უფლებასთან (მ. 12), რომელიც გაცილებით ფართოა და მოიცავს ადამიანის პირადი და ოჯახური ცხოვრების, პირადი ურთიერთობებისა და საქმიანობის სხვადასხვა, ერთმანეთისგან გარკვეული ნიშნებით გამოყოფილ სფეროებს. შინაარსობრივად ასეთი ყოვლისმომცველი ურთიერთკავშირის გამო საკონსტიტუციო სასამართლომ განმარტა, რომ კონსტიტუციის მე-15 მუხლი (ძველი რედაქციის მე-20 მუხლი) „*არ მოიცავს პირადი ცხოვრების უფლების ყველა ასპექტს*“.³⁰ სასამართლომ გაიზიარა ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პოზიცია, რომ შეუძლებელია ადამიანის პირადი ცხოვრების სფეროს ზუსტი და ყოველმხრივი დეფინირება: „*სასამართლო არ თვლის შესაძლებლად ან აუცილებლად, ამომწურავად განსაზღვროს „პირადი ცხოვრების“ კონცეფცია*“.³¹

მიუხედავად იმისა, რომ პირადი და ოჯახური ცხოვრების ხელშეუხებლობის ძირითად უფლებას განსაკუთრებული მნიშვნელობა აქვს თითოეული ადამიანის სრულფასოვანი განვითარებისათვის („*პირადი ცხოვრების კონსტიტუციური უფლება თავისუფლების*

²⁹ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია და საქართველოს მოქალაქე თამარ ჩუგოშვილი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, 24 ოქტომბერი, 2012.

³⁰ იხ. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს განჩინება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქეები ალექსანდრე მაჭარაშვილი და დავით სართანია საქართველოს პარლამენტისა და საქართველოს იუსტიციის სამინისტროს წინააღმდეგ“, 10 ივნისი, 2009.

³¹ იხ. „ნიმიცი გერმანიის წინააღმდეგ“ (Niemitz v. Germany), 16 დეკემბერი, 1992, „კოსტელო-რობერტსი გაერთიანებული სამეფოს წინააღმდეგ“ (Costello-Roberts v. the United Kingdom), 25 მარტი, 1993; იხ ასევე „საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია და საქართველოს მოქალაქე ეკატერინე ლომთათიძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, 26 დეკემბერი, 2007.

კონსტიტუციის განუყოფელ ნაწილს წარმოადგენს³²), იგი არ არის აბსოლუტური უფლება, რასაც ითვალისწინებს საქართველოს კონსტიტუცია და დასაშვებად მიიჩნევს მის შეზღუდვას, თუმცა იმავდროულად ადგენს შეზღუდვის მკაცრ წინაპირობებს: „ამ უფლების შეზღუდვა დასაშვებია მხოლოდ კანონის შესაბამისად, დემოკრატიულ საზოგადოებაში აუცილებელი სახელმწიფო ან საზოგადოებრივი უსაფრთხოების უზრუნველყოფის ან სხვათა უფლებების დაცვის მიზნით“ (მ. 15, პ. 1, წ. 2). ამ პირობების მიხედვით, სახელმწიფოს მიერ პირადი და ოჯახური ცხოვრების ხელშეუხებლობის ძირითადი უფლებით დაცულ სფეროში ჩარევა (ძირითადი უფლების შეზღუდვა) შეიძლება განხორციელდეს (ა) მხოლოდ კანონის შესაბამისად და (ბ) მხოლოდ დემოკრატიულ საზოგადოებაში აუცილებელი სახელმწიფო ან საზოგადოებრივი უსაფრთხოების უზრუნველყოფის ან სხვათა უფლებების დაცვის მიზნით. სამართლებრივად ეს დებულება გამართულად და გასაგებად არის ჩამოყალიბებული, თუმცა აშკარაა სერიოზული ხარვეზიც: იგი არ ითვალისწინებს დაცულ სფეროში სახელმწიფოს ჩარევისათვის უკიდურესად აუცილებელ კიდევ ერთ წინაპირობას – სასამართლოს ნებართვას, ეს კი სახელმწიფოს აძლევს შესაძლებლობას, მხოლოდ პოლიციისა თუ სხვა შესაბამისი უწყების გადაწყვეტილებით, სასამართლო კონტროლის გარეშე ჩაერიოს ადამიანის პირადი და ოჯახური ცხოვრებით დაცულ სფეროში. ამ უფლების შეზღუდვის მოცემული კონსტრუქცია ქმნის ძალიან დიდ საფრთხეს იმისა, რომ სახელმწიფო გაცდეს ძირითადი უფლებით ბოჭვის ფარგლებს და იმოქმედოს თვითნებურად, რასაც ვეღარ შეათვასებს სასამართლო და შედეგად შეიძლება მივიღოთ სახელმწიფოს გაუმართლებელი მოქმედებები და შესაძლოა ძალადობაც კი ადამიანის პირადი და ოჯახური ცხოვრების სფეროში. თუ რა მნიშვნელობა აქვს დაცულ სფეროში ჩარევისას სასამართლოს გადაწყვეტილებას, როგორც სახელმწიფოს მოქმედებების გამაკონტროლებელ კონსტიტუციურ მექანიზმს, გარკვევით და გასაგებად შეათვასა საკონსტიტუციო სასამართლომ, რომელმაც განაცხადა: „...უფლების შეზღუდვა მოსამართლის გადაწყვეტილების საფუძველზე უმნიშვნელოვანესი კონსტიტუციური გარანტიაა როგორც თავად უფლების დაცვის, ისე კერძო და საჯარო ინტერესების დაბალანსებისათვის“.³³

საყურადღებოა ის გარემოებაც, რომ მე-15 მუხლის მე-2 პუნქტით გათვალისწინებულია სასამართლოს გადაწყვეტილების მნიშვნელობა. ამ პუნქტით აღიარებულია ადამიანის პირადი სივრცის, კომუნიკაციისა და საცხოვრებლის ხელშეუხებლობის ძირითადი უფლებები, მათი შეზღუდვა კი დასაშვებად არის მიჩნეული იმ შემთხვევაში, როცა იგი ხორციელდება (ა) მხოლოდ კანონის შესაბამისად, (ბ) მხოლოდ დემოკრატიულ საზოგადოებაში აუცილებელი სახელმწიფო ან საზოგადოებრივი უსაფრთხოების უზრუნველყოფის ან სხვათა უფლებების დაცვის მიზნით და (გ) მხოლოდ სასამართლოს გადაწყვეტი-

³² საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს განჩინება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქეები ალექსანდრე მაჭარაშვილი და დავით სართანია საქართველოს პარლამენტისა და საქართველოს იუსტიციის სამინისტროს წინააღმდეგ“, 10 ივნისი, 2009.

³³ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია და საქართველოს მოქალაქე ეკატერინე ლომთათიძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ, 26 დეკემბერი, 2007.

ლებით. მართალია აქვე მითითებულია, რომ შეზღუდვა შეიძლება განხორციელდეს სასამართლოს გადაწყვეტილების გარეშეც, „კანონით გათვალისწინებული გადაუდებელი აუცილებლობისას“, მაგრამ ამის შესახებ შეზღუდვიდან არაუგვიანეს 24 საათისა უნდა ეცნობოს სასამართლოს, რომელიც შეზღუდვის კანონიერებაზე მსჯელობს და გადაწყვეტილებას იღებს მიმართვიდან არაუგვიანეს 24 საათისა.³⁴ როგორც ვხედავთ, მე-15 მუხლის პირველი და მე-2 პუნქტებით აღიარებული ძირითადი უფლებების შეზღუდვის სტანდარტი სიტყვასიტყვით ერთმანეთის მსგავსია, ერთადერთი განსხვავება ისაა, რომ პირადი და ოჯახური ცხოვრების უფლების შეზღუდვისას გათვალისწინებული არ არის სასამართლოს გადაწყვეტილება. რამ გამოიწვია ამ დებულებათა ასეთი წინააღმდეგობრიობა, გაუგებარია, რადგან შეუძლებელია გარკვევა იმისა, თუ რით განსხვავდება ერთმანეთისაგან ეს ძირითადი უფლებები იმდენად ღრმად და პრინციპულად, რომ ერთ-ერთი მათგანის შეზღუდვისას არ არის აუცილებელი სახელმწიფოს მოქმედებებზე სასამართლო კონტროლი.

განსახილველ საკითხთან მიმართებით საყურადღებოა კიდევ ერთი გარემოება, რომელიც ეხება კონსტიტუციის ძველი რედაქციის მე-20 მუხლს. კონსტიტუციის მიღების დღიდან პირადი ცხოვრების, პირადი საქმიანობისა და საცხოვრებლის ხელშეუხებლობის უფლებები ამ მუხლით იყო აღიარებული. იგი ორი პუნქტისაგან შედგებოდა (დღეს მოქმედი მე-15 მუხლის მსგავსად) და პირველი მათგანი პირადი ცხოვრების, პირადი საქმიანობისა და კომუნიკაციის უფლებებს მოიცავდა, მეორე კი საცხოვრებლის ხელშეუხებლობის უფლებას. ორივე პუნქტში ხაზგასმით იყო მითითებული, რომ ამ უფლებათა შეზღუდვა დაიშვებოდა მხოლოდ სასამართლოს გადაწყვეტილებით.³⁵ შესაბამისად, მოცემულუფლებათა შეზღუდვისას სასამართლოს გადაწყვეტილების, როგორც ადამიანის უფლებების დაცვის უმნიშვნელოვანესი კონსტიტუციური გარანტიის აუცილებლობა, თავიდანვე იყო დადგენილი კონსტიტუციით. ეს კიდევ ერთხელ ადასტურებს კონსტიტუციის ახალი რედაქციის მე-15 მუხლის პრობლემატურობას.

³⁴ თავისთავად ეს დებულებაც ხარვეზიანია, რადგან წინადადება ამგვარად არის ჩამოყალიბებული: „გადაუდებელი აუცილებლობისას უფლების შეზღუდვის შესახებ არაუგვიანეს 24 საათისა უნდა ეცნობოს სასამართლოს, რომელიც შეზღუდვის კანონიერებას ადასტურებს მიმართვიდან არაუგვიანეს 24 საათისა.“ გამოდის, რომ სასამართლო ავტომატურად „ადასტურებს“ შეზღუდვის კანონიერებას. ჩანანერი იმდენად იმპერატიულია, რომ თეორიულადაც კი არ უშვებს შეზღუდვის არაკანონიერად განხორციელების შესაძლებლობას, უფრომეტყ, სასამართლო განხილვაც კი არ არის საჭირო, იგი მხოლოდ ფორმალურად უნდა დაეთანხმოს პოლიციას თუ სხვა უწყებას, რაც ამჟამად სამართლებრივი ლაფსუსია. ეს წინადადება აუცილებლად უნდა შეიცვალოს და აღინიშნოს, რომ სასამართლო იხილავს შეზღუდვის კანონიერებას და იღებს შესაბამის გადაწყვეტილებას.

³⁵ „1. ყოველი ადამიანის პირადი ცხოვრება, პირადი საქმიანობის ადგილი, პირადი ჩანანერი, მიმონერა, საუბარი სატელეფონო და სხვა სახის ტექნიკური საშუალებით, აგრეთვე ტექნიკური საშუალებებით მიღებული შეტყობინებანი ხელშეუხებელია. აღნიშნული უფლებების შეზღუდვა დაიშვება სასამართლოს გადაწყვეტილებით ან მის გარეშეც, კანონით გათვალისწინებული გადაუდებელი აუცილებლობისას.

2. არავის არა აქვს უფლება შევიდეს საცხოვრებელ ბინაში და სხვა მფლობელობაში მფლობელ პირთანების საწინააღმდეგოდ, აგრეთვე ჩაატაროს ჩხრეკა, თუ არ არის სასამართლოს გადაწყვეტილება ან კანონით გათვალისწინებული გადაუდებელი აუცილებლობა“ – მ. 20 (კონსტიტუციის ძველი რედაქცია).

დასკვნა

საქართველოს კონსტიტუციაში 2017 წელს შეტანილი ცვლილებების ამოქმედებიდან სულ რამდენიმე თვე გავიდა, მათ შესწავლასა და გაანალიზებას კი მეტი დრო ჭირდება. საზოგადოება კარგად დაინახავს ამ ცვლილებათა შედეგებს დროთა განმავლობაში, კონსტიტუციის ახალი რედაქციის პრაქტიკული მოქმედების პარალელურად. თუმცა მანამდე, ვფიქრობ, უმჯობესი იქნება ქართველმა კონსტიტუციონალისტებმა გამოთქვან თავიანთი მოსაზრებები ცვლილებათა დადებითი თუ უარყოფითი მხარეების შესახებ. ამ სტატიაში წარმოდგენილი ანალიზი ცვლილებათა ერთ კონკრეტულ ნაწილს – ადამიანის ძირითად უფლებათა და თავისუფლებათა დებულებების ახალ რედაქციას ეხება. კონსტიტუციის თითოეულ პრინციპს, ნორმასა თუ დებულებას დიდი მნიშვნელობა აქვს დემოკრატიული და სამართლებრივი სახელმწიფოს გამართული ფუნქციონირებისათვის, მაგრამ მათ შორის უმთავრესი მაინც ადამიანის უფლებებია. კანონმდებელი განსაკუთრებულ ყურადღებას უნდა აქცევდეს კონსტიტუციის ამ ნაწილის როგორც შინაარსობრივად, ისე გრამატიკულად და რედაქციულად არაორაზროვნად და ნათლად ჩამოყალიბებას. ნებისმიერმა შეცდომამ ამ სფეროში შეიძლება დიდი პრობლემები შექმნას სახელმწიფოში ადამიანის უფლებათა დაცვის თვალსაზრისით. სწორედ ეს არის მიზეზი იმისა, რომ სტატიაში წარმოდგენილია ადამიანის უფლებათა შესახებ კონკრეტული დებულებების ის ხარვეზები, რომლებიც ამჟამად და მათი აღმოფხვრა აუცილებელია, რადგან კონსტიტუციის თითოეული ხარვეზი კონსტიტუციონალიზმის პრობლემას წარმოადგენს და საფრთხეს უქმნის ადამიანების თავისუფალ განვითარებას, კონსტიტუციური ორგანოების დემოკრატიულ ფუნქციონირებასა და მთლიანად კონსტიტუციურ წესრიგს.

Defects in the Constitution – Problems of Constitutionalism

Konstantin Kublashvili

Resume

The article below discusses a certain part of the adjustments to the Constitution of Georgia, amended in 2017, concerning the Fundamental Human Rights and Freedoms. The amendments became effective on December 16th, 2018 and affected almost all sections regulating human rights. Those sections that have been substantially changed are discussed with particular attention. After those alterations, certain wordings of articles regulating fundamental human rights have been established that create problems from the point of view of constitutional law.

The new edition of Article 16 of the Constitution of Georgia is considered to be a particularly problematic wording. With this wording the freedom of religion, conscience and belief is admitted though the text is formulated in a way that opens the door for restriction to not only so-called “external” freedom of religion (forum externum) but also to the invincible part of freedom of religion – “internal” freedom (forum internum). The author points out the threat read in this edition,

underlines the advantage of the previous edition (meanwhile, compares it with the section 8th of European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) according to which the restrictions on these freedoms were possible only if their “manifestation” violates the rights of other humans.

The particular shortcoming is read in the new edition of Article 71 of the Constitution. Based on this article, during an emergency or martial situation, it is possible not only to limit, but also to “suspend” the action of specific articles of fundamental rights. Consequently, the state is granted the constitutional right to suspend, for example, effectiveness of sections regulating inviolability of personal space and communication (article 15, sub-section 2) and informative self-determination (article 18, sub-section 2). The aforementioned directly contradicts the essence of human rights, since natural rights and the last mentioned in itself are the basis for the annulment/invalidation of the constitutional and legal force of these norms.

Another drawback is connected with the subsection 1 of Article 15, which guarantees the rights of privacy and family life of people. As a result of the amendments, the standard for protecting these rights is significantly weakened, while their restriction without a court decision is possible. The restriction of these rights only on the basis of a judge’s decision is an essential guarantee of the protection of these rights. Therefore, the current edition of the subsection 1 of Article 15 poses a threat to arbitrary actions by the state and that cannot be verified and legally evaluated by court, which eventually, resulted in violating the privacy of humans by the state.

In conclusion, this article refers to the need to eliminate the aforementioned shortcomings by introducing appropriate amendments to the relevant provisions of the Constitution.

გამოყენებული ლიტერატურა

- საქართველოს კონსტიტუცია, იურისტის ბიბლიოთეკა, გამომცემელი: „ბონა კაუზა“, თბილისი, 2018;
- საქართველოს კონსტიტუცია, იურისტის ბიბლიოთეკა, გამომცემელი: „ბონა კაუზა“, თბილისი, 2016;
- საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო, ვებ-გვერდი: www.constcourt.ge, გადანაცვები და განჩინებათა საძიებო პროგრამა;
- საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო, გადანაცვები (ქართულ, ინგლისურ და რუსულ ენაზე), 1996-2016, თბილისი – ბათუმი;
- საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციები, ნაწილი I-V, რედ. ვასილ გონაშვილი, თბილისი, 2004-2008;
- ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენცია, მეთერთმეტე და მეთოთხმეტე ოქმების დამატებებით, Council of Europe, Strasbourg, 2018;
- European Convention on Human Rights, as amended by Protocol No. 11; Council of Europe Treaty Series, No. 5, Strasbourg, 2016;
- საქართველოს უზენაესი სასამართლო, ვებ-გვერდი: www.supremecourt.ge, „საერთაშორისო აქტების კატალოგი“;
- სსიპ საქართველოს საკანონმდებლო მაცნე, ელ. მისამართი: www.matsne.gov.ge;
- Sachs, Michael, GG, Grundgesetz Kommentar, 7. Auflage, G.H.Beck, 2014.

სასამართლოს შეზღუდვა კონსტიტუციითა და ძირითადი უფლებებით

ბესიკ ლოლაძე

შესავალი. 1. სასამართლოს შეზღუდვა კანონით. 2. სასამართლოს შეზღუდვა კონსტიტუციით. 3. სასამართლოს შეზღუდვა ძირითადი უფლებებით. 4. სასამართლოს კონსტიტუციითა და ძირითადი უფლებებით შეზღუდვის უზრუნველყოფის მოქმედი მექანიზმი. 4.1. სასამართლო შემონგების უფლებამოსილება. 4.2. საერთო სასამართლოს კონსტიტუციური წარდგინება. 4.3. საკონსტიტუციო სასამართლოს გადანწყვეტილებების გავლენა საერთო სასამართლოების გადანწყვეტილებებზე. 5. საერთო სასამართლოების გადანწყვეტილებების საკონსტიტუციო კონტროლის პერსპექტივა. 5.1. საერთო სასამართლოების გადანწყვეტილებების საკონსტიტუციო კონტროლის აუცილებლობა. 5.6. საერთო სასამართლოების გადანწყვეტილებების საკონსტიტუციო კონტროლის შესაძლო მოდელი. დასკვნა. რეზიუმე ინგლისურ ენაზე. გამოყენებული ლიტერატურა.

შესავალი

საერთო სასამართლოებთან დაკავშირებით ბევრი მწვავე პრობლემა არსებობს. მათგან ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესია ადამიანის უფლებათა შემლახველი სასამართლო პრაქტიკის გამო სრული პასუხისმგებლობის კანონმდებელზე გადატანის მცდელობა. აშკარაა, რომ მოსამართლეთა საკმაოდ დიდი და გავლენიანი ჯგუფი სამართლებრივ სახელმწიფოს აღიქვამს არა თავისუფლების, არამედ კანონების სახელმწიფოდ და ირიბად მიგვანიშნებს, რომ მომავალშიც დაირღვევა ადამიანის უფლებები, თუ კანონი ამას „უბრძანებს“ მათ.

ზემოაღნიშნული პოზიციის გავლენა ეტყობა მოსამართლეთა კორპუსს, რომელიც იშვიათად ინტერესდება კონკრეტულ საქმეებზე გამოსაყენებელი ნორმების კონსტიტუციურობით, რაც საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს სტატისტიკით დასტურდება.¹ 1996-2017 წლებში საკონსტიტუციო სასამართლოში ჯამში 78 კონსტიტუციური წარდგინება შევიდა. 2000-2001 და 2005-2013 წლებში საერთო სასამართლოებს ერთი კონსტიტუციური წარდგინებაც არ შეუტანია. შედარებისათვის, გერმანიის ფედერალურ საკონსტიტუციო სასამართლოში 2000-2001 წლებში შევიდა 53, ხოლო 2005-2013 წლებში კი – 307 წარდგინება.² აქედან გამომდინარე, ან ქართველმა სამართალშემოქმედმა მიაღწია სრულყოფილებას, ან სახეზეა კომპეტენციის ან/და კეთილსინდისიერების დეფიციტი საერთო სასამართლოებში. პირველი დაშვების აბსურდულობა გვაფიქრებინებს, რომ სწორედ მეორე შემთხვევაა სახეზე.

საერთო სასამართლოების სისტემა, რომელიც წლების განმავლობაში „ვერ აღმოაჩინს“

¹ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 1996-2017 წლების სტატისტიკა, 1; იხ. <<http://www.constcourt.ge/ge/legal-acts/statistics>> [22.02.19].

² Jahresstatistik 2013, A. Statistik für das Geschäftsjahr 2013, I. Gesamtübersichten seit 1951, 4. Eingänge nach Verfahrensarten; იხ. <https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2013/gb2013_pdf/A-I-4.pdf?__blob=publicationFile&v=2> [22.02.19].

არაკონსტიტუციურ ნორმას ინდივიდუალური თავისუფლებისათვის, საფრთხე უფროა, ვიდრე გარანტი. ამაზე მეტყველებს ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილებებიც, საიდანაც ჩანს ქართული მართლმსაჯულების მონაწილეობა ძირითადი უფლებების დარღვევებში.

ქვემოთ შევეცდებით, მცირე წვლილი შევიტანოთ მოსამართლეებისათვის სწორი ორიენტაციების მიწოდებაში იმ შემთხვევებისათვის, როდესაც მათი პასიურობა ფორმალისტური მიდგომებითა და მნიშვნელოვანი კონსტიტუციურ-სამართლებრივი საკითხების არასწორი გაგებითაა განპირობებული. აქედან გამომდინარე, ყურადღებას გავამახვილებთ ისეთ ფუნდამენტურ პრინციპებზე, როგორცაა მოსამართლის შეზღუდვა კანონით, კონსტიტუციითა და ძირითადი უფლებებით, ასევე მათი განხორციელების არსებულსა და პერსპექტიულ მექანიზმებზე.

1. სასამართლოს შეზღუდვა კანონით

სახელმწიფო ხელისუფლების, მათ შორის სასამართლოს კანონით შეზღუდვის ზოგად საფუძველს ადგენს საქართველოს კონსტიტუციის მე-4 მუხლის მე-4 პუნქტი, რომელსაც მართებულად აქვს მიჩენილი ადგილი სამართლებრივი სახელმწიფოსათვის მიძღვნილ მუხლში. კანონით შეზღუდვის პრინციპი სწორედ სამართლებრივი სახელმწიფოს ცენტრალური ნომოკრატიული ელემენტია.³ გარდა ზოგადისა, კონსტიტუცია სასამართლოს კანონით შეზღუდვის სპეციალურ დანაწესსაც შეიცავს.⁴ სასამართლოს კანონით ბოჭვას ითვალისწინებდა საქართველოს 1921 წლის კონსტიტუციაც. 78-ე მუხლის პირველი აბზაცის შესაბამისად, „სასამართლო დამოუკიდებელია და მხოლოდ კანონს ემორჩილება“. 1995 წლის კონსტიტუციამ, ამ თვალსაზრისით, გააგრძელა ტრადიცია.

სასამართლოს კანონით შეზღუდვას აქვს ნეგატიური და პოზიტიური ასპექტები. ერთი მხრივ, მოსამართლემ თავი უნდა შეიკავოს კანონსაწინააღმდეგო აქტებისა და მოქმედებებისაგან, მეორე მხრივ კი – შეასრულოს კანონით დაკისრებული მოვალეობები.⁵ კანონით შეზღუდვის პრინციპი ხელს უშლის სასამართლოს თვითნებურ მოქმედებას და მის შეჭრას საკანონმდებლო ხელისუფლების კომპეტენციაში.⁶

სასამართლო ერთდროულადაა კანონით შეზღუდვის ადრესატი და მისი განხორციელების მთავარი ინსტიტუციური გარანტი. ის აკონტროლებს, რომ სამართლებრივი ურთიერ-

³ Sobota K., Das Prinzip Rechtsstaat. Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte, Tübingen, 1997, 490.

⁴ საქართველოს კონსტიტუციის 63-ე მუხლის პირველი პუნქტი.

⁵ შეად. Detterbeck S., Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, Juristische Ausbildung, 4 (2002), 235 (235); Grzeszick B. (Bearb.), Die Verfassungsgrundsätze des Art. 20 Abs. 3 GG, in: Maunz Th., Dürig G. (Begr.), Grundgesetz Kommentar, Band III, München seit 1958, Rn. 145; Hofmann H. (Bearb.), Kommentar zum Art. 20 GG, in: Schmidt-Bleibtreu B., Klein F. (Begr.), Hofmann H., Hopfau A. (Hrsg.), GG – Kommentar zum Grundgesetz, 12. Auflage, Köln, 2011, S. 646 ff., Rn. 70; Ossenbühl F., Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Isensee J., Kirchhof P. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V – Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, Heidelberg, München, Landsberg, Berlin, 2007, § 101, 183 (185 ff.); Sobota, 105.

⁶ Kunig Ph., Der Rechtsstaat, in: Badura P., Dreier H. (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Zweiter Band – Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts, Tübingen, 2001, 421 (437).

თობები, განსაკუთრებით კერძო პირებსა და ადმინისტრაციულ ორგანოებს შორის, არ გასცდნენ კანონიერების ფარგლებს. ამასთანავე, კანონის დაცვა არა თვითმიზანი, არამედ საშუალებაა ინდივიდუალური თავისუფლებისა და დემოკრატიული კონსტიტუციურ-სამართლებრივი წესრიგის დასაცავად.

კანონით შეზღუდვის პრინციპი მოსამართლისაგან მოითხოვს გადაწყვეტილებების დაფუძნებას კანონზე.⁷ იგულისხმება სამართლებრივი საფუძვლის არა მხოლოდ ფორმალური მითითება, არამედ მისი გამოყენების დასაბუთება. სწორედ აქ ჩანს ყველაზე ნათლად მოსამართლის პროფესიული შესაძლებლობები. შემოქმედებითად და გაბედულად მოაზროვნე მოსამართლე ხელს უწყობს სამართლის განვითარებას, მაგრამ ამავედროულად, ნორმის ინტერპრეტაცია არ უნდა გადაიზარდოს თვითნებობასა და კანონის იგნორირებაში. კანონით შეზღუდვის პრინციპი ფარგლებს უწესებს სამოსამართლო სამართალს.⁸ მსგავსი მიდგომა ასახულია საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკაში. ის თვლის, რომ კანონის განმარტება, მისი შინაარსის დაზუსტება და განვითარება საერთო სასამართლოების პრეროგატივაა. ამავედროულად, ამ პროცესში მოსამართლეები უნდა დარჩნენ კონსტიტუციისა და კანონის ფარგლებში, განსაკუთრებით ძირითადი უფლებების დაცვის თვალსაზრისით.⁹

კანონით შეზღუდვა არ ნიშნავს მოსამართლის მიერ მის ბრმა გაზიარებას. ის ვალდებულია, რომ კარგად შეამოწმოს საქმეზე გამოსაყენებელი ნორმა. მოსამართლემ კანონი უნდა განმარტოს კონსტიტუციის შესაბამისად, გამოიყენოს საერთაშორისო სამართლებრივი ნორმები, განსაკუთრებით ადამიანის უფლებების სფეროში. თუ ნორმა აღნიშნული ნაბიჯების გადადგმის საშუალებას ობიექტურად არ იძლევა, მოსამართლემ უნდა შეაჩეროს საქმის განხილვა და მიმართოს საკონსტიტუციო სასამართლოს კონსტიტუციური წარდგინებით.

2. სასამართლოს შეზღუდვა კონსტიტუციით

ქართული სამართლებრივი სისტემა იერარქიულ პრინციპს ეფუძნება და მის სათავეში კონსტიტუციაა მოქცეული, როგორც სახელმწიფოს უზენაესი კანონი.¹⁰ კონსტიტუცია საჭიროებს უპირატეს იურიდიულ ძალას სხვა სამართლებრივ აქტებთან მიმართებით,¹¹ რაც

⁷ Heyde W., Rechtsprechung, in: Benda E., Maihofer W., Vogel H.-J. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Teil 2, 2., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin, New York, 1995, 1579 (1627); Sachs M. (Bearb.), Kommentar zum Art. 20 GG, in: Sachs M. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 6. Auflage, München, 2011, S. 787 ff., Rn. 119.

⁸ Badura P., Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundsatzes für die Bundesrepublik Deutschland, 4., neu bearbeitete Auflage, München, 2010, 386; Grzeszick, Rn. 148; Hermes G., Bericht, in: Alexy R., Kunig, P., Heun W., Hermes G., Verfassungsrecht und einfaches Recht, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, Berlin, New York, 2002, 119 (152); BVerfGE 69, 315 (371 f.).

⁹ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2016 წლის 30 სექტემბრის №1/5/675,681 გადაწყვეტილება საქმეზე „შპს სამაუნცებლო კომპანია რუსთავი 2“ და „შპს ტელეკომპანია საქართველო“ საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, II-7.

¹⁰ საქართველოს კონსტიტუციის მე-4 მუხლის მე-4 პუნქტი.

¹¹ Hesse K., Verfassung und Verfassungsrecht, in: Benda E., Maihofer W., Vogel H.-J. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Teil 1, 2., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin, New York, 1995, 3 (8).

მისი მოთხოვნების შესრულების საშუალებაა. ამავდროულად, კონსტიტუციას მხოლოდ უმაღლესი იურიდიული ძალა არ გამოარჩევს, არამედ მისი შინაარსობრივი მხარე და ღირებულებათა სისტემა. კონსტიტუციით შეზღუდვა, უპირველეს ყოვლისა, ამ ღირებულებებით ბოჭვას გულისხმობს.

კანონით შეზღუდვის მსგავსად, სასამართლოს კონსტიტუციით ბოჭვის ზოგადი საფუძველი კონსტიტუციის მე-4 მუხლის მე-4 პუნქტია, ხოლო სპეციალური კი – 63-ე მუხლის პირველი პუნქტი, რომლის შესაბამისადაც „მოსამართლე თავის საქმიანობაში დამოუკიდებელია და ემორჩილება მხოლოდ კონსტიტუციასა და კანონს.“ ერთი მხრივ, მოსამართლის დამოუკიდებლობის პრინციპისა და მეორე მხრივ, კონსტიტუციითა და კანონით შეზღუდვის პრინციპების ერთ ნორმაში მოქცევა შემთხვევითი არ არის. კონსტიტუცია ადგენს სამოსამართლო საქმიანობის საფუძველსა და ფარგლებს. ის არა მხოლოდ ლეგალურ ჩარჩოებშია მოქცეული, არამედ დაცულია ამ ფარგლების გარედან მომდინარე ჩარევებისაგან.¹²

კონსტიტუციის უზენაესობისა და კონსტიტუციით შეზღუდვის პრინციპები ასახული იყო 1921 წლის კონსტიტუციაში. მე-8 მუხლის პირველი აბზაცის შესაბამისად, კონსტიტუცია გამოცხადდა სახელმწიფოს უზენაეს კანონად. იკრძალებოდა არაკონსტიტუციური კანონის, დეკრეტის, ბრძანების ან განკარგულების გამოქვეყნება. არაკონსტიტუციურობის ქვეშ მოიაზრებოდა არა მხოლოდ კონსტიტუციის დებულებებთან ანუ ნორმებთან, არამედ კონსტიტუციის დედააზრთან ანუ პრინციპებთან შეუსაბამობა. მე-8 მუხლის მე-2 აბზაცი პირდაპირ მიუთითებდა კონსტიტუციის შესრულებისა და მისი პრინციპების განხორციელების ვალდებულებაზე. ერთი შეხედვით, კონსტიტუციით ბოჭვის ადრესატები საკანონმდებლო („კანონმდებლობა“) და აღმასრულებელი („მართვა-გამგეობა“) ხელისუფლებები იყო. თუ ნორმას განვმარტავთ არა მხოლოდ სიტყვასიტყვითი მნიშვნელობით, შეიძლება ვივარაუდოთ, რომ ტერმინში „სახელმწიფოს ყოველი ხელსუფლება“ სასამართლო ხელისუფლებაც იგულისხმებოდა. 1921 წლის კონსტიტუციას, იმ პერიოდის კონსტიტუციების უმრავლესობის მსგავსად, ჰქონდა კონსტიტუციის უზენაესობისა და კონსტიტუციით შეზღუდვის პრინციპების ინსტიტუციური უზრუნველყოფის პრობლემა – არ არსებობდა საკონსტიტუციო კონტროლის ინსტიტუტი.

კონსტიტუციით შეზღუდვის პრინციპი სამართლებრივი სახელმწიფოს არსებით ელემენტად ითვლება.¹³ ის მოითხოვს არა მხოლოდ კონსტიტუციის კონკრეტული ნორმების, არამედ მისი ფუნდამენტური პრინციპების დაცვასა და პატივისცემას.¹⁴ კონსტიტუციის ნორმებსა და პრინციპებს ერთიან კონტექსტში განიხილავს საქართველოს საკონსტიტუციო სასამარ-

¹² შეად. Loladze B., Das Rechtsstaatsprinzip in der Verfassung Georgiens und in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts Georgiens, Postdam, 2014, 388.

¹³ Sobota, 476.

¹⁴ შეად. Badura, 374.

თლოც.¹⁵ ეს გარემოება მოსამართლისაგან მოითხოვს მაღალ სამართლებრივ კულტურასა და კვალიფიკაციას კონსტიტუციით შეზღუდვის პრინციპის მოთხოვნების შესრულებისათვის.

3. სასამართლოს შეზღუდვა ძირითადი უფლებებით

სასამართლოს შეზღუდვა ძირითადი უფლებებით ორგანულადაა დაკავშირებული კონსტიტუციით შეზღუდვის პრინციპთან, რადგანაც ადამიანი დემოკრატიული და თავისუფალი კონსტიტუციური წესრიგის ცენტრალური ფიგურაა, ხოლო მისი უფლებები კი – კონსტიტუციის განუყოფელი და უმთავრესი ნაწილი. ძირითადი უფლებებით შეზღუდვის პრინციპი მოცემულია საქართველოს კონსტიტუციის მე-4 მუხლის მე-2 პუნქტში. ის გულისხმობს სახელმწიფო ორგანოების, მათ შორის სასამართლოს, შეზღუდვას ადამიანის საყოველთაოდ აღიარებული უფლებებითა და თავისუფლებებით, როგორც უშუალოდ მოქმედი სამართლით. კონსტიტუციების მსგავსი ჩანაწერები ძირითად უფლებებს ანიჭებს ნორმატიულ, სავალდებულო ძალას.¹⁶ ისინი სახელმწიფოზე შემოქმედებს უშუალოდ და არა კანონმდებლის მიერ შექმნილი სამართლის მეშვეობით.¹⁷

ძირითადი უფლებები სახელმწიფოს ზღუდავს არა მხოლოდ როგორც სუბიექტური უფლებები, არამედ როგორც ობიექტური კონსტიტუციური ღირებულებები და თავისუფალი, დემოკრატიული და სამართლებრივსახელმწიფოებრივი კონსტიტუციური წესრიგის მნიშვნელოვანი ელემენტები.¹⁸ ძირითადი უფლებების ამ ორმაგ ფუნქციაზე მიუთითებს საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოც.¹⁹

სასამართლო ხელისუფლების ძირითადი უფლებებით შეზღუდვას თავისებურებები

¹⁵ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 26 ოქტომბრის №2/2-389 გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქე მათა ნათაძე და სხვები საქართველოს პარლამენტისა და საქართველოს პრეზიდენტის წინააღმდეგ“, II-3.

¹⁶ Höfling W. (Bearb.), Kommentar zum Art. 1 GG, in: Sachs M. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 6. Auflage, München, 2011, 75ff., Rn. 80; Starck Ch., Kommentar zum Art. 1 GG, in: Mangoldt H. v., Klein F., Starck Ch. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, 6., vollständig neu bearbeitete Auflage, München, 2010, 25 ff., Rn. 167.

¹⁷ Herdegen M. (Bearb.), Kommentar zum Art. 1 Abs. 3 GG, in: Maunz Th., Dürig G., (Begr.): Grundgesetz Kommentar, Band I, München seit 1958, Rn. 1; Kunig Ph. (Bearb.), Kommentar zum Art. 1 GG, in: Münch I. v. (Begr.), Kunig Ph. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1 (Präambel bis Art. 69), 6., neu bearbeitete Auflage, München, 2012, 56 ff., Rn. 50; Stern K., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III – Allgemeine Lehren der Grundrechte, Halbband 1 – Grundlagen und Geschichte, nationaler und internationaler Grundrechtskonstitutionalismus, juristische Bedeutung der Grundrechte, Grundrechtsberechtigte, Grundrechtsverpflichtete, München, 1988, 1195.

¹⁸ Hesse K., Bedeutung der Grundrechte, in: Benda E., Maihofer W., Vogel H.-J. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Teil 1, 2., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin, New York, 1995, 127 (134); Stern K., Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, in: Stern K., Siekmann H. (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes. Ausgewählte Schriften und Vorträge, Köln, Berlin, Bonn, München, 1992, 1036 (1057); Stern K., Grundgesetz in Gefahr? – Verfassungsprobleme nach 25 Jahren Bundesrepublik Deutschland, in: Stern K., Siekmann H. (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes. Ausgewählte Schriften und Vorträge, Köln, Berlin, Bonn, München, 1992, 38 (42).

¹⁹ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2012 წლის 26 ივნისის №3/1/512 გადაწყვეტილება საქმეზე „დანის მოქალაქე ჰეიკე ქრონფელტი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, II-41.

ახასიათებს.²⁰ სასამართლო აკონტროლებს ხელისუფლების სხვა შტოებს, თუ რამდენად იცავენ ისინი ძირითად უფლებებს. ამის გარეშე ძირითადი უფლებებით შეზღუდვა მხოლოდ პროგრამული დანაწესი იქნებოდა.²¹ ამასთანავე, სასამართლო თავადაც იზღუდება.²² საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო მიუთითებს, რომ საერთო სასამართლომ არ უნდა განახორციელოს საკანონმდებლო ნორმების ისეთი ინტერპრეტაცია, რითაც დავის ერთ მხარეს უპირატესობა მიენიჭება მეორე მხარის კონსტიტუციური უფლებების გაუმართლებელი შეზღუდვისა და მისი კანონიერი ინტერესების სრული იგნორირების ხარჯზე.²³ სასამართლოს არა მხოლოდ აწონ-დანონვა და ბალანსის დაცვა ევალება, არამედ მან უნდა გათვალისწინოს ის პოტენციური ზიანი, რომელიც გადაწყვეტილებით შეიძლება მიადგეს რომელიმე ძირითადი უფლების რეალიზებას.²⁴ როგორც ვხედავთ, საერთო სასამართლოების ვალდებულებაა ნორმათა კონსტიტუციური უფლებების შესაბამისი განმარტება. ამ დროს ხდება კანონმდებლობის ერთგვარი გაჯერება ძირითადი უფლებების შინაარსით.²⁵

საერთო სასამართლოებს განსაკუთრებული პასუხისმგებლობა ეკისრება, როდესაც ძირითადი უფლებების შეზღუდვა ხორციელდება უშუალოდ მათ მიერ, კონსტიტუციით გათვალისწინებული ე.წ. სასამართლო დათქმების საფუძველზე. მაგალითად, საქართველოს კონსტიტუციის მე-13 მუხლის მე-2 პუნქტი ადგენს, რომ თავისუფლების აღკვეთა ან თავისუფლების სხვაგვარი შეზღუდვა დასაშვებია მხოლოდ სასამართლოს გადაწყვეტილებით. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო ამგვარ დათქმებში მართლმსაჯულების ორმაგ ფუნქციას ხედავს. საერთო სასამართლო ამ დროს გვევლინება ძირითადი უფლების არა მხოლოდ შემზღუდველად, არამედ იმის გარანტადაც, რომ შეზღუდვა არ იყოს თვითნებური და არაკონსტიტუციური.²⁶ ძირითად უფლებაში ჩარევის აუცილებლობის შეფასება და მათი შეზღუდვა ნეიტრალური ორგანოს მიერ ხორციელდება, რაც ამცირებს თვითნებობის რისკს სახელმწიფო ხელისუფლების ან სხვა სუბიექტების მხრიდან²⁷ და კანონის სწორი გამოყენების გარანტიაა.²⁸ სამწუხაროდ,

²⁰ დაწვრილებით იხ.: Loladze, 306 ff.

²¹ Stern, Staatsrecht III/1, 1208.

²² Höfling W., Die Grundrechtsbindung der Staatsgewalt, in: Juristische Arbeitsblätter, 1995, 431 (436); Höfling, in: Sachs, GG, Art. 1, Rn. 105; Kunig, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 1, Rn. 62; Schnapp F. E., Die Grundrechtsbindung der Staatsgewalt, Juristische Schulung, 1 (1989), 1 (6).

²³ №1/5/675,681, II-46,82.

²⁴ იქვე, II-61.

²⁵ მაგალითად იხ. Dreier H. (Bearb.), Kommentar zum Art. 1 Abs. 3 GG (Grundrechtsbindung), in: Dreier H. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 1, 2. Auflage, Tübingen, 2004, 246 ff., Rn. 85.

²⁶ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2013 წლის 11 აპრილის №1/2/503,513 გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქეები – ლევან იზორია და დავით-მიხეილი შუბლაძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, II-2.

²⁷ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 8 ოქტომბრის №2/4/532,533 გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქეები – ირაკლი ქემოკლიძე და დავით ხარაძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, II-205.

²⁸ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2012 წლის 29 თებერვლის №2/1/484 გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია“ და საქართველოს მოქალაქე თამარ ხიდაშელი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, II-20; საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს

საკონსტიტუციო სასამართლოს არ აქვს მექანიზმი იმის გადასამოწმებლად, თუ რამდენად ართმევს თავს საერთო სასამართლო ამ ძალიან მნიშვნელოვან ამოცანას.

4. სასამართლოს კონსტიტუციითა და ძირითადი უფლებებით შეზღუდვის უზრუნველყოფის მოქმედი მექანიზმი

4.1. სასამართლო შემოწმების უფლებამოსილება

კონსტიტუციითა და ძირითადი უფლებებით შეზღუდვის პრინციპები სავალდებულოა შესასრულებლად და მათი დარღვევა სამართლებრივ შედეგებს იწვევს.²⁹ ამ კონტექსტში დიდია არა მხოლოდ საკონსტიტუციო სასამართლოს, არამედ საერთო სასამართლოების როლი. მოსამართლეებს აქვთ ე.წ. სამოსამართლო შემოწმების უფლებამოსილება (და ვალდებულებაც), რაც მათი კონსტიტუციითა და კანონით შეზღუდვის პრინციპებიდან გამომდინარეობს და სამართლებრივი სახელმწიფო იდეის განხორციელებას ემსახურება.³⁰ ეს უფლებამოსილება გულისხმობს მოსამართლის მიერ გამოსაყენებელი ნორმის კონსტიტუციურობის შემოწმებას.

საპარლამენტო რესპუბლიკას ახასიათებს გარკვეული რისკი თავისუფლებისათვის, მით უმეტეს, როდესაც დემოკრატიული ინსტიტუტები სუსტია და ერთი პოლიტიკური ძალა აკონტროლებს სახელისუფლებო ვერტიკალს. სამოსამართლო შემოწმების უფლებამოსილება განიხილება სამართლებრივი სახელმწიფოს მხრიდან შემაყოვნებელ მექანიზმად, რათა საპარლამენტო დემოკრატია, ინდივიდუალური უფლებების საზიანოდ, საპარლამენტო აბსოლუტიზმში არ გადაიზარდოს.³¹ შემოწმება, საბოლოო ჯამში, მთავრდება საერთო სასამართლოს კონსტიტუციური წარდგინებით, რომლის საფუძველიც სწორედ შემოწმების უფლებამოსილებაა.³² ეს განპირობებულია იმით, რომ არაკონსტიტუციური ნორმის გაუქმების მონოპოლია მხოლოდ საკონსტიტუციო სასამართლოს აქვს.³³

4.2. საერთო სასამართლოს კონსტიტუციური წარდგინება

საერთო სასამართლოს კონსტიტუციური წარდგინების ინსტიტუტი ხელს უწყობს არა მხოლოდ სამართალშემოქმედებითი პროცესის, არამედ საერთო სასამართლოების საქმიან-

2012 წლის 24 ოქტომბრის №1/2/519 გადაწვეტილება საქმეზე „საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია და საქართველოს მოქალაქე თამარ ჩუგოშვილი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, II-21.

²⁹ ამის შესახებ დანვრილებით იხ. Loladze, 391 ff.

³⁰ Maunz Th. (Bearb.), Kommentar zum Art. 100 GG, in: Maunz Th., Dürig G. (Begr.), Grundgesetz Kommentar, Band VI, München seit 1958, Rn. 2; Stern K., Kommentar zum Art. 100 GG, in: Dolzer R., Graßhof K., Kahl W., Waldhoff Ch. (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Band 12 (Art. 89 – 104), Heidelberg seit 1950, Rn. 12.

³¹ Maunz, Kommentar zum Art. 100 GG, Rn. 3.

³² Federer J., Aufbau, Zuständigkeit und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Das Bundesverfassungsgericht 1951 – 1971, zweite völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Karlsruhe, 1971, 59 (68); Zippelius R., Würtenerberger Th., Maunz Th. (Begr.), Deutsches Staatsrecht. Ein Studienbuch, 32. Auflage, München, 2008, 532.

³³ Loladze, 161.

ნობის მოქცევას კონსტიტუციურ ჩარჩოებში. მისი მნიშვნელობა სცდება კონკრეტული საქმის ფარგლებს. სამეცნიერო ლიტერატურაში გავრცელებული მოსაზრების მიხედვით, სასამართლოს კონსტიტუციურ წარდგინებას ობიექტური ხასიათი აქვს.³⁴ ის, უპირველესად, ემსახურება კონსტიტუციის უზენაესობის დაცვას. ამ ფუნდამენტური პრინციპის უმნიშვნელოვანეს გარანტიას უწოდებს საერთო სასამართლოს კონსტიტუციურ წარდგინებას საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო.³⁵

საერთო სასამართლოს წარდგინების კონსტიტუციური საფუძველია მე-60 მუხლის მე-4 პუნქტის „გ“ ქვეპუნქტი, საიდანაც გამომდინარეობს წარდგინებასთან დაკავშირებული დეტალები. წარდგინების ობიექტი შეიძლება იყოს მხოლოდ ნორმატიული აქტი და მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ საერთო სასამართლომ ის უნდა გამოიყენოს კონკრეტული საქმის განხილვისას. აქედან გამომდინარე, აღნიშნული კომპეტენციის ფარგლებში ხორციელდება კონკრეტული საკონსტიტუციო კონტროლი. პრაქტიკაში არსებითად განსახილველად არ მიიღება წარდგინება, რომელიც არ გამომდინარეობს კონკრეტული სასამართლო საქმიდან.³⁶ კონსტიტუციის შესაბამისად, წარდგინების ავტორის ვარაუდი ნორმის არაკონსტიტუციურობის თაობაზე უნდა იყოს „საფუძვლიანი“, რაც წარდგინების სათანადო არგუმენტაციას გულისხმობს. არა მხოლოდ გამოსაყენებელი ნორმის არაკონსტიტუციურობაა საფუძვლიანად დასასაბუთებელი, არამედ ისიც, რომ ის არსებით გავლენას ახდენს საქმის შედეგზე ანუ მიღებული იქნებოდა განსხვავებული გადაწყვეტილება სადავო ნორმის არარსებობის შემთხვევაში.³⁷ თუ მოსამართლეს არ ძალუძს წარდგინების სათანადოდ შედგენა, ეჭვქვეშ დგება ზოგადად მისი კვალიფიკაციის საკითხი. ამ კონტექსტში გადაჭარბებულად ლოიალურია საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მიდგომა: „საკმარისია, წარდგინებაში მკაფიოდ იკვეთებოდეს კონსტიტუციური პრობლემა, რომლის გადაწყვეტაც სურს კონსტიტუციური წარდგინების ავტორს“.³⁸ ეს ემნის საერთო სასამართლოების წარდგინებების „შეკითხვა-წარდგინებებად“ დეგრადირების საფრთხეს.

საერთო სასამართლოს წარდგინების განხილვის შედეგად სადავო ნორმატიული აქტის ან მისი ნაწილის არაკონსტიტუციურობის დადასტურება იწვევს მის ძალადაკარგულად

³⁴ მაგ.: Müller-Terpitz R. (Bearb.), Kommentar zum Art. 100 GG, in: Schmidt-Bleibtreu B., Klein F. (Begr.), Hofmann H., Hopfauf A. (Hrsg.), GG – Kommentar zum Grundgesetz, 12. Auflage, Köln, 2011, 2062 ff., Rn. 1; Stern, Bonner Kommentar, Art. 100, Rn. 4.

³⁵ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2015 წლის 29 სექტემბრის №3/1/608,609 გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს უზენაესი სასამართლოს კონსტიტუციური წარდგინება საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 306-ე მუხლის მე-4 ნაწილის კონსტიტუციურობის თაობაზე და საქართველოს უზენაესი სასამართლოს კონსტიტუციური წარდგინება საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 297-ე მუხლის „ბ“ ქვეპუნქტის კონსტიტუციურობის თაობაზე“, II-5.

³⁶ მაგ.: საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 1999 წლის 22 აპრილის №1/3/99 განჩინება საქმეზე „თბილისის საქალაქო სასამართლოს კონსტიტუციური წარდგინება“, 3; იხ. <<http://www.constcourt.ge/ge/legal-acts/rulings/tbilisis-saqalaqo-sasamartlos-konstituciuri-wardgineba-284.page>> [16.03.2019].

³⁷ Sieckmann J.-R. (Bearb.), Kommentar zum Art. 100 GG, in: Mangoldt H. v. (Begr.), Klein F., Starck Ch. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, 6., vollständig neu bearbeitete Auflage, München, 2010, 887 ff., Rn. 41.

³⁸ №3/1/608,609, II-8.

ცნობას საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილების გამოქვეყნების მომენტიდან.³⁹ აქედან გამომდინარე, მართლმსაჯულება აღარ განხორციელდება არაკონსტიტუციური ნორმის საფუძველზე, რაც თავიდან აგვაცილებს კონსტიტუციის დარღვევას და ძირითადი უფლებების შესაძლო ხელყოფას.

4.3. საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებების გავლენა საერთო სასამართლოების გადაწყვეტილებებზე

საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებამ შეიძლება გავლენა მოახდინოს სისხლის სამართლის საქმეებზე გამოტანილ განაჩენებზე. მათი გადასინჯვა ახლად გამოვლენილი გარემოებების გამო დასაშვებია, თუ საკონსტიტუციო სასამართლო არაკონსტიტუციურად ცნობს შესაბამის საქმეში გამოყენებულ სისხლის სამართლის კანონს.⁴⁰ ე.ი. საერთო სასამართლოს ამ შემთხვევაში მხედველობიდან გამორჩა მის მიერ გამოსაყენებელი ნორმის არაკონსტიტუციურობა, არ შეიტანა კონსტიტუციური წარდგინება, მაგრამ ნორმა სხვა კომპეტენციის ფარგლებში მაინც გახდა საკონსტიტუციო სასამართლოს მსჯელობის საგანი.

ახლად გამოვლენილ გარემოებათა გამო განაჩენის გადასინჯვის ვადა შეზღუდული არ არის.⁴¹ საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებამ შეიძლება ასევე გამოიწვიოს განაჩენის აღსრულების შეჩერება, თუ ის გამოტანილია არაკონსტიტუციური ნორმის საფუძველზე.⁴² სისხლის სამართლის სფეროში უკანა პლანზე გადადის სამართლებრივი უსაფრთხოებისა და სტაბილურობის საკითხი. ეს შეიძლება აიხსნას ძირითად უფლებებში ჩარევის განსაკუთრებული სიმძიმით.⁴³

განსხვავებულია ვითარება სამოქალაქო და ადმინისტრაციული სამართლის საქმეებზე მიღებულ გადაწყვეტილებებთან დაკავშირებით. აქ საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება არ არის არაკონსტიტუციური ნორმის საფუძველზე მიღებული საერთო სასამართლოს გადაწყვეტილების გადასინჯვის საფუძველი, მაგრამ იწვევს მისი აღსრულების შეჩერებას.⁴⁴ ზოგადად, სამოქალაქო და ადმინისტრაციულ საქმეებზე გადაწყვეტილებების გადასინჯვის არდაშვება აიხსნება სამართლებრივი უსაფრთხოების

³⁹ „საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ“ საქართველოს ორგანული კანონის 23-ე მუხლის პირველი პუნქტი.

⁴⁰ საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 310-ე მუხლის „დ“ ქვეპუნქტი.

⁴¹ საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 311-ე მუხლი.

⁴² „საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ“ საქართველოს ორგანული კანონის მე-20 მუხლი.

⁴³ შეად. Loladze, 163.

⁴⁴ „საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ“ საქართველოს ორგანული კანონის მე-20 მუხლი.

მოთხოვნებით,⁴⁵ რაც სასამართლო გადაწყვეტილებების სტაბილურობასა და მათდამი ნდობის დაცვასაც გულისხმობს. თავის მხრივ, კონსტიტუციის უზენაესობა, სამართლიანობა, ადამიანის უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვა თავისი მნიშვნელობით არათუ ჩამოუვარდება, არამედ აღემატება კიდევ სამართლებრივ უსაფრთხოებას. კონსტიტუციის მთავარი ღირებულება ადამიანია, ხოლო ნებისმიერი სხვა სიკეთე უნდა ჩადგეს მის სამსახურში. აქედან გამომდინარე, მიზანშეწონილია, რომ სამოქალაქო და მით უმეტეს, ადმინისტრაციულ საქმეებზე გაჩნდეს საერთო სასამართლოს გადაწყვეტილების გადასინჯვის შესაძლებლობა, თუ ის არაკონსტიტუციურ ნორმას ეფუძნება. დღეისათვის დასაშვებია საქმის წარმოების განახლება ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს კანონიერ ძალაში შესული გადაწყვეტილების (განჩინების) საფუძველზე.⁴⁶ საკონსტიტუციო სასამართლოც ძირითადი უფლებების დარღვევას ადგენს და ალოგიკურია ამ ორი მსგავსი შემთხვევისადმი კანონმდებლის განსხვავებული დამოკიდებულება.

5. საერთო სასამართლოების გადაწყვეტილებების საკონსტიტუციო კონტროლის პერსპექტივა

5.1. საერთო სასამართლოების გადაწყვეტილებების საკონსტიტუციო კონტროლის აუცილებლობა

კონსტიტუციითა და ძირითადი უფლებებით შეზღუდვის პრინციპი შეიძლება დაარღვიოს ხელისუფლების ნებისმიერმა შტომ, მათ შორის სასამართლომ. საკონსტიტუციო სასამართლოს კომპეტენცია, ძირითადად, ნორმატიულ აქტებზე ვრცელდება და სასამართლო აქტები საკონსტიტუციო კონტროლის გარეშეა დარჩენილი. სასამართლო ხელისუფლების მიერ კონსტიტუციისა და ძირითადი უფლებების დარღვევის რისკი სათანადოდ არ არის დაზღვეული. ამ სახიფათო დეფიციტის აღმოფხვრა ნაწილობრივ შესაძლებელი იქნებოდა, თუ საერთო სასამართლოები აქტიურად გამოიყენებდნენ კონსტიტუციის უზენაესობისა და ძირითადი უფლებების დაცვის არსებულ მექანიზმებს. როგორც აღვნიშნეთ, ისინი ამ კუთხით პასიურობენ. აქედან გამომდინარე, მიზანშეწონილია საერთო სასამართლოების გადაწყვეტილებების შეყვანა საკონსტიტუციო კონტროლის ზონაში, რაც იქნებოდა დარღვევების როგორც აღმოფხვრის, ასევე პრევენციის ეფექტიანი იარაღი. ამ გაბედული, მაგრამ აუცილებელი ნაბიჯის გადადგმის სასარგებლოდ მეტყველებს რიგი არგუმენტებისა, რომელთა ნაწილსაც ქვემოთ მოვიყვანთ.

უპირველეს ყოვლისა, სასამართლო აქტების კონსტიტუციურობის კონტროლის აუცილებლობა თვით კონსტიტუციიდან გამომდინარეობს. სასამართლო ხელისუფლება, ხელისუფლების სხვა შტოების მსგავსად, შეზღუდულია და ხორციელდება კონსტიტუციის

⁴⁵ ზოიძე ბ., საკონსტიტუციო კონტროლი და ღირებულებათა წესრიგი საქართველოში, თბილისი, 2007, 178; Badura, 817; Maunz Th. (Bearb.), Kommentar zum Art. 93 GG, in: Maunz Th., Dürig G. (Begr.), Grundgesetz Kommentar, Band VI, München seit 1958, Rn. 45; Zippelius, Württenberger, Maunz, 537.

⁴⁶ საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის 423-ე მუხლის პირველი ნაწილის „8“ ქვეპუნქტი.

ფარგლებში. კონსტიტუციის უზენაესობის პრინციპი ითვალისწინებს ნებისმიერი აქტის შესაბამისობის ვალდებულებას კონსტიტუციასთან და ვრცელდება სასამართლო გადაწყვეტილებებზეც. სასამართლო ხელისუფლების განხორციელება შეზღუდულია ადამიანის საყოველთაოდ აღიარებული უფლებებითა და თავისუფლებებით, როგორც უშუალოდ მოქმედი სამართლით. ძირითადი უფლებებით შეზღუდვის პრინციპის სრულყოფილი დაცვაც შეუძლებელია სასამართლო აქტების კონტროლის გარეშე. ზემოაღნიშნულ ფუნდამენტურ კონსტიტუციურ პრინციპებს ემატება მოსამართლის კონსტიტუციისა და კანონისადმი დამორჩილების მოთხოვნა.

სასამართლო გადაწყვეტილებების საკონსტიტუციო კონტროლის საჭიროებაზე პრაქტიკაც მიუთითებს. არსებობს საერთო სასამართლოების მიერ ძირითადი უფლებების დარღვევის მძიმე შემთხვევები. მაგალითად, 2011 წლის 26 აპრილის განჩინებაში საქმეზე „ენუქიძე და გირგვლიანი საქართველოს წინააღმდეგ“ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო დიდ ყურადღებას უთმობს სასამართლო პროცედურებსა და ამ კუთხით არსებულ დარღვევებს⁴⁷ და ასკვნის: „...განმცხადებლებს თვითნებურად უთხრეს უარი სასამართლო პროცესებში ეფექტურად მონაწილეობაზე და ამ პროცესების წარმართვის სტილი ადასტურებდა ადგილობრივი ორგანოების სურვილის არარსებობას ობიექტურად და ამომწურავად გამოვლენილიყო სიმართლე...“⁴⁸ სასამართლო გამოხატავს გაოცებას სახელმწიფო ხელისუფლების სხვადასხვა განმტოვებების შეთანხმებული მოქმედებით ამ საქმეზე მართლმსაჯულების განხორციელების ხელის შეშლისათვის, მათ შორის „ადგილობრივი სასამართლოების მიერ პროცესების არასწორად წარმართვითა და მსჯავრდებულების ადრე გამოშვებით“.⁴⁹

საერთო სასამართლოების გადაწყვეტილებების საკონსტიტუციო კონტროლის პრაქტიკულ აუცილებლობაზე საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გამოცდილებაც მეტყველებს.⁵⁰ არის შემთხვევები, როდესაც მოსარჩელის უფლებების სავარაუდო დარღვევა განპირობებულია არა სადავო ნორმით, არამედ საერთო სასამართლოების აქტებით. საკონსტიტუციო სასამართლო ამ დროს მოკლებულია შესაძლებლობას, დაიცვას მოსარჩელის ხელყოფილი ინტერესები.

საყურადღებოა ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს დამოკიდებულება ქართული ინდივიდუალური კონსტიტუციური სარჩელის ინსტიტუტის მიმართ, რაც გამოიკვეთა საქმეზე „აპოსტოლი საქართველოს წინააღმდეგ“.⁵¹ სასამართლომ ის მიაკუთვნა „არარეალური“ კონსტიტუციური სარჩელების კატეგორიას, რაც არ ითვალისწინებს

⁴⁷ პუნქტები 259-267.

⁴⁸ პუნქტი 267.

⁴⁹ პუნქტი 276.

⁵⁰ დაწვრილებით იხ. Loladze, 251 ff.

⁵¹ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 2006 წლის 28 ნოემბრის გადაწყვეტილება საქმეზე „აპოსტოლი საქართველოს წინააღმდეგ“; იხ. <<http://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/apostoli.pdf>> [20.03.2019].

სასამართლო გადაწყვეტილებებისა და სახელმწიფო ორგანოების ინდივიდუალური სამართლებრივი აქტების გასაჩივრებას. აქედან გამომდინარე, ინდივიდუალური კონსტიტუციური სარჩელის ქართული მოდელი არ ჩაითვალა სამართლებრივი დაცვის ეფექტიან შიდასახელმწიფოებრივ საშუალებად.⁵²

5.6. საერთო სასამართლოების გადაწყვეტილებების საკონსტიტუციო კონტროლის შესაძლო მოდელი

როგორც ვხედავთ, საერთო სასამართლოების გადაწყვეტილებების კონსტიტუციურობის შემოწმებისათვის არსებობს წონადი არგუმენტები. პოლიტიკური ნების არსებობის შემთხვევაში, შესაძლებელია საკმაოდ ეფექტიანი მექანიზმის ეტაპობრივი დანერგვა მოწინავე საზღვარგარეთული გამოცდილების გათვალისწინებით. ქვემოთ ყურადღებას გავამახვილებთ რამდენიმე მნიშვნელოვან საკითხზე.

გამოყოფენ სასამართლოს გადაწყვეტილებით ძირითადი უფლებების დარღვევის ოთხ ჯგუფს:⁵³ 1) ძირითადი საპროცესო უფლებების დარღვევა – აქ იგულისხმება ის საპროცესო უფლებები, რაც უშუალოდ კონსტიტუციითაა განმტკიცებული, მაგალითად, დაცვის უფლება; 2) სასამართლო გადაწყვეტილების დაფუძნება არაკონსტიტუციურ ნორმაზე – ეს ის შემთხვევაა, როდესაც არაკონსტიტუციური ნორმის არარსებობის ან მისი სხვაგვარად ფორმულირების შემთხვევაში საერთო სასამართლო განსხვავებულ გადაწყვეტილებას მიიღებდა; 3) ძირითადი უფლებების უგულებელყოფა კანონების განმარტებისას და გამოყენებისას – მოსამართლემ ნებისმიერი კანონი უნდა განმარტოს ძირითადი უფლებების მნიშვნელობის გათვალისწინებით, ხოლო ნორმის რამდენიმე ინტერპრეტაციის არსებობის შემთხვევაში, მოახდინოს მისი კონსტიტუციასთან შესაბამისი განმარტება; 4) თვითნებური მოქმედება გადაწყვეტილების მიღებისას – ამ დროს სასამართლო უშვებს აშკარა შეცდომას კანონის გამოყენებისას, რაც თავის მხრივ, ძირითადი უფლების დარღვევას იწვევს.

სასამართლოს გადაწყვეტილების გასაჩივრება გერმანიის ფედერალურ საკონსტიტუციო სასამართლოში გარკვეულ წინაპირობებთანაა დაკავშირებული, სხვაგვარად შეუძლებელი იქნებოდა სარჩელების უზარმაზარი ოდენობის განხილვა გონივრულ ვადებში. კონსტიტუციური სარჩელი დაიშვება მხოლოდ სამართლებრივი დაცვის საშუალებების ამონურვის შემდეგ, მათი არსებობის შემთხვევაში.⁵⁴ მსგავს მოთხოვნებს ითვალისწინებს, მაგალითად, ავსტრიის,⁵⁵ სლოვაკეთის⁵⁶ და სლოვენის კონსტიტუციები.⁵⁷ ამასთანავე,

⁵² იქვე, პუნქტი 46.

⁵³ ამის თაობაზე დანვრილებით იხ. Schmidt R., Staatsorganisationsrecht sowie Grundzüge des Verfassungsprozessrechts, 7. Auflage, Grasberg bei Bremen, 2007, 297; Stern K., Kommentar zum Art. 93 GG, in: Dolzer R., Graßhof K., Kahl W., Waldhoff Ch. (Hrsg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Band 12 (Art. 89 – 104), Heidelberg seit 1950, 687; Zippelius, Württenberger, Maunz, 523; BVerfGE 4, 1 (6 f.); 42, 64 (72 ff.); 52, 131 (157 f.).

⁵⁴ Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, Art. 90 Abs. 2 Satz 1, <<https://www.gesetze-im-internet.de/bverfgg/>> [21.03.2019].

⁵⁵ Bundes-Verfassungsgesetz, Art. 144 Abs. 1, <<http://www.verfassungen.at/indexheute.htm>> [21.03.2019].

⁵⁶ Verfassung der Slowakischen Republik, Art. 127, <<http://www.verfassungen.eu/sk/index.htm>> [21.03.2019].

საკონსტიტუციო სასამართლოს ეძლევა სხვა სასამართლოთა მიერ გადამონმებული ფაქტობრივი მასალისა და გაკეთებული სამართლებრივი შეფასებების გაცნობის საშუალება,⁵⁸ რაც ზრდის მისი საქმიანობის ეფექტიანობასა და ხარისხს.

სამართლებრივი დაცვის საშუალებების ამონურვის მოთხოვნიდან არსებობს გამონაკლისები. ის არ მოქმედებს, როდესაც საშუალება აშკარად უპერსპექტივოა მოქმედი კანონმდებლობისა და სასამართლოს უმაღლესი ინსტანციების პრაქტიკის გათვალისწინებით,⁵⁹ ანდა საკონსტიტუციო სასამართლოსათვის მიმართვა სამართლებრივი დაცვის ერთადერთი საშუალებაა.⁶⁰ გარდა ამისა, გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო სამართლებრივი დაცვის საშუალებების ამონურვის გარეშე განიხილავს კონსტიტუციურ სარჩელს, თუ ის საყოველთაო მნიშვნელობისა ან თუ სამართლებრივი საშუალებების ამონურვის შემთხვევაში მოსარჩელეს მიაღგებოდა მძიმე და გარდაუვალი ზიანი.⁶¹

საზღვარგარეთული გამოცდილების გაზიარება სამართლებრივი დაცვის საშუალებების ამონურვასთან დაკავშირებით რელევანტური იქნება ქართული მოდელის შემთხვევაშიც. სხვაგვარად გარდაუვალია საკონსტიტუციო სასამართლოს გადატვირთვა სარჩელებით. ამავდროულად, არაგონივრული იქნებოდა საკითხისადმი ფორმალური და თვითმიზნური მიდგომა.⁶² აქედან გამომდინარე, აუცილებელი გახდება გამონაკლისების დაშვება და გამოცდილების გათვალისწინება ამ მიმართებითაც.

მნიშვნელოვანი და პრობლემატურია საერთო სასამართლოების გადანყვეტილებათა შემონმების ფარგლების საკითხი. საკონსტიტუციო სასამართლოს ამოცანად არ ითვლება ფაქტობრივი გარემოებების დადგენა და შეფასება, კანონიერებასთან დაკავშირებული მატერიალური და საპროცესო საკითხების გარკვევა, მიმდინარე კანონმდებლობის განმარტება და გამოყენება.⁶³ საკონსტიტუციო სასამართლო არკვევს, დაირღვა თუ არა

⁵⁷ Verfassung der Republik Slowenien, Art. 160, <<http://www.verfassungen.eu/sl/verf91-i.htm>>, [21.03.2019].

⁵⁸ Badura, 807; Hopfauf A. (Bearb.), Kommentar zum Art. 94 GG, in: Schmidt-Bleibtreu B., Klein F. (Begr.), Hofmann H., Hopfauf A. (Hrsg.), GG – Kommentar zum Grundgesetz, 12. Auflage, Köln, 2011, 1972 ff., Rn. 69; Meyer W. (Berab.), Kommentar zum Art. 94 GG, in: Münch I. v. (Begr.), Kunig Ph. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 2 (Art. 70 bis 146), 6., neu bearbeitete Auflage, München, 2012, 732 ff., Rn. 33; Schenke W.-R., Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, Heidelberg, 1987, 15; Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, Rn. 719; Zippelius, Würtenerger, Maunz, 542; BVerfGE 9, 3 (7); 56, 54 (69); 65, 1 (38).

⁵⁹ Benda E., Klein E., Verfassungsprozessrecht. Ein Lehr- und Handbuch, 3., völlig neu bearbeitete Auflage, Heidelberg u. a., 2012, 246; Maunz, Kommentar zum Art. 93 GG, Rn. 71.

⁶⁰ Schmidt, 284.

⁶¹ § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG.

⁶² შეად. Loladze, 266.

⁶³ Hopfauf A. (Bearb.), Kommentar zum Art. 93 GG, in: Schmidt-Bleibtreu B., Klein F. (Begr.), Hofmann H., Hopfauf A. (Hrsg.), GG – Kommentar zum Grundgesetz, 12. Auflage, Köln, 2011, 1881 ff., Rn. 32, 200; Maunz, GG, Art. 93, Rn. 65; Meyer W. (Berab.), Kommentar zum Art. 93 GG, in: Münch I. v. (Begr.), Kunig Ph. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 2 (Art. 70 bis 146), 6., neu bearbeitete Auflage, München, 2012, 692 ff., Rn. 61; Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, Rn. 684; BVerfGE 1, 418 (420); 2, 336 (339); 13, 318 (325); 18, 85 (92 f.); 43, 130 (135).

„სპეციფიური საკონსტიტუციო სამართალი“.⁶⁴ ამ ფარგლებს დაცვა არ არის მარტივი და ბევრი ავტორის აზრით, გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო ხანდახან სცდება მისი კომპეტენციის ფარგლებს.⁶⁵

საერთო სასამართლოების გადანყვეტილებებზე საკონსტიტუციო კონტროლის შემოღების შემთხვევაში, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლო არ იქნება დაზღვეული ზემოაღნიშნული პრობლემებისაგან. რისკებს შეამცირებდა ახალ მოდელზე ეტაპობრივი გადასვლა.⁶⁶ აუცილებელი გახდება ორგანიზაციული და სამართლებრივი საკითხების გადანყვეტა საკონსტიტუციო კონტროლის შეფერხების თავიდან ასაცილებლად. ამ კონტექსტში მიზანშეწონილი იქნებოდა საკონსტიტუციო სასამართლოს კოლეგიების რაოდენობის გაზრდა სამამდე, სამ-სამი მოსამართლის შემადგენლობით. ამით გააქტიურდებოდა სასამართლოს თავმჯდომარის სამოსამართლო საქმიანობა და დაჩქარდებოდა საკონსტიტუციო სამართალწარმოება. თუ ეს ნაბიჯი ვერ მიაღწევს სასურველ ეფექტს, შეიძლება ისეთი ღონისძიებების განხორციელება, როგორცაა კონსტიტუციური სარჩელების ნაწილის განხილვა ზეპირი მოსმენის გარეშე, მოსამართლეთა რაოდენობის გაზრდა და ა.შ.

საკონსტიტუციო სასამართლოს საქმიანობის სამართლებრივ უზრუნველყოფაში ტრადიციულად დიდ როლს თამაშობს მისი აპარატი. რეფორმის წარმატება წარმოუდგენელი იქნებოდა მისი გაფართოებისა და გაძლიერების გარეშე. ამ ამოცანას ართულებს სასამართლოს ბათუმში განლაგების ფაქტი, რადგანაც შესაბამისი ინტელექტუალური პოტენციალი ძირითადად დედაქალაქშია თავმოყრილი.

ორგანიზაციულ პრობლემებზე არანაკლებ სერიოზულია სამართლებრივი პრობლემებიც, რომლებიც დიდი გამოცდილების მქონე საკონსტიტუციო სასამართლოებსაც ექმნება. აქედან გამომდინარე, საერთო სასამართლოების გადანყვეტილებების კონტროლი საფეხურეობრივად უნდა დაინერგოს. ეს ხელს შეუწყობს როგორც საკონსტიტუციო სასამართლოს, ასევე საერთო სასამართლოებისა და პოტენციური მოსარჩევეების უკეთ შეგუებას ახალ გამონვევებთან. პირველ ეტაპზე მიზანშეწონილია საერთო სასამართლოების გადანყვეტილებების შემოწმების შემოღება, თუ ისინი ეყრდნობა არაკონსტიტუციურ ნორმას. საკონსტიტუციო სასამართლო დარჩება ნორმათკონტროლის ფარგლებში, რაც მისთვის ჩვეული ამპლუაა. მეორე ეტაპზე შესაძლებელია საკონსტიტუციო კონტროლმა მოიცვას იმის შემოწმება, ხომ არ დაარღვია საერთო სასამართლოს გადანყვეტილებამ

⁶⁴ მაგ.: Fürst W., Die Funktionsgebundenheit von Verfassungs- und Verwaltungsrechtsprechung im Spannungsfeld grundgesetzlicher Gewaltenteilung, in: Festschrift Edwin Loebenstein zum 80. Geburtstag, Wien, 1991, 31 (35); Stern, Bonner Kommentar, Art. 93, Rn. 686; BVerfGE 1, 418 (420); 43, 130 (135); 47, 239 (249); 52, 131 (157).

⁶⁵ დაწვრილებით ob. Badura, 808; Hopfauf, GG, Art. 93, Rn. 199; Münch I. v. (Begr.), Mager U. (Bearb.), Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht unter Berücksichtigung der europarechtlichen Bezüge, 7., völlig neu bearbeitete Auflage, Stuttgart, 2009, 316 f.; Voßkuhle A. (Bearb.), Kommentar zum Art. 93 GG, in: Mangoldt H. v. (Begr.), Klein F., Starck Ch. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, 6., vollständig neu bearbeitete Auflage, München, 2010, 665 ff., Rn. 55; Zippelius, Würtenerberger, Maunz, 523.

⁶⁶ დაწვრილებით ob. Loladze, 267 f.

რომელიმე ძირითადი საპროცესო უფლება. ამ უფლებების განმარტებასთან დაკავშირებით საკონსტიტუციო სასამართლოს მდიდარი გამოცდილება აქვს. ამის შემდეგ, მესამე ეტაპზე შესაძლებელი გახდება იმ საქმეების განხილვაც, როდესაც ძირითადი უფლება დარღვეულია საერთო სასამართლოს მიერ ნორმის განმარტებისას და გამოყენებისას ძირითადი უფლების მნიშვნელობის იგნორირებით, ნორმის არაკონსტიტუციური განმარტებით ან აშკარად თვითნებური მოქმედებით. ეტაპების ხანგრძლივობა უნდა განისაზღვროს იმ ვადის გათვალისწინებით, რასაც საკონსტიტუციო სასამართლო საშუალოდ ფაქტობრივად ანდომებს კონსტიტუციური სარჩელის განხილვას. ის უნდა იძლეოდეს საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ შესაბამისი მიმართულებით საწყისი პრაქტიკის ჩამოყალიბების საშუალებას, რათა მოხდეს მისი გაანალიზება და მომდევნო ეტაპის უფრო ეფექტიანად დაძლევა.

საერთო სასამართლოების გადაწყვეტილებებზე საკონსტიტუციო კონტროლის განხორციელება დადებით გავლენას მოახდენდა სასამართლოს კონსტიტუციური წარდგინების ინსტიტუტის გააქტიურების კუთხით. მოსამართლისათვის, რომელიც უფროსი ილდება თავის რეპუტაციას და აქვს საკმარისი კვალიფიკაცია, უმჯობესია, რომ დაასწროს მოვლენების განვითარებას და თავად დააყენოს საკონსტიტუციო სასამართლოს წინაშე ნორმის კონსტიტუციურობის საკითხი. ეს გაზრდის საერთო სასამართლოების პრაქტიკის ხარისხს ადამიანის უფლებების დაცვის კუთხით. მოსამართლეები საქმეთა განხილვისას გაცილებით მეტ დროსა და ყურადღებას დაუთმობენ ძირითადი უფლებების თემას.

დასკვნა

რაციონალური არგუმენტები საერთო სასამართლოების საქმიანობაზე საკონსტიტუციო კონტროლის გავრცელებისათვის მრავლადაა. 2015 წლის დასაწყისისათვის საქართველოს სახალხო დამცველის ინიციატივით შესაბამისი საკანონმდებლო პაკეტიც კი მომზადდა, გაიმართა პრეზენტაცია ხელისუფლებისა და საზოგადოების წარმომადგენლების მონაწილეობით, მაგრამ პროცესი ამ ეტაპზე შეჩერდა. მიუხედავად იმისა, რომ 1995 წლის კონსტიტუციის მიღების შემდეგ სამი მასშტაბური საკონსტიტუციო რეფორმა განხორციელდა, კანონმდებელმა აღნიშნული საკითხი სამივე ჯერზე ყურადღების მიღმა დატოვა. აშკარაა, რომ ჯერ კიდევ არ არსებობს საერთო სასამართლოების საქმიანობის კონსტიტუციური სტანდარტებისადმი დაქვემდებარების პოლიტიკური ნება. სამწუხაროდ, არც სამოქალაქო საზოგადოების განსაკუთრებული აქტივობა იგრძნობა ამ კუთხით. საერთო სასამართლოების გადაწყვეტილებების კონსტიტუციურობის შემოწმების ინსტიტუტის შემოღება აუცილებლად უნდა იქცეს ერთ-ერთ წამყვან მოთხოვნად დამოუკიდებელი სასამართლოსათვის ბრძოლის კონტექსტში. საპარლამენტო რესპუბლიკის მოდელზე გადასვლამ კრიტიკულად გაზარდა დამოუკიდებელი სასამართლო სისტემის მნიშვნელობა და ამ პრობლემისა და მასთან დაკავშირებული საკითხების მოგვარება სასიცოცხლოდ აუცილებელი თემების რიგს მიაკუთვნა.

Limitation of the Court by the Constitution and Fundamental Rights

Besik Loladze

Resume

The problem of the lack of independence of the common courts and the low quality of their activities is one of the main obstacles to the development of Georgian statehood. Even almost three decades after independence, this problem is still on the agenda. This article focuses on the most important aspect of this topic – the limitation of common courts by the Constitution and fundamental rights.

The article briefly analyzes the existing legal and practical realities. The author describes the essence and basic characteristics of such important principles as the restriction of the court by law, the Constitution and human rights. In addition to discussing and critically evaluating the existing mechanism for ensuring the limitation of common courts by the Constitution and fundamental rights, the article offers a possible mechanism for solving the problem through constitutional control over the decisions of common courts, as well as ways to implement it in the light of foreign experience.

გამოყენებული ლიტერატურა

- ზოიძე, ბესარიონ, საკონსტიტუციო კონტროლი და ღირებულებათა წესრიგი საქართველოში, თბილისი, 2007
- Badura, Peter, Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundsatzes für die Bundesrepublik Deutschland, 4., neu bearbeitete Auflage, München, 2010
- Benda, Ernst, Klein Eckart, Verfassungsprozessrecht. Ein Lehr- und Handbuch, 3., völlig neu bearbeitete Auflage, Heidelberg u. a., 2012
- Detterbeck, Steffen, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, Juristische Ausbildung, 4 (2002), 235 ff.
- Dreier, Horst (Bearb.), Kommentar zum Art. 1 Abs. 3 GG (Grundrechtsbindung), in: Dreier H. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 1, 2. Auflage, Tübingen, 2004, 246 ff.
- Federer, Julius, Aufbau, Zuständigkeit und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Das Bundesverfassungsgericht 1951 – 1971, zweite völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Karlsruhe, 1971, 59 ff.
- Fürst, Walther, Die Funktionsgebundenheit von Verfassungs- und Verwaltungsrechtsprechung im Spannungsfeld grundgesetzlicher Gewaltenteilung, in: Festschrift Edwin Loebenstein zum 80. Geburtstag, Wien, 1991, 31 ff.
- Grzeszick, Bernd (Bearb.), Die Verfassungsgrundsätze des Art. 20 Abs. 3 GG, in: Maunz Th., Dürig G. (Begr.), Grundgesetz Kommentar, Band III, München seit 1958
- Herdegen, Matthias (Bearb.), Kommentar zum Art. 1 Abs. 3 GG, in: Maunz Th., Dürig G., (Begr.): Grundgesetz Kommentar, Band I, München seit 1958
- Hermes, Georg, Bericht, in: Alexy R., Kunig, P., Heun W., Hermes G., Verfassungsrecht und einfaches Recht, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, Berlin, New York, 2002, 119 ff.
- Hesse, Konrad, Bedeutung der Grundrechte, in: Benda E., Maihofer W., Vogel H.-J. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Teil 1, 2., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin, New York, 1995, 127 ff.
- Hesse, Konrad, Verfassung und Verfassungsrecht, in: Benda E., Maihofer W., Vogel H.-J. (Hrsg.),

Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Teil 1, 2., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin, New York, 1995, 3 ff.

- Heyde, Wolfgang, Rechtsprechung, in: Benda E., Maihofer W., Vogel H.-J. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Teil 2, 2., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin, New York, 1995, 1579 ff.
- Höfling, Wolfram, Die Grundrechtsbindung der Staatsgewalt, in: Juristische Arbeitsblätter, 1995, 431 ff.
- Höfling, Wolfram (Bearb.), Kommentar zum Art. 1 GG, in: Sachs M. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 6. Auflage, München, 2011, 75 ff.
- Hofmann, Hans (Bearb.), Kommentar zum Art. 20 GG, in: Schmidt-Bleibtreu B., Klein F. (Begr.), Hofmann H., Hopfauf A. (Hrsg.), GG – Kommentar zum Grundgesetz, 12. Auflage, Köln, 2011, 646 ff.
- Hopfauf, Axel (Bearb.), Kommentar zum Art. 93 GG, in: Schmidt-Bleibtreu B., Klein F. (Begr.), Hofmann H., Hopfauf A. (Hrsg.), GG – Kommentar zum Grundgesetz, 12. Auflage, Köln, 2011, 1881 ff.
- Hopfauf, Axel (Bearb.), Kommentar zum Art. 94 GG, in: Schmidt-Bleibtreu B., Klein F. (Begr.), Hofmann H., Hopfauf A. (Hrsg.), GG – Kommentar zum Grundgesetz, 12. Auflage, Köln, 2011, 1972 ff.
- Kunig, Philip, Der Rechtsstaat, in: Badura P., Dreier H. (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Zweiter Band – Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts, Tübingen, 2001, 421 ff.
- Kunig, Philip (Bearb.), Kommentar zum Art. 1 GG, in: Münch I. v. (Begr.), Kunig Ph. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1 (Präambel bis Art. 69), 6., neu bearbeitete Auflage, München, 2012, 56 ff.
- Loladze, Besik, Das Rechtsstaatsprinzip in der Verfassung Georgiens und in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts Georgiens, Postdam, 2014
- Maunz, Theodor (Bearb.), Kommentar zum Art. 93 GG, in: Maunz Th., Dürig G. (Begr.), Grundgesetz Kommentar, Band VI, München seit 1958
- Maunz, Theodor (Bearb.), Kommentar zum Art. 100 GG, in: Maunz Th., Dürig G. (Begr.), Grundgesetz Kommentar, Band VI, München seit 1958
- Meyer, Wolfgang (Berab.), Kommentar zum Art. 93 GG, in: Münch I. v. (Begr.), Kunig Ph. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 2 (Art. 70 bis 146), 6., neu bearbeitete Auflage, München, 2012, 692 ff.
- Meyer, Wolfgang (Berab.), Kommentar zum Art. 94 GG, in: Münch I. v. (Begr.), Kunig Ph. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 2 (Art. 70 bis 146), 6., neu bearbeitete Auflage, München, 2012, 732 ff.
- Müller-Terpitz, Ralf (Bearb.), Kommentar zum Art. 100 GG, in: Schmidt-Bleibtreu B., Klein F. (Begr.), Hofmann H., Hopfauf A. (Hrsg.), GG – Kommentar zum Grundgesetz, 12. Auflage, Köln, 2011, 2062 ff.
- Münch, Ingo von (Begr.), Mager, Ute (Bearb.), Staatsrecht I. Staatsorganisationsrecht unter Berücksichtigung der europarechtlichen Bezüge, 7., völlig neu bearbeitete Auflage, Stuttgart, 2009
- Ossenbühl, Fritz, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Isensee J., Kirchhof P. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V – Rechtsquellen, Organisation, Finanzen, Heidelberg, München, Landsberg, Berlin, 2007, § 101, 183 ff.
- Sachs, Michael (Bearb.), Kommentar zum Art. 20 GG, in: Sachs M. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 6. Auflage, München, 2011, 787 ff.
- Schenke, Wolf-Rüdiger, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, Heidelberg, 1987
- Schmidt, Rolf, Staatsorganisationsrecht sowie Grundzüge des Verfassungsprozessrechts, 7. Auflage, Grasberg bei Bremen, 2007
- Schnapp, Friedrich Eberhard, Die Grundrechtsbindung der Staatsgewalt, Juristische Schulung, 1 (1989), 1 ff.
- Sieckmann, Jan-Reinard (Bearb.), Kommentar zum Art. 100 GG, in: Mangoldt H. v. (Begr.), Klein F., Starck Ch. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, 6., vollständig neu bearbeitete Auflage, München, 2010, 887 ff
- Sobota, Katharina, Das Prinzip Rechtsstaat. Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte, Tübingen, 1997, 490.
- Starck, Christian, Kommentar zum Art. 1 GG, in: Mangoldt H. v., Klein F., Starck Ch. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, 6., vollständig neu bearbeitete Auflage, München. 2010, 25 ff.

- Stern, Klaus, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, in: Stern K., Siekmann H. (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes. Ausgewählte Schriften und Vorträge, Köln, Berlin, Bonn, München, 1992, 1036 ff.
- Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III – Allgemeine Lehren der Grundrechte, Halbband 1 – Grundlagen und Geschichte, nationaler und internationaler Grundrechtskonstitutionalismus, juristische Bedeutung der Grundrechte, Grundrechtsberechtigte, Grundrechtsverpflichtete, München, 1988
- Stern, Klaus, Grundgesetz in Gefahr? – Verfassungsprobleme nach 25 Jahren Bundesrepublik Deutschland, in: Stern K., Siekmann H. (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes. Ausgewählte Schriften und Vorträge, Köln, Berlin, Bonn, München, 1992, 38 ff.
- Stern, Klaus, Kommentar zum Art. 93 GG, in: Dolzer R., Graßhof K., Kahl W., Waldhoff Ch. (Hrsg.): Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Band 12 (Art. 89 – 104), Heidelberg seit 1950
- Stern, Klaus, Kommentar zum Art. 100 GG, in: Dolzer R., Graßhof K., Kahl W., Waldhoff Ch. (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Band 12 (Art. 89 – 104), Heidelberg seit 1950
- Zippelius, Reinhold, Würtenberger, Thomas, Maunz, Theodor (Begr.), Deutsches Staatsrecht. Ein Studienbuch, 32. Auflage, München, 2008
- Voßkuhle, Andreas (Bearb.), Kommentar zum Art. 93 GG, in: Mangoldt H. v. (Begr.), Klein F., Starck Ch. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, 6., vollständig neu bearbeitete Auflage, München, 2010, 665 ff.

სასამართლო გადაწყვეტილებები და სხვა მასალა

- ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს 2006 წლის 28 ნოემბრის გადაწყვეტილება საქმეზე „აპოსტოლი საქართველოს წინააღმდეგ“, <<http://www.supremecourt.ge/files/upload-file/pdf/apostoli.pdf>>
- საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 26 ოქტომბრის №2/2-389 გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქე მათაძე და სხვები საქართველოს პარლამენტისა და საქართველოს პრეზიდენტის წინააღმდეგ“
- საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2012 წლის 29 თებერვლის №2/1/484 გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია“ და საქართველოს მოქალაქე თამარ ხიდაშელი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“
- საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2012 წლის 26 ივნისის №3/1/512 გადაწყვეტილება საქმეზე „დანის მოქალაქე ჰეიკე ქრონფელტი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“
- საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2012 წლის 24 ოქტომბრის №1/2/519 გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია და საქართველოს მოქალაქე თამარ ჩუგოშვილი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“
- საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2013 წლის 11 აპრილის №1/2/503,513 გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქეები – ლევან იზორია და დავით-მიხეილი მუბლაძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“
- საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 8 ოქტომბრის №2/4/532,533 გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქეები – ირაკლი ქემოკლიძე და დავით ხარაძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“
- საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2015 წლის 29 სექტემბრის №3/1/608,609 გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს უზენაესი სასამართლოს კონსტიტუციური წარდგინება საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 306-ე მუხლის მე-4

ნაწილის კონსტიტუციურობის თაობაზე და საქართველოს უზენაესი სასამართლოს კონსტიტუციური წარდგინება საქართველოს სისხლის სამართლის საპროცესო კოდექსის 297-ე მუხლის „ზ“ ქვეპუნქტის კონსტიტუციურობის თაობაზე“

- საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2016 წლის 30 სექტემბრის №1/5/675,681 გადაწყვეტილება საქმეზე „„შპს სამაუწყებლო კომპანია რუსთავი 2“ და „შპს ტელეკომპანია საქართველო“ საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“
- საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 1999 წლის 22 აპრილის №1/3/99 განჩინება საქმეზე „თბილისის საქალაქო სასამართლოს კონსტიტუციური წარდგინება“
- საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 1996-2017 წლების სტატისტიკა, <<http://www.constcourt.ge/ge/legal-acts/statistics>>
- Bundes-Verfassungsgesetz, <<http://www.verfassungen.at/indexheute.htm>>
- Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, <<https://www.gesetze-im-internet.de/bverf/gg/>>
- Verfassung der Republik Slowenien, <<http://www.verfassungen.eu/sl/verf91-i.htm>>
- Verfassung der Slowakischen Republik, <<http://www.verfassungen.eu/sk/index.htm>>
- BVerfGE 1, 418 – Ahndungsgesetz
- BVerfGE 2, 336 – Armenanwalt
- BVerfGE 4, 1 – Bindung durch Rechtsinstanz
- BVerfGE 9, 3 – Eigenmietwert
- BVerfGE 13, 318 – Ehegatten-Arbeitsverhältnisse
- BVerfGE 18, 85 – Spezifisches Verfassungsrecht
- BVerfGE 42, 64 – Zwangsversteigerung I
- BVerfGE 43, 130 – Flugblatt
- BVerfGE 47, 239 – Zwangsweiser Haarschnitt
- BVerfGE 52, 131 – Arzthaftungsprozeß
- BVerfGE 56, 54 – Fluglärm
- BVerfGE 65, 1 – Volkszählung
- BVerfGE 69, 315 – Brokdorf
- Jahresstatistik 2013, A. Statistik für das Geschäftsjahr 2013, I. Gesamtübersichten seit 1951, 4. Eingänge nach Verfahrensarten, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2013/gb2013_pdf/A-I-4.pdf?__blob=publicationFile&v=2>

პარლამენტარიზმის ქართული ანარეკლები (კონსტიტუციურ-სამართლებრივი ექსკურსი)

გია გოგიბერიძე

1. შესავალი. 2. ძირითადი მახასიათებლები. 3. ისტორიული კონტექსტი. 4. მონოპოლია დემოკრატიაზე თუ შეზღუდული წარმომადგენლობა. 5. პარლამენტის „სრულხელისუფლებიანობა“ ანუ „უზენაესი ბატონი ქვეყნისა“. 6. ძალთა ასიმეტრია – პარლამენტის „გაუწონასწორებელი“ ძალაუფლებით. 7. მთავრობის „მომლოდინე“ პარლამენტიდან „რაციონალიზებულ“ პარლამენტამდე. 8. „სანდო კაცებიდან“ პარტიულ დემოკრატიაზე. 9. საჯარო სადისკუსიო და ფართო კონსენსუსის უზრუნველყოფი ორგანო. 10. დასკვნა. რეზიუმე ინგლისურ ენაზე. გამოყენებული ლიტერატურა.

1. შესავალი

ხელისუფლების ორგანიზაციისა და მმართველობის განხორციელების ოპტიმალური მოდელის ძიების ისტორიულ-პოლიტიკურ ქართველებში პარლამენტარიზმს ერთ-ერთი გამორჩეული ადგილი უჭირავს. აღნიშნული მოვლენის დამკვიდრებამ მნიშვნელოვნად შეუწყო ხელი ერთპიროვნულ მმართველობაზე დაფუძნებული სისტემის დასრულებას, შექმნა ქმედითი პირობები ძალაუფლების განხორციელებისა და ძალაუფლების გადაცემის პროცესში ხალხის მონაწილეობისა და ძალაუფლების მფლობელთა ანგარიშვალდებულების სისტემის ჩამოყალიბებისათვის.

პარლამენტარიზმის იდეა, ჯერ კიდევ, შუა საუკუნეებიდან იღებს სათავეს (მიიჩნევა, რომ მისი სამშობლო ინგლისია¹). განსაკუთრებით თვალსაჩინოა მისი ინსტიტუციონალიზაციის პროცესი მე-19 საუკუნიდან, ევროპის რიგ ქვეყნებში მიმდინარე პოლიტიკური ცვლილებებისა და სახელმწიფო ხელისუფლების ფორმირების ახალი პრინციპების დამკვიდრების კვალობაზე. ხელისუფლების ორგანიზაციის აღნიშნულმა კონცეფციამ ისტორიული განვითარების სხვადასხვა ეტაპები განვლო და რიგი შინაარსობრივ-ფუნქციური სახესხვაობა განიცადა. ნოდებრივ-წარმომადგენლობითი ორგანოს მიერ მონარქის აბსოლუტური ძალაუფლების შეზღუდვის თავდაპირველი იდეიდან იგი ხალხის ძალაუფლების განმახორციელებელ წარმომადგენლობით ორგანოდ და კონსტიტუციონალიზმის არსებით ინსტიტუტად ჩამოყალიბდა. შეიძლება ითქვას, რომ პარლამენტარიზმი ხალხის ძალაუფლების წარმომადგენლობით-საკანონმდებლო ორგანოს – პარლამენტისათვის გადაცემისა და აღნიშნულის საფუძველზე, ხელისუფლების სისტემაში საკანონმდებლო ორგანოს ფუნქციურად წამყვანი როლის განსაზღვრის კონცეპტუალურ თვალსაზრისს დაუკავშირდა.

პარლამენტარიზმის დახასიათებისას მკვლევარები მისი გაძლიერებისა და შესუსტების

¹ აღსანიშნავია, რომ მკვლევართა ნაწილი მითითებული თვალსაზრისით, ასევე მანამდე არსებულ ისლანდიურ „ალტინგსა“ და ესპანურ „კორტესებს“ მიუთითებენ.

პერიოდებს გამოყოფენ, მიუთითებენ მის დადებითსა და უარყოფით მხარეებზე, ქვეყნების მიხედვით მისი რეალიზაციის განსხვავებულ ტენდენციებზე. ამასთან, აღსანიშნავია, რომ ხელისუფლების ორგანიზაციის აღნიშნული სისტემა კვლავაც სიცოცხლისუნარიანია და მნიშვნელოვან გავლენას ახდენს მრავალი ქვეყნის მმართველობის პროცესის ორგანიზებაზე. ამ მხრივ გამონაკლისი არც საქართველოა, რომლის კონსტიტუციურ-სამართლებრივ სისტემაში მნიშვნელოვანი ასახვა ჰპოვა აღნიშნულმა მოვლენამ, უფრო მეტიც, პირველი ქართული კონსტიტუციით ჩამოყალიბებული ხელისუფლების მონეობის სისტემა არსებითად აღნიშნულ მოდელს დაეფუძნა. სწორედ პარლამენტარიზმის ქართულ კონსტიტუციურ სივრცეში რეალიზაციის საკითხებს შეეხება წინამდებარე სტატია, რომელშიც საქართველოში მიღებული კონსტიტუციურ-სამართლებრივი აქტების საფუძველზე წარმოჩენილია ის არსებითი თავისებურებები და ტენდენციები, რაც პარლამენტარიზმის დამკვიდრებასა და განვითარებას ახასიათებს საქართველოში და რამაც ბევრად განსაზღვრა სახელმწიფოს მმართველობის მოდელი ქვეყნის განვითარების სხვადასხვა ეტაპზე. ამასთან, სტატიაში პარლამენტარიზმის მხოლოდ არსებით საკითხებზე იქნება ყურადღება აქცენტირებული იმის გათვალისწინებით, რომ მსგავსი ფორმატის ფარგლებში შეუძლებელია იმ მრავალმხრივობის ამოწურვა, რაც პარლამენტარიზმსა და მისი რეალიზაციის პროცედურულ ასპექტებს ახასიათებს.

2. ძირითადი მახასიათებლები

პარლამენტარიზმი ინსტიტუციურად მრავალმხრივი შინაარსის მოვლენაა, რომლის მახასიათებლები პოლიტიკური და სამართლებრივი ასპექტების მრავალგვარობით გამოირჩევა. კონსტიტუციურ-სამართლებრივი თვალსაზრისით მისი მახასიათებლები ხელისუფლების ორგანიზაციასა და ხელისუფლების სისტემაში პარლამენტის ადგილსა და როლს, პარლამენტისა და მთავრობის ურთიერთმიმართებას, მთავრობის ანგარიშვალდებულების საკითხს უკავშირდება.

აღსანიშნავია, რომ მეცნიერები და მკვლევარები პარლამენტარიზმის სხვადასხვა ასპექტებზე მიუთითებენ. უფრო მეტიც, მისი მახასიათებელი ცალკეული ნიშნების შეფასებისას განსხვავებულ მოდელსაც კი გამოყოფენ. მაგალითად, როგორც დუგლას ვ. ვერნი შენიშნავს, „სხვადასხვა ქვეყნის პარლამენტარიზმის პრაქტიკის ანალიზი მიუთითებს იმაზე, რომ არსებობს საპარლამენტო მმართველობის მონეობის ორი მთავარი ტიპი: ბრიტანული და კონტინენტური“.²

მეცნიერთა უმეტესობა, როგორც წესი, პარლამენტარიზმს საკანონმდებლო და აღმასრულებელი ხელისუფლების მონეობის, მათი თანამშრომლობისა და ურთიერთმიმართების თავისებურებებს უკავშირებს. მაგალითად, ფრანგი კონსტიტუციონალისტი ჟ. პ. ჟაკვე

² იხ. დუგლას ვ. ვერნი, საპარლამენტო მმართველობა და საპრეზიდენტო მმართველობა, კრებულში რესპუბლიკა: საპარლამენტო თუ საპრეზიდენტო, მსოფლიო პარლამენტარიზმის კვლევითი ცენტრი, რედაქტორი ოთარ მელქაძე, თბ. 1996 წ. გვ. 115.

პარლამენტარიზმის ქვეშ მოიაზრებს „ხელისუფლების შტოების მსუბუქ განაწილებას ანდა თანამშრომლობას, რომლის დროსაც სახელმწიფო საქმეების მართვას საკანონმდებლო და აღმასრულებელი ხელისუფლება უზრუნველყოფს თანამშრომლობით მთავრობის მეშვეობით (მინისტრთა კაბინეტით), რომელიც პასუხისმგებელია პარლამენტის წინაშე“.³ საკანონმდებლო და აღმასრულებელი ხელისუფლების თანასწორობას, მათ თანამშრომლობასა და მათზე საზოგადოებრივი კონტროლის არსებობას მიიჩნევს პარლამენტარიზმად ფრანგი პოლიტოლოგი გ. ბიურდო⁴. ანალოგიურად ფილიპ ლოვოს შეფასებით, პარლამენტარიზმის „კლასიკური თეორია ხელისუფლებათა შორის თანასწორობისა და თანამშრომლობის პრინციპს ემყარება“⁵. ამასთან, მისთვის პარლამენტარიზმი „წარმომადგენლობითი რეჟიმისა და სამართლებრივი სახელმწიფოს ყველაზე განვითარებული ფორმა“⁶.

პარლამენტის წინაშე „პასუხისმგებელი სამინისტროს სისტემას“ მიიჩნევს პარლამენტარიზმად საქართველოს 1921 წლის 21 თებერვლის კონსტიტუციის ერთ-ერთი ავტორი – რაჟდენ არსენიძე⁷. პარლამენტარიზმის ანალოგიურ მახასიათებელს გამოყოფს ასევე ფრანგი მეცნიერი ფილიპ ლოვო, რომლის მოსაზრებით „საპარლამენტო რეჟიმის ერთადერთ კრიტერიუმად, როგორც ჩანს, ითვლება სამთავრობო პასუხისმგებლობა არჩეული ასამბლეის წინაშე“⁸. წარმომადგენლობასა და სამთავრობო პასუხისმგებლობას მიიჩნევს პარლამენტარიზმის მახასიათებლად ნ. მაიმი, რომლის მიხედვით „პარლამენტარიზმის ქვეშ მოიაზრება მმართველობის ფორმის წარმომადგენლობითი რეჟიმი, რომლის მიხედვით მთავრობის პირადი შემადგენლობა („კაბინეტი“ სამინისტრო) სარგებლობს ძალაუფლებით მანამ, სანამ მის საქმიანობას მხარს უჭერს პარლამენტის უმრავლესობა“⁹.

საკანონმდებლო და აღმასრულებელ ხელისუფლებას შორის ძალაუფლების განწონასწორების აუცილებლობასა და მთავრობის პასუხისმგებლობასთან ერთად პარლამენტის პასუხისმგებლობის მექანიზმების არსებობას განიხილავს პარლამენტარიზმის მახასიათებლად მეცნიერთა ნაწილი. როგორც ე. ტანჩევი შენიშნავს, „შეუძლებელია მმართველობის საპარლამენტო სისტემის არსებობა, თუ კაბინეტის კოლექტიური პასუხისმგებლობა არაა განწონასწორებული აღმასრულებელი ხელისუფლების მიერ საკანონმდებლო ხელისუფლების ორგანოს ვადამდელი დათხოვნის უფლებით. რაციონალიზებული პარლამენტა-

³ იხ. Жакке Ж. П., Конституционное право и политические институты, перфранц., м. 2002, გვ. 98.

⁴ იხ. Bureteau G. Traite de science politique. Paris, 1977, გვ. 28.

⁵ იხ. ფილიპ ლოვო, თანამედროვე დიდი დემოკრატიები, 1990. ფრანგულიდან თარგმნეს: ბალავაძე მ., ცქიტიშვილი ნ., სამეცნიერო რედაქტორი: ვ. კემელავა., თბ., 2002 წ., გვ. 126.

⁶ იხ. ფილიპ ლოვო, „პარლამენტარიზმი“, 1997 წ., ქართული თარგმანი მ. ბალავაძე, ნ. ცქიტიშვილი, ქართული გამოცემა, 2005 წ., გვ. 33.

⁷ იხ. რაჟდენ არსენიძე, დემოკრატიული რესპუბლიკა, მეორე გამოცემა, დავით ბატონიშვილის სამართლის ინსტიტუტი, თბ. 2014 წ., გვ. 26.

⁸ იხ. ფილიპ ლოვო „პარლამენტარიზმი“, გვ. 38.

⁹ იხ. Н. Майм, Парламентаризм и суверенное государство, Тарту 1927, გვ. 22.

რიზმმა მნიშვნელოვნად შეცვალა აღმასრულებელი ხელისუფლების მხრივ პარლამენტის კონტროლის ეს საშუალება და კიდევ უფრო აამაღლა კაბინეტის სტატუსი.¹⁰

საკანონმდებლო და აღმასრულებელი ხელისუფლების ფორმალურ ერთიანობასა და პარლამენტის ნდობაზე დაფუძნებული მთავრობის ფუნქციონირებას მოიაზრებს პარლამენტარიზმის კიდევ ერთ მახასიათებლად რ. კენტ ვივერი, რომლის მიხედვით, საპარლამენტო სისტემის „ძირითად მახასიათებელს ის წარმოადგენს, რომ მას არა აქვს სხვადასხვა საარჩევნო პროცედურა საკანონმდებლო და აღმასრულებელი შტოებისათვის.... მთავრობის მეთაური, ჩვეულებრივ, პრემიერ-მინისტრად წოდებული, პირდაპირი არჩევნების გზით არ აირჩევა (გამონაკლისი შემთხვევების გარდა). იგი ღებულობს თანამდებობას საპარლამენტო მაჟორიტარული პარტიის ან კოალიციის ლიდერების წყალობით და მისი მმართველობის პერიოდი არ აღემატება პარლამენტის ფუნქციონირების ვადას. პრემიერ-მინისტრი და მისი კაბინეტი (ცნობილი, როგორც დღევანდელი მთავრობა), რომელიც კომპლექტდება პარლამენტის წევრთაგან, მოითხოვს საკანონმდებლო ორგანოსაგან, გარკვეული დროით, ნდობის მინიჭებას, რათა იგი გახდეს უფლებამოსილი“.¹¹ პარლამენტარიზმის კიდევ ერთ მახასიათებელს გამოყოფს გერმანელი მეცნიერი კარლ შმიტი, რომლის აზრით პარლამენტის მიერ საჯარო დისკუსიის ფორმით საკითხების განხილვა, პოლიტიკური შეხედულებების გაცვლა, არგუმენტებისა და კონტრარგუმენტების წარდგენა ხელს უწყობს ხალხის „საერთო ნების“ ფორმირებას.¹²

ხელისუფლების პოლიტიკური ორგანიზაციის თავისებურებებს უკავშირებენ პარლამენტარიზმს ქართველი მეცნიერები. მაგალითად, ო. მელქაძის აზრით, „პარლამენტარიზმი სახელმწიფო მმართველობის პოლიტიკური ორგანიზაციის ის ფორმაა, როდესაც ხელისუფლების დანაწილების პრინციპებიდან გამომდინარე, ხელისუფლების საკანონმდებლო და აღმასრულებელ შტოებს შორის კონსტიტუციურად მონესრიგებული ურთიერთმიმართება პარლამენტის პრივილეგირებულ მდგომარეობას ამკვიდრებს“.¹³ ხოლო გ. გოგიაშვილის შეხედულებით, „პარლამენტარიზმის ცნების ქვეშ იგულისხმება ხალხის წარმომადგენლობის ფორმა არჩევითი ორგანოს სახით, რომელიც ფლობს გარკვეულ სათათბირო უფლებებს გადანყვეტილებების მიღებაზე ხელისუფლების კონკრეტული სისტემის ან სახელმწიფო წყობილების ფარგლებში“.¹⁴

¹⁰ იხ. ევგენი ტანჩევი, რაციონალიზებული პარლამენტარიზმი, კრებულში რესპუბლიკა: საპარლამენტო თუ საპრეზიდენტო, მსოფლიო პარლამენტარიზმის კვლევითი ცენტრი, რედაქტორი ოთარ მელქაძე, თბ. 1996 წ. გვ. 42.

¹¹ იხ. რ. კენტ ვივერი, ჯობია თუ არა საპარლამენტო სისტემები მმართველობის სხვა სისტემებს, კრებულში რესპუბლიკა: საპარლამენტო თუ საპრეზიდენტო, მსოფლიო პარლამენტარიზმის კვლევითი ცენტრი, რედაქტორი ოთარ მელქაძე, თბ. 1996 წ. გვ. 17.

¹² იხ. Carl Schmitt, Constitutional theory, Translated and edited by Jeffrey Seitzer Foreword by Ellen Kennedy, Duke University Press, 2008, გვ.337-338.

¹³ იხ. ოთარ მელქაძე, კონსტიტუციონალიზმი, თბილისი, 2008 წ., გვ. 261.

¹⁴ იხ. გიორგი გოგიაშვილი, შედარებითი კონსტიტუციური სამართალი, თბილისი, 2019 წ., გვ. 251.

პარლამენტარიზმის არსებითი მახასიათებლების მიმოხილვისას აღსანიშნავია პარლამენტისა და პარლამენტარიზმის ურთიერთმიმართების საკითხი. როგორც ქართველი მეცნიერი ო. მელქაძე აღნიშნავს, „პარლამენტი და პარლამენტარიზმი ურთიერთდამოკიდებული და ურთიერთგანმაპირობებელი, მაგრამ ამასთანავე, არატოლფასი ცნებებია. პარლამენტარიზმი არ შეიძლება არსებობდეს პარლამენტის გარეშე, რამდენადაც სწორედ ძლიერი პარლამენტი წარმოადგენს მისი არსებობის საფუძველს. ამ დროს საკანონმდებლო ორგანო შეიძლება მოკლებული იყოს პარლამენტარიზმისათვის დამახასიათებელ მნიშვნელოვან ელემენტებს, რაც ძირითადად ავტორიტარული რეჟიმებისათვისაა დამახასიათებელი“.¹⁵

პარლამენტარიზმის თაობაზე არსებული მრავალგვარი მოსაზრებიდან გამომდინარე შეიძლება ითქვას, რომ პარლამენტარიზმის ძირითადი მახასიათებლები ხელისუფლების განხორციელების პროცესში ხალხის წარმომადგენლების კოლექტიურ მონაწილეობას, ხელისუფლების დანაწილების პრინციპის რეალურ განხორციელებას, ხელისუფლების შტოების, განსაკუთრებით კი პარლამენტისა და მთავრობის თანამშრომლობას, ანგარიშვალდებულებას, პარლამენტის წინაშე მთავრობის პასუხისმგებლობასა და გადაწყვეტილების მიღების პროცესის საჯარო ხასიათს გულისხმობს.

ამასთან, უნდა აღინიშნოს, რომ თითოეული ქვეყნის კონსტიტუციურ-სამართლებრივმა დოქტრინამ ჩამოაყალიბა პარლამენტარიზმის თვითმყოფადი სისტემა, რომელიც პარლამენტარიზმის საერთო მახასიათებლებთან ერთად ითვალისწინებდა აღნიშნული ქვეყნის მიერ პარლამენტარიზმის ინსტიტუციონალიზაციის თვალსაზრისით შემოთავაზებულ თავისებურებებს. ამ მხრივ გამონაკლისი არც საქართველოა, რომლის კონსტიტუციური განვითარების ისტორიამ პარლამენტარიზმის საერთო ტენდენციებთან ერთად მისთვის დამახასიათებელი თავისებურებებიც გაითვალისწინა.

3. ისტორიული კონტექსტი

საქართველოში პარლამენტარიზმის დამკვიდრების საკითხების მიმოხილვისას აღსანიშნავია ის ისტორიული ფაქტი, რომ საქართველოში პარლამენტარიზმის საწყისი იდეის,¹⁶ როგორც მონარქის ხელისუფლების შეზღუდვისა და გადაწყვეტილების მიღების

¹⁵ იხ. ო.მელქაძე, ო. მახარაძე, პოლიტიკური ხელისუფლების ორგანიზაცია საპარლამენტო სისტემის ქვეყნებში (ქართულ პრობლემებთან დაკავშირებით), მსოფლიო პარლამენტარიზმის კვლევითი ცენტრი, ბათუმი, 2001 წ., გვ. 26.

¹⁶ იხ. აღნიშნულ საკითხზე, ჯაბა სამუშია, ქართული პარლამენტარიზმის სათავეებთან (ყოთლუ-არსლანი), კრებულში: ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის საქართველოს ისტორიის ინსტიტუტის შრომები. X, თბ. 2016 წ., გვ. 201 – 224; ლევან დარბაიძე, ქართული პარლამენტარიზმის ისტორიის დასაწყისი, თუ სახელმწიფო ხელისუფლების შეზღუდვის ცდა,? უურნალი „მართლმსაჯულება და კანონი“, #1 (40), 2014 წ. გვ. 46-60; მანანა კოპალიანი „ივანე ჯავახიშვილი ქართული პარლამენტარიზმის („დარბაზისა და დარბაზობის“) შესახებ, უურნალი „სამართალი და მსოფლიო“ (ევროპის უნივერსიტეტის სამართლის სამეცნიერო-კვლევითი ინსტიტუტის საერთაშორისო სამეცნიერო რეფერირებადი უურნალი), #6, 2017 წ. გვ. 148-160.

პროცესში კოლევიალური ორგანოს მონაწილეობის შესაძლებლობა და იდეა თითქმის იმავე ეპოქაში გაჩნდა, როცა აღნიშნული იდეა პარლამენტარიზმის სამშობლოდ მიჩნეულ ინგლისში ყალიბდებოდა (ფაქტების ისტორიული ქრონოლოგიის მიხედვით კი რამდენიმე წლით უსწრებდა კიდევ). საკითხი შეეხება მე-12 საუკუნეში თამარ მეფის მეფობის ხანაში ყუთლუ-არსლანის დასის ცნობილ გამოსვლას. აღნიშნული ჯგუფის მიზანს არა მეფის ხელისუფლების ცვლილება ან რაიმე ფორმით მისი დამხობა, არამედ იმგვარი ორგანოს ჩამოყალიბება წარმოადგენდა, რომელიც ქვეყნის მართვასთან დაკავშირებული საკითხების გადასაწყვეტად მეფესთან ერთად კოლევიალური ორგანოს (ე.წ. „კარვის“) ფორმირებას გულისხმობდა და რომლის მიხედვით, ყველა მნიშვნელოვანი საკითხი მეფეს მხოლოდ დარბაზის „თანადგომითა და ერთიანობით“ უნდა გადაეწყვიტა, ხოლო კარავში დასხდომილნი ყოველნი თავიანთ „განგებულს“ – მეფეს „ჰკადრებდნენ“. როგორც ივანე ჯავახიშვილი შენიშნავს, „ამგვარად, ცხადია, რომ საქართველოში თვითმპყრობელობის აჩრდილიც უნდა გამქრალიყო და მის მაგიერ პარლამენტის მსგავსი დაწესებულება უნდა დაარსებულიყო, რომელშიაც „დიდებულები“ იქმნებოდნენ „განმგებელნი მიცემისა და მოღებისა, წყალობისა და შერისხვისანი“.¹⁷

თუმცა ყუთლუ-არსლანის დასის გამოსვლა წარუმატებლად დასრულდა და აღნიშნულმა იდეამ იმ პერიოდის საქართველოში რეალური განხორციელება ვერ ჰპოვა. ამასთან, აღსანიშნავია, რომ როგორც ჩანს, მსგავს გამოსვლას უკვალოდ მაინც არ ჩაუვლია და აღნიშნული პროცესის შემდეგ თამარ მეფის მიერ განხორციელებულ მაღალი თანამდებობის პირთა დანიშვნის დოკუმენტებს ისეთი გამონათქვამები ახლავს, რაც მანამდე არ ფიქსირდებოდა. როგორც ივანე ჯავახიშვილი შენიშნავს, „ყუთლუ-არსლანი დამარცხდა, მაგრამ რომ მის ცდას მაინც სრულებით უნაყოფოდ არ ჩაუვლია, ეს იქითგანაც ცხადადა ჩანს, თუ როგორ უმოქმედია თამარ მეფეს ახალი ვაზირების დანიშვნის დროს. ყუთლუ-არსლანის დასის დაშოშმინების შემდეგ თამარი გადაყენებული ვაზირების მოადგილეთა არჩევას შეუდგა და ისტორიკოსის სიტყვით „გამოჩენასა შინა ორთა ვაზირთა და სპასპეტთასა თანადგომითა და ერთ-ნებობითა დიდებულთა შვიდთავე სამეფოთა ბრძანა დამტკიცებად... მამასადამე, ახალი ვაზირები და სპასპეტნი, მეფის მიერ დამტკიცებულნი, არჩეული ყოფილან ყველა დიდებულთა დახმარებით, სურვილისა და ნებისამებრ, ხოლო მეფემ „ბრძანა დამტკიცებად“ ამ ერთ-ნებაობისა“.¹⁸ ქართველი მეცნიერის ჯ. სამუშიას შეფასებით კი „ერთი რამ ფაქტია, – მოგვიანებით, სამეფო კარზე მეფის ვიწრო სათათბირო საბჭოს გარდა, არაერთხელ შეკრებილა ქვეყნის მნიშვნელოვანი საკითხების განსახილველად წარმომადგენლობითი სახით მინისტრები, პროვინციებიდან წარჩინებულები, ეპისკოპოსები, მონასტერთა წარმომადგენლები. ასეთ წარმომადგენლობით შეკრებებს ქართული წყაროები დარბაზობად იხსენიებს“.¹⁹

¹⁷ იხ. ივანე ჯავახიშვილი, ქართველი ერის ისტორია, მე-2 ტომი, თბ. 2012 წ., გვ. 240.

¹⁸ იქვ. გვ. 241-242.

¹⁹ იხ. ჯაბა სამუშია, ქართული პარლამენტარიზმის სათავეებთან (ყუთლუ-არსლანი), კრებულში: ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის საქართველოს ისტორიის ინსტიტუტის შრომები. X, თბ. 2016 წ., გვ. 221;

პარლამენტარიზმის, როგორც ხელისუფლების ორგანიზაციის სისტემის, რეალური დამკვიდრება საქართველოში 1918-1921 წლებში არსებული პირველი დამოუკიდებელი რესპუბლიკის ფორმირებას უკავშირდება. ახალი დამოუკიდებელი სახელმწიფოს, როგორც რესპუბლიკანიზმზე დაფუძნებული ქვეყნის, ფორმირების პროცესში ქართული პოლიტიკური და სამეცნიერო აზრი სწორედ პარლამენტარიზმის დოქტრინის დამკვიდრებას უწყობდა ხელს, რომელმაც ფაქტობრივად უზრუნველყო კიდევ დამოუკიდებელი ქვეყნის პოლიტიკური სისტემის ორგანიზაცია და საფუძველი დაუდო პირველი ქართული კონსტიტუციის კონცეპტუალურ ასპექტებს. აღნიშნული მსოფლმხედველობის შემდგომი რეალიზაცია კი ქვეყანაში საბჭოური მმართველობის დასასრულსა და 1991 წლიდან ქვეყნის დამოუკიდებლობის აღდგენის პერიოდს უკავშირდება.

ისტორიის სწორედ ზემოაღნიშნულ პერიოდებში იქნა მიღებული ის კონსტიტუციური აქტები, რომელთა საფუძველზე შესაძლებელი ხდება, თვალის მივადევნოთ საქართველოში პარლამენტარიზმის ჩამოყალიბება-განვითარების ტენდენციებს. ამ მხრივ, უპირველეს ყოვლისა, აღსანიშნავია საქართველოს 1921 წლის 21 თებერვლის კონსტიტუცია და საქართველოს 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუცია (კონსტიტუციის როგორც თავდაპირველი რედაქცია, ისე მასში მომდევნო პერიოდში შეტანილი ცვლილებები). ასევე აღსანიშნავია 1992 წლის 6 ნოემბრის „სახელმწიფო ხელისუფლების შესახებ“ საქართველოს კანონი, რომელსაც ხშირად „მცირე კონსტიტუციასაც“ უწოდებენ²⁰ და რომელიც იმ პერიოდისათვის კონსტიტუციის გარეშე დარჩენილი ქვეყნისათვის კონსტიტუციის ფუნქციას ასრულებდა (როგორც ქართველი მეცნიერი – პ. ცნობილაძე შენიშნავს, „კანონის სახელწოდებიდანაც ჩანს, რომ იგი წარმოადგენდა კონსტიტუციური ხასიათის აქტს“²¹). კონსტიტუციური რეგულირების თვალსაზრისით, აღნიშნული აქტის არასრულყოფილებისა (იგი არ შეიცავდა კონსტიტუციის მიხედვით დასარეგულირებელ ბევრ საკითხს) და მის მიმართ არაერთგვაროვანი დამოკიდებულების მიუხედავად, უნდა აღინიშნოს, რომ მითითებულმა აქტმა მნიშვნელოვანი, თავისებური და სპეციფიკური როლი შეასრულა საქართველოში პარლამენტარიზმის იდეის განვითარების საქმეში, შემოგვთავაზა საპარლამენტო სისტემაზე დაფუძნებული მართვისა და ხელისუფლების მოწყობის საკმაოდ ორიგინალური მოდელი. ამასთან, აღსანიშნავია, რომ მითითებული კანონის საფუძველზე მომუშავე პარლამენტმა, მიუხედავად მისი ფართო პოლიტიკური წარმომადგენლობისა,²² შეძლო პოლიტიკური კონსენსუსის მიღწევა და საქართველოს 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუციის მიღება, რითაც საფუძველი ჩაუყარა კონსტიტუციონალიზმის განვითარების ახალ ეტაპს საქართველოში.

²⁰ იხ. მაგ., პაატა ცნობილაძე, საქართველოს კონსტიტუციური სამართალი, თბ. 2004 წ. გვ. 128.

²¹ იქვე. გვ. 129.

²² იხ. ზაურ ჯინჯოლავა, საქართველოს რესპუბლიკის პარლამენტი, თბ. 1993 წ., გვ. 9.

4. მონოპოლია დემოკრატიაზე თუ შეზღუდული წარმომადგენლობა

პარლამენტარიზმის ერთ-ერთი მახასიათებელი, რამაც ხელისუფლების ორგანიზაციის აღნიშნული იდეის განვითარებასა და მის ინსტიტუციონალიზაციას მნიშვნელოვნად შეუწყო ხელი, წარმომადგენლობა და ხალხის ძალაუფლების წარმომადგენლების მიერ განხორციელების პრინციპი იყო. მართალია, პარლამენტის, როგორც წარმომადგენლობითი ორგანოს არსებობა მხოლოდ მსგავსი რეჟიმისათვის არ არის დამახასიათებელი და როგორც, ფილიპ ლოვო შენიშნავს, „ყველა წარმომადგენლობითი რეჟიმი ამ ინსტიტუტიდან განვითარდა“, თუმცა იმ სისტემაში, რომელიც საზოგადოების (მათ შორის, პოლიტიკური სპექტრის) მრავალმხრივი ინტერესების დაბალანსებას, კოლექტიური წესით მმართველობის განხორციელებას, მთავრობის ანგარიშვალდებული სისტემის ჩამოყალიბებას უკავშირდებოდა, წარმომადგენლობამ განსაკუთრებული მნიშვნელობა შეიძინა და ელექტორატის წინაშე მთავრობის არაპირდაპირი ანგარიშვალდებულების განსახიერებად იქცა.²³ როგორც ი. ჰაჩევი აღნიშნავს, „ყოველი დემოკრატია ბუნებრივად ისწრაფვის თავისი უმაღლესი ორგანოები ხალხის წინაშე პასუხისმგებელი გახადოს. გასაგებია, რომ აღმასრულებელ ორგანოებს არ შეუძლია ამ ტენდენციას გაეცინენ“.²⁴ მკვლევართა მოსაზრებით, სწორედ ხალხის წარმომადგენლობის (ხალხის ძალაუფლების განსახიერების) ფუნქცია იყო ის უპირატესობა, რამაც პარლამენტს წამყვანი როლი მოაპოვებინა მთავრობის დაკომპლექტებისა და მთავრობის ანგარიშვალდებულების საქმეში. როგორც რ. კენტ ვივერი შენიშნავს, „საპარლამენტო სისტემის მხარდამჭერნი მის ღირსებად თვლიან სისტემის წარმომადგენლობითობას და ანგარიშვალდებულებას ამომრჩევლის წინაშე“.²⁵

ამასთან, უნდა აღინიშნოს, რომ ხალხის წარმომადგენლობის უფლების პარლამენტისათვის გადაცემა და შესაბამისად, მსგავსი წარმომადგენლობითი ინსტიტუტი, აზრთა სხვადასხვაობას ინვევდა, იგი ხალხის ძალაუფლების პირდაპირი წესით (პირდაპირი დემოკრატის) განხორციელებისა და სახალხო სუვერენიტეტის იდეის მეტოქედ მოიაზრებოდა. დისკუსიას ინვევდა ხალხის ძალაუფლების დელეგირების როგორც მართებულობა, ისე წარმომადგენლების მიერ ხალხის რეალური ნების გამოხატვის შესაძლებლობის საკითხი. ამ მხრივ საინტერესო მოსაზრებას გვთავაზობს ჰანს კელზენი, რომლის მიხედვით „იმ არგუმენტებს შორის, რომელიც პარლამენტარიზმის მოწინააღმდეგეებს მოჰყავთ, უპირველესია ის, რომ პარლამენტის ნება სრულიადაც არ წარმოადგენს

²³ იხ. დუგლას ვ. ვერნი, საპარლამენტო მმართველობა და საპრეზიდენტო მმართველობა, კრებულში: რესპუბლიკა : საპარლამენტო თუ საპრეზიდენტო, მსოფლიო პარლამენტარიზმის კვლევითი ცენტრი, რედაქტორი ოთარ მელქაძე, თბ. 1996 წ., გვ. 123.

²⁴ იხ. ი. ჰაჩევი, თანამედროვე დემოკრატის უფლება, ზ. კორძაძის გამომცემლობა, თბ. 2016 წ., გვ. 87.

²⁵ იხ. რ. კენტ ვივერი, ჯობია თუ არა საპარლამენტო სისტემები მმართველობის სხვა სისტემებს, კრებულში რესპუბლიკა: საპარლამენტო თუ საპრეზიდენტო, მსოფლიო პარლამენტარიზმის კვლევითი ცენტრი, რედაქტორი ოთარ მელქაძე, თბ. 1996 წ. გვ. 19.

ხალხის ნებას და პარლამენტს არ შეუძლია მისი ნების გამოხატვა იმ უბრალო მიზეზის გამო, რომ საპარლამენტო სახელმწიფოების კონსტიტუციების თანახმად ხალხს არ შეუძლია თავისი ნების გამოხატვა პარლამენტის არჩევნების მიღმა“.²⁶ წარმომადგენლობის ინსტიტუტთან დაკავშირებული მსგავსი დისკუსია უცხო არ ყოფილა არც პირველი ქართული კონსტიტუციის შემუშავების პროცესში ქართველ მეცნიერებსა და სამართალმცოდნეებს შორის. ამასთან, წარმომადგენლობის ერთ-ერთ მნიშვნელოვან ნაკლად ქართველი მეცნიერები ხალხის ნება-სურვილის სათანადო განხორციელების შეუძლებლობაზე მიუთითებდნენ. როგორც 1921 წლის 21 თებერვლის საქართველოს კონსტიტუციის ერთ-ერთი ავტორი – რაჟდენ არსენიძე აღნიშნავდა, „არჩეული ხალხი, როგორი საარჩევნო წესიც უნდა შემოვიღოთ, მაინც ვერ იქნება უნაკლებად გამოხატველი ხალხის ნამდვილი ნება-სურვილის“.²⁷

ამასთან, ქართველი კანონმდებლები აცნობიერებდნენ იმ გარემოებას, რომ ძალაუფლების პირდაპირ ხალხის მიერ პრაქტიკულად განხორციელების შეუძლებლობის გამო სწორედ წარმომადგენლობა იყო ის რაციონალური არჩევანი, რომელსაც ხალხის სახელით ძალაუფლების განხორციელება უნდა უზრუნველყოს. როგორც საქართველოს პირველი კონსტიტუციის შემმუშავებელი სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისიის წევრი აღნიშნავდა, „მაგრამ, თუ ხალხის პირდაპირი უფლება შემოქმედება საქმელოა თანამედროვე პირობებში, დემოკრატია პოულობს გამოსავალს იმაში, რომ ახორციელებს ხალხის თავისუფალ და დამოუკიდებელ ნებას დემოკრატიულ წარმომადგენლობის საშუალებით“.²⁸ იგივე შეხედულებას ანვითარებდა პირველი ქართული კონსტიტუციის კიდევ ერთი ავტორი გიორგი გვაზავა, რომლის აზრით, „ვინაიდან ფიზიკურად შეუძლებელია ყოველთვის თავის მოყრა მთელი ერისა და მისი დაკითხვა, აუცილებელი გახდა ხელოვნური ორგანიზაცია ეროვნული ნებისყოფისა. ხალხი ირჩევს წარმომადგენლებს ან დეპუტატებს, ამ წარმომადგენლების კრებული არის პარლამენტი“.²⁹ იმავე პერიოდში მოღვაწე ქართველი მეცნიერის – ი. ცინცაძის მოსაზრებით კი „ისეთს სახელმწიფოებში, სადაც მიწა-წყალიც ფართია და ხალხიც ათასი ჯურისა და მილეთისა სცხოვრობს, ასეთ ქვეყნებში აუცილებელი ხდება შემოღება რესპუბლიკანური მართვა-გამგეობის ისეთის ნაკვეთისა და ფორმისა, რომელსაც ეწოდება წარმომადგენლობითი რესპუბლიკა. მართალია ასეთს სახელმწიფოებში სუვერენობა, უზენაესი ძალაუფლება თვით ხალხს ეკუთვნის, მაგრამ მის მართვა-გამგეობას აწარმოებენ ხალხის წარმომადგენლები. ხალხი თავის შორის ირჩევს სანდო კაცებს და მათ აბარებს ქვეყნის პატრონობას“.³⁰

²⁶ ციტირებულია, ფილიპ ლოვო. თანამედროვე დიდი დემოკრატიები, 1990. ფრანგულიდან თარგმნეს: ბალავაძე მ., ცქიტიშვილი ნ., სამეცნიერო რედაქტორი - კეშელავა ვ., სპეციალური რედაქტორი - ხუბუა გ., თბ., 2002 წ., გვ. 79.

²⁷ იხ. რაჟდენ არსენიძე, დემოკრატიული რესპუბლიკა, გვ. 20.

²⁸ იხ. კონსტანტინე მიქელაძე, დემოკრატიული სახელმწიფოს კონსტიტუცია და პარლამენტარული რესპუბლიკა, კრებულში: ქართული კონსტიტუციონალიზმის ქრონიკები, თბ. 2016 წ., გვ. 86.

²⁹ იხ. გიორგი გვაზავა, ძირითადი პრინციპები საკონსტიტუციო უფლებისა, მეორე გამოცემა, დავით ბატონიშვილის სამართლის ინსტიტუტი, თბ. 2014 წ., გვ. 32.

³⁰ იხ. იაკობ ცინცაძე, სამართლის მეცნიერება, ქუთაისი, 1918 წ., გვ. 50.

აღსანიშნავია, რომ ქართველ კანონმდებელთა შეხედულებით პარლამენტისათვის წარმომადგენლობის გადაცემა სულაც არ ნიშნავდა მისთვის ხალხის ძალაუფლების სრულად გადაცემას. როგორც გიორგი გვაზავა აღნიშნავდა, „სავსებით რომ ყოფილიყო ეროვნული ნებისყოფა გადაცემული, მაშინ გადაცემული იქნებოდა ეროვნული სუვერენობაც და ხალხი დარჩებოდა ისევ უფლებაახილი, როგორც ეს იყო მონარქის ბატონობის დროს. პარლამენტზე გადადის მხოლოდ ერთი ელემენტი სუვერენობის – კანონმდებელი ხელისუფლება. ეს უფლება დიდია და ამიტომ საშიშარიც. კანონმდებელ ხელისუფლებამ შეიძლება შექმნას ისეთი კანონი, რომელიც სულ გააქარწყლებს ერის ხელმწიფობას. ამიტომ ყოველ დემოკრატიულ რესპუბლიკაში პარლამენტი უმთავრეს და უდიდეს საკითხებში შეზღუდულია. ერი თვითონ ინარჩუნებს ამ საკითხების შესახებ უზენაეს ხელისუფლებას“.³¹

პარლამენტარიზმთან დაკავშირებული ეს კონცეპტუალური მიდგომა ნათლად გამოჩნდა 1921 წლის 21 თებერვლის პირველ ქართულ კონსტიტუციაში, რომლის მიხედვით, მართალია, აღიარებული იქნა, რომ საქართველოს რესპუბლიკის წარმომადგენლობითი ორგანო არის „საქართველოს პარლამენტი“ (მუხლი 46-ე), თუმცა კონსტიტუციის 52-ე მუხლში აღნიშნული იყო, რომ „პარლამენტი კონსტიტუციის ფარგლებში ახორციელებს ერის ხელმწიფებას“. ამავე მუხლის იმპერატიული ჩანაწერით კი „ხელმწიფება ეკუთვნის მთელ ერს“. ამასთან, უნდა აღინიშნოს, რომ კონსტიტუციით პარლამენტისათვის „დადგენილი ფარგლები“ საკმაოდ ფართო იყო და პარლამენტის უფლებამოსილება კანონმდებლობის შემუშავებასთან ერთად, ასევე მთავრობის მეთაურის შერჩევასა და აღმასრულებელი ხელისუფლების საერთო კონტროლსაც მოიცავდა (54-ე, 67-ე მუხლები).

პირველი ქართული კონსტიტუციის ავტორებისათვის არც პირდაპირი და წარმომადგენლობითი დემოკრატიის „შერევის“ თაობაზე შეხედულება ყოფილა უცხო და სწორედ მსგავს მოდელს მიიჩნევდნენ ხელისუფლების ორგანიზაციის რაციონალური და პრაქტიკულად განხორციელებადი სისტემის ფორმირების წინაპირობად. როგორც კონსტანტინე მიქელაძე აღნიშნავდა, „ჩვენ გვაქვს ისეთი სახელმწიფოებრივი ნიმუშები, სადაც წარმომადგენლობითი პრინციპი შერეულია ხალხის დამოუკიდებელ ნების პირდაპირ გამომჟღავნების პრინციპებთან, – რეფერენდუმთან და სახალხო ინიციატივასთან“.³²

დემოკრატიის „შერევის“ აღნიშნული ფორმა ყველაზე ნათლად სწორედ საკანონმდებლო ფუნქციის რეალიზაციის პროცესში გამოვლინდა. 1921 წლის 21 თებერვლის კონსტიტუციაში განმტკიცებული იქნა როგორც სახალხო საკანონმდებლო ინიციატივის უფლება, ასევე რეფერენდუმის უფლება. როგორც ქართველი მეცნიერი – ბ. ქანთარია აღნიშნავს, „შეიძლება ითქვას, რომ კონსტიტუციის მიხედვით, დამკვიდრდა „ნახევრად

³¹ იხ. გიორგი გვაზავა, ძირითადი პრინციპები საკონსტიტუციო უფლებისა, მეორე გამოცემა, დავით ბატონიშვილის სამართლის ინსტიტუტი, თბ. 2014 წ., გვ. 33.

³² იხ. კონსტანტინე მიქელაძე, დემოკრატიული სახელმწიფოს კონსტიტუცია და პარლამენტარული რესპუბლიკა, კრებულში: ქართული კონსტიტუციონალიზმის ქრონიკები, თბ. 2016 წ., გვ. 86.

პირდაპირი დემოკრატია“ (რეფერენდუმი და ინიციატივა), რომელიც შერწყმული იყო „წარმომადგენლობითი მმართველობის“ ელემენტთან (არჩევნებთან)“.³³

1921 წლის 21 თებერვლის კონსტიტუციის მიხედვით, ხალხს (ამომრჩეველს) მინიჭებული ჰქონდა როგორც ჩვეულებრივი საკანონმდებლო ინიციატივის უფლება (მუხლი 63-ე), ასევე კონსტიტუციის გადასინჯვის უფლება (მუხლი 145-ე). უფრო მეტიც, კონსტიტუციით გათვალისწინებული იყო ნორმა, რომლის მიხედვით ხალხის ნებას და, შესაბამისად, ხალხის ძალაუფლებას წარმომადგენლობით ორგანოსთან შედარებით მნიშვნელოვანი უპირატესობა მიენიჭა, ხოლო საკანონმდებლო ორგანო – პარლამენტი „შეზღუდული კანონმდებლის“ როლში წარმოგვიდგა. კერძოდ, კონსტიტუციის 64-ე მუხლი ითვალისწინებდა ნორმას, რომლის მიხედვით, თუ ოცდაათი ათასი ამომრჩეველი წერილობით მოითხოვდა, პარლამენტი ვალდებული იყო, ახლად მიღებული კანონი სარეფერენდუმოდ ხალხისთვის წარედგინა (მუხლი 64-ე). აღნიშნული ნორმით იქმნებოდა რეალური საკანონმდებლო გარანტია, ხალხს არ გაეთვალისწინებინა საკანონმდებლო ორგანოს მიერ მიღებული კანონი და პირდაპირი დემოკრატის წესით გადაეწყვიტა პარლამენტის მიერ მიღებული კანონის ბედი და თავისი, როგორც „უმაღლესი“ კანონმდებლის, ნება დაეთქვიანებინა.

წარმომადგენლობითი ორგანოს პარალელურად პირდაპირი დემოკრატის ინსტიტუტების არსებობა კიდევ უფრო განმტკიცდა საქართველოს 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუციით, რომელმაც განსაზღვრა, რომ „საქართველოში სახელმწიფო ხელისუფლების წყარო ხალხია. ხალხი თავის ძალაუფლებას ახორციელებს რეფერენდუმის, უშუალო დემოკრატის სხვა ფორმებისა და თავისი წარმომადგენლების მეშვეობით (კონსტიტუციის თავდაპირველი რედაქციის მე-5 მუხლი). ამასთან, აღსანიშნავია, რომ კონსტიტუციამ კანონშემოქმედებით სფეროში პრიმატი წარმომადგენლობით ორგანოს – პარლამენტს მიენიჭა და პარლამენტის მიერ მიღებული კანონის ძალაში შესვლა პარლამენტისა და პრეზიდენტის თანამშრომლობას დაუკავშირა (იხ. კონსტიტუციის თავდაპირველი რედაქციის 66-ე – 68-ე მუხლები). ხოლო რეფერენდუმთან დაკავშირებული კონსტიტუციური ნორმებით შეუძლებლად იქნა მიჩნეული „რეფერენდუმის მოწყობა კანონის მისაღებად ან გასაუქმებლად“ (იხ. კონსტიტუციის თავდაპირველი რედაქციის 74-ე მუხლის მე-2 პუნქტი).

ამასთან, უნდა აღინიშნოს, რომ საქართველოს 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუციის მიხედვით დამკვიდრდა საკონსტიტუციო კონტროლის მექანიზმი საქართველოში, შესაძლებელი გახდა საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ, პარლამენტის მიერ მიღებული კანონის კონსტიტუციურობის შემოწმება და კონსტიტუციასთან შეუსაბამობის მოტივით მისი ან მისი ცალკეული ნორმის გაუქმება.

³³ იხ. ბექა ქანთარია, კონსტიტუციონალიზმის ფუნდამენტური პრინციპები და მმართველობის ფორმის სამართლებრივი ბუნება პირველ ქართულ კონსტიტუციაში, თბ. 2013 წ., გვ. 117.

5. პარლამენტის „სრულხელისუფლებიანობა“ ანუ „უზენაესი ბატონი ქვეყნისა“

ხალხის წარმომადგენლობის პარლამენტისათვის გადაცემამ სახელისუფლო სისტემაში პარლამენტის როლი მკვეთრად გააძლიერა და იგი რიგი მნიშვნელოვანი უფლებამოსილებებით აღჭურვა. ტრადიციულ საკანონმდებლო უფლებამოსილებებთან ერთად იგი არსებით როლს ასრულებდა მთავრობის ფორმირებისა და მთავრობის ანგარიშვალდებულების პროცესში, ახორციელებდა სახელმწიფოს ფუნქციონირებასთან დაკავშირებულ სხვა მნიშვნელოვან უფლებამოსილებებს.

პარლამენტის „სრულხელისუფლებიანობის“ ტენდენცია ნათლად იყო გამოხატული პირველ ქართულ კონსტიტუციაში. ეყრდნობოდა რა პარლამენტარიზმის იმ პერიოდში არსებულ დოქტრინალურ შეხედულებებს, პარლამენტი ხელისუფლების სისტემის მთავარ საფუძვლად და წარმმართველად მიიჩნეოდა, იგი რეალურად გამოხატული უპირატესობით სარგებლობდა ხელისუფლების სისტემაში და ხელისუფლების სხვა შტოთა მხრიდან მისი ძალაუფლების შემზღვეველი რაიმე არსებითი ბერკეტი თითქმის არ იყო გათვალისწინებული. სახელისუფლებო სისტემაში არ არსებობდა სახელმწიფოს მეთაურის ინსტიტუტი, არც პარლამენტის დათხოვნის შესაძლებლობა. პარლამენტის მსგავსი მდგომარეობა ნათლად იყო გამოხატული საკონსტიტუციო კომისიის მოსაზრებაში, რომლის მიხედვით – „არ არის ისეთი დრო, როდესაც პარლამენტი არ არსებობდეს... იცვლება პარლამენტის შემადგენლობა ახალი არჩევნების საშუალებით, მაგრამ მისი მოქმედება მუდმივია, იგი როგორც უზენაესი ბატონი ქვეყნისა, განუწყვეტელია“.³⁴

აღსანიშნავია, რომ წარმომადგენლობით, საკანონმდებლო და მთავრობის კონტროლის უფლებამოსილებებთან ერთად 1921 წლის 21 თებერვლის კონსტიტუციის მიხედვით პარლამენტს გააჩნდა ისეთი უფლებამოსილებები, რაც თანამედროვე კონსტიტუციურ-სამართლებრივი ტენდენციების გათვალისწინებით ხელისუფლების სხვა ორგანოს კომპეტენციას (მაგალითად, სახელმწიფოს მეთაურის კომპეტენციას) განეკუთვნება. მაგალითად, კონსტიტუციის 54-ე მუხლის მიხედვით, პარლამენტის უფლება იყო: უმაღლესი გამგებლობა რესპუბლიკის ჯარისა და საზოგადოდ ყოველი შეიარაღებული ძალისა, ომის გამოცხადება და სხვა. პარლამენტის უფლებამოსილებას განეკუთვნებოდა ასევე უმაღლესი სასამართლო ორგანოს – სენატის წევრების არჩევა (მუხლი 76-ე).

პარლამენტის ნიშანდობლივ უფლებამოსილებად უნდა განვიხილოთ კონსტიტუციის 56-ე მუხლის ნორმა, რომლის მიხედვით „პარლამენტი თვითონ გაარჩევდა თავის წევრთა არჩევნების კანონიერებას და გადასწყვეტდა ყოველსავე დავას ამ საგანზე“. რაც

³⁴ ციტ.: მალხაზ მაცაბერიძე, უზენაესი ბატონი ქვეყნისა (როგორი უნდა ყოფილიყო საქართველოს პარლამენტი 1921 წლის კონსტიტუციის ფუძემდებელთა აზრით), თბ. 2008 წ., გვ. 57.

პარლამენტის ავტონომიურობის მნიშვნელოვან მახასიათებელს წარმოადგენდა. ამავე თვალსაზრით აღსანიშნავია, რომ კონსტიტუცია არ შეიცავდა პარლამენტის უფლებამოსილების ვადამდე შეწყვეტის თაობაზე ნორმებს, რაც კონსტიტუციის ავტორთა იმ მოსაზრებას ეფუძნებოდა, რომლის მიხედვით პარლამენტი „არც თვითონ ითხოვს თავისთავს, არც სხვა რომელიმე ძალას აქვს უფლება მისი დათხოვნისა“.³⁵

კიდევ უფრო მრავალმნიშვნელოვნად ჩანს პარლამენტის უფლებამოსილება 1992 წლის 6 ნოემბერს მიღებული „სახელმწიფო ხელისუფლების შესახებ“ საქართველოს კანონის მიხედვით, რომელიც არსებით როლს ასრულებდა იმ პერიოდის საქართველოს სახელისუფლებო ინსტიტუტების ფუნქციათა განსაზღვრულობის პროცესში. უნდა აღინიშნოს, რომ მითითებული სამართლებრივი აქტი, ერთი მხრივ, შეიცავდა პარლამენტის ფუნქციათა დეტალურ ჩამონათვალს, მეორე მხრივ შეიცავდა ზოგად მითითებას, რომლის მიხედვით „საქართველოს პარლამენტი უფლებამოსილია, განსახილველად მიიღოს და გადაწყვიტოს ნებისმიერი საკითხი, რომელიც საქართველოს რესპუბლიკის გამგებლობას განეკუთვნება“ (მუხლი მე-7).

ნიშანდობლივი იყო თვით აღნიშნული კანონის საფუძველზე ფორმირებული პარლამენტის შემადგენლობა. „სახელმწიფო ხელისუფლების შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-5 მუხლის მიხედვით, საქართველოს პარლამენტი იყო საქართველოს რესპუბლიკის სახელმწიფო ხელისუფლების უმაღლესი წარმომადგენლობითი ორგანო, რომელიც შედგებოდა საყოველთაო, თანასწორი, პირდაპირი, ფარული, პროპორციული და მათორიტარული წესით არჩეული დეპუტატებისა და პარლამენტის თავმჯდომარისაგან. ამავე კანონის მე-17 მუხლის მიხედვით, საქართველოს რესპუბლიკის მეთაურად პარლამენტის მიერ, მისი სიითი შემადგენლობის ორი მესამედის უმრავლესობით აირჩეოდა პარლამენტის თავმჯდომარე. შესაბამისად, აღნიშნული კანონის მიხედვით, უმაღლესი წარმომადგენლობითი ორგანოს – პარლამენტის ხელმძღვანელი პირი იმავდროულად მოიაზრებოდა, როგორც სახელმწიფოს მეთაური. თუ 1921 წლის კონსტიტუციის მიხედვით სახელმწიფოს მეთაურის ინსტიტუტი საერთოდ არ იყო გათვალისწინებული, „სახელმწიფო ხელისუფლების შესახებ“ საქართველოს კანონის მიხედვით სახელმწიფო მეთაურის ინსტიტუტი შერწყმული იყო საკანონმდებლო ორგანოსთან.

საკონსტიტუციო რეგულირების არსებული გამოცდილების მიხედვით, როგორც წესი, დასაშვებად არის მიჩნეული აღმასრულებელი ხელისუფლების მეთაურის მიერ სახელმწიფოს მეთაურის ფუნქციის შეთავსება, თუმცა პარლამენტის თავმჯდომარის მიერ სახელმწიფოს მეთაურის ფუნქციის შეთავსება აღნიშნული სამართლებრივი აქტის ნოვაციას წარმოადგენდა, რაც, შეიძლება ითქვას, სახელისუფლებო სისტემაში პარლამენტის ფუნქციურ უპირატესობას უსვამდა ხაზს. ეს მით უფრო აღსანიშნავია, რომ იმავე სამარ-

³⁵ იქვ. გვ. 57.

თლებრივი აქტის მიხედვით, სახელმწიფოს მეთაური, რომელიც პარლამენტის შემადგენლობაში მოიაზრებოდა, საკმაოდ მნიშვნელოვან როლს ასრულებდა აღმასრულებელი ხელისუფლების ფუნქციონირებაში. კერძოდ, პარლამენტის თავმჯდომარის – სახელმწიფოს მეთაურის წარდგინებით პარლამენტი ნიშნავდა პრემიერ-მინისტრს (მუხლი მე-8), პარლამენტის თავმჯდომარე – სახელმწიფოს მეთაური – ნიშნავდა და ათავისუფლებდა პრემიერ-მინისტრის მოადგილეებს, მინისტრთა კაბინეტის წევრებს და პარლამენტს წარუდგენდა დასამტკიცებლად; პარლამენტის თავმჯდომარე – სახელმწიფოს მეთაური – უფლებამოსილი იყო, შეეტანა წინადადება პარლამენტში პრემიერ-მინისტრის ან მინისტრთა კაბინეტის რომელიმე წევრისათვის უნდობლობის გამოცხადების შესახებ (მუხლი მე-17). თავის მხრივ, მინისტრთა კაბინეტი პასუხისმგებელი იყო პარლამენტისა და პარლამენტის თავმჯდომარის – სახელმწიფოს მეთაურის წინაშე (მუხლი 23-ე).

6. ძალთა ასიმეტრია – პარლამენტის „გაუნონასწორებელი“ ძალაუფლებით

პარლამენტარიზმის სისტემაში ერთ-ერთი საკვანძო საკითხი პარლამენტის (როგორც საკანონმდებლო ორგანოს) და აღმასრულებელი ხელისუფლების ანუ მთავრობის ურთიერთმიმართების საკითხია. საპარლამენტო სისტემები, როგორც წესი, გამოყოფენ აღნიშნული ურთიერთობის რამდენიმე არსებით მახასიათებელს, რომელიც ნათლად აჩვენებს პარლამენტისა და მთავრობის ურთიერთმიმართების პრობლემას. უპირველეს ყოვლისა, ეს შეეხება მთავრობის ფორმირებისა და მთავრობის ანგარიშვალდებულების საკითხს. როგორც ფილიპ ლოვო შენიშნავს, „პარლამენტარიზმის მთავარი ორგანოა პასუხისმგებელი მთავრობა“.³⁶

პარლამენტარიზმის არსებითი მახასიათებლების მიხედვით, სწორედ პარლამენტი ასრულებს უმნიშვნელოვანეს როლს მთავრობის ფორმირებისა და მთავრობის ანგარიშვალდებულების უზრუნველყოფის საქმეში. ამასთან, ამავე მახასიათებლებისა და ისტორიული განვითარების სხვადასხვა ეტაპზე, მათი ურთიერთდამოკიდებულების მიხედვით, განარჩევენ პარლამენტარიზმის სხვადასხვა ნაირსახეობას.³⁷

ამ მხრივ გამონაკლისი არ გახლავთ არც ქართული კონსტიტუციის ნორმები, რომელმაც პარლამენტისა და მთავრობის ურთიერთობის რამდენიმე ფუნდამენტური და, რიგ შემთხვევაში, თვითმყოფადი ნორმა შემოგვთავაზა. კონსტიტუციურ რეგულაციათა ნაწილის მიხედვით, პარლამენტს მნიშვნელოვანი როლი ჰქონდა მთავრობის ფორმირებისა და მისი ანგარიშვალდებულების პროცესში, რიგი რეგულაციების მიხედვით კი, პარლამენტის როლი მინიმალური იყო.

³⁶ იხ. ფილიპ ლოვო „პარლამენტარიზმი“, 1997 წ., ქართული თარგმანი მ. ბალავაძე, ნ. ცქიტიშვილი, ქართული გამოცემა, 2005 წ., გვ. 87.

³⁷ იხ. მაგ., ფილიპ ლოვო „პარლამენტარიზმი“, გვ. 34- 42.

საქართველოს 1921 წლის 21 თებერვლის კონსტიტუციის მიხედვით, საკმაოდ მაღალი იყო პარლამენტის როლი, როგორც მთავრობის ფორმირების, ისე მისი ანგარიშვალდებულების პროცესში. აღნიშნული კონსტიტუციის მიხედვით, აღმასრულებელი ხელისუფლების ფორმირება პირობითად ორი ნაწილისაგან შედგებოდა. პირველი გახლდათ მთავრობის ხელმძღვანელის – თავმჯდომარის არჩევა და მეორე – მინისტრების თანამდებობაზე განწესება. მთავრობის თავმჯდომარის თანამდებობაზე არჩევა პარლამენტის უფლებამოსილებას განეკუთვნებოდა, ხოლო მინისტრების თანამდებობაზე მოწვევის უფლებამოსილება მთავრობის თავმჯდომარეს გააჩნდა. თუმცა უნდა აღინიშნოს, რომ კონსტიტუციის 73-ე მუხლი ითვალისწინებდა პარლამენტის წინაშე, მინისტრების ინდივიდუალური პასუხისმგებლობის საფუძველზე, მათ მიერ შესაბამისი სამინისტროების მართვას. აღნიშნული ნორმის მიხედვით, „თვითოეული მათგანი დამოუკიდებლად და პარლამენტის წინაშე საკუთარი პასუხისმგებლობით განაგებს მისთვის მინდობილ უწყებას და უნდა გადადგეს, როცა პარლამენტის პირდაპირი დადგენილებით დაჰკარგავს მის ნდობას“.

პარლამენტარიზმის თაობაზე არსებულ კიდევ ერთ მახასიათებელს შეიცავდა საქართველოს 1921 წლის 21 თებერვლის კონსტიტუციის 69-ე მუხლი, რომლის მიხედვით დასაშვები იყო პარლამენტის წევრის თანამდებობის მთავრობის წევრის თანამდებობასთან შეთავსების საკითხი. როგორც ფილიპ ლოვო შენიშნავს, „დიდ ბრიტანეთში, პარლამენტში, კერძოდ, კი თემთა პალატაში მინისტრების არჩევამ ხელი შეუწყო პარლამენტარიზმის განვითარებას და ბევრ ქვეყანაში პარლამენტართა რიგებიდან მინისტრების არჩევა ჩვეულებითი თუ დაწერილი კონსტიტუციის წესი გახდა.“³⁸ დუგლას ვ. ვერნის მოსაზრებით კი „მთავრობის წევრები საპარლამენტო სისტემაში ორგვარ როლს ასრულებენ, ისინი არიან არა მხოლოდ მინისტრები, არამედ იმავდროულად პარლამენტის წევრებიც და აირჩვიან ისე, როგორც ასამბლეის დანარჩენი წევრები და მათ მსგავსად არიან დამოუკიდებულნი ამომრჩეველთა ნებაზე.“³⁹

ნიშანდობლივია აღინიშნოს, რომ საქართველოს 1921 წლის 21 თებერვლის კონსტიტუციის ნორმები არ შეიცავდა პარლამენტში მთავრობის თავმჯდომარის კანდიდატურის შერჩევისა და თანამდებობაზე არჩევის მკაფიო კრიტერიუმებს (მაგალითად, ვინ იყო უფლებამოსილი წარედგინა მთავრობის თავმჯდომარის კანდიდატურა, ხმათა რა რაოდენობა იყო საჭირო მის ასარჩევად და სხვა), არც ის ნორმები იყო გათვალისწინებული, წარდგენილი კანდიდატის მიერ ხმათა საჭირო რაოდენობის ვერ მიღების შემთხვევაში რა პროცედურით უნდა ეხელმძღვანელათ – დასაშვები იყო იმავე კანდიდატის წარდგენა, თუ ახალი კანდიდატურა უნდა ყოფილიყო წარდგენილი. მართალია, კონსტიტუციის 57-ე და მე-60 მუხლების მიხედვით, პარლამენტი ფართო სარეგლამენტო უფლებამოსილებითა

³⁸ იხ. ფილიპ ლოვო „პარლამენტარიზმი“, გვ. 67.

³⁹ იხ. დუგლას ვ. ვერნი, საპარლამენტო მმართველობა და საპრეზიდენტო მმართველობა, კრებულში რესპუბლიკა: საპარლამენტო თუ საპრეზიდენტო, მსოფლიო პარლამენტარიზმის კვლევითი ცენტრი, რედაქტორი ოთარ მელქაძე, თბ. 1996 წ. გვ. 119.

და დამოუკიდებლობით სარგებლობდა, თუმცა მთავრობის ფორმირებასთან დაკავშირებული საკითხების კონსტიტუციურ დონეზე დაზუსტებასა და დეტალურ განსაზღვრას, როგორც წმინდა სამართლებრივი, ისე მნიშვნელოვანი პოლიტიკური დატვირთვა გააჩნდა, ვინაიდან იქმნებოდა შესაძლებლობა, რომ პარლამენტს ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში ინდივიდუალურად, მათ შორის პოლიტიკური კონიუქტურის გათვალისწინებით, გადაეწყვიტა მსგავსი საკითხები, რაც ინსტიტუციურ სიმყარესა და გრძელვადიან პერიოდზე გათვლილი პოლიტიკური წესების დამკვიდრების შესაძლებლობას კარგავდა.

საქართველოს 1921 წლის 21 თებერვლის კონსტიტუციის 73-ე მუხლი, ერთი მხრივ, ითვალისწინებდა პარლამენტის წინაშე ცალკეულ მინისტრთა ინდივიდუალურ პასუხისმგებლობას, მეორე მხრივ, მთავრობის თავმჯდომარის მიმართ აღგენდა ნორმას, რომლის მიხედვით „მთავრობის თავმჯდომარე პასუხისმგებელია პარლამენტის წინაშე საერთო პოლიტიკისათვის, ვალდებულია, დაემორჩილოს პარლამენტის დადგენილებას და აასრულოს იგი და ამის მიხედვით, თუ საჭიროა, გამოსცვალოს ცალკე მინისტრი ან გარდაქმნას მთელი კაბინეტი“. პარლამენტის წინაშე ანგარიშვალდებულებისათვის კი კონსტიტუცია ითვალისწინებდა პარლამენტის წევრის უფლებას „მთავრობის მიმართ შეკითხვის შეტანისა და კითხვის მიცემისა“ (მუხლი 59-ე). ამავე მუხლის თანახმად პარლამენტს უფლება ჰქონდა, ასევე დაენიშნა საგამომძიებლო საანკეტო კომისია. კონსტიტუციის 75-ე მუხლის მიხედვით კი კონსტიტუციის დარღვევისათვის მთავრობის თავმჯდომარისა და მთავრობის წევრების პასუხისმგებაში მიცემა მხოლოდ პარლამენტს შეეძლო.

მთავრობის ფორმირებისა და პასუხისმგებლობის თავისებური წესი იყო გათვალისწინებული „მცირე კონსტიტუციად“ წოდებულ „სახელმწიფო ხელისუფლების შესახებ“ საქართველოს კანონში. აღნიშნული აქტი მთავრობის კაბინეტურ – კოლეგიალურ სისტემას ითვალისწინებდა, ამასთან, როგორც პრემიერ-მინისტრის, ისე ცალკეული მინისტრების თანამდებობაზე განწესების პროცესში პარლამენტი აქტიურად მონაწილეობდა, თუმცა მინისტრების შერჩევისა და თანამდებობაზე განწესების პროცესში ნომინალური იყო პრემიერ-მინისტრის როლი; პრემიერ-მინისტრისა და მინისტრების კანდიდატების შერჩევა წარმოადგენდა პარლამენტის თავმჯდომარის პრეროგატივას, რომელიც იმავდროულად სახელმწიფოს მეთაური იყო. კერძოდ, აღნიშნული კანონის მე-8 მუხლის მიხედვით, პარლამენტის თავმჯდომარის წარდგინებით, პარლამენტი ნიშნავდა პრემიერ-მინისტრს, პარლამენტის თავმჯდომარის წარდგინებით ამტკიცებდა პრემიერ-მინისტრის მოადგილეებსა და მინისტრთა კაბინეტის წევრებს.

ასევე სინთეზური წესი იყო გათვალისწინებული მთავრობის პასუხისმგებლობასთან მიმართებით; კანონის მიხედვით, მინისტრთა კაბინეტი პასუხისმგებელი იყო პარლამენტისა და პარლამენტის თავმჯდომარის – სახელმწიფოს მეთაურის წინაშე (მუხლი 23-ე), ამასთან, გათვალისწინებული იყო როგორც ინდივიდუალური, ისე კოლეგიალური პასუხისმგებლობა. მაგალითად, პარლამენტის თავმჯდომარე – სახელმწიფო მეთაური –

უფლებამოსილი იყო, შეეტანა წინადადება პარლამენტში პრემიერ-მინისტრის ან მინისტრთა კაბინეტის რომელიმე წევრისათვის უნდობლობის გამოცხადების შესახებ (მე-17 მუხლის მე-8 პუნქტი, 29-ე მუხლი), ამასთან, პრემიერ-მინისტრისა და მინისტრთა კაბინეტის წევრისადმი ნდობის საკითხის დაყენების უფლება ჰქონდა დეპუტატთა საერთო რაოდენობის სულ ცოტა ერთ მეხუთედს. თავის მხრივ პრემიერ-მინისტრს უფლება ჰქონდა, პარლამენტის წინაშე დაეყენებინა მინისტრთა კაბინეტისადმი ნდობის საკითხი, ხოლო პრემიერ-მინისტრის გადადგომა გამოიწვევდა მინისტრთა კაბინეტის გადადგომას (მუხლი 29-ე).

პარლამენტისა და მთავრობის ზემოაღნიშნული ურთიერთობის კონტექსტში გამოსაყოფია ის გარემოება, რომ არც 1921 წლის 21 თებერვლის კონსტიტუცია და არც „სახელმწიფო ხელისუფლების შესახებ“ საქართველოს კანონი აღმასრულებელი ხელისუფლების მხრიდან პარლამენტზე ზემოქმედების რაიმე ქმედით მექანიზმს არ შეიცავდა, არ იყო გათვალისწინებული არც საკანონმდებლო ორგანოს დათხოვნის შესაძლებლობა,⁴⁰ შეიძლება ითქვას, რომ პარლამენტს არ გააჩნდა „კონკურენტი“ სახელისუფლებო სისტემაში და იგი გაუნონასწორებელი და დაუბალანსებელი ძალაუფლებით სარგებლობდა.

7. მთავრობის „მომლოდინე“ პარლამენტიდან „რაციონალიზებულ“ პარლამენტამდე

პარლამენტისა და მთავრობის ურთიერთობის, უფლებამოსილებათა ფუნქციონალური გადანაწილების, მთავრობის ფორმირებისა და აღნიშნულ პროცესში პარლამენტის მონაწილეობის თვისებრივად განსხვავებული წესები იყო შემოთავაზებული საქართველოს 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუციის საწყის რედაქციასა და მასში მომდევნო პერიოდში შეტანილი ცვლილებებით. აღნიშნული ცვლილებები ნათლად ასახავდა პარლამენტისა და მთავრობის ურთიერთმიმართების ახალ კონცეპტუალურ ასპექტებს, ასევე ქვეყნის მმართველობის სისტემის პერიოდულ მოდიფიცირებას. როგორც ო. მელქაძე შენიშნავდა, „ახალმა კონსტიტიციამ „სახელმწიფო ხელისუფლების შესახებ“ კანონის მიხედვით ფუნქციონირებადი საპარლამენტო რესპუბლიკა საპრეზიდენტო რესპუბლიკით შეცვალა, შეიზღუდა პარლამენტის საკონტროლო საქმიანობის მასშტაბები და საშუალებათა არსენალი. გამოირიცხა ინტერპელაციის მექანიზმი, დარჩა კითხვა-პასუხის ფორმით ურთიერთობა აღმასრულებელ ხელისუფლებასთან, რასაც მხოლოდ ინფორმაციული დატვირთვა შეიძლება გააჩნდეს“.⁴¹

საქართველოს კონსტიტუციის 1995-2004 წლების რედაქციის მიხედვით მთავრობის წევრთა შერჩევასა და მთავრობის წევრთა თანამდებობაზე განწესების პროცესში პარლამენტის

⁴⁰ „სახელმწიფო ხელისუფლების შესახებ“ საქართველოს კანონის მიხედვით, შესაძლებელი იყო პარლამენტის უფლებამოსილების ვადამდე შეწყვეტა მხოლოდ პარლამენტის გადანყვეტილებით (მუხლი 5).

⁴¹ იხ. ოთარ მელქაძე, საუბრები ქართულ კონსტიტუციაზე, მსოფლიო პარლამენტარიზმის კვლევითი ცენტრი, თბ. 1996 წ., გვ. 87.

როლი საკმაოდ მოკრძალებული იყო. ამასთან, არ იყო გათვალისწინებული პარლამენტის წინაშე მთავრობის წევრთა პოლიტიკური პასუხისმგებლობის მექანიზმი. მთავრობის დაკომპლექტების პროცესში არსებითი როლი გააჩნდა პრეზიდენტს – სახელმწიფოს მეთაურს, რომელიც იმავდროულად აღმასრულებელი ხელისუფლების მეთაური იყო და რომელიც ფიცის დადებიდან ორი კვირის განმავლობაში ვალდებული იყო, ჩამოეყალიბებინა მთავრობის შემადგენლობა და წარედგინა პარლამენტისათვის. ასევე მინისტრის გათავისუფლების შემთხვევაში მინისტრის კანდიდატურას პრეზიდენტი პარლამენტს წარუდგენდა ორი კვირის ვადაში.⁴² მართალია, კონსტიტუციის მიხედვით პარლამენტს შეეძლო, აცილებოდა მიეცა მთავრობის ცალკეული წევრისათვის, მაგრამ მთავრობის იმ წევრის საკითხს, რომლის მიმართ პარლამენტმა მიიღო აცილება, ან რომელიც ვერ დამტკიცდებოდა, წყვეტდა პრეზიდენტი, ის უფლებამოსილი იყო, ხელახლა წარედგინა იგივე ან ახალი კანდიდატურა.⁴³ კონსტიტუციის აღნიშნული რედაქციის მიხედვით, მხოლოდ პრეზიდენტის წინაშე იყვნენ მთავრობის წევრები პასუხისმგებელნი და მის წინაშევე იხსნიდნენ უფლებამოსილებას.⁴⁴

2004 წელს განხორციელებული საკონსტიტუციო ცვლილებების შედეგად, რომელსაც მოჰყვა პრემიერ-მინისტრის თანამდებობის შემოღება და მთავრობის, როგორც კოლექტიური ორგანოს ჩამოყალიბება, მთავრობის ფორმირების პროცესში წამყვანი როლი კვლავ პრეზიდენტს დარჩა. კერძოდ, პრეზიდენტი უფლებამოსილი იყო საპარლამენტო ფრაქციებთან კონსულტაციების შემდეგ შეერჩია პრემიერ-მინისტრის კანდიდატურა. ამასთან, მინისტრების კანდიდატურების შერჩევის პრეროგატივა პრემიერ-მინისტრობის კანდიდატს მიეკუთვნა. აღნიშნული პროცედურების დასრულების შემდეგ კი საქართველოს პრეზიდენტი პარლამენტს წარუდგენდა მთავრობის შემადგენლობას ნდობის მისაღებად.⁴⁵

თუ მთავრობის შემადგენლობა ზედიზედ სამჯერ ვერ მიიღებდა პარლამენტის ნდობას, საქართველოს პრეზიდენტს შეეძლო, 5 დღის ვადაში წამოეყენებინა პრემიერ-მინისტრის ახალი კანდიდატურა ან პარლამენტის თანხმობის გარეშე დაენიშნა პრემიერ-მინისტრი, ხოლო პრემიერ-მინისტრს – ასევე 5 დღის ვადაში – დაენიშნა მინისტრები საქართველოს პრეზიდენტის თანხმობით. ამ შემთხვევაში საქართველოს პრეზიდენტი უფლებამოსილი იყო, დაეთხოვა პარლამენტი და დაენიშნა რიგგარეშე არჩევნებს.

ამასთან, მხოლოდ პრეზიდენტის თანხმობით შეეძლო პრემიერ-მინისტრს მინისტრების თანამდებობაზე დანიშვნა; უფრო მეტიც, პრეზიდენტი უფლებამოსილი იყო, საკუთარი ინიციატივით ან კონსტიტუციით გათვალისწინებულ სხვა შემთხვევებში გადაეყენებინა მთავრობა, თანამდებობიდან გაეთავისუფლებინა მთავრობის რამდენიმე წევრი (თავდაცვის მინისტრი, შინაგან საქმეთა მინისტრი, იუსტიციის მინისტრი).⁴⁶

⁴² იხ. საქართველოს 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუციის თავდაპირველი რედაქციის 77-ე მუხლი.

⁴³ იხ. საქართველოს 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუციის თავდაპირველი რედაქციის 77-ე მუხლი.

⁴⁴ იხ. საქართველოს 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუციის თავდაპირველი რედაქციის 79-ე მუხლი.

⁴⁵ იხ. საქართველოს 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუციის 2004 წლის რედაქციის მე-80 მუხლი.

⁴⁶ იხ. საქართველოს 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუციის 2004 წლის რედაქციის 73-ე მუხლი.

კონსტიტუციის ზემოაღნიშნული რედაქციის მიხედვით, როგორც ქართველი მკვლევარები შენიშნავენ, „მნიშვნელოვნად შეიცვალა პარლამენტის სტატუსი და შემცირდა მისი, როგორც ნორმათშემოქმედებითი, ასევე პოლიტიკური წონა“.⁴⁷ შეიძლება ითქვას, რომ ჩამოყალიბდა სისტემა, რომელიც „შესუსტებული პარლამენტარიზმით“ ხასიათდებოდა.

მართალია, საქართველოს კონსტიტუციის 1995 – 2010 წლების რედაქციის მიხედვით, მთავრობის წევრებს პარლამენტის მხრიდან დამტკიცების ან ნდობის გამოცხადების შემდეგ შეეძლოთ უფლებამოსილების განხორციელება, ხოლო 2004 წლის კონსტიტუციური ცვლილებების მიხედვით, მთავრობა ორმაგ პასუხისმგებლობას დაექვემდებარა (პარლამენტისა და პრეზიდენტის წინაშე), მაგრამ აღნიშნულის მიუხედავად, მთავრობის ფორმირებისა და ანგარიშვალდებულების პროცესში ნამყვანი როლი პრეზიდენტს გააჩნდა. მთავრობის ფორმირების პროცესში პარლამენტი მთლიანად დამოკიდებული იყო პრეზიდენტისა და პრემიერ-მინისტრის არჩევანზე, რითაც პარლამენტი მთავრობის „მომლოდინე პარლამენტის“ ინსტიტუციად გადაიქცა. ამასთან, აღსანიშნავია, რომ მითითებული ცვლილებების მიხედვით „პრეზიდენტი აღმასრულებელი ხელისუფლების ფაქტობრივად ერთადერთ წყაროდ იქცა“,⁴⁸ რომელიც ხალხის მხრიდან ლეგიტიმაციის მაღალი ხარისხით ხასიათდებოდა, აირჩეოდა უშუალოდ ხალხის მიერ და არჩევნებში გამარჯვებისათვის საჭირო იყო არჩევნებში მონაწილე ამომრჩევლების ხმების ნახევარზე მეტის მხარდაჭერა.

საქართველოში 2004 წელს განხორციელებული კონსტიტუციური ცვლილებებით შემოღებული იქნა პარლამენტის მხრიდან მთავრობისთვის უნდობლობის გამოცხადების მექანიზმი,⁴⁹ მაგრამ გადამწყვეტი როლი აღნიშნულ პროცესში კვლავ პრეზიდენტს დარჩა. საკმაოდ რთული პროცედურით მთავრობისთვის უნდობლობის გამოცხადების შესახებ პარლამენტის გადაწყვეტილება შეიძლება არც გაემიარებინა საქართველოს პრეზიდენტს და პარლამენტის მიერ უნდობლობაგამოცხადებულ მთავრობას განეგრძო მუშაობა. ამასთან, შესაძლებელი იყო პარლამენტს განმეორებით მიეღო გადაწყვეტილება მთავრობისადმი უნდობლობის გამოცხადების თაობაზე, რომლის საფუძველზე პრეზიდენტი უფლებამოსილი იყო, ან გადაეყენებინა მთავრობა, ან დაეთხოვა პარლამენტი. როგორც ქართველი მკვლევარები მიუთითებენ, კონსტიტუცია პარლამენტის მხრიდან „უნდობლობის გამოცხადებას პრაქტიკულად მხოლოდ სარეკომენდაციო ხასიათს

⁴⁷ იხ. კონსტიტუციური სისტემები და კონსტიტუციური პროცესი საქართველოში (1995 – 2009 წ.წ.), მისი განვითარების პერსპექტივა, კონსტანტინე კანდელაკი, დავით ლოსაბერიძე, ზაზა რუხაძე, იური ტაბუცაძე, ვახტანგ ხმალაძე, ზურაბ ჭიბლაშვილი, ფონდი „ღია საზოგადოება – საქართველოს“ პუბლიკაცია, თბ. 2009 წ., გვ. 40.

⁴⁸ იხ. კონსტიტუციური სისტემები და კონსტიტუციური პროცესი საქართველოში (1995 – 2009 წ.წ.), მისი განვითარების პერსპექტივა, კონსტანტინე კანდელაკი, დავით ლოსაბერიძე, ზაზა რუხაძე, იური ტაბუცაძე, ვახტანგ ხმალაძე, ზურაბ ჭიბლაშვილი, ფონდი „ღია საზოგადოება – საქართველოს“ პუბლიკაცია, თბ. 2009 წ., გვ. 38.

⁴⁹ იხ. საქართველოს 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუციის 2004 წლის რედაქციის 81-ე მუხლი.

აძლევდა. ამასთან, პარლამენტი ნებისმიერ დროს შეიძლება ემსხვერპლოს ამგვარ „რეკომენდაციას. ეს კი სხვა არაფერია, თუ არა მუდმივი შანტაჟის ქვეშ პარლამენტის მოქცევა და, ცხადია, ოპოზიციური საპარლამენტო უმრავლესობის შემთხვევაში იგი განწირულია ან დათხოვნისთვის, ან უპრინციპობისა და კონფორმიზმისთვის“.⁵⁰

მითითებული ცვლილებების მიხედვით, მთავრობის „მომლოდინე პარლამენტის“ სტატუსი შეინიშნებოდა პარლამენტის კანონმემოქმედებით პროცესშიც. კონსტიტუციური ცვლილებებით, საქართველოს კონსტიტუციის 67-ე მუხლში შეტანილი იქნა ცვლილება, რომლის მიხედვით დაზუსტდა პარლამენტისა და მთავრობის თანამშრომლობის მექანიზმი კანონმემოქმედებითი თვალსაზრისით და განისაზღვრა, რომ „თუ მთავრობა კანონით გათვალისწინებულ ვადაში არ წარმოადგენდა შენიშვნებს პარლამენტში განსახილველ კანონპროექტთან დაკავშირებით, კანონპროექტი მთავრობის მიერ მოწონებულად ჩაითვლებოდა“. მითითებული ნორმის ანალიზისას ქართველი მკვლევარები შენიშნავენ, რომ ცვლილებების მიხედვით „აშკარაა, რომ პარლამენტი კენჭს ვერ უყრის კანონპროექტს მანამ, სანამ მთავრობა კანონით დადგენილ ვადაში არ გამოხატავს თავის პოზიციას. ეს ნიშნავს იმასაც, რომ მთავრობამ შეიძლება კონსტიტუციაზე დაყრდნობით ამგვარი უფლება მოითხოვოს ყველა კანონპროექტთან დაკავშირებით. ამდენად, ეს თითქოსდა პარლამენტის საკანონმდებლო საქმიანობის გასაიოლებლად (დასკვნის წარუდგენლობა მოწონების ტოლფასია) შემოღებული ნორმა, სინამდვილეში, ამ საქმიანობაში მთავრობის როლის ზრდას იწვევს“.⁵¹

აღნიშნულ კონტექსტში საკმაოდ საინტერესოდ გამოიყურება გილიერმო ო'დონელის შეფასება, რომლის მიხედვით „პარლამენტების ფაქტობრივ გამორიცხვას რამდენიმე ავბედითი შედეგი მოაქვს. ჯერ ერთი, როცა ერთ მშვენიერ დღეს აღმასრულებელ ხელისუფლებას კანონმდებელთა მხარდაჭერა დასჭირდება (ეს დღე კი გარდაუვლად მოვა), მას დახვდება განაწყენებული პარლამენტი, რომელიც არ გრძნობს პასუხისმგებლობას პოლიტიკაზე, რომლის შექმნაში მონაწილეობა არ მიუღია. მეორეც, პარლამენტს კიდევ უფრო ასუსტებს მისივე მტრული და ამრეზილი განწყობა, რასაც თან ახლავს აღმასრულებლის ბრალდებები მისი ზოზინისა და „უპასუხისმგებლობის“ გამო.“⁵²

2010 წელს საქართველოში განხორციელებული კიდევ ერთი საკონსტიტუციო ცვლილებების შედეგად (რომელიც 2013 წლის შემდეგ ამოქმედდა) არსებითად შემცირდა პრეზიდენტის როლი აღმასრულებელი ხელისუფლების განხორციელების პროცესში, ახლებუ-

⁵⁰ იქვ. გვ. 41.

⁵¹ იხ. კონსტიტუციური სისტემები და კონსტიტუციური პროცესი საქართველოში (1995 – 2009 წ.წ.), მისი განვითარების პერსპექტივა, კონსტანტინე კანდელაკი, დავით ლოსაბერიძე, ზაზა რუხაძე, იური ტაბუკაძე, ვახტანგ ხმალაძე, ზურაბ ჭიბლაშვილი, ფონდი „ღია საზოგადოება – საქართველოს“ პუბლიკაცია, თბ. 2009 წ., გვ. 41.

⁵² გილიერმო ო'დონელი, დელეგაციური დემოკრატია, კრებულში „პოლიტიკა და დემოკრატია“, თბ. 2017 წ., გვ. 97.

რად განისაზღვრა პარლამენტისა და მთავრობის ურთიერთობის საკითხები, მთავრობის პასუხისმგებლობის მექანიზმები, დამკვიდრდა კონსტიტუციური ინოვაცია – უნდობლობის კონსტრუქციული ვოტუმის სახით, ოპტიმიზირებული იქნა პარლამენტის დათხოვნის შესაძლებლობები. შეიძლება ითქვას, რომ მითითებული ცვლილებებით მნიშვნელოვანი ნაბიჯები გადაიდგა ერთი მხრივ, მთავრობის სტაბილურობის, პარლამენტისა და მთავრობის ძალაუფლების განწინასწორებისა და მეორე მხრივ, მთავრობის ანგარიშვალდებულებისა და მის საქმიანობაზე საპარლამენტო ზედამხედველობის ეფექტიანობის უზრუნველსაყოფად, შესაბამისად, „რაციონალიზებული პარლამენტარიზმი“ („კლასიკური პარლამენტარიზმის შერბილებული ვარიანტი“.⁵³) პრინციპების დასამკვიდრებლად. მიიჩნევა, რომ სწორედ უნდობლობის კონსტრუქციული ვოტუმი „რაციონალიზებული პარლამენტის უმძლავრესი იარაღია“.⁵⁴

2010 წელს განხორციელებული საკონსტიტუციო ცვლილებების მიხედვით, მთავრობის ფორმირებისა და მთავრობის ანგარიშგების პროცესში პარლამენტის როლი მნიშვნელოვნად გაიზარდა. მთავრობის ფორმირებას არსებითად საპარლამენტო არჩევნებში საუკეთესო შედეგის მქონე საარჩევნო სუბიექტი უზრუნველყოფდა, რომლის მიერ წარდგენილ პრემიერ-მინისტრობის კანდიდატს პარლამენტს წარუდგენდა პრეზიდენტი. თავის მხრივ, პრემიერ-მინისტრობის კანდიდატი 7 დღის ვადაში შეარჩევდა მინისტრთა კანდიდატურებს და წარუდგენდა საქართველოს პარლამენტს ნდობის მისაღებად. ნდობის მიუღებლობის შემთხვევაში დასაშვები იყო მთავრობის შემადგენლობის რამდენჯერმე წარდგენა პარლამენტში. აღნიშნულის შედეგად, თუ პარლამენტი ნდობას ვერ გამოუცხადებდა მთავრობის შემადგენლობას, საქართველოს პრეზიდენტი 3 დღის ვადაში დაითხოვდა პარლამენტს და დანიშნავდა რიგგარეშე არჩევნებს.⁵⁵

მითითებული კონსტიტუციური ცვლილებებით გაუქმდა მთავრობის ორმაგი (პრეზიდენტისა და პარლამენტის წინაშე) პასუხისმგებლობის მექანიზმი და მთავრობა ანგარიშვალდებული მხოლოდ პარლამენტის წინაშე გახდა.⁵⁶ უნდობლობის „კონსტრუქციული“ ვოტუმის შემოღებით კი მთავრობის სტაბილურობისა და შესაძლო სამთავრობო კრიზისების დაძლევის შირობები შეიქმნა. როგორც ფილიპ ლოვო შენიშნავს, მსგავსი ცვლილებებით „იგულისხმება დუალიზმიდან (ორმხრივი ნდობის სისტემა) მონიზმზე გადასვლა ანუ ისეთ სისტემაზე გადასვლა, სადაც მთავრობა მხოლოდ პარლამენტის ნდობით სარგებლობს, სახელმწიფოს მეთაური აღარ ითხოვს პოლიტიკური ორიენტაციის უფლებას და მხოლოდ ნეიტრალურ საარბიტრაჟო ძალაუფლებას ინარჩუნებს“.⁵⁷

⁵³ იხ. ბეჟა ქანთარია, დასახ. ნაშრომი, გვ. 259.

⁵⁴ იხ. ე. ტანჩევი, რაციონალიზებული პარლამენტარიზმი, კრებულში: რესპუბლიკა : საპარლამენტო თუ საპრეზიდენტო, მსოფლიო პარლამენტარიზმის კვლევითი ცენტრი, რედაქტორი ოთარ მელქაძე, თბ. 1996 წ., გვ. 41.

⁵⁵ იხ. საქართველოს 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუციის 2010 წლის რედაქციის მე-80 მუხლი.

⁵⁶ იხ. საქართველოს 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუციის 2010 წლის რედაქციის მე-80 მუხლი.

⁵⁷ იხ. ფილიპ ლოვო „პარლამენტარიზმი“, გვ. 39- 40.

8. „სანდო კაცებიდან“ პარტიულ დემოკრატიაში

საკონსტიტუციო ცვლილებების კიდევ ერთი ეტაპი საქართველოში 2017-2018 წლებში განხორციელდა, რომელიც ქვეყანაში მოქმედი საპარლამენტო სისტემის არსებული ინსტრუმენტების სრულყოფაზე იყო ორიენტირებული და რომლის მიზანს წარმოადგენდა „ძალზე დახვეწილი საპარლამენტო მმართველობის სისტემის ჩამოყალიბება ქვეყნის გრძელვადიანი დემოკრატიული განვითარებისათვის“.⁵⁸

მითითებული ცვლილებებით მნიშვნელოვნად განმტკიცდა პარლამენტის როლი მთავრობის ფორმირებისა და მთავრობის ანგარიშვალდებულების პროცესში; ახალი პროცედურით განისაზღვრა პარლამენტის მიერ მთავრობისადმი უნდობლობის (უნდობლობის „კონსტრუქციული ვოტუმი“) გამოცხადების მექანიზმი (მუხლი 57-ე), განისაზღვრა პრემიერ-მინისტრის მიერ პარლამენტის წინაშე მთავრობის ნდობის დასმის საკითხი (მუხლი 58-ე), კონსტიტუციური ნორმებით განმტკიცდა ინტერპელაციის წესი (მუხლი 43-ე). ამასთან, აღნიშნული ცვლილებებით თვალშისაცემი გახდა საკონსტიტუციო ნორმათა დონეზე პოლიტიკური პარტიების ინსტიტუციონალიზაციისა და პოლიტიკურ პროცესებში მათი როლის განმტკიცების მცდელობა, რაც როგორც საარჩევნო პროცესში, ისე პარლამენტისა და მთავრობის ფორმირების პროცესში პოლიტიკური პარტიების როლის გაზრდას დაუკავშირდა.

ცვლილებებით საკონსტიტუციო დონეზე განმტკიცდა პოლიტიკურ პარტიათა საქმიანობის პრინციპები და მათი, როგორც ხალხის პოლიტიკური ნების ჩამომყალიბებელი და განმახორციელებელი სუბიექტის, სტატუსი (კონსტიტუციის ახალი რედაქციის მე-3 მუხლი). პრიორიტეტი მიენიჭა პროპორციულ საარჩევნო სისტემას, რომლის მიხედვით, პარლამენტის ფორმირება (საქართველოში ორპალატიანი პარლამენტის ფორმირებამდე) განხორციელდება ერთიან მრავალმანდატიან საარჩევნო ოლქში პროპორციული სისტემით არჩეული პარლამენტის წევრებისაგან, ხოლო პარლამენტის არჩევნებში მონაწილეობის უფლება მიენიჭა მხოლოდ კანონით დადგენილი წესით რეგისტრირებულ პოლიტიკურ პარტიას. კონსტიტუციური ცვლილებებით (რომლის ამოქმედების ვადა 2024 წლისთვის განისაზღვრა) უარყოფილ იქნა კონსტიტუციის წინა რედაქციაში არსებული წესი, რომლის მიხედვით, პარლამენტის შემადგენლობის თითქმის ნახევარს მაჟორიტარული წესით არჩეული პარლამენტის წევრები შეადგენდნენ. გაუქმდა საარჩევნოდ პარტიათა გაერთიანების – ბლოკების ფორმირების შესაძლებლობა. პრემიერ-მინისტრის კანდიდატურის წარდგენის უფლებამოსილება პარლამენტის არჩევნებში საუკეთესო შედეგის მქონე პოლიტიკური პარტიის უფლებამოსილებად განისაზღვრა⁵⁹ (ნაცვლად, კონსტიტუციის წინა რედაქციაში არსებული – არჩევნებში საუკეთესო შედეგის მქონე საარჩევნო სუბიექტისა).

⁵⁸ იხ. კონსტიტუციის ცვლილების პროექტის განმარტებითი ბარათი [<https://info.parliament.ge/file/1/BillReviewContent/149115>].

⁵⁹ იხ. საქართველოს 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუციის 2018 წლის რედაქციის 56-ე მუხლი.

შეიძლება ითქვას, რომ განხორციელებული ცვლილებებით ჩამოყალიბდა წარმომადგენლობის იმგვარი კონცეფცია, რომლის მიხედვით „დემოკრატიული პოლიტიკა წარმოგვიდგება, როგორც შეჯიბრი პოლიტიკურ პარტიებს შორის“.⁶⁰ ამასთან, „არჩევნებში ერთმანეთს ეჯიბრებიან არა პიროვნებები, არამედ პარტიული პროგრამები,⁶¹ ხოლო „მოქალაქეები ხმას აძლევენ არა იმათ, ვისაც პირადად იცნობენ, არამედ მათ, რომლებიც ატარებენ კონკრეტული პარტიის ფერს“.⁶²

წარმომადგენლობით დემოკრატია და საპარლამენტო სისტემაში პარტიათა ამგვარი როლი აზრთა სხვადასხვაობას იწვევს მეცნიერთა შორის. ანდრამ შაიოს შეფასებით „პარლამენტურმა სისტემამ მის განუყოფელ ნაწილად მიჩნეული ცხადი და „ბუნებრივი“ კონსტიტუციონალიზმი დაკარგა. პარლამენტართა ჯგუფებსა და პარტიულ ფრაქციებს შორის მიმდინარე გარიგებანი არ შეესაბამებოდა სადებატო ფორუმის პრინციპსა თუ საპარლამენტო პროცედურის ტრადიციულ ქმედუნარიანობის მოთხოვნას. რა აზრი აქვს სახალხო წარმომადგენლობაზე ლაპარაკს იქ, სადაც წარმომადგენელი პარტიული ჩარჩოებითაა შეზღუდული და ვერ იმოქმედებს საკუთარი სინდისის კარნახით. სადღეისოდ საპარლამენტო სახალხო სუვერენიტეტის მითმა – თითქოს პარლამენტის წევრები ხალხსა და ერს წარმოადგენენ – პარტიული სისტემისა და პროპორციული წარმომადგენლობის გამო ძალა დაკარგა. ერის წარმომადგენლის მითი აღარ მოქმედებს, რადგან წარმომადგენელი, რომელიც მისთვის ამომრჩეველთა მიერ მინიჭებულ მანდატზე მალლა იდგა, ახლა პარტიის ნება-სურვილს უნდა დაემორჩილოს, თუკი მას მეორედ არჩევა უნდა“.⁶³ ქართველი მეცნიერის – გ. გოგიაშვილის შეფასებით კი „მეორე პრინციპი, რაც მნიშვნელოვნად აკნინებს პარლამენტარიზმისა და წარმომადგენლობითი დემოკრატიის პრინციპს, ესაა პოლიტიკურ პარტიათა საქმიანობის ხასიათი. ხშირად დემოკრატიის ნაცვლად გაბატონდება პარტიული ოლიგარქია. პარტიები საპარლამენტო საქმიანობისას ისახევენ თავის დროებით მიზნებს, ჩვეულებრივი მოვლენაა პოლიტიკური ვაჭრობა და სხვადასხვა გარიგებებში შესვლა მთავრობასთან, რათა მიიღონ გარკვეული დათმობები, ამით ისინი უბიძგებენ მთავრობას, დაადგინონ მოჩვენებითი კომპრომისების არაჯანსაღ პოლიტიკას, რომელიც ემსახურება კერძო პარტიულ ინტერესებს. საბოლოოდ კი იზრდება მოსახლეობის უსულგულობა წარმომადგენლობითი ორგანოს საქმიანობის მიმართ“.⁶⁴

პარტიული დემოკრატიის პირობებში „ელექტორალურ სტაბილურობას“ უსვამს ხაზს ბერნანდ მანინი, თუმცა იქვე მიუთითებს, რომ „ელექტორალური სტაბილურობა ართუ-

⁶⁰ იხ. მარტინ მორლოკი, პარტიების სამართალი, როგორც კონკურენციის სამართალი, ჟურნალი „სამართლის ჟურნალი“, #2, 2009 წ. გვ. 240.

⁶¹ იხ. მალხაზ მაცაბერიძე არჩევნები და საზოგადოება, თბ. 2003 წ., გვ. 35.

⁶² იხ. Bernard Manin, The principles of representative government, Cambridge University Press, 1997, გვ. 206.

⁶³ იხ. ანდრამ შაიო, ხელისუფლების თვითშეზღუდვა, კონსტიტუციონალიზმის შესავალი, სამეცნიერო რედაქტორი თევდორე ნინიძე, თბ., 200 წ., გვ. 148.

⁶⁴ იხ. გიორგი გოგიაშვილი, შედარებითი კონსტიტუციური სამართალი, თბილისი, 2019 წ., გვ. 167.

ლებს პარლამენტარიზმის ერთ ძირითად საფუძველს. არჩევნები არ არის ხმის მიცემა ადამიანისათვის, რომელიც ამომრჩეველმა იცის პირადად და რომელსაც ისინი ენდობიან. ცალკეულ წრეებში პირადი კავშირების განწყვეტა მიჩნეული იქნა როგორც ნიშანი პოლიტიკური წარმომადგენლობის კრიზისისა“.⁶⁵ ამასთან, როგორც ბ. მანინი შენიშნავს, „წარმომადგენლებს, დეპუტატებს ან/და პარლამენტის წევრებს უკვე აღარ შეუძლიათ ხმა მისცენ შინაგანი რწმენის საფუძველზე და აცნობიერებენ: რომ ისინი შეზღუდულები არიან იმ პარტიის ნებით, რომელთა მიერაც ისინი არიან არჩეულები“.⁶⁶

წარმომადგენლობით სისტემაში, პარტიული დემოკრატიის რეალიზაციის ერთ-ერთ მნიშვნელოვან ასპექტად, მეცნიერთა უმეტესობა, პარტიათა შიდა დემოკრატიულობის გაზრდასა⁶⁷ და პარტიათა კონკურენციისათვის პირობების შექმნას მიიჩნევენ. მიუთითებენ, რომ „შიდაპარტიული დემოკრატიის გარეშე სახელმწიფოში დემოკრატია არ არსებობს.“⁶⁸ ამასთან, პარტიათა კონკურენციისათვის რეალური პირობების შესაქმნელად მნიშვნელოვნად მიიჩნევენ სახელმწიფოს მხრიდან სათანადო სამართლებრივი რეგულაციების შემოღებას. როგორც მარტინ მორლოკი შენიშნავს, „ქმედითი კონკურენცია ბუნებრივი გზით ვერ ყალიბდება, იგი, სამართლებრივი რეგულირების გარეშე, როგორც წესი, ხანგრძლივი დროით სტაბილურობას ვერ ინარჩუნებს და უფრო მეტიც, ამჟღავნებს საპირისპირო ტენდენციას, გარდაიქმნას მონოპოლიად. აქედან გამომდინარე, სახელმწიფოს ამოცანაა, ფუნქციური თვალსაზრისით პროდუქტიული და საერთო კეთილდღეობის თვალსაზრისით შედეგიანი კონკურენცია პარტიებს შორის წაახალისოს და სამართლებრივი მექანიზმებით – საჭიროების შემთხვევაში, სახელმწიფო დაფინანსების საშუალებითაც – განამტკიცოს. ამგვარად, კონკურენციის დამკვიდრება და მისი განმტკიცება განეკუთვნება იმ საფუძველთა რიგს, რომლებიც პარტიული პოლიტიკის სამართლებრივ რეგულირებას დემოკრატიულ კონსტიტუციურ სახელმწიფოში აუცილებლობად აქცევს“.⁶⁹

9. საჯარო სადისკუსიო და ფართო კონსენსუსის უზრუნველმყოფი ორგანო

პარლამენტარიზმის ერთ-ერთ მახასიათებლად ის გარემოება მიიჩნევა, რომ აღნიშნული სისტემის დროს საკითხთა განხილვა და გადაწყვეტილების მიღება ეფუძნება საჯარო დისკუსიის წარმოებას, რომლის დროს შესაძლებელი ხდება საზოგადოებაში არსებული მრავალგვარი ინტერესების დაბალანსება და კონსენსუსზე დაფუძნებული გადაწყვეტილე-

⁶⁵ იხ. Bernard Manin, The principles of representative government, Cambridge University Press, 1997, გვ. 209.

⁶⁶ იქვე, გვ. 211.

⁶⁷ იხ. მაგ., ირაკლი კობახიძის „პოლიტიკურ გაერთიანებათა სამართალი“, თბ. 2008 წ., გვ. 90-103.

⁶⁸ ციტ.: რატი ბრეგვაძე, პოლიტიკური პარტია და მისი ფუნქციები, კრებული: კონსტიტუციონალიზმი, ზოგადი შესავალი, წიგნი I, რედაქტორი დ. გეგენავა, თბ. 2018 წ., გვ. 284.

⁶⁹ იხ. მარტინ მორლოკი, პარტიების სამართალი, როგორც კონკურენციის სამართალი, უურნალი „სამართლის უურნალი“, #2, 2009 წ. გვ. 249.

ბის მიღება. პარლამენტი, თავისი სტრუქტურებით, წარმოადგენს სხვადასხვა პოლიტიკური ძალისა თუ ქვეყნის სხვადასხვა რეგიონის წარმომადგენელთა კრებულს (ერთობას), რომელიც ასახავს და გამოხატავს ქვეყანაში არსებულ ძირითად ტენდენციებს; სწორედ აღნიშნული ტენდენციებისა და შეხედულებების საკანონმდებლო დონეზე რაციონალურ გაფორმებას უნდა უზრუნველყოფდეს პარლამენტი თავისი საქმიანობით.

პარლამენტის საქმიანობის საჯარო ხასიათს გამოყოფს გერმანელი მეცნიერი კარლ შმიტი, რომლის მიხედვით „პარლამენტის არსი ეს არის საჯარო განხილვა არგუმენტებისა და კონტრარგუმენტების, საჯარო დებატები და საჯარო დისკუსია“.⁷⁰ ანდრამ შაიოს შეფასებით კი „პარლამენტი დისკუსიის მეშვეობით შემეცნების ადგილია, ზოგჯერ – „სამოქალაქო ვაჭრობათა“ ადგილიც, რაც ასევე რაციონალურ აზროვნებას მოითხოვს. აზრთა მრავალფეროვნება სასიკეთო გავლენას ახდენს საპარლამენტო გადაწყვეტილებებზე. ამრიგად, პარლამენტის განსაკუთრებული როლი ისაა, რომ იგი თავისუფალი დებატების ფორუმს წარმოადგენს“.⁷¹ საზოგადოებრივი აზრის ფორმირებაზე საპარლამენტო დებატების გავლენას უსვამს ხაზს ამერიკელი მკვლევარი ა. ჯენინგი, რომლის მოსაზრებით „პარლამენტის ფუნქციას წარმოადგენს არა მმართველობა, არამედ კრიტიკა. მისი კრიტიკა მიმართულია არა იმდენად მთავრობის პოლიტიკის არსებით შეცვლაზე, არამედ საზოგადოებრივი აზრის ფორმირებაზე“.⁷²

შეიძლება ითქვას, რომ პარლამენტარიზმი მხოლოდ ინსტიტუციურ ფაქტორებს არ ემყარება; იგი თავის არსს პარლამენტის რეალურ ქმედებასა და გადაწყვეტილების მიღების პროცესში ავლენს. შესაბამისად, მნიშვნელოვანია თვით პარლამენტის ნება, განწყობა და ქმედუნარიანობა პარლამენტარიზმის პრინციპების ქმედითი რეალიზაციისათვის. აღნიშნული კი, უპირველეს ყოვლისა, იმ პრინციპების დამკვიდრებით მიიღწევა, რომლის მიხედვით პარლამენტი გადაწყვეტილების მიღებას საჯარო დისკუსიის, არგუმენტების გაცვლისა და ფართო კონსენსუსის საფუძველზე ახორციელებს.

მართალია, მსგავსი წესით გადაწყვეტილების მიღება გაჭიანურებით ხასიათდება, თუმცა იგი ხელს უწყობს მდგრადი და საზოგადოების უმრავლესობისათვის მისაღები გადაწყვეტილებების ჩამოყალიბებას. როგორც ცნობილი პოლიტოლოგი გილიერმო ო'დონელი შენიშნავს, „გადაწყვეტილების მიღების პროცესი წარმომადგენლობით დემოკრატიებში, როგორც წესი, ნელი და მრავალეტაპიანია, ხანდახან კი შეიძლება ჩიხშიც შევიდეს, მაგრამ ამავე მიზეზით პოლიტიკური გადაწყვეტილებები დაზღვეულია უხეში შეცდომებისგან და პრაქტიკული განხორციელების უფრო კარგი შანსი აქვს; გარდა

⁷⁰ იხ. Карл Шмитт, Понятие политического, Перевод с немецкого, Санкт-Петербург, 2016, გვ. 127-128.

⁷¹ ანდრამ შაიო, ხელისუფლების თვითშეზღუდვა, კონსტიტუციონალიზმის შესავალი, სამეცნიერო რედაქტორი თევდორე ნინიძე, თბ., 2003 წ., გვ. 144.

⁷² იხ. Jennings I. Cabinet Government, Cambridge, 1959, გვ. 472.

ამისა, პასუხისმგებლობა შეცდომისათვის ბევრზე ნაწილდება“.⁷³ ფრანგი მეცნიერის – ბერნანდ მანინის მოსაზრებით კი „რამდენადაც წარმომადგენლები არ არიან დაკავშირებულნი მათ მოთხოვნებთან, ვინც ისინი აირჩიეს, პარლამენტი შეიძლება მოვიაზროთ სრული არსით სათათბირო ორგანოდ; სხვაგვარად რომ ვთქვათ, ადვილად, სადაც ინდივიდი თავისი აზრის ფორმირებას ახდენს დისკუსიის წარმოებისას და სადაც უმრავლესობის თანხმობა მიიღწევა არგუმენტების გაცვლის საფუძველზე“.⁷⁴

აღსანიშნავია ის გარემოება, რომ დისკუსიის ხანგრძლივობის შემცირებისა და გადაწყვეტილების მიღების გაჭიანურების თავიდან აცილების მიზნით, პარლამენტებში, როგორც წესი, შემუშავებულია დისკუსიის წარმოების სარეგლამენტო ნორმები, რომლებიც დეტალურად განსაზღვრავენ საკანონმდებლო ორგანოში საკითხთა განხილვის, გამოსვლებისა და კამათის წარმოების წესსა და დროის პერიოდულობას. ამასთან, როგორც წესი, პარლამენტები ამ მხრივ, ფართო სარეგლამენტო ავტონომიებით სარგებლობენ და თვითონვე ადგენენ მსგავს ნორმებს. ამ მხრივ აღსანიშნავია საქართველოს 1921 წლის 21 თებერვლის კონსტიტუცია, რომლის მიხედვით პარლამენტის სხდომები საჯარო იყო (მუხლი 55-ე), ხოლო პარლამენტი თვითონ განსაზღვრავდა რეგლამენტს და თავის მოქმედების წესს (მუხლი 60-ე). ამასთან, პარლამენტი ყოველ საკითხს „სწყვეტდა ხმის მარტივი უმრავლესობით, თუ რეგლამენტით ან კანონით სხვა წესი არ იქნებოდა მიღებული“ (მუხლი 57-ე).

საქართველოს 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუციის მიხედვით, ასევე განმტკიცებული იქნა პარლამენტის საქმიანობის საჯარო ხასიათი,⁷⁵ ხოლო საქართველოს პარლამენტის შინაგანი სტრუქტურა და მუშაობის წესი, ასევე განისაზღვრა პარლამენტის რეგლამენტით. ამასთან, კონსტიტუციაში შეტანილი ცვლილებების გათვალისწინებით იურიდიული ძალა და ფორმა შეიცვალა პარლამენტის რეგლამენტმა. 1995-2004 წლებში მოქმედი საქართველოს პარლამენტის რეგლამენტი პარლამენტის შიდა დოკუმენტად განიხილებოდა და იგი პარლამენტის დადგენილებით მტკიცდებოდა. 2004 წელს კონსტიტუციასა და „ნორმატიული აქტების შესახებ“ საქართველოს კანონში შეტანილი ცვლილებების მიხედვით, გაიზარდა პარლამენტის რეგლამენტის იურიდიული ძალა და მას კანონის ძალის მქონე აქტი ეწოდა;⁷⁶ 2017-2018 წლების საკონსტიტუციო ცვლილებების თანახმად, პარლამენტის რეგლამენტის ამგვარმა იურიდიულმა სტატუსმა ასახვა კონსტიტუციაში. კონსტიტუციის მიხედვით განმტკიცდა, რომ საქართველოს პარლამენტის რეგლამენტს აქვს კანონის ძალა, ასევე კონსტიტუციური ცვლილებების მიხედვით გაიზარდა მის

⁷³ გილიერმო ო'დონელი, დელეგაციური დემოკრატია, „კრებულში პოლიტიკა და დემოკრატია“, თბ. 2017 წ., გვ. 91.

⁷⁴ იხ. Bernard Manin, *The principles of representative government*, Cambridge University Press, 1997, გვ. 205-206.

⁷⁵ პარლამენტის რეგლამენტით განსაზღვრული წესით, მათ შორის, დაშვებული იყო პარლამენტის სხდომების სრული რადიო და ტელეტრანსლაცია.

⁷⁶ იხ. „ნორმატიული აქტების შესახებ“ საქართველოს 1996 წლის 29 ოქტომბრის კანონის მე-9 მუხლის 51 პუნქტი.

მისაღებად საჭირო ხმათა რაოდენობა და იგი ხმათა იმავე რაოდენობით მიიღება, რაც ორგანული კანონის მისაღებადაა საჭირო, კერძოდ, პარლამენტის სრული შემადგენლობის უმრავლესობით (36-ე მუხლი).

აღნიშნულთან ერთად გასათვალისწინებელია ის გარემოებაც, რომ საქართველოს მოქმედი კონსტიტუციით, უმეტეს შემთხვევაში, საქართველოს პარლამენტში, განსაზღვრულია გადანყვეტილებათა ფართო კონსენსუსით მიღება და შესაბამისად, დადგენილია მაღალი ქვორუმი. მაგალითად, საქართველოს კონსტიტუციაში ცვლილებების შეტანა შესაძლებელია კვალიფიციური უმრავლესობით (პარლამენტის წევრთა სრული შემადგენლობის არანაკლებ სამი მეოთხედის ან ორი მესამედის მხარდაჭერით), (მუხლი 77-ე) საქართველოს პარლამენტის წევრთა სრული შემადგენლობის არანაკლებ ორი მესამედის მხარდაჭერაა საჭირო საქართველოს პრეზიდენტის იმპიჩმენტის წესით თანამდებობიდან გადასაყენებლად (მუხლი 48-ე), პარლამენტის წევრთა სრული შემადგენლობის არანაკლებ სამი მეხუთედის უმრავლესობით ხდება სახალხო დამცველის არჩევა (მუხლი 35-ე) და სხვა.

10. დასკვნა

პარლამენტარიზმის იდეას ერთ-ერთი გამორჩეული ადგილი უჭირავს ქართულ კონსტიტუციონალიზმსა და სახელმწიფო ხელისუფლების ორგანიზაციის ოპტიმალური მოდელის ფორმირების ისტორიულ პროცესში. მან ინსტიტუციური გავლენა მოახდინა დამოუკიდებლობა მოპოვებული ქვეყნის პოლიტიკური სისტემის ფორმირებაზე, განსაზღვრა ხელისუფლების ორგანიზაციის ძირითადი ორიენტირები, შექმნა პირობები ხალხის წარმომადგენლობის რეალური რეალიზაციისათვის. ისტორიული განვითარების გათვალისწინებით, იგი მნიშვნელოვან საფუძვლებს ქმნიდა სამთავრობო სტაბილურობის უზრუნველყოფისა და მთავრობის პასუხისმგებლობის ოპტიმალური სისტემის ჩამოყალიბებისათვის, ფართო და საჯარო დისკუსიების წარმოებასა და კონსენსუსზე დაფუძნებული პოლიტიკური კულტურის დამკვიდრებისათვის.

ქართული პარლამენტარიზმის ისტორია იცნობს აღნიშნული მოვლენის „მაქსიმალიზაციისა“ და მისი „შესუსტების“ პერიოდებს. ამასთან, თვალშისაცემია ის გარემოებაც, რომ პარლამენტარიზმის იდეის დამკვიდრებისა და მისი „გაძლიერების“ პერიოდები ქვეყნის დამოუკიდებლობის მოპოვებისა (გამოვყოფილთ 1918-1921 წლებსა და 1991-1995 წლებს) და დამოუკიდებელი ქვეყნის მართვის უკეთესი მოდელის შერჩევის პერიოდს უკავშირდებოდა და მიზნად პოლიტიკურ ძალთა მაქსიმალური კონსოლიდაციის უზრუნველყოფი პოლიტიკური სისტემისა და ანგარიშვალდებული მთავრობის ფორმირებას ისახავდა.

უკანასკნელ პერიოდში საქართველოში განხორციელებულმა კონსტიტუციურმა ცვლილებებმა ახალი ფურცელი გადაშალა საქართველოში პარლამენტარიზმის იდეის სრულფასოვანი რეალიზაციისთვის, რომელიც მიზნად ისახავს საზოგადოების წინაშე „ანგარი-

შვალდებული“ სახელისუფლებო სისტემის ფორმირებას, სტაბილური და გრძელვადიან განვითარებაზე ორიენტირებული პარტიული სისტემის ჩამოყალიბებას, კოლევური მართვის პოლიტიკური კულტურის დანერგვას, საკითხების ფართო დისკუსიისა და პოლიტიკური კონსენსუსის წესით გადაწყვეტის სისტემის დამკვიდრებას, სამთავრობო კრიზისების ოპტიმალური დაძლევის შესაძლებლობის შექმნას.

Georgian Reflections of Parliamentarism (Constitutional-legal tour)

Gia Gogiberidze

Resume

The article is devoted to one of the most important ideas of the organization of government and implementation of governance – Parliamentarism and the issues of realization of the mentioned phenomenon in the constitutional and legal space of Georgia. Parliamentarism is a multilateral phenomenon, the features of which differ in many political and legal aspects. From a constitutional and legal point of view, its main feature is associated with the representation of the people and therefore, with the features of the organization of governance, as well as the place and role of parliament in the system of governance.

This phenomenon, with its centuries-old historical experience, has a substantial impact on the organization of governments of many countries and the organization of management process even today. In this regard, Georgia is no exception, parliamentarism has significantly reflected in its constitutional and legal system, and in addition, the system of government structure established by the first Constitution of Georgia was essentially based on the aforementioned model.

This article deals precisely with the issue of the implementation of parliamentarism in the constitutional space of Georgia, where the main features and trends are presented on the basis of the basic legal acts adopted in Georgia and the considerations of Georgian scholars and researchers working in the mentioned field, which are characteristic for the establishment and development of parliamentarism in Georgia and have largely defined the model of governance in the country. It's worth mentioning that the article focuses on the issues such as the interaction of parliamentarism and the people, the constitutional and legal aspects of the parliament and the government, as well as the features of decision-making under parliamentarism, etc.

გამოყენებული ლიტერატურა

- რაჟდენ არსენიძე, დემოკრატიული რესპუბლიკა, მეორე გამოცემა, დავით ბატონიშვილის სამართლის ინსტიტუტი, თბ. 2014 წ.;
- გიორგი გვაზავა, ძირითადი პრინციპები საკონსტიტუციო უფლებებისა, მეორე გამოცემა, დავით ბატონიშვილის სამართლის ინსტიტუტი, თბ. 2014 წ.;
- გიორგი გოგიაშვილი, შედარებითი კონსტიტუციური სამართალი, თბილისი, 2019 წ.;

- გიორგი გოგიაშვილი, შედარებითი კონსტიტუციური სამართალი, თბილისი, 2014 წ.;
- ვოლფგანგ ბაბეკი, სტივენ ფიში, ცენო რაიჰენბეჰერი, კონსტიტუციის გადასინჯვა – საქართველოს გზა ევროპისაკენ, ქართული გამოცემა, თბ. 2012 წ.;
- ვოლფგანგ გაული, კონსტიტუციის შემუშავება და მიღება საქართველოში, თბილისი, 2002 წ.;
- ლევან დარბაიძე, ქართული პარლამენტარიზმის ისტორიის დასაწყისი, თუ სახელმწიფო ხელისუფლების შეზღუდვის ცდა?, ჟურნალი „მართლმსაჯულება და კანონი“, #1 (40), 2014 წ.;
- ავთანდილ დემეტრაშვილი, გიორგი გოგიაშვილი `კონსტიტუციური სამართალი~, თბილისი, 2016 წ.;
- ლევან იზორია `თანამედროვე სახელმწიფო თანამედროვე ადმინისტრაცია~, გამომცემლობა `სიესტე~, თბ. 2009 წ.;
- ირაკლი კობახიძე „პოლიტიკურ გაერთიანებათა სამართალი“, თბ. 2008 წ.;
- კონსტიტუციონალიზმი, ზოგადი შესავალი, წიგნი I, ავტ. კოლექტივი, რედაქტორი დ. გვეგენავა, თბ. 2018 წ.;
- ფილიპ ლოვო, „პარლამენტარიზმი“, 1997 წ., ქართული თარგმანი მ. ბალავაძე, ნ. ცქიტიშვილი, ქართული გამოცემა, თბ. 2005 წ.;
- ფილიპ ლოვო, თანამედროვე დიდი დემოკრატიები, 1990. ფრანგულიდან თარგმნეს: ბალავაძე მ., ცქიტიშვილი ნ., სამეცნიერო რედაქტორი: ვ. კეშელავა., თბ. 2002 წ.;
- მალხაზ მაცაბერიძე, უზენაესი ბატონი ქვეყნისა (როგორი უნდა ყოფილიყო საქართველოს პარლამენტი 1921 წლის კონსტიტუციის ფუძემდებელთა აზრით), თბ. 2008 წ.;
- მალხაზ მაცაბერიძე არჩევნები და საზოგადოება, თბ. 2003 წ.;
- ოთარ მელქაძე, კონსტიტუციონალიზმი, თბილისი, 2008 წ.;
- ოთარ მელქაძე, საუბრები ქართულ კონსტიტუციაზე, მსოფლიო პარლამენტარიზმის კვლევითი ცენტრი, თბ. 1996 წ.;
- რესპუბლიკა: საპარლამენტო თუ საპრეზიდენტო, მსოფლიო პარლამენტარიზმის კვლევითი ცენტრი, რედაქტორი ოთარ მელქაძე, თბ. 1996 წ.;
- ო. მელქაძე, ო. მახარაძე, პოლიტიკური ხელისუფლების ორგანიზაცია საპარლამენტო სისტემის ქვეყნებში (ქართულ პრობლემებთან დაკავშირებით), მსოფლიო პარლამენტარიზმის კვლევითი ცენტრი, ბათუმი, 2001 წ.;
- პაკტე პ., მელენ-სუკრამანიანი ფ., `კონსტიტუციური სამართალი~, ქართული გამოცემა, სამეცნიერო რედაქტორი ა. დემეტრაშვილი, თბ. 2012 წ.;
- მარტინ მორლოკი, პარტიების სამართალი, როგორც კონკურენციის სამართალი, ჟურნალი „სამართლის ჟურნალი“, #2, 2009 წ.;
- კონსტიტუციური სისტემები და კონსტიტუციური პროცესი საქართველოში (1995 _ 2009 წ.წ.), მისი განვითარების პერსპექტივა, კონსტანტინე კანდელაკი, დავით ლოსაბერიძე, ზაზა რუხაძე, იური ტაბუცაძე, ვახტანგ ხმალაძე, ზურაბ ჭიბლაშვილი, ფონდი „ღია საზოგადოება – საქართველოს“ პუბლიკაცია, თბ. 2009 წ.;
- მანანა კოპალიანი „ივანე ჯავახიშვილი ქართული პარლამენტარიზმის („დარბაზისა და დარბაზობის“) შესახებ, ჟურნალი „სამართალი და მსოფლიო“ (ევროპის უნივერსიტეტის სამართლის სამეცნიერო-კვლევითი ინსტიტუტის საერთაშორისო სამეცნიერო რეფერირებადი ჟურნალი), #6, 2017 წ.;
- „პოლიტიკა და დემოკრატია“, წიგნი II, ისაია ბერლინი, რობერტ კავანი, გილიერმო ო'დონელი, ფრენსის ფუკუიამა, ქეროლ პეიტმანი, ტიმოთი გარტონ ეში, იურგენ ჰაბერმასი, თბ. 2017 წ.

- ზაზა რუხაძე „საქართველოს კონსტიტუციური სამართალი“, ბათუმი, 1999 წ.;
- ჯაბა სამუშია, ქართული პარლამენტარიზმის სათავეებთან (ყუთლუ-არსლანი), კრებულში: ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის საქართველოს ისტორიის ინსტიტუტის შრომები. X, თბ. 2016 წ.;
- საქართველოს დემოკრატიული რესპუბლიკის სამართლებრივი აქტების კრებული, 1918-1921, შემდგ. ე. გურგენიძე, სპეცრედაქტორი ვ. შარაშენიძე, გამომ. „ივერთა მხარე“, თბ. 1990 წ.;
- საქართველოს საკონსტიტუციო სამართალი, ავტ. კოლექტივი (ვ. გონაშვილი, ქ. ერემაძე, გ. თევდორაშვილი, გ. კახიანი, გ. კვერენჩილაძე, ნ. ჭილაძე), თბ., 2017 წ.;
- საქართველოს საკონსტიტუციო სამართალი, ავტ. კოლექტივი (დ. გეგენავა, ბ. ქანთარია, ლ. ცანავა, თ. თევზაძე, ზ. მაჭარაძე, პ. ჯავახიშვილი, თ. ერქვანია, თ. პაპაშვილი) რედაქტორი დ. გეგენავა, თბ. 2016 წ.;
- იაკობ ცინცაძე, სამართლის მეცნიერება, ქუთაისი, 1918 წ.
- პაატა ცნობილაძე, საქართველოს კონსტიტუციური სამართალი, თბ. 2004 წ.;
- ბექა ქანთარია, კონსტიტუციონალიზმის ფუნდამენტური პრინციპები და მმართველობის ფორმის სამართლებრივი ბუნება პირველ ქართულ კონსტიტუციაში, თბ. 2013 წ.
- ქართული კონსტიტუციონალიზმის ქრონიკები, ზ. კორძაძის გამომცემლობა, თბ. 2016 წ.;
- გერონტი ქიქოძე, პოლიტიკური წერილები, თბ. 1920 წ.;
- შესავალი საკონსტიტუციო სამართალში, ავტორთა კოლექტივი: ვ. გონაშვილი, ქ. ერემაძე, გ. თევდორაშვილი, გ. კახიანი, გ. კვერენჩილაძე, ნ. ჭილაძე, თბ., 2016 წ.;
- ანდრამ შაიო, ხელისუფლების თვითმზღლედვა, კონსტიტუციონალიზმის შესავალი, სამეცნიერო რედაქტორი თევდორე ნინიძე, თბ., 2003 წ.;
- ივანე ჯავახიშვილი, ქართველი ერის ისტორია, მე-2 ტომი, თბ. 2012 წ.;
- ივანე ჯავახიშვილი, ქართული სამართლის ისტორია. თბ. 1928 წ.;
- ზაურ ჯინჯოლავა, საქართველოს რესპუბლიკის პარლამენტი, თბ. 1993 წ.;
- იულიუს შაჩევი, თანამედროვე დემოკრატიის უფლება, ზ. კორძაძის გამომცემლობა, თბ. 2016 წ.;
- ჰეიველი ე., პოლიტიკა, ქართული გამოცემა, მთარგმნელები გ. ჭუმბურიძე, ზ. ჭელიძე, გამომცემლობა `საქართველოს უნივერსიტეტი~ და “საქართველოს მაცნე”, თბ., 2007 წ.;
- Bernard Manin, The principles of representative government, Cambridge University Press, 1997;
- Beyme, Klaus von, Die parlamentarische Demokratie. Entstehung und Funktionsweise 1789-1999, 3. Aufl., Opladen (Westdeutscher Verlag), 1999.;
- Bureteau G. Traite de science politique. Paris, 1977;
- Bevir, Mark, Democratic governance , Princeton University Press, 2010.
- Carl Schmitt, Constitutional theory, Translated and edited by Jeffrey Seitzer Foreword by Ellen Kennedy, Duke University Press, 2008.
- Jennings I. Cabinet Government, Cambridge, 1959;
- Айзенштат М.П. Западноевропейский парламентаризм XVIII-XIX вв.: этапы становления и развития, М.: 2001.
- Левина М. И. Парламентское право Великобритании XVII — начала XIX в., М.: 2000.
- Н. Майм, Парламентаризм и суверенное государство, Тарту 1927,
- Карл Шмитт, Понятие политического, Перевод с немецкого, Санкт-Петербург, 2016.;
- Жакке Ж. П., Конституционное право и политические институты, пер. франц., м. 2002;
- Филип Петтит, Республиканизм, Теория свободы и государственного правления, Перевод с английского, М.: 2016.

ნორმატიული მასალა

- საქართველოს 1921 წლის 21 თებერვლის კონსტიტუცია;
- საქართველოს 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუცია (ცვლილებებითა და დამატებებით);
- საქართველოს პარლამენტის რეგლამენტი (1997, 2004, 2012, 2018 წლების რედაქცია);
- „ნორმატიული აქტების შესახებ“ საქართველოს კანონი.

პრეზიდენტის პოსტსოციალისტური ინსტიტუციური მოდელები და მათი განვითარების ძირითადი ტენდენციები

ზურაბ ჯიბლაშვილი

შესავლის სახით: პოსტსოციალისტური კონსტიტუციონალიზმი. 1. მიდგომების გენეზისი. 2. საკითხის გადანაცვების ვარიაციები. საპრეზიდენტო ინსტიტუტის მოდელოვანი სხვადასხვაობები. 3. დასკვნები. რეზიუმე. რეზიუმე ინგლისურ ენაზე.

შესავლის სახით: პოსტსოციალისტური კონსტიტუციონალიზმი

აღმოსავლეთ და ცენტრალური ევროპის ტოტალიტარული სოციალიზმის ლიკვიდაციით მივიღეთ არა უბრალოდ ქრონოლოგიურად სოციალიზმის შემდგომი გეოგრაფიული სივრცე, არამედ პოლიტიკური პოსტსოციალისტური ფენომენი. ამ ქვეყნებში საზოგადოებრივ-პოლიტიკური რეფორმების განხორციელება პირველი პოსტსოციალისტური ღონისძიებები იყო, რაც ბევრი საერთო და ინდივიდუალური თავისებურებითაც ხასიათდებოდა. ამ ღონისძიებათა, როგორც პოსტსოციალისტური რეაქციების მიზანი, ტოტალიტარიზმის იმგვარი უარყოფა იყო, რომ ახალი – დემოკრატიული საზოგადოებრივ-პოლიტიკური სისტემის ფორმირება შეუქცევადი, ხოლო თავად შექმნილი სისტემა კი მყარი ყოფილიყო. უნდა შექმნილიყო სისტემა, სადაც „ადამიანი არის უმაღლესი ფასეულობა“.¹ ერთი საზოგადოებრივი ფორმაციიდან არსებითად სხვაზე გადასვლის გათვალისწინებით, პოსტსოციალისტური სახელმწიფო განიხილება საზოგადოებრივ-პოლიტიკურად გარდამავალ ფენომენად.² ამ მდგომარეობაში სახელმწიფო „სიღრმისეული ცვლილებების პროცესშია. ამიტომ სახელმწიფო ორგანოების ახალი სისტემის ჩამოყალიბება არ დამთავრებულა“.³ ინსტიტუციური არჩევანი, სხვადასხვა მიზეზის გამო, ხშირად ჭიანურდებოდა. ამ საზოგადოებებში, „გარდასული პოლიტიკური რეჟიმის უარყოფასთან დაკავშირებული საერთო თანხმობის მიუხედავად, სამომავლო სისტემასთან დაკავშირებით, სახელისუფლებო ინსტიტუტებში არ შეიმჩნევა სტაბილური და მყარი თანხმობა“.⁴ ამიტომ გარდამა-

¹ В. Чиркин. Постсоциалистическое государство XXI века. Стр. 10. იხ. ინტერნეტყარო: <https://cyberleninka.ru/article/v/postsotsialisticheskoe-gosudarstvo-xxi-veka> შემოწმებულია 27.07. 2018.

² დანვრელებით იხილეთ იქვე. გვ. 9.

³ д. Моисеенко. понятие и признаки формы постсоциалистического государства. Стр. 61. იხ. ინტერნეტყარო: https://ibn.idsi.md/sites/default/files/imag_file/59-63.%20Ponjatie%20i%20priznaki%20formy%20postsocialisticheskogo%20gosudarstva.pdf შემოწმებულია 27.07.2018.

⁴ И. Тарасов. Выбор формы правления как институциональная проблема посткоммунизма: опыт стран Центрально-Восточной Европы. Журн. ПОЛИТЭКС. იხ. ინტერნეტყარო: <http://www.politex.info/content/view/665/30/> შემოწმებულია 27.07. 2018.

ვალი პერიოდი სხვადასხვა შემთხვევაში განსხვავებულია. თუ „პოსტ“ ხანა შედარებით ადრეულად დაასრულეს უნგრეთმა, ბალტიის სახელმწიფოებმა და პოლონეთმა, უფრო მოგვიანებით ბულგარეთმა, რუმინეთმა, სლოვაკეთმა, ხორვატიამ და ჩეხეთმა, საქართველოში, სომხეთსა და უკრაინაში, ჯერ კიდევ, მიმდინარეობს. თუმცა, დღეისათვის არა მკვეთრად გამოხატულ დემოკრატიულ რეჟიმებს ეს გზა კიდევ წინ აქვთ.

სოციალისტური ქვეყნების დემოკრატიისაკენ გარდამავალი ეტაპის სათავიდანვე (როგორც მმართველობის ამა თუ იმ სისტემის არჩევანის გაკეთებისას, ასევე მისი ფუნქციონირების საწყის ეტაპებზე) ჩანდა, რომ ერთმანეთს დაუპირისპირდა ევროპული დემოკრატიებისათვის უკვე ტრადიციული კოლეგიური (საპარლამენტო) და ერთპიროვნული მმართველობის ფენომენები. თუმცა, ეს უკანასკნელი იყო არა რაციონური დანაწილებით ერთპიროვნულ აღმასრულებელ ხელისუფლებამზე ორიენტირებული, არამედ აღმოსავლური ტიპის მმართველობა. ეს ჭიდილი განსხვავებულ გადანყვეტილებებს წარმოშობდა. თუმცა, აღმოცენების ბევრი საერთო პირობის, ასევე ერთ ეპოქაში განვითარების გათვალისწინებით, პოსტსოციალისტურ კონსტიტუციონალიზმს საერთო მახასიათებლებიც აქვს. ეს მახასიათებლები, ჩვენი დაკვირვებით, საერთო ტენდენციების სახით, ნათლად გამოიკვეთა როგორც საკონსტიტუციო-შემოქმედებით პროცესში, ასევე თავად კონსტიტუციათა ტექსტებში:

1. სახელმწიფოს არსის ფილოსოფიური ხედვის გადასინჯვა თავისუფალი ადამიანების ორგანიზაციულ მართლწესრიგზე საზოგადო თანხმობად აღქმის მიმართულებით;
2. შესაბამისად, საზოგადოების ორგანიზაციის, სახელმწიფოსა და კონსტიტუციის დეიდეოლოგიზაცია, რაც ორი ფუნდამენტური მიმართულებით გამოიხატა:
 - 2.1. სახელმწიფოს სახელწოდების ტოტალიტარული სოციალიზმის იდეოლოგიის ამსახველი ტერმინოლოგიისგან გათავისუფლება;
 - 2.2. კონსტიტუციისა და სახელმწიფოს მმართველობის გაგების არსებითი ცვლილება – პროლეტარიატის დიქტატურისა და კომუნისტური პარტიის წარმმართველი როლის უარყოფა პოლიტიკურ ჯგუფთა თანასწორობით. შესაბამისად, სხვა იდეოლოგიებისა და პოლიტიკური გაერთიანებების აკრძალვის გაუქმება და მრავალპარტიულობის დაშვება;
3. ადამიანისა და სახელმწიფოს ურთიერთობათა ფასეულობრივი გადასინჯვა და სახელმწიფო ხელისუფლების ადამიანის უფლებებით ბოჭვის კონსტიტუციონალიზაცია;
5. განსაკუთრებული აქცენტი კონსტიტუციის დაცვასა და მისი მექანიზმის დანერგვაზე;
6. სახელმწიფო სუვერენიტეტისა და საზღვრების ხელშეუხებლობისა და ურღვევობის პრინციპის კონსტიტუციური განმტკიცება;
7. სახელმწიფო ხელისუფლების არსის პრინციპული ცვლილება⁵ და კონცენტრაციის უარყოფა ხელისუფლების დანაწილების პრინციპით, რამაც გამოიწვია მისი ფუნქციონ-

⁵ დანვრილებით იხ: ვ. ჩირკინი. დასახ. ნაშ. გვ. 3.

ნინებისათვის აუცილებელი და შესატყვისი სხვადასხვა საჯარო (პრეზიდენტი, საკონსტიტუციო სასამართლო, ომბუდსმენი, სხვა საკონტროლო და საზედამხედველო) ინსტიტუტების შემოღება;

8. ცენტრალიზებული ადგილობრივი სახელმწიფო მმართველობის ჩანაცვლება კომპეტენციათა გაშიჯვნის, დეკონცენტრაციისა და დეცენტრალიზაციის პრინციპებზე დამყარებული თვითმმართველობით;
9. კონსტიტუციათა შედარებით აქტიური სოციალიზაცია.⁶

ამ მახასიათებლების ერთობლიობა გვაძლევს საფუძველს, ვითქვით, რომ აღმოცენდა კონსტიტუციონალიზმის მეოთხე ისტორიული ჯგუფი პოსტსოციალისტურ კონსტიტუციათა სახით. ეს ჯგუფი გამოირჩევა როგორც კონსტიტუციონალიზმის დაგროვილი გამოცდილების გათვალისწინებით, ასევე მათ მიერვე სათავედადებული, უკვე თანამედროვე ტენდენციებად ჩამოყალიბებული ინდივიდუალური გადანყვეტილებითაც.⁷ თუმცა, ამ სივრცის ბევრი ქვეყნისათვის კონსტიტუცია ვერ იქცა პრაქტიკული ეფექტის მქონედ და ის მხოლოდ ფორმალური დატვირთვის მატარებელია.⁸ ეს საზოგადოებები, მათ შორის საქართველო,⁹ დიდ კონსტიტუციათა შობამდე, ჯერ კიდევ, შორს არიან. ტოტალიტარული სოციალიზმით დამძიმებულ ცნობიერებაში დემოკრატის გაუჭირდა შეღწევადობა, ამიტომ ამ სივრცის ქვეყნების დიდი ნაწილი დაადგა პოსტტოტალიტარულ კვაზიდემოკრატიულ, ავტორიტარულ რეჟიმებად ფორმირების გზას. ამასთან, ეს რეჟიმები დროდადრო, „სხვადასხვა მოცულობით იყენებდნენ დემოკრატიულ მეთოდებს“.¹⁰ მაგრამ პოსტსოციალიზმი, როგორც სამართლებრივი სახელმწიფოს ფორმირებისათვის საჭირო ღონისძიებათა სისტემა, უნდა დასრულდეს, რომლის შემდგომ სამართლებრივი სახელმწიფო, როგორც ცოცხალი ორგანიზმი, გააგრძელებს ზრდას.

1. მიდგომების გენეზისი

როგორც აღვნიშნეთ, პოსტსოციალისტური ინსტიტუციური არჩევანი კოლევგიური (საპარლამენტო) და ერთპიროვნული მმართველობის მოთხოვნილებათა ბრძოლით მიმდინარეობდა. ამ არჩევანისას და მმართველობის სისტემის სახის მიღებისას არსებითი მახასიათებელი იყო „გარდამავალი პერიოდის ორი საბაზისო ფასეულობის – დემოკრა-

⁶ საერთო მახასიათებლების შესახებ შეგიძლიათ ასევე იხილოთ: აღმოსავლეთ ევროპის ქვეყნების კონსტიტუციები. წიგნი I. თბ. 2005. გვ. 13-14.

⁸ ჯიბლაშვილი. ცენტრალურ და აღმოსავლეთ ევროპული (ყოფილი სოციალისტური ქვეყნების) მმართველობის ერთი არატიპური სისტემის შესახებ. ავთანდილ დემეტრაშვილი 75. საიუბილეო გამოცემა. თბ. 2017. გვ. 143-144.

⁷ გონაშვილი ვ., ერემაძე ქ., თევდორაშვილი გ., კახიანი გ., კვერენჩილაძე გ., ჭილაძე ნ. შესავალი საკონსტიტუციო სამართალში. თბ. 2016. გვ. 26.

⁸ იხ. Dupré C. Importing the Law in Post-Communist Transitions, Hart Publishing, 2003, 20-23.

⁹ იხ. საქართველოს კონსტიტუცია 20 წლის შემდეგ. დ. უსუფაშვილი. შესავალი სიტყვა. თბ. 2016. გვ. 9-11.

¹⁰ Е. Мачкув. Конституционный процесс и демократия при посттоталитаризме.; Конституционное Право: Восточноевропейское Обозрение. Журн. №4(25) 1998/№1(26) 1999; Стр.15.

ტიისა და სტაბილურობის შენარჩუნების კონფლიქტი¹¹. ამ უკანასკნელთან ორგანულად უნდა განვიხილოთ კიდევ ერთი პოსტსოციალისტური ფენომენი – რეფორმების ოპერატიულობა, თანმიმდევრულობა და უწყვეტობა. შესაბამისად, პოსტსოციალისტურ აზროვნებაში „საპრეზიდენტო-საპარლამენტო“¹² და ზოგიერთ „პრემიერ-პრეზიდენტის“¹³ სისტემებს, მათთვის მახასიათებელი „ძლიერი“ პრეზიდენტის ინსტიტუტის თანხლებით, ბევრ შემთხვევაში გარკვეული უპირატეობა ენიჭებოდა. ეს თავს იჩენდა „განსაკუთრებით გარდამავალი მდგომარეობის პირობებში, საზოგადოების მობილიზაციის აუცილებლობისას პირველადი ამოცანების გადასაწყვეტად“¹⁴. პოსტსოციალისტური კონსტიტუციონალიზმის ციკლების მონაცვლეობაში „სტაბილურობა დროდადრო იცვლებოდა კრიზისით, შემდეგ რეფორმითა და სტაბილურობისაკენ შემობრუნებით“¹⁵.

ამ სახელმწიფოებში, დემოკრატიულ ტრანზაქციასა და შემდგომი განვითარების პროცესში, საზოგადოებისა და სახელმწიფოს ხვედრითი წილის ურთიერთმიმართების განსაზღვრისადმი მიდგომები ორი განსხვავებული მიმართულებით განვითარდა.¹⁶ ორივე მათგანს ჰქონდა საკუთარი პოლიტიკური გენეზისი. ლიბერალური დემოკრატიული რეჟიმის სიმყარის დაცვის გარანტად სტივენ ჰოლმის სწორედ მარეგულირებელი ღონისძიებებით სახელმწიფოს აქტიურ ინტერვენციულ როლს მიიჩნევს.¹⁷ ანდრამ შაიო კი საპირისპიროდ თვლის, რომ „ლიბერალური შეხედულების თანახმად, სახელმწიფო მთლიანობაში ნეიტრალურია [...] არ უნდა ჩაერიოს ყოველდღიურ ურთიერთობაში ან ეკონომიკის ფორმირებაში და არ უნდა განუსაზღვროს მიზნები ერს“¹⁸. შესაბამისად, მიიჩნევს, რომ სახელმწიფოს ინტერვენციონიზმი, თუნდაც თავად ლიბერალური გარდასახვების კეთილშობილური მიზნით, საფრთხის შემცველია თავად ამ ცვლილებებისათვის, რადგანაც სახელმწიფო ხელისუფლება ბუნებრივად და ობიექტურად, ყოველთვის თავისი როლის ზრდისაკენ ისწრაფვის. იგი ამგვარ მიდგომებს ლიბერალური კონსტიტუციონალიზმის ფასეულობებთან შეუთავსებლად თვლის.

ამგვარ რადიკალურად განსხვავებულ მიდგომებს საზოგადოებისა და სახელმწიფო მექანიზმის უფლებრივი ურთიერთმიმართების იდეოლოგიურად სხვადასხვაგვარი ხედვა

¹¹ Медушевский А. Президент и правительство: как стабилизировать дуалистическую систему. Русский Журнал. Май, 2008. Стр. 73. თუმცა ავტორი პუბლიკაციის საგნიდან გამომდინარე ეხება მხოლოდ პოსტსაბჭოთა სივრცეს, მაგრამ ვთვლით, თემის ვრცელდება სრულ პოსტსოციალისტურ სივრცეზეც.

¹² იხ: Shugart M.S., Carey J.M. Presidents and Assemblies. Constitutional Design and Electoral Dynamics. – Cambridge: Cambridge University Press, 1992. – P. 23.

¹³ იხ: Steven D. Roper. Are All Semipresidential Regimes the Same? A Comparison of Premier-Presidential Regimes// Comparative Politics. – 2002. – Vol. 34. – № 3. – P.253-272. იხ. ინტერნეტყარო: <http://www.stevendroper.com/regimes.pdf>

¹⁴ ვ. ჩირკინი. დას. ნაშ. გვ. 15.

¹⁵ R. sharlet. Legal Transplants and Political Mutations: The Reception of Constitutional Law in Russia and the Newly Independent States. EECR. Vol.7. No. 4, 1998. P. 60.

¹⁶ დაწვრილებით იხ: А. Медушевский. Теория Конституционных циклов. М. 2005. Стр. 265.

¹⁷ დაწვრილებით იხ: St. Holmes The Evolving Presidency in Eastern Europe: The Postcommunist Presidency// East European Constitutional Review. 1993-1994. Vol. 1-4.

¹⁸ ა. შაიო. ხელისუფლების თვითშეზღუდვა. კონსტიტუციონალიზმის შესავალი. თბ. 2003. გვ. 36-48.

განაპირობებდა. ეს განსხვავება თვალსაჩინო იყო როგორც ცალკეულ სახელმწიფოთა ინსტიტუციურ არჩევანში, ასევე სამეცნიერო წრეებში. რუსეთის ფედერაციამ და სსრკ-ს პრაქტიკულად ყველა ყოფილმა რესპუბლიკამ, გარდა ბალტიისპირულისა, და ხორვატიამაც 2000 წლის ფუნდამენტურ კონსტიტუციურ ცვლილებებამდე, გამოიარა (უმეტესობა ამჟამადაც განიცდის) საპრეზიდენტო სისტემის სხვადასხვა ხარისხის დეფორმირების ტვირთი. ეს ქვეყნები შესაბამის ეპოქებში დაადგინეს პოსტტოტალიტარულ კვაზიდემოკრატიულ ავტორიტარულ (ზოგიერთი ეტაპობრივად უკვე შეუქცევადად მიექანება ტოტალიტარულ) რეჟიმებად ფორმირების გზას და, როგორც უკვე აღვნიშნეთ, ისინი დემოკრატიცაზიის ელემენტებს ფრაგმენტულად იყენებდნენ.¹⁹ ინსტიტუციური არჩევანის კრიტერიუმი ბევრია – უნივერსალური და ასევე ფაკულტატურიც. ამ კრიტერიუმთა სივრცეში ფუნდამენტურია, რომ თითოეული კონსტიტუციური გადანწყვეტილება (მათ შორის ინსტიტუციურ არჩევანისაც) მძლავრი აქსიოლოგიური გავლენის ქვეშ მოექცა. თითოეული ასეთი გადანწყვეტილება ფასეულობრივი (მათ შორის ეთნო – გენეტიკური და სოციალური) წარმოდგენა-იდენტიფიკაციის საგანი იყო. შესაბამისად, სამართლებრივ ფასეულობათა ჭიდილია მმართველობის ერთპიროვნული და კოლექციური ფენომენების დაპირისპირება, რაც სწორედ საჯარო პასუხისმგებლობის განცდის ეთნო-კულტურული წარმოდგენიდან იღებს სათავეს.

ინსტიტუციურ არჩევანზე დიდი იყო ეთნო-ფასეულობრივი საფუძვლების გავლენა. პოსტსოციალისტური კონსტიტუციები, საერთო ტენდენციებთან ერთად, ინდივიდუალიზმითაც გამოირჩევა, რაც ძირითადად კონკრეტული სახელმწიფოს ისტორიითა და სოციალ-კულტურული, პოლიტიკური ფაქტორებით არის განპირობებული.²⁰ ნაშრომის ეს მცირე ნაწილი ვერ განვდება ფასეულობრივი ფაქტორების სიღრმისეულ კვლევას, თუმცა შევეცდებით, მივაგნოთ ფუნდამენტური მიდგომების საფუძვლებს. კონსტიტუციურ-ფასეულობრივი სისტემის გენეზისი სათავეს ბუნებითი სამართლიდან იღებს და ფასეულობათა დაცვის საგანი არის პიროვნება – როგორც თავისუფალი ინდივიდუმი. კონსტიტუციონალიზმის უარყოფა კი სწორედ არადემოკრატიული სისტემებით (ავტორიტარიზმითა და ტოტალიტარიზმით) ინდივიდუმის თავისუფლების სივრცეში შესვლაა. უმაღლესი ფასეულობა „არის ადამიანი, რომლის გარეშეც, უფლებათა და თავისუფლებათა არსებობა ან არ არსებობა ხდება არაფრის მომცემი“.²¹ ამგვარად, ადამიანი შესაბამისი საზოგადოების ცხოვრების წესის, ყოველი საზოგადოებრივი ურთიერთობის შინაარსისა და ფასეულობრივი სისტემის განმსაზღვრელია. „სამართლებრივ-კონსტიტუციური რეფორმის გატარება განუყოფლად უკავშირდება სოციალ-ეკონომიკურ, პოლიტიკურ, სულიერ იდეალებს, რომლებიც არსებობს შესაბამის საზოგადოებაში – სახელმწიფოში“.²²

¹⁹ დანვრილებით იხ: ე. მაჩუვი. დასახ. ნაშ.

²⁰ დანვრილებით იხილეთ: კონსტიტუციონალიზმი. ზოგადი შესავალი. წიგნი I. დ. გვეგნავას რედაქტორობით. თბ. 2018. გვ. 41. კ. დიუპრე. დასახ. ნაშ. გვ. 23.

²¹ Г. Комкова Категория „ценность“ в конституционном праве России // Известия Саратовского университета. 2012. Т. 12. Сер. Экономика. Управление. Право, вып. 2. С. 97-98.

²² В. Киреев. о проблеме определения ценностных ориентиров конституционно-правовой реформы.

ინტერნეტყარო:

ამიტომ, კონსტიტუციის გენეზისი ეთნო-ფსიქოლოგიიდან იღებს სათავეს. „ლეგიტიმურია დასკვნა, რომ თანამედროვე კონსტიტუციებს [...] არ შეუძლიათ არ გაამყარონ მთელი საზოგადოებისათვის თანდაყოლილი ფასეულობები და ინტერესები“.²³ და რადგანაც, საზოგადოება ცოცხალი და მუდამ მზარდი ორგანიზმია, კონსტიტუციური რეფორმა, როგორც ახალი საზოგადოებრივი ფორმაციის უზრუნველყოფი ღონისძიება, განცდილი პოლიტიკური რეჟიმის უარყოფით, საკუთარ თავში ფასეულობათა გადასინჯვაა. სწორედ ამიტომ, ხელისუფლების დანაწილების განსხვავებულ ვარიანტათა შესწავლა მოითხოვს იმ საფუძვლების გარკვევას, რომელთაც განაპირობებს თითოეული ქვეყნის არჩევანი. ფასეულობათა მიმართ განსხვავებული მიდგომები განსხვავებულ გადანყვეტილებებსაც განაპირობებდა. ინსტიტუციური არჩევანის პრობლემამაც წარმოშვა ის მრავალფეროვნება, რითიც ხასიათდება ხელისუფლების ორგანიზაცია პოსტკოტალიტარულ ევროპაში.

ქვეყნის დემოკრატიულობის ერთ-ერთი უმთავრესი ინდიკატორი სწორედ ხელისუფლების ორგანიზაციის კონსტიტუციური ფორმაა. ამ ფორმის არჩევანი კი მრავალი ფაქტორით განისაზღვრება. უპირველეს ყოვლისა, არსებითია საზოგადოების კონსერვატიულობის ხარისხი შესაბამისი ტრადიციებითურთ. პრაქტიკულად არც ერთი აღმოსავლური (კონსერვატიული) საზოგადოების არჩევანი არ ყოფილა დაფუძნებული ლიბერალური კონსტიტუციონალიზმის ფასეულობებზე. ამ შემთხვევებში, კოლექტიური პოლიტიკური უპასუხისმგებლობის კულტურაზე გაიმარჯვა ინდივიდუალური უპასუხისმგებლობის მოთხოვნილებამ – აზერბაიჯანი, ბელორუსი, რუსეთის ფედერაცია, ცენტრალური აზიის ხუთივე²⁴ ყოფილი საბჭოთა რესპუბლიკა. ინდივიდუალურად უპასუხისმგებლო მმართველობით სისტემებში ვგულისმობთ ხელისუფლების კონცენტრაციის ცენტრად ფიქტიურობამდე სუსტ საპარლამენტო კონტროლს დაქვემდებარებულ პრეზიდენტის წარმოსახვას. ფიქტიურობამდე სისუსტე ვლინდება ლეგიტიმაციის მარტივ – პირდაპირი წესით არჩევაში და მასთან მიმართებით არაპროპორციულად იმპიჩმენტის რთული პროცედურისადმი დაქვემდებარებაში. პრეზიდენტის ხელთ უფლებამოსილებათა კონცენტრაციის ამგვარი ხარისხი ხელისუფლების დანაწილების უარყოფის ფორმაა. აღნიშნული ქვეყნების ინსტიტუციური არჩევანი ცხადყოფს, რომ პოლიტიკური რეჟიმის დამკვიდრება-განვითარებაზე არსებით გავლენას ჰქონდა ასევე რელიგიური დოგმატიზმის მიმართებაც.²⁵ შესაბამისად, არსებითი იყო საზოგადოებაში მისი განვითარების შესატყვისად დემოკრატიული ინსტიტუტებისა და პროცედურების არსებობის შინაგანი მოთხოვნილება; ანუ, საზოგადოების სწრაფვა დემოკრატიული სტანდარტების დამკვიდრებისაკენ;

<https://cyberleninka.ru/article/v/o-probleme-opredeleniya-tsennostnyh-orientirov-konstitutsionno-pravovoy-reformy> შემოწმებულია 27.07. 2018.

²³ Б. Эбзеев. Конституция. Демократия. Права человека. Москва – Черкасск. 1992. Стр. 17.

²⁴ მოგვიანებით მოხდა ყირგიზეთის საპარლამენტო მმართველობის მიმართულებით ტრანსფორმაცია.

²⁵ დაწვრილებით იხ: Robley E. George. Socioeconomic Democracy An Advanced Socioeconomic System. Praeger/Greenwood, USA, 2002.

Viktoria Spaiser, Shyam Ranganathan, Richard P. Mann, David J. T. Sumpter. The Dynamics of Democracy, Development and Cultural Values. Published: June 6, 2014. იხ. ინტერნეტყარო:

<https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371%2Fjournal.pone.0097856> [შემოწმებულია: 07.09. 2018].

მეორე – ეს იყო სოციალ-ეკონომიკური განვითარების დონე. შედარებით მაღალი სოციალ-ეკონომიკური ინდექსის ქვეყნებში უფრო ჯანსაღ ამბიციად წარმოჩინდა დემოკრატიული ინსტიტუტების ეკონომიკური უზრუნველყოფის ვალდებულების გააზრება.²⁶

ასეთი რადიკალიზებული მიდგომების პირობებში, ხელისუფლების დანაწილების კონსტიტუციური განხორციელების სისტემაში პრეზიდენტის როლის განსაზღვრისათვის, არსებითი იყო ზღვარის დასვა. თუმცა, რადიკალიზაციის ზომიერებით ბოჭვა შეუძლებელი აღმოჩნდა იმ შემთხვევებში, სადაც სახელმწიფო ხელისუფლების ორგანიზაცია დაეფუძნა სახელმწიფოს განსაკუთრებული როლის იდეას. ეს დადასტურდა პრაქტიკაში ძლიერად მოსილი საპრეზიდენტო ვარიაციებით. პოსტსოციალიზმში პრეზიდენტურის დამკვიდრების დღიდან, ხშირად იყო აქტიური არგუმენტები: რეფორმების გატარება, სოციალურ-ეკონომიკური პროგრესი, ტერიტორიული მთლიანობის აღდგენა და ა.შ. დამკვიდრდა „ძლიერი“ პრეზიდენტის ძლიერ, ანუ ეფექტიან და სტაბილურ ხელისუფლებასთან ასოცირების განცდა. ძირითადი პოლიტიკური ძალების უმრავლესობა თვლიდა, რომ „ძლიერი სახელმწიფო ბაზრის წარმატებული განვითარებისა და მართვის განუყოფელი პირობაა“.²⁷ თუმცა, ამ ფონზე ხშირად ყურადღების მიღმა რჩებოდა ის, რომ „ძლიერი“ სახელმწიფო არის არა „ძლიერი“ ხელისუფლება და მისი პროდუქტი, არამედ თავისუფლებადაცული საზოგადოების შემოქმედება. მაგრამ ამ მიდგომებმა სახელმწიფო ზომამე მეტად აქტიური გახადა; ის გასცდა თავისუფლების უზრუნველყოფის ამოცანას და იკისრა კეთილდღეობის უზრუნველყოფის ამბიცია. კონსტიტუციონალიზმის ნაყოფი – კონსტიტუცია კი არც თონეა, სადაც კარგი „დედას პური“ გამოცხვება და არც – ქვევრი, საიდანაც ცივ ღვინოს ამოიღებ. მხოლოდ კარგი კონსტიტუცია ვერ მოიტანს კარგ მომავალს, მაგრამ ცუდი კონსტიტუციონალიზმის ფასეულობებთან შეუსატყვისი კონსტიტუცია არასამართლებრივი სახელმწიფოს გარანტიაა; მას ყოველთვის თან სდევს პიროვნების თავისუფლების უარყოფა. სამართლიანობაზე დაფუძნებული – კონსტიტუციონალიზმით ნასაზღვროები კონსტიტუცია კი ეფექტიანი მმართველობისათვის არა საკმარისი, მაგრამ ფუნდამენტურად აუცილებელი წინაპირობაა. ანუ ის უფრო იმ მინას ნააგავს, რომელმაც მოვლის ადეკვატური მოსავალი შეიძლება მოგვცეს. რიგმა სახელმწიფოებმა, აღწერილ მიზეზთა გამო, ხელისუფლების პრეზიდენტის ხელთ თავმოყრა მიიჩნიეს წარმატების ვერტიკალურ მექანიზმად. პრეზიდენტის ხელთ ძალაუფლების კონცენტრაციის ხარისხი გვაძლევს მმართველობის დეფორმირებულ ნახევრადსაპრეზიდენტო, იგივე სუპერსაპრეზიდენტო სისტემას.²⁸ ხელისუფლების დანაწილების ასეთი ტოტალური კონცენტრაციით უარყოფა კი ლიბერალური და დემოკრატიული კონსტიტუციონა-

²⁶ დაწვრილებით იხ: რობლი ე ჯორჯი. დასახ. ნამ.

Viktoria Spaiser, Shyam Ranganathan, Richard P. Mann, David J. T. Sumpter. The Dynamics of Democracy, Development and Cultural Values. Published: June 6, 2014. იხ. ინტერნეტყარო:

<https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0097856> [შემოწმებულია: 07.09. 2018].

²⁷ რ. შარლე. დასახ. ნამ. გვ. 60.

²⁸ იხ. კონსტიტუციური სამართალი. ავტორთა კოლექტივის ხელმძღვანელი და პასუხისმგებელი რედაქტორი ავთანდილ დემეტრაშვილი. თბ. 2005.

ლიზმის ცალსახა ანტითეზაა. რეფორმების ოპერატიულობასა და უწყვეტობაზე აპელირებული სუპერსაპრეზიდენტო სისტემა, პროფესორ სტივენ ფიშის აზრით, აყოვნებს დემოკრატიზაციის პროცესს მაშინ, როცა დაბალანსებული საპრეზიდენტო და საპარლამენტო სისტემები ხელს უწყობს დემოკრატიის კონსოლიდაციას.²⁹ ანდრამ შაიოს მოსაზრებითაც, უშუალოდ ხალხისგან ლეგიტიმირებული „ხალხის მხსნელი... ანგრევს საპარლამენტო კონსტიტუციონალიზმს... ერთპიროვნულ ხელისუფლებასთან გაიგივებული კონსტიტუციონალიზმი ნამდვილ საშიშროებას წარმოადგენს“.³⁰ 1999 წლიდან, ტუჯმანისეული მკვეთარი სუპერსაპრეზიდენტო კონსტიტუციური სისტემის შესაბამისი ავტორიტარული რეჟიმიდან დემოკრატიზაციის გზას დაადგა ხორვატია. ეს ორიენტირი 2000 წელს შესაბამისი კონსტიტუციური ცვლილებებითაც გააფორმა, როდესაც პოსტტუჯმანისეული კონსტიტუციური რეფორმით ხელისუფლების დანაწილების სისტემაში პრეზიდენტის მანამდე დომინირებადი როლი იმგვარად დაკორექტირდა, „რომ პრეზიდენტის შეკავება და კონტროლი განხორციელებულიყო საპარლამენტო მმართველობისთვის დამახასიათებელი მოდელით“.³¹

საქართველოში 2004 წლის 6 თებერვლის კონსტიტუციური ცვლილებების შემოქმედთა აზრითაც, პრეზიდენტი უნდა ყოფილიყო რეფორმების უმთავრესი სუბიექტი, ხოლო პარლამენტი კი – მისი პოლიტიკის მყარი მხარდამჭერი.³² ამ ცვლილებებით, რაც მდგომარეობდა უფლებამოსილებათა პრეზიდენტის ხელთ ჭარბ კონცენტრაციაში ხელისუფლების ნიშნულის (არა მხოლოდ აღმასრულებლის) მკვეთრად პრეზიდენტისაკენ გადახრით, მოხდა მისი განსაკუთრებული დამძიმება. მან ზოგად კონსტიტუციურ-ფილოსოფიურ დონეზე საფუძველშივე უარყო ხელისუფლების დანაწილება, რეფორმების ოპერატიულობასა და ეფექტზე ორიენტირებით, ზომაზე მეტად დომინირებადი გახდა კონსტიტუციური ინსტიტუტების „კოორდინირებული“ მოქმედება პრეზიდენტის ხელმძღვანელობით. ხელისუფლების სამართლიანი ორგანიზაციის დეფორმაციისა და დისბალანსის გამოსწორების მიმართულებით მოდიოდა ყოველთვის შესაბამისი რეკომენდაციები. 2010 წლის 4-5 თებერვალს, საქართველოში სტუმრობისას, ვენეციის კომისიის თავმჯდომარემ – ჯანი ბუკიკომ პრეზიდენტ მიხეილ სააკაშვილს განუცხადა: „მე მახსოვს, როდესაც ჩვენ შევხვდით 2005 წელს საკონსტიტუციო ცვლილებებზე, თქვენ მითხარით, რომ ახლა არის დრო, როდესაც ყველაფერი საკუთარ ხელში უნდა ავიღო. იმ დროს აუცილებელი იყო ქვეყნის გაკონტროლება და ა.შ., მაგრამ მაშინ თქვენ ასევე მითხარით, რომ რამდენიმე

²⁹ Fish, “Postcommunist Subversion: Social Science and Democratization in East Europe and Eurasia, იხილეთ ნაშრომში: Taghiyev, E. A. Measuring Presidential Power in Post-Soviet Countries, Central European University, Budapest, 2005, გვ 16. იხილეთ ინტერნეტწყარო: http://epa.oszk.hu/02300/02341/00003/pdf/EPA02341_ceu_2006_03_11-22.pdf

³⁰ ა. შაიო. დასახ. ნაშ. გვ. 216.

³¹ Veljko Mratović, Branko Smerdel, Arsen Bačić, Jadranko Crnić, Nikola Filipović and Zvonimir Lauc: *Expert Grounds for a Proposal to Amend the Constitution*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu (Collected Papers of the Zagreb Faculty of Law)*, 50 (5) 393-450 (2000) იხილეთ ნაშრომში UNEXPECTED DEGRADATION: CROATIAN CONSTITUTIONALISM SINCE THE FULL EU MEMBERSHIP, Smelder B. <https://goo.gl/rivvw3> შემოწმებულია: [10.09.18]

³² ვაგეტი „24 საათი“; 22 იანვარი, 2004 წ. #17(566). ეკა კვესიტაძე. „პრეზიდენტის განუსაზღვრელი ძალაუფლება თუ დაბალანსებული ხელისუფლება?“

წელში გადავხედავდით ამ კონსტიტუციას და ახლა ამის დროა“.³³ მისივე თქმით, საქართველო განიცდის დემოკრატიის დეფიციტს, საჭიროა პოლიტიკური კომპრომისის წახალისება და ბალანსის დამყარება სახელისუფლებო ინსტიტუტებს შორის. „ვალთარებ, რომ საქართველოს სახელმწიფო პოლიტიკაში მკაცრი კონტროლი იყო საჭირო, თუმცა ახლა ამ პოლიტიკის შერბილება და ძალთა გადანაწილება აუცილებელია. ბალანსი დაცული უნდა იყოს აღმასრულებელ, საკანონმდებლო და სასამართლო ხელისუფლებებს შორის. პრეზიდენტის უფლებები უნდა შეიზღუდოს, რის ხარჯზეც პარლამენტის უფლებამოსილება უნდა გაიზარდოს [...]. საქართველოს პოლიტიკური კულტურის ნაკლებობა აქვს, ვგულისხმობ პასუხისმგებლობას. განსხვავებული მოსაზრებები ყოველთვის იქნება, მაგრამ საბოლოოდ ეს კონსტრუქციულობამდე უნდა მივიდეს“.³⁴ ეს ყველაფერი ხდებოდა უკვე ქვეყნის დამძიმებული სამართლებრივ-პოლიტიკური მდგომარეობის ფონზე.

საბოლოოდ უნდა აღვნიშნოთ, რომ იმ ქვეყნებში, სადაც ხელისუფლება მთლიანად საპრეზიდენტო ვერტიკალზეა აგებული (აზერბაიჯანი, ბელორუსი, რუსეთის ფედერაცია, გარკვეულ ეტაპებზე საქართველო და ხორვატია), იქ ხელისუფლების უზურპაციისკენ მიმართული პირველადი ფრაგმენტული ტენდენციები უკვე მყარად განსაზღვრული პოლიტიკური ცხოვრების წესად ჩამოყალიბდა. თუმცა, ამ შემთხვევებში ვერ იქნა დეკლარირებული მიზნები მიღწეული, რითაც აიხსნებოდა საპრეზიდენტო ძლევამოსილებათა მოდელის დამკვიდრება: არ არის ადამიანის უფლებები უმაღლეს რანგში არც აზერბაიჯანში, ბელორუსსა და არც რუსეთის ფედერაციაში, არც მათი ეკონომიკური მდგომარეობა არ არის პროგრესირებული, ხელყოფილია საქართველოსა და უკრაინის ტერიტორიული მთლიანობა და ა.შ. ქვეყნის წინაშე მდგომი პრობლემატიკა პრაქტიკულად არსად „ძლიერ“ საპრეზიდენტო ძალაუფლებას არ აღმოუფხვრია. სადაც თუნდაც ფრაგმენტული გარკვეული ეკონომიკური წინსვლა მოხდა, ის მმართველობები (აზერბაიჯანი, რუსეთი, ცენტრალური აზიის რესპუბლიკებიც) ხასიათდება მკვეთრი ავტორიტარიზმით (ან ტოტალიტარიზმით) და შესაბამისად, ცენტრალიზებულად მართული ეკონომიკით. დროის სხვადასხვა მონაკვეთში, სუპერპრეზიდენტალიზმის ხარჯზე, დემოკრატიზაციის მკვეთრი დეფიციტი ტვირთად დააწვა ხორვატიისა და საქართველოს განვითარებას და, ასევე, ევრო-ატლანტიკურ სტრუქტურებში ინტეგრაციას.

გარდამავალი პოსტსოციალისტური რეფორმების შინაარსი არსებითად განსაზღვრა მისი განხორციელების წინაპირობებმა და ფორმებმა. სხვადასხვა გადაწყვეტილებას კარნახობდა ცვლილების განსხვავებული ფორმებიც – ხელისუფლების განხორციელებაში ლეგიტიმაციის წყვეტილობის გამომწვევი სხვადასხვა ძალადობრივი მეთოდი (ალბანეთი, რუმინეთი, საქართველო), ან მისი მცდელობები (რუსეთის ფედერაცია), თუ „მრგვალი მაგიდის“ ფორმატი, რაც უზრუნველყოფდა ცვლილებების განხორციელებას ლეგიტიმური წყვეტილობების გარეშე (ბალტიის სახელმწიფოები, უნგრეთი, პოლონეთი).

³³ იხ. ინტერნეტწყარო: http://www.myvideo.ge/?video_id=754052 [ბოლო განახლება: 29.07.11. 2018].

³⁴ იხ. ინტერნეტწყარო: <http://itv.ge/?m=16&CID=8270> [ბოლო განახლება: 29.07.11. 2018].

ეს ფაქტორები არა მარტო ასახვას პოულობდა გადანწყვეტილებათა შინაარსზე, არამედ ხელისუფლებას უფრო მყარ საფუძველს უქმნიდა სათანადო ცვლილებათა განხორციელების მიზანდასახულობისა და თანმიმდევრულობისათვის. სპეციფიური იყო ასევე პოსტკონფლიქტური გავლენებიც (კვლავ საქართველო, ხორვატია, სერბეთი).

2. საკითხის გადანწყვეტის ვარიაციები. საპრეზიდენტო ინსტიტუტის მოდელური სხვადასხვაობები

პარლამენტ-პრეზიდენტ-მთავრობის ტრიადაში სახელმწიფოს მეთაურის როლი არსებითია. ტრადიციულად, სწორედ სახელმწიფოს მეთაურისა და პარლამენტის, ასევე სახელმწიფოს მეთაურისა და მთავრობის „ურთიერთობის თავისებურებები განსაზღვრავს რეალურად სახელმწიფოს მმართველობის ფორმას“.³⁵ ამ ურთიერთობათა სისტემამ „ასევე უნდა განსაზღვროს, არსებობს თუ არა სისტემაში განონასწორებელი და დაბალანსებული ხელისუფლება“.³⁶ თუმცა, ურთიერთობათა ეს სისტემები სულაც არ არის ერთგვაროვანი. პოსტსოციალისტური კონსტიტუციონალიზმი არ დაემორჩილა საპრეზიდენტო და საპარლამენტო მმართველობებს შორის მწირ არჩევანს. პირიქით, მათი ჭიდილით ჰიბრიდულ მმართველობათა მრავალფეროვანი მოზაიკა მოგვცა სახეზე. პოსტსოციალისტურ ინსტიტუციური არჩევანის განსხვავებულ ვარიაციებში „იკვეთება მმართველობის ფორმის სპეციფიკა, რაც მეტნაკლებად მკაფიოდ ფიქსირებულია სახელმწიფოს მეთაურთან მიმართებით სახელისუფლებო ინსტიტუტების ურთიერთობათა შესწავლისას“.³⁷ მეთიუ შუგარტიც მიიჩნევს, რომ მმართველობის მოდელებს შორის არჩევანი ახალი დემოკრატიების ცენტრალური საკონსტიტუციო საკითხი იყო.³⁸ საკითხის მნიშვნელობიდან გამომდინარე, მმართველობის სისტემის არჩევანი რთული იყო და ფასეულობათა ჭიდილით ხასიათდებოდა. ამიტომ, მსოფლმხედველობრივი განსხვავებების შესაბამისად, პოსტსოციალისტური ევროპის ქვეყნებში პრეზიდენტის ინსტიტუტის დიამეტრალურად განსხვავებული მოდელები აღმოცენდა – „დანყვებული „ხელმძღვანელებიდან“, უბრალო შუამავლებამდე [...] სრულძალაუფლებიანი ხელმძღვანელებიდან, თითქმის დეკორატიულ ფიგურებამდე, რომელთაც სახელმწიფოს მეთაურის ყველა უფლებამოსილებიდან დატოვებული აქვს მხოლოდ „ხელის ჩამორთმევის უფლებამოსილება“.³⁹ ამ ქვეყნების კონსტიტუციები გამოირჩევა მნიშვნელოვანი ინდივიდუალური მახასიათებლებით. პრაქტიკულად ყველა ქვეყანამ შეიტანა არსებითი თუ დეტალურ-

³⁵ გ. კვერენჩილაძე. ქართული კონსტიტუციონალიზმის ნოვაციები: პრეზიდენტისა და მთავრობის კონსტიტუციური კონსტრუქცია და მიმართების თავისებურებები 2010 წლის საკონსტიტუციო რეფორმის ჭრილში. უუნ. საკონსტიტუციო სამართლის მიმოხილვა. აპრილი 2012. #5. გვ. 186.

³⁶ ლ. იზორია. „საპრეზიდენტო, საპარლამენტო თუ ნახევრადსაპრეზიდენტო? გზა დემოკრატიული კონსოლიდაციისკენ“; თბ. 2010. გვ. 38.

³⁷ ი. ტარასოვი. დას. ნაშ.

³⁸ Shugart, Matthew, S., 1993: “Of President and Parliaments”, East European Constitutional Review (2) 1:30-32 იხ. ნაშრომში Kasapovic, M. Parliamentarism and Presidentialism in Eastern Europe, Democratic Transition in Eastern Europe, N5, 1996, გვ. 120.

³⁹ St. Holmes დას. ნაშ. გვ. 55.

პროცედურული⁴⁰ კორექტივები გარკვეული საკითხების გადანყვეტაში. ასე მაგალითად, გერმანულ მოდელზე ორიენტირების მიუხედავად, უნიტარული უნგრეთი ერთპალატიან პარლამენტზე შეჩერდა. ზოგიერთი ინდივიდუალური ცვლილება შემდგომ ამავე სივრცეში ტენდენციად გავრცელდა. მაგ: პარლამენტის დათხოვნის საფუძვლებისა თუ კაბინეტის უნდობლობის ინიცირების რეგლამენტაციები, რაც მმართველობის ამ საპარლამენტო თუ შერეულ მოდელს განასხვავებს მათ პირვანდელ ევროპულ წინამორბედთაგან.⁴¹

ხელისუფლების ორგანიზაციისადმი აღნიშნული ფასეულობრივად ფუნდამენტური განსხვავებების მიუხედავად, კონსტიტუციურ-შემოქმედებითმა პროცესებმა ცხადყო, რომ ინსტიტუციური არჩევანისას ორი ფუნდამენტური განმსაზღვრელი ფაქტორი გამოიკვეთა:

1. ევროპაში უკვე ტრადიციული დემოკრატიის შესაბამისად, ყველა ქვეყანაში განიხილებოდა აღმასრულებელი ხელისუფლების ორგანიზაციის კაბინეტური ფორმა. თუმცა, არსებითი განმასხვავებელი იყო მის გვერდით პრეზიდენტის როლი;

2. საკონსტიტუციო პროცესები ცხადყოფდა, რომ პრეზიდენტის როლისადმი განსხვავებული ხედვის მიუხედავად, საერთო იყო აღმასრულებელი ხელისუფლების სტაბილურობის უზრუნველყოფის მოთხოვნილება. ეს უკანასკნელი ნათლად არის გამოკვეთილი კონსტიტუციათა ტექსტებში – იმ დებულებებში, რომლებიც მთავრობის სტაბილურობის დაცვას ეხება.

ეს საერთო ტენდენციები გვაძლევდა პრეზიდენტის სხვადასხვა მოდელურ ვარიაციას და მმართველობის შესაბამის სისტემებს. ამ ტენდენციათა ფარგლებში კი გამოიკვეთა აღმასრულებელი ხელისუფლების სტაბილურობის უზრუნველსაყოფი ოთხი ფორმა:

1. აღმასრულებელი ხელისუფლების დუალიზმით კაბინეტ-პრეზიდენტს შორის, რამაც მოგვცა მმართველობის (ნაკლებ გავრცელებული) ტიპური ნახევრადსაპრეზიდენტო სისტემები: რუმინეთი, პოლონეთი, უკრაინა;

2. საპრეზიდენტო არბიტრაჟით აღმასრულებელი ხელისუფლების სტაბილურობის დაცვა: ლიეტუვა, მოლდოვა, საქართველო (2013-2018 წწ.) და ხორვატია. ეს ჩამოყალიბდა შერეული მმართველობის შედარებით ახალ – ნახევრადსაპარლამენტო სისტემად;

3. ყველაზე მრავალრიცხოვანი, საპარლამენტო მმართველობათა რაციონალიზებული პარლამენტარიზმით გამყარებული მთავრობის სტაბილურობის გარანტიების დამკვიდრება: ბულგარეთი, საქართველო, სერბეთი, სლოვაკეთი, სლოვენია, უნგრეთი, ჩეხეთი;

⁴⁰ პოსტსოციალისტური კონსტიტუციების უმრავლესობა, ხელისუფლების ორგანიზაციის საკითხში სწორედამ რომ პროცედურული კონსტიტუციები არიან.

⁴¹ დაწვრილებით იხ: ფ. ლოვო. პარლამენტარიზმი. თბ. 2005. გვ. 55-58.

4. ფორმალურად დამოუკიდებელი, თუმცა, ფაქტობრივად პრეზიდენტის ნებით ფორმირებული და არსებითად მასზე დამოკიდებული, პრეზიდენტისავე უფლებამოსილების ვადით დაცული და პარლამენტის სუსტ კონტროლს (პასუხისმგებლობას) დაქვემდებარებული კაბინეტი. ამ უკანასკნელმა, ხელისუფლების პრეზიდენტის ხელთ კონცენტრაციით, უარყო მისი დანაწილება. ამ ფორმით, სახეზე მოგვცა კონსტიტუციონალიზმთან ზურგმუქეული, საპრეზიდენტო ძლევამოსილებაზე აგებული დეფორმირებული ნახევრადსაპრეზიდენტო (სუპერსაპრეზიდენტო) რესპუბლიკა: აზერბაიჯანი, ბელორუსი, რუსეთის ფედერაცია; საქართველო (2004-2013 წწ.), ხორვატია (1991-2000 წწ.), ცენტრალური აზიის სახელმწიფოები (ყირგიზეთი 2010 წლის 27 ივნისის კონსტიტუციის⁴² მიღებამდე). ამ სისტემაში, პრეზიდენტი გვევლინება არა მხოლოდ მთავრობის „უფროსად“, არამედ ის ფლობს მძლავრ საკანონმდებლო უფლებამოსილებებსაც – როგორც ფართო სამართალშემოქმედებითი, ასევე საკანონმდებლო ორგანოზე გადამწყვეტი გეგავლენის შესაძლებლობების ჩათვლით.

საზოგადოებისა და სახელმწიფოს ხვედრითი ურთიერთმიმართების მსოფლმხედველობრივმა დაპირისპირებულობამ, როგორც აღვნიშნეთ, პოსტსოციალისტურ დემოკრატიებში პრეზიდენტის განსხვავებული მოდელის აღმოცენება და შემდგომი გავრცელება განაპირობა. მსოფლმხედველობრივი სხვადასხვაობითა და წინააღმდეგობებით გაჯერებულ პოსტსოციალისტურ კონსტიტუციონალიზმში ზოგი „ძლიერ“ საპრეზიდენტო რესპუბლიკას პოტენციურად წარმატებული სახელმწიფოსათვის აუცილებელ წინაპირობად, საპარლამენტო სისტემას კი სუსტი სახელმწიფოს სინონიმად მიიჩნევდა. ამიტომ, ახალგაზრდა პოსტკოტალიტარულ დემოკრატიებში საზოგადო-პოლიტიკურ პროცესებში სახელმწიფოსა და ხელისუფლების როლის ხედვის შესაბამისად, „ყველა გარდამავალ სიტუაციაში, ცენტრალური საკითხი სწორედ საპრეზიდენტო სისტემისა და პარლამენტარიზმის დამცველთა ბრძოლა იყო“.⁴³ როგორც აღვნიშნეთ, რეფორმების ოპერატიულობა შესაბამისი ინსტიტუციური სტაბილურობით ახსნილ „მტკიცე“ საპრეზიდენტო ხელისუფლებას მოითხოვდა. ეს ჭიდილი ზოგჯერ შუალედური კონსენსუსით მთავრდებოდა ხოლმე და ვიღებდით სხვადასხვა ვარიაციის შერეულ მმართველობებს. „მტკიცე ძალაუფლების“ ფენომენტთან ნაზიარებ პოსტსაბჭოთა მენტალობაში მაინც ძლიერი იყო ხელისუფლების ცენტრალიზმისაკენ მიდრეკილება. სწორედ ამან განაპირობა, რომ პოსტკომუნიზმში ბევრგან „დომინირებადი იყო საპრეზიდენტო ხელისუფლების აბსოლუტური პრიორიტეტის ტენდენცია“.⁴⁴ ცხადია, სხვადასხვა კულტურაში, ფასეულობრივი საფუძვლებიც გამოირიცხავდა ინსტიტუციური არჩევანის ერთგვაროვნებას. არჩევანის გაკეთებისას სწორედ ფასეულობრივად ფუნდამენტური იყო, რომ საზოგადოების სრულიად ახალი – არა კოტალიტარული, ლიბერალიზებული დემოკრატიული

⁴² იხ. ინტერნეტყარო: http://www.gov.kg/?page_id=30199&lang=ru

⁴³ Медушевский А. Теория Конституционных циклов. М. 2005. Стр. 267.

⁴⁴ Медушевский А. Президент и правительство: как стабилизировать дуалистическую систему. Русский Журнал. Май, 2008. Стр. 72.

ორგანიზაციის სიცოცხლის უზრუნველყოფა (ხელისუფლების დანაწილების სახით) მომხდარიყო შესაბამისი სახელმწიფო ინსტრუმენტების სისტემის ცვლილებით.

პოსტკომუნისტური კონსტიტუციონალიზმის ერთ-ერთი ხიბლი რესპუბლიკური მმართველობის სისტემების ფართო პალიტრის შემოთავაზებას არის. მიუხედავად იმისა, რომ მან უარყო კლასიკური საპრეზიდენტო მმართველობა, გარდა საქართველოსი (1995-2003), ქრესტომათიული საპარლამენტო მმართველობებისაკენ მიდრეკილი (ალბანეთი, ესტონეთი, მონტენეგრო, სერბეთი, სლოვაკეთი, სლოვენია, უნგრეთი, ჩეხეთი) და ნახევრადსაპრეზიდენტო რესპუბლიკების (პოლონეთი, რუმინეთი, უკრაინა) გვერდით, აღმასრულებელი ხელისუფლების პრეზიდენტის ხელით დასაცავად შემოვიდა მმართველობის ორი თვითმყოფადი სისტემა. მათ სხვადასხვა მიმართება აქვთ კონსტიტუციონალიზმის ფასეულობებთან. მრავალი ავტორის მიერ შემოთავაზებულია მმართველობების განსხვავებულ სისტემათა დალაგება სხვადასხვა მაკლასიფიკაციური ნიშნით.⁴⁵ მიდგომა თავისთავად სწორია, მიუხედავად იმისა, რომ განსხვავება შეიძლება იყოს რომელიღაც ქვეყნის რომელიმე სისტემისადმი კუთვნილებამზე; მათ შორის, ინდექსების გამოყენებაზეც. თუმცა, აქ მთავარია ის, რომ იგივე ჰიბრიდული – რაღაც ნიშნით შერეული მმართველობები არ არის ერთგვაროვანი და მით უფრო ერთფეროვანი, ისინი სხვადასხვაგვარნი არიან. ამ სხვადასხვაგვარობის ფორმალურ -თეორიულ საფუძვლებს სამომავლო პრაქტიკული გადაწყვეტილებებისათვის დიდი თეორიული მნიშვნელობა აქვს. მთავარი კი ის არის, რომ თითოეულმა ამ სისტემამ უზრუნველყოს ადამიანის თავისუფლება. თანაც იმგვარად, რომ სწორედ ამ მიმართულებით, რეალიზებული იყოს თავად პოლიტიკური სპექტრიც. დემოკრატიულ სამართლებრივ სახელმწიფოს შეუძლია წარმატებით ფუნქციონირებდეს როგორც საპრეზიდენტო, ისე საპარლამენტო რესპუბლიკების შემთხვევაში, კონსტიტუციური მონარქიის პირობებში და სხვა.⁴⁶ ამ თვალსაზრისით, მნიშვნელოვანია საზოგადოებრივ-პოლიტიკურმა ძალებმა შესძლონ სისტემასთან ფსიქოლოგიურ-ფასეულობრივი ინტეგრირებაც, რომ სისტემა არ იქცეს ფიქტიურად და რეალური კონსტიტუციური რეჟიმი არ ასცდეს ფორმალურად განსაზღვრულს. ამიტომაც, პოსტსოციალისტური დემოკრატიების საპრეზიდენტო სისტემა არ არის ერთგვაროვანი და მან განვითარების მრავალი ვარიანტია ჰპოვა. შესაბამისად, აღმოცენდა შერეული მმართველობის არა ერთი მოდელი.

უფრო ფართო გავრცელება მაინც ტიპურმა და მისკენ გადახრილმა საპარლამენტო სისტემებმა ჰპოვა, სადაც პრეზიდენტი გაყვანილია ხელისუფლების ორგანოთა სისტემიდან და ხელისუფლების არც ერთ განშტოებას არ მიეკუთვნება; ის „არ მონაწილეობს

⁴⁵ იხ: მაგალითად McGregor J. The Presidency in East Central Europe // RFR/RL Research Report. 1994. Vol. 3. N 2. P. 12–16; Krouwel A. Measuring Presidential of Central and East European Countries. Working Papers Political Science. 2003. N 2; Зазнаев О. И. Индексный анализ полупрезидентских государств Европы и постсоветского пространства // Политические исследования. 2007. № 2. С. 146–165; Макаренко Б. И. Посткоммунистические страны: некоторые итоги трансформации // Полития. 2008. № 3. С. 105–125; Тарасов И. დას. ნაშ.

⁴⁶ ჯ. ხეცურიანი. გაზ. „კავკასიონი“ #10 (79); 18 იანვარი; 1995 წელი. გვ. 1.

არც მთავრობისა და არც პარლამენტის ყოველდღიურ საქმიანობაში⁴⁷ ამ მმართველობებში, პრეზიდენტი ინსტიტუციურად ხელისუფლების ორგანოთა სტრუქტურის მიღმა განიხილებოდა წინა საუკუნის დასაწყისშიც. XX საუკუნის პირველ ათწლეულში წერდა ყაზანის უნივერსიტეტის პროფესორი ვიქტორ ივანოვსკი, რომ პრეზიდენტები, ფორმალურად, თუმცა ფლობენ დიდ უფლებამოსილებებს, „უმალლესი ხელისუფლების ორგანიზაციაში არ შედიან“⁴⁸. თუმცა, ის არ დგას ხელისუფლების დანაწილების მექანიზმს მიღმა. პრეზიდენტი გაყვანილია მხოლოდ ხელისუფლების განშტოებათა მოზაიკიდან და ხელისუფლების დანაწილების საერთო სისტემაში ყოველ მათგანზე აღმატებული ადგილი განესაზღვრა. ის ასრულებს მსუბუქი არბიტრის როლს.⁴⁹

ზოგიერთ სახელმწიფოში, პარტიული სისტემის ფეთქებადობის მიუხედავად, გაბედეს პარტიულ პოლიტიკაზე დაფუძნებული საპარლამენტო მმართველობის შემოღება. ეს სისტემები არსებობს და ვითარდება. ისინი კოალიციებზე დგანან; მაგ: ბალტიისპირული სახელმწიფოები. პარლამენტარიზმის სასარგებლო გადაწყვეტილებები პოსტსოციალისტური სივრცის დასავლურ ნაწილში (ალბანეთი, მონტენეგრო, სერბეთი, სლოვაკეთი, სლოვენია, უნგრეთი, ჩეხეთი, ჩრდილოეთ მაკედონია) უფრო მრავალია, ვიდრე პოსტსაბჭოთა ქვეყნებში. სსრკ-ს მიღმა სახელმწიფოებში კომუნისტური ერთმმართველობის ინტერვეციონიზმი შედარებით ნაკლები ხანდაზმულობით და შესაბამისად, სამოქალაქო და ინსტიტუციური ცნობიერების სისტემაზეც ნაკლებად სიღრმისეული გავლენით გამოირჩეოდა. ამიტომ აქ შედარებით ხანმოკლე იყო დემოკრატიული ტრადიციების წყვეტილობა. ეს სისტემები საპარლამენტო-სამთავრობო დემოკრატიებად ჩამოყალიბდა და შესაბამისად, ტიპური სუსტი საპრეზიდენტო სისტემით ხასიათდება. პრეზიდენტის წარმომადგენლობითობა თუ მთავარსარდლობა არსებითად მთავრობის ნებით არის ნაკარნახები. საარბიტრაჟო სფეროშიც, უპირატესად, პარტიათა შეთანხმებების ფორმალიზაციას ახდენენ. ასეთი კონსტიტუციური კონსტრუქციის პრეზიდენტები უხელისუფლებო, წარმომადგენლობითი და ფორმალური საარბიტრაჟო უფლებამოსილებების პრეზიდენტები ხშირად „საპარლამენტო რესპუბლიკისათვის ტიპურ ე.წ. სუსტ პრეზიდენტებად ხასიათდებიან“⁵⁰.

ამ (და ზოგიერთ სხვა) შემთხვევებში, კონსტიტუციური სისტემების დეიდოლოგიზაცია კონსტიტუციონალიზმის იდეით წარიმართა. ამიტომაც ნაკლებად მოხდა პრეზიდენტის ჩართვა საზოგადოებრივ-სახელმწიფო ურთიერთობათა სფეროებში. ხოლო, სადაც ეს იდეა ბოლომდე ვერ იქნა მიღწეული, იქ პრეზიდენტს დიდი როლი განესაზღვრა და დაეკისრა ისეთი ფუნქციებიც, როგორცაა ადამიანის უფლებებისა და კონსტიტუციის

⁴⁷ კანდელაკი კ. ლოსაბერიძე დ. რუხაძე ზ. ტაბუკაძე ი. ხმალაძე ვ. ჯიბლაშვილი ზ. კონსტიტუციური სისტემები და კონსტიტუციური პროცესი საქართველოში (1995 – 2009 წ.წ.), მისი განვითარების პერსპექტივა. თბ. 2009. გვ. 16.

⁴⁸ В. Ивановски. Учебник государственного права. Казань. 1909. Стр. 227.

⁴⁹ კონსტიტუციით მკაფიოდ განსაზღვრულ (არა დისკრეციულ) ფარგლებში, როგორც სახელმწიფოს მეთაური, ახდენს პარტების შეთანხმებათა ფორმალიზაციას.

⁵⁰ Страшун Б. А. Конституционные перемены в Восточной Европе 1989-90; Москва. Ю. Л.; 1991г. стр. 95.

დაცვის გარანტობაც კი. ხელისუფლების პრეზიდენტის ხელთ კონცენტრაციის მოთხოვნის დასაბუთებას ს. ჰოლმსიც „მასშტაბურად უპრეცედენტო ეკონომიკურ, საკანონმდებლო და ადმინისტრაციულ რეფორმებს“ უკავშირებს.⁵¹ იგი პრეზიდენტის მიერ განსახიერებულ „ძლიერ ხელმძღვანელობას“ პრობლემათა სიღრმისეულობას პირდაპირ უკავშირებს, ხოლო საპარლამენტო მმართველობის არჩევანს შესაბამისი სახელმწიფოების პრიორიტეტების ნაკლებ პრობლემურობაში ხედავს. „შეიძლება დამაჯერებლად ითქვას, რომ ძლიერი საპრეზიდენტო ხელისუფლება ჩნდება იქ, სადაც საზოგადოება არ არის მზად, აირჩიოს მთავრობის მკაცრ ღინისძიებათა ფორმირებისა და მხარდაჭერის შეთანხმებაზე სათანადოდ მონოლითური პარლამენტი“.⁵² თუმცა, ვფიქრობთ, ზედაპირულია მსჯელობა, რომ, მაგალითად, ალბანეთს ნაკლებ სიღრმისეული პრობლემები ჰქონდა და პოლონეთთან შედარებით, ანდა რუსეთის ფედერაციის პრობლემები, მისი რესურსების გათვალისწინებით, უფრო ძნელად მოსაგვარებელი იყო, მაგალითად, უკრეთთან, სლოვენიასთან ან ნებისმიერ ბალტიისპირულ სახელმწიფოსთან შედარებით. ვფიქრობთ, ამ არგუმენტს უნდა დავუპირისპიროთ ღრმა და უფრო ხანგრძლივი კომუნისტური ინტერვენციონიზმით გამოწვეული დემოკრატიული ტრადიციების დეფიციტი ან მათი ჩახშობა. თუმცა ფაქტია, პოსტსოციალურ სამეცნიერო აზროვნებაშიც გავრცელებულია მოსაზრება, რომ „პოსტსოციალისტური სახელმწიფოს პირობებში მმართველობის ფორმის საპარლამენტო მოდელი ყოველთვის არ ხდება გამოსადეგი“.⁵³ ამ მიდგომის ფონზე ბუნებრივია მათი მიდრეკილება „ძლიერი“ საპრეზიდენტო ძალაუფლებისაკენ.

საპრეზიდენტო მმართველობის ამგვარ დასაბუთებათა მცდელობა, ვფიქრობთ, მეტად პოლიტიზებული და სამართლებრივად ირაციონალურია. „ძლიერი“ საპრეზიდენტო რესპუბლიკის მტკიცე და სტაბილურ ხელისუფლებად, საპარლამენტოსი კი (მიუხედავად ხშირად პრემიერის სახით მისი პერსონალიზაციისა) მაინც სუსტად განხილვას, უპირატესად ახალი დემოკრატიებისათვის მახასიათებელი მყიფე პარტიული სისტემა აძლიერებს. უბრალოდ, ამ მიდგომარეობაში, საპრეზიდენტო ძალაუფლება საპარლამენტო უნდობლობის რისკზე დამოკიდებულ მთავრობასთან შედარებით, ვადაში დაცული პრეზიდენტის სიმყარეს გამოხატავს. რიგი პოლიტიკური ლიდერებისათვის უფრო კომფორტული აღმოჩნდა ამომრჩევლისგან პირდაპირ მინიჭებულ დროში დაცული ლეგიტიმაცია. პოლიტიკურ აზროვნებაში დომინანტური იყო პოზიცია, რომ „საპარლამენტო რესპუბლიკისაგან განსხვავებით, საპრეზიდენტო-საპარლამენტო მმართველობის ფორმა ქმნის უფრო სტაბილურ აღმასრულებელ ხელისუფლებას“.⁵⁴ სწორედ ყოველი საზოგადო რეფორმის ხელმძღვანელად მიჩნეულ და ხელისუფლების ინსტიტუტებისაგან უკონტროლო და დაუბალანსებელი ბელორუსის პრეზიდენტის ინსტიტუტთან მიმართებით აღნიშნულია, რომ „პრეზიდენტი“ კონსტიტუციურ-სამართლებრივ აზროვნებაში

⁵¹ St. Holmes დასახ. ნაშ. გვ. 57.

⁵² იქვე.

⁵³ ვ. ჩირკინი. დას. ნაშ.

⁵⁴ იქვე.

ნიშნავს სახელმწიფოს მეთაურს.⁵⁵ სახელმწიფოს მეთაურად აღქმის არეალი ინდივიდუალურია. ყოველი კონსტიტუცია განსაზღვრავს პრეზიდენტის სახელმწიფოს მეთაურად წარმოსახვის ფარგლებს. ამ განსაზღვრებათა დამდგენი ნორმები ძირითადი პრინციპების დონეზე აწესებენ იმ ფარგლებს, რომლებიც ვითარდება (ან უნდა ვითარდებოდეს) კონსტიტუციის შემდგომ დებულებებში – პრეზიდენტის კონკრეტულ უფლებამოსილებებში. თუმცა, „ძლიერი საპრეზიდენტო ხელისკენ“ სწრაფვამ მნიშვნელოვნად გაზარდა წარმოდგენა პრეზიდენტის ფუნქციურ წარმოსახვასა და როლზე. იქ, სადაც უარყოფილი იქნა პარლამენტარიზმი, სახელმწიფოს მეთაურის სტატუსის განმსაზღვრელი და მბოჭავი ფაქტორებისაგან დამოუკიდებლად აღქმა გახდა მისი ფართო შემეცნების წყარო. პრეზიდენტის ინსტიტუტის ამგვარი გაგების ვარიანტამ მოგვცა საპრეზიდენტო-საპარლამენტო, იგივე დეფორმირებული ნახევრადსაპრეზიდენტო, ანდა სუპერსაპრეზიდენტო მმართველობები. შესაბამისად, პრეზიდენტის უფლებრივი მდგომარეობა, რაც დეფორმირებამდე არსებით გავლენას ახდენს მმართველობის სისტემის განსაზღვრაზე, შემდეგი ძირითადი მახასიათებლებით გამოირჩევა:

1. სახელმწიფოს მეთაურის ფართო ინსტიტუციური გაგება;
2. აღმასრულებელი ხელისუფლებისაგან ბოგჯერ ფორმალური და ყოველთვის ფიქტიური დისტანცირება მთავრობის პირდაპირი დაქვემდებარებით;
3. პარლამენტის საკონტროლო უფლებამოსილებათა მინიმზაცია და შესაბამისად, პარლამენტთან პრეზიდენტის ურთიერთობების თავისუფლება (დათხოვნის უფლების უმნიშვნელო შემლუდვები);
4. პრეზიდენტის ფართო სამართალშემოქმედებითი უფლებამოსილებანი და პარლამენტის საკანონმდებლო სუვერენიტეტის ერთმნიშვნელოვანი შემლუდვა;
5. ვეტოსა და საკანონმდებლო ინიციატივის ფართო უფლებები;
6. პრეზიდენტის პასუხისმგებლობის (იმპიჩმენტის) გართულებული პროცედურები.

ამ სისტემებში პრეზიდენტი სახელმწიფო მმართველობის ვერტიკალია. ჩამოთვლილი მახასიათებლების სისტემური ერთობლიობით, მის ხელთ ძალაუფლება იმ ხარისხით კონცენტრირდება, რომ მმართველობის სისტემა ხელისუფლების დანაწილების ანტითეზა ხდება. ამგვარი კონცენტრაცია უარყოფს ხელისუფლების ადამიანის წარუვალი უფლებებით ბოჭვის არსს. მმართველობის სისტემის დეფორმაციის ხარისხის შედეგად მიღებული სისტემა ნამდვილად გადამეტებულ საპრეზიდენტო ძალაუფლებას წარმოშობს, რაც ზუსტად „სუპერსაპრეზიდენტო“ მმართველობას გვაძლევს; ამ სისტემას ა. დემეტრაშვილი „დეფორმირებულ ნახევრადსაპრეზიდენტო“, იგივე „სუპერსაპრეზიდენტო“,⁵⁶ მეთიუ შუგარტი „საპრეზიდენტო-საპარლამენტო“,⁵⁷ სტივენ ჰოლმსი „მესა-

⁵⁵ С. Паречина; Институт президентства: история и современность. стр. 51.

ინტერნეტწყარო: <http://lib.ru/POLITOLOG/parechina.txt> [შემოწმებულია: 27.07. 2018]. ანალოგიური სისტემური ხედვა იყო დომინირებული ყველა სუპერსაპრეზიდენტო სისტემაში (რ.ფ., საქართველო, ხორვატია).

⁵⁶ იხ. დასახ. ნაშ. ავთანდილ დემეტრაშვილის ხელმძღვანელობითა და პასუხისმგებელი რედაქტორობით.

⁵⁷ იხ: Shugart M.S., Carey J.M., დას. ნაშ. გვ.25.; ასევე – მათე შუგარტი. პრეზიდენტისა და პარლამენტის

პრეზიდენტო“⁵⁸, ხოლო ხუან ლინზი „ჰიპერსაპრეზიდენტო“⁵⁹ მართველობასაც უწოდებენ. პრეზიდენტის უფლებრივი განსხვავებები საპრეზიდენტო, საპარლამენტო და შერეულ მმართველობათა სხვადასხვა ვარიაციისაგან, სუპერსაპრეზიდენტო მმართველობაში პრეზიდენტს იმდენად „ძლიერად“ წარმოაჩენს, რომ ამ ძლევამოსილების პირობებში სამართალი კარგავს თავის სახესა და ფუნქციას და მხოლოდ პოლიტიკურ ძალმომრეობას ემსახურება. აქ „უბრალოდ მორჩილებაა, დიქტატურა არ არის აღიარებული, მაგრამ ქვეყანაში გაბატონებული შიშნარევი რიდი და თვითნებობა დემოკრატიის მახასიათებლად არ გამოდგება“.⁶⁰

მიუხედავად ნაკლები განვრცობადობისა (პოლონეთი, რუმინეთი, სომხეთი (2018 წლამდე), უკრაინა), მრავალფეროვნებით ხასიათდებოდა ნახევრადსაპრეზიდენტო – „პრეზიდენტ-პრეზიდენტის“ სისტემა. ამ სისტემას ახასიათებს, ერთი მხრივ, პრეზიდენტ-პრეზიდენტის შორის ძალაუფლების განაწილების მრავალფეროვნება, მეორე მხრივ, პარლამენტის საკონტროლო უფლებამოსილებათა თავისებურებები. პრაქტიკულად ყველა მათგანი, საერთო ტენდენციურ მახასიათებელთა მიუხედავად, ინდივიდუალურიც არის. თუმცა, ყველა მათგანს – რომლებიც თავს ასე თუ ისე ფრანგული სისტემის მემკვიდრეებად თვლიან, ტვირთად დააწვა აღმასრულებელი ხელისუფლების დუალიზმის თანმდევი ტრადიციული პრობლემა. დუალიზმი იძლევა მთავრობის ხელმძღვანელობაზე ორმაგი (პრეზიდენტისა და პრეზიდენტის) ერთდროული პრეტენზიის სამართლებრივ საფუძველს. ამ ქვეყნებში კონსტიტუციური სისტემის ცოცხალი სახის ფორმირებაზე (პარლამენტ-პრეზიდენტის შორის არა კონცენტრირებული პარტიული სისტემის სახითაც), ხელისუფლების დანაწილების პრაქტიკულ ასპექტებს ჰქონდა ზეგავლენა. სწორედ დაუკონკრეტებელმა დუალიზმმა (და არა მხოლოდ გაყოფილი პარტიული მმართველობის პირობებში) გამოიწვია 1999 წლის კრიზისი რუმინეთში, რომელიც პრეზიდენტ ემილ კონსტანტინესკუს მიერ პრეზიდენტ რადუ ვასილეს დეკრეტით გადაყენებითა და მათი მხარდამჭერი საპარლამენტო უმრავლესობის (მემამულეთა ეროვნული ქრისტიან-დემოკრატიული პარტიის) მხარდაჭერის დაკარგვით დასრულდა. აღმასრულებელი ხელისუფლების დუალიზმმა დააყენა პრობლემების წინაშე პოლონეთის სახელმწიფო ხელისუფლების ორგანოთა სისტემაც როგორც 1993-1995 (პრეზიდენტ ლეხ ვალენსასა და პრეზიდენტ-მინისტრებს – ვალდემარ პავლაკსა და იოზეფ ოლეკსს შორის), ასევე 2007-2010 (პრეზიდენტ ლეხ კაჩინსკისა და პრეზიდენტ დონალდ ტუსკს შორის) წლებში. იქ კი, სადაც პარტიული სისტემა ამა თუ იმ ეტაპზე უფრო ერთი დომინანტი პარტიის არსებობით ხასიათდებოდა, ანეიტრალდებდა კონკურენციას და იძლეოდა ავტორიტარული რეჟიმის

შესახებ. „რესპუბლიკა: საპარლამენტო თუ საპრეზიდენტო“. შემდგენელი ო. მელქაძე. პოლიტიკურ-სამართლებრივი ლიტერატურის სერია. წიგნი II. გვ. 137.

⁵⁸ С. Холмс. Сверхпрезидентство и его проблемы.; Восточноевропейское Обозрение; Журн. 1993. № 4(5)/ 1994. № 1(6). стр. 23.

⁵⁹ J. Linz. Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference? // The Failure of Presidential Democracy. Comparative Perspectives. Ed. by J.J.Linz and A.Valenzuela. – Baltimore and London: The Johns Hopkins University Press, 1994. – P. 5, 76.

⁶⁰ ო. მელქაძე; ქართული კონსტიტუციონალიზმის თანამედროვე პრობლემები; თბილისი 2001. გვ. 16.

შექმნის უფრო მეტ შესაძლებლობას (სომხეთი 2018 წლამდე, უკრაინა 1994-2005 წლებში ლეონიდ კუჩმას და 2010-2014 წლებში ვიქტორ იანუკოვიჩის პრეზიდენტობისას), სისტემა უფრო მონოლითური იყო. ამ სისტემაში საპარლამენტო და საპრეზიდენტო მმართველობათა ელემენტების სინთეზის მიუხედავად, აღმასრულებელი ხელისუფლება საგნობრივად ერთიან სივრცედ რჩება. ამ ერთიან სივრცეში ორი „ღიასახლისის“ შეყვანით შეუძლებელია ერთმნიშვნელოვანი სადემარკაციო ხაზების გავლება. ამიტომ, ამ სისტემის ფუნდამენტური მახასიათებელი – მმართველობის დუალიზმი, გამიჯვნის ბუნდოვანების გამო, მისი უცვლელი ტვირთიც არის.

შერეული მმართველობის მეორე, თუმცა, არა ნახევრადსაპრეზიდენტო ფენომენსაც ვხვდებით. პრეზიდენტი აქაც არ მიეკუთვნება ხელისუფლების არც ერთ განშტოებას. თუმცა, საპარლამენტო კლასიკებისაგან რამდენიმე მკაფიო განმასხვავებლით ხასიათდება:

1. აღმასრულებელი ხელისუფლების სუსტი და ფრაგმენტული დუალიზმი:
 - 1.1. პრეზიდენტის აქტების კონტრასიგნაციას დაქვემდებარებულ საკითხთა არეალის დავიწროვება ტიპურ საპარლამენტო რესპუბლიკებთან შედარებით;
 - 1.2. საომარი (სამხედრო, მაგრამ არა საგანგებო) მდგომარეობის გამოცხადების უფლება საკუთარი და არა მთავრობის ინიციატივით, პარლამენტის მიერ შემდგომი დამტკიცებით;
 - 1.3. საომარი მდგომარეობის დროს პრეზიდენტის ჩართვა მმართველობაში;
 - 1.4. საგარეო პოლიტიკის სფეროში რიგი ფუნქციის მთავრობასთან ერთად განხორციელების (აღსრულების) უფლებამოსილებები;
 - 1.5. თანამონაწილეობა სახელმწიფოს უსაფრთხოების საკითხებში;
2. პრეზიდენტ-პარლამენტისა და პრეზიდენტ-მთავრობის კომუნიკაციის კონსტიტუციურად დადგენილი ფორმები;
3. საპარლამენტო სისტემებთან შედარებით, პარლამენტის უნდობლობისაგან მთავრობის დასაცავი უფრო მყარი მექანიზმების ფლობა პრეზიდენტის ხელთ;
4. პარტიული კუთვნილების ან თანამდებობრივი საქმიანობის შეზღუდვა ან აკრძალვა;
5. რეფერენდუმის დანიშვნის უფლებამოსილება;
6. საკანონმდებლო ინიციატივის უფლება (მოლდოვა, ლიეტუვა);
7. სასამართლო და სხვა სახელმწიფო ორგანოთა ფორმირებაში მონაწილეობის უფლება;
8. პრეზიდენტის პირდაპირი არჩევის წესი.⁶¹

ამ მახასიათებლების შინაარსი ცხადყოფს, რომ შერეული რესპუბლიკების არა ნახევრად-საპრეზიდენტო სისტემები უპირატესად ხასიათდებიან არა აღმასრულებელ ხელისუფლებაში პრეზიდენტის ინტერვენციით (მისი დუალიზმის მიღწევით), არამედ ინსტიტუტების სტაბილურობასა და მათთან თანამშრომლობაზე ორიენტირებულ საპრეზიდენტო არბიტ-

⁶¹ ამ მახასიათებლების შესახებ დანვრილებით იხილეთ: ზ. ჯიბლაშვილი, დასახ. ნაშ. გვ. 148-160.

რაჟზე აქცენტირებით. არბიტრაჟი ეს არის პოლიტიკური სიტუაციის შეფასებისა და შესაბამისი გადაწყვეტილების მიღების, ნორმატიულად ზუსტად რეგლამენტირებული (უპირატესად ნეგატიური – შემაკავებელი და გამაწონასწორებელი, იშვიათად კი ზემოქმედების მიზნით, პოზიტიური – ინტერვენციული სამედიატორო უფლებებით გამყარებული) უნარი.⁶² შემაკავებელი – მაგალითად, მოტივირებული შენიშვნები (ვეტო); ინტერვენციული – საკანონმდებლო ინიციატივის, მთავრობისაგან ინფორმაციის გამოთხოვისა თუ მთავრობის სხდომის მოწვევის (ან მოწვევის მოთხოვნის) უფლებები. საარბიტრაჟო ფუნქციიდან ნაწარმოებ უფლებამოსილებათა სისტემა ობიექტურად კონსტიტუციურ ორგანოთა საქმიანობაზე ზეგავლენის ეფექტის შესაძლებლობაა, სუბიექტურად კი – საამისო უნარი. ამიტომ ამ სისტემაში ამგვარი „უხელისუფლებო“ პრეზიდენტი თავისი ფუნქციური მდგომარეობით – ნეგატიურ-შემაკავებელი საარბიტრაჟო უფლებამოსილებებით, ზოგჯერ კრიზისულ სიტუაციებში შესაძლოა, ზუსტადაც გადამწყვეტი და არსებითი როლის მქონე აღმოჩნდეს. ამგვარად, შესაძლოა, ის საპარლამენტო კლასიკისგან განსხვავებით, სწორედ ქმედით არბიტრად იქცეს. ამ ნიშნით, პრეზიდენტი აღმატებულია ხელისუფლების თითოეულ განშტოებაზე. მაგრამ აღმატებულია არა კონკრეტული ხელისუფლებისათვის მახასიათებელი უფლებრივი მდგომარეობით, არამედ ინსტიტუციური ავტორიტეტით, რომლის დამსახურებითაც ხელეწიფება, შეძლოს ხელისუფლების განშტოებათა ურთიერთობების მოწესრიგება.

პრაქტიკამ ცხადყო, რომ პრეზიდენტის ნეიტრალური არბიტრაჟი ორნახნაგოვანია: ერთი – ნეგატიური შემაკავებელი. ეს უპირატესად ერთპალატიან საპარლამენტო მმართველობებშია აქტუალური, რომ მეორე პალატის არარსებობის პირობებში, სახელმწიფოს მეთაურმა შესძლოს მთავრობის პოლიტიკაზე (მით უფრო მყარი ერთ პარტიული საპარლამენტო უმრავლესობის და არა კოალიციის პირობებში) შემაკავებელი ზეგავლენის მოხდენა და ამ პოლიტიკური ჯგუფის დომინაციის რისკზე ზემოქმედება; მეორე – უფრო ინტერვენციულ-პოზიტიური, სადაც ინსტიტუციური სტაბილურობის მიზნით, გარკვეული ჩარევების შესაძლებლობაც ეძლევა.

არა ერთი ავტორი სვამს „პრემიერ-პრეზიდენტის“ სისტემის არაერთგვაროვნების საკითხს⁶³ და გამოყოფს „შუალედურ-ფორმალურ“ („Moderate-formal“)⁶⁴ ვარიაციას, რაც ძალიან ახლოს არის ქერისა და შუგარტისეულ „პარლამენტი პრეზიდენტთან ერთად“⁶⁵ სისტემასთან.⁶⁶ ამგვარი დახასიათების საფუძვლად სწორედ პრეზიდენტის მდგომარეობაა

⁶² დაწვრილებით იხილეთ: იქვე. გვ. 149. აგრეთვე: ზ. ჯიბლაშვილი. საქართველოს პრეზიდენტის საარბიტრაჟო როლის განსაზღვრება და მისი ზოგიერთი თავისებურება. „სამართლის უკრანალი“. თსუ. იურიდიული ფაკულტეტი. #2. 2016. გვ. 208-209.

⁶³ იხ: Steven D. Roper. დას. ნაშ. გვ. Are All Semipresidential Regimes the Same? A Comparison of Premier-Presidential Regimes// Comparative Politics. – 2002. – Vol. 34. – № 3. – P. 253-272

⁶⁴ იხ: Steven D. Roper. დას. ნაშ. გვ. Are All Semipresidential Regimes the Same? A Comparison of Premier-Presidential Regimes// Comparative Politics. – 2002. – Vol. 34. – № 3. – P. 268.

⁶⁵ იხ: Shugart M.S., Carey J.M., დასახ. ნაშ. გვ.25.; ასევე – მათე შუგარტი. პრეზიდენტისა და პარლამენტის შესახებ. „რესპუბლიკა: საპარლამენტო თუ საპრეზიდენტო“. შემდგენელი ო. მელქაძე. პოლიტიკურ-სამართლებრივი ლიტერატურის სერია. წიგნი II. გვ. 137.

⁶⁶ მსგავსი არა სტერილური, ზომიერად სინთეზური ვარიაცია განიხილება საპარლამენტო სისტემებშიც:

აღებული. ამ სისტემაში პრეზიდენტს, საპარლამენტო მმართველობასთან შედარებით, უფრო დიდი ძალაუფლება აქვს მთავრობის ფორმირებისა და უნდობლობის საბოლოო გადაწყვეტის სფეროებში. თუმცა, ისინი „არსებით საკანონმდებლო უფლებამოსილებათა“ არქონის გამო, ნახევრადსაპრეზიდენტო სისტემებს შორის, ყველაზე მეტად სუსტ პრეზიდენტებად განიხილებიან.⁶⁷ ერთ-ერთი დახასიათებით, ამ სისტემებში „თუმცა პრეზიდენტი არ არის ისეთი „ძლიერი“, როგორც, მაგალითად, საფრანგეთში ან პოლონეთში, საპარლამენტო-საპრეზიდენტო სისტემაში არ არის „წმინდა“ საპარლამენტო გერმანიის მსგავსად ან სლოვენის დონემდე „სუსტი“.⁶⁸ არაერთგვაროვანი პოსტსოციალისტური საპრეზიდენტო სისტემის არსებობას გამოყოფს ა. კინევიც და მას ფრანგულ და მსუბუქ საპარლამენტო მმართველობათა შუალედურ ქმნილებად განიხილავს. ამ ნიშნით, რიგ ცენტრალურ და აღმოსავლეთევროპულ საპრეზიდენტო ვარიაციას „საპრეზიდენტო სისტემის განსაკუთრებულად აღმოსავლეთ ევროპულ ტიპს“ უწოდებს.⁶⁹

საპარლამენტო რესპუბლიკათა მსგავსად, ნახევრადსაპარლამენტო სისტემებშიც, პრეზიდენტი საკანონმდებლო, აღმასრულებელი და სასამართლო ხელისუფლების კლასიკური ტრიადის ფარგლებს მიღმა გაიყვანება და გამოდის არბიტრის როლში.⁷⁰ ავტორის თქმით, „არსობრივად, საუბარია ხელისუფლების ახალი, მეოთხე – საპრეზიდენტო, დამცავი, არსებითად საარბიტრაჟო განშტოების გამოჩენაზე“.⁷¹ „სახელმწიფოს მეთაურის რანგში, ის განასახიერებს ზუსტად მეოთხე – საარბიტრაჟო ხელისუფლებას“.⁷² სწორედ არბიტრის ნეიტრალურ ხელისუფლებად განიხილავს ბ. კონსტანიც საპარლამენტო მონარქიაში „სამეფო ხელისუფლებას“.⁷³ რუსულ დოქტრინაში პრეზიდენტის საარბიტრა-

“Middle-of-the-way” იხ: Sartori G. Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes. – 2nd edition. – London: Macmillan Press, 1997. – P.101; Sartori G. Neither Presidentialism nor Parliamentarism // Linz J.J. and Valenzuela A. (eds.) The Failure of Presidential Democracy. Comparative Perspectives. – Baltimore and London: The Johns Hopkins University Press, 1994. – P. 108.

⁶⁷ Steven D. Roper. Are All Semipresidential Regimes the Same? A Comparison of Premier-Presidential Regimes// Comparative Politics. – 2002. – Vol. 34. – № 3. – P.254. იხ: ინტერნეტყარო: <http://www.stevendroper.com/regimes.pdf>

ჩვენის მხრივ დავაზუსტებთ, რომ სწორედ ამ საფუძვლებით, ვემხრობით მათ არა ნახევრადსაპრეზიდენტო, არამედ შერეული მმართველობის – ნახევრადსაპარლამენტო (საპარლამენტო-საპრეზიდენტო) სისტემებად განიხილვას.

⁶⁸ В. Чернов. Системы правления в Европе: классификация и сравнительный анализ (На примере стран Евросоюза). Журн. Политика. 2008. № 1. С.158.

⁶⁹ А. Кынев. Институт ПРЕЗИДЕНТСТВА в странах Центральной и Восточной Европы как индикатор процесса политической трансформации. Стр. 10.

იხ. ინტერნეტყარო: <http://www.politstudies.ru/files/File/2002/2/Polis-2002-2-Kynev.pdf>

შემოწმებულია 27.07.2018.

⁷⁰ ვ. ჩერნოვი. დასახ. ნაშ. გვ. 155.

⁷¹ იქვე.

⁷² ვ. ჩერნოვი. დასახ. ნაშ. გვ.158. თუმცა, ცალკე დისკუსიის საგანია ამა თუ იმ ნიშნით, დამოუკიდებელი „საპრეზიდენტო ხელისუფლების“ არსებობის საკითხი. ვთვლით, რომ საგნობივ-ფუნქციონალური იდენტიფიკაციის არ არსებობის გამო, ხელისუფლების მეოთხე – საპრეზიდენტო განშტოებაზე საუბარი მიზანშეუწონელია. თუმცა საკითხი უდავოდ იმსახურებს ცალკე განხილვას. ამ აქცენტებით, ჩვენ მხოლოდ პრეზიდენტის საარბიტრაჟო ფუნქციის მზარდ ტენდენციას და გააქტიურებულ სამეცნიერო შეფასებებს ვუსვამთ ხაზს.

⁷³ Benjamin Constant. Principes De Politique. Paris. 1815. P. 3.

ყო ბუნების სწორედ ნეგატიური განვითარებით (ხელისუფლების განშტოებათა საქმიანობაში ღრმა ინტერვენციით), აქტიურად საუბრობენ სახელმწიფო ხელისუფლების დამოუკიდებელი განშტოების – „საპრეზიდენტო ხელისუფლების“ აღმოცენებაზე.⁷⁴ საკითხის ამგვარად დასმა პირდაპირ უკავშირდება მმართველობის სისტემას. „საპრეზიდენტო ხელისუფლების“ არსებობაზე სწორედ მის უფლებამოსილებათა ანალიზის საფუძველზე საუბრობენ. „საპრეზიდენტო ხელისუფლება“ ხელისუფლების დანაწილების კონცეფციიდან განყენებულ და თითოეულ მათგანზე აღმატებულად განიხილება რუსული ტიპის სუპერ საპრეზიდენტო მმართველობებშიც. თუმცა, ეს მსჯელობა ვინაობა პირდაპირ გაგებას ექვემდებარება. არსებითი განსხვავება იმაშია, რომ ამ ხარისხით „აღმატებულობიდან“ მომდინარე საპრეზიდენტო ინტერვენციონიზმში ხედავენ მის საარბიტრაჟო როლს. ამიტომაც ითვლება, რომ „ამით იგი დამოუკიდებლად განასახიერებს სახელმწიფო ხელისუფლებას“.⁷⁵ სხვა მოსაზრებითაც, „რჩება საფუძველი დავასკვნათ, რომ პრეზიდენტს ხელისუფლების დამოუკიდებელი ფორმა აქვს... პრეზიდენტი მთლიანობაში დამოუკიდებელია სახელმწიფო ხელისუფლების სხვა ორგანოებისაგან. საპრეზიდენტო ხელისუფლებასთან მიმართებით, საპარლამენტო და სასამართლო შემაკავებელი და გამანონასწორებელი ფაქტორები, მით უფრო კონტროლი, ყველაზე მინიმალური დოზით არსებობს“.⁷⁶ რუსულ და მის მიმდევარ მმართველობის სისტემებში პრეზიდენტი თავისი დომინანტური მდგომარეობით არ ექვემდებარება ხელისუფლების დანაწილებიდან მომდინარე ბოჭვებს და ფუნქციურად ყველა ხელისუფლებაში ინტერვენციით მართლაც აღმატებულია ყოველ მათგანზე. ის სწორედ ამითი არღვევს ხელისუფლების დანაწილების ფასეულობრივ სისტემასა და მექანიზმს. ამიტომ ვთვლით, რომ რუსულ კონცეფციაში, „საპრეზიდენტო ხელისუფლება“ შორდება დამოუკიდებელ არბიტრაჟს და პოსტსაბჭოურ „დირექტორად“ განიხილება.

მ. ბაგლაისა და ვ. თუმანოვის მოსაზრებით კი, „საპრეზიდენტო ხელისუფლება“ არ განიხილება დამოუკიდებელ განშტოებად. ეს ტერმინი შეიძლება „სამი ხელისუფლების“ სისტემაში მხოლოდ პრეზიდენტის განსაკუთრებულ სტატუსს აღნიშნავდეს, მისთვის საკუთარი უფლებამოსილებებისა და ხელისუფლების ყველა განშტოებასთან ურთიერთმოქმედების განსაკუთრებული საშუალებების მინიჭების გათვალისწინებით.⁷⁷ ვფიქრობთ, ხელისუფლების დანაწილების დოქტრინა დღეის მდგომარეობით, ჯერ კვლავ სამწვე-

⁷⁴ იხ: Конституция Российской Федерации: Комментарии. М., 1994. С. 399; Комментарии к Конституции Российской Федерации. М., 1994. С. 256-258; Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное право России. М., 1995. С. 326; Государственное право Российской Федерации / Под. ред. О.Е. Кутафина. М., 1996. С. 357; Конституция Российской Федерации: Научно-практический комментарий / Под. ред. и со вступ. ст. акад. Б.Н. Топорина. М., 1997. 470; Чиркин В. Разновидности публичной власти и ее социальные и юридические источники// Журн . Государство и Право. 1997. №5.; А.С. Сахарова. А. Ирститут президентства (сравнительно-правовой анализ); ინტერნეტ წყარო: <http://law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1117186> [ბოლო განახლება: 30.05. 2019].

⁷⁵ Сахарова. А. დასახ. ნაშ.

⁷⁶ Авакьян С., Президент Росииской Федерации: Эволюция конституционного правового статуса; Вестн. Моск. Ун-та. Сер. право. №1; 1998. Стр. 31.

⁷⁷ იხ: Баглай М.В. Туманов В.А. Малая энциклопедия Конституционного права; Изд. Бек. М. 1998. стр. 362.

როვანი განზომილების მატარებელია და პრეზიდენტს არ აქვს მიკუთვნებული სახელმწიფო ხელისუფლების ფუნქციურად იდენტიფიცირებული რომელიმე განმტოება. უბრალოდ, სუპერსაპრეზიდენტო მმართველობებში მისი ფუნქციები არაპროპორციულადაა გაზრდილი. პრეზიდენტი არ ფლობს დამოუკიდებელ, თვისებრივად ახალ ფუნქციებს, რაც მას ხელისუფლების დღეისათვის არსებულ განმტოებათა მსგავსად, ფუნქციურად გამოიწვევდა მათგან. ამდენად, არ ვთვლით, რომ ამ თუ იმ ქვეყნის თანამედროვე სახელმწიფო ხელისუფლების სამწვეროვან სისტემაში გამოჩნდა ხელისუფლების მეოთხე განმტოება „საპრეზიდენტო ხელისუფლების“ სახით. მეორე – მონისტური პარლამენტარიზმისათვის ორგანული უკიდურესობით კი, სახელმწიფოს მეთაურის ნეიტრალიზმის გაგება მას აქცევს „უსარგებლოდ“⁷⁸ სახელმწიფო ნოტარიუსობამდე დაიყვანება და გზას უთმობს აღმასრულებელი ხელისუფლების „ტირანიას“. ამ სისტემას გაყვნიენ რიგი ქვეყნები – ალბანეთი, ბულგარეთი, ლატვია, უნგრეთი, 2018 წლიდან საქართველოც.

სინამდვილეში კი სისტემის ქმედითუნარიანობისათვის არსებითია კომპეტენციათა და შესაძლო ურთიერთქმედებათა იმგვარი განაწილება, რომ სისტემა ნასაზრდოები იყოს ქმედითი და ობიექტური არბიტრაჟით, სადაც პრეზიდენტი არ იქნება რომელიმე პოლიტიკური ძალის ნაწილი⁷⁹ ან სულაც დამოუკიდებელი, მაგრამ ალტერნატიული მოთამაშე. ეს არსებითია იმიტომ, რომ არ დაირღვეს მისი ნეიტრალური არბიტრაჟის იდეა, რომელი ხედვითაც, „პრეზიდენტის, როგორც მთელი ერის წარმომადგენლის საარბიტრაჟო ხელისუფლება მოიცავს მაქსიმალურად სრულ და არაწინააღმდეგობრივ გამოხატულებას“⁸⁰ თუმცა, პრეზიდენტი ნეიტრალური და დამოუკიდებელი ვერ იქნება პოლიტიკური ნებისა და მოვლენებისაგან. ის სახელმწიფოს უმაღლესი თანამდებობის პირია და მისი ყოველი გადაწყვეტილება პოლიტიკურია. პრეზიდენტის გადაწყვეტილებები პოლიტიკური მოვლენების მიმართ არის რეაქცია პოლიტიკის განსაზღვრასა თუ განხორციელებაზე. პრეზიდენტი დამოუკიდებელი უნდა იყოს ვინაირ, ერთჯერადი სიტუაციური პოლიტიკური ინტერესებისაგან; არ უნდა იყოს ყოველი ინდივიდუალური პოლიტიკური დავის მონაწილე და რომელიმე მოთამაშის ინტერესების მუდმივი პარტნიორი, თორემ ის პოლიტიკისგან განყენებული და პოლიტიკური პროცესებისადმი გულგრილი ვერ იქნება, ნეიტრალიტეტი ამას არ გულისხმობს. უფრო მეტიც – მისი საარბიტრაჟო ფუნქციები, როგორც ვთქვით, სამთავრობო პოლიტიკაზე შემაკავებელი ბუნებისაა. ამით ის პოლიტიკაზე ზეგავლენის მქონე სუბიექტია და ალტერნატიული პოლიტიკური გადაწყვეტილების არაპირდაპირი წყაროც კი შეიძლება გახდეს. პრეზიდენტი სტრატეგიულად შესაძლოა ხელისუფლების თანამოაზრეც იყოს, მაგრამ ის ზემოქმედებდეს გარკვეულ გადაწყვეტილებებზე. ამიტომაც, მისი გადაწყვეტილება ამა თუ იმ ეტაპზე, შეიძლება სხვადასხვა პარტიების პოზიციებს დაემთხვეს, მაგრამ მისი დამოუკიდებლობისა და

⁷⁸ იხ: ბ. კონსტანი. დასახ. ნაშ. გვ. 47.

⁷⁹ სწორედ ამ თვალსაზრისით, ყველა ასეთი მმართველობა სასიცოცხლო მნიშვნელობას ანიჭებს პრეზიდენტის არა პარტიულობის განსაკუთრებულ რეგულაციებს.

⁸⁰ ვ. ჩერნოვი. დასახ. ნაშ. გვ. 158.

ნეიტრალიტეტის ფილოსოფიის ფარგლებში, ის მიმდინარე, უწყვეტ დამოკიდებულებაში არ უნდა იმყოფებოდეს რომელიმე პარტიასთან.

თვალსაჩინოა, რომ ამ სისტემაში პარლამენტარიზმის ფუძემდებლურ (პარლამენტისა და მთავრობის დამაბალანსებელი ურთიერთპასუხისმგებლობის) პრინციპთან ერთად, სახელმწიფოს მმართველობა ეფუძნება საპრეზიდენტო არბიტრაჟსაც. ეს ორიენტირებულია დემოკრატიული ინსტიტუტების ტრადიციის არქონის, სუსტი სამოქალაქო საზოგადოებისა და არამყარი პარტიული სისტემიდან მომდინარე რისკების მინიმიზაციისკენ. ასევე, ოთხივე ნახევრადსაპარლამენტო რესპუბლიკა (ლიეტუვა, მოლდოვა, საქართველო და ხორვატია) ერთპალატიანი პარლამენტის სისტემაში აღმოცენდა. ეს ფაქტორი სუსტ პარტიულ სისტემებში სასიცოცხლოდ მნიშვნელოვანს ხდის საპრეზიდენტო საარბიტრაჟო აქტივობას. მმართველობის ამ ვარიაციაში პრეზიდენტის ფუნქციური აქტივობა ძალაუფლების გამიჯვნის პრინციპის ფარგლებში სახელმწიფო ინსტიტუტების სტაბილურობისა და ურთიერთობათა ჰარმონიზაციაზე აქცენტირებით განისაზღვრება.⁸¹ პრეზიდენტის ინსტიტუციური და სუბიექტური პიროვნული შესაძლებლობების რესურსი, აღნიშნული ფაქტორებიდან მომდინარე, შესაძლო სიცარიელეების შევსებისაკენ არის მიმართული. ამ თვალსაზრისით მმართველობის ეს სისტემა რაციონალიზებული პარლამენტარიზმისა და პოლიტიკურად შესაძლო ეფექტიანი საპრეზიდენტო სტაბილურობის ნაზავია. ნახევრადსაპარლამენტო რესპუბლიკა ერთპიროვნული და კოლეგიური მმართველობის მსოფლმხედველობრივი ჭიდილის შუალედურ-კომპრომისული ვარიაცია და ტიპური პოსტსოციალისტური ფენომენია. მან არც აღმასრულებელი ხელისუფლების მწვავედ კონფლიქტური დუალიზმი გამოიწვია და არც საპარლამენტო სისტემის არსი უარყო. მან სისტემას დამატებით, ზომიერად მიაშველა საპრეზიდენტო შესაძლებლობების რესურსიც. ამიტომაც მმართველობის მიღებული სისტემა არ არის არც ტიპური ნახევრადსაპრეზიდენტო და არც საპარლამენტო, მათი ბალანსირებული შუალედური ვარიაციაა. ამ ნაზავში „ამოიკითხება საპარლამენტო უმრავლესობისა და მისი მთავრობის გარკვეული სამართლებრივი უპირატესობა, რაც შეიძლება განმარტებული იყოს, როგორც საპარლამენტო მმართველობისაკენ გადახრილი შერეული მმართველობის ერთ-ერთი ვარიაცია“.⁸²

პრეზიდენტის უფლებრივი მდგომარეობა და მთავრობასთან ურთიერთობის ფორმები შესაძლებელს ხდის, რომ მან არ დაუშვას პოლიტიკური სისტემის მიძინება ერთი პოლიტიკური ძალის მიერ მონოლითური მთავრობის პირობებშიც კი. თუმცა, ამ მოცემულობის შესაძლებლობა უფრო მკაფიო ხდება პრეზიდენტ-პრემიერის პოლიტიკური თანაარსებობის პირობებში. სწორედ პარტიულად არაკონცენტრირებული პოლიტიკური

⁸¹ იხ: ზ. ჯიბლაშვილი. ცენტრალურ და აღმოსავლეთ ევროპული (ყოფილი სოციალისტური ქვეყნების) მმართველობის ერთი არა ტიპური სისტემის შესახებ.; სტატიების კრებული: „ავთანდილ დემეტრაშვილი 75“. საიუბილეო გამოცემა. თბ. 2017. გვ. 160.

⁸² თ. ერქვანია. სახელისუფლებო შტოების ურთიერთობის სპეციფიკა 2010 წლის საკონსტიტუციო ცვლილებების ფონზე: არსებითი პრობლემები. სტატიების კრებული: სუპერსაპრეზიდენტოდან საპარლამენტომდე. საკონსტიტუციო ცვლილებები საქართველოში. თბ. 2003. გვ. 36.

სისტემის პირობებში, სხვა, ცოცხალი კონკურენტუნარიანი (სამთავრობო პოლიტიკაზე შეკავების მცდელობების ჩათვლით) სახე მიიღო მმართველი ქართული ოცნების პარტიისაგან პრეზიდენტ გიორგი მარგველაშვილის დისტანცირების შემდეგ.

ნახევრადსაპარლამენტო მმართველობაში შემოტანილი, პარლამენტარიზმთან მიმართებით დეფორმაციული კომპონენტები არ არის მხოლოდ პრეზიდენტის „გაძლიერების“ მიმართულებით გადახრილი, მიუხედავად იმისა, რომ ფორმალურად სხვაგვარად შეიძლება ჩანდეს. თუმცა, რასაკვირველია, ამ უფლებამოსილებათა გამოყენების თავისი წილი პოლიტიკური ამბიციის აქვს ყველა პრეზიდენტს. მმართველობის კონსტიტუციურ-ფორმალური განსაზღვრებების რეალურად განვითარების თვალსაზრისით, გადამწყვეტი მნიშვნელობა ენიჭება პრეზიდენტის კონსტიტუციური შესაძლებლობების დისტანცირებას პრემიერ-მინისტრის პოლიტიკური ზრახვებისა და ნებისაგან, პრემიერ მინისტრზე მისი დაქვემდებარების რისკების მინიმალიზაციას და მათ საპრეზიდენტო პოლიტიკური დღის წესრიგში გადატანის შესაძლებლობას. ამ მახასიათებლის დინამიკაში განვითარება შესაბამისი პოლიტიკური ფაქტორებისა და მიხედვით შეიძლება დროში ცვალებადი იყოს.

3. დასკვნები

თვალნათლივ გამოჩნდა, რომ პოსტსოციალისტურმა კონსტიტუციონალიზმმა, ინსტიტუციური არჩევანის რთულ პროცესში, მმართველობის მრავალფეროვანი სისტემების შესაბამისად, „აღმოსავლეთეფროპული საპრეზიდენტო სისტემის“ არაეთვაროვანი, რამდენიმე არსებითად განსხვავებული ფენომენი შექმნა. სამართლებრივ-პოლიტიკური ასორტიმენტი დიდია – სრულძალაუფლებიანი ხელმძღვანელიდან მშრალ-ცერემონიალურ წარმომადგენლამდე. ინსტიტუციური არჩევანისას, მსოფლმხედველობრივად განსხვავებული მმართველობის – ერთპიროვნული და კოლეგიური ფენომენების დაპირისპირების მიუხედავად, საერთო იყო პოლიტიკური სტაბილურობის მოთხოვნილება. ეს ინდივიდუალურ და განსხვავებულ გადანწყვეტილებებს განაპირობებდა.

აღმასრულებელი ხელისუფლების სტაბილურობის მოთხოვნილება იყო აღმოცენებადი დემოკრატიების არამყარი პარტიული სისტემების რისკისაგან დაცვა. ამ გარანტიების მიმართულებით, ქვეყნები გადაჯგუფდნენ რაციონალიზებული პარლამენტარიზმისა და უფრო პროსაპრეზიდენტო მიმართულებებად. პარტიული სისტემის დაკრისტალების ორიენტირების სისუსტის გათვალისწინებით, ბევრგან ვერ იქნა მიღებული საპარლამენტო მმართველობის შემოღების გადანწყვეტილება. ვფიქრობთ, აქ პარტიული სისტემის დაკრისტალება ეთნო კულტურის გარდა, ინდივიდუალურ მესიანისტურ ფენომენებსაც ემსხვერპლა (ბელორუსი, რუსეთის ფედერაცია, უკრაინა, პირველ ეტაპზე ხორვატია და შემდეგ საქართველოც). თუმცა, სადაც აღმოცენებადი – არამყარი პარტიული სისტემის მიუხედავად, დამკვიდრდა საპარლამენტო მმართველობა, სისტემამ შეითავსა კოალიციური თანაცხოვრების წესი. ამან თავის მხრივ, ხელი შეუწყო პარტიათა არსებობა-განვითარებას მყარ იდეოლოგიურ საფუძვლებზე – ბულგარეთი, ესტონეთი, ლატვია,

მონტენეგრო, სლოვაკეთი, სლოვენია, უნგრეთი, ჩეხეთი. ამ გადანაცვებების ერთ-ერთი განმსაზღვრელი, როგორც აღვნიშნეთ, პოსტსოციალისტური სივრცის უფრო დასავლურ ნაწილში კომუნისტური ერთმმართველობის ინტერვენციონიზმის შედარებით ხანმოკლე შეღწევადობა და შესაბამისი შედეგები იყო. ე.წ. ძლიერი საპრეზიდენტო ძალაუფლება კი უფრო იქ გახდა მოთხოვნადი, სადაც ღრმა იყო კომუნიზმის შეღწევადობა საზოგადოებრივ ყოფაში. ამიტომ იგი ტიპური პოსტსაბჭოური ფენომენია. დომინანტურად საპრეზიდენტო მმართველობისაკენ მიდრეკილება პოსტსაბჭოურ მმართველობებსა და აღმოსავლურ კულტურებში გახლდათ მკაფიო, სადაც ერთპიროვნული მმართველობა ტრადიციული, ხოლო აღმოსავლურ კულტურებში კი პირდაპირ აქსიოლოგიური კანონზომიერება იყო.

მმართველობის სისტემათა მხოლოდ ფორმალური მახასიათებლებით კლასიფიკაცია არასრულყოფილია და შეიძლება, რეალობასაც აგვაცდინოს. სამართლებრივ სახელმწიფოში რეალური მმართველობის სისტემა და კონსტიტუციაც ვერ იფუნქციონირებს მისი თეორიული მახასიათებლების ფარგლებს მიღმა. თუმცა, მმართველობის სისტემა ცოცხალი ორგანიზმია, ის იქმნება, ფუნქციონირებს და ვითარდება. იგი ცოცხალ, რეალურ სახეს იღებს სწორედ თეორიულ განმსაზღვრელებზე, რეალური მეგა-სამართლებრივი ფაქტორების გავლენით. რადგანაც (დროში, ასევე სხვადასხვა სახითა და ფორმით) იცვლება მატერიალური გეგავლენის ფაქტორები. ასე, „მაკედონიას თავად ხელისუფლება ახასიათებს როგორც „საპარლამენტო დემოკრატიას საპრეზიდენტო რესპუბლიკის ცალკეული ელემენტებით“. ამის მიუხედავად, რადგანაც მაკედონიის პრეზიდენტის ხელისუფლება ეფუძნება უფრო არაფორმალურ, ვიდრე ფორმალურ გავლენას, ნორმატიული თვალსაზრისით, ის ზუსტად საპარლამენტო სისტემაა“.⁸³ აღსანიშნავია, რომ ნაშრომი გამოქვეყნებულია 2002 წელს, როდესაც ჯერ კიდევ საპრეზიდენტო ზენიტში იმყოფებოდა პრეზიდენტი ბორის ტრაიკოვსკი (ტრაგიკულად დაიღუპა 2004 წელს), რომლის ფენომენის დამსახურებაც არის ეს შეფასება. სწორედ პოლიტიკურ სპექტრზე მისი არაფორმალური გავლენა განაპირობებდა თანამშრომლობის კომპონენტის წამოწევას პრეზიდენტ-მთავრობის ურთიერთობებში. ამან კი რეალური გავლენა ჰქონდა მმართველობის შინაარსზე და იმ პერიოდში სწორედ „პრემიერ-პრეზიდენტის“ სახე მისცა. მომდევნო პრეზიდენტებისათვის ეს შეუძლებელი აღმოჩნდა და სისტემა დღემდე, რეალურადაც და ფორმალურად განსაზღვრულ საპარლამენტო რეჟიმში არსებობს.⁸⁴

მკვეთრად განსხვავებული იყო მეორე მიმართულება – აღმასრულებელი ხელისუფლების სტაბილურობის მიღწევა მყარ საპრეზიდენტო ინსტიტუტთან მიკედლებით. ამ ორ უკიდურესობას შორის ერთგვარი კომპრომისი აღმოჩნდა შერეული სისტემები. ეს ყველა გადანაცვებები აღმასრულებელი ხელისუფლების გაძლიერების ტენდენციამაც განა-

⁸³ ა. კინევი. დას. ნაშ. გვ. 14.

⁸⁴ იხ. აგრეთვე: ზ. ჯიბლაშვილი. პრეზიდენტის კონსტიტუციურ-სამართლებრივი სტატუსის სტრუქტურა. უფრნ. სამართალი და მსოფლიო. #3. 2015. გვ. 50. ინტერნეტყარო:

<http://lawandworld.ge/cms/upload/pdf/b11da6bb57c2808d4b1e9c333f39a8ce.pdf> შემოწმებულია: 31.03. 2019.

პირობა. განსხვავებული იყო მისი განვითარების ფორმები. თუმცა, ეს არ ნიშნავს, რომ თუნდაც ამ კლასიფიკაციის შიგნით მათი ორგანიზაციის ვარიაციები არ განსხვავდება: ასე მაგალითად, გაყოფილი აღმასრულებელი ხელისუფლების კვალობაზე, მაინც არსებითაა განსხვავება პოლონეთისა და რუმინეთის საპრეზიდენტო ინსტიტუტებსა და, შესაბამისად, მმართველობის სისტემებს შორის. ბევრის თვალსაზრისით, ყველა მათგანს აქვს თავისი ინდივიდუალური მახასიათებელი, ამიტომ, ეს კლასიფიკირებული მოდელებიც არ არის ერთგვაროვანი და მით უფრო – ერთფეროვანი.

საბოლოოდ, პოსტსოციალისტურ კონსტიტუციურ სივრცეში მივიღეთ დამკვიდრებული მმართველობის სისტემათა შესატყვისი პრეზიდენტის სამი კონცეპტუალურ-მოდელოვანი ნაირსახეობა. ესენია:

1. პრეზიდენტი წარმომადგენელი – საპარლამენტო რესპუბლიკებში;
2. პრეზიდენტი არბიტრი (წარმომადგენლობითობის ჩათვლითაც) – ნახევრადსაპარლამენტო რესპუბლიკებში;
3. პრეზიდენტი აღმასრულებელი ხელისუფლების მატარებელი – ნახევრადსაპრეზიდენტო და სუპრესაპრეზიდენტო რესპუბლიკებში:
 - 3.1. გამყოფი მთავრობასთან ერთად (მმართველობის ბიცეფალური სისტემა);
 - 3.2. აღმასრულებელი ხელისუფლების უმაღლესი მატარებელი მთავრობასთან ფიქტიურობამდე სუსტი დუალიზმით.

უნდა აღინიშნოს ის ფაქტიც, რომ პირველადი ინსტიტუციური არჩევანი არ იყო მყარი. ბევრი მათგანი სხვადასხვა ფორმით – ზოგჯერ ევოლუციური, ზოგჯერ კი რევოლუციური ფორმებით იცვლებოდა ხოლმე. ასე მაგალითად, საქართველომ განვლო გზა სუფთა თუ დეფორმირებული საპრეზიდენტო სისტემებიდან პარლამენტარიზმამდე. პრეზიდენტის სტატუსის ეტაპობრივ განვითარებაში, სხვადასხვა ფორმით, მეტნაკლები დინამიკა შეიმჩნეოდა პოლონეთში, სლოვაკეთში, უკრაინაში, ხორვატიასა და ჩეხეთში. უფრო სტაბილურობით ხასიათდებოდნენ ალბანეთი, ბელორუსი, ესტონეთი, ლატვია, ლიეტუვა, მაკედონია, რუმინეთი და რუსეთის ფედერაცია.

ამდენად, ჩამოყალიბებული საპრეზიდენტო ინსტიტუტები ზოგჯერ დიამეტრალურადაც განსხვავდებიან. ეს ყველაფერი განპირობებულია სხვადასხვა, როგორც ობიექტური, ასევე სუბიექტური ფაქტორით: ამ დროისათვის ქვეყანაში არსებულ საზოგადოებრივ ურთიერთობათა სისტემა; პარტიული სისტემის სიმყარე ან მათი დაკრისტალების პროცესის თანმიმდევრულობა; ისტორიული წინაპირობები; პრეზიდენტის ინსტიტუტის დაფუძნებისათვის კონკრეტულ ეტაპზე ქარიზმატული ლიდერის ფენომენისადმი საზოგადოების სწრაფვის ხარისხი, თავად ასეთი ლიდერის არსებობა; ქვეყანაში მიმდინარე რეფორმების თანმიმდევრულობა და სტაბილურობა და სოციალურ-ეკონომიკური მდგომარეობა. სწორედ ამ გარემოებათა გამო, როგორც უკვე აღვნიშნეთ, ამ ქვეყნებში დაფუძნდა ზოგ შემთხვევაში დიამეტრალურად განსხვავებული

კონსტიტუციურ-სამართლებრივი სტატუსის მქონე პრეზიდენტის ინსტიტუტი, რომელიც თავისი ბუნებით თავსებადია ჩამოყალიბებული მმართველობის სისტემასთან და თავადაც ამ სისტემის პირმშოა.

ამავდროულად, „პრეზიდენტის პოლიტიკურად სუსტი ფიგურის“⁸⁵ ქვეყნებშიც კი, პრეზიდენტები მუდამ ცდილობენ, არა მხოლოდ ავტორიტეტის ძალა შესძინონ თავიანთ პოსტებს და გარკვეული ძალის უფლებითაც აღიჭურვონ. უნგრეთის პირველი პრეზიდენტი არჰად გონცი აცხადებდა: „ამბობენ, რომ პარლამენტმა სუსტი პრეზიდენტი აირჩია. (დამიჭერეთ) მე მთლად სუსტი არა ვარ“.⁸⁶ ამიტომ, ყოველ საპრეზიდენტო ინსტიტუტზე არსებითი იყო ყოფილი პრეზიდენტების პოლიტიკური კვალი. ამიტომაც, საპრეზიდენტო ძალაუფლების ფართო პალიტრის ფარგლებში, ჩვენ პრეზიდენტის უფლებამოსილებათა სიმრავლე-სიმწირეზე შეიძლება ვისაუბროთ მმართველობის ერთი სისტემის შიგნით. ეს ამ სისტემათა ზედმინვენით ზუსტი კლასიფიკაციისათვის გამოდგება. მაგრამ არ იქნება რაციონალური, პრეზიდენტის უფლებამოსილებების თვალსაზრისით მის „სიძლიერე“-„სისუსტეზე“ ერთიანად ვიმსჯელოთ სისტემურად სხვადასხვა მმართველობებში. სამართლებრივ-პოლიტიკური თანხმობის გაფორმების – კონსტიტუციის ყველაზე მეტად პოლიტიზებული კომპონენტი მმართველობის ფორმისა და სისტემის არჩევანია. ამიტომ, ამ არჩევანის პროცესი ვერ გასცდება პრეზიდენტის „სიძლიერე“-„სისუსტის“ პოლიტიზებული გაგებას. თითოეულის შესაბამისად გაკეთებული არჩევანი მმართველობის ამა თუ იმ სისტემის არჩევანს ნიშნავს. სწორედ ეს გვაძლევს ამა თუ იმ სისტემის შიგნით ასე თუ ისე „ძლიერი“ ან „სუსტი“ პრეზიდენტის ინსტიტუტის დამკვიდრების ფორმალურ საფუძველს. დანარჩენი კი – ყოველი ინსტიტუტის შემდგომი პოლიტიკური სიძლიერე თუ სისუსტე პოლიტიკური ხელოვნების საკითხია. რომელი ინსტიტუტი განვითარდება ძლიერად თუ სუსტად, ეს პოლიტიკურ შეჯიბრობითობაში გამოვლენილი შესაბამისი უნარების შედეგია. ფორმალურად „სუსტ“ პრეზიდენტსაც ჰქონია მმართველობის სისტემაზე არსებითი გავლენა და – პირიქითაც.

რეზიუმე

ევროპის ყოფილი ტოტალიტარული სოციალიზმის ქვეყნებმა ერთ ისტორიულ ეპოქასა და თითქმის თანაბარი სასტარტო მდგომარეობით დაიწყეს დემოკრატიულ რეჟიმზე გადასვლა. მიუხედავად ამისა, დღეს სამართლებრივ-პოლიტიკურად და ეკონომიკურად სხვადასხვა პოლუსზე იმყოფება ბევრი მათგანი: პოლონეთი და უკრაინა, ბელორუსი, რუსეთის ფედერაცია და ჩეხეთი, უნგრეთი და სლოვაკეთი, მოლდოვა, სომხეთი და ბალტიისპირული სახელმწიფოები და ბოლოს, ერთნაირად ორგზის ომგამოვლილი ხორვატია და საქართველოც.

⁸⁵ ე. ერემაძე. საკანონმდებლო და აღმასრულებელი ხელისუფლების ურთიერთდამოკიდებულების პრობლემები საპრეზიდენტო და საპარლამენტო რესპუბლიკებში. შურნ. „აღამიანი და კონსტიტუცია“. 2002. #3. გვ. 36.

⁸⁶ ჰ. შვარცი. კონსტიტუციური მართლმსაჯულების დამკვიდრება პოსტკომუნისტურ ევროპაში. თბ. 2003. გვ. 415.

დრომ აჩვენა, რომ დღეისათვის არსებული განსხვავებული მდგომარეობა განაპირობა როგორც ინსტიტუციური არჩევანის სამართლებრივმა ფორმამ, ასევე მისმა დროის შესაბამისმა პოლიტიკურმა ეფექტმა და მათი შემდგომი პრაქტიკულ-პოლიტიკური რეალიზაციის შინაარსმა. ამ პროცესებზე სამართლებრივზე მეტად მეგა სამართლებრივი ფაქტორების გავლენა იყო. საზოგადოებრივი პროცესები კარნახობდა მათი შესატყვისი ობიექტური მექანიზმების შექმნას. თუმცა, პოლიტიკური ელიტები ხშირად უარს არ ამბობდნენ ამ პროცესების საკუთარი მიზნებით გამოყენებაზე. ინსტიტუციური არჩევანის სიმძიმე არსებითად ამ არჩევანის საფუძვლების ფასეულობათა გენეზისიდანვე მსოფლ-მხედველობრივმა სხვადასხვაობამ განაპირობა.

ნაშრომში, ფორმატის შესაბამისად, შევეცადეთ იმ საფუძვლების წვდომას, რომლებმაც გაანპირობა მსოფლმხედველობრივად განსხვავებული ინსტიტუციური (მმართველობის) არჩევანი; მმართველობის სისტემათა ფუნდამენტური მახასიათებლებისა და მათში ჩამოყალიბებული საპრეზიდენტო სისტემის განსხვავებულ ვარიაციათა ძირითადი ტენდენციების კლასიფიკაციას.

Post-Socialist Institutional Models of the President and the Main Directions of its Development

Zurab Jibghashvili

Resume

Countries of former European totalitarian socialism began democratic transformations in the same historical era with equal conditions. In spite of this, at present in judicial, political and economic terms, many of them are at different poles: Poland and Ukraine, Belarus, R.F. and the Czech Republic, Hungary and the Slovak Republic, Armenia and the Baltic countries and finally Georgia and Croatia, which were involved in two wars.

Time has shown, that the existing circumstance is due to both the legal structure of the institutional choice, as the current political effect and the content of its practical and political implementation. The above processes were influenced not only by legal factors, but also by other real political factors. Public processes led to the creation of equivalent objective mechanisms. However, political elites often used these processes for personal political reasons. Institutional choices were difficult due to different values.

In this research work I tried to have general access to the basis that formed the different institutional (authority) choice. I also tried to review the fundamental features of the authority system and the classification of the general tendencies of different variations for the presidential institution.

ჩვეულება და სასამართლო პრეცედენტი როგორც საქართველოს კონსტიტუციური სამართლის წყარო

მარი მარინაშვილი

შესავალი. 1. ჩვეულება. 2. სასამართლო პრეცედენტი. დასკვნა. რეზიუმე ინგლისურ ენაზე.

საქართველოს კონსტიტუციური სამართლის წყაროებზე საუბრისას ტრადიციულად, კანონზე, უპირველეს ყოვლისა კი ქვეყნის ძირითად კანონზე უთითებენ. ქართულ იურიდიულ ლიტერატურაში ჩვეულებისა და სასამართლო პრეცედენტის, სამართლის წყაროთა რიგში განუხილველობა ჩვეულებრივი მოვლენაა. თანამედროვე ეტაპზე ჩვეულება და სასამართლო პრეცედენტი, როგორც საქართველოს კონსტიტუციური სამართლის დამოუკიდებელი წყარო, ოფიციალურად, კანონმდებლის მიერ არ არის აღიარებული, თუმცა არც აკრძალულია. მაგრამ ვინაიდან საჯარო სამართალში არ მოქმედებს პრინციპი, რაც არ არის აკრძალული, დაშვებულია, ჩვეულება, ისევე როგორც სასამართლო პრეცედენტი, კონსტიტუციური სამართლის წყაროთა სისტემაში არ განიხილება. ვფიქრობთ, რომ პრაქტიკა კანონმდებლობისა და თეორიისგან განსხვავებულს ადასტურებს.

ჩვენი აზრით, ჩვეულება, როგორც კონსტიტუციური ურთიერთობების მომწესრიგებელი უშუალო რეგულატორი, დღესაც გამოიყენება საქართველოს კონსტიტუციურ სამართალში. ხოლო საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებას სასამართლო პრეცედენტის ძალა გააჩნია. განვიხილოთ თითოეული მათგანის ადგილი და როლი საქართველოს კონსტიტუციური სამართლის წყაროთა სისტემაში.

1. ჩვეულება

ისტორიიდან ცნობილია, რომ ჯერ კიდევ ძველი რომაელები ამბობდნენ «optima legum interpres consuetudo» – კანონის საუკეთესო განმამარტებელია ჩვეულება. ჩვეულების თავისებურება სწორედ იმაშია, რომ იგი არ არის სამართლის ნორმით განმტკიცებული, თუმცა შესაძლებელია, სამართლის ნორმა უთითებდეს მასზე. რა თქმა უნდა, ჩვეულების გამოყენებას პრაქტიკაში შეზღუდული ხასიათი გააჩნია, რაც აიხსნება მარტივი კანონზომიერებით: რაც უფრო სრულყოფილია კანონმდებლობა, მით უფრო შეზღუდულია ჩვეულების მოქმედების სფერო.

თანამედროვე პირობებში, დაუნერგელი სამართალი დაწერილმა სამართალმა ჩაანაცვლა, თუმცა ჩვეულებამ მნიშვნელობა არ დაკარგა ანგლო-ამერიკული სამართლის ქვეყნებში. მაგალითად, დიდ ბრიტანეთში წამყვანი სახელმწიფო ინსტიტუტების ფორმირება

და ფუნქციონირება ხდება არა დანერგილი ნორმების ძალით, არამედ საუკუნეების განმავლობაში ჩამოყალიბებული ჩვეულებების საფუძველზე. კერძოდ, დიდ ბრიტანეთში პრემიერ-მინისტრის თანამდებობა, ჯერ კიდევ, 1721 წლიდან დაფუძნდა, მაგრამ დიდი ხნის განმავლობაში იურიდიულად არც ერთ კანონში არ მოიხსენიებოდა და მხოლოდ 1917 წელს იქნა პირველად ოფიციალურად აღიარებული, ხოლო 20-იანი წლებიდან ჩამოყალიბდა ტრადიცია, რომლის მიხედვითაც პრემიერ-მინისტრი აუცილებლად უნდა იყოს თემთა პალატის წევრი, მაგრამ ყოველად დაუშვებელია მისი ლორდთა პალატის წევრობა.¹ დიდ ბრიტანეთში ბევრი დაუნერგელი წესი მოქმედებს, მაგალითად მონარქის, პარლამენტის თანხმობის გარეშე, პარლამენტის სხდომათა დარბაზში წელიწადში მხოლოდ ერთხელ შეუძლია შესვლა – პირველი სესიის გახსნის დროს; მონარქის სიტყვას, რომლითაც იგი წარსდგება ლორდთა პალატის წინაშე სესიის გახსნისას, მისთვის კაბინეტის წევრები წერენ; კენჭისყრა შეიძლება ჩატარდეს ფეხზე ადგომით ან დეპუტატების გასვლით დარბაზის მარჯვენა ან მარცხენა კარებში, მათი პოზიციის მიხედვით. მაგალითად, აშშ-ში არ არსებობს ერთიანი სახელმწიფო კანონი, რომელიც არჩევნების დღეს ალკოჰოლის გაყიდვას კრძალავს, თუმცა 18 ქალაქსა და 7 ოლქში ეს აკრძალვა მოქმედებს.²

როგორც ცნობილია, კონტინენტური სამართლის ჩამოყალიბებაში ჩვეულებამ მნიშვნელოვანი როლი შეასრულა; თუმცა თანამედროვე ეტაპზე კონსტიტუციურ სამართალში მისი როლი მცირეა, მაგრამ შენარჩუნებულია.

მართალია, ჩვეულება ეფუძნება ნორმის გამოყენების ხანგრძლივ ტრადიციას (*longa consuetudo*), ხოლო საქართველოს, როგორც დამოუკიდებელ სახელმწიფოს არ გააჩნია კონსტიტუციონალიზმის ნახევარსაუკუნოვანი ისტორიაც კი, მაგრამ კონსტიტუციის მიღებიდან დღემდე კონსტიტუციურ პრაქტიკაში დამკვიდრდა და გამოიყენება არა ერთი დაუნერგელი წესი.

როგორც ჩამოყალიბებული პრაქტიკა მეტყველებს, ჩვეულება საქართველოს კონსტიტუციურ სამართალში ძირითადად გამოიყენება იმ შემთხვევაში, თუ საკითხი კანონმდებელმა კონსტიტუციურ დონეზე არ მოაწესრიგა. ასე, მაგალითად, საქართველოს კონსტიტუცია არ ითვალისწინებს პრეზიდენტის გადადგომის უფლებას. ვინაიდან კონსტიტუცია განსაზღვრავს სახელმწიფო მეთაურის არჩევის წესს, შესაბამისად, პრეზიდენტის თანამდებობა არის სახელმწიფო-პოლიტიკური და იგი წარმოადგენს სახელმწიფო-პოლიტიკურ თანამდებობის პირს, მასზე ვერ გავრცელდება საჯარო მოსამსახურისათვის დადგენილი წესები.³ ამასთან, პრეზიდენტს არ ჰყავს ზემდგომი ორგანო, ვის სახელზეც

¹ საზღვარგარეთის ქვეყნების კონსტიტუციური სამართალი, ავტორთა კოლექტივის ხელმძღვანელი და პასუხისმგებელი რედაქტორი ო. მელქაძე, კრებული 1, თბილისი, მერანი, 1999, გვ. 116.

² <https://www.bpn.ge/article/28015-10-ucnauri-akrzalva-romelic-ashsh-shi-archevnebis-dges-mokmedebs/>

³ 2015 წლის 27 ოქტომბრის „საჯარო სამსახურის შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-3 მუხლის „თ“ პუნქტი, მე-4 მუხლის პირველი პუნქტის „ა“ ქვეპუნქტი.

შეუძლია დაწეროს განცხადება თანამდებობიდან გადადგომის შესახებ. აქედან გამომდინარე, საქართველოს პრეზიდენტს „დაუწერელი“ ნორმის ძალით აქვს უფლება, დატოვოს დაკავებული თანამდებობა. დაგვეთანხმებით, რომ პრეზიდენტს ვერ დავაკისრებთ, იძულებით შეასრულოს სახელმწიფო მეთურის ფუნქციები. ამდენად, ვინაიდან კონსტიტუცია პრეზიდენტის გადადგომის უფლებას არ ითვალისწინებს, ქართულ კონსტიტუციურ პრაქტიკაში დამკვიდრდა დაუწერელი წესი – გადადგომის შესახებ საჯაროდ განცხადების გაკეთება. საქართველოს კონსტიტუციონალიზმის ისტორიაში სახელმწიფოს მეთაურების მიერ თანამდებობიდან გადადგომა ორჯერ, საჯარო განცხადების გზით მოხდა⁴. კანონმდებელმა დღემდე არ განსაზღვრა პრეზიდენტის გადადგომის პროცედურა. შესაბამისად, თუ პრეზიდენტი გადაწყვეტს თანამდებობის დატოვებას, სავარაუდოდ, ჩვეულების ძალით იგი კვლავ წინამორბედების ხერხს მიმართავს. თუმცა, ვინაიდან კონსტიტუციის 2017 წლის რედაქცია ითვალისწინებს პრეზიდენტის არჩევას ირიბი წესით, შესაძლოა, დამკვიდრებული ჩვეულება შეიცვალოს. კერძოდ, პრეზიდენტმა გადადგომის შესახებ არა საჯაროდ ხალხს, არამედ საარჩევნო კოლეგიას მიმართოს, მაგრამ თანამდებობის დატოვებას პრეზიდენტი კვლავ დაუწერელი ნორმის ძალით შეძლებს.

კიდევ ერთი ჩვეულება, რომელიც პრაქტიკამ დაამკვიდრა, ეხება პრეზიდენტის ფიცის დადების პროცედურას. აღსანიშნავია, რომ ფიცის სამართლებრივ ინსტიტუტად ჩამოყალიბებამ ხანგრძლივი პროცესი განვლო და მისი ფესვები ჩვეულებით სამართალში უნდა ვეძიოთ, კერძოდ, მორწმუნე ადამიანი (ხშირად ტომის მიერ არჩეული ბელადი) ღმერთის ან ღმერთების წინაშე დებდა ფიცს. პრეზიდენტის მიერ ფიცის დადების ცერემონიალს ინაუგურაციის უწოდებენ. სიტყვა მოდის ლათინურიდან *augures* – ეს იყო რომის საპატიო ქურუმების კოლეგიის წევრი, რომელიც ოფიციალური სახელმწიფო „მკითხავი“ გახლდათ და წინასწარმეტყველებდა იმას, თუ როგორ დასრულდებოდა ესა თუ ის ღონისძიება ბუნებრივი მოვლენებისა და ცხოველების ქმედებების მიხედვით. თავად რიტუალი მონარქების კურთხევის ცერემონიიდანაა ნასესხები. მსოფლიო კონსტიტუციონალიზმში პრეზიდენტის მიერ თანამდებობის დაკავების წინ ფიცის დადება, შეიძლება ითქვას, კანონმდებლის მიერ სანქციონირებული ჩვეულებაა.

საინტერესოა, რომ საქართველოს ძირითადი კანონი ღიად ტოვებს საკითხს ახალარჩეულმა პრეზიდენტმა რაზე (კონსტიტუციასა თუ ბიბლიაზე), სად და ვის წინაშე უნდა დადოს ფიცი. კონსტიტუციის შემუშავებისას, კანონპროექტის მიხედვით, პრეზიდენტს საპროგრამო სიტყვა უნდა წარმოეთქვა და ფიცი დაედო მცხეთის კათედრალთან, სვეტიცხოველში. თუმცა კონსტიტუციაში რელიგიური ასპექტების ასახვას ჰყავდა მონინააღმდეგეები. მათი აზრით, პრეზიდენტი მუსლიმი რომ ყოფილიყო, სვეტიცხოველში ფიცის

⁴ 2003 წლის 23 ნოემბერს ე. შვევრდნაძე, ხოლო 2007 წლის 25 ნოემბერს მ. სააკაშვილი გადადგა საჯარო განცხადების გზით.

დადების ცერემონიის გამართვა არაადეკვატური იქნებოდა.⁵ ამდენად, საქართველოს უზენაესი კანონი ახალარჩეულ პრეზიდენტს ზემოაღნიშნულ საკითხში არ ბოჭავს და სრულ თავისუფლებას აძლევს. ასე მაგალითად, საქართველოში პრეზიდენტს ფიცი დაუდია მეფის საფლავზე.⁶ თუმცა დანარჩენ ყველა შემთხვევაში პრეზიდენტს, ტრადიციულად, ფიცი კონსტიტუციაზე აქვს დადებული. ამდენად, დამკვიდრდა დაუნერვლი წესი, რომ საქართველოში ახალარჩეული პრეზიდენტი ფიცს ქვეყნის ძირითად კანონზე – კონსტიტუციაზე დებს.

აღსანიშნავია, რომ აშშ-ის პრეზიდენტებს ქვეყნის კონსტიტუცია ბიბლიაზე ფიცის დადებას არ ავალდებულებს, კონსტიტუცია ამ საკითხს, აგრეთვე, ღიად ტოვებს. ბიბლიაზე ფიცის დადების ტრადიცია ჯორჯ ვაშინგტონმა შემოიღო. მას შემდეგ ამერიკის თითქმის ყველა პრეზიდენტი ფიცს ბიბლიაზე დებდა. მათ შორის, ვინც ბიბლია არ გამოიყენა – თეოდორ რუზველტია, ხოლო პრეზიდენტმა ლინდონ ჯონსონმა ფიცი ექსტრემალურ ვითარებაში, ჯონ კენედის მკვლელობის დღეს, Air Force One-ის ბორტზე დადო და ბიბლიის ნაცვლად კათოლიკური ლოცვების წიგნი გამოიყენა. ბიბლიაზე ფიცის დადებაზე უარი თქვენს და კონსტიტუცია გამოიყენეს ჯონ ქუინსი ადამსმა და ფრანკლინ პირსმა. ბარაკ ობამამ თავისი მეორე ინაუგურაციის დროს ორი ბიბლია გამოიყენა, რომლებიც მარტინ ლუთერ კინგსა და აბრაამ ლინკოლნს ეკუთვნოდათ. ორ ბიბლიაზე დადო ფიცი აშშ-ის ოთხმა პრეზიდენტმა: ჰარი ტრუმენმა, დუაიტ ეიზენჰაუერმა, უფროსმა ჯორჯ ბუშმა და რიჩარდ ნიქსონმა.⁷

როგორც წესი, კონსტიტუციური ჩვეულების უარყოფა ხდება ან ნორმატიულ აქტში მისი განმტკიცებით ან პირიქით, აკრძალვით. ჩვეულების ნორმატიულ აქტში განმტკიცების ერთ-ერთი მკაფიო მაგალითია აშშ-ს პრეზიდენტის გადარჩევაზე დადგენილი შეზღუდვა. კერძოდ, 150 წლის მანძილზე მოქმედებდა ჩვეულება, რომ აშშ-ს პრეზიდენტად პირი შეიძლება იყოს არჩეული მხოლოდ ორჯერ. ჩვეულება ჩამოყალიბდა იმის მერე, რაც აშშ-ს პირველი პრეზიდენტი ჯორჯ ვაშინგტონი არჩეულ იქნა მხოლოდ ორჯერ. აშშ-ს შემდეგი პრეზიდენტები მიიჩნევდნენ, რომ თუ ჯ. ვაშინგტონმა პრეზიდენტად კენჭი იყარა მხოლოდ ორჯერ, მათ არა აქვთ არანაირი მორალური უფლება, მესამედ წარადგინონ კანდიდატურა. თუმცა ვინაიდან აშშ-ს კონსტიტუცია პრეზიდენტის გადარჩევაზე შეზღუდვებს არ აწესებდა, ულის გრანტმა გადაწყვიტა, მესამედ კანდიდატურის წარდგენა, მაგრამ რეგისტრაციაზე მას უარი უთხრეს იმ მოტივით, რომ დამკვიდრებული ჩვეულება კრძალავს მესამედ არჩევას. აღნიშნული ჩვეულება დარღვეულ იქნა მხოლოდ მე-20 საუკუნეში, ფრანკლინ რუზველტი აშშ-ს პრეზიდენტად არჩეულ იქნა ოთხჯერ. უკანასკნელად, მეოთხედ იგი არჩეულ იქნა 1944 წელს, თუმცა ინაუგურაციიდან 4 თვეში იგი გარდაიცვალა. საერთო ჯამში ფ. რუზველტი 12 წლის განმავლობაში იყო პრეზიდენტი.

⁵ ვ. ბაბუკი, კონსტიტუციის შემუშავება და მიღება საქართველოში (1993-1995), მეორე გამოცემა, გვ. 179-180.

⁶ 2004 წლის 5 იანვრის საპრეზიდენტო არჩევნებში გამარჯვების შედეგად, ახალარჩეულმა საქართველოს პრეზიდენტმა – მ. სააკაშვილმა ფიცი გელათის მონასტერში, დავით აღმაშენებლის საფლავზე დადო.

⁷ <https://imedinews.ge/ge/theme/304/dzalauplebis-rituali-ra-aris-inauguratsia-da-ratom-martaven-mas-sakhelmtsipoebi>

შემდეგმა პრეზიდენტმა ჰარი ტრუმენმა, ჩვეულება კონსტიტუციაში ასახა, კერძოდ კონსტიტუციის 22-ე შესწორებით ერთი და იგივე პირი მხოლოდ ორჯერ შეიძლება გახდეს აშშ-ის პრეზიდენტი.⁸

ქართულ კონსტიტუციონალიზმში მსგავს შემთხვევას აქვს ადგილი, პრაქტიკით დამკვიდრებულმა ჩვეულებამ კონსტიტუციაში ჰპოვა ასახვა. კერძოდ, ჩამოყალიბებული პრაქტიკით, საქართველოს კონსტიტუციაში ცვლილების შეტანა ყოველთვის კონსტიტუციური კანონის მიღებით ხდებოდა, მაშინ, როდესაც 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუციის 2017 წლამდე არსებული ყველა რედაქცია ითვალისწინებდა ამ დროს კონსტიტუციის გადასინჯვის პროექტის მიღებას. ფაქტობრივად, საქართველოში ჩვეულების ძალით, დამკვიდრდა წესი, რომ კონსტიტუციაში ცვლილება არა კონსტიტუციის გადასინჯვის კანონპროექტით, არამედ კონსტიტუციური კანონის მიღებით ხორციელდებოდა. მოცემულ შემთხვევაში კონსტიტუციაში ცვლილებების შეტანის ფორმა პრაქტიკამ დაამკვიდრა, რაც 2017 წლის ცვლილებებით კონსტიტუციაში აისახა კიდევ.

ჩვეულება ადგენს ამა თუ იმ ვითარებაში მკაცრად განსაზღვრულ სტერეოტიპულ ქცევას. დროთა განმავლობაში წარმოებული ესა თუ ის ქცევის წესი, რომლის მიზანშეწონილობასა და ეფექტურობას ადასტურებს პრაქტიკა, შემდგომ საზოგადოების წევრების მიერ აღიქმება როგორც თავისთავად სავალდებულო. ხანგრძლივი დროის განმავლობაში ამა თუ იმ ქცევის გამეორებამ შესაძლოა, ბუნებრივად, ყოველგვარი პირადი მოტივაციის გარეშე წარმოშვას ქცევის ნიმუში. მაგალითად, საქართველოს ყველა პრეზიდენტმა ფიცი კონსტიტუციაზე დადოს. ამასთან, სულაც არ არის აუცილებელი, კანონმა დაუშვას ჩვეულების გამოყენება. ჩვეულება ხშირად მოქმედებს ფარული ხარვეზის დროს,⁹ კანონმდებლის ე.წ. „სპეციალური დუმილის“ შემთხვევაში. ჩვეულების გამოყენება ხშირად ხდება კანონმდებლობაში არსებული ხარვეზის შესავსებად.

შეიძლება ითქვას, რომ კონსტიტუციური ჩვეულება დროთა განმავლობაში პრაქტიკით დამკვიდრებული დაუნერგელი წესია, რომელიც გარკვეული მიზეზების გამო კანონმდებლობით არ არის განმტკიცებული, თუმცა დროთა განმავლობაში შესაძლოა, კანონმდებელმა აღიაროს კიდევ.

უდავოა, რომ ჩვეულებას არ გააჩნია სამართლის ნორმის ბუნება. სწორედ ამიტომ ჩვეულება არ უნდა იყოს კანონის შევსების საშუალება. ერთი მხრივ, თუ ჩვენ კონსტიტუციურ სამართალში დავუშვებთ ჩვეულების გამოყენებას კანონის შესავსებად, მაშინ მას კონსტიტუციაზე უფრო მეტ იურიდიულ ძალას მივანიჭებთ. მეორე მხრივ, პრაქტიკა გვიჩვენებს, რომ თუ ურთიერთობა არ არის მონესრავებული კანონით, სწორედ მაშინ მკვიდრდება ჩვეულება. მაგალითად, საქართველოს კონსტიტუცია არ განსაზღვრავს, რა

⁸ აშშ-ს კონსტიტუციის 22 შესწორება (1951 წელი).

⁹ ფარული ხარვეზი კანონმდებლისთვის ცნობილია, მაგრამ იგი შეგნებულად არ ასწორებს ამ ხარვეზს (კანონმდებლის კვალიფიციური დუმილი) – ვ. ხუბუა, სამართლის თეორია, 2004, გვ. 170.

შედეგი მოჰყვება ახალარჩეული პრეზიდენტის მიერ ფიცის დათქმით დადებას. თუ პრაქტიკაში მსგავს შემთხვევას ექნება ადგილი, ვვარაუდობთ, რომ ურთიერთობა მოწესრიგდება დაუნერვლი წესის, ანუ ჩვეულების ძალით.

შესაძლოა, ჩვეულება უმნიშვნელო როლს თამაშობს საქართველოს კონსტიტუციური სამართლის წყაროთა სისტემაში, მაგრამ მის არსებობას ვერ უარვყოფთ. წეს-ჩვეულებები მნიშვნელოვან ზეგავლენას ახდენენ კონსტიტუციური სამართლის განვითარებაზე. ჩვეულება შეიძლება გამოყენებულ იქნეს პრაქტიკაში, მაგრამ კონსტიტუციური სამართლის ნორმების ჩანაცვლება წეს-ჩვეულებებით დაუშვებელია.

2. სასამართლო პრეცედენტი

საქართველოს კონსტიტუციური სამართლის წყაროთა სისტემაში სასამართლო პრეცედენტის როლსა და ადგილზე ადრე გვექონდა საუბარი,¹⁰ თუმცა მას მერე ჩამოყალიბებულმა პრაქტიკამ კიდევ უფრო ნათლად წარმოაჩინა საკონსტიტუციო სასამართლოს გადანყვეტილების როლი და მნიშვნელობა კონსტიტუციური სამართლის წყაროთა სისტემაში.

საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკამ დაადასტურა, რომ სასამართლოს მიერ მიღებულ გადანყვეტილებას არა აქვს ერთჯერადი ხასიათი. საკონსტიტუციო სასამართლო, გადანყვეტილებების სამოტივაციო ნაწილში, არაერთხელ ეყრდნობა მის მიერ სხვა საქმეზე გაკეთებულ კონსტიტუციის ნორმის განმარტებას.

უფრო მეტიც, „საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ“ საქართველოს ორგანული კანონის თანახმად, თუ საკონსტიტუციო სასამართლო განმწესრიგებელ სხდომაზე დაადგენს, რომ სადავო ნორმატიული აქტი ან მისი ნაწილი შეიცავს იმავე შინაარსის ნორმებს, რომლებიც საკონსტიტუციო სასამართლომ უკვე არაკონსტიტუციურად ცნო, მას გამოაქვს განჩინება საქმის არსებითად განსახილველად მიუღებლობისა და სადავო აქტის ან მისი ნაწილის ძალადაკარგულად ცნობის შესახებ (25-ე მუხლის 4¹ პუნქტი). ამ დროს, ფაქტობრივად, სახეზეა საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ ადრე მიღებული გადანყვეტილების საფუძველზე საკითხის გადანყვეტა, რასაც კანონმდებლობა დაშვებულად მიიჩნევს.

საკონსტიტუციო სასამართლოს განმარტებით, აღნიშნული ნორმა ერთი მხრივ, უზრუნველყოფს პროცესის ეკონომიურობის პრინციპის დაცვას, კერძოდ, იმ პირობებში, როდესაც გასაჩივრებული საკითხი მატერიალური თვალსაზრისით სასამართლოს უკვე გადანყვეტილი აქვს, საკონსტიტუციო სასამართლოს არ უნევს ნორმის კონსტიტუციურობაზე საქმის არსებითი განხილვის ფორმატში განმეორებით მსჯელობა. მეორე

¹⁰ იხ. მ. მარინაშვილი, ნ. გელაშვილი, „საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადანყვეტილების ადგილი სამართლის წყაროთა სისტემაში“, ჟურნ.: „მართლმსაჯულება“, 2007, №3.

მხრივ, ხსენებული ნორმა წარმოადგენს საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ საკუთარი გადაწყვეტილების შესრულების ზედამხედველობისა და ადამიანის უფლებათა დარღვევის პრევენციის ქმედით მექანიზმს.¹¹ სასამართლოს მიერ ჩამოყალიბებულ არგუმენტებს დავამატებდით, რომ ორგანული კანონის მითითებული ნორმა ასევე ხელს უწყობს ერთგვაროვანი პრაქტიკის ჩამოყალიბებას. ანგლო-ამერიკული სამართლის ქვეყნებში კი, ყოველივე ზემოაღნიშნული გარემოებების გამო, სასამართლო პრეცედენტი აღიარებულია, როგორც სამართლის წყარო.¹²

საკონსტიტუციო სასამართლო განმარტავს, რომ გადაწყვეტილების „დამძლევ ნორმად“ მიჩნევისას ის ითვალისწინებს კონკრეტული საქმის გარემოებებს და ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში აფასებს, იმეორებს თუ არა ახალი ნორმა საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ წარსულში არაკონსტიტუციურად ცნობილი ნორმის შინაარსს. თუ საკონსტიტუციო სასამართლო მივა დასკვნამდე, რომ სადავოდ გამხდარი ნორმა შინაარსობრივად მსგავსია იმ ნორმისა, რომელიც საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებით უკვე ცნობილ იქნა არაკონსტიტუციურად, იგი სადავო ნორმას არსებითი განხილვის გარეშე კონსტიტუციასთან შეუსაბამოდ ცნობს.¹³

საინტერესოა, როგორ ხდება ამ ნორმის გამოყენება პრაქტიკაში? რომელი კრიტერიუმებით აღგენს საკონსტიტუციო სასამართლო ნორმათა შინაარსის მსგავსებას? საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ დადგენილი პრაქტიკის მიხედვით, „სადავო ნორმების მსგავსება არა მხოლოდ ფორმალური თვალსაზრისით უნდა შეფასდეს, არამედ იმ სამართლებრივი შედეგის მიხედვით, რომელიც შესაძლოა, სადავო ნორმებს აერთიანებდეს“.¹⁴

საკონსტიტუციო სასამართლო აღნიშნავს, რომ ნორმის მხოლოდ ტექსტუალური, რედაქციული ან სხვა ფორმალური განსხვავება ვერ ჩაითვლება არსებით განმასხვავებელ ფაქტორებად. სასამართლო ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში აფასებს, არის თუ არა სადავო ნორმა არაკონსტიტუციურად ცნობილი ნორმის მსგავსი შინაარსის, სადავო ნორმის მიზანმიმართულების, მასში გამოხატული კანონმდებლის ნებისა და სამართლებრივი საშუალებების გათვალისწინებით. შინაარსობრივ მსგავსებასთან გვექნება საქმე არა მხოლოდ მაშინ, როდესაც ნორმა სიტყვასიტყვით იმეორებს არაკონსტიტუციურად ცნობილი ნორმის შინაარსს, არამედ მაშინაც, როდესაც სადავო ნორმაში მოცემული წესი არსებითად მსგავსი სამართლებრივი შედეგის მომტანია.

¹¹ საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 24 ივნისის განჩინება №1/2/563 საქმეზე „ავსტრიის მოქალაქე მათიას ჰუტერი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, (II- 8).

¹² იხ. მაგალითად შ. სკიტი, კონსტიტუციონალიზმი და სასამართლო პრეცედენტი გაერთიანებულ სამეფოში, საკონსტიტუციო სამართლის მიმოხილვა, 2010, N3, გვ. 53-65.

¹³ საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 24 ივნისის განჩინება №1/2/563 საქმეზე „ავსტრიის მოქალაქე მათიას ჰუტერი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, (II-9).

¹⁴ (საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2012 წლის 14 დეკემბრის N1/5/525 განჩინება საქმეზე „მოლდოვის მოქალაქე მარიანა კიკუ საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, II-11).

სასამართლო მიიჩნევს, რომ სადავო ნორმის შინაარსის შეფასებასთან ერთად მხედველობაში უნდა იყოს მიღებული ის ლეგიტიმური საჯარო მიზნები, რომელთა მიღწევასაც სადავო ნორმა ემსახურება. სასამართლო ასევე შეიძლება დადგეს ზოგიერთი ფაქტობრივი ან/და სამართლებრივი გარემოებების შეფასების აუცილებლობის წინაშე, თუ ეს გარემოებები არ არსებობდა საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ ნორმის არაკონსტიტუციურად ცნობის მომენტიც. შესაბამისად, სადავო ნორმის „დამძლევ ნორმად“ მიიჩნევა და მისი არსებითი განხილვის გარეშე არაკონსტიტუციურად ცნობა, ნორმათა შორის არსებითი შინაარსობრივი მსგავსების შემთხვევაშია დასაშვები, როდესაც სადავო ნორმა სასამართლოს მიერ არაკონსტიტუციურად ცნობილი ნორმის მსგავსად იწვევს იგივე კონსტიტუციური უფლების შეზღუდვას, შეიცავს უფლების მზლუდავ მსგავს სამართლებრივ საშუალებებს და იდენტურ სამართლებრივ შედეგს იწვევს. ამასთან, არ არსებობს სხვა ფაქტობრივი ან სამართლებრივი გარემოებები, რომლებიც სადავო ნორმის ხელახალი შეფასების საფუძველს/წინაპირობას შექმნიდა.

ვფიქრობთ, საკონსტიტუციო სასამართლოს ცალკეული გადაწყვეტილებების მიმოხილვა ნათლად წარმოაჩინს საკონსტიტუციო სასამართლოს როლს პრეცედენტების ჩამოყალიბებაში.

საქმეში დანიის მოქალაქე ჰეიკე ქრონქვისტი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმის მიერ არაკონსტიტუციურად ცნობილი ნორმების თანახმად, უცხოელ ფიზიკურ პირს სასოფლო-სამეურნეო მიწაზე საკუთრება შეეძლო მოეპოვებინა მხოლოდ მემკვიდრეობით ან იმ შემთხვევაში, თუ იგი მიწას მართლზომიერად ფლობდა, როგორც საქართველოს მოქალაქე. ამასთან, კანონის იმ დროს მოქმედი რედაქციის მიხედვით, უცხოელი ფიზიკური პირი, რომელიც საკუთრებას მოიპოვებდა სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მიწაზე, ვალდებული იყო საკუთრების წარმოშობიდან 6 თვის ვადაში გაესხვისებინა საქართველოს მოქალაქეზე, კომლზე ან საქართველოში რეგისტრირებულ იურიდიულ პირზე.¹⁵

საკონსტიტუციო სასამართლოს ზემოთ განხილული 2012 წლის 26 ივნისის №3/1/512 გადაწყვეტილების შემდეგ 2013 წლის 28 ივნისს საქართველოს პარლამენტმა მიიღო კანონი „სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მიწის საკუთრების შესახებ“ საქართველოს კანონში ცვლილებების შეტანის თაობაზე. აღნიშნული ცვლილებების საფუძველზე, უცხოელი 2014 წლის 31 დეკემბრამდე სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მიწაზე საკუთრების უფლებას (მათ შორის მემკვიდრეობით) ვერ მოიპოვებდა. აღნიშნული ნორმა გაასაჩივრა ავსტრიის მოქალაქემ მათიას ჰუტერმა. მოსარჩელე მიიჩნევდა, რომ სადავო ნორმის საფუძველზე მას ეკრძალება სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მიწის შეძენა

¹⁵ საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 24 ივნისის განჩინება №1/2/563 საქმეზე „ავსტრიის მოქალაქე მათიას ჰუტერი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“ (II-6).

და მემკვიდრეობით მიღება. ამასთან, მოსარჩელე მხარემ განმწესრიგებელ სხდომაზე განმარტა, რომ სადავო ნორმა იმ ნორმების იდენტური შინაარსისაა, რომლებიც საკონსტიტუციო სასამართლომ 2012 წლის 26 ივნისის №3/1/512 გადაწყვეტილებით არაკონსტიტუციურად ცნო. მოსარჩელე აღნიშნავდა, რომ სახელმწიფოს ეკონომიკური უსაფრთხოება, გარემოს დაცვა და ქვეყნის უშიშროება სწორედ ის სიკეთეებია, რომლებზეც პარლამენტი 2012 წელსაც აპელირებდა.

თავის მხრივ, განმწესრიგებელ სხდომაზე მოპასუხემ აღნიშნა, რომ, მართალია, სადავო ნორმას საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ არაკონსტიტუციურად ცნობილი ნორმების იდენტური ლეგიტიმური მიზნები აქვს და შეზღუდვაც ამ მიზნების მიღწევისთვის გამოიყენება, მთავარი განსხვავება არის ნორმის დროებითი ხასიათი. ვინაიდან სადავო ნორმა მხოლოდ 2014 წლის 31 დეკემბრამდე მოქმედებს, იგი უცხოელებს საკუთრების უფლებას კი არ ართმევს, არამედ იწვევს ამ უფლების დროებით შეჩერებას, რაც დასახელებული ლეგიტიმური მიზნების მიღწევის პროპორციულ საშუალებას წარმოადგენს. ყოველივე ზემოაღნიშნულის გათვალისწინებით, მოპასუხე მიიჩნევდა, რომ სადავო ნორმა არ არის საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ არაკონსტიტუციურად ცნობილი ნორმების იდენტური.

საკონსტიტუციო სასამართლო განჩინების სამოტივაციო ნაწილში ამბობს, რომ პირველ რიგში, უნდა გადაწყვიტოს წარმოადგენს თუ არა სადავო ნორმა იმავე შინაარსის ნორმას, რომელიც საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმმა 2012 წლის 26 ივნისის N3/1/512 გადაწყვეტილებით, საქმეზე „დანიის მოქალაქე ჰეიკე ქრონქვისტი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, არაკონსტიტუციურად ცნო.

საკონსტიტუციო სასამართლოს კოლეგია მიიჩნევს, რომ ისევე, როგორც პლენუმის გადაწყვეტილებით, არაკონსტიტუციურად გამოცხადებული ნორმები, მოცემულ საქმეშიც სადავოდ გამხდარი ნორმა ზოგადად კრძალავს სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მიწაზე უცხოელის საკუთრების უფლებას. სადავო ნორმით განსაზღვრული აკრძალვა, მსგავსად წინა შემთხვევისა, ეხება ყველა კატეგორიის სასოფლო-სამეურნეო მიწას და წარმოადგენს ზოგად და აბსოლუტურ (თუმცა დროში შემოფარგლულ) აკრძალვას. ამ კუთხით მასში არ არის მოცემული რაიმე განსხვავებული რეგულაციები. უფრო მეტიც, არაკონსტიტუციურად გამოცხადებული ნორმებისგან განსხვავებით, მოქმედი რეგულირება უფრო ამძიმებს უცხოელი ფიზიკური პირის მდგომარეობას, რადგან არ იძლევა საშუალებას, რომ პირმა, თუნდაც დროებით, მემკვიდრეობით მიიღოს სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მიწა საკუთრებაში. ამდენად, სადავო ნორმაში მოცემული ქცევის წესი არსებითად იგივე შინაარსის შემცველია, როგორი შინაარსიც გააჩნდა

საკონსტიტუციო სასამართლოს 2012 წლის 26 ივნისის N3/1/512 გადაწყვეტილებით არაკონსტიტუციურად ცნობილ ნორმებს.¹⁶

საკონსტიტუციო სასამართლო აღნიშნავს, რომ მოცემულ შემთხვევაში, მოპასუხის მიერ დასახელებული ლეგიტიმური მიზნები, რომელთა უზრუნველყოფასაც სადავო ნორმა ემსახურება, არსებითად მსგავსია იმ მიზნებისა, რაც საქართველოს პარლამენტის წარმომადგენლის მიერ ჰეიკე ქრონჟესტის საქმის განხილვისას იქნა დასახელებული.

ჰუტერის საქმეში სასამართლო აფასებს მოპასუხის მოსაზრებას სადავო ნორმის დროებით ხასიათთან დაკავშირებით, კერძოდ, წარმოადგენს თუ არა სადავო ნორმით გათვალისწინებული შეზღუდვის დროებითი ხასიათი იმდენად მნიშვნელოვან გარემოებას, რაც საქმის არსებითი განხილვის ფორმატში გადაწყვეტას მოითხოვს. საკონსტიტუციო სასამართლო აღნიშნავს, რომ სადავო ნორმის შინაარსის გარკვევის პროცესში მნიშვნელოვან ფაქტორს წარმოადგენს მისი დროში მოქმედების ფარგლები. წესი, რომელიც მოქმედებს შეზღუდული ვადით, შესაძლებელია იწვევდეს უფლების იმაზე ნაკლები ინტენსივობით შეზღუდვას, ვიდრე მუდმივად მოქმედი წესი. ნორმები, რომლებიც შინაარსობრივად იმეორებს არაკონსტიტუციურად ცნობილი ნორმით დადგენილ ქცევის წესს, თუმცა დროებითი ხასიათი აქვს, ცალკეულ შემთხვევაში, შესაძლოა, მართლაც იქნეს განხილული, როგორც ისეთი განსხვავებული ნორმატიული მოცემულობა, რომელიც საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ საჭიროებს ახალი პროცესის ფარგლებში არსებით განხილვას. მაგალითად, თუ საკონსტიტუციო სასამართლომ არაკონსტიტუციურად ცნო ნორმა, რომელიც განუსაზღვრელი ვადით ითვალისწინებდა რომელიმე უფლების შეზღუდვას და მიუთითა, რომ ნორმის არაკონსტიტუციურობას იწვევდა პირის უფლებაში ჩარევის მომეტებული ინტენსივობა, რაც განპირობებულია სწორედ უფლების განუსაზღვრელი ვადით შეზღუდვით, საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილების შემდგომ მიღებული ქცევის იგივე წესის შემსველი ნორმა, რომელიც განსაზღვრული ვადით მოქმედებს, შეიძლება შეფასდეს როგორც განსხვავებული ნორმატიული მოცემულობა, რომელიც ავტონომიურად საჭიროებს არსებით განხილვას. თუმცა იმ შემთხვევაში, თუ პირის უფლების შემზღუდველი ნორმატიული რეგულირება ლოგიკურად არ უკავშირდება დასახელებულ ლეგიტიმურ მიზანს და, შესაბამისად, არ წარმოადგენს მისი მიღწევის საშუალებას, პირის უფლებაში ჩარევის ინტენსივობის ხარისხს, ნორმის კონსტიტუციურობის თვალსაზრისით, არ გააჩნია არსებითი მნიშვნელობა. ასეთი ნორმა, პირის უფლებაში ჩარევის ინტენსივობის შეფასების გარეშე, უკვე არაკონსტიტუციურია. უფლების შემზღუდველი ნორმატიული აქტის მოქმედების ვადას არც იმ შემთხვევაში აქვს არსებითი მნიშვნელობა, როდესაც საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილებით დადგენილია, რომ კონსტიტუციური უფლების დარღვევა გარდაუვალია სადავო ნორმით უფლებაში ჩარევის ინტენსივობის

¹⁶ საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 24 ივნისის განჩინება №1/2/563 საქმეზე „ავსტრიის მოქალაქე მათიას ჰუტერი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“ (II-13).

მიუხედავად. საკონსტიტუციო სასამართლოს 2012 წლის 26 ივნისის N3/1/512 გადაწყვეტილებაში აღნიშნულია, რომ სადავო ნორმა არაკონსტიტუციურია, რადგან „არ არსებობს ლოგიკური კავშირი სადავო ნორმასა და მოპასუხის მიერ დასახელებულ ლეგიტიმურ მიზნებს შორის. სადავო ნორმით იზღუდება უფლება, რომლის ხარჯზეც არ ხდება მნიშვნელოვანი საჯარო ინტერესის უზრუნველყოფა“ (საკონსტიტუციო სასამართლოს 2012 წლის 26 ივნისის N3/1/512 გადაწყვეტილება საქმეზე „დანიის მოქალაქე ჰეიკე ქრონჟესტი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, II-70). ამდენად, სადავო ნორმის არაკონსტიტუციურობა განაპირობა არა მასში მოცემული წესით პირის უფლებაში ზედმეტად მკაცრმა, არაპროპორციულმა ჩარევამ, არამედ იმ გარემოებამ, რომ სადავო ნორმით მოცემული შეზღუდვები არ იყო ლოგიკურ ბმაში მოპასუხის მიერ დასახელებულ ლეგიტიმურ საჯარო მიზნებთან, არ იძლეოდა მათი მიღწევის შესაძლებლობას. ამავე დროს, საქართველოს პარლამენტის პოზიცია ლეგიტიმურ მიზნებთან დაკავშირებით არ შეცვლილა.

ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, საკონსტიტუციო სასამართლო ადგენს, რომ არ არსებობს გარემოებები, რომლებიც არსებითად განასხვავებდა სადავო ნორმას საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმის მიერ 2012 წლის 26 ივნისის N3/1/512 გადაწყვეტილებით არაკონსტიტუციურად ცნობილი ნორმისგან. სადავო ნორმით გათვალისწინებული ლეგიტიმური მიზნები, მიზნების მისაღწევად გამოყენებული სამართლებრივი საშუალება და მოსარჩელისთვის გამოწვეული სამართლებრივი შედეგები არის არსებითად მსგავსი. აღნიშნულიდან გამომდინარე, სადავო ნორმა „საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ“ საქართველოს ორგანული კანონის 25-ე მუხლის 4¹ პუნქტის მიზნებისთვის წარმოადგენს იმავე შინაარსის ნორმას, რაც არაკონსტიტუციურად იქნა ცნობილი საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმის 2012 წლის 26 ივნისის N3/1/512 გადაწყვეტილებით და, შესაბამისად, იგი ძალადაკარგულად უნდა გამოცხადდეს საქმის არსებითი განხილვის გარეშე.

როგორც ვხედავთ, საკონსტიტუციო სასამართლო განჩინებაში მსჯელობს მხოლოდ საქმეთა მსგავსებაზე და ასეთის დადგენის შემთხვევაში მის მიერვე დადგენილი პრეცედენტის საფუძველზე სადავო ნორმას აცხადებს არაკონსტიტუციურად.

საქმეში საბერძნეთის რესპუბლიკის მოქალაქეები – პროკოპი სავვიდი და დიანა შამანიდი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ სადავო ნორმის თანახმად, „საქართველოს კონსტიტუციაში ცვლილების შეტანის შესახებ“ საქართველოს კონსტიტუციური კანონის ამოქმედებამდე შეჩერებულია „სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მიწის საკუთრების შესახებ“ საქართველოს კანონის იმ დებულების მოქმედება, რომელიც უცხოელებს სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მიწის (მათ შორის, მემკვიდრეობით მიღებულის) საკუთრების უფლებას ანიჭებს.

სარჩელში მოსარჩელე მხარე აღნიშნავდა, რომ ამ ნორმის მიღების მიზანი საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ საქმეებზე „დანის მოქალაქე ჰეიკე ქრონცვისტი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“ და „ავსტრიის მოქალაქე მათიას ჰუტერი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“ არაკონსტიტუციურად ცნობილი ნორმების იდენტიფიკაცია. შესაბამისად, მოსარჩელე მხარე მიიჩნევდა, რომ სადავო ნორმა არის საკონსტიტუციო სასამართლოს დასახელებული გადანყვეტილებისა და განჩინების დამძლევი ნორმა და ის ძალადაკარგულად უნდა იქნეს ცნობილი საქმის განხილვის განმწესრიგებელი სხდომის ფორმატში. იმავდროულად, არ არსებობს რაიმე ახალი გარემოება, რომელიც საკითხზე მოითხოვდა დამატებით, არსებითი განხილვის ფორმატში მსჯელობას. მოსარჩელე მხარე, საკუთარი პოზიციის გასამყარებლად, სარჩელში უთითებდა საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკაზე.

მოპასუხე მხარე აღნიშნავდა, რომ სადავო ნორმა არ არის საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ წარსულში მიღებულ გადანყვეტილებათა დამძლევი. მისი აზრით, მართალია, ნორმა ზღუდავს იდენტურ კონსტიტუციურ უფლებას, მსგავსია მისი მოქმედების სამართლებრივი შედეგიც, თუმცა სახეზეა საქართველოს კონსტიტუციაში შესული ცვლილებით გამოწვეული, არსებითად შეცვლილი სამართლებრივი მდგომარეობა, რაც მოითხოვს საკითხზე არსებით მსჯელობას. შესაბამისად, მოსარჩელე მხარის მოთხოვნა სადავო ნორმის დამძლევი ნორმად მიჩნევისა და განმწესრიგებელი სხდომის ეტაპზე ძალადაკარგულად ცნობის თაობაზე, არ უნდა დაკმაყოფილდეს.

ამ საქმეზე მომხსენებელმა მოსამართლემ დააყენა შუამდგომლობა განსახილველად საქმის პლენუმისათვის გადაცემის შესახებ. მოსამართლის აზრით, არსებობს დიდი ალბათობა იმისა, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოს პირველი კოლეგია არსებითი განხილვის გარეშე გამოაცხადებს სადავო ნორმას არაკონსტიტუციურად საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2012 წლის 26 ივნისის №3/1/512 გადანყვეტილებასა („დანის მოქალაქე ჰეიკე ქრონცვისტი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“) და 2014 წლის 24 ივნისის №1/2/563 განჩინებაზე („ავსტრიის მოქალაქე მათიას ჰუტერი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“) დაყრდნობით, რომლებშიც გამოხატულ სამართლებრივ პოზიციასაც მომხსენებელი მოსამართლე არ იზიარებდა. აღნიშნულიდან გამომდინარე, საქმე უნდა განხილოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმმა, რათა დაიძლიოს სასამართლოს არსებული პრაქტიკა. პლენუმისათვის შუამდგომლობით მიმართვის დამატებით საფუძვლად მითითებულია, რომ საქმე შეეხება განსაკუთრებით მნიშვნელოვან სამართლებრივ პრობლემას.

საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმმა არ გაიზიარა შუამდგომლობაში დასმული არგუმენტაცია და მიიჩნია, რომ განსახილველ შემთხვევაში არ არსებობს სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მიწაზე უცხოელთა საკუთრების უფლების ფარგლებთან დაკავშირებით საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმის მიერ განმარტების გაკეთების

საჭიროება. მას შემდეგ, რაც განსაკუთრებით მნიშვნელოვან ან/და იშვიათ სამართლებრივ პრობლემასთან დაკავშირებით საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმი განმარტებას გააკეთებს და კონსტიტუციის ამა თუ იმ დებულების შინაარსსა და ფარგლებს განსაზღვრავს, იმავე საკითხზე კოლეგიის მიერ გადაწყვეტილების მიღება კონსტიტუციის განმარტებისა და გამოყენების განსაკუთრებით მნიშვნელოვან ან/და იშვიათ სამართლებრივ პრობლემას აღარ წარმოშობს. უფრო მეტიც, ერთხელ უკვე დადგენილი კონსტიტუციური სტანდარტის სამომავლო აღსრულება და გამოყენება, შესაძლოა, ხშირ შემთხვევაში საქმის არსებითი განხილვის გარეშე, გამარტივებული წესით განმწესრიგებულ სხდომაზე გადაწყვეტასაც კი მოითხოვდეს. ამასთან, საკონსტიტუციო სასამართლო აღნიშნავს, რომ საქმეს განსახილველად ვერ მიიღებს იმ მოტივით, რომ არსებობს წარსულში მიღებულ სასამართლო გადაწყვეტილებაში ასახული მსჯელობების უკეთ ფორმულირების შესაძლებლობა.

საქმის პლენუმისათვის განსახილველად გადაცემის ერთ-ერთ მოტივად დასახელებული იყო დადგენილი კონსტიტუციური სტანდარტების შეცვლა. ამასთან დაკავშირებით სასამართლო მიიჩნევს, რომ კონსტიტუციის 2017 წლის რედაქციის ამოქმედების შემდეგ განსხვავებული იქნება თავად საკუთრების უფლების შინაარსი. აღნიშნულიდან გამომდინარე, უშვებს საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკის ახალი განვითარების საჭიროებას. თუმცა საქმის საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმის მიერ განხილვის საფუძველს არ ქმნის ის გარემოება, რომ სამომავლოდ შესაძლოა ახლებურად ჩამოყალიბდეს საკუთრების უფლების შინაარსი და ფარგლები. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოსთვის გამოსაყენებელ დოკუმენტსა და შეფასების მასშტაბს წარმოადგენს მოქმედი კონსტიტუცია.¹⁷ ამდენად, საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმმა შუამდგომლობა არ დააკმაყოფილა და საქმე განსახილველად დაუბრუნა საკონსტიტუციო სასამართლოს პირველ კოლეგიას.

აღსანიშნავია, რომ პლენუმის ამ განჩინებას თან ერთვის სამი მოსამართლის განსხვავებული მოსაზრება, რომლებიც მიიჩნევენ, რომ ჯერ კიდევ ჰუტერის საქმეზე სასამართლო კოლეგიას უნდა მიემართა პლენუმისათვის. ისევე, როგორც ჰუტერის საქმეში, სევეიდისა და შამანიდის საქმეებშიც სადავო ნორმა ზღუდავს არა მარტო უცხოელის მიერ მიწის შეძენის/ყიდვის უფლებას, არამედ მემკვიდრეობით მიღებულ და მართლზომიერ მფლობელობაში არსებულ მიწის ნაკვეთებზე საკუთრების უფლებასაც. ამიტომ წინამდებარე სარჩელებში სადავოდ გამხდარი ნორმა, რომელიც უცხოელის საკუთრების უფლებას ზღუდავს ყველა ვითარებაში, დამძლველი შეიძლება იყოს მხოლოდ საკუთრების შეძენის შემზღუდავსთან მიმართებაში, ე. ი. შემთხვევების იმ ნაწილთან მიმართებაში, სადაც შემზღუდავის არსებობა არაკონსტიტუციურად გამოცხადდა. შესაბამისად, სადავო ნორმა მხო-

¹⁷ საკონსტიტუციო სასამართლოს 2018 წლის 19 ოქტომბრის განჩინება №3/1/1267,1268 საქმეზე საბერძნეთის რესპუბლიკის მოქალაქეები – პროკოპი სავვიდი და დიანა შამანიდი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.

ლოდ ნაწილობრივ შეიძლება იყოს დამძლევი. მემკვიდრეობით მიღებულ და მართლ-ზომიერ მფლობელობაში არსებულ მიწის ნაკვეთებზე საკუთრების უფლების შეზღუდვასთან მიმართებაში საქმე უნდა განიხილოს პლენუმს. კოლეგიას კი მხოლოდ მაშინ ექნებოდა უფლება ახალი შემაჩერებელი ნორმა ჰუტერის საქმეზე მიღებული გადაწყვეტილების დამძლევად ეცნო, თუ გამოჩვენებდა მისი დანერგული ღრობითი შეზღუდვის არაკონსტიტუციურობა ჰუტერის საქმის არსებითი განხილვის შედეგად იქნებოდა დადგენილი.¹⁸

საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმის განჩინებიდან მკაფიოდ ჩანს, რომ იგი ვერ ხედავს პრაქტიკის შეცვლის საჭიროებას, მაგრამ, ამის მიუხედავად პირველმა კოლეგიამ ჩათვალა, რომ გადასაწყვეტ საკითხთან დაკავშირებით, მისი პოზიცია განსხვავდება სასამართლოს მიერ აღრე გამოტანილ გადაწყვეტილებებში გამოხატული სამართლებრივი პოზიციისაგან და „საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ“ საქართველოს ორგანული კანონის 21¹ მუხლის პირველი პუნქტის საფუძველზე, საქმე მანც განსახილველად გადასცა საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმს¹⁹.

პრეცედენტის შეცვლის ერთ-ერთი წინაპირობაა, რომ არსებობდეს რაიმე ახალი სამართლებრივი ან ფაქტობრივი გარემოება, რომელიც გააჩენდა არსებითი განხილვის ფორმატში შეფასების საჭიროებას. მოპასუხის განმარტებით, მოცემულ შემთხვევაში სახეზეა შეცვლილი სამართლებრივი გარემოება, კერძოდ „საქართველოს კონსტიტუციაში ცვლილების შეტანის შესახებ“ 2017 წლის 13 ოქტომბრის N1324-რს საქართველოს კონსტიტუციური კანონის ამოქმედების შემდეგ, ახლებურად ყალიბდება საკუთრების უფლების მარეგლამენტირებელი კონსტიტუციური დებულება. ამგვარად, საკონსტიტუციო სასამართლომ უნდა შეაფასოს, რამდენად უნდა ჩაითვალოს საქართველოს კონსტიტუციაში შემავალი, მომავალში ასამოქმედებელი ცვლილება იმგვარ სამართლებრივ გარემოებად, რომლის გამოც აუცილებელი იქნება სადავო ნორმის კონსტიტუციურობაზე მსჯელობა არსებითი განხილვის ფორმატში.

საკონსტიტუციო სასამართლოს აზრით, განსახილველ შემთხვევაში, კონსტიტუციური ცვლილებები, რომლებიც საქმის განხილვის მომენტისათვის არ არის ძალაში, ვერ გახდება მოქმედი კონსტიტუციით განსაზღვრული უფლების ფარგლების დავიწროების საფუძველი. შესაბამისად, მოპასუხის მიერ მითითებული კონსტიტუციური ცვლილება ძალაში შესვლამდე გავლენას ვერ მოახდენს საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ საკუთრების უფლების ფარგლებისა და შინაარსის განსაზღვრაზე. ყოველივე

¹⁸ საკონსტიტუციო სასამართლოს 2018 წლის 19 ოქტომბრის განჩინება №3/1/1267,1268 საქმეზე საბერძნეთის რესპუბლიკის მოქალაქეები – პროკოპი სავვიდი და დიანა შამანიდი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ ე. გოცირიძის, მ. კობახიძის და მ. ტურავას განსხვავებული აზრი.

¹⁹ საკონსტიტუციო სასამართლოს 2018 წლის 19 ნოემბრის განჩინება №1/1/1267,1268 საქმეზე საბერძნეთის რესპუბლიკის მოქალაქეები – პროკოპი სავვიდი და დიანა შამანიდი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.

გემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, საკონსტიტუციო სასამართლო მიიჩნევს, რომ მოპასუხის მიერ დასახელებული კონსტიტუციური ცვლილება არ უნდა შეფასდეს ისეთ ახალ სამართლებრივ გარემოებად, არსებით განმასხვავებელ ფაქტორად, რის გამოც აუცილებელი იქნებოდა საკითხზე ხელახალი მსჯელობა არსებითი განხილვის ფორმატში. ამრიგად, სასამართლო ასკვნის, „სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მიწის საკუთრების შესახებ“ საქართველოს კანონის სადავო ნორმა იმეორებს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2012 წლის 26 ივნისის N3/1/512 გადაწყვეტილებით არაკონსტიტუციურად ცნობილი ნორმის შინაარსს. საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმი სრულად იზიარებს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2012 წლის 26 ივნისის N3/1/512 გადაწყვეტილებაში გამოხატულ სამართლებრივ პოზიციას.²⁰ პლენუმის განჩინებას თან ერთვის სამი მოსამართლის განსხვავებული აზრი, რომლებიც მიიჩნევენ, რომ პლენუმს არ უნდა ეხელმძღვანელა ადრე ჩამოყალიბებული პრაქტიკით, საქმე არსებითად განხილვის ფორმატში უნდა გადაწყვეტილიყო.²¹

2012 წლიდან 2018 წლამდე საკონსტიტუციო სასამართლომ სამჯერ იმსჯელა სასოფლო-სამეურნეო დანიშნულების მიწაზე უცხოელის საკუთრების უფლების ფარგლებზე. სასამართლო ხელმძღვანელობდა 2012 წელს ჩამოყალიბებული პრეცედენტით და მის საფუძველზე ორჯერ დაადგინა, რომ სადავო ნორმა „დამძლევია“ იყო, რაც პირდაპირი დასტურია, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებამ კონსტიტუციური სამართლის წყაროთა სისტემაში მყარად დაიმკვიდრა ადგილი. რა თქმა უნდა, საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ შექმნილი პრეცედენტი არ არის შეუცვლელი, კერძოდ, თუ საკონსტიტუციო სასამართლოს კოლეგია მიიჩნევს, რომ მისი პოზიცია, რომელიც გამომდინარეობს განსახილველი საქმიდან, განსხვავდება სასამართლოს მიერ ადრე გამოტანილ გადაწყვეტილებაში (გადაწყვეტილებებში) გამოხატული სამართლებრივი პოზიციისაგან, იგი უფლებამოსილია, საქმის განხილვისა და გადაწყვეტის ნებისმიერ ეტაპზე დასაბუთებული განჩინებით საქმე განსახილველად გადასცეს საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმს.²² საკონსტიტუციო სასამართლოს განმარტებით, ჩამოყალიბებული პრაქტიკის შეცვლა შესაძლებელია: 1. თუ საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ მიღებული გადაწყვეტილების შემდგომ იცვლება ის სამართლებრივი ან/და ფაქტობრივი გარემოებები, რომლებსაც ემყარება მიღებული გადაწყვეტილება; 2. როდესაც შესაძლოა, განსხვავებულად განიმარტოს თავად კონსტიტუციური დებულებების შინაარსი და ფარგლები; 3. შესაძლებელია, სახეზე არ იყოს ზემოთ მითითებული არც ერთი დასა-

²⁰ საკონსტიტუციო სასამართლოს 2018 წლის 7 დეკემბრის განჩინება №3/10/1267,1268 საქმეზე საბერძნეთის რესპუბლიკის მოქალაქეები – პროკოპი სავვიდი და დიანა შამანიდი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.

²¹ საკონსტიტუციო სასამართლოს 2018 წლის 7 დეკემბრის განჩინება №3/10/1267,1268 საქმეზე საბერძნეთის რესპუბლიკის მოქალაქეები – პროკოპი სავვიდი და დიანა შამანიდი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ ე. გოცირიძის, მ. კობახიძის და მ. ტურავას განსხვავებული აზრი.

²² საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის 21¹-ე მუხლის პირველი პუნქტი.

ხელეული გარემოება, მაგრამ სასამართლოს შემადგენლობამ მიიჩნია, რომ არსებობს გონივრული საფუძველი ვარაუდისთვის ახლებურად ჩამოაყალიბოს ადრე მიღებულ გადაწყვეტილებებში გამოხატული სამართლებრივი პოზიცია.²³

სხვა საქმეში მოლდოვის მოქალაქე მარიანა კიკუ საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ დავის საგანი იყო „შეკრებებისა და მანიფესტაციების შესახებ“ საქართველოს კანონის მე-5 მუხლის მე-3 პუნქტი, რომელიც სხვა ქვეყნის მოქალაქეს უკრძალავდა შეკრებისა და მანიფესტაციის ორგანიზებისა და ჩატარებისათვის პასუხისმგებელ პირად ყოფნას.

ზემოთ აღნიშნული ნორმა კვლავ გახდა სადავო. კერძოდ, კონსტიტუციურ სარჩელში მითითებული იყო, რომ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პლენუმის 2011 წლის 18 აპრილის N2/482,483,487,502 გადაწყვეტილების მიღების შემდეგ საქართველოს პარლამენტმა 2011 წლის 1 ივლისს მიიღო ცვლილება საქართველოს კანონში „შეკრებებისა და მანიფესტაციების შესახებ“ და მას დაემატა სადავო ნორმა, რითაც საქართველოს პარლამენტმა ნაწილობრივ აღადგინა საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ არაკონსტიტუციურად ცნობილი ნორმა. მოსარჩელის აზრით, საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ არაკონსტიტუციურად ცნობილი ნორმა უფრო მოცულობითი იყო და იგი შეკრების ან მანიფესტაციის ორგანიზებისა და ჩატარებისათვის პასუხისმგებელი პირების წრიდან გამორიცხავდა როგორც აპატრიდებს (მოქალაქეობის არმქონე პირებს), ასევე სხვა ქვეყნის მოქალაქეებს. სადავო ნორმასა და საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ არაკონსტიტუციურად ცნობილ ნორმას შორის განსხვავება იმაშია, რომ სადავო ნორმით გათვალისწინებული აკრძალვა ვრცელდება მხოლოდ უცხო ქვეყნის მოქალაქეებზე და ამ აკრძალვის მიღმა აღმოჩნდნენ აპატრიდები, რომლებიც მუდმივად ცხოვრობენ საქართველოში და მოქალაქეობის არმქონე სხვა პირები, რომლებსაც არ უდასტურდებათ სხვა ქვეყნის მოქალაქეობა. მოსარჩელის აზრით, პარლამენტმა დაძლია საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილება. შესაბამისად, მოსარჩელე მიიჩნევდა, რომ სასამართლომ განმწესრიგებელ სხდომაზე ძალადაკარგულად უნდა გამოაცხადოს კანონის გასაჩივრებული დებულება.

მოპასუხე მხარემ ცნო კონსტიტუციური სარჩელი და დაეთანხმა მოსარჩელის არგუმენტაციას. მისი აზრით, საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ არაკონსტიტუციურად ცნობილი ნორმა თავის თავში მოიაზრებდა, როგორც მოქალაქეობის არმქონე პირებს, ასევე სხვა ქვეყნის მოქალაქეებსაც. შესაბამისად, მოპასუხეს მიაჩნია, რომ სადავო ნორმა ფაქტობრივად იმ შინაარსის მატარებელია, რომლის კონსტიტუციურობაზეც უკვე იმსჯელა და ძალადაკარგულად გამოაცხადა საკონსტიტუციო სასამართლომ.

²³ საკონსტიტუციო სასამართლოს 2018 წლის 7 დეკემბრის განჩინება №3/10/1267,1268 საქმეზე საბერძნეთის რესპუბლიკის მოქალაქეები – პროკოპი სავვიდი და დიანა შამანიდი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.

ამ საქმეზე გამოტანილ განჩინებაში აღსანიშნავია საკონსტიტუციო სასამართლოს სამოტივაციო ნაწილში განვითარებული მსჯელობა, სადაც სასამართლო აღიარებს მის მიერ გამოტანილი გადაწყვეტილების პრეცედენტულ ხასიათს არა მხოლოდ საკონსტიტუციო სასამართლოსთვის, არამედ კანონმდებლისათვის. კერძოდ, სასამართლოს მიერ ნორმის კონსტიტუციასთან შეუსაბამოდ გამოცხადება, კანონმდებელს ხშირ შემთხვევაში სადავო ურთიერთობების ახლებურად მონესრიგების აუცილებლობის წინაშე აყენებს. სასამართლოს მტკიცებით, სამართლებრივი რეგულირების გარეშე დარჩენილი ურთიერთობების ახლებურად მონესრიგების პროცესში, ბუნებრივია, კანონმდებელი სასამართლოს გადაწყვეტილებით უნდა ხელმძღვანელობდეს, რამდენადაც საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილების, როგორც ნორმატიული აქტების კონსტიტუციასთან შესაბამისობის დამდგენი დოკუმენტის პატივისცემა დემოკრატიული, სამართლებრივი სახელმწიფოს არსებობისათვის უმნიშვნელოვანეს ელემენტს წარმოადგენს. სასამართლო ხაზს უსვამს, რომ სადავო ურთიერთობების ახლებურად მონესრიგებისას კანონმდებელი უნდა ითვალისწინებდეს როგორც გადაწყვეტილების სარეზოლუციო, ასევე სამოტივაციო ნაწილს (საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2012 წლის 14 დეკემბრის N1/5/525 განჩინება საქმეზე „მოლდოვის მოქალაქე მარიანა კიკუ საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“, II-2, II-3, II-5).

სასამართლომ გაიზიარა მოსარჩელის მოსაზრება, რომ სადავო ნორმების მსგავსება მართო ფორმალური თვალსაზრისით კი არ უნდა შეფასდეს, არამედ იმ სამართლებრივი შედეგის მიხედვით, რომელიც შესაძლოა სადავო ნორმებს აერთიანებდეს. სასამართლომ ჩათვალა, რომ არაკონსტიტუციურად მიჩნეული ნორმის ანალოგიურად, სადავო ნორმა სხვა ქვეყნის მოქალაქეებს ბლანკეტურ აკრძალვას უწესებს ნებისმიერი შეკრებისა და მანიფესტაციის ორგანიზებისა და ჩატარებისას წარმოადგენდეს პასუხისმგებელ პირს ისე, რომ არ ითვალისწინებს გამონაკლისებს შეკრების (აპოლიტიკური) ხასიათიდან გამომდინარე. ამასთან, არ ითვალისწინებს განსხვავებულ მიდგომებს სხვა ქვეყნის იმ მოქალაქეებთან მიმართებაში, რომლებიც ცხოვრობენ საქართველოში. შესაბამისად, მისი აზრით, სარჩელით სადავოდ გამხდარი ნორმა ნაწილობრივ იმეორებს (სხვა ქვეყნის მოქალაქეებთან მიმართებით) საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ არაკონსტიტუციურად ცნობილი ნორმის შინაარსს.

ყოველივე ზემოაღნიშნულიდან გამომდინარე, საკონსტიტუციო სასამართლო ასკვნის, რომ სადავო ნორმა მსგავსია საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ არაკონსტიტუციურად ცნობილი ნორმის. შესაბამისად, არსებობს „საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ“ საქართველოს ორგანული კანონის 25-ე მუხლის 4¹ პუნქტით გათვალისწინებული სარჩელის არსებითად განსახილველად მიუღებლობისა და სადავო ნორმის განმნესრიგებელ სხდომაზე ძალადაკარგულად ცნობის საფუძველი.²⁴

²⁴ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2012 წლის 14 დეკემბრის N1/5/525 განჩინება საქმეზე „მოლდოვის მოქალაქე მარიანა კიკუ საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“ (II-13).

საქმეში შპს „სადაზღვევო კომპანია უნისონი“ საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის სადავო ნორმები, სასარჩელო მოთხოვნისა და ინსტანციების მიხედვით, ადგენდნენ სახელმწიფო ბაჟის განსხვავებულ ოდენობას ფიზიკური და იურიდიული პირებისთვის, კერძოდ, კანონმდებელი იურიდიული პირებისთვის აწესებდა უფრო მაღალ სახელმწიფო ბაჟს. საკონსტიტუციო სასამართლომ მიიჩნია, რომ რეალური და რაციონალური კავშირი სადავო ნორმის მიზანსა და შერჩეულ საშუალებას შორის ვერ დგინდება და საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის სადავო ნორმები არაკონსტიტუციურად სცნო.²⁵

საქმეში ააიპ მოქალაქეთა პოლიტიკური გაერთიანება „ერთიანი ნაციონალური მოძრაობა“ საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ მოსარჩელე მხარე ასაჩივრებდა „სახელმწიფო ბაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის მუხლებს, რომლებიც სახელმწიფო ბაჟის განსხვავებულ ოდენობას აწესებდა იურიდიული და ფიზიკური პირებისათვის. მოსარჩელე აღნიშნავდა, რომ სადავო ნორმები შეიცავს იმავე შინაარსის ნორმებს, რომლებიც საკონსტიტუციო სასამართლომ ერთხელ უკვე ცნო არაკონსტიტუციურად 2016 წლის 29 დეკემბრის №2/6/623 გადაწყვეტილებით საქმეზე „შპს „სადაზღვევო კომპანია უნისონი“ საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“. კონსტიტუციურ სარჩელში აგრეთვე მოთხოვნილი იყო „სახელმწიფო ბაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის იმ ნორმის ძალადაკარგულად ცნობა, რომლებიც იურიდიული პირების მიერ შეტანილ კონსტიტუციურ სარჩელსა და წარდგინებაზე საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოში განსახილველ საქმეებზე ადგენდა სახელმწიფო ბაჟს 55 ლარის ოდენობით მაშინ, როცა იმავე კანონის თანახმად ფიზიკური პირების მიერ შეტანილ კონსტიტუციურ სარჩელზე ბაჟის ოდენობა შეადგენდა 10 ლარს.

საკონსტიტუციო სასამართლომ განაცხადა, რომ 2016 წლის 29 დეკემბრის №2/6/623 გადაწყვეტილებით დისკრიმინაციულად მიიჩნია და, შესაბამისად, არაკონსტიტუციურად ცნო სახელმწიფო ბაჟის დიფერენცირებული ოდენობის განსაზღვრა იმავე სამოქალაქო საპროცესო ქმედებებისთვის, რაც მოცემული კონსტიტუციური დავის ფარგლებში გასაჩივრებული ნორმებითაა დადგენილი. განსხვავებას წარმოადგენს მხოლოდ ის გარემოება, რომ ძალადაკარგული ნორმები წარმოადგენდა საქართველოს სამოქალაქო საპროცესო კოდექსის ნორმებს, ხოლო განსახილველ საქმეზე სადავოდ გამხდარი ნორმები წარმოადგენენ „სახელმწიფო ბაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის დებულებებს. დასახილველი სადავო ნორმები სიტყვასიტყვით იმეორებს ძალადაკარგული ნორმების შინაარსს, გააჩნია იგივე რეგულირების სფერო და ფარგლები. ის ტექნიკური, ფორმალური განსხვავება, რაც გამოიხატება სადავო ნორმების სხვა

²⁵ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2016 წლის 29 დეკემბრის გადაწყვეტილება №2/6/623 შპს „სადაზღვევო კომპანია უნისონი“ საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.

ნორმატიულ აქტში ასახვაში, არ განაპირობებს სადავო ნორმების იმგვარ სხვაობას, რომ საჭიროებდეს საქმის შემოწმებას არსებითი განხილვის ფორმატში.

სასამართლოს განმარტებით, როგორც სამოქალაქო, ისე საკონსტიტუციო სამართალწარმოებაში ფიზიკურ და იურიდიულ პირებს თანაბარი ინტერესი აქვთ, მიმართონ სასამართლოს საკუთარი უფლებების დასაცავად. ასევე, იდენტურია პირისათვის დაწესებული სახელმწიფო ბაჟის მიზნები და დანიშნულებაც. საკონსტიტუციო სამართალწარმოებაში, ისევე როგორც სამოქალაქო საქმეებზე, სახელმწიფო ბაჟის მიზანია, დაიცვას წარმოება დაუსაბუთებელი სარჩელებისაგან. ასევე, ის გარემოება, რომ დაუსაბუთებელი სარჩელებისგან თავის არიდების მიზნით დადგენილი სახელმწიფო ბაჟი თანაბრად ეფექტიანია როგორც ფიზიკური, ისე იურიდიული პირების მიმართ, ასევე აქტუალურია საკონსტიტუციო სამართალწარმოებაშიც. ამასთან, არ იკვეთება რაიმე დამატებითი ინტერესი, რომელიც შესაძლოა განაპირობებდეს ამ სამართალურთიერთობაში ფიზიკური და იურიდიული პირების დიფერენცირებას. აღნიშნულიდან გამომდინარე, განსხვავებული სამართალწარმოებების არსებობა ვერ ჩაითვლება იმგვარ არსებით განსხვავებად, რის გამოც აუცილებელი იქნებოდა სადავო ნორმის კონსტიტუციურობის დამატებით შესწავლა საქმის არსებითი განხილვის ფორმატში. შესაბამისად, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ ორგანული კანონის შემოაღნიშნული ნორმის ძალით და შპს „სადაზღვევო კომპანია უნისონი“ საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ საქმეზე მითითებით, საკონსტიტუციო სასამართლომ, საქმის არსებითი განხილვის გარეშე, „სახელმწიფო ბაჟის შესახებ“ საქართველოს კანონის სადავო ნორმები ძალადაკრეფულად გამოაცხადა.²⁶

საქმეში „საქართველოს მოქალაქე გიორგი კრავეიშვილი საქართველოს მთავრობის წინააღმდეგ“ საკონსტიტუციო სასამართლომ არაკონსტიტუციურად ცნო წესი, რომელიც მოსარჩელისთვის ზღუდავდა საგრანტო პროექტის შემფასებელი ექსპერტების ვინაობის გაცნობის უფლებას.²⁷

საქმეში ა(ა)იპ „ადამიანის უფლებების სწავლების და მონიტორინგის ცენტრი (EMC)“ და ა(ა)იპ „ერთობა 2013“ საქართველოს მთავრობის წინააღმდეგ სადავოდ გამხდარი ნორმა განსაზღვრავდა, რომ შრომის პირობების ინსპექტირების სახელმწიფო პროგრამის ფარგლებში განხორციელებული ინსპექტირების შედეგად მომზადებული დოკუმენტაცია, კერძოდ, დასკვნები/ანგარიშები და რეკომენდაციები არის არასაჯარო. სასამართლომ მიიჩნია, რომ სადავო ნორმები წარმოადგენს „დამძლე ნორმებს“ ფორმალური თვალსაზრისით. განსახილველ შემთხვევაშიც საჯარო ინფორმაციის – ინსპექტირების შედეგად

²⁶ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2017 წლის 16 ნოემბრის N2/15/1214 განჩინება საქმეზე ააიპ მოქალაქეთა პოლიტიკური გაერთიანება „ერთიანი ნაციონალური მოძრაობა“ საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ“.

²⁷ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2017 წლის 27 მარტის №1/4/757 გადაწყვეტილება საქმეზე „საქართველოს მოქალაქე გიორგი კრავეიშვილი საქართველოს მთავრობის წინააღმდეგ“.

მომზადებული დოკუმენტაციის საჯარო ინფორმაციის სახით გამოთხოვისა და გაცნობის უფლება შეზღუდულია კანონქვემდებარე აქტით, მთავრობის დადგენილებით. ამასთან, არ მომხდარა ამ საკითხის მონესრიგების კანონმდებლის მიერ კანონით დადგენილი წესით დელეგირება საქართველოს მთავრობაზე. შესაბამისად, სასამართლოს მტკიცებით სადავო ნორმები არის არსებითად მსგავსი შინაარსის, როგორც იყო საქმეზე „საქართველოს მოქალაქე გიორგი კრავეიშვილი საქართველოს მთავრობის წინააღმდეგ“.²⁸

საკონსტიტუციო სასამართლოს ბოლო წლების პრაქტიკა ადასტურებს, რომ საკონსტიტუციო სასამართლო ხშირად იყენებს ორგანული კანონის ნორმას და საქმის არსებითი განხილვის გარეშე სცნობს დამძლევ ნორმას არაკონსტიტუციურად. კერძოდ, ერთ-ერთ საქმეში სადავო ნორმით, მამაკაცთან სქესობრივი კავშირის მქონე მამაკაცებს ეკრძალებოდათ სისხლისა და მისი კომპონენტების დონაცია. მოსარჩელები მიიჩნევდნენ, რომ კანონმდებელი იმავე საშუალებით ზღუდავს პირის უფლებას, გახდეს სისხლისა და მისი კომპონენტების დონორი, რომელსაც ითვალისწინებდა საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 4 თებერვლის №2/1/536 გადაწყვეტილებით არაკონსტიტუციურად ცნობილი ნორმები. კერძოდ, იმ მამაკაცს, რომელსაც ერთხელ მაინც ჰქონდა სქესობრივი კავშირი მამაკაცთან, მიუხედავად ამ კავშირიდან გასული დროის პერიოდისა, აბსოლუტურად ეკრძალება დონორობის უფლება. განსახილველ შემთხვევაშიც კანონმდებელი აბსოლუტურ და ბლანკეტურ აკრძალვას ადგენს იმ მამაკაცების მიმართ, რომლებსაც ჰქონიათ სქესობრივი კონტაქტი მამაკაცთან.

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლომ მიიჩნია, რომ რამდენადაც გარკვეული პერიოდის შემდეგ სისხლის გზით გადამდები დაავადებების სრულად იდენტიფიკაცია შესაძლებელია სისხლის შემოწმების გზით, საკანონმდებლო რეგულაციით შესაძლოა განისაზღვროს ის პერიოდი, რომლის განმავლობაშიც სისხლის სკრინინგით ვერ გამოვლინდება ყველა ინფექცია და დონაციის უფლების შეზღუდვა დასაშვებია გავრცელდეს მხოლოდ ამ პერიოდზე. აღნიშნული პერიოდის მიღმა დაწესებული აკრძალვა წარმოადგენს ძირითადი უფლებების საჭიროზე მაღალი ინტენსივობით შეზღუდვას და შინაარსობრივად იმეორებს საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 4 თებერვლის №2/1/536 გადაწყვეტილებით არაკონსტიტუციურად ცნობილ ქცევის წესს. საკონსტიტუციო სასამართლოს აზრით, ის გარემოება, რომ მსმ ჯგუფს შესაძლოა მიეკუთვნებოდნენ არა მხოლოდ ჰომოსექსუალები, არამედ სხვა სექსუალური ორიენტაციის მქონე პირები, არ მიუთითებს საქმის არსებითად განხილვის საჭიროებაზე. სექსუალური ორიენტაცია არ წარმოადგენს ისეთ ნიშანს, რომელიც თავისთავად შესაძლოა გავლენას ახდენდეს სისხლისა და მისი კომპონენტების დონორიდან მომდინარე საფრთხეზე. სისხლისა და მისი კომპონენტების რეციპიენტის დაინფიცირების საფრთხეს ზრდის

²⁸ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2017 წლის 13 ოქტომრბის N1/19/124 განჩინება საქმეზე ა(ა)იპ „ადამიანის უფლებების სწავლების და მონიტორინგის ცენტრი (EMC)“ და ა(ა)იპ „ერთობა 2013“ საქართველოს მთავრობის წინააღმდეგ.

დონორის მიერ სარისკო ქცევების განხორციელება და არა მისი სექსუალური ორიენტაცია. ამდენად, სასამართლომ მიიჩნია, რომ კონსტიტუციურ სარჩელში მითითებული სადავო ნორმით განსაზღვრული რეგულაცია უკვე შეფასებული და გადაწყვეტილია საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ, ამიტომ არ არსებობს კონსტიტუციური სარჩელის არსებითი განხილვის ფორმატში გამოკვლევის საჭიროება.²⁹

ყველა ზემოაღნიშნულ საქმეში, საკონსტიტუციო სასამართლო, განჩინების სარეზოლუციო ნაწილში ეყრდნობა კანონის ნორმებს და არა მის მიერ აღრე გამოტანილ გადაწყვეტილებას. განჩინების გამოტანის საფუძველია საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს შესახებ საქართველოს ორგანული კანონის ნორმა, რომელიც საქმის არსებითი განხილვის გარეშე, ანიჭებს მას უფლებას სცნოს სადავო ნორმა არაკონსტიტუციურად.

ვინაიდან საქართველოს კანონმდებლობა სასამართლო პრეცედენტს, როგორც სამართლის წყაროს, პირდაპირ არ აღიარებს, საკონსტიტუციო სასამართლო, განჩინების გამოტანის საფუძველში (სარეზოლუციო ნაწილში) ვერ უთითებს გადაწყვეტილებას, რომელთანაც იდენტურობა დაადგინა. სწორედ ამის გამო საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებას კონსტიტუციური სამართლის წყაროდ არ აღიარებენ. თუმცა საკონსტიტუციო სასამართლოს განმარტებით, სადავო ურთიერთობების ახლებურად მონესრიგებისას, კანონმდებელი უნდა ხელმძღვანელობდეს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებით და ითვალისწინებდეს როგორც მის სარეზოლუციო, ასევე სამოტივაციო ნაწილს. აღნიშნული კი მეტყველებს, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებამ კონსტიტუციური სამართლის წყაროთა სისტემაში უკვე მყარად დაიმკვიდრა ადგილი.

დასკვნა:

- ჩვეულება კონსტიტუციურ სამართალში არ უნდა იყოს გამოყენებული, როგორც კანონის შევსების საშუალება, გამონაკლისია კანონმდებლის კვალიფიციური დუმილი, როგორც არის, მაგალითად, სად და რაზე უნდა დადოს ფიცი ახალარჩეულმა პრეზიდენტმა. ჩვეულება არც კონსტიტუციურ-სამართლებრივი ნორმის სანაცვლოდ უნდა იქნეს გამოყენებული. თუმცა, ცალსახად, კონსტიტუციურ-სამართლებრივი ნორმების ჩამოყალიბებაში ჩვეულება მნიშვნელოვან როლს თამაშობს.
- საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკა ადასტურებს, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ გამოტანილი გადაწყვეტილება წარმოადგენს კონსტიტუციური სამართლის წყაროს. თუ საკონსტიტუციო სასამართლომ დაადგინა, რომ სადავოდ გამხდარი ნორმა შინაარსობრივად იდენტურია იმ ნორმისა, რომელიც საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებით წარსულში ცნობილ იქნა არაკონსტიტუციურად და

²⁹ საკონსტიტუციო სასამართლოს 2017 წლის 13 ივლისის განჩინება 1/13/878 საქმეზე საქართველოს მოქალაქეები – გოჩა გაბოძე და ლევან ბერიანიძე საქართველოს შრომის, ჯანმრთელობისა და სოციალური დაცვის მინისტრის წინააღმდეგ.

ინვეს იმავე სამართლებრივ შედეგს, მაშინ იგი სადავო ნორმას, არსებითი განხილვის გარეშე, კონსტიტუციასთან შეუსაბამოდ ცნობს.

- საკონსტიტუციო სასამართლო ეყრდნობა კონსტიტუციურ დებულებას, რომ სასამართლო აქტები სავალდებულოა ყველა სახელმწიფო ორგანოსა და პირისათვის ქვეყნის მთელ ტერიტორიაზე. შესაბამისად, სასამართლო თავის გადანაცვებებში აცხადებს, რომ ახალი ნორმის მიღებისას ყველა სახელმწიფო ორგანო ვალდებულია, გაითვალისწინოს საკონსტიტუციო სასამართლოს პრაქტიკა, ანუ იხელმძღვანელოს მის მიერ შექმნილი პრეცედენტებით.

- საკონსტიტუციო სასამართლო შებოჭილია მის მიერ აღრე ჩამოყალიბებული პრაქტიკით, თუმცა, ბუნებრივია, პრეცედენტის შეცვლა შესაძლებელია. უფრო მეტიც სასამართლომ ერთ-ერთ საქმეზე განმარტა პრეცედენტის შეცვლის გარემოებები და პირობები.

Custom and Judicial Precedent as a Source of Constitutional Law of Georgia

Mari Marinashvili

Resume

When referring to the sources of constitutional law of Georgia, the law is traditionally mentioned. In Georgian legal literature, the lack of consideration of customary and judicial precedents among the sources of law, is common. The author believes that custom as a direct regulator of constitutional relations is still used in the constitutional law of Georgia, and a decision of the Constitutional Court has the force of judicial precedent. Having studied the prevailing practice, the author concludes:

- A custom in constitutional law should not be used as an instrument to supplement the law, except for the qualified silence of the legislator, such as where and on what the elected president should take the oath. The custom should not be used in exchange for a constitutional-legal norm. But, of course, the custom plays an important role in shaping constitutional-legal norms. In particular, by virtue of the established custom, the current edition of the Constitution has stipulated that the Constitution shall be revised by the constitutional law.

- The established practice confirms that a decision taken by the Constitutional Court is a source of constitutional law. If the Constitutional Court finds that the disputed norm is substantially identical to the norm which was previously ruled unconstitutional by the decision of the Constitutional Court and leads to the same legal effect, then it finds the impugned norm, without substantive consideration, incompatible with the Constitution.

- The Constitutional Court is based on the constitutional provision that judicial acts are binding on all state bodies and persons throughout the country. Accordingly, the Court in its rulings states that in adopting a new norm all state bodies are obliged to take into account the practice of the Constitutional Court, i.e. to follow the precedents established by it.

- The Constitutional Court is bound by its earlier practice, but of course, the precedent may be changed. In one case the court clarified the circumstances and conditions of changing the precedent.

თანაზომიერების პრინციპი – ადამიანის უფლებებით დაცულ სფეროში ჩარევის მართლზომიერების შემოწმების კონსტიტუციური მასშტაბი

თამარ ავალიანი

1. შესავალი. 2. თანაზომიერების პრინციპის წარმოშობისა და განვითარების შესახებ. 3. თანაზომიერების პრინციპის დანიშნულება სამართლებრივ სახელმწიფოში. 4. თანაზომიერების პრინციპის კონსტიტუციურ-სამართლებრივი რეგლამენტაცია. 5. თანაზომიერების პრინციპის კომპონენტები – უფლებაში ჩარევის გამართლების შეფასების კრიტერიუმები. 5.1. ლეგიტიმური მიზანი. 5.2. დასაშვებობისა და აუცილებლობის კრიტერიუმები. 5.3. პროპორციულობა ვიწრო გაგებით (proportionality stricto sensu). დასკვნა. რეზიუმე ინგლისურ ენაზე. გამოყენებული ლიტერატურა. საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები.

1. შესავალი

საქართველოს კონსტიტუციის მე-4 მუხლის თანახმად, „სახელმწიფო ცნობს და იცავს ადამიანის საყოველთაოდ აღიარებულ უფლებებსა და თავისუფლებებს, როგორც წარუვალ და უზენაეს ადამიანურ ღირებულებებს. ხელისუფლების განხორციელებისას ხალხი და სახელმწიფო შეზღუდული არიან ამ უფლებებითა და თავისუფლებებით, როგორც უშუალოდ მოქმედი სამართლით“.

ადამიანის უფლებებით სახელმწიფოს ბოჭვა ყველაზე დიდ გამოვლინებას თანაზომიერების კონსტიტუციურ პრინციპში პოულობს. სწორედ თანაზომიერების პრინციპი წარმოადგენს ადამიანის უფლებებით დაცულ სფეროში ჩარევის მართლზომიერების შემოწმების კონსტიტუციურ მასშტაბს.

სტატიაში გაანალიზებულია თანაზომიერების პრინციპის ევოლუციის მნიშვნელოვანი ეტაპები, ზოგადთეორიული და პრაქტიკული ასპექტები, ასევე, თანაზომიერების პრინციპისა და მისი კომპონენტების გამოხატულება საკონსტიტუციო მართლმსაჯულებაში.

2. თანაზომიერების პრინციპის წარმოშობისა და განვითარების შესახებ

თანაზომიერების პრინციპს თავისი ფესვები აქვს კონსტიტუციური სამართლის ისტორიაში და იგი მართლმსაჯულების ფუნდამენტურ კონცეპტად უნდა იქნას მიჩნეული.

თანაზომიერებისა და პროპორციულობის ცნებები არაერთ მოაზროვნეს შთააგონებდა სამართლებრივი აზრის განვითარების ისტორიაში. თანაზომიერების პრინციპის ცნებას ასევე იცნობდა ადრეული რომაული სამართალი.

1215 წლის თავისუფლების დიდი ქარტია შემდეგნაირად განმარტავდა თანაზომიერების პრინციპს: წვრილმანი სამართალდარღვევისთვის თავისუფალი ადამიანი უნდა დაჯარიმდეს პროპორციულად ჩადენილი სამართალდარღვევის სიმძიმის მიხედვით, მძიმე სამართალდარღვევის შემთხვევაში, ადამიანს უნდა დაეკისროს შესაბამისი ფინანსური პასუხისმგებლობა, თუმცა ფინანსური სანქცია არ უნდა იყოს იმდენად მძიმე, რომ ადამიანი დარჩეს საარსებო სარჩოს გარეშე.

თანაზომიერების კონცეპტი მტკიცედ უკავშირდება მე-18 საუკუნის განმანათლებლობის პერიოდს და სოციალური კონტრაქტის იდეას. სოციალური კონტრაქტის კონცეფციამ ახლებურად მოაწესრიგა მოქალაქეებსა და მმართველებს შორის ურთიერთობა. ამ კონცეფციის მიხედვით, მმართველებს ძალაუფლებას (შეზღუდულ ძალაუფლებას) მოქალაქეები გადასცემენ იმ შემთხვევაში, თუ ისინი მას ხალხის სასარგებლოდ და მათი ინტერესების დასაცავად გამოიყენებენ.¹

თანამედროვე გაგებით, თანაზომიერების პრინციპი ჩამოყალიბდა მე-19 საუკუნის ბოლოს გერმანულ ადმინისტრაციულ სამართალში, როგორც პოლიციის უფლებამოსილებების შეზღუდვის საფუძველი. ამ პერიოდში გერმანიაში პოლიცია სარგებლობდა შეზღუდული დისკრეციული უფლებამოსილებით, რომელიც გარკვეულ ლიმიტირებას საჭიროებდა. ერთი მხრივ, ინდივიდუალური უფლებების, ხოლო მეორე მხრივ კანონის უზენაესობის იდეამ პოლიციის უფლებამოსილების შეზღუდვის საჭიროება წარმოშვა. აღნიშნული კი განახორციელეს გერმანიის ადმინისტრაციულმა სასამართლოებმა, რომელთაც თანაზომიერების პრინციპი შეიმუშავეს. აღნიშნული პრინციპის მიხედვით, პოლიციის მიერ განხორციელებული მოქმედება უნდა იყოს ვარგისი კანონით გათვალისწინებული მიზნის მისაღწევად. გარდა ამისა, იგი უნდა იყოს აუცილებელი და მისი თმენა ადრესატს უნდა მოეთხოვებოდეს. პოლიციამ თავისი ამოცანების შესრულების უზრუნველსაყოფად მის მიერ განხორციელებული სხვადასხვა შესაძლო და მისაღები მოქმედებიდან უპირატესობა უნდა მიანიჭოს იმას, რომელიც პიროვნებას ან საზოგადოებას ნაკლებ ზიანს მიაყენებს, ან რომელიც ასეთ ზიანს არ გამოიწვევს, რაც მიზნად დასახულ შედეგთან არაპროპორციულ დამოკიდებულებაში იქნება.

თანაზომიერების პრინციპის, როგორც სამართლებრივი ბალანსის მექანიზმის გამოყენება ფართოდ დაიწყო მეორე მსოფლიო ომის დასრულების შემდეგ. დღეს აღნიშნული პრინციპი არაერთი სამართლებრივი სისტემის შემადგენელი ნაწილია და ის კანონების ერთგვარი მიგრაციის გამოხატულებას წარმოადგენს.

ადამიანის უფლებების სფეროში თანაზომიერების პრინციპი პირველად მე-20 საუკუნის

¹ Aharon Barak, in *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. „Cambridge Studies in Constitutional Law”. Cambridge. 2012. p.175-210, <https://www.cambridge.org/core/books/proportionality/historical-origins-of-proportionality/9BA3F59D4C0007A4B8F1ACB7753C0B3> (14.04.2019)

მეორე ნახევარში გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ გამოიყენა.² სასამართლოს ერთმანეთთან უნდა შეეთავსებინა გერმანიის ძირითადი კანონის კონსტიტუციური დებულებები, რომლებიც ერთი მხრივ, ინდივიდუალურ უფლებებსა და თავისუფლებებს გარანტირებდნენ და მეორე მხრივ, პარლამენტს ენიჭებოდა მათი შეზღუდვის უფლებამოსილება. ამიტომ წარმოიშვა აღნიშნული კონსტიტუციური დებულებების პრაქტიკული თანაარსებობის უზრუნველყოფის საჭიროება. გამოსავალი ნაპოვნი იქნა თანაზომიერების პრინციპში, რომლის თანახმადაც, ზომა, რომელიც ერევა ადამიანის უფლებებით დაცულ სფეროში, უნდა იყოს დასახული ლეგიტიმური მიზნის პროპორციული. თანაზომიერების პრინციპი წარმოადგენდა ადამიანის უფლებებებსა და თავისუფლებებში თვითნებური ჩარევისგან დაცვის საშუალებას.³

თანამედროვე დემოკრატიულ და სამართლებრივ სახელმწიფოებში თანაზომიერების პრინციპი სამართლის სხვადასხვა სფეროებში გამოიყენება. იგი ფუნქციონირებს კონტიტენტურ და საერთო სამართლის სისტემებში, ისევე, როგორც საერთაშორისო სასამართლოებში, კერძოდ, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოსა და ადამიანის უფლებათა ინტერ – ამერიკული სასამართლოს სამართალში.

3. თანაზომიერების პრინციპის დანიშნულება სამართლებრივ სახელმწიფოში

„დემოკრატიული და სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპები უმნიშვნელოვანესია კონსტიტუციურ პრინციპებს შორის. ისინი პრაქტიკულად ყველა კონსტიტუციური ნორმის საფუძველს წარმოადგენენ. ამ პრინციპებს ეყრდნობა მთლიანად კონსტიტუციური წყობა. ამასთან, ისინი ავალდებულებენ ხელისუფლებას, შეიზღუდოს კონსტიტუციური წყობით, რაც გულისხმობს იმას, რომ ხელისუფლების არც ერთ შტოს არ აქვს უფლება, იმოქმედოს მხოლოდ მიზანშეწონილობის, პოლიტიკური აუცილებლობის ან სხვა მოტივაციის საფუძველზე. ხელისუფლება უნდა ეყრდნობოდეს კონსტიტუციას, კანონს და მთლიანად სამართალს. მხოლოდ ასე იქმნება სამართლიანი მართლწესრიგი, რომლის გარეშეც ვერ შედგება დემოკრატიული და სამართლებრივი სახელმწიფო.“⁴ აღნიშნული პრინციპები „მოითხოვს, რომ ქვეყნის სამართალი უზრუნველყოფდეს ადამიანის ძირითადი უფლება-თავისუფლებების სრული მოცულობით აღიარებასა და მათი დაცვის ყველა

² თანაზომიერების, როგორც კონსტიტუციურ-სამართლებრივი პრინციპის შესახებ პირველად 1954 წლის ივნისის გადაწყვეტილებაში იმსჯელა გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ, რომელიც საარჩევნო კანონის კონსტიტუციურობას ეხებოდა.

³ Luka Andelković, The Elements of Proportionality as a Principle of Human Rights Limitations. „Law and Politics”. 2017. Vol. 15, No: 3. p.236. <http://casopisi.junis.ni.ac.rs/index.php/FULawPol/article/viewFile/2988/1983> (20.04.2019).

⁴ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 26 დეკემბრის N1/3/407 გადაწყვეტილება საქმეზე საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია და საქართველოს მოქალაქე – ეკატერინე ლომთათიძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.

საჭირო გარანტიის შექმნას”.⁵ „ძირითადი კონსტიტუციური პრინციპები ერთნაირად მოითხოვს დემოკრატიული და სამართლებრივი სახელმწიფოს არსებობისთვის აუცილებელი როგორც კერძო, ისე საჯარო ინტერესების რეალიზაციის უზრუნველყოფას, მათ შორის გონივრული, თანაზომიერი და პროპორციული ბალანსის დაცვას“.⁶

გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლომ მე-20 საუკუნის 60-იანი წლების ბოლოს ცალსახად აღიარა თანაზომიერების პრინციპის კონსტიტუციური მნიშვნელობა და აღინიშნა, რომ იგი კონსტიტუციაში განმტკიცებული სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპიდან და ძირითადი კონსტიტუციური უფლებების არსიდან გამომდინარეობს.⁷

თანაზომიერების პრინციპი სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპის პრაქტიკაში უზრუნველყოფელ ნორმა-პრინციპს წარმოადგენს. „იგი ხასიათდება როგორც უმაღლესი რანგის სამართლის წყარო, რომელიც სამართლიანობის იდეიდან გამომდინარეობს“.⁸

თანაზომიერების პრინციპის დოგმატურ-სამართლებრივი საფუძვლები გამომდინარეობს როგორც სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპიდან, ისე ადამიანის უფლებებისა და თავისუფლებების იდეიდან. მისი ძირითადი დატვირთვა ადამიანის უფლებების შემზღვევისას სახელმწიფოსთვის ფარგლების განსაზღვრაში მდგომარეობს. „თანაზომიერების პრინციპი წარმოადგენს სახელმწიფოს მიზანს, რომლის იდეაც ვლინდება იმაში, რომ რაც უფრო დიდია სახელმწიფოს მიერ მიყენებული ზიანი, მით უფრო მეტ დასაბუთებას საჭიროებს ადამიანის უფლებებით დაცულ სფეროში ჩარევის ღონისძიება. თანაზომიერების პრინციპის მთავარი დანიშნულება სახელმწიფოს პროპორციული და არათვითნებური ქცევის უზრუნველყოფაა“.⁹ სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპის გამოყენების პრაქტიკული შედეგია თანაზომიერების პრინციპის საფუძველზე ნორმის კონსტიტუციურობის შეფასების სტანდარტის შემოღება კონსტიტუციურ მართლმსაჯულებაში.

„თანაზომიერების პრინციპი უზრუნველყოფს თავისუფლებისა და მისი შემზღვევის ერთგვარ განწინასწორებულ, თანაზომიერ დამოკიდებულებას და კრძალავს ადამიანის უფლებების იმაზე მეტად შემზღვევას, რაც აუცილებელია დემოკრატიულ საზოგადოებაში. იგი ადამიანის უფლებების შემზღვევის მართლზომიერების შეფასების კონსტიტუციური კრიტერიუმია და ამიტომაც მას კონსტიტუციური კონტროლისთვის არსებითი მნიშვნელობა აქვს“.¹⁰ „სწორედ თანაზომიერების პრინციპი ადგენს მატერიალურ მასშტაბებს კანონ-

⁵ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2010 წლის 28 ივნისის N1/466 გადაწყვეტილება საქმეზე საქართველოს სახალხო დამცველი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.

⁶ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 26 დეკემბრის N1/3/407 გადაწყვეტილება საქმეზე საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია და საქართველოს მოქალაქე – ეკატერინე ლომთათიძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.

⁷ ლევან იზორია, ადამიანის უფლებების შემზღვევა და თანაზომიერების პრინციპი. „ადამიანის უფლებათა დაცვა ეროვნულ და საერთაშორისო სამართალში“. თბ. 2002. გვ.44.

⁸ Jakobs, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, DVBl 1985, S. 98.

⁹ Vicki C. Jackson, Constitutional Law in an Age of Proportionality. „Yale Law Journal“. 2015. Vol:124.p. 3098. <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=5723&context=yjlj> (18.04.2019).

¹⁰ ქეთევან ერემაძე, ინტერესთა დაბალანსება დემოკრატიულ საზოგადოებაში. თბ. 2013 წელი. გვ. 22

მდებლისათვის ძირითადი უფლებების შეზღუდვისას. თუ ნორმა ამ პრინციპებს არ შეესაბამება, ის დაუშვებს თვითნებობის შესაძლებლობას. სახელმწიფოს თვითნებობა ადამიანის თავისუფლების სფეროში კი ავტომატურად ნიშნავს ადამიანის ღირსების, როგორც კონსტიტუციური წესრიგის უმაღლესი პრინციპის, სამართლებრივი სახელმწიფოსა და სხვა კონსტიტუციური პრინციპების დარღვევას და ადამიანის ძირითადი უფლებების არაკონსტიტუციურ ხელყოფას”.¹¹ სამართლებრივ სახელმწიფოდ ორგანიზებული საზოგადოების თითოეული წევრი იმის მოლოდინშია, რომ საზოგადოებაში სიკეთეთა განაწილება სამართლიანი იქნება.¹² თანაზომიერების პრინციპს არსებითი დატვირთვა გააჩნია კონსტიტუციურ დემოკრატიაში, რომლის ლეგიტიმურობა ხალხის წინაშე სახელმწიფოს ანგარიშვალდებულებას ეფუძნება. თანაზომიერების პრინციპი ადამიანის უფლებებით სახელმწიფოს ბოჭვის მნიშვნელოვანი ინსტრუმენტია, რომელშიც შეზღუდული სახელმწიფოს იდეა ვლინდება. მას მინიმუმამდე დაჰყავს სახელმწიფოს თვითნებური ქცევა და გადაჭარბებული ჩარევა ადამიანის უფლებებით დაცულ სფეროში. თანაზომიერების პრინციპი ადამიანის უფლებების შეზღუდვის მართლზომიერების შემოწმებისა და სამართლიანობის შეფასების საზომია.

კონსტიტუციური დემოკრატის არსი მხოლოდ შეზღუდული სახელმწიფოს იდეაში არ ვლინდება. ამ ტიპის დემოკრატის პირობებში სახელმწიფო შეზღუდულია ადამიანის უფლებებით, როგორც უშუალოდ მოქმედი სამართლით, ფუნდამენტური უფლებების გარანტირებისა და ადამიანის ღირსების პატივისცემის ვალდებულებით.

სამართლებრივ სახელმწიფოში თანაზომიერების პრინციპის დანიშნულება მისი ორიენტაციისა და კონტროლის ფუნქციებში ვლინდება. თანაზომიერების პრინციპი ერთი მხრივ, სახელმწიფოს აძლევს შესაძლებლობას, დისკრეციული უფლებამოსილების ფარგლებში მიიღოს კანონის შესაბამისი გადაწყვეტილება და მეორე მხრივ, წარმოადგენს მოსამართლის მხრიდან სახელმწიფოს მიერ განხორციელებული ჩარევის კანონიერების შემოწმების მასშტაბს. „დისკრეციული უფლებამოსილება არ ნიშნავს აბსოლუტურ თავისუფლებას. სამართალშემოქმედის მიხედულობის ფარგლები პირობადადებულია კონსტიტუციური პრინციპებისა და ადამიანის უფლებების დაცვის ვალდებულებით, რაც უზრუნველყოფს უფლებამოსილების გადაჭარბებისა და მისი არამიზნობრივად გამოყენების რისკის თავიდან აცილებას. სხვაგვარად, დისკრეციული უფლებამოსილება სამართლებრივად შებოჭილი თავისუფლებაა და მისი გამოყენება ყოველთვის გულისხმობს გადაწყვეტილების შედეგების დასაბუთებას. ამ თვალსაზრისით, გადაწყვეტილების დასაბუთებულობა გულისხმობს იმგვარი დასაბუთების მოთხოვნას, რომელიც შესაძლებელს გახდის სამართლებრივი შედეგის სისწორის შეფასებას“.¹³

¹¹ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2009 წლის 6 აპრილის N 2/1/415 გადაწყვეტილება საქმეზე საქართველოს სახალხო დამცველი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.

¹² Dreier, *Recht und Gerechtigkeit*, in: *Einführung in das Recht*. 1991. S. 95 ff.

¹³ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2017 წლის 21 აპრილის N1/5/826 გადაწყვეტილება საქმეზე საქართველოს მოქალაქე ხათუნა ფხალაძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.

4. თანაზომიერების პრინციპის კონსტიტუციურ-სამართლებრივი რეგლამენტაცია

თანაზომიერების პრინციპის მთავარ წყაროს წარმოადგენს ქვეყნის კონსტიტუცია, სადაც მკაფიოდ ან იმპლიციტურად ვხვდებით თანაზომიერების პრინციპის რეგლამენტაციას. ევროპის უმრავლეს ქვეყანებში, როგორც წესი, თანაზომიერების პრინციპი კონსტიტუციაში არ არის რეგლამენტირებული, თუმცა, მას კონსტიტუციური მნიშვნელობის პრინციპად აღიარებენ.

მაგალითად, ისრაელის ძირითადი კანონები, ადამიანის უფლებების ზოგად შემზღვეველ საფუძვლებთან ერთად, შეიცავენ სპეციალურ დანაწესს, რომლის თანახმადაც კონსტიტუციური უფლებების შემზღვევა გათვალისწინებული უნდა იყოს კანონით, უნდა ემსახუროდეს ისრაელის სახელმწიფოს ღირებულებებს და განხორციელებული უნდა იყოს შესაბამისი მიზნის საფუძველზე, შემზღვევის საფუძვლები არ უნდა იყოს იმაზე მკაცრი, ვიდრე მას ლეგიტიმური მიზნის მიღწევა საჭიროებს.¹⁴

შვეიცარიის კონსტიტუცია განსაზღვრავს, რომ ადამიანის უფლებების შემზღვევა უნდა იყოს დასახული მიზნის პროპორციული.¹⁵

პროპორციულობის პრინციპის მკაფიო რეგლამენტაციას შეიცავს რუმინეთის კონსტიტუცია, რომლის თანახმადაც ადამიანის უფლებებით დაცულ სფეროში ჩარევა უნდა იყოს პროპორციული და არათანაზომიერედ არ უნდა შემზღველოს ადამიანის თავისუფლება¹⁶.

საქართველოს კონსტიტუციაში თანაზომიერების პრინციპი, მისი ყველა კომპონენტით, ცალკე მუხლად არ არის განსაზღვრული. ვენეციის კომისიის დასკვნით, „საქართველოს კონსტიტუციაში რეკომენდებულია, რომ ცალსახად იყოს მოხსენიებული თანაზომიერების პრინციპი 34-ე მუხლში, რომელიც ადამიანის ძირითადი უფლებების უზრუნველყოფის პრინციპებს ეხება. უმჯობესია, რომ ეს პრინციპი პირდაპირ იყოს მოხსენიებული კონსტიტუციურ დებულებაში“.¹⁷

2018 წლის კონსტიტუციური ცვლილებებით, არასრულად გათვალისწინებულ იქნა ვენეციის კომისიის რეკომენდაცია და ნაწილობრივ გაიწერა თანაზომიერების პრინციპი საქართველოს კონსტიტუციის 34-ე მუხლში, რომლის თანახმადაც „ადამიანის ძირითადი უფლებების შემზღვევა უნდა შეესაბამებოდეს იმ ლეგიტიმური მიზნის მნიშვნელობას, რომლის მიღწევასაც იგი ემსახურება“.

¹⁴ Basic Law: Human Dignity and Liberty (5752-1992), par.8. <https://main.knesset.gov.il/EN/activity/Documents/BasicLawsPDF/BasicLawLiberty.pdf> (25-04. 2019)

¹⁵ Federal Constitution of Swiss Confederation, article 36. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/index.html> (25.04.2019).

¹⁶ Constitution of Romania, article 49. <https://www.refworld.org/docid/3ae6b53c4.html> (25.04.2019).

¹⁷ ვენეციის კომისიის 2017 წლის 19 ივნისის #876/2017 მოსაზრება (CDL-AD(2017)013 საქართველოს კონსტიტუციის გადასინჯვის კანონპროექტზე. გვ.17.

საქართველოს კონსტიტუციაში ცალკეულ უფლებებთან მიმართებით ასევე საუბარია იმაზე, რომ უფლებაში ჩარევის მიზანი „აუცილებელი“ უნდა იყოს დემოკრატიული საზოგადოებისთვის.¹⁸ კონსტიტუციური დანაწესი – „აუცილებელი დემოკრატიულ საზოგადოებაში“ – გამომდინარეობს თანაზომიერების პრინციპიდან, რომლის მიხედვითაც, შეზღუდვა არ უნდა იწვევდეს პირის უფლების იმაზე მაღალი ხარისხით შეზღუდვას, რაც უკიდურესად აუცილებელია დემოკრატიული საზოგადოებისთვის.

5. თანაზომიერების პრინციპის კომპონენტები – უფლებაში ჩარევის გამართლების შეფასების კრიტერიუმები

თანაზომიერების პრინციპი წარმოადგენს სამართლებრივ კონსტრუქციას, გარკვეულ მეთოდოლოგიურსა და ინტერპრეტაციის ინსტრუმენტს, რომელიც, სამართლის ნორმისგან განსახვავებით, მოკლებულია ფაქტობრივ შემადგენლობას. „თანაზომიერების პრინციპი არის რაციონალურობის უნივერსალური სტანდარტი, რომელიც ყველა სამართლებრივ სისტემაში აღიარებულია. კონსტიტუციურ მართლმსაჯულებაში იგი გამოიყენება როგორც ადამიანის ფუნდამენტური უფლებების შეზღუდვის კონსტიტუციური გამართლების ტესტი“.¹⁹ თანაზომიერების პრინციპი უზრუნველყოფს, ერთი მხრივ, პირის თავისუფლების, და მეორე მხრივ, თავისუფლების შეზღუდვის განონასწორებულ დამოკიდებულებას და ძირითად უფლებებში ზომამე მეტად ჩარევას კრძალავს.²⁰ იგი შედგება ოთხი კომპონენტისგან: უფლების შეზღუდვის ლეგიტიმური მიზანი, დასაშვებობა, აუცილებლობა და პროპორციულობა ვიწრო გაგებით (proportionality stricto sensu). თანაზომიერების პრინციპის ოთხკომპონენტიანი სისტემა წარმოადგენს გერმანულ მოდელს, რომლის სტრუქტურასაც იყენებს გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო.²¹

„თანაზომიერების პრინციპის კომპონენტები, როგორც ერთმანეთთან ერთობლიობაში, ისე დამოუკიდებლად, უფლებაში ჩარევის გამართლების შეფასების კრიტერიუმებია“.²²

¹⁸ საქართველოს კონსტიტუციის მე-15 მუხლი (პირადი და ოჯახური ცხოვრების, პირადი სივრცისა და კომუნიკაციის ხელშეუხებლობის უფლებები; მე-16 მუხლი (რწმენის, აღმსარებლობის და სინდისის თავისუფლებები); მე-17 მუხლი (აზრის, ინფორმაციის, მასობრივი ინფორმაციის საშუალებათა და ინტერნეტის თავისუფლების უფლებები).

¹⁹ Mr Jan Sieckmann, The Principle of Proportionality: A German Perspective, Report, International Conference (Venice Commission), Bolivia. 2018. 3.

²⁰ ირაკლი ბურდული, ევა გოცირიძე, თინათინ ერქვანია, ბესარიონ ზოიძე, ლევან იზორია, ირაკლი კობახიძე, არჩილ ლორია, ზურაბ მაჭარაძე, მერაბ ტურავა, ანა ფირცხალაშვილი, იაკობ ფუტყარაძე, ბექა ქანთარია, დავით წერეთელი, სანდრო ჯორბენაძე. საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარი, თავი მეორე: საქართველოს მოქალაქეობა. ადამიანის ძირითადი უფლებანი და თავისუფლებანი. თბ. 2013 წელი. გვ. 24.

²¹ Gertrude Lübbecke-Wolff, Bielefeld, The Principle of Proportionality in the Case-Law of the German Federal Constitutional Court. „Human Rights LawJournal“. 1991. Vol. 34. p. 12-15. <https://www.researchgate.net/publication/326782433> The Principle of Proportionality in the Case-Law of the German Federal Constitutional Court (24.04. 2019).

²² ქეთევან ერემაძე, ინტერესთა დაბალანსება დემოკრატიულ საზოგადოებაში. თბ. 2013 წელი. გვ. 24.

როგორც მეცნიერი ბარაკი აღნიშნავს „ოთხივე კომპონენტი პრაქტიკულ და ქმედით დანიშნულებას სძენს თანაზომიერების პრინციპის აბსტრაქტულ ცნებას“.²³

5.1. ლეგიტიმური მიზანი

კონსტიტუციური დემოკრატიის მთავარი მახასიათებელია, ის, რომ მხოლოდ ლეგალური უფლება, რომ სახელმწიფო ჩაერიოს ადამიანის უფლებებით დაცულ სფეროში, არ არის საკმარისი ჩარევის გამართლებისთვის. ლეგალურობა არ უთანაბრდება ლეგიტიმურობას. კონსტიტუციური დემოკრატია უფლებებში ჩარევის გასამართლებლად ლეგალურობასთან ერთად ითხოვს უფლების შეზღუდვის გამართლებას ვალიდური, ლეგიტიმური მიზნით. კონსტიტუციური დემოკრატიის დოქტრინის თანახმად, ადამიანის უფლებების შეიძლება შეიზღუდოს იმ მიზნით, რომელიც დემოკრატიული ღირებულებებიდან გამომდინარეობს. უფლებაში ჩარევისას ლეგიტიმური მიზნის არსებობა შეესაბამება საზოგადოების ღირებულებებს კონსტიტუციურ დემოკრატიაში. „კონკრეტული უფლების ადეკვატური უზრუნველყოფით ადამიანის ღირსების დაცვისას სახელმწიფო იმავდროულად ვალდებულია, გაითვალისწინოს დემოკრატიულ, სამართლებრივ და სოციალურ სახელმწიფოში ადამიანის და სახელმწიფოს ურთიერთდამოკიდებულება. ამიტომ, კანონმდებლობა უნდა შეიქმნას სოციალური თანაცხოვრების ხელშეწყობისა და შენარჩუნების გათვალისწინებით, თუმცა, იმ სავალდებულო პირობით, რომ დაცული იქნება თითოეული პიროვნების თვითმყოფადობა“.²⁴

ლეგიტიმური მიზანი არის ინტერესი, სიკეთე, რომლის დაცვას ხელისუფლებას კონსტიტუცია ავალდებულებს. შესაბამისად, ადამიანის უფლებებით დაცულ სფეროში ჩარევის ლეგიტიმური მიზნებიც კონსტიტუციით არის რეგლმანტირებული. ლეგიტიმური მიზანი საჭიროებს ადამიანის უფლებებით დაცულ სფეროში ჩარევის პირველად, *prima facie* გამართლებას უფლებათა ბალანსისა და აწონ-დანონვის გარეშე. ლეგიტიმური მიზანი ადგენს ზღვარს, რომლის მიღმაც უფლების შეზღუდვა არ იქნება კონსტიტუციურად გამართლებული. „უფლების შეზღუდვის გამართლებისთვის ლეგიტიმური მიზნის არსებობა არის რაციონალურობის ფუძემდებლური მოთხოვნა, რომელიც ფუნდამენტური უფლებების როგორც პრინციპის აღიარებიდან გამომდინარეობს“.²⁵ „ლეგიტიმური მიზნის არარსებობის პირობებში, ადამიანის უფლებაში ნებისმიერი ჩარევა თვითნებურ ხასიათს

²³ Aharon Barak, in *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. „Cambridge Studies in Constitutional Law“. Cambridge. 2012. p. 19-44, <https://www.cambridge.org/core/books/proportionality/historical-origins-of-proportionality/9BA3F59D4C00007A4B8F1ACB7753C0B3> (14.04. 2019)

²⁴ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 26 დეკემბრის N1/3/407 გადაწყვეტილება საქმეზე საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია და საქართველოს მოქალაქე ეკატერინე ლომთათიძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.

²⁵ Mr Jan Sieckmann, *The Principle of Proportionality: A German Perspective*, Report, International Conference (Venice Commission), Bolivia. 2018. 5.

ატარებს და უფლების შეზღუდვა საფუძველშივე გაუმართლებელი, არაკონსტიტუციურია ნორმის შემდგომი შემოწმების გარეშე“.²⁶

„კონსტიტუციის ამა თუ იმ მუხლში დასახელებული ან კონსტიტუციიდან გამომდინარე ლეგიტიმური მიზნები იმ სიკეთეს წარმოადგენენ, რომელთა დაცვის ვალდებულებაც აქვს სახელმწიფოს სწორედ იმიტომ, რომ საფრთხე არ შეექმნას ქვეყნის ეროვნულ ინტერესებს, სუვერენიტეტს, მის უსაფრთხოებას, უშუალოდ ადამიანის უფლებებს, რაც, საბოლოო ჯამში, ნეგატიურად აისახება საზოგადოების ნორმალური, დემოკრატიული ღირებულებების შესაბამისად განვითარებაზე, სამართლებრივი სახელმწიფოს შენარჩუნებასა და თითოეული ადამიანის თავისუფლებაზე, ფართო გაგებით“.²⁷

5.2. დასაშვებობისა და აუცილებლობის კრიტერიუმები

ნორმატიული აქტის კონსტიტუციურობის დადგენის თვალსაზრისით, თანაბომიერების უწინარესი მოთხოვნაა, რომ ნორმატიული აქტი გარკვეული მიზნის მისაღწევად მისაღები საშუალება იყოს. ე.ი. ნორმატიული აქტი, ანუ საშუალება, რომელიც მიზნის მიღწევას ართულებს ან მას შეუძლებელს ხდის, დაუშვებელია და შესაბამისად არაკონსტიტუციურია.²⁸

„ლეგიტიმური მიზნის არსებობის პირობებში აუცილებელია, კანონმდებელმა მიზნის მისაღწევად უფლებაში ჩარევის თანაბომიერი გზა აირჩიოს. ამისთვის კი კანონმდებლის მიერ შერჩეული რეგულაცია უნდა იყოს დასაშვები, აუცილებელი და პროპორციული. კანონმდებლის მიერ შერჩეული რეგულაციით ლეგიტიმური მიზნის მიღწევა შესაძლებელი უნდა იყოს, ანუ ის (რეგულაცია) რეალურად უნდა იყოს ორიენტირებული ლეგიტიმური მიზნის დაცვასა და უზრუნველყოფაზე, უფლების შემზღუდავი ღონისძიება მიზნის მიღწევის ვარგის, მისაღებ საშუალებას უნდა წარმოადგენდეს. მას გარდაუვლად, ნამდვილად უნდა შეეძლოს კონკრეტული მიზნების, ინტერესების უზრუნველყოფა. წინააღმდეგ შემთხვევაში, ერთნაირად მიაღებება ზიანი როგორც საჯარო, ისე კერძო ინტერესებს“.²⁹

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს დამკვიდრებული პრაქტიკით, იმისათვის, რომ სადავო ნორმით განსაზღვრული შეზღუდვა თანაბომიერების პრინციპთან

²⁶ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2013 წლის 11 ივნისის N1/3/534 გადაწყვეტილება საქმეზე საქართველოს მოქალაქე ტრისტან მამაგულაშვილი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.

²⁷ ვასილ გონაშვილი, ქეთევან ერემაძე, გიორგი თევდორაშვილი, გიორგი კახიანი, გიორგი კვერენჩილაძე, ნანა ჭილაძე, შესავალი საკონსტიტუციო სამართალში. თბ. 2016 წელი. გვ. 99.

²⁸ Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, 1997. S. 65. Robert Alexy, Constitutional Rights and Proportionality, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law. 2014. P. 3 . <https://journals.openedition.org/revus/2783>

²⁹ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2013 წლის 11 ივნისის N1/3/534 გადაწყვეტილება საქმეზე საქართველოს მოქალაქე ტრისტან მამაგულაშვილი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.

შესაბამისობაში ჩაითვალოს, იგი უნდა იყოს გამოსადეგი დასახული მიზნის მისაღწევად და უნდა არსებობდეს ლოგიკური კავშირი საკანონმდებლო რეგულირებასა და მისაღწევ მიზანს შორის³⁰.“ თანაზომიერების პრინციპის მიხედვით, გამოსადეგობასთან ერთად, შერჩეული ღონისძიება აუცილებლობის მოთხოვნასაც უნდა აკმაყოფილებდეს. ნორმატიული აქტი აუცილებელი უნდა იყოს დასახული მიზნის მისაღწევად. აუცილებელია ის ნორმატიული აქტი, რომელიც მიზნის მისაღწევად ყველაზე ნაკლები ზიანის მომტანია როგორც საზოგადოებისთვის, ისე თითოეული ადამიანისთვის.³¹

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ ჩამოყალიბებული პრაქტიკით, „სადავო ნორმებით გათვალისწინებული შეზღუდვა უნდა წარმოადგენდეს ლეგიტიმური მიზნის მიღწევის აუცილებელ და პირის უფლების ყველაზე ნაკლებად მზლუდავ საშუალებას“.³² შესაბამისად „ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში, სახელმწიფომ უნდა დაასაბუთოს, რომ არ არსებობს სხვა უფრო ნაკლებად მზლუდველი ღონისძიების გამოყენებით ლეგიტიმური მიზნის მიღწევის შესაძლებლობა“.³³ თანაზომიერების პრინციპის საწინააღმდეგოა ნებისმიერი ღონისძიება, რომელიც იმაზე მეტად ზღუდავს უფლებას, ვიდრე ეს ლეგიტიმური მიზნის მისაღწევად არის აუცილებელი. აუცილებლობის საფუძვლით ნორმის არაკონსტიტუციურად ცნობა დასაშვებია მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუკი არსებობს სხვა მექანიზმი/საშუალება, რომელსაც აქვს რესურსი, ისევე ეფექტრად უზრუნველყოს საჯარო ინტერესის დაცვა, როგორც სადავო რეგულაციას.³⁴

5.3. პროპორციულობა ვიწრო გაგებით (proportionality stricto sensu)

პროპორციულობის კომპონენტი თანაზომიერების პრინციპის ბოლო და საკვანძო საფეხურს წარმოადგენს. იგი უფლებათა შორის სამართლიანი ბალანსის უზრუნველყოფი მექანიზმია და ამგვარად, ადამიანის უფლებებით კანონმდებლის შეზღუდვისა და, შესაბამისად, კონსტიტუციური კონტროლის გადამწყვეტი ელემენტია. „იგი განსაზღვრავს დამოკიდებულებას მიზანსა და საშუალებას შორის, კერძოდ კი ადგენს, იმყოფება თუ არა საშუალებით, ე.ი ნორმატიული აქტით, გამონვეული უფლების შეზღუდვა შეზღუდვის

³⁰ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2018 წლის 7 დეკემბრის N2/8/765 გადაწყვეტილება საქმეზე საქართველოს მოქალაქე დავით ძონენიძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.

³¹ Grabitz, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 1983, S. 568 ff.

³² საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 4 თებერვლის N2/1/536 გადაწყვეტილება საქმეზე საქართველოს მოქალაქეები ლევან ასათიანი, ირაკლი ვაჭარაძე, ლევან ბერიანიძე, ბექა ბუჩაშვილი და გოჩა გაბოძე საქართველოს შრომის, ჯანმრთელობისა და სოციალური დაცვის მინისტრის წინააღმდეგ.

³³ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 11 აპრილის N1/2/569 გადაწყვეტილება საქმეზე საქართველოს მოქალაქეები დავით კანდელაკი, ნატალია დვალაი, ზურაბ დავითაშვილი, ემზარ გოგუაძე, გიორგი მელაძე და მამუკა ფაჩუაშვილი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.

³⁴ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2017 წლის 21 აპრილის N1/5/826 გადაწყვეტილება საქმეზე მოქალაქე ხათუნა ფხალაძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.

მიზანთან პროპორციულ, თანაზომიერ დამოკიდებულებაში. ამ თვალსაზრისით, გადამწყვეტი სიტყვა შეზღუდული სიკეთისა და შეზღუდვის მიზნის შეფასებას, კერძოდ, მათ შეპირისპირებას ეკუთვნის. მან უნდა უზრუნველყოს, რომ ერთი სიკეთე არ იქნება ცალმხრივად, მეორე სიკეთის ხარჯზე, არაპროპორციულად შეფასებული“.³⁵ პროპორციულობის ელემენტის მნიშვნელობა სხვადასხვა დაპირისპირებულ სიკეთეთა შორის წონასწორობის დამყარებაში მდგომარეობს.³⁶

პროპორციულობის კონცეფციის არსი მდგომარეობს იმაში, რომ უფლების შეზღუდვის ინტენსივობა მისაღწევი საჯარო მიზნის პროპორციული, მისი თანაზომიერი უნდა იყოს. შესაბამისად, „უნდა არსებობდეს სამართლიანი ბალანსი შეზღუდულ უფლებასა და საპირწონე ინტერესს შორის“.³⁷ სწორედ „პროპორციულობის ელემენტი უზრუნველყოფს გონივრულ ბალანსს კერძო და საჯარო ინტერესებს შორის, როდესაც არც ერთი მათგანის დაცვა არ ხდება მეორეს არაპროპორციულად შეზღუდვის ხარჯზე“.³⁸

„როგორც საპირისპირო ინტერესების თანაზომიერი შეჯერების მასშტაბი, სიკეთეთა შეპირისპირება უდიდეს მნიშვნელობას ადამიანის უფლებების სფეროში იძენს. მას ხშირად „კონსტიტუციური სამართლის მეთოდოლოგიის გასაღებსაც“ უწოდებენ“.³⁹

ვინრო გაგებით პროპორციულობის პრინციპს, როგორც ბალანსის დამდგენ მექანიზმს, ჰყავს კრიტიკოსებიც, რომლებიც აღნიშნავენ, რომ „აღნიშნული პრინციპი მხოლოდ ინტუიციისა და იმპროვიზაციის გამოხატულებაა, ემყარება მხოლოდ ვარაუდებს, აკლია სიზუსტე და დაცლილია თანმიმდევრულობისა და რაციონალიზმისგან“.⁴⁰ აღნიშნული მოსაზრება არ უნდა იქნას გაზიარებული, ვინაიდან ვინრო გაგებით პროპორციულობის პრინციპს არაერთი უპირატესობა გააჩნია. „იგი ხაზს უსვამს ადამიანის უფლების შეზღუდვის დასაბუთების და ჩარევის გამართლების აუცილებლობას; მისი სტრუქტურა

³⁵ ლევან იზორია, ადამიანის უფლებების შეზღუდვა და თანაზომიერების პრინციპი. „ადამიანის უფლებათა დაცვა ეროვნულ და საერთაშორისო სამართალში“.თბ. 2002. გვ.46. Stern, Übermassverbot und Abwägungsgebot, in: Staatsrecht III, 1994, S. 761 ff.

³⁶ Jakobs, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1985, S. 108f.; Schneider, Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten, 1979. S. 211 f.; Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 320 f.

³⁷ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 29 იანვრის N1/1/543 გადაწყვეტილება საქმეზე შპს „მეტალინვესტი“ საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.

³⁸ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 2 ივლისის N1/2/384 გადაწყვეტილება საქმეზე საქართველოს მოქალაქეები დავით ჯიმშელიძევილი, ტარიელ გვეტაძე და ნელი დალალიძევილი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ

³⁹ ლევან იზორია, ადამიანის უფლებების შეზღუდვა და თანაზომიერების პრინციპი. „ადამიანის უფლებათა დაცვა ეროვნულ და საერთაშორისო სამართალში“.თბ. 2002. გვ.49. Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976. S. 13.

⁴⁰ Aharon Barak, in Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations. „Cambridge Studies in Constitutional Law“. Cambridge. 2012. p. 481-492, <https://www.cambridge.org/core/books/proportionality/historical-origins-of-proportionality/9BA3F59D4C0007A4B8F1ACB7753C0B3> (14.04. 2019)

არის გამჭვირვალე; იგი უზრუნველყოფს სათანადო დიალოგს პოლიტიკურ შტოებსა და სასამართლოს შორის და დამატებით სამართლიანობას სძენს სასამართლოს დისკრეციულ უფლებამოსილებას“.⁴¹

დასკვნა

თანაზომიერების პრინციპი ადამიანის უფლებათა შეზღუდვის მართლზომიერების შეფასების კონსტიტუციური კრიტერიუმია. ზუსტად ამიტომ მას კონსტიტუციური კონტროლისთვის არსებითი მნიშვნელობა აქვს. კონტინენტური ევროპის საკონსტიტუციო სასამართლოების პრაქტიკამ, ერთი მხრივ, თანაზომიერების პრინციპი დაუდო ზღვრად ხელისუფლების მოქმედებას, ხოლო მეორე მხრივ, თავადაც დაივალდებულა, შეიბოჭა თავი უპირობო ვალდებულებით, ყოველ კონკრეტულ შემთხვევაში ადამიანის უფლებაში ხელისუფლების ჩარევის სამართლიანობა, კონსტიტუციურობა სწორედ ამ პრინციპზე დაყრდნობით შეათვასოს, რაც არაერთგზის და არაორაზროვნად გაიმეორა სხვა გადანწყვეტილებებშიც.

იურიდიულ მეცნიერებაში არსებული ზოგიერთი კრიტიკული შეფასების მიუხედავად, უნდა აღინიშნოს, რომ თანაზომიერების პრინციპი წარმატებით ფუნქციონირებს სხვადასხვა სამართლებრივ სისტემებში. იგი წარმოადგენს ადამიანის უფლებებით სახელმწიფოს ბოჭვის მნიშვნელოვან მექანიზმს, რომელსაც მინიმუმამდე დაჰყავს სახელმწიფოს მიერ თვითნებური და დაუბალანსებელი გადანწყვეტილებების მიღების რისკი.

The Principle of Proportionality – Constitutional Scope for Verifying the Legitimacy of the Violation of Human Rights

Tamar Avaliani

Resume

Over the past twenty years, constitutional courts have applied the principle of proportionality as a procedure aimed at guaranteeing the full respect for human rights (or fundamental rights) by the state. This principle is applicable in both civil law and common law systems, in countries such as the United States, Argentina, Germany, Great Britain, Spain, Italy, France, Belgium, Denmark, Ireland, Greece, Luxemburg, Holland, Portugal, and Switzerland, as well as in the European Court of Human Rights.

This article is about the Principle of Proportionality, its historical development and the theoretical and practical implementation of the principle in constitutional jurisprudence. The legal article underlines the importance of the principle of proportionality as a constitutional scope for verifying the legitimacy of the violation of human rights.

⁴¹ Aharon Barak, Proportionality and Principled Balancing. „Law and Ethics of Human Rights.” 2010. p.1-16. <https://philpapers.org/rec/BARPAP-5> (14.04.2019)

The article considers the elements of proportionality as the most important requirement that must be observed when restricting human rights. The article discusses four major elements of this principle: legitimacy, adequacy, necessity, and proportionality *stricto sensu*.

გამოყენებული ლიტერატურა

- ლევან იზორია, ადამიანის უფლებების შეზღუდვა და თანაზომიერების პრინციპი. „ადამიანის უფლებათა დაცვა ეროვნულ და საერთაშორისო სამართალში“. თბ. 2002.
- ქეთევან ერემაძე, ინტერესთა დაბალანსება დემოკრატიულ საზოგადოებაში. თბ. 2013 წელი.
- ვასილ გონაშვილი, ქეთევან ერემაძე, გიორგი თევდორაშვილი, გიორგი კახიანი, გიორგი კვერენჩილაძე, ნანა ჭილაძე, შესავალი საკონსტიტუციო სამართალში. თბ. 2016 წელი.
- ირაკლი ბურდული, ევა გოცირიძე, თინათინ ერეკლიანი, ბესარიონ ზოიძე, ლევან იზორია, ირაკლი კობახიძე, არჩილ ლორია, ზურაბ მაჭარაძე, მერაბ ტურავა, ანა ფირცხალაშვილი, იაკობ ფუტკარაძე, ბექა ქანთარია, დავით წერეთელი, სანდრო ჯორბენაძე. საქართველოს კონსტიტუციის კომენტარი, თავი მეორე: საქართველოს მოქალაქეობა. ადამიანის ძირითადი უფლებანი და თავისუფლებანი. თბ. 2013 წელი.
- ვენეციის კომისიის 2017 წლის 19 ივნისის #876/2017 მოსაზრება (CDL-AD(2017)013 საქართველოს კონსტიტუციის გადასინჯვის კანონპროექტზე.
- Aharon Barak, in Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations. „Cambridge Studies in Constitutional Law“. Cambridge. 2012. <https://www.cambridge.org/core/books/proportionality/historical-origins-of-proportionality/9BA3F59D4C0007A4B8F1ACB7753C0B3>
- Aharon Barak, Proportionality and Principled Balancing. „Law and Ethics of Human Rights.“ 2010. <https://philpapers.org/rec/BARPAP-5>.
- Luka Anđelković, The Elements of Proportionality as a Principle of Human Rights Limitations. „Law and Politics“. 2017. Vol. 15, No: 3. <http://casopisi.junis.ni.ac.rs/index.php/FULawPol/article/viewFile/2988/1983>
- Jakobs, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, DVBl 1985.
- Vicki C. Jackson, Constitutional Law in an Age of Proportionality. „Yale Law Journal“. 2015. Vol:124. <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=5723&context=yjl>;
- Dreier, Recht und Gerechtigkeit, in: Einführung in das Recht. 1991.
- Mr Jan Sieckmann, The Principle of Proportionality: A German Perspective, Report, International Conference (Venice Commission), Bolivia. 2018.
- Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, 1997.
- Robert Alexy, Constitutional Rights and Proportionality, Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law. 2014. <https://journals.openedition.org/revus/2783>
- Grabitz, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 1983.
- Stern, Übermassverbot und Abwägungsgebot, in: Staatsrecht III, 1994.
- Schneider, Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten, 1979.
- Schwabe, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977.
- Gertrude Lübbecke-Wolff, Bielefeld, The Principle of Proportionality in the Case-Law of the German Federal Constitutional Court. „Human Rights LawJournal“. 1991. Vol.34. https://www.researchgate.net/publication/326782433_The_Principle_of_Proportionality_in_the_Case-Law_of_the_German_Federal_Constitutional_Court
- Basic Law: Human Dignity and Liberty (5752-1992). <https://main.knesset.gov.il/EN/activity/Documents/BasicLawsPDF/BasicLawLiberty.pdf>
- Federal Constitution of Swiss Confederation, article 36. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/index.html>.
- Constitution of Romania, article 49. <https://www.refworld.org/docid/3ae6b53c4.html>

საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს გადაწყვეტილებები

- საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 26 დეკემბრის N1/3/407 გადაწყვეტილება საქმეზე საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია და საქართველოს მოქალაქე – ეკატერინე ლომთათიძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.
- საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2010 წლის 28 ივნისის N1/466 გადაწყვეტილება საქმეზე საქართველოს სახალხო დამცველი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.
- საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 26 დეკემბრის N1/3/407 გადაწყვეტილება საქმეზე საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია და საქართველოს მოქალაქე – ეკატერინე ლომთათიძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ;
- საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2009 წლის 6 აპრილის N 2/1/415 გადაწყვეტილება საქმეზე საქართველოს სახალხო დამცველი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.
- საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2017 წლის 21 აპრილის N1/5/826 გადაწყვეტილება საქმეზე საქართველოს მოქალაქე ხათუნა ფხალაძესაქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.
- საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 26 დეკემბრის N1/3/407 გადაწყვეტილება საქმეზე საქართველოს ახალგაზრდა იურისტთა ასოციაცია და საქართველოს მოქალაქე ეკატერინე ლომთათიძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.
- საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2013 წლის 11 ივნისის N1/3/534 გადაწყვეტილება საქმეზე საქართველოს მოქალაქე ტრისტან მამაგულაშვილი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.
- საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2013 წლის 11 ივნისის N1/3/534 გადაწყვეტილება საქმეზე საქართველოს მოქალაქე ტრისტან მამაგულაშვილი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.
- საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2018 წლის 7 დეკემბრის N2/8/765 გადაწყვეტილება საქმეზე საქართველოს მოქალაქე დავით ძონენიძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.
- საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 4 თებერვლის N2/1/536 გადაწყვეტილება საქმეზე საქართველოს მოქალაქეები ლევან ასათიანი, ირაკლი ვაჭარაძე, ლევან ბერიანიძე, ბექა ბუჩაშვილი და გოჩა გაბოძე საქართველოს შრომის, ჯანმრთელობისა და სოციალური დაცვის მინისტრის წინააღმდეგ.
- საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 11 აპრილის N1/2/569 გადაწყვეტილება საქმეზე საქართველოს მოქალაქეები დავით კანდელაკი, ნატალია დვალაი, ზურაბ დავითაშვილი, ემზარ გოგუაძე, გიორგი მელაძე და მამუკა ფაჩუაშვილი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.
- საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2017 წლის 21 აპრილის N1/5/826 გადაწყვეტილება საქმეზე მოქალაქე ხათუნა ფხალაძე საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.
- საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2014 წლის 29 იანვრის N1/1/543 გადაწყვეტილება საქმეზე შპს „მეტალინვესტი“ საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ.
- საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს 2007 წლის 2 ივლისის N1/2/384 გადაწყვეტილება საქმეზე საქართველოს მოქალაქეები დავით ჯიმშელიშვილი, ტარიელ გვეტაძე და ნელი დალალიშვილი საქართველოს პარლამენტის წინააღმდეგ

„Pouvoir neutre“ კონსტიტუციონალიზმის დოქტრინაში: საკონსტიტუციო რეალობა თუ ილუზია?

ბექა ქანთარია

შესავალი. I. Pouvoir neutre – ის იდეა და მისი განვითარების ტენდენციები. 1. ტრიბუნატი როგორც pouvoir neutre (1762 წელი). 2. Jury constitutionnaire როგორც pouvoir neutre (1795 წელი). 3. მონარქი როგორც pouvoir neutre (1815 წელი). ა) კონსტანტის ცხოვრება და შემოქმედებითი საქმიანობა. ბ) კონსტანტის კონცეპტის მნიშვნელობა. გ) კონსტანტის კონცეპტის იდეური წყაროები. დ) კონსტანტის კონცეპტის განმსაზღვრელი კრიტერიუმები. 4. პრეზიდენტი როგორც pouvoir neutre (1928 წელი). 5. საკონსტიტუციო სასამართლო, როგორც pouvoir neutre (1962 წელი). ა) კონსტიტუციის დაცვა როგორც კლასიკური კონსტიტუციონალიზმის არსის გამომხატველი. ბ) კარლ დოეპრინგი და ძალაუფლების „მეოთხე“ შტო. გ) საკონსტიტუციო სასამართლო როგორც პოლიტიკური საპირწონე. 6. Pouvoir neutre საერთაშორისო სამართალში. ა) Pouvoir neutre როგორც საერთაშორისო სამართლებრივი კონცეპტი. ბ) EuGH როგორც pouvoir neutre. გ) EGMR როგორც pouvoir neutre. II. Pouvoir neutre და კონსტიტუციონალიზმი. III. Pouvoir neutre – ფუნქციები და მიზნები. IV. Pouvoir neutre და ძალაუფლებათა გამიჯვნის დოქტრინა. V. კონსტანტის იდეის კრიტიკა: pouvoir neutre თუ „ოქტროირებული“ პრეზიდენტი? ა) Pouvoir neutre მონარქიისთვის თუ რესპუბლიკისთვის. ბ) ნეიტრალური თუ პარტიული? გ) არბიტრი თუ ინტეგრატორი? დ) auctoritas თუ potestas? დასკვნა. რეზიუმე ინგლისურ ენაზე. გამოყენებული ლიტერატურა. ბენუამენ კონსტანი (სახელმწიფო მრჩეველი). პოლიტიკის პრინციპები. განკუთვნილი ყველა წარმომადგენლობითი მთავრობისთვის და განსაკუთრებით – საფრანგეთის მოქმედი კონსტიტუციისთვის. პარიზი. მაისი, 1815. (თავი II სამეფო ხელისუფლების ბუნების შესახებ კონსტიტუციურ მონარქიაში).

შესავალი

ძალაუფლებათა გამიჯვნა კონსტიტუციონალიზმის ამოსავალი პრინციპია. თანამედროვე დოქტრინაში ძალაუფლებათა გამიჯვნის ანდრინდელი კონცეპტი დღითიდღე კარგავს თავის მიმზიდველობას.¹ უკვე ხელისუფლების მეოთხე, მეხუთე შტოზე საუბრობენ. კვლევებმა აჩვენა ხელისუფლების ახალი მოდელების იდენტიფიცირება. თუმცა ადრინდელი კონსტიტუციონალიზმის სიღრმისეული დაკვირვება გვაფიქრებინებს, რომ ძალაუფლებათა გამიჯვნის კლასიკური მოდელის (საკანონმდებლო, აღმასრულებელი, სასამართლო) წინააღმდეგ წამოყენებული თეორია საკმაოდ ძველია. ამ დოქტრინის ავტორი, თამამად შეიძლება ითქვას, ფრანგი განმანათლებელი ბენუამინ კონსტანტია, რომელიც კლასიკური კონსტიტუციონალიზმის თეორიაში, ასევე, პოლიტიკურ ფილოსოფიაში ახალი იდეების გამავრცელებელია. Pouvoir neutre-ის² მოძღვრებამ კონსტანტის აზროვნებაში,

¹ იხ. მარკ ტაშნეტის „შედარებითი კონსტიტუციური სამართლის საწყისებიდან“ მე-5 თავი: „ხელისუფლების სტრუქტურა“. გვ. 138.

² იქიდან გამომდინარე, რომ ფრანგული სიტყვა pouvoir neutre შესაძლებელია „ძალაუფლებასთან“ ერთად „ხელისუფლებასაც“ გულისხმობდეს, მართებულია მივიჩნიოთ, რომ წინამდებარე სტატიაში, კონტექსტიდან გამომდინარე, გამოვიყენოთ pouvoir neutre.

სახელმწიფო-სამართლებრივი და დემოკრატიულ-თეორიული თვალსაზრისით, ცენტრალური პოზიცია დაიკავა³. ბენჟამინ კონსტანტის კონცეპტი კიდევ უფრო განავრცეს და განავითარეს შემდეგი თაობის სწავლულებმა, რომელთა სამეცნიერო მონოგრაფია თუ პუბლიცისტიკა თანამედროვე საკონსტიტუციო სამართლისა და პოლიტიკური ფილოსოფიის კლასიკაა.

ბენჟამინ კონსტანტიმ მე-19 საუკუნის დასაწყისში სამეცნიერო ბრუნვაში შემოიტანა ახალი სიტყვა⁴ და ახალი ცნება – *pouvoir neutre*, როგორც საზოგადოებრივი და სახელმწიფო-პოლიტიკური მოძღვრება⁵ და სოციალ-ისტორიული კატეგორია.⁶ ამით იგი შეეცადა სახელმწიფოს მეთაური (მონარქი) გამოეყო აღმასრულებელი ხელისუფლებისგან და ცალკე მდგომ ინსტიტუციად ექცია. ხშირად სამეცნიერო ლიტერატურაში *pouvoir neutre* - ის ხელისუფლების „მეოთხე“ შტოდ მოიხსენიებენ.

უძველესი დროიდან სასამართლო აღიქმება როგორც ნეიტრალური ორგანო. სწორედ თემიდას სასწორი ნეიტრალიტეტისა და მიუკერძოებლობის სიმბოლოა.⁷ ნეიტრალიტეტი მართლმსაჯულების უმთავრესი ელემენტია. სახელმწიფო მმართველობის თეორიასა და პრაქტიკაში კი ნეიტრალიტეტის პრინციპი კონსტანტიმ დაამკვიდრა. აი, სწორედ ამაშია მისი კონცეპტის შემოქმედებითი ძალა. ამ დოქტრინას მრავალი ნაშრომი მიეძღვნა დასავლეთში. განსაკუთრებით მდიდარია გერმანული იურიდიული ლიტერატურა.⁸ სახელმწიფოს მეთაურის ნეიტრალური ბუნება მმართველობის ფორმის შინაარსითაა განპირობებული. შესაბამისად, სახელმწიფოს მეთაური, როგორც *pouvoir neutre* მხოლოდ საპარლამენტო დემოკრატიებშია შესაძლებელი.

საქართველო ევროპული ტიპის საპარლამენტო მმართველობაზე გადავიდა. აქიდან გამომდინარე, საკითხის კომპლექსური კვლევა ინტერესმოკლებული არაა. მითუმეტეს, თემა ქართულ საკონსტიტუციო სამართალში სრულიად ახალია და დღემდე დამოუკიდებელი შრომა არ შექმნილა. კიდევ უფრო მეტი: ქართული საკონსტიტუციო შინაარსის ლიტერატურაში სიტყვა *pouvoir neutre* ან *neutrale Gewalt* არ მოიძებნება.

ნეიტრალიტეტის საკითხი ერთ-ერთი პრობლემურია საქართველოს თანამედროვე საჯარო სამსახურის სისტემაში. ბოლოს და ბოლოს უნდა შეიქმნას პოლიტიკურად ნეიტრალური საჯარო მოხელეთა კორპუსი (Civil Service), რომელიც თანაბარი გულმოდგინებით

³ Florian Weber. Benjamin Constant und der liberale Verfassungsstaat: politische Theorie nach der Französischen Revolution. 1. Aufl. Wiesbaden. 2004. S. 266.

⁴ ფლორიან ვებერი ამას Wortschöpfung – ს ანუ ნეოლოგიზმს უწოდებს (იხ. Florian Weber. S. 267.)

⁵ Werner Link. Zur Lehre von der "neutralen Gewalt" des Staatsoberhauptes. In: Aus Politik und Zeitgeschichte : APuZ, No. 17. 1971.S. 7.

⁶ იქვე. S. 4.

⁷ რეიმონდ უეფსი. სამართლის ფილოსოფია. 2012. გვ. 84.

⁸ თუმცა ზოგიერთი მკვლევარი მიიჩნევს, თუ რაოდენ მცირე ყურადღება მიიქცია სამეცნიერო ლიტერატურაში კონსტანტის თეორიამ *pouvoir neutre* -ის შესახებ (მაგალითად, ამის შესახებ იხ. Florian Weber. S. 266).

მოემსახურება სხვადასხვა იდეოლოგიის მქონე მთავრობებს და, იმავდროულად, შესაბამისი კანონმდებლობით სრულად იქნება დაზღვეული მუშაკთა დასაქმება/არდასაქმების მიმართ პოლიტიკური თანამდებობის პირთა ვოლუნტარისტული გადაწყვეტილებებისაგან.⁹

ჩვენი მიზანი არაა სიღრმისეულად განვიხილოთ ყველა ის საკითხი, რომელიც „pouvoir neutre“ - ის სამართლებრივ და პოლიტიკურ ბუნებას უკავშირდება. სტატიის მიზნებიდან გამომდინარე, ჩვენი ამოცანაა საქართველოს თანამედროვე საკონსტიტუციო სისტემაში მისი იდენტიფიცირება. აქედან გამომდინარე, წინამდებარე სტატია შემდეგი კითხვების დასმის მცდელობაა: რა არის pouvoir neutre? რა იყო pouvoir neutre – ის წარმოშობის მიზეზები? არის თუ არა pouvoir neutre ხელისუფლების დამოუკიდებელი შტო? მოხდა თუ არა pouvoir neutre - ის როგორც იდეის ფორმალიზება კონსტიტუციებში? ძირითადად მმართველობის რომელ სისტემებში მიმართავენ pouvoir neutre – ის? რა არის pouvoir neutre - ის ამოცანები და მიზნები? რა როლს ასრულებს pouvoir neutre ძალაუფლებათა გამიჯვნის სისტემაში? არის თუ არა pouvoir neutre საქართველოს მოქმედ კონსტიტუციაში?

თუ რამდენად შევძელით ამ კითხვებზე პასუხის გაცემა, თვით პატივცემულმა მკითხველმა განსაჯოს.

I. Pouvoir neutre - ის იდეა და მისი განვითარების ტენდენციები

1. ტრიბუნატი როგორც pouvoir neutre (1762 წელი)

ნეიტრალური ძალაუფლების შესახებ იდეა პირველად ჟან ჟაკ რუსოს თეორიაში გაჩნდა, თუმცა მას სიტყვა „neutre“ არ გამოუყენებია. მისი შრომის მეოთხე წიგნის მეხუთე თავი „ტრიბუნატი“ პირველი მცდელობაა პოლიტიკის თეორიაში, ახსნას, თუ რაოდენ დიდი მნიშვნელობა აქვს ხელისუფლების სისტემაში, ცალკე მდგომი, ნეიტრალური, დამოუკიდებელი ორგანოს არსებობას კრიზისების დროს. იურიდიულ ლიტერატურაში გავრცელებულია მოსაზრება, რომ „neutre“-ის კონცეპტი პირველად ფრანგმა განმანათლებელმა ბენჟამინ კონსტანტიმ წამოაყენა. მართალია, ამ იდეის თაობაზე, უფრო ადრე, რუსოს ნაშრომებშიცაა საუბარი, მაგრამ კონსტანტიმ იგი უფრო განავრცო და განავითარა, ისევე როგორც, სრულიად ახლებული უღერადობა შესძინა პოლიტიკურ ფილოსოფიაში მონტესკიემ ლოკის დოქტრინას ძალაუფლებათა გამიჯვნის თაობაზე. თუმცა, ნიშანდობლივია რუსოსა და კონსტანტის მოსაზრებებს შორის მსგავსებები და განსხვავებები. უმთავრესი, რაც ამ ორი განმანათლებლის მოსაზრებათა კონტრასტში ვლინდება, ისაა, რომ რუსო ნეიტრალურ ძალად განიხილავს არა სახელმწიფოს მეთაურს – მონარქს, არამედ ტრიბუნატს – კოლეგიალურ ორგანოს. საკითხის უფრო მეტი სიკბადისთვის ამ ორი კონცეპტის ერთმანეთთან შედარებაა აუცილებელი.

⁹ გელა ჩარკვიანი. ნაგერალა, ჩანაწერები. 2015. გვ. 92-93.

პირველად „აქტიური“ და „პასიური“ ხელისუფალის იდეა წინა პლანზე ჟან ჟაკ რუსომ წამოსწია თავის ცნობილ შრომაში „საზოგადოებრივი ხელშეკრულება“, რომელიც 1762 წელს გამოიყა პირველად, კონსტანტის „პოლიტიკის პრინციპები“ – ს გამოქვეყნებამდე 53 წლით ადრე.

რუსოს საზოგადოებრივ ხელშეკრულებაში ვკითხულობთ, რომ მონარქი ზის თავის კაბინეტში თითქოს უმოძრაოდ (unbeweglich), მაგრამ ამოძრავებს (Bewegung) სახელმწიფო მექანიზმს¹⁰ კონსტანტი ხშირად იყენებს სიტყვებს pouvoir actif და pouvoir passif. კონსტანტისთან pouvoir passif არის pouvoir neutre ანუ pouvoir royal როგორც სახელმწიფოს მეთაური – მონარქი, რომელსაც მოძრაობაში მოჰყავს სამი (pouvoir): საკანონმდებლო (pouvoir legislatif), აღმასრულებელი (pouvoir executif) და სასამართლო ძალა (pouvoir judiciaire).¹¹ კონსტანტისთან სწორედ ეს სამი ხელისუფლებაა pouvoir actif. რუსო ამბობს, რომ სახელმწიფოში მის შემადგენელ ელემენტებს შორის თანაფარდობის დადგენის შეუძლებლობის შემთხვევაში იქმნება სპეციალური ორგანო (besonderes Amt) – ტრიბუნატი, რომელიც იცავს თანასწორ მდგომარეობას სახელმწიფოს შემადგენელ ნაწილებ შორის – მეფესა და ხალხს, ასევე მეფესა და სუვერენულ პარლამენტს შორის.¹²

ტრიბუნატი კანონებისა და საკანონმდებლო ხელისუფლების დამცველია.¹³ ტრიბუნები, რომში არსებული სახალხო ტრიბუნების მსგავსად, სუვერენს (ანუ საკანონმდებლო ხელისუფლებას) იცავს მმართველობისაგან (regulierende Eingriff¹⁴). ტრიბუნატი ზოგჯერ, ხალხის წინააღმდეგ არსებულ მმართველობას უჭერს მხარს (regulierende intervention¹⁵), როგორც ეს ვენეციის ათთა საბჭოშია და, ბოლოს, ტრიბუნატი შეიძლება ზრუნავდეს ორივეს თანასწორობაზე (Bewahrungdes Gleichgewichts¹⁶), როგორც ეფორები სპარტის სამეფოში.¹⁷

ტრიბუნატი არაა სამოქალაქო საზოგადოების, პოლისის ნაწილი და ის არ უნდა იღებდეს მონაწილეობას არც საკანონმდებლო და არც აღმასრულებელი ხელისუფლების განხორციელებაში. რუსო ტრიბუნატს საკანონმდებლო და აღმასრულებელ ხელისუფლებაზე მაღლა აყენებს და ამბობს, რომ მისი ძალაუფლება ორივეს ძალაუფლებას აღემატება.¹⁸ იგივეს იმეორებს მოგვიანებით კონსტანტი მეფეზე. რუსოსთან ტრიბუნატი უფრო მეტად „წმინდა და პატივსაცემია, ვიდრე ხელმწიფე და სუვერენი“.¹⁹ კონსტანტისთან კი წმინდა

¹⁰ Jean-Jacques Rousseau. Vom Gesellschaftsvertrag. Stuttgart. 2011. S. 80.

¹¹ Benjamin Constant. Principes de Politique. Paris. 1815. 34.

¹² Jean-Jacques Rousseau. S. 136.

¹³ იქვე.

¹⁴ Florian Weber. S. 270.

¹⁵ იქვე.

¹⁶ იქვე.

¹⁷ Jean-Jacques Rousseau. S. 136.

¹⁸ იქვე. S. 137.

¹⁹ Jean-Jacques Rousseau. S. 137.

და ხელშეუხლებელი მხოლოდ მონარქია. რუსოს აზრით, გონივრულად განონას-წორებული ტრიბუნატი „კარგი მმართველობის საუკეთესო საფუძველია“. კონსტანტი კი მხოლოდ მონარქს უწოდებს „გონიერ“ არსებას. რუსოს აზრით, ტრიბუნატი თუ ძლიერია, ის ყველა დაბრკოლებას გადალახავს. სისუსტე მის ბუნებასთან შეუთავსებელია.

რუსო არ გამოირიცხავს ტრიბუნატის ტირანიად გარდაქმნის საშიშროებას, თუ იგი აღმასრულებელი ხელისუფლების შეკავების ნაცვლად მის ხელში ჩაგდებას, ან კანონების დაცვის ნაცვლად, მათ შეცვლას შეეცდება. აუცილებელია ტრიბუნატმა შეინარჩუნოს ზნე-ჩვეულებები, წინააღმდეგ შემთხვევაში იგი, როგორც ეს სპარტაში მოხდა, გადაგვარდება და თავის დანიშნულებას ვერ შეასრულებს. კონსტანტისთან კი მონარქი მაღალი მორალური ავტორიტეტია.

2. Jury constitutionnaire როგორც pouvoir neutre (1795 წელი)

რუსოს შემდეგ ერთ-ერთი პირველი, ვინც საუბრობს შტოებს შორის კონფლიქტების არსებობასა და მათი მოწესრიგების მექანიზმებზე, იყო ფრანგი აბბე სიეისი, რომელიც თამამად შეიძლება საკონსტიტუციო კონტროლის, როგორც დოქტრინის ფუძემდებლად მივიჩნიოთ ევროპაში, ვინაიდან მის მიერ 1795 წლის 5 აგვისტოს წარმოდგენილი პროექტი „საკონსტიტუციო ყიურის შესახებ“ არსებითად პირველი მცდელობაა განსაზღვროს საკონსტიტუციო კონტროლის მნიშვნელობა. იგი საუბრობს jury constitutionnaire – ს სტრუქტურასა და მის უფლებამოსილებაზე.²⁰ ასევე, სიეისმა თავისი წინადადება საკონსტიტუციო კონტროლის თაობაზე წარმოადგინა 1799 წლის საკონსტიტუციო რეფორმის დროსაც.²¹ ფრანგულად jury constitutionnaire, ხოლო გერმანულად Verfassungsjury – ს როგორც დოქტრინის რეალური ხორცშესხმა უფრო ადრე ამერიკაში მოხდა, ვიდრე საფრანგეთში. უმაღლესმა სასამართლომ იქ კონსტიტუცია აღიარა როგორც ქვეყნის უზენაესი კანონი („supreme law of the land“) და მოსამართლემ მაშინათვე მოიპოვა პოლიტიკურ პროცესებზე გავლენა.²² მოგვიანებით, შვეიცარიის 1848 წლის კონსტიტუციამ საერთო სასამართლოებს საკონსტიტუციო კონტროლის ფუნქცია მიანიჭა.²³

სიეისი იყო ერთ-ერთი პირველი, რომელიც ძალაუფლებათა გამიჯვნის მოდიფიცირებას შეეცადა. სახალხო სუვერენიტეტის პრინციპის უპირატესობიდან გამომდინარე, იგი ცნობს ხელისუფლების შემდეგ სამ შტოს: pouvoir constituant, pouvoir constitue და pouvoir constitutionnaire.²⁴ მასთან pouvoir constitue არის დაფუძნებული ხელისუფლება, ხოლო

²⁰ Emmanuel Joseph Sieyes. Was ist der Dritte Stand? Herausgegeben von. Oliver. W. Lembcke und Florian Weber. Schriften zur europäischen Ideengeschichte. Band 3. Berlin. 2010. S. 331.

²¹ Florian Weber. S. 271.

²² Emmanuel Joseph Sieyes. S. 332.

²³ Lothar Gall. Die Rolle des Monarchen im Verfassungsstaat: Constants Lehre vom „pouvoir neutre“. in: Republikanischer Liberalismus: Benjamin Constants Staatsverständnis. Oliver W. Lembcke/Florian Weber (Hrsg). Baden-Baden. 2013.S. 252.

²⁴ Florian Weber. S. 271.

pouvoir constituant დამფუძნებელი ძალაუფლება.²⁵ სიეისის ამ სამწევროვან სისტემას კონსტანტიმ მეოთხე ძალა – pouvoir neutre დაუმატა.

სიეისმა 1795 წლის 5 აგვისტოს ვრცელი მოხსენება წარმოადგინა. იგი ამბობდა: „როდესაც საჯარო მოხელე მისთვის მინდობილ უფლებამოსილებას გადაამეტებს, ან წესდებას უგულვებელყოფს, არღვევს კონსტიტუციას“.²⁶ ეს საკითხები კი საკონსტიტუციო უიურიმ უნდა განიხილოს. სიეისი jury constitutionnaire-ის იზოლირებულ (isolierter Institution) ინსტიტუტს უწოდებს.²⁷

მან მოხსენებას 17 მუხლიანი საკონსტიტუციო კანონის პროექტი დაურთო,²⁸ რომელიც საკონსტიტუციო კონტროლის სისტემას და მის უფლებამოსილებას განსაზღვრავდა. პროექტის პირველი მუხლის თანახმად, საკონსტიტუციო უიური წარმოდგენილი უნდა ყოფილიყო, როგორც კონსტიტუციის დამცველი²⁹ ორგანო. სიეისი პროექტში განსაზღვრავს მისი არჩევის წესს. მე-6 მუხლის მიხედვით, საკონსტიტუციო უიურის უფლებამოსილება უნდა ყოფილიყო საკონსტიტუციო კონტროლის განხორციელება. უიურის ბათილად უნდა გამოეცხადებინა ის აქტები, რომლებიც მიღებული იყო სახელმწიფოს უმაღლესი ორგანოების მიერ: ძველი საბჭო, ხუთასთა საბჭო, საარჩევნო ყრილობები, ან საკასაციო სასამართლო. გარდა ამისა, საკონსტიტუციო უიურის უნდა ემსჯელა უმცირესობის მიერ წარდგენილ საჩივრებზე უმრავლესობის მიმართ, რომლებიც აღნიშნულ სახელმწიფო ორგანოებში მოღვაწეობდნენ და ამ საკითხზე შესაბამისი გადაწყვეტილება მიეღო. პროექტის მე-7 მუხლის თანახმად, საკონსტიტუციო უიურის გადაწყვეტილებები წარმოდგენდნენ როგორც სასამართლოს გადაწყვეტილებებს (Urteil). პროექტში ყურადღებას იპყრობს მე-9 მუხლი, რომლის თანახმად, უიურის მიერ მიღებული გადაწყვეტილება, სამართლებრივი აქტის არაკონსტიტუციურად ცნობის შესახებ, მიღებისთანავე ძალაშია და იმთავითვე იწვევს აქტის ბათილად გამოცხადებას. საკონსტიტუციო უიურის უფლებამოსილებაში, ასევე კონსტიტუციის შემდგომი სრულყოფის თაობაზე წინადადებების წარდგენაც შედიოდა. აღსანიშნავია ის გარემოება, რომ უიურის საკუთარი ინიციატივით გადაწყვეტილება არ უნდა მიეღო.

სიეისის დოქტრინის მცირედი ანალიზი გვაფიქრებინებს, რომ საკონსტიტუციო კონტროლის დოქტრინა ფრანგებისაა. ამერიკელებმა ამ მოდელის როგორც იდეის მატერიალიზებას შეუწყვეს ხელი. სიეისმა არამხოლოდ საკონსტიტუციო კონტროლის კონცეპტს ჩაუყარა საფუძველი, არამედ საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების მოდელი ჩამოაყალიბა. სიეისთან იდეის ინსტიტუციონალიზაციის მცდელობასთან გვაქვს საქმე, რომლის მხოლოდ ხორცშესხმა იყო საჭირო.

²⁵ იულიუს ჰაჩეკი. თანამედროვე დემოკრატიის უფლება. თბილისი. 2016.

²⁶ Emmanuel Joseph Sieyès. S. 334.

²⁷ იქვე. S. 333.

²⁸ Über die Verfassungsjury.

²⁹ გერმანულად: Hüter der Verfassung. ფრანგულად: gardien constitutionnaire.

3. მონარქი როგორც *pouvoir neutre* (1815 წელი)

ა) კონსტანტის ცხოვრება და შემოქმედებითი საქმიანობა

ბენჟამინ კონსტანტი დაიბადა 1767 წელს დასავლეთ შვეიცარიის ქალაქ ლოზანაში. ის აქტიურ სახელმწიფოებრივ და საზოგადოებრივ მოღვაწეობას ეწეოდა. მისმა პრომეხმა წარუშლელი კვალი დატოვეს ევროპული პოლიტიკური კულტურის ისტორიაში. ისინი თანამედროვე საკონსტიტუციო სამართლისა და პოლიტიკური მეცნიერების პრობლემებს ეხება. წარმოუდგენელია მოდერნისტული ევროპული პოლიტიკური აზროვნება კონსტანტის გარეშე. მისი პოლიტიკური თეორიის ცენტრალური თემა ინდივიდის თავისუფლებაა. 1830 წლის ივლისის რევოლუციის შემდეგ კონსტანტი მხარს უჭერდა საფრანგეთის მეფეს ლუი ფილიპეს (Louis-Philippe). კონსტანტი 1830 წლის 9 დეკემბერს გარდაიცვალა. დაკრძალულია პარიზში.³⁰

მისი მრავალრიცხოვანი პრომეხებიდან ყველაზე მეტად ცნობილია „Principes de politique“³¹, რომელიც 1806 წელს დაწერა და 1815 წელს გამოსცა ფრანგულ ენაზე. იგი დღემდე წარმოადგენს პოლიტიკური მეცნიერებისა და ლიბერალური კონსტიტუციონალიზმის ერთ-ერთ უმთავრეს იდეურ წყაროს. იგი *pouvoir neutre* - ის მოდერნისტულ საკითხს ეხება მე-II თავში: „სამეფო ხელისუფლების ბუნება კონსტიტუციურ მონარქიაში“.³² აღსანიშნავია, რომ წიგნის ეს უმნიშვნელოვანესი მონაკვეთი ქართულ ენაზე დედნიდან პირველად ითარგმნა და ქვეყნდება ამ კრებულში. მნიშვნელოვანია კონსტანტის კონცეფცია, როგორც მეოთხე ხელისუფალის, ისე ზოგადად ძალაუფლებათა გამიჯვნის პრინციპის რეალიზაციის თაობაზე.

კონსტიტუციური მონარქია, რომლის მთავარ იდეოლოგიად სწორედ ბენჟამინ კონსტანტი მიიჩნევა, წარმოიშვა მე-19 საუკუნეში.³³ ტერმინი „კონსტიტუციური მონარქია“ - „monarchie constitutionnelle“ - პირველად სწორედ მან გამოიყენა თავის შრომაში „Principes de politiques“ - ში³⁴. მისთვის სახელმწიფო მმართველობის ფორმებიდან საუკეთესოა კონსტიტუციური მონარქია, ვინაიდან, მხოლოდ კონსტიტუციური მონარქიის პირობებშია სამართლიანობა შენარჩუნებული.³⁵

ამ ნაშრომში იგი პოლიტიკური სისტემის საკვანძო საკითხებს ეხება. კონსტანტი სახალხო სუვერენიტეტის იდეის მომხრეა. მისი აზრით, წარმომადგენლების ლეგიტიმაცია საარჩევნო სისტემას უნდა ეფუძნებოდეს და ყველა მოქალაქის ინტერესებს წარმოადგენდეს.

³⁰ Handbuch der Politischen Philosophie und Sozialphilosophie. Herausgegeben Stefan Gosepath, Wilfried Hinsch und Beate Rössel. Band 1. A-M. 2008. S. 195.

³¹ წიგნის სრული სათაურია: „Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs“.

³² „De la nature du pouvoir royal dans une monarchie constitutionnelle“.

³³ Tobias Friske, Staatsform Monarchie. Was unterscheidet eine Monarchie heute noch von einer Republik? 2007. S. 46.

³⁴ Monarchie: in: Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland. Herausgegeben von Otto Brunner, Werner Conze und Reinhard Koselleck. Band 4. 1978. S. 192.

³⁵ Benjamin Constant. Principes de politique. Paris. 1815. გვ. 41.

კონსტანტისთან მეფე ნეიტრალური ხელისუფალია (pouvoir neutre), რომელიც სხვა ძალაუფლებაზე მაღლა დგას და, ამავე დროს, უზრუნველყოფს ძალაუფლებათა ბალანსს. თუმცა „პოლიტიკის პრინციპების“ გამოცემამდე, მას 1795-1810 წლებში დანერგილი ჰქონდა წიგნი – „Fragments”,³⁶ რომელიც 1991 წელს გამოქვეყნდა. კონსტანტი სწორედ ამ ხელნაწერში ავითარებს პირველად ნეიტრალიტეტის შესახებ კონცეპტს. კონსტანტი „პოლიტიკის პრინციპებში“ ახდენს pouvoir neutre-ის განვითარებული თვალსაზრისის მიხედვით კონსტიტუციური მონარქების როლის ინტერპრეტაციას. „Fragments“-ში კონსტანტი ნეიტრალურ ხელისუფალს ძლიერ კომპეტენციებს მიაკუთვნებს, ხოლო „Principes de politique“ – ში კი საუბრობს ძალაუფლების შებოჭვის აუცილებლობაზე. აღსანიშნავია, რომ ის სათუქველს უყრის სახელმწიფოს მეთაურის პოლიტიკური ნეიტრალიტეტის პრინციპს.³⁷

ბ) კონსტანტის კონცეპტის მნიშვნელობა

ბენჟამინ კონსტანტის იდეებს შორის ერთერთი გამორჩეული ადგილი pouvoir neutre – ის კონცეპტს უჭირავს. კონსტანტის იდეა კლასიკური იდეაა. pouvoir neutre – ის მოძღვრებამ სამეცნიერო და პუბლიცისტურ დისკუსიებში საოცარად უწყვეტი როლი და გავლენა შეასრულა³⁸. თამამად შეიძლება ითქვას, რომ pouvoir neutre – ის თემა ამონურული არაა, ვინაიდან მე-19 საუკუნის პირველი ნახევრიდან, ანუ ამ იდეის დაბადებიდან დღემდე ეს მოძღვრება ახალ-ახალი შტრიხებით ივსება, მდიდრდება და თავის ეპოქალურ აქტუალობას არ კარგავს. კონსტანტის თეორიას ისტორიულად როგორც მონინაალმდეგეები, ისე მომხრეები ჰყავდა. მონინაალმდეგეების აზრით, ადრეული კონსტიტუციონალიზმის ეპოქაში, კონსტანტის თვალსაზრისი მონარქის ძალაუფლების შებოჭვის თაობაზე, არ იყო მტკიცე. თუმცა ამ იდეას საპირისპირო თემა გამოუჩნდა, რომლის მიხედვით pouvoir neutre – იმ კატალიზატორის ფუნქცია შეასრულა ტრანსფორმაციის პროცესში – აბსოლუტუზმიდან დემოკრატიაზე გადასვლის დროს³⁹.

გ) კონსტანტის კონცეპტის იდეური წყაროები

ყველა ავტორი, რომელიც კონსტანტის მოძღვრებას შეისწავლის, ეხება ამ მოძღვრების იდეურ წყაროებსაც. აღსანიშნავია, რომ, ისტორიული თვალსაზრისით, ყოველი განმანათლებლის მიერ ჩამოყალიბებული მოძღვრება კონსტიტუციონალიზმში ორ ფაქტორს ემყარება: საკონსტიტუციო პრაქტიკას და მანამდე გავრცელებულ იდეებს. თამამად შეიძლება ითქვას, რომ კონსტანტის pouvoir neutre – ის მოძღვრებას საფუძვლად დაედო, ერთი მხრივ, ანტიკური პერიოდისა და ინგლისის სახელმწიფო მმართველობის

³⁶ წიგნის სრული სათაურია: „Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays“.

³⁷ Florian Weber. S. 280.

³⁸ Werner Link. S. 3.

³⁹ Florian Weber. S. 286.

გამოცდილება, მეორე მხრივ, კი განმანათლებელთა შეხედულებები. თავად კონსტანტს არ აქვს იმის პრეტენზია, რომ ისაა ამ მოძღვრების სულიერი მამა. ის იმონუმებს ხშირად საფრანგეთის ეროვნული ყრილობის ორგზის ხელმძღვანელის სტანისლავ კლერმონტ-ტონნერეს სიტყვებს – მონარქი *pouvoir regulateur*-ია.⁴⁰

რამ აიძულა კონსტანტი *pouvoir neutre* – ის იდეამდე მისულიყო? ვინაიდან, ინგლისში დაწერილი კონსტიტუციის სახით არ გააჩნიათ პარლამენტის შემაკავებელი მექანიზმი, კონსტანტი ცდილობს ნეიტრალური, შემაკავებელი ფუნქცია მონარქის პერსონაში ეძიოს.⁴¹ აქედან გამომდინარე, მკვლევართა ნაწილი მიიჩნევს, რომ კონსტანტისთვის იდეური წყარო ინგლისის მონარქია იყო. ისტორიული თვალსაზრისით, კონსტანტის აზრი არ უნდა იყოს ახალი,⁴² ვინაიდან მე-19 საუკუნის ინგლისის პრაქტიკაში მონარქი, როგორც *pouvoir mitoyen*, მედიატორის როლს ასრულებდა ლორდებსა და კომუნებს შორის.⁴³

გეორგ ელინეკი კონსტანტის მოძღვრებას ეხება და ამბობს, რომ ეს კონცეპტი ინგლისის მეფის უფლებამოსილებების მაგალითზე ჩამოყალიბდა.⁴⁴ მასზე დიდი გავლენა მოახდინა ინგლისურმა სამართალმა.⁴⁵ ეს თავისთავად ჩანს მის შრომაში, სადაც ის არგუმენტაციის ნაწილში იმონუმებს როგორც ინგლისის, ასევე ანტიკური პერიოდის სახელმწიფოთა მმართველობის მაგალითებს. ინგლისის მონარქია აყალიბებს ნეიტრალურ და შუალედურ ხელისუფლებას: იგი აღმასრულებელი ხელისუფლებისაგან გამიჯნული სამეფო ხელისუფლებაა.⁴⁶ სწორედ აქედან გამომდინარე, კონსტანტისათვის *pouvoir neutre* – ის ნიმუში იყო კონსტიტუციური მონარქია, ხოლო „მეოთხე ხელისუფალი“ კი მონარქი.⁴⁷

ინგლისური მოდელი განმანათლებელთა მთელი თაობის შთავგონების უმთავრეს წყაროდ შეიძლება მივიჩნიოთ. ინგლისში მრავალი ათწლეულის განმავლობაში მნიფდებოდა ის იდეები, რომლებიც ასულდგმულებდა ფრანგ განმანათლებლებს, ამერიკის დამფუძნებელ მამებს.⁴⁸ მაგალითად, მონტესკიე ინგლისური სისტემის თაყვანისმცემელია. ის აღნიშნავდა, რომ იმუამინდელ ინგლისში არსებული სისტემა ყველაზე სრულყოფილი იყო და იგი ყველაზე ახლოს იდგა მის შეხედულებებთან.⁴⁹

კონსტანტი უფრო შორს მიდის და *pouvoir neutre* – ის ფესვებს ანტიკურ ეპოქაში ეძებს: აეროპაგი, ეფორთა საბჭო და სენატი *pouvoir neutre* – ის ნიმუშებს წარმოადგენენ.

⁴⁰ Lothar Gall. S. 248-249.

⁴¹ Karl Doehring. Der “Pouvoir Neutre” und das Grundgesetz. in: Der Staat 3. 1964. S. 214.

⁴² Andreas Timmermann. S. 179.

⁴³ იქვე. S. 179. ტიმერმანის ციტირება ჰოლმეს წიგნიდან: Benjamin Constant and the Making of Modern Liberalism. New Haven 1984. S. 144.

⁴⁴ Georg Jellinek. Allgemeine Staatslehre. 1922. S. 605.

⁴⁵ Karl Doehring. Der “Pouvoir Neutre” und das Grundgesetz. S. 214.

⁴⁶ Benjamin Constant. გვ. 43.

⁴⁷ Karl Doehring. “Pouvoir neutre” und das Grundgesetz. S. 202.

⁴⁸ ზურაბ უვანია. ჩვენი თაობის პრივილეგია. გვ. 32.

⁴⁹ ზურაბუვანია. გვ. 39.

ანტიკური პერიოდის ყრილობები, როგორც ბრძენთა ან მრჩეველთა საბჭოები უზრუნველყოფდნენ დავის მოწესრიგებას სხვადასხვა პოლიტიკურ თუ სოციალურ ჯგუფებს შორის და თავიანთი ავტორიტეტის ლეგიტიმაციის წყალობით გამოქონდათ პოლიტიკურად სავალდებულო გადაწყვეტილებები.⁵⁰ კონსტანტი, აგრეთვე ეხება კართაგენელების სახელმწიფოებრივ წეს-წყობილებას.

მკვლევართა ნაწილი ფიქრობს, რომ კონსტანტის სტიმულირება მონტესკიეს მიერ ადრე გამოთქმული მოსაზრებით იყო გამოწვეული. მისი აზრით, სახელმწიფოში უნდა არსებობდეს ძალა, რომელიც ხელისუფლების შტოებს შორის შუამავლის როლს შეასრულებს და იზრუნებს ბალანსისათვის. მაგრამ მონტესკიე ამ ფუნქციას არა თუ მონარქს, არამედ ქვედა პალატას აკისრებს – მას უნდა უზრუნველყო მთავრობასა და პარლამენტს შორის ბალანსი.⁵¹

სამეცნიერო ლიტერატურაში გამოთქმულია მოსაზრება, რომ ნეიტრალურ ძალაზე საუბრობდა ფრანგი სოციოლოგი და ფილოსოფოსი ჰენრი საინტ-სიმონი (1760-1825) თავის შრომებში, რომლის მიხედვით ნეიტრალური ძალაუფლების მქონე სუბიექტი მონარქი უნდა ყოფილიყო. კონსტანტისა და სიმონის თეორიებს შორის ორმხრივი გავლენები მეცნიერთა მიერ ჯერ არაა შესწავლილი.⁵²

დ) კონსტანტის კონცეპტის განმსაზღვრელი კრიტერიუმები

მეფე დამოუკიდებელი პერსონაა, სხვადასხვა თვალსაზრისზე მალლა მდგომი, რომლის მიზანი მხოლოდ წესრიგისა და თავისუფლების შენარჩუნებაა.⁵³ მონარქი მიუმხრომლობის სიმბოლოა. ამავე დროს, სახელმწიფოს მეთაური შტოებს შორის ყველაზე მეტად შემწყნარებელია. კონსტანტის აზრით, მონარქი, რომელიც ნეიტრალური არაა, საშიშია.⁵⁴ რატომ დასჭირდა მას მონარქისგან ნეიტრალური ფიგურა გამოეძინა? კონსტანტი ფიქრობს, რომ მონარქმაც შესაძლებელია ბოროტად გამოიყენოს თავისი ძალაუფლება, მიუხედავად იმისა, რომ ის დარწმუნებულია მონარქის სრულყოფილებაში. თუმცა კონსტანტი არაფერს ამბობს, კონკრეტულად თუ როგორ უნდა იქნეს შებოჭილი თვით მონარქი როგორც *pouvoir neutre* და როგორც ხელისუფლების „მეთხე“ შტო. მისი შებოჭვა სწორედ მის „ნეიტრალიზებაშია“. მონარქი, კონსტანტის მიხედვით, არ უნდა განსაზღვრავდეს პოლიტიკური საქმიანობის დღის წესრიგს.⁵⁵ *pouvoir neutre* – ის კონსტანტისეული იდეა „მომრიგებლის როგორც პრინციპის“ გამოხატულებაა.⁵⁶

⁵⁰ Florian Weber. S. 269.

⁵¹ Lothar Gall. S. 251.

⁵² იქვე. S. 253.

⁵³ Benjamin Constant. გვ. 40.

⁵⁴ იქვე. გვ. 57.

⁵⁵ Jürgen Hartmann. Streiter oder Integrator? Zur aktuellen Rollenbestimmung des Bundespräsidenten im Vergleich mit anderen Staatsoberäuptern. in: Gegenwart Kunde. Zeitschrift für Gesellschaft, Wirtschaft, Politik und Bildung. 43. Jhargang 1994. S. 9.

⁵⁶ Florian Weber. S. 268.

პრესაში და სახელმწიფო ხელისუფლების დაწესებულებებში, მათ შორის პარლამენტებში, ხშირად იყო დასმული კითხვა: რა როლი უნდა შეასრულოს მომავალში მონარქმა?⁵⁷ ეს იყო ის, რაზეც პასუხის გაცემა თეორიულ დასაბუთებას მოითხოვდა. მიუხედავად იმისა, რომ მონარქის მიმართ არსებობდა „სკეპტიკური“ დამოკიდებულება, ის მაინც რჩებოდა, როგორც კონსტიტუციით განსაზღვრული ფუნქციის შემსრულებელი. კონსტანტის უდიდესი დამსახურება ისიცაა, რომ მან მონარქის არსებობის აუცილებლობისათვის ყველაზე მტკიცე და არგუმენტირებული თეორიული საფუძვლები ჩამოაყალიბა. *pouvoir neutre* – ის კატალიზატორის როლი მდგომარეობს იმაში, რომ მას შეუძლია უზრუნველყოს სახელმწიფოს უწყვეტობა და ამ დროს მონარქის როლი განსაკუთრებულია.⁵⁸

კონსტანტის აზრით, *pouvoir neutre* – ის უნდა იყოს „უბრძნესი“ ინსტანცია.⁵⁹ *pouvoir neutre* გონიერი და მიუკერძოებელი შესაძლებელია მხოლოდ მაშინ, როდესაც იგი პოლიტიკურად აქტიურ საქმიანობას არ ეწევა.⁶⁰ კონსტანტის იდეის მთავარი არსი შემდეგშია: ერთი მხრივ, შებოჭოს მონარქის მოჭარბებული ძალაუფლება და, მეორე მხრივ, მონარქისგან გამოიყვანოს ხელისუფლების დამოუკიდებელი, დამაბალანსებელი შტო. აღსანიშნავია ის გარემოება, რომ, თუ აღრე იდეები მონარქის შეზღუდვაში მმართველობის წინააღმდეგ იყო მიმართული, კონსტანტიდან მოყოლებული მონარქი, პირიქით, წარმოდგენილია, როგორც ძალაუფლებათა შუამავალი, რომლის მთავარი ფუნქციაა აღკვეთოს ძალაუფლების ბოროტად გამოყენება. მონარქი საკუთარ სამართლებრივ ტიტულატურას იღებს არა ღვთის წყალობით, არამედ კონსტიტუციის ძალით.⁶¹ შესაბამისად, ის კონსტიტუციითაა შებოჭილი. სწორედ, ამიტომ ამ სისტემას „კონსტიტუციურ მონარქიას“ უწოდებენ.

კონსტანტის მიერ *pouvoir neutre* – ის მოძღვრება, პირველ რიგში, მიზნად ისახავდა ეს ინსტიტუტი წარმოეჩინა როგორც „ძალის“ „შემაკავებელი და გამაწონასწორებელი“. კონსტანტი აღნიშნავდა, რომ ყველა კონსტიტუცია თითქმის უარყოფს *pouvoir neutre* – ის და მთელ ძალაუფლებას პოლიტიკურად აქტიურ ხელისუფლებას მიაკუთვნებს. ამით „შესაძლებელია მივიღოთ როგორც პარლამენტის ტირანია, ისე აღმასრულებელი ხელისუფლების დესპოტია“.⁶² *pouvoir neutre* – ის მოძღვრების არსი იმაში კი არაა, რომ მან სხვა ხელისუფლებები შეცვალოს ან მათ ფუნქციებს დაეუფლოს, არამედ უნდა შეეძლოს მათ ძალაუფლება ჩამოართვას, თუ ისინი მას ბოროტად გამოიყენებენ.⁶³

⁵⁷ Lothar Gall. S. 250.

⁵⁸ Florian Weber. S. 286.

⁵⁹ Karl Doehring. Der “Pouvoir Neutre” und das Grundgesetz. S. 204.

⁶⁰ Juliane Kokott, Der *pouvoir neutre* im Recht der Europäischen Union. in: ZaöRV 69. 2009.S. 276.

⁶¹ Lothar Gall. S. 247.

⁶² Karl Doehring. Der “Pouvoir Neutre” und das Grundgesetz. S. 203.

⁶³ იქვე. S. 203.

კონსტანტის აზრით, სამეფო ხელისუფლება (pouvoir royal) ნეიტრალური ხელისუფლებაა (pouvoir neutre)⁶⁴ და კონსტიტუციურ მონარქიაშია მხოლოდ მისი არსებობა შესაძლებელი. მონარქის მიზანია ხელისუფლებათა კოორდინაცია და ურთიერთშეთანხმება.⁶⁵ კონსტანტი ვრცლად ეხება საკანონმდებლო და აღმასრულებელი ხელისუფლების მიერ ძალაუფლებათა ბოროტად გამოყენების საკითხს. მისი აზრით, სწორედ მონარქს შეუძლია მხოლოდ შეაკავოს ხელისუფლება და არ მისცეს მას თვითნებურად მოქმედების საშუალება. ნეიტრალური ხელისუფლების არსებობა აუცილებელია თავისუფლებისათვის. მეფე ყველაფერზე მაღლა დგას. მისი მიზანია წერსიგისა და თავისუფლების შენარჩუნება. მეფის ყოველგვარი უპირატესობა მაშინ იკარგება, როცა მონარქი დაჰყავთ აღმასრულებელი ხელისუფლების დონემდე, ან როცა აღმასრულებელი ხელისუფლება აჰყავთ მონარქის დონემდე.

კონსტანტი ავითარებს იმ თვალსაზრისს, რომ როგორც აღმასრულებელ, ისე საკანონმდებლო ხელისუფლებას შეუძლია ძალაუფლება ბოროტად გამოიყენოს, ასეთ შემთხვევაში ორივე ხელისუფლება უნდა შეიბოჭოს. ამავდროულად კონსტანტი ირწმუნება, რომ ძალაუფლებათა შებოჭისთვის მხოლოდ ძალაუფლებათა ფრთხილი გამიჯვნა და ორმხრივი კონტროლი არაა საკმარისი, შებოჭვა არც სასამართლოს ჩართვით მიიღწევა. კონსტანტის მიხედვით, როდესაც საზოგადოებაა დასაცავი სამოქალაქო ომისგან, როდესაც პარლამენტსა და მთავრობას შორის კონფლიქტი მწვავედება, როდესაც მოქალაქეთა ბუნებითი უფლებები ირღვევა, უნდა არსებობდეს შუამავალი, მათგან განსხვავებული ინსტანცია, რომელიც უზრუნველყოფს კონსტიტუციურ წერსიგს და დაიცავს თავისუფლებას. ასეთი შტო ხელისუფლებისა, წარმოდგენილია როგორც შუამავალი, ნეიტრალური ძალა ან „დამცავი ძალა“. ამ თვალსაზრისით იგი წერსიგის, კონსტიტუციური უფლებების დამცველია. საფრანგეთის ეროვნული ყრილობის ორგზის პრეზიდენტი სტანისლავ კლერმონტ-ტონნერე (1747-1792) აღნიშნავდა, რომ მონარქი არის “pouvoir regulateur” და ის აღნიშნულ ფუნქციებს ვეტოსა და შეწყალების უფლების გამოყენებით ახორციელებს.⁶⁶ ეს დოქტრინა მისაბაძი აღმოჩნდა რესპუბლიკისთვისაც. 1799 წლის საფრანგეთის კონსტიტუცია აღიარებდა ყრილობას – „Senat conservateur“, რომლის თანახმად, ერთი მხრივ, იგი ხელისუფლებათა მაღლა იდგა, მეორე მხრივ, მას უნდა უზრუნველყო ძალაუფლებათა ბალანსი.⁶⁷

კონსტანტმა შეძლო მონარქის პოზიციისათვის სისტემური ფორმა მიეცა. ბენუამინ კონსტანტიმ ბიძგი მისცა pouvoir neutre – ის ინსტიტუციურ გარდაქმნას, რომელიც კონსტიტუციური არასტაბილურობის შედეგი უფრო იყო.⁶⁸ ამ თვალსაზრისით ის არ იცავს

⁶⁴ Benjamin Constant. გვ. 34.

⁶⁵ Benjamin Constant. გვ. 35.

⁶⁶ Andreas Timmermann. S. 179.

⁶⁷ Lothar Gall. Benjamin Constant. Seine politische Ideenwelt und der deutsche Vormärz. 1963. S. 168.

⁶⁸ Florian Weber. S. 269.

მტკიცედ, ერთი მხრივ, არც „მონარქიულ პრინციპს“ და, მეორე მხრივ, არც მონარქს განიხილავს როგორც დეგრადირებულს უმაღლესი სახელმწიფო მოხელის დონემდე.⁶⁹

კონსტანტისთან *pouvoir neutre* არ მიეკუთვნება პასუხისმგებელ ხელისუფლებას (*responsible government*).⁷⁰ მონარქის ხელშეუხლებლობა და პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლება მისი დამოუკიდებლობისა და მიუკერძოებლობის გარანტია. იმისათვის, რომ მონარქი იყოს ნეიტრალური, ის არავის წინაშე არ უნდა აგებდეს პასუხს და მისი ფიზიკური ხელშეუხლებლობის უფლების დარღვევა არავის არ უნდა შეეძლოს.

კონსტანტი ახდენს *pouvoir neutre* – ის უფლებამოსილებათა იდენტიფიცირებას. აქ საქმე არ ეხება ახალი კომპეტენციების შემოღებას. თავისთავად, კონსტანტის მიერ დაჯგუფებული უფლებამოსილებები ისტორიულად მონარქის დისკრეციულ უფლებამოსილებათა მნიშვნელოვან კატალოგს ქმნიდნენ. ის მონარქის ახალ კომპეტენციებზე არ საუბრობს. ამ თვალსაზრისით კონსტანტის კონცეპტი არაა სიახლე.

კონსტანტის აზრით, ის, რაც *pouvoir neutre* – ის იდეისთვისაა მთავარი და არსებითი, შემდეგია:

- მეფის ხელშეუხლებლობა და პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლება;
- მინისტრების დანიშვნა და გადაყენება;
- აბსოლუტური ვეტოს უფლების გამოყენება;
- პარლამენტის პალატების მოწვევა და დათხოვნა;
- მოსამართლეების დანიშვნა;
- შეწყალების უფლების გამოყენება;
- გადანყვეტილების მიღება ომისა და მშვიდობის საკითხებზე.⁷¹

რაც შეეხება *pouvoir neutre* – ის თვისებებს. კონსტანტის იდეების ანალიზის საფუძველზე, შეიძლება ითქვას, რომ მისთვის ნამდვილი *pouvoir neutre* ღირსეული მონარქია, რომელიც მაღალი მორალური თვისებებითა და ავტორიტეტით უნდა იყოს შემკული.

4. პრეზიდენტი როგორც *pouvoir neutre* (1928 წელი)

კონსტიტუციონალიზმის ერთერთი კლასიკოსი კარლ შმიტი კონსტანტის მოძღვრებას აფასებს და ამბობს, რომ მე-19 საუკუნის კონსტიტუციის ისტორიაში ბენჟამინ კონსტანტის მიერ დამკვიდრებული „განსაკუთრებული მოძღვრება“⁷² არსებითად ბურჟუაზიული

⁶⁹ Lothar Gall. S. 256.

⁷⁰ Karl Doehring. Auf der Suche nach einem die politischen Mächte begrenzenden *pouvoir neutre*. in: ZaöRV 69. 2009.S. 312.

⁷¹ Karlheinz Rode. Die Ausfertigung der Bundesgesetz. Berlin. 1968. S. 71.

⁷² Carl Schmitt. Der Hüter der Verfassung. Fünfte Auflage. Berlin. 2016. S. 132.

სამართლებრივი სახელმწიფოს კონსტიტუციის თეორიას მიეკუთვნება, რომელიც სიტყვასიტყვით იყო ცალკეულ სახელმწიფოთა კონსტიტუციაში რეცეფცირებული.⁷³

კარლს შმიტთან ნეიტრალიტეტის ცნება ერთ-ერთი ცენტრალური თემაა.⁷⁴ *pouvoir neutre* – ის განიხილავს, ჯერ კიდევ, 1928 წელს გამოცემულ წიგნში „*Verfassungslehre*“, რომელიც საკონსტიტუციო სამართლის კლასიკაა. იგი აღნიშნავს, რომ სახელმწიფოს პარტიულ სახელმწიფოდ გარდაქმნის შემდეგ, სახელმწიფო ორგანიზაციის სისტემაში მონარქმა, საკანონმდებლო და აღმასრულებელი ხელისუფლების საპირისპიროდ, განსაკუთრებული ადგილი დაიკავა. ის გახდა *pouvoir neutre*.⁷⁵ მისი აზრით, სამართლებრივი და ლიბერალური კონსტიტუციური მონარქიისათვის ტიპურია, როდესაც მონარქი სხვადასხვა სახელმწიფო ორგანოებ შორის კონფლიქტის დროს მედიატორის, მომრიგებლის, დამბალანსებლის ფუნქციას ასრულებს (*invisible moderateur*). მისთვის მონარქი გეპარტიული, *pouvoir neutre* -ია, რომელიც სახელმწიფოს უწყვეტობას უზრუნველყოფს კრიზისის დროს. ლიბერალური სახელმწიფოს ეს კონსტრუქცია ეკუთვნის კონსტანტს. თუმცა ეს კონცეპტი, როგორც იგი პირველად ამ წიგნში მიუთითებს, უშუალოდ, ასევე საინტერესოა პრეზიდენტისათვის რესპუბლიკურ სახელმწიფოში. შმიტთან ნეიტრალიტეტი პრეზიდენტის ბუნებისათვის დამახასიათებელია. მან მოძღვრება პრეზიდენტის, როგორც *pouvoir neutre* – ის თაობაზე, კიდევ უფრო განავრცო და განავითარა წიგნში: „*Der Hüter der Verfassung*“, რომელიც 1929 გამოაქვეყნა. ამ წიგნში შმიტი ცდილობს გამოკვეთოს პრეზიდენტი როგორც *pouvoir neutre* და კონსტიტუციის ქომაგი.

კარლ შმიტი მონარქისა და პრეზიდენტის სამართლებრივი კონსტრუქციების შედარებით ანალიზს ახდენს. იგი ცდილობს *pouvoir neutre* – ის კონცეპტი პრეზიდენტის სამართლებრივ სამოსელს მოარგოს და დასძენს, რომ საპარლამენტო მონარქიებში – მონარქი, ხოლო საპარლამენტო რესპუბლიკებში კი პრეზიდენტი *pouvoir neutre* – ის მატარებელია. ამ მხრივ შმიტის აზრი სიახლეა. თუმცა, საკითხის ანალიზი გვიჩვენებს, რომ ის არ იზიარებს კონსტანტისეულ თეორიას. სახელდობრ, შმიტისთვის მიუღებელია, მონარქი, როგორც ხელისუფლების სისტემაში ზემდგომი ორგანო და მიიჩნევს, რომ რესპუბლიკებში *pouvoir neutre* – ის არსი სხვაა. პრეზიდენტი ხელისუფლების დანარჩენ შტოებთან ერთად თანასწორ მდგომარეობას უნდა იკავებდეს და ის არ უნდა იდგეს მაღლა.⁷⁶ იგი უნდა იყოს განსაკუთრებული უფლებამოსილებითა და ზემოქმედების შესაძლებლობებით აღჭურვილი. პრეზიდენტი უნდა ჩამოყალიბდეს, როგორც ინსტიტუტი, რომელიც უზრუნველყოფს ხელისუფლების შტოებს შორის ფუნქციურ

⁷³ იქვე. S. 133.

⁷⁴ Florian Weber. S. 273.

⁷⁵ Carl Schmitt. *Verfassungslehre*. Zehnte Auflage. Berlin. 2010. S. 287.

⁷⁶ Carl Schmitt. *Der Hüter der Verfassung*. Fünfte Auflage. S. 132. ამის შესახებ ასევე იხ. ჰანს კელზენის მოსაზრება, რომელიც საუბრობს შმიტის თვალსაზრისზე, რომ პრეზიდენტი არ უნდა იდგეს სხვა სახელისუფლებო შტოზე მაღლა (Hans Kelsen. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* Berlin-Grünwald. Dr. Walther Rothschild. 1931.).

უნარიანობას და კონსტიტუციის დაცვას. პრეზიდენტმა ხელი უნდა შეუწყოს ხელისუფლების შტოთა თანამშრომლობას და მათ შორის ბალანს.⁷⁷ ძალაუფლებათა გამიჯვნის „ახალი“ მოდელის მიხედვით, პრეზიდენტი უნდა ყოფილიყო მთავრობასა და ოპოზიციას შორის შუამავალი. ყოველ შემთხვევაში ამ იდეას ავითარებდა პეტერ პერნტჰალერი.⁷⁸

კარლ შმიტის თვალსაზრისით, ვაიმარის კონსტიტუციით, პრეზიდენტია სწორედ ნეიტრალური, შუამავალი და დამცველი ხელისუფალი.⁷⁹ მისი აზრით, შესაბამისი კონსტიტუციური უფლებამოსილებები, რომლითაც ზოგადად აღჭურვილია სახელმწიფოს მეთაური მონარქიაში (თანამდებობებზე დანიშვნა, შეწყალების უფლება, კანონების დამტკიცება და სხვა) და რომლებზეც ამხვილებს ყურადღებას კონსტანტი, დღევანდელი პრეზიდენტის უფლებამოსილებების ტიპური კატალოგია. შმიტის აზრით, ვაიმარის კონსტიტუციის მიხედვით, პრეზიდენტმა მის მიერ დაკავებული პოზიციას, სწორედ *pouvoir neutre* – ის მოძღვრების მიხედვით მიიღო.⁸⁰

შმიტისთვის პრეზიდენტი, როგორც *pouvoir neutre*, კონსტიტუციის ქომაგია. ამ საკითხზე მსჯელობისას, რასაკვირველია, იგი კონსტანტის კონცეპტის არსიდან ამოდის, რომლის მიხედვით, მონარქი სამართლისა და კანონის დამცველია. ეს თვალსაზრისი დღეს ინტერესმოკლებულია იმდენად, რამდენადაც კონსტიტუციის დაცვა და მისი ნორმების ცხოვრებაში განხორციელება თითოეული სუბიექტის ვალდებულებაა. გარდა ამისა, კონსტიტუციას და მის უზენაესობას იცავს საკონსტიტუციო სასამართლო, რომლის გადანყვეტილება თვით პრეზიდენტისთვისაც სავალდებულოა.

პრეზიდენტის ნეიტრალურ ბუნებას არაერთხელ შეეხო გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო, თუმცა ამ საკითხზე მსჯელობის დროს საკონსტიტუციო კონტროლის უმაღლესი ორგანო ფრთხილია. ფედერალურ პრეზიდენტს ის პირდაპირ არ უწოდებს *pouvoir neutre* – ის, რამდენადაც პრეზიდენტი ორიენტირებულია მეტადრე „ნეიტრალური ფედერალური პრეზიდენტისკენ“.⁸¹ როგორც ჩანს, ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო გერმანიის საკონსტიტუციო დოგმატიკის სულისკვეთებას მისდევს, რომლის მიხედვით, გერმანიის ფედერალური პრეზიდენტი, უმეტესწილად, არაა აღიარებული როგორც *pouvoir neutre*. გერმანიაში ამ საკითხს არაერთი დისერტაცია თუ მონოგრაფია მიეძღვნა – ფედერალური პრეზიდენტის ფუნქციები მრავალმხრივად შესწავლილი და უმეტესად უარყოფილია იგი როგორც *pouvoir neutre*.⁸²

⁷⁷ Carl Schmitt. Der Hüter der Verfassung. S. 132.

⁷⁸ Peter Perenthaler. Das Staatsoberhaupt in der parlamentarischen Demokratie. 1967. S. 140.

⁷⁹ Carl Schmitt. Der Hüter der Verfassung. S. 137.

⁸⁰ იქვე. S. 141.

⁸¹ BverfGE – 2 BVE 4/13.

⁸² Christoph Degenhart. Staatsrecht I. 2007. S. 271.

თეორიული და პრაქტიკული თვალსაზრისით დღემდე არავის არ შემოუთავაზებია დასაბუთებული მოსაზრება საპარლამენტო დემოკრატიების პოლიტიკურ სისტემაში პრეზიდენტის სამართლებრივი სტატუსის თაობაზე. სამწუხაროდ, რთული ამოცანაა ამ საკითხის გადაჭრა. საკონსტიტუციო თეორია და დოგმატიკა დღემდე უძლურია ამ პრობლემის წინაშე.

5. საკონსტიტუციო სასამართლო როგორც *pouvoir neutre* (1962 წელი)

ა) კონსტიტუციის დაცვა როგორც კლასიკური კონსტიტუციონალიზმის არსის გამომხატველი

კონსტიტუციის დაცვის საკითხის კვლევა მე-19 საუკუნის საკონსტიტუციო სამართლის დოქტრინაში ისეთივე აქტუალური იყო, როგორც მონარქიის ან სუვერენიტეტის პრინციპი. მომდევნო საუკუნეში ამ თემის შესწავლაში დიდი წვლილი შეიტანეს კარლ შმიტმა და ჰანს კელზენმა. შმიტმა საკუთარი შეხედულებები წარმოადგინა 1929 წელს გამოცემულ წიგნში: „კონსტიტუციის ქომაგი“, ⁸³ ხოლო კელზენმა ამ თემას 1931 წელს მონოგრაფია მიუძღვნა: „ვინ უნდა იყოს კონსტიტუციის ქომაგი?“. ⁸⁴ კელზენის განმარტებით, კონსტიტუციის დაცვა ნიშნავს მის დაცვას ხელყოფისაგან. ⁸⁵ მთელი მე-19 საუკუნის განმავლობაში „მონარქიული პრინციპისკენ“ ორიენტირებული საკონსტიტუციო თეორია კონსტიტუციის დამცველად მონარქს მიიჩნევდა. ამ თეზას ავითარებდა კარლ შმიტი და აღნიშნავდა, რომ რესპუბლიკურ სახელმწიფოში კონსტიტუციის უპირველესი ქომაგი სახელმწიფოს მეთაური – პრეზიდენტია. კელზენი გარკვეულწილად უპირისპირდება ამ დოქტრინას და აღნიშნავს, რომ კონსტიტუციის გარანტი დამოუკიდებელი – საკონსტიტუციო სასამართლო უნდა იყოს. ⁸⁶ ეს მოსაზრება ახლოსაა სიეისის იდეასთან „საკონსტიტუციო უიურის“ შესახებ. დღეს კელზენისულ თეორიას ალტერნატივა არ გააჩნია: პრაქტიკამ გვიჩვენა, რომ ვერცერთი სახელისუფლებო ორგანო ვერ იცავს კონსტიტუციის უზენაესობას ისე, როგორც საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების ორგანოები.

მე-18 და მე-19 საუკუნეების საკონსტიტუციო იდეების ისტორიის კარგად დაკვირვება დასკვნების გაკეთების საშუალებას იძლევა. საკონსტიტუციო სასამართლოს როგორც *pouvoir neutre* – ის კონცეპტი არ უნდა იყოს ახალი და მისი ფესვები სიეისის დოქტრინაში უნდა ვეძიოთ. ისტორიული თვალსაზრისით, ჩვენ შეგვიძლია, ასევე დავიმომხმოთ კონსტანტის თანამედროვის ალექსანდრ ჰამილტონის (1755-1804) „ფედერალისტური წერილებიდან“ მისი კონცეპტი სასამართლოს მეშვეობით (“judicial review”) სამართლებრივი აქტების კონსტიტუციური კონტროლის თაობაზე, რომელიც სამეცნიერო

⁸³ Der Hüter der Verfassung.

⁸⁴ Wer soll der Hüter der Verfassung sein?

⁸⁵ Hans Kelsen. S. 5.

⁸⁶ იქვე. S. 12.

ლიტერატურაში ცნობილია, როგორც *pouvoir neutre* – ის ამერიკული ვერსია.⁸⁷ ჰამილტონის აზრით, ძალაუფლებათა შეკავება და კოორდინაცია უმჯობესია იმ ძალამ განახორციელოს, რომელიც უფრო სუსტი და ნაკლებად საშიშია, ვიდრე აღმასრულებელი და საკანონმდებლო ხელისუფლება.⁸⁸ კონსტანტის შემთხვევაში ესაა სამეფო გვირგვინის (*pouvoir royal*), ხოლო ჰამილტონთან სასამართლო ხელისუფლება.⁸⁹ სიეისისა და ჰამილტონის კონცეპტის განვითარება სცადა მე-20 საუკუნის 60-იან წლებში გერმანელმა კარლ დოეჰრინგმა.

pouvoir neutre – ის პოლიტიკურიდან სამოსამართლო სივრცეში გადასვლის მცდელობის საკითხი თეორიული მსჯელობის საგანია და მას მრავალი მეცნიერი შეეხო. კონსტანტიდან მოყოლებული თეორეტიკოსები ასაბუთებენ, რომ *pouvoir neutre* შესაძლებელია არსებობდეს მხოლოდ პოლიტიკური ხელისუფლების სისტემაში. კონსტანტი *pouvoir neutre* – ის სასამართლო ხელისუფლებას არ მიაკუთვნებს.⁹⁰ თავიდანვე არც ფედერალურ საკონსტიტუციო სასამართლოს განიხილავდნენ როგორც *pouvoir neutre* – ის.⁹¹ სასამართლოს როგორც *pouvoir neutre* – ის წინააღმდეგ მთავარი არგუმენტი მაინც ისაა, რომ სასამართლოს უფლებამოსილება არ გააჩნია საკუთარი ინიციატივით იმოქმედოს.⁹²

სამოსამართლო საქმიანობა მოითხოვს ნეიტრალიტეტს.⁹³ მოსამართლე შემოქმედებით საქმიანობას ეწევა, განსაკუთრებით სამართლის კონკრეტიზაციისა და ჩამოყალიბების პროცესში.⁹⁴ ხშირად მართლმსაჯულების ორგანოები თვითონ აღიარებენ საკუთარ თავს როგორც ნეიტრალურ ორგანოდ. გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო აღნიშნავს, რომ ინსტიტუციურად დამოუკიდებელი და ნეიტრალური სასამართლო ხელისუფლება კონსტიტუციის შინაგანი ბუნებიდან გამომდინარეობს.⁹⁵

ბ) კარლ დოეჰრინგი და ძალაუფლების „მეოთხე“ შტო

pouvoir neutre – ის კონსტანტისეული დოქტრინა განავითარა სამართლის პროფესორმა კარლ დოეჰრინგმა (1919-2011), რომელიც საყოველთაოდ აღიარებული გერმანელი მეცნიერის ერნსტ ფორშტოფის (Ernst Forsthoff (1902-1974) სტუდენტი იყო. დოეჰრინგი ჰაიდელბერგის უნივერსიტეტში მოღვაწეობდა. მისი ავტორობით 1964 წელს გამოქვეყნდა სტატია: „*pouvoir neutre* და ძირითადი კანონი“.⁹⁶ დოეჰრინგს ეს საკითხი მოხსენების სახით

⁸⁷ Mattias Herdegen. Verfassungsgerichtbarkeit als *pouvoir neutre*. in: ZaöRV 69. 2009.S. 265.

⁸⁸ იქვე. S. 265.

⁸⁹ Mattias Herdegen. S. 265.

⁹⁰ Juliane Kokott, S. 282.

⁹¹ H. Lehne. Der Bundespräsident als neutrale Gewalt nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland. 1960. S. 200.

⁹² Juliane Kokott. S. 283.

⁹³ BverfGE – 2 BVE 780/16.

⁹⁴ BverfGE – 2 BVE 780/16.

⁹⁵ BverfGE – 2 BVE 780/16.

⁹⁶ Karl Doehring. Der “*Pouvoir Neutre*” und das Grundgesetz. S. 201-2018.

წარდგენილი ჰქონდა 1962 წლის 10 დეკემბერს ჰაიდელბერგის უნივერსიტეტში.⁹⁷ იგი ვრცლად შეეხო კონსტანტის იდეას. მის შეხედულებას „საინტერესო აზრს“ უწოდებს და დასძენს, რომ კონსტანტის მიერ დამკვიდრებული ცნება – “pouvoir neutre“ – ყოველი კონსტიტუციის შემუშავების პროცესში თეორიული განსჯის საგანი იყო.⁹⁸ დოეჰრინგმა თავისი ნაშრომით ამ საკითხის ირგვლივ დისკუსია კვლავ გამოაცოცხლა.⁹⁹ სწორედ მისი დამსახურებაა, რომ უკვე დიდი ხანია სამეცნიერო ლიტერატურაში საკონსტიტუციო სასამართლოს „მეოთხე ძალას“ უწოდებენ.¹⁰⁰ დოეჰრინგთან pouvoir neutre სწორედ ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოა.¹⁰¹ მის თეზას და არგუმენტაციას უშუალოდ კონსტიტუციურად ფუნქციონალური წესრიგისკენ მივყავართ.¹⁰²

2009 წლის 20 მარტს სამეცნიერო კოლოქვიუმი – „Pouvoir neutre ეროვნულ და საერთაშორისო სამართალში“ – მიეძღვნა კარლ დოეჰრინგის დაბადებიდან 90 – ე წლისთავს ჰაიდელბერგის საჯარო სამართლისა და საერთაშორისო სამართლის მაქს-პლანკის ინსტიტუტში. დისკუსიის ფარგლებში, კიდევ ერთხელ, ხაზი გაესვა pouvoir neutre – ის მნიშვნელობას ეროვნული და საერთაშორისო სამართლისათვის. წარმოდგენილმა სამეცნიერო მოხსენებებმა სრულიად ახლებურად წარმოაჩინა ამ ინსტიტუტის როლი და ფუნქციები სახელმწიფოებრივ ცხოვრებაში. კოლოქვიუმის შედეგები ასახულია მაქს-პლანკის ინსტიტუტის გამოცემაში.¹⁰³ საინტერესოა ის ფაქტი, რომ დოეჰრინგი ამ კოლოქვიუმში თვითონაც მონაწილეობდა და კვლავ საინტერესო მოსაზრებები აქვს გამოთქმული.¹⁰⁴ საიუბილეო სამეცნიერო შეხვედრამ ახალი იმპულსი მისცა დისკუსიას pouvoir neutre – ის თაობაზე. საინტერესო იყო: ტორსტენ შტაინის¹⁰⁵ („ფედერალური პრეზიდენტი როგორც pouvoir neutre“?), მათიას ჰერდგენის¹⁰⁶ („საკონსტიტუციო სასამართლო როგორც pouvoir neutre“), კეი ჰაილბრონნერის¹⁰⁷ („საჯარო სამსახური როგორც pouvoir neutre“), ჯულიანე კოკოტის¹⁰⁸ („pouvoir neutre ევროპული კავშირის სამართალში“) და გეორგ რესის¹⁰⁹ („ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო როგორც pouvoir neutre“) მოხსენებები, რომლებიც წინამდებარე სტატიის ბიბლიოგრაფიის განუყოფელი ნაწილია.

⁹⁷ Torsten Stein. Der Bundespräsident als “pouvoir neutre”?. in: ZaöRV 69. 2009.S. 249.

⁹⁸ Karl Doehring. Der “Pouvoir Neutre” und das Grundgesetz. in: S. 201.

⁹⁹ Mattias Herdegen. S. 257.

¹⁰⁰ მაგ. ამის შესახებ იხ. Peter Häberle. Verfassungsgerichtbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft. Recht aus Rezensionen Verfassungsgerichtbarkeit als politische Kraft. Zwei Studien. 1980. S. 61. Karl Doehring. Auf der Suche nach einem die politischen Mächte begrenzenden pouvoir neutre. in: ZaöRV 69. 2009.S. 312.

¹⁰¹ Mattias Herdegen. S. 259.

¹⁰² იქვე. S. 258.

¹⁰³ ZaöRV 69 (Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht). 2009.

¹⁰⁴ Karl Doehring. Auf der Suche nach einem die politischen Mächte begrenzenden pouvoir neutre.S. 311-315.

¹⁰⁵ ზაარლანდიის უნივერსიტეტის ევროპა-ინსტიტუტის დირექტორი.

¹⁰⁶ ბონის უნივერსიტეტის საერთაშორისო სამართლისა და საჯარო სამართლის ინსტიტუტის დირექტორი.

¹⁰⁷ კონსტანცის უნივერსიტეტის პროფესორი.

¹⁰⁸ EuGH – ს გენერალური ადვოკატი.

¹⁰⁹ ზაარლანდიის უნივერსიტეტის ემერიტუსი, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს ყოფილი მოსამართლე.

გ) საკონსტიტუციო სასამართლო როგორც პოლიტიკური საპირწონე

მე-19 საუკუნიდან მოყოლებული თეორეტიკოსთა ნაწილი კონსტიტუციებში *pouvoir neutre* – ის ძიებაშია. დოეჰრინგის აზრით კი, მხედველობაში მიიღება ორი ძალა: ფედერალური პრეზიდენტი და ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო.¹¹⁰ ფედერალური პრეზიდენტი აღჭურვილია უმნიშვნელო უფლებამოსილებებით, ხოლო საკონსტიტუციო სასამართლო, პირიქით, წარმოდგენილია ძლიერი კომპეტენციებით, როგორც მართლმსაჯულების ორგანო.¹¹¹

დოეჰრინგი ანალიზებს კონსტანტის კონცეპტს დავების მონესრიგების სამართლებრივი მექანიზმების თაობაზე. ის ახდენს კონსტანტის იდეის კონსტატაციას: „ყოველი *pouvoir neutre*, რომელიც მოქალაქეთა დავებს განიხილავს და იცავს მათ, არის სასამართლო. მსგავს ფუნქციას ახორციელებს მეფე, როგორც *pouvoir neutre* საკანონმდებლო და აღმასრულებელ ხელისუფლებათა შორის კონფლიქტისას“. ამ გამიჯვნას იზიარებს დოეჰრინგი, მაგრამ შეაქვს სერიოზული კორექტივი. სამეფო ხელისუფლების ნაცვლად მისთვის *pouvoir neutre* საკონსტიტუციო სასამართლოა. ფაქტია, რომ იგი მკვეთრად მიჯნავს საერთო და საკონსტიტუციო სასამართლოთა იურისდიქციას. დოეჰრინგს საკონსტიტუციო სასამართლო გამოყავს ძალაუფლებათა „მესამე“ სისტემიდან და მას ხელისუფლების ორგანიზაციაში „მეოთხე“ ადგილს მიაკუთვნებს. აქ ის წარმოადგენს *pouvoir neutre* – ის.

საკონსტიტუციო სასამართლო ჩვეულებრივი „სასამართლო“ კი არაა, არამედ „პოლიტიკური არბიტრია“.¹¹² დოეჰრინგის პოზიციები კიდევ უფრო მეტადაა განმტკიცებული შემდეგი პერიოდის სამეცნიერო პუბლიკაციებში. ჰერდეგენის აზრით, საკანონმდებლო და აღმასრულებელი ძალის შებოჭვა და შეკავება, აგრეთვე ძალაუფლებათა ბალანსირების უზრუნველყოფა საკონსტიტუციო სასამართლოს ხდის *pouvoir neutre* – ის.¹¹³ დოეჰრინგთან ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო, როგორც *pouvoir neutre*, უფრო მეტია, ვიდრე სასამართლო ხელისუფლება, რომელსაც შეუძლია „აქტიურ პოლიტიკურ ძალებ შორის დაძაბულობის მართვა და, ან ამ დაძაბულობის განმუხტვა“.¹¹⁴ საკონსტიტუციო სასამართლოს ეს სტატუსი კვალიფიცირებულია, როგორც „პოლიტიკური მოსამართლე“.¹¹⁵ საკონსტიტუციო სასამართლო მართლმსაჯულების ნეიტრალური და დამოუკიდებელი ორგანოა.¹¹⁶ მას შეუძლია პოლიტიკური კონფლიქტები

¹¹⁰ Oliver W. Lembcke. Institutionalisation eines *pouvoir neutre*? Oder: Wie Hegel aus dem Klumpen einen Knoten machte. in: Recht, Staat und Politik beim frühere Hegel. Michael Henkel (Hrsg). Berlin. 2002. შ. 115.

¹¹¹ Karl Doehring. Der „*Pouvoir Neutre*“ und das Grundgesetz. S. 201.

¹¹² იქვე. S. 218.

¹¹³ Matthias Herdegen. S. 264.

¹¹⁴ Georg Ress. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrecht als *pouvoir neutre*. in: ZaöRV 69. 2009. S. 290.

¹¹⁵ იქვე.

¹¹⁶ Bernd Wieser. Vergleichendes Verfassungsrecht. 2005. S. 118.

სამართლებრივ კონფლიქტებად აქციოს, რაც მისი საკონსტიტუციო და პოლიტიკური უპირატესობაა.¹¹⁷

დოეჰრინგი *pouvoir neutre* – ის პოლიტიკურ და სამართლებრივ კომპეტენციებს განსაზღვრავს.¹¹⁸ საკონსტიტუციო სასამართლოს, როგორც *pouvoir neutre* – ის როლი, უპირველეს ყოვლისა, ვლინდება შემდეგ ფუნქციებში: საკონსტიტუციო სასამართლოს შეუძლია მოაწესრიგოს კონფლიქტები ბუნდესტაგს შიგნით. კერძოდ, კონფლიქტები ფრაქციებს, უმცირესობასა და უმრავლესობას, ფედერაციასა და მიწებს, ინდივიდებსა და კანონმდებელს შორის.¹¹⁹ დოეჰრინგთან საკონსტიტუციო სასამართლოს საარბიტრაჟო (საშუამავლო) ფუნქცია უკვე ეჭვს არ იწვევს.¹²⁰ იგი ითვალისწინებს სამართლებრივთან ერთად საკონსტიტუციო სასამართლოს პოლიტიკურ მნიშვნელობასაც. ხაზგასმით აღნიშნავს, რომ ის ნაწილობრივ, როგორც სამართლებრივი, ასევე პოლიტიკური ბუნებისაა.¹²¹ საკონსტიტუციო სასამართლოს „დუალისტური“ ხასიათი ხშირად მეცნიერებს უბიძგებს უარყონ იგი, როგორც *pouvoir neutre*. საფრთხე მაშინ დგება, როდესაც საკონსტიტუციო სასამართლოს გადანყვეტილება სხვაა, ვიდრე სამართლებრივი.¹²² თანამედროვე თეორიაში მიჯნავენ *pouvoir neutre* – ის და კონსტიტუციის დაცვის ფუნქციას (კონსტიტუციის დამცველს). *pouvoir neutre* დაკავშირებულია მხოლოდ ფუნქციონალური წესრიგის უზრუნველყოფასთან, მაშინ როდესაც კონსტიტუციის დამცველი (საკონსტიტუციო სასამართლო) მოიცავს მთლიანად პოლიტიკურ ცხოვრებას. საკონსტიტუციო სასამართლოს, მისი „შემოქმედებითი“ ბუნებიდან გამომდინარე, ზოგჯერ “*pouvoir createur*”-საც უწოდებენ.¹²³ საკონსტიტუციო სასამართლოს არსის გათვალისწინებით, შეუძლებელია მისი აბსოლუტური გამიჯვნა პოლიტიკური პროცესებისგან. ის საქმიანობს კონსტიტუციის მიხედვით და, ამავე დროს, პოლიტიკური პროცესების მონაწილეა,¹²⁴ ვინაიდან საკონსტიტუციო სასამართლოს საგანი პოლიტიკური საზოგადოების კონსტიტუციაა.¹²⁵ იგი მოქმედებს როგორც იურიდიული და როგორც პოლიტიკური ძალა.¹²⁶ თუმცა არსებობს მოსაზრება, რომლის თანახმად საკონსტიტუციო სასამართლო უფრო მეტია, ვიდრე პოლიტიკური კულტურის ანარეკლი.¹²⁷ ბევრი საუბრობს იმაზე, რომ საკონსტიტუციო სასამართლო, პოლიტიკური თვალსაზრისით, ცდება გარკვეულ ზღვარს, თუმცა დღემდე არავინ არ გვთავაზობს სამართლისა და პოლიტიკის გამიჯვნის მკაფიო კრიტერიუმებს.¹²⁸ წარმოუდგენელია მსოფლიოში აღიარებული საკონსტიტუციო

¹¹⁷ იქვე. S. 118.

¹¹⁸ Juliane Kokott. S. 277.

¹¹⁹ Karl Doehring. S. 213.

¹²⁰ იქვე.

¹²¹ Karl Doehring. S. 212.

¹²² Oliver W. Lembcke. S. 116.

¹²³ იქვე. S. 117.

¹²⁴ Peter Häberle. S. 59.

¹²⁵ იქვე.

¹²⁶ იქვე. S. 63.

¹²⁷ Theo Stammen. წიტირებულია: Peter Häberle. S. 64.

¹²⁸ იქვე.

სასამართლო, როგორც გერმანიის ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო (BverfGE), ჩვეულებრივ სასამართლოთა სისტემაში მოიაზრებოდა. ის „გესასამართლო“ ინსტანციაა. საკონსტიტუციო სასამართლო თავისი საკონსტიტუციო სტატუსით, უფლება-მოსილებებით, უაღრესად მაღალი ავტორიტეტით ბევრად აღემატება ჩვეულებრივ სასამართლოებს.

თუმცა, *pouvoir neutre* – ის საკითხი გადაუჭრელი რჩება იმ ქვეყნებისათვის, რომლებიც საკონსტიტუციო კონტროლის ფუნქციას საერთო სასამართლოებს აკისრებს. ეს ის სისტემებია, სადაც საკონსტიტუციო კონტროლი კვლავ ე. წ. „მესამე“ ხელისუფლების სისტემაში არსებობენ.

პრაქტიკული და გადამწყვეტი მნიშვნელობა აქვს საკონსტიტუციო სასამართლოს წევრთა განწესების საკითხს.¹²⁹ პოლიტიკური ხელისუფლების მიერ საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლეთა განწესება, ხშირად, საფრთხეს უქმნის სასამართლოს მიუმხრომლობის პრინციპს. ამის მაგალითი უამრავია. მსგავსი პრობლემის წინაშე დგანან საპარლამენტო დემოკრატიები, სადაც ხშირია პრეზიდენტის არჩევა საპარლამენტო ან სხვა არაპირდაპირი წესით. ამ სისტემებში „პოლიტიზირებული“ პრეზიდენტის არჩევის რისკი დიდია, რაც, თავისთავად, *pouvoir neutre* – ის იდეას ეწინააღმდეგება.

6. *Pouvoir neutre* საერთაშორისო სამართალში

ა) *Pouvoir neutre* როგორც საერთაშორისო სამართლებრივი კონცეპტი

საერთაშორისო სამართალი, ევროპული სამართლის ჩათვლით, ეროვნული სამართალით, მისი მიღწევებით იკვებება. ამის გამოხატულებაა, თუნდაც ევროკავშირის კონსტიტუციური მმართველობის სისტემა,¹³⁰ რომლისთვისაც ძალაუფლებათა გამიჯნის ის პრინციპია დამახასიათებელი, რომელსაც სახელმწიფოს პოლიტიკური ორგანიზაცია ეფუძნება. ამ თვალსაზრისით, განსაკუთრებით აღსანიშნავია ევროპის კავშირის მიერ რამდენიმე წლის წინ „ევროპული კონსტიტუციის“ მიღების მცდელობა. სხვა მაგალითებიც უამრავია.

pouvoir neutre – ის ცნება თანდათანობით მკვიდრდება ევროპულ სამართალში. იგი უკვე საერთაშორისო სამართლებრივი ცნება გახდა. წლების წინ *pouvoir neutre* – ის საკითხი ევროპულ სამართალში არ ყოფილა თეორიული განსჯის საგანი. ამიტომ ეს თემა ევროპის კავშირისთვის ახალია.¹³¹ *pouvoir neutre* სახელმწიფო-თეორიული კონცეპტია,¹³²

¹²⁹ Karl Doehring. Der “Pouvoir Neutre” und das Grundgesetz. S. 218.

¹³⁰ გიორგი ალასანია. ევროკავშირის მმართველობის კონსტიტუციური პრინციპები. 2013.

¹³¹ Juliane Kokott. S. 276.

¹³² იქვე. S. 276.

ხოლო ევროპის კავშირი არაა სახელმწიფო, შესაბამისად, შესაძლებელია თუ არა იგი არსებობდეს საერთაშორისო საჯარო სამართლის სისტემაში? ევროკავშირის სამართალი *pouvoir neutre* – ის პოლიტიკური ფუნქციების იდენტიფიცირების თვალსაზრისით, სირთულეებს წააწყდა.¹³³ ამა თუ იმ სისტემაში ნეიტრალური ძალის არსებობის დასადგენად აუცილებელია მისი ფუნქციების განსაზღვრა.

ბ) EuGH როგორც *pouvoir neutre*

საკითხი იმის თაობაზე, არის თუ არა მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლო *pouvoir neutre*, სადავოა. ამ თემის ირგვლივ მიდგომაც დუალისტურია. პრობლემა, თავისთავად, აქტუალურია. დასამოწმებლად საკმარისია ემანუელ იონესკუს წიგნიდან ერთ-ერთი ქვესათაური: „ევროპული სასამართლო როგორც *pouvoir neutre*“.¹³⁴

საკონსტიტუციო სამართლის თეორიაში ამ საკითხს პირველად კოკოტი შეეხო. მან სასამართლოს ის ფუნქციები დააჯგუფა, რომლებიც ნეიტრალური ძალისთვისაა დამახასიათებელი: ინსტიტუციური, ინდივიდუალური, წევრ-სახელმწიფოებს შორის, წევრ-სახელმწიფოებსა და გაერთიანებას შორის დავები. EuGH შეუძლია პირდაპირ და არაპირდაპირ მოაწესრიგოს გაერთიანების საკანონმდებლო და აღმასრულებელ ორგანოთა შორის კონფლიქტები და ამით შეასრულოს *pouvoir neutre* – ის როლი.¹³⁵ საბოლოოდ, იგი ასკვნის, რომ EuGH შეიძლება იყოს *pouvoir neutre*.¹³⁶ კოკოტი ევროპულ სივრცეში სხვა *pouvoir neutre* – ის, გარდა EuGH – სა, არ იცნობს.¹³⁷

დოჰერინგი კოკოტის ამ პოზიციას ბოლომდე არ იზიარებს და დასძენს, რომ ორგანოებს შორის დავის შემთხვევაში მართლმსაჯულების ევროპულმა სასამართლომ (EuGH) შეიძლება დაიკავოს *pouvoir neutre* – ის პოზიცია, მაგრამ კავშირსა და წევრ-სახელმწიფოებს შორის დავებისას, ძნელი წარმოსადგენია სასამართლომ ნამდვილად შეინარჩუნოს ნეიტრალიტეტი. სახელმწიფოები ხელშეკრულებით არიან ერთმანეთთან მჭიდროდ დაკავშირებული. სასამართლო ვერ გაეცევა ვალდებულებას, გაითვალისწინოს ხელშეკრულების მიზნები. ასეთ დროს სასამართლო ნამდვილად შეიძლება იყოს მიუკერძოებელი?¹³⁸

გ) EGMR როგორც *pouvoir neutre*

თუ EuGH შემთხვევაში შეიძლება ეჭვს იწვევდეს მისი, როგორც *pouvoir neutre* – ის როლი და ფუნქცია, განსხვავებულია სიტუაცია ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს

¹³³ იქვე. S. 277.

¹³⁴ Emanuel G. Ionescu. Innerstaatliche Wirkungen des Vertragsverletzungsverfahrens. Tübingen. 2016. S. 85.

¹³⁵ Juliane Kokott. S. 285.

¹³⁶ იქვე. S. 288.

¹³⁷ იქვე.

¹³⁸ Karl Doehring. Auf der Suche nach einem die politischen Mächte begrenzenden *pouvoir neutre*. S. 314.

(EGMR) მიმართ. მისი ვალდებულებაა ინდივიდის მიუკერძოებლად დაცვა. სასამართლო ინდივიდსა და წევრ-სახელმწიფოს შორის დავისას უნდა გამოიყენოს კონვენციის დებულებები, პოლიტიკურად განსხვავებული შეხედულებების მიუხედავად.¹³⁹ ამ მხრივ ყოველთვის წარმატების მიღწევა რთულია, მაგრამ მიზანი კი რჩება უცვლელი. ნეიტრალიტეტს, როგორც საკონსტიტუციო სასამართლოების შემთხვევაში, საფრთხეები აქვს ემუქრება.¹⁴⁰ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს ნეიტრალური ბუნების შესანარჩუნებლად საჭიროა როგორც მოსამართლეთა დამოუკიდებლობის უზრუნველყოფა, ასევე მისი ინსტიტუციური დამოუკიდებლობის განმტკიცება.¹⁴¹

თუ სახელმწიფოში კონსტანტის მოძღვრებისთვის გადამწყვეტი კრიტერიუმია მოაწესრიგოს ფუნდამენტური კონფლიქტები სახელმწიფო ხელისუფლების შტოებს შორის, საერთაშორისო ურთიერთობებში კი სახელმწიფოებსა და, ასევე სახელმწიფოებსა და ინდივიდებს შორის კონფლიქტებისას სასამართლო როგორც *pouvoir neutre* უნდა ფლობდეს მსგავს ფუნქციას,¹⁴² როგორც არბიტრი.¹⁴³ ამ შედარებიდან გამომდინარე, ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო მოიაზრება, როგორც „ევროპული საკონსტიტუციო სასამართლო“ სახეობა¹⁴⁴ და დემოკრატიული წყობილების ბენაცონალური გარანტი.¹⁴⁵

II. *Pouvoir neutre* და კონსტიტუციონალიზმი

ერთ-ერთი მოტივი, რამაც კონსტანტს საკუთარი მოძღვრების ჩამოყალიბებისაკენ უბიძგა, კონსტიტუციებში ნეიტრალური ძალის არარსებობა იყო.¹⁴⁶ თანამედროვე პოლიტიკურ სისტემებში, სადაც საკონსტიტუციო მოდელეები წარმოიშობა, შემოთავაზებულია *pouvoir neutre* – ის საკითხი.¹⁴⁷

კონსტიტუციონალიზმში ყველა ინსტიტუციას თავისი ისტორია აქვს. ამ მხრივ არც კონსტანტის მოძღვრებაა გამონაკლისი. ნიშანდობლივია ის გარემოება, რომ *pouvoir neutre* არ დარჩა როგორც მხოლოდ იდეა, ის გასცდა კონსტანტის შრომების ფარგლებს და მე-19 საუკუნიდან მოყოლებული ცალკეული კონსტიტუციის შთაგონების წყაროდ იქცა. კონსტანტისეულმა იდეამ კონსტიტუციურ ნორმებში შეისხა ხორცი. *pouvoir neutre* – ის მოძღვრება განსაკუთრებით მიმზიდველობით სარგებლობდა გერმანიაში.¹⁴⁸

¹³⁹ იქვე.

¹⁴⁰ იქვე.

¹⁴¹ Georg Ress. S. 308.

¹⁴² Georg Ress. S. 300.

¹⁴³ იქვე. S. 297.

¹⁴⁴ იქვე. S. 291.

¹⁴⁵ იქვე. S. 301.

¹⁴⁶ Benjamin Constant. გვ. 37.

¹⁴⁷ Karl Doehring. Auf der Suche nach einem die politischen Mächte begrenzenden *pouvoir neutre*. S. 314.

¹⁴⁸ Mattias Herdegen. S. 257.

მმართველობის შერეული სისტემების ძიებითაა გამორჩეული მე-19 საუკუნის ლათინური ამერიკის ქვეყნები, რომლებიც მეტადრე მმართველობის ევროპული ტიპისკენ იხრებოდნენ. მე-19 საუკუნეში *pouvoir neutre* – ის კონცეპტმა ძლიერი გავლენა იქონია სამხრეთ ამერიკის კონტინენტზე, ვიდრე ჩრდილოეთ ამერიკაზე.¹⁴⁹ ლათინური ამერიკის ქვეყნებში კონსტანტის იდეის რეცეფციას ხელი შეუწყო იმ ფაქტმა, რომ ამ იდეას იქ მაშინ კარგად იცნობდნენ.¹⁵⁰

მე-19 საუკუნის ლათინური ამერიკა კონსტანტის იდეების საკონსტიტუციო-სამართლებრივ სივრცეში იმპლემენტაციის კლასიკური მაგალითია. ეს ეხება როგორც მონარქიებს, ასევე რესპუბლიკებს. ლათინური ამერიკის ქვეყნებიდან უმეტესობამ რესპუბლიკური მმართველობის ფორმის კონსტიტუციონალიზაცია მოახდინა ძლიერი მონარქიული მისწრაფებებით.¹⁵¹ კონსტანტის იდეას დიდი გამოძახილი ჰქონდა ბრაზილიაშიც.¹⁵² აქ პირველი კონსტიტუცია 1824 წლის 24 მარტს მიიღეს, რომელზეც საფრანგეთის 1814 წლის კონსტიტუციურმა ქართიამ იქონია გავლენა. ბრაზილიის კონსტიტუციის 98-ე მუხლის იდეური წყარო უშუალოდ კონსტანტის „პოლიტიკის პრინციპები“ იყო.¹⁵³ კონსტიტუციის 98-ე მუხლის თანახმად, დამაბალანსებელი ძალა (*do poder moderador*) ყოველი პოლიტიკური ორგანიზაციის გასაღებია, რომელიც ენიჭება კაიზერს, როგორც სახელმწიფოს მეთაურს. სწორედ კაიზერია პასუხისმგებელი პოლიტიკურ ძალთა მქონე სუბიექტების დამოუკიდებლობის, ბალანსისა და ჰარმონიული თანამშრომლობისათვის.

პირველად, სწორედ ბრაზილიის კონსტიტუციამ მოაქცია კონსტანტის კონცეპტი კონსტიტუციურ საზღვრებში და ამით გარდაქმნა ეს იდეა როგორც ხელისუფლების შტო და საკონსტიტუციო ფუნქცია.

pouvoir neutre – ის დოქტრინას თითქმის ამ შინაარსით ითვალისწინებს პორტუგალიის 1826 წლის 29 აპრილის კონსტიტუცია. 71-ე მუხლი სიტყვასიტყვით იმეორებს ბრაზილიის 1824 წლის კონსტიტუციის 98-ე მუხლის შინაარს ნეიტრალური ხელისუფლების შესახებ. პორტუგალიის კონსტიტუცია ადგენს, ასევე მეფის როგორც *pouvoir neutre* – ის უფლებამოსილებებს.

კონსტანტის იდეები გადამწყვეტი აღმოჩნდა სიმონ ბოლივარის (1783-1830) კონსტიტუციებისთვისაც. ბოლივარის კონსტიტუცია (*Constitucion Bolivariana*), რომელიც 1826 წლის 19 ნოემბერს მიიღეს, რამდენიმე თვის შემდეგ, ასევე პერუში იქნა ოქტროირებული. ბოლივარის სახელთანაა დაკავშირებული ბოლივარის საკონსტიტუციო სისტემაში ხელისუფლების ოთხი შტოს ჩამოყალიბება, რომელიც ბოლივარის 1826 წლის კონსტიტუციის მე-9

¹⁴⁹ Andreas Timmermann. Das Konzept der “neutralen Gewalt” – eine verfassungshistorische Überlegung zur Debate um Präsidentialismus und Parlamentarismus. in: *Verfassung und Recht Übersee (VRÜ)*. 40. 2007. S. 177.

¹⁵⁰ იქვე. S. 178.

¹⁵¹ Andreas Timmermann. S. 186.

¹⁵² იქვე. S. 188.

¹⁵³ იქვე. S. 189.

მუხლში აისახა, რომლის მიხედვით, *pouvoir neutre* – ის შესაბამის ორგანოს წარმოადგენდა „ამომრჩეველთა ძალაუფლება“ (*Poder Electora*) და „მორალური ძალაუფლება“ (*Poder Moral*).¹⁵⁴ მიუხედავად იმისა, რომ ბოლივარის კონცეპტმა *Poder Electora* – ს თაობაზე მარცხი განიცადა, ის მაინც კოლუმბიის 1886 წლის კონსტიტუციაში იქნა რეცეფიცირებული. კონსტანტის იდეა გაიზიარა მექსიკის 1836 წლის კონსტიტუციამაც, რომლის მიხედვით, შუამავალი, ნეიტრალური ხელისუფლება “*supremo poder conservador*” სახით იყო წარმოდგენილი.¹⁵⁵ ამ მხრივ თავისებურებით გამოირჩეოდა ურუგვაის საკონსტიტუციო სისტემა, სადაც მე-20 საუკუნის დასაწყისში *pouvoir neutre* – ის როლს ასრულებდა არა მონარქი, არამედ პარლამენტი (კონგრესი), რომელიც პრეზიდენტსა და მთავრობას შორის კონფლიქტების მომწესრიგებელ შუამავალ ორგანოს წარმოადგენდა.¹⁵⁶ მოგვიანებით კი, კონსტანტის კონცეპტის გავლენის ქვეშ მოექცა კუბის 1940 წლის კონსტიტუცია.

კონსტანტის აზრმა მნიშვნელოვანი როლი შეასრულა ესპანეთის საკონსტიტუციო პრაქტიკაზეც. 1820 წელს ესპანურ ენაზე ითარგმნა კონსტანტის „პოლიტიკის პრინციპები“, რომელმაც ხელი შეუწყო ესპანეთში მისი პოლიტიკური ლიბერალური თეორიების გავრცელებას.¹⁵⁷ კონსტანტის შრომა ძლიერი იარაღი აღმოჩნდა ბურბონთა აბსოლუტუზმისა და კონსერვატიული იდეების წინააღმდეგ.¹⁵⁸ 1845 წლის და, ასევე 1875 წლის რესტავრაციის შემდეგ ესპანეთში გვირგვინის ხელისუფლებას შუამავლის – მომრიგებლის ფუნქცია მიენიჭა, განსაკუთრებით აღმასრულებელ ხელისუფლებასა (მინისტრთა საბჭოსა) და პარლამენტს (კორტესებს) შორის. ამ ფუნქციას ესპანურად *poder moderador* – ს უწოდებენ,¹⁵⁹ რომლის საკონსტიტუციო-სამართლებრივი ბაზისი მონარქის ხელშეუხლებლობა და მისი პოლიტიკური პასუხისმგებლობისგან გათავისუფლება იყო.¹⁶⁰

დღეს თითქმის არ არსებობს მსოფლიოში სახელმწიფო, რომელთა კონსტიტუციები *pouvoir neutre* – ის ელემენტებს არ შეიცავდნენ. მე-19 საუკუნის დასაწყისის კლასიკური კონცეფცია სიცოცხლისუნარიანობას თანამედროვე კონსტიტუციებშიც ინარჩუნებს. ესპანეთის სამეფოს კონსტიტუციის 56-ე მუხლის პირველი ქვეპუნქტის მიხედვით, მეფე სახელმწიფო ინსტიტუტების სწორი ფუნქციონირების არბიტრი და გარანტია.

III. *Pouvoir neutre* – ფუნქციები და მიზნები

pouvoir neutre-ს ქართული შესატყვისია „ნეიტრალური ძალა“ ან „ნეიტრალური ხელისუფლება“. ზოგადია „ნეიტრალიტეტი“-ს ცნება. შესაბამისად, განსხვავებაა „ნეიტრალურ

¹⁵⁴ იქვე. S. 190.

¹⁵⁵ იქვე. S. 193.

¹⁵⁶ იქვე. S. 196.

¹⁵⁷ Andreas Timmermann.S. 180.

¹⁵⁸ Maria Luisa Sanchez-Mejla. Benjamin Constant y la construccion del liberalism postrevolucionario. Madrid. 1992. S. 21. ციტირებულია ტიმერმანის წიგნიდან.

¹⁵⁹ Andreas Timmermann.S. 183.

¹⁶⁰ იქვე. S. 183.

სახელმწიფოსა“ და „ნეიტრალურ ხელისუფლებას“ შორის. pouvoir neutre - ის, როგორც არბიტრის როლისა და ფუნქციების დასადგენად, საჭიროა ზუსტად განისაზღვროს „ნეიტრალიტეტის“ შინაარსი. „ნეიტრალიტეტის“ ქვეშ, უწინარესად, მოიაზრება კონფლიქტების მოწესრიგება და ძალაუფლებათა შორის ბალანსი.¹⁶¹ ნეიტრალიტეტის შესაბამის განმარტებას ვხვდებით სხვა შრომებშიც. ყველა მათგანი მიჰყვება კონსტანტისეულ დეფინიციას, რომლის თანახმად, არსებითი სწორედ მედიატორის როლი და კონფლიქტების მოწესრიგებაა. pouvoir neutre წარმოდგენილია როგორც „პოლიტიკური მოსამართლე პოლიტიკური ინტერესების გარეშე“.

იმისათვის, რომ გამოიკვეთოს pouvoir neutre – ის როგორც კონსტიტუციური ორგანო, აუცილებელია მისი ფუნქციების იდენტიფიცირება. pouvoir neutre ფუნქციონალურად ინსტიტუციონალიზებული მოვლენაა. სწორედ კონკრეტული ფუნქციები სძენს მას სიცოცხლისუნარიანობას. კონსტანტი pouvoir neutre – ის უმთავრეს ფუნქციად განიხილავს შეკავებისა და განონასწორების ფუნქციას.¹⁶² კონსტიტუციონალიზმის ძირითადი ორიენტირია არა იმდენად ის, თუ როგორ წარმატებით მართავენ, არამედ თუ როგორ უნდა ავიცილოთ ხელისუფლების ბოროტად გამოყენება.¹⁶³ სწორედ ესაა კონსტანტის იდეის მთავარი არსი.¹⁶⁴ მისი აზრით, ამ ფუნქციას ყველაზე კარგად მხოლოდ მონარქი ასრულებს. იგი ერთდროულად უმაღლესი და შუალედური ძალაუფლებათა, რომლის მიზანი წონასწორობის დარღვევა კი არაა, არამედ, პირიქით, იგი ამ წონასწორობის შენარჩუნებითაა დაინტერესებული.¹⁶⁵ pouvoir neutre უზრუნველყოფს სტაბილურობასა და ფუნქციურ უნარიანობას,¹⁶⁶ კონსტიტუციურ წესრიგს.¹⁶⁷ ეს ღირებულებები უნდა იქნეს დაცული მაშინაც კი, როდესაც სახელმწიფო ორგანოებ შორის კონფლიქტი ხანგრძლივია.¹⁶⁸ თუმცა კონსტანტი, ამავე დროს, აცნობიერებს, რომ კონსტიტუციონალიზმში ყველაფერი სრულყოფილი არაა. შესაბამისად, მას არ აქვს პრეტენზია, რომ pouvoir neutre – ის შეუძლია ყველა საკონსტიტუციო-სამართლებრივი კონფლიქტი გადაჭრას.¹⁶⁹ კონსტანტი მიიჩნევს, რომ pouvoir neutre – ზე საუბარი შესაძლებელია მაშინ, როდესაც მიღწეულია მონარქის ფუნქციები.¹⁷⁰ ამისთვის კი, მას უნდა ჰქონდეს ღირსება და ავტორიტეტი.¹⁷¹

განონასწორების პრინციპი და ინტეგრაციის ფუნქცია მეფის ნეიტრალური ძალაუფლების ბუნებიდანაა ნაწარმოები.¹⁷² თუმცა, ისტორიულად ძალაუფლებათა განონასწორების ფუნქციას ყოველთვის მეფეს როლი მიაწერდნენ. მაგალითად, მონტესკიეს აზრით, ეს

¹⁶¹ Dietmar Seidel. Der Bundespräsident als Träger der auswärtigen Gewalt. Berlin. 1972. S. 106.

¹⁶² Matthias Herdegen. Verfassungsgerichtbarkeit als pouvoir neutre. in: ZaöRV 69. 2009.S. 260.

¹⁶³ Karl Doehring. Auf der Suche nach einem die politischen Mächte begrenzenden pouvoir neutre.S. 311.

¹⁶⁴ იქვე. S. 311.

¹⁶⁵ Benjamin Constant. გვ. 36.

¹⁶⁶ Karl Doehring. Der “Pouvoir Neutre” und das Grundgesetz. S. 202.

¹⁶⁷ Oliver W. Lembcke. S. 113.

¹⁶⁸ იქვე. S. 114.

¹⁶⁹ Karl Doehring. Der “Pouvoir Neutre” und das Grundgesetz.S. 202.

¹⁷⁰ Lothar Gall. S. 253.

¹⁷¹ იქვე. S. 273.

¹⁷² Werner Link. S. 13.

ფუნქცია ეკისრება არისტოკრატის (Der Adel).¹⁷³ გარდა ბალანსისა, pouvoir neutre – ის ინდივიდების კონსტიტუციური უფლებებიც უნდა დაეცვა,¹⁷⁴ ვინაიდან ამით მიიღწეოდა მეფესა და მოქალაქე შორის კავშირი, რაც კონსტანტის უმთავრესი სურვილი იყო.¹⁷⁵

იურიდიულ ლიტერატურაში კონსტანტის დოქტრინას პრაქტიკულ მნიშვნელობას ანიჭებენ. მისი კონცეპტის სისტემური ანალიზის საფუძველზე შეიძლება ითქვას, რომ ეს pouvoir neutre – ის მოძღვრება სამ ფუნდამენტურ კითხვაზე პასუხის გაცემაა: უპირველეს ყოვლისა, აქ დგება ინსტიტუციური და თეორიული საკითხი პოლიტიკური სტაბილურობის თაობაზე, რომელსაც საფუძვლად უდევს მორალიტეტი, მეორეა, სახელმწიფოებრივი ინტეგრაციის სოციო-მეტაფიზიკური საკითხი და მესამე კი, უშუალოდ სახალხო სუვერენიტეტის პრინციპზე დაფუძნებული პოლიტიკური სისტემის განვითარებისთვის ხელისშეწყობაა.¹⁷⁶ პირველ შემთხვევაში, როგორც ვებერი აღნიშნავს, კონსტანტი ცდილობს შექმნას ინსტიტუცია პოლიტიკური სტაბილურობის უზრუნველსაყოფად. მისი მცდელობა შეიძლება გაგებულ იქნას, როგორც მცდელობა, მორალურ საფუძვლებზე ინსტიტუციური ბალანსირებისა კონსტიტუციური საშუალებებით. ეს ეხება, პირველ ყოვლისა, მონარქს, როგორც pouvoir neutre – ის, რომელის გამორჩეულად მაღალი პოზიცია ყალიბდება არა მხოლოდ საკუთარი პერსონალური კვალიფიკაციის საშუალებით, არამედ მისი მორალიტეტის სტრუქტურული დისპოზიციით. აქედან გამომდინარე, იმისათვის რომ pouvoir neutre – მ შეძლოს თავისი ფუნქციების სწორად აღქმა, ის აუცილებელია აღჭურვილი იყოს მორალური ატრიბუტებით.¹⁷⁷ მეორე და მესამე შემთხვევაში, pouvoir neutre უზრუნველყოფს საერთო და ინდივიდუალური სურვილების ინტეგრაციას, ინდივიდუალური თავისუფლების დაცვას.

პარტიულ სახელმწიფოში სახელმწიფოს მეთაური უნდა ყოფილიყო პარტიებისა და სახელისუფლებო ძალების ინტერესებს შორის შუამავალი, რომელიც ამ პარტიული ინტერესებისგან დამოუკიდებელი და ნეიტრალური იქნებოდა.¹⁷⁸ სავარაუდოა, რომ კონსტანტის კონცეპტი ყველაზე მეტად პარტიულ სახელმწიფოში პარტიული ძალებისთვის იქნებოდა ხელსაყრელი, რამეთუ ძალაუფლების აღების პროცესში მონარქის პოლიტიკური ავანსცენიდან გასვლა მათი პოლიტიკური ლოზუნგის განუყოფელი ნაწილი იყო. თამამად შეიძლება ითქვას, რომ სახელმწიფოს მეთაურის ნეიტრალიზაციის პროცესი სწორედ სახელმწიფოს პარტიულ სახელმწიფოდ გარდაქმნის პროცესმა დააჩქარა და იგი ამ პროცესის თანამდევნი იყო. პარტიული სახელმწიფო ნიშნავს პარტიათა მმართველობას, კიდევ უფრო მეტი: საპარლამენტო დემოკრატია, არსებითად პარტიული მმართველობაა. ამ სისტემაში სახელმწიფოს მეთაური ნეიტრალურ პოზიციას იკავებს და პოლიტიკურ ავანსცენაზე ადგილს პოლიტიკურ პარტიებს უთმობს.

¹⁷³ Kurt Kluxen. Das Problem der politischen Opposition. 1956. S. 224.

¹⁷⁴ Lothar Gall. S. 255.

¹⁷⁵ იქვე. S. 277.

¹⁷⁶ Florian Weber. S. 288.

¹⁷⁷ იქვე. S. 287.

¹⁷⁸ Werner Link. S. 8.

მიუხედავად იმისა, რომ *pouvoir neutre* – ის საკითხი მთელი მე-19 საუკუნის პოლიტიკური ფილოსოფიისა და სახელმწიფოს ზოგადი თეორიის აქტუალური პრობლემა იყო,¹⁷⁹ ამ იდეას თეორია და პრაქტიკა ერთგვაროვანი სულისკვეთებით არ შეხვედრია. იყო საკმაო კრიტიკაც, ვინაიდან დიდი ხნის განმავლობაში მონარქი, უპირატესად, აღიქმებოდა არა როგორც დამაბალანსებელი ძალა, არამედ, უფრო მეტად, როგორც ინტეგრატორი, რაც იმდროინდელი პოლიტიკური პრაქტიკის მოთხოვნებით იყო ნაკარნახევი.¹⁸⁰

უკვე მეოცე საუკუნის პირველ ნახევარში გამოცემულ ყველა წიგნში პრეზიდენტის ორ მნიშვნელოვან ფუნქციაზე კეთდებოდა აქცენტი: ბალანსისა და ინტეგრაციის ფუნქციაზე. თუ კონსტანტის გავლენის მიხედვით, მე-19 საუკუნეში სახელმწიფოს მეთაურის ფუნქციებიდან, უწინარესად, ბალანსის ფუნქციას გამოყოფდნენ, მე-20 საუკუნიდან აქტუალური გახდა ინტეგრაციის ფუნქცია. სახელმწიფოები მიისწრაფვოდნენ ქვეყნის შიგნით ინტეგრაციისკენ. ამ ფუნქციის შესრულება, პირველ ყოვლისა, პრეზიდენტს ეკისრებოდა.

IV. *Pouvoir neutre* და ძალაუფლებათა გამიჯვნის დოქტრინა

ძალაუფლების გამიჯვნის დოქტრინამ ეპოქალურად ახალი ავტორები შეიძინა, რომლებმაც თავიანთი მოდელები შემოგვთავაზეს. ხელისუფლებათა შორის დაძაბულობათა გაფართოებასთან ერთად, ბუნებრივია, შეკავებისა და განონასწორების მექანიზმები იზრდება.¹⁸¹ კონსტიტუციონალიზმის ამოუწურავი და მარადიული თემა ძალაუფლების შებოჭვის ახალი – კონსტიტუციური მექანიზმების შექმნაა. *pouvoir neutre* – ის საკითხი ყველა საპარლამენტო დემოკრატიისთვის აქტუალური აღმოჩნდა, ვინაიდან კარგი მმართველობის მისაღწევად საჭირო მექანიზმები ყველგან თითქმის ერთგვაროვანია. ამიტომაც, კონსტიტუციონალიზმის პრინციპებსა და ინსტიტუციებს საზღვარი არ გააჩნია.

კონსტანტისთვის ჩვეულებრივ ცნობილია ძალაუფლებათა „ტირანია“, „დესპოტია“, „უზურპაცია“, „დიქტატურა“, ის, რაც ძალაუფლებათა გამიჯვნის იდეას ეწინააღმდეგება. *pouvoir neutre* – ის მოძღვრების წარმოშობა უკავშირდება ძალაუფლებათა გამიჯვნის შესახებ ადრე არსებული კლასიკური დოქტრინის რევიზიას.¹⁸² კონსტანტის მოძღვრება სტრუქტურულად ძალაუფლებათა შებოჭვის კონცეფციასთანაა მჭიდროდ დაკავშირებული.¹⁸³ ის ფაქტი, რომ კონსტანტი ერთმანეთისგან მიჯნავს სამეფო და აღმასრულებელ ხელისუფლებას,¹⁸⁴ პირველ რიგში, მიუთითებს, ავტორის მცდელობაზე, შეიტანოს სიახლე

¹⁷⁹ იქვე, S. 6.

¹⁸⁰ იქვე.

¹⁸¹ Karl Doehring. “Pouvoir neutre” und das Grundgesetz. S. 206

¹⁸² Werner Link. S. 4.

¹⁸³ იქვე, 8.

¹⁸⁴ Marc Andre Wiegand. Zum Begriff des Staatsoberhauptes. in: Archiv des öffentlichen Rechts. 133. Band. 2008. S. 499.

ძალაუფლებათა ადრინდელ დოქტრინაში. შესაბამისად, pouvoir neutre – ის კონსტანტის პროექტში გამორჩეული ადგილი უჭირავს.¹⁸⁵ კონსტანტის იდეა უნდა განვიხილოთ, როგორც ძალაუფლებათა გამიჯვნის მოდერნიზება.¹⁸⁶ მისი pouvoir neutre არ წარმოადგენს „გამოგონებას“. ის ძალაუფლების გამიჯვნის აუცილებელი ელემენტია.¹⁸⁷ თანამედროვე დემოკრატიულ კონსტიტუციურ სახელმწიფოში pouvoir neutre არსებითი მოთხოვნილებაა,¹⁸⁸ ვინაიდან იგი გავლენას ახდენს პოლიტიკურ ცხოვრებაზე ხელისუფლების შეკავებისა და კოორდინაციის საშუალებით.¹⁸⁹ კონსტანტი არ შეუშინდა, ძალაუფლებათა გამიჯვნის ჩვეულებრივი სქემის დამსხვრევასა და პოლიტიკურ თეორიაში pouvoir neutre – ის სახით ხელისუფლების მეოთხე შტოს დამკვიდრებას.¹⁹⁰ კონსტანტი დანარჩენ შტოებს მონარქის ხელისუფლების ქვეშ მოიაზრებს.¹⁹¹

კონსტანტის მიხედვით მონარქი, ერთი მხრივ, არ უნდა ფლობდეს შესაძლებლობას, ჩაიდინოს უსამართლობა,¹⁹² არ უნდა მმართველობდეს უშუალოდ¹⁹³ და, შესაბამისად, არ უნდა ახდენდეს გავლენას პოლიტიკურ ცხოვრებაზე,¹⁹⁴ მეორე მხრივ, მეფე უნდა ფლობდეს განსაკუთრებულ უფლებამოსილებას წინ აღუდგეს ძალაუფლების ბოროტად გამოყენებას¹⁹⁵. კონსტანტის კონცეპტის განსაკუთრებულობა იმაში კი არ მდგომარეობს, რომ მან მონარქი ამისთვის ახალი უფლებამოსილებებით აღჭურვა, არამედ, მან ზოგიერთი მისი ისტორიულად დისკრეციული უფლებამოსილებები გამოყო და, ამ უფლებამოსილებათა თავისებურებების გათვალისწინებით, საფუძვლად დაუდო pouvoir neutre – ის იდეას.

თამამად შეიძლება ითქვას, რომ საპრეზიდენტო დემოკრატიებში პრეზიდენტის სამართლებრივი სტატუსი ხელისუფლების გამიჯვნის კლასიკურ იდეას ეყრდნობა, როდესაც საპარლამენტო დემოკრატიებში პრეზიდენტის ინსტიტუტი, ნაწილობრივ, კონსტანტისეული იდეის უშუალო გამოძახილია. დღეს საპარლამენტო სისტემებში არ დაობენ, რომ სახელმწიფოს მეთაური ნეიტრალური ხელისუფლებაა. მეორე საკითხია, თუ როგორ ითავსებს იგი არბიტრის ფუნქციას.

მმართველობის საპრეზიდენტო მოდელი სახელმწიფოს მეთაურის სახით განიცდის pouvoir neutre – ის ნაკლებობას. ვინ უნდა უზრუნველყოს ამ სისტემაში ძალაუფლებათა

¹⁸⁵ Jürgen Hartmann. Westliche Regierungssysteme. Parlamentarismus, präsidientielles und semi-präsidentielles Regierungssystem. 3. Auflage. 2011. S. 36.

¹⁸⁶ Lothar Gall. S. 258.

¹⁸⁷ Karl Doehring. “Pouvoir neutre” und das Grundgesetz. S. 202.

¹⁸⁸ Mattias Herdegen. Verfassungsgerichtbarkeit als pouvoir neutre. S. 258.

¹⁸⁹ Mattias Herdegen. S. 260.

¹⁹⁰ Lothar Gall. S. 258.

¹⁹¹ Wolfgang Reinhard. Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart. 2000. S. 428.

¹⁹² Lothar Gall. S. 268.

¹⁹³ იქვე. S. 269.

¹⁹⁴ იქვე.

¹⁹⁵ იქვე.

ბალანსი? საპრეზიდენტო რესპუბლიკებში კონსტიტუციები განწესდნის მექანიზმებს ნაწილობრივ ხელისუფლების ცალკეულ შტოებს აკისრებენ და ამით, გარკვეულწილად, ეს პრობლემა მოწესრიგებულია.

V. კონსტანტის იდეის კრიტიკა: pouvoir neutre თუ „ოქტროირებული“ პრეზიდენტი?

ა) Pouvoir neutre მონარქიისთვის თუ რესპუბლიკისთვის

კონსტანტი pouvoir neutre – ის ადგილს მხოლოდ კონსტიტუციურ მონარქიაში ხედავს. ამ მოძღვრებამ მე-20 საუკუნის სამეცნიერო ლიტერატურაში საკმაო კრიტიკაც დაიმსახურა.¹⁹⁶ მეცნიერებაში გამოთქმული მოსაზრების მიხედვით, pouvoir neutre კონსტიტუციური მონარქიის სტრუქტურული ელემენტია და ის საპარლამენტო პარტიული სახელმწიფოს სისტემას არ შეესაბამება.¹⁹⁷ pouvoir neutre – ის ფიგურა შეიქმნა კონსტიტუციური მონარქიისთვის და არ შეიძლება მისი იმპლემენტაცია ფედერალურ საპარლამენტო რესპუბლიკაში.¹⁹⁸ კონსტანტის იდეის დახმარებით მოახდინა შმიტმა პრეზიდენტის, როგორც კონსტიტუციის ქომაგის ინტერპრეტაცია.¹⁹⁹ დოეჰრინგი მსგავს პოზიციას ავითარებს და დასძენს, რომ ძირითადი კანონის მიხედვით, ფედერალური პრეზიდენტი არ შეიძლება იყოს ნეიტრალური მეოთხე ძალა.²⁰⁰ ეს კრიტიკა დღემდე გრძელდება. გერმანელ პროფესორს ტორსტენ შტაინს ამის თაობაზე გამოქვეყნებული აქვს სტატია: ფედერალური პრეზიდენტი pouvoir neutre?²⁰¹

მე-19 საუკუნიდან ცდილობენ, რომ პრეზიდენტის პოზიციები და ფუნქციები pouvoir neutre – ის კონცეპტის მიხედვით განსაზღვრონ²⁰². ამ პროცესებს, როგორც უკვე აღინიშნა, ხელი შეუწყო პარტიული სახელმწიფოს იდეის რეალიზაციამ.

ბ) ნეიტრალური თუ პარტიული?

საპარლამენტო რესპუბლიკებში პრეზიდენტი აქტიური პოლიტიკური პროცესების მონაწილე არაა. ამ სისტემაში pouvoir neutre – ის იდეა ხელს უწყობს პრეზიდენტის ემანსიპაციას პოლიტიკური სივრციდან. თითქმის ყველა საპარლამენტო რესპუბლიკის კონსტიტუცია ადგენს პრეზიდენტის პოლიტიკური ნეიტრალიტეტის პრინციპს. საქართველოს პრეზიდენტს პოლიტიკური გაერთიანების წევრობისა და საარჩევნო კამპანიაში მონაწილეობის უფლება არ აქვს, რაც გამოწვეულია პრეზიდენტის პოლიტიკური

¹⁹⁶ Werner Link. S. 3.

¹⁹⁷ იქვე. S. 13.

¹⁹⁸ ციტირებულია: Dietmar Seidel. Der Bundespräsident als Träger der auswärtigen Gewalt. Berlin. 1972.

¹⁹⁹ Werner Link. S. 8.

²⁰⁰ Matthias Herdegen. S. 257.

²⁰¹ Torsten Stein. S. 249.

²⁰² Werner Link. S. 8.

ნეიტრალურობის აუცილებლობით.²⁰³ რამდენადაა საკმარისი ეს დეკლარაციული ჩანაწერი ნამდვილი ნეიტრალიტეტისათვის?

ვინაიდან, პრეზიდენტი არჩეულია პარტიის ან პარტიათა გაერთიანების მიერ და ის წარმოადგენს ამ პარტიების „დანამატს“,²⁰⁴ შესაბამისად, პრობლემატურია *pouvoir neutre* – ის საკითხი საპარლამენტო რესპუბლიკებში.²⁰⁵ გერმანიის ფედერალური პრეზიდენტი არაა *pouvoir neutre*. ის პარტიულ მთავრობასთან და პარტიულ უმრავლესობასთან მჭიდროდაა დაკავშირებული.²⁰⁶

რესპუბლიკის პრეზიდენტი (მონარქებისგან განსხვავებით), სწორედ, არჩევნების გამო, პარტიების ან პარტიათა გაერთიანებების ექსპონანტია და არა ზეპარტიული.²⁰⁷ მონარქი უფრო მეტად უახლოვდება *pouvoir neutre* – ის ბუნებას, ვიდრე პრეზიდენტი, რომელიც, მართალია, ლეგიტიმაციას ხშირად პირდაპირი ან არაპირდაპირი არჩევნების საფუძველზე იღებს, თუმცა ორივე შემთხვევაში პარტიული ძალები (განსაკუთრებით უმრავლესობა) ცდილობენ პრეზიდენტი წარმოადგენდეს მათ ინტერესებს. აქედან გამომდინარე, თამამად შეიძლება ითქვას, რომ პრეზიდენტი დაკავშირებულია სხვადასხვა პოლიტიკური ორგანიზაციების ნებასთან.²⁰⁸ ამ თვალსაზრისით, პრეზიდენტი არ შეიძლება იყოს ნეიტრალური.²⁰⁹ *pouvoir neutre* – ის არსი საპარლამენტო დემოკრატიებში შემდეგია: სახელმწიფოს მეთაური ემიჯნება პარტიულ ინტერესებს.

სხვაგვარადაა საკითხი საპარლამენტო მონარქიებში. მონარქი ვინრო პარტიული ინტერესებისგან დინსტანცირებულია. საპარლამენტო რესპუბლიკებში კი, პირიქით, საკითხი მწვავედ დგას: რამდენადაა პრეზიდენტი ზეპარტიული.

პრეზიდენტის ნეიტრალურ ბუნებას თვით პიროვნების პერსონა განსაზღვრავს. ასეთი პიროვნებები ძირითადად ყალიბდებიან და არსებობენ მაღალი პოლიტიკური კულტურისა და სამართლებრივი ცნობიერების მქონე საზოგადოებებში. აქედან გამომდინარე, *pouvoir neutre* – ის ვერ შექმნის კონსტიტუცია, ეს თვითონ პერსონის შინაგანი ბუნებიდან უნდა გამომდინარეობდეს. კონსტიტუცია ჩვეულებრივ განსაზღვრავს *pouvoir neutre* – ის საფუძვლებს და ამბობს თუ როგორი უნდა იყოს იგი. ევროპის მაგალითები გვიჩვენებს, რომ ასეთ პერსონებს პრეზიდენტობისთვის საგანგებოდ ეძებენ და არჩევენ.

²⁰³ საქართველოს კონსტიტუციის ახალი რედაქციის განვრცობითი კონცეფცია. საზოგადოებრივი საკონსტიტუციო კომისია. 2010. გვ. 45.

²⁰⁴ Theodor Maunz. Die innere Neutralität des Staates. in: Festschrift für Karl Lowenstein. Tübingen. 1971. S. 353.

²⁰⁵ იქვე.

²⁰⁶ Werner Link. S. 13.

²⁰⁷ იქვე. S. 10.

²⁰⁸ იქვე.

²⁰⁹ იქვე. S. 11.

ერთია, კონსტიტუციური დებულება, ხოლო მეორეა, სინამდვილე. საერთოდ შეიძლება ასე დაისვას საკითხი: არსებობს პრეზიდენტი როგორც *pouvoir neutre* კონსტიტუციაში?

პრეზიდენტის ნეიტრალიტეტი, დიდწილად, მისი ლეგიტიმაციის ფორმაზეა დამოკიდებული. რაც უფრო ნაკლებად ექნება ჩარევის საშუალება სახელისუფლებო გუნდს კანდიდატების შერჩევისა და ზოგადად საარჩევნო პროცესებზე, მით უფრო გარანტირებულია ნეიტრალურად მოტივირებული პრეზიდენტის არჩევა. მისი ნეიტრალიტეტი, დიდწილად დამოკიდებულია ლეგიტიმაციის ფორმებზე. უმთავრესი ასპექტი, რომელიც მას საარჩევნო პროცესის დროს თან ახლავს, გარკვეული „პოლიტიკური ინტერესია“, რომელსაც პოლიტიკური ფიგურები თუ პარტიები მის მიმართ იჩენენ. სწორედ ეს „ინტერესი“ უკარგავს პრეზიდენტს ნეიტრალიტეტის ბუნებას (ფუნქციას) და მისგან ქმნის სწორედ „პოლიტიკურ სუბიექტს“. იმისათვის, რომ ეს „ინტერესი“ გაქრეს, აუცილებელია პრეზიდენტის სხვაგვარი ლეგიტიმაცია – იგი არჩეულ იქნას ხალხის მიერ.

ვინაიდან, საქართველოს კონსტიტუციით, საქართველო პარტიული სახელმწიფოა,²¹⁰ პრეზიდენტის არჩევნები მთლიანად პარტიულ სულისკვეთებას ემყარება. პირველი, 300 წევრიან საარჩევნო კოლეგიაში წარმოდგენილი იქნებიან საქართველოს პარლამენტის, აფხაზეთისა და აჭარის ავტონომიური რესპუბლიკების უმაღლესი წარმომადგენლობითი ორგანოს ყველა წევრი. როგორც ცენტრალურ, ისე ავტონომიების დონეზე (გარდა აფხაზეთისა) უმრავლესობა შესაბამისი არჩევნების შედეგად არჩეული „საუკეთესო შედეგის მქონე პოლიტიკური პარტიისგან“ იქნება ჩამოყალიბებული. მეორე, საარჩევნო კოლეგიის „სხვა წევრებს“, კონსტიტუციის თანახმად, ადგილობრივი თვითმმართველობის წარმომადგენლობითი ორგანოების შემადგენლობიდან ასახელებენ „შესაბამისი პოლიტიკური პარტიები“. ასევე, თუ გავითვალისწინებთ იმ ფაქტს, რომ პრეზიდენტობის კანდიდატის წარდგენის უფლებამოსილება კოლეგიის წევრებს ექნებათ, არჩეული იქნება ის კანდიდატი, რომელსაც მხარს დაუჭერს პოლიტიკური უმრავლესობა. ლეგიტიმაციის ამგვარი წესი ნიშნავს პრეზიდენტის არა დემოკრატიული წესით არჩევას, არამედ მის პოლიტიკურ „ოქტროირებას“. ახალი საარჩევნო მოდელით, წარმომადგენლობითი დემოკრატია უშუალო დემოკრატია, პარლამენტის უზენაესობის პრინციპი კი სახალხო სუვერენიტეტის პრინციპს დაუპირისპირდა.

მიუხედავად იმისა, რომ საკონსტიტუციო სასამართლოს ძალაუფლების წყაროა უშუალოდ კონსტიტუცია და ის ძალაუფლებას საკონსტიტუციო კანონმდებლიდან იღებს, პოლიტიკური ნეიტრალიტეტი საფრთხეებს აქვს განიცდის, ვინაიდან, მათი განწესება პოლიტიკური ხელისუფლების მიერ ხდება,²¹¹ რაც ხშირად ამ სასამართლოს

²¹⁰ პარტიული სახელმწიფოს პრინციპი საქართველოს კონსტიტუციის არაერთი მუხლით იკვეთება. მაგალითად, მე-3 მუხლის მე-4 ქვეპუნქტის თანახმად, პოლიტიკური პარტიები მონაწილეობენ ხალხის პოლიტიკური ნების ჩამოყალიბებასა და განხორციელებაში.

²¹¹ Karl Doehring. Auf der Suche nach einem die politischen Mächte begrenzenden *pouvoir neutre*. S. 312.

პოლიტიზირებას იწვევს. ეს ბალებს კითხვას, არის თუ არა სასამართლო სინამდვილეში ნეიტრალური?²¹² რთულია სასამართლოს დეპოლიტიზებაზე საუბარი.

ბოლო საკონსტიტუციო რეალობა შემდეგია: პოლიტიკურ ხელისუფლებას ორი ძალის – პრეზიდენტის და საკონსტიტუციო სასამართლოს მიმართ აქვს ერთგვარი „შიში“. საქართველოს ბოლო საკონსტიტუციო რეფორმების მიხედვით, კონსტიტუციამ დამატებით შებოჭა ორივე ძალა, რაც გამოიხატა პრეზიდენტისა და საკონსტიტუციო სასამართლოს მიმართ შემდეგ ფორმულირებაში: „ახორციელებს კონსტიტუციით განსაზღვრულ სხვა უფლებამოსილებებს“ (52-ე მუხლის „ი“ ქვეპუნქტი, მე-60 მუხლის „კ“ ქვეპუნქტი). მსგავსი ჩანაწერი ხელისუფლების არცერთი სხვა შტოს მიმართ არ არსებობს.

გ) არბიტრი თუ ინტეგრატორი?

რა შემთხვევებშია პრეზიდენტი არბიტრი? რას ამბობს კონსტიტუცია? კონსტიტუცია არაფერს ამბობს პრეზიდენტის ამ კონპეტენციაზე, „პოლიტიკურ არბიტრაჟზე“. თეორიულად დასაშვებია, რომ პრეზიდენტისთვის პოლიტიკური ინტერესი არ იყოს გადამწყვეტი, მაგრამ, ამავე დროს, შესაძლებელია მას არ ჰქონდეს არბიტრის მკვეთრად გამოხატული უფლებამოსილებები. აქედან გამომდინარე, ჩვენ ვმიჯნავთ ნეიტრალიტეტის ფუნქციას არბიტრის ფუნქციისგან. იმის ახსნა, არის თუ არა პრეზიდენტი *pouvoir neutre*, დიდ დროს და ძალისხმევას არ საჭიროებს.²¹³

ადრინდელი წარმოდგენების მიხედვით, სასამართლო, როგორც *pouvoir neutre* განიხილავს მოქალაქეთა დავებს და ის იცავს ორივე მხარეს, მაშინ როდესაც ხელისუფლების ორგანოებს შორის კონფლიქტების მოწესრიგება მონარქის პრეროგატივა იყო და ამით იგი „ირგებდა“ მოსამართლის მანტიას. დღეს კი ორგანოებს შორის დავის მოწესრიგება საკონსტიტუციო სასამართლოს დისკრეციაა. თეორიულად, ეს, ჯერ კიდევ, კელზენმა დაასაბუთა.

როდესაც მთავრობა პარლამენტის ნდობით სარგებლობს და მთავრობის თავმჯდომარე ძლიერი პოლიტიკური პარტიის „ექსპონანტი“²¹⁴ პარლამენტსა და მთავრობას შორის კონფლიქტი იშვიათობაა. ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლოს ადრინდელი გადანწყვეტილებებიდან ჩანს, რომ სახელმწიფო ორგანოთა დავა უფრო მეტად ეხებოდა ფედერაციასა და მიწებს, ოპოზიციასა და უმრავლესობას შორის დავებს და არა იმდენად საკანონმდებლო და აღმასრულებელ ძალაუფლებათა შორის წარმოშობილ კონფლიქტებს.²¹⁵

²¹² იქვე. S. 313.

²¹³ Torsten Stein. Der Bundespräsident als “pouvoir neutre”?. in: ZaöRV 69. 2009.S. 250.

²¹⁴ Karl Doehring. Der “Pouvoir Neutre” und das Grundgesetz. S. 205.

²¹⁵ იქვე.

მოსალოდნელია თუ არა პოლიტიკური კონფლიქტი მთავრობასა და პარლამენტს შორის საპარლამენტო დემოკრატიებში? თუ კონფლიქტი პოლიტიკური კრიზისებითაა გამოწვეული (ზოგჯერ პირიქითაა, კონფლიქტი პოლიტიკურ კრიზისებს განაპირობებს), მაშინ მისი მოწესრიგების მექანიზმებს თვითონ საკანონმდებლო ორგანო შეიცავს და ესაა პოლიტიკური პასუხისმგებლობა – უნდობლობა გამოუცხადოს მის მიერვე არჩეულ მთავრობას ისე, რომ მას დამატებითი ძალა არ სჭირდება კონფლიქტის მოსაგვარებლად. თუ კონფლიქტი გამოწვეულია კომპეტენციების გამო, მაშინ ამ საკითხზე საკონსტიტუციო სასამართლომ უნდა მიიღოს გადაწყვეტილება. აი, ამ კონფიგურაციიდან გამომდინარე, პრეზიდენტი, როგორც *pouvoir neutre* არავითარ როლს არ ასრულებს კონფლიქტების მოწესრიგების საქმეში. მას შეუძლია მხოლოდ „დიპლომატიური ენით“ მოუწოდოს ორივე ძალას, ურთიერთშეთანხმებით მიაღწიონ კომპრომისს. სახელმწიფოს მეთაურს სხვა ბერკეტი არ გააჩნია.

დღეს კონსტანტის კონცეპტი თითქმის არაა კონფლიქტების მოწესრიგებასთან დაკავშირებული. მის მიერ დასახელებული სპეციფიკური კომპეტენციები, როგორცაა შეწყობის უფლება, ვეტოს უფლება, მოსამართლეთა დანიშვნა და სხვა, პირდაპირ არაა მიმართული ძალაუფლებათა შორის რაიმე კონფლიქტის მოწესრიგებისაკენ. დასახელებული უფლებამოსილებებიდან მხოლოდ ვეტოა გამონაკლისი, რომელიც შეიძლება ჩაითვალოს როგორც შეკავების მექანიზმი სახელმწიფოს მეთაურის ხელში პარლამენტის წინააღმდეგ. თუნდაც ის ფაქტი, რომ სახელმწიფოს მეთაური კონტრასიგნაციითაა შებოჭილი, მიანიშნებს იმაზე, რომ იგი არც აღმასრულებელი ხელისუფლებისგანაა დამოუკიდებელი და, მითუმეტეს, არც მასზე მალა დგას, როგორც ეს კონსტანტს წარმოედგინა. უნდა ითქვას, რომ კონსტიტუციონალიზმის შემდგომმა თეორიულმა განვითარებამ და საკონსტიტუციო პრაქტიკის სრულყოფამ გამოიწვია *pouvoir neutre* – ის იდეის მოდერნიზება.

pouvoir neutre – ის სამართლებრივ სტატუსს, ერთი მხრივ, განსაზღვრავს შეკავებისა და განონასწორების, მეორე მხრივ კი, სახელმწიფო ორგანოებს შორის კონფლიქტების მოწესრიგების ფუნქცია. საქართველოს კონსტიტუციის მიხედვით, პრეზიდენტს, მკვეთრად და ცალსახად, არც ერთი აქვს და არც – მეორე. მისი კომპეტენციებიდან მხოლოდ ორი ფუნქციაა შეიძლება დასახელდეს, რომელიც, კონსტანტის მიხედვით, *pouvoir neutre* – ის ბუნებას, მეტნაკლებად, შეესაბამება: ვეტო და პარლამენტის დათხოვნა. ვეტოს გამოყენებით მას შეუძლია, დროებით მაინც შეაკავოს საკანონმდებლო ძალაუფლება, ხოლო პარლამენტის დათხოვნით უზრუნველყოს კრიზისების თავიდან აცილება. კონფლიქტების მოწესრიგებასთან არც ერთი და არც მეორე დაკავშირებული არაა. ვეტო დღეს უკვე არ არის მხოლოდ სამეფო უფლებამოსილება და მხოლოდ საპარლამენტო დემოკრატიებისთვის დამახასიათებელი. იგი სხვადასხვა ფორმით გამოიყენება საპრეზიდენტო რესპუბლიკებშიც.

საქართველოს კონსტიტუცია, ერთი მხრივ, ადგენს პრეზიდენტის „პოლიტიკური ნეიტრალიტეტის“ საფუძვლებს (51-ე მუხლი, მე-4 ქვეპუნქტის ბოლო წინადადება), მეორე მხრივ კი, არ განსაზღვრავს *pouvoir neutre* – ისთვის დამახასიათებელ სხვა არსებით ნიშანთვისებას: ძალაუფლებათა შორის კონფლიქტის მომწესრიგებლის, მედიატორის ფუნქციას. პრეზიდენტის სამართლებრივი სტატუსი და მისი პოლიტიკურად ნეიტრალური ბუნება ინტეგრაციულ ფუნქციას უკავშირდება, ვიდრე „სახელისუფლებო ძალებს შორის მომრიგებლის“ უფლებამოსილებას. ამ თვალსაზრისით, პრეზიდენტი მეტადრე „ინტეგრატორია“, ვიდრე „მომრიგებელი შუამავალი“. პრეზიდენტი საპარლამენტო დემოკრატიებში ხელისუფლების დამოუკიდებელი შტოა. შესაძლებელია, თვითონ სახელმწიფოს მეთაური აღმოჩნდეს კონფლიქტურ მდგომარეობაში ხელისუფლების დანარჩენ შტოებთან. მაშინ, საბოლოო სიტყვა საკონსტიტუციო სასამართლოს ეკუთვნის.

საქართველოს კონსტიტუციის შინაარსიდან გამომდინარეობს პრეზიდენტის ორი მთავარი ფუნქცია: ერთი მხრივ, ის უზრუნველყოფს „ინტერესთა ინტეგრაციას“ („ინტერესთა ჰარმონიზაცია“), მეორე მხრივ კი, სახელმწიფო ორგანოთა ფუნქციონალურ უნარიანობას, რომელიც საქართველოს კონსტიტუციის თანახმად, შემდეგში ვლინდება: პირველი, დაითხოვს ტერიტორიული ერთეულის წარმომადგენლობით ორგანოს, ან შეაჩერებს მათ საქმიანობას, „თუ მისი მოქმედებით საფრთხე შეექმნა სახელმწიფო ხელისუფლების ორგანოთა კონსტიტუციური უფლებამოსილებების განხორციელებას“ (52-ე მუხლი, „თ“ ქვეპუნქტი). მეორე, პრეზიდენტი ამ ფუნქციას უზრუნველყოფს პარლამენტის დათხოვნით, როდესაც საკანონმდებლო ორგანო ვერ ახერხებს მთავრობისთვის ნდობის გამოცხადებას (56-ე მუხლი, მე-3 ქვეპუნქტი, 58-ე მუხლი, მე-2 ქვეპუნქტი). ამით პრეზიდენტი უარს ამბობს ფუნქციონალურად „უენარო“ პარლამენტზე. მესამე, სახელმწიფო ორგანოთა ნორმალური ფუნქციონირებისთვის ხელისშეწყობას ითვალისწინებს პრეზიდენტის მიერ საგანგებო ან საომარი მდგომარეობის გამოცხადება, "როდესაც სახელმწიფო ხელისუფლების ორგანოები მოკლებული არიან კონსტიტუციურ უფლებამოსილებათა ნორმალური განხორციელების შესაძლებლობას, საქართველოს პრეზიდენტი პრემიერ-მინისტრის წარდგინებით აცხადებს საგანგებო მდგომარეობას ქვეყნის მთელ ტერიტორიაზე ან მის რომელიმე ნაწილში" (71-ე მუხლი, მე-2 ქვეპუნქტი).

კონსტანტის მოძღვრების თანახმად, სახელმწიფოს მეთაურმა უნდა დანიშნოს მინისტრები და მოსამართლეები. ეს დებულება თითქმის უარყოფილია უმრავლესი საპარლამენტო რესპუბლიკების, მათ შორის საპარლამენტო მონარქიების მიერ, ვინაიდან მინისტრის ან მოსამართლის განწესება აღიქმება, როგორც მნიშვნელოვანი ძალაუფლება და არ შეესაბამება საპარლამენტო დემოკრატიის, მეტადრე პარტიული მმართველობის არსს. იქ, სადაც ეს უფლებამოსილება შენარჩუნებულია, მხოლოდ ფორმალურ ხასიათს ატარებს.

კონსტანტის იდეა, რომ შეწყალების უფლების გამოყენებით სახელმწიფოს მეთაური ზომიერებას ანიჭებს სასამართლო ხელისუფლებას, შეიძლება არ იქნეს გაზიარებული.

ვინაიდან, შეწყალების უფლება აღიქმება არა როგორც ძალაუფლების შეკავება, არამედ, უფრო ჰუმანური აქტი. გარდა ამისა, შეწყალების უფლებამოსილება საპრეზიდენტო რესპუბლიკებშიც პრეზიდენტის პრეროგატივაა. ამ სისტემებში პრეზიდენტი უფრო „შემწყნარებელია“, ვიდრე „შემაკავებელი“. პრეზიდენტი შეწყალების აქტის გამოცემისას ყურადღებას იმას კი არ აქცევს, გადაამეტა თუ არა სასამართლომ ძალაუფლებას, ან კანონმდებელმა დაადგინა თუ არა ზედმეტი სასჯელი, არამედ მისთვის განმსაზღვრელია დანაშაულის ხასიათი, სიმძიმე, დანაშაულის ჩამდენი პიროვნების ქცევები (გამოსწორდა თუ არა იგი, ან დაადგა თუ არა გამოსწორების გზას), დანაშაულის მოტივები და ა. შ. მოსამართლე მოქმედებს კანონმდებლის მიერ დადგენილი სამართლიანობის ფარგლებში. შესაბამისად ივარაუდება, რომ მოსამართლე სამართლიანობის კანონმდებლისეულ მასშტაბს არ სცილდება.

ვეტო კონსტანტისთან მონარქის განსაკუთრებული უფლებამოსილებაა. ვეტო pouvoir neutre – ის ერთ-ერთი განმსაზღვრელი ნიშანია. რამდენად გამოდგება დღეს ვეტო pouvoir neutre – ის იდეის დასასაბუთებლად? მართალია ვეტო, შეკავების ერთერთი მექანიზმია, თუმცა ის კავშირში არაა ხელისუფლებათა შორის კონფლიქტთან. გარდა ამისა, ვეტოს გამოყენების უფლებამოსილება გააჩნიათ პრეზიდენტებს საპრეზიდენტო სისტემებში. ვეტო არ მოითხოვს შუამავალ, ნეიტრალურ ფიგურას, ის შესაძლებელია, როგორც საპარლამენტო მონარქიებში, ისე საპრეზიდენტო და საპარლამენტო რესპუბლიკებში. ყველაზე საუკეთესო, კვალიფიციური, უფრო გონივრული და დასაბუთებული „ვეტო“ კანონისთვის საკონსტიტუციო სასამართლოს გადანყვეტილება.

ვერც ხელშეუხლებლობის იმუნიტეტი და პოლიტიკური პასუხისმგებლობისგან გათავისუფლება გამოდგება pouvoir neutre – ის არსებობის დასასაბუთებლად, ვინაიდან, ისინი, ჩვეულებრივ, დამახასიათებელია საპრეზიდენტო რესპუბლიკებისთვის. საპრეზიდენტო სისტემაში პრეზიდენტი არაა პოლიტიკურად პასუხისმგებელი. თითქმის ყველა კონსტიტუცია განსაზღვრავს პრეზიდენტებისთვის ხელშეუხლებლობის იმუნიტეტს. თითქმის ყველა პრეზიდენტი თავისუფალია პოლიტიკური პასუხისმგებლობისაგან.

საპარლამენტო რესპუბლიკებში დღემდე ცდილობენ პრეზიდენტის სახით შექმნან pouvoir neutre, მაგრამ ეს მცდელობა მაინც უშედეგოდ სრულდება, ვინაიდან, ბევრ კონსტიტუციურ სახელმწიფოში, მათ შორის საქართველოს საკონსტიტუციო სისტემაში, ვერ მოიძებნა გამოკვეთილი და ღირსეული ადგილი პრეზიდენტისთვის. აქედან გამომდინარე, დღითიდღე ღვივდება საზოგადოების მხრიდან პრეზიდენტის ინსტიტუტისადმი უნდობლობა. დასავლეთის სამეცნიერო ლიტერატურაში იხილავთ სტატიებს შემდეგი სახელწოდებით: საჭიროა თუ არა საერთოდ პრეზიდენტი?²¹⁶

²¹⁶ ob. Josef Isensee. Braucht die Republik einen Präsidenten? in: Neue juristische Wochenschrift. 47. Jahrgang. 1994. 1. Halbband. Heft 20. 1329. Rolf-Richard Grauhan. Gibt es in der Bundesrepublik einen "pouvoir neutre"? Heidelberg. 1959.

დ) auctoritas თუ potestas?

pouvoir neutre - იმ თავისი ფუნქცია შეიძლება მაშინ შეასრულოს, როდესაც მას პოლიტიკურ ნეიტრალიტეტთან ერთად გააჩნია „ძალაუფლება“. ის მის გარეშე ილუზიაა და კვაზი-მოვლენაა. პრეზიდენტი როგორც „ნეიტრალური“, მაგრამ „ძალაუფლების“ გარეშე?²¹⁷

იმისათვის, რომ სახელმწიფოს მეთაურმა ეს ფუნქციები განახორციელოს, იგი უნდა ფლობდეს არა მხოლოდ ავტორიტეტს – auctoritas, არამედ, ასევე ძალაუფლებას – potestas.²¹⁸ მეფის ავტორიტეტი მომდინარეობს სამეფო ღირსებიდან,²¹⁹ ხოლო ძალაუფლება კი იმ კომპეტენციებიდან, რომლითაც მას შეუძლია არსებითად სხვა ხელისუფლებაზე მოახდინოს ზემოქმედება.²²⁰ ესაა ძალაუფლება პარლამენტის მიმართ, პირველ რიგში პარლამენტის მოწვევა და მისი დათხოვნა, ასევე აბსოლუტური ვეტო, პრემიერისა და მინისტრების დანიშვნა და განთავისუფლება, მოსამართლეების დანიშვნა და შეწყალების უფლებამოსილება.²²¹

ლექციებზე ხშირია რეპლიკები სტუდენტების მხრიდან: მაშ რისთვისაა საჭირო უფლებო პრეზიდენტი? რა როლს ასრულებს პრეზიდენტი, თუ მას რეალური ძალაუფლება არ გააჩნია? ეს კითხვები რომ არ გაჩნდეს, საჭიროა პრეზიდენტი ავტორიტეტთან ერთად ძალაუფლებასაც ფლობდეს.

დასკვნა

- pouvoir neutre, ერთი მხრივ, ისტორიული ევოლუციისა და, მეორე მხრივ, კონკრეტული იდეის რეალიზაციის შედეგია. კონსტანტის pouvoir neutre – ის იდეა დაეფუძნა ინგლისის კონსტიტუციური მონარქიის სახელმწიფოებრივ პრაქტიკას და ამ თემაზე მანამდე გავრცელებულ მოსაზრებებს. კონსტანტის კონცეპტის ჩამოყალიბებაზე დიდი გავლენა იქონია ჟან ჟაკ რუსოს, შარლ ლუი მონტესკიეს და აბბე სიეისის მოძღვრებამ. რუსოსთვის ნეიტრალური ორგანო იყო „ტრიბუნატი“, სიეისისთვის „საკონსტიტუციო უიური“, მონტესკიესთვის კი არისტოკრატია.
- pouvoir neutre – ის კონცეპტის წარმოშობა, ერთი მხრივ, მონარქის უფლებამოსილების შეზღუდვის აუცილებლობისა და, მეორე მხრივ, ძალაუფლებათა შეკავების მექანიზმების ნაკლებობით იყო გამოწვეული.
- მართალია, pouvoir neutre – ის კონცეპტი სრულყოფილი ფორმით, კონსტიტუციო-ნალიზმში ბენჟამინ კონსტანტიმ დაამკვიდრა, მაგრამ დღეს ეს მოძღვრება საკონსტი-

²¹⁷ Ingolf Pernice. in: Dreyer. Grundgesetz. Kommentar. 2. Aufl. Art. 54. 2004. S. 23.

²¹⁸ Dietmar Seidel. S. 106.

²¹⁹ Kimminich. ციტირებულია: Dietmar Seidel. S. 106.

²²⁰ Dietmar Seidel. S. 106.

²²¹ იქვე.

ტუციო რეალობაში თავდაპირველი სახით არ არსებობს. მისთვის pouvoir neutre მეფეა, რომელიც ყველაზე ავტორიტეტული ფიგურაა სახელმწიფოში. მონარქი ემიჯნება საკანონმდებლო, აღმასრულებელ და სასამართლო ხელისუფლებას. კონსტანტისთან pouvoir neutre – ის არსი იმაშია, რომ მონარქი კონსტიტუციურ მონარქიაში უზრუნველყოფს სახელმწიფო ორგანოთა შორის კონფლიქტების მონესრიგებას, მათ შორის ბალანსის, სამართლიანობისა და მშვიდობის შენარჩუნებას.

- კონსტანტის pouvoir neutre, მისი სტატუსიდან და სპეციფიკური კომპეტენციებიდან გამომდინარე, დიდი ხანია ხელისუფლების „მეოთხე“ შტოდაა მიჩნეული. ორ საუკუნეზე მეტია კონსტანტის მოძღვრება აქტუალური. იგი დღესაც მიმზიდველია. კონსტანტის დოქტრინამ ბიძგი მისცა დისკუსიას კონსტიტუციონალიზმში. განმანათლებელთა და კონსტიტუციონალისტთა მთელი თაობა კონსტიტუციებში pouvoir neutre – ის ძიებაშია. ძიების პროცესში მათთვის ამოსავალი იყო კონსტანტის მოძღვრება. თუმცა, კვლევებმა აჩვენა, რომ კონსტანტამდეც ცდილობდნენ ნეიტრალური ძალის აღმოჩენას კონსტიტუციებში.
- ამ პროცესის დაწყება, თამამად შეიძლება ითქვას, რუსოს სახელს უკავშირდება. უნა უნა რუსოსთან pouvoir neutre „ტრიბუნატია“ („Tribunat“), შარლ ლუი მონტესკიესთან „არისტოკრატია“ („Adel“), აბბე სიეისთან „საკონსტიტუციო ჟიური“ („Jury constitutionnaire“), ბენუამინ კონსტანტისთან „მონარქი“ („Monarch“), სიმონ ბოლივართან „ამომრჩეველთა ძალაუფლება“ („Poder Elecora“) და „მორალური ძალაუფლება“ („Poder Moral“), კარლ შმიტთან „პრეზიდენტი“ („Bundespräsident“), კარლ დოეჰრინგთან „ფედერალური საკონსტიტუციო სასამართლო“ („Bundesverfassungsgericht“), გეორგ რესთან „ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლო“ („EGMR“), ჯულიანე კოკოტისთან მართლმსაჯულების ევროპული სასამართლო („EuGH“), კვი ჰაილბრონნერესთან კი „საჯარო სამსახური“ („öffentliche Dienst“).
- საკონსტიტუციო სასამართლო მართლმსაჯულების სპეციფიკური და აბსოლუტურად თავისებური ნაირსახეობაა. იგი ზოგიერთ მოდელში, მაგალითად, გერმანიაში, საერთო სასამართლოებზე მაღლა დგას. უამრავი სხვა ფორმალური კრიტერიუმი არსებობს, რომლებიც საკონსტიტუციო სასამართლოს მიჯნავენ საერთო სასამართლოებისგან. ამ გამიჯვნის ერთერთი ფუნდამენტური კრიტერიუმი პოლიტიკურ ძალთა შეკავებაა, რომელიც მხოლოდ საკონსტიტუციო სასამართლოს სისტემაშია.
- შეკავებისა და განონასწორების მექანიზმები არსებობენ პოლიტიკური ხელისუფლების მოსათვინიერებლად, თუმცა, ისინი, ასევე, საკონსტიტუციო სასამართლოს ხელში მძლავრი იარაღია პოლიტიკურ ძალაუფლებათა მიმართ. შეკავების მექანიზმისთვის არსებითია პოლიტიკური და სამართლებრივი ასპექტები. ამ თვალსაზრისით, პარლამენტის მიერ მთავრობის დათხოვნა, ან სახელმწიფოს მეთაურის მიერ ვეტოს გამოყენება შეკავების პოლიტიკური, ხოლო საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ კონტროლის განხორციელება კი, შეკავების სამართლებრივი ასპექტია. შეკავებას პოლიტიკის სფეროში პოლიტიკური, ხოლო სამართლებრივში კი, სამართლებრივი

მოტივები გააჩნია. შესაბამისად, მთავრობის დათხოვნის შესახებ პარლამენტის აქტი პოლიტიკურია, ხოლო საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ სამართლებრივი აქტის არაკონსტიტუციურად გამოცხადების შესახებ გადაწყვეტილება – სამართლებრივი.

- საქართველოს კონსტიტუციაში pouvoir neutre საკონსტიტუციო სასამართლოა, ხოლო პრეზიდენტი ამ სტატუსით მხოლოდ მაშინ სარგებლობს, როდესაც დაითხოვს პარლამენტს და დანიშნავს რიგგარეშე არჩევნებს.
- საქართველოს პრეზიდენტს კონფლიქტების მოწესრიგების მკვეთრად გამოხატული კომპეტენცია არ გააჩნია. ის კონსტიტუციით, პოლიტიკურად ნეიტრალურია, მაგრამ, „პოლიტიკური მოსამართლის“ როლსაა მოკლებული. pouvoir neutre – ის სიმძიმის ცენტრი მთლიანად გადასულია საკონსტიტუციო სასამართლოს სისტემაში, რომელიც ერთდროულად, როგორც კონფლიქტების მოწესრიგების, ისე განონაწილების ფუნქციას ასრულებს.
- საქართველოს პრეზიდენტი *სემი* ან, უფრო მეტიც, *კვამი* pouvoir neutre – ია. ის ვერ აწესრიგებს წარმოშობილ კონფლიქტებს. საქართველოს პრეზიდენტი, მისი არჩევის წესიდან გამომდინარე, პოლიტიკური ხელისუფლების „დანამატია“. კონსტიტუცია არ ქმნის დეპოლიტიზირებული პრეზიდენტის ინსტიტუტს, პირიქით, საკონსტიტუციო ნორმები „ოქტროირებულ პრეზიდენტს“ გვთავაზობს.
- საქართველოს კონსტიტუციურ სისტემაში მეოთხე ძალა – pouvoir neutre - საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოა, ვინაიდან, იგი ფლობს მისთვის დამახასიათებელ ორ ფუნდამენტურ ნიშან-თვისებას: პოლიტიკურ ნეიტრალიტეტს და კონფლიქტების მოწესრიგების კონსტიტუციურ მექანიზმებს. საკონსტიტუციო სასამართლო არაა პოლიტიკური ორგანო. ის ემიჯნება პოლიტიკურ ინტერესებს. მისი მთავარი ფუნქცია პოლიტიკურ პროცესებზე სამართლებრივი რეაგირებაა.
- pouvoir neutre როგორც ძალაუფლების „მეოთხე“ შტო, შემდეგ ელემენტებს მოიცავს: ძალაუფლებათა კოორდინაცია, შეკავება და ბალანსი. ესაა ფუნდამენტური პრინციპები, რომლებიც ძალაუფლებათა გამიჯვნის არსს განსაზღვრავენ და, უპირველეს ყოვლისა, pouvoir neutre – ის კონცეპტუალურ მახასიათებლებს წარმოადგენენ.
- pouvoir neutre საკონსტიტუციო სასამართლოს მიმართ რეალობაა, ხოლო პრეზიდენტის მიმართ კი მხოლოდ ილუზია.
- არსებობს pouvoir neutre – ის ძველი – კონსტანტისეული და ახალი – კლასიკური გაგება. აქიდან გამომდინარე, შესაძლებელია ვისაუბროთ მის ფართო და ვიწრო მნიშვნელობაზე. კონსტანტისეული გაგებით, pouvoir neutre მოიცავს მონარქის მთელ რიგ უფლებამოსილებებს (მინისტრების და მოსამართლეების დანიშვნა, ვეტოს უფლება, პარლამენტის დათხოვნა, შეწყალების უფლება), მაშინ როდესაც pouvoir neutre, კლასიკური გაგებით, მოიცავს პოლიტიკურ ნეიტრალიტეტს, ინტეგრაციულ ფუნქციას და არბიტრის ფუნქციას.

- *pouvoir neutre* ძალაუფლებათა სისტემაში ყველაზე ავტორიტეტული და მორალური ინსტიტუტია. ეს განპირობებულია პიროვნებათა ზნეობრივი ავტორიტეტით, რომლებიც ფლობენ ნეიტრალურ ძალაუფლებას. ასეთი ავტორიტეტები მაღალგანვითარებულ დემოკრატიებში მხოლოდ საკონსტიტუციო სასამართლოს წევრები არიან.

“Pouvoir neutre” in the Doctrine of Constitutionalism: Constitutional Reality or Illusion?

Beka Kantaria

Resume

In 1815, Benjamin Constant published the book “Principles of Politics”, which laid the foundation for the doctrine of “*pouvoir neutre*”, according to which a monarch is a neutral power in the constitutional monarchy. The monarch is separated from certain branches of government, stands above them and can resolve conflicts between them. The head of state as a *pouvoir neutre* mediator, is an arbitrator. This idea of Constant was reflected in the constitutions of the next generation (Brazil, Portugal, and Spain).

Carl Schmitt and Karl Doehring, the older generation of academics, further developed the doctrine of *pouvoir neutre*. Interesting articles were devoted to this idea by Mattias Herdegen, Juliane Kokott, Torsten Stein, Georg Ress. However, the most notable was a 1964 article by Karl Doehring: “The Basic Law and the *Pouvoir Neutre*”. According to Doehring, *pouvoir neutre* is a federal constitutional court. It was in accordance with this doctrine that we tried in this article to prove that in the modern constitutional system of Georgia, the *pouvoir neutre* is the Constitutional Court of Georgia, and the President of Georgia is only a *quasi-pouvoir neutre*, since the President does not possess the powers necessary to regulate conflicts between the authorities, which is considered to be an essential feature of Benjamin Constant’s *pouvoir neutre*.

The doctrine of Constant’s *pouvoir neutre* is outdated. Today it is not represented in any model, as Constant imagined. Over time, the *pouvoir neutre* has undergone a modification. Nevertheless, it still retains its relevance and attractiveness in the modern political system.

გამოყენებული ლიტერატურა

- Benjamin Constant. *Principes de politique*. Paris. 1815.
- Georg Jellinek. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin. 1922.
- Hans Kelsen. *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* Berlin-Grunewald. Dr. Walther Rothschild. 1931.
- Kurt Kluxen. *Das Problem der politischen Opposition*. 1956.
- Rolf-Richard Grauhan. *Gibt es in der Bundesrepublik einen "pouvoir neutre"?* Heidelberg. 1959.
- Helmut Lehne. *Der Bundespräsident als neutrale Gewalt nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland*. Bonn, Univ., Diss., 1960.

- H. Lehne. Der Bundespräsident als neutrale Gewalt nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland. 1960.
- Karl Doehring. Der "Pouvoir Neutre" und das Grundgesetz. in: Der Staat 3. 1964.
- Nikolaus Notter. Der Präsident der Republik als pouvoir neutre nach der französischen Verfassung vom 4. Oktober 1958. 1964.
- Peter Pernthaler. Das Staatsoberhaupt in der parlamentarischen Demokratie. 1967.
- Karlheinz Rode. Die Ausfertigung der Bundesgesetz. Berlin. 1968.
- Werner Kaltefleiter. Die Funktionen des Staatsoberhauptes in der parlamentarischen Demokratie. Westdeutscher Verlag. Köln und Opladen. 1970.
- Werner Link. Zur Lehre von der "neutralen Gewalt" des Staatsoberhauptes. In: Aus Politik und Zeitgeschichte : APuZ , No. 17. 1971.
- Theodor Maunz. Die innere Neutralität des Staates. in: Festschrift für Karl Lowenstein. Tübingen. 1971.
- Dietmar Seidel. Der Bundespräsident als Träger der auswärtigen Gewalt. Berlin. 1972.
- Monarchie: in: Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland. Herausgegeben von Otto Brunner, Werner Conze und Reinhart Koselleck. Band 4. 1978.
- Peter Häberle. Verfassungsgerichtbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft. Recht aus Rezensionen Verfassungsgerichtbarkeit als politische Kraft. Zwei Studien. 1980.
- Maria Luisa Sanchez-Mejla. Benjamin Constant y la construccion del liberalism postrevolucionario. Madrid. 1992.
- Jürgen Hartmann. Streiter oder Integrator? Zur aktuellen Rollenbestimmung des Bundespräsidenten im Vergleich mit anderen Staatsoberhäuptern. in: Gegenwart Kunde. Zeitschrift für Gesellschaft, Wirtschaft, Politik und Bildung. 43. Jhargang 1994.
- Josef Isensee. Braucht die Republik einen Präsidenten? in: Neue juristische Wochenschrift. 47. Jahrgang. 1994. 1. Halbband. Heft 20. 1329.
- Wolfgang Reinhard. Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart. 2000.
- Oliver W. Lembcke. Institutionalisierung eines pouvoir neutre? Oder: Wie Hegel aus dem Klumpen einen Knoten machte. in: Recht, Staat und Politik beim frühere Hegel. Michael Henkel (Hrsg). Berlin. 2002.
- Ingolf Pernice. in: Dreyer. Grundgesetz. Kommentar. 2. Aufl. Art. 54. 2004.
- Florian Weber. Benjamin Constant und der liberale Verfassungsstaat: politische Theorie nach der Französischen Revolution. 1. Aufl. Wiesbaden. 2004
- Bernd Wieser. Vergleichendes Verfassungsrecht. 2005.
- Christoph Maier. Gewaltenteilung bei Aristoteles und in der Verfassung Athens: Keine freiheitliche Demokratie ohne multipolare Institutionenordnung (Berliner Juristische Universitätschriften: Grundlagen des Rechts). 2006.
- Tobias Friske, Staatsform Monarchie. Was unterscheidet eine Monarchie heute noch von einer Republik? 2007.
- Andreas Timmermann. Das Konzept der "neutralen Gewalt": eine verfassungshistorische Überlegung zur Debatte um Präsidentialismus und Parlamentarismus. In: Verfassung und Recht in Übersee : VRÜ Vol. 40, No. 2. 2007.
- Christoph Degenhart. Staatsrecht I. 2007.
- Marc Andre Wiegand. Zum Begriff des Staatsoberhauptes. in: Archiv des öffentlichen Rechts. 133. Band. 2008.
- Handbuch der Politischen Philosophie und Sozialphilosophie. Herausgegeben Stefan Gosepath, Wilfried Hinsch und Beate Rössel. Band 1. A-M. 2008.
- Torsten Stein. Der Bundespräsident als "pouvoir neutre"? in: ZaöRV 69. 2009.
- Mattias Herdegen. Verfassungsgerichtbarkeit als pouvoir neutre. in: ZaöRV 69. 2009.
- Kaz Hailbronner. Der Öffentliche Diens als "pouvoir neutre". in: ZaöRV 69. 2009.
- Juliane Kokott, Der pouvoir neutre im Recht der Eoropäischen Union. in: ZaöRV 69. 2009.

- Georg Ress. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrecht als pouvoir neutre. in: ZaöRV 69. 2009.
- Karl Doehring. Auf der Suche nach einem die politischen Mächte begrenzenden pouvoir neutre. in: ZaöRV 69. 2009.
- საქართველოს კონსტიტუციის ახალი რედაქციის განვრცობითი კონცეფცია. საზოგადოებრივი საკონსტიტუციო კომისია. 2010.
- Emmanuel Joseph Sieyes. Was ist der Dritte Stand? Herausgegeben von. Oliver. W. Lembcke und Florian Weber. Schriften zur europäischen Ideengeschichte. Band 3. Berlin. 2010.
- Carl Schmitt. Verfassungslehre. Zehnte Auflage. Berlin. 2010.
- Jean-Jacques Rousseau, Vom Gesellschaftsvertrag. Stuttgart. 2011.
- Jürgen Hartmann. Westliche Regierungssysteme. Parlamentarismus, präsidentielles und semi-präsidentielles Regierungssystem. 3. Auflage. 2011.
- Lothar Gall. Die Rolle des Monarchen im Verfassungsstaat: Constants Lehre vom „pouvoir neutre“. in: Republikanischer Liberalismus: Benjamin Constants Staatsverständnis. Oliver W. Lembcke/Florian Weber (Hrsg). Baden-Baden. 2013.
- გიორგი ალასანია. ევროკავშირის მმართველობის კონსტიტუციური პრინციპები. 2013.
- იულიუს ჰაჩევი. თანამედროვე დემოკრატიის უფლება. თბილისი. 2016.
- მარკ ტაშნეტი. შედარებითი კონსტიტუციური სამართლის საწყისები. თბილისი. 2016.
- Carl Schmitt. Der Hüter der Verfassung. Fünfte Auflage. Berlin. 2016.
- Emanuel G. Ionescu. Innerstaatliche Wirkungen des Vertragsverletzungsverfahrens. Tübingen. 2016.

**ბენუამინ კონსტანი. პოლიტიკის პრინციპები. განკუთვნილი ყველა
წარმომადგენლობითი მთავრობისთვის და განსაკუთრებით –
სათვრანგეთის მოქმედი კონსტიტუციისთვის. პარიზი. მაისი, 1815.**

თავი II

**სამეფო ხელისუფლების ბუნების შესახებ კონსტიტუციურ
მონარქიაში**

ჩვენი კონსტიტუცია მინისტრების პასუხისმგებლობის განსაზღვრის გზით მკაფიოდ მიჯნავს მთავრობის უფლებამოსილებას სამეფო ხელისუფლებისაგან. ამ დანაწილებას ადასტურებს ის ფაქტიც, რომ მონარქი ხელშეუხებელია, მინისტრები კი – პასუხისმგებელი პირები. შეუძლებელია უარვეყოთ, რომ მინისტრებს გააჩნიათ საკუთარი ძალაუფლება, თუმცა – მხოლოდ გარკვეულწილად. ამასთან, თუკი მათ მხოლოდ პასიურ და ბრმა შემსრულებლობად მივიჩნევთ, მათი პასუხისმგებლობა აზრს მოკლებული და უსამართლო იქნებოდა, ან, სულ მცირე, ისინი მხოლოდ მონარქის წინაშე იქნებოდნენ ანგარიშვალდებულნი და – მისი ბრძანებების ზედმინევით შესრულებაზე ორიენტირებულნი. მაგრამ, კონსტიტუციის თანახმად, ისინი ერის წინაშე არიან პასუხისმგებელნი და ზოგიერთ შემთხვევაში მონარქის ბრძანებებს ვერ მოიშველიებენ თავის გასამართლებლად. მაშასადამე, ნათელია, რომ ისინი არ არიან პასიური შემსრულებლები. მთავრობის უფლებამოსილება, მართალია, მომდინარეობს სამეფო ხელისუფლებისაგან, მაგრამ რეალურად მას გააჩნია ამ უკანასკნელისგან განსხვავებული საფუძველი: განსხვავება კი არსებითი და ფუნდამენტურია პასუხისმგებელ ხელისუფლებასა და ხელშეუხებლობით აღჭურვილ ხელისუფლებას შორის.

ეს განსხვავება, რომელსაც ჩვენივე კონსტიტუცია აღიარებს, ვფიქრობ, გარკვეულ განმარტებას საჭიროებს. აღნიშნულის შესახებ ვისაუბრე 1814 წლის ქართის მიღებამდე გამოქვეყნებულ ნაშრომში. ანგარიშგასაწვეი ფიგურების მიერ იგი შეფასდა, როგორც ნათელი და სასარგებლო. ჩემი აზრით, ეს მართლაც წარმომადგენს ნებისმიერი პოლიტიკური მოწყობის გასაღებს.

სამეფო ხელისუფლება (ვგულისხმობ სახელმწიფოს მეთაურის ხელისუფლებას, მიუხედავად მისი სახელწოდებისა) არის ნეიტრალური ხელისუფლება. მთავრობა კი წარმომადგენს აქტიურ ხელისუფლებას. ამ განსხვავების ასახსნელად საჭიროა, განვიხილოთ პოლიტიკური ხელისუფლებების დღემდე ცნობილი განმარტებები.

აღმასრულებელი, საკანონმდებლო და სასამართლო ხელისუფლება წარმომადგენს სამ მამოძრავებელ ძალას, რომელთაგან თითოეულმა, თავის მხრივ, საკუთარი წვლილი

უნდა შეიტანოს ერთიან მოძრაობაში; მაგრამ, როცა ეს უნესრიგო ძალები კვეთენ, ეჭა-ხებიან და აბრკოლებენ ერთმანეთს, საჭიროა სხვა ისეთი ძალა, რომელიც მათ თავიანთ ადგილს მიუჩინს. ეს ძალა არ შეიძლება, წარმოადგენდეს რომელიმე სამ სამთაგან, რადგან ასეთ შემთხვევაში იგი გაანადგურებდა დანარჩენ ორს. დამატებითი ძალა უნდა იყოს გარეშე, ნეიტრალური, გარკვეულწილად, რათა მისი ქმედება გამოყენებულ იქნას ყველგან, სადაც საჭიროა, როგორც – დამცველი, მკურნალი და არამტრული.

კონსტიტუციური მონარქია ქმნის ასეთ ნეიტრალურ ხელისუფლებას სახელმწიფოს მეთაურის სახით. ამ მეთაურის მონოდება სრულიადაც არ არის რომელიმე ხელისუფლების მიერ მეორის ჩამოგდება, არამედ – ხელისუფლების სამივე შტოს მხარდამხარ დგომა, ერთიერთშეთანხმება და ერთობლივი ქმედებაა.

დღემდე პოლიტიკური წყობის მხოლოდ სამ ხელისუფლებას ვასხვავებდით. თუმცა მე ვიკამათებდი კონსტიტუციურ მონარქიაში განსხვავებული ბუნების მქონე ხუთი ხელისუფლების არსებობაზე: 1) სამეფო ხელისუფლება; 2) აღმასრულებელი ხელისუფლება; 3) ხანგრძლივი წარმომადგენლობითი ხელისუფლება (le pouvoir représentatif de la durée); 4) საზოგადოებრივი აზრის წარმომადგენლობითი ხელისუფლება (le pouvoir représentatif de l'opinion); 5) სასამართლო ხელისუფლება.

ხანგრძლივი წარმომადგენლობითი ხელისუფლების წყაროა მემკვიდრეობითი კრება; საზოგადოებრივი აზრის წარმომადგენლობითი ხელისუფლების წყარო – არჩევითი კრება; აღმასრულებელი ხელისუფლება ჩაბარებული აქვთ მინისტრებს; სასამართლო ხელისუფლება კი – მოსამართლეებს. აქედან პირველი ორი ქმნის კანონებს, მესამე ზედამხედველობს კანონების შესრულებას, მეოთხე კი მათ იყენებს განსაკუთრებული შემთხვევებისთვის. სამეფო ხელისუფლება შუაშია, მაგრამ – დანარჩენ ოთხ ხელისუფლებაზე მაღლა. ესაა ერთდროულად უმაღლესი და შუალედური ძალაუფლება, რომლის მიზანს არ წარმოადგენს წონასწორობის დარღვევა, პირიქით, იგი სწორედ ამ წონასწორობის შენარჩუნებითაა დაინტერესებული.

საჭიროა სიფრთხილის გამოჩენა, რადგან, ადამიანთა მსგავსად, შესაძლოა, ვერც სახელმწიფოს მეთაურმა მოახერხოს საკუთარი ინტერესების შესაბამისად მოქმედება. სწორედ ეს განაპირობებს განსხვავებას აბსოლუტურ მონარქიასა და კონსტიტუციურ მონარქიას შორის.

იმისათვის, რომ ზოგად საუბარს თავი დავაღწიოთ ფაქტების მოშველიებით, მაგალითად მოვიყვანო ინგლისის კონსტიტუციას.

ვერცერთი კანონი შეიქმნება მემკვიდრეობითი და არჩევითი პალატების მონაწილეობის გარეშე, ვერცერთი ქმედება განხორციელდება მინისტრის ხელმოწერის გარეშე, ვერც-ერთი განაჩენი გამოცხადდება დამოუკიდებელი სასამართლოების გარეშე. მაგრამ, როცა

წინდახედულების ზომები მიღებულია, დაუკვირდით, როგორ იყენებს ინგლისური კონსტიტუცია სამეფო ხელისუფლებას ყოველგვარი საშიში ბრძოლის შესანწყვეტად და დანარჩენ ხელისუფლებებს შორის ჰარმონიის აღსადგენად. თუკი აღმასრულებელი ხელისუფლების ქმედება საფრთხის შემცველია, მეფე დაითხოვს მინისტრებს. თუ მემკვიდრეობითი პალატის ქმედება მომაკვდინებელი ხდება, მეფე მას მიმართულებას უცვლის ახალი პერების შემოყვანით. თუ არჩევითი პალატის ქმედება საშიშროების შემცველია, მეფე იყენებს ვეტოს უფლებას, ან შლის არჩევით პალატას. და ბოლოს, თუკი თვით სასამართლო ხელისუფლების ქმედება იმდენად აღმაშფოთებელია, რომ იგი ცალკეულ ქმედებაზე რეაგირებს მეტისმეტად მკაცრი ზოგადი სასჯელით, მეფე ამ ქმედებას ანეიტრალებს შეწყალების უფლების გამოყენებით.

თითქმის ყველა კონსტიტუციის ხარვეზს წარმოადგენდა ნეიტრალური ხელისუფლების არარსებობა და მთლიანი ტვირთის გადაკისრება ერთი რომელიმე აქტიური ხელისუფლებისთვის. როდესაც ეს სიმძიმე საკანონმდებლო ხელისუფლებაში ინაცვლებს, კანონი, რომელიც მხოლოდ განსაზღვრულ საკითხებზე უნდა გავრცელდებოდა, ვრცელდება ყველაფერზე. მკვიდრდება თვითნებობა, უკანონობა და უსაზღვრო ტირანია. ამ შემთხვევაში პარლამენტი უფლებამოსილებას გადაამეტებს, როგორც მაგალითად – სახალხო კრებებმა უფლებამოსილებას გადაამეტა იტალიის რესპუბლიკებში, კონვენტის ექსცესებმა... როცა იგივე გაერთიანებულმა ძალაუფლებამ თავი მოიყარა აღმასრულებელ ხელისუფლებაში, ამან გამოიწვია დესპოტიზმი. აქედან წარმოიშვა უზურპაცია, რასაც მოჰყვა რომის დიქტატურა.

რომის ისტორია, საერთოდ, ერთი დიდი მაგალითია ნეიტრალური ხელისუფლების აუცილებლობისა, როგორც შუამავალი ხელისუფლების არსებობისა – დანარჩენ აქტიურ ხელისუფლებებს შორის. ამ რესპუბლიკაში ჩვენ ვხედავთ, ხალხისა და სენატის დაპირისპირებისას თითოეული მხარე როგორ ეძებდა საკუთარი თავის დაზღვევის საშუალებებს, ეს გარანტიები კი დაპირისპირებული მხარის წინააღმდეგ ბრძოლის იარაღად იქცეოდა ხოლმე. რადგან სახალხო გამოსვლები სახელმწიფოს დანგრევით ემუქრებოდა, შემოიღეს დიქტატორების და პატრიციების რანგის ერთგული მოსამართლეების (magistrat) ინსტიტუტი. მიუხედავად იმისა, რომ პლებეები სასონარკვეთილებამდე მიჰყავდა პატრიციების მხრიდან ჩაგვრას, დიქტატურა არ დამხოვბილა, შეიქმნა ტრიბუნების ინსტიტუტი, როგორც სახალხო ძალაუფლება. ამგვარად მტრები აღმოჩნდნენ ერთმანეთის პირისპირ, თუმცა უკვე – მტკიცედ გამაგრებულები. ცენტურიები წარმოადგენდა არისტოკრატებს, ტრიბუნები კი – დემოკრატებს. სახალხო გადანწყვეტილებით (პლებისციტი) მიღებული დადგენილებები, რომლებსაც სენატი მხარს არ უჭერდა, არანაკლებ სავალდებულო იყო პატრიციებისთვისაც. სენატის დადგენილებები (senatus consulti), რომლებსაც მხოლოდ პატრიციები უდებდნენ საფუძველს, არანაკლებ სავალდებულო იყო პლებებისთვისაც. ამგვარად, თითოეული პარტია რიგრიგობით ექცეოდა ხელისუფლების სათავეში და ბოროტად იყენებდა ამ ძალაუფლებას, მაშინ, როდესაც ხელისუფლება

ნეიტრალური ძალის ხელში უნდა ყოფილიყო. ეს გრძელდებოდა მანამ, სანამ აქტიური ხელისუფლებები არ ჩამოაგდებდნენ მას ცალკე ხელისუფლების შესაქმნელად.

იგივე შეინიშნება კართაგენელებთანაც: სენატის არისტოკრატის შესაზღუდად მათ ერთიმეორის მიყოლებით შექმნეს სუფეტები (suffètes), ასეულის ტრიბუნალი – სუფეტებთან გასამკლავებლად, ხოლო ხუთეულის ტრიბუნალი – ასეულის შესაზღუდად. როგორც კონდილაკი ამბობს, მათ სურდათ ძალაუფლების შეზღუდვა და ამის მაგივრად ახალი ძალაუფლება შექმნეს, რომელიც ასევე საჭიროებდა შეზღუდვას. ეს უკანასკნელი მაინც ინარჩუნებდა იმ გადამეტებულ უფლებამოსილებას, რომლის შესაზღუდადაც რეალურად თავად იყო მოწოდებული.

კონსტიტუციური მონარქია გვთავაზობს, როგორც უკვე აღვნიშნე, ნეიტრალურ ხელისუფლებას, რომელიც ესოდენ აუცილებელია კანონისმიერი თავისუფლებისათვის. თავისუფალ ქვეყანაში მეფე განცალკევებული არსებაა, სხვადასხვა თვალსაზრისზე მაღლა მდგომი, რომლის მიზანი მხოლოდ წესრიგისა და თავისუფლების შენარჩუნებაა, რომელსაც არ შეუძლია, გაითქვიფოს საერთო მდგომარეობაში და შედეგად ემიჯნება ყველა იმ მისწრაფებას, რასაც ეს საერთო მდგომარეობა ბადებს, ემიჯნება იმ პერსპექტივებს, რაც დროებითი ხელისუფლების წარმომადგენელთათვისაა დამახასიათებელი. სამეფო ხელისუფლების ამ უმაღლესმა პრეროგატივამ უნდა დააფანოს მონარქის გონებაში სიმშვიდე, მის სულში – კი მოსვენების შეგრძნება, რაც ვერ იქნება ზიარი დაბალ საფეხურზე მდგომ პირებთან. ამგვარი ხელისუფლება, ასე ვთქვათ, დალივლივებს ამ ადამიანური მღელვარების მიღმა, სწორედ ეს არის პოლიტიკური ორგანიზაციის შედეგრი. იგი უთანხმოებათა წიაღში (რომლის გარეშეც არავითარი თავისუფლება არ არსებობს) ქმნის უსაფრთხოების, სიდიადისა და მიუკერძოებლობის ხელშეუხებელ სფეროს, რომელიც ზიანის მიყენების გარეშე იძლევა ამ უთანხმოებათა განვითარების საშუალებას, თუმცა – ისე, რომ ეს უთანხმოებანი არ გასცდეს გარკვეულ საზღვრებს, და რომელიც საფრთხის შექმნისთანავე უსვამს წერტილს ამ უწესრიგობას კანონიერი, კონსტიტუციური და არათვითნებური საშუალებებით, მაგრამ ეს უზარმაზარი უპირატესობა იკარგება, როცა მონარქის ხელისუფლება დაჰყავთ აღმასრულებელი ხელისუფლების დონეზე, ან, როცა აღმასრულებელი ხელისუფლება აჰყავთ მონარქის დონემდე.

თუ არ განასხვავებთ ამ ხელისუფლებებს, მაშინ გადაუჭრელი დარჩება ორი დიდი საკითხი: პირველი – აღმასრულებელი ხელისუფლების დათხოვნისა, მეორე კი – მისი პასუხისმგებლობისა.

ფაქტობრივად, აღმასრულებელ ხელისუფლებას წარმოადგენს მინისტრები: თუმცა ხელისუფლებას, რომელიც შეიძლება მის დათხოვნას, აქვს შემდეგი ნაკლი: აბსოლუტური მონარქიის დროსაც მისივე (აღმასრულებელი ხელისუფლების) მოკავშირეა,

ხოლო რესპუბლიკის პირობებში – მისი მტერი. მხოლოდ და მხოლოდ კონსტიტუციური მონარქიის პირობებში ხორციელდება სამართლიანობის შენარჩუნება.

ამასთან, როგორც ვხედავთ, აბსოლუტური მონარქიის დროს არ არსებობს აღმასრულებელი ხელისუფლების დათხოვნის საშუალება, გარდა სახალხო გადატრიალებისა, რომელიც თვით ამ დასამარცხებელ ბოროტებაზე უარესია. მიუხედავად იმისა, რომ რესპუბლიკები ცდილობდნენ უფრო რიგიანი საშუალებების პოვნას, ხშირად მაინც არ იყვნენ დაზღვეულნი იგივე ძალადობრივი შედეგებისგან.

კრეტელებმა შემოგვთავაზეს აჯანყების ერთგვარად კანონიერი ფორმა, რათა დევნა გამოეცხადებინათ მოსამართლეებისათვის, და ამით ბევრი კონსტიტუციონალისტის ქებაც დაიმსახურეს¹; ათენში კანონი უფლებას აძლევდა თითოეულ მოქალაქეს, მოეკლა ის, ვინც სასამართლო ფუნქციების განხორციელებისას შეეხებოდა რესპუბლიკის თავისუფლებას². რომში იგივე მიზანი ჰქონდა ვალერიუს პუბლიკოლას (Valerius Publicola) კანონს. ფლორენციელებს ჰქონდათ თავიანთი ”ბალია” (Ballia) ან სპეციალურად შექმნილი საგანგებო საბჭო, აღჭურვილი ყოველგვარი ძალაუფლებით, რომელსაც გააჩნდა გადაყენების უნივერსალური უფლებამოსილება (იმპიჩმენტი)³. მიუხედავად ამისა, ყველა ამ კონსტიტუციაში აღმასრულებელი ხელისუფლების გადაყენების უფლება, ასე ვთქვათ, დამოკიდებული იყო იმის ნებაზე, ვინც მას დაეუფლებოდა, ხოლო ის, ვინც მას დაეუფლებოდა, ამ უფლებას იყენებდა ტირანიის დასამკვიდრებლად და არა – მის აღმოსაფხვრელად. აქედან გამომდინარე, გამარჯვებული პარტია არ სჯერდებოდა ხელისუფლების ჩამორთმევას, პირიქით, იგი შეტევაზე გადადიოდა; იბრძოდა სამართლიანობის გვერდის ავლით, ეს კი გახლდათ არა სამართლიანი, არამედ – მომაკვდინებელი რამ.

ფლორენციის ბალია, შექმნილი დიდი ქართვეილებისას, ხასიათდებოდა უკანონობით. ის სჯიდა სიკვდილით, აპატიმრებდა, ართმევდა ქონებას. ამიტომაც, მას შემდეგ, რაც ანარქიამ მოიკვა ფლორენცია, ბალია გახდა მედიჩების ძალაუფლების ძირითადი იარაღი.

საჭიროა კონსტიტუციური ხელისუფლება, რომლისთვისაც დამახასიათებელი იქნება ფლორენციის ბალიის დადებითი თვისებები და, რომელიც თავისუფალი იქნება მისი ბნელი მხარისაგან. ეს იმას ნიშნავს, რომ კონსტიტუციურ ხელისუფლებას არ უნდა შეეძლოს სიკვდილით დასჯა, დაპატიმრება, არც – ქონების ჩამორთმევა და არც -გადასახლება, არამედ იგი უნდა შემოიფარგლებოდეს იმ ადამიანებისა და დაჯგუფებებისათვის ხელისუფლების ჩამორთმევით, რომელთა მმართველობაც საფრთხის მომტანი იქნებოდა.

¹ ფილანგიერი (Filangieri) I, 10. მონტესკიე (Montesquieu). VIII, 11.

² პეტი დე ლეგი (Petit de Lege).

³ მაკიაველი (Machiaveli).

კონსტიტუციურ მონარქიას შეუძლია ამ დიდი პრობლემის გადაწყვეტა. იდეების უკეთ ჩამოსაყალიბებლად, მკითხველს ვთხოვ, ჩემი მსჯელობა დაუკავშიროს სინამდვილეს. ასეთ სინამდვილეს წარმოადგენს ინგლისის მონარქია. ის ქმნის ნეიტრალურ და შუალედურ ხელისუფლებას: იგი აღმასრულებელი ხელისუფლებისაგან გამიჯნული სამეფო ხელისუფლებაა. აღმასრულებელი ხელისუფლების გადაყენება დევნის გარეშე ხორციელდება. მინისტრების დასათხოვად მეფეს არ სჭირდება მათი დარწმუნება მათ მმართველობაში შეცდომის, დანაშაულის ან დანაშაულებრივი გეგმის არსებობაზე მითითება; ის მათ დაითხოვს დაუსჯელად: ამგვარად, აუცილებელი საქმე წყდება უსამართლობის გარეშე; და, რადგან აღნიშნული საშუალება სამართლებრივია, იგი სასარგებლოცაა.

ნებისმიერი კონსტიტუციის დიდ ნაკლს წარმოადგენს ის, რომ იგი ძალაუფლების მქონე ადამიანებს არჩევანს უტოვებს მხოლოდ და მხოლოდ თავიანთ ძალაუფლებასა და სახრჩობელას შორის.

აღმასრულებელი ხელისუფლების გადაყენებასა და დასჯას შორის იგივე განსხვავებაა, რაც წარმომადგენლობითი კრებების დაშლასა და მისი წევრების პასუხისმგებლობაში მიცემას შორის. პირველ ღონისძიებას თუ მეორეთი შევცვლით, ეჭვგარეშეა, რომ კრება, რომლის პოლიტიკურ და ინდივიდუალურ არსებობას ერთდროულად ემუქრებიან, დალუპვის შიშით გამძვინვარდება, რაც ძალიან დააზარალებს სახელმწიფოს. იგივე ითქმის აღმასრულებელ ხელისუფლებაზეც. თუ თქვენ მას გადაყენების შემდეგ გაასამართლებთ, იმის მაგივრად, რომ ხელშეუხებლობის გარანტია მისცეთ, თქვენ მასში ამით აღძრავთ შიშს და გამოიწვევთ მის რისხვას: ის დაიცავს თავის ხელისუფლებას თავისივე უშიშროებისთვის. კონსტიტუციური მონარქია ანეიტრალებს ამ საფრთხეს. დეპუტატები პარლამენტის დაშლის შემდეგ და მინისტრები – მათი გადაყენების შემდეგ უბრუნდებიან მოქალაქეთა სხვა კლასს და ამგვარად, უფლების გადამეტების საწინააღმდეგო ეს მნიშვნელოვანი ღონისძიებები ეფექტური და მშვიდობიანია. პასუხისმგებლობის საკითხის განხილვის დროსაც მსგავსი მიდგომაა საჭირო.

მემკვიდრე მონარქს შეიძლება, არ დაეკისროს და არც უნდა დაეკისროს პასუხისმგებლობა. ეს არის ცალკე, ყველაზე მაღლა მდგომი არსება. მისი უფლებამოსილება, განსაკუთრებული და მარადიულია არამართო მისთვის, არამედ – მთელი მისი გვარისთვის: როგორც მისი წინაპრების, ისე – მისი შთამომავლებისათვის, მას მიჯნავს თავისი იმპერიის ყველა ინდივიდისაგან. სრულებითაც არაა გასაოცარი იმ ადამიანის ხელშეუხებლად გამოცხადება, რომლის ოჯახსაც, სხვა ოჯახებისაგან განსხვავებით, მინიჭებული აქვს მრავალრიცხოვანი ხალხის მართვის უფლება სხვა პრივილეგიებზე უარის თქმის სანაცვლოდ.

მონარქი თვითონ, პროტესტის გარეშე, თმობს პასუხისმგებლობას თავისი მინისტრების სასარგებლოდ. მას უფრო დიდი სიკეთე აქვს დასაცავი, ვიდრე – მმართველობის ესა თუ ის დეტალი, ან კიდევ -ხელისუფლების ესა თუ ის ამოცანა. მისი ღირსება ოჯახის

საკუთრებას წარმოადგენს, რომელსაც ის არიდებს ბრძოლას სამინისტროს საქმეში ჩარევისგან თავის შორს დაჭერის გზით. მაგრამ პასუხისმგებლობისა და ძალაუფლების ერთმანეთისგან გამიჯვნა მხოლოდ მაშინაა შესაძლებელი, როდესაც სამეფო ხელისუფლება ღვთიოთკურთხეულია.

რესპუბლიკური მმართველობისას კი პერმანენტულად განახლებადი ხელისუფლება არ წარმოადგენს განყენებულ ძალაუფლებას, მას არ შეუძლია განსაკუთრებული შთაბეჭდილების მოხდენა და არა აქვს სხვათა წინაშე საკუთარი შეცდომების შენდობის თხოვნის უფლება, რადგან უშუალო ძალისხმევითა და მიზანმიმართული ქმედებით მოიპოვა აღნიშნული თანამდებობა. მას მხოლოდ საკუთარი ხელისუფლების დაცვა აკისრია, რომელიც მაშინ კნინდება, თუკი თავს ესხმიან მის მიერ ჩამოყალიბებულ აღმასრულებელ ხელისუფლებას, და რომელიც შედგება ისეთივე რესპუბლიკელებისაგან, რომლებთან ერთადაც მას ფაქტობრივად სოლიდარული პასუხისმგებლობა გააჩნია.

უმაღლესი ხელისუფლების ხელშეუხებლობა ნიშნავს, მინისტრებს მიანიჭო უფლება, განიხილონ ხელისუფლებისადმი საკუთარი დაქვემდებარების აუცილებლობის საკითხი. სინამდვილეში კი მინისტრებს შეუძლიათ, ხელისუფლებას დაუმორჩილებლობა გამოუცხადონ მხოლოდ იმ შემთხვევაში, თუ გადადგებიან. და მაშინ საზოგადოებრივი აზრი შეაფასებს უმაღლეს ხელისუფლებასა და მინისტრებს. ბუნებრივია, მხარდაჭერა იმათკენ იქნება, ვინც საზოგადოებრივ ინტერესებს შესწირა თავი. მემკვიდრეობითი მონარქიის პირობებში ამას არ მოსდევს წინააღმდეგობები. მონარქი იმდენად თაყვანსაცემი პიროვნებაა, რომ მას ვერ შეადარებენ მინისტრებს, და მონარქის ეს ღირსება განაპირობებს იმას, რომ მთლიანი ზეწოლა ახალ სამინისტროზე მოდის. რესპუბლიკის დროს კი ერთმანეთს ადარებენ უმაღლეს ხელისუფლებასა და ყოფილ მინისტრებს; ეს შედარება კი იწვევს სურვილს, გაძლიერდეს ამ უკანასკნელის ძალაუფლება.

პასუხისმგებლობის არმქონე რესპუბლიკურ ხელისუფლებასა და პასუხისმგებლობის მქონე სამინისტროს შორის, ეს უკანასკნელი იქნება მნიშვნელოვანი, პირველი კი მალე გამოცხადდება უსარგებლოდ. პასუხისმგებლობის არქონა აიძულებს მთავრობას, იმოქმედოს მხოლოდ მინისტრების მეშვეობით. მაგრამ მაშინ რა სარგებელი მოაქვს სამინისტროს უმაღლეს ხელისუფლებას? მონარქიის პირობებში ეს ემსახურება იმას, რომ სხვები არ დაეუფლონ ხელისუფლებას, და შეიქმნას მყარი, მიუწვდომელი წერტილი, რომელსაც ვერ შეეხებიან ვნებები. ამგვარი რამ კი არ ხდება რესპუბლიკის დროს, სადაც ყველა მოქალაქეს შეუძლია უმაღლეს ხელისუფლებაში მოსვლა.

წარმოიდგინეთ 1795 წლის კონსტიტუციის მიხედვით ხელშეუხებელი დირექტორია და აქტიური და ენერგიული სამინისტრო. განა შესაძლებელია, დიდხანს ავითანოთ არაფრის-მაქნისი ხუთი კაცი, იმ ექვსი კაცის ზურგს ამოფარებული, ვინც ყველაფერს აკეთებს? რესპუბლიკურ მმართველობას ესაჭიროება თავის მინისტრებზე სრული ძალაუფლების აღსრულება, ვიდრე – მემკვიდრეობით მონარქს: რადგან რესპუბლიკური მმართველობი-

სას შეიძლება ხელისუფლებას დაუპირისპირდნენ მისივე იარაღებით. მაგრამ ასეთი ძალაუფლების ფლობისთვის აუცილებელია, ხელისუფლებამ თავადვე აილოს პასუხისმგებლობა იმ აქტებზე, რომლებიც თავადვე გამოსცა, რადგან შეუძლებელია ადამიანის დამორჩილება, თუ მას შედეგად შესაბამისი გარანტიები არ ექნება.

ამიტომაც რესპუბლიკები იძულებულნი არიან, უმაღლესი ხელისუფლება გახადონ პასუხისმგებელი, მაგრამ ამ შემთხვევაში პასუხისმგებლობა მოჩვენებითი ხდება.

პასუხისმგებლობა, რომელიც შეიძლება, ვრცელდებოდეს მხოლოდ იმ ადამიანებზე, რომელთა მარცხი შეათვრებდა საგარეო ურთიერთობებს და უმოქმედოს გახდიდა სახელმწიფოს მართვის შინაგან მექანიზმებს, ვერასოდეს განხორციელდება. სასურველი იქნება თუ არა საზოგადოებრივი ცხოვრების გადატრიალება იმისათვის, რომ ჯავრი იყარონ ერთ, ათ, ას, ათას მოქალაქეზე, რომელიც ოცდაათი ათას კვადრატულ ლიეზე (La lieue, ერთი ლიე უდრის 4,445 კმ-ს) ცხოვრობს? ეს გამოუსწორებელი შეცდომა იქნებოდა, რადგან ამგვარი "მკურნალობა" გაცილებით მძიმე იქნება ვიდრე – თვით "ავადმყოფობა". ზოგჯერ დამნაშავე პირები თავის დაღწევას იმით ახერხებენ, რომ თავიანთ ძალაუფლებას კორუფციისთვის იყენებენ, ზოგჯერ კი იმით ახერხებენ თავის დაღწევას, რომ ისინი, ვინც მათ დადანაშაულებას შეეცდებიან, შიშისგან ძრწოლას იწყებენ, რადგან დადანაშაულება გამოიწვევს კონსტიტუციური სისტემის ჩამოშლას. ეს იმიტომ, რომ განსაზღვრული კანონის დარღვევისთვის შურისძიება რისკის ქვეშ აყენებს იმას, რაც ყველა კანონის გარანტიას უზრუნველყოფს. ამდენად, სუსტი და გონიერი ადამიანები, ბოროტმოქმედები და წესიერი ადამიანები ვალდებულნი იქნებიან სხვადასხვა მოტივით, რომ დაიცვან აღმასრულებელი ხელისუფლების მოღალატე წარმომადგენლები. და ბოლოს, რადგან ხელისუფლება, თავისი ბუნებიდან გამომდინარე, ხასიათდება უფლებამოსილების გადამეტებით, რაც მას აძლევს საშუალებას, ბოროტად გამოიყენოს ძალაუფლება, უფრო და უფრო მეტად დაარღვიოს კანონი, განახორციელოს აუტანელი ჩაგვრა, პასუხისმგებლობა აღსრულდება, მაგრამ, იქნება რა ამავე მთავრობის ხელმძღვანელების წინააღმდეგ მიმართული, მას, სავარაუდოდ, მოჰყვება ამავე მთავრობის დაშლა.

აქ მე არ განვიხილავ იმ საკითხს, შესაძლებელია თუ არა, ახლებური მონყოფით მოგვარდეს პასუხისმგებლობასთან დაკავშირებული შეუსაბამობა რესპუბლიკურ კონსტიტუციაში. მე მხოლოდ იმის მტკიცება მინდოდა, რომ პასუხისმგებლობის განსახორციელებლად პირველი და აუცილებელი პირობაა აღმასრულებელი ხელისუფლებისა და უმაღლესი ხელისუფლების გამიჯვნა. კონსტიტუციური მონარქია ემსახურება ამ დიდ მიზანს; მაგრამ ეს უპირატესობა მაშინვე დაიკარგება, თუ ერთმანეთში ავურევთ ამ ორ ხელისუფლებას.

თავისუფალი კონსტიტუციის პირობებში მინისტრთა ხელისუფლება იმდენად რეალურად წარმოადგენს აღსრულების ერთადერთ საშუალებას, რომ მონარქი არათერს სთავაზობს

ერს მინისტრების გარეშე, ის არაფერს ბრძანებს ისეთს, რაზე პასუხისმგებლობაც მინისტრებს არ ექნებათ აღებული.

როცა საქმე ეხება მოხელის დანიშვნას, მონარქი ერთპიროვნულად წყვეტს ამ საკითხს; ეს არის მისი უპირობო უფლება. მაგრამ, როცა საქმე ეხება პირდაპირ ქმედებას, ან თუნდაც მხოლოდ შეთავაზებას, აღმასრულებელი ხელისუფლება ვალდებულია, წინ გამოვიდეს, რათა დისკუსიისა თუ წინააღმდეგობების გამო ზიანი არ მიაღგეს სახელმწიფოს მეთაურს.

ამტკიცებდნენ, რომ ინგლისში სამეფო ხელისუფლება არ იყო მთლად გამიჯნული აღმასრულებელი ხელისუფლებისაგან. ამის ნიმუშია ის გარემოება, რომ მონარქის პირადი ნება მისი მინისტრების ნებაზე აღმატებული იყო, როცა მან უარი განაცხადა, კათოლიკებზე გავრცელებულიყო ის უპირატესობანი, რაც მის სხვა ქვეშევრდომებზე ვრცელდებოდა. აქ ორი რამ არის ერთმანეთში აღრეული: არსებულის შენარჩუნების უფლება, რაც მხოლოდ სამეფო ხელისუფლების პრივილეგიაა, რომელიც ქმნის სწორედ სამეფო ხელისუფლებას, ჩემი აზრით, ნეიტრალურ და დამცავ ხელისუფლებას. მეორე გახლავთ ჯერ კიდევ არარსებულის შექმნის უფლება, რომელიც ეკუთვნის აღმასრულებელ ხელისუფლებას.

გემოთ მითითებულ ვითარებაში საქმე ეხებოდა მხოლოდ არსებულის შენარჩუნებას, რადგან კანონები კათოლიკეთა წინააღმდეგ ძალაში იყო, თუმცა მათი აღსრულება – შენელებული. მაშასადამე, არც ერთი კანონი არ შეიძლება, გაუქმდეს მეფის ხელისუფლების მონაწილეობის გარეშე. მე არ განვიხილავ იმას, რამდენად კარგი ან ცუდი იყო ეს ქმედება ცალკეულ შემთხვევაში. მე ვწუხვარ იმის გამო, რომ საპატიო ეჭვებმა, რამეთუ საქმე ეხება სინდისს, და იმავდროულად, განხორციელების თვალსაზრისით პრინციპულად მცდარმა და სავალალო ეჭვებმა, აიძულა ინგლისის მეფე, მხარი დაეჭირა მჩაგვრელი და შეუწყნარებელი ზომებისთვის. მაგრამ აქ საკითხი ეხება იმის მტკიცებას, რომ ასეთი ზომების მხარდაჭერით სამეფო ხელისუფლება არ გასცდენია მისი უფლებამოსილების საზღვრებს. ამაში კარგად რომ დავრწმუნდეთ, დავამსხვრიოთ ჰიპოთეზა და დავუშვათ, რომ კათოლიკეთა წინააღმდეგ მიმართული კანონები არ არსებობდა. მაშინ მონარქის პირადი ნება ვერც ერთ მინისტრს ვერ აიძულებდა მათ შეთავაზებას, და ვბედავ იმის მტკიცებას, რომ ჩვენს დროში ინგლისის მეფე ვერ იპოვიდა ერთ მინისტრსაც კი, რომელიც შესთავაზებდა მსგავს კანონებს. ამგვარად, განსხვავება სამეფო ხელისუფლებასა და მინისტრების ხელისუფლებას შორის დადასტურებულია თვით ამ მაგალითით, რომელიც იმისთვისაა მოყვანილი, რათა ჩრდილი მიაყენოს სამეფო ხელისუფლებას, რომელიც დამონმებულია მის უარსაყოფად. პირველის ნეიტრალური და წმინდად დამცავი ხასიათი აშკარაა: ცხადია, ამ ორს შორის მხოლოდ მეორეა აქტიური, რადგან, ამ უკანასკნელს რომ არ უნდოდეს მოქმედება, პირველი ვერავითარ საშუალებას გამოიხატავდა იძულებისთვის და არ ექნებოდა მის გარეშე მოქმედების საშუალება: მივაქციოთ ყურადღება, რომ სამეფო ხელისუფლების ამ

პოზიციას აქვს მხოლოდ უპირატესობანი და არასოდეს არა აქვს შეუსაბამობანი, რადგან, თუ ინგლისის მეფე მისი სამინისტროს მიერ ქმედებაზე უარის თქმის სახით შეხვდებოდა გადაულახავ წინააღმდეგობას საუკუნის სულისკვეთებისა და რელიგიური თავისუფლების წინააღმდეგ მიმართული კანონების შემოთავაზებაში, ამავე დროს სამინისტროც ვერ გასწევდა წინააღმდეგობას იმ შემთხვევაში, იგი მიზნად რომ ისახავდეს, ხელი შეუშალოს სამეფო ხელისუფლების მიერ ამ სულისკვეთების შესაბამისი და თავისუფლების ხელშემწყობი კანონების შემოთავაზებას. მეფეს მხოლოდ მინისტრის შეცვლა დასჭირდებოდა და არაფერს დაუპირისპირდებოდა საზოგადოებრივ აზრს, არ იბრძოლებდა განმანათლებლური აზრების წინააღმდეგ; მეფე კი მრავალ ასეთ აზრს შემოიტანდა სახალხო ღონისძიებების სახით, რათა ერს მხარი დაეჭირა მათი დამტკიცებისა და აღიარებისათვის⁴.

სრულიადაც არ მინდა იმის უარყოფა, რომ უფრო ცოცხალი, უფრო აქტიური მონარქის პორტრეტში არ იქნებოდა რაღაც მიმზიდველი, მაგრამ ინსტიტუციები უფრო მეტად დამოკიდებულია დროებაზე, ვიდრე – ადამიანებზე. მონარქის პირდაპირი ზემოქმედება უცილობლად მცირდება ცივილიზაციის პროგრესთან ერთად. ბევრი რამ, რითაც ჩვენ აღფრთოვანებულნი ვიყავით და გვეჩვენებოდა ამაღელვებლად წინა ეპოქებში, ახლა მიუღებელია. წარმოიდგინეთ, საფრანგეთის მეფეები თავიანთ ქვეშევრდომებს რომ ასამართლებენ რომელიმე მუხის ძირას, თქვენ აგაღელვებთ ეს სურათი და დიდი პატივისცემით შეხედავთ მამობრივი ძალაუფლების ამ დიად და გულუბრყვილო აღსრულებას; მაგრამ, როგორ შეათვასებდით დღეს მეფის სამართალს, განხორციელებულს მოსამართლეების გარეშე? ეს იქნებოდა ყველა პრინციპის დარღვევა, ძალაუფლებების აღრევა, სასამართლოს დამოუკიდებლობის ხელყოფა, ე. ი. ყველა იმ პრინციპის დარღვევა, რომელსაც ძალიან ნატრობს საზოგადოების ყველა კლასი. კონსტიტუციური მონარქია ვერ შეიქმნება ხსოვნითა და პოეზიით.

მონარქებს თავისუფალი კონსტიტუციის სახით რჩებათ კეთილშობილური, მშვენიერი, ამაღლებული, უპირატესი უფლებები. მათ უფლებამოსილებას წარმოადგენს შეწყალების უფლება, თითქმის ღვთიური უფლება, რომელიც ასწორებს ადამიანური სამართლის შეცდომებს ან მისი სისასტიკის გამოვლინებებს, რომლებიც ასევე წარმოადგენს შეცდომებს; ამ პრეროგატივებიდან მომდინარეობს იმის უფლება, რომ გამორჩეულ მოქალაქეებს მიანიჭოს უკვდავი სახელი, დააწინაუროს სასამართლო ხელისუფლებაში შეყვანით, რომელიც ბრწყინვალე წარსულს აერთიანებს ყველაზე მაღალი პოლიტიკური ფუნქციების ოფიციალურ ფორმასთან; აქედან მომდინარეობს აგრეთვე საკანონმდებლო ორგანოების დანიშვნის, საზოგადოებრივი წესრიგის და უშიშროების უზრუნველყოფის

⁴ ის, რაც აქ ვთქვი ერის შეხედულებებისადმი ინგლისელი მინისტრების პატივისცემისა და კეთილგანწყობის შესახებ, სამწუხაროდ, ეხება მხოლოდ მათ შიდა მმართველობას. ომის ხელახლა დაწყება უმიზეზოდ და უბოდიშოდ ყველაზე უფრო ზომიერი შეტევების და აშკარად გულწრფელი სამშვიდობო განზრახვების საპასუხოდ ადასტურებს, რომ ინგლისელი მინისტრები არ ითვალისწინებენ არც ხალხის განწყობას, არც მის აზრს და არც მის ინტერესებს.

უფლება; ამასთან არის დაკავშირებული წარმომადგენლობითი კრებების დაშლა ერის დასაცავად მისი მანდატის მფლობელთა შეცდომებისაგან და ახალი არჩევანისკენ მოწოდება; ეს არის აგრეთვე მინისტრების დანიშვნა, რომელიც მონარქის მიმართ ერის მაღლიერებას იწვევს, როცა მინისტრები ღირსეულად ართმევენ თავს დაკისრებულ მისიას. ბოლოს უნდა ვთქვათ, რომ ამასთან არის დაკავშირებული შეწყალება, მფარველობა, ჯილდოების განაწილება სახელმწიფოსთვის განეული სამსახურისთვის, მზერით ან სიტყვიერად მაღლობის გამოხატვა სახელმწიფოსთვის განეული სამსახურისთვის; პრეროგატივა, რომელიც მონარქიას ანულის აზრების ამოუწურავ მარაგს, რომელიც ყველა პატივმოყვარე ადამიანისაგან ქმნის მსახურს და ყველა ამბიციისგან – ქვეშევრდომს.

აი, უდავოდ, ასეთია, კონსტიტუციური მონარქია თავისი სარბიელით, მნიშვნელოვანი ფუნქციებით, დიდი და კეთილშობილი მისიით; და ბოროტები და ვერაგები იქნებოდნენ ის მრჩეველები, რომლებიც კონსტიტუციურ მონარქს წარმოაჩენდნენ, როგორც უინისა (ავხორცობის) და სინანულის ობიექტს; როგორც უსაზღვრო და შეუკავებელ დესპოტურ ძალაუფლებას; ორაზროვან ხელისუფლებას, რომელსაც ლიმიტი არ გააჩნია; არამტკიცეს, როგორც ძალადობაზე დამყარებულს, რომელიც თავისი ვერაგი მეთოდით პრინცზე ზეწოლას მოახდენს, რომ თითქოს მას მხოლოდ გაფლანგვა შეუძლია, ხალხზე კი – ზეწოლას; რომ მხოლოდ წამება და წახდენა შეუძლია.⁵

⁵ ძალიან მნიშვნელოვანია, რომ გაურკვეველი ინსტიქტი ყოველთვის აფრთხილებდა ადამიანებს იმ ჭეშმარიტების შესახებ, რაც მე ამ თავში განვიხილე, თუმცა ეს აზრები ადრე არ ყოფილა გამოთქმული; და სწორედ ამიტომაც გახლდათ ბუნდოვანი ინსტიქტი საშიში შეცდომების მიზეზი. რასაც ვგრძნობდით, გახლდათ ის, რომ სამეფო ხელისუფლება თავისი ბუნებით იყო ნეიტრალური ძალაუფლება, რომელსაც, გარკვეულ საზღვრებში მოქცეულს, არ გააჩნდა მანვე პრეროგატივები, ამიტომ მივიჩნიეთ, რომ შეუსაბამო არ იქნებოდა მისთვის ამ პრეროგატივების მინიჭება; შედეგად – ნეიტრალიტეტი დაიკარგა.

მინისტრებისთვის რომ შეეთავაზებინათ პირად თავისუფლებაზე და მოქალაქეების უფლებებზე თვითნებური ზემოქმედების უფლება, ყველა უარყოფდა ამ შემოთავაზებას, რადგან მინისტრთა ხელისუფლება, რომელიც მუდმივ კავშირშია ყველა ინტერესთან, ვერ დაფარავდა იმ საშიშროებას, რაც ამ ხელისუფლების თვითნებურ მოქმედებას მოსდევს და პირველი შეხედვითანავე ჩანს. მაგრამ ამ ძალაუფლებას ხშირად უთმობდნენ მეფეებს, რადგან ისინი მიაჩნდათ უანგაროებად და მიუკერძოებლებად; ამგვარი დათმობის შედეგად მოსპეს თვით მიუკერძოებლობა, რომელიც დათმობის საფუძველი იყო.

ყოველგვარი თვითნებური ძალაუფლება ეწინააღმდეგება სამეფო ხელისუფლების ბუნებას. ამიტომ ორი შემთხვევიდან ერთ-ერთი დადგება: ან ეს ძალაუფლება სამინისტროს მიეკუთვნება, ან თვით მეფე, რომელიც აღარ არის ნეიტრალური, ხდება უფრო საშიში მინისტრი, რადგან მას აქვს ხელშეუხებლობა და იმავდროულად ფუნქციები, რომელიც არასოდეს უნდა ჰქონდეს. ამ შემთხვევაში ეს ფუნქციები ამსხვრევს მოსვენების ყოველგვარ შესაძლებლობას და თავისუფლების ყოველგვარ იმედს.

სასამართლო ხელისუფლების კონსტიტუციური საფუძვლები საქართველოში

დავით წერეთელი

1. შესავალი. 2. სასამართლო ხელისუფლების კონსტიტუციური საფუძვლების ისტორია საქართველოში
2.1. სასამართლო ხელისუფლება საქართველოს 1921 წლის 21 თებერვლის კონსტიტუციის საფუძველზე.
2.2. სასამართლო საბჭოთა საქართველოში. 2.3. სასამართლო სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის
აღდგენის შემდგომ, გარდამავალი პერიოდის საქართველოში (1991-1995 წ.). 3. სასამართლო
ხელისუფლება საქართველოს 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუციის საფუძველზე. 3.1. სასამართლო
ხელისუფლება 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუციის პირველადი რედაქციით. 3.2. სასამართლო
ხელისუფლების კონსტიტუციური რეფორმები საქართველოში. რეზიუმე. რეზიუმე ინგლისურ ენაზე.
გამოყენებული ლიტერატურა.

1. შესავალი

სახელმწიფო ხელისუფლების დანაწილების საყოველთაოდ აღიარებულ სისტემაში ცნობილია, რომ სასამართლო ხელისუფლება, მართლმსაჯულების განხორციელების გზით, განსაკუთრებულ ინსტიტუციურ ფუნქციას ასრულებს ერთი მხრივ, კონსტიტუციური დემოკრატიის, კანონის უზენაესობის, ხელისუფლების შტოებს შორის კონტროლისა და ბალანსირების უზრუნველყოფისა და ადამიანის ძირითადი უფლებებისა და თავისუფლებების დაცვის საკითხში. ხელისუფლების დანაწილებისა და სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებელ შტოდ განსაზღვრის იდეის ავტორები, აღიარებული ბერძენი მოაზროვნეებიდან და ფილოსოფოსებიდან – არისტოტელედან მოყოლებული, ასევე აღიარებული ინგლისელი და ფრანგი მოაზროვნეები – ჯონ ლოკითა და შარლ მონტესკიეთი დასრულებული, სახელმწიფო ხელისუფლების შტოების, მათ შორის სასამართლო ხელისუფლების განცალკევების აუცილებლობას სწორედ ძალაუფლების ბოროტად გამოყენების აღკვეთასა და ადამიანის თავისუფლების დაცვას უკავშირებდნენ. „იმისათვის, რომ ვერავინ შეძლოს ძალაუფლების ბოროტად გამოყენება, საჭიროა თვით საგანთა ისეთი წყობა, რომ ძალაუფლებას ძალაუფლება აოკებდეს. როდესაც ერთ პიროვნებაში ან ერთ მაგისტრატურაში გაერთიანებულია კანონმდებელი და აღმასრულებელი ხელისუფლება, თავისუფლებას ადგილი არ აქვს, რადგან გვემინია, ამ მონარქმა ან სენატორმა არ შექმნას ტირანული კანონები იმისათვის, რომ ისინი ტირანულად გამოიყენოს. თავისუფლება ასევე არ გვაქვს იმ შემთხვევაში, როცა სასამართლო ხელისუფლება განცალკევებული არაა კანონმდებელი და აღმასრულებელი ხელისუფლებისაგან. თუ იგი შეერთებული იქნება კანონმდებელ ხელისუფლებასთან, მაშინ მისი ძალაუფლება მოქალაქეთა სიცოცხლისა და თავისუფლების მიმართ თვითნებური იქნება, რადგან მოსამართლე თვითონვე იქნება კანონმდებელი. თუ ეს ხელისუფლება შეერთებული იქ-

ნება აღმასრულებელ ხელისუფლებასთან, მოსამართლეს შესაძლებლობა ექნება, მჩაგვრელი გახდეს“¹ – აღნიშნავდა შარლ ლუი მონტესკიე ჯერ კიდევ XVIII საუკუნეში.

სახელმწიფო ხელისუფლების დანაწილების აღნიშნული პროგრესული იდეა არა მხოლოდ თეორიული ლოგიკით, არამედ იგი ცხადი, ემპირიული გამოცდილებით იყო დეტერმინებული (მსოფლიო ისტორიაში ცნობილია ფაქტები, როდესაც მონარქი უშუალოდ თვითონ იკავებდა მოსამართლის თანამდებობას, სახელმწიფოს სახელით მისი მოწინააღმდეგეების დასჯისათვის. მაგალითად, ცნობილია, რომ საფრანგეთის მეფემ ლუი XIII მოსამართლის თანამდებობა დაიკავა მისი მოწინააღმდეგე დიდგვაროვანის სასამართლო პროცესის წარმართვის მიზნით), რის გამოც მან საყოველთაო აღიარება მოიპოვა და იგი უზენაეს ნორმატიულ-სამართლებრივ აქტში – კონსტიტუციაში იქნა რეალიზებული მსოფლიოს თითქმის ყველა ქვეყანაში. შესაბამისად, კონსტიტუციურად განისაზღვრა ხელისუფლების ერთ-ერთი შტოს – სასამართლო ხელისუფლების საფუძვლები.

აღიარებულია, რომ პირველი კონსტიტუცია, რომელმაც სასამართლო ხელისუფლების საფუძვლები გაითვალისწინა, ამერიკის შეერთებული შტატების კონსტიტუცია იყო. „ხელისუფლების დანაწილების დოქტრინის მიხედვით, კონსტიტუციურმა კონვენციამ შექმნა სასამართლო ხელისუფლების თავი – შეერთებული შტატების სასამართლო ხელისუფლება“.²

მიუხედავად იმისა, რომ საყოველთაოდ, უმაღლესი იურიდიული ძალის მქონე ნორმატიული აქტებით – კონსტიტუციებით იქნა აღიარებული სასამართლო ხელისუფლების საფუძვლები, მთავარ გამოწვევად და მიზნად სასამართლო ხელისუფლების რეალური დამოუკიდებლობა იქცა, რათა მისი კონსტიტუციური დანიშნულება – ხელისუფლების დანაწილების იდეის განხორციელება და ადამიანის უფლებების დაცვა ქმედითი იყოს.

„სამართლებრივი სისტემის კონსტიტუციური მოქმედებისათვის (სამართლებრივი სახელმწიფოსათვის) აუცილებელია მართლმსაჯულება იყოს მიუკერძოებელი: ამისათვის სამართალს უზრუნველყოფილი უნდა ჰქონდეს ორგანიზაციული პირობები და მოსამართლეთა დამოუკიდებლობა“.³ – აღნიშნავს ცნობილი კონსტიტუციონალისტი ანდრამ შაიო.

სტატიის მიზანია საქართველოში სასამართლო ხელისუფლების კონსტიტუციური საფუძვლების ანალიზი, კონსტიტუციური რეფორმების შედეგად მიღწეული შედეგებისა და არსებული გამოწვევების წარმოჩენა.

ვფიქრობთ, რომ აღნიშნულ საკითხს აქტუალობას მატებს ბოლო 10 წლის განმავლობაში

¹ შარლ ლუი მონტესკიე, „კანონთა გონი“ თბ. 1994, გვ. 181-182;

² Alfred H. Kelly, Winfred A. Harbison and Herman Belz, “The American Constitution its Origins and Development”, New York-London, 1991, P. 157;

³ ანდრამ შაიო, „ხელისუფლების თვითშეზღუდვა, კონსტიტუციონალიზმის შესავალი“, გვ. 267;

საქართველოს კონსტიტუციაში შეტანილი ცვლილებები, რომლებმაც მნიშვნელოვანი სიახლეები დაადგინდა; მით უფრო იმ პირობებში, როდესაც, ერთი მხრივ, ევროკავშირსა და ევროპის ატომური ენერჯის გაერთიანებასა და მათ წევრ სახელმწიფოებსა და მეორე მხრივ, საქართველოს შორის ასოცირების შესახებ შეთანხმებით, საქართველოს სახელმწიფოს დაეკისრა ვალდებულება, ევროკავშირთან თანამშრომლობით განაგრძოს პროგრესი სასამართლო და სამართლებრივი რეფორმის კუთხით, რათა გარანტირებული იქნეს სასამართლოს დამოუკიდებლობა და გაძლიერდეს მისი ადმინისტრაციული შესაძლებლობა. აღნიშნული შეთანხმების მე-13 მუხლის მიხედვით, თავისუფლების, უსაფრთხოებისა და მართლმსაჯულების სფეროში თანამშრომლობისას, მხარეები განსაკუთრებულ ყურადღებას გაამახვილებენ კანონის უზენაესობის შემდგომ ხელშეწყობაზე, მათ შორის სასამართლოს დამოუკიდებლობაზე, მართლმსაჯულების ხელმისაწვდომობასა და სამართლიანი სასამართლოს უფლებაზე.⁴

2. სასამართლო ხელისუფლების კონსტიტუციური საფუძვლების ისტორია საქართველოში

2.1. სასამართლო ხელისუფლება საქართველოს 1921 წლის 21 თებერვლის კონსტიტუციის საფუძველზე

მართლმსაჯულებას საქართველოში ხანგრძლივი ისტორია აქვს და იგი სხვადასხვა ეპოქაში ამ ეპოქისათვის დამახასიათებელი ისტორიულ-პოლიტიკური თავისებურებებით ხორციელდებოდა, მონარქის სახელითა და მისი ლეგიტიმაციის საფუძველზე. მაგალითად, ცნობილია, რომ საქართველოს უდიდესი მონარქის – დავით IV აღმაშენებლის მიერ, მე-12 საუკუნის დასაწყისში შეიქმნა ყველასათვის ხელმისაწვდომი მუდმივმოქმედი სასამართლო, რომელიც „სააჯო კარის“ სახელით არის ცნობილი საქართველოს ისტორიაში.⁵

სახელმწიფო ხელისუფლების დანაწილებისა და სასამართლო ხელისუფლების ცალკე შტოდ განსაზღვრის თაობაზე ზემოთ აღნიშნულ იდეებს, რომელიც მე-18 საუკუნის ბოლოს მომწიფდა და სამართლებრივად იქნა აღიარებული მსოფლიოს თითქმის ყველა ქვეყნის მიერ, მყისიერი გამოხმაურება ვერ მოჰყვა საქართველოში, რასაც თავისი ობიექტური ისტორიული საფუძვლები აქვს; კერძოდ, როგორც ცნობილია, მე-19 საუკუნის დასაწყისიდან ერთ საუკუნეზე მეტი ხნის განმავლობაში საქართველო არ წამოადგენდა დამოუკიდებელსა და სუვერენულ სახელმწიფოს და იგი რუსეთის იმპერიის პოლიტიკურ დაქვემდებარებაში იმყოფებოდა.

⁴ ერთი მხრივ, ევროკავშირსა და ევროპის ატომური ენერჯის გაერთიანებას და მათ წევრ სახელმწიფოებსა და მეორე მხრივ, საქართველოს შორის ასოცირების შესახებ 2014 წლის 27 ივნისის შეთანხმება, მე-4 და მე-13 მუხლები;

⁵ დანვრილებით იხ. თუნდაც ივანე ჯავახიშვილი, „ქართველი ერის ისტორია“, თბულებანი 12 ტომად;

საქართველოში სასამართლო ხელისუფლების კონსტიტუციური საფუძვლების განსაზღვრა საქართველოს სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის გამოცხადებასა და საქართველოს პირველი კონსტიტუციის მიღებას უკავშირდება.

საქართველოს პოლიტიკური პარტიებისა და საზოგადოებრივი ორგანიზაციებისაგან შემდგარმა ეროვნულმა საბჭომ 1918 წლის 26 მაისს მიიღო საქართველოს სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის აქტი; საქართველოს სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობა გამოაცხადა და მიზნად დაისახა სახელმწიფოებრივი ინსტიტუტების სამართლებრივად დაფუძნება.

საქართველოს 1918 წლის 26 მაისის სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის აქტის პრეამბულაში განისაზღვრა, რომ „ქართველი ერის დღევანდელი მდგომარეობა აუცილებლად მოითხოვს, რომ საქართველომ საკუთარი სახელმწიფოებრივი ორგანიზაცია შექმენას. მისის საშუალებით გარეშე ძალის დაპყრობისაგან თავი გადაირჩინოს და დამოუკიდებელი განვითარების მტკიცე საფუძველი ააგოს“.⁶

დამოუკიდებლობის აქტით განსაზღვრული განზრახვა – დაფუძნებულიყო დამოუკიდებელი ქართული სახელმწიფო – საქართველოს პირველი – 1921 წლის 21 თებერვლის კონსტიტუციის მიღებით აღსრულდა.

„1921 წლის კონსტიტუციის ფუძემდებლებმა, მიზნად ისახავდნენ რა სამართლებრივი სახელმწიფოს შექმნას, მასში შეიტანეს მუხლები, რომლებიც უზრუნველყოფდნენ კანონის უზენაესობასა და სასამართლოს დამოუკიდებლობას. „სასამართლო ბურჯია სახელმწიფოს არსებობისა და ამიტომ მისი მოწყობა უპირველესი საკითხია“ – მიუთითებდა საკონსტიტუციო კომისიის სხდომაზე ი. ბარათაშვილი, რომელსაც დავალებული ჰქონდა სასამართლოს დებულების მომზადება“.⁷

საქართველოს 1921 წლის 21 თებერვლის კონსტიტუციაში მე-6 თავი დაეთმო სასამართლოს. კონსტიტუციაში ცალკე თავებით განისაზღვრა ასევე ხელისუფლების სხვა შტოების – საკანონმდებლო და აღმასრულებელი ხელისუფლების სამართლებრივი საფუძვლებიც; თუმცა, უნდა აღინიშნოს, რომ კონსტიტუციაში ტერმინი „ხელისუფლება“ მხოლოდ აღმასრულებელი ხელისუფლების მიმართ იქნა გამოყენებული და საკანონმდებლო ხელისუფლების თავს პარლამენტი (თავი 4), აღმასრულებელი ხელისუფლების თავს – აღმასრულებელი ხელისუფლება (თავის 5), ხოლო სასამართლო ხელისუფლების თავს – სასამართლო (თავი 6) ეწოდა.⁸

⁶ საქართველოს 1918 წლის 26 მაისის სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის აქტი, პრეამბულა;

⁷ მალხაზ მაცაბერიძე, „საქართველოს 1921 წლის კონსტიტუციის პოლიტიკური კონცეფცია“, თბ. 1996, გვ.90;

⁸ საქართველოს 1921 წლის 21 თებერვლის კონსტიტუცია, თავი მე-4, მე-5 და მე-6;

საქართველოს პირველი კონსტიტუციის შემოქმედთა აღნიშნული მიდგომა, მითითებულ ტერომინოლოგიურ უთანასწორობასთან დაკავშირებით, პირველ ყოვლისა, იმდროინდელი დაძაბული პოლიტიკური ვითარებით გამოწვეული სიჩქარით უნდა აიხსნას, რამდენადაც საქართველო რუსეთის მხრიდან სამხედრო ოკუპაციის რეალური საფრთხის წინაშე იდგა. „რუსეთის არმიის შეტევის დაწყებამ რამდენადმე დააჩქარა კონსტიტუციური პროექტის გარკვეული ცვლილებებით მიღება 1921 წლის 21 თებერვალს. შექმნილი ვითარებიდან გამომდინარე, აუცილებელი გახდა მთელი კონსტიტუციის სწრაფად მიღება და სუვერენული ქვეყნის ამ კონსტიტუციით წარდგენა მსოფლიოსა და განსაკუთრებით მტრის წინაშე“.⁹

ცხადია, რომ საქართველოს 1921 წლის 21 თებერვლის კონსტიტუციის ტექსტის შემდგენლები კარგად იცნობდნენ იმდროინდელი ამერიკის შეერთებული შტატებისა და ევროპული ქვეყნების კონსტიტუციურ გამოცდილებას. „სხვადასხვა საკითხებთან მიმართებაში იგრძნობა საერთო მიდგომები შვეიცარიის 1874 წლის, ბელგიის 1831 წლის, ამერიკის 1789 წლის, გერმანიის 1919 წლის, ჩეხოსლოვაკიის 1920 წლის, საფრანგეთის 1875 წლის კონსტიტუციებთან“.¹⁰ თუმცა, უნდა აღინიშნოს, რომ ხელისუფლების შტოებს შორის კონტროლისა და ბალანსირების სისტემაში სასამართლო ხელისუფლების უფლებამოსილებათა ფარგლები იმ დროისათვის შედარებით მცირე მასშტაბით იყო აღიარებული. „მეორე მსოფლიო ომის შემდგომ ეპოქაში გაჩნდა ახალი ტენდენცია, რომელიც ცხადყოფდა, რომ პოლიტიკურ სამყაროს აღარ აკმაყოფილებდა სასამართლოს ტრადიციული, უბრალო კანონის შემფარდებლის როლი. იმის გამო, რომ უარყოფილი იქნა მონტესკიეს მოძღვრება, რომლის მიხედვითაც მოსამართლე მხოლოდ კანონის რუპორია და რომელიც მოსამართლეებს საკანონმდებლო ხელისუფლებაზე დაბალ დონეზე აყენებს, აღმოცენდა საკონსტიტუციო მართლმსაჯულების სხვადასხვა ფორმა, რომლებმაც ეჭვქვეშ დააყენა საკანონმდებლო განუტოების უზენაესობა“.¹¹ – აღნიშნავს პროფესორი ანდრეაშ შაიო.

შემთხვევითი არ იყო, რომ საქართველოს 1921 წლის 21 თებერვლის კონსტიტუციის პროექტის შემუშავების პროცესში ჩართულ პირებს შორის დიდი კამათი გამოიწვია სასამართლო ხელისუფლების უმაღლეს ინსტანციას – სენატს – მინიჭებოდა თუ არა კონსტიტუციის ნორმის განმარტების უფლებამოსილება.¹² „სენატისათვის ასეთი ფუნქციის მინიჭება მიუღებლად იქნა მიჩნეული იმიტომ, რომ, ჯერ ერთი, მათი აზრით, ეს იქნებოდა უფრო მაღალი დანესებულება, ვიდრე კანონმდებელი ორგანო, პარლამენტი ეს კი

⁹ გიორგი პაპუაშვილი, „საქართველოს დემოკრატიული რესპუბლიკის 1921 წლის კონსტიტუცია“, ბათუმი 2013, გვ. 10.

¹⁰ იქვე, გვ. 9.

¹¹ ანდრეაშ შაიო, „ხელისუფლების თვითმზღლედვა, კონსტიტუციონალიზმის შესავალი“, გვ. 120.

¹² უნდა აღინიშნოს, რომ ასეთი უფლებამოსილება ერთი საუკუნით ადრე განახორციელა ამერიკის შეერთებული შტატების სასამართლო ხელისუფლებამ 1803 წელს განხილულ საქმეში „მერბერი მედისონის წინააღმდეგ“.

დასაშვები არაა. გარდა ამისა, ეს იქნებოდა ხალხისთვის უფლების ჩამორთმევა. ხალხია უზენაესი ძალა სახელმწიფოში“.¹³

მიუხედავად იმისა, რომ ტერმინი „სასამართლო ხელისუფლება“ არ იქნა გამოყენებული საქართველოს პირველი კონსტიტუციის ტექსტში, იგი განისაზღვრა იმდროინდელ შესაბამის კანონში. „ტერმინი „სასამართლო ხელისუფლება“, როგორც ირკვევა, ქართულ სინამდვილეში პირველად სწორედ საქართველოს დემოკრატიული რესპუბლიკის კანონმდებლობაში იყო გამოყენებული. კონკრეტულად, მხედველობაში გვაქვს 1919 წლის 29 ივლისის კანონი „საქართველოს სენატის დებულების შემოღებისა“.¹⁴

1921 წლის 21 თებერვლის კონსტიტუციამ სასამართლო ხელისუფლების ინსტანციურობის სისტემა დაადგინა და ქვეყნის უმაღლესი ინსტანციის საკასაციო სასამართლოდ განისაზღვრა სენატი, რომელთა წევრებსაც ირჩევდა პარლამენტი. კონსტიტუციის 76-ე მუხლის მიხედვით, სენატი მოვალე იყო, თვალყური ედევნებინა კანონის დაცვასა და განეგო სასამართლო ნაწილი, როგორც საკასაციო სასამართლოს.¹⁵

აღსანიშნავია, რომ კონსტიტუციის 77-ე მუხლმა სასამართლოს სპეციალიზაცია გაითვალისწინა და განსაზღვრა, რომ მართლმსაჯულება ხორციელდებოდა სისხლის, სამოქალაქო და ადმინისტრაციული სამართალწარმოების მეშვეობით, მუდმივად მოქმედი სასამართლოების მიერ, ხოლო სასამართლოს ორგანიზაცია, იურისდიქცია და კომპეტენცია კანონით განისაზღვრებოდა.¹⁶

სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობა დეკლარირებული იყო საქართველოს 1921 წლის 21 თებერვლის კონსტიტუციის 78-ე მუხლით; კერძოდ, მოცემული მუხლის შესაბამისად, სასამართლო დამოუკიდებელი იყო და ემორჩილებოდა მხოლოდ კანონს. ამასთან, იქვე იყო განსაზღვრული, რომ მართლმსაჯულება სწარმოებდა საქართველოს დემოკრატიული რესპუბლიკის სახელით.¹⁷

სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობის დეკლარირების გარდა საქართველოს პირველი კონსტიტუცია ითვალისწინებდა სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობის უზრუნველყოფის იხით ნორმებს, როგორიც არის სასამართლოს გადაწყვეტილებათა გაუქმების, შეცვლის ან შეჩერების აკრძალვა ნებისმიერი ორგანოს, თუ თანამდებობის პირის მხრიდან, მოსამართლის თანხმობის გარეშე, მისი სხვაგან გადაყვანის

¹³ მალხაზ მაცაბერიძე, „საქართველოს 1921 წლის კონსტიტუციის პოლიტიკური კონცეფცია“, თბ. 1996, გვ. 90.

¹⁴ იაკობ ფუტყარაძე, „სასამართლო ხელისუფლება საქართველოს 1921 წლის 21 თებერვლის კონსტიტუციის მიხედვით“, სტატიათა კრებული „ქართული კონსტიტუციონალიზმის სათავეებთან – საქართველოს 1921 წლის კონსტიტუციის 90 წლისთავი“, ბათუმი 2011, გვ. 182.

¹⁵ საქართველოს 1921 წლის 21 თებერვლის კონსტიტუცია, მუხ. 76.

¹⁶ იქვე, მუხ. 77.

¹⁷ იქვე, მუხ. 78.

აკრძალვა, მისი თანამდებობიდან დროებით გადაყენების ან სრულად დათხოვნის დაუშვებლობა გარდა, მისი სამართალში მიცემისა და სასამართლოს განაჩენით გათვალისწინებული შემთხვევებისა.¹⁸

საზოგადოების მიმართ ანგარიშვალდებულებისა და გამჭირვალობის უზრუნველსაყოფად საქართველოს 1921 წლის 21 თებერვლის კონსტიტუცია სასამართლო სხდომის საჯაროობას ითვალისწინებდა გარდა იმ შემთხვევისა, როდესაც თვით სასამართლოს დადგენილებით დაიხურებოდა სხდომა ზნეობისა და საზოგადოებრივი მშვიდობის ინტერესის დასაცავად.¹⁹

საქართველოს პირველი კონსტიტუციის მიხედვით მოსამართლის თანამდებობა არჩევითი იყო და მისი უფლებამოსილება ვადით იყო განსაზღვრული. ამასთან, აღსანიშნავია, რომ მძიმე სისხლის სამართლის, აგრეთვე პოლიტიკური და ბეჭდვითი დანაშაულისათვის კონსტიტუცია ნაფიც მსაჯულთა ინსტიტუტს ითვალისწინებდა, ხოლო მსაჯულის არჩევის პირობების განსაზღვრას კანონით ადგენდა.²⁰

უნდა აღინიშნოს, რომ მოსამართლის უვადოდ არჩევას იმდროინდელი მსოფლიო კონსტიტუციური სამართლის გამოცდილება უკვე იცნობდა. ამერიკის შეერთებული შტატების კონსტიტუცია მოსამართლის უფლებამოსილებას უვადოდ ითვალისწინებდა, ვიდრე მისი საქციელი უმნიშვნლო იქნებოდა,²¹ თუმცა საქართველოს პირველი კონსტიტუციის ავტორებმა აღნიშნული გამოცდილება, როგორც ჩანს, არ გაითვალისწინეს.

დასკვნის სახით, შეიძლება ითქვას, რომ საქართველოს 1921 წლის 21 თებერვლის კონსტიტუციამ საქართველოს ისტორიაში პირველად განსაზღვრა სასამართლო ხელისუფლების კონსტიტუციური საფუძვლები და საკმარისად მაღალი სტანდარტით დაადგინა მისი დამოუკიდებლობის მთელი რიგი ისეთი პირობები, რომლებიც აღიარებულია თანამედროვე კონსტიტუციურ სამართალში, ხოლო მის სრულყოფილებაზე მსჯელობა და პრაქტიკული შედეგების შეფასება შეუძლებელია, როგორც ზემოთ აღინიშნა, კონსტიტუციის პროექტის დაძაბულ ვითარებაში მომზადებისა და საქართველოს სამხედრო ოკუპაციის გამო. როგორც ცნობილია, 1921 წლის 25 თებერვალს რუსეთმა საქართველოს სამხედრო ოკუპაცია განახორციელა და შესაბამისად, საქართველოს პირველი კონსტიტუცია პრაქტიკულად ვერ ამოქმედდა.

¹⁸ იქვე, მუხ. 79, 83.

¹⁹ საქართველოს 1921 წლის 21 თებერვლის კონსტიტუცია, მუხ. 80.

²⁰ იქვე, მუხ. 81, 82.

²¹ აშშ-ს 1789 წლის კონსტიტუცია, მუხ. 3.

2.2. სასამართლო საბჭოთა საქართველოში

1921 წლის 25 თებერვალს, სამხედრო ოკუპაციის შემდეგ, საქართველომ დაკარგა სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობა და იძულებით იქნა გაერთიანებული საბჭოთა კავშირის შემადგენლობაში, სადაც ხელისუფლების დანაწილების პრინციპი და სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობა მიღებული არ იყო. საბჭოთა კავშირის პირობებში მთლიანი სახელმწიფო ძალაუფლება ერთი პოლიტიკური ძალის – კომუნისტური პარტიის იდეოლოგიაზე დაფუძნებული დიქტატის საფუძველზე ხორციელდებოდა.

„კომუნისტური რეჟიმის დროს სასამართლოს დამოუკიდებლობა გამოიხატებოდა მისი არარსებობით. ლენინსა და მის მიმდევრებს სძულდათ კანონის უზენაესობა და სასამართლოს დამოუკიდებლობა როგორც კლასობრივი უთანასწორობის შემლამაზებელი ფასადი. სახელმწიფო ხელისუფლების ერთიანობის კონცეფცია, როელიც ლენინმა შემოიღო, გამორიცხავდა ხელისუფლების დანაწილებას, წამყვანი როლი მინიჭებული ჰქონდა კომუნისტურ პარტიას, რომელიც ახორციელებდა ყველა სახელმწიფო მოქმედებას, მათ შორის სასამართლო გადაწყვეტილებებსაც კი, რომელიც შეესაბამებოდა პარტიული ელიტის სურვილს“.²² - წერს ცნობილი კონსტიტუციონალისტი ჰერმან შვარცი.

საბჭოთა სოციალისტური საქართველოს პირველი – 1922 წლის 2 მარტის კონსტიტუციით განისაზღვრა ერთიანი სახალხო სასამართლო და მისი, თუნდაც მხოლოდ დეკლარაციული ხასიათის რაიმე სახის დამოუკიდებლობის დამდგენი ნორმა აღნიშნული კონსტიტუციით გათვალისწინებული არ ყოფილა.²³

საქართველოს საბჭოთა სოციალისტური რესპუბლიკის 1927 წლის 4 აპრილის კონსტიტუციის 72-ე მუხლით ერთიანი სახალხო სასამართლოს შემადგენლობაში საპროკურორო ზედამხედველობა განისაზღვრა და მხოლოდ ამით გამოიხატა სასამართლოს რეფორმა. მითითებულ მუხლში ვკითხულობთ, რომ „მუშათა და გლეხთა სახელმწიფოსი და მშრომელთა სამართლებრივი დაცვისათვის, საზოგადოებრივი წესრიგის დაცვისა და რევოლუციონური კანონიერების განმტკიცებისათვის და აგრეთვე იმისათვის, რომ წამდვილად უზრუნველყოფილი იქნეს სახელმწიფოსი და მშრომელთა სამეურნეო ინტერესები, საქართველოს სოციალისტურ საბჭოთა რესპუბლიკაში მოქმედებს ერთიანი სახალხო სასამართლო და მასთან არსებული საპროკურორო ზედამხედველობა. სახალხო სასამართლო მოწყობილია საბჭოთა სოციალისტური რესპუბლიკების კავშირის მიერ დადგენილ საფუძველზე და მოქმედობს იმ საპროცესო წესით, რომლის ძირითად საფუძველს საზღვრავს საბჭოთა სოციალისტური რესპუბლიკების კავშირი“.²⁴

²² ჰერმან შვარცი, „კონსტიტუციური მართლმსაჯულების დამკვიდრება პოსტკომუნისტურ ევროპაში“, გვ. 87.

²³ საქართველოს საბჭოთა სოციალისტური რესპუბლიკის 1922 წლის 2 მარტის კონსტიტუცია.

²⁴ საქართველოს საბჭოთა სოციალისტური რესპუბლიკის 1927 წლის 4 აპრილის კონსტიტუცია.

საქართველოს საბჭოთა სოციალისტური რესპუბლიკის 1937 წლის 13 თებერვლისა და 1978 წლის 15 აპრილის კონსტიტუციებმა შედარებით დახვეწილი ფორმით განსაზღვრეს სასამართლოს სისტემა საქართველოს საბჭოთა სოციალისტურ რესპუბლიკაში. გათვალისწინებული იქნა მართლმსაჯულების განხორციელება საქართველოს სსრ უმაღლესი სასამართლოს, აფხაზეთისა და აჭარის ა.რ. უმაღლესი სასამართლოებისა და სახალხო სასამართლოების მიერ, სსრ უმაღლეს სასამართლოს 5 წლის ვადით ირჩევდა სსრ უმაღლესი საბჭო, თუმცა სასამართლოს, როგორც ხელისუფლების დამოუკიდებლობის და გაძლიერების რაიმე სამართლებრივი საფუძველი არც აღნიშნულ კონსტიტუციებს დაუდგენიათ.

„ლენინის, სტალინისა და მათი მიმდევრების დროს მიღებული კონსტიტუციების პრინციპული შეფასება მდგომარეობს იმაში, რომ მათგან არც ერთი არ იყო ქართველი ხალხის ნების გამოხატვისა და მისი რომელიმე დამფუძნებელი ორგანოს სამართალშემოქმედების შედეგი“²⁵ - აღნიშნავს პროფესორი ავთანდილ დემეტრაშვილი.

ამრიგად, დასკვნის სახით შეიძლება ითქვას, რომ საბჭოთა სოციალისტურ კავშირში საქართველოს ყოფნის 70 წლის განმავლობაში სასამართლო, როგორც ხელისუფლება, არ არსებობდა; შესაბამისად, ამ პერიოდში, არა თუ შეჩერებული იყო სასამართლო ხელისუფლების ინსტიტუციური და მოსამართლის ინდივიდუალური დამოუკიდებლობის განვითარების პროცესი, არამედ საბჭოთა სოციალისტური რეჟიმის არსებობის განმავლობაში სასამართლოს მიმართ დამოკიდებულებამ მკვეთრად უარყოფითი გავლენა იქონია სასამართლო ხელისუფლების მიმართ, სახელმწიფოთა დამოუკიდებლობის მოპოვების შემდგომი, პრაქტიკული დამოკიდებულების ხასიათზე.

2.3. სასამართლო სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის აღდგენის შემდგომ, გარდამავალი პერიოდის საქართველოში (1991-1995)

საბჭოთა კავშირში იძულებით ყოფნას საქართველომ მე-20 საუკუნის ბოლოს დააღწია თავი და შეუდგა დამოუკიდებელი სახელმწიფოს მშენებლობას. 1990 წლის 28 ოქტომბერს არჩეული იქნა საქართველოს უზენაესი საბჭო, რომელმაც მთელი რიგი ცვლილებები განახორციელა საქართველოს საბჭოთა სოციალისტური რესპუბლიკის 1978 წლის ჯერ კიდევ მოქმედ კონსტიტუციაში.

ქვეყნის მთელ ტერიტორიაზე 1991 წლის 31 მარტს ჩატარებული რეფერენდუმის შედეგების გათვალისწინებით, საქართველოს 1918 წლის 26 მაისის დამოუკიდებლობის აქტის საფუძველზე, 1991 წლის 9 აპრილს საქართველოს უზენაესმა საბჭომ მიიღო საქართველოს დამოუკიდებლობის აღდგენის აქტი. ამასთან, საქართველოს უზენაესმა საბჭომ მიიღო „საქართველოს კონსტიტუციისა და კანონმდებლობის მოქმედების

²⁵ ავთანდილ დემეტრაშვილი, ირაკლი კობახიძე, „კონსტიტუციური სამართალი“, თბ. 2011, გვ. 53.

შესახებ“ აქტი, რომელსაც გარდამავალ პერიოდში უნდა ემოქმედა საქართველოში, თუმცა 1991 წლის ბოლოს არჩეული უზენაესი საბჭოსა და საქართველოს პრეზიდენტის არაკონსტიტუციურად, სამხედრო გზით უფლებამოსილების ვადაზე ადრე ფაქტობრივად შეწყვეტისა და სახელმწიფო ძალაუფლების მოპოვების შემდეგ, 1992 წლის 21 თებერვალს, სამხედრო საბჭომ მიიღო დეკლარაცია საქართველოს 1921 წლის 21 თებერვლის კონსტიტუციის აღდგენის თაობაზე და გაუქმებულად გამოაცხადა გარდამავალი კანონმდებლობა, თუმცა აღდგენილ საქართველოს პირველ კონსტიტუციას რეალურად არც ერთი დღე არ უმოქმედია.

საქართველოს პარლამენტმა 1992 წლის 6 ნოემბერს, ახალი კონსტიტუციის მიღებამდე, გარდამავალი პერიოდის სახელმწიფო ხელისუფლების განსაზღვრისა და მისი სამართლებრივი მოწესრიგების მიზნით მიიღო „სახელმწიფო ხელისუფლების შესახებ“ კანონი, რომელიც „მცირე კონსტიტუციის“ სახელით არის ცნობილი საქართველოს ისტორიაში; თუმცა, უნდა აღინიშნოს, რომ მითითებულ კანონში სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობის დამდგენი რაიმე მნიშვნელოვანი ნორმები გათვალისწინებული არ ყოფილა.

„ამ კანონის მნიშვნელობა, პირველ რიგში, იქიდან გამომდინარეობს, რომ მან ზღვარი დაუდო საბჭოური კონსტიტუციების ეპოქას, საფუძველი ჩაუყარა სახელმწიფოს თანამედროვე მეთოდებით ორგანიზაციას, გარკვეული სტაბილობა დაამყარა ქვეყანაში. იმავდროულად, ჭეშმარიტი კონსტიტუციის ფუნქცია მას არ შეურულებია, ვინაიდან მასში არსებითად არაფერი იყო ნათქვამი კლასიკური კონსტიტუციის ისეთ ორგანულ ნაწილებზე, როგორცაა ძირითადი უფლებები და სასამართლო ხელისუფლება“²⁶ – აღნიშნავს ქართველი კონსტიტუციონალისტი – ავთანდილ დემეტრაშვილი.

ამრიგად, საქართველოს დამოუკიდებლობის აღდგენის შემდგომ, საწყის პერიოდში, ალბათ, შექმნილი დაძაბული პოლიტიკური ვითარების გამო, სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობისა და მისი გაძლიერების მიზნით, არსებითი კონსტიტუციური ნორმები არ ამოქმედებულა.

3. სასამართლო ხელისუფლება საქართველოს 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუციის საფუძველზე

3.1. სასამართლო ხელისუფლება 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუციის პირველადი რედაქციით

სასამართლო ხელისუფლების კონსტიტუციური საფუძვლების შექმნის პროცესი დაიწყო 1993 წლის თებერვალში, როდესაც საქართველოს პარლამენტის გადაწყვეტილებით

²⁶ ავთანდილ დემეტრაშვილი, ირაკლი კობახიძე, „კონსტიტუციური სამართალი“, თბ.2011, გვ. 59;

შეიქმნა საკონსტიტუციო კომისია და მის თავდაპირველ ამოცანად საქართველოს 1921 წლის 21 თებერვლის კონსტიტუციის ახალი ტექსტის, ხოლო მოგვიანებით საქართველოს ახალი კონსტიტუციის მომზადება განისაზღვრა.

საკონსტიტუციო კომისიის ერთ-ერთ სამუშაო ჯგუფს სასამართლო ხელისუფლების საკითხთა სამუშაო ჯგუფი წარმოადგენდა და მას პროფესორი მინდია უგრეხელიძე ხელმძღვანელობდა.

საქართველოს პარლამენტმა, გარკვეული რედაქტირების შემდეგ, 1995 წლის 24 აგვისტოს მიიღო საქართველოს საკონსტიტუციო კომისიის მიერ მომზადებული საქართველოს ახალი კონსტიტუციის პროექტი. შესაბამისად, დამოუკიდებელი საქართველოს კონსტიტუციით განისაზღვრა მათ შორის სასამართლო ხელისუფლების სამართლებრივი საფუძვლები და კონსტიტუციის მე-8 თავი დაეთმო სასამართლო ხელისუფლებას.

საქართველოს კონსტიტუციის 82-ე მუხლით განისაზღვრა სასამართლო ხელისუფლების განხორციელების ფორმები, კერძოდ, მითითებული მუხლის პირველი პუნქტის თანახმად, სასამართლო ხელისუფლების განხორციელების ძირითად ფორმებად საკონსტიტუციო კონტროლი და მართლმსაჯულება დადგინდა.²⁷

საქართველოს კონსტიტუციით, ისევე როგორც საბჭოთა კავშირის თითქმის ყველა ყოფილი ქვეყნის კონსტიტუციებით, საკონსტიტუციო კონტროლის ე.წ. „კონცენტრირებული“, კონტინენტურ ევროპაში გავრცელებული მოდელი იქნა არჩეული და ამ უფლებამოსილების განხორციელების მიზნით დადგინდა საკონსტიტუციო სასამართლო, მიუხედავად იმისა, რომ საკონსტიტუციო კომისიის საქმიანობის პროცესში, საკონსტიტუციო კონტროლის ე.წ. „დიფუზიური“ ანუ გაფანტული კონსტიტუციური კონტროლის ამერიკული მოდელიც განიხილებოდა და მას კომისიაში მომხრეებიც ჰყავდა.²⁸

საქართველოს კონსტიტუციის 88-ე და 89-ე მუხლებით, განისაზღვრა საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს მიერ საკონსტიტუციო კონტროლის განხორციელების წესი, საკონსტიტუციო სასამართლოს მოსამართლეთა არჩევის (დანიშვნის) ვადა და წესი, საკონსტიტუციო სასამართლოს კომპეტენცია, მისი გადაწყვეტილების სავალდებულო იურიდიული ძალა და ა.შ.²⁹

მართლმსაჯულების უმაღლეს, საკასაციო ინსტანციად განისაზღვრა საქართველოს უზენაესი სასამართლო, რომელიც საქართველოს კონსტიტუციის 90-ე მუხლის პირველი პუნქტის შესაბამისად, დადგენილი საპროცესო ფორმით ზედამხედველობს მართლმსა-

²⁷ საქართველოს 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუცია (პირველადი რედაქცია), მუხ. 82-ე.

²⁸ ამ საკითხზე ვრცლად, ვოლფგანგ გაული, „კონსტიტუციის შემუშავება და მიღება საქართველოში“, თბ. 2002.

²⁹ საქართველოს 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუცია (პირველადი რედაქცია), მუხ. 88-ე და 89-ე.

ჯულების განხორციელებას საერთო სასამართლოებში.³⁰ ამასთან, კონსტიტუციით, მართლმსაჯულების განხორციელების უფლებამოსილება საერთო სასამართლოებს მიენიჭათ, ხოლო მათი სისტემისა და საქმიანობის წესის განსაზღვრა კანონით იქნა გათვალისწინებული.

საქართველოს კონსტიტუციით, სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობის, სასამართლოს აქტების სავალდებულოობის, საქართველოს სახელით გადაწყვეტილებათა მიღების, მოსამართლეთა საქმისაგან ჩამოცილების აკრძალვის და სასამართლო სხდომის, როგორც წესი, საჯაროობის დეკლარაცია განხორციელდა. ამასთან, კონსტიტუციით განისაზღვრა მოსამართლის თანამდებობრივი იმუნიტეტი.³¹

აღსანიშნავია კონსტიტუციით დადგენილი მოსამართლეთა თანამდებობაზე არჩევის (დანიშვნის) წესი და მოსამართლეთა უფლებამოსილების ვადა, რამდენადაც სწორედ აღნიშნული საკითხები წარმოადგენს როგორც სასამართლო ხელისუფლების ინსტიტუციური, ისე მოსამართლის ინდივიდუალური დამოუკიდებლობის ხარისხის უმნიშვნელოვანეს სამართლებრივ წინაპირობებს.

„ამერიკის შეერთებული შტატების სასამართლო ხელისუფლების“ კონსტიტუციით განმტკიცებული დებულების გაგება არასრული იქნება დამოუკიდებლობის აუცილებელი იმ საკითხების შეფასების გარეშე, რომლითაც ფედერალური სასამართლოები დაცულია კონსტიტუციით. კონსტიტუციით დადგენილი სასამართლო ხელისუფლების დაცვა მოიცავს მოსამართლის სამუდამოდ თანამდებობაზე გამწესებას და მისი თანამდებობიდან მხოლოდ ცუდი ყოფაქცევის, გადაცდომის გამო გათავისუფლებას, ასევე მისი უფლებამოსილების განხორციელების პერიოდში, მისი ხელფასის შემცირების დაუშვებლობას“ – განმარტავენ ამერიკელი მეცნიერები.³²

მოსამართლის თანამდებობაზე უვადოდ არჩევა (დანიშვნა) ერთ-ერთი უმნიშვნელოვანესი გარანტიაა მოსამართლის ინდივიდუალური და სასამართლო ხელისუფლების ინსტიტუციური დამოუკიდებლობის უზრუნველსაყოფად, რამდენადაც მოსამართლე თავისუფალია თანამდებობაზე განმეორებით არჩევის მოტივაციისაგან, რაც იცავს მას კონკრეტული, უფლებამოსილი ინსტიტუტის „მოსაწონი“ გადაწყვეტილების მიღებისაგან და ქმედითად უზრუნველყოფს მოსამართლის დისტანცირებას პოლიტიკური ხელისუფლების სხვა შტოებისაგან.

„უფლებამოსილების ვადა, ვადის შეზღუდვა და უვადო დანიშვნა აშკარად ახდენს გავლენას მოსამართლის დამოუკიდებლობაზე“ – წერს ჰერმან შვარცი.³³

³⁰ იქვე, მუხ. 90-ე.

³¹ იქვე, მუხ. 82-ე, 84-ე, 85-ე, 87-ე.

³² Craig R. Ducat, Harold W. Chase, “Constitutional Interpretation”, New York-Los Angeles-Francisco, P.10.

³³ ჰერმან შვარცი, „კონსტიტუციური მართლმსაჯულების დამკვიდრება პოსტკომუნისტურ ევროპაში“, გვ. 92.

საქართველოს 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუციის პირველადი რედაქციის მიხედვით, მოსამართლე თანამდებობაზე არანაკლებ 10 წლის ვადით გამწესდებოდა, ხოლო მოსამართლის თანამდებობაზე შერჩევის, გამწესებისა და თანამდებობიდან გათავისუფლების წესის განსაზღვრას კონსტიტუცია კანონით ითვალისწინებდა.³⁴

ამრიგად, შეიძლება ითქვას, რომ მოსამართლეთა ინდივიდუალური და სასამართლო ხელისუფლების ინსტიტუციური დამოუკიდებლობის ერთ-ერთ ძირითად გარანტიას – მოსამართლეთა უვადოდ თანამდებობაზე გამწესებას, საქართველოს 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუციის პირველადი რედაქცია არ განსაზღვრავდა, ხოლო სასამართლო ხელისუფლების პირველი და მეორე ინსტანციის მოსამართლეთა თანამდებობაზე გამწესებაზე უფლებამოსილ ინსტიტუტს და გამწესების წესს კონსტიტუცია უშუალოდ საერთოდ არ ითვალისწინებდა, რაც, ბუნებრივია, ძალიან დიდი სამართლებრივი დანაკლისი იყო სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობის უზრუნველსაყოფად.

ევროპის საბჭოს მიერ 1998 წლის 10 ივლისს ევროპის საბჭოს წევრ სახელმწიფოებში სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობისა და ეფექტიანობის უზრუნველყოფის მიზნით მიღებული იქნა „მოსამართლეთა სტატუტის შესახებ“ ევროპული ქარტია, რომელმაც მითითებული მიზნების უზრუნველსაყოფად წევრი სახელმწიფოებისათვის სამოქმედო ძირითადი სტანდარტები დაადგინა; მათ შორის, ქარტიის პირველი მუხლის მე-3 პუნქტით განისაზღვრა, რომ ყველა იმ გადაწყვეტილებასთან დაკავშირებით, რომელიც შეეხება მოსამართლეთა შერჩევას, კანდიდატურების მოძიებას, დანიშვნას, სამსახურებრივ წინსვლას ან სამსახურებრივი ვადის შეწყვეტას, სტატუტი ითვალისწინებს აღმასრულებელი და საკანონმდებლო ხელისუფლებისაგან დამოუკიდებელი ორგანოს მონაწილეობას, რომლის შემადგენლობის სულ ცოტა ნახევარი შედგება მოსამართლეებისაგან, რომლებიც არჩეულნი არიან კოლეგების მიერვე სასამართლო ხელისუფლების ყველაზე ფართო წარმომადგენლობის უზრუნველყოფი მეთოდების საფუძველზე.³⁵

ქარტიის აღნიშნული ნორმა ლოგიკური და მიზანშეწონილია, რამდენადაც თანამდებობაზე გამწესების და თანამდებობიდან გათავისუფლებაზე უფლებამოსილების მქონე ორგანოს (თანამდებობის პირის) მიმართ ბუნებრივად ჩნდება მნიშვნელოვანი ანგარიშვალდებულება, რაც მოსამართლის შემთხვევაში მნიშვნელოვნად უშლის ხელს როგორც მის ინდივიდუალურ დამოუკიდებლობას, ისე მთლიანად სასამართლო ხელისუფლების ინსტიტუციურ დამოუკიდებლობას.

³⁴ საქართველოს 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუცია (პირველადი რედაქცია), მუხ. 86-ე, პუნქტი მე-2.

³⁵ „მოსამართლეთა სტატუტის შესახებ“ ევროპული ქარტია, მიღებული ევროპის საბჭოს მიერ 1998 წლის 10 ივლისს, მუხ. 1, პუნქტი 3.

საქართველოს 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუციის თავდაპირველი რედაქციის შესაბამისად, საქართველოს უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეებს, ასევე არანაკლებ 10 წლის ვადით, საქართველოს პრეზიდენტის წარდგინებით, სიითი შემადგენლობის უმრავლესობით ირჩევდა საქართველოს პარლამენტი.³⁶

საქართველოს პარლამენტმა 1997 წლის 13 ივნისს მიიღო „საერთო სასამართლოების შესახებ“ ორგანული კანონი, რომლის თანახმად მოსამართლეს (გარდა უზენაესი სასამართლოს მოსამართლისა) თანამდებობაზე ნიშნავდა და თანამდებობიდან ათავისუფლებდა საქართველოს პრეზიდენტი, საქართველოს იუსტიციის საბჭოს წარდგინებით, ხოლო საქართველოს იუსტიციის საბჭო წარმოადგენდა საქართველოს პრეზიდენტის სათათბირო ორგანოს, რომელიც შედგებოდა 12 წევრისაგან; საბჭოს შემადგენლობაში თანამდებობრივად (ex officio) შედიოდნენ საქართველოს უზენაესი სასამართლოს თავმჯდომარე, აფხაზეთისა და აჭარის ავტონომიური რესპუბლიკების უმაღლესი სასამართლოების თავმჯდომარეები, ოთხ წევრს ნიშნავდა საქართველოს პრეზიდენტი, ხოლო ოთხ წევრს საქართველოს პარლამენტი, რომელთაგან პარლამენტის წევრი მხოლოდ სამი შეიძლებოდა ყოფილიყო.³⁷

ამრიგად, მოსამართლის თანამდებობაზე წარდგენაცა და დანიშვნაც პოლიტიკური თანამდებობის პირების უფლებამოსილებას წარმოადგენდა, რამდენადაც იუსტიციის საბჭოს სულ მცირე 9 წევრი ან პოლიტიკური თანამდებობის პირი (პრეზიდენტი, პარლამენტის წევრი) ან პოლიტიკური თანამდებობის პირის მიერ დანიშნული პირი იყო. ამასთან, აღსანიშნავია ის გარემოება, რომ საქართველოს კონსტიტუციის იმდროინდელი რედაქციის მიხედვით, საქართველოს პრეზიდენტი აღმასრულებელი ხელისუფლების მეთაური იყო და საქართველო საპრეზიდენტო რესპუბლიკას წარმოადგენდა. შესაბამისად, სასამართლო ხელისუფლების ფორმირება მთლიანად პოლიტიკური ხელისუფლების მიერ ხორციელდებოდა და მასში მოსამართლეები მნიშვნელოვან ფუნქციას არ ასრულებდნენ, რაც სასამართლო ხელისუფლების ინსტიტუციური და მოსამართლის ინდივიდუალური დამოუკიდებლობის ძალიან დაბალ ხარისხს განაპირობებდა.

„დამოუკიდებელი მართლმსაჯულების შენარჩუნებისათვის საკვანძო მნიშვნელობისაა, რომ მოსამართლეების დანიშვნა და წახალისება ხდებოდეს დამოუკიდებლად, არა საკანონმდებლო ან აღმასრულებელი ხელისუფლების, არამედ სასურველია, მართლმსაჯულების საბჭოს მიერ. მართლმსაჯულების საბჭო შეიძლება სრულად შედგებოდეს მოსამართლეებისაგან ან იყოს შერეული შემადგენლობის და უმრავლესობას კოლეგების მიერ არჩეული მოსამართლეები უნდა წარმოადგენდნენ. CCJE არ უნევეს ადვოკატირებას ისეთ სისტემებს, სადაც პოლიტიკური ორგანიზაციები, როგორცაა

³⁶ საქართველოს 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუცია (პირველადი რედაქცია), მუხ. 90-ე, პუნქტი მე-2;

³⁷ „საერთო სასამართლოების შესახებ“ 1997 წლის 13 ივნისის საქართველოს ორგანული კანონი, მუხ. 47-ე, 53-ე და მე-60.

პარლამენტი ან აღმასრულებელი ხელისუფლება, რომელიმე ეტაპზე ჩართულია შერჩევის პროცესში. CCJE რეკომენდაციას გაუწევდა სისტემას, რომელიც არამოსამართლე წევრების დანიშვნას აპოლიტიკურ ორგანოებს მიაკუთვნებდა“ – აღნიშნავს ევროპის საბჭოს ევროპის მოსამართლეთა საკონსულტაციო საბჭო თავის ერთ-ერთ დასკვნაში.³⁸

3.2. სასამართლო ხელისუფლების კონსტიტუციური რეფორმები საქართველოში

საქართველოს კონსტიტუციაში 2006 წლის 27 დეკემბრის კონსტიტუციური კანონით შეტანილი ცვლილებებით გათვალისწინებული იქნა „მოსამართლეთა სტატუსის შესახებ“ ევროპული ქარტიის მოთხოვნა და კონსტიტუციას დაემატა 86¹-ე მუხლი, რომლის მიხედვით, მოსამართლეთა თანამდებობაზე დანიშვნის, მათი თანამდებობიდან გათავისუფლებისა და სხვა ამოცანების უზრუნველყოფის მიზნით შეიქმნა საქართველოს იუსტიციის უმაღლესი საბჭო, რომლის შემადგენლობის ნახევარზე მეტს მოსამართლეთა თვითმმართველობის ორგანოს მიერ არჩეული მოსამართლეები შეადგენდნენ, ხოლო საბჭოს, საქართველოს უზენაესი სასამართლოს თავმჯდომარე თავმჯდომარეობდა.³⁹

მიუხედავად იმისა, რომ კონსტიტუციამ, სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობის განვითარების მიზნით, აღნიშნული ცვლილება განიცადა, მან არ გაითვალისწინა საბჭოს შემადგენლობის დანარჩენი წევრების თანამდებობაზე განწესების წესი და საბჭოს შემადგენლობის საერთო რაოდენობა. შესაბამისად, არ დაადგინა კონსტიტუციური გარანტია სასამართლო ხელისუფლების ფორმირებაში პოლიტიკური ხელისუფლების ჩარევის აღსაკვეთად.

კონსტიტუციაში შეტანილი მითითებული ცვლილების შესაბამისად, „საერთო სასამართლოების შესახებ“ საქართველოს ორგანულ კანონში, 2007 წლის 19 ივნისს განხორციელდა ცვლილება და იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს შემადგენლობა 15 წევრით განისაზღვრა, რომელთაგან 4 იყო საქართველოს პარლამენტის წევრი და ერთი მათგანი პარლამენტის იურიდიული კომიტეტის თავმჯდომარე, ხოლო 2 წევრი საქართველოს პრეზიდენტის მიერ ინიშნებოდა, ხოლო მოსამართლის თანამდებობაზე პირს იუსტიციის უმაღლესი საბჭო ნიშნავდა, თუ მას მხარს დაუჭერდა საბჭოს დამსწრე წევრთა უმრავლესობა, მაგრამ არანაკლებ სრული შემადგენლობის ერთი მესამედისა, მათ შორის თითო წევრი უნდა ყოფილიყო პარლამენტისა და პრეზიდენტის წარმომადგენლობიდან.⁴⁰ შესაბამისად, მოსამართლის თანამდებობაზე პირის დანიშვნისათვის

³⁸ ევროპის საბჭოს ევროპის მოსამართლეთა საკონსულტაციო საბჭოს დასკვნა #10, 2007 წელი, მიღებული CCJE-ს მე-8 სხდომაზე, გვ. 8, 9, 11.

³⁹ საქართველოს 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუცია, მუხ. 86¹-ე.

⁴⁰ „საერთო სასამართლოების შესახებ“ 1997 წლის 13 ივნისის საქართველოს ორგანული კანონი, მუხ. მე-60, 66-ე.

აუცილებელი იყო პარლამენტისა და პრეზიდენტის წარმომადგენლთა თითო წევრის მხარდაჭერა მაინც.

ამრიგად, სასამართლო ხელისუფლების შემადგენლობის ფორმირების პროცესში პოლიტიკური თანამდებობის პირთა გავლენა გადამწყვეტი იყო, რაც სასამართლო ხელისუფლებას პირდაპირ დამოკიდებულს ხდიდა პოლიტიკური ხელისუფლების ორგანოზე – პარლამენტზე და უმნიშვნელოვანესი პოლიტიკური უფლებამოსილებებით აღჭურვილ საქართველოს პრეზიდენტზე, რის გამოც კონსტიტუციურად იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს განსაზღვრა, შეიძლება ითქვას, რომ მხოლოდ ფორმალურ ხასიათს ატარებდა და იგი ვერ უზრუნველყოფდა იმ მიზანს, რაც „მოსამართლეთა სტატუტის შესახებ“ ევროპული ქარტიით იქნა გათვალისწინებული.

საქართველოს კონსტიტუციაში, 2010 წლის 15 ოქტომბრის კონსტიტუციური კანონით, მნიშვნელოვანი ცვლილება განხორციელდა სასამართლო ხელისუფლების, როგორც ინსტიტუციური, ისე მოსამართლის ინდივიდუალური დამოუკიდებლობის უზრუნველსაყოფად, ხოლო ეს ცვლილება 2013 წლის საპრეზიდენტო არჩევნებში გამარჯვებული კანდიდატის მიერ ფიცის დადების მომენტიდან ამოქმედდა. საქართველოს ისტორიაში პირველად კონსტიტუციით დადგინდა მოსამართლის თანამდებობაზე პირის უვადოდ განწესება, კერძოდ, საქართველოს კონსტიტუციის 86-ე მუხლის შეცვლილი მე-2 პუნქტის მიხედვით, მოსამართლე თანამდებობაზე განწესდებოდა უვადოდ, კანონით დადგენილი ასაკის მიღწევამდე, ხოლო უვადოდ განწესებამდე კანონით შესაძლებელი იყო მისი განსაზღვრული ვადით განწესება, მაგრამ არაუმეტეს სამი წლის ვადით.⁴¹

მოსამართლის თანამდებობაზე პირის უვადოდ განწესება, როგორც აღინიშნა, მნიშვნელოვანი პროგრესი იყო სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობის უზრუნველსაყოფად, თუმცა უვადოდ განწესებამდე განსაზღვრული (გამოსაცდელი) ვადით მოსამართლის თანამდებობაზე დანიშვნის თაობაზე, ასევე უზენაესი სასამართლოს მოსამართლის კვლავ ვადით თანამდებობაზე გამწესების კონსტიტუციურმა დანაწესმა უარყოფითი გავლენა მოახდინა მოსამართლის დამოუკიდებლობის აღნიშნულ მექანიზმზე.

მოსამართლის თანამდებობაზე პირის უვადოდ დანიშვნის კონსტიტუციურ დანაწესში უფრო მეტი სიცხადისა და ხარისხის შეტანას დაუჭირა მხარი ევროპის კომისიამ დემოკრატიისათვის კანონის გზით (ვენეციის კომისია), როდესაც აღნიშნულ კონსტიტუციური კანონის პროექტზე დასკვნაში აღნიშნა, რომ „მოსამართლის თანამდებობაზე უვადოდ დანიშვნა მისაღებია, თუმცა ვენეციის კომისია ეთანხმება მოსამართლეების თანამდებობაზე დარჩენას საპენსიო ასაკამდე. ვენეციის კომისიამ ნათლად განაცხადა, რომ გამოსაცდელი ვადების განსაზღვრამ შეიძლება საფრთხე შეუქმნას მოსამართლეების

⁴¹ საქართველოს კონსტიტუცია, 2010 წლის 15 ოქტომბრის ცვლილების საფუძველზე მოქმედი რედაქცია, მუხ. 86-ე, პუნქტი მე-2.

დამოუკიდებლობას, ვინაიდან ისინი შეიძლება აღმოჩნდნენ წნეხის ქვეშ, მიიღონ გადაწყვეტილებები განსაკუთრებული გზით“.⁴²

მოსამართლის თანამდებობაზე გამოსაცდელი ვადით დანიშვნის სამართლებრივი მექანიზმი კრიტიკის საგანია დიდი სამართლებრივი გამოცდილებისა და მაღალი სამართლებრივი კულტურის მქონე იმ ქვეყნებშიც კი, სადაც ასეთი მექანიზმი არსებობს. „გამოსაცდელი ვადით დანიშნული მოსამართლეები არ არიან პერსონალურად დამოუკიდებელი. გერმანიის სისტემა არ არის კრიტიკის გარეშე. მოსამართლეთა გამოსაცდელი ვადით დანიშვნის პრაქტიკა ცხადყოფს, რომ ასეთი ვადით დანიშნული მოსამართლეები არ არიან ჭეშმარიტად დამოუკიდებელი“- აღნიშნავს პროფესორი პატრიკ ტერი თავის სტატიაში.⁴³

საქართველოს კონსტიტუციაში, 2018 წლის 23 მარტის კონსტიტუციური კანონით განხორციელებული მასშტაბური ცვლილების შედეგად, გათვალისწინებული იქნა ვენეციის კომისიის რეკომენდაცია და ერთი მხრივ, გაუქმებული იქნა მოსამართლის გამოსაცდელი ვადა, ხოლო მეორე მხრივ, უვადოდ თანამდებობაზე განწესების კონსტიტუციური პირობა, ასევე საქართველოს უზენაესი სასამართლოს მოსამართლის მიმართ განხორციელდა.⁴⁴ შესაბამისად, მოსამართლის უვადოდ თანამდებობაზე განწესების შინაარსის თვალსაზრისით, მნიშვნელოვნად გაიზარდა სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობის ხარისხი, თუმცა აღნიშნული ცვლილების ამოქმედება კონსტიტუციამ, სამუხაროდ, 2025 წელს დაუკავშირა.

სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობის უზრუნველსაყოფად მნიშვნელოვანი ცვლილება განიცადა კონსტიტუციამ უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეთა თანამდებობაზე განწესების საკითხში; კერძოდ, საქართველოს უზენაესი სასამართლოს მოსამართლის კანდიდატურას, ნაცვლად საქართველოს პრეზიდენტისა, საქართველოს პარლამენტს, უვადოდ ასარჩევად წარუდგენს საქართველოს იუსტიციის უმაღლესი საბჭო.⁴⁵

ამრიგად, უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეთა თანამდებობაზე განწესების საკითხში გაიზარდა სასამართლო ხელისუფლების როლი და კანდიდატურების შერჩევის ნაწილი განიტვირთა პოლიტიკური მოტივებისაგან, თუმცა მოსამართლეთა საბოლოოდ არჩევის საკითხში ცენტრალური პოლიტიკური ინსტიტუტის – პარლამენტის გადამწყვეტი როლი, ნოყიერ ნიადაგს ქმნის პოლიტიკური ხელისუფლების გავლენით აღნიშნული

⁴² ევროპის კომისია დემოკრატიისათვის კანონის გზით (ვენეციის კომისია), მოსაზრება „საქართველოს კონსტიტუციაში შეწორების შეტანის შესახებ“ კონსტიტუციური კანონის პროექტზე, სტრასბურგი 2010, გვ. 16-17.

⁴³ Patrick C. R. Terry, “Judicial Independence in Germany”, საერთაშორისო სამეცნიერო რეფერირებადი ჟურნალი „სამართალი და მსოფლიო“, თბ. 2015, გვ. 35.

⁴⁴ საქართველოს კონსტიტუცია, 2018 წლის 23 მარტის ცვლილების საფუძველზე მოქმედი რედაქცია, მუხ. 61-ე, პუნქტი მე-2.

⁴⁵ იქვე, პუნქტი მე-3.

გადაწყვეტილების მისაღებად, მით უფრო იმ პირობებში, როდესაც განხორციელებული კონსტიტუციური ცვლილებების შედეგად, საქართველოში სახელმწიფო მმართველობის ფორმად საპარლამენტო რესპუბლიკა განისაზღვრა.

სწორედ აღნიშნული მოტივაციით ვენეციის კომისიამ, ჯერ კიდევ კონსტიტუციური კანონის პროექტთან დაკავშირებით, თავის რეკომენდაციებში აღნიშნა, რომ „მოსამართლეთა, მათ შორის უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეთა გამწესებისას, იუსტიციის უმაღლეს საბჭოს უნდა ჰქონდეს განმსაზღვრელი გავლენა. მოსამართლეთა დანიშვნა არ უნდა იყოს საპარლამენტო კენჭისყრით გადასაწყვეტი, ვინაიდან არ შეიძლება გამოირიცხოს საფრთხე, რომ პოლიტიკური მოსაზრებები გადაწონის კანდიდატის ობიექტურად ღირებულ მხარეებს. იუსტიციის უმაღლეს საბჭოს უნდა ჰქონდეს გადამწყვეტი გავლენა მოსამართლეთა გამწესებასა და დანიშნულებაზე და მათ მიმართ დისციპლინური ღონისძიებების გატარებაზე“.⁴⁶

უნდა აღინიშნოს, რომ ისეთ კლასიკურ საპარლამენტო სახელმწიფო მმართველობის ფორმის მქონე ქვეყანაშიც კი, როგორც გერმანია, მოსამართლეთა თანამდებობაზე არჩევაში პირდაპირ არ მონაწილეობს ფედერაციის საკანონმდებლო ორგანო (ბუნდესტაგი). გერმანიის ფედერაციულ მოსამართლეთა თანამდებობაზე არჩევს სპეციალური კომიტეტი, რომლის 16 წევრს წარმოადგენენ მიწების (ფედერაციის სუბიექტების) მინისტრები და 16 წევრს შეადგენენ ბუნდესტაგის მიერ არჩეული წევრები, ხოლო შერჩევის შემდგომ კანდიდატები დასანიშნად წარედგინება გერმანიის ფედერაციის პრეზიდენტს, რომელიც ფორმალურად ნიშნავს მათ თანამდებობაზე, თუმცა, მიუხედავად იმისა, რომ საკანონმდებლო ორგანო პირდაპირ არ მონაწილეობს მოსამართლეთა თანამდებობაზე განწესებაში, მოსამართლეთა შერჩევის აღნიშნული წესი კრიტიკის საგანს წარმოადგენდა გერმანიაში იმის გამო, რომ იგი შეცავს რისკებს პროცესის პოლიტიკური გავლენის სფეროში მოქცევის თვალსაზრისით.⁴⁷

2018 წლის 23 მარტს განხორციელებული ცვლილებების შედეგად საქართველოს კონსტიტუციაში განისაზღვრა საქართველოს იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს ფორმირების, საბჭოს მიერ მოსამართლეთა თანამდებობაზე განწესების წესი, ასევე მოსამართლეთა თანამდებობაზე შერჩევის კრიტერიუმები, კერძოდ, კონსტიტუციის 63-ე მუხლის მე-6 პუნქტის შესაბამისად, მოსამართლე შეირჩევა კეთილსინდისიერებისა და კომპეტენტურობის ნიშნით და მოსამართლის თანამდებობაზე განწესების შესახებ გადაწყვეტილებას საბჭო იღებს სრული შემადგენლობის არანაკლებ ორი მესამედის უმრავლესობით. იუსტიციის უმაღლესი საბჭო შემადგენლობა განისაზღვრა 15 წევრით, რომელთაგან ნახევარზე მეტს შეადგენენ საერთო სასამართლოების მოსამართლეთა თვითმმართველობის ორგანოს მიერ არჩეული მოსამართლე წევრები, საქართველოს პრეზიდენტის

⁴⁶ ევროპის კომისია დემოკრატიისათვის კანონის გზით (ვენეციის კომისია), მოსაზრება „საქართველოს კონსტიტუციაში შეწორების შეტანის შესახებ“ კონსტიტუციური კანონის პროექტზე, სტრასბურგი, 2017, გვ. 23.

⁴⁷ იხ. თუნდაც, Paul Bovend'Eert, Article „Recruitment and appointment of judges and justice in Europe and the US“, 2018, P. 2.

მიერ არჩეული წევრი და საქართველოს პარლამენტის მიერ, არანაკლებ სრულის შემადგენლობის სამი მეხუდეთით, არჩეული წევრები.⁴⁸

უდავოდ პოზიტიურია კონსტიტუციით მოსამართლეთა შერჩევის კრიტერიუმების, მოსამართლეთა განწესებისა და იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს ფორმირების წესის დადგენა, თუმცა მოცემულ შემთხვევაში, კონსტიტუციამ ვერ უზრუნველყო მყარი სამართლებრივი გარანტიები იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს გადაწყვეტილებებზე საპარლამენტო უმრავლესობის პოლიტიკური გავლენის გამოსარიცხად, რამდენადაც მოსამართლეთა თანამდებობაზე განწესების თაობაზე გადაწყვეტილების მისაღებად აუცილებელია პარლამენტის ან პრეზიდენტის მიერ არჩეული წევრის მხარდაჭერაც, რომელსაც, როგორც აღინიშნა, პარლამენტი სამი მეხუდეთის უმრავლესობით ირჩევს, ხოლო ასეთი უმრავლესობის კონსოლიდაცია, ძირითად შემთხვევაში, შესაძლებელია ერთი პოლიტიკური ძალის – საპარლამენტო უმრავლესობის მიერ. შესაბამისად, არსებობს იმის რეალური რისკი, რომ აღნიშნულ გადაწყვეტილებაზე საპარლამენტო უმრავლესობის გავლენა განხორციელდეს. ამასთან, კონსტიტუციის აღნიშნულმა დანაწესმა არ გამოორიქხა პარლამენტის მიერ უშუალოდ პარლამენტის წევრთა არჩევის შესაძლებლობა. შესაბამისად, სასამართლო ხელისუფლების ინსტიტუციური დამოუკიდებლობის გაძლიერებისათვის მიზანშეწონილია პარლამენტის მიერ იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს წევრთა არჩევა, კონსტიტუციის საფუძველზე, უფრო ფართო კონსენსუსით, კონსტიტუციით განსაზღვრული საზოგადოებრივი, საგანმანათლებლო და სამეცნიერო ორგანიზაციების შემადგენლობიდან ან უმჯობესია იმავე ორგანიზაციების შემადგენლობიდან პარლამენტის ჩარევის გარეშე განხორციელდეს, რაც ხელს შეუწყობს საზოგადოების მიმართ, სასამართლო ხელისუფლების ანგარიშვალდებულების და საზოგადოებრივი ჩართულობის გაძლიერებას.⁴⁹

კონსტიტუციაში განხორციელებული ცვლილებებით აიკრძალა მოსამართლის თანამდებობიდან გათავისუფლება სასამართლოს რეორგანიზაციის ან ლიკვიდაციის საფუძველით, რაც მნიშვნელოვანი გარანტიაა მოსამართლის ინდივიდუალური დამოუკიდებლობის უზრუნველსაყოფად, რადგან შეუძლებელი გახდა პოლიტიკური და სამართლებრივი მანიპულაციის საფუძველზე მოსამართლის თანამდებობიდან ჩამოცილება.⁵⁰

⁴⁸ საქართველოს კონსტიტუცია, 2018 წლის 23 მარტის ცვლილების საფუძველზე მოქმედი რედაქცია, მუხ. 63-ე, პუნქტი მე-6 და მუხ.64-ე, პუნქტი მე-2.

⁴⁹ საფრანგეთის მაგისტრატურის საბჭოს შემადგენლობაში, რომელიც მოსამართლეთა კანდიდატურებს დასანიშნად წარადგენს, პარლამენტის ორივე პალატის მიერ დანიშნულ წევრებთან ერთად შედიან ადვოკატთა ასოციაციის მიერ დანიშნული წევრი და საფრანგეთის სახელმწიფო საბჭოს მიერ დანიშნული ერთი წევრი.

⁵⁰ საქართველოს კონსტიტუცია, 2018 წლის 23 მარტის ცვლილების საფუძველზე მოქმედი რედაქცია, მუხ. 63-ე, პუნქტი მე-5.

მოსამართლის ინდივიდუალური დამოუკიდებლობის გაძლიერებისათვის განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია, მისთვის, დიციპლინური სამართალწარმოების გზით, უფლებამოსილების შეწყვეტის ძირითადი პრინციპებისა და ამ საკითხზე იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს მიერ გადაწყვეტილების მხოლოდ ფართო კონსენსუსის საფუძველზე მიღების შესახებ დანაწესის კონსტიტუციით დადგენა, რაც საქართველოს მოქმედ კონსტიტუციაში გათვალისწინებული საერთოდ არ არის. შესაბამისად, აღნიშნული საკითხის კონსტიტუციით მონესრიგება ასევე მნიშვნელოვან გამოწვევას წარმოადგენს.

საქართველოს კონსტიტუციით ასევე არ არის გარანტირებული მოსამართლის ადეკვატური ხელფასის კანონით განსაზღვრისა და განსაზღვრული ხელფასის შემცირების აკრძალვის შესახებ, რაც ასევე მნიშვნელოვან პირობას წარმოადგენს სასამართლო ხელისუფლების ინსტიტუციური და მოსამართლის ინდივიდუალური დამოუკიდებლობის განვითარებისათვის.

რეზიუმე

ქართული კონსტიტუციონალიზმის ისტორიაში სასამართლო ხელისუფლების კონსტიტუციური განვითარება მნიშვნელოვანი გამოწვევების წინაშე იდგა, რაც განპირობებული იყო როგორც ობიექტური, ისე სუბიექტური გარემოებებით.

ობიექტური გარემოებები, რაც საქართველოს სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობის მყარი კონსტიტუციური გარანტიების შექმნასა და განვითარებას აბრკოლებდა, საქართველოს სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის ხანგრძლივად დაკარგვა და საქართველოში კომუნისტური, ავტორიტარული პოლიტიკური რეჟიმის დამკვიდრება იყო, რამაც მნიშვნელოვანი უარყოფითი მენტალური კვალი დატოვა, ასევე საქართველოს სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის აღდგენის შემდგომ, საქართველოში კონსტიტუციური ინსტიტუტების მშენებლობის პროცესზე, მათ შორის სასამართლო ხელისუფლების კონსტიტუციური საფუძვლების განსაზღვრასა და მის ფუნქციონირებაზე.

საქართველოს სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის არსებობისა და საქართველოს პირველი – 1921 წლის 21 თებერვლის კონსტიტუციის ფუნქციონირების პირობებში სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობა გაცილებით ადრე განვითარდებოდა და დღეისათვის მისი ხარისხი ბევრად მაღალ ნიშნულზე იქნებოდა.

დამოუკიდებლობის აღდგენის შემდგომ, საკმაოდ ხანგრძლივი პერიოდის განმავლობაში, საქართველოში კონსტიტუციური ინსტიტუტების მშენებლობის პროცესზე კომუნისტური ავტორიტარული რეჟიმის უარყოფითი მენტალური კვალი უპირველ ყოვლისა, გამოვლინდა საქართველოში სხვადასხვა სოციალურსა და პოლიტიკურ ჯგუფებში სამართლებრივი კულტურის მნიშვნელოვანი ნაკლებობით – პატივი ეცათ სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობისათვის და ამ სულისკვეთებით განეხორციელებინათ,

მათ შორის სასამართლო ხელისუფლების კონსტიტუციური საფუძვლების განსაზღვრა, რასაც განსაკუთრებული მნიშვნელობა აქვს სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობის უზრუნველყოფისათვის.

„ყველაზე მნიშვნელოვანია სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობის პატივისცემის სამართლებრივი კულტურის განვითარება“ – მიუთითებენ ევროპელი მკვლევარები.⁵¹

სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის აღდგენის შემდგომ, საქართველოს 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუციით, თავდაპირველად განსაზღვრული და მოგვიანებით შეცვლილი სასამართლო ხელისუფლების კონსტიტუციურ-სამართლებრივი საფუძვლები და მათი თანამედროვე, შესაბამისი საკანონმდებლო რეგულაციები ვერ უზრუნველყოფდა სასამართლო ხელისუფლების რეალურ დამოუკიდებლობას, რადგან შესაბამისი ნორმები მხოლოდ დეკლარაციული ხასიათის იყო, კონსტიტუციურად არ იყო გარანტირებული სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობისათვის აუცილებელი მთელი რიგი ნორმები და რაც მთავარია, სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობის პატივისცემასთან დაკავშირებული სათანადო სამართლებრივი კულტურის ნაკლებობა ხელს არ უწყობდა სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობის განმტკიცებასა და განვითარებას.

აღსანიშნავია, რომ საქართველოს 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუციაში, 2006 წლიდან, ეტაპობრივად განხორციელდა ცვლილებები, რომლებმაც სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობისათვის აუცილებელი კონსტიტუციური ნორმები განსაზღვრეს, კერძოდ 2006 წელს განისაზღვრა სასამართლო ხელისუფლების მოსამართლეთა უმრავლესობით ფორმირებული ორგანო – იუსტიციის უმაღლესი საბჭო, 2010 წელს განისაზღვრა მოსამართლეთა თანამდებობაზე უვადოდ განწესების პირობა, 2017 წელს, უვადოდ განწესების პირობა გავრცელდა, მათ შორის უზენაესი სასამართლოს მოსამართლეებზე, დადგინდა მოსამართლეთა შერჩევის კრიტერიუმები და იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს მიერ მოსამართლეთა დანიშვნის თაობაზე გადაწყვეტილების მიღების წესი, ასევე იუსტიციის უმაღლეს საბჭოს მიენიჭა უფლებამოსილება უზენაესი სასამართლოს მომსამართლეთა კანდიდატურების წარდგენასთან დაკავშირებით და აიკრძალა მოსამართლის უფლებამოსილების შეწყვეტა სასამართლოს რეორგანიზაციის ან ლიკვიდაციის გამო, რაც ცალსახად ძალიან დიდ მონაპოვრად უნდა ჩაითვალოს საქართველოს კონსტიტუციონალიზმის ისტორიაში, სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობის განვითარების გზაზე.

ამასთან, გამონწვევად რჩება მთელი რიგი საკითხები, რომლებიც სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობის სრულყოფისათვის კონსტიტუციურად უნდა განისაზღვროს, რათა საქართველოში არსებული სამართლებრივი კულტურის განვითარების კვალდა-

⁵¹ ib. Paul Bovend'Eert, Article „Recruitment and appointment of judges and justice in Europe and the US“, 2018, P. 5.

კვალ კონსტიტუციურმა ნორმებმა სისტემურად უზრუნველყონ სასამართლო ხელისუფლების დამოუკიდებლობა, ხოლო ასეთი გამოწვევები შეეხება პარლამენტის როლის შემცირებას ან, უმჯობესია, საერთოდ გაუქმებას სასამართლო ხელისუფლების ნებისმიერი ინსტანციის ფორმირების საკითხში, გამოსაცდელი ვადის გადაუდებლად გაუქმებას, იუსტიციის უმაღლესი საბჭოს შემადგენლობაში და გადანაცვეტილებების მიღებაში საზოგადოების მონაწილეობის გაზრდას, მოსამართლის დისციპლინური პასუხისმგებლობის ძირითადი პრინციპების გასაზღვრას და მასზე ფართე ჩართულობით გადანაცვეტილების მიღების წესს, მოსამართლეთათვის განსაზღვრული ხელფასის შემცირების აკრძალვას.

Constitutional Bases of the Judiciary in Georgia

David Tsereteli

Resume

In the history of Georgian constitutionalism, the constitutional development of the judiciary has faced serious challenges conditioned by both objective and subjective circumstances. The objective circumstances which impeded the establishment and development of sustainable guarantees of independence of the Georgian judiciary were the long-lasting loss of institutional independence of Georgia and the establishment of a communist, authoritarian political regime that left an important negative mental mark, even after the restoration of the institutional independence of Georgia, on the process of creating constitutional institutes, as well as on the determination of constitutional bases of the judiciary and its functionality. Under conditions of existing institutional independence of Georgia and the functioning of the first constitution of 21 February 1921, if the independence of the judiciary would have developed earlier, then its quality today would have been at a much higher level. After the restoration of independence for quite a long period, the negative mental mark of the communist authoritarian regime on the process of creating constitutional institutions in Georgia, first of all, manifested itself in a significant lack of legal culture in various social and political groups in Georgia – to respect the independence of the judiciary and, inter alia, to exercise defining the constitutional bases of the judiciary with this aspiration, which is crucial to ensure the independence of the judiciary. “The most important thing is to develop a legal culture of respect for the independence of the judiciary”, say European researchers⁵². After the restoration of institutional independence, the constitutional and legal bases of the judiciary laid down in the beginning in the Constitution of Georgia of 24 August 1995, which was amended later, and the relevant modern legal norms failed to ensure real independence of the judiciary, since the relevant norms were only declared, the whole range of norms necessary for the independence of the judiciary was not constitutionally guaranteed, and, more importantly, the lack of a proper legal culture to respect the independence of the judiciary did not contribute to the strengthening and development of the independence of the judiciary.

It's worth noting that since 2006 the constitution of Georgia of 24 August 1995 was gradually amended, which enshrined the constitutional norms necessary for the independence of the judiciary.

⁵² Ref. also, Paul Bovend'Eert, Article „Recruitment and appointment of judges and justice in Europe and the US“, 2018, P.5;

In particular, in 2006 an authority – the Supreme Council of Justice was created by the majority of judges of the judiciary, in 2010 the permanent appointment of judges was determined, in 2017, the condition of permanent appointment, as well as the criteria for the selection of judges and the rules for making decisions on the appointment of the judges by the Supreme Council of Justice were also applied to the judges of the Supreme Court. In addition, the Supreme Council of Justice was empowered with respect to the nomination of judges of the Supreme Court, and the termination of the powers of a judge in connection with the reorganization or liquidation of the court was prohibited, which undoubtedly was a huge achievement in the history of Georgian constitutionalism towards the development of the independence of the judiciary. However, there are still a number of complex issues that should be constitutionally determined to improve the independence of the judiciary, so that constitutional norms along with the development of a legal culture in Georgia provide systematic support for the independence of the judiciary, while such problems are associated with a decrease or even the elimination of the role of parliament in the formation of any instance of the judiciary, the immediate abolition of the probationary period, and the expansion of the participation of society in the formation of the Supreme Council of Justice and decision-making, determination of the basic principles of the disciplinary responsibility of judges and the rules for decision-making with wide participation, as well as with a ban on the reduction of wages established for judges.

გამოყენებული ლიტერატურა

- ავთანდილ დემეტრაშვილი, ირაკლი კობახიძე, „კონსტიტუციური სამართალი“. თბ. 2011.
- გიორგი ჰაპუაშვილი, „საქართველოს დემოკრატიული რესპუბლიკის 1921 წლის კონსტიტუცია“.
- მალხაზ მაცაბერიძე, „საქართველოს 1921 წლის კონსტიტუციის პოლიტიკური კონცეფცია“. თბ. 1996.
- იაკობ ფუტკარაძე, „სასამართლო ხელისუფლება საქართველოს 1921 წლის 21 თებერვლის კონსტიტუციის მიხედვით“, სტატიათა კრებული „ქართული კონსტიტუციონალიზმის სათავეებთან – საქართველოს 1921 წლის კონსტიტუციის 90 წლისთავი“, ბათუმი. 2011.
- შარლ ლუი მონტესკიე, „კანონთა გონი“. თბ. 1994;
- ანდრამ შაიო, „ხელისუფლების თვითშეზღუდვა, კონსტიტუციონალიზმის შესავალი“. თბ. 2003.
- ჰერმან შვარცი, „კონსტიტუციური მართლმსაჯულების დამკვიდრება პოსტკომუნისტურ ევროპაში“. თბ. 2003.
- ვოლფგანგ გაული, „კონსტიტუციის შემუშავება და მიღება საქართველოში“. თბ. 2002.
- Alfred H. Kelly, Winfred A. Harbison and Herman Belz, “The American Constitution its Origins and Development”. New York-London. 1991.
- Craig R, Ducat, Harold W. Chase, “Constitutional Interpretation”. New York-Los Angeles-Francisco.
- Paul Bovend’Eert, Article „Recruitment and appointment of judges and justice in Europe and the US“. 2018.
- Patrick C. R. Terry, “Judicial Independence in Germany”, საერთაშორისო სამეცნიერო რეფერირებადი ჟურნალი „სამართალი და მსოფლიო“. თბ. 2015.
- ერთის მხრივ, ევროკავშირის და ევროპის ატომური ენერჯის გაერთიანებას და მათ წევრ სახელმწიფოებსა და მეორეს მხრივ, საქართველოს შორის ასოცირების შესახებ 2014 წლის 27 ივნისის შეთანხმება.

- ევროპის კომისია დემოკრატიისათვის კანონის გზით (ვენეციის კომისია), მოსაზრება „საქართველოს კონსტიტუციაში შეწორების შეტანის შესახებ“ კონსტიტუციური კანონის პროექტზე. სტრასბურგი 2010.
- ევროპის კომისია დემოკრატიისათვის კანონის გზით (ვენეციის კომისია), მოსაზრება „საქართველოს კონსტიტუციაში შეწორების შეტანის შესახებ“ კონსტიტუციური კანონის პროექტზე. სტრასბურგი 2017.
- ევროპის საბჭოს ევროპის მოსამართლეთა საკონსულტაციო საბჭოს დასკვნა #10, 2007 წელი, მიღებული CCJE-ს მე-8 სხდომაზე;

ნორმატიული მასალა

- საქართველოს 1918 წლის 26 მაისის სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის აქტი.
- საქართველოს 1921 წლის 21 თებერვლის კონსტიტუცია.
- საქართველოს 1995 წლის 24 აგვისტოს კონსტიტუცია.
- საქართველოს საბჭოთა სოციალისტური რესპუბლიკის 1922 წლის 2 მარტის კონსტიტუცია.
- საქართველოს საბჭოთა სოციალისტური რესპუბლიკის 1927 წლის 4 აპრილის კონსტიტუცია.
- „მოსამართლეთა სტატუტის შესახებ“ ევროპული ქარტია, მიღებული ევროპის საბჭოს მიერ 1998 წლის 10 ივლისს.
- „საერთო სასამართლოების შესახებ“ 1997 წლის 13 ივნისის საქართველოს ორგანული კანონი.
- აშშ-ს 1787 წლის კონსტიტუცია.

ორპალატიანი პარლამენტის იდეა საქართველოს კონსტიტუციაში

ზურაბ მაჭარაძე

1. შესავალი. 2. პარლამენტის სტრუქტურა პირველ რესპუბლიკაში. 3. ორპალატიანი პარლამენტის იდეა 1993-95 წლების საკონსტიტუციო კომისიაში. 4. ორპალატიანი პარლამენტის უცვლელი ნება საქართველოს კონსტიტუციაში. 5. 2017 წლის საკონსტიტუციო რეფორმის ფარგლებში შეცვლილი რედაქცია. 6. ორპალატიანი პარლამენტის შექმნის წინაპირობები. 7. პალატების ფორმირების საკონსტიტუციო საფუძვლები. 8. პალატების უფლებამოსილებები. დასკვნა. რეზიუმე ინგლისურ ენაზე.

1. შესავალი

საქართველოს კონსტიტუციის 37-ე მუხლის პირველი პუნქტის თანახმად, „საქართველოს მთელ ტერიტორიაზე საქართველოს იურისდიქციის სრულად აღდგენის შემდეგ პარლამენტის შემადგენლობაში იქნება ორი პალატა: რესპუბლიკის საბჭო და სენატი“. აღნიშნული პუნქტით გათვალისწინებული პირობის შექმნამდე საქართველოს პარლამენტი ერთპალატიანია და იგი შედგება პარლამენტის 150 წევრისგან.¹ პარლამენტის ორ პალატად ჩამოყალიბების ნება ქვეყნის ძირითადი კანონის თავდაპირველი რედაქციით განისაზღვრა და, მიუხედავად არაერთი საკონსტიტუციო რეფორმისა, დღემდე ქართველი კანონმდებლის უცვლელი არჩევანია.

უმალლესი წარმომადგენლობითი ორგანო ორპალატიან სტრუქტურად გარდაქმნის ნება არც 2017-2018 წელს განხორციელებული საკონსტიტუციო რეფორმის ფარგლებში შეიცვალა. თუმცა კი, შეიცვალა პირობა, რომლის საფუძველზეც უნდა ჩამოყალიბდეს ბიკამერალური პარლამენტი.

ორპალატიანი პარლამენტის იდეას ქართულ რეალობაში ჰყავს როგორც მომხრეები, ასევე მოწინააღმდეგენი და თითოეულ მათგანს აქვს საკუთარი არგუმენტები. ავტორთა კიდევ ერთი ნაწილი იდეას მხარს უჭერს, თუმცა გარკვეული პირობების არსებობის შემთხვევაში.

ქართულ სამართლებრივსა თუ პოლიტიკურ სივრცეში საკითხის ირგვლივ კამათი არაერთ ათეულ წელს ითვლის. ამ მხრივ არც 2017 წლის საკონსტიტუციო რეფორმა აღმოჩნდა გამონაკლისი. საკონსტიტუციო კომისიის ფარგლებში დღის წესრიგში დადგა ბიკამერალურ სისტემაზე გადასვლის საკითხი,² თუმცა, მოცემულ ეტაპზეც წინადადება საკონსტიტუციო კომისიის უმრავლესობის მიერ არ იქნა გაზიარებული.

¹ იხ., საქართველოს კონსტიტუციის 37-ე მუხლის პირველი და მე-2 პუნქტები.

² იხ., <https://itv.ge/analytics/%E1%83%A1%E1%83%90%E1%83%99%E1%83%9D%E1%83%9C%E1%83%A1%E1%83%A2%E1%83%98%E1%83%A2%E1%83%A3%E1%83%AA%E1%83%98%E1%83%9D->

რა თქმა უნდა, ორპალატიანი პარლამენტი, თავისი შინაარსით, სცდება ოდენ პარლამენტის სტრუქტურული ორგანიზაციის საკითხს და კონსტიტუციურ-სამართლებრივი თუ პოლიტიკური საკითხების მთელ სპექტრთან არის დაკავშირებული.

სტატიის ფარგლებში განიხილება საქართველოში ორპალატიანი პარლამენტის თაობაზე არსებული სამართლებრივი მოწესრიგება, ქვეყნის ძირითად კანონში არსებული ჩანაწერი და ქართველი კანონმდებლის ნება - თუ როდის და რა პირობების შემთხვევაში იქნება შესაძლებელი ან/და მიზანშეწონილი უმაღლესი წარმომადგენლობითი ორგანოს ბიკამერალური სტრუქტურით ჩამოყალიბება. სტატიაში განიხილება ასევე ორპალატიანი პარლამენტის თაობაზე საქართველოში არსებული მოსაზრებები, პოზიციები და მოტივაცია, ისტორიული საწყისები და, საკონსტიტუციო ცვლილებების კვალდაკვალ, ქართველი კანონმდებლის უცვლელი ნება და კონსტიტუციის ნორმის შეცვლილი რედაქცია.

2. პარლამენტის სტრუქტურა პირველ რესპუბლიკაში

1921 წლის 21 თებერვალს, დამოუკიდებლობის დაკარგვამდე რამდენიმე დღით ადრე, ქართველი კანონმდებლის მიერ მიღებული პირველი კონსტიტუცია თამამად შეიძლება განხილულ იქნეს მე-20 საუკუნის დასაწყისისთვის მსოფლიოს ერთ-ერთ მონინავე, სრულყოფილ და ადამიანის უფლებებზე ორიენტირებულ უზენაეს საკანონმდებლო აქტად, რომელშიც ასახულია იმდროინდელი დასავლეთ ევროპასა და ამერიკის შეერთებულ შტატებში ახლადგაბატონებული, ასევე, ჯერ კიდევ თეორიაში არსებული, პრაქტიკაში განუხორციელებელი ყველაზე პროგრესული, სამართლებრივ-პოლიტიკური მოსაზრებები და მიმდინარეობები.³

ქართულ კონსტიტუციონალიზმში ოდიდგანვე აზრთა სხვადასხვაობას იწვევდა ორპალატიანი პარლამენტის საკითხი.⁴ მონოკამერალური მოწყობა არც პირველი კონსტიტუციის მიღებისას იყო ერთხმად გაზიარებული მოდელი და არაერთი ავტორი მხარს უჭერდა ბიკამერალური პარლამენტის იდეას. თუმცა, როგორც ცნობილია, არ იქნა გაზიარებული იმ დროს მსოფლიოს საკონსტიტუციო პრაქტიკაში საკმაოდ ფართოდ აპრობირებული ორპალატიანი პარლამენტის იდეა და კონსტიტუციის 46-ე მუხლის თანახმად, პარლამენტი ერთპალატიანი სტრუქტურით ჩამოყალიბდა.

[%E1%83%AA%E1%83%95%E1%83%9A%E1%83%98%E1%83%9A%E1%83%94%E1%83%91%E1%83%94%E1%83%91/](#) [12.04.2018].

³ გ. პაპუაშვილი. საქართველოს დემოკრატიული რესპუბლიკის 1921 წლის კონსტიტუცია, ბათუმი, 2011, გვ. 6.

⁴ ნ. ჭილაძე. საქართველოს პარლამენტი, საქართველოს საკონსტიტუციო სამართალი, გონაშვილი ვ., ერემაძე ქ., თევდორაშვილი გ., კახიანი გ., კვერენჩილაძე გ., ჭილაძე ნ., გამომცემლობა „მერიდიანი“, თბილისი, 2017, 259.

ორპალატიანი პარლამენტის მომხრეები ძირითადად ეროვნულ-დემოკრატიები იყვნენ. საკონსტიტუციო კომისიის 1919 წლის 28 თებერვლის სხდომაზე სპირიდონ კედიამ შესთავაზა კომისიის წევრებს, რომ დაეწყოთ პარლამენტის სტრუქტურაზე მსჯელობა, კერძოდ, ორპალატიანი უნდა ყოფილიყო ის თუ ერთპალატიანი. მან მოახსენა კომისიას, რომ ევროპაში ყველგან ორპალატიანი სისტემა ფუნქციონირებდა და ამ მოვლენას ჰქონდა გონივრული საფუძველი. ავტორის მოსაზრებით, საქართველოში კანონების შემუშავება-მიღება ნაჩქარევად ხდებოდა, ღრმა აზროვნების ნამუშევარი არ ჩანდა და არც განმარტებითი მოხსენებები იყო წარმოდგენილი. კედია მიიჩნევდა, რომ საქართველოს პარლამენტში კანონების მიღება იყო გაადვილებული, გამარტივებული და ორპალატიანი კანონმდებლობა კი უზრუნველყოფდა კანონის რამდენჯერმე განხილვას სხვადასხვა თვალსაზრისით. სპირიდონ კედიას აზრით, დიდი მნიშვნელობა ჰქონდა აგრეთვე ამ კითხვისთვის ტემპერამენტს. „- ახლა კანონი იკითხება ერთხელ, - მაგრამ სამჯერაც რომ წაიკითხოს, მაინც შედეგი ერთი იქნება, რადგანაც ერთი ტემპერამენტის ხალხი ისმენს და მსჯელობს. მეორე პალატა რომ იყოს, მაშინ იქნება უფრო სხვა ტემპერამენტის ხალხი, სხვა სისტემით არჩეული, რომელნიც სხვა თვალთ გასინჯავენ კანონს, უფრო შეატყობენ ნაკლს. დემოკრატიული წესების მიხედვით, რომელიც შემოღებულია საქართველოში, შეიძლებოდა ერობის წარმომადგენლები ყოფილიყვნენ მეორე პალატაში“.⁵

რაც შეეხება ერთპალატიანი პარლამენტის მომხრეებს, მათ რამდენიმე არგუმენტი გააჩნდათ. მათ შორის უნდა აღინიშნოს ის, რომ საქართველოს უკვე ჰქონდა კარგი და ნაყოფიერი გამოცდილება ერთპალატიანი პარლამენტის. ასევე უნდა აღინიშნოს, რომ გადაწყვეტილების მიღებაზე საკმაო გავლენა იქონია ინგლისისა და ბელგიის მაგალითებმა.⁶ იმავდროულად, პროექტის ავტორები ზედა პალატაში ხედავდნენ სენატის „ერობების პოლიტიკურ დაწესებულებებად გადაქცევას,“ რაც „ქვეყანას მხოლოდ ზიანს მოუტანდა“.⁷ უმრავლესობის აზრით, საქართველოში, რომელიც არ წარმოადგენდა ფედერაციულ რესპუბლიკას, აბსოლუტურად იდენტური წესით დაკომპლექტებული და მსგავსი უფლებამოსილებებით აღჭურვილი ზედა პალატა გამოიწვევდა საქმის დუბლირებას, გართულებებსა და პროცესების გაჭიანურებას.⁸ თუმცა, უნდა აღინიშნოს, რომ ორპალატიანი პარლამენტის მოწინააღმდეგენიც კი აცხადებდნენ და აღიარებდნენ, რომ „ზედა პალატის დანიშნულებაა, რომ კანონები იყოს „მეტი გამოცდილების ნაყოფი“.⁹

⁵ იხ., სეა; ფონდი 1836; აღწ. 1; საქმე 46; ფურც 14; ციტ., ბექა ქანთარია სადისერტაციო ნაშრომიდან, მმართველობის ფორმის დასავლური სისტემების გავლენა საქართველოს პირველ კონსტიტუციაზე, 232, იხ., http://www.law.tsu.edu.ge/files/beqa_qantaria_Disertacia.pdf, [12.04.2018].

⁶ იხ., ბექა ქანთარია სადისერტაციო ნაშრომი თემაზე: მმართველობის ფორმის დასავლური სისტემების გავლენა საქართველოს პირველ კონსტიტუციაზე, 233-236.

⁷ სეა; ფონდი 1836; აღწ. 1; საქმე 46; ფურც., 13; ციტ., ბექა ქანთარია სადისერტაციო ნაშრომიდან, მმართველობის ფორმის დასავლური სისტემების გავლენა საქართველოს პირველ კონსტიტუციაზე, 232.

⁸ იხ., ქანთარია ბ., პარლამენტი საქართველოს 1921 წლის კონსტიტუციაში, კონსტიტუციონალიზმის კვლევისა და ხელშეწყობის რეგიონალური ცენტრი, მეხუთე გამოცემა, ბათუმი 2011, 151-163.

⁹ იხ., ბექა ქანთარია სადისერტაციო ნაშრომი თემაზე: მმართველობის ფორმის დასავლური სისტემების გავლენა საქართველოს პირველ კონსტიტუციაზე, 232.

3. ორპალატიანი პარლამენტის იდეა 1993-95 წლების საკონსტიტუციო კომისიაში

„დიდი წინააღმდეგობა შეხვდა დებულებას საკანონმდებლო ხელისუფლების ორ პალატად - პარლამენტად (ქვედა პალატა) და სენატად (ზედა პალატა) ჩამოყალიბების შესახებ. ასევე საკამათო ტერიტორიული მოწყობის საკითხი მჭიდროდ იყო დაკავშირებული ამ თემასთან. შემთანხმებელ კომისიაში დისკუსიების შემდეგ, 1995 წლის 30 ივლისს, შევარდნაძემ შესთავაზა კომისიის წევრებს, რომ პარლამენტში ფორმალურად ყოფილიყო ორი პალატა, მაგრამ სენატის არჩევამდე ქვედა პალატას (ანუ პარლამენტს) ემოქმედა როგორც ერთადერთ ლეგიტიმურ საკანონმდებლო ორგანოს. ამ კომპრომისით იგი, უპირველეს ყოვლისა, დაეთანხმა ტრადიციონალისტთა და ეროვნულ-დემოკრატიულ მოთხოვნებს. იმავდროულად, შევარდნაძე ამით დაშორდა იდეას, რომ ტერიტორიული მოწყობის საკითხი საბოლოოდ გადაწყვეტილიყო არჩევნებამდე“.¹⁰

1993-95 წლებში საკონსტიტუციო კომისიის ფარგლებში არაერთი პროექტი იყო წარმოდგენილი.¹¹ კონსტიტუციის პროექტებში პარლამენტი სხვადასხვა კონცეფციის საფუძველზე იყო ჩამოყალიბებული. ზოგიერთი პროექტი ითვალისწინებდა ერთპალატიან პარლამენტს, სხვები - ორპალატიანს.¹² ასე მაგალითად, ორპალატიან პარლამენტს ითვალისწინებდა ე.წ. რესპუბლიკელების პროექტი,¹³ რომლის თანახმადაც საქართველოს პარლამენტი შედგებოდა ორი პალატისგან: რესპუბლიკის საბჭოსა და სენატისგან.¹⁴ თავის მხრივ, ეროვნული საბჭო შედგებოდა ... პროპორციული წესით არჩეული დეპუტატებისგან.¹⁵ ხოლო სენატი განსაზღვრული იყო როგორც მხარეების წარმომადგენელთა პალატა. მისი არჩევნები ტარდებოდა მხარეებში. თითოეულ სამხარეო საარჩევნო ოლქში ერთმანდატიანი საარჩევნო ოლქების მიხედვით ფარული კენჭისყრით უნდა არჩეულიყო ექვსი სენატორი. იმ სამხარეო საარჩევნო ოლქებში, სადაც ამომრჩეველთა რაოდენობა ასე ათასზე ნაკლები იყო, უნდა არჩეულიყო სამ-სამი სენატორი. სენატორები უნდა არჩეულიყვნენ შესაბამის ერთმანდატიან საარჩევნო ოლქში მოქმედი ყველა ადგილობრივი თვითმმართველობის წარმომადგენლობითი ორგანოს წევრთა და ამ ოლქის ტერიტორიაზე მცხოვრებ სამხარეო საბჭოს ხმოსანთა მიერ.

¹⁰ ვ. ბაბუკი. კონსტიტუციის შემუშავება და მიღება საქართველოში, 2002, 93.

¹¹ ა. დემეტრაშვილი, ი. კობახიძე. კონსტიტუციური სამართალი, თბილისი 2011, 62-63.

¹² ვ. ბაბუკი. კონსტიტუციის შემუშავება და მიღება საქართველოში, 2002, 109.

¹³ აღნიშნული პროექტი მომზადდა საქართველოს რესპუბლიკური პარტიის ეროვნული კომიტეტის ინიციატივით და მისი განხილვის შემდეგ ეროვნული კომიტეტის გადაწყვეტილებით წარედგინა სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისიას 1994 წლის 19 იანვარს.

¹⁴ იხ., საქართველოს კონსტიტუციის პროექტის 46-ე მუხლის პირველი პუნქტი.

¹⁵ იხ., საქართველოს კონსტიტუციის პროექტის 58-ე მუხლის პირველი პუნქტი.

განსაკუთრებული სამართლებრივი სტატუსის მქონე მხარის უმაღლესი წარმომადგენლობითი ორგანო დამატებით ირჩევიდა სამ სენატორს.¹⁶

საბოლოოდ, კონსტიტუციის მიღებისას, როგორც აღინიშნა, ერთი მხრივ, არ იქნა უარყოფილი ორპალატიანი პარლამენტის იდეა და, მეორე მხრივ, განისაზღვრა, რომ შესაბამისი პირობების დადგომამდე იმოქმედებდა ერთპალატიანი პარლამენტი. შედეგად, პარლამენტმა კენჭი უყარა ერთგვარ შუალედურ ვარიანტს და დღემდე საკანონმდებლო ორგანოს სტრუქტურა ერთგვარი „გარდამავალი“ ხასიათის მქონე ნორმით განაგრძობს ფუნქციონირებას.

4. ორპალატიანი პარლამენტის უცვლელი ნება საქართველოს კონსტიტუციაში

1995 წლიდან დღემდე არაერთხელ დაისვა საკითხი ორპალატიან სისტემაზე გადასვლასთან დაკავშირებით. ამგვარი სურვილი პრეზიდენტ შვეარდნაძესაც აქვს გამოთქმული. მაგალითად, ორშაბათის ტრადიციულ ერთ-ერთ რადიოინტერვიუში პრეზიდენტი აცხადებდა, რომ ორპალატიანი პარლამენტის შექმნა უფრო ეფექტურს გახდიდა პარლამენტის მუშაობას. სენატი, როგორც აღმასრულებელ და საკანონმდებლო ორგანოებს შორის ურთიერთობების მარეგულირებელი ორგანო, თავისთავად დადებითი შედეგების მომტანი იქნებოდა.¹⁷

აღსანიშნავია, რომ ორპალატიანი პარლამენტის საკითხი 2009-10 წლების სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისიის საქმიანობის დასაწყისშივე გახდა განხილვის საგანი. სამუშაო ჯგუფის¹⁸ ნაწილი მიიჩნევდა, რომ ორპალატიან სისტემაზე გადასვლა დროული იყო,¹⁹ თუმცა მეორე ნაწილი ამ პოზიციას არ იზიარებდა და თვლიდა, რომ საქართველოში ბიკამერალური პარლამენტის შემოღება არ იყო მიზანშეწონილი.²⁰ მართალია, გემოაღნიშნული წინადადება კომისიის პლენარულ სხდომაზეც კი არ გავიდა, თუმცა,

¹⁶ იხ., საქართველოს კონსტიტუციის პროექტის 71-ე მუხლის პირველი, მე-2 და მე-3 პუნქტები.

¹⁷ იხ., პრეზიდენტ ედუარდ შვეარდნაძის პოზიცია ორპალატიანი პარლამენტის შემოღებასთან დაკავშირებით, იხ., <http://civil.ge/geo/article.php?id=2674>, [12.04.2018].

¹⁸ 2009-2010 წლების სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისიის წევრები გაერთიანებულნი იყვნენ 9 სპეციალიზებულ სამუშაო ჯგუფში. ერთ-ერთი გახლდათ „საკანონმდებლო ხელისუფლების საკითხთა“ ჯგუფი (ჯგუფის ხელმძღვანელი პროფესორი ნანა ჭილაძე). იხ., დემეტრაშვილი ა., საქართველოს კონსტიტუციური ქრონიკები, 2009-2010 წლის კონსტიტუციური რეფორმა საქართველოში, კონსტიტუციონალიზმის კვლევისა და ხელშეწყობის რეგიონალური ცენტრი, ბათუმი 2012, 17.

¹⁹ სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისიის თავმჯდომარემ, პროფესორმა ავთანდილ დემეტრაშვილმა, კომისიის შესაბამისი კონსტიტუციური კანონის პროექტი წარუდგინა, რომელიც ორპალატიან პარლამენტს ითვალისწინებდა. თუმცა, როგორც აღინიშნა, პროექტი არ იქნა მხარდაჭერილი. იხ., დემეტრაშვილი ა., საქართველოს კონსტიტუციური ქრონიკები, 2009-2010 წლის კონსტიტუციური რეფორმა საქართველოში, კონსტიტუციონალიზმის კვლევისა და ხელშეწყობის რეგიონალური ცენტრი, ბათუმი 2012, 174-199.

²⁰ იხ., ა. დემეტრაშვილი. საქართველოს კონსტიტუციური ქრონიკები, 2009-2010 წლის კონსტიტუციური რეფორმა საქართველოში, კონსტიტუციონალიზმის კვლევისა და ხელშეწყობის რეგიონალური ცენტრი, ბათუმი 2012, 67.

მეორე მხრივ, არც მოქმედი ტექსტის რედაქცია შეცვლილა და ქვეყნის ძირითად კანონში შენარჩუნდა ჩანაწერი შესაბამისი პირობების შექმნის შემთხვევაში ორპალატიანი პარლამენტის შექმნის თაობაზე.²¹

ბიკამერალური პარლამენტი 2017 წლის კონსტიტუციური რეფორმის კონტექსტშიც გახდა განხილვის საგანი.²² ავტორთა ნაწილმა კვლავინდებურად წამოჭრა საკითხი ორპალატიანი პარლამენტის საჭიროების თაობაზე, თუმცა ამჯერადაც პოზიცია არ იქნა გაზიარებული კომისიის წევრთა უმრავლესობის მიერ. მოტივთა შორის, რა თქმა უნდა, ძირითადი ტეროტირიული მთლიანობის საკითხი იყო.²³

5. 2017 წლის საკონსტიტუციო რეფორმის ფარგლებში შეცვლილი რედაქცია

1995 წლის კონსტიტუციური ჩანაწერი, ორპალატიანი პარლამენტის შექმნის შესახებ, მიუხედავად არაერთი რეფორმისა, კვლავინდებურად უცვლელია, თუმცა კი 2017 წლის რეფორმის ფარგლებში ნორმამ გარკვეული ცვლილებები განიცადა როგორც რედაქციური, ასევე შინაარსობრივი თვალსაზრისით. ერთი მხრივ, ნორმა კონსტიტუციის პირველი თავის ნაცვლად მე-3 თავში გაიწერა. კერძოდ, ახალი რედაქციის თანახმად, ორპალატიან პარლამენტს კონსტიტუციის მე-4 მუხლის ნაცვლად 37-ე მუხლის პირველი პუნქტი აწესრიგებს. იმავე დროულად, მე-4 მუხლის ოთხპუნქტიანი მუხლი ჩაანაცვლა ერთპუნქტიანმა ნორმამ.²⁴

რედაქციური ცვლილებების გარდა შეიცვალა ასევე ნორმის შინაარსი. 1995 წლიდან 2017-2018 წლებში განხორციელებული საკონსტიტუციო ცვლილებების ამოქმედებამდე ძირითადი კანონი განსაზღვრავდა, რომ „საქართველოს მთელ ტერიტორიაზე შესაბამისი

²¹ იხ., ა. დემეტრაშვილი. მმართველობის ახალი სისტემის თავისებურებანი საქართველოში, სუპერსაპრეზიდენტოდან საპარლამენტომდე, საკონსტიტუციო ცვლილებები საქართველოში, ილიას სახელმწიფო უნივერსიტეტის გამომცემლობა, 2013. 31.

²² იხ., საქართველოს პრეზიდენტის განცხადება, იხ., <http://www.interpressnews.ge/ge/politika/428500-giorgi-margvelashvili-im-qveynebshi-sadac-prezidents-arapirdapiri-gzith-ircheven-aris-orpalatiani-parlamenti-da-federaluri-motsyoba.html?ar=A> [12.04.2018]; ასევე იხ., საქართველოს პარლამენტის თავმჯდომარისა და სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისიის თავმჯდომარის ირაკლი კობახიძის განცხადება, იხ., <http://www.parliament.ge/ge/parlamentarebi/chairman/chairmannews/saxelmwifo-sakonstitucio-komisia-saqartveloshi-orpalatian-saparlamento-sistemazec-imdsjelebs.page> [12.04.2018]; ასევე იხ., ავთანდილ დემეტრაშვილის განცხადება, იხ., <http://www.interpressnews.ge/ge/politika/404811-avthandil-demetrashvili-dzalian-kargi-iqneba-thu-2020-tslidan-chven-gadavalth-orpalatian-parlamentze.html?ar=A> [12.04.2018]; ასევე იხ., საქართველოს პარლამენტისა და სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისიის წევრის სალომე ზურაბიშვილის განცხადება, იხ., <http://www.parliament.ge/ge/parlamentarebi/chairman/chairmannews/davit-usudavit-usufasvilis-mimartva-veneciis-komisiis-me-100-saiubileo-sxdomazefashvilis-mimartva-veneciis-komisiis-me-100-saiubileo-sxdomaze.page> [12.04.2018]; იხ ასევე, საქართველოს პარლამენტისა და სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისიის წევრის ფრაქცია „უპარტიო დამოუკიდებელი მაჟორიტარების“ თავმჯდომარის კახა ოქრიაშვილის განცხადება, იხ., http://www.parliament.ge/ge/saparlamento-saqmianoba/plenaruli-sxdomebi/plenaruli-sxdomebi_news/saqartvelos-prezidenti-giorgi-margvelashvili-parlamentis-winashe-yovelwliuri-moxsenebit-wardga.page [12.04.2018].

²³ იხ., http://www.for.ge/view.php?for_id=46874&cat=2 [12.04.2018].

²⁴ იხ., საქართველოს კონსტიტუციის 37-ე მუხლის პირველი პუნქტი.

პირობების შექმნისა და ადგილობრივი თვითმმართველობის ორგანოების ფორმირების შემდეგ საქართველოს პარლამენტის შემადგენლობაში იქნება ორი პალატა: რესპუბლიკის საბჭო და სენატი.²⁵ რეფორმის შემდეგ ნორმა განსხვავებული შინაარსის მქონე რედაქციით ჩამოყალიბდა. საქართველოს კონსტიტუციის 37-ე მუხლის პირველი პუნქტის თანახმად, „საქართველოს მთელ ტერიტორიაზე საქართველოს იურისდიქციის სრულად აღდგენის შემდეგ პარლამენტის შემადგენლობაში იქნება ორი პალატა“. აღნიშნული რედაქცია, 2018 წლის 16 დეკემბრამდე მოქმედი და განსხვავებული მოსაზრებების გამომწვევი ფორმულირებისგან განსხვავებით, პირდაპირ აცხადებს, რომ ბიკამერალური პარლამენტის იდეა უკავშირდება საქართველოს მთელ ტერიტორიაზე საქართველოს იურისდიქციის სრულად აღდგენას.

6. ორპალატიანი პარლამენტის შექმნის წინაპირობები

2017-2018 წლის საკონსტიტუციო ცვლილებების ძალაში შესვლამდე²⁶ მოქმედებდა 1995 წლის 24 აგვისტოს მიღებული კონსტიტუციური ნორმა, რომლის თანახმად, ორპალატიანი პარლამენტის შექმნა დაკავშირებული იყო, ერთი მხრივ, ადგილობრივი თვითმმართველობის ორგანოების ფორმირებასთან და, მეორე მხრივ, შესაბამისი პირობების შექმნასთან. ზემოაღნიშნულიდან პირველი პირობა აღსრულებულია. რაც შეეხება მეორე პირობას, ის განსხვავებული მოსაზრებების საფუძველი იყო.

ავტორთა ნაწილს მიაჩნდა, რომ საქართველოს მთელ ტერიტორიაზე შესაბამისი პირობების შექმნაში მოიაზრებოდა საქართველოს ოკუპირებული ტერიტორიების დეოკუპაცია და საქართველოს ტერიტორიული მთლიანობის აღდგენა.²⁷

²⁵ იხ., საქართველოს კონსტიტუციის 2018 წლის 16 დეკემბრამდე მოქმედი რედაქციის მე-4 მუხლის პირველი პუნქტი.

²⁶ მომდევნო არჩევნებში არჩეული საქართველოს პრეზიდენტის მიერ ფიცის დადებაზე. საქართველოს პრეზიდენტმა სალომე ზურაბიშვილმა ფიცი დადო 2018 წლის 16 დეკემბერს.

²⁷ იხ., საქართველოს პარლამენტისა და სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისიის თავმჯდომარის ირაკლი კობახიძის განცხადება, იხ., <http://www.parliament.ge/ge/parlamentarebi/chairman/chairmannews/saxelmwifosakonstitucio-komisiasaqartveloshi-orphalatian-saparlamento-sistemazec-imsdjelebs.page>, [12.04.2018]; ასევე იხ., საქართველოს პარლამენტის თავმჯდომარის დავით უსუფაშვილის მიმართვა ვენეციის კომისიის მე-100 საიუბილეო სხდომაზე იხ., <http://www.parliament.ge/ge/parlamentarebi/chairman/chairmannews/davit-usudavit-usufasvilis-mimartva-veneciis-komisiis-me-100-saiubileo-sxdomazefashvilis-mimartva-veneciis-komisiis-me-100-saiubileo-sxdomaze.page>, [12.04.2018]; საყურადღებოა ასევე, საზოგადოებრივი საკონსტიტუციო კომისიის მიერ წარმოდგენილი „საქართველოს კონსტიტუციის ახალი რედაქციის განვრცობითი კონცეფცია“. ავტორებს მიაჩნიათ, რომ საქართველოს სეპარატისტულ რეგიონებთან დაკავშირებული პრობლემების პოლიტიკური გადაწყვეტის შესაძლებლობის გამოჩენამდე მიზანშეწონილი არ არის ორპალატიან სისტემაზე გადასვლა, რაც ამ პრობლემის პოლიტიკურად გადაწყვეტის ხელშესაწყობად უნდა იქნეს გამოყენებული. იხ., ბაბუკი ვ., ფიში ს., რაიჰენბეჰერი, კონსტიტუციის გადასინჯვა - საქართველოს გზა ევროპისკენ, გერნამიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება (GIZ), 2012, 293-346; ასევე, იხ., გერმანელ ექსპერტთა მოსაზრებები, იხ., ბლანკენაგელი ა., ანგარიში ბერლინში საქართველოს სახელმწიფო და საზოგადოებრივი საკონსტიტუციო კომისიების წარმომადგენლებთან „საქართველოს 1995 წლის კონსტიტუციის რეფორმის“ თემაზე გამართული „მრგვალი მაგიდის“ შესახებ, იხ., ბაბუკი ვ., ფიში ს., რაიჰენბეჰერი, კონსტიტუციის გადასინჯვა - საქართველოს გზა ევროპისკენ, გერნამიის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება (GIZ), 2012, 277-283, ასევე იხ., http://www.for.ge/view.php?for_id=46874&cat=2 [12.04.2018].

გემოაღნიშნული პოზიციის პარალელურად არსებობდა მოსაზრება, რომ „შესაბამისი პირობები“ არ უკავშირდებოდა სახელმწიფოს ტერიტორიული მთლიანობის აღდგენის საკითხის გადაწყვეტას, ვინაიდან გემოაღნიშნული კონსტიტუციური ფრაზა განსხვავდებოდა კონსტიტუციაში გამოყენებული იმ ფრაზებისაგან, რომლებიც ტერიტორიული მთლიანობის აღდგენის ფაქტობრივ გარემოებას ამა თუ იმ კონსტიტუციურ-სამართლებრივი პერსპექტივის დადგომას უკავშირებდა. ავტორთა განმარტებით თუ დავეუკვირდებით კონსტიტუციური კანონმდებლის მიერ გამოყენებულ ლექსიკას, გემოაღნიშნული მტკიცება შეიძლება უსაფუძვლოც არ მოგვჩვენებოდა. კერძოდ, 2018 წლის 16 დეკემბრამდე მოქმედი საქართველოს კონსტიტუციის მე-2 მუხლის მე-3 პუნქტში, ისევე როგორც იმავე რედაქციის საქართველოს კონსტიტუციის 108-ე მუხლში, კონსტიტუციური კანონმდებელი არ ერიდებოდა იმის რეგლამენტაციას, რომ საქართველოს ტერიტორიული მთლიანობა კონსტიტუციის მიღების ეტაპისთვის დარღვეულია და, შესაბამისად, ნორმის ამოქმედების ან/და განსაზღვრული პრინციპის კონსტიტუციური რეგლამენტაციის საკითხს უკავშირებდა საქართველოს მთელ ტერიტორიაზე იურისდიქციის სრულ აღდგენას; ამგვარი ტერმინოლოგიის გამოყენებას ვერ ვხედავდით საქართველოს კონსტიტუციის (2018 წლის 16 დეკემბრამდე მოქმედი რედაქციის) მე-4 მუხლის პირველ პუნქტში, რის გამოც ლოგიკურად იხადებოდა კითხვა „საქართველოს მთელ ტერიტორიაზე შესაბამისი პირობების შექმნა“ (მე-4 მუხლი, პირველი პუნქტი), როგორც ბიკამერალური პარლამენტის წინაპირობა, იგივე შინაარსის მატარებელი იყო თუ არა, რაც „ქვეყნის მთელ ტერიტორიაზე საქართველოს იურისდიქციის სრულად აღდგენა“ (მუხლი მე-2, პუნქტი მე-3²⁸) და „საქართველოს მთელ ტერიტორიაზე იურისდიქციის სრული აღდგენა“ (მუხლი 108²⁹)?!“.³⁰

აღნიშნულ განსხვავებულ ინტერპრეტაციებსა თუ მოსაზრებებს გამორიცხავს 2017 წლის 13 ოქტომბრის კონსტიტუციური კანონით გაკეთებული ჩანაწერი, რითაც პირდაპირ განისაზღვრა, რომ მხოლოდ საქართველოს მთელ ტერიტორიაზე საქართველოს იურისდიქციის სრულად აღდგენის შემდეგ იქნება პარლამენტის შემადგენლობაში ორი პალატა.

7. პალატების ფორმირების საკონსტიტუციო საფუძვლები

საქართველოს კონსტიტუცია, შეიძლება ითქვას, ძალიან ზოგად მითითებას გვთავაზობს ორპალატიან პარლამენტთან დაკავშირებულ კონტრეტულ საკითხებზე. ასე, მაგალითად, კონსტიტუციაში პალატების ფორმირების საკითხი ზოგადად არის განწერილი და იქვე დადგენილია, რომ „პალატების შემადგენლობას, უფლებამოსილებასა და არჩევის წესს განსაზღვრავს ორგანული კანონი“.³¹

²⁸ იხ., საქართველოს კონსტიტუციის 2018 წლის 16 დეკემბრამდე მოქმედი რედაქცია.

²⁹ იხ., საქართველოს კონსტიტუციის 2018 წლის 16 დეკემბრამდე მოქმედი რედაქცია.

³⁰ იხ., ვ. ყურაშვილი. ვ. ჩოკორაია. ა. ბუჩუკური. ბიკამერალიზმის დილემები, ბათუმი, 2011, 63-64.

³¹ იხ., საქართველოს კონსტიტუციის 37-ე მუხლის პირველი პუნქტი.

რაც შეეხება ზოგადი ხასიათის, თუმცა კი ძალიან მნიშვნელოვან მითითებას, კონსტიტუცია ადგენს, რომ რესპუბლიკის საბჭო უნდა აირჩეს პროპორციული წესით, ხოლო სენატი შედგება აფხაზეთის ავტონომიურ რესპუბლიკაში, აჭარის ავტონომიურ რესპუბლიკაში და საქართველოს სხვა ტერიტორიულ ერთეულებში არჩეული წევრებისა და საქართველოს პრეზიდენტის მიერ დანიშნული 5 წევრისგან.³² მსგავსი შინაარსით იყო ჩამოყალიბებული საქართველოს კონსტიტუცის მე-4 მუხლი, რომელიც 2018 წელს პრეზიდენტის მიერ ფიცის დადებაამდე მოქმედებდა.

კონსტიტუციაში არაფერია ნათქვამი, სენატის წევრები მაჟორიტარული უნდა აირჩეს თუ პროპორციული წესით. საქართველოს პარლამენტის დღეს მოქმედი საარჩევნო სისტემა კრიტიკის ობიექტია. არაერთი პოლიტიკური აქტორი, ექსპერტი, სპეციალისტი მოითხოვს საქართველოს პარლამენტის სრულად პროპორციული წესით დაკომპლექტებას.³³ უნდა ითქვას, რომ მაჟორიტარულ საარჩევნო სისტემას ჰყავს მოხრებიც.³⁴ 2017-18 წლების საკონსტიტუციო რეფორმის ფარგლებში შეიცვალა პარლამენტის საარჩევნო სისტემა და 2020 წლის შემდგომი საპარლამენტო არჩევნების შედეგად პარლამენტი დაკომპლექტდებოდა სრულად პროპორციული წესით არჩეული დეპუტატებისგან³⁵. თუმცა, საქართველოს პარლამენტში ინიცირებულია „საქართველოს კონსტიტუციაში ცვლილებების შეტანის თაობაზე“ საქართველოს კონსტიტუციური კანონი“, რომელიც ითვალისწინებს 2020 წლის საპარლამენტო არჩევნების სრულად პროპორციული წესით ჩატარებას.

აღსანიშნავია, 2017 წლის საკონსტიტუციო რეფორმის განმავლობაში იყო ინიციატივა, რომ გადავსულიყავით ბიკამერალურ სისტემაზე, რითაც შესაძლებელი იქნებოდა ქვედა პალატის სრულად პროპორციული წესით დაკომპლექტება და სენატის წევრთა არჩევა მაჟორიტარული საარჩევნო სისტემით. ამ ფორმით შესაძლებელი გახდებოდა ამ ორივე სისტემის დადებითი მხარეების გამოყენება და არა საერთოდ უარყოფა.³⁶

როგორც ცნობილია, ერთი მხრივ, საკონსტიტუციო რეფორმით არ იქნა მიღებული გადანყვეტილება ორპალატიანი პარლამენტის ამოქმედების შესახებ და, მეორე მხრივ, 2020 წლის შემდგომ პარლამენტი დაკომპლექტდება სრულად პროპორციული წესით.

რაც შეეხება ორპალატიანი პარლამენტის თაობაზე კონსტიტუციაში არსებულ ჩანაწერს, ნორმა რესპუბლიკის საბჭოსგან განსხვავებით, პირდაპირ მითითებას არ აკეთებს, თუ რომელი საარჩევნო სისტემის – მაჟორიტარული, პროპორციული, შერეული – საფუძველზე უნდა აირჩეს სენატის წევრები.

³² იქვე.

³³ იხ., <http://old.1tv.ge/ge/news/view/159084.html> [12.04.2018], ასევე იხ., <https://info.parliament.ge/#law-drafting/13831> [12.04.2018], ასევე იხ., <https://www.gyla.ge/ge/post/saarchevno-sistemaze-mmartveli-partiis-gadatsyvetileba-miughebelia#sthash.I7EIHpgM.dpbs> [12.04.2018].

³⁴ მაჟორიტარულ სისტემას მხარს უჭერს საპარლამენტო უმრავლესობის ნაწილი იხ., <http://old.1tv.ge/ge/news/view/161060.html> [12.04.2018].

³⁵ იხ., საქართველოს კონსტიტუციის 37-ე მუხლის პირველი პუნქტი.

³⁶ იხ., http://www.for.ge/view.php?for_id=49077&cat=2 [12.04.2018].

8. პალატების უფლებამოსილებები

საკანონმდებლო ორგანოს ორპალატიანი სტრუქტურა, როგორც დავინახეთ, არაერთ თანამედროვე სახელმწიფოში განაგრძობს ფუნქციონირებას. შეიძლება ითქვას, რომ XX საუკუნის განმავლობაში მან კიდევ უფრო მეტად გამოავლინა საკუთარი შესაძლებლობები. თუმცა, ფუნქციური თვალსაზრისით, მთელ რიგ შემთხვევებში, განსხვავებული ხასიათი შეიძინა. ხშირ შემთხვევებში ქვედა პალატები უფრო მძლავრი უფლებამოსილებებით აღიჭურვნენ, ვიდრე ნაკლებად დემოკრატიული სისტემის ან განსხვავებული პრინციპების საფუძველზე დაკომპლექტებული ზედა პალატები. ერთი სიტყვით, XX საუკუნეში გავრცელებას იწყებს ე.წ. ასიმეტრიული ბიკამერალური მოდელები, რომელთაც „სუსტ“ ბიკამერალიზმსაც უწოდებენ.³⁷

ასიმეტრიული ბიკამერალიზმის პირობებში ქვედა პალატა ძირითადად სუსტი უფლებამოსილებებით არის აღჭურვილი, როგორც კანონმემოქმედებითი, ასევე სხვა ფუნქციების განხორციელებისას. რაც შეეხება ე.წ. ძლიერი ზედა პალატის პირობებში ფუნქციონირებს თანაბარი სტატუსის პალატები.

საქართველოს კონსტიტუციაში პალატების უფლებამოსილებები არ არის განერილი და, როგორც კონსტიტუციაშივეა აღნიშნული,³⁸ ის ორპალატიანი პარლამენტის ამოქმედების შემდეგ განისაზღვრება ორგანული კანონით.

ქართველ მეცნიერ-პრაქტიკოსებში ერთგვარი უპირატესობით სარგებლობს შედარებით სუსტი უფლებამოსილებებით აღჭურვილი სენატის იდეა. ამ თვალსაზრისით საინტერესო პოზიციას აფიქსირებს ავტორთა ერთი ნაწილი. მათ მიაჩნიათ, რომ „საქართველოს კონსტიტუციით მკაფიოდ უნდა გაიმიჯნოს საკითხები, რომელთა თაობაზეც ორივე პალატაში სავალდებულო წესით უნდა განხორციელდეს საპარლამენტო მოსმენები (განხილვები), საკითხებისგან, რომელთა შესახებაც საკანონმდებლო პროცესის ძირითადი ტვირთი რესპუბლიკის საბჭოს ექნება, ხოლო სენატი გამარტივებული პროცედურებით („დუმილით“ მოწონება, ერთი მოსმენით დამტკიცება და სხვა) იქნება ჩართული“.³⁹

აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ თავის მხრივ, ამრთა სხვადასხვაობაა იმ საკითხებთან დაკავშირებით, რომელთა მიმართაც ორივე პალატა თანაბარი უფლებამოსილებებით იქნება აღჭურვილი.⁴⁰

შეიძლება ითქვას, რომ მსგავსი ვითარება გვხვდება მთავრობის ფორმირებასთან თუ მის

³⁷ იხ., Attlande di Diritto Pubblico Comparato a cura di Ferrari G. F., con la collaborazione di Mazza M., Vedeschi A., 2000, 224, aseve, Mortati C., Le istituzioni, 472. cit., Palermo F., Nikolini M., Il Bicameralismo, Pluralismo e limiti della rappresentanza in prospettiva comparata, 2013, 74.

³⁸ იხ., საქართველოს კონსტიტუციის 37-ე მუხლის პირველი პუნქტი.

³⁹ იხ., ვ. ყურაშვილი. ვ. ჩოკორაია. ა. ბუჩუკური. ბიკამერალიზმის დილემები, ბათუმი, 2011, 78.

⁴⁰ იხ., ა. დემეტრაშვილი. 2009-2010 წლის კონსტიტუციური რეფორმა საქართველოში, საქართველოს კონსტიტუციური ქრონიკები, კონსტიტუციონალიზმის კვლევისა და ხელშეწყობის რეგიონალური, ბათუმი 2012, 185, ასევე იხ., ვ. ყურაშვილი. ვ. ჩოკორაია. ა. ბუჩუკური. ბიკამერალიზმის დილემები, ბათუმი, 2011, 78.

მიმართ უნდობლობის გამოცხადების საკითხთან მიმართებაში. ასე მაგალითად, 2009-2010 წლებში მოქმედი საქართველოს სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისიაში წარდგენილი ერთ-ერთი პროექტი, რომელიც ორპალატიან პარლამენტს ითვალისწინებდა, მთავრობის ინვესტიტურის პროცესში მხოლოდ რესპუბლიკის საბჭოს ანიჭებდა შესაბამის უფლებამოსილებებს.⁴¹ მსგავსი პოზიციის დაფიქსირებული ავტორთა მიერ მომზადებულ კვლევაში, რომელიც ბიკამერალიზმის დილემებს უკავშირდება. ავტორებს მიაჩნიათ, რომ დამკვიდრებული უცხოური პრაქტიკისა და რესპუბლიკის საბჭოს ფორმირების თავისებურებების გათვალისწინებით, მთავრობის ფორმირების, მთავრობაზე კონტროლის განხორციელებისა და მისთვის პასუხისმგებლობის დაკისრების (უნდობლობის ვოტუმის გამოცხადების) უფლებამოსილება, ასევე, ბიუჯეტის შესახებ საქართველოს კანონის საბოლოო რედაქციით დამტკიცების კომპეტენცია რესპუბლიკის საბჭოს უნდა ჰქონდეს, რამდენადაც ის წარმოადგენს პროპორციული წესით არჩეულ დეპუტატთა წარმომადგენლობას, რომელიც პოლიტიკური კონფიგურაციის სარკეა.⁴²

აქვე უნდა აღინიშნოს, რომ სენატის სტატუსისა და უფლებამოსილებების განსაზღვრის საკითხთან დაკავშირებით, რა თქმა უნდა, მნიშვნელოვანი იქნება ის წინაპირობები, რომლის საფუძველზეც გახდება შესაძლებელი ორპალატიანი საპარლამენტო სტრუქტურის შემოღება. საქართველოს იურისდიქციის სრულად აღდგენას, ტერიტორიული მთლიანობის აღდგენას, სხვადასხვა ტერიტორიული ერთეულებისთვის საერთო-სახელმწიფოებრივ გადაწყვეტილებებში სხვადასხვა ფორმითა და მასშტაბით ჩართულობის უზრუნველყოფას, რა თქმა უნდა, შესაბამისი გავლენა ექნება პალატების სტატუსისა და უფლებამოსილებების განსაზღვრისას.

დასკვნა

1995 წელს კონსტიტუციის ტექსტის საბოლოო რედაქციის მიღებისას ორპალატიანი პარლამენტის თაობაზე გადაწყვეტილება ვერ იქნა მიღებული და გადაწყდა, პარლამენტში კენჭი ეყარათ ერთგვარი შუალედური ვარიანტისთვის და დღემდე საკანონმდებლო ორგანოს სტრუქტურა მონოკამერალურია.

2017-18 წლების საკონსტიტუციო რეფორმის ფარგლებში შეიცვალა ორპალატიანი პარლამენტის მომწესრიგებელი კონსტიტუციური ნორმა - რედაქციული თვალსაზრისით, კონსტიტუციის პირველი თავის ნაცვლად გაიწერა მე-3 თავში. ამავდროულად შეიცვალა ის პირობები, რომელთა საფუძველზეც ქართულ პერსპექტივაში ამოქმედდება პარლამენტი ორპალატიანი სტრუქტურით. საქართველოს კონსტიტუციის 37-ე მუხლის პირველი პუნქტის თანახმად, პარლამენტის ორპალატიან სტრუქტურაზე გადასვლა, ნაცვლად ადგილობრივი თვითმმართველობის ორგანოების ფორმირებისა და შესაბამისი

⁴¹ პროექტი იხ., პუბლიკაციაში - ა. დემეტრაშვილი საქართველოს კონსტიტუციური ქრონიკები, 2009-2010 წლის კონსტიტუციური რეფორმა საქართველოში, კონსტიტუციონალიზმის კვლევისა და ხელშეწყობის რეგიონალური ცენტრი, ბათუმი 2012, 175.

⁴² იხ., ვ. ყურაშვილი. ვ. ჩოკორაია. ა. ბუჩუკური. ბიკამერალიზმის დილემები, ბათუმი, 2011, 80.

პირობების დადგომისა, პირდაპირ დაუკავშირდა საქართველოს მთელ ტერიტორიაზე საქართველოს იურისდიქციის სრულად აღდგენას.

ამდენად, 1995 წლის 24 აგვისტოს მიღებულ საქართველოს კონსტიტუციაში განასაზღვრული ნება, ორპალატიანი პარლამენტის შექმნის თაობაზე, არც 2017-2018 წლების საკონსტიტუციო რეფორმით შეიცვალა და მიუხედავად იმისა, რომ საკანონმდებლო ორგანო ერთპალატიანი სტრუქტურით განაგრძობს ფუნქციონირებას, ბიკამერალური პარლამენტის იდეა კვლავინდებურად რჩება ქართველი კანონმდებლის მყარ არჩევნად.

ბიკამერალური პარლამენტის შექმნასთან დაკავშირებით საქართველოში მოსაზრებები იყოფა მომხრეთა და მოწინააღმდეგეთა შორის. საქართველოში ორპალატიანი პარლამენტის ამოქმედების იდეის უარყოფით მხარეებს შორის განიხილება ძირითადად რამდენიმე გარემოება. მათ შორის ყველაზე ხშირად გამოყენებულ საპირისპირო არგუმენტად ტერიტორიული მთლიანობის პრობლემა სახელდება⁴³, ასევე უარყოფით მხარეებს შორის მოიხსენიება ერთპალატიან პარლამენტთან შედარებით ორპალატიანი პარლამენტის ხარჯიანობა. ნეგატიურ ასპექტებს შორის მოიხსენიებენ ასევე საკანონმდებლო თუ სხვა პროცედურების შედარებით უფრო გახანგრძლივებას.⁴⁴

რაც შეეხება ბიკამერალიზმის იდეის მომხრეებს, მათ მიაჩნიათ, რომ ორპალატიანი პარლამენტის პირობებში უკეთ არის უზრუნველყოფილი ტერიტორიული წარმომადგენლობა, ასევე სხვადასხვა პროფესიული თუ სოციალური ჯგუფების წარმომადგენლობა, შიდა ინსტიტუციური შეკავება-განონასწორება, უმჯობესდება პარლამენტის მიერ საკანონმდებლო თუ სხვა ფუნქციათა განხორციელება, მათი ხარისხი.⁴⁵ ავტორებს მიაჩნიათ, რომ სხვადასხვა პროცედურული გარანტიების დანესებით⁴⁶ შესაძლებელია ნეგატიურ ფაქტორებს შორის მოხსენიებული გარემოებების უარყოფითი გავლენის შემცირება.

⁴³ იხ., http://www.for.ge/view.php?for_id=46874&cat=2 [12.04.2018].

⁴⁴ იხ., ა. ფირცხალაიშვილი. ორპალატიანი პარლამენტის პერსპექტივა საქართველოში, <http://liberali.ge/blogs/view/25863/orpalatiani-parlamentis-perspektiva-saqartveloshi> [12.04.2018], ასევე კ. ყურაშვილი. კ. ჩოკორაია. ა. ბუჩუკური. ბიკამერალიზმის დილემები, კონსტიტუციონალიზმის კვლევისა და ხელშეწყობის რეგიონალური ცენტრი ბათუმი, 2011, 79, ასევე, იხ., საზოგადოებრივი საკონსტიტუციო კომისიის მიერ წარმოდგენილი 'საქართველოს კონსტიტუციის ახალი რედაქციის განვრცობითი კონცეფცია, ბაბეკი ვ., ფიში ს., რაიჰენბეჰერი, კონსტიტუციის გადასინჯვა - საქართველოს გზა ევროპისკენ, გერნამისის საერთაშორისო თანამშრომლობის საზოგადოება (GIZ), 2012. 293-346

⁴⁵ იხ., http://www.for.ge/view.php?for_id=46874&cat=2 [12.04.2018], ასევე იხ., ფირცხალაიშვილი ა., ორპალატიანი პარლამენტის პერსპექტივა საქართველოში, იხ., <http://liberali.ge/blogs/view/25863/orpalatiani-parlamentis-perspektiva-saqartveloshi> [12.04.2018], ასევე, კ. ყურაშვილი. კ. ჩოკორაია. ა. ბუჩუკური. ბიკამერალიზმის დილემები, კონსტიტუციონალიზმის კვლევისა და ხელშეწყობის რეგიონალური ცენტრი ბათუმი, 2011, 79.

⁴⁶ მაგალითად, იგივე ე.წ. შემთანხმებელი კომისიები, რომლებიც იქმნებიან პალატებს შორის კანონის პროექტებთან დაკავშირებით პოზიციათა შესაჯერებლად და უზრუნველყოფს პალატებს შორის კანონის პროექტების განუწყვეტელ მიმოსვლის აღმოფხვრას. შემთანხმებელ კომისიას იცნობს საქართველოს პარლამენტის რეგლამენტი. მაგალითისთვის, თუ პარლამენტი ვერ მიიღებს სახელმწიფო ბიუჯეტის ან იგივე მასში ცვლილებების შეტანის შესახებ კანონს შესაძლებელია შეიქმნას მთავრობისა და პარლამენტის

იმედია, ქართულ სამართლებრივ რეალობაში მალე დადგება შესაბამისი პირობები და საქართველოს მთელ ტერიტორიაზე საქართველოს იურისდიქციის აღდგენის შედეგად დაიწყება განხილვები ბიკამერალურ სისტემაზე გადასვლასთან დაკავშირებით. მართალია, საქართველოს კონსტიტუციის ახალი რედაქციის თანახმად, იურისდიქციის სრულად აღდგენა პირდაპირი საფუძველია ორპალატიან სტრუქტურაზე გადასვლის, თუმცა, ავტორთა ნაწილს მიაჩნია, რომ შესაძლებელია შესაბამისი საკონსტიტუციო ცვლილებებით იურისდიქციის სრულად აღდგენამდე მოხდეს ორპალატიან სისტემაზე გადასვლა.

საკითხი, რა თქმა უნდა, კომპლექსურია, არაერთ მნიშვნელოვან თემასთან არის დაკავშირებული და საჭიროებს სრულსა და სიღრმისეულ ანალიზს. ორპალატიან საპარლამენტო სტრუქტურაზე გადასვლის დროს მნიშვნელოვანია პალატების სტატუსის, უფლებამოსილებების, არჩევის წესის განსაზღვრა. ერთ-ერთი საკვანძო მნიშვნელობის საკითხია პალატებში ტერიტორიული ერთეულების წარმომადგენლობა. ამდენად, მიუხედავად უკვე არაერთი ათეული წლის კამათისა, მაინც რჩება საჭიროება, ორპალატიანი პარლამენტის იდეის ამოქმედებისას ზემოაღნიშნული საკითხების მთელი სპექტრი სიღრმისეულად გაანალიზდეს და ზუსტად განისაზღვროს.

The Idea of a Two-Chamber Parliament in the Constitution of Georgia

Zurab Macharadze

Resume

According to the paragraph 1 of Article 37 of the Constitution of Georgia: “Following the full restoration of Georgia’s jurisdiction throughout the entire territory of Georgia, two chambers shall be established within Parliament: the Council of the Republic and the Senate”. The Parliament of Georgia shall be unicameral and shall consist of 150 Members of the Parliament until the conditions set forth in this paragraph have been met.

The desire to form two chambers of parliament was first stated in 1995 as the initial version of the country’s basic law and despite numerous constitutional reforms, it remains the unchanged choice of Georgian legislators. For decades, there have been disputes in the Georgian legal and political arena, and, of course, the period of constitutional reform in 2017 was no exception.

This article discusses the establishment and functioning of a two-chamber parliament in Georgian reality, the preconditions for when and how a bicameral system may or may not be needed, what functions each chamber may have, and what the basic law of the country says in relation to the foregoing. The article also discusses the views and positions of various scientific, public or political spaces.

საფინანსო-საბიუჯეტო კომიტეტის წევრთა შემთანხმებელი კომისია. იხ., საქართველოს პარლამენტის რეგლამენტის 138-ე მუხლის მე-9 და 140-ე მუხლის მე-4 პუნქტები.

კონსტიტუციის მნიშვნელობა საქართველოში: 1990-იანი წლების პოლიტიკური ვითარების კონტექსტში

გიორგი მელიქიძე

შესავალი. ლიტერატურის მიმოხილვა. 1. თეორიული საფუძველი. 2. კონსტიტუციონალიზმის ისტორია საქართველოში. 3. 1990-იანი წლების პირველი ნახევარი: პოლიტიკური არასტაბილურობა და კონსტიტუციონალიზმის გამოწვევები საქართველოში. 4. ეროვნული მოძრაობა და ზვიად გამსახურდიას მმართველობა. 5. სამხედრო საბჭო და შევარდნაძის მმართველობა. 6. 1995 წლის აგვისტო: გადამწყვეტი ეტაპი ქვეყნის უახლეს ისტორიაში. დასკვნა. რეზიუმე ინგლისურ ენაზე. გამოყენებული ლიტერატურა.

შესავალი

უკანასკნელი 28 წლის მანძილზე საქართველო პოლიტიკური კატაკლიზმებისა და არასტაბილურობის პირობებში გადის დემოკრატიულ ტრანზიციას. სახელმწიფოს სტაბილურობისა და დემოკრატიზაციისთვის სჭირდებოდა ერთგვარი ჩარჩო, შემზღუდავი მექანიზმი, რომელიც შექმნიდა სამართლებრივი სახელმწიფოს საფუძველს. საბჭოთა წარსულის მქონე ქვეყანაში, სუსტი სახელმწიფო ინსტიტუტებისა და ნახევრად-ავტორიტარული რეჟიმის პირობებში სამართლებრივი წესრიგის დამყარება დიდ სირთულეს წარმოადგენდა. მდგომარეობას კიდევ უფრო ართულებდა უმძიმესი სოციალურ-ეკონომიკური პრობლემები და შეიარაღებული კონფლიქტების შედეგები. საქართველო დღესაც ჰიბრიდული რეჟიმების რიცხვს მიეკუთვნება, რომლის გამომწვევად კვლავ რჩება არასტაბილურობა და კანონის უზენაესობის საკითხი.

პოსტსაბჭოთა ქვეყნებში კონსტიტუციონალიზმის გააზრებასა და კონსტიტუციის ფორმირებაზე მნიშვნელოვანი გავლენა იქონია საბჭოთა მემკვიდრეობამ და დამოუკიდებლობის პირველ წლებში მიღებულმა გამოცდილებამ. აღნიშნულ რეგიონში გაჩნდა ტენდენცია, კერძოდ, დაჩქარებული წესითა და ერთმანეთის მიმბაძველობით ქვეყნებმა დაიწყეს კონსტიტუციაზე მუშაობა. ხშირად არ ხდებოდა ადგილობრივი ვითარებისა და თავისებურებების გათვალისწინება. ამ კუთხით არსებული გამოუცდელობა და პოლიტიკური არასტაბილურობის დასაძლევად აუცილებელი სისწრაფე ხელისუფლებებს დაუყოვნებელი ნაბიჯებისკენ უბიძგებდა. პოსტსაბჭოთა საქართველოში პოლიტიკურმა არასტაბილურობამ და მასთან დაკავშირებულმა საფრთხეებმა გადამწყვეტი როლი შეასრულა 1995 წელს კონსტიტუციის მიღების საქმეში. არაერთი კვლევა დაეთმო კონსტიტუციონალიზმს, კონსტიტუციების შედარებით ანალიზსა და პოსტსაბჭოთა

ქვეყნების კონსტიტუციების მიმოხილვას,¹ თუმცა საქართველოს 1995 წლის კონსტიტუციის მიღების პოლიტიკური კონტექსტი არ ყოფილა ღრმა კვლევის საგანი. წარმოდგენილი სტატიის მიზანია, შეისწავლოს საქართველოში 1995 წლის კონსტიტუციის როლი და განსაზღვროს კონსტიტუციის მნიშვნელობა პოლიტიკური სტაბილურობის უზრუნველსაყოფად. ნაშრომის საკვლევი კითხვა ამგვარად გამოიყურება: რა როლს ასრულებს კონსტიტუცია პოლიტიკური სტაბილურობის უზრუნველყოფის საქმეში?

საქართველოში 1990-იანი წლების პირველ ნახევარში არ იყო შესაბამისი მზაობა კონსტიტუციის მისაღებად. მიუხედავად იმისა, რომ ჯერ კიდევ ზვიად გამსახურდიას მმართველობის დროს შეიქმნა საკონსტიტუციო კომისია, მას მუშაობა არ დასცალდა. ქვეყანაში შეიქმნა საკონსტიტუციო ვაკუუმი, რადგან ხელისუფლების შესახებ 1992 წლის 6 ნოემბრის კანონი ვერ გასწევდა კონსტიტუციის მაგივრობას. სახელმწიფოს განვითარებისა და საერთაშორისო აღიარებისათვის სჭირდებოდა უზენაესი კანონი; 1993 წელს მუშაობა დაიწყო სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისიამ. ორწლიანი მუშაობის შედეგად, 1995 წლის 24 აგვისტოს, მიღებულ იქნა საქართველოს კონსტიტუცია.

ლიტერატურის მიმოხილვა

კონსტიტუციონალიზმთან დაკავშირებული საკითხების კვლევა აქტუალურია როგორც სამართალმცოდნეებისთვის, ასევე პოლიტიკის მეცნიერებისთვის. აღნიშნულ საკითხზე მრავლად ვხვდებით ლიტერატურას, თუმცა ჩემთვის განსაკუთრებით საინტერესოა ის ნაშრომები, რომელიც კონსტიტუციის შექმნასა და მის თანმდევ პოლიტიკურ პროცესებს უკავშირდება. ამ კუთხით არსებული ლიტერატურის ანალიზისას იკვეთება, რომ გარდამავლი, ეგრეთწოდებული ჰიბრიდული რეჟიმების კონსტიტუციონალიზმის საკითხების კვლევას არ ეთმობა ისეთი ყურადღება, როგორც განვითარებული დემოკრატიების შემთხვევებს. სამეცნიერო ლიტერატურაში გავრცელებული მოსაზრებით, ჰიბრიდულ რეჟიმებში კონსტიტუცია ხშირად იძენს სახელისუფლებო ინსტრუმენტის ფუნქციას. კვლევის დროს განსაკუთრებული ყურადღება დაეთმო ანდრას შაიოს² ნაშრომს, რომელიც კონსტიტუციას განიხილავს, როგორც ხელისუფლების შემზღუდავ მექანიზმს. იგი ეხმაურება ჩემს კვლევით ინტერესს. მის განსაკუთრებულობას ისიც განსაზღვრავს, რომ ავტორი არ შემოიფარგლება მხოლოდ სამართლებრივი მსჯელობით და ნაშრომს ისტორიული და ფილოსოფიური ღირებულებაც გააჩნია. შაიოს ნაშრომს კიდევ უფრო მეტ მნიშვნელობას სძენს ის ფაქტი, რომ განხილულია როგორც ამერიკული და დასავლეთ ევროპული ქვეყნების გამოცდილება, აგრეთვე ცენტრალური და აღმოსავლეთ ევროპის ქვეყნების მდგომარეობაც. ამგვარი მიდგომის საფუძველზე მკითხველს შედარებითი ანალიზისა და საფუძვლიანი დასკვნებისთვის შესაბამისი

¹ Dick Howard. Constitution Making in Eastern Europe. The Woodrow Wilson Center Press. 1993. ანდრას შაიო. ხელისუფლების თვითშემზღუდავ: კონსტიტუციონალიზმის შესავალი. თბ. 2003. Avtandil Demetrashvili. Chronicles of Constitutionalism in Georgia, Journal „Law and Justice Review” №1. 2010.

² ანდრას შაიო. ხელისუფლების თვითშემზღუდავ: კონსტიტუციონალიზმის შესავალი. თბ. 2003.

ინფორმაცია მიწოდება. მაქვინი თავის ნაშრომში კონსტიტუციის მიღების საფუძვლად განიხილავს პოლიტიკურ გადაწყვეტილებას. იგი მიუთითებს კონსტიტუციის შექმნისა და მიღების სირთულეზე და ამ კუთხით პოლიტიკური მზაობისა და ნების არსებობის აუცილებლობაზე საუბრობს.³ ამგვარი მოსაზრება გვიჩვენებს კონსტიტუციის მიღებისას პოლიტიკური კონტექსტის განსაკუთრებულ მნიშვნელობას. კვლევის დროს საინტერესო იყო ელსტერის⁴ ნაშრომი. იგი მნიშვნელოვანია არა მარტო იმიტომ, რომ საუბრობს კონსტიტუციონალიზმის ისტორიის შესახებ, არამედ კონსტიტუციის დანიშნულების სხვადასხვა ასპექტებს მიმოიხილავს. ელსტერი კონსტიტუციონალიზმის შვიდ ტალღას გამოყოფს და თითოეული მათგანის პოლიტიკურ საფუძვლებს აანალიზებს. აღნიშნულის გათვალისწინებით ეს ნაშრომი მეტად საინტერესო და მნიშვნელოვანია ჩემი კვლევისთვის.

აღმოსავლეთ ევროპის ქვეყნებში კონსტიტუციონალიზმის საკითხებს იკვლევდა ჰოვარდი, რომელიც ღრმა კრიზისს, სამოქალაქო ომსა და პოლიტიკურ რყევებს განიხილავდა რეგიონში კონსტიტუციებზე მუშაობის გააქტიურების მიზნად.⁵ მართლაც, რეგიონში იმ პერიოდის თანმდევ პოლიტიკურ მოვლენებად შეგვიძლია განვიხილოთ ომები და პოლიტიკური არასტაბილურობა, რაც შესაძლოა ერთგვარი კატალიზატორი იყო ახლადშექმნილ სახელმწიფოებში უზენაესი კანონის მისაღებად. საქართველოში კონსტიტუციონალიზმის განვითარებისა და ქრონიკის შესახებ საინტერესო კვლევას გვთავაზობს ავთანდილ დემეტრაშვილი,⁶ თუმცა აღნიშნულ სტატიაში 1995 წლის კონსტიტუციას მხოლოდ გარკვეული ნაწილი ეთმობა და იგი კონსტიტუციონალიზმის მთლიან კონტექსტთან ერთად არის განხილული. საქართველოში განხორციელებულ კონსტიტუციურ ცვლილებებს, მის პოლიტიკურ და სამართლებრივ ასპექტებს ეხმაურება კარლო გოდოლაძე⁷ თავის ნაშრომში, თუმცა 1995 წლის კონსტიტუცია და მისი პოლიტიკური კონტექსტი არ აქვს ავტორს განხილული სტატიაში. უოლფგანი მიმოიხილავს⁸ იმ ცვლილებებს, რომელიც განხორციელდა 1995 წლის კონსტიტუციაში, საუბრობს მის პოლიტიკურსა და სამართლებრივ საფუძვლებზე, თუმცა არც ამ ნაშრომშია 1995 წლის კონსტიტუციის პოლიტიკური კონტექსტი განხილული. საინტერესოა, რომ ავტორი 1995 წლის კონსტიტუციას მიიჩნევს პოლიტიკური ვითარების სტაბილიზაციის ხელშემწყობად. მეტად საინტერესო იყო მელაძისა და გოდოლაძის სტატია,⁹ სადაც წარმოდგენილია საქართველოში კონსტიტუციონალიზმის შემათავსებელი ფაქტორები და მათ შორის სახელდება ვინრო, ელიტის წრეში განხილული საკონსტიტუციო საკითხები. ავტორები 1990-იანი წლებიდან უკანასკნელ პერიოდამდე საზოგადოებრივი

³ Edward McWinney. *Constitution – making. Principles, Process, Practise.* University of Toronto. 1982. p. 12

⁴ Jon Elster. *Deliberation and Democracy.* Cambridge University Press. 1998.

⁵ Dick Howard. *Constitution Making in Eastern Europe.* The Woodrow Wilson Center Press. 1993. P.1

⁶ Avtandil Demetrashvili. *Chronicles of Constitutionalism in Georgia,* Journal „Law and Justice Review” №1. 2010.

⁷ Karlo Godoladze. *Constitutional Changes in Georgia: Political and Legal Aspects,* „Humanities and Social Sciences Review,” 2:3. 2013. pp. 443-460

⁸ Gaul Wolfgang. *Drafting and Adoption of Constitution in Georgia.* Tb. 2002.

⁹ Giorgi Meladze and Karlo Godoladze. *Instrumentalization of the Cinstitution: Story of Post-Revolutionary Constitution-Making.* „Journal of Law and Criminal Justice.” Vol. 2, No. 2. 2014. pp. 265-274.

ინტერესების გაუთვალისწინებლობას მიიჩნევენ კონსტიტუციონალიზმის მთავარ შემაფერხებელ ფაქტორად. წარმოდგენილი სტატია უფრო დესკრიპციულ ხასიათს ატარებს და კონსტიტუციის ინსტრუმენტალიზაციის შესახებ მოგვითხრობს. განხილული ლიტერატურიდანაც ჩანს, რომ პოლიტიკის მეცნიერებაში შედარებით ნაკლები ყურადღება აქვს დათმობილი 1995 წლის კონსტიტუციის პოლიტიკურ კონტექსტს, რაც კიდევ უფრო ზრდის საკითხის მიმართ ჩემს ინტერესს.

1. თეორიული საფუძველი

წარმოდგენილი სტატიის მიზანია, შეისწავლოს კონსტიტუციის მნიშვნელობა 1990-იანი წლების საქართველოში და დაადგინოს 1995 წლის კონსტიტუციის პოლიტიკური კონტექსტი. კვლევის თეორიულ ჩარჩოს წარმოადგენს ხელისუფლების თვითშეზღუდვის თეორია. აღნიშნული თეორია, ჯერ კიდევ, XIX საუკუნეში ჩამოაყალიბა გერმანელმა მეცნიერმა გეორგ ელინეკმა.¹⁰ მოგვიანებით ეს თეორია განავრცო და საკუთარ ნაშრომს დაუდო საფუძვლად ანდრას შაიომ.¹¹ თვითშეზღუდვის თეორია განსაკუთრებით საინტერესოა, რადგან იგი მიუთითებს, რომ ხელისუფლების თვითშეზღუდვა მეტად მნიშვნელოვანი საკითხია და იგი სცდება მხოლოდ სამართლის მეცნიერებას; უფრო მეტიც, მას ფართო სოციალურ-პოლიტიკური დატვირთვა გააჩნია.

თვითშეზღუდვის თეორია საფუძვლად დაედო კონსტიტუციონალიზმის განვითარებას. თვითშეზღუდვის მექანიზმი განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია დემოკრატიისა და უმრავლესობის მმართველობის პირობებში. ცხადია, ამგვარი მექანიზმი კიდევ უფრო მნიშვნელოვანია გარდამავალ რეჟიმებში და ისეთ პირობებში, როდესაც ერთი მხრივ სახელმწიფო იწყებს ფორმირებას და მეორე მხრივ უნდა მოხდეს პოლიტიკური და სოციალურ-ეკონომიკური ქაოსის ალაგმვა. შაიოს ნაშრომი მეტად საყურადღებო დეტალს ეხმაურება. იგი მიუთითებს, რომ კონსტიტუციაში წინამორბედი რეჟიმის საფრთხეებისა და მისი თანადროული მდგომარეობის ასახვა ხდება, რაც თითოეული კონსტიტუციის განსაკუთრებულობასა და უნიკალურობას განსაზღვრავს. მისი ეს დაშვება მნიშვნელოვანია ჩემი ნაშრომისთვის, რადგან მიუთითებს, რომ 1990-იანი წლების საქართველოში კონსტიტუციის მიღებას მნიშვნელოვანი თვითშეზღუდავი მექანიზმის ფუნქცია ჰქონდა და ამავდროულად აღნიშნული კონსტიტუცია იმდროინდელ პოლიტიკურ კონიუნქტურასაც ასახავდა.

2. კონსტიტუციონალიზმის ისტორია საქართველოში

ფართოდ გავრცელებული შეხედულებით, საქართველოში კონსტიტუციის ისტორია ჯერ კიდევ ადრეულ ფეოდალურ ხანაში იწყება.¹² თანამედროვე საკონსტიტუციო სამართლის

¹⁰ George Jellinek. The Declaration of the Rights of Man and Citizen. New York: Henry Holt and Company. 1985.

¹¹ ანდრას შაიო. ხელისუფლების თვითშეზღუდვა: კონსტიტუციონალიზმის შესავალი. თბ. 2003.

¹² Vakhtang Abashmadze. The Georgian Intellectual Phenomena. Political and Legal Doctrines in Georgia. Tb. 1992. p. 457.

ჩანასხას წარმოადგენდა ვახტანგ მეექვსის ხელმძღვანელობით შექმნილი „დასტურლამალი“ და „კანონთა წიგნი.“¹³ საქართველოში კონსტიტუციონალიზმის განვითარების კუთხით წყვეტა იყო რუსეთის იმპერიის პირობებში. თუმცა, აღსანიშნავია, რომ ამავე პერიოდში არაერთი მეცნიერი ზრუნავდა ქართული კონსტიტუციონალიზმის განვითარებაზე და საკუთარ ნააზრევს ნაშრომების სახითაც გამოსცემდა. ამ კუთხით განსაკუთრებულ ყურადღებას იქცევს XIX საუკუნის მეორე ნახევარი და XX საუკუნის დასაწყისი. ქართველი მეცნიერების ნაშრომებში თვალნათლივ ჩანს ლოკის, მონტესკიესა და რუსოს გავლენა. ყოველივე ამან მყარი საფუძველი მოუშადა 1921 წლის საქართველოს რესპუბლიკის კონსტიტუციას, რომელსაც გადამწყვეტი მნიშვნელობა ჰქონდა საქართველოს კონსტიტუციონალიზმის ისტორიაში.

1921 წლის კონსტიტუციას განსაკუთრებული დატვირთვა ჰქონდა არაერთი მიზეზის გამო. ეს გახლდათ მსოფლიოში კონსტიტუციონალიზმის კუთხით არსებული გამოცდილებისა და ქართული რეალობის გათვალისწინებით შექმნილი დოკუმენტი. აღნიშნული კონსტიტუციის განსაკუთრებულობას განაპირობებდა ხელისუფლების დანაწილებისა და ცვლილების პრინციპი, რაც ძნელად მოიძებნება სხვა ქვეყნების კონსტიტუციებში. თანამედროვე მეცნიერები მიუთითებენ, რომ ეს იყო მაღალ დონეზე შექმნილი კონსტიტუცია, რომელიც არა მხოლოდ ენობრივ სტანდარტებს, არამედ საკონსტიტუციო ლოგიკასაც აკმაყოფილებდა.

საბჭოთა საქართველოში მიღებულ იქნა ოთხო კონსტიტუცია. 1922, 1927, 1937 და 1978 წლის კონსტიტუციებს საერთო არაფერი ჰქონდა საქართველოს კონსტიტუციონალიზმის განვითარებასთან, რადგან იგი არ გამოხატავდა ქართველი ხალხის ნებას და მოსკოვში გაცემული დირექტივის მიხედვით იყო შექმნილი. კერძოდ, თითოეული მათგანი საბჭოთა კონსტიტუციასთან იყო მოყვანილი შესაბამისობაში. გარდა დასახელებული მიზეზებისა, ამ კონსტიტუციებს ვერ განვიხილავთ კონსტიტუციონალიზმის განვითარების ნაწილად, თუნდაც მხოლოდ იმიტომ, რომ იგი არ იცავდა ხელისუფლების დანაწილების პრინციპს და იგნორირებას უწევდა ხალხის მიერ არჩეულსა და მისსავე წარმომადგენელ ინსტიტუტებს, რომელსაც „კომუნისტური პარტია“ ანაცვლებდა.

დამოუკიდებლობის მოპოვების შემდეგ 1978 წლის კონსტიტუცია იქნა აღიარებული, როგორც გარდამავალი პერიოდის კონსტიტუცია და შეიქმნა საკონსტიტუციო კომისია. ამ მიმართულებით დაწყებული მუშაობა საყოველთაოდ ცნობილი მოვლენების გამო შეჩერდა. ხელისუფლების დამხობის შემდეგ სამხედრო საბჭომ აღადგინა 1921 წლის კონსტიტუცია. აღნიშნულმა საკონსტიტუციო წყვეტამ არამართო საკონსტიტუციო, არამედ ქვეყნის პოლიტიკური განვითარებაც შეაფერხა. 1992 წელს მიღებულ იქნა „კანონი ხელისუფლების შესახებ“. ამ კანონს კონსტიტუციას ვერ ვუწოდებთ და იგი არაერთი

¹³ ისიდორე დოლიძე. სამართალი ვახტანგ მეექვსისა. 1981.

ხარვეზით გამოირჩეოდა.¹⁴ ამის ნათელი მაგალითი იყო ის ფაქტი, რომ აღნიშნული კანონის თანახმად, საკანონმდებლო და აღმასრულებელი ძალაუფლების კონცენტრაცია ხდებოდა ერთი ადამიანის ხელში. ამის ანალოგი მსოფლიო კონსტიტუციონალიზმის ისტორიაში ძნელად მოიძებნება. თუმცა, 1990-იანი წლების დასაწყისში მის განსაკუთრებულობას განაპირობებდა ის ფაქტი, რომ დასრულდა საკონსტიტუციო გაურკვევლობა და ქვეყანა დაუბრუნდა სამართლებრივ ჩარჩოებს.

ედუარდ შევარდნაძის საქართველოში ჩამოსვლის შემდეგ, 1993 წლის თებერვალში შეიქმნა სახელმწიფო საკონსტიტუციო კომისია, რომლის მუშაობის შედეგადაც 1995 წლის 24 აგვისტოს მიღებულ იქნა საქართველოს კონსტიტუცია. აღნიშნული კონსტიტუციის მიღებამდე განიხილებოდა სრულიად სხვადასხვა პროექტი, რომლის შემუშავებაშიც მონაწილეობდა არაერთი მეცნიერი და ორგანიზაცია. კონსტიტუციონალისტების შეფასებით ეს იყო კარგად ორგანიზებული და მაღალ დონეზე შექმნილი უზენაესი კანონი, რომელიც ასრულებდა მასზე დაკისრებულ უმთავრეს მოვალეობას, სახელმწიფოში იქმნებოდა საყრდენი ინსტიტუციონალიზაციისა და დემოკრატიული განვითარებისათვის. 1995 წლის კონსტიტუციის მთავარ გამოწვევად ქვეყნის ტერიტორიული დაყოფა და ადგილობრივი თვითმმართველობის საკითხი რჩებოდა. პრეზიდენტის ინსტიტუტს უთანაბროდ დიდი ძალაუფლება ენიჭებოდა, რაც ხელს უწყობდა მმართველ შტოებს შორის დისბალანსს.

1995 წლის კონსტიტუციამ შეძლო, აღეკვეთა სახელმწიფოში არსებული ქაოსი და სახელმწიფოსთვის დემოკრატიული იმიჯი შეექმნა. საინტერესოა, რომ კონსტიტუციაზე მუშაობის პროცესში არსებობდა საკონსტიტუციო პროექტი, რომელიც ორპალატიან პარლამენტსა და ქვეყნის ტერიტორიული მოწყობის საკითხს განიხილავდა ფედერალიზმის პრინციპზე დაყრდნობით. ბუნებრივია, ეს არ იყო კლასიკური ფედერალიზმი. კონსტიტუციონალისტების ნაწილი ამ მიდგომის მხარდასაჭერად იშველიებდნენ ავტონომიების პრობლემას, რომელიც მეტად მტკივნეული აღმოჩნდა საქართველოსთვის მომდევნო წლებში და დღემდე ასეა. თუკი იმდროინდელ პოლიტიკურ კონტექსტს გავითავალისწინებთ, ორპალატიანი პარლამენტი არ უნდა ყოფილიყო შევარდნაძის ინტერესებში, რადგან იგი ზღუდავს პრეზიდენტის ძალაუფლებას, უფრო მეტად არის ორიენტირებული ადგილობრივ ინტერესებზე და იცავს პოლიტიკურ პლურალიზმს. სახელმწიფოს მეთაურს ასეთ პირობებში გაუჭირდებოდა კანონშემოქმედებით პროცესზე გავლენის მოხდენა. თუმცა, შევარდნაძე საწყის ეტაპზე უჭერდა ორპალატიან პარლამენტს მხარს. სავარაუდოდ, იგი ფიქრობდა აფხაზებისა და ოსების მოწვევას ორპალატიან პარლამენტში. თუმცა, აქვე იყო საფრთხე, თუკი აფხაზები და ოსები გარეშე ძალების გავლენით ბოიკოტს გამოაცხადებდნენ, მაშინ დაუკომპლექტებელი რჩებოდა პარლამენტი, რაც მის ლეგიტიმაციას ეჭვქვეშ აყენებდა.

¹⁴ ავთანდილ დემეტრაშვილი. კონსტიტუციური სამართალი. 2005.

„ვარდების რევოლუციის“ შემდეგ ხელისუფლებამ საკონსტიტუციო რეფორმა განახორციელა. მის ძირითად მიზანს წარმოადგენდა მკაფიოდ ცენტრალიზებული სახელმწიფოს ფორმირება, რათა შექმნილიყო სათანადო საფუძველი ძირეული რეფორმებისათვის. აღნიშნული რეფორმის თანახმად, საქართველო საპრეზიდენტოს ნაცვლად ნახევრადსაპრეზიდენტო რესპუბლიკად ყალიბდებოდა, თუმცა პრეზიდენტის ძალაუფლება ეტაპობრივად კიდევ უფრო გაიზარდა. ადგილობრივსა და საერთაშორისო დონეზე არსებულ კონსტიტუციას მწვავედ აკრიტიკებდნენ, რის შედეგადაც 2009 წლის ივნისში შეიქმნა საკონსტიტუციო კომისია. აღნიშნული კომისიის მუშაობის შედეგად გატარდა მნიშვნელოვანი რეფორმები და კონსტიტუციის თითქმის ნახევარი შეიცვალა. მნიშვნელოვნად გაიზარდა პრემიერის და შემცირდა პრეზიდენტის უფლებამოსილება. 2010 წლის 15 ოქტომბერს მიღებულ იქნა კონსტიტუციის ახალი მოდელი და საქართველო ჩამოყალიბდა ნახევრადსაპარლამენტო რესპუბლიკად.

2012 წლის 1 ოქტომბერს ხელისუფლება შეიცვალა და ახალი ხელისუფლების პირობებში კიდევ ერთხელ დადგა საკითხი საკონსტიტუციო ცვლილების შესახებ. „ქართული ოცნების“ მმართველობის პირველ ვადაში ვერ მოხერხდა საკონსტიტუციო ცვლილებების განხორციელება. მხოლოდ 2016 წლის საპარლამენტო არჩევნების შემდეგ შეძლო ხელისუფლებამ საკონსტიტუციო კომისიის მუშაობის ფარგლებში სამოქმედო დოკუმენტის შემუშავება, რომელიც საკონსტიტუციო რეფორმას ითვალისწინებდა. 2018 წლის 16 დეკემბერს ამოქმედდა ახალი კონსტიტუცია, რომელიც მნიშვნელოვნად ამცირებს პრეზიდენტის უფლებამოსილებას და ქვეყანა პროპორციულ საპარლამენტო სისტემაზე გადადის. ახალი კონსტიტუციის თანახმად, მნიშვნელოვანი ცვლილებები განხორციელდა მოქალაქეობის, შრომისა და სასამართლო ხელისუფლების კუთხით.

3. 1990-იანი წლების პირველი ნახევარი: პოლიტიკური არასტაბილურობა და კონსტიტუციონალიზმის გამოწვევები საქართველოში

1990-იანი წლების პირველი ნახევარი საქართველოს ისტორიაში ერთ-ერთ ყველაზე რთულ, გარდამტეხ და პოლიტიკურად დაძაბულ პერიოდს წარმოადგენს. ამ დროს დაწყებულმა პოლიტიკურმა დაპირისპირებებმა და არათანმიმდევრულმა პოლიტიკამ ქვეყანა გახვია ქაოსში, რომელიც დღესაც გავლენას ახდენს არსებულ რეალობაზე. საქართველოში შეიქმნა უკანონობის, უსამართლობისა და უძრაობის განცდა, რომელმაც დალი დაასვა სახელმწიფოს საერთაშორისო იმიჯს და ადგილობრივი საზოგადოების სახელმწიფოებრივ აზროვნებას. ქუჩის აქციები და დემონსტრაციები ძალადობასა და ხელჩართულ ჩხუბში, გარკვეულ შემთხვევებში კი სისხლიან გარჩევებში გადაიზარდა. პოლიტიკური რადიკალიზმი და პოლარიზაცია განსაკუთრებულ სახეს იძენდა. უფრო მეტიც, იგი ადამიანების პირად ურთიერთობებშიც კი ვლინდებოდა.

ქვეყნის დემოკრატიზაციის ხარისხის შესაფასებლად გილი გვთავაზობს დემოკრატიზაციის

სამ ეტაპს: ნგრევის, ტრანზაციისა და კონსოლიდაციის ფაზებს.¹⁵ 1990- იანი წლების დასაწყისი საქართველოში სწორედ ნგრევის ფაზას უკავშირდებოდა. ნგრევის ფაზა, თავის მხრივ, მოიცავს ეკონომიკური კრიზისის, პოლიტიკური მობილიზაციის, საერთაშორისო წნეხისა და პოლიტიკური გათიშულობის კომპონენტებს. თუკი 1980-იანი წლების მიწურულსა და 1990-იანი წლების დასაწყისს თვალს გადავაავლებთ, ჩანს, რომ საქართველოში რეჟიმის ნგრევა სწორედ ამ დროს დაიწყო. ჯერ კიდევ გორბაჩოვის პირობებში დაწყებულმა ეკონომიკურმა გარდაქმნებმა დამანგრეველი შედეგები მოუტანა ქვეყანას. დამოუკიდებლობის პირველ ხუთ წელიწადში ქვეყანაში წარმოება 75%-ით შემცირდა. სახეზე იყო ჰიპერინფლაცია, ხოლო სახელმწიფო ბიუჯეტი უცხოურ, დონორ ორგანიზაციებზე აღმოჩნდა დამოკიდებული. განსაკუთრებით გაიზარდა პოლიტიკური მობილიზაცია; საერთო მიზნების ირგვლივ გაერთიანების გარდა, იგი ხშირად საზოგადოების ფრაგმენტაციასა და კონფრონტაციასაც უწყობდა ხელს. საერთაშორისო წნეხი მიმართული აღმოჩნდა შიდა ინსტიტუტების გაძლიერებაზე. 1991 წლის მარტში საქართველოში ვიზიტით მყოფმა ამერიკის ყოფილმა პრეზიდენტმა ნიქსონმა იმჟამინდელ ხელისუფლებას შიდა ინსტიტუტების გაძლიერების აუცილებლობაზე მიუთითა. 1989 წლის 9 აპრილის შემდეგ კომუნისტურმა მმართველობამ ძალაუფლება ფაქტობრივად დაკარგა. პოლიტიკური გათიშულობა ჯერ კიდევ 1990 წლის გაზაფხულზე ეროვნულ-განმანთავისუფლებელ მოძრაობაშიც დაიწყო. ამას შემდეგ უკვე პრეზიდენტ გამსახურდიასთან მისი გუნდის ყოფილი წევრების დაპირისპირება და შეიარაღებული კონფლიქტი მოჰყვა.

საქართველოში შეიქმნა საბედისწერო პრეცედენტი - ხალხის ხმათა უმრავლესობით არჩეული პირველი პრეზიდენტი ძალისმიერი გზით იქნა განდევნილი ხელისუფლებიდან. ძალაუფლება ხელში აიღო შეიარაღებული ადამიანების ერთობამ, რომელსაც არავითარი ლეგიტიმაცია და სამომავლო პერსპექტივა არ გააჩნდა. ეს იყო ერთ-ერთი მიზეზი იმისა, რომ საქართველოში მონვეულ იქნა საბჭოთა კავშირის ყოფილი საგარეო საქმეთა მინისტრი და დასავლეთში კარგად ცნობილი ელუარდ შევარდნაძე. შევარდნაძის მმართველობას საფუძველი შეუქმნა შეიარაღებულმა დაჯგუფებებმა და იმ ხალხმა, ვინც „დემოკრატიის დასაცავად იარაღი აიღო ხელში“.¹⁶ ქვეყანა გაეხვა სამოქალაქო და ტერიტორიული კონფლიქტების ქარცეცხლში. კატასტროფული სოციალურ-ეკონომიკური მდგომარეობა და ქაოსი სახელმწიფოს განვითარების ყველანაირ პერსპექტივას უსპობდა. ქვეყანაში არ არსებობდა არავითარი შემზღუდავი მექანიზმი, ინსტიტუცია, რომელიც სიტუაციის დარეგულირებას შეძლებდა. საკითხები უმეტესწილად პირადი ავტორიტეტისა და ზეპირი შეთანხმების საფუძველზე წყდებოდა. ქვეყნის პირველი პირი დღითიდღე რწმუნდებოდა, რომ ქვეყნის უზენაესი კანონის გარეშე სახელმწიფო პოლიტიკური კატასტროფისთვის იყო განწირული.

¹⁵ Graeme Gill. The Dynamics of Democratization. Elites, Civil Society and the transition process. London. Macmillan. 2000. p. 8

¹⁶ ელუარდ შევარდნაძის სიტყვა, რომელიც წარმოსთქვა თბილისის საერთაშორისო აეროპორტში, 1992 წლის 7 მარტს საქართველოში ჩამოსვლის შემდეგ.

4. ეროვნული მოძრაობა და ზვიად გამსახურდიას მმართველობა

1990-იანი წლების პოლიტიკური არასტაბილურობის საფუძვლები სათავეს ჯერ კიდევ 80-იან წლებში იღებს. საქართველოში ეროვნული მოძრაობის წინააღმდეგ გატარებული სადამსჯელო ღონისძიებები დასრულდა 1989 წლის 9 აპრილის ტრაგედიით, რასაც განსაკუთრებული პოლიტიკური რადიკალიზაცია მოჰყვა.¹⁷ პოლიტიკური ოპონენტების შეურიგებელი დაპირისპირება რეჟიმის კოლაფსითა და ხანგრძლივი ქაოსით გავრცელდა. თუკი საწყის ეტაპზე დაპირისპირება „კომუნისტურ პარტიას“ და ეროვნულ მოძრაობას შორის იყო, ეტაპობრივად მან თავად ეროვნული მოძრაობის შიგნით გადაინაცვლა. აღნიშნული პროცესი გაღრმავდა და შეუქცევადი ხასიათი მიიღო ეროვნული მოძრაობის ლიდერების - მერაბ კოსტავასა და ზურაბ ჭავჭავაძის გარდაცვალების შემდეგ.

ეროვნულ მოძრაობაში განხეთქილების ერთ-ერთ მიზეზს კომუნისტური მმართველობის პირობებში, არჩევნებში კენჭისყრის საკითხი წარმოადგენდა. აღნიშნული საკითხი საბედისწერო აღმოჩნდა ქვეყნისთვის, რადგან ყოფილი მოკავშირეები ერთმანეთს დააპირისპირა. გამსახურდია და მისი „მრგვალი მაგიდა - თავისუფალი საქართველო“ თავდაპირველად არ გეგმავდა არჩევნებში მონაწილეობას, თუმცა მოგვიანებით პოზიცია შეიცვალეს და ამ პოლიტიკურმა ძალამ 1990 წლის 28 ოქტომბრის არჩევნებში გამარჯვებაც მოიპოვა. მასთან რადიკალურად დაპირისპირებული აღმოჩნდა „ეროვნულ-დემოკრატიული პარტია“ და „ეროვნული-დამოუკიდებლობის პარტია.“ კომუნისტურმა პარტიამ, როგორც ორგანიზაციამ, არსებობა შეწყვიტა, თუმცა მისი წარმომადგენლები მომდევნო წლებში კვლავ აქტიურად იყვნენ ჩართული ქვეყნის პოლიტიკურ ცხოვრებაში.¹⁸ უზენაესმა საბჭომ პირველივე სხდომაზე შეიტანა ცვლილებები მოქმედ კონსტიტუციაში. ქვეყანაში დაიწყო საბჭოთა კონსტიტუციის შეცვლაზე ზრუნვა. ამ მიზნით გაუქმდა „კომუნისტური პარტიის“ წამყვანი როლი, შეიცვალა დროშა, ჰიმნი, გერბი და სახელმწიფოს „საბჭოთა სოციალისტურის“ ნაცვლად „საქართველოს რესპუბლიკა“ ეწოდა. გასათვალისწინებელია, რომ აღნიშნული პროცესი წინ უსწრებდა დამოუკიდებლობის გამოცხადებას. ეს კი ნიშნავდა, რომ გატარებულ კონსტიტუციურ ცვლილებებს სამართლებრივის გარდა, პოლიტიკური დატვირთვა ჰქონდა. 1991 წლის აპრილში საქართველომ დამოუკიდებლობა გამოაცხადა, ხოლო ქვეყნის პრეზიდენტად, ხმათა უმრავლესობით, არჩეულ იქნა ზვიად გამსახურდია. საქართველოში დამოუკიდებლობის აღდგენა მოხდა 1918 წლის 26 მაისის „დამოუკიდებლობის აქტის“ საფუძველზე. ამავდროულად ძალაში შევიდა კიდევ ორი სახელმწიფოებრივი მნიშვნელობის აქტი: „საქართველოს კონსტიტუციისა და კანონმდებლობის შესახებ“ და „საქართველოს რესპუბლიკის პრეზიდენტის თანამდებობის შემოღების შესახებ.“

¹⁷ Darell Slider. Democratization in Georgia. in Dawisha, K. and B. Parrot (eds), *Conflict, Cleavage and Change in Central Asia and the Caucasus* New York: Cambridge University Press. 1997.

¹⁸ Jaba Devdariani. Georgia: Rise and Fall of the Façade Democracy. Journal „Demokratizatsiya.“ 12/1. George Washington University. 2004.

მკვლევართა გარკვეული ნაწილი 1990-იანი წლების პოლიტიკურ კატაკლიზმებს გამსახურდიას ხანმოკლე მმართველობის პერიოდს უკავშირებს. უფრო მეტიც, გარკვეული შეხედულებით, ქვეყნის პირველ პრეზიდენტს ავტორიტარიზმისკენ მიდრეკილებებში აღნაშაულებენ, რაც მას რიგი საკითხების გადაწყვეტაში უშლიდა ხელს.¹⁹ გარდა ამისა, გავრცელებული მოსაზრებით, პრეზიდენტის გარემოცვაში მრავლად იყვნენ არაკომპეტენტურებიცა და ისეთებიც, გამიზნულად რომ უშლიდნენ ხელს პრეზიდენტს სწორი გადაწყვეტილებების მიღებაში. აღნიშნული მდგომარეობით ქვეყანაში პოლიტიკური სიტუაცია სულ უფრო იძაბებოდა, რაც ოპოზიციის ნისქვილზე ასხამდა წყალს. გამსახურდიას წინააღმდეგ გაერთიანება დაიწყო ყოფილი „კომუნისტური პარტიის“ ნომენკლატურის წარმომადგენლებმა. ამ პერიოდში პირველი პრეზიდენტის წინააღმდეგ ამოქმედდა სამხედრო ფორმირება „მხედრიონიც“.

გამსახურდიას მმართველობის პერიოდში საზოგადოებაში არ არსებობდა კონსენსუსი და მათ შორის კონსტიტუციური საკითხების ირგვლივ იყო არაერთგვაროვანი დამოკიდებულება. განსაკუთრებულ პრობლემას პრორუსული ძალები და ავტონომიების სტატუსის განსაზღვრა წარმოადგენდა. თავად გამსახურდიას ჰქონდა სურვილი, ქვეყანაში ყოფილიყო პრეზიდენტის ძლიერი ინსტიტუტი. ამას ერთგვარი გამართლება შეიძლება მოუძებნოთ, რადგან არსებული პოლიტიკური ვითარებიდან გამომდინარე, ხელისუფლების ცენტრალიზაციისა და კონცენტრაციის გარეშე შეუძლებლად ჩანდა მდგომარეობიდან გამოსვლა. ამაზე მიუთითებდა ის ფაქტი, რომ გამსახურდია ჯერ უზენაესმა საბჭომ აირჩია თავმჯდომარედ და შემდეგ საყოველთაო არჩევნების საფუძველზე აირჩიეს ქვეყნის პრეზიდენტად. ქვეყანაში პოლიტიკური ვითარება იმდენად დაიძაბა, რომ პოლიტიკური ოპონენტები ძალისმიერი მეთოდებით უსწორდებოდნენ ერთმანეთს, რაც ქვეყნის ინსტიტუციონალიზაციასა და დემოკრატიზაციას აზარალებდა. 1992 წლის დეკემბრის ბოლოს გამსახურდიამ საკუთარ მომხრეებთან ერთად თბილისი დატოვა. ქვეყნის პირველი პრეზიდენტი, რომელიც ამომრჩეველმა ხმათა დიდი უმრავლესობით აირჩია, ქვეყნიდან იქნა გაძევებული და საბოლოოდ დევნილობისას, გაურკვეველ ვითარებაში დაიღუპა. ეს იყო სახიფათო პრეცედენტი ინსტიტუციებისა და ქვეყნის უზენაესი კანონის უპატივცემულობისა. საკითხისადმი ამგვარი მიდგომით ქვეყნის პოლიტიკურ არასტაბილურობასა და კანონის უზენაესობას საფუძველი გამოეცალა.

5. სამხედრო საბჭო და შევარდნაძის მმართველობა

გამსახურდიას ხელისუფლების დამხობის შემდეგ ქვეყანას მართავდა სამხედრო საბჭო. საქართველოს კონსტიტუციონალიზმის ისტორიაში სწორედ ამ დროს მოხდა კიდევ ერთი საბედისწერო ფაქტი. 1992 წლის 21 თებერვალს სამხედრო საბჭომ შეაჩერა გარდამავალი კონსტიტუციის მოქმედება და აღადგინა 1921 წლის საქართველოს დემოკრატიული რესპუბლიკის კონსტიტუცია. პოლიტიკური კატაკლიზმებისა და

¹⁹ Gia Nodia. Georgia Identity Crisis. „*Journal of Democracy*.“ 6/1. 1995. pp. 104-116.

ანგარიშსწორების საბაბით ქვეყანაში უზენაესი კანონი იქცა ანგარიშსწორების იარაღად. აღნიშნული კონსტიტუცია 1990-იანი წლების დასაწყისისთვის სრულიად გამოუსადეგარ დოკუმენტს წარმოადგენდა. შევარდნაძე მიიჩნევდა, რომ 1995 წლის კონსტიტუცია იყო 1921 წლის კონსტიტუციის სამართალმემკვიდრე და ამას უსვამდა ხაზს. მართლაც, 1921 წელს ემიგრაციაში წასულ ხელისუფლებას არ შეუჩერებია კონსტიტუციის მოქმედება. ზვიად გამსახურდიას ხელისუფლებამ კი უფლებამოსილების განხორციელება 1978 წლის კონსტიტუციით დაიწყო. ამგვარად, შევარდნაძე და მისი მომხრეები ცდილობდნენ საკუთარი ლეგიტიმაციისთვის გამსახურდიას პერიოდში არსებული კონსტიტუციური წყვეტა გამოეყენებინათ. უფრო მეტიც, ისინი მიუთითებდნენ, რომ სწორედ 1921 წლის კონსტიტუციიდან გადახვევა იყო გამსახურდიას ხელისუფლებიდან განდევნის მიზეზი. სამხედრო საბჭოს წევრები აცნობიერებდნენ, რომ მათი მმართველობა დიდხანს ვერ გაგრძელდებოდა. სრული განუკითხაობისა და ქაოსის პირობებში, 1992 წლის მარტში ქვეყანაში მოწვეულ იქნა ედუარდ შევარდნაძე. შევარდნაძის ფიგურას პატივს სცემდნენ დასავლეთში, საქართველოში კი სტაბილურობის გარანტად განიხილავდნენ. თავდაპირველად მან დაიკავა სახელმწიფოს მეთაურის პოსტი. რამდენიმე თვის შემდეგ ჩატარდა არჩევნები და შევარდნაძე არჩეულ იქნა პარლამენტის თავმჯდომარედ. შევარდნაძემ ამ ნაბიჯით სცადა, მოეპოვებინა ლეგიტიმაცია, თუმცა ქვეყანაში ქაოსი მაინც ვერ დასრულდა. კიტოვანის გვარდია და იოსელიანის „მხედრიონი“ კვლავ უკონტროლო ძალებს წარმოადგენდა. არ არსებობდა შემზღუდავი მექანიზმი, რაც სახელმწიფოში წესრიგს აღადგენდა, აღმოჩნდა, რომ შევარდნაძის ავტორიტეტი არ იყო საკმარისი სიტუაციის გასაკონტროლებლად.

1992 წლის 6 ნოემბერს პარლამენტმა მიიღო კანონი „სახელმწიფო ხელისუფლების შესახებ“. ეს გახლდათ ერთგვარი ზღვარი, რომელმაც დამოუკიდებელი საქართველოს ისტორიაში კონსტიტუციონალიზმის ახალი ეტაპი გახსნა. მიუხედავად ამგვარი მნიშვნელობისა, მას „მცირე კონსტიტუციის“ სახელით იცნობენ, რადგან არ წარმოადგენდა სრულფასოვან კონსტიტუციას. ამ კანონში შევიდა მეტად საკამათო დებულება, კერძოდ, პარლამენტის თავმჯდომარედ პირდაპირი წესით არჩეულ იქნა ედუარდ შევარდნაძე, რომელიც შემდეგ პარლამენტმა დაამტკიცა სახელმწიფოს მეთაურად.

ქვეყანაში არსებულ კონსტიტუციურ გაურკვევლობას მძიმე სოციალურ-ეკონომიკური ფაქტორები და პოლიტიკური კრიზისი სდევდა თან. სიტუაცია გამწვავდა აფხაზეთში და შეიარაღებულ კონფლიქტში გადაიზარდა. ზვიად გამსახურდიას მომხრეები დასავლეთ საქართველოში იყვნენ განლაგებული და თბილისზე იერიშს გეგმავდნენ. შევარდნაძე იძულებული გახდა, რუსეთისთვის მიემართა დასახმარებლად. ქვეყანა სრული პოლიტიკური კატასტროფის წინაშე იდგა. საკუთარი ძალაუფლების გასამყარებლად შევარდნაძემ გააძლიერა პოლიცია, თანამდებობებზე დანიშნა კომუნისტური პარტიის ნომენკლატურის ყოფილი წარმომადგენლები. ქვეყნის ლიდერს პოლიტიკური

დასაყრდენი სჭირდებოდა და ჩამოაყალიბა „მოქალაქეთა კავშირი“, ამის საპირისპიროდ კი მისი ყოფილი მოკავშირეები - „მხედრიონი“ და ეროვნული გვარდია კანონგარეშედ გამოაცხადა. ყოველივე ეს მხოლოდ ნიადაგის მომზადება იყო სამომავლოდ ლეგიტიმაციის მოსაპოვებლად. საქართველოში 1995 წელი საარჩევნო იყო, თუმცა არჩევნები უზენაესი კანონის არსებობის პირობებში უნდა ჩატარებულიყო. შევარდნაძემ, როგორც გამოცდილმა პოლიტიკოსმა, იცოდა, რომ საერთაშორისო თანამეგობრობას გაუჭირდებოდა იმ ქვეყანასთან თანამშრომლობა, სადაც ხელისუფლება იარაღის ძალით მოვიდა და არ გააჩნდა კონსტიტუცია. გარდა ამისა, ქვეყნის შიგნით პოლიტიკური არასტაბილურობის გახანგრძლივება მხოლოდ ართულებდა უკვე მეტად მწვავე პოლიტიკურ კრიზისს. ამგვარად, კონსტიტუციის მიღებას ქვეყნისთვის სასიცოცხლო მნიშვნელობა ჰქონდა.

6. 1995 წლის აგვისტო: გადამწყვეტი ეტაპი ქვეყნის უახლეს ისტორიაში

1995 წლის 25 აგვისტოს იმჟამინდელმა პარლამენტმა მიიღო საქართველოს ახალი კონსტიტუცია. ოთხი დღის შემდეგ პრეზიდენტ შევარდნაძეს ხელი უნდა მოეწერა ახალი კონსტიტუციისთვის. ეს სრულიად ახალ სამართლებრივსა და პოლიტიკურ რეალობას ქმნიდა ქვეყანაში. სწორედ ამ დღეს მოხდა ტერაქტი შევარდნაძეზე. ამ ფაქტმა გაამყარა ეჭვი, რომ კონსტიტუციის მიღებით შექმნილი ახალი პოლიტიკური რეალობა ქვეყანაში გარკვეული პოლიტიკური ძალებისთვის არ იყო მისაღები.

ქვეყნის პრეზიდენტი გადაურჩა ტერაქტს და განაცხადა: „მაფიოზები და კრიმინალები საქართველოში ხელისუფლებაში ვერ მოვლენ, რაც არ უნდა გააკეთონ“.²⁰ საინტერესო ფაქტია, რომ შევარდნაძე ჩქარობდა, რაც შეიძლება სწრაფად გავრცელებულიყო მედიით მისი მიმართვა. უფრო მეტიც, იგი საავადმყოფოშიც არ დარჩა. ამგვარად, მან ხაზი გაუსვა, რომ მიუხედავად გარკვეული ძალების მცდელობისა, ის არ კარგავდა სადავეებს და პოლიტიკურ სიტუაციას აკონტროლებდა. სახელმწიფოს მეთაურზე ტერაქტის მოწყობაში სხვადასხვა ძალები მოიაზრებოდა. საზოგადოებაში გაჩნდა აზრი, რომ ტერაქტის უკან მხედრიონის ლიდერი - ჯაბა იოსელიანი იდგა. ტერაქტიდან ცოტა ხანში დააკავეს მხედრიონის წევრი გიგა გელაშვილი, ხოლო რამდენიმე თვის შემდეგ - ჯაბა იოსელიანი. ერთ-ერთი მოსაზრებით, ტერაქტი უშიშროების იმჟამინდელ მინისტრს - იგორ გიორგაძესაც შეიძლებოდა მოეწყობა. მან საქართველო დატოვა და მოსკოვს შეაფარა თავი.

1995 წლის 29 აგვისტოს ტერაქტის მოტივი დღემდე განხილვის თემაა. გავრცელებული შეხედულებით, კონსტიტუციაზე ხელისმონერით შევარდნაძე იძენდა ლეგიტიმური

²⁰ შედურდ შევარდნაძის სიტყვა, რომელიც წარმოსთქვა რესპუბლიკურ საავადმყოფოში, 1995 წლის 29 აგვისტოსმასზე განხორციელებული ტერაქტის შემდეგ.

მმართველის სტატუსს, ხოლო საქართველო იღებდა კონსტიტუციას, რაც მთლიანად ცვლიდა მის სამომავლო პერსპექტივას. 24 აგვისტოს ეგრეთწოდებული „იმელის“ პარლამენტში კონსტიტუციის მიღებისას 167 დეპუტატიდან 159 დეპუტატმა მხარი დაუჭირა კონსტიტუციის მიღებას, ხოლო 8 იყო წინააღმდეგი. საინტერესოა, რომ თავდაპირველად პარლამენტს წარუდგინეს კონსტიტუციის პროექტი, რომელიც იყო სახელმწიფოს ნახევრადსაპრეზიდენტო მოდელი, შერეული მმართველობის ფორმა. აღნიშნული პროექტი ჩავარდა. მხოლოდ ამის შემდეგ იქნა წარდგენილი კონსტიტუციის საპრეზიდენტო მოდელი. ამგვარად მოხდა ძალაუფლების კონცენტრაცია ერთი ადამიანის ხელში. ეს იყო ერთ-ერთი მთავარი მიზეზი იმისა, რომ „მხედრიონი“ და „ეროვნულ-დემოკრატიული პარტია“ ამ კონსტიტუციას გაემიჯნენ.

1995 წლის კონსტიტუციის მიღებამდე შევარდნაძის პოზიციების შესუსტება სცადეს. კერძოდ, გავრცელებული მოსაზრებით, ამ პერიოდში მისივე ხელისუფლების ძალოვანი მინისტრები არ იყვნენ შევარდნაძის მიერ დანიშნული. ამის დასტურად იშველიებენ იმ ფაქტს, რომ სახელმწიფო უშიშროების მინისტრად არჩეული ავთანდილ იოსელიანი დანიშვნისთანავე ჩაანაცვლა იგორ გიორგაძემ, ხოლო თავდაცვის მინისტრი ყარყარაშვილი, რომელსაც შევარდნაძის დასაყრდენად განიხილავდნენ - ნადიბაიძემ.

1990-იანი წლების დასაწყისში მიღებული პოლიტიკური გამოცდილების შედეგად ის ხალხი, ვინც უპირისპირდებოდა და აკრიტიკებდა ზვიად გამსახურდიას, საუბრობდა საპრეზიდენტო მმართველობის ნაკლოვანებებზე. მას შემდეგ, რაც პოლიტიკური ვითარება შეიცვალა და მათ შევარდნაძეს დაუჭირეს მხარი, შეიცვალეს პოზიცია და აღმოჩნდნენ საპრეზიდენტო მმართველობის მხარდამჭერები. ბუნებრივია, რომ ეს პოლიტიკური თამაშისა და სტრატეგიის ნაწილი იყო. გარდა ამისა, საქართველოში ყოველთვის იდგა და მით უფრო იმ პერიოდში ჩანდა პოლიტიკის პერსონიფიკაციის პრობლემა. თანამდებობასა და სტატუსს აიგივებდნენ პერსონებთან, ამგვარად, საპრეზიდენტო მოდელზე უარი მნიშვნელოვანწილად გამსახურდიაზე განაწყენებით იყო განპირობებული და არა საპრეზიდენტო მოდელის სამართლებრივი ხასიათით.

1995 წლის 25 აგვისტოს კონსტიტუციის მიღებისას პარლამენტი იყო ყველაზე მეტად პლურალისტული. ეს ერთადერთი შემთხვევა იყო საქართველოს პარლამენტარიზმის ისტორიაში, როდესაც რადიკალური პოზიციების წარმოდგენა ხდებოდა საპარლამენტო ტრიბუნებიდან. ამ პერიოდის პოლიტიკური პლურალიზმი ასე ხასიათდება - მრავალ-პარტიული პარლამენტი მცირერიცხოვანი პარტიებით. ამგვარად, თუკი შევაფასებთ პოლიტიკურ სიტუაციას, აღმოვაჩინთ, რომ კონსტიტუციის მიღებისას პოლიტიკურ გარიგებებსა და გავლენებზე საუბარი გადაჭარბებულია. აღნიშნულ კონსტიტუციაზე მუშაობისას 14 პროექტი იყო წარდგენილი სხვადასხვა ძალის მიერ. ეს ნიშნავდა, რომ თავად საზოგადოება ემნიდა პროექტს და არ ხდებოდა უკვე შედგენილი პროექტის შეთავაზება. საინტერესო ფაქტია, რომ სწორედ ამ კონსტიტუციით აიწია საარჩევნო

ბარიერი, რამაც გზა მოუჭრა ეგრეთწოდებულ ერთკაციან პარტიებს. პოლიტიკური ფრაგმენტაცია უნდა დასრულებულიყო და ქმედითი ხელისუფლებისთვის საჭირო იყო წონადი პოლიტიკური ძალები თითოკაციანი პარტიების ნაცვლად.

დასკვნა

1990-იანი წლების დასაწყისში საქართველოში არსებული კონსტიტუციონალიზმის გამოწვევებისა და მისი მნიშვნელობის კვლევის მიმართ ინტერესი მას შემდეგ გამიჩნდა, რაც ცნობილი გახდა, რომ მისი პოლიტიკური კონტექსტი ნაკლებად იყო შესწავლილი. საკითხმა კიდევ უფრო მეტად დამაინტერესა, რაც „თვითშეზღუდვის“ თეორიის მიხედვით გაგანალიზებულ საქართველოში 1990-იანი წლების დასაწყისში არსებული ვითარება. ჩემი მიზანი იყო, დამედგინა, საქართველოში პოლიტიკური არასტაბილურობის პირობებში რა დატვირთვა ჰქონდა კონსტიტუციას და რა როლი შეასრულა მან სტაბილიზაციის კუთხით.

კვლევამ აჩვენა, რომ XX საუკუნის ბოლო ათწლეული განსაკუთრებული კატაკლიზმებითა და პოლიტიკური არასტაბილურობით გამოირჩეოდა საქართველოს უახლეს ისტორიაში. პოლარიზებული, დანაწევრებული და ერთმანეთთან დაპირისპირებული პოლიტიკოსები და საზოგადოება, სამხედრო დაპირისპირებები, მძიმე სოციალური და ეკონომიკური მდგომარეობა ქვეყანაში ქაოსისა და დესტაბილიზაციის საფუძველს ქმნიდა. პიროვნულ ავტორიტეტსა და არაფორმალურ კავშირებზე დამყარებული მმართველობა სახელმწიფოში პოლიტიკურ კრიზისს მხოლოდ აღრმავებდა. ამგვარ პირობებში ცხადი გახდა, რომ ქვეყანას სჭირდებოდა საკონსტიტუციო ჩარჩო, შემზღუდავი მექანიზმი, რომელიც მას ჩიხიდან გამოიყვანდა. სწორედ აქ გამოიკვეთა კონსტიტუციის, როგორც ხელისუფლების თვითშეზღუდვის ფუნქცია, რომელსაც შაიო წარმოგვიდგენდა თავის თეორიაში. კონსტიტუციის მიღების შემდგომ ქვეყნის ცხოვრებაში დადგა ახალ ეტაპი, როდესაც სახელმწიფომ დაიწყო კონსტიტუციონალიზმისა და ინსტიტუციონალიზმის ფარგლებში არსებობა.

The Importance of the Constitution in Georgia: In the Context of the Political Situation of the 1990s

Giorgi Melikidze

Resume

The idea of a „rule-of-law state“ leads to the necessity of Constitution. After the World War II, a number of states developed new constitutions or modified the old ones. In recent decades, the work on the constitution has been intensified and has become attractive in post-Soviet countries. The concept of constitutionalism is closely related to the limitation of the state and the protection of individual rights and freedoms. It is commonly agreed that the essence of the constitution is self-restraint of the authorities. With this concept, the constitution creates a certain framework, which is of particular importance at the stages of construction and transition of the state. In Post-Soviet Georgia opportunities appeared to begin work on a constitution based on Western experience. Special interest in academic circles towards the issue was caused by the fact that the work on the constitution was carried out in parallel with the construction of the state. The purpose of this article is to study the importance of the constitution of Georgia of the 1990s. According to the study hypothesis, in conditions of political instability, the importance of the Constitution as a mechanism of self-restriction increases. In 1995, Georgia adopted the Constitution in conditions of political instability and created a new political reality in the country.

გამოყენებული ლიტერატურა:

- დემეტრაშვილი, ა. (2005). *კონსტიტუციური სამართალი*.
- დოლიძე, ი (1981). *სამართალი ვახტანგ მეფესისა*.
- შაიო, ა. (2003). *ხელისუფლების თვითშემღვდვა: კონსტიტუციონალიზმის შესავალი*.
- Abashmadze, V. (1992). *The Georgian Intellectual Phenomena. Political and Legal Doctrines in Georgia*, Tbilisi.
- Banting, K. and Simeon, R. (1985). *The Politics of Constitutional Change in Industrial Nations: Redesigning the State*. London: Macmillan.
- Demetrashvili, A. (2010). „Chronicles of Constitutionalism in Georgia,” In: *Law and Justice Review*, 1:1.
- Devdariani, J. (2004). „Georgia: Rise and Fall of the Façade Democracy, *Demokratizatsiya*, the Journal of Post-Soviet Democratization. 12/1. George Washington University.
- Elster, J. (1998), *Deliberation and Democracy*. Cambridge University Press.
- Godoladze, K. (2013). „Constitutional Changes in Georgia: Political and Legal Aspects,” *Humanities and Social Sciences Review*, 2:3. pp. 443-460.
- Graeme G. (2000). *The Dynamics of Democratization. Elites, Civil Society and the transition process*. London. Macmillan.
- Jellinek, G. (1895). *The Declaration of the Rights of Man and Citizen*. New York: Henry Holt and Company.
- Howard, D. (1993), *Constitution Making in Eastern Europe*. The Woodrow Wilson Center Press.
- Jellinek, G. (1895). *The Declaration of the Rights of Man and Citizen*. New York: Henry Holt and Company.
- McWinney, Ed. (1981), *Constitution – making. Principles, Process, Practise*. University of Toronto Press.

- Meladze, G. and Godoladze, K. (2014), „Instrumentalization of the Constitution: Story of Post- Revolutionary Constitution-Making,” *Journal of Law and Criminal Justice*, Vol. 2, No. 2. pp. 265-274.
- Nodia, G. (1995), „Georgia Identity Crisis,” *Journal of Democracy*, 6/1, 104-116.
- Sajo, A. (1999), *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*. Central European University Press.
- Slider, D. (1997), „Democratization in Georgia,” in Dawisha, K. and B. Parrot (eds), *Conflict, Cleavage and Change in Central Asia and the Caucasus* (New York: Cambridge University Press).
- Wolfgang, G. (2002), *Drafting and Adoption of Constitution in Georgia*. Tbilisi.

კომპიუტერული უზრუნველყოფა
ნანა დუმბაძე



გამომცემლობა „უნივერსალი“

თბილისი, 0186, ა. ჰოლიბაოვსკაისი №4. ☎: 5(99) 33 52 02, 5(99) 17 22 30
E-mail: universal505@ymail.com; gamomcemlobauniversal@gmail.com