

კონსტიტუცია, როგორც ხელშეკრულება (თეორია და პრაქტიკა)

შესავალი

კონსტიტუციური ხელშეკრულების კონცეფცია კონსტიტუციური დოკუმენტების ფიქსაციას უკავშირდება¹. კონსტიტუცია საზოგადოების ევოლუციური მონაპოვარია². ასევე, გაბატონებულია მოსაზრება, რომ ის ბურჟუაზიული რევოლუციის პროდუქტია³. კონსტიტუციის ცნების თაობაზე იდეა ისეთივე ძველია, როგორც იდეა სახელმწიფოს ცნების შესახებ. არისტოტელესთან კონსტიტუცია ნიშნავს წესრიგს. თანამედროვე გაგებით, კონსტიტუცია მჭიდრო კავშირშია სახელმწიფოსთან. ის სახელმწიფოებრივი და პოლიტიკური ცხოვრების ფუნდამენტია. კონსტიტუციის ცნება ერთმნიშვნელოვანი არაა. მას ოდითგანვე განსხვავებული პოლიტიკური და იურიდიული დატვირთვა ჰქონდა. კონსტიტუციის ცნება და მისი შინაარსი ვითარდებოდა და იცვლებოდა საერთო პოლიტიკური და სოციალური ინსტიტუტების ევოლუციის კვალდაკვალ⁴. ამერიკის შეერთებულ შტატებამდე „კონსტიტუციური მოძრაობა“ ევროპაში დაიწყო და პირველი „კონსტიტუციური აქტები“ ამ კონტინენტზე შეიქმნა. დანერილი კონსტიტუცია დიდ ბრიტანეთში არ გააჩნიათ, მაგრამ ინგლისელები დღემდე თვლიან, რომ მათ აქვთ კონსტიტუცია⁵. ევროპული კონსტიტუციური განვითარების პრო-

¹ Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, S. 250.

² Niklas Luhmann, *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, in: *Rechtshistorisches Journal*, Band 9, 1990, S. 176.

³ Dieter Grimm, *Deutsche Verfassungsgeschichte (1776-1866), Vom Beginn des modernen Verfassungsstaats bis zur Auflösung des Deutschen Bundes*, Frankfurt am Main, 1988, S. 23.

⁴ Ernst – Wolfgang Böckenförde, *Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung*, in: *FS für Rudolf Gmür zum 70. Geburtstag 28. Juli 1983*, Herausgegeben von Arno Buschmann, Franz-Ludwig Knemeyer, Gerhard Otto und Werner Schubert, 1983, Verlag Ernst und Werner Geiseking, S. 7.

⁵ Hans Vorländer, *Die Verfassung – Idee und Geschichte*, 2 überarbeitete Auflage, München, 2004. S. 34.

ცესი კაცობრიობის კულტურული ცხოვრების მნიშვნელოვანი ნახნაგია. თამამად შეიძლება ითქვას, რომ ევროპამ მისცა „კონსტიტუციური პარადიგმები“ ამერიკის შეერთებულ შტატებს და დანარჩენ მსოფლიოს. სწორედ ევროპიდან დაიწყო კონსტიტუციური იდეების განშლის პროცესი. წინამდებარე სტატიას აღნიშნული პროცესების ან „ევროპული კონსტიტუციური პარადიგმების“ სრულყოფილი შესწავლის პრეტენზია, იმთავითვე, ნამდვილად არ აქვს, ჩვენი მიზანია ფართო მკითხველ საზოგადოებას მივანოდოთ ინფორმაცია მე-18 და მე-19 საუკუნეებში არსებული იმ გაბატონებული მოსაზრებების თაობაზე, რომლებიც ერთხმად აღიარებდნენ კონსტიტუციას, როგორც ხელშეკრულებას. პირველი ევროპული კონსტიტუციური აქტები და ზოგიერთი პირველი ევროპული კლასიკური კონსტიტუციები⁶, სახელმწიფოს ზოგადი თეორიის მიხედვით, ხელშეკრულებებს წარმოადგენდნენ.

1. კონსტიტუციური ხელშეკრულების პარადიგმები

კონცეფცია კონსტიტუციის სახელშეკრულებო ბუნების თაობაზე ევროპის წინარერევოლუციურ ეპოქას მიეკუთვნება⁷. ამ პერიოდის კონსტიტუციური მოძრაობისათვის უცნობია, კონსტიტუცია, როგორც ერთიანი აქტი. არსებობდნენ ცალკეული კონსტიტუციუ-

⁶ თანამედროვე კონსტიტუციის ისტორიაში კონსტიტუციური განვითარების (ისტორიას) პროცესებს შემდეგ ეტაპებად ყოფენ: 1. ძველი ევროპული კონსტიტუციური ხასიათის კანონები. აქ ძირითადად მოიაზრება: მმართველთა ხელშეკრულებები და „თავისუფლების დოკუმენტები“, ადრესახელმწიფოებრივი სტრუქტურები შუა საუკუნეებში, მემკვიდრეთა წესები და სამეფო დინასტიების კანონები, კონფესიური პერიოდის სამშვიდობო შეთანხმებები, ფედერალური დოკუმენტები, სამეფო ორგანიზაცია, სახელმწიფოს რეფორმები. 2. კონსტიტუციური ეპოქის კონსტიტუციური აქტები და კონსტიტუციები: ადამიანის უფლებათა დეკლარაციები, წინარერევოლუციური ეპოქის კონსტიტუცია, რევოლუციური ეპოქის კონსტიტუციები, ნაპოლეონის პერიოდის კონსტიტუციები, მონარქიული „კონსტიტუციური“ სახელმწიფოების კონსტიტუციები, ძველი ფედერალური კონსტიტუციები. 3. რესპუბლიკური კონსტიტუციები: რესპუბლიკური კონსტიტუციები მე-19 საუკუნეში, რესპუბლიკური კონსტიტუციები მე-20 საუკუნეში. 4. მე-20 საუკუნის დიქტატურის პერიოდის დოკუმენტები.

⁷ Ernst – Wolfgang Böckenförde, *Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung*, in: FS für Rudolf Gmür zum 70. Geburtstag 28. Juli 1983, Herausgegeben von Arno Buschmann, Franz-Ludwig Knemeyer, Gerhard Otto und Werner Schubert, 1983, Werlag Ernst und Werner Geiseking, S. 7.

რი ხელშეკრულებები, შეთანხმებები და „კანონები“⁸. ისინი ანესრიგებდნენ მმართველთა და მმართველთა ურთიერთობებს. ვინაიდან, პირველი დაწერილი კონსტიტუციური შინაარსის აქტები ინგლისში შეიქმნა, შესაბამისად, იდეა კონსტიტუციის სახელშეკრულებო შინაარსის შესახებ, იქ წარმოიშვა, სადაც Common Law-ის საფუძვლები „კონსენსუსის პრინციპი“ იყო⁹. პირველი ასეთი ხელშეკრულებაა 1215 წლის “Magna Charta Libertatum”, ასევე უნგრეთის 1222 წლის ანდრეას მეორის „ოქროს ბულა“. ჰობსისა და ლოკის საზოგადოებრივი ხელშეკრულების თეორიებიც Common Law-ის ტრადიციებზე იდგნენ¹⁰. მონარქს არ შეეძლო ხალხის თანხმობისა და მონაწილეობის გარეშე მიეღო და შეეცვალა სამართლებრივი აქტი. კანონი ემსახურებოდა მონარქიული პრივილეგიებისა და Common Law-ით გარანტირებული ქვეშევრდომთა უფლებების გათანაბრებას. სწორედ, აქიდან გამომდინარეობს კონცეფცია პარლამენტის მიერ მიღებული კანონის, როგორც ხელშეკრულების შესახებ — დადებული მონარქსა და ქვეშევრდომებს შორის¹¹. მე-18 საუკუნის რენესანსიდან მოყოლებული მსგავს ხელშეკრულებებს „ძირითად კანონებს“ (“*leges fundamentales*”, “*lois fondamentales*”, “*fundamental laws*”¹², “*Fundamental-Gesetz*”¹³) უწოდებდნენ. თუმცა, ცნება „ძირითადი კანონი“ მე-16 საუკუნიდან ჩნდება იურიდიულ ლიტერატურაში¹⁴. ელინეკის აზრით, ძირითად კანონს ჰქონდა უმაღლესი ძალა, ვიდრე სხვა კანონებს¹⁵. თომას ჰობსი ამბობს, რომ არსებობს განსხვავება ფუნდამენტურ და არაფუნდამენტურ კა-

⁸ იქვე.

⁹ Europäische Verfassungsgeschichte, Ausgewählt und herausgegeben Dr. Dietmar Willoweit und Ulrike Seif, München, 2003, XIII.

¹⁰ Europäische Verfassungsgeschichte, Ausgewählt und herausgegeben Dr. Dietmar Willoweit und Ulrike Seif, München, 2003, XIV.

¹¹ Europäische Verfassungsgeschichte, Ausgewählt und herausgegeben Dr. Dietmar Willoweit und Ulrike Seif, München, 2003, XIII.

¹² Peter Badura, Die Verfassung des Bundesstaates Deutschland in Europa, Zwei Reden zur Reform des Grundgesetzes, Köln, 1993, S. 11. ტერმინი „fundamental laws“ გამოყენებული აქვს თავის შრომაში „ლევიათანი“ თომას ჰობსს (1651).

¹³ რომაელები სახელმწიფოს ფუნდამენტური საფუძვლების დადგენას “*rem publicam constituere*” უწოდებდნენ.

¹⁴ Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, Berlin, 1922, S. 508.

¹⁵ იქვე.

ნონებს შორის, თუმცა, როგორც თვითონ მიუთითებს, მას არსად შეხვედრია ფუნდამენტური კანონის განმარტება. ყველა სახელმწიფოში არსებობს რაღაც, რაც მისი შემაკავშირებელია, რის გარეშეც ის ვერ იარსებებს, ისევე როგორც შენობა საძირკვლის გარეშე¹⁶. გერმანულ სახელმწიფო სამართალში „ძირითადი კანონის“ ცნებას უკვე იცნობს ვესტფალის 1648 წლის ხელშეკრულება¹⁷. სამშვიდობო ხელშეკრულება, მე-17 მუხლის მე-2 პარაგრაფის მიხედვით, „მარადიული და სამეფოს ძირითადი კანონია“¹⁸. სინამდვილეში, კონსტიტუცია აღქმული ჰქონდათ არა როგორც ჩვეულებრივი კანონი, არამედ უმეტესად როგორც ხელშეკრულება¹⁹. კონსტიტუცია არა ოქტროირებული, არამედ ხელისუფლებასა და ხალხის წარმომადგენლობას შორის შეთანხმების საფუძველზე მიღებული აქტია²⁰. თუმცა, კონსტიტუციის სახელშეკრულებო იდეა სახელმწიფოს თეორიასა და პოლიტიკის ფილოსოფიაში ერთგვაროვნად არ იყო გაგებული. საოცარი ისაა, რომ ამ თეორიას პირველი, სწორედ, საზოგადოებრივი ხელშეკრულების დოქტრინის აღიარებული იდეოლოგი ჟან-ჟაკ რუსო (*Jean-Jacques Rousseau* - 1712-1778) დაუპირისპირდა²¹. რუსოს მიხედვით, ხელშეკრულებას და კანონს აქვთ განსხვავებული ყოფიერების საფუძვლები: ძირითადი კანონი, ისევე როგორც სხვა დანარჩენი კანონი, არის რეალურად არსებული, ხოლო საზოგადოებრივი ხელშეკრულება კი

¹⁶ Thomas Hobbes, *Leviathan, or he Matter, Forme, & Powe of a Common-wealth Ecclesiasticall and Civill*. By Thomas Hobbes of Malmesbur London, printed for Andrew Crooke, at the Green Dragon in St. Pauls Church-yard 1651 (Prepared for the McMaster University Archive of the History of Economic Thought, by Rod Hay.). pp. 177-178.

¹⁷ Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1922, S. 509.

¹⁸ Michael Kotualla, *Deutsche Verfassungsgeschichte, Vom Alten Reich bis Weimar* (1495-1934), 2008, S. 96. Die Westfälischen Friedensverträge vom 14/24 Oktober 1648, in: *Europäische Verfassungsgeschichte*, XIV. S. 190. ციტირება: “omnes laudabiles consuetudines et Santcti Romani Imperii constitutions et leges fundamentales”.

¹⁹ Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Zehnte Auflage, Berlin, 2010, S. 64.

²⁰ იქვე.

²¹ მისი ეს იდეები მოცემულია შემდეგ შრომაში: *Vom Gesellschaftsvertrag*, Stuttgart, 2011. ასევე, უფრო გვიანდელ წერილებში: *Lettres ecrites de la montagne*, 1764. *Projekt de constitution pour la Corse*, 1765. *Considerations sur le gouvernement de Pologne*, 1772.

ისტორიული ფაქტი (შემეცნების პრინციპი)²². რუსოს მსგავსად, განსხვავებას ხედავს სიეისიცი ხელშეკრულებასა და კონსტიტუციას შორის. მასთან კონსტიტუციის სფეციფიკური ფორმა მხოლოდ კანონია²³. ამ მხრივ ის რუსოს იდეის მომხრეა. მისი აზრით, სახელმწიფოს ორგანიზაცია იქმნება ხალხის მიერ ცალმხრივად დადგენილი აქტით. კონსტიტუციური ცვლილებები, სიეისის მიხედვით, შეიძლება განხორციელდეს უმრავლესობის პრინციპის მიხედვით და არა ხელშეკრულების საფუძველზე²⁴.

გერმანულ ლიტერატურაში ფეოდალიზმის ეპოქის შეთანხმებები ცნობილია, როგორც “Charta”, “Privileg”, “Hadfeste”, “Vergleich”, “Regierungform” და სხვ²⁵. ევროპული კონსტიტუციონალიზმის ისტორია იცნობს მსგავს შეთანხმებებს: 1235 წლის მაინცის სამშვიდობო ხელშეკრულება, როგორც ძირითადი კანონი²⁶, ასევე შვეიცარიის სამი დიდი კანტონის ურის, შვაიცის და უნტერვალდენის მიერ დადებული — „პირველი მუდმივი ფედერაციის“ შესახებ²⁷ - 1291 წლის აქტი²⁸, ბავარიის 1311 წლის აქტი²⁹, 1356 წლის „ოქროს ბულა“³⁰, 1495 წლის „მუდმივი საზოგადოებრივი მშვიდობის“ (Wormser

²² Eberhard Schmidt-Assmann, Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung und des Historismus, Berlin, 1967. S. 67.

²³ იქვე, 73.

²⁴ იქვე, 84.

²⁵ Ernst – Wolfgang Böckenförde, Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung, in: FS für Rudolf Gmür zum 70. Geburtstag 28. Juli 1983, Herausgegeben von Arno Buschmann, Franz-Ludwig Knemeyer, Gerhard Otto und Werner Schubert, 1983, Verlag Ernst und Werner Geiseking, S. 7.

²⁶ Europäische Verfassungsgeschichte, Ausgewählt und herausgegeben Dr. Dietmar Willoweit und Ulrike Seif, München, 2003, XIV.

²⁷ Ulrich Im Hof, Die Scheiz, Illustrierte Geschichte der Eidgenossenschaft, 1984, S. 26.

²⁸ Europäische Verfassungsgeschichte, Ausgewählt und herausgegeben Dr. Dietmar Willoweit und Ulrike Seif, München, 2003, XVI.

²⁹ Politische Geschichte Bayerns, Herausgegeben vom Haus der Bayerischen Geschichte, München, 1989, S. 12.

³⁰ Johannes Helmuth, Das Reich: 962-1356-1806. Zusammenfassende Überlegungen zur Tagung "Die Goldene Bulle", in: Die Goldene Bulle, Politik - Wahrnehmung - Rezeption, Band 11, Herausgegeben von Ulrike Hohensee, Mathias Lawo, Michael Lindner, Michael Menzel und Olaf B. Rader, S. 1140. Jürgen Miethke, Die Päpstische Kurie des 14. Jahrhunderts und die "Goldene Bulle" Kaiser Karls IV. Von 1356, in: Papstgeschichte und Landesgeschichte, FS. für Hermann Jakobs zum 65. Geburtstag,

Reichstag) აქტი³¹, 1495 წლის 7 აგვისტოს ვორმზის რაიხსტაგის საკანონმდებლო რეფორმები³², ტიუბინგენის 1514 წლის ხელშეკრულება³³, მეფე კარლ მე-V 1519 წლის „საარჩევნო კაპიტულაცია“, აუგსბურგის 1555 წლის „რელიგიური მშვიდობის“ აქტი³⁴, 1620 წლის 21 ნოემბრის „მეუფლოუერის შეთანხმება“ (*Der Pakt der Pilgrim Fathers auf der Mayflower*)³⁵ (ფლაიმაუსის კოლონიის (ინგლისი) პირველი სამთავრობო დოკუმენტი). დღემდე დავას არ იწვევს ის ფაქტი, რომ 1628 წლის უფლებათა პეტიცია ხელშეკრულების კლასიკური ნიმუშია³⁶, ასევე, ხელშეკრულებებს წარმოადგენდნენ 1648 წლის „ვესტფალის სამშვიდობო“ აქტები³⁷ (ეს უკანასკნელი

herausgegeben von Joachim Dahlhaus und Armin Kohnel in Verbindung mit Jürgen Miethke, Folker E. Reichert und Eike Wolgast, 1995. S. 437-450.

³¹ Thomas Krause, 500 jähriges Jubiläum des Wormser Reichstages von 1495, in: Blätter für deutsche Landesgeschichte, herausgegeben von Heinz –Günther Borck u.a. 132. Jahrgang, 1996, S. 201-204. Heinz Angermeier, Der Wormser Reichstag 1495 – ein europäische Ereignis, in: Historische Zeitschrift, herausgegeben von Lothar Call, Band 261, München, 1995, S. 739-769.

³² Michael Kotualla, Deutsche Verfassungsgeschichte, Vom Alten Reich bis Weimar (1495-1934), 2008, S. 21.

³³ Europäische Verfassungsgeschichte, Ausgewählt und herausgegeben Dr. Dietmar Willoweit und Ulrike Seif, München, 2003, S. 34-39. Andreas Schmauder, Der Tübinger Vertrag und die Rolle Tübingens beim Aufstand des Armen Konrad 1514, in: Tubingensia, Impulse zur Stadt- und Universitätsgeschichte, FS. für Wilfried Setzler zum 65. Geburtstag, herausgegeben von Sönke Lorenz und Volker Schäfer, Tübingen, 2008, S. 187B208.

³⁴ Der Augsburger Religionsfriede – 1555, Hainrich Bornkamm, Das Jahrhundert der Reformation, Gestalten und Kräfte, Göttingen, 1961, S. 242-253. Arno Buschmann, Zum Textproblemen des Mainzer Reichslandfriedens von 1235, in: Arbeiten zur Rechtsgeschichte, FS. für Gustaf klemens Schmelyeisen, herausgegeben von Hans-Wolf Thümmel, Stuttgart, 1980. S. 25-46.

³⁵ Peter Badura, Die Vervassung des Bundesstaates Deutschland in Europa, Zwei Reden zur Reform des Grundgesetzes, Köln, 1993, S. 16.

³⁶ Europäische Verfassungsgeschichte, Ausgewählt und herausgegeben Dr. Dietmar Willoweit und Ulrike Seif, München, 2003, XIII.

³⁷ Arno Bischmann, Die Bedeutung des Westfälischen Friedens für die Reichsverfassung nach 1648, in: 350 Jahre Westfälischer Friede, Verfassungsgeschichte, Staatskirchenrecht, Völkerrechtsgeschichte, herausgegeben von Meinhard Schröder, Band 30, Berlin, 1999, S. 43-103. Stefan Ulrich Pieper, Die „Staatverfassung“ des Westfälische Friedens, in: Westfälische Jurisprudenz, Beiträge zur deutschen und europäischen Rechtskultur, FS. aus Anlass des 50 jährigen Bestehens der Juristischen Studiengesellschaft Münster, herausgegeben von Bernhard Grossfeld u. a. Münster, 2000, S. 27-47. Gundo Guy Kroh, Die völkerrechtliche Aspekte des Westfälische Friedens, in:

იყო საერთაშორისო აქტი და, ამავე, დროს კონსტიტუციური დოკუმენტი³⁸), 1653 წლის „ბრანდერბურგის შეთანხმება“³⁹, შვედეთ-პომერის 1663 წლის „მმართველობის ფორმა“, მეკლენბურგის 1755 წლის ძირითადი აქტი, ასევე, ნაპოლეონის პერიოდის აქტები, განსაკუთრებით, რაინის კავშირის 1806 წლის 12 ივლისის აქტი (*d'États Confédérés du Rhin*), რომელმაც დასაბამი მისცა ნაპოლეონის ეპოქის საკონსტიტუციო სამართალშემოქმედებას⁴⁰. ეს იყო რაინის კავშირის სამართლებრივი საფუძველი და, იმავდროულად, ძირითადი კანონი (კონსტიტუცია), როგორც საერთაშორისო ხელშეკრულება⁴¹. აქტის მე-12 მუხლის მიხედვით, ხელშეკრულება დადებული იყო საფრანგეთის პროტექტორატსა (კაიზერსა) და თექვსმეტ გერმანულ სახელმწიფოს შორის. ხელშეკრულების ხასიათს ატარებდა, ასევე, ვესტფალის სამეფოს 1807 წლის 15 ნოემბრის კონსტიტუცია, რომელმაც, ფრანგული მოდელის მიხედვით, გერმანიაში კონსტიტუციური მონარქია დაამკვიდრა⁴². 1818 წლის 26 მაისის ბავარიის კონსტიტუცია იყო კონსერვატიულ და ლიბერალურ ძალებს შორის კომპრომისის შედეგი, რომელზეც დიდი გავლენა მოახდინა საგარეო პოლიტიკურმა ვითარებამ და, ასევე, მაქსიმილიან ფონ მონტგელას ნდობით აღჭურვილი გრაფების წინააღმდეგ საერთო ბრძოლამ⁴³. თუმცა კონსტიტუციონალიზმის ისტორია იცნობს არამხოლოდ შეთანხმებულ, არამედ ცალმხრივად მიღებულ კონ-

Westfälische Jurisprudenz, Beiträge zur deutschen und europäischen Rechtskultur, FS. aus Anlass des 50 jährigen Bestehens der Juristischen Studiengesellschaft Münster, herausgegeben von Bernhard Grossfeld u. a. Münster, 2000, S. 12-25.

³⁸ Michael Kotualla, *Deutsche Verfassungsgeschichte, Vom Alten Reich bis Weimar (1495-1934)*, 2008, S. 96.

³⁹ Die Entwicklung der Gutsherrschaft in Brandenburg-Preussen bis zum Ausgang des Grossen Kurfürsten, Historisches Seminar Brandenburg-Preußen unter dem Großen Kurfürsten, Prof. Dr. Hans-Georg Aschoff, Hannover, den 25. Januar 2002, S.13.

⁴⁰ Europäische Verfassungsgeschichte, Ausgewählt und herausgegeben Dr. Dietmar Willoweit und Ulrike Seif, München, 2003, XXV.

⁴¹ Michael Kotualla, *Deutsche Verfassungsgeschichte, Vom Alten Reich bis Weimar (1495-1934)*, 2008, S. 289.

⁴² Europäische Verfassungsgeschichte, Ausgewählt und herausgegeben Dr. Dietmar Willoweit und Ulrike Seif, München, 2003, XXV.

⁴³ Jürgen Weitzel, “Von den rechten der Krone trete ich keinen Zoll ab”, Das monarchische Prinzip und die Fortbildung der Verfassung in Bayern von 1818 bis 1848, in: *Konstitutionalismus und Verfassungskonflikt, Symposium für Dietmar Willoweit*, herausgegeben von Ulrike Müssig, Tübingen, 2006, S. 119.

სტიტუციურ აქტებსა და კონსტიტუციებს. მაგალითად. ასეთი იყო 1814 წლის კონსტიტუციური ქარტია (*Charte Constitutionnelle*), როგორც ცალმხრივად ოქტროირებული⁴⁴, 1919 წლის 11 აგვისტოს კონსტიტუცია (ვაიმარის კონსტიტუცია), რომელიც დაეფუძნა კონსტიტუციის დამფუძნებელი ძალაუფლების გადაწყვეტილებას, რომელიც არც ხელშეკრულებას წარმოადგენდა და არც ფედერალურ კონსტიტუციას⁴⁵. ცალმხრივად მიიღო 1831 წელს ბელგიის ეროვნულმა კრებამ ქვეყნის კონსტიტუცია⁴⁶.

მე-19 საუკუნეში მსგავს კონსტიტუციებს („შეთანხმებული კონსტიტუციები“) წარმოადგენდნენ ვიურტენბერგის 1819 წლის 25 სექტემბრის, საქსონიის 1831 წლის 4 სექტემბრის⁴⁷, ასევე 1867 წლის 16 აპრილის ჩრდილო გერმანული ფედერალური კონსტიტუცია⁴⁸. ეს კონსტიტუცია იყო შეთანხმება არამხოლოდ ჩრდილო გერმანულ ფედერალურ ხელისუფლებას, თავადებსა და თავისუფალ ქალაქებს შორის, არამედ, ასევე, საკონსტიტუციო-საკონსულტაციო ორგანოსთან — რაიხსტაგთან.

თუ ადრეულ ეპოქებში კონსტიტუცია განიხილებოდა, როგორც მონარქსა და საზოგადოების გავლენიან (წარჩინებულ) ფენებს შორის შეთანხმება, მე-19 საუკუნიდან კი „შეთანხმებამ“ სხვა შინაარსი შეიძინა. კონსტიტუცია არც მონარქის ცალმხრივად ოქტროირებული ან სახალხო წარმომადგენლობის მიერ უშუალოდ მიღებული დოკუმენტი იყო, არამედ ის უფრო მეტად — მონარქის და ხალხის (ხალხის წარმომადგენლობა) შეთანხმების შედეგი გახდა (დუალისტური სუვერენიტეტი). ამ დუალიზმის საფუძველი მონარქსა და ხალხის წარმომადგენლებს შორის კონფლიქტში იდო, რომელიც მე-19 საუკუნეში გაბატონდა, როგორც ბრძოლა სუვერენიტეტისათვის. ეს იყო „სრულიად ხელსაყრელ ვითარებაში გააზრებული

⁴⁴ Europäische Verfassungsgeschichte, Ausgewählt und herausgegeben Dr. Dietmar Willoweit und Ulrike Seif, München, 2003, XXVI.

⁴⁵ Carl Schmitt, Verfassungslehre, Zehnte Auflage, Berlin, 2010, S. 5.

⁴⁶ Europäische Verfassungen (1789-1990), Textsammlung, herausgegeben und eingeleitet von Hinnerk Wissman, Tübingen, 2015, S. 4.

⁴⁷ კონსტიტუციის შესავალში ნათქვამია, რომ საქსონიის მეფე ანტონი და ჰერცოგი ფრიდრიხ აუგუსტი კონსტიტუციის ძირითად პრინციპებს საზოგადოების ნოდებრივ ფენებთან თანხმობით იღებენ.

⁴⁸ პრეამბულის მიხედვით, ფედერაციას ეწოდა „ჩრდილოგერმანული ფედერაცია“, რომელსაც თავისი კონსტიტუცია აქვს.

კომპრომისის შედეგი“. მონარქისა და დიდგვაროვნების დუალიზმის ნაცვლად, მონარქსა და ხალხის წარმომადგენლობას შორის კონსენსუსი იყო როგორც გაბატონებული „კონსტიტუციური მიზანი“⁴⁹. შეთანხმების საფუძველზე (მონარქსა და პარლამენტს შორის) მიღებული ადრეული ლიბერალიზმის კონსტიტუციები ქმნიდნენ სახელმწიფოებრივი ორგანიზაციის ფუძემდებლურ პრინციპებს⁵⁰.

კონსტიტუციონალიზმის ისტორიაში გამოყოფენ „ფედერალურ ხელშეკრულებებს“, როგორც კონსტიტუციური შინაარსის მქონე აქტებს. კონსტიტუციას, როგორც ხელშეკრულებას, ნამდვილად ჰქონდა „სტატუს-ხელშეკრულების“ ფორმა და შინაარსი. კარლ შმიტის აზრით, რეალური კონსტიტუციური ხელშეკრულება ჩვეულებრივ „ფედერალური ხელშეკრულებაა“⁵¹. მის საფუძველზე წარმოიშობა ახალი კონსტიტუცია⁵². ყველაზე მთავარი და გადაუჭრელი პრობლემა იყო შემდეგი: ვის ეკუთვნის სუვერენიტეტი? ფედერაციას (ცენტრალურ ხელისუფლებას) თუ წევრსახელმწიფოებს? თუმცა პოლიტიკური განვითარების შედეგად გადანყდა, რომ სუვერენიტეტი ეკუთვნის ფედერალურ (ცენტრალურ) მთავრობას. მხოლოდ ფედერაციას ჰქონდა კონსტიტუციის შეცვლის უფლება⁵³.

ამ თვალსაზრისით ფედერალურ ხელშეკრულებებს წარმოადგენდა 1815 წლის გერმანული ფედერალური აქტი⁵⁴, 1815 წლის შვეიცარიის კონფედერაციის 22 კანტონს შორის დადებული კონ-

⁴⁹ Europäische Verfassungsgeschichte, Ausgewählt und herausgegeben Dr. Dietmar Willoweit und Ulrike Seif, München, 2003, XXXII.

⁵⁰ Europäische Verfassungen (1789-1990), Textsammlung, herausgegeben und eingeleitet von Hinnerk Wissman, Tübingen, 2015, S. 4.

⁵¹ Carl Schmitt, Verfassungslehre, Zehnte Auflage, Berlin, 2010, S.65.

⁵² იქვე.

⁵³ Ernst – Wolfgang Böckenförde, Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung, in: FS für Rudolf Gmür zum 70. Geburtstag 28. Juli 1983, Herausgegeben von Arno Buschmann, Franz-Ludwig Knemeyer, Gerhard Otto und Werner Schubert, 1983, Verlag Ernst und Werner Geiseking, S. 13.

⁵⁴ 1815 წლის 8 ივნისის ფედერალური აქტის 1-ლი მუხლის მიხედვით, ფედერაციის უმთავრესი მიზანი იყო გერმანიის საშინაო და საგარეო უსაფრთხოება, კავშირში შემავალი ცალკეული გერმანული სახელმწიფოების დამოუკიდებლობის განმტკიცება.

სტიტუციური ხელშეკრულება⁵⁵, ვენის 1820 წლის 15 მაისის შეთანხმება⁵⁶, 1849 წლის 28 მარტის გერმანიის სამეფოს კონსტიტუცია⁵⁷, 1867 წლის 16 აპრილის ჩრდილო გერმანული კონსტიტუცია და, ასევე, 1871 წლის 16 აპრილის გერმანიის სამეფოს კონსტიტუცია⁵⁸. ამ თვალსაზრისით აშშ-ს კონსტიტუცია „ფედერალური ხელშეკრულება“⁵⁹.

კონსტიტუციის მიერ მონარქის სრულხელისუფლებიანობის შემზღვეველი ძალა, განსაკუთრებით მე-19 საუკუნის კონსტიტუციურ მონარქიებში გამოვლინდა. კონსტიტუცია იყო პოლიტიკური კომპრომისის გამომხატველი. თანდათანობით წინ წამოინია სახალხო სუვერენიტეტის იდეამ, რომლის თანამხმად, სუვერენს, მეფეს, ხალხის წარმომადგენლობის გარეშე არ შეეძლო განაწყვეტილების მიღება. კონსტიტუციები, რომლებიც შეიცავდნენ ადამიანის ძირითად უფლებებს, ზღუდავდნენ სამეფო ხელისუფლებას. ხალხის წარმომადგენლობა ითვლებოდა, როგორც თავისუფლების დაცვის გარანტია⁶⁰. უკვე კონსტიტუცია არავითარ შემთხვევაში არ იყო მხოლოდ პოლიტიკური საზოგადოების საერთო წესრიგის ძირითადი საფუძველი (*lex fundamentalis*), არამედ ის,

⁵⁵ 1815 წლის კონსტიტუციური აქტი სახელშეკრულებო ბუნებისაა (პირდაპირაა მითითებული „ფედერალური ხელშეკრულება“), ვინაიდან ითვალისწინებს ფედერაციის ნევრი-კანტონების საერთო ინტერესს - დაიცვან ფედერაციის უსაფრთხოება როგორც ქვეყნის შიგნით, ისე მის ფარგლებს გარეთ.

⁵⁶ Wiener Schussakte vom 15. Mai 1820, in: Europäische Verfassungsgeschichte, S. 559.

⁵⁷ ეს კონსტიტუცია ცნობილია, როგორც წმინდა პავლეს კონსტიტუცია (*Paulskirchenverfassung*).

⁵⁸ 1871 წლის კონსტიტუციის პრეამბულაში ნათქვამია, რომ კონსტიტუციის მიღება დაფუძნებულია ჩრდილო გერმანიის ფედერაციასა და სხვა გერმანულ საჰერცოგოებს შორის შეთანხმებაზე (*vereinbarten Verfassung*).

⁵⁸ Ernst – Wolfgang Böckenförde, ფედერაციასა და სხვა გერმანულ საჰერცოგოებს შორის შეთანხმებაზე (*vereinbarten Verfassung*).

⁵⁹ Ernst – Wolfgang Böckenförde, *Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung*, in: FS für Rudolf Gmür zum 70. Geburtstag 28. Juli 1983, Herausgegeben von Arno Buschmann, Franz-Ludwig Knezezer, Gerhard Otto und Werner Schubert, 1983, Werlag Ernst und Werner Geiseking, S. 13.

⁶⁰ იქვე, 10.

ასევე, შეიცავდა პოლიტიკური ხელისუფლების შემზღვეველ ელემენტებს⁶¹.

2. კონსტიტუციური ხელშეკრულების თეორია მე-18 საუკუნში

მე-18 და მე-19 საუკუნეების სახელმწიფოს ზოგად თეორიაში კონსტიტუციური აქტების „სახელშეკრულებო ბუნების კონცეფციას“ ფართომეცნიერული დისკუსია მიედევნა⁶². ძირითადად ამ საკითხზე სახელმწიფოთმცოდნეები მსჯელობდნენ იმ მარტივი მიზეზის გამო, რომ კონსტიტუციის თეორია სახელმწიფოს ზოგადი თეორიისგან, ჯერ კიდევ, არ იყო ემანსიპირებული. სამეფოს უმნიშვნელოვანეს ხელშეკრულებებს „ძირითად კანონებს“ უწოდებდნენ. თეორეტიკოსები აღნიშნულ კანონებში „ხელშეკრულების ელემენტებს“ ხედავდნენ. თუმცა ისინი, კლასიკური გაგებით, „ძირითადი კანონები“ არ ყოფილან და უფრო მეტად, სამეფო ხელშეკრულებებს, როგორც ფეოდალური სისტემის ტიპიურ განსახიერებებს, წარმოადგენდნენ⁶³. მე-18 საუკუნიდან კონსტიტუცია, როგორც ხელშეკრულება, საზოგადოებრივი ხელშეკრულების თეორიის ფუნდამენტური საკითხი გახდა. მისი მთავარი ამოცანა სახელმწიფოებრივი ხელისუფლების ლეგიტიმაცია იყო⁶⁴. კონსტიტუ-

⁶¹ იქვე, 10. თუმცა ყველა კონსტიტუციურ აქტზე ვერ ვიტყვით, რომ ხელისუფლებას ზღუდავდნენ. მაგალითად, 1814 წლის კონსტიტუციური ქარტია აფუძნებდა შეუზღუდავი მონარქიის ლეგიტიმაციის საფუძვლებს თავისავე პრეამბულაში. Markus J. Prutsch, Die Revizion der französischen Verfassung im Jahre 1830, Zur Frage der Bewährung des Verfassungssystems der Charta constitutionelle von 1814, in: Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, deutsches und europäisches öffentliches Recht, herausgegeben Ernst-Wolfgang Böckenförde u.a. 47. Band, 2008, S. 88.

⁶² Henkel Gerhard, Untersuchungen zur Rezeption des Souveränitätsbegriffs durch die deutsche Staatstheorie in der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts, 1967; Hoke Rudolf, Die Reichstaatsrechtslehre des Johannes Linnaeus: ein Beitrag zur Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft im 17. Jahrhundert, 1968. S. 85f. 91f. 102. 122. Kersting, politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, 1994.

⁶³ Hisao Kuriko, Über den gedanken des Verfassungsvertrags in der Geschichte der deutschen Verfassungstheorie, in: Öffentliches Recht im offenen Staat, Festschrift für Reiner Wahl zum 70. Geburtstag. Hrsg. von Ivo Appel, Georg Hermes, Christoph Schönberger, Berlin, 2011. S. 123.

⁶⁴ ამ კონცეფციას შემდგომშიც არ დაუკარგავს თავისი მნიშვნელობა. მაგალითად, Georg Haverkate, Verfassungslehre, 1992, S. 48.

ციური ხელშეკრულების თეორიას ბევრი ცნობილი ნარმომადგენელი ჰყავდა. მათგან განსაკუთრებით გამოსარჩევია ის ადამიანები, რომელთა აზრი ჩვენი კვლევა-ძიების ინტერესის სფერო გახდა.

თუმცა არც მე-20 საუკუნის დასაწყისში დაუკარგავს ამ საკითხს აქტუალობა. დასამონმებლად მოვიყვანთ შვეიცარიელი სახელმწიფო სამართლის თეორეტიკოსის ფრიტც ფლაინერის (Fritz leiner - 1867-1937) სიტყვებს: „კონსტიტუცია სახელმწიფოებრივი ცხოვრების ძირითად კანონს წარმოადგენს. დემოკრატიაში ის უმაღლესი ნორმაა, სახელმწიფოს ფუნდამენტია, რუსოს თვალსაზრისით, სოციალური ხელშეკრულება“⁶⁵. მე-20 საუკუნის უდიდესი გერმანელი თეორეტიკოსი კარლ შმიდტი (Carl Schmitt - 1888-1985) ამ თემას ვრცლად ეხება თავის ცნობილ ნაშრომში „კონსტიტუციის მოძღვრება“ და მიიჩნევს, რომ ფედერალური კონსტიტუცია ხელშეკრულებაა⁶⁶. კონსტიტუციის თანამედროვე თეორიაში ძირითად კანონს ხშირად სახელმწიფოსა და საზოგადოებას შორის დადებულ შეთანხმებას უწოდებენ⁶⁷. ეს საკითხი განსაკუთრებით აქტუალური გახდა მას შემდეგ, როცა მუშაობა დაიწყო ევროპის ერთიან კონსტიტუციაზე. თუმცა, აღსანიშნავია ის ფაქტი, რომ ევროკავშირი სახელმწიფოთა გაერთიანებაა და არა სახელმწიფო⁶⁸. კონსტიტუცია კი არა საერთაშორისო ორგანიზაციის, არამედ სახელმწიფოს ძირითადი აქტია⁶⁹. კარლ შმიდთან კონსტიტუცია, პოზიტიური გაგებით, ეფუძნება დამფუძნებელი ძა-

⁶⁵ Fritz Fleiner, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen, 1923. S. 392.

⁶⁶ Carl Schmitt, Verfassungslehre, Zehnte Auflage, Berlin, 2010, S. 63.

⁶⁷ Peter Häberle, Verfassungsgerichtbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft, Recht aus Rezensionen, Verfassungsgerichtbarkeit als politische Kraft, Zwei Studien, Athenäum, 1980, S. 68.

⁶⁸ Diter Grimm, Braucht Europa eine Verassung? in: Juristen Zeitung, 16. Juni 1995, 12. S. 584.

⁶⁹ საკითხი, რომ კონსტიტუცია მხოლოდ სახელმწიფოს ძირითადი კანონია და მას საერთო არ აქვს საერთაშორისო ორგანიზაციასთან, ჯერ კიდევ, ერთერთი მთავარი თემა იყო კარლ შმიტის ცნობილ შრომაში „კონსტიტუციის მოძღვრება“. მისი აზრით, საერთაშორისო ხელშეკრულება, როგორც ასეთი, არავითარ შემთხვევაში არაა კონსტიტუცია პიზიტიური თვალსაზრისით. ის არ შეიძლება ასევე იყოს დამოუკიდებელი სახელმწიფოს კონსტიტუციის ნაწილი (Carl Schmitt, Verfassungslehre, Zehnte Auflage, Berlin, 2010, S. 71.

ლაუფლების ნებას⁷⁰. კონსტიტუციური სამართლის თეორიაში ეს კონცეფცია უკვე დიდი ხანია დამკვიდრებულია⁷¹. ევროპის კონსტიტუციის პროექტში შესული იყო ადრინდელი ხელშეკრულებები⁷². აქიდან, გამომდინარე, მას ხელშეკრულების შინაარსი უნდა ჰქონოდა (“*Vertrag über eine Verfassung für Europa*”).

*ვილჰელმ სნელის (Wilhelm Snell - 1789-1851)*⁷³ ყველაზე ცნობილი ნაშრომია „ბუნებითი სამართალი“⁷⁴. მისი აზრით, „თავისუფალ სახელმწიფოში“ კონსტიტუცია კანონმდებლის გადანყვეტილებას ემყარება, მაშინ, როდესაც კონსტიტუციურ მონარქიებში კონსტიტუცია, მეფესა და ხალხს შორის დადებული შეთანხმებაა⁷⁵. კანონმდებლის „გადანყვეტილების“ საფუძველზე მიღებული კონსტიტუცია ცალმხრივი, ხოლო ხელშეკრულების საფუძველზე აღმოცენებული კონსტიტუცია — ორმხრივი ან მრავალმხრივი აქტია⁷⁶. კონსტიტუციისა და ხელშეკრულების იურიდიული ბუნება და არსი განსხვავებულია. საზოგადოებას არ შეუძლია საკუთარ თავთან დადოს ხელშეკრულება⁷⁷. კონსტიტუცია, პირველ რიგში, საზოგა-

⁷⁰ Ludwig Adamovich, Volk und Verfassung, in: Staat und Recht in europäischer Perspektive, FS. Heinz Schäffer, herausgegeben von Metin Akyürek u. a. Wien, 2006, S. 1.

⁷¹ W. Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, 1945; D. Grimm, Die Zukunft der Verfassung, in: U.K. Preuß (Hrsg.), Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen, 1994, S. 277, 291; K. Stern, Staatsrecht (Fn. 1), 70 f., 75, 78: “Verfassung ist die höchstrangige normative Aussage über die Grundprinzipien der Herrschafts- und Wertordnung im Staat”. Nach K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. Neudruck 1999, Rn. 17 ff., bezieht den Begriff auf das Gemeinwesen, also auf Staat und Gesellschaft; ihm folgend u.a.: J. Schwarze, Deutscher Landesbericht, in: ders., (Hrsg.), Entstehung (Fn. 12), 109. Nach H. Mauter, Staatsrecht, 1999, Rn. 32, wird Verfassung ein “besonderes Gesetz” genannt, in dem das Staatsrecht geregelt ist.

⁷² Werner Weideneld, Die Europäische Verfassung verstehen, S. 10.

⁷³ შვეიცარიელი პროფესორი, რადიკალ-რიბერალი რევოლუციონერი და მე-19 საუკუნის ლიბერალი პოლიტიკოსი.

⁷⁴ Naturrecht, 1857.

⁷⁵ Hisao Kuriko, Über den gedanken des Verfassungsvertrags in der Geschichte der deutschen Verfassungstheorie, in: Öffentliches Recht im offenen Staat, Festschrift für Reiner Wahl zum 70. Geburtstag. Hrsg. von Ivo Appel, Georg Hermes, Christoph Schönberger, Berlin, 2011. S. 121.

⁷⁶ იქვე, 122.

⁷⁷ იქვე, 141.

დოების თვითგამორკვევის აქტია. ხელშეკრულებაზე დაფუძნებული კონსტიტუცია კი სახელმწიფოს ცალკეული სუბიექტების თანხმობას საჭიროებს. შესაბამისად რთულია კონსტიტუციაში ცვლილებების შეტანა, ვინაიდან სახელმწიფოს ცალკეული წევრები უნდა დაეთანხმონ ამგვარ ცვლილებებს. მაშინ, როდესაც კონსტიტუცია კანონია და არა ხელშეკრულება, შეიძლება ცვლილებები მხოლოდ უმრავლესობით იქნას მიღებული. აქიდან გამომდინარე კონსტიტუციური ცვლილებები არა ხელსეკრულებას, არამედ კანონმდებლის გადანყვეტილებას ემყარება.

3. კონსტიტუციის დამფუძნებელი ძალაუფლების შესახებ იდეის დასაწყისი (*Pouvoir constituant* და კონსტიტუციური ხელშეკრულების თანაარსებობის საკითხი)

პირველი, ვინც კონსტიტუციის დამფუძნებელი ძალაუფლების შესახებ იდეები ჩამოაყალიბა, იყო ფრანგი მღვდელი და ფრანგული რევოლუციის მთავარი თეორეტიკოსი ემანუელ ჟოზეფ სიეისი (Emmanuel Joseph Sieyès - 1748 - 1836). მისი ცნობილი ნაშრომი (ფრანგულად: *Qu'est-ce que le Tiers État?*) 1789 წელს გამოქვეყნდა. სიეისი იყო პირველი, რომელმაც ერთმანეთისგან გამიჯნა *pouvoir constituant* და *pouvoir constitué*⁷⁸. კონსტიტუციის დამფუძნებელი ძალაუფლება ეკუთვნის მხოლოდ ხალხს⁷⁹. იგი, ამით ფაქტობრივად, დაუპირისპირდა „ძველ“ იდეას, რომლის მიხედვით, კონსტიტუციას საფუძვლად ხელშეკრულება უდევს. კონსტიტუციის დამფუძნებელი ძალაუფლების მატარებელი სუბიექტის თაობაზე კონცეფცია ძველია. შუასაუკუნეებრივი იდეა - ყველა ძალაუფლება ეკუთვნის ღმერთს (*Non est enim potestas nisi a Deo* - არ არსებობს სხვა ძალა, გარდა ღმერთის ძალისა)⁸⁰, ნიშნავს, ასევე, კონსტიტუციის დამფუძნებელ ძალაუფლებას, როგორც ღმერთის („ღმერთის

⁷⁸ Hauke Möller, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes und die Schranken der Verfassungsrevision: Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG und zur verfassungsgebenden Gewalt nach dem Grundgesetz*. 1. Aufl. 2004, S. 31.

⁷⁹ Gerhard Robbers, *Emmanuel Joseph Sieyès – Die Idee einer Verfassungsgerichtsbarkeit in der Französischen Revolution*. In: *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, hrsg. von Walther Fürst, Roman Herzog und Dieter C. Umbach, Band 1, 1987, S. 247–264.

⁸⁰ Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Zehnte Auflage, Berlin, 2010, S. 77.

სუვერენიტეტი“) ძალაუფლებას⁸¹. თუმცა, დღემდე კონსტიტუციურ მონარქიებში სახალხო სუვერენიტეტის პრინციპი მაინც ინარჩუნებს კავშირს ღვთის წყალობასთან⁸². უკვე სიეისისათვის კონსტიტუციის დამფუძნებელი ძალაუფლების მატარებელი სუბიექტი არა ფეოდალთა კლასი, არამედ მხოლოდ ხალხია. არ შეიძლება ამ იდეას შემდგომში არ მოეხდინა დიდი გავლენა პრაქტიკაზე, ზოგადად კონსტიტუციური მოძრაობის ტრანსფორმაციაზე ევროპაში. „კონსტიტუციური სუვერენიტეტის“ მატარებელი გახდა ხალხი („ხალხის სუვერენიტეტი“). უკვე მე-19 საუკუნის მეორე ნახევრიდან კონსტიტუცია იყო ხალხის მიერ არჩეული წარმომადგენლობითი ორგანოს საქმიანობის პროდუქტი⁸³. კონსტიტუციაში ცვლილებების შეტანა შესაძლებელი გახდა საპარლამენტო გზით კვალიფიციური უმრავლესობის საფუძველზე⁸⁴. მაგალითად, შვეიცარიის 1848 წლის ფედერალური კონსტიტუციის თანახმად, ფედერალური ყრილობა იყო კონსტიტუციის დამფუძნებელი ძალაუფლების მატარებელი სუვერენი. მიუხედავად იმისა, რომ წინა პლანზე წამოიწია Pouvoir constituant-ის მნიშვნელობამ, ხელშეკრულების თეორია მაინც დიდი ხანი აგრძელებდა „ხელშეკრულების იდეის“ ან „ხელშეკრულების ელემენტების“ პოპულარიზაციას.

მკვლევარი, რომელიც კონსტიტუციის სახელშეკრულებო ბუნებას, ან მის თაობაზე გაბატონებულ წარმოდგენებს და კონცეფციებს ეხება, გვერდს ვერ აუვლის ემერ დე ფატელის (Emer de Vattel –

⁸¹ იქვე.

⁸² Armin Wolf, Die „Hauptgrundlagen der künftigen Verfassung des wiederherstehende Römischen Reiches“ vom 19. Mai 1814, in: Staat – Souveränität – Verfassung, FS für Helmut Quaritsch zum 70. Geburtstag, herausgegeben von Dietrich Murswiek, Ulrich Storos und Heinrich A. Wolff, Berlin, 2000. S. 530.

⁸³ Europäische Verfassungsgeschichte, Ausgewählt und herausgegeben Dr. Dietmar Willoweit und Ulrike Seif, München, 2003, XXXIII.

⁸⁴ მაგალითად, შვეიცარიის 1848 წლის კონსტიტუციის 113-ე და 114-ე მუხლები, საფრანგეთის 1875 წლის კონსტიტუციური კანონი სახელმწიფოს ხელიუფლების ორგანიზაციის შესახებ, მუხლი 8, პოლონეთის 1921 წლის კონსტიტუციის 125-ე მუხლი, ესპანეთის 1931 წლის კონსტიტუციის 125-ე მუხლი, ვაიმარის 1919 წლის კონსტიტუციის პრემამულის მიხედვით, კონსტიტუციის დამფუძნებელი მატარებელი სუბიექტი (სუვერენი) იყო გერმანელი ხალხი.

1714 - 1767)⁸⁵ სახელს და მის შრომებს. ფატელმა პირველმა განავითარა კონსტიტუციის ცნების თანამედროვე გაგება. მისი აზრით, კონსტიტუცია ქვეყნის „ძირითადი კანონია“. ფატელმა კონსტიტუციას უწოდა „ერის გეგმა ბედნიერებისკენ მისწრაფებისთვის“⁸⁶. ფატელთან სუვერენიტეტი ან საჯარო ხელისუფლება ხალხს ეკუთვნის. კონსტიტუციის დამფუძნებელი ძალაუფლების მატარებელი მხოლოდ ხალხია. ფატელის თეორიას საფუძვლად უდევს „ხელშეკრულების კონცეფცია“ მხოლოდ „საერთო შეთანხმების“ გათვალისწინებით. შეიძლება ითქვას, რომ მან წარმოადგინა კონსტიტუციის სადამფუძნებლო ძალაუფლების თეორიის ახალი ფორმა⁸⁷. ფატელი მკაფიოდ მიჯნავს „საკანონმდებლო ძალაუფლებას“ კონსტიტუციის დამფუძნებელი ძალაუფლებისაგან.⁸⁸

გოტფრედ ახენვალისა (*Gottfried Achenwall* – 1719-1772)⁸⁹ და იოჰან სტეფან პიუტერის (*Johann Stephan Pütter* - 1725-1807⁹⁰) ერთობლივ ნაშრომში, რომელიც 1750 წელს გამოიცა „ბუნებითი სამართლის საფუძვლების“⁹¹ სახელწოდებით, ძირითად კანონს ხელშეკრულება

⁸⁵ Emer de Vattel იყო შვეიცარიელი მეცნიერი, ბუნებითი და საერთაშორისო სამართლის აღიარებული მკვლევარი, დასავლურშვეიცარული ბუნებითი სამართლის სკოლის წარმომადგენელი. მას განსაკუთრებით სახელი გაუთქვა მისმა მრავალრიცხოვანმა ნაშრომებმა სამართლის ფილოსოფიის საკითხებზე. მისი ყველაზე ცნობილი ნაშრომი საერთაშორისო სამართალში გამოქვეყნდა 1758 წელს („Droit des gens, ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains“).

⁸⁶ Hofmann Hasso, Zu Entstehung, Entwicklung und Krise des Verfassungsbegriffs, in: *Verfassung im Diskurs der Welt, Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag*, Hrsg. Alexander Blankenagel, Ingolf Pernice und Helmut Schulze-Fielitz, in *Verbindung mit Markus Kutzur, Lothar Michael, Martin Morlok und Rupert Stettner*, Tübingen, 2004, S. 159.

⁸⁷ Hisao Kuriko, Über den gedanken des Verfassungsvertrags in der Geschichte der deutschen Verfassungstheorie, in: *Öffentliches Recht im offenen Staat, Festschrift für Reiner Wahl zum 70. Geburtstag*. Hrsg. von Ivo Appel, Georg Hermes, Christoph Schönberger, Berlin, 2011. S. 124.

⁸⁸ Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1922, S. 514.

⁸⁹ Gottfried Achenwall - ცნობილი გერმანელი ისტორიკოსი, იურისტი, ბუნებითი სამართლის თეორეტიკოსი. „სტატისტიკის“ ფუძემდებელი.

⁹⁰ Johann Stephan Pütter - ცნობილი გერმანელი სახელმწიფოთმცოდნე. ის დღემდე ითვლება, როგორც კონსტიტუციის აღიარებული ისტორიკოსი.

⁹¹ Jan Schröder, „Gottfried Achenwall, Johann Stephan Pütter und die »Elementa Iuris Naturae«“, in: *Gottfried Achenwall und Johann Stephan Pütter, »Anfangsgründe des*

ენოდება. მათი აზრით, ხელშეკრულება იდება ხალხსა და მმართველებს შორის. ავტორთა აზრით, ის არ შეიძლება „ორმხრივი შეთანხმების“ გარეშე მიღებულ ან შეცვლილ იქნეს⁹². ძირითადი კანონი იცვლება, მიიღება და უმჯობესდება მხოლოდ „ორმხრივი თანხმობით“. მართალია, აღნიშნულ ნაშრომში სიტყვათა წყება „კონსტიტუცია-ხელშეკრულება“ ნახსენები არაა, მაგრამ მათთან „ხელშეკრულება“ ძირითადი კანონის თანაბარმნიშვნელოვანია. პიუტერი თავის ცალკეულ შრომაში⁹³ მიუთითებს, რომ მსგავსი ძირითადი კანონები (ხელშეკრულებები) არ მოიცავენ შინაარსობრივად მთლიანად „ნესრიგს“, არამედ ამ ნესრიგის მხოლოდ „ნაწილს“, რომლებიც უფრო მეტად ხელშეკრულების დამდები მხარეების ორმხრივი შეთანხმებული ვალდებულებებიდან გამომდინარეობს⁹⁴.

ქრისტოფ ფრიდრიხ კოტა (*Christoph Friedrich Cotta – 1758-1838*)⁹⁵ „კონსტიტუციურ ხელშეკრულებას“ „სახელმწიფოს ძირითად კანონს“ უწოდებს, რომლის ფორმას, საჭიროებას და მიღებას ხელისუფლება განსაზღვრავს⁹⁶.

Naturrechts (Elementa Iuris Naturae)“ (herausgegeben und übersetzt von Jan Schröder), Insel Verlag, Frankfurt a.M. und Leipzig, 1995.

⁹² Hisao Kuriko, Über den gedanken des Verfassungsvertrags in der Geschichte der deutschen Verfassungstheorie, in: Öffentliches Recht im offenen Staat, Festschrift für Reiner Wahl zum 70. Geburtstag. Hrsg. von Ivo Appel, Georg Hermes, Christoph Schönberger, Berlin, 2011. S. 124.

⁹³ გარდა ამისა, პიუტერის შრომებიდან აღსანიშნავია: Kurzer Begriff des teutschen Staatsrecht, 1746, Neuer Versuch einer juristischen Encyclopädie und Methodologie, 1767. Bezträge zum teutschen Staats-und Fürstenrechte, 1777-1779. Institutiones iuris publici germanici, 1787.

⁹⁴ Eberhard Schmidt-Assmann, Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung und des Historismus, Berlin, 1967. S. 38.

⁹⁵ ცნობილი გერმანელი იურისტი, სახელმწიფო სამართლის მკვლევარი. მისი შრომებიდან აღსანიშნავია “Einleitung in das natürliche Staatsrecht mit Anwendung auf das Reich und Teutsche Staaten”, რომელიც ჰეიდელბერგში გამოიცა 1786 წელს.

⁹⁶ Jan Rolin, Der Ursprung des Staatse: die naturrechtlich-rechtsphilosophische Legitimation von Staat und Staatsgewalt im Deutschland des 18. und 19. Jahrhunderts, 2005, S. 39.

იოჰან ჰაინრიხ გოტლობ ფონ იუსტის (*Johann Heinrich Gottlob von Justi – 1717-1771*)⁹⁷ ნაშრომი, სადაც იგი კონსტიტუციის სახელმწიფოებო ბუნებაზე საუბრობს, 1760 წელს გამოქვეყნდა სახელწოდებით: „სახელმწიფოების ბუნება და არსი“. იუსტი ერთმანეთისგან მიჯნავს „ძირითად ხელისუფლებას“ „უმაღლესი ხელისუფლებისაგან“. ძირითადი ხელისუფლება წარმოადგენს „საერთო სურვილებს“ და „ცალკეული ძალების“ გაერთიანებას. მათი ძირითადი სუბსტანცია ხალხია. „ძირითადი ხელისუფლება“ უნდა ეკუთვნოდეს ერთ კონკრეტულ სუბიექტს, რომელიც, მისი აზრით, უმაღლესი ხელისუფლებაა⁹⁸. იუსტის მიხედვით, ძირითადი და უმაღლესი ხელისუფლების ურთიერთობა სახელმწიფოებო ხასიათისაა. იუსტისთან ძირითად კანონში ცვლილება მხოლოდ ხალხის უფლებამოსილებაა. მან დაუდო საფუძველი კონსტიტუციის დამფუძნებელი ძალაუფლებისა და კონსტიტუციური შეთანხმების „თანაარსებობას“, რომლის მიხედვით, კონსტიტუცია, როგორც ხელშეკრულება, მმართველსა და კონსტიტუციის დამფუძნებელ ძალაუფლებას (ხალხს) შორის დადებული შეთანხმებაა.

იოჰან აუგუსტ შლეტვაინი (*Johann August Schlettwein – 1731-1802*)⁹⁹ თვლის, რომ „ძირითადი ხელისუფლება“ ეკუთვნის საზოგადოებას. საზოგადოება განსაზღვრავს „განსაკუთრებულ სახეობას“, რომელსაც შლეტვაინი კონსტიტუციის „შინაარსობრივ მიზნებს“ უწოდებს და ამ მიზნების წარმოშობას ხელშეკრულებას უკავშირებს. თუმცა, ძირითადი კანონი, მისი აზრით, შეიძლება, ასევე, წარმოიშვას კანონმდებლის გადაწყვეტილებით (ცალმხრივად).

კარლ ჰაინრიხ ჰეიდენრაიხთან (*Karl Heinrich Heydenreich – 1764-1801*)¹⁰⁰ „ძირითადი კანონი“ ხელშეკრულების საფუძველზე წარ-

⁹⁷ გერმანელი მეცნიერი, სახელმწიფო სამართლის მკვლევარი.

⁹⁸ Hisao Kuriko, Über den gedanken des Verfassungsvertrags in der Geschichte der deutschen Verfassungstheorie, in: Öffentliches Recht im offenen Staat, Festschrift für Reiner Wahl zum 70. Geburtstag. Hrsg. von Ivo Appel, Georg Hermes, Christoph Schönberger, Berlin, 2011. S. 125.

⁹⁹ ცნობილი გერმანელი მეცნიერი, „ფიზიოკრატიზმის“ ცნობილი წარმომადგენელი. მისი ნაშრომი “Die Rechte der Menschheit oder der einzige wahre Grund aller Gesetze, Ordnungen und Verfassungen” 1784 წელს გამოქვეყნდა.

¹⁰⁰ ცნობილი გერმანელი მწერალი და ფილოსოფოსი. მას საინტერესო მოსაზრებები აქვს გამოთქმული სახელმწიფო სამართლის თეორიის სა-

მოიშობა.¹⁰¹ მას, როგორც ხელშეკრულებას, საფუძვლად უდევს ყველას ნების „შეთანხმება“.

მართალია, იმანუელ კანტის (*Immanuel Kant – 1724-1804*)¹⁰² შრომებში სიტყვათა წყება „კონსტიტუცია და ხელშეკრულება“ ერთ-ერთ მთავარ საკითხად დარჩა. კანტმა ბიძგი მისცა, კიდევ ერთხელ, კონსტიტუციის, როგორც ხელშეკრულების იდეის განვითარებას¹⁰³. იგი უარყოფდა ხელშეკრულებას, როგორც „ისტორიულ ფაქტს“, მაგრამ აღიარებდა მას, როგორც „გონით იდეას“,¹⁰⁴ გონით პრინციპს. მისი აზრით, „საჯარო კონსტიტუცია“ „ხელშეკრულების იდეას“ უნდა შეესაბამებოდეს. კონსტიტუცია ეფუძნება ხალხის „საერთო სურვილებს (ნებას)“. კანტის თანახმად, აქტი, რომლის მიხედვით, ხალხი სახელმწიფოს აფუძნებს, კონტრაქტია¹⁰⁵. მასთან *pactum sociale* ხელშეკრულებაა, რომელსაც ბურჟუაზიული კონსტიტუცია ეფუძნება.

იოჰან ადამ ბერგკი (*Johann Adam Bergk – 1769-1834*)¹⁰⁶ კონსტიტუციას, როგორც ხელშეკრულებას საზოგადოებრივი ხელშე-

კითხვებზე. მის კალამს ეკუთვნის ნაშრომი: „Grundsätze des natürlichen Staatsrechts und seiner Anwendung“, რომელიც 1795 წელს გამოქვეყნდა ლაიფციგში.

¹⁰¹ Hisao Kuriko, Über den gedanken des Verfassungsvertrags in der Geschichte der deutschen Verfassungstheorie, in: Öffentliches Recht im offenen Staat, Festschrift für Reiner Wahl zum 70. Geburtstag. Hrsg. von Ivo Appel, Georg Hermes, Christoph Schönberger, Berlin, 2011. S. 126.

¹⁰² „კონსტიტუცია და ხელშეკრულება“ მისი ნაშრომების ერთერთი მთავარი თემა იყო. ამ მხრივ განსაკუთრებით აღსანიშნავია შემდეგი შრომები: Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785), Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis (1793), Die Metaphysik der Sitten (1797).

¹⁰³ Eberhard Schmidt-Assmann, S. 94.

¹⁰⁴ Hisao Kuriko, Über den gedanken des Verfassungsvertrags in der Geschichte der deutschen Verfassungstheorie, in: Öffentliches Recht im offenen Staat, Festschrift für Reiner Wahl zum 70. Geburtstag. Hrsg. von Ivo Appel, Georg Hermes, Christoph Schönberger, Berlin, 2011. S. 127.

¹⁰⁵ Eberhard Schmidt-Assmann, Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung und des Historismus, Berlin, 1967. S. 92.

¹⁰⁶ ცნობილი გერმანელი მთარგმნელი და ფილოსოფოსი. ჩვენთვის საინტერესოა მისი შრომებიდან: „Untersuchungen aus dem Natur-, Staats- und Völkerrechte mit einer Kritik der neuesten Konstitution der französischen Republik“,

კრულების შემადგენელ ნაწილად განიხილავს. მისთვის საზოგადოებრივი ხელშეკრულება არა სახელმწიფოს წარმოშობის ისტორიული წინაპირობა, არამედ მისი სამართლებრივი საფუძველია. მისი აზრით, ყოველი სახელმწიფო ხელშეკრულების საფუძველზე იქნენ სამართლებრივ ბუნებას¹⁰⁷. ყველა ხელისუფლების წყარო ხალხია და სუვერენიტეტიც მას ეკუთვნის. ყოველი კონსტიტუცია ხალხის საშუალებით და მისთვის ხორციელდება და ეს ასე უნდა იყოს, მაგრამ არის ვალდებულება, რომ ხალხმა ეს უფლება ხელისუფლების საშუალებით თვითონ განახორციელოს. იგი სახალხო წარმომადგენლობის იდეის მომხრეა. ბერგკი მოითხოვს, რომ თავისი სუვერენული ხელისუფლება ხალხმა კონსტიტუციის დამფუძნებელი ორგანოს საშუალებით განახორციელოს. ხალხის ვალდებულებათა, ასევე, ახალი კონსტიტუცია დაადგინოს¹⁰⁸.

იოჰან ფილიპ აქილეს ლაიზლერის (*Johann Philipp Achilles Leisler* – 1772-1813)¹⁰⁹ თეორიის არსი იმაში მდგომარეობს, რომ კონსტიტუცია, როგორც ხელშეკრულება, ხალხის მიერ უშუალო საკონსტიტუციო ცვლილებების საფუძველზე წარმოიშობა. ლაიზლერი ხალხის „ნების გამოვლენის“ ამ ფორმას „კონსტიტუციურ ხელშეკრულებას“ უწოდებს¹¹⁰. ხალხია უფლებამოსილი კონსტიტუციური ცვლილებების პროექტი წარმოადგინოს, რომელიც „მიზანშეწონილი და კანონიერია“. ამის შემდგენ შედის კონსტიტუცია ძალაში. ლაიზლერის აზრით, ასევე, ხალხმა უნდა შეიტანოს ცვლილებები კონსტიტუციაში. ლაიზლერის მიხედვით, კონსტიტუციური ხელშეკრულების თეორიის არსი მდგომარეობს იმაში, რომ

რომელიც პირველად 1796 წელს გამოიცა, ასევე: “Entwurf zu einer Verfassung für das teutsche Reich und andere Schriften über die Anfänge des Konstitutionalismus Hrsg. und mit einem Anhang versehen von Anita Jeske”, 2001.

¹⁰⁷ Hisao Kuriko, Über den gedanken des Verfassungsvertrags in der Geschichte der deutschen Verfassungstheorie, in: Öffentliches Recht im offenen Staat, Festschrift für Reiner Wahl zum 70. Geburtstag. Hrsg. von Ivo Appel, Georg Hermes, Christoph Schönberger, Berlin, 2011. S. 129.

¹⁰⁸ იქვე.

¹⁰⁹ ცნობილი გერმანელი ექიმი და ზოოლოგი. მას ეკუთვნის ნაშრომი: “Natürliches Staatsrecht”, რომელიც 1806 წელს გამოიცა.

¹¹⁰ Hisao Kuriko, Über den gedanken des Verfassungsvertrags in der Geschichte der deutschen Verfassungstheorie, in: Öffentliches Recht im offenen Staat, Festschrift für Reiner Wahl zum 70. Geburtstag. Hrsg. von Ivo Appel, Georg Hermes, Christoph Schönberger, Berlin, 2011. S. 130.

კონსტიტუცია არ შეიძლება უცვლელი იყოს¹¹¹. აღნიშნულიდან გამომდინარე, შეიძლება ითქვას, რომ ის ეწინააღმდეგება კონსტიტუციის „დამფუძნებელი ორგანოს“ მიერ მიღებას და უპირატესობას უშუალოდ ხალხს ანიჭებს, რომელიც „უმრავლესობის პრინციპით“ იღებს გადაწყვეტილებას, რასაც ის კონსტიტუციურ ხელშეკრულებას უწოდებს.

4. კონსტიტუციური ხელშეკრულების თეორია მე-19 და მე-20 საუკუნეებში

მე-19 საუკუნეში კონსტიტუციური ხელშეკრულების თეორიას ცნობილი წარმომადგენლები ჰყავდა. თუმცა ყველა კონცეფცია თავისებურებებით ხასიათდება.

ერთ-ერთი პირველი იყო კარლ ფრიდრიხ ჰებერლინი (Karl Friedrich Häberlin – 1756- 1808)¹¹², რომელმაც წინ წამოწია აღნიშნულ საუკუნეში „ხელშეკრულების თეორიის“ კონცეფცია. ჰებერლინი გერმანიის სამეფოს ყველა ძირითად კანონს „ხელშეკრულებას“ უწოდებდა, რომელიც დადებული იყო მმართველებსა და დაქვემდებარებულებს შორის¹¹³. კონსტიტუციურ ხელშეკრულებაში, რომელიც ადგენს ხელისუფლების განხორციელების სამართლებრივ საფუძველს, ხელისუფლება და ქვეშევრდომები დგანან, როგორც ურთიერთდაპირისპირებული მხარეები. ისინი განსაზღვრავენ ხელისუფლების საზღვრებს და თავისუფლების სფეროს. ხელშეკრულების გზით დგინდება მმართველობის ფორმა. აქიდან გამომდინარეობს ხელშეკრულების ბუნებით-სამართლებრივი კონსტრუქცია, რომ სახელმწიფოს ყველა წევრი მონაწილეობს მის

¹¹¹ იქვე.

¹¹² გერმანელი დიპლომატი, იურისტი. გამორჩეულია, ასევე, მისი შეხედულებები სახელმწიფოთმცოდნეობის დარგში.

¹¹³ Hisao Kuriko, Über den gedanken des Verfassungsvertrags in der Geschichte der deutschen Verfassungstheorie, in: Öffentliches Recht im offenen Staat, Festschrift für Reiner Wahl zum 70. Geburtstag. Hrsg. von Ivo Appel, Georg Hermes, Christoph Schönberger, Berlin, 2011. S. 133.

შედგენაში, რათა მოახდინონ თავისუფლების შეზღუდვის ლეგიტიმაცია.¹¹⁴

იოჰან ლუდვიგ კლუბერი (Johann Ludwig Klüber – 1762-1837)¹¹⁵ მე-19 საუკუნის პოზიტივისტური სახელმწიფო სამართლის ერთერთი მთავარი თეორეტიკოსია. მისი აზრით, ოქტორორებული კონსტიტუციის მოქმედება „სამართლებრივ საფუძვლებს“ მაშინ იძენს, როდესაც ის ხალხის მიერ „აღიარებული“ ან „უსიტყვოდ მიღებულია“.¹¹⁶ აქიდან გამომდინარე, ის აღნიშნავდა, რომ კონსტიტუცია „სახელმეკრულებო ბუნებისაა“. კლუბერის აზრით, მხოლოდ ხელმეკრულებებში დევს სახელმწიფოს წარმოშობის სამართლებრივი საფუძვლები.¹¹⁷ ის ხელისუფლებასა და ქვეშევრდომებს შორის არსებულ ურთიერთობას კონსტიტუციას (*Constitution*) უწოდებს. ასეთი კონსტიტუციები, კლუბერის აზრით, არსებობდნენ წინარევეოლუციურ ეპოქაში.

იოჰან ქრისტოფ ფონ არეტინი (Johann Christoph von Aretin – 1772-1824)¹¹⁸ სახალხო სუვერენიტეტის პრინციპის მომხრეა. ის მიუთითებდა კონსტიტუციის წარმოშობის ორ გზას: ხელმეკრულებას (შეთანხმებას) და მთავრების (წარჩინებულების) მიერ ცალმხრივად კონსტიტუციის მიღებას. ამ უკანასკნელს იგი ეწინააღმდეგებოდა.

¹¹⁴ Eberhard Schmidt-Assmann, *Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung und des Historismus*, Berlin, 1967. S. 43.

¹¹⁵ ცნობილი გერმანელი სახელმწიფოთმცოდნე და პუბლიცისტი. ჩვენთვის საურადღებო მისი ცნობილი ნაშრომი: „Öffentlichen Rechte des Deutschen Bundes und der Bundesstaaten“ 1817 წელს გამოქვეყნდა ფრანკფურტში.

¹¹⁶ Hisao Hisao Kuriko, *Über den gedanken des Verfassungsvertrags in der Geschichte der deutschen Verfassungstheorie*, in: *Öffentliches Recht im offenen Staat*, Festschrift für Reiner Wahl zum 70. Geburtstag. Hrsg. von Ivo Appel, Georg Hermes, Christoph Schönberger, Berlin, 2011. S. 133.

¹¹⁷ Eberhard Schmidt-Assmann, *Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung und des Historismus*, Berlin, 1967. S. 99.

¹¹⁸ გერმანელი პუბლიცისტი, ისტორიკოსი და იურისტი. სახელმწიფო სამართლის დარგში ცნობილია მისი შემდეგი ნაშრომები: „Gespräche über die Verfassungsurkunde des Königreichs Baiern“, 1818. „Staatsrecht der konstitutionellen Monarchie“. Bd.1, 1824.

კონსტიტუცია მაშინაა ორმხრივი, სახელმეკრულებო ბუნების მქონე დოკუმენტი, როცა ის, ასევე, აღიარებულია ხალხის მიერ¹¹⁹.

კარლ თეოდორ ველკერი (*Karl Theodor Georg Philipp Welcker* – 1790-1869)¹²⁰ სახელმეკრულებო პრინციპს „სამართლის უმაღლეს პრინციპს“ უწოდებდა.¹²¹ ველკერის აზრით, ყველა სახელმწიფოებრივი აქტი და გადაწყვეტილება უნდა ემყარებოდეს სახელმეკრულებო პრინციპს. ხელმეკრულების საფუძველზე წარმოიშობა „საერთო სურვილები“ და ყველა ცალკეული ამ საერთო სურვილებს ექვემდებარება და საერთო მიზნიდან გამომდინარე ახროციელებს ხელისუფლებას. ის მიიჩნევს, რომ კონსტიტუცია შეიძლება წარმოიშვას, როგორც ხელმეკრულების ან კანონის საფუძველზე. აქიდან გამომდინარე, ველკერთან ძირითადი კანონი ძირითად ხელმეკრულებას უთანაბრდება. კლუბერის მსგავსად, ველკერი აღნიშნავდა, რომ ოქტროირებული კონსტიტუცია კონსტიტუცია არაა. მისი აზრით, კონსტიტუციის მხოლოდ ოქტროირება, ესაა მხოლოდ კონსტიტუციური წინადადება და მას იურიდიული ძალა არ აქვს ხალხის თანხმობის გარეშე¹²². ველკერი „ძირითადი ხელმეკრულების“ მიღებას ან მასში ცვლილებას შეტანას „კონსტიტუციურ სუვერენიტეტს“ უწოდებს. დადგენის ან ცვლილებების უფლება ეკუთვნის მთლიანად ხალხს ან მის ორგანოებს, შესაბამისად, კონსტიტუციური სუვერენიტეტი ველკერთან დუალისტურ ხასიათს იღებს და ხელისუფლებასა და ხალხს შორის ნაწილდება.

¹¹⁹ Hisao Kuriko, Über den gedanken des Verfassungsvertrags in der Geschichte der deutschen Verfassungstheorie, in: Öffentliches Recht im offenen Staat, Festschrift für Reiner Wahl zum 70. Geburtstag. Hrsg. von Ivo Appel, Georg Hermes, Christoph Schönberger, Berlin, 2011. S. 134.

¹²⁰ ცნობილი გერმანელი იურისტი და ლიბერალი პოლიტიკოსი. მისი ნაშრომი „Grundvertrag“ გამოქვეყნებულია ლექსიკონში - Staats-Lexikon. 1. Auflage 1839, 2. Auflage 1847, Hrsg. Rotteck/Welcker.

¹²¹ Hisao Kuriko, Über den gedanken des Verfassungsvertrags in der Geschichte der deutschen Verfassungstheorie, in: Öffentliches Recht im offenen Staat, Festschrift für Reiner Wahl zum 70. Geburtstag. Hrsg. von Ivo Appel, Georg Hermes, Christoph Schönberger, Berlin, 2011. S. 134.

¹²² იქვე, 136.

კარლ ჰაინრიხ ლუდვიგ პოლიცი (*Karl Heinrich Ludwig Pölitz* – 1772-1838)¹²³ 1827 წელს გამოცემულ ნაშრომში მიუთითებდა, რომ კონსტიტუცია ესაა, ინდივიდთა საერთო სურვილების საფუძველზე მიღებული ხელშეკრულება¹²⁴. თუმცა, მოგვიანებით, მან ეს შეხედულება შეცვალა და ამბობდა, რომ კონსტიტუციურ ხელშეკრულებაში ორი მთავარი სუბიექტია წარმოდგენილი - მმართველები და ხალხი, როგორც „ორი დიდი თანასწორი“, თანაბარუფლებიანი მორალური მხარეები მონარქიულ სახელმწიფოებში¹²⁵. ის მიიჩნევდა, რომ მხოლოდ „სახალხო სუვერენიტეტით“ კონსტიტუციური ხელშეკრულების დადგენა დაუშვებელია. პოლიცის მიხედვით, კონსტიტუციური ხელშეკრულების მიღების დროს, ხელისუფლება და ხალხი, თანაბარუფლებამოსილი სახელშეკრულებო მხარეებია.

5. *Pouvoir constituant*¹²⁶ და მისი წარმომადგენლები

პაულ აჩატიუსი (*Paul Achatius von Pfizer* – 1801-1867)¹²⁷ კონსტიტუციის სადამფუძნებლო ხელისუფლების თეორიის ცნობილი

¹²³ გერმანელი ისტორიკოსი და სახელმწიფოთმცოდნე. მისი მრავალრიცხოვანი შრომებიდან აღსანიშნავია: “Natur-und Völkerrecht, Staatsß und Staatenrecht, und Staatskunst”, 2. Auflage, 1827. “Das konstitutionelle Leben, nach seinen Formen und Bedingungen”, 1831.

¹²⁴ ამ მოსაზრებას ის ასაბუთებდა ნაშრომში: “Natur-und Völkerrecht, Staatsß und Staatenrecht, und Staatskunst”, 2. Auflage, 1827.

¹²⁵ Hisao Kuriko, Über den gedanken des Verfassungsvertrags in der Geschichte der deutschen Verfassungstheorie, in: Öffentliches Recht im offenen Staat, Festschrift für Reiner Wahl zum 70. Geburtstag. Hrsg. von Ivo Appel, Georg Hermes, Christoph Schönberger, Berlin, 2011. S. 137.

¹²⁶ გერმანულად ასე ჟღერს: Verfassungsgebende Gewalt. Klaus von Beyme: Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, Demokratische Doktrin und politische Wirklichkeit. J.C.B. Mohr, Tübingen 1968. Ernst-Wolfgang Böckenförde: Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes. Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts. Metzner, Frankfurt 1986. Martin Heckel: Die Legitimation des Grundgesetzes durch das deutsche Volk. In: Gesammelte Schriften. Staat, Kirche, Recht, Geschichte, Band III (= Jus Ecclesiasticum 58). Mohr Siebeck, Tübingen 1997. Hasso Hofmann: Einführung in die Staats- und Rechtsphilosophie. Darmstadt 2000. Josef Isensee: Das Volk als Grund der Verfassung. Mythos und Relevanz der Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt. Paderborn 1995.

წარმომადგენელია. მისი აზრით, *Pouvoir constituant* ხალხს ეკუთვნის. ის, რაც კონსტიტუციას ეხება, მხოლოდ ხალხის საქმეა. თუმცა, სინამდვილეში, სადამფუძნებლო ძალაუფლებას ხალხი უშუალოდ, იშვიათად ახროციელებს¹²⁸. აქიდან გამომდინარე, შეიძლება ეს კომპეტენცია სახელმწიფოს მეთაურს მიენიჭოს ან საჯარო მოხელეებს გადაეცეს. საბოლოოდ, პფიცერი მიიჩნევდა, რომ კონსტიტუცია, როგორც ხელშეკრულება, მხოლოდ მაშინაა იურიდიული ძალმოსილების, როცა ის მიღებულია ქვეშევრდომთა უმრავლესობით. კონსტიტუციური ხელშეკრულების მიღების დროს საბოლოო ინსტანციად ყოველთვის ხალხის ოუვიორ ცონსტიტუანტ რჩება.

კარლ როტეკი (*Karl Wenzeslaus Rodeckher von Rotteck* – 1775-1840)¹²⁹ კონცეფციის თავისებურება კონსტიტუციონალიზმის თეორიაში აღიარებულია. როტეკიც განსაკუთრებულ ხაზს უსვამს კონსტიტუციის დამფუძნებელი ძალაუფლების მნიშვნელობას. მისი აზრით, კონსტიტუცია საერთო ნების საფუძველზე აღმოცენდება. მისი თეორიის ორიგინალობა იმაში მდგომარეობს, რომ ის მონარქს, როგორც *Pouvoir constituant* „მოვალეობის შემსრულებელს“ აღიარებს. მონარქი კონსტიტუციას იღებს „საერთო ნების“ საფუძველზე¹³⁰. თუმცა როტეკი კონსტიტუციის წარმოშობას მმართველებსა და ხალხს შორის დადებული ხელშეკრულების სა-

¹²⁷ გერმანელი პოლიტიკოსი, იურისტი, ჟურნალისტი და ფილოსოფოსი. მისი შრომებიდან ჩვენთვის განსაკუთრებით საყურადღებოა: “Über die Entwicklung des öffentlichen Rechts in Deutschland durch die Verfassung des Bundes”, 1835. “Gedanken über Recht, Staat und Kirche”, 1842.

¹²⁸ Hisao Kuriko, Über den gedanken des Verfassungsvertrags in der Geschichte der deutschen Verfassungstheorie, in: Öffentliches Recht im offenen Staat, Festschrift für Reiner Wahl zum 70. Geburtstag. Hrsg. von Ivo Appel, Georg Hermes, Christoph Schönberger, Berlin, 2011. S. 137.

¹²⁹ გერმანელი ისტორიკოსი, სახელმწიფო სამართლის მეცნიერი და ლიბერალი პოლიტიკოსი. მისი შრომა “Charte” მოცემულია მის მიერ გამოცემულ ლექსიკონში - Staats-Lexikon. 1. Auflage 1839, 2. Auflage 1847, Hrsg. Rotteck/Welcker. ასევე: Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften. 4 Bände. 1840.

¹³⁰ Hisao Kuriko, Über den gedanken des Verfassungsvertrags in der Geschichte der deutschen Verfassungstheorie, in: Öffentliches Recht im offenen Staat, Festschrift für Reiner Wahl zum 70. Geburtstag. Hrsg. von Ivo Appel, Georg Hermes, Christoph Schönberger, Berlin, 2011. S. 141.

ფუძველზეც უშვებს. კონსტიტუციაში ცვლილებების უფლება შეიძლება განხორციელდეს, ნაწილობრივ, საკანონმდებლო და, ნაწილობრივ, სახელმეკრულებო გზით.

იოჰან კასპარ ბლუნტშლის (*Johann Kaspar Bluntschli* – 1808-1881)¹³¹ მიხედვით, კონსტიტუციციის დამფუძნებელი ძალაუფლება (*Pouvoir constituant*) ესაა უფლება, როდესაც ის თავის „სახელმწიფოებრივ ყოფიერებას“ თვითონ განსაზღვრავს და საჭიროებისამებრ ცვლის. ასეთი ძალაუფლება ეკუთვნის ხალხს.¹³² ხალხი „პოლიტიკურად სტრუქტურებული მთლიანობაა“, სადაც უმაღლეს ხელისუფლებას და მის ცალკეულ წევრებს მათი ბუნების შესაბამისი პოზიცია და ამოცანები აქვთ. აქედან გამომდინარე, *Pouvoir constituant*-ს ერთობლივად სახელმწიფოს მეთაური და ხალხი ახორციელებს.

გეორგ ელინეკს (*Georg Jellinek* – 1851-1911) თავისი მოსაზრებები კონსტიტუციის სახელმეკრულებო ბუნებაზე გამოთქმული აქვს ცნობილ ნაშრომში „სახელმწიფოს ზოგადი მოძღვრება“¹³³. ელინეკთან შუასაუკუნეების კონსტიტუციურ დოკუმენტებს ხელმეკრულების შინაარსი ჰქონდათ და არა კანონების¹³⁴. მისი აზრით, ამ დროს კანონები იშვიათად მიიღებოდა. ხელმეკრულებები საჭიროებდნენ წერილობით ფიქსაციას (*Ad perpetuam rei memoriam*)¹³⁵. თუმცა ის, ასევე, აღიარებს ხელმეკრულებას, როგორც ლეგეს ფუნდამენტალეს. ელინეკისათვის ძველი და, ამავე დროს, კლასიკური ხელმეკრულებების ნიმუშებია 1620 წლის 11 ნოემბრის „მეუფლოუერის შეთანხმება“, მასაჩუსეტსიდან ემიგრირებული პურიტანების მიერ 1639 წელს შექმნილი „ფუნდამენტური ბრძანება“ (*Fundamental Orders of Connecticut*), 1647 წლის ინგლისის „სახალხო

¹³¹ სამართლის შვიცარიელი მეცნიერი და პოლიტიკოსი. განსაკუთრებით საყურადღებოა მისი შრომები სახელმწიფო სამართლის დარგში. მაგალითად: „Allgemeines Staatsrecht“. München 1852. „Allgemeine Staatslehre“. Stuttgart, 1875. „Geschichte der neueren Staatswissenschaft“. München 1881.

¹³² Hisao Kuriko, Über den gedanken des Verfassungsvertrags in der Geschichte der deutschen Verfassungstheorie, in: Öffentliches Recht im offenen Staat, Festschrift für Reiner Wahl zum 70. Geburtstag. Hrsg. von Ivo Appel, Georg Hermes, Christoph Schönberger, Berlin, 2011. S. 142.

¹³³ Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, Berlin, 1922.

¹³⁴ იქვე, 507.

¹³⁵ იქვე, 508.

ხელშეკრულება¹³⁶ (*Agreement of the People*)¹³⁷. ეს ხელშეკრულებები მისთვის სახელმწიფოს კონსტიტუციებია. ელინეკთან, ძირითადი კანონი, სინამდვილეში, სახელმწიფოს დამფუძნებელი ხელშეკრულების იდენტურია¹³⁸. ის აღიარებს ოქტროირებულ და შეთანხმების საფუძველზე წარმოშობილ კონსტიტუციებს (მონარქსა და ნოდებებს შორის არსებული ხელშეკრულება). ელინეკთან უკვე „თანამედროვე სახელმწიფოში“ კონსტიტუციის დამდგენი სუბიექტები ერთობლივად ხელისუფლება და ხალხია. ცალმხრივად მათ ეს არ ძალუძთ¹³⁹.

მეოცე საუკუნის დასაწყისში, ერთერთი პირველი ვინც, კონსტიტუციის ცნების სახელშეკრულებო კონცეფცია განავითარა, იყო ჰანს კელზენი¹⁴⁰ (*Hans Kelsen - 1881–1973*). კელზენთან „ძირითადი ნორმა“ ხელშეკრულებაა, რომლის მოქმედების ნორმატიული საფუძველი „ინდივიდუალური ნებაა“. სახელმწიფოებრივი წესრიგი ხელშეკრულებას ემყარება¹⁴¹. კელზენი აღნიშნავს, რომ ჩვეულებრივ „კანონმდებელი ძალაუფლება“ განსხვავდება „კონსტიტუციის დამფუძნებელი ძალაუფლებისაგან“. ეს უკანასკნელი შეიძლება იყოს წარმოდგენილი, როგორც არჩეული „დამფუძნებელი“ პარლამენტი ან სახალხო კრება ან უშუალოდ ხალხის მიერ ხმის მიცემის (*Volksabsimmung*) საშუალებით. კონსტიტუციის დამფუძნებელი ძალაუფლება მისთვის „კვალიფიციური და სფეციფიკური ძალაუფლებაა“¹⁴².

დასკვნა

წინამდებარე პუბლიკაცია ორ მთავარ თემას წარმოაჩენს. ერთი მხრივ, შუასაუკუნეების პერიოდის ტენდენციას კონსტიტუციის ცნების შესახებ და, მეორე მხრივ, კონსტიტუციის ლეგიტიმაციას.

¹³⁶ სწორედ ეს ძირითადი ხელშეკრულება ითვალისწინებდა განსხვავებას ფუნდამენტურ და არაფუნდამენტურ პრინციპებს შორის.

¹³⁷ Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1922, S. 510.

¹³⁸ იქვე, 512.

¹³⁹ იქვე, 531.

¹⁴⁰ სამართლის ავსტრიელი თეორეტიკოსი, სამართლის „ნმინდა თეორიის“ ფუძემდებელი.

¹⁴¹ Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, S. 250.

¹⁴² იქვე, 253.

კონსტიტუციის ცნების სახელშეკრულებო კონცეფცია თეორიული მსჯელობისა და მეცნიერული განხილვის საგანი იყო მომიჯნავე ინტერდისციპლინური დარგებისათვის. ამ საკითხს იკვლევდნენ ძველი ბუნებითი სამართლის თეორიის, სახელმწიფოს ზოგადი თეორიისა და პოლიტიკური ფილოსოფიის ჭრილში. კონსტიტუციის ცნების განმარტება დღემდე რჩება კონსტიტუციონალიზმის თანამედროვე თეორიაში მნიშვნელოვან პრობლემად. შეიძლება ითქვას, რომ მე-17 და მე-19 საუკუნების კონსტიტუციური საკითხებისადმი მიძღვნილი შრომები განსაკუთრებულ ყურადღებას აქცევდნენ კონსტიტუციის ცნებას. კონსტიტუცია, ძირითადად, აღქმული იყო, როგორც არა იმდენად ნორმატიული დოკუმენტი, არამედ, უფრო მეტად, სუბიექტთა კომპრომისის შედეგი. კონსტიტუციას მოიაზრებდნენ არა როგორც ხელისუფლების შემზღვეველ სამართლებრივ მექანიზმს, არამედ, როგორც სუბიექტთა პოლიტიკური „ნების გამოხატულებას“. ამგვარი ტენდენციის უმთავრესი საფუძველი იყო საზოგადოებრივი ხელშეკრულება, რომელიც იმ პერიოდის დასავლეთში კვლევადიების განსაკუთრებული საგანი იყო და დიდი პოპულარობით სარგებლობდა. კონსტიტუციის სახელშეკრულებო კონცეფციის შესახებ „ძველი“ თეორია დღემდე ინარჩუნებს არსებობას: კონსტიტუცია სახელმწიფოსა და საზოგადოებას შორის დადებული ხელშეკრულებაა.

ხელშეკრულება არამხოლოდ კონსტიტუციის ცნების შინაარსს განსაზღვრავდა, არამედ იგი მისი „ლეგიტიმაციის“ წინაპირობა იყო. კონსტიტუციონალიზმის ისტორიის ეს მონაკვეთი გვიჩვენებს ერთ რამეს: ბრძოლას კონსტიტუციური სუვერენიტეტისათვის - ჯერ, მონარქსა და დიდგვაროვნებს (წოდებებს) და, შემდგომ, მონარქსა და ხალხს შორის. ეს ბრძოლა კი, საბოლოოდ, ხალხის სუვერენიტეტის გამარჯვებით დასრულდა. თუმცა, კაცობრიობას დიდი დრო დასჭირდა იმისათვის, რომ კონსტიტუციის წმინდა „სახელშეკრულებო ლეგიტიმაციისთვის“ თავი დაეღწია. სიეისიდან მოყოლებული მე-19 საუკუნემდე პოლიტიკურ ფილოსოფიაში და სახელმწიფოთმცოდნეობაში „სუვერენიტეტის“ ცნება მეცნიერული კვლევის ქვაკუთხედს წარმოადგენდა. ხელშეკრულების საფუძველზე ლეგიტიმაციის კონცეფციამ თავისი აქტუალობა დაკარგა. ძირითადი კანონი, უმეტესწილად, არ აღიქმებოდა, როგორც მეფესა და დიდგვაროვნებს შორის შეთანხმების საგანი. თე-

ორეტიკოსთა დიდი ნაწილი აღიარებდა, რომ კონსტიტუციის დამდგენი სუბიექტი მხოლოდ ხალხია, როგორც სრული სუვერენიტეტის მატარებელი. კონსტიტუციის ლეგიტიმაციის ფორმა შეიცვლა *Pouvoir constituant*-ით. ამით დასრულდა „დეულისტური“ სუვერენიტეტის ეპოქა.