

სამოსამართლო თვითშეზღუდვის აღმასვლა და დაცემა***რიჩარდ ა. პოზნერი****ინგლისურიდან თარგმნა ივა ხავთასმა****

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

შესავალი

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

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

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

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

I. „სამოსამართლო შეზღუდულობის“ ცნების განსაზღვრა

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. ტაიერის მოძღვრება სამოსამართლო შეზღუდულობის შესახებ

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ტაიერის შეფასების ტესტი „არ არსებობდეს გონივრული ეჭვი“ (ან სხვა სიტყვებით რომ ითქვას, არაგონივრული განსხვავებით, უბრალოდ ნავარაუდევი მცდარისგან), რომელიც მან განავითარა ნაფიც მსაჯულთა ვერდიქტის მიხედვით მიღებული გადაწყვეტილების გადასინჯვის სტანდარტიდან, ⁸ მიუთითებს პირველი (1) და მესამე (3) კატეგორიების თვითშეზღუდვას შორის არსებულ დაძაბულობაზე. მოსამართლეებს, რომლებიც კანონს მიიჩნევდნენ არაკონსტიტუციურად, მაგრამ არ იყვნენ თავიანთ სისწორეში დარწმუნებულნი, ტაიერის ფორმულა ავალდებულებდათ კანონისთვის მხარდაჭერას და ეს იქნებოდა ისეთი ნორმისთვის მხარდაჭერა, რომლის არაკანონიერებასაც ისინი არა უეჭველად, თუმცა იაზრებდნენ ⁹. პირველი კატეგორიის (1) (კანონმა გამაკეთებინა ასე) შეზღუდვის მხარდამჭერები, დაგმოვდნენ ნორმას იმ თვითრწმენით, რომ მათი მოვალეობა იყო კანონის ისე შეფასება, როგორც მათ ესმოდათ ეს, მაშინაც კი, როდესაც თავიანთი მიხედ-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹³ Thayer *supra* 5, გვ. 135.

¹⁴ იქვე, გვ. 156.

ნონმდებლობის სასამართლო კონტროლი] განსახორციელებლად გავრცელებული, სამწუხაროდ, დღეს ძალიან სპირიტუალური, და მარტივი საშუალების მიდრეკილებაა, მინიმუმამდე დაიყვანოს ხალხის პოლიტიკური უნარიანობა და მოაკვდინოს ამ უკანასკნელის მორალურ ვალდებულებად გააზრება. რაც ვერ იქნება უბრალო საქმე¹⁵. ეს შეგვიძლია შევადაროთ საქმის არსებითად განმხილველი სასამართლოს მიერ გამოკვეთული მტკიცებულებების სააპელაციო წესით სუსტი (მინდობითი) კონტროლის ტრადიციულ არგუმენტს: მოსამართლეებს ასტიმულირებს, რომ იყვნენ მეტად გონიერნი. ანალოგია არასრულყოფილია იმდენად, რამდენადაც საქმის არსებითად განმხილველი სასამართლოს მიერ დადგენილ წმინდად იურიდიულ საკითხებზე სააპელაციო კონტროლი შეუზღუდავია.¹⁶

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

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

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

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

III. ტაიერის მემკვიდრეები

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

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

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

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

A. ჰოლმსი (1902-1932)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁶ 274 U.S. 200, 207 (1927).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. ბრანდაისი (1916-1939)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C. ფრანკფურტერი (1939-1962)

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

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

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

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

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

³⁹ იქვე.

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

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

D. ბიკელი (1956–1974)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁷ იქვე, გვ. 58–64

⁴⁸ 381 U.S. 479 (1965).

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

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

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

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

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

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

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

IV. ტაიერისეული ტრადიციის დასასრული და საკონსტიტუციო თეორიის განვითარება

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

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

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

⁵³ 410 U.S. 113 (1973).

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

ტერმინები – „სამოსამართლო შეზღუდულობა“ და „სამოსამართლო თვითშეზღუდვა“ შენარჩუნდა, მაგრამ როგორც გაურკვეველი მანევრირებადი ქათინაურები; „სამოსამართლო აქტივიზმი“ კი – როგორც ბუნდოვანი ლანძღვა.⁵⁴ მათი თავდაპირველი მნიშვნელობები დიდი ხანია დაიკარგა. ტაიერის მიმდევარი პროფესორები ცოტანი შემორჩნენ⁵⁵ და შეზღუდულობის მქადაგებლებიც თანამედროვე უმაღლეს სასამართლოში აღარ მოიძებნებიან.⁵⁶ სამოსამართლო შეზღუდვის (ტაიერისეული მოძღვრების პერსპექტივიდან არასრულყოფილად) უკანასკნელი განმახორციელებელი მოსამართლე უმაღლეს სასამართლოში გახლდათ ჯონ ჰარლან

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

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

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

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

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

A. ტაიერისეული დოქტრინის ორი თანამედროვე მიმდევარი

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

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

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

კრატის მცველმა სამოსამართლო აქტივიზმმა იმარჯვა დემოკრატიის პატივისმცემელ სამოსამართლო თვითშეზღუდვაზე.

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

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

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

3. გაითვალისწინოს ნორმის განმარტების საერთო სამართლისეული პრინციპები.

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

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

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

⁵⁹ Wallace, *supra* 57, გვ. 9.

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

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

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

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

⁶² იხ., იქვე, გვ. 307-09, 318-20.

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

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

B. საკონსტიტუციო თეორიის განვითარება

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷⁰ WILKINSON, *supra* 63, გვ. 1.

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

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

სასამართლოში არ არიან – ტაიერიზმის არცერთი მიმდევარი სასამართლოში, წერტილი.

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

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

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

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

V. სამართლებრივი პრაგმატიზმის პრინციპები

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

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

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

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

⁷² Luban, *supra* 16, გვ. 459.

⁷³ Kramer, *supra* 6, გვ. 624.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷⁸ იხ., FIELD, supra 76, გვ. 121.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸⁷ იქვე.

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

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

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

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

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

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

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

⁹¹ POSNER, *supra* 11, გვ. 288.

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

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

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

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

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

⁹³ POSNER, *supra* 11, გვ. 288-89.

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

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

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

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

⁹⁵ იქვე., გვ. 173.

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

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

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

VI. განმარტება ტაიერისეული მოძღვრების დასასრულზე

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

⁹⁸ იხ., Brewer, *supra* 29.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰⁶ Huq, *supra* 102, გვ. 586-87.

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

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

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

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

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

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

¹⁰⁸ იქვე, გვ. 64 (უმრავლესობის პოზიცია).

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

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

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

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

VII. სამოსამართლო შეზღუდულობის ემპირიული ანალიზი

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

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

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

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

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

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

ყოველ კატეგორიაში მოსამართლეების დაჯგუფებისას გამოვლენილმა გადაკვეთის წერტილებმა¹¹¹ შესაძლებელი გახადა რეინქუისტის, ფრანკფურტერის, ბურგერისა და სკალიას კვლევის ნახევარ საუკუნოვან პერიოდში ყველაზე თავდაჭერილ, ხოლო დაგლასის, ბრენანის, ბლეკისა და მარშალის ყველაზე აქტივისტ მოსამართლეებად იდენტიფიცირება. თქმა არ უნდა, უკანასკნელი ოთხი უორენის სასამართლოს გამოჩენილი წევრები იყვნენ და მათთვის განსაკუთრებით დამახასიათებელი იყო აქტივიზმი. რობერტსის ხელმძღვანელობით უმაღლესი სასამართლო კი კონსერვატიული აქტივიზმის ნიმუშია, თუმცა ზედმეტად ახალგაზრდა იყო იმისთვის, რომ კვლევაში მიმოეხილათ.

თუმცა რეალურად რას გვეუბნება ეს მონაცემები უმაღლეს სასამართლოში მოსამართლეთა ტაიერისეული პრინციპებისადმი ერთგულებაზე? უორენის სასამართლოს აქტივისტები – რატომ არ ვუნოდებთ მათ ლიბერალებს? სამოსამართლო შეზღუდულობის დამცველების შემთხვევაში, რატომ არ დავარქმევთ მათ კონსერვატორებს (თუმცა ფრანკფურტერის შემთხვევაში, ასე გადაჭრით ვერ მოვიტყევით¹¹²), რამეთუ ისინი არსებითად კმაყოფილნი არიან ფედერალური და შტატებში არსებული კანონმდებლობითა და კონსერვატორი პრეზიდენტების აღმასრულებელი საქმიანობით?¹¹³

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

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

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

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

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

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

¹¹⁵ იქვე, გვ. 136, ილუსტრაცია 19.

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

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

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

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

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

დასკვნა

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹²⁰ 347 U.S. 497, 499 (1954).

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

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

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

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

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

თუმცა ეს ისედაც იცოდით.

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

THE RISE AND FALL OF JUDICIAL SELF-RESTRAINT

Richard A. Posner

Translated by Iva Khavtasi*

Abstract

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

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

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

რიჩარდ ა. პოზნერი

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