

პირსპექტივა

Clausula rebus sic stantibus, დინამიკა და სტატიკა სამართალში

გიორგი გომიასვილი*

1. ყოველგვარი იურიდიული სისტემა თავისი ბუნებით მოითხოვს სტატიკურობას. ობიექტური სამართლის ნორმები იქმნება იმისათვის, რათა განამტკიცოს საზოგადოებრივ ურთიერთობათა ცნობილი წესრიგი. ცხოვრებისეული მოვლენები კი, პირიქით, დინამიკურია და ბოლომდე ვერასოდეს თავსდება რაიმე ნორმების რაციონალურ სქემებში. ეს შეუსაბამობა სამართლებრივ სისტემათა სტატიკურობასა და სამართალურ ურთიერთობათა დინამიკურობას შორის განსაკუთრებით მკვეთრად იგრძნობა დიდი საზოგადოებრივი კატაკლიზმების დროს. ყოველგვარი სამართლებრივი დებულება გათვლილია ცნობილ ფაქტობრივ მდგომარეობაზე, იგი იქმნება იმის წარმოდგენით, რომ მოვლენათა განვითარება მეტ-ნაკლებად წარიმართება სწორედ ამ რომელიმე განსაზღვრული და მოსალოდნელი სახით. ამიტომ ყოველგვარი სამართლებრივი დებულებისათვის დამახასიათებელია დათქმა შეცვლილი გარემოებების შესახებ – *clausula rebus sic stantibus*. თუ გარემოებები, რომლებზეც გათვლილია სამართლებრივი ნორმა, მნიშვნელოვნად შეიცვლება, მაშინ ის ხშირად კარგავს აზრს და მისი ზედმიწევნით დაცვა სრულიად არ მიგვიყვანს იმ შედეგებთან, რა მიზნისთვისაც იგი შეიქმნა.

2. დრომ გვიჩვენა, რომ მნიშვნელოვანი საზოგადოებრივ-პოლიტიკური კატაკლიზმების დროს ფორმალურ-იურიდიული მეთოდი დიდი მოწონებითა და პატივისცემით არ სარგებლობს.

ყოველი ცალკეული კონკრეტული შემთხვევის ინდივიდუალური თავისებურებების გამო, იმის გამო, რომ შეუძლებელია, რაციონალური სამართლებრივი ნორმებით მოიცვა ცხოვრებისეული ურთიერთობების ირაციონალური ნაკადი, აუცილებელია, მტკიცედ დავაკავშიროთ მოსამართლეები არა ფორმალური სამართლის ვიწრო ჩარჩოებთან, არამედ საჭიროა, მივცეთ მათ შესაძლებლობა, განიხილონ ყოველი შემთხვევა არსებითად, ე.ი. ნება დავართოთ, თავისუფლად შეაფასონ მოვლენები. იურიდიული მოვლენების სოციალური ცვლილებების მოწყვეტით შეფასება მთლიანად დაგვაშორებდა რეალობას, მაგრამ ასევე შეუძლებელია სამართლებრივი ნორმატიული მიდგომის შეცვლა წმინდა სოციოლოგიურით, ვინაიდან ეს ნიშნავს ყოველგვარ იურიდიულ გაფორმებაზე უარის თქმას. შეუძლებელია ცხოვრებისეული ცვლილებების ბოლომდე რაციონალიზაცია, მაგრამ ასევე შეუძლებელია მათი ყოველგვარ იურიდიულ რაციონალიზაციაზე უარის თქმა. ორივე მიმდინარეობა შეიცავს თავისებურ სიმართლესა და დასაბუთებას.

3. თითოეული ადამიანის მოთხოვნაა, პირველ რიგში, მართლწესრიგის განსაზღვრულობა, მეორე – მისი სტაბილურობა და მდგრადობა. წინასწარ უნდა იყოს მისთვის ცნობილი, რა შეასრულოს და როგორ შეასრულოს. ეს აუცილებელია იმისათვის, რათა ინდივიდს ჰქონდეს ნათელი წარმოდგენა საკუთარ უფლება-მოვალეობებსა და, ზოგადად, თავის ადგილზე მთლიან სახელმწიფო ორგანიზმში. სწორედ ადამიანის ეს ინტერესი სავალდებულო ნორმათა წინასწარ განსაზღვრულობისა და მათი სიმტკიცის შესახებ გახდა მსოფლიო ისტორიაში სამართლის ერთ-ერთი უპირველესი წერილობითი წყაროს შექმნის მიზეზი – *Leges XII tabularum*.

* იურიდიულ მეცნიერებათა კანდიდატი.

XII ტაბულის კოდექსის ისტორია შემდეგია: პატრიციების მიმართ პლებების უკმაყოფილების ერთ-ერთი მიზეზი რესპუბლიკის ჩამოყალიბების პირველ ხანებში იყო მოქმედი ჩვეულებითი სამართლის გაურკვევლობა. სამართლის გამოყენება პატრიციელი მაგისტრატების ხელში იყო და სამართლის გაურკვევლობა იძლეოდა შესაძლებლობას, ამ უკანასკნელთა მხრიდან მისი ბოროტად გამოყენებისათვის. ამიტომ პირველი მოთხოვნა პლებებისა იყო, დაენესებინათ მოქმედი სამართალი ნათელი წერილობითი კანონების ფორმით. ამ მიზნით ჯერ კიდევ 462 წელს ქრისტეს დაბადებამდე პლებების ტრიბუნმა არსა ტრენტილმა შეიტანა პროექტი წერილობითი კოდექსის შესაქმნელად კომისიის დანიშვნისათვის. XII ტაბულის კანონი ძირძველი რომაული ჩვეულებებისაგან შედგებოდა. დეცემვირებმა სავარაუდოდ მოახდინეს მათი ფორმულირება და კოდიფიცირება, საერთო სიცხადისა და გარკვეულობისათვის მასში მხოლოდ იშვიათ შემთხვევაში ახდენდნენ ახლის შეტანას. სავალდებულო წესების წერილობითი ფორმულირების ტექნიკამ იმდენად გაამართლა, რომ XII ტაბულის კანონების საფუძველზე განვითარდა შემდეგში ეროვნულ-რომაული ნორმების სისტემა – *Jus civile*. ცივილური სამართლის განვითარება მოხდა ორი გზით: ახალი კანონმდებლობითა და XII ტაბულის პრაქტიკული განმარტებებით – *interpretation*. ამას აკეთებდნენ პონტიფიკები, პირველი იურისტები და სამართლის პირველი კომენტატორები. მათი როლი იზრდებოდა იმითაც რომ, რომაული ტრადიციების თანახმად, კანონი მიღებული ან უარყოფილი უნდა ყოფილიყო მთლიანად, ყოველგვარი შესწორებების გარეშე. კანონის მუდმივ ცვლილებებთან შედარებით, უპირატესობა ენიჭებოდა მის ახლებურ განმარტებასა და გამოყენებას.

4. დასავლეთ ევროპაში სამართლის უნივერსალური გაგების მიზნით დაიწყო სტატიკურ-დოგმატიკური და დინამიკურ-ტელეოლოგიური მიმდინარეობების შერწყმა.

სამართლის ნორმატიულ, სტატიკურ სისტემაში საჭიროა შეტანილ იქნეს დინამიკური ელემენტი, შევქმნათ მასში „სასულე“, რომლის გავლითაც ახალი ცხოვრებისეული ურთიერთობები „ჩაისხმება“ იურიდიულ ფორმებში. ასეთი სასულე სამართლისათვის არის დათქმა *rebus sic stantibus*. ესაა დინამიკურობის პრინციპი სამართლის სისტემაში, რაციონალური ცნება ირაციონალურის შესახებ, რომელიც აცოცხლებს სამართალს და აახლოებს მას ცვლილებების შედეგად დამდგარ რეალობებთან.

კერძო სამართალს ამ ტიპის პრობლემათა დასაძლევად არსენალში აქვს რამდენიმე მექანიზმი: მაგ., პრეზუმფცია „შესრულებისაგან გათავისუფლების“ ან „პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლების“ შესახებ; უფრო მეტად ადგილი დაიმკვიდრა ფრანგული „ფორსმაჟორის“ (*force majeure*) ცნებამ, თუმცა ეს არ გულისხმობს მაინცდამაინც ფრანგულ ფორსმაჟორს ან სხვა ნაციონალურ დოქტრინას. ინგლისურ სამართალში ამ ინსტიტუტმა მიიღო უფრო ხატოვანი სახელწოდება – *Acts of God and Kings enemies* (უზენაესი ღმერთისა და მეფის მტერთა ქმედებანი).

5. ნებისმიერი კონტრაქტი მხარეს აკისრებს დანაპირების შესრულების ვალდებულებას. მიმწოდებლებსა და მომხმარებლებს სამოქალაქო კონტრაქტები სურთ იხილონ წარმატებით შესრულებული, მაგრამ გარეშე გარემოებებს შეუძლია გახადოს შესრულება შეუძლებელი ან მთლიანად შეცვალოს მხარეთა ფინანსური ანგარიშები. შესაბამისი დათქმები მოწოდებულია, დაგვეხმაროს იმ ზიანის მინიმიზაციაში, რომელიც შეიძლება გამოიწვიოს მითითებულმა გარემოებებმა. ტიპური დათქმა ფორსმაჟორზე ითვალისწინებს პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლების საფუძვლებს იმ შემთხვევებისათვის, როდესაც შესრულება ხდება ფაქტობრივად შეუძლებელი. ამისაგან განსხვავებით, კლაუზულა *rebus sic stantibus* – გარემოებების არსებითი შეცვლის შესახებ გამოიყენება, როდესაც პირობები იცვლება იმდენად, რომ შესრულება, მართალია, არ არის შეუძლებელი, მაგრამ მხარისათვის ეს უკიდურესად მძიმეა. ასეთი დათქმების არსებობა აუცილებელია განსაკუთრებით ფართომასშტაბიანი და

გრძელვადიანი კონტრაქტებისათვის, რომელთა რეალიზაციის პერიოდში ეკონომიკური, პოლიტიკური და ფაქტობრივი პირობები შესაძლოა ძირეულად შეიცვალოს და მათ გახადონ პროექტი განუხორციელებელი. ამ პრობლემის დაძლევის მიზნით, კერძო სამართლის არსენალშია მხარეების მიერ კონტრაქტების შედგენასთან დაკავშირებული ორი ფორმალური ვარიანტი: პირველი მათგანი ამოდის პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლების პირობებიდან, ფორსმაჟორული დათქმა მხარეს ათავისუფლებს სახელშეკრულებო სანქციებისაგან, ინვესტის შესრულების შეჩერებასა და კონტრაქტის შეწყვეტას.

მეორე – *Clausula rebus sic stantibus* – დათქმა შეცვლილი გარემოებებისას – ითვალისწინებს მოლაპარაკებათა გამართვას კონტრაქტის ადაპტაციისათვის, კონტრაქტის პირობების გადახედვას იმგვარად, რომ შესრულების გაგრძელება შესაძლებელი გახდეს.

საერთაშორისო სავაჭრო პალატამ ორივე კლავზულის არსებობა დაადასტურა და მისი რეალიზაცია მნიშვნელოვნად მიიჩნია ნებისმიერი ნაციონალური სამართლებრივი სისტემისათვის. ამ ორგანიზაციის დასკვნით, საერთაშორისო კონტრაქტებში კლავზულა შესაძლებელია უშუალოდ აისახოს, ან მოხდეს ზოგადად მასზე მითითება.

6. საერთაშორისო სავაჭრო პალატამ შეიმუშავა სამოდელო საფუძვლები, რომელთა მიხედვით, მხარეს არ დაეკისრება პასუხისმგებლობა თავისი რომელიმე ვალდებულების შეუსრულებლობისათვის, თუ ის დაამტკიცებს, რომ:

- ასეთი შესრულება გამოიწვია მისი კონტროლის მიღმა არსებულმა წინააღმდეგობებმა;
- მისგან შეუძლებელი იყო კონტრაქტის დადებისას ამ გარემოებების ან მისი შედეგების გონივრული განჭვრეტა და გათვალისწინება;
- მას არ შეეძლო, თვითონ აეცილებინა ან დაეძლია ასეთი წინააღმდეგობები, ან, უკიდურეს შემთხვევაში, მისი შედეგები.

ასეთი წინააღმდეგობანი შეიძლება წარმოშვას შემდეგმა მოვლენებმა (მათი ჩამონათვალი არ არის ამომწურავი):

- ა) საერთაშორისო და სამოქალაქო ომები, არეულობანი და რევოლუციები, მეკობრეობა და საბოტაჟი;
- ბ) სტიქიური უბედურებები, ქარიშხალი და ციკლონები, მიწისძვრები, ცუნამი, წყალდიდობები, ნგრევები;
- გ) აფეთქებები, ხანძრები, ფაბრიკებისა და ქარხნების განადგურება;
- დ) ბოიკოტი, გაფიცვები, ლოკაუტი ნებისმიერი ფორმით, სამუშაოთა შეყოვნება და შეჩერება, რაც აღინიშნება იმ მხარის საწარმოში, რომელიც ითხოვს პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლებას;

ე) ხელისუფლების მოქმედებანი, კანონიერი თუ უკანონო, რომლებიც აფერხებს მხარის მიერ კონტრაქტით აღებული ვალდებულებების შესრულებას, გარდა იმ შემთხვევებისა, თუ მხარემ წინასწარ თავის თავზე აიღო ასეთი რისკი.

თუ კონტრაქტით სხვა რამ არ არის გათვალისწინებული, ფორსმაჟორულ წინააღმდეგობებში არ შედის ნებართვის, ლიცენზიის ან გასასვლელი ვიზის არქონა ან კონტრაქტის შესრულებისათვის აუცილებელი ნებართვის არარსებობა, რომელიც იმ მხარის სახელმწიფო ორგანოების მიერ უნდა იქნეს გაცემული, რომელსაც პრეტენზია აქვს პასუხისმგებლობისაგან გათავისუფლებაზე. საერთაშორისო სავაჭრო პალატის პრაქტიკით, ამ შემთხვევებში ფორსმაჟორი არ გამოიყენება.

7. ზოგიერთ შემთხვევაში ვალდებულების შესრულება ფიზიკურად ან იურიდიულად მხარის ნებისაგან დამოუკიდებლად შეიძლება გახდეს შეუძლებელი. მაგ., თუ მიწისძვრის შედეგად დაინგრა ფაბრიკა, სადაც ხდებოდა საქონლის წარმოება და ნაკისრ ვადებში ვალდებულების შესრულება ხდება ფიზიკურად შეუძლებელი, ან, თუ კონტრაქტის დადების შემდეგ მიიღება დადგენილება ექსპორტის აკრძალვის შესახებ, ამ შემთხვევაში შესრულება იურიდიულადაც

ხდება შეუძლებელი. ამგვარი შემთხვევები შეიძლება გაერთიანდეს ერთ ზოგად – შეუძლებლობის ანუ ფორსმაჟორის – ცნებაში.

ფორსმაჟორისაგან განსხვავებით, ზოგჯერ ვალდებულების შესასრულებლად აუცილებელი ხდება დაძლეულ იქნეს წარმოშობილი წინააღმდეგობანი, რაც დამატებით ტვირთს აკისრებს ერთ-ერთ მხარეს. მაგ., გრძელვადიანი კონტრაქტისას ნავთობის მიწოდება ფიქსირებული ფასებით ფინანსური თვალსაზრისით გამანადგურებელი ხდება მიმწოდებლისათვის, ფასების არაერთგზისი მომატების გამო. ასეთ გარემოებებში მხარეს შეუძლია მიუთითოს გარემოებათა არსებით შეცვლაზე (*hardship*), როგორც სამოქალაქო ბრუნვაში შეუსრულებლობის გამამართლებელ საფუძველზე, ვინაიდან სახეზეა ეკვივალენტურობის პრინციპის დარღვევა.

8. საქართველოს სამოქალაქო კოდექსის 398-ე მუხლი ითვალისწინებს ხელშეკრულების მისადაგებას შეცვლილი გარემოებებისადმი:

„1) თუ ის გარემოებები, რომლებიც ხელშეკრულების დადების საფუძველი გახდა, ხელშეკრულების დადების შემდეგ აშკარად შეიცვალა და შეცვლილ ვითარებაში მხარეები არ დადებდნენ ამ ხელშეკრულებას ან დადებდნენ სხვა შინაარსით, ამ ცვლილებათა გათვალისწინებით, მაშინ შეიძლება მოთხოვნილ იქნეს ხელშეკრულების მისადაგება შეცვლილი გარემოებებისადმი. წინააღმდეგ შემთხვევაში, ცალკეულ გარემოებათა გათვალისწინებით, ხელშეკრულების მხარეს არ შეიძლება მოეთხოვოს შეუცვლელი ხელშეკრულების მკაცრად დაცვა.

2) გარემოებათა შეცვლას უთანაბრდება, როცა წარმოდგენები, რომლებიც ხელშეკრულების საფუძველი გახდა, არასწორი აღმოჩნდა.

3) მხარეები ჯერ უნდა შეეცადონ, რომ ხელშეკრულება მიუსადაგონ შეცვლილ გარემოებებს. თუკი ეს შეუძლებელია, ან მეორე მხარე ამას არ ეთანხმება, მაშინ იმ მხარეს, რომლის ინტერესებიც დაირღვა, შეუძლია უარი თქვას ხელშეკრულებაზე“.

ამას გარდა, მეორე მნიშვნელოვანი მომენტი საქართველოს სამოქალაქო კოდექსში, ესაა სპეციალური ნორმა – უარი გრძელვადიან ვალდებულებით ურთიერთობებზე (399-ე მუხლი): ხელშეკრულების ნებისმიერ მხარეს შეუძლია, პატივსადები საფუძველიდან გამომდინარე, უარი თქვას გრძელვადიან ვალდებულებით ურთიერთობებზე ხელშეკრულების მოშლისათვის დაწესებული ვადის დაუცველად. პატივსადებია საფუძველი, როცა ხელშეკრულების მოშლელ მხარეს კონკრეტული ვითარების, მათ შორის დაუძლეველი ძალისა და ორმხრივი ინტერესების გათვალისწინებით, არ შეიძლება მოეთხოვოს სახელშეკრულებო ურთიერთობების გაგრძელება შეთანხმებული ვადის ან ხელშეკრულების მოშლისათვის დაწესებული ვადის გასვლამდე.

9. ჩვენი შეხედულებით, კერძო სამართალს უფრო მეტად გააჩნია დინამიკურობის რესურსი, ვიდრე საჯარო სამართალს, სადაც სტატიკა აღემატება დინამიკას. ეს მნიშვნელოვანწილად განპირობებულია იმითაც, რომ კერძო სამართალი აგებულია დისპოზიციური ნორმებით, ხოლო საჯარო სამართალი, პირიქით, იმპერატიული ნორმებით. მიუხედავად ასეთი უთანაბრობისა, უნდა ითქვას, რომ შეცვლილი საზოგადოებრივი ურთიერთობებისადმი მორგების აუცილებლობის პრობლემა სამართლის ორივე სფეროში არსებობს. საჯარო სამართალი შეცვლილი გარემოებების მორგებისადმი ფორმალური პრინციპების უქონლობის კომპენსირებას სამოსამართლო სამართლის განვითარებით შეეცადა.

ჩვენი აზრით კი, პირიქით, „სამოსამართლო სამართლის“ განვითარებას კიდევ უფრო მძლავრი ბიძგი მისცა სწორედ საჯარო სამართლის იმპერატიულობამ, მისი ნორმების სიმკაცრემ და სიმტკიცემ, ზუსტად განსაზღვრულობამ, ვიდრე კერძო სამართლის ელასტიურობამ. უნდა ვივარაუდოთ, რომ ამის გამო „სამოსამართლო სამართალი“ უფრო მეტად საჯარო სამართლის ნიაღში ჩაისახა.

საჯარო და კერძო სამართლის გამიჯვნის შესახებ თეორიათა მთელ ფეიერვერკს, შესაძლებელია დაემატოს კიდევ ერთი: კერძო სამართალში დინამიკურობის ბალანსი აღემატება სტატიკურობას, მაშინ როდესაც საჯარო სამართალში პირიქით, სტატიკურობა და აბსოლუტური განსაზღვრულობა მნიშვნელოვნად უსწრებს დინამიკურობას. კერძო სამართალს, საჯარო სამართალთან შედარებით, მეტი რესურსი აქვს, რათა მოერგოს შეცვლილ საზოგადოებრივ და სამართლებრივ ურთიერთობებს. მის არსენალში, დისკრეციული ნორმების გარდა, მოიპოვება მთლიანი ინსტიტუტები – *Force Majeure* და *Clausula rebus sic stantibus* – შეცვლილ გარემოებებთან მისადაგების შესახებ, ასევე პრეზუმფცია გრძელვადიანი კონტრაქტების დარღვევის შესახებ, რაც იძლევა შესაძლებლობას, პრობლემა დაეძლიოს საკანონმდებლო ცვლილებების გარეშე, მაშინ, როცა საჯარო სამართლის არსენალი, შეცვლილ ურთიერთობებთან მორგების საკითხსა და კანონიერი ინტერესების დაცვას შორის წარმოშობილ წინააღმდეგობათა თვალსაზრისით, გაცილებით მწირი და პრობლემურია. ამ კუთხით, შეიძლება ითქვას, რომ მისი პერმანენტული „ჩამორჩენილობის“ ხსნა ძირითადად „სამოსამართლო სამართლის“ კონცეფციაშია.

10. სამართლის „დინამიკურობის“ და „სტატიკურობის“ საკითხი არის არა ალტერნატივა, არამედ ამ ელემენტების სწორი შერწყმა. ორივე მათგანი აუცილებელია სამართლის ამოცანების გადაწყვეტისათვის: მოქნილობა და სიფართოვე – ისტორიული ცვლილებებისა და ცხოვრებისეული პირობების განსხვავებულობათა შედეგად წარმოშობილ მოთხოვნათა დასაკმაყოფილებლად; განსაზღვრულობის სავალდებულობა კი იმისათვის, რათა მასტაბილიზებული ზეგავლენის მეშვეობით შეიქმნას შედარებითი მუდმივობა, რომელსაც შეუძლია დაიცვას საზოგადოება მუდმივი, გაუთვალისწინებელი და უმართავი ცვლილებებისაგან. დასახული ამოცანების შესასრულებლად აუცილებელია ამ მომენტების შერწყმა. უცვლელია არ უნდა გახდეს დაბრკოლება იქ, სადაც აუცილებელია მანევრირება და წინსვლა, სხვაგვარად განვითარება გამოვა სამართლებრივი ნორმების ჩარჩოებიდან. დინამიკურობამ არ უნდა დაამციროს და მოსპოს მასტაბილიზებული ზეგავლენის ძალის მქონე განსაზღვრულობა, სხვაგვარად შეუსრულებელი დარჩება საზოგადოებრივი თანაარსებობის მართლწესრიგის საფუძვლების შექმნის ამოცანა. სამართლის ნორმების შეცვლის საკითხი დგება მხოლოდ იმ შემთხვევაში, როდესაც მათი სიფართოვისა და მოქნილობის ხარისხი უკვე აღარ გვაძლევს შესაძლებლობას, გავუმკლავდეთ დასახულ ამოცანას.

11. თანამედროვეობის ერთ-ერთი უდიდესი კონსტიტუციონალისტის, კონრად ჰესეს, შეფასებით, რაც უფრო ზუსტად და დეტალურად მოხდება კონსტიტუციის ობიექტური ნორმირება, მით უფრო ხშირად და სწრაფად დადგება კონსტიტუციის შეცვლის საჭიროება. „კონსტიტუციის ცვლილებებში“ უნდა იგულისხმებოდეს მხოლოდ კონსტიტუციის ტექსტის შეცვლა. „კონსტიტუციის დარღვევა“, ე.ი. ცალკეულ შემთხვევაში ტექსტისაგან გადახვევა, უნდა განვასხვავოთ „კონსტიტუციური გადახვევებისაგან“, რომლებშიც იგულისხმება არა ტექსტის შეცვლა, როგორც ასეთის, – ის რჩება უცვლელი, – არამედ კონკრეტიზაცია კონსტიტუციური ნორმებისა, რომელთაც ბევრი კონსტიტუციური დებულების სიფართოვისა და გახსნილობის თავისებურებით შეუძლია მიგვიყვანოს შეცვლილი გარემოებებისას განსხვავებულ შედეგებამდე და ამგვარი სახით ხელი შეუწყოს „გადახვევებს“.

კონსტიტუციის შეცვლის პრობლემა დგება იქ, სადაც იწურება შესაძლებლობები „კონსტიტუციური გადახვევებისა“. თუ კონსტიტუციური ცვლილებები გართულებულია, ხოლო გადახვევებისათვის არსებობს მხოლოდ შეზღუდული შესაძლებლობა, ამ შემთხვევაში შესაძლებელია ვილაპარაკოთ კონსტიტუციის სტატიკურობაზე; თუ, ამასთანავე, კონსტიტუციური ნორმის შინაარსი განსაზღვრულია ცალსახად, მაშინ კონსტიტუციისათვის რთულია შეასრულოს თავისი ამოცანები საზოგადოების ცხოვრების ისტორიული რეალობის ფარგლებში. უკეთესად როდია საქმე იმ შემთხვევაში, თუ კონსტიტუცია, რომლის გადახვევისთვისაც არსებობს მხოლოდ შეზღუდული შესაძლებლობა, შესაძლებელია, ნებისმიერ დროს და ყოველგვარი გართულების გარეშე

შეიცვალოს, ე.ი. ის „მობილურია.“ თუმცა ასეთი გადანაცვეტილება შესაძლებლობას გვაძლევს, სწრაფად შევეგუოთ კონსტიტუციური ტექსტის ერთმნიშვნელოვნებას, მაგრამ აქაც კონსტიტუცია საზოგადოების არსებობის ძირითადი სამართლებრივი საფუძვლის სახით ვერ შეასრულებს თავის ამოცანებს, ვინაიდან მას მნიშვნელოვანწილად მოაკლდება მასტაბილიზებული ზემოქმედება.

პირიქით, თუ კონსტიტუციური „გადახვევებისათვის“ ტექსტის ფარგლებში დატოვებულია გარკვეული თავისუფლება, ხოლო, ამასთანავე, კონსტიტუციის შეცვლა გართულებულია, მაშინ ეს პასუხობს კონსტიტუციის არსსა და ამოცანებს. ასეთი გადანაცვეტილება ნიშნავს ერთდროულად გარკვეულ ელასტიკურობასა და სტაბილურობას, რაც შესაძლებლობას აძლევს კონსტიტუციას, მთელი ქვეყნის მასშტაბით სათანადოდ განახორციელოს მასტაბილიზებული ზეგავლენისა და წარმოშობილ განსხვავებულობათა ასახვის ფუნქცია (ჰესსე, გერმანული კონსტიტუციური სამართლის საფუძვლები (რუსულ ენაზე), 1985, 123).

12. აშშ-ის კონსტიტუციამ თავისი 200 წლის ისტორიის მანძილზე სულ 26 ცვლილება განიცადა, რა არის ამ კონსტიტუციის სტაბილურობისა და მუდმივობის საიდუმლო? ამ მხრივ ანალიზს მოითხოვს აშშ-ის უმაღლესი სასამართლოს როლი აშშ-ის სამართლებრივ სისტემაში: უმაღლესი სასამართლოს კონსტიტუციური დოქტრინები გახდა აშშ-ის ფაქტობრივი კონსტიტუცია. ამერიკული სამართლის არცერთი დარგი არ არის იმგვარი ხარისხით უმაღლესი სასამართლოს სამართალშემოქმედების პროდუქტი, როგორც კონსტიტუციური სამართალი; უმაღლესი სასამართლოს სამართალშემქმნელი ფუნქცია უფრო ეფექტურად და ფართოდ რეალიზდება კონსტიტუციურ ნორმებში, რომლებიც სასამართლოს გადანაცვეტილებათა მეშვეობით სისტემატურად ერგება ცვალებად პოლიტიკურ და ეკონომიკურ პირობებს.

მეორე მხრივ, ისევე როგორც გერმანულ სამართალში, ამერიკულ კონსტიტუციურ სამართალშიც, ყველა სხვა, მათ შორის თავად კონსტიტუციაში, ფორმალურად დადგენილი კონსტიტუციური ნორმების ცვლილებების მექანიზმი თავისი რეალური მნიშვნელობით ჩამოუვარდება უმაღლესი სასამართლოს სამართალშემოქმედებას. ფაქტობრივი კონსტიტუციის მნიშვნელოვანი ნაწილი სასამართლო ხელისუფლების საქმიანობის შედეგია. შეიძლება იმის მტკიცება, რომ ერთად აღებულ ყველა კონსტიტუციურ ცვლილებას, ასევე საკანონმდებლო ცვლილებებს, არ მოუხდენია ისეთი ინტენსიური და მრავალმხრივი ზემოქმედება აშშ-ის სამართლებრივ სისტემაზე, როგორც ეს გააკეთა უმაღლესი სასამართლოს კონსტიტუციურმა დოქტრინებმა. მთავარი მოსამართლე ჰიუზის სიტყვებით: „ჩვენ ვექვემდებარებით კონსტიტუციას, მაგრამ კონსტიტუცია ეს ისაა, რასაც მასზე ამბობენ მოსამართლეები“.

13. კონსტიტუციური სამართალშემოქმედების სფეროში უმაღლესი სასამართლოს განსაკუთრებული როლი განპირობებულია არა მხოლოდ მისი უნიკალური სახელისუფლებო უფლებამოსილებებით, ასევე მნიშვნელოვანწილად თავად 1787 წლის ამერიკის კონსტიტუციის თავისებურებითაც. ეს დოკუმენტი ატარებს პოლიტიკური კომპრომისის ნიშანსაც და გამოირჩევა ტექსტის განსაკუთრებული სიმცირისა და გამოხატვის ლაკონიურობით. მან თავის თავში ასახა მე-18 საუკუნის „საზოგადოებრივი ხელშეკრულებისა“ და „ხელისუფლების დანაწილების იდეები“, ასევე თავისი დროის საკმაოდ განუსაზღვრელი იურიდიული ენა. ამერიკელი სახელმწიფომცოდნენი აღნიშნავენ, რომ „კონსტიტუცია დგას ყველაზე უფრო წინააღმდეგობრივ, ბუნდოვან და არასრულ კანონებს შორის, „სიზუსტის არასაკმარისობის გამო, ის უფრო მეტად არის პოლიტიკური დოკუმენტი, ვიდრე იურიდიული“.

სწორედ არასრულყოფილება და იურიდიული განუსაზღვრელობა კონსტიტუციის მნიშვნელოვანი დებულებებისა, როგორც გამოირკვა, აღმოჩნდა ის უაღრესად მოხერხებული თვისება, რომელმაც განაპირობა მისი მნიშვნელოვანი შემგუებლობა, სიცოცხლისუნარიანობა და გამძლეობა. დღეისათვის ის რჩება მოქმედ კონსტიტუციათაგან უძველესად, რითაც დამკვიდრდა კონსტიტუციის კულტი, იქცა იგი ამერიკელი საზოგადოების „ბიბლიად“ და ეროვნულ

პოლიტიკურ სიმბოლოდ. ამას ხელი შეუწყო უმაღლესმა სასამართლომაც. მთავარმა მოსამართლე უორენმა განაცხადა: „ერს არ შეიძლება არ ჰქონდეს სინდისი, ამერიკელი ერის სინდისი მისი კონსტიტუციაა, ხოლო ამ სინდისის დამცავია უმაღლესი სასამართლო“. საბოლოო ჯამში, ძირითადი მიზეზი აშშ-ის კონსტიტუციის უცვლელობისა მისი ცვალებადობაა. ამერიკელები სიამაყით ამბობენ, რომ ცივილიზაციის ისტორიაში მხოლოდ ბიბლიის, ყურანის, დიგესტებისა და აშშ-ის კონსტიტუციის თითოეული ნორმა გახდა საყოველთაო განმარტებისა და ახსნის საგანი.

14. დღეისათვის „სამოსამართლო სამართალი“, ანგლოამერიკული „საერთო სამართლის“ ქვეყნების გარდა, გახდა მთლიანად სამართლის თეორიის განუყოფელი კომპონენტი, თუმცა მისი კონცეფცია კვლავაც რჩება ცხარე დისკუსიის საგნად, რომლის თაობაზეც განვითარდა თეორიებისა და მიმდინარეობების მთელი ნაკადი.

და მაინც, რა არის „სამოსამართლო სამართალი“? ყველაზე უფრო ზოგადი კუთხით ამ კონცეფციის საგანია სასამართლოს სამართალშემოქმედებითი ფუნქცია, მაგრამ მისი უშუალო მიზანია არა იმდენად სამართლებრივი სისტემების ისტორიული ფორმირებისას სასამართლო პრაქტიკის როლის, პრეცედენტის მოქმედების მექანიზმის, კანონმდებლობაზე სასამართლო პრაქტიკის ზემოქმედების ჩვენება, რამდენადაც ერთი მთლიანი პრინციპის – „მოსამართლე ემორჩილება კანონს“ – დაძლევა. ამ კონცეფციის მომხრეები მოსამართლეს, ვიდრე კანონმდებელს, აცხადებენ სამართლის უფრო მეტად სრულყოფილ გამომხატველად, ითხოვენ მისი კომპეტენციის მნიშვნელოვან გაფართოებას, კერძოდ, მოსამართლისათვის ისეთი უფლების მინიჭებას, რომ გადაწყვიტოს კონკრეტული საქმე „კანონის წინააღმდეგ“ (*Contra legem*) და მთლიანად აიღოს თავის თავზე წამყვანი როლი სამართალშემოქმედების სფეროში. ანგლოამერიკულ ქვეყნებში, კანონმდებლობის ხვედრითი წონის ზრდასთან ერთად, ცნება *Judge made Law*, რომელიც ადრე უკავშირდებოდა პრეცედენტის სისტემას, ამჟამად უფრო მეტად გამოიყენება განსახილველ საქმესთან დაკავშირებით, როგორც საფუძველი კანონის გამოყენებაზე შესაძლო უარისა.

კონტინენტური სისტემის ქვეყნებშიც აპოგეას მიაღწია კანონისა და დოგმატიკის კრიტიკამ, ძველი შეხედულება მოსამართლის შესახებ უკუგდებულ იქნა და მოსამართლე განიხილება როგორც „სოციალური არქიტექტორი“, ვინაიდან მხოლოდ მას აქვს შესაძლებლობა, სწრაფად და კონკრეტულად განიხილოს სამართლებრივი პრობლემები, რომელთაც აყენებს უსწრაფეს რიტმში მცხოვრები ჩვენი რთული ინდუსტრიული საზოგადოება.

15. „სამოსამართლო სამართლის“ იდეის წინამორბედად შეიძლება განვიხილოთ „თავისუფალი სამოსამართლო მიხედულების“ თეორია, რომელიც წარმოიშვა მე-19 საუკუნის ბოლოს სოციოლოგიური იურისპრუდენციის წიაღში. მაგრამ, მიუხედავად „თავისუფალ სამოსამართლო მიხედულებასა“ და „სამოსამართლო სამართალს“ შორის მსგავსებისა, მათ შორის არსებობს დიდი განსხვავებანი. „სამოსამართლო სამართლის“ მოთხოვნები უფრო და უფრო რადიკალური ხდება და მისი გავრცელებისა და გამოყენების მასშტაბებიც დღეისათვის არსებითად გაიზარდა.

მცდელობები მოსამართლეთათვის „ხელების შეკვრისა“ შეუსაბამო გახდა საზოგადოებრივი ურთიერთობების სწრაფ ცვალებადობასთან და მათი დარეგულირების საჭიროებასთან. თუმცა, თუ გავითვალისწინებთ კანონმდებლობის ზრდის ტემპებს (მაგ., გერმანიაში ყოველი საპარლამენტო ლეგისლაცურა 400-500 ახალ კანონს იღებს), ერთი შეხედვით, ისახება უცნაური სიტუაცია – კანონმდებლის მოქმედების აქტივიზაციას თან ახლავს კანონისა და მოსამართლის ურთიერთწინააღმდეგობა, მისწრაფება, გადააქციონ მოსამართლე სოციალური განვითარების წამყვან ფიგურად, სამართლის ნამდვილ შემქმნელად.

„სამოსამართლო სამართლის“ კონცეფციის წარმატებას მნიშვნელოვნად განაპირობებს თავად კანონმდებლობაც:

ა) მასში დიდი რაოდენობით კაუჩუკისებური ნორმებისა და ცნებების შემცველობის გამო, რომელიც იძლევა სხვადასხვაგვარი შეფასებისა და განმარტების შესაძლებლობას;

ბ) გარკვეული კომპრომისული კანონების მიღება (რომელიც ასახავს საპარლამენტო პოლიტიკურ ძალებს), რომლებიც თითქმის ყოველთვის შეიძლება გაგებულ და კონკრეტიზებული იქნეს მოსამართლეთა მიერ საჭირო მიხედულებით;

გ) კანონმდებლობის რიცხოვრივი ზრდა, რასაც მივყავართ გარკვეულწილად მის „ინფლაციამდე“ და ხსნის სასამართლო მანევრირების შესაძლებლობას. უმაღლესი სასამართლო ინსტანციები მტკიცედ დაადგენ „სამოსამართლო სამართლის“ გზას. გერმანიის ფედერალურმა საკონსტიტუციო სასამართლომ განაცხადა, რომ კონსტიტუციის გვერდით იხელმძღვანელებს ზეკანონიერი პრინციპებითაც, მის მაგალითს გაჰყავს გერმანული იუსტიციის სხვა სისტემებიც.

16. მკვლევართა შორის არიან ისეთნიც, რომელნიც ცდილობენ, „სამოსამართლო სამართლის“ არსებობა განიხილონ არა კანონთან და კანონმდებელთან დაპირისპირებაში, არამედ როგორც პოზიტიური სამართლის სიცოცხლისუნარიანობისათვის იმანენტური მოთხოვნა. მოსამართლის აქტიური სამართალშემოქმედებითი როლის გარეშე ქვეყნის სამართლებრივი სისტემა აღმოჩნდება სტაგნაციის მდგომარეობაში და ვერ შეძლებს სათანადოდ განვითარებას. საკანონმდებლო სამართალი სრულიადაც არ გამოირიცხავს სამოსამართლოს. მას თავად ესაჭიროება სამოსამართლო სამართალი, რათა არ გაქვავდეს (*Haudte, Naturrecht, Richterrecht, Gesetzesrecht, 1974, 123*).

ლეონ დიუგი, ცნობილი ფრანგი კონსტიტუციონალისტი, ამბობს: „მე მივეკუთვნები მათ, რომლებიც თვლიან, რომ სამართალი საკმაოდ მცირე ხარისხით არის კანონმდებლის ქმნილება, პოზიტიური კანონები, კოდექსების მკაცრი ტექსტები შეიძლება დარჩეს ხელშეუხებელი – საგანთა ძალით, ფაქტების ზენოლით, პრაქტიკული მოთხოვნებით მუდმივად იქმნება ახალი იურიდიული ინსტიტუტები. ტექსტი რჩება, მაგრამ იგი კარგავს ძალასა და ცხოველმყოფელობას, ან სწავლულის მახვილი განმარტებით მას ანიჭებენ ისეთ ხარისხსა და მნიშვნელობას, როგორზეც არც კი ფიქრობდა კანონმდებელი, როდესაც მას ადგენდა. კანონმდებელი აღარ არის სამართლის ერთადერთი და მონოპოლიური შემქმნელი (დიუგი, სამოქალაქო სამართლის ზოგადი ტრანსფორმირება ნაპოლეონის კოდექსიდან მოყოლებული (რუსულ ენაზე), 1910, 33).

17. როგორ გამოიხატება „სამოსამართლო სამართალი“ – კანონის ინტერპრეტაციით თუ ახალი ნორმის შექმნით? მომხრეები და მოწინააღმდეგენი ორივე მიმდინარეობას ჰყავს. ჰეილი ამბობს, რომ სასამართლო გადაწყვეტილებებს აქვს დიდი წონა და ავტორიტეტი სამართლის გამოცხადებაში, განსაკუთრებით, თუ ისინი ემთხვევიან წინა გადაწყვეტილებებს, მაგრამ არ ქმნიან საკუთარ სამართალს. ისინი „ნაკლებია, ვიდრე სამართალი“. სამართალი დამოუკიდებელია სამოსამართლო გამოხატულებისაგან (*Hale, The History of the Common Law in England, 1971, 207*).

ამერიკელი მეცნიერი სოპერი აღნიშნავს, რომ კანონმდებლები ქმნიან სამართალს, ხოლო მოსამართლეები „პოულობენ“ მას. სტატუტის სამოსამართლო წაკითხვა ხდება, თავის მხრივ, პრეცედენტი, მაგრამ ე.წ. „განმარტების პრეცედენტი“. განმარტების პრეცედენტი განსხვავდება იმით, რომ იგი ეფუძნება კანონებს. განმარტების პრეცედენტებს შეუძლიათ, არსებითად შეცვალონ სტატუტური სამართლის შინაარსი, შეიძლება გაჩნდეს დიდი სხვაობა სტატუტის შინაარსსა და იმ შინაარსს შორის, რომელსაც დებენ მასში მოსამართლენი. ამ მოსაზრების სამართლიანობას ადასტურებს ინგლისელი მეცნიერი უოლკერი: „კანონმდებლობა, როგორც სამართლის წყარო, იმყოფება ნაკლებად ხელსაყრელ მდგომარეობაში იმ თვალსაზრისით, რომ პარლამენტის აქტს ესაჭიროება სამოსამართლო განმარტებები, რომლებიც თავად ხდებიან სასამართლო პრეცედენტები, ამიტომაც საკითხის გამარტივება იქნებოდა საპარლამენტო კანონმდებლობის პრეცედენტზე ზემდგომ სამართლის წყაროდ განხილვა (უოლკერი, ინგლისური სასამართლო სისტემა (რუსულ ენაზე), 1980, 112).

დღეის მდგომარეობით, პოზიტივიზმის მომხრეები აღიარებენ სამოსამართლო სამართალშემოქმედების ფაქტს (*Judge made Law*). პრეცედენტული სამართალი – ესაა სამართალი, შედგენილი იმ ნორმებისა და პრინციპებისაგან, რომლებიც მოსამართლეთა მიერაა შექმნილი და გამოყენებული მათ მიერ გადაწყვეტილებების გამოტანის პროცესში.

ანალიტიკური პოზიტივიზმის სკოლა აღიარებს სასამართლო პრეცედენტს როგორც სამართლის წყაროს, ხოლო სოციოლოგიური მიმართულების მომხრენი ესწრაფვიან, მთელი სამართალი აქციონ პრეცედენტულად. ანგლოსაქსურ სამართალში დომინირებს ანალიტიკური პოზიტივიზმი, ხოლო აშშ-ში სოციოლოგიური.

18. ბუნებრივია, სამოსამართლო სამართალს არ გააჩნია საკანონმდებლო აღიარება. შვეიცარიის სამოქალაქო კოდექსის ცნობილი ნორმის მაგალითზე, რომლის თანახმადაც, მოსამართლეს არ შეუძლია, უარი თქვას დავის გადაწყვეტაზე საკანონმდებლო ნორმის არარსებობის გამო და მან ამ შემთხვევაში უნდა იმოქმედოს ისე, როგორც კანონმდებლის როლში ყოფნისას იმოქმედებდა, შეიძლება ამ დებულების სადავოდ გახდეს. ერთადერთი ინდოეთის კონსტიტუცია განსაზღვრავს, რომ უზენაესი სასამართლოს გადაწყვეტილებებს აქვთ სავალდებულო ხასიათი. 1966 წლამდე ლორდთა პალატაც დაკავშირებული იყო თავის წინა გადაწყვეტილებებთან, მაგრამ მას შემდეგ, რაც ასეთი რამ მოიხსნა, ინგლისური პრაქტიკა არ წავიდა პრეცედენტებისადმი თავისუფალი მოპყრობის გზით. კანადაში თავად გამოკითხულ მოსამართლეთა ერთი ნაწილი მიიჩნევს, რომ პრეცედენტის დაცვის პრინციპი არის სამართლებრივი ნორმა, სხვები მას მიიჩნევენ ჩვეულებად ან სამართლის მიერ მიღებულ კონვენციურ ნორმად.

19. რომაულმა სამართალმა პირდაპირი ზეგავლენა მოახდინა კონტინენტური სამართლებრივი სისტემის (რომანულ-გერმანული სამართალი) ჩამოყალიბებაზე, განსხვავებით საერთო სამართლისაგან (ინგლისური სამართალი). ეს დებულება მნიშვნელოვანწილად მოითხოვს დაზუსტებას. რამდენადაც პარადოქსული არ უნდა იყოს, ინგლისელი მოსამართლეების მიერ შემუშავებული ტექნიკა დაახლოებულია რომაული სამართლის ინსტრუმენტირებასთან. ცვაიგერტ/კიოტცის აღწერით: „როგორც საერთო სამართლის იურისტი, ასევე რომელი იურისტი გაურბიან განზოგადებებს და, შეძლებისდაგვარად, ცნებებსაც. მათი მეთოდია აქტიური კაზუსტიკა. ისინი გადადიან ერთი კონკრეტული შემთხვევიდან მეორეზე და მიისწრაფვიან შექმნან თითოეული მათგანისათვის რეგულირების მოქმედი მექანიზმი“.

ინგლისელი იურისტები აღნიშნავენ, რომ ასი წლის წინ ინგლისელი მოსამართლე ინტუიციურად მივიდა რომაული სამართლის ტექნიკასთან. „აქტიურმა კაზუსტიკამ“ ზეგავლენა მოახდინა „საერთო სამართლის“ სისტემის თავისებურებებზე. იგულისხმება: სამართლებრივი კონტინუიტეტი, ნორმის კონცეფციის თავისებურებები, სამართლის სტრუქტურა, წყაროთა სისტემა.

რომანულ-გერმანულმა სამართალმა, მართალია, რომაული სამართლის ტრადიციების მემკვიდრედ გამოაცხადა თავი, მაინც უარი თქვა „აქტიურ კაზუსტიკაზე“ და კანონის უზენაესობა აღიარა. აქედან გამომდინარე აღიარეს კონცეფცია – *res judicata*, რომლის თანახმადაც, სასამართლო გადაწყვეტილება არის სავალდებულო მხოლოდ საქმეში მონაწილე მხარეებისათვის.

20. სამართლის მთელი სისტემა უნდა გავატაროთ სამართლიანობის პრინციპის პრიზმაში. ამ პრინციპის სავალდებულო კორელატორია გარკვეული განუსაზღვრელობა მისი ნორმებისა. მასში ყოველთვის როდია შესაძლებელი ცალკეული შემთხვევის გადაწყვეტის პოვნა – როგორც სასჯელის განსაზღვრა სისხლის სამართალში, ასევე სამოქალაქო სამართლებრივი გადაწყვეტა ხშირად მოსამართლის თავისუფალ მიხედულებაზე დამოკიდებული.

გერმანიის სახელგანთქმულ სამოქალაქო კოდექსს საფუძვლად დაედო შემდეგი ცივილურ-პოლიტიკური წინამძღვარი.

კოდექსის ავტორებმა წამოაყენეს სამი პრინციპი:

- ა) კანონი, უპირველეს ყოვლისა, უნდა იყოს სამართლიანი;
- ბ) კანონი უნდა ესწრაფოდეს მატერიალური და არა ფორმალური სიმართლის მიღწევას;
- გ) კანონმა უნდა მისცეს ფართო სივრცე სასამართლო მიხედულებას, მხოლოდ ამ შემთხვევაშია შესაძლებელი, მხარეთა ურთიერთობები განისაზღვროს სამართლიან საფუძვლებზე.

მესამე პრინციპში გამოხატულმა ამ ახალმა მიმდინარეობამ გაჟღინთა მთელი იურიდიული ატმოსფერო, გახდა ერთგვარი *communis opinio*, გადააფასა ძველი მოძღვრებანი და დოქტრინები.

სულიერ სამყაროში ზოგჯერ ფაქტობრივი გამარჯვება არ არის საკმარისი, ხშირად გამარჯვებული თავის გამართლებისა და წარმატების თეორიულად დასაბუთების მოთხოვნილებას გრძნობს. სწორედ ეს მოთხოვნილება იგრძნო ახალმა მოძღვრებამაც მოსამართლის როლზე და წამოაყენა რიგი დაკვირვებათა თავის თეორიულად გასამართლებლად.

21. როგორ შორსაც არ უნდა წავიდეს სკეპტიკური დამოკიდებულება კანონისადმი და მისწრაფება მოსამართლის კონკრეტული სამართალშემოქმედებისადმი, ნათელია, რომ შეუძლებელია მივცეთ მოსამართლეს რაიმე თავისუფლება კანონის ნათელი და განსაზღვრული ნორმებისაგან გადახვევისა. სადაც ამ უკანასკნელის (კანონის) აზრი არ იწვევს არანაირ ეჭვებს, იქ მოსამართლის ვალაია, დაემორჩილოს მას, თუნდაც ეს აზრი მნიშვნელოვნად ეწინააღმდეგებოდეს მოსამართლის შეხედულებას სამართლიანობაზე, მიზანშეწონილობაზე და ა.შ. დავუშვათ სასამართლო კონტროლი კანონზე ამ თვალსაზრისით, ნიშნავს სამართლებრივი ანარქიის ლეგალიზებას – ამბობს ამ თემის ერთ-ერთი თვალსაჩინო ფრანგი თეორეტიკოსი – ჟენი (*Gény, Méthode de interprétation et source en droit priceé positif, Paris, 1899*).

მოსამართლის სამართალშემოქმედებითი როლი ვრცელდება იმ შემთხვევებზე, რომლებიც კანონით პირდაპირ არ არის განსაზღვრული და სადაც ამის გამო წარმოიშობა კანონმდებლის არასაკმარისი და ბუნდოვანი ნების შევსების საჭიროება. სამეცნიერო ძიების თემა ხდება საკითხი ამ შევსების საუკეთესო მეთოდების შესახებ – პრობლემა ინტერპრეტაციის უფრო მეტად მიზანშეწონილი მეთოდის შემუშავებისა.

22. კანონმდებელი უძლურია, მისდიოს საზოგადოებრივი ურთიერთობების განვითარებას, ჩნდება გადაუდებელი მოთხოვნილება, ცოცხალი რეგულატორის სახით ჩაერთოს მოსამართლე, მივცეთ მას დისკრეციის თავისუფლება, მაგრამ ეს არ უნდა იყოს მთლიანი თავისუფლება, სრული და დამოუკიდებელი სამოსამართლო სუბიექტივიზმის სახით. სხვაგვარად ასეთი სუბიექტივიზმი წინააღმდეგობაში მოვიდოდა ობიექტურ სამართლებრივ წესრიგთან. აუცილებელია, რომ მოსამართლემ ნორმები თავისი ლოგიკური მსჯელობისა და დასაბუთებისათვის მოიფიქროს არა თვითონ, არამედ მოიშველიოს რაიმე მის გარეთ და დამოუკიდებლად არსებული ობიექტური წყაროები.

მკვლევართა აბსოლუტური უმრავლესობის აღიარებით, პირველ ადგილზე დგას კანონი, მაგრამ მას არ გააჩნია შესაძლებლობა, თავად განსაზღვროს ყოველი კონკრეტული შემთხვევა. კანონი გვაძლევს კომპეტენტური ხელისუფლებისაგან არა უმეტეს უბრალო ინიციატივის უფლებას, ზოგად მიმართულებასა და სახელმძღვანელოს, რა როგორ უნდა იყოს.

სახელმძღვანელოს მნიშვნელობა არ უნდა იქნეს მიჩნეული ყოვლისმომცველად, როგორც ეს გააკეთა გაბატონებულმა მოძღვრებამ. კანონები ლაპარაკობენ ყოველთვის ზოგადი გამოხატულებით, ის გაუთვალისწინებლად ტოვებს პუნქტებს, რომელთა შევსებაც შემდეგ სხვა გზითა და საშუალებებით გვიხდება. გაბატონებული მოძღვრება ამ პრობლემის შესავსებად მოითხოვდა კანონმდებლის ქვეშარიტი ნების გამოვლენას, რამდენადაც ის ხორციელდებოდა საკანონმდებლო ნორმის განმარტებათა ცნობილი ხერხების მეშვეობით.

ნაკლებად ერთნაირად წარმოიშობა ყველა ხალხში, რომლებიც თანაბარი ეკონომიკური და სოციალური განვითარების დონეზე იმყოფებიან. ეს იდეები ზოგიერთ ხალხში შესაძლებელია არ იყოს ისე დახვეწილი და ჩამოყალიბებული, როგორი დასრულებული სახე მას უკვე მიღებული აქვს სხვა ხალხებში. უცხო კანონმდებლობის გათვალისწინებით მოსამართლე მხოლოდ შეავსებს საკუთარი ნაციონალური კანონმდებლობის იდეებს;

მესამე და, ამასთანავე, რასაკვირველია, ყველაზე მთავარ სახელმძღვანელოდ მოსამართლისათვის უნდა იყოს საზოგადოებრივი მართლშეგნება. სოციალურ ცხოვრებაში ხდება მუდმივი ევოლუცია, იცვლება სოციალური პირობები, ამასთანავე იცვლება წარმოდგენები – მათიც კი, ვინც ყველაზე მეტად დაინტერესებულია შეინარჩუნოს *status quo*. იდეები აკეთებენ თავის საქმეს და არაფერს შეუძლია შეაჩეროს მათი სვლა, იმ ინტერესებსაც კი, რომლებსაც ისინი ეწინააღმდეგებიან. ნელ-ნელა დგება დრო, როდესაც თვით მდგომარეობის ბატონ-პატრონთაგანაც კი ჩნდება დათმობები და შეგუების მცდელობები. ასე იბადება და მტკიცდება ახალი მართლშეგნება და ამ მომენტში იწყება მოსამართლის როლი. თვით მომავალი წესრიგის მოწინააღმდეგეთა შორისაც იქმნება ისეთი მასა, რომელიც მზად არის დასათმობად და თუ ეწინააღმდეგება ახალ იდეებს, მხოლოდ იმიტომ, რომ წინააღმდეგნი არიან სხვანი. ამ მომენტის დაჭერა, გაგება იმისა, რომ პირობები ცვლილებებისათვის მომწიფდა და ამ მომწიფებულ ცვლილებათა ინიციატორად გამოსვლა – აი მოსამართლის კეთილშობილური სოციალური როლი. ამ სოციალური შემრიგებლის როლში ყოფნა არის მოსამართლის მთავარი ფუნქცია, *consiliateur social*.

მოსამართლე იმას, რაც იყო მხოლოდ უმცირესობის იდეალი, გადააქცევს საბოლოო ჩვეულებად და ამგვარად ფრთხილი მცდელობები, რადიკალური გარდატეხის გარეშე, მოარიგებს ცხოვრებას ახალ სოციალურ პირობებთან, და თავად სამართალი, ამის წყალობით, მოსამართლის ხელში გადაიქცევა სოციალური პროგრესის იარაღად (*Saieilles, De la Declaration de Volonte, 1919, 286*).

27. მოსამართლის სამართალშემოქმედებითი როლის შესახებ გამართულ პოლემიკას შეუერთდა გერმანელი *რუდოლფ შტამლერი*. დოქტრინა სასამართლო მიხედულების თავისუფლების შესახებ არ უნდა გულისხმობდეს წმინდა პირადულ და სუბიექტურ თვალსაზრისს. სამართალი ვრცელდება მის ქვეშევრდომებზე, მას სურს, დაანესოს ამ უკანასკნელთა ცნობილი ქცევა, თანაცხოვრების ცნობილი წესრიგი, ის, თუ როგორ გახდეს შესაძლებელი, ცალკეულ პირთა ქცევა დამოკიდებული იყოს მესამე პირთა ზოგიერთ მომავალ გადაწყვეტილებაზე, რომელიც დაფუძნებული იქნება მის სუბიექტურ, თავისუფალ აზრზე. ხომ არ დამსგავსება ეს არაბულ ანდაზას: „ქრისტიანი მუსლიმურ სამართალს მაშინ გაიგებს, როცა სასამართლოდან დაბრუნდება“. ხომ არ ნიშნავს ეს, მოვთხოვოთ ქვეშევრდომებს: „მოიქცეით ისე, როგორც შემდგომ საჭიროდ მიიჩნევს მოსამართლე?“ (*Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte, 1902, 161*).

შტამლერი ფრანგი მკვლევრებისაგან განსხვავებით ახალი, საკუთარი გზის გაკვალვასაც ცდილობს. მას გზამკვლევად ემსახურება იდეა სამართლიანობის სამართალზე. სამართალი სხვა არაფერია, თუ არა მცდელობა სოციალური იდეალის მიხედვით თანაცხოვრების რეგულირებისა. ეს სოციალური იდეალი უნდა იყოს უზენაესი საწყისი, განმსაზღვრელი როგორც კანონმდებლის, ასევე მოსამართლის საქმიანობისა. აქედან უნდა გამოიყვანოს ამ უკანასკნელმა ნორმები თავისი გადაწყვეტილებისათვის. სოციალური იდეალი შეიძლება იყოს მხოლოდ ისეთი საზოგადოება, სადაც ყოველი ცალკეული პიროვნება განიხილება როგორც თვითმიზანი, ისეთი საზოგადოება, რომელიც შეიძლება დახასიათდეს როგორც გაერთიანება თავისუფალი ნებელობითი პიროვნებებისა – *Gemeinschaft der freiwillenden Menschen*.

28. დისკუსიას მეტი ელფერი შემატა მასში სახელგანთქმული *ერლიხის* ჩართვამ. იგი მიიჩნევს, რომ მოსამართლის თავისუფალი სამართალშემოქმედება (*Rechtsfindung*) გარდაუვალია და

თეორიულადაც სავსებით კანონიერია. რაც შეეხება ამ თემის აქილევსის ქუსლს: რა გარანტიებია იმისა, რომ ეს თავისუფალი სამართალშემოქმედება არ გადაიზრდება თვითნებობაში, სასამართლო ანარქიასა ან სასამართლო ტირანიაში, *ერლიხის* პასუხი მოკლე და ლაკონიურია: არ არსებობს და არ შეიძლება არსებობდეს მართლმსაჯულების სხვა გარანტიები, თავად მოსამართლის პიროვნების გარდა. იურისდიქციის სიმძიმის ცენტრის ხელოვნურად კანონმდებლობაზე გადატანამ დაჩრდილა ის უბრალო აზრი, რომ სამოსამართლო ამოცანები მოსამართლისაგან მოითხოვს ინტელექტუალური და ზნეობრივი ძალის ისეთ ხარისხს, რომელიც დიდად აღემატება ჩვეულებრივ დონეს. ყველას როდი შეუძლია, გაიზარდოს იმ დონემდე, რომ გაუძლოს გამოცდას და პრაქტიკულად გამოავლინოს ურთულეს პარაგრაფებში გარკვევის უნარი. ინსტანციურობისა და კოლეგიალობის პრინციპები მთლიანად ანადგურებს ინდივიდუალობას (*Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903, 125*).

პიროვნების კვალი მართლმსაჯულებაში ყოველთვის მნიშვნელოვანი იყო და ყველა დროში ზემოქმედებდნენ მართლმსაჯულებაზე თანამედროვეობის საზოგადოებრივი, პოლიტიკური და კულტურული მიმდინარეობები. მთავარია, ეს ფაქტი არ მივიჩნიოთ ბოროტებად, პირიქით, მივესალმებით და მთელი ძალები უნდა მივმართოთ იქით, რათა პიროვნება, რომელსაც შეხვდა ეს როლი, იყოს ამისთვის ღირსეული. თავისუფალი სამართალშემოქმედების პრობლემა არის, ამგვარად, არა მატერიალური სამართლის პრობლემა, არამედ მნიშვნელოვანწილად მოსამართლეთა შერჩევის პრობლემა, ე.ი. სასამართლო წყობილების პრობლემა, რომელმაც უნდა უზრუნველყოს ძლიერი პიროვნებისათვის გასაქანი (*Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903, 30*).

29. განსხვავებულია ინტერპრეტაციის ორი სახე: *interprétation par les principes* და *interprétation les précédents*. პირველი – განმარტების ტრადიციულმა მეთოდმა, ფეხი მოიკიდა იქ, სადაც იურიდიული საზრისი ამოიზარდა რომანული სამართლის მზრუნველობით. ის გამოხატავს კანონის ბატონობის იდეას და გამომდინარეობს კანონის ნებისა და პრინციპებისაგან, რაც, საბოლოო ჯამში, ხელს უწყობს სამართლის უძრაობას და აღრმავებს ყოველდღიურად ნაპრაღს სამართალსა და თანამედროვე მოთხოვნებს შორის.

რასაკვირველია, გარკვეული დროის გასვლის შემდეგ მოძველებული კანონი შეიძლება გაუქმდეს ან შეიცვალოს ახალი საკანონმდებლო აქტით, მოძველებული კოდექსი შეიძლება გადამუშავდეს, მაგრამ სამართლებრივი განვითარება ამ რეჟიმით წავა არა მწყობრად და უცვლელად, არამედ პერიოდული ნახტომებით და გარკვეული უხერხულობებით (*Lambert, La Function du Droit Civil Comparé, Paris, 1903, 812*).

მეორეა ინტერპრეტაციის თავისუფალი მეთოდი – *interprétation par les principes*, რომელიც, პირიქით, უფრო მაღალი ხარისხით პასუხობს სოციალური ევოლუციის უწყვეტობას, ვინაიდან განიცდის ცხოვრების უშუალო და მუდმივ ზემოქმედებას. სასამართლოები უკეთესად და უფრო სწრაფად იპოვიან მეთოდებს, დააკმაყოფილონ იურიდიული სფეროს მოთხოვნები, რაც შეამსუბუქებს და დააჩქარებს სამართლებრივი განვითარების პროცესს, დარაც ხდება სოციალური პროგრესის ფაქტორი. ამ კუთხით რომანულმა სამართალმა დამღუპველად იმოქმედა კონტინენტური ევროპის სამართლებრივ განვითარებაზე, სადაც სახეზეა კანონმდებლობის ქრონიკული ჩამორჩენა.

სამართლის ზედმეტი განსაზღვრულობა და სიმტკიცე ხშირად ხდება უსამართლო გადაწყვეტილებათა წყარო. ჯერ კიდევ პლატონმა კანონი შეადარა კერპს და უბირ ადამიანს, რომელიც ნებას არ იძლევა, შეეკითხო ან გააკეთო რაიმე მის საწინააღმდეგოდ (*Plato, Politicus, 294*).

30. მოსამართლის სამართალშემოქმედებითი როლის წინააღმდეგობათა ყველაზე თვალსაჩინო უარყოფა არის სამართლის წყაროთა ანგლოამერიკული სისტემა, სადაც ჩვენ ვხვდებით სამართლის სავსებით სრულყოფილ ორგანიზაციასა და სრულ სამართლებრივ

კეთილდღეობას. ეს სისტემა მნიშვნელოვანწილად განსხვავდება კონტინენტური სისტემისაგან, სადაც მთავარი წყარო სამართლისა არის არა კანონი, არამედ *Common Law* – ჩვეულებითი სამართალი, სავსებით განსხვავებული არსით. სამართლის მთავარი წყაროა სასამართლო პრაქტიკის მიერ ფორმირებული ნორმები. ამიტომ ანგლომერიკული სამართლის პირველი თავისებურებაა მისი კაზუალურობა; მეორე – ის თვალსაზრისი, რომელსაც ამასთან დაკავშირებით იძენს მოსამართლე; და მესამე – კანონის დამხმარე როლი, ვინაიდან მართლწესრიგი არსებობს კანონისაგან დამოუკიდებლად და მის გარეშე.

ამიტომ კონტინენტურ ევროპაში მიღებული სამართლის სისტემა არ არის ერთადერთი ცნობილი სისტემა თანამედროვე სამართლებრივი წესრიგისათვის. კონტინენტური სისტემა არის პირდაპირი შედეგი წარსულისა; კანონის გაფეტიშება არის, ერთი მხრივ, აბსოლუტიზმისა და, მეორე მხრივ, რევოლუციის შედეგი, ამიტომაც შეიძლება, ეს სისტემა სრულიადაც არ არის თანამედროვე სამართლებრივი სახელმწიფოს აუცილებელი შემადგენელი ნაწილი. სამართლის ამოცანაა, გახადოს ცხოვრებისეული პირობები მტკიცე, მაგრამ სამართლებრივი სისტემის სიმტკიცისათვის მას უნდა გაუკეთდეს „სასუნთქი მილი“ დინამიკისათვის, ირაციონალურისათვის. ასეთი შეიძლება იყოს დინამიკის სტატიკური ფორმულები, ირაციონალურის რაციონალური ფორმულები. სწორედ პრინციპი – *clausula rebus sic stantibus* არის დინამიკის ერთი ასეთი ფორმულა სამართლებრივ სისტემაში.

31. სამართლის ძირითადი წყარო ვინაიდან არის კანონი, სწორედ ის ახდენს სამოსამართლო სამართლის პოზიციების გაძლიერების პროვოცირებას, რადგან აუცილებელია კანონმდებლობის მოდერნიზება და სტაბილური სამართალგამოყენების ფორმირება.

კანონმდებლობის სრულყოფილების რწმენაც, დროა, სამუდამოდ დავივიწყოთ. საკანონმდებლო შემოქმედების რიტმი ვერასდროს დაენევა ორგანულად ცვალებადი ცხოვრების რიტმს. ასეთ სიტუაციაში აღარაფერი გვრჩება, გარდა იმისა, რომ გაფართოვდეს მოსამართლის როლი და ვალდართო მისი ის როლი, რომელიც მას ეკუთვნის, მაგრამ დიდხანს მტკიცედ ცდილობდნენ მის უარყოფას და ყოველგვარი მეთოდებით დაფარვას.

სამართლის ფსიქოლოგიური სკოლის მამამთავარი ლევ პეტრაჟიციკი სრულიად ორიგინალურად ხედავს სასამართლო პრაქტიკის ადგილს სამართლის სისტემაში. უცილობელი ფაქტია, რომ სასამართლო პრაქტიკა ზოგჯერ ადამიანთა ფსიქიკაში იძენს ნორმატიული ფაქტის მნიშვნელობას, ე.ი. ჩნდება სამართლებრივი განცდები, მას მიეწერება სამართლებრივი ვალდებულებები და უფლებები, იმაზე მითითებით, რომ ასეთია სასამართლო პრაქტიკა, რომ წინათ სასამართლოები „ყოველთვის“ ასე წყვეტდნენ შესაბამის საკითხებს, ან ასეა განსაზღვრული მთელი რიგი საკითხებისა უმაღლესი სასამართლოს მიერ. ამგვარად, ჩნდება პოზიტიური სამართლის განსაკუთრებული სახეობა, და ის შესაძლებელია ვიპოვოთ არა სასამართლო გადაწყვეტილებებში, არამედ მათ ფსიქიკაში, რომლებიც ამ გადაწყვეტილებებით, როგორც ნორმატიული ფაქტებით, განიცდიან იმპერატიულ-ატრიბუტულ აზრებს, ე.ი. იქ, სადაც სამართლის დღევანდელი მეცნიერება სამართალს არ ეძებს (*პეტრაჟიციკი*, სამართლისა და სახელმწიფოს თეორია ზნეობის თეორიასთან მიმართებით, 1910, ტომი II, 334).

32. რუსმა მეცნიერმა მურომცევმა და გერმანელმა ბულოვმა ჯერ კიდევ 1880 წელს ყველა სასამართლო გადაწყვეტილების კანონთა შესაბამისობის შესახებ აზრს წმინდა წყლის ფიქცია უწოდეს, საიდანაც დაიწყო კანონის, როგორც სამართლის ძირითადი წყაროს, დოქტრინის კრიზისი. მოსამართლე ახდენს სამართლის ფორმულირებას და გამოყენებას, რომელიც არ არის გამოხატული კანონში, მაგრამ არსებობს ამ საზოგადოებაში და ამ შემთხვევაში მისი გადაწყვეტილების სისწორე სრულიადაც არ ნიშნავს გადაწყვეტილების შესაბამისობას კანონთან.

სამართლებრივი წესრიგი არაფერია მოაზროვნე, შემფასებელი, მსურველი მოსამართლის გარეშე – ამბობს რამფი. ამ დოქტრინამ ჩაანაცვლა მეორე დოქტრინა – მოსამართლის პასიური როლის შესახებ, რომელიც ხატოვნად გამოხატა ბეკონმა: „*Optima Lex quide minimum judici relinquit; Optimus judex, qui minimum sibi*“ – „საუკეთესო კანონია ის, რომელიც რაც შეიძლება ნაკლებ წილს უტოვებს მოსამართლეს, საუკეთესო მოსამართლეა ის, რომელიც რაც შეიძლება ნაკლებ წილს იტოვებს თავად“.

სამართალი და კანონი არ არის ტოლფასოვანი ცნებები, არასწორია, სამართალი წარმოვიდგინოთ აბსტრაქტული კანონის სახით, რომელიც ყველა შემთხვევისათვის უშვებს მათემატიკურად ზუსტ გადაწყვეტას, და რომელიც შესაძლოა, წინასწარ გავითვალისწინოთ. სამართალი არის სამართლიანობის კონკრეტული ცოცხალი სტიქია, როგორც ეს გაგებული და განხორციელებულია ხალხის მიერ მოცემულ დროში. სამართალი უშუალოდ დაკავშირებულია კონკრეტულ ყოფასთან და ზნეობასთან, ამიტომ მოსამართლის გადანყვეტილება უნდა იყოს თავისი დროის ზნეობრიობისა და სამართლებრივი შეგნების პირდაპირი გამოხატულება.

33. თუ ა-მ ბ-საგან აიღო სესხი ერთი წლით, ნუთუ სასამართლოსათვის აუცილებელია სამოქალაქო კოდექსის შესაბამის მუხლებზე მითითება იმისათვის, რომ დროზე გადაუხდელობისას გამოიტანოს გადაწყვეტილება ა-ს მიერ ბ-ს სასარგებლოდ ვალის გადახდევინების შესახებ. ასეთი ნორმა რომც არ იყოს კანონში, გადაწყვეტილება ასეთი სახით მაინც შედგება და როგორც არ უნდა ეცადოს მოსამართლე, ნებისმიერი არგუმენტაციისას იძულებული იქნება, აღიაროს ა-ს და ბ-ს შორის სამართალურთიერთობის არსებობა, ამ უკანასკნელის სასარგებლოდ. იგი ამისათვის მიუთითებს თუ არა კონკრეტულ სამოქალაქო სამართლებრივ ნორმას არსებითი გადაწყვეტისათვის, სულ ერთია.

რენაჰმა ჩამოაყალიბა სპეციალური თეორია სამართლებრივი ჭეშმარიტებების სიცხადისა და სიაშკარავის შესახებ, რაც წარმოადგენს სამოქალაქო სამართლის საფუძვლებს – ე.ი განვავითაროთ სისტემა სამართლებრივ ჭეშმარიტებათა სიცხადის შესახებ ამა თუ იმ პოზიტიური ნორმისაგან დამოუკიდებლად (*Reinach, Die apriorische Grundlagen des bürgerlichen Rechts, Berlin, 1914, 254*).

34. კრატეს განმარტებით, პოზიტიური წესების შინაარსი აშკარავდება მხოლოდ მათი გამოყენების პროცესში. ყოველი კანონი იხსნება განმარტებისა და ახსნის მეშვეობით, რომელიც შეიძლება გამომდინარეობდეს სრულიად სხვადასხვა საფუძვლიდან. ხშირად, მიუხედავად კანონის წერილობითი ტექსტის არსებობისა, მხარეებს ისევე ნაკლებად აქვთ გარკვეული ობიექტური სამართალი, ისევე როგორც საერთო არანერილობითი ნორმის შემთხვევაში (*Krabbe, Die moderne Staatsidee, Hague, 1923, 43*).

კრატეს დასაბუთება, რომ სამართლებრივი ნორმების შინაარსი გამომჟღავნებას იწყებს მხოლოდ მათი გამოყენების პროცესში, სადავოა. ამგვარი გაგება არასწორია და მთლიანად უარყოფს სამართლის განსაზღვრულობისა და წინასწარ დადგენილობის პრინციპებს, რაც თავისთავად ძალიან მნიშვნელოვანია. ის მხედველობიდან უშვებს იმ გარემოებას, რომ იურიდიული სუბიექტები წინასწარ უნდა ითვალისწინებდნენ სამართლებრივი ნორმის მოთხოვნებს, საკუთარ უფლებებსა და პასუხისმგებლობის საფუძვლებს. მაგ. კონტრაქტის დადებისას მხარეები წინასწარ აანალიზებენ საკუთარ პოზიციებს. ზოგიერთი სამართალურთიერთობა შესაძლებელია, საერთოდაც არ მოხდეს სასამართლოში, ისე ამოიწუროს. სამოსამართლო სამართლის პერსპექტივები სრულიადაც არ მოასწავებს სამართლებრივი ნორმების წინასწარგანსაზღვრულობისა და მათი სიმტკიცის მოშლას, პირიქით, კანონის ზოგადი ნორმების კონკრეტიზაციითა და შევსებით პრეცედენტული სამართალი კიდევ უფრო აძლიერებს ამ ელემენტებს.

35. ამგვარად, სამართლის ცნების ორნახევართასწლოვანი ისტორიის მანძილზე ჩამოყალიბებულია იურიდიული პოზიტივიზმის მრავალი ნაირსახეობა. აქ შეიძლება შევაჯამოთ ამ ცნების

მხოლოდ მთავარი ელემენტები. პოზიტივისტური სამართლის ყველა თეორიის საერთო თეზა ამბობს, რომ არ არსებობს აუცილებელი ურთიერთკავშირი სამართალსა და მორალს შორის. აქ „სამართალს“ მოიაზრებენ პოზიტიურ სამართლად და მორალში გულისხმობენ იმას, რაც ტრადიციულად „ბუნებით სამართლად“, „გონით სამართლად“, ანდა „სამართლიანობად“ იწოდება. აქედან გამომდინარე, პოზიტივისტური თეზა შემდეგნაირად შეიძლება ჩამოყალიბდეს, რომ ნებისმიერი შინაარსი, ისეთიც კი, რომელიც აშკარად ეწინააღმდეგება სამართლიანობის ფუნდამენტურ პრინციპებს, შეიძლება იყოს სამართალი. ამ თეზას შეესაბამება პოსტულატი, რომ, ენობრივ-ცნებითი სიზუსტიდან გამომდინარე, უნდა მოხდეს მკაცრი გამიჯვნა „სამართალს, როგორც ის არის“ და „სამართალს, როგორც ის უნდა იყოს“ შორის. სამართლის პოზიტივისტური ცნება შემოიფარგლება „სამართლით, როგორც ის არის“, ე.ი. მოქმედი სამართლით, ნორმის ანდა ნორმათა ერთობლიობის მატერიალური სისწორე კი, როგორც დეფინიციის ელემენტი, მას ფრჩხილებს გარეთ გააქვს. ამგვარად, პოზიტივისტური თეორიები სამართლის ცნების დეფინიციისათვის იყენებს ორ მთავარ ელემენტს: უწინარესად ავტორიტარულ კანონურობას და ნორმის თუ ნორმათა სისტემის სოციალურ ეფექტიანობას.

სამართლის პოზიტივისტური ცნების წინააღმდეგ დებატებში უმთავრესად გამოიყენება უსამართლობის არგუმენტი, რომლის მიხედვით არსებობს ნორმები და ნორმათა სისტემები, რომლებიც იმდენად უსამართლოა, რომ უნდა უარიყოს მათი სამართლებრივი ნამდვილობა და სამართლებრივი ხასიათი. სამართლის ფილოსოფიის ისტორიიდან ეს არგუმენტი მრავალი ვარიაციითაა ცნობილი, როგორც, მაგალითად, ტირანიისა და *lex corrupta*-ს არგუმენტი. თანამედროვე აქტუალურობას იგი უმადლის უახლესი პერიოდის ტოტალიტარულ დიქტატურებში, განსაკუთრებით კი „მესამე რაიხში“ მომხდარ სამართლის გაუკუღმართებებს. შესაბამისად ამისა, მას შეიძლება ეწოდოს გაუკუღმართების ანდა ტოტალიტარიზმის არგუმენტი.

გუსტავ რადბრუხის ფორმულის თანახმად, კონფლიქტი პოზიტიურ სამართალსა და სამართლიანობას შორის იმგვარად წყდება, რომ პოზიტიურ სამართალს, განსაკუთრებით სახელმწიფო კანონს, მაშინაც კი უპირატესობა აქვს, როცა მისი შინაარსი უსამართლოა, „თუკი კანონის დაპირისპირებამ სამართლიანობასთან არ მიაღწია ისეთ აუტანელ ზღვარს, რომ კანონი, როგორც „უსამართლო სამართალი“ სამართლიანობას უარყოფს“ (*Radbruch, Rechtsphilosophie, Heidelberg, 1973, 339-350*). სამართლიანობის კრიტერიუმებს რადბრუხი იღებს ადამიანისა და მოქალაქის უფლებათა ტრადიციებიდან, უწინარესად თანასწორობის პრინციპიდან.

კრილეს მიხედვით, აუცილებელი ურთიერთკავშირი სამართლებრივ ვალდებულებასა და მორალურ ვალდებულებას შორის იმგვარია, რომ პოზიტიური სამართლის განხორციელება აუცილებელია, თუკი სამართალი ზოგადად და უმთავრესად ზნეობრიობას უწევს ანგარიშს (*Kriele, Recht und praktische Vernunft, 1979, Kap. 5*).

36. გერმანიის ფედერალურმა უმაღლესმა სასამართლომ და ფედერალურმა კონსტიტუციურმა სასამართლომ რადბრუხისეული ფორმულა მრავალ პრინციპულ გადაწყვეტილებაში გამოიყენეს, მაგ., ფედერალური სასამართლოს 1968 წლის გადაწყვეტილება მოქალაქეობის შესახებ. მასში ლაპარაკი იყო სამართლის ნამდვილობაზე, კერძოდ კი 1941 წლის 25 ნოემბრის მოქალაქეობის კანონის შესახებ მე-11 დადგენილების სამართლებრივ ხასიათზე, რომლითაც ემიგრირებულ ებრაელებს, რასობრივი საფუძვლებიდან გამომდინარე, გერმანიის მოქალაქეობა ჩამოერთვათ. ამ გადაწყვეტილების სამოტივაციო ნაწილის 1-3 თეზისი ასეთია:

1) ნაციონალურ-სოციალისტური „სამართლის“ ნორმებს შეიძლება სამართლის ნამდვილობაზე უარი ეთქვას, თუკი ისინი სამართლიანობის ფუნდამენტურ პრინციპებს ისე აშკარად ეწინააღმდეგებიან, რომ მოსამართლე, რომელსაც ისინი უნდა გამოეყენებინა, ანდა მათი სამართლებრივი შედეგის ცნობა სურდა, მათ სამართლის ნაცვლად უსამართლობად მიიჩნევს;

2) მეთერთმეტე დადგენილებაში სამართლიანობისადმი დაპირისპირებამ ისეთ აუტანელ ზღვარს მიაღწია, რომ თავიდანვე ბათილად უნდა ყოფილიყო მიჩნეული;

3) ერთხელ დაკანონებული უსამართლობა, რომელიც სამართლის ფუძემდებლურ პრინციპებს აშკარად ხელყოფს, არ იქცევა სამართლად იმის გამო, რომ იგი გამოყენებულ ანდა დაცულ იქნა.

37. სამართლის ცნების თანამედროვე მკვლევარი რაღაც დრამიულ მიიჩნევს: ამ ცნების კვლევისას მე გამოვდივარ იმ თეზიდან, რომ სამართლის დოგმატიკა არის უპირატესად მოსამართლეებზე ორიენტირებული დისციპლინა და სამართლის თეორიამ, შესაბამისად ამისა, უნდა გამოიმუშავოს უპირატესად მოსამართლეებზე ორიენტირებული სამართლის ცნება (ეს პოსტულატი, როგორც ზემოთ, კრატეს შემთხვევაში, შენიშვნასა და შესწორებას იმსახურებს – გ.გ.).

ყველა მოსამართლეს მეტ-ნაკლები სიცხადით აქვს სამართლის ცნება წარმოდგენილი. სამართლის თეორიის ამოცანაა, იგი შეიმეცნოს და გამოიკვლიოს. სამართალი მოსამართლისათვის არის ნორმათა ერთობლიობა, რომელთა მიხედვითაც იგი კაზუსებს წყვეტს, სამართლის ცნება არის არა ემპირიული, არამედ ნორმატიული. იგი განსაზღვრავს კრიტერიუმებს, რომელთა მიხედვითაც მოსამართლე ახდენს ნორმის იდენტიფიკაციას, ნორმის, რომელიც იმ სამართლის სისტემაში, რომელსაც მოსამართლე ემორჩილება, სამართლებრივად მოქმედებს და, ამგვარად, სამართლებრივად სავალდებულოა. მართალია, მოსამართლე არ იცნობს განსხვავებას „სამართალს, როგორც ის არის“, და „სამართალს, როგორც ის უნდა იყოს“ შორის. ანუ მოსამართლისეული სამართლის ცნება არის მოქმედი სამართლის ცნება, იგი სამართლებრივ ნამდვილობაში დევს მოსამართლეთათვის, ისევე როგორც ყველა იურისტისათვის საერთოდ. როგორც კელზენი ამბობს: „ნორმის სპეციფიკური არსებობა“, „არსებული სამართალი“, „პოზიტიური სამართალი“ და „სამართლებრივად ნამდვილი სამართალი“ იურიდიული თვალსაზრისით სინონიმებია.

პოზიტივისტური სტრატეგიის მიხედვით, მოსამართლე პოზიტიური სამართლის გაურკვეველ სიტუაციებში მორალური თვითშეფასებისათვის უფლებამოსილია; პრინციპების სტრატეგიის მიხედვით, ამ სფეროშიც კი, ყოველ შემთხვევაში უფრო ფართოდ, სამართლებრივად, კერძოდ, სამართლებრივად მოქმედი პრინციპებით არის შებოჭილი. საკითხავია, რა უნდა ეწოდოს იმ ღირებულებებსა და მიზნებს, რომელთა მიმართაც არიან მოსამართლეები ორიენტირებული – მორალი თუ სამართალი. პრინციპების თეორია ასაბუთებს, რომ და როგორ შეიძლება უმძიმეს შემთხვევებშიც კი სამართლებრივი დასაბუთება.

მას უპირისპირდება „ღირებულებითი წესრიგის თეორია“, რომელიც ითხოვს მზარდ სფეროს სამოსამართლო თვითშეფასებისათვის და მასთან სამართლებრივი სტრუქტურების მისადაგებას. მთავარი არგუმენტი, რომელიც „ღირებულებითი წესრიგის“ თეორიის წინააღმდეგ მოიხმობა, ამბობს, რომ ამ თეორიასთან დაკავშირებული სამართლის მოქნილობა მოგვიტანს სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპისა და სახელმწიფოებრივი დამოუკიდებლობის ჩამორთმევას და სასამართლოებისათვის გადაჭარბებული უფლებამოსილებების გადაადგილებას ხელისუფლებათა დანაწილების სისტემაში.

საბოლოო ჯამში, დრამიულ ცდილობს ოქროს შუალედის მოძიებას და სამართლის ცნებას აგებს ავტორიტარული კანონურობის, სოციალური ეფექტიანობისა და ეთიკურობის ელემენტების ერთ სისტემაში გაერთიანებით.

სამართალი არის ერთობლიობა იმ ნორმებისა, რომლებიც მიეკუთვნებიან სახელმწიფოებრივად ორგანიზებულ ან სახელმწიფოთაშორის ნორმათა სისტემას, რამდენადაც იგი მთლიანად და სრულად სოციალურად ეფექტურია და წარმოაჩენს ეთიკური გამართლების ან გამართლებაუნარიანობის მინიმუმს, და ასევე ერთობლიობა იმ ნორმებისა, რომლებიც ამ სისტემის წყობილების შესაბამისად არიან დადგენილნი, რამეთუ ისინი, თავისთავად აღებული, არ

სოციალური ეფექტურობის მინიმუმს და ამ ეფექტურობის შანსებს, ეთიკური გამართლების ან/და გამართლებაუნარიანობის მინიმუმს წარმოაჩენენ (რაინერი, სამართლის ცნება, სამართალი, 1995, 1-2).

38. დრაიერის ცნების ელემენტებს უფრო მკაფიოდ საერთო სამართალი შეიცავს. სოციალური ეფექტურობის, შეცვლილი გარემოებებისადმი მისი მისადაგების, სამართლის ნორმების მორალისა და სამართლიანობის პრიზმაში გატარების რესურსით ინგლისური სამართალი აღემატება კონტინენტური სამართლის სისტემას. ინგლისურ სისტემაში სამართლის კანონურობისა და წინასწარ განსაზღვრულობის პრობლემის კომპენსირება ხდება კანონის მაგიერ სხვა ფაქტორებით. კონკრეტული პრეცედენტები სიმტკიცითა და თუნდაც თავიანთი მოქმედების პერიოდებით არ ჩამოუვარდებიან კანონებს. შესაბამისად, დღეისათვის მიმდინარეობს ამ ორი ძირითადი სამართლებრივი სისტემის წარმატებული ელემენტების შერწყმის პროცესი.

მოსამართლის როლისა და კანონთა განმარტების საკითხი, ისევე როგორც სამართლებრივი პოლიტიკის უმრავლესი საკითხი, არ უშვებს ერთ საერთო და საბოლოო გადაწყვეტას ყველა დროისა და ყველა ხალხისათვის. საკითხის გადაწყვეტა ყოველთვის დამოკიდებულია გარემოებათა კონკრეტულ პირობებზე. მოსამართლის მეტ-ნაკლებად აქტიური მდგომარეობა მოითხოვს გარკვეული პირობების არსებობას, კერძოდ, მოსამართლეთა სპეციალურ მომზადებას, რაც განაპირობებს ერთგვაროვან მიდგომას პრაქტიკაში არსებულ პრობლემებთან მათ გადასაწყვეტად, სამართლებრივი ტრადიციების დამკვიდრებასა და ქვეყანაში სამართლებრივი კულტურის მაღალ დონეს, საბოლოო ჯამში კი ეს იწვევს საერთო მართლშეგნების დაახლოებას მოსამართლის მართლშეგნების დონესთან.

სამართლის ისტორიკოსთა დაკვირვებით, იქ, სადაც ეს პირობები არ არის სახეზე, კანონის პრეტენზია სამართალშემოქმედების მონოპოლიით პოულობს ხელსაყრელ პირობებს. მართალია, კანონს აქაც ვერ გამოსდის, დაიკავოს სამართლის ერთადერთი წყაროს პოზიცია, მაგრამ მოსამართლის როლი ამ შემთხვევებში მნიშვნელოვნად მოკრძალებულია და კანონი ივსება უფრო მეტად ადმინისტრაციის ბრძანებულებებითა და ჩვეულებებით, ვიდრე მოსამართლის სამართალშემოქმედებითი საქმიანობით. მაგრამ ამ შემთხვევებშიც კი, საერთო თვალსაზრისით, არასოდეს იქნება შესაძლებელი, რომ მოსამართლე გადავაქციოთ ყოველგვარ სამართალშემოქმედებით როლს მოკლებულ, კანონმდებლის პასიურ იარაღად.