



ბატონიშვილის ბიბლიოთეკა

ციტირებისთვის:

ხუბუა გ., განმარტება *Contra Legem*, ჟურნ. „სამართლის მეთოდები“, N2, 2018

ელექტრონული იურიდიული ბიბლიოთეკა www.princelibrary.ge

შექმნილია USAID/PROLoG-ის ფინანსური ხელშეწყობით

განმარტება *Contra Legem*

გიორგი ხუბუა*

I. ცნება

მართლწესრიგი უნდა იყოს სამართლიანი. ამორალური და თვითნებური კანონები ეწინააღმდეგებიან კონსტიტუციას (*corruptio legis*) და არღვევენ სამართლის ეთიკურ პრინციპებს. როდესაც კანონის სიტყვასიტყვითი განმარტება იძლევა უსამართლო შედეგს, მაშინ ნორმა შესაძლებელია განიმარტოს *contra legem*, ანუ ტექსტის სიტყვასიტყვითი მნიშვნელობის საწინააღმდეგოდ.

განმარტება *contra legem* უპირატესობას ანიჭებს არა კანონს, არამედ სამართალს, რომელიც გამომდინარეობს კონსტიტუციური მართლწესრიგიდან და უზრუნველყოფს კონკრეტული შემთხვევის სწორ, სამართლიან გადაწყვეტას. განმარტება *contra legem*, ასევე, იძლევა სოციალურ სინამდვილეში მიმდინარე ცვლილებების გათვალისწინებისა და მათზე დროული რეაგირების შესაძლებლობას.

იურიდიულ სამეცნიერო ლიტერატურაში ფართო კონსენსუსი არსებობს იმის შესახებ, რომ სამართლის შეფარდების პროცესში *contra legem* განმარტება ერთგვარი აუცილებლობაა.¹ ამავე დროს, მეცნიერთა შორის აზრთა სხვადასხვაობაა, თუ რეალურად როდის გვაქვს საქმე კანონის *contra legem* განმარტებასთან.²

Contra legem განმარტებასთან დაკავშირებულ დისკუსიაში ასახვას ჰპოვებს ტრადიციული დაპირისპირება განმარტების

* სამართლის დოქტორი, ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის პროფესორი.

¹ Gropp M., *Die Rechtsfortbildung contra legem. Ein Beitrag zur rechtstheoretischen Erforschung der Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung im Privatrecht*, Berlin, 1974.

² Neuner J., *Die Rechtsfindung contra legem*, 2. Auflage, München, 2005.

ობიექტურ და სუბიექტურ თეორიებს შორის.³ განმარტების ობიექტური თეორიის წარმომადგენლების თანახმად, *contra legem* განმარტება ნორმატიულად დაუშვებელია⁴. განმარტების სუბიექტური თეორიის მიხედვით, *contra legem* განმარტება ლეგიტიმურია, მაგრამ დასაშვებია მხოლოდ განსაკუთრებულ შემთხვევებში და მოითხოვს დამატებით და უფრო სრულ არგუმენტაციას.⁵

Contra legem განმარტებას მოსამართლეები ყოველთვის დიდი სიფრთხილითა და როგორც წესი, იშვიათად მიმართავენ. გასათვალისწინებელია წმინდა ფსიქოლოგიური მომენტიც. როდესაც მოსამართლეს უწევს კანონის ტექსტიდან განსხვავებული განმარტების გაკეთება, მას შეიძლება გაუჩნდეს იმის განცდა, რომ ამ ფორმით „უპირისპირდება“ მართლწესრიგს – ეს კი არ არის იურისტის ბუნებრივი და ნორმალური მდგომარეობა.

Contra legem განმარტება პრობლემურია და მხოლოდ გამონაკლის შემთხვევებში უნდა იქნეს გამოყენებული. მაგრამ, ამ დროს მოსამართლე არ უპირისპირდება მართლწესრიგს – მოსამართლე მოქმედებს კონსტიტუციური მართლწესრიგის ფარგლებში და ნორმას განმარტავს იმ სახით, რომელიც ყველაზე უფრო შეესაბამება საკონსტიტუციო პრინციპებს. როდესაც მოსამართლე განმარტავს *contra legem*, ის მართლწესრიგს კი არ უპირისპირდება, არამედ მოქმედებს ამ მართლწესრიგის ფარგლებში და მის დასაცავად.

ნორმის ნებისმიერი განმარტება მისი სიტყვასიტყვითი მნიშვნელობის საწინააღმდეგოდ არ შეიძლება ჩაითვალოს *contra legem* განმარტებად. *contra legem* განმარტებისაგან, ასევე, უნდა განვასხვავოთ განმარტება *praeter legem*.

³ Metzger A., *Extra legem, intra jus: Allgemeine Rechtsgrundsätze im europäischen Privatrecht*, 2009, S. 62 ff.; Honsell H., Mayer-Maly Th., *Rechtswissenschaft. Eine Einführung in das Recht und seine Grundlagen*, 6. Auflage, 2015, S. 87 ff.

⁴ Larenz K., Canaris Cl., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 1995, S. 250 f.

⁵ იქვე.

1. განმარტება *praeter legem*

Praeter legem (ლათ. კანონს „აცდენილი“) განმარტების დროს, ნორმის განმარტება, მართალია, არ შეესაბამება და აცდენილია კანონის სიტყვასიტყვით მნიშვნელობას, მაგრამ არც ეწინააღმდეგება მას. ამ დროს, კანონი ერთგვარად „დუმს“ პრობლემაზე, რომელიც სამართლებრივ გადაწყვეტას მოითხოვს, ხოლო მოსამართლეს უწევს ნორმის შინაარსის ერთგვარი განახლება და მისი ადაპტაცია შეცვლილ სოციალურ ურთიერთობებთან.

Praeter legem განმარტების მაგალითად შეიძლება მოვიყვანოთ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს გადაწყვეტილება *Rantsev gegen Zypern und Russland*.⁶ 2010 წელს მიღებული ეს გადაწყვეტილება შეეხება საკითხს, – ევროპული კონვენციით აკრძალულია თუ არა ადამიანით ვაჭრობა.

კონვენციის მე-4 მუხლის პირველი პუნქტით აკრძალულია მონობა და ყმობა: „არავინ შეიძლება იმყოფებოდეს მონობაში ან ყმობაში“. კონვენციის მე-4 მუხლის მე-2 პუნქტის მიხედვით, აკრძალულია იძულებითი ან სავალდებულო სამუშაოს შესრულება. უშუალოდ ადამიანით ვაჭრობას კონვენციის ტექსტი, სიტყვასიტყვითი მნიშვნელობით, არ მოიცავს. ამავდროულად, ადამიანით ვაჭრობა პირდაპირაა აკრძალული ევროკავშირის ადამიანის უფლებათა ქარტიის მე-5 მუხლის მე-3 პუნქტით.

ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ გამოიყენა *praeter legem* განმარტების მეთოდი და თავის გადაწყვეტილებაში დაეყრდნო „სახელშეკრულებო სამართლის შესახებ“ ვენის კონვენციას, კერძოდ, კონვენციის განმარტების ზოგად პრინციპებს. ვენის კონვენციის 31-ე მუხლის პირველი პუნქტი ადგენს განმარტების საერთო წესს, რომლის თანახმად, „ხელშეკრულება უნდა განიმარტოს კეთილსინდისიერად, ჩვეულებრივი მნიშვნელობის შესაბამისად, რომელიც ხელშეკრულების ტერმინებს უნდა

⁶ EGMR 10.01.2010, 25965/04 (Rantsev/CY und RU) NJW 2010, 3003.

მიეცეს მათ კონტექსტში და ასევე, გამომდინარე ხელშეკრულების ობიექტიდან და მიზნებიდან.“⁷

სტრასბურგის სასამართლომ აღნიშნა, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მიზანია ადამიანის უფლებათა ქმედითი დაცვა. ის, რომ კონვენციის ტექსტში პირდაპირ, სიტყვასიტყვით არ არის აკრძალული ადამიანით ვაჭრობა, შეიძლება აიხსნას იმით, რომ კონვენცია შემუშავებული იყო ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციის (1948) მოდელის მიხედვით, რომელიც, ასევე, ადამიანით ვაჭრობას პირდაპირ არ კრძალავს. თანამედროვე სამყაროში ადამიანით ვაჭრობის მასშტაბი მნიშვნელოვნად გაიზარდა. სასამართლომ მიუთითა უკანასკნელ პერიოდში გაეროს მიერ ადამიანით ვაჭრობის საკითხზე მიღებულ აქტებზე (ე.წ. პალერმოს ოქმი, 2000 წ.), ასევე, „ადამიანით ვაჭრობის წინააღმდეგ ბრძოლის შესახებ“ ევროსაბჭოს კონვენციაზე (2005 წ.). ეს აქტები, სასამართლოს აზრით, ერთმნიშვნელოვნად მიუთითებენ ადამიანით ვაჭრობის წინააღმდეგ ბრძოლის აუცილებლობაზე.⁸

ადამიანის უფლებათა ევროპულმა სასამართლომ განაცხადა, რომ კონვენცია უნდა განიმარტოს არსებული მდგომარეობის გათვალისწინებით. სასამართლოს აზრით, აუცილებელი არაა მოსარჩელის მდგომარეობა შეფასებული იყოს როგორც „მონობა“, „ყმობა“, თუ „იძულებითი სამუშაო“. ადამიანით ვაჭრობა, როგორც ეს განსაზღვრულია ე.წ. პალერმოს ოქმის მე-3a პუნქტით და ადამიანით ვაჭრობის წინააღმდეგ ევროსაბჭოს მიერ მიღებული კონვენციის მე-4a მუხლით, მთლიანად ხვდება ადამიანის უფლებათა ევროპული კონვენციის მე-4 მუხლის მოქმედების ქვეშ.⁹

სასამართლო *praeter legem* განმარტების მეთოდით არსებითად „აცდა“ კონვენციის სიტყვასიტყვით მნიშვნელობას. სასამართლოს არგუმენტაცია დაეფუძნა განვითარების ახალ ტენდენციებს, რომელიც უნდა იქნეს გათვალისწინებული ნორმის განმარტების

⁷ <www.parliament.ge/uploads/other/23/23680.pdf> [20.05.2018]

⁸ EGMR 10.01.2010, 25965/04 (Rantsev/CY und RU) NJW 2010, 3003.

⁹ იქვე.

პროცესში. ადამიანით ვაჭრობის მასშტაბების ზრდის გამო იგი განმარტებულ იქნა, როგორც „მონობის თანამედროვე ფორმა“.¹⁰

2. განმარტება *contra legem*

Contra legem (ლათ. კანონის „წინააღმდეგ“) განმარტება უფრო აშკარად უპირისპირდება ნორმის სიტყვასიტყვით მნიშვნელობას, ვიდრე განმარტება *praeter legem*. აღსანიშნავია, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს პრაქტიკამ განიცადა გარკვეული ცვლილება *contra legem* განმარტების გამოყენების თვალსაზრისით.

1986 წელს სასამართლომ განიხილა *Johnston ua*-ს საქმე.¹¹ მოსარჩელე ასაჩივრებდა ირლანდიული სამართლის ნორმას, რომლითაც აკრძალული იყო განქორწინება. მოსარჩელის აზრით, ეს ეწინააღმდეგებოდა კონვენციის მე-12 მუხლს, რომლითაც დადგენილია ქორწინების გარანტიები. კონვენციის მე-12 მუხლის თანახმად, „საქორწინო ასაკის მამაკაცსა და ქალს აქვთ ქორწინებისა და ოჯახის შექმნის უფლება“.

სიტყვასიტყვითი მნიშვნელობით, კონვენცია ეხება მხოლოდ ქორწინებას და არა განქორწინებას. თუმცა, მოსარჩელების აზრით, თუ სამართალი აკრძალავს განქორწინებას, პირს არ ექნება ხელახლა დაქორწინების შესაძლებლობა – განქორწინების აკრძალვით არსებითად იზღუდება ქორწინების გარანტიებიც.¹²

საქმის განხილვისას სტრასბურგის სასამართლო დაეყრდნო არა მარტო ევროპულ კონვენციას, არამედ სხვა საერთაშორისო სამართლებრივ აქტებსაც. ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციის მე-16 მუხლის თანახმად, მამაკაცს და ქალს აქვთ თანაბარი უფლებები დაქორწინებისას, ქორწინებისას და განქორწინებისას. ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს

¹⁰ იქვე.

¹¹ EGMR 18. 12. 1986, 9697/82 (*Johnston ua/IE*) EGMR-E3, 356.

¹² იქვე.

აზრით, ეს ნორმა ისტორიულად უნდა განმარტებულიყო როგორც მხოლოდ ქორწინების უფლება.¹³

ამ არგუმენტს არ იზიარებდა მოსარჩელე, რომელიც მიიჩნევდა, რომ ადამიანის უფლებათა საყოველთაო დეკლარაციის მიღების შემდეგ არსებითად შეიცვალა სოციალური ურთიერთობები და განქორწინებათა რიცხვი მნიშვნელოვნად გაიზარდა. მოსარჩელეთა აზრით, კონვენცია უნდა განმარტებულიყო დინამიკურად, **“present-day conditions”**-ის საფუძველზე და სასამართლოს უნდა გაეთვალისწინებინა არსებითად შეცვლილი ურთიერთობები.¹⁴

სასამართლომ თავის გადაწყვეტილებაში მიუთითა, რომ სასამართლოს არ შეუძლია ევოლუციური განმარტების გზით დაადგინოს ან განსაზღვროს ისეთი უფლება, რომელიც ნორმის ტექსტში პირდაპირ არ არის გათვალისწინებული. სასამართლოს აზრით, ასეთი მიდგომა მით უფრო გამართლებულია ამ კონკრეტულ შემთხვევაში, როდესაც „განქორწინება“ ტექსტში შეგნებულად იყო გამოტოვებული.¹⁵ 1986 წელს სასამართლომ ნორმის სიტყვასიტყვით განმარტებას მიანიჭა უპირატესობა და ამ შემთხვევაში უარი თქვა **contra legem** განმარტებაზე.

მოგვიანებით სასამართლომ შეცვალა ეს პრაქტიკა თავისი გადაწყვეტილებით საქმეზე – **Schalk und Kopf gegen Österreich** (2010 წ.).¹⁶ განსახილველი საქმე ეხებოდა ერთი სქესის წარმომადგენელთა ქორწინებას. მოსარჩელე ამტკიცებდა, რომ ევროპული კონვენციის მე-12 მუხლი არ ეხება ქორწინების უფლებას მხოლოდ ქალს და მამაკაცს შორის და უშვებს ერთი სქესის წარმომადგენელთა ქორწინებასაც.

სტრასბურგის სასამართლომ მიუთითა, რომ კონვენციის თანახმად, ქორწინებისა და ოჯახის შექმნის უფლება აქვთ საქორწინო ასაკის მამაკაცსა და ქალს. მით უფრო, რომ 1950-იან წლებში (როდესაც მიღებულ იქნა კონვენცია) ქორწინება ერთმნიშვნე-

¹³ იქვე, Rn. 54.

¹⁴ იქვე.

¹⁵ იქვე.

¹⁶ EGMR (GK) 24.06.2010, 30141/04 (Schalk und Kopf/AT) EuGRZ 2010, 445.

ლოვნად გაგებული იყო როგორც სხვადასხვა სქესის წარმომადგენლებს შორის ტრადიციული კავშირი. სასამართლოს აზრით, კონვენციით დადგენილი უფლება ვერ გავრცელდება ერთი სქესის პირთა ქორწინებაზე და არ მოიცავს ამ კატეგორიის ადამიანებს. ამავე დროს, სასამართლო დაეყრდნო ადამიანის უფლებათა ევროპულ ქარტიას, რომელიც არ შეიცავს პირდაპირ მითითებას, რომ ქორწინება ქალისა და მამაკაცის კავშირია (მ.9.). სასამართლოს აზრით, ეს ნორმა შეგნებულად იქნა ამ სახით ფორმულირებული, რომ მას, ასევე, მოეცვა ერთი სქესის წარმომადგენელთა ქორწინებაც. ევროკავშირის ძირითადი უფლებების ქარტიით ერთი სქესის პირებს შორის ქორწინება პირდაპირ დადგენილი არაა, მაგრამ, ამავდროულად, არც აკრძალულია.¹⁷

სასამართლომ მიუთითა, რომ კონვენციის მე-12 მუხლის მოქმედება არ შემოიფარგლება მხოლოდ განსხვავებული სქესის წარმომადგენლებს შორის ქორწინებით.¹⁸ ეს შეხედულება არ გაიზიარეს მოსამართლეებმა – მალინვერნმა და კოვლერმა. მოსამართლეებმა აღნიშნეს, კონვენცია როგორც ცოცხალი ინსტრუმენტი ინტერპრეტირებული უნდა იყოს თანამედროვე სულისკვეთებით და დღეს არსებული ურთიერთობების გათვალისწინებით. აშკარაა, რომ ქორწინების ინსტიტუტმა დიდი სოციალური ცვლილებები განიცადა. ამავე დროს, სასამართლოს არ შეუძლია ევოლუციური განმარტების გზით დაადგინოს უფლება, რომელიც კონვენციის ტექსტში იმთავითვე პირდაპირ არ იყო დადგენილი.¹⁹

contra legem განმარტების თვალსაზრისით, საინტერესოა ის გარემოება, რომ სტრასბურგის სასამართლომ არ გაითვალისწინა კონვენციის ნორმის სიტყვასიტყვითი მნიშვნელობა და ამავე დროს, დაეყრდნო ისეთ სამართლებრივ აქტს (ქარტიას), რომელიც სავალდებულო არაა კონვენციაში მონაწილე ევროსაბჭოს წევრი ქვეყნებისათვის. გასათვალისწინებელია ისიც, რომ ადამიანის უფლებათა ევროპული სასამართლოს ამ გადაწყვეტილებას არა

¹⁷ იქვე.

¹⁸ იქვე.

¹⁹ EGMR (GK) 24.06.2010, 30141/04 (Schalk und Kopf/AT) Votum des Richters Malinverni.

აქვს უშუალო მოქმედების ძალა, რადგანაც ქარტიის მიხედვით, ქორწინების წესი უნდა გადაწყდეს ეროვნული კანონმდებლის მიერ.

II. სასამართლო პრაქტიკა

გერმანიის საკონსტიტუციო სასამართლოს აზრით, მართლმსაჯულებამ დღის შუქზე უნდა გამოიტანოს კონსტიტუციური მართლწესრიგისათვის იმანენტური ის ღირებულებითი წარმოდგენები, რომლებიც კანონმდებლობაში არ არის ან მკაფიოდ არაა გამოხატული და შეძლოს მათი რეალიზაცია სასამართლოს გადაწყვეტილებებში.²⁰

Contra legem განმარტებას იცნობს პრეცედენტული სამართლის ქვეყნების სასამართლო პრაქტიკაც. ამ თვალსაზრისით, საინტერესოა საქმე – **Regina v. Registrar General, ex parte Smith: CA 199.**²¹ მოსარჩელე, რომელიც გასამართლებული იყო მკვლელობისა და მკვლელობის მცდელობისათვის, მოითხოვდა წვდომას დაბადების პერსონალურ მონაცემებზე, რომელიც დაცული იყო სარეგისტრაციო უწყებაში. გაერთიანებული სამეფოს კანონმდებლობით, ნებისმიერ პირს, გარკვეული ასაკის მიღწევის შემდეგ, აქვს უფლება, გაეცნოს დაბადების შესახებ მონაცემებს, რომელიც სარეგისტრაციო უწყებაში ინახება.²²

მოსარჩელე არის მძიმე, არასტაბილური ფსიქიკის მქონე და ასევე, დაავადებულია ფსიქოზით. აღსანიშნავია, რომ ციხეში მის მიერ ჩადენილი მეორე მკვლელობის მსხვერპლი იყო პატიმარი, რომელიც მან საკუთარ დედინაცვლად მიიჩნია. სასამართლოს აზრით, ამ შემთხვევაში საქმე „უჩვეულო“ და არაორდინალურ ფაქტებს ეხებოდა. დაბადების მონაცემებზე წვდომის უფლება არ შეიძლება იყოს აბსოლუტური. სასჯელალსრულების დაწესებულებაში მყოფი პატიმრისათვის საკუთარი დაბადების მონაცემებზე

²⁰ BVerfG, 14.2.1973., 34, 269.

²¹ <<https://swarb.co.uk/regina-v-registrar-general-ex-parte-smith-ca-1991/>> [11.06.2018]

²² იქვე.

წვდომა შეიცავს მნიშვნელოვან რისკს, რომ ის ამ ინფორმაციას მომავალში მძიმე დანაშაულის ჩასადენად გამოიყენებს.²³

სასამართლომ ისე უნდა განმარტოს პარლამენტის მიერ მიღებული კანონები, რომ ამ განმარტებამ არავის მისცეს მძიმე დანაშაულის ჩადენის შესაძლებლობა. შვილად აყვანილს არ შეუძლია განახორციელოს დაბადების მონაცემებზე წვდომის უფლება, თუ არსებობს მნიშვნელოვანი რისკი იმისა, რომ მიღებულ ინფორმაციას ის მძიმე დანაშაულის ჩასადენად გამოიყენებს.²⁴

ქართულ სასამართლო პრაქტიკაში *contra legem* განმარტების მაგალითია თბილისის საქალაქო სასამართლოს ადმინისტრაციულ საქმეთა კოლეგიის გადაწყვეტილება, რომლის მიხედვით, სააქტო ჩანაწერში სუროგატი დედების მიერ სხვადასხვა დღეს გაჩენილი ტყუპების დაბადების თარიღად ერთი კალენდარული დღე დაფიქსირდება.²⁵

მოსარჩელე დ.ბ.-მ და მ.კ.-მ გადაწყვიტეს ექსტრაკორპორული განაყოფიერების გზით სამი ნაყოფის (სამი ტყუპის) დაბადება და დადეს შესაბამისი შეთანხმება ორ სუროგატ დედასთან. არსებული სამედიცინო პრაქტიკიდან გამომდინარე, შესაბამისი სამედიცინო ჩასახვის და ნაყოფის განვითარების პროცედურების მიხედვით, ტყუპები ერთ კალენდარულ დღეს უნდა დაბადებულიყვნენ. თუმცა საკეისრო კვეთის დაგეგმილ თარიღამდე რამდენიმე დღით ადრე, ერთ-ერთ სუროგატ დედას, რომელიც ერთ ნაყოფს ატარებდა, ორსულობისგან დამოუკიდებელი მიზეზებით, შეექმნა ჯანმრთელობის პრობლემა, რის შედეგადაც ტყუპისცალი დაგეგმილზე 10 დღით ადრე დაიბადა. მეორე სუროგატი დედის ორი ნაყოფი კი სამედიცინო გეგმის მიხედვით განსაზღვრულ დღეს, ანუ 10 დღის შემდეგ მოველინა ქვეყანას. აღნიშნულის გათვალისწინებით სამოქალაქო რეესტრის მიერ გაცემულ დაბადების მონმობებში ტყუპების დაბადების თარიღებს შორის 10 დღიანი ინტერვალი დაფიქსირდა. მოსარჩელე მხარემ მიმართა საქართველოს იუსტიციის სამინისტროს სახელმწიფო სერვისების განვითარების

²³ იქვე.

²⁴ იქვე.

²⁵ <<http://tcc.gov.ge/index.php?m=443&newsid=716>> [05.06.2018]

სააგენტოს დაბადების მონმობაში ცვლილების შეტანის თაობაზე, რაზეც მას ეთქვა უარი.²⁶

საქართველოს იუსტიციის სამინისტროს სახელმწიფო სერვისების განვითარების სააგენტო, არ დაეთანხმა სასარჩელო მოთხოვნას და განმარტა, რომ არ არსებობდა დაბადების მონმობაში ცვლილების შეტანის სამართლებრივი საფუძველი.²⁷

სასამართლო დაეყრდნო საქართველოს კონსტიტუციას, რომელიც იცავს დედათა და ბავშვთა უფლებებს. ასევე, გაიზიარა „ბავშვის უფლებების შესახებ“ გაეროს კონვენცია, რომლის თანახმადაც, სახელმწიფო ვალდებულია, დაიცვას ბავშვის საუკეთესო უფლებების ინტერესები, კერძოდ, გაითვალისწინოს მისი მშობლების, მეურვეების ან კანონით მასზე პასუხისმგებელი სხვა პირების უფლება-მოვალეობანი და ამ მიზნით მიმართოს ყველა შესაბამის საკანონმდებლო და ადმინისტრაციულ ღონისძიებას. სასამართლომ მხედველობაში მიიღო საქმეში წარმოდგენილი ფსიქოლოგის ცნობაც, რომლის მიხედვითაც, დაბადების თარიღებში სხვაობა საზოგადოებისათვის გაუგებარი იქნებოდა, წარმოშობდა არაერთ კითხვას, რაც ხელს შეუშლიდა ბავშვის საზოგადოებაში ინტეგრაციას და საფრთხის შემცველი იქნებოდა მათი ბიოფსიქო-სოციალური ჯანმრთელობისათვის. შესაბამისად, სასამართლომ დაავალა მოპასუხე მხარეს ახალი ინდივიდუალური ადმინისტრაციულ-სამართლებრივი აქტის გამოცემა, რომლითაც ცვლილება შეეცა ბავშვის დაბადების აქტის ჩანაწერში და ტყულების დაბადების თარიღად ერთი კალენდარული დღე დაფიქსირდება.²⁸

ამ გადაწყვეტილებით, სასამართლომ განახორციელა ნორმის განმარტება *contra legem*, ანუ განმარტება კანონის სიტყვასიტყვითი მნიშვნელობის საწინააღმდეგოდ. სასამართლომ საკითხი გადაწყვიტა სამართლიანად, მაგრამ კანონის სიტყვასიტყვითი განმარტების საწინააღმდეგოდ.

განმარტება *contra legem* შეუძლია განახორციელოს არა სამართლის „ჩვეულებრივმა“ შემფარდებელმა, არამედ მხოლოდ

²⁶ იქვე.

²⁷ იქვე.

²⁸ იქვე.

სასამართლომ. ამავე დროს, მოსამართლემ უნდა იმოქმედოს არა საკუთარი, სუბიექტური შეხედულებების საფუძველზე, არამედ მოქმედი მართლწესრიგის ფარგლებში და იმ ღირებულებების მიხედვით, რომელიც საფუძვლად უდევს სამართლის სისტემას.

III. მოსამართლე არის სამართლის შემფარდებელი და არა კანონმდებელი

გასათვალისწინებელია ის რისკებიც, რომელიც დაკავშირებულია მოსამართლის მიერ კანონის *contra legem* განმარტებასთან. ისტორიული გამოცდილება აჩვენებს, რომ მოსამართლეების „რევოლუციური ჯანყი უსამართლო კანონმდებლის“ წინააღმდეგ მხოლოდ „კარგი იმედი“ შეიძლება იყოს და მეტი არაფერი.²⁹

მოსამართლეც შეიძლება იყოს ტოტალიტარული რეჟიმის უკრიტიკო მსახური და ვასალური ერთგულებით ემსახუროს არა მართლმსაჯულებას, არამედ პოლიტიკურ კონიუნქტურას. სამოსამართლო მანტიაში გახვეული პოლიტიკური მართლმსაჯულების სამწუხარო რეციდივებიც მუდმივად შეგვახსენებს, რომ არ უნდა ვიყოთ ილუზიების ტყვეობაში.

მოსამართლე ახორციელებს კანონის შეფარდებას, ემსახურება და ემორჩილება კანონს. ამავე დროს, *contra legem* განმარტების შემთხვევაში მოსამართლე არა მარტო უფარდებს, არამედ „აკონტროლებს“ კანონის სამართლიანობას. მაგრამ, რამდენად დასაშვებია მოსამართლეების ასეთი ემანსიპაცია „კანონის შემფარდებლიდან“ „კანონის კონტროლიორამდე“? რამდენად ბუნებრივია, რომ მოსამართლემ შეითავსოს კანონის სამართლიანობაზე „კონტროლიორის“ ფუნქციაც?³⁰

²⁹ Rüthers B., Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, Tübingen, 1968, S. 445, ციტ.: M. Gropp, Die Rechtsfindung contra legem. Ein Beitrag zur rechtstheoretischen Erforschung der Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung im Privatrecht,

³⁰ Neuner J., Die Rechtsfindung contra legem, 2. Auflage, München, 2005, S. 85 ff.

მართლწესრიგი ყოველთვის სტატიკურია. ამავე დროს, დინამიკურია სამართლის სოციალური ბაზისი, რომელსაც განვითარების მაღალი ტემპი ახასიათებს. სოციალური ურთიერთობები მუდმივად ვითარდებიან და ხშირად კარდინალურად იცვლებიან. სამართალი ახდენს სოციალური ურთიერთობების „კონსერვაციას“ და ამ თვალსაზრისით, ყოველთვის კონსერვატიულია. ამავე დროს, სამართლის კონსერვატიული ფუნქცია არ უნდა უწყობდეს ხელს სტაგნაციას და არ უნდა დააბრკოლოს განვითარება.

გარკვეული დისპროპორცია სოციალური ურთიერთობების განვითარების დინამიკურ ხასიათსა და სამართლის კონსერვატიულ ბუნებას შორის ყოველთვის იარსებებს. ამავე დროს, განვითარების ახალი ტენდენციების ასახვა არ უნდა ხდებოდეს მხოლოდ საკანონმდებლო ცვლილებებით. კანონმდებლობაში ცვლილებების შეტანა მოითხოვს ფორმალურ პროცედურებს და დიდ დროს. შეცვლილ სიტუაციებთან სამართლის ადაპტირება შესაძლებელია მოხდეს არა მარტო საკანონმდებლო ცვლილებებით, არამედ ნორმის განმარტების გზითაც. ნორმის განმარტება, არსებითად, „სამართლის განვითარებაა“.³¹ სამოსამართლო სამართალი, როგორც სამართლის შემეცნების წყარო, სწორედ ნორმათა განმარტების გზით ყალიბდება.³²

სამართლის შინაარსის შემეცნება შეუძლებელია სოციალური სინამდვილის ცოდნის გარეშე, რომელიც მოითხოვს სათანადო კატეგორიების, ცნებითი აპარატისა და წესების ცოდნას. მაგრამ, რა ფორმით უნდა განახორციელოს სამართლის შემფარდებელმა სამართლის შემეცნება?

მოსამართლე ფოკუსირებულია მოდავე მხარეებს შორის კონფლიქტის გადაწყვეტაზე და ეს მისთვის უფრო მნიშვნელოვანია, ვიდრე ფიქრი შემეცნების ზოგად-აბსტრაქტულ კატეგო-

³¹ Langenbucher K., Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht. Eine methodologische Untersuchung zur richterlichen Rechtsfortbildung in deutschen Zivilrecht, 1996.

³² დანვრ. იხ., გ. გოგიაშვილი, სამოსამართლო სამართალი, თბილისი, 2014; ო. ჯორბენაძე, სამოსამართლო სამართლის პრობლემები, თბილისი, 2007.

რიებზე, ფილოსოფიურ ღირებულებებსა და ჭეშმარიტებაზე.³³ გარდა ამისა, მოსამართლეს ყოველთვის უწევს კონკრეტული შემთხვევის გადანყვეტა. არ არსებობს სამართლიანობის ზოგადი, აბსტრაქტული ფორმულა, რომელსაც ექნებოდა უნივერსალობის პრეტენზია ყველა კონკრეტული შემთხვევის მიმართ. მოსამართლე ყოველთვის ორიენტირებული უნდა იყოს კონკრეტული შემთხვევის ინდივიდუალურ თავისებურებებზე.

ძალაუფლების გამიჯვნის პრინციპიდან გამომდინარე, მოსამართლე კანონმდებლის ფუნქციას ვერ შეითავსებს. მოსამართლე არის სამართლის შემფარდებელი და არა კანონმდებელი. მოსამართლე ვერ შეცვლის კანონმდებლის გადანყვეტილებას და ვერ ჩაანაცვლებს მას საკუთარი გადანყვეტილებით. კანონმდებლობაში კორექტივების შეტანა არის კანონმდებლის და არა მოსამართლის ფუნქცია.

სამართლის შეფარდების პროცესში ნორმის შინაარსი არ უნდა იცვლებოდეს. განმარტების მეთოდების გამოყენებით ხდება ნორმის შინაარსის მხოლოდ შემეცნება, გაგება და არა მისი შინაარსის შეცვლა. განმარტება ვერ გაცდება ნორმის შინაარსს. ამით განსხვავდება სამართლის შეფარდება სამართალშემოქმედებისაგან.

სამართალშემოქმედების პროცესში ხდება ნორმის ახალი შინაარსის დადგენა. სამართლის შეფარდების პროცესში განმარტების მეთოდების გამოყენებით ხდება ნორმის შინაარსის „უკეთ“ შეცნობა. ეს ეხება კანონმდებლის ნების „უკეთესად“ შეცნობასაც. ცალკეულ შემთხვევებში, ნორმის სიტყვასიტყვითი მნიშვნელობა ვერ გამოხატავს კანონმდებლის ნებას. ან კანონის სიტყვასიტყვითი მნიშვნელობა, აშკარად შეუძლებელია იყოს კანონმდებლის ნება და მიზანი. ამ შემთხვევაში, მოსამართლეს შეუძლია განმარტების გზით უკეთესად შეიმეცნოს კანონმდებლის ნამდვილი ნება და მიზანი.

სამართლის შეფარდების პროცესში მოსამართლე ვერ ჩაანაცვლებს კანონმდებელს – მოსამართლეს არა აქვს არც სათა-

³³ იხ. Neuner J., Die Rechtsfindung contra legem, 2. Auflage, München, 2005, 132.

ნადო ლეგიტიმაცია და არც ორგანიზაციულად არის აღჭურვილი კანონშემოქმედებითი საქმიანობისათვის.³⁴ სამოსამართლო სამართალიც უნდა განვიხილოთ როგორც სამართლის შემეცნების წყარო და არა სამართლის წყარო.³⁵

კანონმდებელი აწესრიგებს სოციალურ სინამდვილეს სამართლის ზოგადი ნორმების მეშვეობით, ხოლო მოსამართლე გადაწყვეტილებას იღებს კონკრეტულ საქმეზე. კანონმდებელი ნორმის გამოცემისას ნაკლებად ხელმძღვანელობს იურიდიული კრიტერიუმებით და მისთვის გაცილებით მნიშვნელოვანია პოლიტიკური არგუმენტები. საკანონმდებლო საქმიანობა მოითხოვს ნების თავისუფლებასაც. კანონმდებლის ნების თავისუფლებას გაცილებით მეტი არეალი აქვს, ვიდრე მოსამართლისას. მოსამართლე ვერ გაცდება ნორმის იმ შინაარსს, რაც უკვე განსაზღვრა კანონმდებელმა. კანონმდებლისთვის ეს საზღვარი არ არსებობს, რადგანაც იგი ნორმის შინაარსს თავად ადგენს. მართალია, სამართალშემოქმედების პროცესში კანონმდებელიც შეზღუდულია სოციალური სინამდვილის კანონზომიერებებით და თვითნებურად ვერ იმოქმედებს, მაგრამ შეუძლებელია შეზღუდულობის ეს ხარისხი შევადაროთ სამართლის შემფარდებელი იურისტის შეზღუდულობას.

განმარტება *contra legem* ხორციელდება სამართლის შეფარდების პროცესში, ეხება კონკრეტულ შემთხვევას და მას არ აქვს სოციალური რეგულირების მიზანი. სოციალური ურთიერთობების რეგულირება არის კანონმდებლის ექსკლუზიური უფლებამოსილება. მოსამართლემ გადაწყვეტილება უნდა მიიღოს იურიდიული არგუმენტების მეშვეობით. იგი თავის გადაწყვეტილებაში ვერ დაეფუძნება არაიურიდიულ, პოლიტიკურ ან ეკონომიკურ არგუმენტებს. მოსამართლე, ასევე, გადაწყვეტილებას ვერ მიიღებს მიზანშეწონილების ან სხვა, არაიურიდიული პრინციპიდან გამომდინარე. *contra legem* განმარტება არ დაიშვება, თუ მოსა-

³⁴ Eisfeld J., Rechtsfortbildung als Rechtserkenntnis. Das Richterrecht und das Wertungsproblem, in: Richterliche Rechtsfortbildung und kodifiziertes Richterrecht. Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler, 2014, S. 97 ff.

³⁵ იქვე.

მართლე თავის გადაწყვეტილებაში ეფუძნება მხოლოდ მიზანშეწონილების არგუმენტებს.³⁶

IV. რატომ „კონსტიტუცია“ და „კანონი“?

საქართველოს კონსტიტუციის მიხედვით, „მოსამართლე თავის საქმიანობაში დამოუკიდებელია და ემორჩილება მხოლოდ კონსტიტუციას და კანონს“. კონსტიტუციის ტექსტში შემთხვევით არ არის მითითებული, რომ მოსამართლე ემორჩილება არა მხოლოდ კანონს, არამედ კონსტიტუციასაც. მაგრამ, რა ნიშნით განასხვავებს ერთმანეთისაგან კანონმდებელი „კონსტიტუციასა“ და „კანონს“?

კონსტიტუციასა და კანონს შორის დიფერენცირება არ უნდა ეფუძნებოდეს მხოლოდ წმინდა ფორმალურ და იურიდიულ კრიტერიუმებს. კონსტიტუცია განსაკუთრებული იურიდიული მნიშვნელობის მქონე ძირითადი კანონია. იურიდიული ძალის მიხედვით კონსტიტუციასა და კანონს შორის განსხვავება იმდენად ბუნებრივი და ერთმნიშვნელოვანია, რომ კანონმდებლის მხრიდან გაუგებარი იქნებოდა ამ ნიშანზე დამატებით, ცალკე მითითება. მით უფრო, ზედმეტი იქნებოდა ამის აღნიშვნა კონსტიტუციის ტექსტში.

„კონსტიტუციისა“ და „კანონის“ ერთმანეთისაგან გამიჯვნით კანონმდებელმა ხაზგასმით მიუთითა არა კონსტიტუციის იურიდიულ ძალაზე, არამედ კონსტიტუციური ნორმების შინაარსისათვის დამახასიათებელ თავისებურებებზე. მხოლოდ კონსტიტუცია განსაზღვრავს სამართლის სისტემის ღირებულებით, შინაარსობრივ მასშტაბებს. კონსტიტუცია პოზიტიური სამართლის იერარქიის სათავეში დგას. ამავე დროს, კონსტიტუცია ადგენს სამართლის ზეპოზიტიურ პრინციპებსაც, რომელთა მოქმედება ვრცელდება სამართლის მთელ სისტემაზე.

კონსტიტუცია არ არის მორალურად ნეიტრალური. კონსტიტუციის ტექსტში ინტეგრირებულია ღირებულებათა მთელი რიგი

³⁶ Riesenhuber K., Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis, 2. Auflage, 2010, S. 673 ff.

მეტაფიზიკური ელემენტებიც. კონსტიტუცია განსაზღვრავს მორალური და ღირებულებითი შეფასების მასშტაბებს, რომლის საფუძველზეც მოსამართლე წყვეტს კონკრეტულ შემთხვევებს.

კონსტიტუცია არ ადგენს ღირებულებათა იერარქიას. კონსტიტუცია არაფერს ამბობს იმის შესახებ, თუ ღირებულებათა შკალაში რა ადგილი უკავია, მაგალითად, თავისუფლებას, თანასწორობას, სამართლიანობას, ადამიანის სიცოცხლეს, ღირსებას და სხვ. არ არსებობს ღირებულებათა შეფასების ერთმნიშვნელოვანი სქემა. ყოველ ცალკეულ შემთხვევაში მოსამართლე თვითონ განსაზღვრავს, თუ კონსტიტუციით აღიარებულ რომელ ღირებულებას უნდა მიენიჭოს უპირატესობა.

სამართლის მიმართ კონსტიტუციის „ანტიპოზიტიური“ დამოკიდებულება კარგად ჩანს პრეამბულაში, სადაც აღნიშნულია ადამიანთა საყოველთაოდ აღიარებული უფლებებისა და თავისუფლებების, ასევე, სამართლებრივი სახელმწიფოს პრინციპის შესახებ. ამ ფუძემდებლური მნიშვნელობის მქონე პრინციპებს აქვთ დამოუკიდებელი ღირებულება და არსებობენ სახელმწიფოს გარეშეც. ეს პრინციპები არ არის სახელმწიფოს მიერ დადგენილი ან ნაჩუქარი (ოქტროირებული). პირიქით, ამ პრინციპებს აქვთ მბოჭავი ძალა სახელმწიფოს მიმართ.

გარდა პრეამბულისა, სამართლის ზეპოზიტიური პრინციპები აღიარებულია კონსტიტუციის რამდენიმე მუხლში. კონსტიტუციის 39-ე მუხლის მიხედვით, „საქართველოს კონსტიტუცია არ უარყოფს ადამიანისა და მოქალაქის სხვა საყოველთაოდ აღიარებულ უფლებებს, თავისუფლებებსა და გარანტიებს, რომლებიც აქ არ არის მოხსენიებული, მაგრამ თავისთავად გამომდინარეობენ კონსტიტუციის პრინციპებიდან“. კონსტიტუციის მე-7 მუხლის თანახმად კი, „სახელმწიფო ცნობს და იცავს ადამიანის საყოველთაოდ აღიარებულ უფლებებსა და თავისუფლებებს, როგორც წარუვალ და უზენაეს ადამიანურ ღირებულებებს. ხელისუფლების განხორციელებისას ხალხი და სახელმწიფო შეზღუდული არიან ამ უფლებებითა და თავისუფლებებით, როგორც უშუალოდ მოქმედი სამართლით“.

V. „ფილოსოფოსი მოსამართლე“?

რა იურიდიული შედეგი შეიძლება ჰქონდეს კონსტიტუციის აღნიშნულ დებულებებს სასამართლო პრაქტიკისათვის? მოსამართლეებს ხშირად უწოდებენ განმარტების „აკრობატებს“. იურისტებს სჩვევიათ ნორმის შინაარსის განსხვავებული ინტერპრეტაცია. სიტუაცია უფრო რთულდება, როდესაც იურიდიული არგუმენტაციის პროცესში ერთვება ღირებულებითი შეფასება. მოსამართლე, რომელიც იურიდიული არგუმენტაციის პროცესში ღირებულებებსაც ეფუძნება, ვერ იმოქმედებს მხოლოდ წმინდა იურიდიულ საზღვრებში. ღირებულება, როგორც წესი მეტაფიზიკური ბუნებისაა. როდესაც მოსამართლეს საქმე აქვს ღირებულებებთან, ის გარკვეული აზრით „ფილოსოფოსობს“.

როდესაც მოსამართლე ემორჩილება კონსტიტუციას, ის ემორჩილება კონსტიტუციით დადგენილ სამართლის ზეპოზიტიურ პრინციპებსაც. კონსტიტუციისადმი მორჩილება ნიშნავს ერთგულებას კონსტიტუციით დადგენილი ღირებულებითი წესრიგის მიმართაც.

მოსამართლემ არ უნდა დაიცვას არაადამიანური კანონები, რომელიც წინააღმდეგობაში მოდის სამართლიანობისა და მორალის შესახებ გაბატონებულ შეხედულებებთან. განსაკუთრებულ შემთხვევებში მოსამართლემ უნდა იმოქმედოს კანონის წინააღმდეგ და სამართლიანობის სასარგებლოდ. თუ მოსამართლე განახორციელებს კანონის საწინააღმდეგო განმარტებას **contra legem** ის მოქმედებს კონსტიტუციის ფარგლებში, რამდენადაც არ დაურღვევია კონსტიტუციით განმტკიცებული სამართლის პრინციპები.

VI. რამდენად საშიშია „ფილოსოფოსი“ მოსამართლე?

იურიდიული არგუმენტაციის პროცესში ღირებულებების ჩართვას თან ახლავს გარკვეული რისკებიც. ღირებულება იშვიათად

იძლევა მისი ერთგვაროვანი განმარტების შესაძლებლობას.³⁷ რამდენად უწყინარი შეიძლება იყოს „ფილოსოფოსი“ მოსამართლე და რამდენად დაცული ვართ ამ დროს მოსამართლის თვითნებობისგან? ან რა გარანტია არსებობს, რომ საქმე გვაქვს ჯანსაღი მორალური წარმოდგენების მქონე მოსამართლესთან?

იურიდიული არგუმენტაციის პროცესში ღირებულებებზე აპელირება მოითხოვს გარკვეულ „სითამამეს“, თუმცა ეს არ უნდა გადაიზარდოს მოსამართლეთა „თვითნებობაში“.

ანგარიშგასაწევია სამართლის პრინციპების შემეცნებასთან დაკავშირებული სირთულეებიც. მით უფრო, რომ მოსამართლე არის სამართლის შემფარდებელი, და არა სამართალშემოქმედი. მოსამართლე საკუთარ თავზე ვერ აიღებს კანონმდებლის ფუნქციას. შესაბამისად, მან, უპირველეს ყოვლისა, უნდა გაარკვიოს, რამდენად მოახერხა კანონმდებელმა სამართლის ზეპოზიტიური პრინციპების შემეცნება და რა „დოზით“ ჩართო მან ეს მასალა კანონმდებლობაში.

გასათვალისწინებელია იურიდიული აზროვნებისათვის დამახასიათებელი თავისებურებებიც. სოციალური სინამდვილე ყოველთვის დინამიკურია და ცვალებადი. სამართალი, პირიქით, ცდილობს არსებული სიტუაციის შენარჩუნებასა და „კონსერვაციას“. ამით განსხვავდება იურისტის აზროვნება პოლიტიკოსის აზროვნებისაგან.³⁸ პოლიტიკოსი ყოველთვის ესწრაფვის, შეცვალოს არსებული სინამდვილე. იურისტი, პირიქით, ცდილობს სამართლებრივ ჩარჩოებში მოაქციოს ამ სინამდვილის განვითარება. პოლიტიკოსს არ სჭირდება თავისი შეხედულების არგუმენტაცია, რადგანაც ეს მისი პირადი შეხედულებაა. იურისტი, პირიქით, ვალდებულია არგუმენტირებულად დაასაბუთოს საკუთარი გადანყვეტილება.

³⁷ ამ საკითხზე უფრო დანერ. იხ., ზოიძე ბ., სამართლის პრაქტიკული ყოფიერების შემეცნების ცდა, უპირატესად ადამიანის ძირითადი უფლებებათა ჭრილში, თბილისი, 2013, 110, 122.

³⁸ Strauch H-J., *Methodenlehre des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens: Prozesse richterlicher Kognition*, 2017, S. 287 ff.

მოსამართლე, მართალია, წყვეტს სინამდვილის კონკრეტულ შემთხვევებს, მაგრამ მხოლოდ ნორმის საფუძველზე. „იურისტების სამყარო“ არის არა რეალური სამყარო, არამედ ნორმატიული სამყარო, რომელიც თვითონ იურისტების მიერ არის კონსტრუირებული. იურისტების აზროვნება ორიენტირებულია სამართლის წინასწარ დადგენილ ნორმებზე. გადაწყვეტილების მიღებისას მოსამართლე აბსტრაჰირებულია პირადი, მსოფლმხედველობრივი შეხედულებებისაგან, ხოლო მის მიერ მიღებული გადაწყვეტილება (სავარაუდოდ) განსხვავდება პირადი შეხედულებისაგან.

VII. სამართლიანობა, როგორც განმარტების მასშტაბი

სასამართლო, როგორც წესი, მაქსიმალურად „ერიდება“ იურიდიული არგუმენტაციის პროცესში ჩართოს ეთიკური, მორალური და სხვა ღირებულებითი შეფასებები. ამ სიფრთხილეს აქვს თავისი ახსნა – მორალზე, სამართლიანობაზე, ღირებულებებზე არსებობს განსხვავებული შეხედულებები და ხშირად, რადიკალურად დაპირისპირებული პოზიციები. შეიძლება თუ არა, რომ „სამართლიანობის იდეა“ იყოს განმარტების მასშტაბი?

სამართლიანობა წინააღმდეგობრივი კატეგორიაა. თანამედროვე, პლურალისტურ საზოგადოებაში არ არსებობს სამართლიანობის ერთმნიშვნელოვანი და ობიექტური მასშტაბი. შესაბამისად, შეუძლებელია კონკრეტული შემთხვევის გადაწყვეტისას მოსამართლე დაეყრდნოს სამართლიანობის იდეას.

მოსამართლე ვერ დაეყრდნობა სამართლიანობის იდეას, მაგრამ გადაწყვეტილება შეუძლია დააფუძნოს სამართლიანობის მასშტაბს, რომელიც დადგენილი აქვს კანონმდებელს. კანონმდებლობა ასახავს სამართლიანობის შესახებ საზოგადოებაში არსებულ კონსენსუსს. სამართლის შემფარდებელი უნდა დაეფუძნოს კანონით განსაზღვრულ სამართლიანობის მასშტაბს, და არა სამართლიანობის აბსტრაქტულ იდეას. სამართლიანობის ეს მასშტაბი არ არსებობს წინასწარ მოცემული, მზა რეცეპტის სახით – სამართლიანობის მასშტაბი სამართლის შემფარდებელმა უნდა შეიმეცნოს კანონმდებლობიდან.

არ არსებობს „სამართლიანობა ზოგადად“. სამართლიანობის შეფასების მასშტაბი უნდა იყოს გაბატონებული სოციალური მორალი და არა მოსამართლის სუბიექტური შეხედულება. ამასთან, სამართლიანობის ეს მასშტაბი არ უნდა იყოს ორიენტირებული მაღალ მორალურ სტანდარტებზე. ორიენტაცია უნდა იყოს ალე-ბული ყველა, „საშუალოდ წესიერი“ ადამიანის წარმოდგენებზე სამართლიანობისა და უსამართლობის შესახებ.

სამართლიანობის მასშტაბი ვერ დადგინდება რეფერენდუმის ან გამოკითხვის გზით. რეფერენდუმის ან გამოკითხვის შედეგებს მოსამართლისათვის არა აქვს სავალდებულო ძალა. ხალხის უმრავ-ლესობის შეხედულება სამართლიანობის შესახებ ვერ იქნება შეფასების მასშტაბი სამართლის შემფარდებლისათვის. ხალხის უმრავლესობის გამოკითხვა ვერ მოახდენს სასამართლო გადაწყვე-ტილების ლეგიტიმაციას. სამართლიანობის შესახებ გამოკითხვის შედეგები შესაძლებელია იყოს პოლიტიკურად დიდი მნიშვნე-ლობის, მაგრამ მას არ აქვს იურიდიული ძალა სამართლის შემფარდებლისათვის.

გასათვალისწინებელია მოსამართლეზე საზოგადოებრივი აზრის ზემოქმედების უარყოფითი ფაქტორიც. ასეთი სიტუაცია სერი-ოზულ საფრთხეს უქმნის მოსამართლის დამოუკიდებლობას. პროცესის მონაწილეებს უნდა ჰქონდეთ იმის მოლოდინი, რომ მათი საქმე გადაწყდება სამართლისა და კანონის საფუძველზე და არა საზოგადოების უმრავლესობის შეხედულებით.