



ივანე ჯავახიშვილის სახელობის
თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტი
იურიდიული ფაკულტეტი

სამართლის ჟურნალი

№1, 2018



უნივერსიტეტის
გამომცემლობა

UDC (უაკ) 34(051.2)

ს-216

მთავარი რედაქტორი

ირაკლი ბურდული (პროფ., თსუ)

სარედაქციო კოლეგია:

ლევან ალექსიძე (პროფ., თსუ)

გიორგი დავითაშვილი (პროფ., თსუ)

ავთანდილ დემეტრაშვილი (პროფ., თსუ)

ბესარიონ ზოიძე (პროფ., თსუ)

თევდორე ნინიძე (პროფ., თსუ)

ნუგზარ სურგულაძე (პროფ., თსუ)

პაატა ტურავა (პროფ., თსუ)

ლადო ქანტურია (პროფ., თსუ)

ნათია ჩიტაშვილი (ასოც. პროფ., თსუ)

ლელა ჯანაშვილი (ასოც. პროფ., თსუ)

გიორგი ხუბუა (პროფ., თსუ)

ლაშა ბრეგვაძე (თ. წერეთლის სახ. სახელმწიფოსა და

სამართლის ინსტიტუტის დირექტორი)

გუნთერ ტოიბნერი (პროფ.,

ფრანკფურტის უნივერსიტეტი)

ბერნდ შუნემანი (პროფ.,

მიუნხენის უნივერსიტეტი)

იან ლიდერი (პროფ.,

ფრაიბურგის უნივერსიტეტი)

ხესე ანტონიო სეოანე (პროფ.,

ლა კორუნიის უნივერსიტეტი)

კარმენ გარსიმარტინი (პროფ.,

ლა კორუნიის უნივერსიტეტი)

არტაკ მკრტიჩიანი (პროფ.,

ლა კორუნიის უნივერსიტეტი)

*გამოცემულია ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის
საუნივერსიტეტო საგამომცემლო საბჭოს გადაწყვეტილებით*

© ივანე ჯავახიშვილის სახელობის თბილისის სახელმწიფო უნივერსიტეტის
გამომცემლობა, 2019

ISSN 1987-7668

საზოგადოებრივი კონსტიტუციონალიზმი: სახელმწიფოზე ცენტრირებული კონსტიტუციური თეორიის ალტერნატივა*

I. კიბერსივრცეზე წვდომის უფლება?

გლობალიზაციის მონინალმდეგეთა ჯგუფი უჩივის ინტერნეტის კომერციულ ჰოსტ-პროვაიდერს. აპელირებენ სიტყვის თავისუფლების პრინციპზე, რათა სამართლებრივად შეძლონ მათი შელახული უფლების დაცვა. ჰოსტპროვაიდერი, რომელიც სთავაზობს კონტენტ-პროვაიდერებს ვებგვერდების განთავსების შესაძლებლობას, უკვე მოექცა პროკურორებისა და კერძო კოლექტიურ მომჩივანთა მარნუხებში, რადგანაც ზოგიერთი ვებგვერდი შეიცავდა არასრულწლოვანთა პორნოგრაფიისა და ნაცისტური პროპაგანდის ელემენტებს. გადამწყვეტი ძალა იქონია პარიზის უზენაესი ინსტანციის ტრიბუნალის (Paris Tribunal de Grande Instance) გადაწყვეტილებამ, კერძოდ კი 2000 წლის 20 ნოემბრის განკარგულებამ, რომელმაც დაავალდებულა კორპორაცია Yahoo Inc., შეეზღუდა ფრანგი მომხმარებლებისთვის წვდომა ნაცისტური საგნების აუქციონზე.¹ საბოლოო დარტყმა განხორციელდა საჯარო-კერძო თანარეგულირების ახალი ტენდენციების მეშვეობით, რომელთა მიხედვითაც პროვაიდერები თავისუფლდებიან პასუხისმგებლობისგან სახელმწიფო სააგენტოებთან თანამშრომლობის შემთხვევაში.² ამის საფუძველზე პროვაიდერმა ელექტრონულად შეზღუდა წვდომა ყველა ვებგვერდზე, სადაც, მისი აზრით, მაღალი იყო სისხლისსამართლებრივი ან სამოქალაქოსამართლებრივი პასუხისმგებლობის რისკი. შეზღუდვა შეეხო ასევე იმ პოლიტიკურ ჯგუფებს, რომლებიც პროვაიდერის მიერ შეფასდა პოლიტიკური თვალსაზრისით რადიკალურად ან ძალადობრივ

* ნაშრომი თარგმნილია შემდეგი გამოცემიდან: Teubner, Gunther: „Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?“, in: Christian Joerges, Inger-Johanne Sand and Gunther Teubner (eds.): *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford: Hart Publishing, 2004: 3-28. ნაშრომის ინგლისურენოვანი, მოდიფიცირებული ვერსია სიზუსტისათვის შედარებულია ორიგინალ გერმანულენოვან ტექსტთან, რომელიც ერთი წლით ადრე გამოქვეყნდა: Teubner, Gunther: „Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie“, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Band 63, 2003: 1-28. ინგლისურენოვან ტექსტს, რომელსაც უფრო მეტად იცნობს საერთაშორისო სამეცნიერო საზოგადოება, აკლია ბოლო, დასკვნითი VI თავი, რომელიც უფრო მეთოდოლოგიური შინაარსისაა. ქართული თარგმანი ერთგულია დედნის სტრუქტურისა და მოიცავს ტექსტის სრულ ვერსიას. ნაშრომი გამოქვეყნებულია ასევე ფრანგულ, იტალიურ, ესპანურ, პოლონურ და ჩინურ ენებზე.

¹ TGI Paris, Ordonnance de référé du 20 Nov. 2000. იხ. ვებგვერდი: <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgi-paris20001120.html>. ამ გადაწყვეტილებამ განამტკიცა 2000 წლის 22 მაისის ადრინდელი დადგენილება, რომელიც ავალდებულებდა Yahoo-ს იმ მასალის ბლოკირებას, რაც უკანონოდ იყო მიჩნეული საფრანგეთის სისხლის სამართლის კოდექსის R645-1 მუხლის მიხედვით. იხ.: TGI Paris, Ordonnance de référé du 22 mai 2000. იხ. ვებგვერდი: <http://222.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20000522.htm>.

² USA: 1990 Protection of Children from Sexual Predators Act, Section 42 USC § 13032; 1998 Digital Millennium Copyright Act, 17 USC 512 (C). Europe: Directive 2000/31.

საპროტესტო კამპანიასთან მეტად მიახლოებულად. სამოქალაქო სარჩელის მეშვეობით ეს ჯგუფები ცდილობენ აიძულონ ჰოსტპროვაიდერი აღუდგინოს მათ კიბერსივრცეზე წვდომის უფლება.

ეს შემთხვევა აერთიანებს იმ ფუნდამენტურ პრობლემათა წყებას, რასაც წარმოშობს კომუნიკაციის დიგიტალიზაცია. დებატების საგანია არა მარტო ისეთი ტექნიკური იურიდიული საკითხები, როგორებიცაა – კერძო პროვაიდერთა სახელშეკრულებო იძულება, ინტერნეტის ინსტიტუციებზე წვდომის უფლება, ნაციონალური ნორმების მოქმედება და იმპლემენტაცია ინტერნეტის ტრანსნაციონალურ სექტორში ან ძირითადი უფლებების ჰორიზონტალური ეფექტი კიბერსივრცეში.³ არამედ, ვუპირისპირდებით უფრო ფუნდამენტურ საკითხს, რომელიც შეეხება დიგიტალურ კომუნიკაციაზე წვდომის უნივერსალურ პოლიტიკურ უფლებას. საბოლოო ჯამში წარმოიშობა გლობალური კომუნიკაციური პროცესებისგან ექსკლუზიის, გამოთიშვის პრობლემა. უკანა ფლანგზე კი შემზადებულია თეორიული კითხვა – ხომ არ გამოიწვევს ფუნქციონალური დიფერენცირების განვითარების ლოგიკა გლობალურ ფუნქციონალურ სისტემათა განსხვავებული ორმაგი კოდების დაქვემდებარებას შემდეგი ერთი განსხვავებისადმი – ინკლუზია/ექსკლუზია?⁴ ნუთუ ინკლუზია/ექსკლუზია გახდება 21-ე საუკუნის მეტაკოდი, რომელიც მედიაციას გაუნეცს ყველა სხვა კოდს, მაგრამ იმავდროულად ძირს გამოუთხრის უშუალოდ ფუნქციონალურ დიფერენცირებას და გავლენას იქონიებს სხვა საზოგადოებრივ-პოლიტიკურ პრობლემებზე – მოსახლეობის მთელი ჯგუფების ექსკლუზიის, გამოთიშვის მეშვეობით?

იმ მრავალი პრობლემიდან, რასაც განხილული სამართლებრივი შემთხვევა წამოჭრის, მსურს გამოვყო ერთი საკითხი: როგორ უპასუხებს კონსტიტუციური თეორია ინკლუზია/ექსკლუზიის მიმართ იმ გამოწვევას, რომელიც მომდინარეობს ამჟამინდელი სამი ძირითადი ტენდენციიდან – დიგიტალიზაცია, პრივატიზაცია და გლობალიზაცია? სწორედ ამგვარად უნდა მოხერხდეს დღევანდელი „კონსტიტუციური საკითხის“ ფორმულირება, განსხვავებით მე-18 და მე-19 საუკუნეების ეროვნულ სახელმწიფოთა კონსტიტუციური საკითხისგან. თუ მაშინ საჭირო იყო რეპრესიული პოლიტიკური ძალაუფლების დისციპლინირება, დღეს საშურია სავსებით განსხვავებულ სოციალურ დინამიკათა დისციპლინირება. ეს კი, უპირველეს ყოვლისა, სხვა საკითხია თეორიისთვის. შეძლებს კი კონსტიტუციური თეორია განაზოგადოს თავისი ეროვნულ-სახელმწიფოებრივი ტრადიცია თანამედროვე პირობების გათვალისწინებით

³ ეს საკითხები, მეტადრე ინტერნეტში სიტყვის თავისუფლების პრობლემები, განხილულია შემდეგ ნაშრომებში: Frydman, Benoit and Rorive, Isabelle: „Regulating Internet Content through Intermediaries in Europe and the USA“, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Band 23, 2002: 41-59; Holznapel, Bernd: „Meinungsfreiheit oder Free Speech im Internet: Unterschiedliche Grenzen tolerierbarer Meinungsäußerungen in den USA und Deutschland“, in: *Archiv für Presserecht*, Band 9, 2002: 128-133; Holznapel, Bernd: „Responsibility for Harmful and Illegal Content as well as Free Speech on the Internet in the United States of America and Germany“, in: Engel, Christoph and Keller, Kenneth H. (eds.): *Governance of Global Networks in the Light of Differing Local Values*, Baden-Baden: Nomos, 2000: 9-42; Goldstone, David J.: „A Funny Thing Happened on the Way to the Cyber Forum: Public vs Private in Cyberspace Speech“, in: *Cardozo Law Review*, Vol. 69, 1998: 1-70.

⁴ მსოფლიო საზოგადოების თეორიის ფარგლებში ინკლუზიის / ექსკლუზიის შესახებ, იხ.: Luhmann, Niklas: *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993: 582.

და მოახდინოს მისი რესპეციფიკაცია? შესაძლებელია ეროვნული სახელმწიფოს კონსტიტუციის ტრადიციის ნაყოფიერი გამოყენება და, იმავდროულად, იმგვარი შეცვლა, რომ მან სათანადოდ აღიაროს დიგიტალიზაციის, პრივატიზაციისა და გლობალური განწესრიგების ახალი ფენომენები?⁵

II. რეაქციები კონსტიტუციურ თეორიაში

თანამედროვე გენერალიზაცია და რესპეციფიკაცია – ეს ის პრობლემაა, რომლის გამოც ეროვნულ სახელმწიფოს მიღმა უნივერსალური მსოფლიო კონსტიტუციის პოსტულირების რამდენიმე ამბიციურმა მცდელობამ ფუჭად ჩაიარა. ეს შეიძლება ითქვას იურიდიულ ძალისხმევაზე, მიჩნეულიყო გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის წესდება „საერთაშორისო თანამეგობრობის“ კონსტიტუციურ სამართლად, რასაც მოქმედების ძალას ანიჭებს მსოფლიო სუვერენი და რაც უზრუნველყოფს გლობალური პოლიტიკური ძალაუფლების გამოყენების ლეგიტიმაციას.⁶ ასევე, იგივე ითქმის კანტისეული ტრადიციით განხორციელებულ ფილოსოფიურ ნიაღვრეებზე, რისი მიზანიცაა უნივერსალური მსოფლიო კონსტიტუციის გააზრება, სადაც ახალი პოლიტიკური ინსტიტუციების და გლობალური სახელმწიფოებრიობის პროცედურების დამკვიდრება გამოყენებულია ფედერაციული ცენტრისა და საერთო მსოფლიო შინაგანი პოლიტიკის (Weltinnenpolitik) ფორუმის მოსაწყობად.⁷ ყოველი ამგვარი მცდელობისთვის შეიძლება პრეტენზიის წაყენება დღევანდელი გარემოებების გათვალისწინებით კონსტიტუციის ტრადიციული ცნების არაჯეროვანი გენერალიზაციის გამო, ასევე მისი არაგულმოდგინე რესპეციფიკაციისთვის, ნაცვლად ამისა კი ეროვნული სახელმწიფოს გარემოებათა არაკრიტიკული გადატანისთვის მსოფლიო საზოგადოების დონეზე. კერძოდ, გაუაზრებელია თუ რა ცვლილებების გავლა დასჭირდებოდა კონსტიტუციის ცნებას სუვერენიტეტთან, ორგანიზებულ კოლექტიურობასთან, გადანყვეტილებათა იერარქიასთან, ინტერესთა ორგანიზებულ გაერთიანებასთან და დემოკრატიულ ლეგიტიმაციასთან დაკავშირებით, როდესაც სახელმწიფოს ეკვივალენტის პოვნა შეუძლებელია მსოფლიო დონეზე.⁸

⁵ სამართლის გლობალიზაციისთვის ისტორიული გამოცდების გამოყენების შესახებ, იხ.: Zumbansen, Peter: „Spiegelungen von Staat und Gesellschaft: Governance-Erfahrungen in der Globalisierungsdebatte“, in: Anderheiden, Michael / Huster, Stefan und Kirste, Stephan (Hg.): *Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit und Steuerungsfähigkeit des Rechts: Vorträge der 8. Tagung des jungen Forums Rechtsphilosophie, 20. und 21. September 2000 in Heidelberg*, Stuttgart: Steiner, 2001: 13-40.

⁶ დანვრილებით იხ.: Fassbender, Bardo: „The United Nations Charter as Constitution of the International Community“, in: *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 37, 1998: 529-619; Dupuy, Pierre-Marie: „The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited“, in: *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 1, 1997: 1-33.

⁷ Höffe, Otfried: *Königliche Völker: Zu Kants kosmopolitischer Rechts- und Friedentheorie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001; Habermas, Jürgen: *Die postnationale Konstellation: Politische Essays*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998; Rawls, John: „The Law of Peoples“, in: S. Shute and S. Hurley (eds.): *On Human Rights: The Oxford Amnesty Lectures*, New York: Basic Books, 1993.

⁸ ბრწყინვალე კრიტიკა პოლიტიკური მსოფლიო საზოგადოების „დიადი ნორმატიული ფანტასმაგორიებისა“ შემოთავაზებულია ნაშრომში: Schütz, Anton: „The Twilight of the Global Polis: On Losing Paradigms, Environmenting Systems, and Observing World Society“, in: G. Teubner (ed.): *Global Law without a State*, Aldershot: Dartmouth, 1997: 257-293.

უფრო რეალისტურია მცდელობები, რომელთა მიზანიცაა სახელმწიფოსა და კონსტიტუციის განცალკევება და გლობალური კონსტიტუციის ექსპლიციტური გააზრება მსოფლიო სახელმწიფოს გარეშე. ეს ინოვაციური კონსტრუქცია ახლახან დამაჯერებლად იქნა გამოყენებული ევროპული კონსტიტუციის შესახებ დებატებში, მაგრამ, ასევე მსოფლიო დონეზე ცდილობენ კონსტიტუციური ელემენტების მიკვლევას საერთაშორისო პოლიტიკის ამჟამინდელი პროცესის ფორმაში, რომელსაც არ გააჩნია ცენტრალური ინსტანცია კონსტიტუციის სუბიექტის / ობიექტის სახით.⁹ კერძოდ კი, მცდელობა ეროვნულ სახელმწიფოთა თანაარსებობის მიჩნევისა მსოფლიო პოლიტიკის სეგმენტირებულ მეორე რიგის დიფერენცირებად, ხოლო მისი ინტერაქციებისა – მეორეული ბუნების სპონტანურ წესრიგად, „თავისუფლების მსოფლიო კონსტიტუციად“, სავსებით განსხვავებულ ფორმას ანიჭებს ამგვარად რესპეციფირებულ მსოფლიო კონსტიტუციას, როგორც სტრუქტურულ შეკავშირებას დეცენტრალიზებულ მსოფლიო პოლიტიკასა და სამართალს შორის.¹⁰ თუმცა, ამ შემთხვევაშიც გენერალიზაცია ვერ აღწევს სიღრმემდე და ვერ აფასებს სათანადოდ მსოფლიო საზოგადოებაში პოლიტიკის დეცენტრალიზებას. კერძოდ, სახელმწიფოების ამგვარი სპონტანური კონსტიტუცია უნდა გაუმკლავდეს პრობლემას, თუ როგორ მოხერხდეს არასახელმწიფოებრივი აქტორებისა და არასახელმწიფოებრივი რეჟიმების ჩართვა კონსტიტუციონალიზაციის საერთაშორისო პროცესში.

ეს ნაკლოვანება, თავის მხრივ, ათვლის წერტილია იმ პოზიციებისთვის, რომელთა შემთხვეობითაც აქტორები, ტრადიციულად რომ არ არიან მიჩნეულნი საერთაშორისო სამართლის სუბიექტებად, ცალსახად გარდაიქმნებიან კონსტიტუციურ სუბიექტებად.¹¹ ამ აქტორთა წრეს, ერთი მხრივ, განეკუთვნებიან საერთაშორისო ორგანიზაციები, მულტინაციონალური საწარმოები, საერთაშორისო სავაჭრო კავშირები, ინტერესთა ჯგუფები და არასამთავრობო ორგანიზაციები, როგორც გლობალური გადანყვეტილებების მიღების პროცესთა თანამონაწილენი, მეორე მხრივ კი – ინდივიდები, საერთაშორისო სამართლის მიერ მხოლოდ ყოყმანითა და მარგინალურად აღიარებულნი ძირითადი და ადამიანის უფლებების მატარებლებად.¹² იმპლიციტურად, ამგვარი პლურალისტური კონცეფციებით აღიარებულია, რომ დიგიტალი-

⁹ ევროპის შესახებ, იხ.: Joerges, Christian / Mény, Yves and Weiler, Joseph H.H. (eds): *What Kind of Constitution for What Kind of Polity? Responses to Joschka Fischer*, Florence: Robert Schuman Centre, 2000; Di Fabio, Udo: „Eine europäische Charta“, in: *Juristenzeitung*, Band 55, 2000: 737-743; Bogdandy, Armin Von: *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform: Zur Gestalt der Europäischen Union nach Amsterdam*, Baden-Baden: Nomos, 1999; საერთაშორისო თანამეგობრობის კონსტიტუციის შესახებ, იხ.: Uerpman, Robert: „Internationales Verfassungsrecht“, in: *Juristenzeitung*, Band 56, 2001: 565-573; Tomuschat, Christian: „Obligations Arising for States Without or Against Their Will“, in: *Recueil des Cours*, 1993: 195-374.

¹⁰ Oeter, Stefan: „Internationale Organisation oder Weltföderation? Die organisierte Staatengemeinschaft und das Verlangen nach einer Verfassung der Freiheit“, in: Brunkhorst, Hauke und Kettner, Matthias (Hg.): *Globalisierung und Demokratie: Wirtschaft, Recht, Medien*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000: 208-224.

¹¹ მნიშვნელოვანი ნაბიჯები გლობალურ დონეზე კონსტიტუციურ პლურალიზმთან დაკავშირებით მოცემულია ნაშრომებში: Walker, Neil: „The Idea of Constitutional Pluralism“, in: *Modern Law Review*, Vol. 65, 2002: 317-359; Walter, Christian: „Constitutionalising (Inter)national Governance: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law“, in: *German Yearbook of International Law*, Vol. 44, 2001: 170-201.

¹² Fischer-Lescano, Andreas: „Globalverfassung: Verfassung der Weltgesellschaft“, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Band 88, 2002: 349-378.

ზაციისა და გლობალური ქსელური პროცესები გადამჭრელად ხორციელდება არასახელმწიფოებრივი აქტორების მიერ, რომელთა არსებობის გათვალისწინებაც მოუწევს მსოფლიო კონსტიტუციას. მაგრამ საკითხავია, თუ რამდენად საკმარისია კონსტიტუციონალიზაციის პროცესის უბრალო პერსონალური განვრცობა, ან ხომ არ არის აუცილებელი სავსებით განსხვავებული სტრუქტურებისა და პროცესების გათვალისწინება.

შემდგომი ნაბიჯი გადადგმულია ძირითადი უფლებების ჰორიზონტალური ეფექტის შესახებ ჩამოყალიბებული იდეებით, რომლებიც ძირითად უფლებებს ექსკლუზიურად პოლიტიკური ორგანოებისკენ კი აღარ მიმართავენ, არამედ ასევე საზოგადოებრივი ინსტიტუციების, განსაკუთრებით – ეკონომიკური ძალაუფლების ცენტრებისკენ. ეროვნულ სახელმწიფოებს ნაყენება შესაბამისი დაცვითი მოვალეობა, რათა დაუპირისპირდნენ ძირითადი უფლებებისკენ მიმართულ საფრთხეებს სახელმწიფოსგან დაშორებულ სფეროებშიც.¹³ მიუხედავად იმისა, რომ ეს დებატი ჯერ კიდევ სანყის საფეხურზეა საერთაშორისო სფეროში, არასახელმწიფოებრივ აქტორთა მიერ ადამიანის უფლებების მასობრივი ხელყოფით იგი წარმოაჩენს კონსტიტუციონალიზმის განვრცობის აუცილებლობას წმინდა სამთავრობათშორისო ურთიერთობებს მიღმა.¹⁴

III. თეზისი: კონსტიტუციონალიზაცია სახელმწიფოს გარეშე

გლობალური კონსტიტუციის ეს ოთხი პროექტი საფუძველს უდებს კონსტიტუციური ტრადიციის საკმაოდ დრამატულ განვრცობას, თუმცა კი, საბოლოო ჯამში, ისინი ვერ თავისუფლდებიან ეროვნულსახელმწიფოებრივი არქიტექტურის ხიბლისგან და უბრალოდ ცდილობენ მის აშკარა არაადეკვატურობათა კომპენსირებას ყველა სახის შეკეთებით, მინაშენით, გადაკეთებით, ჩაშენებითა და დეკორაციული ფასადებით, რაც კონსტრუქციას კიდევ უფრო კომპლექსურს ხდის, ნაცვლად თეორიის ახალი შენობის აღმართვისა. სამშენებლო ხარვეზი კი უკვე დაშვებულია კონსტიტუციის სახელმწიფოზე ცენტრირებით.¹⁵ მიუხედავად იმ გამბედაობისა, რაც გამოიხატება კონსტიტუციის გააზრებისას პოლიტიკური გლობალურობის გათვალისწინებით, სამთავრობათშორისო პროცესების მხედველობაში მიღებით, საზოგადოებრივი აქტორების ჩართულობითა და ძირითადი უფლებების ჰორიზონტალური ეფექტის

¹³ Ruffert, Matthias: *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts: Eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001; Jarass, Hans D.: „Die Grundrechte: Abwehrrechte und objektive Grundsatznormen. Objektive Grundrechtsgehalte, insbes. Schutzpflichten und privatrechtsgestaltende Wirkung“, in: Badura, Peter und Dreier, Horst (Hg.): *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001; Preedy, Kara: „Fundamental Right and Private Acts: Horizontal Direct or Indirect Effect? – A Comment“, in: *European Review of Private Law*, Vol. 8, 2000: 125-133.

¹⁴ ევროპული კონტექსტისთვის, იხ.: Schindler, Dierk: *Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten: Entwurf eines Kollisionsmodells unter Zusammenführung der Schutzpflichten und Drittwirkungslehre*, Berlin: Duncker & Humblot, 2001; Clapham, Andrew: *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford: Oxford University Press, 1996; Paust, Jordan J.: „Human Rights Responsibilities of Private Corporations“, in: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 35, 2002: 801-825; Muchlinski, Peter T.: „Human Rights and Multinationals: Is There a Problem“, in: *International Affairs*, Vol. 77, 2001: 31-48.

¹⁵ Walker, Neil: „The Idea of Constitutional Pluralism“, in: *Modern Law Review*, Vol. 65, 2002: 317-359.

აღიარებით, ეს პოზიციები მაინც ერთ ადგილზეა მიჯაჭვული, რადგანაც კონსტიტუცია მიჩნეულია სახელმწიფოებრივ-პოლიტიკურ მოქმედებასთან გადაჭდობილად.

იმავედროულად, ისინი მოქცეულია უცნაურ განსხვავებაში, რომლის პოლუსებს შორისაც უწყვეტად ირხევიან.¹⁶ თუ კონსტიტუცია, ინსტიტუციური თვალსაზრისით, უნდა შემოიფარგლებოდეს პოლიტიკური პროცესებით, ამასთანავე უნდა შეეძლოს მთლიანი საზოგადოების კონსტიტუირება. სახელმწიფოს პოლიტიკურ ორგანიზაციაში ხორციელდება ერის კონსტიტუირება. მართლაცდა, ეს რხევა პოლიტიკურ კონსტიტუციასა და საზოგადოებრივ კონსტიტუციას შორის განსჯის გარეშე გადატანილია მსოფლიო საზოგადოების დონეზე. თითქოსდა, თუ საერთაშორისო ურთიერთობებში მოხერხდება სახელმწიფოებრივ-პოლიტიკურ ინსტიტუციათა ინტერაქციის კონსტიტუციონალიზება, მაშინ ეს საკმარისი უნდა იყოს მსოფლიო საზოგადოებისთვის შესაფერი კონსტიტუციის ჩამოსაყალიბებლად. თუ ეს უცნაური განსხვავება უკვე პრობლემური იყო ეროვნულ სახელმწიფოსთან მიმართებით, მსოფლიო საზოგადოებისთვის ის საბოლოოდ დრომოჭმულია. მაგრამ რა არის მოქცეული განსხვავების ბრმა ლაქაში? ყოვლისმომცველი კონსტიტუცია მსოფლიო საზოგადოებისთვის? ნაციონალურ და ტრანსნაციონალურ კონსტიტუციათა ქსელი? ავტონომიური სამართლებრივი კონსტიტუცია? თუ რა?

ბრმა ლაქის მიკვლევის მიზნით თუ უკუდგებულ იქნება კონსტიტუციის სახელმწიფოზე ცენტრირება, იმთავითვე გამოაშკარავდება სახელმწიფოს გარეშე კონსტიტუციონალიზაციის რეალური შესაძლებლობანი. კონსტიტუციის თეორეტიკოსთათვის ამას ტაბუს დამსხვრევის მნიშვნელობა აქვს. მათი აზრით, კონსტიტუცია სახელმწიფოს გარეშე, საუკეთესო შემთხვევაში უტოპიაა, და ისიც – უმწეო.¹⁷ მაგრამ ეს ფორმულა სულაც არ არის აბსტრაქტული ნორმატიული მოთხოვნა შორეული, განუსაზღვრელი მომავლისათვის, არამედ რეალური ტენდენციის გამოხატულებაა, რაც დღესდღეობით თვალსაჩინოა გლობალური მასშტაბით. თეზისი შემდეგნაირად შეიძლება ჩამოყალიბდეს: სამოქალაქო კონსტიტუციათა სიმრავლის აღმოცენება. მსოფლიო საზოგადოების კონსტიტუცია არ ყალიბდება ექსკლუზიურად საერთაშორისო პოლიტიკის წარმომადგენლობით ორგანოებში, იგი არც ყველა საზოგადოებრივი სფეროს მომცველ კონსტიტუციად წარმოსდგება, არამედ, ნაცვლად ამისა, აღმოცენდება მზარდი რიცხოვნობით, მსოფლიო საზოგადოების ავტონომიურ ქვესისტემათა სიმრავლის კონსტიტუციონალიზაციის სახით.¹⁸

¹⁶ ამ არგუმენტის შესახებ, იხ.: Luhmann, Niklas: *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000: 201, 207, 217.

¹⁷ Grimm, Dieter: „Braucht Europa eine Verfassung“, in: *Juristenzeitung*, Band 50, 1995: 581-591.

¹⁸ საერთაშორისო სამართლის იმ სპეციალისტთა მოსაზრებები, რომლებიც უახლოვდებიან ამ პოზიციას, მოცემულია ნაშრომებში: Walker, Neil: „The Idea of Constitutional Pluralism“, in: *Modern Law Review*, Vol. 65, 2002: 317-359; Walter, Christian: „Constitutionalising (Inter)national Governance: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law“, in: *German Yearbook of International Law*, Vol. 44, 2001: 170-201. თუმცა, ჯერ კიდევ სათუთაა, დაუჭერენ თუ არა ისინი მზარს რადიკალურ სამართლებრივ პლურალიზმს, რომელიც მოიცავს სახელმწიფოს გარეშე კონსტიტუციონალიზაციის იდეას, როდესაც საქმე შეეხება „კერძო მართვის რეჟიმებს“.

ინტერნეტში აბოხოქრებული ბრძოლები კიბერანარქიის, სახელმწიფო რეგულირებისა და კომერციალიზაციის შესახებ კონსტიტუციური პოლიტიკის პირველი ხარისხის კონფლიქტებია, რომელთა ქაოტურ მიმდინარეობაშიც ფორმას ღებულობს სწორედ დიგიტალური კონსტიტუციის ორგანიზაციული სამართალი.¹⁹ შემთხვევით სულაც არ მიმართავს ცნობილი და ავადსახსენებელი „კიბერსივრცის დამოუკიდებლობის დეკლარაცია“ დამფუძნებელი მამების კონსტიტუციურ-პოლიტიკურ პათოსს, როდესაც ქადაგებს:

„ინდუსტრიული სამყაროს მთავრობებო, ხორცისა და ფოლადის დაქანცულო გიგანტებო, მე მოვდივარ კიბერსივრციდან, გონის ახალი სამყოფელიდან... გლობალური სოციალური სივრცე, რომელსაც ვაშენებთ, უნდა იყოს ბუნებრივად დამოუკიდებელი იმ ტირანიისგან, რომლის ჩვენზე ძალდატანებასაც ცდილობთ. თქვენ არ გაქვთ მორალური უფლება ჩვენი მართვისა, არც იძულების იმგვარი მეთოდი მოგეპოვებათ, რისიც ნამდვილად უნდა გვეშინოდეს“.²⁰

დიგიტალური კონსტიტუციის ძირითად უფლებათა ერთ-ერთი პრობლემა წარმოდგენილია ამ ნაშრომის დასაწყისში განხილულ სამართლებრივ შემთხვევაში. საკითხი, არსებობს თუ არა ინტერნეტზე წვდომის უფლება ჰოსტპროვაიდერის სანინააღმდეგოდ, უნდა გადაწყდეს დიგიტალური კომუნიკაციის ინკლუზიის პრინციპის საფუძველზე.²¹ ეს გარეგანი პოლიტიკური კონსტიტუციის პრინციპები კი არ არის (და რომელი გარეგანი? აშშ-ის კონსტიტუციის? სხვა ნაციონალური კონსტიტუციის? ეგებ ტრანსნაციონალური კონსტიტუციის?), რომლებიც ესწრაფვის ძალაუფლების აკუმულაციას და პოლიტიკური კურსის ფორმულირებას, არამედ უშუალოდ ინტერნეტის კონსტიტუციის პრინციპებია, მიმართული კომუნიკაციის თავისუფლებისკენ და ელექტრონული საფრთხეებისგან დაცულობისკენ და აყალიბებენ კიდევ დიგიტალური კონსტიტუციური ნორმების ადეკვატურ *sedes materiae*-ს. მაგრამ ეს პრინციპები ჯერ კიდევ შესამუშავებელი და ასამოქმედებელია ინტერნეტის კონსტიტუციონალიზაციის მიმდინარეობისას.²² ამ შემთხვევაში ღიად რჩება საკითხი იმის შესახებ, უნდა მიენიჭოთ

¹⁹ ცალსახად კონსტიტუციურსამართლებრივი შინაარსისაა ამ თვალსაზრისით საყურადღებო დისკუსია, რომელიც მოცემულია შემდეგ ნაშრომებში: Lessig, Lawrence: *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York: Basic Books, 1999; Johnson, David and Post, David: „The New „Civic Virtue“ of the Internet: A Complex System Model for the Governance of Cyberspace“, 1998, at: <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Newcivicvirtue.html>.

²⁰ Barlow, John P.: *Cyberspace Declaration of Independence*, 2002, at: <http://www.eff.org/Publications/JohnPerryBarlow>.

²¹ ახალ სასამართლო გადაწყვეტილებებში (LG Bonn MMR 2000, 109 da OLG Köln MMR 2001, 52), რომლებიც შეეხება პროვაიდერის სასაუბრო ოთახზე (Provider chat room) წვდომის პარალელურ პრობლემატიკას, ცდილობენ ინტერნეტზე წვდომის პრინციპის განვითარებას საკუთრებისა და ხელშეკრულების უცნაური ნაზავით. Ladeur, Karl-Heinz: „Rechtsfragen des Ausschusses von Teilnehmern an Diskussionsforen im Internet: Zur Absicherung von Kommunikationsfreiheit durch netzwerkgerichtetes Privatrecht“, in: *Multimedia und Recht*, Band 2, 2002: 787-792. მითითებული ნაშრომის ავტორი ცალსახად მოითხოვს ქსელური თვალსაზრისით ადეკვატური კერძო სამართლის განვითარებას.

²² სიტყვის თავისუფლების კონსტიტუციური უფლების (ინტერნეტის თვალსაზრისით ადეკვატური) ტრანსფორმაციისთვის, დომენებთან დაკავშირებული დავების განმხილველი მექანიზმების (ICANN panels) ფუნქციონირებასთან მიმართებით, იხ.: Karavas, Vaios and Teubner, Gunther: „<http://www.CompanyNameSucks>“.

თუ არა ბიზნეს ოპერატორებს – თუნდაც კერძო-საჯარო თანარეგულირების ეკონომიკური ინიციატივებით სტიმულირების შემთხვევაში – უფლებამოსილება, გადაწყვიტონ ადამიანის უფლებათა ფარგლების საკითხი.²³

ბრძოლის ველი კიდევ უფრო რომ გაფართოვდეს: სიეტლიდან ჯენოამდე, საკონფერენციო დარბაზებსა და ქუჩებში არ ცხრება დაპირისპირება გლობალური ეკონომიკის კონსტიტუციის გამო, რისი შედეგიც კონსტიტუციური ბიძგის მიმცემი იქნება ისეთი საერთაშორისო ორგანიზაციებისთვის, როგორებიცაა მსოფლიო ბანკი, საერთაშორისო სავალუტო ფონდი და მსოფლიო სავაჭრო ორგანიზაცია. ჯანდაცვის გლობალური სისტემის კონსტიტუცია, როგორც მეცნიერების შიგნით, ასევე მის გარეთ, ღებულობს ფორმას იმ გაცხარებულ დებატებში, რომლებიც შეეხება ემბრიონის შესახებ კვლევებს და რეპროდუქციულ მედიცინას, ასევე ეძიებს ტრადიციული, სახელმწიფოსთან დაკავშირებული ძირითადი უფლებების სამედიცინო თვალსაზრისით ადეკვატურ ეკვივალენტებს. ამასთანავე, მოყოლებული 2001 წლის 11 სექტემბრიდან, გახშირდა მცდელობები სწორედ სამართლებრივად კონსტიტუირებულ რელიგიათშორისი დიალოგის ორგანოებში მსოფლიო რელიგიებს შორის დებატების კიდევ უფრო ძლიერი ინსტიტუციონალიზებისა.

IV. განვითარების სამი მიმართულება

თვალთახედვის გადანაცვლება ეროვნული სახელმწიფოს ერთი პოლიტიკური კონსტიტუციიდან მსოფლიო საზოგადოების მრავალ სამოქალაქო კონსტიტუციაზე იმთავითვე წამოჭრის კითხვას – რომელი წინაპირობითაა გამართლებული ექსკლუზიურად პოლიტიკური კონსტიტუციის მოდელის უკუგდება, იმ მოდელისა, რომელმაც უკვე საუკუნეებს გაუძლო? საკმაოდ სქემატურად და მეტად დაწურული სახით მსურს ჩამოვაცალიბო სამი სეკულარული მიმართულება, რაც ძირს უთხრის სახელმწიფოზე ცენტრირებულ კონსტიტუციურ ნაზრევს და როგორც ემპირიული, ასევე ნორმატიული დამაჯერებლობით ამტკიცებს გლობალურ დონეზე საზოგადოებრივი კონსტიტუციონალიზმის შესაძლებლობას.

დიაგნოზი I: რაციონალიზაციის დილემა

აღნიშნულთან დაკავშირებით, ამერიკელი სოციოლოგის, დევიდ შულის მიერ განვითარებული „საზოგადოებრივი კონსტიტუციონალიზმის თეორია“ იძლევა სანყის დასაყრდენს.²⁴ მოყოლებული მოდერნულობის რაციონალიზაციის პროცესის დილემიდან, რისი ანა-

Grundrechte gegenüber „Privaten“ im autonomen Recht des Internet?“, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang und Ladeur, Karl-Heinz (Hg.): *Innovationsoffene Regulierung des Internet*, Baden-Baden: Nomos, 2003.

²³ Frydman, Benoit and Rorive, Isabelle: „Regulating Internet Content through Intermediaries in Europe and the USA“, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Band 23, 2002: 41-59, 59.

²⁴ Sciulli, David: *Theory of Societal Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press, 1992; იხ. ასევე: Sciulli, David: *Corporate Power in Civil Society: An Application of Societal Constitutionalism*, New York: New York University Press, 2001; Sciulli, David: „Foundations of Societal Constitutionalism: Principles from the Concepts of Communicative Action

ლიზიც მოახდინა მაქს ვებერმა, შული წამოჭრის კითხვას იმის შესახებ, თუ რა სახის კონტრძალები შეიძლება არსებობდეს იმ მასიურ ევოლუციურ დინებასთან დასაპირისპირებლად, რომელიც თვითგამოხატულია შემდეგი ოთხი ბიძგით: (1) მოქმედების ლოგიკათა ფრაგმენტირება, რისი შედეგიცაა მეტად განვითარებული დიფერენცირება, პლურალიზაცია და განსხვავებულ სოციალურ სფეროთა რეგიონალური დანაწევრება; (2) ინსტრუმენტული კალკულაციის დომინირება, როგორც ერთადერთი რაციონალობისა, რომელიც აღიარებულია განსხვავებულ სფეროებში; (3) არაფორმალური კოორდინირების ყოველმხრივი ჩანაცვლება ბიუროკრატიული ორგანიზაციის მეშვეობით; (4) სულ უფრო მზარდი განთავსება „მომავლისადმი მსახურების რკინის გალიაში“, რაც განსაკუთრებით საგრძნობია სოციალურ სფეროებში. ეს დინება, მთელი საზოგადოების მასშტაბით, აუცილებლად გადაიზრდება ძალაუფლებისა და სოციალური ზეგავლენის მდგომარეობათა ინტენსიური შეჯიბრებითობის სიტუაციაში, მკაცრად ფორმალიზებულ სოციალურ კონტროლში, პოლიტიკურ და სოციალურ ავტორიტარიზმში. იმავდროულად, მას აქვს დილემის ბუნება, რამდენადაც ყოველი განზრახული მცდელობა დინებაზე კოლექტიური კონტროლის დამყარებისა თავადვე მოექცევა ამ ლოგიკაში და, საპირისპიროდ, მხოლოდ სამსახურს თუ გაუწევს დინების გაძლიერებას.²⁵

ერთადერთი სოციალური დინამიკა, რომელმაც წარსულში ეფექტიანად იმუშავა ევოლუციური დინების საპირისპიროდ და სამომავლოდაც შეუძლია წინააღმდეგობის განწევა, შულის თანახმად, მოიპოვება „საზოგადოებრივი კონსტიტუციონალიზმის“ ინსტიტუციებში:

„მხოლოდ სამოქალაქო საზოგადოებაში გარეგანი პროცედურული შეზღუდვის ინსტიტუციების (რომლებიც მიმართულია კოლექტიური ძალაუფლების შემთხვევითი ან სისტემური გამოყენებისაკენ) არსებობას შეუძლია უზრუნველყოს არავტორიტარული სოციალური წესრიგი თანამედროვე პირობებში“.²⁶

გადამწყვეტი საკითხია არარაციონალური ნორმების პროცედურათა ინსტიტუციონალიზება (რაციონალური არჩევნის მნიშვნელობით), რაც ემპირიულად შეიძლება გამოიხატოს იმ სახით, რასაც შული „კოლექტიურ ფორმაციებს“ უწოდებს, ანუ პროფესიებისა და სხვა ნორმათმწარმოებელი და სათათბირო ინსტიტუციების სპეციფიკური ორგანიზაციული ფორმებით:

„მათი მიკვლევა, როგორც წესი, შესაძლებელია არა მარტო საჯარო და კერძო კვლევით ინსტიტუტებში, სახელოვნებო და ინტელექტუალურ ქსელებსა თუ უნივერსიტეტებში, არამედ ასევე საკანონმდებლო ორგანოებში, სასამართლოებსა და კომისიებში, პროფესიულ კავშირებში და, ამ შემთხვევაში, კერძო და საჯარო

and Procedural Legality“, in: *British Journal of Sociology*, Vol. 39, 1988: 377-408. 1992 წელს გამოცემული შულის ნაშრომის ვრცელი ანალიზისთვის, იხ.: Frankford, David M.: „The Critical Potential of Common Law Tradition“, in: *Columbia Law Review*, Vol. 94, 1994: 1076-1123.

²⁵ Sciulli, David: *Theory of Societal Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press, 1992: 56.

²⁶ იქვე: 81.

კორპორაციების კვლევით განყოფილებებში, არამომგებიანი ორგანიზაციების ნორმათმნარობელ უწყებებში და საჯარო თუ კერძო კორპორაციების დირექტორატებშიც“.²⁷

ნორმატიული შედეგია ამგვარ კოლექტიურ ფორმაციათა საჯარო ლეგიტიმირება, პოლიტიკური გარანტირება და სამართლებრივი უზრუნველყოფა. რელიგიური სფეროების, კოლექტიური შეთანხმების დამდები ინსტიტუციების და თავისუფალი კავშირების ისტორიულად უზრუნველყოფილ გარანტიებთან ერთად, ეს გარანტიები ასევე უნდა გავრცელდეს:

„თანამედროვე სამოქალაქო საზოგადოებების სათათბირო ორგანოებზე, ასევე პროფესიულ ასოციაციებზე და იმ არეებზე, რომლებშიაც პროფესიონალები აწარმოებენ პრაქტიკას კორპორაციებში, უნივერსიტეტებში, საავადმყოფოებში, სახელოვნებო ქსელებში და სხვაგან“.²⁸

საზოგადოებრივი კონსტიტუციონალიზმის თეორიის წინამორბედებად შეიძლება ჩაითვალოს აშშ-ში ჩამოყალიბებული კერძო მმართველობის იდეები, ასევე ევროპაში განვითარებული კოდეტერმინაციისა (*Mitbestimmung*) და სოციალურ ქვესისტემათა დემოკრატიზაციის სხვა ფორმები, რომლებითაც არასამთავრობო ფორმალური ორგანიზაციები დაექვემდებარა კონსტიტუციონალიზაციის ზენოლას.²⁹ დღეს ის პირდაპირ კავშირშია დემოკრატიის დელიბერაციული თეორიის პოსტროულზისეულ მიდგომასთან, რომლის მიზანიცაა დემოკრატიული პოტენციალის გამოაშკარავება სოციალურ ინსტიტუციებში, ასევე ნორმატიული და ინსტიტუციონალური დასკვნების გამოტანა.³⁰ ამ შეხედულებაში მნიშვნელოვანია, რომ დელიბერაციული დემოკრატიზაცია არ არის შეზღუდული პოლიტიკური ინსტიტუციებით, არამედ აშკარად გააზრებულია ფართო სახით – ვრცელდება ნაციონალურ და საერთაშორისო კონტექსტში მოქმედ საზოგადოებრივ აქტორებზე.³¹ კიდევ უფრო მნიშვნელოვანია პარალელები სისტემათა სოციოლოგიაზე დაფუძნებულ კონსტიტუციურ თეორიასთან, რომელიც ააშკარავებს განვითარების საკმაოდ მსგავს ლოგიკას სისტემის ექსპანსიისა და მისი შეზღუდვის შესახებ. სისტემათა თეორიის თვალთახედვით, კონსტიტუციის ისტორიული როლი, განსაკუთრებით

²⁷ Sciulli, David: *Theory of Societal Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press, 1992: 80.

²⁸ იქვე: 208.

²⁹ Selznick, Philip: *The Moral Commonwealth: Social Theory and the Promise of Community*, Berkeley: University of California Press, 1992: 229; Selznick, Philip: *Law, Society and Industrial Justice*, New York: Russell Sage, 1969; Habermas, Jürgen: *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 1962. 5. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

³⁰ Dorf, Michael C. and Sabel, Charles F.: „A Constitution of Democratic Experimentalism“, in: *Columbia Law Review*, Vol. 98, 1998: 267-473; Cohen, Joshua and Sabel, Charles: „Directly-Deliberative Polyarchy“, in: *European Law Journal*, Vol. 3, 1997: 313-342.

³¹ Gerstenberg, Oliver and Sabel, Charles: „Directly Deliberative Polyarchy: An Institutional Ideal for Europe?“, in: Joerges, Christian and Dehousse, Renaud (eds.): *Good Governance in Europe's Integrated Market, Collected Courses of the Academy of European Law*, XI/2, 2002: 289-341; Cohen, Joshua and Rogers, Joel: „Can Egalitarianism Survive Internationalization?“, in: Streeck, Wolfgang (Hg.): *Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie: Herausforderungen für die Demokratietheorie*, Frankfurt am Main: Campus, 1998: 175-193.

ძირითადი უფლებების ქრილში, სულაც არ ამოიწურება სახელმწიფოებრივი ორგანიზაციის ნორმირებითა და ინდივიდუალური სამართლებრივი მდგომარეობების დაცვით, არამედ ის უპირატესად გამოიხატება საზოგადოებრივ დიფერენცირებათა სიმრავლის გარანტირებით, გადაფარვის ტენდენციების სანინაალმდეგოდ.³² ისტორიული თვალსაზრისით, კონსტიტუციების აღმოცენება არის მოდერნული საზოგადოებებისთვის დამახასიათებელ მოქმედების ავტონომიურ სფეროთა ჩამოყალიბების თანამდევნი. როგორც კი პოლიტიკის სისტემაში წარმოიშობა ექსპანსიონისტური ტენდენციები, რაც საფრთხეს უქმნის უშუალოდ სოციალური დიფერენცირების პროცესს, იწყება საზოგადოებრივი კონფლიქტები, რის შედეგადაც ხდება ძირითადი უფლებების, როგორც პოლიტიკური კონსტიტუციის საპირისპირო სოციალური ინსტიტუციების დაფუძნება სწორედ იქ, სადაც სოციალურ დიფერენცირებას ექმნებოდა საფრთხე თვითგანადგურებისკენ მიმართული მისივე თანდაყოლილი ტენდენციების გამო. ინდივიდუალური კონფლიქტები კერძო მოქალაქეებსა და ადმინისტრაციულ ბიუროკრაციას შორის, იმავდროულად, განაპირობებს სამართლებრივად ინსტიტუციონალიზებულ გარანტიათა უზრუნველყოფას პოლიტიკის თვითშეზღუდვისთვის.

აქედან მომდინარეობს კონსტიტუციის ფუნქციის ზოგადი განსაზღვრა მოდერნიზაციის პროცესში. პოლანის ცნობილი ორმხრივი მოძრაობა – ბაზრის დაფუძნება და კულტურულ ინსტიტუციათა დამცავი საფარის აღმართვა – პოულობს აქ თავის განზოგადებას, რამდენადაც შესაძლებელი იქნება ასევე სხვა ექსპანსიურ სოციალურ სისტემათა შესაბამისი განვითარების დინამიკის გათვალისწინება.³³ კონსტიტუციონალიზაციასთან მიმართებით, საქმე შეეხება მეტად სპეციალიზებული დინამიკის პოტენციალის გათავისუფლებას მისი ინსტიტუციონალიზების მეშვეობით და, იმავდროულად, საზოგადოების მასშტაბით მისი ექსპანსიის თვითშემზღუდავი მექანიზმების ინსტიტუციონალიზებასაც. ამგვარი ექსპანსიური ტენდენციები გამოხატულია ისტორიულად სავსებით განსხვავებულ კონსტელაციებში; თავდაპირველად, მეტწილად პოლიტიკის, დღესდღეობით კი უფრო მეტად ეკონომიკის, მეცნიერების, ტექნოლოგიის და სხვა საზოგადოებრივ სექტორებში. მოქმედების სფეროთა ავტონომიის გაძლიერება, როგორც დედიფერენცირების ტენდენციათა საპირისპირო მოძრაობა, უნდა იყოს რეაქციის ზოგადი მექანიზმი, რომელიც მოქმედებს როგორც ტრადიციულ პოლიტიკურ კონსტიტუციაში, ასევე აღმოცენებად სამოქალაქო კონსტიტუციებშიც. თუ პოლიტიკუ-

³² სისტემათა თეორიის პერსპექტივაზე დაყრდნობით ძირითადი უფლებების ინსტიტუციონალური როლის რეფორმულირება დაწყებულია შემდეგი ნაშრომის საფუძველზე: Luhmann, Niklas, *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin: Duncker & Humblot, 1965; განსხვავებულ კონტექსტებში საკითხის შემდგომი დამუშავებისათვის, იხ.: Ladeur, Karl-Heinz: „Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie“, in: *Kritische Justiz*, Band 32, 1999: 281-300; Graber, Christoph and Teubner, Gunther: „Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere“, in: *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 18, 1998: 61-74; Grimm, Dieter: „Grundrechte und Privatrecht in der bürgerlichen Sozialordnung“, in: Grimm, Dieter (Hg.): *Recht und Staat in der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987: 192-211; Willke, Helmut: *Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie: Schritte zu einer normativen Systemtheorie*, Berlin: Duncker & Humblot, 1975.

³³ Polanyi, Karl: *The Great Transformation: politische und ökonomische Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995; ამგვარი პერსპექტივით ეკონომიკური სამართლის ინტერპრეტაციისთვის, იხ.: Amstutz, Marc: *Evolutorisches Wirtschaftsrecht: Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft*, Baden-Baden: Nomos, 2001.

რი კონსტიტუციების უმთავრეს მიზნად, სახელმწიფოებრიობის ორგანიზებასთან ერთად, ითვლებოდა მოქმედების სხვა სფეროების ავტონომიის დაცვა პოლიტიკური ინსტრუმენტალიზმისგან, დღევანდელი სამოქალაქო კონსტიტუციების ამოცანა უნდა იყოს გაბატონებული საზოგადოებრივი რაციონალიზაციის ტენდენციის წინააღმდეგ ეგრეთ წოდებული მოქმედების არარაციონალური ლოგიკებისთვის არტიკულაციის შანსების იმგვარი უზრუნველყოფა, რომ ხანგრძლივი კონფლიქტების შედეგად მოხერხდეს ავტონომიური სივრცეების მოპოვება საზოგადოებრივი რეფლექსიისთვის და მათი ინსტიტუციონალური გარანტირება.³⁴

მაგრამ ხომ არ უნდა იქცეს ეს უპირატეს ამოცანად უშუალოდ მსოფლიო საზოგადოების წმინდა პოლიტიკური კონსტიტუციისთვის? როგორც ჩანს, ეს ღრმად ჩაკირული ცრურწმენა ძნელი მოსაშობია. თუმცა, გლობალიზაციის პირობებში პოლიტიკასა და სხვა საზოგადოებრივ სექტორებს შორის ძალთა გადანაწილებანი განაპირობებს კონსტიტუციონალიზაციის პროცესთა შემდგომი ძირეული ცვლილებებისა და მათი მატარებლების თვალთახედვის არეში მოქცევას.

დიაგნოზი II: პოლიცენტრული გლობალიზაცია

მსოფლიო საზოგადოება ვითარდება არა საერთაშორისო პოლიტიკის წინამძღოლობის პირობებში, არამედ, მეტწილად, მხოლოდ მასთან ურთიერთობით; საერთაშორისო პოლიტიკა უბრალოდ მისი თანამდევია, რაც ტერორიზმის გლობალიზაციამაც დაადასტურა. მსოფლიო საზოგადოების გათანაბრება არც ეკონომიკურ გლობალიზაციასთან შეიძლება, რომლის კონვულსიებზეც სიცოცხლის სხვა სფეროებს მხოლოდ რეაგირება შეუძლიათ. ნაცვლად ამისა, გლობალიზაცია პოლიცენტრული პროცესია, რომელშიც სიცოცხლის სხვადასხვა სფერო არღვევს თავის რეგიონალურ საზღვრებს და თითოეული მათგანი აყალიბებს ავტონომიურ გლობალურ სექტორს თავისთვის.³⁵ გლობალიზაცია არის:

³⁴ ამ შეხედულების შესახებ კერძო სამართლის კონსტიტუციონალიზებასთან მიმართებით, იხ.: Teubner, Gunther: „Global Private Regimes: Neo-spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors?“, in: Ladeur, Karl-Heinz (ed.): *Public Governance in the Age of Globalization*, Aldershot: Ashgate, 2004: 71-87; Teubner, Gunther: „Contracting Worlds: Invoking Discourse Rights in Private Governance Regimes“, in: *Social and Legal Studies*, Vol. 9, 2000: 399-417; Teubner, Gunther: „After Privatisation? The Many Autonomies of Private Law“, in: *Current Legal Problems*, Vol. 51, 1998: 393-424; ამ მიმართულებით შემდგომი ანალიზისთვის, იხ.: Callies, Galf-Peter: „Reflexive Transnational Law: The Privatization of Civil Law and the Civilization of Private Law“, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Band 23, 2002: 185-216; Zumbansen, Peer: „The Privatisation of Corporate Law? Corporate Governance Codes and Commercial Self-Regulation“, in: *Juridicum*, Band 3, 2002: 32-40.

³⁵ პოლიცენტრული გლობალიზაციის შესახებ ამგვარი შეხედულება გაზიარებულია დებატების განსხვავებულ ბანაკებში, რომელთა შორისაცაა: „გლობალური კულტურის“ ნეოინსტიტუციონალური თეორია: Meyer, John W. / Boli, John / Thomas, George M. and Ramirez, Francisco O.: „World Society and the Nation-State“, in: *American Journal of Sociology*, Vol. 103, 1997: 144-181; გლობალური სამართლებრივი პლურალიზმის პოსტ-მოდერნული კონცეფცია: Santos, Boaventura de Sousa: *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York: Routledge, 1995; დიფერენცირებული მსოფლიო საზოგადოების ანალიზი სისტემათა თეორიაზე დაყრდნობით: Stichweh, Rudolf: *Die Weltgesellschaft: Soziologische Analysen*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000; და „გლობალური სამოქალაქო საზოგადოების“ შესახებ განსხვავებული ვერსი-

„მრავალმიმართულებიანი ფენომენი, რომელიც მოიცავს საქმიანობისა და ურთიერთქმედებათა სხვადასხვა სფეროს, მათ შორის – ეკონომიკურ, პოლიტიკურ, ტექნოლოგიურ, სამხედრო, სამართლებრივ, კულტურულ და გარემოს დაცვის პროცესებს. თითოეული ეს სფერო მოიცავს ურთიერთობებისა და საქმიანობის განსხვავებულ მახასიათებლებს“.³⁶

შედეგად, ჩამოყალიბებულია თვითმყოფად „გლობალურ სოფელთა“ სიმრავლე, როდესაც თითოეული მათგანი ავითარებს შინაგან დინამიკას და ავტონომიურ არეებს, რისი კონტროლიც შეუძლებელია გარედან. გლობალიზაცია, შესაბამისად, უბრალოდ გლობალურ კაპიტალიზმს კი აღარ ნიშნავს, არამედ – ფუნქციონალური დიფერენცირების მსოფლიო მასშტაბით განხორციელებას.³⁷

ჩვენი საკითხისთვის გადამწყვეტი გარემოებაა, რომ პოლიტიკის გლობალიზაცია, განსხვავებით სხვა ქვესისტემებისგან, შედარებით ჩამორჩენილია და, უეჭველია, ამგვარადვე დარჩება უახლესი დროის მანძილზე. გაერთიანებული ერების ინსტიტუციათა საქვეყნოდ ცნობილი სისუსტის გათვალისწინებით, მსოფლიო პოლიტიკა, ძირეულად, ჯერ კიდევ საერთაშორისო პოლიტიკაა, ანუ ავტონომიურ ეროვნულ სახელმწიფოებს შორის ინტერაქციების სისტემაა, რომელშიაც თანდათანობით ერთვებიან საერთაშორისო ორგანიზაციებიც, თუმცა არც მიმდინარეობს ეროვნულ სახელმწიფოთა სამყაროს ჩანაცვლება ან მისი მეორე ადგილზე გადანაცვლება. ეს ასიმეტრია სრულად გლობალიზებულ საზოგადოებრივ ქვესისტემებსა და მხოლოდ საერთაშორისო ხასიათის მქონე პოლიტიკას შორის ძირს აცლის ზემოაღწერილ კონსტელაციას, რომელშიაც პოლიტიკურ ინსტიტუციებს, საკუთარი კონსტიტუციების მეშვეობით, იმავდროულად ექნებოდათ შესაძლებლობა მთელი საზოგადოების კონსტიტუირებისა. იერარქიული პოლიტიკური საზოგადოების ძველი კონცეფციების ხმარების გაგრძელებით, რომელშიაც მონარქი იყო საზოგადოების მეთაური, ეროვნულ სახელმწიფოს ჯერ კიდევ შეედლო დამაჯერებლად ემტკიცებინა, რომ პოლიტიკის ქვესისტემა, სახელმწიფოებრივი კონსტიტუციის მეშვეობით, ახერხებდა მთელი ერის კონსტიტუირებას, თუმცა კი ამ კონსტრუქციის სისუსტე უკვე ცხადი იყო. ეს დასტურდება ეკონომიკის დამოუკიდებელი კონსტიტუციის, მაგრამ ასევე სოციალურ ქვესექტორთა სხვა კონსტიტუციების შესახებ იდეათა მუდმივი აღმოცენებით, ამასთანავე – სამოქალაქო საზოგადოებაში ძირითადი უფლებების ჰორიზონტალური ეფექტის კონცეფციით, ნაცვლად ძირითადი უფლებების უბრალოდ სა-

ები: Günther, Klaus und Randeria, Shalini: *Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozeß der Globalisierung*, Bad Homburg: Reimers, 2001; M. Shaw: *Civil Society and Media in Global Crisis*, London: Cassell, 1996.

³⁶ Held, David: *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Cambridge: Polity Press, 1995: 62.

³⁷ ამის შესახებ დანვრილებით, იხ.: Luhmann, Niklas: *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000; იხ. ასევე: Albert, Mathias: *Zur Politik der Weltgesellschaft: Identität und Recht im Kontext internationaler Vergesellschaftung*, Weilerswist: Velbrück, 2002; Albert; Mathias: „Observing World Politics: Luhmann’s Systems Theory of Society and International Relations“, in: *Millenium: Journal of International Studies*, Vol. 28, 1999: 239-265; Brunkhorst, Hauke: „Ist die Solidarität der Bürgergesellschaft globalisierbar?“, in: Brunkhorst, Hauke und Kettner, Matthias (Hg.): *Globalisierung und Demokratie: Wirtschaft, Recht, Medien*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2000: 274-286.

ხელმწიფოს მიერ განწესებისა.³⁸ მაგრამ მსოფლიო საზოგადოებასთან მიმართებით ამგვარ მტკიცებას, უბრალოდ, აღარც აქვს აზრი. გაერთიანებული ერების ორგანიზაციის მიჩნევა მსოფლიო სუვერენად, და არა მარტო გაერთიანებული ერების ორგანიზაციისთვის, არამედ ასევე საერთაშორისო პოლიტიკისა და მსოფლიო საზოგადოების არასამთავრობო ორგანიზაციათა სისტემებისთვის იმ კონსტიტუციის მინიჭება, რომელსაც ექნებოდა პრეტენზია მხოლოდ ქალაქზე, ლეგიტიმაციაზე და იძულებით აღსრულებაზე, როგორც ამას საერთაშორისო სამართლის ზოგიერთი სპეციალისტი ქადაგებს, არის უბრალო ილუზია.

ის გარემოება, რომ ნამდვილი კონსტიტუციონალიზაციის პროცესი, უფრო ვიწრო გაგებით, ფაქტობრივად მიმდინარეობს საერთაშორისო პოლიტიკასა და საერთაშორისო ორგანიზაციებში, როგორც ამას საერთაშორისო სამართლის მრავალი სპეციალისტი აღნიშნავს, უგულებელყოფას კი არ საჭიროებს, არამედ სწორედ ხაზგასმას.³⁹ მსოფლიო მასშტაბით მოქმედი ადამიანის უფლებების განვითარება ეროვნულ სახელმწიფოთა ძალაუფლების საპირისპიროდ ყველაზე ნათელი დასტურია ამ დასაწყისისა. ჩვენი თვალთახედვისთვის გადამწყვეტი გარემოებაა ის, რომ ამ შემთხვევაში წარმოდგენილია მხოლოდ საერთაშორისო პოლიტიკის თანდათანობითი კონსტიტუციონალიზაცია, მსოფლიო საზოგადოების ერთ-ერთი ქვეკონსტიტუცია, რასაც, როგორც მხოლოდ ნაწილს, არ შეიძლება ჰქონდეს პრეტენზია მთლიანობის წარმომადგენლობაზე – *pars pro toto*.⁴⁰ ეს ძირს აცლის პოლიტიკაზე დაფუძნებულ კონსტიტუციურ ნააზრევს. თუ მსოფლიო საზოგადოებაში ეძიებენ სხვა კონსტიტუციურ ელემენტებს, აუცილებელია მათი ძიება განსხვავებულ გლობალურ ქვესისტემებში – პოლიტიკის გარეთ. მსოფლიო საზოგადოების კონსტიტუციაზე არ აქვს მონოპოლია საერთაშორისო პოლიტიკის კონსტიტუციონალიზაციის მიმდინარე პროცესებს. ამრიგად, კონსტიტუციური შეჯიბრებითობისთვის ზრუნავს ქვესისტემათა გლობალური კონსტიტუციების ავტონომიზაცია და მათი ქსელური შეკავშირება კონსტიტუციონალიზაციის სხვა გლობალურ და ეროვნულ პროცესებთან.⁴¹

დიაგნოზი III: მცოცავი კონსტიტუციონალიზაცია

შესაბამისად, თუ მართალია, რომ საერთაშორისო პოლიტიკას, საუკეთესო შემთხვევაში შეუძლია მხოლოდ თავისი კონსტიტუციონალიზაციის უზრუნველყოფა, მაგრამ არა მთელი მსოფლიო საზოგადოებისა, და თუ ისიც მართალია, რომ გლობალური რაციონალიზაციის პროცესთა ევოლუციური დინება იწვევს რეფლექსიის ავტონომიისთვის სფეროთა გარანტი-

³⁸ ზოგადად, კონსტიტუციური პლურალიზმის შესახებ, იხ.: Walker, Neil: „The Idea of Constitutional Pluralism“, in: *Modern Law Review*, Vol. 65, 2002: 317-359; გლობალური ეკონომიკური კონსტიტუციის შესახებ დისკუსიისთვის, იხ.: Behrens, Peter: „Weltwirtschaftsverfassung“, in: *Jahrbuch für neue politische Ökonomie*, Band 19, 2000: 5-27.

³⁹ ახალი საფუძვლიანი ანალიზისთვის, იხ.: Walker, Neil: „The Idea of Constitutional Pluralism“, in: *Modern Law Review*, Vol. 65, 2002: 317-359; Fischer-Lescano, Andreas: *Globalverfassung: Die Geltungsbegründung der Menschenrechte*, Weilerswist: Velbrück, 2005, მე-5 და მე-6 თავები.

⁴⁰ უფრო დეტალურად, იხ.: Fischer-Lescano, Andreas: „Globalverfassung: Verfassung der Weltgesellschaft“, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Band 88, 2002: 349-378.

⁴¹ Walker, Neil: „The Idea of Constitutional Pluralism“, in: *Modern Law Review*, Vol. 65, 2002: 317-359.

რებას, მაშინ წამოიჭრება კითხვა – საერთოდ აქვთ კი გლობალურ საზოგადოებრივ სექტორებს პოტენციური საკუთარი კონსტიტუციის ჩამოყალიბებისთვის?⁴²

ამ შემთხვევაში საჭიროა მნიშვნელოვანი კავშირის დამყარება იურიდიფიცირებასა და კონსტიტუციონალიზაციას შორის. როგორც აუცილებლობა, იურიდიფიცირების ყოველი პროცესი შეიცავს ლატენტურ კონსტიტუციურ ნორმებს. კონსტიტუციონალისტის სიტყვებით:

„ყოველ წყობილებას არ გააჩნია დაწერილი კონსტიტუცია, მაგრამ ყოველ წყობილებას აქვს კონსტიტუციური სამართალი. ეს კონსტიტუციური სამართალი, სულ მცირე, უნდა აყალიბებდეს ძირითად აქტორებს და შეიცავდეს გარკვეულ პროცედურულ ნორმებს. თეორიულად, კონსტიტუცია შეიძლება დაკმაყოფილდეს სამართალმწარმოებელი ორგანოს ჩამოყალიბებით და იმის მოწესრიგებით, თუ როგორ უნდა მიიღოს ამ ორგანომ კანონები“.⁴³

საბოლოოდ, საქმე შეეხება ნებისმიერი აღმოცენებადი სამართლებრივი ნორმების კონსტიტუციურ ხარისხს, რაც იწვევს რთული საკითხების წამოჭრას სამართლის საფუძვლების დაუსაბუთებლობის შესახებ, რის გარშემოც დაჯგუფებულია თანამედროვეობის ძირითადი სამართლებრივი თეორიები. აქ წამოჭრილ საგნობრივ პრობლემებს განეკუთვნება: სამართლის თვითდაფუძნება და აქედან მომდინარე პარადოქსები, რაც ახდენს სამართლებრივი პროცესების ბლოკირებას; ამ პარადოქსების ქმედითი, მაგრამ მაინც პრობლემურად დარჩენილი ამოხსნა კონსტიტუციონალიზაციის ავტოლოგიკურ მახასიათებელთა მეშვეობით. ეს მახასიათებლები, მუდამ ახალი ვარიაციებით, გაითამაშეს კელზენმა – ძირითად ნორმასა და უმაღლეს კონსტიტუციურ ნორმას შორის ურთიერთმიმართებით, ჰარტმა – მეორეული ნორმებისა და აღიარების საბოლოო წესის თეორიით, ლუმანმა – სამართლებრივ პარადოქსსა და კონსტიტუციას შორის ურთიერთობით, და დერიდამ – სამართლის ძალადობაზე დაფუძნების პარადოქსით.⁴⁴ საქმე შეეხება იმ პარადოქსული პროცესის განგრძობად გააზრებას, რომელშიც ნებისმიერი ნორმაწარმოება უკვე მოიაზრებს თავისივე კონსტიტუციის ჩანასახოვან ელემენტებს და, იმავდროულად, მათ კონსტიტუირებას ახდენს მათივე იმპლემენტაციით.

ჩვენს კონტექსტში, უკვე აღარ არის საჭირო იურიდიფიცირებასა და კონსტიტუციონალიზაციას შორის არსებული პრობლემური ურთიერთობის მოქცევა პოლიტიკურ ერთობაში. გროციუსის ცნობილი დებულება – *ubi societas ibi ius* საჭიროებს რეფორმულირებას პლანეტის

⁴² სოციალურ სისტემათა თეორიის პერსპექტივიდან სამართლებრივი გლობალიზმის შესანიშნავი ანალიზისთვის, იხ.: Oeter, Stefan: „International Law and General Systems Theory“, in: *German Yearbook of International Law*, Vol. 44, 2001: 72-95.

⁴³ Uerpman, Robert: „Internationales Verfassungsrecht“, in: *Juristenzeitung*, Band 56, 2001: 565-573; მსგავსი იდეა გამოთქმული ნაშრომში: Tomuschat, Christian: „Obligations Arising for States Without or Against Their Will“, in: *Revue des Cours*, 1993: 195-374, 217.

⁴⁴ Kelsen, Hans: *General Theory of Law and State*, Cambridge Mass.: Harvard University Press, 1946; Hart, Herbert L.A.: *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon, 1961; Luhmann, Niklas: „Two Sides of the State Founded of Law“, in: Luhmann, Niklas: *Political Theory in the Welfare State*, Berlin: de Gruyter, 1990; Derrida, Jacques: *Otobiographies: L'enseignements de Nietzsche et la politique du nom proper*, Paris: Galilée, 1984; Derrida, Jacques: „Force of Law: The Mystical Foundation of Authority“, in: *Cardozo Law Review*, Vol. 11, 1990: 919-1046.

ფუნქციონალური დიფერენცირების პირობებში, იმგვარად, რომ თუ სადმე განვითარდება ავტონომიური საზოგადოებრივი სექტორი, იმთავითვე ყალიბდება სამართლებრივ ნორმათა წარმოების ავტონომიური მექანიზმი – პოლიტიკისგან შედარებით დისტანციაში. ნორმათა წარმოება ასევე ხორციელდება საერთაშორისო სამართლის კლასიკურ წყაროებს გარეთაც – გლობალურ აქტორთა ხელშეკრულებებში, მულტინაციონალური კონვენციების მიერ ბაზრის კერძო რეგულირებაში, საერთაშორისო ორგანიზაციების შინაგან მართვაში, ორგანიზაციათშორის მოლაპარაკების სისტემებში, მსოფლიო მასშტაბის სტანდარტიზაციის პროცესებში, რაც ნაწილობრივ ბაზრების, ნაწილობრივ კი ორგანიზაციათა შორის შეთანხმებების საფუძველზე დგინდება.⁴⁵

„რეგულაციები და ნორმები ინარმოება არა მარტო სახელმწიფოებს შორის მოლაპარაკებებით, არამედ ასევე ახალი, ნახევრად საჯარო, კვაზიკერძო თუ კერძო აქტორების მიერ, რომლებიც პასუხობენ გლობალური ბაზრის მოთხოვნებს. სახელმწიფოებსა და კერძო დანესებულებებს შორის მომრავლდნენ თვითრეგულირებადი უფლებამოსილი ორგანოები, რამაც გააფერმკრთალა განსხვავება სუვერენობის საჯარო სფეროსა და ცალკეულ ინტერესთა კერძო სივრცეს შორის“.⁴⁶

ამასთან, სამართლებრივი ნორმები ინარმოება არა მარტო ნაციონალურ თუ საერთაშორისო ოფიციალურ სასამართლოთა მიერ დავის გადაწყვეტისას, არამედ ასევე დავების მომგვარებელ არაპოლიტიკურ, საზოგადოებრივ ორგანოებში, საერთაშორისო ორგანიზაციებში, საარბიტრაჟო სასამართლოებში, სამედიაციო უწყებებში, ეთიკის კომიტეტებსა და სახელშეკრულებო რეჟიმებში. თუ მართალია, რომ გლობალური სამართლის უმთავრესი წყაროები ყალიბდება სამართლის პერიფერიაში, ანუ სამართლისა და მსოფლიო საზოგადოების სხვა სექტორების მიჯნებთან და არა ნორმათწარმოების ტრადიციულ ცენტრებში – ნაციონალურ პარლამენტებში, გლობალურ საკანონმდებლო უწყებებსა თუ სახელმწიფოთაშორის შეთანხმებებში – მაშინ იმავდროულად იგულისხმება, რომ კონსტიტუციური ხასიათის ნორმებიც ყოველთვის იქ იქმნება.

ამდენად, გლობალური იურიდიფიცირების ახალი ფენომენი გულისხმობს შესაძლებლობას, რომ კონსტიტუციონალიზაციის პროცესებიც განხორციელდება სახელმწიფოებრივი და პოლიტიკური ინსტიტუციების გარეთ.⁴⁷ თუმცა, ამით სულაც არ იგულისხმება, რომ ყოველი საზოგადოებრივი სექტორი აწარმოებს თავის კონსტიტუციურ ნორმებს მარტოდენ სა-

⁴⁵ Albert, Mathias: *Zur Politik der Weltgesellschaft: Identität und Recht im Kontext internationaler Vergesellschaftung*, Weilerswist: Velbrück, 2002. Robé, Jean-Philippe: „Multi-national Enterprises: The Constitution of a Pluralistic Legal Order“, in: Teubner, Gunther (ed.): *Global Law without a State*, Aldershot: Dartmouth Gover, 1997: 45-77; Santos, Boaventura de Sousa: *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York: Routledge, 1995.

⁴⁶ Guéhenno, Jean-Marie: „From Territorial Communities to Communities of Choice: Implications for Democracy“, in: Streeck, Wolfgang (Hg.): *Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie: Herausforderungen für die Demokratietheorie*, Frankfurt am Main: Campus, 1998: 137-150, 141.

⁴⁷ Walker, Neil: „The Idea of Constitutional Pluralism“, in: *Modern Law Review*, Vol. 65, 2002: 317-359.

კუთარი მეთვალყურეობით. ისევე, როგორც საზოგადოებრივ ქვესექტორთა გლობალური იურიდიფიკაცია ყოველთვის ხორციელდება ავტონომიური და ჰეტერონომიული ნორმათწარმოების პროპორციული ნაზავით, გლობალური კერძო კონსტიტუციების აღმოცენებაც არის პროცესი, რომელშიც ხდება გარეგანი და შინაგანი ფაქტორების კომბინირება.⁴⁸ სამართლის სისტემა ყოველთვის ჩართულია ამ პროცესში, რამდენადაც იგი მიმდინარეობს ერთდროულად როგორც საზოგადოების ქვესისტემაში, ასევე სამართლის სისტემის პერიფერიაში. და დიდი თუ მცირე მნიშვნელობით, საერთაშორისო პოლიტიკაც ღებულობს მონაწილეობას გლობალურ ქვეკონსტიტუციაციათა ჩამოყალიბებაში, რისთვისაც მიმართავს ამ პროცესთა ირიტაციას პოლიტიკური კონსტიტუციონალიზმის მხრიდან ინტერვენციის მეშვეობით. ზუსტად რა სახით ხორციელდება კონსტიტუციონალიზაციის გარეგან-პოლიტიკურ და ავტონომიურ-საზოგადოებრივ პროცესებს შორის შეთავსებითი ურთიერთობა, რთული ემპირიული და ნორმატიული საკითხია, რომელიც დამოკიდებულია განუმეორებელ ისტორიულ გარემოებებზე. მაგრამ რამდენადაც ავტონომიური მსოფლიო სამართალი ეფუძნება საკუთარ რესურსებს, ხოლო საერთაშორისო ორგანიზაციები, არასამთავრობო ორგანიზაციები, მასმედიის საშუალებანი, მულტინაციონალური სანარმოები, გლობალური იურიდიული კომპანიები, გლობალური ფონდები, პროფესიული კავშირები და გლობალური საარბიტრაჟო სასამართლოები აჩქარებენ გლობალური ნორმათწარმოების პროცესებს, ავტონომიური ნორმათწარმოებაც ასევე მნიშვნელოვნად ჩართულია სექტორული კონსტიტუციის ფორმირების პროცესში.

ბოლოს, ამ კონტექსტში შესაძლებელია დაკვირვება გასაოცარ ლატენტურ ფენომენზე. სამოქალაქო კონსტიტუციის ელემენტები არ ინარმოება ერთგვარი დიდი აფეთქებით, კონსტიტუციის დამფუძნებელი საბჭოს შთამბეჭდავი რევოლუციური აქტით – ამერიკული თუ ფრანგული მოდელის შესაბამისად. ეკონომიკის, კვლევის, ჯანდაცვის, განათლებისა თუ პროფესიების გლობალურ რეჟიმებს არც ერთი ისეთი დიდებული სადამფუძნებლო ტექსტი არ გააჩნიათ, რომელიც განასახიერებდა კოდიფიკაციას სპეციალური კონსტიტუციური დოკუმენტის სახით. ნაცვლად ამისა, სამოქალაქო კონსტიტუციაციათა ფორმირება მიმდინარეობს ხანგრძლივ მიწისქვეშა ევოლუციურ პროცესებში, რომლებშიც საზოგადოებრივ სექტორთა იურიდიფიკირება ასევე მზარდი რაოდენობით ავითარებს კონსტიტუციურ ნორმებს, თუმცა ეს კონსტიტუციური ნორმები კვლავინდებურად ჩართულია სამართლის ნორმათა საერთო წყებაში. პოლიტიკური კონსტიტუციის ბრწყინვალეობა იმდენად დამაბრმავებელია ეროვნულ სახელმწიფოში, რომ სამოქალაქო სექტორთა ინდივიდუალური კონსტიტუციები უჩინარია ან, საუკეთესო შემთხვევაში, წარმოჩენილია პოლიტიკური კონსტიტუციების ნაწილად. მაგრამ, ასევე გლობალურ დონეზე ისინი წარმოდგენილია მხოლოდ ლატენტურად და, რაც არ უნდა გასაკვირი იყოს, შეუიარაღებელი თვალისთვის შეუმჩნეველად.

⁴⁸ აუცილებელია ამის საზგასმა სამართლებრივი პლურალიზმის იდეის მცდარი გაგების თავიდან ასაცილებლად. გლობალური ეკონომიკური სამართალი არის ეკონომიკური და პოლიტიკური ნორმათწარმოების ნაზავი, რაც ემპირიულად ცვალებადია. იხ.: Teubner, Gunther: „Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society“, in: Teubner, Gunther (ed.): *Global Law without a State*, Aldershot: Dartmouth Gover, 1997: 3-28.

როგორც ხშირად, ამ შემთხვევაშიც რალაციის სწავლა შეიძლება ბრიტანეთის განსაკუთრებული შემთხვევიდან. მიუხედავად კონტინენტზე აკვიატებული აზრისა, რომ ბრიტანეთს საერთოდ არ გააჩნია კონსტიტუცია, ან რომ ის კონსტიტუციურად განუვითარებელია, ბრიტანული სახელმწიფო წყობილების მახასიათებლები და საერთო სამართალი, დაისის ანალიზის თანახმად, სულ უფრო ნათლად დამუშავდა.⁴⁹ მისი შინაარსობრივი მახასიათებლები სახელმწიფო ორგანიზებასთან და ძირითად უფლებებთან მიმართებით, მეტადრე მათი დაცვითი ინტენსივობა კონტინენტურ კონსტიტუციებთან ნებისმიერ შედარებას გაუძლებს. მნიშვნელოვანია კონსტიტუციის სოციალური ინსტიტუციონალიზაცია და არა კონსტიტუციური კრების ფორმალური არსებობა ან კონსტიტუციური დოკუმენტი, ანაც ექსპლიციტურად კონსტიტუციური ხასიათის ნორმები თუ კონსტიტუციურ საკითხებში სპეციალიზებული სასამართლო. *Mutatis mutandis*, იგივე შეიძლება ითქვას მსოფლიო საზოგადოების სამოქალაქო კონსტიტუციებზეც. ამდენად, კონსტიტუციურ ელემენტთა ლატენტურობის აქტუალიზება გულისხმობს კონსტიტუციონალიზაციის ფაქტობრივი მიმდინარეობის ნორმატიულ რეფლექსიას, ასევე ამ პროცესის მიმართულებაზე გავლენის მოხდენას.

V. სამოქალაქო კონსტიტუციების ძირითადი მახასიათებლები.

მაგალითი: დიგიტალური კონსტიტუცია

რომელი ძირითადი მახასიათებლების არსებობაა აუცილებელი, რომ მოხერხდეს განსხვავებულ გლობალურ სექტორებში კონსტიტუციური ელემენტების დემონსტრირება?⁵⁰ ამასთან დაკავშირებით, ეროვნული სახელმწიფოს პოლიტიკურ კონსტიტუციას შეუძლია სამოქალაქო კონსტიტუციებსაც ემსახუროს დიდებული ისტორიული მოდელების სახით. ამ თვალსაზრისით, დღევანდელ მდგომარეობასთან ანალოგიისთვის, ხელმისაწვდომია ისტორიული გამოცდილების, პროცედურების, ცნებების, პრინციპებისა და ნორმების მარაგი. ანალოგიების გატარება კი უკიდურესი სიფრთხილითაა საჭირო, რადგანაც ზერელე ანალოგიამ შესაძლოა გამოიწვიოს გლობალიზებულ საზოგადოებრივ სექტორთა თავისებურებების გამორჩენა.

აღნიშნული ნამდვილად შეეხება კონსტიტუციონალიზაციის რაოდენობრივ მოცულობას. ის სწორედ რომ მეტად ცვალებადია. არსად წერია, რომ ყოველსომცველი კონსტიტუციონალიზაცია, რომელიც მთელ პოლიტიკურ პროცესს გადაფარავს კონსტიტუციური ნორმების სქელი ქსოვილით, აუცილებლად უნდა განმეორდეს საზოგადოებრივი ქვესექტორების კონსტიტუციებშიც – აქ შეიძლება ფიქრი კვლევასა თუ ხელოვნებაზე. მათი მრავალი ფუძემდებლური პრინციპი ეწინააღმდეგება ნებისმიერ კონსტიტუციონალიზაციას – თუნდაც სახელოვნებო სტილის ეპისტემოლოგია; მაშინ, როდესაც ამ პრინციპთა მხოლოდ მცირე ოდენობას თუ შეიძლება მიეცეს სამართლებრივი ფორმა – როგორცაა კვლევისა და ხელოვნების თავისუფლება.

⁴⁹ Dicey, Albert: *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London: MacMillan, 1964.

⁵⁰ დამაჯერებელი ანალიზისთვის იხ.: Walker, Neil: „The Idea of Constitutional Pluralism“, in: *Modern Law Review*, Vol. 65, 2002: 317-359; Walter, Christian: „Constitutionalising (Inter)national Governance: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law“, in: *German Yearbook of International Law*, Vol. 44, 2001: 170-201.

როგორც უკვე აღინიშნა, ყოველთვის საჭიროა კონსტიტუციური ფენომენის ფრთხილი გენერალიზაცია და იმავდროული რესპეციფიკაცია. გენერალიზაცია გულისხმობს კონსტიტუციის ცნების გამოცალკევებას პოლიტიკის სისტემის განსაზღვრული თავისებურებებისგან და კერძოდ – სახელმწიფო აპარატისგან, იმ ინსტრუმენტისგან, რაც უჩვეულოდ დელიკატური საკითხია კონსტიტუციური და პოლიტიკური ფაქტორების მჭიდრო გადახლართულობის გამო. რესპეციფიკაცია არ არის ნაკლებ დელიკატური ამოცანა, რადგან სისტემისთვის სპეციფიკური ოპერაციები, სტრუქტურები, მედიუმები, კოდები და პროგრამები მოითხოვენ კონსტიტუციურსამართლებრივი ინსტიტუციების შორსმჭვრეტელოვარ გააზრებას.

ეს ყოველივე შეიძლება ნათლად განიმარტოს მეცნიერების გლობალური კონსტიტუციის ერთი პრობლემის მაგალითზე: რამდენადაა შესაძლებელი კვლევის თავისუფლების კონსტიტუციური დაცვა ეკონომიკური გავლენებისგან? მეტად ახლო ანალოგია პოლიტიკურ და ეკონომიკურ ძალაუფლებას შორის ვერ მოახდენდა ვერც ძირითადი უფლებებისთვის საფრთხის შემქმნელი მედიუმის და ვერც ადეკვატური სანქციონების გენერალიზაციასა და რესპეციფიკაციას. კრიტიკიუმი არ შეიძლება უბრალოდ იყოს ეკონომიკურ აქტორთა სოციალური ძალაუფლება, როგორც ეს პოლიტიკურად შთაგონებული მოსაზრებებით გამუდმებითაა შემოთავაზებული. ნაცვლად ამისა, კრიტიკიუმი უნდა იყოს ის საფრთხე, რომელიც მომდინარეობს ექსპანსიური სოციალური სისტემის სპეციფიკური კომუნიკაციური მედიუმისგან. შესაბამისად, კვლევის თავისუფლებას საფრთხე ექმნება არა მარტო მულტინაციონალური სანარმოების რეპრესიული ძალაუფლებითი სტრუქტურებისგან, რომლის სანინაალმდეგოდაც პროტესტს გამოხატავენ უძლური ინდივიდები. უფრო მეტი ახალი საფრთხე მომდინარეობს სტრუქტურული კორუფციისგან – ფულის მედიუმის გამოყენებით. კვლევის დამოკიდებულება ბაზარზე აღნიშნავს ეკონომიკური ინიციატივებით მეცნიერების ცდუნების ახალ სიტუაციას, რასთან შენინაალმდეგეობაც ცალსახად შეუძლებელია ძირითადი უფლებების კონსტიტუციური გარანტიებით, როგორც ავტონომიის დაცული სფეროთი. კონსტიტუციური პრობლემის ამგვარი გენერალიზაციითა და რესპეციფიკაციით, ასევე შესაძლო რეაქციებით, ცხადი ხდება, რომ უფრო მეტად ეფექტიანი კონსტიტუციური გარანტია იქნებოდა კვლევის მონეტარული დამოკიდებულების წყაროთა გამრავლფეროვნება, რომ მეტი დამოკიდებულებებისგან მიღწეულ იქნეს ახალი დამოუკიდებლობა. ეშმაკის განდევნა ბელზებელის მეშვეობით! თუ მეცნიერების კონსტიტუცია შეძლებდა ერთმანეთისადმი კონკურენტული მრავალი ფინანსური წყაროს არა მარტო ნორმირებას, არამედ ასევე მათ ფაქტობრივ გარანტირებას, ამას უთუოდ ექნებოდა ზემოქმედება მეცნიერების ავტონომიაზე. ამ შემთხვევაში კი მეცნიერების ავტონომიის შედარება თამამად იქნებოდა შესაძლებელი ტრადიციული ძირითადი უფლებების მოქმედებასთან პოლიტიკური ჩარევის საპირისპიროდ.⁵¹

⁵¹ ამ თვალსაზრისით მეცნიერების თავისუფლების შესახებ, იხ.: Kealy, Terence: „It’s Us Against Them“, in: *Guardian*, May 7; ხელოვნების თავისუფლების შესახებ, იხ.: Graber, Christoph and Teubner, Gunther: „Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere“, in: *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 18, 1998: 61-74.

პირველი მახასიათებელი: სტრუქტურული დაწყვილება ქვესისტემასა და სამართალს შორის

სამოქალაქო კონსტიტუციები არც უბრალო სამართლებრივი ტექსტებია და არც სოციალურ ნესრიგთა ფაქტობრივი სტრუქტურები.⁵² სამოქალაქო კონსტიტუციის ელემენტებზე ვინრო მნიშვნელობით საუბარი მხოლოდ მაშინაა შესაძლებელი, როდესაც, ხორციელდება, ერთი მხრივ ავტონომიურ სოციალურ პროცესთა, მეორე მხრივ კი, ავტონომიურ სამართლებრივ პროცესთა ურთიერთქმედება; ან, სისტემათა თეორიის ენით რომ ითქვას, თუ ქვესისტემის სპეციფიკურ სტრუქტურებსა და სამართლის ნორმებს შორის ყალიბდება გრძელვადიანი სტრუქტურული დაწყვილება.⁵³ მხოლოდ აქ არის შესაძლებელი კონსტიტუციური ფენომენის უცნაური გაორების მიკვლევა, რაც დამახასიათებელია სტრუქტურული შეკავშირებისთვის და გამორიცხავს გავრცელებულ შეხედულებას კონსტიტუციის ერთიან ცნებაში როგორც მართლნესრიგის, ასევე სოციალური ნესრიგის შერწყმის შესახებ. კონსტიტუცია ყოველთვის ორი რეალური პროცესის შეკავშირებად უნდა განიმარტოს: სამართლის პერსპექტივით ის არის სამართლის ნორმათა წარმოება, რაც გადაბმულია სოციალური სისტემის ძირითად სტრუქტურებთან; კონსტიტუციურებული სოციალური სისტემის თვალთახედვით კი ის წარმოებულია სოციალური ნესრიგის ძირითადი სტრუქტურების მიერ, რომლებიც, იმავდროულად, ახდენენ სამართლის ინფორმირებას და, თავის მხრივ, ნორმირებულნი არიან სამართლის მხრიდან.⁵⁴ სტრუქტურული შეკავშირების მნიშვნელოვანი შედეგია ის, რომ იგი ზღუდავს ორივეს – როგორც სამართლებრივ პროცესს, ასევე სოციალურ პროცესს – ზეგავლენის მოხდენის შესაძლებლობებში. ერთი სისტემის მიერ მეორე სისტემის გადაფარვის შესაძლებლობა ბლოკირებულია, მისი ავტონომია უზრუნველყოფილია, ორმხრივი ირიტაციები კი კონცენტრირებულია გავლენის ვინროდ შემოსაზღვრულ და ღიად ინსტიტუციონალიზებულ გზებზე.

კონსტიტუცია, რამდენადაც ის ინსტიტუციონალიზებულია საზრისის ორი სფეროს შეკავშირების სახით, რეაგირებს იმ პრობლემაზე, რომელიც წარმოიშობა ყოველი ავტონომიურ-საზოგადოებრივი ნორმათწარმოების დროს: სტრუქტურული კორუფციის პრობლემაზე. სწორედ ამასთანაა კავშირში დღევანდელი გაცხარებული კამათი იმის შესახებ, თუ როგორ და რომელი აქტორების მეშვეობით უნდა მოწესრიგდეს ინტერნეტი.⁵⁵ ნაციონალური რე-

⁵² Behrens, Peter: „Weltwirtschaftsverfassung“, in: *Jahrbuch für neue politische Ökonomie*, Band 19, 2000: 5-27.

⁵³ სამართალსა და სხვა სოციალურ სისტემებს შორის სტრუქტურული დაწყვილების შესახებ, იხ.: Teubner, Gunther: „Idiosyncratic Productoin Regimes: Co-evolution of Economic and Legal Institutions in the Varieties of Capitalism“, in: Ziman, John (ed.): *The Evolution of Cultural Entities: Proceedings of the British Academy*, Oxford: Oxford University Press, 2002: 161-181; Luhmann, Niklas: *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt: Suhrkamp, 1993: 440.

⁵⁴ პოლიტიკისა და სამართლის დაწყვილების შესახებ, იხ.: Luhmann, Niklas: „Verfassung als evolutionäre Errungenschaft“, in: *Rechtshistorisches Journal*, Band 9, 1990: 176-220.

⁵⁵ Holznapel, Bernd and Werle, Raymond: „Sectors and Strategies of Global Communications Regulation“, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Band 23, 2002: 3-23; Committee to Study Global Networks and Local Values: *Global Networks and Local Values – A Comparative Look at Germany and the United States*, Washington DC: National Academy Press, 2001; Lessig, Lawrence: *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York: Basic Books, 1999; Johnson, David and Post, David: „The New „Civic Virtue“ of the Internet: A Complex System Model for the Governance of Cyberspace“, 1998, at: <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Newcivicvirtue.html> .

გულირება წარუმატებელია იმპლემენტაციის იმ პრობლემების გამო, რასაც იწვევს დიგიტალური კომუნიკაციის ტრანსნაციონალური ბუნება. და პირიქით, დღესდღეობით პოლიტიკორექტულობის მოდარაჯე კარგი ადამიანებისთვის (Gutmenschen) სანუკვარი ინტერნეტრეგულირება ლეგიტიმური საერთაშორისო სამართალწარმოების მეშვეობით, კვლავ წარუმატებლობის რისკის წინაშეა, გამომდინარე სახელმწიფოთაშორისი თანხმობის მიღწევის სირთულიდან. ეს, რასაკვირველია, არ გამოირიცხავს ორივე მიმართულებით მცდელობების გაგრძელებას, ნაწილობრივ წარმატების მიღწევითაც. თუმცა, რეგულირების ორივე ფორმის ფაქტობრივი სირთულებები გამოიწვევს იმას, რომ ინტერნეტის თვითრეგულირების მნიშვნელობა დრამატულად გაიზრდება. ამიტომაც ინტერნეტის რეგულირებაზე დამკვირვებლები საუბრობენ „თვითრეგულირებისკენ მიმართულ ტენდენციაზე“.⁵⁶ ინტერნეტის მიერ თვითმექმნილი სამართალი სარგებელს ღებულობს არა მარტო რეგულირების სხვა ორი ფორმის პრობლემებისგან, არამედ დამატებით იმ ტექნიკური უპირატესობებისგან, რასაც კოდის არქიტექტურა სთავაზობს მეტად ეფექტიან რეგულირებას. იძულების ელექტრონულ საშუალებათა წყალობით მას შეუძლია მეტწილად უარი თქვას მოლოდინებით მართულ რეგულირებაზე, თუმცა, თავის მხრივ, იგი მართულია მეტასამართლებრივი ნორმებით.⁵⁷ განვითარების ტენდენცია ცალსახად მიმართულია ჰიბრიდული რეგულირებისკენ: „კერძო, ტრანსნაციონალური, თვითაღსრულებადი და სავალდებულო მექანიზმები საჯარო ზედამხედველობის ქვეშ“.⁵⁸ რეგულირების განსხვავებული ფორმების ურთიერთშერევის მხრივ, მნიშვნელოვანი როლი აკისრია ავტონომიურ *lex electronica*-ს, ეკონომიკური სამართლის ავტონომიურ *lex mercatoria*-სთან ერთად.⁵⁹ ICANN-ის საარბიტრაჟო კომიტეტები, რომლებიც სამართლებრივად მხოჭავ და ელექტრონულად აღსრულებად გადანყვეტილებას იღებენ ავტონომიური, არანაციონალური სამართლებრივი ნორმის – დომენების გაცემის ICANN-ის წესის §12a – საფუძველზე, განეკუთვნებიან ამგვარი ავტონომიური და დიგიტალური სამართალწარმოების ხილვად მხარეს. და გლობალური ეკონომიკური სამართლის ზუსტად პარალელურად, *lex electronica*-სთან ერთად მომდინარეობს სტრუქტურული კორუფციის პრობლემა, ანუ სამართლის განვი-

⁵⁶ Holznapel, Bernd and Werle, Raymond: „Sectors and Strategies of Global Communications Regulation“, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Band 23, 2002: 3-23; Goldsmith, Jack: „The Internet, Conflicts of Regulation and International Harmonization“, in: Engel, Christoph (ed.): *Governance of Global Networks in the Light of Differing Local Values*, Baden-Baden: Nomos, 2000.

⁵⁷ Lessig, Lawrence: *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York: Basic Books, 1999: 43.

⁵⁸ Farrell, Henry: „Hybrid Institutions and the Law: Outlaw Arrangements or Interface Solutions“, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Band 23, 2002: 25-40; Perritt, Henry H.: „Hybrid International Institutions for Regulating Electronic Commerce and Political Discourse of the Internet“, in: *Multimedia und Recht*, 7/Beilage, 2000: 1-3.

⁵⁹ მსგავსებები და განსხვავებები *lex mercatoria*-სა და *lex digitalis*-ს შორის გულდასმითაა გამოკვლეული ნაშრომში: Calliess, Graf-Peter: „Reflexive Transnational Law: The Privatization of Civil Law and the Civilization of Private Law“, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Band 23, 2002: 185-216; ავტონომიური *lex digitalis*-ის შესახებ, იხ.: Bernstorff, Jochen von: „The Structural Limitations of Network Governance: ICANN as a Case in Point“, in: Joerges, Christian / Sand, Inger-Johanne and Teubner, Gunther (eds.): *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford: Hart Publishing, 2004: 257-281; Lehmkuhl, Dirk: „The Resolution of Domain Names vs Trademark Conflicts: A Case Study on Regulation Beyond the Nation State, and Related Problems“, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Band 23, 2002: 61-78; Thornburg, Elisabeth: „Going Private: Technology, Due Process and Internet Dispute Resolution“, in: *University of California Davis Law Review*, Vol. 34, 2000: 151-220.

თარებაზე „კერძო“ ინტერესების მასიური და გაუფილტრავი ზეგავლენა. სწორედ აქ წარმოიშობა ინტერნეტის კონსტიტუციური საკითხი.⁶⁰

დიგიტალური კონსტიტუციის შანსებისა და ფარგლების რეალისტური შეფასებისთვის საჭიროა ნიმუშად პოლიტიკური კონსტიტუციების გამოყენება, რომლებმაც სამართლის სტრუქტურული კორუფციის პრობლემას პოლიტიკით უპასუხეს.⁶¹ პრემოდერნული სამართლის გავრცელებულ დამოკიდებულებას პოლიტიკურ ზენოლაზე, პოლიტიკურ ტერორზე და სოციალური თუ ეკონომიკური ძალაუფლების მდგომარეობაზე ორმაგი პასუხი გაეცა სტრუქტურული შეკავშირების პოლიტიკურ მიმართულებათა მხრიდან, რამაც, რასაკვირველია ვერ შეძლო სტრუქტურული კორუფციის მოშორება, მაგრამ მაინც ეფექტურად შემოსაზღვრა იგი: ერთი მხრივ, კორუფციული გავლენების არალეგალურად გამოცხადებით, მეორე მხრივ კი – ლეგიტიმური ირიტაციულობის გაზრდით. ეკონომიკის მიერ სამართლის კორუმპირების პარალელურ პრობლემას პოლიტიკურმა კონსტიტუციამ კი არ გასცა შესაბამისი პასუხი, არამედ სწორედ ეკონომიკის კონსტიტუციამ, რომელმაც განახორციელა იგივე ფუნქცია საკუთრებისა და ხელშეკრულების კერძოსამართლებრივი ინსტიტუტების მეშვეობით. უშუალოდ სამართლებრივი მექანიზმის გამყიდველობა, მისი მიდრეკილება კორუფციისკენ მკაცრად გამოირიცხა და სამართლის ეკონომიკური ირიტაციები მოექცა კალაპოტში ხელშეკრულებისა და საკუთრების მექანიზმების მეშვეობით. ამით შესაძლებელი გახდა სამართლისა და პოლიტიკისთვის შენარჩუნებულიყო ხელშეკრულებისა და საკუთრების საბოლოო მონესრიგების პრეროგატივა.⁶² შესაბამისად, მხოლოდ ინტერნეტის საკუთარ კონსტიტუციას შეეძლება რეალისტური პასუხის გაცემა კიბერსამართლის სტრუქტურული კორუფციის პრობლემებზე, თუ მოხერხდება ქმედითი სტრუქტურული შეკავშირების ჩამოყალიბება დიგიტალურ კომუნიკაციურ სტრუქტურებსა და ფუნდამენტურ სამართლებრივ ნორმებს შორის. რა სახით და რამდენად მოხდება ამგვარი კონსტიტუციის პოლიტიკისგან გარეთ ძალდატანება – განხორციელდება ეს ცალმხრივად, ამერიკის შეერთებული შტატების მთავრობის მიერ, მოხდება ეს საერთაშორისო რეჟიმის მეშვეობით თუ ის ჩამოყალიბდება როგორც ინტერნეტის შინაგანი თვითორგანიზების პროცესი ისეთი ინსტიტუციების მეშვეობით, როგორებიცაა ICANN და მისი საარბიტრაჟო სასამართლოები, სტანდარტიზირების ორგანიზაციები, მაგალითად, World Wide Web Consortium ან Internet Engineering Task Force და დიგიტალური სამოქალაქო მოძრაობები, თუ ეს იქნება სულაც ჰიბრიდული პროცესი – საერთოდ სხვა საკითხია.⁶³ ეს სულაც არაფერს ცვლის დამოუკიდებელი დიგიტალური კონსტიტუციის – როგორც სამართლისა და დიგიტალური კომუნიკაციის ეფექტიანი სტრუქტურული შეკავშირების – საჭიროების თვალსაზრისით.

⁶⁰ კრიტიკული მოსაზრებისთვის, შდრ.: Lehmkuhl, Dirk: „The Resolution of Domain Names vs Trademark Conflicts: A Case Study on Regulation Beyond the Nation State, and Related Problems“, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Band 23, 2002: 61-78; Geist, Michael: „Fair.com? An Examination of the Allegations of Systemic Unfairness in the ICANN UDRP“, at: <http://aix1.uottawa.ca/~geist/geistudrp.pdf>.

⁶¹ Luhmann, Niklas: *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt: Suhrkamp, 1993: 468.

⁶² იქვე: 452.

⁶³ ამ შესაძლებლობების შესახებ, იხ.: Farrell, Henry: „Hybrid Institutions and the Law: Outlaw Arrangements or Interface Solutions“, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Band 23, 2002: 25-40.

მეორე მახასიათებელი: ნორმათა იერარქია – კონსტიტუციური და ჩვეულებრივი ნორმები

სოციალური წესრიგისა და სამართლის სტრუქტურული დაწყვილება აუცილებელი პირობაა სამოქალაქო კონსტიტუციისთვის, მაგრამ ის არ არის საკმარისი. ამის მიზეზია ურიცხვი ორმხრივი ირიტაცია, რაც არ ღებულობს კონსტიტუციურ თვისებებს. ამით უარყოფილია სამოქალაქო კონსტიტუციის ის ცნება, რომელიც, ეკონომიკური კონსტიტუციის ცნების პარალელურად, განმარტებული იქნებოდა, როგორც „საზოგადოებრივი ეკონომიკის მბოჭავი სამართლებრივი ნორმების ერთობლიობა“.⁶⁴ სამართლის ნორმის თვისებისა და სოციალურ წესრიგთან სტრუქტურული შეკავშირების გარდა, უნდა არსებობდეს საგანგებო ავტოლოგიური ურთიერთობა, ერთგვარი იერარქიზაცია კონსტიტუციური ხარისხის უფრო „მაღალ“ ნორმებსა და სამართლის ჩვეულებრივ, უფრო „დაბალ“ ნორმებს შორის.

პირველ რიგში, საქმე შეეხება სამართლის თვითნარმოების წესებს, ანუ კონსტიტუციურ ნორმებს, რომლებიც უნდა აკმაყოფილებდნენ პარადოქსულ მოთხოვნას – სამართლის ნორმათა წარმოების სამართლებრივ რეგულირებას, მაგრამ იმავდროულად უნდა შეეძლოთ საკუთარი ჩამოყალიბების მონესრიგებაც, ან ნაცვლად ამისა, მოიშველიონ რეგულაციური ძალადობის აქტი, სოციალური ხელშეკრულება, ღვთისმიერი დამტკიცება თუ სხვა სადამფუძნებლო მითი. აქ განსაკუთრებით მნიშვნელოვანია ჰერბერტ ჰარტის კონცეფცია, რომელიც სამართალზე მხოლოდ მაშინ საუბრობს, თუ გამოკვეთილია კონსტიტუციური განსხვავება პირველად ნორმებს (ქცევების მართვა) და მეორეულ ნორმებს (ნორმათა წარმოება) შორის, რის გამოც ეჩხება პრობლემას, რომ აღიარების საბოლოო წესის (Ultimate rule of recognition) თვითნებობით განწყვიტოს მეტამეტა...-ნორმების უსასრულო რეგრესი.⁶⁵ გამონკვევა სამოქალაქო კონსტიტუციისთვის ამ შემთხვევაში არის დამოუკიდებელი თვითნარმოების წესების იდენტიფიცირება, რითაც მოხერხდება პოლიტიკაზე ცენტრირებული ნორმათნარმოების ვინრო ხედვის დაძლევა. თუ პოლიტიკური კონსტიტუციის ტრადიცია უკვე გადააწყდა სირთულეებს წმინდა სამოსამართლო სამართალში, საერთაშორისო სამართალში, კერძო ხელშეკრულებებში, ორგანიზაციის კერძო წესრიგებსა და ჩვეულებით სამართალში მოქმედ ნორმათა თვისებასთან მიმართებით, და ისიც იმ „ოფიციალური“ მეორეული ნორმების არარსებობის შემთხვევებში, რომლებიც პოზიტიურ კონსტიტუციებში იმონმებენ საპარლამენტო კანონმდებლობას, პრობლემები უკვე მრავლდება მსოფლიო საზოგადოების სივრცეში ჩამოყალიბებულ ავტონომიურ სამართლებრივ რეჟიმთა შემთხვევაში. ამ საკითხთა შესახებ, *lex mercatoria*-სთან დაკავშირებით, არ განელეებულა ოცდაათწლიანი ცხარე დისკუსია;⁶⁶ ხოლო

⁶⁴ Streit, Manfred E.: *Theorie der Wirtschaftspolitik*, Düsseldorf: Werner, 1991: 24.

⁶⁵ Hart, Herbert L.A.: *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon, 1961: 77.

⁶⁶ ამ დებატის შესახებ, იხ.: Zumbansen, Peer: „Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law“, in: *European Law Journal*, Vol. 8, 2002: 400-432; Berger, Klaus-Peter: „Understanding International Commercial Arbitration“, in: Center of Transnational Law (ed.): *Understanding International Commercial Arbitration*, Münster: Quadis, 2000; Lehmkuhl, Dirk: „Commercial Arbitration – A Case of Private Transnational Self-Governance?“, *Preprints aus Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter*, 2000; Teubner, Gunther: „Global Bukowina: Legal Pluralism

lex electronica-ს შესახებ დისკუსია გახურების პროცესშია.⁶⁷ დისკუსია კიდევ უფრო დაიძაბება მას შემდეგ, რაც გაცხადდება, რომ მეორეული ნორმების მეშვეობით შესაძლებელია პასუხის გაცემა არა მარტო კოგნიტიურ კითხვაზე – „რა არის მოქმედი სამართალი?“, არამედ ასევე ნორმატიულ კითხვაზეც – „ვინ არიან ლეგიტიმური აქტორები და რომელია ლეგიტიმური პროცედურები სამართლის წარმოებისთვის?“.

რომელია ის მეორეული ნორმები, რომლებიც განსაზღვრავენ *netiquette*-ის, ანუ ინტერნეტის ეთიკის (*spamming*-ის აკრძალვა და სხვ.) გარდაქმნას უნივერსალური მოქმედების პრეტენზიის მქონე დიგიტალურ ჩვეულებით სამართლად? რომელ კონსტიტუციურსამართლებრივ უფლებამოსილებას ეფუძნებიან ინტერნეტის სტანდარტიზაციის ორგანიზაციები, როდესაც ისინი ქადაგებენ დიგიტალური კომუნიკაციის წესებს და იმთავითვე ახდენენ ამ წესების იმპლემენტაციას ინტერნეტის არქიტექტურაში? აღიარების რომელი წესების მეშვეობით ხელმძღვანელობენ ინტერნეტის კერძო საარბიტრაჟო სასამართლოები, რომლებიც დომენების შესახებ დავებს წყვეტენ სამართლებრივი ბოჭვის პრეტენზიით და, როგორც კი ნაციონალურ სასამართლოებში საქმის გასაჩივრების ვადა გავა, პირდაპირ აღასრულებენ გადაწყვეტილებებს ელექტრონული საშუალებების გამოყენებით? რომელი მეორეული ნორმებით წესრიგდება *click wrap rules*-ის სამართლებრივი ხასიათი, იმ ინტერნეტპროვაიდერისა და ჰოსტპროვაიდერის სახელშეკრულებო სტანდარტული პირობები, რომლებიც, როგორც ჩვენს უწყინარ სამართლებრივ შემთხვევაშია, იღებენ მბოჭავ გადაწყვეტილებებს ინტერნეტზე წვდომის შესახებ? კონსტიტუციონალისტები საქმეს იადვილებენ, როდესაც ამ ყოველივეს უარყოფენ, როგორც ჰარვარდის უნივერსიტეტის ზეაღფრთოვანებულ პროფესორთა სამართლებრივ ფანტაზიებს; რეალისტური შეხედულებით კი სულაც არ გაჭირდებოდა იმის აღიარება, რომ მსგავსი თვითორგანიზებადი სამართლებრივი პრაქტიკის კვალად, რაც ასევე მეტად ფორმალიზებულია დიგიტალური კომუნიკაციის ტექსტუალიზაციის აუცილებლობის გამო, ყალიბდებიან ასევე – ყოველ შემთხვევაში იმპლიციტურად – მეორეული კონსტიტუციური ნორმები, რომლებიც ახერხებენ თვითნარმოებული დიგიტალური სამართლის მოქმედების პარადოქსის გადალახვას და ლებულობენ შერჩევით გადაწყვეტილებებს სოციალური ნორმების სამართლებრივი თვისების შესახებ.

in the World Society“, in: Teubner, Gunther (ed.): *Global Law without a State*, Aldershot: Dartmouth, 1997: 3-28; Stein, Ursula: *Lex mercatoria: Realität und Theorie*, Frankfurt: Klostermann.

⁶⁷ Lehmkuhl, Dirk: „The Resolution of Domain Names vs Trademark Conflicts: A Case Study on Regulation Beyond the Nation State, and Related Problems“, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, Band 23, 2002: 61-78; Brousseau, Eric: „Internet Regulation: Does Self-Regulation Require an Instrumental Framework?“, 2001, at: <http://www.isnie.org/ISNI-E01/Papers01/brousseau.pdf>; Froomkin, A. Michael: „Semi-private International Rulemaking: Lessons Learned from the WIPO Domain Name Process“, in: Mardsen, Christopher (ed.): *Regulating the Global Information Society*, London: Routledge, 2000: 211-232; Geist, Michael: „Fair.com? An Examination of the Allegations of Systemic Unfairness in the ICANN UDRP“, at: <http://aix1.uottawa.ca/~geist/geistudrp.pdf>.

მესამე მახასიათებელი: ნორმათა შინაარსობრივი კონტროლი ძირითადი უფლებების მასშტაბებთან მიმართებით

ნორმათა იერარქია გულისხმობს არა მარტო სამართლის თვითჩამოყალიბებას, არამედ ასევე თვითკონტროლს. სამართალი თავადვე ახდენს კანონის შესატყვისად მიღებული ნორმების გამოცხადებას უკანონოდ, როდესაც ისინი შინაარსობრივად წინააღმდეგობაშია უფრო მაღალი ხარისხის კონსტიტუციურ ნორმებთან. მეტად განვითარებულ პოლიტიკურ კონსტიტუციებში, როგორც ცნობილია, ამის მეშვეობით დადგინდა განსხვავება კონსტიტუციურ მართლმსაჯულებასა და ჩვეულებრივ მართლმსაჯულებას, ასევე კონსტიტუციურ ნორმებსა და ჩვეულებრივ ნორმებს შორის. თუ განსხვავებულ საზოგადოებრივ სექტორებში არ ჩანს ამგვარი ექსპლიციტური დიფერენცირება, ეს სულაც არ ნიშნავს, რომ ამ სფეროებში არ არსებობს ნორმათა იერარქია და არ ხორციელდება ნორმათა გადასინჯვა. ზოგადი სახელმეკრულებო პირობების, კერძო სტანდარტების, კერძო გაერთიანებათა ნორმირების, ნაციონალურ თუ საერთაშორისო სფეროებში საარბიტრაჟო სასამართლოთა გადაწყვეტილებების გადასინჯვით ფაქტობრივად ხორციელდება არასაკანონმდებლო სამართლის კონსტიტუციური კონტროლი. შეცდომაში შეყვანა არ უნდა გამოიწვიოს კერძოსამართლებრივი კონტროლის მოძველებულმა ფორმებმა – „ზნეობის ნორმები“, „კეთილსინდისიერების პრინციპი“, რომელთაც იყენებენ ჩვეულებრივი სასამართლოები, რომ თითქოსდა ამ შემთხვევაში მატერიალური თვალსაზრისით წყდება „*orde public*“-ის, ანუ „კერძო“ ნორმირების შესაბამისობის საკითხი კონსტიტუციურ მასშტაბებთან, განსაკუთრებით კი ძირითად უფლებებთან. ამის ახსნა ხდება საზოგადოებრივ სფეროებში ძირითადი უფლებების ჰორიზონტალური ეფექტით. თუმცა, უფრო ყურადღებიანი დაკვირვებით დასტურდება, რომ კერძო ნორმების შესაბამისობა იზომება არა პოლიტიკურ კონსტიტუციასთან, არამედ მათივე საკუთარ კონსტიტუციასთან მიმართებით. საკითხი კვლავ სისტემისთვის სპეციფიკური რაციონალობის იმავდროულ იურიდიულ გათავისუფლებას და შეზღუდვას შეეხება. ძირითადი უფლებების ინსტიტუციური მხარე ამოქმედებულია საზოგადოების „კერძო“ სფეროებში.⁶⁸ სამართლის სისტემის პერიფერიაში წარმოებული სოციალური ნორმები, ზოგადად, მიღებულია სამართლის ცენტრში, მაგრამ სამოსამართლო გადასინჯვის პროცესი უკუაგდებს იმ კორუფციულ ელემენტებს, რომლებიც სამართლის გარეგანი წყაროს ნაკლოვანებიდან მომდინარეობს და იზომება სათანადო სამართლებრივი პროცედურისა თუ სამართლის უზენაესობის სტანდარტებით. თუმცა, იმავდროულად, სამართლის სისტემა აღიარებს ნორმათა გარეგანი წარმოების პროცესთა რაციონალობას, ახორციელებს ამ პროცესთა თარგმნას სამართლის ნორმის თვისებების შესაბამისად და ახდენს მათ მნიშვნელოვან საზოგადოებრივ ამაღლებას. შედეგი შეიძლება ჩამოყალიბდეს, როგორც: „ადამიანის უფლე-

⁶⁸ ძირითადი უფლებების მოქმედების ინსტიტუციური გააზრებისთვის, იხ.: Gerstenberg, Oliver: „Privatrecht, Verfassung und die Grenzen judizieller Sozialordnung“, in: Neumann, Ulfrid und Schulz, Lorenz (Hg.): *Verantwortung in Recht und Moral*, Stuttgart: Steiner, 1999: 141-156; Ladeur, Karl-Heinz: „Helmut Ridder's Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit in der Demokratie“, in: *Kritische Justiz*, Band 32, 1999: 281-300; Graber, Christoph and Teubner, Gunther: „Art and Money: Constitutional Rights in the Private Sphere“, in: *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 18, 1998: 61-74.

ბების შინაგანი სტანდარტის დაწესება საერთაშორისო რეჟიმისთვის“.⁶⁹ რეჟიმთათვის სპეციფიკური ძირითადი უფლებების სტანდარტები საჭიროა არა მარტო ნაციონალურ კონსტიტუციებს შორის ძირითადი უფლებების კოლიზიისთვის, არამედ კიდევ უფრო მნიშვნელოვანია თითოეული რეჟიმის საკუთრივი რაციონალობისა და საკუთრივი დინამიკისთვის.

პოლიტიკასთან ურთიერთობაში ნორმათა სახელმწიფოებრივმა გადასინჯვამ ჩამოაყალიბა იმგვარი მოდელი, როგორც სხვა ქვესისტემებთან მიმართებით აქამდე მხოლოდ ჩანასახოვანი სახით არსებობდა. რა თვალსაზრისით უნდა მოერგოს სამართალი შემეცნებითად სხვა ქვესისტემათა საკუთრივ რაციონალობებს, რა თვალსაზრისით უნდა მოხერხდეს სამართლის კორუმპირებისკენ მიმართული ზეგავლენების უკუგდება? პოლიტიკური კანონმდებლობის კონსტიტუციური გადასინჯვის ფარგლებში განვითარდა კონტროლის ეფექტური ტექნიკა, რომელიც პარტიულ-პოლიტიკურ გადაწყვეტილებებს სათანადოდ ანეიტრალებს, ახდენს შედეგისკენ მიმართული „პოლიტიკის“ უნივერსალურ სამართლებრივ პრინციპებად რეკონსტრუირებას, იურიდიული თანმიმდევრულობის კრიტერიუმთა დაცვით პოლიტიკურ გადაწყვეტილებებს უსადაგებს სამართლის დოგმატიკას, უარეს შემთხვევაში კი საკანონმდებლო აქტს აცხადებს არაკონსტიტუციურად. მეორე მხრივ, საკონსტიტუციო სამართალმა პოლიტიკის შინაგანი ლოგიკა გაათავისუფლა იმით, რომ იგი თავადვე ახდენს სამართლის „პოლიტიზაციას“: ტელეოლოგიური ინტერპრეტაცია, პოლიტიკაზე ორიენტირება, ინტერესთა დაბალანსება, ზეგავლენის შეფასება (impact assessment) და შედეგებზე ორიენტირება არის პოლიტიკის რაციონალობასთან სამართლის ადაპტირების ინდიკატორები.⁷⁰

თუმცა, სად ხდება გათავისუფლებისა და შეზღუდვის ანალოგიური კომბინაციების ჩამოყალიბება საზოგადოების არაპოლიტიკურ სექტორთან მიმართებით, თუ ამ შემთხვევაში მოქმედებს ნორმათა წარმოების არასაკანონმდებლო მექანიზმი? ცხადია, პოლიტიკური კონსტიტუციის კონტროლის კრიტერიუმები და მისადაგების მექანიზმები ჩანაცვლებულია ამგვარი კერძო კონსტიტუციებით. გლობალური ტექნოლოგიური სტანდარტები მოითხოვს განსხვავებულ სამართლებრივ კონტროლს, კონტროლის განსხვავებულ მასშტაბებს, კონტროლის განსხვავებულ პროცედურებს, ისევე, როგორც განსხვავებული მიდგომებია საჭირო საერთაშორისო ხელშეკრულების სტანდარტული პირობებისა თუ საერთაშორისო პროფესიულ გაერთიანებათა ქცევის კოდექსებისთვის.

ინტერნეტში მლელვარებაა ავადსახსენებელი „კოდის“ – კიბერსივრცის არქიტექტურაში ქცევის ნორმების დიგიტალური ინკორპორირების – შესახებ.⁷¹ მისი გათავისუფლება და შეზღუდვა დიგიტალური კონსტიტუციის ძირითადი თემაა, პოლიტიკურ კონსტიტუციაში ძალაუფლების ფენომენის გათავისუფლების და შეზღუდვის პარალელურად. „კოდის“ კონტრო-

⁶⁹ Walter, Christian: „Constitutionalising (Inter)national Governance: Possibilities for and Limits to the Development of an International Constitutional Law“, in: *German Yearbook of International Law*, Vol. 44, 2001: 170-201: 197.

⁷⁰ Teubner, Gunther: „Global Private Regimes: Neo-spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors?“, in: Ladeur, Karl-Heinz (ed.): *Public Governance in the Age of Globalization*, Aldershot: Ashgate, 2004: 71-87.

⁷¹ Lessig, Lawrence: *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York: Basic Books, 1999; Reidenberg, Joel: „Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology“, in: *Texas Law Review*, Vol. 76, 1998: 553-584.

ლისთვის სამართლებრივი სტანდარტების განვითარება მოითხოვს კიბერსივრცის არქიტექტურის სპეციფიკური რისკების ანალიზს. ინდივიდუალური ავტონომიის საწინააღმდეგო რა სახის სპეციფიკური საფრთხეები მომდინარეობს „კოდის“ მეშვეობით ქცევების მონესრიგებისგან? და როგორ ზემოქმედებს საზოგადოებრივი ინსტიტუციების ავტონომიაზე „კოდი“? შემდგომ, წამოიჭრება კითხვა, თუ როგორ უნდა მოხდეს კონსტიტუციური მასშტაბების, განსაკუთრებით ძირითადი უფლებების რეკონსტრუირება ინტერნეტის ადეკვატურად: „კოდის“ რა სახის შინაარსობრივი და პროცედურული კონტროლია საჭირო, რომ მოხერხდეს ინდივიდუალური ძირითადი უფლებების და სოციალურ სფეროთა ინსტიტუციური ავტონომიის დაცვა სამართლებრივი ნორმების დიგიტალური განსხვავებისგან?

უმთავრესად საქმე დიგიტალური ძალაუფლების ბოროტად გამოყენებას კი არ შეხება, არამედ ძირითადი უფლებების თვალსაზრისით მნიშვნელოვან სტრუქტურულ განსხვავებას „კოდსა“ და სამართალს შორის. თუ მიზნად დასახულია კონსტიტუციური მასშტაბების ხელახალი ორიენტირება, მაშინ აუცილებელია მათი მიმართვა ინტერნეტის ძირითადი სტრუქტურებისკენ. თავისი მოქმედების ფარგლებში „კოდი“ საკვებით ახალ საფუძველზე აყალიბებს ინტერნეტის სიმბოლური სივრცის ნორმატიულ წესრიგს. შესაბამისად, ქსელში ჩართულთა ქცევები სანქციებით გამყარებული სამართლის ნორმებით კი არ იმართება, არამედ ქსელური პროტოკოლის ელექტრონული იძულების მექანიზმებით. მაშინ, რას უნდა ნიშნავდეს ტრადიციული სამართლის ნორმების ჩანაცვლება ქსელური პროტოკოლით ინტერნეტის კომუნიკაციური კონსტიტუციისთვის (გადაწყვეტილებანი და არგუმენტაციები) და ინდივიდუალური თუ ინსტიტუციური სახის ავტონომიური სივრცეებისთვის (ძირითადი უფლებები)? ანუ, რა სახის კონსტიტუციური პრობლემები იქმნება სამართლის ნორმების დიგიტალური განსხვავებისთვის?

პირველი პასუხი მომდინარეობს კოდის თვითაღსრულებადი (self-enforcing) ხასიათისგან. ის, რაც ინტერნეტის იურისტების წრეში მართვის გავრცელებული ინსტრუმენტული პერსპექტივის თანახმად მიჩნეულია „კოდის“ უპირატესობად,⁷² სამართლებრივი სახელმწიფოს თვალთახედვით უბრალოდ კომმარული სიზმარია ლეგალურობის პრინციპებისთვის. ტრადიციული სამართალი დაფუძნებულია ინსტიტუციურ, პროცედურულ და პერსონალურ გამიჯვნაზე სამართლის ჩამოყალიბებას, სამართლის გამოყენებასა და იძულებით აღსრულებას შორის. იგივე ითქმის, გარკვეულწილად, კერძო სექტორში მომდინარე სამართალწარმოებაზეც. მაგრამ დიგიტალიზაცია ინვესტს სამართლის ჩამოყალიბების, სამართლის გამოყენებისა და აღსრულების ერთგვარ ბირთვულ შერწყმას. ეს კი განაპირობებს ხელისუფლების კონსტიტუციური დანაწილების, როგორც ინდივიდუალური და ინსტიტუციური ავტონომიისთვის სამოქმედო სივრცის მნიშვნელოვანი გარანტიის გაქრობას.

⁷² ამ ინსტრუმენტული შეხედულებით მხოლოდ მცირედით თუ განსხვავდება ერთმანეთისგან ინტერნეტის კონსტიტუციის ორივე დამცველი: Lessig, Lawrence: *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York: Basic Books, 1999 და Johnson, David and Post, David: „The New „Civic Virtue“ of the Internet: A Complex System Model for the Governance of Cyberspace“, 1998, at: <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Newcivicvirtue.html> .

მეორე მითითება შეეხება შემდეგ ტრიადას – ქცევების მართვა, მოლოდინთა ჩამოყალიბება, დავების მოგვარება.⁷³ ტრადიციული სამართლის დაყვანა ამ ფუნქციათაგან მხოლოდ ერთ-ერთზე შეუძლებელია, ნაცვლად ამისა ის ახორციელებს სამივე ფუნქციას, თუმცა მათი განცალკევების პირობებში – განსხვავებული ინსტიტუციების, სამართლებრივი კულტურისა და სახელმწიფოებრივი უზრუნველყოფის გამოყენებით. სამართლის განსხვავებულ ფუნქციებს შორის ამ გამიჯვნაშიც შეტანილია საზოგადოებრივი ავტონომიის (ფარული) კონსტიტუციური გარანტია. მკაცრმა ნორმატიულმა მოთხოვნებმა, რომლებსაც წვლილი შეაქვთ კონფლიქტების მოგვარებაში, სულაც არ არის აუცილებელი განიცადონ ინსტიტუციონალიზება საზოგადოებრივად ქმედითი მოლოდინების სახით, რომ არაფერი ითქვას რეალურ ქცევად მათ გარდაქმნაზე. მაგრამ „კოდში“ სამართლის ნორმების დიგიტალური განსხვავებისას ეს ტრიადა, სამართლის ფუნქციათა სამეული, დაყვანილია ქცევების მართვის ერთადერთ ფუნქციამდე. ამის შედეგად დაკარგულია ავტონომიის განმამტკიცებელი ბუფერული ზონები დავების მომწესრიგებელ, მოლოდინთა განმსაზღვრელ და ქცევების წარმმართველ ნორმებს შორის. ინტერნეტის „კოდი“ იწვევს განცალკევებისა და კონსტიტუციური უზრუნველყოფის სამი მიმართულების, როგორც ცივილიზაციური მიღწევის, გაქრობას.

ნორმატიულობის გამოთვლადობა არის კონსტიტუციური თვალსაზრისით „კოდის“ შემდგომი ასპექტი. მრავალგზის განხილული სამართლის ფორმალიზება, ტრადიციულად, მხოლოდ შეზღუდული სახით იყო შესაძლებელი. ის ზეგავლენა, რომელსაც იურისტები ჩვეულებრივ ფორმალურ სამართალში აფასებდნენ ან უფროსოდნენ, შედარებით უწყინარია „კოდში“ განხორციელებულ დიგიტალიზაციასთან მიმართებით, რომელიც იძულებით მოითხოვს ნორმათა აქამდე არნახულ ფორმალიზებას. მკაცრი ბინარიზება 0-1, რომელიც რეალურ სამყაროში მხოლოდ სისტემათა თეორიის ფარგლებში ჩამოყალიბებულ სამართლის კოდს – ანუ განსხვავებას სამართლებრივსა და არასამართლებრივს შორის – შეესაბამება, ვირტუალურ სივრცეში გავრცელებულია სამართლებრივ პროგრამებზე, იმ მატერიალურ და პროცედურულ სტრუქტურებზე, რომლებიც განაპირობებენ ორმაგი კოდის გამოყენებას. ეს გამორიცხავს ინტერპრეტაციისთვის ნებისმიერ სამოქმედო სივრცეს პროგრამებში. ნორმატიული მოლოდინები, რომლებიც მუდამ ექვემდებარებოდნენ ინტერპრეტაციას, ადაპტაციას, მანიპულაციას, მოდრეკას, ახლა უკვე გარდაქმნილია ფაქტობრივ მდგომარეობათა მოუდრეკელ კოგნიტიურ მოლოდინებად (ინკლუზია / ექსკლუზია). „კოდის“ შემთხვევაში გამორიცხულია „აპოკრიფული დასწავლა“, მას არ აქვს შესწავლის უნარი, განსხვავებით ახალი ფაქტობრივი გარემოებებისა და ახალი სოციალური შეფასებების მეშვეობით სამართლის მუდმივ მიკროვარიაციებში მიმდინარე შემცვნებითი პროცესებისგან. უშუალოდ სამართლებრივ არგუმენტებსაც უკვე დაკარგული აქვს რამენაირი მნიშვნელობა „კოდის“ გამოყენების სფეროში. არგუმენტები დასაშვებია მხოლოდ კოდის ამოქმედების ან ოფიციალური შეცვლისას, მაგრამ უკვე შეუძლებელია ნორმათა განმარტების, გამოყენებისა და აღსრულების იურიდიული ამოცანების-

⁷³ სამართლის ამ ფუნქციონალური ტრიადის შესახებ, იხ.: Luhmann, Niklas: *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt: Suhrkamp, 1993: 124.

თვის. ფაქტობრივად, ეს იმას ნიშნავს, რომ კოდის მოქმედების სფეროში ნებისმიერი არა-ფორმალურობა სავსებით გამორიცხულია. რაც ტრადიციულ სამართალში ნებადართული იყო, კერძოდ კი – გამონაკლისების ძიება, სამართლიანობის მოხმობა, ნორმის მოთხოვნისგან გადახვევა ან, უბრალოდ, არასამართლებრივ კომუნიკაციებზე დაყრდნობა, აღარ მუშაობს ინტერნეტ-კოდის სფეროში. დიგიტალიზაცია არ იძლევა კოდისგან არაფორმალური გათავისუფლების შესაძლებლობას. არც უნდა იყოს გასაკვირი, რომ ამგვარ სიტუაციაში, როდესაც უარი უნდა ითქვას „გამოყენებად არაღებულურობაზე“, ჰაკერის ფიგურა, რომელსაც შეუძლია კოდის გატეხვა, გაიგივებულია მითიურ რობინ ჰუდთან.

თუ ეს ყოველივე წარმოაჩენს ინდივიდუალური და ინსტიტუციური ავტონომიის წინააღმდეგ მიმართულ საფრთხეებს, რაც მომდინარეობს კოდისგან, ცხადია, რომ ინტერნეტისკენ მიმართული ცალკეული პოლიტიკური წინადადებები მართლაც კონსტიტუციური ხასიათისაა. „თავისუფალი წყაროს მოძრაობა“ (Open-Source Movement), რომელიც ბაზარზე პროგრამული უზრუნველყოფის გატანის შემდეგ მკაცრად მოითხოვს წყაროს კოდის გასაჯაროებას, რითაც პროგრამების კონტროლის სტრუქტურა მუდამ შემონეშებადი იქნება, აღარ ჩანს მხოლოდ სიმპათიურ იდეალისტთა ჯგუფად.⁷⁴ ან: თუ ლესიგი მოითხოვს, რომ ქვეყნის მართვის დიგიტალიზაცია კოდის მეშვეობით მუდამ უნდა შეესაბამებოდეს პრინციპს *Narrow tailoring*, ანუ არაორაზროვნად, ზუსტად აწესრიგებდეს კონკრეტულ საკითხს, მაშინ ეს გაგებულ უნდა იქნეს კოდისკენ მიმართულ კონსტიტუციური პროპორციულობის პრინციპის ამოქმედების მოთხოვნად, რასაც სჭირდება შესაბამისი აღიარება ინტერნეტის კერძო რეჟიმში. სამოსამართლო გადასინჯვა, მაგრამ ასევე კოდის მეტანორმათა სხვა სახის საჯარო კონტროლი ღებულობს მნიშვნელობას, რაც კიდევ უფრო მეტ დატვირთვას იძენს ხელშეკრულების სტანდარტული პირობებისა და კერძო ორგანიზაციათა ნორმების ჩვეულ სამოსამართლო კონტროლთან შედარებით. იგივე შეიძლება ითქვას ინტერნეტში კონკურენციის სამართლის შესახებაც – ამ თვალსაზრისით მნიშვნელოვანია არა მარტო ბაზრების გახსნა, არამედ ასევე ალტერნატიული კოდური რეგულირების უზრუნველყოფაც.⁷⁵

მეოთხე მახასიათებელი: ორგანიზებული და სპონტანური სფეროების ორმაგი კონსტიტუცია

თუ პოლიტიკურ კონსტიტუციურ სამართალს, ფაქტობრივად, უნევს ორი დიდი სფეროს მოწესრიგება – სახელმწიფოს მოწყობის სამართალი და მოქალაქეთა ძირითადი უფლებები – როგორ უნდა მოხდეს ამის სათანადო გენერალიზაცია და სპეციფიკაცია? ჩემი აზრით, ქვესისტემაში მუდამ მიმდინარეობს ფორმალურად ორგანიზებული სფეროს და სპონტანური სფეროს ნორმირება, განსაკუთრებით ამ ორი სფეროს ერთმანეთთან რთული ურთიერთობის

⁷⁴ Lessig, Lawrence: *The Future of Ideas*, New York: Random House, 2001; Boyle, James: „Fencing Off Ideas“, in: *Daedalus*, 2002: 13-25; Benkler, Yochai: „Through the Looking Glass: Alice and the Constitutional Foundations of the Public Domain“, Conference Paper, at: <http://james-boyle.com>.

⁷⁵ Lessig, Lawrence: *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York: Basic Books, 1999: 43.

ნორმირება.⁷⁶ დემოკრატიული კონსტიტუცია იმაზე უნდა იყოს დამოკიდებული, თუ რამდენად მოხერხდება ფორმალურად ორგანიზებული რაციონალობისა და არაფორმალური სპონტანურობის დუალიზმის, როგორც დინამიკური ურთიერთქმედების ინსტიტუციონალიზება, ერთი ან მეორე სფეროს უპირატესობის გარეშე. პოლიტიკაში საქმე შეეხება ურთიერთკონტროლს პოლიტიკური პარტიებისა და სახელმწიფო ადმინისტრაციის ფორმალურად ორგანიზებულ სფეროსა და ამომრჩევლების, ინტერესთა ჯგუფებისა და საჯარო აზრის სპონტანურ სფეროს შორის. ეს პროცესი გრძელდება გლობალიზაციის პირობებშიც, თუმცა უკვე სხვა ნიშნებით – ერთი მხრივ, საერთაშორისო ურთიერთობების სპონტანურ სფეროსა და, მეორე მხრივ, საერთაშორისო ორგანიზაციებს შორის დამოკიდებულების სახით. ეკონომიკაში მკაფიოდაა დამკვიდრებული დაძაბული ურთიერთობა ბაზრის კარნახით კონსტიტუირებულ სპონტანურ სფეროსა და სანარმოებში დაფუძნებულ ორგანიზებულ სფეროს შორის – განსაკუთრებით გლობალიზაციის უახლესი ბიძგის კვალად. მსოფლიო მასშტაბის კვლევით სექტორშიც შეინიშნება გლობალური სპონტანური სფეროს განვითარების ტენდენცია ფორმალური კვლევითი ორგანიზაციების საპირისპიროდ. განათლების სექტორში უნივერსიტეტებს შორის მსოფლიო მასშტაბის კონკურენცია სპონტანური სფეროს როლს უნდა ასრულებდეს. ყოველ ამ სექტორთან მიმართებით კონსტიტუციური გამონწვევა უნდა იყოს ქვესისტემებში საზოგადოებრივი ავტონომიის დუალიზმის, ანუ სპონტანური და ორგანიზებული სფეროების კონტროლის დინამიკის ნორმატიული გამყარება.

კიბერსივრცეშიც ხილვადია მსგავსი განვითარებანი. ლესიგი უფროსხის ეკონომიკური და პოლიტიკური ინტერესების კოალიციის საფუძველზე ინტერნეტის განვითარებას კონტროლის აუტანელი ინტენსივობის სახით.⁷⁷ თუ ინტერნეტი, თავის ანარქისტულ სათავეებთან, ეყრდნობოდა ყველას ინკლუზიის, ანონიმურობის, კონტროლისგან თავისუფლების და ჰეტერარქიის პრინციპებს, დღესდღეობით ძლიერდება პოლიტეკონომიურად მოტივირებული ტენდენცია ეგრეთ წოდებული ინტრანეტის ფორმირების შესახებ, ანუ დახურული ქსელის შესახებ, რომელიც ექსკლუზიაზე, კონტროლზე, იერარქიაზე და მიზნისკენ მკაცრ ორიენტაციაზეა დაფუძნებული. მსგავსი განვითარება შეიძლება ასევე სხვაგვარადაც განიმარტოს, კერძოდ კი, როგორც კიბერსივრცის ორად დიფერენცირება – ანარქიულ სპონტანურ სფეროდ (ინტერნეტი) და სხვადასხვა მეტად ორგანიზებულ საგანგებო სფეროდ (ინტრანეტი). მკაფიოა პარალელი სხვა სოციალურ სისტემებთან, რომლებშიც ჩამოყალიბდა ორმხრივი კონტროლის ურთიერთობა ფორმალურად ორგანიზებულ სფეროსა და სპონტანურ სფეროს შორის. პოლიტიკური თვალსაზრისით საჭირო იქნება არა კიბერკორპორატიზმის (cybercorporatism) განვითარებასთან შებრძოლება, რასაც ლესიგი და სხვები ფიქრობენ, არამედ სპონტანურსა და ორგანიზებულს შორის განსხვავების სტაბილიზება და ინსტიტუციური გამყარება. ინტერნეტის კონსტიტუციამ ერთმანეთისგან უნდა გამიჯნოს სპონტანური საჯარო სფერო (რაც მიესადაგება კონსტიტუციის ძირითადი უფლებების ნაწილს ან ბაზრისეულ კონსტიტუ-

⁷⁶ Teubner, Gunther: „Global Private Regimes: Neo-spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors?“, in: Ladeur, Karl-Heinz (ed.): *Public Governance in the Age of Globalization*, Aldershot: Ashgate, 2004: 71-87.

⁷⁷ Lessig, Lawrence: *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York: Basic Books, 1999.

ციურ სამართლს) და მეტად ფორმალიზებული ორგანიზაციული სფერო (რაც მიესადაგება სახელმწიფო მოწყობის ან საკორპორაციო სამართლს), უნდა მოახდინოს ორივე სფეროს სტაბილიზება მათივე შინაგანი ლოგიკის მეშვეობით და თავის ძირითად ამოცანად დაისახოს მათი ორმხრივი კონტროლის უზრუნველყოფა.

VI. გლობალური კერძო კონსტიტუციები საჯარო/კერძო დიქოტომიაში

ცხადია, გლობალური კერძო კონსტიტუციები ვერ ერგება საჯარო/კერძო დიქოტომიას, ვერც დისციპლინურ გამიჯვნას საჯარო სამართალსა და კერძო სამართალს შორის. თემა აიძულებს საერთაშორისო სამართალს და ტრანსნაციონალურ კერძო სამართალს ითანამშრომლონ გლობალური, თუმცა კი სექტორული რეჟიმების კონსტიტუციური ანალიზის ფარგლებში. მაგრამ, როგორ, უნდა განისაზღვროს ურთიერთობა შრომის დანაწილებასა და თანამშრომლობას შორის? დისციპლინური მონესრიგება განსახილველი რეჟიმის „სახელმწიფო კვოტის“ მიხედვით თვითნებურად მოშლიდა კონსტიტუციურსამართლებრივ დამოკიდებულებებს. სხვა მხრივ, ასევე საერთაშორისო თანამეგობრობის (International community), ხალხთა თანამეგობრობის ცნებისგანაც არ არის მოსალოდნელი თეორიული ნინსვლა, რამდენადაც ის ქადაგებს გლობალურ ერთიანობას ან სულაც კოლექტიური მოქმედების უნარს, რასაც არ შეესაბამება ფრაგმენტირებული გლობალიზაციის დღევანდელი მდგომარეობა.⁷⁸ სოციალურ სისტემათა თეორიაზე დაყრდნობით სამი თვალსაზრისის შემოთავაზება შეიძლება:

(1) მსოფლიო საზოგადოების ცნება, განსხვავებით საერთაშორისო თანამეგობრობისგან, იმთავითვე მიმართულია დეცენტრირებისკენ: მსოფლიო საზოგადოება არის საზოგადოება მწვერვალისა და ცენტრის გარეშე, რომელიც თავისი კონსტიტუციონალიზაციის საშუალებას იძლევა მხოლოდ მის ფრაგმენტებში, სწორედ საზოგადოებრივი ქვესისტემების კონსტიტუციათა სახით.

(2) მსოფლიო სამართლის ცნება იძლევა სამართლის გლობალურ სისტემაზე საუბრის საშუალებას, რომელიც არის არა მთლიანობა, არამედ მხოლოდ ფრაგმენტირებული ფორმისგან შედგება. გადამწყვეტია, რომ გლობალიზაციის მიმდინარე პროცესების კვალად, სამართლის ტრადიციული ორმაგი დიფერენცირება იცვლება. დიფერენცირება ნაციონალურ მართლწესრიგთა სიმრავლის სახით ჩანაცვლებულია არა ტერიტორიულად, არამედ სექტორულად განსაზღვრული სამართლებრივი რეჟიმებით, რომლებიც სამოქალაქო კონსტიტუციის მატარებლები არიან.

(3) საზოგადოებრივ ქვესისტემათა კონსტიტუციების ინტეგრაცია ერთიანი პოლიტიკური კონსტიტუციის მეშვეობით არ არის მოსალოდნელი, თუმცა განსხვავებულ ქვესისტემათა კონსტიტუციებს შორის კოლიზია გამოიწვევს კონსტიტუციათა ქსელურ შეკავშირებას.

⁷⁸ საერთაშორისო თანამეგობრობის ცნებისათვის, იხ.: Tomuschat, Christian: „Die internationale Gemeinschaft“, in: *Archiv des Völkerrechts*, Band 33, 1995: 1-20.

არსებული ცნებითი ტრადიციიდან გამომდინარე, თანამშრომლობის შედეგად მოსალოდნელია შრომის საგნობრივი დანაწილების ჩამოყალიბება, რაც კერძო სამართალს მიუჩენს ამოცანას, დაამუშაოს საზოგადოებრივ ქვესისტემათა კონსტიტუციების თვითმყოფადობისა და ავტონომის საკითხი, ხოლო საჯარო სამართალი კონცენტრირებული იქნება წმინდა პოლიტიკური კონსტიტუციების შემდგომ განვითარებაზე, სამოქალაქო კონსტიტუციათა პოლიტიკურ ფარგლებზე და ქვესისტემათა განსხვავებული კონსტიტუციების ქსელურ შეკავშირებაზე.

ინგლისურიდან თარგმნა **ლაშა ბრეგვაძემ**

სამართლის დოქტორი,
სამართლის სოციოლოგიის მაგისტრი (MA),
სამართლის თეორიის მაგისტრი (LLM)

თინათინ წერეთლის სახელობის სახელმწიფოსა და
სამართლის ინსტიტუტის დირექტორი