

აშშ-ში აღმასრულებლისადმი მინდობა 11 სექტემბრის შემდეგ**

აბსტრაქტი

მინდობის თეზისი (deference thesis) გულისხმობს, რომ კონგრესმა და სასამართლომ აღმასრულებელს უნდა მიანდოს პოლიტიკის გადაწყვეტილებები ეროვნული საგანგებო მდგომარეობების დროს. ამ თეორიის კრიტიკა ანალოგიად იყენებს გადაუდებელი დახმარების სამედიცინო პროტოკოლს იმის დასამტკიცებლად, რომ საგანგებო მდგომარეობა მოითხოვს აღმასრულებელი ხელისუფლების შეკავების მექანიზმების შექმნას, ნაცვლად მასთან დათმობაზე წასვლისა. თუმცა ეს კრიტიკა სწორად ვერ აღიქვამს კომპრომისს წესებსა და სტანდარტებს შორის. წინამდებარე ნაშრომი წარმოიშვა მინდობის თეზისისა და მისი კრიტიკის ანალიზის შედეგად და მოხდა მისი შესწორება, რათა ასევე გავრცელებულიყო თეზისთან დაკავშირებულ ზოგად საკითხებზე და იმაზე, თუ როგორაა წესები და სტანდარტები რელევანტური ეროვნული საგანგებო მდგომარეობისთვის. მასში განხილულია, თუ როგორ და როდის შეიძლება იმ წესების განვითარება და გამოყენება, რომლებიც საგანგებო მდგომარეობის დროს ვრცელდება.***

* კირკლანდ & ელის პროფესორი, ჩიკაგოს უნივერსიტეტის სამართლის სკოლა. მადლობა კურტ ბრედლის, ჯეკ გოლდსმიტს, აზიზ ჰუქს, ტრევორ მორისონსა და ადრიან ვერმიულებს სასარგებლო კომენტარებისთვის. ელი ნორტონს კვლევაში დახმარებისთვის და ფინანსური დახმარებისთვის მაიკროსოფტის ფონდს და ჩიკაგოს უნივერსიტეტის სამართლის სკოლასთან არსებულ რასელ ბეიკერის აკადემიკოსთა ფონდს.

** ხელახლა გამოქვეყნებულია: Eric Posner, Deference to the Executive in the United States after September 11: Congress, the Courts, and the Office of Legal Counsel, თავდაპირველად გამოქვეყნდა: 35 Harvard Journal of Law and Public Policy 213 (2012). Pages 213-244, <https://www.harvard-jlpp.com/vols-35-39/>. ხელახლა ქვეყნდება ავტორის და გამომცემლობის ნებართვით. თარგმანი: Columbia Law School, წიგნი და ავტორი არ არიან პასუხისმგებელი ან რაიმე სახით ანგარიშვალდებული თარგმანის სიზუსტეზე, ამ ხელახალი გამოცემის თარგმანში ნებისმიერ უზუსტობაზე, გამოტოვებაზე ან შეცდომაზე, ან აქედან წარმოშობილ შედეგებზე შესაბამისად, პასუხისმგებელია მხოლოდ საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს საკონსტიტუციო სამართლის ჟურნალი. ამ სტატიამ არ ვრცელდება ამ ჟურნალის Creative Commons Attribution (CC BY) 2.0 ლიცენზია. ეს სტატია გამოქვეყნებულია Creative Commons Attribution Non-Commercial ShareAlike 3.0 ლიცენზიის პირობებით (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/>), რომელიც იძლევა კოპირების, დისტრიბუციის და გადაცემის უფლებას, ასევე გადაწყობის და ადაპტირების უფლებას, დათქმით, რომ ეს ხდება მხოლოდ არაკომერციული მიზნებით, ნაშრომის ორიგინალი შესაბამისად არის ციტირებული და გავრცელება ხდება იდენტური ლიცენზიით. ჟურნალი განსაკუთრებულ მადლობას უხდის პროფესორ პომენერს ნებართვის მონიჭებისათვის.

*** ეს აბსტრაქტი აღებული იქნა სამუშაო სტატიიდან, რომელიც 2011 წლის 22 სექტემბერს გამოქვეყნდა Chicago Unbound-ზე. ადაპტაცია და ცვლილებები გაკეთდა საკონსტიტუციო სამართლის ჟურნალის რედაქტორის მიერ. საკონსტიტუციო სამართლის ჟურნალის რედაქტორის მიერ გაკეთებულ ცვლილებებზე ავტორი, Chicago Unbound ან ჰარვარდის სამართლისა და საჯარო პოლიტიკის ჟურნალი პასუხს არ აგებენ.

შესავალი

„მინდობის თეზისის“ (deference thesis) თანახმად, საკანონმდებლო და სასამართლო ორგანოებმა, ისევე, როგორც სხვა სახელმწიფო ინსტიტუტებმა პატივი უნდა სცენ პოლიტიკასთან დაკავშირებით აღმასრულებლის გადაწყვეტილებებს ეროვნულ უსაფრთხოებასთან დაკავშირებული საგანგებო ვითარების დროს.¹ წინამდებარე ესსეში განვიხილავ მინდობის თეზისის ორგვარ კრიტიკას. პირველი არგუმენტი, რომელიც ყველაზე უკეთესად განავითარა პროფესორმა სტივენ ჰოლმსმა, გულისხმობს, რომ კრიზისის მომენტებში წესები დომინირებს სტანდარტებზე.² აღმასრულებელი, რომელიც შეუზღუდავია, ანუ არაა შებოჭილი წესებით, პოლიტიკის უარეს გადაწყვეტილებებს მიიღებს, ვიდრე ისეთი აღმასრულებელი, რომელიც წესებითა შებოჭილია.³ ამ ტიპის არგუმენტს, ძირითადად, მოიხმობენ ხოლმე იმ კონტექსტში, სადაც ხდება საკანონმდებლო ხელისუფლების და სასამართლოების მოწოდება იმისკენ, რომ საგანგებო მდგომარეობის დროს აღმასრულებელი შეზღუდონ.⁴ თუმცა ზოგიერთ კომენტატორს ეჭვი ეპარება საკანონმდებლო და სასამართლო შტოების მიერ აღმასრულებლის შეზღუდვის შესაძლებლობაში საგანგებო მდგომარეობის დროს.⁵ ამ ეჭვებმა გამოიწვია მეორე არგუმენტის ჩამოყალიბება, რომლის თანახმადაც, აღმასრულებელი შებოჭილი უნდა იყოს იმ ინსტიტუტებით, რომლებიც აღმასრულებელი ხელისუფლების შიგნით არსებობენ, მაგალითად, სამართლებრივი დაცვის ოფისი აშშ-ში,⁶ ან მიიჩნევენ, რომ უნდა შეიქმნას ახალი ინსტიტუტები, რომლებიც გადახედავენ აღმასრულებელი ხელისუფლების ქმედებებს.⁷ ორივე არგუმენტი აკრიტიკებს მინდობის თეზისს, მაგრამ გვთავაზობს სხვადასხვა გამოსავალს. პირველი არგუმენტის თანახმად, საკანონმდებლო და სასამართლო შტოები უფრო ნაკლებად დამთმობნი უნდა იყვნენ აღმასრულებლის მიმართ, მეორე კი გვთავაზობს, რომ აღმასრულებელი ხელისუფლების შიგნით მყოფმა თანამდებობის პირებმა პრეზიდენტის მიმართ ნაკლები დათმობა გამოიჩინონ. შესაბამისად, შეგვიძლია, განვასხვაოთ შეზღუდვის გარეგანი მექანიზმები აღმასრულებელ ხელისუფლებაზე და შიდა შეზღუდვები პრეზიდენტზე.

ორივე არგუმენტს ხარვეზები აქვს. გარეგანი შეზღუდვების არგუმენტში ნორმალური ანალიზი თავდაყირაა დაყენებული: წესები უმჯობესია რუტინისთვის, განმეორებადი სიტუაციებისთვის. მართალია, ზოგიერთი საგანგებო მდგომარეობა რუტინულია, მაგრამ ისეთი ტიპის საგანგებო მდგომარეობები, რომლებიც აღმასრულებლისადმი მინდობას მოთხოვს, ასეთი არაა. შიდა შეზღუდვების არგუმენტი, როგორც ჩვეულებისამებრაა წარმოდგენილი, აკეთებს ფატალურ დაშვებას, რომ პრეზიდენტი შეიძლება შებოჭილი იყოს

¹ იხ. ERIC A. POSNER & ADRIAN VERMEULE, TERROR IN THE BALANCE: SECURITY, LIBERTY, AND THE COURTS 15–16 (2007) [შემდგომში: POSNER & VERMEULE, TERROR IN THE BALANCE].

² Stephen Holmes, In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror, 97 CALIF. L. REV. 301 (2009).

³ Id. at 305, 354.

⁴ ეს უფრო ზოგადი არგუმენტია. თუმცა წინამდებარე მიზნებისთვის ამას განვიხილავ მხოლოდ გარეგანი შეზღუდვების კონტექსტში.

⁵ იხ. Holmes, *supra* სქოლიო 2, at 347–48; იხ. აგრეთვე Harold Hongju Koh, Why the President (Almost) Always Wins in Foreign Affairs: Lessons of the Iran-Contra Affair, 97 YALE L.J. 1255 (1988).

⁶ იხ. JACK GOLDSMITH, THE TERROR PRESIDENCY: LAW AND JUDGMENT INSIDE THE BUSH ADMINISTRATION 32–34, 208 (2007).

⁷ იხ. BRUCE ACKERMAN, THE DECLINE AND FALL OF THE AMERICAN REPUBLIC 5–7, 10–12 (2010).

საკუთარი აგენტების მიერ საკუთარი სავარაუდო ინტერესის საწინააღმდეგოდ და ეფუძნება სხვა საეჭვო წანამძღვრებს აშშ-ის მმართველობის სტრუქტურასთან დაკავშირებით.

I. მინდობის თეზისი

მინდობის თეზისი გულისხმობს, რომ საგანგებო მდგომარეობის დროს, საკანონმდებლო და სასამართლო შტოებმა აღმასრულებელ ხელისუფლებას ანგარიში უნდა გაუწიონ.⁸ იგი გულისხმობს, რომ აღმასრულებელ ხელისუფლებას პრეზიდენტი აკონტროლებს, მაგრამ იმ ფარგლებში, რა ფარგლებშიც პრეზიდენტს შეუძლია, შებოჭილი იყოს აღმასრულებელი შტოს შიგნით მყოფი აგენტების მიერ. თეზისი ასევე მოიცავს იმას, რომ ეს აგენტები პრეზიდენტის ბრძანებებს უნდა დაემორჩილნონ და არა - პირიქით. ნორმალურ დროში ძალაუფლება დაყოფილია ხელისუფლების სამ შტოს შორის. მაგალითად, თუკი აღმასრულებელს სჯერა, რომ საშიში ნარკოტიკი გახდა ხელმისაწვდომი, მაგრამ მისი შენახვა ჯერ კიდევ არაა უკანონო, აღმასრულებელს არ შეუძლია საკუთარი ინიციატივით მოქმედება, რათა დააკავოს ისინი, ვინც ამ ნარკოტიკს ასაღებს ან მოიხმარს. საჭიროა, ჯერ საკანონმდებლო შტომ მიიღოს კანონი, რომელიც ნარკოტიკს კანონგარეშე გამოაცხადებს. აღმასრულებელი ასევე დამოკიდებულია საკანონმდებლო ორგანოზე ფინანსური და სხვა ტიპის მხარდაჭერის ნაწილში. ამასთან, აღმასრულებელს ბლუდავს სასამართლოც. თუკი აღმასრულებელი დააკავებს ნარკოტიკის გამსაღებლებს და მათ დაპატიმრებას განიზრახავს, მან ამისთვის ჯერ სასამართლოს თანხმობა უნდა მოიპოვოს. სასამართლომ კი უნდა უზრუნველყოს, რომ აღმასრულებლის ქმედებები ახალი კანონის ფარგლებში ექცევა და რომ იგი არ არღვევს იმ კანონებს, რომლებიც ახალი კანონის მიღების შემდეგ ძალაში დარჩა, ისევე როგორც კონსტიტუციას.

საგანგებო მდგომარეობაში აღმასრულებელი ხშირად განიზრახავს ისეთი ქმედებების განხორციელებას, რომლებისთვისაც არ არსებობს ნათელი საკანონმდებლო საფუძველი და რომლებიც შეიძლება კონსტიტუციურობის თვალსაზრისით საეჭვო იყოს. მაგალითად, 11 სექტემბრის შემდეგ, აშშ ჩართული იყო იმიგრაციასთან დაკავშირებულ ფართო ღონისძიებებში, იგი ხალხს ბრალის წაყენების გარეშე აკავებდა, იყენებდა დაკითხვის ძალდატანებით მეთოდებს და ფარულად უყურადებდა აშშ-ის მოქალაქეებს.⁹ ამ ქმედებათაგან ბევრი აშშ-ის კონსტიტუციის დარღვევად ჩაითვლებოდა, თუკი ისინი განხორციელდებოდა სისხლის სამართლის საქმეში ჩვეულებრივი ეჭვმიტანილების მიმართ თავდასხმამდე რამდენიმე დღით ადრე. 11 სექტემბრის შემდეგ, როგორც საკანონმდებლო, ისე სასამართლო ხელისუფლება აღმასრულებელთან მიმართებით გარკვეულ დათმობაზე წავიდა. ლეგისლატურამ ამ უკანასკნელს გარკვეული ექსპლიცი-

⁸ იხ. POSNER & VERMEULE, TERROR IN THE BALANCE, *supra* სქოლიო 1.

⁹ იხ. Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507, 510-11 (2004) (რომელიც აღწერს აშშ-ის მოქალაქის დაკავებას ბრალის წაყენების გარეშე); Rebecca Cathcart, Immigration Officials Arrest 905 in California Sweep, N.Y. TIMES, 24 მაისი, 2008, at A15; David S. Cloud, Concerns Led to Revisions, Rumsfeld Says, N.Y. TIMES, 22 თებერვალი, 2006, at A16 (რომელიც აღწერს აშშ-ის მიერ ძალადობრივი დაკითხვის ტექნიკებს); Carol J. Williams, Wiretapping Lawsuit May Have Its Day in Court, L.A. TIMES, 28 თებერვალი, 2009, at A9.

ტური უფლებამოსილებები მინიჭა, რომლებიც მას მანამდე არ ჰქონდა.¹⁰ სასამართლო კი აღარ ბლოკავდა ისეთ ქმედებებს, რომლებსაც იგი არ დაუშვებდა ნორმალურ დროში.¹¹ მაგრამ სრულად პასიური არც ერთი ორგანო არ ყოფილა. კონგრესი დაკითხვის ძალდატანებითი მეთოდების წინააღმდეგი იყო და აღმასრულებლისთვის ყველა ის უფლებამოსილება არ მიუნიჭებია, რასაც იგი ითხოვდა.¹² ნელი დასაწყისის შემდეგ, სასამართლომ ასევე გაუწია წინააღმდეგობა აღმასრულებლის ზოგიერთ ქმედებას. შესაძლოა, საკამათო იყოს, ჰქონდა თუ არა მათ წინააღმდეგობას აზრი და რამდენად მოჰყვა მას შედეგად აღმასრულებლის მიერ პოლიტიკის შეცვლა, თუ აღმასრულებელმა პოლიტიკის კონკრეტული ასპექტები დამოუკიდებლად შეცვალა.¹³ ნებისმიერ შემთხვევაში, ყველა თანხმდება იმაზე, რომ სასამართლოებმა, სულ მცირე, უკანასკნელი 5-7 წლის განმავლობაში აღ-ქაედასთან კონფლიქტის ნაწილში მოქმედების თითქმის შეუზღუდავი არეალი დატოვა.

ამდენად, მინდობის თეზისს შესაძლოა ჰქონდეს ან ძლიერი ან სუსტი ფორმა. ამ ბუნდოვანებას უარყოფითი შედეგები მოქვა 11 სექტემბრის თანმდევ დებატებზე სამართლებრივი პოლიტიკის შესახებ. ადამიანების მხოლოდ მცირე რაოდენობას მიაჩნია, რომ საგანგებო მდგომარეობის დროს სასამართლომ აღმასრულებელზე იგივე შეზღუდვები უნდა დააწესოს, რაც ნორმალურ დროში. მართლაც, დოქტრინა სასამართლოებს იმაზე მიუთითებს, რომ მათ უზრუნველყონ ბალანსი უსაფრთხოებასთან დაკავშირებული კონკრეტული ქმედების ღირებულებასა და სამოქალაქო უფლებებისთვის მიყენებულ დანაკლისს შორის, რაც გულისხმობს, რომ კონკრეტული ქმედებები შესაძლებელია გამართლებული იყოს დიდ საფრთხეებთან გასამკლავებლად, მაგრამ არა - მცირე რისკებთან.¹⁴ არც იმის სჯერა ვინმეს, რომ აღმასრულებელი ყოველგვარი კონტროლის გარეშე უნდა იყოს.

ამ დებატის გაგება ყველაზე კარგად შეიძლება აშშ-ის მიერ 11 სექტემბრის შემდეგ გატარებული პოლიტიკის კონტექსტში. ამ პოლიტიკის მხარდამტერები ხშირად იყენებდნენ მინდობის თეზისს არა იმდენად, როგორც კონკრეტული პოლიტიკის გასამართლებლად, არამედ უფრო იმაზე დასაყინებლად, რომ ეჭვი აღმასრულებლის სასარგებლოდ უნდა გადაწყდეს დროის მოკლე პერიოდის განმავლობაში მაინც.¹⁵ აღნიშნული თეზისი ეყრდნობა საბაზისო ინტუიციას ინსტიტუციურ კომპეტენციასთან დაკავშირებით: კონგრესთან და სასამართლოებთან შედარებით, აღმასრულებელს შეუძლია, უფრო გადამწყვეტად იმოქმედოს და, ამავდროულად, შეინახოს საიდუმლოებები, რადგან იგი იერარქიული შტოა და განაგებს ძალებს, რომლებიც განვრთნილნი არიან უსაფრთხოებასთან დაკავშირებულ საფრთხეებთან გამკლავებაში. სხვა შტოებს კი ექსპერტიზა

¹⁰ იხ. მაგ., GOLDSMITH, *supra* სქოლიო 6, at 208 (რომელიც აღნიშნავს კონგრესის მიერ საბოლოოდ გაცემულ ავტორიზაციას სამხედრო ქმედებებზე, დაკითხვებზე და ორდერის გარეშე წარმოებულ ელექტრონულ თვალთვალზე).

¹¹ იხ. მაგ., Hamdi, 542 U.S. at 507 (ამერიკის მოქალაქის დაკავების უფლება სრული სისხლის-სამართლებრივი პროცესის გარეშე).

¹² იხ. GOLDSMITH, *supra* სქოლიო 6, at 208-09.

¹³ იხ. მაგ., Aziz Z. Huq, What Good is Habeas?, 26 CONST. COMMENT. 385, 401-05 (2010).

¹⁴ იხ. Hamdi, 542 U.S. at 531-34.

¹⁵ იხ. მაგ., Curtis A. Bradley & Jack L. Goldsmith, Congressional Authorization and the War on Terrorism, 118 HARV. L. REV. 2047 (2005); John Yoo, Unitary, Executive, or Both?, 76 U. CHI. L. REV. 1935 (2009) (ლიტერატურის მიმოხილვა).

აკლიათ. მართალია, მათ შესაძლოა, კარგი იდეები ჰქონდათ დროდადრო და მათ შეეძლოთ ამ იდეებისთვის მხარი დაეჭირათ, მაგრამ იმ შემთხვევაში, თუკი კონგრესსა და სასამართლოებს აღმასრულებლის მნიშვნელოვანწილად დაბლოკვა შეეძლებოდათ, ამ უკანასკნელის შესაძლებლობა, ემოქმედა უსაფრთხოებასთან დაკავშირებული საფრთხეების საპასუხოდ, გაუმართლებლად შეეშლებოდა ხელი.

საიდუმლოება არგუმენტის მნიშვნელოვანი ნაწილია. პოლიტიკის შექმნის პროცესი დამოკიდებულია ინფორმაციაზე, ხოლო საგანგებო მდგომარეობის დროს ინფორმაცია საიდუმლოდ უნდა იყოს შენახული. კონგრესი და სასამართლოები, ბუნებისა და ტრადიციის თანახმად, უფრო გახსნილი ორგანოებია, ამდენად, თუკი ისინი საიდუმლოდ იმოქმედებდნენ, მათი ღირებულება გაუფერულდებოდა. თუკი არგუმენტს მივყვებით, გადაჭარბებულია შიში იმის შესახებ, რომ კონტროლს მიღმა დარჩენილი აღმასრულებელი ძალაუფლებას აუცილებლად ბოროტად გამოიყენებს, თუკი მას დანარჩენი შტოები არ შეაკავებენ. პრეზიდენტს ძლიერი ელექტორალური და პოლიტიკური მოტივაცია აქვს, რომ იმოქმედოს საჯარო ინტერესების შესაბამისად (სულ მცირე, აშშ-ში). იმ შემთხვევაშიც კი, თუკი იგი შეძლებს ანტიტერორისტულ პოლიტიკაში „შენატანების“ დაფარვას, იგი ვერ დამალავს იმ ტერორისტული თავდასხმების არსებობას, რომლებიც სამოქალაქო პირებს ხოცავენ.

შესაბამისად, შესაძლებელი იყო ბუშის ადმინისტრაციის ანტიტერორისტული პოლიტიკის მხარდამჭერების მიერ პოლიტიკის კონკრეტულ ნაწილებთან მიმართებით უკმაყოფილების გამოთქმა და იმაზე კამათი, რომ, მიუხედავად ამისა, კონგრესსა და სასამართლოებს არ უნდა ეყადათ საგანგებო მდგომარეობის დროს აღმასრულებლის მიერ პოლიტიკის შექმნის პროცესის დაბლოკვა - სულ მცირე - პრეზიდენტის დონეზე მაინც. ბუშის ადმინისტრაციის კრიტიკოსები ამტკიცებდნენ, რომ მინდობა არ იყო საჭირო, ან რომ საჭირო არ იყო იმაზე უფრო მეტი მინდობა, ვიდრე არსებობდა რამდენიმე მიზეზის გამო. გადავიდეთ ამ არგუმენტების განხილვაზე.

II. გარეგანი შიზოფრენია: პროტოკოლის ანალოგია

ა. სამედიცინო პროტოკოლები

რამდენიმე წლის წინ გამოქვეყნებულ სტატიაში პროფესორმა ჰოლმსმა გამოიყენა სამედიცინო პროტოკოლის მაგალითი, როგორც მინდობის კრიტიკა, ან, უფრო ზოგადად, იმ თეზისის გასაკრიტიკებლად, რომ აღმასრულებელი შეუზღუდავი უნდა იყოს საგანგებო მდგომარეობისას. ჰოლმსი აღწერს თავის გამოცდილებას გადაუდებელი სასწრაფო დახმარების ოთახში, რომელშიც მისი ქალიშვილი სერიოზული დაზიანების გამო მიიყვანეს.

„კრიტიკულ მომენტში, მის პალატაში ორი ექთანი შემოვარდა გადასხმის მოსამზადებლად. ერთს ხელში სისხლის პაკეტი ეჭირა, მეორეს კი ჩემი შვილის სამედიცინო გრადა. პირველმა მათგანმა პაკეტზე დატანილი სიტყვები ამოიკითხა: 'A ტიპის სისხლი', მეორემ კი ფურცლიდან წაიკითხა 'ალექსა ჰოლმსი, A ტიპის სისხლი'. ისინი საქმეს შეუდგნენ და მჭიყვნენ წინასწარ მომზადებულ სცენარს, სადაც მათ როლები

შეიცვალეს, პირველმა ექთანმა დოსიე წაიკითხა - 'ალექსანდრა ჰოლმსი, A ტიპის სისხლი', ხოლო მეორემ პაკეტიდან ამოიკითხა 'A ტიპის სისხლი'".¹⁶

იმ ადამიანისთვის, ვინც ამ საქმის კეთება არ იცის, განმეორებადი ქმედებები უაზრო ჩანს. რატომ იმეორებენ ისინი ერთსა და იმავეს, როდესაც პაციენტი შესაძლოა გარდაიცვალოს, თუკი იგი დაუყოვნებლივ არ მიიღებს სისხლის გადასხმას? ცხადია, ექთნებმა უნდა გადაუხვიონ მომზადებული სცენარიდან და მას არ უნდა მიჰყვნენ უკიდურესი სამედიცინო გადაუდებლობის დროს. მიუხედავად ამისა, პროტოკოლს აქვს აზრი. გამოცდილებამ სამედიცინო პერსონალს ასწავლა, რომ მარტივი შეცდომები, როგორცაა არასწორი ტიპის სისხლის გადასხმა - ხშირად ხდება და შესაძლებელია მათი თავიდან არიდება მარტივი პროტოკოლის გამოყენებით. მართალია, პროტოკოლის გამოყენებაში ძვირფასი დრო იხარჯება, მაგრამ, პრაქტიკაში, პაციენტისთვის დროის დაკარგვით გაზრდილი რისკი უფრო ნაკლებია, ვიდრე ის რისკები, რომლებიც გამოწვეულია იმ შეცდომებით, რომელთა თავიდან ასაცილებლადაცაა შექმნილი პროტოკოლები.¹⁷

ამ მაგალითის უფრო დიდი და მნიშვნელოვანი ნაწილია ის, რომ საგანგებო მდგომარეობის დროსაც კი, როდესაც სასწორზე ბევრი რამ დევს და დრო უდიდესი მნიშვნელობისაა, აგენტები, იმპროვიზაციის ნაცვლად, წესებს უნდა მიჰყვნენ. ამდენად, აგენტები შებოჭილნი უნდა იყვნენ.¹⁸ ამ არგუმენტს, პოტენციურად, რადიკალური გავლენები აქვს. გავიხსენოთ, რომ მინდობის საწინააღმდეგოდ ტრადიციული პროტესტია ის, რომ აღმასრულებლის მიერ ძალაუფლების ბოროტად გამოყენების რისკი უფრო მეტია, ვიდრე ის სარგებელი, რომელიც მოჰყვება აღმასრულებლისთვის ალ-ქაედასთან გასამკლავებლად მოქმედების თავისუფალი ფარგლების მიცემას. მეტიც, პროფესორი ჰოლმსი ამტკიცებს, რომ პრეზიდენტისთვის ასეთი თავისუფლების მინიჭების ბენეფიტები ნულის ტოლია. შეზღუდული აღმასრულებელი, ისევე როგორც შეზღუდული სამედიცინო მუშაკი, უფრო ეფექტურია, ვიდრე შეუზღუდავი აღმასრულებელი. თუკი შეზღუდვის არარსებობის ბენეფიტები ნულია, მაშინ აშკარაა, რომ მინდობის თემისი მცდარია. შეზღუდვები ახდენს აღმასრულებლის მიერ ძალაუფლების ბოროტად გამოყენების, მაგალითად, სამოქალაქო თავისუფლებების დარღვევის პრევენციას და უზრუნველყოფს ანტიტერორისტული პოლიტიკის ეფექტურობას.

ბ. წესები და სტანდარტები

სამედიცინო პროტოკოლის მაგალითი გვეხმარება იმის დანახვაში, თუ რა გაცვლა-გამოცვლა შეიძლება მოხდეს, მაგრამ იგი რჩება მხოლოდ ილუსტრაციად ნაცნობი დაპირისპირების წესებსა და სტანდარტებს შორის, რომელიც სამართლებრივი ლიტერა-

¹⁶ Holmes, *supra* სქოლიო 2, at 301-02.

¹⁷ *ib. id.* at 302.

¹⁸ *ib. id.* at 302-03.

ტურისთვის საკვანძო საკითხია უხსოვარი დროიდან.¹⁹ წესი არის ნორმა, რომელიც გადაწყვეტილების მიმღებს უბიძგებს იმისკენ, რომ დააიგნოროს პოლიტიკასთან დაკავშირებული კონკრეტული ასპექტები ქმედების მიმართულების შესახებ გადაწყვეტილების მიღებისას, სტანდარტი კი არის ნორმა, რომელიც გადაწყვეტილების მიმღებს მოუწოდებს პოლიტიკასთან დაკავშირებული ყველა რელევანტური საკითხის გათვალისწინებისკენ. ნაცნობი მაგალითია სიჩქარის ლიმიტი: 60 მილი/სთ სიჩქარე მძღოლს აცნობებს, რომ მას არ დაემუქრება სამართლებრივი სანქცია, თუკი იგი საათში 60 მილზე ნაკლები სიჩქარით იმოძრაავებს და რომ მას დაეკისრება სანქცია, თუკი ამ სიჩქარეს გადააჭარბებს. ამ მაგალითისთვის სტანდარტი „ფრთხილად ატარე“ მძღოლს ეუბნება, რომ მას სანქცია არ დაეკისრება, თუკი იგი ფრთხილად მართავს მანქანას, მაგრამ ეს ასე იქნება, თუკი იგი ფრთხილად არ ატარებს. სტანდარტი, წესისგან განსხვავებით, მძღოლს მოუწოდებს იმისკენ, რომ მხედველობაში მიიღოს ყველა შესაბამისი გარემოება - ამინდი, საგზაო მოძრაობა, საკუთარი უნარები და გამოცდილება, საკუთარი მანქანის მახასიათებლები, როდესაც იგი განსაზღვრავს, თუ როგორ მართოს მანქანა.

გამოცდილი მძღოლი, რომელიც 65 მილი/სთ სიჩქარით მოძრაობს ნათელ დღეს ცარიელ და სწორ ქუჩაზე, საფრთხეს თითქმის არავის უქმნის და ბევრი ადამიანი მის მიერ მანქანის მართვას სიფრთხილედ მიიჩნევდა. შესაბამისად, სტანდარტის თანახმად, მას არ დაეკისრებოდა პასუხისმგებლობა, წესის თანახმად კი - დაეკისრებოდა. თუმცა გამოუცდილი მძღოლი, რომელიც მოძრაობს 60 მილი/სთ სიჩქარით დატვირთულ, საშიშ გზაზე ღამით, ცუდ ამინდში, არ ჩაითვლებოდა სიფრთხილედ. მას პასუხისმგებლობა დაეკისრებოდა სტანდარტის შესაბამისად, მაგრამ არა - წესის. სტანდარტის ბუნება იმაშია, რომ ვერ ვიქნებით დარწმუნებულნი იმაში, რომ მას ნამდვილად დაეკისრება პასუხისმგებლობა, ეს დამოკიდებულია სამართლებრივი გადაწყვეტილების მიმღების წინასწარ შექმნილ განცდებზე, მის ინტუიციასა და გამოცდილებაზე.²⁰ შესაბამისად, ვამბობთ, რომ სტანდარტების გამოყენება გადაწყვეტილების მიღების ნაწილში ხარჯვითანაა დაკავშირებული. წესების ბუნება იმგვარია, რომ ჩვენ მარტივად შეგვიძლია ვთქვათ, თუ რამდენად დაეკისრება მძღოლს პასუხისმგებლობა, მაგრამ ეს ასე მხოლოდ იმიტომ, რომ გადაწყვეტილების მიმღები პირი იძულებულია, უგულებელყოს მორალთან და პოლიტიკასთან დაკავშირებული საკითხები, რომლებიც სხვაგვარად გაართულებდა შეფასების პროცესს. წესები ან ზედმეტს მოიცავს, ან - ნაკლებს. დიზაინიდან გამომდინარე, ისინი შეცდომებს იწვევენ.

ამ ყოველივეს მიყვარებოდა მარტივ დასკვნამდე,²¹ საჭიროა, რომ წესები გამოვიყენოთ განმეორებით ქცევებთან მიმართებით, ხოლო სტანდარტები - უჩვეულო საქციელთან. გამოცდილება მოწმობს, რომ, თუკი მძღოლები ემორჩილებიან კონკრეტულ წესებს (როგორცაა სიჩქარის ლიმიტი), უბედურ შემთხვევათა რისკი მნიშვნელოვნად მცირდება, (ხანდახან კომპლექსური) წესების სწორად შერჩევა კი უზრუნველყოფს, რომ

¹⁹ იხ. მაგ., HENRY M. HART, JR. & ALBERT M. SACKS, THE LEGAL PROCESS: BASIC PROBLEMS IN THE MAKING AND APPLICATION OF LAW 155-58 (tent. ed. 1958). სიჩქარის ლიმიტის მაგალითი ქვემოთ გამოტანილია ამ ტექსტიდან. Id.

²⁰ იხ. მაგ., Louis Kaplow, Rules Versus Standards: An Economic Analysis, 42 DUKE L.J. 557, 588 (1993).

²¹ Id. at 621-23.

შეცდომის ხარჯები დაბალი იქნება. როდესაც კანონმდებლობები იღებენ წესებს, მათ შეუძლიათ ბევრი დრო დაუთმონ ოპტიმალური წესების განსაზღვრის მცდელობას, რადგან წესებთან დაკავშირებული ხარჯები მრავალ სხვადასხვა საქციელზე ვრცელდება, რომლის დარეგულირებასაც ისახავს მიზნად საკანონმდებლო ორგანო. მიუხედავად ამისა, წესები გვაღიზიანებს, რადგან თავს მაინც იჩენენ ისეთი ახალი, მოულოდნელი შემთხვევები, როდესაც წესების გამოყენებას უსამართლობამდე მივყავართ. სიჩქარის ლიმიტთან დაკავშირებული წესი არ უნდა გავრცელდეს მშობელზე, რომელსაც დაშავებული ბავშვი საავადმყოფოში მიჰყავს. და არსებობს მრავალი შემთხვევა, როდესაც შესაძლოა წესებით მანიპულირება. საგადასახადო წესები, როგორი ჩახლართულიც არ უნდა იყოს ისინი, შესაძლოა ადამიანმა საკუთარი სარგებლისთვის გამოიყენოს. იურისტები „საგადასახადო თავშესაფრებს“ ქმნიან, რაც წესების მიზანს თავიდან ირიდებს. კონგრესმა თავდაპირველად ამ პრობლემაზე საპასუხოდ კიდევ უფრო კომპლექსური წესები მიიღო, მაგრამ, საბოლოოდ, მან სხვა კომბირი გამოიყენა - სტანდარტი, რომელიც კრძალავდა გადასახადებისთვის არაკეთილსინდისიერად თავის არიდებას.²²

სამართლებრივი ლანდშაფტი წესებისა და სტანდარტების ნარევი, რომელიც, თავის მხრივ, ხშირად გადაიკვეთება. მძლოლები უნდა დაემორჩილნონ როგორც საგზაო მოძრაობის წესებს, როგორცაა სიჩქარის ლიმიტი, ასევე საგზაო სტანდარტებს, როგორცაა მანქანის მართვისას გაუფრთხილებელი საქციელის ამკრძალავი საკანონმდებლო დებულებები და დელიქტური სამართლის ნორმები მანქანის დაუდევრად მართვის შესახებ. მართლაც, შესაძლოა ვიფიქროთ, რომ საგზაო ნორმები წარმოადგენს კომპლექსურ წესებს სტანდარტებით - როდესაც ერთი შეხედვით ცხადი წესები (60 მილი/საათში სიჩქარეზე ნაკლებით მოძრაობა) შესაძლებელია დაექვემდებაროს არცთუ ნათელ სტანდარტებს (მაგალითად, თუკი არსებობს გადაუდებელი სიტუაცია).

სამედიცინო პროტოკოლები კიდევ ერთი მაგალითია წესებისა და სტანდარტების კონტინუუმში. ექთნები, რომლებსაც პროფესორი ჰოლმსი აღწერს, მიჰყვებიან პროტოკოლს, რათა დარწმუნდნენ, რომ ისინი პაციენტს სისხლის არასწორ ტიპს არ გადაუსხამენ. ამის მსგავსად, ექიმებმა პაციენტისთვის სისხლდენის შეჩერებამდე ტრაქეა უნდა გაათავისუფლონ.²³ ეს პროტოკოლები, როგორც სიჩქარის ლიმიტი, ასახავს განზოგადებებს წარსული სამედიცინო გამოცდილებიდან გამომდინარე. სისხლის გადასხმის დაყოვნება უფრო ნაკლებად სარისკოა, ვიდრე სისხლის ტიპის შემოწმების დავალების მხოლოდ ერთი ექთნისთვის მინდობა. ჭრილობიდან სისხლდენა უფრო ნაკლებად სარისკოა, ვიდრე ტრაქეაში დაბრკოლებების დატოვება. პროტოკოლების არარსებობის პირობებში, სამედიცინო პრაქტიკოსებმა შესაძლოა, არასწორად შეაფასონ სიტუაცია ან პანიკაში ჩავარდნენ, ან ყურადღება გაეფანტოთ ირელევანტური ფაქტორების გამო (დასისხლიანებული ჭრილობა უფრო მეტ ყურადღებას იქცევს, ვიდრე დამალული ტრაქეა). მნიშვნელოვანია იმის დანახვა, რომ ისეთი წესები, როგორცაა სიჩქარის ლიმიტი, უბრალო განზოგადებებია, ხოლო ინდივიდუალურ შემთხვევაში

²² *ib. Steven A. Dean & Lawrence M. Solan, Tax Shelters and the Code: Navigating Between Text and Intent, 26 VA. TAX REV. 879 (2007);* *ib. ასევე Ellen Aprill, Tax Shelters, Tax Law, and Morality: Codifying Judicial Decisions, 54 SMU L. REV. 9 (2001).*

²³ Holmes, *supra* სქოლიო 2, at 305.

განზოგადება შესაძლოა არასწორი იყოს. პაციენტი გადასხმამდე შეყოვნების გამო კვდება, მაგრამ ჩვენ მაინც ვაძლევთ სამედიცინო პერსონალს ინსტრუქციას, რომ დაიცვან წესები, ვინაიდან, წინააღმდეგ შემთხვევაში, სავარაუდოა, რომ ისინი უარეს და უფრო საშიშ შეცდომას დაუშვებენ.

ის, რომ უკომპრომისო წესების შედეგად შეცდომასთან დაკავშირებული დიდი ხარჯები წარმოიშობა, ამყარებს მოსაზრებას, რომ საჭიროა, წესებიდან გონივრული გამონაკლისები დავუშვათ. მართლაც, სამედიცინო სფეროში მოღვაწე ადამიანებმა შესაძლოა, პროტოკოლი დაარღვიონ. ამის მიზეზები ცხადია. განვიხილოთ პროფესორ ჰოლმის მიდგომა, რომლის თანახმადაც, წესი „ყოველთვის დაიბანე ხელები“ შეუცვლელი და მუდმივია.²⁴ ეს ასე ნამდვილად არ უნდა იყოს. წარმოიდგინეთ, რომ გვყავს პაციენტი სერიოზული ტრავმით და არსებობს გადაუდებელი სამედიცინო ჩარევის საჭიროება. ამ დროს სამედიცინო პერსონალი შეიტყობს, რომ ონკანის წყალი დაბინძურებულია ან რომ პაციენტი ალერგიულია იმ ერთადერთ საპონზე, რომელიც გადაუდებელი დახმარების კაბინეტში მოიძებნება, ან რომ საპონი საერთოდ არ არის. საღი აზრი (რომელიც გვკარნახობს, მოვიხმოთ სტანდარტი „დაეხმარე პაციენტს იმგვარად, რომ ისიც და შენც მინიმალური რისკის წინაშე აღმოჩნდეთ“) ექიმებს და ექთნებს უბიძგებს იმისკენ, რომ მათ გადაუხვიონ პროტოკოლიდან იმ შემთხვევაში, როცა ისინი აშკარად სამედიცინო საჭიროების საფუძველზე ერევიან. თუკი ისინი ამას არ გააკეთებენ, მათ უჩივლებენ და ეს სწორიც იქნება. პროტოკოლი, ბევრი წესის მსგავსად, პრეზუმპციებია, რომელთა დაძლევა შეიძლება გამოუვალი სიტუაციის პირობებში. სწორედ ამიტომ არიან სამედიცინო სფეროში მოღვაწე პროფესიონალები ასე კარგად განვრთნილნი. იმ შემთხვევაში, თუკი ვინმეს მართლა შეეძლებოდა პაციენტების მკურნალობა რაიმე ალგორითმებზე დაყრდნობით, ჩვენ არ დაგვჭირდებოდა ექიმები, რომლებსაც დიდი წვრთნა და გამოცდილება აქვთ დაგროვებული, რაც, თავის მხრივ, მათ აძლევს განსჯისა და იმპროვიზაციის უნარს.²⁵

რომ შევაჯამოთ, სამედიცინო პროტოკოლები, როგორც წესები, ღირებულია იმ თვალსაზრისით, რომ ისინი აიოლებენ გადაწყვეტილების მიღების პროცესს დიდი სტრესის ქვეშ, მაგრამ, წესების მსგავსად, ისინი ცალსახად წარმოშობენ არასწორ შედეგებს, თუკი არ მოხდება მათი გონივრული გამოყენება. ზოგადად, როდესაც სასწორის პინაზე ბევრი რამ დევს, წესები და პროტოკოლები პრეზუმპციებს ქმნის, მაგრამ გადაწყვეტილების მიმღები უფლებამოსილია, გადაუხვიოს ამ პრეზუმპციიდან, თუკი გარემოებები მიუთითებს, რომ აღნიშნული პრეზუმპცია ეფუძნება ისეთ ფაქტობრივ ვარაუდებს, რომლებიც არ შეესაბამება კონკრეტულ ვითარებას, რომელშიც გადაწყვეტილების მიმღები აღმოჩნდა.

²⁴ იხ. Holmes, supra სქოლიო 2, at 309.

²⁵ ეს პრობლემა ცნობილია შრომითი ურთიერთობების კონტექსტში. დასაქმებულები, რომლებიც ცდილობენ დასაქმებულის რაიმეში დარწმუნებას გაფიცვის გარეშე (რაც, რიგ შემთხვევებში, შესაძლოა უკანონო იყოს), ხშირად მისდევდნენ “work-to-rule” სტრატეგიას, რა შემთხვევაშიც ისინი იცავენ საკუთარი სამსახურის წესებსა და პროტოკოლს სიტყვასიტყვითი წესით და არა - მათი პრეზუმფციის სახით გამოყენების შედეგად. ამის შედეგი ისაა, რომ ისინი მეტისმეტად არაპროდუქტიულნი ხდებიან უარყოფადობის შენარჩუნების პარალელურად, მაგრამ ამით არავინ ტყუვდება. იხ., ზოგადად, Karl O. Moene, Unions’ Threats and Wage Determinations, 98 ECON. J. 471 (1988).

ბ. წესები და სტანდარტები საგანგებო მდგომარეობის დროს

ახლა გადავიდეთ პროფესორ ჰოლმის არგუმენტის ძირითად ნაწილზე. იგი მართალია, როდესაც წარმოაჩენს დაბნეულობას საგანგებო მდგომარეობის ბუნებასთან დაკავშირებით და გამოსადეგი იქნება ერთმანეთისგან განვასხვაოთ წესების შემუშავების ეტაპები - რომლებიც, დიდწილად, მიმდინარეობს საგანგებო მდგომარეობის დადგომამდე და წესების გამოყენების ეტაპი - რაც ხდება უშუალოდ საგანგებო მდგომარეობის დროს. ჰოლმის მიიჩნევს, რომ საგანგებო მდგომარეობის დროს, წესების გავრცელება უნდა კონტროლდებოდეს პროტოკოლის მიერ და, ამდენად, აღმასრულებელს აღარ დასჭირდება (ამდენი) დისკრეცია, ამასთან, არ არის საჭირო, რომ საგანგებო მდგომარეობამდე წესების შემუშავება გასაიდუმლოებული და დაჩქარებული პროცესი იყოს, შესაბამისად, აღმასრულებელს შეუძლია კონგრესთან თანამშრომლობა. ამ არგუმენტის პირველი პრობლემა იქიდან გამომდინარეობს, რომ საგანგებო მდგომარეობის დროს, დისკრეციის განხორციელების ნაცვლად, პროტოკოლის დაცვა შესაძლებელია მხოლოდ ისეთ შემთხვევაში, თუკი სიტუაცია წინათ არსებული საგანგებო მდგომარეობის მსგავსია. ეს ასე არ იყო 11 სექტემბრის შემთხვევაში, თუმცა შესაძლოა, ასე იყოს უსაფრთხოებასთან დაკავშირებული სხვა საფრთხეების შემთხვევაში. მეორე პრობლემა ისაა, რომ წესების შემუშავების ეტაპი ყოველთვის ნორმალურ ვითარებაში არ მიმდინარეობს. მაგალითად, 11 სექტემბრის შემდეგ საჭირო გახდა არა მხოლოდ მყისიერი რეაგირება ახლად აღმოჩენილი საფრთხის საპასუხოდ, არამედ, ასევე, ახალი წესების შემუშავება არსებული საფრთხის ჩრდილქვეშ. ასეთი წესები სწრაფად და (მეტწილად) საიდუმლოდ უნდა შემუშავებულიყო, რამაც შეზღუდა კონგრესის შესაძლებლობა, რომ პროცესში წვლილი შეეტანა. დაბოლოს, ჰოლმის ყურადღებას არ აქცევს პრობლემის მნიშვნელოვან განზომილებას: განსხვავებას, ერთი მხრივ, იმ აგენტებს შორის, რომლებსაც თეორიულად შეუძლიათ, იმოქმედონ მხოლოდ პროტოკოლის შესაბამისად და, მეორე მხრივ, უფროსებს შორის, რომლებიც ამას ვერ გააკეთებენ. მართლაც, ბუშის ადმინისტრაცია აღიარებდა პროტოკოლის ღირებულებას და მათ ხშირად იყენებდა, უბრალოდ, ისინი თავად ადმინისტრაციაზე არ ვრცელდება.

1. საგანგებო მდგომარეობის ორი კონცეპტი

პროფესორი ჰოლმის საინტერესოდ სვამს საკითხს, რასაც ლიტერატურაში ხშირად არ აქცევენ ყურადღებას იმის შესახებ, რომ არსებობს საგანგებო მდგომარეობაზე პასუხის ორი განსხვავებული ფაზა²⁶ - მათ ვუწოდებ წესების შემუშავების ეტაპს და წესების გამოყენების ეტაპს. როგორც ვნახავთ, ეს ორი პროცესი შესაძლოა ერთდროულად მიმდინარეობდეს, მაგრამ ისინი ერთმანეთისგან კონცეპტუალურად განსხვავდებიან. წესების გამოყენების ეტაპი მაშინ იწყება, როდესაც პაციენტი საკაცე ბორბლებზეა. ექიმები იცავენ პროტოკოლს პაციენტისთვის დახმარების აღმოჩენის პროცესში. წესების შემუშავების ეტაპი კი უფრო ადრინდელია. ვინმემ უნდა გადაწყვიტოს, თუ როგორი უნდა იყოს პროტოკოლი. ვინმეს უნდა შეედგინა წესი, რომლის თანახმადაც, ექთნებმა უნდა შეამოწმონ სისხლის ტიპი, ხოლო ექიმებმა ტრაქეა უნდა გაათავისუფლონ სისხლდენის შეჩერებამდე სწორედ ისე, როგორც საკანონმდებლო ორგანომ უნდა

²⁶ Holmes, *supra* სქოლიო 2, at 309-10.

განსაზღვროს სიჩქარის ლიმიტი მანამ, სანამ მძღოლები ამ წესებს დაემორჩილებიან, ხოლო პოლიცია მას აღასრულებს.

ჩვენ შეგვიძლია სიტყვა „გადაუდებელი“ ვიხმაროთ იმ დროის აღსაწერად, როდესაც ხდება უშუალოდ წესების გამოყენება. თუმცა როგორც პროფესორი ჰოლმსი აღნიშნავს, ის, რაც სფეროში გამოცდილების არმქონე ადამიანისთვის გადაუდებელია, შესაძლოა ასეთი სულაც არ იყოს სამედიცინო მუშაკებისთვის.²⁷ ისინი, უბრალოდ, იყენებენ პროტოკოლს და ამაში გაწვრთნილნი არიან სხვა მუშაკების მსგავსად. „გადაუდებლის“ ამ დეფინიციის თანახმად, რთულია მინდობის თეზისისთვის და იმათთვის მხარის დაჭერა, ვისაც მიაჩნია, რომ აღმასრულებელი შეუზღუდავი უნდა იყოს საგანგებო მდგომარეობის დროს. თუკი ექიმები შეზღუდულნი არიან საგანგებო, გადაუდებელი ვითარების დროს, რატომ არ უნდა შევზღუდოთ აღმასრულებელი ხელისუფლება?

თუკი, ნაცვლად ამისა, შევხედავთ წესების მიღების დროს, საგანგებო მდგომარეობის იდეაზე დაყრდნობა კიდევ უფრო ნაკლებად შესაფერისი ჩანს. ექიმები, რომლებიც მუშაობენ გადაუდებელი დახმარების კაბინეტის პროტოკოლზე, ამას აკეთებენ არა წნეხის ქვეშ, არამედ თავისუფლად. მათ ამის გაკეთება ჯგუფურადაც შეუძლიათ, რა დროსაც მათ შანსი აქვთ, გამოიყენონ ბევრი სხვადასხვა ადამიანის პერსპექტივა და ეს ხდება საჯაროდ - ისე, რომ ყველა დაინტერესებულ მხარეს შეუძლია მოსაზრების გამოთქმა. მოსალოდნელი არგუმენტია, რომ ამის გაკეთება აღმასრულებელსაც შეუძლია. როდესაც აღმასრულებელი განსაზღვრავს წესებს, რომლებიც გამოიყენება ტერორისტულ თავდასხმაზე საპასუხოდ, იგი ამას წინასწარ აკეთებს და, შესაბამისად, მას შეუძლია და უნდა გააკეთოს კიდევ ეს კონგრესთან კონსულტაციების საფუძველზე და სასამართლოს ზედამხედველობის ქვეშ.

შესაბამისად, აღმასრულებლისადმი მინდობა არ არის საჭირო. წესების შემუშავების დროს არ არსებობს საგანგებო მდგომარეობა და, შესაბამისად, აღმასრულებელს, კონგრესსა და სასამართლოს შეუძლიათ, ითანამშრომლონ იმ წესების მიღების პროცესში, რომელიც საგანგებო მდგომარეობისას გავრცელდება. წესების გამოყენების დროს არსებობს საგანგებო მდგომარეობა, მაგრამ აღმასრულებელს შეუძლია, უბრალოდ, დაიცვას ის წესები და პროტოკოლი, რომელიც მიღებულ იქნა წესების შემუშავების ეტაპზე. შესაბამისად, წესების გავრცელების, გამოყენების ეტაპზე აღმასრულებლის დისკრეცია არ არის საჭირო. აქედან გამომდინარეობს, რომ არც აღმასრულებლისადმი მინდობაა საჭირო. წესების შემუშავების დროს არ არსებობს მიზეზი, რატომაც კონგრესი აღმასრულებლის მიმართ უფრო დამთმობი უნდა იყოს. მსგავსად წესების გამოყენების დროისა, სასამართლოებს არ აქვთ მიზეზი, რომ აღმასრულებლის მიმართ ლმობიერება გამოიჩინონ, პირიქით, მათ უნდა დაიჟინონ იმაზე, რომ აღმასრულებელმა დაიცვას წესები.

2. წესების გამოყენება

განვიხილოთ ეს ეტაპები შებრუნებული თანმიმდევრობით. ჩვენ უკვე შევხვით პროტოკოლთან დაკავშირებით პროფესორ ჰოლმსის არგუმენტის რამდენიმე პრობლემას. როდესაც წესები პირველად ჩნდება, იშვიათია, რომ ისინი მკაფიოდ იყოს ჩამოყალიბებული იმგვარად, რომ ინტერპრეტაციისთვის ადგილი არ რჩებოდეს. ხშირად აღმო-

²⁷ *ib. Holmes, supra სქოლიო 2, at 309.*

ჩნდება ხოლმე, რომ ისინი პრეზუმპციებია, რომლებიც თავადვე ექვემდებარება სტანდარტებს (მანქანის მართვა დაშვებულზე დაბალი სიჩქარით, გარდა ისეთი შემთხვევისა, როდესაც არსებობს გადაუდებელი მდგომარეობა). მართალია, რომ უსაფრთხოებასთან დაკავშირებული საფრთხეები, ისევე, როგორც სამედიცინო გადაუდებელი მდგომარეობები ხშირად შაბლონს მიჰყვება და, ნაწილობრივ, შესაძლებელია მათი მართვა წესებით. როდესაც შეიარაღებულ ადამიანს მძევალი აჰყავს, პოლიცია გარკვეულ წესებს მიჰყვება: პირველია სივრცის გასუფთავება, შემდეგი - შეიარაღებულ პირთან კონტაქტის დამყარება და ა. შ. ზოგიერთ პოლიციელს ძალიან მარტივი, წესებზე დაყრდნობით განსახორციელებელი მოქმედებების შესრულება დაევალება („ამ ხაზის იქეთ არავინ შემოუშვა“). მაგრამ წესები მალე ამოიწურება. ყველა შემთხვევაში ადამიანი, რომელსაც ვინმე მძევლად აჰყავს, განსხვავებულია და პოლიციის ყველაზე უფრო კარგად გაწვრთნილ პოლიციელებს ეძლევათ ფართო დისკრეცია მასთან გასამკლავებლად, ისევე როგორ ძალის გამოყენების შესახებ გადაწყვეტილების მიღების ნაწილში. მაგრამ ამ ტიპის საფრთხეებიც კი მეტისმეტად მარტივია იმ სცენართან შედარებით, რომელიც 11 სექტემბერს წარმოიქმნა. მთავრობამ თითქმის არაფერი იცოდა საფრთხის ბუნებასთან დაკავშირებით. მათ არ იცოდნენ ალ-ქაედას რამდენი წევრი იყო აშშ-ში, რა გეგმები და რესურსები ჰქონდათ მათ, რა იყო მათი მოტივაცია და რამდენად დიდი მხარდაჭერა ჰქონდათ ამერიკელი მუსულმანების მხრიდან.²⁸ პროტოკოლი გამოუსადეგარი იყო, რადგან ამ თავდასხმის მსგავსი მანამდე არაფერი მომხდარა (ყველაზე ახლოს მდგომი ანალოგია პერლ ჰარბორის აბსურდულად ირელევანტური მაგალითია). მთავრობას არ შეეძლო წესების დაცვით მოქმედება, მას მოუწია იმპროვიზაცია მეტად ბუნდოვანი სტანდარტის ფარგლებში - დავიცვათ საზოგადოება და, ამავდროულად, შევინარჩუნოთ სამოქალაქო უფლებები იმ ფარგლებში, რა ფარგლებშიც ეს შესაძლებელია. მათი მხრიდან მივიღეთ კიდევ იმპროვიზაცია - დაიწყო (მშვიდობიანობის დროს, თუ ეს დრო შეგვიძლია ასე მოვიხსენიოთ) აქამდე არნახული მასშტაბის დაკავებები, ჩხრეკა, პროფაილინგი და მრავალი სხვა რამ, რასაც არ შევსწრებივართ.²⁹

წესების გამოყენების ეტაპზე მინდობის თეზისი კონგრესსა და სასამართლო ხელისუფლებას (სავარაუდოდ) მოუწოდებს დათმობისკენ. კონგრესს, უბრალოდ, არ შეუძლია განხილვების მოწყობა, პოლიტიკასთან დაკავშირებით დებატების გამართვა და კენჭისყრის ჩატარება შუა საგანგებო მდგომარეობის დროს. მოხდება ის, რომ ან პრობლემა არ იქნება გადაჭრილი, ან კონგრესი საბოლოოდ მიიღებს ისეთ კანონს, რომელიც მას არ დაუწერია, მასზე არ უმსჯელია და არც წაუკითხავს.³⁰ ამის მსგავსად, სასამართლოებისთვისაც ალტერნატივა არარეალისტურია. თუკი სასამართლოები ადასრულებენ ნორმალურ დროს მიღებულ წესებს, ისინი ჩაერევიან ტერორიზმის საფრთხის საპასუხოდ სათანადოდ რეაგირების პროცესში სწორედ ისე, როგორც ისინი ამას გააკეთებდნენ იმ შემთხვევაში, თუკი ისინი აშშ-ის შეიარაღებულ ძალებს პოლიგონზე

²⁸ პრეზიდენტი ჯორჯ უ. ბუში, მიმართვა ერს (11 სექტემბერი, 2001) (ტექსტური ვერსია ხელისაწვდომია: <http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/news/releases/2001/09/20010911-16.html>).

²⁹ მაგრამ, თუკი ალ-ქაედა აშშ-ის მიწაზე ხვალ იდევ ერთ თავდასხმას განახორციელებს, მინდობის არგუმენტი უფრო სუსტი იქნება, რადგან ახლა ალ-ქაედას შესახებ უფრო მეტი რამ ვიცით, ვიდრე 10 წლის წინ.

³⁰ როგორც ეს მოხდა TRAP კანონის შემთხვევაში. იხ. Eric A. Posner & Adrian Vermeule, Crisis Governance in the Administrative State: 9/11 and the Financial Meltdown of 2008, 76 U. CHI. L. REV. 1613, 1625 (2009).

მეოთხე შესწორების დაცვას აიძულებდნენ. ამის ნაცვლად, სასამართლომ შეიძლება მოითხოვოს კონკრეტული სტანდარტის გამოყენება და აღმასრულებლის მიერ განხორციელებული ისეთი ქმედებების შეჩერება, რომლებიც ეწინააღმდეგება ზემოთ დასახელებულ სტანდარტს - ერის დაცვის პარალელურად სამოქალაქო თავისუფლებების შენარჩუნება იმ ფარგლებში, რა ფარგლებშიც ეს შესაძლებელია. მაგრამ სასამართლო ხელისუფლების სუსტი მხარე სწორედ აქ იკვეთება. მათ არ აქვთ ინფორმაცია საფრთხის ბუნებასთან დაკავშირებით.³¹ სასამართლოებმა შესაძლოა, ეს ინფორმაცია მთავრობის წარმომადგენლებს მოსთხოვონ, მაგრამ ისინი ამ ინფორმაციას ვერ მიიღებენ, რადგან მთავრობას ინფორმაციის გაჟონვისა ეშინია (რომ არაფერი ვთქვათ იმ სიჯიუტეზე, რომელიც დაზვერვის სხვადასხვა ორგანოებს შორის კონკურენციითაა გამოწვეული). მეტიც, მოსამართლეები გამოუცდელნი არიან ეროვნულ უსაფრთხოებასთან დაკავშირებულ საკითხებში, განსხვავებით აღმასრულებელ ხელისუფლებაში მყოფი სპეციალისტებისგან.

ეს ყველაფერი მიზნად არ ისახავს პროფესორ ჰოლმსის ძირითადი პოზიციის უარყოფას იმასთან დაკავშირებით, რომ პროტოკოლები შესაძლოა ღირებული იყოს. სინამდვილეში, ბუშის ადმინისტრაციას პროტოკოლები ისევე ხიბლავდა, როგორც ნებისმიერ სხვა ინსტიტუციას. განვიხილოთ დაკითხვისთვის განკუთვნილი პროტოკოლი, რომელიც გამჟღავნებულ იქნა სამართლებრივი დაცვის ოფისის მემოში:

„ამ პროცედურაში, ადამიანი სათანადოდ არის მიბმული დახრილ სკამზე, რომლის სიგრძე და სიგანეცაა დაახლოებით 1,2 მ. და 2,1 მ. ადამიანის ფეხები, ზოგადად, აწეულია. ნაჭერი მოთავსებულია მის შუბლსა და თვალებზე. ხდება ნაჭერზე წყლის დასხმა გაკონტროლებული გზით. ამის შემდეგ, ხდება ნაჭრის ჩამოწევა იმგვარად, რომ დაიფაროს ადამიანის პირი და ცხვირი ერთდროულად. მაშინ, როდესაც ნაჭერი გაჟღენთილია და მოთავსებულია პირსა და ცხვირზე, ორგანიზმში ჰაერის შესვლა მცირედით ფერხდება 20-40 წამის განმავლობაში ნაჭრის გამო. ამ 20-40 წამის განმავლობაში ხდება წყლის განუწყვეტელი დასხმა 12-24 ინჩის (30-60 სმ) სიმაღლიდან. ამ პერიოდის შემდეგ ხდება ნაჭრის მოშორება, ადამიანს ეძლევა შეუფერხებლად 3-4 ჩასუნთქვა-ამოსუნთქვის შესაძლებლობა. დახრჩობის შეგრძნება დაუყოვნებლივ ქრება ნაჭრის მოშორებისთანავე. ამის შემდეგ შესაძლებელია პროცედურის გამეორება“.³²

შესაბამისად, ბუშის ადმინისტრაციაც კი არ ეწინააღმდეგებოდა ჰოლმსის არგუმენტს იმასთან დაკავშირებით, რომ იერარქიულად დაბლა მდგომი მოხელეები, არსებულ პირობებში, უნდა დამორჩილებულიყვნენ პროტოკოლს, სადაც ეს საჭირო იყო. ამ ნაწილში, პროფესორ ჰოლმსის არგუმენტი ვერ აღწევს თავის მიზანს. პრობლემა უფრო იმაში კი არ იყო, რომ პროტოკოლებს არ იყენებდნენ, რამედ პრობლემა, თუ ეს

³¹ იხ. Robert M. Chesney, National Security Fact Deference, 95 VA. L. REV. 1361, 1405-08 (2009).

³² Memorandum from Jay S. Bybee, Assistant Att’y Gen., OLC, to John Rizzo, Acting Gen. Counsel, CIA, Re: Interrogation of al Qaeda Operative, 3-4 (Aug. 1, 2002) [hereinafter Interrogation Memorandum], ხელმისაწვდომია აქ: <http://s3.amazonaws.com/nytdocs/docs/151/151.pdf>.

პრობლემა იყო, მდგომარეობდა იმაში, რომ ეს პროტოკოლები განავითარა, შეცვალა და დაამოწმა მხოლოდ აღმასრულებელმა შტომ. ამას მივყავართ წესების შემუშავების საკითხთან.

3. წესების შემუშავება

გავიხსენოთ, რომ, პროფესორ ჰოლმის თანახმად, ის არგუმენტი, რომ აღმასრულებელს კონგრესსა და სასამართლოებზე უფრო სწრაფად შეუძლია მოქმედება, არ ვრცელდება წესების შემუშავების ეტაპზე, რადგან იმ შემთხვევაშიც კი, თუ საფრთხე ჯერ კიდევ არსებობს, კრიზისი დასრულებულია.³³ მაგრამ თუკი 11 სექტემბერზე დავფიქრდებით, კრიზისი იმავე დღეს არ დასრულებულა, მიუხედავად იმისა, რომ ძალადობის მყისიერი საფრთხე დასრულდა. გონივრული იყო იმის ვარაუდო, რომ არსებობდა სხვა შეთქმულებები და ძალადობა შესაძლოა ნებისმიერ მომენტში აფეთქებულიყო. კვირებისა და მსვლელობასთან ერთად, ეს მოლოდინიც თანდათან გაქრა. მაგრამ ასევე ნათელი გახდა ის, რომ ალ-ქაედას აშშ-ის ტერიტორიაზეც ჰყავდა მხარდამჭერები და ამ ადამიანებს თავდასხმის განხორციელება ნებისმიერ დროს შეეძლოთ, სავარაუდოდ, საკუთარი ინიციატივით ან მათ შეეძლოთ, ნებაყოფლობით გაეკლოთ წვრთნები, რაც მათ მომავალში კიდევ უფრო საშიშად აქცევდა. ანთრაქსის მუქარამ იმის შესაძლებლობაც დაგვანახა, რომ ალ-ქაედას გატაცებულ თვითმფრინავებზე კიდევ უფრო საშიში იარაღის გამოყენება შეეძლო. თითოეული დღე ახალ რაღაცას ამჟღავნებდა საზღვრის უსაფრთხოებაში გარღვევის არსებობასთან დაკავშირებით. შესაბამისად, სასწრაფო საკითხი იყო იმ ახალი წესების შემუშავება, რომლებიც ამ საფრთხეზე პასუხი იქნებოდა.

მთავრობა კონფიდენციალურობას ინარჩუნებდა დაზვერვის ნაწილში, რადგან მას ემინოდა წყაროებისა და მეთოდების გამჟღავნებისა.³⁴ ამავდროულად, სახელმწიფო უკვე ახორციელებდა საიდუმლო მოქმედებებს (რომელთაგანაც ბევრს მოგვიანებით ფარდა აეხადა), რომელთა შორისაც იყო სატელეფონო საუბრების მიყურადება, ფულადი გადარიცხვების მონიტორინგი და ტერორისტული ორგანიზაციების ინფილტრაცია.³⁵ წინსვლისთვის აუცილებელი იყო საიდუმლოების დაცვა. პოლიტიკა X, რომელიც შესაძლოა სათანადოდ მოგვეჩვენოს არსებული საჯარო ინფორმაციის ფოზნე, შესაძლოა არასაჭირო, ზედმეტი ან თუნდაც კონტრპროდუქტიული აღმოჩნდეს ალ-ქაედას ქმედებების შესახებ ინფორმაციის, ან პოლიტიკა Y-ის შუქზე. შესაბამისად, მართალია, კონგრესს უეჭველად შეეძლო რაიმე სასარგებლო რჩევების მიცემა, მაგრამ ძნელი დასაჯერებელია ის, რომ მას კონტრტერორისტული ტაქტიკის განვითარებაში დიდ წვლილის შეტანა შეეძლო, მსგავსად სამხედრო ტაქტიკისა (საიდან უნდა განხორციელდეს თავდასხმა, სად - დაბომბვა) ჩვეულებრივი ომის დროს.

კონსტიტუციური პროტოკოლების კრებული, ჩვეულებისამებრ, ვრცელდება პოლიტიკის შემუშავებაზე და სახელმწიფოს ქმედებაში ამ პოლიტიკის ჩანერგვაზე. აღმასრულებ-

³³ იხ. Holmes, *supra* სქოლიო 2, at 310.

³⁴ იხ. GOLDSMITH, *supra* სქოლიო 6, at 81 (სადაც ავტორი აღნიშნავს, რომ საჯარო მოხელეებს შეზღუდული ჰქონდათ სამართლებრივი პოზიციის გამოთქმის შესაძლებლობა, რათა თავიდან ყოფილიყო აცილებული კონტრ-ტერორისტული ზომების გამჟღავნება).

³⁵ იხ. Jon D. Michaels, All the President's Spies: Private-Public Intelligence Partnerships in the War on Terror, 96 CALIF. L. REV. 901, 904 (2008) (განხილულია ფარული მიყურადება და ფულადი გადარიცხვების მონიტორინგის პროგრამები).

ბელმა კონგრესთან ერთად უნდა იმოქმედოს და მან პატივი უნდა სცეს სასამართლოებს, მას არ შეუძლია მართო მოქმედება. მაგრამ ეს წესები ვრცელდება ნორმალურ დროში და სამედიცინო პროტოკოლის ანალოგია აქ ნაკლებად გამოსადეგია. არ არის საჭირო, რომ სამედიცინო პროტოკოლები საიდუმლო იყოს, რადგან პაციენტებს მათი ბოროტად გამოყენების არავითარი განზრახვა არ აქვთ - განსხვავებით ტერორისტებისგან, რომლებიც დიდ სარგებელს მიიღებენ იმის ცოდნის შედეგად, თუ რა მეთოდებს იყენებს აშშ ჯაშუშობისთვის, მათ შესაპყრობად და მათ დასაკითხად. მეტიც, სამედიცინო პროტოკოლები არ ეფუძნება საიდუმლო ინფორმაციას, არამედ მათ საფუძვლად უდევს ფართოდ ხელმისაწვდომი სამედიცინო კვლევები. შესაბამისად, როდესაც სამედიცინო მკვლევარები სამედიცინო პროტოკოლებს იღებენ წესების შემუშავების ეტაპზე, მათ ამის გაკეთება საჯაროდ შეუძლიათ პროტოკოლების შექმნის თავდაპირველი მიზნის დამარცხების გარეშე.

ამისგან განსხვავებით, კონტრტერორისტულ ოპერაციებთან დაკავშირებული წესები თითქმის სრულად საიდუმლოდ უნდა იყოს შემუშავებული და დიდწილად უნდა ეყრდნობოდეს საიდუმლო ინფორმაციას. სწორედ ამიტომ მნიშვნელოვანი, რომ წესების შექმნის პროცესი რაც შეიძლება მეტად მოვალეობით ხელისუფლების იმ შტოს ფარგლებს შიგნით, რომელსაც შესწევს უსაფრთხოებასთან დაკავშირებული საფრთხეების წინააღმდეგ მოქმედების უნარი. ეს წესები, ცხადია, შებოჭავს აღმასრულებელი ხელისუფლების შტოს იერარქიაში უფრო ქვემოთ მდგომ აგენტებს და არა აღმასრულებელს, როგორც ასეთი. არსებობს ამის ნათელი მიზეზი, თუკი წესები არასწორია, საჭირო იქნება მათი შეცვლა. ამის მსგავსად, არ იქნებოდა გონივრული, რომ ექიმებს მიეღოთ გადაუდებელი დახმარების კაბინეტის ისეთი პროტოკოლი, რომელიც მომავალში ვერასოდეს შეიცვლება, რადგან ახალი ტექნოლოგიები და ჯანმრთელობასთან დაკავშირებული ახალი პრობლემები ძველ პროტოკოლს გამოუსადეგარს გახდიდა.

პროფესორი ჰოლმსი მიიჩნევს, რომ აღმასრულებელი ხდება ჯგუფური აზროვნების ან გადაწყვეტილების მიღების პროცესის სხვა პათოლოგიების საგანი, როდესაც იგი პოლიტიკას ახდენს მართო და არა - კონგრესთან და სხვა აგენტებთან ერთად.³⁶ მაგრამ იგივე რამე შეიძლება ითქვას აღმასრულებლის მიერ გადაწყვეტილების მიღების პროცესზე ჩვეულებრივი ომების დროსაც, როდესაც შევიწყნარებთ ჯგუფური აზროვნების რისკს (თუკი ეს, საერთოდ, რისკია) საიდუმლოების დაცვის საჭიროებიდან გამომდინარე.

თუკი კონგრესსა და სასამართლო ხელისუფლებას არ შეუძლია საგანგებო მდგომარეობის დროს აღმასრულებლის შეზღუდვა საიდუმლოების პრობლემის გამო, მაშინ იქნებ შესაძლებელი იყოს, პრობლემის მოგვარება შეზღუდვის წყაროს მოთავსებით უშუალოდ აღმასრულებელი ხელისუფლების შიგნით, სადაც საიდუმლოებას პრიორიტეტი ექნება მინიჭებული.

³⁶ Holmes, *supra* სქოლიო 2, at 344-47.

დასკვნა

პროფესორ ჰოლმსის სამედიცინო პროტოკოლის მაგალითი არ გვაძლევს მიზეზს, ეჭვი შევიტანოთ მინდობის თეზისში. წესები ღირებულია ბევრ შემთხვევაში, მათ შორის, საგანგებო და გადაუდებელი მდგომარეობის დროს, მაგრამ ეს იმას არ ნიშნავს, რომ ეს წესები აღმასრულებელი ხელისუფლების ნაცლად აუცილებლად უნდა შექმნან და აღასრულონ საკანონმდებლო და სასამართლო შტოებმა. თითოეულ ინსტიტუტს თავისი ძლიერი მხარეები აქვს. აღმასრულებელი ხელისუფლების ძლიერი მხარეები საგანგებო მდგომარეობის დროს აშკარაა.

ის, რომ აღმასრულებელი შესაძლოა შეიზღუდოს საკუთარი კომპონენტების მიერ, პარადოქსული იდეაა და ვერაფერს გვთავაზობს. საბოლოოდ, ვილაცას მაინც უნდა ჰქონდეს იმის დისკრეცია, რომ განუჭვრეტელი მოვლენების საპასუხოდ იმოქმედოს და აშშ-ის სისტემაში ეს როლი პრეზიდენტს აქვს მინიჭებული. ის თეორია, რომ თითქოს სამართლებრივი დაცვის ოფისი ან აღმასრულებელი ხელისუფლების შიგნით მოქმედი რაიმე სხვა მსგავსი ოფისი შეძლებს პრეზიდენტის შეკავებას, დაფუძნებულია ორი რამის ერთმანეთში აღრევაზე - ერთი მხრივ, არსებობს თვითშეზღუდვა, რომელიც პრეზიდენტმა დიდი სირთულით, მაგრამ შესაძლოა მაინც გამოიჩინოს და, მეორე მხრივ, არსებობს გარეგანი შეზღუდვა, რომელსაც პრეზიდენტი წინააღმდეგობას გაუწევს.