

Originalizmo kaip konstitucijos interpretavimo teorijos šiandienos iššūkiai

Miranda Borusevičiūtė

Vilniaus universiteto Teisės fakulteto
Viešosios teisės katedros doktorantė
Saulėtekio al. 9, I rūmai, LT-10222 Vilnius, Lietuva
Tel.: (+370 5) 236 6175
El. paštas: miranda.boruseviciute@tf.vu.lt

Straipsnyje analizuojamas originalizmas, kuris yra oponuojanti „gyvajam“ konstitucionalizmui konstitucijos interpretavimo teorija, pristatomi ir vertinami originalizmo pagrindiniai argumentai dėl to, kaip turėtų būti interpretuojama konstitucija, taip pat jų trūkumai. Tai yra svarbu norint pradėti kurti savas konstitucines teorijas, kurios atlieptų Europos statutinės teisės tradicijos kontekstą. Straipsniu nesiekama ieškoti galimybių originalizmo argumentus panaudoti aiškinant Lietuvos Respublikos Konstituciją, tai būtų fundamentali klaida.

Pagrindiniai žodžiai: konstitucija, konstitucijos interpretavimo teorijos, originalizmas, „gyvasis“ konstitucionalizmas.

The Challenges of Originalism as a Theory of Constitutional Interpretation Today

This paper analyzes originalism, which is considered to be the opposing constitutional theory to “living” constitutionalism, and presents and evaluates the main arguments of originalism and its approach on how the constitution should be interpreted, including the shortcomings of this constitutional theory. In the author’s opinion, it is important to start developing constitutional theories that would be considered more suitable in the context of the European tradition of statutory law. The paper does not search for possibilities of using originalism to interpret the Constitution of the Republic of Lithuania, which is considered to be a fundamental error.

Keywords: constitution, theories of constitutional interpretation, originalism, “living” constitutionalism.

Įvadas

Turbūt daugiausiai mokslininkų diskutuojama dėl to, kaip reikėtų teisingai interpretuoti rašytinį dokumentą pavadinimu konstitucija. Konstitucijos interpretavimo teorijoje ir praktikoje yra du požiūriai į tai, kaip turėtų būti interpretuojama konstitucija. Juos straipsnio tikslais galima teigti esant konstitucijos interpretavimo teorijomis.

Viena iš jų, kurios šaknys glūdi Jungtinėse Amerikos Valstijose (toliau – JAV), yra konstitucinėje teorijoje žinoma „gyvojo“ konstitucionalizmo pavadinimu ir bendriausiu požiūriu yra suprantama kaip konstitucijos interpretavimo teorija, kuri žiūri į konstituciją kaip į evoliucionuojantį, „gyvą“ dokumentą, besikeičiantį laikui bėgant, kai nėra keičiamas pats dokumento tekstas. Ir būtent tokia konstitucijos

Received: 18/05/2022. **Accepted:** 07/11/2022

Copyright © 2022 Miranda Borusevičiūtė. Published by Vilnius University Press

This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution License, which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original author and source are credited.

kaip „gyvo“ dokumento samprata yra plačiai palaikoma tiek Lietuvos teisės mokslininkų, tiek ir paties Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo (toliau – Konstitucinis Teismas) teisėjų. Nors moksliskai, pasitelkus teorinius argumentus, Lietuvoje kol kas niekas taip ir nesiėmė užduoties pamėginti paaiškinti detalai koncepcijos „gyvoji konstitucija“ ir nėra aišku, kokia savo formos versija ji palaikoma bent pačių mokslininkų. O Konstitucinio Teismo atliekama Lietuvos Respublikos Konstitucijos (toliau – Lietuvos Konstitucija) interpretavimo veikla tam tikrais atvejais vis dėlto skatina svarstyti apie šio teismo teisėjų turimos diskrecijos dydį ir „gyvosios“ konstitucijos ribas.

Konstitucinėje teorijoje taip pat gerai žinoma kita konstitucijos interpretavimo teorija, kuri teikia prioritetą „autentiškosios konstitucijos“ sampratai ir žinoma originalizmo pavadinimu. Būtent originalizmui yra priešpriešinama miglota „gyvosios konstitucijos“ idėja ir šiame kontekste yra visiškai neaišku, kodėl Lietuvos mokslinių debatų platformoje vien tik dėl mokslinio objektyvumo palaikymo tikslo yra visiškai nutylimas originalizmas, kurio ištakos taip pat JAV. Tiesa, čia reikėtų pripažinti, jog originalizmą kažkiek yra palietęs, pavyzdžiui, D. Murauskas (Murauskas, 2021), bet nepakankamai, kad būtų galima suprasti diskurso tarp originalizmo ir „gyvojo“ konstitucionalizmo šalininkų, taip pat tarp pačių originalizmo atstovų visą esmę. Žinoma, „autentiškosios konstitucijos“ sampratos pavadinimas sudaro prielaidas galvoti apie ordinarinės teisės sistemos orientavimo pagal konstitucijos „raidės“ fundamentalizmą potencialias, kas atgraso nuo visokio noro užsiimti rimtais originalizmo teorijos tyrimais. Tačiau tiriant pastarąją teoriją be jokių išankstinių nuostatų galėtų paaiškėti ne tai, kad jos interpretacinis sprendinys dėl to, kokia toji konstitucija yra, skiriasi nuo „gyvojo“ konstitucionalizmo teikiamo sprendinio, o tai, kad būtent savo interpretavimo taisyklėmis originalizmas vis tikrai ir yra toji konstitucijos interpretavimo teorija, kuri savo argumentais yra artimesnė kontinentinės Europos statutinės teisės tradicijai ir kartu Lietuvos teisės tradicijai, kurioje teisinis pozityvizmas yra giliai įleidęs šaknis. O tai reiškia, kad Lietuvos teisės tradicijos teoretikai galėtų panaudoti originalizmo argumentus, siekdami ne nekritiškai perkelti dar vieną kitoje teisės tradicijoje užgimusią konstitucijos interpretavimo teoriją, bet įgyvendinti savų konstitucinių teorijų, į kurių struktūras neišvengiamai turi būti inkorporuota ir tos pačios „gyvosios konstitucijos“ koncepcija, kūrimo aspiracijas ir taip reikšmingai prisidėti prie konstitucinės teorijos pačios raidos.

Tad, turint bendrąjį ketinimą kurti savas konstitucines teorijas, šio straipsnio objektu tampa Lietuvos teisės mokslo išsamių tyrimų užribuose palikta konstitucijos interpretavimo teorija – originalizmas, kuris šiuo atveju tiriamas ne norint propaguoti jo argumentų akceptavimą, juolab mėginti jo argumentus pritaikyti interpretuojant Lietuvos Konstituciją, kas yra fundamentali klaida, o jį pirmiausiai pažinti. Ir visas pirma aptartas kontekstas suponuoja tyrimo ir aktualumą, ir originalumą, ir naujumą, ir reikalingumą. Straipsnyje pristatomo tyrimo tikslas – išanalizuoti originalizmą ir jo pagrindinius argumentus, kaip turėtų būti interpretuojama konstitucija. Užsibrėžtam tikslui pasiekti iškelti tokie uždaviniai: pirma, išsiaiškinti, kas yra originalizmas, kaip oponuojanti „gyvajam“ konstitucionalizmui konstitucijos interpretavimo teorija, šiandien; antra, atskleisti pagrindines originalizmo propozicijas dėl konstitucijos interpretavimo; trečia, identifikuoti esminius originalizmo trūkumus, atskleistus kritikų, ir išsiaiškinti, ar tai turėjo įtakos šios teorijos transformaciniams procesams, o jeigu taip, tai koku būdu; ketvirta, nustatyti, ar originalizmo argumentai vis dėlto gali koku nors būdu būti suderinti su „gyvuoju“ konstitucionalizmu, ar šios konstitucijos interpretavimo teorijos turi egzistuoti kaip antipodai.

Straipsnyje norima kuo tiksliau perteikti amerikiečių teisės tradicijos požiūrį į konstitucijos interpretavimą jo nemėginant leisti pro Lietuvos teisės tradicijos požiūrio į konstitucijos interpretavimą filtrą. Čia yra svarbu pačių mokslinių debatų esmė, kas yra reikšminga konstitucinių tyrimų, susijusių su konstitucijos interpretavimo metodologija, veikloje. Tyrimui atlikti pasitelkti pagrindiniai amerikiečių mokslininkai, kurie vienaip ar kitaip dalyvavo ar dalyvauja mokslinėse diskusijose dėl tinkamos

konstitucijos interpretavimo metodologijos, reikšmingai prisidėję prie konstitucinės teorijos raidos. Susipažinta su pagrindiniais žinomais originalizmo proponentais ir jų idėjomis, t. y. R. Bork'u, su kuriuo vardu yra siejama šiuolaikinio originalizmo pati pradžia, W. Rehnquist'u, A. Scalia, R. Barnett'u, K. Whittington'u, L. Solum'u, J. Balkin'u ir kt., su jų pagrindiniais kritikais ir jų idėjomis – P. Brest'u, kuriam ir yra priskiriama sąvokos „originalizmas“ autorystė, R. Dworkin'u, H. Powell'u, L. Tribe'u, D. Strauss'u ir kt.

Tyrimui atlikti ir užsibrėžtam tikslui pasiekti naudoti mokslinės literatūros analizės, lyginamasis, sisteminis ir kiti socialiniuose moksluose žinomi tyrimo metodai.

1. Originalizmo teorija: dvi pagrindinės kryptys

1.1. Originalizmas kaip intencionalizmas: esminiai argumentai ir teorijos silpnumas

Kai minimas originalizmo pavadinimas, paprastai kykla asociacijų su JAV Konstitucijos „raidės“ absoliutizmo įvedimu, kai JAV Aukščiausiojo Teismo teisėjai turi taikyti šią „raidę“ tik tokią, kokia ji yra, ir visiškai nepaisyti pasikeitusių realiųjų ir pakitusių pažiūrų visuomenėje, nes Konstitucijos sampratos kaitą, kaip teigia Rehnquist'as, lemia tik padarytos faktinės pataisos pačiame Konstitucijos tekste (Rehnquist, 1976, p. 697). Taip visa visuomenė šiandien įpareigojama gyventi pagal tą politinę tvarką, kurią nustatė žmonės, gyvenę XVIII amžiuje. Ir tai turbūt būtų galima laikyti tiesa, jeigu kalbama apie originalizmo kryptį, kurią lietuviškai būtų galima įvardyti pirminių intencijų originalizmu (angl. *original intentions originalism*), kuris mokslinėje literatūroje taip pat yra žinomas kaip „intencionalizmas“ (angl. *intentionalism*).

Pirminių intencijų originalizmas yra siejamas su Bork'u ir jo 1971 m. publikuotu straipsniu „Neutral Principles and Some First Amendment Problems“, kuriame jis referavo į Konstitucijos kūrėjų intencijas (Bork, 1971, p. 13), paremiant požiūrį, kad pirminės Konstitucijos kūrėjų intencijos ir yra tai, kuomet turi būti remiamasi interpretuojant JAV Konstituciją. Kitaip tariant, Konstitucijos kūrėjų (t. y. teksto autorių) intencijos, užfiksuotos tuo laiku, kai buvo promulguotas Konstitucijos tekstas, laikomos tuo būdu, kuris leidžia prasiskverbti prie pat Konstitucijos, kuri nėra suprantama kaip atviros struktūros dokumentas, autentiškos prasmės. Šiuo atveju turi būti vertinamos būtent subjektyviosios intencijos tam tikros žmonių grupės, gyvenusios tam tikru istorijos laikotarpiu, siekiant nustatyti tai, ką šie žmonės norėjo perteikti Konstitucijos tekstu, ratifikuodami ir pripažindami Konstituciją (Dworkin, 2006, p. 51). Iš principo buvo manoma, kad visa originalizmo esmė – mėginimas nustatyti tai, kaip konstitucinės nuostatos konkrečios situacijos aplinkybėmis būtų taikomos tam tikros istorinių žmonių grupės ir tokiu būdu jas taikyti, nes daroma prielaida, kad minėti žmonės ir siekė, jog šios nuostatos būtų taip taikomos (remiantis Brest, 1980, p. 222). Būtent istorinių žmonių grupės subjektyviosios intencijos ir yra tai, kas turi varžyti teisėjus. Pačios subjektyviosios intencijos savo ruožtu turi būti randamos istorinėje medžiagoje, t. y. jų ieškoma šaltiniuose, kurie yra už Konstitucijos teksto ribų ir yra įrodomoji medžiaga nustatant tai, kas Konstitucijos tekste įtvirtinta. Kitaip tariant, Konstituciją interpretuojant, remiantis Powell'o žodžiais, reikia žiūrėti į ją tarsi į „tuščią apvalkalą“, „talpyklą“, kurią Konstitucijos kūrėjai pripildė reikšmėmis, o jas galima ištraukti tik atlikus istorinės medžiagos tyrimą. Ir tai darant nereikia kreipti jokio dėmesio į tai, kas ant šios „talpyklos“ apskritai yra užrašyta (Powell, 1987, p. 668), nes subjektyviosios intencijos perteiktos žodžiais, nors pačios yra už teksto ribų ir žymi Konstitucijoje įtvirtintų nuostatų tikrąją reikšmę, o ne patys žodžiai nuostatų formuluotėse, įtvirtinantys nuostatų tam tikrą prasmę. Visa tai turėtų varžyti teisėjus ir neleisti jiems primesti jų pačių

vertybių tam, ką Konstitucijos autoriai sukūrė. Be to, intencionalizmo vertinimu, nereikėtų painioti pačios Konstitucijos ir to, ką JAV Aukščiausiasis Teismas, spręsdamas konkrečias bylas, pasakė apie Konstituciją. Šio teismo sprendimas nėra tapatus Konstitucijai ir negali turėti tokio pat statuso kaip Konstitucija – aukščiausioji šalies teisė (Meese, 1986).

Argumentai yra ganėtinai aiškūs ir šiame kontekste galima teigti, kad intencionalizmo teorijai būdinga: pirma, siūloma atskleisti JAV Konstitucijos prasmę, laikant, jog ši prasmė užfiksuota konkrečiu laiko momentu, kuris yra šio dokumento priėmimo momentas; antra, Konstitucijos prasmė užfiksuota mentalinėse būsenose šio dokumento kūrėjų ir ši prasmė turi saistomąjį pobūdį. Tai sudaro intencionalizmo šerdį ir Solum'o yra apibrėžti fiksacijos tezės (angl. *the fixation thesis*) ir suvaržymo principo (angl. *the constraint principle*) (pvz., Solum, 2013, p. 20–23) pavadinimais. Tačiau intencionalizmo argumentų trūkumai yra dideli ir tai daro siekį nustatyti istorinių žmonių intencijas praktiškai nepasiekiamą. Juos šiame straipsnyje būtų galima sugrupuoti į kelias grupes.

Pirmoji grupė yra subjektyviųjų intencijų nustatymo problema. Intencionalistai mano, kad yra Konstitucijos kūrėjų intencijos, kurias galima nustatyti. Tačiau tokio dalyko kaip Konstitucijos kūrėjų intencijos, belaukiančios, kol bus, kaip argumentuoja Dworkin'as, atskleistos, nesama net iš principo. Tokio dalyko veikiau nėra, kol jis nėra sukurtas (Dworkin, 2006, p. 58). Tai reiškia, jog teisėjas negalės likti politiškai ar morališkai neutralus ir bus ne varžomas teisės, bet ją tiesiog kurs. Pačių subjektyviųjų intencijų paieškos istorinėje medžiagoje reiškia ne tik tai, kad reikia peržiūrėti labai didelį kiekį istorinių duomenų, kurie yra apie daugelį dalykų, ir nėra aišku, kaip juos reikėtų atrinkti ir teisingai perskaityti šiuolaikinio žmogaus mąstymu ir jo turimais įsitikinimais, bet kartu reiškia, kad reikia žinoti, kieno intencijų turi būti ieškoma ir jos vertinamos. Be to, konstitucinė teorija reikalauja ne bet kokios, o būtent grupinės intencijos idėjos (Dworkin, 2006, p. 62), iškeliant dėl to subjektyviųjų pasirinkimų intencijų sumavimo į grupinę (kaip institucinę) intenciją problemą, mokslinėje literatūroje žinoma kaip „sumavimo problema“¹. Šią problemą, tarp kitų dalykų, išryškino Brest'as savo išvalgia kritika, pateikta 1980 m. publikuotame straipsnyje „The Misconceived Quest for Original Understanding“, kurios objektas buvo komentuojama originalizmo kryptis.

Antroji grupė – istorinių duomenų patikimumas. Nepaisant to, kad istorija intencionalistams yra labai svarbus elementas konstitucijai interpretuoti, tačiau problema yra ta, kad istoriją jie vertina taip, lyg tai būtų gryno fakto dalykas, pateikiantis neabejotinus ir „neinterpretacinius“ faktus. Tačiau istorija nėra tikslus mokslas ir ji, anot Powell'o, gali duoti tik tikimybes (Powell, 1987, p. 678–683). Tai reiškia, kad teisėjai užsiims tuo, kas vadinama teisės kūrimu.

Trečioji grupė – konstitucinių nuostatų interpretavimo veikla. Šiame kontekste galima matyti, jog intencionalistai konstitucinių nuostatų reikšmės nustatymo užduotyje vis tikrai užsiima vadinamoju dezintegruotu² Konstitucijos interpretavimu, kur konstitucinės nuostatos yra traktuojamos taip tarsi jos būtų kokie nors nepriklausomai egzistuojantys artefaktai su aiškiu istoriniu turiniu. Ir, atrodo, kad jie visai nepaiso to, ką galbūt kitos Konstitucijos teksto dalys su jų istorija skelbia, matant atitinkamas konstitucines nuostatas viso Konstitucijos teksto ir jo istorijos vienovėje (remiantis Tribe, 1986, p. 19–23).

Tokių problemų kontekste ir kartu ne be pačios pažangos įvykusios kalbos filosofijoje buvo galiausiai suprasta, kad yra aiškus skirtumas tarp teksto intencijos ir žmonių minčių, kurios akomponuoja teksto kūrimą (Schauer, 1982, p. 811), o eksplicitiškai neišreikštų subjektyviųjų intencijų nustatymo procesas gali vesti prie teisės sistemos, kuri tiesiog yra tironiška (Scalia, 1995, p. 92). Originalizmo teorijos

¹ Šis terminas pirmą kartą buvo pavartotas R. Bennett'o (žr. Bennett, 1988, p. 355). Bet čia taip pat galima kelti klausimą, ar grupė apskritai gali turėti kokią nors intenciją. Mokslinėje literatūroje esama nuomonių, jog tik individai gali turėti intencijas, o ne iš individų suformuota grupė (pvz., Lawson, Seidman, 2006, p. 65).

² Tribe'o pavartota sąvoka.

proponentai, suvokę originalizmo kaip intencionalizmo argumentų silpnumą, neleidžiant teorijai būti oponentu „gyvajam“ konstitucionalizmui ir įsivertinti gerbtinoje vietoje konstitucinių teorijų panteone, pamėgina rekonceptualizuotis, kas prisidėjo prie šios teorijos tolesnės raidos, kuri bus aptarta vėliau. Bet šios teorijos argumentai ir jų kritika pasidaro svarbūs daug platesniame Europos statutinės teisės tradicijos kontekste – tai padeda kritiškai stebėti ir vertinti konstitucinės justicijos institucijų veiklą, kai interpretuojant konstitucijas mėginama nustatinėti jų kūrėjų intencijas, kas gali būti laikoma konstitucijos kūrėjų ketinimų ar panašiai konstitucijos aiškinimo metodu³.

1.2. Originalizmas kaip „konstitucinis tekstualizmas“: teksto svarba ir intencijų problema

1.2.1. Naujojo originalizmo esminiai argumentai ir teorijos stiprumas

Reaguojant būtent į minėtų Brest'o ir Powell'o kritiką, susiformavo kita originalizmo kryptis, kuri ir yra priešpriešinama ginče su „gyvuju“ konstitucionalizmu ir kurią lietuviškai būtų galima įvardyti autentiškos akivaizdžios žodžių reikšmės originalizmu (angl. *original public meaning originalism*)⁴, žyminti „naujojo originalizmo“ pradžią⁵.

Autentiškos akivaizdžios žodžių reikšmės originalizmo perspektyvoje, kurios žinomiausias atstovas yra buvęs JAV Aukščiausiojo Teismo teisėjas Scalia, Konstitucijoje įtvirtintų konstitucinių nuostatų reikšmę determinuoja ta kalba, kuri buvo paprastai vartojama visuomenėje Konstitucijos priėmimo metu ir šiuo atveju uždavinys yra nustatyti, kaip Konstitucijoje įtvirtintos nuostatos buvo suprantamos šio dokumento priėmimo metu žmonių, kalbančių anglų kalba⁶. Kaip ir minėto intencionalizmo, autentiškos akivaizdžios žodžių reikšmės originalizmo šerđį sudaro tie patys Solum'o apibrėžti principai – „fiksacijos tezė“ ir „suvaržymo principas“. Tačiau, skirtingai nei intencionalizmo atveju, čia matoma, jog autentiškos akivaizdžios žodžių reikšmės originalizmas laiko, kad: pirma, Konstitucijos prasmė yra užfiksuota kalba, kuri buvo paprastai vartojama visuomenėje Konstitucijos priėmimo metu; antra, Konstitucijoje vartojama kalba įtvirtinta konvencinėmis to laikmečio žodžių vartojimo reikšmėmis. Tai reiškia ne tik paprasčiausiai tai, kad Konstitucijos teksto reikšmę turės determinuoti lingvistiniai faktai, užfiksuoti Konstitucijos tekste tam tikru laiko momentu, bet ir tai, kad reikės dirbti su pačiu tekstu ir atitinkamai su kalbos žodynais, gerai išmanyti gramatikos ir sintaksės taisykles. Todėl komentuojama originalizmo kryptis yra siejama su tekstualizmu, kurio šerdis JAV Konstitucijos tekstas, jis yra prioretizuojamas, nes tikima, jog tik tai ir yra teisė (Calabresi, Prakash, 1994, p. 552). Tokiu būdu dominuojantis originalizmas – tai, kaip apibrėžė jį dabartinis JAV Aukščiausiojo Teismo teisėjas B. Kavanaugh'as savo skyrimo į šio teismo teisėjas klausymuose, „konstitucinis tekstualizmas“ (Kavanaugh, 2018, vaizdo įrašas: 1 val. 56 min. 50 sek. – 1 val. 57 min. 3 sek.), kai pats originalizmas kyla tik iš to, kad daroma prielaida, jog Konstitucija turi būti interpretuojama tomis jos reikšmėmis, kurios buvo jos priėmimo metu. Kadangi Konstitucijos priėmimo momentas yra įvykęs labai seniai, tai atitinkamai kelia istorinių tyrimų atlikimo reikalavimą. Ir šiuo atveju istorinių žmonių subjektyviosios intencijos, taip pat jų konstitucinių nuostatų supratimas teksto interpretacijoje bus imamas domėn, bet

³ Konstitucijos aiškinimo metodų sistema ir jos analizė nėra aptariama šiame straipsnyje.

⁴ Posner'io monografijoje *Jurisprudencijos problemos* šis interpretavimo būdas yra verčiamas aiškinimu remiantis „akivaizdžiomis žodžių reikšmėmis“ (Posner, 2004, p. 220). Atsižvelgiant į tai ir pasirinktas toks vertimas.

⁵ Tokiu būdu suteikiant originalizmui kaip pirminių intencijų originalizmui „senojo originalizmo“ statusą.

⁶ O. Holmes'as šį interpretavimo būdą yra apibūdinęs tokiais žodžiais: „Klausiama ne tai, kokią prasmę norėjo suteikti žodžiams teksto autorius, bet tai, ką būtų turėjęs omenyje paprastas žmogus, pavartojęs šiuos žodžius bylos aplinkybės atitinkančioje situacijoje“ (Holmes, 1899, p. 417–418).

turės atlikti tik pagalbinę informacinę medžiagos suteikimo funkciją, nes tai yra reikšminga konstitucinių nuostatų reikšmėms suprasti. Tai yra istorinė medžiaga apie konkretaus asmens ar grupės asmenų nuomonę apie konkrečią konstitucinę nuostatą gali būti puikus informacijos šaltinis suprasti konstitucinės nuostatos reikšmę, jos funkciją ar principą, kuri ši nuostata įprasmina, taip pat suprasti visą kontekstą, kuriame atitinkama konstitucinė nuostata buvo priimama, bet konkretaus asmens ar grupės asmenų nuomonė nereiškia, kad būtent ta konkretaus asmens ar grupės asmenų nuomonė apie konkrečią konstitucinę nuostatą ir yra konkrečioje konstitucinėje nuostatoje įtvirtinta tos nuostatos prasmė, kuri turėtų saistyti teisėjus. Laikoma, kad subjektyviosios intencijos iš esmės objektyvinamos išreikštuose žodžiuose Konstitucijoje nekreipiant dėmesio į tai, ką objektyviai išreikštais žodžiais jų kūrėjai subjektyviai norėjo pasakyti.

Autentiškos akivaizdžios žodžių reikšmės originalizmui darbas su Konstitucijos tekstu nereiškia įsipareigojimo, kaip argumentuoja Scalia, „griežtajam konstruktyvizmui“ (Scalia, 1995, p. 98), t. y. nėra reikalaujama interpretuoti konstitucinį tekstą, jį skaitant pažodžiui. Autentiškos akivaizdžios žodžių reikšmės originalizmui Konstitucija yra specialusis teisės tekstas, kuriam reikia būtent kontekstinės analizės. Ir čia yra svarbūs keli kontekstai. Pirmiausiai tai yra tekstinis kontekstas, kai konstitucinių nuostatų žodžių ar formuluočių reikšmė yra nustatoma Konstitucijos viso teksto kontekste, taip pat kai siekiama atskleisti tai, kas implicitiškai įtvirtinta eksplicitiškai išreikštuose Konstitucijos nuostatose. Kitas svarbus kontekstas yra socialinis, kai teksto reikšmė nustatoma įvertinus tą socialinį kontekstą, kuriame visa tai buvo ištarta. Daugeliu atvejų iš konteksto yra aišku, kokiomis prasmėmis vartojami žodžiai Konstitucijos tekste nustatant konstitucinių nuostatų reikšmes, o kontekstinė interpretacija ir yra autentiškos akivaizdžios žodžių reikšmės interpretacija. Žinoma, autentiškos akivaizdžios žodžių reikšmės originalizmas neimplikuoja, kad teisėjas, interpretuodamas Konstitucijos tekstą, neturės būti susipažinęs su teisiniais precedentais kaip ekstratekstiniais Konstitucijos teksto interpretavimo šaltiniais, kurie nėra laikomi šios teorijos dalimi, nes pripažįstama, jog teisminis precedentas nėra tiek svarbus konstitucinėje teisėje. Vis tik dalis originalistų inkorporuos tam tikra apimtimi *stare decisis* doktriną⁷, suteikdami erdvės, kaip teigia Strauss'as, „pragmatiniam kompromisui“ (Strauss, 2015, p. 18), nes, manoma, jog negalima keisti pagal netinkamai suformuotą konstitucinę doktriną susiklosčiusio socialinio gyvenimo vien dėl to, kad, pasirodo, jog konstitucinė doktrina iš tiesų neatitinka autentiško Konstitucijos teksto reikalavimų (žr. Barrett, 2017). Taip pat autentiškos akivaizdžios žodžių reikšmės originalizmas neimplikuoja, kad teisėjas, interpretuodamas Konstitucijos tekstą, neturės būti susipažinęs su dar vienu amerikiečių teisės tradicijai svarbiu ekstratekstiniu Konstitucijos teksto interpretavimo šaltiniu – tradicija, kuri nors ir suteikia pagrindą teisėjui nukrypti nuo autentiško Konstitucijos teksto (jeigu jis neteikia atsakymo į iškilusį klausimą), bet iš tiesų tarnauja svarbiam originalizmo siekiui apriboti teisėjų galimybes „atrasti“ Konstitucijos tekste savo asmenines vertybes, įsitikinimus, pageidavimus ir pan.

Tad apskritai autentiškos akivaizdžios žodžių reikšmės originalistai tiki šalies Konstitucijos interpretavimo objektyvumu, deklaruoja savo ištikimybę Konstitucijos tekstui ir mano, kad, pasitelkę istorinę medžiagą, kalbos žodynus, gramatikos ir sintaksės taisykles gali nustatyti tai, kas Konstitucijos tekste iš tiesų yra promulguota. Todėl jiems tikrai neprireiks apeliuoti į jokią moralę ar naudotis prigimtinės teisės paslaugomis, nepaisant to, kad JAV Konstitucija yra viena iš trumpiausių konstitucijų pasaulyje (Gardbaum, 2008, p. 399). Taigi tos problemos, su kuriomis susidūrė intencionalizmas, atrodo, yra išspręstos.

⁷ Įskaitant ir patį Scalia.

1.2.2. Naujojo originalizmo silpnybė ir kuo čia dėtas Dworkin'as

Murauskas straipsnyje „Konstitucijos aiškinimo šaltiniai: minkštosios teisės (*soft law*) vieta“ aptaria galimybę originalizmo teorija remiantis aiškinti Lietuvos Konstituciją ir remiasi ta originalizmo versija, kurią propagavo jau minėtas Scalia. Straipsnyje mokslininkas akcentuoja originalistų uždavinį ieškoti Konstitucijos interpretavimo procese būtent objektyviausias istorinių žmonių intencijas, o ne užsiiminėti subjektyviųjų intencijų paieškomis (Murauskas, 2021, p. 102). Tačiau Murauskas vis tiksliai nieko nepasako apie tuos spąstus, į kuriuos patenka galiausiai Scalia, kas iš esmės daro pačią galimybę originalizmo teorija remiantis aiškinti Lietuvos Konstituciją kvestionuotina.

Minėtas autentiškos akivaizdžios žodžių reikšmės originalizmo tikėjimas, kad galima pasiekti moksliskai tikslų objektyvumą interpretuojant teisę, yra abejotinas pats savaime. Iš tiesų, jeigu konstitucijos interpretavimo funkcija apimtu tik konstitucinės nuostatos komunikacinio turinio nustatymą ir jo tiesioginį „išvertimą“ į konstitucinę doktriną, nes lingvistiniai simboliai labai paprastai transformuojami į aiškia komunikacinę sistemą, kuri savo ruožtu transformuojama į konstitucinę doktriną, tai konstitucijos interpretavimo objektyvumo problemos nekyla. Tačiau visos problemos kyla tada, kai konstitucijoje egzistuoja tam tikri konstituciniai neapibrėžtumai, kurių esant konstitucinės justicijos institucijos, atrodo, kad neturi jokio kito pasirinkimo, bet tik naudotis moralės ar prigimtinės teisės paslaugomis, perduodamos teisėjui teisės kūrimo funkciją, taip atveria duris „gyvajai“ konstitucijai, ko originalistai siekia išvengti. Tačiau čia autentiškos akivaizdžios žodžių reikšmės originalistai tradiciškai mano⁸, kad jie su konstituciniais neapibrėžtumais jokių problemų neturi, nes istorinė medžiaga, kalbos žodynai, JAV Konstitucijos tekstas ir gramatikos bei sintaksės taisyklės leis nustatyti kiekvienos abstrakčios konstitucinės nuostatos reikšmę, atliekant tik Konstitucijos interpretavimo funkciją ir be jokios kūrybinės funkcijos aktyvavimo. Tačiau tai atlikdami autentiškos akivaizdžios žodžių reikšmės originalistai pradeda iš tiesų daryti tai, ką darė intencionalistai, – pradeda paisyti Konstitucijos kūrėjų mentalinių intencijų, darant jas pačia teise dabartyje, taip sudarant prielaidas nukrypti nuo JAV Konstitucijos teksto, kuriam ištikimybę jie teigia, kad deklaruoja. Ir šią problemą išvelgė Lietuvos teisės mokslui labai gerai žinomas, tačiau kitais aspektais, Dworkin'as.

Šiame kontekste reikėtų trumpam prisiminti, kad Dworkin'ui Konstitucijos interpretavimas yra jos „konstruktyvinė interpretacija“, kurios visa esmė, siekiant išsiaiškinti konstitucinių nuostatų reikšmes, pirmiausiai yra nustatyti, ką konstitucinių nuostatų kūrėjai ir jas priėmę žmonės konstitucinėse nuostatose ketino pasakyti, ištarus tuos žodžius, kuriuos jie pasirinko išarti Konstitucijos tekste atitinkamame įvykyje. Tai, ką istoriniai žmonės ketino pasakyti Konstitucijos tekste, pasirinkdami tuos žodžius, kuriuos jie pasirinko, yra tai, ką Dworkin'as vadina Konstitucijos autorių „semantinėmis“ (Dworkin, 1997a, p. 1256) arba „lingvistinėmis“ intencijomis (Dworkin, 1997b, p. 1359–1360), o dar kitaip – „semantiniu originalizmu“, su kuriuo save ir tapatino autentiškos akivaizdžios žodžių reikšmės originalistas Scalia (Dworkin, 1997a, p. 1256). Šias intencijas išreiškia žodžiai, įtvirtinti Konstitucijos tekste, ir tai yra intencijų įrodymas, kuris varžo interpretatorių, turintį suteikti jiems geriausią prasmę. Kitaip tariant, Dworkin'as sulygina intencijas su gramatine teksto reikšme. Intencija yra integrali objektyvizuotų žodžių sekos sudarant sakinį dalis, t. y. ji iš esmės yra teksto intencija. Mokslininkui Konstitucijoje įtvirtinti žodžiai reiškia tai, ką jie normaliai reiškia, ir jis mano, kad žodžiai turi tradicinę, konvencinę reikšmę. Kalba suformuoja objektyvias ribas ir kalbos interpretuotojas neturi paisyti jokių mentalinių intencijų tų, kurie objektyvizavo konkrečią kalbą Konstitucijos tekste, siekdamas įlįsti į jų protą.

Dworkin'o požiūriu, Konstitucijos tekstas apima tiek precizines konstitucines nuostatas, tiek tas konstitucines nuostatas, kurias jis įvardija „miglotomis“. Anot jo, ta kalba, kuria kalba Konstitucijos

⁸ Pavyzdžiui, Scalia.

tekstas tais žodžiais, kurie yra išreikšti šiame tekste, rodo, kad jos kūrėjai nemanė, kad jų konkrečios turėtos intencijos turėtų būti užfiksuotos konkrečioje konstitucinės nuostatos reikšmėje. „Miglotų“ konstitucinių nuostatų įtvirtinimas Konstitucijoje yra kūrėjų ir jas priėmusių žmonių sąmoningo pasirinkimo rezultatas, nes vietoj tų „miglotų“ konstitucinių nuostatų jie galėjo priimti specifiškesnes ir labiau apibrėžtas konstitucines nuostatas (Dworkin, 2004, p. 195–196). Šios „miglotos“ konstitucinės nuostatos, Dworkin’o teoriją analizuojant kompleksiskai, yra „sąvokos“ perskyroje „sąvoka“ (angl. *concept*) ir „samprata“ (angl. *conception*)⁹ arba „abstrakčios intencijos“ perskyroje „abstrakčios intencijos“ (angl. *abstract intentions*) ir „preciziškos intencijos“ (angl. *concrete intentions*)¹⁰. Bet šis skyrimas iš esmės reiškia skyrimą tarp abstrakčių principų („sąvoka“), kurie yra suprantami kaip abstraktūs moraliniai principai (Dworkin, 1997a, p. 1253), ir preciziškų konstitucinių normų („samprata“). „Miglotų“ konstitucinių nuostatų įtvirtinimas nereiškia, kad reikia išsiaiškinti, ką tam tikra ribota žmonių grupė tam tikru istorijos laikotarpiu turėjo galvoje sakydama tai, kas konstitucinėje nuostatoje įtvirtinta, arba būtų pasakę, jeigu būtų turėję tai galvoje. Tai daryti, Dworkin’o vertinimu, yra primityvu¹¹. Mokslininkui yra skirtumas tarp to, ką istoriniai žmonės ketino pasakyti tais žodžiais, kurie sudaro Konstituciją, ir to, ko jie siekė savo pasakytais žodžiais kaip rezultato. Objektvizuoti žodžiai nesugestionuoja, kad jie turi būti taikomi taip, kaip buvo istorinių žmonių tikimasi juos taikyti pasirinkus ir įtvirtinus žodžius ta jų forma, kuria jie įtvirtinti tekste. Jeigu istoriniai duomenys rodo, kad istorinių žmonių subjektyviosios intencijos buvo ne tokios, kurias rodo šių intencijų lingvistinė išraiška lingvistinių faktų pavidalu, tai neturi reikšmės, nes tai nėra tai, kas įtvirtinta jų išartuose žodžiuose Konstitucijos tekste, o tai ir yra svarbiausia. Tokias istorinių žmonių intencijas Dworkin’as vadina „ekspektacinėmis“ (Dworkin, 1997a, p. 1256) arba „politinėmis“ intencijomis (Dworkin, 1997b, p. 1360), o dar kitaip – „ekspektacijų originalizmu“ (Dworkin, 1997a, p. 1256). Kitaip tariant, „semantinės“ arba „lingvistinės“ intencijos užfiksuoja tai, ką istoriniai žmonės pasakė, tačiau iš to neišeina, kad šių žmonių „ekspektacinės“ arba „politinės“ intencijos yra užfiksuotos jų pasakyme, padarant tai teise, kuri turi saistyti. Būtent pastarosios intencijos egzistuoja nepriklausomai nuo teksto, todėl sudaro visas prielaidas nukrypti nuo Konstitucijos teksto, ką iš tiesų ir daro originalistai, jeigu jie mėgina nustatinėti minėtas intencijas. Dworkin’o vertinimu, jos negali būti „gryno istorinio fakto dalyku“ (Dworkin, 2006, p. 62), leidžiančiu sėkmingai redukuoti abstrakčią konstitucinę nuostatą į konkrečią jos reikšmę. Tai, mokslininko požiūriu, savo praktikoje iš tiesų ir darė Scalia. Anot Dworkin’o, konstitucinės nuostatos yra „miglotos tik jeigu mes laikome nevykusiais arba nebaigtais, arba schematiškais mėginimais nustatyti tam tikras sampratas. Jeigu jas laikome apeliacijomis į moralines sąvokas, tai jų negalima padaryti preciziškesnių detalizavimo būdu“ (Dworkin, 2004, p. 200). O pats Scalia į tai galėtų pamėginti atsakyti, jog „miglotos“ konstitucinės nuostatos nereiškia, kad yra inkorporuotos moralinės sąvokos. Minėtų nuostatų reikšmė slypi egzistuojančios visuomenės konkrečiame

⁹ Pavyzdžiui, apie tai Dworkin’as kalba knygoje „Rimtas požiūris į teises“ (Dworkin, 2004, p. 193–217).

¹⁰ Pavyzdžiui, apie tai Dworkin’as kalba knygoje „Principo reikalas“ (Dworkin, 2006, p. 71–82).

¹¹ Dworkin’as savo poziciją argumentuoja pasirinktu tėvo nurodymo vaikams pavyzdžiu ir aiškina, kad tuo atveju, kai tėvas sako savo vaikams, jog jis tikisi, kad vaikai nesiels neteisingai su kitais, jis, savaime suprantama, turi galvoje konkrečius elgesio pavyzdžius, kuriuos jis mano esant netinkamus. Tačiau negalima teigti, kad tėvo „intencija“ buvo nurodyti tik tuos pavyzdžius, kuriuos jis turėjo galvoje, nes, be nurodytų pavyzdžių, gali būti ir tokių, kurių tėvas neturėjo galvoje arba vienas iš tų pavyzdžių, turėtų tėvo galvoje, gali pasirodyti esantis neteisingas. Tėvo intencija iš principo yra ta, kad vaikai vadovautųsi teisingumo „sąvoka“, o ne kokia nors specifine teisingumo „samprata“, kurią galėjo turėti galvoje tėvas. Tėvas, apeliuodamas į teisingumo „sąvoką“, iš principo apeliuoja į tai, ką teisingumas reiškia, ir neteikia jokio ypatingo vaidmens savo pažiūroms šiuo klausimu. Kai tėvas nustato teisingumo „sampratą“, jis nustato, ką jis vadins teisingumu, ir šiuo atveju jo požiūris tampa svarbiausias. Apeliuodamas į teisingumą, tėvas kelia moralinį klausimą, o nustatydamas savo teisingumo sampratą, jis mėgins atsakyti į jį (Dworkin, 2004, p. 197–199).

suvokime, ką „sąvoka“ reiškia Konstitucijos priėmimo momentu. Kas iš principo turėtų reikšti sutapimą su tuo, kaip jos būtų taikomos tuo metu, kai buvo priimtos. Tokiu būdu autentiškos akivaizdžios žodžių reikšmės Konstitucijos tekstą apriboja istorinių žmonių ekspektacijos padarant jas autentiškos akivaizdžios žodžių reikmės Konstitucijos tekstu.

Tad čia matoma, kad intencijos Dworkin'ui yra svarbios, bet Konstitucijos interpretavimo procese yra svarbu žinoti, kokias intencijas reikia nustatinėti. Mokslininko pasiūlytas Konstitucijos teksto interpretavimas veda prie kelių teiginių: pirma, „semantinės“ arba „lingvistinės“ intencijos yra tekstualizmo forma ir tai yra pradžia siekiant nustatyti, ką Konstitucija reiškia; antra, abstrakčiais principais nėra įtvirtinamos konkrečios šių abstrakčių principų sampratos, taip atveriant duris normatyvinio pobūdžio vertinimui ir pasirinkimui; trečia, galima likti ištikimam Konstitucijos tekstui būnant ištikimam jos abstrakčiam principui be mėginimo nustatyti konkrečios šio principo sampratos, kurią galima iš tiesų įtvirtinti istoriniai žmonės pasirinkę abstrakčią kalbą Konstitucijos tekste; ketvirta, konkrečiai abstraktaus principo sampratai nustatyti reikėtų istorinio tyrimo, kuris yra nereikšmingas, nes nėra jokių galimybių išsiaiškinti, kokia konkreči samprata įtvirtinta abstrakčiame principo; penkta, Konstitucijos teksto interpretuotojas vis tikrai liks ištikimas istorijai tuo požiūriu, kad teksto autoriai tekste įtvirtino žodžius savo laikmečio konvencinėmis reikšmėmis, į ką turės atsižvelgti šiuolaikinis kalbos interpretuotojas. Ir kai originalistai savo istoriniuose tyrimuose susiduria su ta aplinkybe, kai paaiškėja, kad Konstitucijos tekste yra įtvirtintas tik abstraktus principas, kuris negali būti redukuotas iki konkrečios sampratos, kurią siekė įtvirtinti istoriniai žmonės, anot Dworkin'o, jiems nebelineka nieko, kas leistų nustatyti, ko istoriniai žmonės siekė, išskyrus tą abstrakčią kalbą, kurią jie pavartojo Konstitucijos tekste (Dworkin, 1990, p. 670). Tai reiškia, jog teisėjas vis dėlto turės daryti moralinio pobūdžio pasirinkimą, o ne nustatyti ir taikyti teisę.

Taigi Dworkin'ui pavyko teoriniais argumentais pademonstruoti autentiškos akivaizdžios žodžių reikšmės originalizmo trūkumus iš esmės ir tai, koks šios originalizmo krypties siekiamas politinis ar moralinis neutralumas, interpretuojant Konstituciją, vis dėlto gali tapti iliuzoriniu. Todėl Scalia originalizmas Lietuvos teisės moksle taip pat turi būti pristatomas labai kritiškai, ir ne akontekstiškai, ir ypač tuo atveju, kai šio originalizmo prieiga mėginama aiškinti Lietuvos Konstituciją ir atlikti Konstitucinio Teismo veiklos stebėseną. Vis dėlto pati Dworkin'o kritika nebuvo be tam tikrų padarinių, nes tai sudarė pagrindą dar kartą permąstyti originalizmo teorinius argumentus, kas Europos statutinės teisės tradicijos atstovams turėtų būti svarbu siekiant realizuoti savas konstitucinių teorijų kūrimo aspiracijas ateityje.

2. Bandymai rekonceptualizuoti originalizmą ir kas iš to išeina

Originalizmo proponentai Dworkin'o argumentus įvertino labai rimtai ir pripažino Konstitucijos teksto nepakankamumą ar jo neapibrėžtumą, ko Scalia nenorėjo daryti (plačiau žr. Scalia, Garner, 2012, įž. d), taip kažkiek atskildami nuo Scalia originalizmo versijos¹². Ir kaip tai įvyksta.

Originalizmo proponentai priima Dworkin'o padarytą skyrimą tarp „semantinio originalizmo“ ir „ekspektacijų originalizmo“. Tokiu būdu jie: pirma, mėgina susikoncentruoti tik į autentišką akivaizdžią žodžių reikšmę, kai konstitucinės nuostatos reikšmę determinuoja konvencinė semantinė žodžių ar formuluočių reikšmė, įtraukiant sintaksės taisykles; antra, mėgina atsisakyti Konstitucijos teksto redukavimo iki istorinių žmonių lūkesčių praktikos, nes nemano, jog istorinių žmonių ekspektacijos yra teisė, kuri turi saistyti.

Originalizmo proponentai taip pat sutinka su Dworkin'o padarytu skyrimu tarp abstrakčių kons-

¹² Žinomiausiais atstovais yra laikomi Barnett'as, Whittington'as, Solum'as.

titucinių principų ir preciziškų konstitucinių normų. Tačiau negali sutikti su Dworkin'o siūlymu, Whittington'o žodžiais tariant, abstrakčių principų turinį nustatyti naudojant *a priori* ar moralinę argumentaciją be jokios istorijos. Whittington'as sutinka, kad originalizmas neturėtų eliminuoti moralės, tačiau originalizmas vis dėlto privalo reikalauti istorinio tyrimo siekiant tinkamai atlikti konstitucinę interpretaciją. Istorinis tyrimas turi padėti nustatyti, ar teksto kalba yra įtvirtintas abstraktus principas, ar visgi specifinė šio principo samprata¹³. Tačiau pats Whittington'as, jeigu mokslininkas yra teisingai supras tas, atrodo, kad neįvertina to, jog tam tikri istoriniai duomenys apie tam tikrą aplinkybę, leidžiančią nustatyti dėl principo turinio apimties, vis dėlto patys gali būti subjektyvaus pasirinkimo dalykas, t. y. būtent tokios aplinkybės nustatymas gali būti subjektyvus, nes istoriniai duomenys šios aplinkybės nustatymo kontekste gali būti tiesiog neinformatyvūs ar net prieštaringi.

Bet čia svarbu yra tai, kad originalizmo teorijos argumentuose jau atsiranda moralės elementas, nes, pripažinus abstrakčių principų egzistavimą, leidžiama taip pat pripažinti, kad tam tikros Konstitucijos teksto dalys ne tik gali būti, bet ir yra atviros struktūros, kas reiškia reikalų turėjimą su hartiškaisiais *penumbra* atvejais. Ir šis kontekstas leidžia toliau formuluoti platesnį teiginį – Konstitucijos tekste gali būti konstitucinių nuostatų, kurių komunikacinis turinys nėra determinuojantis dėl jų neaiškumo ar neapibrėžtumo. Toks neapibrėžtumas kartu reiškia, kad egzistuoja tam tikra erdvė, kurią galima sąlygiškai įvardyti konstitucine „nedeterminuotumo zona“¹⁴, kurioje konstitucinės nuostatos komunikacinis turinys nenulemia konstitucinės doktrinos. Tai savo ruožtu reiškia, kad konstitucinė doktrina bus formuojama atliekant konstruktyvinę interpretaciją, kūrybinę interpretaciją ir kt. (plačiau žr. Solum, 2010; Solum, 2018), nes ne pavadinimas yra esmė, kurios metu bus atsižvelgiama į Konstitucijos „raidę“ ir jos „dvasią“, vertinant visus konstitucinės sistemos elementus kaip visumą ir taikant visus amerikiečių teisės tradicijoje žinomus konstitucijos interpretavimo metodus, pavyzdžiui, pradžią, stuktūrinę ir kt. Kas iš dalies reiškia, kad Konstitucija gali keistis ir prisitaikyti prie evoliucionuojančios visuomenės vertybių. Tokiu būdu aptariama autentiškos akivaizdžios žodžių reikšmės originalizmo versija lyg ir išsprendžia teorinio nesuderinamumo su „gyvuoju“ konstitucionalizmu pačią problemą (plačiau žr. Solum, 2009). Maža to, konstitucinę doktriną varžantis Konstitucijos tekstas nebūtinai gali būti varžantis vienodai, kas dar labiau atveria duris „gyvajai“ konstitucijai. Pavyzdžiui, Balkin'as pristatytoje „gyvojo originalizmo“ (angl. *living originalism*) arba „pagrindų originalizmo“ (angl. *framework originalism*) teorijoje, mėginančioje suderinti „autentiškosios konstitucijos“ ir „gyvosios konstitucijos“ sampratas, kaip tik ir propaguoja minimalistinę suvaržymo prieigą (pvz., Balkin, 2009; Solum, 2013) Tačiau toks pakitęs originalizmas kritikų yra vertinamas neigiamai. Mat konstitucinės „nedeterminuotumo zonos“ išskyrimas veda iš tiesų originalistus prie tų rezultatų, kurių originalizmo

¹³ Šiame kontekste sugrįžus prie jau minėto Dworkin'o pateikto pavyzdžio dėl tėvo nurodymo vaikams, kad jis tikisi, jog vaikai nesielgs neteisingai su kitais, galima teigti, remiantis Whittington'o įžvalgomis, kad būtent Dworkin'o tėvo nurodymo vaikams pateikimo viso konteksto žinojimas leidžia pasakyti, kokį iš tiesų nurodymą davė tėvas savo vaikams. Tai yra, žinant aplinkybę, kad tėvas tokį nurodymą pateikė vaikams prieš pat jų egzaminą, taip pat žinant tai, kad vaikai yra linkę sukčiauti per egzaminus, galima pasakyti, kad tėvo intencija iš principo yra ta, kad vaikai vadovautųsi ne teisingumo „sąvoka“, o specifine teisingumo „samprata“ – „nesukčiauti per egzaminus“, nors ši „samprata“ paties tėvo vaikams nebuvo konkrečiai suformuluota, bet šią „sampratą“ teikia tėvo nurodymo vaikams ištarimo visas kontekstas. Ir visai kitoks tėvo nurodymo vaikams interpretavimas būtų tuomet, jeigu yra žinoma, kad tėvo pateiktas nurodymas buvo prieš pat jo mirtį, kas reikštų jo intenciją, kad vaikai vadovautųsi teisingumo „sąvoka“. Ir išties, Whittington'o požiūriu, Dworkin'as gali būti teisingas dėl to, kad Konstitucijos kūrėjai, pavartodami abstrakčią kalbą Konstitucijos tekste, siekė įtvirtinti abstraktius principus nesiekdami pateikti konkrečios jų sampratos. Bet Dworkin'as visa tai tik spėja (žr. Whittington, 2000).

¹⁴ Amerikiečių mokslinėje literatūroje (būdinga, pvz., Barnett'ui, Whittington'ui, Solum'ui ir kt.) tai paprastai vadinama anglišku terminu *the construction zone* (pvz., Solum, 2010, p. 108), kurį galbūt būtų galima lietuviškai įvardyti „konstruktyvinės interpretacijos zonos“ formuluote, kas nėra būdinga terminijai Lietuvos konstitucinei teorijai. Atsižvelgiant į tai, nuspręsta įvesti visai kitokį terminą – konstitucinė „nedeterminuotumo zona“.

teorija siekiama išvengti – gali būti pateikiama ta konstitucinių nuostatų reikšmė, kuri galbūt taip net nebuvo suprantama Konstitucijos priėmimo metu (Redish, Arnould, 2012, p. 1509).

Nesigilinant į originalizmo kritikų argumentų pagrįstumą ar nepagrįstumą, nes tai nėra šio straipsnio dalykas, čia galima pastebėti esminį dalyką – jeigu originalizmas savo raidos pirmuosiuose etapuose visiškai nematė, pavyzdžiui, jokios Konstitucijoje įtvirtintos moters teisės į abortą, primenant jai vadinamąją savo vietą visuomenėje, kurios pajaustas didelis neteisingumo jausmas galėtų būti prilygintas moters rėmimusi prigimtaine teise protestuojant prieš teisinį pozityvizmo įkūnijimą vyruose (Posner, 2004, p. 339), kuris traktuoja moterį kaip mažesnę žmogų, negalintį netgi mąstyti ir priimti savarankiškų sprendimų, suteikiant valstybei teisę už ją nuspręsti, laipsniškai evoliucionavo į teoriją, kuri nebeužkerta kelio teisminei valdžiai pripažinti moters teisės į abortą¹⁵. To anksčiau originalizmo teorijoje nebuvo ir jis šiandien nereiškia JAV Konstitucijos „raidės“ absoliutizmo įvedimo į konstitucinę teisę. Todėl jo argumentų ignoruoti tiesiog negalima. Savaime suprantama, originalizmas, kuriam prioritetas yra JAV Konstitucijos tekstas, negali pateikti atsakymų į visus klausimus. Tačiau originalizmas vis dėlto geba pasiūlyti labai aiškų požiūrį į tai, kaip turėtų būti dirbama su konstitucijos tekstu, pateikiant ganėtinai aiškias konstitucijos interpretavimo taisykles, kurios iš principo turėtų skambėti kaip absoliučiai nieko naujo kontinentinės Europos statutinės teisės tradicijos atstovams, kurių dėmesys, atrodo, šiandien yra nukreiptas labiau tik į konstitucijos „gyvumo“ aspektą, o ne tai, kas šiame dokumente iš tiesų yra pasakyta. Bet originalizmo teorijos akontekstinis transplantavimas taip pat būtų klaidingas sprendimas.

Išvados

1. Straipsnyje išanalizuotos ir pristatytos dvi pagrindinės originalizmo kryptys – pirminių intencijų originalizmas ir konstitucinis tekstualizmas, kuris lietuviškai įvardytas autentiškos akivaizdžios žodžių reikšmės originalizmas. Šias teorijas sieja keli pagrindiniai argumentai: pirma, siekiama atskleisti JAV Konstitucijos prasmę, laikant, jog ši prasmė yra užfiksuota konkrečiu laiko momentu, kuris yra šio dokumento priėmimo momentas; antra, ši prasmė turi saistomąjį pobūdį. Tačiau nesutarimas tarp teorijų yra dėl to, kaip Konstitucijos prasmė yra užfiksuota.
2. Šiandien konstitucinių teorijų diskurse dominuojanti yra autentiškos akivaizdžios žodžių reikšmės originalizmo pozicija – JAV Konstitucijos prasmė yra užfiksuota lingvistinių faktų, lemiančių Konstitucijos teksto reikšmę kontekste, kas savo ruožtu determinuoja konstitucinę doktriną. Laikoma, kad toks Konstitucijos interpretavimo metodas leidžia teisėjui formuoti konstitucinę doktriną be jokio normatyvinio vertinimo, kurį iš tiesų generuoja pirminių intencijų originalizmo siekis nustatyti konstitucinių nuostatų reikšmes subjektyviosiomis istorinių žmonių intencijomis, esančiomis už teksto ribų.
3. Dworkin'o autentiškos akivaizdžios žodžių reikšmės originalizmo kritika vis dėlto atskleidė šios konstitucinės teorijos siekio išlaikyti politinį ir moralinį neutralumą iliuzoriškumą ir ne tik inicijavo aršius debatus, bet ir paskatino toliau tobulinti autentiškos akivaizdžios žodžių reikšmės originalizmo teorijos tam tikrus argumentus. To rezultatas – į teorijos struktūrą pradedama įtraukti „gyvojo“ konstitucionalizmo teoriniai argumentai, atveriant tokiu būdu duris „gyvajai“ konstitucijai tokiaame teoriniame konstrukte, kuris straipsnyje buvo įvardytas konstitucinės „nedeterminuotumo zonos“ pavadinimu.
4. Straipsnyje atskleista originalizmo teorinė raida rodo, kad šiandieninis originalizmas iš esmės nereiškia JAV Konstitucijos „raidės“ absoliutizmo įvedimo į konstitucinę teisę. Jo argumentų

¹⁵ Čia referuojama į Balkin'ą (plačiau žr. Balkin, 2007).

ignoruoti negalima dėl demonstruojamo labai aiškaus požiūrio į tai, kaip turėtų būti dirbama su konstitucijos tekstu, kas galėtų būti imama domėn. Gautų duomenų apimtis rodo, kad originalizmo teorijos akontekstiškas perkėlimas į kontinentinės Europos statutinės teisės dirvą taip pat būtų klaidingas sprendimas.

Literatūra

Specialioji literatūra

- Balkin, J. M. (2009). Framework Originalism and the Living Constitution. *Northwestern University Law Review*, 103(2), 549–614.
- Balkin, J. M. (2007). Abortion and Original Meaning. *Constitutional Commentary*, 24(2), 291–352 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://scholarship.law.umn.edu/concomm/432/> [žiūrėta 2020 m. lapkričio 11 d.].
- Barrett, A. C. (2017). Originalism and Stare Decisis. *Notre Dame Law Review*, 92(5), 1921–1944 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <http://ndlawreview.org/publications/archives/volume-92/volume-92-issue-5/> [žiūrėta 2021 m. rugpjūčio 30 d.].
- Bennett, R. (1988). Originalist Theories of Constitutional Interpretation. *Cornell Law Review*, 73(2), 355–358.
- Bork, R. H. (1971). Neutral Principles and Some First Amendment Problems. *Indiana Law Journal*, 47(1), 1–35.
- Brest, P. (1980). The Misconceived Quest for the Original Understanding. *Boston University Law Review*, 60(2), 204–238.
- Calabresi, S. G., Prakash, S. B. (1994). The President’s Power to Execute the Laws. *The Yale Law Journal*, 104(3), 541–665.
- Dworkin, R. (2006). *Principo reikalas*. Vertė K. Klimka. Vilnius: Lietuvos rašytojų sąjungos leidykla.
- Dworkin, R. (2005). *Teisės imperija*. Vertė K. Klimka. Vilnius: Lietuvos rašytojų sąjungos leidykla.
- Dworkin, R. (2004). *Rimtas požiūris į teises: teisės sociologija*. Vertė K. Klimka. Vilnius: Lietuvos rašytojų sąjungos leidykla.
- Dworkin, R. (1997a). The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve. *Fordham Law Review*, 65(4), 1249–1268 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol65/iss4/2/> [žiūrėta 2020 m. gruodžio 30 d.].
- Dworkin, R. et al. (1997b). In: Fidelity as Integrity: Colloquy. *Fordham Law Review*, 65(4), 1357–1363 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol65/iss4/7/> [žiūrėta 2021 m. kovo 14 d.].
- Dworkin, R. (1990). Bork’s Jurisprudence. *The University of Chicago Law Review*, 57(2), 657–677.
- Gardbaum, S. (2008). The Myth and Reality of American Constitutional Exceptionalism. *Michigan Law Review*, 107(3), 391–466 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol107/iss3/1/> [žiūrėta 2021 m. rugpjūčio 4 d.].
- Holmes, O. W. (1899). The Theory of Legal Interpretation. *Harvard Law Review*, 12(6), 417–420.
- Lawson, G., Seidman, G. (2006). Originalism as a Legal Enterprise. *Constitutional Commentary*, 23(1), 47–80 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://conservancy.umn.edu/handle/11299/170107> [žiūrėta 2021 m. vasario 26 d.].
- Meese, E. III (1986). The Law of the Constitution: A Bicentennial Lecture. *The Citizen’s Forum on the Bicentennial of the Constitution* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.justice.gov/sites/default/files/ag/legacy/2011/08/23/10-21-1986.pdf> [žiūrėta 2020 m. lapkričio 12 d.].
- Murauskas, D. (2021). Konstitucijos aiškinimo šaltiniai: minkštosios teisės (soft law) vieta. *Teisė*, 121, 98–114, <https://doi.org/10.15388/Teise.2021.121.6>
- Posner, R. A. (2004). *Jurisprudencijos problemos*. Vertė A. Paksas, M. Cvelich ir T. Gulbinas. Vilnius: Eugrimas.
- Powell, H. J. (1987). Rules for Originalists. *Virginia Law Review*, 73(4), 659–699 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/444/ [žiūrėta 2021 m. vasario 11 d.].
- Redish, M. H., Arnould, M. B. (2012). Judicial Review, Constitutional Interpretation, and the Democratic Dilemma: Proposing a “Controlled Activism” Alternative. *Florida Law Review*, 64(6), 1485–1537.
- Rehnquist, W. H. (1976). The Notion of a Living Constitution. *Texas Law Review*, 54(4), 693–706.
- Scalia, A., Garner, B. A. (2012). *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*. Eagan: Thomson West.
- Scalia, A. (1995). Common Law Courts in a Civil-Law System: The Role of the United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws. *The Tanner Lectures on Human Values*, 79–121 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/s/scalia97.pdf [žiūrėta 2021 m. sausio 2 d.].
- Schauer, F. (1982). An Essay on Constitutional Language. *UCLA Law Review*, 29(4), 797–832.

- Solum, L. B. (2018). Originalism and the Invisible Constitution. In: Dixon, A. and Stone, A. (eds.) (2018). *The Invisible Constitution in Comparative Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 61–108, <https://doi.org/10.1017/9781108277914>
- Solum, L. B. (2013). Construction and Constraint: Discussion of Living Originalism. *Jerusalem Review of Legal Studies*, 7(1), 17–34.
- Solum, L. B. (2010). The Interpretation-Construction Distinction. *Constitutional Commentary*, 27(1), 95–118 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://conservancy.umn.edu/handle/11299/163425> [žiūrėta 2020 m. gruodžio 17 d.].
- Solum, L. B. (2009). District of Columbia v. Heller and Originalism. *Northwestern University Law Review*, 103(2), 923–981.
- Strauss, D. A. (2015). The Supreme Court 2014 Term—Foreword: Does the Constitution Mean What It Says? *Harvard Law Review*, 129(1), 1–61.
- Tribe, L. H. (1986). On Reading the Constitution. *The Tanner Lectures on Human Values*, 1–67 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: https://tannerlectures.utah.edu/_documents/a-to-z/t/Tribe88.pdf [žiūrėta 2021 m. rugpjūčio 9 d.].
- Whittington, K. E. (2000). Dworkin's "Originalism": The Role of Intentions in Constitutional Interpretation. *The Review of Politics*, 62(2), 197–229, <https://doi.org/10.1017/S0034670500029442>

Kiti šaltiniai

- Kavanaugh, B. (2018). Supreme Court Nominee Brett Kavanaugh Confirmation Hearing, Day 2, Part 2 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.c-span.org/video/?449705-10/supreme-court-nominee-brett-kavanaugh-confirmation-hearing-day-2-part-2> [žiūrėta 2021 m. kovo 5 d.].

The Challenges of Originalism as a Theory of Constitutional Interpretation Today

Miranda Borusevičiūtė

(Vilnius University)

S u m m a r y

The concept of the constitution as a “living” document is a well-known and accepted approach for interpreting the Lithuanian Constitution among scholars and the Constitutional Court justices. However, constitutional theory also refers to a different theory of interpreting the Constitution, known as originalism, the proponents of which argue that the constitutional text ought to be given the original meaning. This theory has not received much attention among Lithuanian scholars, although its theoretical arguments can already be seen in the attempts to interpret the Lithuanian Constitution. Intended as a starting point for developing constitutional theories more suitable in the context of European statutory legal tradition, the object of this paper is originalism, the constitutional theory that has not received much attention in Lithuanian scholarship. This paper analyzes originalism and presents and evaluates the main arguments of this constitutional theory and its approach to interpreting the constitution, including the shortcomings of this constitutional theory.

The paper analyzes two prominent members of the family of originalism theories: “original intentions originalism” and “original public meaning originalism,” investigating their main benefits and shortcomings as identified by American scholars in the American constitutional debate and presenting its theoretical evolution. The analysis shows that originalism today does not mean the absolutism of the letter of the constitutional text and that this letter determines constitutional doctrine. Moreover, this theory finds a way to reconcile originalism and “living” constitutionalism and offers a clear methodology on how to approach the constitutional text and work with it. However, the paper does not make the point that originalism should become the reality of European statutory legal tradition in full force.

Originalizmo kaip konstitucijos interpretavimo teorijos šiandienos iššūkiai

Miranda Borusevičiūtė

(Vilniaus universitetas)

S a n t r a u k a

Konstitucijos kaip „gyvo“ dokumento samprata yra plačiai palaikoma tiek Lietuvos teisės mokslininkų, tiek ir paties Konstitucinio Teismo teisėjų. Tačiau konstitucinėje teorijoje taip pat yra gerai žinoma kita konstitucijos interpretavimo teorija, kuri teikia prioritetą „autentiškosios konstitucijos“ sampratai ir žinoma originalizmo pavadinimu. Ši teorija kol kas yra palikta išsamių mokslinių tyrimų užribiuose, nors jos teorinius argumentus jau galima matyti naudojant Lietuvos Konstitucijai aiškinti. Turint bendrąjį ketinimą kurti savas konstitucines teorijas, kurios atlieptų Europos statutinės teisės

tradicijos kontekstą, šio straipsnio objektu tampa Lietuvos teisės mokslo išsamių tyrimų užribiuose palikta konstitucijos interpretavimo teorija – originalizmas, analizuojami jo pagrindiniai argumentai, kaip turėtų būti interpretuojama konstitucija.

Straipsnyje pasirinktos analizuoti dvi originalizmo teorijos kryptys: „pirminių intencijų originalizmas“ ir „autentiškos akivaizdžios žodžių reikšmės originalizmas“, nes jos yra laikomos svarbiausiomis konstitucinių teorijų diskurse. Pristatomi pagrindiniai jų argumentai ir nustatomi trūkumai, išryškėję mokslinių diskusijų platformoje, atskleidžiama originalizmo teorinė raida. Tyrimas rodo, kad šiandieninis originalizmas nereiškia konstitucijos „raidės“ absoliutizmo įvedimo į konstitucinę teisę, jau sudaro galimybę suderinti originalizmą su „gyvuoju“ konstitucionalizmu ir siūlo labai aiškų požiūrį, kaip turi būti dirbama su konstitucijos tekstu. Bet tai nereiškia, kad ši teorija turi būti akontekstiškai perkeliama į kontinentinę Europos statutinės teisės dirvą.

Miranda Borusevičiūtė yra Vilniaus universiteto Teisės fakulteto Viešosios teisės katedros doktorantė. Pagrindinės mokslinių interesų sritys – teisės teorija ir filosofija, kalbos filosofija, konstitucinė teisė, konstitucijos interpretavimo metodologija, teisėkūra, teisminės valdžios savireguliacijos ir savivaldos institucijos, teisėjų ir teismų nepriklausomumas.

Miranda Borusevičiūtė is a PhD student at the Department of Public Law, Faculty of Law, Vilnius University. M. Borusevičiūtė's main areas of scientific interests are legal theory, philosophy of law, philosophy of language, constitutional law, constitutional interpretation, legislation, self-governance of the judiciary, and judicial independence.