

ИЗВОРНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

ДВОРКИН И ОРИГИНАЛИЗАМ У ИНТЕРПРЕТАЦИЈИ
УСТАВАИгор Милинковић¹*Правни факултет Универзитета у Бањој Луци*

Апстракт: Роналд Дворкин један је од најутицајнијих правних теоретичара и филозофа, чија мисао је обиљежила другу половину XX и почетак XXI вијека. Једна од тема којима се Дворкин током каријере интензивно бавио, био је проблем интерпретације устава. Након што у уводном дијелу рада буде упозорено на значај устава, као фундаменталног правног акта, и нарочиту одговорност тумача уставних одредби која из таквог значаја произилази, анализи ће бити подвргнуто Дворкиново учење о интерпретацији Устава. Иако је Дворкин био познат као један од најистакнутијих критичара оригинализма (као посебног модела уставне интерпретације), он ће својом критиком Скалијине верзије оригиналистичког учења навести поједине ауторе да га и самог уврсте међу представнике оригинализма. Након што у раду буде представљена генеза Дворкинових ставова о интерпретацији устава, упозориће се на разлике између његових схватања и оригинализма.

Кључне ријечи: устав, тумачење, Дворкин, оригинализам;

1. УВОД. О ЗНАЧАЈУ И ИЗАЗОВИМА ТУМАЧЕЊА УСТАВА

Устав, као фундаментални акт правног поретка („норма норми“ одн. „закон закона“)², конституише „цјелокупан нормативни оквир државног живота уопште“³. У правном смислу (што је значење на које реферира и цитирани одломак из Шмитовог (Schmitt) дјела, устав се „данас, већином,

1 Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци. E-mail: igor.milinkovic@pf.unibl.org

2 Carl Schmitt, *Constitutional Theory* (Durham and London: Duke University Press, 2008), 62.

3 *Ibid*;

схвата као основни правни поредак државе⁴, одн. као „основни правни поредак политичке заједнице, који посједује посебан ранг у односу на законе и друге изворе права и протеже се на сва подручја правног система“.⁵ Највиша тачка управо транспоноване хијерархије моћи, устав од инструмента ограничавања власти суверена (апсолутног монарха), у уставној држави постаје претендентом на саму улогу суверена. Како упозоравају поједини аутори, у уставној држави више не постоји власт која би могла бити означена као суверена, „сваки државни орган налази се под уставом, представља *pouvoir constitute* ... посједује само она овлашћења и надлежности које су му додијелене уставом“⁶. Штавише, постојање сувереног органа, као носиоца безусловне, недјелјиве и неограничене власти, сматра се деструктивним по сам концепт уставне државе. Суверена власт, тако схваћена, и уставна држава представљају „двје поларне, међусобно искључиве супротности“⁷ (о идеји суверена, стога, пише се као о „револуционарном експлозиву против уставне државе“)⁸.

Уставотворна власт, како опажа Форлендер (Vorländer), испрва је, додуше, „слично апсолутноме монарху, *legibus solutus* и зато и те како суверена. Али управо процес конституционализације владавине и моћи одликује то што се актом уставотворства сам *pouvoir constituant* ослобађа своје суверености. Он се повлачи иза једном створенога устава те су све власти конституиране уставом тиме *pouvoirs constitutes*“.⁹ Гдје онда почива сувереност у уставној држави? Према схватању појединих аутора, ако би локус суверености у уставној држави, ипак, морао бити идентификован, он једино може бити пронађен у уставу (што је позиција коју Бекенферд (Böckenförde) приписује Крилу (Kriele)¹⁰, иако наслов једног од поглавља, на које он том приликом упућује, гласи „У уставној држави нема суверена“¹¹). Форлендер пише о двоструком примату устава: у односу на

4 Ernst W. Böckenförde, “The Constituent Power of the People: A Liminal Concept of the Constitutional Law”, *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, Vol. 1, (eds. Mirjam Künkler and Tine Stein) (Oxford University Press, 2017), 169.

5 *Ibid*;

6 Ernst W. Böckenförde, “The Concept and Problems of the Constitutional State”, *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, Vol. 1, (eds. Mirjam Künkler, Tine Stein) (Oxford University Press 2017), 143.

7 Martin Kriele, *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, 2. Auflage (Westdeutscher Verlag 1981), 112.

8 *Ibid*;

9 Hans Vorländer, „Супремација устава. О односу напетости између демократије и конституционализма“, *Политичка мисао*, Vol. XXXVIII, (Загреб: 2001), 28.

10 Martin Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, Hamburg: Rowohlt, 1975, §§ 28, 57; Böckenförde, “The Concept and Problems of the Constitutional State”, 145. fn. 6.

11 Kriele, *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, 111.

демократски процес и у односу на једноставно законско право.¹² У уставној држави, устав заузима мјесто које је раније припадало сувереној личности (владару одн. монарху), а у систему чисте демократије, суверености народа.¹³

Да ли је схватање које сувереност приписује уставу оправдано? Такав став за Бекенфердане представља ништа друго до фикцију. Како истиче овај аутор, „ниједна норма није самоспроводива или самопримјенљива“¹⁴. Сувереност у уставној држави не нестаје, она је задржана у рукама органа „који је ефективно способан да у случају спора донесе коначну обавезујућу одлуку о садржини и примјени устава“¹⁵. У државама у којима је установљена институција уставног суда, у чијој надлежности се налази контрола уставности закона и других аката, „задња ријеч“ припада овом органу (што је, ипак, условљено конкретним институционалним рјешењима прихваћеним у свакој појединачној држави). На посебан суверенитетски проблем који побуђује супремација устава указује и Форлендер, полазећи од чињенице да су уставни текстови, а они захтијевају тумачење. За уставе су нужни „тумачење, конкретизација и примјена“, а тумачењем устава прелази првобитна „надлежност нормирања суверенога уставног законодавца у интерпретацијску надлежност тумача устава“.¹⁶ Како упозорава овај аутор: „До краја мишљени нормативни конституционализам води у успостављање санкцијскога уставног судства, које ауторитативно јамчи тумачење и ваљаност устава, али тиме супремацију устава у институцијско-политичкоме погледу преноси у јурисдикцију уставног суда. Прави је суверенитетски добитник у уставној држави тумач устава: демократско-парламентарна законодавна држава постаје уставносудска јурисдикцијска држава.“¹⁷

Из претходних опажања видљив је не само статус који уставу, као фундаменталном правном акту, припада уставној држави, већ и посебан значај, и одговорност, органа којима је интерпретација устава повјерена. Не изненађује, стога, да тумачење устава представља високо контроверзну тему, нарочито у државама у којима постоји институција уставног судства. Дилеме које проистичу из судске контроле уставности закона, сада већ стољећима, заокупљају и ауторе у Сједињеним Америчким Државама (САД). Преокупација америчке правне мисли интерпретацијом устава

12 Vorländer, „Супремација устава. О односу напетости између демократије и конституционализма“, 28.

13 *Ibid*; 30.

14 Böckenförde, „The Concept and Problems of the Constitutional State“, 146.

15 *Ibid*;

16 Vorländer, „Супремација устава. О односу напетости између демократије и конституционализма“, 30.

17 *Ibid*;

није изненађујућа, имајући у виду мјесто Врховног суда САД унутар политичког система ове државе и утицај који поменути орган, потенцијално, може вршити приликом обликовања њеног правног поретка (због чега је Вудро Вилсон (Woodrow Wilson) Врховни суд упоредио са „уставотворном скупштином у сталном засједању“)¹⁸. У раду ће се, након кратких појмовних појашњења повезаних са релевантним концепцијама интерпретације устава (прије свега „оригинализмом“), дилеме које тумачење устава побуђује сагледати кроз призму теорије правног тумачења Роналда Дворкина. Познат као утицајни критичар оригинализма, неким од својих познијих радова Дворкин је навео поједине ауторе да га и самог сврстају међу оригиналисте. У раду ће бити размотрена оправданост оцјена о оригиналистичком карактеру Дворкинових ставова, као и континуитет његове мисли о тумачењу, прије свега устава, али и права уопште.

2. ОРИГИНАЛИЗАМ У ИНТЕРПРЕТАЦИЈИ УСТАВА

Иако је термин „оригинализам“ релативно новијег датума, схватање по коме „устав треба тумачити у складу са његовим изворним значењем“¹⁹ води поријекло још из раздобља ране републике. У прилог тези о раном поријеклу оригиналистичке позиције, цитирају се ставови из Медисоновог (Madison) писма написаног 1824. године: „У потпуности се слажем са прикладношћу прибјегавања значењу у коме је Устав прихваћен и ратификован од стране нације. Само у том смислу он представља легитиман устав. А ако то није путоказ у његовом тумачењу, нема гаранција за конзистентно и стабилно вршење његових овлашћења.“²⁰ Стављање фокуса на изворно значење устава, временски фиксирано у неком тренутку из прошлости, чини оригинализам рањивим у односу на средишњу тврдњу учења о „живом уставу“ (“living constitution”) да „тумачење Устава треба бити руковођено савременом визијом доброг друштва која се, вјероватно, знатно разликује у односу на ону која је припадала давно преминулим творцима Устава“²¹ (оригинализам и схватање о „живом уставу“ сматрају се супротстављеним половима америчке теорије интерпретације устава).

18 Наведено према: Andrew Arato, *Post Sovereign Constitution Making: Learning and Legitimacy* (Oxford University Press 2016), 79. fn. 11.

19 John O. McGinnis and Michael B. Rappaport, *Originalism and the Good Constitution* (Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2013), 1.

20 Letter from James Madison to Henry Lee (June 25, 1824), in *The Writings of James Madison*, vol. 9: 1819-1836, ed. Galliard Hunt (Whitefish, Montana: Kessinger Publishing, 2010) (1910), 192, наведено према *Ibid.*

21 McGinnis and Rappaport, *Originalism and the Good Constitution*, 1.

Творцем овог израза сматра се Брест (Brest), који под „оригинализмом“ подразумеива „познати приступ уставном одлучивању који признаје обавезујућу снагу тексту Устава или намјерама његових доносилаца“.²² Одређивање појма оригинализам отежава постојање различитих варијанти овог учења (на шта упућује и употреба везника „или“ у Брестовој дефиницији). Временом, како истичу поједини аутори, оригинализам се од једне „монолитне теорије тумачења устава развио у софистицирану породицу теорија о томе како тумачити и резоновати у складу с уставом“.²³ Овај процес не може се сматрати окончаним. Оригиналстичка мисао и даље бива обогаћена новим интерпретацијама оригинализма, због чега се посљедњих година, уз не баш најсрећнији избор ријечи, пише о „балканизацији“ оригинализма²⁴. Испрва, угаони камен оригиналистичких теорија представљао је појам изворних намјера. Изворно значење уставних одредби утврђивано је полазећи од намјера његових доносилаца.²⁵ Постепено, поменуто схватање бива подвргнуто критици, што је за посљедицу имало да се појам изворних намјера, унутар самог оригиналистичког табора, замијени појмом изворног јавног значења. Према овој верзији оригинализма, приликом тумачења уставних одредби потребно је утврдити значење које би ријечима Устава приписао „компетентни познавалац језика којим је акт написан, у вријеме његовог доношења“.²⁶

У литератури се наилази на покушаје да се развој савременог оригинализма подијели у неколико фаза. Прва генерација оригиналиста појављује се седамдесетих година XX вијека, заступајући став да тумачење уставних одредби треба да буде засновано на „изворним намјерама“ састављача (framers)²⁷ Устава. Најистакнутији представници оригинализма током овог периода били су Роберт Борк (Robert Bork) и Раул Бергер (Raoul Berger), који су за мету критике изабрали тзв. Воренов (Warren) и Бургеров (Burger) суд, одн. судијски активизам који је, према мишљењу ових аутора, Врховни суд спроводио у раздобљима док су његови предсједници биле судије

22 Paul Brest, “The Misconceived Quest for the Original Understanding”, 60 *B.U.L. Rev* 204, 1980, 204, наведено према Lawrence B. Solum, “What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory”, *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation* (eds. Grant Huscroft and Bradley W. Miller), (Cambridge University Press, 2011), 13.

23 Grant Huscroft and Bradley W. Miller, “The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation” (Introduction), *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation* (eds. Grant Huscroft and Bradley W. Miller), (Cambridge University Press, 2011), 1.

24 James E. Fleming, „The Balkinization of Originalism“, *University of Illinois Law Review*, 2012, 670.

25 McGinnis and Rappaport, *Originalism and the Good Constitution*, 7.

26 Lawrence B. Solum, “District of Columbia v. Heller and Originalism”, *Northwestern University Law Review* 103, 2010, 951–952, наведено према *Ibid*;

27 Термин састављачи (framers) Устава односи се на делегате који су учествовали на Уставној конвенцији у Филаделфији, 1787. године.

Ерл Ворен и Ворен Бургер.²⁸ Заслуге за започињање расправе приписују се Борку, у чијем чланку из 1971. године, под насловом „Неутрални принципи и неки проблеми Првог амандмана“, могу да се препознају елементи оригиналистичког учења. У овом раду, Борк је писао о два метода посредством којих се права изводе из Устава. Први метод, оригиналистички обојен, подразумевао је да се „из документа издвоје релативно дефинисане вриједности за које текст или историја показују да су их састављачи Устава заиста хтјели и које су подобне да буду преведене у принципипјелна правила“ (тзв. „одређена“ (specified) права).²⁹ До средине осамдесетих година, акценат се са позивања на намјере састављача Устава, помјера ка „разумијевању“ уставних одредби од стране оних који су уставни текст ратификовали (било да се мисли на законодавне органе држава чланица, било на чланове ових тијела).³⁰ Прихватање „изворног разумијевања“ вршилаца ратификације као критеријума за интерпретацију устава, оправдано је позивањем на принцип народне суверености. Доносиоци одлуке о ратификацији сматрани су адекватнијим репрезентима народне воље³¹ (аргумент демократског легитимитета заузима истакнуто мјесто у расправама о оправданости оригинализма)³². Почетак сљедећег стадијума везује се за утицајни говор судије Врховног суда А. Скалије (Scalia) из 1986. године. Према овој верзији оригинализма, Устав треба тумачити полазећи од „јавног значења“ његових одредби (а не од садржаја свијести појединих особа).³³ Приликом тумачења уставних одредби, треба се руководити „највјеродостојнијим значењем ријечи Устава за друштво које га је усвојило – без обзира на то шта су састављачи Устава можда потајно намјеравали“³⁴. Концепт „изворног јавног значења“ прихватиће и наставити да промовишу

28 Mitchell N. Berman, „Originalism is Bunk“, *New York University Law Review*, Vol. 84. No. 1, 2009, 9.

29 Robert Bork, „Neutral Principles and Some First Amendment Problems,” 47 *Ind. L.J.* 1, 1971, 17, наведено према Lawrence B. Solum, „What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory”, *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation* (eds. Grant Huscroft and Bradley W. Miller), (Cambridge University Press, 2011), 16.

30 Berman, „Originalism is Bunk“, 9.

31 Solum, „What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory”, 19.

32 „Ако судије слиједе ту изворну намјеру, они не би сами чинили супстанцијалне изборе, већ би само спроводили изборе које су давно други начинили, изборе којима је дат ауторитет ратификовањем и прихватањем Устава од стране народа“. (Ronald Dworkin, „The Forum of Principle”, *A Matter of Principles*, (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, and London, England: 9th printing 2000), 34)

33 Berman, „Originalism is Bunk“, 9.

34 Antonin Scalia, „Address Before the Attorney General’s Conference on Economic Liberties in Washington, D.C. (June 14, 1986)“, *Original Meaning Jurisprudence: A Sourcebook* 106, Office of Legal Policy, U.S. Dep’t of Justice, 1987, 103. наведено према Jamal Greene, „The Case for Original Intent”, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 80, 2011-2012, 1684.

аутори попут Герија Лоусона (Gary Lawson) и Стивена Калабрезија (Steven Calabresi). Лоусон „изворни текстуализам“, који сматра јединим исправним моделом тумачења Устава, дефинише као „метод који трага за редовним јавним значењима које су ријечи Устава, тумачене у лингвистичком, структуралном и историјском контексту, имале у вријеме свог настанка“³⁵. Према Калабрезију, значење Устава, као и других правних аката, зависи од „њиховог текста, како су били објективно схваћени од стране људи који су их донијели или ратификовали“³⁶ (цитирани одломак, како истичу поједини аутори, односи се на објективно разумијевање хипотетичке особе, а не на субјективне намјере, очекивања или разумијевања стварних особа које су Устав донијеле или ратификовале)³⁷.

Кратки преглед генезе савременог оригинализма говори о постојању различитих варијанти овог учења. Сходно фазама његовог развоја, поједини аутори сугеришу разликовање: 1. оригинализма заснованог на намјерама твораца устава, 2. оригинализма који полази од „разумијевања“ субјеката који су устав ратификовали и 3. Оригинализма заснованог на „јавном значењу“ уставних одредби.³⁸ Покушаји класификовања облика оригинализма, међутим, овим се не исцрпљују.

У литератури се упозорава и на разлику између „строгог“ или „тврдог“ (hard) и „меког“ (soft) оригинализма. О „строгом“ оригинализму говори се у случајевима када се његове поставке настоје представити као неизбјежно истините (тврди се да тумач нема другог избора него да поштује изворно значење текста Устава).³⁹ Оригинализам је „мекан“ када се „заснива на условним и контестабилним одмјеравањима трошкова и користи оригинализма у односу на друге интерпретативне приступе“.⁴⁰ „Меки“ оригинализам захтијева једино да изворно значење буде узето у обзир приликом интерпретације уставних одредби.⁴¹

Подјела коју посљедњих година сугерише извјестан број аутора, јесте на „стари“ и „нови“ оригинализам. „Стари“ оригинализам, у чије представнике се убрајају Борк и Бергер, изворно разумијевање дефинише у смислу „конкретних намјера састављача Устава или њихових изворно очекива-

35 Gary Lawson, „Proving the Law“, *Nw. U. L. Rev.* 86 (1992), наведено према Vasan Kesavan and Michael S. Paulsen, „The interpretive Force of the Constitution’s Secret Drafting History“, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 91 (2003), 1142.

36 Steven G. Calabresi and Saikrishna B. Prakash, „The President’s Power To Execute the Laws“, *Yale L. J.* 104 (1994), 552, наведено према Kesavan and Paulsen, „The interpretive Force of the Constitution’s Secret Drafting History“, 1142.

37 Kesavan and Paulsen, „The Interpretive Force of the Constitution’s Secret Drafting History“, 1142.

38 Berman, „Originalism is Bunk“, 9.

39 *Ibid*; 6.

40 *Ibid*;

41 *Ibid*; 10.

них примјена (као различитих у односу на њихове апстрактне намјере)⁴² „Нови“ оригинализам представља хетероген правац, чије основно обиљежје Флеминг (Fleming) препознаје у његовом инклузивном карактеру⁴³ (Флемингу представнике „новог“ оригинализма, између осталих, сврстава Солума (Sollum), Витингтона (Whittington), Лесига (Lessig), Амара (Amar) и Акермана (Ackerman)).⁴⁴ Све флексибилнијим тумачењем оригиналистичке позиције, ово учење, по неким оцјенама, постаје „велики шатор“⁴⁵ унутар кога своје мјесто проналазе и дојучерашњи критичари оригинализма (укључујући, према схватању појединих аутора, и Роналда Дворкина, тог „дугогодишњег Беовулфа према Гренделима оригиналистичке мисли, попут Борка или Скалије“⁴⁶). У наредним редовима биће испитана основност оцјене о Дворкину као оригиналисти.

3. РАНА ДВОРКИНОВА МИСАО И ОРИГИНАЛИСТИЧКИ АРГУМЕНТ

Већ рана Дворкинова мисао, која, према схватању појединих аутора⁴⁷, обухвата период до објављивања дјела Царство права, нуди елементе за реконструкцију његове позиције према оригинализму. Први радови посвећени проблему интерпретације правних правила, међутим, нису значајнију пажњу поклањали појму изворног значења одн. намјерама твораца норме.

Испитивање значаја утврђивања намјера твораца норме, ипак, није у потпуности изостало. Рад „Политичке судије и владавина права“, изворно објављен 1978. године (и поново одштапан у дјелу Ствар принципа), садржи став да судије недовољно јасне законе треба да тумаче у свјетлу властитих судова о моралним правима, будући да историјски докази о намјерама твораца норме „не нуде корисне одговоре“.⁴⁸ Дворкин, ипак, не

42 James E. Fleming, „Are We all Originalists Now: I Hope Not”, *Texas Law Review*, Vol. 91 (2012-2013), 1788.

43 Као обиљежја „новог“ оригинализма Флеминг наводи да он прихвата: 1. да уставно пресуђивање обухвата не само тумачење, него и конструкцију, 2. да постоји више легитимних модалитета тумачења и конструкције (а не само оригинализам). (James E. Fleming, „Fidelity, Change, and the Good Constitution”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 62, No. 3 (2014), 519)

44 James E. Fleming, „Are We all Originalists Now: I Hope Not”, *Texas Law Review*, Vol. 91, 2012-2013, 1789-1792.

45 Fleming, „Fidelity, Change, and the Good Constitution”, 519

46 Steven D. Smith, That Old-Time Originalism, *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation* (eds. Grant Huscroft and Bradley W. Miller), (Cambridge University Press, 2011), 231.

47 Тако нпр.: Jeffrey Goldsworthy, „Dworkin as an Originalist”, *Constitutional Commentary*, Vol. 17 (2000), 50.

48 Ronald Dworkin, „Political Judges and the Rule of Law“, *A Matter of Principles*, (Harvard University Press, 1985), 22-23. наведено према *Ibid*; 51.

негира у потпуности значај ових намјера. У оним ријетким случајевима када изричити наводи о намјерама твораца нормe постоје, такви докази нису лишени значаја, а чак могу имати и одлучујућу улогу приликом доношења одлуке.⁴⁹

Релевантношћу испитивања намјера твораца нормe, Дворкин се бавио и у раду „Како читати Закон о грађанским правима“. У овом раду, Дворкин упозорава на разлику између „институционализованих намјера“ и „колективног разумијевања“. „Институционализоване намјере“ представљају изјаве о политикама или принципима на којима је акт заснован, а које су, на извјестан начин, усвојене и постале дијелом званичног документа. То су, нпр., изјаве садржане у преамбули акта или извјештају конгресног одбора, и оне не представљају психолошки феномен. Таква изјава „сматра се дијелом онога што је донесено, не због претпоставке о надама, мотивима или увјерењима, или другом менталном стању одређеног конгресмена, већ зато што је конвенција која повезује изјаву са законом сада дио институције законодавства у Сједињеним Америчким Државама“.⁵⁰ Други облик законодавне намјере, за који Дворкин употребљава назив „колективно разумијевање“, представља психолошки концепт. Законодавна намјера сада је схваћена као „извјесна комбинација ... увјерења појединих конгресмена који су израдили нацрт, заговарали, противили се, лобирали за или против и гласали да се усвоји, или да буде одбачен, одређени закон“.⁵¹ Да би се овај амалгам појединачних увјерења сматрао „колективним разумијевањем“ институције као цјелине, неопходно је да буде задовољен минимални захтјев који проистиче из демократског принципа, а то је, према Дворкину, да колективну намјеру дијели већина конгресмена који су за закон гласали, и то већина довољна да сама усвоји закон ако је то потребно. Будући да је овај захтјев веома тешко задовољити, „колективно разумијевање“ нема велики значај приликом тумачења законских одредби⁵² (с тим да, како примјећује Голдсворти (Goldsworthy), Дворкин допушта могућност да, уколико би „демократски захтјев“ био испуњен, колективне намјере законодавца могу утицати, па чак имати и одлучујући значај, приликом доношења одлуке о значењу правних норми).⁵³

Према Дворкину, законске одредбе требају бити „тумачене тако да се унаприједи политике или принципи који пружају најбоље политичко оправ-

49 *Ibid*; 51.

50 Ronald Dworkin, “How to Read the Civil Rights Act“, *A Matter of Principles*, (Harvard University Press 1985), 320-321, наведено према Goldsworthy, „Dworkin as an Originalist“, 51.

51 Dworkin, “How to Read the Civil Rights Act“, 320-321, наведено према Goldsworthy, „Dworkin as an Originalist“, 52.

52 *Ibid*;

53 Goldsworthy, „Dworkin as an Originalist“, 52.

дање закона“.⁵⁴ Тумач норме неће се, међутим, руководити искључиво критеријумом најбољег политичког оправдања. Неопходно је да предложено оправдање буде у складу са одредбама закона који представља предмет тумачења и да има значајније упориште у политичкој клими времена у коме је акт донесен. Тек уколико се два оправдања „довољно добро уклапају у текст закона и политичку климу времена“, допуштено је тумачу да се определијели за оно које сматра „супериорнијим из разлога политичког морала“.⁵⁵ Потенцирање значаја узимања у обзир политичке климе у којој закон настаје, приликом тумачења његових одредби, Голдсворти сматра „кључним елементом оригинализма“ унутар интерпретативног приступа који је Дворкин у овом раду заступао.⁵⁶

За разумијевање Дворкиновог учења о интерпретацији устава, посебан значај има поглавље „Уставни случајеви“ из дјела Схватати права озбиљно. У овом поглављу Дворкин упозорава на разлику између „појмова“ (concepts) и „схватања“ (conceptions). Грађани „дијеле морални или политички појам онда када постоји вриједност, која можда може бити описана у општем или апстрактном смислу, коју они прихватају, и када су сагласни о извјесном броју примјера или случајева који илуструју ову вриједност“.⁵⁷ Неодређене уставне одредбе захтијевају од тумача да примијене општи морални појам на који Устав упућује, а не схватање састављача Устава о томе шта дати појам захтијева у конкретном случају. Као илустрацију Дворкин наводи појам суровости, у одредби која забрањује „сурово и необично кажњавање“. Било би погрешно, сматра Дворкин, ако би се Врховни суд приликом процјењивања да ли је смртна казна сурова, руководио чињеницом да је смртна казна у вријеме усвајања наведене одредбе сматрана стандардном и неспорном.⁵⁸ Задатак тумача јесте да идентификују апстрактне појмове које су доносиоци устава унијели у уставне одредбе. Дворкин им приписује „интерпретативну одговорност да идентификују најбоље схватање основних појмова, умјесто да репродукују схватања састављача Устава“⁵⁹. Такав вид интерпретације, према његовом мишљењу, у складу је и са намјерама састављача Устава, јер „да су они који су усвојили широко формулисане одредбе жељели да пропишу одређено схва-

54 Dworkin, “How to Read the Civil Rights Act”, 327, наведено према Goldsworthy, „Dworkin as an Originalist”, 52.

55 Dworkin, “How to Read the Civil Rights Act”, 328-329, наведено према *Ibid*;

56 Goldsworthy, „Dworkin as an Originalist”, 52.

57 David O. Brink, “Originalism and Constructive Interpretation“, *The Legacy of Ronald Dworkin* (eds. Wil Waluchow and Steffan Sciaraffa), (Oxford University Press, 2016), 280.

58 Ronald Dworkin, „Constitutional Cases“, *Taking Rights Seriously*, (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978), 135.

59 Brink, “Originalism and Constructive Interpretation“, 281

тађе, пронашли би форму језика која се конвенционално користи да се то учини, то јест, понудили би посебна схватања појмова који су у питању“.⁶⁰

У чланку „Форум принципа“ из 1981. године (рад је касније уврштен у *Ствар принципа*), Дворкин излаже своју критику оригинализма. Оштрица његове критике усмјерена је ка тзв. интенционалистичкој форми оригинализма⁶¹, која пресудан значај у процесу интерпретације приписује намјерама састављача Устава. Додуше, Дворкин констатује да готово свака теорија уставне интерпретације „почива на извјесној концепцији изворне намјере или разумијевања“⁶². По њему, кључно питање „није да ли намјере оних који су сачинили Устав треба да буду узете у обзир, већ шта треба да се подразумева под тим намјерама“⁶³. У овом раду, Дворкин уводи подјелу на апстрактне и конкретне намјере. Уставне одредбе, према Дворкину, изражавају апстрактне намјере њихових креатора, и ове намјере имају предност у односу на конкретне намјере твораца Устава. Дворкин понавља став (претходно изнесен у „Уставним случајевима“) да, уколико су творци уставних одредби посједовали теорију како оне треба да буду тумачене, „вјероватно су сматрали да њихове апстрактне намјере требају бити поштоване“⁶⁴. Овдје, међутим, он интерпретативне намјере доносилаца устава не сматра релевантним. Оправдање за извјесно „становиште о томе шта су састављачи Устава намјеравали, мора бити нађено не у историји, или семантичкој или концептуалној анализи, већ у политичкој теорији“.⁶⁵ Судије намјеру твораца уставних одредби не могу открити без „конструисања или усвајања једне концепције уставне намјере радије него друге, то јест, без доношења одлука политичког морала, које су требали да избјегну“.⁶⁶

4. КОНСТРУКТИВНА ИНТЕРПРЕТАЦИЈА И ОРИГИНАЛИЗАМ

У дјелу *Царство права*, непријатељски став према оригинализму знатно је наглашенији, не само у односу на Дворкинове раније радове, већ, према схватању појединих аутора, и на радове који ће касније бити објављени.⁶⁷ У овом дјелу, Дворкин упозорава на разлику између два облика ту-

60 Dworkin, „Constitutional Cases“, 136.

61 Brink, „Originalism and Constructive Interpretation“, 282.

62 Ronald Dworkin, „The Forum of Principle“, *A Matter of Principles*, (Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press 1985), 57.

63 *Ibid*;

64 *Ibid*; 53.

65 *Ibid*; 56.

66 *Ibid*;

67 Goldsworthy, „Dworkin as an Originalist“, 56.

мачења: конверзацијског (*conversational*) и конструктивног (*constructive*). Конверзацијском тумачењу, као моделу интерпретације који се руководи намјерама говорника, Дворкин негира оправданост у области права. Конверзацијско тумачење приписује значење употребљеним знаковима „у свјетлу мотива, циљева и интереса за које се претпоставља да их је говорник имао, и своје закључке, саопштава у форми, исказао ономе што је говорник „намјеравао“ да каже оним што је рекао“.⁶⁸ Дворкин одбацује гледиште „говорникове намјере“ (“speaker’s meaning” view) које претпоставља да законодавство представља „случај или примјер комуникације и да се судије окрећу законодавној историји када закон није на први поглед јасан, како би откриле садржаје свијести које су законодавци жељели да саопште својим одлукама“.⁶⁹ Тумач који примјењује овај модел интерпретације, „своје закључке излаже као тврдње о намјери самог закона“, при чему „намјеру закона сматра теоријском конструкцијом, сажетом изјавом о посебним намјерама одређених стварних људи, јер једино они, заправо, могу имати конверзацијске намјере оне врсте коју он има на уму.“⁷⁰ Уколико би усвојио гледиште „говорникове намјере“, тумач законских одредби суочио би се са низом питања, као што су, нпр., проблем идентификовања законодаваца („Које се историјске личности сматрају законодавцима?“), како утврдити њихове намјере, како појединачне намјере, ако се оне у извјесној мјери разликују, објединити у једну цјеловиту институционалну намјеру законодавца и од ког тренутка ће се сматрати да је закон створен, одн. да је стекао једино значење које је икада имао.⁷¹ Слабости (дилеме) које Дворкин повезује са наведеним становиштем, дио су арсенала примједби које се износе приликом оспоравања оригиналистичке позиције.

Право, према Дворкину, не треба тумачити конверзацијски, већ конструктивно. Конструктивно тумачење подразумијева „наметање сврхе предмету или пракси како би се од њих учинили најбољи могући примјери оне форме или врсте којој, сматра се, предмет или пракса припадају“.⁷² Задатак тумачења јесте да предмет интерпретације представи у најбољем свјетлу. Приликом реализације овог интерпретативног подухвата, тумачи, међутим, не посједују неограничену стваралачку слободу, „историја или облик праксе или предмета ограничавају расположива тумачења, иако карактер тих ограничења захтијева пажљиву процјену...“⁷³

68 Ronald Dworkin, *Law’s Empire*, (Cambridge, Massachusetts – London, England: Harvard University Press, 1986), 50.

69 *Ibid*, 315.

70 *Ibid*;

71 *Ibid*; 315-316.

72 *Ibid*; 52.

73 *Ibid*;

Голдсворти упозорава на три разлога зашто је концепција конструктивног тумачења непријатељска у односу на оригинализам. Први разлог јесте чињеница да конструктивно тумачење настоји идентификовати схватање правде и правичности „персонификоване заједнице“, при чему се оно не руководи менталним стањима појединаца. Други разлог огледа се у чињеници да конструктивно тумачење закон који се тумачи не посматра изоловано у односу на остатак права. Трећи, и по Голдсвортију најважнији разлог зашто је конструктивна интерпретација супротстављена оригинализму, јесте што се конструктивни модел тумачења руководи садашњом, а не прошлом посвећеношћу заједнице извјесној концепцији правде и правичности.⁷⁴ Овај модел интерпретације негира став конверзацијског тумачења да постоји „извјесни тренутак у историји ... у ком је значење закона једном за свагда фиксирано“, „одређени тренутак у ком је закон рођен и стекао укупно и једино значење које ће икада имати“.⁷⁵

Приликом одређивања између више могућих схватања апстрактног принципа употребљеног у законском одн. уставном тексту (конструктивно тумачење, како истиче Бринк (Brink), подразумејева раније дефинисану разлику између „појмова“ и „схватања“), тумач треба да поштује два критеријума: „усклађености“ (fit) датог схватања са постојећим нормативним оквиром (праксом) и његове „прихватљивости“, одн. моралне оправданости.

Једно схватање апстрактног појма сматраће се „усклађеним“ у оној мјери у којој одговара интерпретативним подацима и објашњава различите њихове карактеристике. Уколико је ријеч о правним одредбама, као што су законске или уставне одредбе, чије доношење је спроведено на институционализован начин, ова процјена обухватиће „објашњавање контекста одредбе, језика одредбе и накнадних тумачења дате одредбе“.⁷⁶ Извјесно схватање боље ће одговарати интерпретативној грађи у односу на друга, уколико подразумејева мањи број грешака унутар ове грађе.⁷⁷ „Прихватљивост“ се, с друге стране, односи на степен у ком је „објашњење природе и проширења основног појма атрактивно и одбрањиво“.⁷⁸ Могућа су различита мјерила „прихватљивости“, попут правде, правичности, корисности или ефикасности. „Прихватљивост“ ће зависити од тога које се мјерило сматра прикладним за постојећи интерпретативни контекст и које

74 Goldsworthy, „Dworkin as an Originalist“, 59.

75 Dworkin, *Law's Empire*, наведено према *Ibid*;

76 Brink, „Originalism and Constructive Interpretation“, 289.

77 *Ibid*;

78 *Ibid*;

схватање највише одговара датом мјерилу.⁷⁹ Конструктивно тумачење не захтијева да се тумач определијели за морално најприхватљивије схватање, јер би то значило да је критеријум „усклађености“ игнорисан. Само међу оним значењима норме која достижу праг усклађености са интерпретативном грађом, треба бити тражено значење које је морално најбоље. Из наведеног слиједи да учинити одређено правило „најбољим какво може да буде“, посредством метода конструктивне интерпретације, не подразумева, нужно, морално перфектан резултат.⁸⁰

Негативан став према тумачењу заснованом на испитивању намјера твораца норме, Дворкинзаступа и у позном дјелу *Правда за јежеве* (називајући такав облик тумачења колаборативним тумачењем) . „У правном тумачењу“, констатује Дворкин, „не доминирају стварна ментална стања законодаваца и других званичника, јер најбоље разумијевање сврхе тумачења закона и других правних података чини небитном већину онога што ти званичници стварно мисле или намјеравају“.⁸¹ Колаборативном тумачењу Дворкин супротставља модел концептуалне интерпретације, који подразумева да тумач трага за „значењем појма које је креирано и изнова стварано, не од стране појединачног аутора, већ од стране заједнице којој појам припада“.⁸²

5. ДВОРКИН V. СКАЛИЈА (ДА ЛИ ЈЕ ДВОРКИН ПОСТАО ОРИГИНАЛИСТ?)

Разлог зашто се Дворкиново име почиње наводити међу оригиналистима, представљају његови коментари на Скалијину верзију оригинализма изложену у дјелу *Ствар тумачења* (у истој публикацији објављени су и Дворкинови коментари, као и Скалијина реакција на његове критике). У овом тексту, Дворкин се највише до тада „приближио формулисању сопствене концепције тумачења у оригиналистичким изразима, као одговор на Скалијину текстуалистичку или семантичку форму оригинализма“⁸³. Средишњи став који Скалија заступа у *Ствари тумачења*, јесте да „владавина права у уставној демократији захтијева да се тумачење демократски доне-

⁷⁹ *Ibid*;

⁸⁰ Lawrence A. Alexander, “Striking Back at the Empire: A Brief Survey of Problems in Dworkin’s Theory of Law”, *Law and Philosophy* 6, 1987, 423-425, наведено према Lawrence A. Alexander, “Was Dworkin an Originalist?”, *The Legacy of Ronald Dworkin* (eds. Wil Waluchow and Steffan Sciaraffa), (Oxford University Press, 2016), 301-302.

⁸¹ Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (Cambridge Massachusetts – London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011), 149-150.

⁸² *Ibid*; 136.

⁸³ Brink, “Originalism and Constructive Interpretation“, 285.

сеног закона ограничи изворним значењем правног текста, примијењеним на садашње околности, радије него помоћу вантекстуалних извора, као што су намјере састављача или прошли и садашњи политички идеали“⁸⁴.

У „Коментару“ на Скалијине тврдње, Дворкин говори о „двје форме оригинализма: „семантичком“ оригинализму, који захтијева да одредбе које додјељују права буду тумачене тако да кажу оно што су њихови творци намјеравали рећи, и „оригинализму намјера“, који сматра да ове одредбе треба разумјети тако да имају посљедице које су њихови творци очекивали да ће их имати“.⁸⁵ Разлику између ова два облика оригинализма, Дворкин објашњава на примјеру чувене одлуке Врховног суда у предмету *Brown v. Board of Education* (забрана расне сегрегације унутар школског система). У вријеме усвајања 14. амандмана на Устав САД, чија „клаузула о једнакости“ је представљала основ за доношење поменуте одлуке, већина чланова Конгреса подржавала је расну сегрегацију. Тумач који би се приклонио „оригинализму намјера“ закључио би да 14. амандман допушта расну сегрегацију ученика. „Семантички оригинализам“ води супротном закључку. Како упозорава Дворкин, „не постоји увјерљиво тумачење онога што су ови државници намјеравали да кажу, употребивши ријечи „једнака законска заштита“, што нам даје право за закључак да су они прогласили сегрегацију уставном“.⁸⁶ Најбоље разумијевање „семантичких намјера“ твораца уставне одредбе, претпоставља да је њихов циљ био да пропишу општи принцип политичког морала који осуђује расну сегрегацију.⁸⁷

Позивање на апстрактне појмове (принципе), као садржину неодређених уставних одредби, и даље је присутно, с тим што су Дворкинови ставови сада обавијени рухом оригиналистичке терминологије. Примјена апстрактних нормативних принципа на конкретне случајеве, захтијева непрекидно доношење „свјежих“ судова о њиховом значењу, „не у покушају да се пронађу замјене за оно што Устав говори, већ из поштовања за оно што он говори“.⁸⁸ Дворкинов став о потреби за „моралним и принципијелним тумачењем Устава“, у супротности је са Скалијином тврдњом да 1. амандман треба да буде тумачен не као апстрактан, већ као временски датиран, као „да гарантује само она права за која би се генерално сматрало да их штити у вријеме када је донесен“.⁸⁹

84 *Ibid*;

85 Ronald Dworkin, "Comment", *A Matter of Interpretation*, Antonin Scalia et al., (Princeton: Princeton University Press, 1997), 119.

86 *Ibid*; 119.

87 *Ibid*; 119.

88 *Ibid*; 122.

89 *Ibid*; 123.

6. ЗАКЉУЧАК

Начин на који ће Дворкинова теорија уставне интерпретације бити класификована, зависи од усвојеног значења термина оригинализам. Из дијела рада у коме су представљене различите форме оригинализма, видљиво је да се овом појму приписују различита значења, при чему он, неријетко, бива тумачен на крајње „либералан“ начин (као примјер може се навести тзв. „слаби“ оригинализам, под чији кишобран је могуће подвести различите моделе интерпретације устава, као и „нови“ оригинализам). У том смислу, заиста, могуће је пронаћи аргументе који Дворкинову теорију тумачења устава повезују са извјесним облицима оригинализма, па чак и означити га као оригиналисту. Како истиче Флеминг: „Ако оригинализам дефинишемо довољно инклузивно, можемо рећи да смо сада, евидентно, сви оригиналисти“.⁹⁰ Али усвајањем „инклузивне“ дефиниције оригинализма, упозорава овај аутор, „можемо више да прикријемо наше разлике, него да разјаснимо заједнички основ“.⁹¹

Дворкинов модел уставне интерпретације, с оригинализмом схваћеним у традиционалном смислу нема превише додирних тачака. Чињеница да Дворкин инсистира на поштовању семантичких намјера творца уставних норми, резултат је потребе да буде избјегнута опасност од утапања у крајност произвољног одлучивања и брисање границе између тумачења норми и њиховог стварања. Стога и акценат на везаности судије текстом норме. Дворкинов оригинализам, међутим, ограничава се на идентификовање апстрактних појмова садржаних у уставним одредбама. Утврђивање њиховог одговарајућег схватања у појединачним случајевима, подразумијева доношење „свјежих“ судова о томе која је концепција употребљеног појма морално најприхватљивија. Чињеница да је схватање које треба примјенити у конкретном случају ситуирано у садашњем тренутку, прави јасан отклон у односу на оригинализам. Стога за повезивање Дворкина са оригиналистичким учењем, осим уколико се оно тумачи крајње флексибилно, нема довољно оправдања.

ЛИТЕРАТУРА

- Arato, Andrew. *Post Sovereign Constitution Making: Learning and Legitimacy*, Oxford: University Press, 2016.
- Berman, Mitchell N. „Originalism is Bunk“, *New York University Law Review*, Vol. 84. No. 1, (2009).

⁹⁰ Fleming, „Are We all Originalists Now: I Hope Not“, 1787.

⁹¹ *Ibid*; 1788.

- Böckenförde Ernst W. *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, Vol. 1, (eds. Mirjam Künkler and Tine Stein). Oxford: University Press, 2017.
- Vorländer, Hans. „Супремација устава. О односу напетости између демократије и конституционализма“, *Политичка мисао*, Vol. XXXVIII, Загреб, (2001).
- Greene, Jamal. “The Case for Original Intent”, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 80, (2011-2012).
- Dworkin, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, Cambridge Massachusetts, London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 1986.
- Dworkin, Ronald. *A Matter of Principles, 9th printing*. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 2000.
- Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.
- Goldsworthy, Jeffrey. „Dworkin as an Originalist“, *Constitutional Commentary*, 17, (2000).
- McGinnis, John O. and Rappaport, Michael B. *Originalism and the Good Constitution*. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2013.
- Kesavan Vasand Paulsen, Michael S. “The Interpretive Force of the Constitution’s Secret Drafting History”, *The Georgetown Law Journal*, Vol. 91, (2003).
- Kriele, Martin. *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, 2. Auflage, Westdeutscher Verlag, 1981.
- Schmitt, Carl. *Constitutional Theory*. Durham and London: Duke University Press, 2008.
- Fleming, James E. „The Balkinization of Originalism“, *University of Illinois Law Review*, (2012), 670.
- Fleming, James E. „Fidelity, Change, and the Good Constitution”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 62, No. 3 (2014).
- Waluchow, Willand Sciaraffa, Steffan (Eds.). *The Legacy of Ronald Dworkin*. Oxford University Press, 2016.
- Huscroft, Grant and Miller, Bradley W. (Eds.). *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*, Cambridge University Press, 2011.

DWORKIN ON ORIGINALISM IN THE INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION

Igor Milinkovic⁹²

Faculty of Law, University of Banja Luka

Abstract: *Ronald Dworkin is one of the most influential legal theorists and philosophers of law, whose legal thought marked the second half of the XX and the beginning of the XXI century. One of the topics that Dworkin intensively dealt with during his career was a problem of the interpretation of the constitution. After the introductory part of the article explains the importance of the constitution, as a fundamental legal act, and the special responsibility of the interpreters of the constitutional provisions that arises from such significance, the subject of analysis will be Dworkin's understanding of the interpretation of the constitution. Although Dworkin was known as one of the most prominent critics of originalism (as a special model of constitutional interpretation), his criticisms of the Scalia's version of originalist theory have influenced some authors to include him among the representatives of originalism. After presenting the development of Dworkin's views on the interpretation of the constitution, the paper will highlight the differences between his views and originalism.*

Key words: *constitution, interpretation, Dworkin, originalism;*

92 Associate professor, Faculty of Law, University of Banja Luka. E-mail: igor.milinkovic@pf.unibl.org