



VYTAUTO DIDŽIOJO UNIVERSITETAS

TEISĖS FAKULTETAS

Tomas Juodeikis

**AR TEISMINIS AKTYVIZMAS KONSTITUCINĖJE JURISPRUDENCIJOJE
PRIEŠTARAUJA DEMOKRATIJOS IR TEISINĖS VALSTYBĖS
REIKALAVIMAMS?**

Magistro baigiamasis darbas

Teisės vientisųjų studijų programa, valstybinis kodas 60101S103

Vadovas (-ė) _____ (Moksl. laipsnis, vardas, pavardė) _____ (Parašas) _____ (Data)

Apginta _____ (Fakulteto dekanas) _____ (Parašas) _____ (Data)

Kaunas, 2012

TURINYS

| | |
|--|----|
| SANTRAUKA | 3 |
| SUMMARY | 4 |
| ĮVADAS | 8 |
| 1. TEISINĖS VALSTYBĖS PROBLEMATIKA | 10 |
| 1.1 Teisinės valstybės apibrėžimo problema | 10 |
| 1.2 Konstitucionalizmo demokratiškumo problema..... | 12 |
| 1.3 Konstitucinės teisės apibrėžtumo problema | 15 |
| 1.4 Teisės aiškinimo ir teisėkūros takoskyros problema | 17 |
| 2. TEISMINIO AKTYVIZMO APIBRĖŽIMAS | 20 |
| 2.1 Genezės ir semantinė analizė..... | 21 |
| 2.2 Apibrėžtumo problemų suformavimas | 23 |
| 2.3 Sąvokos apibrėžimo formulavimas | 24 |
| 3. TEISMINIO AKTYVIZMO VERTINIMAS | 27 |
| 3.1 Idealybė kaip teismo aktyvizmo neigimas | 29 |
| 3.1.1 Demokratijos reikalavimai | 29 |
| 3.1.2 Teisinės valstybės reikalavimai | 31 |
| 3.2 Realybė kaip teismo aktyvizmo pripažinimas..... | 33 |
| 3.2.1 „Kompleksiškumo“ erdvė kaip idealų neigimas | 33 |
| 3.2.2 Sociologinė teisės samprata..... | 35 |
| 3.3 Idealų ir realybės santykis | 37 |
| 3.3.1 Simbolizacijos funkcija | 38 |
| 3.3.2. Demokratija ir teisinė valstybė kaip simboliai | 40 |
| IŠVADOS..... | 43 |
| LITERATŪROS SĄRAŠAS..... | 45 |

SANTRAUKA

Darbe pagrindinis dėmesys skiriamas deramų konstitucinių teismų teisėjų elgesio aiškinant rašytinių konstitucijų tekstus standartų polemikai. Šiame kontekste magistro tezės pagrindiniu objektu būtent ir pasirenkamas vienas iš tokių standartų – teisminis aktyvizmas. Siekiama įvertinti ar šis standartas atitinka demokratijos ir teisinės valstybės keliamus reikalavimus konstitucinės jurisprudencijos kontekste. Sekant iš to, suformuojama darbo hipotezė: teisminis aktyvizmas konstitucinėje jurisprudencijoje prieštarauja demokratijos ir teisinės valstybės reikalavimams.

Siekiant pagrindinio darbo tikslo, pirmiausia tyrinėjamas platesnis konstitucinės jurisprudencijos problemų ratas. Nagrinėjamos teisminės valstybės apibrėžtumo, demokratijos ir konstitucionalizmo santykio, konstitucijos tekstiškumo, teisės aiškinimo ir teisėkūros takoskyros problemos. Antrame darbo skyriuje atskleidžiama teismo aktyvizmo apibrėžimo problema. Remiantis mokslinės literatūros analize, tiriama termino genezė ir vartojimo atvejai, formuojama teismo aktyvizmo samprata. Nustatoma, kad teisminis aktyvizmas – teisėjo vidiniu įsitikinimu pagrįstas pasirinkimas teisinį ginčą išspręsti pozityvios teisėkūros priemonėmis, kai esant tam tikroms bylos faktinėms ir teisinėms aplinkybėms egzistuoja „subjektyvi“ diskrecija.

Toliau pereinama prie teismo aktyvizmo vertinimo. Pristatomos teismo aktyvizmą neigiančios demokratijos ir teisinės valstybės idėjos, grindžiamos formalistine, iš dalies pozityvia, teisės samprata, bei teismo aktyvizmą pripažįstanti ir priešininkų idėjas neigianti kritika, grindžiama sociologine teisės samprata. Remiantis prancūzų ir vokiečių filosofų išvalgomis konstatuojama, kad santykis tarp minėtų demokratijos ir teisinės valstybės idėjų bei jų kritikos yra analogiškas santykiui tarp idealybės ir realybės. Kitais žodžiais tariant, pripažįstama, kad santykis yra simbolinis. Vadovaujantis apibrėžta simbolizacijos funkcija, performuluojamos teismo aktyvizmą neigiančios idėjos – nustatomas realybę medituojantis ir aproksimuojantis šių idėjų pobūdis. Performuluotų idėjų išdavoje pripažįstamas teisės aiškinimo pirmumas prieš teismo aktyvizmą. Magistro tezės hipotezė pasitvirtina: teisminis aktyvizmas iš tiesų prieštarauja demokratijos ir teisinės valstybės reikalavimams.

SUMMARY

“If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary.”¹ As men are not angels, we have democracy as a form of government. As the representatives of democratic government are not angels, we have constitution restricting the power of representative government. In democratic Western countries the control of constitutional constraints and restrictions on government is usually entrusted to judicial branch of government. Lithuania is no exception. On the other hand if people are controlled by a government and a government is restricted by the constitution, the adherence to which is guarded by the court, many people ask the question raised by Roman poet Decimus Iunius Juvenali: “Who will guard the guardians themselves?”². Philosophical, Political and Legal Sciences have been trying to solve this dilemma since the ancient times. One of the forms of such polemic, acquired in the discourse of constitutional jurisprudence, is adequate and appropriate behaviour standards for judges in constitutional courts interpreting texts of written constitutions. In academic legal literature these discussions on the requirements for proper interpretation of legislation usually are covered with terms of “judicial activism” and “judicial restrain”.

Judicial activism, one of the above standards, is selected as the object of the present Master Thesis. The aim is to assess whether or not this standard meets the requirements of democracy and law-based state in the context of constitutional jurisprudence. As a result the hypothesis of the thesis is formulated as follows: judicial activism in constitutional jurisprudence contradicts the requirements of democracy and law-based state.

The analysis starts with an insight that constitutional issues and lexicon are holistic. Thus the first chapter of the thesis primarily analyzes wider problems of constitutional jurisprudence discourse: definition of a law-based state, relation between constitutionalism and democracy, textual certainty of the constitution, difference between legal interpretation and law-making. Following the analysis of these problems, conclusions were made relevant for further assessment of judicial activism; the most important of them are worth to be mentioned here. First, formal and substantial features of the concept of law-based state were identified. It was revealed that the problem of defying a law-based state becomes a problem of defying the law as depending on the concept of law one group of features or another of a law-based state is articulated. Second, it was shown that the antithesis between constitutionalism and democracy is twofold. On the one hand, constitutionalism is faced with the problem of democratic foundation – constitutionalism at least in

¹ James Madison, The Federalist Papers No. 51, qn.: Scott Fruehwald, *If Men were Angels: The New Judicial Activism in Theory and Practice*, 83 Marq. L. Rev. 435 (1999), p. 435.

² Robert G. Natelson, *A Reminder: The Constitutional Values of Sympathy and Independence*, 91 Ky L.J. 353 (2002-2003), p. 404.

a procedurally legitimate sense cannot institutionalize itself in a democratic way. On the other hand, constitutionalism removes political issues from the field of democratic decisions, which also includes a catalogue of human rights. It is concluded that the relation between constitutionalism and democracy is not antagonistic – constitutionalism and democracy are only in a constant tension. This tension is expressed as a problem of justification of authority of the constitution and as a competition between positive and negative liberties. Third, it is shown that constitutional law consists of both written and non-written legal norms and that the quantitative relation between them directly depends on the concept of law. Fourth, it is stated that the separation of legal interpretation and law-making is a question of degree, therefore textual criteria is chosen as a point of difference for heuristic purposes. In this way a conclusion is drawn that linguistic, historic and contextual methods as methods of legal interpretation should be associated more with derivation of law from a text and classified as legal interpretation, while dynamic and other creative methods of legal interpretation should be less associated with derivation of law from text and more associated with law-making.

The second chapter of the thesis focuses on the definition of judicial activism. After carrying out the semantic analysis and genesis analysis of the term, it is indicated that although this concept has started to be used very recently, a long and wide history of its meaning, sudden popularity and eclectic expansion in the field of usage caused the problem of judicial activism definition. On the basis of literary analysis the problem of definition is solved by removing part of meanings from the field of concept of the term. Then the remaining meanings of judicial activism are processed and the term is defined. Judicial activism is a choice based on judge's inner belief to settle a legal dispute with positive law-making means when a “subjective” discretion exists in certain factual and legal circumstances. In this context “subjective” discretion is defined as the existence of grounded disagreements on a certain legal issue in the society of lawyers. This is how the concept of judicial activism is dissociated from the issue of “objective” discretion, the possibility of existence of discretion of judges in a legal discourse.

Judicial activism having been defined, the assessment of the standard of such behavior of judges is performed in the third part of the thesis. It is shown that the assessment of judicial activism depends on the definition of democracy and law-based state, and this in return, as indicated above, depends on the concept of law. In accordance with these regularities, first of all ideas of democracy and law-based state are introduced, based on formalistic, partly positivist concept of law, and denying judicial activism. A chain of the following statements is formed, in accordance with these democratic and law-based state ideas, which does not leave space for judicial law-making: a nation must self-govern itself under the conditions of democratic regime; self-government of a nation is expressed through the will of the people, a political unity of the nation;

the will of the nation is transferred to a constitution by creating normative unity of the nation; the written constitution is a clear, consistent, defined, finite system of rules, providing solutions for every factual situation; the court has only to apply these judicial, constitutional rules expressed in a text – the analysis of facts in the case and valuable arguments are not possible.

Further the criticism of proponents of judicial activism is provided, on the basis of which the ideas of democracy and law-based state of the opponents of judicial activism are denied. The formalistic concept of law is replaced with realistic/sociological concept of law. Sociology is used to provide a number of criteria that lead to the formulation of statements acknowledging judicial activism: a nation must self-govern itself under the conditions of democratic regime; however, it is often the case that a nation fails to form a common will – there is no political unity; even if the nation forms a common will, then it is often the case that the will is not transferred to the constitution; even when a nation's will is transferred to the constitution, this will cannot be determined by interpreting the text linguistically as there are gaps in the law, and law as a system of rules is obscure, chaotic, undefined and open; the court seeking to implement a democratic requirement of nation's self-government, to find the legal norms common to all, must carry out the analysis of facts in a case and ground the decisions on political, moral and rationalistic values.

This does not conclude the assessment of judicial activism. According to the insights of French and German philosophers, it is shown that the relation between the criticism of ideas of judicial activism opponents and mentioned ideas of judicial activism proponents is analogical to the relation between ideality and reality, between a symbolic and existing order. It is claimed that the ideas of democracy and law-based state, based on formalistic concept of law, should be understood as “symbolic orders”. It is admitted that the relations between law and government cannot be the object of knowing in a strict sense, symbology is necessary in order to comprehend them. In this context to symbolize means to mediate and approximate reality by replacing substances with functions. In this way the function of symbology is to define the indefinable, to limit the unlimited. The comprehension of ideas of democracy and law-based state, denying activism, as symbolic order reformulates the statements of judicial activism critics: nation's will, political unity of a nation primarily can be comprehended only through normative unity of a nation; normative unity of a nation primarily can be understood only through positive/textual expression of legislation. The most important thing is that its function is not denied, but at the same time it does not make the reality absolute and only simplifies it to an appropriate level through mediation and approximation. The thesis states that this precedence of the text derives from the common agreement of the people, appearing in the constitutions during the historic Age of Enlightenment, to record the meaning of law in systematized written codes and (a bit later) in constitutions, as people's desire to limit and define the complex reality. On the basis of that conclusion is made that democracy and law-based

state as a “symbolic order” prioritize the interpreting of law rather than judicial law-making. Thus hypothesis is confirmed: judicial activism in constitutional jurisprudence contradicts the requirements of democracy and law-based state.

IVADAS

„Jeigu žmonės būtų angelai, valdžia būtų nereikalinga. Jei angelai valdytų žmones, nei vidiniai, nei išoriniai valdžios apribojimai būtų nereikalingi.“³ Kadangi žmonės nėra angelai, mes turime demokratiją kaip valdžios formą. Kadangi demokratinės valdžios atstovai nėra angelai, mes turime konstituciją, ribojančią atstovų valdžios galias. Demokratinėse Vakarų valstybėse konstitucinių valdžios suvaržymų ir apribojimų kontrolė paprastai patikima teisminei valdžios šakai. Ne išimtis – ir Lietuva. Kita vertus, jei žmonės kontroliuoja valdžią, o valdžią riboja konstitucija, kurios laikymąsi sergi teismas, dažnam iš mūsų kyla klasikinis romėnų poeto Decimus Iunius Iuvenalis klausimas: „kas sergi pačius sergėtojus?“⁴. Filosofijos, politikos ir teisės mokslai šią dilemą sprendžia nuo neatmenamų laikų. Viena iš tokios polemikos formų, įgyjamų konstitucinės jurisprudencijos diskurse, yra tinkami ir priderami konstitucinių teismų teisėjų elgesio aiškinant rašytinių konstitucijų tekstus standartai. Akademiniame teisinėje literatūroje šios diskusijos dėl tinkamo teisės aktų aiškinimo reikalavimų „įvelkamos“ į terminus „teisminis aktyvizmas“ ir „rezervuota teisminė justicija“.

Problematika: Teisminis aktyvizmas pripažįsta teismo kompetenciją ne tik aiškinti, bet ir kurti teisę. Šiame kontekste kyla pagrindinė darbo problema. Vienų mokslininkų teigimu, demokratinėje teisinėje valstybėje teisėkūros galios yra suteikiamos tik tautai ir jų išrinktiems atstovams. Be to, tvirtinama, kad šios galios yra ribojamos konstitucijos. Tokiu būdu, prieinama išvados, kad teisiniu aktyvizmu uzurpuojama tautos ir jų išrinktų atstovų galia kurti teisę, o teisminė teisėkūra mažiausiai institucine prasme tampa neribota. Kitų mokslininkų teigimu, siekiant apsaugoti demokratinės ir teisinės valstybės vertybes, teisminė teisėkūra ne tik neišvengiama, bet ir būtina. Atskleidžiama pagrindinė darbo problematikos esmė – nevienodas akademinis demokratijos ir teisinės valstybės reikalavimų teisminei valdžiai supratimas. Šią problemą apsunkina ir tai, kad pats teisminis aktyvizmas nėra vienareikšmiškai apibrėžiamas.

Temos aktualumas ir naujumas: Teisminio aktyvizmo tematika anglosaksų šalyse yra sena, nagrinėjama labai plačiai ir įvairiuose lygmenyse.⁵ Vis dėlto, šiose šalyse paskutiniu metu pastebima stiprėjanti tendencija šį teisėjų elgesio standartą vertinti kritiškai. Štai visai neseniai Jungtinių Amerikos Valstijų prezidentas Barak Obama įspėjo valstybės Aukščiausiojo Teismo teisėjus, kad jiems pripažinus socialinės rūpybos ir sveikatos apsaugos įstatymus prieštaraujančius

³ James Madison, *The Federalist Papers* No. 51, citata tekste: Scott Fruehwald, *If Men were Angels: The New Judicial Activism in Theory and Practice*, 83 Marq. L. Rev. 435 (1999), p. 435.

⁴ Autoriaus versta iš: Robert G. Natelson, *A Reminder: The Constitutional Values of Sympathy and Independence*, 91 Ky L.J. 353 (2002-2003), p. 404.

⁵ Keenan D. Kmiec nurodo, kad per paskutinį praeito amžiaus dešimtmetį terminai „teisminis aktyvizmas“ ir „teisminis aktyvistas“ randami 3815 Westlaw duomenų bazės žurnaluose ir teisės apžvalgų straipsniuose, o per pirmus dvidešimt pirmo amžiaus keturis metus – 1817 straipsniuose, mintis tekste: p.1442.

konstitucijai, visuomenėje jie būtų įvertinti kaip teisminiai aktyvistai, negerbiantys teisės viešpatavimo principo. Tuo tarpu Lietuvoje teismo aktyvizmo tematika tik dabar pradeda surasti tinkamą vietą doktriniame lygmenyje. Nors kaip pastebi dr. doc. Tomas Berkmanas, paskutiniu metu dalis mokslininkų atsargiau vertina teismo aktyvizmą,⁶ tačiau galima konstatuoti, kad konstitucinės jurisprudencijos diskurse teismo aktyvizmas kol kas pripažįstamas kaip demokratijos ir teisinės valstybės panacėja, pamirštant pavojus, kuriuos šis reiškinys implikuoja. Nepakankamas ir neadekvatus teismo aktyvizmo vertinimas Lietuvos konstitucinės teisės diskurse formuoja šio darbo temos aktualumą ir naujumą.

Hipotezė: Teismo aktyvizmas konstitucinėje jurisprudencijoje prieštarauja demokratijos ir teisinės valstybės reikalavimams.

Tikslas: Nustatyti demokratijos ir teisinės valstybės reikalavimus teisminei valdžiai ir įvertinti teismo aktyvizmo atitikimą šiems reikalavimams.

Uždaviniai:

1. Išnagrinėti pagrindines konstitucinės jurisprudencijos problemas, liečiančias teismo valdžios vaidmenį, aiškinant konstituciją.
2. Apibrėžti teismo aktyvizmą ir išskirti pagrindinius jo bruožus.
3. Atlikti teismo aktyvizmo kritikų argumentų analizę.
4. Atlikti teismo aktyvizmo šalininkų argumentų analizę.
5. Nustatyti ir apibrėžti demokratijos ir teisinės valstybės reikalavimus, keliamus teismo valdžios šakai.
6. Įvertinti teismo aktyvizmo atitikimą reikalavimams ir pateikti vertinimo išvadas.

Tyrimo objektas: Teismo aktyvizmas konstitucinėje jurisprudencijoje kaip teismo valdžios vaidmens aiškinant teisę modelis.

Tyrimo dalykas: Teismo aktyvizmo atiktis demokratijos ir teisinės valstybės reikalavimams.

Metodai: Siekiant darbo tikslo ir įgyvendinant iškeltus uždavinius darbe atliekama mokslinės literatūros, sąvokų, palyginamoji ir teorinė analizė.

Tyrimo ribos: Darbe tiriami ir nagrinėjami bendri teiginiai apie teismo aktyvizmą, konstitucingumo kontrolę, demokratijos ir teisinės valstybės reikalavimus – konkretaus atvejo analizė neatliekama. Atskiri atvejai pateikiami tik kaip pavyzdžiai bendriems teiginiams iliustruoti.

Struktūra: Darbą sudaro trys skyriai. **Pirmame skyriuje** nagrinėjamos konstitucinės jurisprudencijos problemos betarpiškai liečiančios teismo valdžios vaidmens problematiką: teisinės valstybės apibrėžimas, konstitucionalizmo ir demokratijos santykis, konstitucijos tekstinis apibrėžtumas, teisės aiškinimo ir teisėkūros takoskyra. **Antrame skyriuje** apibrėžiamas teismo

⁶ p. 114, žr. išnašą 3.

aktyvizmas ir išskiriami pagrindiniai jo bruožai. **Trečiame skyriuje** pirmiausia pateikiami teismo aktyvizmo priešininkų demokratinės ir teisinės valstybės reikalavimai, neigiantys teismo aktyvizmą. Toliau pateikiama teismo aktyvizmo šalininkų kritika pateiktiems demokratijos ir teisinės valstybės reikalavimams. Galiausiai nustatomas ryšys tarp teismo aktyvizmo priešininkų ir kritikų pozicijų, performuluojami demokratijos ir teisinės valstybės reikalavimai, pateikiamas vertinimas ir išvados.

1. TEISINĖS VALSTYBĖS PROBLEMATIKA

Profesorius Egidijus Kūris, pristatydamas profesoriaus Jan-Erik Lane knygą „Konstitucija ir politikos teorija“, atkreipia dėmesį į minėto mokslininko įžvalgą, kad doktriniame lygmenyje moderni konstitucinė teorija mokslinėje literatūroje pateikiama nesistemiškai, fragmentiškai, yra kompiliacinio pobūdžio, geriausiu atveju eklektiška.⁷ Nors E. Kūris pripažįsta problemą, tačiau jos nesureiškina. Vis dėlto, autoriaus nuomone, Jan-Erick Lane holistinis požiūris analizuojant konkrečias konstitucinės teisės problemas, – šiuo atveju teismo aktyvizmo problematiką, – svarbus. Nors Lane laiko, kad „... konstitucionalizmas yra daugiau nei teisė, ir daugiau nei politikos mokslas *per se*“⁸, šiame darbe nesiekama tokių plačių tikslų, tai yra pateikti požiūrį aprašantį visus konstitucijų ir konstitucionalizmo aspektus. Autorius veikia vadovaujasi nuostata, kad „[k]onstitucinės teisės ir teorijos [problematika ir] leksikonas yra „holistinis““⁹. Kitais žodžiais tariant, analizuojant teisėjų vaidmenį aiškinant teisės aktus ir siekiant pozityvaus rezultato, autoriaus nuomone negalima išvengti platesnio teisės ir politikos problemų ir sąvokų lauko. Tokiu būdu, šioje dalyje pristatomos konstitucinio diskurso sąvokos ir problemos, kurios neišvengiamai susijusios su teismo aktyvizmo fenomenu.

1.1 Teisinės valstybės apibrėžimo problema

Analizė pradedama nuo teisinės valstybės koncepto pristatymo. Teisinės valstybės idėja, kuri anglosaksų šalyse išreiškiama žodžių junginiu „rule of law“, Prancūzijoje – „état de droit“, Italijoje – „stato di diritto“, Vokietijoje – „rechtsstaat“, Ispanijoje – „estado de derecho“, yra plačiai

⁷ Jan-Eric Lane, *Konstitucija ir politikos teorija*, vert. Egidijus Kūris (Kaunas: Naujasis lankas, 2003), p. 10.

⁸ Citata tekste: Ten pat, p. 14.

⁹ Robert Justin Lipkin, *We are all judicial activists now*, 77 U. Cin. L. Rev. 181 (2008), p. 187.

įsišaknijusi visose Vakarų valstybėse.¹⁰ Tačiau plati šios idėjos sklaida realybėje negarantuoja vienodo jos supratimo. Kitais žodžiais tariant, platus šios idėjos akceptavimas nesuponuoja minties, kad „... sąvoka atskirų valstybių kontekstuose suprantama identiškai“¹¹. Su šia įžvalga galima sutikti. Esamybės srityje sąvokos „teisinė valstybė“ daugiaplanę sampratą diktuoja skirtinga jos realizavimo praktikos įvairovė.¹² Atsižvelgiant į tai, galima žengti dvejais keliais. Pirmas kelias – teisinę valstybę apibrėžti pasirinktame valstybės kontekste. Toks kelias hipotezės atžvilgiu rizikingas – teisminės valstybės sąvoka konkrečiame diskurse gali *a priori* inkorporuoti teisinią aktyvizmą kaip teisminę praktiką. Tokiu būdu, teismo aktyvizmo vertinimas priklausytų nuo teisminės valstybės supratimo atitinkamoje visuomenėje. Autorius seka antruoju profesoriaus Alfonso Vaišvilos keliu – pristatant teisinės valstybės sampratą, apsiribojama tokios valstybės „... požymiai[s] ir tik tokiu mastu, kiek tai būtina siekiant suformuluoti bendrąjį teisinės valstybės modelį (požymių sistemą)...“¹³. Tai yra atsisakant monomorfinės teisinės valstybės sampratos paieškos, jau privalomybės srityje formuojami ir išskiriami bendri teisinės valstybės reikalavimai, kuriuos turėtų apimti analizuojamas terminas.¹⁴ Iškeltos hipotezės kontekste toks kelias palankesnis.

Tiek užsienio, tiek Lietuvos teisės doktrinoje sutartinai išskiriamos dvi teisinės valstybės požymių grupės: formalioji ir turiningoji.¹⁵ Iš vienos pusės, galima sutikti su A. Vaišvilos teiginiu, kad šių požymių grupės žymi skirtingus raidos etapus ir šiuolaikinės valstybės samprata apima abiejų grupių bruožus.¹⁶ Tokiu būdu, išskiriami analizuojamos sąvokos formalūs požymiai turėtų apimti trijų valdžios šakų atskyrimą¹⁷, konstitucionalizmą¹⁸, teisėtumą¹⁹, nepriklausomą teismų ir teisinės atsakomybės sistemą²⁰, o materialūs požymiai – teisės viešpatavimą, tautos suverenitetą, pilietinę teisės sampratą, prigimtines žmogaus teises.²¹ Iš kitos pusės, akademiniam lygmenyje nesutariama, kuri iš šių požymių grupių turėtų būti labiau artikuluojama, todėl požymiai negali būti analizuojami tik iš istorinės perspektyvos. Didžiausi nesutarimai kyla dėl atskirų požymių sampratos, kurių turinys priklauso nuo teisės suvokimo. Kadangi terminas „teisinė valstybė“ suponuoja distinkciją tarp „valdymo pagrįsto teise“ (ang. rule of law) ir „žmonių valdžios“ (ang.

¹⁰ Danilo Zolo, „The Rule of Law: A Critical Reappraisal“, straipsnis knygoje: P. Costa ir D. Zolo red., *The Rule of Law: History, Theory and Criticism*, (Dordrecht, The Netherlands: Springer, 2007), p. 3.

¹¹ Loammi C Blaau, *The Rechtsstaat Idea Compared with the Rule of Law as Paradigm for Protecting Human Rights*, 107 *S. African L. J.* 76 (1990), p. 76

¹² Alfonsas Vaišvila, *Teisinės valstybės koncepcija Lietuvoje*, (Vilnius: Litimo, 2000), p. 71.

¹³ Citata tekste: Ten pat, p. 71.

¹⁴ Adriaan Bedner, *An Elementary Approach to the Rule of Law*, *Hague Journal on the Rule of Law*, Vol. 2, Issue 1 (2010), p. 54.

¹⁵ Ten pat, p. 54-55.

¹⁶ Žr. išnašą 13: A. Vaišvila, *Teisinės valstybės koncepcija Lietuvoje*, p. 85.

¹⁷ Michael W. McCann ed. Gerald L. Houseman, *Judging the Constitution: Critical Essays on Judicial Lawmaking* (Glenview, Illinois: Scott, Foresman and Company, 1989), p. 125.

¹⁸ Massimo La Torre, *Constitutionalism and Legal Reasoning: A New Paradigm for the Concept of Law* (Dordrecht, The Netherlands: Springer, 2007), p. 4.

¹⁹ Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law* (Cambridge: Cambridge university press, 2004), p. 91-93.

²⁰ Žr. išnašą 13: A. Vaišvila, *Teisinės valstybės koncepcija Lietuvoje*, p. 84.

²¹ Ten pat, p. 83-84.

rule of men),²² tai teisinės valstybės apibrėžimo problema tampa teisės apibrėžimo problema. Kadangi jau anksčiau atsisakyta teisinės valstybės vienareikšmio apibrėžimo, teisės apibrėžimo problema siekiama atvaizduoti ideologinę įtampą tarp formalių ir materialių teisinės valstybės požymių.

Ši įtampa pavaizduojama išskiriant dvi teisės sampratas: vertybiškai neutralias ir vertybiškai orientuotas.²³ Vertybiškai neutralios teisės sampratos atstovai, akcentuodami formalius teisinės valstybės bruožus, teisę tapatina su įstatymu. Valstybės valdžia neturi jokių kitų galių, kaip tik tas, kurios yra nustatytos įstatymais.²⁴ Tokiu būdu, teisėtumas suprantamas formaliai – viskas teisėta, kas atitinka įstatymo „raidę“. Teisė čia tik instrumentas, kuris deklaruoja pozityviai išreikštas vertybes, tačiau nevertina jų turinio. Vadinasi, žmogaus teisių rinkinys yra toks, koks yra apibrėžtas pozityviuose teisės aktuose, pavyzdžiui konstitucijoje. Tokių nuostatų laikosi teisinio pozityvizmo atstovai.²⁵ Vertybiškai orientuotos teisės atstovai artikuliuoja turiningąjį teisinės valstybės aspektą – formalaus teisėtumo reikalavimas papildomas teisingumo reikalavimu, kur teisinga tas, kas atitinka pilietinės visuomenės vertybių sistemą.²⁶ Tokiu būdu, valstybė laikoma teisine, jei „... gina vyraujančią vertybių sistemą“²⁷. Vadinasi, „... teisė yra fundamentalesnė vertybė nei įstatymas ir ji ne visada sutampa su įstatymu“²⁸, pavyzdžiui, prigimtinių žmogaus teisės gali būti ir neišreiškiamos pozityvia teise. Teigiamas ne instrumentinis požiūris į teisę, kuris yra sutinkamas prigimtinių teisės doktrinoje. Apibendrinant šiuos požiūrius, galima atkartoti Carl Schmitt žodžius, kad terminas „... „teisinė valstybė“ gali reikšti tiek skirtingų dalykų, kiek ir pats terminas *Recht* [teisė]“²⁹. Nors teismo aktyvizmo vertinimui yra svarbi teisinės valstybės vienareikšmė samprata, šio skyriaus pagrindinis tikslas – atskleisti įtampą tarp formalių ir materialių požymių įgyvendinant pagrindines teisės funkcijas. Analizė rodo, kad ši įtampa generuojama skirtingai suprantant teisę. Teisės ir lygiagrečiai teisinės valstybės sampratos toliau vystomos plačiau kitose darbo dalyse.

1.2 Konstitucionalizmo demokratiškumo problema

²² Patrick McKinley Brennan, *Realizing the Rule of Law in the Human Subject*, 43 B.C.L. Rev. 227 (2002), p. 230.

²³ Giedrė Lastauskienė, „Vertybiškai neutrali teisės samprata. Jos ženklai Lietuvos teisinėje mintyje ir praktikoje“, *Teisės problemos* (2006, Nr.2(52)), p. 7.

²⁴ „Valstybės valdžia yra susaistoma teise ir yra draudžiamas teisminės ir įstatymo leidžiamosios valdžių politinis savavališkumas“, autoriaus versta iš: Hans-Joachim Lauth, Jenniver Sehring, Putting Deficient Rechtsstaat on the Research Agenda: Reflections on Diminished Subtypes, *Comparative Sociology* Vol. 8. No.2 (2009), p. 177.

²⁵ Alfonsas Vaišvila, „Demokratija ir teisė tapatumo požiūriu“, *Jurisprudencija* (2007, Nr.11(101)), p. 27

²⁶ Žr. išnaša 24: p. 7

²⁷ Citata tekste: ten pat, p. 7

²⁸ Citata tekste: Alfonsas Vaišvila, „Teisinis aiškinimas kaip teisės atpažinimas įstatymų tekstuose“, *Jurisprudencija* (2006, Nr.8(86)), p. 8.

²⁹ Žr. išnaša 11, P. Costa ir D. Zolo red., p. 5.

Vienas iš teisinės valstybės išskirtų požymių – konstitucionalizmas. Istorikas Don Edward Fehrenbacher konstitucionalizmą apibrėžė kaip „... idėjų, požiūrių, elgesio modelių kompleksą, plėtojantį principą, kad valdžios įgaliojimai kyla iš ir yra apriboti [aukščiausio,] fundamentalaus teisės instituto“³⁰. Panašiai konstitucionalizmą apibrėžia Frank Michelman: „... politikos suvaržymas išskylančia teise, kuri yra nepasiekama politikos [srities], kuriai [ši teisė] ir yra skirta suvaržyti – „teisėkūros teisė“ – kuri kontroliuoja, kokie įstatymai toliau gali būti leidžiami ir pagal kokias procedūras“³¹. Vadinasi, konstitucionalizmo tikslas tokiu būdu yra politikos srities, kurioje reziduoja valdžia, suvaržymas,³² arba kitais žodžiais tariant, dalies valstybės klausimų nustatymas a priori prieš pradėdant veikti valdžios institucijoms. Instrumentu, kuris panaudojamas valstybinės valdžios riboms nustatyti, tampa teisė. Šiai teisės sričiai suteikiamas ypatingas statusas – konstitucinės teisės normos įgyja viršenybę ordinarinės teisės atžvilgiu.

Demokratija, tuo tarpu, paprastai siejama su tautos suvereniteto samprata. Tokiu būdu, demokratija suprantama kaip liaudies politinė savivalda – „valstybės piliečiai patys sau nustato įstatymų, kurie kuria ir reguliuoja jų politinę asociaciją, turinį“³³. Kitais žodžiais, demokratija apibrėžiama absoliučios valdžios terminais ir taip stovi kaip priešata bandymams „primesti“ institucinius apribojimus demokratinės valios įgyvendinimui.³⁴ Konstitucionalizmas, kaip apibrėžta aukščiau, institucionalizuodamas valdžios apribojimus, siaurina ordinarinės politikos sritį. Vadinasi, konstitucionalizmas varžo tautos suvereno valiai subordinuotą valdžią. Vadinasi, konstitucionalizmo ir demokratijos santykis tariamai yra antagonistinis. Analizuojamos hipotezės kontekste, demokratijos ir teisinės valstybės įtvirtinančios konstitucionalizmo principą priešata kelia problemų: jei teisinė valstybė ir demokratija yra nesuderinamos idėjos, tai teismo aktyvizmo vertinimas, remiantis šių idėjų reikalavimais, automatiškai hipotezę patvirtins. Taigi, priešata turi būti išspręsta, priešingu atveju, tolimesnė teismo aktyvizmo analizė demokratijos ir teisinės valstybės reikalavimų kontekste prarastų prasmę.

Analizuojant šią priešatą, tikslinga detaliau nustatyti konstitucionalizmo principo turinį, tai yra sritis, kurias konstitucionalizmas pašalina iš kasdieninės politikos lauko. Santykių su demokratija išskirtinos trys tokios sritys. Pirma, konstitucija įkuria valstybę, nustato demokratinį valdymo režimą, įsteigia politinės valdžios institucijas, nustato jų galias ir kompetencijos sritis. Kitais žodžiais tariant, demokratijos sąlygomis konstitucijos institucionalizuoja demokratiją. Antra, konstitucijos įtvirtina pozityvias laisves, tai yra suteikia piliečiams teises, įgalinančias dalyvauti

³⁰ Autoriaus versta iš: Don E. Fehrenbacher, *Constitutions and Constitutionalism in the Slaveholding South*, (Athens, Georgia: University of Georgia Press, 1989), p. 1.

³¹ Autoriaus versta iš: žr. išnašą 34: Frank I. Michelman, *The 1996-97 Brennan Center Symposium Lecture*, p. 400.

³² Walter F. Murphy, *Civil Law, Common Law, and Constitutional Democracy*, 52 La. L. Rev. 91 (1991), p. 109.

³³ Autoriaus versta iš: Frank I. Michelman, *The 1996-97 Brennan Center Symposium Lecture*, 86 Cal. L. Rev. 399 (1998), p. 400.

³⁴ Martin Loughlin, *The idea of public law* (Oxford: Oxford University press, 2003), p. 112.

demokratiniam valdyme. Tokiu būdu, konstitucionalizmas legalizuoja savivaldos principą. Šios dvi sritys, demokratijos ir konstitucionalizmo priešstatos kontekste, sukuria vadinamąją demokratijos pagrindimo problemą.³⁵ Šios problemos esmė, kad „... [demokratinė] teisinė ir politinė tvarka negali būti sukuriama demokratiškai, bent jau ne procedūriškai legitimia prasme“³⁶. Vieni mokslininkai pažymi, kad tai yra veikiau demokratijos paradoksas, nei priešstata su konstitucionalizmu.³⁷ Kita dalis akademikų nurodo demokratijos pagrindimo problemą, esant kur kas rimtesnę.³⁸ Keliamas klausimas, kodėl konstitucinės normos, priimtos praeities kartų daugumos, laikomos aukštesnėmis už normas, generuojamas dabarties kartos demokratinio proceso metu?³⁹ Kitais žodžiais tariant, keliamas klausimas, kodėl dabarties karta turi prisiimti praeities kartos įsipareigojimus ir būti jais suvaržyta? Šie klausimai kvestionuoja konstitucijos autoritetą.

Galima sutikti su Michael McConnel įžvalga, kad „... [Ž]inojimas, kodėl mes skaitome konstituciją, padeda mums nuspręsti, kaip konstituciją skaityti. [Juk] forma seka paskui funkciją“⁴⁰. Vadinasi, konstitucijos pateisinimo pagrindimo klausimas tiesiogiai sietinas su teismo aktyvizmo vertinimo problema, todėl į ją būtina atsakyti. Mokslinėje literatūroje pateikiami įvairūs argumentai, ginantys konstitucijos autoritetą. Argumentai atskleidžia, kad vieni mokslininkai autoritetą suteikia konstitucijos kūrėjų tekste įtvirtintoms vertybėms,⁴¹ kiti – konstitucijoje aspiruojamoms dabartinės kartos vertybėms.⁴² Pirmos grupės nuomone konstitucija turi anti-evoliucinę paskirtį, o antros grupės nuomone, konstitucija turi būti „gyva“. Apibendrinant, darytina išvada, kad demokratijos ir konstitucionalizmo suderinamumo problema aptartu aspektu redukuojama į konstitucijos autoriteto problemą, o ši savo ruožtu formuoja konstitucijos aiškinimo problemas. Kitais žodžiais, skirtingas konstitucijos autoriteto supratimas, ne tik pateikiamas kaip sprendimas demokratijai ir konstitucionalizmui „sutaikyti“, bet kartu sąlygoja ir skirtingą konstitucijos aiškinimą.

³⁵ Kevin Olson, *Paradoxes of Constitutional Democracy*, American Journal of Political Science, Vol. 51, No.2 (2007), p. 331.

³⁶ Autoriaus versta iš: ten pat, p. 331.

³⁷ Žr. išnaša 33: Frank I. Michelman, p. 401; Jürgen Habermas, *Constitutional Democracy. A Paradoxical Union of Contradictory Principles?*, *Political Theory*, Vol.29, No.6 (2001), p. 770.

³⁸ Christopher L. Eisgruber, *Justice and the text: Rethinking the Constitutional Relation Between Principle and Prudence*, 43 Duke L. J. 1 (1993), p. 4.

³⁹ Paul Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 B.U.L.REV. 204 (1980), p. 225

⁴⁰ Autoriaus versta iš: Michael W. McConnell, *On Reading the Constitution*, 73 CORNELL L.REV. 359 (1988), p. 360.

⁴¹ Pavyzdžiui, profesorius Bruce Ackerman nurodo, kad konstitucija yra „aukštesnio“ lygio teisėkūros produktas, ir atstovauja žmonių sprendimus, o tuo tarpu įstatymai yra „žemesnio“ lygio teisėkūros produktas, sukurtas tik žmonių atstovų, Bruce Ackerman, *We the People: Foundations* (Harvard University Press, 1993), p. 6-7, mintis tekste: žr. išnašą 38: Christopher L. Eisgruber, *Justice and the text: Rethinking the Constitutional Relation Between Principle and Prudence*, p. 10; Lawrence Sager teigia, kad konstitucija užtikrina teisingumą, o ordinarinė teisė tik privačius interesus. Taip pat mokslininkas pažymi, kad konstitucija kartu užtikrina efektyvesni tautos dalyvavimą demokratiniam valdyme, mintis tekste: Lawrence G. Sager, *The Incurable Constitution*, 65 N.Y.U.L.REV. 893 (1990), p. 934-936, 951-953.

⁴² Ronald Dworkin mano, kad konstitucijų autoritetas pateisinamas išskiriant integralumo vertybę, tai yra praeities sprendimai turi būti susiejami su dabarties sprendimais, mintis tekste: žr. išnaša 19: Massimo La Torre, p. 64-67; Tuo tarpu Sotirios Barber nurodo, kad „... konstitucijos viršenybė gali būti apginta, jei tik konstitucijos normos atitinka mūsų esamą suvokimą apie geriausias normas, kuriomis remiantis [galima demokratinė savivalda]“, Sotirios Barber, *On what the Constitution Means* (Johns Hopkins University Press, 1984), p. 57, mintis tekste: žr. išnašą 38: Christopher L. Eisgruber, *Justice and the text: Rethinking the Constitutional Relation Between Principle and Prudence*, p. 13.

Toliau aptariama trečia sritis, kurią konstitucionalizmas šalina iš demokratijos lauko – negatyvi laisvė. Negatyvi laisvė apibrėžia erdvę, kurioje žmogus gali veikti netrukdomas, be išorinių suvaržymų.⁴³ Konstitucionalizmas negatyvią laisvę realizuoja įtvirtindamas tokias teises ir laisves, kaip teisę į gyvybę, kūno integralumą, nuosavybę, privatumą, tikėjimo, sąžinės, minties laisves. Šiuo atveju, demokratijos ir konstitucionalizmo konfliktas pasireiškia kaip pozityvios ir negatyvios laisvės prieštata – kaip visuomeninės ir asmeninės autonomijos principų suderinamumo problema. Kita vertus, šis konfliktas yra ne tiek susijęs su konstitucionalizmo principu, kiek su tuo, kad konstitucionalizmas parankus liberalizmo ideologijai. Liberalizmo vertybės, įsitvirtindamos valstybių konstitucijose, demokratiją paverčia instrumentu asmeniniams poreikiams pasiekti. Galima sutikti su politikos mokslų daktaru Vaidotu Valantiejūnu, kad tokiu būdu liberalizmo ideologija naikina demokratinės visuomenės politiškumą – bendrojo gėrio sampratų paiešką.⁴⁴ Vis dėlto, priimtinas vokiečių filosofo Jürgen Habermas teiginys, kad visuomeninė autonomija ir asmeninė autonomija yra viena kitą preziumuojančios.⁴⁵ Vadinas, šiuo aspektu demokratija su konstitucionalizmu randasi ne konflikte, o įtampoje. Konstitucija, kaip tautos valios aktas, turi išlaikyti *Punctum Archimedis* tarp dviejų autonomijos sričių, ir teismai, aiškindami konstituciją, turi į tai atsižvelgti. Jei pusiausvyra tarp demokratijos ir konstitucionalizmo ginamų vertybių pažeidžiama, iš vienos pusės, konstitucingumo kontrolė, aktyvistinė ar ne, tampa nedemokratiška, o iš kitos pusės, demokratiniai sprendimai – prieštaraujantys konstitucionalizmui.

Apžvelgus konstitucionalizmo ir demokratijos santykį, *summa summarum* konstatuotina, kad santykis nėra antagonistinis. Prieštatoms, iškylančioms šiame santykyje, sprendimai suderinantys šias idėjas gali būti surandami. Taigi, galima sutikti su Juan Linz įžvalga, kad jei „[n]ėra *Rechtsstaat* [teisinės valstybės], nėra demokratijos“⁴⁶.

1.3 Konstitucinės teisės apibrėžtumo problema

Ankstesniame skyriuje buvo aptarta, kad konstitucionalizmo tikslas yra nustatyti valdžios įgaliojimus ir jų ribas. Šie valdžios įgaliojimai ir jų ribos nustatomi teise. Viena vertus, visuotinai sutariama, kad konstitucinė teisė įgyja viršenybę ordinarinės teisės atžvilgiu – konstitucinė teisė yra *lex superior*.⁴⁷ Kita vertus, tiek akademiniam, tiek praktiniam lygmenyje nesutariama dėl konstitucinės teisės apibrėžtumo. Vieni mokslininkai laiko, kad konstitucinę teisę išreiškia rašytinės konstitucijos normos. Kiti mokslininkai teigia, kad konstitucinę teisę sudaro ne tik konstitucija kaip

⁴³ Steven J. Heyman, *Positive and Negative Liberty*. 68 Chi-Kent L. Rev. 81 (1992-1993), p. 81.

⁴⁴ Vaidotas Valantiejus, „Liberalizmo ir demokratijos santykis politinės filosofijos požiūriu“, *Politologija*, (2009, Nr.4(56)), p. 88-89.

⁴⁵ Žr. išnašą 37: Jürgen Habermas, p. 767.

⁴⁶ Autoriaus versta iš: Juan Linz, *Democracy Today*, *Scandinavian Political Studies* 20 (1997), p. 118.

⁴⁷ Žr. išnašą 8: Jan-Eric Lane, p. 28-29.

rašytinis dokumentas, bet ir nerašytiniai teisės principai ir normos. Šiose diskusijose dažnai keliamas klausimas: „[a]r mes turime [ir] nerašytinę konstituciją?“⁴⁸. Tai įvardintina kaip konstitucinės teisės apibrėžtumo problema. Tinkamo teisėjų vaidmens aiškinant teisę kontekste šios problemos sprendimas svarbus – juk teisėjų pagrindinis uždavinys reikalauja atskleisti teisės turinį. Kitais žodžiais tariant, konstitucinė teisė yra konstitucinio teismo teisėjų darbo objektas. Siekiant atsakyti į klausimą kaip teisėjai turi aiškinti teisę, pirmiausia reikia apibrėžti pačią teisę – aiškinimo objektą.

Kaip minėta, dalis mokslininkų mano, kad konstitucinę teisę išreiškia eksplicitinės ir implicitinės normos raštu įtvirtintos konstitucijoje. Čia akcentuojama konstitucijos tekstinė forma. Rašytinės konstitucijos formos svarbą tiksliai atskleidžia Jungtinių Amerikos Valstijų Aukščiausiojo Teismo teisėjo John Marshall įžvalgos, išdėstytos teismo sprendime byloje Marbury prieš Madison. Marshall kelia klausimą: „[koku tikslu] valdžios galių apribojimai yra užfiksuoti raštu [?]“⁴⁹. Teisėjas atsako į klausimą sekančiai: „[valdžios galių apribojimai yra užfiksuoti raštu, nes taip] šie apribojimai negali būti suprantami klaidingai, arba pamirštami...“⁵⁰. Šios įžvalgos leidžia pateikti argumentus, kodėl apibrėžiant konstitucinę teisę svarbus konstitucijos tekstiškumas. Pirmia, konstitucinių normų išdėstymas raštu leidžia žinoti dar prieš taikymą normų turinį. Vadinasi, įgyvendinamas teisinio tikrumo principas.⁵¹ Antra, rašytinės konstitucijos genialumas slypi būtent jos teisiniame pobūdyje – rašytinė konstitucija, kaip ir kiti teisiniai instrumentai (įstatymai, sutartys), gali būti priverstinai įgyvendinama.⁵² Įgyvendinimą galima įvykdyti objektyviai ir neutraliai, kadangi konstitucinės normos rašytinės. Trečia, konstitucinių normų, nustatančių valdžios ribas, įtvirtinančių žmogaus teisių katalogą, fiksavimas raštu reikalauja šių normų turinio keitimą taip pat įforminti raštu. Konstitucijos normų keitimo procedūros, kaip taisyklė, reiklesnės ir sudėtingesnės nei įstatymų ar kitų teisės aktų. Vadinasi, konstitucijų tekstiškumas įtvirtina ne evoliucinį konstitucijos pobūdį – raštu užfiksuotą valią ateities kartoms sunkiau pakeisti arba Marshall žodžiais „pamiršti“.

Kita dalis teisininkų nesutinka su konstitucinės teisės apibrėžimu vadovaujantis vien tik konstitucijos tekstiškumo kriterijumi. Šie mokslininkai nurodo, kad konstitucinę teisę sudaro ne tik rašytinė konstitucija, bet ir nerašytinės normos ir principai. Išskirtinos dvi šį požiūrį palaikančių teisininkų grupės.⁵³ Viena grupė teigia, kad konstitucija įtvirtina teisingumo idėjas ir prigimtines

⁴⁸ Žr. išnašą 164: Thomas B. McAfee, p. 1245.

⁴⁹ Sanford Levinson, *Law as Literature*, 60 *Tex. L. Rev.* 373 (1982), p. 374-375, Autoriaus versta iš: Berkmanas, p. 116.

⁵⁰ Autoriaus versta iš: Ten pat, p. 116

⁵¹ Teisėjo William Paterson nuomone, Anglija „[neturi] nieko matomo, nieko realaus, nieko tikro...“, kadangi jos konstitucija yra nerašytinė, mintis tekste: Keith E. Whittington, *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review* (Lawrence, Kansas: University Press of Kansas, 1999), p. 52.

⁵² Steven D. Smith, *The Constitution and the Pride of Reason* (Oxford: Oxford University Press, 1998), p. 45, mintis tekste: žr. išnaša 164: Thomas B. McAfee, p. 1254.

⁵³ Ten pat, p. 1247.

teisės, ir konstitucijos tekstas šių idėjų ir teisių neapriboja.⁵⁴ Konstitucijos tekstas yra tik papildomas arba antrinis šaltinis, kuriuo negali būti atimamos prigimtinės teisės arba užkertamas kelias teisingumo principams. Tuo tarpu kita grupė teigia, kad konstitucijos įtvirtina politinių ir moralinių direktyvų, neturinčių nustatytų ribų, rinkinį.⁵⁵ Konstitucijos tekstas nepateikia iš anksto apibrėžtų atsakymų apie konkrečias problemas, nes konstitucijos teksto funkcija yra tik aspiracinė.⁵⁶ Konstitucinės teisės turinys atskleidžiamas kiekvieną kartą iš naujo įvertinant visuomenės tikslus ir vertybes. Šio požiūrio šalininkai pripažįsta evoliucinį konstitucijos pobūdį – „gyvos“ konstitucijos doktriną (angl. doctrine of living constitution).⁵⁷

Apibendrinant diskusijas apie nerašytinę konstitucinę teisę, tiksli Kanados Aukščiausio Teismo pirmininkės Beverley McLachlin išvalga: „[d]iskusijos apie nerašytinius konstitucinius principus gali būti matomos kaip diskusijos dėl pačios teisės prigimties...“⁵⁸. Vadinasi, atsakymas į klausimą, ar mes turime ir nerašytinę konstituciją, priklauso nuo to kaip mes suprantame teisę. Jeigu teisę suprantama teisinio formalizmo terminais, tai konstitucinės teisės pagrindą sudaro pozityviai įtvirtintas konstitucijos tekstas. Tuo tarpu teisinio pragmatizmo (taip pat kitų instrumentinių požiūrių į teisę) atveju, konstitucijos tekstas svarbus tik tiek, kiek jame įtvirtintos siekiamos vertybės. Panašiai prigimtinės teisės teorijos atveju – pozityviai įtvirtintas tekstas svarbus tik tiek, kiek jis išreiškia prigimtines teises. Pastarieji du požiūriai į teisę konstatuoja, kad greta rašytinės konstitucijos turime ir nerašytines konstitucines normas ir principus. Šios normos ir principai gali būti matomi papročiuose, teismų sprendimuose, tarptautinėje teisėje arba išvedami iš konstitucijos teksto esmės.⁵⁹

1.4 Teisės aiškinimo ir teisėkūros takoskyros problema

Teisės taikymo funkcijos teismų institucijai priskyrimas kelia teisėjų vaidmens problemą.⁶⁰ Iš vienos pusės, teisės taikymas teismams kelia uždavinį laikytis aptartos distinkcijos tarp „teise pagrįsto valdymo“ ir „žmonių valdžios“.⁶¹ Vadinasi, teisėjams, aiškinant teisę, nustatomas

⁵⁴ Ten pat, p. 1257.

⁵⁵ Ten pat, p. 1262-1264.

⁵⁶ Žr. išnašą 169: Michael J. Perry, p. 563; „...žiūrėkit į konstitucinę kalbą kaip į rėmą be paveikslo, ar dar geriau, tuščią drobės audeklą...“, Autoriaus versta iš: Schauer, *An Essay on Constitutional Language*, 29 UCLA L. REV. 797 (1982), p. 828.

⁵⁷ David A. Strauss, *The Living Constitution* (Oxford: Oxford University Press, 2010), p. 4, mintis tekste: Jack M. Balkin, *The Roots of the Living Constitution*, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2049498, B. U. L. Rev., Forthcoming (2012), p. 102.

⁵⁸ Autoriaus versta iš: Beverley McLachlin, *Unwritten Constitutional Principles: what is Going on?* 4 N.Z. I. Pub. & Int'l L. 147 (2006), p. 150.

⁵⁹ Ten pat, p. 156.

⁶⁰ Valentinas Mikelėnas, „Interpretacinis žaismas, arba kaip kurti teisę be parlamento“, *Jurisprudencija* (2009, Nr. 2(116)), p. 63

⁶¹ Žr. išnaša 23: Patrick McKinley Brennan, p. 230.

reikalavimas – priimant sprendimą byloje vadovautis ne asmenine subjektyvia valia, o objektyviai ir neutraliai įgyvendinti teisės valią. Iš kitos pusės, teisėjas yra žmogus. Vadinasi, teisės aiškinimas negali būti visiškai objektyvus ir neutralus procesas. Teisėjų subjektiškumas aiškinant teisę gali būti atvaizduojamas per teisinio formalizmo ir teisinio realizmo požiūrius.⁶² Šie požiūriai pateikiami kaip ekstremumai, atkarpos kraštutiniai taškai, kurių tarpe reziduoja teisėjų vaidmens objektyvumo problemos sprendimas. Teisinio formalizmo pagrindinis teiginys gali būti nusakomas taip: „teisėjai yra ne daugiau kaip burna, kuri taria teisės žodžius“⁶³. Teisėjui užtenka dedukcinio mąstymo, kad iš autoritetingų prielaidų galėtų nustatyti teisės prasmę, tai yra teisės atskleidimas yra mechaniškas ir niekuo nesiskiria nuo matematikos uždavinio išsprendimo. Tuo tarpu teisinis realizmas teigia, kad teisėjai aiškindami teisę negali išvengti vertybinių argumentų, tai yra taikoma teisė yra priklausoma nuo teisėjų asmeninės valios ir yra subjektyvi. Šiuo atveju teisės aiškinimas ir jos taikymas gali būti pripažintas naujos teisės sukūrimu, vadinasi, teismų teisėkūra. Teisminė teisėkūra kelia suderinamumo su reikalavimu teismams taikyti tik teisę klausimą.

Viena vertus, faktas, kad teisėjai ne tik taiko teisę, bet ir užsiima pozityvia teisėkūra, turėtų būti visuotinai pripažįstamas.⁶⁴ Aharon Barak pastebi, kad „[...] šis faktas turėtų būti] taikomas visoms teisinėms sistemoms“⁶⁵. Kita vertus, akademiniam lygmenyje faktas, kad teismai, kartu su parlamentu ir vykdomąja valdžia, taip pat kuria teisę, nėra visuotinai pripažintas.⁶⁶ Nesutarimai kyla ne tiek dėl tokių faktų nustatymo atvejų skirtingo traktavimo, bet kiek dėl sąvokų „teisės aiškinimas“ ir „teisminė teisėkūra“ apibrėžimo. Galima sutikti su V. Mikelėnu, kad „...nėra paprasta rasti takoskyrą tarp teisės aiškinimo ir jos kūrimo“⁶⁷. Be to, ne visi sutinka, kad tai – du skirtingi dalykai: yra teigiančių, kad teisės aiškinimas jau yra teisės kūrimas,⁶⁸ arba, kad teismų teisėkūra yra ne teisės sukūrimas, o jos suradimas, vadinasi savotiškas teisės išsiaiškinimas.⁶⁹ Iš vienos pusės matyti, kad teisės aiškinimo ir teisminės teisėkūros diferencijavimo problema yra sudėtinga, tačiau ji nėra sudėtinė šio darbo dalis, toliau nėra plėtojama. Iš kitos pusės, teismų vaidmens analizės

⁶² Tiek teisinis formalizmas, tiek teisinis realizmas yra žymiai platesni požiūriai apie teismo procesą ir nagrinėja teismų vaidmenį ne tik analizuojamu aspektu. Šie požiūriai aptariami plačiau trečiojoje darbo dalyje vertinant teisminį aktyvizmą.

⁶³ Autoriaus versta iš: Joyce Lee Malcolm, *Whatever The Judges Say it is? The Founders and Judicial Review*, 26 J. L. & Pol. 1 (2010), p. 2-3.

⁶⁴ „Teisėjai kuria teisę, ir visuomenė turėtų tai žinoti.“, autoriaus versta iš: Aharon Barak, *Foreword: A Judge on Judging, The Role of Supreme Court in Democracy*, 116 Harv. L. Rev. 16 (2002), p. 62; „[T]eismai kuria teisę [...], kuri valdo mus [...]“, autoriaus versta iš: Christopher J. Peters, *Adjudication as Representation*, 97 Colum. L. Rev. 312 (1997), p. 315; „[...]Teismai kuria viešą politiką.“, autoriaus versta iš: Malcolm M. Feeley, Edward L. Rubin, *Judicial Policy Making and Litigation Against the Government*, 5 U. Pa. J. Const. L. 617 (2003), p. 639.

⁶⁵ Autoriaus nuomone, turima omenyje bendrosios kompetencijos ir kontinentinės teisės sistemos, autoriaus versta iš: Aharon Barak, *The Judge in a Democracy* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2006), p. 155.

⁶⁶ T. Bingham, *The Business of Judging. Selected Essays and Speeches* (Oxford: Oxford University Press, 2000), p. 25-26, mintis tekste: Žr. išnaša 60: V. Mikelėnas, „Interpretacinis žaismas, arba kaip kurti teisę be parlamento“, p. 81.

⁶⁷ Ten pat, p. 83.

⁶⁸ Alfonsas Vaišvila, *Teisės teorija*, antrasis pataisytas ir papildytas leidimas (Vilnius: Justitia, 2004), p. 374-375.

⁶⁹ Žr. išnaša 60: V. Mikelėnas, „Interpretacinis žaismas, arba kaip kurti teisę be parlamento“, 83.

kontekste, takoskyros tarp teisės aiškinimo ir teisės kūrimo veiklos nustatymas svarbus – teismai privalo aiškinti teisę, nesutariama ar jie teisę gali kurti, todėl būtinas bent euristinis diferencijavimas.

Teisės aiškinimui ir teisėkūrai atskirti, priimamas domėn V. Mikelėno apibendrinimas, kad „... tie, kurie teisės aiškinimą ir kūrimą pripažįsta esant skirtybėmis, mano, kad jie atribotini pagal sąsajas su [...teisės akto] tekstu. Jų nuomone, aiškinant teisę analizuojamas teisės normos tekstas, sisteminiai ryšiai, [teisės akto kūrėjo] ketinimai ir [...kita]. Tuo tarpu kuriant teisę, o teisės kūrimas yra politinis sprendimas, nėra remiamasi teisės normos tekstu, [tai yra] nėra daromos nuorodos į teisės normos tekstą“⁷⁰. Kitaip tariant, nėra ryšio tarp sprendimo ir teisės akto teksto, o teismo sprendimas, tokiu atveju, grindžiamas vertybinėmis normomis, kitokiais socialiniais principais ir kitais ne teisiniais argumentais, tai yra tekstas tampa antraeiliu arba iš viso yra ignoruojamas, o atsižvelgiama tik į galutinius sprendimo rezultatus. Taigi, pozityvios teisės akto tekstas, kaip teisę objektyvizuojanti išraiška, pasirenkamas atskaitos tašku skiriančiu teisės aiškinimą ir teisėkūrą. Toliau atskleidžiami atvejai, kada aiškinant teisę minėtos sąsajos su tekstu atskleidžiamos, o kada ne, vadinasi, kada santykinai laikoma, kad teismas aiškino teisę, o kada laikoma, kad teismas teisę sukūrė.

Teisės literatūroje išskiriama daug ir įvairių teisės aiškinimo būdų.⁷¹ Be to, tais pačiais vardais pristatomi metodai skirtingų mokslininkų ir praktikų apibrėžiami skirtingai.⁷² Atsižvelgiant į tai, toliau ne tik išskiriami teisės aiškinimo metodai, bet ir trumpai apibrėžiami. Paprastai išskiriami keturi pagrindiniai teisės aiškinimo metodai: tekstinis (kalbinis, gramatinis, lingvistinis), sisteminis (kontekstinis, struktūrinis), istorinis (originalistinis) ir teleologinis (dinaminis).⁷³ „[Aiškinant teisę kalbiniu būdu], naudojami filologiniai metodai tam tikro žodžio ar sakinio prasmei analizuoti. Sistemineje interpretacijoje, bandoma paaiškinti teisinės normos prasmę vertinant jos sąsajas su kitomis susijusiomis normomis ar tekstu [...]. Istorinėje analizėje aiškintojas siekia nustatyti [teisinio dokumento kūrėjų ketinimus...]“⁷⁴. Prie istorinio teisės aiškinimo metodo

⁷⁰ Citata tekste: Ten pat, Mikelėnas, 83.

⁷¹ Žr. išnaša 68: Alfonsas Vaišvila, *Teisės teorija*, p. 366.

⁷² Tomas Berkmanas, „On the Academic Understanding of Legal Interpretation in Lithuania“, *International Journal of Baltic Law*, Vol. 2, No. 1 (2005), p. 72-73.

⁷³ Winfried Brugger, *Legal Interpretation, Schools of Jurisprudence, and Anthropology: Some Remarks from a German Point of View*, 42 Am. J. Comp. L. & 395 (1994), p. 397.

Atkreiptinas dėmesys į tai, kad išskiriami teisės aiškinimo būdai taikomi aiškinant ordinarinės teisės aktus. Tačiau Jungtinių Amerikos Valstijų Aukščiausiojo teismo teisėjas Antonin Scalia nurodo, kad aiškinant konstituciją taikomi tie patys aiškinimo metodai kaip ir aiškinant ordinarinę teisę: „[konstitucijos atveju, p]roblema yra skirtinga ne dėl to, kad taikomi ypatingi aiškinimo principai, bet dėl to, kad taikomi įprasti principai nepaprastam tekstui“, mintis tekste: Antonin Scalia, „Common-Law Courts in a Civil Law System: The Role of United State Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws“, straipsnis tekste: Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1997), p. 37; Taip pat vokiečių profesorius Winfried Brugger pažymi, kad „... nors ir įmanoma sukurti skirtingus konstitucijos aiškinimo metodus, mes nesame priversti to daryti [...] nieko neprarandama laikantis klasikinių aiškinimo kanonų kaip metodų ordinarinės ir konstitucinės teisės aiškinimui“, mintis tekste: Žr. išnaša 73: Winfried Brugger, p. 400.

⁷⁴ Autoriaus versta iš: Žr. išnaša 73: Winfried Brugger, p. 397.

priskirtinas ne tik subjektyvių kūrėjų intencijų, bet ir objektyvių ketinimų nustatymas, tai yra „... analizuojant normos išleidimo socialinius, politinius tikslus, sąlygas, kurioms esant ta norma buvo priimta“⁷⁵. Galima sutikti, kad visi šie metodai atskleidžia teisės sąsajas su tekstu: „... jie visi iš esmės yra lingvistiniai“⁷⁶. Tuo tarpu, aiškinant teisę teleologiškai, arba dinamiškai (siekiant išvengti painiavos su įvairiai apibrėžiamu teleologiniu aiškinimo būdu, taip toliau tekste vadinamas šis metodas) tekstas, kontekstas, subjektyvūs ir objektyvūs ketinimai „... laikomi tik nurodančiais, bet ne apibrėžiančiais dabartinį teisės normų ar akto tikslą [kriterijais]“⁷⁷. Kuo šis atotrūkis nuo išvardintų kriterijų didesnis, tuo tokią aiškinimą galima laikyti artimesniu teisės sukūrimui, o ne teisės išsiaiškinimui, tai yra atradimui.⁷⁸ Todėl šis metodas akademinėje literatūroje dar vadinamas turininguoju, vertybiniu, evoliuciniu, tiksliniu. Pagrindinis interpretuotojo uždavinys teisę aiškinant šiuo būdu „... išsiaiškinti ne tai, ką kadaise pasakė [teisės akto] leidėjas, [ne tai ką sako tekstas, ar jo kontekstas, ar aplinkybės, kurioms esant tekstas buvo priimtas], o tai, ką jis pasakytų apie tam tikrą atvejį dabar, jei viską apie jį žinotų“⁷⁹. Todėl šiuo būdu aiškinant teisę, teismas visą dėmesį skiria teisės normos ar akto tikslams, nes teisė tuo atveju įtvirtina nepriklausomą funkciją arba vertybę, kurią teismo akimis žvelgiant, būtina pasiekti. Aiškinant teisę dinamiškai, kyla grėsmė, kad atskleidžiama ne teisė prasme tokia, kokia „yra“, o teisė – tokia, kokia „turėtų būti“.⁸⁰ Vadinasi, teismui teisę aiškinant dinamiškai galima teigti, kad teismas kuria teisę, o ne aiškina.

2. TEISMINIO AKTYVIZMO APIBRĖŽIMAS

Teisminio aktyvizmo (ang. *judicial activism*)⁸¹ sąvoka įprastai yra sutinkama įvairaus lygio diskusijose apie tinkamą teismų vaidmenį, aiškinant teisės aktus. Kai bendrosios teisės šalyse

⁷⁵ Žr. išnaša 68: Alfonsas Vaišvila, *Teisės teorija*, p. 369; Nors T. Berkmanas, remdamasis Henry G. Schermers, Denis F. Waelbroeck įžvalgomis (Henry G. Schermers, Denis F. Waelbroeck, *Judicial Protection*, p. 15) prieina išvados, kad objektyvių ketinimų analizė turėtų būti priskirtina teleologiniam metodui, autorius pažymi, kad darbe yra ne tiek svarbu tiksliai įvardinti aiškinimo metodologijas, kiek nustatyti, kurios metodologijos yra sietinos su tekstu, o kurios ne.

⁷⁶ Autoriaus versta iš: Tomas Berkmanas, „On the Academic Understanding of Legal Interpretation in Lithuania“, *International Journal of Baltic Law*, Vol. 2, No. 1 (2005), p. 67.

⁷⁷ Žr. išnaša 73: Winfried Brugger, p. 397.

⁷⁸ Kaip teisingai yra pastebėjęs profesorius Mauro Cappelletti, takoskyra tarp teisės aiškinimo ir teismų teisėkūros yra kūrybiškumo laipsnio klausimas, o ne tai kad teisės aiškinimas mechaniškas ir nekūribingas, mintis tekste: *The Law Making Power of the Judge and Its Limits*, p. 16-17.

⁷⁹ Lastauskienė, *Turiningasis aiškinimas...*, p. 64.

⁸⁰ „... teisė [teismo] gali būti suprasta skirtingai ir subjektyviai“, citata tekste: Lastauskienė, *Teisinio teksto interpretavimo ribų ir teisės principų santykis...*, p. 12.

⁸¹ Tuo tarpu kai Lietuvos teisės mokslo doktrinoje pradžioje termino *judicial activism* vertimas „teisminis aktyvizmas“ konkuravo su vertimu „aktyvus teismas“, dabar vertimas „teisminis aktyvizmas“ konstituciniame diskurse konkuruoja su sąvoka „aktyvistinė justicija“. Autoriaus nuomone pastaroji sąvoka yra klaidinanti, nes originali jos reikšmė mažai ką turi bendro su teisės sauga ar teisingumu (justicija), todėl darbe naudojamas terminas „teisminis aktyvizmas“, mintis tekste: Egidijus Šileikis, „Aktyvistinė konstitucinė justicija kaip subtili diskrecija inspiruoti teisinius modelius“, *Jurisprudencija* (2008 Nr. 12(90)), p. 51.

teisminio aktyvizmo sąvoka vis dažniau šiose diskusijose tampa centriniu objektu, o šią sąvoką galima sutikti ne tik akademiniam, bet ir viešame diskurse,⁸² Lietuvoje ši sąvoka tuo tarpu tik dabar pradeda surasti vietą teisės mokslo doktrinoje.⁸³ Nepaisant termino užimamos vietos leksikone, užsienio akademikai tvirtina, kad teisminio aktyvizmo sąvoka yra vis dar silpnai suprantama.⁸⁴ Šio skyriaus tikslas apibrėžti vertinamąjį objektą – teisminį aktyvizmą. Atsižvelgiant į teisminio aktyvizmo apibrėžimo problematiškumą ir siekiant šio skyriaus tikslo, pirmiausia atliekama analizuojamos sąvokos genezės ir semantinės analizės apžvalga mokslinėje literatūroje, vadovaujantis išvadomis nustatoma apibrėžimo problematika, formuluojami sprendimai bei apibrėžiama sąvoka.

2.1 Genezės ir semantinė analizė

Pirmą kartą terminas „teisminis aktyvizmas“ buvo pristatytas 1947 metais amerikietiškae publicistiniame žurnale „Fortune“, Arthur Schlesinger Jr. straipsnyje, kuriame vertindamas Jungtinių Amerikos Valstijų Aukščiausiojo teismo teisėjų sprendimus, autorius suskirstė teisėjus į tris grupes – „teisminius aktyvistus“, „susivaržymo šalininkus“, tarpinius teisėjus.⁸⁵ „Teisminiams aktyvistams“ autorius priskyrė teisėjus, kuriems teisė ir politika yra neatskiriama, todėl šie teisminę valdžią naudoja socialiniams tikslams pasiekti, o „susivaržymo šalininkams“, kaip priešstatą „teisminiams aktyvistams“ – teisėjus, kuriems teisė (siaurąja prasme) turi fiksuotas reikšmes, ir nukrypimai nuo jų yra negalimi.⁸⁶ Schlesinger nepateikė teisminio aktyvizmo apibrėžimo, vertinimo, ar aiškios teisėjų skirstymo į grupes tipologijos.⁸⁷ Autoriui svarbiau buvo parodyti ideologinius konfliktus dėl tinkamo teisėjų vaidmens sprendžiant bylas ir remiantis jų pozicija priskirti juos vienai ar kitai grupei.⁸⁸ Vadinasi, šių ideologinių konfliktų turinys tampa vieninteliu kelrodžiu sąvokų „teisminis aktyvizmas“ ir „susivaržymo šalininkas“ apibrėžime. Tuo analizuojamos sąvokos genezės požiūriu straipsnis ir yra reikšmingas.

⁸² Caprice L Roberts, In Search of Judicial Activism: Dangers in Quantifying the Qualitative, 74 Tenn. L. R. 567 (2007), p. 570.

⁸³ Doc. Dr. Tomas Berkamanas savo straipsnyje pažymi teisminio aktyvizmo problematika vis dažniau paliečiama Lietuvos teisės mokslo diskurse teisės aiškinimo problemoms tampant vis aktualesnėmis, o „... teisminis aktyvizmas įgyja daugiau mažiau pastebimus kontūrus“, citata tekste: žr. išnaša: , p. 114.

⁸⁴ Žr. išnaša 82: Caprice L Roberts, p. 570.

⁸⁵ Keenan D. Kmiec, *The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism,”* 92 Cal. L. Rev. 1441 (2004), p. 1446.

⁸⁶ Žr. išnaša 85: Keenan D. Kmiec, p. 1447-1448.

⁸⁷ Craig Green, *An Intellectual History of Judicial Activism,* 58 Emory L.J. 1195 (2009), p. 1202-1205.

⁸⁸ Keenan D. Kmiec pažymi, kad straipsnyje Schlesinger nurodė sekančius konfliktų lygius tarp „teisminių aktyvistų“ ir „susivaržymo čempionų“: „... neišrinkti teisėjai prieš demokratiškai priimtus įstatymus, į rezultatus orientuotas teismo sprendimų priėmimas prieš principingą sprendimų priėmimą, griežto precedento naudojimas prieš kūrybišką, demokratijos viršenybę prieš žmogaus teises, teisė prieš politiką, ir panašios dichotomijos.“, autoriaus versta iš: Žr. išnaša 85: Keenan D. Kmiec, p. 1449.

Dėstant konkrečiau, Amerikos teisės istorijoje ideologiniai ginčai, panašūs į išvardintus Schlesinger straipsnyje pavyzdžius, vyko tarp teisininkų jau nuo garsiojo Jungtinių Amerikos Valstijų Aukščiausiojo Teismo, vadovaujamo teisėjo John Marshall, sprendimo byloje Marbury prieš Madison. Profesorius Craig Green žodžiais tariant, Schlesinger pristatyti terminai „teisminis aktyvizmas“ ir „rezervuota teisminė justicija“ (ang. *judicial restrain*)⁸⁹ deramo teisėjų vaidmens kontekste „... kartu su savimi [turėjo] atsineš[ti] ir šią intelektualinę istoriją.“⁹⁰, tai yra apėmė išvardintus konfliktus. Kitaip tariant, be Schlesinger straipsnyje pateiktų progresyvių, liberalių, valdžios teisės ribojančių, privatiems asmenims teisės suteikiančių Aukščiausiojo Teismo sprendimų, sąvokų „teisminis aktyvizmas“ ir „rezervuota teisminė justicija“ reikšmės Green nuomone turėtų apimti ir tam tikrų istorinių periodų konservatyvius, regresyvius, valdžios teisės išplečiančius, privačių asmenų teisės naikinančius teismų sprendimus.⁹¹ Atsižvelgiant į tai, galima sutikti su profesoriaus Craig Green įžvalga, kad nepaisant dimetriškai skirtingų materialių padarinių, tiek Schlesinger paminėti, tiek nepaminėti, tačiau teisės istorijoje sukėlę ideologinius ginčus, teismų sprendimų pavyzdžiai, šiais laikais teisės mokslininkų yra kone vienareikšmiškai priimami ir pateikiami kaip teismo aktyvizmo pavyzdžiai.

Apžvelgiant mokslinę literatūrą apie termino „teisminis aktyvizmas“ reikšmes skirtinguose perioduose ir kontekstuose, išskirtini trys reikšmingi aspektai. Pirmiausia svarbu pažymėti tai, kad nors ir pirmaisiais termino gyvavimo metais šis buvo vartojamas pozityvia reikšme, ilgainiui teisminis aktyvizmas įgijo pejoratyvinę prasmę.⁹² Termino sardoniškas vartojimas paprastai pasireiškė kaip epitetas apibudinantis teisėjo nuomonę ar teismo sprendimą, kuris yra blogas, paremtas netinkama argumentacija, kai taikoma ne teisė, o asmeninėmis preferencijomis pagrįsta nuomonė.⁹³ Antra, terminui būnant vis dažniau naudojamam doktriniame diskurse, be teismo

⁸⁹ Schlesinger straipsnyje pristatytas terminas „Champion of self-restrain“ (susivaržymo šalininkas), akademinėje literatūroje palaipsniui buvo pakeistas moksliskesniu terminu „judicial restrain“ (rezervuota teisminė justicija), todėl toliau tekste naudojamas pastarasis terminas. Nors Prof. Dr. Vytautas Sinkevičius terminą *judicial self-restrain* verčia pažodžiui kaip teisminis/teismo „susivaržymas“/„suvaržymas“, priimama domėn Prof. Dr. Egidijaus Šileikio sąvoką rezervuota (santūri) justicija, mintis tekste: Egidijus Šileikis, „Aktyvistinė konstitucinė justicija kaip subtili diskrecija inspiruoti teisinius modelius“, *Jurisprudencija* (2008 Nr. 12(90)), p. 54.

⁹⁰ Žr. išnaša 87: Craig Green, p. 1217; panašią nuomonę yra išsakęs ir Keenan D. Kmiec: „Teismo aktyvizmo įdėja gyvavo ilgiau nei pats terminas.“, autoriaus versta iš: Žr. išnaša 85: Keenan D. Kmiec, p. 1442.

⁹¹ Profesorius pamini vadinamos *Lochner* eros konservatyvius teismo sprendimus, kuriais buvo pripažįstami liberalūs ir socialines teises suteikiantys įstatymai prieštaraujantys konstitucijai, pilietinio karo metu teisėjavusio teismo sprendimus, kuriais pripažįstamos mažumų teisės, nesilaikoma precedentų, Dred Scott byla, kuria pripažįstama vergovė, Marshall teismo sprendimus, kuriais išplečiamos teismų teisėkūros galios, mintis tekste: Žr. išnaša 87: Craig Green, p. 1209-1217.

⁹² Jau pirmasis teismo aktyvizmui mokslinį darbą skyręs (1955 m.) politikos ir teisės mokslų profesorius Edward McWhinney, teismo aktyvizmą suprasdamas kaip teismų dalyvavimą politikos kūrimo procese, kritikavo tokį pastarųjų vaidmenį, Edward McWhinney, *The Supreme Court and the Dilemma of Judicial Policy-Making*, 39 Minn. L. Rev. 837 (1954-1955), p. 843-851, mintis tekste: Žr. išnaša 85: Keenan D. Kmiec, p. 1451-1452; Tuo tarpu pirmasis teismo sprendime *in dictum* pateikęs teismo aktyvizmo vertinimą teisėjas Joseph C. Hutcheson Jr. taip pat suteikdamas terminui neigiamą prasmę, teismo aktyvizmą apibrėžė kaip blogą, netinkamą teisinį argumentavimą, teisėjo klaidą, Theriot v. Mercer, 262 F.2d 754, 760 n.5 (5th Cir. 1959), mintis tekste: Corey Rayburn Yung, *Flexing Judicial Muscle: an Empirical Study of Judicial Activism in the Federal Courts*, 105 Nw. U. L. Rev. 1 (2011), p. 7.

⁹³ Žr. išnaša 82: Caprice L Roberts, p. 574.

aktyvizmo originalių reikšmių, „atsineštų“ Schlesinger pristačius terminą, šio reikšmių sritis įgydama naujas reikšmes dar labiau išsiplėtė. Profesorius Corey Rayburn Yung, apžvelgdamas kaip mokslininkai apibrėžia terminą, išskiria daugiau nei dešimtį literatūroje pateikiamų teismo aktyvizmo apibrėžimų esminių bruožų.⁹⁴ Trečia, kaip jau minėta, terminas pradėtas naudoti ne tik akademiniam lygmenyje ar jurisprudencijoje, bet ir politikų, advokatų, žiniasklaidos ir plačios visuomenės.⁹⁵ Šiose diskusijose terminas tapo politinės retorikos, demagogijos įrankiu, kuris pateikiamas kaip parama arba kritika teisėjo nuomonei arba teismo sprendimui.⁹⁶

Apibendrinant galima pripažinti viena – genezės ir semantinė atskleidžia, kad ilga ir plati termino atsiradimo istorija, staigus termino išpopuliarėjimas ir vartojimo reikšmių srities eklektiškas išsiplėtimas lėmė tai, kad šiai dienai terminas yra sunkiai suprantamas ir apibrėžiamas. Sekančiame skirsnyje bandoma identifikuoti teismo aktyvizmo apibrėžimo problemas ir suformuoti siūlymus joms išspręsti.

2.2 Apibrėžtumo problemų suformavimas

Nagrinėjamo termino genezės ir vartojimo analizė nurodo aibę problemų, kodėl teismo aktyvizmą apibrėžti yra sudėtinga. Apžvelgiant akademinę literatūrą, tradiciškai šios apibrėžtumo problemos sprendžiamos įvairiai. Kalbėdama apie teismo aktyvizmą, dalis mokslininkų termino apibrėžimo iš vis nepateikia, tai yra priima jį kaip savaime suprantamą. Kita dalis mokslininkų laiko, kad teismo aktyvizmas yra „tuščia“ sąvoka, kurios moksliniame lygmenyje derėtų atsisakyti.⁹⁷ Treti mokslininkai bando ją apibrėžti empiriškai. Likę mokslininkai teismo aktyvizmą apibrėžia pasirinkdami vieną aktyvizmo bruožą ar kelių derinį.⁹⁸ Pirmų trijų grupių sprendimai (kiek tokiais juos galima pavadinti) analizuojamos tezės atžvilgiu yra nepriimtini, kadangi tokie

⁹⁴ „... kitos valdžios šakų teisės aktų panaikinimas, neatsižvelgimas į [teisės aktų] tekstinę prasmę, nukrypimas nuo istorijos ar [aiškinimo] tradicijos, plečiamojo aiškinimo naudojimas ir atsisakymas aiškinimo siaurąja prasme, platus pažeistų teisių atstatymo galių naudojimas, teismo sprendimų grindimas partizaniškais argumentais, atsisakymas originalaus Konstitucijos aiškinimo, precedentų nesilaikymas, teismo jurisdikcinės galios viršijimas, naujų teisių ir teorijų kūrimas, esamų teisės aiškinimų ir doktrinos pakeitimas, politinių sprendimų priėmimas, klaidingas priimtinių teisės aiškinimo metodų panaudojimas“, autoriaus versta iš: Žr. išnaša 92: Corey Rayburn Yung, p. 10.

⁹⁵ Žr. išnaša 82: Caprice L Roberts, p. 570.

⁹⁶ Pavyzdžiui, profesorius Neil S. Siegel savo straipsnyje pateikia kaip „respublikonų“ politinėse diskusijose teismo aktyvizmo terminas naudojamas kaip retorikos priemonė „demokratų“ paskirtiems teisėjams kritikuoti, mintis tekste: Neil S. Siegel, *Interring the Rhetoric of Judicial Activism*, 59 DePaul. L. Rev. 555 (2010), p. 557-572; panašiai profesorė Kathleen M. Sullivan parodo konservatorių politinę retoriką liberalų atžvilgiu: „Konservatoriai vaizduoja liberalius aukščiausio teismo teisėjus kaip kuriančius teisę pagal asmeninį teisingumo jausmą“, citata tekste: Kathleen M. Sullivan, *Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing*, 63 U. Colo. L. Rev. 293, (1992), p. 293.

⁹⁷ „Visi atmeta teismo „aktyvizmą“ kaip nepatikimą terminą“, citata tekste: Frank H. Easterbrook, *Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism?*, 73 U. Colo. L. Rev. 1401 (2002), p. 1401;

⁹⁸ „[Teismo aktyvizmo] sąvoka yra multidimensinė“, citata tekste: Frank B. Cross, Stefanie A. Lindquist, *The Scientific Study of Judicial Activism*, 91 Minn. L. Rev. 1752 (2007), p. 1763.

būdu užkertamas kelias teismo aktyvizmo įvertinimui. Vadovaujantis tuo, toliau plačiau nagrinėjamas ir plėtojamas paskutinės mokslininkų grupės požiūris.

Kaip rašyta ankstesniame skirsnyje, profesorius Corey Rayburn Yung yra pateikęs pagrindinius teismo aktyvizmo bruožus, kurie yra paprastai įvardinami ketvirtosios mokslininkų grupės apibrėžiant terminą. Tačiau atskiri bruožai ar jų deriniai taip pat neišvengia apibrėžtumo problemų. Pirma, yra išskiriami per daug abstraktūs ir bendro pobūdžio teismo aktyvizmo bruožai, kurie neleidžia identifikuoti konkrečių šio fenomeno atvejų. Pavyzdžiui, jei aktyvizmas apibrėžiamas kaip teismų teisėkūra.⁹⁹ Daugelis akademikų pripažįsta, kad teisminė teisėkūra neišvengiama. Tokiu atveju akademinėje lygmenyje toks termino vartojimas praranda prasmę, nes atskirose bylose visi teisėjai priversti kurti teisę. Vadinasi terminas, turi diferencijuoti teisėkūrą vaizdžiai tariant nuo neišvengiamos ir nuo išvengiamos. Tai negali būti tik laipsnio klausimas, jei mes siekiame tiksliai apibrėžti aktyvizmą.¹⁰⁰ Antra, atskirų termino bruožų apjungimas duoda tarpusavyje nesuderinamus rezultatus. Jeigu siekiama įvertinti aktyvizmą, jo apibrėžimas neturėtų būti multidimensinis. Trečia, teisminis aktyvizmas tokiomis prasmėmis, kaip blogas sprendimas, politinių pažiūrų įvertinimas, įstatymų pripažinimas nekonstituciniais iš vis neturėtų būti vartojamas.¹⁰¹ Teisminis aktyvizmas nesusijęs su teisėjų diskrecijos klausimu, teismo klaida, negatyvia teisėkūra,¹⁰² ar tiesiog paprasčiausiai visa teismine teisėkūra, simpatijos arba antipatijos teismo sprendimui išreiškimu. Vėlgi, galima sutikti su profesoriumi Green, kad išvardintos teismo aktyvizmo sampratos turi būti pašalintos iš teismo aktyvizmo termino apibrėžimo.¹⁰³ Atsisakius dalies teisminei aktyvizmui priskiriamų prasmų bei atsižvelgiant į pateiktas išvalgas, galima formuluoti teismo aktyvizmo apibrėžimą.

2.3 Sąvokos apibrėžimo formulavimas

Nagrinėjant mokslinę literatūrą, apžvelgiančią konkrečius atvejus dėl tinkamo teisėjų vaidmens aiškinant teisę, atkreiptinas dėmesys į tai, kad šiose diskusijose teismo aktyvizmo

⁹⁹

¹⁰⁰ Pavyzdžiui, profesorius Bradley C. Canon nurodo, kad aktyvizmas yra interpretacijos nenuoseklumo, nestabilumo laipsnis ir panašiai, mintis tekste: Bradley C. Canon, *Defining the Dimensions of Judicial Activism*, 66 *Juridicature* 236 (1982-1983), p. 239.

¹⁰¹ Richard Posner nurodo, kad su šiomis sampratomis dažniausiai yra siejamas teisminis aktyvizmas, mintis tekste: Peter. M. Shane, *Federalism's "Old Deal": What's Right and Wrong with Conservative Judicial Activism*, 45 *Vill. L. Rev.* 201 (2000), p. 225.

¹⁰² Alec Stone Sweet, *Constitutional courts and parliamentary democracy*, *West European Politics*, Vol. 25, No. 1 (2002), p. 95.

¹⁰³ Žr. išnašą 67: Craig Green, p. 1215-1221.

terminas pradedamas naudoti ten, kur nėra sutariama ar teisėjas priėmė teisingą sprendimą byloje.¹⁰⁴ Jeigu šioje vietoje galima prielaida, kad faktiškai yra tokių teisminių bylų, kuriose dėl teismo sprendimo yra didesnis ar mažesnis teisininkų sutarimas,¹⁰⁵ ir tokiu atveju teismo aktyvizmo terminas nėra aktualus, tada iš dalies priimtina Aharon Barak įžvalga, kad terminai „... [a]ktyvizmas ir susivaržymas yra reikšmingi tada ir tik tada, kai egzistuoja teisminė diskrecija“¹⁰⁶. Iš vienos pusės ši įžvalga iš dalies nepriimta todėl, akademikai nesutaria dėl teisminės diskrecijos egzistavimo. Iš kitos pusės matyti, kad akademiniam lygmenyje teisminis aktyvizmas tampa aktualiu vertinimo objektu tik tada, kai teisėjas faktiškai atlieka pasirinkimą tarp kelių galimų sprendimų. Kaip šios problemos laikinas sprendimas siūlomas diskrecijos išskaidymas į dvi hipotetines kategorijas – „subjektyvią“ ir „objektyvią“ diskrecijas. „Subjektyvi“ diskrecija – tai pagrįstų nesutarimų išsilavinusioje ir protingoje teisininkų visuomenėje egzistavimas tam tikru teisės klausimu, o „objektyvi“ diskrecija – tai teisėjų diskrecijos egzistavimo galimumas teisiniame diskurse. „Subjektyvios“ diskrecijos išskyrimas naudingas apibrėžiant teisminį aktyvizmą, tačiau paliekant galimybę jį įvertinti atsižvelgiant į „objektyvios“ diskrecijos egzistavimo galimybę. Atsižvelgiant į aukščiau išsakytas mintis, galima atskleisti dalį teismo aktyvizmo sąvokos: teisminis aktyvizmas – tai teisėjo vidiniu įsitikinimu pagrįstas pasirinkimas, kai esant tam tikroms bylos faktinėms ir teisinėms aplinkybėms egzistuoja „subjektyvi“ diskrecija.

Toliau formuojama antroji teismo aktyvizmo apibrėžimo dalis. Pirmiausia atkreiptinas dėmesys, kad Schlesinger pateikdamas „teisminis aktyvistas“ terminą, kartu pristatė jam oponuojančią sąvoką „susivaržymo čempionas“.¹⁰⁷ Galima pripažinti, kad „... [terminas] „teisminis aktyvizmas“ yra neatskiriamas [termino] „rezervuotos teisminės justicijos“ dvynys“¹⁰⁸. Paprastai šie terminai pateikiami „... kaip priešingos vieno medalio pusės“¹⁰⁹. Tačiau profesorius Randy E. Barnett teisingai pažymi, kad „rezervuota teisminė justicija“ nėra tiesiog „teismo aktyvizmo“ antonimas.¹¹⁰ Galima sutikti su mokslininku, kad teismo sprendimas įvardinamas „teismo aktyvizmo“ terminu, kai sprendimo turinys yra nutolęs nuo tekstinės konstitucijos prasmės, ir kai dalis teisininkų visuomenės mano, kad jis galėjo būti išvestas iš konstitucijos tekstinės prasmės. Vadovaujantis tuo, galima daryti išvadą, kad teisiniu aktyvizmu vadintinas sprendimas, kuriuo teisėjas sąmoningai atsisako teisę aiškinti lingvistiškai ir remiasi ne teisiniais argumentais. Iš to

¹⁰⁴ Kaip minėta aukščiau, šioje vietoje dalis mokslininkų skubotai daro išvadą, kad teisminis aktyvizmas tokiu būdu naudojamas kaip „... patogus sutrumpinimas teismų sprendimams, kurie [tau] nepatinka, apibrėžti“, Ernest A. Young, *Judicial Activism and Conservative Politics*, 73U. Colo. L. Rev. 1139 (2002), p. 1141.

¹⁰⁵ Kitai žodžiais, priimami teiginiai, kad egzistuoja „lengvos“, „vidutinės“ ir „sunkios“ bylos, kad teisėjai turi diskreciją „sunkiose bylose“, kad „sunkiose“ bylose nėra vieno teisingo atsakymo.

¹⁰⁶ Aharon Barak, *The Judge in a democracy* (Princeton, NJ: Princeton University Press, 2006), p. 264.

¹⁰⁷ Keenan D. Kmiec, *The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism,”* 92 Cal. L. Rev. 1441 (2004), p. 1446.

¹⁰⁸ Randy E. Barnett, *Constitutional Clichés*, 36 Cap. U. L. Rev. 493 (2008), p. 493.

¹⁰⁹ Robert Justin Lipkin, *We are all judicial activists now*, 77 U. Cin. L. Rev. 181 (2008), p. 194.

¹¹⁰ „... [teisminis susivaržymas] nėra surogatas [teismo aktyvizmo] esmės kritikai“, Randy E. Barnett, *Constitutional Clichés*, 36 Cap. U. L. Rev. 493 (2008), p. 496.

seka, kad teisinio aktyvizmo ir rezervuotos teisminės justicijos santykis tapatus teisinio realizmo ir formalizmo santykiu, arba anksčiau tekste apibrėžtos teisėkūros ir teisės aiškinimo santykiui. Remiantis šiomis įžvalgomis, galima apibrėžti aktyvizmą.

Teisminis aktyvizmas – teisėjo vidiniu įsitikinimu pagrįstas pasirinkimas teisinį ginčą išspręsti pozityvios teisėkūros priemonėmis, kai esant tam tikroms bylos faktinėms ir teisinėms aplinkybėms egzistuoja „subjektyvi“ diskrecija. Galima išskirti keletą tokio apibrėžimo stiprybių, kurios išsprendžia ankstesniame skirsnyje įvardintas problemas. Pirmą, jis atskiria teisminį aktyvizmą nuo teismo padarytos klaidos. Antra, jis nekvestionuoja negatyvios teisėkūros, tai yra teisminės konstitucinės kontrolės instituto. Trečia, šis apibrėžimas atskiria situacijas, kai teisėjas yra priverstas užsiimti teisėkūra, arba atvirkščiai kai teisėkūros klausimas nėra keliamas. Ketvirta, apibrėžimas yra vienos dimensijos. Penkta, palieka galimybę įvertinti aktyvizmą „objektyvios“ diskrecijos atžvilgiu. Šešta, apibrėžimas nėra pagrįstas normatyviniu kriterijumi. Septinta, teisminis aktyvizmas apibrėžiamas nesardoniskai. Šio apibrėžimo silpnoji pusė yra „subjektyvios“ diskrecijos sąvoka. Pirmą, realiame pasaulyje gali būti sunku identifikuoti ginčus atskirais teisės klausimais tarp mokslinio elito grupių, ypač tokioje valstybėje kaip Lietuva, kur konstitucinės teisės mokslininkų elitas yra mažas. Antra, net ir identifikavus tokius konfliktus gana sudėtinga gali būti nustatyti tokių konfliktų pagrįstumą ideologiniu požiūriu. Kitai žodžiais tariant, „subjektyvios“ diskrecijos egzistavimo racionalumui pagrįsti būtinas grįžtamasis ryšys, tai yra „įveiktų“ argumentų išsižadėjimas ir naujų argumentų generavimas arba oponentų nuomonės pripažinimas. Priešingu, atveju vyktų tik „subjektyvios“ diskrecijos imitavimas, kas trukdytų teismo aktyvizmo terminą atskirti nuo teisminės klaidos.

Tikslinga ši teismo aktyvizmo apibrėžimo veikimą išbandyti hipotetinėse situacijose. Tarkime, kad Lietuvos Respublikos Konstituciniame teisme vertinamas įstatymo atitikimas Konstitucijai tam tikru klausimu. Priimkime kaip konstantą, kad Lietuvos konstitucinės teisės diskurse kylantys nesutarimai tarp teisininkų grindžiami teisminės ideologijos pagrindu. Sakykime, kad pirmoje situacijoje klausimu A konkuruoja dvi oficialios konstitucinės doktrinos ir konstitucinės teisės ekspertai nesutaria ar pasirinkti vieną iš doktrinų, ar doktrinas suderinti, ar sukurti naują doktriną klausimui A. Šioje situacijoje teisėjams pasirinkus naujos doktrinos kūrimo opciją sprendimas vadovaujantis apibrėžimu būtų teismo aktyvizmo pavyzdys. Sakykime, kad antroje situacijoje klausimu B yra oficiali konstitucinė doktrina ir konstitucinės teisės ekspertai nesutaria dėl galimybės ją pritaikyti, nes dalis siūlo naują doktriną klausimui B. Teisėjų pasirinkimas sukurti naują doktriną būtų teismo aktyvizmo pavyzdys. Sakykime, kad trečioje situacijoje klausimu C yra oficiali konstitucinė doktrina ir konstitucinės teisės ekspertai vieningai sutaria tokios doktrinos pritaikymui. Šioje situacijoje vietoje oficialios konstitucinės doktrinos pritaikymo teisėjams pasirinkus teisėkūros kelią, toks teismo sprendimas būtų traktuotinas kaip

klaida, o ne teismo aktyvizmo pavyzdys. Sakykime, kad ketvirtoje situacijoje klausimu D konstitucijos tekstinė prasmė nėra aiški, nėra oficialios konstitucinės doktrinos ar precedentų, konstituciniai principai priešaringi ir konstitucinės teisės ekspertai sutinka, kad teismas turi užsiimti teisėkūra – egzistuoja konstitucijos spraga, tačiau nesutaria dėl rezultato. Šiame pavyzdyje, neatsižvelgiant į tai koks bus materialus teismo sprendimo rezultatas, teismo atžvilgiu teismo aktyvizmo ar teismo susivaržymo klausimas išvis nėra aktualus. Lyg taip pat nagrinėjamos sąvokos būtų neaktualios penktoje situacijoje klausimu E, kai konstitucinės teisės ekspertai sutaria, kad šiuo klausimu turėtų būti taikoma tik tam tikra viena oficiali konstitucijos doktrina, tačiau nesutaria dėl jos išaiškinimo. Išvardintose situacijose A, B ir C teisėjams pasirinkus derinti doktrinas, arba pasirinkti vieną iš doktrinų teismo sprendimą galima būtų įvardinti kaip „rezervuotą teisminę justiciją“.

3. TEISMINIO AKTYVIZMO VERTINIMAS

Teisminiam aktyvizmui įvertinti pasirinkti demokratijos ir teisinės valstybės idealai. Demokratijos teorija pirmiausia yra politikos mokslų dalykas, tačiau „[d]emokratijos idėja suvaidino pagrindinį vaidmenį šiuolaikinės konstitucinės jurisprudencijos ir teorijos vystymesi“¹¹¹. Tuo tarpu teisinės valstybės koncepcijos raida betarpiškai formavo teisminės valdžios veiklos standartus. Nepaisant to, teismo aktyvizmo vertinimas remiantis šiomis kategorijomis sudėtingas – akademiniam lygmenyje demokratijos ir teisinės valstybės sąvokos suprantamos labai skirtingai.¹¹² Nevienodas šių sąvokų supratimas teismų vaidmens aiškinant teisę kontekste kelia vertinimo problemų – generuojami priešaringi rezultatai apibrėžiant sąvokas skirtingai.¹¹³ Tokiu būdu, teismo aktyvizmo vertinimo problema transformuojama į sąvokų „demokratija“ ir „teisinė

¹¹¹ Earl M. Maltz, *Deference, Federalism, and the Myth of Democracy*, 54 Wayne L. Rev. 577 (2008), p. 577.

¹¹² Žodis demokratija „... yra labai nevienareikšmis ir atviras skirtingiems aiškinimams.“, citata tekste: D. Beetham, „Introduction“, straipsnis knygoje: D. Beetham red., *Defining and measuring democracy*, (London: SAGE Publications, 1994) p. 6; „[d]emokratija yra žodis, kuris skirtingiems žmonėms pradėjo reikšti vis kitokius dalykus“, citata tekste: Josian Ober, *The Original Meaning of „Democracy: Capacity to do Things, not Majority Rule*, *Constellations* Vol. 15 No. 1 (2008), p. 3; „...demokratijos sąvoka yra aptaki...“, David Feldman, „The Internationalization of Public Law and Its Impact on the United Kingdom“, straipsnis knygoje: Jeffrey Jowell, Dawn Oliver red., *The changing constitution*, Fifth Edition (Oxford: Oxford University Press, 2004), p. 134; „... demokratija yra daugiamatis konceptas.“, citata tekste: žr. išnašą 65: Aharon Barak, *The Judge in a democracy*, p. 25; „... [demokratija] sukelia priešaringas implikacijas.“, citata tekste: Anthony H. Birch, *The concepts and theories of modern democracy* (London and New York: Routledge, 1995), p. 11.; „... šiuolaikinėje politikos teorijoje demokratija neaiški ir miglota sąvoka“, Josiah Ober, *Mass and Elite in Democratic Athens: Rhetoric, Ideology, and the Power of the People* (1989) p. 3, mintis tekste: Luis Fuentes-Rohwer, *The Emptiness of Majority Rule*, 1 Mich. J. Race & L. 195 (1996), p. 221; kalbant apie teisinės valstybės skirtingas sampratas, pakartotina pirmame skyriuje išsakyta Carl Schmitt mintis, kad „... „teisinė valstybė“ gali reikšti tiek skirtingų dalykų, kiek ir pats terminas *Recht* [teisė]“, žr. išnašą 30.

¹¹³ Pavyzdžiui, profesorius Earl M. Maltz pastebi, kad „[d]alyje kontekstų demokratijos teorija suteikia pagrindą teismo aktyvizmo gynybai, [kituose kontekstuose] apeliavimas į demokratijos teoriją yra [...] atsvara argumentams, remiantiems teismo aktyvizmą.“, citata tekste: žr. išnašą 107, Earl M. Maltz, *Deference, Federalism, and the Myth of Democracy*, p. 578.

valstybė“ apibrėžimo problemą. Vis dėl to, analizuojant mokslinę literatūrą išskirtini tam tikri dėsningumai tarp teismo aktyvizmo šalininkų ir kritikų pateikiamų demokratijos ir teisinės valstybės sampratų.

Pirma, teisinės valstybės ir demokratijos idėjos, kuriomis remiasi teismo aktyvizmo priešininkai, pasitelkiant sociologiją, teismo aktyvizmo šalininkų yra kritikuojamos kaip nerealizuojamos socialinėje tikrovėje. Atskleidami idėjų neadekvatumą realijoms, vieni mokslininkai teismo aktyvizmą pateikia kaip neišvengiamybę, kiti – kaip fenomeną mažinantį atotrūkį tarp idėjų ir realybės, o treči, priešininkų idėjas radikalizuodami, jas tiesiog performuluoja taip, kad šios tiktų teismo aktyvizmo gynybai.¹¹⁴ Pastarasis kelias, kai nagrinėjamos idėjos yra koreguojamos, sudėtingą šių idėjų apibrėžimo problemą padaro dar sudėtingesne, todėl yra nepriimtinas.¹¹⁵ Antra, studijuojant teismo aktyvizmo ginčus dar giliau, pastebima, kad tiek teisinės valstybės ir demokratijos idėjos, kuriomis remiasi viena pusė, tiek tos idėjos, kuriomis remiasi kita pusė, reprezentuoja tam tikrą teisės supratimą. Tuo tarpu, kai teismo suvaržymo šalininkai remiasi artimesne teisiniu formalizmu teisės samprata ir tam tikrais teismo pozityvizmo teiginiais,¹¹⁶ tai teismo aktyvizmo šalininkai remiasi sociologine arba „realistine“ teisės samprata.¹¹⁷ Remiantis šiais dėsningumais formuojama šio skyriaus struktūra. Atsižvelgiant į tai, kad pirmame poskyryje pristatomas aktyvizmo priešininkų demokratijos ir teisinės valstybės idealas, kuriuo remiasi formalistinė teisės samprata, ir kuriuo neigiamas teismo aktyvizmas. Antrame poskyryje pateikiama šių idealų realistinė kritika, kuria remiantis pristatoma socialinė teisės samprata, ir kuria pripažįstamas teismo aktyvizmas. Galiausiai paskutiniame poskyryje sprendžiama idealų, neigiančių aktyvizmą, ir realybės, kuria pripažįstamas aktyvizmas, santykio problema, ko pasekoje pateikiamas teismo vaidmens įvertinimas.

¹¹⁴ Tiesa, mokslinėje literatūroje sutinkama nuomonė, kad trečiu keliu žengia ir dalis aktyvizmo priešininkų – koreguojamos demokratijos ir teisinės valstybės idėjos, tik šiuo atveju pertvarkymai atliekami turint tikslą išvengti šalininkų kritikos. Pavyzdžiui, Tomas Berkmanas savo straipsnyje nurodo, kad teismo aktyvizmo priešininkai taip koreguoja demokratijos sąvoką, ją radikalizuodami, mintis tekste:; Tačiau galima rasti pavyzdžių, kai teismo aktyvizmo priešininkai modifikuoja ir teisinės valstybės reikalavimus, mintis tekste: Tomas Berkmanas, *Motives in Support of Judicial Activism: Critique and Ethics of Restrained Adjudication as an Alternative*, *Baltic Journal of Law and Politics* Vol 2, No. 1 (2009), p. 126.

¹¹⁵ Be to, kaip papildomas argumentas nurodytina George Orwell įžvalga, kuria remiantis originalių sąvokų prasmių koregavimas pakeičiant jas naujomis vertintinas neigiamai.

¹¹⁶ Šioje vietoje atkreiptinas dėmesys, kad teismo aktyvizmo kritikams mokslinėje literatūroje priskiriami teismo pozityvizmo teiginiai. Pavyzdžiui, tokios mintys sutinkamos Alfonso Vaišvilos tekstuose, mintis tekste: Vaišvila Alfonsas, „Demokratija ir teisė tapatumo požiūriu“, *Jurisprudencija* (2007, Nr.11(101), p. 27; Tačiau tai nėra visiškai koncepciškai teisinga ir turi būti vertina atsargiai, nes teismo pozityvizmas pateikia teisės sampratos teoriją, kai tuo tarpu teismo formalizmas – teismo proceso teoriją. Kaip nurodo Brian Leiter, „[t]tikrasis koncepcinis ryšys yra ne tarp pozityvizmo ir formalizmo, bet tarp pozityvizmo kaip teisės teorijos ir idėjos, kad teismo vaidmuo [...] yra suvaržytas tam tikru mastu teisėtumo kriterijaus...“, citata tekste: Brian Leiter, *Legal Positivism in American Jurisprudence*, 99 Colum. L. Rev. 1138 (1999), p. 1152.

¹¹⁷ Tokią terminiją pateikia Alfonsas Vaišvila, žiūrėti tekste: Alfonsas Vaišvila, „Demokratija ir teisė tapatumo požiūriu“, *Jurisprudencija* (2007, Nr.11(101)), p. 28.

3.1 Idealybė kaip teismo aktyvizmo neigimas

Prieš pristatant demokratijos ir teisinės valstybės idealus, neigiančius teismo aktyvizmą, aptartina nagrinėjamos tematikos specifika. Darbe siekiama įvertinti teismo aktyvizmo demokratiškumą konstitucinėje jurisprudencijoje. Konstitucinis kontekstas suponuoja, kad turi būti analizuojamas ne demokratijos ir teisinės valstybės, bet konstitucinės demokratinės valstybės idealas. Šiame kontekste gali kilti klausimas: kokius reikalavimus demokratija ir valdžių atskyrimo doktrina gali nustatyti konstitucinio teismo teisėjams, turint omenyje, kad konstitucija riboja pačią demokratiją ir įtvirtina valdžių atskyrimo doktriną? Atsakymą pateikia Martin Loughlin: „[n]ors konstitucinė teisė gali būti suprantama kaip [...] pozityvi teisė, [ši teisė] realybėje yra priklausoma nuo politikos praktikų“¹¹⁸. Vadinasi, konstitucijos normos taip pat yra politikos srities objektas ir teisinėje demokratinėje valstybėje yra formuojamos demokratinės praktikos.¹¹⁹ Vadinasi, pirma, demokratija šių praktikų kontekste formuluoja reikalavimus konstituciniam teismui, ir antra, šios demokratinės praktikos leidžia atskirti politinę valdžią nuo teismo valdžios konstituciniame kontekste, taikant valdžių atskyrimo doktriną. Šioje vietoje kyla kitas klausimas: kaip atskirti demokratinės praktikos, formuojančias reikalavimus konstituciniam teismui, ir tas praktikas, kurios yra konstitucinio teismo veiklos objektas? Profesorius Bruce Ackerman paaiškina šį demokratinės praktikos dualumą pristatydamas „dvilypės“ demokratijos koncepciją.¹²⁰ Anot mokslininko demokratijoje būtina atskirti politinius sprendimus, kuriuos priima tauta, ir sprendimus, kuriuos priima atstovai.¹²¹ Tautos sprendimai yra „aukštesnio lygio“ teisėkūra (ang. “higher-track” law-making), kuria kuriamos konstitucinės teisės normos, o tuo tarpu atstovų sprendimai, yra „žemesnio lygio“ teisėkūra (ang. “lower-track” law-making) ir privalo būti subordinuota aukštesnės galios normoms.¹²² Tokių demokratinės praktikos dualumą reikia turėti omenyje, kadangi nagrinėjamos konstitucinės jurisprudencijos problemos.

3.1.1 Demokratijos reikalavimai

Demokratijos idealas, neigiantis teismo aktyvizmą, dažnai apibūdinamas pagal garsiąją ir nuolat cituojamą Abraham Lincoln formulotę kaip „... liaudies valdžia, vykdoma liaudies ir

¹¹⁸ Žr. išnašą 34: Loughlin Martin, p. 43.

¹¹⁹ Nors šiame kontekste prisimintina demokratijos pagrindimo problema, žr. išnašą 35.

¹²⁰ Kaip jau buvo nurodyta, šia koncepcija bandoma spręsti konstitucionalizmo autoriteto problemą, žr. išnašą 41.

¹²¹ Bruce Ackerman, *We the People: Foundations* (Harvard University Press, 1993), p. 6-7, mintis tekste: žr. išnašą 38: Christopher L. Eisgruber, *Justice and the text*, p. 10.

¹²² Ten pat, p. 11.

liaudies labui...¹²³ Iš tiesų, pats žodis demokratija, kurio etimologija yra sudurtinis graikiškas žodis „demokratia“¹²⁴, reiškia „žmonių valdžią“ („demos“ – tauta, žmonės; „kratos“ – jėga, galia)¹²⁵. Analizuojamame demokratijos ideale tautos valdžios svarba atskleidžiama per tautinio suvereniteto idėją.¹²⁶ Ši idėja, Vaišvilos teigimu, keičia valdžios sampratą: „valdžios legitim[umas] slypi ne Dievo valioje, ne paveldėjime, o pačioje tautoje; tauta – tikrasis ir vienintelis valstybinės valdžios šaltinis bei subjektas“¹²⁷. Kalbant apie demokratijos dalį, kuria kuriama „aukštesnio lygio“ teisėkūra, tautinis suverenitetas išreiškiamas steigiamąja galia (ang. constituent power). Priklausanti tautai steigiamoji galia apibūdinama kaip „... galia įkurti, įsteigti [politinę valdžią], nustatyti [valdžios apribojimus]“¹²⁸. Tuo tarpu, kalbant apie demokratijos dalį, kuria kuriama „žemesnio lygio“ teisėkūra, tautinis suverenitetas išreiškiamas atstovams perduota galia nustatytoje kompetencijos ribose kurti įstatymus tautos labui.¹²⁹ Tokiu būdu, demokratijos idealas, deklaruodamas tautinio suvereniteto idėją, įgyvendina „... seną, esminį [pilietinės visuomenės] savivaldos principą...“¹³⁰. Šio principo esmė, kad „... valstybės piliečiai patys nustato teisės, organizuojančios ir tvarkančios jų politinės asociacijos veiklą, turinį“¹³¹. Kitais žodžiais tariant,

¹²³ Profesorės Hanna Fenichel Pitkin teigimu ši mintis yra penkių amžių senumo ir iš tikro priklauso anglų Skolastikos filosofui John Wycliffe, Hanna F. Pitkin, *Representation and Democracy: Uneasy Alliance*, Scandinavian Political Studies, Vol. 27, No 3 (2004), p. 337.

¹²⁴ Robert A. Dahl, *Demokratija ir jos kritikai*, vert. Arvydas Šliogeris (Vilnius: Amžius, 1994), p. 11.

¹²⁵ Ten pat, p. 11-12.

¹²⁶ „[T]autinio suvereniteto teorija yra demokratijos teorijos versija“, citata tekste: Keith E. Whittington, *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review* (Lawrence, Kansas: University Press of Kansas, 1999), p. 127.

¹²⁷ Citata tekste: žr. išnašą 13: A. Vaišvila, *Teisinės valstybės koncepcija Lietuvoje*, p. 73.

¹²⁸ Taip anot Andreas Kalyvas, suverenitetą suprato George Lawson, John Locke, Thomas Paine, Emmanuel Sieyès, ir Carl Schmitt, mintis tekste: Andreas Kalyvas, *Popular Sovereignty, Democracy and the Constituent Power*, *Constellations*, Vol. 12, No. 2 (2005). p. 225.

¹²⁹ Demokratijos idealas, iškeldamas tautinio suvereniteto idėją, pripažįsta, kad modernioje visuomenėje piliečiai tiesiogiai negali dalyvauti valdyme, todėl politinę valdžią įgyvendina atstovai, kurie ir yra tikrieji politiniai aktoriai valstybėje („teiginys, kad šiuolaikiniame pasaulyje įmanoma tik netiesioginė, atstovaujamoji, demokratija, visų priimamas kaip aksioma“, citata tekste: žr. išnašą 119: Hanna F. Pitkin, p. 336; „... kol [šiuolaikinėje] visuomenėje visi negali dalyvauti asmeniškai, tol seka išvada, kad idelaus valdymo būdas privalo būti atstovaujamas“, citata tekste: žr. išnašą 120: Robert A. Dahl, p. 90; „... didelėse valstybėse žmonės negali veikti jokiais tiesioginiais būdais“, citata tekste: Christopher L. Eisgruber, *Constitutional Self-Government and Judicial Review: A Reply to Five Critics*, p. 2; „šiuolaikinėje gausioje visuomenėje tik nedidelė mažuma individų gali valdyti“, citata tekste: žr. išnašą 108: Anthony H. Birch, *The concepts and theories of modern democracy* (London and New York: Routledge, 1995), p. 48; „[Atstovai yra] politinis aktorius bendruomenėje“, citata tekste: Luc J. Wintgens, *Sovereignty and Representation*, *Ratio Juris*, Vol. 14 Issue 3 (2001) p. 272-274; „... rinkėjai juk politikos nekuria“, tai yra politiką kuria atstovai, mintis tekste: H. B. Mayo, *How can we justify democracy*, *American Political Science Review*, Vol. 56 No. 3 (1962), p. 561.

Kita vertus, demokratijos idealas Egidijaus Jarašiūno žodžiais pripažindamas, kad „... tautos atstovai – tai ne [pati] tauta...“ (Egidijus Jarašiūnas, „Konstitucinė justicija ir demokratija: keletas sąveikos problemų“, *Jurisprudencija* (2005, Nr. 64(56)), p. 77), reikalauja sudaryti palankias sąlygas „...suvereno valios ir jo vedamos [atstovų] prievartinės valdžios [...] subordinacijai palankias sąlygas“ (Joshua Cohen, *Reflections on Habermas on Democracy*, *Ratio Juris* Vol. 12 Issue 4 (1999), p. 386.). Laikoma, kad tokias „palankias sąlygas“ subordinacijai sudaro konstitucijoje įtvirtinti valdžios apribojimai, negatyvios piliečių laisvės, ir įgalinimai, pozityvios piliečių laisvės.

¹³⁰ Žr. išnašą 124: Andreas Kalyvas, p. 238.

¹³¹ Citata tekste: Žr. išnašą 33: Frank I. Michelman *The 1996-97 Brennan Center Symposium Lecture*, p. 400.

žmonės būdami įstatymų subjektais, „... tuo pačiu metu gali save laikyti ir šių įstatymų autoriais“¹³². Taigi, apibendrinant, demokratijos idealas kelia reikalavimą teisę kildinti iš tautos valios.

Šio reikalavimo pripažinimas užduoda klausimą: „...kaip grynai praktiniu požiūriu apibrėžti žmones [, tautą,] ir kaip apibrėžti [tautos] valdžią“¹³³? Teisminio aktyvizmo kritikai, atsakydami į klausimą, teigia, kad deklaruojamas siekis visą valdžią kildinti iš tautos preziumuoja tautos politinį vieningumą.¹³⁴ Viena vertus, pripažįstama, kad tautos kategorija turi būti atskiriama nuo masės ar minios žmonių ir suprantama kaip „...vienas asmuo su viena valia, kuriam gali būti priskirti poelgiai“¹³⁵. Kita vertus, demokratijos teorijoje nesutariama, kas turėtų būti laikoma vieninga tautos politinė valia.¹³⁶ Tačiau demokratijos idealo, neigiančio teisminį aktyvizmą, kontekste svarbus ne tiek pats valios formavimosi procesas, kiek tai, kad suformuota vieninga politinė tautos valia perkeliama į pozityvios teisės aktų tekstus ir juose tariamai yra fiksuojama. Taip sukuriama teisinė tvarka, kuri išreiškia norminį tautos vieningumą – teisinės tvarkos autoriumi tampa tautos valia. Tokiu būdu, įgyvendinamas pilietinės visuomenės savivaldos principas, nes tautos nusistatyti politiniai tikslai perkeliama į teisės normas.

Aptartas demokratijos idealas kelia reikalavimą teisminei valdžiai pereiti „nuo teisės [aiškinimo] sukonzentruoto ties argumentais, [...] prie teisės [aiškinimo] sukonzentruoto ties „šaltinio“ sąvoka“¹³⁷. Teisė tampa suprantama kaip socialinis faktas, tai yra visuomenės narių susitarimas dėl teisinių elgesio normų.¹³⁸ Teisės taikymas tampa socialinių faktų identifikavimo procesu – teisės šaltinio nustatymu. Tai teisinio pozityvizmo teiginys, tačiau teisminio aktyvizmo kritikos kontekste jis vertinamas siaurai – pagrindiniu teisės šaltiniu laikomas teisės akto tekstas. Teisminio aktyvizmo kritikų manymu pagrindinis teisės šaltinis – žmonių valia, yra objektyvizuotas pozityvios teisės akto tekste, teisminiai valdžiai keliamas reikalavimas šią teksto prasmę atskleisti. Teisminė teisėkūra,– teisės išvedimas vadovaujantis moraliniais, politiniais, racionalistiniais argumentais neigiamas,– demokratijos idealo sąlygomis negalima.

3.1.2 Teisinės valstybės reikalavimai

¹³² Vargova Mariela, *Democratic Deficits of a Dualism Deliberative Constitutionalism* Bruce Ackerman and Jürgen Habermas, *Ratio Juris* Vol. 18 No 3 (2005), p. 367.

¹³³ Žr. išnašą 108: Anthony H. Birch, p. 47-48.

¹³⁴ „Jei valstybė gali egzistuoja [...] kaip jos piliečių išraiška, tai iš to seka, kad legitimumas ir galia turi būti pagrįsti piliečių [bendru] sutarimu“, autoriaus versta iš: žr. išnašą 58: Beverley McLachlin, p. 160.

¹³⁵ Autoriaus versta iš: žr. išnašą 34: Martin Loughlin, p. 56.

¹³⁶ Vieni teigia, kad turi būti remiamasi daugumos taisykle – „vienas asmuo, vienas balsas“. Kiti teigia, kad valia turėtų būti formuojama remiantis piliečių išpažįstamomis bendromis gėrio sampratomis. Treti teigia, kad valia turi būti grindžiama apibendrinančiais racionaliais rezultatais.

¹³⁷ Žr. išnašą 19: Massimo La Torre, p. 44.

¹³⁸ Dėl to Dworkin vadina tai konvencionalizmu, mintis tekste: Ronald A. Dworkin, *“Natural” Law Revisited*, *University of Florida Law Review*. Vol. 34 No 2 (1982), p. 178-180.

Teisinės valstybės idealas, neigiantis teisminį aktyvizmą, grindžiamas kitu teisinio pozityvizmo teiginiu – „atskiriamumo teze“ – takoskyra tarp „valdymo pagrįsto teise“ ir „žmonių valdžios“. Šia takoskyra reikalaujama teisės sritį atskirti nuo politikos srities. Išsireiškiant Antonin Scalia žodžiais, „visuotinis teisinis valdymas“ pateikiamas kaip priešstata tam, kas vadinama „asmeninė diskrecija spręsti teisingumo klausimus“.¹³⁹ Vadinasi, pripažįstama, kad teisės taikymas kaip teisingumo vykdymas yra nešališkas ir objektyvus. Nešališkumas šiuo atveju išreiškiamas visų asmenų lygybe – esant toms pačioms faktinėms aplinkybėms asmenų elgesio teisinis vertinimas yra vienodas.¹⁴⁰ Tuo tarpu objektyvus teisės taikymas grindžiamas iš anksto nustatytais ir nuo subjektyvios taikytojo valios nepriklausomais ir bendrai pripažįstamais standartais.¹⁴¹

Analizuojamo teisinės valstybės idealo atveju teigiama, kad objektyvumo ir nešališkumo standartai pasiekiami, kadangi teisė atitinka keletą kriterijų. Šiais kriterijais išreiškiami pagrindiniai „grynojo“ teisinio formalizmo principai. Pirma, teisė yra „... logiškai nuosekli ir uždara taisyklių sistema...“¹⁴². Kitais žodžiais tariant, pripažįstamas teisinių taisyklių apibrėžtumas. Antra, teise yra išreiškiamą demokratiškai suformuota tautos valia, tai yra pasiekiamas bendras teisinių normų supratimas. Trečia, visi valstybinės valdžios veiksmai yra grindžiami teise.¹⁴³ Ketvirta, „teisė [reguliuoja] jos subjektų elgesį“¹⁴⁴. Teisinio formalizmo atveju teigiama, kad šis tikslas pasiekiamas, nes taisyklės yra bendro pobūdžio, aiškios, laiko atžvilgiu stabilios, viešai paskelbtos, neprieštaringos, įmanomos įgyvendinti, neretroaktyvios, nuosekliai taikomos.¹⁴⁵ Tokios formalistinės teisės sampratos išdavoje teisminės valdžios vaidmuo tampa kone mechaniniu, kadangi teisė yra racionaliai apibrėžta, o teisinė argumentacija yra autonomiška nuo faktų srities.¹⁴⁶ Teismui užtenka silogistinio samprotavimo, kad iš „... išoriškai apibrėžtų teisinių taisyklių, formuojančių didžiąją premisą, ir objektyviai teisingų iš anksto egzistuojančių faktų, formuojančių mažąją premisą“¹⁴⁷ padarytų išvadas. Teismui diskrecija nepripažįstama.

Taip suprantant teisę, teisinės valstybės idealas apibrėžiamas pirmiausia akcentuojant formaliuosius teisinės valstybės požymius. Šiuo atveju pagrindinius reikalavimus teisėjų vaidmeniui kelia teisėtumo ir valdžių atskyrimo principai. Teisėtumas yra tapatinamas su pozityvumu – viskas yra teisėta, kas yra išreiškiamą teisės aktų tekstuose. Tuo tarpu valdžių

¹³⁹ Antonin Scalia, *The Rule of Law as the Law of Rules*, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 56, No. 4 (1989), p. 1176.

¹⁴⁰ Žr. išnašą 65: Aharon Barak, p. 101.

¹⁴¹ Ten pat, p. 101-102.

¹⁴² Timothy Zick, *Constitutional Empiricism: Quasi-Neutral Principles and Constitutional Truths*, 82 N.C. L. Rev. 115 (2003), p. 126.

¹⁴³ „... kad ir ką valdžia daro, jos veiksmai turi būti realizuojami teise“, autoriaus versta iš: Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law*, (Cambridge: Cambridge university press, 2004), p. 93.

¹⁴⁴ Ten pat, p. 94.

¹⁴⁵ Kitais žodžiais tariant, laikoma, kad teisė atitinka tam tikrus formalius reikalavimus. Pateiktus reikalavimus teisei yra suformulavęs Lon Fuller, žiūrėti tekste: Andrei Marmor, *The Rule of Law and its Limits*, *Law and Philosophy*, Vol. 23 No.1 (2004), p. 9-38.

¹⁴⁶ Žr. išnašą 112: Brian Leiter, p. 146.

¹⁴⁷ Autoriaus versta iš: Ten pat, p. 145.

atskyrimo principas, apibūdinantis tinkamą valdžios įgaliojimų paskirstymą tarp valstybinės valdžios institucijų,¹⁴⁸ reikalauja, kad valstybinė valdžia būtų skirstoma „... ne kiekybiškai, o kokybiškai ją diferencijuojant“¹⁴⁹ – įstatymų leidžiamoji valdžia turi kurti teisę, vykdomoji valdžia teisę turi įgyvendinti, ir, svarbiausia, teisminė valdžia šią teisę privalo taikyti. Kadangi pripažįstama, kad teisė kaip taisyklių sistema yra aiški ir apibrėžta, teisminei valdžiai keliamas uždavinys teisės aktuose suformuotas taisykles tik pritaikyti. Bet kokia teisminė teisėkūra taip suprantamos teisinės valstybės atžvilgiu turėtų būti laikoma savivale. Apibendrinant, pristatyto teisinės valstybės idealo, neigiančio teisminį aktyvizmą, kontekste, teisminė valdžia gali būti apibūdinama garsiojo politikos filosofo Charles de Montesquieu žodžiais „... [kaip] beveik niekas [...], ne daugiau kaip burna, kuri taria teisės žodžius, tik pasyvi būtybė“¹⁵⁰.

3.2 Realybė kaip teismo aktyvizmo pripažinimas

3.2.1 „Kompleksiškumo“ erdvė kaip idealų neigimas

Demokratijos ir teisinės valstybės idealai, neigiantys teismo aktyvizmą, teismo aktyvizmo šalininkų kritikuojami kaip nerealizuojami socialinėje tikrovėje arba kaip neadekvatūs ir neatitinkantys realijų. Idealų kritikai pasitelkiama „[sociologija, kaip] nuolatinio pasitikrinimo metodas, kuo tapo idealios tikrovės projekto įgyvendinimas“¹⁵¹. Kitais žodžiais tariant, yra parenkama ir pateikiama visa eilė socialinės realybės kriterijų, vertinančių teismo aktyvizmo priešininkų demokratijos ir teisinės valstybės idealus, ir nurodančių „... platesnį galimų pasirinkimų mastą ir kiekį kintamųjų, į kuriuos subjektai, siekdami išspręsti žinojimo, pritaikymo ir sutvarkymo problemas, [privalo] atsižvelgti.“¹⁵². Demokratijos teorijoje šie kriterijai apjungiami Danilo Zola „kompleksiškumo erdvės“¹⁵³, Jürgen Habermas „modernybės“¹⁵⁴, Erns Cassirer „tikrovės“¹⁵⁵ sąvokomis, tačiau pagal savo tikslinį pobūdį ir metodą šių sąvokų prasmė gali būti taip pat papildoma kriterijais, neigiančiais teisinės valstybės idealą. Nors mokslinėje literatūroje sutinkama didžiulė gausa tokių kriterijų, verta paminėti pagrindinius iš jų.

¹⁴⁸ Elizabeth M. Magill, *The Real Separation in Separation of Powers Law*, 86 Va L. Rev. 1127 (2000), p. 1132.

¹⁴⁹ Tomas Berkmanas, „Teismo aktyvumo, kuriant ir aiškinant teisę plėtros tendencija, motyvai ir problemos“, *Teisės problemos*, (2004, Nr.2(44)), p. 34.

¹⁵⁰ Autoriaus versta iš: Žr. išnašą 63: Joyce Lee Malcolm, p. 2-3.

¹⁵¹ Žr. išnašą 26: A. Vaišvila, „Demokratija ir teisė tapatumo požiūriu“, p. 22

¹⁵² Danilo Zolo, *Democracy and Complexity: A Realist Approach* (University Park: Pennsylvania State University Press, 1992) p. 3, mintis tekste: Wayne Gabardi, “Contemporary models of democracy”, *Polity*, Vol. 33, No. 4 (2001), p. 549.

¹⁵³ Ten pat, p. 549;

¹⁵⁴ Žr. išnašą 37: Jürgen Habermas, p. 779.

¹⁵⁵ Ernst Cassirer, *Mythic, Aesthetic, and Theoretical Space*, *Man and World*, Vol. 2, No. 1 (1969), p. 5.

Kalbant apie demokratiją pagrindiniai kriterijai yra šiuolaikinės visuomenės kultūrinis, moralinis, edukacinis, politinis pliuralistiškumas, refleksyvios postmodernistinės kultūros susikūrimas,¹⁵⁶ socialinės stratifikacijos gilėjimas, valdžios susitelkimas oligopoliniame tinkle, finansinių resursų sukongravimas tarptautinių korporacijų tinkle, technologinė globalizacija, laiko ir erdvės kompresija, informacijos revoliucija, kosmopolitinių vertybių išplitimas,¹⁵⁷ viešosios erdvės išnykimas.¹⁵⁸ Tuo tarpu kalbant apie teisinės valstybės idealą pagrindiniais kriterijais nurodytinas kalbos neaiškumas, neapibrėžtumas ir daugiaprasmiškumas, teisės normų prieštaringumas, teisės turinio ir teisinio reguliavimo dalyko neatitikimas, teisės spragų ir netobulo teisėkūros proceso egzistavimas.¹⁵⁹ Šių kriterijų išdavoje formuojami teiginiai, neigiantys idealus, formuojančius pozityvistinę teisės sampratą. Valia, kuri išreiškiama demokratinėmis praktikomis, nėra tautos valia ir/ar neatspindi bendro sutarimo. Net, jei demokratinėmis praktikomis ir suformuojamas bendras sutarimas ir/ar valia, jis nėra tiksliai perkeliamas į norminius teisės aktus. Jei tautos valia ir perkeliama tiksliai į norminius teisės aktus, tai tos valios negalima nustatyti lingvistiškai aiškinant teisės aktų tekstus, būtina ir faktų analizė. Šių teiginių suformulavimas veda prie teismo aktyvizmo kritikų pagrindinių teiginių neigimo. Pirma, nurodoma, kad pozityvus teisės išreiškimas kaip socialinis faktas, yra ne vienintelis universalus visiems prieinamas kriterijus. Pripažįstama, kad socialiniu faktu gali būti dorovinės nuostatos, religiniai įsitikinimai, norminės ir nenorminės vertybės.¹⁶⁰ Antra, paneigiama, kad teisės sistema yra nuosekli ir uždara. Parodoma, kad teisę sudaro ne tik normos, bet ir faktai, kurie įvedami į teisės sistemą per teisėkūrą. Trečia, parodoma, kad pozityvus teisės išreiškimas iš viso gali ir nebūti socialiniu faktu. Kitais žodžiais tariant, tekstu išreiškiamos normos gali būti visuotinai nepripažįstamos. Galiausiai, atskleidžiama, kad teisės sfera nėra atskiriama nuo politikos sferos, normos taikymas nuo fakto klausimų. Šiuo atveju teigiama, kad faktai apibrėžia normas, o ne atvirkščiai. Teismui pripažįstama diskrecija nustatyti teisiškai reikšmingus faktus. Vadinasi, demokratijos ir teisinės valstybės idėjų, neigiančių teismo aktyvizmą, kritika, pasireiškianti kaip formalistinės teisės sampratos neigimas, tampa pagrindu „ieškoti“ teisės už teisės akto teksto ribų. Taip „paklojamas pamatas“ teismo aktyvizmo gynybai, kuri pradeda nuo nepozityvistinės teisės idėjų paieškų.

¹⁵⁶ Žr. išnašą 125: Cohen Joshua, p. 386.

¹⁵⁷ Žr. išnašą 148: Wayne Gabardi, p. 555.

¹⁵⁸ Anot Wayne Gabardi šiuolaikinėje visuomenėje susikuria masinių informavimo priemonių valdžia – „mediokratija“, „televizinė demokratija“. Viešųjų ryšių specialistai, sociologinių apklausų rengėjai, žiniasklaidos atstovai renka kandidatus, klausimus, nustato rinkimų kompanijų diskusijų ribas, taip kurdami „hyper-realybę“, kurioje piliečiai paverčiami pasyviais jų pačių stebėtojais, mintis tekste: Ten pat, p. 552-553.

¹⁵⁹ Nors Mikelėnas nurodo, kad tai pagrindinės priežastys verčiančios aiškinti teisę, tačiau reikia turėti omenyje, kad šiomis priežastimis taip pat grindžiama teismo teisėkūra, mintis tekste: Dalia Mikelienienė, Valentinas Mikelėnas, *Teismo procesas: Teisės aiškinimo ir taikymo aspektai* (Vilnius. Justitia, 1999), p. 142-166.

¹⁶⁰ Tokius socialinius faktus kaip teisės šaltinius nurodo A. Vaišvila, žr. išnašą 68: mintis tekste: A. Vaišvila, *Teisės teorija*, p. 299.

3.2.2 Sociologinė teisės samprata

Teisminio aktyvizmo šalininkų kritika aptartiems demokratijos ir teisinės valstybės idealams, pasireiškianti kaip formalistinės teisės idealo neigimas, įgyja daugybę formų. Vienus „kompleksiškumo“ erdvės kriterijus artikuliuodami daugiau, kitiems kriterijams suteikdami mažiau reikšmės, teisminio aktyvizmo šalininkai teisminės valdžios vaidmenį kurti teisę pagrindžia skirtingais argumentais. Nepaisant to, šių mokslininkų (įvardinamų teisiniais realistais) rate sutartinai teigiama, kad „... teisminiai sprendimai praktikoje [turi būti] pagrindžiami kitais faktoriais nei teisinėmis normomis ir dėmesys turi būti perkeliamas nuo spekuliatyvios [teksto] analizės prie politika grįstų argumentų ir teisinių faktų nustatymo“¹⁶¹. Šių mokslininkų tarpe vieni nurodo, kad teisė yra prigimtine, iš anksto apibrėžta, tuo tarpu, kiti teigia, kad teisė nustatoma aiškinantis instrumentinius jos tikslus. Tiek vienu, tiek kitu atveju pripažįstama, kad teisei atpažinti būtina moralinių, politinių ir racionalistinių argumentų analizė, o lingvistinis teisės tekstų prasmės aiškinimas nėra pakankamas. Teisminio aktyvizmo kontekste šiai teisės sampratai apibrėžti toliau naudojama sociologinės teisės sąvoka. Verta išskirti keletą pavyzdžių, kuriais remiantis pateisinamas aktyvistinis teisminės valdžios vaidmuo.

Kalbant apie demokratijos idealą, mokslinėje literatūroje sutinkama nuomonė, kad „... teisminiu aktyvizmu išskirtinai siekiama demokratinų tikslų, būtent apsaugoti laisvę ir užtikrinti lygybę“¹⁶². Šiuo atveju teigiama, kad aiškinant tik konstitucijos tekstą nebūtų galima užtikrinti realaus prigimtinių teisių įgyvendinimo, todėl būtinas aktyvus teismo vaidmuo prigimtinėms teisėms nustatyti.¹⁶³ Kita dalis mokslininkų laikosi nuomonės, kad egzistuoja demokratinės ir teisinės vertybės, kurios nors ir neįtvirtintos konstitucijos tekste *expressis verbis*, tačiau jų realizavimas būtinas, kad nebūtų paneigta idealų prigimtis.¹⁶⁴ Teisminio aktyvizmo pripažinimas įgalina šias vertybes „surasti“ *sine qua non* demokratijos ir teisės idealai nebūtų realizuojami. Teisminės teisėkūros pirmenybė teisės aiškinimo atžvilgiu taip pat dažnai pagrindžiama demokratijos mechanizmo realizavimo socialinėje tikrovėje sunkumais. Šiuo atveju manoma, kad teismine teisėkūra galima spręsti atotrūkio tarp demokratijos idealo ir realybės problemas.¹⁶⁵ Tuo

¹⁶¹ Autoriaus versta iš: Brian Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, Third Edition (London: Sweet & Maxwell, 2003), p. 183.

¹⁶² Christopher Wolfe, *Judicial Activism: Bulwark of Freedom or Security*, (New York, Rowman & Littlefield Publishers, 1997), p. 49.

¹⁶³ Pavyzdžiui, Michael S. Moore tvirtina, kad tokias teises galima nustatyti aiškinantis teisės „funkcinę esmę“: „[turi būti klausiami], kokiems aiškiems tikslams teisė ir teisinė sistema tarnauja? [Atsakoma], kad teisė tarnauja laisvės, lygybės, materialaus teisingumo, procedūrinio teisingumo, naudingumo tikslams“, autoriaus versta iš: Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1992), p. 98.

¹⁶⁴ Žr. išnašą 58: Beverley McLachlin, p. 158.

¹⁶⁵ Pavyzdžiui, Daniel Markovits teigimu, demokratijos procedūros, būdamos atviros manipuliacijoms ir savanaudiškiems individų pasirinkimams, sukuria demokratijos trūkumus. Mokslininkė mano, kad demokratinė konstitucingumo kontrolė šiuos trūkumus gali pašalinti „... įveikiant politinę inerciją ir sudarant prielaidas apsvarstyti klausimus, pašalintus iš politinės darbotvarkės“¹⁶⁵, o „teisė, kažkokiu būdu iškrentanti iš platesnio demokratinio

tarpu svarstomosios demokratijos (ang. deliberative democracy) šalininkai akcentuoja indiferentišką masių politiniam spaudimui teismo pobūdį, angažuotumą formalumams ir racionaliems argumentams. Jų manymu, šios ypatybės sudaro demokratiškiausias sąlygas teisėjams spręsti vertybinius konfliktus – surasti „geriausią“ argumentą.¹⁶⁶ Teismo aktyvizmo šalininkai dėmesį atkreipia ir į tai, kad teisminė valdžia, kaip ir kitos valdžios šakos, turi tarnauti tautai. Tokiu būdu, valdžios turi būti ne atskiriamos, sukuriant įtampas tarp valdžios šakų, o nustatant stabdžių ir atsvarų sistemą (ang. checks and balances), padalijamos įpareigojant valdžias kooperotis bendram tikslui – veikti tautos labui.¹⁶⁷

Kalbant apie teisinės valstybės idealą, neigiantį teisminį aktyvizmą, vieni teismo aktyvizmo šalininkai pažymi, kad per didelis angažuotumas tekstui „... gali blokuoti teisėjo bandymus įgyvendinti teisingumą“¹⁶⁸. Šiuo atveju objektyvumo ir nešališkumo standartai išreiškiami ne todėl, kad atskleidžiama iš anksto tekste užfiksuota reikšmė, bet todėl, kad išreiškiamos vertybės, kurios yra visiems bendros ir žinomos – pripažįstama prigimtinių teisės samprata. Tuo tarpu profesorius Frederick Schauer, kalbėdamas apie instrumentinį teisės pobūdį, pastebi, kad Ronald Dworkin „moralinį“ konstitucijos skaitymą pagrindžia būtent plačia ir abstrakčia konstitucijos teksto kalba.¹⁶⁹ Dworkin teigimu, daugelis konstitucijoje iškeliamų moralinių principų yra apie tinkamą politinį elgesį ir teisingumą, todėl konstitucijos straipsniai negali būti aiškinami lingvistiniais aiškinimo metodais, nes šie straipsniai patys savaime nėra neutralūs ir objektyvūs.¹⁷⁰ Panašiai mano teisės profesorius Laurence H. Tribe: „... konstitucijos tekstas gali būti perskaitomas pateisinant bet kokį sprendimą ir todėl gali būti apdairiai ignoruojamas“¹⁷¹. Mokslininko požiūriu pagrindinis dėmesys aiškinant konstituciją turėtų būti sutelkiamas ne į tekstą, o į sisteminių ir teleologinių jos normų pobūdį.¹⁷² Aktyvios justicijos šalininkas Michael J. Perry užima dar radikalesnę poziciją. Jo manymu, konstitucijos tekstas turi

politinio ir teisinio konteksto, [gali būti gražinama į vietą]“, autoriaus versta iš: Daniel Markovits, *Democratic Disobedience*. 114 Yale L.J. 1897 (2005).p. 1922-1926.

¹⁶⁶ „...[S]istema, kurioje preferencijos ir prisirišimai nelaikomi egzogeniniais kintamaisiais, bet vietoje to tampa pagrindiniu kritikos ir diskusijų objektu“, autoriaus versta iš: Cass R. Sunstein, „An Epilogue“, straipsnis knygoje: John Elster, Slagstad Rune red., *Constitutionalism and Democracy* (Paris: Cambridge university press, 1993), p. 337.

¹⁶⁷ Pavyzdžiui, Keith E. Whittington nurodo, kad „konstitucijos aiškinimą atskyrus nuo socialinio ir politinio konteksto, teisminė valdžia ne palengvintų, o pakenktų socialinių ir politinių klausimų sprendimų priėmimui“, autoriaus versta iš: Keith E. Whittington, *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review* (Lawrence, Kansas: University Press of Kansas, 1999), p. 167.

¹⁶⁸ Thomas B. McAfee, *The Constitution as Based on the Consent of the Governed – OR, Should we have an Unwritten Constitution*, 80 Or. L. Rev. 1245 (2001), p. 1257.

¹⁶⁹ Dworkin konstatuoja, kad „[k]onstitucinė politika tapo sutrikdyta ir iškraipyta pretenzijų, [siekiančių parodyti] kad teisėjai gali konstitucijos aiškinimui panaudoti politiškai neutralias strategijas“, autoriaus versta iš: Frederick Schauer, *Constitutional Invocations*, 65 Fordham L. Rev. 1295 (1997), p. 1299.

¹⁷⁰ Tokių įžvalgų prieina Thomas B. McAfee apžvelgdamas Dworkin darbus, mintis tekste: žr. išnašą 164: Thomas B. McAfee, p. 1262.

¹⁷¹ Laurence H. Tribe, *Taking Text and Structure Seriously: Reflections on Free-Form Method in Constitutional Interpretation*, 108 Harv. L. Rev. 1221 (1995), p. 1235.

¹⁷² Laurence H. Tribe, „Comment“, straipsnis tekste: Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1997), p. 65-93.

būti vertinamas kaip aspiracinis simbolis, neturintis iš anksto nustatytos reikšmės, o tik suteikiantis galimybę įvertinti politinę tradiciją.¹⁷³ Profesorius David Strauss nurodo, kad tekstas daugeliu atveju yra neypatingai svarbus ir nedaug padeda sprendžiant didžiąją dalį klausimų.¹⁷⁴ Be to, Strauss nuomone konstitucijos normų prasmė evoliucionuoja keičiantis santykiams visuomenėje, todėl ši prasmė „... gali būti atskleidžiama tik per teisminę teisėkūrą formuojančias teisingumo ir geros politikos kategorijas“.¹⁷⁵ Šiuo atveju pripažįstama „gyvosios“ konstitucijos doktrina (ang. doctrine of “Living Constitution”), kuria remiasi ir Lietuvos Respublikos Konstitucinis Teismas.¹⁷⁶ Kaip aptarta anksčiau, ši doktrina tampa svariu argumentu, pateisinančiu konstitucijos autoriteto demokratiškumą.

Apibendrinant teisminių aktyvizmą grindžiančius argumentus, galima pakartoti profesoriaus Egidijaus Jarašiūno žodžius, kad „[aktyvios] konstitucinės jurisprudencijos dėka konstitucinio akto tekstas, neretai su spragomis, neaiškumais ar vidinėmis priešstatomis, įgauna nuosekli[ų], darni[ų] aukščiausiųjų normų ir principų pavidalą, virsta nenuginčijamu [...] teisės aktų teisiškumo tikrumo matu“¹⁷⁷, „[k]ūrybiškas konstitucijos aiškinimas ne paneigia konstitucinę demokratinę tvarką, bet priešingai – ją saugo, nes tik gyvoji teisė besikeičiančio visuomenės gyvenimo kontekste gali veiksmingai apginti konstitucijoje įtvirtintą demokratinę santvarką, apsaugoti asmens teises ir laisves“¹⁷⁸, ir „jurisprudencinė teisė, plėtojama profesionaliu pagrindu sudaromos teisminės valdžios, yra atsvara politinių institucijų kuriamai teisei“¹⁷⁹. Vadinasi, teisminis aktyvizmas ne tik kad neprieštarauja demokratijos ir teisinės valstybės reikalavimams, bet priešingai – padeda šių idealų reikalavimus įgyvendinti: neaiški, prieštaringa teisė padaroma aiškia ir darnia, nesureguliuotos teisės sritys sureguliuojamos, demokratinės vertybės, pozityvios ir negatyvios laisvės realizuojamos, o valdžių atskyrimo principas pakeičiamas valdžių padalijimo principu, valdžių prieštata keičiama dialogu ir kooperavimusi tarp valdžių.

3.3 Idealų ir realybės santykis

Šio skyriaus įžangoje paminėta, tačiau verta pakartoti, kad „[g]inčytis dėl konkrečios demokratijos [ir teisinės valstybės] koncepcijos [...], reiškia ginčytis dėl konstitucijos teksto ir

¹⁷³ Michael J. Perry, *The Authority of Text, Tradition, and Reason: A Theory of Constitutional “Interpretation”*, 58 S. Cal. L. Rev. 551 (1985), p. 558.

¹⁷⁴ Žr. išnašą 57: Jack M. Balkin, p. 105.

¹⁷⁵ Ten pat, p. 112.

¹⁷⁶ Žr. išnašą 81: Šileikis Egidijus, p. 55-56.

¹⁷⁷ Egidijus Jarašiūnas, „Jurisprudencinė Konstitucija“, *Jurisprudencija*, (2006, Nr. 12(90)), p. 25.

¹⁷⁸ Jarašiūnas Egidijus, „Konstitucinė justicija ir demokratija: keletas sąveikų problemų“, *Jurisprudencija* (2005, Nr. 64(56)), p. 82.

¹⁷⁹ Ten pat, p. 79.

aiškinimo sampratos, [vadinasi] būtent, dėl teisminės valdžios vaidmens sampratos¹⁸⁰. Šalia to, prisiminus pirmame skyriuje išsakytas mintis, kad diskusijos dėl demokratijos ir teisinės valstybės sampratos gali būti transformuojamos į diskusijas dėl teisės sampratos, darytina išvada, kad teismo aktyvizmo vertinimo klausimas tampa teisės apibrėžimo klausimu. Teismo aktyvizmo vertinimo problema darbe būtent grindžiama šia premisų logine grandine.

Pirmiausia buvo pristatyti demokratijos ir teisinės valstybės idealai, kuriais pagrįsta formalistinė (iš dalies pozityvistinė) teisės samprata. Šiuo atveju teismo aktyvizmo neigimas grindžiamas dviem teiginiais. Pirma, teigiamas piliečių suformuotos valios, tautos politinės sąjungos, ir šios sąjungos pagrindu sukuriama teisinė tvarka, tautos norminės sąjungos, tapatumas. Antra, teigiamas teisinė tvarka, tautos norminės sąjungos, ir norminių teisės aktų tekstinė išraiška tapatumas. Toliau pristatoma teismo aktyvizmo priešininkų demokratijos ir teisinės valstybės idealų „kompleksiškumo“ erdvės kriterijais paremta kritika. Vadovaujantis šia kritika, paneigiama formalistinė teisės samprata, ir vietoje jos pristatoma sociologinė teisės samprata. Remiantis šia samprata, teismo aktyvizmas pripažįstamas paneigiant tapatumus tarp tautos politinės ir norminės sąjungos, bei tarp tautos norminės sąjungos ir pozityvios (tekstiškos) teisės aktų išraiškos formos. Kitais žodžiais tariant, teismo aktyvizmas pripažįstamas teigiant, kad ne tik konstitucijos tekstinėje formoje yra „randama“ tautos valia, arba kad konstitucijos tekstinėje formoje gali būti suformuota ir ne tautos valia, arba, net jei konstitucijos tekstinėje formoje ir yra suformuota valia, negalima jos išreikšti tekstu aiškinant lingvistiškai. Tačiau visa šia teiginių ir neiginių aibe teismo aktyvizmo vertinimas nėra baigiamas. Teisminė teisėkūra kelia teorinių ir praktinių problemų, ir jų negalima išspręsti paneigiant idealus arba šiuos idealus performuluojant.

3.3.1 Simbolizacijos funkcija

Šiuolaikinis tiek teisės, tiek politikos mokslas „... svyruoja tarp norminių požiūrių apie politinę valdžią, besikoncentruojančių į teisės normų teisėtumą, ir empirinių požiūrių, kurie politinę valdžią mato kaip griežtai faktinį, pagrinde psichologinį ir sociologinį, fenomeną“¹⁸¹. Nors abu šie požiūriai politinę valdžią ir teisę, kuria ši valdžia išreiškiama, įsivaizduoja kaip institucinį fenomeną, remiantis prancūzų filosofo Claude Lefort įžvalgomis teigtina, kad primordialis politinės valdžios ir teisės šaltinis yra ne institucijos, o simbolizacija.¹⁸² Kitais žodžiais tariant, teigiama, kad demokratija ir teisė turi būti suprantama kaip „simbolinė tvarka“. Dėstant konkrečiau,

¹⁸⁰ Autoriaus versta iš: žr. nuoroda 169: Michael J. Perry, p. 576.

¹⁸¹ Autoriaus versta iš: Hans Lindahl, Democracy and the Symbolic Constitution of Society, *Ratio Juris*. Vol. 11 No. 2 (1998), p. 13.

¹⁸² Bernard Flynn, Philosophy of Claude Lefort: Interpreting the Political (Evanston, Illinois: Northwestern University Press, 2005) p. 119.

filosofas teigia, kad „... ryšiai tarp teisės, valdžios ir žinojimo negali būti patys žinojimo objektu [*sensu stricto*, nes t]am, kad jie būtų žinojimo objektu jie turi suponuoti subjektus, kuriems jie yra skirti pažymėti...“¹⁸³. Kadangi subjektai, kuriems jie yra skirti pažymėti neegzistuoja, daroma išvada, kad minėti ryšiai iš esmės yra simboliniai. Mąstymo kategorija atskiriama nuo būties kategorijos. Vadinasi, à la Lefort demokratija kaip simbolis turi būti skiriamas nuo tikros politinės valdžios, o teisė – nuo egzistuojančios teisinės tvarkos. Profesorius Hans Lindahl manymu, Claude Lefort simbolinės ir tikros politinės valdžios ar teisinės tvarkos charakteristikos atkartojamos Hans Kelsen politinėje filosofijoje kaip skirtumas tarp ideologijos ir realybės.¹⁸⁴ Žodis „simbolinis“ šiame kontekste denotuojamas su žodžiais „ideologinis“, „idėjinis“.

Nagrinėjamos tematikos kontekste, simbolizacijos esmė yra atskleidžiama per Hans Kelsen ir Carl Schmitt polemiką dėl ryšio tarp demokratijos ir teisinės valstybės. Šių mokslininkų diskusijos koncentruojasi ties minėto ryšio samprata. Carl Schmitt tautiniam suverenitetui suteikia ontologinį statusą – tautos valia materializuojama.¹⁸⁵ Tokiu būdu, Carl Schmitt teigia, kad tautinis suverenitetas, išreiškiamas tautos politiniu vieningumu, egzistuoja prieš ir sąlygoja teisinę tvarką, išreiškiamą tautos norminiu vieningumu. Šiuo atveju ryšys yra epistemologinis – teisinė tvarka išreiškia materialiai tautos valią. Hans Lindahl žodžiais tariant, suformuojama loginė grandinė: kažkoku būdu susikuria tauta, tauta sprendžia politikos klausimus, politiniai sprendimai išreiškiami teise.¹⁸⁶ Tuo tarpu, Hans Kelsen kritikuoja tokį demokratijos ir teisinės tvarkos dualizmą. Mokslininko manymu „valstybė yra identiška teisei tvarkai“¹⁸⁷, tai yra tauta ir tautos valdžia gali būti suprantama tik per teisę – atskirai tautos valdžia kaip materija neegzistuoja. Kelsen monistinis požiūris atskleidžia simbolizacijos esmę – materijos pakeičiamos funkcijomis. Tiksliai simbolizacijos funkcijų esmę apibrėžia filosofas Ernst Cassirer: „apriboti neribotą, apibrėžti santykinai neapibrėžiamą“¹⁸⁸. Neapibrėžta ir neribota demokratinė tautos valia apibrėžiama ir apribojama teise. Taip aristoteliškai apibrėžiamo žmogaus kaip racionalaus gyvūno (*animal rationale*) samprata praplečiama žmogaus kaip simbolizuojančio gyvūno (*animal symbolicum*) prasme.¹⁸⁹ Žmonės simbolizuoja medijuodami idealus realybėje, tai yra supaprastindami, aproksimuodami „kompleksiškumo“ erdvę. Simboliai veikia kaip priemonė padedanti suprasti ir suvaldyti sudėtingą realybę.

¹⁸³ Ten pat, p. 119.

¹⁸⁴ Žr. nuorodą 177: Hans Lindahl, *Democracy and the Symbolic Constitution of Society*, p. 13

¹⁸⁵ Ten pat, p. 28.

¹⁸⁶ Ten pat, p. 29.

¹⁸⁷ Ten pat, p. 29-30.

¹⁸⁸ Žr. išnašą 151: Ernst Cassirer, p.8.

¹⁸⁹ Ten pat, p.9.

3.3.2. Demokratija ir teisinė valstybė kaip simboliai

Analizuojamos temos atžvilgiu, aptartos mokslininkų įžvalgos, kuriomis demokratija ir teisė suprantama kaip „simbolinė tvarka“, reikšmingos. Teismo aktyvizmo kritika yra remiama materializuotu bendru tautos sutarimu perkeltu į teisės aktus su iš anksto nustatytais ir apibrėžtais teisės taikymo atvejais. Toks materialus politinio ir norminio tautos vieningumo supratimas, sudaro pagrindą teismo aktyvizmo gynybai. Paneigiant tautos politinės valios ir apibrėžtų teisės atvejų materialų egzistavimą, atveriamas kelias teisminei teisėkūrai. Tuo tarpu, demokratijos ir teisės supratimas kaip „simbolinės tvarkos“ pripažįsta teismo aktyvizmo kritikų argumentus, tik keičia jų supratimą. Demokratijos ir teisinės valstybės idėjos, grindžiamos formalistiniu teisės samprata, matomos kaip idealybė, tai yra kaip realybės supaprastinimas, o ne kaip realybės teigimas. Tokiu būdu, simbolizacijos funkcija performuluoja pagrindinius šių idealų teiginius. Pirma, politinis tautos vieningumas pirmiausia gali būti suprantamas tik per norminį tautos vieningumą. Antra, norminis tautos vieningumas pirmiausia gali būti suprantamas tik per pozityvų teisės aktų išreiškimą. Tačiau šiame kontekste svarbiausia tai, kad pripažįstama šių funkcijų yra mediacinė ir aproksimacinė paskirtis. Kitais žodžiais tariant, konstitucija yra tik apytikslė tautos valios išraiška, o konstitucijos tekstas yra tik apytikslė konstitucinės teisės išraiška.

Svarbiausia simbolizacijos pasekmė ir yra ta, kad minėtoms funkcijoms nėra suteikiamas absoliutus statusas, atvirkščiai, pripažįstama, kad jos tik padeda supaprastinti realybę. Vadinasi, realybėje teisė, tautos norminė sąjunga, yra daugiau nei tik tekstinė teisės akto prasmė, ir tautos valia, tautos politinė sąjunga, yra daugiau negu teisė. Nagrinėjant dar detaliau, matoma, kad realybėje dažnai nesutariama dėl to, kas yra teisė, tai yra nerandama bendra teisės prasmė, nes teisės prasmei neužtenka tik teisės normų ir argumentų analizės, nes nustatant teisės prasmę neišvengiami vertybiniai argumentai. Taip pat dar dažniau matoma, kad realybėje nesutariama dėl to, kokia turėtų būti teisė, tai yra ginčijamasi dėl politikos, moralės, etikos klausimų, dėl žmonių ir valstybės bei žmonių tarpusavio santykių apibrėžimo teise. Šioje hyper-sudėtingoje realybėje rašytinė teisė, analizuojamu atveju rašytinė konstitucija, tampa realybę aproksimuojančiu veiksmu, atskiriančiu teisės ir politikos sritį. Todėl nustatant teisės prasmę būtent konstitucijos tekstui turi būti teikiama pirmenybė. Ši teksto pirmenybė išplaukia iš žmonių bendro sutarimo, atsiradusio dar istorinio Švietimo amžiaus metu, teisės prasmę fiksuoti raštu susistemintuose kodeksuose ir (kiek vėliau) konstitucijose, kaip žmonių noro apriboti ir apibrėžti sudėtingą realybę.

Tiesa, šiai realybei aproksimuoti ir medijuoti sukuriama ir daugiau idėjų. Nagrinėjamos temos kontekste svarbios vokiečių mokslininko Konrad Hesse konstitucijos aiškinimo idėjos: „ [konstitucijos] aiškinimu turi būti pagrindžiamas konstitucijos [akto] vieningumas, [aiškinimas] turi harmonizuoti prieštaraujančias normas, [...] turi būti gerbiama funkcinė [valdžios atskyrimo

doktrinos] diferenciacija, aiškinimu turi būti kuriamas visų susijusių šalių integruojantis poveikis, [...] siekiama optimizuoti anksčiau išvardintus elementus“¹⁹⁰. Šiomis idėjomis vadovaujasi ir Lietuvos Respublikos Konstitucinio teismo teisėjai, tačiau joms suteikiamas ne funkcinis, o materialus statusas. Lietuvos konstitucinėje jurisprudencijoje Konrad Hesse idėjos suabsoliutinamos – konstitucija matoma kaip „teisė be spragų“, konstitucijos normos ir principai „neprieštaraujantys ir darnūs“, konstitucinės teisės prasmė atskleidžiama ne per konstitucijos tekstą, o per „konstitucijos dvasią“.¹⁹¹ Konstitucijos prasmė pateikiama kaip egzistuojanti, viską apimanti realybė – teigiamas konstitucijos aiškinimo savarankiškumas, taip atveriant kelią teisminei teisėkūrai.¹⁹² Tačiau realybė yra kitokia: „... konstitucijos neabejotinai nereguliuoja visų mūsų gyvenimo sričių“¹⁹³. Martin Loughlin žodžiais tariant, „... konstitucijos yra pripildytos spragų, nutylėjimų ir nežinios“¹⁹⁴. Ir dar svarbiau, mokslininkas nurodo, kad šie nutylėjimai, spragos ir nežinomybė yra dažniausiai ne apsirikimo ar klaidos rezultatas, o tikslingas nereguliuojimas dėl egzistuojančio politinio nesutarimo ar sutarimo tautoje. Iš visų šių pastebėjimų seka dvi išvados. Pirma, teisės aiškinyje gali būti susitariama dėl papildomų idealų, tačiau svarbu suprasti šių idealų funkcinę paskirtį ir jų nesuabsoliutinti realybės sąskaita. Antra, raštu išreiškiamos teisės idealo kontekste kitų priimtų idealų atžvilgiu tekstui turi būti paliekama pirmenybė, nes tik pozityvaus teisės akto tekstinio kriterijaus, kaip kriterijaus, aproksimuojančio ir medijuojančio realybę, gali būti išvedamos kitos idėjos.

Apibendrinant teigtina, kad iškelta hipotezė pasitvirtino: teisminis aktyvizmas konstitucinėje jurisprudencijoje prieštarauja demokratijos ir teisinės valstybės reikalavimams. Nors teismai, būdami tiesioginiame santykiyje su realybe negali išvengti, teisėkūros, funkcinis demokratijos ir teisės idealų pripažinimas reikalauja, kad teisėjai pirmiausia dėmesį skirtų konstitucijos teksto aiškinimui, o ne teisėkūrai. Iš vienos pusės, jeigu šių idealų atsisakoma, yra suabsoliutinama realybė. Realybės suabsoliutinimo kaina teisė tampa normiškai neapibrėžta, o teisės reikšmė priklauso tik nuo to, kokiems faktams teisėjai suteiks didesnę reikšmę. Taip yra pripažįstama sociologinė arba „realistinė“ teisės samprata, kur teisė yra visa tai „ką pasako teisėjas“¹⁹⁵. Galima sutikti su Alfonsu Vaišvila, kad tokiu būdu „[teisės nebelieka] kaip visų vienodai suprantamos ir visiems vienodai galiojančios vertybės, [nes belieka] tik subjektyvioji realybė, kuri kiekvieną kartą gali būti vis kita...“¹⁹⁶, o „konstitucija virsta hermeneutine paslaptimi, kur tekstas ne visada tapatus pats sau, nes tada pripažįstama, kad autentiško elgesio taisyklės

¹⁹⁰ Autoriaus versta iš: Žr. išnašą 73: Winfried Brugger, p. 398-399.

¹⁹¹ Egidijus Kūris, „Konstitucija kaip teisė be spragų“, *Jurisprudencija* (2006, Nr. 12(90)), p. 8-9.

¹⁹² Autoriaus versta iš: Žr. išnašą 110: Tomas Berkmanas, *Motives in Support of Judicial Activism: Critique and Ethics of Restrained Adjudication as an Alternative*, p. 118.

¹⁹³ Autoriaus versta iš: Ten pat, p. 124.

¹⁹⁴ Žr. išnašą 34: Martin Loughlin, p. 50.

¹⁹⁵ Autoriaus versta iš: Žr. išnašą 157: Brian Bix, p. 185.

¹⁹⁶ Citata tekste: Žr. išnašą 26: Alfonsas Vaišvila, „Demokratija ir teisė tapatumo požiūriu“, p. 29.

išraiškos forma yra ne Konstitucijos tekstas, o „Konstitucijos dvasia“¹⁹⁷. Iš kitos pusės, jeigu idealai sumaterializuojami (tautos valia ir teisė suprantama kaip pati save apibrėžianti ir ribojanti) ir taip konstitucijos tekstui suteikiama absoliuti reikšmė, neišvengiamas demokratinės ir teisinės valstybės idėjų prieštaravimas, vedantis prie šių idealų susinaikinimo arba teisminės teisėkūros pagrindimo. Pabaigai galima pripažinti, kad nors teisėjams tenka sunki užduotis išlaikyti *status quo* tarp konstitucijos teksto, kaip sutarto standarto medijuojančio ir aproksimuojančio realybę, ir nerašytinių teisės normų, tarp demokratijos ir konstitucionalizmo vertybių, tarp demokratijos bei teisminės valstybės idealybės ir realybės pateikiamų „kompleksiškumo“ erdvės kriterijų, tačiau teisminės valdžios „... tam tikros tvarkos įpročiai, polinkis formalumams ir iš dalies instinktyvi pagarba taisyklingiems idėjų ryšiams...“¹⁹⁸ teisėjams priskirtą užduotį daro įmanoma.

¹⁹⁷ Alfonsas Vaišvila, „Teisinis aiškinimas kaip teisės atpažinimas įstatymų tekstuose“, *Jurisprudencija* (2006, Nr. 8(86), p. 15, citata tekste: Mesonis Gediminas. „Kai kurie Konstitucijos interpretavimo aspektai: Expressis Verbis ribos“, *Jurisprudencija* (2008, Nr. 5(107)), p. 23

¹⁹⁸ Martin Loughlin, *The idea of public law* (Oxford: Oxford University press, 2003), p. 115, autoriaus versta iš: Žr. išnašą 110: Tomas Berkmanas, *Motives in Support of Judicial Activism: Critique and Ethics of Restrained Adjudication as an Alternative*, p. 130.

IŠVADOS

Iškelta hipotezė, kad teisminis aktyvizmas konstitucinėje jurisprudencijoje prieštarauja demokratijos ir teisinės valstybės reikalavimams, pasitvirtino.

1. Teisinės valstybės sampratą formuoja formalieji ir turiningieji teisinės valstybės požymiai. Nustatyta, kad teisinės valstybės apibrėžimo problema yra tiesiogiai priklausoma nuo teisės sampratos apibrėžimo problemos, nes vienos teisės sampratos artikuluoja daugiau formaliuosius teisinės valstybės požymius, kitos – turininguosius.

2. Nustatyta, kad prieštata tarp konstitucionalizmo ir demokratijos yra dvilypė: iš vienos pusės keliami konstitucionalizmo demokratinio pagrindimo problema, iš kitos pusės – konstitucionalizmo demokratijos ribojimo problema. Prieita išvados, kad šių priešstatų pobūdis nėra antagonistinis. Konstitucionalizmas ir demokratija yra tik pastovioje įtampoje, kuri pasireiškia konstitucijos autoriteto kvestionavimo bei pozityvios ir negatyvios laisvės derinimo problemomis.

3. Prieita išvados, kad konstitucinę teisę sudaro tiek rašytinės, tiek nerašytinės teisės normos ir principai. Pripažinta, kad santykis tarp rašytinių ir nerašytinių normų yra nesutarimų dėl teisės prigimties išraiška.

4. Konstatuojama, kad riba, skirianti teisės aiškinimą ir teisėkūrą, yra labai neryški – takoskyra yra daugiau ar mažiau kūrybingumo laipsnio aiškinant teisę nustatymo klausimas. Takoskyros tašku pasirenkamas tekstiškumo kriterijus – teisės aiškinimo akto rezultato sąsajumas su teisės akto tekstu. Tokiu būdu padaroma išvada, kad kalbinio, istorinio, sisteminio, intencijų teisės aiškinimo metodai priskirtini teisės aiškinimo kategorijai, kai tuo tarpu teleologinis teisės aiškinimo metodas yra daugiau sietinas su teisėkūra.

5. Nustatyta, kad teismo aktyvizmo terminas yra aktualus, tik jei pripažįstama diskrecijos teisė teisėjams. Tokiu būdu, atskleista, kad siekiant teismo aktyvizmą tiksliai apibrėžti, būtina iš termino vartojimo prasmės srities pašalinti teorinį teisėjų diskrecijos egzistavimo klausimą. Prieita išvados, kad tokiu būdu hipotetiškai diskrecija turi būti skaidoma į „subjektyvią“ ir „objektyvią“. „Subjektyvi“ diskrecija šiame kontekste apibrėžta kaip pagrįstų nesutarimų tam tikru teisės klausimu egzistavimas teisininkų visuomenėje, o tuo tarpu „objektyvi“ diskrecija – kaip teisėjų diskrecijos egzistavimo klausimas. Išskyrus diskrecijos prasmes, teisminis aktyvizmas apibrėžtas kaip teisėjo vidiniu įsitikinimu pagrįstas pasirinkimas teisinį ginčą spręsti pozityvios teisėkūros priemonėmis, kai esant tam tikroms bylos faktinėms ir teisinėms aplinkybėms egzistuoja „subjektyvi“ diskrecija.

6. Prieinama išvados, kad teismo aktyvizmo vertinimas yra priklausomas nuo demokratijos ir teisinės valstybės apibrėžimo, o šis savo ruožtu – nuo teisės sampratos. Nustatyta, kad klasikinė

teisminio aktyvizmo kritika remiasi formalistine, iš dalies pozityvistine, teisės samprata. Vadovaujantis šia samprata, teigiama, kad tauta suformuoja valią, ją išreiškia konstitucijoje, kuri yra aiški, nuosekli, apibrėžta, baigtinė taisyklių sistema, todėl teisminė teisėkūra nėra galima. Nustatyta, kad teisminis aktyvizmas tradiciškai pripažįstamas paneigiant formalistinę, iš dalies pozityvistinę, teisės sampratą kaip neegzistuojančią socialinėje realybėje, ir taip pripažįstant sociologinę teisės sampratą. Tokiu būdu, teigiama, kad teisinės valstybės ir demokratijos reikalavimai gali būti įgyvendinami tik teismine teisėkūra.

8. Nustatyta, kad ryšiai tarp teisės ir valdžios negali būti patys žinojimo objektu griežtąja prasme, nes jiems suprasti būtina simbolizacija. Vadovaujantis tuo prieita išvados, kad demokratijos ir teisinės valstybės idėjos yra tik „simbolinės tvarkos“. Pripažinta, kad simbolizacija yra svarbi funkcija, kuria remiantis žmogus gali medijuoti ir aproksimuoti sudėtingą realybę. Tokiu būdu, nustatyta, kad pagrindinė simbolizacijos funkcija – apibrėžti neapibrėžiamus, apriboti neapribojamus dalykus.

9. Atskleista, kad demokratijos ir teisinės valstybės idėjų, neigiančių aktyvizmą, supratimas kaip „simbolinės tvarkos“ performuluoja pagrindinius teisminio aktyvizmo kritikų teiginius. Nustatyta, kad tautos valia pirmiausia gali būti suprantama tik per konstituciją, o konstitucija pirmiausia gali būti suprantama tik per pozityvų/tekstinį teisės aktų išreiškimą. Pripažįstamas teisės akto tekstiškumo, kaip realybę medijuojančio ir aproksimuojančio kriterijaus pirmumas, išplaukiantis iš žmonių bendro sutarimo teisę fiksuoti raštu. Tokiu būdu, prieinama išvados, kad nustatant teisės prasmę, būtent konstitucijos tekstui turi būti teikiama pirmenybė; rašytinės konstitucijos tekstui suteikiamas autoritetas. Vadovaujantis tuo teigiama, kad teisės aiškinimui, o ne teisminei teisėkūrai demokratija ir teisinė valstybė kaip „simbolinė tvarka“ teikia pirmenybę.

LITERATŪROS SĄRAŠAS

Specialioji literatūra:

1. Barak Aharon. *The Judge in a Democracy*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2006.
2. Beetham D. red. *Defining and Measuring Democracy*. London: SAGE Publications, 1994.
3. Birch Anthony H. *The Concepts and Theories of Modern Democracy*. London and New York: Routledge, 1995.
4. Bix Brian. *Jurisprudence: Theory and Context*. Third Edition London: Sweet & Maxwell, 2003.
5. Dahl Robert A. *Demokratija ir jos kritikai*. vert. Arvydas Šliogeris (Vilnius: Amžius, 1994).
6. Elster John, Slagstad Rune red. *Constitutionalism and Democracy*. Paris: Cambridge university press, 1993.
7. Fehrenbacher Don E. *Constitutions and Constitutionalism in the Slaveholding South*. Athens, Georgia: University of Georgia Press (1989).
8. Fletcher George P. *Basic Concepts of Legal Thought*. Oxford: Oxford University Press, 1996.
9. Flynn Bernard. *Philosophy of Claude Lefort: Interpreting the Political*. Evanston, Illinois: Northwestern University Press, 2005.
10. Jowell Jeffrey, Oliver Dawn red. *The Changing Constitution*. Fifth Edition. Oxford: Oxford University Press, 2004.
11. Lane Jan-Eric. *Konstitucija ir politikos teorija*, vert. Egidijus Kūris. Kaunas: Naujasis lankas, 2003.
12. Loughlin Martin. *The Idea of Public Law*. Oxford: Oxford University press, 2003.
13. Marmor Andrei. *Interpretation and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1992.
14. Mikėlienienė Dalia. Mikėlenas Valentinas. *Teismo procesas: Teisės aiškinimo ir taikymo aspektai*. Vilnius. Justitia, 1999.
15. Scalia Antonin. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 1997.
16. Tamanaha Brian Z. *On the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge university press, 2004.
17. Torre La Massimo. *Constitutionalism and Legal Reasoning: A New Paradigm for the Concept of Law*. Dordrecht, The Netherlands: Springer, 2007.
18. Vaišvila Alfonsas. *Teisinės valstybės koncepcija Lietuvoje*. Vilnius: Litimo, 2000.
19. Vaišvila Alfonsas. *Teisės teorija*. Antrasis pataisytas ir papildytas leidimas. Vilnius: Justitia, 2004.

20. Wolfe Christopher. *Judicial Activism: Bulwark of Freedom or Security*. New York: Rowman & Littlefield Publishers, 1997.

Lietuvos autorių moksliniai straipsniai:

21. Berkmanas Tomas. „Teismo aktyvumo, kuriant ir aiškinant teisę plėtros tendencija, motyvai ir problemos“. *Teisės problemos*. (2004, Nr.2(44)).
22. Berkmanas Tomas. „On the Academic Understanding of Legal Interpretation in Lithuania“. *International Journal of Baltic Law*. Vol. 2, No. 1 (2005).
23. Berkmanas Tomas. Motives in Support of Judicial Activism: Critique and Ethics of Restrained Adjudication as an Alternative. *Baltic Journal of Law and Politics*. Vol. 2, No. 1 (2009).
24. Jarašiūnas Egidijus. „Jurisprudencinė Konstitucija“. *Jurisprudencija* (2006, Nr. 12(90)).
25. Jarašiūnas Egidijus. „Konstitucinė justicija ir demokratija: keletas sąveikų problemų“. *Jurisprudencija* (2005, Nr. 64(56)).
26. Kūris Egidijus. „Konstitucija kaip teisė be spragų“. *Jurisprudencija* (2006, Nr. 12(90)).
27. Lastauskienė Giedrė. „Vertybiškai neutrali teisės samprata. Jos ženklai Lietuvos teisinėje mintyje ir praktikoje“. *Teisės problemos* (2006, Nr.2(52)).
28. Lastauskienė Giedrė. „Teisinio teksto interpretavimo ribų ir teisės principų santykis: teorinės nuostatos ir Lietuvos teismų praktika“. *Teisės problemos* (2005 Nr.1(47)).
29. Lastauskienė Giedrė. „Turiningas teisinio teksto aiškinimas – panacėja ar pavojus?“. *Jurisprudencija* (2006, Nr.8(86)).
30. Mesonis Gediminas. „Kai kurie Konstitucijos interpretavimo aspektai: Expressis Verbis ribos“. *Jurisprudencija* (2008, Nr. 5(107)).
31. Mikelėnas Valentinas. „Interpretacinis žaismas, arba kaip kurti teisę be parlamento“. *Jurisprudencija* (2009, Nr. 2(116)).
32. Šileikis Egidijus. „Aktyvistinė konstitucinė justicija kaip subtili diskrecija inspiruoti teisinius modelius“. *Jurisprudencija* (2008 Nr. 12(90)).
33. Spruogis Ernestas. „Teisės aiškinimo probleminiai aspektai“. *Jurisprudencija* (2006, Nr.8(86)).
34. Vaišvila Alfonsas. „Demokratija ir teisė tapatumo požiūriu“. *Jurisprudencija* (2007, Nr.11(101)).
35. Vaišvila Alfonsas. „Teisinis aiškinimas kaip teisės atpažinimas įstatymų tekstuose“. *Jurisprudencija* (2006, Nr.8(86)).
36. Valantiejus Vaidotas. „Liberalizmo ir demokratijos santykis politinės filosofijos požiūriu“. *Politologija* (2009, Nr.4(56)).

37. Whittington Keith E. *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*. Lawrence, Kansas: University Press of Kansas (1999).

Užsienio autorių moksliniai straipsniai:

38. Balkin Jack M. *The Roots of the Living Constitution*. B. U. L. Rev. Forthcoming (2012).
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2049498.

39. Barak Aharon. *Foreword: A Judge on Judging, The Role of Supreme Court in Democracy*. 116 Harv. L. Rev. 16 (2002).

40. Barnett Randy E. *Constitutional Clichés*. 36 Cap. U. L. Rev. 493 (2008).

41. Blaauw Loammi C. *The Rechtsstaat Idea Compared with the Rule of Law as a Paradigm for Protected Rights*. 107 S. African L. J. 76 (1990).

42. Brennan McKinley Patrick. *Realizing the Rule of Law in the Human Subject*. 43 B.C.L. Rev. 227 (2002).

43. Brest Paul. *The Misconceived Quest for the Original Understanding*. 60 B.U.L.REV. 204 (1980).

44. Leiter Brian. *Legal Positivism in American Jurisprudence*. 99 Colum. L. Rev. 1138 (1999).

45. Brugger Winfried. *Legal Interpretation, Schools of Jurisprudence, and Anthropology: Some Remarks from a German Point of View*. 42 Am. J. Comp. L. & 395 (1994).

46. Cappelletti Mauro. *The Law-Making Power of the Judge and its Limits: a Comparative Analysis*. 8 Monash. U. L.R. 15 (1981).

47. Cohen Joshua. *Reflections on Habermas on Democracy*. *Ratio Juris*. Vol. 12 Issue 4 (1999).

48. Cross Frank B., Lindquist Stefanie A. *The Scientific Study of Judicial Activism*. 91 Minn. L. Rev. 1752 (2007).

49. Dworkin Ronald A. *“Natural” Law Revisited*. University of Florida Law Review. Vol. XXXIV No 2 (1982).

50. Easterbrook Frank H. *Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism?* 73 U. Colo. L. Rev. 1401 (2002).

51. Eisgruber Christopher L. *Justice and the text: Rethinking the Constitutional Relation Between Principle and Prudence*. 43 Duke L. J. 1 (1993).

52. Feeley Malcolm M. Rubin Edward L. *Judicial Policy Making and Litigation Against the Government*. 5 U. Pa. J. Const. L. 617 (2003).

53. Fruehwald Scott. *If Men were Angels: The New Judicial Activism in Theory and Practice*. 83 Marq. L. Rev. 435 (1999).

54. Fuentes-Rohwer Luis. *The Emptiness of Majority Rule*. 1 Mich. J. Race & L. 195 (1996).

55. Gabardi Wayne. Contemporary models of democracy. *Polity*. Vol. 33, No. 4 (2001).
56. George Robert P. *Natural Law the Constitution, and the Theory and Practice of Judicial Review*. *Fordham L. Rev.* 2269 (2001).
57. Green Craig. *An Intellectual History of Judicial Activism*. 58 *Emory L.J.* 1195 (2009).
58. Yung Corey Rayburn. *Flexing Judicial Muscle: an Empirical Study of Judicial Activism in the Federal Courts*. 105 *Nw. U. L. Rev.* 1 (2011).
59. Habermas Jürgen. Constitutional Democracy. A Paradoxical Union of Contradictory Principles?. *Political Theory*. Vol.29, No.6 (2001).
60. Heyman Steven J. *Positive and Negative Liberty*. 68 *Chi-Kent L. Rev.* 81 (1992-1993).
61. Henning Van. R. *Legality and the Rechtsstaat*. 2000 *J. S. Afr. L.* 222 (2000).
62. Kalyvas Andeas. Popular Sovereignty, Democracy and the Constituent Power. *Constellations*. Vol. 12, No. 2 (2005).
63. Klarman Michael J. *Constitutional Fact/Constitutional Fiction: a Critique of Bruce Ackerman's Theory of Constitutional Moments*. 44 *Stan. L. Rev.* 759 (1992).
64. Kmiec Keenan D. *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism."* 92 *Cal. L. Rev.* 1441 (2004).
65. Lauth Hans-Joachim, Sehring Jenniver. Putting Deficient Rechtsstaat on the Research Agenda: Reflections on Diminished Subtypes. *Comparative Sociology*. Vol. 8. No.2 (2009).
66. Lipkin Robert Justin. *We are all judicial activists now*.77 *U. Cin. L. Rev.* 181 (2008).
67. Lindahl Hans. Democracy and the Symbolic Constitution of Society. *Ratio Juris*. Vol. 11 No. 2 (1998).
68. Linz Juan. Democracy Today, *Scandinavian Political Studies* No. 20 (1997).
69. Magill Elizabeth M. *The Real Seperation in Seperation of Powers Law*. 86 *Va L. Rev.* 1127 (2000).
70. Vargova Mariela. Democratic Deficits of a Dualism Deliberative Constitutionalism Bruce Ackerman and Jürgen Habermas. *Ratio Juris*. Vol. 18 No 3 (2005).
71. Marmor Andrei. The Rule of Law and its Limits. *Law and Philosophy*. Vol. 23 No.1 (2004).
72. Markovits Daniel. *Democratic Disobedience*. 114 *Yale L.J.* 1897 (2005).
73. Mayo B. H. *How can we Justify Democracy?* *The American Political Science Review*. Vol. 56 No. 3 (1962).
74. Marshall William P. *Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism*.73 *V. Colo. L. Rev.* 1217 (2002).
75. Maltz Earl M. *Deference, Federalism, and the Myth of Democracy*. 54 *Wayne L. Rev.* 577 (2008).

76. Malcolm Joyce Lee. *Whatever The Judges Say it is? The Founders and Judicial Review*. 26 J. L. & Pol. 1 (2010).
77. McLachlin Beverley. *Unwritten Constitutional Principles: what is Going on?*. 4 N.Z. I. Pub. & Int'l L. 147 (2006).
78. McWhinney Edward. *The Supreme Court and the Dilemma of Judicial Policy-Making*, 39 Minn. L. Rev. 837 (1954-1955).
79. Mcaffee B. Thomas. *The Constitution as Based on the Consent of the Governed – OR, Should we have an Unwritten Constitution*. 80 Or. L. Rev. 1245 (2001).
80. Michelman Frank I. “*Protecting the People from Themselves*”, or *How Direct Can Democracy Be?* “. 45 UCLA L. Rev. 1717 (1998).
81. Michelman Frank I. *The 1996-97 Brennan Center Symposium Lecture*. 86 Cal. L. Rev. 399 (1998).
82. Murphy Walter F. *Civil Law, Common Law, and Constitutional Democracy*. 52 La. L. Rev. 91 (1991).
83. Natelson Robert G. *A Reminder: The Constitutional Values of Sympathy and Independence*. 91 Ky L.J. 353 (2002-2003).
84. Ober Josian. *The Original Meaning of „Democracy“: Capacity to do Things, not Majority Rule*. Constellations Vol. 15 No. 1 (2008).
85. Olson Kevin. *Paradoxes of Constitutional Democracy*. American Journal of Political Science, Vol. 51, No.2 (2007).
86. Perry Michael J. *The Authority of Text, Tradition, and Reason: A Theory of Constitutional “Interpretation”*. . 58 S. Cal. L. Rev. 551 (1985).
87. Peters Christopher J. *Adjudication as Representation*. 97 Colum. L. Rev. 312 (1997).
88. Pitkin Fenichel Hanna. Representation and Democracy: Uneasy Alliance. *Scandinavian Political Studies*, Vol. 27, No 3 (2004).
89. Posner Richard A. *Legal formalism, Legal Realism, and the interpretation of Statutes and the Constitution*. 37 Case W. Res. L. Rev. 179 (1986-1987).
90. Raz Joseph. *Liberalism, Skepticism, and Democracy*. 74 Iowa L. Rev. 761 (1989).
91. Roberts Caprice L. *In Search of Judicial Activism: Dangers in Quantifying the Qualitative*. 74 Tenn. L. R. 567 (2007).
92. Sager Lawrence G. *The Incurable Constitution*. 65 N.Y.U.L.REV. 893 (1990).
93. Scalia Antonin. *The Rule of Law as the Law of Rules*. The University of Chicago Law Review. Vol. 56, No. 4 (1989).
94. Schauer Frederick. *Constitutional Invocations*. 65 Fordham L. Rev. 1295 (1997).

95. Shane Peter. M. *Federalism's "Old Deal": What's Right and Wrong with Conservative Judicial Activism*. 45 Vill. L. Rev. 201 (2000).
96. Siegel. *Interring the Rhetoric of Judicial Activism*. 59 DePaul. L. Rev. 555 (2010).
97. Steinman Adam N. *A Constitution for Judicial Lawmaking*. 65 U. Pitt. L. Rev. 545 (2004).
98. Sullivan Kathleen M. *Post-Liberal Judging: The Roles of Categorization and Balancing*, 63 U. Colo. L. Rev. 293, (1992).
99. Tribe Laurence H. *Taking Text and Structure Seriously: Reflections on Free-Form Method in Constitutional Interpretation*. 108 Harv. L. Rev. 1221 (1995).
100. Wintgens Luc J. *Sovereignty and Representation*. *Ratio Juris* Vol. 14 Issue 3 (2001).
101. Zick Timothy. *Constitutional Empiricism: Quasi-Neutral Principles and Constitutional Truths*. 82 N.C. L. Rev. 115 (2003).