

ДОКТРИНА ПЕРВИННОГО ЗМІСТУ ТА ЇЇ КРИТИКА (ПЛЮС КІЛЬКА ДУМОК ПРО АБОРТ)¹



М. БЕРМАН
*професор філософії Школи права
(Техаський Університет, США)*

У своїй праці «Аборт та первинний зміст»² Дж. Балкін пропонує захоплюючий новий аргумент на користь обгрунтованості результату, хоча й не аргументації, справи *Roe v. Wade*³. Джек Балкін є одним з найбільш проникливих правових теоретиків свого покоління, а його аналіз вихідних принципів, на яких базується Чотирнадцята Поправка, і того, яким чином вони відображаються на дебатах стосовно абортів, є характерною поживою для роздумів. Однак цей аналіз пропонується в інтересах «більшої мети», а саме: «продемонструвати, чому дебати між доктриною первинного змісту (оригіналізмом) та динамічним конституціоналізмом ґрунтуються на помилковій дихотомії»⁴. Коли ми «відкидаємо припущення, що відданість (конституційному) тексту означає відданість первинному очікуваному застосуванню», Дж. Балкін стверджує, що натомість ми повинні погодитися, що «тлумачення Конституції вимагає відданості первинному значенню Конституції та принципам, що лежать в основі тексту»⁵. Окрім цього, при підтримці такої відданості «кожне покоління перетворює Конституцію на свою Конституцію, апелюючи до її тексту та принципів, а також обґрутовуючи, яке саме значення вони мають у конкретний час»⁶. Таким чином, вважає Дж. Балкін, «вибір між первинним значенням та динамічним конституціоналізмом... є помилковим вибором»⁷.

¹ Це скорочена та відредагована версія статті, котра була вперше опублікована у *Constitutional Commentar.* — 2007. — Vol. 24. — P. 383–404.

² *Balkin J. M. Abortion and Original Meaning // Constitutional Commentar.* — 2007. — Vol. 24. — P. 291.

³ 410 U.S. 113 (1973).

⁴ *Balkin J. M. Abortion and Original Meaning // Constitutional Commentar.* — 2007. — Vol. 24. — P. 292.

⁵ Там само. — С. 293.

⁶ Там само. — С. 301.

⁷ Там само. — С. 293.

Нам видається, що Дж. Балкін неправильно характеризує сучасну доктрину первинного змісту. Хоча суддя Скаліа представляє собою вражаючий, однак можливо лише частковий, протилежний приклад, сьогоднішні прихильники доктрини первинного змісту, які себе такими називають, у своїй більшості вже відкинули припущення, котре Дж. Балкін просить їх відкинути. У той час як прихильники оригіналізму активно обговорюють питання, чи дотримуватись первинного змісту, закладеного засновниками (або ратифікаторами) конституційного тексту, або первинного громадського змісту тексту, майже ніхто не підтримує відданості первинному очікуваному застосуванню.

Однак набагато важливішим є те, що буде, коли ми всі відмовимося від того, що Р. Дворкін назвав «очікувальною доктриною первинного змісту»¹. Висновок Дж. Балкіна про те, що прийняття чи неприйняття доктрини первинного змісту є неправильним вибором, ґрунтується безпосередньо на його твердженні, що відданість Конституції вимагає відданості їй первинному змісту та виключає тлумачення сучасниками її тексту відповідно до принципів, не закладених у тексті. Проте критики доктрини первинного змісту просто не погоджуються з аргументом, що дотримання Конституції вимагає дотримання первинного змісту «та принципів, які вона повинна була втілювати»² (виділено нами. — М. Б.). Зазначимо, що жоден аргумент, викладений у статті Дж. Балкіна, не переконує їх у тому, що те, що вони вважають за правильний вибір, насправді є неправильним вибором. Коротше кажучи, «Аборт та первинний зміст», скоріш за все, не влаштовує нікого: емпіричні твердження про стан аргументації прихильників оригіналізму, викладені у статті, здатні роздратувати самих прихильників доктрини, тоді як її нормативні (або, можливо, концептуальні) твердження стосовно того, що саме необхідно для тлумачення Конституції, не зворушить противників доктрини первинного змісту. У частині I цих зауважень йдеться про те, що теоретики в обох таборах мають підстави бути незадоволеними.

Звичайно, навіть якщо аргументи Дж. Балкіна про теорію тлумачення є невдалими, його вужчі міркування про права на здійснення абортів можуть, проте, мати успіх. На жаль, ми не думаємо, що Балкін пропонує нам міцніше підґрунтя для висновку, що законодавча заборона абортів є неконституційною. У частині II коротко пояснюється, чому саме. Додатково дається відповідь на критику Дж. Балкіним аналізу частини I.

I. ДОКТРИНА ПЕРВИННОГО ЗМІСТУ ТА ДИНАМІЧНИЙ КОНСТИТУЦІОНАЛІЗМ

A. Очікувальна доктрина первинного змісту: не справжній опонент

За Дж. Балкіним, теоретики, котрі називають себе прихильниками доктрини первинного змісту, а також їхні опоненти вважають, що очікуване застосування положень Конституції є обов'язковим для сучасних інтерпретаторів. На його

¹ *Dworkin R. Comment / A Matter of Interpretation, 1997. — P. 119.*

² *Balkin J. M. Abortion and Original Meaning // Constitutional Commentar. — 2007. — Vol. 24. — P. 293.*

думку, це — неправильний погляд. Погоджуємося¹. Проте питання в тому, чи це актуально. Зрештою, погляд було запропоновано М. Грінбергом та Г. Літманом десять років тому у важливій статті на довготермінову перспективу². Вони пояснили, що «первинний зміст при правильному розумінні повинен розглядати можливість неконституційності традиційної практики»³. Зокрема, це пояснюється тим, що, як вони обережно висловилися, «вимога дотримання первинної практики не відповідає тлумаченню положень Конституції для пояснення принципів»⁴. Не дивно, що провідні науковці — захисники доктрини первинного змісту протягом багатьох років не схвалювали очікувальної доктрини первинного змісту. Майкл Полсен, наприклад, наголосив, що «карикатурою доктрини первинного змісту» є її зображення в якості «варіанту грубого інтенціоналізму, зосередженого на суб'єктивних намірах або очікуваннях окремих осіб стосовно того, як можна було б застосувати певне положення»⁵. Понад десять років тому Майкл МакКоннелл висловився ще різкіше: «Жоден авторитетний прихильник оригіналізму, окрім, можливо, Рауля Бергера, не вважає, що “припущення та очікування Засновників стосовно правильного застосування” їх принципів носить контролюючий характер». «Основні прихильники доктрини первинного змісту визнають, що аналіз певного застосування, здійснений Засновниками, може бути неправильним, або що через можливі зміни це може стати помилковим»⁶.

Ідучи проти цієї течії, Дж. Балкін розпливчасто стверджує, що «прихильники доктрини первинного змісту зазвичай припускають, що якщо ми не будемо застосовувати текст Конституції так, як його розуміли із самого початку в момент прийняття, ми не дотримуватимемося значення слів та відступимо від дотримання Конституції як закону», а також що «вони, як правило, поєднують дві різні ідеї: очікуване застосування текстів Конституції, що не виступає обов'язковим законом, та первинний зміст, що є обов'язковим»⁷. «Багато прихильників до-

¹ Однак у нас немає бажання підтримувати твердження Балкіна, що «значні труднощі із базуванням тлумачення Конституції на первинному очікуваному застосуванні полягають у тому, що це не відповідає більшості наших теперішніх конституційних традицій». *Balkin J. M. Abortion and Original Meaning // Constitutional Commentar. — 2007. — Vol. 24. — P. 297.* Я думаю, що найбільше заперечення очікувальної доктрини первинного змісту ґрунтується на нашому найкращому розумінні логічної структури рішення в рамках конституційного нагляду та детермінантів права. Проте це зовсім інша історія.

² *Greenberg M.D., Litman H. The Meaning of Original Meaning // Georgetown Law Journal. — 1998. — Vol. 86. — P. 569.*

³ Там само. — С. 570–571.

⁴ Там само. — С. 571.

⁵ *Paulsen M. S. How To Interpret the Constitution (and How Not To) // Yale Law Journal. — 2006. — Vol. 115. — P. 2037, 2059.*

⁶ *McConnell M.W. The Importance of Humility in Judicial Review: A Comment on Ronald Dworkin's «Moral Reading» of the Constitution // Fordham Law Review. — 1997. — Vol. 65. — P. 1269, 1284.* Див. також, напр., *Barnett R. E. An Originalism for Nonoriginalists // Loyola Law Review. — 1999. — Vol. 45. — P. 611, 622* (підтримання розрізнення Р. Дворкіним «семантичної» та «очікувальної» доктрини первинного змісту та пояснення того, що новий вид прихильників доктрини не переймається тим, «яким чином відповідне покоління ратифікаторів сподівалося або планувало застосування їх текстів у певних випадках... окрім непрямих доказів того, що саме більш технічні слова та фрази могли означати для розумного слухача»; *Segall E. J. A Century Lost: The End of the Originalism Debate // Constitutional Commentar. — 1998. — Vol. 15. — P. 411, 429–432* (твердження, що сучасні прихильники доктрини первинного змісту не підтримують очікувальної доктрини).

⁷ *Balkin J. M. Abortion and Original Meaning // Constitutional Commentar. — 2007. — Vol. 24. — P. 292.*

ктрини первинного змісту також посприяли цьому поєднанню... (а) прихильники доктрини конституціоналізму також у більшості погодились з таким поєднанням без жодних запитань»¹. Однак він надає скупі докази свого загального припущення та схильності до змішування. Фактично єдиним теоретиком та прихильником оригіналізму, який розглядається Дж. Балкіним, є суддя Скалія, котрий, як стверджує Дж. Балкін, «наполягає на тому, що поняття та принципи, котрі лежать в основі (тексту Конституції), повинні *застосовуватися* так само, як і в момент їх затвердження»².

У ході читання відношення Скалія до очікувального оригіналізму виявляється складнішим. Однак опис цієї складності займе багато місця. Тому для цієї мети я прийму опис Скалія, зроблений Дж. Балкіним, як прихильника очікувального оригіналізму.

Однак кого ще, окрім Скалія, розглядає автор? Джек Балкін цитує лише трьох інших прихильників очікувального оригіналізму: Роберт Борк, Рауль Бергер та Кларенс Томас³. Якщо чесно, то щодо Р. Бергера та К. Томаса у нас є сумніви; посилання на певні сторінки чи цитати, котрі могли б підтвердити твердження Дж. Балкіна або допомогти у його оцінці, відсутні. Однак включення Р. Борка до списку видається нам помилковим. З двох сторінок праці «Спокуса Америки», на котру вказує Дж. Балкін, одна сторінка (с. 159) взагалі не має нічого спільного з цим питанням. А на іншій сторінці (с. 114) Р. Борк підкреслює, для роз'яснення протилежних поглядів, котрі він висловив два десятиліття тому, що він дотримується доктрини оригіналізму з первинним змістом, а не доктрини оригіналізму з первинним наміром; іншими словами, він надає перевагу первинному публічному змісту тексту, а не суб'єктивно семантичним намірам окремих осіб. Однак мова не йде про відданість первинним очікуванням засновників або ратифікаторів щодо застосування текстуального змісту.

Будь-які сумніви з цього приводу розвіює відома непереконлива спроба Р. Борка довести, що справа *Brown v. Board of Education* відповідає принципу оригіналізму. Більшість читачів пам'ятають, мабуть, що цей аргумент звучить наступним чином: первинне розуміння клаузули про рівний захист законом передбачає принцип «рівності» або «рівності перед законом»; ратифікатори вважали або припускали, що расова сегрегація відповідала принципу рівності; однак, коли її невідповідність стала очевидною, Суд відповідно взяв до уваги принцип, який був закладений із самого початку, а не первинно очікуване, хоч і помилкове, застосування цього принципу⁴. Незалежно від можливих слабких сторін цього аргументу⁵, він ґрунтується на неприйнятті з боку Р. Борка очікувального оригіналізму та його схильності до чогось, що так схоже на оригіналізм на базі змісту та принципу,

¹ *Balkin J. M. Abortion and Original Meaning // Constitutional Commentar. — 2007. — Vol. 24. — P. 292–293.*

² Там само. — С. 295.

³ Там само. — С. 295, прим. 9.

⁴ Див. *Bork R. H. The Tempting of America: The Political Seduction of the Law. — New York : Free Press, 1990. — P. 81–83.*

⁵ Найбільш груба помилка полягає у тому, що Борк розглядає первинне розуміння на такому високому рівні узагальнення — «рівність» та «рівність перед законом» — що жертвує претензійністю оригіналізму на серйозне історичне дослідження та обіцянку ввести значні обмеження для суддів.

котрий також до вподоби Дж. Балкіну, хоча він і не робить акценту на гнучкості, можливості заперечення або плинності основоположних принципів.

Можливо, Дж. Балкін помилково вважає, що очікувальний оригіналізм є більш поширеним, ніж це є насправді, у своєму погляді, що «коли люди вживають термін “первинне розуміння”, а інколи й “первинний зміст” — як це робить Скалія — вони власне говорять про первинне очікуване застосування»¹. Ми не можемо зрозуміти, на чому ґрунтується таке твердження, та не вважаємо, що воно відповідає дійсності.

Як приклад можна розглянути підхід судді Скалія до аналізу питання, піднятого у справі *Minnesota v. Dickerson*², про те, чи Чотирнадцята Поправка дозволяє поліції накладати арешт на контрабанду, виявлену під час обшуку *Terry*³. Наполягаючи, що «умови, викладені у Конституції, повинні мати зміст, наданий їм під час ратифікації», Скалія визнав, що сфера застосування таких умов може змінюватись. «Навіть якщо обшук до арешту вважався би недозволеним у 1791 році... можливо лише після цього прихована зброя, що може завдати миттєво шкоди слідчому... стала загальнодоступною — і це може змінити судження “обґрунтованого поняття” відповідно до первинного стандарту»⁴. У цьому випадку первинне значення явно відрізняється від первинно очікуваного застосування.

Розглянемо хоча б конституційні підстави для імпічменту: «зрада, хабарництво чи інші великі злочини та проступки»⁵. Особи, котрі підкреслюють, що ми повинні дотримуватись змісту слова «проступок» 1789 р. як серйозного злочину, а не його теперішнього значення — незначне правопорушення — навряд чи вважають, що президенту можна оголосити імпічмент лише за правопорушення, котрі вважалися серйозними у 1791 р. І навпаки: будь-яка поведінка (перелюбство, можливо?), котра вважалася б серйозним проступком у 1789 р. згідно з визначенням від 1789 р. та котра вважається незначним проступком у 2007 р. згідно з визначенням від 2007 р., — тобто, поведінка, що вважалася серйозним злочином у 1789 р., розглядається лише незначним правопорушенням сьогодні: тому захист «первинного змісту» або «первинного розуміння» якраз і означає діяти протилежно до «первинно очікуваного застосування».

Джек Балкін зловісно заявляє, що «поняття, вкладені у слова тексту Конституції та основоположні принципи тексту, а не їх первинно очікуване застосування, є центральною проблемою тлумачення Конституції»⁶. Я вважаю до цього моменту, що було б важко знайти прихильника оригіналізму, котрий би із цим не погодився.

¹ *Balkin J. M. Abortion and Original Meaning // Constitutional Commentar. — 2007. — Vol. 24. — P. 296.*

² 508 U.S. 366 (1993).

³ Цей дуже важливий приклад (наскільки нам відомо) був спочатку запропонований у *Lessig L. Understanding Changed Readings: Fidelity and Theory // Stanford Law Review. — 1995. — Vol. 47. — P. 395, 398–399*, а пізніше у *Segall E. J. A Century Lost: The End of the Originalism Debate // Constitutional Commentar. — 1998. — Vol. 15. — P. 428–429.*

⁴ 508 U.S., 379, 382 (суддя Скалія, думка що збігається з позицією більшості).

⁵ *U.S. Const. Art. II, sec. 4.*

⁶ *Balkin J. M. Abortion and Original Meaning // Constitutional Commentar. — 2007. — Vol. 24. — P. 302.*

Б. Оригіналізм за Дж. Балкінім та динамічний конституціоналізм: не помилковий вибір

Ймовірно, можна відповісти на це заперечення, маючи більше доказів на підтримку емпіричного припущення, що багато теоретиків доктрини первинного змісту насправді підтримують очікувальний оригіналізм. Проте ми вважаємо, що Дж. Балкін схильний відхилити таке заперечення, наполягаючи, що йдеться лише про другорядне питання. Основні твердження, викладені у праці «Аборт та первинний зміст», він міг би вважати не емпіричними, а концептуальними або нормативними. Вони розглядають не те, скільки прихильників доктрини первинного змісту в цей час підтримують очікувальний оригіналізм, а те, що відбудеться після того, як ми його відкинемо.

Погоджуємось, що це важливе твердження. Проте увага, котру ми приділили емпіричним доводам Дж. Балкіна, є обґрунтованою. Перш за все, неймовірна кількість інших розумних та виважених вчених, здається, так само як Дж. Балкін вважають, що очікувальний оригіналізм користується великою підтримкою¹. Видається правдоподібним той факт, що наполегливі зусилля (котрі ми не доклали) для підтвердження або заперечення цього припущення могли б мати певний вплив на хід обговорення теми оригіналізму. Окрім цього, і це має на цей час більшу актуальність, читачі, котрі погоджуються з тим, що майже ніхто серйозно не сприймає очікувальний оригіналізм, повинні також визнати, що майже всі, *навіть в колі прихильників оригіналізму*, вважають, що правильне застосування конституційного змісту може з часом змінюватися. Таким чином, якщо динамічний конституціоналізм є лише теорією про те, що правильне застосування конституційного змісту може змінюватись з часом, тобто що законна поведінка у момент t_1 може стати незаконною в момент t_2 (або навпаки) — тоді, звичайно, доктрина первинного змісту охоплює динамічний конституціоналізм. Однак майже універсальне припущення полягає у тому, що динамічний конституціоналізм означає діахронічні зміни, що відрізняються за характером та розмахом від того, що дозволяє оригіналізм. Припускаємо, що саме це твердження Дж. Балкін пробує заперечити, стверджуючи, що оригіналізм та динамічний конституціоналізм представляють собою «помилковий вибір». Та якщо це є його завданням, його необхідно здійснити не через відхилення очікуваного оригіналізму, а шляхом підтвердження того, що він називає «методом тексту та принципу»². Іншими словами, якщо твердження Дж. Балкіна про «помилковий вибір» є саме по собі неправильним, це, мабуть, не через те, що прихильники оригіналізму відкидають метод тексту та принципу, а тому, що його не сприймають прихильники динамічного конституціоналізму (тобто противники оригіналізму). Один важливий результат аргументу у розділі I.A — це зауваження, що читачі, котрих він пробує переконати, є не прихильниками, а опонентами оригіналізму.

¹ Див., напр., *Roosevelt K. The Myth of Judicial Activism.* — NJ: Yale University Press, 2006. — P. 47–58; *Kavanagh A. Original Intention, Enacted Text, and Constitutional Interpretation // American Journal of Jurisprudence.* — 2002. — Vol. 47. — P. 255, 265.

² *Balkin J. M. Abortion and Original Meaning // Constitutional Commentar.* — 2007. — Vol. 24. — P. 293.

У цьому розділі також доводиться, що прихильники динамічного конституціоналізму *насправді* відкидають метод Дж. Балкіна; що Дж. Балкін не наводить аргументів, чому вони не повинні відкидати його; і що навпаки велике зосередження Дж. Балкіна на позасудовому тлумаченні Конституції та роль соціальних рухів (на мій погляд, — правильна та потрібна увага) повинні б схилити його до приєднання до прихильників динамічного конституціоналізму та відходу від методу тексту та принципу, який він так захищає.

1. Які причини могли б когось спонукати відмовитись від методу тексту та принципу? Чи *насправді* тлумачення Конституції *не* «вимагає відданості первинному змісту Конституції та принципам, на яких ґрунтується текст?». На мою думку, багато залежить від того, що означає неоднозначна фраза, котра постійно повторюється: «принципи, на яких ґрунтується текст».

Взята окремо, ця фраза має щонайменше два різні тлумачення: принципи, котрі, у стилі Р. Дворкіна, представляють найбільш обґрунтований зміст тексту або представляють його у найкращому моральному світлі; або принципи, котрі у фактичному історичному факті були закладені авторами чи розумілися ратифікаторами, залежно від обраного контексту¹. Та *насправді* Дж. Балкін чітко наголошує на тому, що він схильний до другого варіанту, а не до першого. Він пояснює, що ми шукаємо «загальні принципи, котрі *оживляють* текст»² — ті, які «висловлювалися», «виділялися» або «встановлювалися» людьми, що розробляли текст»³. Видається, що метод тексту та принципу Балкіна є методом тексту та *первинного* принципу. Прихильники динамічного конституціоналізму могли б, навпаки, використовувати метод тексту та *динамічного* чи *сучасного* принципу.

Для того щоб зрозуміти різницю, треба розглянути будь-яке положення *T* Конституції, котре стосується морального принципу, а не лише юридичного правила чи навіть норми. Тепер припустимо, що *T* є достатньо двозначним, щоб відповідати або відноситись до двох (чи більше) окремих моральних принципів P_1 та P_2 . Зрештою, уявімо собі, що інтерпретатор переконаний, що P_1 є вищим моральним принципом на підставі своїх власних переконань та переконань основної маси сучасного населення, однак вони, відповідно до найкращих історичних доказів, авторами та ратифікаторами *T* відносились до P_2 . Запитання полягає у тому, чи обов'язок відданості Конституції включає обов'язок нашого інтерпретатора прийняти P_2 в якості тлумачення Конституції — як її розуміння, тобто змісту Конституції. Метод тексту та первинного принципу Дж. Балкіна, здається, дає ствердну відповідь на це запитання. Інтерпретаційний метод теоретиків динамічного конституціоналізму (або хоча б можливий метод динамічного конституціоналізму) дає заперечну відповідь.

Цю абстрактну проблематику можна конкретизувати. Для початку розглянемо клаузулу про вільне віросповідання. Тоді як автори керувалися принципом,

¹ *ґрунтується* означає «підтримує або виступає основою» American Heritage Dictionary. — P. 1946; Webster's Third New International Dictionary. — P. 2489 («бути в основі: формувати основу: підтримувати»). Принцип може забезпечувати *моральну* основу тексту для обґрунтування нашого сучасного виконання його; або може забезпечувати *причинну* основу для пояснення, чому був прийнятий текст.

² Balkin J. M. Abortion and Original Meaning // Constitutional Commentar. — 2007. — Vol. 24. — P. 302.

³ Там само. — С. 303, 319.

що будь-які віруючі мають право на віросповідання на свій вибір, ми могли б зараз керуватися подібними — хоч і дещо іншими — моральними принципами, що будь-які особи, віруючі, агностики та атеїсти мають право на віросповідання чи на його відхилення на свій вибір. Клаузула про свободу слова могла бути прийнята та ратифікована на основі принципу демократичного самоуправління; сьогодні, можливо, ми розуміємо її як принцип індивідуальної самореалізації. Автори та ратифікатори клаузули про заборону надання свідчень проти себе самого, можливо, прагнули лише зробити незаконною певну історичну практику та зовсім не керувались моральним принципом; сьогодні, можливо, ми це сприймаємо як принцип людської гідності.

Таких прикладів можна навести багато, однак ми б хотіли повернутись до нашого попереднього обговорення непереконливого захисту Р. Борком рішення Верховного Суду у справі *Brown*. Захист виглядає невдалим у зв'язку з тією причиною, що ми не вважаємо, що рівність, безумовно, точно відповідає принципу, котрим фактично керувались автори та ратифікатори Чотирнадцятої Поправки. Ми вважаємо, що динамічний принцип був більш визначальним — громадянська рівність, формальна рівність, анти-субординація, рівний погляд і т. д. Прихильники динамічного конституціоналізму дозволяють інтерпретаторам утримуватися від будь-якого принципу рівності, котрим автори та ратифікатори керувались, на користь принципу рівності — принципу, щоправда, залежно від контексту — котрий краще відповідає нашим сучасним потребам та моральним цінностям.

Джек Балкін далеко не перший вчений, який дійшов висновку, що зосередження на конституційних *принципах* згладжує різницю між оригіналізмом/відхиленням оригіналізму. Однак оскільки щойно описаний підхід забезпечує більшу інтерпретаційну та судову гнучкість у порівнянні з підходом Дж. Балкіна, котрий дозволяє інтерпретаторам дискутувати лише про різні застосування первинного принципу, доктрина первинного змісту та динамічний конституціоналізм продовжують бути радше правильним, аніж неправильним, вибором.

2. Висновок про те, що сама теза про «неправильний вибір» є помилковою, звичайно, ще не означає, що альтернативні варіанти є привабливими або навіть що метод, вибраний динамічним конституціоналізмом, дійсно відповідає меті. Можливо, динамічний конституціоналізм не пропонує правдивого вибору на відміну від оригіналізму не тому, що він спрямовує дії інтерпретаторів так само, як і оригіналізм, а тому, що його альтернативний напрямок неможливо довести. На жаль, у праці «Аборт та первинний зміст» не наведено якихось аргументів з цього питання. Натомість Дж. Балкін вважає аргумент на користь того, що інтерпретація Конституції вимагає «дотримання первинного значення слів тексту та принципів, на котрих (із самого початку) ґрунтувався текст», недоведеним «припущенням» або «передумовою»¹.

Розгляд усіх аргументів, представлених в інших працях, котрі критикують динамічний конституціоналізм, міг би стати темою окремого дослідження. У цій праці ми можемо надати лише стислий огляд аргументів, котрі пояснюють, чому власний гострий аналіз соціальних рухів, зроблений Дж. Балкіним, вказує на те,

¹ *Balkin J. M. Abortion and Original Meaning // Constitutional Commentar. — 2007. — Vol. 24. — P. 294–295.*

що запропонований ним метод тексту та первинного принципу насправді менше відповідає нашій практиці та є менш привабливим, ніж метод, скажімо, тексту та динамічного принципу, запропонований прихильниками динамічного конституціоналізму.

Основна напруга у твердженнях Дж. Балкіна походить від надання ним привілеїв позасудовій інтерпретації Конституції. «Теорії тлумачення Конституції, — пише він, — повинні, як правило, починатися з інтерпретації громадянами»¹. Соціальні рухи, зокрема, виступають основними рушіями розуміння Конституції, «конституційної культури» та «конституційної доктрини»². Однак соціальні рухи не вважають своїм обов'язком бути відданими минулому. «Відновлення» та «повернення» можуть бути «їх основними тропами»³, однак нам не варто плутати риторику з реальністю. Правда полягає у тому, що громадяни, соціальні рухи та політичні партії дискутують не лише на тему «найкращого застосування» первинного завдання конституційних принципів за сучасних обставин⁴. Вони також обговорюють, чим саме конституційні принципи *виступають* — і саме тому особи, котрі заперечують такий порядок денний певного руху, часто розглядають не те, що він неправильно застосовує первинний зміст принципу, а те, що принцип, котрий він просуває, взагалі не лежить у конституційних рамках. Наприклад, саме так захисники позитивної дії відповідають прихильникам динамічного конституціоналізму (що вдають із себе учасників хрестового походу за оригіналізм, як це часто роблять прихильники динамічного конституціоналізму), котрі підтримують конституційних принципів рівності кольору рас.

А що, коли певний рух переконає громадськість у конституційності підтримуваного ним принципу? Наскільки ми розуміємо, Дж. Балкін не пояснює, чому не можна звернутися за судовим тлумаченням; менше за все судовий опір успішному позасудовому тлумаченню, що не базується на історичній відданості, є категорично обов'язковим. Навпаки, той факт, що судове тлумачення може підтримати загальноприйняті інтерпретації Конституції поза рамками оригіналізму, на нашу думку, відноситься щонайменше до того, що для судового тлумачення означає «паразитувати» на позасудовій інтерпретації⁵. Безсумнівно, можна зазначити, що суди повинні відмовити у санкціонуванні нового позасудового тлумачення конституційного принципу, підтримуваного успішним соціальним рухом, котрий ґрунтується на тому, що таке розуміння не має історичної відданості та, отже, законності. Однак, на нашу думку, така позиція базується або на дивному нерозумінні, *за що саме* виступають соціальні рухи —

¹ *Balkin J. M. Abortion and Original Meaning // Constitutional Commentar. — 2007. — Vol. 24. — P. 307.*

² Там само. — С. 308.

³ Там само. — С. 301.

⁴ Там само. — С. 293.

⁵ *Balkin J. M. Abortion and Original Meaning. // Constitutional Commentar. — 2007. — Vol. 24. — P. 307.* Між іншим, ми погоджуємося з роздумами Балкіна на тему зв'язку між конституційною доктриною та тлумаченням Конституції — особливо з ідеєю, див., напр., там само. — С. 307, 314–315, що конституційна доктрина, проголошена суддею, служить для реалізації судової інтерпретації змісту Конституції, а тому не є ідентичною з нею. Див., напр., *Berman M. N. Constitutional Decision Rules // Virginia Law Review. — 2004. — Vol. 90. — P. 1; Aspirational Rights and the Two-Output Thesis // Harvard Law Review. — 2006. — Vol. 119, F. 202.*

зрештою, вони підтримують бачення політичного добра, на відміну від істориків, — або на нереальному відчутті того, як довго суди можуть (чи повинні) протистояти успішним народним мобілізаціям. Важко побачити у Дж. Балкіна будь-яку з цих помилок.

II. АБОРТ

Навіть якщо у праці «Аборт та первинний зміст» стоїть ширше завдання змінити дискусію щодо інтерпретації Конституції загалом, більша частина роботи розглядає первинний зміст Чотирнадцятої Поправки та виводить на перший план висновки стосовно дискусії про аборт. У загальних рисах Дж. Балкін переконує, що різні пункти розділу 1 цієї поправки були призначені для встановлення на законодавчому рівні, між іншим, принципу рівного громадянства та заборони класового законодавства. Закони, котрі передбачають кримінальну відповідальність навіть за аборт у першому триместрі, порушують ці принципи, а тому є неконституційними, навіть якщо автори та ратифікатори Чотирнадцятої Поправки цього не усвідомлювали.

Це дуже цікава тема, хоча ми не володіємо достатніми знаннями про відповідну історію та іншу літературу для належної її оцінки. Однак моя основна критична реакція полягає у запитанні, чи історичні або інтерпретаційні аргументи Дж. Балкіна є необхідними чи достатніми для підтримання твердження у рішенні Верховного Суду у справі *Roe*.

Звичайний, можливо невідворотний шлях для обґрунтування висновку, що законодавчі заборони абортів на ранніх стадіях є неконституційними, включає дві фази: встановлення, по-перше, що заборона абортів на ранніх етапах вимагає виваженого обґрунтування; і, по-друге, що зацікавлення держави у збереженні життя, а також можливості для народження ненародженого плоду не є обґрунтуванням потрібної ваги. Перший з них набагато легший.

Аргумент Дж. Балкіна в основному зводиться до розгляду першого завдання, тобто встановлення існування конституційного права на аборт. Однак навіть припускаючи його правдоподібність, мушу визнати, що більш звичайний хід, який проглядається у справі *Roe*, а також у справі *Casey*, також є адекватним. Грубо кажучи, без будь-якого уточнення чи захисту, для нас цей аргумент означає: (1) що різні клаузули Конституції — клаузула про привілеї та імунітет, клаузула про належну правову процедуру та Дев'ята Поправка — належним чином тлумачаться для забезпечення достатнього захисту інтересів свободи, що мають особливе значення для реалізації особою життя, наповненого змістом та виконанням; і (2) що зацікавленість вагітної жінки у перериванні її вагітності є саме таким інтересом. Коротше кажучи, аналіз Дж. Балкіна цілком можливо є адекватним, однак не необхідним для здійснення першого кроку на шляху до висновку, що заборона абортів є неконституційною.

У будь-якому разі це, як ми зазначали, найлегший крок¹. Набагато важче довести, що захист ненародженого не є необхідним обґрунтуванням, що заборона

¹ Критики права на аборт часто розглядають різноманітні аргументи, що базуються на праві як доказі орієнтованості захисників на результат, навіть їх морального чи інтелектуального банкрутства. Натомість для нас це в основному наслідок зусиль учених (можливо, непотрібних, однак ширих) знайти текстуальний притулок для

абортів не лише *включає* чи *не відповідає* конституційному праву вибору абортів, але *порушує* його. Однак на цю тему Дж. Балкін майже не висловлюється. Він дійсно стверджує, що ембріон не вважається особою в рамках клаузул про належну правову процедуру або рівний захист. І ми повністю з ним погоджуємося. Однак вважаємо, що більшість опонентів абортів також з цим погоджуються. На жаль, висновок не приводить Дж. Балкіна туди, куди потрібно, оскільки можливі інтереси держави не обмежуються захистом конституційних осіб. Якщо ембріони виступають особами у відповідному моральному значенні або мають моральні права, тоді цілком вірогідно, що інтересу держави у їх захисті повинно бути достатньо для порушення конституційних прав вагітної жінки. Для обґрунтування результату у випадку рішення Верховного Суду у справі *Roe* необхідна, на мою думку, відповідь на це заперечення. Оскільки ми не вважаємо, що Дж. Балкін пропонує адекватну відповідь у цій праці; насправді, нам не зовсім зрозуміло, чи він взагалі дає якусь відповідь; тому робимо висновок, що його аналіз абортів є цікавим, однак вже не є необхідним чи достатнім для доведення, що держава не може запроваджувати кримінальну відповідальність за аборти у першому триместрі.

Надзвичайно дивним є те, що в іншому місці Дж. Балкін однозначно визнав, що прихильникам результату рішення у справі *Roe* необхідно вийти за межі твердження, що «ембріони не є конституційними особами». У своєму погляді щодо праці «Що справа *Roe v. Wade* повинна була підкреслити: найвизначніші експерти права країни переписують найбільш суперечливе рішення Америки»¹, Дж. Балкін (як нібито Голова Верховного Суду) твердив, що точні рамки більшості законів про аборт — особливо винятки, котрі вони часто застосовують до вагітностей в результаті зґвалтування або змішування крові, та повне звільнення від кримінальної відповідальності вагітної жінки — підривають доводи регулюючих штатів, що вони дійсно наділяють нежиттєздатні ембріони характеристиками моральної особи². Це відносно загальна стратегія аргументації, котру ми загалом підтримуємо.

Схематично версія аргументу, якому ми віддаємо перевагу, ґрунтується на понятті, що всі закони відображають баланс інтересів і що закон, котрий забороняє аборт, може відображати два дуже різні види балансу. Простіше кажучи, закон може опиратися на визнання того, що ціна, яку закон нав'язує жінкам, є дуже важливою, але переваги (стосовно захисту особи, моральний статус якої відповідає або відносно відповідає особам, що вже народилися) є навіть більш важливими. Як варіант, він міг би ґрунтуватись на судженні, що ембріони не мають морального статусу людей, а тому інтереси держави у забороні абортів (інтереси, які можуть включати, але не обмежуватись, захистом потенційного життя) не є переконливими, але що інтереси такої ваги все ж таки переважають відповідні інтереси свободи жінок. Коротко кажучи, ми могли б сказати, що закон міг би

права, що рішучіше отримується в результаті структурного мислення. Коли хтось думає не про уривки тексту, що розглядається частинами, а про широку та глибоку підтримку Конституцією принципів індивідуальної свободи та рівності, висновок, що законодавча заборона абортів повинна мати виважене обґрунтування, є для нас більш ніж визначеним.

¹ *What Roe v. Wade Should Have Said: The Nation's Top Legal Experts Rewrite America's Most Controversial Decision* / ed. by J. Balkin. — New York: New York University Press, 2005.

² *Balkin J. M. (judgment of the Court) // What Roe v. Wade Should Have Said* / ed. by J. M. Balkin, 2005. — P. 47—52.

розумітись його авторами та прихильниками як висока ціна/велика перевага або низька ціна/середня перевага.

Тепер, якщо б судова влада могла дійти висновку, що нежиттєздатний ембріон має або не має моральний статус, подібний до статусу новонародженої дитини, тоді трактування державою (так би мовити) морального статусу ембріона, на нашу думку, не мало б значення. Якщо нежиттєздатний ембріон не наділений важливим моральним статусом, тоді заборона абортів на ранніх стадіях вагітності не служить жодним переконливим інтересам, незалежно від позиції держави. Аналогічно (хоча, можливо, й не так однозначно), якщо нежиттєздатний ембріон має важливий моральний статус, тоді заборона абортів на ранніх стадіях служить переконливим інтересам, навіть якщо держава вважає, що ні. Однак судова влада не має права робити жодного з цих висновків. І саме тому фактична позиція державного законодавства щодо морального статусу ембріона є критично важливою.

Звідси випливає, що питання, що постає перед судовою владою, котра визначила, що інтереси свободи жінок мають значну конституційну вагу, полягає в тому, чи вона повинна прийняти твердження держави, що обмеження нею абортів насправді є результатом оцінки першого, а не другого вибору. Іншими словами, держава має переконливий інтерес у захисті від знищення створінь, котрих вона обґрунтовано наділяє моральним статусом, що прирівнюється до статусу новонародженої дитини. Тому у цьому незвичайному випадку судове питання, чи інтерес держави є переконливим, паразитує на тому, що *сама вважає* держава про характер того, що вона намагається захистити. Однак у держави є причини перекручувати (перед судами, можливо, і перед собою) свою власну позицію. Тому суди не повинні просто та без сумніву приймати твердження держави щодо її власної позиції. А це означає значно обмежити право на аборт. Як саме суди повинні діяти в загальному — включаючи, який висновок Верховний Суд повинен був зробити щодо законодавства Техасу у 1973 р. та які висновки він повинен зробити щодо переконань, що лягли в основу інших законів про аборт в інші часи — це питання, які ми не можемо тут розглядати, але на наше переконання інколи скептичний висновок є доречним — можливо, часто, але не завжди.

Відсутність аргументів у такій формі у праці «Аборт та первинний зміст» є помітною. Можливо, справа в елементарному недогляді. Або Дж. Балкін тепер розуміє недоліки аргументів, котрі раніше йому не спадали на думку. У будь-якому разі, необхідно більше доказів, чому саме заборона абортів у першому триместрі не може *правомірно* порушувати право на аборт (навіть якщо припустити, що нежиттєздатні ембріони не є особами з конституційної точки зору) перед тим як дійти висновку, разом із Дж. Балкіним, що така заборона є неконституційною.

ВИСНОВОК

Дискусія довкола доктрини первинного змісту порушує питання, чи інтерпретація Конституції повинна зводитись до первинного розуміння (або наміру, змісту і т. д.). Це дебати над тим, чи правильний зміст Конституції — а не лише її застосування у визначених випадках — може змінювати від моменту t_1 до моменту t_2 навіть неіснуючу конституційну поправку. Нам здається, що на це запитання може бути лише дві відповіді: «так» або «ні», і вони суперечать одна одній.

Аналіз, у результаті якого ці відповіді могли б представити «помилковий вибір» або бути «протилежними сторонами однієї медалі»¹, не відповідає потребі.

Наша відповідь на це важливе питання, відповідь, яку, слід визнати, ми не обґрунтовували тут, є ствердною. Це не відносить нас до прихильників доктрини первинного змісту. Нам здається, що у питанні тлумачення Конституції надання Дж. Балкіним переваги соціальним рухам (котрі не керуються поняттям історичної відданості на підставі логіки чи політичної моральності) над тлумаченням судьями також повинно було підштовхнути його до ствердної відповіді на це запитання. Однак, можливо, ми помиляємося. Можливо Дж. Балкін дійсно є послідовником доктрини первинного змісту. Якщо це так, хотілося б почути його аргументи на захист висновку про те, що відповідь прихильника оригіналізму *краща*, ніж відповідь противника оригіналізму, а не про те, що обидві відповіді становлять одну відповідь.

ЕПІЛОГ

У своїй відповіді коментаторам² Дж. Балкін розглядає наші аргументи із серйозністю, повагою та уважністю. На жаль, його характеристика нашого аналізу наштовхує нас на висновок, що нам не вдалося висловитися достатньо зрозуміло. Тому необхідна певна відповідь. Враховуючи обсяг та усесторонній характер такої відповіді, нам хотілося б відреагувати на багато тверджень. Проте обмежимося лише двома питаннями. По-перше, ще раз представимо нашу основну критику тези Дж. Балкіна та пояснимо, чому вона заперечує аргументи, які Дж. Балкін представляє у своїй відповіді. По-друге, коротко розглянемо деякі аспекти, ідею яких Дж. Балкін, здається, неправильно зрозумів.

Твердження Дж. Балкіна «про помилковий вибір» — помилкове

Хоча праця «Аборт та первинний зміст» багата на аргументи, ми виокремлюємо у ній два основних твердження — стандартне твердження про те, як необхідно тлумачити Конституцію, а також концептуальне твердження про перелік можливих альтернатив стандартному запитанню. Перше — це запропонований ним метод тексту та принципу (котрий назвемо ТП); інший — його твердження, що доктрина первинного змісту та динамічний конституціоналізм є помилковим вибором (котрий назвемо ПВ). У дещо більш формальному вираженні твердження зводяться до наступного:

ТП: «Тлумачення Конституції вимагає відданості первинному змісту Конституції та принципам, що лежать в основі тексту»³.

ПВ: Немає різниці між доктриною первинного змісту та динамічним конституціоналізмом, оскільки обидві теорії можуть та повинні підтвердити ТП.

Наш основний аргумент полягає у тому, що твердження Дж. Балкіна про «помилковий вибір» є неправильним: між доктриною первинного змісту та дина-

¹ *Balkin J. M. Abortion and Original Meaning // Constitutional Commentar. — 2007. — Vol. 24. — P. 348.*

² *Balkin J. M. Original Meaning and Constitutional Redemption // Constitutional Commentar. — 2007. — Vol. 24. — P. 427.*

³ Див., напр., *Balkin J. M. Abortion and Original Meaning // Constitutional Commentar. — 2007. — Vol. 24. — P. 293; Balkin J. M. Original Meaning and Constitutional Redemption // Constitutional Commentar. — 2007. — Vol. 24. — P. 428.*

мічним конституціоналізмом існує реальна різниця. Аргумент Дж. Балкіна про зворотне представляє собою помилковість через невизначеність. Нижче пропону дуже стислу презентацію моєї аргументації:

(1) Певний текст може охоплювати, і принаймні деякі положення Конституції США насправді охоплюють, зміст більш ніж одного морального принципу, тобто до одного й того самого конституційного тексту можуть відноситись декілька моральних принципів.

(2) Таким чином, «принципи, що лежать в основі тексту», є двозначним терміном. Він може стосуватись (щонайменше): (а) принципів, котрі автори або ратифікатори фактично прагнули закріпити у Конституції через вибраний текст, або (б) моральних принципів, котрі фіксують текст та, з точки зору інтерпретаторів, найкраще обґрунтовують наше постійне дотримання тексту.

(3) Після заміни ТП виступає щонайменше у двох варіантах: (а) тлумачення Конституції вимагає відданості первинному змісту Конституції та принципам, котрі автори або ратифікатори фактично прагнули закріпити у Конституції через вибраний текст; та (б) тлумачення Конституції вимагає відданості первинному змісту Конституції та принципам, котрі відповідають тексту та, з точки зору інтерпретаторів, найкраще обґрунтовують наше постійне дотримання тексту.

(4) Доктрина оригіналізму підтримує (а), тому назвемо це ТП-О; принаймні деякі прихильники динамічного конституціоналізму підтримують (б), тому назвемо це ТП-Д.

(5) ТП-О та ТП-Д функціонально не є еквівалентними: при використанні в аргументах стосовно Конституції, їх результатом не будуть однакові поняття «інтерпретації Конституції» або «певних конституційних тверджень».

(6) Таким чином, ПВ є помилковим. Існує різниця між доктриною первинного змісту та динамічним конституціоналізмом, оскільки вони не підтримують варіанти ТП, котрі були б однаковими або функціонально еквівалентними.

Ми висловили погляд (котрий поділяють й інші дослідники), що сам Дж. Балкін схиляється до варіанту ТП-О. Для такого висновку було зібрано докази з різних частин праці «Аборт та первинний зміст». У своїй відповіді Балкін розглядає цей аргумент досить детально. На його думку, ми неправильно його зрозуміли і він насправді не вважає, що інтерпретатори повинні дотримуватись принципів, котрі ратифікатори намагалися використати, а повинні керуватись принципами, закладеними ратифікаторами у тексті. Джек Балкін стверджує, що «основне питання... полягає у тому, що конституційні принципи повинні відповідати тим, що закладені у тексті»¹. У будь-якому разі позиція Дж. Балкіна не є важливою для нашої аргументації. Критичним моментом є те, що ці дві позиції існують та не є еквівалентними.

Однак чи є *це* твердження помилковим? Джек Балкін критикує деякі приклади, використані нами для підкріплення нашої тези (1). Насправді ми вважаємо, що певні наші приклади витримують його критику. Та це не має значення. Навіть

¹ Див., напр., *Balkin J. M. Abortion and Original Meaning // Constitutional Commentar. — 2007. — Vol. 24. — P. 293; Balkin J. M. Original Meaning and Constitutional Redemption // Constitutional Commentar. — 2007. — Vol. 24. — P. 488.*

якщо ми з ним розходимося у поглядах щодо окремих випадків, у його відповіді, на нашу думку, немає нічого, що може викликати сумніви у тому, щоб хоча б деякі частини тексту Конституції є достатньо двозначними та означають або охоплюють більш ніж один принцип політичної моралі. Звичайно, він натякає, що (1) ґрунтується на помилковому припущенні, що принципи, що лежать в основі тексту Конституції, «повинні бути викладені на досить низькому рівні тверджень загального характеру»¹. Однак ми не робили таких припущень та, що важливіше, наша аргументація на ньому не ґрунтується. Для нас у відповіді Дж. Балкіна немає більше нічого такого, що могло би вплинути на нашу позицію. А оскільки (2) та (3) походять безпосередньо із (1), і оскільки (4) та (5) видаються безперечними з огляду на (3), вважаємо, що наша критика ПВ є обґрунтованою.

Метод тексту та принципу

Джек Балкін докладає багато енергії для розроблення методу тексту та принципу та для його захисту від критики опонентів. Ми, мабуть, саме і є такими критиками. Наприклад, вважається, що ми заперечуємо, «що політичні та соціальні рухи не використовують метод тексту та принципу» і «що небезпечно прийняти конституційну теорію, котра включає та обґрунтовує роботу політичних та соціальних рухів»². Насправді ми не віримо у ці речі та розчаровані, дізнавшись, що наш текст так нас зрадив.

Звичайно, політичні та соціальні рухи використовують метод тексту та принципу (або щось подібне до цього)³. Що ще вони можуть використовувати? Питання полягає в тому, який метод тексту та принципу — ТП-О чи ТП-Д? Вважаємо, що, можливо, обидва. Однак з огляду на їх мету (яку Дж. Балкін описує красномовно і з багатьма історичними деталями) та їх некомпетентність в історичних методах, робимо висновок, що вони використовують в основному ТП-Д. Не зрозуміло, що саме у нашій праці могло наштовхнути на висновок, що ми вважаємо, що соціальні рухи «часто роблять твердження, котрі ґрунтуються на простій політиці»⁴. А коли ми казали, що не можемо довіряти їх риторичці, ми лише мали на увазі, що не можемо просто так приймати їхні аргументи для використання ТП-О, а не те, що «їх аргументи на користь відновлення та повернення (є) лише риторичними тропами»⁵.

¹ Див., напр., *Balkin J. M. Abortion and Original Meaning // Constitutional Commentar. — 2007. — Vol. 24. — P. 293; Balkin J. M. Original Meaning and Constitutional Redemption // Constitutional Commentar. — 2007. — Vol. 24. — P. 487.*

² Там само. — С. 504; див. також С. 512—513.

³ Дужки у тексті викликані тим, що ми вважаємо, що соціальні рухи (а також судді чи окремі громадяни у цьому випадку) не повинні строго дотримуватися первинного змісту текстових положень, у яких йдеться про щось інше, ніж про принципи. Однак у цій праці цей окремий погляд не обговорюється.

⁴ *Balkin J. M. Original Meaning and Constitutional Redemption // Constitutional Commentar. — 2007. — Vol. 24. — P. 504.*

⁵ Там само. — С. 507 (курсив додано). Слід визнати, що ми, мабуть, посприяли непорозумінню твердженнями, що «соціальні рухи не вважають обов'язком дотримуватися відданості минулому». Упевнені, що вони не вважають це своєю основною метою. Перспектива є їхнім основним завданням. Однак при відстоюванні своїх перспективних цілей, погоджуємось, що вони часто відчувають потребу зберігати відданість хоча б уявному минулому. Іншими словами, правда набагато складніша, ніж це можна зрозуміти з наших дуже коротких зауважень.

Ми зовсім не вважаємо, що теорія, котра обґрунтовує роботу політичних та соціальних рухів, є небезпечною; наше твердження ближче до протилежного. На нашу думку, розповідь про еволюцію конституційного змісту, котру Дж. Балкін описує та захищає у своїй відповіді, є, в основному, описово точною, стандартно привабливою та, принаймні, частково неминучою для такого державного устрою, як наш. Метою коментарів, викладених у розділі I.B.2, була критика ТП-О, з наголосом на недостатньо серйозному сприйнятті соціальних рухів. Цей висновок ґрунтується на трьох аргументах.

По-перше, як було вже сказано, соціальні рухи значною мірою використовують ТП-Д. По-друге, розуміння Конституції, що виникає в результаті застосування ТП-Д, може забезпечити широку громадську підтримку або підтвердити стабільну урядову практику, котра відхиляється від того, що ТП-О може дозволити. По-третє, коли це стається, судова конституційна інтерпретація повинна була б прийняти ТП-Д, а не ТП-О. Таким чином, ТП-О не може бути правильним як повний чи вичерпний перелік навіть того, як суди повинні виконувати свою роль у схемі конституційного управління¹.

Якщо ми правильно розуміємо, що Дж. Балкін підтримує ТП-Д, а не ТП-О (навіть коли він вважає, що практична розбіжність між ними менша, ніж ми думаємо), тоді нам приємно прийняти його, як колегу, що підтримує динамічний конституціоналізм та не є прихильником оригіналізму. Дійсно, як було сказано у моєму висновку, саме до цього повинна була б привести логіка його аналізу соціальних рухів. Звичайно, це не викликає у нього конфлікту з прихильниками оригіналізму, оскільки, як ми вже зазначали, його твердження про помилковий вибір не є обґрунтованим.

Берман М. Доктрина первинного змісту та її критика (плюс кілька думок про аборт)

Анотація. У контексті перегляду першого висвітлення Дж. Балкіним його підходу до інтерпретації Конституції у цій праці йдеться про те, що більшість прихильників доктрини первинного змісту належним чином відкинули погляд, котрий інколи захищається суддею А. Скаліа, про те, що сьогоденні інтерпретатори повинні дотримуватись «застосувань, очікуваних» авторами або ратифікаторами Конституції. На відміну від праці Дж. Балкіна, у ній стверджується, що доктрина первинного змісту та «динамічний конституціоналізм» є різними та несумісними теоріями тлумачення Конституції. У праці робиться висновок про погляди на тему найкращого (не в дусі оригіналізму) захисту конституційного права на аборт, захищеного у судовому порядку.

Ключові слова: оригіналізм, інтерпретація Конституції, аборт.

¹ Ми не запропонували багато доказів критичного припущення (3), окрім наших коротких коментарів в останньому абзаці частини I.B.2, включаючи наш коментар, що «Дж. Балкін не подає доказів (проти цього)». Якщо Дж. Балкін тепер визнає, що ТП-О та ТП-Д не є ідентичними та підтримує останній, тоді можна припустити, що він погоджується з аргументом (3). Однак доказ протилежного міг би ґрунтуватись на коментарях Дж. Балкіна про ціну «збереження правового змісту з плином часу». *Balkin J. M. Original Meaning and Constitutional Redemption // Constitutional Commentar. — 2007. — Vol. 24. — P. 429* (рукопис стор. 3). Звичайно, збереження правового змісту зі зміною часу є невіршеним завданням правової системи. Однак ми не вважаємо, що Дж. Балкін стверджує, що це вирішальна вимога логіки або політичної моралі. На нашу думку, це було б неправильно.

Берман М. Доктрина первичного содержания и ее критика (плюс несколько мыслей об аборте)

Аннотация. В контексте пересмотра первого освещения Дж. Балкиным его подхода к интерпретации Конституции в этой работе говорится, что большинство сторонников доктрины первичного содержания должным образом отвергли взгляд, который иногда защищается судьей А. Скалиа, о том, что сегодняшние интерпретаторы должны соблюдать «применение, ожидаемое» авторами или ратификаторами Конституции. В отличие от работы Дж. Балкина, в ней утверждается, что доктрина первичного содержания и «динамический конституционализм» являются разными и несовместимыми теориями толкования Конституции. В работе делается вывод о взглядах на тему лучшей (не в духе оригинализма) защиты конституционного права на аборт, защищаемого в судебном порядке.

Ключевые слова: оригинализм, интерпретация Конституции, аборт.

Berman M. Originalism and its Discontents (Plus a Thought or Two about Abortion)

Annotation. In the context of reviewing Jack Balkin's maiden presentation of his approach to constitutional interpretation, this essay argues that most originalists have rightly rejected the view, sometimes espoused by Justice Antonin Scalia, that present-day interpreters owe fidelity to the «expected applications» held by the Constitution's framers or ratifiers. It also argues, against Balkin, that originalism and «living constitutionalism» are distinct and incompatible theories of constitutional interpretation. The essay concludes by offering thoughts regarding the best (non-originalist) defense of a judicially protected constitutional right to an abortion.

Key words: originalism, constitutional interpretation, abortion.