Grzegorz Maroń¹

Oryginalizm Antonina Scalii jako teoria wykładni prawa

Antonin Scalia² uchodzi za jednego z największych orędowników oryginalizmu. Oryginalizm jest dla niego teorią interpretacji, sprowadzającą proces wykładni prawa do ustalenia jego pierwotnego znaczenia w oparciu o powszechne rozumienie wyrazów składających się na tekst aktu normatywnego³. Reprezentuje zatem tzw. oryginalizm zwykłego znaczenia (*plain meaning originalism*) określany też „nowym oryginalizmem”. Jak ujmuje to amerykański sędzia: „Tekst jest prawem i tekst musi być zachowany”, a „Sło-

¹ Autor jest adiunktem w Zakładzie Teorii Prawa i Doktryn Polityczno-Prawnych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Rzeszowskiego.

² Antonin Gregory Scalia (ur. 11.03.1936) r.: amerykański sędzia i profesor prawa. Absolwent prawa na Harvardzie w 1960 r. W okresie lat 1961–1967 praktykował w kancelarii prawniczej w Cleveland. Od 1967 r. wykładał prawo na Uniwersytecie Virginia. W 1971 r. rozpoczął służbę w administracji publicznej, będąc głównym doradcą Urzędu Polityki Komunikacyjnej. Od 1974 r. pełnił funkcję Zastępcy Prokuratora Generalnego. Pomiędzy 1977 r. a 1982 r. ponownie wykładał prawo na University of Chicago Law School, a jednocześnie był *visiting professor* na uniwersytetach Stanford i Georgetown. W latach 1981–1982 przewodniczył sekcji prawa administracyjnego w Amerykańskim Stowarzyszeniu Prawników. Od 1982 r. do 1986 r. zasiadał jako sędzia Sądu Apelacyjnego dla dystryktu Kolumbii. 26 września 1986 r. objął stanowisko sędziego Sądu Najwyższego. Za swoją działalność orzeczniczą i akademicką otrzymał wiele odznaczeń oraz wyróżnień, w tym min. w 2008 r. został laureatem przyznawanej przez Rzecznika Praw Obywatelskich (dr. Janusza Kochanowskiego) Nagrody im. Pawła Włodkowica.

³ Oryginalizm A. Scalii określam teorią, choć niewątpliwie terminowi „teoria” w amerykańskiej jurysprudencji odpowiada nieco inne pojęcie, aniżeli w polskiej czy szerzej europejskiej kontynentalnej nauce prawa. Tak też B. Brzeziński, zaliczając oryginalizm Scalii (dokładnie autor mówi w jego przypadku o nowym tekstualizmie) do teorii wykładni prawa w sensie „zespołu poglądów na wykładnię prawa, dotyczących w szczególności jej celu, stosowanych w jej trakcie metod i technik, a także znaczenia zarówno tekstu, jak i kontekstu, tj. okoliczności zewnętrznych determinujących znaczenie tekstu prawnego”, *Współczesne amerykańskie teorie wykładni prawa*, „Państwo i Prawo” z. 7, 2006, s. 23.

wa mają ograniczony zakres znaczeniowy, tak iż niedopuszczalna jest jakakolwiek interpretacja wychodząca poza ten zakres”⁴.

Oryginalizm niekiedy tytułuje się mianem tekstualizmu. W jurysprudencji anglosaskiej często jednak terminy te łączone są z dwoma różnymi, choć powiązanymi z sobą pojęciami **oddającymi istotę prawniczego formalizmu**⁵. Oryginalizm zawężany bywa wtedy do interpretacji konstytucji, podczas gdy tekstualizm postrzega się jako koncepcję wykładni ustaw. Scalia wydaje się operować oboma wyrazami zamiennie⁶. Zbieżność oryginalizmu i tekstualizmu na gruncie oryginalizmu zwykłego znaczenia jest uzasadniona. Tego samego nie można by powiedzieć w stosunku do innych nurtów prawniczego oryginalizmu.

Poniżej zostaną nakreślone podstawowe założenia oryginalizmu w wersji propagowanej przez Antonina Scalię odnoszone przede wszystkim do prawa *tout court*. W części opracowań poświęconych niniejszej teorii czyni się dychotomiczną dystynkcję na wykładnię Konstytucji i wykładnię ustaw. Rozróżnienie to będzie wyraźnie sygnalizowane w artykule wówczas, gdy uzasadnia je istotna dywergencja postulowanych przez Scalię dyrektyw interpretacyjnych w każdym z dwóch typów wykładni.

I.

W pisanych przez amerykańskiego sędziego uzasadnieniach orzeczeń Sądu Najwyższego (*opinion*) czy zdaniach odrębnych do tych orzeczeń (*dissent* lub *concurrency*)⁷ doszukać się można zwięzłego manifestu oryginalizmu. W wypowiedziach tych czytamy bowiem np. „Konstytucję napisano tak, aby była zrozumiała dla wyborców, jej wyrazy i zwroty zostały użyte w ich normalnym i zwykłym, w odróżnieniu od technicznego, znaczeniu.

⁴ A. Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton 1997, s. 22, 24.

⁵ Por. J. T. Hutchens, *A New New Textualism: Why Textualists Should Not Be Originalists*, „Kansas Journal Of Law & Public Policy” Vol. 16, No. 2, 2006–2007, s. 108–128.

⁶ Zob. R. Rossum, *The Textualist Jurisprudence of Justice Scalia*, *Perspectives on Political Science* Vol. 28, No. 1, 1999, s. 5–10.

⁷ Dissent to typowe zdanie odrębne. Natomiast concurrency sporządza sędzia, który zgadza się z samym werdyktem, lecz nie podziela podanej w orzeczeniu argumentacji czy uzasadnienia.

[...] Normalne znaczenie może oczywiście objąć znaczenie idiomatyczne, ale wyklucza znaczenie ukryte czy techniczne, które nie byłoby znane zwykłym obywatelom pokolenia, które przyjęło Konstytucję”⁸. Jednocześnie przy stosowaniu ustawy zasadniczej należy uznać, „że terminom w niej zawartym należy dawać znaczenie przypisane im w czasie jej ratyfikacji”⁹.

Z kolei w kontekście wykładni ustaw Scalia stwierdza, iż: „Sądy muszą przyjąć, że ustawodawca mówi w ustawie to, co ona znaczy, a znaczy to, co w niej powiedziano. Kiedy wyrazy tekstu ustawy są jednoznaczne, wówczas ten pierwszy kanon jest także i ostatnim: sądowe dociekanie jest ukończone”¹⁰. Trzeba zatem wybrać to z możliwych znaczeń terminu zawartego w ustawie, które jest po pierwsze, najbardziej zgodne z kontekstem i zwykłym użyciem, a przez to prawdopodobnie najbardziej zgodne z rozumieniem całego Kongresu. Po drugie, najbardziej zgodne z tzw. otoczeniem prawa, w którym przepis musi być zintegrowany – zgodność którą, za sprawą dobroczynnej fikcji zakłada się, że Kongres zawsze miał na uwadze”¹¹.

Jakkolwiek wyrazy i zwroty należy poddawać raczej szerszej niż węższej interpretacji, to – jak podkreśla Scalia – nigdy takiej, której język nie może „znieść”¹². W tekstualnej i oryginalistycznej wykładni nie chodzi więc o rygoryzm, lecz o racjonalność. Tekst nie powinien być formułowany „ściśle”, czy „łagodnie”, lecz „rozsądnie”, aby objąć to, co właściwie on znaczy¹³. Tekstualista nie jest tym samym fundamentalistycznym literalistą, ale i daleko mu do językowego nihilisty. Uwzględniający kontekst oryginalizm różni się od ścisłego konstrukcjonizmu¹⁴. Różnicę tę oddaje treść orzeczenia Sądu Najwyższego w sprawie *Smith v. United States*¹⁵. Clou niniejszego kazusu stanowiła interpretacja ustawy przewidującej zaostrenie kary, jeśli spraw-

⁸ A. Scalia (opinion), *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008). Podobnie wypowiada się (dissent) w sprawie *Smith v. United States*, 508 U.S. 223 (1993), gdzie stwierdza: „W poszukiwaniu znaczenia ustawy przypisujemy nietechnicznym wyrazom i frazom ich zwykłe znaczenie”.

⁹ Idem (concurrency), *Minnesota v. Dickerson*, 508 U.S. 366, 379 (1993).

¹⁰ Idem (concurrency), *Zedner v. United States*, 547 U.S. 489 (2006).

¹¹ Idem (concurrency), *Green v. Bock Laundry Mach. Co.*, 490 U.S. 504 (1989).

¹² Idem, *A Matter...*, s. 37. Przykładowo I poprawka do Konstytucji USA mówi *expressis verbis* jedynie o wolności słowa i prasy. Nie znaczy to, że inne formy komunikowania się są wyłączone spod konstytucyjnego zakazu cenzury, np. własnoręcznie napisany list.

¹³ Ibidem, s. 23.

¹⁴ Według Scalii „W interpretacji tekstualnej kontekst jest wszystkim”. Ibidem, s. 37.

¹⁵ *Smith v. United States*, 508 U.S. 223 (1993).

ca przestępstwa obrotu narkotykami w związku z tym przestępstwem użył broni palnej. Sąd Apelacyjny dla 11 Dystryktu skazał na kwalifikowaną karę nabywcę kokainy, który zamiast pieniędzmi „zapłacił” dealerowi nienaladowaną bronią palną. Rzekomo jego zachowanie wypełniało znamiona „użycia w czasie i w odniesieniu do przestępstwa handlu narkotykami broni palnej”, którą to interpretację potwierdził Sąd Najwyższy. Scalia złożył zdanie odrębne (dissent) do werdyktu SN argumentując, iż używanie broni to wykorzystanie jej dla celów, dla których broń jest normalnie przeznaczona i takie też było w jego ocenie pierwotne znaczenie przywołanego przepisu¹⁶. Potraktowanie broni palnej jako substytutu pieniędzy nie mieści się w zakresie znaczeniowym zwrotu „użycie broni palnej”.

Racjonalne odczytywanie pierwotnego znaczenia aktu normatywnego nie należy jednak mylić z tzw. „umiarkowaną interpretacją”. Co bowiem – pyta się Scalia – miałby ten leksykalnie „chwytny” zwrot opisywać? Coś pośredniego prawdziwego znaczenia i tego, co życzylibyśmy sobie, aby prawo znaczyło¹⁷?

Zadanie ustalenia pierwotnego znaczenia Konstytucji czy ustawy bywa czasami trudne, bardziej pasując do warsztatu pracy historyka niż prawnika¹⁸. Wymaga ono „zanurzenia się w politycznej i intelektualnej atmosferze czasów, wyzbycia się wiedzy, którą mamy, a która nie była znana wcześniejszym czasom oraz przyjęcia przekonań, postaw, filozofii, uprzedzeń i przywiązań, tych nie z naszych czasów”¹⁹. Sędzia nie może kierować się własną intuicją językową, lecz semantyką, syntaktyką i pragmatyką języka powszechnego. Przydatnym jest więc sięgnięcie do słowników językowych z okresu, kiedy poddawany wykładni akt normatywny powstał. Pomocnym narzędziem mogą być też podręczniki gramatyki. Gdy słowa są jasne, pozostaje przyjąć ich zwykłe (powszechne, naturalne) znaczenie i na tym

¹⁶ A. Scalia, *A Matter...*, s. 23–24.

¹⁷ Idem, *Constitutional Interpretation the Old Fashioned Way*, <http://www.joink.com/homes/users/ninoville/ww3-14-05.asp>. Jak tłumaczy: „Umiarkowany sędzia to ten, który zinterpretuje konstytucję tak, by oznaczała ona to, co wielu ludzi chciałoby, by oznaczała”. *Mułlowie Zachodu: Sędziowie jako arbitrzy moralni*, <http://www.rpo.gov.pl/pliki/12537879280.pdf>, s. 36.

¹⁸ A. Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, „University of Cincinnati Law Review” Vol. 57, 1988–1989, s. 864. Egzemplifikacją żmudności towarzyszącej rozumowaniu oryginalistycznemu jest sporządzana przez blisko trzy lata i licząca 70 stron opinia sędziego W. Tafta w sprawie *Myers v. United States*, 272 U.S. 52 (1926).

¹⁹ Ibidem, s. 856–857.

zakończyć czynności interpretacyjne²⁰. Scalia głosi więc prymat wykładni językowej, a za paradygmat aktu interpretacyjnego traktuje regułę *interpretatio cessat in claris* (zasada *clara non sunt interpretanda* w znaczeniu antykontynuacyjnym).

W drodze wyjątku można odstąpić od klarownego znaczenia językowego przepisów w przypadku jego absurdalności (*argumentum ad absurdum*) lub oczywistej omyłki językowej. Zwykle znaczenie nie ma wartości absolutnej także wówczas, gdy w samym tekście lub strukturze aktu normatywnego istnieje wyraźna wskazówka, że prawodawca przyjął inne znaczenie²¹. Tak więc schemat interpretacji ustaw u Scalii przedstawia się następująco: „Po pierwsze, znajdź zwykle znaczenie języka w jego tekstualnym kontekście; po drugie, użyj przyjętych **kanonów konstrukcji**, **spytaj się, czy istnieje** jakakolwiek jasna wskazówka, że pewne dopuszczalne znaczenie inne niż zwykle znajduje zastosowanie. Jeśli nie – a zwłaszcza jeśli odpowiedni argument za zwykłym znaczeniem jawi się jako oczywisty – stosujemy to zwykle znaczenie”²².

Z kolei w sytuacji literalnej niejasności przepisu, gdy dyrektywy wykładni językowej nie wystarczają, należy przystąpić do analizy całego aktu, jego struktury (*argumentum a rubrica*), jak też pozostałych aktów normatywnych używających tych samych, co akt interpretowany wyrazów²³. „Kiedy termin ustawowy przedkładany nam po raz pierwszy jest niejednoznaczny, tłumaczymy go w ten sposób, aby obejmował to dopuszczalne znaczenie, które pasuje najbardziej logicznie i z łatwością do całości tak uprzednio, jak i następnie przyjętego prawa [...] Czynimy tak nie dlatego, że dokładne akomodacyjne znaczenie jest tym, co prawodawcy musieli mieć na uwadze (jak wcześniejszy Kongres mógłby wiedzieć co późniejszy Kongres ustanowi?), ale dlatego, że jest naszym zadaniem czynić *corpus juris* raczej sensownym niż absurdalnym”²⁴. Postulat uwzględnienia wewnętrznej konstrukcji aktu i powiązań między poszczególnymi aktami rozumieć można jako odwołanie się do wykładni systemowej. Zresztą element strukturalny, uzupełniając

²⁰ Zob. B. C. Karkkainen, *Plain meaning: Justice Scalia's jurisprudence of strict statutory construction*, „Harvard Journal of Law & Public Policy” Vol. 17, No. 2, 1994, s. 401–477.

²¹ A. Scalia (dissent), *Chisom v. Roemer*, 501 U.S. 380, 404 (1991).

²² Ibidem.

²³ J. B. Staab, *The political thought of Justice Antonin Scalia: a Hamiltonian on the Supreme Court*, Lanham 2006, s. 200, 203.

²⁴ A. Scalia (opinion), *West Virginia Univ. Hospitals, Inc. v. Casey*, 499 U.S. 83 (1991).

narzędzia semantyczne i syntaktyczne niejednokrotnie pomaga ustalić zwykłe znaczenie ustawy²⁵.

Scalia krytycznie odnosi się do innej wersji oryginalizmu – chronologicznie pierwszej – zogniskowanej na pierwotnym zamiarze prawodawcy (*original intent originalism*)²⁶. Nie zgadza się z tezą, że znaczenie prawa zależy od intencji jego autora, bez osoby którego tekst aktu normatywnego staje się zbiorem pozbawionych treści znaków i dźwięków²⁷. Według niego symbole, takie jak np. wyrazy, są w stanie przekazać znaczenie, nawet gdy nie stoi za nimi żaden rozumny podmiot. Jeśli dźwięk alarmu w danym budynku ustanowiono jako znak obowiązku ewakuacji, to dźwięk ten jest nośnikiem tego znaczenia, choćby alarm uruchomiła małpa. Wystarczy tylko konwencjonalne zrozumienie po stronie czytelników i słuchaczy, że pewne znaki czy dźwięki reprezentują odpowiednie pojęcia. Słowa, podobnie jak inne konwencjonalne symbole, przekazują obiektywne znaczenie bez względu na to, co ich autorzy chcieli, aby słowa te znaczyły²⁸.

Interpretator pozostaje związany nie – jak głosi oryginalizm intencjonalny – subiektywnym zamiarem prawodawcy, ale prawami, które ten ustanowił i w formie pisemnej zakomunikował adresatom. Bezprzedmiotowe pozostaje to, czy twórcom Konstytucji bądź ustaw towarzyszyło przy uchwalaniu danego aktu jakieś ukryte znaczenie. Zresztą „Poszukiwanie prawdziwej

²⁵ M. Matczak, *Formalizm prawniczy we współczesnej literaturze anglojęzycznej – zarys definicji*, „Państwo i Prawo” z. 6, 2007, s. 108.

²⁶ Znamionną dla tej optyki interpretacji prawa jest wypowiedź sędziego SN Davida Brewera (opinion): „Znana jest reguła, że coś może zawierać się w literze ustawy, a mimo to nie być w ustawie, ponieważ nie zawierać się w jej duchu, ani w zamiarze jej twórców”. *Church of the Holy Trinity v. United States*, 143 U.S. 459 (1892). S. Cornell podaje wyrok SN w sprawie *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008) jako odzwierciedlający dwa oblicza oryginalizmu: zwykłego znaczenia (Scalia, opinion) i intencjonalnego (J. Stevens, dissent). S. Cornell, *Originalism on Trial: The Use and Abuse of History in District of Columbia v. Heller*, „Ohio State Law Review” Vol. 69, 2008, s. 625. Ten typ oryginalizmu omawia B. Brzeziński, wyróżniając dwie jego odmiany: intencjonalizm i teorię wykładni celowościowej, op.cit., s. 24–30.

²⁷ A. Scalia, *Law & Language*, „First Things” Vol. 157, 2005, s. 37–46 w nawiązaniu do publikacji S. D. Smitha (*Law’s quandary*, Cambridge 2004).

²⁸ Według S. Smitha takie podejście uniemożliwia prawu realizowanie „bardziej ambitnych funkcji”, jak np. „stanowienie polityki społecznej”. Scalia z kolei uważa, że jest to rola legislatywy, a nie sądów. Ibidem.

woli ustawodawcy jest prawdopodobnie szukaniem wiatru w polu”²⁹. Ponadto, w przypadku tekstów prawnych autorów często jest wielu i udziałem każdego z nich może być zamiar przypisania różnych znaczeń swemu zbiorowemu dziełu. „Nie dochodzimy co ustawodawca miał na myśli, pytamy się tylko, co ustawa znaczy”³⁰. Scalia nie neguje całkowicie możliwości uwzględnienia *ratio legis* aktu normatywnego i sięgnięcia do dyrektywy wykładni celowościowej. Przestrzega jedynie przed czynieniem w praktyce orzeczniczej z celu regulacji prawnej „zasłony” dla celu sędziego. Cel aktu prawnego można wziąć pod uwagę wyłącznie wówczas, gdy „obiektywnie” zostaje on ujawniony w języku prawnym, albo ujawniają go skutki prawa w działaniu³¹. Skoro zwykle znaczenie języka dokładnie wyraża cel ustawy to nie ma potrzeby wychodzenia poza tekst aktu normatywnego przy ustalaniu jego *ratio legis*³². Obiektywny cel to cel, który racjonalna osoba wyprowadzi z tekstu prawnego umiejscowionego w całym systemie prawa³³. Niekiedy twierdzi się, że o ile relevantnym znaczeniem Konstytucji jest zawsze znaczenie językowe pierwotne, czyli z dnia ogłoszenia ustawy zasadniczej lub którejkolwiek jej poprawek, o tyle w przypadku ustaw bardziej zasadnym jest dosłownie mówić o tekstualizmie niż oryginalizmie. Znaczenie tekstu ustawy może ulegać zmianie w czasie, czyniąc koniecznym stosowanie wykładni dynamicznej. Zachodzi bowiem potrzeba odniesienia znaczenia partykularnego fragmentu aktu normatywnego do aktualnego stanu legislacji, czyli do innych postanowień danego czy też innych aktów normatywnych regulujących tożsamą materię. Niniejsze odnoszenie interpretowanego tekstu do tekstów pochodzących z różnych momentów czasowych wymaga np. ujednolicenia znaczeń terminów obecnych w tych tekstach. Ujednolicenie może sprowadzać się do zmiany znaczenia zakładanego przez oryginalnego prawodawcę na znaczenie przyjmowane przez prawodawcę współczesnego.

²⁹ A. Scalia, *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*, „Duke Law Journal” No. 3, 1989, s. 517.

³⁰ O. W. Holmes, *The Theory of Legal Interpretation*, „Harvard Law Review” Vol. 12, 1899, s. 419.

³¹ R. A. Smolla, *Antonin Scalia*, [w:] *The Supreme Court justices: a biographical dictionary*, pod red. M. I. Urofsky, Nowy Jork 1994, s. 400.

³² A. Scalia (opinion), *Morales v. Trans World Airlines, Inc.*, 504 U.S. 374, 383 (1992).

³³ Idem, *A Matter...*, s. 17.

Tym samym, wedle przywołanego punktu widzenia, dopuszczalna jak i pożądana jest w tym zakresie dynamiczna wykładnia ustawy³⁴.

Powyższa teza budzi wątpliwości. Nie sposób mówić o wykładni dynamicznej u Scalia, gdy znaczenie partykularnego przepisu ustawy jest modyfikowane jedynie innym późniejszym przepisem prawodawcy. Wykładnia dynamiczna zachodzi, gdy przepisowi przypisuje się znaczenie pozatekstualne wyraźnie niezgodne z jego literalnym kształtem, celem uczynienia go adekwatnym wobec aktualnych uwarunkowań i potrzeb społecznych, a korekta znaczenia tego przepisu odbywa się z pominięciem interwencji samego prawodawcy przy pomocy dyrektyw pozajęzykowych, zwłaszcza dyrektyw wykładni celowościowej i funkcjonalnej. Co najwyżej, „dynamiczność” tekstualizmu przejawia się w tym, że przy wykładni aktu normatywnego wykorzystuje się kompetencję językową współczesnego, a nie historycznego interpretatora³⁵. Zachodzi tutaj dynamizm języka, a pośrednio tylko samego prawa.

Scalia odrzuca historię legislacyjną (zaprotokołowane oświadczenia złożone na parlamentarnej sali obrad, raporty i sprawozdania komisji Kongresu, projekty aktu itd.) jako władczy wyznacznik znaczenia ustawy. Wykorzystywanie historii legislacyjnej traktuje jako merytorycznie błędną oraz bezprawną praktykę³⁶. Wolę Kongresu wyraża przegłosowany tekst aktu normatywnego, którego nie należy utożsamiać ze słowami wypowiedzianymi w trakcie prac legislacyjnych. W mniejszym stopniu sądy sięgają do historii legislacyjnej ponieważ ona istnieje, bardziej historia legislacyjna istnieje, bo sądy się do niej odwołują³⁷. Historia legislacyjna częściej kreuje przy tym fałszywy zamiar prawodawcy niż odzwierciedla prawdziwy. Rzadko kiedy kongresmeni czytają w ogóle materiały zaliczane do historii legislacyjnej. Brak obiektywnych kryteriów korzystania z niej daje sędziom niemal arbitralną władzę w tej materii. Sędzia nie chcąc skorzystać z raportów komisji stwierdzi, iż ustawa jest jednoznaczna, raport wykazuje niejednoznaczność,

³⁴ M. Matczak, op.cit., s. 112.

³⁵ Por. M. Barczentewicz, *Tekstualizm i oryginalizm*, cz. 4, <http://www.barczentewicz.com/tekstualizm-i-oryginalizm-cz-iv>.

³⁶ A. Scalia (concurrency), *Zedner v. United States*, 547 U.S. 489 (2006). Por. J. J. Brudney, C. Ditslear, *Liberal Justices' Reliance on Legislative History: Principle, Strategy, and the Scalia Effect*, „Berkeley Journal of Employment and Labor Law” Vol. 29, 2008, s. 117–174.

³⁷ A. Scalia, *A Matter...*, s. 38.

albo historia legislacyjna jako całość nie prowadzi do jednego wniosku³⁸. W czasie przewodu legislacyjnego zdarzają się ewidentne manipulacje. Sprawozdania komisji często są wykorzystywane w pragmatycznych celach, aby wpłynąć na sędziów, którzy będą dane prawo w przyszłości interpretować³⁹. Okazuje się, iż nie jest niezbędne zamieszczenie sformułowania, za którym się lobbuje, bezpośrednio w finalnej, tj. uchwalonej przez parlament, wersji aktu normatywnego. Wystarczy dla jego późniejszej funkcjonalnej relewantności, aby sformułowanie to zaledwie pojawiło się na którymś z etapów procedury prawodawczej. Jak podsumowuje Scalia, opieranie się na historii legislacyjnej „to nierozważne odstępstwo od czcigodnej zasady, że jeśli język ustawy jest jasny, to językowi musi być dana skuteczność, co najmniej przy braku oczywistej jego absurdalności”⁴⁰.

W przeciwieństwie do ustawodawstwa, w przypadku interpretacji niejasnych przepisów Konstytucji Scalia dopuszcza uwzględnianie „historii legislacyjnej”, czy mówiąc właściwiej „historii ustrojodawczej”. Pomocne zatem przy wykładni ustawy zasadniczej jest analizowanie pism delegatów na Konwencję Konstytucyjną z 1787 r.⁴¹, czy też pism innych „ojców założycieli”, np. T. Jeffersona, J. Jay’a. Doniosłość tych dokumentów nie oznacza, że zamiar ich autorów, ich subiektywne intencje są obowiązującym prawem. Materiały te jedynie obrazują, jak Konstytucja była pierwotnie rozumiana⁴². W toku czynności interpretacyjnych należy sięgnąć również do zapisów debaty ratyfikacyjnej we wszystkich stanach, ustalić ich wiarygodność, wniknąć w ówczesną atmosferę polityczną i intelektualną. Interpretator może się też wspomagać konstytucjami stanowymi obowiązującymi w chwili przyjęcia federalnej Konstytucji, a nawet angielskim prawodawstwem z tamtych czasów⁴³.

Kiedy tekst znamionuje językowa niejednoznaczność, wyznacznikiem treści prawa jest dla Scalii tradycja. Sędziowie mają być rządeni „tekstem i tradycją Konstytucji”, a nie swoimi „intelektualnymi, moralnymi i osobi-

³⁸ Ibidem, s. 36.

³⁹ Scalia podaje tytułem egzemplifikacji sprawę *Blanchard–Bergeron*, 489 US 87 (1989).

⁴⁰ A. Scalia (concurrency), *I.N.S. v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421 (1987).

⁴¹ O roli tzw. *Federalist Papers* w interpretacji amerykańskiej Konstytucji zob. D. A. Schultz, Ch. E. Smith, *Constitutional Interpretation and Intent of the Framers*, [w:] idem, *The Jurisprudential Vision of Justice Antonin Scalia*, Lanham 1996, s. 34–41.

⁴² A. Scalia, *A Matter...*, s. 38.

⁴³ Idem, *Originalism...*, s. 852.

stymi poglądami”. Nie mogą własnego pojmowania sprawiedliwości przeciwstawiać amerykańskiej tradycji, która jest „głęboka, rozległa i ciągła”⁴⁴. Tradycję odczytuje się z kolei min. z precedensów i praktyki ustawodawstwa stanowego. Ma ona ważny udział w interpretacji Konstytucji, ale tylko wobec nieklarownych jej postanowień⁴⁵. Uzupełnia tekst aktu normatywnego, a nie zastępuje go. Tradycja może bowiem ukonstytuować prawa, tylko jeśli nie przeczy to literze ustawy zasadniczej. Jednak prawa w ten sposób powołane do życia posiadają moc równą tym, wysłowionym *expressis verbis*, wiążąc wszystkie sądy. Odnosząc się do przypadków braku respektu Sądu Najwyższego dla tradycji, Scalia pyta się: „Jaka sekretna wiedza [...] jest tchnięta w prawników kiedy stają się sędziami Sądu Najwyższego, która umożliwia im zauważyć, że praktyka, której Konstytucja wyraźnie nie zakazuje i którą nasz Naród uważał za konstytucyjną przez 200 lat, jest w rzeczywistości niekonstytucyjna?”⁴⁶.

II.

Scalia uchodzi za jednego z czołowych krytyków koncepcji tzw. „żyjącej Konstytucji” („*living Constitution*”) zakładającej, iż ustawa zasadnicza jest prawem rozwijającym się, czyli ulegającym samoczynnej modyfikacji z upływem wieków, celem sprostania potrzebom przeobrażającego się społeczeństwa. Praktyka niektórych sędziów najpierw określających owe współczesne potrzeby, a następnie „znajdujących” dla nich odpowiednie prawo, w opinii amerykańskiego sędziego jawi się jako niedopuszczalne uzurpatorstwo. Pragmatyczny argument o konieczności ewolucyjnego podejścia zapewniającego elastyczność prawa wymaganą przez coraz to nowe realia stosunków społecznych tylko *prima facie* wzbudza aprobatę. Atrakcyjność intelektualnej konstrukcji „żyjącej Konstytucji” jest dla Scalii pozorna. Dwie jej główne słabości są następujące. Po pierwsze, pozostaje ona niegodna z zasadami demokracji, pogwałcając separację władz. Troska o nadąża-

⁴⁴ A. Scalia (concurrency), *Schad v. Arizona*, 501 U.S. 624 (1991).

⁴⁵ B. Staab, op.cit., s. 203 i 206–207.

⁴⁶ A. Scalia (dissent), *Board of County Commissioners, Wabaunsee County, Kansas v. Umbehr*, 518 U.S. 688–689 (1996). Scalia żywi przekonanie o możliwości oddzielenia tego „co dozwolone od tego co niedozwolone w oparciu o tradycję naszego Narodu, która jest, w co ja wierzę, tym co wymaga rozsądne stosowanie Konstytucji”. 518 U.S. 695.

nie przez Konstytucję za czasami nie mieści się wśród zadań sędziów. Samodniemywanie kompetencji do uaktualniania Konstytucji sprawia, iż Sąd Najwyższy *de facto* konstytucyjnie arbitralnie „wprowadza” do ustawy zasadniczej pewne prawa, których nigdy tam nie było. Konstytucja chociaż została demokratycznie przyjęta jako tekst normatywny zaczyna być wówczas traktowana jak *common law*. Po drugie, koncepcja ta może skutkować utratą praw, a niekoniecznie ich rozszerzeniem. Ewolucja w świetle orzecznictwa SN nie zachodzi wyłącznie w kierunku większej jednostkowej wolności⁴⁷. Podobnie, nieprawdą jest, że propagatorzy „żyjącej Konstytucji” wypełniają rzeczywistą wolę Amerykanów, jak Konstytucja powinna się rozwijać. Podejście to nie tyle, iż nie zmniejszyło ograniczeń demokratycznej władzy, co nałożyło na legislatywę, egzekutywę i judykaturę kolejne bariery, *summa summarum* uszczuplające prawa człowieka⁴⁸.

Według oryginalizmu znaczenie prawa nie zmienia się przez sam fakt, że nie jest ono dłużej adekwatne do nowych czasów⁴⁹. Jeśli przejawia taką niekoherencję, to można je przecież zmienić w przewidzianym w samym prawie trybie. Przykład takiej reakcji stanowi XIX poprawka do Konstytucji z 1920 r., przyznająca kobietom wyborcze prawo głosu. Celem umożliwienia kobietom uczestniczenia w politycznym akcie wyborczym nie powołano się wówczas na klauzulę równości (*Equal protection clause*) zapisaną w XIV poprawce. Nie zwrócono się do Sądu Najwyższego z zarzutem, że brak prawa

⁴⁷ A. Scalia, *A Matter...*, s. 38 i 40; J. B. Staab, *op.cit.*, s. 216–217.

⁴⁸ W świetle orzecznictwa SN okazuje się, że wbrew oczekiwaniom społecznym nie można np. przywołać Boga podczas uroczystości wręczenia dyplomów w szkołach publicznych, dopuścić w stanowym procesie karnym dowodu winy uzyskanego na podstawie bezprawnego przeszukania, a restrykcjom poddaje się prawo własności czy prawo do posiadania broni palnej. *Ibidem*, s. 41–43.

⁴⁹ Niekiedy wnioski Scalii mogą przeczyć społecznej wrażliwości. W jednej ze spraw o wykorzystanie seksualne sąd w Iowa dopuścił, aby dwie 13-letnie dziewczynki składały zeznania za parawanem, tak aby nie mieć kontaktu wzrokowego z oskarżonym. Sąd Najwyższy, w tym Scalia, uznał tę praktykę za niekonstytucyjną, gdyż sprzeczną z VI poprawką, mówiącą o prawie oskarżonego do konfrontacji z osobą zeznającą przeciwko niemu [*Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012 (1988)]. Z ostrą krytyką Scalii spotkało się więc późniejsze orzeczenie SN [*Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836 (1990)], gdzie za zgodne z Konstytucją potraktowano złożenie zeznań przez pokrzywdzone dziecko tylko w obecności prokuratora i obrońcy oskarżonego, przy jednoczesnym obserwowaniu przesłuchania przez sędziego, ławę i oskarżonego w innym pomieszczeniu na ekranie telewizyjnym. Zob. B. H. Wildenthal, *The Right of Confrontation, Justice Scalia, and the Power and Limits of Textualism*, „Washington and Lee Law Review” Vol. 48, 1991, s. 1323–1392.

głosu dla kobiet ewidentnie pogwałca przedmiotową klauzulę. Skoro niniejsza zasada w 1868 r. nie odnosiła się do kwestii prawa głosu kobiet – teoretycznie mogła, ale takiego znaczenia jej wtedy nie nadano – to i w 1920 r. ta sama literalnie klauzula musiała zachować swoje pierwotne znaczenie. Nieposiadanie przez kobiety praw wyborczych nigdy wcześniej nie traktowano za sprzeczne z wymogiem równego traktowania, a jeśli tak, to i później ocena ta nie mogła nagle ulec rewizji. Dzisiaj, jak zauważa Scalia, niegdyśjsze sufrażystki udałyby się do Sądu Najwyższego, argumentując, iż dochodzone przez nie prawo znajduje umocowanie właśnie w XIX poprawce, „mniej-sza o to, co pierwotnie klauzula ta oznaczała”⁵⁰. Podobnie, z uwagi na to, że w 1791 r. nie uważano, aby istniało konstytucyjne prawo do aborcji, to nie istnieje ono wedle Scalii i współcześnie. Wręcz przeciwnie, we wszystkich stanach aborcja u schyłku XVIII w. była karana. Nie ma też konstytucyjnego prawa do eutanazji, tym bardziej jeśli ponad dwa wieki temu powszechnie obowiązywały przepisy wymierzone przeciwko samobójcom. Z kolei uwzględniwszy, że zasada świeckości państwa nigdy nie negowała obecności pierwiastków religijnych w życiu publicznym, to całkowicie bezpodstawna jest dzisiejsza sądowa reglamentacja rozumienia tej zasady i imputowanie, że w sferze publicznej nie ma miejsca dla sacrum.

Oryginalizm jest dla Scalii zgodny z naturą i celem Konstytucji w demokracji⁵¹. Demokratyczne społeczeństwo generalnie nie potrzebuje konstytucyjnych gwarancji po to, aby zapewnić, że prawa będą odzwierciedlać aktualne wartości. Mechanizm wyborczy zatroszczy się o to lepiej. Zmiana prawa nie wymaga zawsze odwoływania się do Konstytucji. Jeśli ustawa zasadnicza w jakiejś kwestii milczy, to wystarczy jedynie w akcie wyborczym obsadzić parlament osobami skłonnyymi uchwalić stosowną ustawę. Oczekiwanie zmiany mogą nastąpić wtedy naprawdę szybko. Konstytucja staje się zaś niezbędna, jeśli chce się, aby pewnych rzeczy zwykła większość nie mogła zmienić. Scalia wyróżnia więc dwa systemy praw. Pierwszy, demokratyczny, bazujący na prawie większości do rządzenia jednostkami. Drugi, antydemokratyczny, sprowadzający się do uprawnienia jednostki do posiadania pewnych interesów chronionych przed regułą większości. Przełamanie woli większości wyrażonej np. w ustawie jest możliwe tylko wtedy, gdy pogwałca ona indywidualne prawo wyraźnie chronione tekstem Konstytucji czy chro-

⁵⁰ A. Scalia, *Judicial...*

⁵¹ Idem, *Originalism...*, s. 862.

nione szczególną tradycją wypływającą z jej tekstu⁵². „Celem konstytucyjnych gwarancji jest zapobieganie odzwierciedlaniu w prawie zmian w pierwotnych wartościach, które społeczeństwo przyjmując Konstytucję uznaje za istotnie niepożądane”⁵³. U genezy ustawy zasadniczej leży ochrona przyszłego społeczeństwa przed swobodnym czynieniem tego, czego ono chce. Nie chodzi jednak o jego decyzyjne ubezwłasnowolnienie, lecz o zmuszenie do przeprowadzenia długich i nieprostych rozważań poprzedzających zmianę samej Konstytucji. Dopiero wówczas pierwotny katalog i hierarchia wartości konstytucyjnych ulega rewizji.

Stykając się z zarzutem oponentów, iż tekstualizm jest formalistyczny Scalia z właściwą sobie szczerością konstatuje: „Odpowiedź na to brzmi, oczywiście że jest formalistyczny. Rządy prawa dotyczą formy”⁵⁴. To właśnie formalizm czyni sprawowanie władzy w państwie rządami praw, a nie ludzi. Konstytucja nie powinna być czytana w sposób mający na celu odzwierciedlanie społecznych wartości i postaw. Wykładnia tego aktu to poszukiwanie jego pierwotnego, a nie bieżącego znaczenia. Nie jest żywym organizmem, lecz statycznym dokumentem prawnym, który pewne rzeczy wysławia, a o innych nie mówi. Sędzia powinien oraz jest władny bronić praw wyrażone wymienionych w Konstytucji i tylko tych. Jeśli społeczeństwo amerykańskie uzna, iż Konstytucja nie spełnia już dłużej jego oczekiwań, to może ją zmienić w trybie wskazanym w jej art. 5. Niniejsze rozwiązanie problemu dezaktualizacji prawa ukazuje neutralność oryginalizmu, skoro to naród decyduje za siebie w takich kontrowersyjnych kwestiach jak aborcja, eutanazja, prawa homoseksualistów⁵⁵. Mając powyższe na uwadze, Scalia odrzuca chwytliwą frazę „żyjąca Konstytucja”, przekornie godząc się na przypisywanie mu miana zwolennika „martwej konstytucji”, czy jak sam woli „trwałej konstytucji”.

⁵² R. A. Rossum, *The Textualist Jurisprudence of Antonin Scalia*, [w:] B. P. Frost, J. Sikkenga, *History of American political thought*, Lanham 2003, s. 788.

⁵³ A. Scalia, *Originalism...*, s. 862.

⁵⁴ Idem, *A Matter...*, s. 25. Konieczny związek pomiędzy formalnością prawa a formalistycznym podejściem do jego stosowania neguje M. Matczak, *Formalność prawa a formalizm w jego sądowym stosowaniu*, „Przegląd Sądowy”, nr 4, 2007, s. 21–32.

⁵⁵ J. B. Staab, op.cit., s. XIX. Tylko przyznanie słowom Konstytucji ich normalnego znaczenia pozwala uniknąć światopoglądowej dysputy w przedmiocie np. istnienia konstytucyjnego (federalnego) prawa do aborcji czy eutanazji. Konstytucja USA na te tematy nie mówi, a skoro tak, to są one zdaniem Scalii pozostawione do rozstrzygnięcia prawu stanowemu.

Scalia nie twierdzi, że oryginalizm to „cudowna” teoria interpretacyjna pozwalająca każdorazowo udzielić prostej odpowiedzi na pojawiające się w toku stosowania prawa wątpliwości. Pytanie nie sprowadza się do tego, czy jest on najlepszą możliwą koncepcją wykładni prawa, ale czy istnieje coś od niego lepszego? Także przedstawiciele oryginalizmu czasami, choć – na co uwagę zwraca amerykański sędzia – nie nazbyt często, spierają się co do pierwotnego znaczenia⁵⁶. Panują też niekiedy wśród nich rozbieżności, jak to pierwotne rozumienie zastosować do sprawy przedłożonej sądowi, zwłaszcza jeśli chodzi o nowe uprzednio nieprzewidziane przypadki czy sytuacje związane np. z rozwojem technologicznym⁵⁷. Jakkolwiek oryginaliści nie są w pełni jednomyślni w przedmiocie istoty własnej metodologii i występują między nimi różnice, to mimo tego reprezentują relatywnie spójne podejście, zgadzając się przynajmniej w kwestii punktu wyjścia. Wiedzą bowiem czego poszukują, tj. pierwotnego znaczenia tekstu aktu normatywnego z momentu jego ogłoszenia.

Tymczasem ewolucjoniści nie zgadzają się w niczym, z wyjątkiem błędności założeń oryginalizmu. Potrafią przekształcić pierwotny nakaz w prawny zakaz i *vice versa*, a klucz do tych zmian jest nieznany i niepoznawalny⁵⁸. Nieoryginalizm podąża za czymś nieprecyzyjnym, a rzecz można, że wręcz za niczym. Ewolucjoniści nie tworzą jednolitej grupy. Istnieje tyle odłamów ewolucjonizmu, ile jest jednostkowych wyobrażeń o dobru, prawdzie, pięknie. To z kolei sprawia, iż ewolucjonizm jako filozofia konstytucyjna nie posiada waloru praktyczności. Brak wśród ewolucjonistów konsensusu i nie ma szans na zgodę, co do naczelnej zasady sterującej ewolucją. Skoro sędziego nie wiąże paradygmat pierwotnego znaczenia tekstu, to co jest tym standar-

⁵⁶ Scalia ma świadomość, że dwóch oryginalistów może dojść do rozbieżnych rezultatów. Zob. stanowisko Scalii (dissent) i sędziego C. Thomasa (concurrency) w sprawie *McIntyre v. Ohio Elections Commission*, 514 U.S. 334 (1995).

⁵⁷ W kontekście sprawy *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001) Scalia uznał wykorzystywanie noktowizorów przez policję, celem wykrycia osób lub rzeczy będących w prywatnych pomieszczeniach, za przeszukiwanie w rozumieniu IV poprawki. Tym samym działanie takie – będąc odpowiednikiem fizycznego wejścia na teren nieruchomości – do swej legalności wymaga sądowego nakazu. Za upatrywaniem w korzystaniu z noktowizorów inwigilacji przemawia pierwotny cel wspomnianej poprawki, którym była ochrona prywatności właścicieli domostw. Zob. R. H. Seamon, *Kyllo v. United States and the Partial Ascendance of Justice Scalia's Fourth Amendment*, „Washington University Law Quarterly” Vol. 79, No. 4, 2001, s. 1013–1034.

⁵⁸ A. Scalia, *A Matter...*, s. 45–46; idem, *Originalism...*, s. 855.

dem? Skąd wywieść owe „fundamentalne wartości” ukierunkowujące interpretację? Scalia dość ironicznie pyta się, czy sędzia powinien ustalać wolę większości Amerykanów analizując łamy gazet, radiowe talk shows, czy może badania opinii publicznej? Którą filozofię powinien wybrać: Platona, Arystotelesa, Locke’a, Hume’a, Milla, a może Rawlsa? Nawet jednak odwołanie się do powyższych filozofii, koncepcji prawa naturalnego, statystyk instytutu Gallupa nie chroni skutecznie przed stronniczością sędziego, przed jego uprzedzeniami⁵⁹. Zapewne oryginalizm nie jest „nieskazitelną” koncepcją, ale jego krytycy nie są w stanie, w ocenie Scalii, zaproponować wartościowszej alternatywy⁶⁰.

Dla ewolucjonisty „każde pytanie jest otwartym pytaniem, każdy dzień jest nowym dniem”, a „to co Konstytucja znaczyła wczoraj niekoniecznie musi znaczyć dzisiaj”⁶¹. Ewolucjoniści przekonują, iż ustawę zasadniczą ustanowiono dla przeobrażającego się, „żywego” społeczeństwa. Jeśli nie będzie ona ewoluować wraz z ewoluującym społeczeństwem to utraci rację bytu⁶². Oryginalizm tej diagnozy nie neguje. Twierdzi jedynie, iż środkiem osiągnięcia owej elastyczności nie może być sądowe prawotwórstwo, lecz decyzja demokratycznie umocowanych parlamentarzystów urzeczywistniających wolę Amerykanów. Tymczasem prawdziwym celem ewolucjonistów jest autorytarne narzucanie swoich poglądów na poszczególne sprawy całemu społeczeństwu poprzez wątpliwą metodologię wykładni federalnej Konstytucji.

III.

Oryginaliści, w tym Scalia, są świadomi prawidłowości, iż nowe czasy wymagają nowych praw. Zastrzegają jednak, że to nie sędziom przysługuje

⁵⁹ Podczas wykładu na Uniwersytecie Gregoriańskim w Rzymie w 1996 r. Scalia stwierdził, iż teorie prawa naturalnego są niezgodne z teorią demokracji. J. B. Staab, *The political...*, s. 212–213. Por. D. W. Kmiec, *Natural-law originalism – or why Justice Scalia (almost) gets it right*, „Harvard Journal of Law & Public Policy”, Vol. 20, No. 3, 1997, s. 627–653.

⁶⁰ A. Scalia, *A Matter...*, s. 44–45; idem, *Originalism...*, s. 862–863.

⁶¹ Ibidem, s. 46 i 40.

⁶² A. Scalia, *Judicial Adherence to the Text of Our Basic Law: A Theory of Constitutional Interpretation*, „The Progressive Conservative” Vol. 5, No. 225, 2003, <http://www.proconservative.net>.

kompetencja, aby te prawa tworzyć⁶³. „Kongres może ustanowić głupie, jak i mądre ustawy, a do sądu nie należy rozstrzygać, które są które i pisać na nowo te pierwsze”⁶⁴. Judykatura nie może „dopowiadać” tego, czego nie powiedziała władza ustawodawcza czy ustrojodawcza. „Pozostaje poza naszą (sędziów – G.M.) kompetencją ratować Kongres z jego błędów i przewidywać, że to co możemy pomyśleć jest preferowanym rezultatem”⁶⁵. Oryginalizm opowiada się za maksymalizacją roli wybieralnej legislatury w kształtowaniu prawa i minimalizacją dyskrejonalności sądów w interpretowaniu prawa. Na ustawodawstwie spoczywa odpowiedzialność za uaktualnianie prawa do zmian społecznych. Natomiast praca sędziego ma przypominać pracę archeologa a nie architekta, chodzi o odkrywanie znaczenia prawa, nie jego tworzenie czy projektowanie pod pozorem wykładni funkcjonalnej i celowościowej. Naród ustanowił Konstytucję i nominowani sędziowie nie posiadają mandatu, aby ją w ramach wykładni nowelizować. Wyłącznie zmiana ustawy zasadniczej przez przyjęcie poprawki do niej może uchodzić za zmianę demokratyczną. Sądowa „korekta” tego kryterium nie spełnia. Jednym z terminów streszczających poglądy Scalii na interpretację prawa jest właśnie „demokracja”. Należy ją tu rozumieć jako wymóg pozostawienia najbardziej doniosłych wyborów aksjologicznych, bezpośrednio nie dokonanych w Konstytucji, procesowi politycznemu. Sąd nie powinien zajmować pozycji po którejkolwiek ze stron „kulturowych wojen”, ale zapewnić, jako neutralny obserwator, aby demokratyczne reguły były przestrzegane, aby decyzje Narodu zapadały w demokratycznym procesie⁶⁶.

Nie sposób twierdzić, iż wiedza sędziego predysponuje go bardziej od społeczeństwa amerykańskiego do wypowiedzania się *ex cathedra* w sprawach moralnie niejednoznacznych, a niezmiernie doniosłych. Przyznawanie sobie przez judykaturę niniejszej kompetencji czyni z reprezentantów Temidy „mułłów Zachodu”. Jak zauważa Scalia, nie istnieją „dobre” odpowiedzi, których słuszność można za każdym razem wykazać naukowo. Istnieją natomiast takie odpowiedzi, za którymi może opowiadać się konkretne społeczeństwo. Jednak nawet gdyby takie naukowo dobre odpowiedzi ist-

⁶³ A. Scalia, *A Matter...*, s. 23.

⁶⁴ Ibidem, s. 20.

⁶⁵ Idem (dissent), *Koons Buick Pontiac GMC, Inc. v. Nigh*, 543 U.S. 50 (2004).

⁶⁶ K. Roosevelt, *Justice Scalia's Constitution and Ours*, „Journal of Law and Social Change” Vol. 8, 2005, s. 27.

niały, to brak powodów, aby żywić przekonanie, że są one udziałem prawników prędzej niż lekarzy, inżynierów, etyków czy zwykłego Jana Kowalskiego. „Sędziowie nie posiadają kwalifikacji, by ludziom udzielać odpowiedzi na pytania moralne, które tkwią w każdej dokonywanej *a priori* ocenie praw człowieka”⁶⁷.

Scalia w obrębie prawa jako całości wyróżnia „naukę prawa” i „sztukę prawa”. Nauka prawa obejmuje Konstytucję i ustawy, a prawo jest „królem”. Wysłowione w przepisach normy prawne determinują rezultat rozstrzyganych spraw. Sztuka prawa obejmuje z kolei *common law*, a miano „króla” przysługuje sędziemu. Tu i wyłącznie tu znajduje się miejsce na twórcze rozwijanie czy kształtowanie prawa przez sądy. Interpretacja Konstytucji i ustaw powinna być zaś obiektywna, przewidywalna, powtarzalna. Obiektywność wymaga od sędziego bycia neutralną stroną stosującą właściwe przepisy do danej sprawy. Przewidywalność zakłada, iż rezultat sprawy jest prognozowalny, gdyż sędzia nie tworzy nowych przepisów, ale stosuje te istniejące. Powtarzalność suponuje powinność niższych sądów podążania za wcześniejszymi decyzjami oraz osiągnięcia podobnych rezultatów w analogicznych sprawach, powielając treść decyzji i samo rozumowanie sądów wyższego szczebla⁶⁸.

Gdy sądom przyzna się wolność pisania Konstytucji na nowo, to będą to czynić w sposób pożądaný przez większość. Scalia krytycznie stwierdza, iż niestety Amerykanie uwierzyli, iż ustawa zasadnicza to dokument, z upływem czasu znaczący nie to, co jego tekst mówi, ani nie to co zwykło się rozumieć, że znaczy, ale znaczący to, co współcześnie „powinien”. Obecnie sądy zakładają, a co gorsza także obywatele USA żywią przekonanie, że nie tylko VIII poprawka, ale i *Bill of Rights*, czy wręcz cała Konstytucja odzwierciedla tzw. „ewoluujące standardy przyzwoitości, które cechują postęp dojrzewają-

⁶⁷ A. Scalia, *Muflowie...*, s. 33–35; P. Gillert, *Sędziowie nie są królami*, wywiad z A. Scalią, „Rzeczpospolita”, 25.09.2009. Jak stwierdził Scalia w kontekście jednej ze spraw dotyczącej eutanazji: „Punkt, w którym życie staje się bezwartościowe i punkt, w którym środki konieczne do jego zachowania stają się nadzwyczajne czy niewłaściwe nie jest ani wyznaczony w Konstytucji, ani znany 9 sędziom Sądu Najwyższego lepiej, niż jest on znany 9 osobom wybranym losowo z książki telefonicznej Kansas City”. A. Scalia (concurrence), *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990).

⁶⁸ C. Langford, *Antonin Scalia (1936–) U.S. Supreme Court Justice*, [w:] B. K. Duffy, R. W. Leeman, *American voices: an encyclopedia of contemporary orators*, Westport 2005, s. 409.

cego społeczeństwa”⁶⁹. Takie stanowisko co do charakteru ustawy zasadniczej wpływa z kolei na praktykę powoływania i zatwierdzania sędziów federalnych na wszystkich szczeblach, szczególnie sędziów Sądu Najwyższego. Zostają nimi osoby podzielające z Narodem przekonania odnośnie pożądaney i corocznie rewidowanej treści ustawy zasadniczej. Ich wiedza, bezstronność i prawnicza bystrość przestaje się liczyć⁷⁰. To zaś oznacza dla Scalii koniec *Bill of Rights*, u którego przecież podstaw była ochrona przed większością⁷¹.

Sądowa kontrola konstytucyjności prawa zachowuje tylko wtedy sens, gdy w ustawie zasadniczej widzi się akt prawny, którego tekst posiada konkretne znaczenie. Kontrola ta mija się z celem, jeśli w Konstytucji upatruje się „pustą butelkę obejmującą aspiracje społeczeństwa”⁷², zaproszenie sądów do czynienia zadość aktualnym społecznym wartościom. Właściwszym depozytariuszem tych wartości jest parlament. Do zadań Kongresu, a nie sędziów należy odczytywanie „ewoluujących standardów...”. Dla Scalii nieodgadnionym pozostaje źródło rzekomej zdolności 9 sędziów do stwierdzenia, w jakim kierunku rozwija się amerykańskie społeczeństwo? Sędzia jest przecież prawnikiem, a nie filozofem.

Scalia zauważa, iż każda epoka niesie własne szczególne zagrożenie dla demokracji, a sędziowski aktywizm „reprezentuje istotne zagrożenia naszych czasów”⁷³. Niebezpieczeństwo upatruje on w tym, że sędziowie mogą pomylić swoje własne upodobania z prawem⁷⁴. Toruje to drogę do sądowej

⁶⁹ *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 101 (1958). Scalia przyjmuje, iż „evolving standards of decency...” nie zawsze oznaczają postęp, a społeczeństwa nie zawsze są „dojrzałe”. *A Matter...*, s. 40.

⁷⁰ A. Scalia, *Mułowice...*, s. 36. W odniesieniu do praktyki sędziów w Europie Scalia stwierdza: „Nie cieszy mnie upolitycznienie procesu nominacji sędziowskich w moim kraju. Jednak szczerze wolę je od alternatywy, jaką są rządy sędziowskiej arystokracji”. *Ibidem*, s. 37.

⁷¹ *Idem*, *A Matter...*, s. 47. Scalia zauważa, iż ideologia „żyjącej Konstytucji” znalazła sympatyków także w Europie, czego przykładem jest np. orzeczenie Trybunału Strasburskiego, w którym Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności uznano za „żyjący instrument, który [...] musi być interpretowany w świetle bieżących okoliczności”. *Tyrer v. the United Kingdom* (1978).

⁷² *Idem*, *Judicial...*, <http://www.proconservative.net>.

⁷³ *Idem*, *Economic Affairs as Human Affairs*, „Cato Journal”, Vol. 4, 1985, s. 706.

⁷⁴ *Idem*, *Originalism...*, s. 863. Sędzia J. Marshall w sprawie *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819) podkreślił: „Nie wolno nam zapomnieć, że to jest konstytucja, którą my (sędziowie G.M.) tłumaczymy”.

personalizacji prawa, do zastąpienia go osobistymi preferencjami sędziów. Oczywiście można starać się łagodzić wskazane niebezpieczeństwo wymagając, aby dzisiejsze podstawowe wartości przywoływane w miejsce pierwotnego znaczenia Konstytucji były klarownie zamanifestowane w prawach społeczeństwa, ale żaden test proponowany przez nieoryginalistów nie jest w stanie temu w pełni podołać. Przykładowo, niemal wszyscy nieoryginaliści wypowiedzieliby się przeciwko karze śmierci, gdy tymczasem występuje ona powszechnie w prawodawstwie federalnym i stanowym oraz cieszy się aprobatą większości obywateli⁷⁵.

Zawłaszczanie prerogatyw prawodawcy przybiera pewną sekwencję działań. Po pierwsze, Sąd Najwyższy nadaje terminom obecnym w Konstytucji znaczenia, które one nigdy nie posiadały. Np. w kontekście I poprawki przyjęto, że osoba publiczna nie może wnieść pozwu o zniesławienie przez prasę, jeśli zniesławienie nie miało charakteru „złośliwego”⁷⁶. Scalia nie przeczy merytorycznej trafności tego zakazu, twierdzi jedynie, iż nie wynika on z Konstytucji, a ewentualne jego wprowadzenie powinno być pozostawione ustawodawstwu stanowemu. Po drugie, kreowanie czy „przemycanie” do ustawy zasadniczej nowych praw podmiotowych i wolności odbywa się przy pomocy doktryny *Substantive Due Process*⁷⁷. Ta sprzeczna w samej swej nazwie („materialna klauzula rzetelnego procesu”) konstrukcja prawna posłużyła np. do uzasadnienia konstytucyjnego prawa do aborcji. Pierwszą metodą nie można się było w tym przypadku posłużyć, bo Konstytucja nie zawiera przepisu wspominającego cokolwiek o aborcji, który nadawałby się do „odpowiedniego” przeinterpretowania. W latach 20. XX w. Sąd Najwyższy stwierdził, że są pewne wolności tak ważne, iż w żadnym procesie nie można ich pozbawić. Początkowo ich katalog ograniczał się do wolności fundamentalnych dla demokratycznego społeczeństwa oraz zakorzenionych w tradycji Narodu amerykańskiego. Z czasem powyższe zawężenie zniesiono i tak pod pozorem *Due Process Clause* uznano np. prawo do aborcji (*Roe v. Wade*⁷⁸), czy prawo do kontaktów homoseksualnych (*Lawrence v. Texas*⁷⁹).

⁷⁵ Ibidem, s. 863.

⁷⁶ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

⁷⁷ Por. G. C. Cook, Footnote 6: Justice Scalia's attempt to impose a rule of law on substantive due process, „Harvard Journal of Law & Public Policy” Vol. 14, No. 3, 1991, s. 853–893.

⁷⁸ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

⁷⁹ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

Sąd Najwyższy w ocenie Scalii wyzwoił się spod wpływu tekstu Konstytucji i tradycji, sam decydując, co obejmuje przedmiotowa klauzula⁸⁰.

Tymczasem *Due Process Clause* zapisana w V poprawce do Konstytucji z istoty swej posiada charakter proceduralny, gwarantując jedynie rzetelny proces. Uznanie innej jej natury sprawia, iż demokratycznie przyjęty tekst ustawy zasadniczej staje się swoistą „odskocznia” dla sądowego prawotwórstwa⁸¹. Oryginalizmowi przeczy też współczesna interpretacja VIII poprawki zakazującej „okrutnego czy nadzwyczajnego karania”. Niektórzy sędziowie Sądu Najwyższego oraz przedstawiciele doktryny uznają, że to co tworzy okrutne, nadzwyczajne karanie zależy od specyfiki czasu. Twierdzą, iż klauzula ta ma ewoluującą treść, a tym samym znaczenie zwrotu „*cruel and unusual punishment*” musi być zrelatywizowane do czasu rozpoznawania danej sprawy, a nie realiów 1791 r. Od samego początku rozumiano bowiem – w ich przekonaniu – Konstytucję jako dokument, którego niektóre postanowienia będą czerpały znaczenie z każdorazowo aktualnego społecznego kontekstu⁸². Nie podziеляjąc tej argumentacji Scalia uważa, iż po pierwsze, oryginalista musiałby podać historyczne i tekstualne dowody za powyższą interpretacją. Po drugie, nawet zakładając, że rzeczywiście pierwotnie Konstytucję postrzegano za akt wyrażający progresywne a nie stałe wartości, to i tak nie ma żadnych podstaw do utrzymywania, że nadzór nad kierunkiem tego rozwoju powinien być powierzony sądom.

Trzy główne grzechy sądowego prawotwórstwa są dla Scalii następujące. Jeśli Konstytucja znaczy to, co w opinii sędziego prawodawca „chce” żeby znaczyła, to przez to obiektywnie nic nie znaczy. Nie ma żadnych kryteriów interpretowania Konstytucji, gdy jej znaczenie każdorazowo będzie uzależniać się od partykularnej sytuacji. Dochodzi też do poddania Sądu Najwyższego tej samej presji, jaka jest wywierana na inne ciała polityczne, czyniąc z niego obiekt politycznych ataków⁸³. Jedynie oryginalizm proponując historyczne kryterium w postaci „zwykłego” znaczenia tekstu z dnia jego ogłoszenia, konceptualnie chroni przed uwzględnianiem własnych preferencji

⁸⁰ A. Scalia, *Constitutional...*, <http://www.joink.com/homes/users/ninoville/ww3-14-05.asp>.

⁸¹ A. Scalia, *A Matter...*, s. 25.

⁸² Tak np. K. Roosevelt, *Justice...*, s. 28. Podobnie R. Dworkin postulujący „moralne czytanie” Konstytucji: *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge 1996.

⁸³ C. Langford, *op.cit.*, s. 411.

przez sędziów w toku swej orzeczniczej działalności⁸⁴. Zapewnia bezstronność, przewidywalne i równe traktowanie podmiotów prawa, dostarcza system hamulców wobec arbitralności judykatury, legislatywy i egzekutywy.

Scalia nie uważa naiwnie, iż w praktyce oryginalizm całkowicie eliminuje sędziowską dyskrecjonalność. Nie jest to możliwe, skoro także sędzia poszukujący pierwotnego znaczenia prawa musi dokonywać aktów wartościowania i oceniania. Niemniej jednak tekstualizm istotnie przynajmniej ogranicza swobodę orzeczniczą sprawiając, iż wierny jego założeniom reprezentant Temidy gotowy jest poświęcić własny światopogląd w imię prymatu prawa i szacunku dla decyzji demokratycznie legitymowanego prawodawcy. Scalia niejednokrotnie podejmował jako sędzia SN rozstrzygnięcia sprzeczne z wartościami konserwatyzmu, z którym bywa utożsamiany⁸⁵. W opinii przychylnych mu przedstawicieli jurysprudencji w swej praktyce jurysdykcyjnej konsekwentnie realizuje głoszone postulaty odnośnie roli sędziów i interpretacji prawa, nie idąc – wiedziony pragmatyzmem i doraźnym interesem – na żadne kompromisy⁸⁶.

Scalia jednocześnie stanowczo odrzuca tezę jakoby wybór preferowanej teorii interpretacji prawa był motywowany politycznie. Spór pomiędzy oryginalizmem i ewolucjonizmem nie stanowi przedłużenia sporu toczzonego na linii liberałowie a konserwatyści. Tak jedni jak i drudzy pod płaszczykiem ewolucjonizmu kreują nowe konstytucyjne prawa właściwe wyznawanej

⁸⁴ A. Scalia, *Originalism...*, s. 864. L. Be Vier mówi o „bezosobowości” oryginalistycznego procesu decyzyjnego, jako synonimie jego obiektywności. *The Integrity and Impersonality of Originalism*, „Harvard Journal of Law & Public Policy” Vol. 19, 1996, s. 288.

⁸⁵ Por. wyroki SN, gdzie sędzia Scalia głosował zgodnie z większością, w których: uznano palenie flagi narodowej za zachowanie zgodne z Konstytucją, bo jako posiadające wartość komunikatywną mieszczące się w zakresie I poprawki gwarantującej wolność słowa [*Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989); *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990)]; stwierdzono z tych samych co powyżej względów konstytucyjność publicznego palenia krzyży [*R. A. V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992); *Virginia v. Black et al.*, 538 U.S. 343 (2003)]; przyjęto, iż stanowią zakaz posiadania i używania pejetolu, w tym także dla celów religijnych, nie pogwałca I poprawki, konkretnie zaś swobody wykonywania praktyk religijnych [*Employment Division of Oregon v. Smith* 494 U.S. 872 (1990)]. Z kolei w zdaniu odrębnym (dissent) do orzeczenia SN w sprawie *Traxel v. Granville* [530 U.S. 57 (2000)] Scalia zanegował istnienie konstytucyjnego prawa rodziców do kierowania wychowaniem swych dzieci. Zob. A. Scalia, P. I. Weizer, *The opinions of Justice Antonin Scalia: the caustic conservative*, Nowy Jork 2004.

⁸⁶ K. A. Ring, *Scalia dissents: writings of the Supreme Court's wittiest, most outspoken justice*, Waszyngton 2004, s. 12–20.

przez nich ideologii. Poprawniej jest więc mówić o modernistycznym i tradycyjalistycznym zapatrywaniu na Konstytucję.

Sędzia Scalia do wymogów rządów prawa zalicza prymat jasnych reguł nad amorficznymi standardami⁸⁷. Operowanie *all-or-nothing* regułami⁸⁸ pozwala wyznaczyć jaśniejszą i ostrzejszą granicę pomiędzy tym, co zgodne z Konstytucją, a co z nią sprzeczne. Ogólne reguły ograniczają sędziowską dyskrecjonalność, sprzyjają przewidywalności i spójności prawa. Na ile to możliwe należy jego zdaniem unikać abstrakcyjnych „niedookreślonych i otwartych testów”⁸⁹ obejmujących wążenie różnych czynników występujących w konkretnej sprawie (np. *Lemon test*⁹⁰). Zwiększają one sędziowską dyskrecjonalność, a przez to skutkują nieprzewidywalnością decyzji i niejednolitym traktowaniem podobnych przypadków⁹¹.

Filozofię prawa Scalii znamionuje przy tym sprzeciw wobec uwzględniania prawa innych państw oraz prawa i sądownictwa międzynarodowego przy wykładni prawa amerykańskiego. Całkowicie neguje on zwłaszcza doniosłość współczesnych zagranicznych aktów prawnych, jak i praktyk orzeczniczych poszczególnych państw przy ustalaniu znaczenia Konstytucji Stanów Zjednoczonych⁹². Wzorcem interpretacyjnym nie jest też jego zdaniem Deklaracja Niepodległości⁹³. Sądy amerykańskie mogą korzystać z zagranicznych źródeł jedynie wyjątkowo, np. gdy interpretują krajowe ustawy

⁸⁷ Zob. A. Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, „University of Cincinnati Law Review” Vol. 56, 1989, s. 1175–1181.

⁸⁸ Ma tu miejsce nawiązanie do słynnej dystynkcji R. Dwornika na „*all-or-nothing*” reguły i zasady prawa stosowane według gradacyjnego schematu „*more or less*”. Zob. G. Maroń, *Dworkinowska wizja zasad prawa*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego”, Prawo 6, Rzeszów 2008, s. 103–123.

⁸⁹ A. Scalia (concurrency), *Itel Containers Int’l v. Huddleston*, 507 U.S. 60 (1993). Por. też stanowisko Scalii (concurrency) w sprawie Granfinanciera, *S. A. v. Nordberg*, 492 U.S. 33 (1989), gdzie opowiedział się za podejściem „zakorzenionym w regułach, a nie dryfującym ku wieloczynnikowemu wążeniu”.

⁹⁰ *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971).

⁹¹ R. A. Smolla, op.cit., s. 400–401; L. Solum, *A law of rules: a critique and reconstruction of Justice Scalia’s view of the rule of law*, „APA Newsletter” Vol. 1, No. 2, 2001, s. 105.

⁹² Zob. A. Scalia (opinion), *Stanford v. Kentucky*, 492 U.S. 361 (1989).

⁹³ Idem, *International law in American Courts*, <http://www.joink.com/homes/users/ninoville/aei2-21-06.asp>; D. C. Gray, *Why Justice Scalia Should Be a Constitutional Comparativist... Sometimes*, „Stanford Law Review” Vol. 59, No. 5, 2007, s. 1249–1279; M. A. Waters, *Justice Scalia on the Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation: Unidirectional Monologue or Co-Constitutive Dialogue?*, „Tulsa Journal Of Comparative & International Law” Vol. 12, 2004, s. 149–161.

implementujące postanowienia umów międzynarodowych, których stroną są USA, czy odwołując się do wykładni umów międzynarodowych autorstwa sądów tych państw, które również są stronami danej umowy.

Izolacjonizm Scalii w tym obszarze trafnie oddaje komentarz A. Kahna. „Wiedziony patriotyczną wiarą, że amerykańskie prawo jest wyjątkowe, Scalia odrzuca doświadczenia, jak je nazywa, <obcych narodów>, włącznie z Europą, ojczyzną swych przodków”. Amerykańskich sędziów uznających „szerszą cywilizację” i nie widzących nic złego w transgranicznej prawniczej fluktuacji oskarża o „zamieszkiwanie w innym świecie”. Scalia stworzył „konstytucyjną wyspę”, którą umacnia przeciwko podkopującym zagranicznym i modernistycznym wpływom. Za sędzią C. Thomasem powtarza, że Sąd Najwyższy „nie powinien nakładać obcych nastrojów, nowinek czy mód na Amerykanów”⁹⁴, lecz odnajdywać prawa zakorzenione w historii i tradycji USA. W opinii Scalii standardy przyzwoitości przyjęte w innych państwach są całkowicie niewłaściwe jako środki ustanawiania podstawowych przekonań amerykańskiego Narodu⁹⁵.

IV.

Poparcie Scalii dla oryginalizmu nie jest bezkrytyczne. Tekstualizm w swej „nierozcieńczonej” postaci stanowi „lekarstwo zbyt mocne do przełknięcia”. Nie doznająca wyjątków wierność jego założeniom sprawiłaby, iż demokratycznie przyjęte prawo przewidujące np. publiczną chłostę i znamionowanie prawej ręki za poszczególne przestępstwa należałoby uznać za konstytucyjne. Można bowiem zasadnie twierdzić, że w 1791 r. nie były to „okrutne” czy „niezwykłe” kary. Scalia takiej konkluzji nie popiera, choć jest ona niewątpliwie zgodna z metodologią propagowanego oryginalizmu. Określając się mianem bojaźliwego oryginalisty (*faint-hearted originalist*), dopuszcza więc wyjątkowo możliwość, że precedens czy zwyczaj społeczny przeważy pierwotne znaczenie tekstu Konstytucji⁹⁶. Założenia tekstualizmu tracą więc ka-

⁹⁴ C. Thomas (concurrency), *Foster v. Florida*, 537 U.S. 990, (2002).

⁹⁵ A. Kahn, *Justice Antonin Scalia: Living in Another World*, Jurist Forum, March 29, 2004.

⁹⁶ Scalia dodaje, iż stare *decisis* nie stanowi części filozofii oryginalizmu, lecz pragmatyczny wobec niej wyjątek, a prawidłowość decyzji jest ważniejsza od takich pojęć jak stabilność prawa, czy szacunek dla instytucji sądu. *A Matter...*, s. 140; idem, *Originalism...*,

tegoryczny charakter, gdy skutkują rozstrzygnięciem rażąco niemoralnym czy sprzecznym z podstawową intuicją aksjologiczną⁹⁷. Mając powyższe na względzie swój wybór oryginalizmu Scalia określa mianem „mniejszego zła”. Jest zatem wprawdzie apologetą niniejszej teorii interpretacji prawa, ale nie jej fanatycznym wyznawcą.

Nie ma też złudzeń co do rzeczywistej roli oryginalizmu w aktualnej praktyce stosowania prawa w USA. „Byłoby głupim udawać, że niniejsza filozofia stała się (tak jak to było kiedyś) dominującym modelem interpretacji w sądach, albo choćby, że jest nieodpartą falą przyszłości. Interpretacyjna filozofia żyjącej Konstytucji [...] ciągle dominuje w sądach oraz w prawniczych szkołach. W rzeczywistości ona nawet dominuje w wyobrażeniu zwykłego obywatela, który uwierzył, iż to wobec czego odczuwa silną odrazę, musi być niekonstytucyjne. Nie jest łatwym zadaniem odwieść społeczeństwo, profesorów, i (zwłaszcza judykaturę) od, tak zwodniczej i dającej tyle prawa sędziom, filozofii”⁹⁸. Nie ustaje jednak w wysiłkach, aby ten stan rzeczy zmienić.

V.

Oryginalizm Scalii w swej ocenie pozostaje ambiwalentny. Niewątpliwie uwypukla on jedno z doniosłych zagadnień na gruncie konstytucjonalizmu, tj. współczesne rozumienie zasady podziału władzy oraz granice sądowego prawotwórstwa, zwłaszcza będącego udziałem sądów konstytucyjnych. W tym zakresie w jakim Scalia sygnalizuje niebezpieczeństwa towarzyszące tworzeniu prawa przez sądy jego uwag i obiekcji nie sposób potraktować jako bezprzedmiotowych. Doktrynalny dyskurs wokół tego tematu toczy się także w kontynentalnej kulturze prawnej, w tym i w rodzimej jureprudencji

s. 861. R. Barnett i M. Paulsen przyjmują jednak, że nie można być oryginalistą, dopuszczając doktrynę stare *decisis*, jako przełamującą pierwotne znaczenie. R. E. Barnett, *Scalia's Infidelity: A Critique of Faint-Hearted Originalism*, „University of Cincinnati Law Review” Vol. 75, 2006, s. 13; M. S. Paulsen, *The intrinsically corrupting influence of precedent*, „Constitutional Commentary” Vol. 22, No. 2, 2005, s. 289.

⁹⁷ A. Scalia, *Originalism...*, s. 861, 864, idem, *A Matter...*, s. 40. J. M. Shaman stwierdza, iż „Cynik może postrzegać to nie tyle jako kwestię bojaźliwości, co obłądzy”. *Constitutional interpretation: illusion and reality*, Westport 2001, s. 17.

⁹⁸ A. Scalia, [w:] S. G. Calabresi, *Originalism. A quarter century of debate*, Waszyngton 2007, s. 43.

cji⁹⁹. Wydaje się jednak, iż amerykański sędzia zbyt jednostronnie ocenia *quasi*-prawotwórczą czy wprost prawotwórczą działalność sądów i nie dostrzega absolutnie żadnych korzyści tej – co prawda kompetencyjnie wątpliwej – praktyki.

Trudno przesądzać trafność zarzutów oponentów Scaliowskiego oryginalizmu przestrzegających, że wierność owej „interpretacyjnej ortodoksji” zagraża podstawom politycznego liberalizmu. Nie bez racji jest jednak C. Sustain, twierdząc, iż „W wielu obszarach istniejące prawo konstytucyjne wykracza daleko poza pierwotne znaczenie ojców założycieli i ratyfikujących, i dzięki Bogu, że tak jest. Obecnie uważa się, że Konstytucja zabrania dyskryminacji rasowej czy ze względu na płeć, pomimo tego, iż żadne z jej postanowień nie było pierwotnie rozumiane jako zakazujące takiej dyskryminacji. Przyjmuje się dzisiaj, że Konstytucja obejmuje szerszą ochronę wolności słowa, znacząco wykraczając poza pierwotne rozumienie. W wielu dziedzinach oryginalizm nie odpowiada naszym praktykom. W większości tych obszarów czyniłby nasz system konstytucyjny gorszym niż lepszym”¹⁰⁰. Opinia ta jakkolwiek wyrażona w stosunku do amerykańskiego porządku prawnego zachowuje doniosłość w relacji do porządków prawnych innych państw, w tym i na gruncie polskim.

Negacja sędziowskiego „uaktualniania” niejednoznacznych i ogólnych przepisów Konstytucji skutkuje odmową uznania bytu nowych, a społecznie pożądaných praw. Argument o możliwości demokratycznej zmiany ustawy zasadniczej jest częściowo demagogiczny, zważywszy na trudność przyjęcia poprawek do niej. Zachowawcze pozytywistyczne odczytywanie Konstytucji grozi dysharmonią prawa i moralności. Walidacyjna niezależność tych dwóch porządków normatywnych być może czyni prawo bardziej pewnym i przewidywalnym, ale niekoniecznie sprawiedliwym¹⁰¹.

Rodzimym przykładem generalnie pozytywnie ocenianego sędziowskiego aktywizmu jest dorobek orzeczniczy Trybunału Konstytucyjnego w okresie transformacji ustrojowej, zwłaszcza w I poł. lat 90. Trybunał sta-

⁹⁹ Por. np. B. Banaszak, *Aktywizm orzeczniczy Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Sejmowy” nr 4, 2009, s. 75–92; W. Sadurski, *Prawo przed sądem. Studium sądownictwa konstytucyjnego w poskomunistycznych państwach Europy Środkowej i Wschodniej*, Warszawa 2008; A. Sulikowski, *Współczesny paradygmat sądownictwa konstytucyjnego wobec kryzysu nowoczesności*, Wrocław 2008.

¹⁰⁰ C. R. Sustain, *Virtues and Verdicts*, „The New Republic”, 22.05.2006, s. 36.

¹⁰¹ J. J. Staab, op.cit., s. XX.

rał się wówczas czynić zadość dorozumianej woli społeczeństwa, reagując na niedomagania wciąż nieuaktualnionej litery prawa. Można chyba mówić nawet o ówczesnej konieczności takiej praktyki, dla której wątpliwą alternatywą było opierać porządek prawny konstytuującej się III RP na dotychczasowym brzmieniu i interpretacji części spuścizny prawnej (w rozumieniu konstytucyjnych zasad prawa stojących u podstaw ustroju politycznego i społeczno-gospodarczego państwa) czasów Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej¹⁰².

Scalia przecenia zarazem zdolność oryginalizmu w ograniczaniu swobody orzeczniczej czy zapobieganiu sędziowskiego prawotwórstwa. Zdaje się być on nieświadomy tego, że „czynienie” (*doing*) historii jest aktem twórczym, a historyczne podejście wciąż pozostawia SN dyskrejonalną władzę¹⁰³. „Wiara w twarde jądro historycznych faktów istniejących obiektywnie i niezależnie od interpretacji historyka jest niedorzecznym błędem”¹⁰⁴. Ani oryginalizm, ani jakakolwiek inna teoria interpretacji prawa nie posiada obiektywnej metodologii, która wyzwoliłaby je z oddziaływania subiektywnych wartości sędziów¹⁰⁵. Oryginalizm może prowadzić do liberalnych, czy progresywnych rezultatów w zależności od poczynionych wyborów aksjologicznych. Odwoływanie się do ocen pierwotnych jest nieuniknione, a krytykowanie tej praktyki przez Scalię znamionuje niekonsekwencja, skoro on sam przeprowadza akty aksjologicznego wartościowania¹⁰⁶.

Na poziomie praktyki żadna teoria wykładni prawa nie jest w stanie zupełnie wykluczyć udziału w procesie interpretacyjnym takich pozanormatywnych czynników, jak osobiste sympatie i antypatie polityczne sędziego, jego światopogląd religijny czy filozoficzny, poglądy w dziedzinie ekonomii, doświadczenia osobiste itp.¹⁰⁷ Niniejsze elementy powodują, iż czasami po-

¹⁰² Por. M. Mazurkiewicz, *Rola Trybunału Konstytucyjnego w kreowaniu konstytucyjnych zasad demokratycznego państwa prawnego w procesie transformacji ustrojowej*, [w:] *Ius suum quique. Studia prawnofinansowe. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Wacławowi Gironowskiemu*, pod red. W. Koniecznego, Warszawa 2005, s. 45–53.

¹⁰³ J. M. Shaman, *op.cit.*, s. 16.

¹⁰⁴ E. H. Carr, *What is History?*, Nowy Jork 1962, s. 10.

¹⁰⁵ E. Chemerinsky, *Constitutional Interpretation for the Twenty-first Century*, <http://www.acslaw.org/files/Erwin%20Chemerinsky%20Vanderbilt%20Paper%206-2007.pdf>.

¹⁰⁶ K. Roosevelt, *op.cit.*, s. 33.

¹⁰⁷ Por. zarzuty postawione Scalii na tle sprawy *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98 (2000). S. F. Colb, *The Unprincipled Jurisprudence of Justice Scalia: Reflections in the Wake of Bush v. Gore*, <http://writ.news.findlaw.com/colb/20001220.html>. Wpływ czynników osobistych

jawia się rozdzźwięk pomiędzy doktrynalnymi założeniami, wobec których wierność oficjalnie deklaruje konkretny sędzia, a jego rzeczywistą jurysdykcyjną praktyką¹⁰⁸.

Wyjątkiem nie jest tu A. Scalia. Krytycy zarzucają mu traktowanie oryginalizmu instrumentalnie, jako narzędzia realizacji konserwatywnych celów. Dodają, że ukryty intencjonalizm sprawia, iż amerykański sędzia niejednokrotnie pozwala „swoim politycznym pasjom przytłoczyć własne oryginalistyczne zasady”¹⁰⁹. Twierdzą, że oryginalizm współgra z pojęciem „żyjącej konstytucji”, a nie mu przeczy. Tą żyjącą oryginalistyczną konstytucję wprowadzają do ustawy zasadniczej odzwierciedlającej współczesne konserwatywne wartości¹¹⁰. W ich przekonaniu oryginalizm „nie jest bezstronną interpretacyjną metodologią, a czymś tylko nieco innym niż prawniczą wersją triku magika – trzeba przyznać czymś zręcznym, ale bez intelektualnego trzonu”¹¹¹. Zarazem Scalia nie uwzględniając konsekwentnie wskazań oryginalizmu pierwotnego obiektywnego znaczenia, lecz korzystając pragmatycznie także z dyrektyw innych rodzajów oryginalizmu, „w rzeczywistości dryfuje pomiędzy różnymi wersjami oryginalizmu”¹¹². Zdarza mu się np. kierować pierwotnymi oczekiwaniami ówczesnego pokolenia (*framing generation*), co do tego, jak stosować prawo do poszczególnych przypadków (*ori-*

(jeden z synów Scalii służył w armii amerykańskiej z misją w Iraku) miał z kolei zaważyć na sposobie w jaki Scalia głosował jako sędzia SN w sprawie więźniów z Guantanamo i osób oskarżanych o terroryzm. Por. *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004), *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004); *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006); S. G. Calabresi, G. Lawson, *The Unitary Executive, Jurisdiction Stripping, And The Hamdan Opinions: A Textualist Response To Justice Scalia*, „Columbia Law Review” Vol. 107, 2007, s. 1002–1047.

¹⁰⁸ Odrzucenie przez Scalie teksty i tradycję jako kryteriów interpretacji prawa nastąpiło według jego krytyków np. w sprawach: *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990); *Lucas v. South Carolina Coastal Council*, 505 U.S. 1003 (1992), *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555 (1992); *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995); *Kelo v. New London*, 545 U.S. 469 (2005); *Gonzales v. Raich*, 545 U.S. 1 (2005).

¹⁰⁹ J. Rosen, *The Leader of the Opposition*, „The New Republic”, 18.01.1993, s. 21. Zob. E. Chemerinsky, *The Jurisprudence of Justice Scalia. A Critical Appraisal*, „University of Hawaii Law Review” Vol. 22, 2000, s. 385–401.

¹¹⁰ Zob. R. Post, R. Siegel, *Originalism as a Political Practice: The Right's Living Constitution*, „Fordham Law Review” Vol. 75, 2006, s. 545–575.

¹¹¹ S. Cornell, *op.cit.*, s. 626.

¹¹² T. B. Colby, P. J. Smith, *Living Originalism*, „Duke Law Journal” Vol. 59, No. 2, 2009, s. 293.

ginal-expected-application)¹¹³. Pojawiają się nawet głosy odmawiające Scalii miana oryginalisty¹¹⁴.

Oryginalizm zwykłego znaczenia wykazuje także braki w przypadku językowej niejednoznaczności tekstu aktu normatywnego. Odwołanie się wówczas do dyrektyw wykładni systemowej oraz tradycji nie zawsze pozwala przezwyciężyć tekstualną nieklarowność prawa i odtwórczo zrekonstruować normatywną podstawę decyzji stosowania prawa. Jak zauważa B. Brzeziński, niniejsza teoria wykładni prawa wprowadza sędziowską swobodę orzekania „tylnymi drzwiami”¹¹⁵.

Propagowana przez Scalię wersja oryginalizmu i jego krytyka w jurysprudencji obrazuje spór o pierwszeństwo pomiędzy wartością pewności i bezpieczeństwa prawnego z jednej strony oraz adekwatności prawa do regulowanych stosunków społecznych z drugiej strony. Rzetelna analiza omawianej teorii wymaga unikania wniosków skrajnych. Nazbyt optymistycznym stanowiskiem jest to, wedle którego oryginalizm zawsze prawidłowo diagnozuje wszystkie problemy towarzyszące procesowi wykładni i stosowania prawa we współczesnych państwach demokratycznych, czy tym bardziej wskazuje najlepsze z możliwych sposoby rozwiązywania tych trudności. Za równie nieuprawnione musi uchodzić poddawanie Scaliowskiego oryginalizmu totalnej krytyce i niedostrzeganie jakichkolwiek powiązań z nim wartości dla porządku prawnego, takich jak np. pewność i bezpieczeństwo prawne, ograniczenie sędziowskiej dyskrecjonalności, dowartościowanie wagi decyzji legislatury, dążenie do zobiektywizowania prawniczej interpretacji. Można odnieść wrażenie, iż doktrynalna ocena oryginalizmu jest wypadkową kilku czynników. Obok samych założeń oryginalizmu – w rozumieniu dyrektyw, celów i wartości – na obecny w amerykańskiej nauce prawa obraz tej teorii rzutuje praktyka orzecznicza Scalii, a także jego sympatie polityczne i światopogląd. Niejednokrotnie trudno przy tym rozgraniczyć zarzuty

¹¹³ Por. przykłady takich orzeczeń, ibidem, s. 296–297.

¹¹⁴ R. E. Barnett, *op.cit.*, s. 13. Według autora Scalia odrzuca pierwotne znaczenie tekstu, gdy po pierwsze, nie spełnia ono paradygmatu prawa jako zbioru reguł. Po drugie, kiedy przywołuje precedens ustanowiony przez sędziego nieoryginalistę, a wspierający pożądaną przez siebie rezultat. Po trzecie, Scalia gotowy jest zanegować oryginalistyczny wynik, jeśli uznaje go za zbyt „uciążliwy” wedle pewnych bliżej nieokreślonych kryteriów. Wiele wspólnego z oryginalizmem nie ma też zdaniem Barnetta odwoływanie się do praktyk społecznych wstępujących w tradycję, lecz pozbawionych umocowania w tekście samego prawa.

¹¹⁵ B. Brzeziński, *op.cit.*, s. 34.

ad rem pod adresem oryginalizmu zwykłego znaczenia, którego zwolennikiem jest amerykański sędzia SN od zarzutów kierowanych wobec niego samego *ad personam*.

VI.

Ramy objętościowe opracowania pozwalają jedynie, a i to w sposób wyrażnie fragmentaryczny, na przybliżenie założeń oryginalizmu Scalii zwłaszcza w jego autorskiej postaci nakreślonej w publikacjach i sądowych opiniach amerykańskiego sędziego¹¹⁶. Celem pewnej przeciwwagi zasygnalizowano też zarzuty stawiane oryginalizmowi. Kompleksowa ocena przedmiotowej teorii interpretacji prawa, zwłaszcza kwestia wewnętrznej spójności oryginalizmu i jego praktycznej przydatności dla procesu stosowania prawa wymagałaby formy osobnego artykułu¹¹⁷. Osobowość sędziego Scalii w połączeniu z elokwencją, poczuciem humoru, specyficznym i barwnym stylem pisarskim¹¹⁸ sprawiły, iż jakkolwiek oryginalizm nie dominuje we współczesnej praktyce orzeczniczej amerykańskich sądów ani nie mieści się w głównym nurcie naukowych dociekań i sympatii reprezentantów amerykańskiej jurysprudencji, to jednak stał się trwałym elementem tamtejszego prawnictwa, mającym swoje wierne, choć pozostające w mniejszości, grono zwolenników i obrońców. Tekstualizm kojarzony jest co prawda przede wszystkim z porządkiem prawnym USA i tamtejszą kulturą prawną, niemniej jednak nic w jego metodyce nie stoi na przeszkodzie programowego ukierunkowywania przez niego procesu decyzyjnego w krajach kultury prawa stanowionego. Oryginalizm *tout court*, czy oryginalizm zwykłe-

¹¹⁶ Szerzej o filozofii prawa i praktyce prawniczej sędziego Scalii zob. np. J. Biskupic, *American Original: The Life and Constitution of Supreme Court Justice Antonin Scalia*, Nowy Jork 2009; R. Rossum, *Antonin Scalia's Jurisprudence: Text and Tradition*, Lawrence 2006.

¹¹⁷ Nieprzystawalność oryginalizmu Scalii do potrzeb wykładni operatywnej podnosi H. Philipse, *Antonin's Scalia Textualism in philosophy, theology, and judicial interpretation of the Constitution*, „Utrecht Law Review” Vol. 3, No. 2, 2007, s. 174–175.

¹¹⁸ Jak wskazuje T. Baker: „Czy postrzega się go jako św. Nino (przydomek Scalii – G.M.) czy jako nasienie diabła, każdy musi przyznać, że jego opinie są najbardziej zabawne do czytania. Czytanie opinii Scalii jest jak oglądanie boksu zawodowego, podczas, gdy z kolei czytanie opinii niektórych jego kolegów, to jak oglądanie schnięcia farby”. D. L. Hudson, *Antonin Scalia*, [w:] idem, *The Rehnquist Court: understanding its impact and legacy*, Westport 2007, s. 44–45.

go znaczenia w wersji Scalii stanowi cenny materiał porównawczy – choć już niekoniecznie projektujący – relewantny na gruncie polskiej teorii prawa i dogmatyki prawa konstytucyjnego w kontekście choćby takich żywo omawianych zagadnień jak statyczne i dynamiczne teorie wykładni prawa, sędziowska dyskrecjonalność, sądowe prawotwórstwo, zasada trójpodziału władzy, paradygmat sądownictwa konstytucyjnego. Z tego względu kierunek ten zasługuje na uwagę i pogłębione studium także w rodzimej doktrynie prawniczej. Pozostaje mi żywić nadzieję, iż powyższa prezentacja podstawowych tez jednego z kilku nurtów oryginalizmu da asumpt do poczynienia w polskiej nauce prawa takich niewątpliwie potrzebnych i bardziej zaawansowanych badań¹¹⁹.

Summary

Originalism of Antonin Scalia as a theory for interpretation of the law

This article discusses one of the contemporary American theories on interpretation, i.e. plain meaning originalism. The propagator and co-author of this theory is

Antonin Scalia – Associate Justice of the Supreme Court of the United State. Scalia's originalism is a doctrine about how judges ought to interpret statutes and constitution according to their original meaning. Therefore we can define it with textualism based on language competence of the primary legislator and primary addressees. Originalism uses interpretative, language and system directives. In general it refuses using function and purposefulness. What determines the meaning of law is legal codes and tradition. According to Scalia law does not change automatically together with changes of social needs and expectations. He criticizes the concept of "living constitution" regarding it as a source of judicial discretionality. Members of parliament, elected in a democratic voting, should update the law, not judges.

¹¹⁹ Por. B. Brzeziński, *Poglądy Sędziego Antonina Scalii na wykładnię prawa i ich odbiór w amerykańskiej doktrynie prawniczej*, [w:] *Przemiany doktrynalne i systemowe prawa publicznego. Studia dedykowane prof. Wincentemu Bednarkowi*, pod red. S. Pikulskiego, E. Pływaczewskiego, J. Dobkowskiego, Olsztyn 2002, s. 58–62.