

Anna Tomza

**Spór o poprawną
interpretację
Konstytucji
Stanów Zjednoczonych**

**Od pasywizmu
do aktywizmu sądowego**

JURYSPRUDENCJA

7/2016



WYDAWNICTWO
UNIWERSYTETU
ŁÓDZKIEGO

Anna Tomza

**Spór o poprawną
interpretację
Konstytucji
Stanów Zjednoczonych**

**Od pasywizmu
do aktywizmu sądowego**



WYDAWNICTWO
UNIwersytetu
ŁÓDZKIEGO

ŁÓDŹ 2016

REDAKTORZY

Marek Zirk-Sadowski (Uniwersytet Łódzki), *Tomasz Bekrycht* (Uniwersytet Łódzki)

SEKRETARZ

Robert Krason (Uniwersytet Łódzki)

RADA PROGRAMOWA

Andrzej Bator (Uniwersytet Wrocławski), *Tadeusz Biernat* (Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego), *Stanisław Czepita* (Uniwersytet Szczeciński), *Tomasz Gizbert-Studnicki* (Uniwersytet Jagielloński), *Mariusz Golecki* (Uniwersytet Łódzki), *Małgorzata Król* (Uniwersytet Łódzki), *Grzegorz Leszczyński* (Uniwersytet Łódzki), *Jerzy Leszczyński* (Uniwersytet Łódzki), *Leszek Leszczyński* (Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie), *Lech Morawski* (Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu), *Tomasz Pietrzykowski* (Uniwersytet Śląski), *Marek Smolak* (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu), *Tomasz Stawecki* (Uniwersytet Warszawski), *Bartosz Wojciechowski* (Uniwersytet Łódzki), *Sylwia Wojtczak* (Uniwersytet Łódzki), *Jerzy Zajadło* (Uniwersytet Gdański), *Wojciech Załuski* (Uniwersytet Jagielloński)

RECENZENT

Oktawian Nawrot

Anna Tomza – Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji
Katedra Teorii i Filozofii Prawa, 90-232 Łódź, ul. Kopcińskiego 8/12

REDAKTOR INICJUJĄCY

Monika Borowczyk

REDAKTOR WYDAWNICTWA UŁ

Joanna Balcerak

SKŁAD I ŁAMANIE

AGENT PR

PROJEKT OKŁADKI

Joanna Skopińska

© Copyright by Author, Łódź 2016

© Copyright for this edition by Uniwersytet Łódzki, Łódź 2016

Wydane przez Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego

Wydanie I. W.07301.16.0.M

Ark. wyd. 10,5; ark. druk. 8,75

ISBN 978-83-8088-006-1

e-ISBN 978-83-8088-007-8

<https://doi.org/10.18778/8088-006-1>

Spis treści

Wstęp	7
Rozdział 1. Narodziny sporu o poprawną interpretację Konstytucji Stanów Zjednoczonych...	13
1.1. Powstawanie Konstytucji Stanów Zjednoczonych	13
1.2. <i>Judicial review</i>	18
1.3. Amerykańska jurysprudencja	30
Rozdział 2. Tekstualizm (<i>textualism</i>).....	37
2.1. Wprowadzenie	37
2.2. Rodzaje tekstualizmu	40
2.3. Intencjonalizm jako krytyka tekstualizmu.....	56
Rozdział 3. Oryginalizm (<i>originalism</i>)	63
3.1. Wprowadzenie	63
3.2. Główne rodzaje oryginalizmu	68
3.3. Krytyka oryginalizmu na przykładzie doktryny <i>stare decisis</i>	85
3.4. Oryginalizm a formalizm	93
Rozdział 4. Aktywizm sądowy (<i>judicial activism</i>).....	97
4.1. Problemy definicyjne.....	97
4.2. Aktywizm sądowy a doktryna <i>living constitution</i>	105
4.3. Aktywizm sądowy a <i>judicial review</i>	112
Zakończenie.....	119
Bibliografia	125

Wstęp

Utopijne dążenie do zbudowania doskonałego języka było obecne nie tylko w kulturze europejskiej, tak samo jak opowieść o babilońskim pomieszaniu języków nie jest znana jedynie w Biblii, lecz temat ten przenika historię wszystkich kultur (Precht 2007, 9).

Interpretacja tekstu na gruncie nauk humanistycznych i społecznych jest zagadnieniem interdyscyplinarnym, gdyż łączy w sobie elementy filozofii języka, logiki, a także teorii i filozofii prawa. Stąd też dla prawnika, a zwłaszcza teoretyka prawa, staje się niezwykle interesującym, wręcz fascynującym problemem badawczym (Zirk-Sadowski, Wojciechowski, Bekrycht 2014). Dokonując zaś analizy problematyki poprawnej interpretacji prawa w różnych kulturach prawnych, odkrywa się, że najciekawsza – ze względu na skalę problemu i bezpośredni wpływ na badania nad poprawną interpretacją tekstu – jest w tym zakresie kultura prawa amerykańskiej jurysprudencji. Zagadnienia te mieszczą się w trzech płaszczyznach badawczych: ideologicznej, teoretycznej i filozoficznej. Ponadto, problematyka poprawnej interpretacji Konstytucji Stanów Zjednoczonych zyskała dziś rangę sporu o rolę sędziego w Sądzie Najwyższym, którym interesuje się nie tylko amerykańska, lecz także europejska opinia publiczna, o czym świadczy medialny wymiar niedawnego orzeczenia Sądu Najwyższego, legalizującego małżeństwa tej samej płci.

Co więcej, tak ważki problem nie doczekał się kompleksowego opracowania na gruncie polskiej nauki prawa. W kilku artykułach znaleźć można odniesienie do nazw metod interpretacji, takich jak tekstualizm, oryginalizm czy intencjonalizm, zaś wśród monografii dwie są pośrednio związane z podjętą tematyką. Pierwszą z nich jest praca Łukasza Machaja *Wypowiedzi symboliczne w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA* (Machaj 2011), w której autor prezentuje stanowisko Sądu Najwyższego w sprawie rozumienia tzw. wypowiedzi symbolicznych, które dotyczą 1. poprawki do Konstytucji. Głównym celem publikacji jest zrekonstruowanie na podstawie badanych rozstrzygnięć Sądu Najwyższego paradygmatycznego modelu postępowania w sprawach związanych z ekspresją symboliczną. Autor wprowadza czytelnika w atmosferę intelektualną sporu o poprawną interpretację Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Zachowuje jednak daleko idący

sceptycyzm względem teoretyczno-prawnej użyteczności takich pojęć, jak aktywizm sędziowski czy sędziowska powściągliwość (Machaj 2011, 4). Drugą monografią jest książka Marcina Matczaka *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, w której krytykuje on formalistyczne podejście do prawa w polskim sądownictwie administracyjnym i wprowadza do polskiego dyskursu definicje niektórych metod interpretacyjnych, występujących na gruncie amerykańskiego sporu o interpretację.

Wobec tego, mając na uwadze potrzebę zaprezentowania głównych zagadnień amerykańskiego dyskursu, skupiających się wokół sporu o poprawną interpretację Konstytucji Stanów Zjednoczonych, napisałam niniejszą książkę. Składa się ona z czterech rozdziałów. Pierwszy, zatytułowany *Narodziny sporu o poprawną interpretację Konstytucji Stanów Zjednoczonych*, ma charakter historyczny i, jak wskazano, dotyczy wymiaru ideologicznego. Kolejne rozdziały, *Tekstualizm*, *Oryginalizm* i *Aktywizm sądowy*, stanowią analizę pozostałych dwóch płaszczyzn sporu: teoretycznej i filozoficznej.

Rozdział pierwszy ma odtworzyć historyczną atmosferę powstawania Konstytucji Stanów Zjednoczonych Ameryki i nakreślić doniosłą rolę federalistów. Wśród uczestników procesu ratyfikacyjnego pojawił się bowiem problem dotyczący realizacji idei podziału władz nowo powstałego państwa (Ostrom 1994, 19). Po burzliwych dyskusjach udało się uzyskać kompromis, obejmujący władzę ustawodawczą i wykonawczą, jednak w odniesieniu do władzy sądowniczej, a w szczególności roli Sądu Najwyższego, nie udało się osiągnąć takiego porozumienia. Przyczyniło się to bezpośrednio do obecnego podziału stanowisk sędziów Sądu Najwyższego w sprawie interpretacji Konstytucji. Na skutek istnienia luki ustawodawczej, w praktyce ukształtowała się instytucja *judicial review*, która oznaczała, że Sądowi Najwyższemu przysługuje uprawnienie kontroli konstytucyjności aktów prawnych. Ponieważ określenie jej roli i znaczenia w dużym stopniu determinuje analizowany spór, dlatego wydawało się konieczne poświęcenie jej szczególnej uwagi. Stąd też w kolejnej części rozdziału prezentowane są pierwsze historyczne rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego, które torowały drogę do powszechnej akceptacji *judicial review*. W części końcowej pojawia się wątek amerykańskiej jurysprudenencji, który, jak pozostałe, jest ważny dla kształtowania się koncepcji interpretacji Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Następne trzy rozdziały, traktujące kolejno o tekstualizmie, oryginalizmie i aktywizmie sądowym, ukazują ich rzeczywiste znaczenie, dotąd nieprezentowane w polskich opracowaniach.

W kolejnych rozdziałach stawiane są zasadnicze dla pracy tezy. W rozdziale drugim, tekstualizm zostaje uznany za doktrynę służącą do ograniczenia władzy sędziowskiej. W rozdziale trzecim traktuje się oryginalizm jako czystą teorię interpretacji. W rozdziale ostatnim przedstawia się aktywizm sądowy jako ideologię sądowego stosowania prawa (Wróblewski 1988, 330–340).

Odnosząc się bardziej szczegółowo do wymienionych rozdziałów, wspomnieć należy, że rozdział drugi pracy, broniąc głównej tezy, ma jednocześnie wykazać, że

tekstualizm zrodził się z pochodzącej od sędziego Oliviera Wendla Holmesa koncepcji powszechnego znaczenia (*plain meaning*), której fundamentalnym założeniem jest ograniczanie władzy sędziego (*judicial restraint*). Realizując to zadanie, trzeba wyjaśnić główne założenia tekstualizmu. To zaś nie byłoby możliwe bez dokonania licznych ustaleń pojęciowych, po części rozmywających niejednoznaczną siatkę pojęciową amerykańskiej jurysprudencji. Trudno nie zauważyć, że niespotykany w takiej skali na gruncie nauk europejskich chaos pojęciowy w pewnym stopniu przeniósł się na grunt polskiej nauki o prawie, gdyż w kilku polskich opracowaniach można spotkać popełniany początkowo i w literaturze amerykańskiej błąd utożsamiania intencjonalizmu z tekstualizmem, a nawet tekstualizmu z oryginalizmem. W celu uporządkowania tego zamętu pojęciowego rozdział ten, a także dwa kolejne, zawierają podstawowe ustalenia terminologiczne. W dalszej części rozdziału drugiego zaprezentowano krytykę tekstualizmu z punktu widzenia zwolenników intencjonalizmu. Lektura tej części pracy dostarczy wiedzy o tym, że intencjonalizm – określany przez oponentów jako „intelektualne bankructwo” – nie powinien być uznawany za metodę interpretacji, z pewnością jednak można go uznać za swego rodzaju filozofię interpretacji.

Rozdział trzeci pracy broni tezy, że oryginalizm to jedyny sposób interpretacji Konstytucji, który zasługuje na miano teorii interpretacji Konstytucji Stanów Zjednoczonych. By udowodnić powyższą tezę, przedstawiono w rozdziale dwie główne koncepcje oryginalizmu: pierwszą autorstwa Antonina G. Scaliai oraz drugą, której twórcą jest Lawrence B. Solum. To właśnie w tych dwóch stanowiskach zawarte są programowe założenia oryginalizmu, pozwalające postawić powyższą tezę. W dalszej części rozdział zawiera analizę wewnętrznych rozbieżności pomiędzy poszczególnymi rodzajami oryginalizmu i związanymi z nimi koncepcjami, takimi jak: powszechne znaczenie (*plain meaning*), oryginalne znaczenie (*original meaning*), oryginalne zrozumienie (*original understanding*) oraz oryginalna intencja (*original intention*). Ten fragment pracy służy wykazaniu, że jedyną i właściwą odmianą oryginalizmu jest ta, którą stosuje się do interpretacji Konstytucji w zgodzie z koncepcją oryginalnego znaczenia, nie zaś, jak się powszechnie przyjmuje – powszechnego znaczenia lub oryginalnej intencji.

W dalszej części podjęto problematykę związków oryginalizmu z doktryną *stare decisis*. Punktem wyjścia jest tu próba wyjaśnienia relacji między założeniami tej doktryny a oryginalizmem. Większość amerykańskich badaczy przyjmuje bowiem, że oryginaliści pozostają wierni doktrynie *stare decisis*. Jak wykazano, pogląd taki jest mylny, a co więcej – zupełnie sprzeczny ze stanem rzeczywistym. Oryginaliści, krytykując tę doktrynę i jej zwolenników, których nazywają „doktrynalistami”, atakują nieoryginalistów, stawiając im zarzut manipulacji tradycją orzecniczą na rzecz propagowania aktywizmu sądowego. Wyznawcy doktryny *stare decisis* wierzą w orzecznictwo Sądu Najwyższego, a nie w fundamentalne zasady wyrażone w Konstytucji, co – jak twierdzą oryginaliści

– stanowi zagrożenie dla konserwatywnej wizji interpretacji, zachowującej *status quo* państwa i porządku prawnego.

Rozdział kończą rozważania o związkach treściowych oryginalizmu z formalizmem. Krytycy oryginalizmu uważają, że formalizm jest jego najgorszą odmianą, gdyż zakazuje sędziemu racjonalnej interpretacji, wiążąc go sztywnymi, sylogistycznymi procesami myślenia. W celu wyjaśnienia tej relacji prezentowane są stanowiska oponentów oryginalizmu oraz kwestia pozycji formalizmu w amerykańskiej jurysprudencji, która *de facto* nie mieści się w ramach dyskusji o metodach interpretacji, ale należy do części traktującej o kształcie prawa.

Czwarty rozdział pracy został poświęcony aktywizmowi sądowemu, koncepcji interpretacji Konstytucji Stanów Zjednoczonych, krytykującej wszystkie pozostałe, zwane pasywnymi. Prezentowane są w nim (przeważnie nieudane na gruncie amerykańskiej jurysprudencji) próby definicyjne czołowych aktywistów i podstawy ich poglądów. Rozdział ten zawiera ponadto tezę, że aktywizm (za pomocą różnych metodologicznych zabiegów) stara się uprzywilejować sędziów i dać koncepcyjną zgodę na swobodniejszą interpretację, kreując ich na agitatorów aktualnych potrzeb społeczeństwa. W dalszej części wywodu znajduje się analiza doktryny *living constitution*, która w polskiej literaturze mylnie jest utożsamiana z aktywizmem sądowym.

Omówienie zagadnienia coraz częściej dyskutowanego w amerykańskiej jurysprudencji, odnoszącego się do relacji aktywizmu sądowego z doktryną *judicial review* i koncepcją władzy sądowniczej, kończy rozdział czwarty. W części tej zawarta jest teza, że ewolucja roli Sądu Najwyższego w Stanach Zjednoczonych wpływa bezpośrednio na zmianę kierunku myślenia całego społeczeństwa amerykańskiego o roli trzeciej władzy, nazywanej dziś *judicial supremacy*. Transformacja ta wywodzi się bezpośrednio ze zmian dotyczących *judicial review*.

Biorąc pod uwagę cele pracy, w miarę możliwości prezentowane są w niej najbardziej znaczące i powszechnie akceptowane poglądy teoretyków i praktyków amerykańskiej jurysprudencji. Wobec ogromu materiału należało jednak dokonać pewnej selekcji, kierując się skalą ważności poszczególnych monografii. Nieporuszenie w pracy kwestii występowania prezentowanych metod w sądownictwie stanowym i federalnym jest zabiegiem celowym, gdyż zagadnienie to powinno stanowić odrębne opracowanie.

Wyjaśnienia wymaga również kwestia przyjętych w pracy tłumaczeń. W większości przypadków wprowadzone zostały polskie przekłady nazw, którym towarzyszą podane w nawiasach nazwy oryginalne. W oryginalne pozostawione są jedynie terminy, które ze względu na brak odpowiedników lub z uwagi na swoją nieprzekładalność nie dały się przetłumaczyć tak, by zachować prawidłowy sens (np. *judicial review*, *judicial supremacy* czy *living constitution*, które w polskiej wersji językowej zmieniają znaczenia).

Szczególne wyrazy wdzięczności winna jestem prof. Markowi Zirk-Sadowskiemu, kierownikowi Katedry Teorii i Filozofii Prawa Uniwersytetu Łódzkiego, pod którego kierunkiem powstała niniejsza praca. Podziękowania należą się również prof. Oktawianowi Nawrotowi, którego cenne spostrzeżenia i uwagi pozwoliły mi uniknąć wielu niedociągnięć, oraz recenzentom mojej rozprawy doktorskiej – prof. Jerzemu Leszczyńskiemu i prof. Marcinowi Matczakowi. Serdecznie dziękuję dr. Tomaszowi Bekrychtowi, który okazał mi nieocenioną pomoc w przygotowywaniu pracy do publikacji.

Rozdział 1

Narodziny sporu o poprawną interpretację Konstytucji Stanów Zjednoczonych

1.1. Powstawanie Konstytucji Stanów Zjednoczonych

Debaty zmierzające do ratyfikacji Konstytucji Stanów Zjednoczonych, pomimo determinacji kolonistów, nie przebiegały bezkonfliktowo. Spory między Ojcami Założycielami dotyczyły kilku spraw, główną oś sporu stanowił jednak podział władz przyszłego państwa. W debacie ratyfikacyjnej dwa ugrupowania zapisały się wyraźnie na kartach historii Stanów Zjednoczonych – Federaliści i Antyfederaliści. Federaliści, reprezentowani głównie przez Alexandra Hamiltona, Johna Adamsa, Johna Jay’a i Jamesa Madisona, byli zwolennikami silnej władzy federalnej (Osiatyński 1997, 7). Konieczność wzmocnienia władzy centralnej w porównaniu z pozycją, jaką przyznawały jej artykuły konfederacji, uzasadniali koniecznością prowadzenia skutecznej polityki międzynarodowej i kontrolą nad stanami, które nie zawsze były skłonne do wzajemnej współpracy. Ponadto, mając na uwadze interesy bogatych kupców i wielkich właścicieli ziemskich, argumentowali, że silna władza centralna będzie sprzyjać rozwojowi ekonomicznemu kraju. Druga frakcja, Antyfederaliści, reprezentowani w osobach m.in. Patricka Henry’ego, Samuela Adamsa i George’a Masona, bronili przede wszystkim interesów lokalnych polityków oraz drobnych rzemieślników i farmerów. Byli przeciwnikami federalizmu, stałej armii i władzy centralnej. Mogłaby ona, ich zdaniem, zagrozić wolności i niezależności stanów, stając się instrumentem nowej tyranii. Według nich, zwycięstwo w wojnie o niepodległość wyraźnie pokazało zalety rządów lokalnych. Odejście od tej sprawdzonej formy w kierunku scentralizowanego państwa było krokiem ku rządowi despotycznemu, z którymi walczyli przez lata. Konstytucja w kształcie proponowanym przez Federalistów, wprowadzając nową, nieznaną wcześniej formę rządów, mogła zaprzepaścić republikańskie i demokratyczne zdobycze kolonistów i skutkować powstaniem systemu monarchiczno-arystokratycznego. Zagroziłoby to nie tylko władzy, lecz także wolności stanów i wolności ich obywateli¹. Ze starcia z federalistami

¹ To właśnie dzięki postawie antyfederalistów do Konstytucji włączono dziesięć pierwszych poprawek, stanowiących gwarancję ochrony wolności jednostki przed władzą publiczną.

antyfederaliści wyszli pokonani, a decydujący wpływ na kształt ustroju nowego państwa mieli ich przeciwnicy.

W pierwszych latach oderwania się od krony brytyjskiej kolonie były tylko luźnym związkiem stanów rządzących się jedynie artykułami konfederacji. Federaliści wobec tego uznali, że tyle co zdobyta wolność jest mocno zagrożona i dlatego należy ją jak najlepiej zabezpieczyć. Jednym ze sposobów ochrony wolności miało być uświadamianie społeczeństwu słabych punktów owego „luźnego” podejścia do organizacji nowego państwa. Jeszcze przed uchwaleniem dokumentu trzech federalistów: Alexander Hamilton², John Madison i John Jay, nie chcąc pozostawać jedynie świadkami zacieklej debaty, zdecydowało się na upublicznienie swoich stanowisk w formie esejów, opublikowanych na łamach „The Independent Journal” i „New York Packet”, wydawanych od października 1787 do sierpnia 1788 r.³ George Washington uważał federalistów za „osoby wpajające społeczeństwu prawdziwe i trwałe wartości obywatelskie”. W liście do Hamiltona pisał: „gdy zmieniają się warunki i przeminą ulotne zjawiska, jakie towarzyszyły temu Kryzysowi, ta Praca zasłuży na Uwagę potomności; przedstawiono w niej, bowiem bezstronnie i mądrze zasady wolności i kwestie systemu władz, które tak długo interesować będą ludzi na całym świecie, jak długo będą się oni łączyć w Społeczeństwo Obywatelskie” (Fitzpatrick 1939, 66).

Celem głównym „Federalisty” stała się agitacja na rzecz ratyfikacji Konstytucji przez wszystkie stany (Rossister 1961, VII). Argumentem wspierającym miały być opublikowane wskazówki do przyszłej interpretacji Konstytucji. Jak ocenia Page Smith, „Eseje były niemal równie ważne jak sama Konstytucja. We wszystkich swych argumentach dotyczących znaczenia czy interpretacji tego niekiedy niejasnego dokumentu sędziowie i prawnicy powoływali się na te eseje, jako na miarodajne źródło” (Smith 1980, 105). Eseje zawierają opis wyzwania się kolonii spod władzy brytyjskiej, poczynając od roku 1620 i paktu Mayflower (Drake, Nelson 1999, 12), poprzez *Deklarację niepodległości* i na Konstytucji kończąc.

² Oficjalnym celem publikacji esejów Hamiltona była polemika z artykułami gubernatora Nowego Jorku, który był przeciwny ratyfikowaniu Konstytucji. Celem Hamiltona było wywarcie wpływu na wyniki głosowania i uzyskanie ratyfikacji (Szyszkowski 1980, 128).

³ Łącznie ukazało się 85 artykułów. Uważa się, że około 50 artykułów jest autorstwa Hamiltona, 5 Jaya i Madisona. Dodatkowe spory co do autorstwa pism spowodował list pozostawiony przez Hamiltona w kancelarii adwokackiej jego przyjaciela na krótko przed tragiczną śmiercią, poniesioną w pojedynku z Aaronem Burr'em. Hamilton sprecyzował w nim, że autorstwo 5 esejów należy przypisać Jayowi, 14 Madisonowi, 3 są napisane wspólnie napisane z Madisonem, zaś 63 stanowią jego teksty. W roku 1818 Madison publicznie ogłosił, że dane Hamiltona nie są ściśle, ponieważ jego autorstwo widoczne jest w kolejnych dwunastu esejach. Fredric Mosteller i David Wallace za pomocą metod statycznych i komputerów zbadali częstotliwość używanych słów oraz wzorów stylów jednego i drugiego oraz orzekli, że autorem spornych esejów jest Madison. Taka ekspertyza została potwierdzona w 1944 r. przez Douglasa Adaira (Szyszkowski 1980, 127 i n.).

Przeforsowanie poglądów na temat kształtu przyszłego państwa i Konstytucji nie było jednak proste, m.in. dlatego, że środowisko federalistów nie stanowiło ideologicznego monolitu. Hamilton popierał ustrój o charakterze arystokratyczno-monarchicznym, a rządy finansowe najchętniej powierzyłby oligarchii⁴. W opozycji do tego stanowiska Jefferson opowiadał się za dominacją legislatywy i głosił, że władze stanowe powinny mieć bezwzględną supremację nad federalnymi. Pozycję centrową prezentował Madison, który opowiadał się za autentyczną równowagą legislatywy, egzekutywy i judykatury (Parrington 1970, 245–246). Jego zdaniem tylko ustrój ściśle republikański może oddać ducha ludu Ameryki (Czerska 1999, 123). Wskazując najważniejsze cechy ustroju republikańskiego, Madison podkreślał w „Federaliście”, że „nie sposób jest podać prawidłowej definicji republiki w odniesieniu do pojęcia stosowanego dotychczas przez pisarzy politycznych” (Redford et al. 1965, 156). Holandia – argumentował – w której ani cząstka najwyższej władzy nie pochodzi od ludu, „prawie powszechnie jest uznawana za republikę. Ten sam tytuł przydawano Wenecji, gdzie władzę nad ludnością sprawuje w sposób najbardziej absolutny mała grupa dziedzicznej arystokracji. Polskę, której ustrój jest mieszaniną najgorszych form arystokracji i monarchii, także uczczono tym samym określeniem. Ustrój Anglii, gdzie istnieje tylko jeden członek republikański, powiązany z dziedziczną arystokracją i monarchią, równie niesłusznie jest często umieszczany na liście republik. Przykładowo wymienione państwa, które w sensie ustrojowym ani nie są podobne do siebie nawzajem, ani do autentycznej republiki, świadczą o skrajnej nieściśłości, z jaką tego terminu używano w rozprawach politycznych” (Czerska 1999, 124). Zatem można poprawnie zdefiniować ustrój republikański jedynie poprzez odwołanie się do kryterium różnych zasad, na podstawie których są ustanawiane różne ustroje. Stąd też, za federalistami, przez pojęcie republiki rozumieć należy ustrój, w którym cała władza pochodzi bezpośrednio lub pośrednio od przeważającej większości ludu. Sprawują ją osoby piastujące swe urzędy przez określone kadencje albo przez okres dobrego sprawowania się (Teles 2008, 135). Władza taka musi wywodzić się z woli przeważającej większości społeczeństwa, a nie z woli niewielkiej jego części lub z woli klasy uprzywilejowanej, jak powszechnie

⁴ Jefferson był współautorem projektu Konstytucji. Zaproponował, by „Ilekcroć dwie – bez względu na to, które – z trzech władz uzgodnią, każda większością dwóch trzecich wszystkich swoich głosów, że konieczne jest zwołanie konwencji w celu zmiany lub naprawienia konstytucji, to konwencja musi być w tym celu zwołana”. Był też twórcą doktryny, która stanowiła podstawę praktycznego i humanitarnego programu rozwoju narodowego. Po latach jego nazwisko kojarzono w szczególności z pojęciem demokracji, opartej na *Deklaracji niepodległości*, wykorzystując jej ideały do walki o prawa wyborcze, atak na sankcjonującą niewolnictwo Konstytucję i do innych równie ideowych krucjat. Jefferson spopularyzował głównie teorie fizjokratów i podparł je systemami filozoficznymi Rousseau, Godwina, Paine’a oraz Condorceta, tworząc tym samym swoistą filozofię wolności. Podstawową tezę tego ruchu wolności było stwierdzenie Paine’a, że „Ziemia wraz z prawem jej użytkowania należy do żyjących” (Parrington 1970, 51).

uważają zwolennicy tego ustroju, w przeciwnym „razie garstka tyrańskiej arystokracji gnębiąca lud za pośrednictwem swych reprezentantów mogłaby pretendować do miana republikanów i żądać dla swego ustroju zaszczytnego miana republiki” (Czerska 1999, 124).

W opinii federalistów, Stany Zjednoczone mogą się stać republiką dopiero po spełnieniu przez społeczeństwo amerykańskie następującego warunku: „wystarczy, żeby ludzie sprawujący władzę byli bezpośrednio czy pośrednio powoływani przez lud i piastowali urzędy w sposób tu określony; w przeciwnym razie każdy ustrój Stanów Zjednoczonych, jak i każdy inny ustrój ludowy, który jest, lub może być, dobrze zorganizowany lub dobrze funkcjonujący, utraciłby swój republikański charakter” (Czerska 1999, 124). Kluczem do stworzenia i zachowania takiego ustroju miało być zastosowanie Monteskiuszowskiego podziału władz. Ideą przewodnią miała być następująca idea: „nie może być wolności tam, gdzie władza ustawodawcza i wykonawcza spoczywają w rękach tej samej osoby czy zespołu osób lub jeżeli władza sądownicza nie jest oddzielona od władzy ustawodawczej i wykonawczej” (Czerska 1999, 132).

Hamilton twierdził, że najważniejsze zasady, które powinny znaleźć się w Konstytucji, są zawarte w poglądach Jeffersona, przedstawionych w *Uwagach o stanie Wirginia*, na mocy których uznać należy, że wszystkie rodzaje władzy – ustawodawcza, wykonawcza i sądownicza – należą do ciała ustawodawczego. Ich koncentracja w jednym ręku pokrywa się z definicją despotyzmu. „Niech nas nie uspakaja to – pisze – że wykonawców tej władzy jest wielu, a nie jeden. Stu siedemdziesięciu trzech despotów może na pewno tak samo ciemnić, jak jeden. Niechaj ci, którzy w to wątpią zwrócą oczy na Republikę Wenecką. Również mało odniesiemy pożytku z tego, że władze te zostały wybrane przez nas samych. Despotyzm elekcyjny nie jest formą ustroju, o jaką walczyliśmy; pragnęliśmy, bowiem ustroju nie tylko opartego na zasadach wolności, ale takiego, w którym kompetencje władz zostaną tak wyrażone i między nierozdzielone, że żadna z nich nie będzie mogła przekroczyć określonych prawem granic z powodu skutecznej kontroli i ograniczania przez inne. Dlatego Konwencja, która uchwaliła ustrój władz, oparła go właśnie na tej zasadzie, że władze: ustawodawcza, wykonawcza i sądownicza mają być oddzielone i wyodrębnione, tak, aby nikt nie mógł działać w tym samym czasie w organach więcej niż jednej z nich. Nie określono jednak żadnej bariery między tymi władzami” (Czerska 1999, 141–142).

W eseju 46. zawarte są dodatkowe argumenty wspierające powyższe tezy. Jedna z nich stanowi, że „federalne i stanowe władze są w istocie jedynie różnymi organami i zarządami powierniczymi narodu, mającymi różne uprawnienia i utworzonymi dla różnych celów” (Rossister 1961, 232). W przemówieniu wygłoszonym na Konwencji dnia 18 czerwca Hamilton podnosił zaś, że tym, co ma zabezpieczać wolność jest „Rozdział trzech funkcji (władzy)” (Małajny 2001, 242).

Gdy idzie o sprawę trzeciej władzy, najważniejszej dla prezentowanego w pracy sporu, Hamilton miał równie dużo do powiedzenia, a główne poglądy

nakreślił w 78. esej „Federalisty”, w którym pisał: „Sądownictwo nie ma wpływu ani na miecz, ani na finanse, ani na siłę, ani na bogactwa społeczeństwa i nie może podejmować żadnych wiążących decyzji. Można śmiało stwierdzić – kontynuuje – że nie ma ono ani siły, ani woli, a jedynie wyrokuje; i ostatecznie musi korzystać z pomocy władzy wykonawczej, choćby w celu skuteczności swoich wyroków” (Czerska 1999, 181). Z takiego ujęcia sądownictwa wynika, jak pisze Hamilton, że jest ono bez porównania najsłabszym organem ze wszystkich trzech władz, że nigdy nie może skutecznie zaatakować żadnej z dwóch pozostałych; że samo „musi wszelkimi sposobami bronić się przed ich atakami” (Czerska 1999, 181). Dla Hamiltona całkowita niezależność sądów jest najbardziej istotnym elementem Konstytucji, rozumianym jako instrument obrony powszechnej sprawiedliwości i powszechnego bezpieczeństwa. Wobec tego najważniejszymi kwestiami związanymi z niezależną władzą sądowniczą są: „sposoby jej tworzenia, a w tym tryb powoływania sędziów, okres pełnienia urzędu, oraz podział władzy sądowniczej między różne sądy i ich powiązania” (Czerska 1999, 180). Kluczowa zasada sądownictwa powinna dotyczyć sędziów, a w szczególności takich warunków, by sędziowie piastowali urzędy przez okres nienagannego pełnienia obowiązków. Jego zdaniem, wymóg nienagannego pełnienia obowiązków, koniecznego do sprawowania urzędu sędziowskiego, jest na pewno jednym z najbardziej cennych ze współczesnych udoskonaleń praktyki sprawowania władzy. „W monarchii jest to doskonała bariera przeciw despotyzmowi księcia; w republice jest niemniej doskonałą barierą przeciwko uzurpacjom ciała przedstawicielskiego” (Czerska 1999, 180).

Gdyby delegaci byli jednomyślni, proces ratyfikacji przebiegałby szybko, jednak sami federaliści mieli różne poglądy, głównie co do roli trzeciej władzy. Madison w liście do Jeffersona z dnia 24 października 1787 r. pisał, odmiennie od Hamiltona, że „to legislatury stanowe bardziej przyczyniły się do niepokoju, który zrodził konwencję oraz przygotowały opinię publiczną do generalnej reformy, niż sama nieprzystawalność Konfederacji do jej najistotniejszych celów i to, co związane było z naszym narodowym charakterem i naszymi interesami” (Boyd 1955, 276).

W takiej to właśnie atmosferze, zażartych dysput, przebiegał proces uchwalania Konstytucji. Jej ratyfikacja dlatego nie została dokonana przy pierwszym spotkaniu delegatów stanowych, ale przebiegała etapami. W pierwszym etapie Konstytucję ratyfikował stan Delaware, następnie Pensylwania, a 18 grudnia stan New Jersey. 2 stycznia 1788 r. ratyfikacji dokonała Georgia, 9 stycznia Connecticut, a Massachusetts 6 lutego. 28 kwietnia dołączył Maryland, 23 maja Południowa Karolina i wreszcie 21 czerwca New Hampshire. Według wcześniejszych założeń, ratyfikacja w dziewięciu stanach miała nadać Konstytucji rangę aktu powszechnie obowiązującego. W czasie, gdy cztery stany nie podjęły jeszcze decyzji ratyfikacyjnej, pomocne okazały się pisma Hamiltona, który zwalczały przez antyfederalistów w osobach jak Patricka Henry’ego, George’a Masona

i Henry'ego Lee, ostatecznie zwyciężył, gdy w czerwcu zatwierdzono Konstytucję (Boyd 1955, 41).

Jak zauważa Gerald Stourzh, Konstytucja Stanów Zjednoczonych to „wielka innowacja i osiągnięcie osiemnastowiecznego amerykańskiego konstytucjonalizmu” (Małajny 2001, 324). O wybitności Konstytucji byli przekonani nawet antyfederaliści i to właśnie dlatego przystali na propozycje federalistów dotyczące podziału władz. Stąd też federaliści nie mieli kłopotu z przeformowaniem zasady podziału władz zgodnie z koncepcją Monteskiusza. Przyjęto zatem w artykule I § 1, że „Wszelka niniejszym przyznana władza ustawodawcza przysługuje Kongresowi Stanów Zjednoczonych, który składa się z Senatu i Izby Reprezentantów”, zaś władzę wykonawczą powierza się Prezydentowi. „Władzę sądową Stanów Zjednoczonych sprawuje jeden Sąd Najwyższy oraz takie sądy niższe, jakie z biegiem czasu Kongres ustanowi i utworzy” – czytamy w artykule III (Sarnecki 2008, 84).

Podsumowując, Konstytucja Stanów Zjednoczonych nie jest jedynie aktem określającym podstawowe prawa i wolności ludu. Jest ona konsekwencją doświadczeń stłumionego narodu, który zaciekle i niezwykle determinacją walczył o wolność. Nie tylko zawiera w sobie zbiór przepisów prawnych, lecz także wyraża filozoficzną postawę obrony wolności, która czerpie z tradycji republikańskich. Źródłem oraz inspiracją dla twórców Konstytucji były poglądy Monteskiusza, Locke'a, Hume'a i francuskich teoretyków republikańskich, którzy przeciwstawiali się arbitralnej władzy, popierając tym samym suwerenność ludu (Czerska 1999, 45). Największy wpływ ideologiczny na twórców Konstytucji wywarła bezsprzecznie filozofia zdrowego rozsądku. Jej idea przewodnia brzmiała: „Doświadczenie musi być naszym jedynym przewodnikiem; rozum może nas zawieść” (Czerska 1999, 46).

Czerpiąc z doświadczenia wiedzę o naturze ludzkiej, łatwo ulegającej pokusie skorumpowania władzy, Ojcowie Założyciele przyjęli fundamentalną zasadę, że władza pochodzi od ludu, ale „pouczymy ten lud, że nie jest zdolny rządzić się sam” (Hofstadter 1955, 7).

Konkludując, trafnie stwierdza Stanisław Filipowicz, że „Konstytucja amerykańska jest urzeczywistnieniem zamysłu, który z wolności i równości (rozumianej formalnie, jako równorzędność statusu) czyni aprioryczne warunki ustroju obdarzonego autentyczną zdolnością trwania” (Filipowicz, *Cud...*).

1.2. *Judicial review*

Główne osie obecnego sporu o poprawną interpretację Konstytucji stanowią kontynuację konfliktów Ojców Założycieli, którzy w czasie tworzenia nowego państwa i nadawania kompetencji poszczególnym władzom, dwóm pierwszym: legislatywie i egzekutywie poświęcili w Konstytucji wiele uwagi, ostatniej zaś

– sędowniczej – znacznie mniej. Problemy poruszające kwestię uprawnień przyznanych w Konstytucji Sądowi Najwyższemu (Sarnecki 2008, 74) do dziś stanowią główny temat debat o poprawnej interpretacji Konstytucji (Langer 1988, 9).

Przed rozpoczęciem analizy współczesnego sporu o interpretację Konstytucji na gruncie jej artykułu III warto wspomnieć o historii amerykańskiego sądownictwa. Co ciekawe, istniało ono zanim podjęto prace nad Konstytucją nowego państwa⁵. W literaturze spotyka się pogląd, że sądownictwo kolonijne istniało i dobrze funkcjonowało już dwa stulecia przed uchwaleniem Konstytucji (Górski 2006, 21). Początkowo sądy w amerykańskich koloniach oparte były na wzorcach zaczerpniętych z rozwiązań funkcjonujących w metropolii, z uwzględnieniem amerykańskiej specyfiki. Wynikało to z faktu, że Anglia mogła pochwalić się zdumiewającą, skomplikowaną kolekcją sądów, które były bardzo wyspecjalizowane, a jednocześnie rywalizowały między sobą o właściwość. Sir Edward Cook poświęcił czwartą część *Institutes of the Lawes of England* opisaniu tych sądów (Friedman 2005, 7). Wyliczył ich około stu, poczynając od najwyższych sądów królewskich z jurysdykcją generalną, a kończąc na lokalnych ciałach sędowniczych, które zajmowały się sprawami kopalń cyny i ich pracowników w Kornwalii i w Devon (Friedman 2005, 7).

Recepcja wzorców brytyjskich rozciągnęła się również na samo prawo. Tylko pozornie może się to wydawać nie do końca zrozumiałe, przede wszystkim z politycznego punktu widzenia. Niezrozumiały jest ten stan rzeczy wobec dążenia amerykańskich kolonii do zrzucenia nieznośnego jarzma korony brytyjskiej. Na taki obrót spraw miało wpływ wiele czynników. Głównym powodem przyjęcia brytyjskiego systemu prawnego przez kolonie był kształt angielskiego *common law*, które największy nacisk kładło na ochronę zasad dotyczących wolności osobistych oraz własności prywatnej (Langer 1988, 211). Założenia te okazały się bardzo atrakcyjne dla Amerykanów, walczących przecież w obronie swej wolności i własności z nieuzasadnioną, ich zdaniem, ingerencją Anglików. Kolonie zdecydowały się na częściowe przyjęcie struktury sądownictwa brytyjskiego również dlatego, że w okresie panowania brytyjskiego, w kolonialnym wymiarze sprawiedliwości, a szczególnie w sądach przysięgłych (jury), zasiadali sami koloniści. Wobec precedensowego charakteru *common law* można stwierdzić, że koloniści zasiadający w brytyjskich sądach mieli bezpośredni wpływ na kształtowanie się prawa (Langer 1988, 212). Dlatego podczas Pierwszego Kongresu Kontynentalnego uchwalono w Deklaracji, że instytucję jury należy zaliczyć do podstawowych mechanizmów ochronnych praw i wolności obywateli. Podkreślano ponadto, że poszczególne kolonie są uprawnione do stosowania angielskiego *common law* i przede wszystkim mają wielki i nieoceniony przywilej sądenia obywateli przez równych im stanem ludzi z sąsiedztwa (Simon 1980, 5).

⁵ Szerzej o genezie i znaczeniu władzy sądowej w systemie amerykańskim por. (McCloskey 2010, 1–15).

Elementem uzupełniającym system sądownictwa amerykańskiego była doktryna federalizmu, ujawniająca się szczególnie na poziomie stanowym⁶. Sądom federalnym przyznano bowiem uprawnienie do rozpatrywania spraw, związanych z prawem Unii⁷. Ich kompetencje miały jednak wynikać bezpośrednio z uchwalonej ustawy zasadniczej i ogólnych zasad federalizmu (Langer 1988, 229). Formalną podstawę sądownictwa federalnego ustanowiły trzy akty. Jako pierwszy wymienia się Konstytucję, choć nie mówi ona na ten temat zbyt wiele, za drugi należy uznać *United States Bill of Rights* z 1789 r., trzeci zaś to *Judiciary Act* z 1789 r. (Haines 1944, 119–122). To właśnie na jego podstawie powołano trzynaście sądów okręgowych (*district courts*) oraz trzy okręgowe sądy apelacyjne (*circuit courts*). Sądy okręgowe miały się znajdować w każdym z trzynastu stanów, zaś sądy apelacyjne miały skupiać większe grupy stanów, podzielone na trzy duże okręgi. I tak, stany północne (Nowa Anglia wraz ze stanem Nowy Jork) tworzyły jeden okręg, stany środkowe (Delaware, New Jersey, Wirginia, Pensylwania i Maryland) drugi, trzeci zaś stany południowe (Karolina Północna i Południowa oraz Georgia) (Górski 2006, 46). Na najniższym szczeblu, w każdym sądzie okręgowym miał być jeden federalny sędzia okręgowy, zaś w sądach apelacyjnych mieli zasiadać trzej sędziowie, ale dwóch z nich pochodzić miało z Sądu Najwyższego (Górski 2006, 45–46).

Jak wynika z powyższego, pierwsze akty regulujące system sądownictwa nie były zbyt obszerne i nie wyznaczały w sposób jednoznaczny kompetencji sądów. Największy problem stanowiła jednak podnoszona wcześniej kwestia roli Sądu Najwyższego i tego, czy sąd ten ma być sądem apelacyjnym, opiniującym czy kontrolnym. Konstytucja bowiem w sposób enigmatyczny i nieprecyzyjny w artykule III § 1 stanowi, że „Władzę sądową w Stanach Zjednoczonych sprawować będzie Sąd Najwyższy oraz sądy niższe, które Kongres będzie z biegiem czasu tworzyć i ustanawiać. Sędziowie Sądu Najwyższego i sądów niższych instancji będą nieusuwalni i w określonych terminach będą otrzymywać za swoją

⁶ Początkowo posiedzeniom sądowym przewodniczył gubernator kolonii, z czasem sądy te przybrały postać tzw. General Court, który zajmował się najcięższymi sprawami, w szczególności karnymi (Casto 2006, 33–34).

⁷ W sądach stanowych główny problem dotyczy kwestii wyboru prawa kilku stanów, w sytuacji, gdy można stosować je jednocześnie. W przypadku zbiegu praw sąd może dokonać wyboru prawa jednego ze stanów na podstawie określonych pięciu zasad: 1. *center of gravity approach* – wówczas stosuje się prawo stanu, w którym nastąpiło zdarzenie prawne; 2. *governmental interests approach* – nakazuje stosowanie prawa, które najskuteczniej zabezpiecza interesy poszkodowanego; 3. *lex fori* – według niej wybiera się prawo stanu, w którym złożono roszczenie do sądu; 4. *better law approaches* – spotykana raczej w dogmatyce, zaleca wybór prawa bardziej formalnego; 5. ostatnia z zasad, wypracowana przez *American Law Institute* – sugeruje wielostopniową ocenę właściwości sądu, opartą na określonych wyznacznikach, którymi są: konieczność zachowania wzajemnej współpracy między stanami; ochrona własnych interesów; uwzględnienie zasady *better approaches*; dbałość o zachowanie spójności systemu prawnego i jednolitości orzeczenia (Langer 1988, 231).

służbę wynagrodzenie, które w okresie sprawowania przez nich urzędu nie ulegnie zmniejszeniu”. Stało się jasne, że w początkowej fazie tworzenia systemu wymiaru sprawiedliwości niepodległych kolonii należało zająć się przede wszystkim zasadami dotyczącymi funkcjonowania Sądu Najwyższego⁸. Było to istotne z dwóch powodów. Po pierwsze, Konstytucja w sposób jasny precyzowała zadania i rolę Kongresu oraz Prezydenta, zaś o funkcji Sądu Najwyższego mówiła jedynie w artykule III. Po drugie, już w pierwszych latach funkcjonowania nowego państwa pojawiały się kwestie sporne na tle interpretacji przepisów Konstytucji. Powszechnie oczekiwano, że spory te będzie rozstrzygał Sąd Najwyższy, pełniący funkcję najwyższego arbitra. Kongres próbował narzucić mu rolę organu opiniującego nowo uchwalane ustawy. Jednak pierwszy skład Sądu Najwyższego, na czele z przewodniczącym Johnem Jay'em, nie przejawiał woli ugruntowania takiej właśnie pozycji. Początkowe rozstrzygnięcia odegrały zatem historyczną rolę, głównie w określeniu zakresu władzy Kongresu i stanów oraz zakresu jurysdykcji sądownictwa federalnego (Górski 2006, 66). Pierwsze rozstrzygnięcie dotyczyło sprawy *Georgia v. Blaisford*, która została zakończona wydaniem jedynie opinii w sierpniu 1792 roku, złożonej wraz ze zdaniem odrębnym sędziego Johnsona⁹. Pierwszym historycznym orzeczeniem Sądu Najwyższego był wyrok wydany w sprawie *Chisholm v. Georgia* (Solimine 2003, 9). Wyrok z 18 lutego 1793 r. dotyczył w szczególności wyjaśnienia, w jakich okolicznościach możliwe było pozywanie stanów przed Sąd Najwyższy (Górski 2006, 66). Występującym z roszczeniem w tej sprawie był kupiec Chisholm, obywatel stanu Południowa Karolina. Reprezentanci stanu Georgia podnosili początkowo kwestię braku jurysdykcji Sądu Najwyższego do rozpatrzenia tej sprawy. Sąd jednak, w opinii wydanej przez czterech sędziów, uznał możliwość pozywania stanów (Aitken, Aitken 2007, 26). Najważniejsza w tej sprawie była opinia sędziego Wilsona, który stwierdził, że nieuczciwy stan, jeżeli naruszył umowę, nie może bronić się, zasłaniając się swoją suwerennością i na tej podstawie uznawać, że nie może być pozywany (Górski 2006, 67). Sędzia Wilson stanął na stanowisku, że stan jest swoistym bytem, złożonym z wolnych osób, zjednoczonych dla wspólnych korzyści (Górski 2006, 67). Uważa się, że ta opinia dała początek koncepcji narodu Stanów Zjednoczonych, który należy traktować w sposób jednolity, bez podziału

⁸ Ponieważ zakres zadań i kompetencji Sądu Najwyższego nie został tak jasno sprecyzowany w Konstytucji jak w odniesieniu do dwóch pozostałych władz, kształtował się w drodze ustawodawczej, zwyczaju i pierwszych orzeczeń. Jednym z najistotniejszych aktów w tej materii był akt sądowniczy, na mocy którego uchwalono, że w Sądzie Najwyższym będzie zasiadać sześciu sędziów. W 1864 r. było już w składzie dziesięciu sędziów. Co ciekawe, w roku 1866 Kongres zredukował liczbę sędziów do siedmiu. Liczba dziewięciu sędziów przyjęta została w roku 1869 (Ludwikowska i Ludwikowski 2008, 29).

⁹ Sprawa ta nie zakończyła się wydaniem orzeczenia, tylko opinii, która dała początek zasadzie równoległego prezentowania odmiennych stanowisk sędziów – mogli je złożyć w każdej sprawie w formie zdania odrębnego (Górski 2006, 66).

na ligi suwerennych narodów (Górski 2006, 67). Zdanie odrębne w tej sprawie złożył również sędzia James Iredell, który podniósł, że tradycja angielska zabraniała pozywać przed sąd króla i tym samym analogicznie obywatel nie może pozywać stanu. Orzeczenie to wywołało ogólnopolską dyskusję, a w konsekwencji doprowadziło do uchwalenia 11. poprawki do Konstytucji, która zabraniała występowania z powództwem przeciwko stanom. Chociaż kontrowersyjne orzeczenie zostało obalone w drodze zmiany Konstytucji, argumenty sędziego Wilsona zostały powszechnie uznane (Górski 2006, 67).

Początkowe orzeczenia Sądu Najwyższego (oprócz kształtujących ustrój sądownictwa amerykańskiego) miały jeszcze inny cel. Analizując ich treść należy stwierdzić, że zawarta w nich została chęć wprowadzenia i częściowego ukształtowania instytucji *judicial review*¹⁰. Powszechna opinia, że idea ta pojawiła się *ex nihilo* za sprawą wyroku sędziego Marshalla wydanego w 1803 r. nie uwzględnia tego, że korzenie *judicial review* sięgają jeszcze okresu przedrewolucyjnego, czyli znacznie dawniej niż orzeczenie w sprawie *Marbury v. Madison*. W okresie panowania brytyjskiego obowiązywała zasada, że koloniści niezgadzający się z brzmieniem regulacji prawnych legislatury mogli wnosić swego rodzaju apelacje do specjalnego komitetu w ramach Tajnej Rady (*Privy Council*) (Górski 2006, 66). Za pomocą tej procedury z 8500 praw uchwalonych przez legislatury kolonialne aż 450 zostało unieważnionych (Górski 2006, 68). Historycy prawa amerykańskiego właśnie tę procedurę uznali za początki *judicial review*. Co ważne, również sądy stanowe korzystały z *judicial review* w stosunku do legislatyw stanowych (Schwartz 1977, 95–100). Zatem orzeczenie w sprawie *Marbury v. Madison* było zwieńczeniem długiego procesu, mającego na celu uzasadnienie tej niewyrażonej w Konstytucji kompetencji, a najważniejsze akcenty w tym procesie stanowiły wcześniejsze orzeczenia. Jako pierwszy należy wymienić wyrok w sprawie *Hylton v. United States*. Sprawa ta została rozstrzygnięta wyrokiem z dnia 8 marca 1796 r. Dotyczyła spornej kwestii, czyli wprowadzenia dwa lata wcześniej przez Kongres jednolitego dla wszystkich stanów podatku od powozów. Jeden z właścicieli 125 powozów (Hylton) uchylał się od zapłaty należnego za nie podatku. Władze federalne wezwały go do spełnienia nałożonych ustawą ciężarów podatkowych. Hylton kwestionował jednak konstytucyjność ustawy, powołując się na zapisy artykułu I Konstytucji. W przepisie tym doszukiwał się uzasadnienia swojego stanowiska twierdząc, że według tego artykułu podatki bezpośrednie winny być rozdzielane pomiędzy poszczególne stany, a podatki pogłówne bądź bezpośrednie nie mogą być nakładane inaczej niż w proporcji do liczby ludności oszacowanej w przeprowadzonym spisie. Sąd Najwyższy jednomyślnie przyjął stanowisko, że negowany przez Hylton podatek nie był

¹⁰ Interpretacja Konstytucji jest w rzeczywistości równoznaczna z procesem stałego przekształcania znaczenia jej postanowień oraz stałego wydobywania z nich treści adekwatnych do zmieniających się warunków historycznych i potrzeb politycznych (Garlicki 1982, 96).

bezpośredni i wobec tego nie musiał być podzielony równomiernie pomiędzy stany (Story 1833, 424–442). W tej sprawie pojawiła się jednak jeszcze druga sporna kwestia, którą był problem wskazania, jakie podatki mają charakter bezpośredni, a jakie pośredni. Ostatecznie Sąd Najwyższy przyjął, że bezpośrednie są tylko podatki pogłównne oraz podatek od ziemi¹¹. W tym samym czasie toczyła się sprawa *Ware v. Hylton*, z 1796 r., w której Sąd Najwyższy zajął się kwestią relacji praw, wynikających z zawieranych przez rząd federalny traktatów międzynarodowych z prawami uchwalanymi w poszczególnych stanach (rozstrzygnięcie zapadło 7 marca). W omawianej sprawie Ware wystąpił jako powód z ramienia podmiotu angielskiego i zażądał od Hyltona zwrotu należności, wynikających z istniejących zobowiązań. Dłużnik nie zapłacił długu, działając w myśl postanowień prawa stanowego Wirginii (Commonwealth of Virginia) z 1780 r., które dawało takim spłaconym świadczeniom obronę przed pozwaniem ze strony wrogów. Natomiast zgodnie z podpisanym w 1783 r. w Paryżu traktatem pokojowym z Anglią, wierzyciele winni otrzymać wszystkie należności, których zapłata została opóźniona w efekcie sytuacji wojennej (Dallas 1905, 198). Sąd Najwyższy zadecydował odmiennie od Sądu Okręgowego i unieważnił ustawę Wirginii, która stała się podstawą pierwotnego rozstrzygnięcia¹². Sędziowie różnie zapatrywali się na kwestię uprawnienia stanu Wirginia, ale ostatecznie uznano, że kompetencje władz federalnych skutkowały automatycznym wyłączeniem kompetencji władz stanowych (Górski 2006, 71). Konsekwencją tego orzeczenia było przyjęcie zasady dotyczącej decydowania o konstytucyjności praw stanowych. Jak stwierdził sędzia Chase, „Prawa któregośkolwiek ze stanów sprzeczne z traktatem winny być lekceważone [...]. Obowiązkiem sędziów stanowych jest unieważnianie konstytucji bądź ustaw stanowych sprzecznych z traktatami. Sędziowie zaś federalni posiadają takie same zobowiązania” (Górski 2006, 71).

Kolejne ważne orzeczenie zapadło w lutym 1798 r. w sprawie *Hollingsworth v. Virginia*, w której Sąd Najwyższy orzekł, że wszystkie sprawy, które nie

¹¹ Co ciekawe, sędzia Paterson odwołał się w tej sprawie do twórczości Adama Smitha, chcąc wykazać, że podatek na powozy jest podatkiem pośrednim. Wykazywano też, że w istocie podatek taki nie mógłby zostać rozsądnie podzielony pomiędzy stany, proporcjonalnie do liczby ich ludności, nie występował bowiem żaden związek pomiędzy liczbą powozów a liczbą mieszkańców (Currie 1990, 117).

¹² Stanowisko odrębne miał w tej sprawie wspomniany sędzia Iredell, który stwierdził, że nie jest w gruncie rzeczy istotne, czy przejęcie długu przez Wirinię naruszało prawo narodów. Jeśli tak było, mogło to, co najwyżej, stać się przedmiotem sankcji międzynarodowych, natomiast sąd Wirginii, rozstrzygający sprawę, był związany prawem tego stanu. Chase podnosił też, że skoro od 1777 r. Wirginia była reprezentowana w Kongresie, który odpowiadał za traktat, to tym samym traciła prawo do wprowadzania regulacji stanowych, mocą których możliwe było odmienne unormowanie problemu konfiskaty angielskich długów. Problem polegał jednak na tym, jak uzasadnić władzę Kongresu (jeszcze Kontynentalnego) w stosunku do stanów przed przyjęciem artykułów konfederacji. Wywodził on zatem, że owa „autoryzacja” polegała na uznaniu Kongresu przez lud, który był w nim reprezentowany (Miller 1994, 42–43).

zostały rozstrzygnięte przed wejściem w życie 11. poprawki muszą być rozpatrywane w myśl starych regulacji, na podstawie reguły, że prawo nie działa wstecz (Durchslag 2002, 36). Następne orzeczenie wydane w sprawie *Calder v. Bull* (1798) również dotyczyło kwestii działania prawa wstecz (*ex post facto law*). W wyroku z 8 sierpnia Sąd Najwyższy stwierdził, że w postępowaniu władz stanowych (chodzi tu o stan Connecticut, który miał przeprowadzić nowe postępowanie w sprawie zanegowanego testamentu) nie doszukał się naruszenia klauzuli konstytucyjnej (art. I rozdz. 10), zakazującej ustanawiania prawa działającego wstecz. Główną opinię wydał tu sędzia Chase, który – wspierając się zdaniem Blackstone’a oraz Ojców Założycieli – stwierdził, że klauzula *ex post facto law* odnosiła się do praw, które określałyby i sankcjonowały wstecz przestępstwa kryminalne oraz wprowadzałyby określone kary i zmieniałyby zasady odpowiedzialności lub podstawy skazania (Troy 1998, 50). Zasada ta jednak, w jego opinii, nie odnosiła się do prawa cywilnego. Konkludując, w tej sprawie uznano, że zasada niedziałania prawa wstecz odnosi się tylko do regulacji karnych (Górski 2006, 73). O wiele istotniejsze było jednak wskazanie przez Sąd Najwyższy, a dokładnie przez sędziego Jamesa Iredella, „że uprawnienie sędziów do unieważniania praw naruszających przepisy konstytucyjne odnosi się nie tylko do ustaw stanowych, lecz także federalnych” (Górski 2006, 73).

Również sprawa *Pennhallow v. Doane’s Administrators* miała wpływ na treść orzeczenia zapadłego w sprawie *Marbury v. Madison*. Sąd w tym przypadku musiał ustosunkować się do kwestii relacji między konstytucjami stanowymi a władzą Kongresu. Dokładnie kwestia sporna dotyczyła postanowienia Kongresu Kontynentalnego z roku 1775, wzywającego kolonie do ustanowienia specjalnych sądów, które miały decydować o zajmowaniu statków wykorzystywanych do walki z Anglikami. W roku 1780 Kongres ustanowił jednak specjalny sąd apelacyjny, który podważył orzeczenie stanowe. Sędziowie Sądu Najwyższego musieli zdecydować, czy Kongres działał w granicach swoich kompetencji. Ostatecznie przyjęto, że na mocy artykułów konfederacji Kongres ma prawo tworzenia sądów powoływanych do definitywnego rozstrzygania sprawy (Currie 1990, 49–50). Sprawa ta utrwaliła w ten sposób prawo Sądu Najwyższego do wykonywania nadzoru nad orzecznictwem sądów stanowych. Ponadto, jak podkreślili sędziowie Paterson i Blair, orzeczenie to dało kolejne teoretyczne podwaliny *judicial review* (Currie 1990, 51).

Następne ważne wydarzenie, które bez wątpienia miało wpływ na kształt roli Sądu Najwyższego to wystąpienie w czerwcu 1793 r. sekretarza stanu Thomasa Jeffersona. Wówczas to Jefferson w imieniu prezydenta zwrócił się do sędziów z prośbą o radę i opinię w kwestiach prawnych związanych z następstwami stosunku Stanów Zjednoczonych do konfliktu francusko-brytyjskiego (Casto 2006, 107–108). Sędziowie odmówili wydania opinii w tej sprawie stwierdzając, że z zasady podziału władzy jasno wynika, iż nie powinni oni wkraczać nawet w takiej formie w zakres działania egzekutywy, a prezydent powinien szukać

opinii doradczych w ramach struktur władzy wykonawczej. W istocie sędziowie obawiali się, że wyrażanie przez nich takiej opinii mogłoby ich wiązać w przyszłości (o ile w konsekwencji zajętego stanowiska wynikłyby spory sądowe), tego zaś chcieli uniknąć. Przewidując taki bieg wydarzeń, sędzia Marshall oznajmił, że sądy nie powinny angażować się w spory polityczne, nawet, jeśli będą miały miejsce w sali sądowej (Małajny 2008, 203). Sprawą, która potwierdziła takie stanowisko był spór *Luther v. Borden* z roku 1849. W tej sprawie sędziowie uznali, że Sąd Najwyższy nie ma kompetencji do interpretowania zasady republikańskiej formy państwa, więc przyjęto politykę wzbraniania się przed wszelkimi decyzjami, które mogły mieć związek z kwestiami politycznymi. Warto w tym miejscu wspomnieć, że dopiero w roku 1962, na mocy orzeczenia *Baker v. Carr*, sąd ustosunkował się do tej kwestii (Zelizer 2004, 549–550). Na mocy tego orzeczenia przyjęto, że sprawy polityczne nie mogą być poddane judykaturze tylko w sześciu przypadkach: gdy wyraźny przepis Konstytucji przekazuje daną kwestię do wyłącznej właściwości „władz politycznych”; występuje brak nadających się do wypracowania przez sądy kryteriów rozstrzygnięcia danego sporu; sądowe rozstrzygnięcie sprawy musi zostać poprzedzone decyzjami natury politycznej; sądowe rozstrzygnięcie sprawy naruszałoby konstytucyjną samodzielność pozostałych władz; istnieje szczególna potrzeba podtrzymania podjętych już decyzji politycznych; występuje niebezpieczeństwo podejmowania sprzecznych rozstrzygnięć przez pozostałe władze (Małajny 2003, 208).

Wszystkie wymienione sprawy (z wyjątkiem wyroku w sprawie *Baker v. Carr*) dały podstawę do orzeczenia w sprawie *Marbury v. Madison*, wydanego w 1803 r., fundamentalnego z punktu widzenia instytucji *judicial review*. W nauce przyjmuje się, że orzeczenie to wprowadziło zasadę uznania prawa Sądu Najwyższego do nadzorowania zgodności uchwalanych ustaw federalnych i stanowych z Konstytucją (Corwin 1914, 3). Historyczna decyzja wydana przez ówczesnego prezesa Johna Marshalla nadała tej instytucji legalny charakter. Marshall oparł swoje uzasadnienie na trzech założeniach. Po pierwsze stwierdził, że Konstytucja jest precyzyjnym, niezmiennym i najwyższym prawem, którego zasadniczym celem jest ograniczenie władzy państwowej (Langer 1988, 265). Po drugie, jedynymi ośrodkami uprawnionymi do orzekania, co jest prawem i jakie ono jest, są sądy. Stąd też wynika trzecia podstawa, zgodnie z którą każdy konflikt między normami różnych szczebli a Konstytucją musi być rozpatrywany przez sąd (Langer 1988, 267). Orzekanie zaś o zgodności prawa stanowionego z Konstytucją Unii oraz konstytucjami jest jednym z ważniejszych ustrojowych uprawnień sądów powszechnych USA (Langer 1988, 264). Zdaniem Langer, dopiero od tego momentu można mówić o „orzecznictwie konstytucyjnym” (Staszewski 2006, 1027).

Rozstrzygnięcie w sprawie *Marbury v. Madison* i jego ustrojowe konsekwencje odbiły się echem w całym środowisku prawniczym (McGowan 2000, 755), a *judicial review* (jako uprawnienie kontroli konstytucyjności legislatywy i egzekutywy)

stała się jednym z najważniejszych zadań Sądu Najwyższego w kontekście zachowania stabilności Konstytucji (Pułło 1997, 31). Jak napisali Mason i Beane w *American Constitutional Law*, bez wątpienia Ojcowie Założyciele stworzyli Konstytucję, traktując ją jako „najwyższe prawo na ziemi” („the supreme law of the land”), ale kwestię kontroli aktu pozostawili otwartą. W konwencji filadelfijskiej z roku 1787 sugerowano, że każda Izba Kongresu może prosić o opinię sędziów w kwestiach wątpliwych, dotyczących słuszności prawa narodowego. Madison, podzielając tę opinię, stwierdził, że sędziowie mogą unieważnić lub uchylić prawo sprzeczne z Konstytucją, przyznając Sądowi Najwyższemu prawo weta w odniesieniu do legislatury Kongresu (Mason, Beane 2007, 13). Także Hamilton w 78. eseju „Federalisty” napisał, że „obowiązkiem Sądu jest wypowiadać się na temat wszystkich aktów prawnych sprzecznych z myślą przewodnią wyrażoną w Konstytucji”¹³. *Judicial review* wyrasta więc z ducha Konstytucji i oznacza, zdaniem Marshalla, władzę interpretowania prawa i wydawania decyzji (Mason, Beane 2007, 15). Przytoczone przez Marshalla argumenty nie były jednak bezsporne. Sędzia Gibson skrytykował takie podejście do interpretacji Konstytucji twierdząc, że weto legislacyjne przyznane Sądowi Najwyższemu stanowi uprawnienie naruszające równowagę władz, co może się zakończyć jego przewagą nad pozostałymi władzami.

Charles S. Hyneman określa *judicial review* jako „mechanizm kontrolowanej interpretacji”, który nie wynika *expressis verbis* z Konstytucji, lecz z imaginacji sędziego Marshalla (Hyneman 1963, 104–114). „Jest ona jedynie – podkreśla – wynikiem subiektywnej interpretacji sędziego, który w swojej opinii zastosował analogię do praktyki kolonialnej i stanowej, w odniesieniu do tworzenia i interpretacji common law przez sądy, którą przeniósł na relacje pomiędzy Konstytucją, a aktami Kongresu” (Langer 1988, 265). Zdaniem Hynemana, Konstytucja, wyrażając zasadę *check and balance*, wyraźnie przyznaje Prezydentowi władzę ograniczania Kongresu i sądownictwa, ale i tym samym wyraźnie przyznaje Kongresowi władzę hamowania Prezydenta i sądownictwa (Barnett 2004, 6). „Nigdzie jednak wprost nie przyznaje, ani Sądowi Najwyższemu, ani żadnemu innemu sądowi, władzy do ograniczenia działań Prezydenta czy Kongresu. Podobne stanowisko zajął Leonard Levy, który stwierdził, że nie ma żadnych dowodów na to, iż Konstytucja przyznaje tak silną władzę sądownictwu” (Barnett 2004, 6). Również w opinii jednego z najsłynniejszych amerykańskich historyków

¹³ Alexander Hamilton urodził się 11 stycznia 1755 r. w Indiach Zachodnich na wyspie Nevis. Był jednym z Ojców Założycieli Stanów Zjednoczonych. Gdy w 1783 r. został delegatem Kongresu, przyczynił się do zwołania 2 maja 1787 r. Konwencji Konstytucyjnej w Filadelfii, której zorganizowanie zaproponował na konferencji handlowej w Annapolis w 1786 r. w celu poprawy artykułów konfederacji i utworzenia nowej Konstytucji, opierającej się na silnej władzy centralnej. Swoje poglądy polityczne wyraził w liście do konserwatywnego prawnika, delegata Kongresu Kontynentalnego Jamesa Duane’a. Wyliczał wady ówczesnego systemu politycznego Ameryki i stwierdzał, że największą z nich jest niedostatek władzy Kongresu (Nowak 2008).

Charlesa Bearda czytamy, że „bezpośrednia intencja Ojców Założycieli dotycząca kontroli Konstytucji nie została wyrażona wprost i dlatego należy odnieść się do filozofii zdrowego rozsądku i ducha Konstytucji”.

Krytycy instytucji *judicial review* podkreślają, że język Konwencji został celowo ujednolicony przez Ojców Założycieli, tak, by nie dochodziło do zróżnicowań jego rozumienia nawet na tle stanów. Protokoły z Konwencji specjalnie były pisane takim językiem, jakim posługiwali się wówczas Amerykanie. Nie można zatem z tak precyzyjnie dobieranych słów, w idei Ojców Założycieli jednoznacznych, wyciągać wniosków, które stanowią element rozszerzającej interpretacji dającej podstawę do rozszerzenia uprawnień sądu (Barnett 2004, 8).

W literaturze wskazuje się w obrębie tego zagadnienia kilka orzeczeń (w szczególności dwa), które pomimo zawilego stanu faktycznego nie przekraczają kompetencji Sądu. Są nimi: orzeczenie w sprawie Dred Scott, w którym stwierdzono, że unieważnienie aktów nie należy do kompetencji sądów, ponieważ sąd, wetując większość legislacji politycznej, ubiega przyszłe wysiłki Kongresu w dążeniu do pogodzenia polityki z potrzebami społeczeństwa (Mason, Beane 2007, 15). W kolejnej sprawie – *Trop v. Dulles* – sędziowie w większości orzekli (za wyjątkiem dwóch: Warrena i Frankfurtera), że o wiele ważniejszym niż *judicial review* uprawnieniem Sądu Najwyższego powinno być dokonywanie kontroli decyzji sądów federalnych (Mason and Beane 2007, 16).

W późniejszych latach ukształtowała się linia orzecznicza, która, formułując kompetencję sądu do kontroli Konstytucji, stawia warunek uznania aktu władzy parlamentu i prezydenta za nieskuteczny tylko w przypadku dostatecznego uzasadnienia sprzeczności tego aktu z Konstytucją. Taka kontrola, zdaniem Sądu Najwyższego, ma jednak charakter incydentalny, a ewentualne orzeczenie o niekonstytucyjności aktu prawnego wywołuje jedynie skutki *inter partes*. Jednak z uwagi na specyfikę *common law*, orzeczenia Sądu Najwyższego ostatecznie decydują o praktycznej egzystencji zakwestionowanego aktu normatywnego, choć, zdaniem sędziego Frankfurtera, który zasłynął już ze zdań odrębnych, sądy prawie zupełnie nie opierają swoich rozstrzygnięć na *common law* (Frankfurter 1947, 527).

Podsumowując, kształtujący się model kontroli konstytucyjności prawa rozpoczął się w atmosferze sporów i do dnia dzisiejszego taka atmosfera mu towarzyszy. Niedoprecyzowanie roli trzeciej władzy przez Ojców Założycieli spowodowało na gruncie stosowania Konstytucji wiele komplikacji. Oprócz sporu o funkcjonowanie i rolę sądów, od początku ich tworzenia zrodziło się pytanie, czy wszystkie sporne kwestie prawne powinien rozstrzygać Sąd Najwyższy? Konstytucja bowiem, bardzo ogólnie, jak już wspomniano, stanowi w klauzuli pierwszej, drugiej sekcji: „Władza sądowa rozciąga się na wszystkie kwestie prawne, które mogą się wyłonić w związku z treścią Konstytucji, praw obowiązujących w Stanach Zjednoczonych oraz traktatów zawartych przez Stany Zjednoczone i tych, które będą zawarte przez nie w przyszłości; władza sądowa rozciągać

się będzie na wszystkie sprawy dotyczące ambasadorów, innych ministrów pełnomocnych i konsulów; na wszystkie sprawy admiralicji i prawa morskiego; na spory, w których Stany Zjednoczone będą stroną; na spory pomiędzy dwoma lub więcej stanami, pomiędzy którymkolwiek ze stanów i obywatelami innego stanu oraz pomiędzy obywatelami różnych Stanów; na spory pomiędzy obywatelami tego samego stanu dochodzącymi swoich spraw do ziemi nadanej przez różne stany, oraz pomiędzy stanami lub ich obywatelami a państwami obcymi, ich obywatelami lub poddanymi. Klauzula ta określa ogólną właściwość Sądu, która odnosi się do rozstrzygania konkretnych sporów ze względu na przedmiot, miejsce lub osoby, które są zaangażowane w spory. Oznacza to, że Sąd Najwyższy, w przeciwieństwie do sądów niższej instancji, posiada jurysdykcję na terenie całego kraju” (Laidler 2007, 92). Ta tzw. zwykła jurysdykcja zawiera podział na jurysdykcję rzeczową i osobową. Do tej pierwszej zalicza się spory wynikające z Konstytucji i pozostałych norm prawa federalnego, umów międzynarodowych ratyfikowanych przez Stany Zjednoczone oraz prawa morskiego, w których stroną jest państwo amerykańskie, a ponadto te, w których stroną są dwa lub więcej stany. Do jurysdykcji osobowej zalicza się sprawy dotyczące ambasadorów, ministrów pełnomocnych i konsulów; admiralicję, obywateli różnych stanów lub obywateli tego samego stanu w związku z nadaniami ziem, dokonanymi przez różne stany (Laidler 2007, 92).

W literaturze występuje również pojęcie właściwości pierwotnej (*original jurisdiction*). Odnosi się ona do wąskiej kategorii spraw, w których Sąd Najwyższy orzeka jako sąd pierwszej, a zarazem ostatniej instancji. Dotyczy to jednak tylko tych spraw, w których stroną są przedstawiciele dyplomatyczni lub stan (Laidler 2007, 93). Obecnie sędziowie w wyjątkowych okolicznościach mogą sami zdecydować, które sprawy zasługują na uwagę najwyższej instancji sądowniczej¹⁴. Taka decyzja sądowa (*writ of certiorari*) stanowi dokument, który w praktyce jest wydawany tylko w sytuacji istotnego sporu konstytucyjnego lub przypadku konfliktu między sądami niższych instancji (Laidler 2007, 93). Innym rodzajem jurysdykcji Sądu Najwyższego jest właściwość apelacyjna, która odnosi się do spraw wynikających, najogólniej rzecz ujmując, z prawa federalnego. Oznacza to, że Sąd Najwyższy (jako organ stanowiący część systemu federalnego) rozpatruje odwołania od orzeczeń sądów federalnych oraz stanowych (Ludwikowska, Ludwikowski 2008, 28). Do roku 1891 jedyną drogą do złożenia sprawy przed Sąd Najwyższy była instytucja zwana *writ of error*, która zakazywała sądowi odrzucenia sprawy. Po roku 1891, na mocy *Evarts Act* sąd uzyskał prawo do odrzucania

¹⁴ Od sprawy *Marbury v. Madison* utarło się, że do zakresu tych spraw zalicza się: spory między stanami; sprawy przeciwko ambasadorom obecnych państw w Stanach Zjednoczonych oraz innym przedstawicielom dyplomatycznym, członkom ich rodzin i służbie; sprawy wniesione przez przedstawicieli dyplomatycznych, spory między federacją a stanem i sprawy wniesione przez stan przeciwko obywatelowi innego stanu lub obcego państwa.

spraw, ale tylko w nielicznych przypadkach: po pierwsze, w sprawach, w których podstawą wytoczenia powództwa w sądach federalnych było *diversity* (strony sporu nie pochodziły z jednego stanu)¹⁵, po drugie zaś – w sprawach z zakresu praw podatkowych, patentowych oraz admiralicji (Ludwikowska, Ludwikowski 2008, 35).

Wobec tylu spornych kwestii związanych z rolą Sądu Najwyższego nie powinien dziwić fakt, że do dziś spór o granice władzy sędziowskiej stanowi jedną z fundamentalnych kwestii podnoszonych w amerykańskiej jurysprudencji. Do tych kwestii zalicza się także odpowiedź na pytanie, do kogo ma należeć władza wyłaniania sędziów, tak, by podział trzech władz nie został przesunięty w żadną stronę. Uczestnicy Konwencji doszli do wniosku, że najbezpieczniejszym rozwiązaniem, dającym pewność podziału władz będzie przyznanie tej władzy prezydentowi, kontrolowanemu przez Senat (Ludwikowska, Ludwikowski 2008, 35). Należy zaznaczyć, że sędziowie na różnych poziomach sądownictwa powoływani są w różny sposób. Na najniższym szczeblu sądownictwa federalnego prezydent zleca prokuratorowi generalnemu (*Attorney General*) przedstawienie kandydatów, których opiniuje Komitet ds. Sądownictwa Federalnego Amerykańskiego Stowarzyszenia Prawnego (ABA Standing Committee on the Federal Judiciary)¹⁶. W procesie powoływania sędziów do Sądu Najwyższego to oni służą radą prezydentowi, natomiast Komisja Sądownicza przesłuchuje kandydatów (Freund 1968, 3). Sędziowie federalni co do zasady powoływani są na tak długo, jak długo będą należycie wykonywali swój urząd. Jedynym środkiem, jaki został przewidziany w Konstytucji, na podstawie którego można usunąć sędziego jest *impeachment*, ustanowiony w artykule I Konstytucji, sekcja 2. Na jego mocy sędzia może zostać postawiony w stan oskarżenia przez Izbę Reprezentantów. Rola trybunału orzekającego należy do Senatu, brak jednak wskazania, które czyny powinny podlegać postawieniu w stan oskarżenia. Konstytucja bowiem, i w tym przypadku ogólnikowo, wskazuje przypadki, takie jak: zdrada, przekupstwo oraz inne ciężkie zbrodnie i wykroczenia¹⁷.

¹⁵ W tej kwestii przyjmuje się, że urząd sędziego, zwłaszcza w Sądzie Najwyższym, jest pozycją polityczną. Po pierwsze dlatego, że sędziowie powoływani są przez prezydenta, który dokonuje subiektywnie wyboru kandydata. Po drugie dlatego, że sądownictwo uważane jest za równorzędną władzę wobec dwóch pozostałych (Ludwikowska, Ludwikowski 2008, 34).

¹⁶ Niepisana zasada tzw. „grzeczności senatorskiej” (*senatorial courtesy*), istniejąca od czasów Waszyngtona, wpływała na wybory prezydenta, któremu zdecydowanie tylko senatorowie wskazywali kandydatów do objęcia stanowisk (Ludwikowska, Ludwikowski 2008, 36).

¹⁷ Od momentu uchwalenia Konstytucji procedura *impeachmentu* została wszczęta 16 razy, z tego w 7 przypadkach zakończyła się skazaniem. W 1803 Senat zdecydował w drodze *impeachmentu* usunąć sędziego Johna Pickeringa za pijaństwo i nadużywanie stanowiska. W 1862 usunięto sędziego West Humphreysa za wzniecanie rewolty, podburzanie stanu Tennessee do secesji, organizowanie rebelii i konspirację przeciwko Stanom Zjednoczonym. W 1912 za przyjęcie korzyści majątkowej i wykorzystywanie stanowiska dla celów prywatnych usunięto sędziego Roberta Archibalda. Kolejnym sędzią był Halsted Ritter usunięty w 1936 za niewłaściwe zachowanie,

Niedoprecyzowanie artykułu Konstytucji dotyczącego roli Sądu Najwyższego przyczyniło się do zróżnicowania stanowisk co do roli sędziego w procesie interpretacji Konstytucji, a także kształtu amerykańskiej jurysprudencji i kierunku, w którym powinny zmierzać badania nauki o prawie.

Analiza korelacji koncepcji prawa wyrażanych przez elitarnych prawników amerykańskiej jurysprudencji z aktualnym sporem o interpretację Konstytucji została przeprowadzona w dalszej części (Pułło 1997, 21).

1.3. Amerykańska jurysprudencja

Amerykańska teoria prawa, choć nie jest ideologicznym monolitem, gdyż składają się na nią różne filozofie i teorie, uprawiane również przez prawników praktyków, rozsiane w licznych artykułach i monografiach, to stanowi ogólną naukę o prawie, zwaną potocznie jurysprudencją (*jurisprudence*) (Opalek, Wróblewski 1963, 7). Mimo to jej przemożny wpływ na kształtowanie się poglądów na interpretację Konstytucji (Lang, Wróblewski 1986, 5) zarysował się na tyle mocno w poglądach uczestników sporu, że warto problematyce tej poświęcić nieco uwagi. Amerykańska jurysprudencja to termin, o którego definicję próżno pytać nawet najsłynniejszych myślicieli uczestniczących w dyskursie. Richard A. Posner twierdzi, że termin ten oznacza „fundamentalną, powszechną i teoretyczną płaszczyznę analizującą społeczny fenomen zwany prawem” (Lang, Wróblewski 1986, 5). Olivier Wendell Holmes zawsze uważał, że pojęcie jurysprudencji jest bardzo nieostre i „w rzeczywistości określenie nauki prawa mianem jurysprudencji nic nie znaczy” (Duxbury 1997, 1). Jerzy Wróblewski, przystępując do badań nad prawem w Stanach Zjednoczonych, wielokrotnie podkreślał, że „Przedstawienie koncepcji teoretyczno-prawnych Stanów Zjednoczonych utrudnia niejasna terminologia, na którą uskarżają się zgodnie amerykańscy profesorowie prawa. Trudności zaczynają się począwszy od nazwy dyscypliny”¹⁸. Owa niedookreśloność przedmiotu badań i niebywałe bogactwo stanowisk, zwykle rozproszonych w olbrzymiej liczbie czasopism prawniczych o różnej wartości (Opalek, Wróblewski 1963, 11) sprawiają, że nie ma jednolitych źródeł w postaci podręczników, monografii czy nawet artykułów, które mogłyby wskazywać teorię prawa możliwą do zaakceptowania przez wszystkich, a przynajmniej przez przeważającą większość amerykańskich prawników.

prowadzące do utraty zaufania publicznego. Rok 1986 był niefortunny dla sędziego Harry’ego Claiborne’a, który został usunięty za uchylanie się od zobowiązań podatkowych, a trzy lata później stanowisko stracił sędzia Alcee Hastings za przyjęcie łapówki. Sędzia Walter Nixon został usunięty za krzywoprzysięstwo (Ludwikowska, Ludwikowski 2008, 39).

¹⁸ „Stwierdziłmy to w licznych rozmowach i dyskusjach z przedstawicielami *jurisprudence* w Stanach Zjednoczonych” (Opalek, Wróblewski 1963, 267).

Nie powinno dziwić to, że pierwsze zagadnienia badawcze amerykańska jurysprudencja odniosła (w obliczu tak nieskonkretyzowanych teoretycznych podstaw porządku prawnego) do aktualnych potrzeb społeczeństwa, wynikających ze stosowania prawa. Jednym z nich było pytanie, w jaki sposób należy interpretować Konstytucję i czy w zgodzie z nią sądy mogą tworzyć prawo? Jak się zdaje, pierwszy udzielił odpowiedzi jeden z czołowych myślicieli amerykańskich, zaliczany do twórców amerykańskiej jurysprudencji, Roscoe Pound. Zdaniem Pounda, amerykańska filozofia czerpała inspirację z klasyków greckich, a ideą przewodnią dla Amerykanów miało być prawo naturalne. Jak dalej przyznaje, nie odnosiło się ono do wolności jednostki, a dotyczyło rządu i polityki. Takie „polityczne prawo naturalne” widoczne było także w prawie brytyjskim, którego dorobek został częściowo przejęty. Dlatego, próbując nadać jurysprudencji kształt jakiegokolwiek teorii prawa, Pound i pozostali uczeni zaczęli badać właściwości amerykańskiego *common law*. Roscoe Pound, dokonując jego analizy, wyróżnił trzy konieczne etapy, które muszą wystąpić, by można stwierdzić, że w danym przypadku mamy do czynienia z systemem prawnym *common law*. Jako pierwszy wyróżnił ustalenie, czy w ogóle istnieje właściwe prawo dla danego przypadku i czy może ono być zastosowane wprost w danej sytuacji. Jeżeli takiego prawa nie da się ustalić, to sąd ma obowiązek ustanowienia precedensu, odnosząc się do istniejących zasad. Kolejny etap obliguje sąd do dokonania szczegółowej interpretacji, oceny zasadności zastosowania istniejącego precedensu, dokonania nowego rozstrzygnięcia i przedstawienia jego uzasadnienia. Po trzecie, sąd powinien dokonać subsumcji stanu faktycznego z ustaloną normą i wydać odpowiednie orzeczenie, które albo będzie kontynuacją linii orzeczniczej na zasadach *stare decisis*, albo ustanowi nowy precedens (Pound 1922, 48).

George S. Blair wyróżnił sześć takich etapów. Zalicza do nich, jako pierwszy, identyfikację stanu faktycznego. Drugi etap polega na ustaleniu, czy określony stan odpowiada regulacjom normatywnym, zawartym w prawie stanowionym. Jeśli odpowiedź jest twierdząca, sąd przechodzi do etapu trzeciego i wydaje orzeczenie. Gdy odpowiedź jest negatywna, sąd przechodzi do czwartego etapu i odszukuje konkretny precedens dla danej sprawy. Jeżeli taki precedens występuje, to sprawa kończy się wydaniem orzeczenia, co stanowi etap piąty. Gdy precedensu nie da się odszukać lub nie ma go, sąd jest zobligowany do ustanowienia nowego precedensu (etap szósty) (Blair 1967, 379–380).

Warto nadmienić, że brak jednolitych definicji w koncepcjach amerykańskiego prawa dotknął również określenia systemu prawnego – *common law*. Historycy doszli do wniosku, że o amerykańskim *common law* można powiedzieć tylko tyle, że zostało stworzone w nierównych częściach z mgliście i nieprecyzyjnie zapamiętanych fragmentów *common law* i prawa biblijnego. Zdaniem Tomasza Langera, określenie *common law* amerykańskiej jurysprudencji obejmuje dwa znaczenia. Węższe oznacza prawo tworzone przez sądy, w odróżnieniu od prawa stanowionego przez odpowiednie organy legislacyjne, powoływane w wyborach

bezpośrednich. W znaczeniu szerokim *common law* odnosi się do odróżnienia całego anglo-amerykańskiego systemu prawnego od systemu kontynentalnego, wyłączającego instytucję tworzenia prawa przez sądy (Langer 1988, 215). Za cechę charakterystyczną uznaje koegzystowanie *common law* z normami pochodzącymi z prawa stanowionego. Stąd też *common law* ma dwa źródła: pierwsze – to orzeczenia sądów, zapadające w sprawach nieuregulowanych prawem stanowionym, drugie – orzeczenia będące interpretacją prawa stanowionego, dokonywaną w konkretnej sprawie (Langer 1988, 215). Pierwszy rodzaj pochodzi z tradycji brytyjskiej¹⁹. Orzeczenia tworzące prawo od początku określano mianem precedensów. Stanowiły one zrąb prawa amerykańskiego. Ich ważność podkreślała dodatkowo zasada *stare decisis*, kształtująca się od połowy XIX w., która oznaczała, że podstawowe zasady wypracowane przez sądy w poprzednich orzeczeniach mają moc wiążącą w rozpatrywaniu takich samych lub podobnych spraw. Związanie zasadą *stare decisis* miało wzmocnić zwyczajowe prawo pochodzące z orzeczeń sądowych. Zasadę tę oparto na postulowanym *let the decision stand* (nienaruszalności orzeczeń precedensowych) (Langer 1988, 216), nie została jednak przyjęta w sposób jednomyślny, a dzisiejszy spór o rolę Sądu Najwyższego w pewnej mierze odnosi się właśnie do koncepcji *stare decisis*.

Co więcej, wobec zamieszania związanego z brakiem jednolitej teorii i filozofii prawa, nie może dziwić fakt, że już w wieku XVIII powstał spór dotyczący roli samych orzeczeń wydawanych przez sądy. W odniesieniu do Konstytucji, zdaniem Pounda, ukształtowała się praktyka tworzenia prawa konstytucyjnego na podstawie podejmowanego orzeczenia Sądu Najwyższego i sędziowskiej interpretacji Konstytucji (Pound 1922, 14). Choć istnieje duża grupa prawników, którzy negują istnienie prawa konstytucyjnego i twierdzą, że nie może być prawem sama interpretacja, bowiem ta może jedynie dawać podstawy do stworzenia prawa, ale prawem nie jest (Pound 1922, 15), to istnieją liczne prace odnoszące się do interpretacji Konstytucji jako do nauki stanowiącej element prawa konstytucyjnego (Quarishi-Landes 2007, 68).

Rozwiązanie miała przynieść kolejna koncepcja Pounda, nazwana jurysprudencją socjologiczną (*sociological jurisprudence*), która oznaczała tyle, co zorganizowany i krytycznie skontrolowany zespół wiedzy dotyczącej instytucji prawnych, reguł prawnych i porządku prawnego, tj. prawnego uporządkowania społeczeństwa (Pound 1959, 7–16). Jego podstawowa metoda badawcza polegała na badaniu struktury przedmiotu i przepisów systemu prawnego (w toku analizy formułowanie zasad, teorii, pojęć, które logicznie ten system zakłada) oraz na usystematyzowaniu autorytatywnych materiałów wyznaczających logicznie działalność sądową i administracyjną (Pound 1959, 71). Druga z metod opierała

¹⁹ Brytyjskie sądy królewskie od połowy XII w. narzucały obowiązywanie tworzonego przez siebie prawa na obszarze całego państwa, wypierając działanie prawa lokalnego (Langer 1988, 215).

się na badaniu źródła historycznego i rozwoju systemu prawnego oraz jego instytucji, doktryn i przepisów, analizowaniu prawa w przeszłości w celu odkrycia zasad prawa współczesnego, a także porządkowaniu autorytatywnych materiałów dotyczących działalności sądowej i administracyjnej na podstawie danych historycznych (Pound 1959, 71). Trzecia metoda przyjęta przez Pounda polegała na badaniu „filozoficznych podstaw instytucji i doktryn systemu prawnego i jego idealnego elementu” (Pound 1959, 71), zaś czwartą – metoda socjologiczna, która polegała na funkcjonalnym badaniu systemu prawa jako przedmiotu socjologicznego, stanowiącego narzędzie kontroli społecznej (*social control*) i analizie instytucji, doktryn i przepisów ze względu na cele, jakim mają służyć (Pound 1959, 71).

Dzięki socjologicznej jurysprudencji możliwe stało się spojrzenie na prawo z różnych perspektyw i pragmatyczne do niego podejście. Z czasem, gdy okazało się, że z uzasadnień sądowych można zdekodować „swoiste wizje” prawa, wyznawane przez poszczególnych sędziów, prawo zaczęto postrzegać jako proces decyzyjny, w którym sędzia odgrywa główną rolę. Wówczas skupiono się głównie na analizie poglądów wyrażonych w poszczególnych decyzjach sędziów Sądu Najwyższego, nadając im rangę teorii prawa. Za podstawy takiego decyzyjnego ujęcia prawa uznano trzy kryteria jego rozumienia: instytucjonalne, kulturowo-prawne i doktrynalne (Opalek, Wróblewski 1963, 171). Przyjęcie tych koncepcji w konsekwencji oznaczało wyeliminowanie ocen moralnych z procesów sądowego tworzenia prawa (Lang, Wróblewski 1986, 64), stąd też teorie te miały być czyste i zawierać w sobie *stricte* cele i wskazówki dla prawidłowego stosowania oraz rozumienia prawa (Hook 1964, 264). Na gruncie takiego rozumienia prawa analityczna jurysprudencja uznała, że najważniejszą częścią prawa były uzasadnienia decyzji sądowych (Lang, Wróblewski 1986, 63). Nawet Hart uważał, że jurysprudencja w Stanach Zjednoczonych jest wręcz nacechowana koncentracją nad procesem sądowym, która przybiera niemal formę obsesji (Hart 1977, 969). Koncepcja ta nabrała szczególnego znaczenia wraz ze wzrostem prawotwórczej roli sądów amerykańskich.

Inny, mniej znany pogląd na amerykańską jurysprudencję zaprezentował Karl Llewellyn, który stworzył tzw. eklektyczną koncepcję prawa. Jego zdaniem, prawo jest zbudowane z wielu elementów. Stąd desygnatem pojęcia prawa są nie tylko procesy zachodzące w świecie fizycznym (np. czynności funkcjonariuszy państwowych), lecz także czynności (może zjawiska) o cechach prawnych (Kowalski 1959, 29). „Prawo zatem – podkreślał – to zespół elementów wywołujących zgodne postępowanie członków danej grupy społecznej”²⁰. Ową „rozluźnioną”

²⁰ Ujmując prawo w wersji funkcjonalnej, Pound stwierdza, że rzeczywistość tworzą zachowania ludzi, ale nie wszystkie, odrzuca tym samym koncepcję Ehrlicha, który włączał do tego pojęcia również zwyczaje społeczeństwa. U Pounda są to tylko te zachowania, które państwo wspiera swym autorytetem (Kowalski 1959, 31).

koncepcję prawa przyjmował w swoich pracach również Roscoe Pound, przedstawiając zarys teorii funkcjonalizmu prawnego. Jednak u Karla Llewellyna warunkiem uznania prawa za skuteczne było jego bezpośrednie stosowanie, u Pounda zaś – konieczność konfrontowania prawa pozytywnego z tym, jak faktycznie zachowują się jego podmioty, czyli jak wygląda prawo w działaniu (Kowalski 1959, 30). „Tylko dzięki faktycznemu poznaniu prawa w działaniu – twierdził Pound – mamy możliwość zrozumienia prawa pisanego”²¹.

Koniec XX w. przyniósł zmiany w amerykańskiej jurysprudencji, która otrzymała miano postrealistycznej, z rzadka nazywanej „nowym realizmem prawniczym” (*the new legal realism*). Kierunek ten powstał na fundamentach starego realizmu jako reakcja na ożywioną dyskusję na temat roli i politycznego charakteru decyzji sędziowskich. Pojęcie nowego prawniczego realizmu pierwszy raz pojawiło się w pracy (Cross 1997, 251). „Nowy realizm prawniczy” skupił się przede wszystkim na uchwyceniu pewnego modelu „zachowania sędziego” (*standard model of judicial behavior*), uwypuklając w ten sposób różnice w owych „zachowaniach”²². Stosując to określenie zaczerpnięte z nauk psychologicznych, starano się ponadto zaklasyfikować sędziów do grupy pasywistów lub aktywistów. Ideologii tej przyświecał także inny cel, mianowicie udowodnienie tezy, że spory dotyczące współczesnych problemów społecznych mają swe źródło w postawach sędziów, wyrażonych w poszczególnych decyzjach sędziowskich (Lang, Wróblewski 1986, 33).

Obecnie uważa się jednak, że w Stanach Zjednoczonych mamy już do czynienia z „nową jurysprudencją”, reprezentowaną w szczególności przez Ronalda Dworkina, Roberta Summersa oraz Johna Rawlsa. W rozumieniu Summersa, „nowa jurysprudencja oznacza analizę istniejącego aparatu pojęciowego, tworzenie nowego aparatu pojęciowego i właściwej terminologii, racjonalne uzasadnienie istniejących i proponowanych instytucji i praktyk, analizę konsekwencji społecznych, jakie powoduje akceptacja określonych celów społecznych” (Summers 1966, 863). Jej założenia, w przeciwieństwie do wspomnianych koncepcji, mają egzekwować stawiane cele zgodne ze społecznymi oczekiwaniami. Innymi słowy, koncepcja ta oznacza, że „użyteczność prawa i jego skuteczność pozostająca w ścisłym związku ze strukturą systemu prawa możliwa jest do uzyskania

²¹ Zdaniem Pounda, prawo jest narzędziem inżynierii społecznej i powinno zaspokajać maksimum potrzeb przy minimalnych stratach. Fakt uwzględnienia w praktyce prawnej celów społecznych nazywa „penetrowaniem prawa przez element idealny”. Pojęcie zaś *social control* w szerokim znaczeniu rozumiane jest jako wszelka forma oddziaływania społeczeństwa na jednostkę, zaś w wąskim – jako świadome kierowanie ludzkim postępowaniem w celu zaspokojenia indywidualnych potrzeb i społecznych interesów (Kowalski 1959, 31).

²² Kierunek ten wyrósł częściowo z poglądów Karla Llewellyna, który za punkt wyjścia swojej analizy przyjął behawioryzm; w przeciwieństwie do założeń starego realizmu, jego wnioski dotyczyły głównie politycznego i behawioralnego charakteru sędziego i były wsparte ekonomiczną analizą prawa.

tylko za pomocą uprawiania nowej jurysprudencji” (Summers 1966, 66). Źródłem takiego ujęcia prawa był widoczny w latach siedemdziesiątych upadek moralnych zasad prawa, który zrodził nowe teorie, w tym instytucjonalną, której najważniejszym celem było zadowolenie obywatela. Ten nurt w amerykańskiej jurysprudencji rozwijał się głównie dzięki pracom Lona Luvois Fullera. W konsekwencji, wobec przyjętych założeń prawa, amerykańska jurysprudencja całkowicie przestawiła się na pragmatyczny instrumentalizm, oznaczający, że podstawowe prawo jest tworzone podczas procesu decyzyjnego sędziów (Summers 1966, 171).

Z czasem próbowano jednak zastąpić moralność Fullera koncepcją moralności prawa pochodzącą od Herberta L. A. Harta, która – jak pisał – „jest niezależna od materialnych celów prawa, podobnie jak zasady stolarstwa są niezależne od tego, czy stolarz wykonuje łóżka szpitalne czy koła tortur” (Lang, Wróblewski 1986, 139). Co więcej, chcąc podnieść naukowy prestiż amerykańskiej jurysprudencji odnoszono się również do prac Ludwiga Wittgensteina, jednak neopozytywistyczna wizja prawa odrzuciła koncepcje zawarte w *Traktacie logiczno-filozoficznym*.

Biorąc powyższe pod uwagę, trzeba przyznać, że na nietypowy kształt amerykańskiej jurysprudencji miała wpływ spuścizna wielu wybitnych myślicieli oraz filozofia zdrowego rozsądku. Fakt, że amerykańska nauka o prawie nie wypełnia znamion teorii prawa, rozumianej jako zespół połączonych ze sobą reguł tworzących system nie oznacza, że jej program miał negatywny wpływ na relację programu amerykańskiej jurysprudencji do faktycznego sądowego stosowania prawa. Wręcz przeciwnie, praktyka sądenia i orzekania dała nowatorskie rozwiązania, których wynikiem są takie metody interpretacji Konstytucji, jak: tekstualizm, intencjonalizm, oryginalizm, *living constitution* oraz aktywizm sądowy.

Analiza pojęciowa wymienionych metod zostanie zaprezentowana w kolejnych częściach książki.

Rozdział 2

Tekstualizm (*textualism*)

2.1. Wprowadzenie

Od czasu pierwszych debat dotyczących roli Sądu Najwyższego w Stanach Zjednoczonych spór o poprawną interpretację Konstytucji Stanów Zjednoczonych ewoluował. Wbrew powszechnym opiniom, wraz z rozwojem dyskursu okazało się, że na wymiar poprawnej interpretacji prawa mają wpływ dylematy ustrojowe nie tylko Ojców Założycieli, lecz także sędziów orzekających o danym stanie faktycznym. Sędziowie bowiem (wobec braku jasno sprecyzowanych w Konstytucji granic władzy sądowniczej), wydając poszczególne decyzje, począwszy od pierwszego składu Sądu Najwyższego, przez lata torowali sobie drogę ku swobodzie poglądów wyrażanych bezpośrednio w wydawanych przez nich orzeczeniach. Kierując się przy tym tzw. własną filozofią interpretacji, kształtowali w pewnym sensie naukę o interpretacji prawa. Broniąc swych poglądów uzasadniali, że wybrana przez nich filozofia prowadzi do wydania określonej decyzji sądowej. Proces, który doprowadził ich do konkretnego sposobu interpretacji wskazywany był w uzasadnieniu orzeczenia jako pewnego rodzaju metoda, sposób interpretacji Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Proces ten mógł się rozwijać mimo istnienia fundamentalnej zasady, że wyrok w danej sprawie jest podejmowany kolektywnie, w drodze głosowania, bowiem uzasadnienie decyzji mógł sporządzić sędzia, którego argumenty były najbardziej przekonujące dla pozostałych lub zgłaszający zdanie odrębne, w którym najczęściej prezentuje się i objaśnia własną filozofię interpretacji¹. Co więcej, wraz z rozwojem roli Sądu Najwyższego i brakiem sprzeciwów ze strony pozostałych środowisk prawnych sędziowie nabrali przekonania o prawie do własnej wizji interpretacji Konstytucji i jej trafności.

W ten sposób zrodziły się pierwsze konceptualizacje interpretacji Konstytucji Stanów Zjednoczonych, a do głównych zalicza się: tekstualizm (*textualism*), intencjonalizm (*intentionalism*), oryginalizm (*originalism*), aktywizm sądowy

¹ Sędziowie prezentują również swoje filozofie interpretacji podczas przesłuchań senackich, które mają miejsce w procesie ich powołania, co, zdaniem niektórych badaczy, wpływa na wybór danego kandydata (Ludwikowska, Ludwikowski 2008, 34).

(*judicial activism*) oraz „żyjący konstytucjonalizm” (*living constitution*). Tekstualizm jest najstarszą metodą interpretacji, a pojęcie to po raz pierwszy pojawiło się w 1863 r. w *Oxford English Dictionary* (Pattison 1889, 854), w związku z wyjaśnieniem terminu *sola scriptura*. Termin ten został użyty kolejny raz dopiero sto lat później przez sędziego Roberta Jacksona, w pejoratywnym znaczeniu. Sędzia stwierdził, że niektóre władze powinny mieć szerszy niż dotychczas zakres działań i większą ich elastyczność, by nie stwarzać tak sztywnych ograniczeń jak doktryna tekstualizmu. Późniejsze użycia tego pojęcia stopniowo traciły krytyczne znaczenie (Abraham 1979, 32), przez tekstualizm rozumiano ograniczoną słownikowym znaczeniem interpretację Konstytucji.

Jednym z pierwszych sędziów, który zadeklarował stosowanie tekstualizmu był Oliver W. Holmes (Holmes 1897, Stelmach, Brożek 2004, 18). Ten prekursor amerykańskiego realizmu prawnego swoją postawą ukształtował drogę tekstualnej interpretacji Konstytucji, w której reguła powszechnego znaczenia (*plain meaning rule*) oraz tekstualne czytanie tekstu stanowiły wyznaczniki poprawnej interpretacji. Za Holmesem podążali kolejni sędziowie, jak choćby Hugo LaFayette Black, który w pracy *A Constitutional Faith* przedstawił pogląd, zgodnie z którym „zapisy Konstytucji należy rozumieć – w braku ich dwuznaczności – tak jak były one powszechnie rozumiane. Zatem – twierdzi Black – zwrot konstytucyjny «Kongres nie może stanowić prawa» oznacza po prostu, że Kongres nie może tworzyć prawa” (Black 1968, 45; Epstein 1995–1996, 167). Nie można, zdaniem sędziego, w interpretacji doszukiwać się drugiego dna, gdy powszechne rozumienie jest oczywiste.

Ze stanowiskiem Holmesa i Blacka zgadzali się sędziowie orzekający w pierwszych latach istnienia Sądu Najwyższego, stąd też trafne wydaje się postawienie tezy, że tekstualizm był stosowany od najwcześniejszych rozstrzygnięć Sądu Najwyższego, jeśli rozumieć go jako proces interpretacji, podczas którego sędzia ustala znaczenie ustawy w zgodzie z regułą powszechnego znaczenia, zaś jego efekt traktuje jako wzór do zastosowania w dalszej praktyce².

Do stosowania tekstualizmu przyznają się także współcześni sędziowie Sądu Najwyższego, głównie Antonin G. Scalia³ i Clarence Thomas. Jak wynika

² Zanim pojawiły się omawiane sposoby interpretacji Konstytucji sędziowie korzystali z technik interpretacyjnych polegających na sięganiu do tak zwanego zwykłego języka czy też zwykłego znaczenia (*plain language, plain meaning*) tekstu prawnego. Reguła ta, autorstwa Olivera W. Holmesa, w większości przypadków była na tyle jasna, że owocowała zadowalającymi rezultatami. Z czasem jednak interpretacja stała się czymś więcej niż tylko metodą – techniką orzekania przez sędziego na podstawie tekstów prawnych.

³ Zdaniem Janusza Kochanowskiego, sędzia Antonin G. Scalia zmienił nie tylko podejście do wykładni prawa, ale i obraz stanowiska sędziego Sądu Najwyższego, bowiem te zwykle zajmowane są przez osoby cechujące się surowością i powagą, zaś sędzia Scalia jest osobą dowcipną i dzięki tej cesze zjednuje sobie uwagę zwykłych obywateli. „Dość podkreślić – pisał – dwadzieścioro sześcioro wnucząt, wspaniałe poczucie humoru, czasem bywa ono najgroźniejszą bronią

z opinii publicznej, to właśnie w orzecnictwie tych sędziów najczęściej odnaleźć można metodę tekstualną.

Co ważne, mimo istnienia licznych prac teoretycznych o tekstualizmie (Eskridge 1990, 621; por. Nelson 2005, 347), a także o jego praktycznych zastosowaniach, koncepcja ta nie doczekała się jednolitej, powszechnie akceptowalnej definicji. W literaturze tekstualizm jest zwykle prezentowany jako sposób interpretacji Konstytucji, zgodnie z którym jej słowa są traktowane jako napisany tekst, oparty na ich połączeniu według prostych słownikowych zasad. W opinii oponentów takie dekodowanie tekstu nie oddaje jednak jego prawdziwego znaczenia (Sunstein 1989, 415–424).

Zwolennicy tekstualizmu, próbując znaleźć kontrargumenty wobec stawianych zarzutów, zastosowali badania komparatystyczne, które miały wskazywać różnice między metodą tekstualną a pozostałymi metodami interpretacji, udowadniając tym samym zasadność, racjonalność i wyższość tekstualizmu nad pozostałymi (Treanor 2009, 2). W myśl tej zasady, najprzydatniejszym narzędziem badawczym dla określenia głównych cech tekstualizmu wydaje się porównanie tej metody z intencjonalizmem (Jaff 2009, 316; zob. Tomza 2014, 125–135). Wybrane zestawienie nie było oczywiście przypadkowe, w literaturze bowiem dość często intencjonalizm i tekstualizm są ze sobą mylone. Odrębną tożsamość używały dopiero w wyniku badań Aharona Baraka, który pierwszy, stosując badania komparatystyczne, wskazał esencjonalność intencjonalizmu, oddzielając go od tekstualizmu. W jego opinii, przez interpretację intencjonalistyczną rozumieć należy tylko taką interpretację, która bada subiektywną intencję autora. Gdy zaś w interpretacji dominuje kwestia poszukiwania znaczenia powszechnego – w rozumieniu znaczenia pojęć zawartych w tekście, w czasie, gdy został napisany – bez wątplenia mamy do czynienia z tekstualizmem (Barak 2005, 260). To krótkie i rzeczowe określenie dwóch koncepcji interpretacji Konstytucji stało się nieocenione dla przyszłych badaczy nauki interpretacji. Stało się oczywiste, że zamieszanie pojęciowe, występujące w literaturze, są możliwe do usunięcia tylko za pomocą „wydestylowania” głównych założeń poszczególnych metod, w drodze ich porównywania. W ten sposób ustalono, że głównym celem interpretacji intencjonalistycznej jest odnalezienie intencji Ojców Założycieli, podczas gdy celem interpretacji tekstualnej jest odkrycie znaczenia słów zawartych w Konstytucji w oparciu o doktrynę powszechnego znaczenia.

Z prac Baraka dowiadujemy się również, że tekstualizm uznaje za błąd odwoływanie się do historii legislacyjnej Konstytucji w procesie interpretacji i całkowicie taką drogę odrzuca. Tekstualista skupia się jedynie na słowach zawartych w Konstytucji, dążąc do ustalenia powszechnego znaczenia. Intencjonalizm zaś, nakierowany na pozyskanie intencji ustawodawcy (Easterbrook 1994, 68), nie

– oraz odwagę w obronie fundamentalnych praw i wartości nawet wbrew opiniom i poglądom większości” (Scalia 2009, 23).

tylko dopuszcza czerpanie wiedzy o znaczeniu interpretowanego pojęcia z historii legislacyjnej aktu, lecz także przyzwala nadawać intencjonalne znaczenie na podstawie znaczeń zawartych w historii legislacyjnej aktu (Calabresi, Prakash 1994, 541).

Podsumowując należy stwierdzić, że pierwsze prace o interpretacji tekstualnej nie były koherentne. Tekstualizm oznaczał jedynie technikę interpretacyjną pojęć konstytucyjnych. W ten sposób przyjęto powszechnie, że przez tekstualizm rozumieć należy interpretację, której główną drogą jest poszukiwanie zwykłego znaczenia słów Konstytucji. Tekstualizm nakazywał bowiem, po analizie słownikowej i gramatycznej, nawet jeśli znaczenie pozostaje niejasne, przypisanie znaczenia potocznego, używanego w czasie powstawania Konstytucji, tak, by pozostało w zgodzie ze znaczeniem użytym w traktatach. Co więcej, jeśli po tym zabiegu pojęcie pozostawało nadal dwuznaczne, należało rozważyć własne, prywatne odczucia związane ze znaczeniem tekstu i dążyć do nadania mu takiego znaczenia, które będzie zgodne z jego brzmieniem w okresie uchwalania traktatu. Jeśli tekst w dalszym ciągu był niezrozumiały, wobec niemożliwości wyeliminowania dwuznaczności danego pojęcia czy wyrażenia pozostawało tylko jedno rozwiązanie. Należało wówczas rozważyć obserwowaną praktykę stosowania danego wyrażenia, co mogłoby rzucić światło na dany fragment tekstu (Treanor 2009, 3). Historia zaś danego wyrażenia (jako niegodne zaufania źródło pozyskiwania powszechnego znaczenia tekstu, jak twierdzą tekstualiści), mogła zostać użyta tylko w tak zwanych „krytycznych sytuacjach”, w których odkrycie powszechnego znaczenia niezrozumiałego słowa czy zwrotu nie było możliwe (Treanor 2009, 3). Z powodu braku prac wyjaśniających, kiedy sędzia może odwołać się do intencji ustawodawcy, intencjonalizm nadal był traktowany jako część tekstualizmu. Intencjonalizm zaś, jak wskazał Barak, skupiał się w swych głównych założeniach na poszukiwaniu oryginalnej intencji (*original intention*) ustawodawcy, całkowicie odrzucając regułę powszechnego znaczenia.

Jednak z czasem, gdy zawiły stan faktyczny spraw rozpatrywanych przez sędziów Sądu Najwyższego zmuszał ich do dokonywania interpretacji pojęć niejasnych i dwuznacznych, okazywało się, że powszechne rozumienie tekstualizmu nie wyjaśnia, jak odkrywać znaczenie pojęć skomplikowanych. Dylematy sędziów, wyrażane zwykle w uzasadnieniach orzeczeń, przyczyniły się do powstawania kolejnych prac o tekstualizmie, które miały wyjaśniać proces interpretacyjny pojęć dwuznacznych i niewyraźnych, o czym dalej.

2.2. Rodzaje tekstualizmu

Prezentowane w amerykańskiej jurysprudencji definicje tekstualizmu, ze względu na brak precyzji i jednolitości znaczeniowej, wywoływały konfuzję zarówno wśród jego zwolenników, jak i przeciwników. Co gorsza, nowo powstałe

prace stopniowo ujawniały, że metoda tekstualna sama w sobie jest niejednorodna. Co więcej, prace te odsłaniały groźne tendencje do podziałów wewnątrz tekstualizmu. W efekcie nawet oponenci wskazywali nowe jego rodzaje. Owa gmatwanina pojęciowa zrodziła kilkanaście rodzajów tekstualizmu, z których najważniejsze dla amerykańskiej jurysprudencji należy zaprezentować⁴.

Pierwszy jest, bez wątpienia, podział na stary (*old textualism*) i nowy tekstualizm (*new textualism*) (Brest 1980, 204). Jego źródłem była opisana wcześniej różnica stanowisk sędziów Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w odniesieniu do koncepcji powszechnego znaczenia (*plain meaning*). Z chwilą narodzin tej koncepcji większość sędziów, jak wspomniano, uznawała, że podążanie za jej ideą jest jedyną poprawną drogą interpretacji Konstytucji, stworzyli tym samym nurt starego tekstualizmu. Pozostała część sędziów, którzy nie zgadzali się z koncepcją Holmesa, zapoczątkowała rozwój nowego tekstualizmu. Podział ten początkowo miał charakter czysto praktyczny, bez wymiaru teoretycznego, dopiero z czasem podjęto próby usystematyzowania tych dwóch odmian tekstualizmu. Jako pierwszy podjął się tego zadania William N. Eskridge (1991, 621 i n.). Okazało się, że podanie ścisłej definicji obu tekstualizmów będzie zadaniem zbyt trudnym, uznano więc, że lepszym rozwiązaniem będzie wskazanie cech różniących stary tekstualizm od nowego. Przyjęto zatem, że wszystko to, czym nie jest nowy tekstualizm jest starym tekstualizmem. W ślad za takim rozumowaniem skupiono uwagę na tworzeniu definicji nowego tekstualizmu.

Zdaniem Eskridge'a, nowy tekstualizm jawi się jako metoda interpretacji, która ma na celu ograniczenie swobody sędziego podczas interpretacji, lecz – w przeciwieństwie do starego tekstualizmu – kategorycznie zakazuje dopuszczania intencji ustawodawcy do procesu interpretacji. Jak podkreśla dalej, zwolennicy nowego tekstualizmu uznają, że w razie dwuznaczności tekstu intencja może prowadzić do zmian znaczenia pojęcia występującego w ustawie. Zatem, w duchu nowego tekstualizmu, powoływanie się na nią jest całkowicie zakazane⁵. Powszechnie uznaje się, że nowy tekstualizm to metoda interpretacyjna, która różni się od innych przede wszystkim tym, że bardzo ściśle łączy tekst z jego interpretatorem, gdyż ten nie może w żaden sposób od niego odejść⁶. Po pierwsze, odrzuca w interpretacji możliwość korzystania z historii legislacyjnej aktu, w tym również kontekstowego poszukiwania znaczeń słów w nim zawartych. Po drugie, eliminuje założenia o politycznych wpływach na tworzenie aktu (Schwartz

⁴ Stephen Durden podkreśla, że istnieje kilkanaście kanonów tekstualizmu, a „owa szeroka ilość zależy przede wszystkim ode tego, kto dokonuje ich skatalogowania i kto je definiuje. Na przykład jeden z autorów wylicza 13 kanonów tekstualizmu, a inny sześć” (Durden 2000).

⁵ Wydaje się, że w ostatnich latach właśnie ten typ tekstualizmu dominował jako metoda interpretacji ustaw na poziomie sądów stanowych.

⁶ Schwartz zakłada, że interpretacja zgodna z założeniami nowego tekstualizmu jest pierwszym wykładnią dla sędziów wówczas, gdy nie są pewni uzasadnienia swojej decyzji (Schwartz 2001, 4).

2001, 3). Po trzecie, neguje założenie „starych” tekstualistów twierdzących, że Konstytucja jest aktem spisany w całości. Według „nowych” wyznawców tekstualizmu, do Konstytucji należą również jej szkice i artykuły konfederacji.

Zdaniem Aharona Baraka, nowy tekstualizm jest „obiektywnym systemem założeń, który ma sprzyjać rozsądnemu zrozumieniu (zinterpretowaniu) tekstu prawnego, a jego celem jest odszukanie znaczenia tekstu z czasów, kiedy był tworzony” (Barak 2004, 277). Zgodnie z tym założeniem, w procesie interpretacji, jak podnosi Barak, nie jest najważniejsze odnalezienie intencji ustawodawcy. Sędzia tekstualista podczas interpretacji nie zadaje zatem pytania, co ustawodawca chciał powiedzieć, ale co ustawodawca powiedział (Barak 2004, 277). Ta sama procedura stosowana jest podczas interpretacji Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Sędzia tekstualista powinien poszukiwać jasnego znaczenia słów, nie zaś intencji Ojców Założycieli w zgodzie z fundamentalnymi zasadami rozumowania, którymi są zasady zdrowego rozsądku (Solan 2005, 2030).

Wstępnie przyjęto, że bezpośrednim źródłem nowego tekstualizmu był sprzeciw sędziów wobec tezy, że głównym celem interpretacji jest poszukiwanie intencji ustawodawcy (Barak 2004, 279). Jako uzasadnienie tego poglądu podaje się następujące argumenty. Po pierwsze, ciało zbiorowe, jakim jest ustawodawca, nie kieruje się własną intencją, a nawet, jeśli taką ma, to podlega ona manipulacji, nie można zatem jej ufać. Dlatego też, przystępując do interpretacji Konstytucji, należy odrzucić istnienie jakiegokolwiek intencjonalizmu (Barak 2004, 279). Po drugie, największą zaletą takiego sposobu interpretacji jest to, że sędzia interpretator nie kieruje się intencją ustawodawcy, gdyż ta wpływa na zniekształcenie prawa. Intencja nie daje możliwości zbadania zwykłego znaczenia tekstu, ponieważ przyczynia się do ujęcia kontekstowego, przez co stwarza możliwości manipulowania tekstem, a zatem daleka jest od tekstualnych zasad interpretacji prawa w tradycyjnym ujęciu (Barak 2004, 281). Dzięki tym ścisłym zasadom nowy tekstualizm zabezpiecza granice dyskrecjonalności sędziów i zapewnia stabilność oraz trwałość prawa, uniemożliwia tym samym tworzenie prawa przez sędziów za pomocą interpretacji. W efekcie prawo staje się formalne, a sędziowie opierają się na ustawie, dając poczucie stabilności, a nie starają się łączyć luk w prawie ze społecznymi oczekiwaniami, co mogłoby wpływać na zbyt nieoczekiwane rozwiązania (Barak 2004, 283).

Przedstawiona argumentacja zachęca do stosowania nowego tekstualizmu nawet niektórych jego krytyków, jak choćby Baraka, który stwierdza, że „metoda ta może być podstawą do zbudowania właściwego systemu interpretacji. Intencja ustawodawcy nie jest jasna, historia aktu nie jest dobrze znana, a czasem nawet sam język ogranicza możliwość poprawnej interpretacji” (Barak 2004, 283). Nie ulega jednak wątpliwości, że poprawna interpretacja powinna wykorzystywać liczne narzędzia, choć nowy tekstualizm, zupełnie jak stary, odrzuca wiele z nich (np. kontekstowość pojęcia). Zatem, gdyby nowy tekstualizm przyjął szerszy kanon wartości, służących za źródło interpretacji, stałby się właściwym systemem

interpretacyjnym. Oprócz kontekstu interpretator powinien badać zasady społeczne i wartości fundamentalne, które nie zawsze są zapisane w ustawach. Jak twierdzi Barak, w nowej wersji tekstualizm staje się bardziej atrakcyjną drogą interpretacji niż stary, ale nadal nie spełnia warunków umożliwiających uznanie go za rzetelną i słuszną drogę interpretacji (Barak 2004, 283).

Inny pogląd prezentuje John Breen w artykule *Statutory Interpretation and the Lesson of Llewellyn*, który definiuje nowy tekstualizm jako sposób interpretacji Konstytucji, który czyni z sędziego wiernego agenta ustawodawcy (*faithful agents of the legislature*), gdyż ogranicza swe narzędzia interpretacyjne jedynie do czytanego tekstu (Easterbrook 1984, 60). Nowy tekstualizm zakłada silne ograniczenie dyskrejonalności sędziowskiej podczas interpretacji, ponieważ odrzuca możliwość czerpania inspiracji z intencji ustawodawcy, nakazując tym samym skupienie się jedynie na tekście (Breen 2000, 279). W zgodzie z jego założeniami, historia legislacyjna aktu może być interpretowana na wiele różnych sposobów, a zatem nie jest wiarygodnym źródłem interpretacji, ponieważ pojęcie intencji ustawodawcy jest czysto abstrakcyjne. Nie istnieje intencja ustawodawcy, którą można jednoznacznie zidentyfikować, bowiem akt ustawodawczy jest wynikiem wyboru określonych słów przez większość, a zatem można tylko mówić o kolektywnym wyborze, nie o intencji ustawodawcy. Oznacza to, że sądy powinny raczej poprawnie odnosić się do słów zawartych w akcie, a nie skupiać się na poszukiwaniu nieistniejącej intencji. Ponadto zakazuje sędziom tworzenia prawa przez ograniczanie narzędzi umożliwiających odejście od interpretacji w duchu powszechnego znaczenia (Breen 2000, 279).

Do przedstawionych założeń Breen wprowadza innowację w postaci koncepcji analogii między sposobem interpretacji umów i ustaw. Twierdzi, że Konstytucja i ustawy powinny być interpretowane dokładnie w taki sam sposób, w jaki interpretowane są umowy występujące w obrocie prawa. Przyjmując założenie o istnieniu owej analogii, Breen stara się przeforsować pogląd, że interpretacja ustaw ma przebiegać analogicznie jak interpretacja umowy (Barak 2004, 278). Przekonuje, że „do analizowania umów występujących w obrocie prawa wystarczają słowniki, ustawy i komentarze. Pozostałe źródła, takie jak zasady ogólne prawa czy też prawa człowieka nie wiążą interpretatora i nie powinny być stosowane w poszukiwaniu znaczenia tekstu prawnego. Kontekst tekstu ma zakończyć się na zapisanym tekście” (Barak 2004, 278). W ten sam sposób powinna być dokonywana interpretacja ustaw, gdyż – konkluduje – „tylko taka jest zgodna z zasadą państwa prawa i intencją Ojców Założycieli” (Barak 2004, 278). Argument tekstualistów, że Konstytucja jest umową prawną i należy ją w taki sposób traktować oraz interpretować (sędziowie powinni stosować te same techniki interpretacyjne co prawnicy interpretujący umowy (Minelli 2007, 1), bowiem tak postrzegali Konstytucję Ojcowie Założyciele) jest dla intencjonalistów niedorzeczny. Dla nich z pewnością była ona umową między państwami i w związku z tym Sąd Najwyższy, z historycznych względów, powinien stosować interpretację kontraktową

– w opozycji do innych kanonów interpretacji. Tekstualna filozofia interpretacji ustawy, jak starają się przekonywać jej zwolennicy, wygrywa z innymi teoriami, ponieważ tylko ona nadaje się do interpretacji umowy międzynarodowej, jaką w pewnym sensie była także Konstytucja. Po pierwsze, analizując traktaty, uznając je za źródła prawa federalnego, rozpatrujemy słowa w nich zawarte, a nie intencje. Po drugie, historia legislacyjna danego aktu jest niewiarygodnie podejrzana, Konstytucja natomiast wymaga jednomyślnej zgody.

Główny zarzut wobec nowego tekstualizmu dotyczy sytuacji, gdy interpretacja odnosi się do tekstu niejasnego lub dwuznacznego. Zdaniem oponentów, do poprawnej interpretacji nie wystarczają wówczas pomoce w rodzaju słowników. W sytuacjach niejasności tekstowej należy sięgać do intuicji językowej, a następnie do kontekstu. Zdaniem zaś zwolenników nowego tekstualizmu, wspomniane działanie ma na celu zapobieżenie przekroczeniu granic dyskrecjonalności sędziego i zagrożeń wynikających z doktryny *judicial review*, która zachęca do interpretacji kreującej nowe prawo, czego nie chcieli Ojcowie Założyciele. Ponadto kontekstowe interpretowanie Konstytucji zakłóca prawidłowy proces interpretacji, którego celem jest zrekonstruowanie prawa uchwalonego przez Ojców Założycieli (Minelli 2007, 284). Oznacza to, że głównym celem interpretacji jest odśzukanie rozsądnego znaczenia prawa, przywrócenie jego rozumienia z czasów, gdy było tworzone.

Argumenty krytyczne, postawione nowemu tekstualizmowi, posłużyły do stworzenia jego kolejnej odmiany. Andrei Marmor w pracy *The Immorality of Textualism* podkreślił, że – zgodnie z ogólnymi zasadami interpretacji – poszukiwanie poprawnego znaczenia danego pojęcia nie powinno się ograniczać do ustalenia jedynie zwykłego, literalnego znaczenia (*the plain literal meaning*), dlatego tekstualizm nie sprawdza się w większości przypadków (Marmor 2005, 3). Co gorsza, w niektórych kręgach doktryna tekstualizmu łączona jest z poglądami neokonserwatystów⁷ i choć zabieg łączenia metod interpretacji z określonymi poglądami politycznymi nie powinien dziwić, to jednak w przypadku tekstualizmu połączenie to dyskredytuje go w oczach oponentów. Taka korelacja nasuwa bowiem wniosek o wyższości sędziego nad tekstem i możliwości tworzenia przez niego prawa (Marmor 2005, 3). Sędzia jednak powinien pozostać, w opinii Marmora, z dala od doktrynalnego zaangażowania, gdyż fundamentalne założenie tekstualizmu stanowi, że interpretator nie może tworzyć prawa. Marmor zarzuca zatem sędziom tekstualistom polityczny charakter decyzji. Przekonuje, że nowy tekstualizm stał się narzędziem w rękach sędziów usiłujących przeforsować swoje poglądy polityczne za pomocą interpretacji prawa, co czyni go w konsekwencji złudnym i niemoralnym (Strauss 2008, 19).

⁷ Marmor odnosi się tu do pojęcia nowych konserwatystów w sposób bardzo ogólny. Jego intencją jest wskazanie jedynie współczesnych politycznych tendencji, występujących w Sądzie Najwyższym (Marmor 2005, 3).

Opozycyjne stanowisko wobec takiego tekstualizmu przyczyniło się do wskazania kolejnych odmian tej metody (Strauss 2008, 1). Maromor wyróżnia tekstualizm negatywny (*negative textualism*), który w swych głównych założeniach zakazuje odwoływania się do intencji ustawodawcy oraz historii legislacyjnej aktu prawnego w poszukiwaniu poprawnej interpretacji (Strauss 2008, 1) oraz tekstualizm pozytywny (*positive textualism*), który również zakłada odrzucenie jako źródła interpretacji intencji ustawodawcy oraz historii legislacyjnej aktu prawnego, przyjmuje jednak, że interpretacja powinna polegać na poszukiwaniu oryginalnego znaczenia języka (*ordinary meaning of language*)⁸. Warto dodać, że powielane w literaturze koncepcje Marmora przyczyniły się do utożsamiania oryginalizmu z tekstualizmem. Semantyczne rozróżnienie tych dwóch metod znalazło się dopiero w pracach Aharona Baraka.

W literaturze funkcjonuje również odmiana z rzadka utożsamiana ze starym tekstualizmem, gdyż broni ścisłej interpretacji. Jest to kontekstualizm (*contextualism*), zwany czasem ścisłym konstruktywizmem (*stricte constructionism*) (Schwartz 2001, 2). Odróżnienie tekstualizmu w powszechnym znaczeniu od ścisłego konstruktywizmu nie jest proste⁹. Można tego dokonać, wskazując różnice między nimi, a te występują w dwóch aspektach. Pierwszy dotyczy techniki badania tekstu, część analizy ścisłego konstruktywizmu, odnosi się bowiem tylko do pojedynczych słów, podczas gdy tekstualizm bada znaczenie pojęć, użytych w całym tekście. Ponadto ścisły konstruktywizm poszukuje znaczenia pojedynczych słów, by następnie z nich budować znaczenie całych wyrażen, stosując się do zasad gramatycznych i tekstowych kanonów interpretacji tekstualizmu. Tekstualizm zaś nie tylko analizuje znaczenia słów, lecz także bada zwroty, paragrafy, zdania, stanowiące niepodzielne części tekstu (Scalia 1997, 23). Drugi aspekt dotyczy koncepcji znaczenia. Kontekstualizm zakłada, że interpretacja powinna polegać na stosowaniu prostego znaczenia tekstu opartego na dosłownych definicjach, umiejscowionych w każdym wyrażeniu, gramatyce i interpunkcji. Proste znaczenie słów jest oparte na ich definicjach słownikowych i wspólnym użytkowaniu w czasie, w którym tekst był włączony do Konstytucji. Jonathan O'Neil, broniąc koncepcji ścisłego konstruktywizmu, przedstawił trzy jego rodzaje: zamknięty tekstualizm (*clause-band*), który zawęża interpretację do części badanego tekstu, bez odniesienia się do jego całości; strukturalizm (*structuralist*), który analizuje jako całość pojedyncze artykuły Konstytucji oraz tekstualizm celowościowy (*purposive*), który szuka znaczenia podstawowego całych artykułów albo całego tekstu (O'Neill 2007, 4).

⁸ Takie analizy przyczyniły się do błędnego utożsamiania tekstualizmu z oryginalizmem, o czym w kolejnym rozdziale pracy.

⁹ Zdaniem sędziego Scalii, najlepiej uwydatnia tę różnicę sprawa *Smith v. United States*, którą rozstrzygał Sąd Najwyższy w 1993.

Kolejny rodzaj tekstualizmu, zwany purpozytywizmem (*purpositivism*) zakłada, że jedyną prawidłową drogą ustalania poprawnego znaczenia tekstu prawnego jest przyjęcie interpretacji celowościowej (*purposive interpretation*) (Barak 2004, 285). Oznacza to, że interpretacja polega na odnalezieniu celu interpretacji (*a goal of interpretation*) przy jednoczesnym założeniu, że poszukuje się obiektywnego znaczenia tekstu prawnego (*objective meaning*). Różnica między nowym tekstualizmem a purpozytywizmem polega zatem na tym, że purpozytywizm poszukuje najbardziej pragmatycznego znaczenia tekstu, wykorzystując podczas interpretacji różne źródła kontekstowe (Manning 2006, 110), natomiast nowy tekstualizm ogranicza się do poszukiwania zwykłego, powszechnego znaczenia, posiłkując się podczas interpretacji ściśle określonymi źródłami¹⁰. Stąd też nasuwa się wniosek, że subiektywne podejście interpretatora do tekstu prawnego nie odgrywa w purpozytywizmie większego znaczenia. Purpozytywizm, jak wskazuje sama nazwa, nastawiony jest na cel i nie liczy się ze środkami czy metodami, służącymi do jego osiągnięcia, liczy się tylko ostateczny rezultat. Sędzia nie jest związany dyskrecjonalnością, lecz ma za zadanie wybrać i odszukać znaczenie, stosując jedynie najlepszy cel do uzyskania najbardziej pragmatycznego znaczenia prawa (Barak 2004, 288).

W kontekście przedstawionych rodzajów tekstualizmu wydawać się może, że nie doczeka się on spójnej i koherentnej definicji. Mimo problemów związanych z chaosem pojęciowym, występującym w całej amerykańskiej jurysprudencji, sędzia Sądu Najwyższego Antonin G. Scalia podjął się usystematyzowania tez tekstualizmu, znajdujących się w wielu publikacjach i stworzył spójną koncepcję, stanowiącą wyraz jego spojrzenia na interpretację Konstytucji. Przez lata wydawania decyzji sędzia wypracował własny model tekstualizmu, który opisał częściowo w głośnym artykule *Originalism: The Lesser Evil*, a następnie w pracy *A Matter of Interpretation*. Chcąc przedstawić swoją teorię interpretacji, Scalia posłużył się zabiegiem dość często spotykanym w amerykańskiej jurysprudencji. Zbudował swoją teorię na podwalinach innej krytykowanej metody, czyli intencjonalizmu. Zabieg ten był konieczny, ponieważ – jak podkreśla Scalia – w amerykańskiej jurysprudencji nie ukształtowała się jednolita nauka o interpretacji ustaw, stąd też amerykańskie sądy nie dysponują koherentną i stosowaną w praktyce teorią interpretacji ustawowej (Scalia 1997, 14). Taki stan rzeczy utrudnia usystematyzowanie jakiegokolwiek teorii interpretacji, dlatego sędzia, budując swoją teorię, poszukuje zasad prawidłowej interpretacji w poglądach Federalistów oraz Ojców Założycieli.

Jego zdaniem, zarówno Aleksander Hamilton, jak i James Madison powinni stać się autorytetami w kwestii interpretacji Konstytucji wcale nie dlatego, że są uważani za Ojców Założycieli, ale dlatego, że opisywali w „Federaliście”

¹⁰ Przedstawicielem takiego pragmatycznego podejścia do interpretacji jest, zdaniem Baraka, Richard Posner.

dokładne znaczenie słów i fraz, zawartych w Konstytucji. Ich pisma stanowią pewien rodzaj komentarza do Konstytucji i należy z nich korzystać podczas interpretacji. Federaliści, zdaniem Scalii, jako nieliczni przedstawiali w swoich esejach prawdziwe oryginalne znaczenie pojęć zawartych w Konstytucji (Scalia 1997, 38). Zatem, prezentując swoją koncepcję, poddaje krytycznej analizie intencjonalizm, którego fundamenty są oparte na koncepcji poszukiwania intencji ustawodawczej (Scalia 1997, 16). Neguje przy tym pogląd o nadrzędności intencji Ojców Założycieli w procesie interpretacji, gdyż – jego zdaniem – interpretacja nie powinna skupiać się na poszukiwaniu tzw. oryginalnej intencji osób tworzących Konstytucję (Scalia 1997, 38). Z przeprowadzonych badań Scalia wysnuł wniosek, że konieczność poszukiwania intencji ustawodawcy jest niekompatybilna z kilkoma przyjętymi regułami interpretacji, które zostały powszechnie zaakceptowane w środowisku sędziów. Jedną z tych reguł dotyczy zakazu poszukiwania znaczenia tekstu jasnego. Oznacza to, że w sytuacji jasności tekstowej sędzia nie może skupiać się na intencji ustawodawcy (Scalia 1997, 16). Intencjonalizm, zdaniem Scalii, trudno zakwalifikowany jako metodę interpretacji, gdyż jest niezgodny z regułą interpretacyjną, odnoszącą się do tekstów dwuznacznych. Jak już podkreślano, intencjonalizm w razie dwuznaczności aktu nakazuje odwołanie się do subiektywnej intencji ustawodawcy i włączenie w nią historii legislacyjnej aktu. Natomiast, zgodnie z ogólnymi założeniami interpretacji, o których pisał już William Blackstone (Tomza 2014, 125), w procesie interpretacji należy skupić się na poszukiwaniu jedynie obiektywnej intencji prawodawcy. Jak podkreśla Scalia, sędziowie nie szukają subiektywnej intencji ustawodawcy, szukają czegoś w rodzaju bezstronnej, obiektywnej intencji (*objectified*), czyli takiej, którą każda rozsądna osoba mogłaby wywnioskować z tekstu prawnego. Odwołuje się do komentarzy Joela Prentissa Bishopa, który pisał, że „trzeba szukać takiego znaczenia, którego przedmiot prowadzi do zrozumienia zamiarów ustawodawcy” (Scalia 1997, 17).

Takie podejście do tekstu zostało przyjęte jako zabezpieczenie zasad demokratycznego porządku prawnego. Jest zatem oczywiste, że w celu ustalenia obiektywnego znaczenia prawa należy poszukiwać właśnie tego obiektywnego znaczenia, gdyż ideą Konstytucji jest to, że rząd jest rządem praw, nie ludzi (ludzie mogą mieć różne intencje, ale nie wiąże nas ich wola, tylko prawa). W rzeczywistości jedni dążą do obiektywnej sądowej interpretacji, inni poszukują intencji zgodnej z ich pragnieniami. Dlatego poprawna interpretacja musi polegać na wyciągnięciu logicznego wniosku co do prawdziwego znaczenia pojęcia przedstawionego w ustawie i udzielenia odpowiedzi na pytanie, co ustawodawca chciał wprost przekazać, bez zastanawiania się nad intencją czy zamiarem. To właśnie ta cecha *common law*, jak podkreśla, zapewnia doskonałość systemu prawnego i gwarantuje zachowanie zasad państwa demokratycznego. Jak podaje za Deanem Ladisem, „poważnym grzechem (w interpretacji) jest dopuszczenie intencji ustawodawcy” (Scalia 1997, 18). Branie pod uwagę intencji ustawodawcy

to cel aktywistów, którzy dążą do tego, by interpretować tekst swobodnie, wykraczając poza jego granice. Tekstualizm natomiast, jako koherentna i zrozumiała teoria (*intelligible theory*), dająca proste i jasne wskazówki interpretacji, wypełnia w pewnym zakresie lukę w nauce interpretacji ustaw¹¹. W takim zaś ujęciu Scalia nazywa swoją koncepcję ścisłym tekstualizmem (*stricte textualism*), gdyż – jak twierdzi – ten rodzaj odrzuca wszelkie narzędzia wskazane w innych sposobach interpretacji. Co więcej, właśnie dlatego – dodaje – tekstualizm w tej wersji stanowi „wspaniałą doktrynę interpretacji, w której sama interpretacja i stosowanie jej zasad jest oczywiste” (Scalia 1997, 23). Dzieje się tak, ponieważ tekstualizm skupia się na tekście i kontekście słów w nim zawartych, w powszechnym znaczeniu, w czasie tworzenia tekstu. Jednak, jak wskazuje dalej, prosty tekstualizm jest wadliwy w sytuacji, gdy tekst ustawy jest dwuznaczny i niezrozumiały. Stąd też dochodzi do wniosku, że tekstualizm stanowi właściwą metodę interpretacji tylko wtedy, gdy w tekście nie występują dwuznaczne określenia i nie odbiegają one od ustanowionego oryginalnego znaczenia tekstu. Podstawowym celem tej metody interpretacji Konstytucji jest oddanie zamysłów Ojców Założycieli, którzy za podstawę systemu prawa uznali Monteskiuszowskie zasady, połączone z zasadami starożytnego¹² systemu tworzenia prawa przez sędziów¹³. Scalia, analizując poglądy Madisona, za szczególnie istotne uznał opinie związane z rolą sędziów i tworzeniem prawa w starym systemie *common law*. Jego zdaniem, „sędziowie częściej odkrywają prawo niż je tworzą” (Scalia 1997, 39). W dochodzeniu do ustalenia poprawnego znaczenia w procesie interpretacji, jak podkreśla, „najważniejsza jest zasada, by nie doszukiwać się dziury w całym” (Scalia 1997, 37–38).

¹¹ Nauka interpretacji ustawowej w Stanach Zjednoczonych jest, z jednej strony, traktowana jako odrębna dziedzina jurysprudenencji, a z drugiej – jako luźne tezy, zapisane w pracach teoretyków i praktyków stosujących prawo.

¹² Starożytny oznacza tu odwołanie się do zadawnionych i uznanych fundamentów *common law*.

¹³ W eseju 47. Madison przedstawia pogląd, że „skupienie wszystkich władz: ustawodawczej, wykonawczej i sędziowskiej w tych samych rękach – czy to w rękach jednego człowieka, czy kilku, czy wielu, czy będzie to władza dziedziczna, samowładna, czy pochodząca z wyborów, może być słusznie uznane za definicję tyranii. Gdyby Konstytucja federalna była słusznie obciążona zarzutem tego kumulowania władzy, albo mieszania władz, mającego niebezpieczną tendencję do takiego kumulowania, nie byłyby już potrzebne dalsze argumenty, aby wzbudzić powszechne potępienie systemu. Przekonuję jednak sam siebie, że dla każdego będzie to oczywiste, iż takie oskarżenie nie może być podtrzymane, i że zasada, na jakiej się opiera, jest całkowicie błędna i źle zastosowana. Aby sformułować poprawnie poglądy na ten ważny temat, właściwe będzie zbadanie sensowności tego, że zachowanie wolności wymaga podziału i odrębności władz” (Quinn 1999, 127). Jak twierdzi Scalia, Madison powołuje się tu na Monteskiusza i jego podział władz, co oznacza, że sędzia raczej powinien odkrywać prawo, a nie je tworzyć. Powołując się na wypowiedź Roberta Rantoula z 1836 r. dodaje, że „sądy nie mogą sobie usurpować władzy ustawodawczej, co jasno wynika z Bill of Rights” (szerzej: Scalia 1997, 10).

Koncepcja Scalii stała się, rzecz jasna, przedmiotem analizy i krytyki innych przedstawicieli nauki prawa. Michael Gerhardt w *A Tale of Two Textualists: A Critical Comparison of Justice Black and Scalia* zarzuca jej, przede wszystkim, polityczny charakter. Stawia tezę, że sędzia Hugo Black, mianowany przez Roosevelta, jeden z najbardziej wpływowych sędziów Sądu Najwyższego w XX w., sprzyjał rozwojowi aktywizmu dlatego, że wspierał liberalne programy polityczne (Gerhardt 1994, 25). Scalia zaś, propagując konserwatywne poglądy, tworzy zasłonę dla prawdziwej idei, jaką jest wspieranie tekstualizmu. W celu udowodnienia tej tezy Gerhardt stara się znaleźć cechy wspólne, charakterystyczne dla obu sędziów. Jako pierwszą wyróżnia posługiwanie się przez nich tekstualizmem jako formą zasłony prawdziwej interpretacji, dokonywanej w duchu poszukiwania obiektywnego znaczenia (*objective meaning*). Gerhardt stwierdza, że żaden z nich nie stosuje się do najważniejszej zasady tekstualizmu, a więc nie uznaje zasady związania jedynie tekstem w procesie interpretacji. Choć ich poglądy różnią się znacznie, to wskazują na dwa łączące ich metodologiczne podobieństwa. Po pierwsze, w opinii obu niepohamowana władza sędziowska jest zagrożeniem dla demokratycznych wartości oraz świętych zasad zawartych w Konstytucji. Po drugie, obaj przyznają, że najważniejszą zasadą, w oparciu o którą powinna być dokonywana interpretacja, jest zasada wierności Konstytucji (Scalia 1997, 28), chroniąca wyrażone w niej wartości demokratyczne. Jak zatem wytłumaczyć fakt, że obaj sędziowie nazywają siebie tekstualistami, mimo że ich teorie nie do końca są zbieżne z jego założeniami. Otóż sprawa jest bardzo prosta – wyjaśnia Gerhardt – bowiem w sytuacji, gdy tekst jest jasny, naczelną wyznawaną przez nich obu zasadą będzie związanie tekstem i poszukiwanie jego zwykłego znaczenia. Gdy tekst nie jest jasny, zawiera w sobie pojęcia w opinii sędziów niedookreślone, należy skupić się na poszukiwaniu jego oryginalnego znaczenia (Scalia 1997, 29). Nikt jednak dotąd nie podjął się nawet próby zdefiniowania tego pojęcia, a zatem obaj sędziowie, konkluduje, „wykorzystują swoją władzę do politycznej manipulacji prawem. Każde bowiem wydane w tym znaczeniu orzeczenie będzie zawierało w sobie intencje polityczne” (Gerhardt 1994, 25–26).

Pozostali krytycy również zarzucają koncepcji Scalii polityczny charakter i podkreślają, że prawdziwym celem sędziego nie jest stworzenie teorii interpretacji Konstytucji, ale wyegzekwowanie zasady nadrzędności władzy wykonawczej nad sądowniczą. W związku z tym interpretator jawi się tu jako wierny agent Kongresu, nie zaś jako sędzia skupiony jedynie na tekście prawnym.

Scalia odpira te zarzuty i twierdzi, że w połowie ubiegłego wieku amerykańska teoria polityczna była zdominowana przez zjawisko sędziego-eksperta. Agencje i ich agenci pojawiali się w związku z inną sytuacją. Otóż, jak wyjaśnia, w świetle Konstytucji cała władza wykonawcza Stanów Zjednoczonych powinna znajdować się w rękach prezydenta, jednak Kongres utworzył liczne agencje, które mu nie podlegały. Dyrektorzy tych agencji nie mogli zostać usunięci z urzędu (wyjątkowo jedynie z powodu popełnionego przestępstwa). Owe „niezależne

agencje wykonawcze” składały się z trzech lub więcej członków (nie więcej niż „niewielka większość” mogła się wywodzić z tej samej partii politycznej), wyznaczanych na rotacyjne kadencje, nie pokrywające się z pięcioletnią kadencją prezydenta. Intencją była próba oddzielenia polityki od ekonomii. Projekt ten jednak poniósł wielką porażkę z dwóch powodów. Po pierwsze, eksperci z zakresu telekomunikacji lub transportu nie potrafili udzielić ani dobrych, ani złych odpowiedzi. Każda z nich łączy się z preferencjami społecznymi i wymaga procesu politycznego. Druga przyczyna porażki agencji wynika z faktu, że niemożliwe jest całkowite odseparowanie polityki od decyzji taktycznych, podejmowanych przez ekspertów. Jak powiedział Scalia, oddzielenie polityki od poglądów społeczeństwa jest niemożliwe. „Wobec realiów demokracji amerykańskiej agencje do końca dwudziestego wieku zaczęły upadać, choć idea sędziego-eksperta przetrwała w umysłach obywateli Stanów Zjednoczonych” (Scalia, *Mulłowie...*). Z czasem jednak przekształciła się w wiarę w sędziego-moralistę. Skoro nie można było uzyskać poprawnej odpowiedzi na pytania w kwestiach technicznych, zaczęto poszukiwać jedynych odpowiedzi w kwestii moralności. Miały dotyczyć pytań typu: „Czy kobieta posiada naturalne prawo do aborcji? Czy społeczeństwo ma prawo odebrać człowiekowi życie za popełnione przez niego przestępstwo? Czy jest niesprawiedliwością to, że małżeństwa osób przeciwnej płci są dozwolone, ale małżeństwa osób tej samej płci już nie i co za tym idzie, w terminologii amerykańskiej Konstytucji, stanowi odmowę równej ochrony?”.

Zdaniem Scalii, te pytania odnoszą się do sfery moralności, a wąsko rzecz ujmując – do praw człowieka, a w związku z tym istnieją albo dobre, albo złe odpowiedzi. Scalia wyraża wiarę w prawo naturalne, podkreślając, że inaczej rozumie problem „nakazów prawa naturalnego”. Nie ma, jego zdaniem, w dziedzinie moralności żadnego eksperta, jednak sędzia ma własne sumienie i w zgodzie z nim orzeka, co jest słuszne, a co niesłuszne. Sędzia dokonujący uzasadnienia decyzji w zgodzie z własnym sumieniem staje się poniekąd ekspertem z dziedziny moralności unikając nacisków społecznych, relatywizacji czy tzw. abstrakcyjnej moralności. W Stanach Zjednoczonych mechanizm polityzacji odnosi się do procesu wyznaczania i zatwierdzania sędziów, w szczególności federalnych (w tym sędziów Sądu Najwyższego), którzy są nominowani przez prezydenta, a później zatwierdzani przez Senat. Każdy republikański kandydat na prezydenta, począwszy od Richarda Nixona, narzekał na aktywizm Sądu Najwyższego i obiecywał wyznaczenie sędziów, którzy wierzą w „sędziowską spolegliwość”. Każdy demokratyczny kandydat na prezydenta, od Michaela Dukakisa, obiecywał nominowanie sędziów, którzy utrzymają rozstrzygnięcie w sprawie *Roe v. Wade*, będącej znakiem aktywizmu sędziowskiego. Konflikt narastał, począwszy od sądu apelacyjnego, gdy demokraci nie zgodzili się na nominatów, co do których wiedzieli, że nie poprą tego wyroku. Świadczy to o tym, że kryterium wyboru sędziów stają się, zamiast zdobytych kwalifikacji, poglądy polityczne. Sędzia, taki jak Scalia, o poglądach oryginalistycznych, nie zostałby wybrany

do sądu apelacyjnego, a 23 lata temu był nominowany do Sądu Najwyższego głosami 98–0. Zmiana, jaka zaszła wyraża się nawet w terminologii, obecnej w debatach nad zatwierdzeniem sędziego. Senat poszukuje „umiarkowanych” sędziów – sędziów z „głównego nurtu”. Idea sędziego-moralisty, zdaniem Scalii, zrodziła się wraz ze zmianą zapatrywania się na kształt ustaw, w szczególności zasadniczych. Do niedawna, jak zauważa, ustawy i Konstytucja uważane były za statyczne, zaś znaczenie niejasnych przepisów, takich jak prawo do „poszanowania życia prywatnego” czy „równej ochrony”, były uważane za prawa łatwe do ustalenia. Nie było trudno stwierdzić, czy w świetle amerykańskiej Konstytucji istniało prawo do aborcji lub wspomaganego samobójstwa. Wszystkie te czyny w chwili uchwalania Konstytucji stanowiły przestępstwo.

W drugiej połowie XX w. nastąpiła jednak zmiana podejścia do konstrukcji statycznego prawa, czego efektem były narodziny pojęcia „żyjącej Konstytucji” (*living constitution*). Na jej podstawie, poczynawszy od klauzuli dotyczącej zakazu stosowania okrutnych kar, zawartej w 8. poprawce, Sąd Najwyższy zaczął rozszerzać inne pojęcia i rozwinął doktrynę głoszącą, że znaczenie Konstytucji może się z czasem zmieniać, aby pozostawać w zgodności z „ewoluującymi standardami przyzwoitości, które cechują postęp dojrzewającego społeczeństwa”. W zgodzie z rosnącym przekonaniem o szczególnym charakterze moralizatorskim sędziów, to oni zyskali możliwość orzekania, kiedy mamy do czynienia z ewolucją i kiedy ewolucja sprowadza się do postępu. Zdaniem Scalii, tkwi w tym podejściu fundamentalny błąd. Nie ma bowiem takiego prawnika, który mógłby stać się ekspertem w dziedzinie moralności. Żaden sędzia nie ma takich kwalifikacji, by udzielać ludziom odpowiedzi w kwestii rozmaitych stanowisk politycznych, ekonomicznych, a tym bardziej moralnych. Wnioski z tego płynące zmierzają do udowodnienia tezy, że tak jak niemożliwe jest oddzielenie polityki od ekonomii, tak niemożliwe jest oddzielenie prawa od polityki, zwłaszcza na szczeblu Sądu Najwyższego, który dokonuje interpretacji ustawy zasadniczej, czyli aktu wynikającego z uzyskanego „kompromisu politycznego”. Zgodnie z tym, co powiedział Scalia, „Każda ustawa, która trafia do procesu sądowego jest do pewnego stopnia dwuznaczna. Każde zagadnienie prawne – kontynuuje – które rozwiązuje sędzia federalny, pociąga za sobą interpretację tekstualną tekstu zarządzeń, ustaw czy Konstytucji. W ten sposób szeroko dziś dyskutowana problematyka poprawnej interpretacji zasługuje na szczególną uwagę i miano nowej «nauki» prawa” (Scalia 2009, 26).

Scalia twierdzi, że w szerokim ujęciu wszyscy są tekstualistami – nawet sędziowie bez tekstualnych przekonań. Każdy bowiem interpretator tekstu zaczyna swoją pracę od zbadania słów zawartych w tekście prawnym, by dokonać analizy powszechnego znaczenia. Dopiero po ustaleniu istniejących niejasności czy dwuznaczności sędzia wykonuje kolejny krok – dokonuje interpretacji w zgodzie z własnymi preferencjami (Scalia 2009, 26). Jak zatem podkreśla Scalia, jeśli jakakolwiek metoda interpretacji mogłaby wygenerować ideologię interpretacji,

czy to konserwatywną, czy liberalną, to z pewnością nie będzie to tekstualizm. Jako metoda interpretacji tekstualizm jest czystą techniką odczytywania znaczenia słów (Scalia, Garner 2012, 53–54). Ujęcie tekstualizmu w taki sposób daje wszak podstawy do osądzenia, że każdy sędzia jest tekstualistą, bo każdy najpierw zaczyna interpretację od analizowania, czy tekst wymaga dodatkowych zabiegów interpretacyjnych.

Reasumując, tekstualizm w omawianym ujęciu należy traktować jako pierwszy etap interpretacji. Pogląd ten ściśle wiąże się z przekonaniem, że interpretacja Konstytucji jest elementem formalizmu sądowego, zawierającego w sobie powszechne reguły interpretacji, zwane kanonami interpretacji (*canons of construction*), które – jak Scalia podkreśla – są regułami łacińskimi, mocno zakorzenionymi w tradycji prawa. Jedną z nich jest reguła *expressio unius est exclusio alterius*, która oznacza, że włączenie jednego jest wykluczeniem czegoś innego. Dokładnie opisuje tę zasadę, posługując się następującym przykładem: „Jeśli widzimy napis, że dziecko poniżej dwunastego roku życia nie musi płacić za wstęp (np. do kina), to nie musimy w tej sytuacji pytać, czy dziecko trzynastoletnie musi płacić” (Scalia, Garner 2012, 53–54). Inną zasadą jest reguła *noscitur a sociis*, która literalnie odczytana znaczy ‘poznaje się go po kompanach’ (Scalia, Garner 2012, 26). Ta jedna z najważniejszych zasad interpretacji oznacza, że znaczenie słów wydobywa się z tych, które znajdują się wokół. Obrazując tę zasadę, Scalia podaje następujący przykład: „Jeśli mówisz mi, że wzięłeś łódź z zatoki, rozumiem, że z jednej zatoki, jeśli zaś powiesz mi, że zakotwiczysz w zatoce, to zrozumiem, że w innym miejscu” (Scalia, Garner 2012, 26). Kolejnym kanonem, który wydaje się bardziej specyficzny jest reguła *eiusdem generis*. Znaczy ona tyle, co ‘z tego samego gatunku’ (*of the same sort*) (Scalia 1997, 26). Opiera się na stwierdzeniu, że jeśli tekst składa się z wielu pozycji, to należy interpretować pojęcia tak, jak gdyby pochodziły z tego samego rodzaju co główne określenia. Przykładowo, gdy ktoś wyraża się za pomocą pojęć odnoszących się do określonego rzemiosła (np. szycia), należy założyć, że wszelkie pozostałe pojęcia należą do tego samego rodzaju. Kanony te zostały dodatkowo rozszerzone przez Karla Llewellyna przez dodanie zasady zaufania (*trust*) i zasady odpierania (*parry*). Llewellyn podkreślał, że nie istnieją inne kanony interpretacyjne poza wymienionymi (Breen 2000, 292) i każdy prawnik musi je uwzględniać, by poprawnie dokonać interpretacji. Przez zasadę zaufania rozumie stwierdzenie, że przepis prawny nie może wykraczać poza tekst ustawy (*a statute cannot go beyond its text*). Druga zasada wyraża się zaś w regule, że rezultat interpretacji może wykraczać poza tekst (*to effect its purpose a statute may be implemented beyond its text*) (Scalia 1997, 26). Oczywiście z tą zasadą Scalia nie do końca się zgadza, choć przyznaje, że bywa ona stosowana przez sędziów, czego przykładem jest orzeczenie w sprawie Kościoła Świętej Trójcy z 1892 r. (*Church of The Holy Trinity v. United States*). Ważniejszą sprawą oprócz wprowadzonej zasady odpierania jest wprowadzenie do kanonów interpretacji pojęcia zaufania, oznaczającego, że

słowa i zwroty, które otrzymały w procesie interpretacji przed wyrokiem określone znaczenie, muszą być w ten sposób rozumiane. Gdyby odnieść to jednak do zasady odpierania, należałoby ją rozumieć następująco: „nie można jednak tego robić, jeśli ustawa jasno nakazuje nadanie innego znaczenia” (Scalia 1997, 26).

Wymienione kanony wpisują się w tradycję *common law* i – co ważniejsze – dają jasne wskazówki, jak należy dokonywać interpretacji bez potrzeby tworzenia przeciwnych sobie znaczeń, które zakłócają proces ustalenia poprawnego znaczenia przepisu. Tekstualizm całkowicie poddaje się w swoich założeniach tym kanonom, może z wyjątkiem zasady odpierania, która choć nie jest poprawna, to jednak w swej istocie nie wprowadza mnożenia pojęć pochodzących z interpretacji. Zatem pojęcia, którym zostały nadane znaczenia w drodze interpretacji, powinny zachowywać ich pierwotne znaczenie (Scalia 1997, 27). Głównym atrybutem tekstualizmu w wersji Scalii jest więc rozdzielenie preferencji politycznych sędziów od procesu podejmowania decyzji w drodze interpretacji.

Mimo przytoczenia przez Scalię wielu argumentów teoretycznych na rzecz odrzucenia intencji ustawodawcy, niektórzy jego krytycy twierdzą, że poprawna interpretacja Konstytucji musi uwzględniać intencję twórcy tekstu. Prym w tej kwestii wiodą poglądy zwolenników koncepcji *reader – response – criticism*, które opierają się na przekonaniu, że znaczenie słów jest tylko tym, co mówi czytelnik do odbiorcy tekstu. Jak twierdzi Fish, „nie istnieje taki tekst, który posiada jedno znaczenie, a każdy ma tyle znaczeń, ile osób go przeczyta” (Fish 1990, 17). W artykule *Is There a Text in This Class?* czytamy: „nie istnieje nawet jedno słowo, ani jedno zdanie, które posiada znaczenie zamknięte i jednoznaczne” (Fish 1990, 17). Tekst powstaje dopiero w wyniku interpretacji. Ograniczać ją może jedynie moc przesądów i konwencji kulturowych, dotyczących danego pojęcia, które powodują, że redukujemy wieloznaczność pojęć i ustalamy dosłowne znaczenie. Efektem takiego myślenia stała się kolejna teza, która brzmi: znaczenie jakiegoś zdania nie jest funkcją znaczenia jego konstytutywnych części. Mówiąc inaczej, znaczenie nie może zostać formalnie skalkulowane, wyprowadzone z kształtu znaków na stronie czy też – aby postawić sprawę w najbardziej bezpośredni sposób – nie ma czegoś takiego jak znaczenie literalne, jeśli przez znaczenie literalne rozumie się znaczenie, które jest jasne bez względu na kontekst i bez względu na to, co znajduje się w umyśle mówiącego lub słuchacza, czy też znaczenie, które w związku z tym, że jest aprioryczne wobec interpretacji, może służyć jako pewne ograniczenie interpretacji (Fish 1990, 142). Teza o nieistnieniu znaczenia literalnego odnosi się głównie do nauk lingwistycznych i filozofii języka, implikacje są prawie nieograniczone, ponieważ „rozciągają się one na same rusztowania uniwersum, tak jak jest ono rozumiane przez osoby mające pewien typ umysłowości” (Fish 1990, 143).

Scalia, negując powyższy pogląd, podnosi, że każde czytanie tekstu może być twórcze i może nadawać mu nowe znaczenie dzięki interpretacji intencjonalnej. Takie założenie prowadzi jednak do zamieszania pojęciowego i podważa zasadę

stabilności prawa, której zwolennikami byli jego twórcy. Broniąc tych fundamentalnych zasad, Scalia kontynuuje tradycję sędziego Holmesa¹⁴, podtrzymując zasadę powszechnego znaczenia¹⁵. Holmes dał podwaliny teorii jurysprudencji sądowej, w której sędziowie zaledwie odkrywają prawo, a nie je tworzą. Każda próba stworzenia nowego prawa przez sędziego w takim ujęciu oznacza zamach na istniejący ład – oznajmia Scalia. Decyzje sędziowskie są odkrywaniem prawa (*discover law*), a nie jego tworzeniem (*make law*). Sędzia, odkrywając prawo, jest związany przede wszystkim znaczeniem danego języka. Ponadto może brać pod uwagę tylko obiektywne znaczenie słów (*objective indication of the words*), nie zaś intencję ustawodawcy (*intent of the legislature*) (Scalia 1997, 29). Historia legislacyjna aktu nie powinna być brana pod uwagę w procesie ustalania znaczenia Konstytucji. Tekstualizm zaś jako pomocna technika interpretacyjna, której głównym założeniem jest ograniczanie dyskrecjonalności sędziego ma powstrzymać przed tego rodzaju zamachami. Właśnie w wyniku obrony *status quo* – jak wskazuje Scalia – Sąd Najwyższy położył kres doktrynie *reader – response – criticism*, orzekając, że hipotetyczna jurysdykcja nie może poprzeć hipotetycznego orzeczenia. Prawo pochodzące od hipotetycznego autora jest hipotetyczne, a co za tym idzie nie istnieje. Stanowisko tekstualne natomiast ma oparcie w koncepcji zasad prawa państwa demokratycznego i żadna inna doktryna interpretacji nie spełnia wymogów stawianych przez zasady państwa prawa (*rule of law principles*) (Holmes 1899, 417). Klasycznym przykładem wykazującym niestałość i słabość intencjonalnej interpretacji – zdaniem Scalii – jest cytowane już orzeczenie w sprawie Kościoła Świętej Trójcy. Wynika z niego wyraźnie, że jeśli sędziowie, dokonując interpretacji, będą poszukiwali niekonkretnie wyrażonej intencji ustawodawcy, to otrzymają narzędzia do manipulacji prawem, w imię zasad tylko ich zdaniem prawidłowych (Holmes 1899, 417). Taka zaś sytuacja, w opinii sędziego, jest niczym innym, jak „zaproszeniem sędziów do tworzenia prawa” (Holmes 1899, 21). Sąd Najwyższy orzeczeniem tym dał przyzwolenie na sądowe tworzenie prawa, którego źródłem miała być interpretacja dokonywana z uwzględnieniem intencji ustawodawcy. Sędziom tworzącym prawo w takiej sytuacji wydaje się, że postępują rozsądnie, ale – jak to przedstawił Guido Calabresi w *A Common Law for the Age of Statutes* – „ustawy pochodzące z przeszłości są trudne do zmiany w drodze interpretacji”¹⁶. Zatem sądy powinny, w zgodzie z zasadami *common law*, postępować z duchem ustanowionego prawa. W tym zakresie Scalia zgadza się z sędzią Calabresi, którego zdaniem wiele decyzji wydanych z uwzględnieniem intencji prawodawcy zawierało ukryty cel. Intencja prawodawcy oddzielona od tekstu jest sposobem na nieuczciwe decyzje podjęte według uznania sędziego. Przykład sprawy Kościoła Świętej Trójcy właśnie na

¹⁴ Sędzia odwołuje się głównie do artykułu (Holmes 1899).

¹⁵ Sprawa *Erie R.R. v. Tomkins* z 1939 r. (Holmes 1899, 417).

¹⁶ Sędzia odnosi się do pracy (Calabresi 1982).

to wskazuje (Scalia 1997, 22). Zgadza się również z Holmesem¹⁷ co do zarzutu, że chęć poznania intencji ustawodawcy pochodzącej z przeszłości wpływa z nierozwagi, gdyż rozsądek powinien prowadzić do chęci poznania tego, co znaczą słowa ustawy (Scalia 1997, 38).

Sędzia Scalia dodaje do krytycznych argumentów jeszcze ten, że intencja nie wystarcza do zrekonstruowania powszechnego znaczenia (Scalia 1997, 11), a ponadto nie powinno się rozbudowywać sprawdzonego systemu *common law*. Nowe prawo jest w większej części prawem ustawowym, nie pochodzącym od Ojców Założycieli, a zatem lwia część norm i zasad pochodziła od ustawodawcy (Scalia 1997, 13). Stąd też dylemat poprawnej interpretacji nie jest spowodowany brakiem określonych narzędzi, które powinna dawać Konstytucja, bo w rzeczy samej je daje. Problem polega na tym, że narzędzia interpretacji, zawarte w Konstytucji, są jasno określone i niezawodne, ale są stosowane do tekstów niecodziennych, w których leży ów problem poprawnej interpretacji. Taki sam punkt widzenia interpretacji – przekonuje Scalia – prezentował sędzia Marshall w orzeczeniu *McCulloch v. Maryland*. Jego zdaniem, Konstytucja zawiera dokładne i szczegółowe wytyczne podziału przyznanej władzy oraz wskazania, czym dokładnie każda z nich ma się zajmować i do jakiego stopnia może wpływać na tworzenie norm prawnych (Scalia 1997, 37). Najgorsza sytuacja, za którą sędzia uznaje manipulację prawem, może zostać stworzona w efekcie interpretacji intencjonalistycznej. Intencja, jak pokazują współczesne ustawy, jest czymś czysto abstrakcyjnym, niedającym możliwości wybrania prawdziwego znaczenia z różnych znaczeń słów zawartych w prawie (Scalia 1997, 12).

Dlatego – argumentuje sędzia – jedynie tekstualizm, który na wielu polach już od czasów Madisonsa stanowi źródło dobrej interpretacji, powinien stać się głównym sposobem interpretacji. „Uczciwemu tekstualiście – przekonuje – powyższe reguły powinny wystarczyć do poprawnego obrazu interpretacji” (Scalia 1997, 12).

W konsekwencji Scalia dochodzi do wniosku, że oskarżanie tekstualizmu o zbyt wąską interpretację i ograniczanie jej do reguły powszechnego znaczenia jest bezzasadne. Z najistotniejszym bowiem problemem, wymagającym rozstrzygnięcia podczas interpretacji, czyli z tym, „jak wąska jest wąska interpretacja” (*how „narrow” is the narrow construction*) oraz jak daleko można się posunąć w interpretacji intencji ustawodawcy, jego zdaniem nie poradzi sobie lepiej żadna inna metoda (Scalia 1997, 24).

Odnosząc się do założeń intencjonalizmu, Scalia stwierdza, że bardziej niż tekstualizm, służy on sędziemu jako narzędzie nadużywania władzy, bowiem taki sędzia zasłania się filozofią języka (Nelson 2005a, 451). Według Scalii, sama

¹⁷ Jak stwierdził sędzia Robert Jackson, „nie szukamy znaczenia intencji, pytamy jedynie, co ustawa znaczy” (*we do not inquire what the legislature meant, we ask only what the statute means*) (Scalia 1997, 23).

natura prawa zaprzecza semantycznemu patrzeniu na tekst i nie powinno się kategorii lingwistycznych przekładać na proces interpretacji ustaw. Sędziowie Sądu Najwyższego nie mają żadnej teorii interpretacji ustaw, sądząc choćby po wypowiedziach sędziego Holmesa, który stwierdził, że nie istnieją słowa o jednoznacznych znaczeniach. Słowo, generalnie, ma kilka znaczeń, nawet w słowniku. Bez czystego rozróżnienia między znaczeniem a interpretacją (*meaning and interpretation*) wszelkie debaty na temat tekstualizmu czy intencjonalizmu szybko przechodzą w niezrozumiałe dyskusje, które prowadzą do niezgody i pomieszania pojęć (Duxbury 1997, 1). Dodatkowo problem komplikują aktualni ustawodawcy, którzy nie są zgodni w wielu kwestiach dotyczących znaczeń różnych słów i nie mają w wielu sprawach wspólnej intencji. A zatem hipotetyczny przeciętny czytelnik (*normal speaker of English*) może służyć jako pewnego rodzaju moderator prawa.

Odpowiadając na zarzut, że „słowa zawsze mają ograniczony zasięg znaczenia i żadna inna interpretacja wykraczająca poza ten zasięg nie jest możliwa”, Scalia ironicznie stwierdza, że „w interpretacji sądowej najważniejszą kwestią jest znaczenie języka, którym operuje Kongres” (Scalia 1989, 581 i 585). Zatem spór o znaczenie i zakres pojęcia konstytucyjnego dotyczy ostatecznie pytania, jaki jest dopuszczalny zakres sądzenia, wychodzący poza ustawowy tekst. Nowy tekstualizm odrzuca całkowicie możliwość wychodzenia w procesie interpretacji poza tekst ustawy i nakazuje kierowanie się zwykłym znaczeniem tekstu, rozumianego jak w chwili jego tworzenia oraz wykorzystanie koncepcji języka zamkniętego (Gizbert-Studnicki 1978, 75).

Biorąc pod uwagę przedstawione cechy tekstualizmu, należy stwierdzić, że tekstualizm jako koncepcja interpretacji może być utożsamiany z doktryną sądowego ograniczenia władzy. Zgodnie z jego założeniami, sędziowie nie mają żadnej władzy, by poodejmować szeroką, twórczą interpretację prawa. Narzędzia interpretacyjne są ściśle określone i działają hamująco na aktywistyczne zapędy sędziów, gdyż skonstruowane są na podstawie zasady wstrzemięźliwości sędziego.

Reasumując, choć tekstualizm ma wiele odmian, to funkcja każdej z nich polega na poszukiwaniu zwykłego znaczenia pojęć zawartych w Konstytucji, zgodnie z regułą zwykłego znaczenia. Oznacza to, że interpretacja dokonywana zgodnie z założeniami koncepcji intencji ustawodawcy stoi w opozycji do koncepcji zwykłego znaczenia, a zatem i tekstualizmu. Należy zatem stwierdzić, że intencjonalizm wywodzi się z grupy koncepcji popierających interpretację aktywną, o czym w kolejnych częściach.

2.3. Intencjonalizm jako krytyka tekstualizmu

Stanley Fish, twórca koncepcji *reader – response – criticism* twierdzi, że interpretacja nie jest zagadnieniem teoretycznym, tylko empirycznym, w związku z czym powinno się zaprzestać wszelkich sporów na temat jej istoty (Szajnert

2011, 2). To utopijne stwierdzenie nie znalazło akceptacji u żadnego badacza nauki o interpretacji, a dla autora stało się podstawą do zbudowania własnej koncepcji interpretacji, w której „interpretowanie zawsze i nieodzownie polega na ustalaniu intencji autora” (Fish 2005, 1). Intencja autora jest zatem, w opinii Fisha, kluczowym elementem w drodze do poprawnej interpretacji.

W amerykańskiej jurysprudencji rozważania Fisha stanowią bezsprzecznie największą teoretyczną przeciwwagę dla tekstualizmu. Jego koncepcja jest dopracowana, a tezy stawiane przez autora – perfekcyjnie uzasadnione. Fish przekonuje przede wszystkim, że w interpretacji najważniejsza jest zasada nieformalistycznego ujęcia wykładni prawa, która współcześnie jest popierana przez prawników praktyków. Zdaniem Fisha¹⁸, tekstualne podejście do tekstu prowadzi interpretatora do mylnych wniosków. Nie ma bowiem takiego jednoznacznego tekstu, choćby najlepiej określonego, którego nie można zmienić, a dzieje się tak dlatego, że identyfikacja intencji ze znaczeniem uniemożliwia obiektywną interpretację (staje się ona obiektem czegoś, co interpretator konstruuje). Tylko wtedy, gdy znaczenie jest osadzone w tekście, gdy jest ono faktem formalnym – stwierdza – można starać się wynaleźć metodę jego odczytywania (Fish 2002, 147). Co ważne, odwołuje się on do tekstów Johna Searle’a, który, opierając się na teorii znaczenia Paula Grice’a, ujął powyższy problem tymi słowami: „Każde zdanie można wypowiedzieć w dowolnym znaczeniu, przyjąwszy, że okoliczności umożliwiają żywienie stosownych intencji. [...] Oznacza to, że wyrażenie «mieć znaczenie» czyni się odniesieniem do jego znaczenia jako takiego, niezależnie od sposobu jego użycia. Jakikolwiek znaczenie zdania mogłoby być widziane jako produkt pewnego momentu usytuowania go w pracy interpretacyjnej, a ta nie byłaby ograniczona przez jakiekolwiek znaczenia, które słowa same (teraz jest to fraza bezsensowna) posiadają” (Fish 2002, 148). Ponieważ intencje – jak dalej przekonuje Fish – same mogą być poznane tylko na drodze interpretacji, znaczenia, które wynikają z ustalenia intencji będą zawsze podatne na krytykę, wynikającą z alternatywnych ustaleń (Fish 2002, 148). Sędzia Scalia popełnia więc błąd, tłumaczy Fish, odrzucając poszukiwanie intencji i znaczenia zapisu. Zamiar autora, zdaniem Fisha, nie jest dodatkiem do języka. To jest coś, co musi być przyjęte, by poznać język. Intencja jest pierwsza, zaś język i znaczenie drugie i dlatego tekstualizm nie może być metodą w sądowym stosowaniu prawa, ponieważ nie istnieje żaden przedmiot, żaden tekst, który został stworzony bez uprzedniej intencji. Stąd też nawet tekstualizm nie może oddawać wiernie znaczenia danego tekstu (Fish 2005a).

Na kanwie tez Fisha narodził się kolejny sposób interpretacji nazwany – od swych głównych założeń – intencjonalizmem. Początkowo intencjonalizm powstał jako krytyka tekstualizmu i jego założeń, wyrażających się w koncepcji

¹⁸ Stanley Fish twierdzi, że „Znaczenia, które wydają się wyraźne i literalne, są czynione takowymi przez skuteczne akty interpretacji a nie przez cechy języka” (Fish 2002, 150).

powszechnego znaczenia. Z czasem jednak, poszukując fundamentów dla własnej koncepcji znaczenia, czerpiąc z filozofii języka, stał się kolejną poważną metodą interpretacji Konstytucji. Inspiracją dla intencjonalizmu stały się również przekonania części sędziów Sądu Najwyższego, że intencja ustawodawcy jest czynnikiem warunkującym poprawną interpretację Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Następnie, w połowie XX w., wraz z pojawianiem się teoretycznych koncepcji tekstualizmu, uznano, że interpretacja dokonywana w duchu intencjonalnym powinna zostać uznana za podstawową zasadę interpretacji ustawowej, zaś samą metodę należałoby uznać za naukę, zwaną klasycznym intencjonalizmem (*classical intentionalism*). Wkrótce okazało się, że ten kierunek interpretacji Konstytucji ma zarówno zwolenników, jak i przeciwników. Przeciwno intencjonalnej interpretacji stanęli oczywiście zwolennicy tekstualizmu, którzy domagali się interpretacji w zgodzie z powszechnym znaczeniem, tak, by najważniejszym czynnikiem w procesie interpretacji było poszukiwanie znaczenia słów, rozumianych tak, jak były używane w czasie, gdy Konstytucja była uchwalana. Zwolennicy intencjonalizmu uznali zaś, że historia legislacyjna i tło społeczne regulacji prawnej Konstytucji powinny stać się nieodłącznymi elementami interpretacji, dzięki czemu proces ten zmusi sędziego do wysiłku poszukiwania odpowiedzi na pytanie, do czego zmierzał Kongres ustanawiając dane prawo. Uzasadnieniem takiego podejścia do interpretacji stało się przekonanie, że sędzia pełni rolę agenta Kongresu, a zatem interpretacja powinna skupiać się jedynie na odnalezieniu znaczenia, które członkowie Kongresu mieli na myśli (Fish 2005a). Argument ten tekstualiści całkowicie odrzucili, przyjmując, że najważniejsze w interpretacji jest odnalezienie znaczenia słów powszechnie rozumianych. Intencjoniści odrzucają to założenie, gdyż, jak podkreśla Frederick Schauer, odcinanie się od informacji o tekście prawnym i skupianie uwagi wyłącznie na powszechnym znaczeniu jest nieuzasadnione. Najwłaściwsze jest pytanie, które powinien stawiać sędzia podczas interpretacji, o najbardziej prawdopodobne znaczenie. Na przykładzie znaczenia słowa *CAT* Schauer zastanawia się, jak znaleźć najlepsze rozwiązania dla poprawnej interpretacji tego słowa (Schauer 1988, 509). Czy widząc to słowo, wiemy, że chodzi o kota domowego? A może chodzi o zdrobnienie od imienia *Katrine*? Wobec takiego postawienia sprawy, dokonując interpretacji, należy zastanowić się również, co kultura ma do powiedzenia na temat danego pojęcia (Greenawalt 1997, 1449). Aby interpretacja była poprawna, nie wystarczy zatem skupianie się na tekstualnym brzmieniu słów.

Kolejny intencjonalista, sędzia Stevens, proponuje, żeby w procesie interpretacji najważniejsze stało się odwołanie do intencji Kongresu, który stworzył Konstytucję. Uważa, że w domenie interpretacji ustawowej Kongres jest mistrzem. To on ma oczywistą władzę ustawodawczą. Ma prawo tworzyć ustawy i poprawiać wszelkie pomyłki z nich wynikające. Gdy zignorujemy ten cel Kongresu, będziemy działali na szkodę kraju. Autor przekonuje, że w celu uniknięcia absurdu

czy dwuznaczności, zawartych w tekście prawnym, sędziowie zawsze powinni rozważyć intencję legislatora w procesie interpretacji (Greene 2006, 1916).

Zwolennicy intencjonalizmu przekonują zatem, że sądy – w sposób wręcz uznany za tradycyjny – w trakcie interpretacji zawsze kierowały się pojęciem intencji ustawodawcy. Miały na celu uzyskanie sumy indywidualnych idei, opinii, z nastawieniem na poszukiwanie idei ustawodawcy (Eskridge 1987, 1479–1483). Stąd intencjonałści w trakcie interpretacji sięgają nie tylko do głównego tekstu, lecz także do przemówień politycznych, aktów historycznych, powszechnych reguł interpretacji oraz koncepcji zdroworozsądkowych, które częściej umożliwiają ustalenie zwykłego znaczenia, niż sam tekst ustawy (Nelson 2005b, 1). Tekstualiści zarzucają jednak intencjonalistom, że metoda ta została stworzona w celu obrony politycznych idei osób uchwalających prawo¹⁹.

Argumenty krytyczne intencjonalistów posłużyły do postawienia kolejnej tezy, że aktywna postawa sędziego jest potrzebna choćby po to, by ustalić intencję osób, które dany tekst tworzyły. Aktywizm, w rozumieniu Fisha, wyróżnia zwolenników doktryny „żyjącej Konstytucji”, którzy twierdzą, że nie muszą być związani „martwą ręką przeszłości”. Jak przekonuje, „jeśli odnajdując znaczenie szukasz odpowiedzi na pytanie [...] co chcę, żeby tekst znaczył, zamiast, co oni chcieli, żeby to znaczyło, to szukasz własnego znaczenia” (Fish 2002, 148). Konstytucja znaczy tyle, co intencja autorów. „Nie ma żadnej alternatywnej odpowiedzi w stylu: co sam tekst znaczy, ponieważ sam tekst nie istnieje. Nie istniałaby Konstytucja, gdyby nie Ojcowie Założyciele. Nie może też oznaczać wyrazów woli współczesnego społeczeństwa, bo żaden nakaz nie może znaleźć się w Konstytucji” (Fish 2002, 148). Jak podkreśla Fish, jedyne istniejące ograniczenia interpretacyjne są wymuszone przez ograniczony zasób narzędzi, jakimi dysponują interpretatorzy. Podnosi jednak, że „błędem byłoby dodawać czynniki ograniczające i tak już ubezwłasnowolnioną interpretację”²⁰. Dlatego też intencjonałści odrzucają redukcjonistyczne podejście do interpretacji (Matczak 2007, 181). Według nich, kluczem do właściwej interpretacji jest analiza intencji i historycznych

¹⁹ Lin, tak jak Scalia, za klasyczny przykład tekstualizmu uznaje wspomniane orzeczenie w sprawie *Church of the Holy Trinity v. United States*, 143 U.S. 457, 464 (1892) – zob. (Zeppos 1990, 1299–1300).

²⁰ Andrzej Szahaj wypowiada się o Fishu w ten sposób: „Lubię czytać Staneleya Fisha. W jego tekstach inteligencja idzie w parze z ironią, umiejętność przeprowadzania ścisłych rozmów filozoficznych z literackim talentem opowiadania. Nawet jeśli ich główne idee wydają się czasem oczywiste, to sposób ich przedstawiania wciąż pozostaje olśniewający. Fish jest niewątpliwie jednym z najbłyszczących teoretyków literatury i filozofów kultury ostatnich dekad. Trudno się więc dziwić, że stała się jego udziałem jedna z najbardziej spektakularnych karier naukowych, jakiej świadkiem był amerykański świat akademickiej humanistyki, on sam zaś stał się głównym bohaterem znanych i potocznych uniwersyteckich powieści Davida Lodge’a *Zamiana miejsc*, *Mały Świątek*, występując tam jako Profesor Morris Zapp, nieco cyniczny światowiec, sybaryta, weteran akademickich bojów, pozbawiony złudzeń znawca instytucjonalnych reguł rządzących światem uniwersytetów i karier akademickich” (Fish 2002, 13).

zamiarów Ojców Założycieli, położenie nacisku na ogólne rozumienie pojęcia „intencja”, odwołanie się do przykładów z życia codziennego (Colby, Smith 2009, 241). Jak twierdzi Fish, „koncepcja intencjonalizmu stoi w radykalnej opozycji wobec tradycyjnych metod interpretacji i opiera się na założeniu, że podczas procesu interpretacji to czytelnik (odbiorca), będąc reprezentantem jakiejś wspólnoty interpretacyjnej, ma jedynie znaczenie, bowiem znaczenie tekstu nigdy nie jest niezmiennie i dlatego nie może być podstawą do interpretacji” (Fish 2002, 148 i n.). W myśl tego stanowiska, intencjoniści krytykują tekstualistów, którzy analizują tekst bez jego „jądra”, czyli intencji. Taka interpretacja nie może być wiernym oddaniem znaczenia tekstu²¹. Z tych powodów, jak przekonują, należy bezsprzecznie uznać, że jedyną logicznie spójną metodą interpretacji Konstytucji jest intencjonalizm, gdyż zawiera nakaz odkrycia intencji oraz zamiarów jej autorów.

Tekstualiści nie zgadzają się z tak sformułowanymi zarzutami i wywiedzionymi z nich wnioskami. Podkreślają, że debaty odnoszące się do roli intencji autorów aktu prawnego nie są pomocne w poprawnej interpretacji. Aby wyprowadzić Sąd Najwyższy ze sporu o poprawną interpretację, powinno się skierować dyskusję na drogę poprawności języka ustawowego, ignorując odniesienia do historii legislacyjnej aktu.

Konkludując, sami tekstualiści twierdzą, że choć tekstualizm nie jest metodą idealną, a tekst nigdy nie jest jednoznaczny i rzadko zawiera jednoznaczne wskazówki dotyczące jego poprawnej interpretacji, to oferuje jasne i sprawdzone techniki interpretacyjne. Należy zatem uznać, że tekstualizm, w przeciwieństwie do intencjonalizmu, jawi się jako koherentna teoria interpretacji prawa, która swoją argumentację opiera głównie na zasadach rozumienia tekstów prawnych. Ponadto odwołuje się również do filozofii języka i logiki, co czyni ją bogatszą od innych metod.

Jak twierdzi Herman Philipse (2007, 169), intencjonalizm wpływa w sposób holistyczny na rozumienie interpretacji. Jeśli pod pretekstem interpretowania sąd faktycznie tworzy nowe prawa, to uzurpując sobie władzę wkracza w wyłączne kompetencje legislatywy. Z tego powodu Sąd Najwyższy i wszystkie sądy powinny zaadaptować metodę tekstualną, według której celem sądowej interpretacji jest ustalenie powszechnego znaczenia ustawowego tekstu. Jak podkreśla, pytanie o swobodę interpretacji i nadawania innego znaczenia niż oryginalne przepisom ustaw i Konstytucji jest kwestią zasadniczą do rozstrzygnięcia, wręcz nadrzędną. Uzasadnieniem takiego podejścia do interpretacji jest podążanie za zasadami równości wobec prawa i poszanowania demokracji w zgodzie z założeniami

²¹ Warto nadmienić, że aktywizm sądowy (*judicial activism*) uważany jest przez tekstualistów za zbrodnię na tekście prawnym, a zdaniem intencjonalistów nie jest niczym groźnym. Nie można bowiem, w opinii intencjonalistów, przekroczyć granic słów i nadać im nowego znaczenia, które w nich samych bezpośrednio nie występuje.

Ojców Założycieli. Kluczem do uzyskania interpretacji zgodnej z tymi założeniami jest ograniczenie dyskrecjonalności sędziego, tak, by nie mógł w żaden sposób manipulować tekstem prawnym, dokonując interpretacji w duchu politycznych przekonań.

Reasumując, tocząca się od początku lat 80. debata o wyższości intencjonalizmu nad tekstualizmem okazuje się przegrana dla zwolenników tego pierwszego. Gdy tekstualiści przystąpili do sporu z intencjonalistami, poddając ich założenia analizie, doszli do wniosku, że tylko ich metoda może być stosowana w Sądzie Najwyższym. Instrumenty interpretacji intencjonalistycznej pozwalają bowiem sędziom wydawać orzeczenia na podstawie własnych politycznych preferencji (Pierce 1995, 749; Fallon 2002, 69), co tekstualizm uniemożliwia.

Przedstawione stanowiska nie wyczerpują arsenału środków, za pomocą których atakowany jest tekstualizm oraz argumentów przytaczanych na jego obronę. Pozwalają jednak wskazać najważniejsze cechy, dzięki którym można zidentyfikować konkretną odmianę tekstualizmu. Niezależnie jednak od ostrej krytyki, jakiej poddawany jest tekstualizm, większość badaczy orzecznictwa Sądu Najwyższego uważa, że niezaprzeczalnie w ostatnich latach był on najczęściej stosowaną metodą interpretacji Konstytucji²².

²² Orzeczenie Sądu Najwyższego, które jako pierwsze zostało uznane za tekstualne, pochodzi z roku 1884 i zapadło w sprawie *Hurtado v. Kalifornia*. Do klasycznych orzeczeń tekstualistów kolejno zalicza się następujące: 1. *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819); 2. *Hurtado v. People of State of California*, (1884); 3. *Powell v. State of Alabama*, 287 U.S. 45 (1932); 4. *Coy v. Iowa* (1988).

Rozdział 3

Oryginalizm (*originalism*)

3.1. Wprowadzenie

Koncepcje tekstualistów dla współczesnych badaczy nauki o interpretacji stały się podstawą do rozszerzenia dyskursu o poprawnym czytaniu Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Poglądy, które stanowiły kontynuację badań prekursorów, można odnaleźć zarówno wśród praktyków, jak i teoretyków prawa. Jednak najdonioślejsze koncepcje dotyczące interpretacji Konstytucji wywodziły się początkowo ze środowiska sądowego. Powszechnie przyjmuje się podział na dwa przeciwne obozy. Pierwszy broni tezy, że Konstytucja Stanów Zjednoczonych jest dokumentem „martwym” i w związku z tym dopuszczalna jest tylko jej interpretacja pasywna. Drugi wyraża przekonanie, że Konstytucja jest dokumentem „żywym” i sama poddaje się elastycznej, wręcz aktywnej interpretacji¹.

Podział ten nie uzyskał wymiaru teoretycznego, nie potrafiono bowiem wskazać, który sposób interpretacji będzie aktywny, a który pasywny. Co gorsza, w tym narastającym chaosie pojęciowym oryginalizm (*originalism*), który – jak wspomniano – służył obronie interpretacji pasywnej, ciągle był utożsamiany z tekstualizmem. Odrębnego opracowania doczekał się dopiero pod koniec XX w. Zadania tego podjął się Robert Bork, zwany „pierwszym ojcem” oryginalizmu. W *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law* oraz *Neutral Principles and Some First Amendment Problems* zaprezentował oryginalistyczną koncepcję interpretacji Konstytucji Stanów Zjednoczonych, której fundamentem miała być jedynie koncepcja oryginalnego (pierwotnego) znaczenia pojęć konstytucyjnych (*original meaning*), nie zaś powszechnego znaczenia (*plain meaning*), jak chcieli tekstualiści (Bork 1990; Bork 1971, 4).

¹ Powyższą kwestię, za kulisami dyskursu, najlepiej oddaje fragment dyskusji toczonej przez Sama Ervina i Thurgooda Marshalla, dotyczącej uznania Konstytucji za „martwy” lub „żywy” dokument. Erwin zapytał: „Czy nie jest rolą Sądu Najwyższego, by oddać intencje Ojców Założycieli i ludzi, którzy ją ratyfikowali, zawarte w Konstytucji?”, na co Marshall odpowiedział: „Tak, Senatorze, pod warunkiem, że Konstytucja miała oznaczać żywy dokument” (Whittington 2004, 109).

Kolejny badacz nauki o interpretacji (*statutory interpretation*), Paul Berger, rozszerzył niekompletną i niewystarczającą koncepcję tekstualizmu (w opinii większości sędziów: Sądu Najwyższego, sądów federalnych i stanowych) o konstrukcję teoretyczną oryginalizmu.

Prace „pierwszego ojca” oryginalizmu nie stanowiły, mimo założeń autora, teorii koherentnej, jednak ich niedoskonałość nie zmniejszyła zakresu oddziaływania oryginalizmu na treść orzeczeń wydawanych przez Sąd Najwyższy (Post, Siegel 2006, 545). W przeciwieństwie do Borka, celem Bergera było stworzenie koncepcji interpretacji Konstytucji, która będzie uznawana za obiektywną, kompletną i zyska szacunek wszystkich uczestników amerykańskiego dyskursu. W tym celu, kontynuując myśl Borka (Bork 1986, 823; 1971, 8; 1985, 393), Berger rozszerzył założenia koncepcji znaczenia (Nelson 1978, 617). Twierdził, że przez prawidłową interpretację należy rozumieć proces, w którym sędzia dąży do ustalenia nie powszechnego i nie oryginalnego znaczenia, ale oryginalnego zrozumienia (*original understanding*) tekstu prawnego (Post, Siegel 2007, 373). Koncepcja ta została wsparta twierdzeniem, że język Konstytucji powinien być interpretowany zgodnie z początkowym (rdzennym) rozumieniem go w obiegu publicznym, gdy sporządzany był jej skic, a także w czasie jej ratyfikacji (Post, Siegel 2007, 547), w zgodzie z koncepcją oryginalnego publicznego rozumienia (*original public meaning*). Dzięki takiej kompletnej zasadzie oryginalnego znaczenia interpretacja tekstu, który jest niejasny czy dwuznaczny, nie nastrocza już, zdaniem Bergera, żadnych trudności interpretacyjnych. Pozwala ona bowiem, gdy tekst Konstytucji nie jest jasny, sięgnąć do innych dokumentów ratyfikacyjnych, które pochodziły z czasów uchwalenia Konstytucji. Pojęcie oryginalnego zrozumienia „wyzwała” wszak sędzię z reguły powszechnego znaczenia, dając mu zdroworozsądkowe narzędzia interpretacji.

Na mocy kompletnej koncepcji oryginalnego znaczenia argumentacja sędziego nadającego pojęciu takie znaczenie może zostać poprzedzona definicją podobnego, znajdującego się w materiałach legislacyjnych pochodzących z okresu tworzenia Konstytucji (Post, Siegel 2007, 547). Taka ustalona definicja niejasnego pojęcia, zawartego w Konstytucji, która powstała z interpretacji innych dokumentów zawierających intencję Ojców Założycieli, powinna zostać zapamiętana i w niezmienionej formie dalej stosowana (Goldford 2005, 24; por. Fallon 1987, 1189–1211). W ten sposób doszło do narodzin pierwotnej wersji oryginalizmu, wspartej koncepcją oryginalnego znaczenia, która została powszechnie zaakceptowana przez sędziów nie będących zwolennikami tekstualizmu oraz intencjonalizmu.

Berger zwraca uwagę na fakt, że oryginalne zrozumienie znaczeń pojęć konstytucyjnych zachowuje obiektywizm interpretacji, a ten chroni jednocześnie konserwatywny charakter orzecznictwa Sądu Najwyższego (Bobbitt 1982, 9–13; por. Bennett 2008, 5; Filkeman 1996, 436). Tym samym, interpretacja dokonywana w zgodzie z założeniami koncepcji oryginalnego znaczenia podtrzymuje

status quo porządku prawnego. Chroniąc zastany stan rzeczy, wychodząc na przeciw oczekiwaniom prawników, zaniepokojonych aktywną działalnością Sądu Najwyższego, koncepcja oryginalnego znaczenia zakłada, że prawo można zmienić tylko w procesie uchwalania poprawek do Konstytucji. Jak przekonuje Berger, Ojcowie Założyciele twierdzili, że tworzenie prawa przez sędziów jest niedopuszczalne, gdyż „Konstytucja jako akt najwyższej rangi związała prawo nierozzerwalnymi łańcuchami zasad” (Berger 1977, 363–364). Uzasadniony jest więc strach konserwatywnych sędziów, według których zaspokojenie liberalnych sędziowskich zapędów prowadzi do zdyskredytowania oryginalnych intencji (*original intention*) Ojców Założycieli i uwolnienia się od tzw. „martwej ręki przeszłości” (*dead hand of the past*), którą stanowi sztywna Konstytucja (Berger 1977, 367). Gdyby sądy mogły nadawać własne znaczenia pojęciom użytym przez Ojców Założycieli – twierdzi Berger – oznaczałoby to, że mogą napisać na nowo całą Konstytucję, bez żadnego ograniczenia (Berger 1977, 370). Takie działanie, konkluduje, prowadziłoby do zmiany „nierozzerwalnych łańcuchów [Konstytucji] w sznur z piasku” (Berger 1977, 371).

Z upływem czasu dyskusja propagująca oryginalizm została zdominowana przez krytyczne opinie zwolenników aktywizmu sądowego. Głównym celem nasilonej krytyki oponentów było zahamowanie rozwoju prac teoretycznych, traktujących o oryginalizmie (Berger 1977, 372). Pomimo ich wysiłków wzrastał wpływ oryginalizmu na działalność orzeczniczą sądów. Prace krytyczne aktywistów wzmocniały jedynie teoretyczne uzasadnienia stosowania oryginalizmu i pokazywały stabilność oraz niepodważalność tez, co potwierdza zjawisko częstego, zwyczajowego wręcz odwoływania się do oryginalizmu przez sędziów Sądu Najwyższego i uznanie go za najlepszą metodę interpretacji Konstytucji (Green 2009b, 6). Jonathan O’Neil – ustosunkowując się do głównych zarzutów aktywistów, zawierających się w przekonaniu, że oryginalizm daje sędziom możliwość nadużywania władzy, gdyż koncepcje oryginalnego znaczenia i oryginalnego zrozumienia nie są związane z oryginalną intencją Ojców Założycieli – do istniejących założeń oryginalizmu dodał koncepcję, której celem było odparcie przytoczonych uwag krytycznych. W pracy *Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History* (O’Neil 2007, 1) stara się udowodnić, że oryginalizm jest nie tylko metodą interpretacji Konstytucji, lecz także, co ważniejsze, koncepcją autorytetu Konstytucji Stanów Zjednoczonych. To założenie buduje przekonanie, że metoda oryginalistyczna będzie chroniła wszelkie prawa i wolności ustanowione przez Ojców Założycieli. Założenie O’Neila brzmiało: „Konstytucja to zapisany akt woli powszechnej i nie powinna być nigdy zmieniana” (Pettys 2009, 997). Trzeba zatem przestrzegać żelaznej maksymy, że skoro Konstytucja „raz stała się prawem, należy jej bezwzględnie przestrzegać” (Nelson 2003, 523).

Co istotne, w tekście Konstytucji znajdują się myśli, słowa oraz idee, które stanowią amerykańskie dziedzictwo ustrojowe. By zachować „niemalże święte

zasady ustrojowe”, zawarte w Konstytucji oraz idee wywalczone w trudnych czasach wojny o niepodległość i kształtowania się amerykańskiej państwowości, trzeba przestrzegać zasad oryginalizmu, gdyż tylko on stanowi gwarancję i obronę rządów prawa, które ustanowili Ojcowie Założyciele². O’Neil podkreśla, że tylko oryginalizm jest właściwym sposobem uzyskania prawidłowego znaczenia interpretowanego pojęcia, gdyż główne jego zadanie stanowi odnalezienie zwykłego znaczenia pojęć użytych w Konstytucji³. Robi to, po pierwsze, dlatego, że Konstytucja jest aktem suwerennym, a zatem jej interpretacja musi mieć na celu odkrycie powszechnego znaczenia. Po drugie, metoda ta opiera się na doktrynie Ojców Założycieli, którzy usiłowali ochronić zasady Konstytucji nie tylko przez bezpośrednie zapisy konstytucyjne, lecz także za pośrednictwem doktryny umowy społecznej, postrzeganej jako akt komunikacji w sensie lingwistycznym.

Zwolennicy oryginalizmu, niczym klasycy brytyjskiej myśli prawno-politycznej, jak John Locke czy Thomas Hobbes, uznali właśnie język za jedyne narzędzie zdolne do łączenia myśli z wielką precyzją – tłumaczy dalej O’Neil, hołdujący w swych pracach wyznawanym przez nich wartości (Streiker, Levinson, Balkin 1995, 237). Akt, który był tworzony w duchu przekonania, że język jest najlepszym narzędziem do zapisywania myśli, powinien być bezwzględnie i zawsze postrzegany oraz rozumiany wprost. Gdyby oryginalizm nie istniał, sędziowie dokonywaliby interpretacji dwuznacznych przepisów w sposób beztroski i wolny od wszelkich ograniczeń, co spowodziłoby decyzje sędziowskie na polityczne tory.

Argumentacja O’Neila okazała się w praktyce mało przekonująca i niewystarczająca dla sędziów wspierających rozwój aktywizmu sądowego. W ich opinii, oryginalistyczny sposób interpretacji tekstu Konstytucji nie jest wolny od manipulacji prawem. Ich zdaniem, O’Neil nie wprowadził oryginalistycznej koncepcji znaczenia, zachowując koncepcję powszechnego znaczenia, spowodował kolejne zamieszanie pojęciowe. Zarzucano mu niekonsekwencję i polityczny charakter poglądów. Koncepcja O’Neila, również w środowisku praktyków, nie została uznana za koherentną. Co gorsza, wobec niekonsekwencji metodologicznej O’Neila sędziowie „niezdecydowani” (*in the middle*) – jak określił ich Schlesinger – stwierdzili, że dotychczasowe analizy oryginalizmu są mało przekonujące, a zatem jest potrzebne szczegółowe wyjaśnienie zasad tej metody interpretacji.

W odpowiedzi na teorię O’Neila, John O. McGinnis i Michael B. Rappaport (McGinnis, Rappaport 2007b, 2) zaprezentowali oryginalizm, który zaliczyli do

² Takie znaczenie oryginalizmu miało bronić tezy, zgodnie, z którą Konstytucja jest aktem nadrzędnym na podstawie nadanego jej przez Ojców Założycieli autorytetu formalnego.

³ O’Neil nie zmieniał w swojej koncepcji paradygmatu znaczenia. Stworzył podwaliny ustrojowe oryginalizmu, ale koncepcja znaczenia nie była jeszcze dopracowana i O’Neil odnosił się do powszechnego znaczenia. Dopiero kolejne prace przyniosły tę doniosłą zmianę i pojawiło się oryginalne (rdzenne) znaczenie (O’Neil 2007, 13).

pozytywnych teorii interpretacji (*Positive Interpretive Theories*⁴). Wykorzystali mocną, ich zdaniem, część teorii O'Neila, wyrażoną przez zasadę wierności Konstytucji (McGinnis, Rappaport 2007b, 2). Na jej podstawie nadbudowali kolejne założenia – pierwszym z nich stało się wyjaśnienie znaczenia konstrukcji Konstytucji. W ich rozumieniu, pozytywność konstrukcji, o której pisał O'Neil, miała polegać na uświadomieniu adresatom, że oryginalizm zakłada w sposób równoważny dopuszczalność interpretacji na podstawie oryginalnych intencji Ojców Założycieli (*original intent*) oraz oryginalnego publicznego rozumienia (*original public meaning*) pojęć konstytucyjnych z czasu, kiedy Konstytucja była tworzona. Oba te pojęcia tworzą fundamentalną koncepcję oryginalizmu, sprowadzającą się do koncepcji oryginalnego znaczenia (*original meaning*) (McGinnis, Rappaport 2009, 754). Autorzy wprowadzili tu rozróżnienie między powszechnym a oryginalnym znaczeniem, co stanowiło istotny zwrot w budowaniu dalszych założeń oryginalizmu. W ślad za tymi koherentnymi poglądami oryginalistyczna interpretacja oznaczała wierność Konstytucji i wierność słowom jej tekstu, rozumianym nie w powszechnym (jak widział to O'Neil), lecz w oryginalnym znaczeniu.

Przytoczona argumentacja, mająca uzasadniać słuszność stosowania oryginalizmu, jak stwierdza McGinnis, „nie broni jeszcze jego normatywnej zasadności”, lecz stanowi dobry początek do wykazania, że oryginalizm jest koncepcją interpretacji Konstytucji wolną od preferencji politycznych sędziów i społecznych oczekiwań (Green 2009b, 8). Warto dodać, że w takim rozumieniu oryginalizm jest obecnie kojarzony z poglądami Antonina G. Scalii. W swych pracach sędzia ten zakładał, że oryginalizm jest metodą interpretacji, której celem jest przede wszystkim odszukanie oryginalnego znaczenia pojęć zawartych w Konstytucji (tym różni się od tekstualizmu, który skupia się na poszukiwaniu zwykłego znaczenia). Ponadto oryginalizm działa na dwóch płaszczyznach. Pierwsza odnosi się do znaczenia języka Konstytucji, druga – do jej pierwotnego zawartego w protokole przyjętym przed jej uchwaleniem. Scalia podąża niejako tropem O'Neila, który w swych badaniach postawił tezę, że interpretacja, co prawda, rozpoczyna się od badania znaczeń pojęć zawartych w Konstytucji, ale na tym się nie kończy. Kluczem do zrozumienia znaczeń wyrażeń zawartych w Konstytucji jest bowiem sięgnięcie do protokołu, który był pierwotnym wzorem Konstytucji. W nim bowiem zawarte są myśli oraz idee przewodnie Ojców Założycieli. Konstytucja zaś jest kompromisem zawartym przez członków komisji legislacyjnych, pracujących nie tylko nad samą Konstytucją, lecz także nad protokołem i szkicem do Konstytucji.

⁴ Rappaport i McGinnis w wyniku licznych analiz uznali, że należy wyróżnić pozytywną i negatywną interpretację Konstytucji (*Positive and Normative Interpretive Theories*). Do pierwszego rodzaju zaliczyli oryginalizm, a do drugiego koncepcje nieoryginalistyczne, np. *living constitution* (McGinnis, Rappaport 2009, 754).

Koncepcja oryginalizmu, mimo że – jak się wydaje – została oparta na licznych argumentach, nie zdołała się uchronić przed wewnętrznymi podziałami, na skutek czego w nauce występuje obecnie kilka jej odmian.

3.2. Główne rodzaje oryginalizmu

Oryginalizm, podobnie jak tekstualizm, dotknęły wewnętrzne podziały i powstał początkowo oryginalizm stary i nowy⁵. Według Keitha Whittingtona (Barczentewicz 2010, 3), łatwo można wskazać okresy, w których pojawiły się te podziały wśród oryginalistów. Przypadają one na koniec XX w., a symboliczne cezury stanowią rok 1980, kiedy Edwin Meese objął urząd prokuratora generalnego (Whittington 2004, 109) oraz rok 1987, kiedy Robert Bork został nominowany na sędziego Sądu Najwyższego (Senat nie przyjął kandydatury Borka). Obie te daty obaliły opinię, że oryginalizm jest jednolitą metodą interpretacji. Oryginaliści podjęli się zatem zbudowania bardziej wyrafinowanej, koherentnej koncepcji, mającej na celu obiektywizm interpretacji. Chcieli przekonać wszystkich sędziów, że ta metoda pozwoli obronić konserwatywne zasady ustanowione przez Ojców Założycieli. W nowej wersji udoskonalony oryginalizm miał się nazywać nowym oryginalizmem⁶.

Odejście od starego oryginalizmu stało się konieczne, gdyż po uzyskaniu satysfakcjonujących założeń pozwalających odróżnić go od tekstualizmu zaprzestano prac nad wyjaśnianiami założeń kierunku, który jednak nie we wszystkich punktach był klarowny, co podkreślali jego krytycy⁷. Wątpliwości co do

⁵ W literaturze rzadko pojawia się pojęcie oryginalizmu wyidealizowanego na określenie starego oryginalizmu. Oznacza ono, że interpretator odnoszący się do sensu wyrażen ma prawo rozumieć je indywidualnie, subiektywnie. Jak twierdzi Gary Lawson, celem takiej interpretacji jest poszukiwanie publicznego znaczenia (*general meaning*), ale interpretator może je odszukać, kierując się własną intuicją językową (Greenberg, Litman 2009, 569).

⁶ Saul Cornell uważa, że nowy oryginalizm jest jakby „starym prawem w nowej postaci”. Jego zdaniem, nowy oryginalizm odrzuca założenie o poszukiwaniu oryginalnych intencji Ojców Założycieli, a kładzie nacisk na poszukiwanie zwykłego znaczenia tekstu. Zdaniem zaś Stevena Smitha, obecnie oryginalizm ma dwa znaczenia. Pierwsze dotyczy tzw. starego oryginalizmu i odnosi się do doktryny powszechnego znaczenia, drugie zaś – do nowego oryginalizmu, którego przedstawicielem jest sędzia Antonin G. Scalia. Zgodnie z jego stanowiskiem, Konstytucję należy interpretować tak, jak czyniliby to jej twórcy. Ten rodzaj oryginalizmu szuka oryginalnego znaczenia terminów konstytucyjnych, przyjętych przez jej twórców (*original meaning acquired a more objective sense*) (Cornell 2007, 150).

⁷ Zdaniem Greena, nowy oryginalizm ma znamiona oryginalizmu naukowego i powstał, ponieważ wersja metodyczna przedstawiona przez Scalię nie dała się obronić. Argumenty Scalii pochodzą głównie, według Greena, z teorii politycznych, nijak się jednak mają do teorii prawa. Z tych powodów Barnett pokusił się o stworzenie takiej wersji oryginalizmu, która będzie miała silne podstawy teoretyczne i pragmatyczne (Green 2009c, 716).

jednolitości założeń oryginalizmu dotyczyły głównie (podobnie jak w przypadku tekstualizmu) możliwości interpretowania intencji Ojców Założycieli. Należało zatem jasno odpowiedzieć na pytanie, czy Konstytucja „jest związana martwą ręką ustawodawcy”, czy też nie. Odpowiedź miała przynieść koncepcja nowego oryginalizmu, która, w ocenie Whittingtona, jest mniej radykalna i mniej ograniczająca sądową dyskrecjonalność niż stary, sztywny oryginalizm (Whittington 2004, 113).

Za czołowego przedstawiciela tego odłamu oryginalizmu uważa się Randy’ego Barnetta. Jego największą zasługą, było bez wątpienia zdefiniowanie i wyjaśnienie oryginalistycznej koncepcji znaczenia. Barnett wskazał, że, po pierwsze, poprawna interpretacja nie może skupiać się na poszukiwaniu intencji ustawodawcy, nawet obiektywnej, pierwotnej (*original intention*), tak jak twierdzili jego poprzednicy. Po drugie, interpretacja nie może również skupiać się na poszukiwaniu zwykłego znaczenia, jak podnosili O’Neil i jego zwolennicy. Po trzecie w końcu, interpretacja nie sprowadza się nawet do poszukiwania powszechnego oryginalnego znaczenia (*original public meaning*), gdyż właściwa sprowadza się do odnalezienia obiektywnego oryginalnego znaczenia (*objective original meaning*), dzięki któremu „odnalezione znaczenie każdy rozsądny słuchacz mógłby ustalić w słowach postanowień Konstytucji, używanych w czasie jej tworzenia” (Barnett 1999, 621). Takie uzasadnienie oryginalizmu i wprowadzenie koncepcji obiektywnego, oryginalnego znaczenia podzieliło zwolenników tej koncepcji na wymienione dwa obozy. Zwolennicy starego oryginalizmu pozostali przy rozwiązaniu Bergera (oryginalne zrozumienie), zwolennicy nowego przyznali rację Barnettowi.

Kolejne odmiany oryginalizmu są owocem teoretycznych prac Jacka M. Balkina. W *Framework Originalism and the living constitution* doszedł do wniosku, że niemożliwe jest zakwalifikowanie oryginalizmu jako jednopoziomowej metody interpretacji. Tworzy ona przynajmniej dwa poziomy, w których mieszczą się tzw. oryginalizm podstawowy (*framework originalism*) oraz oryginalizm ponadpodstawowy (*skyscraper originalism*) (Balkin 2009, 550). Podstawą tego rozróżnienia stała się stworzona przez Balkina koncepcja konstrukcji Konstytucji. Według niego oryginalizm ponadpodstawowy postrzega Konstytucję jako skończony wytwór pracy Ojców Założycieli, choć narażony jest na późniejsze zmiany w drodze uchwalonych poprawek (Balkin 2009, 550). Oryginalizm podstawowy zaś – wręcz przeciwnie, Konstytucję postrzega jako inicjowanie prawa, które dopiero zostanie stworzone w drodze budowania konstrukcji Konstytucji (Balkin 2009, 551). Obie odmiany oryginalizmu, zdaniem Balkina, służą ochronie wartości państwa demokratycznego. Różnią się jednak tym, że oryginalizm ponadpodstawowy uważa Konstytucję za jedyny i jednolity akt prawodawczy, który może stanowić podstawę do kontroli prawa i zasad ustrojowych w procedurze *judicial review*, natomiast oryginalizm podstawowy uznaje Konstytucję za jeden z czynników kształtujących demokratyczne państwo prawa (Balkin 2009, 551).

Co więcej, odmiany oryginalizmu wpływają na ograniczenie władzy sędziowskiej. Oryginalizm ponadpodstawowy zmusza sędziego do zastosowania właściwych metod interpretacji, które oddadzą oryginalne znaczenie Konstytucji, zaś oryginalizm podstawowy – do bezpośredniego stosowania Konstytucji w jej oryginalnym znaczeniu (Balkin 2009, 551). choć nie wyklucza posługiwania się innymi środkami do stworzenia konstrukcji Konstytucji. Balkin uznaje swoją koncepcję oryginalizmu za najsłuszniejszą, ponieważ ona nie tylko zawiera instrukcję, jak dokonywać interpretacji, lecz także opiera się na powszechnych zasadach stosowania prawa.

McGinnis i Rapaport poddali silnej krytyce koncepcję Balkina. W ich opinii, Balkinowska wersja oryginalizmu nie jest kompatybilna z najważniejszą dla nich koncepcją oryginalnego znaczenia Konstytucji (McGinnis, Rapaport 2007b, 4). Balkin stawia bowiem tezę, że uzasadnienie interpretacji sędziego może wynikać z powszechnej aprobaty decyzji wydanych przez Sąd Najwyższy lub z wymogów ekonomiki procesu. Natomiast w ocenie McGinnisa i Rapaporta, istotą oryginalizmu jest przede wszystkim wierność tekstowi i oryginalnemu znaczeniu Konstytucji. W ich przekonaniu Balkin błędnie uważa swoją teorię za najlepszą. O jej słabości i omyłności świadczy także stosunek do precedensu, który jest, ich zdaniem, elementem określającym interpretację oryginalistyczną. Balkin twierdzi, że wiążące znaczenie precedensu nie wywodzi się z Konstytucji. Jego zdaniem, artykuł III nie mówi nic na temat związania precedensem, a sąd ma prawo wyboru danego przepisu, pasującego do konkretnej sytuacji, bez orzekania o jego niekonstytucyjności. McGinnis i Rapaport uważają to założenie za mylne. Wskazują, że wynika ono z niezrozumienia istoty Konstytucji. Co więcej, nawet jeśli przyjmie się, że oryginalne znaczenie Konstytucji nie odnosi się wcale do precedensu, to nie jest jasne, dlaczego jego ewolucyjne podejście do interpretacji ma być ważniejsze od tradycyjnego (McGinnis, Rapaport 2007b, 5). Pozwolenie na interpretację w zgodzie z powszechnymi poglądami społeczeństwa daje możliwość otwartej interpretacji tekstu, według indywidualnego wyboru danej jednostki, z czym bezwzględnie nie zgadza się oryginalizm. Ostatecznie jednak, pomimo różnic w odniesieniu do kwestii związania sędziego precedensem, uznają Balkina za oryginalistę, ponieważ jego teoria spełnia ogólne warunki, by uznać ją za teorię interpretacji wolną od manipulacji politycznej. Przyjmują zatem odmienne poglądy prof. Balkina, uznając je za naukowy dodatek do koncepcji oryginalizmu (McGinnis, Rapaport 2007b, 9). Jego teoria spełnia bowiem podstawowy warunek oryginalizmu, zakazujący odnoszenia się do Konstytucji jako do aktu prawnego, który może być interpretowany pragmatycznie, z dostosowaniem decyzji do politycznych czy społecznych potrzeb (McGinnis, Rapaport 2007a, 383). Jak twierdzą McGinnis i Rapaport, tak widziany oryginalizm pozwala sędziom osiągnąć dobre pod względem formalnym i legalne rozwiązania, a jednocześnie uniknąć wpływów politycznych (Treanor 1995, 782; zob. McGinnis, Rapaport 2007a, 385).

Kolejne występujące w literaturze rodzaje oryginalizmu, wpływające na jego odbiór i stosowanie przez sędziów, to wyrafinowane koncepcje interpretacji Konstytucji Stanów Zjednoczonych autorstwa Antonina G. Scali (z kręgu praktyków) oraz Lawrence'a B. Soluma (z kręgu akademickiego).

Lawrence B. Solum, jeden z najbardziej prominentnych profesorów amerykańskiego prawa, korzystając ze swej erudycji i zamiłowania do filozofii języka, skonstruował założenia tzw. oryginalizmu semantycznego (*semantic originalism*) (Solum 2008, 1). Istotą pracy Soluma było wyodrębnienie oryginalizmu, który miał czerpać z nowego oryginalizmu, ale zbudowane na nim założenia pochodziły z filozofii języka. Solum, zgadzając się ze Scalią, twierdzi, że kluczem do poprawnej interpretacji jest koncepcja znaczenia, ale nie oryginalnego znaczenia, lecz znaczenia „znaczenia” (*meaning of meaning*), wywodzącego się z filozofii języka. Stąd też swoją koncepcję nazywa oryginalizmem semantycznym. Główne jej tezy prezentuje w pracach *Semantic Originalism* oraz *A Reader's Guide to Semantic Originalism and a Reply to Professor Griffin* (Solum 2008, 1) – druga z nich stanowi odpowiedź w ramach polemiki toczonej ze Stephenem Griffinem)⁸. Jest to ważne dlatego, że właśnie w wyniku dyskusji toczonych z Griffinem Solum uzupełnił oryginalizm semantyczny koncepcją trójwymiarowego modelu interpretacji, która przesądziła o racjonalności stosowania tego rodzaju metody.

Ową trójwymiarowość interpretacji Konstytucji Solum osadził w trzech obszarach. Pierwszy odnosi się do znaczenia „znaczenia” (*the meaning of „meaning”*), drugi – do odróżnienia interpretacji od tzw. konstrukcji tekstu (*the interpretation and construction distinction*), trzeci – do odróżnienia interpretowanego faktu lingwistycznego od jego normatywnych znaczeń (*the distinction between linguistic facts and normative implications*) (Barczentewicz 2010, 5). W wymiarze pierwszym Solum wskazuje kierunek poprawnej interpretacji przekonując, że najważniejszą kwestią do rozstrzygnięcia jest definicja pojęcia znaczenia „znaczenia”. Uważa bowiem, że znaczenie „znaczenia” nie jest pojęciem jednorodnym, lecz wieloznacznym. Stąd też, jak słusznie zauważa, gdy mówimy o samym znaczeniu, może dojść do nieporozumienia, ponieważ znaczenie jest pojęciem dwuznacznym. W swych rozważaniach przyjmuje rozumienie znaczenia „znaczenia” w kontekście językowym – jest to tzw. znaczenie językowe (*linguistic meaning*), zwane również treścią semantyczną (*semantic content*) – można powiedzieć, że tak rozumieją je tekstualiści. Trzeba mieć jednak świadomość, jak zaznacza, że często odnosimy się do znaczenia w inny sposób. Gdy myślimy o znaczeniu w kontekście przepisu konstytucyjnego, stosujemy znaczenie w sensie praktycznym (*applicative sense*), tak jak aktywiści. Zdarza się również, że pojęcie znaczenia odnoszone jest do celu wypowiedzi (tak czynią purpozytywiści).

⁸ Obecnie najlepszym miejscem do publikowania swoich polemik są tzw. blogsfery, na których szczególnie profesorowie prestiżowych uczelni publikują swoje rozważania. Solum wie o tym w tej kwestii.

W takim ujęciu Solum posługuje się znaczeniem w sensie teleologicznym (*teleological sense*), tak jak intencjoniści. Zatem pojęcie znaczenia, gdy jest używane bez podania sensu, w którym zostało zastosowane, tworzy potencjalne zagrożenie jego niezrozumienia, w wyniku którego może powstać błędna interpretacja badanego pojęcia.

Drugi wymiar dotyczy rozróżnienia interpretacji i konstrukcji tekstu. Podstawą tego wymiaru jest uznanie założenia o dwóch płaszczyznach interpretacji, związanych z faktycznym ewoluowaniem postanowień Konstytucji. Owa ewolucja odbywa się *de facto* od chwili powstawania tekstu, a kończy się na etapie jego stosowania. Dlatego Solum uważa, że pierwsza płaszczyzna pracy interpretatora dotyczy interpretacji konstytucyjnej (*constitutional interpretation*). Powinna obejmować ustalenie, odkrycie treści semantycznej znaczenia językowego (*the semantic content or linguistic meaning*) tekstu Konstytucji. Druga zaś płaszczyzna jest związana z konstrukcją konstytucyjną (*constitutional construction*), która nakazuje przełożenie semantycznych treści pojęć na konkretne reguły prawa konstytucyjnego (Solum 2008, 2).

Omówione założenia oznaczają, że kiedy znaczenie jest jasne, czyli nie jest niewyraźne ani dwuznaczne, wtedy interpretacja i konstrukcja występują niejako automatycznie. Czasem jednak pojawić się może dwuznaczność. Dzieje się tak wtedy, gdy słowo, określenie lub wyrażenie ma dwa lub więcej możliwych znaczeń. W takiej sytuacji jedyną drogą usunięcia dwuznaczności jest interpretacja. Solum podkreśla jednak, że od dwuznaczności należy odróżnić występującą w tekście niewyraźność (*vague*) czy też *stricte* niejasność (*vagueness*) i definiuje ją jako przypadek braku możliwości poznania granicy znaczenia. W tej sytuacji do rozwiązania problemu wymagana jest konstrukcja konstytucyjna, ponieważ interpretacja nie jest narzędziem wystarczającym (Solum 2008, 2).

Trzeci wymiar odnosi się do relacji między faktami lingwistycznymi a normatywnymi znaczeniami tych faktów. Podstawowa idea tego rozróżnienia leży w semantycznym znaczeniu wypowiedzi (ustnej lub napisanej), rozumianej jako fakt informujący o świecie. W tym znaczeniu tekst Konstytucji i inne akty prawne nie są, zdaniem Soluma, różne od innych wypowiedzi. Interpretacja Konstytucji wymaga patrzenia na nią jak na formę normatywnej implikacji faktu lingwistycznego, zawartego w tekście. Fakt ten jest natomiast semantyczną formą wyrażania się o stosunkach i relacjach między ludźmi. Nie należy zatem przesadnie myśleć o tym, że akt interpretowany to Konstytucja, gdyż język w niej użyty i zastosowane słowa to rodzaj zapisanego aktu komunikacyjnego.

Wsparciem dla podstawowej tezy oryginalizmu semantycznego o trzech wymiarach procesu dochodzenia do prawidłowego znaczenia pojęcia konstytucyjnego mają być cztery etapy interpretacyjne. Dwa z nich tkwią – jak określał autor – w królestwie normatywności. Pierwszy jest rozpoznaniem czy też odkryciem znaczenia lingwistycznego tekstu, drugi – przełożeniem znaczenia lingwistycznego i zbudowaniem z niego konkretnej reguły prawa. Pozostałe etapy są

związane z etyką sędziego – trzeci polega na umiejętności zastosowania „wydestylowanej” reguły do konkretnego przypadku przez odkrycie wystarczających faktów o świecie, czwarty – na umiejętności podjęcia moralnej decyzji, którą interpretację zastosować (Solum 2008, 2).

Wymienione etapy interpretacji bezwzględnie mają się opierać na czterech tezach oryginalizmu semantycznego (Solum 2008, 2–8). Pierwsze dwie: o stałości i klauzuli znaczenia (*the fixation thesis, the clause meaning thesis*) odnoszą się do lingwistycznego ujęcia faktów, kolejne dwie: o współpracy i wierności (*the contribution thesis and the fidelity thesis*) – do normatywności. Przystępując do analizy tych tez Solum podkreśla, że w obrębie teorii oryginalistycznych istnieją różne podstawy procesu interpretacji. Dla jednych jest nią poszukiwanie oryginalnych intencji Ojców Założycieli, dla innych poszukiwanie oryginalnego zrozumienia (*original understanding*) czy też oryginalnego powszechnego znaczenia (*original public meaning*), jak w przypadku nowego oryginalizmu (Solum 2008, 2–6). Wbrew jednak powszechnym poglądom o różnorodności oryginalizmu Solum stwierdza, że teoria ta ma swój niezaprzeczalny jednorodny rdzeń, tkwiący w samym pojęciu znaczenia. Co więcej, żaden oryginalista nie zaprzeczy, że to właśnie pojęcie znaczenia stało się źródłem wszelkich postanowień Konstytucji. Innymi słowy, Ojcowie Założyciele, kierując się koncepcją stałości znaczeń postanowień konstytucyjnych, sami wskazali drogę do interpretacji, którą nazywamy oryginalistyczną. Stąd też Solum zakłada, że oryginalizm ma jednorodne korzenie w pierwotnym (rdzennym) semantycznym znaczeniu i nazywa je tezą o stałości. Przyjmuje jednak, tak jak Ojcowie Założyciele, że znaczenie postanowień musi być ustalane w chwili nadania im sensu, czyli z chwilą ratyfikowania Konstytucji. Wszelkie zmiany, które zachodzą po tym akcie, dotyczące w szczególności zwyczajów języka, nie mogą wpływać na sens znaczenia i modyfikować go (Solum 2008, 2–6). Przykładem odzwierciedlającym taki stan rzeczy będzie znaczenie pojęcia przemocy domowej (*domestic violence*), które ma, zdaniem Soluma, tylko jedno oryginalne znaczenie: „bunt” (Solum 2008, 2).

Druga teza, klauzula znaczenia (*claus meaning thesis*) wyraża pewnego rodzaju odmianę powszechnego oryginalnego znaczenia, wywodzącego się z filozofii języka i na jej podstawie tworzy teorię znaczenia konstytucyjnego. Solum dochodzi bowiem do wniosku, że badanie znaczenia konstytucyjnego należy rozpocząć od rozróżnienia, za Paulem Grice’em (Grice 1991, 4), znaczenia w mowie i znaczenia w tekście (*speakers meaning and sentence meaning*) (Solum 2008, 4). Znaczenie, które przekazuje nam mówca, ma charakter swobodny i stanowi pewien rodzaj komunikacji między nadawcą a odbiorcą. Nie trzeba w tym wypadku przesadnie badać znaczenia, gdyż łatwo jest odkryć intencję autora wypowiedzi. Sytuacja jednak komplikuje się, gdy intencja autora zostaje zapisana w tekście, w dodatku, gdy tekst jest przeznaczony dla całej grupy, jak w przypadku Konstytucji. Wówczas intencja zostaje poddana pewnym konwencjom, zachowywanym podczas zapisywania myśli.

Kolejne rozróżnienie, jak podaje Solum, stanowią dwa kryteria znaczenia. Pierwsze zwane jest znaczeniem Ojców Założycieli (*Framers meaning*), drugie – klauzulą znaczenia (*clause meaning*). Pierwszy rodzaj znaczenia jest związany z przekonaniem zwolenników starego oryginalizmu, że w ujęciu Ojców Założycieli miało ono oddawać czystą intencję ich wypowiedzi. Zdaniem zwolenników nowego oryginalizmu, nie sposób odnaleźć intencje tylu osób jednocześnie. Znaczenie w rozumieniu Ojców Założycieli miało za zadanie oddać ideę przewodnią, która została zapisana w tekście. Jedynym sposobem uzyskania prawidłowego znaczenia postanowień Konstytucji, traktowanej również jako akt komunikacji, okazało się przyznanie „znaczeniu semantycznego sensu, ale w ujęciu zdania, nie mowy” (Solum 2008, 4). W odniesieniu do Konstytucji będziemy mieli do czynienia z klauzulą znaczenia, czyli formą znaczenia aktu komunikacyjnego, ujętego w konwencję zdania (*conventional semantic meaning*). Na podstawie tej tezy Solum sformułował wniosek, że treść semantyczna każdego przepisu Konstytucji jest oznaczona przez znaczenie w języku potocznym z kilkoma jedynie zastrzeżeniami. Przy ustalaniu treści semantycznej bierze się pod uwagę kontekst tworzenia i ratyfikacji Konstytucji, o ile jest znany interpretatorom. Niektóre zapisy w Konstytucji mogą mieć znamie znaczeń specyficznych dla języka prawnego. Wówczas będą miały inne znaczenie niż w języku potocznym. Konstytucja może ponadto zawierać normy niesformułowane *explicite* oraz pewne wyrażenia, których znaczenia sama nie definiuje. W tych przypadkach Solum daje przyzwole nie na odstępianie od interpretacji znaczenia w sensie języka potocznego i skierowanie uwagi interpretatora na znaczenie słowa używanego potocznie w języku prawnym (Solum 2008, 5).

Trzecia teza nazwana przez Soluma tezą wkładu (*contribution thesis*) opiera się na stwierdzeniu, że semantyczna treść Konstytucji ma wkład do całego systemu prawa, a tym samym wyznacza reguły prawa konstytucyjnego. Można powiedzieć, że Konstytucja kształtuje prawo. Udział aspektu semantycznego jest zwykle niewielki, jednak wyzwala tendencję do stosowania prawa w praktyce (Solum 2008, 5).

Ostatnia teza, stanowiąca ideologiczną bazę dla semantycznego oryginalizmu, nazwana została przez Soluma tezą wierności (*fidelity thesis*). Według jej założeń, istnieją liczne powody do afirmowania wiernej interpretacji Konstytucji, a co się z tym łączy – zachowywania jej semantyki, która implikuje niezmiennie w swym znaczeniu zasady i reguły prawa. Innymi słowy, semantyczna zawartość badanego pojęcia wymusza oryginalne podejście do interpretacji. Semantyczny zakres pojęcia to nic innego, jak jego rdzenne, źródłowe znaczenie. Solum tak właśnie ujmuje koncepcję oryginalnego znaczenia (*original meaning*).

Wszystkie przedstawione argumenty mają służyć udowodnieniu tezy, że koncepcja oryginalizmu semantycznego jest jedyną prawidłową teorią interpretacji Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Oryginalizm semantyczny nie odnosi się bowiem do tekstu z punktu widzenia intencji Ojców Założycieli, jak robi

to w powszechnym przekonaniu stary oryginalizm, ani nie nagina znaczenia do współczesnego rozumienia pojęć zawartych w Konstytucji, jak czyni to oryginalizm nowy. Wersja semantyczna oryginalizmu jest teorią lingwistyczną, wywodzącą swe założenia z filozofii języka i odnosi się do rozumienia pojęć zawartych w Konstytucji w oparciu o językowe badanie tekstu (Solum 2008, 26). Zdaniem Soluma, tylko semantyczna analiza tekstu Konstytucji odpowiada oczekiwaniom społeczeństwa, a ponadto sprawdza się w praktyce. Interpretacja w zgodzie z założeniami oryginalizmu semantycznego wymaga od interpretatora tekstu odrzucenia własnych preferencji politycznych oraz ideologicznych i trzymania się semantycznej zawartości pojęć. Taka analiza tekstu ułatwia odkrycie oryginalnego znaczenia, a ponadto zapewnia największe prawdopodobieństwo wyboru adekwatnego pojęcia w przypadku zwrotów wieloznacznych.

Reasumując, oryginalizm semantyczny jest teorią interpretacji, stanowiącą złoty środek dla nieprzekonanych o niezawodności i prawidłowości ustalania oryginalnego znaczenia sędziów. Podczas stosowania innych metod interpretacji powstają liczne problemy językowe. Oryginalizm semantyczny jest jednak narzędziem dającym rozwiązanie, gdyż każdy kompetentny użytkownik języka ma intuicję semantyczną, dzięki której bez problemu rozpoznaje konwencjonalne znaczenie semantyczne (*convention semantic meaning*) danego pojęcia oraz kontekst jego użycia (Solum 2008, 26). Uważa on, że dzięki intuicji semantycznej kompetentny użytkownik języka błędnie nie zinterpretuje nawet licznych w tekście Konstytucji pojęć archaicznych. Semantyczne podejście broni również sędziów sądów apelacyjnych przed nadużyciami ze strony sędziów Sądu Najwyższego, którzy – interpretując Konstytucję – łamią „semantyczne znaczenie” pojęć i tworzą nowe prawo w postaci precedensu. W sytuacji odstąpienia przez sędziego Sądu Najwyższego od zasady *stare decisis* i uchylenia precedensu sędzia apelacyjny mógłby ominąć taki precedens i zastosować semantyczne ujęcie przepisu, uwalniając się od pionowej władzy *stare decisis* (Solum 2008, 31).

Solum podkreśla, że „lingwistyczne znaczenie Konstytucji jest faktem i czymś więcej niż znaczeniem lingwistycznym. Semantyczna koncepcja interpretacji jest konieczna, by wygenerować prawa i by wymusić istnienie moralności politycznej. Dlatego oryginalizm semantyczny nie kończy się tezą stałości i tezą klauzuli znaczenia. Teza wkładu rozszerza dyskusję nad poprawną interpretacją Konstytucji do drugiego wymiaru prawa, a teza wierności przesuwają ją do trzeciego wymiaru” (Solum 2008, 31). Stąd też dyskusja o poprawnej interpretacji Konstytucji musi być trójwymiarowa: wyjaśnia, jak „nagie” znaczenia zyskują walor reguł prawnych, dzięki czemu stają się legalne i zyskują gwarancję wstrzeżności politycznej sędziów (Solum 2008, 40).

Trójwymiarowa przestrzeń oryginalizmu Soluma określa równocześnie trzy wymiary sporu o interpretację Konstytucji oraz trzy modele oryginalizmu. Pierwsza – semantyczna, odnosi się do lingwistycznego znaczenia tekstu Konstytucji; druga – prawna, bada, czy semantyczna zawartość tekstu pokrywa się

z prawnym znaczeniem reguł konstytucyjnych; trzecia – moralna, dotyczy procesu podejmowania przez sędziego decyzji (po uzgodnieniu semantycznej treści tekstu z jego znaczeniem prawnym) i nadania mu kształtu zgodnego z tezą wierności. Solum uważa, że oryginalizm semantyczny w trójwymiarowej postaci jest najlepszą metodą interpretacji Konstytucji i tylko dzięki jego założeniom interpretacja taka pozwoli uzyskać zadowalające efekty.

Podsumowując, tezy Soluma wydają się spójne i przejrzyste. Semantyczne ujęcie pojęć użytych w Konstytucji i płynne ich przeniesienie na znaczenie pojęć języka potocznego to prosty sposób odszukania oryginalnego znaczenia Konstytucji. Jednak oponenci (np. Ronald Dworkin) uważają, że lingwistyczne intencje Ojców Założycieli determinują semantyczną interpretację Konstytucji, dlatego przyznają się bardziej do stosowania starego oryginalizmu – jeśli w ogóle stosują oryginalizm⁹.

Wśród prawników praktyków zwłaszcza jeden wyróżnia się na tle pozostałych erudycją oraz wyrażoną w licznych artykułach i monografiach spójną i koherentną koncepcją oryginalizmu. Jest nim sędzia Sądu Najwyższego Antonin G. Scalia, twórca klasycznej wersji tekstualizmu. W swych rozważaniach teoretycznych, opartych na praktycznym działaniu, badał zasady rządzące oryginalizmem, w wyniku czego skonstatował, że problem wyboru odpowiedniej metody w procesie interpretacji Konstytucji Stanów Zjednoczonych jest złożony. Brakuje jednolitej teorii interpretacji, która dawałaby podwaliny ideologiczne, ale przede wszystkim nie ma odpowiedniej koncepcji znaczenia „znaczenia”. Czerpiąc zatem ze swego doświadczenia i wiedzy na temat prawa, podejmuje wysiłek stworzenia takiej teorii.

Scalia stara się również zająć stanowisko w kwestii korzystania przez sędziów z intencji ustawodawcy¹⁰, wyraźnie neguje interpretację dokonywaną w celu poszukiwania intencji ustawodawcy (Scalia 1997, 115). Uważa, że intencja ustawodawcy może sprzyjać tworzeniu prawa przez sędziów, bowiem można ją odkrywać w subiektywny sposób. Prawo natomiast jest jednoznaczne i nie powinno być interpretowane za pomocą intencji (Scalia 1998, 115). Nie można, jego zdaniem, dopuścić, by intencja ustawodawcy, a tym bardziej historia legislacyjna aktu, była brana pod uwagę podczas interpretacji. Trzeba jasno wskazać reguły interpretacji, gdyż zasady prawa są podstawą demokracji konstytucyjnej, ale nie przesądzają, jak sędziowie powinni interpretować prawo. „Prawo mówi nam – jak pisze Scalia – co obowiązuje, ale nie odpowiada na pytanie, jaka jest intencja

⁹ Kolejni zwolennicy starego oryginalizmu, Robert Bork i Raoul Berger, stojąc w opozycji do poglądów Soluma, uznają, że nie można przenosić semantycznej treści Konstytucji na znaczenia zaczerpnięte z języka potocznego, gdyż takie działanie zupełnie wypacza oryginalne znaczenie pojęć konstytucyjnych i nie realizuje celu interpretacji; por. (Eisgruber 2001, 10).

¹⁰ Sędzia Antonin G. Scalia całe swoje życie zawodowe związał z prawem. Studiował w uniwersytetach Georgetown i szwajcarskim Fryburgu, skończył (z wyróżnieniem) prawo na uniwersytecie w Harvardzie.

ustawodawcy i czy można poszukiwać jej subiektywnego znaczenia” (Scalia 1997, 132)¹¹. Dlatego należy skupić się „na poszukiwaniu znaczenia obiektywnego” (Scalia 1997, 17).

Mając na uwadze fakt, że nauka interpretacji nie ukształtowała jasnych i prostych zasad, Scalia podejmuje się wskazania sędziom Sądu Najwyższego odpowiedniej drogi interpretacyjnej¹². W ten sposób przedstawia esencję swojej teorii, którą nazywam oryginalizmem Scalii. Oryginalizm w jego rozumieniu oznacza metodę interpretacji Konstytucji, która poszukuje oryginalnego znaczenia tekstu, nie zaś, jak tekstualizm, powszechnego znaczenia. Znamienne w jego teorii jest zatem odrzucenie koncepcji, zgodnie z którą branie pod uwagę znaczenia powszechnego oraz intencji ustawodawcy służyło ustalaniu obiektywnego znaczenia Konstytucji. Scalia porzuca swoją pierwszą koncepcję, w której budował metodę tekstualną i tworzy koncepcję oryginalnego obiektywnego znaczenia, opartą na doktrynie tekstualizmu. Jego zdaniem, koncepcja powszechnego znaczenia nie sprawdza się w obliczu pojęć dwuznacznych czy nieostrych. Idea, że prawo jest tylko tym, co tworzą słowa jest oczywiście zbyt prosta – większość słów można różnorodnie interpretować (*multiple interpretation*). Słowa są przeważnie

¹¹ Profesor Wood podziela opinię Scalii o związku tworzenia prawa z demokracją. Sędziowie powinni być interpretatorami prawa, nie zaś ich twórcami. Choć, jego zdaniem, tworzenie prawa jest ważną częścią konstytucjonalnej demokracji Ameryki, o której mówili Ojcowie Założyciele, np. Jefferson. Profesor Glendon uważa, że wiele złych interpretacji wynika ze zwyczajów *common-law*; zob. (Scalia 1997, 129–143).

¹² Scalia twierdzi, że podstawową kwestią, która zaczyna kształtować umysły prawników, a później ma wpływ na sposób interpretacji Konstytucji przez sędziów ma nauka *common law*. Jak twierdzi w *A Matter of Interpretation*: „Pierwszy rok nauki w szkole prawa czyni nienaturalne wrażenie na mózgu. Wielu studentów opiniuje to jako fenomen. Doświadczają pewnego rodzaju odrodzenia się intelektualnego, zupełnie nowego sposobu spostrzegania i myślenia. Dalej, nawet jeśli nie znają dobrze prawa, myślą jak prawnicy. Przytłaczająca większość kursantów samouków i z pewnością ten, który ma najlepsze efekty uczą się istoty i metodologii *common law* (*torts*) czynów niedozwolonych, jak umowy, własności, prawo karne. Żeby zrozumieć, czym jest *common law* należy zrozumieć – docenić, że *common-law* nie jest prawdziwym *common-law*, jeśli chodzi o uważanie czegoś przez sędziego za *common-law*. Należy powiedzieć, że nie jest to prawo będące w zwyczaju czy odbiciem praktyki w społeczeństwie, lecz bardziej rozbudowane przez sędziów. Być może w okresie wczesnego prawa anglosaskiego sądy były bardziej dojrzałe w stosowaniu tego prawa, ale we wcześniejszych okresach – jeszcze z okresów *Year Books*, prawo będące w zwyczaju było równe *common law*, między XIII a XVI wiekiem. Z wyjątkiem doktryny *stare decisio*, która była podejmowaniem decyzji przez sędziego”. Amerykańscy adepci prawa uczą się zatem prawa nie poprzez czytanie ustaw czy traktatów, ale opinii sędziów. To jest znana metoda prawa precedensowego stosowana w pionierski sposób w *Harvard Law School*. Student jest skierowany na czytanie szeregu przypadków, zwanych *casebook* pomyślanych dla pokazania jak tworzone. Warto dodać, że Oliver Wendell Holmes, gdy mówił o niemieckich i angielskich zwyczajach podkreślał ich doniosłą rolę w kształtowaniu się prawa amerykańskiego. Jednak w większości jego zdaniem, wpływ na prawo sądowe miały indywidualne decyzje sądowe i sędziowie. O najsławniejszych pisano nawet pieśni, w których podkreślano ich rolę w tworzeniu *common law* (Scalia 1997, 3).

dwuznaczne (Scalia 1997, 38), więc złożoność znaczenia prawa oznacza wyeliminowanie wszystkich dwuznacznych terminów, żeby nie zniekształcały poprawnej interpretacji. W razie konfliktu dwóch aktów prawnych, to sąd, zdaniem Scalii, musi zdecydować, które prawo stosować, a które wyeliminować. Czasem zadanie to jest proste, czasem sprawia wiele trudności, jednak zawsze należy pamiętać, że to Konstytucja jest aktem nadrzędnym w sądowym stosowaniu prawa i zawsze powinna mieć znamię prawa nadrzędnego. Jeśli Konstytucja nie będzie tak traktowana, lecz stanie się przyczynkiem do zmian dostosowujących prawo do wartości preferowanych w danej chwili przez społeczeństwo, to można wnioskować, że powstanie możliwość tworzenia nowych praw przez sądy, a nie przez Kongres. Dlatego Scalia stawia tezę, że kluczem do poprawnej interpretacji jest odnalezienie oryginalnego znaczenia tekstu prawnego, pozwala to bowiem na wyeliminowanie wszelkich niejasności, a zarazem uniknięcie politycznych manipulacji tekstem Konstytucji. Sędzia uznaje przy tym oryginalizm za jedyną poprawną i niezastąpioną metodę interpretacji Konstytucji, pozostałe zaś metody zalicza do teorii nieoryginalistycznych (*nonoriginalists*). Główny teoretyczny zarzut, jaki im stawia, dotyczy możliwości dopuszczenia sędziów do tzw. interpretacji owocującej, która pozwala na zmianę zastanego prawa i pojęć użytych w Konstytucji.

Czołowy krytyk poglądów sędziego Scalii, Laurence H. Tribe, uważa, że Konstytucja sama wymaga rozszerzania praw, a zwłaszcza tych wolności, które są tak ważne w amerykańskim społeczeństwie (Scalia 1997, 38). Jednocześnie przyznaje (i w tym zakresie zgadza się ze Scalią), że poszukujący znaczenia tekstu prawnego sędzia nie powinien, co do zasady, tropić idei, intencji czy intencji historycznej w tekście, chyba, że jest to konieczne ze względu na dwuznaczność pojęć (Scalia 1997, 65). Scalia jednak dowodzi, że zmieniające się w społeczeństwie wartości nie powinny przysłaniać oryginalnego znaczenia tekstu Konstytucji. Interpretacja dokonywana w procesie kontroli konstytucyjności nie może prowadzić do przypisania zawartym w tekście Konstytucji sformułowaniom zupełnie nowych znaczeń (Scalia 1989, 849).

Filozofia interpretacji Scalii zawiera zatem krytykę dwóch stanowisk. Po pierwsze, krytykuje pogląd, że sędzia w procesie podejmowania rozstrzygnięcia powinien uwzględniać subiektywną intencję prawodawcy. Jak przekonuje, intencja ustawodawcy nie powinna odgrywać podstawowej roli przy ustalaniu oryginalnego znaczenia tekstu. Po drugie, zostaje poddana krytyce tzw. twórczość sądowa (Scalia 1997, 10), jak nazywa on aktywizm sędziowski. Konstytucja, jego zdaniem, nie powinna ewoluować, nie jest tworem żywym (jak się wydaje zwolennikom doktryny *living constitution*)¹³. Te dwie drogi interpretacji

¹³ Dominujący współcześnie kierunek nauki interpretacji Konstytucji, zwany *living constitution*, afirmuje istnienie takiego kształtu prawa, który zmienia się z wieku na wiek wraz z potrzebami ewoluującego społeczeństwa. Nurt ten uzasadnia postępowanie sędziów, którzy podczas interpretacji poszukują owego zmieniającego się prawa, odwrotnie do zwolenników pasywnych

są trudniejsze od oryginalizmu i w praktyce zawodzą. „Słowa mają ograniczony zakres znaczeń – pisze w *A Matter of Interpretation* – i żadna interpretacja idąca dalej poza ten zakres nie jest dopuszczalna” (Scalia 1997, 24). W cytowanej pracy Scalia klarownie argumentuje, że gdy chodzi o historię legislacyjną danego aktu prawnego, to „jedynie obiektywne znaczenie słów bardziej niż intencja ustawodawcza jest tym, co tworzy prawo, bowiem historia legislacji nie powinna być używana jako autorytatywna wskazówka ustalenia znaczenia prawa. Wywodzi się to z tradycji angielskiej i stało się amerykańską praktyką” (Scalia 1997, 29–30). W zgodzie z taką postawą należy przyjąć, że oryginalizm nie jest procesem interpretacji Konstytucji, który bada intencję ustawodawcy, lecz stoi na stanowisku, że jego zasady i założenia są od dawna stosowane, a pogląd, który każe brać pod uwagę historię legislacyjną aktu jest w tym względzie „głupim pomysłem” (Scalia 1997, 29–30). Przewodniczący Sądu Najwyższego, sędzia Roger Taney (cytowany przez Scalie) powiedział, że „dokonując interpretacji prawa, sędziowie sądów nie mogą w żadnym stopniu brać pod uwagę jego uzasadnień formułowanych przez członków Kongresu w czasie debaty przed jego uchwaleniem, ani [kierować się] motywami czy uzasadnieniami wnoszonych czy odrzucanych poprawek. Uchwalone prawo jest wolą większości obu izb, i tylko forma, w jakiej jest wypowiedane jest prawem samym w sobie” (Greene 2009c, 10). Zatem „musimy odczytywać ich intencje z języka, którego użyli, porównując go, gdy występują dwuznaczności, na które prawo jest narażone, tylko gdy to konieczne, spoglądając na historię społeczną czasów, gdy było uchwalane” (Greene 2009c, 10). Pogląd przeciwny, że podczas interpretacji Konstytucji trzeba brać pod uwagę historię legislacyjną aktu, funkcjonuje od lat 20. ubiegłego stulecia, doprowadzając do frustracji sędziów oryginalistów, którzy swym oponentom odmawiają nawet miana prawników z kręgu *common-law* (Scalia 1997, 29. Szersze zastosowanie tej metody datuje się dopiero od lat 40., jednak od początku było ono przedmiotem krytyki ze strony powszechnie szanowanych sędziów. Ich zdaniem, przyjęcie tej metody zmuszałoby do przeprowadzania analizy psychologicznej sędziów, odtwarzania ich procesów psychicznych, motywów, którymi się kierowali oraz rozpoznawania przyczyn ich postawy w trakcie procesu legislacyjnego. Sędziowie nie są kongresmenami ani twórcami aktów prawnych, dokonują jedynie ich interpretacji¹⁴. Jak zauważa Scalia, nie bez złośliwości, „sędzia nie będący nigdy kongresmenem jest nieco upośledzony w tym niesamowitym dziele. Proces ustalania znaczenia aktu prawnego przy uwzględnianiu intencji ustawodawcy zamienia się z interpretacji w jego tworzenie” (Scalia 1997, 30).

teorii, którzy skupili swoje badania na opracowaniu koncepcji powszechnego albo oryginalnego znaczenia Konstytucji. Szerzej na temat tej metody w następnym rozdziale.

¹⁴ Jak twierdzi Scalia, już Dean Lendis nawoływał przeciwko tak uzurpacyjnej interpretacji. Rozwiązanie, które proponował polegało na odrzuceniu intencji ustawodawcy jako kryterium interpretacji i umieszczenie go jako środka manipulacji (Scalia 1997, 30).

Warto dodać, że – zdaniem Keitha Whittingtona – zasada dążenia do ustalenia oryginalnego znaczenia Konstytucji jest tak samo stara jak Konstytucja (Whittington 2004, 109). Jednak współczesne debaty wykazują, że jego dzisiejsze rozumienie mija się z pierwotnym znaczeniem. W większości przypadków powoływanie się przez sędziów na interpretację w duchu oryginalnym jest spowodowane chęcią nadużycia władzy, wynikającej z *judicial review*. Nie taki jednak, jak stwierdza Whittington, przyświecał cel staremu oryginalizmowi (Whittington 2004, 109). „Ojcowie Konstytucji poniekąd dali życie oryginalizmowi i zaimplementowali go do Konstytucji, by nadać pewnym mało rozwiniętym wartościom i zasadom gwarancję rozwinięcia w procesie ich stosowania. Oryginalizm zatem początkowo miał być gwarancją praw zapisanych w Konstytucji” (Whittington 2004, 109), miał nadawać sens faktom prawnym, które zostały w niej określone. Odkrywanie tego sensu miało odbywać się jednak w taki sposób, by zabezpieczyć nienaruszalność znaczeń pojęć użytych w Konstytucji. Teoria oryginalizmu podkreśla bowiem, że Konstytucja jest formą komunikacji, instrukcją pochodzącą od prawodawcy, stworzoną dla suwerennego ludu, dlatego jej interpretacja musi być dokonywana w duchu wierności. Interpretator ma zatem wywnioskować z treści Konstytucji, co zrobiłby ustawodawca w określonej sytuacji, czyli jak zastosowałby przepis w konkretnej sytuacji (Whittington 2004, 194). Jak stwierdził James Madison, wierna interpretacja ma wykorzystywać sens i znaczenie Konstytucji z czasów, gdy była akceptowana i ratyfikowana, bo tylko w tym sensie jest prawomocna. Podczas procesu interpretacji należy cofnąć się do okresu, kiedy była ratyfikowana, odnaleźć ducha debat konstytucyjnych, a następnie próbować odnaleźć znaczenie tożsame z tym, które zostało użyte podczas uchwalania (Whittington 2004, 194). Scalia podnosi, że sędziowie oryginaliści, by uchronić się przed manipulacją prawa, muszą jak najlepiej pojmować oryginalne znaczenie tekstu, by w razie niejasności pojęć nadawać im sens wywodzący się z ich praktycznego użycia. Ów pragmatyczny charakter oryginalizmu Scalia nazywa nadawaniem oryginalnego znaczenia pojęciom dwuznacznym, co pomaga skonkretyzować tekst i sprecyzować pojęcie podczas interpretacji, nawet jeśli jest ono zawile i dwuznaczne (Whittington 2004, 194).

Dokonując podsumowania, należy wspomnieć o krytyce teorii, o której sam autor mówi, że nie jest wolna od wad. Czołowym opozycjonistą poglądów Scalii był Randy Barnett. Swoje programowe stanowisko zawarł w eseju *Scalia's Infidelity: A Critique of „Faint-Hearted” Originalism* (Barnett 2006, 8). Stawia w nim liczne zarzuty pod adresem sędziego, a szczególnie wobec argumentów zawartych w jego sztandarowym dziele – *Originalism: The Lesser Evil* (Scalia 1989, 849–854). To właśnie w nim Scalia po raz pierwszy przedstawia poprawną kategorię znaczenia dla oryginalizmu, dokonując przesunięcia interpretacji Konstytucji z poszukiwania intencji Ojców Założycieli (jak uważano dotąd) na oryginalne publiczne znaczenie tekstu (*original public meaning*). Barnett uważa, że Scalia formułuje koherentną teorię, wskazuje jednak oryginalistom trzy drogi ucieczki

(*escape routes*), co wywołuje wrażenie, że sędzia sam wycofuje się ze swojego oryginalistycznego stanowiska¹⁵. Wskazane trzy drogi ucieczki dotyczą następujących sytuacji. Pierwsza – gdy tekst jest niewłaściwie sformułowany i nie jest wystarczająco normatywny, regułopodobny (*rule-like*). Druga – gdy precedens zostaje uchylony wbrew zasadzie *stare decisis et non quieta movere*. Trzecia – kiedy pierwsze dwa posunięcia są bezskuteczne i nie można ustalić oryginalnego znaczenia. W tych trzech przypadkach Scalia dopuszcza odstępianie od zasad oryginalizmu. Wobec takiego stanowiska Barnett uznaje za oryginalistę jedynie sędziego Clarena Thomasa, znanego z radykalnego stanowiska w przedmiocie interpretacji Konstytucji, wyrażonego w opinii z lutego 2001 r. („Konstytucja dokładnie znaczy to, co Członkowie Konwencji Filadelfijskiej i Konwencji Ratyfikującej rozumieli, że znaczy, nie zaś to, co sądzą sędziowie”, Greene 2009c, 8). Sędzia Scalia, zdaniem Barnetta, nie jest więc wcale oryginalistą, bowiem kilka razy orzekł niezgodne z założeniami oryginalizmu.

Barnett uważa, że słowa zawarte w Konstytucji powinny być interpretowane zgodnie z ich znaczeniem – takim, jakie miały w czasie, gdy zostały do niej włączone (Barnett 2004, 89). Jednak interpretacja nastawiona tylko na poszukiwanie oryginalnego znaczenia słów nie wystarczy. Potrzebna jest równocześnie interpretacja dokonywana z uwzględnieniem oryginalnej intencji. Dopiero ich połączenie można uznać za metodę, zwaną powszechnie oryginalizmem¹⁶. W końcowym rozrachunku Barnett ocenia, że poglądy Scalii są niekonsekwentne i niezrozumiałe. Zarzuca mu wprowadzanie odbiorców w błąd, gdyż pierwotnie (na początku lat 80.) oryginalizm dla sędziego oznaczał interpretowanie Konstytucji zgodnie z intencją Ojców Założycieli (Barnett 2006, 8). Jednak w tej postaci nie utrzymał się zbyt długo, ponieważ był niepraktyczny, nie było możliwe odtworzenie i jednoznaczne określenie intencji wszystkich autorów Konstytucji¹⁷. Wtedy sędzia zmienił pogląd i zaczął tekstualizm nazywać oryginalizmem.

¹⁵ O drogach ucieczki formalistów pisze również Schauer (1988, 509).

¹⁶ Jak twierdzi Barnett, Edwin Meese i Robert Bork, nie potrafili dostrzec różnicy między oryginalnym znaczeniem a oryginalną intencją i dlatego skupili się na poszukiwaniu intencji Ojców Założycieli (Barnett 2013, 90). Jednak taką wizję oryginalizmu Paul Brest uważa za niemożliwą do stosowania, gdyż niewykonalne jest odnalezienie intencji tak licznej grupy osób, jaką stanowią Ojcowie Założyciele (Brest 1980, 200; por. Meese 1985, 9).

¹⁷ Zdaniem sędziego Borka, cały dyskurs o związkach władzy sądowej z demokracją skupia się do dziś na odpowiedzi na pytanie, czy dany sędzia jest intencjonalistą, czy nim nie jest. Ci, którzy uważają, że oryginalna intencja jest łącznikiem między władzą sądową a autorytetem demokracji, noszą miano intencjonalistów (*intentionalism*) lub interpretywiści (*interpretivism*). Ci, którzy odrzucają to założenie, nazywają się nie-intencjonalistami (*non-intentionalist*) albo nie-interpretywiściami (*non-interpretivist*). Jednak główny problem, z którym nie radzi sobie amerykańskie prawo konstytucyjne, leży u podstaw zjawiska określanego „dylematem Madisona” (*Madisonian dilemma*). Dotyczy on zdefiniowania większej władzy (*majoraty power*) i mniejszej wolności (*minority freedom*) jako funkcji Sądu Najwyższego (Scalia, Calabresi 2007, 83–85).

Barnett podkreśla także, że Scalia w swej niekonsekwencji początkowo mylił oryginalizm z intencjonalizmem, tak jak i pozostali oryginaliści. Co więcej, Scalia sam przyznawał, że sędziowie – interpretując Konstytucję – poszukują obiektywnej intencji, na tyle obiektywnej, by każdy rozsądny czytelnik wywiódł ją z tekstu prawnego (*we look for a sort of objectified intent – the intent that reasonable person would gather from the text of the law*) (Scalia 1997, 17; por. Barnett 2004, 92).

Wreszcie, krytykując Scalię, zwracał szczególną uwagę na fakt, że ustalenie oryginalnego znaczenia (w myśl doktryny oryginalnego znaczenia) nie zawsze przynosi regułę, którą można zastosować do konkretnego przypadku. Kiedy oryginalne znaczenie Konstytucji jest trudne do określenia, wówczas potrzebna jest taka interpretacja, która dostarczy określeń adekwatnych dla danej sprawy pod warunkiem, że będzie ona zgodna z wymogami konstrukcji oryginalnego znaczenia (*original meaning*). Jeśli natomiast Konstytucja nie określa wprost reguły prawnej, zdaniem Barnetta, możliwe jest działanie twórcze sędziów, które przekroczy ich kompetencje interpretacyjne. By uzyskać pewność, że ustalone przez oryginalistów znaczenie spełnia kryteria interpretacji w rozumieniu doktryny oryginalnego znaczenia, sędziowie powinni korzystać z intencji Ojców Założycieli oraz historii tworzenia Konstytucji. Podchodząc w ten sposób do interpretacji, sędziowie nie napotykaliby różnych problemów i łatwo mogliby odeprzeć krytykę interpretacji. Ustalając w ten sposób oryginalne znaczenie, można z łatwością dostrzec, że w artykule III Konstytucji uprawnienie do sądowej kontroli konstytucyjności ustaw jest wyrażone wprost, bo taka była intencja Ojców Założycieli i historia tego artykułu właśnie na to wskazuje. Odnosząc się do tych dwóch kwestii, sędziowie łatwiej dochodziliby do ustanowienia oryginalnego znaczenia Konstytucji (Barnett 2001, 6). Autor zgadza się z oryginalistami, że do prawidłowego ustalenia znaczenia Konstytucji koncepcja powszechnego znaczenia jest zbyt wąska i nie obejmuje wszystkich aspektów tworzenia aktu. Gdyby rozumieć artykuł III tylko w odniesieniu do koncepcji powszechnego znaczenia, sędziowie nie uzyskaliby uprawnienia do unieważnienia ustaw niezgodnych z Konstytucją. W takiej sytuacji oryginalizm jest najlepszą metodą interpretacji, podchodzi do Konstytucji jak do „martwego aktu”, który na mocy oryginalnej interpretacji daje w zasadzie sędziom większą władzę niż tekstualne rozumienie, oparte na powszechnym znaczeniu (Barnett 2001, 7). Pojęcie władzy sądowej (*judicial power*), użyte w artykule III Konstytucji, zdaniem Barnetta zawiera prawo do anulowania niekonstytucyjnych ustaw, mimo że innego zdania jest większość konstytucjonalistów. Wskazują na to bowiem debaty i zapisy, pochodzące z procesu uchwalania Konstytucji. Założenie, że sędziowie mają przyrodzoną wręcz kompetencję do unieważniania aktów niekonstytucyjnych pochodzi z debat, toczonych podczas konwencji filadelfijskich. Podczas ich trwania nie było nikogo, kto by nie uznał, że władza sądowa daje możliwość anulowania niekonstytucyjnego prawa. Jedyne w zasadzie przeciwnik takiego stwierdzenia, John

Mercer z Maryland, stwierdził, że nie jest poprawne nadawanie sędziom takich uprawnień, gdyż prawo powinno być po prostu tworzone tak, by było poprawne i dobrze skonstruowane, tak, by nie dochodziło do niejasności (Madison 1787). Nie zaprzeczył jednak istnieniu tej kompetencji. Był to wszakże, jak stwierdza Barnett, „samotny głos w dyskusji, gdyż nawet John Dickenson z Delaware, uważany za zwolennika Mercera uznał, że kontrola sądowa jest jedynym środkiem zaradczym dla zapewnienia konstytucyjności” (Barnett 2001, 8). Konkludując, Barnett dochodzi do wniosku, że mimo iż interpretacja Konstytucji nie jest związana z poszukiwaniem oryginalnych intencji Ojców Założycieli, to jednak dzięki tak przyjętej koncepcji oryginalnego powszechnego znaczenia (*original public meaning*) dowiadujemy się o strukturze władzy sądowej (Barnett 2001, 8). Taka właśnie intencja przyświecała notatkom sporządzanym z obrad Konwencji. Miały być bowiem sporządzone językiem jasnym i na tyle oryginalnym, by bez problemu można było z nich odczytać intencję Założycieli. Wobec takich argumentów Barnett stawia tezę, że oryginaliści nie mogą, dokonując interpretacji, pomijać intencji ustawodawcy i historycznego tła aktu. Podkreśla, że poszukiwanie podczas interpretacji oryginalnego znaczenia jest tak ważne, ponieważ Konstytucja nie jest jedynie umową w literackim sensie, lecz zbiorem zasad, idei i wartości, które można poprawnie zinterpretować jedynie za pomocą poszukiwania oryginalnego znaczenia¹⁸.

Reasumując, oryginalizm w ujęciu Scalii różni się od swojej pierwotnej wersji, występującej w literaturze amerykańskiej, choć dla Barnetta, krytykującego Scalię, ma to znaczenie drugorzędne wobec pryncypialnego odrzucenia przez niego całej oryginalistycznej tradycji. Współczesne prawo, jego zdaniem, nie może być związane tak archaicznym aktem, jakim jest Konstytucja, bo ten powinien być napisany od nowa.

Zgadzając się z Barnettem, należy przyznać, że poszukiwanie oryginalnej intencji jest czymś innym od poszukiwania oryginalnego znaczenia słów. Owo przesunięcie z analizy oryginalnej intencji do oryginalnego znaczenia ukróciło zapędy krytyków do obalenia obiektywności teorii oryginalizmu. Nie zniechęciło jednak do dalszej krytyki samego pojęcia. Ronald Dworkin rozróżniał dwa rodzaje oryginalizmu, tzw. oryginalizm semantyczny (*semantic originalism*) i oryginalizm oczekiwany (*expectations originalism*) (Dworkin 1996, 8). Jego zdaniem, to jest decydujące rozstrzygnięcie, które pozwala rozróżnić cele interpretatora. Oryginalizm semantyczny nastawia się na odnalezienie językowego sensu znaczenia danego pojęcia, natomiast oczekiwany oryginalizm próbuje ustalić lub narzucić upragnione znaczenie słów, wywodzących się poniekąd z intencji (Scalia 1997, 116).

¹⁸ Przyjmując taką koncepcję Konstytucji Barnett uznał, że tekstualizm nie powinien być stosowany w ogóle w sądowej interpretacji gdyż tekst Konstytucji jest czymś więcej niż tylko zapisanym aktem prawnym (Barnett 2013, 100).

Antonin G. Scalia uważa, że największym i jedynym defektem oryginalizmu jest trudność jego praktycznego zastosowania. Wynika to głównie z działań oponentów, zniechęcających sędziów do stosowania oryginalizmu ze względu na to, że słowa w większości przypadków nie mają jednego znaczenia. Niemożliwe jest zatem ustalenie oryginalnego znaczenia. Broniąc oryginalizmu Scalia twierdzi, że każde słowo ma znaczenie. Jedyny problem, z którym oryginalizm musi się zmierzyć leży po stronie sędziów stosujących oryginalizm. Ci bowiem w praktyce mają trudności z ustaleniem oryginalnego znaczenia starego tekstu. Poprawne wykonanie tego zadania wymaga od sędziego ogromnego nakładu pracy. Oprócz odszukania znaczeń, nad którymi interpretator musi popracować, sędzia musi też odnieść się do zarzutów dotyczących poprawności językowej i uzasadnić możliwość odrzucenia orzeczenia sprzecznego z oryginalnym znaczeniem Konstytucji, uchylając się od zasady *stare decisis*. Sędziowie jednak nie zawsze są pewni swojego zdania, brakuje im teoretycznej podbudowy uzasadnień. Dlatego Scalia uznaje za konieczne odparcie wszystkich możliwych zarzutów w stosunku do oryginalizmu głosząc, że jego teoria w sądowym stosowaniu prawa to po prostu „mniejsze zło” (Scalia 1989, 849). W artykule programowym *Originalism: The Lesser Evil* przekonuje, że ewoluujące w społeczeństwie wartości nie powinny być poddawane ocenie sądu, jak chcą tego zwolennicy aktywizmu sędziowskiego. Oryginalizm jest teorią bardziej kompatybilną i lepiej oddającą naturę i cele Konstytucji niż wszystkie inne, ponieważ nie pozwala na manipulowanie ani słowem, ani zasadą zawartą w tekście oraz nakazuje sędziemu poszukiwanie oryginalnego znaczenia pojęć w niej zawartych. Gdyby odrzucić podczas interpretacji koncepcję oryginalnego znaczenia, okazałoby się, że nie można jej zastąpić inną, bardziej konkretną. Praktyczne wady oryginalizmu, w odczuciu sędziego, są mniej poważne niż pozostałych metod, zaś największą jego zaletą jest to, że nigdy nie spowoduje pogorszenia jakości kontroli sądowej ani nie naruszy istniejącego ładu wypracowanego od lat. Oryginalizm nie dopuszcza wpływu na interpretację preferencji politycznych sędziego, dzięki czemu nie osłabia stabilności systemu politycznego i zachowuje równowagę między władzami. „Stwierdzenie – pisze – że teoria oryginalizmu jest genialna byłoby zbyt entuzjastyczne, ale jest ona z pewnością zgodna z naturą *common law*” (Scalia 1989, 849).

Koncepcja Antonina G. Scalii powstała podczas uzupełniania luk metodologicznych metody tekstualnej, która w praktyce okazała się niewystarczająca wobec dwuznacznych i niejasnych pojęć. Ulepszając model interpretacji, Scalia zamienił koncepcję powszechnego znaczenia na koncepcję oryginalnego obiektywnego znaczenia, tworząc tym samym propozycję oryginalistyczną. Metoda tekstualna ustąpiła miejsca oryginalistycznej, którą dzięki wiedzy o brakach poprzedniczki można uznać za pełniejszą i bogatszą.

Metoda oryginalistycznej interpretacji Konstytucji Stanów Zjednoczonych, podobnie jak tekstualizm, zrodziła się jako krytyka intencjonalnej metody interpretacji prawa. Sędzia przyjął dla niej tożsame założenia (jak dla tekstualizmu),

a mianowicie odrzucił możliwość odwoływania się do intencji ustawodawcy, a także historii legislacyjnej aktu, twierdząc, że może to jedynie sprowokować i zachęcić sędziów do manipulacji prawem i nadawania pojęciom nowych, subiektywnych znaczeń. Mimo że początkowo Scalia przyznawał rację tym, którzy podczas interpretacji sięgali do historii legislacyjnej aktu, to „dziś podkreśla, że tak już nie istnieje. W początkowych latach, gdy tworzone prawo była jego częścią, dziś istnieje tylko dlatego, że sędziowie się do niej odwołują” (Scalia 1997, 34). Zatem sędziowie „nie powinni już jej używać i nie robić tego więcej” (Scalia 1997, 37). Jedyną drogą do uzyskania poprawnej interpretacji Konstytucji jest poszukiwanie oryginalnego obiektywnego znaczenia, które jest obiektywnym narzędziem interpretacyjnym, a ponadto rewelacyjną alternatywą wobec intencji ustawodawcy.

Koncepcja Scalii nie jest wolna od zarzutów. Główny odnosi się do niekonsekwencji pojęciowej. Sędzia w sposób równoważny używa bowiem pojęcia tekstualizm i oryginalizm, przez co nie jest konsekwentny w dalszych wywodach. Analiza jego prac pozwala dojść do wniosku, że tekstualizm uważany jest przez niego jedynie za doktrynę interpretacji, pomocną przy ustalaniu oryginalnego znaczenia Konstytucji, zgodnie z zasadą oryginalnego znaczenia, stanowiącą podstawę oryginalizmu (Philipse 2007, 169). Choć tekstualizm, tak jak oryginalizm, nazywany jest przez niego filozofią interpretacji, to w ogólnym rozrachunku okazuje się jedynie techniką interpretacji, będącą etapem w ustalaniu oryginalnego znaczenia Konstytucji. Proces interpretacji, zdaniem Scalii, dzieli się na dwa etapy. Pierwszy polega na odszukaniu właściwego znaczenia tekstu Konstytucji, drugi – na podjęciu przez sędziego właściwej decyzji w konkretnej sprawie. W pierwszym etapie głównym zadaniem sędziego jest poszukiwanie powszechnego znaczenia tekstu, w zgodzie z doktryną Holmesa, w drugim, podczas podejmowania decyzji. Sędzia musi starać się poszukiwać oryginalnego znaczenia Konstytucji, w myśl koncepcji oryginalnego znaczenia i na podstawie tej ogólnej zasady ma podejmować decyzję.

Podsumowując, koncepcja oryginalizmu Antonina G. Scalii to spójna, klarowna i koherentna wizja interpretacji Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Co więcej, koncepcja ta, w takim kształcie, wyjaśnia zasady interpretacji, precyzuje, jak poszukiwać oryginalnego znaczenia i czym ono jest, wobec czego można ją uznać za wiodącą w stosunku do innych.

3.3. Krytyka oryginalizmu na przykładzie doktryny *stare decisis*

Zdaniem większości prawników teoretyków i praktyków, sporu o poprawną interpretację Konstytucji Stanów Zjednoczonych nie można badać w odehraniu od poglądów politycznych poszczególnych sędziów Sądu Najwyższego, bowiem to one wpływają na uzasadnienie konkretnej decyzji (Soffer 2009, 19;

zob. Teles 2008, 22). Jeden z czołowych badaczy amerykańskiej myśli prawniczej, Steven Calabresi, zwrócił szczególną uwagę na związki przekonań politycznych sędziów z treściami decyzji sędziowskich. W swoich pracach najczęściej miejsca poświęcił sędziom konserwatystom, którzy – jak twierdzi – dzielą się na dwa obozy. Pierwszy, do którego zaliczają się zarówno oryginałiści, jak i tekstualiści, tworzą przede wszystkim: on sam, Randy Barnett, John Harrison, Gary Lawson, Michael McConnell, Michael Stokes Paulsen, Saikrishna Prakash oraz Akhil Amar. Cechą szczególną tej grupy jest przekonanie, że tekst Konstytucji, w pierwotnym rozumieniu, musi obejmować większość rozstrzygnięć konstytucyjnych, stoi ponad tradycją amerykańskiego prawa i precedensami. Gary Lawson i Michael Pali Paulsen argumentują, że kluczem do odnalezienia znaczenia konstytucyjnego (*constitutional meaning*) jest odszukiwanie obiektywnego społecznego znaczenia (*objective public meaning*) słów i klauzuli, tak, jak były one rozumiane w 1787 lub 1868 r. (Imburski 2005). Tekstualista Akhil Amar przekonuje zaś, że tekst Konstytucji ma większą wartość normatywną niż doktryna, która rozwinęła się w procesie jej interpretacji (Calabresi 2005, 3).

Reprezentanci drugiego obozu, nazywają siebie „burke’owcami” (*Burkeans*), gdyż wyznają zasadę związania Sądu Najwyższego precedensem i koncepcją *stare decisis* (Monaghan 1988, 723). Przewodzący tej grupie Thomas Merrill i Ernie Young za cel stawiają sobie krytykowanie założeń swych oponentów przez udowodnienie tezy, że nie tradycja i praktyka są właściwymi źródłami prawa konstytucyjnego, lecz doktryna Sądu Najwyższego. Wyrafinowany wariant tej teorii autorstwa Richarda Fallona i Charlesa Frieda głosi, że Sąd Najwyższy jest i powinien być kontrolowany jedynie przez swą własną doktrynę. Członkowie tej grupy wierzą w słuszność koncepcji *stare decisis* i związania sędziego węzłami precedensu¹⁹.

Doktryna *stare decisis* zakłada, że stałość prawa i wierność zasadom zawartym w Konstytucji (Scalia 1989, 199) ogranicza możliwość stosowania własnego prawa (prawa sędziowskiego), za pomocą uchylenia precedensu. Jeśli zasada związania precedensem jest łamana przez Sąd Najwyższy, to świadczy o braku konsekwencji w stosowaniu polityki interpretacji Konstytucji (Monaghan 1988, 724–739). Jest to – zdaniem zwolenników tej doktryny – podważenie fundamentalnych zasad prawa. Odrzucenie przez oryginałistów zasady *stare decisis* jest uznawane za główny argument przeciwko stosowaniu tej metody w Sądzie Najwyższym. Z metodologicznego punktu widzenia, wyłom ten jest określany jako słaby punkt, który podważa zasadność całej teorii.

Steven Calabresi, broniąc teorii interpretacji oryginalistycznej, polemizuje z argumentami zwolenników *stare decisis*. Przytacza argumenty na rzecz

¹⁹ Przykładem starcia się doktrynalistów z oryginalistami jest sprawa *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*.

słuszności odrzucenia *stare decisis* w procesie interpretacji. Po pierwsze uważa, że w tekście Konstytucji nie została wyrażona wprost zasada, która wspierałaby racje doktrynalistów o słuszności stosowania zasady *stare decisis*. Po drugie, praktyka Sądu Najwyższego nigdy nie podążała za precedensem, zwłaszcza w poważnych sprawach (*big cases*), a precedens w swych założeniach sam tego nie wyklucza. Po trzecie, teoria *stare decisis* niesie negatywne konsekwencje polityczne w przypadku rażącego naruszenia Konstytucji za sprawą precedensu, zasada *stare decisis* broni bowiem bezprawia i może stać się narzędziem manipulacji prawem. Te trzy argumenty przeciwko stosowaniu *stare decisis* w procesie interpretacji Konstytucji nie przekonują jednak oponentów. Jednym z czołowych obrońców poglądu, że interpretacja musi być związana precedensem jest David Strauss. Broniąc swojego poglądu stawia tezę, że oryginalizm jest niekompatybilny z konserwatywną wizją prawa i nie może być do niego porównywany. Mimo że w ostatnich latach można zauważyć ożywienie znaczenia doktryny oryginalizmu, głównie dzięki ogromnemu wysiłkowi konserwatystów (Strauss 2008, 1), to jednak nie powinni oni stosować interpretacji oryginalistycznej, gdyż mogą się w ten sposób wyzwolić spod władzy precedensu. Interpretacja dokonywana w duchu konserwatywnym zabrania takiego postępowania. W błędzie są ci, którzy uważają, że doktryny oryginalizmu i amerykańskiego konserwatyzmu są sobie bliskie. Oryginalizm i konserwatyzm nie są sojusznikami. W pracy zatytułowanej *Why Conservatives Shouldn't Be Originalists* Strauss przekonuje, że konserwatyzm mógłby stanowić podstawę teorii interpretacji, gdyby odciął się od założeń oryginalizmu, gdyż ten zbyt łatwo zakłada, że interpretacja i odkrywanie prawa są oczywiste i przeprowadzane bez większych komplikacji. Zasadniczo, zdaniem Straussa, istnieją trzy przyczyny, dla których oryginalizm nie powinien być utożsamiany z konserwatyzmem, a co więcej, nie powinien stanowić najważniejszej teorii interpretacyjnej Konstytucji.

Po pierwsze, oryginalizm daje zbyt dużą swobodę sędziemu w ustalaniu prawnej wartości prawa w oderwaniu od politycznych preferencji. Jako przykład podaje Strauss „problem ze zdolnością ustalania” (*problem of ascertainability*) (Strauss 2008, 1). Z sytuacją taką mamy do czynienia, gdy interpretator zajmuje się kontrowersyjnymi przepisami. Ustalając ich znaczenie, trzeba się odnieść do historii legislacyjnej. Częściowo może się wydawać, że to tylko niewielka techniczna wada tej teorii, która ogranicza jedynie dostęp do materiałów źródłowych. Jednak problem jest o wiele poważniejszy. Zdaniem autora, nie można najbardziej kontrowersyjnych pojęć zawartych w najważniejszym akcie prawnym w państwie interpretować bez odniesienia się do kontekstu jego powstawania, osób go tworzących, a nawet ówczesnych zwyczajów i kultury. Oczywiście jest zrozumiałe, że wykonanie przez ciągle zajętego sędziego tak określonego zadania jest niemożliwe i nie można realnie od niego oczekiwać takiego nakładu pracy. Jednak takie stwarzanie okazji do zajęcia własnego, preferowanego przez

sędziego stanowiska, jest efektem ograniczonego podejścia do interpretacji, kreowanego przez oryginalizm²⁰.

Kolejny zarzut, na podstawie którego oponenci żądają usunięcia oryginalizmu z procesu interpretacji Konstytucji odnosi się do pojęć niedookreślonych. Oryginalne rozumienie może się wydawać proste do odtworzenia i może się opierać na rozszerzonych materiałach źródłowych, na szkicach i projektach Konstytucji, które precyzyjnie miały być zapisywane zgodnie z intencją Ojców Założycieli za pomocą jednoznacznych pojęć. Jednak nie sposób wykluczyć, że pierwsze zapisy mogły zostać przekształcone w trakcie debat, a słowa w nich użyte mogły nabrać nowego znaczenia. Słowa ze szkiców Konstytucji były dobierane bardzo dokładnie i precyzyjnie, ponieważ dokumenty te miały stanowić wyraz kompromisu i dawać jednoznaczne rozwiązania dla nowo powstałego państwa. Jednak i tu pojawia się ogromne ryzyko, że interpretator, choć będzie działał w dobrej wierze, wybierze swoje osobiste oryginalne rozumienie (Strauss 2005, 299).

Trzeci zarzut wobec oryginalizmu dotyczy pojęć niedookreślonych. Strauss nazywa go „problemem tłumaczenia” (Strauss 2005, 299). Chociaż interpretator poprawnie odkrył oryginalne rozumienie przepisu Konstytucji, a co więcej, interpretacja ta okazała się skuteczna i została wprowadzona w życie, to jednak, zdaniem Straussa, wynika ona z dawnych tradycji i wartości konstytucyjnych, które są obce współczesnym przypadkom. By oryginalne rozumienie zaspokajało potrzeby współczesnych obywateli, musiałoby zakładać, że wszystkie uzyskane podczas interpretacji odpowiedzi obowiązują od teraz i na zawsze (*here is how we are going to answer this question now and forever*) (Strauss 2008, 972). Oczywiście takie założenie jest niedorzeczne. Od czasu uchwalenia Konstytucji zmieniła się cywilizacja, kultura i technologia. Dlatego też problemy i dwuznaczne sytuacje, które bada dziś Sąd Najwyższy mają niewiele wspólnego z tymi, które opisywali Ojcowie Założyciele. Współczesne kontrowersyjne sprawy powinny być zestawiane z nowymi faktami i badane pod kątem nowej, obecnej rzeczywistości.

Zdaniem Straussa, oryginalizm zbyt łatwo przyzwala na sędziowską dyskrecjonalność. Interpretacja, by oderwać się od tego stanu swobody, powinna opierać się na zasadzie precedensu. Mimo że ten rodzaj interpretacji nie jest tak silnie osadzony w teorii jak oryginalizm, to jednak można dla niego stworzyć równie mocne założenia (Strauss 2008, 972). Interpretacja precedensowa będzie oparta na konserwatywnej wizji państwa amerykańskiego, która powstawała pod wpływem filozofii wielkich konserwatywnych myślicieli, takich jak Burke. Teoria tego rodzaju byłaby wyrazem skromności, a jednocześnie ograniczałaby

²⁰ Jednym z najlepszych przykładów ilustrujących problem ze zdolnością ustalania znaczeń była sprawa *Brown v. Board of Education*.. Wyrokiem Sądu, segregacja rasowa została zakazana w szkołach publicznych. Zdaniem Straussa, skoro sędziowie sami nie byli w stanie odnaleźć prawidłowej interpretacji i potrzebowali pomocy doświadczonych prawników i historyków, to mają problem z ustalaniem znaczenia zgodnie z doktryną oryginalizmu, co nasuwa wniosek o konieczności porzucenia tej drogi interpretacyjnej.

możliwości korzystania z filozofii zdrowego rozsądku, która stała się podstawą teorii oryginalistycznych przyjmujących, że rozum ludzki jest w stanie wszystko zanalizować, przez co czyni sędziów wielkimi moralistami i filozofami. Teoria konserwatywna osadza sędziego w roli pośrednika między prawem a społeczeństwem, nie czyni zaś z niego instytucji, która ma orzekać, co jest dobre, a co złe (Strauss 2008, 972).

Reasumując, cała wielka tradycja *common law* opiera się na ograniczaniu prawidłowych znaczeń, oryginalizm zaś stwarza pokusę do odkrywania przez sędziów nowych znaczeń w kontrowersyjnych przypadkach w oparciu o własne poglądy polityczne. *Common law* i teoria precedensu zabrania luźnego sądzenia i opiera się na solidnych normatywnych założeniach (Strauss 2008, 974).

Strauss nie twierdzi, że teoria konserwatywna rozwiązuje problemy interpretacyjne oryginalizmu. Interpretacja precedensowa nie jest również wolna od wad, jednak – w przeciwieństwie do oryginalizmu – nie pozostawia sędziom tyle swobody, dzięki czemu w znacznym stopniu ogranicza możliwość podjęcia mylnych decyzji interpretacyjnych.

Jak twierdzą agitatorzy oryginalizmu, argument, że konserwatyści nie powinni być oryginalistami łatwo obalić, bowiem w przypadku pojęć dwuznacznych czy niedookreślonych interpretacja dokonywana przez sędziów niezadowolonych ze *status quo* prawa w zgodzie z oryginalizmem daje im możliwość kreowania decyzji *de facto* zmieniających zamiary Ojców Założycieli. Takie subiektywne decyzje, niezgodne z zastanymi wartościami, w efekcie mogą wyeliminować oczekiwane prawo. Oznacza to, zdaniem oponentów, że oryginalizm nie jest teorią interpretacji broniącą zastanego ładu, lecz dającą możliwość jego zmiany. Oryginalizm – wbrew twierdzeniom jego zwolenników, że jest nastawiony na interpretację pojęć ściśle określonych w Konstytucji oraz zachowuje stabilność prawa – nie stanowi narzędzia zabezpieczającego prawo przed zmianami. Prawo wszak nie jest złożone jedynie z prostych pojęć, a jego dwuznaczność i niedookreśloność daje oryginalistom możliwość wprowadzania własnych interpretacji, wykorzystujących preferencje polityczne. Próbuując przeforsować swoje poglądy, sędziowie odwołują się do fundamentalnych źródeł prawa i w ten sposób usprawiedliwiają swoje zamiary. Typowym przykładem działania wbrew konserwatywnym sposobom interpretacji przy użyciu koncepcji powszechnego znaczenia było działanie sędziego Hugo Blacka, który powoływał się na stanowisko Ojców Założycieli i próbował przeforsować pogląd, że byli oni zwolennikami *New Dealu*. W tym duchu należy zatem rozumieć *judicial review*, takie działania są jednak sprzeczne z poprawną interpretacją Konstytucji. Dlatego, dla Straussa, oryginalizm jest swego rodzaju narzędziem, służącym zniszczeniu tradycji będącej podstawą porządku prawnego. Oryginalizm jest bowiem zbyt elastyczny, giętki i otwarty na wprowadzanie nowych pojęć oraz ich znaczeń, co oznacza, że konserwatyści powinni unikać interpretacji dokonywanej w tym duchu (Strauss 2008, 975).

Konkludując, Strauss uważa, że konserwatyści powinni dołożyć wszelkich starań i środków, by zahamować proces częstego stosowania oryginalizmu i traktowania go jako dominującej metody interpretacji Konstytucji. Interpretacja przede wszystkim powinna być związana zasadą precedensu. Bezwzględnie konieczne jest odrzucenie poglądów, które otwierają drogę nowym tradycjom, a co więcej – są zgubne i przeczą wartościom konserwatywnym.

Odpierając zarzuty Straussa, konserwatywni oryginaliści, na czele z Calabresim, podkreślają, że w tekście Konstytucji nie ma nic na temat nadrzędności precedensu nad samą Konstytucją. Artykuł V Konstytucji określa szczegółowo procedurę zmiany jej tekstu i wskazuje drogę wprowadzenia poprawki do Konstytucji. Jest to więc jedyna droga prowadząca do jej zmiany. Co więcej, klauzula zwierzchności (*Supremacy Claus*) jasno stwierdza, że Konstytucja, prawo i traktaty będą najwyższym prawem na ziemi. Nie wspominają nic o decyzjach Sądu Najwyższego (Calabresi 2007, 200). W świetle tej argumentacji jest oczywiste, że nie ma przymusu podążania za decyzjami będącymi w konflikcie z Konstytucją. Oznacza to, że utrzymywanie w mocy decyzji niezgodnych z prawem, uzasadnianych zasadą *stare decisis* może wspierać nieograniczoną i niepohamowaną władzę sędziego, co z kolei stwarza możliwość manipulowania prawem. Sędzia mógłby w takich sytuacjach utrzymywać sprzeczne z Konstytucją precedensowe orzeczenia, ponieważ broniłby w ten sposób swoich politycznych poglądów. Jest to niezgodne z fundamentalnym założeniem oryginalizmu, którym jest potrzeba zahamowania politycznego charakteru Sądu Najwyższego. Dlatego oryginaliści uznają, że spór o związanie zasadą *stare decisis* jest w rzeczywistości sporem o manipulację polityczną i nie ma nic wspólnego z założeniami teoretycznymi oryginalizmu. Jak podkreśla Calabresi, tekst Konstytucji nie wspiera stosowania *stare decisis* w sądowym funkcjonowaniu prawa, dlatego oryginaliści nie są związani precedensem. Zadaniem oryginalizmu jest przede wszystkim wspieranie idei Ojców Założycieli. Skoro jeden z założycieli państwa, Alexander Hamilton, wspominał w *Federaliście*, że sądy mają czasem zobowiązanie względem precedensu (nigdy w sytuacji sprzeczności z tekstem) i nikt z grupy Ojców Założycieli nie wyobrażał sobie, że doktryna *stare decisis* przewyższy ważnością tekst Konstytucji, tym bardziej sędziowie Sądu Najwyższego nie powinni się czuć precedensem związani (Calabresi 2007, 200). Wczesna praktyka konstytucyjna wskazuje również, że Ojcowie Założyciele nie podążali ściśle za doktryną *stare decisis*. Jednym z najważniejszych przykładów takiego stosunku do tej zasady było powołanie w 1791 r. Banku Stanów Zjednoczonych, co wywołało dyskusję o jego legalność, która trwała aż do roku 1835. Kwestią słuszności powołania Banku zajął się również Sąd Najwyższy podczas sprawy *McCulloch v. Maryland* (1819). W swoim orzeczeniu sędzia Marshall stwierdził, że kwestia konstytucyjności powołania Banku pomimo dwudziestoosmioletniej tradycji precedensu jest otwarta i w tak ważnych dla państwa sprawach nie można kierować się precedensem. To orzeczenie nie zostało jednak przyjęte przez krytyków,

w związku z czym rok później znowu został podniesiony zarzut niekonstytucyjności powołania Banku. Wówczas prezydent Andrew Jackson optował za ponownym rozpatrzeniem aktu – twierdził, że jego podstawa prawna nie jest ważna. Zdaniem członków pierwszej Izby Reprezentantów i pierwszego Senatu, Bank został jednak założony w zgodzie z tekstem Konstytucji.

Calabresi podaje przykłady dziesięciu konkretnych spraw, świadczących o uwolnieniu się Sądu Najwyższego od zasady *stare decisis*. Jego zdaniem, rewolucję konstytucyjną wywołała sprawa *Lochner* z 1937 r. Od tego czasu sądy zaczęły stosować oryginalne założenia interpretacji Konstytucji, poszukując przede wszystkim jej oryginalnego znaczenia (*original meaning*), co w efekcie powodowało oddalanie precedensów niezgodnych z taką ideą interpretacji Konstytucji. Przykładem takiego działania było obalenie precedensu zapadłego w sprawie *Hammer v. Daggenghart* (Calabresi 2007, 204). Drugim ważnym momentem było obalenie precedensu i odstąpienie od zasady *stare decisis* przez Sąd Najwyższy w sprawie *Erie Railroad v. Tompkins*. Stosując teorię oryginalizmu, unieważniono stuletnią praktykę, istniejącą za sprawą orzeczenia *Swift v. Tyson*²¹. Trzeci przypadek to sprawa *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, kiedy unieważniono precedens sprawy *Gobitas*, opierając się na zasadzie tekstualizmu. Czwartym przykładem, wskazującym na ograniczanie zasady *stare decisis* przez Sąd Najwyższy, jest orzeczenie w sprawie *Brown v. Board of Education*, w której pośrednio oddalono wywodzący się jeszcze z XIX w. precedens pochodzący z orzeczenia *Plessy v. Ferguson*²². Piąta jest decyzja w sprawie *Engel v. Vitale*, w której został obalony liczący sto siedemdziesiąt dwa lata precedens. Po raz szósty cofnięto precedens w sprawie *Jones v. Alfred H. Mayer*, w której pośrednio oddalono zasady *Civil Right Cases*, pochodzące z dyskusji na temat ważności poprawek do Konstytucji (od 2. do 13.). Siódmy przykład dotyczy orzeczenia *Gregg v. Georgia*, w którym Sąd Najwyższy uznał za zgodną z Konstytucją karę śmierci, przywołując wcześniej zapadłe orzeczenie pochodzące ze sprawy *Furman v. Georgia*. Jako ósmą Calabresi wymienia sprawę *Maryland v. Wirtz*, w której oddalono precedens z 1976 r., pochodzący z orzeczenia *National League of Cities v. Usery*. Dziewiąty przykład, uchylene precedensu mającego niemal pięć dekad, pochodził z orzeczenia *City of Boerne v. Flores* w sprawie *United States v. Lopez*. Ostatni dotyczy sprawy *Bowers v. Hardwick* w związku ze sprawą *Lawrence v. Texas* (Scalia 1989, 207). W tym przypadku, zdaniem Calabresi'ego, triumf tekstualizmu nad precedensem jest najsilniejszy i najbardziej klarowny, co ostatecznie eliminuje pogląd, że Sąd Najwyższy jest związany doktryną *stare decisis*.

²¹ Odkąd w sprawie *Swift* stwierdzono fatalne podkopywanie historycznych badań Charlesa Warrena. To był największy upadek doktrynalistów.

²² Orzeczenie w sprawie *Plessy v. Ferguson* pochodzi z roku 1896 i uznawane jest za jedno z podstawowych w historii Sądu Najwyższego. W tej sprawie Sąd Najwyższy orzekł, że stanowe nakazy odnoszące się do podziałów rasowych w prywatnych przedsiębiorstwach są zgodne z zasadą *separate but equal* (Scalia 1989, 205).

Podsumowując, Calabresi stoi na stanowisku, że oryginalne rozumienie Konstytucji nawiązuje do pierwszych praktyk Ojców Założycieli, zaś praktyka współczesna w latach 1937–2005 wskazuje na preferowanie oryginalizmu i tekstualizmu oraz silne przeciwstawianie się teorii *stare decisis*. W tym czasie precedens został uchylony 174 razy, w większości w sprawach konstytucyjnych, nie zaś ustawowych (Calabresi 2007, 204). W 2005 r. w sprawie *Atlanic Monthly*, przywołując jeden z istotnych precedensów, sędzia Sądu Okręgowego Laurence Silberman powiedział, że – w jego opinii – Sąd Najwyższy nie jest sądem, który rzadko rozważa sprawę, ograniczając się swoimi decyzjami z przeszłości (Calabresi 2007, 204). Tak samo kwestię tę widzi Richard Posner, który twierdzi, że Sąd Najwyższy nigdy nie płaci za niezwracanie uwagi na własne precedensy i nie jest to nic nowego²³. Calabresi, analizując orzeczenia z ostatnich siedemnastu lat, zgodził się z opinią Posnera²⁴. Ostatecznie stwierdził, że konserwatyzm²⁵ powinien uznać tekstualizm i oryginalizm za swoje zasady, uwnioślając tym samym kulturowe oblicze elity, znajdującej się w Sądzie Najwyższym²⁶.

Zdaniem Akila Amara, innego obrońcy oryginalizmu, analizując stosunek precedensu i oryginalizmu należy wyróżnić nieoryginalny oryginalizm (*unoriginal originalism*) oraz bezprecedensowy precedensjonalizm (*unprecedented precedentialism*) (Scalia 1989, 210). Za nieoryginalnych oryginalistów uważa osoby, które poszukują znaczenia jedynie w tekście, historii i budowie aktu. Jednak nie ma tu żadnej głębokiej teorii, pozostaje zaś jedynie wiara w tekst Konstytucji. Taką postawę uważa za błędną, bowiem, jeśli tekst nie jest jasny, nie można odnaleźć jego prawdziwego sensu, opierając się jedynie na wierze w zasady Konstytucji. Debaty zmierzające do uznania słuszności odrzucenia czy oddalenia precedensu bez ścisłej teorii powinny zostać zarzucone. Podaje jako przykład sprawę

²³ Posner nazywa Baraka „prawnym piratem” i opisuje jego podejście jako „uzurpatywne” (szerzej: Medina 2007, 1).

²⁴ Za pierwszą konstytucyjną rewolucję, jak twierdzi Calabresi, można uznać rok 1937 i sprawę *Lochner*, gdzie tekstualiści i oryginaliści raz na zawsze pozbyli się treści prawa precedensowego (Scalia 1989, 201).

²⁵ Pojęcie konserwatyizmu należy do najmniej ostrych i najbardziej wieloznacznych terminów w dyskursie amerykańskich prawników. Dla przykładu, w mowie potocznej najczęściej spotyka się trzy rozumienia pojęcia konserwatyizmu: 1. jako postawa cechująca się przywiązaniem do aktualnie istniejącego stanu rzeczy, akceptacją zastanego porządku i systemu wartości oraz niechętnym stosunkiem do wszelkich zmian; 2. w znaczeniu ideologii społecznej, uznającej za najwyższe dobro przekazany przez przeszłość ład społeczny wraz z jego systemem wartości oraz instytucji społecznych i stosunków międzyludzkich; 3. w znaczeniu politycznym – konserwatyzm oznacza program utrzymania lub przywrócenia „dawnego porządku” (Osiatyński 1984, 11).

²⁶ Calabresi uważa, że tylko konserwatyzm jest w stanie oddać treści ideowe, przedstawione w Konstytucji przez Ojców Założycieli. Jego zdaniem, jedyną metodą, pozwalającą uniknąć załamania tradycji amerykańskich jest wpisanie w zasady demokracji tekstualizmu i oryginalizmu jako jedynych dopuszczalnych i właściwych metod interpretacji Konstytucji (Calabresi 2007, 210; por. Calabresi 2005, 1081).

Planned Parenthood v. Casey, w której sentencja brzmiała, że decyzja zmierzająca do oddalenia precedensu powinna mieć specjalną podstawę albo przynajmniej powinna opierać się na wierze, że w pierwszym przypadku wystąpił błąd podczas orzekania (Scalia 1989, 210).

Podsumowując: dyskusja aktywistów z oryginalistami na temat roli *stare decisis* w procesie sądowym jest sporem nie tylko teoretyczny, lecz także polityczny. Nie sposób go pominąć, mimo że opiera się na kwestiach pozaprawnych. Zarówno doktrynaliści, jak i oryginaliści przekonują o swoich racjach, posługując się wyidealizowanymi koncepcjami słuszności.

W opinii Davida Straussa oraz sędziego Hugo Blacka, oryginaliści atakują polityczność sądownictwa, próbując tym samym zachować *status quo* Konstytucji (Strauss 2008, 975). Jej tekst jest bowiem narzędziem w walce o dominację jednych i drugich. Konserwatyści chronią hermetyczność tekstu Konstytucji przed przyszłymi pokoleniami, które mogą stać się bardziej liberalne, bronią zasad zawartych w niej przez Ojców Założycieli. Aktywiści, wspierając doktrynę *living constitution*, uważają, że oryginaliści nie zachowują najważniejszych „przykazań” Ojców Założycieli, nie chcieli bowiem jednoznacznie konserwatywnego przesłania Konstytucji. Broniąc się przed wszelkimi zmianami Konstytucji, oryginaliści zamykają drogę nowym pokoleniom walczących o swoje prawa, co jest – zdaniem aktywistów – niezgodne z intencją Ojców Założycieli (Strauss 2008, 975–976).

3.4. Oryginalizm a formalizm

Analizując metodę oryginalizmu, warto pokusić się o zbadanie jej relacji z istotnym kierunkiem występującym w amerykańskim modelu sądowego interpretowania prawa, zwanym formalizmem²⁷. W amerykańskiej jurysprudencji za

²⁷ Warto wspomnieć, że prekursorem definicji formalizmu w polskiej teorii prawa jest Jerzy Wróblewski, który w odniesieniu do rozumowań prawniczych „formalizm” ujmując jako postawę przyjmującą co najmniej jedno z trzech założeń. Pierwsze, że wykładnia prawa jest procesem logicznym. Drugie, że wykładnia prawa może być kierowana przez dyrektywy interpretacyjne, traktowane jako reguły racjonalnego zachowania interpretatora. Dyrektywom tym można nadać moc obowiązującą dzięki stanowieniu prawa. Trzecie, że wykładnia prawa powinna być procesem racjonalnym, przez co decyzjom interpretacyjnym nadaje wysoki stopień pewności. Postawa „antyformalistyczna” definiowana jest przez przyjęcie założeń przeciwnych względem tych, które określają formalizm. Po pierwsze, wykładnia jest procesem alogicznym i nie mieści się w żadnej formie logicznej, a ponadto dyrektywy interpretacyjne, jeśli istnieją, nie zawierają w sobie cech logicznych. Po drugie, dyrektywy interpretacyjne nie mogą kierować wykładnią prawa. I po trzecie, wykładnia nie powinna być „racjonalna” ani „logiczna”, ponieważ nawet gdyby było to możliwe, to nie można zamykać drogi aktualnym potrzebom poprzez proces interpretacyjny. Zdaniem Lecha Morawskiego, „spór między formalistami i nieformalistami nie został rozstrzygnięty i prawdopodobnie nigdy nie zostanie rozstrzygnięty, ponieważ u jego podstaw leżą głębokie różnice aksjologiczne co do samego sposobu rozumienia interpretacji tekstów prawnych”. Wraz

głównych formalistów uznawani są Frederick Schauer i Ernest Weinrib (1995, 22). Jednak najtrafniejsze stanowisko określające formalizm pochodzi od mniej słynnego badacza, Thomasa Greya (Maczak 2007, 54). Jego zdaniem, formalizm jest specyficznym zjawiskiem, które opisuje jedną kwestię, korzystając z wielu różnych źródeł (Grey 1999, 2). W swoich opracowaniach wyróżnia jedną główną i trzy szczególne tendencje formalizmu. Za główną tendencję uznaje obiektywizm. Ogólnie rzecz ujmując, w jego odczuciu formalizm polega na przedstawieniu prawa w formie tak ściśle określonej (*determined*), by mogły z niego powstać reguły stosowania prawa. Natomiast oryginalizm i tekstualizm oraz konceptualizm stanowią szczególne tendencje formalizmu – podaje nietypowe ich definicje. Oryginalizm jawi się więc jako koncepcja prawa konstytucyjnego, która odrzuca doktrynę *living constitution* i dąży do ustalenia oryginalnego znaczenia Konstytucji. Tekstualizm stanowi model sądowego stosowania prawa, faworyzujący tekst źródłowy ustaw, zaś konceptualizm to metoda, która nakazuje traktować przepisy jako zbiór spójnych struktur idei i zasad, „bardziej niż jako części legislacji mających swe źródło w dysputach sądowych” (Grey 1999, 2).

Podkreślenia wymaga fakt, że tendencje wyróżnione przez Greya różnią się od siebie. Różnica między tekstualizmem a oryginalizmem dotyczy preferencji językowej interpretacji ustaw i odrzucenia historii aktu (Maczak 2007, 54), między obiektywizmem a tekstualizmem i oryginalizmem – wiąże się z elastyczną albo sztywną interpretacją. Oryginalizm zakłada, że interpretacja wymaga czasem zastosowania elastycznych wzorców zamiast klarownych reguł formalizmu (Grey 1999, 3).

Kolejna różnica w założeniach dotyczy konceptualizmu i obiektywizmu. Polega na tym, że abstrakcja wyłaniająca się z doktryny konceptualizmu prowadzi do otwartych standardów i dwuznacznych zasad, czego nie pochwala formalizm (Grey 1999, 3). W literaturze zdarza się, że oba pojęcia używane są zamiennie, głównie przez dwóch sędziów Sądu Najwyższego – Scalię i Thomasa. Należy jednak wyjaśnić, że oryginalizm jest jedynie częścią struktury sądowego stosowania prawa, zwanej formalizmem²⁸, dlatego, jak podkreśla Steven Bibas, oryginalizm jest jedynie „znakiem” formalizmu²⁹.

z przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej wśród prawników praktyków rośnie przekonanie, że wykładnia językowa jest zbyt formalna i powinna ustąpić miejsca wykładni funkcjonalnej. Spór ten również toczy się w granicach sporu o formalizm (por. Maczak 2007, 53).

²⁸ Maczak stwierdza, że w literaturze poświęconej tematyce interpretacji i formalizmowi pojawia się wiele różnych definicji oraz ich konfiguracji, w znaczeniach pejoratywnych i niepejoratywnych, w zależności od preferencji autora. W swoim opracowaniu Maczak prezentuje podział na „stary” i „nowy” formalizm. Do obozu starych formalistów zalicza grupę prawników z Harvard Law School, na czele, której stał Christopher Columbus Langdell. Za przedstawicieli nowego formalizmu uważa Frederika Schauera i Williama Eskridga (Maczak 2007, 53–64).

²⁹ Zdaniem Maczaka, formalizm jest wieloaspektowy i chcąc przedstawić jego istotę należy wskazać analizę definicyjną. Zatem wyróżnia „stary” i „nowy” formalizm; stary cechują trzy

Głównym założeniem formalizmu jest dążenie do ograniczenia władzy sędziowskiej, czyli do tzw. pasywizmu sędziowskiego. Zdaniem Bibasa, by stać się formalistą, trzeba stosować się do generalnych reguł interpretacyjnych, ograniczających swobodę sędziego i minimalizujących jego polityczne preferencje (Bibas 2005, 2). Założenie to może nasuwać wniosek, że formalizm nie różni się niczym od oryginalizmu. Stąd też, w celu wyjaśnienia tej kwestii, Bibas zadaje pytanie, czy sądy są oryginalistyczne czy formalistyczne i która z tych koncepcji ostatecznie wpływa na rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego. Po przeanalizowaniu wielu orzeczeń dochodzi do wniosku, że retoryka Sądu jest mieszana w tej kwestii. Ostatecznie twierdzi, że oryginalizm i formalizm to liberalna koncepcja praw oskarżonego, z szacunkiem dla konserwatywnych zasad. Takie ujęcie czyni ją niezwykle pragmatyczną (Bibas 2005, 2), lecz powoduje również, że sędziowie formaliści, m.in. Scalia, będą zawsze działali w obronie formalizmu i oryginalizmu³⁰.

W ocenie krytyków, formalistyczne podejście do prawa nie jest kompleksowe. Sędziowie, analizując tekst, powinni odwoływać się nie tylko do historii aktu, lecz także do orzeczeń sądowych. Najważniejsze jednak jest dostosowanie orzeczenia do rzeczywistości i konieczności danej chwili, czego nie robi formalizm (Bibas 2005, 2). Scalia twierdzi, stając w obronie formalizmu, że sędzia musi być formalistą i oryginalistą, by wydana decyzja opierała się na sprawiedliwych zasadach i stanowiła wynik wielu okoliczności, a nie tylko kilku poprzednich orzeczeń i preferencji politycznych. Oryginalizm poszukuje obiektywnego zrozumienia tego, co znaczyły użyte przez Ojców Założycieli słowa w czasie, w którym tworzyli Konstytucję. Innymi słowy, oryginalizm szuka oryginalnego znaczenia słów, nie zaś intencji ustawodawcy. Jest on zatem częścią formalizmu, a więc można go uznać za poprawny sposób interpretacji Konstytucji, ponieważ sędzia, stosując się do zasad, czyta tekst rozsądnie i rzetelnie, dokonuje tym samym mądrej i sprawiedliwej interpretacji. Oryginalne znaczenie nie wprowadza komplikacji w zrozumieniu tekstu Konstytucji. Co więcej, oryginalizm pomaga zachować rozdzielnosc władz, chroniąc sąd przed dominacją woli legislacyjnej. Scalia przekonuje zatem, że sędziowie nie powinni mieć wpływu na tworzenie prawa, natomiast powinni chronić istniejące. Oryginalizm dostarcza rozwiązań jasnych i neutralnych. Warunkiem koniecznym do osiągnięcia takiego stałego i gruntownego oryginalizmu jest formalistyczna postawa sędziego.

wymogi: prawo ma być określone (*determined*), musi mieć charakter systemu (*systematic*) i musi być autonomiczne (*autonomous*). Nowy formalizm zakłada, że język tekstu prawnego determinuje wynik interpretacji w sposób nieubłagany, zmuszając interpretatora do wyboru danego rozstrzygnięcia (Matczak 2007, 53).

³⁰ Mimo wszystko jednak Bibas odnajduje przypadki, w których Scalia nie zachowuje się jak oryginalista i formalista. W sprawie *Atwater v. City of Lago Vista* w końcu uznał decyzję sędzi Souter, która pozwoliła na aresztowanie za jechanie bez pasów bezpieczeństwa, a swoją decyzję oparła na XVIII-wiecznych precedensach konstabli, którzy tak karali niedbałych woźniców (decyzja ta uznana została przez społeczeństwo za rażąco niesprawiedliwą).

Niebywale erudycyjny badacz formalizmu, Daniel Goldberg, dodaje dwie tezy do zaprezentowanych założeń (artykuł krytykujący formalizm *I do not Think it Means what you Think it Means: How Kripke and Wittgenstein's Analysis on Rule Following Undermines Justice Scalia's Textualism and Originalism*, Goldberg 2006, 1). Pierwsza dotyczy wspomnianych reguł określonych (*determined*), które, według Greya, mogą stanowić metareguły interpretacji. Druga teza odnosi się do ogólnej reguły formalizmu, która nakazuje sędziom z góry wiadome określone zachowanie, co jest, w jego opinii, sprzeczne z zasadami prawa.

Analizując te dwie reguły w odniesieniu do relacji oryginalizmu z formalizmem, Goldberg stwierdza, że formalizm i oryginalizm można zawrzeć w formule „zasady – fakty – decyzja” (*rule – facts – decision*)³¹, wywodzącej się z klasycznego sylogizmu. Polega on na stwierdzeniu: *jeżeli A i jeżeli B, wtedy C* („Jeżeli zatem wszyscy mężczyźni są śmiertelni i jeżeli Sokrates jest mężczyzną, wtedy Sokrates jest śmiertelny”) (Goldberg 2006, 5). W przykładzie tym należy zwrócić uwagę na formułę: *jeżeli A i jeżeli B, wtedy C*, czyli zauważyć, że reguła poprzedza fakt. Reguła to stwierdzenie, że „wszyscy mężczyźni są śmiertelni” (*rule*). Fakty następują po niej – „Sokrates jest mężczyzną”, a na końcu jest decyzja: „wtedy Sokrates jest śmiertelny”. Zachowując taką prostą zasadę, oryginalista zapewnia sobie bezpieczną interpretację, w zgodzie z Konstytucją i jej oryginalnym brzmieniem. Jest to jednak złudne bezpieczeństwo, bo gdy tekst jest niejasny i dwuznaczny, nie wiadomo, która reguła powinna zostać zastosowana. W tym momencie formalisci przestają przestrzegać własnych zasad i dokonują interpretacji w oderwaniu od zasad oryginalizmu³². Jedynym rozwiązaniem, zapewniającym poprawność interpretacji jest próba odnalezienia metareguł, które pozwolą sędziom wybrać najważniejsze reguły w systemie prawa, rozstrzygające o danym przypadku. Narzędzia czy metareguły można również nazwać regułami interpretacji (Goldberg 2006, 5).

Owo sylogistyczno-formalistyczne podejście do procesu interpretacji oponenci określają mianem „niepoważnego ruchu prawniczego” (Grey 1999, 2) oraz jako „konceptualnie niepowiązany zespół strategicznych interwencji w teorię prawa”, mający wspierać różnorodne projekty konserwatywno-liberalnej polityki sędziów (Grey 1999, 3; por. Matczak 2007, 55). Jak stwierdza jednak sędzia Scalia, „Najbardziej bezmyślny zarzut stawiany formalizmowi to ten, że formalizm to oryginalizm. Oczywiście, że to jest formalizm. Reguły prawa są o formie. Niech żyje formalizm, bo to on sprawia, że rządzi prawo, nie ludzie” (Scalia 1997, xx).

³¹ Formuła ta ma korzenie w sylogizmie logicznym (Goldberg 2006, 7).

³² John Dewey stwierdził, że sylogizm jako model sądowego stosowania prawa to demonstracja oryginalistów, chroniących swoje zasady. Zdaniem autora, jest wielu uczonych, którzy krytykują formalizm, robił to nawet Holmes, co przejawia się w jego klasycznym aforyzmie: „Życie prawa nie było logiką, było doświadczeniem” (Goldberg 2006, 6).

Rozdział 4

Aktywizm sądowy (*judicial activism*)

4.1. Problemy definicyjne

Z omówionymi w poprzednich częściach pracy problemami definicyjnymi starsze od aktywizmu sądowego koncepcje interpretacji Konstytucji Stanów Zjednoczonych poradziły sobie lepiej (oryginalizm) lub gorzej (tekstualizm). Zupełnie inny los spotkał aktywizm sądowy, do dziś bowiem nie ustalono w nauce choćby jednej powszechnie akceptowanej jego definicji. Przyjęto zaś, że przez aktywizm sądowy i sędziowski¹ rozumieć należy sposób interpretacji Konstytucji, który (nie wprost) zezwala sędziemu na uchylene obowiązującego prawa, a jednocześnie dopuszcza możliwość tworzenia nowego, zgodnie z jego politycznymi preferencjami. Na brak jednolitej definicji tego obecnie najczęściej dyskutowanego pojęcia wpłynął z pewnością fakt, że prace poświęcone aktywizmowi zaczęły powstawać dopiero w drugiej połowie XX w. Wcześniej wśród sędziów Sądu Najwyższego dominowała, w sensie teoretycznym i praktycznym, koncepcja pasywizmu sędziowskiego², która blokowała wpływ teoretycznych założeń aktywizmu sądowego. Dopiero koniec XX i początek XXI w. przyniósł wzmożoną krytykę pasywnej interpretacji Konstytucji, co umożliwiło szerszą dyskusję nad aktywizmem (Green 2009a, 1198).

Co ciekawe, za nieformalny początek aktywizmu sądowego jego zwolennicy uznają rok 1803, który zaowocował najsłynniejszym w historii amerykańskiego sądownictwa orzeczeniem w sprawie *Marbury v. Madison*. Zdaniem aktywistów,

¹ Gdy w literaturze pojawia się pojęcie *judicial activist*, przyjmuje się, że chodzi o aktywizm konkretnego sędziego, gdy zaś mówi się o *judicial activism*, chodzi o koncepcję aktywizmu i w tym przypadku odnosi się ona do całego sądownictwa, nie tylko do działań konkretnych sędziów. Stąd też przyjmuje się, że istnieje aktywizm sędziowski i aktywizm sądowy, ale oba rodzaje dotyczą tego samego zjawiska (Kmieć 2004, 1442–1443).

² Jak podają badacze aktywizmu, w latach 1990–2005 pojęcia *judicial activism* oraz *judicial activist* pojawiły się w opracowaniach naukowych ponad pięć tysięcy razy, co daje średnią roczną 450. Jednak, jak na ironię, im termin ten stawał się bardziej powszechny, tym był coraz mniej zrozumiały. Badacze tego zjawiska za bezpośrednią przyczynę takiego stanu uznają brak jednolitej definicji tego pojęcia, przy jednoczesnym zbyt swobodnym wypowiadaniu się o aktywizmie i powiązywaniu go ze wszelkimi możliwymi koncepcjami prawa (Kmieć 2004, 1442–1443).

orzeczenie to dało podstawę do stwierdzenia, że można interpretować Konstytucję w sposób inny niż pasywny, co w efekcie otworzyło drogę do aktywnej interpretacji Konstytucji (Banaszak 2009, 75).

Pojęcie aktywizmu sądowego (Lipkin 2008, 182–194, Easterbrook 2002, 1401) po raz pierwszy w amerykańskich opracowaniach naukowych pojawiło się w 1947 r. w czasopiśmie „Fortune”, w artykule historyka Arthura Schlesingera³. W jego ujęciu aktywizm jawi się jako antonim powściągliwości sędziowskiej. Schlesinger, oceniając charakter wydawanych przez pierwszy skład Sądu Najwyższego decyzji, podzielił sędziów na trzy grupy. Do pierwszej zaliczył sędziów orzekających w zgodzie z koncepcją powściągliwości sędziowskiej (*judicial restraint*), do drugiej – orzekających w sposób przeciwny, określony aktywizmem sędziowskim (*judicial activism*), a do trzeciej – sędziów niezdecydowanych (*in the middle*) (Banaszak, Bernarczyk 2012, 13–16).

W środowisku sędziowskim pojęcie aktywizmu sądowego zostało użyte po raz pierwszy przez sędziego Josepha C. H. Hutchesona, Jr. w opinii dotyczącej sprawy *Theriot v. Mercer*, w której stwierdził, że sędziowie – przekraczając swoje kompetencje – doprowadzili do wydania niesprawiedliwego wyroku (Kmieć 2004, 1445).

Przedstawione użycia pojęcia aktywizmu sądowego przyczyniły się do kojarzenia go z decyzjami określanymi mianem politycznych, wykraczającymi poza władzę sędziowską. To jednowymiarowe zaklasyfikowanie aktywizmu starał się zmienić Edward McWhinney (McWhinney, *Judicial Activism*), profesor prawa z Uniwersytetu w Toronto. Nie pokusił się o zdefiniowanie pojęcia aktywizmu sądowego, jednak jego refleksje w znacznym stopniu przyczyniły się do zerwania z powszechnym myśleniem, łączącym aktywizm jedynie z politycznymi komponentami sporu o poprawną interpretację Konstytucji Stanów Zjednoczonych. W pracy *The Supreme Court and the Dilemma of Judicial Policy-Making* rezygnuje z dotychczasowego politycznego postrzegania aktywizmu i proponuje, by spojrzeć na aktywizm jak na pewnego rodzaju doktrynę interpretacji prawa (Green 2009a, 1201). Jego myślą przewodnią była teza, że zjawisko aktywizmu jest nie tylko problemem politycznym, społecznym, a nawet prawnym, lecz także problemem szerszym, dotyczącym kwestii społecznych, prawnych, językowych, a w ostateczności kwestią polityki sądowego stosowania prawa. Nie można zatem aktywizmu kojarzyć jedynie z polityką prawa (Kmieć 2004, 1450–1452).

Trzy lata później, w *The Great Debate: Activism and Self-Restraint and Current Dilemmas in Judicial Policy-Making*, McWhinney zaproponował wyrafinowaną koncepcję aktywizmu, która nakazuje zerwanie z myśleniem łączącym aktywizm z pasytywizmem sędziowskim. Uważał bowiem, że oba terminy są

³ Zdaniem Schlesingera, pierwszymi sędziami aktywistami byli Hugo Black, William O. Douglas, Felix Frankfurter i Robert Jackson, którzy mylnie są uznawani za prekursorów tekstualizmu (Schlesinger 1947, 73; zob. Banaszak, Bernarczyk 2012, 14)

określane w literaturze zbyt wąsko, a ich dychotomiczne prezentowanie wprowadza odbiorców w błąd, gdyż nie oddaje ich sensu. Aktualne użycie pojęcia aktywizmu powinno łączyć się ściśle z określeniami dotyczącymi narzędzi interpretacyjnych. Do nich należy zaliczyć upływ czasu (*timing*) oraz technikę interpretacji (*technique*), gdyż są one kluczowe dla sędziego, który musi nadać sztywnym, starym pojęciom konstytucyjnym „nowe”, bardziej adekwatne znaczenie (Kmieć 2004, 1450–1452). Aktywizm zatem, w jego opinii, stanowi łącznik językowy, który modyfikuje nieaktualne zastane pojęcia konstytucyjne i przekształca je w aktualne, będące w zgodzie z oczekiwaniami społecznymi.

Kolejne pięćdziesiąt lat przyniosło kilka tysięcy prac poświęconych pojęciu aktywizmu. Mimo wieloletnich badań, nikt nie jest w stanie ani określić, czym jest aktywizm, ani zdefiniować go. Jak twierdzi Lawrence B. Solum, „samo pojęcie aktywizmu jest bezużyteczne, ponieważ zawiera w sobie definicję niekompletną, wprowadzającą w błąd każdego prawnika, jednak nie ma lepszego określenia na ten proces” (Solum, *Legal Theory*).

Trudno w tym miejscu omawiać ponad pięć tysięcy różnych monografii, w których pojęcie aktywizmu sądowego pojawia się w odmiennych znaczeniach, jednak należy wskazać te, które przez przedstawicieli amerykańskiej jurysprudence zostały uznane za najprzydatniejsze. Jedną z najważniejszych prac, mających uporządkować zamieszanie definicyjne (Duxbury 1997, 1) jest monografia Williama P. Marshalla *Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism*. Autor przedstawia siedem najbardziej popularnych konotacji aktywizmu (Marshall 2002, 104). Pierwszy rodzaj aktywizmu, zwany *counter-majoritarian activism* (‘przeciwko wszelkiemu aktywizmowi’), należy rozumieć jako niechęć sądów do podporządkowywania się decyzjom zapadłym w organach wybranych demokratycznie. Drugi, nazwany *non-originalist activism* (‘nieoryginalistyczny aktywizm’), za oczywistą pomyłkę uznaje powoływanie się na decyzje sądowe, w których podstawą była interpretacja oryginalistyczna lub taka, której celem było poszukiwanie intencji Ojców Założycieli. Trzeci rodzaj to *precedential activism* (‘aktywizm precedensowy’), który za poważny błąd podczas interpretacji bierze związanie sądu precedensem. Czwarty rodzaj, nazwany *jurisdictional activism* (‘aktywizm sądowy’), neguje jakiegokolwiek ograniczenie władzy sądowej (*jurisdictional power*). Piąty to *judicial creativity* (‘twórczość sądowa’), której celem jest tworzenie nowych teorii i praw. Zaliczają się do niego decyzje, które odbiegają od zapadłych dotąd orzeczeń. Szósty, nazwany *remedial activism* (‘uzdrawiający aktywizm’) zezwala na wykorzystanie władzy sądowej do narzucania rządowi czy instytucjom rządowym pewnych opinii sądu, mających zaradzić złym decyzjom (Marshall 2002, 104). Ostatni, nazwany *partisan activism* (‘aktywizm polemiczny’), wyraża zasadę, że wszelkie polemiczne kwestie dotyczące interpretacji należy rozwiązywać za pomocą władzy sądowej.

Próbę zdefiniowania aktywizmu podjęły też Lori Ringhand i Caprice Roberts. Ringhand osadziła swoją definicję w badaniach empirycznych. Uznała

bowiem, że teoretyczne rozważania na temat aktywizmu nie przyniosą zadowalających odpowiedzi. Zbadała zatem decyzje sędziowskie, które zapadły w okresie *Renhquiste Curt* (w latach 1994–2005), ponieważ uważała ten okres za punkt zwrotny w przełamaniu konserwatywnego orzecznictwa sądu. Decyzje poddawała analizie w trzech płaszczyznach. Pierwsza dotyczyła unieważnienia ustaw federalnych, druga – pytania jak często sędziowie byli przychylni prawu stanowemu i trzecia – jak często odrzucili precedens (Ringhand 2007, 2).

Badania obejmowały faktyczne zachowania sędziów w danych przypadkach i zaowocowały tezą odnoszącą się jednocześnie do dwóch płaszczyzn, zgodnie z którą zarówno konserwatyści, jak i liberałowie nadużywają władzy sędziowskiej, przekraczając granice dyskrecjonalności. Ringhand zaliczyła obie grupy sędziów do aktywistów, z tą różnicą, że sędziowie liberałowie „naciągają” uprawnienia ustanowione w poprawkach do Konstytucji, zwłaszcza nadane przez 1. poprawkę, zaś sędziowie konserwatyści uzurpują sobie władzę ustawodawczą, „nadinterpretując” te artykuły (Ringhand 2007, 3), które mają chronić wartości wyznawane przez konserwatystów⁴.

Z przeprowadzonych przez Ringhand badań wynika ponadto, że w pierwszych dwóch płaszczyznach to sędziowie liberałowie, czy to działając we własnym imieniu, czy wspólnie jako grupa, najczęściej wydają decyzje o niekonstytucyjności ustaw federalnych i w tym celu wykorzystują władzę pochodzącą z instytucji *judicial review* oraz przekraczają granice dyskrecjonalności sędziowskiej, obalając prawa stanowe⁵. Gdy autorka przechodzi do zanalizowania trzeciej płaszczyzny, bez cienia wątpliwości stawia tezę, że tu najczęściej władzę ustawodawczą uzurpują sędziowie konserwatyści, głosując za odrzuceniem precedensu. Konserwatywna część sędziów nie czuje się bowiem związana doktryną *stare decisis* (o czym była mowa w poprzednim rozdziale).

Trafny zatem wydaje się wniosek postawiony przez Ringhand, że to sędziowie z ławy konserwatywnej częściej stają się aktywistami niż sędziowie liberałowie, którzy o wiele rzadziej korzystają przy wydawaniu decyzji z doktryny

⁴ Jak twierdzi Russell Kirk, czołowy znawca problematyki amerykańskiego konserwatyzmu (nazywany Edmundem Burke’iem XX w.) – w historii Stanów Zjednoczonych konserwatywne i liberalne wizje polityczne współzawodniczyły ze sobą, choć zwykle odbywało się to bez użycia przemocy. Ani liberalizm, ani konserwatyzm nie były w Ameryce ideologiami. Pojęcia „konserwatywny” oraz „liberalny” odnoszą się, jego zdaniem, do ogólnych skłonności, wpływających na kształtowanie się przemysłanych opinii. Kirk uważa, że „Możemy [...] w tym kraju mówić o liberalnej lub konserwatywnej mentalności, lecz nie o partiach wyłącznie konserwatywnych czy wyłącznie liberalnych, ani też [...] o konserwatywnej czy liberalnej ideologii” (Kirk. 2005, 19). Jednak podkreśla, że w Stanach Zjednoczonych określenie „liberal” dotyczy lewicy, a dokładnie Partii Demokratycznej, którą nazywa się liberalną ze względu na jej lewicowe poglądy społeczno-gospodarcze. Natomiast Republikanie tradycyjnie nazywani są konserwatystami, czyli prawicą.

⁵ Ringhand podaje, ile razy konkretny sędzia w badanym okresie odrzucił precedens: sędzia Stevens 46 razy, Souter 45, Breyer 44, Ginsburg 41, O’Connor 39, Kennedy 36, Scalia 27, Thomas 27, Rehnquist 21 (Ringhand 2007, 15).

judicial review (Ringhand 2007, 6). Potwierdzenie tej tezy stanowią bezsprzecznie badania Ringhand, przeprowadzone niemalże z matematyczną dokładnością, w których konkluzja zawiera się w przekonaniu, że funkcjonujące powszechnie określenie aktywizmu sędziowskiego powinno zostać poddane głębszej analizie. Jak bowiem wykazały badania, to sędziowie konserwatyści są obecnie większymi aktywistami niż sędziowie liberałowie. Ringhand proponuje zatem zastąpić obiegowy termin trzema innymi, wynikającymi wprost z przeprowadzonych obserwacji decyzji sędziowskich. Terminy te są ściśle związane z badanymi płaszczyznami, zatem odnoszą się, po pierwsze – do gotowości sędziego do unieważnienia prawa federalnego, po drugie – do unieważnienia prawa stanowego i po trzecie – do odrzucenia precedensu. Przyjmując, że aktywizm jest jedną z wymienionych postaci decyzji sędziowskiej, otrzymujemy pełen obraz esencji tego już nieenigmatycznego zjawiska (Ringhand 2007, 23).

Caprice Roberts uznała definicję Lori Ringhand za relatywny aktywizm sądowy, zawierający w sobie jedynie czynniki wpływające na podsycenie sporu definicyjnego. Ponadto – krytykując poprzedniczkę – sugeruje, że sklasyfikowanie decyzji sędziowskich zaprezentowane przez Ringhand nie oddaje aktywistycznego sposobu myślenia, najistotniejszego dla koncepcji aktywizmu (Ringhand 2007, 23). Badane pojęcie powinno jednak zmierzać do zaprezentowania wzoru postępowania sędziego aktywisty (Ringhand 2007, 6). Owo spostrzeżenie zaowocowało dalszymi rozważaniami. Roberts w pracy *In Search of Judicial Activism, Dangers in Quantifying the Qualitative* (Roberts 2007, 567; Roberts 2006, 1019). Jej główne tezy brzmią następująco: pojęcie aktywizmu jest wielowarstwowe, a dokładnie – jak pisze – aktywizm ma „liczne twarze” (*many of face of activism*), współistniejące z kilku powodów. Po pierwsze, pojęcie aktywizmu sędziowskiego pojawiło się w opracowaniach naukowych wraz z komentarzami do orzeczenia *Marbury v. Madison* i dotąd funkcjonuje w swej archaicznej postaci, zarówno w słownikach, jak i encyklopediach. Po drugie, zamieszanie pojęciowe związane z tym zjawiskiem wprowadzają sami uczeni, twierdząc, że nie ma innego pojęcia tak dobrze oddającego spór o interpretację Konstytucji, jak aktywizm sędziowski. Po trzecie, aktywizm od początku istnienia jest bardzo popularnym zwrotem i trudno go zastąpić innym.. Dlatego w kolejnym kroku forsuje pogląd, że najlepszym sposobem ukazania jego prawdziwego znaczenia będzie zbadanie stanowisk sędziów Sądu Najwyższego w odniesieniu do konkretnych spraw, przy jednoczesnej analizie opinii społecznej tych zachowań. Odnosząc się do dwóch orzeczeń – *Rapanos v. United States*, i *Gonzales v. Oregon* – Roberts stwierdza, że są one klasycznym przykładem aktywizmu. Opinia publiczna po ich wydaniu orzekła, że sędziowie zachowali się jak karierowicze⁶. Szefa Sądu Najwyższego nazwano szalejącym sądowym aktywistą (Cohen 2006). Jak

⁶ „Aktywizm sędziowski” w leksykonach pojawia się najczęściej w odniesieniu do sędziów, którzy postrzegani są jako liberałowie kreujący nowe prawo, pożądane tylko przez nich samych.

zauważa Roberts, taka prawotwórcza działalność sędziów jest zwykle odbierana jako społeczne zło⁷, stąd też dochodzi do wniosku, że zjawisko aktywizmu należy oceniać według kryteriów nadanych przez społeczeństwo, bo to dla niego zostało ustanowione prawo. Zgodnie z opinią publiczną, „aktywista – to sędzia, którego nie lubisz” (Roberts 2007, 24).

Poszukując argumentów teoretycznych dla wskazanego założenia, Roberts dzieli aktywizm (podobnie jak Ringhand) na trzy płaszczyzny⁸, jej płaszczyzny są jednak bardziej wyrafinowane. Pierwsza odnosi się do takich zachowań sędziów, które wykraczają poza władzę pochodzącą ze źródeł instytucjonalnych (Morawski 2009, 93). Chodzi tu o takie przypadki, w których ograniczenie władzy zostało narzucone przez zasady federalizmu – wymienia tu przede wszystkim zasadę podziału władz, która tworzy horyzontalne instytucjonalne zewnętrzne ograniczenia władzy (Wróbel 2010, 106 i n.). Pozostałe przypadki dotyczą sędziów, którzy niejako unikają obowiązków sądowych czy też zachowują się niewłaściwie⁹. W tej płaszczyźnie bezczynność sędziowska może również oznaczać aktywizm. Pragmatyczny przykład użycia terminu „aktywizm sądowy” w tym rozumieniu oznacza odrzucenie federalnego (poziomego) albo stanowego (pionowego) prawa, wydanego przez organy polityczne (Roberts 2007, 13). Właśnie ten rodzaj aktywizmu Marshall określa mianem *counter-majoritarian activism*, Ringhand nazywa go aktywizmem preferencji politycznych¹⁰, a Roberts – aktywizmem instytucjonalnym zewnętrznym (*institutional external activism*).

Do drugiej płaszczyzny zalicza się aktywizm instytucjonalny wewnętrzny (*Institutional Internal Activism*). To rodzaj aktywizmu, którego autorka używa w celu opisania procesów myślowych (zachowań) sędziów Sądu Najwyższego, uznanych za zmierzające do nadużycia władzy sędziowskiej. Najlepszym przykładem takiego aktywizmu będą wszystkie orzeczenia, których podstawą jest wierność wobec precedensu oparta na doktrynie *stare decisis* (Lawson 1994, 23–24; Kmiec 2004, 1467–1468). Wertykalny instytucjonalizm wewnętrzny zobowiązuje bowiem sędziów do podtrzymywania linii orzeczniczej w zgodzie z istniejącymi precedensami. Dlatego czasem ten rodzaj zachowania sędziego określa się mianem aktywizmu precedensowego (*precedential activism*) (Roberts 2007, 18). Zwolennicy tego rodzaju aktywizmu uważają, że nie można odstępować od koncepcji *stare decisis*, gdyż jest ona immanentną cechą systemu *common law* i oznacza – literalnie ujmując – „stanie na decyzji” (*to stand on the decision*). Przykładem takiego aktywizmu są sprawy, w których sędziowie

⁷ To pejoratywne określenie aktywizmu pojawiło się w opinii publicznej po sprawie *Hopwood v. Texas*, 1996.

⁸ Zdaniem Lecha Morawskiego, to tzw. aktywizm ukryty (Morawski 2009, 93).

⁹ Jako przykład podaje sprawę *United States v. Kirby*, 1996 oraz *Mistretta v. United States*, 1989.

¹⁰ Jako przykład takiego aktywizmu podaje sprawę *United States v. Lopez*, 1995 (Roberts 2007, 13).

nie byli wierni koncepcji *stare decisis* i odstępowali od precedensu¹¹. Zdaniem Roberts, Sąd Najwyższy używa pojęcia aktywizmu sędziowskiego tylko w odniesieniu do takich sytuacji.

Trzecia płaszczyzna dotyczy procesu podejmowania decyzji przez sędziego, stąd też nazwana została aktywizmem procesu decyzyjnego (*decisional process activism*). Podejmując decyzję w duchu takiego aktywizmu, sędzia dokonuje niewłaściwej interpretacji Konstytucji (*improper constitutional interpretation*), bez logiki i bez oparcia na faktach. Taka interpretacja wynika ze złej analizy stanu faktycznego i ma na celu przeforsowanie politycznych, subiektywnych poglądów sędziego. Do zakresu tej niewłaściwej interpretacji Roberts zalicza również cytowanie w uzasadnieniach niewłaściwych autorytetów. Ta kategoria może obejmować zachowania sędziów, które wskazują na sądowe ukrywanie motywów decyzji – sędzia twierdząc, że podąża za prawem i oczekiwaniami społeczeństwa, w rzeczywistości kieruje się własnymi wartościami. Klasycznym przykładem takiego zachowania będzie uciekanie od zastosowania metody tekstualnej w interpretacji ustaw czy samej Konstytucji, czasem nazywa się ten rodzaj interpretacji *non-originalism activism* (Roberts 2007, 21).

Co ciekawe, w wyniku takiego postawienia przez Roberts tezy, oryginaliści, którzy uchylają precedensowe decyzje, stają się wyrafinowanymi aktywistami, którzy w zamiarze poszukiwania oryginalnego znaczenia Konstytucji uchylają obowiązujące prawo. Jest to, ich zdaniem, sytuacja tworzenia nowego prawa, która ma na celu uwydatnienie preferencji politycznych sędziów oryginalistów. Ten rodzaj aktywizmu przeczy zasadom wynikającym z instytucji pionowego ograniczenia władzy sądowej. Pionowe ograniczenie nakłada wręcz na sędziów sądów niższego rzędu obowiązek wydawania decyzji w zgodzie z zasadą *stare decisis* i związania precedensem¹².

Powyższe wnioski stały się podstawą do kolejnej tezy badawczej, zgodnie z którą należy wyróżnić dwa dość wąskie znaczenia aktywizmu (Barnett 2002, 1280–1281). Pierwsze dotyczy szeroko pojętego aktywizmu sądowego, który oznacza zachowanie sędziego zmierzające do unieważnienia ustaw stanowych i federalnych. Drugie odnosi się do aktywizmu sędziowskiego i polega na zachowaniu się sędziego zmierzającym do unieważniania precedensu (Hirschl 2006, 721–747).

Definicja Roberts, mimo że opracowana z niezwyklej wnikliwością, nie została zaakceptowana przez aktywistów, bowiem, jak wykazano, w większości sformułowań odnosi się do psychologicznych koncepcji postawy sędziego, określanych mianem zachowań sędziów (*judicial behavior*) (Young 2002, 1139;

¹¹ Roberts w badanym okresie odnotowała 656 przypadków użycia przez Sąd Najwyższy pojęcia „aktywizm sądowy”.

¹² Jako przykład sprawy, podczas której – podejmując finalną decyzję – odrzuca się precedens, podaje się orzeczenie *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express*, 1989.

Smith 2002, 1077). Nie została przyjęta również z entuzjazmem w środowisku sędziowskim, bowiem w takim ujęciu aktywizm stanowi pewnego rodzaju drogę do tworzenia prawa sędziowskiego. Pogląd ten nasilił zatem krytykę aktywizmu, w efekcie której oponenci podnosili, że tej enigmatycznej koncepcji interpretacji nie sposób jasno i klarownie zaprezentować¹³.

Co gorsza, nie tylko w praktyce, ale i w literaturze zaczęła się pojawiać tendencja do ciągłego klasyfikowania aktywizmu w coraz to inny sposób, co tym samym uniemożliwia prawidłowe odczytanie jego znaczenia. Przykładem takich działań (w wyniku których powstały kolejne, nic nie wnoszące do debaty określenia) jest stwierdzenie Ernesta A. Younga, wyrażone w *Judicial Activism and Conservatives Politics*, że od czasów *Renhuist Court* w procesie interpretacji prawa występuje jedynie aktywizm, polegający na uzurpowaniu przez sędziów władzy ustawodawczej. Czynią to, unieważniając prawo federalne czy stanowe (Young 2002, 1139).

Frank B. Cross i Stefani A. Lindquist w *The Scientific Study of Judicial Activism* twierdzą, że decyzje aktywistyczne są częściej pochodną poglądów sędziów z ławy konserwatywnej, nie liberalnej (Cross, Lindquist, *The Scientific*). Przyjęcie takiej wersji oznacza, że wszelkie dotychczasowe określenia aktywizmu są błędne, a pojęcie to zawsze będzie uzależnione od konkretnego stanu faktycznego i zachowania sędziego aktywisty, zaś sam aktywizm jest po prostu narzędziem mającym pomóc sędziemu, który nie zgadza się z opinią większości na wyrażenie sprzeciwu¹⁴, z czym Roberts się nie zgadza.

Ostatecznie wobec licznych nieudanych prób ustalenia, czym jest aktywizm sądowy, postawiono w nauce pytanie, czy aktywizm sądowy w ogóle istnieje. Skoro zwolennicy aktywizmu ukrywają skutecznie jego prawdziwe oblicze, należy zatem przeanalizować, czy koncepcja ta ma jakiekolwiek teoretyczne założenia potwierdzające jego istnienie. Odpowiedzią na stawiane zarzuty miała być doktryna „żyjącej Konstytucji” (*living constitution*).

¹³ Większość uczestników dyskursu teoretyczno-prawnego w Polsce uważa, że aktywna rola sądu dotyczy sytuacji, w których sędziowie są *zmuszeni* do tworzenia prawa. Takie prawotwórcze działanie sądu może wynikać z potrzeby zmian w konstytucji lub z kształtu polityki prawa (por. Banaszak 2012, 93).

¹⁴ Zdaniem Youngiem, w ramach kryterium aktywistycznego zachowania sędziego (*judicial behavior*) mieści się sześć rodzajów aktywizmu: 1. obalenie prawa federalnego i stanowego (*second-guessing the federal political branches or state governments*); 2. odejście od tekstu i jego historii (*departing from text and/or history*); 3. odejście od precedensu (*departing from judicial precedent*); 4. stosowanie interpretacji rozszerzającej, zamiast zwięzającej (*issuing broad or “maximalist” holdings rather than narrow or “minimalist” ones*); 5. nadużywanie uzdrawiającej władzy (*exercising broad remedial powers*); 6. wydanie decyzji na podstawie politycznych preferencji (*deciding cases according to the partisan political preferences of the judges*) (Young 2002, 1144–1145).

4.2. Aktywizm sądowy a doktryna *living constitution*

Dotychczasowy kierunek badań aktywistów nie zaowocował koherentną koncepcją interpretacji Konstytucji ani nawet jedną powszechnie uznaną jego definicją. Na tym tle pojawiła się zatem wątpliwość oponentów co do samego istnienia zjawiska aktywizmu. Stwierdzenie, że aktywizm sądowy nie istnieje oznaczało bezsprzecznie porażkę metodologiczną jego zwolenników. Stając w obronie swoich poglądów, aktywiści uznali zatem, że remedium przyniesie nowa, wzbo-gacona o założenia teoretyczne, teoria aktywizmu, wyrażona w formie modelu sędziego aktywisty, charakteryzującego się szczególną umiejętnością i wiedzą na temat prawidłowej interpretacji Konstytucji Stanów Zjednoczonych. W założeniach nowej koncepcji, „modelowy sędzia”, z racji swej niezawodności, będzie stawał się autorytetem dla pozostałych, aż z czasem wszyscy przyjmą postawę interpretatora-aktywisty. Teoretycznym wsparciem w procesie konstruowania tego modelu miał być, powszechnie uznany za rzeczowy i spójny, dorobek doktryny *living constitution*, którym nie dysponował aktywizm sądowy. Przywłaszczenie założeń tej doktryny dotyczyło głównie zagadnień związanych z interpretacją „sztywną i elastyczną”. Żyjący konstytucjonalizm wszak od początku istnienia zajmował się głównie poszukiwaniem odpowiedzi na pytanie, czy interpretowanie prawa ma być dokonywane w duchu idei, że Konstytucja jest żywym dokumentem. Uznano zatem, że w celu wzmocnienia teoretycznych aspektów aktywizmu należy implementować założenia tej doktryny (Rehnquist 2006, 402).

W praktyce sądowej, jak pisze William H. Rehnquist w *The Notion of Living Constitution*, pierwszy raz pojęcia „żyjącej Konstytucji” użył Oliver W. Holmes, orzekając w sprawie *Missouri v. Holland* w 1920 r. Sędzia, tłumacząc techniki interpretacyjne mające usprawnić interpretację Konstytucji Stanów Zjednoczonych podnosił, że mimo wszelkich starań największych i najbardziej utalentowanych umysłów tworzących Konstytucję Ojcowie Założyciele nie byli w stanie przewidzieć wszystkich możliwych znaczeń użytych przez nich słów. Należy zatem przyjąć w celu osiągnięcia prawidłowej interpretacji założenie o ewoluujących pojęciach i ich znaczeniach i wyjść im naprzeciw, stosując doktrynę „żyjącej Konstytucji”.

W literaturze amerykańskiej pojęcie to pojawiło się po raz pierwszy w 1927 r. za sprawą Howarda Lee McBaina w *The Living Constitution: A Consideration of the Realities and Legends of Our Fundamental Law*. Praca jest jednak ukierunkowana na skomentowanie ustroju politycznego państwa, autor nie podejmuje więc próby zdefiniowania pojęcia „żyjącej Konstytucji” (Reich 1963, 673).

Kolejne użycia tego pojęcia, odnotowane w literaturze i w praktyce orzeczniczej, odnosiły się głównie do założeń zaprezentowanych przez sędziego Holmesa¹⁵.

¹⁵ Jako klasyczny przykład takiej sytuacji podaje orzeczenie w sprawie *Trop v. Dules*, 356 US 86, 101, 1958. Zgodnie z tym orzeczeniem, sami sędziowie Sądu Najwyższego mają prawo określić, kiedy mamy do czynienia z tą ewolucją.

Co więcej, w kolejnych latach nie podjęto próby usystematyzowania obrastającego w liczne teoretyczne założenia żyjącego konstytucjonalizmu. Doktryna ta coraz częściej stawała się tematem debat publicznych w związku z nasileniem się innowacyjnych pomysłów rządu federalnego, które były bardziej wynikiem programu tzw. Nowego Ładu (*New Deal*) niż opracowań naukowych. Może to dziwić, bowiem tak fundamentalnie zmieniające podłoże ustrojowe założenia powinny stanowić podstawę do licznych prac wykazujących ich prawdziwość i słuszność. Najwięcej prac traktujących o „żyjącej Konstytucji” odnaleźć można w środowisku oponentów tej doktryny i to właśnie dzięki ich uwagom krytycznym można poznać główne jej założenia.

W celu obalenia teoretycznych założeń „projektu reinterpretacji” wyrażanych przez zwolenników „żyjącej Konstytucji”, oryginałiści i tekstualiści przyjęli pogląd, że tylko pasywne koncepcje interpretacji przynoszą stałość interpretowanego znaczenia, a tym samym prawa, stanowiące statyczną teorię interpretacji. Tymczasem założenia „żyjącej Konstytucji” wprost przeciwnie, z góry zakładają dynamikę znaczenia pojęcia w niej zawartego¹⁶, co stwarza możliwość manipulowania znaczeniami, a tym samym prawem. Dynamika i uznaniowość znaczeń pojęć konstytucyjnych oznaczają brak stabilizacji nie tylko prawa, lecz także zasad ustrojowych. Przedstawione założenia interpretacyjne przyczyniają się do tworzenia prawa przez sędziów uzurpujących sobie władzę ustawodawczą. Najostrzejszy zatem zarzut krytyków tej doktryny dotyczy głównego jej założenia, że Konstytucja żyje, co oznacza, że koncepcja ta w całości jest nie do przyjęcia.

Pomimo tak wyraźnych uwag krytycznych w pracach badawczych, nie udało się uzyskać argumentu obalającego zasadność stosowania tej doktryny w praktyce. Jej najważniejszy krytyk, Jack M. Balkin, w swych rozważaniach pierwotnie przyjął, że zwolennicy aktywizmu – roszcząc sobie prawo do teoretycznych aspektów „żyjącej Konstytucji” – skazują swój ruch na całkowite odrzucenie. W toku analiz, zaprezentowanych głównie w pracy *Framework Originalism and the Living Constitution*, stał się jego zwolennikiem i stwierdził, że oryginalizm i żyjąca Konstytucja to koncepcje, które są sobie wzajemnie potrzebne jak dwie strony tej samej monety (Balkin 2009, 549). Jedna zajmuje się bowiem poszukiwaniem oryginalnego znaczenia Konstytucji, druga zaś dopasowuje określoną politykę stosowania poprawnie zinterpretowanych pojęć¹⁷. Kluczem do akceptacji tej doktryny, podkreśla Balkin, jest prawidłowe zrozumienie pojęcia „żyjącej Konstytucji”, a tę należy rozumieć nie tak, jak czynią to krytycy, a nawet

¹⁶ Zdaniem Antonina G. Scalii, doktrynę tę stworzył i nadał jej znaczenie sam Sąd Najwyższy. Stało się tak za sprawą klauzuli dotyczącej zakazu okrutnych kar, zawartej w 8. poprawce. W trakcie orzekania, na podstawie tej klauzuli, sędziowie Sądu Najwyższego rozwinęli doktrynę głoszącą, że znaczenie Konstytucji może się z czasem zmieniać tak, aby pozostawało w zgodności z ewoluującymi standardami przyzwoitości, które cechują postęp dojrzewającego społeczeństwa.

¹⁷ Balkin twierdzi, że oryginalizm i *living constitution* to ta sama metoda, jedynie określana inaczej, analogicznie jak np.: *gwiazda* – *Venus*.

niektórzy zwolennicy. Po pierwsze wyjaśnia, że doktryna ta, wbrew obiegowej opinii, nie jest czystą teorią interpretacji, w której proces ten polega jedynie na ustaleniu znaczenia. Nie odnosi się bowiem ani do ustalenia oryginalnego, zwykłego znaczenia Konstytucji (jak oryginalizm czy tekstualizm), ani do tego, jak sędziowie powinni interpretować Konstytucję. Zdaniem Balkina, doktryna ta jest czymś więcej – stanowi teorię budowy Konstytucji (*theory of constitutional construction*), przez co rozumie koncepcję, która daje podstawę do tworzenia nowych instytucji rządowych, mających za zadanie realizowanie celów konstytucyjnych. By nowe instytucje mogły jednak realizować nowe cele, muszą być wsparte określoną doktryną, która da podstawę stosowania ich w praktyce. Balkin uważa, że Konstytucja mogłaby odgrywać tę rolę, wpływając tym samym na kształt ustroju państwa w celu zaspokojenia potrzeb współczesnego społeczeństwa, bowiem jest skierowana do sędziów i do wszystkich obywateli. Sam akt jednak nie precyzuje, jak należy rozwiązywać poszczególne przypadki tworzenia nowych pojęć. Dlatego, nadając określonym pojęciom znaczenie, należy wspierać je określonymi dalszymi działaniami, które zagwarantują ich stosowanie w praktyce. Stąd wniosek, że oryginalizm może być interpretacją wstępną, polegającą na uświadomieniu interpretatorowi pierwotnego użycia badanego pojęcia, jednak interpretacja nie może się na tym kończyć. W teorii oryginalizmu proces interpretacji polega głównie na ustaleniu znaczenia Konstytucji. Doktryna „żyjącej Konstytucji” zakłada natomiast silny jej wpływ na wszystkie budowane instytucje rządowe i podporządkowanie jej całego prawa (Balkin 2009, 559). Zatem w tym przypadku nie można ograniczyć interpretacji do mechanicznego procesu ustalania znaczenia. Choć, jak zauważa Balkin, dla większości teoretyków „interpretacja konstytucyjna oznacza proces odkrywania tekstu konstytucyjnego, to nie mają oni racji”¹⁸. Ustalając jedynie poprawne znaczenie przepisu Konstytucji, sędzia nie sprawi, że będzie on stosowany. Samo znaczenie nie konstruuje zasad, które mają być stosowane przez inne organy rządowe. Należy zatem rozszerzyć proces interpretacji o stworzenie konkretnej doktryny i prawa, które będą wskazywały, jak należy rozumieć cel interpretacji.

Potrzebna jest zatem rozszerzona interpretacja, która – w przeciwieństwie do metod pasywnych – odpowiada na pytania, co zrobić, gdy pojęcia zawarte w Konstytucji są niejasne i nie można nadać im prawidłowego znaczenia, stosując jedynie metodę oryginalizmu oraz co zrobić, gdy niezbędne jest stworzenie nowego prawa lub nowych instytucji w celu wypełnienia celów Konstytucji (Balkin 2009, 560). Obie te sytuacje są przewidziane w założeniach doktryny „żyjącej Konstytucji”, a wyznaczniki postępowania w takich przypadkach stanowią immanentne cechy tej doktryny. Co więcej, proces interpretacji w zgodzie z tą koncepcją (w przeciwieństwie do założeń oryginalizmu i tekstualizmu

¹⁸ Balkin odnosi się tu głównie do pracy K. E. Whittingtona. *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*.

– podkreśla) nie poszukuje jedynie właściwego znaczenia Konstytucji, lecz zajmuje się konstrukcją Konstytucji w taki sposób, by nie pozostawiać ani luk w prawie, ani możliwości przekształcenia znaczenia przepisów przez przyszłe pokolenia, jak czynią to tekstualizm i oryginalizm. Zatem metoda ta buduje koherentną teorię konstrukcji Konstytucji, dostosowaną do praktyki i aktualnych potrzeb społeczeństwa. Stąd Balkin nazywa ją doktryną dającą duży wybór rozwiązań interpretacyjnych.

W takim rozumieniu – przekonuje Balkin – doktryna „żyjącej Konstytucji” jest nie tylko teorią procesu rozwoju jej znaczenia, lecz także opisową i normatywną teorią procesu konstrukcji konstytucyjnej, która wywołuje interakcje między sądami a władzami politycznymi (Balkin 2009, 566), wyjaśniając, jak powinny powstawać zmiany w prawie i dlaczego powstają. Tworzy nowe instytucje i doktryny, ale również wtórne normy konstytucyjne (*set of secondary rules*), będące podstawą nowego systemu konstytucyjnego (Balkin 2009, 590). Co więcej, utworzone na podstawie tych reguł zasady i pojęcia konstytucyjne powinny przyjąć formę fundamentalnych kanonów (*canonical constructions*), których obalenie będzie możliwe jedynie w drodze ustanowienia poprawki do Konstytucji (Balkin 2009, 586). Jednak kanony te, w swej istocie, nie mają stanowić zmiany Konstytucji – taką moc ma jedynie poprawka. Ponadto nie wszystkie zmiany pojęć konstytucyjnych będą stanowiły owe kanony, a wpływ na dalsze ich określanie będzie miała wyłącznie praktyka orzecznicza i opinia publiczna. Doktryna „żyjącej Konstytucji” jest bowiem wyrazem kompromisu trzeciej władzy z obywatelami, których ta władza ma reprezentować.

„By dobrze zrozumieć tę zawiłą wszak doktrynę – stwierdza Balkin – trzeba najpierw odnaleźć znaczenie konstrukcji konstytucyjnej” (Balkin 2009, 586). Przeanalizowanie tego pojęcia należy natomiast rozpoczynać nie od znaczenia nadanego w drodze interpretacji przez sądy, ale od znaczenia zaczerpniętego od społeczeństwa, bo to dla niego stworzona została Konstytucja. Dlatego też w praktyce, zdaniem Balkina, doktrynę *living constitution* najczęściej stosują sądy federalne, które są najbliższe potrzeb społeczeństwa, a wydając wyroki, odpowiadają na zmiany wartości w kręgach politycznych i kulturalnych (Balkin 2009, 569). Wyróżnia kilka sfer, w których sądy poddają Konstytucję owej konstrukcji. Pierwszą sferę określa sytuacja, w której sądy tworzą nowe prawo w drodze racjonalizacji przepisów niedookreślonych. Racjonalizacja polega na uzasadnieniu i wyartykułowaniu normy konstytucyjnej, która ma uzasadnić daną decyzję wydaną w celu wprowadzenia nowych wartości. Przewartościowanie odbywa się w drodze ponownej interpretacji występowania w praktyce danej normy i podważenia jej zasadności na podstawie występujących wśród polityków i w społeczeństwie nowych potrzeb i wartości (Balkin 2009, 560). Proces ten Balkin nazywa syntetyzacją prawa przeszłego z przyszłym. W drodze tej syntetyzacji sądy ustanawiają nowe prawo, ale wskazują jednocześnie granice dla rządu w odniesieniu do nowo powstałych kompetencji. W ten sposób, zdaniem Balkina, sądy federalne, godząc

potrzeby wynikające z Nowego Ładu, stały się po części tzw. aktorami sceny politycznej. Kolejna sfera odnosi się do współpracy sądów federalnych z władzami politycznymi w celu utrzymania dyscypliny prawnej podmiotów. Chodzi tu o kontrolę poszczególnych urzędników i urzędów lokalnych.

Następna wyróżniona przez Balkina sfera jest najbardziej doniosła dla doktryny „żyjącej Konstytucji”. Dotyczy współpracy sądów z koalicjami obywatelskimi wskazującymi, które prawa, ich zdaniem, powinny zostać zmienione. Sądy federalne, chcąc wyeliminować prawo konserwatywne, wydają decyzje ograniczające jego występowanie i stosowanie. Jako przykład hamowania tej działalności przez Sąd Najwyższy Balkin podaje sprawę *Dred Scott v. Sandford* (Balkin 2009, 572).

Kolejna sfera nawiązuje do już opisanej, jednak w tym wypadku sądy biorą odpowiedzialność za prawo, z którym nie zgadza się koalicja obywatelska. Przykładem takich „zachowań” są choćby sprzeciwy wyrażane w sprawie kryminalizacji pornografii w Internecie. Ostatnia sfera, Sąd Najwyższy, obiera kierunek zgodny z doktryną „żyjącej Konstytucji”, a jest nim poparcie 24. poprawki do Konstytucji¹⁹.

Reasumując, kluczem do zrozumienia wyższości tej koncepcji nad pozostałymi jest uświadomienie sobie, na czym polega proces reinterpretacji znaczenia pojęcia konstytucyjnego w drodze konstrukcji. W myśl założeń „żyjącej Konstytucji”, konstrukcja nie stanowi procesu tworzenia nowego prawa, jak twierdzą oponenti, czy też budowania nowych instytucji ze zmianą treści Konstytucji, co następuje wyłącznie w drodze uchwalenia poprawek. Prawo tworzone w drodze konstrukcji nadaje jedynie poprawne rozumienie oryginalnemu znaczeniu Konstytucji, które wcześniej było źle odczytywane i zabezpiecza jego stosowanie w praktyce (Balkin 2009, 560 – 561). Nie można przecież – argumentuje Balkin – ani w drodze interpretacji, ani nawet konstrukcji zmienić znaczenia artykułu o długości kadencji prezydenta. Do takich zmian potrzebne jest uchwalenie poprawki, a zmiany dokonywane w drodze konstrukcji są mniej trwałe niż poprawki, mogą być zmieniane nawet w praktyce. Ustawy się uchyla, a doktryny odrzuca.

I choć, konkluduje Balkin, nowe znaczenia otrzymane dzięki konstrukcji Konstytucji w zgodzie z założeniem doktryny „żyjącej Konstytucji” mogą okazać

¹⁹ Ronald Dworkin twierdzi, że Konstytucję należy czytać w sposób moralny, czyli w zgodzie z moralnymi zasadami w niej zawartymi. Jak argumentuje, przeważająca część Konstytucji dotyczy ochrony indywidualnych praw i wolności jednostki i w tym kierunku powinna zmierzać lektura. Oznacza to, że aktywizm rodzi się na tle tych wolnościowych praw zawartych w poprawkach. Zatem dla aktywistów Konstytucja to poprawki, które cechuje abstrakcyjny i żywy język. W nich są zawarte ogólne zasady i wskazówki moralne. Ponadto Dworkin uważa, że Konstytucja napisana jest językiem bardzo abstrakcyjnym, który nie może być interpretowany wprost. Jako główny cel poprawnej interpretacji należy obrać moralność, ta bowiem daje wolność i pewność prawa (Balkin 2009, 579).

się lepsze od zastanych, ponieważ zrodziły się z prawa zwyczajowego i zostały rozwinięte w związku z aktualnymi potrzebami społeczeństwa i ewoluującym językiem, to jednak sędziowie, od dawna zniewoleni założeniami oryginalizmu, nie chcą się przekonać do słuszności stosowania „żyjącej Konstytucji”, czyniąc prawo amerykańskie uboższym.

Dzięki refleksjom Balkina staje się jasne, że teoria pasywnej interpretacji wymaga interpretowania Konstytucji zgodnie z aktualnie przyjętą koncepcją znaczenia, natomiast teoria aktywna skupia się na konstrukcji Konstytucji – jej celach i potrzebach społecznych.

Co ważne, nie kto inny, tylko niedoszły oponent doktryny „żyjącej Konstytucji” wskazał w swoich badaniach, że w pewnym sensie to oryginalizm, a dokładniej – roboczy oryginalizm (*framework originalism*) pozostawia pewną wolną przestrzeń dla nowych norm, będących wynikiem konstrukcji w zgodzie z doktryną „żyjącej Konstytucji”, która ma za zadanie wypełnić tę pustą przestrzeń. Teoria ta jest poniekąd drugim etapem interpretacji, stosowanym tam, gdzie oryginalizm zawodzi (Barnett 2013, 118–127).

Reasumując, koncepcja Balkina wyczerpuje problematykę reinterpretacji Konstytucji Stanów Zjednoczonych, dokonywanej zgodnie z ideą „żyjącej Konstytucji”, pozwala wskazać najważniejsze różnice między tą doktryną a oryginalizmem, dzięki czemu koncepcja ta staje się nieoceniona.

David Strauss (2011, 137) dodaje do koncepcji Balkina swoje rozważania i wskazuje, że zawarte w 8. poprawce słowa „okrutna i wymyślna kara” (*cruel and unusual punishments*)²⁰, zgodnie z oryginalizmem, mają być tak rozumiane, że kara nie powinna być – w intencji osób, które ją uchwałyły – ani okrutna, ani wymyślna. Przypadek ten pokazuje, jak oryginalizm zawęża rozumienie pojęć konstytucyjnych i odbiera interpretatorowi kierowanie się zdrowym rozsądkiem. W XXI w. znaczenie okrutnej i wymyślnej kary nijak się ma do tego sprzed dwustu lat (Strauss 2010, 11–12). Stąd wniosek Straussa, że rygorystyczne, oryginalistyczne podchodzenie do tekstu Konstytucji odbiera sędziemu możliwość odkrycia zasad głęboko zakorzenionych w prawie, które nie są wyrażone wprost i w dosłowny sposób, ale stanowią intencją twórców Konstytucji. Przykładem niedostrzegania przez oryginalistów owego głębszego sensu zasad wyrażonych w prawie jest słynna sprawa *Brown v. Board of Education* (Strauss 2010, 12), w której Sąd Najwyższy zakazał segregacji rasowej w szkołach publicznych. Uzasadnienia tego stanowiska sędziowie poszukiwali w 5. poprawce (*Due Process of Law*), zgodnie z którą należy chronić wolność jednostki i jej niezależność, dlatego nikt nie może zostać skazany bez procesu, analogicznie żaden człowiek nie może stawać się przedmiotem segregacji rasowej.

Reasumując, Strauss w wyniku przeprowadzonych badań, podobnie jak Balkin, staje się zwolennikiem „żyjącej Konstytucji” (Strauss 2010, 17), kierując

²⁰ Poprawka ta została uchwalona w roku 1791.

ostatecznie swoje zarzuty w stronę oryginalizmu. Jak twierdzi, Konstytucja nie może być uznana za martwy dokument, ponieważ całe społeczeństwo i język rozwijają się. Zatem i słowo zawarte w Konstytucji powinno być traktowane jak „żywe” (*living*) oraz interpretowane tak, by dopasować je do aktualnych potrzeb społeczeństwa. W przekonaniu Straussa, oryginalizm jest usprawiedliwioną metodą interpretacji Konstytucji Stanów Zjednoczonych tylko wówczas, gdy jej postanowienia są jednoznaczne i nie trzeba poddawać ich dodatkowej analizie. Do takich postanowień należą, rzecz jasna, te dotyczące wieku prezydenta, liczby senatorów z każdego stanu oraz długości ich kadencji (Strauss 2010, 7). W takich oczywistych przypadkach sędziowie mogą sobie pozwolić na odczytywanie postanowień Konstytucji wprost, interpretując jedynie poszczególne słowa. Niestety, jak twierdzi Strauss, wiele innych postanowień Konstytucji nie jest już aż tak jednoznacznych (Strauss 2010, 8). Doktryna „żyjącej Konstytucji” zajmuje się właśnie takimi przypadkami dwuznacznymi, niejasnymi, związanymi ze zmianą treści znaczenia pojęć konstytucyjnych, na podstawie których zmieni się *de facto* interpretowana reguła (Strauss 2010, 18). Oryginalizm razi sobie z interpretacją prawa jedynie na poziomie językowym. Przykładowo, w odniesieniu do 1. poprawki, która stanowi, że „Kongres nie powinien tworzyć prawa [...] pozbawiającego wolności słowa” (*Congres shall make no law [...] abridging a freedom of speech*) (Strauss 2010, 8). Treść tej poprawki nie wydaje się szczególnie zawiła i niezrozumiała, stąd też, zdaniem niektórych, powinna być interpretowana w ten sam sposób, w jaki interpretuje się postanowienia dotyczące prezydenta. Takie stanowisko prezentował sędzia Hugo Black, jeden z najznakomitszych sędziów Sądu Najwyższego w latach 1950–1960. Uważał, że zwrot „żadnego prawa” (*no law*), zawarty w 1. poprawce należy interpretować zgodnie ze zwykłym znaczeniem. Idąc tym tokiem rozumowania twierdzi, że zwrot *no law* oznacza po prostu *no law* i nie można doszukiwać się tu innego znaczenia. Jednak, zdaniem Straussa, postanowienia 1. poprawki nie są aż tak oczywiste, jak uznaje Black²¹. Zgadza się, że wyrażenie *no law* oznacza *no law*, ale interpretowanie zwrotu dotyczącego wolności słowa (*freedom of speech*) nie jest już takie proste i powinno zmusić sędziów do szerszej interpretacji (Strauss 2010, 8). W tej sytuacji nie wystarcza już językowe rozumienie przepisu. Należy, zdaniem Straussa, postawić sobie pytanie, co dokładnie oznacza wolność słowa, czy prezentowanie scen pornograficznych w Internecie jest również zagwarantowane przez 1. poprawkę oraz jak należy rozumieć słowo „pozbawianie” (*abridging*)? Zakresu tych słów nie można ustalić za pomocą koncepcji oryginalnego czy powszechnego znaczenia.

²¹ Zdaniem Caprice Roberts, sędzia Hugo Black nie był zwolennikiem aktywizmu, a wręcz skrytykował go bezpośrednio w orzeczeniu *United States v. Wade*, zarzucając sędziemu Brennanowi aktywizm. Jego zdaniem, Ojcowie Założyciele nie chcieli, by dokonywać interpretacji w sposób, jak to określa, „nonszalancki” (Roberts 2007, 22).

Powyższe wywody mają doprowadzić do konkluzji, że metody pasywne, takie jak tekstualizm i oryginalizm, stanowią ograniczone wersje interpretacji i ustalania znaczenia badanego pojęcia. Strauss (2010, 9) podkreśla natomiast, że wszelkie postanowienia Konstytucji powinny być poddawane szczegółowej interpretacji, której nie sprostają metody oryginalistów i tekstualistów. Oryginalizm jest bardzo powszechną metodą interpretacji, a jego źródło stanowi założenie, że poszukiwanie znaczenia powinno zamknąć się w oryginalnym znaczeniu. Tymczasem, by uzyskać pełen obraz danego pojęcia, należy zbadać szeroki kontekst znaczenia i celu pojęcia konstytucyjnego. Pamiętać przy tym trzeba, że pasywiści w razie niejasności słowa ostatecznie sięgają do intencji ustawodawcy. Co więcej – argumentuje Staruss – intencja Ojców Założycieli nie dotyczyła społeczeństwa współczesnego. Jeśli bowiem Ojcowie Założyciele w 2. poprawce do Konstytucji dali przyzwolenie na posiadanie broni, to mieli na myśli ochronę obywateli państwa, które wciąż pozostawało zagrożone. Dając przyzwolenie na broń, Ojcowie Założyciele chcieli zagwarantować niezależność państwa.

Reasumując, na podstawie literatury dotyczącej doktryny „żyjącej Konstytucji” należy skonstatować, że w przeciwieństwie do aktywizmu twórcy tej koncepcji poradzili sobie z postawieniem głównych i klarownych tez, jak choćby tej, że Konstytucja jest jedynie dokumentem założycielskim, którego interpretacja powinna podążać za postępem społeczeństwa i jego aktualnymi potrzebami (Eisgruber 2001, 79). „Żyjący konstytucjonaliści” twierdzą, że 9. poprawka do Konstytucji dostarcza wielu podstaw do rozbudowywania katalogu praw. W 1819 r. w sprawie *McCulloch v. Maryland* szef Sądu Najwyższego John Marshall stwierdził: „Konstytucja jest Konstytucją, nie zwykłą ustawą, wymaga jednak od Sądu Najwyższego spojrzenia szerzej na prawo i wykraczania poza tekst dokumentu, na zasadach zdrowego rozsądku” (Young 2007, 411).

Korzystając z dorobku doktryny „żyjącej Konstytucji”, sędziowie mogą interpretować Konstytucję aktywistycznie, bez narzucanych przez oryginalizm i tekstualizm ograniczeń – twierdzą zwolennicy *living constitution* (Rostorotski 2011, 1546–1552), z upływem czasu okazało się jednak, że implementowanie jej teoretycznego dorobku przekreśliło szanse zbudowania „czystej” teorii aktywnej interpretacji.

Po kolejnej metodologicznej porażce aktywiści uznali, że kluczem do obrony aktywizmu przed oponentami będzie nowa definicja aktywizmu sądowego, wyrastająca z badań nad relacją z pojęciami określającymi rolę trzeciej władzy, o czym w kolejnej części pracy.

4.3. Aktywizm sądowy a *judicial review*

Współcześni badacze aktywizmu sądowego w obliczu poniesionych klęsk na tle badań nad znaczeniem aktywizmu porzucili zagadnienia definicyjne na rzecz zbadania relacji, jakie zachodzą między aktywizmem a wybranymi koncepcjami

określającymi rolę Sądu Najwyższego w Stanach Zjednoczonych. Oczekiwali, że taka metoda badań w końcu przyniesie odpowiedź na pytanie, czym jest aktywizm sądowy i czy w ogóle istnieje. Do najważniejszych z tych pojęciowych relacji bezsprzecznie zaliczyć należy aktywizm sądowy i doktrynę *judicial review*. Od początku kształtowania się amerykańskiego sądownictwa *judicial review* było tyle krytykowane, ile akceptowane, i to ta doktryna, zdaniem wielu dyskutantów, przyczyniła się do powstania aktywizmu sądowego.

Analizując literaturę amerykańską w tym zakresie, należy stwierdzić, że największymi zasługami wykazał się bezsprzecznie profesor politologii – Christopher Wolfe. Jego praca *The Rise of Modern Judicial Review: From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*, wśród wielu opracowań aktywizmu, została uznana przez środowisko naukowe i sędziowskie za kompletną, koherentną i zasługującą na akceptację²². Wolfe, odrzucając wskazywane przez prawników koncepcje aktywizmu sądowego, skupiał się na hipotezie, zgodnie z którą jedyną drogą do uzyskania odpowiedzi na pytanie, czym jest aktywizm sądowy jest połączenie tego pojęcia z koncepcją rozwoju władzy sądowej w zestawieniu z doktryną *judicial review*. Dopiero z takiej relacji możliwe będzie – jak to określa – „wydestylowanie” definicji aktywizmu.

Historia i rozwój obu tych władz, twierdzi Wolfe, wyraźnie wskazują na rozłam poglądów w sądownictwie, czego efektem są dwie postawy sędziowskie – pasywizm i aktywizm. Stąd też, „należy zaakceptować tę logiczną i oczywistą tezę, że aktywizm i pasywizm wynikają bezpośrednio [i tylko – A.T.] ze związków pomiędzy tymi władzami. Zgodnie z tym założeniem, przez aktywizm sądowy należy „rozumieć sposób postępowania sędziów, określając go quasi-ustawodawczym” (Wolfe 1994, 2). Jak dalej przekonuje, transformacja władzy sądowniczej w Ameryce łączy się ściśle ze zmianą koncepcji interpretacji Konstytucji. Ewolucja ta spowodowana była trzema okolicznościami (Siegel 2010, 555). W pierwszym rządzie – zmianą natury *judicial review*. Współczesny kształt tej instytucji opiera się na innych założeniach niż te podniesione przy okazji sprawy *Marbury v. Madison*, czego nie zauważają, niestety, ani komentatorzy Konstytucji, ani sami Amerykanie. Nie można więc konstruktywnie dyskutować o roli *judicial review*, nie znając jej współczesnego charakteru (Wolfe 1994, 2). By ją zrozumieć, trzeba mieć wiedzę o obecnym kształcie władzy sądowej oraz jej wszystkich znaczeniach, począwszy do czasów Ojców Założycieli. „Szeroka wiedza na temat rozumienia, czym jest władza sądowa jest niezbędna dla wydestylowania poprawnej definicji w obecnym kształcie. Jest to zadanie trudne i skomplikowane, jednak tylko taka metoda badawcza może przynieść pożądane rezultaty. Władza sądownicza – podkreśla Wolfe – zaczęła na nowo kształtować swoją rolę wraz z początkiem XX w. Wraz z nią zmieniła się rola sędziego i charakter tworzonego przez

²² Christopher Wolfe jest emerytowanym profesorem politologii w Marquette University, a z jego opinią liczą się nieomal wszyscy przedstawiciele amerykańskiej jurysprudenencji.

niego prawa podążając bezsprzecznie za doktryną, że to sędzia tworzy prawo konstytucyjne (*judge made constitutional law*)” (Wolfe 1994, 13). Zidentyfikowanie tej zmiany powinno poprzedzić wyodrębnienie trzech okresów, w których kształtowała się instytucja *judicial review*. Pierwszy okres, tzw. era tradycyjna (*The Tradicional Era*), rozpoczął się od momentu uchwalenia Konstytucji w 1789 i trwał do końca XIX w. (Wolfe podaje rok 1890). Okres ten charakteryzuje się jednoznacznym spojrzeniem na Konstytucję, która jawi się jako jasny i klarowny akt prawny, łatwy do zinterpretowania. Warunkiem uznania jednoznaczności pojęć konstytucyjnych był tylko akt prawidłowego odczytania Konstytucji. Zasady natomiast zawarte w Konstytucji były wówczas uznane za jasne i jednorodne określone, niestwarzające przeszkód do tworzenia z nich norm w postaci reguł prawnych, obowiązujących w praktyce. Okres ten w sposób szczególny jest związany z federalistami, gdyż – jak podkreśla Wolfe – pierwszym zbiorem zasad dotyczącym sposobów interpretacji Konstytucji były eseje Madisona, Hamiltona i Jaya²³. Choć eseje te uznaje za jak najbardziej miarodajne pod względem znaczenia terminów konstytucyjnych, to jednak podkreśla, że ich autorzy tylko częściowo wskazywali, w jaki sposób dokonywać interpretacji Konstytucji (Wolfe 1994, 20). Jednym z nielicznych przykładów, w których w sposób ścisły podane zostały konkretne reguły interpretacyjne jest esej 83. Hamiltona – *The Judiciary Continued in Relation to Trial by Jury*. Zawarte są w nim ogólne obserwacje, dotyczące sposobu interpretacji, które – zdaniem Wolfe’a – można uznać za generalne reguły interpretacyjne. Jak pisze Hamilton: „Zasady interpretacji prawniczej są zasadami wynikającymi z reguł zdrowego rozsądku, zaadaptowanymi przez sądy do tworzenia prawa. Dlatego testem ich prawidłowego zastosowania jest zgodność ze źródłami, z których są wywiedzione” (Hamilton 2006, 538). W tym przypadku Hamilton korzysta z zasad interpretacji, przedstawionych już wcześniej przez Blackstona²⁴, którego *Commentaries of the Laws of England* ukazały się w Ameryce w latach 1771–1772 (Boorstin 1996, 4). Zbieżność zasad obu myślicieli widać szczególnie w przekonaniu, że pochodzenie wszelkich reguł, które zostały zaadaptowane przez sądy, wynika z reguł zdrowego rozsądku (*common sense*) (Strauss, Cropsey 1972, 63). Zdaniem Blackstona, opierają się one na naturalnym i oczywistym znaczeniu (*natural and obvious sense*), relacji wobec takiego znaczenia oraz rozumie i zdrowym rozsądku (Wolfe 1994, 21). Hamilton całkowicie akceptował te reguły i zdawał sobie sprawę z ich wagi, co zresztą było zgodne z doktryną przyjętą podczas uchwalania Konstytucji przez Ojców Założycieli. Do okresu tradycyjnego Wolfe zalicza również czas działalności sędziego Marshalla, który uznawany jest przez niego za najlepszego reprezentanta sądownictwa tego

²³ O federalistach szerzej w 1. rozdziale pracy.

²⁴ Powszechne jest przekonanie, że Blackstone był pierwszym komentatorem Konstytucji, jednak komentatorem rzeczywistym, który wskazywał reguły interpretacji, był sędzia Joseph Story. Swoje uwagi zawarł w *Commentaries on the Constitution of the United States...* (Story 1833).

okresu (Wolfe 1994, 40). Marshall był zwolennikiem obiektywnego podejścia do interpretacji, które wyrażało się w przekonaniu, że intencji ustawodawcy w procesie interpretacji należy poszukiwać jedynie w słowach ustawy. Te zaś mają występować w takim znaczeniu, w jakim były powszechnie używane przez tych, którzy się nimi posługiwali²⁵. W tym okresie *judicial review* dawało podstawę do unieważniania wszelkich reguł niezgodnych z Konstytucją i – jak twierdzi Wolfe – różnica w zestawieniu z dzisiejszą jego postacią nie polega na różnych uprawnieniach szefa Sądu Najwyższego, ale właśnie na sposobie patrzenia na Konstytucję (Wolfe 1994, 3). W omawianym okresie *judicial review* postrzegana była ściśle przez pryzmat wiernej interpretacji tekstu Konstytucji, która jest jasno określona. Tak postrzegali ją John Marshall i Roger Taney w latach 1801–1863, którzy działali zgodnie z republikańskim duchem społeczeństwa (Green 2009a, 11).

Koniec XIX w. przyniósł jednak głęboką zmianę w praktyce i spojrzeniu na koncepcję *judicial review*. Niedługo po wojnie secesyjnej zaczęły pojawiać się wśród prawników, a w końcu w decyzjach sędziowskich, różnice zdań na temat roli tej instytucji. Tak postrzega Wolfe (1994, 4) kreowanie się kolejnego okresu ewolucji doktryny *judicial review*, który nazwał erą przejściową (*The Transitional Era*). Nowe spojrzenie wyznaczało nowy cel interpretacji Konstytucji, który rozumiany był jako dążenie do zmiany hierarchii prawa, polegającej na wywyższeniu i wzmocnieniu charakteru praw naturalnych, a spychaniu na dalszy plan praw publicznych. W uzyskaniu tego celu miała pomóc transformacja pozycji sędziego-interpretatora (*chief*), który miał nadawać znaczeniom nowy wymiar. Wszystko dlatego, że w omawianym okresie to jednostka, już nie ogół Amerykanów, miała być chroniona i postawiona w centrum zainteresowania.

Z tej perspektywy nie można było już obronić definicji *judicial review*, którą Hamilton nakreślił w 78. numerze *Federalisty*. W eseju tym przejrzyście uzasadniał, że zasada swobodnej oceny sędziowskiej polega na rozstrzyganiu, które z dwóch sprzecznych praw jest słuszne. „Nierzadko zdarza się – pisał – że dwie ustawy w całości lub częściowo są niezgodne ze sobą i żadna nie zawiera klauzuli anulującej jedną z nich czy jakiegoś wyjaśnienia. W takim przypadku do kompetencji sądów należy ich uchylenie lub ustalenie znaczenia i działania tych ustaw” (Quinn 1999, 183). Szczególnego znaczenia nabiera tu zatem konflikt między ustawą i Konstytucją. Konstytucja jest uważana „w istocie – i musi być uważana przez sędziów – za ustawę zasadniczą. Do nich zatem należy precyzowanie jej znaczenia, jak każdej ustawy. Gdyby się zdarzyło, że powstanie niedająca się uzgodnić różnica między Konstytucją a aktem ustawodawczym, wtedy to, co ma nadrzędną moc obowiązującą i ważność, powinno być oczywiście preferowane” (Quinn 1999, 182 – 183).

²⁵ W oryginale „*intention must be collected from the words; that its words are to be understood in that sense in which they are generally used by those for whom the instrument was intended*” (Wolfe 1994, 41).

Hamilton wyraźnie podkreślał, że zadaniem sądów jest jedynie wyjaśnianie treści i relacji między aktami prawnymi. Za złą praktykę uważał sytuację, w których sądy – pod pretekstem niemożności pogodzenia sprzecznych spraw – kierują się własną wolą, a nie konstytucyjnymi intencjami legislatury (Quinn 1999, 184). Zdaniem Wolfe’a, w drugim wyszczególnionym przez niego okresie interpretowanie przekształciło się w tworzenie prawa. Klasycznym przykładem takiej sprawy jest orzeczenie *Lochner v. New York* z 1905 r. Sąd zakazał pracownikom piekarni pracować powyżej sześćdziesięciu godzin tygodniowo lub dziesięciu dziennie. Wolfe jednoznacznie wskazuje, że takie działanie Sądu przekracza wszelką interpretację Konstytucji i staje się tworzeniem prawa. Sprawa ta jest przykładem niepotrzebnej i arbitralnej ingerencji w prawa jednostki (Tushnet 2008, 81–92). Orzeczenie to zapoczątkowało całą serię rozstrzygnięć (Sunstein 1987, 873) uchylających ustawy regulujące kwestie warunków pracy w okresie Wielkiego Kryzysu²⁶, stąd też nazywano ją potocznie okresem *Lochner* (*Lochner Era*)²⁷. Trzeci okres ewolucji *judicial review*, zdaniem Wolfe’a, rozpoczął się w 1937 r. Był to okres rewolucji konstytucyjnej, choć roboczo nazywa go erą współczesną (*The Modern Era*) (Gedicks 2009, 654). Na jego kształtowanie się wpłynęło wiele czynników. Jednym z nich były dominujące wówczas kierunki amerykańskiej jurysprudenencji: pozytywizm prawniczy, jurysprudenca socjologiczna oraz realizm prawniczy.

Kontynuację tej myśli stanowi pomocnicza teza Wolfe’a, że największym prorokiem i patriarchą współczesnej koncepcji amerykańskiej władzy sądowej był sędzia Oliver Wendel Holmes. Zdaniem Wolfe’a, od pierwszych rozstrzygnięć sędziego widoczne jest propagowanie doktryny wzmacniania konstytucyjnych praw jednostki (Bowden 2009). To zaś oznacza, że dzięki swoim orzeczeniom sędzia zapoczątkował kolejną erę, nazwaną przez niego „współczesną erą prawa konstytucyjnego” (Wolfe 1994, 224). Specyficzny sposób myślenia o prawie Holmesa został silnie zakorzeniony w opublikowanym w 1881 r. dziele *Common Law*. W ocenie Wolfe’a, teoria Holmesa zawiera bardzo współczesny model prawa oraz jego sądowego stosowania, przede wszystkim dlatego, że podstawą myślenia o prawie jest teza: „prawo żyje nie dzięki logice, ale dzięki doświadczeniu” (*The life of the law has not been logic: it has been experience*) (Holmes 2005, 3). „Prawo posiada formę logiczną, ale nie należy tego faktu mylić ze źródłem prawa, które zawarte jest w procesie legislacyjnym” (Wolfe 1994, 224). Jak wykazują prace badawcze z tamtego okresu, taki model prawa charakteryzował się ingerencją Sądu Najwyższego w sprawy dotyczące w szczególności wolności

²⁶ W tej materii podaje się również sprawy: *Adair v. United States* (1908), *Coppage v. Kansas* (1915), *Adams v. Tanner* (1917), *Hammer v. Dagenhart* (1918), *Bailey v. Drexel Furniture Co.* (1922), *United States v. Butler* (1936), *Carter v. Carter Coal Company* (1936).

²⁷ Calabresi uznaje za pierwszą oznakę konstytucyjnej rewolucji sprawę *Lochner*, ponieważ, jego zdaniem, w tym przypadku tekstualiści i oryginałiści raz na zawsze zerwali z tradycją prawa precedensowego (Calabresi 2005, 201).

słowa i wolności religii. Nic więc dziwnego, że kamieniem milowym w tym okresie stała się sprawa *Brown v. Board of Education* z 1954 r., w której zakazywano segregacji rasowej w szkołach publicznych (Wolfe 1994, 7). Problem stwarzała bowiem nie tylko zmiana ekonomiczna społeczeństwa, lecz także faktyczna zmiana roli sędziów. Dotąd pełnili oni jedynie rolę polityków w togach (*politician in robes*), odzwierciedlających konserwatywne oczekiwania społeczeństwa (Wolfe 1994, 13). Po tej dacie jednak zaczął dominować pogląd, że sędziowie mają prawo do tworzenia prawa zgodnie z koncepcją *juge mad law*, uwzględniając aktualne oczekiwania tych, którzy ich wybrali. Takie stanowisko całkowicie zmieniło kształt władzy sądowej, co wpłynęło na brak poprawnego rozumienia istoty *judicial review*. Aby dobrze zrozumieć i poznać prawidłowe znaczenie tej transformującej się instytucji, należy przede wszystkim poznać jej różnorodny charakter. Tę różnorodność widać najlepiej w ewolucji i wymienionych trzech okresach jej rozwoju – stwierdza Wolfe (1994, 14).

Reasumując, z konkluzji zawartych w cytowanych pracach wynika, że pełna definicja aktywizmu sędziowskiego jest złożona z kilku następujących aspektów. Sędziowie nie powinni być związani ani interpretacją konstytucyjną, ani intencją Ojców Założycieli, rozumianą jako historycznie określone oczekiwania i znaczenia języka (*determined meaning of language*). Ograniczenia tego rodzaju są nieprzydatne, nie sposób bowiem ustalić, co było intencją Ojców Założycieli (Wolfe 1994, 3). Ponadto, interpretator nie powinien być związany koncepcjami powszechnego i oryginalnego znaczenia, ponieważ nie wiadomo, którzy Ojcowie wskazali główne założenia wyrażone w Konstytucji i czy dotyczyły one całej konwencji konstytucyjnej. Nie wiadomo, też czy notatki Madisonsa są pełne i bezstronne, a w związku z tym powstaje problem, jak odnieść się do debat w trakcie konwencji, które nie zostały spisane. Pozostaje również problem, jak spojrzeć na język Konstytucji, była ona bowiem spisana językiem, który przecież ewoluował i nawet jeśli w jakiś sposób udałoby się ustalić choćby ogólną ideę Ojców Założycieli, to przecież nie sposób stosować wprowadzone przez nich wartości do współczesnych okoliczności i potrzeb społeczeństwa (Wolfe 1994, 3). Stwierdza, że wszelkie pasywne metody interpretacji Konstytucji, a zwłaszcza oryginalizm, który dąży jedynie do ustalenia prawdziwego znaczenia Konstytucji (*real meaning*) stanowią przykłady niepotrzebnego ograniczenia władzy sędziego. Jego zdaniem, oryginalistyczne podejście do interpretacji Konstytucji oraz *judicial review* nie jest właściwą drogą interpretacyjną, stąd też relacje między aktywizmem a oryginalizmem Wolfe określa jako „intelektualną bitwę, w której oryginalizm zdecydowanie przegrywa, mimo że jest tak często stosowany” (Wolfe 1994, 3). Nie przystaje bowiem nie tylko do oczekiwań społecznych, lecz także do zmieniającego się modelu władzy sądowej w Stanach Zjednoczonych i tym samym powinien zostać zastąpiony aktywizmem sędziowskim.

Uznając definicję Wolfe’a za trafną, w konsekwencji należałoby przyznać, że sędzia aktywista nie jest związany żadnymi regułami interpretacji i jawi się jako

„wolny interpretator”. Co więcej, definicję tę należy uznać za legalną, ponieważ „wypracowała” ją praktyka i doktryna orzecznicza w opisanych okresach.

Teza ta, pomimo zbyt szerokiego zakresu znaczenia pojęcia aktywizmu, znalazła odbicie w pracach kolejnych badaczy aktywizmu. Dla przykładu warto wskazać, że kontynuację tej tezy można odnaleźć w poglądach Petera Shane’a, który uważa, że obecną epokę aktywizmu sędziowskiego i jego osiągnięcia należy oceniać przez pryzmat dwóch wcześniejszych okresów (Shane 2000, 43). Jako pierwszy wymienia „okres Lochner” – nazwany tak przez sędziego Jamesa Harvie Wilkinsona III (kilkukrotnego kandydata na sędziego Sądu Najwyższego). Okres ten, w opinii Shane’a, charakteryzował się przede wszystkim częstym wykorzystywaniem w uzasadnieniach doktryny swobody umów (*liberty of contract*) w celu obalenia regulacji prawnych, ustanowionych z uwzględnieniem korzyści tych grup społecznych, które nie miały praw ustanowionych bezpośrednio w Konstytucji. Chodzi m.in. o prawa kobiet, dzieci i pracowników. Zdaniem Shane’a, w tym czasie aktywizm był instrumentem zachowania społecznego *status quo* i obrony konserwatywnych wartości społecznych oraz gospodarczego liberalizmu²⁸. Druga faza aktywizmu, jak twierdzi Wilkinson, była zdominowana przez zwolenników praw obywatelskich (Wilkinson 1989, 779; Posner 1988, 827). Wówczas to sądy wydawały orzeczenia, mające chronić szeroko pojęte wolności jednostek. Trzeci, obecny okres aktywizmu sędziowskiego, zbudowany na porażkach poprzednich, będzie – zdaniem Wilkinsona – trwalszy i bardziej konstruktywny (Shane 2000, 43). Po pierwsze dlatego, że współczesny aktywizm nie dopuszcza wszystkich wyborców do zajmowania się sprawami państwa, ograniczając się do urzędników stanowych i municypalnych. Dzięki temu nie wszystkie postulaty społeczeństwa zostaną przeforsowane. Po drugie, aktywizm gwarantuje, że sąd nie będzie dążył do tworzenia ścisłych klauzul, gdyż sam w ten sposób stałby się doktryną tekstualną, co oznaczałoby zwolnienie sędziów z obowiązku interpretacji prawa (Shane 2000, 44).

Wszystkie sformułowane refleksje prowadzą do wniosku, że spór między pasywistami a aktywistami jest dalszą częścią debat federalistów z antyfederalistami, toczonych w czasach tworzenia Konstytucji. Trafnie konstatuje zatem Edwin Meese III, że „większość historii Ameryki stanowi historia debat konstytucyjnych. Współczesne spory również dotyczą kształtu i roli Sądu Najwyższego oraz Konstytucji, angażując w ten sposób w debaty fundamentalne kwestie, jak czynili to Hamilton i Henry oraz Lincoln i Douglas” (Meese 1985, 71). Opisowywany aktywizm sądowy stanowi jedną z nich.

²⁸ Zdaniem Sunsteina, w okresie tym sędziowie traktowali *common law* nie jako konstrukt prawny, lecz część prawa natury, którego jednym z zaleceń jest naturalny podział bogactwa. Ten zaś sprzeciwia się tendencjom redystrybucyjnym (Sunstein 1987, 873–919).

Zakończenie

Rozważania na temat poprawnej interpretacji Konstytucji Stanów Zjednoczonych, zawarte w niniejszej pracy, ilustrują węzłowe zagadnienia dotyczące sporu o poprawność tej interpretacji oraz analizę najważniejszych metod interpretacyjnych. W wybranym obszarze badań wymagały omówienia przede wszystkim poglądy i opinie wyrażane przez Ojców Założycieli (*Founding Fathers*) w trakcie ratyfikacji, a także najważniejsze metody interpretacji, pojawiające się Sądzie Najwyższym Stanów Zjednoczonych. Niemniej jednak, jeśli problematykę poprawnej interpretacji prawa w amerykańskiej jurysprudencji określano kiedyś mianem „ideologiczno-politycznej” i nawet częściowo odpowiadało to prawdzie, to wraz z pojawieniem się prac teoretycznych i filozoficznych, broniących określonych metod interpretacji, spór wzbogacony został o liczne komponenty teoretyczno-filozoficzne, które dominują nad kwestiami *stricto* politycznymi. Stąd też prezentowana w pracy analiza wykazuje liczne związki nauki o interpretacji z koncepcjami i pojęciami zaczerpniętymi z językoznawstwa, logiki oraz filozofii języka. Szczególne znaczenie ma w tej materii wywodząca się z filozofii języka koncepcja znaczenia „znaczenia”, która stanowi teoretyczną bazę koncepcji znaczenia, tworzonych dla potrzeb omawianych metod interpretacji. W tekstualizmie jest nią koncepcja powszechnego znaczenia (*plain meaning*), w oryginalizmie – oryginalnego znaczenia (*original meaning*), w intencjonalizmie – intencyjnego znaczenia (*intention meaning*), zaś w aktywizmie – braku znaczenia „znaczenia” (*no meaning of meaning*).

Jak wykazano w pracy, każda z tych koncepcji bezsprzecznie odgrywa znaczącą rolę w teoretycznym aspekcie sporu o poprawną interpretację Konstytucji. Wydaje się, że powszechnie, zwłaszcza na gruncie polskiej nauki, ich rola nie jest doceniana. Stąd też dopiero po przeanalizowaniu niniejszych rozważań Czytelnik przyzna rację twierdzeniu, że spór o poprawną interpretację Konstytucji Stanów Zjednoczonych zawiera się nie w jednym, ale w trzech wymiarach: polityczno-ideologicznym, teoretycznym i filozoficznym. Oznacza to, że kwestie polityczne, ongiś dominujące w dyskursie, obecnie mają znaczenie drugorzędne.

W rozdziale pierwszym pracy została wyjaśniona powszechnie niezrozumiała kwestia pozostawienia przez Ojców Założycieli luki w artykule III Konstytucji, stanowiącym o roli i zakresie kompetencyjnym sądów, w tym Sądu Najwyższego. Ojcowie Założyciele poświęcili bowiem niewiele miejsca określeniu roli władzy sądowniczej w Konstytucji, dopuszczając kształtowanie się tej instytucji w praktyce. Takie działanie tylko pozornie może być oceniane jako niedopatrzenie.

Należy je wytłumaczyć faktem, że stanowiska w sprawie kształtu władzy prawodawczej i wykonawczej dawnej metropolii były jednoznacznie negatywne, stąd Ojcowie Założyciele ukształtowali wzajemne relacje w opozycji do rozwiązań brytyjskich. Jeśli chodzi o trzecią władzę, Ojcowie Założyciele liczyli, że rola sądów w nowym państwie ukształtuje się w naturalny sposób, w drodze praktyki ustrojowej. W konsekwencji *de facto* doszło do powstania instytucji *judicial review*, która dała teoretyczne podwaliny współczesnej roli Sądu Najwyższego.

W obiegu opinii przyjmuje się, że początek *judicial review* to rok 1803 i wyrok sędziego Marshalla w sprawie *Marbury v. Madison*. W rzeczywistości jednak instytucja ta rozwijała się już od pierwszych orzeczeń wydawanych przez Sąd Najwyższy, a jedynie formalnie została przyjęta we wskazanym roku. Na jej tle uwidocznił się spór dotyczący sposobu interpretacji Konstytucji. Zwolennicy pasywnej interpretacji przekonywali bowiem, że orzeczenie wydane w sprawie *Marbury v. Madison* było potwierdzeniem konserwatyzmu Sądu Najwyższego i stanowiło jasną wskazówkę do uprawiania tego rodzaju interpretacji. Dla zwolenników aktywnej interpretacji orzeczenie Marshalla stało się wręcz zaproszeniem do tworzenia prawa. Wyjaśniając kwestie sporne, dotyczące enigmatycznego artykułu III Konstytucji oraz stanowiska prominentnych myślicieli w tym zakresie, opisano poniekąd polityczną stronę sporu.

Kolejne trzy rozdziały pracy mają charakter teoretyczno-filozoficzny. Konsekwencję przyjętej metodologii stanowiło podjęcie w nich próby zaklasyfikowania omówionych koncepcji. W rozdziale drugim dominuje problematyka tekstualizmu, który należy traktować jako doktrynę ograniczenia władzy sądowej. Rozdział trzeci odnosi się do następnej metody interpretacji Konstytucji – intencjonalizmu, który często jest mylony z tekstualizmem. Analiza wykazuje, że jest to metoda nie mająca z tekstualizmem żadnych zbieżnych elementów. Intencjonalizm skupia się na odnalezieniu w tekście intencji ustawodawcy i tzw. intencyjnego znaczenia. Jak twierdzą zwolennicy tekstualizmu, intencja w żaden sposób nie jest możliwa do odnalezienia, gdyż jest subiektywna i abstrakcyjna. Tymczasem intencjonałiści przekonują, że bez intencji nie ma znaczenia. Przyjęta koncepcja znaczenia intencjonalnego skłania do postawienia tezy, że intencjonalizm należy traktować raczej jako filozofię interpretacji, a nie teorię interpretacji Konstytucji.

Zupełnie inaczej rzecz się ma z oryginalizmem (rozdział trzeci), który jako jedyna z opisywanych koncepcji spełnia warunki koherentnej teorii interpretacji. Niezbędne wydaje się, po pierwsze, dokonanie ustaleń pojęciowych. Celem nadrzędnym jest tu wykazanie, że oryginalizm – choć mylony z tekstualizmem, a nawet intencjonalizmem – jest odrębną metodą interpretacji, która zakłada poszukiwanie oryginalnego znaczenia pojęć zawartych w Konstytucji. Częste mylenie tych odmiennych metod jest spowodowane występującymi w literaturze licznymi odmianami oryginalizmu. Ta część pracy służy ich uporządkowaniu, następna stanowi prezentację oryginalizmu w ujęciu Antonina G. Scalii.

Gdy tekstualizm przestał wystarczać w sytuacjach pojęć dwuznacznych i niejasnych, pojawiła się koncepcja oryginalnego znaczenia. Sędzia Scalia, odpowiadając na oczekiwania pozostałych uczestników sporu, w swoich pracach jasno i klarownie wyjaśniał, czym jest oryginalne publiczne znaczenie (*original public meaning*) i jak ma pomóc w ustaleniu oryginalnego znaczenia pojęć zawartych w Konstytucji. Te dwa składniki analizy – ustalenia pojęciowe oraz prezentacja koncepcji znaczenia Scalii – służą uzasadnieniu tezy, że oryginalizm w pełni zasługuje na miano teorii interpretacji. Wyróżnia się na tle pozostałych koncepcji koherencją, logiczną spójnością oraz niepodważalnymi, teoretycznymi argumentami, przemawiającymi za jego stosowaniem. Ta część pracy opisuje zatem teoretyczny wymiar sporu.

Podążając za tezą Scalii, zgodnie z którą kluczem do rozwiązania sporu o poprawną interpretację Konstytucji jest właściwe zrozumienie znaczenia pojęć w niej zawartych, odkrywam trzeci, filozoficzny wymiar sporu, odnoszący się bezpośrednio do koncepcji znaczenia, powstałej na gruncie nowej nauki filozofii języka. Ze względu na ogrom materiału w tej materii nie prezentowałam wszystkich koncepcji znaczenia, związanych z metodami interpretacyjnymi, lecz w celu podkreślenia aspektu filozoficznego skupiłam się na pracach Lawrence’a B. Soluma, którego poglądy są oparte na związkach filozoficznych koncepcji znaczenia „znaczenia” (*meaning of meaning*) z teorią oryginalnego znaczenia, co daje wyrafinowaną metodę interpretacji. Główna teza Soluma brzmi, że najważniejsza w interpretacji jest koncepcja znaczenia, jednak nie w odniesieniu do znaczenia powszechnego czy oryginalnego, ale znaczenia „znaczenia” (*meaning of „meaning”*). W efekcie tej relacji powstaje trójwymiarowa teoria – oryginalizm semantyczny.

Omówione koncepcje, z wyjątkiem intencjonalizmu, uznaje się za metody pasywne. W opozycji do wszystkich metod pasywnych pozostaje aktywizm sądowy. Jego zwolennicy uznają, że wobec ewolucji społeczeństwa i rozwoju nauki o języku, pojęcia dwuznaczne i nieostre, zawarte w Konstytucji, należy interpretować tak, by spełniały oczekiwania społeczne. Jednak jego zwolennicy nie poradzili sobie z zadaniem zbudowania teorii będącej przeciwwagą dla metod pasywnych. Aktywiści nawet przy próbach jego zdefiniowania nie osiągnęli takiego stopnia wyrafinowania, jakim cieszy się oryginalizm. Co więcej, zwolennicy aktywizmu, próbując dorównać kunsztowi swoich adwersarzy, stworzyli kilkadziesiąt jego definicji, wprowadzając niebываłe zamieszanie pojęciowe. Po przeanalizowaniu licznych stanowisk i prób definicyjnych, dochodzę do wniosku, że aktywizm jest jedynym sposobem interpretacji, którego nie można poddać jednoznacznej klasyfikacji. Powstał bowiem jako „droga ucieczki” (*escape routes*) sędziów, próbujących dokonywać zmian w sposobach interpretacji, tak, by rozstrzygnięcia Sądu Najwyższego mogły stanowić wyraz ich subiektywnych politycznych przekonań.

Potwierdzeniem tej tezy jest zaprezentowany w dalszej części wywo-
du afirmatywny stosunek aktywistów do koncepcji *stare decisis* i precedensu.

Zarzucając oryginalistom brak związania wydanymi dotąd wyrokami, aktywiści starają się ukryć swoje zamiary interpretacyjne. Oryginaliści natomiast, czasem nazywając siebie w tym względzie konserwatywnymi aktywistami, odrzucają zasadę związania sędziego *precedensem*, ale tylko w sytuacji, gdy jest on sprzeczny z Konstytucją i jej oryginalnym znaczeniem.

Próbując odnaleźć choć jeden teoretyczny wymiar koncepcji aktywizmu sądowego, dochodzę do wniosku, że naukowy punkt widzenia tej metody został przedstawiony w pracach Christophera Wolfe'a, który prezentuje pogląd, że problem prawidłowej interpretacji odnosi się do niezrozumienia istoty *judicial review*. Instytucja ta zmieniała bowiem kształt i dziś należy ją rozpatrywać przez pryzmat zmieniającej się władzy sądowej (*judicial power*). Wolfe wymienia trzy okresy, w których zmieniał się ustrój, a wraz z nim rola i kształt *judicial review* oraz władzy sądowniczej. Okresy te uznaję za ewolucję aktywizmu, a wymienioną koncepcję uważam za jedyną, która ma solidne podstawy teoretyczne, dzięki czemu może być konkurencyjna wobec metod pasywnych.

Podsumowując, aktywizm sądowy jako samodzielna koncepcja interpretacji Konstytucji Stanów Zjednoczonych Ameryki nie może stanowić teoretyczno-prawnej alternatywy dla koncepcji pasywnych. Biorąc pod uwagę cechy aktywizmu, stwierdzić należy, że choć jest ideologią, a nie metodą interpretacji, stara się udzielić odpowiedzi na podstawowe dla amerykańskiej jurysprudencji pytania: jaki kształt ma prawo obecnie, jakie powinno mieć znaczenie, co można w nim zmienić, jak powinna ewoluować rola interpretatora prawa, by potrafił odczytywać aktualne potrzeby społeczeństwa. Należy zatem uznać, że aktywizm jest kierunkiem poszukującym nowej drogi dla całego amerykańskiego prawa, nie tylko dla jego interpretacji. Jest zatem, w moim przekonaniu, ideologią sądowego stosowania prawa¹, którego jedyny wymiar i wsparcie teoretyczne stanowi doktryna *living constitution*. Uznaje ona Konstytucję za żywy dokument, wymagający interpretowania w sposób uwzględniający oczekiwania społeczeństwa. *Living constitution* nie zakłada jednak, w przeciwieństwie do aktywizmu, że można odrzucić idee oraz intencje Ojców Założycieli zawarte w Konstytucji, gdyż muszą być one wskazówką dla interpretatora, którą nie jest jednak bezwzględnie związany. Stąd też doktrynę tę można traktować jako podstawę odrębnej metody interpretacji, odbiegającej od ogólnych założeń aktywizmu sądowego.

Przedstawienie w pracy panoramy najważniejszych stanowisk dotyczących poprawnej interpretacji Konstytucji Stanów Zjednoczonych miało wskazać pomijany w literaturze polskiej wymiar teoretyczno-filozoficzny toczącego się dyskursu. Prezentując siatkę pojęciową najważniejszych koncepcji interpretacji amerykańskiej Konstytucji, praca ta otwiera drogę kolejnym, komparatystycznym badaniom nad rolą sądownictwa w *common law* i systemach prawa stanowionego.

¹ Odwołuję się do pojęcia ideologii, stosowanego przez Jerzego Wróblewskiego (Wróblewski 1988, 334–340).

Trudno odpowiedzieć na pytanie, która metoda interpretacji jest prawidłowa i jaki rodzaj interpretacji powinien być uprawiany przez sędziów Sądu Najwyższego, gdyż takie rozstrzygnięcia podkreślałyby polityczny wymiar sporu. Nie taka intencja przyświecała autorce. Jak podkreślono na wstępie, spór o poprawną interpretację Konstytucji Stanów Zjednoczonych jest fascynujący dla teoretyka prawa, gdy skupia się na jego teoretyczno-filozoficznych aspektach.

Bibliografia

- Abraham, Kenneth S. 1979. "Statutory Interpretation and Literary Theory: Some Common Concerns of an Unlikely Pair." *Rutgers Law Review* 32: 676–694.
- Aitken, Robert, Marilyn Aitken. 2007. *Law Makers. Law Breakers. and Uncommon Trials*. Chicago: American Bar Association.
- Baker, Lynn A. 2005. "Lochner's Legacy for Modern Federalism: Pierce County v. Guillen As A Case Study." *Boston University Law Review* 85: 727–764.
- Balkin, Jack M. 2009. "Framework Originalism and the Living Constitution." *Northwestern University Law Review* 103: 549–614.
- Banaszak, Bogusław. 2009. „Aktywizm orzeczniczy Trybunału Konstytucyjnego i pojęcie aktywizmu orzeczniczego Sądu Najwyższego czy Sądu Konstytucyjnego. jego zalety i wady”. *Przegląd Sejmowy* 17.4: 75–91.
- Banaszak, Bogusław, Michał Bernarczyk. 2012. *Aktywizm sędziowski we współczesnym państwie demokratycznym*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Barak, Aharon. 2004. *Purposive Interpretation in Law*. Princeton–Oxford: Princeton University Press.
- Barnett, Randy E. 1999. "An Originalism for Nonoriginalists." *Loyola Law Review* 45: 611–654.
- Barnett, Randy E. 2001. "The Original Meaning of the Commerce Clause." *University of Chicago Law Review* 68: 101–147.
- Barnett, Randy E. 2002. "Is the Rehnquist Court an Activist Court? The Commerce Clause Cases." *University of Colorado Law Review* 73: 1275–1290.
- Barnett, Randy E. 2004. "The Original Meaning of The Judicial Power." *Boston University School of Law. Working Paper Series. Public Law & Legal Theory* 03-18: 1–22.
- Barnett, Randy E. 2006. "Scalia's Infidelity. A Critique of Faint-Hearted Originalism." *University of Cincinnati Law Review* 75: 7–24.
- Barnett, Randy E. 2013. *Restoring the Lost Constitution. The Presumption of Liberty*. Princeton – Oxford: Princeton University Press.
- Beard, Charles A. 1912. *Documents on the State-wide Initiative. Referendum and Recall*. New York: The Macmillan Company.
- Bennett, Robert. 2008. "Originalism: Lessons From Things That Go Without Saying." *Northwestern University School of Law Public and Legal Theory Series* 08, 39: 1–35.
- Berger, Raoul. 1977. *Government by Judiciary. The Transformation of the Fourteenth Amendment*. Cambridge: Harvard University Press.
- Bibas, Stephanos. 2001. "Two Cheers. Not Three. For Sixth Amendment Originalism." *Harvard Journal of Law & Public Policy* 34.1: 45–52.
- Bibas, Stephanos. 2005. "Originalism and Formalism in Criminal Procedure: The Triumph of Justice Scalia, the Unlikely Friend of Criminal Defendants?" *Scholarship at Penn Law University of Pennsylvania Law School* 7.29: 183–204.
- Biernat, Tadeusz, Marek Zirk-Sadowski, eds. 2008. *Politics of Law and Legal Policy. Between Modern and Post-Modern Jurisprudence*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Bishop, Joel P. 1882. *Commentaries on the Written Laws and Their Interpretation*. Boston: Little, Brown & Co.

- Black, Hugo L. 1968. *A Constitutional Faith*. New York: Knopf.
- Blackstone, William. 1776. *Commentaries on the Laws of England*. Oxford: Clarendon Press.
- Blair, George S. 1967. *American Legislatures. Structure and Process*. Evanston: Harper & Row.
- Bobbitt, Philip. 1982. *Constitutional Fate: Theory of the Constitution*. New York: Oxford University Press.
- Bojańczyk, Antoni. 2006. „Glosa do wyroku TK z dnia 24 lipca 2006 r. (sygn. akt SK 58/03)”. *Przegląd Sejmowy* 77.6: 150–163.
- Boorstin, Daniel. 1996. *The Mysterious Science of the Law. An Essay on Blackstone's Commentaries*. Chicago: University of Chicago Press.
- Bork, Robert H. 1971. “Neutral Principles and Some First Amendment Problems.” *Indiana Law Journal* 47: 1–35.
- Bork, Robert H. 1985. “Styles in Constitutional Theory.” *South Texas Law Review* 26: 223–236.
- Bork, Robert H. 1986. “The Constitution. Original Intent, and Economic Rights.” *San Diego Law Review* 23: 823–832.
- Bork, Robert H. 1990. *The Tempting of America: The Political Seduction of The Law*. New York: Free Press.
- Bowden, Thomas A. 2009. “Justice Holmes and the Empty Constitution. The Objective Standard.” *A Journal of Culture and Politics* 4.2: 21–46.
- Bowen, Catherine. 1966. *Miracle at Philadelphia. The Story of the Constitutional Convention. May to September 1787*. Boston: Little, Brown & Co.
- Boyd, Julian P., ed. 1955. *The Papers of Thomas Jefferson*. New York: Princeton University Press.
- Breen, John M. 2000. “Statutory Interpretation and The Lesson Llewellyn.” *Loyola of Los Angeles Law Review* 33: 263–448.
- Brennan, William J., Jr. 1986. “The Constitution of the United States: Contemporary Ratification.” *South Texas Law Review* 433: 1–16.
- Brest, Paul. 1980. “Misconceived Quest for the Original Understanding.” *Boston University Law Review* 60: 204–238.
- Bryce, James. 1893. *The American Commonwealth*. New York–London: Macmillan.
- Calabresi, Steven G. 1982. *A Common Law for the Age of Statutes*. Cambridge: Harvard University Press.
- Calabresi, Steven G. 2004. “The Congressional Roots of Judicial Activism.” *The Journal of Law & Politics* 20: 1287–1316.
- Calabresi, Steven G. 2005a. “The Originalist and Normative Case Against Judicial Activism: A Reply to Professor Barnett.” *Michigan Law Review* 103: 1081–1098.
- Calabresi, Steven G. 2005b. “The Tradition of The Written Constitution: Text. Precedent and Burke.” *Northwestern University Law Review* 6: 1–68.
- Calabresi, Steven G. 2007b. “Text vs Precedent in Constitutional Law”. In *Originalism A Quarter-Century of Debate*, ed. Steven G. Calabresi, 199–210. Washington: Regnery Publishing.
- Calabresi, Steven G., Saikrishna B. Prakash. 1994. “The President’s Power to Execute the Law.” *Yale Law Journal* 104: 1–5.
- Casto, William R. 2006. *Foreign Affairs and the Constitution in the Age of Fighting Sail*. Columbia: University of South Carolina Press.
- Colby, Thomas B., Peter J. Smith. 2009. “Living Originalism.” *Duke Law Journal* 59: 239–307.
- Cornell, Saul. 2007. “The Original Meaning of Original Understanding: A Neo-blackstonian Critique.” *Maryland Law Review* 67: 150–165.
- Corwin, Edward S. 1914. “Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review”. In *The Doctrine of Judicial Review. Its Legal and Historical Basis and other Essays*. 1–81. Gloucester: P. Smith.
- Cross, Frank B. 1997. “Political Science and the New Legal Realism: A Case of Unfortunate Interdisciplinary Ignorance.” *Northwestern University Law Review* 92: 251–326.

- Currie, David P. 1990. *The Constitution in the Supreme Court: The Second Century. 1888–1986*, Vol. 2. Chicago: University of Chicago Press.
- Czepita, Stanisław. 1996. *Reguły konstytucyjne a zagadnienia prawoznawstwa*. Szczecin: Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego.
- Dallas, Alexander D., ed. 1905. *Reports of Cases Ruled and Adjudged in the Several Courts of the United States and of Pennsylvania Held at the Seat of the Federal Government*, Vol. 3. New York: Banks Law Publishing.
- Daszyńska, Jolanta A., red. 2009. *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki. Reminiscencje w 220 rocznicę uchwalenia*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
- Devitt, Michael. 1981. *Designation*. New York: Columbia University Press.
- Drake, Frederick D., Lynn R. Nelson. 1999. *State's Rights and American Federalism: A Documentary History*. London: Greenwood Press.
- Durchslag, Melvyn R. 2002. *State Sovereign Immunity. A Reference Guide to the United States Constitution*. Westport: Praeger.
- Duxbury, Neil. 1997. *Patterns of American Jurisprudence. Contributors*. Oxford: Clarendon Press.
- Dworkin, Ronald. 1986. *Law's Empire*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press.
- Dworkin, Ronald. 1996. *Freedom's Law. The Moral Reading of The American Constitution*. Oxford: Oxford University Press.
- Dworkin, Ronald. 2006. *Justice in Robes*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press.
- Easterbrook, Frank H. 1984–1985. "The Supreme Court, 1983 Term-Foreword: The Court and the Economic System." *Harvard Law Review* 98.4: 4–60.
- Easterbrook, Frank H. 1994. "Text. History and Structure in Statutory Interpretation." *Harvard Journal of Law & Public Policy* 17: 61–70.
- Easterbrook, Frank H. 2002. "Do Liberals and Conservatives Differ In Judicial Activism." *Colorado Law Review* 73: 1401–1416.
- Eisgruber, Christopher L. 2001. *Constitutional Self-Government*. Cambridge: Harvard University Press.
- Engdahl, David E. 1992–1993. "John Marshall 'Jeffersonian' Concept of Judicial Review." *Duke Law Journal* 42: 279–339.
- Eskridge, William N., Jr. 1987. "Dynamic Statutory Interpretation." *University of Pennsylvania Law Review* 135: 1479–1555.
- Eskridge, William N., Jr. 1991. "The New Textualism." *University of California Law Review* 37: 621–691.
- Epstein, Richard A. 1995–1996. "Constitutional Faith and the Commerce Clause." *Notre Dame Law Review* 71: 169–193.
- Eskridge, William N., Jr., Philip P. Frickey. 1993. "The Making of the Legal Process." *Harvard Law Review* 107: 2031–2055.
- Fallon, Richard H., Jr. 1987. "A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation." *Harvard Law Review* 100: 1189–1286.
- Fallon, Richard H., Jr. 2002. "The 'Conservative' Paths of the Rehnquist Court's Federalism Decisions." *University of Chicago Law Review* 69: 429–494.
- Filipowicz, Stanisław. 1997. *Pochwała rozumu i cnoty. Republikańskie credo Ameryki*. Kraków: Wydawnictwo Znak.
- Filkeman, Paul. 1996. "Intentionalism. The Founders and Constitutional Interpretation." *Texas Law Review* 75: 435–481.
- Fish, Stanley. 2005. "There Is No Textualism Position." *San Diego Law Review* 42: 1–22.
- Fish, Stanley. 2008. *Interpretacja, retoryka, polityka*. Kraków: Universitas.

- Fisher, Louis. 1972. *President and Congress, Power and Policy*. New York–London: Free Press.
- Fitzpatrick, John C., ed. 1939. *The Writings of George Washington*, Vol. 30. Washington D.C.: Government Printing Office.
- Frankfurter, Felix. 1947. “Some Reflections on the Reading of Statutes.” 381–385. *Columbia Law Review* 47.
- Freund, Paul A. 1968. *On Law and Justice*. Cambridge: Balknap Press of Harvard University Press.
- Freund, Paul A. 1987–1988. “Essays on the Supreme Court Appointment Process: Appointment of Justice: Some Historical Perspectives.” *Harvard Law Review* 101: 1146–1163.
- Friedenthal, Jack H., Joshua E. Gardner. 2004. “Judicial Discretion to Deny Summary Judgment in The Era of Managerial Judging.” *Hofstra Law Review* 31: 91–132.
- Friedman, Lawrence M. 1985. *A History of American Law*. New York: Simon and Schuster.
- Galligan, Denis, Marcin Matczak. 2005. *Strategie orzekania sądowego. O wykonywaniu władzy dyskrecjonalnej przez sędziów sądów administracyjnych w sprawach gospodarczych i podatkowych*. Warszawa: Sprawne Państwo. Program Ernst & Young.
- Garlicki, Lech. 1982. *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki: konstytucja – polityka – prawa obywatelskie*. Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich.
- Gedicks, Frederick M. 2009. “An Originalist Defense of Substantive Due Process: Magna Carta, Higher-Law Constitutionalism, and the Fifth Amendment.” *Emory Law Journal* 58: 585–674.
- Gerhardt, Michael J. 1994. “A Tale of Two Textualists: A Critical Comparison of Justices Black and Scalia.” *College of William & Mary Law School. Scholarship Repository. Faculty Scholarship Publications* 990: 25–66.
- Gilson, Etienne. 1975. *Lingwistyka a filozofia. Rozważania o stałych filozoficznych języka*. Warszawa: Instytut Wydawniczy PAX.
- Gizbert-Studnicki, Tomasz. 1978. *Wieloznaczność leksykalna w interpretacji prawniczej*. Rozprawy habilitacyjne nr 17. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Goldford, Dennis J. 2005. *The American Constitution and the Debate Over Originalism*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Górski, Grzegorz. 2006. *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych do roku 1930*. Lublin: Wydawnictwo Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego.
- Green, Craig. 2009. “Intellectual History of Judicial Activism.” *Emory Law Journal* 58.5: 1195–1263.
- Green, Jamal. 2009a. “On the Origins of Originalism.” *Columbia Law Review* 3.9: 1–78.
- Green, Jamal. 2009b. “Selling Originalism.” *The Georgetown Law Journal* 97: 658–721.
- Greenawalt, Kent. 1997. “The Nature of Rules and the Meaning of Meaning.” *Notre Dame Law Review* 72: 1449–1477.
- Greenberg, Mark D., Harry Litman. 2009. “The Meaning of Original Meaning.” *Georgia Law Journal* 86: 570–619.
- Greene, Abner S. 2006. “The Missing Step of Textualism.” *Fordham Law Review* 74: 1913–1936.
- Grey, Thomas C. 1999. “The New Formalism.” *Stanford Law School Working Papers* 4: 1–30.
- Grice, Paul. 1991. *Studies in the Way of Words*. Cambridge: Harvard University Press.
- Gwyn, William B. 1965. *The Meaning of The Separation of Powers. An Analysis of the Doctrine From Its Origin to the Adoption of the United States Constitution*. New Orleans–The Hague: Tulane University Press.
- Haines, Charles G. 1944. *The Role of the Supreme Court in American Government and Politics. 1789–1835*. Berkeley–Los Angeles: University of California Press.
- Hall, Kermit L., William M. Wiecek, Paul Finkelman. 1991. *American Legal History. Cases and Material*. New York: Oxford University Press.
- Hamowy, Ronald. 2008. *The Encyclopedia of Libertarianism*. Los Angeles: Sage Publications.

- Hart, Henry, Jr., Albert Sacks. 1994. *The Legal Process: Basic Problems In The Making and Application of Law*. Westbury: Foundation Press.
- Hart, Herbert L. A. 1965. "Book Review The Morality of Law by L. L. Fuller." *Harvard Law Review* 78: 1281–1296.
- Hart, Herbert L. A. 1977. "American Jurisprudence Through English Eyes. The Nightmare and The Noble Dream." *Georgia Law Review* 11: 969–990.
- Hirschl, Ran. 2006. "The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide." *Fordham Law Review* 75: 721–754.
- Hofstadter, Richard. 1955. *The American Political Tradition and the Man Who Made It*. New York: Vintage Books.
- Hohfeld, Wesley N. 1923. *Fundamental Conceptions*. New Haven: Yale University Press.
- Holland, Kenneth M., ed. 1991. *Judicial Activism in Comparative Perspective*. London: Macmillan.
- Holmes, Oliver W. 1899. "The Theory of Legal Interpretation." *Harvard Law Review* 12.6: 417–420.
- Holmes, Oliver W. 2005. *The Common Law*. New York: Lawbook Exchange Clark.
- Hook, Sidney, ed. 1964. *Law and Philosophy: A Symposium*. New York: New York University Press.
- Hughes, Diane L. 1995. "Justice Stevens's Method of Statutory Interpretation: A Well-Tailored Means for Facilitating Environmental Regulation." *Harvard Environmental Law Review* 19: 493–552.
- Huhn, Willson. 2003. "The Stages of Legal Reasoning: Formalism, Analogy and Realism." *Villanova Law Review* 48: 1–79.
- Hyneman, Charles S. 1963. *The Supreme Court on Trial*. New York: Atherton Press.
- Jaff Peter. 2009. "Varieties of Textualism: Unit of Analysis and Idiom in the Interpretation of 18 U.S.C. § 924(c)." *The Georgetown Journal of Law & Public Policy* 7: 305–331.
- Jefferies, Kevin. 2001. "Judicial Activism and the Necessity of Auxiliary Precautions." *South Texas Law Review* 43: 101–119.
- Karkkainen, Bradley C. 1994. "'Plain Meaning': Justice Scalia's Jurisprudence of Strict Statutory Construction." *Harvard Journal of Law & Public Policy* 19: 401–477.
- Kirk, Russell. 1986. *The Conservative Mind. From Burke to Eliot*. Washington, D.C: Regnery Publishing.
- Kirk, Russell. 2005. *Przyszłość konserwatyzmu*. Tł. Borys Walczyna. Warszawa: Arwil s.c.
- Kłoskowska, Antonina. 1964. *Kultura masowa*. Warszawa: PWN.
- Kmieć, Keenan D. 2004. "The Origin and Current Meanings of 'Judicial Activism'." *Colorado Law Review* 92: 1441–1477.
- Koch, Adrienne. 1961. *Power, Morals, and the Founding Fathers: Essays in the Interpretation of the American Enlightenment*. New York: Ithaca.
- Kowalski, Jerzy. 1959. *Amerykański funkcjonalizm prawniczy*. Warszawa: Mieczysław Maneli Publisher.
- Laidler, Paweł. 1994. *Basic Cases In U.S. Constitutional Law. The Separation of Powers*. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Laidler, Paweł. 2007. *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki. Przewodnik*. Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Landis, James L. 1930. "A Note on 'Statutory Interpretation'." *Harvard Law Review* 43: 886–893.
- Lang, Wiesław, Jerzy Wróblewski. 1986. *Współczesna filozofia i teoria prawa w USA*. Warszawa: PWN.
- Langer, Tomasz. 1988. *Stany w USA. Instytucje – praktyka – doktryna*. Warszawa: PWN.
- Lawson, Gary. 1994. "The Constitutional Case Against Precedent." *Harvard Journal of Law & Public Policy* 17: 23–33.

- Leiter, Brian. 1999. "Positivism, Formalism, Realism." *Columbia Law Review* 99: 1138–1164.
- Leszczyński, Jerzy. 2010. *Pozytywizacja prawa w dyskursie dogmatycznym*. Kraków: Universitas.
- Lipkin, Robert J. 2008. "We Are All Judicial Activist Now." *University of Cincinnati Law Review* 77: 182–232.
- Llewellyn, Karl N. 1950. "Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons." *Vanderbilt Law Review* 3: 395–401.
- Llewellyn, Karl N. 1960. *The Common Law Tradition*. Boston: Little, Brown & Co.
- Longchamps de Brier, Franciszek. 2010. „Antydyskryminacyjna dyskryminacja? Granice polityki rasowej zakreslane przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych”. *Forum Prawnicze* 1.1: 12–23.
- Ludwikowska, Anna M. 1999. *System prawa Stanów Zjednoczonych*. Toruń: TNOiK.
- Ludwikowska, Anna M., Rett Ludwikowski. 2008. *Sądy w Stanach Zjednoczonych. Struktura i jurysdykcja*. Toruń: TNOiK.
- MacCormick, Neil, Ota Weinberger. 1986. *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. Boston: D. Reidel Publishing Co.
- Main, Thomas O. 2006. "Judicial Discretion to Condition." *Temple Law Review* 79.4: 1075–1126.
- Majchrowski, Jacek M., red. 1991. „Idee – państwo – prawo”. *Zeszyty Naukowe UJ. Prace z Nauk Politycznych* 28: 179–191.
- Małajny, Ryszard M. 2001. *Trzy teorie podzielonej władzy*. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Małajny, Ryszard M. 2003. „Reguła równości wobec prawa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego”. W *Sześć lat Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej: doświadczenia i inspiracje*. 177–188. Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Małajny, Ryszard M., red. 2008. *Konstytucjonalizm a doktryny polityczno-prawne. Najnowsze kierunki badań*. Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego.
- Manning, John F. 2001. "Textualism and the Equity of the Statute." *Columbia Law Review* 101: 1–127.
- Manning, John F. 2003. "The Absurdity Doctrine." *Harvard Law Review* 116.3: 2387–2486.
- Manning, John F. 2005. "Textualism and Legislative Intent." *Virginia Law Review* 91: 419–450.
- Manning, John F. 2006a. "What Divides Textualist from Purposivism." *Columbia Law Review* 70: 70–111.
- Manning, John F. 2006b. "Justice Scalia and the Legislative Process." *New York University Annual Survey of American Law* 62: 33–43.
- Marmor, Andrei. 1997. *Law and Interpretation. Essays in Legal Philosophy*. Oxford: Clarendon Press.
- Marmor, Andrei. 2005. "The Immorality of Textualism." *Loyola Law Review* 38: 1–19.
- Marshall, William P. 2002. "Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism." *University of Colorado Law Review* 72: 101–140.
- Marzula, Nancie G. 2002. "The Textualism of Clarence Thomas: Anchoring the Supreme Court's Property Rights Jurisprudence to the Constitution." *Journal of Gender, Social Policy & The Law* 10: 351–379.
- Mason, Alpheus T., William M. Beaney. 2007. *American Constitutional Law. Introductory Essays and Selected Cases*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall.
- Matczak, Marcin. 2007. *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Scholar.
- McCloskey, Robert G. 2010. *The American Supreme Court*. Chicago: University of Chicago Press.
- McGinnis, John O., Michael B. Rappaport. 2007a. "A Pragmatic Defense Originalism." *Northwestern University Law Review* 101.1: 917–935.
- McGinnis, John O., Michael B. Rappaport 2007b. "Original Interpretative Principles as The Core of Originalism." *Northwestern University School of Law. Public Law and Legal Theory Research Paper Series. Constitutional Commentary* 962 142: 1–9.

- McGinnis, John O., Michael B. Rappaport. 2009. "Original Methods Originalism. A New Theory of Interpretation and The Case Against Construction." *Northwestern University Law Review* 103.2: 751–802.
- McGowan, David O. 2000. "Ethos in Law and History: Alexander Hamilton, the Federalist, and the Supreme Court." *Minnesota Law Review* 85: 755–898.
- McGowan, David O. 2008. "Do As I Do, Not As I Say: An Empirical Investigation of Justice Scalia's Ordinary Meaning Method of Statutory Interpretation." *Legal Studies Research Paper Series* 08-015, April: 1–43.
- Medina, Barak. 2007. "Four Myths of Judicial Review: A Response to Richard Posner's Criticism of Aharon Barak's Judicial Activism." 1–9. *Harvard International Law Journal* 49: 1–9.
- Meese, Edwin III. 1985. "Speech Before The D.C. Chapter of The Federalist Society Lawyers Division. Washington, D.C. November 15," [w:] Steven Calabresi, ed. 2007a. *Originalism. A Quarter-Century of Debate*. 71–83. Washington: Regnery Publishing, Inc.
- Meese, Edwin III. 1996. "The Return to Constitutional Interpretation from Judicial Law-Making." *New York Law School Law Review* 40: 925–933.
- Miller, Frederick T. 1994. *Juries and Judges versus the Law. Virginia's Provincial Legal Perspective, 1783–1828*. Charlottesville: University Press of Virginia.
- Minelli, Christopher R. 2007. "Textualism as a Touchstone for Privately-Focused Treaty Interpretation." *University of Illinois College of Law* 20, August: 1–6.
- Molot, Jonathan T. 2006. "The Rise and Fall Textualism." *Columbia Law Review* 106.1: 1–69.
- Monaghan, Henry P. 1988. "Stare Decisis and Constitutional Adjudication." *Columbia Law Review* 88.4: 723–773.
- Monteskiusz. 1957. *O duchu praw*. Tł. Tadeusz Boy-Żeleński. Warszawa: PWN.
- Morawski, Lech. 2002. *Wykładnia w orzecznictwie sądów*. Toruń: TNOiK.
- Morawski, Lech. 2006. *Zasady wykładni prawa*. Toruń: TNOiK.
- Morawski, Lech. 2009. „Zasada trójpodziału władzy. Trybunał Konstytucyjny i aktywizm sędziowski”. *Przegląd Sejmowy* XVII 4.93: 59–74.
- Mullins, Morell E. 2003. "Tools. Not Rules: The Heuristic Nature of Statutory Interpretation." *Journal of Legislation* 30: 3–76.
- Nelson, Caleb. 2003. "Originalism and Interpretive Conventions." *The University of Chicago Law Review* 70: 519–598.
- Nelson, Caleb. 2005a. "A Response to Professor Manning." *Virginia Law Review* 91: 451–470.
- Nelson, Caleb. 2005b. "What is Textualism." *Virginia Law Review* 91: 347–418.
- Nelson, Thomas. 1978. "Raoul Berger. Government by the Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment." *Valparaiso University Law Review* 12.3: 617–621.
- Newmyer, R. Kent. 2001. *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court*. Baton Rouge: Louisiana State University Press.
- Nowak, John E., Ronald D. Rotunda. 1983. *Constitutional Law*. St. Paul: West Publishing Co.
- O’Gorman, Frank. 2004. *Edmund Burke: His Political Philosophy*. London: Routledge.
- O’Neil, Jonathan. 2007. *Originalism in American Law and Politics. A Constitutional History*. Baltimore – London: The Johns Hopkins University Press.
- Opalek, Kazimierz, Jerzy Wróblewski. 1963. *Współczesna teoria i socjologia prawa w Stanach Zjednoczonych Ameryki Północnej*. Warszawa: PWN.
- Osiatyński, Wiktor. 1984. *Współczesny konserwatyzm i liberalizm amerykański*. Warszawa: PWN.
- Osiatyński, Wiktor. 1997. *Wizje Stanów Zjednoczonych w pismach Ojców Założycieli*. Warszawa: Państwowy Instytut Wydawniczy.
- Ostrom, Vincent. 1994. *Federalizm Amerykański. Tworzenie społeczeństwa samorządnego*. Tł. Justyna Kubicka-Daab. Warszawa–Olsztyn: Polskie Towarzystwo Psychologiczne.

- Parrington, Vernon L. 1970. *Główne nurty myśli amerykańskiej 1800–1860*. Warszawa: Państwowy Instytut Wydawniczy.
- Pattison, Mark. 1889. *Essays by the Late Mark Pattison*. Ed. Henry Nettleship. Oxford: Clarendon Press.
- Percival, Robert V. 1995. "Environmental Federalism: Historical Roots and Contemporary Models." *Maryland Law Review* 54: 1141–1182.
- Perry, Barbara A. 2004. "Original Intent or Evolving Constitution? Two Competing View on Interpretation." *Insights on Law & Society* 5, Fall: 4–30.
- Pettys, Todd E. 2009. "The Myth of the Written Constitution." *Notre Dame Law Review* 84.3: 101–162.
- Philipse, Herman. 2007. "Antonin Scalia's Textualism in Philosophy, Theology, and Judicial Interpretation of the Constitution." *Utrecht Law Review* 3.2, December: 169–192.
- Pierce, Richard J. 1994. "The Supreme Court's New Hypertextualism: An Invitation to Cacophony and Incoherence in the Administrative State." *Columbia Law Review* 95: 749–781.
- Posner, Richard A. 1983. "The Meaning of Judicial Self-Restraint." *Indiana Law Journal* 59: 1–24.
- Posner, Richard A. 1988. "The Jurisprudence of Skepticism." *Michigan Law Review* 86.5, April: 827–891.
- Posner, Richard A. 1990. *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press.
- Post, Robert, Reva Siegel. 2006. "Originalism as Political Practice: The Right's Living Constitution." *Yale Law School Faculty Scholarship* 1: 545–574.
- Post, Robert, Reva Siegel. 2007. "Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash." *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review* 42: 373–433.
- Potter, Kathleen O. 2002. *The Federalist's Vision of Popular Sovereignty in The New American Republic*. New York: LFB Scholarly Publishing.
- Pound, Roscoe. 1921. *The Spirit of Common Law*. Boston: Marshall Jones Co.
- Pound, Roscoe. 1922. *An Introduction to the Philosophy of Law*. New Haven: Yale University Press.
- Pound, Roscoe. 1959. *Jurisprudence*. St. Paul: West Publishing Co.
- Powell, H. Jefferson. 1987. "Rules for Originalists." *Virginia Law Review* 73: 659–699.
- Prostak, Rafał. 2007. „Polityka i konstytucja. Refleksje nad prawem do prywatności w kontekście orzecznictwa Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych”. *Civitas. Studia z Filozofii Polityki* 10: 60–77.
- Pułło, Andrzej. 1997. *System konstytucyjny Stanów Zjednoczonych*. Warszawa. Wydawnictwo Sejmowe.
- Quarishi-Landes, Asifa. 2007. "Interpreting the Qur'an and the Constitution: Similarities' in the Use of Text, Tradition, and Reason in Islamic and American Jurisprudence." *University of Wisconsin Law School. Legal Studies Research Paper Series* 1036: 67–121.
- Quinn, Frederick, oprac. 1999. *Eseje polityczne federalistów*. Tł. Barbara Czarska. Kraków: Społeczny Instytut Wydawniczy Znak.
- Redford, Emette S., David B. Truman, Andrew Hacker, Alan F. Westin, Robert C. Wood. 1965. *Politics and Government in The United States: National, State, and Local Edition*. New York–Chicago–Burlingame: Harcourt, Brace & World, Inc.
- Rehnquist, William H. 2006. "The Notion of Living Constitution." *Harvard Journal of Law & Public Policy* 29.2: 401–415.
- Reich, Charles A. 1963. "Mr. Justice Black and the Living Constitution." *Harvard Law Review* 76: 673–754.
- Ringhand, Lori A. 2007. "Judicial Activism: An Empirical Examination of Voting Behavior on the Rehnquist Natural Court." *University of Georgia School of Law* 24.43: 1–45.
- Roberts, Caprice L. 2006. "Ratios, (Ir)rationality & Civil Rights Punitive Awards." *Akron Law Review* 39: 1019–1046.

- Roberts, Caprice L. 2007. "In Search of Judicial Activism: Dangers in Quantifying the Qualitative." *Tennessee Law Review* 567: 1–45.
- Rossister, Clinton. 1961. *The Federalist Papers*. New York: New American Library.
- Rostorotski, Artour. 2011. "Book Review – David A. Strauss, 'The Living Constitution' (2010)." *German Law Journal* 12.7: 1546–1552.
- Rot, Henryk. 1973. „O prawie jako zjawisku kultury”. *Kultura i Społeczeństwo* 17.4: 89–106.
- Rubin, Edward L., Malcolm Feeley. 1994. "Federalism: Some Notes on a National Neurosis." *Ucla Law Review* 41: 903–952.
- Sarnecki, Paweł. 2008. *Ustroje konstytucyjne państw współczesnych*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Scalia, Antonin G. 1989. "Originalism: The Lesser Evil." *University of Cincinnati Law Review* 57: 849–865.
- Scalia, Antonin G. 1990. "Assorted Canards of Contemporary Legal Analyses." *Case Western Reserve Law Review* 40: 581–597.
- Scalia, Antonin G. 1997. *A Matter of Interpretation. Federal Courts and The Law*. Princeton: Princeton University Press.
- Scalia, Antonin, Steven G. Calabresi. 2007. *Originalism: A Quarter-Century of Debate*. Washington: Regnery Publishing, Inc.
- Schauer, Frederick. 1988. "Formalism." *Yale Law Journal* 97: 509–548.
- Schlesinger, Arthur M., Jr. 1947. "The Supreme Court: 1947." *Fortune* 35, January: 202–208.
- Schwartz, Alan. 2001. "New Textualism and the Rule of Law Subtext in the Supreme Court's Bankruptcy Jurisprudence." *Faculty Scholarship Series* 312: 149–197.
- Schwartz, Bernard. 1977. *The Great Rights of Mankind. A History of the American Bill of Rights*. New York: Oxford University Press.
- Schwartz, Herman. 2000. *The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe*. Chicago: University of Chicago Press.
- Searle, John R., ed. 1971. *The Philosophy of Language*. London: Oxford University Press.
- Searle, John R. 1987. *Czynności mowy. Rozważania z filozofii języka*. Tł. Bohdan Chwedeńczuk. Warszawa: PAX.
- Shane, Peter. 2000. "Federalism's 'Old Deal': What's Right and Wrong With Conservative Judicial Activism." *Villanova University School of Law. Public Law and Legal Theory* 45.2: 201–243.
- Shannon, Timothy J. 2000. *Indians and Colonists at the Crossroads of Empire. The Albany Congress of 1754*. Ithaca: Cornell University Press.
- Siegel, Jonathan R. 1998. "Textualism and Contextualism in Administrative Law." *Boston University Law Review* 78: 1023–1112.
- Siegel, Neil S. 2010. "Interring the Rhetoric of Judicial Activism." *DePaul Law Review* 59: 555–599.
- Simon, Rita. 1980. *The Jury: Its Role In American Society*. Lanham: Lexington Books.
- Smith, Page. 1980. *The Shaping of America: A People's History of the Young Republic*, Vol. 3. New York: McGraw-Hill Book Company.
- Smith, Peter J. 2008. "Textualism and Jurisdiction." *Columbia Law Review* 108: 1883–1948.
- Smith, Stephen F. 2002. "Activism as Restraint: Lesson from Criminal Procedure." *Texas Law Review* 80: 1057–1115.
- Smith, Tara A. 2007. "Why Originalism Won't Die – Common Mistakes in Competing Theories of Judicial Interpretation." *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy* 2: 159–215.
- Soffer, Reba N. 2009. *History, Historians, and Conservatism in Britain and America. From the Great War to Thatcher and Reagan*. Oxford: Oxford University Press.
- Solan, Lawrence M. 2005. "The New Textualists' New Text." *Loyola Los Angeles Law Review* 38: 2027–2062.

- Solimine, Michael E. 2003. "Formalism, Pragmatism, and the Conservative Critique of the Eleventh Amendment." *Michigan Law Review* 10: 1–58.
- Solum, Lawrence B. 2007. "Constitutional Texting." *University of San Diego Law Review* 44: 123–150.
- Solum, Lawrence B. 2008. "A Reader's Guide to Semantic Originalism and a Reply to Professor Griffin." *Illinois Public Law Research Paper* 08-12: 1–173.
- Staszewski, Glen. 2006. "Avoiding Absurdity." *Indiana Law Journal* 81: 1001–1065.
- Stelmach, Jerzy, Bartosz Brożek. 2004. *Metody prawnicze*. Kraków: Zakamycze.
- Stevens, John P. 1985. "Judicial Restraint." *San Diego Law Review* 22: 437–452.
- Stone, Julius. 1950. *The Province and Function of Law: Law as Logic, Justice and Social Control*. Cambridge: Harvard University Press.
- Story, Joseph. 1833. *Commentaries on the Constitution of the United States: with a Preliminary Review of the Constitutional History of the Colonies and States. Before the Adoption of the Constitution*, Vol. 2. Boston: Hilliard, Gray and Co.
- Strauss, David A. 2005. "Originalism, Precedent, and Candor." *Constitutional Commentary* 22.2, June: 299–309.
- Strauss, David A. 2008. "Why Conservatives Shouldn't Be Originalists." *Harvard Journal of Law & Public Policy* 31: 969–976.
- Strauss, David A. 2010. *The Living Constitution*. Oxford: Oxford University Press.
- Strauss, David A. 2011. "Originalism, Conservatism, and Judicial Restraint." *Harvard Journal of Law & Public Policy* 34.1: 137–146.
- Strauss, Leo, Joseph Cropsey, eds. 1972. *History of Political Philosophy*. Chicago: Rand McNally.
- Streiker, Jordan, Sanford Levinson, Jack M. Balkin. 1995. "Taking Text and Structure Really Seriously: Constitutional Interpretation and the Crisis of Presidential Eligibility." *Texas Law Review* 74: 1–26.
- Summers, Robert S. 1966. "The New Analytical Jurists." *New York University Law Review* 41: 861–896.
- Sunstein, Cass R. 1987. "Lochner's Legacy." *Columbia Law Review* 87.5: 873–919.
- Sunstein, Cass R. 1989. "Interpreting Statutes in the Regulatory State." *Harvard Law Review* 103: 1–85.
- Sunstein, Cass R. 1996. *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York: Oxford University Press.
- Sunstein, Cass R. 1999. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press.
- Szajnert, Danuta. 2011. *Intencja autora i interpretacja – między inwencją a atencją. Teksty i parateksty*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
- Szyszkowski, Wacław. 1980. *Twórcy Stanów Zjednoczonych*. Warszawa: Wiedza Powszechna.
- Teles, Steven M. 2008. *The Rise of the Conservatism Legal Movement: The Battle for Control of the Law*. Princeton–Oxford: Princeton University Press.
- The Federalist Papers*. 2004. Whitefish: Kessinger Publishing.
- The Federalist Papers*. 2006. New York: Cosimo Classics.
- The Federalist Papers*. 2008. Oxford: Oxford World's Classic.
- The Great Debate Interpreting Our Written Constitution*. 1986. Washington: The Federalist Society.
- The Writings of George Washington 1788–1790*. 1939. Washington: United States Government Printing Office.
- Tokarczyk, Roman. 2009. *Prawo amerykańskie*. Kraków: Wolters Kluwer Polska.
- Treanor, William M. 1995. "The Original Understanding of the Takings Clause and the Political Process." *Columbia Law Review* 95: 782–887.

- Treanor, William M. 2007. "Taking Text Too Seriously: Modern Textualism, Original Meaning, and the Case of Amar's Bill of Rights." *Michigan Law Review* 106: 487–543.
- Treanor, William M. 2009. "Against Textualism." *Northwestern University Law Review* 103.2: 1–24.
- Tribe, Laurence H. 1988. *American Constitutional Law*. Minneola: Foundation Press.
- Tribe, Laurence H., Michael C. Dorf. 1991. *On Reading The Constitution*. Cambridge: Harvard University Press.
- Troy, Daniel E. 1998. *Retroactive Legislation*. Washington, D.C.: AEI Press.
- Trzecia Debata Tocqueville'owska. *Sąd czy ustawodawca: Legitymizacja sądownictwa konstytucyjnego we współczesnej Europie*. 2009. Łódź: Centrum Myśli Polityczno-Prawnej im. Alexisa De Tocqueville'a.
- Tushnet, Mark. 1999. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press.
- Tushnet, Mark. 2008. *I Dissent: Great Opposing Opinions in Landmark Supreme Court Cases*. Boston: Beacon Press.
- Tucker, John R. 1899. *The Constitution of the United States: A Critical Discussion of its Genesis, Development, and Interpretation*. Longmont: F.B. Rothman, Littleton.
- Tucker, St. George. 1803. *Blackstone's Commentaries: With Notes of Reference to The Constitution and Laws*. Philadelphia: William Young Birch, and Abraham Small.
- Weinrib, Ernest J. 1995. *The Idea of Private Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Wells, Harry K. 1956. *Pragmatyzm. Filozofia imperializmu*. Tł. Andrzej Konarek. Warszawa: Książka i Wiedza.
- Whittington, Keith E. 1999. *Constitutional Interpretation. Original Intent, and Interpretation Judicial Review*. Lawrence: University Press of Kansas.
- Whittington, Keith E. 2004. "The New Originalism." *Georgetown Journal of Law & Public Policy* 2: 599–613.
- Wilkinson, J. Harvie, III. 1989. "The Role of Reason in the Rule of Law." *University of Chicago Law Review* 56: 779–809.
- Wolfe, Christopher. 1994. *The Rise of Modern Judicial Review: From Constitutional Interpretation to Judge-Made Law*. Lanham: Rowman & Littlefield.
- Wierzbicka, Anna. 1999. *Język – umysł – kultura. Wybór prac*. Red. Jerzy Bartmiński. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Wierzbicka, Anna. 2006. *Semantyka. Jednostki elementarne i uniwersalne*. Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej.
- Wright, Georg H. 1963. *Norm and Action*. New York: Humanities.
- Wróbel, Andrzej. 2010. „As far as possible” – granice aktywizmu sędziowskiego czy alibi dla pa-sytywizmu sędziowskiego, czyli o niektórych problemach wykładni prawa krajowego zgodnie z dyrektywami.20100-p”. W *Dyskrecjonalność w prawie – materiały XVIII Ogólnopolskiego Zjazdu Katedr Teorii i Filozofii Prawa. Miedzeszyn k. Warszawy, 22 – 24 września 2008 r.* Red. Wiesław Staśkiewicz, Tomasz Stawecki, Warszawa: LexisNexis Polska.
- Wróblewski, Jerzy. 1988. *Sądowe stosowanie prawa*. Warszawa: PWN.
- Wronkowska, Sławomira, red. 2005. *Polska kultura prawna a proces integracji europejskiej*. Kraków: Zakamycze.
- Young, Ernest A. 2002. "Judicial Activism and Conservative Politics." *University of Colorado Law Review* 73: 1139–1216.
- Young, Ernest A. 2004. "The Rehnquist Court's Two Federalisms." *Texas Law Review* 83: 1–165.
- Young, Ernest A. 2007. "The Constitution Outside the Constitution." *Yale Law Journal* 117: 408–473.
- Zelizer, Julian E., ed. 2004. *The American Congress. The Building of Democracy*. Boston: Houghton Mifflin Harcourt.

- Zeppos, Nicholas S. 1990. "Legislative History and the Interpretation of Statutes: Toward a Fact – Finding Model of Statutory Interpretation." *Virginia Law Review* 76: 1295–1374.
- Zirk-Sadowski, Marek. 1977. „Prawo a kultura”. *Acta Universitatis Lodzianis. Nauki Humanistyczno-Społeczne* 19: 17–27.
- Zirk-Sadowski, Marek. 1997. *Filozoficzno-teoretyczne problemy sądowego stosowania prawa*. Łódź: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego.
- Zirk-Sadowski, Marek, Bartosz Wojciechowski, Tomasz Bekrycht, red. 2014. „Integracja zewnętrzna i wewnętrzna prawoznawstwa”. *Jurysprudencja* 3: 11–38.

Publikacje internetowe

- Balkin, Jack M. *Why No One Truly Believes in a Dead Constitution*. http://www.slate.com/articles/news_and_politics/jurisprudence/2005/08/alive_and_kicking.html.
- Barczentewicz, Mikołaj. *Martwa ręka czy żyjące drzewo? O wykładni Konstytucji USA*. <http://www.barczentewicz.com/kategoria/prawo/wykladnia-konstytucji/>.
- Barczentewicz, Mikołaj. 2010. *Oryginalizm jako wykładnia konstytucji*. <http://www.barczentewicz.com/oryginalizm-jako-koncepcja-wykladni-konstytucji/>.
- Bielska-Brodziak, Agnieszka. *Materiały legislacyjne w dyskursie interpretacyjnym z perspektywy brytyjskiej, amerykańskiej, francuskiej, szwedzkiej i polskiej*. <http://www.prawo.univ.gda.pl/teoria/uploads/zjazd/Brodziak.pdf>.
- Bodwen, Thomas A. *Justice Holmes and the Empty Constitution*. <http://www.theobjectivestandard.com/issues/2009-summer/justice-holmes-empty-constitution.asp>.
- Cohen, Adam. 2006. *What Chief Justice Roberts Forgot in His First Term: Judicial Modesty*. <http://www.nytimes.com/2006/07/09/opinion/09sun3.html>.
- Cross, Frank B., Stefanie A. Lindquist. *The Scientific of Judicial Activism*. <http://ssrn.com/abstract=939768>.
- Goldberg, Daniel. 2006. *I do not Think it Means what you Think it Means: How Kripke and Wittgenstein's Analysis on Rule Following Undermines Justice Scalia's Textualism and Originalism*. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=896106.
- Filipowicz, Stanisław. *Cud w epoce rozumu*. <http://www.omp.org.pl/stareomp/index4844.html?module=subjects&func=viewpage&pageid=296>.
- Fish, Stanley. *Intentional neglect*. <http://www.nytimes.com/2005/07/19/opinion/19fish.html>.
- Holmes, Oliver W. *The Path of the Law*. http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm.
- Imburski, Jarosław. 2005. *O tym jak korporacja stała się osobą*. http://recyklingidei.pl/imburski_o_tym_jak_korporacja_stala_sie_osoba.
- Krawczyk, Tomasz F. *Bezcenne chwile*. <http://www.teologiapolityczna.pl/tomasz-f-krawczyk-bezcenne-chwile>.
- Machaj, Łukasz. *Wypowiedzi symboliczne w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA*. http://www.biblioteka.cyfrowa.pl/Content/38242/Wypowiedzi_symboliczne.pdf.
- Madison, James. 1787. *Notes of Debates in The Federal Convention of 1787*. <http://teachingamericanhistory.org/convention/debates/preface.html>.
- McWhinney, Edward. *Judicial Activism and The International Court of Justice*. http://legal.un.org/avl/pdf/ls/McWhinney_outline_CT.pdf.
- Nowak, Bartłomiej. 2008. „Alexander Hamilton – ojciec kapitalizmu amerykańskiego”. *Wrocławskie Studia Erazmianskie. Zeszyty Studenckie* 1. <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/Content/29200/004.pdf>.
- Scalia, Antonin G. *Mułowia zachodu: sędziowie jako arbitrzy moralni*. <http://blog.brpo.salon24.pl/126980>.

- Smith, Tara. *Why Originalism Won't Died – Common Mistakes Competing Theories of Judicial Interpretation*. Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy 230. 2007. Online Edition. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1276513.
- Solum, Lawrence B. *A Reader's Guide to Semantic Originalism and a Replay to Professor Griffin*. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1130665.
- Solum, Lawrence B. *Legal Theory Lexicon 035: Strict Construction and Judicial Activism*. http://lsolum.typepad.com/legal_theory_lexicon/2004/05/legal_theory_le_3.html.
- Staniłko, Jan F. *Rok Temidy- Sąd Najwyższy Stanów zjednoczonych w 2005 r.* <http://www.omp.org.pl/stareomp/indexc348.html?module=subjects&func=viewpage&pageid=498>.
- Wilson, Sean. 2009. *The Fallacy of Originalism: What Philosophy of Language and Law Says About "Original Meanings"*. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1405451.

Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego
90-131 Łódź, ul. Lindleya 8
www.wydawnictwo.uni.lodz.pl
e-mail: ksiegarnia@uni.lodz.pl
tel. (42) 665 58 63