

Ani konserwatysta, ani liberala



CEZARY BŁASZCZYK

Prawnik, aplikant radcowski.

W działalności naukowej zajmuje się amerykańskim klasycznym liberalizmem i libertarianizmem

Scalia był czołowym przedstawicielem oryginalizmu, czyli odczytania ustawy zasadniczej w zgodzie z jej pierwotnym znaczeniem – opowiadał się za powrotem do tzw. „zapomnianej” Konstytucji

Zmarły w lutym tego roku amerykański sędzia Antonin Scalia jest postacią legendarną. Przez trzy dekady swojej działalności w Sądzie Najwyższym dał się poznać jako bezkompromisowy obrońca tradycyjnych wartości, który swojego stanowiska gotów był bronić wbrew powszechnym oczekiwaniom i zasadom poprawności politycznej. Śmierć Scalii sprawiła, że wiele uwagi poświęcano ostatnio tarciom politycznym związanym z obsadzeniem wakatu w Sądzie Najwyższym. Nasi krajowi publicyści dopatrzili się nawet – moim zdaniem niesłusznie – analogii pomiędzy sytuacją w Ameryce a kryzysem wokół polskiego Trybunału Konstytucyjnego.

Pochylić należałoby się raczej nad filozofią Scalii – jednego z najwybitniejszych i najbardziej wpływowych prawników za oceanem. Ze względu na ograniczenia objętościowe, jakie nakłada forma artykułu, tekst ten stanowi jedynie zaproszenie do studiów nad myślą Scalii.

Zapomniana Konstytucja

Sytuacje, w których oskarżano Scalię o próby narzucenia konserwatywnej wykładni Konstytucji, a nawet o rasizm czy homofobię, wynikały jedynie z niedostatecznego zrozumienia filozofii sędziego. Amerykanin był bowiem czołowym przedstawicielem oryginalizmu, czyli odczytania ustawy zasadniczej w zgodzie z jej pierwotnym znaczeniem – opowiadał się za powrotem do prawdziwej, tzw. „zapomnianej” Konstytucji.

Konstytucja cieszy się w Stanach Zjednoczonych specjalnym statusem. Ponieważ tak mocno związana jest z mitem założycielskim i autorytetem Ojców Założycieli, stanowi źródło dumy i narodowy symbol dla milionów Amerykanów. Jednocześnie, przeobrażające się realia polityczne, gospodarcze i społeczne sprawiły, że ustawę zasadniczą wraz z upływem lat nie tylko uzupełniono poprawkami, ale także, a może przede wszystkim, reinter-

pretowano. Proces ten dokonywał się w drodze wykonywanej przez Sąd Najwyższy sądowej kontroli konstytucyjności prawa (ang. *judicial review*). Zjawisko to czyni jednak koniecznym odpowiedź na pytanie: jaka jest właściwa wykładnia Konstytucji? Czy, korzystając z *judicial review*, Sąd Najwyższy rzeczywiście może kreować treść norm, czy też powinien tylko ustalać ich znaczenie?

Reprezentowany przez Scalię oryginalizm co do zasady odrzuca dynamiczną wykładnię Konstytucji (tzw. koncepcję żywej Konstytucji) i sędziowskie prawotwórstwo. W zamian proponuje albo wykładnię językową (oryginalizm semantyczny), albo wykładnię opierającą się na ustaleniu intencji autorów tekstu (oryginalizm intencjonalny). Scalia, uznawany za jednego z najważniejszych współczesnych tekstualistów (zwolenników literalnej wykładni aktów prawnych), opowiadał się za tą pierwszą. Zastosowane w Konstytucji terminy mają być odczytane w zgodzie ze znaczeniem obowiązującym w chwili ich uchwalania, bez możliwości ich reinterpretacji. Niejednokrotnie wymaga to od prawnika warsztatu historyka, znajomości osiemnastowiecznych realiów, semantyki, syntaktyki, czy nawet gramatyki, ale prowadzić ma do ustalenia pierwotnego rozumienia aktu. To prawo, a nie sędzia jest wtedy królem.

Oryginalizm, czyli konserwatyzm?

Ta skrajnie formalistyczna postawa nie zakłada jednak aksjologicznego prymatu wartości konserwatywnych (tzw. ukrytego instrumentalizmu). Chociaż oryginalizm rzeczywiście czyni działający w ramach *judicial review* Sąd Najwyższy strażnikiem pierwotnego brzmienia Konstytucji, to nie wyklucza zmiany prawa. Ta musi być

jednak dokonana w zgodzie z obowiązującą procedurą legislacji, a nie na skutek reinterpretacji istniejących postanowień. Dopóki to nie nastąpi, obowiązuje dotychczasowe brzmienie aktu. A ponieważ Konstytucję uchwalali klasyczni liberałowie, oryginalistyczna wykładnia prowadzi dziś do konserwatywnego prawa. Nieprzypadkowo Scalia powołany został do Sądu Najwyższego przez prezydenta Reagana, przywódcę tzw. konserwatywnej rewolucji.

Przywileje dla mniejszości etnicznych nie są niczym innym jak nową formą rasizmu. Co więcej, prawo nie zna koncepcji długu dyskryminacyjnego, więc trudno współczesnych obarczać odpowiedzialnością za winy przodków

I tak, oryginalizm służyć może za bezcenny instrument odwracania progresywnych zmian lat 60. i 70. XX w. – ograniczenia władzy państwowej (w szczególności ekspansji egzekutywy) oraz zabezpieczenia praw jednostki i ochrony wolnego rynku. Scalia opowiadał się za federalizmem (tak np. w sprawie *Comptroller of Treasury of MD. v. Wynne* z 2015 r.) czy prawem do posiadania broni (*District of Columbia v. Heller* z 2008 r.) oraz daleko idącą wolnością słowa (*Texas v. Johnson* z 1989 r.). Był również przeciwnikiem akcji afirmatywnej (*Grutter v. Bollinger*

z 2003 r.), prawa do aborcji (*Planned Parenthood v. Casey* z 1992 r.), a nawet publicznego systemu opieki zdrowotnej (*National Federation of Independent Business v. Sebelius* z 2012 r.).

Dla przyzwyczajonych do retoryki współczesnego liberalizmu zaskakujące było zwłaszcza stanowisko Scalii wobec akcji afirmatywnej, czyli preferencyjnych programów dla dotychczas dyskryminowanych – np. mniejszości rasowych w procesie rekrutacji na studia. Choć Amerykanin zdecydowanie opowiadał się przeciwko dyskryminacji formalnej, to nie zgadzał się na wyrównywanie historycznych zaszczości poprzez transfer przywilejów, tzw. dyskryminację pozytywną. Uważał, że wszelkie wartościowanie różnic pomiędzy ludźmi w prawie prowadzi do niesprawiedliwości, dlatego też dyskryminacją jest każda idea równości inna niż formalna. Przywileje dla mniejszości etnicznych nie są zatem niczym innym jak nową formą rasizmu. Co więcej, prawo nie zna koncepcji długu dyskryminacyjnego, więc trudno współczesnych obarczać odpowiedzialnością za winy przodków. Scalia przywoływał przykłady krzywdy uczniów, którzy co prawda uzyskali liczbę punktów wymaganą w procesie rekrutacji na studia, ale odmówiono im wstępu na uniwersytet ze względu na kolor skóry (ponieważ preferencyjnie potraktowano mniejszości). Ważne są także ukryte skutki programów rządowych. Nawet jeśli zmusi się szpitale, by w obawie przed sankcjami zatrudniały odpowiednią liczbę lekarzy wywodzących się z mniejszości rasowych, to nie sposób zobowiązać pacjentów, by korzystali z ich usług. Chorzy, mając świadomość, że część medyków korzystała z programów pozytywnej dyskryminacji, w trosce o opiekę najwyższej jakości skłonni będą raczej unikać tych, którzy mogli

uzyskać dyplom dzięki przywilejom akcji afirmatywnej.

Wola narodu kontra Konstytucja

Liczne wątpliwości dotyczące scaliowskiego oryginalizmu związane są nie tylko z zarzucanym mu instrumentalnym wykorzystywaniem argumentacji prawniczej, ale także samej istoty przywoływanej teorii. Zwróćmy również uwagę, że nawet na poziomie podziału władzy oraz systemu hamulców i równowagi Konstytucja nigdy nie funkcjonowała zgodnie z zamysłem jej autorów. Kolegium elektorskie i senat nie stały się instytucjami, w których realizowano perfekcjonistyczne ideały republikanizmu. Koncepcja równowagi jeszcze w pierwszej połowie XIX w. poczęła ustępować miejsca demokratyzmowi. Współcześni liberałowie zastanawiają się też, czy wobec coraz dalej idącej egalitaryzacji ustroju amerykańskiego, wiązanie „woli narodu” dokumentem sprzed ponad dwustu lat jest zgodne z dziś przyjętymi wartościami. Wreszcie zaznaczyć trzeba, że sama koncepcja *judicial review* nie została zapisana w Konstytucji, ale wywiedziona ze zwyczaju i praktyki sądów stanowych oraz intencji osób zaangażowanych w prace Konwencji Filadelfijskiej. Kompetencję Sądu Najwyższego do badania zgodności aktów niższej rangi z Konstytucją potwierdził bowiem dopiero ten Sąd w orzeczeniu *Marbury v. Madison* z 1803 r.

Kontrowersje budził także sam sposób, w jaki wypowiadał się Scalia. Jego styl był czymś całkowicie nowym dla Amerykanów przyzwyczajonych do pełnej fachowych terminów i odniesień do historycznych precedensów retoryki sędziowskiej. W słynnej, precedensowej sprawie *Romer v. Evans*, dotyczącej możliwości

wyłaczenia stosowania prawa antydyskryminacyjnego w Konstytucji Stanu Kolorado, z uwagi na równość formalną wszystkich obywateli, Scalia zgłosił zdanie odrębne. Pisał: „Rozważana przez nas Poprawka do Konstytucji [Stanu Kolorado] nie jest wyrazem <napastowania> homoseksualistów, ale raczej nieśmiałym staraniem zasadniczo tolerancyjnych mieszkańców Stanu Kolorado o zachowanie tradycyjnych obyczajów, których muszą bronić przed legislatorskimi zapędami uprzywilejowanych politycznie mniejszości. (...) Ponieważ Konstytucja Stanów Zjednoczonych nic nie mówi na ten temat [dyskryminowania mniejszości seksualnej], omawianą kwestię pozostawiono do rozstrzygnięcia w drodze demokratycznie przyjętego prawa, np. stanowych konstytucji. Ten Sąd nie powinien zatem ogłaszać, że <wrogość> wobec homoseksualizmu jest występkiem i narzucać wszystkim Amerykanom norm wyznawanych przez establishment, z którego ten Sąd sam się wywodzi”. Jeszcze swobodniej Scalia wypowiedział się w sprawie proponowanego przez jednego z członków Sądu *Lemon test* (test myślowy, pozwalający stwierdzić, czy ustawa pośrednio dotycząca religii nie narusza istoty zakazu ustalonego w I Poprawce do Konstytucji), gdy porównał ten eksperyment myślowy do „upiora z horroru puszczanego w telewizji grubo po północy, którego wciąż się zabija i chowa w mogile, a on się ciągle odkopuje i wyłazi z grobu”.

Amerykański liberalizm

Oryginalizm może być dla polskiego czytelnika koncepcją nieco dziwną, ale jeszcze bardziej dezorientujące może wydać się zawarte w tytule tekstu określenie „liberał”. Jeśli jednak za Louisem Hartzem

przyjąć, że niemal cała amerykańska myśl polityczna nie tylko wywodzi się z liberalizmu, ale wręcz jest liberalna, to stosunek do Konstytucji i klasycznego liberalizmu Ojców Założycieli doskonale ukazuje podział na obozy, które nazywamy amerykańskim „konserwatyzmem” i „liberalizmem”. Spór o dziedzictwo klasycznego liberalizmu sięga ukształtowanego niemal sto lat temu podziału na zwolenników hooverowskiego indywidualizmu i Starego Sądu oraz sympatyków rooseveltowskiego

Scalia niewątpliwie prywatnie był konserwatystą, jednak jako sędzia bronił tradycji klasycznej i republikańskiej, ponieważ zobowiązywała go do tego ścisła wykładnia obowiązującego prawa

demokratyzmu i dynamicznej wykładni ustawy zasadniczej. Fundament współczesnego konserwatyzmu w Stanach Zjednoczonych stanowi zatem wierność ideałom wolności indywidualnej, równości formalnej, wizji małego i ograniczonego rządu. Współcześni liberałowie utrzymują zaś, że to oni w sposób właściwy realizują postulaty Thomasa Jeffersona czy Jamesa Madisonsa – poprzez ich rozszerzenie, a czasem nawet trawestację. W tej sytuacji konstytucjonalizm jawi się jako jedna z linii demarkacyjnych pomiędzy klasycznym a nowoczesnym (współczesnym, demokratycznym, czy nawet socjalnym) liberalizmem Nowego Ładu, Johna Rawlsa i prezydenta Baracka Obamy.

Obrońca republikanizmu

Wbrew pozorom, oryginalizm Scalii nie staje jednak po żadnej ze stron tego ideologicznego sporu. Ponieważ nie opiera się na interpretacji intencjonalnej, nie zakłada aksjologicznego prymatu wartości konserwatywnych. Sam Scalia niewątpliwie prywatnie był konserwatystą (notabene założycielem słynnego *The Federalist*

Society), jednak jako sędzia bronił tradycji klasycznej i republikańskiej (powszechnie uznawany był za lidera konserwatywnego skrzydła w Sądzie), ponieważ zobowiązywała go do tego ścisła wykładnia obowiązującego prawa. To subtelna, ale istotna różnica, której niejednokrotnie nie dostrzegali zarówno zwolennicy, jak i przeciwnicy „rycerza konserwatyzmu”.