

AGATA CZARNECKA¹

Recenzja: Paul D. Moreno, *How the Court Became Supreme. The Origins of American Juristocracy*

Wydawnictwo: **Louisiana State University Press**

Miejsce wydania: **Baton Rouge**

Rok wydania: **2022**

Liczba stron: **346**

Wpłynął: 13.02.2023. Akceptacja: 23.03.2023.

Niezbędnym elementem każdej recenzji jest, rzecz jasna, uzasadnienie wyboru tej a nie innej książki. Element ten zresztą bywa także najciekawszym fragmentem recenzji. Czasem przyczynę da się wyczytać już z nazwiska autora recenzowanej pracy – ktoś znany opublikował kolejne dzieło, warto przybliżyć je czytelnikom, ustosunkowując się przy tym do jego treści. Bywa, że piszący recenzję chce się podzielić czymś ciekawym z własnej dyscypliny i zachęcić tych, którzy niekoniecznie sami sięgnęliby po daną pozycję. Rzecz jasna jest jeszcze cała rzesza przyczyn – nazwijmy je ogólnie – czysto pragmatycznych, dla których ktoś recenzuje to a nie inne dzieło. Da się je odszyfrować choćby z nadmiernie uniżonego stosunku do autora opisywanej pracy albo egzaltowanego podkreślania wartości tejże, nawet wówczas, gdy jest jasne, że ma się do czynienia z czymś, co przeczytał wyłącznie autor i korektor. Ponieważ praca, o której będę pisać, nie wyszła spod pióra rozpoznawanego nazwiska, nie jest też pracą teoretycznoprawną, czym zajmuję się na co dzień, a z autorem nie łączy mnie stosunek podległości służbowej, to postaram się wyjaśnić, dlaczego po nią sięgnęłam, a przede wszystkim – dlaczego nie powinnam być jedyną, która to robi.

Paul D. Moreno zajmuje się historią amerykańskiego konstytucjonalizmu w Hillsdale College i jest autorem książek, w których prezentuje diagnozy dotyczące faktycznego funkcjonowania systemu prawnego. Amerykańskie prawo konstytucyjne jest bardzo pojemne i zajmowanie się nim obejmuje cały szereg zagadnień

¹ Dr Agata Czarnecka – Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu (Polska), 2022–2023 James Madison Program Visiting Fellow, Princeton University (USA); e-mail: agatato@umk.pl; ORCID: 0000-0002-1325-2907.

nie tylko zaliczanych u nas ściśle do doktryny prawa konstytucyjnego, ale również te z zakresu teorii, socjologii czy filozofii prawa i polityki, doprawione dodatkowo historią prawa i doktryn prawnych. I właściwie tym wszystkim w mniejszym czy mniejszym stopniu zajmuje się w swoich pracach Moreno. W 2016 r. wyszła spod jego pióra książka *The Bureaucrat Kings: The Origins and Underpinnings of America's Bureaucratic State*², sześć lat później zaś drukiem ukazała się *How the Court Became Supreme. The Origins of American Juristocracy*, stanowiąca niejako kontynuację poprzedniej pracy. Amerykańska historia konstytucyjna mocno różni się od naszej rodzimej historii prawa czy doktryny prawa konstytucyjnego z oczywistych względów. Polska historia jest historią zmian, zerwań i zaczynania od podstaw, podczas gdy amerykańska – jak żadna inna – ma charakter ciągły, nieprzerwany, niezakłócony działaniem sił zewnętrznych, przez co bardzo ciężko oddzielić przeszłość od teraźniejszości. Nie ma tu w związku z tym tradycji poszukiwania wpływających na siebie kolejnych etapów rozwoju danej instytucji prawnej. Jest za to mniej lub bardziej kręta, ale zawsze jedna ścieżka od momentu założenia państwa, którą da się zrekonstruować. Być może to jest przyczyna, dla której amerykańskie prace bywają tak interesujące dla osób niezafascynowanych na co dzień historią prawa (do jakich zalicza się pisząca te słowa), a być może jest tak dlatego, że dzięki tej linearności badacze mają większe szanse na wskazanie przyczyn aktualnego stanu faktycznego czy prawnego, a także zarysowania go w szerokim kontekście.

Obydwie wspomniane powyżej prace Moreno łączy zatem jedno zadanie – próba zrekonstruowania faktycznych mechanizmów rządzących amerykańską demokracją. Dlatego punkt wyjścia obu książek jest jeden i ten sam: konstatacja, że przepisy Konstytucji i ich praktyczna aplikacja od wielu lat podążają coraz bardziej rozchodzącymi się drogami. Moreno stawia pewne diagnozy dotyczące stanu faktycznego i stara się szukać dla nich przyczyn w historii amerykańskiego konstytucjonalizmu, w jego kolejnych etapach, a także w zmianach społecznych, jakie zachodziły po sobie. Zastanawia się on zatem, czy faktycznie to przepisy prawa pozwoliły na rozwój biurokracji i biurokratów, którzy właściwie rządzą współczesną Ameryką, czy może dzieje się tak na skutek zmian społeczno-politycznych, których jednie odbiciem czy też efektem jest przyzwolenie na rozrost sfery urzędniczej? Albo – jak w recenzowanej tu książce – jak to się stało, że Sąd Najwyższy, którego zadania określone w czasach twórców Konstytucji były na tyle nieduże, że z powodzeniem można było łączyć orzekanie z innymi obowiązkami, stał się najpotężniejszym organem władzy sądowniczej we współczesnych demokracjach?

² P.D. Moreno, *The Bureaucrat Kings. The Origins and Underpinnings of American Bureaucratic State*, Santa Barbara 2017.

Punktem wyjścia dla przedstawianej przez Moreno wizji amerykańskiego Sądu Najwyższego jest diagnoza z pracy dotyczącej biurokratyzacji państwa. Klasyczny, wynikający z Konstytucji trójpodział władz, które równoważą się i kontrolują nawzajem, przez dziesięciolecia ewoluował, w wyniku czego współcześnie mamy do czynienia raczej z czwórpodziałem na władzę: wykonawczą, ustawodawczą, sądowniczą i administracyjną, sprawowaną przez biurokratów. I tak, na przykład, o ile tradycyjnie do tego, by ograniczyć życie obywateli, władza wykonawcza potrzebowała ustawodawczej albo sądowniczej, o tyle współcześnie może to robić za pomocą prawa administracyjnego, które jest narzędziem sprawowania władzy właściwie absolutnej³. Moreno zauważa – bardzo trafnie – że tort władzy podzielony na cztery części teoretycznie oznacza pomniejszenie dominium każdej z trzech klasycznych władz, ale w gruncie rzeczy za pomocą tej czwartej każda z pozostałych jedynie powiększyła swoje dotychczasowe możliwości⁴. Po lekturze obydwu książek Moreno można rzec, że metafora tortu nie jest do końca trafiona. To raczej plansza do gry w Monopol, podzielona na trzy części, gdzie każdy z graczy może podbierać nieruchomości sąsiadowi od czasu do czasu. Jednak nad tą zabawą trzyma pieczę ktoś znacznie potężniejszy, kto zarządza bankiem i wydaje karty własności oraz pionki. Ktoś zupełnie nieoczywisty, kogo łatwo stracić z pola widzenia, skupiając się jedynie na rozgrywkach widocznych na planszy, kto w każdej chwili może skończyć całą zabawę, zamykając bank i zabierając figurki domów czy hoteli. Moreno wskazuje na to, że tak funkcjonujące państwo jest dla przedstawicieli władzy wykonawczej i ustawodawczej dość wygodne. Zarządzane *de facto* przez urzędników za pomocą prawa administracyjnego bardzo często pozwala władzy wybieralnej przez obywateli unikać odpowiedzialności politycznej. Jeśli więc obywatel zastanawia się nad tym, jak to możliwe, iż tak niewiele się zmienia w jego sytuacji, mimo kolejnych wyborów i przejęcia władzy czy to przez Republikanów czy Demokratów, to odpowiedź kryje się właśnie w sferze urzędniczej, sprawującej realną i niewymienioną w tekście Konstytucji władzę. Jak zauważa Moreno, bardzo trudno byłoby bowiem jednoznacznie odpowiedzieć na pytanie, kto realnie rządzi w państwie, w którym prezes Rezerwy Federalnej może w istocie znacznie więcej niż Kongres czy prezydent. Władza wybieralna zmienia się, prezentując obywatelom w kampaniach wyborczych swoją ofertę, natomiast urzędnicy pozostają ci sami, skutecznie blokując możliwości realizacji obietnic wyborczych.

Z kontynentalnego punktu widzenia rozważania Moreno są o tyle ciekawe, o ile ciekawa jest sama historia amerykańskiego państwa i prawa. Wszak istotą Konstytucji miała być ochrona państwa i rządów prawa przed czyimikolwiek

³ Por. P. Hamburger, *Is Administrative Law Unlawful?*, Chicago 2014.

⁴ P.D. Moreno, *op. cit.*, s. xiii.

zakusami. System został pomyślany i zaprojektowany tak, by poszczególne władze mogły się wzajemnie kontrolować. Wydaje się, że autorzy Konstytucji brali pod uwagę naturalną tendencję do tego, że poszczególne gałęzie władzy będą próbowały powiększać swoje imperium, natomiast nie przewidzieli, że w ich cieniu wyrosnie czwarte, właściwie nad-imperium, które kontroluje pozostałe i nimi włada. Zatem tłem dla rozważań dotyczących tego, jak Sąd Najwyższy osiągnął swoją pozycję (również wykraczając znacznie poza przepisy konstytucyjne), jest to, że tekst Konstytucji nie pokazuje prawdy o państwie amerykańskim i jego strukturze.

W recenzowanej tu książce Paul D. Moreno bardzo skrupulatnie odtwarza poszczególne punkty węzłowe, które pozwoliły Sądowi Najwyższemu osiągnąć dzisiejszą pozycję – „sumienia narodu” (*conscience of the nation*). Ponieważ jest to jednocześnie historia współczesnej jurystokracji, swoją opowieść zaczyna autor jeszcze w czasach początków kultur prawnych – judaistycznych i rzymsko-greckich, przypominając, że cezurą powstania tego, co dziś znamy jako sądową kontrolę prawa, była brytyjska sprawa *Thomas Bonham v. College of Physicians* z roku 1610. To od tej pory brytyjski system prawny kształtował się tak, że w kompetencjach sądów znalazła się również kontrola aktów normatywnych. Nie podziela jednak Moreno powszechnego przekonania, że ekspansja orzecznicza amerykańskiego Sądu Najwyższego zaczęła się i nieprzerwanie trwa od czasu sprawy *Marbury v. Madison*. Jakkolwiek w świadomości amerykańskiej to ona miała stanowić moment przełomu, zdaniem Moreno, ani to orzeczenie, ani późniejsze w sprawie *Lochner v. New York* nie zmieniło tego, jak ze swoich kompetencji korzystał Sąd Najwyższy. Prawdziwy przełom nastąpił dopiero w czasach Franklina D. Roosevelta i jego batalii z SN, w momencie gdy prezesem Sądu był Charles E. Hughes, niekojarzony powszechnie z wielkim przełomem orzeczniczym w jurysprudencji amerykańskiej. Jego wizja żyjącej konstytucji doprowadziła do orzeczeń otwierających drogę do tytułowej jurystokracji. W kolejnych latach zaś Sąd Najwyższy i Roosevelt pozostawali w stanie niemalże otwartej wojny, w której polityczny interes prezydenta był bardzo oczywisty, natomiast opinia publiczna niekoniecznie dostrzegała, że dokładnie taki sam – a więc polityczny – interes ma także Sąd, a właściwie jego sędziowie. I tak w 1938 roku SN wydał orzeczenie w sprawie *United States v. Carolene Products Company*, gdzie wprawdzie rozstrzygnął bardzo konkretną kwestię dotyczącą międzystanowego handlu mlekiem, ale jednocześnie powołał do życia nowy standard orzekania, znany jako *strict scrutiny*. W momencie wydania wyroku kwestia ta nie została właściwie zauważona, mimo że z perspektywy historycznej można ocenić, że był to moment zakiełkowania znanego do dziś liberalizmu sędziowskiego. W przekonaniu Moreno wówczas zasiane zostało ziarno sędziowskiej supremacji, które w kolejnych latach wzrastało aż do dzisiejszego rozkwitu, pozwalając na niemalże arbitralną ocenę aktów władzy ustawodawczej i skutkując

niepewnością teźże odnośnie do tego, czy wydawane przez nią prawo przetrwa kontrolę sądową (s. 173).

Pełnię swego rozkwitu osiągnął Sąd Najwyższy pod rządami sędziego Warrena, począwszy od sprawy *Brown v. Board of Education*. Wyrok ten ma wielkie znaczenie dla ukształtowania się jurystokracji w znanym nam dziś kształcie z kilku przyczyn. Po pierwsze, z najbardziej oczywistego powodu – zakończył on proces segregacji rasowej w Stanach Zjednoczonych, jednak fakt, że dokonało się to rękami władzy sądowniczej stał się jednocześnie doskonałym listkiem figowym dla kolejnych poczynań Sądu. Dostał on coś na kształt moralnej legitymacji, by za pomocą swoich orzeczeń kształtować społeczeństwo w sposób pożądaný przez sędziów. Jak twierdzi Moreno, nawet ci sędziowie, którzy nie zgadzali się z orzeczeniem w sprawie *Brown* uznali, że jego wydanie właściwie zwalnia ich z konstytucyjnych ograniczeń. Z kolei jakkolwiek opór względem orzekania, często *contra legem*, w oparciu o własne przekonania, doczekał się zupełnie nowej asocjacji – z białym supremacjonizmem i jako taki spotykał się z oporem natury moralnej (s. 184). Tym samym Sąd Najwyższy został właściwie wyjęty z ram przewidzianych dla niego przez autorów Konstytucji i wyruszył w zupełnie nową podróż, popychany wiatrami zmiany społecznej i ducha dziejów, którego miał czytać znacznie lepiej niż inne organy władzy. Sprawa *Brown* stała się syntezą i zwieńczeniem progresywizmu, socjologicznej jursysprudencji, realizmu prawnego i teorii żyjącej konstytucji (s. 185).

Jedną kwestią było jednak uzyskanie pewnego statusu, ale zupełnie inną jego utrzymanie. I to, jak sądzę, z dwóch zupełnie różnych przyczyn. Dlatego, że moralny kredyt otrzymany po sprawie *Board* nie był jednak nieograniczony. Z czasem konstytucjonaliści czy filozofowie prawa byli w stanie otwarcie krytykować styl orzekania Sądu Najwyższego. Mam na myśli nie tylko substancjalną zawartość poszczególnych wyroków, ale również to, na jakich podstawach były one wydawane. Pokrętna logika i przypisane sobie samemu kompetencje, dla których jedynym oparciem jest linia orzecznicza, a nie przepisy prawa, musiały z czasem zacząć budzić sprzeciw. Ze względu na rozwijające się coraz bardziej orzecznictwo w kwestiach społecznych, kontrowersyjnych światopoglądowo, wyroki musiały też zacząć budzić sprzeciw wielu środowisk. Dopóki Sąd był odpowiednio liberalny można było oczywiście utrzymywać, że jego przeciwnicy mają po prostu niewłaściwe, dyskryminujące czy wsteczne poglądy społeczne. Problemem również stawały się jednak czasy, gdy w jego składzie zaczynali dominować bardziej konserwatywni sędziowie. Widać to zresztą gołym okiem współcześnie po orzeczeniu w sprawie *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, które z trudem ocenić można jako przejaw aktywizmu sędziowskiego. A jednak fakt, iż może być ono wynikiem dokładnie odwrotnego trendu, budzi niezadowolenie. Od sędziów Sądu Najwyższego należy bowiem oczekiwać, by w obliczu zderzenia przepisów prawa i praw czy wolności

obywatelskich stawali oni zawsze po stronie tych ostatnich, nawet jeśli oznaczałoby to bardzo twórczą interpretację tych pierwszych.

Konserwatywną alternatywą dla otwartej i dowolnej interpretacji Konstytucji miał być oryginalizm. Termin ten pojawił się w roku 1980, jednak, zdaniem Moreno, przed pojawieniem się nurtu *living constitution* właściwie każdy był oryginalistą. Rzecz jednak w tym, że wraz z wypełnianiem kolejnych orzeczeń Sądu Najwyższego coraz bardziej liberalnymi treściami społecznymi, oryginalizm zaczął się jawić nie jako proceduralne podejście do wykładni prawa, ale również jako opowiedzenie się po stronie pewnych konkretnych wartości społeczno-politycznych. W ocenie wielu zatem oryginaliści stanęli po stronie martwego świata, reprezentującego dawno minione pokolenia, których głos nie powinien być brany pod uwagę. Co więcej, oryginalizm miał być takim rodzajem wykładni prawa, który nigdy nie pozwoliłby na wydanie orzeczenia w sprawie *Brown*, a skoro tak, nie przystawał zupełnie do rzeczywistości (s. 223). Co jednak znamienne, to właśnie debaty narastające wokół tego nurtu spowodowały w jakimś sensie odsłonięcie się wielu sędziów Sądu Najwyższego, jak również przedstawicieli doktryny, którzy dość otwarcie obsadzali sędziów SN w roli tych, na których barkach spoczywa walka o dobrostan moralny i edukację etyczną obywateli. Tych, których zadaniem jest czynić umysły Amerykanów bardziej otwartymi i tolerancyjnymi, nawet jeśli Konstytucja w jakiejś kwestii jest ku temu przeszkodą.

Przeciąganiu liny między oryginalistami a ich przeciwnikami towarzyszyły spory personalne i kontrowersje otaczające kolejnych kandydatów na stanowiska sędziów. W czasach prezydenta Reagana nastąpił również zwrot zainteresowania zarówno samych przedstawicieli władzy, jak i mediów, a tym samym i komentatorów od jurysprudencji jako takiej w kierunku tych, którzy ją tworzyli (s. 223). Zbiegło się to oczywiście z rosnącym wpływem mediów na kreowanie rzeczywistości społecznej. Przedstawiane przez prezydenta nominacje były zatem powszechnie dyskutowane, a przesłuchania kandydatów na sędziego budziły kontrowersje. Kolejne osoby nominowane przez prezydenta Trumpa nie były więc żadnym wyjątkiem. Od lat 80. ubiegłego wieku każdy przyszły sędzia budzi ogromne zainteresowanie szerokiej publiczności, a jego poglądy na kwestie polityczne, społeczne czy ekonomiczne są skrupulatnie badane. Moreno nie zajmuje się tym dłużej, ale sądzę, że zjawisko to stanowi zaczyn zmian, które z czasem będą musiały zająć w społecznej percepcji zarówno amerykańskiego Sądu Najwyższego, jak i sądów konstytucyjnych innych demokracji zachodnich. Bardzo ciężko bowiem utrzymać spójność pomiędzy uporczywym wykazywaniem, że jest grupa sędziów, którzy są upolitycznieni, i grupa tych, którzy upolitycznieni nie są, zaś samo upolitycznienie nie jest pochodną związków z tą czy inną partią, ale poglądów politycznych kandydata. W amerykańskim krajobrazie sądowym, podobnie jak na naszym

rodzimy podwórku, konserwatyzm ma zawsze wydźwięk polityczny, zaś liberalizm oznacza po prostu ochronę mniejszości. Ten brak konsekwencji musi kiedyś przerodzić się w zupełnie nowe uzasadnienie dla roli sędziego, gdyż na dłuższą metę może okazać się nie do utrzymania.

Recenzowana tu książka opowiada historię uniwersalną. Sytuacja w poszczególnych państwach może różnić się w szczegółach, ale – jak miemam – trend jest jeden i wspólny dla większości państw Zachodu. W jego wyniku władza sądownicza, której głównym zadaniem powinno być rozsądzanie sporów, sama te spory generuje. Rzecz w tym, że o ile w małej skali cierpi ona na bolączki właściwie drobne, nawet wówczas, gdy mają one charakter systemowy – jak przewlekłość postępowania, albo fakt, że sędziowie nie umieją do swoich wyroków przekonać stron sporu, w wyniku czego jedna ze stron zawsze pozostaje w poczuciu niesprawiedliwości – o tyle sądy najwyższych instancji powodują spory dużo bardziej fundamentalne. To, co opisuje w swojej pracy Moreno, jest właściwie historią stworzenia, w oparciu o obowiązujące prawo, porządku polityczno-prawnego, który z tego prawa nie wynika. Jest on jednak efektem tego, że konstytucje rozdzielają władze pomiędzy różne jej podmioty, ale czynią strażnikami tego podziału sądy. Są one zatem naturalnie stroną zainteresowaną zawłaszczeniem jak największej części tortu. Wracając do metafory gry w Monopol – sądy rozpychają się, powoli wykupując nieruchomości należące od początku do sąsiadów. Moreno zdawkowo wskazuje na fakt, iż przejawy jurystokracji bywają bardzo różne, ale dotyczą sądów wszelkich instancji, czego przykładem jest działalność sądów stanowych w USA, na małą geograficzną skalę kreujących najczęściej mocno liberalną jursprudencję (czemu sprzyja w dużej mierze fakt, że konstytucja federalna ma w zasadzie charakter negatywny, skupiając się na ograniczeniu uprawnień, natomiast konstytucje stanowe są raczej pozytywne i te uprawnienia przypisują). Taką też rolę ma Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej zaplątany w swą misję dziejową, którego działalność może i powinna być uczciwie oceniana przez przedstawicieli nauki prawa jako przejaw tych samych tendencji, których efektem jest dzisiejszy kształt amerykańskiego Sądu Najwyższego.

Można by oczywiście, całkiem zasadnie, spytać czym kosztem rozrastają się poszczególne gałęzie władzy? Czy po prostu przejmują terytorium sąsiada? Faktycznie byłoby tak, gdybyśmy nie mieli w pamięci diagnoz Moreno dotyczących władzy biurokratów. Wniosek jaki płynie z jego obydwu prac jest bowiem taki, że na oczach bezradnego suwerena rozgrywają się niezależnie od siebie dwojakiego rodzaju zjawiska. Jednym jest opisany powyżej rozrost kompetencji władzy sądowniczej ponad wszelką miarę – głównie kosztem władzy ustawodawczej (choć zważywszy na strukturę amerykańskiego państwa, również kosztem kompetencji prezydenta). Natomiast równolegle, wspólnie z urzędnikami, sprawującymi potężną

faktyczną władzę, powiększa się dominium państwa jako całości, powolnie obejmującego kolejne sfery życia obywateli, wciskającego się w obszary dotychczas dla niego niedostępne, regulującego kwestie, które z powodzeniem można by pozostawić samym obywatelom. W tym ostatnim dziele swój wielki udział ma też Sąd Najwyższy, który – realizując ideę bycia głosem mniejszości – właściwie kształtuje obywateli w sferach dotychczas zastrzeżonych dla instytucji zupełnie innego rodzaju, jak np. moralnej, seksualnej, prywatnej. Moreno w pracy dotyczącej Sądu Najwyższego kwestii tej nie podejmuje wprost, podniósł ją jedynie w odniesieniu do rządów biurokratycznych i wskazując, że być może remedium na amerykańskie bolączki byłby powrót do wspólnotowości, jaką tradycyjnie dzielali amerykańscy obywatele, z kształtującą rolą rodziny, religii czy wspólnoty, w formach, które nie miały nigdy racji bytu w kontekście europejskim. Oczywiście trendy opisywane przez niego w obu pracach pozwalają stwierdzić, że jest to raczej zawracanie kijem Potomaku. W moim przekonaniu mimo wszelkich odrębności polityczno-prawnych czy społeczno-kulturowych dzielących obydwie strony Atlantyku historia opisywana przez Moreno opowiada o zmianach uniwersalnych, które można obserwować w niemalże każdej zachodniej demokracji. I choć mogą one przebiegać bardziej krętymi czy różnorodnymi ścieżkami, jak w historii państw europejskich, niemniej jednak wydaje się, że wszystkie te drogi prowadzą do tego samego i właśnie to w pracach Moreno wydaje się najbardziej godne polecenia.