

KATARZYNA MAĆKOWSKA¹

Tertium non datur? Amerykański oryginalizm w spolaryzowanej demokracji²

Wpłynął: 27.02.2024. Akceptacja: 5.04.2024

Streszczenie

Oryginalizm jako jeden z głównych kierunków wykładni Konstytucji federalnej postrzegany jest coraz częściej jako instrument walki politycznej w rękach władzy sądowniczej. W niniejszym artykule przedstawiono rozważania dotyczące skutków wykładni oryginalistycznej, które w państwie o strukturze federalnej pozwalają na funkcjonowanie porządków prawnych o odmiennym aksjologii. Powyższe rodzi pytanie o zasadność akceptacji relatywizmu prawnego i zgody na kreowanie równoległych rzeczywistości jurydycznej w sytuacji, gdy stopień polaryzacji uniemożliwia dyskusję nad kompromisem. Celem artykułu jest podkreślenie, że paradoksalnie oryginalizm może wzmocnić stabilizacyjną i porządkującą rolę prawa zgodnie z koncepcją *E pluribus unum*.

Słowa kluczowe: oryginalizm, polaryzacja, „żyjący oryginalizm”, oryginalizm i „laboratoria demokracji”.

¹ Dr hab. Katarzyna Maćkowska, prof. KUL – Wydział Prawa, Prawa Kanonicznego i Administracji, Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II (Polska); e-mail: katarzyna.mackowska@kul.pl; ORCID: 0000-0002-1744-931X.

² Badania wykorzystane w artykule nie zostały sfinansowane przez żadną instytucję.

KATARZYNA MAĆKOWSKA

Tertium non datur? American Originalism and Polarization in Democracy

Abstract

Originalism – as one of the main approaches to the interpretation of the U.S. federal Constitution – has been increasingly viewed as an instrument of political struggle in the hands of the judiciary. This article offers a discussion of the effects of originalist interpretation, which enable legal orders with different axiology to exist in a federal state. The above situation raises the question of the legitimacy of accepting legal relativism and consent to the creation of parallel juridical realities when the degree of polarisation makes it impossible to seek compromise. The purpose of the article is to highlight that, paradoxically, originalism can strengthen the stabilising and organising role of law in line with the concept of *E pluribus unum*.

Keywords: originalism, polarisation, “living originalism”, originalism and “laboratories of democracy”.

Wprowadzenie

Oryginalizm jest przez krytyków uważany za podporządkowany konserwatywnym światopoglądom instrument służący blokowaniu ustawowych postulatów progresywiwistów. Przez adherentów z kolei uznawany jest za metodę wykładni, gwarantującą, że porządek prawny pozostaje spójny z brzmieniem Konstytucji federalnej i tradycją, zmiany ustrojodawcze zaś wprowadzane są zgodnie z procedurą określoną w Konstytucji. Przecistawianie oryginalizmu z metodą *living constitution* oraz wieloaspektowy spór dotyczący zasadności oraz skuteczności obu z nich niewątpliwie prowadzą do pogłębienia dyskusji nad teoriami wykładni prawa³. Jak ostatnio zauważył Randy E. Barnett w recenzji książki Casa Sunsteina *How to interpret the Constitution*⁴, zarówno obrona, jak i krytyka oryginalizmu wypuklają pytanie o to „jak zdecydować, w jaki sposób interpretować konstytucję”⁵. Celem niniejszego artykułu jest zaprezentowanie kontekstu, który może wskazywać na pragmatyczną skuteczność oryginalizmu w związku z problemem polaryzacji światopoglądowej i nieunitarnym charakterem prawnym Stanów Zjednoczonych.

Samo pojęcie oryginalizmu ma cechy neologizmu, a jego autorem jest Paul Brest, krytyk tejże metody, konstytucjonalista, były dziekan Stanford Law School, który użył go w swoich publikacjach z początku lat 80. XX wieku⁶. Wcześniej, w jurydycznych dyskusjach pojawiały się terminy „pierwotnych intencji” (*original intention*), „pierwotnego znaczenia” (*original meaning*), „pierwotnego rozumienia” (*original understanding*). Z czasem pierwszemu z ukutych terminów sędzieja Sądu Najwyższego USA Antonin Scalia nadał swoistą wyższość⁷ w przemówieniu wygłoszonym

³ Ma on jednak też wymiar „wojny o kulturę”. Zob. A. Bryk, *Orzecznictwo Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych jako autonomiczne źródło tworzenia norm konstytucyjnych*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016, 25(3), s. 119–138.

⁴ Znany z krytyki oryginalizmu autor prezentuje kompleksowo problem interpretacji Konstytucji, niemniej teza, że o wyborze metody wykładni ma decydować uznanie, że zapewni ona, iż porządek konstytucyjny będzie „działał lepiej, a nie gorzej” nie pozwala na rozstrzygnięcie sporu między oryginalistami a progresywiwistami. Zob. C.R. Sunstein, *How to Interpret the Constitution*, Princeton University Press 2023. O metodzie wykładni i jakie powinny być „rezultaty konstytucyjne” zob. też: O. Raban, *The Silent Prologue: How Judicial Philosophies Shape Our Constitutional Rights*, George Mason University Press 2020.

⁵ R.E. Barnett, *Originalism and Its Discontents. Originalism is the theory to beat*, „Claremont Review of Books, A Journal of Political Thought and Statesmanship” 2023, Vol. 23(4), s. 69–73.

⁶ Genezę pojęcia oryginalizmu opisuje L.B. Solum, *What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory* (April 28, 2011). doi: 10.2139/ssrn.1825543.

⁷ *Ibidem*, s. 15.

na konferencji Departamentu Sprawiedliwości w 1986 r., co dało impuls do rozwoju tzw. Nowego Oryginalizmu (*New Originalism*), odwołującego się do „pierwotnego publicznego znaczenia” (*original public meaning*), a polegającego na odkrywaniu:

„najbardziej wiarygodnego znaczenia słów Konstytucji społeczeństwu, które ją przyjęło – niezależnie od tego, do czego Ojcowie-Założyciele mogli sekretnie zamierzać”⁸.

Koncept *original public meaning* został precyzyjnie zdefiniowany przez Lawrence’a B. Soluma i uwzględnia on:

- ❑ element utrwalenia (*The Fixation Thesis*), czyli okoliczność, iż pierwotne znaczenie tekstu konstytucyjnego zostało ustalone w czasie ustanowienia i przyjęcia określonych norm prawnych;
- ❑ element publicznego znaczenia (*The Public Meaning Thesis*), a zatem istotna dla zrozumienia danego przepisu pozostaje zawartość komunikacyjna odbierana w sferze publicznej w czasie ustanowienia i przyjęcia określonych norm prawnych;
- ❑ regułę ograniczenia (*The Constraint Principle*) polegającą na tym, że praktyka konstytucyjna musi być koherentna z w pełni wyrażonym i zasadnie identyfikowalnym pierwotnym publicznym znaczeniem tekstu konstytucyjnego⁹.

Oryginalizm jako metoda wykładni stanowi pewien sofizmat i nie można w debacie nad jego zasadnością czy funkcjonalnością pomijać, że źródłem samego uprawnienia Sądu Najwyższego USA do badania konstytucyjności aktów prawnych jest orzeczenie w sprawie *Marbury v. Madison* z 1803 r., a nie *expressis verbis* art. III Konstytucji federalnej. W wymiarze teoretycznym Marshallowski precedens stoi w pewnej sprzeczności z koncepcją Roberta H. Borka, uchodzącego za „ojca” oryginalizmu, według której sędziowie nie mają przestrzeni, by tworzyć prawa, które nie zostały wyrażone w Konstytucji¹⁰. Jedyną stałą – w kontekście *necessary*

⁸ Cyt. za: M. Cairns, *Originalism: Can Theory and Supreme Court Practice be Reconciled?*, „The Georgetown Journal of Law & Public Policy” 2021, 19, s. 264. Z ostatnich publikacji zob. też: J.B. Staab, *The Political Thought of Justice Antonin Scalia: A Hamiltonian Conservative*, „Perspectives on Political Science” 2019, 48(1), s. 14–23.

⁹ R.E. Barnett, L.B. Solum, *Originalism after Dobbs, Bruen, and Kennedy: The role of history and tradition*, „Northwestern University Law Review” 2023, 118(1), s. 436–437.

¹⁰ Koncepcja Borka stanowi przedmiot wielu opracowań naukowych, powraca ona w ostatnich latach również w publicystyce, a to uwagi na dominujący kierunek wykładni konstytucyjnej dokonywanej przez federalny Sąd Najwyższy, który został odrzucony wraz z odmową Senatu dotyczącą pozytywnego zaopiniowania kandydatury Borka do SN.

and proper clause, implied powers czy właśnie *judicial review* – jest to, iż ustalenie, co wyraża federalna Konstytucja, będzie nadawać procesowi interpretacji ustawy zasadniczej zmienności.

Kwintesencja debaty nad oryginalizmem od początku sprowadzała się do pytania o to, czy wykładnia językowa Konstytucji winna odnosić się do czasu uchwalenia ustawy nadrzędnej i w jakim zakresie ma być ona uzupełniona wykładnią teleologiczną. Obecnie zaś ton dyskusji implikuje potrzeba interpretacji Konstytucji federalnej w kontekście sporów światopoglądowych, a współczesna polaryzacja społeczeństw cywilizacji zachodniej skutkuje zmarginalizowaniem kwestii, granic „zapewnienia” i „promowania” przez władzę dobra publicznego, gdyż mimo utrwalonego abstrakcyjno-objektywnego rozumienia, czym owo dobro jest, mamy dziś do czynienia z procesem redefinicji wolności i praw konstytucyjnych. W warstwie systemowej głęboka polaryzacja wpływa na ocenę roli kompromisu w prawie. Jest on bowiem z jednej strony postrzegany jako środek relatywistyczny, antyabsolutystyczny, godzący w prawdę mającą zawsze przymiot obiektywizmu, z drugiej zaś jako półśrodek, pierwszy krok w procesie dalszej zmiany.

Można postawić tezę, że dwubiegunowość wymaga od prawa demokratycznego poszukiwania rozwiązań nieantagonistycznych w warunkach braku jakiegokolwiek formy mutualizmu. W podejściu relatywistycznym federalny system USA umożliwia paralelne funkcjonowanie porządków prawnych, których nie można aksjologicznie pogodzić, co – paradoksalnie – zapewniać będzie wykładnia oryginalistyczna.

Oryginalizm a zarzut aprioryczności wykładni

Jak słusznie zauważył C. Błaszczyk: „Decyzja o utrzymaniu dawno ustalonej interpretacji przepisów petryfikuje ustrój oraz konstytucyjny katalog praw i wolności, a idea „wierności Konstytucji” wyznacza kierunek aktywności politycznej pozostałych organów i oddziałuje na wyobraźnię polityczną opinii publicznej. I tak oryginalistyczna interpretacja Konstytucji prowadzi m.in. do obrony prawa do posiadania broni, wolnego rynku, wolności słowa i pionowego podziału władzy, a także do sprzeciwu wobec programów pozytywnej dyskryminacji, powszechnego obowiązku ubezpieczenia zdrowotnego czy prawa do aborcji. Hołdując tradycyjnemu rozumieniu przepisów, z konieczności wspiera normy i wartości, które wobec przemian społecznych uchodzą dziś za konserwatywne”¹¹.

¹¹ C. Błaszczyk, *Interpretacja w służbie doktryny. Oryginalizm konstytucyjny w Stanach Zjednoczonych*, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin-Polonia* 2020, 64(2), s. 14.

Problem ten doskonale ilustruje debata o mocno emocjonalnym zabarwieniu, która zagorzała po wydaniu orzeczenia w sprawie *Dobbs v. Jackson* z 24 czerwca 2022 r., w którym Sąd Najwyższy USA orzekł o tym, iż Konstytucja nie przyznaje prawa do aborcji oraz uchylił orzeczenie w sprawie *Roe v. Wade* (będącym według amerykańskiej doktryny tzw. *superprecedensem*), uznając, iż w ramach podzielonej suwerenności to mieszkańcy poszczególnych stanów decydują o uregulowaniu prawa do aborcji¹². Nie wnikając w istotę sporu, który wciąż pozostaje przedmiotem licznych analiz, w kontekście samego oryginalizmu należy zwrócić uwagę na to, iż sędziowie głosujący za tym orzeczeniem podnosili słuszny argument, iż prawo do aborcji nie stanowi uprawnienia, które można wywodzić z Konstytucji federalnej. W tym zatem przypadku oryginalizm jako konstrukt *stricte* jurydyczny rzeczywiście pozwala na obronę konserwatywnego światopoglądu, bowiem wskazuje na to, iż to jedynie stany władne są regulować kwestię aborcji. Nie ulega jednak żadnej wątpliwości, iż zasadniczy skutek orzeczenia *Dobbs*, eliminującego interwencję legislacji federalnej, wyraża się w umożliwieniu suwerenom jurysdykcji stanowych ochronę światopoglądu uznanego w demokratycznym procesie decyzyjnym za dominujący.

Warto też dodać, że w najnowszej literaturze pojawiają się głosy, że sprawa *Dobbs* oraz *Bruen*, osadzone są w sferze dyskryminacji płciowej. Jak wskazuje Reva B. Siegel, konstatacja owa płynie z faktu dokonywania interpretacji ustawy zasadniczej przez pryzmat czasów, w których kobiety nie brały udziału w procesie stanowienia prawa i postrzegania ich jako osób, które nie rządzą, lecz mają „być rządzone”¹³. Wydaje się, iż powyższa konkluzja, choć oderwana od istoty sporu o amerykański federalizm, doskonale obrazuje, że oryginalizm jest postrzegany jako narzędzie walki między zwolennikami poglądów konserwatywnych a – stosując europejską terminologię – lewicowymi na kwestie społeczne, co niewątpliwie stanowi patologię wyrażającą się w odejściu od traktowania teorii egzegezy jako intelektualnej kontekstualizacji warstwy jurydycznej i wymaga powrotu do debaty w granicach tak charakterystycznej dla porządku anglosaskiego polityki *common sense* (przyjmując założenie, że polaryzacja stanowi zjawisko „usuwalne”). Trzeba jednak dostrzec, iż zjawisko dywergencji światopoglądowej narasta od lat kilkudziesięciu, a sam koncept oryginalizmu miał reakcyjny charakter. Z tego względu podnoszony jest argument o jego instrumentalnym wykorzystywaniu przez konserwatystów. W 2006 r. wspomniana wyżej Reva B. Siegel oraz Robert Post wskazywali, że oryginalizm od lat 80. jest rozwijany jako praktyka polityczna zmierzająca w sposób

¹² *Dobbs v. Jackson*, 597 U.S. 2015 (2022).

¹³ R.B. Siegel, *How „History and Tradition” Perpetuates Inequality: Dobbs on Abortion’s Nineteenth-Century Criminalization*, „Houston Law Review” 2023, 60(4), s. 908.

mniej lub bardziej „krzykliwy” do zmiany Konstytucji w taki sposób, by w większym stopniu „emanowała” ona konserwatywnymi zasadami politycznymi¹⁴. Ten Cytat ilustruje zagrożenie nieodwracalnością polaryzacji, skoro obrona tradycyjnego postrzegania porządku społecznego jest rozumiana jako „zmiana” Konstytucji. Nie znajdują też szerszej aprobaty w zakresie praktyki ustrojowej próby pogodzenia oryginalizmu i *living constitution*. Od 2007 r. w różnych publikacjach pewną pośrednią koncepcję żyjącego oryginalizmu (*living originalism*) opracował Jack M. Balkin. Jego metoda tekstu i zasady (*text and principle*) łączy wierność pierwotnemu rozumieniu tekstu na etapie interpretacji oraz jego adaptację na konstruktywnym etapie implementacji¹⁵. Ten rozwinięty i zakorzeniony w oryginalizmie, ale zawierający element otwartości model mógłby stanowić prakseologiczny element wykładni w warstwie dogmatycznej. W kontekście zaś ocen społecznych, tak często określanych jako zero-jedynkowe wydaje się, że interpretacyjne formuły pośrednie będą odrzucane przez obie strony sporu, a przecież sędziowie Sądu Najwyższego USA ponad tym sporem nie stoją.

Randy E. Barnett oraz Lawrence B. Solum zadali m.in. pytanie o to, czy wyroki w sprawach *Dobbs*, *Kennedy* oraz *Bruen* konstytuują nowy nurt wykładni, czy też wpisują się w podejście oryginalistyczne. Podkreślili, że – parafrazując – nie oceniają skutków omawianych orzeczeń, ale opisują rolę, jaką historia i tradycja w nich odegrała, a jaką powinny one odgrywać według założeń oryginalizmu. Prezentują też argumenty przemawiające za tym, iż sędziowie powinni uwzględniać historię i tradycję w oryginalistycznych ramach, ale również i odrzucać nieoryginalistyczny pogląd, iż historia i tradycja pozwalają na odejście od pierwotnego publicznego znaczenia (*original public meaning*) tekstu konstytucyjnego¹⁶. Co ważne, w ich ocenie *Bruen*, *Dobbs* i *Kennedy* reprezentują konserwatywny konstytucyjny pluralizm, który „unika opierania się na zmieniających się wartościach społecznych, a zamiast tego polega na uwzględnieniu wstecznej modalności w konstytucyjnej dyskusji. Modalności te zawierają pierwotne znaczenie tekstu konstytucyjnego, praktyki

¹⁴ R. Post, R. Siegel, *Originalism as a Political Practice? The Right's Living Constitution*, „Fordham Law Review” 2006, 75(2), s. 561.

¹⁵ Pogląd ten został wyczerpująco przeanalizowany przez D. Minich, *Między originalism a living constitution – Jacka M. Balkina koncepcja wykładni konstytucji*, „Ius Novum” 2022, 3, s. 130–145. W powyższym kontekście należy zwrócić uwagę na to, iż poza nurtem oryginalistycznym pozostaje tzw. historyczny tradycjonalizm, który umożliwia „ustrojodawczą interpretację” konstytucji, pod warunkiem iż pozostaje ona uzasadniona długotrwałą i ciągłą praktyką historyczną lub zwyczajem. To podejście dało podwaliny pod przeobrażenie się dualistycznego modelu federalizmu w formę kooperatywną, zyskującą na poparciu wskutek zapaści gospodarczej z 1930 r. i potwierdzoną orzeczeniem Sądu Najwyższego USA z 1935 r. w sprawie *National Labor Relations Board v. Jones and Laughlin Steel*.

¹⁶ Barnett R.E., Solum L.B, op. cit., s. 3.

historycznej, tradycji i precedensu¹⁷. Według Barnetta i Soluma ów konstytucyjny pluralizm nie świadczy o oryginalistycznym podejściu.

Na kanwie powyższych uwag należy podnieść, że zjawisko polaryzacji społecznej, które przecież oddziałuje na autonomiczną sferę interpretacji i stosowania prawa, znalazło swój wymiar – zarówno praktyczny, jak i dogmatyczny – w definiowaniu samego oryginalizmu. Rodzi to pewną refleksję nad granicami elastyczności amerykańskiego pragmatyzmu jurydycznego. Wydaje się bowiem, że wraz z rozstrzygnięciem w sprawie *Marbury v. Madison* te granice przesuwane są coraz dalej, a dotychczas czytelny podział na zwolenników doktryny *living constitution* oraz statycznej wykładni celowościowej przestaje być czytelny. Sama zaś wspomniana przez Barnetta i Soluma modalność staje się natomiast modalnością deontyczną, w której to nadawca wypowiedzi będzie każdorazowo subiektywnym źródłem prawa. Zagrożenie to obejmuje proces interpretacji Konstytucji federalnej zarówno na podstawie metody oryginalizmu, jak i *living constitution*.

Oryginalizm a wertykalny podział władzy

W federalnym systemie amerykańskim, opartym na funkcjonalnym paradoksie podzielonej suwerenności, koncepcji Dillona¹⁸ i nie – centralizacji, konstrukcja wertykalnego układu władzy publicznej zderza się z wykładnią *Bill of Rights* dokonywaną przez Sąd Najwyższy USA. W aspekcie potencjalnego wpływu oryginalizmu na strukturę pionowego podziału władzy w USA należy odnieść się w pierwszej kolejności do samych przepisów Konstytucji federalnej, co determinuje dwa elementarne pytania, tj. czy dana kwestia w ogóle może być regulowana przez jakikolwiek poziom władzy publicznej, a w dalszej kolejności, jeśli tak, to przez który, federalny, stanowy czy oba z wymienionych¹⁹.

¹⁷ Ibidem, s. 41–42.

¹⁸ John Dillon głosił pogląd, iż wszystkie formy władztwa lokalnego są całkowicie podporządkowane władzy stanowej i mogą wykonywać tylko te kompetencje, które są dla nich wyraźnie zastrzeżone oraz te, które są niezbędne i konieczne dla ich realizacji. Odmienne spojrzenie zaprezentował sędzia Thomas Cooley, który w lokalnej samorządności upatrywał pierwotnej suwerenności w stosunku do wyższych szczebli władzy, a uprawnienie do samorządu terytorialnego charakteryzował jako naturalne i inherentnie należące do ludzi. Nie można też pominąć XX-wiecznego wpływu orzecznictwa, a zwłaszcza sędziego federalnego SN Brennana, który z kolei akcentował odpowiedzialność prawną municypalitetów, co z założenia miało stanowić jeden z elementów zapobiegania naruszania przez władze publiczne praw i wolności jednostek.

¹⁹ Warto dodać, że w literaturze badającej prawne konotacje przemian społecznych akcentuje się, iż jednostki lokalne (a zwłaszcza miasta) są niezwykle podatne na dynamiczne zmiany modelu amerykańskiego federalizmu, J.C. Williams, *The Constitutional Vulnerability of American Local Government: the Politics of City Status in American law*, „Wisconsin Law Review” 1986, 83, s. 83–152.

Zgodnie z klauzulą supremacyjną zawartą w art. VI ust. 2:

[...] konstytucja i zgodnie z nią wydane ustawy Stanów Zjednoczonych oraz wszystkie traktaty, które zostały lub zostaną zawarte z ramienia Stanów Zjednoczonych, stanowią najwyższe prawo krajowe. Jest ono wiążące dla sędziów każdego stanu, nawet gdyby było sprzeczne ze stanową konstytucją lub ustawą²⁰.

Ramy ustrojowe wytyczono zatem przez pryzmat horyzontalnej separacji władz, określając w pierwszych trzech artykułach ustawy zasadniczej prerogatywy Kongresu, Prezydenta i Sądu Najwyższego, przy czym w art. I uwzględniono tzw. *necessary and proper clause*, pozwalającą Kongresowi na uchwalanie praw, które okażą się potrzebne i właściwe dla wykonywania uprawnień wyrażonych wprost. Następnie Poprawką X uregulowano, iż uprawnienia, których konstytucja nie powierzyła Stanom Zjednoczonym ani nie wyłączyła z właściwości poszczególnych stanów, przysługują nadal poszczególnym stanom bądź ludowi.

W rezultacie pionowy podział władzy wynikający z Konstytucji federalnej obejmuje kompetencje, które są zastrzeżone dla władzy federalnej, takie, które nie mogą być przedmiotem ingerencji władz stanowych, a zatem i kompetencje dzielone, czyli te, które władza federalna i stanowa mogą wykonywać wspólnie. Te właśnie zadania dotyczące zaspokajania potrzeb społecznych są często przedmiotem kooperacji między wszystkimi wertykalnymi szczeblami władzy publicznej. Jeśli jednak wiążą się one z potencjalnym naruszeniem federalnych praw jednostek, będą podlegać wiążącej ocenie Sądu Najwyższego USA. Marshallowska zaś wizja zakładała, iż „najwyższa ustawa zasadnicza ma przetrwać wieki i być adaptowana do rozwiązywania różnych kryzysów w sprawach ludzkich”²¹. Należy dodać, że w amerykańskiej doktrynie można odnaleźć rzadki pogląd, oparty na historycznej wykładni tekstualnej, iż fraza zawarta w Poprawce X, tj. „ludowi” uwzględnia właśnie kompetencje realizowane poprzez jednostki lokalne, co oznacza, że w sposób domniemany Konstytucja federalna odwołuje się do prawa do samorządu terytorialnego²², niemniej jednak praktyka ustrojowa w zakresie *second-order devolution* zdominowana została przez zasadę Dillona.

Z perspektywy pragmatycznej to charakter spraw determinuje, która z władz winna się daną kwestią zająć, są bowiem takie, które mogą być konstruktywnie rozstrzygnięte tylko i wyłącznie przez szczebel federalny, takie, które najefektywniej

²⁰ Konstytucja USA, art. VI ust. 2, <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html> (dostęp: ???)

²¹ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).

²² J. Sullivan, *The Tenth Amendment and Local Government*, „The Yale Law Journal” 2003, 112(7), s. 1939.

rozpozna stan, takie, o których winno się decydować na poziomie lokalnym i te, gdzie zalecana jest współpraca²³. W efekcie to, że Konstytucja federalna nie zawiera enumeratywnie zamkniętych klauzul kompetencyjnych, stanowi jej funkcjonalną zaletę, jednocześnie jednak skutkuje koniecznością poszukiwania instrumentów jej unowocześnienia. Można postawić pytanie, czy współcześnie oryginalistyczna interpretacja Dziesiątej Poprawki będzie wzmacniać podmiotowość stanową i lokalną samorządność, co miałyby stanowić mechanizm „odrotu od federalnych regulacji” – przyjmując ów zwrot jako nazwę dla przemyślanej, intencjonalnej strategii prawotwórczej, która może być wykorzystywana ze względu na polaryzację i niechęć do wypracowania kompromisu lub po prostu brak możliwości konsensualnego rozwiązania sporu. Dostrzegając w tym zjawisku pewien paradoks i zgadzając się na element heurystyki w analizie, warto podkreślić, iż w tak istotnym dla funkcjonowania Stanów Zjednoczonych obszarze, od samego początku silne różnice w wizjach ustrojowych skutkowały pewną generalizacją zapisów konstytucyjnych, tak zatem wyłącznie późniejsza wykładnia pozwala na nadanie im treści. Elastyczny zaś model charakteru prawnego USA i implikowany ową dynamiką równie zmienny funkcjonalny schemat tzw. *second-order devolution* ułatwiają realizację niepisanej, lecz dominującej w amerykańskiej mentalności regule pragmatyzmu. Z natury rzeczy zatem nierozstrzygnięty spór między federalistami a antyfederalistami zamyka współcześnie Dziesiątą Poprawkę w interpretacyjnej kategorii „*living Constitution*”. Co więcej, u źródła dynamizmu interpretacyjnego w tym zakresie i teoretycznie przekreślającego sens oryginalistycznego podejścia do tejże Poprawki, zauważyć można w tezach zawartych w rozważaniach Publiusa (Hamilton, Madison, Jay) czy „Brutusa”, „Katona” i innych przeciwników wzmacniania władzy centralnej.

Weryfikując ową hipotezę, warto zwrócić uwagę na myśl Madisona zawartą w „Federaliście”, nr 45. Madison zarzucał oponentom, iż zamiast ustalenia, jaki zakres jest absolutnie niezbędny dla władzy federalnej, koncentrują się oni wyłącznie wokół ewentualnego oddziaływania na stany faktu poddania pewnych spraw jurysdykcji federalnej. Podkreślał, że konstrukt federalny ma na celu zapobieżenie zagrożeniom z zewnątrz, napięciom i wojnom między stanami, rozłamami wewnętrznymi, które godzić będą w tak apoteozowaną od czasów kolonialnych zasadę wolności. „Jeśli Unia jest niezbędna dla zapewnienia szczęścia narodowi, czyż nie jest rzeczą niedorzeczną sprzeciwiać się władzy, bez której cele Unii nie zostaną zrealizowane, na tej podstawie, że władza ta umniejsza znaczeniu rządów stanowych?”²⁴.

Dla antyfederalistów sam pomysł rezygnacji przez stany z części swojej suwerenności był nie do przyjęcia. Przestrzegano, iż uprawnienia nadane przez Kon-

²³ L. Cowen, *What is Left of the Tenth Amendment*, „North Carolina Law Review” 1961, 39(2), s. 182.

²⁴ The Federalists, No. 45, https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed45.asp (dostęp: 19.02.2024).

stytucję władzy federalnej będą prowadzić do zlikwidowania stanów i utworzenia państwa unitarnego. Rząd centralny bowiem z pewnością skorzysta z prawa wykonywania pewnych kompetencji, skoro zostanie w nie wyposażony. Uprawnienia zaś pozostawione stanom będą hamować aktywność federacji, wskutek czego będzie ona zmierzać do ich wyeliminowania, gdyż każda wspólnota, wyposażona w określone prawa zmierza do ich wzmocnienia²⁵.

Robert Yates porównał obowiązującą wówczas konstytucję Nowego Jorku do projektu konstytucji federalnej, wskazując, w których obszarach stan utraci swoje dotychczasowe prerogatywy, co doprowadziło go do następującej konkluzji:

„Jednym słowem, nowa konstytucja przyczyni się ostatecznie do uchylenia znaczenia wielu legislatur stanowych oraz zniszczenia praw i wolności narodu; ponieważ władza tej pierwszej obejmie wszystko, a drugich pozostanie ledwie cieniem i formą bez treści, jeśli zostanie przyjęta [Konstytucja] możemy powiedzieć (w nawiązaniu do Kartagińczyków), *Delenda vit America*”²⁶.

Współczesny spór o zakres praw jednostki w USA z natury rzeczy toczy się w kontekście federalnej struktury tego państwa, a zatem tego, któremu poziomowi władzy reprezentującej suwerena nadać priorytet w ich uzupełnianiu. W aspekcie decentralizacji legislacji i responsywnej, odpowiadającej społecznej potrzebie regulacji praw naturalnych, okazuje się, że to interpretacja Dziesiątej Poprawki i elastyczność amerykańskiego modelu federalnego mogą determinować proces wykładni *Bill of Rights*, co – z formalnego punktu widzenia – stanowi prerogatywę Sądu Najwyższego.

Pytaniem retorycznym pozostaje zatem to, czy możemy w tym świetle mówić o zagrożeniu dla idei demokracji wskutek orzeczeń Sądu Najwyższego USA uchylających przepisy federalne narzucające stanom rozwiązania w sferach wykraczających poza Madisonowską nieodzowność kompetencyjną.

Odnosząc owe dywagacje do orzeczeń wywołujących obecnie lawinę dyskusji w ramach światopoglądowej polaryzacji obiektywnie stwierdzić należy, iż oryginalizm może przywrócić stanom kompetencję samodzielnego kształtowania praw niezastrzeżonych wprost do właściwości władzy centralnej, co przecież jest zgodne z ideą samej Unii zarówno w kontekście argumentacji federalistów, jak i antyfederalistów.

Swoisty dysonans ustrojowy USA polega bowiem na tym, że nawet jeśli Sąd Najwyższy będzie orzekał o niekonstytucyjności ustaw federalnych implementujących

²⁵ The Antifederalist, No. 17, Antifederalist No. 17–18th Century History – The Age of Reason and Change (history1700s.com) (dostęp: 19.02.2024).

²⁶ The Antifederalist, No. 45, Antifederalist No. 45 – 18th Century History – The Age of Reason and Change (history1700s.com) (dostęp: 19.02.2024).

postulaty amerykańskich progresywnistów, to będzie czynił powyższe w ramach tekstualno-historycznej wykładni, argumentując, że w kompetencji legislatur stanowych leży unormowanie danej kwestii. Należy uznać, że taki mechanizm powinien likwidować napięcia światopoglądowe w sferach wprost nieuregulowanych w Konstytucji federalnej i poprawkach oraz zamykać je w obrębie porządków prawnych poszczególnych stanów, zwłaszcza że w orzecznictwie sądów USA znany jest termin opisujący stany jako „laboratoria demokracji”. Zasadna jest konstatacja, że w tym zakresie w Stanach Zjednoczonych możliwe jest *stricte* jurydyczne podejście do procesu poszukiwania środków łagodzących napięcia społeczne. Uznanie, że stany w ramach jurysdykcji mają prawo do „eksperymentów społecznych” wyrażone przez – uchodzącego za „radykała” – sędziego Louisa Brandeisa w sprawie *New State Ice Co. v. Liebman* pozostaje koherentne z oryginalistyczną wykładnią propagowaną przez konserwatystów²⁷. Sędzia Brandeis – zgłaszając *votum separatum* – podniósł: „Odkrycia w naukach ścisłych i triumf wynalazczości potwierdzają wartość lekcji prób i błędów. W dużym stopniu te osiągnięcia są wynikiem eksperymentowania. W tych zaś obszarach eksperymentowanie w ostatnich dwóch wiekach było nie tylko wolne, ale i zalecane. [...] Stany i naród muszą mieć władzę użyźniania w drodze eksperymentów naszych gospodarczych praktyk i instytucji w celu realizacji społecznych i ekonomicznych potrzeb. Nie wierzę, by twórcy Czternastej Poprawki czy Stany, które ją ratyfikowały, zamierzali pozbawić nas prawa do walki ze złem wynikającego z technologii bezrobocia czy zwiększania produktywnej zdolności towarzyszącej rozwojowi sztuk pożytecznych. [...] Odmowa prawa do eksperymentowania może być brzemienna w poważnych skutkach dla narodu. Jednym ze szczęśliwych wypadków związanych z federalizmem jest to, że każdy odważny Stan może, jeśli obywatele dokonają takiego wyboru, służyć jako laboratorium i przeprowadzać innowacyjne społecznie i ekonomicznie eksperymenty bez ryzyka dla pozostałej części kraju²⁸.”

Paradoksalnie, oryginalistyczna wykładnia amerykańskiej Konstytucji pozostanie w tym zakresie spójna z tezą *living Constitution*, gdyż sama idea *E Pluribus Unum*, zakłada stanową różnorodność legislacyjną. Federalny model prawny może stanowić kanwę dla specyficznej formy izolacyjno-separacyjnego kompromisu, w ramach którego oponenti funkcjonują według odmiennych porządków jurydycznych kreowanych zgodnie z zasadą suwerenności podmiotów tworzących

²⁷ W wyżej wymienionym orzeczeniu z 1932 r. Sąd Najwyższy uznał za niekonstytucyjne i naruszające klauzulę *due proces of law* przepisy uchwalone przez legislaturę Oklahomy, które reglamentowały działalność gospodarczą polegającą na sprzedaży lodów, traktując ową sferę działalności jako publiczną i uznając – z racji klimatu panującego w Oklahomie – lody za towar pierwszej potrzeby.

²⁸ *New State Ice Co. V. Liebman*, 285 U.S. 262 (1932).

państwo federalne, a być może nawet jeszcze na niższych szczeblach administracji publicznej.

Konkluzje

Proces „ścierania się” dwóch najważniejszych metod wykładni Konstytucji USA, czyli koncepcje *oryginalizmu* i *living constitution* niewątpliwie wykroczył poza jurydyczne ramy i stał się instrumentem realizowania określonej polityki. Zjawisko to stało się aktualnie szczególnie widoczne, gdyż zachodzi ono równoległe do pogłębiającej się polaryzacji społecznej, w której coraz mniej miejsca pozostawia się dla podejścia koncyliacyjnego. Mogłoby się wydawać, że amerykański system federalny i otwartość dla adaptacji do nowych społecznych wyzwań poprzez ustawodawstwo stanowe umożliwią przetrwanie w porządku prawnym tradycji *common sense*. Niewątpliwie jednak nastął czas odejścia od komensalistyczno-pragmatycznych rozwiązań na rzecz *delenda est Carthago*. Prawo coraz częściej staje się narzędziem polityki, a w sytuacji braku kompromisu, zgodności co do jej podstawowych założeń, traci ono swoje aksjologiczne atrybuty. Sprowadzenie amerykańskiego oryginalizmu do podejścia konserwatywnego, jak to często ma miejsce w przekazach mainstreamu, wyłącza z dyskusji kilka istotnych paradoksów, które pojawiają się zawsze w przestrzeni, gdy określonymi instrumentami manipulują obie strony konfliktu. W zderzeniu bowiem z kazuistyką okazuje się, że różne oryginalistyczne rozstrzygnięcia stoją na straży nie tyle konserwatywnych wartości, ile kwintesencji amerykańskiej demokracji wywodzącej się z indywidualizmu, liberalizmu²⁹, *due process of law* oraz różnorodności prawa wpisanej w federalny charakter państwa pod hasłem *pluribus unum*. Można zatem przyjąć – trudne do weryfikacji naukowej – założenie, iż to nieunitarny model państwa pozwala na odłożenie lub nawet zmarginalizowanie w czasie skutków głębokiej polaryzacji – w której kompromis przestał być możliwy – w postaci aktywnego konfliktu prawnego oraz na utrwalenie dychotomii w formie egzystujących obok siebie porządków, nadając tym samym nowe znaczenie koncepcji „laboratoriów demokracji” Brandeisa.

²⁹ O. Raban, krytyk formalistycznego podejścia w interpretacji Konstytucji, do którego zaliczył oryginalizm i tekstualizm, akcentuje, iż zapisana w Konstytucji federalnej zasada podziału władzy ma chronić liberalizm przed demokracją. Zob. O. Raban, *Is Textualism Required by Constitutional Separation of Powers?*, „Loyola of Los Angeles Law Review” 2023, 49(2), s. 421–452.

Bibliografia

Literatura

- Barnett R.E., Solum L.B., *Originalism after Dobbs, Bruen, and Kennedy: The role of history and tradition*, „Northwestern University Law Review” 2023, 118(1), s. 433–494.
- Błaszczuk C., *Interpretacja w służbie doktryny. Oryginalizm konstytucyjny w Stanach Zjednoczonych*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin–Polonia” 2020, 64(2), s. 9–36.
- Bryk A., *Orzecznictwo Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych jako autonomiczne źródło tworzenia norm konstytucyjnych*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2016, 25(3), s. 119–138.
- Cairns M., *Originalism: Can Theory and Supreme Court Practice be Reconciled?*, „The Georgetown Journal of Law & Public Policy” 2021, 19, s. 264–279.
- Cowen L., *What is Left of the Tenth Amendment*, „North Carolina Law Review” 1961, 39(2), s. 154–183.
- Minich D., *Między originalism a living constitution – Jacka M. Balkina koncepcja wykładni konstytucji*, „Ius Novum” 2022, 3, s. 130–145.
- Post R., Siegel R., *Originalism as a Political Practice? The Right’s Living Constitution*, „Fordham Law Review” 2006, 75(2), s. 545–574.
- Raban O., *Is Textualism Required by Constitutional Separation of Powers?*, „Loyola of Los Angeles Law Review” 2023, 49(2), s. 421–452.
- Raban O., *The Silent Prologue: How Judicial Philosophies Shape Our Constitutional Rights*, George Mason University Press 2020.
- Siegel R.B., *How “History and Tradition” Perpetuates Inequality: Dobbs on Abortion’s Nineteenth-Century Criminalization*, „Houston Law Review” 2023, 60(4), s. 901–936.
- Solum, L.B., *What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory* (April 28, 2011). doi: 10.2139/ssrn.1825543.
- Staab J.B., *The Political Thought of Justice Antonin Scalia: A Hamiltonian Conservative*, „Perspectives on Political Science” 2019, 48(1), s. 14–23.
- Sullivan J., *The Tenth Amendment and Local Government*, „The Yale Law Journal” 2003, 112(7), s. 1935–1942.
- Sunstein C.R., *How to Interpret the Constitution*, Princeton 2023.
- Williams J.C., *The Constitutional Vulnerability of American Local Government: the Politics of City Status in American Law*, „Wisconsin Law Review” 1986, 83, s. 83–152.

Źródła

- Konstytucja USA, art. VI ust. 2, <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html> (dostęp: 22.11.2023).
- Dobbs v. Jackson*, 597 U.S. 2015 (2022).
- McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 (1819).
- New State Ice Co. V. Liebman*, 285 U.S. 262 (1932).

The Antifederalist, No 17, Antifederalist No. 17–18th Century History – The Age of Reason and Change (history1700s.com) (dostęp: 19.02.2024).

The Antifederalist, No 45, Antifederalist No. 45–18th Century History – The Age of Reason and Change (history1700s.com) (dostęp: 19.02.2024).

The Federalists, No 45, https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed45.asp (dostęp: 19.02.2024).