

Uniwersytet Warszawski

CEZARY BŁASZCZYK

c.blaszczyk@wpia.uw.edu.pl

ORCID: 0000-0003-4095-600X

## Interpretacja w służbie doktryny. Oryginalizm konstytucyjny w Stanach Zjednoczonych

---

When the Interpretation Becomes the Doctrine.  
Constitutional Originalism in the United States

### I.

Jednym z najciekawszych aspektów amerykańskiego systemu politycznego jest wyjątkowa, trudna do porównania z jakimkolwiek sądem konstytucyjnym na świecie pozycja Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych (dalej: Sąd Najwyższy lub Sąd). Chociaż szczególny status, który w pełni uzasadnia twierdzenie o sądowej supremacji (*judicial supremacy*)<sup>1</sup>, nie był początkowo oczywisty<sup>2</sup>, a na przestrzeni dwóch stuleci państwowości amerykańskiej był wielokrotnie wystawiany na próbę<sup>3</sup>, dziś jest on już faktem<sup>4</sup>. W ramach podziału władz Sąd jawi się jako równorzędny partner, który współkształtuje wciąż ewoluujący ustrój.

---

<sup>1</sup> Zob. np. R.F. Nagel, *Nationhood and Judicial Supremacy*, [w:] *That Eminent Tribunal: Judicial Supremacy and the Constitution*, ed. C. Wolfe, Princeton–Oxford 2004, s. 20–36.

<sup>2</sup> Nie ma wątpliwości, że *judicial review* w sposób naturalny wynika z tradycji konstytucyjnej i idei konstytucjonalizmu *per se*. Jeśli jednak chodzi o intencje autorów Konstytucji, to zdania są podzielone. Szerzej na ten temat zob. m.in. W.M. Treanor, *Judicial Review before “Marbury”*, “Stanford Law Review” 2006, vol. 58(2), s. 455–562; R.M. Małajny, *Doktryna podziału władzy „Ojców Konstytucji” USA*, Katowice 1985, s. 266 i n.; idem, *Amerykański prezydenccjalizm*, Warszawa 2012, s. 539 i n.; P. Laidler, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki: od prawa do polityki*, Kraków 2011, s. 53 i n.

<sup>3</sup> Zob. np. P. Laidler, *Sąd Najwyższy...*, s. 106–118.

<sup>4</sup> Wynika ona z trzech orzeczeń: *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803), *Cooper v. Aaron* 358 U.S. 1 (1958) oraz *United States v. Nixon* 418 U.S. 683 (1974). Jest pochodną klauzuli supremacyjnej zawartej w art. 6 § 2 Konstytucji.

Skutkiem szeroko zakrojonej aktywności oraz upolitycznienia procesu nominacji sędziowskich jest zaś ideologizacja samego orzecznictwa z jednej oraz judykalizacja polityki z drugiej strony<sup>5</sup>.

Instytucją, która ustaliła pozycję ustrojową Sądu Najwyższego, jest *judicial review* (tzw. przeglądy bądź rewizje sądowe) – kompetencja do badania zgodności z ustawą zasadniczą federalnych i stanowych aktów prawnych oraz wykonawczych (*ad casum*). Pomimo tego, że kontrola konstytucyjności ma w Ameryce charakter rozporoszony, a Sąd nie ma mocy unieważniania aktów normatywnych, zastosowanie doktryny *stare decisis* sprawia, że orzeczenia najwyższej instancji przyjmują quasi-powszechny i generalny charakter<sup>6</sup>. Jeśli dodatkowo wziąć pod uwagę stałą tendencję do regulowania coraz szerszego zakresu życia społecznego oraz wpisana w porządek *common law* swobodę sędziowską, to staje się jasne, że poprzez *judicial review* Sąd dysponuje władzą określania treści stosunków pomiędzy władzami (zarówno na płaszczyźnie horyzontalnej, jak i wertykalnej) oraz kształtowania amerykańskiego porządku prawnego. Stąd też kwestie dopuszczalności aborcji czy małżeństw homoseksualnych albo powszechnego dostępu do broni palnej mogą być rozstrzygane w drodze sądowej interpretacji dotychczasowych przepisów, a przy politycznej trudności związanej z wprowadzaniem zmian w trybie poprawek do Konstytucji Stanów Zjednoczonych (dalej: Konstytucja) wręcz oczekuje się, że drogą orzecznictwa uczyni to Sąd. Trudno dziś wskazać na fragment ustawy zasadniczej, którego znaczenie nie zostało dotychczas doprecyzowane bądź który nie posłużył za podstawę do „wydobycia” nowych norm. Wobec dwustuletniego okresu obowiązywania amerykańskiej ustawy zasadniczej oraz nieostrości języka i abstrakcyjności stwierdzeń, którymi posługiwali się Ojcowie Założyciele,

<sup>5</sup> Zob. np. W. Szyszkowski, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych*, Warszawa 1969, s. 140, passim; A. Pułło, *System konstytucyjny Stanów Zjednoczonych*, Warszawa 1997, s. 29 i n.; P. Laidler, *Republikanie i demokraci wobec procesu judykalizacji amerykańskiej polityki. Analiza z perspektywy problemu legalizacji małżeństw osób tej samej płci*, „Studia Politicae Universitatis Silesiensis” 2015, t. 15, s. 98–126; idem, *Sąd Najwyższy...*, s. 228; C.R. Sunstein, D. Schkade, L.M. Ellman, A. Sawicki, *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*, Washington 2006, passim; M.A. Graber, *Constitutional Law and American Politics*, [w:] *Law and Politics*, eds. K.E. Whittington, R.D. Kelemen, G.A. Caldeira, New York 2008, s. 300–320; R. Dahl, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, „Journal of Public Law” 1957, vol. 6(3), s. 293–295; B. Friedman, *The Politics of Judicial Review*, „Texas Law Review” 2005, vol. 84(2), s. 257–337. Zob. także pozycje przywołane w dalszej części niniejszego artykułu.

<sup>6</sup> Mogą zostać przełamane poprzez uchwalenie poprawki do Konstytucji bądź zniesienie precedensu przez sam Sąd. Dość kontrowersyjną praktyką jest natomiast nowelizacja aktu normatywnego przez właściwy organ w zakresie, w jakim akt ten został uznany za niekonstytucyjny (jej celem jest często „obejście” wyroku). Zob. R.M. Małajny, *Ustawodawcze oddziaływanie Kongresu na Sąd Najwyższy w USA*, [w:] *Idee, instytucje i praktyka ustrojowa Stanów Zjednoczonych Ameryki*, red. P. Laidler, J. Szymanek, Kraków 2014, s. 165 i n.

było to wręcz niezbędne. Oprócz orzeczniczej wskazuje się zatem na legitymizacyjną, systemową i normotwórczą funkcję Sądu<sup>7</sup>.

W konsekwencji analiza wyroków Sądu Najwyższego wydawanych w toku *judicial review* daje asumpt do obserwacji wzajemnych powiązań prawa i polityki, a badania w tym zakresie nadają się na przedmiot nie tylko prawniczych dyscyplin dogmatycznych (np. prawa konstytucyjnego porównawczego), lecz także niedogmatycznych, w tym filozofii prawa i doktryn polityczno-prawnych. Dotyczy to w szczególności spraw, w których ocenie poddawano kwestie obyczajowe, swobodę działalności gospodarczej, autonomię stanów i relacje pomiędzy władzami czy zakres ochrony praw i wolności obywateli. Dość przypomnieć, że to w toku *judicial review* Sąd wywiódł z Konstytucji (często w sposób nieoczywisty) istnienie prawa do prywatności, dopuszczalności aborcji czy niedopuszczalności zakazu zawierania związków małżeńskich przez pary jedнопłciowe.

Zastanawiające wydaje się przy tym, że określone normy wynikają i wiążą się z samą teorią czy też filozofią interpretacji Konstytucji. Dokonując egzegezy ustawy zasadniczej, sędziowie mogą wykraczać poza proste podejście ścisłe, tzw. formalistyczne (teorie interpretywistyczne interpretacji Konstytucji), i posługiwać się kryteriami zewnętrznymi wobec aktu bądź polityką wymiaru sprawiedliwości (teorie nieinterpretywistyczne albo z angielskiego non-interpretywistyczne)<sup>8</sup>. W ramach obu tych stanowisk wyróżnia się poszczególne teorie (mają one z kolei podtypy oraz mogą się przenikać); przedstawiciele doktryny nie osiągnęli jak dotąd konsensusu ani co do właściwej teorii interpretacji, ani co do typologii tych teorii (właściwie nie porozumiano się nawet co do tego, co znaczy wyrażenie „znaczenie przepisu Konstytucji”)<sup>9</sup>.

Różnicę zdań można zaobserwować przy okazji niemal każdego wyroku Sądu Najwyższego, gdzie sędziowie nie tylko dzieleni są przez komentatorów na obozy (konserwatywny, liberalny i niestały), lecz także sami prezentują własne wizje konstytucyjne w wybranych uzasadnieniach czy zdaniach odrębnych (*dissent*) i konku-

<sup>7</sup> L. Garlicki, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych. Konstytucja – polityka – prawa obywatelskie*, Wrocław 1982, s. 34 i n.

<sup>8</sup> Tak m.in. P. Laidler, *Sąd Najwyższy...*, s. 220; M. Korycka-Zirk, *Rządy prawa a idea konstytucjonalizmu w ramach wykładni konstytucji*, [w:] *Filozoficzne i teoretyczne zagadnienia demokratycznego państwa prawa*, red. M. Andruszkiewicz, A. Brezko, S. Oliwniak, Białystok 2015, s. 268 i n.; J.A. Segal, H. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, New York 2002, s. 19–40. Autorem podziału na teorie interpretywistyczne i nieinterpretywistyczne jest John Hart Ely (*Democracy and Distrust*, Cambridge–London 1980, s. 1 i n.).

<sup>9</sup> Zob. np. I. Wurman, *A Debt Against the Living: An Introduction to Originalism*, New York 2017, s. 25 i n.

<sup>10</sup> Pojęcia „teoria interpretacji” używam tu na oznaczenie złożonej koncepcji egzegezy Konstytucji, stosującej określoną metodę (*resp.* metody) wykładni, implikującej funkcję *judicial review*, a także rolę sędziego w procesie tworzenia i stosowania prawa. Jest to pojęcie zbieżne z „filozofią interpretacji Konstytucji”. Pojęcia „wykładni” używam natomiast w sensie wąskim.

rencyjnych (*concurrency*). Upraszczając nieco, przeważnie wyróżnia się następujące teorie: tekstualistyczną (odwołuje się do tekstu Konstytucji, np. powszechnego rozumienia terminów w niej użytych); intencjonalistyczną (odwołuje się do intencji prawodawcy konstytucyjnego); historyczną albo oryginalistyczną (odwołuje się do rozumienia tekstu Konstytucji w chwili jej uchwalania bądź do pierwotnej intencji prawodawcy konstytucyjnego); ewolucjonistyczną (odwołuje się do idei „żywej Konstytucji”, która w warunkach zmieniającego się świata, a niekiedy także zmieniającej się woli obywateli, jest wciąż reinterpretowana)<sup>11</sup>. Każdy z tych kierunków może łączyć się z aktywizmem sądowym i prokurować konstytucyjne prawotwórstwo, choć nie ulega wątpliwości, że tekstualizmowi i oryginalizmowi – przynależącym do interpretywizmu – najbliższym do formalizmu i pasywizmu sędziowskiego (a zatem także do pozytywizmu prawniczego). Esencję tekstualizmu najlepiej oddają słowa Antonina Scalii: „Tekst jest prawem, toteż należy przestrzegać tekstu”<sup>12</sup>. Oryginalizm, również w ujęciu sędziego Scalii, proponuje przyjąć podobną perspektywę, tyle że w ujęciu historycznym.

Chociaż amerykańskie teorie konstytucyjne nie znajdują prostego przełożenia na grunt polskiej nauki prawa, bez wątpienia mogą one stanowić dla niej inspirację, dając impuls do rozwoju rodzimych teorii interpretacji aktów prawnych. Co więcej, ponieważ problem prawidłowej interpretacji ustawy zasadniczej Stanów Zjednoczonych ma charakter węzłowy i dotyka płaszczyzny filozoficznej, prawnej i politycznej, odnosi się on do zagadnień uniwersalnych, związanych ze studiami nad państwem i prawem. W zależności od zajmowanego stanowiska dokonujący egzegezy sędziowie mogą przecież odwoływać się do takich kryteriów interpretacji, jak: literalne brzmienie przepisów, intencja ich autorów, ich powszechne rozumienie w chwili uchwalania, ale także efektywność, ewolucja obyczajów, a niekiedy nawet osobiste przekonania. Nie sposób zignorować w tym wypadku aksjologii prawa i polityki wymiaru sprawiedliwości. Stąd też płynie uzasadnienie dla badań podejmowanych w ramach doktryny polityczno-prawnych.

<sup>11</sup> Zob. np. P. Bobbit, *Constitutional Law and Interpretation*, [w:] *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, ed. D. Patterson, Malden–Oxford–Chichester 2010, s. 133; idem, *Constitutional Interpretation*, [w:] *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, eds. K.L. Hall, J.W. Ely Jr., J.B. Grossman, Oxford – New York 2005, s. 212; D.P. Kommers, J.E. Finn, G.J. Jacobsohn, *American Constitutional Law: Essays, Cases, and Comparative Notes*, vol. 1: *Governmental Powers and Democracy*, Lanham 2010, s. 36–45; W.N. Eksridge Jr., *Dynamic Statutory Interpretation*, “University of Pennsylvania Law Review” 1987, vol. 135(6), s. 1749–1555; B. Brzeziński, *Współczesne amerykańskie teorie wykładni prawa*, „Państwo i Prawo” 2006, z. 7, s. 23; A. Tomza, *Spór o poprawną interpretację Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Od pasywizmu do aktywizmu sądowego*, Łódź 2016, s. 8–9, 37–38, 119–123.

<sup>12</sup> A. Scalia, *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, [w:] idem, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton–Chichester 1997, s. 22.

Problem interpretacji Konstytucji może być podejmowany na trzech płaszczyznach: doktrynalno-prawnej, filozoficznej i ideologicznej (politycznej). Dla dyscypliny doktryn polityczno-prawnych interesująca jest zwłaszcza ta ostatnia. W tym kontekście wspomina się przeważnie o zagadnieniach konstytucyjnych w ujęciu zewnętrznym: ukazując rolę ustrojową, jaką dla *judicial review* i Sądu przewidują wybrane koncepcje, na ogół pomija się fakt, że już sam wybór określonej teorii interpretacji Konstytucji implikuje konsekwencje o charakterze politycznym (ujęcie wewnętrzne). Tymczasem po przeanalizowaniu niemal 6,5 tys. orzeczeń sądów federalnych wyższych instancji Cass R. Sunstein, David Schkade, Lisa M. Ellman i Andres Sawicki stwierdzili, iż „nikt rozsądny nie wątpi, że ideologia, pojmowana jako różnego rodzaju poglądy na sprawy moralności i polityki, pozwala wytłumaczyć decyzje sędziów”<sup>13</sup>. Sędziowie oczywiście stosują prawo, lecz tam, gdzie nie jest ono jasne, ich przekonania odgrywają istotną rolę.

W tym stanie rzeczy szczególnie interesujący wydaje się oryginalizm konstytucyjny, będący teorią specyficzną dla jurysprudenencji amerykańskiej<sup>14</sup>. Tak jak inne teorie interpretywistyczne odwołuje się on do ścisłej interpretacji Konstytucji i zakłada, że treść przepisów lub wąsko pojmowane intencje prawodawcy wiążą sędziego. W odróżnieniu od (odpowiednio) tekstualizmu i intencjonalizmu oryginalizm opowiada się przy tym za wykładnią historyczną – zgodną z „oryginalnym”, czyli pierwotnym znaczeniem przepisów. Jeśli nie doszło do zmiany ustawy zasadniczej w trybie art. V, obowiązują normy takie, jak w chwili uchwalania relewantnych przepisów: zgodne albo z ówczesnym rozumieniem pojęć, albo z intencjami prawodawcy konstytucyjnego. W konsekwencji rolą sędziego (w przeciwieństwie do teorii nieinterpretywistycznych, a zwłaszcza ewolucjonizmu) jest wierna Konstytucji egzegeza jej norm, a nie ich korekta, ideologizacja czy wręcz tworzenie norm inferencyjnych. Znaczenie *judicial review* jest odpowiednio mniejsze, ale tak, by judykatura służyła rządowi prawa, a nie sędziów. Słynne przykłady wykorzystania oryginalizmu w sądownictwie amerykańskim to m.in. wyroki w sprawach *Boyd v. United States*<sup>15</sup> (tzw. stary oryginalizm) czy *District of Columbia v. Heller*<sup>16</sup> (tzw. nowy oryginalizm), ale też liczne zdania odrębne, zwłaszcza autorstwa sędziego A. Scali (np. w sprawie *McIntyre v. Ohio*<sup>17</sup>).

W założeniu podejście to pozwala na neutralną („neutralizującą”), obiektywną i odideologizowaną egzegezę Konstytucji. Ponadto jest mocnym głosem w sporze o wartość prawa oraz za separacją prawa i polityki. Jednak samo powstrzymywanie się od dynamicznej i kreacyjnej interpretacji ustawy zasadniczej

<sup>13</sup> C.R. Sunstein, D. Schkade, L.M. Ellman, A. Sawicki, *op. cit.*, s. 147.

<sup>14</sup> Zob. J.M. Balkin, *Why are Americans originalist?*, [w:] *Law, Society and Community: Socio-Legal Essays in Honour of Roger Cotterrell*, eds. R. Nobles, D. Schiff, London 2014, s. 1–28.

<sup>15</sup> *Boyd v. United States* 116 U.S. 616 (1886).

<sup>16</sup> *District of Columbia v. Heller* 554 U.S. 570 (2008).

<sup>17</sup> *McIntyre v. Ohio* 514 U.S. 334 (1995).

może być, i często jest, niewolne od implikacji *stricte* politycznych (choćby poprzez instrumentalne zastosowanie w danych okolicznościach). 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 władz, a także do sprzeciwu wobec programów pozytywnej dyskryminacji, powszechnego obowiązku ubezpieczenia zdrowotnego czy prawa do aborcji<sup>18</sup>. Hołdując tradycyjnemu rozumieniu przepisów, z konieczności wspiera normy i wartości, które wobec przemian społecznych uchodzą dziś za konserwatywne.

Stąd też można pokusić się o stwierdzenie, że stosowany współcześnie oryginalizm przyjmuje postać aktywizmu sędziowskiego. Wbrew deklarowanym założeniom promuje bowiem dyskrecjonalność sędziowską, wręcz „rządy sędziów”, nie do pogodzenia z prawdziwym konserwatyzmem stosowania prawa, rolą judykatury w trójpodziale władz oraz wartościami demokratycznymi. Jeśli zatem interesującym kierunkiem badań jest polityczny komponent orzecznictwa konstytucyjnego, to ukryte upolitycznienie teorii oryginalistycznej, deklarującej się jako obiektywistyczna i formalistyczna, potencjalnie wiele wnosi do debaty na temat interpretacji Konstytucji, roli judykatury w ustroju demokratycznym czy integracji prawa i polityki.

Ustrój amerykański, czy bardziej szczegółowo – pozycja ustrojowa Sądu Najwyższego, doczekał się już kompleksowych opracowań w polskim piśmiennictwie<sup>19</sup>, podobnie jak zagadnienie interpretacji Konstytucji, którego omówienia podjęli się Łukasz Machaj, Paweł Laidler i Marcin Matczak, a przede wszystkim Anna Tomza<sup>20</sup>. O samym oryginalizmie pisali m.in. Tomasz Gizbert-Studnicki,

<sup>18</sup> Zob. zwłaszcza opinie sędziów Scalii i Thomasa w sprawach: *District of Columbia v. Heller* (przywoływane), *Texas v. Johnson* 491 U.S. 397 (1989), *Comptroller of Treasury of Md. v. Wynne* 575 U.S. (2015), *Planned Parenthood v. Casey* 505 U.S. 833 (1992), *National Federation of Independent Business v. Sebelius* 567 U.S. 519 (2012).

<sup>19</sup> L. Garlicki, *op. cit.*; R.M. Małajny, *Amerykański prezydenjalizm...*; P. Laidler, *Sąd Najwyższy...*

<sup>20</sup> Ł. Machaj, *Wypowiedzi symboliczne w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA*, Wrocław 2011; P. Laidler, *Interpretacja Konstytucji USA przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych jako główna przyczyna ewolucji zasady podziału władzy*, [w:] *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki. Reminiscencje w 220. rocznicę uchwalenia*, red. J.A. Daszyńska, Łódź 2009, s. 319–335; idem, *Aktywizm polityczny trzeciej władzy na przykładzie Sądu Najwyższego USA*, [w:] *Instytucje prawa konstytucyjnego w perspektywie politologicznej*, red. Z. Kiełmiński, J. Szymanek, Warszawa 2013, s. 324–351; M. Matczak, *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007; A. Tomza, *op. cit.*



Mikołaj Barczentewicz, Grzegorz Maroń i Bogumił Brzeziński<sup>21</sup>. Nie ma potrzeby rewizji, a tym bardziej powielania ustaleń dokonanych przez tych autorów (biorąc pod uwagę złożoność przywoływanych problemów, ograniczenia wynikające z charakteru publikacji czyniłyby to zresztą niemożliwym). Niniejszy artykuł stanowi natomiast próbę uzupełnienia dotychczasowych opracowań o jeszcze jeden, tym razem ideologiczny, aspekt teorii oryginalistycznej, dowodząc, że jej konieczny obiektywizm czy zasadnicze uznanie dla tekstu Konstytucji są tylko pozorne. Podobnie jak każda inna teoria interpretacji Konstytucji może się on łączyć z nastawieniem ideologicznym i aktywizmem. Co więcej, w obiektywizm wpisany jest swoisty konserwatyzm sposobu myślenia i wartości, a to zbliża tę teorię interpretacji do doktryny polityczno-prawnej (właściwie prawno-politycznej).

## II.

Powstały na przełomie lat 70. i 80. XX w.<sup>22</sup> współczesny<sup>23</sup> oryginalizm należy traktować jako reakcję na zdominowanie amerykańskiego konstytucjonalizmu przez teorie nieinterpretatywistyczne. Aktywizm Sądu Najwyższego w drugiej połowie XX w., kiedy to funkcje prezesa sprawowali kolejno Earl Warren i Warren Burger, prowadził do rozszerzania rozpatrywanych kwestii i luźnego konstruktywizmu, czyli względnie swobodnej sędziowskiej konstrukcji prawa konstytucyjnego. Dokonywało się to zgodnie z założeniami opartej na wykładni dynamicznej teorii ewolucjonistycznej, która odwołuje się do koncepcji „żywej Konstytucji” (*Living Constitution*), a niekiedy współbrzmi z doktryną konstytucjonalizmu demokratycznego albo konsensualizmu. Zgodnie z tym ujęciem sędzia powinien

---

<sup>21</sup> T. Gizbert-Studnicki, *Oryginalizm i Living Constitutionalism a koncepcja państwa prawnego*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, s. 147–165; M. Barczentewicz, *Oryginalizm jako koncepcja wykładni konstytucji*, [w:] *Konwergencja czy dywergencja kultur i systemów prawnych?*, red. O. Nawrot, Warszawa 2012, s. 359–364; G. Maroń, *Oryginalizm Antonina Scalii jako teoria wykładni prawa*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2010, nr 4, s. 23–52; B. Brzeziński, *Poglądy Sędzies Antonina Scalii na wykładnię prawa i ich odbiór w amerykańskiej doktrynie prawniczej*, [w:] *Przemiany doktrynalne i systemowe prawa publicznego. Studia dedykowane Prof. Wincentemu Bednarkowi*, red. S. Pikulski, E. Pływaczewski, J. Dobkowski, Olsztyn 2002, s. 58–62.

<sup>22</sup> Za symboliczne narodziny współczesnego oryginalizmu uważa się publikację artykułu Roberta H. Borka pt. *Neutral Principles and Some First Amendment Problems* w 1971 r. (“*Indiana Law Journal*” 1971, vol. 47). W ciągu następnej dekady ukazały się kolejne ważne teksty, m.in.: W.H. Rehnquist, *The Notion of a Living Constitution*, “*Texas Law Review*” 1976, vol. 54; R. Berger, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Indianapolis 2015. Szerzej na temat historii teorii oryginalistycznej: L.B. Solum, *Semantic Originalism*, “*Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series*” 2008, no. 07-24, passim; idem, *What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory*, [w:] *The Challenge of Originalism. Theories of Constitutional Interpretation*, eds. G. Huscroft, B.W. Miller, New York 2011, s. 12–41.

<sup>23</sup> W szerszym znaczeniu można mówić o oryginalizmie sięgającym przełomu XIX i XX w.

w toku interpretacji uwzględniać czynniki etyczne, polityczne, społeczne i ekonomiczne, a nie trzymać się sztywno utrwalonego rozumienia ustawy zasadniczej. Konstytucja obowiązuje już od ponad dwustu lat, podczas których przyjęto zaledwie 27 poprawek, a realia i normy społeczne zmieniły się przez ten czas dramatycznie. Sztuczne utrzymywanie dawnych wzorców nie sprawdza się – nie odpowiada dzisiejszym potrzebom i oczekiwaniom albo nie wyczerpuje poczucia sprawiedliwości. Często jest wręcz sprzeczne z wartościami wynikającymi z Konstytucji. Stąd też w toku interpretacji należy uwzględniać pragmatyzm i funkcjonalizm, a nawet własne przekonania moralne arbitrów<sup>24</sup>. William Brennan, sędzia Sądu Najwyższego w latach 1956–1990, stwierdził:

My, współcześni sędziowie, możemy odczytywać Konstytucję w jedyny sposób nam dostępny – jako dwudziestowieczni Amerykanie. Spoglądamy czasem na historię [...], lecz ostatecznym pytaniem, jakie musimy sobie zadać, jest: Co te słowa znaczą w naszych czasach? Geniusz Konstytucji tkwi bowiem nie w statycznym rozumieniu pojęć z epoki, która dawno minęła, lecz w wielkich wartościach i radzeniu sobie z dzisiejszymi problemami i potrzebami<sup>25</sup>.

Do teorii ewolucjonistycznej skłaniało się w amerykańskiej doktrynie nie tylko wielu sędziów Sądu Najwyższego, lecz także jurystów i przedstawicieli nauki, w tym Ronald Dworkin, Bruce Ackerman, David Strauss, Thurgood Marshall, Felix Frankfurter, Edward Corwin, William N. Eskridge, John Hart Ely, Larry Kramer oraz William Brennan, Earl Warren i Warren Burger<sup>26</sup>. Nie ma wątpliwości, że to właśnie wykładnia dynamiczna zapewniła Konstytucji jej przeszło dwustuletni żywot i nie ma też przypadku w tym, że „żywy konstytucjonalizm” historycznie poprzedza oryginalizm. Jeśli system hamulców i równoważenia się władz jest mechanizmem, to *judicial review* jest sprężyną ustrojową<sup>27</sup>.

Konsekwencją ewolucjonizmu było jednak „wydobywanie” z ustawy zasadniczej norm, których obecność „pomiędzy czterema rogami” dokumentu jest mocno wątpliwa<sup>28</sup>. Choć z wieloma wprowadzonymi wówczas zasadami czy war-

<sup>24</sup> Różne racje, wartości i zasady bywają wówczas zestawiane ze sobą w ramach testów równoważących (balansujących). Tak było np. w sprawie *Schenck v. United States* 249 U.S. 47 (1919), w której ustanowiono test realnego i teraźniejszego zagrożenia (*clear and present danger test*), aby rozstrzygnąć spór o zakres wolności słowa.

<sup>25</sup> W.J. Brennan Jr., *Speech Given at the Text and Teaching Symposium*, 1985, [www.pbs.org/wnet/supremecourt/democracy/sources\\_document7.html](http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/democracy/sources_document7.html) [dostęp: 19.07.2020].

<sup>26</sup> Zob. np. R.M. Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge–London 1985, s. 120 i n., 146 i n., 167 i n.; idem, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford 2005, passim.

<sup>27</sup> Metafora mechanistyczna jest dość rozpowszechniona w literaturze amerykańskiej. Zob. B. Ackerman, *The Decline and Fall of the American Republic*, Cambridge–London 2010, s. 2.

<sup>28</sup> Oczywiście nie wszyscy adherenci „żywego konstytucjonalizmu” przystają na zbyt szeroką dyskrecjonalność sędziowską, np. R. Dworkin krytykowany w tym aspekcie przez B. Ackermana. Zob. idem, *The Living Constitution*, „Harvard Law Review” 2007, vol. 120(7), s. 1754.



tościami trudno racjonalnie polemizować, to można postawić tezę, że poszerzanie katalogu praw i wolności oraz wzmacnianie pozycji władz federalnych kosztem autonomii stanów miało charakter normotwórczy i posłużyło do transformacji porządku amerykańskiego zgodnie z założeniami współczesnego liberalizmu (np. w zakresie zniesienia dyskryminacji i segregacji rasowej – ruchu i idei praw obywatelskich). Proces liberalizacji Stanów Zjednoczonych przez orzecznictwo Sądu Najwyższego był oczywiście solą w oku konserwatystów<sup>29</sup>. Jak to ujął sędzia Robert H. Bork, „spora część prawa konstytucyjnego ma niewiele, a często nie ma nic wspólnego z Konstytucją”<sup>30</sup>. Jednym ze sztandarowych przykładów negatywnie ocenianego progresywnego orzecznictwa jest słynny wyrok w sprawie *Roe v. Wade*<sup>31</sup>. Sąd orzekł wówczas, że penalizacja przerywania ciąży w stanie Teksas jest sprzeczna z konstytucyjnym prawem do prywatności kobiety (notabene wcześniej również wywiedzionego z umieszczonej w XIV poprawce klauzuli materialnej gwarancji właściwego prawa [*substantive due process of law*]<sup>32</sup>)<sup>33</sup>.

Oryginalizm pozycjonuje się wobec tych przemian w opozycji, postrzega bowiem Konstytucję jako dokument stały, stabilny i statyczny (tzw. koncepcja „spisanej Konstytucji”), którego znaczenie zostało ustalone w chwili jego uchwalenia (*resp.* w chwili uchwalenia poprawek). Jeśli chodzi o interpretację, hołduje doktrynie *stare decisis*. Przywiązany jest do ustalonych precedensów i zasady *clara non sunt interpretanda*. Rzecz jasna zakłada, że zmiany w treści ustawy zasadniczej są możliwe, lecz wymagają przyjęcia poprawki, a nie reinterpretacji egzekutywy czy legislatywy, a tym bardziej działającego *ultra vires* (bo nieposiadającego kompetencji do stanowienia prawa konstytucyjnego i prowadzenia polityki) Sądu Najwyższego<sup>34</sup>.

Bez względu na cechy charakterystyczne *common law* oryginałiści uważają, że sądy należy związać stanowionym prawem konstytucyjnym. Jak zauważył Alvin B. Rubin, wyrażenie woli powszechnej w formie spisanej konstytucji byłoby bezwartościowe, gdyby można było swobodnie redefiniować jej treść<sup>35</sup>. Luźny konstruktywizm i aktywizm prowadzą do zaprzeczenia rządów prawa, ponieważ umożliwiają sędziom narzucanie swojej woli społeczeństwu i kwestionowanie po-

<sup>29</sup> Zob. np. L.A. Graglia, *Constitutional Law without the Constitution: The Supreme Court's Remaking of America*, [w:] *A Country I Do Not Recognize: The Legal Assault on American Values*, ed. R.H. Bork, Stanford 2005, s. 1 i n.; R. Berger, *op. cit.*, passim; M.R. Levin, *Men in Black: How the Supreme Court is Destroying America*, New York 2005, s. 10 i n.

<sup>30</sup> R.H. Bork, *Introduction*, [w:] *A Country I Do Not Recognize...*, s. ix.

<sup>31</sup> *Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973).

<sup>32</sup> Zob. *Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965).

<sup>33</sup> Choć – co warto zastrzec – nie jest to zdaniem Sądu prawo absolutne i nie uzasadnia przerywania ciąży w dowolnym momencie i z dowolnej przyczyny.

<sup>34</sup> Tak np. A. Scalia, *Common-Law Courts...*, s. 38 i n. Podobnie: J. Story, *Commentaries on the Constitution of the United States*, vol. 1, New York 1970, s. 407.

<sup>35</sup> A.B. Rubin, *Judicial Review in the United States*, “Louisiana Law Review” 1979, vol. 40(1), s. 68.

czyną demokratycznie wybranych władz oraz podważają zaufanie do państwa<sup>36</sup>. Przeciwnie, pewność prawa wymaga, by dyskrecjonalność i subiektywne odwołanie do moralności (tzw. nastawienie ideologiczne, *attitudinal model*) wyłączyć z procesu adjudykacji. Co więcej, przyzwolenie na ideologizację orzecznictwa czyni wyznawane przez sędziego wartości kryterium jego doboru, a to potęguje upolitycznienie judykatywy.

Oryginalizm oczywiście nie wyklucza stosowania interpretacji odbiegającej od literalnego brzmienia przepisów (choć zastrzega, że ma ona być statyczna, podkreślając przy tym fundamentalną różnicę pomiędzy interpretacją a konstrukcją)<sup>37</sup>. Wobec abstrakcyjnego języka Konstytucji jawi się to zresztą jako konieczność. W tym kontekście w ramach oryginalizmu pojawiają się, często bardzo ostre<sup>38</sup>, podziały co do tego, jak należy interpretować obowiązujące przepisy. Przeważnie wyróżnia się dwa podstawowe kierunki: oryginalizm intencjonalny (*originalism of intention, originalism of intent*) oraz oryginalizm znaczeniowy albo semantyczny (*originalism of meaning*)<sup>39</sup>. Początkowo w ramach współczesnego oryginalizmu dominował intencjonalizm, lecz jeszcze w latach 80., wraz z powołaniem na stanowisko sędziego A. Scalii, na popularności zaczął zyskiwać promowany przez niego oryginalizm znaczeniowy, określanej niekiedy „nowym oryginalizmem”.

Podjęcie intencjonalne, wykorzystując świadectwa historyczne, w tym słynne „The Federalist”, stara się ustalić intencje i motywy autorów Konstytucji i to właśnie tym kryteriom podporządkowuje interpretację. Ma to umożliwić rozpatrywanie także tych spraw, których okoliczności, choć niewyobrażalne dla Ojców Założycieli, wypełniają dyspozycję norm ustalonych przeszło dwieście lat temu. W takim przypadku, poprzez zastosowanie intencji hipotetycznej (*hypothetical intent*), możliwe staje się orzekanie „w duchu” pierwotnego rozumienia

---

<sup>36</sup> Tak np. C. Wolfe, *The Supreme Court and Changing Social Mores*, [w:] *Ourselves and Our Posterity*, ed. B.C.S. Watson, Lanham–Plymouth 2009, s. 171; W.H. Rehnquist, *op. cit.*, s. 401–415.

<sup>37</sup> Zob. zwłaszcza: L.B. Solum, *What is Originalism...*, s. 12–41; idem, *A Reader's Guide to Semantic Originalism and a Reply to Professor Griffin*, “Illinois Public Law Research Paper” 2009, no. 08-12, s. 2 i n.; K.E. Whittington, *On Pluralism within Originalism*, [w:] *The Challenge of Originalism...*, s. 70–86.

<sup>38</sup> Zob. np. A. Scalia, *Common-Law Courts...*, s. 15 i n.; A. Scalia, B.A. Garner, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul 2012, *passim*; A. Tomza, *op. cit.*, s. 68–84; I. Wurman, *op. cit.*, s. 84 i n.

<sup>39</sup> Istnieją oczywiście inne typologie oryginalizmu. Na przykład Ronald Dworkin (*Comment*, [w:] A. Scalia, *A Matter of Interpretation...*, s. 118) wyróżnił oryginalizm semantyczny (*semantic originalism*) oraz oryginalizm oczekiwań (*expectations originalism*). W polskim piśmiennictwie własną klasyfikację zaproponowali Anna Tomza (*op. cit.*, s. 68 i n.), Dorota Lis-Staranowicz (*Legitymizacja sądowej kontroli prawa w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, Olsztyn 2012, s. 204–205) oraz Bogumił Brzeziński (*op. cit.*, s. 24 i n.).

Konstytucji<sup>40</sup>. Pozwala to również uniknąć nieporozumień wynikających ze zmiany obyczajów czy znaczenia terminów (np. sformułowanie *domestic violence*, przed którym władze federalne mają chronić stany zgodnie z art. IV § 4 Konstytucji, w 1787 r. oznaczało „rebelię”, „powstanie” bądź „rozruchy”, obecnie zaś – „przemoc domową”; literalna wykładnia tego przepisu całkowicie zmieniałaby stosunki pomiędzy pionowo podzielonymi władzami<sup>41</sup>). Do przedstawicieli tak rozumianego ścisłego oryginalizmu intencjonalnego zalicza się m.in. sędziów Roberta H. Borka i Williama H. Rehnquista czy też zajmującego w latach 80. ubiegłego stulecia urząd prokuratora generalnego Edwina Meese’go III.

W piśmiennictwie wyróżniono także nurt nazywany „nowym intencjonalizmem” bądź „kompatybilizmem”, którego przedstawiciele (m.in. Jack M. Balkin) utrzymują, że możliwe jest pogodzenie oryginalizmu i koncepcji „żywej Konstytucji”<sup>42</sup>. Wydaje się jednak, że podejście to oddala się od oryginalizmu i zbliża się do intencjonalizmu. Zgodnie z nim ustawa zasadnicza nie wyraża w pełni materialnie rozumianej konstytucji (ustroju, porządku), lecz jedynie określa sztywne fundamenty, na których kolejne pokolenia wnoszą nowe kondygnacje żywej konstrukcji. Stąd też nie ma koniecznej sprzeczności pomiędzy oryginalizmem a żywym konstytucjonalizmem, wręcz powinniśmy mówić o „żywym oryginalizmie”<sup>43</sup>. Rozpatrując kwestie, których ustawa zasadnicza wyraźnie nie normuje, należy interpretować prawo zgodnie z jej duchem: zasadami, standardami i wartościami (tzw. metoda tekstu i wartości). I tak np. I poprawka zapobiega cenzurze nie tylko tych wypowiedzi, które kwalifikowano jako chronione w 1791 r., lecz także wielu innych, współczesnych przejawów swobody ekspresji<sup>44</sup>.

Z kolei spokrewniony z tekstualizmem oryginalizm znaczeniowy można sprowadzić do interpretacji historycznej i językowej, a nawet systemowej<sup>45</sup>. Terminy jasne (nie niewyraźne i nie dwuznaczne) powinny być odczytywane zgodnie z ich historycznym powszechnym (tak np. Keith E. Whittington) albo ustalonym przez prawodawcę (tak np. Antonin Scalia) rozumieniem. Normy są kodowane w tekście aktu prawnego, a ich treść jest niezmienna, tak jak niezmiennie jest brzmienie ustawy zasadniczej, dopóki nie uchwali się poprawki. Sędzia jest nimi związany bez względu na

<sup>40</sup> Zob. R.A. Posner, *Statutory Interpretation: In the Classroom and in the Courtroom*, “University of Chicago Law Review” 1983, vol. 50(2), s. 810 i n.

<sup>41</sup> Za: L.B. Solum, *District of Columbia v. Heller and Originalism*, “Northwestern University Law Review” 2009, vol. 103(2), s. 945 i n.

<sup>42</sup> J.M. Balkin, *Living Originalism*, Cambridge–London 2011, passim; idem, *Original Meaning and Constitutional Redemption*, “Constitutional Commentary” 2007, vol. 24, s. 427 i n.; L.B. Solum, *Semantic Originalism...*, passim.

<sup>43</sup> J.M. Balkin, *Living Originalism...*, s. 3 i n.

<sup>44</sup> *Ibidem*, s. 6 i n.

<sup>45</sup> Zob. K.E. Whittington, *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, Lawrence 2001, passim; idem, *Constitutional Construction*, Cambridge 1999, passim.

realia, potrzeby społeczne czy oczekiwania polityczne. Oprócz wyżej wymienionych do adherentów tej teorii można zaliczyć jeszcze Lawrence'a B. Soluma oraz Clarence'a Thomasa i Michaela Poulsena. Nieco inne stanowisko wyraził Randy E. Barnett, zdaniem którego pojęcia zawarte w Konstytucji należy interpretować zgodnie z ich oryginalnym znaczeniem semantycznym, którego nie sposób odkryć, pomijając oryginalną intencję prawodawcy konstytucyjnego (oba kryteria się uzupełniają)<sup>46</sup>.

Pomimo punktów styčných oryginalizmu semantycznego z tekstualizmem, teorii tych nie można ze sobą mylić, a tym bardziej utożsamiać. Część adherentów tekstualizmu całkowicie odrzuca bowiem perspektywę historyczną i w ustawie zasadniczej doszukuje się pojęć uniwersalnych, odczytując je *prima facie*. Tekstualizm (notabene najstarsza teoria interpretacji) zakłada, że właściwym rozumieniem przepisów jest zwykły sposób rozumienia tekstu przez przeciętnego kompetentnego (w znaczeniu kompetencji językowej) odbiorcę, odwołując się przy tym do sformułowanej przez Olivera W. Holmesa reguły jasnego znaczenia (*plain meaning rule*). Znajduje ona zastosowanie nie tylko w procesie interpretacji Konstytucji, lecz także aktów prawa niższej rangi. Dopiero konieczność cofnięcia się do uwarunkowań historycznych może uczynić z tekstualisty oryginalistę, odwołującego się do pierwotnego znaczenia tekstu. Oryginalizm semantyczny natomiast – jak wspomniano – może polegać na kryterium historycznego powszechnego rozumienia pojęć albo na znaczeniu pierwotnie nadanym im przez prawodawcę. Ustalenie tegoż ma być zaś możliwe, ponieważ protokoły Konwencji Filadelfijskiej zostały zredagowane według języka powszechnie wówczas wykorzystywanego oraz ujednolicone terminologicznie. Jak zauważył A. Scalia, „The Federalist” stanowią pomoc dla sędziego nie dlatego, że pisali je Ojcowie Założyciele i wyrażają rzekomo „ducha Konstytucji”, lecz dlatego, że opisano tam dokładne znaczenie pojęć, którymi posłużono się w Konstytucji<sup>47</sup>. Co ciekawe, sam Scalia jest jednocześnie (oprócz oryginalizmu) zaliczany do nurtu nazywanego „nowym tekstualizmem” (ew. ścisłym tekstualizmem albo szerzej: „nowym formalizmem”), ponieważ dopuszcza ewolucję norm poprzez dostosowywanie ich do nowo implementowanych poprawek przy zastosowaniu wykładni systemowej i jednocześnie kategorycznym odrzuceniu uwzględniania intencji prawodawcy.

### III.

Podsumowując, oryginalizm celuje w pewność (właściwie stabilność) prawa i dąży do ustalenia niepodważalnej i wiernej Konstytucji treści norm. W założeniu wyklucza aktywizm sędziowski, rozumiany jako sądowe prawotwórstwo, działalność

<sup>46</sup> R.E. Barnett, *Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty*, Princeton 2013, s. 118 i n.

<sup>47</sup> A. Scalia, *Common-Law Courts...*, s. 37.

szersza niż konieczna i (w konsekwencji) zagrożenie dla rządów prawa. Skłania się ku formalizmowi oraz doktrynie „samoograniczania się” czy też „powściągliwości sędziowskiej” (*judicial self-restraint*)<sup>48</sup>. W tej perspektywie *judicial review* stanowi zabezpieczenie nie tylko przed niekonstytucyjnością ustaw czy działaniem egzekutywy bez podstawy prawnej, lecz także przed pozakonstytucyjną zmianą ustroju. Sąd Najwyższy ma pełnić rolę strażnika ładu ustrojowego, a nie jego demiurga.

Ze względu na klasycznie liberalne dziedzictwo Ameryki (i pozanormatywną redefinicję liberalizmu politycznego w XX w.) wiąże się to na ogół z obroną modelu państwa ograniczonego oraz ochroną negatywnie pojmowanych praw i wolności. Nieprzypadkowo to właśnie z oryginalizmem spokrewniona jest libertariańska koncepcja tzw. zapomnianej Konstytucji (*Lost Constitution*) – idea urzeczywistnienia wizji ustrojowej Ojców Założycieli: małego państwa z ograniczonym rządem, wolnym rynkiem i daleko posuniętą autonomią stanów, wymagająca prowolnościowej interpretacji przepisów (tzw. domniemanie wolności), a także konserwatywna wizja „Konstytucji na wygnaniu” (*Constitution in Exile*), czyli postulat powrotu do porządku sprzed „rewolucji” Franklina D. Roosevelta: ograniczenia aktywizmu sędziowskiego oraz przyjęcia domniemania konstytucyjności, odczytywania Konstytucji tak, jak została ona napisana (koncepcja „wierności Konstytucji”). W ujęciu tym ustawa zasadnicza stoi ponad tradycją amerykańskiego *common law* i prawem sędziowskim<sup>49</sup>.

Stąd też pośród głosów krytycznych wobec teorii oryginalistycznej donośnie wybrzmiewa argument o jej ukrytej ideologizacji. Wbrew twierdzeniom adherentów nie jest ona wcale tak obiektywna czy neutralna, jak mogłoby się wydawać.

---

<sup>48</sup> Doktryna *self-restraint* zakłada, że to Kongres jest wyłącznie właściwy w zakresie kształtowania polityki państwa, judykatura powinna zaś występować w służbie prawa – stosować prawidłowo uchwalone akty Kongresu i opierać się na domniemaniu ich konstytucyjności (koncepcja tzw. *faithful agent*). Sąd Najwyższy nie kształtuje ustroju i rezygnuje z badania konstytucyjności określonych kwestii bądź rozpatruje je jedynie w ograniczonym kontekście zgodnie z tzw. regułami Ashwandera i regułą kwestii politycznych. Zob. orzeczenia i opinie w sprawach: *Ashwander v. Tennessee Valley Authority* 297 U.S. 288 (1936); *Baker v. Carr* 369 U.S. 186 (1962); *United States v. Nixon* 418 U.S. 683 (1974); *United States v. Morrison* 529 U.S. 598 (2000); *Felker v. Turpin* 518 U.S. 651 (1996). Zob. także: R.A. Posner, *The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint*, „California Law Review” 2012, vol. 100(3), s. 520 i n.; M.H. Redish, *Judicial Review and the “Political Question”*, „Northwestern University Law Review” 1984, vol. 79, s. 1059 i n.; T. Ziński, *Domniemanie konstytucyjności ustaw w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, Warszawa 2016, s. 37–38; I. Małajny, *Reguła „kwestii politycznych” w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA*, [w:] *Konstytucjonalizm a doktryny polityczno-prawne. Najnowsze kierunki badań*, red. R.M. Małajny, Katowice 2008, s. 202–215; P. Laidler, *Sąd Najwyższy...*, s. 240 i n.

<sup>49</sup> Zob. R.E. Barnett, *Restoring the Lost Constitution, Not the Constitution in Exile*, „Fordham Law Review” 2006, vol. 75, s. 669–673; J. Rosen, *The Unregulated Offensive*, 2005, [www.nytimes.com/2005/04/17/magazine/the-unregulated-offensive.html](http://www.nytimes.com/2005/04/17/magazine/the-unregulated-offensive.html) [dostęp: 10.07.2020]; J. Chait, *The Constitution in Exile Appears*, 2010, <https://newrepublic.com/article/72861/the-constitution-in-exile-appears> [dostęp: 10.07.2020].



Obstawanie przy tym, by prawo znaczyło dziś dokładnie to samo, co znaczyło wtedy, gdy było pomyślane jako wiążące, ma z konieczności wydzwięk konserwatywny. Uzasadnieniem dla proponowanej interpretacji jest tu bowiem autorytet tradycji, przeszłość, a jej skutkiem – odcięcie się od osiągnięć kolejnych pokoleń, walczących o doskonalenie ustroju (np. ruchu praw obywatelskich)<sup>50</sup>. Dodatkowo nawet jeśli sędzia-oryginalista dystansuje się od swoich aktualnych przekonań, odwołując się do pierwotnej intencji, to musi przyjąć założenie na temat motywów przyświecających prawodawcy, a polegając na historycznym znaczeniu pojęć – posłużyć się ich definicjami zawartymi w materiałach propagandowych i manifestach politycznych (czym innym jest „The Federalist” – zbiór tekstów wydanych w toku wielkiej debaty konstytucyjnej?), a więc dokonać interpretacji przeszłości. Zresztą żadna oryginalna intencja nigdy nie istniała (treść Konstytucji jest wypadkową wielu głosów i stanowisk), a prawdziwe znaczenie przepisu i jego historyczne rozumienie nie jest tym samym<sup>51</sup>.

Stwierdzenie nastawienia ideologicznego oryginalizmu nie budzi dziś zdziwienia. Dowodzą tego liczne studia (w tym badania empiryczne orzecznictwa)<sup>52</sup>, a niekiedy przynajmniej do niego sami oryginaliści. Zaangażowania politycznego nie ukrywał np. jeden z czołowych (i wyjątkowo kontrowersyjnych) oryginalistów – sędzia R.H. Bork. W artykule *The Case Against Political Judging* otwarcie przyznał, że proponowana teoria interpretacji wytrąci liberałom argumenty i narzędzia na drodze do redefinicji praw i wolności oraz roli państwa<sup>53</sup>. Podobnie mianowany przez prezydenta Reagana prokurator generalny E. Meese III, który wiązał oryginalizm z konserwatyzmem, upatrując w nim nadziei na odwrót od orzecznictwa promującego liberalizm obyczajowy, akcję afirmatywną i prawo

<sup>50</sup> Tak też: M.H. Lemos, *The Politics of Statutory Interpretation*, „Notre Dame Law Review” 2013, vol. 89(2), s. 884 i n.; R.W. Benett, *Originalism and the Living American Constitution Originalism and the Living American Constitution*, [w:] R.W. Bennett, L.B. Solum, *Constitutional Originalism: A Debate*, Ithaca 2011, s. 78–142; idem, *Are We All Living Constitutionalists Now?*, [w:] R.W. Bennett, L.B. Solum, *op. cit.*, s. 165–180.

<sup>51</sup> Tak np. F.B. Cross, *The Failed Promise of Originalism*, Stanford 2013, s. 107 i n.; P. Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, „Boston University Law Review” 1980, vol. 60, passim; M.N. Berman, *Originalism is Bunk*, „New York University Law Review” 2009, vol. 84(1), passim; W.J. Waluchow, *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, New York 2007, s. 58; H.J. Powell, *The Original Understanding of Original Intent*, „Harvard Law Review” 1985, vol. 98(5), s. 885 i n.; D.A. Strauss, *The Living Constitution*, Oxford – New York 2010, s. 7 i n.

<sup>52</sup> Zob. np. R. Post, R. Siegel, *Originalism as a Political Practice: The Rights’ Living Constitution*, „Fordham Law Review” 2006, vol. 75, s. 545 i n.; R.A. Brisbin Jr., *The Conservatism of Antonin Scalia*, „Political Science Quarterly” 1990, vol. 105(1), s. 1–29; C.R. Sunstein, D. Schkade, L.M. Ellman, A. Sawicki, *op. cit.*, s. 44 i n. Podobnie w przypadku tekstualizmu: F.H. Easterbrook, *Judicial Discretion in Statutory Interpretation*, „Oakland Law Review” 2004, vol. 57, s. 18–19.

<sup>53</sup> R.H. Bork, *The Case Against Political Judging*, „National Law Review” 1989, vol. 41(8), s. 23–26.



do opieki społecznej<sup>54</sup>. Wreszcie oryginalizm stanowi też instrument mobilizacji konserwatywnie usposobionej części opinii publicznej, manifestującej w obliczu istotnych rozstrzygnięć sądowych czy protestującej wobec rzekomo niekonstytucyjnej praktyki liberalnych polityków (np. organizacji pro-life domagających się rewizji precedensów dotyczących aborcji<sup>55</sup>).

Ponadto oryginalizm prowadzi do wniosków współcześnie trudnych do zaakceptowania, nawet przez zwolenników tej teorii, co umożliwia krytykom punktowanie niespójności czy wręcz „braku odwagi”<sup>56</sup>. Konsekwentnie stosowany, wskazuje np. na niekonstytucyjność papierowej formy pieniądza albo przeciwnie – na dopuszczalność segregacji rasowej w myśl zasady *separate but equal*, dyskryminacji kobiet czy ograniczenia wolności słowa<sup>57</sup>. Skrajnym przykładem, który uzmysławia nieadekwatność oryginalizmu do zmieniających się warunków społecznych, wydaje się być kwestia niewolnictwa. W czasach gdy nie obowiązywała jeszcze XIII poprawka, znosząca niewolnictwo we wszystkich stanach, swoistym oryginalistą (tzw. starym oryginalistą) był sędzia Roger Brooke Taney, jeden z najwybitniejszych prawników w historii Sądu Najwyższego, zapamiętany jednak z uzasadnienia w sprawie *Dred Scott v. John F.A. Sandford*<sup>58</sup>. Abstrahując od własnych poglądów i odwołując się do dziedzictwa konstytucyjnego początków republiki, Taney skonkludował (zasadniczo poprawnie), że ani Ojcowie Założyciele, ani stany nie traktowały pierwotnie czarnoskórych jako potencjalnych obywateli. Naturalnie podporządkowani białym Amerykanom, czarni mieli więc dysponować tylko tymi prawami i wolnościami, które zostaną im przyznane *expressis verbis* przez obywateli jako pewna forma przywileju politycznego<sup>59</sup>. W konsekwencji *Dred Scott*, czarnoskóry mężczyzna, któremu odmówiono wyzwolenia pomimo zamieszkiwania przez pewien czas w stanach, gdzie niewolnictwa nie uznawano, a domicyl skutkował wyzwoleniem, nie mógł (zdaniem Taneya) zwrócić się do Sądu Najwyższego ze skargą konstytucyjną o ustalenie wyzwolenia, ponieważ zgodnie z prawem federalnym nie był obywatelem. Problematyczność przyjęcia dziedzictwa konstytucyjnego *in extenso* rozpoznają zresztą sami oryginaliści. A. Scalia, tłumacząc swoje odstępstwa od ścisłej interpretacji oryginalistycznej (tj. wybiórcze stosowanie promowanej przez siebie

<sup>54</sup> E. Meese III, *Putting the Federal Judiciary Back on the Constitutional Track*, “Georgia State University Law Review” 1998, vol. 14, s. 784–789. Por. idem, *Return to Constitutional Interpretation from Judicial Law-Making*, “New York Law School Law Review” 1996, vol. 40, s. 925 i n.

<sup>55</sup> Za: R. Post, R. Siegel, *op. cit.*, s. 556–559, 566–568.

<sup>56</sup> Tak np. B. Ackerman, *The Living Constitution...*, s. 1755; R.A. Posner, *Bork and Beethoven*, [w:] idem, *Overcoming Law*, Cambridge–London 1995, s. 237–255.

<sup>57</sup> Zob. np. Ł. Machaj, *op. cit.*, s. 33–34.

<sup>58</sup> *Dred Scott v. John F.A. Sandford* 60 U.S. 393 (1857).

<sup>59</sup> Ł. Machaj, *op. cit.*, s. 404–405.

teorii), określił siebie jako „oryginalistę słabej wiary” (*faint-hearted originalism*)<sup>60</sup>, co spotkało się z krytyką ortodoksyjnie nastawionego R.E. Barnetta<sup>61</sup>.

Tym co jednak łączy oba stanowiska, jest bardzo praktyczne nastawienie do współczesności. Oryginalizm nie celebrytuje konstytucyjnego dziedzictwa jako celu samego w sobie, lecz posługuje się nim do osiągnięcia bardzo konkretnych rozstrzygnięć co do współczesności. Biorąc pod uwagę przeobrażenia ustroju amerykańskiego w XX w. przy wykorzystaniu *judicial review* i poprzez praktykę polityczną, obstawanie przy interpretacji historycznej wymusza rewizję niemal całego systemu prawnego. Niezależnie więc od przyjęcia podejścia radykalnego czy „słabej wiary” oryginalizm promuje aktywizm sędziowski. Tak jak domaganie się wprowadzenia w życie postulatów konserwatywnych po reformie albo rewolucji ma charakter reakcyjny i niewiele wspólnego z postawą konserwatywnym prawniczym, tak i wiążący się z minionym porządkiem oryginalizm skutkuje zaangażowaniem politycznym i normotwórczą działalnością judykatury<sup>62</sup>.

Myliłby się zatem ten, kto przypisywałby pasywizm i aktywizm w prosty sposób do (odpowiednio) konserwatywnemu (w rozumieniu amerykańskim) i liberalizmu<sup>63</sup>. Aktywizm sędziowski doby prezesów E. Warrena i W. Burgera Sąd Najwyższy kontynuował pod przewodnictwem W. Rehnquista, nominowanego na urząd przez konserwatywnego prezydenta Ronalda Reagana właśnie po to, by odwrócić liberalne linie orzecznicze (był to element osławionej „rewolucji konserwatywnej”<sup>64</sup>). Czynnikiem ideologicznym przesądzał wówczas nie tylko o doborze argumentacji czy głosowania za określonym werdyktem w nowo rozpatrywanych sprawach, lecz także o gotowości do przełamania precedensu i ustalenia nowej linii orzeczniczej. Zdaniem wielu skrajnym przypadkiem aktywizmu (notabene

<sup>60</sup> A. Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, “University of Cincinnati Law Review” 1988, vol. 57, s. 864. Zob. też komentarz do tej postawy: R.E. Barnett, *Scalia’s Infidelity: A Critique of “Faint-Hearted” Originalism*, “University of Cincinnati Law Review” 2006, vol. 75, s. 7–24.

<sup>61</sup> R.E. Barnett, *Scalias’s Infidelity...*, s. 7–24.

<sup>62</sup> D.A. Strauss, *Why Conservatives Shouldn’t Be Originalists*, “Harvard Journal of Law and Public Policy” 2008, vol. 31, s. 269–276; idem, *Originalism, Conservatism, and Judicial Restraint*, “Harvard Journal of Law and Public Policy” 2011, vol. 34(1), s. 137–146.

<sup>63</sup> Dystynkcja na zwolenników obu koncepcji, a tym bardziej na faktycznych ich przedstawicieli, biegnie w poprzek podziałów ideologicznych. Jak wynika z prac Williama P. Marshalla oraz Lori Ringhand i Caprice Roberts, analizujących orzecznictwo w ostatnich dekadach, aktywistami znacznie częściej okazują się sędziowie kojarzeni z konserwatywnym (nierzadko pod pozorem interpretacji oryginalistycznej). Za: A. Tomza, *op. cit.*, s. 99–101.

<sup>64</sup> Notabene oryginalizm jawnie forsowano wówczas jako metodę interpretacji sprzyjającą celom politycznym nowej administracji. Zob. np. R. Reagan, *Speech by President Ronald Reagan at the Swearing in of Chief Justice William H. Rehnquist and Justice Antonin Scalia*, [w:] *Originalism: A Quarter-Century of Debate*, ed. S.G. Calabresi, Washington 2007, s. 95–98; J. Greene, *Selling Originalism*, “Georgetown Law Journal” 2009, vol. 97, s. 659–660; Por. C. Wolfe, *The Rehnquist Court and “Conservative Judicial Activism”*, [w:] *That Eminent Tribunal Judicial Supremacy...*, s. 199–224.

oryginalistycznego), ponieważ związanym ze sporem politycznym i obsadą demokratycznie obieralnego urzędu, jest orzeczenie w sprawie *Bush v. Gore*<sup>65</sup>, które przesądziło o wyniku wyborów prezydenckich w 2000 r. na korzyść kandydata Partii Republikańskiej.

Innymi słowy, aktywizm może być zarówno progresywny, jak i reakcyjny. Przykładem reakcyjnego aktywizmu (negatywnego i pozytywnego) wynikającego z pozycji oryginalistycznych była prokonserwatywna działalność orzecznicza sędziego A. Scalii<sup>66</sup>. W słynnej sprawie *Lawrence and Garner v. Texas*<sup>67</sup>, w której Sąd Najwyższy orzekł niekonstytucyjność kryminalizacji stosunków homoseksualnych, zgłosił on zdanie odrębne. Uznał, że czyniący ustępstwa na rzecz tzw. lobby homoseksualnego sędziowie nie mają prawa narzucać społeczeństwu i stanom własnych zasad moralnych i standardów obyczajowych oraz stosować wykładni rozszerzającej, by znieść restrykcje obowiązujące w stanie Teksas. Inaczej było w przypadku orzeczenia w przywołanej już sprawie *District of Columbia v. Heller*, gdzie opowiedział się po stronie większości (był nawet autorem uzasadnienia), tj. za sformułowaniem prawa do posiadania broni przez osoby fizyczne. Tymczasem, jak wykazał Richard Posner, prawidłowo zastosowana interpretacja oryginalistyczna prowadziłaby jednak do przeciwnego werdyktu, a interpretacja historyczna posłużyła Scalii do promowania konserwatywnych postulatów politycznych (II poprawka zabezpieczała istnienie efektywnej milicji, a nie bezwarunkowej własności prywatnej broni)<sup>68</sup>, choć opinii tej oczywiście nie potwierdzają oryginaliści<sup>69</sup>. Z kolei w przypadku działalności orzeczniczej sędziego C. Thomasa instrumentalne traktowanie interpretacji historycznej wydaje się komentatorom tak oczywiste, że obok nastawienia ideologicznego należałoby wskazać na rewizjonizm<sup>70</sup>. Badacze amerykańskiego konstytucjonalizmu podkreślają w tym kontekście inherentne napięcie pomiędzy (obiektywizującą) teorią oryginalizmu a jego (prokonserwatywną) praktyką orzeczniczą<sup>71</sup>.

Wreszcie oryginalizm jest zdaniem krytyków sprzeczny z prawem do samostanowienia – uprawnieniem każdego pokolenia do ustalenia własnej umowy spo-

<sup>65</sup> *Bush v. Gore* 531 U.S. 98 (2000).

<sup>66</sup> Za: P. Laidler, *Sąd Najwyższy...*, s. 245–246.

<sup>67</sup> *Lawrence and Garner v. Texas* 539 U.S. 558 (2003).

<sup>68</sup> R.A. Posner, *In Defense of Looseness*, 2008, <https://newrepublic.com/article/62124/defense-looseness> [dostęp: 30.07.2020].

<sup>69</sup> Zob. L.B. Solum, *District of Columbia...*, s. 923–981. Tego, że interpretacja historyczna może być błędna, dowodzi już sam fakt, że sędziowie Scalia i Thomas (oryginaliści semantyczni) w sprawie *McIntyre v. Ohio Elections Commission* (514 U.S. 334, 1995) sporządzili zdanie odrębne i zbieżne.

<sup>70</sup> Zob. np. M.A. Graber, *Clarence Thomas and the Perils of Amateur History*, [w:] *Introduction to Rehnquist Justice: Understanding the Court Dynamic*, ed. E.M. Maltz, Lawrence 2003, s. 70–71.

<sup>71</sup> R. Post, R. Siegel, *op. cit.*, s. 557.

łecznej i regulacji służących jego potrzebom. Ortodoksyjne podejście do intencji minionych prawodawców czy wyblakłej litery prawa stanowi właśnie formę ograniczenia współczesnych przez Ojców Założycieli (notabene nastawionych sceptycznie do demokracji). Paradoksalnie oryginaliści, wypowiadając się na rzecz powściągliwości sędziowskiej, posługują się retoryką prodemokratyczną<sup>72</sup>. Odwołują się wówczas do zarzutu formułowanego przez niektórych formalistów, demokratów i populistów, zgodnie z którym *judicial review* stanowi zagrożenie „rządami sędziów” i tamuje realizację woli politycznej (tzw. problem antywiększościowy, *countermajoritarian*)<sup>73</sup>. Jak to ujął R. Bork: „Amerykanie są bezbronni wobec antydemokratycznej, w rzeczy samej despotycznej, władzy sędziów”<sup>74</sup>.

Warto wobec tego pamiętać, że celem badania konstytucyjności aktów prawnych przez sądy nie jest ograniczanie prawa do samostanowienia, lecz realizacja rządów prawa niezbędnych w nowoczesnej (liberalnej, konstytucyjnej, deliberatywnej) demokracji. *Judicial review* powinno i może temu celowi służyć. Działalność Sądu Najwyższego w tym zakresie byłaby jednak pozorna, gdyby jej podstawową funkcją było petryfikowanie porządku polityczno-prawnego. Dynamiczna interpretacja Konstytucji nie jest tym samym, co sprzeniewierzenie się jej. Tak jak formalizm może oczywiście prowadzić do orzekania wbrew duchowi ustawy zasadniczej, lecz to, czy tak się stanie, zależy od rzetelności sędziowskiej, a nie polegania bądź nie na historycznym rozumieniu przepisów. Tekst aktu prawnego jest punktem wyjścia dla każdej metody interpretacji, a egzegeza nie dopuszcza dowolnych wniosków i całkowitej swobody formułowania norm inferencyjnych.

Odpierający te zarzuty A. Scalia dowodził, że oryginalizm zapewne nie jest bez wad, ale w przeciwieństwie do teorii dynamicznych, które mogą skutkować każdorazowo odmiennym odczytaniem normy, dąży do ustalenia obiektywnego

---

<sup>72</sup> Na temat tego paradoksu zob. D.J. Goldford, *The American Constitution and the Debate over Originalism*, New York 2005, s. 122–153.

<sup>73</sup> A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Heaven – London 1986, s. 16 i n.; J.N. Eule, *Judicial Review of Direct Democracy*, “The Yale Law Review” 1993, vol. 91(4), s. 1503–1590; B. Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, “New York Law Review” 1998, vol. 73(2), s. 333–433; idem, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, “Yale Law Review” 2002, vol. 112, s. 153–259; K.D. Ward, *Introduction*, [w:] *The Judiciary and American Democracy: Alexander Bickel, The Countermajoritarian Difficulty and Contemporary Constitutional Theory*, eds. K.D. Ward, C.R. Castillo, Albany 2005, s. 1 i n.; L.D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York 2004, passim; M.V. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton 1999, s. X i n.; idem, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton 2008, s. 18 i n.; J. Waldron, *The Core of the Case Against Judicial Review*, “The Yale Law Journal” 2006, vol. 115(6), s. 1346–1406.

<sup>74</sup> R.H. Bork, *Slouching Towards Gomorrah: Modern Liberalism and American Decline*, New York 1996, s. 119.

i stałego znaczenia przepisu. Tym samym wiąże sędziów prawem i ogranicza przejawy aktywizmu<sup>75</sup>. W przypadku gdy ortodoksyjna wierność pierwotnemu znaczeniu pojęć prowadzi do formułowania norm nie do zaakceptowania przez dzisiejsze społeczeństwo (np. do ograniczenia praw kobiet czy mniejszości rasowych), Scalia proponował łagodzenie wyroków<sup>76</sup>. W tym kontekście o konieczności stosowania „dobrej wiary” w procesie interpretacji Konstytucji pisał z kolei L.B. Solum<sup>77</sup>. W ujęciu tym oryginalizm, nawet semantyczny, nie jest „ściśłym konstrukcjonizmem”, w szczególności nie opiera się na ślepej wierze w możliwość ustalenia jednego znaczenia klauzul generalnych. Funkcjonalna judykatura stosuje normy odpowiednio do współczesnych warunków, interpretacja historyczna i językowa stanowi zaś wsparcie dla dokonującego egzegezy sędziego, a nie ramy, których powinien się bezwzględnie trzymać.

Jeśli chodzi o konserwatywny antydemokratyzm, Scalia zwrócił uwagę, że *judicial review*, o ile jest dokonywane zgodnie z literą prawa, ma tak naprawdę charakter prodemokratyczny. Jest tak, ponieważ Konstytucja została stworzona przez przedstawicieli narodu na podstawie Konwencji Filadelfijskiej (ma charakter kontraktualistyczny) i reguluje jedynie wąski wycinek spraw publicznych, pozostała część pozostawiając do rozstrzygnięcia ustawodawcy, stanom i społeczeństwu<sup>78</sup>. Jeszcze inną próbę pogodzenia oryginalizmu z demokratyzmem podjęli John O. McGinnis i Michael B. Rappaport, którzy zaproponowali, by sądy stosowały interpretację historyczną ze względów utylitarnych. Ich zdaniem przyniesie to współczesnemu społeczeństwu amerykańskiemu najwięcej korzyści, a przecież demokracja – zgodnie z definicją Abrahama Lincolna – to także „rządy dla ludu”<sup>79</sup>. Jest to już jednak oczywisty przejaw nastawienia ideologicznego w filozofii *judicial review*.

#### IV.

Badania nad oryginalizmem jako teorii interpretacji Konstytucji ujawniają kilka interesujących aspektów właściwych dla sądownictwa konstytucyjnego. Otóż każda z teorii interpretacji może łączyć się z nastawieniem ideologicznym i aktywizmem. Jak zauważył T. Gizbert-Studnicki, udzielenie odpowiedzi na pytanie o właściwą normatywną teorię interpretacji „nie może być neutralne aksjo-

<sup>75</sup> A. Scalia, B.A. Garner, *op. cit.*, s. 700.

<sup>76</sup> A. Scalia, *Originalism...*, s. 864 i n. Później jednak nieco inaczej: J. Senior, *In Conversation: Antonin Scalia*, 2013, <https://nymag.com/news/features/antonin-scalia-2013-10> [dostęp: 10.10.2020].

<sup>77</sup> L.B. Solum, *Semantic Originalism...*, s. 8 i n.

<sup>78</sup> A. Scalia, *Originalism...*, s. 849–865.

<sup>79</sup> J.O. McGinnis, M.B. Rappaport, *Originalism and the Good Constitution*, Cambridge–London 2013, s. 2 i n.

logicznie, a każdy wybór [...] odwołuje się do pewnych, lepiej lub gorzej określonych i mniej lub bardziej uświadomionych treści”<sup>80</sup>.

W przypadku oryginalizmu zaś konserwatyzm oraz reakcyjne usposobienie do obowiązującego porządku w sposób naturalny wpływają z przyjętych założeń co do filozofii adjudykacji i pozycji ustrojowej judykatury. Oznacza to, że oryginalizm zbliża się charakterem do doktryny polityczno-prawnej (właściwie prawno-politycznej), opiera się bowiem na filozoficznych podstawach myślenia o zjawisku prawa, wyznacza kierunki i metody aktywności w dziedzinie jego tworzenia i stosowania, a przy tym implikuje stosunkowo konkretne wskazania o charakterze politycznym (konserwatywnym)<sup>81</sup>. Nie jest ani obiektywny, ani neutralny i może być określony jako upolityczniona teoria sądownictwa konstytucyjnego<sup>82</sup>. Ponieważ brakuje mu inherentnego ideologicznego komponentu materialnego (w czym przypomina tzw. konserwatyzm formalny, a nie materialny, konserwatywną filozofię polityki, a nie polityczną – albo po prostu konserwatyzm anglosaski), uważam, że doktryną (w ścisłym znaczeniu) nie jest. Ma rację Jack Balkin, według którego oryginalizm i „żywy konstytucjonalizm”, traktowane jako konkurencyjne filozofie, to koncepcje wykorzystywane przez (odpowiednio) konserwatystów i liberałów<sup>83</sup>. Odpowiadają one dwóm inherentnym, często antagonistycznym tendencjom amerykańskiej kultury: przywiązaniu do tradycji i ukierunkowaniu na postęp.

Jak się wydaje, wniosek ten ukazuje jeszcze jeden poziom koniecznego związku prawa, a sądownictwa konstytucyjnego w szczególności, z polityką – zjawiska, które stara się badać dyscyplina doktryn polityczno-prawnych. Paradoksalnie nazwanie rzeczy po imieniu pozwala uwolnić interpretację prawa od skrytego upolitycznienia, doktrynerstwa pozorującego obiektywizm i praworządność. Stąd też warto za Barry’em Friedmanem wskazać na potrzebę integracji prawa i polityki – przyjęcie perspektywy, w której działający w ramach *judicial review* Sąd Najwyższy jest organem znacznie bliższym pozostałym władzom, niż wskazywałaby na to jego proveniencja<sup>84</sup>. W tym stanie rzeczy teoria interpretacji powinna aksjologicznie i metodologicznie odpowiadać wizji państwa i prawa, ku której zmierza dobrze urządzone społeczeństwo.

Aktywizm sądowy to najprawdopodobniej pojęcie puste – określenie używane w odniesieniu do rozstrzygnięć wydanych wbrew oczekiwaniom i przekonaniom komentatora (to ideologiczna ocena orzecznictwa, a nie rzeczywisty stopień zaan-

<sup>80</sup> T. Gizbert-Studnicki, *op. cit.*, s. 147.

<sup>81</sup> Por. H. Izdebski, *Doktryny polityczno-prawne. Fundamenty współczesnych państw*, Warszawa 2017, s. 15–16.

<sup>82</sup> Por. K.E. Whittington, *Is Originalism Too Conservative*, “Harvard Journal of Law and Public Policy” 1991, vol. 34(1), s. 38.

<sup>83</sup> J.M. Balkin, *Living Originalism...*, s. 280.

<sup>84</sup> B. Friedman, *The Politics...*, s. 259 i n.



gażowania arbitrów w kreację nowych norm jest kryterium decydującym o przypisaniu Sądowi miana „aktywistycznego” bądź „powstrzymującego się”). Sam Sąd zaś albo wypełnia swoją rolę ustrojową i zgodnie z prawem korzysta z nadanych mu kompetencji, albo powstrzymuje się od wykonywania swoich zadań (nieprzypadkowo za aktywistę uchodzi John Marshall, zwolennik silnej pozycji judykatury, który „odkrył” *judicial review* dla amerykańskiego konstytucjonalizmu). Twórczy charakter działalności orzeczniczej sądów, także w toku badania konstytucyjności i zwłaszcza w przypadku Sądu, nie jest niczym szczególnym, stanowi bowiem istotny element porządku *common law* i roli wyznaczanej w nim sędziom. W szczególności *judicial review* samo w sobie nie jest przejawem aktywizmu sądowego czy nihilizmu prawnego.

W warunkach prawdziwego podziału władz, gdzie sprawy publiczne i regulacje z konieczności wiążą ze sobą kwestie prawne i polityczne, jest to naturalne. Podobnie w przypadku demokratyzmu i antydemokratyzmu: oryginalizmu albo jeszcze szerzej – *judicial review*. Skoro dochodzi ono do skutku w państwie demokratycznym, to orzecznictwo z konieczności odbija poglądy na sprawiedliwość i moralność opinii publicznej. „Problem antywiększościowy”, jak dowodził Robert Dahl, istnieje prawdopodobnie jedynie w wymiarze teoretycznym, nawet jeśli jednym z deklarowanych celów kontroli konstytucyjności prawa jest ochrona praw i wolności mniejszości<sup>85</sup>. Gdyby jednak przejawiał się w praktyce, to jako wyraz liberalizacji czy też konstytucjonalizacji, demokracji i publicznego rozumu (w rozumieniu Rawlowskiego *public reason*), a nie zawłaszczania ustroju przez sędziów. Warto pamiętać, że integracja prawa i polityki nie może oznaczać kapitulacji rządów prawa przed wolą polityczną – rządami ludzi. Autorytaryzm, czy to populistyczny (demokratyczny), czy to autokratyczny, nigdy nie będzie do pogodzenia z konstytucjonalizmem. Jeśli zatem przyjąć, jak nie bez racji proponują niektórzy, rozumienie pożądanego modelu demokracji wyłącznie jako „demokracji liberalnej”, „konstytucyjnej” czy nawet „deliberatywnej”, to w sposób oczywisty eliminuje to sygnalizowany problem<sup>86</sup>. W ujęciu tym Sąd Najwyższy działający w ramach *judicial review* stanowi oczywiście ograniczenie czystego demokratyzmu, ale nie demokracji jako przyjętej formy ustrojowej. Przeciwnie, troszcząc się o rządy prawa i realizację obietnicy konstytucjonalizmu, umożliwia jej trwanie.

Wreszcie rządy sędziów – widmo, którego obawiała się nawet część Ojców Założycieli – raczej nigdy się nie zrealizują. Warto przypomnieć, jak wątpliwości w tym względzie rozwiewał Alexander Hamilton. W „*The Federalist*” przypomi-

<sup>85</sup> R. Dahl, *A Preface to Democratic Theory*, Chicago–London 2006, s. 105–112.

<sup>86</sup> Zob. np. H. Spector, *Judicial Review, Rights, and Democracy*, „*Law and Philosophy*” 2003, vol. 22(3–4), s. 314 i n.; J. Rawls, *Liberalizm polityczny*, Warszawa 2012, passim; C.L. Black, *The People and the Court: Judicial Review in a Democracy*, Westport 1977, s. 66 i n.; A. Barak, *A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, „*Harvard Law Review*” 2002, vol. 116, s. 19–162.

nał, że judykatura nie dzierży ani „miecza” (nie ma narzędzi do egzekwowania swoich werdyktów), ani „sakiewki” (nie ustala budżetu). Jej siła opiera się wyłącznie na autorytecie – zdolności wzbudzania poczucia obowiązku respektowania orzeczeń na pozostałych ośrodkach władzy<sup>87</sup>. W tym stanie rzeczy ukazuje się w pełni kwestia rządów prawa. Jeśli zabraknie faktycznej woli dla respektowania prawa, w tym wyroków sądowych, to nawet najlepiej skonstruowane gwarancje niezależności i wyrafinowane metody interpretacji aktów prawnych zawiodą, a kultura prawna upadnie<sup>88</sup>.

## BIBLIOGRAFIA

### LITERATURA

- Ackerman B., *The Decline and Fall of the American Republic*, Cambridge–London 2010.
- Ackerman B., *The Living Constitution*, “Harvard Law Review” 2007, vol. 120(7).
- Balkin J.M., *Living Originalism*, Cambridge–London 2011.
- Balkin J.M., *Original Meaning and Constitutional Redemption*, “Constitutional Commentary” 2007, vol. 24.
- Balkin J.M., *Why are Americans originalist?*, [w:] *Law, Society and Community: Socio-Legal Essays in Honour of Roger Cotterrell*, eds. R. Nobles, D. Schiff, London 2014.
- Barak A., *A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy*, “Harvard Law Review” 2002, vol. 116.
- Barcentewicz M., *Oryginalizm jako koncepcja wykładni konstytucji*, [w:] *Konwergencja czy dywergencja kultur i systemów prawnych?*, red. O. Nawrot, Warszawa 2012.
- Barnett R.E., *Restoring the Lost Constitution, Not the Constitution in Exile*, “Fordham Law Review” 2006, vol. 75.
- Barnett R.E., *Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty*, Princeton 2013.
- Barnett R.E., *Scalia’s Infidelity: A Critique of “Faint-Hearted” Originalism*, “University of Cincinnati Law Review” 2006, vol. 75.
- Benett R.W., *Are We All Living Constitutionalists Now?*, [w:] R.W. Bennett, L.B. Solum, *Constitutional Originalism: A Debate*, Ithaca 2011.
- Benett R.W., *Originalism and the Living American Constitution*, [w:] R.W. Bennett, L.B. Solum, *Constitutional Originalism: A Debate*, Ithaca 2011.
- Berger R., *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Indianapolis 2015.
- Berman M.N., *Originalism is Bunk*, “New York University Law Review” 2009, vol. 84(1).
- Bickel A.M., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Heaven – London 1986.
- Black C.L., *The People and the Court: Judicial Review in a Democracy*, Westport 1977.
- Bobbit P., *Constitutional Interpretation*, [w:] *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, eds. K.L. Hall, J.W. Ely Jr., J.B. Grossman, Oxford – New York 2005.

<sup>87</sup> A. Hamilton, No. 78. *A View of the Constitution of the Judicial Department in Relation to the Tenure of Good Behaviour*, [w:] A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *The Federalist*, eds. G.W. Carey, J. McClellan, Indianapolis 2001, s. 382–387.

<sup>88</sup> Zob. S. Freeman, *Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review*, “Law and Philosophy” 1990–1993, vol. 9(4), s. 327–370.

- Bobbit P., *Constitutional Law and Interpretation*, [w:] *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, ed. D. Patterson, Malden–Oxford–Chichester 2010.
- Bork R.H., *Introduction*, [w:] *A Country I Do Not Recognize: The Legal Assault on American Values*, ed. R.H. Bork, Stanford 2005.
- Bork R.H., *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, "Indiana Law Journal" 1971, vol. 47.
- Bork R.H., *Slouching Towards Gomorrah: Modern Liberalism and American Decline*, New York 1996.
- Bork R.H., *The Case Against Political Judging*, "National Law Review" 1989, vol. 41(8).
- Brest P., *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, "Boston University Law Review" 1980, vol. 60.
- Brisbin Jr. R.A., *The Conservatism of Antonin Scalia*, "Political Science Quarterly" 1990, vol. 105(1), DOI: <https://doi.org/10.2307/2151223>.
- Brzeziński B., *Poglądy Sędziego Antonina Scalii na wykładnię prawa i ich odbiór w amerykańskiej doktrynie prawniczej*, [w:] *Przemiany doktrynalne i systemowe prawa publicznego. Studia dedykowane Prof. Wincentemu Bednarkowi*, red. S. Pikulski, E. Pływaczewski, J. Dobkowski, Olsztyn 2002.
- Brzeziński B., *Współczesne amerykańskie teorie wykładni prawa*, „Państwo i Prawo” 2006, z. 7.
- Cross F.B., *The Failed Promise of Originalism*, Stanford 2013.
- Dahl R., *A Preface to Democratic Theory*, Chicago–London 2006.
- Dahl R., *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, "Journal of Public Law" 1957, vol. 6(3).
- Dworkin R.M., *A Matter of Principle*, Cambridge–London 1985.
- Dworkin R.M., *Comment*, [w:] A. Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton–Chichester 1997.
- Dworkin R.M., *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford 2005.
- Easterbrook F.H., *Judicial Discretion in Statutory Interpretation*, "Oakland Law Review" 2004, vol. 57.
- Eksridge Jr. W.N., *Dynamic Statutory Interpretation*, "University of Pennsylvania Law Review" 1987, vol. 135(6), DOI: <https://doi.org/10.2307/3312014>.
- Ely J.H., *Democracy and Distrust*, Cambridge–London 1980.
- Eule J.N., *Judicial Review of Direct Democracy*, "The Yale Law Review" 1993, vol. 91(4).
- Freeman S., *Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review*, "Law and Philosophy" 1990–1993, vol. 9(4).
- Friedman B., *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, "Yale Law Review" 2002, vol. 112.
- Friedman B., *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, "New York Law Review" 1998, vol. 73(2).
- Friedman B., *The Politics of Judicial Review*, "Texas Law Review" 2005, vol. 84(2).
- Garlicki L., *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych. Konstytucja – polityka – prawa obywatelskie*, Wrocław 1982.
- Gizbert-Studnicki T., *Oryginalizm i Living Constitutionalism a koncepcja państwa prawnego*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012.
- Goldford D.J., *The American Constitution and the Debate over Originalism*, New York 2005.
- Graber M.A., *Clarence Thomas and the Perils of Amateur History*, [w:] *Introduction to Rehnquist Justice: Understanding the Court Dynamic*, ed. E.M. Maltz, Lawrence 2003.
- Graber M.A., *Constitutional Law and American Politics*, [w:] *Law and Politics*, eds. K.E. Whittington, R.D. Kelemen, G.A. Caldeira, New York 2008.
- Graglia L.A., *Constitutional Law without the Constitution: The Supreme Court's Remaking of America*, [w:] *A Country I Do Not Recognize: The Legal Assault on American Values*, ed. R.H. Bork, Stanford 2005.

- Greene J., *Selling Originalism*, "Georgetown Law Journal" 2009, vol. 97.
- Hamilton A., *No. 78. A View of the Constitution of the Judicial Department in Relation to the Tenure of Good Behaviour*, [w:] A. Hamilton, J. Jay, J. Madison, *The Federalist*, eds. G.W. Carey, J. McClellan, Indianapolis 2001.
- Izdebski H., *Doktryny polityczno-prawne. Fundamenty współczesnych państw*, Warszawa 2017.
- Kommers D.P., Finn J.E., Jacobsohn G.J., *American Constitutional Law: Essays, Cases, and Comparative Notes*, vol. 1: *Governmental Powers and Democracy*, Lanham 2010.
- Korycka-Zirk M., *Rządy prawa a idea konstytucjonalizmu w ramach wykładni konstytucji*, [w:] *Filozoficzne i teoretyczne zagadnienia demokratycznego państwa prawa*, red. M. Andruszkiewicz, A. Brezcko, S. Oliwniak, Białystok 2015.
- Kramer L.D., *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York 2004.
- Laidler P., *Aktywizm polityczny trzeciej władzy na przykładzie Sądu Najwyższego USA*, [w:] *Instytucje prawa konstytucyjnego w perspektywie politologicznej*, red. Z. Kiełmiński, J. Szymanek, Warszawa 2013.
- Laidler P., *Interpretacja Konstytucji USA przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych jako główna przyczyna ewolucji zasady podziału władzy*, [w:] *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki. Reminiscencje w 220. rocznicę uchwalenia*, red. J.A. Daszyńska, Łódź 2009.
- Laidler P., *Republikanie i demokraci wobec procesu judykalizacji amerykańskiej polityki. Analiza z perspektywy problemu legalizacji małżeństw osób tej samej płci*, „*Studia Politicae Universitatis Silesiensis*” 2015, t. 15.
- Laidler P., *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki: od prawa do polityki*, Kraków 2011.
- Lemos M.H., *The Politics of Statutory Interpretation*, "Notre Dame Law Review" 2013, vol. 89(2).
- Levin M.R., *Men in Black: How the Supreme Court is Destroying America*, New York 2005.
- Lis-Staranowicz D., *Legitymizacja sądowej kontroli prawa w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, Olsztyn 2012.
- Machaj Ł., *Wypowiedzi symboliczne w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA*, Wrocław 2011.
- Małajny I., *Reguła „kwestii politycznych” w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA*, [w:] *Konstytucjonalizm a doktryny polityczno-prawne. Najnowsze kierunki badań*, red. R.M. Małajny, Katowice 2008.
- Małajny R.M., *Amerykański prezydenccjalizm*, Warszawa 2012.
- Małajny R.M., *Doktryna podziału władzy „Ojców Konstytucji” USA*, Katowice 1985.
- Małajny R.M., *Ustawodawcze oddziaływanie Kongresu na Sąd Najwyższy w USA*, [w:] *Idee, instytucje i praktyka ustrojowa Stanów Zjednoczonych Ameryki*, red. P. Laidler, J. Szymanek, Kraków 2014.
- Maroń G., *Oryginalizm Antonina Scalii jako teoria wykładni prawa*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2010, nr 4, DOI: <https://doi.org/10.15804/ppk.2010.04.02>.
- Matczak M., *Summa iniuria. O błędzie formalizmu w stosowaniu prawa*, Warszawa 2007.
- McGinnis J.O., Rappaport M.B., *Originalism and the Good Constitution*, Cambridge–London 2013.
- Meese III E., *Putting the Federal Judiciary Back on the Constitutional Track*, "Georgia State University Law Review" 1998, vol. 14.
- Meese III E., *Return to Constitutional Interpretation from Judicial Law-Making*, "New York Law School Law Review" 1996, vol. 40.
- Nagel R.F., *Nationhood and Judicial Supremacy*, [w:] *That Eminent Tribunal: Judicial Supremacy and the Constitution*, ed. C. Wolfe, Princeton–Oxford 2004.
- Posner R.A., *Bork and Beethoven*, [w:] idem, *Overcoming Law*, Cambridge–London 1995.
- Posner R.A., *Statutory Interpretation: In the Classroom and in the Courtroom*, "University of Chicago Law Review" 1983, vol. 50(2), DOI: <https://doi.org/10.2307/1599510>.
- Posner R.A., *The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint*, "California Law Review" 2012, vol. 100(3).

- Post R., Siegel R., *Originalism as a Political Practice: The Rights' Living Constitution*, "Fordham Law Review" 2006, vol. 75.
- Powell H.J., *The Original Understanding of Original Intent*, "Harvard Law Review" 1985, vol. 98(5), DOI: <https://doi.org/10.2307/1340880>.
- Pułło A., *System konstytucyjny Stanów Zjednoczonych*, Warszawa 1997.
- Rawls J., *Liberalizm polityczny*, Warszawa 2012.
- Reagan R., *Speech by President Ronald Reagan at the Swearing in of Chief Justice William H. Rehnquist and Justice Antonin Scalia*, [w:] *Originalism: A Quarter-Century of Debate*, ed. S.G. Calabresi, Washington 2007.
- Redish M.H., *Judicial Review and the "Political Question"*, "Northwestern University Law Review" 1984, vol. 79.
- Rehnquist W.H., *The Notion of a Living Constitution*, "Texas Law Review" 1976, vol. 54.
- Rubin A.B., *Judicial Review in the United States*, "Louisiana Law Review" 1979, vol. 40(1).
- Scalia A., *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, [w:] idem, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton–Chichester 1997.
- Scalia A., *Originalism: The Lesser Evil*, "University of Cincinnati Law Review" 1988, vol. 57.
- Scalia A., Garner B.A., *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul 2012.
- Segal J.A., Spaeth H., *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, New York 2002.
- Solum L.B., *A Reader's Guide to Semantic Originalism and a Reply to Professor Griffin*, "Illinois Public Law Research Paper" 2009, no. 08-12, DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.1130665>.
- Solum L.B., *District of Columbia v. Heller and Originalism*, "Northwestern University Law Review" 2009, vol. 103(2).
- Solum L.B., *Semantic Originalism*, "Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series" 2008, no. 07-24, DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.1120244>.
- Solum L.B., *What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory*, [w:] *The Challenge of Originalism. Theories of Constitutional Interpretation*, eds. G. Huscroft, B.W. Miller, New York 2011.
- Spector H., *Judicial Review, Rights, and Democracy*, "Law and Philosophy" 2003, vol. 22(3–4).
- Story J., *Commentaries on the Constitution of the United States*, vol. 1, New York 1970.
- Strauss D.A., *Originalism, Conservatism, and Judicial Restraint*, "Harvard Journal of Law and Public Policy" 2011, vol. 34(1).
- Strauss D.A., *The Living Constitution*, Oxford – New York 2010.
- Strauss D.A., *Why Conservatives Shouldn't Be Originalists*, "Harvard Journal of Law and Public Policy" 2008, vol. 31.
- Sunstein C.R., Schkade D., Ellman L.M., Sawicki A., *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*, Washington 2006.
- Szyszkowski W., *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych*, Warszawa 1969.
- Tomza A., *Spór o poprawną interpretację Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Od pasywizmu do aktywizmu sądowego*, Łódź 2016.
- Treanor W.M., *Judicial Review before "Marbury"*, "Stanford Law Review" 2006, vol. 58(2).
- Tushnet M.V., *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton 1999.
- Tushnet M.V., *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton 2008.
- Waldron J., *The Core of the Case Against Judicial Review*, "The Yale Law Journal" 2006, vol. 115(6), DOI: <https://doi.org/10.2307/20455656>.
- Waluchow W.J., *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree*, New York 2007.
- Ward K.D., *Introduction*, [w:] *The Judiciary and American Democracy: Alexander Bickel, The Countermajoritarian Difficulty and Contemporary Constitutional Theory*, eds. K.D. Ward, C.R. Castillo, Albany 2005.



- Whittington K.E., *Constitutional Construction*, Cambridge 1999.
- Whittington K.E., *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, Lawrence 2001.
- Whittington K.E., *Is Originalism Too Conservative*, “Harvard Journal of Law and Public Policy” 1991, vol. 34(1).
- Whittington K.E., *On Pluralism within Originalism*, [w:] *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*, eds. G. Huscroft, B.W. Miller, New York 2011.
- Wolfe C., *The Rehnquist Court and “Conservative Judicial Activism”*, [w:] *That Eminent Tribunal Judicial Supremacy and the Constitution*, ed. C. Wolfe, Princeton–Oxford 2004.
- Wolfe C., *The Supreme Court and Changing Social Mores*, [w:] *Ourselves and Our Posterity*, ed. B.C.S. Watson, Lanham–Plymouth 2009.
- Wurman I., *A Debt Against the Living: An Introduction to Originalism*, New York 2017.
- Ziński T., *Domniemanie konstytucyjności ustaw w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, Warszawa 2016.

#### ŹRÓDŁA INTERNETOWE

- Brennan Jr. W.J., *Speech Given at the Text and Teaching Symposium*, 1985, [www.pbs.org/wnet/supremecourt/democracy/sources\\_document7.html](http://www.pbs.org/wnet/supremecourt/democracy/sources_document7.html) [dostęp: 19.07.2020].
- Chait J., *The Constitution in Exile Appears*, 2010, <https://newrepublic.com/article/72861/the-constitution-exile-appears> [dostęp: 10.07.2020].
- Posner R.A., *In Defense of Looseness*, 2008, <https://newrepublic.com/article/62124/defense-looseness> [dostęp: 30.07.2020].
- Rosen J., *The Unregulated Offensive*, 2005, [www.nytimes.com/2005/04/17/magazine/the-unregulated-offensive.html](http://www.nytimes.com/2005/04/17/magazine/the-unregulated-offensive.html) [dostęp: 10.07.2020].
- Senior J., *In Conversation: Antonin Scalia*, 2013, <https://nymag.com/news/features/antonin-scalia-2013-10> [dostęp: 10.10.2020].

#### ORZECZNICTWO

- Ashwander v. Tennessee Valley Authority* 297 U.S. 288 (1936).
- Baker v. Carr* 369 U.S. 186 (1962).
- Boyd v. United States* 116 U.S. 616 (1886).
- Bush v. Gore* 531 U.S. 98 (2000).
- Comptroller of Treasury of Md. v. Wynne* 575 U.S. (2015).
- Cooper v. Aaron* 358 U.S. 1 (1958).
- District of Columbia v. Heller* 554 U.S. 570 (2008).
- Dred Scott v. John F.A. Sandford* 60 U.S. 393 (1857).
- Felker v. Turpin* 518 U.S. 651 (1996).
- Griswold v. Connecticut* 381 U.S. 479 (1965).
- Lawrence and Garner v. Texas* 539 U.S. 558 (2003).
- Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803).
- McIntyre v. Ohio* 514 U.S. 334 (1995).
- McIntyre v. Ohio Elections Commission* 514 U.S. 334 (1995).
- National Federation of Independent Business v. Sebelius* 567 U.S. 519 (2012).
- Planned Parenthood v. Casey* 505 U.S. 833 (1992).
- Roe v. Wade* 410 U.S. 113 (1973).
- Schenck v. United States* 249 U.S. 47 (1919).
- Texas v. Johnson* 491 U.S. 397 (1989).
- United States v. Morrison* 529 U.S. 598 (2000).
- United States v. Nixon* 418 U.S. 683 (1974).



## SUMMARY

Since the problem of the interpretation of the Constitution of the United States is multifaceted and touches the topics of philosophy, law and politics, it refers to universal issues studied by the discipline of political and legal doctrines. In this context the ideological (political) aspect of the interpretation is perhaps the most important, as interpretation necessarily involves adjudication in axiological choices. In this state of affairs, originalism, a theory specific to American jurisprudence, seems particularly interesting. It refers to the strict interpretation of the Constitution. It assumes that the historical understanding of the text or the legislator's intentions established at the time when the relevant provisions were adopted bind the courts, especially the Supreme Court conducting the judicial review. This approach is intended to achieve neutral and ideological exegesis of the Constitution. It is a strong voice in the dispute over the value of law and for the separation of law and politics. However, simply refraining from a dynamic and creative interpretation of the Constitution can, and often involves law in politics. The decision to maintain a long-established interpretation petrifies the system and closes the constitutional catalog of rights and freedoms, while the idea of "faithfulness to the Constitution" sets the direction of the political agenda of other powers and influences the political imagination of the public. The originalist interpretation of the Constitution leads, i.a., to defense the right to gun ownership, the free market and federalism, and to oppose positive discrimination programs, universal health insurance obligations or the right to abortion. By adhering to the traditional understanding of regulations, it necessarily supports norms and values that are considered conservative today. Hence, originalism takes the form of judicial activism and resembles the political and legal doctrine, although due to its formal nature (it defends an established order regardless of its content), it is not a doctrine in the strict sense.

**Keywords:** originalism; the Constitution of the United States; constitutionalism; political and legal doctrine; interpretation

## STRESZCZENIE

Problem prawidłowej interpretacji Konstytucji Stanów Zjednoczonych ma charakter węzłowy i dotyka płaszczyzny filozoficznej, prawnej i politycznej, odnosi się bowiem do zagadnień uniwersalnych, związanych ze studiami nad państwem i prawem. Dla doktryn polityczno-prawnych interesujący jest zwłaszcza ideologiczny (polityczny) aspekt egzegezy ustawy zasadniczej, ponieważ interpretacja z konieczności wiąże się z wyborami dotyczącymi aksjologii. W tym stanie rzeczy szczególnie godny uwagi wydaje się być oryginalizm jako teoria specyficzna dla jurysprudenencji amerykańskiej. Odwołuje się on do ścisłej interpretacji Konstytucji. Zakłada, że historyczne rozumienie przepisów lub wąsko pojmowane intencje prawodawcy ustalone w chwili uchwalania relewantnych przepisów wiążą sędziego orzekającego współcześnie. W założeniu pozwala to na neutralną i odideologizowaną egzegezę Konstytucji. Oryginalizm jest też mocnym głosem w sporze o wartość prawa i opowiada się za separacją prawa i polityki. Samo powstrzymywanie się od dynamicznej i kreatywnej interpretacji ustawy zasadniczej jednak może być – i często jest – niewolne od implikacji politycznych. Decyzja o utrzymaniu dawno ustalonej interpretacji 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. Oryginalistyczna interpretacja Konstytucji prowadzi m.in. do obrony prawa do posiadania broni, wolnego rynku i federalizmu oraz 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. Stąd też stosowany współcześnie oryginalizm przyjmuje postać aktywizmu sędziowskiego i przypomina doktrynę polityczno-prawną, choć ze względu na swój formalny charakter (broni ustalonego ładu niezależnie od jego treści) doktryną *sensu stricto* nie jest.

**Słowa kluczowe:** oryginalizm; Konstytucja Stanów Zjednoczonych; doktryny polityczno-prawne; interpretacja