

# Oryginalizm interpretacyjny czy żyjące źródła prawa? Polityczny wymiar aktywizmu sędziowskiego



**Filip Cieply**

Doktor habilitowany nauk prawnych,  
Wydział Prawa, Prawa Kanonicznego  
i Administracji Katolickiego Uniwersytetu  
Lubelskiego Jana Pawła II.

✉ [fcieply@kul.lublin.pl](mailto:fcieply@kul.lublin.pl)

<https://orcid.org/0000-0002-1124-7389>

## **Originalism or Living Sources of Law? The Political Side of Judicial Activism**

*The aim of this article is to guide the Justice Antonin Scalia's originalism concept of the interpretation of the Constitution of the United States, in contrast to the views on the interpretation of constitutional provisions, in particular the concept of judicial activism and a living (breathing) constitution. The author points out the danger of increasing the significance of the political dimension of judges' activism on the level of interpreting constitutional and international law.*

**Słowa kluczowe:** prawo konstytucyjne, wymiar sprawiedliwości, wykładnia prawa, aktywizm sędziowski, oryginalizm

**Key words:** constitutional law, justice system, legal interpretation, judicial activism, originalism

### **1. Wprowadzenie**

Dnia 13 lutego 2016 r. zmarł Antonin Gregory Scalia, amerykański prawnik, absolwent Uniwersytetu Harvarda, profesor kilku wyższych uczelni, w 1986 r. mianowany na sędziego Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych przez prezydenta Ronalda Reagana z poparciem Partii Republikańskiej, laureat wielu nagród, w tym także polskiej Nagrody im. Pawła Włodkowica. Antonin Scalia w amerykańskiej doktrynie prawa konstytucyjnego i judykaturze Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych zapisał się jako przed-

stawiciel tekstualizmu (*textualism*), jednej z istotnych koncepcji interpretacji ustawy zasadniczej, a w szczególności jako twórca jej odmiany zwanej oryginalizmem (*originalism*).

Celem niniejszego artykułu jest wskazanie najważniejszych tez oryginalizmu Antonina Scalii w zestawieniu z przeciwnymi poglądami na wykładnię przepisów konstytucyjnych, w szczególności w odniesieniu do otwartej na polityczne zaangażowanie reprezentantów trzeciej władzy koncepcji aktywizmu sędziowskiego (*judicial activism*) oraz związanej

z nią idei żyjących (oddychających) aktów normatywnych (*living constitution, living instrument*). Aktywizm sędziowski w kontekście orzecznictwa Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych jest promowany i realizowany przez część sędziów tego Sądu, na czele z sędzią Stephenem Breyerem, nominowanym przez prezydenta Billa Clintona ze wsparciem polityków Partii Demokratycznej<sup>1</sup>.

ludzkiego itd. Daleko upraszczając kwestię, roboczo, modelowo można założyć, że zwolennicy rozwiązań liberalnych w polityce społecznej dążą do odrzucenia, relatywizowania czy też tzw. dekonstrukcji klasycznych wartości i instytucji, które uznają za wsteczne, dyskryminujące, „przemocowe”, włączając rewolucję moralną w ideę postępu cywilizacyjnego. Z kolei konserwatyści chcą klasyczne wartości i instytucje



## Koncepcje wykładnicze przepisów konstytucyjnych warto ułożyć w kontekście sporów politycznych charakterystycznych dla współczesnych demokracji liberalnych.

### 2. Polityczny kontekst wykładni konstytucji

Wskazane w tytule artykułu koncepcje wykładnicze przepisów konstytucyjnych warto ułożyć w kontekście sporów politycznych charakterystycznych dla współczesnych demokracji liberalnych. Chodzi o uwiadaczające się od lat w państwach Zachodu, także w Polsce, głębokie pęknięcie kulturowe i polityczne, wynikające z istotnych różnic w zakresie preferencji aksjologicznych, które mają znaczący wpływ na ostrzeżenie i rozumienie fundamentalnych instytucji społecznych, politycznych i prawnych. W najbardziej znanym i najprostszym ujęciu w języku socjologii i nauk politycznych mówi się o podziale na zwolenników rozwiązań konserwatywnych (prawica) i liberalnych (lewica).

Ważnym punktem spornym w powyższym rozróżnieniu jest stosunek do fundamentalnych społecznych i prawnych instytucji cywilizacji zachodniej wyrosłych na gruncie filozofii klasycznej i etyki chrześcijańskiej. U podstaw tak klasyfikowanych instytucji znajdują się określone koncepcje człowieka, małżeństwa, rodziny, płci, narodu, państwa, społeczeństwa, wolności, własności, religii, zakresu ochrony życia

chronić na niwie kulturalnej, edukacyjnej i prawnej, twierdząc, że stanowią one kluczowe dla konserwacji życia społecznego spoiwo kulturowe.

Na tle tak zarysowanych założeń aksjologicznych obie strony sporu odmiennie postrzegają cel prawa. I tak według przedstawicieli myśli konserwatywnej system prawny powinien bronić utrwalonych tradycją wartości, rozpoznanych przez poprzednie pokolenia jako fundament i zwornik wspólnoty społecznej, narodowej, zbudowanej na wartościach chrześcijańskich. Z kolei zwolennicy idei liberalno-lewicowych, odwołujący się do tradycji rewolucyjnych, zogniskowani wokół idei postępu, traktują prawo jako istotny instrument polityczny dokonywania przemian, realizacji koncepcji inżynierii społecznej, dekonstrukcji tradycyjnej moralności w duchu tolerancji wyzwalającej (reprezywnej) i dyskryminacji pozytywnej w celu tworzenia podstaw pod budowę nowoczesnego, lepszego, multikulturowego, otwartego, liberalnego społeczeństwa, odciętego od przeszłości, a w szczególności od zasad etyki chrześcijańskiej implementowanych do porządku prawnego<sup>2</sup>.

1 Zob. S. Breyer, *Active Liberty. Interpreting Our Democratic Constitution*, Alfred A. Knopf 2005.

2 Warto zauważyć, że analogiczne cele, jak prawu na płaszczyźnie normatywnej, obie strony przypisują sztuce i naukom humanistycznym na płaszczyźnie perswazyjnej i propagandowej.

O ile zarysowany spór jest łatwo dostrzegalny w procesie stanowienia prawa, wyraża się on bowiem w gorących, niekiedy nieprzejednanych debatach parlamentarnych, będących konsekwencją wyboru do organów legislatywy reprezentantów danych partii politycznych, które z kolei są instytucjonalną emanacją określonych społecznych preferencji aksjologicznych i ideologicznych, o tyle trudniej go dostrzec w procesie dokonywanej przez przedstawicieli władzy sądowniczej wykładni konstytucji i innych wysokich rangą aktów normatywnych. Dzieje się tak, dlatego że, po pierwsze, na gruncie zasady rządów prawa apriorycznie zakłada się neutralność polityczną i światopoglądową władzy sądowniczej, która modelowo działa na podstawie i w granicach prawa, a po drugie, jeżeli taki spór się już uwidacznia, to jest on zdecydowanie bardziej zawoalowany, zniuansowany, ukryty za specjalistyczną terminologią właściwą jurystycznym uzasadnieniom, a przez to niedostrzegalny dla przeciętnie wykształconego odbiorcy.

czy liberalnej proveniencji. Ponadto na poziomie federalnym istotnym hamulcem nazbyt radykalnych przemian społecznych dokonywanych na płaszczyźnie legislacyjnej jest Konstytucja Stanów Zjednoczonych z 1787 r., która jest aktem normatywnym stabilnym, sztywnym, posiadającym znaczące obostrzenia formalne w zakresie możliwości jej nowelizacji (art. V). Z tego względu kulturowy i polityczny spór przenosi się w istotnej mierze na płaszczyznę interpretacji amerykańskiej konstytucji, co implikuje burzliwe spory polityczne dotyczące kolejnych nominacji sędziowskich do Sądu Najwyższego. Powszechnie uważa się, że wybór sędziów Sądu Najwyższego, pełniących swój urząd dożywotnio, należy do najbardziej doniosłych politycznie decyzji każdego prezydenta USA. Rozognione debaty polityczne miały miejsce także po zawiązaniu stanowiska sędziego Sądu Najwyższego po zmarłym Antoninie Scali. Tego rodzaju debaty odbywały się zarówno przy okazji bezskutecznego wskazania przez prezydenta Baracka Obamę sędziego



## Spór jest łatwo dostrzegalny w procesie stanowienia prawa. Trudniej go dostrzec w procesie dokonywanej przez przedstawicieli władzy sądowniczej wykładni.

Wydaje się, że w większości państw Europy Zachodniej zarysowany konflikt kulturowy toczył się w minionych dekadach głównie na płaszczyźnie stanowienia prawa. Ze względu na specyficzną ustrojową, na skutek dominacji parlamentarnej partii liberalno-lewicowych, założony program dekonstrukcji klasycznych wartości i instytucji społecznych był i jest sukcesywnie realizowany przede wszystkim na drodze ustawodawczej. Nieco inaczej idea postępu realizowana jest w Stanach Zjednoczonych, gdzie fundamentalnych instytucji społecznych i prawnych nie da się łatwo modyfikować na obszarze całej federacji, ponieważ istnieje tam 51 porządków prawnych stanowych, a poszczególne stany różnią się od siebie dość istotnie w zakresie preferencji aksjologicznych i politycznych, wyróżnia się bowiem stany o zdecydowanie konserwatywnej

Merricka Garlanda (zablokowanego przez Senat), jak i skutecznej nominacji kandydata prezydenta Donalda Trumpa – Neila Gorsucha, uznanego za kontynuatora myśli Antonina Scali<sup>3</sup>. Spór rozgorzał na nowo w związku z nominacją sędziego Brett Kavanaugha.

### 3. Oryginalizm Antonina Scali

Oryginalizm, mający swoje zakorzenienie w tekstualizmie, jest promowaną i stosowaną przez sędziego Scalię teorią interpretacji, sprowadzającą proces wykładni prawa do ustalenia jego pierwotnego znaczenia w oparciu o powszechne rozumienie wyrazów składa-

3 Zob. M. Alderman, D. Pickard, *Justice Scalia's Heir Apparent? Judge Gorsuch's Approach to Textualism and Originalism*, „Stanford Law Review” 2017, nr 69, s. 185–192.

jących się na tekst aktu normatywnego. Tekstualizm w czystszej postaci polega na tym, że sędzia jest związany literą i tekstem konstytucji. Przykładowo, skoro w konstytucji nie ma prawa do aborcji lub zakazu cenzury prewencyjnej Internetu, to ustawodawca ma swobodę wyboru kierunków rozwiązań legislacyjnych w tym zakresie, ponieważ konstytucja nie stawia mu przeszkód (swoboda legislacyjna). Tym samym, im akt konstytucyjny jest bardziej skromny w warstwie słownej, tym większa przestrzeń swobody legislatywy. Oryginalizm zaś idzie dalej niż tekstualizm, bowiem w tym ujęciu sędzia powinien wykazać pewną aktywność, to jest poszukiwać w tekście ustawy zasadniczej intencji Ojców Konstytucji Stanów Zjednoczonych i adaptować je do dzisiejszych czasów. I tak przykładowo, skoro dla Ojców Konstytucji wolność słowa była istotna, to swobodę tę należy odnosić także do Internetu, mimo że nie był on im z oczywistych powodów znany. Oryginalizm postuluje zatem odwoływanie się do tradycji, historii, wspólnych wartości narodu w warunkach amerykańskich, takich jak na przykład umiłowanie wolności czy sprawiedliwości<sup>4</sup>.

4 Zob. A. Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton 1997, s. 24, 37; A. Scalia, B.A. Garner, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul, MN 2012, s. 69; A. Scalia, J.F. Manning, *A Dialogue on Statutory and Constitutional Interpretation*, „The George Washington Law Review” 2012, nr 80; J.E. Rytter, *Constitutional Interpretation – Between Legalism and Law-Making*, „Scandinavian Studies in Law” 2007, nr 52, s. 259; S.J. Macias, *Survey of Illinois Law. Statutory Interpretation*, „Southern Illinois University Law Journal” 2013, nr 37, s. 847; H. Philipse, *Antonin Scalia’s Textualism in philosophy, theology, and judicial interpretation of the Constitution*, „Utrecht Law Review” 2007, nr 3, 2, s. 169–191; K.E. Whittington, *The New Originalism*, „Georgetown Journal of Law and Public Policy” 2004, nr 22, s. 599–613; R. Turner, *A Critique of Justice Antonin Scalia’s Originalist Defense of Brown v. Board of Education*, „Ucla Law Review Discourse” 2014, nr 62, s. 174–175; G. Bhatia, *The Politics of Statutory Interpretation. The Hayekian Foundations of Justice Antonin Scalia’s Jurisprudence*, „Hastings Constitutional Law Quarterly” 2015, nr 42 (3); J.F. Manning, *Justice Scalia and the Legislative Process*, „NYU Annual Survey of American Law” 2005, nr 62 (33); D.M. Zlotnick, *Justice Scalia and His Critics. An Exploration of Scalila’s Fidelity to His Constitutional Methodology*, „Emory Law Journal” 1999,

Jak wskazuje Grzegorz Maroń, szczegółowo referując poglądy wykładnicze sędziego Scalii<sup>5</sup>, podstawowym założeniem oryginalizmu jest teza, że słowa mają ograniczony zakres znaczeniowy i co do zasady niedopuszczalna jest interpretacja aktu normatywnego wychodząca poza ten zakres. Według Scalii to tekst jest źródłem prawa i tekst musi być zachowany. Zwykle znaczenie tekstu, jako punkt wyjścia określania treści normy prawnej, ma najlepiej służyć przewidywalności, pewności i stabilności prawa. W szczególności najważniejsze normy ustrojowe powinny być dostępne poznawczo dla zwykłych adresatów aktu normatywnego, którzy nie posiadają specjalistycznego przygotowania. Konstytucja jest napisana tak, aby była zrozumiała dla przeciętnych obywateli. Z tego względu zastosowane w niej wyrazy i zwroty należy odczytywać jako użyte w ich normalnym i zwykłym, w odróżnieniu od technicznego, znaczeniu<sup>6</sup>.

Normalne znaczenie terminów konstytucyjnych wyklucza znaczenie ukryte czy techniczne, które nie byłoby znane zwykłym obywatelom pokolenia, które przyjęło ustawę zasadniczą. W procesie wykładni sąd powinien założyć, że prawodawca mówi w tekście normatywnym to, co on znaczy. Kiedy pojęcia tekstu normatywnego są jednoznaczne, wówczas ten pierwszy kanon jest kanonem ostatnim, a sądowe dociekanie powinno być zakończone. W przypadku zaś, gdy tekst znamionuje językowa niejednoznaczność, wyznacznikiem treści prawa powinna być tradycja. Nie chodzi jednak o skrajnie formalistyczną, restrykcyjną dosłowność w trzymaniu się tekstu, nie chodzi także o jego swobodną interpretację, ale o uczciwą i rozsądną wykładnię, uczciwie uwzględniającą rzeczywiste

nr 48, s. 1382–1403; K.M. Manuel, B.J. Murrill, A. Nolan, *Justice Antonin Scalia. His Jurisprudence and His Impact on the Court*, Congressional Research Service 2016, s. 4–7; T. Smith, *Why Originalism Won’t Die – Common Mistakes in Competing Theories of Judicial Interpretation*, „Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy” 2007, nr 2.

5 G. Maroń, *Oryginalizm Antonina Scalii jako teoria wykładni prawa*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2010, nr 4, s. 23–52.

6 Tamże, s. 24–31; A. Scalia, *A Matter...*, dz. cyt., s. 23; A.C. Pritchard, T.J. Zywicki, *Finding the Constitution. An Economic Analysis of Tradition’s Role in Constitutional Interpretation*, „North Carolina Law Review” 1999, nr 77.

znaczenie słów zawartych w akcie normatywnym, z uwzględnieniem historycznego kontekstu ich użycia<sup>7</sup>.

Antonin Scalia zaznaczał, że sędziowie, podlegając przede wszystkim tekstowi i tradycji konstytucji, powinni powściągać swoje intelektualne, moralne, osobiste poglądy. Organ interpretujący prawo nie posiada kompetencji, aby własne, autorskie pojmowanie

i twierdzili, że rzeczywistym prawem jest to drugie. Zdaniem prominentnego przedstawiciela tego kierunku Karla Llewellyna prawo powinno być pojmowane jako nieustannie zmieniający się twór będący dziełem sądów i instrumentem osiągnięcia określonych celów społecznych, który stale musi być oceniany z punktu widzenia jego skuteczności i adekwatności. Ze wzglę-



## Organ interpretujący prawo nie posiada kompetencji, aby własne, autorskie pojmowanie prawa, sprawiedliwości, słuszności, praw człowieka przeciwstawiać narodowej tradycji.

prawa, sprawiedliwości, słuszności, praw człowieka przeciwstawiać narodowej tradycji, która jest głęboka, rozległa i ciągła. Scalia konsekwentnie sprzeciwiał się aktywizmowi sędziowskiemu i koncepcji „żyjącej konstytucji”, zakładającej, iż ustawa zasadnicza jest prawem ewoluującym, rozwijającym się, ulegającym samoczynnej modyfikacji z wpływem wieków celem sprostania potrzebom przeobrażającego się społeczeństwa. Według Scalii praktyka niektórych sędziów (tzw. aktywistów, ewolucjonistów) najpierw określających współczesne potrzeby społeczne, a następnie znajdujących dla nich odpowiednie prawo w procesie wykładni jest niedopuszczalnym uzurpatorstwem<sup>8</sup>.

Tym samym sędzia Scalia szedł na przekór koncepcji tzw. realizmu amerykańskiego, ogniskującego metodę nauki prawa na działalności sędziów. Amerykańscy realisci dokonali podziału na prawo w księgach (*law in books*) oraz prawo w działaniu (*law in action*)

du na to, że społeczeństwo zmienia się szybciej niż prawo stanowione, to ostatnie musi być nieustannie zmieniane i modyfikowane w procesie jego wykładni<sup>9</sup>.

Scalia wyraźnie twierdził, że znaczenie prawa nie może zmieniać się przez fakt, że w opinii sędziego nie jest ono adekwatne do nowych czasów. Jeżeli prawo rzeczywiście przejawia tego rodzaju niekoherencję, to można i należy je zmienić w przewidzianym w państwie demokratycznym trybie, a nie modyfikować tradycyjne znaczenie użytych przez prawodawcę pojęć, rekonstruując na bazie tego samego tekstu odmienne konkluzje normatywne. Według Scalii podejście oryginalistyczne jest zgodne z naturą i celem demokracji. Demokratyczne społeczeństwo nie po to określa w szczególności sztywne ramy ustrojowe, aby sądy określały je jako odzwierciedlenie aktualnych wartości, mód i preferencji. O aktualizację aksjologii ustroju najlepiej troszczy się bowiem mechanizm wyborczy<sup>10</sup>.

Sędzia Scalia podkreślał, że u genezy stanowienia konstytucji leży ochrona przyszłego społeczeństwa przed swobodnym czynieniem tego, czego ono chce. Ustawa zasadnicza ze swojej natury zmusza do prowadzenia długich i skomplikowanych rozważań poprzez

7 Zob. A. Scalia (opinion), *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008); *Smith v. United States*, 508 U.S. 223 (1993); *Minnesota v. Dickerson*, 508 U.S. 366, 379 (1993); *Zedner v. United States*, 547 U.S. 489 (2006); *Green v. Bock Laundry Mach. Co.*, 490 U.S. 504 (1989). Za: G. Maroń, *Oryginalizm Antonina...*, dz. cyt., s. 25.

8 A. Scalia, *A Matter...*, dz. cyt., s. 17; G. Maroń, *Oryginalizm Antonina...*, dz. cyt., s. 32–34.

9 K.N. Llewellyn, *Bramble Bush*, New York 1969, s. 12; J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Zakamycze 2004, s. 18.

10 G. Maroń, *Oryginalizm Antonina...*, dz. cyt., s. 34.

dzających jej ewentualną zmianę. Dopiero wówczas pierwotny katalog i hierarchia wartości konstytucyjnych mogą ulec rewizji. Ustawa zasadnicza nie jest żywym organizmem, lecz statycznym dokumentem prawnym, który pewne rzeczy wysłowa, a o innych nie mówi. Sędzia konstytucyjny ma władzę bronić praw wyraźnie wymienionych w konstytucji i tylko tych. Jeżeli społeczeństwo uzna, iż ustawa zasadnicza nie spełnia już dłużej jego oczekiwań, to może ją zmienić w trybie wskazanym w niej samej. Tam, gdzie konstytucja milczy, środkiem osiągnięcia elastyczności prawa nie może być sądowe prawotwórstwo, lecz decyzja demokratycznie umocowanych parlamentarzystów urzeczywistniających wolę obywateli. Kongres może ustanowić zarówno głupie, jak i mądre ustawy, ale nie do sędziów należy rozstrzygać które są które i pisać na nowo te pierwsze. Pozostaje poza kompetencją władzy sądowniczej ratować Kongres z jego błędów i arbitralnie rozstrzygać o preferowanym rezultacie<sup>11</sup>.

Sędziom realizującym koncepcję „żyjącej konstytucji” Scalia zarzucał, że są w stanie przekształcić pierwotny nakaz w prawny zakaz i *vice versa*, a klucz do tych zmian jest obiektywnie nieznanymi i niepoznawalnymi. Skoro sędziemu nie wiąże paradygmat pierwotnego znaczenia tekstu, to co jest tym standardem? Skąd wywieść „fundamentalne wartości”, na które powołują się sędziowie „ewolucjoniści”, ukierunkowujące odbiegającą od tekstu interpretację aktu normatywnego? Scalia ironicznie pyta, czy sędzia powinien ustalać wolę większości obywateli, analizując łamy gazet, radiowe *talk shows* czy badania opinii publicznej. Którą filozofię powinien wybrać sędzia: Platona, Arystotelesa, Locke’a, Hume’a, Milla, a może Rawlsa?<sup>12</sup>

Sędzia Scalia ostrzegał, że prawdziwym, ukrytym celem sędziów dokonujących normatywnej aktualizacji treści konstytucji może być autorytarne narzucanie własnych poglądów na poszczególne sprawy całemu społeczeństwu poprzez wątpliwą metodologię wykładni. Praca sędziemu powinna bardziej przypominać pra-

cę archeologa, a nie architekta. Chodzi o odkrywanie znaczenia prawa, nie jego tworzenie czy projektowanie pod pozorem wykładni funkcjonalnej i celowościowej (*purposivism*). Naród ustanowił konstytucję i nominował sędziowie nie posiadają mandatu, aby ją w ramach wykładni nowelizować. Wyłącznie zmiana ustawy zasadniczej przez przyjęcie poprawki do niej może uchodzić za zmianę demokratyczną. Sądowa, wykładnicza „korekta” tego kryterium nie spełnia<sup>13</sup>.

Antonin Scalia uważał za dokonane bez podstawy prawnej wywiedzenie przez sędziów Sądu Najwyższego z Konstytucji Stanów Zjednoczonych między innymi: 1) „prawa do aborcji”, podczas gdy ustawa zasadnicza takiego prawa wprost nie formułuje, a należy zauważyć, że w czasie uchwalania konstytucji aborcja stanowiła przestępstwo; 2) „prawa do wspomaganego samobójstwa”, podczas gdy w konstytucji nie tylko nie ma takiej konstrukcji, a pod koniec XVII w. obowiązywały przepisy wymierzone przeciwko samobójcom; 3) „prawa do zawierania małżeństw homoseksualnych”, co – biorąc pod uwagę uwarunkowania historyczne – twórcom konstytucji nie mogło nawet przyjść do głowy. Scalia krytykował też stanowiska tych sędziów, którzy wyrażają pogląd, że Konstytucja Stanów Zjednoczonych wyklucza stosowanie kary śmierci, podczas gdy w czasach Ojców Założycieli kara główna nie budziła żadnych zastrzeżeń i kontrowersji, a przecież nie było nowelizacji ustawy zasadniczej w tym względzie<sup>14</sup>.

Interesujący jest także sprzeciw Scalii wobec praktyki uwzględniania prawa innych państw oraz prawa i sądownictwa międzynarodowego w procesie wykładni prawa amerykańskiego. W szczególności całkowicie negował on doniosłość współczesnych zagranicznych aktów prawnych, jak i praktyk orzeczniczych poszczególnych państw przy ustalaniu znaczenia Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Twierdził, że Sąd Najwyższy nie powinien nakładać obcych nastrojów, nowinek czy

13 G. Maroń, *Oryginalizm Antonina...*, dz. cyt., s. 38.

14 Zob. A. Scalia, *A Matter...*, dz. cyt., s. 24–25; R. Dworkin, *The Arduous Virtue of Fidelity. Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve*, „Fordham Law Review” 1997, nr 65, s. 1257; F. Longchamps de Bérier, *Sądowa instytucjonalizacja małżeństwa osób tej samej płci w Stanach Zjednoczonych*, „Forum Prawnicze” 2016, nr 6; P. Łącki, *Konstytucja a małżeństwo. Prawa podstawowe i demokracja*, „Przegląd Sejmowy” 2016, nr 1.

11 Tamże, s. 38–41.

12 Tamże, s. 37; A. Scalia, *A Matter...*, dz. cyt., s. 17–18; R.H. Fallon, *Three Symmetries Between Textualist and Purposivist Theories of Statutory Interpretation – and the Irreducible Roles of Values and Judgement Within Both*, „Cornell Law Review” 2014, nr 99, s. 687.

mód na Amerykanów, lecz odnajdywać prawa zakorzenione w historii i tradycji Stanów Zjednoczonych. Standardy przyzwoitości przyjęte w innych państwach są całkowicie niewłaściwe jako środki ustanawiania podstawowych przekonań Narodu Amerykańskiego<sup>15</sup>.

#### 4. Oryginalizm a sprawa polska

Poglądy Antonina Scalii mają pewien walor uniwersalny i mogą być przydatne również w polskiej judykaturze i doktrynie prawa. W Polsce zabierają głos komentatorzy, którzy w duchu sędziowskiego aktywizmu próbują wyprowadzać z Konstytucji RP z 1997 r. wolności i prawa konstytucyjne, których w ustawie zasadniczej wyraźnie nie sformułowano.

nie nowe. W tej perspektywie sędzia mógł i powinien być angażować się politycznie w obronę niezbyt ostro określonych i niekiedy dość swobodnie, a nawet arbitralnie interpretowanych wolności, praw i wartości konstytucyjnych. Polski Trybunał Konstytucyjny był w tym kontekście określanym niekiedy jako jeden z bardziej aktywistycznych sądów na świecie<sup>16</sup>.

Po zmianach personalnych w polskim Trybunale Konstytucyjnym w doktrynie zaczęto akcentować możliwość, a wręcz powinność stosowania przez sądy powszechne rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa, co wydaje się zagrożeniem dla zasad praworządności, demokratycznego państwa prawa, bezpieczeństwa prawnego i pewności prawa w Polsce. Z per-



## Po zmianach personalnych w polskim Trybunale Konstytucyjnym w doktrynie zaczęto akcentować możliwość, a wręcz powinność stosowania przez sądy powszechne rozproszonej kontroli konstytucyjności prawa.

Patrząc na problem od strony politologicznej i nawiązując do wspomnianego we wstępie sporu kulturowego i cywilizacyjnego, wydaje się, że to bardziej reprezentanci poglądów lewicowo-liberalnych chcieli w minionych latach umocnienia pozycji sądu konstytucyjnego, w którym dostrzegali gwaranta nowoczesnego i europejskiego państwa prawa oraz swobód obywatelskich skorelowanych z ideologią demokracji liberalnej. W tym ujęciu sędzia wykładający konstytucję nie musiał ściśle trzymać się litery prawa, mógł natomiast odwoływać się bezpośrednio do zasad ogólnych i ducha konstytucji, jeśli uznawał, że jest to konieczne dla ochrony formułowanych, nawet wbrew opinii większości społeczeństwa, wolności i swobód liberalnej demokracji. Sędzia mógł korygować w tym celu istniejące reguły, a nawet tworzyć reguły zupeł-

spektywy odmiennych koncepcji wykładni konstytucji i zaangażowanego politycznie aktywizmu sędziowskiego istnieje realne zagrożenie, że mogą pojawić się nieodosobnione przypadki, w których kontrola konstytucyjności przepisu ustawowego przez sąd powszechny, ze względu na preferencje aksjologiczne i polityczne konkretnego sędziego lub określonej grupy sędziów, przekreśli założenie, że to ustawodawca zwykły i Trybunał Konstytucyjny, legitymowani demokratycznie i konstytucyjnie, mają prymarną kompetencję identyfikacji, konkretyzacji i realizacji wartości, zasad i norm konstytucyjnych. Należy mieć

15 G. Maroń, *Oryginalizm Antonina...*, dz. cyt., s. 45.

16 L. Morawski, *Aktywizm sędziowski a sprawy polskie*, „Prawo i Więź” 2017, nr 2, s. 138–139; H. Dębska, *Pozytywistyczna teoria prawa. Utopia założeń a konieczność „pozytywizacji wartości”*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 2011, nr 312, s. 112.

na uwadze, że jeśli sądy powszechne zbyt swobodnie, aktywnie, teleologicznie zaczną odczytywać intencje ustrojodawcy oraz współczesne potrzeby w zakresie kształtowania treści norm ustawowych, patrząc na

czeń sądów europejskich. Mówi się coraz częściej nie tylko o rządach prawa, ale także o rządach sędziów. Sądy w Europie stają się ostateczną instancją prawdy, ostateczną wyrocznią we wszelkich sprawach<sup>18</sup>.

## W szczególności ETPCz oraz TSUE wykazują się sędziowskim aktywizmem w znacznie większym stopniu, niż ma to miejsce w tradycji większości europejskich państw.

Konstytucję RP jako na żywy instrument (źródło prawa oddychające dominującą w określonych kręgach społecznych ideologią) i na tej podstawie będą korygować ustawodawcę, to w istocie może to być subtelne przechodzenie z pozycji zasad demokratycznego państwa prawnego na realne pozycje arystokracji bądź oligarchii sędziowskiej. W takich przypadkach o treści norm prawnych faktycznie może decydować nie tyle efekt ścierania się poglądów wszystkich obywateli i wskazanych przez nich w wyborach powszechnych reprezentantów, według reguł demokratycznej rywalizacji politycznej, co efekt ścierania się preferencji aksjologicznych i poglądów politycznych w łonie środowiska sędziowskiego.

Antonin Scalia przestrzegał przed coraz dalej idącą polityzacją europejskiego sądownictwa. Wskazywał przy tym, że o ile w Stanach Zjednoczonych nominowanie sędziów odbywa się w sposób wysoce polityczny, ale i wyraźnie widoczny, o tyle w Europie ta polityczność orzekania sądowego jest bardziej ukryta, co w konsekwencji powoduje, że polityczny sprzeciw wobec ustrojowo chronionej, wyposażonej w gwarancje niezależności i niezawisłości, ale w gruncie rzeczy dość anonimowej władzy sądowniczej trudniej spersonalizować<sup>17</sup>. Zwraca się przy tym uwagę na coraz większą moc prawotwórczych (prawodawczych) orze-

W szczególności Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPCz) oraz Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) wykazują się sędziowskim aktywizmem w znacznie większym stopniu, niż ma to miejsce w tradycji większości europejskich państw<sup>19</sup>. Z orzecznictwa ETPCz wyraźnie wynika, że Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r. ma być traktowana jako „żywy instrument” (*living instrument*), który „musi być interpretowany z uwzględnieniem dzisiejszych warunków”<sup>20</sup>. Traktowanie przez ETPCz Konwencji jako żyjącego instrumentu zakłada, że w ramach tego samego tekstu

17 A. Scalia, *Mullahs of the West. Judges as Moral Arbiters. Mułlowie Zachodu. Sędziowie jako arbitrzy moralni*, Warszawa 2009, s. 36–37.

18 M. Safjan, *Wyzwania dla państwa prawa*, Warszawa 2007, s. 66; H. Dębska, *Pozytywistyczna teoria...*, dz. cyt., s. 107.

19 T. Koopmans, *Sources of Law – the New Pluralism* (w:) J. Rosenlov, K. Thurop (red.), *Festschrift Til Ole Due, Liber Amicorum*, Copenhagen 1994, s. 194; G. Conway, *Historical Interpretation of Constitutions – the EU and US Compared*, „Quest” 2008, nr 6.

20 Zob. wyroki ETPCz z: 7 czerwca 2001 r. (Wielka Izba) w sprawie *Kress v. Francja*, skarga nr 39594/98, § 70; 12 lipca 2001 r. (Wielka Izba) w sprawie *Ferrazzini v. Włochy*, skarga nr 44759/98, § 26; 8 lipca 2004 r. (Wielka Izba) w sprawie *Vo v. Francja*, skarga nr 53924/00, § 82; 10 listopada 2005 r. (Wielka Izba) w sprawie *Leyla Şahin v. Turcja*, skarga nr 44774/98, § 136; 10 lutego 2009 r. (Wielka Izba) w sprawie *Sergey Zolotukhin v. Rosja*, skarga nr 14939/03, § 80. Za: P. Łącki, *Uzasadnienie dynamicznej wykładni Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności – pytania krytyczne*, „Przegląd Sejmowy” 2017, nr 2, s. 8.



pisanego następuje stała ewolucja zawartych w nim treści, co rzutuje na pojmowanie roli orzecznictwa, które przybiera kreatywny charakter. Przez taką filozofię wykładni doszło do znaczącego rozszerzenia zakresu i treści szeregu praw zawartych w samej Konwencji. Ujęcie Konwencji jako „żyjącego instrumentu” wiąże się z rozszerzeniem zakresu szeregu praw w niej gwarantowanych i akceptacją sytuacji, że wykładnia teleologiczna postanowień konwencyjnych może „przełamywać” wykładnię językową, a także uzasadnieniem, że wraz z upływem czasu dochodzi do zmiany znaczenia tekstu Konwencji pomimo braku jej nowelizacji. Tekst Konwencji ujmowany jest jako zawierający „zmieniające się pojęcia”, a w konsekwencji orzecznictwo ETPCz wywodzi i nakłada nowe obowiązki wobec państw członkowskich<sup>21</sup>. Z kolei TSUE rozbudowuje katalog pryncypiów wywodzonych z ogólnikowo sformułowanej zasady praworządności oraz wykazuje się nieschematyczną dynamiką orzecznictwem w sprawach związanych z konkretnymi wewnętrznymi sporami politycznymi.

### 5. Podsumowanie

Konkludując, można stwierdzić, że w demokratycznym państwie prawnym należy szczególnie ostrożnie podchodzić do koncepcji aktywizmu sędziowskiego i idei aktów normatywnych jako żyjących źródeł prawa. Jeśli prawo sformułowane i spisane po to, aby zapobiegać arbitralności rozstrzygnięć organów orzekających o tym, co jest prawem w konkretnych sprawach, to w procesie wykładni prawa, w szczególności konstytucji oraz aktów prawa międzynarodowego, zasadniczo należy być wiernym temu, co napisano w akcie normatywnym. W szczególności należy przeciwdziałać próbom aplikacji do prawoznawstwa nośnej ideologicznie filozoficznej metody dekonstrukcji klasycznych pojęć i wartości, jak również kreowania w wykładni prawa kontrowersyjnych instytucji, niewynikających z tekstu prawnego i nieakceptowanych przez społeczeństwo w jego dominującej większości.

Należy podkreślać, że zwłaszcza w systemie prawa kontynentalnego wykładnia prawa, jako rekonstrukcja norm prawnych z treści przepisów aktów normatywnych, opiera się na założeniu, że stosowane przez

prawodawcę pojęcia języka prawnego, jako „nośniki” zawartych w nich zobiektywizowanych i powszechnie wiążących znaczeń, mają swój zakodowany i określony zakres treściowy. Zasady podziału władzy, demokratycznego państwa prawnego, praworządności, zaufania obywatela do państwa i tworzonego przez nie prawa, bezpieczeństwa prawnego i pewności prawa wymagają tego, aby treść normy prawnej na etapie wykładni była przez sąd i inne organy ustalana, rekonstruowana, odczytywana z tekstu aktu normatywnego, a nie kreowana w duchu dominującej w określonych kręgach ideologii. Normatywizacja nowych idei w systemie demokratycznym opartym na rządach prawa powinna realizować się w nowelizacji przepisów prawa, a nie ich aktywnej, prawotwórczej sądowej interpretacji.

To stworzony w danym języku tekst aktu normatywnego jest środkiem komunikowania przez prawodawcę adresatom norm prawnych treści tych norm. Istotnym elementem demokratycznej procedury stanowienia prawa jest głosowanie nad konkretnym tekstem, który finalnie dzięki promulgacji i po upływie *vacatio legis* nabiera normatywnej mocy. Tekst aktu normatywnego nie jest przy tym wyrazem subiektywnych przekonań i preferencji poszczególnych członków parlamentu, ale przez zinstytucjonalizowany akt prawotwórczy uzyskuje on charakter autonomiczny<sup>22</sup>. Sędzia powinien zatem w procesie wykładniczym być wierny tekstowi aktu normatywnego, rodzimej semantyce i kulturze prawnej, a nie podążać za aktualnie preferowaną w danych kręgach ideologią lub subiektywnymi przekonaniami aksjologicznymi czy politycznymi.

System prawny powinien ewoluować razem z kulturą, ale dzięki nowelizacji prawa, a nie dekonstrukcji znaczeń i aktywnej, prawotwórczej interpretacji pojęć języka prawnego w procesie sądowej wykładni. Interpretator aktu normatywnego, określając paradygmat prowadzonej wykładni, nie powinien odwoływać się ani do własnych ocen, ani do zmiennych i uzależnionych od bieżącej mody trendów ideowych, ale do fundamentalnych wartości zakodowanych w tekście aktu prawnego, w szczególności uwzględniając wartości wyrażone w preambule oraz treści normatywnej ustawy zasadniczej. Sądy w orzekaniu nie powinny dokonywać

21 P. Łącki, *Uzasadnienie dynamicznej...*, dz. cyt., s. 8–10.

22 A. Marmor, *Textualism in Context*, „Legal Studies Research. Paper Series” 2012, nr 12–13, s. 5–6.

„transgresji tekstu”<sup>23</sup> aktu normatywnego, kierując się w szczególności wytycznymi idei poprawności politycznej. O treści praw podstawowych powinna decydować głęboka treść normatywna aktu prawnego i wartości leżące u podstaw redakcji tekstu<sup>24</sup>. Sędziowie nie powinni przez swój aktywizm korygować ustawodawcy przez arbitralne rozstrzygnięcia w sferze aksjologii i rewidować wyrażonych w przeszłości w akcie normatywnym dominujących ocen w zakresie moralności publicznej, gdyż nie tylko nie mają ku temu politycznego mandatu, ale także dlatego, że nie ponoszą w tym zakresie żadnej odpowiedzialności – ani politycznej, ani prawnej<sup>25</sup>.

Europejskiego na tyle aktywnie i twórczo, że faktycznie, bez podstaw traktatowych, narzucają ideologię i system wartości obce polskiej tradycji prawnej oraz rozwiązania polityczne idące na przekór wyrażonej w Konstytucji RP woli suwerena – Narodu Polskiego. Widząc pewne przypieszenie działań prominentnych polityków europejskich w kierunku politycznej federalizacji i ideologicznej homogenizacji europejskich państw narodowych, należy przyglądać się, czy sędziowie europejscy nie ulegają pokusie dublowania rozwiązań amerykańskich na Starym Kontynencie. Model aktywizmu sędziowskiego, nieraz stosowany

## Sądowa wykładnia konstytucji, traktatów międzynarodowych czy ustaw nie powinna być traktowana jako polityczne narzędzie wdrażania zmian społecznych pozwalające na obejście demokratycznych, krajowych procedur legislacyjnych.

Sądowa wykładnia konstytucji, traktatów międzynarodowych czy ustaw nie powinna być traktowana jako polityczne narzędzie wdrażania zmian społecznych pozwalające na obejście demokratycznych, krajowych procedur legislacyjnych, wymagających uzyskania dla realizacji określonych kontrowersyjnych rozwiązań szerszego poparcia wśród adresatów norm prawnych. Wydaje się, że polska jurisprudencja powinna w szczególności poddawać szczegółowej analizie kwestię, czy sądy europejskie nie interpretują aktów prawa

w Sądzie Najwyższym Stanów Zjednoczonych w celu uniwersalizacji kontrowersyjnych ideologicznie rozstrzygnięć, pomimo oporu legislatywy stanowych, nie powinien być wdrażany na gruncie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka czy Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Czyniłoby to iluzoryczne na płaszczyźnie wykładni prawa europejskiego fundamentalne w polskim porządku prawnym zasady suwerenności Narodu, praworządności, podziału władz, demokratycznego państwa prawnego.

### Bibliografia

- 23 J.E. Rytter, *Constitutional Interpretation...*, dz. cyt., s. 264–266, 272.
- 24 J.P. Müller, *Zur sog. Subjektiv- und objektivrechtliche Bedeutung der Grundrechte*, „Der Staat” 1990, nr 29, s. 33–48.
- 25 J.P. van Koppen, *Judicial Policy Making In the Netherland. The Case-by-Case Method* (w:) M.L. Volcansek (red.), *Judicial Politics and Policy-Making in Western Europe*, London–New York 1993, s. 80–92. Za: L. Morawski, *Aktywizm sędziowski...*, dz. cyt., s. 142–143.

- Alderman M., Pickard D., *Justice Scalia's Heir Apparent? Judge Gorsuch's Approach to Textualism and Originalism*, „Stanford Law Review” 2017, nr 69, s. 185–192.
- Bhatia G., *The Politics of Statutory Interpretation. The Hayekian Foundations of Justice Antonin Scalia's Jurisprudence*, „Hastings Constitutional Law Quarterly” 2015, nr 42 (3), s. 525–555.
- Breyer S., *Active Liberty. Interpreting Our Democratic Constitution*, Alfred A. Knopf 2005.

- Conway G., *Historical Interpretation of Constitutions – the EU and US Compared*, „Quest” 2008, nr 6, s. 97–119.
- Dębska H., *Pozytywistyczna teoria prawa: utopia założeń a konieczność „pozytywizacji wartości”*, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 2011, nr 312, s. 105–116.
- Dworkin R., *The Arduous Virtue of Fidelity. Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve*, „Fordham Law Review” 1997, nr 65, s. 1249–1268.
- Fallon R.H., *Three Symmetries Between Textualist and Purposivist Theories of Statutory Interpretation – and the Irreducible Roles of Values and Judgement Within Both*, „Cornell Law Review” 2014, nr 99, s. 685–734.
- Koopmans T., *Sources of Law – the New Pluralism* (w:) J. Rosenlov, K. Thurop (red.), *Festschrift Til Ole Due, Liber Amicorum*, Copenhagen 1994, s. 188–205.
- Koppen J.P. van, *Judicial Policy Making In the Netherland. The Case-by-Case Metod* (w:) M.L. Volcansek (red.), *Judicial Politics and Policy-Making in Western Europe*, London–New York 1993, s. 80–92.
- Llewellyn K.N., *Bramble Bush*, New York 1969.
- Longchamps de Bérier F., *Sądowa instytucjonalizacja małżeństwa osób tej samej płci w Stanach Zjednoczonych*, „Forum Prawnicze” 2016, nr 6, s. 3–15.
- Łącki P., *Konstytucja a małżeństwo. Prawa podstawowe i demokracja*, „Przegląd Sejmowy” 2016, nr 1, s. 169–183.
- Łącki P., *Uzasadnienie dynamicznej wykładni Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności – pytania krytyczne*, „Przegląd Sejmowy” 2017, nr 2, s. 7–26.
- Macias S.J., *Survey of Illinois Law: Statutory Interpretation*, „Southern Illinois University Law Journal” 2013, nr 37, s. 845–874.
- Manning J.F., *Justice Scalia and the Legislative Process*, „NYU Annual Survey of American Law” 2005, nr 62 (33), s. 33–43.
- Manuel K.M., Murrill B.J., Nolan A., *Justice Antonin Scalia: His Jurisprudence and His Impact on the Court*, Congressional Research Service 2016.
- Marmor A., *Textualism in Context*, „Legal Studies Research. Paper Series” 2012, nr 12–13, s. 1–18.
- Maroń G., *Oryginalizm Antonina Scalii jako teoria wykładni prawa*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2010, nr 4, s. 23–52.
- Morawski L., *Aktywizm sędziowski a sprawy polskie*, „Prawo i Więź” 2017, nr 2, s. 137–144.
- Müller J.P., *Zur sog. Subjektiv- und objektivrechtliche Bedeutung der Grundrechte*, „Der Staat” 1990, nr 29, s. 33–48.
- Philipse H., *Antonin Scalia’s Textualism in philosophy, theology, and judicial interpretation of the Constitution*, „Utrecht Law Review” 2007, nr 3, s. 169–192.
- Pritchard A.C., Zywicki T.J., *Finding the Constitution: An Economic Analysis of Tradition’s Role in Constitutional Interpretation*, „North Carolina Law Review” 1999, nr 77, s. 409–521.
- Rytter J.E., *Constitutional Interpretation – Between Legalism and Law-Making*, „Scandinavian Studies in Law” 2007, nr 52, s. 256–272.
- Safjan M., *Wyzwania dla państwa prawa*, Warszawa 2007.
- Scalia A., *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton 1997.
- Scalia A., *Mullahs of the West. Judges as Moral Arbiters. Mułlowie Zachodu. Sędziowie jako arbitrzy moralni*, Warszawa 2009.
- Scalia A., Garner B.A., *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul, MN 2012.
- Scalia A., Manning J.F., *A Dialogue on Statutory and Constitutional Interpretation*, „The George Washington Law Review” 2012, nr 80, s. 1610–1619.
- Smith T., *Why Originalism Won’t Die – Common Mistakes in Competing Theories of Judicial Interpretation*, „Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy” 2007, nr 2, 159–216.
- Turner R., *A Critique of Justice Antonin Scalia’s Originalist Defense of Brown v. Board of Education*, „Ucla Law Review Discourse” 2014, nr 62, s. 170–184.
- Whittington K.E., *The New Originalism*, „Georgetown Journal of Law and Public Policy” 2004, nr 22, s. 599–613.
- Zlotnick D.M., *Justice Scalia and His Critics. An Exploration of Scalia’s Fidelity to His Constitutional Methodology*, „Emory Law Journal” 1999, nr 48, s. 1377–1429.