



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Antonin Scalia

**MULLAHS OF THE WEST:
JUDGES AS MORAL ARBITERS**

Warsaw, August 24, 2009





Antonin Scalia. Mullahs of the west: judges as moral arbiters

Antonin Scalia. Mułłowie zachodu: sędziowie jako arbitrzy moralni

Tłumaczenie: Alicja Legutko-Dybowska

Warszawa 2009

Wydawca

Biurow Rzeczniika Praw Obywatelskich
00-090 Warszawa
Al. Solidarności 77

Przygotowanie do druku

Biurow Grafiki i Projektów Świat Zieleni
01-606 Warszawa
ul. Koźmiana 2/11
biuro@swiatzieleni.eu

Druk

PPGK S.A. Drukarnia KART
01-252 Warszawa
ul. Przyce 20
www.drukarniakart.pl

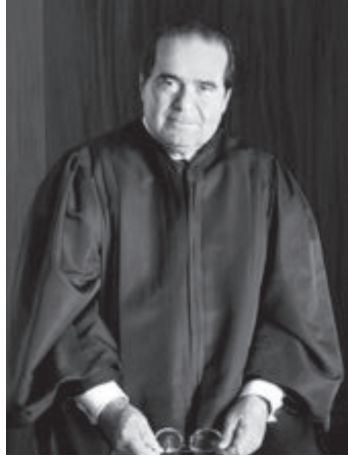




Antonin Scalia

**MULLAHS OF THE WEST:
JUDGES AS MORAL ARBITERS**





Antonin Scalia, was born in Trenton, New Jersey, March 11, 1936. He married Maureen McCarthy and has nine children - Ann Forrest, Eugene, John Francis, Catherine Elisabeth, Mary Clare, Paul David, Matthew, Christopher James, and Margaret Jane. He received his A.B. from Georgetown University and the University of Fribourg, Switzerland, and his LL.B. from Harvard Law School, and was a Sheldon Fellow of Harvard University from 1960–1961.

He was in private practice in Cleveland, Ohio from 1961–1967, a Professor of Law at the University of Virginia from 1967–1971, and a Professor of Law at the University of Chicago from 1977–1982, and a Visiting Professor of Law at Georgetown University and Stanford University. He was chairman of the American Bar Association's Section of Administrative Law, 1981-1982, and its Conference of Section- Chairmen, 1982-1983.

He served the federal government as General Counsel of the Office of Telecommunications Policy from 1971-1972, Chairman of the Administrative Conference of the United States from 1972–1974, and Assistant Attorney General for the Office of Legal Counsel from 1974–1977. He was appointed Judge of the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit in 1982.

President Reagan nominated him as an Associate Justice of the Supreme Court, and he took his seat September 26, 1986.



Introduction by Dr Janusz Kochanowski, Commissioner for Civil Rights Protection

Our long awaited and dear guest today is an Associate Justice of the Supreme Court of the United States, Antonin Scalia. Justice Scalia was born in Trenton, New Jersey, in 1936.

He married Maureen McCarthy and has nine children. During his nomination hearings, it was remarked that as a parent of nine, he had much experience in working with groups of nine. To my knowledge the Justice has twenty-six grandchildren. Apparently, Justice Scalia can list them all in alphabetical order on the spot.

Justice Scalia has devoted his professional career to law. Both law in books, and law in action, to use a famous phrase of Roscoe Pound.

Justice Scalia received his A.B. from Georgetown University and the University of Fribourg, Switzerland and his LL.B. from Harvard Law School where he was an editor of the Harvard Law Review and graduated magna cum laude. He was also a Sheldon Fellow of Harvard University from 1960–1961.

He was in private practice in Cleveland, Ohio from 1961–1967, a Professor of Law at the University of Virginia from 1967–1971, a Professor of Law at the University of Chicago from 1977–1982 and a Visiting Professor of Law at Georgetown University and Stanford University.

In the seventies Justice Scalia served the federal government as a General Counsel to the Office of Telecommunications Policy, a Chairman of the Administrative Conference of the United States and an Assistant Attorney General for the Office of Legal Counsel. In the eighties, he was a chairman of the American Bar Association's Section of Administrative Law, and its Conference of Section Chairmen.

In 1982 he was appointed a Judge of the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit. Four years later, late President Ronald Reagan nominated him as an Associate Justice of the Supreme Court and he took his seat on 26 of September 1986

to replace William Rehnquist. Justice Scalia was only 50 when his nomination hearings took place, making him the youngest Supreme Court justice ever.

Justice Scalia was the first Italian-American to serve on the Supreme Court. During the opening remarks of his confirmation hearings, there was much ado over his ethnicity, prompting a chorus of „I’m Italian, too” remarks. This prompted Sen. Howell Heflin to remark, jokingly, „I would be remiss if I did not mention the fact that my great-great-grandfather married a widow who was married first to an Italian-American”. I just can’t help mentioning myself that my grandmother was also Italian, Justice Scalia.

Justice Scalia is famous for his ‘original-meaning’ jurisprudence which accords primacy to the text of the Constitution and the statute being interpreted.

The Justice declares it to be the duty of the judge to apply that text when it is clear or the specific legal tradition apparent from that text when it is not. Such an approach constrains judicial discretion and protects the people’s right to govern themselves.

This Federalist approach is extremely precious in an era of judicialization, when, as Sir Ralph Dahrendorf says, judges adopt roles of politicians and become involved in solving political and moral problems by trial and error. But I do not want to comment on what we anticipate to be the subject of our guest’s lecture today.

Justice Scalia’s opinions and writing have an outstanding academic quality and impact in such different areas of law as the separation of powers, federalism, substantive and procedural rights.

He also has greatly contributed to the defense of rights explicit in the Constitution of the United States and recognized by longstanding social or legal traditions, rejecting the idea that the courts should vindicate any claim deemed rightful.

Justice Scalia has ardently defended procedural rights and guarantees explicit in the American Constitution and Amendments. He has become famous for his support for right to privacy and freedom of expression.

In all of his writings, the Justice has been remarkably consistent to his judicial philosophy, sometimes being the only member of the



Court to interpret faithfully the text and tradition of the Constitution, often against those who reject the constraints imposed by any coherent interpretive approach.

Justice Scalia's approach to legal interpretation is not the only substantial change brought by him to the bench. In a position which has often been characterized by substantial circumspection in writing and public behaviour, Justice Scalia has been willing to display his personality and wit and to attract interest of ordinary citizens. In fact, it can be scientifically proved that Scalia is the funniest of the justices. Boston University law Prof. Jay Wexler determined that Justice Scalia instigated "77 laughing episodes" as recorded in the official court mining transcripts from the 2004-2005 session.

To conclude this not-so-brief presentation, Justice Scalia can be admired for many things.

Let me only highlight his twenty-six grandchildren, his great sense of humour – indeed sometimes a most dangerous weapon – and his great courage in defending fundamental values and truths even against views and opinions of majority. May I add that among his many honours, it was precisely for this reason that Justice Scalia received last year the Polish Commissioner for Civil Rights Protection "Pawel Wlodkowic Award".

Finally, we admire you not only for the fact that you have made it to the top of professional legal career, but even more for the fact that judging from your biography you could be equally successful in any profession, be it as a Conqueror or a Member of the College of Cardinals (of course in a conservative wing) as one of the last few remaining true men.

Having you here in Warsaw, Justice Scalia, is a great joy and honour. The floor is now yours.





ANTONIN SCALIA

MULLAHS OF THE WEST: JUDGES AS MORAL ARBITERS

In the first half of the last century, American political theory was obsessed with the expert. The key to effective government, it was thought, was to take the direction of government agencies out of the hands of politicians, and to place it within the control of men experienced and knowledgeable within the various fields of government regulation. Accordingly, despite the fact that the United States Constitution calls for all executive power to reside in a nationally elected President, Congress created a series of agencies insulated from presidential control, in that their managers were not subject to presidential direction and could not be removed from office by the President except for malfeasance. Typically, these so-called “independent regulatory agencies” were headed by a board of five or more members, no more than a bare majority of whom could be from the same political party, appointed for staggered terms of years exceeding the President’s four-year term. In this way, it was thought, politics could be taken out of the job of managing the economy; it would be done by experts. Thus there was created what came to be known as the Headless Fourth Branch of American government – a series of alphabet agencies such as the ICC (Inter-state Commerce Commission), the FTC (Federal Trade Commission), the SEC (Securities and Exchange Commission), the FCC (Federal Communications Commission), and the CAB (Civil Aeronautics Board).

It is fair to say that the project was a grand failure – for two basic reasons. First, and most important, it was discovered (and this should have been no surprise) that many of the most important issues to be decided by government agencies – even agencies dealing with seemingly technical fields such as telecommunications and transportation-have no right or wrong answers that experts can discover. They involve social preferences which, in a democracy, can only be expressed through the political process. How many television stations should the FCC permit a single company to own? It de-





depends upon how much you care about quality of programming (by and large, bigger operations can deliver more expensive programs) compared with how much you fear big-company domination of television, including its news and public-affairs programming. There is no right answer to the question; only a policy preference. How much should the ICC permit railroads to charge for the hauling of municipal waste? If they are allowed to charge their cost (including a reasonable profit), it will be very expensive to dispose of waste in this fashion. But perhaps we want to subsidize the burying of municipal waste in landfills, so that cities will not pollute the environment by incineration. We can apply that subsidy by requiring railroads to charge below their cost for carrying municipal waste, the deficit to be made up for by permitting over-compensatory rates for other cargos – which amounts to a tax imposed on the consumers of those other cargos. So, how much you permit railroads to charge depends upon 1) how much you care about the environment, and 2) how much you are willing to subsidize cities. There is no right answer to the question; only a policy preference.

And the second reason the project of the so-called independent agency was a failure is that it is quite, utterly impossible to take politics out of policy decisions. (That is not just a reality, it is, for those of us who believe in democracy, a blessed reality.) The reduction in the elected President's control over the independent regulatory agencies was simply replaced by augmentation of the elected Congress's control. Agency heads were no longer removable by the elected President, but they were also no longer protected by his political power; he had no interest in protecting them since their acts were not his acts, their failures not his failures. Thus, the independent regulatory agencies became all the more subservient to the policy direction of the Committees of Congress responsible for their budget and for their oversight.

By the end of the twentieth century, independent regulatory agencies were no longer fashionable. Indeed, two of the oldest of them, the Interstate Commerce Commission and the Civil Aeronautics Board, were abolished. But in the United States, and indeed throughout the world, belief in the expert has been replaced by



belief in the judge-moralist. Whereas technical questions, we have come to learn, do not have any single right answer, surely moral questions do. Whether a woman has a natural right to an abortion. Whether society has the right to take a man's life for his crimes. Whether it is unfair (and hence, in the terminology of the American Constitution, a denial of equal protection) to permit marriage between people of opposite sex, but not between people of the same sex. Whether a human being has an unalienable right to take his own life, and to have the assistance of others in doing so. These, and many similar questions, involve basic morality, basic human rights – and surely there is a right and wrong answer to them.

Well, I believe firmly that indeed there is. That is to say, I believe in natural law. The problem is that my view of what natural law prescribes is quite different from others' views – and none of us has any means of demonstrating, with anything approaching scientific certainty, the correctness of his position. Thus, as a matter of democratic theory, there is no more reason to take these issues away from the people than there is to take away issues of economic policy – because there is no moral expert to answer them. This is not to say that the people's conclusion can always override my own conscience on these questions of right and wrong. In Nazi Germany, for example, even if it had been democratically determined that Jews and Poles had no right to live, I would be obliged to protect and defend them, in defiance of the law if necessary. But we are not talking about individual responsibility; we are talking about who, in a democratic society, should have the power to determine the government's view of what the natural law is. That seems to me obvious. Given that there is a natural law, the question becomes: what do the American people, or the Dutch people, or the Italian people, believe the natural law to be? Does it permit abortion, or forbid abortion? And in an open democratic society the people can debate these issues, each side trying to persuade the other to its way of thinking. And the people (unlike the courts) can even compromise on these issues—for example, by leaving the issue of abortion to be dealt with in divergent fashion by the sub-units of a federal state, or by prohibiting only abortion performed in a particularly brutal

fashion, or by permitting abortion in case of rape or incest.

But in these early years of the 21st century, that is not the way we proceed. We have become addicted to abstract moralizing. That is relatively harmless when it appears in the operating documents of such international organizations as the United Nations – which can implement the moralization or not implement it, as political convenience dictates. Stop, or do not stop, for example, what our Congress has termed the genocide occurring in the Sudan; nothing forces the UN’s hand. But abstract moralizing is a dangerous practice when it is reflected in the operating documents of a nation-state (or a federation of nation-states) which require the moralizing to be judicially enforced. There is nothing inherently wrong, for example, with Article 8 of the Council of Europe’s Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, which provides, in part, that “[e]veryone has the right to respect for his private... life.” Who could possibly disagree with such an inspiring sentiment? Any more than one could disagree with the inspiring sentiment of Article V of the 1789 French Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, that “(t)he law ought to prohibit only actions hurtful to society.” But whereas the latter was left to languish as an inspiring sentiment, with no attempt to have judges enforce it against the French Parliament, the former – the “right to respect for ... private ... life” – has been made enforceable against the democratic governments of Europe by judgment of the European Court of Human Rights. What does “respect for private life” consist of? Who knows, other than the European Court of Human Rights?

Nine years ago, that provision was held to invalidate a provision of the United Kingdom’s law against gross indecency which said that the law’s permission of private homosexual conduct did not apply “when more than two persons take part or are present.” The Court of Human Rights held that the gross indecency law could not, by reason of the required “respect for private life,” be applied against a 5-man homosexual orgy, which the participants considered so little confidential that they videotaped it.¹ (The Court did not specify how

1 A. D. T. v. United Kingdom, No. 35765/97 (July 31, 2000).



many people had to be participating in the sexual conduct before it would cease to qualify as part of each one's "private life." Presumably it is some number between 5 and the number required to fill the Coliseum. Unless, of course, all sexual activity not intentionally displayed to nonparticipants is part of one's "private life," in which case even Yankee Stadium is a permissible venue for the living out of one's private life.)

In the course of its opinion, not only did the 7-judge chamber of the Court of Human Rights definitively resolve for the people of Europe the scope of legally protected privacy. It also ruled definitively upon what is "necessary in a democratic society ... for the protection of health or morals." For Article 8 of the Convention makes that an explicit exception to the right of privacy. I take no position, of course, on whether the prohibition of sex orgies is necessary for the protection of morals. I do assert, however, that in a democratic society the binding answer to that value-laden question should not be provided by 7 unelected judges.

The European Court of Human Rights does not, of course, stand alone in making value-laden judgments for the society. My Court does it all the time. *Roe v. Wade* is perhaps the prime example, requiring abortion-on-demand throughout the United States. But there are many more examples. Six terms ago, we held laws against private consensual sodomy, laws that had existed in perfect conformity with the Constitution for over 200 years, to be impermissible, citing, *inter alia* the Court of Human Rights' *Dudgeon* case² to prove the meaning of the Due Process Clause of the American Constitution.³ We have held it impermissible to let juries decide (as they have done in the past) that a murderer should be condemned to death despite his mental retardation,⁴ or despite the fact that he was under 18 years of age when he killed.⁵ We have held it impermissible for a State to maintain a military college for men only,

2 *Dudgeon v. United Kingdom*, 45 Eur. Ct. H. R. (Ser. A) (1981).

3 *Lawrence v. Texas*, 539 U. S. 558 (2003).

4 *Atkins v. Virginia*, 536 U. S. 304 (2002).

5 *Roper v. Simmons*, 543 (J. S. 551 (2005)).





despite the fact that West Point, the Citadel and the Virginia Military Institute had for more than a century not been thought to be in violation of the Constitution's requirement of equal protection of the laws.⁶ We have rejected, for the time being, a constitutional right to assisted suicide, but have reserved the right to revisit that issue.⁷ And I could go on.

Why have judges not always been such pioneering policymakers? The answer is that until relatively recently the meaning of laws, including fundamental laws or constitutions, was thought to be static. What vague provisions such as a right to "respect for ... private life," or a right to "equal protection" meant at the time of the constitution's enactment could readily be determined (in most controversial areas) from the accepted and unchallenged practices that existed at that time. And what the constitution permitted at the time of its enactment it permitted forever; only the people could bring about change, by amending the constitution. Thus, in 1920, when there had come to be general agreement that women ought to have the vote, the United States Supreme Court did not declare that the Equal Protection Clause of the Constitution had "acquired" a meaning that it never bore before; rather, the people adopted the Nineteenth Amendment, requiring every State to accord women the franchise.

Under a regime of static law, it was not difficult to decide whether, under the American Constitution, there was a right to abortion, or to homosexual conduct, or to assisted suicide. When the Constitution was adopted, all those acts were criminal throughout the United States, and remained so for several centuries; there was no credible argument that the Constitution made those laws invalid. Of course society remained free to decriminalize those acts, as some States have; but under a static Constitution judges could not do so.

A change occurred in the last half of the 20th century, and I am sorry to say that my Court was responsible for it. It was my Court that invented the notion of a "living Constitution." Begin-

6 United States v. Virginia, 518 U. S. 515 (1996).

7 Washington v. Glucksberg, 521 U. S. 702 (1997).



ning with the Cruel and Unusual Punishments Clause of our Eighth Amendment, we developed the doctrine that the meaning of the Constitution could change over time, to comport with “the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society.”⁸ And it is we, of course, the Justices of the Supreme Court, who will determine when there has been evolution, and when the evolution amounts to progress. On the basis of this theory, all sorts of entirely novel constitutional requirements were imposed, from the obligation to give a prior hearing before terminating welfare payments⁹ to the obligation to have law libraries in prisons.¹⁰

For a time, the American Supreme Court was the envy of the judicial world. Ah, judges thought, if only we all could have such power to do good! And then, with the creation of constitutional courts in Europe, and ultimately creation of the European Court of Human Rights, the Power to Do Good came into every judge’s hands – or at least the hands of every judge empowered to override legislative acts. The Court of Human Rights was quick to adopt the proposition that the Convention was (as the Court put it in 1978) a “living instrument which ... must be interpreted in the light of present-day conditions.”¹¹ And thus the world, or at least the West, has arrived at its current state of judicial hegemony.

Let me make it clear that the problem I am addressing is not the social evil of the judicial dispositions I have described. I accept for the sake of argument, for example, that sexual orgies eliminate social tensions and ought to be encouraged. Rather, I am questioning the propriety – indeed, the sanity – of having a value-laden decision such as this made for the entire society (and in the case of Europe for a number of different societies) by unelected judges. There are no scientifically demonstrable “right” answers to such questions, as opposed to answers that the particular society favors. And even if there were scientifically “right” answers, there would be no rea-

8 *Trop v. Dulles*, 356 U. S. 86, 101 (1958) (plurality opinion).

9 *Goldberg v. Kelly*, 397 (J. S. 254, 263-64 (1970).

10 *Bounds v. Smith*, 430 U.S. 817, 828 (1977)

11 *Tyrer v. United Kingdom*, 26 Eur. Ct. H. R. (ser. A) at para. 31 (1978).

son to believe that law-trained professionals can discern them more readily than, say, medical doctors or engineers or ethicists or even the fabled Joe Six-Pack.¹² Surely it is obvious that nothing I learned in my law courses at Harvard Law School, none of the experience I acquired practicing law, qualifies me to decide whether there ought to be (and hence is) a fundamental right to abortion or to assisted suicide.

Judges' lack of special qualification to deal with such questions is disguised by the fact that they provide their answers in classic, legal-opinion form, with boring recitations of the facts, the procedural history of the case, the relevant provisions of law, the arguments of the parties, and finally, the court's analysis, which takes pains to demonstrate the consistency of today's result with earlier decisions of the court. The problem is that those earlier decisions, like the present one, fail to address the real issues, which are of a nature too fundamental to be logically resolved by a law court. Thus, the Court of Human Rights' opinion in the Dudgeon case, which held that the prohibition of homosexual sodomy violated Article 8, found that the prohibition was not necessary for the protection of morals while yet purporting not to "make [...] any value-judgment as to the morality of homosexual relations between adult males."¹³ Surely the morality of the practice was central to the question whether proscription of it is necessary for the protection of morals. I suggest that the court disclaimed any determination of the morality of homosexual conduct, not because it was irrelevant to the case, but because it is blindingly clear that judges have no greater capacity than the rest of us to determine what is moral. The same phenomenon of disclaiming resolution of the central issue in the case appeared in *Roe v. Wade*, where my Court said that, in order to decide whether a State must allow termination of a fetus's life at the wish of the mother, it was unnecessary to decide when human life begins. Of course that question is central to intelligent discussion of the issue – but judges obviously know no more about it than the rest of us.

¹²Joe Six-Pack is the modern American name for The Common Man.

¹³Dudgeon, 45 Eur. Ct. H. R. (Ser. A.), at para. 54.



Which brings me back to the comparison I suggested at the outset of these remarks. Just as scientific “experts” were unqualified to give the people’s answer to the many policy judgments that inhere in any economic regulation, so also judges are unqualified to give the people’s answer to the moral questions that inhere in any a priori assessment of human rights. And just as it proved impossible to take politics out of economic regulation, it will prove impossible to take politics out of the year-by-year refashioning of society’s official views on human rights. In the United States, the mechanism for the infusion of politics has been the appointment and confirmation process. Federal judges in general, and Supreme Court Justices in particular, are nominated by the President and confirmed by the Senate. Every Republican presidential candidate since Richard Nixon has complained about an activist Supreme Court, and has promised to appoint Justices who believe in “judicial restraint.” And every Democratic presidential candidate since Michael Dukakis has promised to appoint Justices who will uphold *Roe v. Wade*, which is synonymous with judicial activism. Each year the conflict over judicial appointments has grown more intense. Recently, it has expanded to the Court of Appeals level, Democrats in the Senate refusing to permit a vote on Court of Appeals nominees whom they expect to disagree with *Roe v. Wade*. Because of this political controversy, a number of seats on our Courts of Appeals remain unfilled. The lesson is, that in a truly democratic society – or at least the one in America – one way or another the people will have their say on significant issues of social policy. If judges are routinely providing the society’s definitive answers to moral questions on which there is ample room for debate – rather than merely determining the meaning, when enacted, of democratically adopted texts – then judges will be made politically accountable. The people, through their representatives the President and the Senate, will no longer select candidates for the bench according to the traditional criteria – legal ability, integrity, judicial temperament, etc. Those qualities are





all well and good, but they are no longer the most important thing we should be looking for. We should be looking for people who agree with us as to what the annually revised Constitution ought to say. And you have seen this revision of criteria come to pass, now that the people – after about fifty years of the “living constitution – have figured out the name of the game. I was confirmed to the Supreme Court 23 years ago by a vote of 98-0; today, an originalist like me cannot even get 60 votes to sit on a Court of Appeals. What has occurred is betrayed even by the terminology with which the confirmation debates are conducted. The Senate is looking for “moderate” judges – “mainstream” judges. What in the world is a moderate interpretation of a constitutional text? Half-way between what it says and what we would like it to say? It makes no sense to speak of a “moderate” lawyer. But it makes a lot of sense to speak of a moderate policy-maker—a moderate draftsman of an ever-evolving new Constitution. The “moderate” judge is one who will interpret the Constitution to mean what most people would like it to mean; and the “extremist” judge is one who will invent a new Constitution that most people would not approve. Once one adopts this criterion, of course, the Constitution ceases to perform its principal function: to prevent the majority from doing some things it wants to do.

I would predict the same politicization of the European judicial process, but I frankly do not know what mechanism would make that possible. One of the checks upon judicial power that the Framers inserted into the American Constitution was precisely the appointment of judges in a highly visible and highly political fashion – so that judicial appointments can be an important issue in a presidential election. I am not aware that effective political checks exist with respect to European constitutional courts, the Court of Justice, or the Court of Human Rights. Moreover, unlike in America, political hostility towards your courts cannot be personalized. Your courts have many members, and in numbers there is anonymity. Adding to the inability to assess blame is the fact that your judges ordinarily sit in panels rather than en banc – so that any single judge can be criticized for only a portion of the judgments. And the opinions for





the court are not signed by a particular judge, but are anonymous. For all these reasons, you will not see in Europe placards that are the equivalent of Impeach Earl Warren or Impeach Harry Blackmun – or political mailings similar to the in terrorem letter a fundraiser for the Democratic Party recently sent to my house (I presume in error), reading, on the front of the envelope “Imagine Chief Justice Scalia.”

I am not happy about the intrusion of politics into the judicial appointment process in my country. But frankly, I prefer it to the alternative, which is government by judicial aristocracy. I shall observe with interest the development of this issue in Europe.





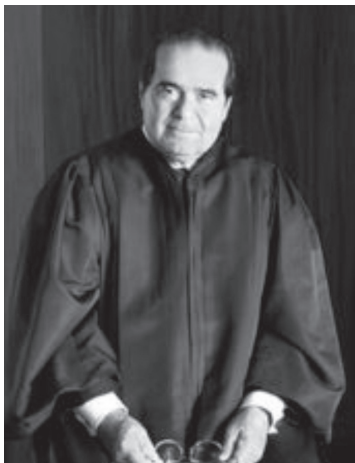




Antonin Scalia

**MUŁŁOWIE ZACHODU: SĘDZIOWIE
JAKO ARBITRZY MORALNI**





Antonin Gregory Scalia (ur. 11 marca 1936r.), amerykański prawnik, uczoney, sędzia. Urodził się w Trenton w stanie New Jersey w rodzinie o włoskich korzeniach. Żonaty z Maureen McCarthy, ojciec dziewięciorga dzieci.

Studiował prawo na uniwersytetach Georgetown, we Fryburgu szwajcarskim oraz w Harvardzie. W latach 1961-67 prowadził prywatną praktykę prawniczą w Cleveland. W latach 1967-1971 był profesorem prawa uniwersytetu stanu Virginia, a w latach 1977-1982 na uniwersytecie w Chicago. Wykładał także w uniwersytetach Georgetown oraz Stanford. Na początku lat osiemdziesiątych przewodniczył sekcji prawa administracyjnego Amerykańskiego Stowarzyszenia Prawników (American Bar Association).

Na stanowiskach w administracji publicznej pracował jako główny doradca Urzędu Polityki Telekomunikacyjnej (1971-1972), zaś za prezydentury Geralda Forda zajmował stanowisko Zastępcy Prokuratora Generalnego. W latach 1982-1986 był sędzią Sądu Apelacyjnego w Dystrykcie Kolumbii do czasu, gdy 26 września 1986 r. objął z nominacji prezydenta Ronalda Reagana stanowisko sędziego Sądu Najwyższego.



Wprowadzenie dra Janusza Kochanowskiego, Rzecznika Praw Obywatelskich

Naszym długo oczekiwanym i drogim gościem jest dziś jeden z sędziów Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych, Antonin Scalia. Sędzia Scalia urodził się w Trenton, w stanie New Jersey, w 1936r. Pan sędzia wraz z żoną Maureen McCarthy mają dziewięcioro dzieci. Podczas przesłuchań poprzedzających nominację sędziowską podkreślano, że jako ojciec dziewięciorga dzieci sędzia Scalia ma spore doświadczenie pracy z zespołami dziewięcioosobowymi. O ile mi wiadomo, państwo Scalia mają dwadzieścioro sześcioro wnucząt, a Pan Sędzia potrafi w każdej chwili podać ich imiona w kolejności alfabetycznej.

Sędzia Scalia związał całe swe życie zawodowe z prawem. Zarówno z prawem w książkach, jak i z prawem w działaniu, by użyć słynnego rozróżnienia Roscoe Pounda.

Sędzia Scalia studiował w uniwersytetach Georgetown i w szwajcarskim Fryburgu, by ostatecznie skończyć z wyróżnieniem prawo na uniwersytecie Harvarda. Redagował "Harvard Law Review" oraz w latach 1960-1961 był stypendystą Sheldona.

W latach 1961–1967 prowadził prywatną praktykę prawną w Cleveland, następnie w latach 1967–1971 był profesorem prawa na uniwersytecie Virginii, zaś w latach 1977–1982 na uniwersytecie Chicago. Zajmował też gościnnie stanowisko profesora uniwersytetów Georgetown i Stanford.

W latach siedemdziesiątych sędzia Scalia służył rządowi federalnemu jako główny radca w Urzędzie Polityki Telekomunikacyjnej (Office of Telecommunications Policy), a także przewodniczył amerykańskiej Konferencji Prawa Administracyjnego oraz zajmował stanowisko zastępcy Prokuratora Generalnego. Z kolei w latach osiemdziesiątych był sędzia Scalia przewodniczącym sekcji prawa administracyjnego Amerykańskiego Stowarzyszenia Prawników (American Bar Association) oraz przewodniczącym konferencji szefów sekcji.

W 1982 r. mianowany został sędzią sądu apelacyjnego District of Columbia, a cztery lata później prezydent Ronald Reagan miano-

wał go sędzią Sądu Najwyższego. Stanowisko to objął 26 września 1986r., zastępując sędziego William Rehnquista. Sędzia Scalia miał w momencie nominacji zaledwie 50 lat, co czyni zeń najmłodszego w historii sędziego Sądu Najwyższego USA.

Sędzia Scalia okazał się też pierwszym sędzią Sądu Najwyższego włoskiego pochodzenia. Podczas końcowych przesłuchań poprzedzających jego nominację, sporo mówiono o pochodzeniu etnicznym, co wywołało liczne głosy uczestników dyskusji powołujących się na swe włoskie korzenie. Senator Howell Heflin zauważył wtedy żartem: “W tej sytuacji nie mogę nie wspomnieć faktu, że mój prapradziadek poślubił wdowę, której pierwszy mąż był pochodzenia włoskiego”. Tyle senator Heflin, a ja nie mogę przy tej okazji nie wspomnieć, że moja babka także była Włoszką.

Sędzia Scalia zasłynął z doktryny interpretacji, która opiera się na oryginalnym znaczeniu tekstu prawnego, przyznając pierwszeństwo tekstowi Konstytucji oraz ustawy. Zdaniem Pana Sędziego, obowiązkiem sędziego jest stosowanie tego tekstu gdy jest on jasny, a w przeciwnym razie powołanie się na tradycyjne rozumienie interpretowanego przepisu. Takie podejście z pewnością ogranicza władzę dyskrecyjną sędziego, chroniąc prawo narodu do sprawowania władzy. Tego rodzaju federalistyczne podejście wydaje się szczególnie cenne w epoce judykalizacji, gdy – jak zauważał Sir Ralph Dahrendorf – sędziowie przyjmują rolę polityków, angażując się w rozwiązywanie problemów politycznych i moralnych metodą prób i błędów. Nie chciałbym jednak wygłaszać komentarzy do tego, co jak sądzę stanowić będzie przedmiot dzisiejszego wykładu naszego gościa.

Stanowiska oraz teksty sędziego Scalii słyną z wysokiej jakości naukowej oraz oddziałują na tak odmienne problemy i dziedziny prawa, jak podział władz, federalizm, prawa materialne i proceduralne. Pan Sędzia przyczynił się także do wzmocnienia ochrony praw wyraźnie przewidzianych w amerykańskiej konstytucji oraz uznawanych w ramach długiej tradycji, zarazem odrzucając pomysł, by sądy przyznawały jako prawo w sensie podmiotowym jakiegokolwiek sytuacji prawne uważane za słuszne. Sędzia Scalia uparcie broni praw i gwarancji proceduralnych, zawartych w amerykańskiej Kon-

stytucji oraz w dołączonych do niej poprawkach. Zasłynął zwłaszcza wsparciem dla prawa do prywatności oraz swobody ekspresji.

W swych tekstach sędzia Scalia reprezentuje konsekwentną i spójną filozofię sądenia. Zdarza się, że jest jedynym członkiem Sądu, opowiadającym się za interpretacją tekstu prawnego w zgodzie z tradycją konstytucyjną, często wbrew zdaniu tych, którzy sprzeciwiają się ograniczeniom wynikającym ze spójnego podejścia do wykładni.

Podejście do wykładni prawa nie jest jedyną zmianą, jaką sędzia Scalia wprowadził do Sądu Najwyższego. Na stanowisku zajmowanym zwykle przez osoby cechujące się surowością i powagą, sędzia Scalia wielokrotnie ujawniał swą osobowość i dowcip, czym zjednywał sobie uwagę zwykłych obywateli. Można nawet dowieść tego metodami naukowymi. Prof. Jay Wexler z Bostonu ustalił, na podstawie oficjalnych zapisów wystąpień w sądzie, że nasz gość – jak wynika z protokołów z lat 2004-2005 – 77 razy wywoływał śmiech słuchaczy.

By zakończyć tę niezbyt krótką prezentację powiem, że sędziego Scalię można cenić z wielu powodów. Dość podkreślić dwadzieścioro sześcioro wnucząt, wspaniałe poczucie humoru – czasem bywa ono najgroźniejszą bronią – oraz odwagę w obronie fundamentalnych prawd i wartości nawet wbrew opiniom i poglądom większości. Niech wolno mi będzie dodać, że właśnie z tych powodów do licznych zaszczytów Pana Sędziego dodano w ubiegłym roku nagrodę Rzecznika Praw Obywatelskich im. Pawła Włodkowica.

Podziwiamy Pana nie tylko za sukcesy w karierze zawodowej prawnika. Sądząc bowiem z Pańskiej biografii, mógłby Pan odnosić podobne sukcesy w każdej profesji, czy to jako zdobywca nowych lądów, czy jako członek Kolegium Kardynalskiego (oczywiście w konserwatywnym skrzydle) – jako jeden z ostatnich prawdziwych mężczyzn.

Antonin Scalia

MUŁŁOWIE ZACHODU:
SĘDZIOWIE JAKO ARBITRZY MORALNI

W pierwszej połowie ubiegłego wieku amerykańska teoria polityczna zdominowana była przez zjawisko „eksperta”. Kluczem do skutecznego rządzenia – jak uważano – było odebranie politykom kierownictwa nad agencjami rządowymi i oddanie go w ręce ludzi doświadczonych i wykształconych w rozmaitych dziedzinach regulacji administracyjnej. Zatem pomimo tego, że w świetle Konstytucji Stanów Zjednoczonych cała władza wykonawcza winna znajdować się w rękach Prezydenta wybranego przez naród, Kongres utworzył szereg agencji znajdujących się poza kontrolą prezydencką. Ich dyrektorzy nie podlegali kierownictwu głowy państwa, a Prezydent nie mógł ich usunąć z urzędu o ile nie popełnili przestępstwa. Zazwyczaj owe tak zwane „niezależne agencje wykonawcze” kierowane były przez zarząd złożony z trzech lub więcej członków, z których nie więcej niż niewielka większość mogła wywodzić się z tej samej partii politycznej, wyznaczanych na rotacyjne kadencje, przekraczające pięcioletnią kadencję Prezydenta. W ten sposób, jak sądzono, udało się oddzielić politykę od ekonomii; ekonomią zaś zajmowałiby się eksperci. Tak oto powstało coś, co znane jest jako Bezgłowa Czwarta Władza Ameryki – grupa agencji w rodzaju ICC (Interstate Commerce Commission – Międzystanowa Komisja Handlu); FTC (Federal Trade Commission – Federalna Komisja Handlu), czy CAB (Civil Aeronautics Board – Główny Inspektorat Lotnictwa Cywilnego).

Można uczciwie stwierdzić, że projekt ten poniósł wielką porażkę i to z dwóch podstawowych powodów. Po pierwsze, i najważniejsze, odkryto (co nie powinno dziwić), że na wiele spośród najistotniejszych problemów, jakie agencje rządowe miały rozwiązywać – nawet agencje zajmujące się, wydawałoby się, tak technicznymi dziedzinami jak telekomunikacja czy transport – eksperci nie są w stanie udzielić dobrych lub złych odpowiedzi. Odpowiedzi te łączą się bowiem z preferencjami społecznymi, które w systemie de-

mokratycznym można wyrazić jedynie na drodze procesu politycznego. Ile stacji telewizyjnych powinna, według Federalnej Komisji Łączności, posiadać jedna firma? Treść odpowiedzi zależy od tego, jak bardzo zależy nam na jakości programu (ogólnie rzecz biorąc, większe przedsiębiorstwa mogą zapewnić droższe audycje) w porównaniu z tym, na ile poważny jest nasz niepokój co do dominacji jednej firmy na rynku nadawczym, włączając w to jej programy informacyjne oraz publicystyczne. Nie ma dobrej odpowiedzi na to pytanie; jest tylko preferencja polityczna. Na jaką opłatę za wywóz odpadów komunalnych powinna się zgodzić Międzyszanowa Komisja Handlu dla linii kolejowych? Jeśli mogą one pobierać opłaty w zamian za poniesione koszty (włączając rozsądny zysk), pozbywanie się odpadów w ten sposób będzie drogie. Może jednak przagniemy subsydiować zakopywanie odpadów komunalnych na wysypiskach, aby miasta nie zanieczyszczały środowiska przez spalanie śmieci? Możemy zrobić użytek z dotacji i stworzyć wymóg, aby linie kolejowe pobierały opłaty poniżej swych kosztów za wywóz odpadów komunalnych, przy czym deficyt mógłby zostać zlikwidowany przez wyrażenie zgody na stawki przekraczające rekompensatę za inne ładunki – co sprowadza się do podatku narzuconego konsumentom tych pozostałych ładunków. Zatem kwota, pobierana przez linie kolejowe, na którą jesteśmy w stanie się zgodzić, zależy od tego: 1) jak bardzo zależy nam na środowisku oraz 2) w jakim stopniu gotowi jesteśmy subsydiować miasta. Nie ma jednej dobrej odpowiedzi na to pytanie; istnieje tylko preferencja odnośnie możliwego rozwiązania politycznego.

Drugim powodem, dla którego projekt tak zwanych niezależnych agencji okazał się porażką, wynika z faktu, iż jest niemożliwe, aby politykę całkowicie odseparować od decyzji odnośnie podejmowanej taktyki. (Nie można powiedzieć, że takie są po prostu realia. Dla tych z nas, którzy wierzą w demokrację, realia te są jak najbardziej pożądane). Ograniczenie kontroli wybieranego Prezydenta nad niezależnymi agencjami wykonawczymi zrekompensowano zwiększeniem kontroli sprawowanej przez pochodzący z wyborów Kongres. Szefowie agencji przestali być usuwalni przez Prezydenta, ale zarazem stracili ochronę wynikającą z jego pozycji politycznej; Prezydent

nie miał już żadnego interesu w chronieniu ich, ponieważ ich działania nie były jego działaniami, a ich porażki nie były jego porażkami. Z tego względu niezależne agencje wykonawcze stały się w jeszcze większym stopniu podległe politycznemu kierownictwu Komisji Kongresu odpowiedzialnych za ich budżet oraz sprawowany nad nimi nadzór.

Do końca dwudziestego wieku, niezależne agencje wykonawcze przestały być modne. Do tego stopnia, że zlikwidowano dwie spośród najstarszych agencji: Międzystanową Komisję Handlu i Główny Inspektorat Lotnictwa Cywilnego. Jednak w Stanach Zjednoczonych i faktycznie na całym świecie, wiara w eksperckość została zastąpiona wiarą w sędziego-moralistę. O ile w kwestiach technicznych, jak wiemy, trudno o jedną dobrą odpowiedź, z pewnością dla pytań moralnych odpowiedź taka istnieje. Czy kobieta posiada naturalne prawo do aborcji? Czy społeczeństwo ma prawo odebrać człowiekowi życie za jego przestępstwa? Czy jest niesprawiedliwością (a co za tym idzie, w terminologii amerykańskiej Konstytucji, stanowi odmowę równej ochrony) to, że małżeństwa osób przeciwnej płci są dozwolone, ale małżeństwa osób tej samej płci już nie? Czy istota ludzka posiada niezbywalne prawo do odebrania sobie życia i do pomocy innym ludzi w dokonaniu tego aktu? Te i wiele podobnych pytań dotyczą moralności na podstawowym poziomie, dotyczą fundamentalnych praw człowieka – i zapewne można udzielić na nie dobrej albo złej odpowiedzi.

Cóż, twierdzę stanowczo, że taka odpowiedź istnieje. Mam na myśli to, że wierzę w prawo naturalne. Problem polega jednak na tym, że mój pogląd na temat nakazów prawa naturalnego różni się od poglądów innych – a nikt z nas nie dysponuje środkami, by wykazać słuszność swojego stanowiska przy pomocy jakichkolwiek metod przybliżających nas do pewności naukowej. Dlatego, w świetle teorii demokratycznej, odebranie ludziom możliwości rozstrzygnięcia tych problemów nie ma większego sensu niż pozbawienie ich możliwości decydowania w kwestiach polityki gospodarczej. Nie ma bowiem żadnego eksperta w dziedzinie moralności, który mógłby je rozstrzygnąć. Nie oznacza to, że rozstrzygnięcie ludzi, rozumianych jako podmiot władzy demokratycznej, może zawsze unieważnić wy-

rok mojego własnego sumienia o tym, co słuszne i niesłuszne. W nazistowskich Niemczech, na przykład, nawet jeśli ustalono na drodze demokratycznej, że Żydzi i Polacy nie mają prawa do życia, zobowiązany byłbym do ich ochrony i obrony, sprzeciwiając się, w razie konieczności, obowiązującemu prawu. Jednak nie mówimy tu o indywidualnej odpowiedzialności; mówimy o tym, kto, w społeczeństwie demokratycznym, powinien posiadać władzę wpływania na poglądy rządu na temat wymogów prawa naturalnego. To wydaje się dla mnie oczywiste. Zakładając, iż istnieje prawo naturalne, pytanie brzmi: czym jest prawo naturalne w przekonaniu Amerykanów, Holendrów czy Włochów? Czy zabrania ono aborcji, czy na nią zezwala? W otwartym społeczeństwie demokratycznym, gdzie każda ze stron próbuje przekonać przeciwnika do swojego punktu widzenia, ludzie mogą spierać się na te tematy. Ludzie zaś (w przeciwieństwie do sądów) mogą nawet dochodzić do kompromisów w tych kwestiach, na przykład pozostawiając problem aborcji do rozstrzygnięcia na odmienne sposoby w ramach poszczególnych jednostek państwa federalnego lub przez zakazanie aborcji wykonywanej w szczególnie okrutny sposób, czy zezwalając na aborcję w przypadku gwałtu czy kazirodztwa.

Zauważmy jednak, że w naszych wczesnych latach dwudziestego pierwszego wieku nie jest to jedyny sposób postępowania. Uzależniliśmy się bowiem od abstrakcyjnego moralizowania. Jest ono stosunkowo nieszkodliwe, gdy znajduje zastosowanie do dokumentów takich organizacji międzynarodowych jak ONZ, która może zastosować moralizowanie lub nie zastosować go w zależności od dyktatu politycznej wygody. Powstrzymać czy nie – na przykład – to, co Kongres określił mianem ludobójstwa w Sudanie? Nic nie przymusza ONZ do zajęcia takiego czy innego stanowiska. Jednak abstrakcyjne moralizatorstwo staje się niebezpieczną praktyką, gdy ujęte zostaje w aktach prawnych poszczególnych państw (lub ich federacji), żądających, aby moralizatorstwo stało się narzucone przez sędziów. Nie ma niczego głęboko złego, na przykład, w Artykule 8. Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, którego fragment stanowi, że „każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego”. Któż mógłby nie zgodzić się z tak in-

spirującym poglądem? Równie trudno nie zgodzić się z zapatrywaniem wyrażonym w artykule V francuskiej Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela z roku 1789, wedle którego „ustawa ma prawo zakazywać tylko tego, co jest szkodliwe dla społeczeństwa.” O ile jednak temu ostatniemu przepisowi pozwolono dogorywać jako inspirowanemu pogładowi, nie podejmując prób, by sędziowie narzucali swe rozumienie owego poglądu wbrew francuskiemu parlamentowi, o tyle przepisowi konwencji Rady Europy o prawie do poszanowania dla życia prywatnego zapewniono wykonalność wbrew demokratycznym rządóm Europy, za sprawą orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Na czym polega „poszanowanie dla życia prywatnego”? Kto to wie, poza Europejskim Trybunałem Praw Człowieka?

Przed dziewięcioma laty na przepis ten powołano się, by unieważnić przepis prawa brytyjskiego dotyczący tzw. czynów nierządnych, wedle którego dopuszczalność prywatnych stosunków homoseksualnych nie rozciągała się na sytuacje, „gdy uczestniczą w nich więcej niż dwie osoby lub są przy tym obecne”. Trybunał Praw Człowieka utrzymywał, że takie rozumienie czynu nierządnego przez prawo nie może, ze względu na wymagane „poszanowanie dla prywatnego życia”, być zastosowane przeciwko pięcioosobowej orgii seksualnej, choć jej uczestnicy uznali ją za na tyle mało prywatną, że nagrali ją na wideo.¹ Trybunał nie określił, ile osób musiałoby uczestniczyć w czynnościach seksualnych, by przestały się one kwalifikować jako element czyjegoś „życia prywatnego”. Przypuszczalnie jest to jakaś liczba pomiędzy 5 a liczbą osób, którymi można by wypełnić Koloseum. O ile, rzecz jasna, wszelka aktywność seksualna nie przedstawiana celowo osobom postronnym stanowi część czyjegoś „życia prywatnego”. Wówczas jednak nawet Stadion Jankeśów wydaje się właściwym forum dla przeżywania własnej prywatności.

W ramach swojej opinii, siedmioosobowy skład Trybunału Praw Człowieka nie tylko ostatecznie rozstrzygnął na potrzeby Europejczyków o zakresie legalnie chronionej prywatności. Również w sposób ostateczny zdecydował o tym, co jest „konieczne w demokra-

1 A. D. T. v. United Kingdom, No. 35765/97 (31 lipca 2000).

tycznym społeczeństwie z uwagi na (...) ochronę zdrowia i moralności.” Artykuł 8 Konwencji czyni bowiem wyraźny wyjątek dla prawa do prywatności. Nie przyjmuję rzecz jasna żadnego stanowiska odnośnie tego, czy zakaz orgii seksualnych jest konieczny dla ochrony moralności. Stwierdzam jednak, że w społeczeństwie demokratycznym wiążąca odpowiedź na owo wartościujące pytanie nie powinna być udzielana przez siedmiu niewybieralnych sędziów.

Oczywiście nie tylko Europejski Trybunał Praw Człowieka dokonuje wartościujących rozstrzygnięć dla społeczeństw. Sąd, w którym zasiadam, czyni to nieustannie. Wyrok w sprawie *Roe v. Wade*, pozwalający na aborcję na życzenie na terenie całych Stanów Zjednoczonych, jest tego najlepszym przykładem. Przykładów jest jednak więcej. Trzy kadencje wcześniej, uchyliliśmy zakazy odbywanej za obopólną zgodą sodomii, które w doskonałej zgodności z Konstytucją obowiązywały od ponad 200 lat. Zacytowano wówczas, między innymi, rozpatrywaną przez Europejski Trybunał Praw Człowieka sprawę *Dudgeon*², by wykazać rzeczywiste znaczenie zawartej w konstytucji amerykańskiej Klauzuli Należnego Procesu.³ Uznaliśmy, iż niedopuszczalnym jest, by ławy przysięgłych decydowały (jak czyniły to w przeszłości), czy morderca powinien być skazany na śmierć mimo swojego upośledzenia umysłowego⁴, lub mimo tego, iż w chwili popełniania przestępstwa był on niepełnoletni⁵. Doszliśmy do wniosku, iż jest niedopuszczalne, by państwo utrzymywało szkołę wojskową tylko dla mężczyzn, mimo tego, że nikt nie twierdził, iżby *West Point*, *Citadel* czy *Wojskowy Instytut Wirginii* przez ponad wiek naruszały konstytucyjny wymóg równej ochrony praw.⁶ Nasz sąd nie uznaje, na razie, konstytucyjnego prawa do wspomaganego samobójstwa. Stanowisko to może jednak ulec rewizji.⁷ Mogę wymienić jeszcze wiele przykładów.

2 *Dudgeon v. United Kingdom*, 45 Eur. Ct. H. R. (Ser. A) (1981).

3 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

4 *Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 534 (2002).

5 *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

6 *United States v. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996).

7 *Washington v. Gluckberg*, 521 U.S. 702 (1997).

Dlaczego sędziowie nie zawsze byli takimi pionierskimi decydentami? Otóż do stosunkowo niedawna ustawy, łącznie z ustawami zasadniczymi czy konstytucjami, uważane były za statyczne. Znaczenie niejasnych przepisów takich jak prawo do „poszanowania życia prywatnego”, lub prawo do „równej ochrony” przyjęte w czasach tworzenia konstytucji, można było łatwo ustalić (w najbardziej kontrowersyjnych sferach) przez odwołanie się do przyjętej i niekwestionowanej praktykę, która w tym czasie istniała. Zaś to, na co konstytucja zezwalała w chwili swojego wejścia w życie, dozwolone jest na zawsze; zmiana mogła się dokonać tylko przez działanie ludzi czyli przez wprowadzanie do konstytucji poprawek. Dlatego w 1920 roku, gdy nastąpiła powszechna zgoda co do tego, że kobiety powinny mieć prawo głosu, Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych nie uchwalił, że Konstytucyjna Klauzula o Równej Ochronie „nabyła” znaczenie, którego wcześniej nie posiadała; przyjęto natomiast Dziewiętnastą Poprawkę, w świetle której każdy stan miał przyznać kobietom prawo wyborcze.

W obliczu statycznego prawa nie jest trudne ustalenie, czy w świetle amerykańskiej konstytucji istniało prawo do aborcji lub do zachowania homoseksualnego lub do wspomaganego samobójstwa. Gdy konstytucja została przyjęta, wszystkie te czyny w całych Stanach Zjednoczonych stanowiły przestępstwo i pozostawały nim przez parę wieków; nie było wiarygodnego argumentu, przemawiającego za tym, że konstytucja prawa te unieważniła. Społeczeństwo mogło rzecz jasna dekryminalizować te akty, jak uczyniły niektóre stany, jednak w świetle statycznej konstytucji, nie mogli tego uczynić sędziowie.

Zmiana zaszła w drugiej połowie dwudziestego wieku, i z przykrością stwierdzam, iż mój Sąd się do tego przyczynił. To mój Sąd wynalazł pojęcie „żyjącej konstytucji”. Począwszy od klauzuli dotyczącej zakazu okrutnych kar zawartej w Ósmej Poprawce, rozwinęliśmy doktrynę głoszącą, iż znaczenie konstytucji może się z czasem zmieniać, aby pozostawać w zgodności z „ewoluującymi standardami przyzwoitości, które cechują postępowanie dojrzewającego społeczeń-

stwa.”⁸ I to oczywiście my, Sędziowie Sądu Najwyższego, określamy, kiedy mamy do czynienia z ewolucją i kiedy ewolucja sprowadza się do postępu. Na podstawie tej teorii, narzucone zostały wszelkiego rodzaju całkowicie nowe wymogi konstytucyjne, począwszy od obowiązku wysłuchania stron przed ostateczną decyzją o przyznaniu środków z opieki społecznej⁹, a skończywszy na obowiązku stworzenia w więzieniach bibliotek prawniczych¹⁰.

Przez pewien czas amerykański Sąd Najwyższy był przedmiotem zawiści świata sędziowskiego. Ach, myśleli sędziowie, gdybyśmy tylko wszyscy posiadali taką władzę, by czynić dobro! Wówczas, wraz ze stworzeniem sądów konstytucyjnych w Europie i ostatecznie wraz ze stworzeniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, Władza Czynienia Dobra trafi w ręce każdego sędziego – lub przynajmniej do rąk każdego sędziego uprawnionego do unieważniania aktów legislacyjnych. Trybunał Praw Człowieka szybko przyjął wniosek, aby Konwencja była (jak ujął to Trybunał w roku 1978) „żyjącym instrumentem, który (...) musi być interpretowany w świetle bieżących okoliczności”¹¹. I w ten sposób świat, lub przynajmniej Zachód, doszedł do obecnego stanu sędziowskiej hegemonii.

Chciałbym wyjaśnić, że problemem, który podnoszę, nie jest społeczne zło tkwiące u podłoża opisanych przeze mnie sędziowskich skłonności. Dla potrzeb dyskusji mogę na przykład przyjąć, że orgie seksualne eliminują społeczne napięcia i powinno się do nich zachęcać. Kwestionuję jednak stosowność – a tak naprawdę, sensowność – podejmowania wartościujących decyzji takich jak te, które dla całego społeczeństwa (a w przypadku Europy dla wielu różnych społeczeństw) podejmowane są przez niewybieralnych sędziów. Nie ma odpowiedzi „dobrych”, których słuszność da się wykazać naukowo, istnieją za to takie odpowiedzi, za którymi może opowiadać się konkretne społeczeństwo. A nawet gdyby były takie naukowo „dobre” odpowiedzi, nie byłoby powodu, aby wierzyć, że wykształce-

8 Trop v. Dulles, 356 U.S. 86, 101 (1958) (w połączonej opinii kilku sędziów).

9 Goldberg v. Kelly, 397 U.S. 254, 263-264 (1970).

10 Bounds v. Smith, 430 U.S. 817, 828 (1977).

11 Tyrer, v. United Kingdom, 26 Eur. Ct. H.R. (Ser. A) par. 31 (1978).

ni w prawie profesjonalści mogą udzielić ich prędzej niż, powiedzmy, lekarze, inżynierowie, czy etycy lub nawet zwykły Jan Kowalski. Z pewnością oczywiste jest, że nic, czego nauczyłem się na zajęciach z prawa na Harvardzie, żadne z doświadczeń, jakie nabyłem praktykując prawo, nie kwalifikuje mnie do decydowania, czy powinno być (a zatem czy istnieje) fundamentalne prawo do aborcji czy wspomaganego samobójstwa.

Brak specjalnych kwalifikacji sędziów do zajmowania się tego typu kwestiami skrywa się za faktem, że udzielają oni swoich odpowiedzi w klasycznej formie opinii prawnej, z nudnym recytowaniem faktów, proceduralnej historii sprawy, stosownymi przepisami prawnymi, argumentami stron i ostatecznie analizą sądu, który zmusznie stara się wykazać zgodność aktualnego wyniku z wcześniejszymi rozstrzygnięciami sądu. Problem polega na tym, że owe wcześniejsze rozstrzygnięcia, podobnie jak obecne, nie mogą dotyczyć realnych kwestii, które z natury są zbyt fundamentalne, by mógł je logicznie rozstrzygnąć sąd. Z tego względu opinia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Dudgeon, wedle której zakaz homoseksualnej sodomii naruszał Artykuł 8, stwierdzała, że zakaz ten nie był konieczny z punktu widzenia ochrony moralności, a jednocześnie zdawała się nie „czynić żadnego wartościującego sądu odnośnie moralności homoseksualnych stosunków pomiędzy dorosłymi mężczyznami”¹². Z pewnością moralność praktyki była kluczowa dla kwestii, czy jej zakaz konieczny jest do ochrony moralności. Sugeruję, że sąd odrzucił możliwość, iżby moralność homoseksualnego zachowania była w jakikolwiek sposób determinująca nie dlatego, że było to nieistotne dla sprawy, lecz dlatego, że jest jasne, że sędziowie nie posiadają większej niż pozostali ludzie zdolności, by określić, co jest moralne. Takie samo zjawisko rezygnacji z rozstrzygnięcia kluczowej kwestii pojawiło się w sprawie Roe v. Wade, gdzie mój Sąd stwierdził, że aby zdecydować czy państwo musi pozwalać na zakończenie życia płodu na życzenie matki, nie trzeba rozstrzygać, od którego momentu rozpoczyna się ludzkie życie. Oczywiście

¹²Dudgeon, 45 Eur. Ct. H.R. (Ser. A) par. 54.

kwestia ta jest kluczem do sensownej dyskusji nad problemem – sędziowie jednak nie muszą wiedzieć na ten temat więcej niż pozostali ludzie.

Problem ten prowadzi mnie z powrotem do porównania, które zasugerowałem na początku tych uwag. Podobnie jak naukowci „eksperci” nie posiadali kwalifikacji, by udzielać ludziom odpowiedzi w kwestii rozmaitych stanowisk politycznych, jakie zawarte są u podłoża każdej regulacji ekonomicznej, również sędziowie nie posiadają kwalifikacji, by udzielać ludziom odpowiedzi na pytania moralne, które tkwią w każdej dokonywanej a priori ocenie praw człowieka. I podobnie jak oddzielanie polityki od regulacji ekonomicznej okazało się niemożliwe, tak niemożliwe okaże się oddzielanie polityki od corocznego odświeżania oficjalnych poglądów społeczeństwa na prawa człowieka. W Stanach Zjednoczonych, mechanizmem polityzacji był proces wyznaczania i zatwierdzania sędziów. Sędziowie federalni w ogólności, a Sędziowie Sądu Najwyższego szczególnie, nominowani są przez Prezydenta i zatwierdzani przez Senat. Każdy republikański kandydat na prezydenta począwszy od Richarda Nixona narzekał na aktywizm Sądu Najwyższego i obiecywał wyznaczenie sędziów, którzy wierzą w „sędziowską powściągliwość”. Zaś każdy demokratyczny kandydat na prezydenta, od Michaela Dukakisa począwszy, obiecywał nominowanie sędziów, którzy utrzymają rozstrzygnięcie w sprawie *Roe v. Wade*, które jest synonimem sędziowskiego aktywizmu. Każdego roku konflikt wokół sędziowskich nominacji narastał. Ostatnio rozciągnął się na poziom Sądu Apelacyjnego, gdy Demokraci nie zgodzili się na nominatów do Sądu Apelacyjnego, co do których spodziewali się, iż ci nie zgadzają się z wyrokiem *Roe v. Wade*. Ze względu na te polityczne kontrowersje, wiele miejsc w naszym Sądzie Apelacyjnym pozostaje nieobsadzonych. Można stąd wyciągnąć naukę, że w prawdziwie demokratycznym społeczeństwie – lub przynajmniej w społeczeństwie amerykańskim – w taki czy inny sposób ludzie będą mogli powiedzieć, co myślą w ważkich kwestiach polityki społecznej. Jeśli sędziowie rutynowo dostarczają ostatecznych odpowiedzi na zadawane przez spo-

łączeństwa pytania moralne, co do których istnieje obszerna przestrzeń do debaty – a nie będą po prostu określać znaczenia demokratycznie przyjętych i uchwalonych aktów prawnych – wówczas to na sędziach spoczywać będzie polityczna odpowiedzialność. Ludzie, przez swoich reprezentantów, Prezydenta i Senat, nie będą już wybierać kandydatów na ławę sędziowską wedle tradycyjnych kryteriów – zdolności prawniczych, prawości, temperamentu sędziowskiego itd. Te cechy są oczywiście ważne, lecz nie stanowią już najważniejszego z kryteriów. Obecnie poszukujemy takich osób, które zgadzają się z nami odnośnie tego, co corocznie rewidowana Konstytucja powinna głosić. Wiemy już, bogatsi o doświadczenie pięćdziesięciu lat funkcjonowania „żywej konstytucji”, jak przebiega taka rewizja. Na stanowisko w Sądzie Najwyższym wybrano mnie 23 lata temu stosunkiem głosów 98 do 0; dzisiaj sędzia o poglądach oryginalistycznych, takich jak moje, nie dostałby nawet 60 głosów, by zasiadać w Sądzie Apelacyjnym. Zmiana, jaka zaszła wyraża się nawet w terminologii, przy pomocy której prowadzi się debaty nad zatwierdzeniem sędziego. Senat poszukuje „umiarkowanych” sędziów – sędziów z „głównego nurtu”. Czymże u licha jest umiarkowana interpretacja tekstu konstytucyjnego? W pół drogi pomiędzy tym, co głosi konstytucja, a tym, co chcielibyśmy, by głosiła? Nie ma sensu mówić o „umiarkowanym” prawniku. Jest jednak dużo sensu w mówieniu o umiarkowanym decydencie – umiarkowanym konstruktorze stale ewoluującej konstytucji. „Umiarkowany” sędzia to ten, który zinterpretuje konstytucję tak, by oznaczała ona to, co wielu ludzi chciałoby, by oznaczała; a sędzia „ekstremistyczny” to taki, który wymyśli nową konstytucję, której większość ludzi by nie zaaprobowała. Oczywiście z chwilą, gdy przyjmiemy to kryterium, konstytucja przestanie odgrywać naczelną rolę: rolę, która polega na zapobieganiu temu, by większość mogła robić niektóre rzeczy, które chciałaby robić.

Przewidywałbym taką samą polityzację europejskiego procesu sędziowskiego, jednak tak naprawdę nie wiem, jaki mechanizm mógłby to umożliwić. Jednym ze sposobów kontroli nad władzą sędziowską, którą Projektodawcy umieścili w amerykańskiej konstytucji było to właśnie, by nominowanie sędziów odbywało się w wyso-

ce widoczny i wysoce polityczny sposób – tak by sędziowskie nominacje stały się ważną kwestią w wyborach prezydenckich. Nie wiem, czy istnieją skuteczne polityczne sposoby kontroli w odniesieniu do europejskich sądów konstytucyjnych, Trybunału Sprawiedliwości czy Trybunału Praw Człowieka. Co więcej, inaczej niż w Ameryce, w Europie trudniej spersonalizować polityczną wrogość w stosunku do własnych sądów. Wasze sądy mają bowiem wielu sędziów, a tam, gdzie jest wielość, tam również jest anonimowość. Oprócz niemożności znalezienia winowajcy dochodzi jeszcze to, że wasi sędziowie zazwyczaj zasiadają w poszczególnych składach, a nie en banc – tak, aby pojedynczy sędzia mógł zostać skrytykowany jedynie za część orzeczeń. Zaś opinie dla sądu nie są podpisywane przez konkretnego sędziego, lecz zwykle są anonimowe. Z wszystkich tych względów nie zobaczycie w Europie afiszów, które będą równoznaczne z nagłówkami nawołującymi do postawienia w stan oskarżenia Earla Warrena czy Harry'ego Blackmuna – lub politycznej korespondencji podobnej do listu in terrorem, jaki specjalista od zbierania funduszy dla Partii Demokratycznej wysłał ostatnio do mojego domu (jak sądzę przez pomyłkę). Na kopercie napisano: „Wyobraźcie sobie, że Przewodniczącym Sądu Najwyższego jest Scalia”.

Nie cieszy mnie upolitycznienie procesu nominacji sędziowskich w moim kraju. Jednak szczerze wolę je od alternatywy, jaką są sądy sędziowskiej arystokracji. Z zainteresowaniem będę zatem obserwował rozwój tego zjawiska w Europie.