

MIĘDZY ORIGINALISM
A LIVING CONSTITUTION –
JACKA M. BALKINA
KONCEPCJA WYKŁADNI KONSTYTUCJI

DOBROCHNA MINICH*

DOI: 10.26399/iusnovum.v16.3.2022.30/d.minich

ROZWAŻANIA WSTĘPNE –
ORIGINALISM VS LIVING CONSTITUTION

Punktem wyjścia dla amerykańskiej doktryny prawa konstytucyjnego jest zagadnienie interpretacji konstytucji. Wprawdzie Christopher Wolfe stwierdził, że jej wykładnia powinna być postrzegana jako szczególny przypadek interpretacji ustaw, to odwołał się do ukształtowanych w prawie brytyjskim reguł służących ustaleniu znaczenia tekstu prawnego, które z jednej strony opierały się na jego analizie, a z drugiej – na poszukiwaniu intencji prawodawcy¹. Na gruncie amerykańskiego konstytucjonalizmu pojawiły się ujęcia, które najprościej można przedstawić, odwołując się do wypowiedzi dwóch sędziów Sądu Najwyższego: Felixsa Frankfurtera i Charlesa Evansa Hughesa. Według pierwszego: „Ostatecznym probierzem konstytucyjności jest to, co mówi sama konstytucja, a nie to, co powiedzieli o niej sędziowie”². Dla drugiego: „Podlegamy Konstytucji, ale to sędziowie powiadają czym jest Konstytucja”. Te aforystyczne stwierdzenia są wyrazem starcia na gruncie amerykańskiego konstytucjonalizmu dwóch koncepcji wykładni konstytucji: *originalism* oraz *living constitution*.

W amerykańskiej debacie nad rozumieniem konstytucji podejście oryginalistyczne ma ogromne znaczenie. Sytuacja historyczna była czynnikiem warunkującym

* dr, Katedra Teorii Prawa i Materialnych Źródeł Prawnych Wydział Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego, e-mail: dobrochna.minich@lazarski.pl, ORCID: 0000-0002-9987-7835

¹ Zob. Ch. Wolfe, *Judicial Activism. Bulwark of Freedom or Precarious Security?*, Lanham-Oxford 1997, s. 10.

² Podaję za: B. Banaszak, M. Bernaczyk, *Aktywizm sędziowski we współczesnym państwie demokratycznym*, Warszawa 2012, s. 63. Szerzej zob. P. Laidler, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki: od prawa do polityki*, Kraków 2011, s. 234–246.

ustanowienie Konstytucji. „Konstytucje rzadko są tworzone w nieskomplikowanych, spokojnych momentach; zazwyczaj sporządza się je w chwilach historycznego zerwania z przeszłością. Konstytucje są tworzone bo historia wymaga nowego ustroju”³. Pod pojęciem oryginalizmu (przez niektórych określane jako interpretatywizm⁴) rozumie się doktrynę, w świetle której wykładni pojęć użytych w tekście konstytucji należy dokonywać zgodnie z „oryginalnym zamiarem” historycznego ustrojodawcy, z uwzględnieniem znaczeń właściwych dla czasów jej powstania. To zatem tekst tego aktu i intencje jego twórców wyznaczają granicę kompetencji sądów w procesie wykładni⁵. Oryginalizm nie jest koncepcją jednorodną. Można wyróżnić oryginalizm: semantyczny, współczesny (zwany nowym oryginalizmem), szeroki i wąski oraz polityczny⁶. Wskazuje się jeszcze na takie jego odmiany, jak: intencjonalny (subiektywny – Robert Bork, obiektywny – Antonin Scalia, Keith Whittington), abstrakcyjny – przypisywany Ronaldowi Dworkinowi (w ramach tego podejścia wyróżnia się „metodę tekstu i zasad” – Jack M. Balkin)⁷. Przy takim szerokim jego rozumieniu James E. Fleming postawił pytanie: „Czy teraz wszyscy jesteśmy oryginalistami?”⁸.

Pomijając owe rozróżnienia i związane z nimi spory, należy zwrócić uwagę na swoistość tej metody. Jak słusznie zauważono, problem sprowadza się do tego, na ile i dlaczego sąd dokonujący kontroli konstytucyjności prawa jest zobowiązany do stosowania konstytucji zgodnie z jej dosłownym brzmieniem (tekstualizm), czy też – uwzględniając intencję i wolę jej twórców (intencjonalizm)? Nie bez znaczenia jest również to, czy organ, dokonując wykładni, powinien opierać się na znaczeniu, jakie przypisywało mu pokolenie Ojców Konstytucji, czy też „jeżeli takiego znaczenia nie da się ustalić z wystarczającą dokładnością, dopuszczalne jest sięgnięcie po inne metody interpretacji”⁹. Dało to asumpt do wyróżnienia dwóch zasadniczych wariantów oryginalizmu. Pierwszy z nich odwołuje się do historycznego ustawodawcy i jego

³ K.L. Scheppelle, *Jack Balkin is an American*, „Yale Journal of Law & the Humanities” 2013, vol. 25, s. 27.

⁴ Zob. S. Griffin, *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton 1996, s. 155. Poczawszy od słynnego stwierdzenia Ronalda Dworkina, że prawo to pojęcie interpretacyjne (R. Dworkin, *Law as Interpretation*, „Texas Law Review” 1982, vol. 60, s. 527–550; zob. R. Dworkin, *Imperium prawa*, Warszawa 2006, s. 411) można zgodzić się z Thomasem C. Grayem, że wszyscy sędziowie są interpretatywistami (T.C. Grey, *The Constitution as Scripture*, „Stanford Law Review” 1984, vol. 27, s. 1–25). Stąd określenie interpretatywizm dla podejść: intencjonalizm, oryginalizm oraz tekstualizm nie wydają się właściwe.

⁵ Zob. P. Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding w: Interpreting Law and Literature*, ed. S. Levinson, S. Mailloux, Chicago 1991, s. 90 i n.

⁶ Bliżej na ten temat zob. S. Barber, J. Flaming, *Constitutional Interpretation. The Basic Questions*, Oxford 2007, s. 79–116.

⁷ K. R. Thomas, *Selected Theories of Constitutional Interpretation*, Congressional Research Service – Report for Congress 2011, s. 1–12 (<https://fas.org/sgp/crs/misc/R41637.pdf>, dostęp: 10.03.22); zob. A. Tomza, *Spór o poprawną interpretację Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Od pasywnizmu do aktywizmu sądowego*, Łódź 2016, s. 63–85.

⁸ J.E. Fleming, *The Balkanization of Originalism*, „Maryland Law Review” 2007, nr 67(1), s. 12.

⁹ Zob. T. Gizbert-Studnicki, *Originalizm i Living Constitutionalism a koncepcja państwa prawnego*, w: P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, t. I, Warszawa 2012, s. 150 i n.; D. Lis-Staranowicz, *Legitymizacja sądowej kontroli prawa w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, Olsztyn 2012, s. 205.

intencji (rozumianej psychologicznie). Drugi zaś opiera się na *original public meaning*, czyli na znaczeniu, jakie historyczna wspólnota polityczna przypisała wyrażeniom interpretowanego tekstu w czasie jego uchwalenia¹⁰. Tomasz Gizbert-Studnicki wykazał, że te dwie przedstawione odmiany oryginalizmu można sklasyfikować jeszcze z innego punktu widzenia i wyróżnił: oryginalizm słaby (mało kontrowersyjny; oparty na tezie, że interpretacja tekstu ma zmierzać do poznania intencji historycznego twórcy lub – na poznaniu *original public meaning* w czasie jego uchwalenia; nie stanowią one ostatecznego celu interpretacji lecz mogą być w niej uwzględnione) oraz oryginalizm mocny (bazujący na tezie, że jedynym tylko legitymowanym celem interpretacji jest odtworzenie intencji twórców tekstu lub odtworzenie *original public meaning* z czasu jego uchwalenia; w jego ramach wyróżnił odmianę mniej radykalną, w której oryginalne znaczenie powinno mieć pierwszeństwo, chyba że owe odwołania do intencji czy do *original public meaning* okażą się niewystarczającymi)¹¹.

Współczesny najbardziej znany orędownik oryginalizmu to Antonin Scalia¹². Reprezentuje on tak zwany oryginalizm wyraźnego znaczenia konstytucji (*plain meaning of the constitution*). Dla niego „tekst jest prawem i tekst musi być zachowany”, a „słowa mają ograniczony zakres znaczeniowy, tak że niedopuszczalna jest jakakolwiek interpretacja wychodząca poza ten zakres”¹³. Nie dziwi więc, że autor ten kojarzony jest zarazem jako zwolennik tekstualizmu, sam zresztą dał temu wyraz w swych pracach¹⁴. W anglosaskiej jurysprudencji oryginalizm oraz tekstualizm łączone są w taki sposób, że oryginalizm bywa ograniczony tylko do interpretacji konstytucji, zaś tekstualizm postrzega się jako koncepcję wykładni ustaw¹⁵ – Scalia używał tych dwóch pojęć zamiennie¹⁶. Krytycznie odnosił się również do wersji oryginalizmu odwołującego się do pierwotnego zamiaru (intencji) prawodawcy. Jak sam o sobie pisał: „po pierwsze, jestem tekstualista, po drugie, oryginalista. Jeżeli jesteś tekstualista, nie interesuje cię intencja, ani czy Ojcowie Konstytucji przypisywali sekretne znaczenie słowom użytym w tekście”¹⁷. Według niego interpretator jest związany nie intencjonalnym i subiektywnym zamiarem prawodawcy, ale prawami, jakie ustanowił w formie pisemnej, komunikując je adresatom. Stąd „poszukiwanie prawdziwej woli ustawodawcy jest prawdopodobnie szukaniem wiatru w polu”¹⁸.

¹⁰ Ibidem, s. 151.

¹¹ Ibidem.

¹² Więcej na ten temat zob. A. Tomza, *Spór o poprawną...*, op. cit.

¹³ A. Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton 1997, s. 22, 24.

¹⁴ Ibidem, s. 23–25.

¹⁵ Por. J.T. Hutchens, *A New Textualism: Why Textualists Should Not Be Originalists*, „Kansas Journal of Law & Public Policy” 2006–2007, vol. 16, nr 2.

¹⁶ Zob. H. Philippe, *Antonin Scalia's Textualism in Philosophy, Theology, and Judicial Interpretation of the Constitution*, „Utrecht Law Review” 2007, vol. 3, nr 2, s. 187–192.

¹⁷ A. Scalia, *Judicial Adherence to The Text of Our Basic Law: A Theory of Constitutional Interpretation*, przemówienie wygłoszone w Catholic University of America w dniu 18 października 1996 r. (<http://www.proconservative.net/PCVol5Is225ScaliaTheoryConstlInterpretation.shtml>, dostęp: 10.03.22).

¹⁸ A. Scalia, *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*, „Duke Law Journal” 1989, nr 3, s. 517.

Scalia był jednym z czołowych krytyków koncepcji *living constitution*. Według niego w koncepcji tej popełnia się trzy główne grzechy. Skoro konstytucja ma znaczyć to, co w opinii sędziego prawodawca „chce”, żeby znaczyła, to popełnia grzech subiektywizmu (obiektywnie więc akt ten nic nie znaczy). Skoro znaczenie konstytucji jest zależne od partykularnej sytuacji, to nie sposób określić kryteriów jej interpretacji (grzech arbitralności). Sady (w tym Sąd Najwyższy) podlegają w takiej sytuacji presji wywieranej przez ciała polityczne, co czyni je obiektami politycznych ataków (grzech upolitycznienia).

Niewątpliwie stanowisko „żyjącej konstytucji” można uznać za przeciwstawne w stosunku do oryginalizmu¹⁹. U podstaw tego nurtu, który historycznie wyprzedził myśl oryginalizmu, leży założenie, że konstytucja jest żywym „organizmem”. Akt ten „jest prawem rozwijającym się, czyli ulegającym samoczynnej modyfikacji z upływem wieków, celem sprostania potrzebom przeobrażającego się społeczeństwa”²⁰. Dla rzeczników tego podejścia absurdalnym wydaje się stwierdzenie, że to intencje Ojców Konstytucji lub sformułowane przez nich przepisy wyznaczają treść norm konstytucyjnych. Można założyć, że twórcy tego aktu zdawali sobie sprawę z niemożności przewidzenia przyszłych problemów, przed którymi stanie społeczeństwo. Świadomie sformułowali przepisy konstytucji w niedookreślony sposób, co uczyniło ją aktem otwartym i elastycznym (*open and flexible*), a zrobili to w celu dostosowania jej do nowych potrzeb i zmieniającej się rzeczywistości²¹. Według rzeczników tej postawy skoro sama konstytucja nie reguluje kwestii interpretacji, to wydaje się, że jej twórcy właśnie sądom pozostawili swobodę w wyborze metod pozwalających dostosować jej treść, by służyła realizacji ludzkich dążeń do sprawiedliwości, dobrobytu i bezpieczeństwa narodowego. Celom tym należy podporządkować właśnie jej wykładnię²². Znamienna w tej kwestii jest wypowiedź Cassa Roberta Sunsteina:

W wielu obszarach istniejące prawo konstytucyjne wykracza daleko poza pierwotne znaczenie ojców założycieli i ratyfikujących, a dzięki Bogu, że tak jest. Obecnie uważa się, że Konstytucja zabrania dyskryminacji rasowej czy ze względu na płeć, pomimo tego, iż żadne z jej postanowień nie było pierwotnie rozumiane jako zakazujące takiej dyskryminacji. Przyjmuje się dzisiaj, że Konstytucja obejmuje szerszą ochronę wolności słowa znacząco wykraczając poza pierwotne rozumienie. W wielu dziedzinach oryginalizm nie odpowiada naszym praktykom. W większości tych obszarów czyniłby nasz system konstytucyjny gorszym niż lepszym²³.

Należy mieć jednak świadomość, że nie tak skrajne ujęcie daje możliwość adaptowania konstytucji do zmieniających się warunków społeczno-politycznych, w jakich przychodzi jej obowiązywać. Zakładając jej hermetyczność, czyniąc ją niezdolną do innowacji, pozbawiamy ją możliwości spełnienia podstawowych funkcji. Tym

¹⁹ T. Gizbert-Studnicki, *Originalizm i Living Constitutionalism...*, op. cit., s. 158; R.W. Bennett, L.B. Solum, *Constitutional Originalism. A Debate*, Ithaca–London 2011, *passim*.

²⁰ G. Maroń, *Oryginalizm Antonina Scalii jako teoria wykładni prawa*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2010, nr 4, s. 32.

²¹ Zob. T. Gizbert-Studnicki, *Originalizm i Living Constitutionalism...*, op. cit., s. 159.

²² Zob. R.A. Posner, *Law, Pragmatism and Democracy*, Cambridge–London 2005, s. 57–96.

²³ C.R. Sunstein, *Virtues and Verdicts*, „The New Republic” 2006, 22 maja, s. 36.

samym stawałaby się ona aktem nieprzydatnym²⁴. Nie dziwi zatem, że ze względu na potrzebę dostosowania konstytucji do potrzeb kolejnych pokoleń Amerykanów, Sąd Najwyższy określa się mianem „stałej konwencji konstytucyjnej”²⁵. Dokonując interpretacji konstytucji, jest bowiem metaforyczną „latarnią morską”, oświetlającą „szalejące fale błogosławionymi promieniami niezmiennych zasad Konstytucji”²⁶. Jedno jest pewne – proces interpretacji Konstytucji to jeden z najważniejszych elementów funkcjonowania Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych.

1. POMIĘDZY SKRAJNOŚCIAMI – NON-ORIGINALISM JACKA M. BALKINA

Pomiędzy skrajnościami tak zwanego przez Tomasza Gizberta-Studnickiego twardego oryginalizmu oraz *living constitution* leżą podejścia umiarkowane. Jednym z nich jest *non-originalism* w wersji Jacka M. Balkina²⁷. Już Kent Greenawald zauważył, że intencjonałści „potrafią zaproponować precyzyjny opis znaczenia i interpretacji, który nie stoi w sprzeczności z faktami życia społecznego i odpowiednimi wartościami”²⁸. Na gruncie koncepcji Balkina doszło do połączenia moralnej wykładni konstytucji Ronalda Dworkina²⁹ z tekstualizmem. W swojej pracy *Living Originalism* prezentuje tę konstytucyjną teorię jako *framework originalism*. Koncepcja ta postrzega konstytucję jako „wstępne ramy zarządzania”. Związane jest to z teorią interpretacji i konstrukcji konstytucji, które ulegają przeobrażeniom w czasie. Wyrazem tego jest metoda *text and principle*. Wymaga ona wierności pierwotnemu rozumieniu konstytucji, w szczególności reguł, standardów i zasad zawartych w jej tekście. Jednocześnie „tworzy” konstrukcje, które dzięki odwołaniom do zasad i standardów konstytucyjnych, pozwalają przystosować tekst do zmieniających się okoliczności³⁰. Zawarte w konstytucji zasady, które wyrażają jej aksjologię, stanowią czynnik pozwalający na odejście od oryginalnego tekstu. Autor jednoznacznie stwierdził, że „metoda tekstu i zasady jest właściwa zarówno dla oryginalistów, jak i rzeczników koncepcji *living constitution*”³¹. Metoda ta pozostaje wierna oryginalnemu znaczeniu tekstu konstytucji i jej podstawowym celom. Jest również zgodna z prawami podstawowymi. Ich zasięg oraz zastosowanie zmieniają się w czasie. One także stwarzają każdemu pokoleniu zadanie wdrożenia w życie słów i zasad konstytucji.

²⁴ Zob. J. Gicquel, J.É. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paryż 2007, s. 471 i n.

²⁵ A.S. Miller, *Democratic Dictatorship. The Emergent Constitution of Control*, London 1981, s. 39.

²⁶ Podaje za: A.S. Hamed, *Das Prinzip der Gewaltenteilung und die Beaufsichtigung der Regierung durch das Parlament*, Berlin 1957, s. 102–103.

²⁷ J.M. Balkin, *Living Originalism*, Cambridge–Londyn 2011, s. 104, 308, 321.

²⁸ K. Greenawald, *A Pluralist Approach to Interpretation; Wills and Contracts*, „San Diego Law Review” 2005, vol. 42, s. 536.

²⁹ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 97–154; zob. idem, *Imperium prawa...*, op. cit., s. 45–90, 357–413.

³⁰ J.M. Balkin, *Living Originalism...*, op. cit., s. 3.

³¹ *Ibidem*.

W studium *Must We Be Faithful to Original Meaning?* Balkin jeszcze dobitniej akcentuje, że dokonując interpretacji Konstytucji amerykańskiej, powinniśmy wyjść od oryginalnego znaczenia słów w tekście pierwotnym. Z tych powodów nie powinniśmy przyjmować konstrukcji, które są sprzeczne z pierwotnym i semantycznym znaczeniem tekstu. Niespójność jest czymś więcej niż tylko kwestią rachunku zdań, bowiem to, czy konstrukcja jest zgodna lub niezgodna z oryginalnym znaczeniem pierwotnego tekstu, należy rozumieć w kontekście dopuszczalnych ustawowych form interpretacji właściwych dla danej kultury prawnej³². Podał znamieny przykład: gematria jako swoista metoda badania tekstów³³ jest dopuszczalnym narzędziem wykładni niektórych elementów prawa żydowskiego. Pozwala na ujawnienie znaczenia, jakie Bóg zawarł w tekście. Nie jest jednak metodą właściwą dla kultury prawa amerykańskiego³⁴.

Balkin, uzasadniając swoje stanowisko, odwołał się także do żartobliwej kłótni pomiędzy sędziami Samuelem Alito oraz Antoninem Scalią, która miała miejsce przed Sądem Najwyższym Stanów Zjednoczonych w 2010 roku. Przedmiotem rozważań sądu było zagadnienie, czy brutalne gry wideo były chronione przez Pierwszą Poprawkę Konstytucji, gwarantującą wolność słowa. Sędzia Alito, zwracając się do swego ideologicznego sojusznika, zasugerował, że sędzia Scalia chce wiedzieć, czy James Madison myślał o grach wideo i czy mu się podobały. Scalia sugestii kolegi nie uznał za zabawną, a w odpowiedzi odburknął: „Nie, ja chce wiedzieć, co J. Madison sądził na temat przemocy”³⁵. Ta wymiana zdań, według Balkina, oddaje najbardziej charakterystyczną cechę, jaką w kulturze amerykańskiej przypisuje się konstytucji. Odnosi się ona do oryginalizmu jako swoistych teorii i retorycznych metod jej interpretacji. Bez względu na ich wielość i różnorodność, mają one wspólną ideę: Konstytucja USA powinna być interpretowana zgodnie ze znaczeniem, celem, intencją i rozumieniem tych, którzy ją stworzyli oraz przyjęli. Jednak według niego większość Amerykanów niewiele wie na temat tego, co zarówno twórcy Konstytucji, jak i przysposabiający ją do rzeczywistości chcieli lub starali się osiągnąć. Nawet pozornie niekontrowersyjne wypowiedzi sformułowane na najbardziej abstrakcyjnym poziomie, takie jak: „Założyciele wierzyli w zasadę ograniczonej władzy”, okazały się mylące. W niektórych sprawach brak było konsensusu między Ojcami Założycielami, a w innych przypadkach, z powodu znaczących zmian zachodzących w społeczeństwie i w technologii, trudno przypisać jakikolwiek zamiar twórcom konstytucji. Zjawiska te stanowiły założenie żartu sędziego Alito kosztem Scalii³⁶.

³² Idem, *Must We Be Faithful to Original Meaning?*, „Jerusalem Review of Legal Studies” 2013, vol. 57, s. 11–12.

³³ Gematria to znane biblijne liczbowanie. Jest to system numerologii opierający się pierwotnie na języku i alfabecie hebrajskim. Odnosi się do przeliczania słów i pojęć za pomocą cyfr odpowiadającym literom, by móc osiągnąć ukryte znaczenia tych wypowiedzi.

³⁴ J.M. Balkin, *Must We Be...*, op. cit., s. 12; idem, *Living Originalism...*, op. cit., s. 352–353, przypis 16.

³⁵ Idem, *Why Are Americans Originalist?*, w: D. Schaff, R. Nobles (red.), *Law, Society and Community: Socio-Legal Essays in Honour of Roger Cotterrell*, London 2014, s. 309.

³⁶ Ibidem, s. 310.

Autor *Living Originalism* przyjmuje ideę wierności Ojcom Konstytucji, idąc za ich przykładem i zawierając ich mądrości. Od razu jednak założył, że obok znaczenia oryginalnego, które można przypisać tekstowi, występuje również *original expected applications* (pierwotne przewidywane zastosowanie). Według niego w wielu przypadkach słowa i zwroty zawarte w Konstytucji Stanów Zjednoczonych mają takie same znaczenie semantyczne, jakie miały w chwili jej przyjęcia. Istnieje jednak sporo wyjątków, co rodzi ewentualne niejasności w tej materii. Niektóre z wyrażeń można zrozumieć dopiero wtedy, gdy poznamy tło i kontekst, w jakim zostały one użyte. Poza tym interpretujący musi zwrócić uwagę na przeobrażenia samego języka, który jest przecież żywym tworem. Pewne wyrażenia poszły w zapomnienie, stając się archaizmami, często jednak język naturalny (potoczny) w ich miejsce powołał inne wyrażenia. Jedne z nich zmieniły znaczenia, a niektóre uległy uściśleniu i ujednoznacznieniu w drodze nowej praktyki. Na te wszystkie zmiany językowe powinni zwrócić uwagę interpretatorzy tekstu konstytucji. Balkin wymóg ten określił jako wierność pierwotnemu znaczeniu czy też wierność oryginalnej treści komunikatywnej *sensu stricto*³⁷. Uważa się za oryginalistę właśnie dlatego, że interpretatorzy konstytucji powinni odwoływać się do tego znaczenia *sensu stricto*. Tam zaś, gdzie tekst jest niejasny lub wykorzystuje standardy czy zasady (takie jak np. wolność słowa czy równa ochrona prawna), „otwiera się furтка” do innego typu zabiegów, które muszą podjąć kolejne pokolenia i konstruować konstytucję tak, by odpowiadała zachodzącym zmianom³⁸.

2. DYSKUSJA NAD KONCEPCJĄ *LIVING ORIGINALISM*

Balkin w eseju *Nine Perspectives on Living Originalism* odpowiedział na komentarze do swojej podstawowej pracy (*Living Originalism*)³⁹. Wobec postawionych uwag i pytań autor wyjaśnił wątpliwości dyskutantów, często uściślając swoje wypowiedzi. Już na wstępie mocno podkreślił, że jego koncepcja przyjmuje z jednej strony to, co najlepsze z wersji tradycyjnego oryginalizmu, z drugiej – z koncepcji *living constitutionalism*. Jak zwrócił uwagę jeden z recenzentów jego książki, określenie koncepcji jako *living originalism* może być mylące, bo wydaje się wewnętrznie sprzeczne. Żywy konstytucjonalizm skupia się na zmianie, zaś oryginalizm – na stałości znaczenia. Jednak ten balkinowski żywy oryginalizm, łącząc w sobie te dwie idee (zmianę i stałość), dał podstawę do stworzenia ogólnej teorii⁴⁰. Ponadto Barak Medina wskazał, że teoria Balkina łączy w sobie dwa wiodące i zarazem konkurencyjne ujęcia, a książka *Living Originalism* stanowi bardzo bogatą teorię

³⁷ Ibidem, s. 311–312; idem, *Must We Be...*, op. cit., s. 57–86; idem, *Living Originalism...*, op. cit., s. 6–12; L.B. Solum, *Originalism and Constitutional Construction*, „Fordham Law Review” 2013, vol. 82, s. 453–537.

³⁸ Ibidem, s. 313; J.M. Balkin, *Living Originalism...*, op. cit., s. 3–6.

³⁹ J.M. Balkin, *Nine Perspectives on Living Originalism*, „University of Illinois Law Review” 2012, vol. 815, s. 101–159.

⁴⁰ N.S. Siegel, *Jack Balkin's Rich Historicism and Diet Originalism: Health Benefits and Risk for the Constitutional System*, „Michigan Law Review” 2013, vol. 111, s. 933.

zawierającą zarówno opisowy, jak i normatywny materiał odnoszący się do konstrukcji konstytucyjnej i roli tego aktu w procesie zmian społecznych⁴¹.

Obaj komentatorzy, przy dużej dozie aprobaty i pozytywnej ocenie monografii Balkina, swe uwagi krytyczne odnoszą do oryginalistycznej części jego teorii. Neil S. Siegel balkinowski oryginalizm określił jako „diet originalism”⁴². Z kolei Barak Medina wskazał, że autor ten dostarcza przekonujące argumenty na rzecz *living constitutionalism*, opierając się na argumentach ramowego oryginalizmu. Fundamentem teorii są legitymacja moralna i socjologiczna zawarte w konstytucji⁴³. Odpowiadając na zarzuty, Balkin stwierdził, że należy „rozumieć oryginalizm jako wynik swoistej retoryki uzasadniania decyzji w polityce i prawie, jak i w akademickich teoriach właściwej interpretacji prawa”⁴⁴. Ta typowo amerykańska koncepcja wskazuje, jak złożony i silny jest wpływ społeczeństwa i kultury na amerykańską jurysprudencję. Na tę koncepcję miało oddziaływać wiele czynników, a przede wszystkim: tradycja rewolucyjna, dominacja protestanckiej tradycji religijnej, silnie utożsamianie konstytucji z państwowością, pojmowanie konstytucji oraz Deklaracja Niepodległości jako swoistej religii obywatelskiej i czci społeczeństwa amerykańskiego dla twórców tych aktów⁴⁵. Wszystkie te czynniki warunkują amerykański oryginalizm konstytucyjny. Na kulturę prawną społeczeństwa amerykańskiego składają się zatem nie tylko poczynania twórców, ich kontynuatorów – sędziów⁴⁶, ale również działania „suwerennego ludu”, który bierze udział w dyskursie komunikacyjnym zachodzącym między pokoleniami⁴⁷. Tak określony ramowy oryginalizm pozwala dostosować, w ramach tradycji, konstytucję do współczesnych problemów⁴⁸. Konstytucja więc nie może uciec od tekstu i historii. Zawarta w tym tekście wizja polityczna i społeczna powinna znaleźć swą konkretyzację w aktualnej transformacji społecznej⁴⁹.

Koncepcje oryginalizmu i żywej konstytucji nie muszą być przeciwstawne. Właściwie rozumiane mogą być względem siebie kompatybilne. Oryginalizm, który Balkin określił jako ramowy, zakłada, że konstytucja stanowi podstawowy plan polityczny. Koncepcja rządów od samego początku nie mogła być kompletna i powinna być uadekwatniana przez kolejne pokolenia w drodze konstrukcji konstytucyjnej⁵⁰. Według niego to, co większość określa mianem „interpretacji konstytucyjnej”, w rzeczywistości łączy dwie odrębne funkcje. Są to:

⁴¹ B. Medina, „Foundational” Originalism? On Jack Balkin’s „Living Originalism”, „Jerusalem Review of Legal Studies” 2013, vol. 7, s. 1.

⁴² N.S. Siegel, *Jack Balkin’s Rich...*, op. cit., s. 936.

⁴³ B. Medina, „Foundational” Originalism..., op. cit., s. 3; zob. J.M. Balkin, *The American Constitution as Our Law*, „Yale Journal of Law & the Humanities” 2013, vol. 25, s. 113–148.

⁴⁴ J.M. Balkin, *Why Are Americans...*, op. cit., s. 5.

⁴⁵ Tezy te potwierdził David J. Bodenhamer. Zob. D.J. Bodenhamer, *The Revolutionary Constitution*, Oxford 2013, *passim*.

⁴⁶ Zob. polemika J.M. Balkina z koncepcją Davida Straussa odnoszącą się do jego książki: D.A. Strauss, *The Living Constitution*, Oxford 2010, zawarta w eseju: J.M. Balkin, *The Roots of the Living Constitution*, „Boston University Law Review” 2012, vol. 92, s. 1129–1160.

⁴⁷ J.M. Balkin, *Must We Be...*, op. cit., s. 20.

⁴⁸ Idem, *Why Are Americans...*, op. cit., s. 7–11.

⁴⁹ Idem, *Nine Perspectives...*, op. cit., s. 158–159; zob. idem, *The New Originalism and the Uses of History*, „Fordham Law Review” 2013, vol. 82, s. 641–719.

⁵⁰ Ibidem, s. 101–102.

- funkcja ustalenia znaczenia tekstu (interpretacja),
- funkcja wdrożenia (implementacji) tekstu przez doktrynę, praktykę oraz instytucje (konstrukcja) – według niego to ona ma ważniejsze znaczenie.

Takie podejście do interpretacji konstytucji nazwał Balkin metodą tekstu, reguł, norm i zasad⁵¹. Ramowy oryginalizm (stanowi element teorii *living originalism*) odnosi się do wyboru przepisów, norm i zasad zawartych w tekście konstytucji. Tym samym zakłada wierność pierwotnemu rozumieniu tekstu oraz wierność wyboru reguł, zasad i standardów tam wyrażonych. Ojcowie Konstytucji, określając je w sposób niejednoznaczny, nieostry i otwarty, uchronili się przed wydawaniem wyroków politycznych co do ich znaczenia. Otworzyli więc „furtkę” dla ich doprecyzowania i dostosowania przyszłym pokoleniom. Według niego powoduje to, że kolejne pokolenia muszą być wierne zasadom określonym w tekście, a tym samym – winny stworzyć konstrukcje konstytucyjne, które pozwolą na najlepsze dostosowanie tekstu i zawartych tam reguł, standardów i zasad do bieżącej sytuacji⁵².

Rzecznicy *living constitutionalism* nie akceptują tego modelu pierwotnego znaczenia w ujęciu Balkina (i pozostałych oryginalistów). On sam jednak bardzo mocno podkreślał, że w swych rozważaniach skupia się na pierwotnym semantycznym znaczeniu tekstu prawnego. Dla niego każda interpretacja tekstu wiąże się zawsze z przypisywaniem celu lub intencji jego twórcy. Przypisanie celu i zamiaru ma charakter selektywny. Gdy angażujemy się w interpretację, „nie szukamy” wierności we wszystkich aspektach intencji autora i ich znaczeń. Szukamy jej, odwołując się tylko do pewnych aspektów tych intencji czy znaczeń, biorąc pod uwagę naturę i cel praktyki interpretacyjnej. Znaczenie (intencje) traktuje jako materiał do konstrukcji, nie zaś jako część ram oryginalizmu. Jak stwierdził, robi to dlatego, by móc na tych „zasobach” pracować przez dłuższy czas, co sprawia, że mogą być one uzasadniane dla pokoleń na długo po ich przyjęciu⁵³.

Randy E. Barnett słusznie zauważył, że oczywistym stało się rozróżnienie tych dwóch kategorii pojęciowych: interpretacja i konstrukcja. Interpretacja ma za zadanie odkrycie semantycznego znaczenia wyrażenia w tekście konstytucji, konstrukcja zaś, stosowana w szczególnych przypadkach (kontrowersji odnośnie do określenia znaczenia interpretowanego wyrażenia), ma rozwiązać niejasność, dwuznaczność, nieostrość zakresową wyrażen użytych w konstytucji. Według niego zarówno interpretacja, jak i konstrukcja są działaniami. „Interpretacja jest działalnością identyfikacji znaczenia semantycznego danego wyrażenia użytego w jakimś kontekście. Konstrukcja zaś to aktywność stosowania tego wyrażenia do konkretnych okoliczności faktycznych”⁵⁴.

Dla Lawrence’a B. Soloma to rozróżnienie wykładnia–konstrukcja ma wskazywać na dwa różne etapy „przetwarzania” tekstów prawnych. Pierwszy stanowi proces uznania bądź odkrycia sensu językowego konstytucji lub jej semantycznej treści. Drugi etap – konstrukcja – jest stosowaniem tego tekstu, co w rezultacie ma dopro-

⁵¹ Ibidem, s. 103.

⁵² Ibidem.

⁵³ Ibidem, s. 113–114.

⁵⁴ R.E. Barnett, *Interpretation and Construction*, „Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper” 2011, nr 12, s. 65–66.

wadzić do poznania takiego znaczenia, które jest wyrazem wdrożenia go w życie⁵⁵. Według niego kontrowersje pomiędzy oryginalistami a rzecznikami żywej konstytucji sprzeczają się do granic dokonywania „konstrukcji” tekstu konstytucji⁵⁶.

Można przyjąć założenie, że konstytucja nie zawiera przepisów niejasnych, niejednoznacznych i nieostrych zakresowo, jak to z reguły czynią oryginaliści, i tym samym całkowicie wykluczyć koncepcję żywej konstytucji, która opiera się na założeniu otwartości tekstowej. Debata jednak pomiędzy tymi dwoma stanowiskami odnosi się przede wszystkim do uznania bądź odrzucenia metody określanej jako *construction* i nie można jej lekceważyć⁵⁷.

UWAGI KOŃCOWE – ROLA ZASAD KONSTYTUCYJNYCH W KONCEPCJI JACKA M. BALKINA

Teoria interpretacji konstytucyjnej Balkina stara się wyjaśnić nie tylko to, co należy być wiernym tekstowi konstytucji, ale także – w jaki sposób należy ją adaptować do zachodzących zmian społecznych. Ze względu na właściwości reguł, zasad i standardów stanowią one aplikację dla możliwych przyszłych interpretacji. Ojcowie Założyciele i twórcy konstytucji mieli świadomość, że nie są wszechwiedzący. Stąd też wybrali taką, a nie inną formę „delegacji ekonomii i ograniczeń”. Zrobili to poprzez wybór języka konstytucyjnego, rodzajów instytucji oraz samych norm prawnych (reguł, zasad i standardów). Autor ten, co wcześniej już zaznaczono, uważa że nie można pominąć celów i zamiarów (intencji) przy adaptowaniu konstytucji do zmieniających się warunków. Aktowi temu przypisujemy cele oraz intencje Ojców Założycieli już w momencie, gdy próbujemy ustalić pierwotny sens tego tekstu. Są to sytuacje następujące:

- gdy należy zdecydować, czy dany wyraz lub zwrot bardziej odnosi się do jednego pojęcia niż drugiego;
- gdy należy zdecydować, czy dana wypowiedź stanowi regułę, normę czy zasadę;
- gdy należy zdecydować, czy tekst zawiera jakieś elementy „nieliteralne” (schemat, rysunek);
- gdy należy określić podstawowe założenia tekstu, które wyznacza jego systematyzacja⁵⁸.

Pierwszy, trzeci i czwarty przypadek wydają się oczywiste. Więcej uwagi należy poświęcić problemom reguł, norm i zasad, ponieważ w literaturze przedmiotu pod-

⁵⁵ L.B. Solum, *The Interpretation – Construction Distinction*, „Constitutional Commentary” 2010, nr 27, s. 95–96.

⁵⁶ Ibidem, s. 118; idem, *Originalism and Constitutional...*, op. cit., s. 467–669, 524–537.

⁵⁷ Zob. idem, *The Interpretation...*, op. cit., s. 116–118; idem, *Originalism and Constitutional...*, op. cit., s. 524–537; T.B. Colby, P.J. Smith, *Living Originalism*, „Duke Law Journal” 2009, vol. 59, s. 239–307.

⁵⁸ J.M. Balkin, *Nine Perspectives...*, op. cit., s. 131.

niesiono zarzut, czy zasady są zgodne z pierwotnym znaczeniem, jaki przypisuje tekstowi oryginalizm⁵⁹.

Autor *Living Originalism* stwierdził, że powinniśmy być wierni nie tylko pierwotnemu znaczeniu tekstu konstytucji, ale także jej podstawowym zasadom. Często owe zasady nie są *explicite* sformułowane w tekście. Są one wynikiem *construction*. Wyróżnił dwa typy zasad:

- zasady strukturalne – opisują prawidłowe funkcjonowanie systemu konstytucyjnego (zasady podziału władzy, kontroli i równowagi, federalizmu, demokracji, równości obywatelskiej i *rule of law*);
- zasady służące eksplanacji lub wdrażaniu norm – dzięki nim możemy konkretyzować i dostosowywać normy i zasady do czasów współczesnych (XIV Poprawka określająca klauzulę równej ochrony obywateli)⁶⁰.

Niektóre z zasad strukturalnych są skutkiem kumulacji różnych poprawek i nowych instytucji, których Ojcowie Założyciele nie przewidzieli. Z kolei inne – w wyniku ewolucji instytucjonalnej i zmieniających się metod rządzenia – uległy przekształceniu. Są i takie, które uważamy za wywodzące się z konstytucji, pomimo że powstały dopiero po jej przyjęciu. Taki właśnie charakter ma zasada demokracji (przynajmniej tak, jak jest rozumiana współcześnie). Pokolenie twórców tego aktu wierzyło w republikanizm, który wyrósł z buntu przeciwko monarchii i hierarchii społecznej. Byli podejrzliwi wobec ruchów demokratycznych. Nie zaakceptowałyby więc naszej nowoczesnej i egalitarnej wizji demokracji⁶¹.

Balkin uważał, że należy być wiernym podstawowym zasadom, ponieważ odgrywają one istotną rolę w realizacji konstytucji. Są to konstrukcje, na podstawie których buduje się dodatkowe konstrukcje pomocnicze. Można je obrazowo porównać do ścięgien i więzadeł, które łączą mięśnie z kośćmi w ciele człowieka⁶². Konstrukcje konstytucyjne wymagają od interpretatora przypisania pewnej zasady do tekstu, względnie wyjaśnienia prawidłowego funkcjonowania systemu konstytucyjnego poprzez przypisanie określonego znaczenia abstrakcyjnym normom i zasadom zawartym w tekście. Stąd na przykład podział władzy i federalizm nie zostały wyraźnie wyrażone w jej tekście. Należy im jednak przypisać walor zasady konstytucyjnej, aby je właściwie rozumieć. Podał też przykład XIV Poprawki, w której pomimo braku przepisów o zakazie dyskryminacji (klasowej, rasowej), wyrażona została zasada równości konstytucyjnej. Należy pamiętać, że Ojcowie Założyciele pewne zasady traktowali jako wyraz planu konstytucyjnego, jako normy postępowania, które wyrażają wartości właściwe i preferowane dla społeczeństwa amerykańskiego. Występują one na różnych poziomach ogólności. Zasady dotyczące dyskryminacji i wolności słowa wyrażane mogą być zatem jako:

- zasada antydyskryminacji – rząd nie powinien dyskryminować na podstawie zakazanych kategorii (rasy, płci itp.),

⁵⁹ Zob. J. Goldsworthy, *Constitutional Cultures, Democracy, Implications, and Underlying Principles*, „University of Illinois Law Review” 2012, nr 3, s. 706–708.

⁶⁰ J.M. Balkin, *Nine Perspectives...*, op. cit., s. 135.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Ibidem, s. 136.

- zasada antyklasyfikacji – rząd nie powinien dokonać podziałów na podstawie zakazanych kategorii,
- zasada wolności słowa – rząd nie powinien naruszać prawa do wypowiedzi,
- zasada niedyskryminacji – rząd nie powinien różnicować wolności słowa ze względu na treść wypowiedzi⁶³.

Są one powiązane ze sobą, żadnej z nich nie można lekceważyć, mają zastosowanie do szerokiej gamy praktyk społecznych, i to na różnych poziomach ogólności. Znamiennym przykładem jest problem aborcji – czy i na ile jest ona dopuszczalna oraz czy jest oparta na konstytucyjnym tekście XIV Poprawki i zasadach leżących u jej podstaw. Przecież twórcy i przyjmujący tę poprawkę nie przewidywali, że będzie ona miała zastosowanie do tego problemu. Balkin przedstawił argument za prawem do aborcji, oparty na pierwotnym znaczeniu tekstu konstytucji, a nie na pierwotnie oczekiwanym zastosowaniu. Według niego prawa kryminalizujące aborcję naruszają zasadę równości obywatelskiej wyrażonej w XIV Poprawce oraz zakaz ustawodawstwa klasowego⁶⁴.

Traktowanie zasad jako wartości czyni konstytucję otwartą na przyszłość. Wyznacza ona przez to podstawowy plan i platformę dla polityki. Według Balkina realizuje ona swoją polityczną funkcję w trzech różnych aspektach:

- jest platformą do artykułowania i realizowania suwerenności ludu,
- jest platformą do budowy systemu konstytucyjnego,
- jest wyrazem funkcji perswazyjnej, która daje asumpt do budowy społeczeństwa obywatelskiego⁶⁵.

Znakomitym przykładem, jak ruchy społeczne i polityczne zmieniają rozumienie konstytucji przez ludzi, skutecznie zgłaszając roszczenia dotyczące praw, jest problem małżeństw jedнопłciowych. W tym względzie obserwuje się dialektykę między polityką a sądami w kształtowaniu praktycznego znaczenia Konstytucji Stanów Zjednoczonych⁶⁶.

Sam przyznał, że był pod silnym wpływem, jak zresztą prawie wszyscy z jego pokolenia, myśli Dworkina. Przyjął jego rozróżnienie norm na reguły i zasady oraz tezę, że zasady wyrażają wartości⁶⁷. Sam również określił swoje ujęcie oryginalizmu jako *method of text and principle*⁶⁸. Fleming uważał nawet, że można pomimo pewnych odmienności zinterpretować teorię Balkina w stylu dworkinowskiego „moralnego odczytania konstytucji”⁶⁹. Tylko w pewnym zakresie Balkin zgodził się w tej materii z Flemingiem. Odnosi się to do stwierdzenia wyższości konstytucji nad pozostałymi aktami prawnymi (*supreme law*). Tym samym, by konstytucja mogła być

⁶³ J.M. Balkin, R. Siegel, *Principles, Practices and Social Movements*, „University of Pennsylvania Law Review” 2006, vol. 154, s. 930.

⁶⁴ J.M. Balkin, *Abortion and Original Meaning*, „Constitutional Commentary” 2007, vol. 29, s. 291–352.

⁶⁵ Idem, *Nine Perspectives...*, op. cit., s. 139.

⁶⁶ Zob. *What Obergefell v. Hodges Should Have Said*, J.M. Balkin (red.), New Haven–London 2020, *passim*.

⁶⁷ J.M. Balkin, *Nine Perspectives...*, op. cit., s. 137.

⁶⁸ Idem, *Living Originalism...*, op. cit., s. 3–6, 256–257.

⁶⁹ J.E. Fleming, *The Balkinization of Originalism*, „University of Illinois Law Review” 2012, nr 3, s. 669.

uznana za *higher law*, musi służyć za źródło aspiracji politycznych oraz moralnych istniejącego prawa, i w tym punkcie ich poglądy są zbieżne⁷⁰. Ponadto w polemice z Flemingiem wskazał, że pomiędzy jego koncepcją a teorią Dworkina istnieją poważne różnice. Odnoszą się one przede wszystkim do pozytywizmu prawniczego. Dworkin był znanym krytykiem tej postawy i współtwórcą non-pozytywistycznej teorii prawa, zaś Balkin podkreślał z całą mocą, że jest pozytywistą. Dla Dworkina *principles* mają charakter pozaprawny, a tym samym mogą mieć charakter moralny, polityczny lub ekonomiczny. Nie stanowią jednak kryteriów obowiązywania prawa. Zasady są „narzędziami” sędziego, które pomagają mu w znalezieniu właściwego rozwiązania. Jego integralna teoria prawa wskazuje, że zasady mieszczą się w normatywnej strukturze społecznej. Balkin jako pozytywista akceptuje zasadę rozdziału, przyjmując zarazem, że zawarcie zasad w konstytucji (bezpośrednie czy pośrednie), doprowadza do pozytywizacji wartości w nich wyrażonych. Gdy Sędzia Dworkina, w sytuacji braku dostosowania reguł, musi poza tekstem poszukiwać zasad, które pomogą mu w dokonaniu właściwego (jedynego) rozstrzygnięcia, to Sędzia Balkina odwołuje się do zasad zawartych w konstytucji. Ze względu na swoją otwartość zasady dają możliwość dyskrejonalnego działania sędziom. Dworkin odrzuca oryginalizm, ponieważ jest on niezgodny z jego integralną koncepcją wykładni. Balkin, jak wykazano, opowiada się za oryginalnym znaczeniem tekstu. Dworkina teoria zmian konstytucyjnych opiera się na tradycji *common law* (podejmowania przez sędziów decyzji) – kolejne decyzje stanowią ogniwa łańcucha tworzenia „powieści prawa”, która ma na celu zachowanie ciągłości z przeszłością. Dla Balkina zmiana konstytucyjna jest napędzana przez falę politycznych mobilizacji i kontrmobilizacji, które dążą do reform poprzez ustawodawstwo, budowanie instytucji, konwencje polityczne i wykładnię sądowniczą. To one warunkują zmianę dotychczasowego orzecznictwa, uzasadniając nowe rozumienie prawa⁷¹. Zakłada, że konstytucja stanowi swoistą strukturę, która wymaga wraz z upływem czasu dokonania w drodze wykładni „przekształceń”, ale tylko takich, które nie naruszają „filarów” (zasad), na których się opiera. Ta aktywistyczna postawa odpowiada podejściu do interpretacji tego aktu (*living originalism* rozumiany jako *method of text and principle*)⁷².

Konkludując, należy podkreślić, że Balkin ma świadomość, iż Konstytucja Stanów Zjednoczonych funkcjonuje w systemie demokratycznym, który współcześnie znajduje się w kryzysie. Zjawisko to określa mianem „zgnilizny konstytucyjnej”. W tym stanie republika staje się coraz mniej reprezentatywna i mniej oddana wspólnemu dobru. Istnieją obawy, że znajdzie to odzwierciedlenie w interpretacji tego aktu i zagrazi stabilności całego demokratycznego systemu konstytucyjnego⁷³.

⁷⁰ J.M. Balkin, *Nine Perspectives...*, op. cit., s. 137.

⁷¹ S. Levinson, J.M. Balkin, *Democracy and Dysfunction*, Chicago–London 2019, s. 2.

⁷² J.M. Balkin, *The Framework Model and Constitutional Interpretation*, w: *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, ed. D. Dyzenhaus, M. Thorburn, Oxford 2016, s. 241–264.

⁷³ J.M. Balkin, *The Cycles of Constitutional Time*, Oxford 2020, s. 38–43.

BIBLIOGRAFIA

- Balkin J.M., *Abortion and Original Meaning*, „Constitutional Commentary” 2007, vol. 29.
- Balkin J.M., *Living Originalism*. Cambridge–London 2011.
- Balkin J.M., *Nine Perspectives on Living Originalism*, „University of Illinois Law Review” 2012, vol. 815.
- Balkin J.M., *Must We Be Faithful to Original Meaning?*, „Jerusalem Review of Legal Studies” 2013, vol. 57.
- Balkin J.M., *The American Constitution as Our Law*, „Yale Journal of Law & the Humanities” 2013, vol. 25.
- Balkin J.M., *The Cycles of Constitutional Time*, Oxford 2020.
- Balkin J.M., *The Framework Model and Constitutional Interpretation*, w: D. Dyzenhaus, M. Thorburn (red.), *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford 2016.
- Balkin J.M., *The New Originalism and the Uses of History*, „Fordham Law Review” 2013, vol. 82.
- Balkin J.M., *The Roots of the Living Constitution*, „Boston University Law Review” 2012, vol. 92.
- Balkin J.M., *Why Are Americans Originalist?*, w: D. Schaff, R. Nobles (red.), *Law, Society and Community: Socio-Legal Essays in Honour of Roger Cotterrell*, London 2014.
- Balkin J.M. (ed.), *What Obergefell v. Hodges Should Have Said*, New Haven–London 2020.
- Balkin J.M., Siegel R., *Principles, Practices and Social Movements*, „University of Pennsylvania Law Review” 2006, vol. 154.
- Banaszak B., Bernaczyk M., *Aktywizm sędziowski we współczesnym państwie demokratycznym*, Warszawa 2012.
- Barber S., Flaming J., *Constitutional Interpretation. The Basic Questions*, Oxford 2007.
- Barnet R.E., *Interpretation and Construction*, „Georgetown Public Law and Legal Theory Research Paper” 2011, vol. 12.
- Bennett R.W., Solum L.B., *Constitutional Originalism. A Debate*, Ithaca–London 2011.
- Bodenhamer D.J., *The Revolutionary Constitution*, Oxford 2013.
- Brest P., *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, w: S. Levinson, S. Mailloux (red.), *Interpreting Law and Literature*, Chicago 1991.
- Colby T.B., Smith P.J., *Living Originalism*, „Duke Law Journal” 2009, vol. 59.
- Dworkin R., *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998.
- Dworkin R., *Imperium prawa*, Warszawa 2006.
- Dworkin R., *Law as Interpretation*, „Texas Law Review” 1982, vol. 60.
- Fleming J.E., *The Balkanization of Originalism*, „Maryland Law Review” 2007, vol. 67.
- Fleming J.E., *The Balkinization of Originalism*, „University of Illinois Law Review” 2012, nr 3.
- Gizbert-Studnicki T., *Originalizm i Living Constitutionalism a koncepcja państwa prawnego*, w: P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla, t. I*, Warszawa 2012.
- Gicquel J., Gicquel J.É., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paryż 2007.
- Goldsworthy J., *Constitutional Cultures, Democracy, Implications, and Underlying Principles*, „University of Illinois Law Review” 2012, nr 3.
- Greenawald K., *A Pluralist Approach to Interpretation; Wills and Contracts*, „San Diego Law Review” 2005, vol. 42.
- Grey T.C., *The Constitution as Scripture*, „Stanford Law Review” 1984, vol. 27.
- Griffin S., *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton 1996.
- Hamed A.S., *Das Prinzip der Gewaltenteilung und die Beaufsichtigung der Regierung durch das Parlament*, Berlin 1957.
- Hutchens J.T., *A New Textualism: Why Textualists Should Not Be Originalists*, „Kansas Journal of Law & Public Policy” 2006–2007, vol. 16.

- Laidler P., *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki: od prawa do polityki*, Kraków 2011.
- Levinson S., Balkin J.M., *Democracy and Dysfunction*, Chicago–London 2019.
- Levinson S., Mailloux S. (red.), *Interpreting Law and Literature*, Chicago 1991.
- Lis-Staranowicz D., *Legitymizacja sądowej kontroli prawa w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, Olsztyn 2012.
- Maroń G., *Oryginalizm Antonina Scalii jako teoria wykładni prawa*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2010, nr 4.
- Medina B., „Foundational” Originalism? On Jack Balkin’s „Living Originalism”, „Jerusalem Review of Legal Studies” 2013, vol. 7.
- Miller A.S., *Democratic Dictatorship. The Emergent Constitution of Control*, London 1981.
- Philipse H., *Antonin Scalia’s Textualism in Philosophy, Theology, and Judicial Interpretation of the Constitution*, „Utrecht Law Review” 2007, vol. 3 (2).
- Posner R.A., *Law, Pragmatism and Democracy*, Cambridge–London 2005.
- Scalia A., *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton 1997.
- Scalia A., *Judicial Adherence to The Text of Our Basic Law: A Theory of Constitutional Interpretation* – przemówienie wygłoszone w Catholic University of America w dniu 18 października 1996 r.
- Scalia A., *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*, „Duke Law Journal” 1989, nr 3.
- Scheppele K.L., *Jack Balkin is an American*, „Yale Journal of Law & the Humanities” 2013, vol. 25.
- Siegel N.S., *Jack Balkin’s Rich Historicism and Diet Originalism: Health Benefits and Risk for the Constitutional System*, „Michigan Law Review” 2013, vol. 111.
- Solum L.B., *Originalism and Constitutional Construction*, „Fordham Law Review” 2013, vol. 82.
- Solum L.B., *The Interpretation – Construction Distinction*, „Constitutional Commentary” nr 27.
- Strauss D.A., *The Living Constitution*, Oxford 2010.
- Sunstein C.R., *Virtues and Verdicts*, „The New Republic” 2006, 22 maja.
- Thomas K.R., *Selected Theories of Constitutional Interpretation. Congressional Research Service – Report for Congress 2011* (<https://fas.org/sgp/crs/misc/R41637.pdf>).
- Tomza A., *Spór o poprawną interpretację Konstytucji Stanów Zjednoczonych. Od pasywizmu do aktywizmu sądowego*, Łódź 2016.
- Wolfe Ch., *Judicial Activism. Bulwark of Freedom or Precarious Security?*, Lanham–Oxford 1997.

MIEDZY ORIGINALISM A LIVING CONSTITUTION – JACKA M. BALKINA KONCEPCJA WYKŁADNI KONSTYTUCJI

Streszczenie

Przedmiotem artykułu jest problem interpretacji konstytucji na gruncie amerykańskiej doktryny. Punktem wyjścia jest rozróżnienie koncepcji oryginalizmu oraz *living constitution*. Autorka skrótowo przedstawia założenia tych głównych nurtów. Na ich tle analizuje koncepcję autorstwa Jacka M. Balkina, który określił ją jako *living originalism*. Balkin w swej konstrukcji łączy to, co najlepsze w tradycyjnym oryginalizmie i w koncepcji *living constitution*: moralną wykładnię konstytucji w ujęciu Ronalda Dworkina z tradycyjnym oryginalizmem. Dla niego oryginalizm to wstępne ramy zarządzania. Od Dworkina przyjął rozróżnienie norm na reguły i zasady oraz tezę, że zasady wyrażają wartości. Balkin określił swoje ujęcie oryginalizmu jako „method of text and principle”.

Słowa kluczowe: interpretacja, konstytucja, oryginalizm, *living constitution*, *living originalism*

BETWEEN ORIGINALISM AND LIVING CONSTITUTION –
JACK M. BALKIN CONCEPT OF INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION

Summary

In this paper, I analyse problem of interpretation of the Constitution in American doctrine. Starting point is the distinction between the concept of Originalism and Living Constitution. The author briefly presents the main assumptions of both concepts. On that background examines the concept by Jack M. Balkin. He described it as Living Originalism. Balkin in his theory combines the best of traditional Originalism and concept of Living Constitution. He combined Dworkin's "moral reading" of the Constitution with traditional Originalism. For Balkin, Originalism is seen as a initial framework for governance (framework originalism). From Ronald Dworkin, he adopted a distinction between legal rules and legal principles, and the argument that principles express values. Balkin described his concept of Originalism as "method of text and principle".

Keywords: interpretation, constitution, Originalism, Living Constitution, Living Originalism

Cytuj jako:

Minich D., *Między originalism a living constitution – Jacka M. Balkina koncepcja wykładni Konstytucji*, „*Ius Novum*” 2022 (16) nr 3, s. 130–145. DOI: 10.26399/iusnovum.v16.3.2022.30/d.minich

Cite as:

Minich D. (2022), 'Between Originalism and Living Constitution – Jack M. Balkin concept of interpretation of the Constitution', *Ius Novum* (Vol. 16) 3, 130–145. DOI: 10.26399/iusnovum.v16.3.2022.30/d.minich