

WOJCIECH ENGELKING

Uniwersytet Warszawski

ORYGINALIZM ANTONINA SCALII I ‘VERFASSUNG’
CARLA SCHMITTA. DWA SPOJRZENIA NA ROLE
PIERWOTNEJ DECYZJI W PRAWIE*

1. WPROWADZENIE

Teza, jakoby reakcja amerykańskiej egzekutywy na ataki z 11 września 2001 r. była inspirowana tą koncepcją stanu wyjątkowego, jaką w *Teologii politycznej* z 1922 r. przedłożył Carl Schmitt, nie jest w roku 2019 specjalnie nowatorska. Anglojęzyczni badacze podnieśli ją jeszcze w poprzedniej dekadzie, argumentując, że takie zwiększające uprawnienia egzekutywy akty prawa amerykańskiego, jak, dla przykładu, *Military Order Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism* z 2001 r., uchwalona w tym samym roku ustawa popularnie zwana *USA Patriot Act* czy wreszcie *Military Comissions Act* z 2006 r. o tyle zakorzenione były w wypracowanej przez niemieckiego prawnika filozofii decyzyjonistycznej, że przyznając prezydentowi prawo jednostkowego, bez porozumienia z Kongresem, działania w ramach uprawnień naczelnego wodza i decydowania o postępowaniu

* Artykuł powstał w ramach grantu przyznawanego przez Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego „Diamentowy grant” (Projekt nr rej. DI2014 000544 pt. Stan nadzwyczajny jako model absolutny w myśli filozoficzno-prawnej Carla Schmitta. Aktualność koncepcji i jej pragmatyczna krytyka).

sił zbrojnych Stanów Zjednoczonych, realizowały wskazanie zawarte w zdaniu otwierającym *Teologię polityczną*: „Suwerenny jest ten, kto decyduje o stanie wyjątkowym”¹. Dzięki tego rodzaju porównaniom także w popularnej i publicystycznej wyobraźni Carl Schmitt wyrósł po 2001 r. na, by użyć ironicznego sformułowania Tomasza Gabisia, „koronnego jurystę prezydenta Stanów Zjednoczonych”².

Przywołuję tu sformułowanie Gabisia, by szczególnie mocno podkreślić użycie przezeń słowa „prezydenta” – nie całych Stanów Zjednoczonych toteż, ale jednej instytucji systemu politycznego tego kraju, w dodatku: pozostającej w konflikcie z innymi. Jak bowiem pisze Peter Swan, sposób, w jaki na decyzyjonistyczne poczynania George’a W. Busha i jego administracji po 11 września 2001 r. zareagowały amerykańskie sądy, pokazuje, że w obliczu ataku na World Trade Center „prawo nie chciało zrezygnować ze swojej roli na rzecz stanu wyjątkowego i wciąż działało jako przeszkoda wobec arbitralnego autorytaryzmu władzy wykonawczej”³. Jakkolwiek bowiem większość z ducha decyzyjonistycznych aktów prawnych, które pojawiły się w systemie prawnym USA po 11 września 2001 r., pomyślana była tak, by wyłączyć ocenę ich legalności przez amerykańskie sądy (w tym Sąd Najwyższy), to właśnie za sprawą działań tych ostatnich najbardziej bodaj schmittiański z nich – wspomniany *Military Order...*, który szczegółowo omawiam w przypisie 29 w niniejszym tekście – utracił swoją moc. Stało się to w sprawie *Hamdan v. Rumsfeld* z 2006 r., w której większość sędziów uznała jego postanowienia za sprzeczne z Konstytucją USA. Wyrok zapadł stosunkiem głosów 5 do 3, przy czym każdy z głosujących za legalnością *Military Order...* sędziów przedłożył swoje zdanie odrębne względem wyroku (*dissent voice*). W niniejszym artykule zajmował się będącym tym, którego autorem był sędzia Antonin Scalia.

¹ C. SCHMITT, *Teologia polityczna. Cztery rozdziały poświęcone nauce o suwerenności*, [w:] *Teologia polityczna i inne pisma*, przeł. M.A. CICHOCKI, Warszawa 2012, s. 45.

² T. GABIŚ, *Carl Schmitt*, «Nowe Państwo» 3/2007, s. 65.

³ P. SWAN, *American Empire or Empires: alternative juridifications of the New World Order*, [w:] *Empire's Law*, ed. A. BARTHOLEMW, London 2006, s. 148.

Scalia to w historii amerykańskiego prawa przełomu tysiącleci figura szczególna. Z jednej strony zmarły w 2016 r. prawnik cieszył się w USA szacunkiem obu stron debaty publicznej; z drugiej – był tym jurystą, przeciw któremu wprost wysuwano (w USA obarczone piętnem nazistowskiej przeszłości myśliciela z Plettenbergu, ponieważ w kraju tym nigdy nie dokonał się proces „denazyfikacji” autora *Teologii politycznej*, jaki miał miejsce w Europie) oskarżenia o inspirowanie się myślą Schmitta. Dla przykładu, jeden z przedstawicieli lewego skrzydła Partii Demokratycznej, Lyndon LaRouche, twierdził, że rozwinięta przez Scalie doktryna wykładni prawa, jaką jest oryginalizm, brała się z „podobnego politycznego i prawnego źródła, co prawnicze dogmaty, które wyniosły Hitlera do władzy. [...] Scalia wyraża te same romantyczne i protofaszystowskie dogmaty konserwatywnej rewolucji, co Carl Schmitt”⁴. Ponieważ radykalizm wypowiedzi LaRouche’a może niektórym kazać nie traktować jego oceny jako istotnego źródła, warto dodać, że podobnie o zmarłym w 2016 r. sędzim pisał David Dyzenhaus, nazywając jego argumenty „w zasadzie schmittiańskimi”⁵.

Pobieżne zerknięcie na publiczne wypowiedzi Scalii kazałoby odrzucić taką ocenę jego doktryny. Sędzia amerykańskiego Sądu Najwyższego wielokrotnie okazywał niechęć wobec europejskiej konceptualizacji relacji polityki i prawa, którą miał, jak twierdził w jednym z esejów, za wyrosłą z przekonania o tym, że jej twórcy sądzą, iż wiedzą, na czym polega idealne społeczeństwo⁶. Scalia był także, jak przypomina Ali Kahn, izolacjonistą: wierzył, że amerykańskie prawo jest wyjątkowe i „odrzucał doświadczenia, jak je nazywał, »obcych narodów«”⁷. Po trzecie, publicznie i wprost (i już po oskarżeniach o inspirowanie się nim), zapytany o to, co sądzi na temat Schmitta, Scalia stwierdził, że nie

⁴ Por. B. BOYD, *Carl Schmitt Revival Designed To Justify Emergency Rule*, «Executive Intelligence Review» 3/2011, s. 68.

⁵ D. DYZENHAUS, *The Constitution of Law. Legality in a time of Emergency*, Cambridge 2006, s. 49.

⁶ Por. A. SCALIA, *Scalia Speaks: Reflections on Law, Faith, and Life Well Lived*, New York 2017, s. 39.

⁷ A. KAHN, *Justice Antonin Scalia: Living in Another World*, «Jurist Forum» z 29 marca 2004 r., s. 3.

zajmuje się prawem niemieckim i dlatego też autor *Teologii politycznej* go nie interesuje⁸.

Gdyby zatem iść tym tropem interpretacji jego doktryny wykładni prawa, jaką zaproponował sam sędzia Antonin Scalia, należałoby uznać, że szukanie schmittiańskich naleciałości w jego myśli jest zadaniem zbędnym. W niniejszym artykule będę argumentował inaczej, starając się wykazać, że chociaż trudno jest mówić o bezpośrednim wpływie Carla Schmitta na Scalię przy tak oczywistym tego wpływu zaprzeczeniu, w doktrynie oryginalistycznej można odnaleźć daleko idące podobieństwa do kluczowych elementów namysłu Carla Schmitta nad związkami prawa i polityki. Na następnych stronach omówię toteż, po pierwsze, oryginalistyczną doktrynę Scalii, następnie koncepcję podziału na *Verfassung* i *Verfassungsgesetz*, wprowadzoną przez Carla Schmitta w latach 20. XX w., wreszcie zdanie odrębne Scalii do wspomnianego wyroku amerykańskiego Sądu Najwyższego *Hamdan v. Rumsfeld*, w którym to zdaniu, jak mierniam, najpełniej schmittiański charakter jego oryginalistycznej doktryny został wyrażony.

2. ORYGINALIZM ANTONINA SCALII

Chociaż nazwisko Scalii stało się w powszechnej wyobraźni niemal synonimem terminu „oryginalizm”, przed rozważeniem jego wizji tej doktryny warto zaznaczyć, że zmarły w 2016 r. sędzia nie był jej twórcą. Za jego poprzednika, jak uważa Justin Collings, należy uznać innego sędziego amerykańskiego Sądu Najwyższego (od 1937 do 1971 r.) – Hugo Blacka. Black zasłynął niechęcią do sędziowskiego aktywizmu, który miał za przyjmowanie przez sędziów roli legislatorów; traktował z awersją przywoływanie w uzasadnieniach do wyroków niewyraźnych w dokumentach prawa pozytywnego wartości takich, jak wolny rynek czy prawo do prywatności. Black podkreślał, że jakkolwiek „są

⁸ Por. *Remarks by Supreme Court Justice Antonin Scalia to the American Enterprise Institute Subject: Outsourcing American Law Location: American Enterprise Institute, Washington, D.C.*, <https://www.tmcnet.com/usubmit/2006/02/22/1397738.htm> (dostęp: 28 stycznia 2019 r.).

one atrakcyjne, sędziowie nigdy nie powinni zapośredniczać swoich wyroków w wartościach ponadkonstytucyjnych⁹. Samą ustawę zasadniczą Stanów Zjednoczonych postrzegał jako zbiór użyczeń władzy poszczególnym instytucjom państwa przez obywateli Stanów Zjednoczonych – i zaznaczał przy tym, że jak wynika z Konstytucji, beneficjentem owego użyczenia są przede wszystkim legislatura i egzekutywa, nie zaś judykatura¹⁰.

Tym, co najmocniej łączy Scalię z Blackiem, jest przekonanie o tym, że sędziowie nie mają w Stanach Zjednoczonych prerogatywy do tworzenia prawa. Scalia jednak wywodził je z nieco odmiennej niżli Black przesłanki¹¹. O ile Black był po prostu oryginalistą, skupionym na intencjach Ojców Założycieli przedłożonych w zapisach Konstytucji USA, o tyle Scalia radził interpretować tę ostatnią tak, by „traktować konstytucję jako pomnik i nadawać jej znaczenie takie, jakie nosły za sobą słowa, które zostały w niej zawarte. Niektórzy określają to teorią oryginalnego znaczenia. Nigdy nie usłyszycie mnie odnoszącego się do tego rodzaju teorii, ponieważ po pierwsze jestem tekstualistą, a dopiero potem oryginalistą¹². Scalia zaznaczał, że nie odnosi się do intencji i zamiarów Ojców Założycieli, ale samego tekstu, Konstytucja bowiem została dlań napisana „tak, by była zrozumiała dla wyborców, jej wyrazy i zwroty zostały użyte w ich zwykłym znaczeniu¹³. Sędzia miał toteż, zdaniem Antonina Scalii, obowiązek ustalić pierwotne znaczenie Konstytucji, „zanurzając się w politycznej i intelektualnej atmosferze jej czasów, wyzbywając wiedzy, którą mamy [...]”¹⁴.

⁹ J. COLLINGS, *Ernst-Wolfgang Böckenförde on Constitutional Judging in a Democracy*, «German Law Journal» 2/2018, s. 173-174.

¹⁰ H. BLACK, *A Constitutional Faith*, New York 1969, s. 63.

¹¹ G. MAROŃ, *Oryginalizm Antonina Scalii jako teoria wykładni prawa*, «Przegląd Prawa Konstytucyjnego» 4/2010, s. 23.

¹² A. SCALIA, *Judicial Adherence to The Text of Our Basic Law: A Theory of Constitution Interpretation. Remarks at the Catholic University of America*, <http://www.proconservative.net/PCVol5Is225ScaliaTheoryConstlInterpretation.shtml> (dostęp: 29 stycznia 2019 r.).

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

¹⁴ *District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570 (2008).

Nie chodzi w jego oryginalizmie zatem o ustalenie prawdziwej woli ustawodawcy – pisał Scalia w *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*: „nie dochodzimy co ustawodawca miał na myśli, pytamy się tylko, co ustawa znaczy”¹⁵ – lecz o ustalenie znaczenia ustawy, które pozostaje niezmiennie. Scalia w jednym w założycielskich tekstów swojej wizji oryginalizmu objawił się jako krytyk koncepcji „żyjącej Konstytucji», zakładającej, iż ustawa zasadnicza jest prawem rozwijającym się, czyli ulegającym samoczynnej modyfikacji z wpływem wieków, celem sprostania potrzebom przeobrażającego się społeczeństwa”¹⁶. W myśl wykładni oryginalistycznej w wizji Scalii znaczenie prawa nie zmienia się samo z siebie za sprawą jego nieprzystawania do nowych czasów – zawsze można je przecież znowelizować. Taką nowelizacją było dla Scalii, dla przykładu, wprowadzenie do Konstytucji USA 19. poprawki, przyznającej kobietom prawo głosu, którego to 14. poprawka (klauzula równego traktowania z 1868 r.) nie obejmowała.

Scalia wzmacniał swoją koncepcję wykładni oryginalistycznej, podkreślając, że tworzenie prawa nowego znajduje się w gestii Kongresu, nie zaś tworzącego je dzięki interpretacji sądu. Ten pierwszy mógł, według niego, „uchwalić ustawy i mądre, i głupie, nie jest jednak rolą sądów rozstrzyganie, które należą do danej kategorii i które winny być na nowo napisane”¹⁷. Gdyby sądowi przyznać możliwość pisania konstytucji na nowo, uczyniłyby to, uważał Scalia, w sposób, którego domagałaby się większość jego sędziów.

Jak wskazuje Grzegorz Maroń, takie założenie w doktrynie Scalii było przede wszystkim konsekwencją jego przywiązania do demokracji, której nie rozumiał jako li tylko woli większości, ale – balansu między poszczególnymi gałęziami władzy¹⁸. Władzę sądowniczą postrzegał

¹⁵ A. SCALIA, *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*, «Duke Law Journal» 3/1989, s. 517. Por. także J. POTRZESZCZ, *Zadania współczesnej teorii i filozofii prawa w warunkach akceptacji niepozytywistycznej koncepcji prawa*, «Acta Universitatis Wratislaviensis» 1/2011, s. 272.

¹⁶ A. SCALIA, *Originalism: The Lesser Evil*, «University of Cincinnati Law Review» 57.1/1988, s. 857.

¹⁷ A. SCALIA, *A Matter of Interpretation...*, s. 22.

¹⁸ G. MAROŃ, *Oryginalizm Antonina Scalii...*, s. 25.

przy tym tak, jak Hugo Black: jako broniącą praw będących „całkowicie wbrew woli większości [...] przywiązanie do tekstu i oryginalnego rozumienia tegoż jest niezbędne, by zachować ich anty-większościowy [względem aktualnej woli politycznej – W.E.] charakter”¹⁹. Demokracja w rozumieniu Scalii była politycznym procesem, którego sednem pozostawało dokonywanie aksjologicznych wyborów – decyzji, o czym niżej – znajdujących swoje odbicie w ustalonym tekście Konstytucji. Przydanie jakiegokolwiek sądowi (lub innej instytucji judykatury) prawa do nazbyt swobodnego interpretowania ustawy zasadniczej oznaczało dla niego nie tylko przyznanie mu uprawnień, które z racji zapisów tej ustawy właśnie winny leżeć w gestii legislatury, lecz przede wszystkim sprzeniewierzenie się – by użyć idiolektu Schmitta – pierwotnym, politycznym decyzjom, które znalazły swe odbicie w tekście aktu prawnego: nie osobie, która była tego tekstu i tych decyzji twórcą, lecz właśnie decyzjom, które zostały podjęte i pozbawione odniesienia do tejszej osoby i jej zamiarów, przeformułowane na tekst ustawy, co oznaczało ich ustalenie. To, jakie poglądy i refleksje za owymi decyzjami stały, w obliczu ich podjęcia nie miało, według zmarłego w 2016 r. sędziego, znaczenia. Wyrażenie w tekście zamknęło drogę do interpretowania ich przez pryzmat czegokolwiek innego aniżeli sam ów tekst, ponieważ to właśnie w nim decyzja została wyrażona; przełożenie na tekst było jej ustaleniem.

Oryginalistyczna wykładnia prawa Antonina Scalii przez lata spotykała się z szeroko zakrojoną krytyką. Oponenti zarzucali amerykańskiemu sędziemu, że oryginalizm, uniemożliwiając prawu konstytucyjnemu wychodzenie poza zapisy dokonane Ojców Założycieli Stanów Zjednoczonych, w istocie służył mu do głoszenia radykalnie konserwatywnych poglądów. Wykładnia oryginalistyczna, zdaniem jednego z bardziej zapalczywych krytyków Scalii, Cassa Sunsteina (prawnika zajmującego wysokie stanowisko w administracji Baracka Obamy), „w wielu dziedzinach nie odpowiada naszym praktykom. W większości przypadków czyni nasz system konstytucyjny raczej

¹⁹ J. COLLINGS, *Ernst-Wolfgang Böckenförde on Constitutional Judging...*, s. 176.

gorszym niż lepszym”²⁰. Przywoływana krytyka jest o tyle cenna, że uwypukla przywiązanie Scalii do znaczenia tekstu prawnego jako reprezentującego wagę politycznych decyzji podjętych w momencie jego tworzenia, co, mimo Scalii niechęci do innego niż amerykańskie prawa, umożliwiła opisanie jego oryginalizmu przez użycie idiolektu ze schmittiańskiej koncepcji konstytucji absolutnej i pochodnego względem niej *Verfassungsgesetz*.

3. CARLA SCHMITTA KONCEPCJA *VERFASSUNG* JAKO ORYGINALIZM BEZ TEKSTU

Koncepcja *Verfassung* zajmuje szczególne miejsce w spuściźnie Carla Schmitta. Często omawiana przez badaczy jego pism, uznawana jest za o tyle znaczącą dla dzieła filozofa z Plettenbergu, że bodaj najpełniej wyraża jego sprzeciw wobec normatywizmu Hansa Kelsena, odrzucającego jakikolwiek polityczny element i w prawie, i namyśle nad nim, postrzegającym je jako system norm z normą podstawową, *Grundnorm*, u fundamentów.

Za punkt wyjścia do analizy koncepcji *Verfassung* przyjmuję tu Schmitta niezgodę na kelsenowskie przekonanie, że porządek prawny można zamknąć w katalogu norm, gdyż to polemiczny charakter najlepiej umożliwi jej zrozumienie. Jakkolwiek bowiem Schmitt zgadzał się, że porządek prawny przez normy konstytuowany był dlań, jak pisze Qi Zengh, „czymś więcej niż po prostu zestawem norm”²¹. U jego fundamentów, zdaniem Schmitta, nie mogła stać *Grundnorm*: koncept o tyle, wedle myśliciela z Plettenbergu, nietrafiony, że to, co ma poprzedzać powstanie prawa, nie może powstać jako norma. Normy były dla Schmitta elementem sytuacji normalnej, to zaś, co jest normalne, było ustanawiane polityczną z gruntu decyzją. Porządek prawny dla filozofa z Plettenbergu składał się toteż z dwóch części: normatywnej części

²⁰ C. SUSTEIN, *Virtues and Verdicts*, «The New Republic» z 22 maja 2005 r., s. 36.

²¹ Q. ZHENG, *Carl Schmitt, Mao Zedong and the Politics of Transition*, New York 2015, s. 40-41.

sprawiedliwości i faktycznej części decyzji ustanawiającej to, co normalne, i to, co nie, jednym słowem: normę poprzedzającej. Ową drugą część widział Schmitt jako moment, w którym przewyciężony zostaje panujący w stanie natury czas anarchii i podjęta decyzja, sprawiająca, że dany porządek zostaje uznany za prawny. Decyzja ta nie może, argumentował Niemiec, opierać się na normie, ponieważ zostaje podjęta, nim norma zaistniała; pod względem normatywnym zatem była zrodzona „z niczego i – jak pisze Piotr Nowak – na dobrą sprawę nie różni się od zachowania żołnierza, który decyduje, czy ten, kto stoi naprzeciwko, to wróg, czy przyjaciel”²².

To, w czym jest zakorzeniona wedle Schmitta polityczna decyzja suwerena o zakończeniu stanu chaosu i anarchii i stworzeniu porządku prawnego, to sytuacja egzystencjalna. Suweren ją ocenia, decydując, co jest zgodne z prawem. Swoją polityczną decyzją dokonuje aksjologicznego rozróżnienia, które staje się podstawą porządku prawnego danej politycznej zbiorowości. Tworzy tym samym naczelną zasadę ustrojowo-prawną państwa, jego esencję – czyli konstytucję właściwą, wieczną *Verfassung* – wobec której prawo konstytucyjne (*Verfassungsgesetz*) jest pochodne i dlatego też służebne: służy do konstytucji właściwej obrony i w sytuacji wyjątkowej może jednak zostać przez suwerena zawieszona na rzecz pochodzącej z porządku *Verfassung* decyzji, jeżeli obrona, jaką daje, jest zbyt słaba. Przykładem prawa konstytucyjnego była dla Schmitta ustawa zasadnicza Republiki Weimarskiej z roku 1919. „Jedność Rzeszy Niemieckiej – pisał o niej – nie opiera się na owych 181 artykułach, lecz na politycznym istnieniu narodu niemieckiego”²³.

Owo polityczne istnienie jest umożliwione przez Konstytucję rozumianą jako *Verfassung*, czyli decyzję o tym, czy i jak ma powstać polityczna wspólnota. W wypadku Niemiec, dodawał Schmitt, odpowiedzią na pytanie: jak?, dyktowaną przez *Verfassung*, był niedemokratyczny system cesarski, utrwalony przez wieki doświadczeń, dominującą religię, charakter wspólnoty narodowej. To – twierdził

²² P. NOWAK, *Młody Schmitt*, [w:] C. SCHMITT, *Dyktatura. Od źródeł nowożytnej idei suwerenności do proletariackiej walki klas*, przeł. K. WUDARSKA, Warszawa 2016, s. xv.

²³ C. SCHMITT, *Nauka o konstytucji*, przeł. M. KURKOWSKA, Warszawa 2013, s. 36-37.

filozof z Plettenbergu – właśnie owo „całościowe rozstrzygnięcie rodzaju i formy jedności politycznej”²⁴ stanowiło uprawomocnienie dla funkcjonowania konstytucji właściwej. O ile zatem spisana źródło swojego obowiązywania czerpała z legalności, wieczna – z politycznej woli danego narodu, istoczącej się w jego decyzji podjętej przed zaistnieniem porządku prawnego.

Jak zaznacza Martin Loughlin, Schmittowi nie szło w rozróżnieniu na dwa rodzaje konstytucji o to, że ustawa konstytucyjna i konstytucja wieczna są ze sobą sprzecznymi. Proponował raczej, by ducha konstytucji właściwej używać jako wykładni konstytucji spisanej – tak, jak czynił to w komentarzu do ustawy zasadniczej Republiki Weimarskiej z 1924 r., wywodząc możliwość dyktatorskich rządów prezydenta Rzeszy przy użyciu dekretów z błahego i niedopełnionego rozporządzeniem art. 48 teje²⁵. Skoro tradycyjnym porządkiem prawno-politycznym Niemiec jest system cesarski, rozumował Schmitt, wykładnia tego artykułu winna iść w stronę suwerena jednostkowego, jeżeli przewidziany w aktualnie panującej wersji konstytucji spisanej Parlament nie jest w stanie działać tak, by zapewnić organizmowi politycznemu bezpieczne i efektywne rządy. Nie było to dla myśliciela z Plettenbergu działanie wbrew prawu, lecz próba urzeczywistnienia go. Prezydent Rzeszy był w takim rozumieniu strażnikiem konstytucji, który, by przywołać analizę Schmitta pod tym tytułem, swoją decyzją wyraża formę egzystencji politycznej państwa. W momencie stanu wyjątkowego zatem to decyzja, czyli sposób działania w sytuacji przed zaistnieniem normy, staje się sposobem operowania przez suwerena. Ponieważ jednak, jak twierdził Schmitt, stan wyjątkowy jest wciąż obecnym – także w czasach pokoju – zagrożeniem, decyzja jako sposób istoczenia się i obrony *Verfassung* – również²⁶.

²⁴ C. SCHMITT, *Nauka o konstytucji*, s. 53. Por. także K. KOZMIŃSKI, K. KALETA, *Charakter władzy suwerennej w koncepcjach ładu konstytucyjnego H. Kelsena i C. Schmitta*, «Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna» 2/2013, s. 158.

²⁵ M. LOUGHLIN, *Foundations of Public Law*, Cambridge 2010, s. 215.

²⁶ Por. C. SCHMITT, *The Guardian of the Constitution*, [w:] *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, ed. L. VINX, Oxford 2015, s. 138 i n.

Schmitta w takim rozumieniu można więc opisać jako oryginalistę, którego punktem odniesienia pozostaje konstytucja absolutna jako podjęta przed zaistnieniem porządku prawnego decyzja aksjologiczna dotycząca formuły państwowej. Przeciwnicy takiej tezy mogą argumentować, że opisanie go jako intelektualnego partnera Scalii jest niemożliwe ze względu na to, że u niemieckiego prawnika brakuje podstawowego fundamentu oryginalizmu Scalii – czyli tekstu, a jak cytowałem wyżej, zmarły w 2016 r. sędzia był przede wszystkim, według samego siebie, tekstualistą. Owo nieodnoszenie się do jakiegokolwiek tekstu usprawiedliwia, jak sądzę, fakt, że o ile dla Antonina Scalii tekstowy punkt odniesienia był oczywisty – Konstytucja USA, która przetrwała w formie niezmienionej kilka stuleci, wzbogacona o *Bill of Rights* – o tyle dla Schmitta nie: konstytucję Republiki Weimarskiej z 1919 r. poprzedzały na ziemiach niemieckich od 1815 r., kiedy została uchwalona pierwsza, aż cztery. O ile zatem w oryginalizmie Scalii wykładnia konstytucji odnosi się do decyzji politycznych i aksjologicznych wyrażonych w konkretnym i ze względu na długość jego istnienia akcie prawnym, jakim jest konstytucja USA, o tyle w filozofii prawa Schmitta opisaną jako oryginalizm decyzje te są treścią konstytucji wiecznej, obowiązującej jako niespisana. Odnosząc się do tekstu i nie-tekstu, i Scalia, i Schmitt odnoszą się jednak do tego samego, lecz w innej formule: fundamentalnych, politycznych decyzji podjętych, zanim porządek prawny powstał, umożliwiających jego zaistnienie. Interpretowanie konstytucji w tym właśnie duchu pozostaje cechą wspólną i amerykańskiego, i niemieckiego prawnika.

Warto dodać, że to niejedyne podobieństwo między Schmittem a Scalią: łączy ich także przekonanie o niemożliwości implementowania rozwiązań prawnych z państwa po drugiej stronie Atlantyku w tym, w którym mieszkali. Schmitt uważał, że system prawny Stanów Zjednoczonych narodził się jako sprzeciw wobec rozwiązań europejskich i dlatego nie należy z niego czerpać przy myśleniu o porządku prawnym Starego Kontynentu – podobnie Scalia odżegnywał się, jak wskazałem wyżej, od jakichkolwiek wpływów europejskich na jego myśl. Również mało prawniczy sposób pisania jest wspólny dwóm myślicielom: o ile Schmitt, inaczej niż wielu jurystów jego epoki, używał w swoich dziełach, twierdzi Stephen Holmes, „niezwykle wyrafinowanej pod

względem artystycznym prozy, która oscylowała pomiędzy chłodem i zapałem, tonem akademickim i tonem profetycznym²⁷, o tyle, zdaniem Davida Hudsona, „czytanie opinii Scalii jest jak oglądanie boksu zawodowego, a czytać opinie niektórych jego kolegów to jak obserwować schnięcie farby”²⁸. Jest to widoczne zwłaszcza w zdaniu odrębnym, które Scalia przedłożył w sprawie *Hamdan v. Rumsfeld* z 2006 r., a które to ze względu na swój decyzyjny charakter uwidacznia podobieństwo oryginalizmu Scalii do schmittiańskiej koncepcji *Verfassung*. Na najbliższych stronach opiszę okoliczności sprawy, by później zająć się tym zdaniem.

4. HAMDAN V. RUMSFELD

Salim Ahmed Hamdan, obywatel jemeński, który pracował jako ochroniarz i kierowca Osamy bin Ladena, został ujęty przez siły amerykańskie zimą 2001 r. Rok później wysłano go do obozu w Guantanamo na Kubie, a w 2004 r. prezydencka administracja ujawniła jego nazwisko, gdyż George W. Bush uznał Hamdana za podległego *Military Order on Detention, Treatment, and Trial of Non-citizens in the War against Terrorism*²⁹. Postawiono mu zarzuty między innymi atakowania osób

²⁷ S. HOLMES, *The Anatomy of Antiliberalism*, Cambridge 1996, s. 39.

²⁸ D.L. HUDSON, *The Rehnquist Court: understanding its impact and legacy*, Westport 1997, s. 45.

²⁹ Wedle *Military Order on Detention, Treatment, and Trial of Non-citizens in the War against Terrorism* każdy cudzoziemiec, co do którego prezydent postanowi na piśmie, że zaangażowany był w spisek w celu dokonania aktów międzynarodowego terroryzmu przeciw Stanom Zjednoczonym, zostanie zatrzymany i osądzony przed komisjami wojskowymi. Jako podstawę prawną do wydania *Military Order*... wskazano prezydenta władzę jako Głównodowodzącego Siłami Zbrojnymi (z tytułu 10 sekcji 836 *United States Code* i Konstytucji USA), rezolucję Kongresu *Authorization for Use of Military Force* z 2001 r. i przepisy jednolitego kodeksu sprawiedliwości wojskowej. W przypadku tego rozkazu, szczególnie istotny jest podpunkt f jego sekcji pierwszej, zgodnie z nią bowiem – jak pisze Łukasz Lizis – „prezydent uznawał za istotne odejście od standardów prawa i zasad dowodowych stosowanych w procesach toczących się przed sądami federalnymi”. Powoływane przez zarządzenie komisje wojskowe nie

i obiektów cywilnych i dokonywania aktów terroryzmu i przekazano do osądzenia komisji wojskowej. Obrońca Hamdana z urzędu w lipcu 2004 r. złożył petycję w Sądzie Okręgowym dla Dystryktu Kolumbii, w której zakwestionował uprawnienia komisji wojskowych i stwierdził, że normy je tworzące przeczą i konwencjom genewskim, i przepisom amerykańskiego jednolitego kodeksu wojskowego. W tym samym czasie upublicznione zostały raporty Amnesty International z postępowania przed komisjami wojskowymi, których autorzy stwierdzili, że te ostatnie kierują się w swoich działaniach przekonaniem, iż prawo międzynarodowe ich nie obowiązuje, zastąpione zarządzeniami i instrukcjami wydanymi przez amerykański Departament Obrony, co – wedle obserwatorów tej organizacji humanitarnej – podważało zasadę rządów prawa i godziło w prawa człowieka.

W tym samym czasie amerykański Sąd Najwyższy wydał dwa istotne wyroki. W *Rasul v. Bush* sędziowie orzekli, że osadzeni w Guantanamo zatrzymani są na terytorium, nad którym USA sprawują „pełną jurysdykcję i kontrolę” i dlatego baza pozostaje w jurysdykcji sądów amerykańskich, inaczej niż twierdziła prezydencka administracja, która przyznawała jurysdykcję komisjom wojskowym właśnie³⁰. Wyrok konkludowało twierdzenie, że władza wykonawcza nie może odmówić więźniom Guantanamo dostępu do amerykańskiego systemu sądowego,

spełniały bowiem wymagań z art. 821 jednolitego kodeksu sprawiedliwości wojennej, który nie upoważnia do utworzenia takich komisji dla osądzenia naruszeń praw wojny: stanowi wyłącznie, że JKSJ nie wyklucza użycia komisji wojskowych. Podobnie art. 836 tegoż kodeksu nie upoważnia prezydenta do utworzenia komisji wojskowych, przydając mu jedynie prerogatywę do ogłoszenia zasad postępowania, zgodnie z którymi komisje owe mają działać. Za sprawą *Military Order...*, uznają badacze tej problematyki, komisje uzyskały jurysdykcję w obszarach, w których dotychczas wojskowy wymiar sprawiedliwości nie uczestniczył. Krytycy tego aktu prawnego uznawali ten jego element za „konceptualne pomieszanie”. Por. Ł. LIZIS, «*Military commissions*» w *walce z terroryzmem międzynarodowym – aspekty prawne*, «Bezpieczeństwo: Teoria i Praktyka» 3/2009, s. 42; A. SZPAK, *Funkcjonowanie komisji wojskowych i trybunałów weryfikacyjnych w Guantanamo Bay na Kubie*, «Kwartalnik Prawa Publicznego» 2/2006, s. 10-11; G.P. FLETCHER, *On Justice And War: Contradictions In The Proposed Military Tribunals*, «Harvard Journal of Law & Public Policy» 1.25/2001-2002, s. 639.

³⁰ *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004).

niezależnie od tego, czy są obywatelami amerykańskimi. W *Hamdi v. Rumsfeld* Sąd Najwyższy, odwołując się do konwencji haskich i genewskich, wskazał, że jakkolwiek USA miało prawo do pozbawienia wolności osób uznawanych za talibskich kombatantów, miało ich także (zgodnie z art. 118 III konwencji genewskiej) obowiązek ich zwolnić i repatriować po zakończeniu działań wojennych. Sąd stwierdził, że zasada gwarancji procesowych stosuje się również do obywateli nieamerykańskich, sprawy podobnego rodzaju powinny zaś toczyć się przed sądami wojskowymi – nie zaś komisjami³¹. Krytyką tych ostatnich jest też wyrok *Hamdan v. Rumsfeld*, który został wydany dwa lata później.

Nim się to stało, Sąd Okręgowy dla Dystryktu Kolumbia orzekł na korzyść Hamdana, stwierdzając, że procedura stosowana przez komisje wojskowe jest sprzeczna z prawem; sprzeczność ta objawiała się zwłaszcza w uznaniu za organ uprawniony do rozpatrywania odwołań od decyzji komisji władzy wykonawczej (prezydenta, sekretarza obrony), nie zaś sądowniczej, co było pierwszym odejściem od norm jednolitego kodeksu sprawiedliwości wojskowej. Za kolejne sąd uznał odstępstwo od zasady konfrontacji oraz prawa oskarżonego do bycia obecnym na procesie. Sąd stwierdził, że działanie komisji wojskowych w sprawie Hamdana było nielegalne. Niecały rok później, 15 lipca 2005 r., Sąd Apelacyjny okręgu Kolumbia uchylił ten wyrok, stwierdzając, że komisje wojskowe działają legalnie jako powołane przez prezydenta, posiadającego taką władzę ze względu na rezolucję Kongresu z 18 września 2001 r.; cztery miesiące później sprawa trafiła do Sądu Najwyższego. Wyrok wydany został niecały rok później, w czerwcu 2006 r., i był Hamdanowi przychylny. Uzasadnienie w imieniu SN napisał sędzia Breyer, stwierdzając, że w warunkach braku w takich dokumentach, jak JKSW, ustawa o traktowaniu zatrzymanych z 2005 r. czy wspomniana rezolucja Kongresu wskazania *explicite* prawa prezydenta do tworzenia komisji, nie istnieje dla ich powoływania uzasadnienie.

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu powtórzył argumentację z *Hamdi v. Rumsfeld*, powołując się na sprzeczność komisji wojskowych z konwencjami genewskimi. Stwierdził, że w sprawie podejrzanych o terroryzm

³¹ *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004).

zastosowanie winny znaleźć zasady postępowania przed sądami wojskowymi: w przedstawionym materiale nic nie wskazywało na niemożliwość przeprowadzenia takiego postępowania przed nimi właśnie (a tylko w wypadku niemożliwości art. 36(b) JKSW na odstępstwa zezwala). „Kongres – głosiło uzasadnienie – nie przyznał prezydentowi władzy do powoływania komisji tego typu. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby prezydent zwrócił się do Kongresu w poszukiwaniu władzy, którą uważa za konieczną”³². Sąd Najwyższy zanegował zatem suwerenność władzy wykonawczej do podejmowania decyzji, argumentację opierając na braku upoważnienia do takiego podejmowania ze strony źródła, z którego władza wykonawcza mogłaby ją czerpać. Wrócił tym samym, jak pisze Sebastian Kubas, do „dziewiętnastowiecznej praktyki zero-deference approach i dokonał samodzielnej interpretacji art. 3 wspólnego dla konwencji genewskich, bez uwzględniania poglądów władzy wykonawczej na temat znaczenia tego przepisu”³³.

5. ODRĘBNE ZDANIE SĘDZIEGO SCALII

Dnia 8 marca 2006 r., podczas spotkania na Uniwersytecie we Fryburgu, Scalia, pytany przez zainteresowanych o toczącą się przed Sądem Najwyższym sprawę *Hamdan v. Rumseld*, stwierdził, że „wojna jest wojną. Dotąd w przypadku pochwycenia żołnierza wrogiej armii nigdy nie było przedmiotem zainteresowania [społeczności międzynarodowej – W.E.], czy przyzna mu się proces przed sądami cywilnymi”³⁴. Z racji wypowiedzi Scalii, obrońcy Jemeńczyka wnioskowali o wyłączenie go ze składu orzekającego; to jednak nie nastąpiło. Niektórzy zwolennicy sędziego argumentowali wtedy, że w Szwajcarii przedstawił

³² *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

³³ S. KUBAS, „Prawo międzynarodowe jest częścią naszego prawa” – zmienne koleje norm międzynarodowych w prawie konstytucyjnym Stanów Zjednoczonych Ameryki. Zarys problematyki, [w:] *Prawo międzynarodowe i europejskie a sądownictwo konstytucyjne*, red. P. TULEJA, Kraków 2015, s. 45.

³⁴ Nagranie wideo: <http://bafweb.com/index.php?s=scalia> (dostęp: 26 czerwca 2018 r.).

on podobną argumentację do tej, którą zastosował w zdaniu odrębnym do *Rasul v. Bush*; inni, nawet sędziemu przychylni, zaznaczali, że sprawa *Hamdana* wprowadziła go w furię³⁵.

Tym bardziej ciekawa jest argumentacja, którą Scalia zastosował w zdaniu odrębnym do wyroku w sprawie *Hamdana*. Według autora *Matter of Interpretation* bowiem Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych w ogóle nie powinien się przypadkiem Jemeńczyka interesować: znajdował się on, uważał Scalia, poza jego jurysdykcją. Na poparcie takiej tezy Scalia w swoim zdaniu odrębnym przywołał § 2 art. 3 Konstytucji USA, głoszący, że „miejsce lub miejsca rozpatrywania spraw o przestępstwo, popełnione poza obszarem któregośkolwiek ze stanów, określa Kongres w drodze ustawy”³⁶. Takim miejscem było według Scalii więzienie w bazie wojskowej Marynarki Wojennej USA w Guantanamo na Kubie, w którym *Hamdan* był przetrzymywany i w którym działały powoływane decyzją prezydenta Busha komisje wojskowe. Wedle sędziego Scalii (wspartego w zdaniach odrębnych przez sędziów Thomasa i Alito) uchwalona w grudniu 2005 r. (czyli w momencie, w którym sprawa *Hamdana* była rozpatrywaną przez SN, w odpowiedzi na wyroki w sprawach *Rasul v. Bush* i *Hamdi v. Rumsfeld*, traktowana jako próba „przezwyciężenia oporu Sądu” przez Kongres)³⁷ przez Kongres *The Detainee Treatment Act of 2005* (DTA) jasno określała (w § 1005e), że po jej wejściu w życie żadne postępowanie w sprawach będących w jurysdykcji komisji wojskowych nie może odbywać się przed sądem innym aniżeli Sąd Apelacyjny okręgu Kolumbia. W związku z tym Scalia określał rozpatrywanie sprawy *Hamdana* przez Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych mianem „nieporozumienia”, a odrębność swego zdania podkreślał poprzez odarcie go ze zwyczajowego respectfully³⁸.

Scalia – co istotne, jeśli chodzi o schmittiański charakter jego zdania odrębnego – odnosił się także do politycznego uwarunkowania

³⁵ J. BISKUPIC, *American Original: The Life and Constitution of Supreme Court Justice Antonin Scalia*, New York 2010, s. 326.

³⁶ Konstytucja USA, <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/usa.html> (dostęp: 2 lutego 2019 r.).

³⁷ S. KUBAS, „Prawo międzynarodowe jest częścią naszego prawa”..., s. 45.

³⁸ *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

znajdującej się na wokandzie Sądu Najwyższego sprawy. Inni sędziowie, jego zdaniem, zignorowali podczas rozpatrywania jej ustanowione uprzednio przez Sąd Najwyższy precedensy, w myśl których ograniczenie jurysdykcji dokonane aktem prawnym Kongresu wydanym już w trakcie toczenia się danych spraw odnosi się nie tylko do spraw, które dopiero mają zostać przyjęte na wokandę. Zastosowanie podobnego zabiegu swoje źródło miało, twierdził Scalia, „w najniższych możliwych pobudkach”³⁹. Jako przykłady spraw, w których ustawy uchwalone już podczas obecności danego przypadku na wokandzie były przez Sąd Najwyższy brane pod uwagę, Scalia podał *Bruner v. United States* z 1952 r. czy *Landgraf v. USI Film Products* z 1994 r., cytując uzasadnienie napisane w wyroku tej ostatniej w imieniu sądu przez sędziego Stevensa: „Regularnie stosujemy ustawy interweniujące – tak pozytywnie, jak i negatywnie – w jurysdykcję, niezależnie od tego, czy istniała ona, kiedy ów wkład został wniesiony lub też kiedy wniesiona została sprawa”⁴⁰.

Można zatem powiedzieć, że Scalia, po schmittiańsku, stwierdził o prymacie polityki nad prawem: ustawy powstające w momencie rozpatrywania danej sprawy przez Sąd Najwyższy były dlań wyrazem podjętych przed stworzeniem Konstytucji, aksjologiczno-politycznych decyzji o tym, w jaki sposób ma wyglądać ustrój Stanów Zjednoczonych. Potraktował je toteż Scalia jako rodzaj *Verfassung*, argumentując w ten sposób, że Sąd Najwyższy jest pozbawiony jurysdykcji w sprawie *Hamdana* i – szerzej rzecz ujmując – powstałych na mocy prezydenckiej decyzji wojskowych komisji.

Taki argument jednak łatwo zbić, choćby stwierdzając, że słowa Scalii są przykładem uczestnictwa w czysto legalistycznym sporze o kompetencje. Tym, co, jak sądzę, to zabicie uniemożliwia, jest zaskakujący cel podniesienia przez zmarłego w 2016 r. sędziego wskazanych wyżej precedensów. Celem owym jest pozbawienie organu, którego był Scalia częścią, możliwości odegrania politycznej roli, który to cel uwidacznia schmittiański z ducha aspekt jego oryginalizmu. By zrozumieć, dlaczego Scalia to uczynił, należy cofnąć się do innego z jego zdań odrębnych,

³⁹ *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

⁴⁰ *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006).

w sprawie, której wynik w Sądzie Najwyższym doprowadził Kongres do wydania *The Detainee Treatment Act of 2005* (DTA), czyli *Hamdi v. Rumsfeld*, o okolicznościach bardzo zbliżonych do sprawy *Hamdana*. W nim argumentacja sędziego Scalii także odnosiła się do decyzyonistycznej filozofii polityki i prawa w czasach wojny. Jak bowiem twierdził Scalia, który do przychylnego administracji George'a W. Busha wyroku zgłosił zdanie odrębne, *Authorisation of Use of Military Force* nie był w sprawie *Hamdiego* wystarczającą podstawą prawną do detencji, bowiem ustawą tą Kongres USA nie zawiesił funkcjonowania *habeas corpus*: jeżeli zaś „prawa obywatelskie mają zostać podważone podczas trwania stanu wojny, musi to być dokonane w sposób otwarty i demokratyczny, jak domaga się tego Konstytucja, a nie w sposób cichej erozji za sprawą decyzji tego Sądu”⁴¹. Jednym słowem Scalia uznał to, co stało się udziałem *Hamdiego*, za podważanie praw obywatelskich i stwierdził, że nie domaga się tego Konstytucja, a zatem: jest to sprzeczne z demokracją, gdyż działanie demokratyczne, jak pisałem wyżej, rozumiał Scalia jako każde operowanie w granicach ustawy zasadniczej.

Tłumacząc zdanie Scalii na schmittiański idiolekt, amerykański sędzia stwierdził, że chociaż decyzja prezydenta jest zgodnym z prawem elementem działania politycznego, prawo konstytucyjne (*Verfassungsgesetz*) wciąż lepiej broni Konstytucji (*Verfassung*) aniżeli owa decyzja. Domagał się zatem Scalia wyraźnego stwierdzenia w postaci aktu prawnego, że Konstytucja jest zagrożona i działania objęte prawem konstytucyjnym są niewystarczające do jej obrony, czyli, mówiąc po schmittiańsku, ujawnienia suwerena, który swoją decyzją – jako wyrazem wciąż obecnego, przedprawnego ustanowienia *Verfassung* – zawiesiłby funkcjonowanie nawet najdalej idących w kierunku przyznania prezydentowi USA decyzyonistycznych prerogatyw ustaw, by mógł on Konstytucji bronić, nie operując w granicach prawa pozytywnego, lecz działając za pomocą decyzji, jako tego narzędzia, które samą Konstytucję jako *Verfassung* ustanowiło.

Wnosząc w zdaniu odrębnym do sprawy *Hamdana* o wyłączenie nadzoru władzy sądowniczej nad działaniami prezydenta podjętymi

⁴¹ *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 U.S. 507 (2004).

podczas trwania stanu wyjątkowego i argumentując ów wniosek brakiem jurysdykcji, jaką Sąd Najwyższy mógłby sprawować, Scalia stwierdził, że zagrożenie *Verfassung* zostało już demokratycznie stwierdzone i dlatego nie prawo konstytucyjne ma jej bronić. Jak echo pobrzmiwa tu wskazanie Schmitta ze *Strażnika konstytucji*, w myśl którego w sytuacji wyjątkowej sądy i trybunały nie mogą ochraniać konstytucji, lecz co najwyżej tę jej część, która dotyczy ich samych, ponieważ judykatywa jest niezdolna do podjęcia wyzwania polityczności⁴². Sąd, dla Schmitta, mógł tylko rozstrzygać kwestie wątpliwości względem poszczególnych paragrafów, nie zaś względem politycznej decyzji. Twierdząc toteż, że podstawa prawna w postaci *The Detainee Treatment Act of 2005* (DTA) jako wyraz *Verfassung* uniemożliwia rozpatrywanie sprawy Hamdana, Scalia uznał, że właściwym sposobem działania jest w okolicznościach stanu wyjątkowego decyzja – jako, by użyć terminologii i Schmitta, i Scalii, sposób politycznego i aksjologicznego operowania pochodzący sprzed Konstytucji powstania.

Tym samym w jego oryginalistycznej doktrynie wykładni prawa decyzja jako instytucja przed- i ponadprawna zajęła kluczowe miejsce. Scalia wniósł do swojego zdania odrębnego decyzyjnistyczny charakter, opowiadając się za jednostkowym suwerenem, podejmującym osobistą decyzję w momencie trwania stanu wyjątkowego. Jednocześnie jego odwołanie do ustawy z 2005 r. było odwołaniem do politycznych i aksjologicznych decyzji podjętych – by użyć idiolektu Carla Schmitta – przed ustanowieniem prawa w celu jego obrony. Postrzeganie przez Scalię wszelkiego innego działania ze strony amerykańskiego Sądu Najwyższego jako w przypadku Hamdana niepożądanego należy zatem, przez pryzmat schmittiański, odczytywać jako obronę z jego strony specyficznej *Verfassung*, do której używa decyzji jako instytucji funkcjonującej w czasie zawieszonoego *habeas corpus* jako wyrazu prawa konstytucyjnego.

⁴² C. SCHMITT, *The Guardian of the Constitution...*, s. 140.

6. PODSUMOWANIE

Jakkolwiek krytycy Scalii, których przywoływałem we wprowadzeniu do niniejszego tekstu, pragnęli widzieć w nim tego prawnika, który doprowadził do schmittiańskiego zwrotu w polityce Stanów Zjednoczonych, zdaje się to stwierdzeniem na wyrost: przyjęcie schmittiańskiego sposobu myślenia zostało zamknięte w granicach zdania odrębnego, a *The Detainee Treatment Act of 2005* (DTA) wkrótce zastąpiona została ustawą inną – *Military commissions act of 2006*. Jak twierdzi Łukasz Lizis, „nie wprowadziła on jednak oczekiwanych zmian odnośnie pozycji procesowej oskarżonego. Celem jej wprowadzenia była wyłącznie ustawowa kodyfikacja procedury obowiązującej w tego typu kategorii spraw”⁴³.

Podsumowanie: chociaż sędzia Antonin Scalia wielokrotnie dystansował się od porównywania jego i jego doktryny do jakichkolwiek zagranicznych prawników i ich dzieł (ze względu na przekonanie o wyjątkowości prawa amerykańskiego), podnoszone przez jego krytyków wskazanie, że oryginalistyczna metoda wykładni wiele ma wspólnego z myślą Carla Schmitta, nie jest bezzasadne. I Scalia, i Schmitt podobnie patrzyli na rolę decyzji aksjologiczno-politycznej jako, po pierwsze, tego, co ustanawia porządek prawny (i czego rezultatem jest dla Scalii Konstytucja USA, dla Schmitta zaś jakikolwiek porządek prawny), po drugie zaś – narzędzie obrony tego porządku w chwili, gdy prawo konstytucyjne zawodzi. Szczególnie widoczne jest to w zdaniu odrębnym Scalii do sprawy *Hamdan v. Rumsfeld*. Czy owa metoda wykładni w istocie zainspirowana była Schmittem i wszystkie wskazane wyżej podobieństwa nie są jedynie kwestią przypadku – pozostaje zagadką.

⁴³ Ł. LIZIS, «*Military commissions*» w walce z terroryzmem międzynarodowym..., s. 43.

ORYGINALIZM ANTONINA SCALII I 'VERFASSUNG' CARLA SCHMITTA.
DWA SPOJRZENIA NA ROLĘ PIERWOTNEJ DECYZJI W PRAWIE

Streszczenie

Jakkolwiek wielu badaczy wskazuje koncepcje niemieckiego teoretyka prawa i filozofa polityki Carla Schmitta jako te, które zainspirowały działania Stanów Zjednoczonych podejmowane w ramach tzw. „wojny z terrorem”, należy zauważyć silny opór, jaki w USA podjęła wobec nich judykatura. Spomiędzy sędziów amerykańskiego Sądu Najwyższego tym, który się z tego oporu wyłamał, był sędzia Antonin Scalia. Wyłom ten zaowocował uznaniem go za „pogrobowca” Carla Schmitta (co o tyle problematyczne, że sam Scalia zawsze odżegnywał się od jakiegokolwiek wpływu innej niż amerykańska myśl na jego oryginalistyczną doktrynę wykładni prawa). W artykule autor analizuje podobieństwa pomiędzy oryginalizmem Scalii i Carla Schmitta koncepcją *Verfassung*, jak również zdanie odrębne do wyroku amerykańskiego SN-u w sprawie *Hamdan v. Rumsfeld*, w którym to ujawnia się schmittiański charakter oryginalizmu Scalii.

ANTONIN SCALIA'S ORIGINALISM AND CARL SCHMITT'S 'VERFASSUNG'
CONCEPT: TWO APPROACHES TO THE INITIAL DECISION IN LAW

Summary

Although many scholars consider the concepts of the German theoretician of law and political philosopher Carl Schmitt the inspiration behind the measures the United States has taken in its war on terror, the American judiciary has stood up in strong opposition against such ideas. But there has also been resistance to this opposition, a notable instance of which came from Judge Antonin Scalia of the Supreme Court. His dissent earned him the reputation of being a “late successor” to Carl Schmitt, which is a problematic claim, because Scalia never admitted to any influences for his originalistic doctrine other than ones drawn from American sources. This article analyzes the similarities between

Scalia's originalism and Carl Schmitt's concept of the *Verfassung*, and Scalia's dissenting opinion to the judgment of the US Supreme Court in *Hamdan v. Rumsfeld*, which shows the Schmittian character of Scalia's originalism.

Słowa kluczowe: Carl Schmitt; Antonin Scalia; oryginalizm.

Keywords: Carl Schmitt; Antonin Scalia; originalism.

Literatura

- BISKUPIC J., *American Original: The Life and Constitution of Supreme Court Justice Antonin Scalia*, New York 2010.
- BOYD B., *Carl Schmitt Revival Designed To Justify Emergency Rule*, «Executive Intelligence Review» 2/2011, s. 61-70.
- COLLINGS J., *Ernst-Wolfgang Böckenförde on Constitutional Judging in a Democracy*, «German Law Journal» 2/2018, s. 161-195.
- DYZENHAUS D., *The Constitution of Law. Legality in a time of Emergency*, Cambridge 2006.
- FLETCHER J., *On Justice And War: Contradictions In The Proposed Military Tribunals*, «Harvard Journal of Law & Public Policy» 25.1/2001-2002, s. 635-652.
- GABIŚ T., *Carl Schmitt*, «Nowe Państwo» 3/2007, s. 65-78.
- HOLMES S., *The Anatomy of Antiliberalism*, Cambridge 1996.
- HUDSON D.L., *The Rehnquist Court: understanding its impact and legacy*, Westport 1997.
- KOŹMIŃSKI K., KALETA K., *Charakter władzy suwerennej w koncepcjach ładu konstytucyjnego H. Kelsena i C. Schmitta*, «Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna» 2/2013, s. 154-168.
- KUBAS S., „Prawo międzynarodowe jest częścią naszego prawa” – zmienne koleje norm międzynarodowych w prawie konstytucyjnym Stanów Zjednoczonych Ameryki. *Zarys problematyki*, [w:] *Prawo międzynarodowe i europejskie a sądownictwo konstytucyjne*, red. P. TULEJA, Kraków 2015, s. 19-47.
- LIZIS Ł., «Military commissions» w walce z terroryzmem międzynarodowym – aspekty prawne, «Bezpieczeństwo: Teoria i Praktyka» 3/2009, s. 37-49.
- LOUGHLIN M., *Foundations of Public Law*, Cambridge 2010.
- MAROŃ G., *Oryginalizm Antonina Scalii jako teoria wykładni prawa*, «Przegląd Prawa Konstytucyjnego» 4/2010, s. 23-52.
- POTRZESZCZ J., *Zadania współczesnej teorii i filozofii prawa w warunkach akceptacji niepozytywistycznej koncepcji prawa*, «Acta Universitatis Wratislaviensis» 1/2011, s. 260-273.

- SCALIA A., *Scalia Speaks: Reflections on Law, Faith, and Life Well Lived*, New York 2017.
- SCALIA A., *Judicial Adherence to The Text of Our Basic Law: A Theory of Constitution Interpretation. Remarks at the Catholic University of America*, <http://www.proconservative.net/PCVol5Is225ScaliaTheoryConstlInterpretation.shtml> (dostęp: 29 stycznia 2019 r.).
- SCALIA A., *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton 1997.
- SCALIA A., *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*, «Duke Law Journal» 3/1989, s. 511-522.
- SCALIA A., *Originalism: The Lesser Evil*, «University of Cincinnati Law Review» 3/1988, s. 849-865.
- SCHMITT C., *Dyktatura. Od źródeł nowożytnej idei suwerenności do proletariackiej walki klas*, przeł. K. WUDARSKA, Warszawa 2016.
- SCHMITT C., *Nauka o konstytucji*, przeł. M. KURKOWSKA, Warszawa 2013.
- SUSTEIN C., *Virtues and Verdicts*, «The New Republic» z 22 maja 2005 r.
- SWAN P., *American Empire or Empires: alternative juridifications of the New World Order*, [w:] *Empire's Law*, ed. A. BARTHOLEMEW, London 2006, s. 137-160.
- ZHENG Q., *Carl Schmitt, Mao Zedong and the Politics of Transition*, New York 2015.
- VINX L., *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Oxford 2015.