

ŁUKASZ MACHAJ

# NADZÓR SĄDU NAJWYŻSZEGO USA NAD USTAWODAWSTWEM DOTYCZĄCYM GOSPODARKI I WOLNOŚCI SŁOWA – PERSPEKTYWA TEORETYCZNO-PRAWNA

*Dura lex sed lex* oraz *lex iniusta non est lex*. Pozwalając sobie na pewien redukcjonizm w odniesieniu do stopnia skomplikowania problematyki, można zasadnie stwierdzić, iż opozycja między pozytywizmem prawniczym a doktrynami iusnaturalistycznymi w swym najgłębszym sensie sprowadza się do radykalnie odmiennego stosunku do wspomnianych powyżej paremii. W gruncie rzeczy mamy tutaj do czynienia z relatywnie prostą dychotomią. Aprobata jednego z tych przeświadczeń wiąże się automatycznie z zanegowaniem drugiego stanowiska; zarazem refutacja bądź opowiedzenie się za którymś z owych haseł automatycznie przyporządkowuje filozofa, teoretyka prawa czy myśliciela politycznego do grupy pozytywistów lub adherentów szkoły prawa natury. Co więcej, jeżeli zaakceptujemy aksjologicznie nieobojętne i bynajmniej nieoczywiste założenie, jakoby prawa należało (w sensie moralnym, a nie pragmatycznym lub oportunistycznym) przestrzegać, to niemożliwe staje się przyjęcie w tym sporze jakiegokolwiek kompromisowej opinii<sup>1</sup>. Mielibyśmy tu zatem do czynienia z paradygmatycznym przykładem obowiązywania zasady *tertium non datur*. Oczywiście z punktu widzenia polityczno-prawnej praktyki państw należących do szeroko rozumianej cywilizacji zachodniej, zarysowany wyżej dylemat nie posiada dzisiaj większego znaczenia. Pozytywizacja – a mówiąc nieco precyzyjniej konstytucjonalizacja oraz internacjonalizacja norm moralnych i zasad etycznych powoduje, iż formalne hołdowanie tradycyjnym pozytywistycznym sposobom rozumienia terminu „prawo” nie wyklucza zarazem aprobowania tezy, że normy prawne muszą (w sensie walidacyjnym) pozostawać w zgodzie z określoną aksjologią. W szczególności ustawa zasadnicza okazuje się przeto zarówno emanacją najtrwalszej woli suwerena, jak i funkcjonalnym odpowiednikiem (dla niektórych zapewne li tylko ersatzem) dawnych reguł *ius naturalis*. Fakt ten nie oznacza jednak, iż napięcie pomiędzy pierwiastkiem pozytywistycznym (dzisiaj często kamuflowanym sloganami o „demokracji”, „republice”, „suwerenności ludu”,

<sup>1</sup> Oczywiście można natomiast w ogóle odmówić rozważania omawianej kwestii i uznać wspomnianą debatę za zdezaktualizowaną z punktu widzenia współczesnej teorii prawa.

„rządzie reprezentacyjnym” itp.) i prawnonaturalnym (konceptualizowanym zwykle w języku obrony praw człowieka, ochrony najwyższych konstytucyjnych wartości czy afirmacji „demokracji liberalnej”) zostało całkiem wyeliminowane. Przesądzającą rolę w wyważeniu znaczenia owych dwóch komponentów w konkretnych porządkach ustrojowych odgrywa postępowanie krajowych sądów najwyższych i trybunałów konstytucyjnych (z relatywnie mniejszą rolą orzecznictwa międzynarodowego, acz można w tym zakresie przewidywać ewolucję zmierzającą ku zwiększaniu kompetencji tego „szczebla” judykatury). Chodzi tu oczywiście o poziom aktywności sądownictwa oraz o jego gotowość do ingerowania w rozstrzygnięcia politycznych decydentów poprzez unieważnianie legislacji w oparciu o argument kolidowania jej z zawartymi w ustawie zasadniczej pojęciami niedookreślonymi i klauzulami generalnymi („wolność”, „równość”, „moralność publiczna”, „demokratyczne państwo prawa”, „sprawiedliwość społeczna” itd.). Uzasadniona wydaje się konstatacja, że waga elementu iusnaturalistycznego w danym modelu ustrojowym jest wprost proporcjonalna do skali sędziowskiego aktywizmu. Różnorako prawdopodobnie motywowana niechęć judykatury do angażowania się w rozumianą klasycznie (w arystotelesowskim sensie) politykę *per facta concludentia* oznacza bowiem dominację w określonym systemie prawnym doktryny pozytywistycznej (jeśli oczywiście zaaprobować aksjomatyczne dla demokratycznej teorii założenie, że decyzje wybranego w odpowiedni sposób parlamentu są manifestacją woli suwerennego demosu). W takim bowiem przypadku zawarte w konstytucji tezy aksjologiczne stanowią wyłącznie niewiele znaczącą deklarację ideową lub nawet użyteczny listek figowy, pozwalający legitymizować niejednokrotnie przeciwstawne rozstrzygnięcia prawne. W tym miejscu warto poczynić dwa istotne zastrzeżenia. Po pierwsze, ten współcześnie obowiązujący zmodyfikowany (by nie powiedzieć zwulgaryzowany) wariant doktryny iusnaturalistycznej charakteryzuje się wysokim stopniem subiektywizmu. Interpretacja konstytucji zakorzeniona jest przeważnie w indywidualnych ideologicznych preferencjach sędziów i relatywnie rzadko znajduje swe uzasadnienie w jakiegokolwiek zobiektywizowanej (takiej, co do której podstaw mogliby osiągnąć rudymenatny konsensus wszyscy orędownicy rawlsowskich „rozumnych rozległych doktryn”<sup>2</sup>) teorii aksjologicznej. Po części wynika to ze specyfiki nowoczesnych ustaw zasadniczych, których autorzy rozumieją kompromis polityczny jako umieszczenie w ich obrębie mnogości wartości i zasad pozytywnie waloryzowanych przez choćby jednego z koalicjantów; po części z radykalnego poszerzenia w dwudziestym wieku uprawnień państwa i stopniowego zanikania sfer nieingerencji władzy publicznej; po części z rozpadu etycznego uniwersum łączącego (choćby na bazie hipokryzji) obywateli oraz postępującej segmentacji społeczeństwa; po części wreszcie z nowych wyzwań natury ekonomicznej, technologicznej czy choćby bioetycznej. O ile zatem kryteria tego, co „*iusta*” i „*iniusta*”, są czerpane z ustawy zasadniczej, o tyle rozbieżności powstające na tle ich wykładni bywają często fundamentalne. Po drugie, teza o politycznym charakterze rozstrzygnięć sądów konstytucyjnych musi zostać wyraźnie wyartykułowana, co wcale nie prowadzi automatycznie do pejoratywności w ocenie tego faktu. Decyzje sędziów nie są technokratycznymi rozwiązaniami określonych prawnych kontrowersji, ale stanowią – szczególnie doniosły ze względu na konsekwencje – głos w debacie publicznej, emanację światopoglądowych przekonań, wyraz udziału w społecznym dialogu na temat państwa, prawa, etyki, ekonomiki, społeczeństwa. Oczywiście te dwa zastrzeżenia nie posiadają atrybutu bezwyjątkowości. Bez trudu moglibyśmy wyima-

<sup>2</sup> J. Rawls, *Liberalizm polityczny*, Warszawa 1998, s. 102 i n.

ginować sobie sytuację, w których dokonana przez sędziów interpretacja wartości bądź zasad konstytucyjnych nie budzi żadnych wątpliwości, a przeprowadzone przez nich rozumowanie prawne ufundowane jest na prostych semantycznych ujęciach i sylogistycznych wnioskowaniach. Sądzę jednak, iż takowe przypadki pozostają w mniejszości, co zdaje się potwierdzać chociażby rodzima praktyka.

Reasumując możemy zatem powiedzieć, że im większa gotowość sędziów do uchylania mocy obowiązującej regulacji niższego rzędu na podstawie ich domniemywanej sprzeczności z aksjologią zawartą w ustawie zasadniczej, to w tym większym stopniu należy przypisywać judykaturze inklinacje iusnaturalistyczne. Podkreślić wszelako trzeba, że nie wszystkie normy konstytucyjne o zabarwieniu etycznym muszą być w danym porządku ustrojowym traktowane w sposób jednakowy, a interpretacja konkretnych klauzul może również podlegać zmianom w aspekcie temporalnym. Na gruncie amerykańskim szczególnie wyrazistym przykładem mogą być losy sędziowskiego nadzoru nad prawodawstwem gospodarczym. Otóż piąta i czternasta poprawka do ustawy zasadniczej zabraniają, odpowiednio, władzom federalnym i stanowym pozbawiania obywateli USA życia, wolności i własności bez odpowiedniego postępowania prawnego (due process of law). Trudno zaiste nie dostrzec ideowego pokrewieństwa między tymi postanowieniami konstytucji a filozofią polityczną „ojca-założyciela” liberalizmu Johna Locke’a, ufundowaną na koncepcji trzech podstawowych uprawnień naturalnych jednostek. Naturalnie najwyższy akt normatywny Stanów Zjednoczonych nie nadaje tym indywidualnym prawom wymiaru absolutnego; do demarkacji ich granic konieczna jest interpretacja zapisu o „odpowiednim postępowaniu prawnym”. Wskazana klauzula może być rozumiana dwojako. Po pierwsze, może być pojmowana jako źródło dostarczające obywatelowi gwarancji natury stricte proceduralnej (formalna praworządność, możliwość zapoznania się z wymierzonymi w jednostkę oskarżeniami oraz do polemizowania z nimi, uprawnienie do skorzystania z pomocy prawnej itd.). Przeciwny koncept interpretacyjny prowadziłby natomiast do rozpoznania substancjalnego aspektu przedmiotowego unormowania i potraktowania go, jak „ograniczenia nałożonego na materialnoprawne kompetencje [...] legislatyw do uregulowania różnych sfer gospodarczego i niegospodarczego życia”<sup>3</sup>. Podstawą owej limitacji zakresu działania władz publicznych byłaby oczywiście w tym ujęciu aksjologia liberalna. Pierwsze ujęcie problemu jest raczej pozytywistyczne (ustawodawca może uchwalić prawo właściwie dowolnej treści, jeśli tylko obywatel nie traci określonych gwarancji formalnych, a relewantny przepis zostaje uchwalony w zgodzie z procedurą prawodawczą); drugie wydaje się zaś zbliżone do doktryn prawnonaturalnych (ustawodawcy nie wolno przyjmować unormowań, które naruszają zasady moralne – w tym przypadku te zawarte w koncepcjach liberalnych – oraz nadmiernie ograniczają prawa jednostek do życia, wolności i własności). Ta ostatnia tendencja w wykładni czternastej poprawki dominowała w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA mniej więcej od końca XIX stulecia, aż po drugą połowę lat 30. następnego wieku. Symbolicznym przykładem jej tryumfu stał się wyrok w sprawie *Lochner vs. Nowy Jork*<sup>4</sup>, dotyczący konstytucyjności ograniczania przez władzę stanową maksymalnego czasu pracy. Choć w tym konkretnym casusie chodziło o piekarnie – nowojorskie prawo zakazywało pracodawcy zmuszać pracownika piekarni (oraz zezwalać mu) do pracy w wymiarze czasowym przekraczającym 60 godzin w skali tygodnia

<sup>3</sup> S. L. Emanuel, *Constitutional law*, Larchmont 1999, s. 144.

<sup>4</sup> 198 U. S. Reports 45 (1905).

i 10 godzin dziennie – orzeczenie miało znaczenie praktycznie dla wszystkich gałęzi gospodarki. SN – niejednogłośnie – uznał taki przepis lokalny za naruszający dyspozycję ustawy zasadniczej. Uzasadnienie wyroku przesycone było argumentacją moralistyczną, odwołującą się do ideału jednostkowej wolności, do antypaternalizmu, do konieczności zagwarantowania obywatelom swobody podejmowania aktywności ekonomicznej. O ile pełna rekonstrukcja argumentacji SN wydaje się zbędna dla naszych celów, o tyle z pewnością warto przytoczyć kilka fragmentów orzeczenia. Autor uzasadnienia Rufus Wheeler Peckham podkreślał, że nowojorska regulacja narusza konstytucyjnie gwarantowaną zasadę swobody zawierania umów, która jest jednym z elementów wolności indywidualnej. Państwo nie może bowiem arbitralnie ingerować w sferę autonomii żadnej ze stron stosunku pracy bez istnienia dostatecznie doniosłych powodów. Jak dalej przekonywał sędzia, najwyższy organ judykatury musi badać, czy rozpatrywane przezeń unormowania limitują prawa czy wolności obywateli w sposób niekonieczny lub nierozsądny. Postanowienia czternastej poprawki nie mogą zostać zredukowane do pozostających jedynie na papierze rękami, niedostarczających jednostkom żadnego realnego zabezpieczenia przed uroszczeniami władzy publicznej do omnipotencji. W ocenie Peckhama, nowojorskie przepisy są przejawem „uciążliwego wtrącania się” rządu w sferę indywidualnych praw przynależnych „dorosłym i inteligentnym ludziom”. Sędzia posłużył się równocześnie popularną w praktyce funkcjonowania Sądu Najwyższego techniką heurystyczną, jaką jest argumentacja „z równi pochyłej”. Peckham sarkastycznie (a nawet szyderczo) konstatował: „Drukarze, blacharze, ślusarze, stolarze, sprzedawcy sklepowi, pracownicy banków, kancelarii prawnych i gabinetów lekarskich (...) – wszyscy znaleźliby się (jeśli uznać konstytucyjność regulacji Ł.M.) pod (...) wszechogarniającą władzą państwa, a akty normatywne ograniczające wymiar czasu pracy we wszystkich zawodach byłyby dopuszczalne, nawet jeśli znacznie limitowałyby zdolność pracowników do utrzymania ich samych oraz ich rodzin. W naszych miastach jest wiele budynków, do których światło słoneczne dociera jedynie przez krótką chwilę każdego dnia, a w takich budynkach pracują bankierzy, brokerzy, prawnicy, agenci nieruchomości (...) wspomagani przez wielu sekretarzy, doręczycieli itp. Jeśli zaakceptować zgodność badanych przepisów z ustawą zasadniczą, to należałoby wówczas” uznać także konstytucyjność takich ograniczeń we wszystkich powyższych obszarach zawodowej aktywności, opierając się np. na argumentie, że „praca w wymiarze powyżej ośmiu godzin dziennie w sztucznie oświetlonym pomieszczeniu jest szkodliwa dla zdrowia (...) i legislatura, w swojej ojcowskiej mądrości, musi dysponować uprawnieniem do (...) objęcia protekcją zdrowia pracowników skazanych na harowanie dzień po dniu w budynkach, w których nigdy nie świeci słońce”. Co więcej, jeśli troska o psychofizyczny dobrostan obywateli jest legitymowanym celem władzy publicznej, to nie ma żadnego powodu, by państwo powstrzymywało się od regulowania czasu pracy pracodawców czy też przedsiębiorców i nie zakazywało „lekarzom, prawnikom, uczonym, rzemieślnikom bądź sportowcom” nadmiernego „przemęczania ich umysłów i ciał poprzez wygórowane godziny pracy” w celu ochrony siły, energii czy waleczności społeczeństwa.

Na przykładzie omówionego powyżej orzeczenia łatwo można zaobserwować mechanizm, zgodnie z którym substancjalne pojmowanie klauzuli due process jest instrumentem służącym uchylaniu rozstrzygnięć legislatury z uwagi na ich kolizję z aksjologią klasycznego wariantu doktryny liberalnej. Identyczna logika interpretacyjna rządziła też szeregiem innych wyroków SN w sprawach społeczno-gospodarczych. Wymieńmy w tym miejscu

tylko te najgłośniejsze: 1) *Allgeyer vs. Luizjana*<sup>5</sup> – uchylenie regulacji nakazującej, by zawarcie umowy ubezpieczenia morskiego z towarzystwem posiadającym swoją siedzibę poza terytorium stanu następowało za pośrednictwem obecnego na terytorium Luizjany agenta; 2) *Adair vs. Stany Zjednoczone* i *Coppage vs. Kansas*<sup>6</sup> – akceptacja potraktowania przynależności związkowej pracownika jako przesłanki usprawiedliwiającej rozwiązanie stosunku pracy; 3) *Adkins vs. Szpital Dziecięcy w Dystrykcie Kolumbia* oraz *Morehead vs. Nowy Jork*<sup>7</sup> – uznanie sprzeczności z klauzulą *due process* unormowań wprowadzających płacę minimalną; 4) *Jay Burns Baking Co. vs. Bryan*<sup>8</sup> – zakazanie władzom publicznym narzucania wygórowanych – a zarazem nieuzasadnionych czy arbitralnych - standardów jakościowych w procesach produkcyjnych; 5) *Ribnik vs. McBride*<sup>9</sup> - zasadnicza niekonstytucyjność ustanawiania przez państwo cen maksymalnych. Ekspansywna interpretacja czternastej poprawki funkcjonująca w wymienionych wyrokach znalazła kres w epoce *New Deal*. Wykładnia owa została *expressis verbis* zakwestionowana chociażby przy rozpatrywaniu kolejnej sprawy dotyczącej legalności wprowadzenia płacy minimalnej<sup>10</sup>. Jak obrazowo ujął to Kevin R. C. Gutzman, Sąd Najwyższy wysadził w tym wyroku obowiązującą dotąd doktrynę w powietrze<sup>11</sup>. Autor uzasadnienia Charles Evans Hughes napisał bowiem, iż „Konstytucja nie mówi niczego na temat swobody umów. Mówi o wolności oraz o zakazie jej pozbawiania

<sup>5</sup> 165 U. S. Reports 578 (1897). W uzasadnieniu Peckham napisał, że pojęcie „wolność” obecne w czternastej poprawce oznacza „not only the right of the citizen to be free from the mere physical restraint of his person, as by incarceration, but the term is deemed to embrace the right of the citizen to be free in the enjoyment of all his faculties; to be free to use them in all lawful ways; to live and work where he will; to earn his livelihood by any lawful calling; to pursue any livelihood or avocation; and for that purpose to enter into all contracts which may be proper, necessary, and essential to his carrying out to a successful conclusion the purposes above mentioned”.

<sup>6</sup> 208 U. S. Reports 161 (1908) i 236 U. S. Reports 1 (1915). W pierwszym z orzeczeń SN (piórem sędziego Harlana) jednoznacznie stwierdził: „While [...] the right of liberty and property guaranteed by the Constitution against deprivation without due process of law is subject to such reasonable restraints as the common good or the general welfare may require, it is not within the functions of government- at least, in the absence of contract between the parties-to compel any person, in the course of his business and against his will, to accept or retain the personal services of another, or to compel any person, against his will, to perform personal services for another. The right of a person to sell his labor upon such terms as he deems proper is, in its essence, the same as the right of the purchaser of labor to prescribe the conditions upon which he will accept such labor from the person offering to sell it. So the right of the employee to quit the service of the employer, for whatever reason, is the same as the right of the employer, for whatever reason, to dispense with the services of such employee. It was the legal right of the defendant, Adair,-however unwise such a course might have been,-to discharge Coppage because of his being a member of a labor organization, as it was the legal right of Coppage, if he saw fit to do so,-however unwise such a course on his part might have been,-to quit the service in which he was engaged, because the defendant employed some persons who were not members of a labor organization. In all such particulars the employer and the employee have equality of right, and any legislation that disturbs that equality is an arbitrary interference with the liberty of contract which no government can legally justify in a free land”.

<sup>7</sup> 261 U. S. Reports 525 (1923) oraz 298 U. S. Reports 587 (1936). W pierwszym z orzeczeń sędziego Sutherland napisał: “The ethical right of every worker, man or woman, to a living wage may be conceded. One of the declared and important purposes of trade organizations is to secure it. And with that principle and with every legitimate effort to realize it in fact, no one can quarrel; but the fallacy of the proposed method of attaining it is that it assumes that every employer is bound at all events to furnish it. The moral requirement implicit in every contract of employment, viz. that the amount to be paid and the service to be rendered shall bear to each other some relation of just equivalence, is completely ignored [...] Certainly the employer, by paying a fair equivalent for the service rendered, though not sufficient to support the employee, has neither caused nor contributed to her poverty. On the contrary, to the extent of what he pays, he has relieved it. In principle, there can be no difference between the case of selling labor and the case of selling goods. If one goes to the butcher, the baker, or grocer to buy food, he is morally entitled to obtain the worth of his money; but he is not entitled to more. If what he gets is worth what he pays, he is not justified in demanding more, simply because he needs more; and the shopkeeper, having dealt fairly and honestly in that transaction, is not concerned in any peculiar sense with the question of his customer's necessities”.

<sup>8</sup> 264 U. S. Reports 504 (1924).

<sup>9</sup> 277 U. S. Reports 350 (1928).

<sup>10</sup> *West Coast Hotel Co. vs. Parrish* 300 U. S. Reports 379 (1937).

<sup>11</sup> K. R. C. Gutzman, *The politically incorrect guide to the Constitution*, Washington 2007, s. 165.

bez odpowiedniego postępowania prawnego (...) Wolność w każdej ze swoich form posiada określoną historię i konotacje. Ale zabezpieczona wolność to wolność w ramach społeczeństwa, które domaga się prawnej interwencji przeciwko złu zagrażającemu zdrowiu, bezpieczeństwu, moralności i dobrobytowi obywateli (...) Unormowanie, które jest rozsądne pod względem treści oraz zostało przyjęte ze względu na interes wspólnoty pozostaje zgodne z klauzulą *due process*". W dalszej części orzeczenia zorientowany wolnorynkowo i liberalnie dyskurs z *Lochnera* został zastąpiony rozważaniami na temat opiekuńczej funkcji państwa w stosunku do upośledzonych grup, faktycznie nieegalitarnego statusu stron umowy o pracę itp. Generalnie jednak podstawową osią argumentacyjną wyroku była teza o prawie legislatywy do aktywnego regulowania oraz kontrolowania spontanicznych procesów gospodarczych. Jak szybko pokazał czas, wkrótce cała linia precedensów interpretujących klauzulę *due process* w kontekście legislacji gospodarczej na sposób substancjalny została obalona przez SN. Tym samym normy, które w „*erze Lochnera*”<sup>12</sup> zostałyby według wszelkiego prawdopodobieństwa emfaticznie zakwalifikowane przez ówczesną judykaturę jako niemoralne i niesprawiedliwe (bo kolidujące z fundującą USA ideą indywidualnej wolności)<sup>13</sup>, nagle stały się akceptowalne dla najwyższej władzy sądowej. W sferze ustawodawstwa dotyczącego spraw ekonomicznych pozytywizm prawniczy zatriumfował (co trwa po dziś dzień) nad refleksją iusnaturalistyczną, a jedynym kryterium konstytucyjności prawa została jego wąsko rozumiana racjonalność<sup>14</sup>.

Co interesujące, ewolucja orzecznictwa Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w odniesieniu do prawodawstwa dotyczącego wolności wypowiedzi przebiegała w diametralnie przeciwnym kierunku. Przypomnijmy wprawdzie, iż pierwsza poprawka do amerykańskiej ustawy zasadniczej głosi, że „Kongres nie ustanowi żadnego prawa naruszającego wolność słowa”, a czternasta poprawka rozszerza ten zakaz na władze stanowe i lokalne. Brzmienie powyższych norm wydaje się jednoznaczne, ich imperatywny charakter klarowny, a treść względnie jasna. Pogląd taki byłby jednakowoż wyrazem daleko posuniętej naiwności. Jak podkreśla jeden z najbardziej znanych amerykańskich badaczy problematyki Franklyn Saul Haiman, znaczenie pierwszej poprawki przez cały okres jej egzystencji nigdy nie było uznawane za „proste bądź absolutne. Ani Sąd Najwyższy, posiadający ostateczny głos w konstytucyjnych interpretacjach, ani wiodący uczeni, którzy studiowali i opisywali kwestię historii czy statusu swobody słowa w Ameryce, ani też największa i najgłośniejsza organizacja broniąca w USA obywatelskich wolności – Amerykańska Unia Wolności Obywatelskich – nigdy nie utrzymywali, że formuła o „żadnym prawie” zawarta w pierwszej poprawce powinna być rozumiana w sposób literalny i absolutny”<sup>15</sup>. Jak zgryźliwie zauważa Bernard Schwartz, tylko osobie pozbawionej prawnego wykształcenia można wybaczyć odczytywanie pierwszej poprawki w „literalnej próżni”, gdyż „terminologia występująca w tym przepisie (...) nie może posiadać absolutnego wymiaru w sensie

<sup>12</sup> Terminem tym posługuje się m.in. Howard Gillman [w:] *The Constitution besieged: the rise and demise of Lochner era police powers jurisprudence*, Durham 1993, s. 1 i n.

<sup>13</sup> Ilustratywnym przykładem jest tutaj wyrok z 1942 roku w sprawie *Wickard vs. Filburn* (317 U.S. Reports 111), gdzie Sąd Najwyższy zaaprobował tezę o konstytucyjności ustawy ustalającej maksymalny areał, na którym rolnik może uprawiać pszenicę. Trudno wyobrazić sobie, aby takie stanowisko mogło uzyskać poparcie większości SN w dobie substancjalnej interpretacji pojęcia *due process* w kontekście ekonomicznym.

<sup>14</sup> Spełnienie tego kryterium jest zapewnione, jeśli tylko badana ustawa ma na względzie interes publiczny (rzecz jasna niekolidujący z ustawą zasadniczą) oraz jeśli jest elementarnie rozsądna pod względem instrumentalnym (czyli nie jest całkowicie arbitralna). Zob. E. Keynes, *Liberty, property, and privacy: toward a jurisprudence of substantive due process*, University Park 1996, s. 150.

<sup>15</sup> F. S. Haiman, *Speech and law in a free society*, Chicago and London 1981, s. 3-4.

legalnym, nawet jeśli posiada ten wymiar w sensie językowym”. O ile „bez wolności zagwarantowanych wskazaną poprawką z całą pewnością nie mogłoby w ogóle istnieć wolne społeczeństwo”, o tyle akceptacja tej tezy bynajmniej nie implikuje, że klauzula obejmująca ochroną swobodę wypowiedzi ma posiadać „nieograniczony efekt. Wolności zabezpieczane pierwszą poprawką nie są celami samymi w sobie, ale wyłącznie środkami do celu, jakim jest wolna społeczność. Jako takie, muszą być ujmowane w kontekście całości postanowień ustawy zasadniczej”. Innymi słowy, wolność słowa to wartość kluczowa w amerykańskim porządku społeczno-polityczno-prawnym, ale korzystanie z niej nie może kolidować z ochroną innych uprawnień odgrywających fundamentalną rolę w systemie demokratycznym<sup>16</sup>. Stanowisko to wydaje się zdroworozsądkowe. Trudno bowiem przypuszczać, by – przyjmując dowolną teorię wykładni – postanowienia pierwszej poprawki miały zapewniać bezkarność chociażby osobom dopuszczającym się zdrady stanu czy zniesławienia, produkującym lub rozpowszechniającym pornografię z udziałem dzieci, podlegającym do popełnienia przestępstwa, posługującym się groźbami karalnymi lub szantażem. Pogląd taki jest zarówno prawnie, jak i moralnie, nie do utrzymania. Co więcej, istnieją poważne argumenty historyczne przemawiające za hipotezą, zgodnie z którą oryginalną intencją twórców pierwszej poprawki było tylko wyeliminowanie cenzury prewencyjnej (kontynuowali oni więc blackstonowską tradycję pojmowania wolności słowa obowiązującą w systemie angielskiego common law)<sup>17</sup>. Skoro zatem klauzula wolności słowa nie denotuje totalnej swobody wypowiedzi, to w sposób naturalny Sąd Najwyższy USA odgrywa kluczową rolę w rozjaśnieniu strefy semantycznego cienia. W tym zakresie możliwe są dwa modele interpretacji relewantnego przepisu, które należy traktować jako typy idealne. Paradygmat A zakłada daleko posuniętą deferencję dla rozstrzygnięć prawodawcy i przyznaje legislatywie szerokie kompetencje regulacyjne; paradygmat B nakłada na swobodę działania organów władzy publicznej bardzo surowe ograniczenia, zezwalając na ingerencję w obszar indywidualnej wolności wyłącznie w bardzo ściśle określonych i wyjątkowych sytuacjach.

Pierwszy z powyższych modeli dominował w orzecznictwie SN od końca drugiej dekady dwudziestego wieku (na który to moment możemy datować początek systematycznej refleksji Sądu Najwyższego w przedmiotowej kwestii) do mniej więcej końca lat pięćdziesiątych tego stulecia. Przyjmując zaproponowany uprzednio punkt widzenia, okres ten wolno zdefiniować jako pozytywistyczny. Na potwierdzenie tej tezy przytoczmy kilka najsłynniejszych wyroków, które bardzo zawężyły sferę swobody słowa w stosunku do języka konstytucji<sup>18</sup>.

1: *Schenck vs. Stany Zjednoczone*<sup>19</sup> – ustawa o działalności szpiegowskiej z 15 czerwca 1917 roku penalizowała spowodowanie lub też usiłowanie spowodowania niesubordynacji w siłach zbrojnych USA i utrudnianie naboru do wojska. Charles Schenck, sekretarz generalny Partii Socjalistycznej, został skazany na podstawie tego przepisu za wysyłanie ulotek krytycznych wobec instytucji poboru, konstatujących jej sprzeczność z ustawą zasadniczą, podważających w duchu izolacjonistycznym celowość zaangażowania Stanów

<sup>16</sup> B. Schwarz, *The Supreme Court. Constitutional revolution in retrospect*, New York 1957, s. 232

<sup>17</sup> Zob. L. V. Levy, *Legacy of suppression: freedom of speech and press in early American history*, Cambridge 1960, s. IX i n.

<sup>18</sup> Ze względów objętościowych zdecydowałem się wyłącznie na ich generalnym wydzwieku i traktując je jako egzemplifikację pewnej doktrynalnoprawnej tendencji w orzecznictwie.

<sup>19</sup> 249 U. S. Reports 47 (1919).

Zjednoczonych w wojnę poza ich granicami oraz nawołujących obywateli do afirmacji swoich praw w obliczu podstępnej i niesławnej konspiracji zmierzającej do ograniczenia bądź też zniszczenia uświęconych praw wolnych ludzi. SN zatwierdził wyrok niższej instancji, utrzymując, piórem Olivera Wendella Holmesa, że dystrybucja takowych ulotek kreowała „jasne i bezpośrednie” niebezpieczeństwo wywołania zła, któremu Kongres ma prawo zapobiegać<sup>20</sup>.

2: *Frohwerk vs. Stany Zjednoczone*<sup>21</sup> – powyższa ustawa zakazywała również wywoływania lub usiłowania wywoływania wśród sił zbrojnych USA nielojalności albo buntu oraz nakłaniania do odmowy wykonywania poleceń przełożonych. SN zaakceptował skazanie na podstawie tego przepisu publicysty czasopisma *Missouri Staats Zeitung*, który krytykował amerykańską politykę podczas I wojny światowej, wychwalał w tym kontekście niezłomnego ducha narodu niemieckiego, podważał zgodność poboru z ustawą zasadniczą i częściowo usprawiedliwiał opór przeciwko niemu.

3: *Debs vs. Stany Zjednoczone*<sup>22</sup> – SN uznał za konstytucyjne skazanie, na podstawie cytowanych powyżej regulacji *Espionage Act*, socjalistycznego działacza związkowego i polityka Eugene’a Debsa, który podczas wiecu wyraził sprzeciw względem partycypacji przez USA w wojnie światowej i udzielił wyrazów poparcia dla „towarzyszy” już uwięzionych zgodnie z przepisami ustawy o działalności szpiegowskiej.

4: *Abrams vs. Stany Zjednoczone*<sup>23</sup> – SN zaakceptował skazanie (na podstawie znowej w 1918 roku ustawy o działalności szpiegowskiej) pięciu osób za prowadzenie probolszewickiej czy prokomunistycznej agitacji. Podsądni wzywali m.in. do strajku generalnego, nawoływali klasę robotniczą do oporu wobec wrogich kapitalistycznych sił oraz oprotestowywali udział USA w interwencji wojskowej przeciw „rewolucyjnej Rosji”. Tym samym Sąd Najwyższy uznał za zgodne z ustawą zasadniczą unormowanie penalizujące formułowanie nielojalnych, fałszywych oraz obraźliwych wypowiedzi o amerykańskiej formie rządu, używanie języka mającego na celu wzbudzenie pogardy wobec modelu ustrojowego USA, podżeganie do stawiania oporu Stanom Zjednoczonym podczas wojny, nakłanianie do lub zalecanie ograniczenia produkcji broni czy amunicji w ilości koniecznej do prowadzenia działań wojennych itp.

5: *Gitlow vs. People of the State of New York*<sup>24</sup> – nowojorskie prawo karne zakazywało głoszenia doktryny przestępczej anarchii, którą definiowało jako aprobatę koncepcji obalenia rządu przy użyciu siły, przemocy, zabijania urzędników bądź też innych nielegalnych środków. Konstytucyjność tego przepisu została potwierdzona przez SN nawet w odniesieniu do generalnej afirmacji postulatów rewolucyjnych oraz nieskonkretyzowanych wezwania do mobilizacji przeciwko kapitalizmowi i „państwu burżuazyjnemu”.

<sup>20</sup> Uzasadnienie zawiera bodaj najsłynniejszy *passus* w orzecznictwie SN powstałym na tle pierwszej poprawki: „The character of every act depends upon the circumstances in which it is done [...] The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic. It does not even protect a man from an injunction against uttering words that may have all the effect of force [...] The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent”.

<sup>21</sup> 249 U. S. Reports 204 (1919).

<sup>22</sup> 249 U. S. Reports 211 (1919).

<sup>23</sup> 250 U. S. Reports 616 (1919). Przy okazji wskazanej sprawy w SN zaczęło ujawniać się wyraźne opozycyjne stanowisko wobec tak szerokiego ograniczania wolności słowa; głównymi rzecznikami tego sprzeciwu byli Holmes (paradoksalnie) i Louis D. Brandeis. Por. np. E. G. White, *Oliver Wendell Holmes: sage of the Supreme Court*, New York-Oxford 2000, s. 115-119; A. T. Mason, *Brandeis: a free man's life*, New York 1946, s. 561-566.

<sup>24</sup> 268 U. S. Reports 652 (1925).

6: *Whitney vs. People of State of California*<sup>25</sup> – Sąd Najwyższy uznał konstytucyjność kalifornijskiej ustawy o przestępczym syndykalizmie penalizującej m.in. przynależność do organizacji opowiadającej się za wprowadzaniem politycznych przemian przy użyciu przemocy (wspomniany akt prawny kryminalizował zatem już sam fakt członkostwa w np. w organizacjach komunistycznych).

7: *Chaplinsky vs. State of New Hampshire*<sup>26</sup> – SN nie zakwestionował zgodności z konstytucją skazania Waltera Chaplinsky’ego (na podstawie raczej ogólnikowego przepisu zakazującego obrażania innych osób w miejscach publicznych – była to regulacja prawnokarna) za określenie komendanta straży miejskiej mianem „przeklętego oszusta” i „przeklętego faszysty”. W tym samym wyroku Sąd, nie siląc się nawet na próbę bliższego sprecyzowania zagadnienia, en bloc odmówił materiałom obscenicznym ochrony udzielanej wypowiedziom przez pierwszą poprawkę, de facto delegalizując ekspresję zawierającą znaczący komponent erotyczny.

8: *Beauharnais vs. Illinois*<sup>27</sup> – SN potwierdził zgodność z pierwszą poprawką przepisu kodeksu karnego stanu Illinois, który zakazuje produkcji, sprzedaży, publikacji, wystawiania w miejscu publicznym (itd.) jakiegokolwiek słowa drukowanego, filmu, sztuki (itd.), propagujących tezę o nieprawości, deprawacji, niemoralności, przestępności czy niecnotliwości grupy obywateli definiowanej poprzez kryteria rasowe lub religijne, jeśli prezentacja tych poglądów narażałaby reprezentantów rzeczonyj grupy na pogardę, szyderstwo lub zhańbienie (względnie groziłaby naruszeniem porządku publicznego albo też wywołaniem zamieszek). Powyższy wyrok był de facto delegalizacją „mowy nienawiści” skierowanej przeciwko różnorodnym mniejszościom.

9: *Dennis vs. Stany Zjednoczone*<sup>28</sup> – Sąd zaaprobował pogląd, jakoby wprowadzenie karalności gloryfikowania bądź też nawoływania do zbrojnej rewolucji komunistycznej (*in abstracto*) nie było naruszeniem klauzuli wolności słowa.

Wyłaniający się z powyższych wyroków zakres swobody wypowiedzi prawdopodobnie nie wydałby się większości Europejczyków drastycznie zawężony. Promowanie systemów i doktryn totalitarnych, znieważenie funkcjonariusza, ekspresja pornograficzna, „hate speech” – penalizacja tego rodzaju wypowiedzi jest czymś oczywistym w większości kontynentalnych porządków prawnych. Jednakże na gruncie amerykańskim model ten nie utrzymał się długo, choć ewolucja od paradygmatu A do paradygmatu B miała raczej stopniowy charakter, a dwa wyróżnione przez nas modele wykładni pierwszej poprawki częściowo nakładały się na siebie pod względem temporalnym. Gradualnie w Sądzie Najwyższym coraz większą popularność zaczął jednak zyskiwać pogląd, zgodnie z którym swoboda wypowiedzi stanowi podstawowe prawo obywatelskie, a wstrzeźliwość sądowa w dyskwalifikowaniu decyzji prawodawcy musi ustąpić miejsca aktywnemu i surowemu nadzorowi judykatury nad stanowionymi przez legislaturę normami pod kątem ich zgodności z szeroko rozumianą klauzulą wolności słowa. Nie pretendując w tym miejscu do wyczerpania tematu (jest to po prostu niemożliwe), warto przytoczyć kilka orzeczeń Sądu Najwyższego reprezentatywnych dla wskazanej predylekcji, którą, zgodnie z zaproponowanym schematem, możemy określić jako prawnonaturalną. Warto bowiem wskazać, że w wielu poniższych wyrokach argumentacja odwołująca się do kategorii moralno-etycznych

<sup>25</sup> 274 U. S. Reports 357 (1927).

<sup>26</sup> 315 U. S. Reports 568 (1942).

<sup>27</sup> 343 U. S. Reports 250 (1952).

<sup>28</sup> 341 U. S. Reports 494 (1951).

(tj. do fundamentalnego aksjologicznie miejsca wolności – w tym wolności słowa – w amerykańskim modelu polityczno-prawnym) zajmowała poczesną pozycję. Takowa tendencja wydaje się dominować w wyrokach Sądu Najwyższego USA po dziś dzień.

1: *New York Times Co vs. Sullivan i Garrison vs. Luizjana*<sup>29</sup> – ograniczenie cywilnoprawnej i prawnokarnej odpowiedzialności za zniewagę (libel) osób publicznych tylko do wypowiedzi zawierających fałszywe stwierdzenia faktyczne, sformułowanych w zamiarze bezpośrednim (nadawca przekazu wie, że przekazuje nieprawdziwe informacje) lub ewentualnym (nadawca przekazu ujawnia lekceważącą obojętność – „reckless disregard” – w stosunku do prawdy i godzi się na to, że podane przezeń informacje mogą być nieprawdziwe). Orzeczenia te wykluczyły możliwość wymierzania obywatelom sankcji z tytułu zniewagi za wygłaszanie opinii (jeśli ich ekspresja dotyczy, jak już wspomnieliśmy, spraw publicznych).

2: *Tinker vs. Des Moines School District*<sup>30</sup> – Sąd Najwyższy przyjął pogląd, zgodnie z którym prawo do swobodnej wypowiedzi przysługuje także co do zasady uczniom szkół publicznych w toku odbywanych przez nich zajęć lekcyjnych. Uprawnienie to obejmuje w szczególności możliwość formułowania ekspresji o charakterze politycznym (orzeczenie zostało wydane na kanwie sporu o prawo uczniów do noszenia czarnej opaski na ramieniu w celu upamiętnienia ofiar wojny wietnamskiej). Jak ujął kwestię sporządzający uzasadnienie wyroku sędzia Abe Fortas, ani uczniowie, ani nauczyciele, „nie zrzucają z siebie swoich konstytucyjnych praw do wolności słowa czy ekspresji przekraczając bramę szkoły”.

3: *Brandenburg vs. Ohio*<sup>31</sup> – wykluczenie pociągnięcia obywatela do odpowiedzialności karnej z tytułu nawoływania do stosowania przemocy lub też złamania prawa za wyjątkiem sytuacji, w której cel podlegającego sprawcy stanowi wywołanie bezzwłocznego bezprawnego działania, a zarazem jest prawdopodobnym, że jego nawoływanie odniesie rzeczony skutek. Wyrok ten w praktyce zagwarantował bezkarność (przynajmniej z perspektywy przepisów o podżeganiu) głosicielom ideologii komunistycznej, propagatorom doktryn rasistowskich itp.

4: *Cohen vs. California*<sup>32</sup> – Sąd Najwyższy uchylił, jako naruszające klauzulę wolności słowa, skazanie Paula Cohena za noszenie w miejscu publicznym (a mówiąc dokładniej w budynku sądowym) kurtki z napisem „Fuck the draft”, wyrażającej dezaprobatę dla instytucji poboru do wojska. SN stwierdził, że w razie nieobecności dodatkowych przesłanek, niedopuszczalne jest karanie obywateli jedynie za publiczne posłużenie się rzeczonym wulgaryzmem.

5: *Rosenfeld vs. New Jersey, Brown vs. Oklahoma, Lewis vs. City of New Orleans* – tj. sprawy określane niekiedy na gruncie amerykańskim mianem „motherfucker cases”<sup>33</sup>. SN uchylił w tych przypadkach wyroki skazujące podsądnych za posłużenie się wspomnianą inwektywą, gdyż zapadły one na podstawie przepisów niespełniających konstytucyjnego (zdaniem Sądu) kryterium jasności regulacji. Relewantne przepisy były bowiem zbyt enigmatyczne (tytułem przykładu, zabraniały używania w miejscu publicznym obraźliwego języka albo zakazywały pomstowania na wykonujących swoje obowiązki funkcjonariuszy policji). Wskazane ujęcie de facto zalegalizowało – przynajmniej

<sup>29</sup> 376 U. S. Reports 254 (1964); 379 U. S. Reports 64 (1964).

<sup>30</sup> 393 U. S. Reports 503 (1969).

<sup>31</sup> 395 U.S. Reports 444 (1969).

<sup>32</sup> 403 U.S. Reports 15 (1971).

<sup>33</sup> D. M. Fraleigh, J. S. Tuman, *Freedom of speech in the marketplace of ideas*, New York 1997, s. 158-160.

w aspekcie prawnokarnym – formułowanie wulgarnych wypowiedzi (trudno wyobrazić sobie w tym zakresie precyzyjne prawne definicje).

6: *Miller vs. California*<sup>34</sup> – precedensowe orzeczenie w kwestii ekspresji obscenicznej. O ile SN utrzymał w nim zasadę, zgodnie z którą wypowiedzi takie pozostają poza protekcyjną sferą pierwszej poprawki, o tyle wprowadził równocześnie dość rygorystyczną definicję samego pojęcia „obsceniczności”. Za ekspresję mieszczącą się w owej kategorii można bowiem uznać wyłącznie wypowiedź, która, interpretowana całościowo, zmierza do wzbudzenia u odbiorcy podniecenia seksualnego, przedstawia, w wyrażnie obraźliwy sposób, jasno zdefiniowane w przepisach zachowania seksualne oraz nie posiada żadnej istotnej rekompensującej wartości literackiej, artystycznej, politycznej lub naukowej. Wprowadzenie powyższych ograniczeń w bardzo poważny sposób utrudniło (jeśli nie uniemożliwiło) ściganie miękkiej pornografii.

7: *Texas vs. Johnson* i *Stany Zjednoczone vs. Eichman*<sup>35</sup> – SN skonstatował, że wolność słowa obejmuje także prawo do zbezczeszczenia flagi narodowej w ramach politycznego protestu.

8: *R.A.V. vs. City of St. Paul* i *Virginia vs. Black et alia*<sup>36</sup> – Sąd Najwyższy stwierdził, że, przy niewystąpieniu dodatkowych okoliczności, spalenie krucyfiksu – jako wypowiedź symboliczna – jest zachowaniem podlegającym ochronie pierwszej poprawki.

Na zakończenie warto zauważyć, że tezy postawione w ramach niniejszego artykułu zdają się potwierdzać (przynajmniej na gruncie amerykańskim) generalną trafność innej koncepcji pojmowania prawa anizeli pozytywistyczna i iusnaturalistyczna tj. realizmu prawniczego. Jak nietrudno zauważyć, orzecznictwo SN zarówno w sprawach ekonomicznych, jak i w kwestii wolności słowa podlegało na przestrzeni kilkudziesięciu lat radykalnym modyfikacjom. Bez większych wątpliwości wolno zatem za poprawny uznać pogląd, zgodnie z którym to wyroki sądów, a nie sama treść ustawy zasadniczej, determinowały ostatecznie zakres obywatelskich swobód we wskazanych sferach życia. Niezależnie od tego, czy w przedmiotowej materii i w danym czasie triumfowała idea sędziowskiej powściągliwości (koncept pozytywistyczny) czy teoria sędziowskiego aktywizmu (koncept iusnaturalistyczny), to zawsze rola judykatury była najzupełniej fundamentalna, a „prawo w działaniu” dominowało nad „prawem w książkach”.

<sup>34</sup> 413 U.S. Reports 15 (1973).

<sup>35</sup> 491 U.S. Reports 397 (1989) i 496 U.S. Reports 310 (1990).

<sup>36</sup> 505 U. S. Reports 377 (1992) i 538 U. S. Reports 343 (2003).