Koniec początku

Nie mam dość wygrywania w sądach.

Jeśli czytasz tylko media społecznościowe, możesz pomyśleć, że konserwatywny ruch prawny znajduje się w trudnej sytuacji. Politycy atakują sędziów i Federalist Society. Niektórzy przedstawiciele prawicy narzekają, że oryginalizm przyniósł niewiele więcej niż dyskusje panelowe i sympozja poświęcone przeglądowi prawa. Na tym forum przyjaciele sugerują, że obecna sytuacja wymaga nowej „moralności konstytucyjnej", bardziej ambitnej jurysprudencji, która w jakiś sposób powstrzyma upadek cywilizacji.

Nie jestem do tego przekonany. Krótka odpowiedź na pytanie „Co nastąpi po oryginalizmie?" brzmi: więcej oryginalizmu i lepsza polityka. Przyszłość ruchu leży w konsolidacji osiągnięć ostatniej dekady, pogłębieniu naszego zaangażowania w tekst Konstytucji i jej pierwotne znaczenie publiczne oraz budowaniu instytucji politycznych i kulturowych, które mogą zająć się „kryzysami przynależności, płodności i znaczenia". Sądy odgrywają ważną, ale ograniczoną rolę w tym projekcie. Proszenie sędziów o ratowanie kraju jest nie tylko nierealne, ale także błędem kategorycznym.

Jesse Merriam otworzył to sympozjum, zwracając uwagę na niezwykły rozwój konserwatywnego ruchu prawnego i wskazując, że sprawy *Roe*, *Lemon*, *Chevron*, *Bakke* i *Grutter* zostały albo wycofane, albo pozbawione znaczenia. Do tej triumfalnej listy dodałbym orzeczenia, które przywróciły prawo do posiadania broni, wzmocniły wolność religijną i prawa własności oraz

zablokowały nakazy szczepień prezydenta Bidena i umorzenie kredytów studenckich. Jak stwierdza John Ehrett, jesteśmy „psem, który złapał samochód”: po dziesięcioleciach budowania sieci sędziów, naukowców i prawników procesowych ruch ten w końcu ma solidną większość oryginalistów-tekstualistów w Sądzie Najwyższym i niższe instancje pełne wschodzących gwiazd o podobnych poglądach.

Sukces ten wywołał jednak falę wątpliwości. Merriam i jego sympatyzujący krytycy obawiają się, że ruch definiowany przez „sposób interpretacji i rozróżniania precedensów” stał się technokratyczny i wsteczny. Wzywają nas do ożywienia naszych ram konstytucyjnych w sposób lepiej dostosowany do naszych kryzysów demograficznych i duchowych. Chcą, aby sędziowie przywrócili bogatszy obraz osoby ludzkiej, traktowali władzę korporacyjną z większym sceptycyzmem i postrzegali kwestie prawne przez pryzmat głębszej „antropologii” moralnej.

Obawy te nie są bezpodstawne. W dużej mierze podzielam tę diagnozę: fragmentacja społeczna, upadek rodziny, upadek kultury i oligarchiczna gospodarka to realne problemy. Mark Pulliam ma z pewnością rację, twierdząc, że „nigdy nie mieliśmy lepszego Sądu Najwyższego – i gorszej kultury prawnej”. Nie oznacza to jednak, że lekarstwem jest przekształcenie sędziów w potencjalnych filozofów moralności, których zadaniem jest sformułowanie i egzekwowanie kompleksowej teorii dobra.

Oryginalizm jest podstawą, a nie pułapem

W swoim wpisie Ilan Wurman pomocnie rozróżnia trzy nakładające się na siebie konserwatywne projekty: rządy prawa (gdzie funkcjonuje oryginalizm), rolę prawa (jak prawo powinno służyć konserwatywnym celom) oraz konstytucjonalizm w szerszym, niepisanym sensie. Wszystkie trzy mają znaczenie. Jednak mieszanie ich ze sobą nie przynosi nam korzyści, zwłaszcza na poziomie obowiązków sądowych.

Oryginalizm to sposób, w jaki nadajemy moc prawną konstytucji ratyfikowanej przez naród amerykański. Nie jest to całość konserwatyzmu politycznego i z pewnością nie zastępuje solidnego programu legislacyjnego. Ale jeśli zależy ci na zachowaniu dziedzictwa założycieli, musisz dbać o metodę interpretacyjną, która sprawia, że „ich konstytucja jest naszą konstytucją".

Wbrew obawom, że „pies dogonił samochód", projekt sądowy oryginalizmu nie jest nawet bliski ukończenia. Uchylenie wyroku *Roe przeciwko Wade*, przywrócenie drugiej poprawki, odrzucenie preferencji rasowych, sceptyczne podejście do prawa administracyjnego – wszystko to są fundamentalne, a nie ostateczne zwycięstwa. Usuwają one niektóre z najgorszych doktrynalnych zarośli, ale las nadal jest gęsty: całe obszary prawa administracyjnego, praw obywatelskich, własności i środków prawnych nadal noszą ślady polityki sądowej XX wieku.

Na poziomie doktryny konserwatywny ruch prawny jest być może w czwartej rundzie, a nie w dziewiątej. Dziwne byłoby ogłaszać wyczerpanie oryginalizmu w momencie, gdy w końcu udało się zapewnić większość gotową traktować Konstytucję jako prawo.

W swojej odpowiedzi na wypowiedź Merriama John Yoo również domaga się większej precyzji w kwestii tego, co oryginalizm może, a czego nie może osiągnąć. Ujął to dosadnie: „Tworzenie moralności konstytucyjnej wykracza poza uprawnienia sądownicze". Oryginalizm jest metodą interpretacji, a nie kompleksową filozofią moralną. Utrzymuje sędziów w granicach ich kompetencji, wymagając od nich egzekwowania praw i struktur ustanowionych w tekście konstytucji w rozumieniu obowiązującym w momencie jej ratyfikacji.

Ta skromność jest cnotą, a nie wadą. Konserwatyści nauczyli się na własnej skórze, co się dzieje, gdy sędziowie mylą swoje preferencje moralne i polityczne z nakazami konstytucyjnymi. Powtórzenie tego eksperymentu ze strony prawicy – zachęcanie sędziów do egzekwowania „nowej moralności konstytucyjnej",

bardziej zgodnej z tradycyjną religią i życiem rodzinnym – nie naprawiłoby szkód. Zamiast tego utrwaliłoby przekonanie, że Sąd Najwyższy jest swego rodzaju super-legislaturą uprawnioną do interpretowania konstytucji w świetle kodeksu moralnego narodu.

Nie oznacza to, że nasze prawo jest (lub powinno być) moralnie neutralne, ani że sędziowie są automatami. Oznacza to jednak, że uzasadniona praca moralna sędziów jest ukierunkowana przez przysięgę, którą składają: stosować „niniejszą Konstytucję" i „niniejsze prawa", a nie swoją preferowaną wizję dobrego społeczeństwa. W momencie, gdy sędziowie zaczynają traktować własną koncepcję cnoty jako prawo konstytucyjne, przestają być sędziami w amerykańskim rozumieniu tego słowa i stają się platońskimi strażnikami w togach.

Mit o rozpadzie FedSoc

Część obecnego niepokoju wynika z błędnej interpretacji polityki wewnątrzprawicowej. W innym miejscu sprzeciwiłem się emocjonalnej narracji o rozstaniu MAGA/Federalist Society, w której prezydent Trump rzekomo wybrał sędziów z listy FedSoc, a ci sędziowie „zdradzili" go, a populiści chcą teraz porzucić starą gwardię.

Ta relacja jest w dużej mierze odwrotna do rzeczywistości. Najgłośniejsze skargi nowej prawicy dotyczące sądownictwa były zazwyczaj wywoływane przez opór sądów niższej instancji wobec agresywnych działań władzy wykonawczej – opór ten był w przeważającej mierze napędzany przez sędziów mianowanych przez Demokratów. Kiedy tego typu sprawy trafiały do Sądu Najwyższego, administracja radziła sobie całkiem dobrze. A sędziowie, których wszyscy uwielbiają krytykować – Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh, Amy Coney Barrett – byli nieodzowni dla niemal każdego ważnego zwycięstwa konserwatystów w ostatniej dekadzie.

Nie można poważnie traktować takich wniosków i stwierdzać, że

problemem konserwatywnego ruchu prawniczego jest to, że jego sędziowie są zbyt skrupulatni w kwestiach prawnych i nie dostosowują się wystarczająco do „aktualnej sytuacji”. Gdyby nie wieloletnie inwestycje Federalist Society w kształcenie poważnych prawników i sędziów tekstualistów-oryginalistów, dziedzictwo sądowe administracji Trumpa wyglądałoby bardziej jak niepowodzenia z czasów Nixona, a nawet Eisenhowera, niż jak obecna sytuacja.

FedSoc pozostaje tym, czym zawsze było: organizacją debatującą i tworzącą sieci kontaktów, działającą pod wielkim namiotem. Oprócz obecnie standardowych oryginalistów, wśród jej członków znajdują się sceptycy powściągliwości sądowej, konstytucjonaliści wspólnego dobra, libertarianie i instytucjonaliści. To cecha, a nie wada. Nieporozumienia dotyczące polityki handlowej lub wojny na Ukrainie nie są powodem do zniszczenia jedynej instytucji, która konsekwentnie kształci sędziów gotowych powiedzieć „nie” państwu administracyjnemu i „tak” pierwotnemu znaczeniu Konstytucji.

Praca przed nami

W tym miejscu delikatnie rozstaję się z niektórymi moimi przyjaciółmi uczestniczącymi w tym sympozjum. Mają rację, twierdząc, że czysto negatywny konserwatyzm prawny, którego celem jest jedynie obalenie złych precedensów, jest nieadekwatny do obecnej sytuacji. Mają też rację, twierdząc, że zdrowy konserwatyzm potrzebuje pozytywnej wizji rozwoju człowieka, tworzenia rodziny i przyjaźni obywatelskiej.

Jednak instytucjonalna lokalizacja tego projektu ma znaczenie. Konserwatywny ruch prawny powinien zachęcać naukowców, ustawodawców i urzędników władzy wykonawczej do zmierzenia się z antropologią, ekonomią, technologią i kulturą. Powinien nagradzać ścieżki kariery, które służą społeczeństwu, a nie maksymalizują zyski partnerów w renomowanych kancelariach prawnych. Powinien inwestować w edukację prawniczą, spory sądowe dotyczące interesu publicznego i zarządzanie na

szczeblu stanowym, które odzwierciedlają poważne podejście do dobra wspólnego.

Żadna z tych rzeczy nie wymaga od sędziów zmiany sposobu interpretacji ustaw i Konstytucji. Wręcz przeciwnie, wiele konkretnych reform, których pragną moi przyjaciele – bardziej agresywne stosowanie przepisów antymonopolowych, ściślejsza regulacja platform mediów społecznościowych, większa ochrona rodzin i wspólnot religijnych – zależy od tego, czy sędziowie będą traktować tekst i historię Konstytucji bardziej poważnie, a nie mniej. Jeśli Kongres chce ograniczyć władzę korporacji lub zrestrukturyzować immunitet wynikający z sekcji 230, najlepszym sposobem na zapewnienie trwałości tych reform jest posiadanie sądów, które opierają się pokusie osłabiania jasnych nakazów ustawowych w imię efektywności lub „dobra wspólnego".

Carson Holloway zwraca uwagę na ważną kwestię w tym zakresie. Praworządność nie jest tym samym, co rządy sędziów, „nawet konserwatywnych sędziów dążących do uzasadnionych wyników". Konstytucjonalizm, który szanuje prawo obywateli do samorządności, musi zaakceptować fakt, że niektóre kwestie polityczne – poziom imigracji, kształt systemu opieki społecznej, struktura przepisów podatkowych – pozostają w dużej mierze w gestii polityków. Fakt, że Konstytucja dopuszcza zarówno głupie, jak i mądre rozwiązania polityczne, jest cechą charakterystyczną republikańskiego systemu rządów, a nie luką, którą należy wypełnić kreatywnym orzecznictwem.

Co zatem konkretnie powinien zrobić konserwatywny ruch prawny w nadchodzących latach?

Po pierwsze, powinien kontynuować to, co się sprawdziło. Ruch ten powinien nadal identyfikować, szkolić i promować sędziów, którzy poważnie traktują tekst, historię i strukturę Konstytucji; którzy rozumieją sądownictwo jako „najmniej niebezpieczną gałąź władzy", cytując Hamiltona; i którzy mają odwagę stosować prawo zgodnie z jego literą, nawet jeśli jest

to sprzeczne z ich własnymi preferencjami.

Po drugie, ruch ten musi dalej promować oryginalizm w obszarach, w których dopiero zaczął działać. Oznacza to ponowne przemyślenie kluczowych doktryn w zakresie prawa administracyjnego, praw obywatelskich i środków prawnych oraz poważne potraktowanie pierwotnego publicznego znaczenia przepisów takich jak klauzula przywilejów i immunitetów.

Po trzecie, powinien poszerzyć ekosystem wokół sądów. Jeśli tak jak ja martwisz się o przejęcie władzy przez korporacje i słabe tworzenie rodzin, powinieneś skupić się na tworzeniu programów legislacyjnych, urzędów wykonawczych i instytucji społeczeństwa obywatelskiego, które mogą zajmować się tymi kwestiami w ramach przestrzeni chronionej przez oryginalizm. Właśnie w tym miejscu apel Merriama o bogatszą „moralność konstytucyjną" ma realne znaczenie: w kształtowaniu platform politycznych, priorytetów administracyjnych i projektów kulturalnych – a nie w proszeniu sędziów o rozstrzyganie metafizycznych kwestii z ławy sędziowskiej.

Wreszcie, prawica powinna zachować odpowiednią perspektywę w swoich walkach. Wrogami rządów konstytucyjnych nie są Federalist Society, oryginalizm ani sędziowie, którzy stworzyli najbardziej konserwatywny Sąd Najwyższy w historii. Są nimi natomiast siły – wewnątrz i na zewnątrz rządu – które podporządkowałyby prawo potrzebom stałej klasy administracyjnej, redefiniowałyby podstawowe wolności jako zbędne przywileje i traktowałyby ograniczenia konstytucyjne jako przestarzałe przeszkody, które należy obejść.

Stan konserwatywnego ruchu prawnego jest w rzeczywistości niezwykle silny. Mamy Sąd Najwyższy, który w końcu zmierza w kierunku wiernym konstytucji, pokolenie sędziów sądów niższej instancji, którzy piszą opinie oparte na tekście i historii Konstytucji, oraz grupę prawników i naukowców, którzy traktują nasze dokumenty założycielskie poważnie jako prawo. Nie jest to moment na egzystencjalną rozpacz lub teoretyczne przemiany.

To czas wdzięczności, cierpliwości i dalszej pracy – w sądownictwie, w organach politycznych i w kulturze, która ostatecznie podtrzymuje nasze prawo.

Ilya Shapiro