

O ŽIVLJENJU IN DELU SODNIKA ANTONINA SCALIE (1936–2016)

Jan Zobec,

univerzitetni diplomirani pravnik, sodnik Ustavnega sodišča RS

Pisati o sodniku Antoninu Scalii je hkrati težko in lahko. Mogoče zaradi obilja gradiva. O njem so napisani debeli volumni knjig, članki, razprave in eseji,¹ doživel je celo odrsko uprizoritev – *The Originalist*, delo dramatika Johna Stranda z Edwardom Gerom v glavni vlogi.² Iz istega razloga je o takem sodniku, legendi ameriškega sodstva in prava, o katerem tako rekoč vsi, ne glede na to, ali se z njegovimi stališči in načinom njegovega pravnega razmišljanja ter izražanja strinjajo, govorijo v presežnikih in ki se uvršča med najvplivnejše sodnike ameriške zgodovine, kot so John Marshall, Oliver Wendell Holmes, Jr., in William Brennan, težko in nehvaležno pisati. Tako rekoč nemogoče je vsemu, kar je bilo o tem pravnem velikanu do zdaj povedanega, dodati še kaj novega in izvirnega, toliko bolj v tem kratkem prispevku. Zato bom podal le površen oris sodnikovega življenja, njegovega dela in pogleda na pravo (njego-vo pravno hermenevtiko) ter predstavil peščico od njegovih več sto sodniških mnenj, ki odsevajo sodnikov kaliber, intelekt, poklicni eros in osebni značaj.

1. ŽIVLJENJE

Antonin Gregory Scalia je bil rojen 11. marca 1936 v Trentonu v državi New Jersey, kot edini otrok staršem italijanskega porekla. Mati Catherine, roj. Pa-

¹ Samo nekaj literature: Joan Biskupc: *American Original: The Life and Constitution of Supreme Court Justice Antonin Scalia*. Sarah Crichton Books, New York 2010; James B. Staab: *The Political Thought of Justice Antonin Scalia: A Hamiltonian on the Supreme Court*. Rowman & Littlefield Publishers, Lanham 2006; Kevin A. Ring (ur. in avtor komentarja): *Scalia Dissents: Writings of the Supreme Court's Wittiest, Most Outspoken Justice*. Regnery Publishing, Washington DC 2004; Ralph A. Rossum: *Antonin Scalia's Jurisprudence: Text and Tradition*. University Press of Kansas, Lawrence 2006; Bruce Allen Murphy: *Scalia: A Court of One*. Simon & Schuster, New York 2014.

² Gl. <www.nytimes.com/2015/03/12/theater/the-originalist-a-new-play-about-justice-antonin-scalia-by-john-strand.html?_r=0> (5. 4. 2016).

naro, je bila že v ZDA rojena generacija italijanskih priseljencev, oče Salvatore Scalia pa je kot najstnik zapustil rodno Sicilijo in se naselil v New Yorku. Oblikovale so ga tri družinske dediščine: intelektualno stimulatívno družinsko okolje, katoliški etos in sijajna kombinacija genov. V vseh šolah je blestel, na Harvardu je diplomiral *magna cum laude*. Po končanem študiju je šest let opravljal odvetniško prakso v Clevelandu in nato nadaljeval z akademsko kariero na Univerzi Virginija. Po štirih letih poučevanja prava je vstopil v vladno službo, kjer je še razširil in poglobil svoja znanja iz administrativnega prava, zanj osrednjega pravnega področja. Leta 1977 se je odločil za nadaljevanje akademske kariere, tokrat na Univerzi v Čikagu. Ko je bil leta 1980 Ronald Reagan izvoljen za predsednika ZDA, se je nadejal položaja generalnega državnega odvetnika, pristojnega za zastopanje zvezne vlade pred Vrhovnim sodiščem (*solicitor general*), vendar mu ni uspelo. Ponujeno mu je bilo sodniško mesto na zveznem pritožbenem sodišču v Čikagu, a je ponudbo zavrnil, ker je upal na nominacijo za zveznega sodnika pritožbenega sodišča za področje Columbia (*The United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit*), ki velja za drugo najmočnejše in najuglednejše sodišče v ZDA – in obenem za odskočno desko na Vrhovno sodišče. V prvem poskusu ni bil uspešen – prehitel ga je zelo ugleden profesor Robert H. Bork, a nedolgo zatem, leta 1982, je bil na to sodišče imenovan Scalia, kjer je zaslovel s prepričljivimi, prodornimi, večkrat tudi duhovitimi mnenji, s katerimi je pritegnil pozornost Bele hiše. Predsednik Reagan ga je leta 1986 imenoval za vrhovnega sodnika. Senat ga je brez glasu proti potrdil.

Antonin Scalia je bil poročen z Maureen, roj. McCarthy. Imela sta devet otrok. Na vprašanje, zakaj toliko, je odgovarjal: »Oba z Maureen sva predana katolika – biti predan katolik pomeni, da imaš toliko otrok, kot jih Bog nameni.« Ob neki priložnosti je posebej poudaril, da je velika družina vplivala tudi na njegovo pravno filozofijo. Vendar je v osi njegovega neponovljivega pravnškega in sodniškega erosa originalizem.

2. ORIGINALIZEM KOT TEKSTUALIZEM – SPLOŠNI OBRISI

Za ameriško pravo, posebej za ustavno pravo, je značilen spopad med dvema temeljnima razlagalnima, posledično pravnofilozofskima pogledoma na pravo in njegovo tvorbo ter v končni posledici na eno od izhodiščnih premis demokracije: na delitev oblasti ter na sistem zavor (nadzorov) in ravnotežij, ki je smisel te delitve. Ta razlagalna koncepta sta na eni strani originalizem in iz njega izvirajoče različne konservativne šole pravne eksegeze, na drugi strani

pa liberalni, progresivistični pristop, ki temelji na konceptu pravnega, zlasti ustavnega besedila kot živega organizma.

Čeprav korenine originalizma (slovenska ustreznica bi bila lahko izvornišтво, a bom ostal pri originalizmu – ker je utrjen in uveljavljen pojem) segajo daleč nazaj,³ je ta metoda razlage ustave dobila pravi zagon šele v 80. letih prejšnjega stoletja, v obdobju Reaganove administracije.⁴ Kaj je bistvo originalizma, katerega prvo ime je Scalia? Kot je pojasnjeno v glosariju knjige *Reading Law*, ki jo je napisal z Bryanom Garnerjem, ima originalizem dve obliki: 1. To je doktrina, po kateri je treba dati besedam pravnega besedila pomen, kakršnega so imele, ko je bilo besedilo sprejeto. Izraža jo razlagalni kanon, po katerem je treba pravno besedilo razlagati z zgodovinsko preveritvijo pomena, ki bi ga besedilo posredovalo dobro poučenemu in obveščnemu opazovalcu v času, ko je začelo veljati (*fixed-meaning canon*). 2. Kot originalizem se lahko razume tudi doktrina, po kateri je treba pravno besedilo razlagati tako, da se uveljavi dejanski namen tistih, ki so besedilo pripravili ali mu dali pravno veljavo.⁵ Avtorja takoj dodata ključno opazko: po njunem mnenju je pravilna prva doktrina, ki ustreza tistemu, kar v polemiki s Scalio Dworkin imenuje »semantični« originalizem – za razliko od »pričakovalnega« originalizma (*«expectation» originalism*), po katerem mora biti besedilo razloženo tako, da uveljavi posledice, h katerim so stremeli njegovi tvorci.⁶

3. TEKSTUALIZEM, IN NE INTENCIONALIZEM

Scalia je vedno poudarjal: odločilno je, kaj je zakonodajalec rekel (promulgiral), in ne, kaj je nameraval (mislil) – ali: ni pomembno, kam je meril, ampak, kam je (z besedami) zadel. Lahko, da je zgrešil in zapisal nekaj, kar ima pomen, ki ni bil v njegovem namenu. Če ne gre za *lapsus linguae*, je treba po mnenju

³ Stališče, da je pomen ustavnih določb treba iskati v izvornem pomenu besedila, kot je bil razumljen v času, ko je bil sprejet, in ne v zunanjih virih, so zastopala velika sodniška in državniška imena devetnajstega stoletja, kot so na primer Thomas Jefferson, Alexander Hamilton, James Madison, John Marshall, Joseph Story (ki je imel s svojim originalističnim pristopom močan vpliv na J. Marshalla), Roger B. Taney.

⁴ Edwin Meese, ki je bil takrat *Attorney General* (član predsednikovega kabineta, odgovoren za pravne zadeve, in vladni odvetnik, kar bi bilo morda primerljivo s položajem ministra za pravosodje), je leta 1985 naznanil namero, da je treba v vseh zveznih administrativnih zadevah zagovarjati ustavnorazlagalni pristop, ki temelji na originalnem namenu. Gl. Edwin Meese III: *Toward a Jurisprudence of Original Intention*, v: *Benchmark*, 2 (1986) 1, str. 1–10.

⁵ Gl. Antonin Scalia, Bryan Garner: *Reading Law*. Thomson/West, St. Paul, MN 2012, str. 435.

⁶ Gl. Ronald Dworkin: *Comment*, v: Amy Gutmann (ur.): *A Matter of Interpretation*. Princeton University Press, Princeton NJ 1997, str. 119.

Scalie to razčistiti tam, kjer je do napake prišlo: na parlamentarnem parketu in v razpravi v parlamentu.⁷ Dajati prednost zakonodajalčevemu (kar pomeni subjektivnemu) namenu se mu zdi slabše od trika, ki naj bi ga, kot pravi legenda, uporabljal Neron, ki naj bi edikte razobešal visoko na stebre, da se jih ni dalo brati. Vladanje z neizraženim namenom je zato po njegovem mnenju na podoben način tiransko. Pravo je tisto, ki mora vladati, in ne namen zakonodajalca, ali kot je bistvo tega znamenitega ameriškega ideala izraženo v ustavi države Massachusetts: »Oblast prava, in ne mož.« Može lahko nameravajo, kar želijo; toda samo zakoni, ki so jih sprejeli, so tisti, ki vladajo in zavezujejo.⁸

Vendar Scalia takoj pojasni, da prava nevarnost razlage, po kateri je odločilen namen zakonodajalca, ni v tem, da bi namesto besede (zakonov) vladal namen zakonodajalca. Praktična nevarnost je v tem, da sojenje po namenu zakonodajalca nujno privede do poljubne razlage zakonov. Če naj sodnik razsodi ne na podlagi tega, kar je zakonodajalec rekel, ampak na podlagi tistega, kar je nameraval (mislil), in kadar med enim in drugim ni povezave, se bo sodnik spraševal, kako bi spor razrešila modra in razumna oseba. V naslednjem koraku bo sodnik kot (prav ta) modra in razumna oseba sklenil, da pravo v tem konkretnem primeru pomeni to, kar se njemu zdi, da bi *moralo* pomeniti. Prav to pa je model razsojanja po sistemu *common law*.⁹ Vendar ta model ni združljiv s sojenjem na podlagi zakonskega ali ustavnega besedila, ki je bilo sprejeto v demokratičnem zakonodajnem ali ustavodajnem postopku.

3.1 Šolski primer nedopustne razlage

Kot primer nedopustne razlage zakonskega besedila na podlagi zakonodajnega namena Scalia predstavi zadevo *Holy Trinity v. United States* (1892).¹⁰ Vrhovno sodišče je tu zavestno prebilo jezikovne meje zakonskega besedila, ki je prepovedovalo pomoč in spodbujanje uvoza tuje delovne sile za opravljanje dela ali storitev na podlagi predhodno sklenjene pogodbe ali sporazuma. Cerkev *Holy Trinity* (Svete Trojice) je namreč v nasprotju s to prepovedjo iz Anglije »uvozila« rektorja in pastora, zaradi česar ji je nižje sodišče (Okrožno sodišče za Južno območje New Yorka) izreklo predpisano globo. Vrhovno sodišče je izrek obrnilo in ta maneuver obrazložilo z odločilnostjo zakonodajnega namena. Reklo je, »da si navkljub veliki teži nedvoumnega zakonskega besedila ni mogo-

⁷ Antonin Scalia: *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws*, v: Amy Gutmann (ur.): *A Matter of Interpretation*. Princeton University Press, Princeton NJ 1997, str. 16.

⁸ Prav tam, str. 17.

⁹ Prav tam, str. 18.

¹⁰ 143 U.S. 457 (1892). Gl. A. Scalia, nav. delo (1997), str. 18 in nasl.

če zamisliti, da bi Kongres hotel inkriminirati tudi transakcije, kakršna je bila konkretna«, ter nato, »da je znano pravilo, po katerem je lahko nekaj znotraj besede zakona, a vendar ne tudi znotraj zakona, ker pač ni v njegovem duhu in ne v skladu z namenom njegovih tvorcev«. Sodišče je nato nadaljevalo z utemeljevanjem na podlagi različnih zunajbesedilnih kazalnikov, celo z nekaj malega zakonodajne zgodovine, ter sklenilo, da je bil zakon namenjen zgolj preprečevanju uvoza ročne delovne sile. Sodniki so zatem menjali prestavo in na sedmih straneh obrazložili, da so Američani veren narod, ter končali z utemeljitvijo, ki pomeni uporabo argumenta teleološke redukcije. Rekli so takole: »Kadar se zakonodaja bori proti zlu s splošnimi pojmi, ker želi na ta način zajeti vse njegove oblike, in zato s tako širokim jezikom nepričakovano zajame tudi dejanja, ki jih sprejemata in potrjujeta celotna zgodovina in življenje države, tedaj je treba vzeti, da so taka dejanja onkraj zakonodajalčevega namena.« Čeprav se na pojem teleološke redukcije nikjer izrecno ne sklicuje, sodišče sklene prav s tem argumentom: »Naj bo zakonsko besedilo še tako široko, morajo sodišča v takih okoliščinah vzeti, da dejanje, čeprav je znotraj zakonskega besedila, ni znotraj namena zakonodajalca in zato tudi ne znotraj zakona.«¹¹

Morda je bila odločitev v rezultatu (izreku) dobra in pravilna, kdo ve, čisto verjetno je, da je bila.¹² Morda je bila celo v skladu z resničnim namenom zakonodajalca.¹³ In morda so bili sodniki povsem zadovoljni s tem, kako so razsodili.¹⁴ Toda ne glede na vse to je pravno napačna. Za Scalia je stvar jasna: če je bilo dejanje znotraj besede zakona (in v tem primeru je bilo, to je priznalo tudi sodišče), je bilo tudi znotraj zakona – in konec zadeve.¹⁵ In še nekaj. Pravilnost (ter tudi kakovost) odločitev najvišjih sodnih instanc se ne meri po izreku, am-

¹¹ Prav tam, str. 20.

¹² V polemiki s Scalia je bil Tribe mnenja, da je sama odločitev v izreku pravilna, in to zato, ker je v skladu s prvim amandmajem, konkretno s svobodo govora in svobodnim izpovedovanjem vere. Gl. Laurence H. Tribe: Comment, v: Amy Gutmann (ur.): *A Matter of Interpretation*. Princeton University Press, Princeton NJ 1997, str. 92.

¹³ Scalia na več mestih odločno zavrača razlagalni argument zakonodajne zgodovine (razprave v zakonodajnem telesu, poročila odborov, zakonodajno gradivo ipd.). Je namreč samo izpeljava in nadgraditev razlage na podlagi namena zakonodajalca, zato na široko odpira vrata sodniški samovolji. Ob koncu prejšnjega stoletja je argument zakonodajne zgodovine dobil že absurde razsežnosti. Šala, da je treba v zakonsko besedilo pogledati šele v primeru, če je zakonodajna zgodovina dvoumna, je postala resničnost. Scalia navaja primer, ko je v svoji argumentaciji pred Vrhovnim sodiščem odvetnik izčrpno navajal zakonodajno zgodovino, nato pa sklenil: »Žal zakonodajne debate niso uporabne. Zato nam ne preostane nič drugega, kot da se v tem zagatnem položaju obrnemo na drugo smernico, na zakonski jezik.« Gl. A. Scalia, nav. delo, str. 31; gl. tudi prav tam, str. 29–37.

¹⁴ A. Scalia je znan po številnih izjavah, da sodnik, ki je vselej zadovoljen z izrekom svoje sodbe, ne more biti dober sodnik.

¹⁵ A. Scalia, nav. delo (1997), str. 20.

pak po razlogih. Četudi je izrek morda napačen (ker je zmagala napačna stran-ka), precedenčno sporočilo pa pravilno (prepričljivo), je odločitev dosegla svoj namen. In narobe: tudi v izreku pravilne odločitve so v resnici napačne, če je njihova utemeljitev pravno zgrešena.¹⁶

3.2 Zmerni tekstualizem

Od tekstualizma je treba razlikovati hipertekstualizem – ali strogo dobessedništvo (striktni konstrukcionizem). Scalia, ki zase pravi, da je previden (*faint-hearted*) originalist, na to posebej opozarja in se odločno ograjuje od razlagalnega pristopa, ki je pendant v srednjeevropskem (in slovenskem) pravnem okolju dobro znanemu hiperpozitivizmu.¹⁷ Kot primer ponudi zadevo *Smith v. United States*.¹⁸ Sodniki so se ukvarjali z razlago kazenskega predpisa, ki je za storilca kaznivega dejanja prepovedane trgovine z mamili zahteval višjo zaporno kazen, če je »med in v zvezi s kaznivim dejanjem prepovedane trgovine z mamili uporabljal strelno orožje«. V konkretni zadevi je hotel obtoženec nabaviti določeno količino kokaina, v zameno zanj pa je ponudil nenabito strelno orožje, ki ga je ob tej priložnosti tudi pokazal preprodajalcu droge. Večina sodnikov je bila mnenja, da beseda »uporaba strelnega orožja« zajema tudi življenjske položaje, kakršen je bil obravnavani. Scalia je menil drugače. Po njegovem mnenju besedna zveza »uporabiti strelno orožje« očitno in jasno konotira uporabo za namen, za katerega je orožje ustvarjeno, narejeno in zamišljeno.¹⁹ Brez posebnega utemeljevanja in razčlenjevanja je vsakomur jasno, da strelno orožje ni mišljeno in ni ustvarjeno kot menjalno sredstvo.

Vendar tako kot dober tekstualist ne sme biti *literalist* (po slovensko »črko-bralec«), tudi ne sme biti nihilist. Besede imajo omejen semantični domet in razlaga, ki ga prekorači, ni dovoljena. Kot najbolj izrazit primer take prekoračitve in hkrati kot svojo največjo bolečino Scalia navaja evolutivno razlago *Due Process Clause* iz petega in štirinajstega amandmaja, ki zagotavlja, da nikomur ne sme biti vzeto življenje, svoboda ali lastnina brez pravnega postopka. Vendar se določba že dolgo, po mnenju Scalie začeniši z (v vsej zgodovini Vrhovnega sodišča nesporno najslabše razsojeno) zadevo *Dred Scott v. Stanford*,²⁰

¹⁶ Prav tam, str. 6.

¹⁷ Med napakami razlage zato Scalia in Garner posebej izpostavita zmotnost pojmovanja, po katerem morajo biti besede strogo razložene. Med drugim se sklicujeta tudi na Josepha Storyja, sicer enega od prvih originalistov, ki je že sredi osemnajstega stoletja svaril pred strogim konstrukcionizmom in poudarjal, da mora imeti razumnost prednost pred strogostjo razlage. Gl. A. Scalia, B. Garner, nav. delo (2012), str. 355.

¹⁸ 508 U.S. 223 (1993).

¹⁹ Gl. A. Scalia, nav. delo (1997), str. 23, 24.

²⁰ 60 U.S. (19 How.) 393,450 (1857).

razlaga kot jamstvo pred posegi države tudi v druge ustavne svoboščine.²¹ *Due Process Clause* je tako že sredi prejšnjega stoletja po zaslugi jurisprudence Vrhovnega sodišča dobila substančnega dvojčka (*Substantive Due Process*), kar je oksimoron že na prvi pogled.²² Zato Scalia odločno zavrača doktrino, po kateri je demokratično sprejeto ustavno besedilo zgolj odskočna deska za sodniško tvorbo prava.²³

Torej:

Scalia in Garner razumeta izvirni pomen besedila kot refleksijo tistega, kar bi poučen in razumen pripadnik skupnosti dojel kot sporočilo pravnega besedila v času, ko je bilo besedilo promulgirano, upošteva je takratne prevladujoče jezikovne pomen in razlagalna načela. Tak pristop imenujeta pošteno razumevanje (*the »fair reading« method*).²⁴ Razlagalno merilo se ravna po razumnem bralcu, ki popolnoma obvlada jezik besedila in ga dojema retrospektivno, v skladu s časom, ko je bilo razglašeno. Ta napor zahteva jezikovno spretnost in nadarjenost, dobro premišljeno presojo, potlačenje osebnih preferenc glede rezultata razlage in, če gre za stara besedila, tudi zgodovinske lingvistične raziskave. Polega tega je pomembna še sposobnost razumeti namen besedila, ki je ključen del njegovega konteksta (Scalia sprejema izraz »semantični namen« – namesto izraza »namen tvorcev besedila«).²⁵ Namen je treba ugotoviti izključno iz samega besedila in pri tem dosledno upoštevati njegov kontekst. Sem spadajo tudi zgodovinske besedne povezave, pridobljene s ponavljajočimi se vzorci nekdanje uporabe, in neposredne sintaktične postavitve, ki obdajajo besedo.²⁶ Prav zadnje je posebej pomembno. Tvori bistvo razlagalnega kanona *noscitur ex sociis* (»poznan po družbi« – kar prevedeno v razlagalno pravilo pomeni, da dvomljivo ali nejasno besedo osvetljujejo in ji dajejo pomen ter jo s tem razlagajo tiste besede, ki jo obkrožajo) in pomeni argument, s katerim

²¹ Gl. ločeno mnenje Scalie v zadevi *Planned Parenthood v. Casey* 505 U.S. 833 (1992).

²² Zadnja zadeva, v kateri je Scalia ostro napadel doktrino *substantive due process*, je bil primer *Obergefell v. Hodges* 576 U.S. (2015).

²³ A. Scalia, nav. delo (1977), str. 25.

²⁴ A. Scalia, B. Garner, nav. delo (2012), str. 33 in nasl.

²⁵ Izraz semantični namen je v resnici Dworkinov, ki ga je pripisal Scalii v kritiki njegovega odklanjanja intencionalizma (gl. R. Dworkin, nav. delo, str. 117 in nasl.). Temu zelo blizu je pojem objektivni namen, ki ga je razvil Barak. Tudi Scalia uporablja izraz »objektiviziran« namen, ki ga opredeljuje kot namen, ki bi ga razumen bralec razbral iz pravnega besedila, vendar ob upoštevanju celotnega preostalega *corpus juris*. Gl. A. Scalia, nav. delo (1997), str. 17. Tako je tudi sporočilo kanona povezanih zakonov (*related-statutes canon*): »Vsaka beseda ali besedna zveza, ki je predmet razlage, je del celotnega zakona in zato pod vplivom drugih določb tega zakona. Obenem je seveda tudi del celotnega *corporis juris*.« Glej A. Scalia, B. Garner, nav. delo (2012), str. 252, 253.

²⁶ Prav tam, str. 33.

Scalia zavrača (na primer Dworkinove) očitke o nedoslednosti svoje doktrine o odklanjanju namena, ki bi šel onkraj samega besedila.²⁷

3.3 Razlaga ustavnega besedila

Po mnenju Scalie razlaga ustave zahteva poseben pristop – ne zaradi posebnih razlagalnih orodij, ampak zaradi posebnega, neobičajnega predmeta razlage. Za tekstualizem je, kot na več mestih poudarja Scalia, kontekst vse, prvo sporočilo konteksta ustave pa je, da tu ne gre za dlakocepske podrobnosti in da je zato treba besede razlagati prej široko kot ozko – a vendar ne prek meja jezika.²⁸ To pojasni na primeru svobode govora iz prvega amandmaja (kar naj bi bila Ahilova peta njegove doktrine, kamor njeni kritiki, na primer Tribe, Dworkin in Posner, usmerjajo svoje puščice očitkov o nedoslednosti in nekoherentnosti). Pravi takole: prvi amandma prepoveduje poseganje v »svobodo govora ali tiska« (*«Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press.»*). Ta besedna zveza ne našteva izčrpno vseh oblik komunikacijskega izražanja. Z roko napisana pisma, na primer, niso niti govor niti tisk, a vendar je vsakomur jasno, da jih ni mogoče cenzurirati. Zato sta govor in tisk kot dve najpogostejši in najobičajnejši obliki komunikacije v tem kontekstu vrsta sinékdohe (gr. συνεκδοχή), govorniške figure, pri kateri del označuje celoto (*pars pro toto*).²⁹

3.4 Zažig zastave

V skladu s tem je bilo tudi njegovo glasovanje v zadevah zažiga ameriške zastave. Čeprav je bil prav po njegovi zaslugi rezultat sojenja izrazito nekonserватiven in sam, kot je rekel, če bi bil kralj, nikoli ne bi dovolil zažiga zastave,³⁰

²⁷ Gl. Dworkinov komentar Scaliine predstavitve svojih tez, R. Dworkin, nav. delo, str. 116 in nasl. Scalia mu odgovarja na str. 147.

²⁸ Avtor se tu sklicuje na znamenite besede četrtega in najslavnejšega predsednika Vrhovnega sodišča Johna Marshalla v zadevi *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheaton) 316 (1819): »A Constitution, to contain an accurate detail of all the subdivisions of which its great powers will admit, and of all the means by which they may be carried into execution, would partake of the prolixity of a legal code, and could scarcely be embraced by the human mind. It would probably never be understood by the public. Its nature, therefore, requires that only its great outlines should be marked, its important objects designated, and the minor ingredients which compose those objects be deduced from the nature of the objects themselves.« In potem pisec mnenja sodišča nadaljuje: »That this idea was entertained by the framers of the American Constitution is not only to be inferred from the nature of the instrument, but from the language.« Gl. A. Scalia, prav tam, str. 37.

²⁹ Prav tam, str. 38.

³⁰ Gl. <www.nytimes.com/2012/07/19/us/politics/justice-scalia-says-he-had-no-falling-out-with-chief-justice-roberts.html> (5. 4. 2016).

je bila doslednost njegove razlage prvega amandmaja tisto, kar je tehtnico nagnilo v korist svobode govora, ki zajema tudi neverbalno komunikacijo. Gre za zadevi *Texas v. Johnson* (1989)³¹ in *United States v. Eichman* (1990).³² V prvi zadevi je tesna večina (5 : 4) ugotovila, da je bil zažig zastave zadostno obarvan s komunikacijskimi prvinami. Johnson, ki je komunikacijsko dejanje (zažig ameriške zastave v znak protesta zoper Reaganovo administracijo) storil v času Nacionalne konvencije Republikanske stranke, je imel očiten namen izraziti svoje politično stališče. V drugi zadevi, ki je zgolj ponovitev prve, je Vrhovno sodišče razveljavilo zvezni zakon o zaščiti zastave, s katerim je hotel Kongres obiti odločitev v zadevi *Johnson*.

3.5 *Citizens United*

Naklonjenost Scalie svobodi govora (v resnici izražanja)³³ je prišla do izraza še v drugih zadevah, na primer v zelo polemični zadevi *Citizens United v. FEC* (2010).³⁴ Tudi ta odločitev je bila sprejeta z najtesnejšo večino. V pritrdilnem mnenju je Scalia z zanj značilno ostrino polemiziral s Stevensovo odklonitvijo, ki je temeljila na originalističnih argumentih. Kopja prerekajočih se sodnikov so se lomila na vprašanju izvirnega pomena svobode govora, konkretno, ali v leto 1791 segajoče pojmovanje svobode govora zajema tudi korporacije. Po mnenju Scalie prvi amandma zagotavlja svobodo govora ne glede na to, kako jo posameznik izvršuje – neposredno sam ali prek združenj ali korporacij. Amandma govori o govoru (in tisku), ne o govorcih. Svoje mnenje je sklenil z besedami: »In res je, izključitev ali oviranje korporacijskega govora bi pomenilo utišanje najpomembnejših predstavnikov sodobne svobodne ekonomije. Zato bi morali slaviti, in ne obsojati, nujno dopolnitev k javni debati.«

3.6 Pomen Federalističnih spisov

Čeprav Scalia namen tvorcev pravnega besedila odločno odklanja kot sredstvo in merilo razlage, pa meni, da so za razlago ameriške ustave pomembna pisanja tistih, ki so bili delegati na Ustavni konvenciji med 25. majem in 17. septembrom leta 1787 v Philadelphii, zlasti Hamiltonovi in Madisonovi Federalistični spisi. Vendar ne zato, ker so bili tvorci ustave in ker bi bil zaradi tega njihov

³¹ 491 U.S. 397 (1989).

³² 496 U.S. 310 (1990).

³³ Znale so njegove besede: »Mislim, da bi Thomas Jefferson rekel, več ko je govora, bolje je. To je vse, za kar gre pri prvem amandmaju.« Gl. <www.nytimes.com/2012/07/19/us/politics/justice-scalia-says-he-had-no-falling-out-with-chief-justice-roberts.html?_r=0> (5. 4. 2016).

³⁴ 558 U.S. 310 (2010).

namen avtoritativno merilo razlage. Ne, Federalistični spisi (*The Federalist Papers*) so dragoceni zato, ker povedo, kako so inteligentni in razgledani ljudje v tistem času razmišljali. Na ta način razkrivajo, kako je bilo besedilo ustave izvirno (originalno) razumljeno. Pri tem ni toliko pomembno, ali je bil kdo od njihovih avtorjev delegat v Philadelphii – četudi na primer Jay in Jefferson nista bila, so njuna pisanja enako koristna kot Hamiltonova in Madisonova.³⁵

3.7 Problem »živeče« ustave

Temeljni razkol med razlagalci ustave ne poteka na osi med namenom tvorcev ustave in objektivnim pomenom besedila, temveč med izvirnim (originalnim) pomenom ustave (ne glede na to, ali je izpeljan iz namena njenih tvorcev) na eni strani in njenim sedanjim pomenom na drugi strani. Vsaj do sredine prejšnjega stoletja je dominantna šola ustavne eksegeze temeljila na konceptu »živeče« ustave (*The Living Constitution*), po katerem ustavno besedilo raste, se spreminja in razvija ter se na ta način prilagaja potrebam spreminjajoče se družbe.³⁶ Pri tem igrajo odločilno vlogo sodniki, ki te potrebe ugotavljajo in določajo ter nato »najdejo« njim ustrezno spreminjajoče se (novo) pravo. Scalia ugotavlja, da gre pri tem konceptu za vrnitev sistema *common law* – vendar po njegovem mnenju v neizmerno močnejši obliki od starega občega prava. Novo, sodno ustvarjeno ustavno pravo namreč lahko odvzame veljavo zakonom, ki jih je v sistemu delitve oblasti sprejel za to pristojen demokratično izvoljen zakonodajalec. Scalia ima popolnoma prav. Sodniško ustavno pravo-tvorje je za razliko od »navadnega« sodniškega prava mogoče preseči samo s spremembo ustave. Da je to, vsaj kar zadeva Ameriko, Kimera, dokazuje že dosedanje skupno število sprememb ameriške ustave – sedemnajst.

V tem, še zlasti za Evropo tako značilnem in prevladujočem, danes že samoumevnem pristopu vidi Scalia največjo nevarnost. Najprej zato, ker daje sodstvu neizmerno moč. Daje mu oblast, ki je pridržana zakonodajalcu (in ustavodajalcu). Koncept »živeče« ustave zato po njegovem mnenju na eni strani ogroža demokracijo (o vprašanih, ki jih ustava izroča v presojo ljudstvu, ki prek izvoljenih predstavnikov izvršuje zakonodajno in ustavodajno oblast, odločajo ne-

³⁵ A. Scalia, nav. delo (1997), str. 38. Zato je originalizem na razlago ustave nanašajoči se tekstualizem. Ali drugače: tekstualist je lahko kdorkoli, originalist pa zgolj razlagalec ameriške ustave.

³⁶ Značilna predstavnika avantgardne šole sta sodnik Calabresi in profesor Eskridge. Prim. Guido Calabresi: *A Common Law for the Age of Statutes*. Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1982; William N. Eskridge, Jr., *Dynamic Statutory Interpretation*. Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1994.

demokratsko in nereprezentativno izbrani sodniki),³⁷ na drugi strani pa – kar je posledica prvega – ogroža načelo delitve oblasti. Sodstvo si namreč prilagaja zakonodajno funkcijo – in, ko gre za Vrhovno sodišče, tudi ustavodajno funkcijo. In tretje, koncept »živeče« ustave pomeni pravo-ustvarjalno, evolutivno razlago pravnega besedila, tako da sodnik presoja in odloča na podlagi tega, kakšna naj bosta vsebina in obseg pravic, svoboščin in odgovornosti, ki jih oblikujejo sodobna prevladujoča – večinska pojmovanja in gledanja v družbi. Na ta način se sodišča, katerih vloga je varovati manjšine pred »tiranijo« večine, v resnici spreminjajo v institucije, ki varujejo večino pred manjšino. Favorizirajo in vsiljujejo vrednote, ki jih sprejema večina. V skladu s takim pojmovanjem se ustava neprenehoma prilagaja tistemu, kar želi večina. To pa je nasprotju z bistvenim, namreč s tem, da je ustava namenjena varstvu pred večino.³⁸

Da je tak pristop napačen, po mnenju Scalie izhaja tudi iz dejstva, da je ustavo zelo težko spremeniti – od leta 1791 se je to zgodilo samo sedemnajstkrat. In če je ustavo tako težko spreminjati, potem je treba biti toliko bolj zvest tistemu, kar je v njej zapisano – saj prav zato jo je tudi težko spreminjati. Demokratična družba ne potrebuje zapisane ustave, ki bi odražala tekoče (aktualne) vrednote. To je naloga volitev.³⁹ Ustava je zapisana ravno zato, da se s tem zavarujejo vrednote pred trenutno prevladujočo »modrostjo« večine.⁴⁰ Vdor miselnosti *common law* v ustavno pravo zanika demokratično sprejeto ustavno besedilo,

³⁷ Scalia je to slikovito ilustriral v odklonilnem mnenju v zadevi *Obergefell et al. v. Hodges*, kjer med drugim pravi: »Sodniki so izbrani izključno samo zaradi svojih poklicnih pravniskih veščin; ali odsevajo tudi politične poglede določenega volilnega telesa, tu ni (in tudi ne sme biti) pomembno. Zato ne preseneča, da federalno sodstvo ne odlikava presečišča ameriške družbe. Kot primer – že samo naše sodišče sestavlja le devet moških in žensk, ki so vsi uspešni pravniki, z diplomami s Harvarda ali Yalea. Štirje od njih so rojeni Newyorčani, osem od njih je odraslo v državah vzhodne ali zahodne obale. Samo eden je ‚padeľ iz širne prostranosti tam nekje vmes. Niti enega sodnika ni z jugozahoda in, če smo iskreni, med nami ni prav nobenega pravega zahodnjaka (Kalifornija ne šteje). Tudi ni niti enega evangeličana (skupina, ki pomeni četrtno vseh Američanov) ali vsaj protestanta katerekoli verske skupnosti. Osupljivo nereprezentativen značaj tega telesa bi bil nepomemben, če bi danes, ko smo glasovali o socialnem preobratu, delovali kot sodniki in odgovarjali na pravno vprašanje, ali je ameriško ljudstvo kdajkoli potrdilo ustavno določbo, ki je bila razumljena kot prepoved definicije tradicionalne zakonske zveze. Ampak seveda sodniki, ki so bili danes v večini, niso glasovali na tej podlagi; rekli so, da niso. Dopustiti, da politično vprašanje [*policy question*] o istospolni poroki obravnava in o njem odloča visoko nereprezentativen panel devetih, pomeni kršitev bistveno bolj temeljnega načela, kot je tisto, da ni obdavčenja brez predstavnštva [slogan, ki je dal bistven zagon ameriški revoluciji; op. J. Z.]: namreč načela, da ni družbene transformacije brez predstavnštva.« (Poudarka v izvirniku – prevedel J. Z.).

³⁸ A. Scalia, nav. delo (1997), str. 47.

³⁹ Gl. A. Scalia: *Originalism: The Lesser Evil*, v: *University of Cincinnati Law Review*, 57 (1989), str. 862.

⁴⁰ Gl. K. A. Ring, nav. delo, str. 4.

pravi Scalia – in se sprašuje, kaj je opravičilo za to.⁴¹ Saj če naj sodniki ne prekoračujejo zakonskega besedila, potem to velja toliko bolj za ustavo – konec koncev tudi zato, ker ustava jasno izraža trdnost, stanovitnost in težnjo po nespremenljivosti.⁴² Z ameriško ustavo zagotovljene pravice so namenoma tako globoko ukoreninjene. Zato, da jih naslednje generacije ne bi zlahka, kar tako, brez težav in brez temeljitega razmisleka odpravile. Družba, ki je sprejela ustavo in njene amandmaje, očitno ni verjela, da bi različni »razvijajoči se standardi spodobnosti« vselej »oznanjali napredek« in da družbe vselej le »zorijo«⁴³ – in nikoli ne gnijejo. Poleg tega razvijajoča se ustava tudi ne gre vedno v prid večjemu obsegu ustavnih pravic v razmerju do države. Primer krčenja pravic je oženje premoženjskih pravic, zelo izrazito v zadevah presoje zakonodaje *New Deal*, potem oženje pravice obtoženca soočiti se z obremenilnimi pričami (na primer zadeva *Maryland v. Craig*, (1990)),⁴⁴ v prihodnosti pa bo to verjetno drugi amandma – če bo večina sodnikov mnenja, da so družbene razmere za to »dozorele«.⁴⁵

Scalia privržencem koncepta »živeče« ustave očita tudi to, da ne najdejo pravno prepričljivega odgovora na vprašanje, s čim je sploh mogoče utemeljiti načelo razvoja. Heraklitov slavní aforizem *Panta rhei* je priročen, a premalo informativen, da bi bil uporaben kot temelj za razlago ustavnega besedila. Kako bo sodnik zanesljivo ugotovil, kdaj in v katero smer se dogaja evolucija? Na podlagi volje večine, izsledkov anket, javnomnenjskih raziskav, časopisnih člankov, talk-showov, kavarniških debat? In katera filozofija stoji v ozadju – Rawlsova, Hobbesova, Aristotelova? Kakor hitro sprejememo tezo, da ustava raste in se razvija, se pri iskanju odgovora na vprašanja, v katero smer, kdaj in kako, srečamo s podobno razdrobljenostjo odgovorov kot pri odgovoru na vprašanja, kaj je lepo, dobro in resnično. Res je, da so tudi med originalisti neizogibna nesoglasja o tem, kaj je izvirni pomen razlaganega ustavnega bese-

⁴¹ A. Scalia, nav. delo (1997), str. 40.

⁴² Gl. na primer intervju z njim: <www.cbsnews.com/news/justice-scalia-on-the-record/> (5. 4. 2016).

⁴³ A. Scalia, nav. delo (1997), str. 40, 41. Fraza je bila prvič uporabljena v večinskem mnenju v zadevi *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958). Nato je postala stalnica v mnenjih sodnikov Vrhovnega sodišča, ki so se nanašala na smrtno kazen. Pri tem igrajo ključno vlogo »objektivni kazalniki« (*objective indicia*) javnega mnenja – zakonodajni trendi, obnašanje porote, javnomnenjske raziskave, zunanja politika, stališča poklicnih organizacij, pri čemer sta najmočnejšo vlogo igrala primerjava zakonodaj po posameznih državah in morebiten konsenz o vprašanju, ali je smrtna kazen primerna sankcija za določena kazniva dejanja. Gl. Michael D. Dean: *State Legislation and »Evolving Standards of Decency«: Flaws in the Constitutional Review of Death Penalty Statutes*, v: *University of Dayton Law Review*, 35 (2010) 3, str. 381, 408, 409.

⁴⁴ 497 U.S. 836 (1990).

⁴⁵ A. Scalia, nav. delo (1997), str. 42, 43.

dila.⁴⁶ Ampak, kot pravi Scalia, »mi vsaj vemo, kaj iščemo: izvirni namen besedila«. Velikokrat ga je lahko najti in enostavno uporabiti. So pa tudi nesoglasja o tem, kaj je izvirni pomen ali kako ga uporabiti v novih (pred več kot dvesto leti nepredvidenih) okoliščinah. Kako se na primer svoboda govora uporablja za elektronske medije, Facebook, Twitter ...? Tudi za to ima Scalia odgovor: v takih primerih je treba slediti tirnicam prvega amandmaja in ugotoviti, kaj zahteva – kar nedvomno ni nekaj *cut-and-dried*. Vendar je to iskanje povezano z neprimerno manjšimi težavami in negotovostmi od tistih, ki se jim izpostavlja filozofija spreminjanja ustave, za katero je vsako vprašanje odprto in je vsak dan nov dan.⁴⁷

Scalia za konec postreže še z enim močnim argumentom. Če bi klavzulo enakega varstva pravic iz štirinajstega amandmaja (*»the equal protection of the laws«*) leta 1920 razumeli v duhu »živeče« ustave, ne bi bilo devetnajstega amandmaja, ki je ženskam priznal volilno pravico. Bitka za volilno pravico nežnega spola se kljub ustavno zajamčeni enakosti ni vodila v sodni dvorani. To jamstvo namreč ni zagotavljalo enakega dostopa do volilnih skrinjic – ne leta 1866, ko je Kongres amandma sprejel, ne leta 1920, ko je bil ratificiran leto prej sprejet devetnajsti amandma. Je kdo verjel, da če bi bilo vprašanje ženske volilne pravice odloženo in bi ostala ustava glede tega nespremenjena, da bi zadevo uredila sodišča? Očitno ne.⁴⁸

3.8 Polemika z Dworkinom

Med številnimi kritikami originalizma, kakršnega je razvil Scalia – Dworkin ga označuje s pridevnikom »semantični« in Posner »tekstualni« – velja izpostaviti predvsem Dworkinovo kritiko. Dworkin preizkusi semantični originalizem na zgodovinski odločitvi v zadevi *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954),⁴⁹ s katero je bila prepovedana rasna segregacija v šolah, in ugotovi, da bi pripeljal do enake odločitve, kot je bila leta 1954 soglasno izglasovana. Najprej jo sicer podvrže »pričakovalnemu« originalizmu in se vpraša, kakšna bi bila rzsodba, če bi sledili namenu tvorcev štirinajstega amandmaja (subjektivni namen je razlagalno orodje »pričakovalnega« originalizma). Odgovor je jase. Segregacija v šolah bi ostala nedotaknjena. Takrat ko je bil amandma sprejet, namreč nihče od članov Kongresa ni niti pomislil na to, da bi s klavzulo *»equal protection of the laws«* prepovedali rasno segregacijo v šolah – saj je bila, tudi

⁴⁶ Da je res tako, potrjuje že omenjena polemika v ločenih mnenjih med Scalio in Stevensom v zadevi *Citizens United*.

⁴⁷ A. Scalia, nav. delo (1997), str. 45, 46.

⁴⁸ Prav tam, str. 47.

⁴⁹ 347 U.S. 483 (1954).

ob njihovem takšnem ali drugačnem odobravanju, to običajna praksa v šolah v Washingtonu D.C. Vendar je Warrenovo sodišče spoznalo, da je najboljše razumevanje semantičnih namenov štirinajstega amandmaja tako, po katerem vsebuje klavzula o enakosti varstva pravic, kar je postalo jasno (še) leta 1954, splošno načelo o politični moralnosti, ki obsoja rasno segregacijo.⁵⁰

Toda Dworkin zatem Scalii očita nedoslednost. Meni namreč, da bi načelen semantični originalist, kakršen je sam, drugače kot Scalia prišel do sklepa, da je smrtna kazen v nasprotju z osmim amandmajem, ki prepoveduje kruto in nenavadno kaznovanje. Svoj argument razvija takole: če semantični originalizem sledi abstraktnim načelom, ki izhajajo iz besedila, in ne konkretnemu in zastarelemu namenu tvorcev besedila, potem je pravilna razlaga omenjene amandmaja lahko le taka, da prepoveduje kakršnokoli kruto in nenavadno kaznovanje. In ker tedanja pričakovanja tvorcev besedila niso bila usmerjena v prepoved smrtne kazni, so tudi predvideli to, kar je zapisano v petem in štirinajstem amandmaju, namreč da če je taka kazen izrečena, se to lahko zgoditi le na podlagi pravnega postopka in na podlagi obtožbe pred veliko poroto.⁵¹ Dworkinu kot semantičnemu originalistu se zato ne zdi prepričljivo sklicevanje na omembo smrtne kazni v petem in štirinajstem amandmaju, kot tudi, da bi omikani državotvorci osemnajstega stoletja, ki so dobro poznali vsakdanji moralni jezik, uporabili besedo »kruto« kot okrajšavo za besedno zvezo »to, kar se danes šteje za kruto«. Kadar so ocenili, da je to potrebno, so znali biti pisci ustave še kako konkretni: dokaz so različne določbe, ki se nanašajo na civilni in kazenski postopek (četrti, peti, šesti in sedmi amandma).⁵² Ob tem si dovolim še en argument v podporo Dworkinovemu stališču. Abstraktnost osmega amandmaja varuje pred katerimkoli krutim in nenavnim kaznovanjem, tudi pred takim, na katerega ob koncu osemnajstega stoletja nihče ni resno pomislil, a ni izključeno, da bi kdaj v prihodnosti v nekih čudnih okoliščinah lahko postalo aktualno (na primer kamenjanje, pohabljenje, kastracija, bičanje) – za politiko in politike je namreč oblast vselej skušnjava. Saj, konec koncev, kot ugotavlja tudi Scalia, kdo pravi, da gre razvoj vselej le v smeri zorenja – in ne gnitja?

Ključne ustavne določbe so po mnenju Dworkina (ki mu v polemiki s Scallio pritrjuje tudi Tribe) v skladu s svojim izvornim namenom zasnovane kot ab-

⁵⁰ R. Dworkin, nav. delo, str. 119. Scalia je ob številnih priložnostih poudarjal, da bi tudi on pritrdil soglasni odločitvi v tej zadevi ter da bi v zadevi *Plessy v. Ferguson* 163 U.S. 537 (1896) glasoval enako kot manjšina. Gl. na primer <www.newyorker.com/news/news-desk/postscript-antonin-scalia-1936-2016> (5. 4. 2016).

⁵¹ R. Dworkin, nav. delo, str. 120, 121. Dworkin s tem izpodbija argument Scalie, ki se sklicuje na peti in štirinajsti amandma, ki izrecno omenjata smrtno kazen in postavljata procesna ustavna jamstva glede njenega izrekanja. Gl. A. Scalia, nav. delo (1997), str. 46.

⁵² R. Dworkin, nav. delo, str. 121, 122.

straktna načela, in ne kot konkretna ter zastarela pravila. Ali drugače: »Ustava od sodnikov zahteva, da naredijo vse, kar je v njihovi intelektualni moči, da kolektivno, od generacije do generacije znova in znova razlagajo, preizkušajo, pregledujejo in revidirajo okostje svobode in enakosti, ob varovanju tistega, kar njene vélike določbe v vsej svoji vzvišeni abstrakciji zapovedujejo.«⁵³ V nadaljevanju je Dworkin izrazil nestrinjanje s Scalio tudi glede razlage prvega in štirinajstega amandmaja. Glede prvega mu očita neupoštevanje različnih ravni abstraktnosti ustavnega besedila ter spregled dejstva, da je zelo malo verjetno, da bi z razsvetljenstvom navdahnjeni tvorci države nameravali za vselej imeti zadnjo besedo o moralnem razvoju družbe. Pomembno je razlikovati med vprašanjem, kaj posamezna ustavna določba pomeni, in vprašanjem, katera institucija ima končno besedo pri tem, da to razjasni. Na podoben način kot Pitamic vidi Dworkin v sodni razlagi vélikih ustavnih klavzul kot abstraktnih in razprtih določb izjemen pomen za razvoj posameznikove svobode.⁵⁴

Čeprav Dworkin ne prizanaša Scaliinim stališčem, pa jim na splošni ravni pri-trdi: sebe razglasi za semantičnega originalista, koncepta o »živeči« ustavi ne jemlje dobesedno⁵⁵ in potrdi natanko to, kar pravi Scalia, namreč da so tudi med originalisti nesoglasja in prepiri, vendar da originalisti vsaj vedo, o čem se prepirajo. Prav ta disput med njim in Scalio, dvema semantičnima originali-stoma, kaže, da je res tako. Na Dworkinov očitek glede razlage osmega amand-maja Scalia odgovarja s stališčem o trdnosti in neregresibilnosti moralnih načel, na katerih so tvorci ustave zasnovali njene določbe. Pravi, da je bilo takrat, ko je bil amandma sprejet, za njegove avtorje in ameriško ljudstvo jasno, da

⁵³ Prav tam, str. 122, 123; gl. Ronald Dworkin: *Life's Dominion*. Alfred A. Knopf, New York 1993, str. 145.

⁵⁴ R. Dworkin, nav. delo (1997), str. 127. Pitamic pravi takole: »Kdor ima pravico interpretacije, ima moč *nad* zakonom [poudarek v izvirniku].« Gl. L. Pitamic: *Pravo in revolucija*. Tiskovna zadruga v Ljubljani, Ljubljana 1920, str. 14. Ko govori o ameriškem ustavnem sistemu, nadaljuje: »Pojem svobode se je torej izpremenil; s tem pa tudi ustavna določba, ki govori o tej svobodi. In to vse potom sodnjske interpretacije, ne da bi se ustava ustavnim potom izpremenila.« Prav tam, str. 16. Nato nadaljuje: »Ameriški sodnik je po ustavi sami stavljen izven ustave, ker jo sme na avtoritativen način interpretirati. To je antinomija, ki pomeni, ako se vrše njene konsekvence pri ustavi sami, torej pri glavi pravnega reda, latenten samomor, ki se pojavi v normi, katera sama sebe ruši.« Prav tam. Mislec nato sklene: »Ženialno pa je, uporabiti to notranje protislovje, to nepopolnost, katere ne moremo odstraniti, na način, ki prepreča uničenje ali razsul človeštva, bodisi v družabnem, umstvenem ali moralnem pogledu. [...] S tem, da je ameriška ustava poverila sodniku revolucionarno moč, je najbrže preprečila marsikako revolucijo po *drugih* ljudeh [poudarek v izvirniku]. S tem, da je legalizirala revolucijo nekako rednim potom proti sami sebi, je ovirala revolucijo proti *družbi* [poudarek v izvirniku]. [...] Tako se približuje severnoameriška država nekoliko, na vsak način pa mnogo bolj nego evropske države *Platonovemu* idealu, da naj sodnik kraljuje ali da naj kralj sodi [...].« Poudarek v izvirniku. Prav tam, str. 18.

⁵⁵ R. Dworkin, nav. delo (1997), str. 122.

smrtna kazen ni (bila) kruta ali nenavadna. Nato nadaljuje: »V Listino pravic [*Bill of Rights*] so ukoreninili *svoje* moralne poglede – ne oziraje se na to, kaj si bodo o njih mislile prihodnje, brutalnejše generacije [poudarek v izvirniku].«⁵⁶ In če je tako, če torej osmi amandma varuje pred čemerkoli, kar je krutejše od kaznovanj ob koncu osemnajstega stoletja, potem zbledi tudi moj prejšnji argument v podporo Dworkinovemu stališču. Osmi amandma naj bi tedaj varoval tudi pred skušnjavami oblasti, ki bi šle onkraj moralnih pojmovanj kazni, ki so vgrajena v »semantični namen« moralnega načela prepovedi krutega kaznovanja. Scalia nato pojasni, da gre med njim in Dworkinom pravzaprav za nesporazum. O pomenu prvega amandmaja ne sklepa na podlagi »špekulacij o pričakovanjih njegovih avtorjev«, pač pa na podlagi »semantičnega namena«, ki ga razkriva kontekst – ki pa ni nič več kot razlagalni kanon *noscitur ex sociis*.⁵⁷ In na podlagi konteksta opredeljena vsebina pravic se s potekom časa ni spreminjala. Kot je Scalia povedal v odklonilnem mnenju v zadevi *Obergefell*, se morajo nova večinska moralna pojmovanja odraziti v spremembi ustave na način, kot je predviden v ustavi – in ne s sodniškim (in zato protiustavnim) spreminjanjem ustave.

Prav to je temeljna posledica razhajanja med obema pravnima učenjakoma. Njen vzrok pa je v različnih pogledih na izvorni namen nekaterih ustavnih določb. Medtem ko je za Scalia bistven semantični kontekst, je za Dworkina izvorni pomen ključnih ustavnih določb abstrakten in zato odprt. Po njegovem mnenju mora biti zato uporaba teh abstraktnih načel v posameznih konkretnih zadevah neprestano, ponovno in vedno znova preizkušana in preverjana – ne zato, da bi našli nadomestilo za tisto, kar ustava določa, ampak zaradi spoštovanja tega, kar določa. Vendar bolj kot razlike med njima je pomembno to, da sta oba »semantična« originalista – čeprav z različnima pogledoma na to, kako iskati izvorni pomen – in posledično, kakšna je njegova vsebina.

3.9 Poklicni etos in temeljne značajske poteze

Scalia je bil večplastna pravniška in človeška veličina. Kar posebej zaznamuje njegov poklicni krédo, je, poleg zmernega tekstualnega (ali semantičnega) originalizma, njegova dosledna in brezkompromisna zavezanost vladavini prava ter spoštovanju načela delitve oblasti. Temu je podredil vse svoje osebne in ideološke preference. Znale so njegove besede, da je sodnik, ki je velikokrat zadovoljen s svojimi določitvami, slab sodnik. On, ki ni skrival svojih konservativnih pogledov, prav gotovo ni bil zadovoljen z vrsto svojih odločitev

⁵⁶ A. Scalia: Response, v: Amy Gutmann (ur.): *A Matter of Interpretation*. Princeton University Press, Princeton NJ 1997, str. 146.

⁵⁷ Prav tam, str. 147.

– od že omenjenih zadev zažiga zastave in menjave kokaina za pištolo do zadeve *Johanns v. Livestock Mktg. Ass'n* (2005),⁵⁸ vključno z zadevami, v katerih je šlo za vprašanje pravic staršev. Drugače kot njegovi konservativni kolegi je bil mnenja, da ustava staršem ne zagotavlja pravice do vzgoje in izobraževanja svojih otrok.⁵⁹ Liberalen je bil tudi rezultat njegovega odločilnega glasu v zadevi *Granholm v. Heald* (2005),⁶⁰ ko je zavrnil številne konservativne argumente in kljub enaindvajsetemu amandmaju, ki regulativo glede alkohola prepušča državam, utemeljil protiustavnost zakona, ki je domačim vinarjem dovoljeval neposredno dobavo porabnikom, medtem ko je vinarjem iz drugih držav to prepovedal.

Med kazenskimi zadevami je treba omeniti zadevo *Kyllo v. United States* (2001),⁶¹ kjer je bil njegov glas (z drugimi »liberalnimi« glasovi) spet odločilen za ugotovitev, da je uporaba toplotnih senzorjev za iskanje hišnih nasadov marihuane brez sodne odredbe v nasprotju z ustavo. Njegov glas je odločil o zadevi *United States v. Gonzalez-Lopez* (2006),⁶² ko je sodišče kršitev obtoženčeve pravice do izbire odvetnika (šesti amandma) opredelilo kot strukturno napako postopka, ki ima za posledico avtomatično razveljavitev obsodbe, brez potrebe po t. i. analizi o neškodljivi napaki (*harmless error analysis*). Posebej je treba izpostaviti zadevo *Hamdi v. Rumsfeld* (2004),⁶³ ko je Scalia v odklonilnem mnenju jasno navedel: v primeru, ko je ameriški državljani zajet kot pripadnik sovražne vojske, ima ameriška vlada samo dve možnosti – suspenz pravice do *habeas corpus* ali sojenje v skladu z vsemi ustavnimi jamstvi kazenskega postopka. Pod vplivom Scalie se je spremenil odnos Vrhovnega sodišča do pravice soočiti se z obremenilnimi pričami (šesti amandma). Najprej osamljena stališča⁶⁴ so sčasoma dobila potrditev večine. Do radikalne spremembe je prišlo

⁵⁸ 544 U.S. 550 (2005). Z večinskim mnenjem, ki ga je napisal Scalia, je sodišče zavrnilo ugovor svobode izražanja zoper ukrep države, s katerim je bila dodatno obdavčena industrija predelave govejega mesa, da bi se s temi sredstvi financiralo vladno oglaševanje kampanje, ki so ji posamezni predstavniki te industrije nasprotovali. Geslo oglaševanja je bilo: »Kje je govedina?«

⁵⁹ Gl. na primer zadevi *Winkelman v. Parma City Sch. Dist.*, 127 S. Ct. 1994 (2007), in *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57, 91-92 (2000), kjer je Scalia izrazil nasprotovanju precedenčni odločitvi v zadevi *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925), s katero je bil razveljavljen zakon države Oregon, ki je zahteval obiskovanje javnih šol, ne da bi predvidel izjeme za zasebne in verske šole. Sodniki so tedaj navedli, da je izpodbijani zakon nerazumno posegel v svobodo staršev, da odločajo o vzgoji in izobraževanju svojih otrok.

⁶⁰ 544 U.S. 460 (2005).

⁶¹ 533 U.S. 27 (2001).

⁶² 548 U.S. 140 (2006).

⁶³ 542 U.S. 507 (2004).

⁶⁴ Na primer *Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836 (1990).

v zadevi *Crawford v. Washington* (2004),⁶⁵ v kateri je Scalia napisal večinsko mnenje. V skladu s to odločitvijo ima obtoženec pravico do neposrednega in živega soočenja z obremenilnimi pričami, ne glede na to, v kakšni obliki so mu bile ali bi mu lahko bile predložene obremenilne izjave.⁶⁶ Zanikati pravico do soočenja z obremenilnimi pričami z izgovorom, da je izpovedba očitno zanesljiva, je podobno kot zanikati pravico do sojenja pred poroto z izgovorom, da je obtoženec očitno kriv, je zapisal Scalia. Sicer pa je besedilo »konfrontacijske« klavzule iz šestega amandmaja jasno in nedvoumno – govori namreč o pravici do soočenja s pričami, in ne o pravici do soočenja z izpovedbami.

Njegova mnenja, predvsem odklonilna, so dosegla svetovno slavo – zaradi jasnosti, premočrtnosti, svežine, barvitosti in nepremagljive prepričljivosti ter hkrati ostrine in brezkompromisne neposrednosti, s katero je obračunaval s stališči večine, bo ostal v večnem spominu. Bil je duhovit in sarkastičen, spreten alegorik ter odličen poznavalec književnosti – tudi to znanje in talent je sijajno vključeval v svoja mnenja. Z zanj tako značilnim slogom in tonom je vnesel iskrenost, svežino in duha v pravniški diskurz.⁶⁷ Tudi zaradi te nadarjenosti in temperamenta ter izjemne karizme je očaral in pritegnil številne mlade pravnike. A ne samo njih. Njegova zasluga je, da je med vrhovnimi sodniki tekstualizem postal prevladujoča metoda razlage. In prej tako priljubljeno sklicevanje na zakonodajno zgodovino je tako rekoč izginilo iz spisov strank in argumentacij sodnikov. Velik vpliv je imel tudi na dosledno uveljavitev jamstev iz šestega amandmaja – čeprav za ceno manjše učinkovitosti kazenskega pregona.

Ko se na koncu sprašujem, katere lastnosti so še posebej krasile njegovo karizmo in zaradi katerih bi moral biti vzor kolegom in prihodnjim generacijam, si jih dovolim strniti v naslednje: predanost ideji prava, intelektualna iskrenost, doktrinarna doslednost, osredotočenost na argumente, in ne na govorca, adversarnost kot način razmišljanja in argumentiranja⁶⁸ ter – ne nazadnje –

⁶⁵ 541 U.S. 36 (2004). Po poti tega precedensa je šla tudi odločitev v zadevi *Mendez-Diaz v. Massachusetts*, 557 U.S. 305 (2009), v kateri je Scalia prav tako napisal večinsko mnenje in med drugim opozoril, da »konfrontacijska« klavzula obremenjuje in otežuje pregon storilcev kaznivih dejanj – ampak enako velja za privilegij zoper samoobtožbo in za pravico do porotnega sojenja.

⁶⁶ O tem izčrpno Richard D. Friedman: *Confrontation and Forensic Laboratory Reports*, Round Four, Texas, v: *Tech Law Review*, 45 (2012) 1, str. 51–82.

⁶⁷ Gl. Yury Kapgan: *Of Golf and Ghouls: The Prose Style of Justice Scalia*, v: *The Journal of the Legal Writing Institute*, 9 (2003), dostopno na: <www.law2.byu.edu/Law_Library/jlwi/archives/2003/kap.pdf> (5. 4. 2016).

⁶⁸ Med svetovalci si je vselej izbiral tudi take, ki so sloveli po stališčih, nasprotnih njegovim (med njimi na primer E. Joshua Rosenkranz) – ker je vedel, da je samo tako, s soočanjem z nasprotnimi argumenti, mogoče preizkušati in ostriti lastna stališča.

širokosrčnost, dobrota, izjemen smisel za prijateljstvo in človeška toplina. S svojimi najtršimi doktrinarnimi in svetovnonazorskimi nasprotnicami, kot sta sodnici Ruth Bader Ginsburg in Elena Kagan, je negoval pristne in globoke prijateljske vezi ter iskreno medsebojno spoštovanje.

* * *

Domnevno je Voltaire rekel: »Če te zanima, kdo ti zares vlada, pomisli, koga ne smeš kritizirati.« Če test uporabim pri Scalii, se pokaže, da so to njegova načela, vrednote in prepričanja. Njim se nikoli ni upal izneveriti. V svečanem nagovoru ob podelitvi diplom na kolidžu William in Mary dne 27. maja 1996 je mladim diplomantom položil na srce:

»Zapomnite si, da so možgani in izobrazba, tako kot mišice in telesne veščine, zgolj prodajni artikli. Ljudje jih prodajajo in kupujejo. Lahko jih najamete za celo leto ali le za uro. Edina stvar na tem svetu, ki ni na prodaj, je človekov značaj. In če ta ne obvladuje in usmerja vaših možganov in znanja, bo oboje tako vam kot tudi svetu naredilo več škode kot koristi.«⁶⁹

⁶⁹ Gl. <www.nytimes.com/1996/05/27/us/in-season-of-commencements-words-of-wisdom-heard-anew.html> (5. 4. 2016).