A 966719

II

Sebastian Kubas

WARTA NA OBRZEŻACH KONSTYTUCJI

Dekonstrukcja mitu założycielskiego
amerykańskiej sądowej kontroli konstytucyjności prawa

Warta na obrzeżach Konstytucji

PRAWO
KONSTYTUCJA
ARGUMENTACJA

SERIA POD REDAKCJĄ
TOMASZA GIZBERT-STUDNICKIEGO
I PIOTRA TULEI

Sebastian Kubas

Warta na obrzeżach Konstytucji

Dekonstrukcja mitu założycielskiego
amerykańskiej sądowej kontroli konstytucyjności prawa

Kraków

Recenzenci

dr hab. Paweł Laidler, prof. UJ

dr hab. Tomasz Wiecech, prof. UJ

Redakcja

Justyna Wójcik

Projekt okładki

Studio et cura

Publikacja dofinansowana przez Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego

ISBN 978-83-8138-063-8

DOI <http://doi.org/10.12797/9788981380638>

KSIĘGARNIA AKADEMICKA

ul. św. Anny 6, 31-008 Kraków

tel./faks: 12 431-27-43, 12 421-13-87

e-mail: akademicka@akademicka.pl

Księgarnia internetowa:

www.akademicka.pl

Riħl Jagiell

Rodzicom

Spis treści

PODZIĘKOWANIA	9
PROLOG	11
<i>Część I. Polityka i prawo</i>	15
ROZDZIAŁ 1. ORZECZENIE <i>MARBURY V. MADISON</i> JAKO PODSTAWA NORMATYWNA AMERYKAŃSKIEJ SĄDOWEJ KONTROLI KONSTYTUCYJNOŚCI PRAWA	17
ROZDZIAŁ 2. FEDERALIŚCI I ANTYPEDERALIŚCI – POLITYCZNE TŁO KONSTYTUCJI STANÓW ZJEDNOCZONYCH	33
ROZDZIAŁ 3. JOHN MARSHALL – REWOLUCJONISTA, JURYSTA, FEDERALISTA	79
ROZDZIAŁ 4. PRZEŚLADOWANIA OPOZYCJI POLITYCZNEJ WE WCZESNEJ REPUBLICE	109
ROZDZIAŁ 5. SPORY USTROJOWE ZA PREZYDENTURY JOHNA ADAMSA	155
ROZDZIAŁ 6. KRYZYS WYBORCZY W 1800 ROKU	183
ROZDZIAŁ 7. TAKTYKA ORZECZNICZA PREZESA MARSHALLA WOBEC PREZYDENTA JEFFERSONA	205
ROZDZIAŁ 8. SĄDOWA KAMPANIA OPORU FEDERALISTÓW	233
ROZDZIAŁ 9. ROZEJŚCIE ORZECZNICZE ROKU 1803: <i>MARBURY</i> KONTRA <i>STUART</i>	263
<i>Część II. Prawo i polityka</i>	313
ROZDZIAŁ 10. POTENCJALNE I WYIMAGINOWANE ŹRÓDŁA ANGLO-AMERYKAŃSKIEJ SĄDOWEJ KONTROLI PRAWA	315
ROZDZIAŁ 11. ETAPY ROZWOJU WCZESNEJ AMERYKAŃSKIEJ PRAKTYKI <i>JUDICIAL REVIEW</i>	339
ROZDZIAŁ 12. ALEXANDER HAMILTON JAKO SAMOZWĄNCZY RZECZNIK KONSTYTUCJI	371
ROZDZIAŁ 13. W POSZUKIWANIU KONSTYTUCYJNYCH PODSTAW SĄDOWEJ KONTROLI PRAWA	387
ROZDZIAŁ 14. SĄDOWNICTWO KONSTYTUCYJNE W DEBACIE RATYFIKACYJNEJ	411
ROZDZIAŁ 15. EKONOMICZNA INTERPRETACJA KONSTYTUCJI STANÓW ZJEDNOCZONYCH	427
ROZDZIAŁ 16. SĘDZIOWSKA OCENA USTAW W PIERWSZYCH LATACH OBOWIĄZYWANIA KONSTYTUCJI	449

ROZDZIAŁ 17. MIT ORZECZENIA <i>MARBURY V. MADISON</i> POPRZECZ WIEKI I KONTYNENTY.....	475
ROZDZIAŁ 18. JAK MARSHALL ODKRYŁ DZIKI ZACHÓD.....	529
ROZDZIAŁ 19. ZAKOŃCZENIE I WTAJEMNICZENIE	553
 BIBLIOGRAFIA	 571
 INDEKS OSOBOWY	 589
INDEKS SPRAW	601
 A SENTRY ON THE FRINGES OF THE CONSTITUTION. DECONSTRUCTING THE FOUNDING MYTH OF AMERICAN JUDICIAL REVIEW	 603

Podziękowania

Wydanie tej książki było możliwe dzięki życzliwej pomocy Pana Dziekana Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, prof. dr. hab. Jerzego Pisulińskiego, oraz Kierownika Katedry Prawa Konstytucyjnego, prof. dr. hab. Piotra Tulei. Panom Profesorom składam serdeczne podziękowania za tę pomoc.

Profesor Piotr Tuleja zachęcał mnie do napisania rozprawy na temat amerykańskiego prawa konstytucyjnego, a przed laty wspomniał mi o możliwości wykorzystania swego zaproszenia na spotkanie w wąskim gronie z Sędzią Sądu Najwyższego USA Anthonyem Kennedym, co stanowiło jeden z czynników podsycających me zainteresowanie amerykańskim ustrojem.

Do powstania tej książki nie doszłoby, gdyby nie postać Profesora Pawła Sarneckiego, pod którego niezmiennie przychylną i cierpliwą opieką miałem możliwość studiować i naukowo dojrzewać. Odejście Profesora w listopadzie 2016 r. spowodowało, że nie będzie mi dane, jak również Jego pozostałym wychowankom i współpracownikom, omawiać z Profesorem kolejnych koncepcji, problemów, tematów i planów, w tym tej książki. Kiedy rozpoczynałem uczestnictwo w seminarium z prawa konstytucyjnego prowadzonym przez Profesora Sarneckiego, ukazało się właśnie Jego opracowanie *Najstarszych konstytucji*. Otwierała je *Deklaracja Praw Wirginii z 1776 r.* Nie mogłem wtedy wiedzieć, że wyruszą w pełną przygodę, pełną doświadczeń podróże do Wirginii niczym do Itaki, ale już wtedy odczułem przebłysk, że owa odległa w czasie i przestrzeni Wirginia musi być niezwykle ciekawym tematem, skoro zajął się nią Profesor. Potwierdziło się to po wielokroć, czemu starałem się dać wyraz na kolejnych stronach książki, którym patronował duch Profesora Pawła Sarneckiego.

W trakcie prac nad tą rozprawą korzystałem z pomocy i inspiracji ze strony prof. Moniki Florczak-Wątor. Doświadczałem także życzliwości prof. dr. hab. Andrzeja Zięby. Czynnikiem pobudzającym mnie do głębszego zaangażowania w problematykę orzecznictwa amerykańskiego Sądu Najwyższego były również bardzo rozwijające zajęcia poświęcone I poprawce do amerykańskiej konstytucji prowadzone przez ks. prof. dra hab. Franciszka Longchamps de Bériera. Także przeczytana przed wieloma laty uwaga, że orzecznictwo Sądu w sprawie tej poprawki miota się od jednej skrajności do drugiej,

głęboko utkwiała mi w pamięci i zachęcała do naświetlenia realnego dorobku Sądu. To zaś wymagało w pierwszej kolejności podjęcia próby wyjaśnienia zagmatwanych początków tej instytucji, o czym traktuje niniejsza książka.

Bardzo pomocne i animujące do dalszych badań były dla mnie recenzje prof. Pawła Laidlera i prof. Tomasza Wieciecha. Obaj znawcy problematyki z wielkim zaangażowaniem przeczytali manuskrypt, pomagając mi w dostrzeżeniu jego rozlicznych ułomności. Refleksje prof. Laidlera i prof. Wieciecha obficie wykorzystywałem już w trakcie pisania tej książki. Wybornym zaangażowaniem i wnikliwością wykazał się zespół redakcyjny z wydawnictwa Księgarnia Akademicka. Prace nad książką prowadzone pod niezwykle pieczołowitą opieką Pani Redaktor Diany Osmędy i Pani Redaktor Justyny Wójcik znacząco wpłynęły na przedstawiany czytelnikom tekst. Przedstawiona tu próba odkrycia źródeł mitologii amerykańskiego sądownictwa konstytucyjnego była możliwa tylko dzięki „stawaniu na barkach gigantów”, czyli wykorzystaniu dorobku autorów polskich i zagranicznych zebranych w bibliografii. To wysiłki tych badaczy spowodowały, że kontynuacja ich kroków poprzednich była dla mnie tak fascynującą wyprawą.

Sebastian Kubas

Prolog

Na początku kwietnia 2012 r. prezydent Barack Obama, zaniepokojony zbliżającym się werdyktem Sądu Najwyższego w sprawie flagowego programu reformy ubezpieczeń zdrowotnych popieranego przez Demokratów i samego prezydenta, stwierdził publicznie, że uchylenie przez Sąd tej reformy, zwanej popularnie *Obamacare*, byłoby bezpodstawne, ponieważ wprowadzająca ją ustawa została uchwalona przez wyraźną większość w demokratycznie wybranym Kongresie. Wypowiedź ta wywołała rozliczne komentarze w świecie polityki i mediów, w większości krytyczne. Wyjątkowy charakter miała reakcja ze strony władzy sądowniczej. W nowoorleańskim Sądzie Apelacyjnym Piątego Okręgu toczyła się sprawa również dotycząca aspektu reformy ubezpieczeń zdrowotnych. Prowadzący ją sędzia Jerry Smith bezpośrednio zareagował na uwagi prezydenta Obamy, zwracając się do uczestniczącej w postępowaniu prawniczki z Departamentu Sprawiedliwości z żądaniem wyjaśnienia, czy Departament Sprawiedliwości uznaje prawo sądów federalnych do uchylania ustaw federalnych z powodu ich niekonstytucyjności. Sędzia Smith zacytował słowa prezydenta Obamy i zażądał wyparcia się tych tez przez przedstawicielkę jego administracji. Dana Lydia Kaersvang zdążyła jedynie rytualnie zapewnić sędziego: Orzeczenie *Marbury v. Madison* jest prawem, wysoki sędzie. Gdy jednak chciała wyjaśnić, dlaczego uchylenie ustawy nie byłoby wskazane, sędzia Smith przerwał jej w pół zdania i w zdumiewającej demonstracji siły nakazał przedstawicielce rządu dostarczenie mu w ciągu dwóch dni (do południa w czwartek) pisemnego wyjaśnienia, jakie jest stanowisko prokuratora generalnego i Departamentu Sprawiedliwości wobec ostatnich uwag prezydenta. Władczo sprecyzował, że dokument ma liczyć co najmniej trzy strony, z pojedynczym odstępem między wierszami. Traktując stojącą przed nim przedstawicielkę Departamentu Sprawiedliwości jak uczniaka, powołany jeszcze przez prezydenta Reagana sędzia Smith dodał, że dokument ma być konkretny, a także ma szczegółowo odnosić się do wypowiedzi prezydenta oraz do stanowiska prokuratora generalnego i jego departamentu¹.

¹ Szczegółowo sprawę relacjonował dziennikarz czasopisma „Forbes”, Avik Roy, zob. A. Roy, *Can the Supreme Court Legitimately Overturn Obamacare? Fifth Circuit Demands Homework Assignment from Justice Dept.*, „Forbes” 4 IV 2012, [online:] <http://www.forbes.com/sites/aroy/2012/04/04/can-the-supreme-court-legitimately-overturn-obamacare-fifth-circuit-demands-homework-assignment-from-justice-dept/>. Zob. także J. Crawford, *Appeals Court Fires Back at Obama's Comments on Health Care Case*, CBS News 4 IV 2012, [online:] <http://www.cbsnews.com/news/appeals-court-fires-back-at-obamas-comments-on-health-care-case/>.

Opisany epizod dobrze ukazuje poczucie pewności siebie sędziów amerykańskich, biorących przykład z Sędziów Sądu Najwyższego², a także okoliczność, iż orzeczenie *Marbury v. Madison* z 1803 r. stało się doktrynalnym amuletem władzy sędziowskiej, na który powołują się sędziowie i ich sprzymierzeńcy z kręgów politycznych i akademickich, aby oddalać wszelkie pretensje władz politycznych wobec systemu sądownictwa. W orzeczeniu tym, według konwencjonalnej opowieści, po raz pierwszy amerykański sąd stwierdził niekonstytucyjność ustawy, ustanawiając precedens obowiązujący po dziś dzień. Zauważmy, że w odruchowej odpowiedzi przedstawicielki egzekutywy na wyrzuty sędziego deklaracja podporządkowania się orzeczeniu *Marbury v. Madison* miała status wyznania wiary, ustrojowego *credo*. Jednakże przez prawie cały XIX w. orzeczenie to było w zasadzie ignorowane, przywoływane rzadko i w kontekstach niezwiązanych z jego późniejszą, dwudziestowieczną karierą³. Dopiero w ostatnich latach XX w. doktryna amerykańska rozpoczęła wnikliwe badania nad faktycznym sensem tego orzeczenia, jego kontekstem historycznym, postawą i motywacją autora, czyli Prezesa Sądu Najwyższego Johna Marshalla, wreszcie późniejszą recepcją wyroku z 1803 r. Okazało się, że można mówić o dwóch orzeczeniach *Marbury v. Madison*: tym pierwotnym, dziewiętnastowiecznym, oraz jego zmitologizowanej dwudziestowiecznej wersji, na której opiera się cały współczesny model *judicial review* – sędziowskiej kontroli konstytucyjności prawa. Nie będzie przesadą stwierdzenie, że doszło tu do wielkiej mistyfikacji, do przeinaczenia sensu orzeczenia *Marbury v. Madison* w sposób odpowiadający interesom władzy sędziowskiej.

Próba uchwycenia fenomenu współczesnego amerykańskiego modelu *judicial review* wymaga więc zrozumienia, jak fałszywe są teraźniejsze powołania na orzeczenie *Marbury v. Madison*, wymagające m.in. starannego pominięcia orzeczenia wydanego sześć dni później. To zaś możliwe będzie, gdy przyjrzymy się początkom amerykańskiej państwowości, a nawet wcześniejszej wielowiekowej tradycji sądownictwa angielskiego, w celu odsłonięcia wielowarstwowej historii oryginalnego orzeczenia Prezesa Marshalla. Wbrew wielu autorom, których rewizjonistyczne analizy uświęconego orzeczenia z 1803 r. mają wskazywać na brak ciągłości między tezami Johna Marshalla a pozycją Sądu w XX i XXI w., uważam jednak, że na głębszym poziomie orzeczenie *Marbury v. Madison* zapowiadało ambicje i praktyki sędziowskie z XX w. W kosmologii amerykańskiego sądownictwa sprawa z powództwa Williama Marbury'ego była odpowiednikiem wielkiego wybuchu, a więc punktu pierwotnego, który zawierał w sobie w skondensowanej formie cechy amerykańskiego sądownictwa konstytucyjnego, ujawniające się z wolna w kolejnych dwóch wiekach. W tym sensie sprawa *Marbury v. Madison* stanowi z jednej strony zafałszowaną

² W celu odróżnienia słowa „judge” (sędzia) od słowa „Justice” (sędzia Sądu Najwyższego) na oznaczenie członków tego szczególnego organu stosował będę słowo „Sędzia” pisane dużą literą.

³ Zob. R.L. Clinton, *Marbury v. Madison, Judicial Review, and Constitutional Supremacy in the Nineteenth Century*, [w:] M.A. Graber, M. Perhac (eds.), *Marbury versus Madison. Documents and Commentary*, Washington 2002, s. 84 i n.

i wypartą przeszłość, ale z drugiej strony, w przewrotnej retrospekcji, można dostrzec w niej załączek teraźniejszości. Rację ma Paul W. Kahn, gdy pisze, że badanie orzeczenia *Marbury* to badanie historycznych źródeł amerykańskiej imaginacji politycznej⁴.

Historyczny sens orzeczenia *Marbury v. Madison* nakazywałby raczej postrzeganie go jako niezbyt istotnego epizodu z pierwszych lat urzędowania Prezesa Marshalla. Jako demonstrację uległości Sędziów wobec nowej władzy, skrytą za pozornie surowymi napomnieniami pod adresem prezydenta Jeffersona. Jak pisze Akhil Reed Amar, „pomimo wszystkich odważnych tonów orzeczenia w sprawie *Marbury* John Marshall zadał w swe sędziowskie trąby na znak odwrotu”⁵. Właściwe jest postrzeganie tego orzeczenia jako kolejnego z opartych na instynkcie samozachowawczym gestów Sądu i przewodniczącego mu Johna Marshalla wobec nowo wybranych polityków ze stronnictwa Republikanów. Prowokacyjnie potrzebę pominięcia orzeczenia z 1803 r. w praktyce dydaktycznej ogłosił Sanford Levinson z University of Texas School of Law w tekstach o intrygujących tytułach, zwłaszcza dla czytelników polskich: *Dlaczego nie omawiam orzeczenia Marbury (chyba że dla słuchaczy z Europy Wschodniej) i dlaczego wy też nie powinniście*, a następnie w polemicznym uzupełnieniu *Dlaczego nadal nie będę omawiał orzeczenia Marbury (poza seminarium)*⁶. Podobne stanowisko wyraża Burt Neuborne, wykładowca na New York University School of Law, który pisze, nawiązując do Carla Collodiego, że gdy omawia dla studentów kompetencję amerykańskich sędziów do uchylania woli większości politycznej zakorzenioną w orzeczeniu *Marbury v. Madison*, jego nos wydłuża się nieco za każdym razem⁷.

Skoro jednak Sąd Najwyższy, środowisko sędziów amerykańskich i dominująca część wspierających ich badaczy, zwłaszcza z wcześniejszych generacji, właśnie w orzeczeniu w sprawie Williama Marbury’ego upatruje trwały fundament amerykańskiej kontroli konstytucyjności prawa, a wątek ten podchwytywany jest przez sędziów i badaczy z całego świata, od tego orzeczenia należy rozpocząć opowieść o Sądzie Najwyższym, jego marszu po władzę i metodach, jakie na tej drodze stosował. Przedstawiam tu w pewnym sensie historyczne śledztwo dotyczące genezy amerykańskiej sądowej kontroli prawa, a w takim razie, wykorzystując skojarzenia detektywistyczne, część I może być traktowana jako oględziny miejsca, w którym nie popełniono czynu, część II zaś jako poszukiwanie motywu tych, którym w powszechnej opinii przypisuje się sprawstwo.

⁴ P.W. Kahn, *The Reign of Law. Marbury v. Madison and the Construction of America*, New Haven 1997, s. 10.

⁵ A.R. Amar, *America’s Constitution. A Biography*, New York 2006, s. 223.

⁶ S. Levinson, *Why I Do Not Teach Marbury (Except to Eastern Europeans) and Why You Shouldn’t Either*, „Wake Forest Law Review” 2003, vol. 38, s. 553 i n.; idem, *Reply. Why I Still Won’t Teach Marbury (Except in a Seminar)*, „University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law” 2004, vol. 6, no. 3, s. 588 i n.

⁷ B. Neuborne, *Serving the Syllogism Machine. Reflections on Whether Brandenburg is Now (or Ever Was) Good Law*, „Texas Tech Law Review” 2011, vol. 44, s. 4-5.

Część I

Polityka i prawo

*Błędnie, wszystko błędnie; ale nikt w Stanach Zjednoczonych
nie potrafi powiedzieć, dlaczego ani w którym miejscu.*

Kongresman John Randolph of Roanoke
o jednym z orzeczeń Prezesa Marshalla

Rozdział 1

Orzeczenie *Marbury v. Madison* jako podstawa normatywna amerykańskiej sądowej kontroli konstytucyjności prawa

Konwencjonalne przedstawienie orzeczenia *Marbury v. Madison*¹ wykorzystywane jest w niezliczonych źródłach, podręcznikach, artykułach i orzeczeniach. Niezmiennym składnikiem tych przedstawień jest podkreślanie siły sprawczej Prezesa Marshalla. To on w swym orzeczeniu ustanowić miał sędziowską kontrolę konstytucyjności prawa, którą wiek później zaczęto nazywać *judicial review*. Do dobrego tonu należy też wychwalanie w tych relacjach mistrzostwa czy też geniuszu Prezesa Marshalla. Gdy mamy do czynienia z ujęciami obszerniejszymi, autorzy podejmują intrygujący problem (lub wpadają w pułapkę wynikającą z patrzenia na zdarzenia z początku XIX w. przez znacznie późniejszy, deformujący pryzmat). Oto bowiem z jednej strony znaczenie tego konkretnego orzeczenia napisanego przez pomnikową postać, patronującą po dziś dzień sędziom broniącym Konstytucji i społeczeństw przed parlamentami, polegać ma na akcie stworzenia, który dokonał się w 1803 r. Sąd działał przecież wówczas od kilkunastu lat, zatem uzasadnić pierwotne znaczenie orzeczenia *Marbury v. Madison* musi okoliczność, iż to Prezes Marshall jako pierwszy dostrzegł (nadał? wykorzystał?) kompetencję sądów do kwestionowania ustaw, choć Konstytucja nic o niej nie wspomina. Z drugiej strony ta konstatacja wydaje się części autorów niepokojąca na tyle, że działania Prezesa Marshalla uzasadniają tym, iż w istocie kompetencja sędziów do podważania rozstrzygnięć legislatyw ma wielowiekową tradycję, której Marshall był po prostu kontynuatorem. Uprzedzając dalsze rozważania, można stwierdzić, że takie konwencjonalne przedstawienia początków sądownictwa konstytucyjnego rozpoznać można po tym, że zwykle wiele miejsca poświęca się w nich tzw. sprawie doktora Bonhama, rozstrzygniętej w 1610 r. przez

¹ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

brytyjskiego sędziego Edwarda Coke'a, nie wspomina zaś o orzeczeniu *Stuart v. Laird* z 1803 r., wydanym sześć dni po orzeczeniu *Marbury v. Madison*.

Jak już zasygnalizowałem, współczesne amerykańskie sądownictwo konstytucyjne oderwało się od swych korzeni, opiera się na zmitologizowanej wizji przeszłości. Podejście takie przeniknęło refleksję badawczą na ten temat także w wymiarze językowym. Część pierwsza w tomie poświęconym historii Sądu², obejmująca okres od 1789 do 1873 r., zatytułowana jest *Sądy heroiczne*, jak gdyby autorzy naśladowali periodyzację Hezjoda, piszącego o „wieku heroicznym”. Jeszcze wyraźniejsze nawiązanie mitologiczne zawiera sam tytuł innej książki: *John Marshall i wiek heroiczny Sądu Najwyższego*³. Dominujące spojrzenie na historię amerykańskiego sądownictwa konstytucyjnego to perspektywa wewnętrzna, określona przez Johna Fabiana Witta mianem „insider approach”. Jest to perspektywa praktykującego prawnika, którego wszechświat wyznaczają materiały prawnicze, zwłaszcza orzeczenia sądów⁴. Krytyka takiego uprawiania refleksji badawczej wyrażona została przez J.F. Witta na tle historiograficznego ujęcia amerykańskiego prawa międzynarodowego, ale znakomicie nadaje się ona do opisanie ułomnego, jednostronnego traktowania historii Sądu Najwyższego i sprzężonej z nim historii amerykańskiego sądownictwa konstytucyjnego poprzez orzecznicze wypowiedzi samego Sądu, z pominięciem perspektywy społecznej i kulturowej. Na tę samą kwestię zwraca uwagę Bruce Ackerman w przełomowym pierwszym tomie swej serii poświęconej reinterpretacji amerykańskiego konstytucjonalizmu, *We the People. Foundations*, w którym zachęca badaczy do holistycznego spojrzenia i odrzucenia perspektywy, w której Sąd Najwyższy jest alfą i omegą⁵.

Wpływ działalności Sądu na badaczy jest jednak nadal bardzo silny. Dobrym przykładem trudności związanych z postulatem odrzucenia tej ograniczającej perspektywy jest jedno z nowszych opracowań dotyczących Konstytucji amerykańskiej, autorstwa Michaela S. Paulsena i Luke'a Paulsena. Książka wydana po raz pierwszy w 2015 r. nosi tytuł *Konstytucja. Wprowadzenie* i w zamierzeniu autorów ma być przyjaznym dla czytelników wprowadzeniem do Konstytucji „pod wszystkimi względami – jej stworzenia, jej treści i historii jej interpretacji”⁶. Autorzy już w samym wstępie stwierdzają obiecująco, że chcą przedstawić zwięźle, ale rzetelnie kwestie, które w większości przystępnych źródeł wyrażane są błędnie. Warto odpowiedni fragment zacytować szerzej, ponieważ zapowiada on wiele podejmowanych przeze mnie wątków:

² P.Ch. Hoffer, W. Hull Hoffer, N.E.H. Hull, *The Supreme Court. An Essential History*, Lawrence 2007, s. 13.

³ R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court*, Baton Rouge 2001.

⁴ J.F. Witt, *A Social History of International Law. Historical Commentary, 1861-1900*, [w:] D.L. Sloss, M.D. Ramsey, W.S. Dodge (eds.), *International Law in the U.S. Supreme Court. Continuity and Change*, New York 2011, s. 166-174.

⁵ B. Ackerman, *We the People. Foundations*, Cambridge, Mass. 1993, s. 59.

⁶ M.S. Paulsen, L. Paulsen, *The Constitution. An Introduction*, New York 2016, s. xiii.

Uważamy, że istnieje sposób pisania prosto, który pozwala jednak na pogłębione omawianie Konstytucji – zwięźle i rzetelnie, a nie w sposób uproszczony i zniekształcony. Niestety, większość popularnych ujęć Konstytucji – w podręcznikach szkolnych, źródłach internetowych i mediach – bardzo pod tym względem zawodzi. Są one przepełnione błędami, mitami i przeinaczeniami. Niezmiennie nauczają, że Sąd Najwyższy, w orzeczeniu *Marbury v. Madison*, wynalazł ideę „judicial review” (nieprawda); że interpretacja Konstytucji należy wyłącznie do sądów (nieprawda); że Sąd Najwyższy zawsze ma ostatnie słowo na temat znaczenia Konstytucji (nieprawda); że znaczenie słów zawartych w Konstytucji płynnie zmienia się z czasem (nieprawda); a wreszcie, co chyba jest najbardziej oburzające, że historia Konstytucji to stały postęp ku sprawiedliwości (nieprawda). Każde z tych twierdzeń – szeroko akceptowanych przez Amerykanów, nawet tych, którzy utrzymują, że obeznani są z Konstytucją – zawiera wady. Niektóre są półprawdą, inne ćwierćprawdą, część z nich jest całkowicie błędna⁷.

Niestety, pomimo takich zapowiedzi autorzy dzieła *Konstytucja. Wprowadzenie*, bynajmniej nie skrótownego, gdyż liczącego przeszło 300 stron druku, rychło wpadają w utartą koleinę, śladem wielu wcześniejszych amerykańskich badaczy ustroju, którzy postrzegają Konstytucję prawie wyłącznie przez pryzmat orzeczeń Sądu Najwyższego. Choć we wstępie zapowiadali omówienie treści Konstytucji, w istocie poprzestają na streszczeniu dziesiątek orzeczeń Sądu, a postaci i grupy mające faktyczny wpływ na rozumienie Konstytucji, polityków, w tym kongresmanów i prezydentów, działaczy społecznych, ludzi nauki i kultury, a wreszcie rzesze wyborców, wspominają okazjonalnie i na drugim tle. Szczególnie jest to widoczne i uderzające w ostatnim rozdziale, zatytułowanym *Współczesna era aktywizmu sędziowskiego (1960-2015)*, w którym utyskują na nieuprawniony wpływ, jaki Sąd wywiera na amerykański ustrój, ale bezwiednie autorzy wpływ ten utrwalają, przedstawiając burzliwą historię konstytucyjną USA od lat 60. XX w. jako wypisy z poszczególnych orzeczeń. Akcentują tu trudności doświadczonego konstytucjonalisty Michaela S. Paulsena (w duecie autorów to on jest siłą sprawczą, jego syn informatyk pełni funkcję pomocniczą), ponieważ te nieudane ostatecznie próby przezwyciężenia własnej perspektywy badawczej są charakterystyczne dla przedstawicieli amerykańskiej doktryny konstytucyjnej, w większości wykształconych w kulcie Sądu i zajmujących się jego dorobkiem tak intensywnie, że tracących z pola widzenia świat poza „marmurowym pałacem”, symbolicznie mieszczącym się pod numerem pierwszym Pierwszej Ulicy (*North-East*) w Waszyngtonie. Skrajnym wyrazem takiego stanowiska jest teza Isaaca Unaha, który stwierdza, że Sąd Najwyższy zajmuje centralną pozycję w amerykańskim systemie reprezentatywnym i jest głównym narzędziem demokracji. Autor ten aprobatywnie cytuje też tezę, że Konstytucja jest najważniejszą sprawą w ży-

⁷ *Ibidem*, s. xvi.

ciu każdej osoby żyjącej w Stanach Zjednoczonych⁸. Słowa te wyrażane są bez żadnych zastrzeżeń, choć można by sądzić, że takie kwestie, jak choćby zdrowie, rodzina czy dobrobyt, mogą skutecznie konkurować z Konstytucją o rangę najważniejszej sprawy w życiu Amerykanów.

W niniejszej książce staram się utrzymywać odmienne nastawienie badawcze. Skupiam uwagę na Sądzie Najwyższym jako rzekomym ośrodku kontroli prawa i kreowania treści konstytucyjnych. Wątki z zakresu historii amerykańskiego ustroju, zwłaszcza przekształcenia dotyczące Kongresu i prezydentów, pojawiają się zatem posiłkowo. Zastrzegam przy tym, że podzielam zasadniczo tezę Cassa R. Sunsteina, że zmiany rozumienia amerykańskiej Konstytucji są produktem „wielu umysłów”, jak to ujmuje ten autor, a więc obywateli i ich przedstawicieli, poważnym błędem jest zaś skupianie uwagi na interpretacjach sędziowskich⁹. Ogniskując uwagę na zmitologizowanych interpretacjach sędziowskich, unikam natomiast zarysowanej powyżej perspektywy wewnętrznej, na rzecz możliwie zewnętrznego oglądu. Uważam, że jeśli chce się zrozumieć zjawisko sędziowskiej kontroli prawa, to dużo należy pisać nie o sędziach, lecz o ich środowisku. Przedstawiam działalność Sądu i jego pozycję ustrojową jako skutek, a nie przyczynę procesów ustrojowych rozpoczętych formalnie uchwaleniem Konstytucji z 1787 r., zakorzenionych w doświadczeniach państwowych, kolonialnych, a wcześniej brytyjskich. Dlatego z należnym dystansem traktuję wypowiedzi samego Sądu. Interesuje mnie raczej to, w jakich okolicznościach i dlaczego Sędziowie formułowali pewne wypowiedzi orzecznicze, których wartości, jak będę dalej utrzymywał, nie należy przeceniać. Staram się tym samym przerzucić pomost między imaginariem prawniczym a tłem historycznym. Równolegle istotnym składnikiem mojej opowieści są zmagania badaczy ustroju amerykańskiego z własną historią konstytucyjną. Mitologia nie istnieje bez mitotwórców i wyznawców, a dziełem tym parali się przede wszystkim nie Sędziowie, lecz właśnie rzesze badaczy ustroju. Obficie przedstawiam więc ich opinie, zderzam poglądy, aby lepiej naświetlić gotowość świata prawniczego i akademickiego do rozwijania przeznaczonej wizji historii, ale również aby zaprezentować bardzo inspirujące intelektualnie wysiłki na rzecz kompleksowego rozumienia amerykańskiego ustroju i wpływu nań prawników.

Dobrym wprowadzeniem do próby szerszego wyjaśnienia, w jaki sposób formowała się władza Sądu, zwłaszcza w pierwszych dekadach istnienia republiki amerykańskiej, jest skrótowne przyjrzenie się, jak orzeczenie *Marbury v. Madison* funkcjonuje we współczesnych, konwencjonalnych ujęciach.

Autorem często przytaczanych wyrazów zachwyty, o literackich wprost walorach panegiryku, nad geniuszem Marshalla, który objawił w orzeczeniu z powództwa Mar-

⁸ I. Unah, *The Supreme Court in American Politics*, New York 2010, s. xi.

⁹ Zob. C.R. Sunstein, *A Constitution of Many Minds. Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*, Princeton 2011, s. 3 i n.

bury'ego, jest Robert G. McCloskey, oczarowujący czytelników kolejnych wydań swego cenionego opracowania na temat Sądu Najwyższego w następujący sposób:

(...) Sąd po 1801 r. jeszcze przez pewien czas nie budził respektu, podobnie jak wcześniej; niezależność sędziowska nie była utrwalona; prawdziwa siła doktryny *judicial review* nie dała się jeszcze odczuć; problem Unii nie był jeszcze zasadniczo poruszany. Marshall powstrzymywał się, czekając na bardziej sprzyjający czas. Jego prymat wśród budowniczych amerykańskiej tradycji konstytucyjnej opiera się nie tylko na jego dobrze znanej odwadze, na jego „tygrysim instynkcie uderzania w najczulsze miejsce”, jak to nazwał raz entuzjastyczny metaforysta, ale także na jego mniej dostrzeganym poczuciu powściągliwości.

Słynna sprawa *Marbury v. Madison* z 1803 r. wydaje się zaprzeczać temu twierdzeniu, ale w istocie potwierdza je. To orzeczenie jest arcydziełem zawołowania, znakomitym przykładem zdolności Marshalla do uniknięcia niebezpieczeństwa, podczas gdy zdawał się z nim igrać, przykładem umiejętności posuwania się w jednym kierunku, podczas gdy jego przeciwnicy spoglądali w drugą stronę¹⁰.

McCloskey ukształtował swe poglądy na temat Marshalla w latach 50. XX w., ale tak wzniosły sposób pisania występuje także we współczesnych opracowaniach. W wydanej w 2014 r. pracy uznany historyk Harlow G. Unger dwukrotnie powtarza wcześniejszą opinię Johna Paula Franka, iż Marshall przystąpił do Konstytucji tak jak Bóg przystąpił do chaosu, w czasie gdy wszystko wymagało stworzenia, a tylko wspaniały kreatywny geniusz mógł tak wykorzystać okazję¹¹. Unger następnie samodzielnie uzupełnia te biblijne porównania, pisząc, że orzeczenia Sądu Marshalla trafiały w amerykański pejzaż prawny niczym gromy z niebios, a „Marshall, Amerykański Prawodawca” ogłosił wszystkim Amerykanom, czego nie będą czynić, a co czynić mogą¹². W nowej biografii Marshalla z 2018 r. Joel Richard Paul, prawnik konstytucjonalista, również uderza w panegiryczny ton, pisząc tak:

Nikt z założycielskiej generacji amerykańskich liderów nie miał większego wpływu na amerykańską Konstytucję od Johna Marshalla i nikt nie uczynił więcej od Marshalla dla utrzymania delikatnej jedności nowo powstałej republiki. Jako Prezes Marshall kierował Sądem Najwyższym przez trzydzieści cztery lata, dłużej niż każdy z pozostałych Prezesów, i w pojedynkę ustanowił jego znaczenie i supremację w amerykańskim życiu. Kim George Washington był dla amerykańskiej polityki, tym John Marshall był dla amerykańskiej sprawiedliwości. Pod nawałą politycznych adwersarzy gotowych prawie na wszystko, by go powstrzymać, Marshall znakomicie oskrzydlił swych rywali. Wbrew

¹⁰ R.G. McCloskey, *The American Supreme Court*, revised by S. Levinson, Chicago 2005, s. 25.

¹¹ H.G. Unger, *John Marshall. The Chief Justice Who Saved the Nation*, Boston 2014, s. 4 i 183.

¹² *Ibidem*, s. 293.

nawałnicy sił grożących rozbiciem delikatnej, kruchej unii Marshall obronił swą wizję silnej federalnej władzy. Uzbrojony tylko w swą elokwencję i pomysłowość Marshall triumfował wbrew wszystkim przeciwnościom¹³.

Rozpoczynając głębsze badania nad amerykańskim sądownictwem konstytucyjnym, miałem zbliżony obraz postaci Marshalla, wyrobiony wstępnie na podstawie podobnych do tego ujęć. Mogę zatem wyobrazić sobie zaskoczenie czytelników dalszych stron, gdy okaże się, jak bardzo fałszywy jest to obraz. Nie chodzi wyłącznie o mistyfikację osobną, ale o status fundamentalnego orzeczenia wydanego przez Marshalla.

Richard H. Fallon Jr. otwiera swój długi wywód na temat orzeczenia *Marbury v. Madison* uwagami o jego wyjątkowym statusie:

Jeśli jest ono postrzegane jako sprawa, która ustanowiła *judicial review*, orzeczenie *Marbury* ma podstawowe, a nawet konstytutywne znaczenie w jurysprudencji konstytucyjnej. Usunięcie orzeczenia *Marbury*, a znana nam doktryna konstytucyjna zniknie. (...) nawet jeśli ogólnie przyjęte nauczanie na temat *Marbury* jest częściowo mitem, ten mit stał się rzeczywistością w doktrynie konstytucyjnej¹⁴.

John Brigham podobnie zauważa: „w orzeczeniu *Marbury* nasze konwencje usytuowały początek prawa konstytucyjnego”¹⁵. Erwin Chemerinsky w swym wykorzystywanym na wielu uczelniach podręczniku stwierdza z najwyższą stanowczością:

Orzeczenie *Marbury v. Madison* jest najważniejszym rozstrzygnięciem w amerykańskim prawie konstytucyjnym. Ustanowiło ono podstawę kontrolowania przez sądownictwo konstytucyjności działań władzy wykonawczej i ustawodawczej. Choć Konstytucja milczy na temat tego, czy sądy federalne mają taką kompetencję, istnieje ona od orzeczenia *Marbury*¹⁶.

W świetle takiego stwierdzenia z poważnego i cenionego podręcznika doprawdy trudno uwierzyć Sanfordowi Levinsonowi, że amerykańskim studentom nie należy zadawać tego orzeczenia.

Należy też odczuwać powagę sytuacji, gdy pojawia się choćby wstępna zapowiedź, że podważenie statusu orzeczenia *Marbury* grozi zniknięciem ustalonej doktryny konstytucyjnej. W sondażu przeprowadzonym w 1974 r. przez organizację American Bar

¹³ J.R. Paul, *Without Precedent. Chief Justice John Marshall and His Times*, New York 2018, s. 1.

¹⁴ R.H. Fallon Jr., *Marbury and the Constitutional Mind. A Bicentennial Essay on the Wages of Doctrinal Tension*, „California Law Review” 2003, vol. 91, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2307/3481382>, s. 4-5.

¹⁵ J. Brigham, *Political Epistemology. John Marshall's Propositions for Modern Constitutional Law*, [w:] T.C. Shevory (ed.), *John Marshall's Achievement. Law, Politics, and Constitutional Interpretations*, New York 1989, s. 162.

¹⁶ E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, New York 2006, s. 39.

Association wśród prawników, sędziów i wykładowców prawa orzeczenie *Marbury v. Madison* uznano za najważniejsze rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego ze wszystkich wydanych¹⁷. W stołecznym Archiwum Narodowym w rotundzie poświęconej „kartom wolności” (*Charters of Freedom*) kopia tego orzeczenia wystawiona jest za Deklaracją Niepodległości, Konstytucją i *Bill of Rights*¹⁸. W budynku Sądu Najwyższego na drugim piętrze znajduje się noszące imię Prezesa Marshalla gustowne pomieszczenie dla sędziów, John Marshall Dining Room, w którym wiszą na ścianie portrety Jamesa Madisona oraz Williama Marbury’ego. Rola Jamesa Madisona, współtwórcy państwa amerykańskiego, czołowego współautora Konstytucji i deklaracji praw zawartych w pierwszych poprawkach do niej, późniejszego prezydenta USA, jest oczywiście nie do przecenienia. Zestawienie i uhonorowanie wraz z nim Williama Marbury’ego, lokalnego działacza politycznego, głównego urzędnika stanu Maryland do spraw finansowych, który przegrał swoją jedyną sprawę przed Sądem, mogłoby zostać uznane za niedorzeczność, gdyby nie symboliczny wymiar sprawy, z której Sędziowie czerpią po dziś dzień swoją władzę.

Jednoznacznie ten aspekt wyraża William E. Nelson, który w monografii poświęconej orzeczeniu stwierdza:

Orzeczenie *Marbury v. Madison* na długo pozostanie fundamentalną sprawą dla rozumienia pracy i orzecznictwa Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych. W opinii napisanej w 1803 r. przez Prezesa Johna Marshalla Sąd wyraźnie po raz pierwszy rozstrzygnął, że posiada to, co obecnie nazywamy uprawnieniem *judicial review*, czyli kompetencją do badania, czy ustawodawstwo Kongresu jest zgodne z Konstytucją. (...) Tak oto orzeczenie *Marbury v. Madison* było bardzo brzemienne w skutki sprawą, która ostatecznie przyznała wielką władzę Sądowi Najwyższemu Stanów Zjednoczonych i innym sądom konstytucyjnym na świecie¹⁹.

W świetle wcześniejszej informacji, że przez blisko 100 lat sam Sąd Najwyższy nie powoływał się na to pierwsze rozstrzygnięcie, które rzekomo przyznało mu wielką władzę, jeszcze przed zagłębieniem się w zawilości sprawy z 1803 r. można dostrzec, że to w XX w. doszło do przeformułowania orzeczenia *Marbury v. Madison* i nadania mu właściwości, której wcześniej nie rozpoznawano. Kpiąco pisze Mark A. Graber, iż okoliczność, jakoby orzeczenie w sprawie *Marbury* ustanowiło *judicial review*, była w XIX w. dobrze skrywanym sekretem²⁰.

¹⁷ M.J. Klarman, *How Great Were the „Great” Marshall Court Decisions?*, „Virginia Law Review” 2001, vol. 87, no. 6, <http://dx.doi.org/10.2307/1073950>, s. 1113.

¹⁸ C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision. Jefferson, Adams, Marshall, and the Battle for the Supreme Court*, New York 2009, s. x.

¹⁹ W.E. Nelson, *Marbury v. Madison. The Origins and Legacy of Judicial Review*, Lawrence 2000, s. 1.

²⁰ M.A. Graber, *Establishing Judicial Review. Marbury and the Judicial Act of 1789*, „Tulsa Law Review” 2003, vol. 38, no. 4, s. 627.

Mitotwórczego przeformułowania dopuścił się Sąd Najwyższy, przede wszystkim w orzeczeniu *Cooper v. Aaron* z 1958 r., w którym Sędziowie jednomyślnie napisali:

Artykuł VI Konstytucji czyni Konstytucję „najwyższym prawem powszechnym”. W 1803 r. Prezes John Marshall, wypowiadając się w imieniu jednomyślnego Sądu i odwołując się do Konstytucji jako do „podstawowego i najważniejszego prawa narodu”, ogłosił w wybitnej sprawie *Marbury v. Madison*..., że „Zdecydowanie to domeną i powinnością władzy sędziowskiej jest stwierdzanie, co jest prawem”. W tym rozstrzygnięciu ogłoszono podstawową zasadę, że sądownictwo federalne odgrywa najważniejszą rolę w wykładni Konstytucji, a zasada ta od tego czasu była przestrzegana przez ten Sąd oraz przez całe państwo jako stała i niezbędna cecha naszego ustroju konstytucyjnego²¹.

Odnotujemy wstępnie, jak zwięźle Sędziowie wyrazili w 1958 r., w oparciu o cytaty z 1803 r., zasadę ustrojową znacznie wykraczającą poza kompetencję do oceny zgodności z Konstytucją w wersji, jaką ogłaszać czy powtarzać mógł w 1803 r. Prezes Marshall. W 1958 r. orzeczenie *Marbury v. Madison* oznaczać już miało, że to Sąd Najwyższy, stojący na szczycie hierarchii sądownictwa federalnego, „odgrywa najważniejszą rolę w wykładni Konstytucji”. Zwrot o przestrzeganiu jej przez całe państwo oznacza zaś niedwuznacznie konieczność przestrzegania tej „stałej i niezbędnej” cechy ustroju amerykańskiego przede wszystkim przez pozostałe, konkurujące władze, czyli przez Kongres i prezydenta.

Siłą orzeczenia *Cooper v. Aaron* polega też na jego doskonale samosprawczym, autokreacyjnym charakterze. Ta „niezbędna zasada ustrojowa”, polegająca na pierwszeństwie Sądu w interpretowaniu Konstytucji, proklamowana zostaje w orzeczeniu, w którym Sąd interpretuje Konstytucję, domagając się przestrzegania swej pozycji od innych organów państwowych i twierdząc, że taki stan posłuszeństwa trwa od 1803 r.

Tę samą tezę wyrażono w 2000 r. w orzeczeniu *United States v. Morrison*, w którym padają słowa: „Władze polityczne bez wątpienia odgrywają rolę w interpretowaniu i stosowaniu Konstytucji, ale od sprawy *Marbury* ten Sąd pozostaje najważniejszym interpretatorem tekstu konstytucyjnego”²². W praktyce Sąd Najwyższy „rutynowo przytacza orzeczenie *Marbury*, by spowijać swe rozstrzygnięcia konstytucyjną legitymacją, kiedy jest kwestionowany przez aktorów politycznych”²³.

Normotwórczy wymiar orzeczenia *Marbury*, zadekretowany w 1958 r. przez Sąd, faktycznie przekracza samą Konstytucję. Michael W. McConnell zauważa, że prawie wszystkie zajęcia dydaktyczne poświęcone amerykańskiemu ustrojowi rozpoczynają

²¹ *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958).

²² *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000).

²³ M. Schor, *The Strange Cases of Marbury and Lochner in the Constitutional Imagination*, „Texas Law Review” 2009, vol. 87, no. 7, s. 1463.

się od orzeczenia *Marbury*. Co więcej, podczas wielu zajęć z prawa konstytucyjnego studenci czytają i analizują to orzeczenie, zanim zabiorą się za lekturę samej Konstytucji. W jednym z dwóch najpopularniejszych książkowych zbiorów do nauki prawa konstytucyjnego pierwszym zagadnieniem jest orzeczenie *Marbury*, a sama Konstytucja zepchnięta jest do załącznika. Michael W. McConnell komentuje to tak, że w ten sposób subtelnie przekazuje się, iż źródłem prawa konstytucyjnego nie jest akt ludu z 1787 r., ale rozstrzygnięcia Sędziów Sądu Najwyższego²⁴. Dopowiem, że komentarz ten trafnie opisuje też działalność Prezesa Marshalla, choć oficjalnie bardzo by temu zaprzeczał.

Opinie na temat orzeczenia *Marbury v. Madison* formułowane z dwudziestowiecznej perspektywy pojawiają się także u piszących o ustroju amerykańskim autorów polskich, inspirowanych konwencjonalnymi źródłami, których próbkę tu przytoczyłem. W wielokrotnie wznawianym podręczniku ustrojów państw współczesnych Paweł Sarnecki, omawiając klauzulę supremacji amerykańskiej Konstytucji, stwierdza:

Właściwie też od samego początku funkcjonowania Konstytucji USA nie było wątpliwości, kto powinien ustalać, czy ta wymagana zgodność ustaw (przepisów) i traktatów z Konstytucją ma miejsce. Tym czynnikiem miały być sądy (...). Badania historyczne wskazują także, że od początku funkcjonowania Unii sądy uznawały się za uprawnione do kontrolowania zgodności ustaw zarówno stanowych, jak i federalnych z Konstytucją Unii. Początkowo uznawały zgodność z Konstytucją ustaw federalnych (inaczej było przy ustawach stanowych), ale już w 1803 r. doszło do pierwszego wyroku SN, w którym zakwestionowano, i to skutecznie, zgodność ustawy federalnej z Konstytucją Unii. Sprawa dotyczyła pewnego fragmentu Judiciary Act z 1789 r., który przyznawał SN prawo wydawania nakazów sądowych, zobowiązujących administrację federalną do pewnych działań. Sąd Najwyższy, pod przewodnictwem i dużym wpływem swego prezesa J. Marshalla, uznał takie rozwiązanie za sprzeczne z zasadą konstytucyjną, uznającą SN jedynie za sąd odwoławczy (...). W ten sposób powstał precedens prawa konstytucyjnego Stanów Zjednoczonych o olbrzymim znaczeniu, przesądzający o istnieniu omawianych uprawnień sądów, który w literaturze amerykańskiej nosi nazwę *judicial review*²⁵.

Osobno warto zauważyć, że nawet w tym krótkim fragmencie Paweł Sarnecki starannie rozróżnia dwa aspekty sędziowskiej kontroli prawa, wertykalny i horyzontalny, które przez współczesnych autorów amerykańskich są włączane machinalnie do ogólnej kategorii pojęciowej *judicial review*. Aspekt wertykalny, czyli kontrolowanie przez sądy federalne poczynań władz stanowych, od początku istnienia państwa amerykańskiego, choć długo kontestowany, był w zasadzie jasny. Zupełnie inaczej sprawa się miała, o czym

²⁴ M.W. McConnell, *Toward a More Balanced History of the Supreme Court*, [w:] Ch. Wolfe (ed.), *That Eminent Tribunal. Judicial Supremacy and the Constitution*, Princeton 2004, s. 142.

²⁵ P. Sarnecki, *Ustroje konstytucyjne państw współczesnych*, Warszawa 2013, s. 130-131.

opowiada ta książka, z aspektem horyzontalnym, czyli badaniem przez sądy, a szczególnie Sąd Najwyższy, działań równorzędnych konstytucyjnie organów, w szczególności aktów Kongresu. Jednym z nielicznych autorów amerykańskich odczuwających potrzebę rozróżnienia tych spraw jest Keith E. Whittington²⁶. Pisząc dalej o sędziowskiej kontroli prawa lub równoważnie o *judicial review*, zgodnie z powszechnym uzusem językowym za przedmiot rozważań będę miał domyślnie kontrolę horyzontalną, choć oba wymiary pozostają w subtelny związku.

O postrzeganiu „epokowego” orzeczenia *Marbury v. Madison* pisze w zbliżony do P. Sarneckiego sposób Grzegorz Górski:

Marshall wychodził w istocie ze sprawy jako zwycięzca i nowy arbiter w sprawach stosowania konstytucji. Jego orzeczenie było arcymistrzowskim posunięciem politycznym w momencie przełomowym, a jednocześnie rozstrzygnięciem iście salomonowym niezwykle skomplikowanego problemu. I dlatego w powszechnym przekonaniu sprawa *Marbury v. Madison* stała się przełomową w dziejach zarówno amerykańskiego konstytucjonalizmu, jak i w procesie tworzenia rzeczywistej równowagi trzech segmentów rządu Stanów Zjednoczonych – Kongresu, Prezydenta i Sądu Najwyższego.

W istocie jednak, z wąsko jurydycznego punktu widzenia, orzeczenie to nie tworzyło nowej instytucji prawnej. Zasada *judicial review* faktycznie występowała już wcześniej, i to nie tylko na gruncie amerykańskim²⁷.

Wykorzystane powyżej cytaty badaczy zagadnienia pełnić tu mają podwójną funkcję. Przede wszystkim są one wyrazem współczesnego postrzegania sprawy z 1803 r. uznanej za precedens. Trafnie tu akcentuje Górski, że chodzi o powszechne przekonanie. Gdy zaś przekonanie takie wyraża sam Sąd, jak czyni to od 1958 r., z poziomu rozważań ustrojowych i historycznych przechodzimy wprost na płaszczyznę obowiązującego prawa, ustalanego przez Sąd. W tym znaczeniu orzeczenie *Marbury v. Madison* w sensie nadanym mu w XX w. stanowi normę prawną egzekwowaną przez sądy, czego wyrazem był przytoczony w *Prologu* epizod z sądu federalnego w Nowym Orleanie.

Dodatkowo jednak nawet te krótkie cytaty zapowiadają, że problem prawny Williama Marbury’ego (ujawnijmy od razu, że fikcyjny) oraz jego pokłosie stanowi element niezwykle skomplikowanej konstrukcji władzy sędziowskiej, której przeniknięcie jest utrudnione nie tylko z powodu celowych zabiegów manipulacyjnych, wśród których pierwszeństwo przyznają działaniom Prezesa Marshalla, ale także z powodu istotnej zmiany języka. Gdy dziś piszemy o precedensie z 1803 r., o doktrynie *judicial review*, w istocie korzystamy z innego zestawu pojęć niż ten, którym dysponowała pierwsza

²⁶ Zob. K.E. Whittington, *The Power of Judicial Review*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York 2015, s. 388-390.

²⁷ G. Górski, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych do 1930 roku*, Lublin 2006, s. 106.

generacja obywateli nowo utworzonej federacji amerykańskiej. Rozbudowany opis tła sprawy *Marbury v. Madison*, konfliktu politycznego, którego była elementem (bynajmniej nie o kluczowym znaczeniu), postaci Johna Marshalla oraz doktryn ustrojowych i prawnych, na które się powoływał, pozwolić ma na lepsze zrozumienie podwójnego znaczenia omawianego orzeczenia, faktycznego i mitotwórczego. Dzięki temu odsłonić i wyjaśnić będzie można słabo skrywane paradoksy zawarte w przedstawianych cytatach. Jak można mówić o mistrzostwie Johna Marshalla jako sędziego realizującego Konstytucję USA, skoro przytaczani autorzy akcentują mniej lub bardziej bezpośrednio woluntaryzm jego rozstrzygnięcia, przełomowy precedens, o olbrzymim znaczeniu, przesądzający o istnieniu uprawnień sądów (najwyraźniej wcześniej nieznanymi bądź niewykorzystywanymi)? Jak można pisać o epokowym orzeczeniu, skoro nie tworzyło ono, zdaniem tego samego autora, nowej instytucji prawnej? Horace Binney, czołowy prawnik z Filadelfii, w swej popularnej i wydanej drukiem mowie pogrzebowej na cześć Marshalla odniósł się do licznych jego orzeczeń, ale nie wspomniał o sprawie *Marbury v. Madison*. Podobnie nie podnoszono rangi tego orzeczenia w innych mowach pogrzebowych²⁸. Jak można pisać o „tygrysim instynkcie” i unikaniu niebezpieczeństw przez Marshalla, rzekomego twórcę zasady przestrzeganej od 1803 r., skoro umierał on rozgoryczony, w poczuciu marginalizacji, uważał dorobek swego życia za porażkę, Sąd za nieodwracalnie osłabiony, a Konstytucję za skazaną na zagładę, ponieważ Amerykanie odrzucili jego konserwatywną wizję Rewolucji z 1776 r. na rzecz obłąkańczego opowiedzenia się za demokracją?²⁹ Jak można pisać o przesądzeniu przez Marshalla o istnieniu uprawnień sądów, skoro orzeczenia z marca 1803 r. były tak naprawdę kapitulacją wobec ekipy Jeffersona i werdyktu wyborczego – kapitulacją, która ledwo uchroniła Marshalla i jego braci z Sądu przed *impeachmentem*? Ciężar tej kapitulacji Sędziowie boleśnie odczuwali aż do 1891 r., a formalnie do 1911 r., zmuszeni do wielce uciążliwego objeżdżania okręgów sądowych. Jak wreszcie można deklarować wiarę w salomonowe rozstrzygnięcie problemu przez Marshalla, który ogłosić miał stałą i niezbędną cechę ustroju amerykańskiego, skoro od początku do końca uwikłany był on w sprawę Williama Marbury’ego osobiście i politycznie, a kluczowy dla swych rozważań fragment Konstytucji po prostu zignorował, po niedługim czasie deklarował zaś gotowość do poddania orzeczeń Sądu kontroli Kongresu? Jak formułować można ocenę, że sprawa *Marbury v. Madison* była przełomem w tworzeniu rzeczywistej równowagi trzech władz, skoro jedna z tych władz, znajdująca się na końcu procesu decyzyjnego i wydająca ostateczne orzeczenia, na podstawie tego orzeczenia usytuowała się w roli nadrzędnego interpretatora prawa i podmiotu ustalającego wiążącą inne władze treść Konstytucji?

²⁸ K.E. Whittington, A. Rinderle, *Making a Mountain out of a Molehill? Marbury and the Construction of the Constitutional Canon*, „Hastings Constitutional Law Quarterly” 2012, vol. 39, no. 4, s. 850.

²⁹ R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 464.

William M. Wiecek we wprowadzeniu do swej monografii poświęconej historii Sądu Najwyższego przekonywał, że w orzeczeniu *Marbury v. Madison* Marshall skupił amerykańską teorię konstytucyjną wokół dwóch fundamentalnych założeń. Pierwszym jest uznanie, że Konstytucja jest prawem, a jako takie podlega interpretowaniu i egzekwowaniu przez sędziów w ramach ich zwykłej pracy. Drugim jest uznanie, że prawo jest czymś radykalnie odrębnym od polityki. Polityka jest dzieckiem arbitralnej woli i władzy, a prawo jest wytworem racjonalnego osądu. Puentuje to Wiecek stanowczą deklaracją: „Nikt nie podważył dotąd pierwszej tezy Marshalla; rzadko ktoś odrzuca drugą, a w tych nielicznych przypadkach współcześni zakrzykują takiego krytyka jako heretyka, który zagraża samej zasadzie rządów prawa”³⁰. Będę starał się wykazać, że oba elementy tej deklaracji wyrażone w pracy wydanej po raz pierwszy w 1988 r., a także oba tak przedstawione założenia Marshalla są nie tylko fikcyjne, zarówno na poziomie założeń teoretycznych, jak i opisu analiz doktrynalnych, ale też stanowią fikcje niebezpieczne, ponieważ bezkrytyczne hołdowanie im prowadziło w amerykańskim rozwoju konstytucjonalizmu do wypaczenia tego, co szlachetne w idei rządów prawa.

W wyrafinowanej monografii poświęconej orzeczeniu *Marbury v. Madison* cytowany Paul W. Kahn argumentuje, że orzeczenie to doskonale pokazuje nasze powszechne rozumienie roli sędziowskiej. Uwikłanie Johna Marshalla w całą rozstrzyganą sprawę i jego dogłębną wiedzę o tym, co się faktycznie zdarzyło, musimy pominąć, akceptując istnienie odrębnej postaci Sędziego Marshalla, który wraz z Sądem może korzystać tylko z takiej wiedzy, jaką przedstawiono na sali sądowej, widząc tylko dowody, a nie fakty. Jak przekonuje Kahn, stłumienie przez Prezesa Marshalla wiedzy uzyskanej przez samego siebie w odrębnym, „niesędziowskim” wcieleniu nie jest bynajmniej aktem negacji, ale pozytywnym aktem upewnocnienia, samonadania władzy, pozwalającym Marshallowi na korzystanie ze zwierzchnictwa płynącego z rządów prawa, przeciwstawianych rządowi ludzi. Odwołując się do Platona, pisze Paul W. Kahn, że postrzeganie przez nas Prezesa Marshalla jako Sędziego identyfikującego się z Sądem i prawem, a nie jako Johna Marshalla z Wirginii głęboko zaangażowanego w politykę na szczeblu centralnym, to przyjęcie „szlachetnych kłamstw” – pozorów w złożonym świecie prawniczych znaczeń³¹. Zachęcam na dalszych stronach do odrzucenia takiej perspektywy i do przeniknięcia zasłony nie tak szlachetnych kłamstw na temat genezy amerykańskiej sądowej kontroli prawa. W przeciwnym razie zmuszeni byłibyśmy pozostać w pozycji badaczy, którym przedmiot badań wyznacza dopuszczalną ostrość spojrzenia. Wyzwolenie z tak ograniczonej perspektywy pozwala zwłaszcza na rozpoznanie kluczowej dla wszelkiej refleksji ustrojowej konstatacji, że relacje między rządami prawa a rządami ludzi są zgoła inne, niż chcieliby tego apologety idei rządów prawa.

³⁰ W.M. Wiecek, *Liberty under Law. The Supreme Court in American Life*, Baltimore 1990, s. 1-2.

³¹ Zob. P.W. Kahn, *The Reign of Law. Marbury v. Madison and the Construction of America*, New Haven 1997, s. 118-124.

Jak zapowiedziałem, staram się tu szczególnie przerzucić pomost między ustaleniami prawników a historyków. Historycy bez wykształcenia prawniczego nie są skłonni do wdawania się w krytyczną analizę materiałów prawniczych, w tym orzeczeń, lub traktują wątki prawnicze pobieżnie, polegając na wizji historii wyrażanej w orzeczeniach i przez komentujących prawników. Przykładem niech będzie tu zdanie z cenionej i obsypanej nagrodami książki niemieckiego historyka Jürgena Osterhammela poświęconej przemianie świata w XIX w.: „Najważniejszą prawną osobliwością Stanów Zjednoczonych było istnienie Sądu Najwyższego, upoważnionego od 1803 r. do interpretowania Konstytucji w ramach dynamiki długoterminowej zmiany konstytucyjnej nienarzucanej przez bieżącą politykę”³². W zdaniu tym elementem prawdziwym jest jedynie fragment „istnienie Sądu Najwyższego”. Dla kontrastu wskażę obszerne dzieło Jamesa T. Kloppenberga poświęcone rozwojowi demokracji, w którym całe rozdziały, bardzo bogato udokumentowane, poświęca autor ustrojowi Stanów Zjednoczonych, ale Sąd Najwyższy pojawia się dopiero w ostatnim rozdziale, w końcowych partiach, jako zbiorowy autor niesławnego orzeczenia z 1857 r., które przyczyniło się do wybuchu wojny secesyjnej³³. Dodam, że to bardzo trafne potraktowanie wkładu Sądu w rozwój wartości demokratycznych w historii Stanów Zjednoczonych w XVIII i XIX w.

Prawnicy czy też historycy prawa nazbyt często ulegali zaś wspomnianej perspektywie wewnętrznej i polegali na tezach z orzeczeń. Nawet jeśli starali się przedstawić działalność Sądu i przemiany ustrojowe w Stanach Zjednoczonych w ramach poszerzonej politycznej historii Sądu, to koncentracja na orzeczeniach prowadziła zwykle do alternatywnej wizji historii rozgrywającej się jedynie na stronicach zapisywanych przez Sędziów, z Sądem jako siłą sprawczą opisywanych wydarzeń. Jak sądzę, było to konsekwencją naturalnego odruchu prawnika, że orzeczenie wyraża prawo, a prawo kształtuje rzeczywistość. W książce uważanej za jedną z najważniejszych pozycji w doktrynie amerykańskiego prawa konstytucyjnego pada teza, że orzeczenie *Marbury v. Madison* wywiera magnetyczny wpływ jako wielkie wydarzenie historyczne, uświęcone i otaczane czcią, mające właściwie fizyczny wymiar jak Alamo lub Gettysburg³⁴. Taka ograniczona perspektywa widoczna jest szczególnie w masywnej, wielotomowej serii historii Sądu Najwyższego opracowywanej od 1955 r. na podstawie stosownej ustawy Kongresu (*sic!*) w oparciu o fundusze przekazane w zapisie testamentowym przez wybitnego Sędziego Olivera Wendella Holmesa Jr. (*The Oliver Wendell Holmes Devise History of the Supreme Court of the United States*). Powstające w ramach tej serii drobiazgowo opracowane foliały są

³² J. Osterhammel, *The Transformation of the World. A Global History of the Nineteenth Century*, trans. by P. Camiller, Princeton 2014, s. 595.

³³ J.T. Kloppenberg, *Toward Democracy. The Struggle for Self-Rule in European and American Thought*, New York 2016, s. 663.

³⁴ A. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven 1986, s. 74.

tak ciężkie, że postawione obok siebie mogą złamać półkę biblioteczną, co widziałem na własne oczy, ale dobór treści powoduje, że w ograniczonym zakresie pozwalają na zrozumienie faktycznych interakcji Sądu ze światem zewnętrznym, szczególnie politycznym. Zasadnie rozczarowanie takim ujęciem wyraził w recenzji jednego z tomów Mark Tushnet, pisząc, że główna historia Sądu Najwyższego przedstawiana w ramach tego przedsięwzięcia okazuje się tradycyjną historią polityczną, w której na wąsko przedstawianym tle politycznym streszczane są rozwlekłe orzeczenia³⁵.

Zaryzykowałbym stwierdzenie, że problem historyków i historyków prawa ze zrozumieniem początków amerykańskiego sądownictwa konstytucyjnego wiąże się z dwiema kwestiami metodologicznymi występującymi w historiografii, omawianymi przez Gabrielle M. Spiegel. Pierwszą jest tzw. zwrot lingwistyczny, który w latach 60. i 70. XX w. objawił się jako przekonanie, że język jest konstytutywnym czynnikiem ludzkiej świadomości i społecznej produkcji znaczeń, a nasze poznanie świata odbywa się poprzez instrument zakodowanej w języku percepcji. Podważony zaś został status języka jako neutralnego medium komunikacji, przeżroczystości przekazującego dokładny opis rzeczywistości. Drugą kwestią jest teza, że nowożytna zachodnia historia zaczyna się od decydującego rozróżnienia pomiędzy teraźniejszością i przeszłością. Historycy muszą nakreślić linię pomiędzy tym, co martwe, a więc przeszłością, a tym, co żywe. Historyk wypełnia przestrzeń między przeszłością i teraźniejszością, a przestrzeń ta powstaje dzięki założycielskiemu cięciu dokonanemu przez historię jako dyscyplinę naukową. Historyk musi skonstruować przedmiot swojego badania. Historia jest produktem współczesnej mentalnej reprezentacji nieistniejącej już przeszłości, która nosi w sobie piętno ideologii lub polityki³⁶.

Oba te zagadnienia wpływają na historyczne poznanie, a przynajmniej rozpoznanie początków amerykańskiego sądownictwa konstytucyjnego, związanego z wydarzeniami z 1803 r. Jeśli zwrot językowy podważył ufność w neutralność języka, to w podejmowanym tu obszarze rodzi to dodatkową trudność, polegającą na konieczności zakwestionowania orzeczeń sędziowskich, wyrażonych także w języku, ale narzucających wynikający z istoty prawa obowiązek podporządkowania się orzeczeniom, a nie zachętę do ich kwestionowania. Jak będę starał się pokazać, ten nawyk podporządkowania orzeczeniom wiódł na manowce liczne generacje amerykańskich badaczy. Wielce problematyczne jest również owo założycielskie cięcie, pozwalające na ustalenie przedmiotu historycznego badania, ponieważ cały urok orzeczenia *Marbury v. Madison* w amerykańskim ustroju polega na tym, że wykorzystywane jest ono jako element rozszerzonej teraźniejszości. Orzeczenie

³⁵ M. Tushnet, *The Oliver Wendell Holmes Devise History of the Supreme Court of the United States. Vol. 4, The Taney Period 1836-64. By Carl B. Swisher*, „Catholic University Law Review” 1976, vol. 25, no. 3, s. 681-686.

³⁶ Zob. G.M. Spiegel, *Zadanie historyka*, [w:] E. Domańska (red.), *Teoria wiedzy o przeszłości na tle współczesnej humanistyki. Antologia*, Poznań 2010, s. 23-29.

to każdego dnia, m.in. we wspomnianym sądzie w Nowym Orleanie, legitymować ma konstytucyjną aktywność sądów i w tym sensie jest przeciwieństwem martwej przeszłości, poddającej się badaniu.

Jak twierdzę, sprawa *Marbury v. Madison* stanowi klucz do opisu i oceny funkcjonowania amerykańskiego sądownictwa konstytucyjnego, szczególnie w jego obecnym charakterze. Rozwikływanie jej zawłości wymaga cierpliwości i gotowości do porzucenia współczesnej, spreparowanej w XX w. optyki, ale pozwoli na obcowanie z fascynującym, pierwotnym okresem tworzenia zrębów władzy sędziowskiej, wyrażającym jej ambicje, siłę i bezsilność. W szerszym wymiarze był to także czas, w którym Amerykanie rozpoczynali swój „wielki eksperyment z republikańską formą rządów”³⁷, a spory z tego okresu, z głównym udziałem Sądu Najwyższego, zagroziły po kilku dekadach rozpadem Unii w wojnie secesyjnej, ich echa zaś słyszalne są po dziś dzień, i to – ponownie – w dużym stopniu na forum Sądu Najwyższego. Gotowość na zmierzenie się z heretycko krytycznym ujęciem pozycji Sądu Najwyższego pozwoli na zrozumienie roli Sądu w tym wielkim amerykańskim eksperymencie, ale też na lepsze uświadomienie sobie, jak trudny i bolesny dla mas społecznych był ten eksperyment. Uważam także za bardzo trafne twierdzenie Doroty Lis-Staranowicz, iż problemy badawcze związane z amerykańskim sądownictwem konstytucyjnym mają wymiar uniwersalny, ponieważ dotyczą zagadnień występujących w każdym państwie demokratycznym, w którym funkcjonuje sądownictwo konstytucyjne. Dodatkowo, jak uzupełnia ta autorka wnikliwej monografii o tym zagadnieniu: „wiedza na temat sądownictwa konstytucyjnego i jego skutków dla demokratycznego charakteru państwa w USA jest znacznie bogatsza, ponieważ instytucja ta obecna jest w porządku prawnym od ponad dwóch stuleci”³⁸. Skłonny byłbym dodać, że w Stanach Zjednoczonych wiedza ta jest prawdopodobnie najbogatsza, a doświadczenia amerykańskie z sądownictwem konstytucyjnym już od pierwszej połowy XIX w. były bacznie obserwowane i recypowane w Europie. Niepomnierny udział w tej recepcji, trwającej po terazniejszość, miało przeinaczone całkowicie orzeczenie *Marbury v. Madison*.

³⁷ G.S. Wood, *Empire of Liberty. A History of the Early Republic, 1789-1815*, New York 2011, s. 4.

³⁸ D. Lis-Staranowicz, *Legitymizacja sądowej kontroli prawa w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, Olsztyn 2012, s. 12.

Federaliści i Antyfederaliści – polityczne tło Konstytucji Stanów Zjednoczonych

Konstytucja Stanów Zjednoczonych, przygotowana latem 1787 r. podczas konwencji filadelfijskiej, była reakcją na wady Artykułów Konfederacji. Słabość tego pierwszego aktu konstytucyjnego jednoczącego państwa wyzwalała się ze związków z brytyjską macierzą była boleśnie odczuwana, ale jednocześnie wpisana w cały projekt. Artykuły Konfederacji zostały ratyfikowane dopiero po 4 latach, w 1781 r., w końcowej fazie wojny, w której niezbędna była silna władza centralna, mogąca prowadzić działania zbrojne. Od początku utrzymywał się paradoksalny stosunek mieszkańców postkolonialnych państw do władz Konfederacji. Jak tłumaczy G. Edward White, zmiana na ustrój republikański dokonała się na poziomie tych państw i ich konstytucji, niespójne zaś z republikanizmem wydawało się utrzymywanie silnej władzy centralnej, oddalonej i wyraźnie mniej odpowiedzialnej przed ludem, ale tylko władza centralna w postaci Kongresu Kontynentalnego mogła prowadzić wojnę. Ta ambiwalencja Amerykanów wyrażała się w nieufności do władzy wykraczającej poza granice lokalne, przy jednoczesnym przyznawaniu, że przynajmniej w trakcie wojny jakaś władza wyższa jest potrzebna¹. Przywiązanie do władz lokalnych nie mogło jednak dziwić, gdy uwzględnimy uwagi Akhila Reeda Amara, iż przed 1776 r. obecne stany były od siebie prawnie tak rozdzielone jak Irlandia i Indie², dzielący zaś New Hampshire i Georgię dystans przeszło 1000 mil i rozbieżność kulturowa nie były znacząco różne od dystansu geograficznego i kulturowego oddzielającego obie te kolonie od Wielkiej Brytanii³. Mieszkańcy trzynastu kolonii wiedzieli wtedy prawdopodobnie więcej o wydarzeniach w Anglii niż w sąsiadujących koloniach⁴. Przy wszystkich swoich ograniczeniach Konfederacja jako przymierze przyjaciół, w którym władza centralna ograniczona była do legislatywy, a suwerenność faktycznie spoczywała w pluralnych „united states”, wydawała się więc jedynym możliwym rozwiązaniem.

¹ G.E. White, *Law in American History*, vol. 1: *From the Colonial Years Through the Civil War*, New York 2012, s. 159.

² A.R. Amar, *America's Constitution. A Biography*, New York 2006, s. 22.

³ *Ibidem*, s. 41.

⁴ R. Beeman, *Plain, Honest Men. The Making of the American Constitution*, New York 2009, s. 8.

Władze Konfederacji zdołały jednak nieoczekiwanie wygrać wojnę o niepodległość i zyskać uznanie obcych potęg.

Doświadczenie wspólnej walki zbrojnej i satysfakcja z zaskakującego zwycięstwa nad imperium rychło ustąpiły jednak przed narastającym rozdzwieniem między młodymi państwami i groźbą daleko posuniętej anarchizacji. Kongres Kontynentalny (po ratyfikacji Artykułów Konfederacji w 1781 r. stał się formalnie Kongresem Konfederacji) pozostawał zaś pod względem prawnym w zasadzie „zgrupowaniem ambasadorów niezależnych państw”⁵, a podczas pierwszego posiedzenia tego ciała w 1774 r. „nikt z obecnych nie był do końca pewien, czym ono jest”⁶. Jak to sugestywnie opisuje Carol Berkin, w soczystym przekładzie Jerzego S. Kuglera,

(...) nowe idee niosły niebezpieczeństwo rewolucji społecznej, która mogłaby zburzyć nie tylko swoje własne założenia, lecz także rządy prawa. Wydawało się, że dookoła wybuchały niekontrolowane niesnaski społeczne (...) polityczny zamęt na najwyższych szczeblach osiągnął stan krytyczny. Współpraca między stanami (...) znikła wraz z niepodległością. Rozpanoszyły się rywalizacja i wyzysk, a odzyskanie zagorzałego lokalizmu oznaczało wrogość Wirgińczyków wobec mieszkańców Marylandu, mieszkańców stanu Nowy Jork wobec tych z New Jersey, mieszkańców Georgii wobec mieszkańców Karoliny Południowej. (...) Naród znalazł się na granicy autodestrukcji czy wręcz zaniku. Wielu francuskich i angielskich przedstawicieli w Ameryce przepowiadało, że wkrótce ten parweniuszowski eksperyment republikański zakończy się⁷.

Jak widać, porównanie do dystansu między Irlandią a Indiami nie było przesadzone. W latach 1786-1787 dominowało poczucie, że formuła Konfederacji nie pozwala na skuteczne reagowanie na narastające wyzwania wewnętrzne i zewnętrzne, takie jak niezdolność do finansowania władz, a zatem i armii, niemożność przeciwdziałania zagranicznym restrykcjom handlowym czy choćby napaściom algierskich piratów na amerykańskie statki⁸.

Impuls do przekształcenia Konfederacji w mocniejszy związek wyszedł z Wirginii, która zresztą jako pierwsza ratyfikowała Artykuły Konfederacji. Warto tu już zasygnalizować, że na obszarze wirginijskiego Starego Dominium, gdzie wyrastał i rozpoczynał

⁵ J.P. Frank, *Historical Bases of the Federal Judicial System*, „Law and Contemporary Problems” 1948, vol. 13, no. 1, s. 7.

⁶ E.S. Morgan, *Inventing the People. The Rise of Popular Sovereignty in England and America*, New York 1989, s. 263. Ustrój Konfederacji przedstawia T. Wiecech, *Unia w myśli politycznej Thomasa Jeffersona*, Kraków 2012, s. 33 i n.

⁷ C. Berkin, *Doniosłe rozstrzygnięcie. Tworzenie amerykańskiej konstytucji*, tłum. J.S. Kugler, Warszawa 2005, s. 10.

⁸ Zob. M.J. Klarman, *The Framers' Coup. The Making of the United States Constitution*, New York 2016, s. 11 i n.

swą karierę John Marshall, późniejszy Prezes Sądu Najwyższego, szczególnie silny był ferment ustrojowy i prawniczy, co wyraźnie inspirowało młodego Marshalla.

Po kilku latach funkcjonowania Artykułów Konfederacji, stanowiących w zasadzie traktat pokojowy⁹, ocena ich niedostatków była podzielana równie powszechnie, co poczucie, że rozszerzenie kompetencji Kongresu Kontynentalnego jest niemożliwe z powodu różnic interesów, rozbieżności między delegatami i szerokiej awersji do wzmacniania władzy ponadpaństwowej. Jednocześnie to odczucie, że legislatury skonfederowanych państw dopuszczają się nadużyć, było jednym z bodźców prowadzących do zwołania konwencji filadelfijskiej¹⁰.

Sformułowanie o nadużyciach przysłania w istocie motywujący zwolenników powstania amerykańskiej federacji, w miejsce konfederacji, fundamentalny spór o wymiarze bez mała cywilizacyjnym. W wyzwolonych koloniach amerykańskich ścierały się dwie odmienne mentalności dotyczące postrzegania właściwego porządku świata, rozwijające pewne idee z polityki angielskiej, które w Anglii ostatecznie miały charakter marginalny, a w Ameryce nabrały wielkiego znaczenia. Chodziło o opozycję między „dworem” a „krajem” czy też „prowincją”, czyli między nowoczesną władzą centralną, *Court*, a zakorzenionym na prowincji ziemiaństwem, *Country*. W państwie angielskim niezbyt spójna i słaba opozycja wobec trwających od 1721 r. dwie dekady rządów premiera Roberta Walpole’a dotyczyła zapoczątkowanej przez niego modernistycznej polityki, opierającej się na rozwijającym się rynku kapitałowym, nowej klasie społecznej handlowców, inwestorów i spekulantów, oraz wykorzystującej rosnącą w siłę centralną biurokrację. Te procesy powodowały, że władza z rąk starej elity, czyli ziemiaństwa, które upatrywało w sobie reprezentację „kraju”, przechodziła do – ujmując to skrótowo i akcentując załączki współczesności – londyńskiego *City*, czyli nowych elit finansowych¹¹. W ten sposób rodził się osiemnastowieczny brytyjski „kompleks finansowo-militarny”¹².

Spór pomiędzy „krajem” a „dworem” śledzili z zaangażowaniem mieszkańcy amerykańskich kolonii, z których większość sympatyzowała z postulatami prowincji i oskarżeniami wobec partii dworu o korupcję i dławienie swobód. Ta retoryka, jak pisze Thomas Fleming, stała się zasadniczą częścią słownika używanego do usprawiedliwiania rewolucji amerykańskiej¹³. W odniesieniu do nieco późniejszego okresu Tomasz Wiciech pisze wręcz o uderzających podobieństwach między sporem ideologicznym w Ameryce lat 90. XVIII w. a 100 lat wcześniej sporem angielskich radykalnych wigów z torysa-

⁹ R. Beeman, *Plain, Honest Men...*, s. 8.

¹⁰ G.S. Wood, *Empire of Liberty. A History of the Early Republic, 1789-1815*, New York 2011, s. 16.

¹¹ Zob. S. Elkins, E. McKittrick, *The Age of Federalism. The Early American Republic, 1788-1800*, New York 1993, s. 6-15.

¹² A. Taylor, *American Revolutions. A Continental History, 1750-1804*, New York 2017, s. 93.

¹³ T. Fleming, *The Great Divide. The Conflict Between Washington and Jefferson That Defined a Nation*, Boston 2015, s. 108.

mi¹⁴. W Ameryce trzy przenikające się czynniki wpłynęły na twórcze rozwinięcie tego angielskiego zespołu idei. Po pierwsze, kontekst rewolucyjny, który nadawał atrakcyjność prądom intelektualnym krytycznym wobec scentralizowanej władzy brytyjskiego imperium, po drugie, wyjątkowy kontekst projektowania państwa amerykańskiego zbiorowym wysiłkiem kreatywnym elit zgromadzonych w Filadelfii, a wreszcie oddalenie od centrum (w pewnym sensie wyzwolone kolonie stanowiły prowincję prowincji, peryferie w stanie czystym), nie po raz pierwszy w historii sprzyjające swobodniejszym poszukiwaniom myślowym¹⁵.

Wiekopomnym osiągnięciem konwencji odbytej w Filadelfii stała się federalna Konstytucja zjednoczonych stanów, wyrzekających się – jak sądziła elita polityczna popierająca jej ratyfikację – suwerenności. Zaakcentować trzeba jednak, że prace ustrojowe w Filadelfii były nielegalne. Znakomicie ironicznie wyraził to David M. Kennedy, czołowy amerykański historyk i redaktor serii *Oxford History of the United States*, który w jednym z tomów tego wydawnictwa napisał w przedmowie, że w okresie niewiele dłuższym od dekady Amerykanie zrzucili jarzmo brytyjskie oraz porzucili Artykuły Konfederacji, co było „rekordem wojenniczego łamania prawa i politycznej niestałości, który dawał niewielką nadzieję na ich zdolność do podtrzymania żywotnego ustroju czy nawet spójnego i spokojnego społeczeństwa”¹⁶. Lawrence Goldstone napisał zaś, że niewiele państw powstało w oparciu o mniejszy zapal do zjednoczenia¹⁷.

Podjmując wątek przyjęcia Konstytucji Stanów Zjednoczonych, pragnę na wstępie zaznaczyć, że w wymiarze historiograficznym temat ten przez długie lata nie był satysfakcjonująco kompleksowo podejmowany w amerykańskiej literaturze przedmiotu. Intrygujące są krótkie notki innych autorów zachwalające okazałą książkę Michaela J. Klarmana poświęconą tworzeniu amerykańskiej Konstytucji. Szereg uznanych badaczy amerykańskiej Konstytucji, w tym tak ważni autorzy, jak Gordon S. Wood, Jack N. Rakove i Woody Holton, którzy sami publikowali cenione książki na temat genezy amerykańskiej państwowości, zgodnie stwierdza, że takiej pracy, jak książka Michaela J. Klarmana, dotychczas nie było. W notkach tych zawartych na stronie przedtytułowej pojawiają się stwierdzenia takie, jak: „to pierwszy wszechstronny opis całej walki o Konstytucję Stanów Zjednoczonych”, „wreszcie uzyskujemy kompletny opis całego okresu działalności twórców Konstytucji”, „Michael Klarman ofiarowuje nam książkę,

¹⁴ T. Wiecech, *Unia w myśli politycznej...*, s. 83.

¹⁵ Zob. G. Schramm, *Pięć rozdroży w dziejach świata. Porównanie*, tłum. B. Baran, Warszawa 2009, s. 11-33; S. Kubas, „Niczym Homer dla poetów epickich” – brytyjskie inspiracje dla amerykańskich ojców założycieli, [w:] R. Kłosowicz et al. (red.), *Konstytucjonalizm, doktryny, partie polityczne. Księga dedykowana Profesorowi Andrzejowi Ziębie*, Kraków 2016, s. 443-444.

¹⁶ D.M. Kennedy, *Editor's Introduction*, [w:] G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. xiv.

¹⁷ L. Goldstone, *Dark Bargain. Slavery, Profits, and the Struggle for the Constitution*, New York 2005, s. 22.

której zadziwiająco dotąd nie napisano”. Wszystkie te uwagi dotyczą książki, która po raz pierwszy ukazała się dopiero jesienią 2016 r.¹⁸

Aspekt nielegalności, czyli naruszania przy amerykańskiej transformacji ustrojowej zasad formalnych, powodujący, że w ówczesnym języku konwencja określana była jako „irregular”¹⁹, wymaga podkreślenia już teraz z co najmniej trzech powodów ważnych dla podejmowanych dalej wątków. Po pierwsze, dorobek konwencji filadelfijskiej w postaci tekstu Konstytucji był kontestowany przez wiele dekad głównie z tego powodu, że zerwał konfederację i zredukował rolę ustrojową trzynastu dawnych kolonii. Wielu przeciwników tworzonej Federacji oczekiwało drugiej konwencji, uważając, że w Filadelfii zostali przechytrzeni i zaskoczeni przez doskonale przygotowaną grupę Madisona²⁰. Napięcie wytworzone między interesami postkolonialnych państw i wyrażającymi ich interesy Antyfederalistami a prącami do daleko posuniętej integracji Federalistami²¹ było przez kolejne osiem dekad podstawowym sporem w amerykańskiej polityce, skonkludowanym symbolicznie dopiero kapitulacją generała Lee pod Appomattox w 1865 r. To napięcie doprowadziło też do orzeczenia *Marbury v. Madison* i późniejszych licznych ważnych orzeczeń Sądu Najwyższego, którymi rozwijał on zakres swej władzy. Po drugie, stopniowo to Sąd uplasował się w pozycji arbitra kolejnych transformacji ustrojowych, co szczególnie widoczne było podczas kryzysu konstytucyjnego w latach 30. XX w., na tle reform prezydenta Roosevelta. Po trzecie, jednym z bardzo istotnych tematów we współczesnej dyskusji o pozycji Sądu i jego swobodzie w interpretacji Konstytucji są tezy „oryginalistów” (zwykle konserwatywnej proveniencji), nakazujących dochowanie wierności oryginalnemu tekstowi Konstytucji czy też intencjom Ojców Założycieli, a sprzeciwiających się progresywnemu dostosowywaniu Konstytucji do współczesności. W ostatnich dekadach debaty na temat określonej metody interpretacji konstytucyjnej w dużej mierze dotyczyły wręcz jej relacji do oryginalizmu²², który udało się środowiskom konserwatywnym przedstawić jako punkt odniesienia.

¹⁸ Zob. M.J. Klarman, *The Framers' Coup...*

¹⁹ P. Maier, *Ratification. The People Debate the Constitution, 1787-1788*, New York 2010, s. 3-4.

²⁰ L. Goldstone, *The Activist. John Marshall, Marbury v. Madison, and the Myth of Judicial Review*, New York 2011, s. 35.

²¹ Zasady polskiej pisowni nakazują pisanie małą literą nazw członków stronnictw politycznych. W prezentowanym tu wywodzie rozróżnienie między „federalistami” a „Federalistami” oraz „republikanami” a „Republikanami” jest jednak kluczowe. Madison był federalistą i republikaninem, jako zwolennik pewnych poglądów, a na swej drodze politycznej z Federalisty stał się Republikaninem, angażując się w działalność odpowiednich stronnictw politycznych. Dla klarowności dalszego opisu zdecydowałem się na rozszerzenie stosowanego w języku polskim wobec amerykańskich stronnictw politycznych wyjątku i używanie dużych liter w nazwach członków stronnictw i formach pochodnych.

²² J. Greene, *Interpretation*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York 2015, s. 888.

Przyjęcie takiej głównej normy wierności tekstowi z 1787 r. w obrębie wiary konstytucyjnej, w rozumieniu Sanforda Levinsona, nastęrcza dużych trudności, zważywszy na to, że tekst ten został przyjęty niezgodnie z wymogami obowiązujących wówczas Artykułów Konfederacji²³. Co prawda James Madison starał się przedstawić rozbudowaną argumentację uzasadniającą legalność prac w Filadelfii, tak aby podtrzymać zgodność nowej Konstytucji z Artykułami Konfederacji, twierdząc m.in., że Konstytucja była tylko modyfikacją Artykułów, ale zasadnie można uznać, że polityk ten musiał sam rozumieć, iż każdy krok w jego rozumowaniu był możliwy do teoretycznego podważenia i był podważany w praktyce przez współczesnych mu oponentów²⁴.

Rolę głównego architekta przemian w okresie poprzedzającym konwencję przypisać należy właśnie Jamesowi Madisonowi, który po kilkunastu latach zostanie pozwany przez Marbury'ego. Madison należał do uczniów wielbego Johna Witherspoona, który od 1768 r. nauczał w College of New Jersey (obecnie Princeton University). W gronie tych uczniów znalazła się znaczna część elity politycznej tego okresu, m.in. pięciu delegatów na konwencję filadelfijską, dwunastu przedstawicieli w Kongresie Kontynentalnym, dwudziestu ośmiu senatorów, czterdziestu dziewięciu członków Izby Reprezentantów, trzech Sędziów Sądu Najwyższego oraz wielu innych sędziów i polityków. Wielbny Witherspoon uczył swych słuchaczy, że polityka, jak służba kościołowi, może być powołaniem, poprzez które można sławić Boga. Zdaniem badaczy to właśnie Madison ucieleśniał w swej karierze credo Witherspoona²⁵.

Madison przyjaźnił się blisko z Jeffersonem, z którym w ciągu 40 lat wymienił 1250 listów. Pozyskał także sympatię i szacunek George'a Washingtona za swe działania na rzecz rewolucyjnej sprawy. Kiedy Washington i Jefferson stali się wrogami, właśnie na tle wspomnianego sporu cywilizacyjnego, Madison został zmuszony do dokonania wyboru na rzecz jednego z antagonistów²⁶. W 1783 r. Madison jako delegat na Kongres Konfederacji był świadkiem pożałowania godnych wydarzeń, pokazujących, jak niestabilna była struktura ustrojowa ustanowiona w Artykułach Konfederacji. Regiment zbuntowanych żołnierzy z Armii Kontynentalnej, domagających się wypłaty żołdu, otoczył z bagnetami siedzibę władz w Filadelfii, w której odbywały się obrady Kongresu Kontynentalnego. Delegaci Kongresu na drugi dzień w obawie o swe bezpieczeństwo uciekli do wioski Princeton. Drobny i chorowity Madison zmuszony był do spania w jednym łóżku z innym delegatem, o uciążliwie słusznej posturze. Bunt udało się poskromić, ale Kongres był powszechnie wyśmiewany w prasie, a w Europie wieści o zajściu odbierano jako

²³ S. Levinson, *Constitutional Faith*, Princeton 2011, s. 131.

²⁴ W.D. Moore, *Constitutionalism*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook...*, s. 809-810.

²⁵ J.R. Vile, *The Constitutional Convention of 1787. A Comprehensive Encyclopedia of America's Founding*, Santa Barbara 2005, s. 241.

²⁶ Zob. T. Fleming, *The Great Divide...*, s. 1-19.

całkowity upadek amerykańskich władz, na który liczyli zwłaszcza Brytyjczycy. W tym samym roku do Filadelfii dostarczono kopię traktatu pokojowego z Brytyjczykami. 3 marca 1784 r. upływał sześciomiesięczny termin na zwrot ratyfikowanego przez Kongres traktatu, tymczasem w styczniu w Filadelfii przebywali delegaci jedynie sześciu zamiast wymaganych dziewięciu państw niezbędnych do ratyfikacji najważniejszego aktu od ogłoszenia Deklaracji Niepodległości. Tylko rozpaczliwe depesze rozesłane przez przewodniczącego Kongresu zapewniły przyjazd nieobecnych delegatów i skuteczne zatwierdzenie traktatu kończącego wojnę rewolucyjną²⁷.

W marcu 1785 r. z inspiracji Jamesa Madisona doszło w posiadłości George'a Washingtona w Mount Vernon w państwie Wirginia do narady, tzw. Mount Vernon Conference, podczas której przedstawiciele sąsiadujących państw Maryland i Wirginia omawiali status rzeki Potomac (m.in. sprawy żeglugi, połowu, regulacji handlowych). Pod auspicjami Washingtona doszło tam do uzgodnienia, które znacząco wykraczało poza zakres upoważnień przyznanych przedstawicielom przez ich macierzyste legislatury. Legislatury Maryland i Wirginii zaaprobowwały jednak zawarte porozumienie, ale nie zdecydowały się na wypełnienie wymogu artykułu VI Artykułów Konfederacji, który nakazywał przekazywanie porozumień dwóch lub więcej państw składowych Kongresowi Kontynentalnemu. Bruce Ackerman spekuluje, że to właśnie doświadczenie mogło zachęcić Madisona do dalszych działań. Przekonał się bowiem, że delegaci zgromadzenia zwołanego *ad hoc* mogą wyjść poza zakres swych upoważnień, a następnie może im to ujść na sucho, pomimo że cała inicjatywa była „wyraźnie niekonstytucyjna”, a jednocześnie gospodarczo bardzo korzystna dla zainteresowanych stron²⁸.

Następnie podczas obrad legislatury Wirginii w 1785 r. James Madison, obawiający się utworzenia konkurencyjnej konfederacji państw północnych, zaproponował wysłanie do nich pojednawczego sygnału w postaci poparcia przez reprezentantów Wirginii postulatu nadania Kongresowi Kontynentalnemu prawa do regulacji handlu. Ta propozycja została wycofana, ale ostatecznie legislatura wirginijska wezwała do zwołania na wrzesień 1786 r. w Annapolis konwencji delegatów, na której omówiona miała zostać kwestia rozszerzenia kompetencji Kongresu. Tylko pięć spośród trzynastu postkolonialnych państw przysłało swych przedstawicieli. Kilkunastoosobowe grono obecnych, nieskłonne do rozjechania się ze spotkania w Annapolis z poczuciem całkowitej niemocy, postanowiło o zwołaniu drugiej konwencji, zaplanowanej na maj 1787 r. w Filadelfii²⁹. Notabene świadectwem wspomnianego braku zapału do jednoczenia i niedowładu decyzyjnego w Konfederacji było to, że Kongres Konfederacji rozpatrywał ustalenia konwencji z Annapolis od września 1786 do lutego kolejnego roku, a w tym

²⁷ *Ibidem*, s. 28-30.

²⁸ B. Ackerman, *We the People. Transformations*, Cambridge, Mass. 1998, s. 41. Faktycznie chodziło o przenośny sens niekonstytucyjności jako niezgodności z Artykułami Konfederacji.

²⁹ G.E. White, *Law in American History*, vol. 1, s. 176.

czasie, od listopada do stycznia, przez siedemdziesiąt dwa kolejne dni nie udawało się zebrać kworum³⁰. Bruce Ackerman podkreśla znaczenie daty proponowanej kolejnej konwencji, zauważając, że był to ostatni możliwy moment – choć oczywiście nikt nie mógł tego przewidzieć – kiedy dyskusje w Filadelfii mogły się odbywać poza wpływem szokujących świat wydarzeń z Paryża w 1789 r.

Twórcy Konstytucji musieli sami rozważyć możliwości ustanowienia ładu politycznego, jakie otwarła rewolucja amerykańska³¹. Szczególnie przygotowany do tego był James Madison, który na przełomie 1785 i 1786 r. rozpoczął intensywne badania nad starożytnymi i nowożytnymi konfederacjami w celu opracowania planu potrzebnego dla Amerykanów, unikającego zasadniczych słabości konfederacji, tworzących „pozbawione energii twory, zagrożone z zewnątrz i rozdzielane społecznymi konwulsjami od wewnątrz”³². Na prośbę kolegi przygotował też w 1785 r. propozycję konstytucji dla przyszłego stanu Kentucky, która zapożyczała wiele z opracowanej przez Johna Adamsa konstytucji Massachusetts³³. Po tych badaniach Madison w 1787 r. był już *nationalist*, zwolennikiem znacznego podporządkowania postkolonialnych *states* suwerennej władzy rządu centralnego. Szeroko wykorzystywane w tym kontekście określenia *nationalist/nationalism* nabierają mylącego charakteru w bezpośrednim przekładzie na język polski, dlatego postawę tę będę dalej określał zwrotami związanymi z poparciem dla władz federalnych i centralizacji państwa.

Wydarzenia z 1787 r. były problematyczne pod względem zgodności z prawem, eufemistycznie rzecz ujmując, w trzech obszarach: legalności konwencji, zgodności Konstytucji z Artykułami Konfederacji oraz zgodności procedury ratyfikacji z konstytucjami państw składowych. Kongres Konfederacji upoważnił delegatów na konwencję filadelfijską wyłącznie do rewizji Artykułów Konfederacji. Trzy legislatury bezpośrednio włączyły to ograniczenie do własnych instrukcji dla delegatów. Kongres uzależniał nadanie mocy obowiązującej propozycjom ustalonym w Filadelfii wyłącznie po zatwierdzeniu ich przez sam Kongres, a następnie przez skonfederowane państwa. Część delegatów na Kongres Konfederacji odmówiła z tego powodu udania się do Filadelfii, żeby nie uczestniczyć w pracach, które później mieli oceniać jako członkowie Kongresu. Artykuły Konfederacji przewidywały, że Unia, którą tworzyły, będzie wieczysta. W artykule XIII tego aktu sformułowano wymóg jednomyślnej zgody Kongresu i wszystkich legislatur tworzących Konfederację państw na wszelkie zmiany Artykułów. Tymczasem artykuł VII przygotowanej w Filadelfii Konstytucji wymagał zatwierdzenia Konstytucji jedynie przez konwencje ratyfikacyjne w dziewięciu spośród trzynastu państw/stanów (orygi-

³⁰ R. Beeman, *Plain, Honest Men...*, s. 19-20.

³¹ B. Ackerman, *We the People. Foundations*, s. 169.

³² Zob. szerzej G.S. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, New York 1993, s. 472-473.

³³ J.T. Kloppenberg, *Toward Democracy. The Struggle for Self-Rule in European and American Thought*, New York 2016, s. 392-393.

nalne słowo *state* mieści w sobie tę dwuznaczność). Ten proces zaś ignorował formalne mechanizmy zmiany zawarte w konstytucjach skonfederowanych państw, spośród których część nie przewidywała użycia konwencji, a w części konwencje mogły zbierać się pod szczególnymi warunkami (w Massachusetts nie częściej niż co 15 lat, w New Hampshire i Pensylwanii co 7 lat)³⁴.

Historyk Richard Beeman napisał, że z dzisiejszej perspektywy stworzenie trwałego państwa z trzynastu całkowicie różnych i odległych państw wydaje się nieuniknione, ale wedle ówczesnego oglądu taki wynik wydawał się raczej nieprawdopodobny³⁵. Polskie utrwalone tłumaczenie dwuznacznego terminu *states* na istniejące obecnie stany, a przede wszystkim krótki i odległy już okres funkcjonowania Konfederacji nie mogą zacierać okoliczności zaakcentowanej przez Wacława Szyszkowskiego, że 4 lipca 1776 r. nie ogłoszono niepodległości Stanów Zjednoczonych jako narodu³⁶, a także faktu podkreślonego przez Tomasza Wieciecha: w 1783 r. imperium brytyjskie uznało niepodległość trzynastu osobnych amerykańskich państw³⁷. W istocie użycie w Deklaracji Niepodległości słowa *states*, które wprowadził do nowoczesnej nauki polityki Machiavelli (*lo stato*), miało oznajmiać dobitnie światu, że kolonie przekształciły się w trzynaście suwerennych jednostek³⁸. Pod koniec 1786 r. wydawało się, że szanse na samo przeprowadzenie spotkania delegatów tych państw były w najlepszym wypadku znikome, nie wspominając o prawdopodobieństwie dokonania wspólnych ustaleń. Dlatego legislatura w Wirginii zdecydowała o przedstawieniu listy siedmiu delegatów, zawierającej wybitnych mieszkańców tego suwerennego wówczas państwa, z George'em Washingtonem na czele, wbrew jego protestom, aby zachęcić pozostałe amerykańskie państwa do poważnego potraktowania proponowanej konwencji³⁹.

Carol Berkin odtwarza atmosferę lata 1787 r. w Filadelfii, pisząc, że niemal nikt nie wiedział, jakie uprawnienia będzie miała konwencja i co będzie przedmiotem jej obrad⁴⁰. James Madison i sprzyjający mu zwolennicy silnej władzy centralnej, skupiający się w stronnictwie nazwanym Federaliści, byli jednak przygotowani. Przyjechali ogarnięci oświeconym i oświeceniowym zapałem na rzecz nadania siły i skuteczności rządowi, wbrew zawirowaniom i szaleństwom demokracji, które wyrażała dla nich działalność

³⁴ Zob. B. Ackerman, N. Katyal, *Our Unconventional Founding*, „University of Chicago Law Review” 1995, vol. 62, no. 2, s. 478-487.

³⁵ R. Beeman, *Plain, Honest Men...*, s. xi.

³⁶ W. Szyszkowski, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych (studium prawa konstytucyjnego)*, Warszawa 1969, s. 13.

³⁷ T. Wieciech, *Unia w myśli politycznej...*, s. 33.

³⁸ K.R.C. Gutzman, *The Jeffersonian Republicans vs. The Federalist Courts*, „University of St. Thomas Law Journal” 2018, vol. 14, no. 1, s. 59.

³⁹ P. Maier, *Ratification...*, s. 3.

⁴⁰ C. Berkin, *Doniosłe rozstrzygnięcie...*, s. 29.

izb niższych legislatur postkolonialnych państw⁴¹. Znalazło to następnie wyraz w preambule do Konstytucji, w której pojawia się zwrot „establish Justice”. Autorzy polskich przekładów oddają to zwrotem „w celu (...) ugruntowania sprawiedliwości”⁴², co zapewne wynika ze zdroworozsądkowego uznania, że w oryginale nie mogło chodzić o pierwotne znaczenie „zaprowadzić sprawiedliwość”, ponieważ oznaczałoby to, że przed Konstytucją w skonfederowanych państwach sprawiedliwości nie było. Jednak właśnie takie pierwotne znaczenie celowo wybrał autor preambuły, Gouverneur Morris. Zdaniem jego i innych Federalistów w państwach tych popadnięto w amok i naruszano na różne sposoby wolność jednostki⁴³. Uprzedzę, że wątek ten będzie miał duże znaczenie dla przeniknięcia prawdziwych motywów tego środowiska.

Wyrazem wspomnianego zapału był przygotowany przez Madisona plan (tzw. *Virginia Plan*), który stał się podstawą prac w konwencji, także za sprawą przejęcia w niej inicjatywy przez wcześniej przybyłą delegację z Wirginii, która dzięki temu porozumiała się z obecnymi na miejscu delegatami Pensylwanii⁴⁴. Celowo myśląc określane jedynie jako korekta Artykułów Konfederacji plan Madisona zakładał zniesienie konfederacji, stworzenie nowej ogólnopaństwowej legislatury, kontrolującej stany i dysponującej możliwością uchylania aktów legislatur stanowych. Mimo odrzucenia części elementów planu, w tym wspomnianego ogólnopaństwowego weta ustawodawczego oraz Rady Rewizyjnej (Council of Revision), to właśnie plan federalistów z Wirginii z jego naczelną ideą porzucenia Artykułów Konfederacji stał się podstawą dalszych prac delegatów w Filadelfii.

Madison zręcznie unikał przypisywania sobie autorstwa planu, zgodnie z nazwą miał to być projekt całej delegacji z Wirginii. Formalnie zgłoszony on został na konwencji przez gubernatora tego państwa, Edmunda Randolpha, dzięki czemu plan Madisona popierany był przez pozostałych członków delegacji z Wirginii, ale – co najważniejsze – osoba Randolpha sugerowała, że plan cieszy się poparciem samego George’a Washingtona. Gubernator Randolph był w trakcie wojny adiutantem Washingtona i blisko z nim współpracował. Waga planu całej delegacji Wirginii, wspartego dorozumianym autorytetem Washingtona, bardzo przewyższała znaczenie autorskich propozycji, które mógłby zgłosić trzydziestosześcioletek Madison⁴⁵.

Plan z Wirginii był ostatecznym katalizatorem przewrotu ustrojowego dokonanego w Filadelfii. G. Edward White, zasłużony historyk prawa amerykańskiego z University of Virginia, podkreśla, iż fascynującą cechą prac nad stworzeniem Konstytucji w 1787 r.

⁴¹ G.S. Wood, *The Creation of the American Republic...*, s. 474.

⁴² A. Pułło (tłum. i wstęp), *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki*, Warszawa 2002, s. 39; P. Laidler, *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki. Przewodnik*, Kraków 2007, s. 17.

⁴³ F. McDonald, W.B. Allen, *Preamble*, [w:] D.F. Forte, M. Spalding (eds.), *The Heritage Guide to the Constitution*, Fully Revised Second Edition, New York 2014, s. 53.

⁴⁴ Zob. M.J. Klarman, *The Framers' Coup...*, s. 133-144.

⁴⁵ W. Ewald, *James Wilson and the Drafting of the Constitution*, „University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law” 2008, vol. 10, no. 5, s. 934.

było to, że zasadnicza rekonstrukcja amerykańskiej struktury ustrojowej dokonała się w zasadzie spontanicznie. Delegaci w Filadelfii poczuli, że mogą swobodnie rozważyć na zaawansowanym poziomie podstawowe zasady władzy republikańskiej w Ameryce, mimo że kwestie te nie było wcześniej szeroko dyskutowane. Zdaniem G. Edwarda White'a, dokonującego syntezy badań historycznych na ten temat, stworzenie w krótkim czasie nowego radykalnego projektu ustrojowego przez delegatów państw, które przez poprzedzającą dekadę z trudem zgadzały się na propozycje Kongresu Kontynentalnego, wynikało z trzech czynników. Dwa pierwsze kształtowały sposób myślenia delegatów już przed przyjazdem do Filadelfii. Pierwszym był polityczny impas, który opanował Konfederację. Brak efektywności Kongresu Kontynentalnego dawał mocne podstawy do prób zerwania z tym nieudanym eksperymentem. Drugim czynnikiem była narastająca utrata złudzeń co do zalet władz postkolonialnych państw, zabiegających o własne korzyści w sposób podobny do obalonych instytucji brytyjskich. Konstytucje tych państw i zależne od legislatur sądy nie okazały się skutecznymi gwarantami praw jednostek. Gdy tak usposobieni wysłannicy zjechali do Filadelfii, na samym początku prac otrzymali ambitny i radykalny plan z Wirginii, który stanowił ostatni czynnik potrzebny do przewrotu⁴⁶.

Współpracy dyskutantów i owocnym obradom sprzyjały także trzy elementy formalne, to jest przewodnictwo Washingtona oraz przyjęte na początku dwie zasady proceduralne. Tajność obrad pozwalała na komfort pracy bez konieczności reagowania na odbiór społeczny poszczególnych rozstrzygnięć. Możliwość powrotu do ustalonych już kwestii i wprowadzania w nich zmian wpłynęła zaś na elastyczną postawę delegatów i ułatwiła im osiągnięcie kompromisów⁴⁷.

Aspekt usprawniienia obrad był jednak wyraźnie drugoplanowy. Podczas konwencji przygotowywano przewrót ustrojowy, delegatów zasadnie określa się w literaturze przedmiotu jako uczestników zamachu stanu czy spiskowców. Tajność ich prac była warunkiem koniecznym, aby obrady w ogóle mogły się odbywać w spokoju. Dobrze ilustruje to epizod, kiedy George Washington, milczący przez prawie cały przebieg konwencji, zabrał głos, aby zganić delegatów. W czerwcu, przed przerwą w obradach, pozwolono uczestnikom na sporządzenie ręcznych kopii aktualnej wersji planu z Wirginii. Jeden z nich zgubił swój egzemplarz, który znaleziono na podłodze i szybko wręczono Washingtonowi. Z surowością, która zatrwożyła zebranych, Washington stwierdził, że jeden z nich był tak nieostrożny, że mógł doprowadzić do ujawnienia obrad prasie, a przez to do „zakłócenia spokoju społecznego przedwczesnymi podejrzeniami”. Następnie Washington rzucił znalezione notatki na stół przewodniczącego, podniesionym głosem nakazując niezidentyfikowanemu właścicielowi ich odbiór, uklonił się i wyszedł, pozostawiając delegatów

⁴⁶ Zob. G.E. White, *Law in American History*, vol. 1, s. 177-179.

⁴⁷ J.E. Semonche, *Keeping the Faith. A Cultural History of the U.S. Supreme Court*, Lanham 1998, s. 21.

w stanie osłupienia⁴⁸. Sekretność obrad była w zasadzie kontynuacją poufności, która towarzyszyła motywacjom organizatorów konwencji. Madison i podobnie myślący nie kwapili się bynajmniej z ujawnieniem przed konwencją, że zamierzają, jak to określono, „zniszczyć stary okręt”, a nie ograniczyć się do korekt Artykułów Konfederacji. Michael J. Klarman zasadnie spekuluje, że gdyby centralistyczne i antypopulistyczne nastawienie Madisona i jego zwolenników było znane uprzednio, mogłoby w ogóle nie dojść do wyboru ich na delegatów, część państw mogłaby odmówić wysłania swoich delegacji, a Kongres Konfederacji mógł odmówić poparcia przedsięwzięciu⁴⁹.

Delegaci kierowali się więc silnymi pobudkami do wystąpienia przeciwko Artykułom Konfederacji, w praktyce do zignorowania ich, a na konwencji otrzymali atrakcyjny materiał intelektualny, skłaniający do śmiałej ustrojowej kreatywności. Sprzyjającymi jej czynnikami był brak związania tradycją, gdyż takowa nie istniała; brak lojalności wobec liderów, ponieważ sami uczestnicy konwencji byli liderami; a nawet ich wspomniany prowincjonalizm, który oznaczał brak związania społecznymi czy kulturowymi imperatywami⁵⁰. Patrick Henry, jeden z Ojców Założycieli, sprzeciwiający się ratyfikacji Konstytucji, zauważył, że jej przyjęcie byłoby rozwiązaniem równie radykalnym co zerwanie więzi z Wielką Brytanią⁵¹. W istocie ustanowienie federalnej Konstytucji było aktem secesji.

W rozwijanym od końca lat 70. XX w. wielkim projekcie badawczym Bruce'a Ackermana dotyczącym reinterpretacji historii konstytucyjnej Stanów Zjednoczonych⁵², którego rezultaty opublikowane są w trzech, jak dotąd, tomach pod zbiorczym tytułem *We the People*, centralnym tematem jest odejście od narracji skupionej na Sądzie Najwyższym i jego orzeczeniach uznawanych za przełomowe. Wizja prezentowana przez Ackermana akcentuje powszechny, ludowy charakter tworzenia norm o znaczeniu ustrojowym, często wbrew oporowi Sądu. Typowy dla przemian wywołujących przekształcenia państwowości amerykańskiej z wczesnej republiki, przez środkową, po republikę współczesną jest w tej wizji niekonwencjonalny, kreatywny czy wprost niezgodny z obowiązującymi normami sposób artykułowania nowych norm przez korzystające ze wsparcia społeczeństwa podmioty polityczne. Podejście Bruce'a Ackermana spotkało się z szeroką krytyką, zwłaszcza w związku z arbitralnym ustalaniem przez tego badacza, kiedy normalna polityka przechodziła na podwyższony, konstytucyjny poziom, nawet jeśli wyrażało się to normatywnie tylko na poziomie ustaw czy zmiany interpretacji. Jednakże wyjątkowość okresu, kiedy tworzone Konstytucję, wydaje się nie wymagać szczególnego dowodu,

⁴⁸ R. Beeman, *Plain, Honest Men...*, s. 159.

⁴⁹ M.J. Klarman, *The Framers' Coup...*, s. 249-250.

⁵⁰ L. Goldstone, *Dark Bargain...*, s. 101.

⁵¹ A.R. Amar, *America's Constitution...*, s. 35.

⁵² Jednym z zarzutów Bruce'a Ackermana jest europeizacja amerykańskiej teorii konstytucyjnej. Jak twierdzi, amerykańscy konstytucjonaliści zapożyczyli się u Europejczyków i wytworzyli ahistoryczne rozumienie Konstytucji, zob. B. Ackerman, *We the People. Foundations*, s. 3-4.

zatem do momentu początkowego amerykańskiej republiki, okresu założycielskiego państwa (*the Founding*), refleksje autora serii *We the People* są szczególnie przydatne.

Warto zwięźle wykorzystać tu spostrzeżenia Ackermana na temat pozaprawnego charakteru konwencji. Sam termin „konwencja” w angielskiej praktyce konstytucyjnej wyrażał brak legalności, oznaczając parlament obarczony wadą prawną, szczególnie Izbę Gmin i Lordów bez udziału monarchy w trakcie Chwalebnej Rewolucji 1688 r. Dla Amerykanów jednak prawna anomalia wyrażona w poddanym rewaluacji słowie *convention* nie oznaczała ułomnego statusu prawnego, lecz potencjał rewolucyjny, jakim dysponowała grupa patriotów przemawiająca w imieniu ludu, zyskująca w ten sposób zwiększoną legitymację polityczną⁵³. Angielska konwencja z 1688 r. doprowadziła do jednego z największych w oczach amerykańskich rewolucjonistów osiągnięć w konstytucyjnej historii Anglii: ustanowienia monarchy konstytucyjnego, ograniczonego *Bill of Rights*⁵⁴.

Charakter konwencji filadelfijskiej, nielegalnej w tym przewrotnym sensie, jest wyrażany już w samym uznaniu jej za akt założycielski (*the Founding*), w przeciwnym razie za Ojców Założycieli uznawano by twórców Artykułów Konfederacji, tekst filadelfijski zaś byłby zbiorem rozległych poprawek do nich⁵⁵. Gdyby Federaliści prowadzili swą rozgrywkę według zasad określonych przez trzynastcie konstytucji państw złączonych Artykułami Konfederacji, to przegraliby – ich konstytucja zostałaby zdecydowanie odrzucona. Dlatego odpowiedzią Federalistów było zredefiniowanie zasad rozgrywki w imię ludu, większość ich przeciwników zaś zdumiewająco zaakceptowała legitymację tego rewolucyjnego naruszenia zasad. Zgodę swych oponentów uzyskali Federaliści, używając w nowatorski sposób starych instytucji⁵⁶. Nielegalne inicjatywy były popierane przez legalne instytucje (począwszy od akceptacji legislatur dla ustaleń konferencji z Mount Vernon), co zachęcało do kolejnych takich inicjatyw (m.in. konwencja filadelfijska czy też ratyfikacja Konstytucji w Pensylwanii wbrew lokalnej konstytucji, za to z brutalnym doprowadzeniem przeciwników ratyfikacji do sali legislatury w celu uzyskania kworum). Dynamika zgody, jak pisze Bruce Ackerman, tworzyła w ten sposób własną legitymację⁵⁷.

Zwolennicy Konstytucji parli do jak najszybszego jej przyjęcia, bez zbędnych dyskusji, ponieważ utrzymywali, że to ostatnia szansa dla Ameryki na stanie się szanowanym państwem. Niepowodzenie tej inicjatywy miało prowadzić m.in. do zajęcia Kentucky przez Hiszpanów, a Vermontu przez Brytyjczyków. Konflikty biednych dłużników z bogatymi groziły anarchią. Strategia zwolenników Konstytucji opierała się na postawieniu

⁵³ *Ibidem*, s. 174-175. Zob. także T. Wieciech, *Anglosaska formuła politycznego konstytucjonalizmu*, Kraków 2014, s. 29-30.

⁵⁴ B. Ackerman, *We the People. Transformations*, s. 81.

⁵⁵ Idem, *We the People. Foundations*, s. 41-42.

⁵⁶ Idem, *We the People. Transformations*, s. 9.

⁵⁷ Szeroka analiza kolejnych etapów tego procesu zawarta jest w: *ibidem*, s. 39-64.

wszystkiego na jedną kartę, szybkim rozpoczęciu ratyfikacji i utrzymaniu cały czas inicjatywy⁵⁸. Sanford Levinson zauważa, że Konstytucja Stanów Zjednoczonych, jak wszystkie inne, tworzona była „w czasie rzeczywistym”, to znaczy bez zasłony niewiedzy w rozumieniu Johna Rawlsa, ale w warunkach nieidealizowanego procesu politycznego, w których twórcy tekstu konstytucyjnego bardzo dobrze znali pozycję społeczną grup, z którymi się identyfikowali, a dokonywane rozstrzygnięcia i kompromisy miały sprzyjać ich interesom⁵⁹.

Federaliści świadomie i otwarcie lekceważyli zatem kwestię wymogów prawnych. Odpowiedzią gubernatora Randolpha, formalnego inicjatora planu z Wirginii, było stwierdzenie, że nie jest skrupulatny, ponieważ gdy chodzi o ratunek dla Republiki, brak propozycji, które on i jego sprzymierzeńcy uważają za konieczne, byłby zdradą⁶⁰. Randolph i inni uczestnicy formułowali wprost tezę, że znajdują się w przededniu wojny domowej i tylko ich konwencja może uratować pokój⁶¹. James Madison bezpośrednio zalecał ominięcie wymogów artykułu XIII Artykułów Konfederacji. Tłumaczył, że gdyby akt przygotowany przez konwencję (tj. tekst Konstytucji) przedłożony został Kongresowi Kontynentalnemu w celu dokonania w nim poprawek, a następnie przedłożenia legislaturom skonfederowanych państw do akceptacji (tak jak wymagał tego artykuł XIII), to wówczas tekst filadelfijski stałby się „zaledwie aktem Kongresu”⁶². W odpowiedzi na zarzuty co do prawomocności procesu przygotowania Konstytucji Federaliści odpowiadali też, że same Artykuły Konfederacji miały wątpliwą prawomocność, ponieważ nie były przyjęte bezpośrednio przez lud, a ponadto nie obowiązują już, skoro zostały wielokrotnie złamane⁶³.

Nie ma przesady w słowach: „Wiosną i latem 1787 r. grupa wybitnych Amerykanów zebrała się w Filadelfii, aby uknuć obalenie ich własnego rządu”⁶⁴. Problemy tej grupy wybitnych Amerykanów rozpoczęły się już w 1783 r., kiedy negocjowano w Paryżu traktat pokojowy z wysłannikami króla Jerzego III. Pokój groził pozbawieniem zwolenników centralizacji władzy dawnych wpływów, a przeprowadzone w tym roku rozwiązanie większości armii powodowało ich obawę, że społeczeństwo będzie obojętne wobec koncepcji finansowania silniejszego państwa⁶⁵. To właśnie ostentacyjne zlekceważenie Artykułów Konfederacji, całkowite wyłączenie tekstu filadelfijskiego z normalnej procedury zmiany przewidzianej w dotychczas obowiązującej konstytucji, wiążącej trzynaście państw, było

⁵⁸ P. Maier, *Ratification...*, s. 67-68.

⁵⁹ S. Levinson, *Framed. America's Fifty-One Constitutions and the Crisis of Governance*, New York 2012, s. 34-38.

⁶⁰ B. Ackerman, *We the People. Transformations*, s. 50.

⁶¹ M.J. Klarman, *The Framers' Coup...*, s. 126.

⁶² B. Ackerman, *We the People. Transformations*, s. 54.

⁶³ M.J. Klarman, *The Framers' Coup...*, s. 312.

⁶⁴ M.S. Paulsen, L. Paulsen, *The Constitution. An Introduction*, New York 2016, s. 3.

⁶⁵ A. Taylor, *American Revolutions...*, s. 317.

warunkiem powodzenia całej operacji przedsięwziętej po kilku latach pokoju. Zdaniem Madisona legislatury tych państw nie były właściwe do oceny proponowanych zmian prawnych. Zmiany te zasadniczo naruszały bowiem ich konstytucje, „a nowatorska i niebezpieczna byłaby doktryna, wedle której legislatura władna byłaby do zmiany konstytucji, która powołała ją do istnienia”⁶⁶.

Szerzej swe stanowisko wyraził James Madison w czterdziestym artykule z cyklu *Federalista* publikowanym w nowojorskiej prasie, w którym pod pseudonimem Publius podjął wątek upoważnienia konwencji do przygotowania Konstytucji. Choć rozpoczyna od analizy upoważnień wynikających z rekomendacji udzielonych na spotkaniu w Annapolis w 1786 r. oraz przez Kongres Konfederacji w lutym 1787 r., po chwili przyznaje wprost, że konwencja odstąpiła od wymowy upoważnień udzielonych jej członkom. Madison, uczestnik konwencji, przechodzi tu jako Publius do trybu relacji w trzeciej osobie liczby mnogiej i wyjaśnia, co „ich” (czyli delegatów, z sobą włącznie) skłoniło do takiego trybu prac. „Musieli dojść do wniosku, że we wszystkich przypadkach zmiany ustroju forma musi ustępować przed treścią. (...) niezbędne jest, aby takie zmiany były wprowadzane przez propozycje nieformalne i nieautoryzowane, przedstawiane przez szanowanego obywatela-patriotę lub grupę takich obywateli”. Ostatecznym arbitrem dla Madisona/Publiusa był zaś lud, którego werdykt rozstrzygał wszystkie problemy. „Musieli mieć na uwadze, że sformułowany i zaproponowany plan miał być przedłożony samemu ludowi [*the people themselves*]; dezaprobatą tej najwyższej władzy zniweczyłaby ten plan na zawsze; jej aprobata wymazałaby z pamięci wcześniejsze błędy i nieprawidłowości”⁶⁷. Aprobata ludu dla Konstytucji nie doprowadziła wyłącznie do wymazania nieprawidłowości jej twórców. Jak pisze Sanford Levinson, owa aprobata uczyniła z tych, którzy przekroczyli swe upoważnienia, herosów, czczonych na równi z ich dziełem⁶⁸.

W świetle tych uwag nie mogę podzielić argumentu Richarda Beemana, jakoby zarzut, że twórcy Konstytucji dopuścili się działania niezgodnego z prawem, oparty był na wątpliwym rozumowaniu. Historyk ten utrzymuje, że Artykuły Konfederacji były zaledwie traktatem, a jak stwierdził kanclerz Bismarck, traktaty są tworzone po to, by je łamać, gdy ich cele przestają odpowiadać aktualnym warunkom. Ponadto do czasu ratyfikacji działania twórców Konstytucji były zaledwie opinią, wyrazem ich stanowiska⁶⁹. Sprowadzanie tajnych obrad w Filadelfii do niezobowiązującego konwentykułu dyskusyjnego wydaje się nieporozumieniem. Zwolennicy Konstytucji nie tylko przyznawali wprost, że naruszają obowiązujące skonfederowane państwa przepisy. Ochoczo odwoływali się

⁶⁶ Zob. M.A. Graber, M. Perhac (eds.), *Marbury versus Madison. Documents and Commentary*, Washington 2002, s. 243.

⁶⁷ *Federalist*, no. 40: *The Powers of the Convention to Form a Mixed Government Examined and Sustained (Madison)*, [w:] C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, New York 2003, s. 243-249.

⁶⁸ S. Levinson, *Constitutional Faith*, Princeton 2011, s. 132.

⁶⁹ R. Beeman, *Plain, Honest Men...*, s. 294-295.

zarówno do boskiej inspiracji, jak i do niezwyklej reputacji delegatów na konwencję filadelfijską, którzy mogli mieć na celu jedynie dobro Ameryki. Nawet Jefferson uznał, że w Filadelfii doszło do zebrania półbogów⁷⁰. Określenie użyte przez Jeffersona wymaga jednak komentarza, ponieważ z lubością przytaczane jest przez amerykańskich autorów dosłownie, a odczytane kontekstowo wyrażało raczej kpinę „amerykańskiego sfinksa” z tego, jak sami siebie postrzegali delegaci⁷¹. Biograf Jeffersona, Joseph J. Ellis, dodaje, że pisał on o delegatach jako „półbogach” czy „współczesnych Cyceronach” żartobliwie, także w celu skonstrastowania ich z bufonami z francuskiej arystokracji, których Ludwik XVI w tym czasie zwołał do Zgromadzenia Notablów⁷². Nawet mniej poważne określenie Jeffersona zostało gorliwie podjęte w amerykańskiej historiografii, szczególnie na poziomie podręcznikowym, w której konsekwentnie przedstawia się Ojców Założycieli hagiograficznie, zwłaszcza w celu stępienia krytyki związanej z ekonomiczną interpretacją ich poczynąń. Analizujący tę kwestię Tom Donnelly dochodzi w konkluzji swych refleksji do tezy, że w przypadku zderzenia się uczciwości akademickiej z potrzebami krzewienia religii obywatelskiej opartej na mitycznym ujęciu kultury konstytucyjnej religia obywatelska bierze górę⁷³.

Niezależnie od dozy satyry, z jaką Jefferson obwołał delegatów półbogami, zapewne chętnie rozpoznałby się oni w tym określeniu. Potwierdzenie tego statusu wymagało jednak przeprowadzenia z powodzeniem przez to grono procesu ratyfikacji Konstytucji, na warunkach przez nią samą określonych. Mimo wielkiego kompromisu przedstawicieli dwunastu państw (bez udziału delegacji z Rhode Island), do jakiego doszło podczas konwencji, konieczne było przekonanie uczestników konwencji zatwierdzających w dziewięciu z nich. Prace nad Konstytucją prowadzone były w tajemnicy. Jej ratyfikacja była już najbardziej publicznym i masowym procesem politycznym, jaki dotychczas widziano w Ameryce, zaprzatającym przez prawie rok uwagę całego kraju. Jak podkreśla A.R. Amar, nadzwyczajnie złagodzone ówczesne wymogi wyborcze. Choć ratyfikacja w postkolonialnych państwach nie odbywała się w referendum, konwencje ratyfikacyjne reprezentowały *We the People*, za wezwaniem z preambuły ratyfikowanego tekstu, w znacznie bardziej bezpośredni i powszechny sposób, niż czyniły to legislatury tych państw. Obejmowało to zarówno aktywną możliwość głosowania na członków konwencji, jak i bierne ubieganie się o członkostwo w nich. Na przykład w państwie Nowy Jork po raz pierwszy mogli głosować wszyscy wolni, dorośli mężczyźni, w większości zaś państw

⁷⁰ M.J. Klarman, *The Framers' Coup...*, s. 2 i przyp. 6.

⁷¹ Kwestię tę wyjaśnił mi życzliwie prof. Tomasz Wiecech.

⁷² J.J. Ellis, *American Sphinx. The Character of Thomas Jefferson*, New York 1997, s. 125.

⁷³ Zob. T. Donnelly, *Our Forgotten Founders. Reconstruction, Public Education, and Constitutional Heroism*, „Cleveland State Law Review” 2010, vol. 58, no. 115, s. 129 i n.

kandydaci na delegatów zwolnieni byli z wymogów obowiązujących kandydatów nawet do niższych izb legislatur⁷⁴.

Zaakcentować trzeba jednak, że upowszechnienie procedury ratyfikacyjnej absolutnie nie było wynikiem demokratycznych przekonań Ojców Założycieli. Wątek ten pośrednio związany jest z rolą sądownictwa konstytucyjnego w ustroju amerykańskim i przenikał będzie wiele dalszych uwag. Wymaga więc podkreślenia, że większość Ojców Założycieli miała bardzo krytyczny stosunek do zwykłych ludzi, obawiała się ich i nie ufała im. Opisujący uczestników konwencji w Filadelfii Alan Taylor zaznacza, że żaden z nich nie reprezentował perspektywy większości Amerykanów, czyli niezamożnych farmerów z prowincji⁷⁵. Nastawienie uczestników konwencji było uderzająco antydemokratyczne, nawet według standardów ich czasów. Delegaci za zamkniętymi drzwiami sali obrad prześcigali się w okazywaniu wzdargy dla demokracji⁷⁶. Konstytucja z rozmysłem tworzona była w taki sposób, żeby osłabić wpływ mas na sprawowanie rządów, w reakcji na nadmierne demokratyczne, zdaniem takich ludzi, jak Madison, Hamilton czy Washington, sprawowanie władzy w skonfederowanych państwach.

Federaliści z 1787 r. rozumieli jednak doskonale, że muszą uzyskać legitymację ludową dla swej rewolucji ustrojowej. Woody Holton tłumaczy przekonująco, że największym kompromisem zawartym podczas konwencji w Filadelfii był kompromis między twórcami Konstytucji a amerykańskim ludem. Autor ten argumentuje, że delegaci szybko się zorientowali, że ich zadaniem jest ustalenie, jak daleko mogą się posunąć w ograniczeniu wpływu ludu na nowe władze, bez utraty poparcia tegoż ludu. Dlatego sami odrzucali jawnie niedemokratyczne rozwiązania, proponowane m.in. przez Hamiltona, na rzecz subtelniejszych środków. Zrezygnowali m.in. z rozległych ograniczeń prawa wyborczego i powściągnęli zamiar znacznego wydłużenia kadencji kongresmanów, kilkakrotnie przekraczających limity obowiązujące w dotychczasowych państwach, ale w oparciu o wzorzec z Maryland zaprojektowali Senat jako ostoję elit. Najbardziej efektywnym i subtelnym środkiem, zdaniem Holtona, była sama operacja przeniesienia kluczowych kompetencji z poziomu państw, w których mediana populacji wynosiła ćwierć miliona, na poziom centralny, obejmujący 3,5 miliona Amerykanów, podczas gdy Izba Reprezentantów miała być mniejsza od większości zgromadzeń postkolonialnych państw, a kongresman reprezentować miał około dziesięciu razy więcej wyborców niż typowy członek władz tych państw. Pospółstwo obecne było na obradującej za zamkniętymi drzwiami konwencji jako duchy, wpływające na samoograniczanie delegatów, którzy

⁷⁴ A.R. Amar, *America's Constitution...*, s. 7.

⁷⁵ A. Taylor, *American Revolutions...*, s. 375.

⁷⁶ M.J. Klarman, *The Framers' Coup...*, s. 243-244.

wiedzieli, że nie tylko muszą przeprowadzić z sukcesem ratyfikację, ale też zapewnić stabilne poparcie dla nowych władz⁷⁷.

W polityce skonfederowanych państw w latach 80. XVIII w. kierunek był odwrotny, legislatury prawie podwoiły liczbę deputowanych, aby zmniejszyć liczbę wyborców, jaką reprezentować miał jeden przedstawiciel⁷⁸. Pierce Butler reprezentujący Karolinę Południową stwierdził: „Musimy kierować się przykładem Solona, który dał Ateńczykom nie najlepsze władze, jakie potrafił obmyślić, ale najlepsze, jakie byli oni skłonni przyjąć”⁷⁹. Oczekiwania zwykłych Amerykanów były zaś niemałe. Potrzeba pozyskania ich poparcia dla rewolucyjnej sprawy powodowała, że w ogłaszających niepodległość państwach tworzone konstytucje zawierały wiele demokratycznych rozwiązań (m.in. coroczne wybory, tajność głosowań, jawność sesji legislacyjnych). Część liderów politycznych już w 1776 r. przestrzegała przed takimi „absurdalnymi pomysłami” i niedostatecznym zabezpieczeniem prawa własności przed zakusami ludu⁸⁰.

Demistyfikacji pobudek przyświecających półbogom w Filadelfii sprzyja odwołanie się do szerszego i starszego kontekstu ustrojowego, a bardzo dobrym przewodnikiem jest tu Edmund S. Morgan, czołowy amerykański historyk początków państwowości swej ojczyzny. W książce pod tytułem *Wynalezienie ludu. Powstanie suwerenności powszechnej w Anglii i Ameryce* ze swadą opisuje dzieje dwóch fikcji, na których opierał się ustrój angielski i amerykański: fikcji boskich praw króla zastąpionej przez fikcję suwerenności ludu. Fikcje te zaspokajały podstawową potrzebę w każdym stabilnym ustroju, w którym wielu musi zaakceptować rządy niewielu, naświatla Morgan, dodając, że nieskłonni jesteśmy przyznawać, że polegamy na fikcjach, więc nadajemy im wzniosłe nazwy, jak „oczywiste prawdy”, i nie poddajemy ich dyskusji, ponieważ obaliłoby to strukturę naszego społeczeństwa. W świecie anglo-amerykańskim zawieszono niewiarę i uwierzono najpierw w boskie prawa królów, a potem w suwerenność ludu. Właśnie w tym świecie narodziła się współczesna wolność polityczna, czy raczej została wynaleziona, przekonuje Edmund S. Morgan⁸¹.

Zawężając wywód tego autora do zaledwie kilku węzłowych rudymenów, streszczę kolejno, iż monarchia zawsze zachowywała bliskie związki z boskością w świecie Zachodu. W Anglii absurdalna doktryna boskości króla, która kulminację osiągnęła w pierwszej połowie XVII w., podtrzymywana była jako narzędzie kontrolowania króla przez tych, którzy w fikcji całkowicie mu podlegali. Zasady gry były proste. Król był zastępcą Boga na ziemi, składał się z ciała naturalnego i ciała politycznego, nie mógł uczynić niczego

⁷⁷ Zob. obszernie W. Holton, *Unruly Americans and the Origins of the Constitution*, New York 2007, s. 190-200.

⁷⁸ M.J. Klarman, *The Framers' Coup...*, s. 356.

⁷⁹ A. Taylor, *American Revolutions...*, s. 378.

⁸⁰ M.J. Klarman, *The Framers' Coup...*, s. 74-75.

⁸¹ E.S. Morgan, *Inventing the People...*, s. 13-15.

złego, a wszyscy inni byli jego poddanymi. W istocie jednak przypisanie boskości królowi prawdopodobnie zawsze motywowane było w części potrzebą ograniczania działań króla do stawania się bogiem, tak aby przyziemnymi czynami nie kalał swej boskości. W ramach zmagania o władzę Izby Gmin z królem, zakotwiczonych w istocie w podziałach na dworze królewskim i w szeregach oligarchów, deputowani w Izbie, wynosząc pozycję króla na boski poziom, odmawiali możliwości dzielenia przez niego królewskich atrybutów z kimkolwiek innym, co w praktyce oznaczało metodyczne zwalczanie ludzi z otoczenia króla, których Izba skłonna była oskarżać, że postępują źle w imieniu tego, który źle postępować nie może. Parlament jako najwyższy trybunał krajowy karał więc tych, którzy w jego mniemaniu zwodzili króla. Izba Gmin uważała, że wie lepiej, czego pragnie król, nie tylko od powołanych przez niego ministrów, ale od niego samego. Deklarując boski status króla, Izba Gmin zmierzała w kierunku, w którym władza króla mogła być wykonywana tylko na warunkach określanych przez Izbę. Szczytowym przejawem fikcji boskości króla było utrzymywanie przez Parlament, że kiedy w 1643 r. król Karol I Stuart maszerował na czele armii na Parlament, wojsko prowadziło jedynie jego wprowadzone w błąd ciało naturalne, ale królewskie ciało polityczne, zdradzone przez ciało naturalne, towarzyszyło posłom w Londynie.

Od 1640 r., kiedy potrzeby finansowe zmusiły króla do zwołania po długiej przerwie Parlamentu, nie można już było dalej odgrywać tej komedii, rozwija Edmund S. Morgan. Kiedy posłowie poculi się już wówczas gotowi do konfrontacji z królem, wynaleziona została fikcja suwerenności ludu. Przedstawicielstwo polityczne w parlamencie angielskim wprowadzane było w kolejnych jednostkach terytorialnych odgórnie przez monarchę, w miarę jak ustosunkowani ziemscy panowie przekonywali go do nadawania praw wyborczych obszarom, gdzie mogli kontrolować wybory. Na początku XVII w. większość posłów Izby Gmin nawet nie mieszkała w okręgach, z których ich wybierano. Stosunkowo wcześniej zarzucona została pierwotna idea, iż deputowani byli jedynie pełnomocnikami występującymi w imieniu swych społeczności. Już w XIV w. deputowani w Parlamencie uważali się za zbiorową reprezentację całego królestwa, zdolną do wyrażania zgody na działania Parlamentu w imieniu wszystkich Anglików, choć Parlament nigdy nie grupował przedstawicieli wszystkich miast czy społeczności wiejskich, a jedynie wybranych. Gdy deputowani w Parlamencie zaczęli tworzyć prawo dla całego królestwa, przestali być wyłącznie przedstawicielami, a stali się ogólnopaństwową klasą rządzącą. Kiedy w 1640 r. byli już gotowi do przejęcia władzy króla, posłużyli się dogodną fikcją reprezentowania suwerennego ludu, przy czym lud, w którego imieniu przejmowali władzę, był bytem fikcyjnym i miał pozostać takim użytecznie mistycznym ciałem, istniejącym tylko w działaniach Parlamentu. Obdarzając fikcyjny lud najwyższą władzą, efektywnie Parlament wywyższał sam siebie.

Gdy zniesiono władzę króla w Anglii w okresie Republiki (1649-1660), a w Ameryce od 1776 r., konflikt lokalnych interesów z suwerennością ludu stał się boleśnie odczuwalny. Kiedy fikcyjny lud nagle stał się zwierzchni, faktyczni ludzie w lokalnych wspólnotach

odkryli, że ich tradycyjne prawa i wolności zagrożone są przez ciało przedstawicielskie, które uznawało nad sobą tylko fikcyjnego zwierzchnika. Nowa parlamentarna ideologia zrodziła się nie z oddolnego impulsu przeciwko królowi, ale jako narzędzie w ramach współzawodnictwa o władzę Parlamentu z monarchą. Fikcja suwerenności ludu wymagała równie dużej dozy łatwowierności co stara fikcja boskości króla. W obu polegano na domniemanym akcie nadania władzy, najpierw przez Boga, a potem przez lud, których empirycznie nie można było dowieść. Parlament potrzebował jedynie wsparcia publicznego, ludzi do swej armii i pieniędzy, ale bynajmniej nie był zainteresowany faktycznym przejmowaniem spraw we własne ręce przez jednostki, które zresztą nie były „ludem”⁸².

Tomasz Wieciech uzupełnia ten opis uwagami, że środowisko polityczne tzw. lewellerów potraktowało suwerenność ludu jako coś więcej niż tylko slogan służący legitymowaniu pretensji do udziału w sprawowaniu władzy uprzywilejowanych warstw społecznych reprezentowanych w Parlamencie. Aktywiści ci przedstawili w latach 1647-1649 kolejne wersje wyprzedzającej swój czas „Umowy ludu”. Zredefiniowany w niej lud jako podmiot najwyższej władzy nie był traktowany jako byt wyobrażony, lecz jako realna masa wolno urodzonych Anglików. Umowa ta miała ograniczać władzę Parlamentu, więc wedle lewellerów nie mogła być nawet uchwalona przez to ciało, ponieważ zainicjowana i zwieńczona przez lud miała być poza zasięgiem Parlamentu⁸³.

Wynik przeprowadzonej przez lewellerów próby przetestowania zbieżności idei suwerenności ludu z rzeczywistością i nałożenia realnych ograniczeń na Parlament był nietrudny do przewidzenia. Izba Gmin uznała „Umowę ludu” za akt wywrotowy, a po egzekucji króla i przejęciu kontroli nad sytuacją przez armię zdominowaną przez Cromwella czołowi lewellerzy zostali osadzeni w londyńskiej Tower. Sam „lud”, którego zwierzchność była rzekomym motywem sięgnięcia po władzę przez Parlament, zaczął zaś być w retoryce zarówno zwolenników Parlamentu, jak i armii określany jako oszołomiony tłum, bestie o ludzkich kształtach. Pojawił się wreszcie paternalistyczny frazes, który gorliwie podjęło środowisko amerykańskich Federalistów: lud należy chronić przed nim samym⁸⁴. Ta ochrona była skuteczna. Jak podsumowuje angielską wojnę domową James T. Kloppenberg, wrogowie króla, zabijając go w imię ludu, w rzeczywistości wstrzymali postęp w kierunku demokracji w Anglii na całe stulecie⁸⁵. Autor ten uzupełnia, że tego, co na temat walk o władzę w tym państwie myślał sam „lud”, nie wiemy, ludzie w Anglii, Szkocji i Irlandii mieli bowiem różne przekonania, a nie było wiarygodnych metod ich poznania. Wiemy jednak, że każdy z podmiotów dzierżących kolejno władzę – najpierw

⁸² Zob. obszernie *ibidem*, s. 17-65.

⁸³ Zob. T. Wieciech, *Anglosaska formuła...*, s. 15-21.

⁸⁴ E.S. Morgan, *Inventing the People...*, s. 73-77.

⁸⁵ J.T. Kloppenberg, *Toward Democracy...*, s. 94.

król Karol I; potem armia, która go pokonała; potem ci, którzy skazali go na śmierć; po nich Cromwell; a wreszcie Karol II – reprezentował tylko mniejszość Anglików⁸⁶.

W amerykańskich koloniach imperium angielskiego okoliczności sprawiały, że udział szerszych mas społecznych w sprawowaniu władzy był większy niż w Anglii. Uwarunkowania faktyczne w postaci oddalenia od władzy królewskiej (kolonie zasiedlane były z upoważnienia królewskiego, nie parlamentarnego) i znajomości specyfiki lokalnej powodowały ze względów pragmatycznych większy udział we władzach miejscowych zgromadzeń przedstawicielskich, korzystających ze względnej autonomii, która nie zachęcała do rozwijania idei suwerenności powszechnej i prowokowania interwencji królewskiej. W praktyce w koloniach funkcjonowały trzy centra władzy: gubernator, rada gubernatora oraz izba przedstawicielska. Przed rozpoczęciem sporów podatkowych z organami imperialnymi w latach 60. XVIII w. władze lokalne angażowały się w przyziemne spory polityczne, zgromadzenia kolonialne bywały nawet „paranoidalnie podejrzliwe” wobec posunięć gubernatorów, ale organy te nie kwestionowały wzajemnej legitymacji. System ustrojowy działał bowiem sprawnie, koloniści nieźle prosperowali w ramach imperium. Pomimo elementów autonomii, łatwiejszego dostępu do dóbr, proporcjonalnie większego udziału wolnych mieszkańców w rządach i nie tak sztywnej hierarchii społecznej w koloniach, podobnie jak w Anglii, władza należała do wąskiej elity, która odwoływała się do poparcia społecznego w wewnętrznych sporach, ale z ostrożnością, by nie zachęcać ludu do nadmiernej partycypacji⁸⁷. Wybory w koloniach stanowiły, jak to ujmuje Alan Taylor, karnawał polityczny. Krótkotrwałe odwrócenie ról społecznych, które służyło ostatecznie podtrzymaniu opartego na nierówności porządku społecznego. Wybory były więc wentylem bezpieczeństwa, dającym wyborcom spoza elit namiastkę władzy. W praktyce nawet ta namiastka nie była atrakcyjna dla wielu wyborców. W kolonii Wirginia w latach 1728-1775 w dwóch trzecich spośród odbytych wyborów nie było rywalizacji wyborczej, startował w nich tylko jeden kandydat⁸⁸.

Wojna rewolucyjna w koloniach naruszyła tę równowagę i zmusiła rozpolitykowane elity do mobilizacji ludu. Oczywiście konieczne jest tu trywialne zastrzeżenie: „postrzeganie rewolucji jako demokratycznego zwycięstwa ludu wymaga usunięcia z tej opowieści większości ludu”⁸⁹. W najlepszym wypadku bowiem mogłoby chodzić o białych mężczyzn, a faktycznie zwycięstwo odniosła tylko ich część. Alan Taylor stwierdza, że zarówno Patrioci, jak i lojaliści tworzyli międzyklasowe koalicje kierowane przez rywalizujących gentlemanów, którzy mobilizowali pospolitych zwolenników. Patrioci, którzy musieli szukać oparcia w masach, aby walczyć z Brytyjczykami, obiecywali prostym ludziom

⁸⁶ *Ibidem*, s. 135.

⁸⁷ Zob. E.S. Morgan, *Inventing the People...*, s. 122-148.

⁸⁸ A. Taylor, *American Revolutions...*, s. 36.

⁸⁹ T. Bouton, *Taming Democracy. „The People”, the Founders, and the Troubled Ending of the American Revolution*, New York 2009, s. 4.

więcej szacunku i okazji do awansu społecznego oparte na zasługach, a nie koneksjach. Ten ideał w praktyce nie był realizowany, w nowym porządku interesy i koneksje utrzymywały się podobnie jak w starym imperium, ale w bardziej egalitarnych pozorach. Lojaliści pogardzali liderami Patriotów, których uważali za przebiegłych demagogów, oszukujących ludzi złudnymi nadziejami. Sprzecznościami w postępowaniu Patriotów zniesmaczona była również część zwykłych ludzi, która elitaryzm lojalistów uważała za bardziej uczciwy i prostolinijszy⁹⁰.

Ponieważ to ludzie z Wirginii – zwłaszcza George Washington, James Madison, Thomas Jefferson i John Marshall – mieli wielki wpływ na powstanie Konstytucji federalnej oraz na opisywaną tu początkową fazę kształtowania się sędziowskiej kontroli prawa, lepszemu zrozumieniu tych zjawisk pomoże wspomnienie, w jak intrygujących okolicznościach Ojcowie Założyciele z Wirginii zdecydowali się na zerwanie politycznych więzów z brytyjskim Zjednoczonym Królestwem i ogłoszenie niepodległości. Latem 1774 r., kiedy władze brytyjskie ostro odpowiedziały na zniszczenie ładunku herbaty w Bostonie w grudniu poprzedzającego roku, nie było wcale jasne, jak zareagują mieszkańcy Wirginii. Boston był odległy, represje brytyjskie wymierzone były w Massachusetts, a w poprzedzających latach tylko część elit Wirginii deklarowała poparcie dla sprawy patriotycznej. Zwykli mieszkańcy na wieść o wydarzeniach w Bostonie obawiali się, że wbrew własnej woli zostaną przymuszeni do walki z Brytyjczykami⁹¹. Tło udziału Wirginii w Rewolucji naświetlił Woody Holton w książce pod wymownym tytułem *Przymuszeni Założyciele*, w której odpowiada na pytanie, jak to się stało, że elity Wirginii, tamtejsza *gentry* – czyli ziemiaństwo stanowiące nieformalny odpowiednik szlachty, którą to warstwę można też określać mianem gentlemanów czy wręcz lokalnej arystokracji, do czego jeszcze nawiążę – zdecydowały się na ogłoszenie niepodległości, choć większość z tych ludzi, którzy będą się też przewijać na kartach tej książki, opierała się odłączeniu od Brytanii do końca 1775 r. czy nawet początku 1776 r. Nie chodziło bynajmniej o górnolotne względy patriotyczne, ale o złożoną społeczno-ekonomiczną siatkę zależności, w ramach których gentlemani z Wirginii reagowali na oddolne bodźce ze strony niższych klas społecznych, czyli Indian, małorolnych i dłużników oraz niebiałej ludności zniewolonej, a dodatkowo poddawani byli presji ze strony brytyjskich kupców. Interakcje między tymi klasami w skrócie rozwijały się w następujących obszarach. Znamienite postaci z Wirginii, takie jak Washington, Jefferson, Madison, a później Marshall, parały się spekulacjami gruntami. Określenie to w języku polskim ma bardziej pejoratywne znaczenie niż w języku angielskim, w którym oznacza też ryzykowne operacje handlowe czy finansowe, niekoniecznie nieuczciwe, ale w odniesieniu do tych prominentnych Wirginijczyków nie oddawałoby istoty rzeczy nazwanie tego po prostu handlem ziemią. Przede wszystkim chodziło o tereny faktycznie wydzierane Indianom,

⁹⁰ A. Taylor, *American Revolutions...*, s. 137-138

⁹¹ R. Isaac, *The Transformation of Virginia, 1740-1790*, New York 1988, s. 244.

a operacje ich korzystnego nabywania i zyskowej parcelacji opierały się w dużym stopniu na koneksjach politycznych inwestorów. Elity Wirginii pragnęły zatem korzystnie spekulować gruntami, ale pozyskiwanie ziem zachodnich blokowały władze brytyjskie, chroniące Indian przed kolonistami, aby uniknąć kosztownej wojny. Niezamożni osadnicy samorzutnie zajmowali te ziemie, ale póki obrót nimi był w myśl brytyjskiego prawa nielegalny, nie płacili za to gentlemanom, którzy rościli sobie prawa do wielkich połaci urodzajnych ziem. Wątek ten będzie jeszcze powracał, w tym miejscu dość powiedzieć, że czołowi rewolucjoniści z Wirginii byli osobami, którym władze brytyjskie nie pozwalały na swobodne spekulacje ziemią Indian. Drugi obszar składający się na rachunek krzywd Wirginijczyków dotyczył zmonopolizowania przez brytyjskich kupców handlu tytoniem uprawianym w Wirginii. Wirginijczycy długo nie wyrażali tego zarzutu otwarcie, żeby nie odstręczać owych kupców, kontrolujących główne źródło ich dochodów, ale imperialna polityka handlowa, powodująca, że większość zysków z tytoniu przejmowali brytyjscy pośrednicy, była dla nich tak dotkliwa, że wszelkie dodatkowe obciążenia podatkowe, chociaż znacznie niższe niż w Królestwie, były już uważane w Wirginii za zniewolenie ponad wszelką miarę. Z uprawą tytoniu wiązał się trzeci złożony obszar. Wirginijskie elity chciały zablokować cłami przywóz do swej kolonii zniewolonych pracowników z Afryki i Indii Zachodnich, czyli Karaibów. Woleli sprzedawać za wyższe stawki niebiałych nieszczęśników, którzy rodzili się już na miejscu, w ich plantacjach. Dodatkowo dostęp małorolnych do ziemi Indian i taniej siły roboczej sprowadzanej w ramach handlu transatlantyckiego powodował, że uzyskiwali oni kluczowe czynniki do konkurencyjnej uprawy tytoniu bez opłacania się miejscowej warstwie wyższej, która żyła też w stałym strachu przed buntem tysięcy nieujarzmionych przybyszów z Afryki. Ukrócenie przez władze brytyjskie prób zablokowania ich importu było kolejnym czynnikiem zachęcającym do wyrwania się spod kurateli imperialnych władz z Londynu. Próbą nacisku na władze brytyjskie były podejmowane w latach 1769-1774 w Wirginii, a także w innych koloniach protesty ekonomiczne w postaci rezygnacji z importu towarów brytyjskich oraz odmowy eksportu, zwłaszcza rezygnacji ze sprzedaży tytoniu brytyjskim kupcom po niskich cenach, ale też zaprzestania dostaw żywności i drewna do Indii Zachodnich, co odcięłoby Brytyjczyków od produkowanego tam cukru, gdyby mieszkańcom kolonii udało się lepiej skoordynować swe działania. Motywy tej aktywności były gospodarcze, chodziło zwłaszcza o wymuszenie podwyższenia cen skupu tytoniu jego niższą podażą, ale agitacja patriotyczna zniechęcała do wyłamywania się z bojkotu. Reakcją Brytyjczyków było wprowadzenie zakazu handlu zagranicznego przez kolonie poza imperium. Gospodarcza izolacja Wirginii, na tle narastającego w koloniach oporu przeciwko Brytyjczykom, wywołała nieprzewidziane konsekwencje w postaci groźby rozpadu solidarności białych kolonistów i podważenia władzy gentlemanów z Wirginii. Bojkot handlowy doprowadził w tej kolonii do niedoborów, których następstwem były narastające zamieszki, m.in. wiosną 1776 r. gentlemani powszechnie obawiali się rolniczego powstania z powodu braku soli, niezbędnej w gospodarstwach.

Opór niższych warstw rozbudzony został przez wcześniejsze pomysłowe zamknięcie sądów w Wirginii w trakcie bojkotu handlowego, tak aby chronić odmawiających sprzedaży przed pozwami ich kredytodawców. Legislatura Wirginii pierwotnie rozważała odmowę przedłużenia obowiązywania przepisów dotyczących opłat sądowych, ale znaleziono dogodniejszy sposób, niewymagający otwartego głosowania w sprawie zamknięcia sądów. Zamiast tego sprowokowano królewskiego gubernatora, lorda Dunmore'a, do zamknięcia samej legislatury uchwaleniem w maju 1774 r. rezolucji potępiającej zamknięcie przez Brytyjczyków portu w Bostonie. Dzięki temu deputowani rozjechali się do domów, a gentlemani w lokalnych sądach mieli pretekst do odmowy przyjmowania pozwów z powodu nieodnowienia przepisów o opłatach sądowych. Wiosną 1776 r. elity Wirginii poczuły się osaczone. Biali lojaliści w każdej chwili mogli otrzymać wsparcie brytyjskich wojsk inwazyjnych. Wszystkich białych paraliżował strach przed powstaniem zniewolonych pracowników i Indian podburzanych przez Brytyjczyków. Warstwy niższe, rozzuchwalone wcześniejszymi akcjami pozaprawnymi i doprowadzone do desperacji niedoborem podstawowych towarów, zaczęły organizować się w niezależne kompanie ochotnicze, demokratycznie wybierające własnych oficerów i odmawiające posłuszeństwa lokalnym elitom. Gentlemani z Wirginii doszli do wniosku, że rozwiązaniem wszystkich trapiących ich problemów może być tylko ogłoszenie niepodległości. Pozwoliłoby to na nawiązanie relacji handlowych z Francją i uzupełnienie niedoborów, pchających biedniejszych do buntów. Za granicą można byłoby również zakupić broń, aby możliwie szybko zakończyć wojnę rewolucyjną, która samoistnie była źródłem destabilizacji społecznej. W obliczu walk z Brytyjczykami tylko ogłoszenie niepodległości pozwalało też na odtworzenie struktur władzy w Wirginii i zaprowadzenie porządku wśród nieposłusznego plebsu. Ten ostatni argument okazał się w kwietniu 1776 r. bardzo skutecznym instrumentem pozyskiwania dla ruchu niepodległościowego konserwatystów niechętnych zrywaniu więzów z Brytanią⁹². Jak to podsumowuje Woody Holton, dla wielu członków elity Wirginii głosowanie w maju 1776 r. za ogłoszeniem niepodległości nie było przejawem pewności siebie, lecz desperacji – decyzją, którą wymusił na nich głęboko uzasadniony strach przed sytuacją wewnętrzną⁹³.

Podobne procesy zachodzące w Pensylwanii, symbolicznym centrum demokratycznych osiągnięć Rewolucji, opisał Terry Bouton w pracy *Okiełznanie demokracji*. Nacisk fiskalny władz brytyjskich po wojnie siedmioletniej i kontrolowanie handlu powodowało deficyt handlowy kolonii, której mieszkańcy musieli więcej nabywać w Brytanii, niż sprzedawać, co wywołało w latach 60. XVIII w. niedobór pieniądza. Załamało to cały obrót gospodarczy i system kredytowy. Wielu sklepikarzy zamykało sklepy, zmuszeni byli bowiem poświęcać cały swój czas na próby egzekucji długów u nabywców. Sklepikarze

⁹² Zob. obszernie W. Holton, *Forced Founders. Indians, Debtors, Slaves, and the Making of the American Revolution in Virginia*, Chapel Hill 1999.

⁹³ *Ibidem*, s. 164.

zadłużeni byli u kupców z Filadelfii, którzy zadłużeni byli u handlarzy brytyjskich. Więzienia wypełniły się dłużnikami. Działo się to wszystko w kolonii, w której początkowo szeroka dostępność gruntów powodowała, że nawet do 75% dorosłych białych mężczyzn spełniało majątkowy cenzus wyborczy. Jednocześnie około 1760 r. w Filadelfii, głównym ośrodku miejskim, górne najzamożniejsze 10% populacji posiadało prawie połowę majątku miasta, a najbiedniejsze 60% populacji zaledwie 8% majątku. Kryzys gospodarczy spowodował, że największych winowajców upatrywano w Brytyjczykach, ale zaraz za nimi obwiniano finansową elitę kolonii, oskarżaną o chciwość, wykorzystywanie całej sytuacji i wyzyskiwanie niższych klas. Zrodziło to masowy ruch na rzecz autonomizacji Pensylwanii względem władzy imperialnej, ale też domagający się reform wewnętrznych zmniejszających nierówności ekonomiczne i polityczne oraz dopuszczania do władzy zwykłych ludzi. Terry Bouton określa to jako „wizję roku 1776”, czyli ideał wyrażający rozumienie Rewolucji dla większości Pensylwańczyków. Pod wpływem oddolnego nacisku mas wielu gentlemanów przyjęło tę wizję i dlatego Rewolucja w Pensylwanii miała prawdopodobnie najbardziej demokratyczny charakter spośród wszystkich kolonii. W procesie organizowania działalności niepodległościowej obok wyższej warstwy *gentry* uczestniczyła warstwa niższa, stawiająca faktycznie trwalszy opór Brytyjczykom. Był to niepewny sojusz, w którym klasa wyższa starała się powściągać radykalizm pospółstwa, ale – tu kolejne podobieństwo do sytuacji w Wirginii – nacisk zwykłych ludzi wymuszał coraz bardziej stanowczą postawę elit wobec Brytyjczyków. Zwłaszcza kiedy pospółstwo zaczęło organizować się w oddziały milicji od kwietnia 1775 r., sceptyczni gentlemani zaczęli dołączać jako ich oficerowie, aby nie pozwolić na przejęcie władzy przez gmin. Zwieńczeniem tej fazy Rewolucji w Pensylwanii było przyjęcie w tym uniezależniającym się państwie konstytucji z 1776 r. o bardzo demokratycznym, wedle ówczesnych standardów, charakterze, oparto ją bowiem na przekonaniu, że poszerzone prawo wyborcze, przyznane niezamożnym masom, zabezpieczy władzę przed korupcją, a wpływ polityczny niższych warstw społeczeństwa da im dostęp do pieniędzy, kredytu i ziemi, co pozwoli na zmniejszenie niepożądanego nierówności⁹⁴.

Te wątki dotyczące ekonomicznego podłoża rewolucji amerykańskiej są na tyle słabiej znane czy też wypierane, że w swym klasycznym dziele *O rewolucji* mogła Hannah Arendt zupełnie nietrafnie twierdzić, iż nędza mas, czyli kwestia socjalna, stanowiąca najpilniejszy i najtrudniejszy do politycznego rozwiązania problem wszystkich innych rewolucji, „nie odegrała prawie żadnej roli podczas Rewolucji Amerykańskiej”⁹⁵. W koloniach amerykańskich z punktu widzenia Europejczyków nędza była być może nie tak dotkliwa, ale owa kwestia socjalna była skrytym podłożem fermentu rewolucyjnego, zasłoniętym wszelako intensywnym wysiłkiem ideologicznym Ojców Założycieli.

⁹⁴ Zob. obszernie T. Bouton, *Taming Democracy...*, s. 13-55.

⁹⁵ H. Arendt, *O rewolucji*, tłum. M. Godyń, Kraków 1991, s. 22.

W interpretacji Edmunda S. Morgana Madison, jako pomysłodawca Konstytucji, świadom był, że może swoje cele osiągnąć tylko poprzez odwołanie się do nierozpozna- wanej dotąd w pełni suwerenności ludu Stanów Zjednoczonych. To było w przewrotnym sensie powtórzenie rewolucji angielskiej z lat 40. XVII w., tyle że Izba Gmin wynalazła suwerenność ludu, aby zatriumfować nad królem, a Madison wynalazł suwerenność ludu amerykańskiego, aby zatriumfować nad przekształconymi w stany państwami. Nawet on nie rozumiał jeszcze wtedy wszystkich konsekwencji płynących z utworzenia prawdziwych ogólnopaństwowych władz, opierających się nie na władzach stanowych ani nawet nie na ludziach z poszczególnych stanów, lecz na wynalezionym przez siebie ludzie Ameryki⁹⁶.

Jak to ujmuje ze współczesnej perspektywy Yascha Mounk, chodzi tu o podstawowe napięcie występujące w historii liberalnych demokracji. Ustroje takich państw, jak Wielka Brytania i Stany Zjednoczone, stworzono nie po to, by dać wyraz demokracji, lecz by się jej przeciwstawić. Dopiero retrospektywnie nadano im „demokratyczny nimb” w ramach późniejszych twierdzeń, że w ustrojach tych ludowi wolno rządzić. Brytyjski Parlament nie został stworzony po to, by pozwolić ludowi rządzić, lecz był skąpanym we krwi kompromisem pomiędzy znękanym monarchą a szczytową warstwą elit państwowych. W Stanach Zjednoczonych bardzo świadomie projektowano Konstytucję tak, by odsuwać lud od władzy i dopiero w XIX w. „przedsiębiorczy myśliciele zaczęli stroić ideologicznie świadomą republikę w niepasujące do tego szaty nawróconej demokracji”⁹⁷. Yascha Mounk przypomina tu słowa z artykułu sześćdziesiątego trzeciego ze zbioru *Federalista*, prawdopodobnie autorstwa Madisona, aprobatywnie akcentującego na tle wątku reprezentacji, że różnica między władzami państw starożytnych a władzami amerykańskimi polega na „całkowitym wyłączeniu ludu działającego zbiorowo z udziału w tych ostatnich” i ta właśnie różnica ma stanowić najbardziej korzystną wyższość Stanów Zjednoczonych⁹⁸. Komentujący te słowa Sanford Levinson stwierdza, że Madison wykazuje jedynie minimalne zaufanie do tego, co dziś określilibyśmy jako politykę demokratyczną⁹⁹. W Ameryce po Rewolucji lud poczuł się upodmiotowiony w stopniu irytującym dotychczasowych moźnych, a przejawiało się to w codziennych kontaktach. Zaprzestano ukłonów przed gentlemanami, skończyło się odruchowe uchylenie nakrycia głowy i ustępowanie przed nimi prostych ludzi, wszystkich białych mężczyzn tytułowano egalitaryzującym mianem „Mister”. Jeden z plantatorów z Wirginii ubolewał, że duch

⁹⁶ E.S. Morgan, *Inventing the People...*, s. 267

⁹⁷ Y. Mounk, *The People vs. Democracy. Why Our Freedom Is in Danger and How to Save It*, Cambridge, Mass. 2018, s. 54-55.

⁹⁸ *Federalist*, no. 63: *The Senate Continued (Probably Madison)*, [w:] C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, s. 385.

⁹⁹ S. Levinson, *Framed...*, s. 152.

niepodległości zamienił się w ducha równości i nagle wszyscy jego sąsiedzi uznali się pod każdym względem za równych jemu¹⁰⁰.

Charakterystyczna dla zmagania delegatów w Filadelfii z duchami nieobecnego, a rozbudzonego politycznie pospólstwa była trwająca trzy dni debata nad sierpniową propozycją Charlesa Pinckneya, aby wprowadzić astronomiczne ograniczenia biernego prawa wyborczego. Zaledwie kilka dni wcześniej odstąpiono od ograniczenia czynnego prawa wyborczego, relacjonuje Richard Beeman, argumentowanego przewrotnie, że to właśnie biedota głosująca na członków Izby Reprezentantów pozwoli się przekupić możnym, którzy stworzą nową arystokrację. Jednak wizja, aby sami biedni mogli obejmować urzędy publiczne, napełniła wielu delegatów przerażeniem. Pinckney zaproponował więc, aby od sędziów i członków Kongresu wymagać majątku w wysokości 50 tysięcy dolarów, a od prezydenta 100 tysięcy, co dyskwalifikowałoby 99% ówczesnej populacji, a według dzisiejszej wartości dolara oznaczałoby majątek liczony co najmniej na poziomie miliona dolarów. Benjamin Franklin przekonywał żarliwie zgromadzonych, że uczciwość i cnota nie są wyłącznie przymiotami bogaczy i ostatecznie wniosek Pinckneya został odrzucony, ale jak to przedstawia Beeman, nie dlatego, że delegaci podzielili egalitaryzm Franklina, a z prozaicznego powodu, że nie mogli się zgodzić co do tego, jakie ograniczenia należy wprowadzić¹⁰¹. Czy można było sobie wyobrazić pozyskanie poparcia wymaganego dla ratyfikacji, gdyby „spiskowcy” z Filadelfii przedstawili ludowi dokument pozbawiający 99% z nich dostępu do udziału we władzach federalnych?

Nieco odmienne spojrzenie na tę kwestię proponuje Clement Fatovic, starający się wykazać, że twórcy Konstytucji nie odrzucali wcale egalitarnych ideałów z okresu rewolucji, a wrogość tego środowiska wobec równości ekonomicznej została wyolbrzymiona lub zniekształcona przez współczesnych badaczy. Fatovic argumentuje, że przywiązanie Ojców Założycieli do republikańskiej wizji społeczeństwa obejmowało także świadomość, że wolność polityczna wymaga również zapewnienia pewnego poziomu równości ekonomicznej. Kiedy więc mieli okazję do ograniczania roli zwykłych obywateli w procesie politycznym, nawet najwięksi konserwatyści spośród nich wzbraniaли się przed wykorzystaniem najbardziej antydemokratycznych rozwiązań. Co najmniej zaświadcza to, zdaniem Clementa Fatovica, o utrwaleniu ideałów republikańskich w społeczeństwie¹⁰². Odnotowuję to stanowisko, aby podkreślić potencjalną wagę owego republikańskiego ideału, opartego na wizji wspólnie rozwijanego dobra, który będzie istotny w moich konkluzjach. Tezy Fatovica w zasadzie wspierają przedstawiany tu wywód, różnice dotyczą tylko rozłożenia akcentów. Niezależnie od tego, czy uznamy, że pomimo antydemokratycznej postawy delegatów w Filadelfii tliło się w nich także szczere przywiązanie do idei republikańskiej, czy też stwierdzimy, że świadomi byli tego przywiązania

¹⁰⁰ J. Ferling, *Adams vs. Jefferson. The Tumultuous Election of 1800*, New York 2004, s. 42.

¹⁰¹ R. Beeman, *Plain, Honest Men...*, s. 279-280.

¹⁰² C. Fatovic, *America's Founding and the Struggle over Economic Inequality*, Lawrence 2015, s. 59.

u ludu, który dekadę wcześniej pociągnęli do walki rewolucyjnej, wynik ich kalkulacji był taki, jaki zawarli w tekście z 1787 r. – stłumienie w nowej federacji pierwiastków demokratycznych w stopniu tak wysokim, jaki skłonne byłyby zaakceptować szerokie masy, których poparcie trzeba było pozyskać, aby z sukcesem przeprowadzić ratyfikację Konstytucji. To wszystko zaś na tle analizowanych przez Ryszarda M. Małajnego różnic zdań między Ojcami Konstytucji, z których część obawiała się także oligarchizacji ustroju i maksymalnej eksploatacji biednych, a także w ramach prób stworzenia stabilnego ustroju odpornego na „hydrę faksji”, czyli grup reprezentujących odrębne interesy społeczne¹⁰³. Ostatecznie w tekście Konstytucji przyjętej w Filadelfii stępiono radykalizm początkowych propozycji Madisonsa w takim stopniu, że prawdopodobnie szczerze odżegnywał się on od określenia „ojciec Konstytucji”, a rozczarowany nadaniem jej zbyt federalnego charakteru, w ówczesnym, zdecentralizowanym rozumieniu, pisał do Jeffersona, że nowy ustrój nie przetrwa kilku lat¹⁰⁴.

Proces ratyfikacji zasadnie może być nazwany „re-konwencją”¹⁰⁵, ponieważ stanowił powtórzenie uzgodnienia podjętego w Filadelfii, ale tym razem odbywał się na forum trzynastu państw. Płomienne debaty i starcia polemiczne odbywające się w trakcie ratyfikacji były pierwszą, prewencyjną próbą wykładni amerykańskiej Konstytucji. Proces ten nawiązywał wprost do metody uchwalania i zatwierdzania wcześniejszych konstytucji przez lokalne konwencje. Biograf Prezesa Johna Marshalla, Charles F. Hobson, stwierdza, że te konwencje ludowe stały się najważniejszym wkładem Amerykanów do teorii politycznej i konstytucyjnej. Rozkwitały one poza organami władzy, były pozaprawnymi środkami tworzenia prawa najwyższego, które odtąd wiązało władze. Konwencje nadały teoretycznej idei suwerenności ludu faktyczny wymiar¹⁰⁶. Równolegle trzeba jednak podkreślić, że konwencje ratyfikacyjne działać miały w formule określonej w Filadelfii i starannie nadzorowanej przez Federalistów. Z determinacją sprzeciwiali się oni postulatowi dokonywania ratyfikacji warunkowej oraz zwołania drugiej konwencji, ponieważ wiedzieli, że nie będą już w stanie powtórzyć szczególnych warunków, z których korzystali w Filadelfii, zwłaszcza poufności obrad, oraz skorzystać z przedstawianej właściwie bezalternatywnie konieczności aprobaty dla przygotowanego przez nich aktu konstytucyjnego, aby zapobiec ogólnej katastrofie polityczno-gospodarczej w koloniach. Federaliści – z których wielu opuściło Filadelfię w poczuciu rozczarowania, że nie udało się jeszcze bardziej odsunąć ludu od władzy w nowej konstytucji – spodziewali się też, że im więcej czasu dadzą ludziom na rozważanie przedłożonej Konstytucji, tym mniej prawdopodobna będzie jej ratyfikacja w niezmienionym kształcie. Suwerenność ludu,

¹⁰³ Zob. obszernie R.M. Małajny, *Doktryna podziału władzy „Ojców Konstytucji” USA*, Katowice 1985, s. 135-160.

¹⁰⁴ K.R.C. Gutzman, *The Jeffersonian Republicans...*, s. 62-63.

¹⁰⁵ Tak ujmuję to L. Goldstone w swej pracy *The Activist...*, s. 32.

¹⁰⁶ Ch.F. Hobson, *The Great Chief Justice. John Marshall and the Rule of Law*, Lawrence 1996, s. 61.

proklamowaną w Konstytucji, udało się Federalistom w trakcie debaty ratyfikacyjnej okiełznać w nurcie regulowanej przez siebie dyskusji. Madison pod koniec 1787 r. podzielił się z Jeffersonem uwagą, że w Wirginii masy ludowe są tak przyzwyczajone do tego, że kierowane są przez rządzących w zawitych sprawach, iż kwestia ratyfikacji Konstytucji z pewnością przekracza zdolność oceny większości z nich¹⁰⁷.

Wątek faktycznej realizacji suwerenności ludu miał będzie istotne znaczenie dla dalszych rozważań, sędziowie bowiem postrzegali się będą w roli aktualnych przedstawicieli ludu, egzekwujących wobec władz politycznych postanowienia przyjętej przez lud Konstytucji. Idee takie znane były od dawna sędziom angielskim, ale miały w znacznym stopniu hipotetyczny wymiar, opierały się na iluzorycznym koncepcie „starożytnej konstytucji”. Miał to być akt z przeszłości tak odległej, że przetrwał jedynie w późniejszych zwyczajach i ustawach, rozpoznawany w dziedzicznej tradycji *common law*¹⁰⁸. Na skolonizowanym przez Anglosasów obszarze Ameryki Północnej ta iluzja nie była już potrzebna, konstytucje i federalna Konstytucja były zatwierdzane bezpośrednio przez szerokie rzesze mieszkańców. Elity polityczne uczestniczyły w tym akcie ograniczania władzy osobiście. Rychło jednak miało się okazać, że akt ten, mimo swej pisemnej formy, pozwala na równie rozbieżne interpretacje co mityczna starożytna konstytucja angielska.

Zaakcentować trzeba jednak ponownie, za Michaeliem J. Klarmanem, który swą książkę poświęconą konwencji filadelfijskiej zatytułował *Zamach stanu twórców Konstytucji*, że deklaracje elit politycznych o ich oddaniu idei suwerenności powszechnej maskowały głęboką nieufność wobec ludu, odzwierciedloną w prawie wszystkich rozwiązaniach wprowadzonych do Konstytucji. Madison stwierdził, że piękno idei suwerenności powszechnej polega na tym, że nie nakazuje ona żadnego konkretnego rozwiązania politycznego, o ile lud popiera ogólnie ustrój. Po latach Jefferson przyznał, że jego generacji wydawało się, iż republikanizmem jest wszystko, co nie jest monarchią. W trakcie debaty ratyfikacyjnej Federaliści zmienili retorykę dotyczącą przyjętych przez siebie rozwiązań o najbardziej arystokratycznym wymiarze, np. w Filadelfii długość kadencji senatorów uzasadniali potrzebą tamowania przez nich przepisów o papierowym pieniądzu, ale w procesie ratyfikacji utrzymywali, że chodzi o rozwinięcie przez senatorów w trakcie długiej kadencji wiedzy z zakresu polityki zagranicznej, aby doradzać prezydentowi w sprawie traktatów¹⁰⁹. W praktyce pierwotne rozwiązania dotyczące Senatu zapewniały jego członkom rodzaj immunitetu względem powołujących ich legislatur stanowych, ponieważ przed kolejnymi wyborami do Senatu lokalni politycy w wielu legislaturach stanowych sami tracili urzędy w ramach swoich krótszych kadencji¹¹⁰. Federaliści całkowicie nieszczerze, wbrew swoim wypowiedziom w Filadelfii, utrzymywali m.in., że

¹⁰⁷ Zob. M.J. Klarman, *The Framers' Coup...*, s. 530-539.

¹⁰⁸ P. Hamburger, *Law and Judicial Duty*, Cambridge, Mass. 2008, s. 91.

¹⁰⁹ M.J. Klarman, *The Framers' Coup...*, s. 608-609.

¹¹⁰ S. Levinson, *Framed...*, s. 311.

nic w Konstytucji nie utrudnia zwykłym obywatelom zajmowania stanowisk federalnych¹¹¹. Richard A. Epstein zgrabnie wyraził postawę twórców Konstytucji w słowach: nie byli oni apostołami powszechnej demokracji, ale żarliwymi wyznawcami potrzeby stworzenia bizantyjskich struktur wyborczych, które zapobiegłyby przejściu kontroli nad władzą polityczną przez masy¹¹².

Suwerenność powszechna dla środowiska pierwotnych zwolenników Konstytucji stanowiła niezwykle użyteczny argument, dzięki któremu mogli skutecznie oddalać zarzuty Antyfederalistów, że nielegalne obejście wymogów zawartych w Artykułach Konfederacji wymagających jednolitej zgody władz skonfederowanych państw na zmiany Artykułów stanowi naruszenie suwerenności tych państw. Pierwotni Federaliści odpowiadali na to, że suwerenność nie spoczywała w państwach ani w ich władzach, lecz w samym ludzie, a jeśli większość ludu w drodze konwencji wybiera nowe rozwiązanie ustrojowe, to władna jest to uczynić, niezwiązana żadnym wcześniejszym aktem¹¹³.

Z procesem ratyfikacji nierozzerwalnie związana była także pisemna forma Konstytucji. Odwołanie do suwerennego ludu w procedurze ratyfikacji Konstytucji miało sens tylko w kontekście spisanego dokumentu, który w swej stałej postaci mógł zostać zatwierdzony jako prawo fundamentalne przez tenże lud¹¹⁴. Potrzeba spisania własnych zasad, wywodzona z Biblii, była zresztą głęboko zakorzeniona w umysłowości Amerykanów¹¹⁵. Analizujący myśl Jeffersona Tomasz Wiecech zauważa, że gdy ten polityk z Wirginii opublikował w 1774 r. projekt unii między Wielką Brytanią a koloniami, to odrzucił właściwość legislacyjną Parlamentu brytyjskiego wobec kolonii w jakiegokolwiek materii, a dzięki temu „nie był zmuszony podejmować rozważań dotyczących suwerenności, unikając w ten sposób zagadnienia najbardziej problematycznego, z którym zmagać się będą Amerykanie nie tylko w okresie tworzenia Konstytucji, ale i później, właściwie aż do wojny domowej”¹¹⁶. Wbrew zatem demonstrowanej w debacie ratyfikacyjnej przez Federalistów pewności siebie koncepcja suwerenności realizowanej w Konstytucji pozostała niejasna.

Samo forum państw/stanów, na jakim odbywały się ratyfikacje, wywoływało zasadniczą trudność interpretacyjną co do suwerenności dotychczasowych państw. Dobrym przykładem jest tu polemika, w jaką wdał się Prezes Marshall trzy dekady po opisywanych wydarzeniach, w serii opublikowanych w prasie esejów pod pseudonimem „Zwolennik Konstytucji”. Wieloletni przeciwnik Marshalla, Spencer Roane, polityk i sędzia

¹¹¹ M.J. Klarman, *The Framers' Coup...*, s. 393-394.

¹¹² R.A. Epstein, *Afterword. Whither Electoral Reforms in the Wake of Bush v. Gore*, [w:] C.R. Sunstein, R.A. Epstein (eds.), *The Vote. Bush, Gore, and the Supreme Court*, Chicago 2001, s. 244.

¹¹³ S. Elkins, E. McKittrick, *The Age of Federalism...*, s. 11-12.

¹¹⁴ K.E. Whittington, *Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, Lawrence 1999, s. 55.

¹¹⁵ J.E. Semonche, *Keeping the Faith...*, s. 18.

¹¹⁶ T. Wiecech, *Unia w myśli politycznej...*, s. 29.

z Wirginii, zgodnie z tezami Antyfederalistów argumentował, że skoro Konstytucja ratyfikowana została przez konwencje wybrane przez mieszkańców odrębnych państw, to była ona jedynie umową między suwerennymi państwami i odpowiednio rząd federalny był jedynie sojuszem takich państw. Broniący anonimowo swego orzeczenia na łamach prasy Prezes Marshall odpierał te tezy argumentami, że ratyfikacja dokonała się na poziomie skonfederowanych państw nie dlatego, że były one suwerenne, ale z tego powodu, że był to jedyny praktyczny i dogodny sposób ratyfikacji, gdyż Amerykanie nie mogli zebrać się *en masse*. Według Marshalla, wyrażającego tu kanon Federalistów, konwencje odbywały się w obrębie ówczesnych państw, ale gromadziły przedstawicieli całego ludu amerykańskiego¹¹⁷.

Odnotujemy, że także słowo „lud”, *people*, nabrało innego znaczenia w Ameryce niż w Europie. W Europie lud oznaczał biednych, ordynarnych *canailles*, pospolitych *menu peuple*, tłum *der Pöbel*, wreszcie uwiecznionych przez Wiktora Hugo *les misérables*. W Ameryce lud uświęcony został w pierwszych słowach Konstytucji i poza ludem nie było nikogo, dlatego że obejmował on całe społeczeństwo, deklarujące w swej Konstytucji, że Stany Zjednoczone nie będą nadawały tytułów szlacheckich¹¹⁸. Przypomnijmy słowa Publiusza z artykułu czterdziestego *Federalisty*: lud, sam lud (*the people themselves*) miał rozstrzygnąć, czy plan filadelfijski zostanie zniweczony, czy też aprobatą dla niego pozbawi znaczenia wszelkie zarzuty formalne. Dla Amerykanów końca XVIII w. i późniejszych generacji idea suwerenności powszechnej stanowiła jednoczący element świadomości, który dopiero po II wojnie światowej zaczął być zacierany przez reinterpretujący historię Sąd Najwyższy i bezrefleksyjnie akceptujące jego tezy środowisko badaczy¹¹⁹.

Zaznaczyć trzeba wszakże, że formalnie w państwie amerykańskim nie było szlachty, ale zwłaszcza we wczesnej republice istotne znaczenie miała wywodząca się z okresu kolonialnego kategoria wspomnianych gentlemanów, jaśniepanów z dobrych rodzin, odpowiednio zamożnych i ustosunkowanych, a przez to oczekujących posłuchu mas. Aspiracje polityczne i ekonomiczne tej kategorii społecznej – specyficznej szlachty z własnego nadania, którą dalej określał będę także w ślad za innymi autorami „możnymi” czy „arystokracją” – przewijać się będą na kolejnych stronach, ponieważ ostatecznie stanowią one klucz do zrozumienia nie tylko pierwocin sądownictwa konstytucyjnego, ale też genezy całej Konstytucji Stanów Zjednoczonych. To byli właśnie ludzie traktujący wybory z przymrużeniem oka jako rodzaj karnawału i oczekujący, że w zawiłych sprawach lud będzie się zdawał na ich wyrobienie.

¹¹⁷ Artykuły Marshalla broniące orzeczenia *McCulloch v. Maryland* (1819) ukazywały się od czerwca do lipca 1819 r., zob. szerokie omówienie dokonane w: R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court*, Baton Rouge 2001, s. 337-350.

¹¹⁸ Zob. G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 35.

¹¹⁹ Obszernie opisuje to zagadnienie Larry D. Kramer w pracy *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York 2004.

Pewne pojęcie o tej grupie w ramach szczególnie istotnej Wirginii, jako kolonii i państwa, dają uwagi Woody'ego Holtona. W dekadach poprzedzających rewolucję gentlemanem w Wirginii był ten, kto miał, jak to określono w latach 60. XVIII w., wystarczająco dużo „pieniędzy, *Negroes* i gruntu”, czyli po prostu klasycznych czynników produkcji w postaci kapitału, pracy i ziemi. Chodziło o około 10% najbogatszych wolnych Wirginijczyków, posiadających połowę majątku kolonii, zasiadających w lokalnym parlamencie, radzie wykonawczej i sądach, mieszkających w murowanych domach, mogących pozwolić sobie na zakup książek i na służbę domową¹²⁰. Szkocki nauczyciel obserwujący tych ludzi zapisał, że zasoby majątkowe takich gentlemanów skrywały wszystkie ich defekty, powodując, że szaleństwo uchodziło za dowcip, ekstrawagancja za charakter, zuchwałość za odwagę, a tchórzostwo za mądrość¹²¹.

Ważnym instrumentem utrzymywania hierarchicznego porządku społecznego były osławione w zbiorowej fikcji suwerenności milicje, co potoczyscie przedstawia Edmund S. Morgan. Faktyczny potencjał militarny takich oddziałów był mizerny, z Indianami radziły sobie wtedy, gdy dysponowały przewagą broni palnej. W starciu z zawodowym wojskiem byłyby bezużyteczne, co dobrze rozumiał generał Washington w trakcie wojny rewolucyjnej, świadomy, że poleganie na milicji doprowadzi go do przegranej. W niepodległych państwach, a wcześniej koloniach, takich jak Wirginia, oddziały milicji były szkołą podporządkowania lokalnym elitom, których przedstawiciele piastowali stanowiska oficerskie. Stopnie wojskowe były w Ameryce najważniejszym formalnym wyznacznikiem statusu społecznego przy braku szlacheckich tytułów honorowych, a rywalizacja o rangę kapitana czy pułkownika, wśród mogących aspirować do takich szarż właścicieli ziemskich, bywała bardziej zażarta niż starania o stanowiska polityczne. George Washington nawet po wyborze na prezydenta był najczęściej nazywany generałem Washingtonem. Ćwiczenia milicji nie służyły zdobywaniu sprawności bojowej, ale były często okazją do strzelania na wiat przed ładnymi dziewczynami, paradowania dowódców w imponujących mundurach, a na koniec biesiad z szeregowcami na koszt oficerów, w specyficznej atmosferze łączącej serdeczność i uległość. Wyuczone w trakcie takich paramilitarnych majówek posłuszeństwo wobec oficera w mundurze ułatwiało utrzymanie posłuszeństwa wobec tego samego człowieka już bez munduru¹²². Rhys Isaac opisuje nieformalny rytuał z udziałem niejakiego kapitana Wagera z pewnego okręgu Wirginii, który przez kolejne lata kończył zbiórkę swej kompanii milicji raczeniem podkomendnych ponczem, po czym oddział z wdzięcznością oddawał salwę pod jego domem, za co jeszcze raz był raczony trunkiem. Autor ten komentuje, że była to udana komunikacja wspólnego zrozumienia sytuacji, podtrzymująca porządek społeczny. Podróżnik

¹²⁰ W. Holton, *Forced Founders...*, s. xviii-xix.

¹²¹ R. Isaac, *The Transformation of Virginia...*, s. 118.

¹²² E.S. Morgan, *Inventing the People...*, s. 161-173.

z Anglii odnotował, że gdy przemierzał Maryland, Wirginię i Karolinę, wszędzie słyszał wzmianki o pułkownikach, majorach i kapitanach, jakby trafił do zacisza bohaterów¹²³.

Zasadniczym motywem debaty ratyfikacyjnej było starcie zwolenników silnego rządu centralnego, czyli Federalistów, z Antyfederalistami, którzy obawiali się tyranii rządu ponadstanowego. Jednym z błyskotliwych posunięć zwolenników nowej Konstytucji było zresztą obranie miana „Federalistów”. Słowa „federacja” i „konfederacja” były w XVIII w. synonimami, więc w tym rozumieniu ustrój zaproponowany w Filadelfii nie był formą federalną, nie był ligą, związkiem, jaki tworzyły do tego czasu skonfederowane państwa, ale konstrukcją mieszaną. Używając popularnego określenia „federalny” i form pochodnych dla własnych celów, a więc przejmując władzę nad językiem, którym również współcześnie się posługujemy, zwolennicy ratyfikacji kreowali korzystny dla siebie odbiór ludu i neutralizowali częściowo nastroje nieprzychylnie scentralizowanej władzy¹²⁴.

Przed konwencją określenie „Federalista” oznaczało zwolennika silnych państw i słabej konfederacji¹²⁵. Gdy rozpoczynały się obrady w Filadelfii, powszechne rozumienie było takie, że to Artykuły Konfederacji stworzyły władzę o charakterze *federal*, więc Edmund Randolph, przedstawiając na początku konwencji rewolucyjne założenia planu z Wirginii, powtarzał słowo *national*, podkreślając nadrzędność wobec stanów proponowanych nowych organów centralnych¹²⁶. Jeszcze w maju 1787 r. delegaci najczęściej używali słowa *national*, opisując scentralizowane władze, ale we wrześniu, pod koniec obrad, swój twór określali już jako władze federalne, choć twórcy Konstytucji w niewielkim stopniu zgadzali się co do tego, co właściwie oznacza nowa definicja federalizmu¹²⁷.

Elementem przejmowania władzy nad językiem było również ukucie terminu „Antyfederaliści”, zapoczątkowanego jeszcze przed konwencją przez Noaha Webstera w wersji „antifoederal”¹²⁸. Posługuję się nim w dalszym wywodzie, ale zaznaczając, że Pauline Maier, że terminem tym posługiwali się prawie wyłącznie Federaliści, nadając oskarżycielski wydźwięk temu zbiorczemu określeniu różnorodnie motywowanych krytyków proponowanej Konstytucji, którym przypisywali niskie pobudki, kształtując w ten sposób odbiór sporu o ratyfikację przez kolejne generacje historyków¹²⁹. Prawdziwymi „federalistami”, w tradycyjnym rozumieniu tego terminu, byli ci, których naznaczono negatywnym określeniem „Antyfederaliści”¹³⁰. Federaliści w ten sposób narzucali własny język debaty, spływając ją poprzez sugerowanie, że są tylko dwie strony sporu, a przeciw-

¹²³ R. Isaac, *The Transformation of Virginia...*, s. 107-109.

¹²⁴ R. Ketcham, *Introduction*, [w:] idem (ed.), *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates*, New York 2003, s. xxii-xxiii.

¹²⁵ A. Taylor, *American Revolutions...*, s. 383.

¹²⁶ R. Beeman, *Plain, Honest Men...*, s. 91.

¹²⁷ *Ibidem*, s. xii.

¹²⁸ J.T. Kloppenberg, *Toward Democracy...*, s. 412.

¹²⁹ P. Maier, *Ratification...*, s. xiv-xv.

¹³⁰ R. Beeman, *Plain, Honest Men...*, s. 375.

nicy Konstytucji, nazwani Antyfederalistami, to niegodni szacunku urzędnicy lokalni, obawiający się o swe posady, będący najpewniej lojalistami, tęskniącymi za podległością wobec Brytyjczyków. W rzeczywistości także przeciwnicy Konstytucji byli zwolennikami wzmocnienia w jakiś sposób władzy „federalnej”, a ich opór pobudzała również siłowa taktyka propagatorów tekstu przygotowanego skrycie w Filadelfii¹³¹.

Na brzemienne skutki przejmowania przez Federalistów władzy nad językiem zwraca uwagę Gordon S. Wood, przekonujący, że zdecydowanie nieszczerzy u Federalistów był demokratyczny radykalizm ich argumentów, ich stałe akcentowanie powszechnej natury Konstytucji oraz podkreślanie przez nich reprezentacyjnego charakteru wszystkich elementów władzy. Było to przywłaszczanie i wyzyskiwanie języka, który słuszenie należał do ich oponentów. Wood twierdzi, że był to początek rozziwu w amerykańskiej polityce między ideologią a motywami, który nigdy już nie został zniwelowany:

Używając najbardziej ludowej i demokratycznej retoryki, jaka była dostępna, w celu wytłumaczenia i usprawiedliwienia swego arystokratycznego ustroju, Federaliści przyczynili się do uniemożliwienia rozwoju amerykańskiej tradycji intelektualnej, w której zróżnicowane idee polityczne mogły zostać silnie i szczerze powiązane ze zróżnicowanymi interesami społecznymi¹³².

Zbliżonym problemem jest to, że obie główne strony debaty ratyfikacyjnej skrywały swoje prawdziwe motywacje, nierzadko bardzo partykularne. Ponieważ obóz Antyfederalistów pozostawił po sobie mniej dokumentów pisemnych, rodzi to trudności z odtworzeniem prawdziwych poglądów zróżnicowanego zbioru oponentów ratyfikacji. Federaliści i Antyfederaliści sięgali przede wszystkim po argumenty, które mogły trafić do osób niezdecydowanych, dlatego np. podczas konwencji w Wirginii wiele uwagi poświęcano kwestiom, które miały przyciągnąć poparcie delegatów z regionu Kentucky¹³³.

Ze współczesnej perspektywy ocena, iż w wielu kwestiach Antyfederaliści mieli rację oraz trafnie identyfikowali zagrożenia i konsekwencje wynikające z przyjęcia Konstytucji Federalistów, wyrażona została nawet we wpływowym komentarzu do Konstytucji *The Heritage Guide to the Constitution*, stworzonym w środowisku zwolenników oryginalizmu w interpretacji konstytucyjnej, a więc badaczy skłonnych do przypisywania aktowi z Filadelfii klarowności i ponadczasowych walorów. Matthew Spalding, współredaktor tego tomu, napisał we wprowadzeniu, że wiele obaw i ostrzeżeń Antyfederalistów okazało się proroczych w świetle współczesnych zmian w amerykańskim konstytucjonalizmie¹³⁴.

¹³¹ P. Maier, *Ratification...*, s. 93-94.

¹³² G.S. Wood, *The Creation of the American Republic...*, s. 562.

¹³³ M.J. Klarman, *The Framers' Coup...*, s. 307-310.

¹³⁴ M. Spalding, *Introduction to the Constitution*, [w:] D.F. Forte, M. Spalding (eds.), *The Heritage Guide to the Constitution...*, s. 13.

Na bardzo ciekawą kwestię dotyczącą postrzegania Konstytucji i wkładu Antyfederalistów wskazuje Woody Holton, wytrwale demistyfikujący genezę aktu z 1787 r. Ten nagradzany za swe dokonania historyk opisuje, że podczas zajęć na University of Richmond, przystępując do omawiania źródeł Konstytucji, zachęca studentów do udziału w pewnej zabawie edukacyjnej. Studenci wskazują te przepisy Konstytucji, które cenią najbardziej. Zwykle jest to podobna, ograniczona pula propozycji, z wolnością religii i słowa na czele, przez prawo do broni, zasadę równości, system hamulców i równoważników, po rzadsze wskazania jak zakaz nieuzasadnionych rewizji lub zatrzymań. Prowadzący zajęcia Holton wpisuje te formuły na tablicy do trzech ponumerowanych kolumn, których opisy ujawnia na końcu. Okazuje się, że najmniej wpisów trafia do kolumny drugiej, czasami tylko jeden w postaci „checks and balances”. Na końcu tej pouczającej zabawy studenci są zadziwieni, gdy okazuje się, że najwięcej cenionych przez nich przepisów znajduje się w kolumnie trzeciej, reprezentującej tzw. deklarację praw, *Bill of Rights*, czyli zestaw pierwszych poprawek przyjętych pod naciskiem Antyfederalistów, a także późniejsze poprawki. Część wyróżnionych przez studentów przepisów trafia do kolumny pierwszej, ujawnionej przez prowadzącego jako przepisy Artykułów Konfederacji, które skopiowano do Konstytucji z 1787 r. Najmniej propozycji, czasami tylko wspomniana jedna, trafia do kolumny drugiej, która reprezentuje pierwotny tekst Konstytucji, bez zapożyczeń i późniejszych uzupełnień. To jest zaś realny wkład Federalistów w ustrój amerykański. Okazuje się nieodmiennie, komentuje Woody Holton, że za to, co Amerykanie najbardziej cenią w Konstytucji, powinni być wdzięczni nie jej twórcom, ale jej przeciwnikom, a więc Antyfederalistom, którzy wymogli na Federalistach strategiczne ustępstwa, nazwane później *Bill of Rights*¹³⁵.

Mimo że w trakcie debaty ratyfikacyjnej, w której zgodzili się na owe strategiczne ustępstwa, Federaliści starali się z przyczyn taktycznych pomniejszać znaczenie projektowanej władzy federalnej, ich projekt był wyrazisty i wykrystalizowany, choć tworzyli także zróżnicowane środowisko. W preambule użyto zwrotu o „stworzeniu doskonalszej unii”, przypominającego, a być może wprost zapożyczonego z dokumentów dotyczących unii anglo-szkockiej¹³⁶. Na marginesie dodać można, że o żywotności tego zwrotu świadczy choćby okoliczność, iż stanowił on kilkakrotnie powtórzony motyw przewodni znakomitego wystąpienia Billa Clintona na konwencji wyborczej Demokratów w 2004 r., a także tytuł i temat znaczącego przemówienia Baracka Obamy wygłoszonego w Filadelfii w trakcie jego kampanii prezydenckiej w 2008 r.

¹³⁵ W. Holton, *Unruly Americans...*, s. ix-xi.

¹³⁶ Źródła sformułowania „a more perfect Union” z preambuły można doszukać się w tytule ustawy z 1707 r., której celem był „rendring the union of the two kingdoms more intire and compleat”, oraz w liście królowej Anny do parlamentu szkockiego z 1706 r., w którym pisze o „an entire and perfect union”, zob. A.R. Amar, *America's Constitution...*, s. 36.

Idea doskonalszej unii na wzór brytyjski wyłożona została w zbiorze *Federalista*. W artykule ósmym Alexander Hamilton jako Publius wskazuje, że królestwo Wielkiej Brytanii cieszy się wolnością, ponieważ nie potrzebuje armii wewnętrznej, nie występują wewnętrzne zagrożenia wojenne, ta wyspa dzięki położeniu poza kontynentem europejskim nie potrzebuje silnego jednowładztwa. Jeśli Ameryka utrzyma Unię, może stanowić podobną wyspę, bez wewnętrznych granic. Jeśli nie dojdzie do zjednoczenia, pojawią się prawdopodobnie dwie lub trzy wojujące ze sobą konfederacje¹³⁷. W artykule piątym zaś Publius, tym razem skrywający Johna Jaya, powołuje się wprost na list królowej Anny z 1706 r., w którym zachwala ona całkowitą i doskonałą unię jako solidną podstawę trwałego pokoju¹³⁸. Prawdziwie zjednoczona Ameryka, streszcza argumenty Publiusa Akhil Reed Amar, przypominać będzie Wielką Brytanię, będzie mogła oprzeć się na flocie, zaś „Ocean Atlantycki stanie się oceanem spokojnym we wszystkim poza nazwą – będzie Kanałem Angielskim powiększonym pięćdziesięciokrotnie, rozległą fosą chroniącą Amerykę przed odtworzeniem militaryzmu europejskich potęg kontynentalnych i popadnięciem w uległość wobec niego”¹³⁹.

Poparcie dla rozwiązania niedostatecznie doskonałej Konfederacji nie było przeważające już podczas samej konwencji filadelfijskiej. Niedługo po niej James Madison zorganizował „ośrodek dowodzenia” Federalistów, rozsyłający i otrzymujący raporty z całego kraju¹⁴⁰. Wedle relacji Bruce’a Ackermana ratyfikacja odbywała się przy wielkiej determinacji Federalistów, uciekaniu się do przemocy, przemysłowych wybiegach taktycznych i spychaniu Antyfederalistów do defensywy groźbą secesji tych dziewięciu stanów, w których ratyfikacja się powiedzie. W Karolinie Południowej dzięki gerrymanderingowi zdołano zamienić 40% poparcia dla Federalistów na 60% głosów na konwencji. Rozsiewano też pogłoski, że Pensylwania i Maryland dokonają inwazji na Wirginię, jeśli ta nie ratyfikuje Konstytucji¹⁴¹. W Pensylwanii przeciwnicy pospiesznej ratyfikacji zerwali kworum w legislaturze, starając się przeciwdziałać zwołaniu konwencji ratyfikacyjnej. Dwóch z nich siłą doprowadzono więc do izby obrad w budynku legislatury, w którym kilkanaście dni wcześniej skończyły się obrady konwencji filadelfijskiej. Poturbowany James M’Calmont prosił o zwolnienie z obrad, następnie zaoferował zapłatę kary za nieobecność, co wywołało salwę śmiechu obserwatorów, bo przecież deputowany był obecny, choć wbrew swej woli. Zdesperowany M’Calmont podjął próbę ucieczki, ale tłum pochwycił zbiega, deputowani formalnie przegłosowali odmowę zwolnienia go z obrad i dokonczyli je¹⁴². W okręgu Dobbs w Karolinie Północnej podczas wyboru delegatów

¹³⁷ *Federalist*, no. 8: *The Consequences of Hostilities Between the States* (Hamilton), [w:] C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, s. 64-65.

¹³⁸ *Federalist*, no. 5: *The Same Subject Continued* (Jay), [w:] C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, s. 44.

¹³⁹ A.R. Amar, *America’s Constitution...*, s. 46.

¹⁴⁰ C. Berkin, *Doniosłe rozstrzygnięcie...*, s. 135.

¹⁴¹ B. Ackerman, *We the People. Transformations*, s. 57-64.

¹⁴² P. Maier, *Ratification...*, s. 59-64.

na konwencję przegrywający Federaliści dobyli schowanych pałek, wygasili świece w budynku sądu, w którym liczono głosy, uderzeniami na oślep rozpędzili zgromadzonych i wykradli urnę z głosami, powodując, że wybory pozostały nierozstrzygnięte, co faktycznie oznaczało, że pięciu prowadzących w głosowaniu przeciwników Konstytucji nie uzyskało mandatu i okręg Dobbs pozostał niereprezentowany podczas konwencji¹⁴³.

Ogólnie Federaliści korzystali w debacie ratyfikacyjnej z trzech atutów. Pierwszym była ich nadreprezentacja w konwencjach ratyfikacyjnych w ośmiu państwach. Drugim była lokalizacja kilku konwencji w dużych miastach, w których poparcie dla ratyfikacji było prawie powszechne, czemu dawała też wyraz publiczność obserwująca obrady. Dla części przeciwników ratyfikacji z prowincji dojazd do miast był zaś zbyt kosztowny. Trzecim, powiązaniem atutem, było skupienie zwolenników Konstytucji w większych ośrodkach, co ułatwiało koordynowanie ich poczynań¹⁴⁴.

Ratyfikacja najszybciej przebiegła w kontrolowanych przez Federalistów państwach najbardziej zainteresowanych ściślejszym związkiem federalnym. Cytując zwięźłą relację Paula J. Webera: w Delaware, New Jersey i Connecticut mieszkańcy uznali, że nowa Konstytucja ochroni ich przed większymi, drapieżnymi sąsiadami w sposób, jakiego nie mogły zapewnić Artykuły Konfederacji; Georgia ratyfikowała, gdyż desperacko potrzebowała pomocy w odpieraniu Indian Kri¹⁴⁵. Korzystna dla Federalistów była szczególnie dezorganizacja w obozie skłóconych Antyfederalistów, niepotrafiących prowadzić spójnej polityki. W ocenie Gordona S. Wooda zwycięstwo Federalistów było raczej przegraną Antyfederalistów¹⁴⁶.

Sprzeciwiający się postrzeganiu debaty ratyfikacyjnej jako starcia wyniosłych bogaczy z nieokrzesаныmi plebejuszami James T. Kloppenberg podnosi, że wśród Antyfederalistów znajdowali się także zamożni przedstawiciele lokalnych elit, obawiający się podważenia własnej pozycji w nowym ustroju. Autor ten wewnętrznym sprzecznościom w obozie Antyfederalistów przypisuje trudność w stworzeniu jednolitego frontu opozycji¹⁴⁷. Popęlnili oni zwłaszcza wielki błąd, ocenia Michael J. Klarman, że zgodzili się na późne zwołanie konwencji ratyfikacyjnych w kluczowych państwach Wirginia i Nowy Jork, kiedy brakowało już tylko ratyfikacji przez jedno z państw do zatwierdzenia Konstytucji. W obu tych państwach opóźniona debata dotyczyła więc nie tyle zalet przedłożonego tekstu, co gotowości pozostania poza prawie sformowaną unią. Gdyby decyzja w tych państwach podejmowana była na wcześniejszym etapie, wysoce prawdopodobne byłoby w nich wyrażenie odmowy ratyfikacji niezmienionego tekstu z Filadelfii¹⁴⁸.

¹⁴³ *Ibidem*, s. 407.

¹⁴⁴ M.J. Klarman, *The Framers' Coup...*, s. 406-407.

¹⁴⁵ P.J. Weber, *Madison's Opposition to a Second Convention*, „Polity” 1988, vol. 20, no. 3, <http://dx.doi.org/10.2307/3234873>, s. 508.

¹⁴⁶ G.S. Wood, *The Creation of the American Republic...*, s. 485-486.

¹⁴⁷ J.T. Kloppenberg, *Toward Democracy...*, s. 412-414.

¹⁴⁸ M.J. Klarman, *The Framers' Coup...*, s. 542.

Dla dalszych rozważań przydatne będzie przyjrzenie się ratyfikacji w Wirginii. To właśnie w Starym Dominium Federaliści skoncentrowali swe wysiłki, uważając, że tam istotnie, na tle zmiennej sytuacji politycznej w kraju, przebieg ratyfikacji przesądzi o losach Unii. Było to państwo zamieszkiwane przez jedną piątą populacji tworzonej Unii i generujące jedną trzecią jej obrotów handlowych¹⁴⁹. Gdyby Wirginia samodzielnie odmówiła przystąpienia do Stanów Zjednoczonych, zostałyby one geograficznie przecięte dokładnie w połowie. Ponadto oczekiwano, że niepowodzenie w Wirginii wywoła podobny skutek w państwie Nowy Jork. Nie spodziewano się zaś, aby możliwe było utworzenie nowego rządu federalnego bez zgody jednego z tych państw. Paul J. Weber zauważa, że Antyfederaliści nie dysponowali alternatywnym wobec Konstytucji planem ani międzypaństwową machiną organizacyjną. Mogli się jednak opierać na poparciu większości populacji. Choć w tej milczącej większości znajdowały się osoby zarówno otwarcie wrogie federacji, jak i podejrzliwe wobec tej koncepcji, a wreszcie apatyczne, była to siła, która odpowiednio zmobilizowana mogła przeważać szalę, mimo że za Konstytucją opowiedzieli się tacy narodowi herosi, jak George Washington i Benjamin Franklin¹⁵⁰.

Kilka znanych publicznie postaci wycofało się z konwencji lub odmówiło podpisania Konstytucji. Ich publikacje na ten temat dostarczały argumentów przeciwko ratyfikacji. Do grupy tej należał gubernator Randolph, który w liście do legislatury Wirginii opublikowanym w grudniu 1787 r. wyliczał wady nowej Konstytucji, uzasadniające potrzebę poprawienia tekstu, ale równie krytycznie odnosił się do ustroju Konfederacji¹⁵¹.

Kopia nowej Konstytucji dotarła do Wirginii we wrześniu 1787 r. Jej oczekiwane dostarczenie uruchomiło wielomiesięczną, intensywną i pogłębioną debatę przed planowanym na wiosnę 1788 r. wyborem delegatów na konwencję ratyfikacyjną. W Wirginii siły Antyfederalistów były nie gorzej zorganizowane od Federalistów. Jednocześnie odczuwalny był brak uległości wyborców wobec starych elit, idea powszechnej suwerenności została skwapliwie przyjęta przez lud¹⁵². Ratyfikacja w Wirginii jest przedmiotem wzmożonego zainteresowania współczesnych badaczy również z tego powodu, że obrady konwencji należą do nielicznych, które zostały względnie rzetelnie zrelacjonowane, a udział w niej wzięła największa spośród innych państw liczba znaczących postaci, z perspektywy lat 80. XVIII w. i późniejszych dekad¹⁵³.

Do głównych uczestników debaty ratyfikacyjnej w Wirginii należeli zarówno starsi wiekiem rewolucjoniści, jak i początkujący politycy. Do tych pierwszych zaliczyć należy

¹⁴⁹ Zob. J.E. Smith, *John Marshall. Definer of a Nation*, New York 1998, s. 117-118.

¹⁵⁰ P.J. Weber, *Madison's Opposition...*, s. 508-509.

¹⁵¹ J. Goebel Jr., *Antecedents and Beginnings to 1801*, New York 2010, s. 293, *History of the Supreme Court of the United States*, vol. 1.

¹⁵² Zob. R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 49-50.

¹⁵³ J. Goebel Jr., *Antecedents...*, s. 375-376.

przede wszystkim Patricka Henry'ego, uważanego za jednego z Ojców Założycieli, którego oracja w 1775 r. ze słowami „Dajcie mi wolność lub śmierć mi dajcie” miała przekonać mieszkańców Wirginii do zbrojnego oporu przeciwko Brytyjczykom. Na konwencji Henry był niekwestionowanym przywódcą Antyfederalistów. Był liderem w swoim kraju, w niezależnej i suwerennej Wirginii, czego symbolicznym wyrazem było to, że kopię Konstytucji dostał od samego Washingtona¹⁵⁴. Wpływy Patricka Henry'ego w Wirginii i wybitne talenty oratorskie spędzały sen z oczu zwolennikom Konstytucji. Jefferson i Madison od lat toczyli z Henrym potyczki na forum lokalnej polityki, co skłoniło Jeffersona do zasugerowania Madisonowi, że jedyne, co mogą zrobić, to pobożnie modlić się o śmierć Henry'ego. Madison zaś obawiał się, że zwalczający Konstytucję filadelfijską Henry zamierza utworzyć pod własnym przywództwem oddzielną konfederację państw południowych¹⁵⁵. Henry został wybrany w Wirginii jako delegat na konwencję, z drugim wynikiem po Washingtonie, ale odmówił udziału, wyczuwając, że proponowane środki mogą być szkodliwe, w jego ocenie, dla niezależności dotychczas skonfederowanych państw. Richard Beeman spekuluje, że gdyby nie wspomniana tajność obrad podczas konwencji, gdy tylko ujawniono by plan obalenia Konfederacji, Patrick Henry wsiadłby na konia, ruszył do Filadelfii i wystąpiłby w obronie suwerenności państw. Jako wybitny orator Henry opowiadający się za utrzymaniem suwerenności państw był największym koszmarem Madisona¹⁵⁶. Henry miał zresztą swoje dawne porachunki z elitami Wirginii, które miały powody, aby obawiać się posłuchu, jaki budził. Latem 1775 r. konwencja wybrała go na głównodowodzącego armii Wirginii, ale kilka miesięcy później, gdy większość wojsk przekazała na utrzymanie Kongresu Kontynentalnego, nie podtrzymała rekomendacji dla utrzymania stanowiska przez Henry'ego. Ponieważ był on bardzo popularny wśród żołnierzy, regiment Henry'ego podniósł bunt na wieść o jego degradacji¹⁵⁷.

Do wielce szacownych postaci w gronie ratyfikatorów w Wirginii należał także Edmund Pendleton, uczestnik Pierwszego Kongresu Kontynentalnego, wieloletni sędzia, przewodniczący Sądu Apelacyjnego w Wirginii, wybrany na przewodniczącego konwencji ratyfikacyjnej. Sędzia Pendleton był liderem zwolenników ratyfikacji na konwencji. W grupie tej znalazł się także gubernator Randolph, którego rezolucje składające się na plan z Wirginii nadały ton obradom konwencji filadelfijskiej¹⁵⁸. W konwencji, która

¹⁵⁴ R. Beeman, *Plain, Honest Men...*, s. 396.

¹⁵⁵ P. Maier, *Ratification...*, s. 230-231.

¹⁵⁶ R. Beeman, *Plain, Honest Men...*, s. 92.

¹⁵⁷ W. Holton, *Forced Founders...*, s. 170-171.

¹⁵⁸ Złożoną postawę polityczną Randolpha i jego niedoceniany wpływ na omawianą dalej rezolucję Wirginii omawia Kevin R.C. Gutzman w tekście *Edmund Randolph and Virginia Constitutionalism*, „The Review of Politics” 2004, vol. 66, no. 3, <https://doi.org/10.1017/S0034670500038870>, s. 469 i n. Randolph ostatecznie nie podpisał Konstytucji w Filadelfii, a do opowiedzenia się po stronie Federalistów przekonała go groźba rozpadu Unii.

obradowała w stolicy państwa, Richmond, w czerwcu 1788 r. uczestniczył wreszcie James Madison. Początkowo nie chciał ubiegać się o status delegata, ponieważ uważał, że uczestnicy konwencji filadelfijskiej powinni usunąć się na bok¹⁵⁹, ale odstąpił od tego zamysłu. Do młodszych uczestników konwencji należał James Monroe, wówczas trzydziestoletni, który w 1817 r. obejmie urząd prezydenta Stanów Zjednoczonych, a także kolega Monroe'a z lat dziecięcych, starszy o 3 lata John Marshall. Jefferson, przebywający nadal w Europie, przedstawiany był dogodnie jako zwolennik ich sprawy zarówno przez Federalistów, jak i Antyfederalistów¹⁶⁰.

Biorąc dodatkowo pod uwagę, że Washington i Jefferson nieobecni byli podczas obrad w Richmond jedynie ciałem, lecz mieli duży wpływ na faktycznych uczestników, można stwierdzić, że doszło tam do prawdziwej „bitwy gigantów”, ale podkreślić trzeba, za autorką tego określenia, Pauline Maier, pewien istotny szczegół, wyodrębiający świadomość tego, że materiał historyczny z tego okresu został świadomie ograniczony, co wpływa również na trudności z formułowaniem jakichkolwiek tez opartych na „oryginalnym” rozumieniu Konstytucji. Federaliści bardzo skutecznie tłumili rozpowszechnianie materiałów krytycznych wobec Konstytucji. W trakcie debaty ratyfikacyjnej tylko dwanaście spośród ponad dziewięćdziesięciu amerykańskich tytułów prasowych, publikowanych w większości w żyjących z handlu miastach wschodniego wybrzeża, zamieszczało poważniejsze wypowiedzi krytyczne wobec tekstu z Filadelfii. Ich wydawcy ulegali presji części czytelników, reklamodawców oraz grózb fizycznych¹⁶¹. Przebiegu konwencji ratyfikacyjnej w Pensylwanii nie udało się w pełni zrekonstruować, ponieważ sporządzone przez stronnika Federalistów oficjalne sprawozdanie z obrad trwających od listopada do grudnia liczy zaledwie dwadzieścia osiem stron, z których jedną trzecią zajmuje tekst Konstytucji, a opis wystąpień sprawia wrażenie, jakby obecni byli sami Federaliści, polemizujący z duchami¹⁶². Autor sprawozdania z obrad konwencji ratyfikacyjnej w Wirginii zachował bezstronność, ale po prostu nie słyszał zbyt dobrze wielu wypowiedzi, zwłaszcza tych mówców, którzy nie odczytywali starannie swych słów z notatek. Trudności miał zwłaszcza z zapisaniem przemów Madisona oraz Henry'ego. Sam John Marshall stwierdził zaś, że gdyby jego przemowy nie były w druku poprzedzone jego nazwiskiem, to nigdy by ich nie rozpoznał. Mówimy zaś o najlepszym i najobszerniejszym sprawozdaniu ze wszystkich dostępnych¹⁶³.

Kapitan Marshall odegrał kluczową rolę jeszcze przed rozpoczęciem konwencji, w październiku 1787 r., podczas obrad legislatury Wirginii, Izby Delegatów, w oprawie dramatycznych gestów – považany główny autor konstytucji tego państwa, George Ma-

¹⁵⁹ J. Broadwater, *James Madison. A Son of Virginia & a Founder of the Nation*, Chapel Hill 2012, s. 54.

¹⁶⁰ J.T. Kloppenberg, *Toward Democracy...*, s. 439.

¹⁶¹ P. Maier, *Ratification...*, s. 73-75.

¹⁶² *Ibidem*, s. 100-101.

¹⁶³ *Ibidem*, s. 258.

son, okazał zgromadzonym swą rękę z deklaracją, że odjąłby ją sobie, gdyby miał za jej pomocą poprzeć nowy rząd. Patrick Henry wsparty przez Masona zażądał możliwości wprowadzania przez konwencję ratyfikacyjną poprawek do tekstu Konstytucji. Marshall był świadomy, że zniweczy to całkowicie projekt filadelfijski, zwłaszcza że za przykładem Wirginii inne państwa zaczęły tworzyć własne wersje dokumentu konstytucyjnego. Zaproponował więc w odpowiedzi wniosek o przedłożenie dokumentu z konwencji federalnej konwencji ludowej „w celu pełnego i swobodnego zbadania oraz przedyskutowania”. To sformułowanie było na tyle wieloznaczne, że wniosek przełamał napięcie, został zaakceptowany przez Henry’ego i Masona, a następnie jednomyślnie przyjęty¹⁶⁴. Zwróćmy uwagę na ten epizod z lokalnej legislatury, nieeksploatowany w ogólniejszych opracowaniach. Było to bodaj pierwsze z posunięć Johna Marshalla, w którym wpłynął on na losy kraju. Patrick Henry mógł, jak to wielokrotnie wcześniej czynił, zdobyć serca i umysły słuchaczy. Nadanie konwencji w Wirginii mandatu do rewizji tekstu Konstytucji, inspirujące inne ratyfikujące państwa, prawdopodobnie pogrzebałoby zamiysł Federalistów przeprowadzenia sprawnej i możliwie szybkiej ratyfikacji. John Marshall wykazał się tu charakteryzującą jego późniejszą działalność w Sądzie umiejętnością swobodnego kształtowania rzeczywistości za pomocą słów. Jak to ujął współczesny krytyk Marshalla, Lawrence Goldstone, gdy Marshall rysował linię na piasku, wiedział dokładnie, ile ziarenek ma być po obu stronach¹⁶⁵. W kilku słowach zdołał pozyskać poparcie przeciwników. Antyfederaliści wszak mogli sądzić, że „pełne i swobodne zbadanie oraz przedyskutowanie” tekstu Konstytucji oznacza właśnie to, czego pragnęli: odstępianie od wymogu, aby konwencja poparła lub odrzuciła cały oryginalny test filadelfijski, na korzyść – powtórzmy, przyzwyczajając się do późniejszych wybiegów Marshalla – pełnego i swobodnego zbadania go. Dla Federalistów słowa zaproponowane przez Marshalla były jednak nie mniej atrakcyjną formułą. Czyż Izba Deleatów upoważniła konwencję do wprowadzenia poprawek do Konstytucji? Czy wniosek Marshalla zawierał cień takiego rozporządzenia? Bynajmniej. Mowa była jedynie o badaniu oryginalnego tekstu i dyskusji nad nim.

Konwencję rozpoczęło żądanie Patricka Henry’ego ujawnienia wszystkich dokumentów, poczynwszy od raportu sporządzonego na spotkaniu w Annapolis. Celem tego wniosku było podważenie legalności dalszych prac. Na to Pendleton odpowiedział, zgodnie z przytaczanym wcześniej nastawieniem Federalistów, iż kwestia ewentualnego przekroczenia uprawnień przez federalną konwencję z Filadelfii nie powinna wpływać na dalsze dyskusje¹⁶⁶. Jak to zgrabnie podkreśla inny z biografów Johna Marshalla, Jean E. Smith, zasadniczym tematem debaty ratyfikacyjnej było ustanie konfederacji państw, a zastąpienie jej umocnionymi władzami centralnymi, która to kwestia nie przestanie

¹⁶⁴ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 113-114.

¹⁶⁵ L. Goldstone, *The Activist...*, s. 182.

¹⁶⁶ B. Ackerman, *We the People. Transformations*, s. 60.

być dyskutowana przez kolejne 75 lat, ostatecznie z użyciem broni, a rozstrzygnięta zostanie zwycięstwem Północy zaledwie o kilka mil od miejsca, w którym Patrick Henry grzmiał oratorsko do delegatów Wirginii¹⁶⁷. Na kolejne legalistyczne zarzuty Henry'ego i jego odmowę ulegania groźbie rozpadu Unii Edmund Randolph odwoływał się do konieczności wprowadzenia zmian i zerwania z wymogiem jednomyślności państw. Gubernator ułatwiał też podjęcie decyzji niezdecydowanym, występował jako ich rzecznik, gdy tłumaczył, że nadal ma zastrzeżenia wobec Konstytucji, ale po jej ratyfikacji przez osiem państw decyzję stojącą przed delegatami Wirginii sprowadzić można do prostego pytania: Unia czy jej zerwanie¹⁶⁸.

Dyskusje toczone w czerwcu 1788 r. na konwencji w Richmond obejmowały liczne zagadnienia lokalne. Delegaci, zwłaszcza przeciwni federacji, mieli na uwadze interes Wirginii. Poruszano więc problem dostępu do rzeki Missisipi na tle negocjacji z Hiszpanią, status milicji stanowej, zagadnienie pobierania dochodów z posiadłości lorda Fairfaxa (bezpośrednio związane z interesami klanu Marshallów). Pojawił się też skrywany wątek. Patrick Henry, rewolucyjny piewca wolności, przestrzegł elitę Wirginii przed zakusami rządu centralnego słowami „Oni uwolnią waszych czarnuchów!”¹⁶⁹. Najciekawsza i najważniejsza dla dalszych rozważań była podjęta w Richmond dyskusja na temat władzy sądowniczej w proponowanym systemie władzy. Omówiona ona zostanie osobno, ale już teraz warto zaznaczyć, że szczególnie w tym wątku aktywny był John Marshall, który wystąpił w obronie sądownictwa federalnego. Marshalla nie trzeba było przekonywać do popierania silnego rządu centralnego.

Ten młody weteran wojny o niepodległość, który na podstawie swych traumatycznych doświadczeń z tego okresu uważał narodową jedność za jedyny środek zapewniający przetrwanie państwa amerykańskiego, znakomicie zaprezentował się na konwencji ratyfikacyjnej. Pod koniec jej obrad James Madison ocenił, że Marshall był tam piątą osobą pod względem znaczenia, co na tle konkurencji było wielkim osiągnięciem¹⁷⁰. Wyróżnieniem dla Marshalla było to, że przez koordynującą ściśle swe działania elitę Federalistów został wybrany do asystowania sędziemu Pendletonowi w przedstawieniu racji zwolenników ratyfikacji w ramach dyskusji poświęconej sądownictwu, podczas której Antyfederaliści planowali wystąpić z pełną mocą, licząc na pozyskanie głosów delegatów na swoją korzyść wizją zagrożeń płynących ze strony sądów federalnych, które realizować będą interesy władzy centralnej i podważać będą pozycje sądów stanowych¹⁷¹. John Marshall nie mógł równać się autorytetem z Madisonem i Randolphem, którzy ustąpili mu miejsca, gotowi do wspierania obu głównych mówców. Madison nie dysponował

¹⁶⁷ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 129.

¹⁶⁸ B. Ackerman, *We the People. Transformations*, s. 61-62.

¹⁶⁹ „They'll free your niggers!”, zob. R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 53.

¹⁷⁰ *Ibidem*, s. 50.

¹⁷¹ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 135.

zresztą darem krasomówstwa, a w trakcie konwencji chorował¹⁷². Marshall również nie był aż tak utalentowanym mówcą, by mógł łatwo stanąć w szranki z Patrickiem Henrym i George'em Masonem. Nie był uczestnikiem konwencji filadelfijskiej, nie mógł więc występować jako współautor artykułu III Konstytucji, statuującego nieznana wcześniej kategorię sądów federalnych. Wszyscy biografowie Marshalla podkreślają jednak, że dysponował wybitną umiejętnością przedstawiania złożonych kwestii w przystępny sposób, sugestywny dla słuchaczy. Umiejętność tę ćwiczył od kilku lat jako adwokat oraz członek lokalnej legislatury. Przy tym był powszechnie lubiany, nawet przez przeciwników. Sam Patrick Henry, w odpowiedzi na argumenty Marshalla, stwierdził, że myli się on całkowicie, ale zastrzegł, że jego sprzeciw wobec też Marshalla nie zmniejsza żywionej przez niego „najwyższej czci i szacunku dla tego czcigodnego gentlemana”¹⁷³.

Dla Marshalla udział w konwencji był szczytowym punktem tej fazy jego życia. Wsparł udanie sprawę, w którą wierzył. Stał się na sali obrad z Henrym i Masonem tak umiejętnie, że został uznany w Wirginii za czołowego znawcę sądownictwa federalnego. Jego reputacja jako adwokata wzrosła tak bardzo, że z jego usług zaczęli korzystać także Patrick Henry i George Mason¹⁷⁴. Otwierała się również przed kapitanem Marshalllem wielka kariera polityczna, której wymownym wyrazem niech będzie wyliczenie, że w kolejnej dekadzie odrzucił proponowane mu stanowiska: prokuratora generalnego Stanów Zjednoczonych, ministra pełnomocnego we Francji i sędziego Sądu Najwyższego¹⁷⁵. Antycypując dalsze wydarzenia, można ocenić, że te pomniejsze zaszczyty nie były dla niego dostatecznie atrakcyjne, by porzucić prosperującą praktykę w Wirginii, ale w prezesurze Sądu Najwyższego znalazł stanowisko, któremu poświęcił trzy i pół dekady swego życia. Istnieją także przesłanki pozwalające na spekulacje, iż w zasięgu Johna Marshalla leżała także prezydentura Stanów Zjednoczonych.

Ostatecznie konwencja w Wirginii opowiedziała się za ratyfikacją Konstytucji, stosunkiem głosów 89 do 79. Głosujący delegaci nie wiedzieli jednak, że wbrew oczekiwaniom to nie oni przesadzili o losie Konstytucji. Kilka dni przed tym głosowaniem dziewiątym stanem, wypełniającym wymóg ratyfikacyjny zawarty w artykule VII, stało się New Hampshire. Uprawnione jest jednak twierdzenie, że zwolennicy ratyfikacji przeważyli „o włos”. W trzech kluczowych dużych państwach różnica głosów była niewielka, w Wirginii wspomniane 89 do 79 za ratyfikacją, w Massachusetts 187 do 168,

¹⁷² K.R.C. Gutzman, *The Virginia and Kentucky Resolutions Reconsidered. „An Appeal to the Real Laws of Our Country”*, „The Journal of Southern History” 2000, vol. 66, no. 3, <http://dx.doi.org/10.2307/2587865>, s. 475.

¹⁷³ J.F. Simon, *What Kind of Nation. Thomas Jefferson, John Marshall and the Epic Struggle to Create a United States*, New York 2006, s. 25.

¹⁷⁴ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 141.

¹⁷⁵ R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 71.

a w Nowym Jorku 30 do 27. Prawdopodobnie odmowa ratyfikacji w choć jednym z tych państw mogła udaremnić zawarcie unii¹⁷⁶.

Na zakończenie obrad konwencji w Richmond powołano dwie komisje. Pierwsza, pięcioosobowa, zająć się miała przygotowaniem dokumentu ratyfikacyjnego dla Kongresu Kontynentalnego. Druga, dwudziestoosobowa, miała przygotować propozycje poprawek do Konstytucji, które jednak przedłożone miały zostać już po jej wejściu w życie. Powtarzane zabiegi Antyfederalistów o uzależnienie ratyfikacji od uprzednich poprawek nie zyskały większości głosów. W obu komisjach zasiadał John Marshall, co niewątpliwie było kolejnym wyrazem uznania dla jego udanych zabiegów na rzecz ratyfikacji. W obu też zasiadał jego ówczesny sprzymierzeniec, James Madison¹⁷⁷.

Madison stał w przededniu poważnej przemiany światopoglądowej. Niebawem miał porzucić obóz Federalistów i sprzymierzyć się ze skupionymi wokół Thomasa Jeffersona zwolennikami silnej pozycji stanów, którzy zorganizowali się w partię Republikanów (określani też byli mianem Demokratycznych Republikanów). W trakcie debaty ratyfikacyjnej James Madison był gorącym przeciwnikiem postulatu Antyfederalistów, aby dołączyć do Konstytucji deklarację praw jednostki. Jak tłumaczy Gordon S. Wood, Amerykanie odziedziczyli troskę Anglików o prawa jednostki i potrzebę ich obrony przed władzą Korony. Wiele konstytucji ogłaszających niepodległość państw z okresu Rewolucji zawierało deklaracje praw lub odwołania do wolności chronionych *common law*. Ponieważ jednak przygotowywany w Filadelfii tekst konstytucyjny miał ograniczać nadużycia legislatur tych państw, prawie do końca konwencji w ogóle nie rozważano potrzeby ograniczenia deklaracją praw rządu federalnego. Wniosek George'a Masona w tej sprawie został odrzucony w ostatnich dniach zgromadzenia w Filadelfii. Mason i inni Antyfederaliści uznali brak deklaracji praw za poważną wadę Konstytucji i wykorzystywali ten argument w ramach agitacji za jej odrzuceniem. Federaliści uważali, że to jedynie skrywany zamiar osłabienia rządu ogólnopaństwowego, więc sprzeciwiali się idei *bill of rights*, tłumacząc, jak się miało okazać – gołosłownie, że ta angielska koncepcja jest absurdalna w Ameryce, skoro władza i tak spoczywa w rękach ludu¹⁷⁸. Madison tłumaczył, że w republice *bill of rights* nie może być skuteczne, szczególnie w przypadkach, w których byłoby najbardziej potrzebne, to znaczy dla ochrony praw mniejszości i prawa własności. Na podstawie doświadczeń w funkcjonowaniu władz skonfederowanych państw wyjaśniał, że w republice władzą suwerenną dysponuje lud, a konkretnie jego większość. Wobec większości nadużywającej praw nie istnieje siła społeczna zdolna się jej przeciwstawić¹⁷⁹.

¹⁷⁶ M.J. Klarman, *The Framers' Coup...*, s. 398.

¹⁷⁷ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 141-142.

¹⁷⁸ G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 65-66.

¹⁷⁹ S. Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, New Haven 1990, s. 91-92.

Dla Jamesa Madisona propozycja zmiany tekstu Konstytucji i ewentualnej drugiej konwencji konstytucyjnej oznaczała naruszenie spójności obozów zwolenników i przeciwników Konstytucji – w każdym z państw z pewnością zgłaszano by różniące się od siebie poprawki, udaremniające cały powszechny projekt, także z powodu podważenia legitymacji konwencji filadelfijskiej. Dlatego argumentował za uznaniem Konstytucji za jednolitą propozycję, wymagającą poparcia lub odrzucenia w całości. Wedle Madisona o takie poparcie można było się ubiegać poprzez podkreślanie reputacji autorów Konstytucji¹⁸⁰. Na zmianę stanowiska przez Madisona wpłynął wielki nieobecny, Thomas Jefferson, który od 1784 r. przebywał we Francji i uczestniczyć w wydarzeniach krajowych mógł jedynie korespondencyjnie. Jefferson przekonywał w listach, pisanych także do zaprzyjaźnionego Madisona, któremu wysyłał dziesiątki książek, że deklaracja praw jest niezbędna w Konstytucji. Tak wyrażał Jefferson swój stosunek do ratyfikacji przez kolejne państwa proponowanej Konstytucji:

Gdybym był w Ameryce, gorąco bym ją popierał, aż dziewięć by ją przyjęło, a potem równie gorąco zająłbym przeciwne stanowisko, żeby przekonać pozostałe cztery, by nie przyłączały się, dopóki nie zostanie do niej dołączona deklaracja praw.

Madison wykorzystał potem część argumentacji Jeffersona, gdy wspierał w Izbie Reprezentantów tę deklarację praw¹⁸¹.

Madison stopniowo zaczął porzucać swój wcześniejszy sprzeciw wobec takiego uzupełnienia tekstu, choć ze wskazanych wyżej powodów nie wierzył, aby było to skuteczne ograniczenie prawne. Gdy zaś podczas kampanii wyborczej do Izby Reprezentantów prowadzonej na przełomie 1788 i 1789 r. złożył publiczne przyrzeczenie, że po wyborze do Kongresu podejmie prace na rzecz wprowadzenia *bill of rights*, potraktował to zobowiązanie honorowo i z pełnym zaangażowaniem¹⁸². Po 2 latach Madison będzie już z Jeffersonem organizował pierwszą formalną partię opozycyjną. Na marginesie zauważę, że słowa „partia” używam tu w pojemniejszym polskim rozumieniu, obejmującym także stronnictwo polityczne. Tomasz Wiecech zaznacza, że opozycyjnych stron z lat 90. XVIII w. nie należy określać w języku polskim mianem „partia”, aby uniknąć nieuprawnionych analogii¹⁸³. Dla uproszczenia wywodu, który nie jest poświęcony ewolucji amerykańskiego systemu partyjnego, posługiwałem się będę nadal najprostszym polskim odpowiednikiem, zwłaszcza że współcześni Amerykanie stosują tę analogię, m.in. w dyskursie publicznym obecny jest temat, która ze współczesnych partii byłaby np. „partią Jeffersona”.

¹⁸⁰ Zob. szerzej S.J. Gilhooley, *The Framers Themselves. Constitutional Authorship during the Ratification*, „American Political Thought” 2013, vol. 2, no. 1, <http://dx.doi.org/10.1086/669688>, s. 77-80.

¹⁸¹ J.R. Vile, *The Constitutional Convention of 1787...*, s. 376.

¹⁸² G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 68.

¹⁸³ T. Wiecech, *Unia w myśli politycznej...*, s. 80.

Konwencja ratyfikacyjna w Wirginii miała więc także wielce symboliczny wymiar. John Marshall i John Madison występowali na niej ramię w ramię w obronie Konstytucji, a zwłaszcza sądownictwa federalnego. Po kilkunastu latach obaj wpływowi politycy z Wirginii znajdą się po przeciwnych stronach wielkiego kryzysu konstytucyjnego i sporu politycznego, którego głównym tematem będzie rola sądownictwa federalnego i którego epizodem będzie orzeczenie *Marbury v. Madison*. Czyniąc aluzję do tej sprawy sądowej, tak zręcznie ujął to Lawrence Goldstone:

Chociaż wydawałoby się to nie do pomyślenia na konwencji filadelfijskiej lub konwencji ratyfikacyjnej w Wirginii, w wielkiej bitwie, która miała się rozegrać pomiędzy ideałem Federalistów silnego rządu centralnego – i odpowiedniego sądownictwa – a determinacją Republikanów na rzecz osłabienia obu tych władz, Madison zostanie pozwanym w sprawie, która rozstrzygnąć miała zwycięzcę tego starcia. Jeszcze bardziej nie do pomyślenia było to, że Madison błędnie zinterpretuje wynik tej sprawy i uzna się za zwycięzcę, choć w rzeczywistości będzie przegranym¹⁸⁴.

¹⁸⁴ L. Goldstone, *The Activist...*, s. 74-75.

John Marshall – rewolucjonista, jurysta, Federalista

Zasługi Prezesa Johna Marshalla dla utrwalenia pozycji sądownictwa federalnego są niepomierne. Panegirycznie usposobiony Charles F. Hobson stwierdza, że od czasu powołania Johna Marshalla do Sądu Najwyższego jego biografia staje się z trudem odróżnialna od historii Sądu¹. Przypisywana mu rola sprawcza w ustanowieniu systemu *judicial review* oraz podjęty tu zamiar naświetlenia źródeł władzy sędziów amerykańskich skłaniają do zarysowania sylwetki Johna Marshalla i środowiska, w jakim mógł kształtować swą wizję prawa i sądownictwa.

John Marshall urodził się 24 września 1755 r. w położonym w odległości niecałych 100 kilometrów od obecnego Waszyngtonu, a wówczas pogranicznym okręgu Fauquier w kolonii Wirginia. Walijscy przodkowie ze strony ojca osiedlili się na tym obszarze na przełomie XVII i XVIII w. Ze strony matki Marshall spokrewniony był z wielkimi rodami wirginijskimi z korzeniami angielskimi i szkockimi: Randolphami i Ishamami. Dla rodowodu późniejszego Prezesa Sądu istotne znaczenie ma okoliczność, iż spokrewniony był także ze starszym od siebie o 12 lat Thomasem Jeffersonem. Byli kuzynami, obaj byli potomkami synów pary kolonialnych magnatów, Williama Randolpha z Turkey Island i Mary Isham z Bermuda Hundred – parę tę określano mianem „Adam i Ewa Wirginii”, ponieważ ich rozliczne potomstwo zaludniło Wirginię, a przynajmniej jej elity². Dziad Jeffersona (Isham Randolph) i pradziad Marshalla (Thomas Randolph) byli braćmi³. Rodowód późniejszego Prezesa Sądu przypominał losy innych wielkich postaci z kolonialnej Wirginii, Washingtona, Jeffersona, Henry’ego, Madisona i Monroe. Ambitni i ciężko pracujący mężczyźni z rodzin robotniczych osiągnęli sukcesy jako mierniczy lub prawnicy i poprzez małżeństwa z córkami lokalnej arystokracji osiągnęli awans społeczny. Dziadek Marshalla i jego imiennik zwany był „Johnem z lasu”, co nie miało pozytywnego wydźwięku⁴. Jego syn Thomas, mierniczy, sąsiad wykonującego ten sam zawód George’a Washingtona, nie został mimo małżeństwa z Mary Randolph Keith w pełni zaakceptowany przez ziemiańską elitę Wirginii, ale osiągnął już wyraźny

¹ Ch.F. Hobson, *The Great Chief Justice. John Marshall and the Rule of Law*, Lawrence 1996, s. 8.

² J.E. Smith, *John Marshall. Definer of a Nation*, New York 1998, s. 22-23.

³ C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision. Jefferson, Adams, Marshall, and the Battle for the Supreme Court*, New York 2009, s. 42.

⁴ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 23-26.

sukces finansowy i zyskał szacunek lokalnej społeczności, piastując m.in. funkcję seryfa, deputowanego do zgromadzania lokalnego, poborcy podatkowego, a równolegle zajmując się handlem gruntami⁵. Najstarszy syn Thomasa, John Marshall, osiągnął już jedną z najwyższych funkcji w państwie. Awans społeczny, jaki stał się udziałem ojca i jego samego, dawał podstawy do oświeceniowej wiary Johna Marshalla w „mądrych i dobrych” (jak to często mówił), to znaczy wierzył we własne możliwości oraz w to, że mądrzy ludzie wspierani przez cnotliwy ogół obywateli mogą kierować wspólnym przeznaczeniem⁶.

Ziemie, na których przyszedł na świat John Marshall, zasiedlane były przez angielskich kolonistów od 1607 r., kiedy to powstała pierwsza stała osada angielska w Ameryce Północnej, Jamestown. Jej mieszkańcy, uważający się zasadnicie za współczesnych konkwistadorów, zdołali przetrwać trudne początki, wypierali stopniowo Indian Algonkinów, a dzięki wyhodowanej indyjsko-amerykańskiej krzyżówce tytoniu zaczęli wysyłać transporty suszu tytoniowego, co wywołało napływ robotników kontraktowych zza oceanu. Tworzyło się pogranicze ekskluzywne, nieintegrujące się z ludnością indiańską, lecz spychające ją coraz bardziej na zachód⁷. Gdy we wrześniu 1755 r. w chacie z bali na świat przychodził John Marshall, walki z Indianami trwały nadal, koloniści w pogranicznym okręgu Fauquier byli pełni niepokoju, gdyż 2 miesiące wcześniej w bitwie nad Monongahelą został rozbity wielki jak na tamte czasy oddział brytyjskich wojsk przez połączone siły francusko-indiańskie. Thomas Marshall, oficer milicji Wirginii, walczyłby u boku młodego Washingtona w tej bitwie, ale zbliżający się czas porodu zatrzymał go przy żonie⁸. Pionierzy wiedzieli, że polegać mogą tylko na sobie. Legenda głosi, że maszerujący do szkoły z kolegą, Jamesem Monroe, młody Marshall w jednej ręce nioś książkę, a na ramieniu strzelbę⁹.

Kluczowe dla dalszego życia Johna Marshalla było wielkie zaangażowanie jego ojca w zapewnienie synowi wykształcenia, w stopniu nietypowym nawet jak na warunki zamożniejszych rodzin w Wirginii. Piętnastoosobowa gromadka dzieci Thomasa i Mary Marshallów wyróżniała się także tym, że kształcone było również osiem córek¹⁰. Jak przypuszcza R. Kent Newmyer, Thomas Marshall dbał o wykształcenie Johna, ponieważ sam zdobył je w niewielkim stopniu, a dodatkowo inspirowany był przez osiadłego w Wirginii wielkiego angielskiego magnata, lorda Fairfaxa, dla którego pracował i na

⁵ L. Goldstone, *The Activist. John Marshall, Marbury v. Madison, and the Myth of Judicial Review*, New York 2011, s. 37-38.

⁶ R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court*, Baton Rouge 2001, s. 36.

⁷ R.V. Hine, J.M. Faragher, *Pogranicza. Historia amerykańskiego Zachodu*, tłum. T. Tesznar, Kraków 2011, s. 31-33.

⁸ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 22.

⁹ *Ibidem*, s. 35.

¹⁰ *Ibidem*, s. 30.

którym wzorował się też sąsiad, George Washington¹¹. Książki do biblioteki Marshallów były najpierw pożyczane od lorda Fairfaxa, z wielkiej biblioteki tego miłośnika kultury, a w miarę wzrostu zamożności rodziny nabywane były też na własność¹².

Szczególne znaczenie ma tu okoliczność, że Thomas Marshall należał w 1772 r. do subskrybentów pierwszego amerykańskiego wydania wielkiego dzieła prawniczego autorstwa Williama Blackstone'a, *Komentarzy do praw Anglii*, które studiował z synem. Po latach Prezes Marshall ocenił, że od dzieciństwa jego przeznaczeniem był zawód prawnika¹³. To była bardzo korzystna droga życiowa, ponieważ pod koniec okresu kolonialnego profesja prawnicza była najbardziej lukratywna, większe dochody osiągalni tylko najbogatsi kupcy i plantatorzy¹⁴.

Commentaries on the Laws of England były prawdziwym bestsellerem, w proporcji do liczby mieszkańców sprzedawały się lepiej w przedrewolucyjnej Ameryce niż w Królestwie¹⁵. Pierwszą edycję wydawaną w latach 1771-1772 prenumerowali praktycznie wszyscy czołowi prawnicy amerykańscy, m.in. George Wythe (mentor Jeffersona, nauczyciel prawa Marshalla), John Jay (pierwszy Prezes Sądu Najwyższego) i John Adams (drugi prezydent Stanów Zjednoczonych, protektor Marshalla)¹⁶. Czterotomowa edycja amerykańska kosztowała szesnaście dolarów, sprzedano 1557 zestawów, co G. Edward White uznaje za zdumiewająco wysoką liczbę, skoro w 1775 r. w Massachusetts praktykowało jedynie siedemdziesięciu jeden prawników, a w 1756 r. stowarzyszenie palestry miasta Nowy Jork postanowiło, że przez najbliższe 14 lat nie będą zatrudniani nowi asystenci prawni, z wyjątkiem synów członków stowarzyszenia¹⁷. Na marginesie dodam, że słowa „palestra” na tłumaczenie angielskiego terminu „bar” używam w dawniejszym polskim rozumieniu, obejmującym ogół prawników.

Trzeba jednak tu wspomnieć, że stosunek amerykańskich czytelników do *Komentarzy* Blackstone'a był złożony. Nie było jeszcze traktatów na temat prawa amerykańskiego, dostępne było tylko dzieło Blackstone'a, które właśnie z tego powodu było istotne. Jednakże jego użyteczność była ograniczona, z uwagi na negatywne porewolucyjne nastawienie do prawa angielskiego oraz z powodu poczucia amerykańskiej wyjątkowości, które nakazywało sceptycyzm wobec rozwiązań angielskich¹⁸. Thomas Marshall nabył

¹¹ R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 8.

¹² L. Goldstone, *The Activist...*, s. 39.

¹³ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 77.

¹⁴ J.M. Sosin, *The Aristocracy of the Long Robe. The Origins of Judicial Review in America*, New York 1989, s. 154.

¹⁵ G.S. Wood, *Empire of Liberty. A History of the Early Republic, 1789-1815*, New York 2011, s. 406.

¹⁶ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 77.

¹⁷ G.E. White, *Law in American History*, vol. 1: *From the Colonial Years Through the Civil War*, New York 2012, s. 47.

¹⁸ L.D. Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York 2004, s. 159.

Komentarze i zachęcił nastoletniego syna do ich lektury, gdyż podzielał powszechne w plantatorskiej elicie przekonanie, że prawo jest przepustką do władzy, a być może nawet do republikańskiej sławy¹⁹. Trafnie jednak R. Kent Newmyer podkreśla ironię sytuacji – traktat o brytyjskiej konstytucji, którą Blackstone wychwalał jako najlepszą i najsprawiedliwszą na świecie, młody John Marshall studiował przed wyruszeniem na wojnę rewolucyjną, której celem było obalenie zwierzchności tej konstytucji.

Doświadczenie tej wojny naznaczyło Johna Marshalla na całe życie. Ten atletyczny młodzieniec, mierzący około 190 cm wzrostu i bardzo sprawny fizycznie, po rozpoczęciu działań zbrojnych wstąpił do milicji Wirginii, w której jego ojciec był już oficerem. W wieku dziewiętnastu lat John Marshall został mianowany na stopień porucznika. W pierwszych miesiącach wojny uczestniczył w kilku potyczkach²⁰. Szczególne znaczenie miał jednak epizod, który rozegrał się bez udziału wojsk brytyjskich. W grudniu 1777 r. dowodzący Armią Kontynentalną George Washington zdecydował się na przezimowanie oddziałów w dolinie Valley Forge, oddalonej o 18 mil od Filadelfii. John Marshall, już w stopniu kapitana, należał do nieszczęśników zmuszonych do obozowania na огоłonej przez obie walczące armie ziemi, bez zapasów i bez możliwości ich dostarczenia z powodu nieprzejezdnych dróg. Śnieg był czerwony od krwi bosych żołnierskich stóp, a w obozowisku zalegały setki gnijących martwych koni²¹. Tej piekielnej zimy z kilkunastotysięcznej armii Washingtona około 3 tysięcy żołnierzy zmarło pod Valley Forge, bez jednego wystrzału przeciwnika, z powodu zimna, głodu i chorób²². Washington nakazał niedobitkom swej armii, aby kradli żywność u okolicznych farmerów. Głodujący żołnierze prażyli też swe skórzane buty. Francuzi wysłali im dostawę dziesiątek tysięcy par obuwia, ale francuskie buciki okazały się za małe na Amerykanów²³. Tragedia ta ludziom, którzy ją przeżyli, dojmująco pokazywała niedostatki konfederacji zdominowanej przez państwa składowe, niezdolnej do zabezpieczenia bytu swych żołnierzy²⁴. Sam Marshall zapisał, że ujawniły się wtedy zasadnicze wady ustroju²⁵.

Z końcem 1779 r. wygasły trzyletnie powołania wielu żołnierzy z batalionu Marshalla, został więc on skierowany przez legislaturę Wirginii do domu na przepustkę. Okres ten przedłużył się z powodu braku powołań nowych żołnierzy do Armii Kontynentalnej. John Marshall mógł więc powrócić do studiowania prawa i zapisał się na wykłady z *common law* prowadzone przez George'a Wythe'a w College of William and Mary²⁶.

¹⁹ R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 77.

²⁰ L. Goldstone, *The Activist...*, s. 39.

²¹ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 63.

²² Zob. szerzej R. Middlekauff, *The Glorious Cause. The American Revolution, 1763-1789*, New York 2007, s. 412 i n.

²³ J.R. Paul, *Without Precedent. Chief Justice John Marshall and His Times*, New York 2018, s. 6.

²⁴ L.A. Powe Jr., *The Supreme Court and the American Elite, 1789-2008*, Cambridge, Mass. 2009, s. 30.

²⁵ R. Brookhiser, *John Marshall. The Man Who Made the Supreme Court*, New York 2018, s. 27.

²⁶ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 70-75.

W tym czasie rodzina Marshalla zaangażowana była w gromadzenie wielkich terenów ziemskich. Władze Wirginii przeznaczyły dzikie ziemie w obrębie dzisiejszego stanu Kentucky na wynagrodzenie dla żołnierzy rewolucyjnych, stosownie do okresu służby i zasług. Ojciec Johna, generał Thomas Marshall, uzyskał ponad 100 tysięcy akrów, a jego synowie, jako kapitanowie, otrzymali liczące kilka tysięcy akrów nadziały. Objęcie ziem w posiadanie wymagało jednak niełatwej wyprawy na miejsce, pomiaru gruntów i wytyczenia działek, co dla wielu weteranów w Wirginii było zbyt angażującą inwestycją, więc chętnie sprzedawali swe nadziały za ułamek nominalnej wartości. Ród Marshallów odkupywał korzystnie ziemie od żołnierzy i zgromadził na terenie Kentucky ponad 150 tysięcy akrów, a Thomas Marshall objął stanowisko głównego geodety w okręgu Fayette²⁷. Marshallowie mogli brać przykład z George’a Washingtona, który w latach 60. XVIII w. w podobnych okolicznościach skupował z bratem za pół darmo nadania ziemskie dla weteranów wojny siedmioletniej, a w tym celu instruował brata, aby zagadywał kombatantów żartobliwie, żeby wywiedzieć się, na ile wyceniają swe ziemie²⁸. Ponieważ potwierdzenie tytułów do ziemi wymagało również kosztownej wyprawy do stolicy Wirginii, Richmond, a geodeci tworzyli błędne plany z nakładającymi się działkami, „zachwyceni byli jedynie prawnicy, ponieważ powództwa na kilka dekad zapchały sądy okręgów”. Jak dalej pisze Alan Taylor, zwykli osadnicy, bez gotówki i wiedzy, padali ofiarą sprytnych spekulantów, korzystających z koneksji w Richmond i drogich prawników²⁹. Już teraz mogę uprzedzić, że John Marshall ucieleśniał obrotność, o jakiej pisał Taylor, także w późniejszych sytuacjach życiowych. Sam stał się takim spekulantem, sam miał wybitne koneksje w Richmond i sam został popłatnym prawnikiem.

Jedyny okres edukacji prawniczej przyszłego Prezesa był bardzo krótki, liczony raczej w tygodniach, zajęcia rozpoczęły się 1 maja 1780 r., a w sierpniu tego roku Marshall złożył egzamin, na podstawie którego otrzymał uprawnienia do praktykowania prawa³⁰. Ujawnić tu trzeba wątek obecny w historiografii poświęconej Johnowi Marshallowi, zapoczątkowany przez historyka Alberta J. Beveridge’a na początku XX w. Jak to po latach, w 1996 r., podsumował Charles F. Hobson, nadal przeważa pogląd, spopularyzowany przez Beveridge’a, iż John Marshall był kimś w rodzaju wiejskiego prawnika, nieobarczonego nadmiernym wykształceniem, choć posiadającego pierwszorzędny umysł. Rzekomo właśnie te braki wykształcenia miały służyć mu jako prawnikowi, dlatego że pozwalały na stosowanie kreatywnej jursprudencji³¹. Sam Hobson akcentuje jednak, że formalne wykształcenie Marshalla wcale nie odbiegało od współczesnych mu prawników.

²⁷ H.G. Unger, *John Marshall. The Chief Justice Who Saved the Nation*, Boston 2014, s. 34-35.

²⁸ W. Holton, *Forced Founders. Indians, Debtors, Slaves, and the Making of the American Revolution in Virginia*, Chapel Hill 1999, s. 11.

²⁹ A. Taylor, *American Revolutions. A Continental History, 1750-1804*, New York 2017, s. 258.

³⁰ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 81.

³¹ Ch.F. Hobson, *The Great Chief Justice...*, s. xiii-xiv.

Wykłady, w jakich uczestniczył, uzupełniały samokształcenie, które rozpoczął jeszcze przed wojną, zasadnicze zaś znaczenie w przyuczaniu do profesji prawniczej miało wówczas praktykowanie prawa pod okiem doświadczonego patrona³². Na interesującą kwestię zwraca też uwagę w wyważonej biografii Johna Marshalla R. Kent Newmyer. Edukacja Marshalla w wymiarze szkolnym istotnie była z dzisiejszej perspektywy bardzo krótka. Jego udziałem stała się jednak pogłębiona edukacja konstytucyjna. Kolonialna rewolucja uzasadniana była argumentami prawnymi, które Marshall śledził i rozważał przed wybuchem działań wojennych. Zdaniem Newmyera sam udział w walkach był dla Marshalla kontynuacją tego konstytucyjnego kształcenia. Obserwował wojnę z różnych perspektyw: jako członek lokalnej milicji, jako oficer Armii Kontynentalnej, jako zastępca prokuratora wojskowego przy sztabie Washingtona. Na własne oczy doświadczał bohaterstwa, tchórzostwa, śmierci, złożoności natury ludzkiej, niszczycielskiej siły dumy. Widział, jak patriotyczne uniesienia z początku wojny ustępowały przed sporami i waśniami. Dostrzegał, jak często milicja, wychwalana jako wyraz cnót republikańskich, nieobecna była na polu walki z powodu krótkiego okresu służby w niej, wygodnego dla jej członków³³.

To właśnie doświadczenie wojenne stało się źródłem niewzruszonego przywiązania Johna Marshalla do idei silnej władzy centralnej, którą uczynił filarem swego programu politycznego realizowanego na stanowisku Prezesa Sądu Najwyższego. Symboliczny zbieg okoliczności sprawił zresztą, że Marshall, zaprzysięgły federalista i Federalista, miał okazję walczyć w bitwie przy Cooch's Bridge, w której po raz pierwszy oddziały amerykańskie występowały pod flagą Stanów Zjednoczonych³⁴.

Prawnicza edukacja Johna Marshalla odbywała się zatem według obowiązujących wówczas metod, przygotowujących do praktykowania w systemie *common law*, za wzorcem angielskim. W XVIII w. prawnicy angielscy tworzyli gildię, do której adepci wkraczali na drodze terminowania u mistrza. Zwykle nie uczyli się żadnych ogólnych zasad, a po prostu naśladowali sposób, w jaki ich nauczyciele stosowali formuły prawne w odpowiednich przypadkach³⁵. Amerykańskie prawo kolonialne wbrew pozorom angielskiego charakteru nabrało dość późno, pierwotnie kultura prawna na obszarze kolonii miała specyficzny charakter, uwzględniający m.in. także praktyki i kulturę Indian. Dla przykładu: prawo Nowego Jorku było oparte na prawie holenderskim, zakorzenionym w systemie prawa rzymskiego. Jednak w XVIII w. doszło do anglicyzacji prawa amerykańskiego, na skutek wzrostu znaczenia imperium brytyjskiego jako centralnej potęgi w Ameryce Północnej. Tłumaczący ten proces G. Edward White podkreśla, że

³² *Ibidem*, s. 3.

³³ R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 21-23.

³⁴ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 57.

³⁵ M. Shapiro, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, Chicago 1986, s. 102.

dopiero na dekadę przed amerykańską rewolucją sformalizowało się połączenie prawa kolonialnego z angielskim dziedzictwem³⁶.

Jak większość amerykańskich prawników naśladowujących wzorzec angielski, John Marshall był więc w dużym stopniu samoukiem. Mógł jednak korzystać z innowacji w sposobie kształcenia prawników amerykańskich wprowadzanych w okresie, gdy przysposabiał się do swego życiowego powołania. W grudniu 1779 r., zaledwie kilka miesięcy przed zapisaniem się kapitana Marshalla na zajęcia, powstała w College of William and Mary pierwsza w Ameryce katedra prawa, objęta przez George'a Wythe'a. Kurs prawa, który podjął dwudziestoczteroletni Marshall, pomimo krótkiego czasu trwania stanowił znaczące usprawnienie nauczania w systemie *common law*. Wedle pierwotnych wzorców angielskich prawo powszechne nie było przedmiotem wykładanym na uniwersytetach, ale materią praktyczną zasłyszana przez adepta w domach studenckich (*inns*) wywodzących się z gospód oraz obserwowaną w sądach. Uczniowie przyglądali się pracy sądu, przysłuchiwali się rozmowom praktykujących prawników podczas posiłków, byli przez nich przepytывani, odgrywali inscenizacje rozpraw. Nieliczne dostępne książki na temat *common law* nie zapewniały solidnych podstaw teoretycznych³⁷. Martin Shapiro pisze, że *common law* stało się złożonym zbiorem praktyk, co do których nikt nie mógł udawać, że można je zredukować do zestawu racjonalnych zasad zrozumiałych dla osób, które nie były głęboko zanurzone w tej tradycji. Angielskie prawo ziemskie zaś stało się tak skomplikowane, że nikt go nie rozumiał, nawet stosujący je prawnicy i sędziowie³⁸.

Amerykańskie nauczanie prawników przed siódmą dekadą XIX w. również nie stało na wysokim poziomie. Adeptci studiowali orzeczenia sądów angielskich i nieliczne dostępne decyzje sądów kolonialnych. Równie nieliczne pozycje książkowe koncentrowały się na precedensach, nie zapewniały natomiast zrozumienia zasad i pojęć ogólnych. Studenci skupiali się więc na szczegółowym zapamiętywaniu precedensów, ale nie dysponowali w zasadzie wiedzą o podstawach prawa. Dopiero wspomniane wydanie *Commentaries on the Laws of England* zmieniło sytuację. Sir Blackstone zdołał przedstawić *common law* w postaci logicznego systemu, opartego na zasadach ogólnych³⁹. Podręcznik Blackstone'a umożliwiał samokształcenie, a jego popularność doprowadziła do pojawienia się określenia *Blackstone lawyer*, oznaczającego prawnika-samouka, znającego głównie to dzieło. Do końca XIX w. ukazało się blisko sto rozmaitych amerykańskich wydań tej prestiżowej pracy, na której podstawie jeszcze w XX w. nauczano studentów amery-

³⁶ Zob. obszernie wyjaśnienia w: G.E. White, *Law in American History*, vol. 1, s. 41-43.

³⁷ M. Shapiro, *Courts...*, s. 94.

³⁸ *Ibidem*, s. 93.

³⁹ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 76.

kańskich wydziałów prawa⁴⁰. W latach 50. XIX w. Lincoln zalecał, aby każdy prawnik zaczynał swe kształcenie tak jak on, od lektury Blackstone'a⁴¹.

Johna Marshalla jako nastolatka można byłoby więc określić mianem *Blackstone lawyer*, istotnie bowiem początkowy jego kontakt z prawem sprowadzał się do czytania przełomowej pracy angielskiego uczonego. Na kursie prawniczym w 1780 r. dorosły kapitan Marshall zetknął się jednak z nowymi, zbiorowymi formami kształcenia. Dwa razy w tygodniu brał udział w wykładach profesora Wythe'a, kilkakrotnie uczestniczył w zainscenizowanej rozprawie, a także uczestniczył w coniedzielnich dydaktycznych symulacjach pracy zgromadzeń ustawodawczych oraz w dyskusjach w stowarzyszeniu studenckim Phi Beta Kappa⁴². George Wythe bardzo cenił dedukcyjną metodę rozumowania wykorzystaną w dziele Blackstone'a. Uważał również, że naucza nie tylko prawników, ale też przyszłych liderów, wzorcowych obywateli republiki. Pod jego okiem studenci⁴³ czytali też dzieła Monteskiusza i Hume'a. Profesor Wythe zalecał także słuchaczom prowadzenie osobistego zbioru notatek prawniczych (*commonplace book*)⁴⁴. Taki „notes prawniczy” miał służyć nie tylko bieżącej nauce, ale miał również stanowić podstawę praktyki prawniczej, albowiem dostęp do źródeł pisanych na temat prawa był nadal utrudniony. Zachował się notes Marshalla, zawierający przepisy obowiązujące w Wirginii, wypisy z dzieła Blackstone'a oraz z pracy *New Abridgment of the Law* Matthew Bacona. Prawdopodobnie notatki te uzupełniane były przez przyszłego Prezesa Sądu przez dłuższy czas, po zakończeniu kursu prawa⁴⁵. Biograf Marshalla podkreśla, że w jego notesie uwidoczniła się wyjątkowa umiejętność dokonywania syntezy precedensów. Okoliczność zaś, że notes przetrwał, pomimo niechęci Johna Marshalla do zachowywania swych dokumentów, wskazuje na wagę, jaką przywiązywał w swej praktyce adwokackiej do założonego na studiach osobistego kompendium prawniczego. Z czasem, sugeruje dalej Jean E. Smith, kilkusetstronicowy rękopis, zawierający hasłowy skrót instytucji i zasad prawnych, został dogłębnie przez Johna Marshalla przyswojony i był wykorzystywany instynktownie z pamięci⁴⁶.

Uwagi na temat edukacji prawniczej Prezesa Marshalla służą tu wyrażeniu tezy, iż nie był on prowincjuszem nieznającym w istocie prawa, jak przez wiele dekad sądzono po uwagach zawartych w biografii pióra Beveridge'a. Marshall studiował podstawo-

⁴⁰ W. Prest, *Blackstone as Architect. Constructing the „Commentaries”*, „Yale Journal of Law & the Humanities” 2003, vol. 15, no. 1, s. 107-108.

⁴¹ P.O. Carrese, *The Cloaking of Power. Montesquieu, Blackstone, and the Rise of Judicial Activism*, Chicago 2003, s. 111.

⁴² Ch.F. Hobson, *Editing Marshall*, „John Marshall Law Review” 2000, vol. 33, no. 4, s. 831.

⁴³ Poza Marshalllem należał do nich m.in. Bushrod Washington, bratanek ojca narodu, a także Spencer Roane, późniejszy sędzia w Wirginii, wpływowy rzecznik praw stanów.

⁴⁴ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 77-80.

⁴⁵ Ch.F. Hobson, *Editing Marshall*, s. 832.

⁴⁶ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 81.

we opracowania prawnicze i ustrojowe dostępne w jego czasach, w sposób bardziej usystematyzowany od prawników zaledwie nieznacznie starszych. Gdy zetkniemy się z podejściem do prawa, jakie wykorzystywał podczas swej służby w Sądzie, okaże się, że nie był to kreacyjny błysk geniuszu nieskalanego nawykami wpojonymi przez nauczycieli, ale raczej bardzo zręczne wykorzystywanie (w wersji bardziej krytycznej: manipulowanie) materiału normatywnego i dydaktycznego, o zasadniczo angielskim rodowodzie, poznanego bliżej podczas kursu w College of William and Mary. Biograf Marshalla, R. Kent Newmyer, nieskłonny do wymuszonych pochlebstw wobec bohatera swego dzieła, argumentuje, że szczególnie w bardzo złożonej sprawie *Wayles's Executors v. Randolph et al.*, która w drugiej połowie ostatniej dekadzie XVII w. przeszła wszystkie szczeble instancyjne w sądownictwie Wirginii, John Marshall jako adwokat pozwanych wykazał się mistrzowskim opanowaniem kunsztu prawniczego, które wywarło wrażenie na sędziach Sądu Apelacyjnego, z przewodniczącym Edmundem Pendletonem⁴⁷, będącym jednym z wzorców Marshalla-prawnika, na czele.

Zanim przejdziemy do przybliżenia dalszych etapów kariery Johna Marshalla – adwokackiej, a następnie politycznej – które pozwolą na lepsze zrozumienie uwarunkowań, z jakimi przybył do Sądu, należy poświęcić uwagę kwestii jego stosunku do Thomasa Jeffersona, który był rzeczywistym pozwanym w sprawie *Marbury v. Madison*. John Marshall był powszechnie lubiany, darzyli go sympatią także przeciwnicy polityczni, gdyż był niezwykle towarzyski i dbał o relacje z ludźmi. W stosunku do Thomasa Jeffersona pozostawał jednak nieprzejednany, czuł do niego całkowitą antypatię. Poruszenie tej kwestii pozwala na zrozumienie pozaprawnych, psychologicznych czynników kształtujących zachowanie Marshalla w okresie prezydentury Jeffersona.

Pierwszoplanowe znaczenie przypisuję tu głębokiej urazie rodzinnej. John Marshall dorastał w otoczeniu rodzinnych opowieści, wedle których Thomas Jefferson był niegodziwcem. Późniejsze zdarzenia, w których uczestniczył już Marshall osobiście, tylko potwierdzały ukształtowane w dzieciństwie przekonanie. Jefferson i Marshall ze strony swych matek byli spokrewnieni z rodem Randolphów. Jednak babka Marshalla, Mary Randolph Isham Keith, została wydziedziczona przez gałąź rodziny, którą John Marshall utożsamiał z Jeffersonem⁴⁸. Ta rozgrywająca się od lat 30. XVIII w. historia miała wielce dramatyczny przebieg, nasuwający skojarzenia z arcydziełem powieści wiktoriańskiej, *Bleak House* Charlesa Dickensa. Zakochana nastoletnia Mary uciekła z domu z nadzorcą czarnych pracowników, Enochem Ardenem, ulegając „hiberniańskiemu czarowi” owego Irlandczyka, pracującego na plantacji jej wuja. Zaślubiona w tajemnicy para schroniła się na wyspie na rzece James, gdzie żyła z narodzonym dzieckiem. Rozwścieczona rodzina Randolphów wytropiła parę. Wedle przekazów mąż i dziecko zostali zabici, a obłąkana

⁴⁷ R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 92-93.

⁴⁸ C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 42.

z rozpacz Mary została zabrana siłą do domu⁴⁹. Po pewnym czasie Mary znowu dokonała złego, według rodzinnych standardów, wyboru. Nawiązała romans z wielbnyim Jamesem Keithem, starszym o 17 lat, uważanym za rozpustnika duchownym z parafii Henrico, obejmującej dobra Randolphów. Gdy Randolphowie przyłapali parę *in flagranti*, zakazali Mary kontaktów z Keithem, a także doprowadzili do usunięcia go z parafii i zesłania do Maryland. Sprawą formalnie zajmował się sam biskup Londynu. Urzędnik kościelny odpowiedzialny na miejscu za losy Keitha zmienił jednak po pewnym czasie zdanie, prawdopodobnie uświadomiwszy sobie siłę uczucia łączącego parę, i skierował Keitha do pogranicznej parafii, która później objęła okręg Fauquier, gdzie narodził się John Marshall. Gdy Mary dorosła, wyszła za mąż za Jamesa Keitha, rodząc mu ośmioro dzieci, w tym matkę Johna Marshalla. Po latach Mary Keith otrzymała list, którego nadawca twierdził, że jest Enochem Ardenem, rzekomo zabitym pierwszym mężem. To znowu wpędziło babkę Marshalla w rozstrój psychiczny, nie tylko z powodu dawnego uczucia, ale także z obawy, że jej drugie małżeństwo jest nieważne, a dzieci niesłubne⁵⁰.

Historia ta nasuwa skojarzenia nie tylko z Dickensem, ale też z poematem Alfreda Tennysona z 1864 r. pod tytułem *Enoch Arden* (*sic!*), opowiadającym o tytułowym marynarzu, który po rozbiciu statku całe lata spędza na opuszczonej wyspie, a po powrocie dowiaduje się, że jego żona wyszła za mąż za jego dawnego kolegę, zaprzestawszy ponad dziesięcioletniego oczekiwania na powrót pierwszego męża. Enoch Arden z poematu umiera ze złamanym sercem. Komentujący ten wiersz autor książki z 1913 r. *The Lawyer in Literature* o nazwisku John Marshall Gest zauważa, że najwyraźniej lord Tennyson nie znał ustawy o bigamii, zwalniającej od kary osoby, które wyszły ponownie za mąż po 7 latach od wypłynięcia drugiego z małżonków na morze. John Marshall Gest przytomnie konkluduje: „Poeci powinni studiować prawo, jak czynił to [Walter] Scott, ale gdyby więcej z nich tak czyniło, powstałoby mniej poezji”⁵¹.

Perypetie uczuciowe babki Marshalla wpłynęły na jego dorastanie. Babka Mary została uznana za wyrzutka. Jej starszy brat i główny prześladowca, odpowiedzialny za bestialskie zakończenie pierwszego małżeństwa, William Randolph, po odziedziczeniu rodzinnych dóbr w Tuckahoe wyznaczył na ich zarządcę swego wieloletniego przyjaciela, męża swej kuzynki, Petera Jeffersona. W testamencie William Randolph nie wspomniał natomiast o dzieciach swej siostry Mary, która dorastała w Tuckahoe. Na skutek tych decyzji, od śmierci w 1745 r. Williama Randolpha, rodzina Jeffersona zamieszkała w przepychu na plantacji w Tuckahoe, wraz z urodzonym w 1743 r. Thomasem. Matka Marshalla nie miała do tych dóbr dostępu, młody John Marshall wychowywał się w spartańskich,

⁴⁹ Zob. L. Goldstone, *The Activist...*, s. 38; J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 24 i 533.

⁵⁰ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 24-25.

⁵¹ J.M. Gest, *The Lawyer in Literature*, Boston 1913, s. 105-106.

pogranicznych warunkach pod dachem pionierskiej chaty i nie wspominał o swych związkach z Randolphami, którymi szczylił się Thomas Jefferson⁵².

Animozja wobec Jeffersona mogła tylko wzrosnąć, gdy kapitan John Marshall poznał w przerwie od działań wojennych w 1779 r. rodzinę swej przyszłej żony, czternastoletniej Polly Ambler. Otóż pierwszym narzeczoną czy też adoratorem matki Polly, a więc teściowej Marshalla, był nie kto inny jak Thomas Jefferson. Żywiła ona do niego od tego czasu trwałą urazę⁵³. W rodzinie Amblerów często wspomniano o przywarach Jeffersona, także w obecności zalotnika Marshalla⁵⁴.

Biografowie Marshalla, zastanawiający się nad jego stosunkiem do Jeffersona, podejmują zwykle wątek tragicznego w skutkach zimowego obozowiska wojsk Washingtona w Valley Forge. Thomas Jefferson nie dołączył do wygłodzonych i przemarzniętych żołnierzy. Lawrence Goldstone relacjonuje pogląd, że właśnie wtedy ukształtowała się antypatia Marshalla do Jeffersona, ale dodaje, że prawdopodobnie Marshall nie potrzebował takiej wymówki, najwyraźniej nawiązując w ten sposób do wskazanych wyżej zaszłości rodzinnych⁵⁵. Gordon S. Wood także stwierdza, że wrogość między kuzynami rozpoczęła się w trakcie wojny o niepodległość. Marshall, cierpiący wraz z Washingtonem pod Valley Forge, Jeffersona miał uważać za obiboka, uchylającego się od służby wojskowej⁵⁶. Jean E. Smith cytuje zaś za Beveridge'em list Washingtona z grudnia 1777 r., w którym pojawia się retoryczne pytanie: „Gdzie jest Mason – Wythe – Jefferson?”⁵⁷, ale uważa, że oficerowie Washingtona nie znali jego prywatnej korespondencji, która zresztą nie dotyczyła bezpośrednio Valley Forge, dwudziestodwuletni Marshall zaś nie zaprzętał sobie głowy w tych morderczych warunkach nieobecnością właśnie Jeffersona⁵⁸. Być może istotnie reputacja Jeffersona nie była wtedy jeszcze tak zszargana w ocenie Marshalla, choć wątek rodzinnego wydziedziczenia z łatwością wpływał na skupienie jego uwagi właśnie na nieobecnym kuzynie. Nietrudno jednak sobie wyobrazić, że gdy zaczęły nawarstwiać się kolejne bolesne dla Marshalla epizody związane z Jeffersonem, retrospektywnie mógł on w odpowiednio czarnych barwach spojrzeć na nieobecność kuzyna Thomasa pod Valley Forge. Nie interesuje nas wszak stan ducha Johna Marshalla z 1777 r., ale jego nastawienie wobec prezydenta Jeffersona w pierwszej dekadzie XIX w., które wpłynęło m.in. na treść orzeczenia *Marbury v. Madison*.

Do niemal bezpośredniego zwarcia Marshalla z Jeffersonem doszło jeszcze w trakcie wojny o niepodległość. Pod koniec 1780 r. kapitan Marshall, już po nabyciu uprawnień do praktykowania prawa, starał się wesprzeć w Filadelfii wysiłek wojenny Washingto-

⁵² J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 29-30.

⁵³ C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 42.

⁵⁴ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 11.

⁵⁵ L. Goldstone, *The Activist...*, s. 39.

⁵⁶ G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 434.

⁵⁷ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 549.

⁵⁸ *Ibidem*, s. 64.

na i jego wojsk. Skierowano go wraz z baronem von Steubenem, pruskim żołnierzem zasłużonym w organizacji Armii Kontynentalnej, do Wirginii, gdzie mieli werbować nowych ochotników. Marshall pomógł pozyskać dla niepodległościowej sprawy półtora-tysięczny zaciąg, ale władze Wirginii, z gubernatorem Thomasem Jeffersonem na czele, odmówiły wyasygnowania funduszy na zakup obuwia i umundurowania dla rekrutów. Ostatecznie w lutym 1781 r. Marshall, zniesmaczony brakiem oficjalnego wsparcia dla armii Washingtona, w poczuciu, że oficerów jest więcej niż żołnierzy, wystąpił ze służby wojskowej i zajął się działalnością prawniczą⁵⁹.

Zachowanie Jeffersona podczas wojny budziło zresztą szersze kontrowersje. W 1781 r. legislatura w Wirginii próbowała wszcząć oficjalne dochodzenie przeciwko Jeffersonowi za jego postępowanie na stanowisku gubernatora w trakcie wojny. Krytycy zarzucali mu nieodpowiedzialność, niedostateczne przygotowanie obrony państwa i tchórzowską ucieczkę przed nacierającymi Brytyjczykami. Jefferson zmuszony był do wygłoszenia mowy na swą obronę przed Izbą Delegatów⁶⁰. Marshall musiał doskonale znać te zarzuty i prawdopodobnie nie stanąłby w obronie kuzyna przed nimi.

Jefferson odznaczał się zresztą dość niefrasobliwym stosunkiem do rzeczywistości, w której przyszło mu żyć. W latach 1777-1778, w trakcie wojny o niepodległość, kiedy subtelne reformy ustrojowe stały na dalszym planie, Jefferson jako przewodniczący komisji w legislaturze w Wirginii zarzucił to ciało ni mniej, ni więcej, jak 126 projektami ustaw, które miały wyeliminować każdy ślad „przeszłej lub przyszłej arystokracji”⁶¹. Kiedy Washington z Marshalllem i innymi rewolucjonistami ścierali się z Brytyjczykami i walczyli o życie, zimując bez zapasów pod Valley Forge, Jefferson jak rasowy dżentelmen wycofał się strategicznie do swej posiadłości w Wirginii, oddając się degustacji win i lekturze dzieł filozoficznych. Jako zapalony meloman założył nawet zespół kameralny, którego członków pieczołowicie dobierał z pobliskiego obozu jenieckiego, w którym przetrzymywano pojmanych heskich najemników, wynajętych przez Brytyjczyków do walki z wojskiem Washingtona⁶².

Wrogość wobec rodziny Jeffersonów wzmogła tragedia rodzinna Marshallów z 1786 r. Druga córka Johna i Polly zmarła kilka dni po narodzinach, następnie po kilku miesiącach żona Johna Marshalla poroniła. Strata dwójki dzieci w krótkim czasie spowodowała załamanie nerwowe Polly. Córka Jeffersona, Martha, także mieszkająca w Richmond, pisała o obłąkaniu Polly w listach do ojca, ale plotkowała na ten temat również w kręgach wirginijskiej socjety, co pogłębiało niechęć pogrążonych w bólu Marshallów⁶³.

⁵⁹ L. Goldstone, *The Activist...*, s. 40.

⁶⁰ J.F. Simon, *What Kind of Nation. Thomas Jefferson, John Marshall and the Epic Struggle to Create a United States*, New York 2006, s. 20.

⁶¹ T. Fleming, *The Great Divide. The Conflict Between Washington and Jefferson That Defined a Nation*, Boston 2015, s. 17.

⁶² H.G. Unger, *John Marshall...*, s. 24.

⁶³ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 107.

Wielkim kamieniem obrazy dla całego środowiska Federalistów, a zwłaszcza Johna Marshalla, który darzył Washingtona najwyższą cziłą i był autorem jego biografii, stał się list, jaki w 1796 r. Thomas Jefferson napisał do swego bliskiego znajomego i niegdysiejszego sąsiada, Włocha Philipa/Filippa Mazzeiego. List ten adresowany był do mieszkającego wówczas we Włoszech Mazzeiego i zawierał ostrą krytykę prezydenta Washingtona. Ten prywatny dokument upubliczniony został w niefortunnych dla Jeffersona okolicznościach translacyjnych. Mazzei przetłumaczył na włoski fragment listu dotyczący kwestii politycznych i opublikował go we florenckiej gazecie. Sprawę podjęła francuska prasa. List w wersji francuskiej został przetłumaczony zwrótnie na angielski i opublikowany w następnym roku w prasie amerykańskiej. Wśród krytycznych słów znalazła się niezbyt zawołowana aluzja do Washingtona – „ludzie, którzy byli Samsonami na polu walki, a Salomonami podczas narad, dali sobie ostrzyć głowę przez angielską nierządnicę”. Federaliści z lubością dawali wyraz swemu potępieniu za zniesławienie Washingtona, list został nawet odczytany na forum Izby Reprezentantów⁶⁴. Kilka lat później Marshall w liście do Alexandra Hamiltona wyjaśniał, że nigdy nie mógłby poprzeć Jeffersona, ponieważ „zasady moralne autora listu do Mazzeiego nie mogą być czyste”⁶⁵. Wiceprezydent Jefferson nie wziął zresztą udziału w pogrzebie Washingtona, co też nie mogło być dobrze odebrane przez Marshalla, osobiście zaangażowanego w organizację uroczystości pogrzebowych⁶⁶.

Czytelnik może odnieść wrażenie, że osobista niechęć Marshalla do Jeffersona, zakorzeniona w rodzinnych rozdrzwiach, nie jest właściwym tematem w pracy poświęconej władzy Sądu Najwyższego. Jeśli uwierzymy, że sądownictwo konstytucyjne rozgrywa się wyłącznie w sferze interpretacji prawnej, o czym skwapliwie od wieków zapewniają sami Sędziowie Sądu Najwyższego w oficjalnych wypowiedziach, to istotnie, motywacje Johna Marshalla nie powinny nas interesować. Jednym z celów tej książki jest jednak ukazanie, jak odległy od prawdy jest ten oficjalny pogląd. Skupienie uwagi na sylwetce Johna Marshalla uzasadniam tym, że to jego traumy i talenty wproważyły amerykańskie sądownictwo konstytucyjne w ruch. Zamknięcie na to oczu pozbawia nas możliwości zrozumienia złożoności fenomenu sądownictwa konstytucyjnego i skazuje na poleganie wyłącznie na propagandowo wyczyszczonej zdaniach z kolejnych orzeczeń Sądu. Wątek animozji między Prezesem Sądu a trzecim prezydentem Stanów Zjednoczonych podnoszony jest właściwie we wszystkich poważniejszych opracowaniach poświęconych początkom amerykańskiego sądownictwa konstytucyjnego. Nie będzie nadużyciem stwierdzenie, że sprawa *Marbury v. Madison* była w istocie sprawą *Marshall v. Jefferson*, a interakcje między oboma tymi politykami, którzy z Wirginii dotarli na szczyt ame-

⁶⁴ G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 235.

⁶⁵ J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 131.

⁶⁶ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 256.

rykańskiej władzy, przesądziły o kształcie ustroju amerykańskiego co najmniej w jego początkowym okresie wczesnej republiki.

Interakcje te R. Kent Newmyer celnie nazywa „wielką kreatywną nienawiścią”. Spójrzmy, jak zwięźle autor ten opisuje istotę sporu między Marshalllem i Jeffersonem, którzy uosabiali w 1801 r., w chwili inauguracji prezydentury Jeffersona, nie tylko dwa wrogie klany rodzinne, ale przede wszystkim dwie odmienne wizje ustrojowe:

Obaj mężczyźni wiedzieli, że rękawica została rzucona, obaj uważali, że na szali waży się los Republiki, obaj też przełożyli wielkie ideologiczne spory swych czasów na walkę między władzą wykonawczą a sądowniczą, podtrzymywaną przez nieugiętą osobistą awersję. Nie do końca wiadomo, kiedy ta antypatia się zaczęła i co ją podsycalo przed 1800 r. Była ona tak zakorzeniona, że rodzi się pokusa, aby twierdzić, że źródłem problemu była reaktywność chemiczna. Trudno, w rzeczy samej, wyobrazić sobie Johna Marshalla budującego sobie gniazdo na podobieństwo posiadłości w Monticello, grającego na skrzypcach na wieczorkach towarzyskich u gubernatora królewskiego Fauquiera czy spekulującego na temat dowolnej idei pod słońcem. Nie możemy sobie także wyobrazić łatwo Jeffersona żartującego na temat ładnych dziewczyn podążających za wojskami rewolucjonistów – nawet gdyby był tam obecny – konkurującego w sprintach z innymi żołnierzami pod Valley Forge, obstawiającego na wyścigach, grającego w rzuty pierścieniami (*quoit*) w Klubie Barbecue czy strojącego żarty z samego siebie. O ile wiemy, nikt nie uwielbiał Jeffersona za jego śmiech, za co Joseph Story uwielbiał Marshalla. Marshall był arystokratyczny w poglądach politycznych i demokratyczny w swym zachowaniu; Jefferson ten porządek odwracał. Marshalla zadowalało praktykowanie prawa; Jefferson chciał je reformować – tak jak prawie wszystko inne. Jako typowy prawnik *common law* Marshall poruszał się bezpiecznie w doświadczalnym, praktycznym świecie stopniowej zmiany. Jefferson był oświeceniowym myślicielem, który uważał, że spekulacja filozoficzna jest kluczem do obywatelskiego zbawienia⁶⁷.

Przy tych wszystkich różnicach biografie Marshalla i Jeffersona spletały się w istotnych punktach, niczym w *Żywotach równoległych* Plutarcha. Ich ojcowie, walijskiego pochodzenia, osiągnęli podobny awans społeczny, dzięki funkcji mierniczych i poprzez wejście w koligacje z rodem Randolphów⁶⁸. To gubernator Thomas Jefferson, pełniący też funkcję przewodniczącego rady College of William and Mary, ustanowił katedrę prawa⁶⁹, którą objął George Wythe, będący – wedle określenia Charlesa F. Hobsona – prawdopodobnie jedynym wykształconym prawnikiem w Wirginii⁷⁰, u którego na-

⁶⁷ R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 148-149.

⁶⁸ G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 433.

⁶⁹ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 77.

⁷⁰ Ch.F. Hobson, *The Great Chief Justice...*, s. 29.

uki pobierał młody Marshall. Również to gubernator Jefferson podpisał uprawnienia do praktykowania prawa przez Johna Marshalla⁷¹, a wcześniej, zgodnie z przepisami obowiązującymi w Wirginii, musiał wyznaczyć komisję egzaminacyjną⁷². Ten związek obu potomków rodu Randolphów rozciągał się także na dalszy etap prawniczej kariery Marshalla. Otóż czołowy adwokat z Richmond, Edmund Randolph, użyczył pierwotnie miejsca dla kuzyna, Marshalla, w swej kancelarii, a następnie przekazał mu ją w 1786 r., gdy został wybrany na gubernatora. Tę samą kancelarię, którą Randolphowi przekazał w 1774 r. kuzyn Thomas Jefferson, gdy zajął się karierą polityczną⁷³. W szczegółowej biografii Jean E. Smith zwraca uwagę na kolejne podobieństwa Marshalla i Jeffersona: obaj wybitnie inteligentni, wybitnie zdolni politycy, z wykształceniem prawniczym, odrzucający zorganizowaną religię, niedbający specjalnie o swe odzienie i wygląd⁷⁴.

Antypatia Marshalla wobec Jeffersona wywodziła się ze złożonych osobistych przyczyn, a sprzeciw wobec polityki wiceprezydenta i prezydenta Jeffersona był raczej naturalną konsekwencją noszonych od lat uraz. Wycofanie się Jeffersona z polityki, a wreszcie śmierć w 1826 r. nie zmieniły nastawienia Marshalla, który pozostał jego dożgonnym wrogiem. Gdy wnuk Jeffersona opublikował pośmiertnie listy wielkiego dziadka, Marshall w prywatnej korespondencji odniósł się do nich pogardliwie, pisząc m.in., że nigdy nie uważał Jeffersona za szczególnie mądrego, rozsądnego ani praktycznego polityka⁷⁵. Bohater Marshalla, George Washington, miał nigdy nie wypowiedzieć kłamstwa. Natomiast zdaniem Marshalla Jefferson kłamał stale, a prawdę mówił rzadko⁷⁶. U Thomasa Jeffersona ta relacja była odwrotna. Nie miał szczególnych powodów do osobistej niechęci wobec krewnego, który wkraczał w dorosłe życie, gdy Jefferson był już wielce poważaną postacią. Przed rozpoczęciem kariery politycznej przez Marshalla zetknęli się pośrednio przy skomplikowanej sprawie spadkowej *Wayles's Executors v. Randolph et al.* toczonej w latach 1795-1799 w Wirginii, w której ostateczne zwycięstwo adwokata Marshalla oznaczało m.in. przegraną żony Jeffersona, Marthy⁷⁷. Dla Jeffersona John Marshall był przede wszystkim przeciwnikiem politycznym, rosnącym w siłę uosobieniem arystokratycznych Federalistów, którzy lekceważyli prawo, dobre obyczaje i werdykty wyborcze. Jefferson

⁷¹ B. Bailyn (ed.), *The Debate on the Constitution. Federalist and Antifederalist Speeches, Articles, and Letters During the Struggle over Ratification*, part I: September 1787 to February 1788, New York 1993, s. 1025.

⁷² J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 81.

⁷³ *Ibidem*, s. 90-91.

⁷⁴ *Ibidem*, s. 12.

⁷⁵ J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 299.

⁷⁶ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 11.

⁷⁷ Szeroko splot zależności wielkich familii z Wirginii w tej sprawie omawia R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 91-94.

zdobywał się wobec Marshalla na pojednawcze gesty, które ten jednak odrzucał, czemu dawał wyraz m.in. odwróceniem się plecami do Jeffersona w czasie jego inauguracji⁷⁸.

Ich znanej powszechnie niechęci towarzyszyły także nieporozumienia. Po powrocie Marshalla z misji dyplomatycznej we Francji wiceprezydent Jefferson dwukrotnie usiłował odwiedzić go w hotelu. Za drugim razem Jefferson pozostawił wiadomość, iż „miał to szczęście, że nie zastał go w obu przypadkach”. Po chwili wiceprezydent zreflektował się i poprawił swą freudowską pomyłkę, dopisując przeczenie, do formy: „miał to nieszczęście, że nie zastał...”⁷⁹. Krytycy Jeffersona zarzucali mu, że jest niepoprawnym dłużnikiem, którego dług u Brytyjczyków przekracza wartość jego posiadłości. Przypisano autorstwo tej informacji właśnie Marshallowi, który się tego wyparł⁸⁰. W literaturze poświęconej Marshallowi pojawia się także informacja, iż w liście pisany w dniu zaprzysiężenia prezydenta Jeffersona zaliczył go do „bezwzględnych terrorystów”⁸¹. Jak się okazało w 1948 r., Marshall w oryginalnym liście raczej zażartował, pisząc przecząco, iż nie zalicza Jeffersona do owych terrorystów, co było zrozumiałe w świetle koncyliacyjnego przemówienia Jeffersona. Błędne odczytanie tego listu wywodziło się z fałszywego cytatu zawartego w biografii Marshalla autorstwa nieprzychylnego Jeffersonowi Alberta J. Beveridge’a z 1916 r.⁸² Niezależnie od tych pomniejszych pomyłek i nieporozumień wrogość Marshalla do Jeffersona była czynnikiem, którego nie można pomijać przy omówieniu początków amerykańskiego sądownictwa konstytucyjnego.

W 1781 r. John Marshall zakończył służbę wojskową, by związać swoją przyszłość z prawem i polityką. Trajektoria kariery Marshalla w kolejnych latach stawała się stopniowo coraz bardziej zbieżna z losami postaci, które decydowały o losach państwa. Przypomnijmy, że z wojny o niepodległość wyniósł kapitan Marshall niezachwiane przekonanie o potrzebie funkcjonowania silnego rządu centralnego. Kolejna dekada doświadczeń miała napełnić go nieufnością wobec ciał ustawodawczych, a jednocześnie ugruntować w nim poczucie potęgi prawa, szczególnie w rękach tak zręcznego adwokata, jakim stał się w Wirginii John Marshall.

Sam Marshall wspominał, że od dzieciństwa był przeznaczony do zawodu prawnika. Rzeczywiście, był dla prawa stworzony, miał bowiem analityczny umysł, był skrupulatny, uwielbiał wyszukiwać drobne słabości w złożonych argumentacjach przeciwników, a przy tym miał dobrą dykcję, zaraźliwy dowcip, okraszany jego grzmiącym śmiechem⁸³. Był duszą towarzystwa, prawdziwym *bon vivantem*, który z łatwością pozyskiwał sympatię, także przeciwników. Z opisów ludzi, którzy go znali, wyłania się postać stanowiąca

⁷⁸ G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 436.

⁷⁹ C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 43.

⁸⁰ J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 123.

⁸¹ L. Goldstone, *The Activist...*, s. 273-274.

⁸² Zob. wyjaśnienia w: J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 18.

⁸³ L. Goldstone, *The Activist...*, s. 41.

w świecie prawniczym odpowiednik genialnego fizyka Richarda Feynmana, który intuicyjnie przenikał myślą problemy dotyczące natury rzeczywistości. Tak pisał o Johnie Marshallu nestor historyków zajmujących się wczesną historią Stanów Zjednoczonych, Gordon S. Wood: „Marshall potrafił objąć zagadnienie w całości, ale równolegle analizować jego części i odnosić je do całości. Potrafił poruszać się stopniowo od przesłanki do konkluzji, w logiczny i wnikliwy sposób, oraz potrafił wydobywać istotę prawa z wielości szczegółów”⁸⁴. Dobrym dowodem respektu, jaki budziły jego zdolności, są słowa Jeffersona, który zalecał, aby w rozmowie z Marshalllem nigdy nie przytakiwać, nie udzielać twierdzących odpowiedzi, każdą taką wypowiedź Marshall potrafi bowiem wykorzystać dla własnej konkluzji, tak zręcznie posługuje się sofistyką. Jefferson dodał: „Gdyby więc mnie zapytał, czy to dzień czy noc, odparłbym – Proszę pana, nie wiem, nie umiem powiedzieć”⁸⁵.

W dojściu na szczyty elity prawniczej w Wirginii pomogły Marshallowi koneksje rodzinne. Od 1781 r. przez około 3 lata Marshall w praktyce odbywał aplikację pod kierunkiem kuzyna Edmunda Randolpha, który przyjął go do swej kancelarii. Ustosunkowany Randolph, prowadzący dochodową praktykę, zapewnił rozpoczynającemu karierę Marshallowi nie tylko praktyczną naukę zawodu, ale też wprowadził go do środowiska ściśle zależnych od siebie sędziów i prawników działających w Wirginii. Jego karierze patronował także teść, Jaquelin Ambler, wpływowy skarbnik tego państwa⁸⁶. Zachowała się anegdota ukazująca biegłość zawodową Marshalla. Starszy mężczyzna z prowincji, który przybył do Richmond, aby nająć prawnika, skierował się do polecanego Marshalla, ale gdy zobaczył, jak niedbale jest ubrany, wyszedł i zdecydował się na skorzystanie z usług osoby, która wyglądem budziła większe zaufanie. W sądzie czekał na swoją sprawę i przyglądał się poprzedzającej rozprawie, podczas której zobaczył Marshalla w konfrontacji z bardziej eleganckim prawnikiem, którego zatrudnił. Natychmiast zrozumiał, że popełnił błąd, i podczas przerwy udał się do Marshalla, prosząc o zajęcie się jego sprawą. Wyjaśnił jednak, że przywiózł ze sobą sto dolarów, z których dziewięćdziesiąt pięć wydał na opłacenie prawnika, którego nieopatrznie wybrał jako pierwszego. Marshall dobroduszenie zgodził się poprowadzić sprawę za pozostałe pięć dolarów⁸⁷. Po około dziesięciu latach praktyki John Marshall wyrobił sobie reputację prawnika załatwiającego problemy, angażowanego w sytuacjach, gdy stawka była duża, a stopień trudności sprawy wysoki⁸⁸.

Równolegle zaangażował się w działalność polityczną. W 1782 r., w wieku dwudziestu sześciu lat, został członkiem wirginijskiej Izby Delegatów, reprezentując rodzinny okręg

⁸⁴ G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 434.

⁸⁵ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 12.

⁸⁶ R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 79-80.

⁸⁷ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 91.

⁸⁸ R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 80.

Fauquier. R. Kent Newmyer stwierdza zdecydowanie, że dała się wówczas poznać jego ambicja i pycha. Zaangażował się od razu w prace kilku komisji, ale zaledwie po dwóch miesiącach został wybrany do Rady Stanu, zbiorowej egzekutywy, wyraźnie dzięki protekcji Jaquelina Amblera i wpływom własnego ojca. Objęcie przez niedoświadczonego wówczas Marshalla tak prestiżowego stanowiska zostało źle odebrane przez miejscowe elity. Poza tą presją decyzję o ustąpieniu z Rady po 2 latach wywołał zakaz praktykowania jej członków przed sądami⁸⁹. Decyzja ta zbiegła się z powierzeniem mu w 1784 r. przez kuzyna żony, Johna Amblera, uważanego za najbogatszego człowieka w Wirginii, obsługi prawnej rodziny Amblerów. Fortuna uśmiechnęła się w ten sposób do Marshalla, który w ostatnim kwartale 1783 r. z sześciu wynagrodzeń uzyskanych w ramach swej praktyki zarobił jedynie pięć funtów i kilka szylingów, co nieznacznie przewyższało kwotę, którą w tym okresie wygrał w grze w wista i tryktraka⁹⁰. Jeszcze przez wiele lat będzie John Marshall przedkładał swą dochodową praktykę prawniczą, zaspokajającą potrzeby powiększającej się rodziny, nad pojawiające się zachęty całkowitego poświęcenia się polityce. Nie tracił jednak kontaktu z działalnością polityczną, w latach 80. i 90. XVIII w. kilkakrotnie wybierany był do lokalnej legislatury. Od 1785 r. Marshall był też członkiem rady miejskiej w Richmond, z której powołano go na stanowisko sędziego (*city recorder*) w sądzie miejskim (*Hustings Court*), właściwym w pomniejszych sprawach cywilnych i karnych. Trzyletni okres zasiadania na comiesięcznych sesjach tego miejskiego organu był jedynym doświadczeniem sędziowskim Marshalla przed objęciem urzędu Prezesa Sądu Najwyższego⁹¹.

To właśnie w latach 80. miała źródło druga trauma Marshalla – utrata złudzeń co do nieokiełznanej i rozentuzjasmowanej demokracji, nieufność wobec idei rządów powszechnych, niechęć do ciał ustawodawczych. Polityka na szczeblu państwowym prowadzona w tamtym czasie sprzyjała gorzkim refleksjom o wymiarze wprost antropologicznym. Marshall pisał, że rację mają niestety ci, którzy uważają, że człowiek nie jest w stanie rządzić się sam. Uznał człowieka za zwierzę zasługujące na mniejszy szacunek, niż wcześniej sądzono. Ludzka mroczna natura skłania do interesowności i oddawania się bulwersującym zachowaniom. Dlatego stał się Marshall zwolennikiem „well regulated Democracy”, ustroju demokratycznego przestrzegającego sprawiedliwości, oddanego cnocie, skrzepowanego mechanizmami ograniczającymi i równoważącymi. Zgromadzenia powszechne, o których zepsuciu Marshall przekonał się naocznie w Wirginii, nie spełniały takich wymagań ustrojowych. Ostoi cnót republikańskich zaczęto upatrywać w sądownictwie, gdzie przedkładać miano mądrość, cnotę i bezinteresowność nad niskie ludzkie namiętności⁹².

⁸⁹ *Ibidem*, s. 39-40.

⁹⁰ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 99-101.

⁹¹ *Ibidem*, s. 105.

⁹² Zob. szerzej Ch.F. Hobson, *The Great Chief Justice...*, s. 23-25.

Jak wspomniałem, rozczarowanie mechanizmami władzy na poziomie skonfederowanych państw w latach 80. XVIII w. było udziałem szerokiej grupy liderów politycznych i doprowadziło po kilku latach do uchwalenia Konstytucji federalnej. Madison swój projekt nowego ustroju dla zjednoczonych kolonii rozwijał w opozycji do znanej mu bezpośrednio struktury władzy w Wirginii. Podkreślić należy, że u Johna Marshalla reakcją na słabości rządów nazbyt demokratycznych było szczególnie silne wzmocnienie wiary w walory sądownictwa, w którego systemie znakomicie się zresztą odnajdował jako wybijający się adwokat. Zwróćmy uwagę, że gdy Marshall rozważał, jak rozum i rozsądek ustępują w naturze człowieka namiętnościom, które mitygować może jedynie chęć zaspokajania własnego interesu, będąca tu poślednim rodzajem rozumu⁹³, nawiązywał w ten sposób do długowiecznego ideału powinności sędziowskiej kultywowanego w Anglii w środowisku prawniczym. Szeroko rozprawiano tam na temat wyjątkowego statusu sędziów, sprawujących urząd nawiązujący do ideału boskości. Sędziowie byli jednak „bogami z nazwy, ale ludźmi z natury”, tedy szczególnie na sędziach spoczywał obowiązek poskramiania własnych namiętności. Matthew Hale, wybitny siedemnastowieczny sędzia angielski, inspirowany m.in. Blackstone’a, pisał zatem w ślad za Listem do Efezjan o potrzebie porzucenia dawnego człowieka, charakteryzującego się zepsuciem i nieładem. W jego ujęciu urząd sędziowski wymagał niemożliwego – całkowitego wyzbycia się afektu i namiętności, zachowania przez sędziego umiarkowanego umysłu i ciała. W dążeniu do tego ideału pomagać miał stały strach przed Wszechmogącym i poczucie Jego obecności. Metaforą wyrażającą postać sędziego, zbyt ludzkiego jak na potrzeby piastowanego urzędu, był piękny łabędź z czarnymi łapami, symbolizujący boskość urzędu sędziowskiego wspartego na śmiertelności i udręce człowieka⁹⁴. Taki ideał opartej na rozumie i sprawiedliwości powinności sędziowskiej przejęty został poprzez sądownictwo kolonialne przez sędziów amerykańskich i inspirował również Marshalla, który widział w nim przeciwwagę dla jawnego zepsucia władzy politycznej.

Z listów Marshalla z tego okresu przebija rozczarowanie Izbą Delegatów, niezdolną do uchwalania ważnych ustaw, przeciwną reformie systemu sądownictwa, wypełnioną ludźmi nieprzygotowanymi do zadań publicznych, którzy przenoszą na poziom Zgromadzenia swe prywatne animozje⁹⁵. W Izbie Marshall w naturalny sposób sprzymierzył się z kontrolującym ją stronnictwem konserwatywnym, zainteresowanym wzmocnieniem Unii⁹⁶. Przyjęty przyjaźnie, także przez wzgląd na ojca, przez takie postacie establishmentu Wirginii, jak James Madison, George Mason czy Edmund Pendleton, zdobywał

⁹³ *Ibidem*, s. 23.

⁹⁴ Obszernie analizuje to Philip Hamburger w pracy *Law and Judicial Duty*, Cambridge, Mass. 2008, zwł. s. 167-173.

⁹⁵ R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 39-40.

⁹⁶ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 90-91.

stopniowo pozycję w stronnictwie politycznym, w którego szeregach po kilku latach z takim powodzeniem wystąpi na konwencji ratyfikacyjnej.

Z wnikliwej analizy postawy Marshalla z tamtych lat dokonanej przez R. Kenta Newmyera wykorzystać należy uwagi dotyczące formowania się arcyważnego dla dalszego rozwoju wypadków poglądu Marshalla, że prawnicy wraz sędziami mogą, a wręcz powinni faktycznie rządzić. Marshall nie dostrzegał tego, jak Wirginia stopniowo radziła sobie z powojennymi zaburzeniami politycznymi i gospodarczymi, zamiast tego widział jedynie brak kompetencji legislacyjnych. W jego oczach słaby rząd centralny oparty na zasadzie suwerenności państw składowych pozwalał Wirginii na realizowanie polityki interesowności. Palącym problemem było zwłaszcza przedrewolucyjne zadłużenie plantatorów wirginijskich wobec brytyjskich kupców. Przeciwnicy spłacania tych długów uważali, że negocjowałoby to cały wysiłek rewolucyjny. Zwolennicy spłacania uważali, że należy honorować kończący wojnę traktat paryski z 1783 r., ponieważ odmowa spłaty podważy wiarygodność Kongresu i zagrozi relacjom gospodarczym z innymi państwami. Tu ujawnił się ciekawy paradoks. Adwokat Marshall w dużym stopniu utrzymywał się z reprezentowania interesów wirginijskich dłużników, na których korzyść formułował wyszukane konstrukcje prawne. Brał udział jako obrońca w ponad stu takich sprawach i w imieniu klientów starał się udaremnić, a przynajmniej opóźnić ściąganie tych długów. Sprzeciwiał się jednak prowadzeniu przez władze skonfederowanych państw suwerennej polityki polegającej na odmowie spłaty długów czy też na związanej z tym kwestii nieegzekwowania podatków. Marshall był bowiem zawodowym prawnikiem, silnie zaangażowanym też, w ślad za ojcem, w handel gruntami. Interes suwerennego państwa Wirginia przekształconego w stan kolidował z jego własnym interesem. Jego działalność wymagała stabilności prawnej, poszanowania umów i respektowania obowiązku spłaty długów⁹⁷. Zaangażowanie Marshalla w prowadzoną praktykę adwokacką było tak duże, że w imieniu swoich klientów zdolny był do całkowitego zaprzeczania własnym poglądom.

Artykuł IV traktatu paryskiego nakazywał spłatę zadłużenia wobec brytyjskich wierzycieli w walucie brytyjskiej, a artykuł VI Konstytucji federalnej stawiał traktaty ponad prawem stanowym. Negocjatorzy ze strony Korony brytyjskiej domagali się wprowadzenia do traktatu treści wpisanych ostatecznie do artykułu IV, ponieważ mieszkańcy Wirginii, dłużni prawie połowę całego amerykańskiego zadłużenia wobec Brytyjczyków, korzystali z przepisów lokalnych pozwalających im na spłatę długów do skarbcza Wirginii w lokalnej walucie, której dewaluacja pozwalała na formalną spłatę długu za 10% jego faktycznej wartości. Dodatkowo legislatura Wirginii w 1782 r. uchwaliła zakaz

⁹⁷ Zob. obszernie R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 39-46; H.A. Johnson, *Federal Union, Property, and the Contract Clause. John Marshall's Thought in Light of Sturges v. Crowninshield and Ogden v. Saunders*, [w:] T.C. Shevory (ed.), *John Marshall's Achievement. Law, Politics, and Constitutional Interpretations*, New York 1989, s. 34.

egzekwowania brytyjskich długów w sądach Wirginii. Federalista Marshall popierał traktat paryski i Konstytucję federalną, ale jako uznany specjalista od obchodzenia przepisów w imieniu swoich klientów zbudował argumentację, która zachwycała każdego Antyfederalistę. Wywodził w niej bowiem m.in., że zakaz z 1782 r. nadal obowiązuje, a Wirginia nie jest związana postanowieniami traktatu⁹⁸.

W opisie źródeł amerykańskiego modelu *judicial review*, spletających się z postacią Marshalla, który ze sporymi sukcesami kształtował Sąd niejako na swój obraz i podobieństwo, szczególne znaczenie przypisuję niezwykle ciekawemu klimatowi intelektualnemu w Wirginii i kulturze prawnej panującej na tym obszarze, a zwłaszcza w stolicy Richmond. Wirginia była wówczas właściwie państwem prawników, prawie wszystkie ważne postaci uczestniczące w życiu publicznym zajmowały się prawem⁹⁹. W Starym Dominium, na oczach Marshalla, rozwijały się kariery dwóch urodzonych w latach 20. XVIII w. prominentnych prawników i sędziów, rywalizujących ze sobą, którzy pojawiali się już na wcześniejszych stronach. Starszy z nich, Edmund Pendleton, był przewodniczącym Sądu Apelacyjnego. George Wythe był zaś kanclerzem w Sądzie Kanclerskim (High Court of Chancery). Od Wythe'a uczył się Marshall prawa w college'u, swe umiejętności doskonalił zaś głównie w Sądzie Apelacyjnym, a wzorem sędziego był dla niego sędzia Pendleton. Ten jurysta rozstrzygał sprawy w ten sposób, że stwierdzał, jakie będzie sprawiedliwe rozstrzygnięcie, a następnie odnajdywał przepisy pozwalające osiągnąć to rozstrzygnięcie. Instynktownie nie obciążał też swego umysłu wiedzą prawniczą, która mogłaby „pokonać prawo i sprawiedliwość”¹⁰⁰. Jak się przekonamy, tę metodę intensywnie wykorzystywał będzie w Sądzie Prezes Marshall.

Trzeba w tym miejscu wspomnieć o jeszcze jednej postaci. W stylu sędziowania Prezesa Marshalla bez trudu rozpoznać można wzorce wyniesione z działalności Edmunda Pendletona. Obaj zaś kroczyli śladami Lorda Mansfielda, uważanego za najpotężniejszego sędziego brytyjskiego w XVIII w.¹⁰¹ O jego znaczeniu w anglo-amerykańskim świecie prawniczym może świadczyć choćby okoliczność, że amerykański Sąd Najwyższy cytował

⁹⁸ L. Goldstone, *The Activist...*, s. 100-103.

⁹⁹ P. Maier, *Ratification. The People Debate the Constitution, 1787-1788*, New York 2010, s. 256.

¹⁰⁰ Ch.F. Hobson, *The Great Chief Justice...*, s. 31-34.

¹⁰¹ Polscy czytelnicy mogą korzystać z biografii tego prawnika pióra Jerzego Zajadły, który w ramach wyraźnej troski o poprawność językową nie odmienia dopełnienia członu tytularnego („Lorda Mansfield”, „Lordowi Mansfield”), zob. J. Zajadły, *Lord Mansfield. Sędzią być!*, Gdańsk 2018. Stosuję tu jednak formę odmienną, używaną także przez polskich autorów, ponieważ zwłaszcza dla Amerykanów słowo „Mansfield” stało się odpowiednikiem nazwiska, co widoczne jest w kolejnych uwagach. Wątpliwe, by Jefferson, zwalczający „truciznę” Mansfielda, akcentował, że chodzi o „jego lordowską mość”.

jego orzeczenia ponad trzysta razy¹⁰². Jako Lord Przewodniczący Sądu Ławy Królewskiej¹⁰³ w latach 1756-1788 wywarł on wielki wpływ na prawo angielskie, a w interesującym nas sporze Prezesa Marshalla z prezydentem Jeffersonem, który w omawiany dalej sposób położył podwaliny pod współczesną władzę sędziów amerykańskich, Lord Mansfield uosabiał postać aktywnego sędziego, *homo faber* jurysprudencji, przed którego naśladowaniem przestrzegał Jefferson. Ta niechęć polityka z Wirginii obejmowała też komentarze Blackstone'a, który zdaniem Jeffersona wyrażał „przypochlebny Mansfieldyzm”, zatruwający umysły profesji prawniczej. Z tego powodu Jefferson często podejmował starania o wyrugowanie *Komentarzy* ze szkół i sądów¹⁰⁴.

Philip Hamburger tak opisuje sędziowską postawę Lorda Mansfielda: nabywszy w Oxfordzie upodobania do akademickiej racjonalności w prawie, często wzgardliwie spoglądał na formalności *common law*. Zwykle utrzymywał pozory dochowywania wierności swej powinności sędziowskiej, używając zasad prawa naturalnego do rozumienia *common law* w przypadkach, w których było ono nieprecyzyjne, ale miał skłonność do wynajdywania luk, których wcześniej nie dostrzegano. Sądził, że prawo musi dostosowywać się do potrzeb ludzkości, więc w tym celu aktywnie rozwijał możliwości tkwiące w prawie oraz świadomie czynił z wyjątków nowe zasady ogólne, zastępujące stare¹⁰⁵. Badający przez wiele lat karierę Lorda Mansfielda James Oldham omawia jego orzecznictwo w celu wykazania, że z powodzeniem uprawiał on w XVIII w. to, co obecnie z obu stron amerykańskiej sceny politycznej krytykowane jest jako nowy fenomen aktywności sędziowskiej. Przydatne dla dalszych rozważań i charakterystyczne dla amerykańskiego sądownictwa konstytucyjnego są zwłaszcza uwagi Oldhama dotyczące stosunku Lorda Mansfielda do precedensów. Jeśli Lord Mansfield zgadzał się z ustanowioną we wcześniejszych sprawach zasadą, która wydawała się mieć zastosowanie w sprawie rozstrzyganej przez niego, dogodne dla niego było uznanie tych wcześniejszych spraw za decydujące. Jeśli jednak nie zgadzał się z ustanowioną wcześniej zasadą, na kilka sposobów mógł obejść niekorzystne precedensy. Stwierdzenia z wcześniejszych spraw mogły zostać uznane za niewiążące uwagi poboczne (*mere dicta*). Kwestionowane też mogły być sprawozdania z wcześniejszych spraw, zwłaszcza jeśli sprawozdawca nie był poważany. Często możliwe było przedstawienie manuskryptu wcześniejszego orzeczenia, różniącego się od drukowanego sprawozdania. Wnikliwa analiza sprawozdania

¹⁰² N.S. Poser, *Lord Mansfield. Justice in the Age of Reason*, Montreal–Kingston 2013, s. ix.

¹⁰³ Kariera tego sędziego, urodzonego w Szkocji pod imieniem William Murray, dała pretekst słynnemu leksykografowi Samuelowi Johnsonowi, rozwijającemu z upodobaniem sentymenty antyszkockie, do wyrażenia urągliwej maksymy, przytaczanej m.in. przez J. Zajadłę: „wiele można uczynić ze Szkota schwytanego za młodu”.

¹⁰⁴ J.E. Pfander, D.D. Birk, *Article III and the Scottish Judiciary*, „Harvard Law Review” 2011, vol. 124, no. 7, s. 1643-1644.

¹⁰⁵ P. Hamburger, *Law and Judicial Duty*, s. 144.

mogła zaś prawie zawsze wykazać różnice faktyczne, które pozwalały na odróżnienie i pominięcie wcześniejszej sprawy¹⁰⁶.

Angielskie *common law* z wolna zakorzeniło się w koloniach dzięki wysiłkom prawników, wypierając wcześniejsze, uproszczone praktyki. Początkowo wzorce angielskie były jedynie naśladowane, stopniowo jednak zwiększała się samoświadomość prawników kolonialnych, którzy starali się m.in. ustanowić strukturę sądownictwa bardziej racjonalną od tej, która funkcjonowała na Wyspach Brytyjskich, dostosowując ją do własnych potrzeb i w ramach własnych, ograniczonych, umiejętności¹⁰⁷. G. Edward White zwraca uwagę na to, że sądy okręgów (*county courts*) nie były jedynie odpowiednikami współczesnych sądów pierwszej instancji, ale podstawowymi organami zarządzającymi w kolonialnej Ameryce, do których zgłaszały się osoby potrzebujące porady lub zaangażowane w lokalne spory. Sędziowie pokoju w tych sądach nie ograniczali się wyłącznie do rozstrzygania takich sporów. Wspomagali oni nawiązywanie relacji między członkami lokalnej wspólnoty i zajmowali się alokacją miejscowej siły roboczej. Sądy okręgów odgrywały w istocie rolę centrów informacji¹⁰⁸.

Jack M. Sosin zaznacza, że pierwszych trzynaście kolonii tworzonych było w różnych okresach i odmiennych okolicznościach, co pociągało za sobą zasadnicze różnice w wewnętrznych rozwiązaniach ustrojowych. W Wirginii, kolonii najstarszej, nie występowała faktycznie organizacyjna odrębność najwyższego szczebla sądownictwa. Gubernator wraz z tworzącymi jego radę magnatami funkcjonowali także jako Sąd Naczelny (General Court). To była nieliczna grupa przedstawicieli pierwszych rodów Wirginii, pełniących funkcje sądownicze z powodu statusu społecznego i politycznego, a nie prawniczego¹⁰⁹. Szczególnie intensywne działania adaptacyjne w obrębie *common law* zachodziły właśnie w Wirginii, gdzie „orzecznictwo sądowe stało się formą rządzenia”¹¹⁰. W syntetycznym ujęciu Matthew Steilen wskazuje, że po 1776 r. sądownictwo w Wirginii formalnie składało się z trzech szczebli, ale w praktyce system ten był skrajnie zdecentralizowany i od dawna prawie wszystkie sprawy załatwiane były w najniższych instancyjnie sądach okręgów (*county courts*), kierowanych przez sędziów pokoju, którzy zajmowali się też rozlicznymi kwestiami administracyjnymi. Potencjalne apelacje zajmowały 6-7 lat.

Tu pojawia się ważny element. Otóż w czasach kolonialnych sędziów pokoju formalnie powoływał gubernator, ale faktycznie zezwalał na to, aby sami sędziowie pokoju nominowali własnych następców, co wykorzystywano do utrzymywania wpływów własnych rodzin i sprzymierzeńców. W ten sposób wyłonił się rodzaj sędziowskiej ary-

¹⁰⁶ J. Oldham, *Judicial Activism in Eighteenth-Century English Common Law in the Time of the Founders. The More Things Change, the More They Stay the Same*, „The Green Bag” 2005, vol. 8, no. 3, s. 274.

¹⁰⁷ J. Goebel Jr., *Antecedents and Beginnings to 1801*, New York 2010, s. 6-7, *History of the Supreme Court of the United States*, vol. 1.

¹⁰⁸ G.E. White, *Law in American History*, vol. 1, s. 48-49.

¹⁰⁹ J.M. Sosin, *The Aristocracy of the Long Robe...*, s. 130.

¹¹⁰ R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 145.

stokracji, utrwalającej się dziedzicznej oligarchii, zasiedziały w sądach i niepodlegającej republikańskiej kontroli. Sędziowie pokoju zasiadali równolegle w legislaturze Wirginii i blokowali propozycje reformy sądów¹¹¹. Podobnie ujmuję to Richard Brookhiser: „Te lokalne postacie często niezbyt znaly prawo i niezbyt się tym przejmowały, dbając tylko o zabezpieczenie interesów swych patronów i znajomych. (...) Poza zakresem prawa znajdowała się smutna rzeczywistość życia Wirginii: możni robili to, na co mieli ochotę”¹¹².

W czasach kolonialnych uznanie sędziowskie było tak wielkie, że jeden z kolonistów narzekał, iż „przedmiot sprawy zależy nie tyle od praw klienta, co od tchnienia sędziego, argumentacja prawna zaś w jednym okręgu ceniona, w innym nie jest dopuszczana”¹¹³. Sugestywnie obraz kultury prawnej w Wirginii uzupełnia Charles F. Hobson, który zwraca m.in. uwagę na to, że przed Rewolucją w Wirginii funkcjonował prosty system, składający się z sądów okręgowych i Sądu Naczelnego. Wszystkie te sądy pełniły też funkcje prawodawcze i wykonawcze, a obsadzane były przez „gentlemen justices”, czyli właścicieli ziemskich i ludzi interesu, którzy zwykle nie dysponowali wiedzą prawniczą. Nie zwracano uwagi na subtelności formalne. Zadaniem adwokata było proste przedstawienie sprawy przed sędziami nieufnie traktującymi argumentację, której zrozumienie wymagało większego wysiłku. Z tego właśnie powodu jeszcze za czasów adwokackiej kariery obu późniejszych wielkich sędziów, George’a Wythe’a i Edmunda Pendletona, ten ostatni zwykle wygrywał w sporach z Wythe’em. Nie dysponował jego wiedzą prawniczą, ale zręcznie i pomysłowo dostosowywał swą argumentację do przebiegu procesu¹¹⁴. Jak wspomniałem, to właśnie na Pendletonie, używającym prawa tylko w niezbędnej ilości, wzorował się John Marshall. Stojący na czele Sądu Apelacyjnego Pendleton, wynajdujący normy potrzebne dla rozstrzygnięcia, które uważał za słuszne, nasuwał skojarzenia z Lordem Mansfieldem.

Zdaniem Charlesa F. Hobsona sędziowskie kariery Wythe’a, Pendletona, a następnie Marshalla możliwe były dzięki niejasnemu stanowi prawnemu w Wirginii. Marshall mógł uczyć się od starszych kolegów-sędziów, że rozstrzygać sprawy można w ramach swobodnego uznania, czerpiąc wedle potrzeb z angielskiego *common law* i prawa pisanego, aktów legislatur kolonialnych i legislatur skonfederowanych państw, wreszcie z narastającego korpusu stanowego *common law* rodzącego się z rozstrzygnięć sądów stanowych. Sędziowie powoływali się na nadrzędne zasady przenikające wcześniejsze rozstrzygnięcia i stosownie do tego wykorzystywali te rozstrzygnięcia lub je odrzucali. W ramach kultuowanego etosu bezstronnego sędziego twierdzono, że odejście od precedensu jest wyrazem właściwego rozumienia starożytnego prawa. Sędziowie doko-

¹¹¹ Zob. M. Steilen, *Judicial Review and Non-Enforcement at the Founding*, „University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law” 2014, vol. 17, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2403956>, s. 540-542.

¹¹² R. Brookhiser, *John Marshall...*, s. 35.

¹¹³ G.S. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, New York 1993, s. 296.

¹¹⁴ Ch.F. Hobson, *The Great Chief Justice...*, s. 28-29.

nywali także twórczej interpretacji ustaw. Ten dość swobodny proces adaptowania prawa do bieżących potrzeb wedle ocen sędziego rozkwitał w koloniach takich jak Wirginia z powodu obowiązującej niespójnej mieszanki norm angielskich i lokalnych, nierzadko sprzecznych i niesprawiedliwych.

Po Rewolucji legislatury niepodległych państw amerykańskich też nie radziły sobie dobrze ze stanowieniem spójnego prawa, realizującego ideały rozumu i słuszności. Thomas Jefferson był zaangażowany w utworzenie takiego republikańskiego kompletnego kodeksu prawnego dla Wirginii, który zredukowałby rolę sędziego do, jak pisał, „automatu”. Taki kompletny akt jednak nie powstał, legislatura w Wirginii uchwałała niespójne, fragmentaryczne akty, wywołujące kolejne postępowania sądowe, które wymagały dalszych interpretacji sędziowskich¹¹⁵. Sędziowie zaś słabiej znali prawo od co bardziej wykwalifikowanych prawników stających przed nimi, ponieważ powoływani byli z powodu swej pozycji politycznej, a nie na podstawie umiejętności prawniczych. Objęcie godności sędziowskiej nie skłaniało ich zaś do wycofywania się z gorących lokalnych sporów politycznych¹¹⁶.

Rewolucjoniści amerykańscy nie ufali sędziom, których kojarzyli ze znienawidzoną władzą obalonego reżimu angielskiego. Skojarzenie to było trafne. Jak podaje Akhil Reed Amar, w dziesięciu na trzysta kolonii prezesi sądów opowiadali się za królem Jerzym, a nie George’em Washingtonem, a jedynie trzech sygnatariuszy Deklaracji Niepodległości zajmowało znaczące pozycje w sądownictwie kolonialnym¹¹⁷. W kolonialnej Ameryce sędziów, nazywanych często *magistrates*, uważano za uzupełnienie władzy królewskiej uosabianej przez gubernatorów, czyli *Chief magistrates*. Dlatego koloniści sędziom nie ufali i starali się o wzmocnienie władzy ław przysięgłych. John Adams w 1766 r. wyraził dość powszechne przekonanie, że tak naprawdę funkcjonują tylko dwie władze, ustawodawcza i wykonawcza, a wymiar sprawiedliwości zaliczony jest do wykonawczej części konstytucji czy też władzy¹¹⁸.

Powszechnie nie darzono też sympatią prawników. Wielu przedstawicieli tej profesji było lojalistami stojącymi po stronie Korony brytyjskiej. Po Rewolucji, w wyniku ich ucieczki z kraju lub wydalenia z sądownictwa, liczebność prawników zmniejszyła się o około jedną czwartą, co zrodziło rozmaite okazje dla karier prawniczych oszustów i krętaczy. Prawników postrzegano wręcz jak szarańczę, która żywi się nieszczęściami zwykłych ludzi¹¹⁹.

¹¹⁵ *Ibidem*, s. 34-39.

¹¹⁶ Zob. J.M. Sosin, *The Aristocracy of the Long Robe...*, s. 158 i n.

¹¹⁷ A.R. Amar, *America's Constitution. A Biography*, New York 2006, s. 207.

¹¹⁸ Zob. G.S. Wood, *The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less*, „Washington and Lee Law Review” 1999, vol. 56, no. 3, s. 789-790.

¹¹⁹ Idem, *Empire of Liberty...*, s. 402-403.

Ponieważ jednak niestabilne legislatury tak źle radziły sobie z tworzeniem nowego prawa, rosła rola sędziów zmuszonych do porządkowania narastającego chaosu prawnego. W latach 80. XVIII w. doszło do poważnych przewartościowań w amerykańskiej refleksji ustrojowej, na których najbardziej zyskały sądy, postrzegane przez elity jako organy, które mogą poskromić nieokiełznane legislatury skonfederowanych państw. Komentujący to zjawisko Gordon S. Wood pisze, że nie było jakim osiągnięciem było sprawienie, aby Amerykanie uwierzyli, że powoływani dożywotnio sędziowie, niedawni przedstawiciele Korony, są integralną i niezależną częścią rządów demokratycznych, o statusie równym powszechnie wybieranym władzom ustawodawczym i wykonawczym. Ta zmiana w sposobie postrzegania sędziów była miarą tego, jak poważny był kryzys ustrojowy w latach 80. XVIII w. i jak głębokie było rozczarowanie legislaturami¹²⁰.

W Wirginii sędziowie świadomie pielęgnowali u mieszkańców wrażenie, że ich swobodne uznanie w interpretacji prawa nie jest arbitralnym przejawem woli sędziego, lecz wydobywaniem sensu czy też ducha prawa z niejasnych, sprzecznych i niesprawiedliwych przepisów. Mieszkańcy Wirginii zaakceptowali więc ideę, że działalność sądów jest niezbędna do przeciwdziałania krzywdom płynącym ze stosowania takich przepisów lub łagodzenia ich¹²¹. Miało to swoje źródło w paradoksie wywodzącym się z czasów kolonialnych. Koloniści obawiali się sędziowskiej niezależności i swobody uznania, dlatego taką wagę przykładali do aktów ustawodawczych i legislacyjnych korekt prawa sędziowskiego. Równolegle jednak złożoność prawna, wywołująca obawy przed arbitralnym narzucaniem swej woli przez sędziów, powodowała, że koloniści poszukiwali w prawie rozumu i słuszności. To zaś, jak tłumaczy Gordon S. Wood, wywoływało nawrót kolonistów do koncepcji średniowiecznej jurysprudencji angielskiej, w której słuszne prawo obowiązujące w każdym przypadku miało być ustalane na podstawie rozumu obecnego w *common law*, czyli gromadzonego w umysłach i orzeczeniach kolejnych generacji angielskich sędziów¹²². Tak oto uznanie sędziowskie zostało włączone do myśli republikańskiej: prawo pochodziło od suwerena, amerykańskiego ludu, ale miało być słuszne i sprawiedliwe, co zapewnić mogli sędziowie.

W Wirginii, pod przewodnictwem Pendletona i Wythe'a, sędziowie świadomie przyjęli rolę interpretatorów przepisów we wspólnocie republikańskiej. Sądy były powołane nie tylko do wymierzania sprawiedliwości pomiędzy osobami prywatnymi, ale miały też być specjalnymi strażnikami praw jednostek, chroniących je przed naruszeniami ze strony władz¹²³.

¹²⁰ *Ibidem*, s. 407-408.

¹²¹ Ch.F. Hobson, *The Great Chief Justice...*, s. 39.

¹²² G.S. Wood, *The Creation of the American Republic...*, s. 298.

¹²³ Ch.F. Hobson, *The Great Chief Justice...*, s. 39. Zwróćmy uwagę, jak współcześnie brzmią te poglądy.

Takimi właśnie poglądami prześląkał młody adwokat John Marshall. Dobre prawo wyrażał sędzia, wydobywający je w imię wspólnoty z gęstwiny norm. W tym akcie interpretacji, o transcendentnych wręcz konotacjach, prowadzić sędziego w poszukiwaniu dobrego prawa mógł zaś, czego mogliśmy się spodziewać, bardzo dobry prawnik, jakim był praktykujący w Richmond adwokat Marshall.

Doskonałą ilustracją tej tezy jest celowo wspomniane wcześniej czteroletnie postępowanie toczące się w Wirginii w sprawie *Wayles's Executors v. Randolph et al.* Sięgnięcie po lokalny spór spadkowy może wydawać się wątkiem nazbyt odległym od głównego tematu tej pracy. Ponownie zatem pragnę uzasadnić taki zabieg potrzebą wyjaśnienia, w jakim świecie prawniczym obracał się Marshall, współtworząc go siłą swego talentu, pracowitości i koneksji. Jak będę starał się wykazać, tętno sporów sądowych z Wirginii wyczuwalne jest dobrze w rozbrzmiewających pewnością siebie orzeczeniach Marshalla jako Prezesa Sądu, szczególnie w interesującym nas obszarze konstytucyjnym. Przybywający do Waszyngtonu John Marshall miał już duszę prawniczą wypełnioną wyuczonym w Wirginii tenorem argumentacyjnym, który za pośrednictwem orzeczeń Sądu rezonować miał w całym kraju, inspirując kolejne generacje sędziów konstytucyjnych.

Ogólny zarys owego sporu spadkowego sprowadzić można do tego, iż bankrutujący Richard Randolph zapisał przed śmiercią większą część swych dóbr, w tym posiadłość, czterem synom, aby majątku tego nie objęła egzekucja długów, jakie zaciągnął. Powodowie domagali się unieważnienia testamentu, z powołaniem na normy słuszności (*equity*). Sąd Kanclerski pod przewodnictwem George'a Wythe'a orzekł na korzyść powodów, uznając na podstawie reguł *equity*, że długi ojca mają być spłacone z majątku przekazanego synom. Marshall reprezentował synów Randolpha we wcześniejszych fazach postępowania, ale gdy Sąd Kanclerski wydał niekorzystne dla nich orzeczenie, przebywał na misji dyplomatycznej. Po powrocie pozostała mu ostatnia możliwość odwrócenia biegu spraw – odwołanie do Sądu Apelacyjnego Edmunda Pendletona, gdzie sprawa została rozpatrzona w 1799 r. Przypomnijmy, że obaj sędziowie rywalizowali ze sobą od wielu lat. Za żywą relacją R. Kenta Newmyera powtórzyć można, że Marshall zręcznie wymierzył kilka ciosów w sąd słuszności, które mogły zostać dobrze odebrane w sądzie Pendletona. Wywodził więc w imieniu klientów, że sąd Wythe'a oparł się na zasadzie, która służyć miała sprawiedliwości, lecz uczynił to w sposób wywołujący stan niesprawiedliwości. Marshall, podważający ustalenia sądu *equity*, powołał się następnie na analogię do starych obciążeń w doktrynie hipotecznej, cytując traktat Johna Powella. Dalej wyłożył uczenie zasady dotyczące instrumentu prawnego *writ of elegit*, powołując się na brytyjski akt z 1285 r. (*Statute of Westminster II, 13 Edw. I*), zmodyfikowany przez ustawę z Wirginii. Po tym wypadku na obszar prawa starożytnego adwokat Marshall skupił uwagę na motywach przyświecających legislaturze Wirginii, aby wykazać, jak sąd Wythe'a postąpił wbrew duchowi i celom obowiązującego prawa¹²⁴.

¹²⁴ Zob. R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 91-94.

Nim skończył, Marshall odwołał się do zasad interpretacji ustawowej, by uzasadnić swe stanowisko na temat prawa zastawu w Wirginii; dokonał porównania prawa Wirginii i Anglii w tej sprawie, cytując liczne sprawy, wspierające jego stanowisko; szczegółowo przeanalizował transakcje Randolpha, odwołując się do listów przedstawionych w postępowaniu przed sądem *equity*; cytował ustawy elżbietańskie i angielskie rozstrzygnięcia w zakresie *equity*, dodając zasady wynikające z dzieła Bacona *New Abridgment of the Law* oraz licznych innych angielskich źródeł¹²⁵.

Jak widzimy z tej relacji, pozwani synowie Randolpha ugrzęźliby w labiryncie anglo-amerykańskich przepisów i zasad, rozwijanych przez pół tysiąclecia. Drogę wyjścia dla nich i dla sędziów Sądu Apelacyjnego potrafił jednak znaleźć John Marshall. Bez większego ryzyka można stwierdzić, że gdyby wynajęty został przez powodów, z równą biegłością dowiodłby zasadności orzeczenia Sądu Kanclerskiego. Jak dowodziła tego reputacja Marshalla w adwokaturze Wirginii, a następnie ponad trzy dekady orzekania w Sądzie Najwyższym, prawo zwykle stało po tej stronie, którą zajmował Marshall. W tej sytuacji sędziom Sądu Apelacyjnego z Edmundem Pendletonem na czele nie pozostało nic innego, jak jednogłośnie uchylić orzeczenie Sądu Kanclerskiego.

Gdy Marshall triumfował w 1799 r. w Sądzie Apelacyjnym Wirginii, był już postacią znaną w całym kraju jako emisariusz dyplomatyczny prezydenta Adamsa i uczestnik tzw. afery XYZ. W latach 90. XVIII w. wykształcał się amerykański system partyjny w postaci konkurujących stronnictw Federalistów i Republikanów. Marshall w naturalny sposób znalazł się w środowisku tych pierwszych, czyli polityków skupionych przy George'u Washingtonie, a po jego śmierci powołujących się na kontynuację jego dzieła. Republikanie zaś jednoczyli się przy Thomasie Jeffersonie i Jamesie Madisonie. Odnajdujemy tu, że w pewnym zakresie spór ten był kontynuacją sporu między Federalistami a Antyfederalistami z okresu debaty ratyfikacyjnej, ale doszło też do pewnych zmian w politycznych przymierzach, dlatego Federalistów z lat 90. XVIII w. nie należy w pełni utożsamiać z Federalistami z 1787 r.

Pauline Maier, tłumacząc przyczyny sukcesu Federalistów w trakcie debaty ratyfikacyjnej, zwraca uwagę na to, że większość jej uczestników, w ramach sporu, który faktycznie nie miał dwóch wykrystalizowanych stron, podzielała opinię na temat wad Artykułów Konfederacji. W debacie ratyfikacyjnej początkowo dominowało raczej stanowisko, że ratyfikacja wymaga uprzedniego przyjęcia poprawek do Konstytucji. Gdy jednak kolejne państwa wyrażały poparcie dla ratyfikacji, to stanowisko stało się niepraktyczne i górę brał pogląd, sprzyjający Federalistom, że można zgodzić się na ratyfikację, ale z zastrzeżeniem konieczności wprowadzenia poprawek tuż po niej. Pomijając zwolenników skonsolidowanego rządu amerykańskiego oraz nieprzejednanych zwolenników suwerenności dotychczasowych państw, rozległe centrum tego sporu

¹²⁵ *Ibidem*, s. 93.

odznaczało się niespoistością, krytycy Konstytucji nie byli odlegli w poglądach od tych Federalistów, którzy również opowiadali się za poprawkami¹²⁶.

Stąd też pewne zmiany postaw w ramach owego centrum, wśród których najbardziej dostrzegalna była ewolucja poglądów czy może raczej afiliacji politycznych Jamesa Madisona, który z głównej postaci dawnego obozu Federalistów stał się głównym organizatorem opozycyjnych Republikanów. Przykładem symetrycznej przemiany może być Samuel Chase, barwna postać amerykańskiego sądownictwa, który podczas ratyfikacji był Antyfederalistą, ale w kolejnych latach stał się jednym z najbardziej zapalczywych Federalistów¹²⁷. Genezy tych zjawisk można doszukiwać się w tym, że środowiska Federalistów i Antyfederalistów były wewnętrznie zróżnicowane, w pewnych kwestiach od siebie odległe, ale połączone np. przywiązaniem do kolonialnego, a następnie państwowego etosu samorządności¹²⁸. Zasadniczo, wykorzystując określenie Lucasa A. Powe Jr., Federaliści byli początkowo zwolennikami obozu władzy, a Republikanami stali się dawni Antyfederaliści oraz osoby, które odstręczał agresywny program podatkowy Hamiltona¹²⁹.

¹²⁶ P. Maier, *Ratification...*, s. 430-432.

¹²⁷ Zob. A.R. Amar, *America's Constitution...*, s. 219.

¹²⁸ Zob. J.T. Kloppenberg, *Toward Democracy. The Struggle for Self-Rule in European and American Thought*, New York 2016, s. 409-421.

¹²⁹ L.A. Powe Jr., *The Supreme Court and the American Elite...*, s. 30.

Prześladowania opozycji politycznej we wczesnej republice

Ostatnie lata XVIII w. były w amerykańskiej polityce okresem ostrych sporów, których gwałtowność przewyższona została, zdaniem Gordona S. Wooda, jedynie w okresie wojny secesyjnej. Federaliści i Republikanie oskarżali się wzajemnie o wrogość wobec Konstytucji. Afiliacje partyjne przeniknęły do życia prywatnego, dawni znajomi przechodzili na swój widok na drugą stronę ulicy, dochodziło do licznych aktów przemocy, także w legislaturach stanowych i federalnym Kongresie. Spodziewano się inwazji francuskiej, upatrywano rozpadu Unii, poziom hysterii publicznej groził zbrojnym konfliktem między stanami¹. Barry Friedman pisze wręcz, że wzajemna nieufność obu skonfliktowanych obozów osiągnęła natężenie zupełnej paranoi².

Oparte na idei powszechnego konstytucjonalizmu strategie opozycyjne wobec rządzących Federalistów obejmowały szerokie spektrum: od pokojowych prób wpływania na federalistyczną politykę podejmowanych przez Republikanów – po zamieszki. W tych zmaganiach politycznych ważną rolę odgrywały lokalne milicje, postrzegane jako środek kontroli rządu federalnego³. Gwałtowność tych sporów, która skłoniła brytyjskiego ministra spraw zagranicznych do odnotowania pod koniec owej dekady, iż amerykański ustrój chwieje się w posadach⁴, nie powinna przesłaniać okoliczności, że debaty polityczne w tym okresie były głębokie i opierały się na znajomości zagadnień ustrojowych. Jak pisze Andrew Lenner, wyrażane wówczas rozbieżne interpretacje amerykańskiej Konstytucji były niczym innym jak „wojną o duszę amerykańskiej republiki”⁵. Gordon S. Wood podkreśla zaś, że okres wczesnej republiki zdominowany został przez wydarzenia polityczne i wpływ liderów takich jak Hamilton i Jefferson. Wtedy też doszło

¹ G.S. Wood, *Empire of Liberty. A History of the Early Republic, 1789-1815*, New York 2011, s. 209.

² B. Friedman, *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York 2010, s. 46.

³ Analizę konstytucyjnej funkcji milicji we wczesnej republice przedstawia S. Cornell, *Mobs, Militias, and Magistrates. Popular Constitutionalism and the Whiskey Rebellion*, „Chicago-Kent Law Review” 2006, vol. 81, no. 3, s. 883 i n.

⁴ G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 209.

⁵ A. Lenner, *A Tale of Two Constitutions. Nationalism in the Federalist Era*, „American Journal of Legal History” 1996, vol. 40, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2307/845462>, s. 75.

do największej w amerykańskiej historii liczby wydarzeń o przełomowym znaczeniu, trafiających na pierwsze strony gazet⁶.

Pierwszy amerykański system partyjny rodził się ze sporu między przywołanym Alexandrem Hamiltonem i Thomasem Jeffersonem. Syntetycznie jego istotę oddaje Bruce Ackerman, tak pisząc o Jeffersonie i bliskich mu Demokratycznych Republikanach w latach 90. XVIII w.:

Jak wiadomo, uznali oni, że Washington i Adams realizują program polityczny zdradzający ideały rewolucji amerykańskiej. Program polityki wewnętrznej Hamiltona wydawał im się oczywistym usiłowaniem kupienia poparcia dla rządu centralnego ze strony elit handlowych, a próba ta inspirowana była udanym korumpowaniem społeczeństwa przez osiemnastowieczną Koronę angielską. Tę tendencję w kierunku scentralizowanego despotyzmu potwierdzało przychylne nastawienie Federalistów wobec monarchii angielskiej w wielkiej wojnie wywołanej rewolucją francuską. Zamiast odwzajemnić się za kluczowe wsparcie Francji na rzecz naszej Rewolucji, Federaliści wydawali się upierać przy ślepym naśladownictwie monarchii angielskiej w stosunkach wewnętrznych i zagranicznych. Jak to określano słowem, które upodobali sobie ludzie Jeffersona, rząd centralny zdominowany był przez „monokratów”, którzy niebezpiecznie podważali konstytucyjne podstawy republikańskiej wolności⁷.

Zarzuty wobec Federalistów o monarchistyczne skłonności mogły znaleźć podstawę w sferze symbolicznej i ustrojowej. Jednoosobowa egzekutywa przyjęta w tekście filadelfijskim nasuwała oczywiste skojarzenia z odrzuconym niedługo wcześniej monarchą brytyjskim. Wielu sądziło więc, że naturalnym kierunkiem ewolucji konstytucyjnej będzie przekształcenie urzędu prezydenckiego w monarszy. Prezydent Washington był postrzegany jako „król pod inną nazwą”, jego inaugurację w Waszyngtonie część osób nazywała po prostu koronacją, a sam Washington mówił o sobie w trzeciej osobie. Rójalistyczna symbolika była w ówczesnej stolicy, Nowym Jorku, tak rozpowszechniona, że gdy Jefferson w 1790 r. przybył do niej, aby objąć obowiązki sekretarza stanu, uznał, że jest jedynym prawdziwym republikaninem w całym mieście⁸. Już po samej lekturze Konstytucji Jefferson cierpko napisał Adamsowi, że prezydent wydaje się „marną wersją polskiego króla”⁹. Chodziło o brak zakazu wyboru prezydenta na kolejne kadencje, ale Jefferson wyjaśniał też Washingtonowi, że obawia się nie jego samego, lecz kolejnych prezydentów obejmujących nadmiernie wzmocniony urząd, zwłaszcza że po zapoznaniu

⁶ G.S. Wood, *The Significance of the Early Republic*, „Journal of the Early Republic” 1988, vol. 8, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2307/3123662>, s. 4.

⁷ B. Ackerman, *We the People. Foundations*, Cambridge, Mass. 1993, s. 70-71.

⁸ G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 72-77.

⁹ T. Fleming, *The Great Divide. The Conflict Between Washington and Jefferson That Defined a Nation*, Boston 2015, s. 35.

się z sytuacją w Europie wrogość Jeffersona wobec monarchii wzrosła „dziesięć tysięcy razy”¹⁰. Termin „president” miał kamuflować rolę szefa władzy wykonawczej jako skromnie brzmiące określenie tego, który raczej przewodniczy (*preside*), niż rządzi¹¹.

Na początku omawianej dekady John Adams opublikował anonimowo jako „obywatel amerykański” serię esejów pod zbiorczym tytułem *Rozprawy na temat Davili*¹², w których krytycy rozpoznali agitację na rzecz ustroju monarchicznego. Philip Freneau na łamach zwalczającej Federalistów „The National Gazette” ostrzegał, że prości amerykańscy republikanie są oszołomieni monarchistycznymi autorami piszącymi o Davili etc., którzy głoszą swe zatrute doktryny na tym błogosławionym kontynencie¹³. Przed zaprzysiężeniem prezydenta Washingtona jego wiceprezydent, John Adams, miał wielkie, acz budzące rozbawienie słuchaczy trudności z rozpoznaniem swej podwójnej roli: wiceprezydenta i przewodniczącego Senatu. Uznał, że prawdopodobnie z powodu tej dwoistości jego wyściełany aksamitem fotel senacki jest tak szeroki, że zmieściłby dwie osoby. Rozwagał też gorączkowo, czy po przybyciu Washingtona ma stać czy siedzieć. Zagadnienie to wywołało debatę, w której punktem odniesienia był sposób przyjmowania monarchy w Parlamencie brytyjskim, ale jej uczestnicy nie mogli ustalić, kto w istocie w brytyjskiej izbie stał i z jakiego powodu¹⁴.

Dalece poważniejsze od wskazanej sfery symbolicznej były rozdzwinki w obrębie konkretnych propozycji politycznych. W pierwszym gabinecie George’a Washingtona Alexander Hamilton jako sekretarz skarbu był autorem rozwijanego od 1789 r. śmiałego i nowatorskiego planu rozwoju gospodarczego kraju, obejmującego utworzenie banku centralnego i aktywną rolę rozbudowanego rządu. Wokół tych poglądów jednoczyło się środowisko Federalistów. Planom Hamiltona sprzeciwiał się Thomas Jefferson, wówczas również członek gabinetu Washingtona jako sekretarz stanu. Jego zdaniem plany Hamiltona sprzyjały możliwym ówczesnego świata, zwłaszcza mieszkającym w miastach, były zaś niekorzystne dla ubogich rolników i robotników¹⁵. Jeffersona wsparł oddany przyjaciel, James Madison, który w 1792 r. „przestraszył się właśnie tego ustroju, do którego powstania tak bardzo się przyczynił”, gdy zorientował się, że Stany Zjednoczone w wizji Hamiltona mają się stać państwem podobnym do państw europejskich, z rozbudowaną biurokracją, stałymi siłami zbrojnymi, trwałym zadłużeniem i silną władzą wykonawczą¹⁶. Plan Hamiltona oszołomił śmiałością i rozmachem polityków w Kongresie. Zadłużenie

¹⁰ J.J. Ellis, *American Sphinx. The Character of Thomas Jefferson*, New York 1997, s. 123.

¹¹ J.T. Kloppenberg, *Toward Democracy. The Struggle for Self-Rule in European and American Thought*, New York 2016, s. 393.

¹² W oryginale *Discourses on Davila*. Enrico Caterino Davila był aktywnym na początku XVII w. włoskim historykiem i dyplomatą, autorem monumentalnego dzieła o francuskich wojnach religijnych.

¹³ D. McCullough, *John Adams*, New York 2002, s. 436.

¹⁴ G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 63-64.

¹⁵ Zob. m.in. H. Noel, *Political Ideologies and Political Parties in America*, New York 2013, s. 3.

¹⁶ G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 148-149.

państwa wynosiło wtedy 79 milionów dolarów, czyli ponad miliard według obecnej wartości dolara, z czego jedną trzecią dłużne były stany. Hamilton zamierzał ten dług utrzymywać, na wzór brytyjski, traktując go jako „państwowe błogosławieństwo losu”, które przyciągać miało zamożnych inwestorów, nabywających oprocentowane rządowe papiery wartościowe¹⁷.

Dla Jeffersona i Madisona, którzy za młodu przesiąknęli ideologią reprezentującą wyidealizowaną angielską prowincję *Country party* i którzy uważali, że to niezależni amerykańscy farmerzy są najlepszą ostoją wolności, wizja Hamiltona stanowiła niebezpieczeństwo wywołujące ich ideologiczną wściekłość¹⁸. Wyrażona zaś w *Rozprawach na temat Davili* Adamsa krytyka faksji została przez Jeffersona odczytana jako próba uciszenia krytyków administracji Washingtona¹⁹. Obie strony zresztą zorganizowały siatki donosicieli i szpiegów, obserwujące wzajemnie posunięcia przeciwnego obozu²⁰.

Nie zapominajmy jednak, że ówczesne rozgrywki polityczne mocno osadzone były w fikcjach, z fikcją suwerenności ludu na czele. Wspomnijmy wątek kompleksu finansowo-militarnego, który w Anglii podważał dotychczasową strukturę społeczną, a także groził finansową i polityczną degradacją bogatego ziemiaństwa dobroliwie przewodzącego właścicielom średnio- i małorolnym. Plan Hamiltona przenosił to zagrożenie na ziemię amerykańską. Jak to obnaża Edmund S. Morgan, Madison i Jefferson organizowali drobnych właścicieli ziemskich w Republikanów przeciwko władzy pieniądza, przeciwko nowej, nienaturalnej arystokracji tworzonej przez Hamiltona, gloryfikując owych drobnych farmerów jako ostoję wolności i niezależności. Madison z Jeffersonem nie organizowali oczywiście farmerów przeciwko naturalnej arystokracji Ameryki, czyli przeciwko ludziom takim jak oni sami, którzy tradycyjnie, od założenia kolonii, zapewniali krajowi liderów²¹. Akcentujący wieloznaczność terminu „powszechna” czy też „ludowa suwerenność” (*popular sovereignty*) James T. Kloppenberg cytuje list Jeffersona z 1820 r. odśladający ten paternalistyczny wątek. Jefferson, coraz bardziej ambiwalentny wobec ludu, pisał, że jedynym bezpiecznym źródłem władzy może być tylko sam lud, ale uzupełnił to zdaniem: „Jeśli sądzimy, że nie są dostatecznie oświeceni, by mogli sprawować swą kontrolę z roztrozną swobodą, remedium nie jest odebranie im jej, ale oświecenie ich swobody”. Kloppenberg zasadnie zauważa, że pomimo swego szczerzego poparcia dla demokracji Jefferson nie wyjaśnia tego, kim są „my” odpowiedzialni za oświecanie ludu, ani nie uzasadnia swego domniemania o potrzebie nauczania ludu²².

¹⁷ T. Fleming, *The Great Divide...*, s. 86-88.

¹⁸ *Ibidem*, s. 108.

¹⁹ J.T. Kloppenberg, *Toward Democracy...*, s. 551-552.

²⁰ J. Ferling, *Adams vs. Jefferson. The Tumultuous Election of 1800*, New York 2004, s. 52-54.

²¹ E.S. Morgan, *Inventing the People. The Rise of Popular Sovereignty in England and America*, New York 1989, s. 167-168.

²² J.T. Kloppenberg, *Toward Democracy...*, s. 6.

Niebawem Jefferson zrezygnował ze stanowiska w rządzie Washingtona, gdy zorientował się, że prezydent ulega argumentom Hamiltona, zniechęconego przez Jeffersona parweniusza. Przy tej okazji warto zaakcentować, za Kevinem R.C. Gutzmanem, okoliczność, która ułatwia dostrzeżenie, jak odmienna była rzeczywistość ustrojowa we wczesnej republice, rozgrywająca się według reguł pozornie niezmiennego tekstu Konstytucji obowiązującego po współczesność, co przygotować może do zrewidowania poglądów na temat ówczesnego rozumienia władzy sądowniczej i samej Konstytucji. Gdyby przełożyć przeprowadzane przez Washingtona konsultacje w sprawie banku na dzisiejsze realia, rezultat wydałby się niezwykle dziwny, byłaby to bowiem wizja, w której prezydent Trump organizowałby posiedzenia swojego gabinetu w sprawie tego, czy zawetować główną inicjatywę własnej administracji. Widać wyraźnie, że Washington zupełnie inaczej rozumiał prezydenturę²³. Nie było to jedyne odchylenie od obecnych norm. W 1796 r. Thomas Jefferson jako kandydat partii Republikanów wystartował w wyborach prezydenckich, które przegrał z Johnem Adamsem, ale w świetle obowiązujących wtedy przepisów konstytucyjnych na podstawie głosów elektorskich został wiceprezydentem w administracji swego głównego konkurenta. Podczas prac konwencji filadelfijskiej problem wyboru prezydenta nastroczał wielu trudności delegatom, którzy ostatecznie opracowali rozwiązanie nieuwzględniające systemu partyjnego, mającego się rychło wykształcić²⁴. Faktycznie więc wiceprezydent Jefferson został liderem partii opozycyjnej wobec prezydenta Adamsa.

Nie mniej istotnym obszarem kontrowersji były sprawy polityki zagranicznej, sprzężone z problemem stałej armii. Wybuch rewolucji francuskiej początkowo powitany został w Ameryce z powszechnym entuzjazmem. Gdy w 1792 r. wojska francuskie powstrzymały ofensywę wojsk austriackich i pruskich w bitwie pod Valmy, Amerykanie uznali Francję za siostrzaną republikę, zjednoczoną w walce przeciwko siłom monarchistycznym. Stopniowo jednak dochodziły do głosu, zwłaszcza w środowisku Federalistów, obawy przed wywołaną przez francuskich rewolucjonistów anarchizacją życia społecznego²⁵.

Do wybuchu rewolucji francuskiej sprawa amerykańska przyczyniła się podwójnie. Udział Francji w wojnie po stronie buntujących się przeciwko Brytyjczykom Amerykanów znacznie zwiększył francuski dług publiczny, a amerykański sukces republikańskiej rewolucji zachęcił do obalenia monarchii we Francji. Federaliści zerwali jednak związek między własną rewolucją, przedstawianą jako uporządkowaną i pełną godności, a rewolucją francuską, postrzeganą przez nich jako chaotyczne i anarchizujące rządy ludu²⁶.

²³ K.R.C. Gutzman, *The Jeffersonian Republicans vs. The Federalist Courts*, „University of St. Thomas Law Journal” 2018, vol. 14, no. 1, s. 69-70.

²⁴ Zob. B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers. Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy*, Cambridge, Mass. 2007, s. 27 i n.

²⁵ Obszernie te nastroje opisuje G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 174-177.

²⁶ A. Taylor, *American Revolutions. A Continental History, 1750-1804*, New York 2017, s. 415.

Jak wspomniałem, już w poprzedzającej dekadzie federalistyczne elity amerykańskie upatrywały zagrożenia w siłach nieokiełznanej demokracji. Stosunek do wydarzeń we Francji, m.in. do egzekucji Ludwika XVI, stał się jedną z głównych kwestii różniących Federalistów i Republikanów. Arthur H. Garrison wskazuje, że Federaliści uważali Republikanów za amerykańskich jakobinów, czyli w zasadzie za piątą kolumnę, której celem jest obalenie republiki. Zdaniem takich Republikanów jak Jefferson, który rewolucję francuską postrzegał jako krok na drodze wyzwolenia ludzkości od tyranii Kościoła i monarchii, Federaliści próbowali ustanowić amerykańską wersję monarchii brytyjskiej²⁷. James T. Kloppenberg akcentuje jednak, że to knujący zakulisowo Madison używał niesprawiedliwego zarzutu, że Adams nawrócił się na rojalizm, aby skonsolidować wokół Jeffersona środowisko opozycyjne wobec Hamiltona, a zarzut ten okazał się tak nośny, że zaczął żyć własnym życiem²⁸.

Te spory wewnętrzne intensyfikowało trudne położenie międzynarodowe nieokrzepłych jeszcze Stanów Zjednoczonych. W 1793 r. Francja wypowiedziała wojnę Zjednoczonemu Królestwu. Władze młodej republiki amerykańskiej szukały sposobu na zachowanie neutralności w tym konflikcie między europejskimi potęgami. Jego ofiarą padały szczególnie amerykańskie jednostki morskie, atakowane przez okręty francuskie i brytyjskie. Od ogłoszenia w maju 1793 r. proklamacji neutralności przez George'a Washingtona „Stany Zjednoczone utrzymywały chwiejną bezstronność pomiędzy Anglią i Francją, pomimo gospodarczego uzależnienia od tej pierwszej i zobowiązań traktatowych wobec tej drugiej”²⁹.

Rządowi pod przewodnictwem George'a Washingtona udało się zawrzeć w 1794 r. pokój ze Zjednoczonym Królestwem (tzw. traktat Jaya, od nazwiska głównego negocjatora, Johna Jaya, piastującego wówczas urząd Prezesa Sądu Najwyższego). To pobudziło zarówno wrogie akty ze strony Francji, jak i opór wzrastającej w siłę opozycji Republikanów. Jefferson krytykował traktat, który określił jako „nic innego jak sojusz między Anglią a wielbicielami Anglii w tym kraju przeciwko (...) ludowi Stanów Zjednoczonych”³⁰.

Na tle tych wydarzeń rosła pozycja polityczna Johna Marshalla. W 1793 r. był już nieformalnym liderem Federalistów w stanie Wirginia, autorem serii rezolucji potępiających Edmonda Genêta, francuskiego ambasadora, który wbrew polityce neutralności Washingtona werbował w amerykańskich portach korsarzy atakujących statki brytyjskie.

²⁷ A.H. Garrison, *The Internal Security Acts of 1798. The Founding Generation and the Judiciary during America's First National Security Crisis*, „Journal of Supreme Court History” 2009, vol. 34, no. 1, <https://doi.org/10.1111/j.1540-5818.2009.01196.x>, s. 2.

²⁸ J.T. Kloppenberg, *Toward Democracy...*, s. 553.

²⁹ J.M. Smith, *Background for Repression. America's Half-War with France and the Internal Security Legislation of 1798*, „Huntington Library Quarterly” 1954, vol. 18, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2307/3816242>, s. 39.

³⁰ J.F. Simon, *What Kind of Nation. Thomas Jefferson, John Marshall and the Epic Struggle to Create a United States*, New York 2006, s. 34.

Marshall wychwalał także publicznie, w tym na łamach prasy, działania Washingtona i jego rządu. Po zawarciu traktatu Jaya Marshall przekonał legislaturę w Richmond do poparcia tego aktu. Jego wystąpienie na ten temat na forum wirginijskiej izby stało się znane poza granicami stanu dzięki przedrukowi w prasie³¹.

Ambasador występujący jako „obywatel Genêt” próbował także zorganizować ekspedycję najemników amerykańskich w celu przejęcia z rąk Hiszpanów Nowego Orleanu. Nielojalny wobec prezydenta Washingtona Thomas Jefferson wspierał te działania, konsultując poczynania Genêta z użyciem pseudonimu „pan Jeff”. Przyjazny Francji i idei rewolucji pan Jeff, oficjalnie pełniący funkcję Sekretarza Stanu, pozytywnie odnosił się także do planów Genêta sprowokowania buntu w Kanadzie przeciwko Brytyjczykom. W ten sposób Jefferson ryzykował wciągnięcie młodego państwa amerykańskiego, które nie było w stanie wystawić przyzwoitej stałej armii, w awantury wojenne z dwoma mocarstwami mającymi żywotne interesy w Ameryce Północnej³².

Obawy Federalistów wobec Francji podsycił syn prezydenta Adamsa, w przyszłości również prezydent, John Quincy Adams, który jako ambasador w Holandii słał depesze z sugestiami, że Francja planuje inwazję na amerykańskie Południe i utworzenie tam marionetkowego państwa, na podobieństwo takich tworów ustanawianych w Europie. Władze francuskie istotnie zaostriżyły kurs wobec Stanów Zjednoczonych, uznanych po traktacie Jaya za wrogów sprawy rewolucyjnej, i zapowiedziały zajmowanie amerykańskich statków przewożących brytyjskie dobra. Prezydent Adams postanowił wówczas wysłać do Francji specjalną misję dyplomatyczną, licząc na powtórzenie sukcesu Washingtona i Jaya, których wysiłki negocjacyjne oddaliły groźbę wojny ze Zjednoczonym Królestwem. Wśród Federalistów podnosiły się jednak głosy na rzecz wypowiedzenia Francji wojny w przymierzu z Brytyjczykami. Republikanie pragnęli, żeby amerykańskie władze powstrzymały się od wszelkich takich działań. Oczekiwali, że niebawem dojdzie do francuskiej inwazji na Wyspy Brytyjskie, która rozwiąże ich wszystkie problemy i zapewni zwycięstwo eksperymentu republikańskiego. Wojna Ameryki z Francją mogła te nadzieje zniweczyć, a przy tym wesprzeć Federalistów – wielbicieli Anglii³³. Chwiejne amerykańskie sojusze z tej dekady zaowocowały taką pełną frustracji notką prasową z 1799 r.: „Najpierw odłączyliśmy się od Brytanii i zjednoczyliśmy z Francją; potem złagodiliśmy stosunki z Brytanią, a wyrzekliśmy się Francuzów. Teraz idziemy na ugodę z Francją, a prowokujemy Anglię! Cóż u diabła zrobimy dalej?”³⁴.

Do misji dyplomatycznej prezydent Adams wybrał jako jednego z trzech emisariuszy Johna Marshalla, od grudnia 1793 r. generała brygady milicji stanowej. Dał się on już poznać jako najsprawniejszy przyboczny George’a Washingtona w Wirginii, zdolny do

³¹ Zob. Ch.F. Hobson, *The Great Chief Justice. John Marshall and the Rule of Law*, Lawrence 1996, s. 5-6.

³² Zob. T. Fleming, *The Great Divide...*, s. 164-167.

³³ Zob. G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 239-241.

³⁴ J.T. Kloppenberg, *Toward Democracy...*, s. 567.

mobilizowania poparcia w stanie, który uważano za bastion Republikanów. Gdy John Adams zaproponował Marshallowi udział w misji, ten niespodziewanie zgodził się, choć wcześniej odrzucał liczne propozycje kariery politycznej poza rodzimym stanem. W opinii życzliwego wobec Marshalla biografa decydującym czynnikiem, skłaniającym go do wielomiesięcznej wyprawy, była chęć pozyskania funduszy potrzebnych do sfinalizowania transakcji przejęcia dóbr lorda Fairfaxes³⁵. Jak pamiętamy, był to angielski magnat rezydujący w Wirginii. Po jego śmierci w 1781 r. klan Marshallów zaangażował się w wykup części jego ziem po niezwykle korzystnej cenie od mieszkającego w Anglii spadkobiercy. Wcześniejsza inwestycja w grunty na terenie Kentucky, w ramach której John Marshall uzyskał w celu dalszej sprzedaży ponad 40 tysięcy akrów, musiała okazać się bardzo zyskowna, ponieważ w 1792 r. John wraz z bratem Jamesem mogli rozpocząć operację wykupu 215 tysięcy akrów bardzo żyznej ziemi Fairfaxes³⁶. Działania związane z zabezpieczeniem tej transakcji absorbowwały Johna Marshalla właściwie przez całe jego dorosłe życie, a w latach 90. XVIII w. dały mu okazję do wykazania się kolejny raz wielką elastycznością poglądów.

Przypomnijmy, że Marshall jako polityk-Federalista popierał traktat paryski i nadrzędność Konstytucji federalnej, ale jako wirginijski adwokat wywodził, że przepisy te nie mają zastosowania do jego zadłużonych klientów. Oracja Marshalla w sądzie była tak udana, że hrabina Huntingdon, bawiąca wówczas w Richmond i przysłuchująca się rozprawie, orzekła, iż gdyby ktoś tak przemawiał w Parlamencie brytyjskim, zostałby uhonorowany tytułem szlacheckim³⁷. Co ważniejsze jednak, Marshall przekonał nie tylko przedstawicielkę brytyjskiej arystokracji, ale również sędziów, przed którymi przedstawiał swą argumentację. Dłużnicy z Wirginii odnieśli wielkie zwycięstwo, ich wpłaty na rzecz skarbcza Wirginii sędziowie uznali za zwalniające z długu. Jak zauważa Lawrence Goldstone, to wywalczone przez Marshalla orzeczenie podważało możliwość narzucania przez rząd centralny wymogów wiążących wszystkie stany, czyli sedno poglądów politycznych Marshalla-Federalisty³⁸. Ostatecznie jednak sprawa ta dotarła do Sądu Najwyższego, przed którym w Filadelfii John Marshall miał wówczas sposobność jedyny raz w swej karierze stanąć jako adwokat i utrzymywać, że naruszana jest

³⁵ Obszernie ten etap życia Marshalla opisuje J.E. Smith, *John Marshall. Definer of a Nation*, New York 1998, s. 173-185.

³⁶ H.A. Johnson, *Federal Union, Property, and the Contract Clause. John Marshall's Thought in Light of Sturges v. Crowninshield and Ogden v. Saunders*, [w:] T.C. Shevory (ed.), *John Marshall's Achievement. Law, Politics, and Constitutional Interpretations*, New York 1989, s. 35.

³⁷ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 157.

³⁸ L. Goldstone, *The Activist. John Marshall, Marbury v. Madison, and the Myth of Judicial Review*, New York 2011, s. 103.

suwerenność stanu Wirginia³⁹. Końcowe orzeczenie w sprawie *Ware v. Hylton* z 1796 r.⁴⁰ uchylało wcześniejsze korzystne dla dłużników orzeczenie sądu okręgowego.

Z polityką na szczeblu międzynarodowym John Marshall zmierzył się jeszcze bardziej bezpośrednio w związku z operacją zakupu gruntów Fairfaxa. To bardzo skomplikowane przedsięwzięcie wymagało zawarcia porozumienia z władzami Wirginii, wykazania zasadności roszczeń stanu wobec większości tych dóbr, przy jednoczesnym uznaniu prawa własności dziedzica Fairfaxa do włości użytkowanych przez lorda osobiście. Stanowe sądy poszczególnych okręgów, w których leżały pożądane przez Marshalla włości, orzekały jednak przeciwko roszczeniom dziedzica, co pozwalało władzom stanowym na konfiskatę tych dóbr i ich sprzedaż po cenach rynkowych. Marshall w imieniu dziedzica odwoływał się do Sądu Apelacyjnego w Richmond, przy okazji popadając, nie ostatni raz, w znaczny konflikt interesów, jako osoba pełniąca równoległe obowiązki stanowego prokuratora generalnego zmuszony byłby bowiem do występowania przed Sądem Apelacyjnym w obu rolach procesowych. Ustąpił więc z tego urzędu, co jednak wywołało groźne w skutkach opóźnienie. Władze stanowe, świadome wagi rozstrzygnięcia, zwróciły się do zasłużonego Patricka Henry'ego o reprezentowanie interesu stanu. Mimo zachęty do samodzielnego ustalenia honorarium Henry odmówił. Kolejny z zaangażowanych prawników popełnił zaś przed rozprawą samobójstwo. Tymczasem Kongres właśnie zatwierdził XI poprawkę do Konstytucji, która miała udaremnić pozywanie stanów w sądach federalnych przez obywateli innych stanów i cudzoziemców. Taki pozew planował zaś Marshall w imieniu angielskiego dziedzica w przypadku przegranej w sądzie w Richmond. Marshall zwrócił się zatem do dziedzica, Denny'ego Martina Fairfaxa, swego mocodawcy i partnera w planowanej transakcji, aby nakłonił brytyjskich negocjatorów prowadzących właśnie rokowania w sprawie traktatu Jaya do poruszenia tej kwestii. Marshall przebiegle zalecił podjęcie starań, aby uznanie prawa własności dziedzica do posiadłości lorda Fairfaxa znalazło się wprost w traktacie międzynarodowym. Własny interes majątkowy skłonił więc Marshalla do ingerencji w stosunki dyplomatyczne, wbrew interesowi jego państwa⁴¹.

Cała ta prowadzona przez Marshalla złożona operacja, mająca w istocie charakter batalii prawnej, angażującej władze lokalne, stanowe, federalne, a nawet brytyjskie, trwała przez kolejne dekady. Władze Wirginii były żywotnie zainteresowane prawami do znakomitych ziem przynależących pierwotnie do obszaru przeszło 5 milionów akrów nadanych przez monarchę brytyjskiego w XVII w. Odwracając kolejność chronologiczną, odnotujemy jedynie trzy elementy tej gruntowej epopei, pozwalające na lepsze zrozumienie stosunku do prawa męzczyzny, któremu przypisuje się wprowadzenie

³⁹ L.A. Powe Jr., *The Supreme Court and the American Elite, 1789-2008*, Cambridge, Mass. 2009, s. 31.

⁴⁰ *Ware v. Hylton*, 3 U.S. (3 Dall.) 199 (1796). Obszernie postępowanie w tej sprawie omawia J. Goebel Jr., *Antecedents and Beginnings to 1801*, New York 2010, s. 749, *History of the Supreme Court of the United States*, vol. 1.

⁴¹ Zob. dokładne omówienie tej historii w: J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 164-168.

w ruch amerykańskiego sądownictwa konstytucyjnego. Ostatecznie sprawa trafiła do Sądu Najwyższego i w 1816 r. została doniośle rozstrzygnięta jako orzeczenie *Martin v. Hunter's Lessee*. Sprawa dotycząca gruntów nabywanych przez Johna Marshalla i jego rodzinę została rozstrzygnięta przez Sąd pod prezesurą Johna Marshalla. Co prawda sam Prezes wyłączył się z rozstrzygnięcia, ale – jak chłodno wskazuje R. Kent Newmyer – był on wtedy dominującą postacią w Sądzie i wśród żyjących razem sędziów, orzeczenie napisał Sędzia Story, urzeczony Prezesem i chwalcący się, że aprobował on każde słowo z jego tekstu orzeczenia (co dało podstawę spekulacjom, iż Prezes skrycie orzeczenie to napisał), a przede wszystkim sam Marshall wielkim osobistym zaangażowaniem, przekraczając co najmniej normy etyczne, doprowadził do rozpoznania przez kierowany przez siebie Sąd Najwyższy rozstrzygnięcia Sądu Apelacyjnego Wirginii, m.in. pisząc projekt wniosku w tej sprawie⁴².

Gdy kontrowersje prawne dotyczące spuścizny lorda Fairfaxa toczyły się jeszcze na forum stanu Wirginia, w listopadzie 1796 r. stanowa Izba Delegatów przyjęła kompromisową rezolucję, na mocy której dziedzic Denny Martin miał przekazać tytuł własności do spornych ziem na rzecz osoby trzeciej, która z kolei miała przekazać stanowi Wirginia tytuł własności do nieobjętych jeszcze w posiadanie gruntów, za co stan Wirginia miał uznać prawo własności dziedzica Fairfaxa do wspomnianych włości użytkowanych przez lorda osobiście. Tak się złożyło, że ową osobą trzecią był James Marshall, brat deputowanego w Izbie i współautora kompromisowej rezolucji, Johna Marshalla⁴³. Uprzedzając opis wydarzeń związanych ze sprawą *Marbury v. Madison*, warto już zwrócić uwagę na Jamesa Marshalla, młodszego brata Johna, ponieważ będzie miał on swój niepośledni udział w rozstrzygnięciu przez brata sporu z prezydentem Jeffersonem w 1803 r.

Trzecim elementem tej sprawy godnym osobnego zaznaczenia jest argument prawny wykorzystywany przez Johna Marshalla w początkowym stadium tej epopei, gdy w lokalnym sądzie wirginijskiego dystryktu Winchester toczył się spór między Dennym Martinem a nabywcą fragmentu dawnych dóbr lorda Fairfaxa od władz stanu Wirginia, nieuznających tytułu własności dziedzica Fairfaxa w oparciu o doktrynę *escheat* z *common law*. John Marshall prezentował wówczas argument, że prawa dziedzica mają mocną podstawę w traktacie paryskim, który zakazywał konfiskaty własności poddanych brytyjskich po 1783 r., a traktat miał wszak gwarantowaną konstytucyjnie nadrzędność. Przypomnijmy ponownie, że traktat paryski gwarantował też prawa wierzycieli brytyjskich. Pełen rewerencji dla Marshalla Jean E. Smith nie mógł w opisie tej sytuacji powstrzymać się od takiej uwagi: „W stosunku do traktatu paryskiego Marshall działał teraz na obu frontach. W sprawach brytyjskich długów twierdził, że

⁴² Zob. R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court*, Baton Rouge 2001, s. 363.

⁴³ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 167.

nie ma on zastosowania, ale w postępowaniu w sprawie Fairfaxa utrzymywał, że jest to akt rozstrzygający”⁴⁴.

Przenikliwy biograf Marshalla R. Kent Newmyer zwraca uwagę na ciekawy aspekt tej sprawy. Nazywa on Marshalla „jednym z najbardziej przebiegłych i agresywnych spekulantów ziemskich w swych czasach”. Własność ziemska dawała Marshallowi status społeczny, zabezpieczenie dla rodziny oraz dziedzictwo, które będzie mógł przekazać dzieciom. Po lekturze Konstytucji federalnej – ogłoszonej, gdy Marshall od kilku już lat zabiegał o grunty Fairfaxa – musiał on zrozumieć, że to właśnie ten najwyższy akt prawny, chroniący prawo własności i świętość zawartych umów przed krnąbrnymi stanami za pomocą systemu sądów federalnych, może chronić interesy kontrahentów dziedzica Fairfaxa przed roszczeniami ze strony władz Wirginii⁴⁵. Powyżej pisałem o traumach Johna Marshalla, które uczyniły z niego orędownika silnej władzy centralnej. Nie wydaje mi się nadużyciem stwierdzenie, że poznaliśmy kolejną z takich traum. Bezpieczeństwo rozległego majątku ziemskiego, uzyskanego dzięki transakcji, którą finalizował przez wiele lat, w stałym poczuciu zagrożenia ze strony władz stanowych, skłaniało Johna Marshalla nie tylko do wykorzystywania swej osobistej pozycji w aparacie władzy, ale też do konsekwentnego interpretowania Konstytucji na korzyść władzy centralnej, a wbrew interesom stanów.

Gdy Marshall wyruszył w lipcu 1797 r. na misję dyplomatyczną do Francji w imieniu prezydenta Adamsa, wspomógł w ten sposób wysiłki brata Jamesa, który od 2 lat starał się zebrać w Europie fundusze potrzebne do zapłaty za grunty Fairfaxa. Pierwsze dni w Europie Marshall spędził na rozmowach z bankierami w Amsterdamie, a po kilku dniach James mógł przekazać płatność Denny’emu Martinowi⁴⁶. Z pewnością status Johna Marshalla jako emisariusza rządu amerykańskiego, polityka z rządzącego ugrupowania i rozchwytywanego w Wirginii adwokata przyczynił się do zwieńczenia powodzeniem bezowocnych dotąd zabiegów młodszego z braci.

Spektakularnym fiaskiem zakończyła się za to misja do Francji. Wspominam tu o niej z tego powodu, że uznanego po powrocie za bohatera narodowego Marshalla doprowadziła ona do Pałacu Prezydenckiego i Sądu Najwyższego, a jej pokłosiem było też radykalne ograniczenie konstytucyjnych praw opozycji w Stanach Zjednoczonych, czyli jedna z pierwszych okazji, kiedy próbie poddane zostało faktyczne, a nie deklaratywne przywiązanie Federalistów (w tym Marshalla) do idei nadrzędności Konstytucji. Kariera Marshalla od 1797 r. nabrała niezwyklego przyspieszenia. Bez wątpienia przyczyniła się do tego jego decyzja o opuszczeniu wirginijskiego matecznika w poszukiwaniu funduszy. Marshall nie doszedłby do takiej pozycji bez swej inteligencji, pracowitości i kompetencji społecznych (sympatią do niego zapalał od pierwszego spotkania prezy-

⁴⁴ *Ibidem*, s. 165.

⁴⁵ R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 37-39.

⁴⁶ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 186.

dent Adams). Bezpośrednim katalizatorem była jednak tzw. afera XYZ, którą ujawnił, a wedle krytyków – wywołał.

Trzech emisariuszy prezydenta Adamsa po przybyciu do Paryża rozpoczęło w październiku rozmowy z ministrem Talleyrandem. Poza Marshalllem, nieznanym zresztą języka francuskiego, w delegacji znajdował się Charles Cotesworth Pinckney (zaufany Federalista, nieprzyjęty uprzednio przez Francję ambasador Stanów Zjednoczonych, jedyny z trójki władający francuskim) oraz Elbridge Gerry (zasłużony rewolucjonista, przyjaciel Adamsa, w tamtym okresie łącznik między obozem Federalistów a Republikanów). Afera, która wzburzyła społeczność amerykańską, polegała na tym, że kolejni wysłannicy Talleyranda i Dyktoriatu domagali się przed rozpoczęciem negocjacji nie tylko przyjęcia przez stronę amerykańską warunków wstępnych (m.in. oficjalnych przeprosin za ostre wystąpienie prezydenta Adamsa przed Kongresem), ale również *douceur*, eufemistycznych „słodczy”, czyli po prostu łapówek za dostęp do oficjeli francuskich, z Talleyrandem na czele. Domaganie się *douceur* było rzeczywiście powszechnie praktykowane przez dyplomację francuską, która zresztą nie miała żadnego interesu w przychylnym traktowaniu emisariuszy – to Amerykanom bardzo zależało na zawarciu porozumienia. Chyba trafnie porównuje Lawrence Goldstone pobyt emisariuszy w Paryżu do molierowskiej farsy, tak lubianej przez Francuzów: trzech pełnych powagi, beznadziejnie niewyrobionych (według paryskich standardów) Amerykanów, dwóch nieznanących nawet miejscowego języka, skonfrontowanych z mistrzem dyplomacji francuskiej i jego świtą, pouczającą przybyszów: „il faut beaucoup de l'argent” – potrzeba będzie dużo pieniędzy, gdyż tak prowadzi się we Francji te sprawy⁴⁷.

Depesze na temat roszczeń Francuzów nachodzących emisariuszy oburzony i wyrosły na lidera delegacji John Marshall słał do sekretarza stanu Timothy'ego Pickeringa, który w opublikowanej wersji zamienił na litery X, Y i Z nazwiska szantażystów, grożących m.in. wyrzuceniem emisariuszy z Francji lub ich uwięzieniem, z czego powstało określenie XYZ affair⁴⁸. Szczególnie niezłomna postawa Marshalla, który ani myślał ulegać żądaniom Francuzów, wpłynęła na zmianę nastrojów społecznych w Ameryce i entuzjastyczne przyjęcie go po powrocie do kraju. Warto jednak na marginesie odnotować sugestię R. Kenta Newmyera, że to niedoświadczony, a uprzedzony wobec Francji Marshall źle ocenił sytuację: Talleyrand w istocie był zainteresowany uregulowaniem stosunków z Amerykanami, aby udaremnić ich antyfrancuski sojusz z Brytyjczykami, opóźnianie negocjacji miało zaś mu służyć nie do upokorzenia emisariuszy i władz amerykańskich,

⁴⁷ Zob. L. Goldstone, *The Activist...*, s. 120-121.

⁴⁸ Tło, przebieg i skutki tej dyplomatycznej afery obszernie przedstawia m.in. G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 239-247; J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 186-233; T.M. Ray, „Not One Cent for Tribute”. *The Public Addresses and American Popular Reaction to the XYZ Affair, 1798-1799*, „Journal of the Early Republic” 1983, vol. 3, no. 4, <http://dx.doi.org/10.2307/3122881>, s. 389 i n.

lecz do uśmierzenia antyamerykańskich fobii w Dyrektoriacie⁴⁹. Trzeba zresztą dodać, że Thomas Jefferson, wówczas wiceprezydent, tuż przed wyjazdem Marshalla do Francji poinstruował francuskiego konsula w Filadelfii, iż emisariuszy należy jak najdłużej zwozić, co oczywiście konsul przekazał do Paryża, dodając intrygujący szczegół na temat Marshalla, wspierający me wcześniejsze spekulacje na temat jego traum. Konsul Létombe, opisując skład delegacji, pisał o Marshallu, że ma reputację „prawdziwego Federalisty, zwłaszcza odkąd nabył ziemie lorda Fairfaxa w Wirginii”⁵⁰. Talleyrand poddał prawość Marshalla wielkiej próbie, wysyłając do niego przemyślnie dobranych emisariuszy, naciskających na zorganizowanie łapówek. Najpierw był to holenderski bankier Hottinguer, który niedługo wcześniej organizował pożyczkę dla braci Marshallów na wykup ziem Fairfaxa. Następnie był to Pierre Beaumarchais, człowiek wielu talentów, pamiętany zwłaszcza jako autor *Wesela Figara*. W trakcie amerykańskiej rewolucji Beaumarchais zorganizował przemyt broni dla kolonistów, za co później domagał się zapłaty od władz Wirginii w postępowaniu sądowym, w którym reprezentował go Marshall. Wśród licznych pomysłów wymuszenia łapówek od Amerykanów pojawiła się propozycja, aby przeznaczyć dla Talleyranda 50 tysięcy funtów z przyszłej wygranej w procesie Marshalla i Beaumarchais’go. Najprawdopodobniej agentką francuskiego ministra była też markiza de Villette, w której hotelu zamieszkała amerykańska delegacja, a Marshall znalazł się pod wielkim urokiem tej czarującej i światowej kobiety⁵¹.

Dwa, nieco przypadkowe, zdarzenia wpłynęły na dalszy rozwój wypadków. W marcu 1798 r., na podstawie depesz Marshalla, prezydent Adams poinformował Kongres o fiasku negocjacji. Republikanie uznali, że to kolejne szaleństwo Adamsa (nie cieszył się on wielkim poważaniem, również we własnym obozie politycznym) i zażądali ujawnienia depesz, co władze skwapliwie uczyniły. Szczególnie skrajne skrzydło Federalistów zadowolone było z okazji do wzmocnienia nastrojów wojennych⁵². Równolegle, w kwietniu, John Marshall powrócił do Ameryki jako pierwszy z emisariuszy, to na nim więc skupiło się zainteresowanie opinii publicznej, która uznała go za bohatera narodowego. Gdy tylko prasa doniosła o potraktowaniu emisariuszy, wzbudziło to powszechne oburzenie i gwałtowną zmianę w dotychczas przyjaznym nastawieniu Amerykanów do rewolucyjnej Francji. Na cześć prezydent Adamsa, uprzednio ignorowanego, wznoszono entuzjastyczne wiwaty, gdy tylko pojawiał się publicznie, a na ulicach pojawiły się bojówki wypatrujące francuskich wichrzycieli⁵³. John Marshall zawładnął zaś zbiorową wyobraźnię jako dumny syn amerykańskiej ziemi, który pryncypialnie dał odpór pogardliwym Francuzom,

⁴⁹ R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 115-116.

⁵⁰ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 190.

⁵¹ Zob. obszernie J.R. Paul, *Without Precedent. Chief Justice John Marshall and His Times*, New York 2018, s. 125-168.

⁵² Zob. szerzej J.M. Smith, *Background for Repression...*, s. 41.

⁵³ Zob. T.M. Ray, „Not One Cent for Tribute”..., s. 390 i n.

powołującym się – jak pisał w depeszach – na „amerykańskich przyjaciół Francji”, co niedwuznacznie wskazywało na Republikanów, którzy niespodziewanie zostali przez szerokie masy nieomal uznani za piątą kolumnę. Spowodowało to, że w latach 1798–1799 przegrywali kolejne wybory, nawet na Południu, Federaliści zyskali zaś kontrolę nad Kongresem. Wzrost popularności Federalistów był zaskoczeniem dla nich samych, ponieważ uważali, że ich wielkość dostrzec mogłoby jedynie dojrzałe społeczeństwo⁵⁴.

Zwrócę tu uwagę na nieoczywisty szczegół, który odegra pewną rolę w zasadniczej kontrowersji konstytucyjnej z 1803 r. Marshall po powrocie z Francji miał powody do zadowolenia. Pozyskał pożyczkę w Amsterdamie, a od władz amerykańskich otrzymał za misję zawrotne honorarium w wysokości blisko 20 tysięcy dolarów (równowartość czteroletniego wynagrodzenia wiceprezydenta Jeffersona). Witany był przez korpusy kawalerii, tłumy na ulicach, wystrzały armatnie i bicie dzwonów kościelnych⁵⁵. Wszystko to było też wynikiem przypadku, uwaga skupiła się na Marshallu, ponieważ wrócił jako pierwszy, drugiego z emisariuszy, Pinckneya, zatrzymała we Francji choroba córki⁵⁶. Wydaje się jednak, że to nagłe wywyższenie nie wpłynęło destrukcyjnie na psychikę Marshalla. Nie pożył zaszczyców i blichtru. Pisarz Julian Ursyn Niemcewicz obserwował z zachwytem, jak Marshall, podejmowany w Filadelfii na wielkim bankiecie, wyruszył następnie w drogę powrotną do żony zwykłym kursowym dylizansem, a ponieważ wszystkie miejsca były już zajęte, bezceremonialnie zajął miejsce zewnętrzne obok woźnicy⁵⁷. Marshall przez całe życie nie dbał specjalnie o wygodę, ubiór czy powierzchowność. Sam opowiadał anegdotę, jak to na targu w Richmond nowy mieszkaniec miasta zauważył niechlujnie ubranego Marshalla i zlecił mu odniesienie zakupionego okazałego indyka. Marshall, Prezes Sądu Najwyższego, pogodnie zgodził się i na oczach duszących się ze śmiechu przechodniów posłusznie niósł zakupy za nieświadomym zleceniodawcą, a na końcu drogi zręcznie schwycił rzuconą mu monetę⁵⁸. Wychowanie w pionierskich warunkach oraz zaprawa z okresu trudnej służby w rewolucyjnym wojsku (wspomnijmy Valley Forge) miały, jak sądzę, wpływ na to, że w 1803 r. Prezes Marshall mniej skłonny był zadbać o wygodę dla samych Sędziów.

Po powrocie z Francji Marshall uosabiał hasło Federalistów: miliony na obronę, ani centa na haracz! Stał się powszechnie znanym symbolem narodowego oporu. Poznał elitę Federalistów, z których część pamiętała go z udanego udziału w procedurze ratyfikacyjnej w 1787 i 1788 r. Szczególnie cenna okaże się w najbliższych latach dla Johna Marshalla zacieśniająca się współpraca z prezydentem Adamsem. Po aferze XYZ dał się

⁵⁴ G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 243.

⁵⁵ Zob. J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 44–45.

⁵⁶ J.R. Paul, *Without Precedent...*, s. 176.

⁵⁷ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 237.

⁵⁸ Tę i inne anegdoty na temat niedbającego o wyszukane formy Marshalla opisuje R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 328–329.

też poznać Republikanom. Jefferson pisał bezradnie o „urojeniu XYZ”, uważał feralne depesze Marshalla za mistyfikację. Zarzucał mu hipokryzję i wzbogacenie się na całej aferze, której przebieg kwestionował⁵⁹. Odnotujmy jeszcze jedną krytyczną uwagę, po dwóch wiekach od opisywanych wydarzeń wyrażoną na temat Marshalla: „Przez całą jego długą karierę jego osiągnięcia były bardziej wyznaczane przez jego przenikliwe instynkty polityczne i sprawną manipulację okazjami niż przez jego intelekt, osobowość czy uczciwość. Nie było bardziej przekonującego przykładu jego politycznej zręczności, automitologizacji i wykorzystywania okazji od afery XYZ”⁶⁰.

Być może w odniesieniu do wyprawy do Paryża ta ocena jest nazbyt ostra. Niebawem w szerokim świecie, nieobyty z paryskimi zwyczajami, przybyły z prowincjonalnego Richmond John Marshall pisał depesze, których treści nie kwestionowali pozostali członkowie delegacji, zresztą podpisywali się pod nimi. Zapewne nie bez znaczenia była okoliczność, że emisariusze nie mogli uzyskać instrukcji od swych władz, gdyż wymiana informacji trwała przeraźliwie długo: depesza Marshalla z października dotarła do prezydenta Adamsa dopiero w marcu⁶¹. Podobnie jednak jak w przypadku zakulisowych prób wpłynięcia na treść traktatu Jaya i kilkunastoletniego zaangażowania w politykę Wirginii, trudno przypisać tu Marshallowi całkowity brak świadomości. Wiedział, że wyrusza do Paryża w celu zapobieżenia wojnie. Misja, w której uczestniczył i w której zdominował starszych i bardziej zasłużonych towarzyszy (to stały motyw w życiu Marshalla), zakończyła się fiaskiem. John Marshall musiał rozumieć, że jego postawa wpłynie na dalszą politykę władz amerykańskich, choć być może nie przypuszczał, że stanie się tej polityki symbolem.

Następstwem afery XYZ było zaostrenie relacji między Stanami Zjednoczonymi a Francją, ale też wzrost napięcia wewnętrznego w państwie amerykańskim m.in. w postaci zamieszek. Rozpoczęła się tak zwana quasi-wojna czy też półwojna. Kongres, reagując na pogłoski o planowanej inwazji francuskiej, na wezwanie prezydenta Adamsa zerwał formalnie wszystkie traktaty z Francją i nałożył embargo na handel z tą „straszną republiką”. Amerykańskie okręty uzyskały zezwolenie na atakowanie okrętów francuskich, które przechwytywały amerykańskie jednostki handlowe⁶². Na opór wewnętrzny federalistyczne władze odpowiedziały zaś wymierzonymi w opozycję ustawami o cudzoziemcach i działalności wywrotowej (tzw. *Alien and Sedition Acts*). Jak pisze James Morton Smith, Federaliści uważali się za samorodną arystokrację Unii, byli wspierani przez prawników, którzy tworzyli wówczas oddzielną i wywyższoną klasę, byli też popierani przez duchowieństwo, kupców, bogatych właścicieli ziemskich. Zjednoczeni zaś

⁵⁹ C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision. Jefferson, Adams, Marshall, and the Battle for the Supreme Court*, New York 2009, s. 42.

⁶⁰ Zob. L. Goldstone, *The Activist...*, s. 119.

⁶¹ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 226.

⁶² G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 245.

byli przeciwko wewnętrznemu wrogowi: Demokratycznym Republikanom⁶³. Poczucie zagrożenia bezpieczeństwa państwowego – tak zaś odebrano działania Francji i fiasko misji dyplomatycznej – dało im asumpt do rozprawy z tym wrogiem.

W następstwie agitacji obywatela Genêta (jak sam się określał), wspomnianego wysłannika rewolucyjnych władz francuskich, zaczęły powstawać od 1793 r. Kluby Demokratyczno-Republikańskie, zrzeszające przeciwników Federalistów sprawujących władzę. Stanowiły one załączkową formę partii politycznej. Jak wywodzi James P. Martin, ich krótka działalność spotkała się z powszechną publiczną wrogością, a jedynie niewielka grupa kongresmanów otwarcie je popierała, ponieważ ówczesne rozumienie demokracji przedstawicielskiej w środowisku Federalistów było dalekie od współczesnego. Federaliści uważali, że przeciwstawianie się rządzącym i agitowanie przeciwko rządowi jest działaniem niedemokratycznym: większość wyborców poparła rządzących, zatem stawianie przeszkód władzom oznacza stawianie przeszkód większości demokratycznej. Odpowiednio, znieważanie wybranych ludzi władzy to znieważanie ludu, który ich wybrał⁶⁴. Działalność opozycyjną odbywającą się poza forum organów władzy Federaliści uważali za jaskrawe naruszenie uprawnień tych organów. W tym sensie akt wyborczy zawieszał powszechny proces polityczny, który do czasu następnych wyborów miał być ograniczony do działalności prowadzonej w ramach organów władzy politycznej.

W 1794 r. prezydent Washington zmuszony był osobiście poprowadzić kilkusetosobne oddziały zbrojne do Pensylwanii, w celu zdławienia powstania przeciwko podatkowi nałożonemu na producentów alkoholu, zwłaszcza whiskey (stąd nazwa *Whiskey Rebellion*, w istocie propinacjnie kamuflująca głębokość oporu prowincji wobec władzy). Federaliści uważali, że to wspierani przez Francję Republikanie wszczęli powstanie wymierzone w podatek ustanowiony przez władze centralne⁶⁵. W kolejnych latach George Washington rozwijał teorię, wedle której Francuzi pragnęli kontrolować rząd amerykański i pozyskać za pomocą prasy lud amerykański dla swej sprawy, a ponieważ lud ufał Washingtonowi jako głowie państwa, Francuzi – jak uważał – rozpętali przeciwko niemu kampanię oszczerstw w prasie, aby osłabić jego pozycję⁶⁶. Poza opisywanymi trudnościami z utrzymaniem porządku wewnętrznego i tłącym się konfliktem zbrojnym z Francją pomniejszym wyrazem nastrojów społecznych w tamtym okresie niech będzie stanowisko St. George'a Tuckera, który pojawi się na tych stronach jako jeden z prekursorów *judicial review*. Ten profesor prawa w College of William and Mary,

⁶³ J.M. Smith, *Background for Repression...*, s. 45-46.

⁶⁴ Zob. szerzej J.P. Martin, *When Repression is Democratic and Constitutional: The Federalist Theory of Representation and the Sedition Act of 1798*, „University of Chicago Law Review” 1999, vol. 66, no. 1, s. 123-127.

⁶⁵ A.H. Garrison, *The Internal Security Acts of 1798...*, s. 3.

⁶⁶ Zob. szerzej M. Smelser, *George Washington and the Alien and Sedition Acts*, „The American Historical Review” 1954, vol. 59, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2307/1843624>, s. 325-328.

późniejszy sędzia Sądu Apelacyjnego w Wirginii, przewidywał, że 100 tysięcy Amerykanów, w tym on sam, dołączy do inwazyjnych wojsk francuskich⁶⁷.

Kolejnym czynnikiem wzmagającym poczucie zagrożenia Federalistów w latach 90. XVIII w. była nowa fala imigrantów z Francji i innych europejskich państw. Federaliści obawiali się, że nowi imigranci są rewolucjonistami, czekającymi tylko na sposobność dołączenia do lądującej w Ameryce armii francuskiej. Prognozy Tuckera dotyczące 100 tysięcy ochotników nie wydawały się więc niedorzeczne. Obawy Federalistów miały również bardzo przyziemny wymiar: nowa fala imigracji mogła przeważać poparcie wyborcze na korzyść Republikanów⁶⁸.

W odpowiedzi na poczucie zagrożenia bezpieczeństwa państwowego ze strony Francji i jej wewnętrznych popleczników zdominowany przez Federalistów Piąty Kongres uchwalił w ciągu kilku tygodni, w czerwcu i lipcu 1798 r., cztery ustawy nazywane w skrócie: *Alien Act*, *Alien Enemies Act*, *Naturalization Act*, *Sedition Act*. Trzy pierwsze dotyczyły cudzoziemców, ostatnia zakazywała „działalności wywrotowej”⁶⁹, łącznie nazywane były *Alien and Sedition Acts*. George Washington, śledzący z posiadłości w Mount Vernon działania Kongresu i Johna Adamsa, swego następcy, przyjął ten program ustawodawczy z satysfakcją, wyrażając nawet życzenie, aby działania władz wymierzone w szerzący się w Stanach Zjednoczonych spisek Iluminatów były bardziej energiczne⁷⁰. Sam Washington także nie ustawał w wysiłkach i mobilizował dawnych towarzyszy broni do większego zaangażowania w politykę po stronie Federalistów. Jedną z osób, do których się zwrócił, był jego zaufany oficer z Armii Kontynentalnej, John Marshall. Wizyta Marshalla w Mount Vernon we wrześniu 1798 r. miała okazać się brzemenna w skutkach dla rozwoju amerykańskiego sądownictwa konstytucyjnego, a także całej państwowości amerykańskiej.

Wymierzone w imigrantów trzy ustawy dotyczące cudzoziemców stanowiły odejście od polityki Federalistów z początku dekady, kiedy zachęcali oni do osiedlania się w Ameryce. Szczególnie pośrednicy w sprzedaży gruntów, a więc środowisko Johna Marshalla i jego ojca, zainteresowane było napływem nowych klientów. Republikanie z Jeffersonem na czele patrzyli na falę imigracji ze sceptycyzmem, niepewni, czy nowi przybysze posiadają przymioty charakteru potrzebne do utrzymania samorządności i wol-

⁶⁷ G. Fehlings, *Storm on the Constitution. The First Deportation Law*, „Tulsa Journal of Comparative & International Law” 2002, vol. 10, no. 1, s. 66-67.

⁶⁸ A.H. Garrison, *The Internal Security Acts of 1798...*, s. 4.

⁶⁹ Andrew P. Napolitano zauważa, że ustawa o działalności wywrotowej stała się precedensem w amerykańskiej polityce. Podobne akty skierowane przeciw „wywrotowcom” były później uchwalane w okresach konfliktów zbrojnych jako główne narzędzie ograniczania wolności Amerykanów, zob. A.P. Napolitano, *A Legal History of National Security Law and Individual Rights in the United States. The Unconstitutional Expansion of Executive Power*, „New York University Journal of Law & Liberty” 2014, vol. 8.2, s. 463.

⁷⁰ M. Smelser, *George Washington...*, s. 329-333.

ności w nowej ojczyźnie⁷¹. Federaliści stopniowo rewidowali swe stanowisko, z powodu poruszonych wyżej czynników. Stosownie wydłużano przewidziany prawem okres do uzyskania obywatelstwa amerykańskiego, z 2 do 5 lat dla białych, wolnych ludzi. Ustawa o naturalizacji z 1798 r. wydłużała ten okres do 14 lat. Ustawa o cudzoziemcach z 1798 r. pozwalała prezydentowi na deportowanie cudzoziemców, których uważał za zagrożenie dla bezpieczeństwa Stanów Zjednoczonych. Ustawa o wrogich cudzoziemcach (poparta w Kongresie przez obie frakcje) pozwalała na pozbawienie wolności i wydalenie z kraju mężczyzn od 14 roku życia, którzy nie byli naturalizowani, w przypadku konfliktu zbrojnego, a nawet zagrożenia takim konfliktem lub inwazją na terytorium amerykańskie⁷². Ustawa o cudzoziemcach nie była faktycznie egzekwowana, ale wywoływała silny efekt zastraszający. Nie pozwalała ona cudzoziemcom na korzystanie z prawa do wysłuchania ani nawet przedstawiania dowodów na ich korzyść⁷³. Ustawa o wrogich cudzoziemcach obowiązuje nadal, była stosowana przez kilku prezydentów, m.in. przez Franklina Delano Roosevelta, który na jej podstawie więził Włochów w trakcie II wojny światowej⁷⁴.

Najbardziej kontrowersyjny i restrykcyjny, a jednocześnie na płaszczyźnie konstytucyjnej najciekawszy był *Sedition Act*, dotyczący rokoszu – jak to tłumaczy Zbigniew Lewicki⁷⁵. Był to krótki akt, formalnie uzupełniający ustawę karną, na podstawie którego bardzo pojemnych wyrażen uznawano za przestępstwo działalność opozycyjną, a także publikacje prasowe krytyczne wobec władz. Wyrażony w tej ustawie zakaz prowadzenia działalności wywrotowej godził w wolność zgromadzeń i prawo petycji, ale przede wszystkim kwestionowano na forum Kongresu zgodność ustawy z chroniącą wolność słowa i prasy I poprawką⁷⁶. Tuż przed uchwaleniem aktu rozszluszony Thomas Jefferson tak wyraził swoją opinię na temat projektu w liście do Jamesa Madisona:

Wnieśli do izby niższej projekt ustawy o działalności wywrotowej, który wśród innych potworności powoduje, że publikowanie drukiem pewnych kwestii stanie się przestępstwem, choć jedna z poprawek do Konstytucji tak wyraźnie wyjmuje religię, prasy drukarskie etc. spod władzy ich przymusu. Ten projekt i projekt w sprawie cudzoziemców są w istocie tak ewidentnie sprzeczne z Konstytucją, żeby pokazać, że nie mają zamiaru jej szanować⁷⁷.

⁷¹ G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 248.

⁷² Zob. m.in. A.H. Garrison, *The Internal Security Acts of 1798...*; G. Fehlings, *Storm on the Constitution...*, s. 3-5.

⁷³ G.R. Stone, „It Can't Happen Here”. *The Lessons of History*, [w:] C.R. Sunstein (ed.), *Can It Happen Here? Authoritarianism in America*, New York 2018, s. 430.

⁷⁴ K.R.C. Gutzman, *The Jeffersonian Republicans...*, s. 72.

⁷⁵ Z. Lewicki, *Historia cywilizacji amerykańskiej. Era sprzeczności 1787-1865*, Warszawa 2010, s. 14.

⁷⁶ J. Goebel Jr., *Antecedents...*, s. 634.

⁷⁷ Cyt. za: A. Koch, H. Ammon, *The Virginia and Kentucky Resolutions. An Episode in Jefferson's and Madison's Defense of Civil Liberties*, „The William and Mary Quarterly” 1948, vol. 5, no. 2, <http://>

To w istocie fascynujący moment w rozwoju amerykańskiego konstytucjonalizmu. Zaledwie od kilku lat obowiązuje pierwsza z przyjętych poprawek do Konstytucji, która wprost zakazuje Kongresowi stanowienia prawa ograniczającego wolność słowa i wolność prasy. Aktywna jest nadal w życiu politycznym generacja Ojców Założycieli, współtwórców Konstytucji i składających się na deklarację praw pierwszych dziesięciu poprawek. To ludzie, których publiczne kariery zdefiniował bunt przeciwko rzekomej tyranii monarchy angielskiego. Uchwalili zaś oni pakiet ustaw, który – jak to ujął Gordon S. Wood – okazał się katastrofalną pomyłką i prawdopodobnie nieodwracalnie zniszczył reputację Federalistów⁷⁸. Adams ani Hamilton nie byli zwolennikami tak surowych środków. Hamilton zasadnie obawiał się, że ostry sprzeciw wobec ustaw zmniejszy poparcie dla Federalistów, ale radykałowie w tym środowisku wzięli górę⁷⁹.

Ustawy dotyczące cudzoziemców były łatwiejsze do obrony. Federaliści powoływali się na to, że chronią państwo przed zagrożeniem zewnętrznym, a Konstytucja zawiera niezbywalny element samozachowawczy. Jak tłumaczył jeden z nich, Konstytucja jest tarczą, która chroni, a nie parą kajdan uniemożliwiających korzystanie z praw suwerennego państwa⁸⁰. Ustawa dotycząca działalności wywrotowej skierowana była jednak przeciw obywatelom amerykańskim, a kategoria wrogów wewnętrznych została w niej wyznaczona w niezbyt zawoalowany sposób. W artykule 2 przewidziano karę do 2 tysięcy dolarów oraz do 2 lat pozbawienia wolności m.in. dla każdego, kto:

(...) pisze, drukuje, formułuje lub publikuje; lub powoduje, lub przygotowuje pisanie, drukowanie, formułowanie lub publikowanie; lub świadomie i dobrowolnie pomaga lub wspiera w pisaniu, drukowaniu, formułowaniu lub publikowaniu wszelkich fałszywych, gorszących lub nikczemnych tekstów wymierzonych w rząd Stanów Zjednoczonych, izbę Kongresu Stanów Zjednoczonych lub Prezydenta Stanów Zjednoczonych, z zamiarem przyniesienia ujmy temu rządowi, izbie Kongresu lub Prezydentowi, lub z zamiarem okrycia ich wszystkich lub dowolnego z nich wzdargą lub niesławą; lub wzbudzenia przeciwko nim wszystkim lub dowolnemu z nich nienawiści zacnego ludu Stanów Zjednoczonych...⁸¹

Wyliczenie chronionych przed okryciem wzdargą lub niesławą organów nie obejmowało, jak widać, wiceprezydenta, którym w okresie obowiązywania aktu był Thomas

[dx.doi.org/10.2307/1917453](https://doi.org/10.2307/1917453), s. 151.

⁷⁸ G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 247.

⁷⁹ J. Ferling, *Adams vs. Jefferson...*, s. 111.

⁸⁰ Ten argument kongresmana Evansa i inne reprezentatywne wypowiedzi przytacza A. Lenner, *A Tale of Two Constitutions...*, s. 96.

⁸¹ *An Act in Addition to the act, entitled „An act for the punishment of certain crimes against the United States”, ch. 74, 1 Stat. 596 (1798).*

Jefferson, lider Republikanów⁸². Czasopismo Federalistów „Porcupine’s Gazette” określiło w 1798 r. Jeffersona mianem „przywódcy sfrancuziałej demokratycznej faksji”⁸³. Ostrze aktu wymierzone było właśnie w to środowisko polityczne. Jeden z radykalnych Federalistów, Robert Goodloe Harper, tłumaczył, że istniała „wewnętrzna – jak mam to nazwać? – konspiracja, faksja sprzymierzona z zagranicznym mocarstwem w celu wywołania rewolucji lub podporządkowania naszego kraju siłom tego zagranicznego mocarstwa”⁸⁴. George Washington, informowany o przygotowywanej ustawie wymierzonej w wywrotowców, pisał w listach z tego okresu, że należy zdemaskować wszystkich skrytych wrogów pokoju i szczęścia w tym kraju, których celem jest osłupienie i wzburzenie ludu przeciwko rządowi. Według Washingtona niewiedza i przestroch ludzi wywoływane były przez przeinaczenia i fałszywe ostrzeżenia rozpowszechniane przez „Republikanów, jak sami się fałszywie nazywają”⁸⁵. Protesty Republikanów przeciwko *Sedition Act*, organizowane zwłaszcza na poziomie stanowym, jedynie utwierdzały Federalistów w przekonaniu, że ustawa ta jest potrzebna i stanowi reakcję na rzeczywiste zagrożenie ze strony stronników Jeffersona i Madisonsa zbuntowanych przeciwko słusznej władzy. Dopowiedzmy, że sensem obowiązywania ustawy zakazującej krytyki rządzących Federalistów było niedopuszczenie opozycji Jeffersonskiej do przejęcia władzy. Jak argumentuje w szerszym wywodzie Stephen M. Engel, przyjęcie ustawy o działalności wywrotowej wynikało z uznawania we wczesnej republice działalności opozycyjnej za zagrożenie dla ładu społecznego. Madison w latach 90. XVIII w. uznał Federalistów za antykonstytucyjną opozycję, a Republikanów za odpowiednik *Country party*, partię kraju, prawdziwych obrońców zasad konstytucyjnych. Federaliści analogicznie dopuszczali wyrazy niezgody jedynie na forum parlamentarnym, ale funkcjonowanie stałej opozycji postrzegali jako wstęp do niepokojów społecznych, więc postanowili ją na mocy ustawy zdelegalizować⁸⁶. W jednej z gazet Federalistów wyrażono to otwarcie słowami: „Patriotyzmem jest pisanie na rzecz naszych władz – działalnością wywrotową jest pisanie przeciwko”⁸⁷.

Najbardziej radykalny fragment tej ustawy stanowiła przytoczona powyżej część artykułu 2, która polegała na skodyfikowaniu stosowanej w *common law* kategorii *sedition libel*, czyli wywrotowego zniesławienia. Artykuł 1 ustanawiał przestępstwo federalne w postaci zmaiwania się w celu łamania prawa lub zachęcania do takich działań, a także utrudniania funkcjonowania władzy federalnych, w postaci m.in. zastraszania

⁸² Na ten szczegół zwracają uwagę autorzy tomu P. Brest et al., *Processes of Constitutional Decisionmaking. Cases and Materials*, New York 2006, s. 84.

⁸³ J.M. Smith, *Background for Repression...*, s. 49.

⁸⁴ G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 259.

⁸⁵ Zob. M. Smelser, *George Washington...*, s. 331.

⁸⁶ Zob. S.M. Engel, *American Politicians Confront the Court. Opposition Politics and Changing Responses to Judicial Power*, New York 2011, s. 88-99.

⁸⁷ J.R. Paul, *Without Precedent...*, s. 180.

funkcjonariuszy władzy, bezprawnych zgromadzeń czy zamieszek. Artykuł 3 stanowił faktyczne złagodzenie dotychczasowych rygorów stosowanych w *common law*, ponieważ pozwalał oskarżonemu o pisanie lub publikowanie wskazanych zniesławień na powołanie się na prawdziwość przedstawionych treści, a także pozostawiał ocenie ławy przysięgłych kwestię winy. Tymczasem *common law* nie pozwalało na powoływanie się na prawdziwość kwestionowanych treści, a ława oceniać mogła jedynie to, czy oskarżony dopuścił się publikacji, kwestię winy zaś rozstrzygał sędzia. Ustawa ograniczała też swobodę sędziowską co do wymiaru kary⁸⁸. Ostatni artykuł 4 przewidywał wygaśnięcie aktu 3 marca 1801 r., a więc z końcem prezydentury Johna Adamsa.

Uchwalanie *Sedition Act* wywołało jedną z pierwszych poważnych dyskusji na temat interpretacji Konstytucji amerykańskiej. Na forum Kongresu kwestionowano zgodność tego aktu z I poprawką, a także z wyliczeniem kompetencji przyznanych Kongresowi. W typowy dla lat 90. XVIII w. sposób kwestie konstytucyjne zostały jednak rozstrzygnięte bezpośrednio na forum Kongresu, przez dominujących Federalistów, którzy zadeklarowali zgodność aktu z Konstytucją⁸⁹. Niezupełnie mają więc rację autorzy przystępnego *Wprowadzenia* do amerykańskiej Konstytucji, formułujący tezę, że trudniej wyobrazić sobie bardziej oczywiste naruszenie I poprawki od ustawy o działalności wywrotowej, a jednak trzy władze federalne zatwierdziły ten jawnie niekonstytucyjny akt⁹⁰. Zatwierdzenia tego dokonali raczej Federaliści, tymczasowo dominujący w trzech władzach federalnych.

Bardziej interesująca jest jednak kwestia, czy rzeczywiście można mówić o oczywistej niezgodności z Konstytucją ustawy, którą popierali główni twórcy obu tych aktów. Jeśli w amerykańskiej historii wystąpił okres, w którym można było utrzymywać, że dostępne jest oryginalne rozumienie Konstytucji, to właśnie wtedy. Poglądy na temat wolności słowa i wolności prasy prezentowane podczas sporu o działalność wywrotową wpływały na prawo amerykańskie, w tym orzecznictwo Sądu Najwyższego, po XX w. Kontrowersja wokół kompetencji władzy federalnej do uchwalenia i egzekwowania tego aktu pobudziła ruch oporu stanów przeciwko władzy centralnej i doktrynę *nullification* – odmawiania przez stany prawomocności aktom federalnym uznanym na poziomie stanowym za niekonstytucyjne. W bezpośrednim zaś wymiarze gorliwe egzekwowanie ustawy o działalności wywrotowej przez sędziów ze środowiska Federalistów pozbawiło Republikanów złudzeń co do cnót niezależnego sądownictwa i skłoniło ich po przejęciu władzy do zastosowania wobec sądownictwa retorsji w wymiarze strukturalnym i perso-

⁸⁸ Zob. D. Jenkins, *The Sedition Act of 1798 and the Incorporation of Seditious Libel into First Amendment Jurisprudence*, „American Journal of Legal History” 2001, vol. 45, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2307/3185366>, s. 165-166.

⁸⁹ J.M. Sosin, *The Aristocracy of the Long Robe. The Origins of Judicial Review in America*, New York 1989, s. 292.

⁹⁰ M.S. Paulsen, L. Paulsen, *The Constitution. An Introduction*, New York 2016, s. 133.

nalnym. Uczestnikiem tej kontrowersji konstytucyjnej, zrzęcznie jednak dystansującym się od niej, był John Marshall.

Wywrotowe zniesławienie, czyli *seditionous libel*, było trudnym do zdefiniowania pojęciem z angielskiego *common law*. Termin *libel* dotyczył materiałów pisemnych, w tym obrazów, znaków, a więc treści postrzeganych zmysłem wzroku. Treści postrzegane zmysłem słuchu objęte były pojęciem *slander*. Za *seditionous libel* mogły zostać uznane wszelkie krytyczne komentarze na temat władz, które można było zinterpretować jako wypowiedzi oparte na złej skłonności do obniżenia społecznego szacunku dla władzy lub zakłócenia porządku⁹¹. Pojęcie to wywodzi się od postępowania w 1606 r. w sprawie *De Libellis Famosis* przed Sądem Izby Gwiazdzistej (Star Chamber), kiedy to ówczesny prokurator Edward Coke (znany z równie słynnej co przecenianej sprawy doktora Bonhama) stwierdził, że pisemne potwarze pod adresem ludzi władzy stanowią przestępstwo odmienne od prywatnego zniesławienia. Przestępstwo tym poważniejsze, jak wywodził Coke, że zagrażające stabilności państwa⁹².

W istocie *seditionous libel* nie było instytucją wywodzącą się z *common law*, co warto odnotować w niniejszej pracy poświęconej dekonstrukcji mitologii sędziowskiej. Jak zauważa William T. Mayton, orzeczenie w sprawie z 1606 r. nie powoływało się na żaden precedens, ponieważ takowy nie istniał. Chodziło właśnie o to, aby władza mogła uniknąć niedogodności związanych z korzystaniem z wcześniejszej kategorii *constructive treason*, zachowań traktowanych jak zdrada, które rozpatrywane były w sądach *common law*, z wykorzystaniem ławy przysięgłych. Sąd Izby Gwiazdzistej nie był związany takimi procedurami, stanowił raczej królewski trybunał administracyjny, który sprawnie mógł zajmować się dysydentami. Blackstone fałszywie zatem przedstawiał *seditionous libel* jako instytucję *common law*, gdyż instytucja ta była innowacją i nie wywodziła się bynajmniej z powszechnej zgody, która charakteryzować miała *common law*⁹³. Stopniowo jednak wywrotowe zniesławienie przeniknęło do praktyki sądów *common law* i w tej formule stosowane było także przez kolonialne sądy w Ameryce.

W kanonicznym ujęciu zawartym w *Komentarzach* Blackstone'a wolność prasy oznaczała zakaz cenzury prewencyjnej, przy dopuszczalności egzekwowania odpowiedzialności następczej pod postacią wywrotowego zniesławienia. Charakteryzowało się zaś ono tym, że prawdziwość opublikowanej treści nie zwalniała z odpowiedzialności (fałszywość tylko zwiększała stopień zawinienia), ława przysięgłych zaś ustalać mogła jedynie to, czy oskarżony faktycznie dopuścił się publikacji. Zniesławiający charakter ustalał sam sędzia. W 1735 r. w toczącym się w Nowym Jorku procesie w sprawie Johna Petera Zengera, drukującego „The New York Weekly Journal”, wprowadzono dwie istot-

⁹¹ Zob. omówienie w: P. Brest et al., *Processes of Constitutional Decisionmaking...*, s. 85 i n.

⁹² D. Jenkins, *The Sedition Act of 1798...*, s. 161.

⁹³ Zob. W.T. Mayton, *Seditionous Libel and the Lost Guarantee of a Freedom of Expression*, „Columbia Law Review” 1984, vol. 84, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2307/1122370>, s. 99-105.

ne innowacje, docenione przez amerykańską opinię publiczną: możliwość uniknięcia odpowiedzialności dzięki wykazaniu prawdziwości przedstawianej treści oraz ocenę winy przez ławę przysięgłych. W sprawie Zengera ława za namową obrońcy zignorowała dotychczasowe prawo i uniewinniła oskarżonego⁹⁴. Federaliści, uchwalając *Sedition Act*, powoływali się właśnie na to, że liberalizują wymogi prawne i kodyfikują sposób oceny wywrotowych zniesławień zapoczątkowany w 1735 r.

Uchwaleniu I poprawki nie towarzyszyły pogłębione dyskusje doktrynalne o sferze wolności wypowiedzi. Dyskusja na temat faktycznego znaczenia tego przepisu i motywacji jego twórców toczyła się z wigorem w amerykańskiej nauce pod koniec XX w.⁹⁵ Można jednak stwierdzić, że środowisko Federalistów akceptowało pogląd Blackstone'a, iż karanie za wywrotowe zniesławienia nie narusza wolności prasy, a zatem nie narusza też I poprawki. Taką argumentację przedstawiono jeszcze przed uchwaleniem *Sedition Act*. W zdarzeniach z 1794 i 1797 r., dotyczących zniesławień wymierzonych w ambasadorów (odpowiednio brytyjskiego i hiszpańskiego), prokuratorzy generalni jasno opowiadali się za możliwością egzekwowania odpowiedzialności za wywrotowe zniesławienie. Broniąc *Sedition Act*, Federaliści wprost powoływali się na Blackstone'a, twierdząc, że wolność prasy nie zwalnia z odpowiedzialności karnej za opublikowane treści, a zatem nie zwalnia z niej także I poprawka⁹⁶. Komentujący uchwalenie *Bill of Rights* Akhil Reed Amar nazwał ich przyjęcie „ogromnym aktem wyrzeczenia”⁹⁷ ze strony pierwszego Kongresu. Przy odpowiedniej interpretacji, którą zaprezentowano na potrzeby *Sedition Act*, owo wyrzeczenie nie okazało się, jak widać, tak dotkliwie dla legislatorów.

Stanowisko Federalistów zgodne było z ich pojmowaniem demokracji przedstawicielskiej. Przypomnijmy argumenty używane przez tych duchowych arystokratów amerykańskiej niepodległości. Tak w 1798 r. kongresman Otis mówił o tym, że forum prasowe jest nieodpowiednie do debaty publicznej:

Czy konieczne jest zezwalanie anonimowym i nieodpowiedzialnym oskarżycielom na ciągnięcie przed trybunał opinii publicznej ludzi sprawujących urzędy pod fałszywymi i bezpodstawnymi zarzutami? Istnieje szesnaście legislatur w Stanach Zjednoczonych, w których badać można wszystkie środki podejmowane przez rząd. Istnieją dwie Izby Kongresu, w których można dać upust wszystkim oskarżeniom i podejrzeniom, i gdzie to można bez ograniczeń wyrażać naszą zawiść i uprzedzenia.

⁹⁴ Zob. obszernie D. Jenkins, *The Sedition Act of 1798...*, s. 161-166.

⁹⁵ Obszernie polemiki te przedstawia David M. Rabban w tekście recenzyjnym *The Ahistorical Historian: Leonard Levy on Freedom of Expression in Early American History*, „Stanford Law Review” 1985, vol. 37, no. 3, <http://dx.doi.org/10.2307/1228715>, s. 795 i n.

⁹⁶ Odpowiednie wypowiedzi przedstawia A.H. Garrison, *The Internal Security Acts of 1798...*, s. 20-21.

⁹⁷ A.R. Amar, *America's Constitution. A Biography*, New York 2006, s. 317.

Pewien Federalista i dziennikarz ujął tę kwestię mocniej, przyrównując kluby Republikańców do „bandy nocnych zbójców, nazywających się ludem i zabierających publiczny skarbiec pod pretekstem tego, że jest własnością ludu”. Jak dodał, taka banda byłaby mniej szkodliwa od klubów republikańskich, gdyż zbójcy okradliby jedynie wspólnotę z bogactwa, a Republikanie niszczą pokój, bezpieczeństwo i szczęśliwość⁹⁸. Liczne takie wypowiedzi podsumowuje James P. Martin stwierdzeniem, że Federaliści wierzyli w wolność wypowiedzi, ale w sposób, który jest przeciwieństwem współczesnego rozumienia I poprawki. Krytyka władz była dla nich dopuszczalna, ale niedopuszczalne było podważanie prawa legislatorów do wypowiadania się w imieniu amerykańskiego ludu⁹⁹. W tym ujęciu więc, odwrotnie niż obecnie, ludzie władzy podlegali dalece większej ochronie przed krytyką niż osoby prywatne.

Biorąc pod uwagę takie przewrotne, z dzisiejszej perspektywy, postrzeganie przez Federalistów swej relacji z ludem, za uproszczenie uważam uwagę Akhila Reeda Amara, iż co prawda pierwotna Konstytucja nie wyrażała wprost tezy, że obywatele amerykańscy będą bardziej wolni od poddanych w monarchii brytyjskiej, ale była to logiczna implikacja przenikającej całą Konstytucję zasady suwerenności powszechnej:

Nie wszyscy w okresie założycielskim rozumieli początkowo logiczne implikacje nowego ustroju amerykańskiego. Ten powszechny brak zrozumienia pomaga wyjaśnić, dlaczego tak wielu wczesnych kongresmanów głosowało za ustawą *Sedition Act 1798*. Ludzie, którzy przeżywają rewolucję, nie zawsze od razu uświadamiają sobie, czego właśnie dokonali¹⁰⁰.

Taka ocena jest wyrazem biorącej często górę wśród amerykańskich badaczy wiary w to, że Konstytucja i jej interpretacja jest ostatecznie przedsięwzięciem prowadzącym nieodmiennie do pozytywnych rezultatów, a wszystkie oczywiste ułomności, takie jak prześladowanie opozycji politycznej, mogą być w oswojony sposób wpisane w projekt konstytucyjny jako elementy jego doskonalenia. Nic nie wskazuje na to, że Federaliści będący zwolennikami ścigania za działalność wywrotową po prostu nie rozumieli, co kilka lat wcześniej uchwalili, oszołomieni swymi rewolucyjnymi dokonaniem. Ich wizja ustrojowa była spójna i logiczna, a wywyższony konstytucyjnie lud stanowić miał dogodną abstrakcję, reprezentowaną w praktyce przez światło elity. Skądinąd Akhil Reed Amar bardzo trafnie zauważa, że przyjęcie XIX poprawki w 1920 r., gwarantującej prawa wyborcze kobiet, co najmniej w pewnym zakresie i być może niezamierzenie podważa

⁹⁸ Wypowiedzi przytoczone za: J.P. Martin, *When Repression...*, s. 136-139.

⁹⁹ *Ibidem*, s. 169-170.

¹⁰⁰ A.R. Amar, *America's Unwritten Constitution. The Precedents and Principles We Live By*, New York 2015, s. 286.

logicznie legitymację demokratyczną ustroju sprzed tej poprawki, kiedy kobiety były wyłączone z „We the People”¹⁰¹.

Jak to syntetyzuje Alan Taylor, spór między Federalistami a Republikanami dotyczył tego, ile demokracji jest niezbędne do utrzymania ustroju republikańskiego. Federaliści uważali się za paternalistycznych „ojców ludu”, a Republikanie przedstawiali się jako „przyjaciele ludu”. Federaliści uważali, że stabilność ustrojową mogą zapewnić jedynie rządy elity, otaczanej szacunkiem przez pospółstwo, a szacunek ten wymagał prawnego zabezpieczenia przed rozwiązłą krytyką. Nierówność społeczna była wpisana w projekt Federalistów. Jeden z nich tłumaczył, że muszą istnieć rządzący i poddani, panowie i słudzy, bogaci i biedni. Wśród Republikanów nie brakowało zamożnych plantatorów z Wirginii i prawników z Nowego Jorku, ale odwoływali się oni do klasowych resentymentów pospółstwa i przedstawiali swych oponentów jako wpływowych bogaczy. Republikanie twierdzili, że rewolucja nie została zakończona, i obiecywali, że po odsunięciu pasożytniczych Federalistów od władzy stworzą społeczeństwo równych szans i szczęśliwej przeciętności, bez przywilejów dla elit. Zapowiadało to tzw. rewolucję z 1800 r. Intrygującym aspektem tych sporów, promieniującym przez długie lata, było krzewienie przez Republikanów, zwłaszcza z Południa, solidarności rasowej. Równi mieli być biali mężczyźni. W paternalistycznej polityce Federalistów była większa gotowość do obejmowania pewną opieką czarnych pracowników oraz indiańskich tubylców. W demokratycznej wizji Republikanów ich oponenti podważali w ten sposób supremację białej rasy¹⁰².

Takie elitarystyczne pojmowanie demokracji przedstawicielskiej i roli opozycji nie pozwalało Federalistom na przyjęcie argumentacji Jamesa Madisona, politycznego ojca dziesięciu poprawek zawartych w deklaracji praw. Kwestionując pogląd, że wolność prasy zapewnia wystarczająco zakaz cenzury prewencyjnej, i polemizując z poglądami Blackstone’a, tłumaczył on, że „prawo nakładające kary za publikacje ogłoszone drukiem będzie miało podobny skutek do prawa zezwalającego na uprzednie ograniczenia wobec takich publikacji. Kpiną jest stwierdzenie, że nie wolno uchwalić przepisów zapobiegających publikacji, ale wolno uchwalić przepisy przewidujące kary, gdy do publikacji dojdzie”¹⁰³.

Historia przyznała całkowicie rację Madisonowi. Ustawa o działalności wywrotowej z 1798 r. została po latach powszechnie potępiona przez prawników, historyków, politologów i licznych sędziów jako akt naruszający podstawowe zasady konstytucyjne. Ekspiację wyraził też Kongres, który jeszcze w latach 1840-1844 podjął się zwrócenia grzywnien wyegzekwowanych na mocy *Sedition Act*. Dla Federalistów zapewne najbardziej dotkliwy był jednak bezpośredni skutek wyborczy. Pomimo uzasadnianych dobrem państwa represji wymierzonych w opozycję przegrali oni wybory parlamentarne i prezydenckie.

¹⁰¹ *Ibidem*, s. 279.

¹⁰² A. Taylor, *American Revolutions...*, s. 410-411.

¹⁰³ Cyt. za: A.H. Garrison, *The Internal Security Acts of 1798...*, s. 22.

Wizja demokracji w wydaniu Federalistów została ostatecznie odrzucona, ale tuż po uchwaleniu *Sedition Act*, a nawet nieco wcześniej, do działania przystąpili federalistyczni prokuratorzy i sędziowie. Argument, iż ustawa ta była wyrazem liberalizacji prawa, miał pewne podstawy, ale osobnym zagadnieniem był sposób, w jaki jej przepisy stosowały władze zdominowane przez Federalistów.

Trzeba w tym miejscu zaznaczyć, że opór przeciwko czterem ustawom zwanym *Alien and Sedition Acts* od początku miał wymiar konstytucyjny. Relacjonujący przebieg wydarzeń z tego okresu Larry D. Kramer podaje, że w Kentucky i Stanach Środkowoatlantyckich, m.in. w Wirginii, odbywały się publiczne zgromadzenia, na których kontrowersyjne ustawy uznawano za nieważne. Oddział milicji jednego z okręgów Wirginii zapowiedział, że nie będzie uczestniczył w egzekwowaniu tych przepisów, podobnie regiment z Kentucky postanowił, że nie podporządkuje się tym ustawom, będącym naruszeniem Konstytucji i praw naturalnych. Federaliści odpowiadali na to, że ocena konstytucyjności leży wyłącznie w gestii sądów¹⁰⁴. To stanowisko Federalistów nie powinno być tu rozumiane jako wyraz rozwiniętej teorii kontroli konstytucyjności prawa, ale raczej – jak pokazały dalsze wypadki – była to próba przeniesienia przez nich sporu na forum, na którym mogli czuć się najpewniej, korzystając z dominacji swego środowiska w systemie federalnego sądownictwa. Tezę Federalistów o właściwości sądów w tym sporze odrzucali Republikanie, uważający, że ostatecznym arbitrem konstytucyjności jest lud wypowiedający się w formule powszechnego konstytucjonalizmu, także poprzez władze stanowe.

Prasa była dobrze wybranym przez Federalistów celem ataku. W *Deklaracji praw Wirginii* z 1776 r. czytamy w paragrafie 12: „Wolność prasy jest jednym z wielkich bastionów wolności i nie może być nigdy ograniczana; jej ograniczeń dokonują tylko rządy despotyczne”¹⁰⁵. W latach 90. XVIII w. Amerykanie stali się największą na świecie społecznością czytelników prasy. Jej rolę w kształtowaniu opinii publicznej dostrzegał m.in. James Madison, pisząc w 1791 r., że jest to medium zapewniające powszechną zmianę nastrojów społecznych¹⁰⁶.

W świetle przytoczonych powyżej wypowiedzi Federalistów na temat szkodliwości pozaparlamentarnych wypowiedzi politycznych nie zaskoczy informacja, że zlekceważyli oni (w przeciwieństwie do Republikanów) znaczenie tytułów prasowych. Uważali, że mają przyrodzone prawo do rządzenia, które nie wymaga wsparcia demagogicznymi zabiegami polegającymi na pobudzaniu reakcji opinii publicznej. Istniejące tytuły prasowe o sympatiach federalistycznych nie angażowały się więc tak mocno w politykę partyjną

¹⁰⁴ Zob. L.D. Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York 2004, s. 4-5.

¹⁰⁵ P. Sarnecki, *Najstarsze konstytucje z końca XVIII i I połowy XIX wieku*, Warszawa 1997, s. 12.

¹⁰⁶ G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 251.

jak prasa republikańska¹⁰⁷. Ta zaś, jak zorientowali się Federaliści, mogła skutecznie wpływać na postawy społeczne i podważać dotychczasowy porządek. Prokurator generalny, Charles Lee, postać ważna w tym wywodzie, ponieważ reprezentująca powodów w dwóch kluczowych sprawach rozstrzygniętych przez Sąd Najwyższy w 1803 r., tak moralizująco pisał w 1797 r. do sekretarza stanu w administracji Adamsa: „(...) trzeba przyznać, że w wielu przypadkach rozwiązłość prasy wzięła górę w naszym kraju. Ważne jest zrozumienie tej kwestii, gdy uwzględni się, że (...) opinia publiczna w dużym stopniu kierowana jest przez prasę”¹⁰⁸.

Prześladowania opozycji republikańskiej przez władze federalistyczne rozpoczęły się jeszcze przed uchwaleniem *Sedition Act*. W 1797 r. próbowano wszcząć postępowanie przeciwko kongresmanowi republikańskiemu Samuelowi Cabellowi za to, że w listach do wyborców krytykował prezydenta Adamsa. W 1798 r., tuż przed uchwaleniem ustawy, oskarżono o wywrotowe zniesławienie wydawców prasy, Benjamina Franklina Bache'a i Johna Daly'ego Burka¹⁰⁹. Bache, zwany Piorunochronem Juniorem, był wnukiem Benjamina Franklina i wydawcą czołowego pisma Republikanów „Philadelphia Aurora”. Kpił z prezydenta Adamsa, który chciał, aby stosowano wobec niego pompatyczny tytuł „Jego Wysokość, Prezydent Stanów Zjednoczonych i Protektor ich praw”. W odpowiedzi Bache propagował tytuł „Jego Pulchność”¹¹⁰. Przed rozpoczęciem procesu Bache zmarł na żółtą febrę, a Burk zgodził się na opuszczenie kraju w zamian za odstąpienie od zarzutów, ostatecznie pozostając w ukryciu na terenie Stanów Zjednoczonych¹¹¹.

Te pierwsze próby poskromienia opozycjonistów działających na rynku prasowym były możliwe, ponieważ Federaliści rozwijali równolegle teorię federalnego *common law*¹¹², szczególnie w zakresie prawa karnego. W latach 90. XVIII w. Sędziowie Sądu Najwyższego orzekający w sądach okręgowych przyjmowali, że sądy federalne mogą wymierzać kary za pewne kategorie przestępstw (m.in. wywrotowe zniesławienie, zakłócenie porządku publicznego, przekupstwo funkcjonariusza federalnego), które nie były objęte ustawami Kongresu, ale które były rozpoznawane w *common law*. Stanowisko to było gorąco zwalczane przez stronników Jeffersona, którzy słusznie obawiali się, że sądy federalne egzekwujące kary bez podstawy ustawowej będą stosowały owo federalne *common law* jako narzędzie do walki z opozycją¹¹³. Ponadto Republikanie uważali, że stosowanie przez sędziów federalnych *common law* w połączeniu z możliwością regulowania przez Kongres działalności tychże sędziów oznacza, że Kongres będzie mógł stanowić ustawy

¹⁰⁷ Zob. *ibidem*, s. 253-255.

¹⁰⁸ Cyt. za: A.H. Garrison, *The Internal Security Acts of 1798...*, s. 6.

¹⁰⁹ D. Jenkins, *The Sedition Act of 1798...*, s. 188.

¹¹⁰ J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 50.

¹¹¹ D. Jenkins, *The Sedition Act of 1798...*, s. 188.

¹¹² Obszernie zagadnienie to objaśnia Stewart Jay w tekście *Origins of Federal Common Law. Part One*, „University of Pennsylvania Law Review” 1985, vol. 133, no. 5, s. 1003 i n.

¹¹³ G.E. White, *Law in American History*, vol. 1, s. 230.

we wszystkich kwestiach, których dotyczyło *common law*. Ponieważ zaś *common law* miało nieograniczony zasięg, oznaczać to musiało brak ograniczeń władzy federalnej, sprzecznie z zawartym w artykule I Konstytucji wyliczeniem kompetencji przekazanych władzy federalnej¹¹⁴. W odpowiedzi na to Oliver Ellsworth, Prezes Sądu Najwyższego w latach 1796-1800, pouczył pewnego razu ławę przysięgłych w sądzie okręgowym, że dopuszczalność stosowania federalnego *common law* ma podstawę w Konstytucji, która zawiera częste odniesienia do *common law* jako żywego kodeksu sprowadzonego z „kraju naszych przodków”. Autorzy tomu o historii Sądu Najwyższego w cięty sposób skomentowali, że niewiele w tym prawdy, Konstytucja nie wspomina bowiem o *common law*, a Anglia nie była krajem pochodzenia dwóch kolegów Ellswortha w Sądzie – William Paterson był Irlandczykiem, a James Wilson Szkotem¹¹⁵. Perfidia argumentacji i postępowania Federalistów w zakresie wywrotowego zniesławienia polegała na tym, że utrzymywali, iż obowiązuje federalne *common law*, które pozwala im na ściganie domniemyanych przestępców, zwłaszcza ludzi prasy, bez podstawy ustawowej. Ustawę *Sedition Act* przedstawiali jako dobrodusze złagodzenie rygorów przewidzianych w rzekomym federalnym *common law*. Następnie zaś lekceważyli w sądach te złagodzone przepisy.

Jak akcentuje to Larry D. Kramer, ustawy o cudzoziemcach i działalności wywrotowej były formalnym i prawnym wyrazem kulturowej wojny prowadzonej przez Federalistów przeciwko dyskursowi demokratycznemu. Jeden z ówczesnych skrajnych Federalistów, Benjamin Rush, wyraził to stanowisko w słowach: „Często mówi się, że władza suwerenna i wszelka inna spoczywa w ludzie. Ta idea jest niefortunnie wyrażona. Powinno być – wszelka władza wywodzi się z ludu. Posiadają ją tylko w dniu wyborów. Po tym staje się ona własnością rządzących nimi, lud nie może z niej korzystać ani jej odzyskać, chyba że zostałaby nadużyta”. Federaliści uważali, że posiadają przyrodzone prawo do rządzenia, wynikające z ich bogactwa, manier, wykształcenia i charakteru. Lud miał posłusznie podążać za oświeconymi liderami, niedopuszczalne było kwestionowanie ich decyzji przez sklepikarzy czy rolników¹¹⁶. Różnica w statusie społecznym między rządzącymi Federalistami a pobudzonym do działalności „wywrotowej” pospółstwem była oczywista. Według badań Carla E. Prince’a na temat Federalistów usuniętych na różne sposoby ze stanowisk przez prezydenta Jeffersona w latach 1801-1805, tylko 8% z nich stanowili rzemieślnicy lub rolnicy, reszta zajmowała znacznie wyższą pozycję społeczną, najwięcej było prawników (30%) i kupców (20%). Połowa tej grupy urodziła się w dawnych arystokratycznych rodach amerykańskich lub była z nimi spokrewniona¹¹⁷.

¹¹⁴ L.A. Powe Jr., *The Supreme Court and the American Elite...*, s. 38-39.

¹¹⁵ P.Ch. Hoffer, W. Hull Hoffer, N.E.H. Hull, *The Supreme Court. An Essential History*, Lawrence 2007, s. 47.

¹¹⁶ L.D. Kramer, *The People Themselves...*, s. 128-129.

¹¹⁷ Zob. C.E. Prince, *The Passing of the Aristocracy. Jefferson's Removal of the Federalists, 1801-1805*, „The Journal of American History” 1970, vol. 57, no. 3, <http://dx.doi.org/10.2307/1917975>, s. 573-574.

Federalistyczna elita rządząca skłonna była rozpatrywać co najwyżej pokorne petycje pospółstwa, któremu światłe przewodziła. Gdy w odpowiedzi na ataki Republikanów Federaliści rozpoczęli kampanię propagandową na rzecz poparcia dla traktatu Jaya, zapewniającego pokój ze Zjednoczonym Królestwem, w ich szeregach odczuwalny był absmak. Odwoływanie się do ludu poza okresem wyborczym określono jako „bad business all around”, całkowicie złe posunięcie. Dlatego histerycznie reagowali Federaliści na wieści z Francji o szerzącym się tam rewolucyjnym terrorze. Utwierdzało ich to w przekonaniu, że obywatele muszą okazywać szacunek, uległość i posłuszeństwo ustanowionym władzom¹¹⁸. Przypomnę postulat wyrażony bezpośrednio w zbiorze *Federalista*. Lud miał być „całkowicie wyłączony” z codziennej polityki i w tym sensie istotnie próby pozyskiwania poparcia politycznego poza okresem wyborów były odstąpieniem od mentorstwa Publius’a i wspomnianym „całkowicie złym ruchem”.

James P. Martin słusznie podkreśla, że Federaliści odrzucali to, co dziś nazwalibyśmy współczesnymi procesami demokratycznymi, ponieważ odrzucali cały konceptualny kontekst nadający tym procesom znaczenie. Według nich społeczeństwo zleciło politykom zajmowanie się deliberacją, więc miało się nie angażować w powszednią działalność polityczną, co we współczesnym języku nazwalibyśmy odrzuceniem idei społeczeństwa obywatelskiego¹¹⁹.

W reakcjach Amerykanów na terror we Francji można przy tym dostrzec intrygujący element samowiedzy, na który zwraca uwagę Hannah Arendt. Myślicielka ta napisała, że doniesienia o rewolucyjnym terrorze budziły w Stanach Zjednoczonych o wiele większą grozę i niechęć niż w Europie, co można wytłumaczyć lepszą znajomością gwałtu i bezprawia w kraju bądź co bądź kolonialnym, w którym ścieżki przez dzicz przecierał na ogół najbardziej występny element ludzki¹²⁰. Drobnym tylko tego przejawem niech będzie list generała Nathanaela Greene’a, kierującego w czasie wojny rewolucyjnej działaniami na Południu, który opisywał Jeffersonowi napad swego oddziału na lojalistów: „Urządzili im straszną rzeź, zginęła ich ponad setka, z czego większość rozsieczono na kawałki. Miało to bardzo dobry wpływ na niechętnie usposobionych, których wciąż zbyt wiele jest w tym kraju”¹²¹. Amerykanie mieli powody, żeby najbardziej obawiać się siebie samych, ponownie *the people themselves*.

Oczekiwanie posłuszeństwa ze strony całkowicie wyłączonego z bieżącej polityki ludu było zresztą całkiem racjonalnym oczekiwaniem, wyrastającym nie tylko z wielowiekowej tradycji uporządkowanej struktury społecznej istniejącej w macierzystej kulturowo i zwykle biograficznie Anglii, ale też z bardzo niedawnych doświadczeń Federalistów.

¹¹⁸ L.D. Kramer, *The People Themselves...*, s. 129-130.

¹¹⁹ J.P. Martin, *When Repression...*, s. 142.

¹²⁰ H. Arendt, *O rewolucji*, tłum. M. Godyń, Kraków 1991, s. 92-93.

¹²¹ H. Zinn, *Ludowa historia Stanów Zjednoczonych. Od roku 1492 do dziś*, tłum. A. Wojtasik, Warszawa 2016, s. 127.

Otóż, jak podaje Michael J. Klarman, w trakcie debaty nad ratyfikacją Konstytucji w bezpośrednich polemikach Antyfederaliści często poddawali się bez walki. Prowincjonalni i niewyrobieni przeciwnicy Konstytucji nie czuli się na tyle pewnie, żeby otwarcie występować przeciwko zamożnym, lepiej wykształconym, elokwentnym Federalistom. Antyfederaliści wyraźnie czuli wobec nich respekt i niechętnie kwestionowali otwarcie pomysły przedstawicieli wyższej warstwy społecznej. Obrady podczas części konwencji ratyfikacyjnych były więc jednostronne, spłoszeni Antyfederaliści milczeli. Dobrym przejawem tej kulturowej i społecznej dominacji obozu zwolenników Konstytucji było to, że jej przeciwnicy śmielej wyrażali się w prasie pod osłoną anonimowości, wyzwalać się w ten sposób z oczekiwanego wyrażania poszanowania dla elity społecznej. Z tego samego powodu część kontrolowanych przez Federalistów tytułów prasowych odmawiała przyjmowania anonimowych wypowiedzi¹²². Wykorzystywanie kulturowej dominacji ukazuje dobrze nieco wcześniejszy epizod, kiedy w 1774 r. grupa patriotów w Wirginii starała się mobilizować masy do poparcia bostończyków w ich oporze przeciwko Brytyjczykom. W okręgu Princess Anne odbyły się zebrania mieszkańców, na których nakłaniano do składania podpisów poparcia pod rezolucjami. W środowisku, w którym nie posługiwano się powszechnie dokumentami pisemnymi, gentlemani sporządzili tekst rezolucji nie w języku angielskim, lecz w literackiej łacinie. Odczytywany ceremonialnie tekst przedkładano następnie do podpisu, piętnując próby wyłamania się. Jedyń lokalny dysydent został przez komisję okręgową obwołany publicznie wrogiem sprawy amerykańskiej¹²³.

Podobnie wyglądało to w latach 80. XVIII w. w Pensylwanii. Czynnikiem kulturowym utrudniającym na arenie politycznej opór prostego ludu wobec katastrofalnej w skutkach polityki gospodarczej prowadzonej przez zamożne elity było to, że od kandydowania do lokalnego zgromadzenia odstręczały prostych farmerów tworzone przez to ciało akty prawne formułowane w skomplikowanym prawniczym żargonie, *legalese*, które dla rolników wyglądały jak dokumenty w obcym języku. Na domiar złego w prasie publikowano onieśmielające zapisy debat w legislaturze, w których wykształceni gentlemani wdawali się w szermierkę słowną z użyciem wielosylabowych, wymyślnych słów, odniesień do historii starożytnej i cytatów łacińskich. Wszystko to zaś w gąszczu parlamentarnych procedur. Ci, których elity traktowały jak prostych kmotków, musieli wykazać się sporym hartem ducha, żeby ryzykować ośmieszenie w tak niesprzyjającym środowisku, zwłaszcza że wystąpienie przeciwko lokalnym możnym groziło szykanami towarzyskimi i gospodarczymi, przede wszystkim odcięciem od kredytów. Krytyka

¹²² M.J. Klarman, *The Framers' Coup. The Making of the United States Constitution*, New York 2016, s. 410-411.

¹²³ R. Isaac, *The Transformation of Virginia, 1740-1790*, New York 1988, s. 249.

formułowana w kampaniach wyborczych bywała też traktowana przez gentlemanów jako zniewaga i mogła kończyć się wymierzoną przez sąd grzywną¹²⁴.

Z nieco innej perspektywy naświetla kwestię udziału Antyfederalistów w debacie ratyfikacyjnej James T. Kloppenberg, twierdząc, że nie ufali oni elokwencji swoich lepiej wykształconych i zamożniejszych oponentów, a przyjęta w Filadelfii wbrew pełnomocnictwom Konstytucja pokazywała im niebezpieczeństwa płynące ze swobodnej dyskusji. Woleli zatem szybko głosować, zamiast oddawać się debatom, podczas których w milczeniu kipieli ze złości¹²⁵.

Jednakże po ratyfikacji Federaliści zorientowali się, że opierając się na wykonywanej przez Madisona suwerenności ludu amerykańskiego, wyzwolili żywioły, nad którymi nie mogli zapanować. A przecież, jak objaśnia Stanisław Filipowicz, w XVIII w. dla większości republikanów łąający buty lub garnki czy rybacy nie byli prawdziwym ludem, lecz szumowinami, stosownie więc do tego gloryfikująca suwerenną władzę ludu rewolucja amerykańska starała się zarazem usunąć lud z pola widzenia¹²⁶. Edmund S. Morgan wyjaśnia, że pod fikcją suwerenności ludu kryła się jeszcze starsza fikcja równości ludzi. Jeśli suwerenny lud zachowywał w niesprecyzowany sposób możliwość samodzielnego działania, na co ochoczo powoływały się frakcje w elitach władzy opozycyjne wobec aktualnie dominującej strony, a przekazujący władzę przedstawicielom lud w zamierzonym akcie wychodzenia ze stanu natury pozostawał równy, to suwerenny lud nadal pozostawał równy, gdyby tylko zapragnął wykonywać swą władzę. Takie przeprowadzenie było niepokojące dla angielskich elit władzy, które powoływały się na suwerenność ludu tylko po to, by zapewnić własne wywyższenie. W Anglii nietrudno było jednak utrzymywać tradycyjną strukturę społeczną i poskramiać egalitarne następstwa suwerenności ludu, z uwagi na długotrwałe nawyki utrzymywania mas w posłuszeństwie, a także m.in. z powodu ograniczonej dostępności ziem, którymi władanie stanowiło podstawę statusu społecznego. Jednakże doktryna suwerenności ludu, choć nadal pozwalała nielicznym na rządy nad masami, nie przesądzała wcale, kto może należeć do owych nielicznych. Tymczasem w Ameryce warstwy społeczne, sort lepszy od gorszego, nie były tak wyraźnie rozdzielone, ziemia była łatwo dostępna, fortuny rodziły się i w burzliwych czasach przepadały, a etyka protestancka sprawiała, że bogaci i biedni byli podobniejsi do siebie niż w Anglii; zwłaszcza na Południu kluczowymi atrybutami zacierającymi różnice były białe kolor skóry i status wolnego człowieka. W Ameryce już przed wojną rewolucyjną wysoka pozycja polityczna zaczęła odrywać się od tradycyjnego statusu społecznego¹²⁷. W XVIII w. odsetek uprawnionych do głosowania w Anglii spadł z około 23% do 17%,

¹²⁴ T. Bouton, *Taming Democracy. „The People”, the Founders, and the Troubled Ending of the American Revolution*, New York 2009, s. 130-131.

¹²⁵ J.T. Kloppenberg, *Toward Democracy...*, s. 424.

¹²⁶ S. Filipowicz, *Pochwała rozumu i cnoty. Republikańskie credo Ameryki*, Kraków 1997, s. 41-42.

¹²⁷ Zob. E.S. Morgan, *Inventing the People...*, s. 288-295

tymczasem w koloniach tak wielu ludzi posiadało ziemię, że liczba dorosłych białych mężczyzn uprawnionych do głosowania wynosiła od 50% do nawet 75% w częściach Wirginii, Pensylwanii i Nowej Anglii¹²⁸.

W latach 90. XVIII w. Federaliści poczułi zagrożenie ze strony ludu, który część tego środowiska w poprzedzającej dekadzie instrumentalnie wyemancypowała i w swej Konstytucji postawiła na piedestale. Propaganda Federalistów szczególnie mocno atakowała więc Thomasa Jeffersona w 1796 r. (wtedy skutecznie) i w 1800 r., gdy ośmielał się on wystąpić w wyborach prezydenckich przeciwko predysponowanym do rządzenia kandydatom Federalistów. Był on bowiem główną postacią ruchu odwołującego się do mas, co dla Federalistów oznaczało próby naruszenia ładu społecznego i dążenie do stworzenia despotycznej większości demokratycznej, wypowiadającej posłuszeństwo kontynuatorom George'a Washingtona. Na wymownej rycinie kolportowanej w 1800 r., pod tytułem *Opatrzność demaskuje*, amerykański orzeł spada z impetem z boskiego oka w niebiesiech na Jeffersona, któremu wypada z dłoni list do Mazzeiego (przypomnijmy słowa Johna Marshalla: zasady moralne autora tego listu, krytykującego Washingtona, nie mogą być czyste). Orzeł szponami atakuje Jeffersona, wyrывая mu z dłoni dokument zatytułowany *Konstytucja i niepodległość Ameryki*, który Jefferson miał właśnie spalić na „Ołtarzu galijskiego despotyzmu”, na którym ogień podtrzymywany jest przez ateistyczne i francuskie pisma, m.in. Rousseau, Godwina i Paine'a, oraz przez egzemplarz pisma „Aurora”. Prezentujący ten rysunek i inne przykłady propagandy federalistycznej Charles O. Lerche Jr. napisał, że kampania wymierzona przeciwko Jeffersonowi była prowadzona z pomysłowością i zręcznością podobną do dokonania „Herr Goebbelsa”¹²⁹. Słowa te zostały opublikowane w 1948 r., więc stanowiły tym mocniejsze oskarżenie praktyk Federalistów.

W wyniku niechętnego stosunku Federalistów do impulsów demokratycznych Konstytucja federalna pozostaje wyjątkiem na tle amerykańskich konstytucji stanowych, które wykorzystują różne formy demokracji bezpośredniej. Rozwijający tę uwagę Sanford Levinson wskazuje, że Konstytucja federalna została uchwalona i ratyfikowana praktycznie w ostatnim momencie, kiedy można było pozyskać akceptację dla aktu całkowicie odrzucającego demokrację bezpośrednią¹³⁰. Wspomnijmy jeszcze klasyczne ujęcie przez Clintona Rossitera założeń, na których opiera się omawianie amerykańskiej polityki demokratycznej: „Nie ma Ameryki bez demokracji, nie ma demokracji bez polityki, nie ma polityki bez partii, nie ma partii bez kompromisu i umiarkowania”¹³¹.

¹²⁸ J.T. Kloppenberg, *Toward Democracy...*, s. 186.

¹²⁹ Ch.O. Lerche Jr., *Jefferson and the Election of 1800. A Case Study in the Political Smear*, „The William and Mary Quarterly” 1948, vol. 5, no. 5, <http://dx.doi.org/10.2307/1920636>, s. 471.

¹³⁰ S. Levinson, *Framed. America's Fifty-One Constitutions and the Crisis of Governance*, New York 2012, s. 121.

¹³¹ C. Rossiter, *Parties and Politics in America*, Ithaca, NY 1974, s. 1.

Uderzające i pouczające, jak zupełnie odmienna była wizja ustrojowa twórców Konstytucji, dzierżących następnie władzę przez kilkanaście lat. Amerykańska Konstytucja była tak niedemokratyczna, jak to było w ówczesnych warunkach możliwe. Partie, czyli facje, uznane były za wielkie zagrożenie dla stabilności państwa. Zamiast kompromisu i umiarkowania były powszechne oskarżenia oponentów politycznych o zdradę i prześladowania ich ze strony aparatu represji. Politykę zaś całkiem skutecznie tłumić miało proste kryterium aprobaty George'a Washingtona lub jej braku.

Postać Washingtona zamroziła w pewnym zakresie kształtowanie się praktyki ustrojowej w początkowym okresie istnienia amerykańskiej republiki. W trakcie obrad w Filadelfii jedynym realnym wyborem była jakaś postać systemu prezydenckiego, uważa Levinson, ponieważ model parlamentarny dopiero się wówczas kształtował w państwie brytyjskim i nie istniały partie polityczne we współczesnym sensie¹³². Notabene w latach 80. XVIII w. przewodniczący Kongresu Kontynentalnego Nathaniel Gorham (Ghorum) miał sondować księcia Henryka z Prus, czy zgodzi się zostać królem Ameryki¹³³. W trakcie uchwalania Konstytucji wiadano, że projektowanym prezydentem nie zostanie nikt inny jak Washington. Ten zaś w praktyce, jak już wspominałem, pełnił urząd jako republikański monarcha. Podczas publicznych wystąpień tytułowano go „Ekscelencją”, a orkiestry czasami grały na jego cześć brytyjski hymn *Boże, chroń Króla*. Towarzysz broni Washingtona i późniejszy sekretarz wojny, James McHenry, jeszcze przed inauguracją napisał do Washingtona: „Jest pan teraz królem, tylko pod inną nazwą”¹³⁴. Ta ocena w niemałym stopniu zachowuje aktualność po dziś dzień. Sanford Levinson, analizujący antydemokratyczne rozwiązania Konstytucji ze współczesnej perspektywy, zwłaszcza w zestawieniu z praktyką brytyjską, napisał, że amerykański prezydent jako najwyższy organ władzy wykonawczej i głowa państwa nabrał charakteru monarszego, ponieważ Konstytucja służy infantylizowaniu podmiotu „My, (pełnoletni) lud”¹³⁵. Podczas debaty ratyfikacyjnej krytyka Washingtona była nie do pomyślenia i Antyfederaliści bardzo pilnowali, aby nie dać podstaw do zarzutu, że atakują człowieka, którego uważano za zbawcę Ameryki. Reprezentatywną odpowiedzią na okazjonalne wystąpienia wykraczające poza tę polityczną etykietę była riposta w jednej z gazet, iż tylko „pozbawiony skrupułów potwór” mógłby insynuować, że Washington zaangażował się w projekt mogący podważyć wolności, o które przez 8 lat walczył¹³⁶. Obóz Federalistów zasadnie liczył na to, że argumentem sprzyjającym pozyskaniu poparcia dla ratyfikacji Konstytucji będzie to, że właśnie na podstawie tego aktu prezydentem Stanów Zjednoczonych

¹³² S. Levinson, *Framed...*, s. 179.

¹³³ W. Holton, *Unruly Americans and the Origins of the Constitution*, New York 2007, s. 179.

¹³⁴ A. Taylor, *American Revolutions...*, s. 396-397.

¹³⁵ S. Levinson, *Our Undemocratic Constitution. Where the Constitution Goes Wrong (And How We the People Can Correct It)*, New York 2006, s. 121.

¹³⁶ M.J. Klarman, *The Framers' Coup...*, s. 3.

zostanie powszechnie szanowany generał Washington¹³⁷. Urząd prezydenta w Konstytucji tworzono nie w abstrakcji, ale z uwzględnieniem objęcia go przez Washingtona, bez którego, stwierdza Akhil Reed Amar, „artykuł dotyczący prezydenta zostałby napisany w radykalnie odmienny sposób”. Powszechnie uważano, że z Washingtonem u steru nawet niedoskonały tekst Konstytucji może działać, natomiast bez niego nawet doskonale zaprojektowana nawa państwowa może zatonąć po zwodowaniu¹³⁸. Neal Devins sugeruje, że Washington był doskonale świadomy swego znaczenia i uważał, że utrzymując *decorum*, będzie mógł być efektywnym przywódcą, a przy okazji stanowić jednoosobową konwencję konstytucyjną¹³⁹.

W latach 1798-1800 dwadzieścia pięć osób zostało aresztowanych na podstawie ustawy o działalności wywrotowej, na podstawie *common law* lub na obu podstawach łącznie za oszczerce publikowanie czasopism i pamfletów, których celem było okrycie niesławą prezydenta lub rządu Stanów Zjednoczonych. Około połowy oskarżeń zakończyło się procesami, z których wszystkie doprowadziły do skazania oskarżonych¹⁴⁰. Represje ze strony Federalistów nie miały więc charakteru masowego, ale uderzały w znanych przedstawicieli środowiska wydawców prasy, jak już wiemy – prasy rozwiązłej, z nieskrywanym zamiarem uciszenia ich wszystkich. Sugestywna miała być zwłaszcza próba pociągnięcia do odpowiedzialności karnej najbardziej znanego wydawcy republikańskiego, Benjamina Franklina Bache’a, który prezentował w swym tytule pogląd, że prasa stanowi konstytucyjny środek kontroli nad postępowaniem urzędników państwowych, i który najbardziej przyczynił się do upolitycznienia prasy w latach 90. XVIII w. Prasa Republikańców, dostępna w gospodach, a nawet odczytywana publicznie, powodowała wzrost liczby członków tego stronnictwa, nadawała im tożsamość i poczucie przynależności do wspólnej sprawy¹⁴¹. Uderzenie Federalistów w opozycyjne tytuły prasowe było bardzo celne. Wszystkie pięć głównych czasopism Republikańców objęto postępowaniami, trzy z nich zmuszono do wstrzymania działalności, której dwa z tych czasopism już nie wznowiły¹⁴². Lekcją poglądową na temat stosowania *Sedition Act* stał się pierwszy proces na podstawie tej ustawy w sprawie *United States v. Matthew Lyon*. Porywczy Lyon, weteran Rewolucji, był wydawcą prasy, ale też członkiem Izby Reprezentantów. Oskarżono go o zniesławienie polegające na tym, że napisał i opublikował opinię, iż władza wykonawcza nie dba o sprawy publiczne, lecz zajmuje się poszerzaniem swej władzy, bezgranicznym łaknieniem niepoważnego przepychu, głupimi pochlebstwami i samolubną chciwością. Drugi zarzut dotyczył publikacji listu nadesłanego z Francji,

¹³⁷ *Ibidem*, s. 305.

¹³⁸ A.R. Amar, *America's Unwritten Constitution...*, s. 313.

¹³⁹ N. Devins, *The Constitutional Politics of Congress*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York 2015, s. 179.

¹⁴⁰ A.H. Garrison, *The Internal Security Acts of 1798...*, s. 8-9.

¹⁴¹ Zob. G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 252-253.

¹⁴² L.A. Powe Jr., *The Supreme Court and the American Elite...*, s. 37.

w którym mowa była o despotycznej mowie prezydenta Adamsa i w którym zawarto sugestię, że Kongres powinien zarządzić zamknięcie Adamsa w domu wariatów¹⁴³. Waga przytoczonych zarzutów była tak poważna, że Lyon został skazany, ale w trakcie kilku-miesięcznego pozbawienia wolności zdołał z sukcesem prowadzić kampanię wyborczą i zapewnić sobie ponowny wybór do Izby Reprezentantów.

Ciężar ustawy o działalności wywrotowej stał się oczywisty podczas kampanii przed wyborami prezydenckimi w 1800 r. James F. Simon tak przedstawia dylemat, przed jakim stanął Thomas Jefferson. Gdyby prześladowanie w sądach krytyków prezydentury Adamsa rozszerzało swój zasięg i nie spotykało się z oporem, nie pozwalałoby to na prowadzenie efektywnej kampanii przez Republikanów, których kandydatem na urząd prezydenta miał zostać Jefferson. Publiczne podważenie konstytucyjności *Sedition Act* przez wiceprezydenta Jeffersona groziło mu jednak oskarżeniem ze strony prokuratorów-Federalistów o naruszenie tej właśnie ustawy. Chodziło wszak o prawidłowo ogłoszony akt, którego kwestionowanie nosiło znamiona nikczemnego i fałszywego oskarżenia podmiotów sprawujących władzę¹⁴⁴. Jak już wiemy, za takie wywrotowe działanie przewidziano dwuletnią karę pozbawienia wolności, a wiceprezydentowi groził także *impeachment*.

Wspomniałem, że złagodzenie przepisów dotyczących wywrotowych zniesławień było iluzoryczne. Oskarżonym trudno było bowiem w praktyce korzystać z wprowadzonych w ustawie gwarancji procesowych. Dobrą ilustracją był tu proces przeciwko Thomasowi Cooperowi prowadzony przez Sędziego Sądu Najwyższego Samuela Chase'a, który zgłosił Washingtonowi pragnienie objęcia stanowiska w Sądzie, zanim jeszcze pierwszy Kongres ustalił liczbę takich stanowisk¹⁴⁵. Cooper krytykował prezydenta Adamsa, piętnując m.in. wykorzystywanie wywrotowego zniesławienia do zwalczania krytyki politycznej. Gdy sekretarz stanu Pickering przesłał prezydentowi artykuł Coopera, Adams odpisał, że takie zniesławienia i satyra to doprawdy bezprawie. Dodał też, że nie czytał bardziej podłego, przebiegłego i złośliwego zniesławienia. „Gardzę tym – zakończył – ale nie mam wątpliwości, że to zniesławienie wobec całego rządu, a jako takie musi być ścigane”¹⁴⁶.

W trakcie procesu oskarżony przytomnie bronił się, że nie może zostać skazany za publikowanie politycznej oceny sposobu, w jaki prezydent wypełnia swe obowiązki publiczne. Sędzia Chase zwrócił się do ławy przysięgłych w sposób niebudzący wątpliwości, że uważa Coopera za winnego. Stwierdził, iż wystarczającym dowodem winy Coopera jest to, że wyraził brak zaufania do prezydenta (*sic!*). Cooper zarzucał prezydentowi Adamsowi, że rozbudowuje flotę, zachęca do ustanowienia stałej armii i zaciąga kosztowne pożyczki. Chase stwierdził, że dowodem na fałszywość tych słów jest okoliczność, że takie decyzje wymagają wcześniejszej zgody Kongresu. Następnie Sędzia Chase pouczył

¹⁴³ J. Goebel Jr., *Antecedents...*, s. 638.

¹⁴⁴ J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 58.

¹⁴⁵ J.M. Sosin, *The Aristocracy of the Long Robe...*, s. 278.

¹⁴⁶ J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 111.

ławę, że ciężar dowodu ciąży na oskarżonym, po tym bowiem, jak oskarżenie dowiodło, że formalnie lub faktycznie stwierdzenia Coopera są fałszywe, musi on wykazać prawdziwość każdego z nich. Tak zgrabnie podsumował szczegółowy opis postępowania w tej sprawie Arthur H. Garrison: gdy wypowiedzi polityczne zostały poddane ocenie pod względem prawdy formalnej i zostały uznane za formalnie fałszywe, zostały one także z definicji uznane za zniesławiające i wywrotowe, a zatem, z definicji, za uczynione w złej wierze. Po takich pouczeniach Sędziego Chase'a ławie przysięgłych nie pozostało nic innego, jak uznać winę Coopera, a Chase stosownie skazał go na grzywnę i 6 miesięcy pozbawienia wolności¹⁴⁷. Podczas procesu wiceprezydent Jefferson nie zabierał publicznie głosu na ten temat i unikał podejmowania go w korespondencji. Prawdopodobny wydaje się domysł Jamesa F. Simona, iż Jefferson obawiał się, że jego list zostanie przechwycony przez federalistycznych urzędników pocztowych, a następnie wykorzystany przeciwko niemu lub przeciwko jego partii¹⁴⁸. Krytyka procesu w sprawie Coopera niechybnie również stanowiłaby w ocenie Adamsa, Pickeringa i Chase'a „doprawdy bezprawie”.

Głośna była także sprawa znienawidzonego przez Federalistów Jamesa Callendera, który w 1800 r. opublikował pamflet zachwalający kandydaturę w wyborach prezydenckich Thomasa Jeffersona i zjadliwie krytykujący prezydenta Adamsa. Sędzia Chase przeczytał ten pamflet podczas pełnienia obowiązków sędziowskich w Maryland i był tak wzburzony, że po przybyciu do Richmond w Wirginii wystąpił o wystąpienie przez prokuratora z aktem oskarżenia przeciwko Callenderowi. W trakcie procesu przewodniczący rozprawie Chase uniemożliwił Callenderowi dowiedzenie prawdziwości swej krytyki, nie dopuszczając do przedstawienia dowodów odnoszących się tylko do części zarzutów. Nie pozwolił także obrońcy Callendera na zwrócenie się do ławy przysięgłych z argumentacją o niezgodności *Sedition Act* z Konstytucją, w odpowiedzi na co obrona odmówiła udziału w dalszym postępowaniu. Callender także stosownie został skazany¹⁴⁹. Warto odnotować, że ogłoszeniu wyroku przysłuchiwał się John Marshall.

Sądy federalne w stanie Maryland i Wirginia, w których Samuel Chase w opisany sposób przewodniczył procesom w sprawie działalności wywrotowej, gwarantując tym samym wyroki skazujące, przezwane zostały przez krytyków „Przeklętym Okręgiem Chase'a”¹⁵⁰. Chase zyskał reputację amerykańskiego Jeffreysa¹⁵¹, co było jednak przesadą, ponieważ brytyjski sędzia Jeffreys z XVII w. zasłynął m.in. skazaniem na powieszenie przeszło 300 buntowników przeciwko władzy Jakuba II. Republikanie zarzucali też, że ławy przysięgłych zostały wypaczone i przekształcone w instytucje polityczne, a sędzio-

¹⁴⁷ Zob. A.H. Garrison, *The Internal Security Acts of 1798...*, s. 11-15.

¹⁴⁸ J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 112.

¹⁴⁹ Zob. D. Jenkins, *The Sedition Act of 1798...*, s. 193-194.

¹⁵⁰ C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 26.

¹⁵¹ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 289.

wie zamienili się w politycznych stronników¹⁵². Ponieważ Sędziowie Sądu Najwyższego uczestniczący w rozprawach w federalnych sądach okręgowych tak dosadnie prezentowali stanowisko Federalistów na temat braku dopuszczalności publicznej krytyki władz, a możliwość powołania się na prawdziwość inkryminowanych twierdzeń została przez nich sprowadzona do nieistotnego szczegółu¹⁵³, sam Sąd Najwyższy nie miał okazji do rozpatrzenia żadnej sprawy z zakresu działalności wywrotowej.

Autorzy książki *The Great Decision* piszą, że nikt nie trudził się z wnoszeniem apelacji do Sądu Najwyższego, ponieważ nie można było oczekiwać, że Sędziowie orzekający w pierwszej instancji uchylą własne orzeczenie, podobnie jak nie wydawało się prawdopodobne, że zostaną przegłosowani przez swych pozostałych „braci” z Sądu, również powołanych przez Federalistów¹⁵⁴. Ponieważ Sędziowie z Prezesem Sądu Najwyższego Oliverem Ellsworthem na czele przewodniczyli w postępowaniach federalnych w sprawach o wywrotowe zniesławienia odwołania do Sądu mogły tylko zaszkodzić przeciwnikom *Sedition Act*, a teza Federalistów o zgodności tej ustawy z Konstytucją została by jedynie wzmocniona przez Sąd. Ćwierć wieku później Thomas Cooper tłumaczył w esej, że nie zdecydował się na kwestionowanie przed Sądem Najwyższym konstytucyjności aktu, na podstawie którego go skazano, także z tego powodu, że nie chciał, aby „hańba jego solennego potwierdzenia spowiła kraj”¹⁵⁵.

Republikanie mogli używać przykładów gorliwego egzekwowania *Sedition Act* przez federalistycznych sędziów jako dowodu na to, iż daremne były nadzieje, jakoby sądy mogły chronić prawa jednostki przed naruszeniami ze strony władz. Sądownictwo niepodlegające kontroli, a skłonne do tłumienia krytyki publicznej także w ramach wspomnianego federalnego *common law*, a więc przestępstw bez podstawy ustawowej, w równym stopniu mogło być źródłem ograniczeń praw jednostki, co ich ochrony¹⁵⁶. Zdominowane przez Federalistów sądownictwo stanowiło aparat opresji wobec Republikanów, więc opozycjoniści wykorzystali ten element procesu politycznego, który obecnie wydaje się oczywisty, ale w „arystokratycznej” wizji Federalistów stanowił naruszenie naturalnego porządku. Republikanie odwołali się do poparcia wyborców. Jak to ujmuje Laurence H. Tribe, wybory z 1800 r. stanowiły w znacznym stopniu referendum nad *Sedition Act*¹⁵⁷.

Z perspektywy czasu, zaledwie kilka lat po uchwaleniu *Alien and Sedition Acts*, można było uznać, że próba narzucenia przez Federalistów swej wizji Konstytucji za pomocą represji nie okazała się tak dotkliwa, jak obawiali się początkowo Republika-

¹⁵² Ch.F. Hobson, *The Great Chief Justice...*, s. 50.

¹⁵³ A.H. Garrison, *The Internal Security Acts of 1798...*, s. 23.

¹⁵⁴ C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 26.

¹⁵⁵ Zob. D. Jenkins, *The Sedition Act of 1798...*, s. 196.

¹⁵⁶ D. Alfange Jr., *Marbury v. Madison and Original Understandings of Judicial Review. In Defense of Traditional Wisdom*, „The Supreme Court Review” 1993, vol. 1993, <https://doi.org/10.1086/scr.1993.3109583>, s. 374.

¹⁵⁷ L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, vol. 1, New York 2000, s. 724.

nie. Nieuprawnione byłyby żadne porównania z francuskim terrorem rewolucyjnym. Wbrew obawom Republikanów, że Adams skrycie planuje w sojuszu z Brytanią pokonać Francję i zniweczyć amerykańską demokrację, Adams rozładował napięcia z Francją, a ustawy o cudzoziemcach nie egzekwował¹⁵⁸. Represje w ramach *Sedition Act* okazały się ostatecznie nieskuteczne. Kilka pism republikańskich zostało zamkniętych, ale w latach 1798-1800 nastąpił rozkwit prasy politycznej, republikańscy wydawcy nie dali się zastraszyć, otwierali nowe tytuły i zaczęli uważać się za profesjonalistów zarobkowo zajmujących się polityką¹⁵⁹. Prasa kwitła, nieprawomyślne głowy nie spadały pod ostrzem gilotyny, a kongresman Lyon został nawet męczennikiem demokratycznej sprawy i zza więziennych murów zdołał wygrać wybory. Atmosfera zastraszania podczas obowiązywania *Sedition Act* była jednak wyraźna. Wymownym przykładem działania tego aktu w trakcie kampanii wyborczej była okoliczność, iż sekretarz stanu Pickering namawiał do wszczęcia postępowania za wywrotowe zniesławienie przeciwko Johnowi Cloptonowi, konkurentowi Johna Marshalla w wyborach do Kongresu¹⁶⁰. Bezpieczniej było nie występować przeciwko kandydatom Federalistów. Sam Thomas Jefferson został zmuszony do przezornej powściągliwości.

Historia dopisała także epilog do niesławnych prześladowań opozycji przez Federalistów w ramach ustawy o działalności wywrotowej. W 1812 r. opozycyjne wówczas i wędzące środowisko Federalistów wystąpiło z bardzo gwałtowną krytyką wojny z Brytyjczykami, posuwając się nawet do aktów o charakterze zdrady stanu. Wykorzystywano przy tym zabieg znany ze starotestamentowej Księgi Powtórzonego Prawa, w której upadek królestw Judy i Izraela wyjaśniano jako konsekwencje lekceważenia boskich nakazów. Wedle Federalistów i sprzymierzonego z nimi duchowieństwa naród amerykański zgrzeszył, wybrał bezbożnych przywódców, którzy stanowili niesprawiedliwe prawa, roztrwonili majątek publiczny i doprowadzili do wojny. W jednym z takich wystąpień administracja Madisona została zaliczona do „plag rodzaju ludzkiego, barbarzyńców, wrogów społeczeństwa i buntowników przeciwko prawom narodów”. Kto zaniechał obalenia takich przywódców, dopuszczał się współudziału, obciążającego sumienie najgorszymi przestępstwami i powodującego, że wedle prawa boskiego był mordercą¹⁶¹. Federaliści ostrzegali też okręty brytyjskie niebieskimi światłami, potajemnie prowadzili z Brytyjczykami rokowania i planowali secesję z Unii. Na podstawie własnej ustawy z 1798 r. zostaliby niechybnie skazani za działalność wywrotową, nawet gdyby sędziowie zachowali bezstronność. Urzędujący wówczas prezydent James Madison, przed laty przeciwnik *Sedition Act*, zadbał o to, aby nie doszło do żadnego

¹⁵⁸ J.T. Kloppenberg, *Toward Democracy...*, s. 568.

¹⁵⁹ Zob. G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 262.

¹⁶⁰ J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 72-73.

¹⁶¹ Zob. L.D. Cress, „Cool and Serious Reflection”. *Federalist Attitudes toward War in 1812*, „Journal of the Early Republic” 1987, vol. 7, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2307/3123456>, s. 130 i n.

procesu o zdradę ani do żadnego oskarżenia o zniesławienie¹⁶². Mniej pryncypialny był Thomas Jefferson. W latach 1806-1807 wniesiono kilka oskarżeń w sądzie federalnym Dystryktu Connecticut przeciwko politykom z ugrupowania Federalistów i wydawcom prasy za wypowiedzi obraźliwe wobec prezydenta Jeffersona. Ustawa *Sedition Act* nie obowiązywała od kilku lat, ale republikański sędzia federalny za podstawę oskarżenia uznał wywrotowe zniesławienie z *common law*. Wzbudziło to zrozumiałe poruszenie w środowisku Republikańców, którzy zwalczali w latach 90. XVIII w. koncepcję federalnego *common law*¹⁶³.

Próby zdławienia demokratyczno-republikańskiej opozycji przez Federalistów w latach 90. XVIII w. dają podstawę do kilku wstępnych refleksji. Spory na temat zgodności *Sedition Act* z I poprawką uważam za dowód na to, jak zwodnicza jest kategoria pojęciowa „oryginalnej intencji” czy „oryginalnego rozumienia”, którą szermować będą w Sądzie Najwyższym Sędziowie pod koniec XX w., powołujący się na to, że orzekają na podstawie pierwotnego rozumienia Konstytucji i realizują intencję generacji, która ją stworzyła. W przypadku I poprawki zwyciężyło przekonanie, że *Sedition Act* był jaskrawym naruszeniem gwarancji wynikających z tego przepisu. James Madison, główny współautor pierwszych poprawek, wykazywał, że ustawa o działalności wywrotowej godzi w I poprawkę. W poróżnionym środowisku dawnych rewolucjonistów i Ojców Założycieli nie brakowało jednak prominentnych postaci, które płomiennie broniły zgodności z Konstytucją przepisów uchwalonych w celu zapewnienia bezpieczeństwa wewnętrznego, z George'em Washingtonem i Johnem Adamsem na czele. Wyborcy w części stanów, które ratyfikowały Konstytucję i zatwierdziły poprawki, popierali ciemniejących Republikańców, ale baza wyborcza Federalistów była porównywalna. Po aferze XYZ i rozbudzeniu nastrojów nacjonalistycznych doszło nawet do krótkotrwałej dominacji Federalistów w polityce amerykańskiej. Która zatem z co najmniej dwu konkurujących „oryginalnych intencji” ma być uznana za wiążącą? Ta, wedle której ściganie za wywrotowe zniesławienia nie narusza wolności prasy, jak w ślad za Blackstone'em twierdzili Federaliści, czy przeciwna? Kto zaś uzna, że odpowiedź na to pytanie jest możliwa, a więc że można, jak to powyżej cytowałem, twierdzić, że ustawa o działalności wywrotowej była oczywistym naruszeniem I poprawki, ten musi zmierzyć się z kolejnym problemem, określanym jako „sytuacyjny konstytucjonalizm”. Chodzi o skłonność tendencyjnych aktorów politycznych do rozumienia w sposób rozszerzający kompetencje instytucji, które kontrolują, a zawężając kompetencje kontrolowanych przez ich oponentów¹⁶⁴. W szerszym sensie „sytuacyjny konstytucjonalizm” to po prostu instrumentalne rozumienie Konstytucji, zmienne i zależne od potrzeb wykorzystujących ją podmiotów,

¹⁶² Zob. obszernie G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 693-698.

¹⁶³ Zob. S. Jay, *Origins...*, s. 1013-1014.

¹⁶⁴ K.E. Whittington, *Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*, Princeton 2007, s. 168.

w tym polityków i sędziów, które stawia pod znakiem zapytania istnienie granicy między prawem a polityką, a także faktyczną możliwość legalizacji Konstytucji, traktowania jej jako nadrzędnego prawa zwykłego, czyli jako „ustawy zasadniczej”.

Te wątki będą powracać w moich rozważaniach. Przyjrzyjmy się jeszcze w tym kontekście postaci Jeffersona. Metodycznie obnażający krok po kroku słabości oryginalizmu Mark Tushnet stwierdza, że historia w rozumieniu oryginalistów wymaga jednoznacznych odpowiedzi (ponieważ jest częścią systemu, w którym wydawane jest orzeczenie na korzyść jednej ze stron) oraz jasnych odpowiedzi (ponieważ chodzi o ograniczenie swobody sędziów). Tymczasem powszechne doświadczenie historyków zaprzecza takim wysiłkom, historycy zamiast jednoznaczności i jasności odsłaniają wieloznaczność:

(...) gdybyśmy mogli uciąć sobie pogawędkę z Jeffersonem na temat swobód obywatelskich, powie nam dobry historyk, usłyszeliśmybyśmy najwyraźniej pogmatwaną mieszaninę opinii: libertariańską teorię, sprzeciw wobec uchwalenia przepisów o działalności wywrotowej, używanie przepisów o działalności wywrotowej, kiedy już objął urząd, i tak dalej. „Intencja” Jeffersona w kwestii wolności słowa nie jest niczym więcej niż takim poplątany zestaw odpowiedzi¹⁶⁵.

Prześladowania opozycji politycznej za działalność wywrotową dotyczą kolejnego interesującego problemu. Zdaniem Akhila Reeda Amara swobodna i szeroka wolność amerykańskich obywateli do wyrażania swych przekonań politycznych jest cechą amerykańskiej Konstytucji niespisanej, która poprzedza i przyćmiewa I poprawkę. Zdaniem tego autora nawet przed przyjęciem I poprawki w 1791 r. Kongres nie dysponował kompetencją do uchwalenia przepisów wprowadzających cenzurę i również władze stanowe nie mogły nigdy zamykać dyskursu politycznego¹⁶⁶. Ponieważ jednak ustawa o działalności wywrotowej, wprowadzająca cenzurę polityczną, uchwalona została faktycznie kilka lat później, to albo tezę Amara należy uznać za oczywiście błędną, albo tym mocniej należy skonkludować, że odpowiedzialne za przyjęcie tej ustawy elity, w większości odpowiadające również za spisanie i ratyfikację Konstytucji formalnej, naruszyły podstawową, pierwotną amerykańską zasadę ustrojową, próbując ograniczyć dyskurs polityczny. W tym miejscu można stwierdzić, że jeśli uzna się, iż postacie tak stawiane na piedestale, jak Washington, Marshall, Jefferson i wielu innych Ojców Założycieli, stosowały „sytuacyjny konstytucjonalizm”, a być może nawet bezkarnie, wykraczając poza tekstualną formę Konstytucji, naruszały podstawową cechę ustroju amerykańskiego, to wiara w możliwość regulowania konstytucją świata polityki przy użyciu sądów wydaje się oparta na wątplych przesłankach.

¹⁶⁵ M. Tushnet, *Red, White, and Blue. A Critical Analysis of Constitutional Law*, Lawrence 2015, s. 36.

¹⁶⁶ A.R. Amar, *America's Unwritten Constitution...*, s. xv.

Prześladowania opozycji za działalność wywrotową istotnie spowodowały nadwątlenie tej wiary. Po kilkuletnim okresie osiemnastowiecznego makkartyzmu reputacja sądownictwa federalnego, z Sędziami Sądu Najwyższego na czele, legła w gruzach. Podczas debaty na temat sądów federalnych w ramach konwencji filadelfijskiej 21 lipca 1787 r. James Madison wyraził pogląd, że władza sądownicza „byłaby przydatna dla całego społeczeństwa jako dodatkowe ograniczenie realizacji nierozsądnych i niesprawiedliwych środków”¹⁶⁷. Przed upływem kolejnej dekady Madison i inni Republikanie przekonali się boleśnie, że federalistyczni gorliwcy w sądownictwie nadają nierozsądnej ustawie o działalności wywrotowej jeszcze bardziej niesprawiedliwy charakter. Szubienic wprawdzie nie rozstawiano, ale opozycjoniści trafiali do więzienia za danie wyrazu braku zaufania do prezydenta. Do więzienia trafił także adwokat pierwszej ofiary *Sedition Act*, Matthew Lyona. Sędzia Paterson nie pozwolił Anthony’emu Haswellowi w trakcie procesu na przedstawienie argumentów obrony, a gdy adwokat ten krytykował następnie sposób, w jaki traktowano Lyona w więzieniu, Paterson skazał go również na karę pozbawienia wolności za, jak nietrudno się domyślić, wywrotowe zniesławienie¹⁶⁸. Instrukcje sędziowskie dla ław przysięgłych stawały się wykładami z wychowania obywatelskiego przechodzącymi płynnie w manifesty polityczne, w których trakcie Sędzia Paterson szydził z jakobinów (czyli Republikanów), którzy „dezorganizują nasz szczęśliwy kraj”, a Sędzia Iredell wychwalał „łagodną i cnotliwą administrację Federalistów”¹⁶⁹.

Republikanie nie mogli jeszcze przed wyborami w 1800 r. wiedzieć, że okryci w ich oczach niesławą Sędziowie Chase i Paterson będą współrozstrzygać o konstytucyjności republikańskich reform, ale potrzeba odzyskania sądownictwa federalnego z rąk Federalistów stawała się w ich środowisku po procesach na podstawie *Sedition Act* coraz bardziej nagląca. To właśnie rozgoryczenie Republikanów z powodu sądów, w których odmówiono im rzetelnych procesów, było źródłem kryzysu konstytucyjnego z początku nowego wieku.

Spory na temat ustawy o działalności wywrotowej dotyczyły zasadniczego wątku niniejszej pracy, to jest możliwości kontrolowania przez sądy, a zwłaszcza przez Sąd Najwyższy, zgodności ustaw federalnych z Konstytucją. Odnotujmy zatem wstępnie, że od uchwalenia ustawy w 1798 r. podnoszono wobec niej zarzut niezgodności z I poprawką, ale także kwestionowano w środowisku Republikanów dopuszczalność jej uchwalenia w zgodzie z końcową klauzulą zawartą w sekcji 8 artykułu I Konstytucji z 1787 r. Klauzula ta – *necessary and proper clause* – pozwala Kongresowi na stanowienie prawa, o ile jest to niezbędne i właściwe do realizacji uprawnień powierzonych w Konstytucji wła-

¹⁶⁷ *The Judiciary, the Veto, and Separation of Powers (July 21)*, [w:] R. Ketcham (ed.), *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates. The Clashes and Compromises that gave Birth to Our Government*, New York 2003, s. 107.

¹⁶⁸ Zob. P. Irons, *A People's History of the Supreme Court*, New York 1999, s. 99.

¹⁶⁹ B. Friedman, *The Will of the People...*, s. 48-49.

dzom. Federaliści w Kongresie podczas uchwalania ustawy o działalności wywrotowej oraz rok później, gdy opracowywano kongresowy raport na temat czterech *Alien and Sedition Acts*, powoływali się na upoważnienie zawarte w klauzuli *necessary and proper*, twierdząc m.in., że stłumienie rozwiązości prasy jest niezbędne do przetrwania zorganizowanych władz. Była to w istocie godna uwagi koncepcja interpretacyjna, nieodległa od przytoczonego wyżej twierdzenia Prezesa Ellswortha o *common law* jako żywym kodeksie z kraju przodków, do którego odwołuje się Konstytucja. Pojęcie wywrotowego zniesławienia z *common law* zostało zaadaptowane do konstytucji pisanej w ten sposób, że zarówno w ramach *common law*, jak i w ramach tekstu Konstytucji pociąganie do odpowiedzialności karnej autorów wywrotowych zniesławień było, w opinii Federalistów, niezbędne do przetrwania państwa, a więc było „niezbędne i właściwe” w rozumieniu artykułu I¹⁷⁰. Republikanie od czasów sporu na temat programu Hamiltona i powołania Pierwszego Banku Stanów Zjednoczonych byli zwolennikami ścisłej wykładni Konstytucji, kwestionowali więc także tak swobodne odczytanie klauzuli *necessary and proper* w kontekście ustawy o działalności wywrotowej.

W trakcie procesów prowadzonych na podstawie *Sedition Act* zarzut niekonstytucyjności tej ustawy został wykorzystany w bardzo ciekawy sposób. Republikanie doskonale zdawali sobie sprawę, że nie mogą liczyć na to, że ich zarzuty podzielą Sędziowie Sądu Najwyższego. Autorzy przytaczanej zwięzłej historii Sądu Najwyższego snują hipotetyczne rozważania na temat możliwej reakcji Sądu pod przewodnictwem Ellswortha na zarzut niekonstytucyjności *Sedition Act*. Piszą, że gdyby Sąd potwierdził konstytucyjność ustawy, znalazłby się w centrum politycznej burzy. Gdyby zaś ją uchylił, odizolowałby się od Federalistów w Kongresie. Konkludują, że każde orzeczenie stanowiłoby zadanie Sądowi rany własnymi rękami¹⁷¹. Rozważania te są tak abstrakcyjne, że trudno je potraktować poważnie. Sąd znalazł się w centrum politycznej burzy i po przejęciu władzy przez Republikanów został dotkliwie przywołany do porządku. Potwierdzenie konstytucyjności represyjnej ustawy nie było potrzebne, Sędziowie w okręgach stosowali ją nie tylko z pełnym przekonaniem, ale wręcz nadawali jej jeszcze bardziej drastyczny charakter. Skazani Republikanie z rozmysłem rezygnowali z odwołań do Sądu Najwyższego, aby nie pogorszyć swej sytuacji. Daremne wreszcie jest kreślenie scenariuszy na temat odizolowania Sędziów od Federalistów w Kongresie, skoro procesy z ich udziałem dały im okazję do gniewnych tyrad przeciwko całemu środowisku Republikanów. Prezes Ellsworth w 1799 r. wyjechał zresztą na misję dyplomatyczną do Francji w imieniu władz federalistycznych, którym stale doradzał, a Sędzia Chase nie uczestniczył w sesji Sądu w sierpniu 1800 r., zajęty był bowiem udziałem w kampanii wyborczej prezydenta Adamsa.

Republikanie zarzut niekonstytucyjności ustawy próbowali przemyślnie zaadresować do ludzi, którzy nie byli tak stronnicy jak federalistyczni Sędziowie. Obiekcje w stosunku

¹⁷⁰ Zob. D. Jenkins, *The Sedition Act of 1798...*, s. 178-179.

¹⁷¹ P.Ch. Hoffer, W. Hull Hoffer, N.E.H. Hull, *The Supreme Court...*, s. 46.

do *Sedition Act* pragnęli wyrazić wobec ław przysięgłych. Zamiar ten pokazuje, że obcujemy ponownie z ważną chwilą w rozwoju amerykańskiego konstytucjonalizmu, choć jej znaczenie zostało zatarte przez upływ czasu i późniejsze mistyfikacje. To moment, w którym przeszłość płynnie przenika w przyszłość. Konstytucja poddawana jest już tekstualnej wykładni, ale w sposób łączący to z tradycyjną wykładnią prawa rozwijaną w *common law*. Zarzut niekonstytucyjności ustawy federalnej zostaje wprost wyartykułowany, Sąd Najwyższy zaś uznany zostaje za możliwe forum, na którym ten zarzut mógłby zostać poddany ocenie organu władzy. Jednakże z rozmysłem forum to zostaje ominięte, gdyż w istocie Federaliści w Sądzie są jeszcze bardziej zajadli od Federalistów w Kongresie, za to odwołanie w sprawie konstytucyjności ustawy zostaje skierowane wprost do ludu, najpierw reprezentowanego w ławach przysięgłych, następnie do ludu w stanach. Lud nadal uważany jest przez jedną z dwu głównych sił politycznych w państwie za ostateczną władzę interpretacyjną. Uprzedzając dalsze rozważania i posiłkując się ustaleniami Larry'ego D. Kramera, można dodać, że przez większą część historii amerykańskiej państwowości to sam lud, *the people themselves*, dysponował na mocy Konstytucji ostateczną władzą interpretacyjną, której rozstrzygnięciom podporządkowane były organy przedstawicielskie i sądy¹⁷².

Zgodnie z oceną wybitnego historyka prawa, Juliusa Goebela Jr., autora pierwszego tomu monumentalnej serii poświęconej historii Sądu Najwyższego, źródła nie pozwalają na stwierdzenie, jak często w trakcie procesów na podstawie *Sedition Act* próbowano złożyć w ręce ław kompetencję do oceny konstytucyjności ustawy. Wiemy, że kwestię tę poruszono podczas procesu kongresmana Matthew Lyona, a niecałe 2 lata później, podczas procesu Jamesa Callendera, rozstrzygnięto ją. Goebel Jr. zwraca uwagę na to, że już podczas prac ustawodawczych w Kongresie nad *Sedition Act* Federaliści dostrzegli ten problem. Wzmocniona w ustawie pozycja ławy przysięgłych (przypomnijmy, że wzorem był tu proces Zengera z 1735 r.) i próba przekazania jej poprawką do ustawy kompetencji do oceny zarówno faktów, jak i prawa w sprawie mogła zachęcić ławy do stwierdzenia niekonstytucyjności ustawy. Alarmował tak na forum Izby Reprezentantów Federalista James A. Bayard, który będzie cichym bohaterem dalszych wydarzeń. Tego dnia w obradach uczestniczył też Matthew Lyon, który 3 miesiące później zostanie postawiony w stan oskarżenia i zwróci się do ławy z twierdzeniem o niekonstytucyjności ustaw¹⁷³. Niewykluczone zatem, że ten element taktyki Republikanów podpowiedziany im został przez ostrożnego Federalistę. Naturalnie w wizji ustrojowej Federalistów kwestionowanie przez lud zasiadający w ławach przysięgłych aktów ustanowionych przez przedstawicieli w Kongresie było niedopuszczalne. Jeszcze w 1794 r. jeden z nich na forum Izby Reprezentantów utyskiwał, że Republikanie „butnie udają czasami, że są ludem, a czasami, że są strażnikami, rzecznikami ludu. Udają, że odczuwają większą

¹⁷² Zob. L.D. Kramer, *The People Themselves...*, s. 8 i n.

¹⁷³ Zob. J. Goebel Jr., *Antecedents...*, s. 645-646.

żarliwość wobec rządu powszechnego i pilną poszanowania zasad republikańskich bardziej niż prawdziwi Przedstawiciele”¹⁷⁴.

Podczas procesu Lyona Sędzieja Paterson poinstruował ławę jednoznacznie, że nie ma ona nic do powiedzenia w sprawie konstytucyjności ustawy, Kongres ustanowił kary za wywrotowe zniesławienia i dopóki „kompetentny trybunał” nie unieważni tego prawa, nie można go kwestionować¹⁷⁵. Kulminacją zaś był proces Callendera w Richmond, budzący zainteresowanie całego kraju i opisywany przez reportera z przejęciem jako starcie na śmierć i życie między „prawnikami-Republikanami z palestry Wirginii a Sędzią Samuelem Chase’em, najbardziej zuchwałym, najbardziej stronnictwem, najbardziej nieustraszoną sędzią w sądzie okręgowym”¹⁷⁶. Republikanie pragnęli uczynić z kwestii konstytucyjności ustawy o działalności wywrotowej główne zagadnienie procesowe. Jeden z obrońców Callendera, William Wirt, zwrócił się do ławy z twierdzeniem, że na mocy *common law*, które jest częścią prawa Wirginii, ława ma prawo do rozpatrywania kwestii faktycznych i prawnych, a rozpatrywanie kwestii prawnych obejmuje Konstytucję. Jeśli prawo będące podstawą oskarżenia narusza Konstytucję, nie ma ono mocy prawnej, a skazanie oskarżonego na jego podstawie będzie naruszeniem przysięgi przez członków ławy. Przewodniczący rozprawie Sędzią Chase nakazał wtedy Wirtowi zajęcie miejsca, ponieważ argument, który przedstawił, jest „nieodpowiedni i niedopuszczalny”, ława nie może tej kwestii rozstrzygać. Następnie Chase wyjaśnił, że po przyjeździe do Wirginii dowiedział się, iż kwestia ta zostanie podniesiona, więc przygotował pisemną opinię wykazującą, że ława nie może rozstrzygać konstytucyjności aktu. Opinię tę odczytał i zachęcił obronę do wykazania błędu w jego rozumowaniu. Odpowiedź Wirta została prześmiewczo nazwana „sylogizmem z Richmond”: „Ponieważ ława uprawniona jest do rozpatrywania prawa i ponieważ konstytucja jest prawem, konkluzja jest z pewnością sylogistyczna, ława ma prawo rozpatrywać Konstytucję”. „Non sequitur, Sir” – odpowiedział Chase, na co Wirt znowu usiadł¹⁷⁷. Przypomnijmy, że rozprawie przysłuchiwał się John Marshall, który pół roku później zasiądzie obok Chase’a w Sądzie, a dodajmy, że sekretarzem sądowym był w tym procesie jego brat, William Marshall¹⁷⁸, którego zeznania wydatnie przyczynią się do obrony Samuela Chase’a przed *impeachmentem*, w ramach którego część zarzutów dotyczyła zachowania Chase’a podczas procesu Callendera. Zdaniem Andrzeja Bryka roszczenie ław przysięgłych do określania konstytucyjności prawodawstwa nie mogło się utrzymać, ponieważ wprowadziłoby anarchię do systemu prawnego państwa¹⁷⁹. W sprawie Callendera i podobnych postępowaniach

¹⁷⁴ Cyt. za: J.P. Martin, *When Repression...*, s. 133.

¹⁷⁵ J. Goebel Jr., *Antecedents...*, s. 646.

¹⁷⁶ A.H. Garrison, *The Internal Security Acts of 1798...*, s. 16.

¹⁷⁷ Zob. J. Goebel Jr., *Antecedents...*, s. 648-650.

¹⁷⁸ J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 211.

¹⁷⁹ A. Bryk, *Konstytucjonalizm. Od starożytnego Izraela do liberalnego konstytucjonalizmu amerykańskiego*, Kraków 2013, s. 436

pierwszoplanowe znaczenie miała jednak aktywność stronnicych sędziów Federalistów, zwalczających gorliwie przeciwników swego obozu politycznego.

Kwestia odmowy stosowania niekonstytucyjnego prawa przez ławy przysięgłych (w ramach tzw. *jury nullification*) wzmacnia prezentowane tu tezy, że poparcie prominentnych prawników z obozu Federalistów, takich jak Iredell, Chase czy Marshall, dla sędziowskiej kontroli ustawodawstwa miało instrumentalny charakter i nie polegało na opowiedzeniu się za abstrakcyjną ideą ustrojową, ale za tym, by to oni sami mogli kontrolować prawo i nieposłuszne legislatury. Keith E. Whittington zauważa, że akceptacja tezy, że przepisy niekonstytucyjne są po prostu nieważne, mogłaby również prowadzić do odmowy stosowania takich przepisów przez ławy przysięgłych, zwłaszcza że byłoby to doskonale zgodne z ideami suwerenności ludu. W latach 90. XVIII w. niekontrolowane przez Federalistów ławy przysięgłych stanowiły jednak dla nich przeszkodę w sprawowaniu władzy i prześladowaniu opozycji, więc Federaliści starali się wpływać na wybór członków ław, aktywnie zarządzać ich działaniami przez sędziów i nie dopuszczać, jak w opisanym powyżej epizodzie, do poddawania ustaw ocenie niepewnych członków ław. Kiedy zaś w 1799 r. tłum uwolnił na pensylwańskiej prowincji osoby aresztowane za niepłacenie podatku federalnego, po spacyfikowaniu przez wojsko tzw. rebelii Friesa, John Fries i pozostali wywrotowcy zostali wbrew prawu przewiezieni do stolicy stanu, Filadelfii, tak aby wyboru ławy i procesu nie prowadzono w rodzinnym okręgu Friesa. Sądzony za zdradę Fries został skazany na powieszenie w procesie kierowanym przez Samuela Chase'a, który nie pozwolił obrońcom na „niewłaściwe zwodzenie ławy” i ocenę, czy istotnie czyny Friesa stanowią zdradę w rozumieniu Konstytucji. Życie Friesowi, zaangażowanemu zresztą pierwotnie po stronie Federalistów, uratował ostatecznie prezydent Adams, który go ułaskawił¹⁸⁰. Zbulwersowani postawą Chase'a przedstawiciele palestry w Filadelfii postanowili, że nie będą w przyszłości brać udziału w prowadzonych przez niego postępowaniach¹⁸¹. Zarzuty wobec Chase'a dotyczące jego udziału w postępowaniu w sprawie Friesa także wykorzystano podczas próby *impeachmentu* tego Sędziego¹⁸².

¹⁸⁰ Zob. K.E. Whittington, *Political Foundations of Judicial Supremacy...*, s. 240-242.

¹⁸¹ J.M. Sosin, *The Aristocracy of the Long Robe...*, s. 293.

¹⁸² A.A. Perlin, *The Impeachment of Samuel Chase. Redefining Judicial Independence*, „Rutgers Law Review” 2010, vol. 62, no. 3, s. 734.

Spory ustrojowe za prezydentury Johna Adamsa

Zanim powrócimy do postaci Johna Marshalla, omówienia wymagają dwie szczególne rezolucje stanowe kwestionujące konstytucyjność *Alien and Sedition Acts*¹. Odwołanie Republikanów do ludu zasiadającego w ławach przysięgłych okazało się nieskuteczne. Równolegle opór wobec Federalistów organizowano na poziomie stanowym. Sytuacja była tak napięta, że Jefferson i jego zwolennicy ze stanów południowych uważali, że rząd federalny stał się władzą zagraniczną, która bardziej naruszała wolność od niedysiejszej władzy angielskiej. Dyskutowano na temat wojny domowej i rozpadu Unii². Pozaparlamentarne kanały dyskusji publicznej były przez Federalistów traktowane co najmniej z podejrzliwością, a działalność opozycyjna na łamach prasy zwalczana przez prokuratorów i sędziów. Dwóch intelektualnych i politycznych liderów Republikanów, Thomas Jefferson i James Madison, zdecydowało się więc na przygotowanie w tajemnicy projektów rezolucji, które miały zostać przyjęte przez legislatury stanowe, ostatecznie stało się to w Wirginii i Kentucky, a następnie – w zamierzeniu – miały wywołać podobny odzew w pozostałych legislaturach stanów Unii. Uzupełniając wcześniejsze ujawnienie rozlicznych związków Jeffersona z Marshalllem, można wspomnieć, że projekt autorstwa Jeffersona został ostatecznie zgłoszony w legislaturze Kentucky przez pośrednika, Johna Breckinridge'a, który za młodu terminował jako prawnik u Johna Marshalla³. Co intrygujące, tajemnicę pochodzenia rezolucji udało zachować się przez prawie ćwierć wieku, autorstwo Jeffersona stało się publicznie znane dopiero w 1821 r.⁴ W roku 1798 ta asekuracja wiceprezydenta Jeffersona była zrozumiała. Nawiązując do języka *Sedition Act*, można powiedzieć, że chodziło mu o wzbudzenie zacnego ludu Stanów Zjednoczonych za pomocą tekstów, które w oczach Federalistów były nikczemne i wywrotowe. Tekst rezolucji autorstwa Jeffersona adresowany był do legislatury Wirginii (wedle innych źródeł: do legislatury Karoliny Północnej), ale uchwalony został z drobnymi zmianami

¹ Obszernie omawia je Tomasz Wieciech, zob. idem, *Unia w myśli politycznej Thomasa Jeffersona*, Kraków 2012, s. 87-97.

² Zob. G.S. Wood, *Empire of Liberty. A History of the Early Republic, 1789-1815*, New York 2011, s. 268.

³ J.E. Smith, *John Marshall. Definer of a Nation*, New York 1998, s. 600.

⁴ Zob. A. Koch, H. Ammon, *The Virginia and Kentucky Resolutions. An Episode in Jefferson's and Madison's Defense of Civil Liberties*, „The William and Mary Quarterly” 1948, vol. 5, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2307/1917453>, s. 147-148.

w listopadzie 1798 r. przez legislaturę Kentucky, w grudniu 1798 r. zaś legislatura Wirginii uchwaliła rezolucję na podstawie projektu Madisona⁵.

Łącznie uchwały te funkcjonują pod nazwą *Rezolucje Wirginii i Kentucky (Virginia and Kentucky Resolutions)* i stanowią bardzo ważny dokument historii politycznej i konstytucyjnej Stanów Zjednoczonych. Rezolucje te odnawiały spory z okresu ratyfikacji Konstytucji, a zwiastowały kryzys ustrojowy z lat 1820-1830 dotyczący tzw. doktryny unieważniania (*nullification*), kiedy to nabrały już patyny i były nazywane „zasadami z 98 roku”, „doktryną z Wirginii” czy „Jeffersońskimi doktrynami z 98 roku”.

Rezolucje Wirginii i Kentucky, których tezy obie legislatury wyraziły ponownie po nieprzychylniej reakcji pozostałych stanów, nawiązywały do wcześniejszej tradycji oporu stanów wobec władzy centralnej, która praktykowana była w kolonialnej Ameryce, a także po 1787 r. (m.in. proklamacja z Pensylwanii w sprawie akcyzy i protest Wirginii przeciwko traktatowi Jaya)⁶. Podobną formę oporu wypróbował Jefferson rok wcześniej, kiedy kongresman James J. Cabell, wybrany w okręgu obejmującym posiadłość Jeffersona, został oskarżony w okręgowym sądzie federalnym, któremu przewodniczył Sędzia Iredell, za rozesłanie do wyborców listu zawierającego krytykę polityki zagranicznej prezydenta Adamsa. Jefferson napisał wówczas do legislatury w Wirginii list, w którym domagał się ukarania członków federalnej ławy przysięgłych przedstawiających stanowisko (*presentment*) na rzecz oskarżenia Cabella⁷.

Trzeba też przypomnieć, że Federaliści w latach 1787-1788, w trakcie debaty ratyfikacyjnej nad nową Konstytucją, solennie zapewniali antyfederalistycznych sceptyków, iż nowy system nie zagraża uprawnieniom stanów, rząd centralny opiera bowiem swe istnienie na legislaturach stanowych. W przedstawianej argumentacji Federaliści nie powoływali się bynajmniej na gwarancje pozycji stanów zapewniane przez sądownictwo, ale na liczne inne rozwiązania ustrojowe, zwłaszcza na rolę Senatu. Zasadniczą odpowiedzią zwolenników ratyfikacji na obawy Antyfederalistów był jednak argument dotyczący kontroli powszechnej – możliwość odwołania do „wspólnego zwierzchnika” władzy federalnej i stanowej, czyli do ludu⁸.

Kwestię tę jasno wyłożył Publius w czterdziestym szóstym artykule z cyklu *Federalista*. Rząd centralny i rządy stanowe są zasadniczo zależne od ogółu obywateli Stanów Zjednoczonych. Dżentelmeni, którzy obawiają się, że rządy te będą zagarniać władzę, popełniają błąd, gdyż nie uwzględniają kontroli ze strony ludu – wspólnego zwierzchnika i władzy najwyższej. Lud zaś w naturalny sposób sprzyjał będzie bliższej sobie władzy

⁵ G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 269.

⁶ L.D. Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York 2004, s. 136.

⁷ T. Fleming, *The Great Divide. The Conflict Between Washington and Jefferson That Defined a Nation*, Boston 2015, s. 251.

⁸ Zob. obszernie L.D. Kramer, *Putting the Politics Back into the Political Safeguards of Federalism*, „Columbia Law Review” 2000, vol. 100, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2307/1123559>, s. 254-259.

stanowej. Już wstępne doświadczenia z administracją federalną (chodziło naturalnie o władzę konfederacji) pokazały, że władza federalna nigdy nie była obiektem powszechnej przychylności. Należy oczekiwać, że sympatie lokalne będą znacznie częściej przeważać wśród członków Kongresu niż sympatie federalne w legislaturach stanowych. Kluczowy fragment warto zacytować w całości:

(...) gdyby nieusprawiedliwiony środek podjęty przez władzę federalną spotkał się z brakiem poparcia w poszczególnych stanach, czego rzadko uda się uniknąć, a nawet środek usprawiedliwiony czasem może spotkać się z brakiem poparcia, wówczas środki przeciwstawienia mu się są skuteczne i łatwe do wykorzystania. Niepokój ludu; jego niechęć, a być może nawet odmowa współdziałania z urzędnikami Unii; marsowe oblicze stanowych organów wykonawczych; zakłopotanie wywołane instrumentami legislacyjnymi, które często będą dodatkowo wykorzystane w takiej sytuacji, wywołają w stanach sprzeciw, którego nie należy lekceważyć; stworzą w dużym stanie poważne przeszkody; a w przypadku gdy odczucia kilku sąsiadujących stanów będą zgodne, wywołają utrudnienia, których rząd federalny nie chciałby napotkać⁹.

W 1798 r. powyższe słowa były dla Madisona swoistym politycznym portretem artysty z czasów młodości, to on sam bowiem napisał je 10 lat wcześniej, cierpliwie wywodząc w kilku kolejnych artykułach, dlaczego zwolennicy praw stanów mogą bez obaw poprzeć nową Konstytucję. Sanford Levinson zauważa, że w tekście tym nakreślił Madison propagandowo Stany Zjednoczone w sposób, który pasowałby współcześnie do Organizacji Narodów Zjednoczonych, z którymi praktycznie nikt się obywatelsko nie identyfikuje¹⁰. Madison jako Republikanin z 1798 r. zastosował się do własnego przesłania Publius-Federalisty z 1788 r. i zapragnął wzniecić w stanach sprzeciw, którego władze federalne nie mogłyby zlekceważyć.

Jak już wiemy, Madison po 1788 r. przeżył pewną przemianę polityczną pod wpływem zmieniających się uwarunkowań. Ujawnić teraz można, że przeżyje jeszcze jedną, gdy okaże się, że marsowe oblicze władz stanowych, do którego utrwalenia wydatnie się przyczyni, zagrozi spoistości Unii. Odnotujmy też, że w uspokajających słowach Publius nie pojawia się sądownictwo federalne jako metoda neutralizacji nieusprawiedliwionego środka przedsięwziętego przez władze federalne, także gdyby miał on postać instrumentu legislacyjnego.

Sprawa, w której imię Madison występował za pośrednictwem legislatury Wirginii, była bardzo poważna, dalece poważniejsza od fikcyjnego w dużej mierze i ambicjonalne-

⁹ *Federalist*, no. 46: *The Influence of the State and Federal Governments Compared* (Madison), [w:] C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, New York 2003, s. 290-294.

¹⁰ S. Levinson, *Framed. America's Fifty-One Constitutions and the Crisis of Governance*, New York 2012, s. 319.

go sporu w sprawie *Marbury v. Madison*. Nieusprawiedliwionym środkiem były ustawy o cudzoziemcach i działalności wywrotowej, które – według środowiska Jeffersona i Madisona, a także zdaniem większości wyborców, którzy zapewnią im zwycięstwo w wyborach parlamentarnych i prezydenckich – wykraczały poza konstytucyjne upoważnienia federalnej władzy ustawodawczej oraz naruszały I poprawkę.

Przy okazji, nawiązując do wspomnianego rozziwu między ideologią a motywacjami w gronie pierwotnych Federalistów, do których należał wówczas Madison, warto wspomnieć, że gdy pod koniec lat 90. XVIII w. polityk ten stawał się głównym orędownikiem stanowego oporu wobec władz federalnych, poczuł się zmuszony do modyfikowania swoich szczegółowych zapisków z konwencji konstytucyjnej. Wyrażany przez niego w Filadelfii sceptycyzm wobec udziału ludu w rządzeniu stał się, jak zauważa Michael J. Klarman, skrajnie niewygodny, gdy Madison z Jeffersonem zakładali partię Republikańską, odwołującą się do demokratyzacji ustroju. Madison usuwał więc ze swych zapisków najbardziej kłopotliwe fragmenty własnych wystąpień w Filadelfii¹¹.

Udział Jamesa Madisona w propagandowym projekcie znanym pod nazwą *Federalista* był wynikiem zbiegu okoliczności. Artykuły anonimowego Publiusza były głównym elementem planu Alexandra Hamiltona, zabiegającego o ratyfikację Konstytucji w stanie Nowy Jork. Do współpracy w ich pisaniu zaprosił znanego Federalistę, Johna Jaya. Bóle reumatyczne wykluczyły go jednak z projektu, zdołał napisać tylko pięć artykułów. Hamilton bezskutecznie szukał nowego wykwalifikowanego współautora. Wtedy w Nowym Jorku pojawił się najlepszy możliwy kandydat. Był to symboliczny przypadek. Federaliści pragnęli likwidacji słabowitej Konfederacji powstałej na mocy Artykułów, które nowa Konstytucja miała znieść. Kongres, ułomne ciało prawodawcze Konfederacji, nie miał zaś stałej siedziby, przemieszczał się kolejno z Filadelfii, przez Princeton, Annapolis, Trenton, z kolei jesienią 1787 r. obrady odbywał w Nowym Jorku. Oznaczało to przyjazd do miasta, w którym agitował Hamilton, delegata na Kongres Konfederacji z Wirginii, Jamesa Madisona, najżywiej zainteresowanego powodzeniem ratyfikacji i świetnie zorientowanego w pracach konwencji filadelfijskiej¹². Obaj stworzyli w sumie kilkadziesiąt artykułów wyrażających tezy o nadrzędnej władzy ludu, dzięki którym Federaliści mogli szczerze przekonywać swych oponentów, że są prawdziwymi republikanami i wykazują niemniejsze przywiązanie do idei wolności od przeciwników Konstytucji¹³.

Richard A. Epstein zwraca dowcipnie uwagę na to, że zbiór artykułów zebranych w cyklu *Federalista* nie stanowi systematycznego przedstawienia spójnej wizji prawa konstytucyjnego, ponieważ tworzony był w pośpiechu, a autorów wiązały terminy publikacji,

¹¹ M.J. Klarman, *The Framers' Coup. The Making of the United States Constitution*, New York 2016, s. 135-136.

¹² D.T. Coenen, *A Rhetoric for Ratification. The Argument of „The Federalist” and Its Impact on Constitutional Interpretation*, „Duke Law Journal” 2007, vol. 56, no. 2, s. 478-479.

¹³ Zob. G.S. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, New York 1993, s. 546-547.

które wywołałyby panikę u każdego pracownika naukowego¹⁴. Tempo tworzenia tych artykułów było tak szybkie, że trzej autorzy nie tylko nie mogli wzajemnie przekazywać ich sobie przed publikacją, ale nie mieli nawet czasu, żeby czytać po raz drugi własne teksty przed skierowaniem do druku¹⁵. Madison nie miał jednak podstaw, aby uważać, że jego żarliwe odwołania do władzy samego ludu przestały być aktualne po zaledwie 10 latach. W sporządzonym przez Madisonsa w legislaturze Wirginii raporcie z 1799 r. dotyczącym rezolucji Wirginii polityk ten posłużył się argumentem mającym poruszyć sumienia zwolenników ustaw o działalności wywrotowej, którzy zasadniczo pokrywali się z gronem osób odpowiedzialnych za stworzenie Konstytucji. Madison stwierdził, że gdyby przepisy o działalności wywrotowej obowiązywały wcześniej i zakazywały kwestionowania władz, to nie mogłoby dojść do uchwalenia Konstytucji w Filadelfii i zjednoczone stany nadal cierpiałyby od słabości chorobliwej Konfederacji¹⁶.

Rezolucje Wirginii i Kentucky z 1798 r. nie były wcale zbyt radykalne w swej bezpośredniej wymowie. Jak to ujęła para autorów uznanego opracowania na ten temat z 1948 r., gdy rezolucje wyruszyły z Kentucky i Wirginii do każdej legislatury stanowej w Unii, wydawały się pozornie niczym więcej jak bezosobowymi komunikatami pochodzącymi od najwyraźniej elokwentnych zgromadzeń ze stanów południowych, zwracających się z prośbą o potwierdzenie do swych partnerskich stanów¹⁷.

Istotny dla naszych rozważań fragment rezolucji Kentucky, autorstwa Jeffersona, odnoszący się do Konstytucji jako umowy, brzmiał w sposób następujący:

Postanawia się, że (...) ilekroć władza powszechna przejmuje uprawnienia nieprzekazane, jej działania nie są autorytatywne, są nieważne i nie obowiązują; do takiej umowy każdy stan przystąpił jako stan i stanowi integralną część, a pozostałe stany członkowskie tworzą względem siebie strony; władze ustanowione przez tę umowę nie są wyłącznym ani ostatecznym arbitrem co do zakresu przekazanych im uprawnień, w przeciwnym wypadku miarą ich uprawnień byłoby ich swobodne uznanie, a nie Konstytucja; a przecież, jak w innych przypadkach umów między układającymi się stronami, które nie podlegają wspólnemu arbitrowi, każda ze stron ma równe prawo do samodzielnej oceny naruszeń oraz sposobu i stopnia ich naprawy¹⁸.

¹⁴ R.A. Epstein, *The Federalist Papers. From Practical Politics to High Principle*, „Harvard Journal of Law & Public Policy” 1993, vol. 16, no. 1, s. 13.

¹⁵ P. Maier, *Ratification. The People Debate the Constitution, 1787-1788*, New York 2010, s. 85.

¹⁶ A.R. Amar, *America's Unwritten Constitution. The Precedents and Principles We Live By*, New York 2015, s. 53.

¹⁷ A. Koch, H. Ammon, *The Virginia and Kentucky Resolutions...*, s. 147.

¹⁸ Tłumaczenie na podstawie tekstu *Kentucky Resolutions of 1798* zawartego w: M.A. Graber, M. Perhac (eds.), *Marbury versus Madison. Documents and Commentary*, Washington 2002, s. 274. W oryginale rezolucja ma nazwę w liczbie mnogiej, co odzwierciedla osiem jej kolejnych akapitów, stanowiących rezolucje częściowe, złączone wspólnym dla nich zwrotem początkowym „Postanawia się, że...”.

Tekst autorstwa Madisona, przyjęty przez legislaturę Wirginii, brzmiał zaś w istotnym fragmencie następująco:

Postanawia się (...) że to Zgromadzenie dobitnie i stanowczo ogłasza, iż postrzega uprawnienia władz federalnych jako wynikające z umowy, której stany są stronami; jako ograniczone zwykłym rozumieniem i intencją instrumentu konstytuującego tę umowę; jako ważne tylko w zakresie, w jakim są przyznane enumeratywnie w tej umowie; w przypadku zaś rozmyślnego, wyraźnego i szkodliwego korzystania z innych uprawnień, nieprzyznanych w tej umowie, stany, które są jej stronami, mają prawo i obowiązek interwencji w celu zażegnania zła oraz w celu utrzymania w odpowiednich granicach przynależnej im władzy, praw i wolności¹⁹.

Rezolucja Kentucky była złagodzona w stosunku do projektu Jeffersona. Napisał on bowiem, że gdy władza przejmuje uprawnienia nieprzekazane, środkiem zaradczym jest unieważnienie aktu (*nullification*), a taką kompetencją unieważniania dysponuje każdy stan. Ponadto nawet złagodzony tekst kończył się dość zaskakująco na tle wcześniejszych ostrych stwierdzeń. Jefferson, a w ślad za nim legislatura z Kentucky, postanowili mianowicie, że konkretnym krokiem, jaki winien być podjęty, ma być zasadniczo... korespondencja²⁰.

Niezależnie od możliwych nawiązań do przedrewolucyjnych komitetów koordynujących opór wobec Brytyjczyków, podzielam opinię cytowanych autorów, że Jefferson i Madison unikali nazbyt drastycznych sformułowań. Ostatnie akapity rezolucji Kentucky przewidywały utworzenie komisji, która będzie korespondować z pozostałymi stanami, a następnie przedłoży rezultaty tej wymiany listów i uzgodnień osobistych macierzystemu zgromadzeniu. Rezolucja Wirginii kończyła się podobną wizją ożywej korespondencji, obejmującej też senatorów i członków Izby Reprezentantów. Celem rezolucji było nakłonienie stanów do współpracy w celu doprowadzenia do uchylenia *Alien and Sedition Acts*, samodzielnie lub za pośrednictwem Kongresu. Co prawda toczył się w środowisku historyków spór, czy równoległe stan Wirginia przygotowywał oddziały zbrojne, ale miarodajna i aktualna opinia Gordona S. Wooda, syntetyzującego badania na ten temat, wskazuje, że istotnie uzbrajano oddziały stanowe, lecz nie

¹⁹ Tłumaczenie na podstawie tekstu *Virginia Resolutions of 1798* zawartego w: M.A. Graber, M. Perhac (eds.), *Marbury versus Madison...*, s. 275.

²⁰ Zob. A. Koch, H. Ammon, *The Virginia and Kentucky Resolutions...*, s. 157-158. Obszernie dokumenty te omawia także Wayne D. Moore w tekście *Reconceiving Interpretive Autonomy. Insights from the Virginia and Kentucky Resolutions*, „Constitutional Commentary” 1994, vol. 11, no. 2, s. 315 i n. Znaczący zagadnienia często wskazują, że ta oryginalna „correspondence” to nie korespondencja, ale komunikacja, koordynacja. Jednakże już w XVII w. słowo to dotyczyło także wymiany listów, a w omawianym przypadku chodziło właśnie o pozostawanie w kontakcie z pozostałymi legislaturami, tak samo jak przedrewolucyjne komitety korespondencyjne koordynowały swoją działalność.

do konfrontacji z władzą federalną, a w celu obrony przed Indianami²¹. Umiarkowane zakończenia obu rezolucji były wyrazem powściągliwości ich autorów. Szczególnie Jefferson, pod wyraźnym wpływem Madisona, miarkował swoje stanowisko, kilka lat wcześniej bowiem, gdy konsultowano z nim utworzenie w Wirginii filii Banku Stanów Zjednoczonych, Jefferson nie tylko powtórzył w liście swój argument z konfrontacji z Hamiltonem, iż utworzenie banku państwowego jest sprzeczne z Konstytucją. Thomas Fleming, krytyczny wobec Jeffersona i przypisujący mu w pewnych okresach paranoję, uznał, że w sprawie wirginijskiej filii Banku Jefferson napisał najbardziej zdumiewający w swojej karierze list, zapowiadający w swym szaleństwie wojnę domową. Jefferson napisał mianowicie wprost, że kto z mieszkańców Wirginii uzna „obcą legislaturę” (czyli Kongres Stanów Zjednoczonych), ten powinien podlegać odpowiedzialności za zdradę i zostać skazany na śmierć²².

Znacznie spokojniejsze w tonie *Rezolucje Wirginii i Kentucky* w pewnym sensie można byłoby nawet postrzegać jako happeningi polityczne. Jak pisze Akhil Reed Amar: tak jak Amerykanie używali zgromadzeń kolonialnych do wyrażania i mobilizowania opozycji wobec opresji imperialnej, tak teraz mogli użyć legislatur stanowych do bicia na alarm przeciwko tyranii federalnej²³. Nie szła za tym jednak jeszcze groźba secesji ani otwarte wypowiedzenie posłuszeństwa władzom federalnym, czego najlepszym dowodem jest to, że Sędzia Chase orzekł bez pobłażania dla wywrotowców w Richmond, stolicy Wirginii. Zresztą nawet w obrębie opozycyjnego tandemu Jefferson-Madison nie było zgody co do uprawnień stanów, Madison nie był przekonany, że Konstytucja pozwala stanom na orzekanie o niekonstytucyjności ustaw²⁴, dlatego sformułowania w rezolucji Wirginii są łagodniejsze. Thomas Jefferson próbował dodać do tekstu rezolucji przygotowanego przez Madisona mocniejsze sformułowanie. Po słowach, iż ustawy federalne są niezgodne z Konstytucją, Jefferson proponował dodanie, iż stan deklaruje, że ustawy te są *ab initio* nieważne i pozbawione mocy obowiązującej. Madison nie chciał użycia słowa „nieważne”, po kilku dekadach był zakłopotany, gdy odkryto wersję z tym słowem w jego dokumentach, a on nie pamiętał, czy sam to napisał. Pierwotny tekst Madisona, niewskazujący na możliwość uchylania przez stan prawa federalnego, przywrócono w ostatniej chwili, prawdopodobnie po interwencji Madisona²⁵. W związku z wprowadzanymi zmianami i różnicami zdań między dwójką głównych autorów ogólny wydźwięk obu rezolucji był wieloznaczny, ich tezy były rozwijane w kolejnych rezolucjach i raporcie autorstwa Madisona.

²¹ G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 270.

²² T. Fleming, *The Great Divide...*, s. 134.

²³ A.R. Amar, *Kentucky and the Constitution. Lessons from the 1790s for the 1990s*, „Kentucky Law Journal” 1996-1997, vol. 85, no. 1, s. 3.

²⁴ J.F. Simon, *What Kind of Nation. Thomas Jefferson, John Marshall and the Epic Struggle to Create a United States*, New York 2006, s. 60.

²⁵ A. Koch, H. Ammon, *The Virginia and Kentucky Resolutions...*, s. 159-160.

W swej głębszej warstwie rezolucje formułowały jednak doniosły argument i stąd ich utrwalenie w świadomości Amerykanów, utrzymujące się po czasy współczesne. Tomasz Wieciech zauważa, że ze współczesnej perspektywy doktryna nullifikacji Jeffersona wydaje się niemal konstytucyjną herezją, ale pod koniec XVIII w. w środowiskach, w których wpływy radykalnego republikanizmu były największe, powszechnie uznawano prawo do oporu wobec niekonstytucyjnych przepisów, zatem koncepcja Jeffersona była racjonalizacją ludowej nullifikacji²⁶. Publikacja rezolucji w 1859 r. dała uzasadnienie argumentom rzeczników stanów południowych, które wysuwali na rzecz secesji²⁷. W ostatnich latach tylko przykładowo można wskazać, że cytowany powyżej Akhil Reed Amar przez pryzmat tych rezolucji komentował wybory prezydenckie z 1996 r. Dosłownie na rezolucję Kentucky powoływał się w 2014 r. ruch społeczny pod nazwą Reclaiming America for Christ, wzywający do całkowitego zakazu aborcji i utrzymania „bożej definicji małżeństwa”²⁸.

Argument ten polega na założeniu, że Konstytucja USA stanowi jedynie umowę, *compact*, pomiędzy suwerennymi stanami, a to pociąga za sobą, jak czytaliśmy, prawo tych suwerennych stron umowy do samodzielnej oceny naruszeń Konstytucji dokonanych przez władze federalne, w celu zażegnania zła. W tej wizji ostatecznym arbitrem w przypadkach takich kontrowersji nie może być organ federalny, zwłaszcza Kongres, ani sądownictwo federalne. Trafnie podnosi Tomasz Wieciech, że jeśli dla Jeffersona Konstytucja stanowiła jedynie umowę między stronami, to konsekwencją było zasadnicze zredukowanie roli władz federalnych, które nie tylko nie mogły mieć zwierzchniego charakteru wobec stanów, ale wręcz władze federalne nie były w tej wizji równorzędnym partnerem dla władz stanowych²⁹. Wątek ten wiązał się z poruszaną powyżej kwestią znaczenia *common law* w prawie amerykańskim, zwłaszcza na poziomie federalnym. John Taylor, który formalnie zgłosił projekt rezolucji Wirginii, stanowczo odpierał argumenty Federalistów, iż ustawa *Sedition Act* wyrażała jedynie normy *common law*. W debacie nad rezolucjami na forum wirginijskiej Izby Deleatów wypominał, że osoby ratyfikujące Konstytucję federalną „nigdy nie mogły przypuszczać, że ustanawiają władze, które wedle własnego upodobania czerpać będą z nieprzebranych skarbców *common law* i prawa narodów, by stamtąd wydobywać tyle władzy, ile zechcą”³⁰.

Umieszczenie władzy suwerennej w Konstytucji pozostało w praktyce nierozstrzygnięte do wojny secesyjnej. Klauzuli supremacyjnej z artykułu VI (Konstytucja

²⁶ T. Wieciech, *Unia w myśli politycznej...*, s. 134.

²⁷ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 247.

²⁸ W manifestie 2014 *Challenge* rezolucja Kentucky cytowana jest wprost, zob. <http://reclaimamerica-forchrist.org/2014-challenge/>.

²⁹ Zob. T. Wieciech, *Unia w myśli politycznej...*, s. 93.

³⁰ K.R.C. Gutzman, *The Virginia and Kentucky Resolutions Reconsidered. „An Appeal to the Real Laws of Our Country”*, „The Journal of Southern History” 2000, vol. 66, no. 3, <http://dx.doi.org/10.2307/2587865>, s. 493-494.

najwyższym prawem powszechnym) przeciwstawiano X poprawkę (uprawnienia nie-przekazane przysługują stanom i ludowi) oraz właśnie doktrynę suwerenności stanów³¹. Przypomnijmy ponownie wirginijską konwencję ratyfikacyjną z 1788 r. Do głosowania za ratyfikacją Konstytucji przekonywał delegatów gubernator Edmund Randolph, który zresztą nigdy nie piastował stanowiska jako Republikanin. Zapewniał on, że Konstytucja będzie miała ograniczone znaczenie, a Wirginia przystąpi do ligi suwerennych stanów. Kevin R.C. Gutzman, starając się wyjść poza tradycyjny schemat badań historycznych nad tworzeniem i ratyfikacją Konstytucji, w którym to James Madison jest słońcem, wokół którego obracają się badacze, argumentuje, że źródłem postawy antyfederalistycznej, która zrodziła *Rezolucje Wirginii i Kentucky*, był umiarkowany Federalista Randolph³². Podobnego przenikania się stanowisk dopatrzyć się można w IX poprawce, wedle której wymienienie praw w Konstytucji nie oznacza, że inne prawa przysługujące ludowi zostały zniesione lub ograniczone. Przepis ten Akhil Reed Amar nazywa udaną demokratyczną syntezą stanowiska Antyfederalistów i Federalistów. Ci pierwsi dostali w postaci zestawu poprawek deklarację praw, o którą zabiegali. Federaliści byli przeciwnikami takiej deklaracji, gdyż uważali, że może ona przynieść przeciwny skutek, ograniczając prawa niewyrażone wprost. IX poprawka pozwalała im na zachowanie twarzy i usprawiedliwienie ich wcześniejszego sprzeciwu wobec deklaracji praw³³. To jedno krótkie zdanie finezyjnie potwierdzało, że interpretacyjne ostrzeżenia Federalistów były uzasadnione, a następnie swoją mocą oddalało zasygnalizowane zagrożenie.

Na tle choćby tylko przedstawianych tu wczesnych sporów o konstytucyjność Banku Stanów Zjednoczonych³⁴, prześladowania opozycji politycznej za działalność wywrotową czy wreszcie fundamentalnej kwestii statusu władzy federalnej łatwo można rozpoznać, jak całkowicie chybione są słowa autorów eksponujących spisany charakter amerykańskiej Konstytucji i podkreślających, że granice tego, co można czynić w imię Konstytucji, wyznaczone są przez słowa, zwroty i strukturę tego aktu, a także dodających, że „całym sensem spisanej konstytucji było wyłożenie jasno i absolutnie, co władze mogły robić, a czego nie”³⁵. Od samego początku funkcjonowania państwa amerykańskiego ograniczenia i słabości aktu z 1787 r. były boleśnie odczuwane, w podstawowych kwestiach nie było jasnych odpowiedzi, co można robić w imię Konstytucji. Mniej oczywistym aspektem tej sytuacji, z dzisiejszej perspektywy zapewne zadziwiającym, było jedynie to, że to nie władza sądownicza zajmowała się szukaniem odpowiedzi na niejasności treściowe tkwiące immanentnie w tekście Konstytucji.

³¹ Zob. S.M. Griffin, *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton 1998, s. 23.

³² K.R.C. Gutzman, *Edmund Randolph and Virginia Constitutionalism*, „The Review of Politics” 2004, vol. 66, no. 3, <https://doi.org/10.1017/S0034670500038870>, s. 473.

³³ Zob. A.R. Amar, *America's Constitution. A Biography*, New York 2006, s. 328.

³⁴ Szerokie omówienie debaty na temat Banku przedstawia R.M. Małajny, *Amerykański prezydencjalizm*, Warszawa 2012, s. 50 i n.

³⁵ M.S. Paulsen, L. Paulsen, *The Constitution. An Introduction*, New York 2016, s. 25-26.

Pod koniec lat 90. XVIII w. problem usytuowania władzy zwierzchniej w federacji amerykańskiej nie mógł już liczyć na rozwiązanie w duchu przyjaznej syntezy stanowisk obu skonfliktowanych stron, czego wyrazem był m.in. zanik wspólnego języka. Federaliści i Republikanie uważali się za zwolenników ograniczonego, republikańskiego rządu, ale w wizji Republikanów ustrój taki miał pozwalać na indywidualne dążenie do szczęścia, natomiast zdaniem Federalistów taka ideologia indywidualnej wolności zagrażała stabilności porządku społecznego³⁶. Na przełomie XVIII i XIX w. można było wręcz mówić o dwóch konstytucjach, tak rozbieżne stało się rozumienie dokumentu z 1787 r. Federaliści i Republikanie uważali prawo naturalne za źródło praw jednostki. Ta kwestia będzie też bardzo istotna podczas poszukiwania podstaw sędziowskiej kontroli konstytucyjności prawa. Tylko Federaliści uważali jednak, że prawo naturalne jest również źródłem władzy centralnej, a Konstytucja daje wyraz zasadom tego prawa, co pozwalało na swobodną interpretację jej ogólnych i niejasnych postanowień³⁷. Wieloznaczność Konstytucji dawała politykom sposobność do zastępowania konfliktów co do konkretnych zagadnień sporami na temat znaczenia Konstytucji, przez co stała się ona kuszącym orężem w amerykańskiej polityce³⁸.

Niejasna była w szczególności kwestia zakresu uprawnień ustawodawczych Kongresu oraz rozdziału uprawnień między federacją a stany. Jak to barwnie ujmuje Barry Friedman, twórcy Konstytucji zostali zmuszeni do wykonania ekwilibrystycznej sztuczki. Starając się pogodzić tych, którzy mieli opory przed władzą centralną, ze zwolennikami istotnego jej wzmocnienia, w tekście z 1787 r. pozostawili sprawę otwartą i nie zarysowali dostatecznie wyraźnie granic między uprawnieniami federacji i stanów³⁹. Podczas kampanii ratyfikacyjnej Federaliści nie byli skłonni do rozjadrzania oponentów, więc Konstytucja mogła być rozumiana jako umowa łącząca suwerenne stany nawet przez zwolenników ratyfikacji, czego przykładem był Edmund Randolph.

Jednocześnie przeciwnicy ratyfikacji doskonale rozumieli zagrożenie ze strony Konstytucji dla suwerennych stanów. Reprezentatywna jest tu jedna z replik Cincinnatusa, czyli Arthura Lee, ogłoszona w „New York Journal” w listopadzie 1787 r. jako polemika z tezami wystąpienia Jamesa Wilsona, zachwalającego Konstytucję i przekonującego, że istnienie planu federalnego opiera się na władzach stanowych.

³⁶ Zob. L.S. Demaree, *The Political Culture of the First Party System*, „OAH Magazine of History” 1986, vol. 2, no. 2, s. 10-11.

³⁷ Zob. obszernie A. Lenner, *A Tale of Two Constitutions. Nationalism in the Federalist Era*, „American Journal of Legal History” 1996, vol. 40, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2307/845462>, s. 74-99.

³⁸ D.B. Robertson, *The Constitution from 1620 to the Early Republic*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York 2015, s. 34.

³⁹ B. Friedman, *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York 2010, s. 73-74.

W tłumaczeniu dzieła Puffendorfa przez Barbeyraca znajdzie pan takie słowa (...) „Suwerenność, w takim stopniu, w jakim określa ogólne zasady zachowania w życiu społecznym, nazywa się władzą ustawodawczą – w stopniu, w jakim polega na rozstrzyganiu sporów między obywatelami, nazywa się władzą sądowniczą – w stopniu, w jakim chodzi o uzbrajanie obywateli przeciwko wrogowi zagranicznemu lub nakazywanie zaprzestania działań wojennych, to decydowanie o wojnie i pokoju – w stopniu, w jakim dotyczy powoływania funkcjonariuszy wspomagających sprawy publiczne, to władza tworzenia urzędów”. Gdy teraz, Sir, wszystkie te atrybuty suwerenności zostaną powierzone wyłącznie waszym nowym władzom, czyż nie jest kpina ze zdrowego rozsądku wmawianie nam, że suwerenność stanów nie zostanie unicestwiona? A jednak stara się pan wykazać, że od ich istnienia zależy istnienie planu federalnego – a gdy to wielkie przedsięwzięcie zostaje wyjaśnione, okazuje się, że polega to na tym, że muszą zebrać się raz na dwa lata w celu wyboru części władzy federalnej. Wstyd! Wstyd, panie Wilson! Gdybyż miał pan reputację do stracenia, czy ryzykowałby ją pan w ten sposób?⁴⁰

W 1798 r. nie było już powodu do eksponowania negocjacyjnej gibkości wobec zwolenników silnej pozycji stanów. W środowisku Federalistów gorzał zresztą wewnętrzny konflikt pomiędzy frakcją umiarkowanych, której przewodził prezydent Adams, wspierany później przez Johna Marshalla, a skrajnymi Federalistami (*High Federalists*) Alexandra Hamiltona. Ten wewnątrzpartyjny zatarg też wpływał na usztywnienie postawy wobec Republikanów. Symptomatyczna była reakcja Johna Marshalla na *Rezolucje Kentucky i Wirginii* z 1798 r. Obawiał się ich bardzo, ponieważ czyniły z interpretacji konstytucyjnej kwestię ortodoksji partyjnej, a przy tym łączyły dwie najbardziej przerażające zjawiska dekady: ideę suwerenności stanów oraz powstanie partii politycznych⁴¹. A przecież Madison wraz z Jeffersonem uruchamiali proces wyraźnie zapowiedziany przez młodszego o dekadę Madisona w czterdziestym szóstym artykule *Federalisty*:

Jednakże ambitne naruszenia przez władze federalne uprawnień władz stanowych nie wywołają sprzeciwu tylko jednego stanu lub niewielkiej ich grupy. Będą sygnały powszechnego zaniepokojenia. Wszystkie władze opowiedzą się za słuszną sprawą. Podjęta zostanie korespondencja. Uzgodnione zostaną plany oporu. Duch jedności pobudzi i poprowadzi całość⁴².

⁴⁰ Cincinnatus [Arthur Lee], *Reply to Wilson's Speech: „Cincinnatus” V*, [w:] B. Bailyn (ed.), *The Debate on the Constitution. Federalist and Antifederalist Speeches, Articles, and Letters During the Struggle over Ratification*, part I: *September 1787 to February 1788*, New York 1993, s. 119-120. Błędna pisownia nazwiska Puffendorfa za oryginałem.

⁴¹ R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court*, Baton Rouge 2001, s. 103.

⁴² *Federalist*, no. 46..., s. 294.

Stany Kentucky i Wirginia wedle tych niegdyśszych federalistycznych założeń podjęły korespondencję, starając się wywołać ducha jedności. Reakcje pozostałych legislatur stanowych, w większości zdominowanych przez Federalistów po fali uniesienia aferą XYZ, były jednak krytyczne, wrogie, a według określenia Larry'ego D. Kramera wręcz paranoiczne, gdyż dla Federalistów republikańskie interpretacje konstytucyjne miały posmak zdrady⁴³.

Wayne D. Moore wylicza, że dziesięć z istniejących szesnastu legislatur stanowych formalnie lub nieformalnie odrzuciło *Rezolucje Kentucky i Wirginii*. Siedem stanów odpowiedziało bezpośrednio, przesyłając własne rezolucje. Legislatury pięciu z tych stanów stwierdziły, że to sądy federalne dysponują uprawnieniem do uchylania aktów federalnych z powodu ich niezgodności z Konstytucją. Dwie pozostałe legislatury w ogólniejszy sposób opowiedziały się za supremacją władz federalnych. Trzy stany odrzuciły rezolucje, ale bez kierowania protestów do legislatur, które je uchwaliły. Władze czterech stanów nie zajęły stanowiska⁴⁴. W legislaturze Wirginii przegłosowana grupa pięćdziesięciu ośmiu Federalistów ogłosiła „Raport mniejszości”, broniący zgodności z Konstytucją *Alien and Sedition Acts* oraz szerokiego zakresu uprawnień federalnej władzy ustawodawczej⁴⁵.

Dla George'a Washingtona rezolucje republikańskie Kentucky i Wirginii były kolejnym przejawem jakobińskiego spisku⁴⁶. Propaganda Federalistów przedstawiała Jeffersona jako żądnego władzy „Bonapartego amerykańskiego jakobinizmu”, zmierzającego do obalenia Konstytucji i ustanowienia dyktatury. Jeden z elokwentnych Federalistów dowodził, że uniwersalnym celem jakobinizmu jest obalenie całego istniejącego dobra, więc natura Jeffersona i jego ludzi zmusza ich do wrogości wobec Konstytucji i działalności na rzecz jej upadku⁴⁷. Hamilton wprost namawiał do wysłania wojsk federalnych do Wirginii, aby poddać próbie gotowość tego stanu do oporu⁴⁸.

Wspominałem już wcześniej o geograficznej roli w Unii Wirginii, bez której Stany Zjednoczone tworzyłyby dwie rozdzielone połowy. Kevin R.C. Gutzman zaznacza, że zapomina się wręcz, jak istotna była Wirginia w amerykańskiej polityce w pierwszej dekadzie obowiązywania Konstytucji. Nie tylko była macierzystym stanem Washingtona, Jeffersona, Madisona i Randolpha, ale także dysponowała 21 członkami z ówczesnych 138 członków Kolegium Elektorów wybierającego prezydenta, co przeliczone proporcjonalnie na dzisiejsze warunki oznaczałoby stan dysponujący aż 83 głosami elektorskimi, czyli

⁴³ L.D. Kramer, *The People Themselves...*, s. 136.

⁴⁴ W.D. Moore, *Reconceiving Interpretive Autonomy...*, s. 328.

⁴⁵ Zob. K.T. Lash, A. Harrison, *Minority Report. John Marshall and the Defense of the Alien and Sedition Acts*, „Ohio State Law Journal” 2007, vol. 68, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.888803>, s. 435 i n.

⁴⁶ M. Smelser, *George Washington and the Alien and Sedition Acts*, „The American Historical Review” 1954, vol. 59, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2307/1843624>, s. 332.

⁴⁷ Zob. Ch.O. Lerche Jr., *Jefferson and the Election of 1800. A Case Study in the Political Smear*, „The William and Mary Quarterly” 1948, vol. 5, no. 5, <http://dx.doi.org/10.2307/1920636>, s. 481-482.

⁴⁸ A. Taylor, *American Revolutions. A Continental History, 1750-1804*, New York 2017, s. 424.

tylko jednym mniej niż połączone reprezentacje dwóch kluczowych stanów w wyborach prezydenckich, Kalifornii (55) i Florydy (29)⁴⁹.

Tak zwane zasady z 98 r., wyrażone w rezolucjach stanów broniących swej suwerenności, doprowadziły jednak Republikanów do zwycięstwa wyborczego i ustrojowego przełomu określanego mianem rewolucji 1800 r. Wedle nowszych badań Wendella Bir- da poparcie dla rezolucji było jednak większe, niż wcześniej sądzono, tylko w połowie stanów nie znalazły one poparcia i faktycznie zapowiadało to dobry wynik wyborczy Republikanów w 1800 r.⁵⁰ Wiosną tego roku Thomas Jefferson pisał z satysfakcją w liście, że mieszkańcy stanów środkowych są praktycznie zmobilizowani na rzecz Wirginii (czyli na rzecz sprawy republikańskiej), a „w stanach wschodnich na nowo odczuwalne jest drżenie, które zahamowała afera XYZ”⁵¹. Mamy tu kolejny dowód na to, jak silny wpływ na politykę amerykańską wywarł John Marshall, kronikarz wyolbrzymionego paryskiego szantażu, zanim jeszcze objął stanowiska we władzach federalnych. Po 2 latach Republikanie zdołali odzyskać inicjatywę i przekonać społeczeństwo do swojej wizji interpretacji konstytucyjnej.

Analizujący status rezolucji H. Jefferson Powell zwraca uwagę na to, że doszło do ich politycznej kanonizacji nie tylko przez Republikanów. Język i pojęcia użyte w rezolucjach stały się rodzajem mowy powszechnej, *lingua franca*, używanej przez Republikanów z Południa i Federalistów z Północy. Jeszcze w 1799 r. legislatura Rhode Island potępiła rezolucje, uznając je za pogwałcenie Konstytucji. W 1809 r. ta sama legislatura, ponownie kontrolowana przez Federalistów, ogłosiła, że lud Rhode Island może przeciwstawiać się embargu nałożonemu z inicjatywy prezydenta Jeffersona na handel ze Zjednoczonym Królestwem i Francją, Rhode Island jest bowiem „jedną ze stron umowy federalnej”⁵². Posłużono się tu określeniem zaczerpniętym wprost z rezolucji z 1798 r. – Konstytucja to „Federal compact”.

Oddalając na chwilę wzrok od burzliwej dekady lat 90. XVIII w., warto wszak ujawnić, że po latach zwolennicy suwerenności stanów południowych gorzko podsumowywali zwycięstwa Jeffersona i polityczną kanonizację zasad z 98 r., które ostatecznie okazały się w ich oczach humbugiem. Jeden z nich pisał, że rezolucje z roku 98 były prawidłowe w teorii, ale Jefferson zadowolili się jedynie ich wyrażaniem, tak żeby działanie na ich podstawie nie zagroziło jego ambicjom politycznym. Władza centralna została zdobyta kosztem praw stanów. Już u progu okazja do przywrócenia w Unii pierwotnych zasad

⁴⁹ K.R.C. Gutzman, *The Jeffersonian Republicans vs. The Federalist Courts*, „University of St. Thomas Law Journal” 2018, vol. 14, no. 1, s. 73.

⁵⁰ W. Bird, *Reassessing Responses to the Virginia and Kentucky Resolutions. New Evidence from the Tennessee and Georgia Resolutions and from Other States*, „Journal of the Early Republic” 2015, vol. 35, no. 4, <http://dx.doi.org/10.1353/jer.2015.0074>, s. 519 i n.

⁵¹ A. Koch, H. Ammon, *The Virginia and Kentucky Resolutions...*, s. 174.

⁵² Zob. H.J. Powell, *The Principles of '98. An Essay in Historical Retrieval*, „Virginia Law Review” 1994, vol. 80, no. 3, <http://dx.doi.org/10.2307/1073630>, s. 695.

została zaprzepaszczona, a zasada republikańska nigdy nie odzyskała sił po tej klęsce. Przez następne 60 lat, pisał rozżalony południowiec, politycy i partie ślubowali wierność tej doktrynie, ale zwabieni urokiem władzy centralnej i prestiżu zawsze znajdowali sposoby na uchylanie się od jej wymogów⁵³.

Trzeba także wyjaśnić, że choć kontrowersje na temat praw stanów i zakresu uprawnień władzy federalnej mają kolosalne znaczenie dla naświetlenia tła sędziowskiej kontroli konstytucyjności prawa, to między wierszami tych rezolucji, polemik i wyrzutów kryła się także coraz gwałtowniejsza obrona systemu zniewolenia czarnoskórych w stanach południowych. Dodatkowo, za Davidem B. Robertsonem, trzeba wskazać, że cała koncepcja praw stanów pozwalała na łączenie przeciwników Hamiltona pod sztandarem na tyle ogólnym, że tworzyła platformę współpracy dla polityków reprezentujących zróżnicowane interesy, bez konieczności akceptowania przez nich alternatywnego ogólnopaństwowego programu, który zagrażałby lokalnym priorytetom⁵⁴.

Pora powrócić do postaci Johna Marshalla. Wielu autorów podkreśla, że należał on do nielicznych Federalistów sprzeciwiających się *Sedition Act*. Ten walor pasuje do wypiełgnowanego wizerunku pierwszego obrońcy Konstytucji. Na wstępie trzeba więc zauważyć, że zapowiedziana powyżej trajektoria kariery Johna Marshalla zaczęła zmierzać do zenitu właśnie w okresie, kiedy Federaliści skierowali urzędowy mechanizm represji przeciwko opozycji politycznej. Wtedy John Marshall zaangażował się w działalność polityczną na szczeblu federalnym i zapewne w sposób nieoczekiwany przez nikogo stał się największym beneficjentem metody sprawowania władzy przez Federalistów.

W czerwcu 1798 r. Marshall powrócił z misji dyplomatycznej. R. Kent Newmyer uszczypliwie zauważa, że nie tylko zagrał w tym dramacie główną rolę, ale też napisał scenariusz⁵⁵. Chodzi o jego depesze o aferze XYZ, które przygotowały jego rodaków na przywitanie amerykańskiego bohatera. Co prawda podczas wieloetapowej podróży powrotnej z Francji, na trasie z Nowego Jorku do Filadelfii John Marshall przyznał jadącemu w tym samym dylizansie Republikaninowi, że wśród Francuzów nie ma poczucia, jakoby zanosilo się na wojnę z Ameryką⁵⁶, dołączył jednak do towarzyszy Federalistów, gdy wykorzystali nastroje patriotyczne i antyfrancuskie w wewnętrznej walce politycznej. Bezpośrednim patronem kariery Marshalla był George Washington, który także jego, jak swoich innych weteranów, wezwał do służby dla zagrożonej przez Iluminatów ojczyzny.

Legendą otoczony jest przyjazd Marshalla do posiadłości Washingtona w Mount Vernon. Jean E. Smith podaje, że Marshall sam zawiadomił Washingtona, że we wrześniu będzie przejazdem w okolicy i chętnie złoży prezydentowi wyrazy uszanowania. Zachwycony Washington bezzwłocznie zachęcił swego dawnego kapitana do złożenia

⁵³ M.D. Peterson, *The Jefferson Image in the American Mind*, Charlottesville 1998, s. 212-213.

⁵⁴ D.B. Robertson, *The Constitution from 1620...*, s. 36.

⁵⁵ R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 118.

⁵⁶ A. Burnstein, N. Isenberg, *Madison and Jefferson*, New York 2010, s. 331.

wizyty w Mount Vernon, zawiadamiając też swego bratanka, Bushroda Washingtona, że obu ich będzie namawiał do udziału w wyborach do Kongresu, które miały się odbyć w kwietniu 1799 r.⁵⁷ Relacja ta, wykorzystująca cytaty z listu Washingtona do bratanka, wydaje mi się bardziej wiarygodna od ustaleń R. Kenta Newmyera, który twierdzi, że „nagłące zaproszenie” wystosował Washington⁵⁸. W trakcie wizyty miało dojść do niecodziennej sceny. Zabarwiona prawdopodobnie legendą opowieść brzmi tak, iż Washington, realizując swój zamiar, namawiał obu gości do startu w wyborach po stronie Federalistów. Marshall rzekomo opierał się, ponieważ pragnął skoncentrować się na swej praktyce prawniczej. Następnego dnia o świcie skierował się do stajni. Zamierzał wyjechać bez pożegnania, żeby nie narażać swego ukochanego dowódcy na kolejną odmowę. Washington przeniknął jednak jego zamiar i czekał na Marshalla na drodze do stajni czy też przy niej. George Washington, ubrany w mundur naczelnego wodza, stanął przed Marshalllem, popatrzył mu prosto w oczy – a był jednym z nielicznych mężczyzn w tamtych czasach, których wzrost na to pozwalał – i wypowiedział swą prośbę po raz ostatni, przypominając, że sam zdecydował się na poświęcenie dla ojczyzny i powrót do życia publicznego⁵⁹. Oddajmy tu głos Johnowi Marshallowi, który tak wspominał, jak wziął przykład z Washingtona:

Pozostawił urząd, deklarując zdecydowanie, że nigdy, pod żadnym pozorem, nie wróci do życia publicznego. Nikt nie mógł być bardziej szczerzy w takiej deklaracji, nikt nie miał silniejszych powodów do trwania przy niej. Nikt nie poświęciłby się bardziej od niego, łamiąc to postanowienie, wyrażone publicznie, z wiarą w jego nieodwołalność. Widziałem jednak, jak wbrew swej publicznej deklaracji, wbrew własnym odczuciom, ulegając poczuciu obowiązku, rzekł się rozkoszy odpoczynku i ponownie zajął najtrudniejsze i najbardziej niebezpieczne stanowisko, jakie może objąć człowiek. Moje postanowienie ustąpiło przed tym przykładem i stałem się kandydatem do Kongresu⁶⁰.

Warto zwrócić uwagę na te słowa, ponieważ w podobny sposób będzie postrzegał John Marshall niebawem swe powołanie do Sądu: jako akt właściwie przypadkowy, niezależny od jego działań, na który ostatecznie przystał. Niechęć do porzucenia praktyki prawniczej wydaje się jednak prawdopodobna. W Mount Vernon Marshall miał powiedzieć Washingtonowi, że zasiadając w Kongresie, nie spłaci długu (za byłe dobra lorda Fairfaxa), a w tym samym miesiącu odmówił prezydentowi Adamsowi powołania do Sądu⁶¹.

⁵⁷ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 240.

⁵⁸ R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 119.

⁵⁹ Warianty tej historii podaje J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 241 oraz C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision. Jefferson, Adams, Marshall, and the Battle for the Supreme Court*, New York 2009, s. 39.

⁶⁰ Cyt. za: J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 241.

⁶¹ Zob. J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 67-68.

Nie ulega wątpliwości, że z punktu widzenia Washingtona, który starał się zwiększyć szanse powodzenia Federalistów w wyborach w trudnej dla nich Wirginii, pozyskanie Marshalla było wielkim osiągnięciem. W ciągu blisko dwóch dekad służby publicznej na różnych poziomach Marshall nie przegrał dotąd wyborów powszechnych⁶². Teraz jednak konkurent, John Clopton, wydawał się zbyt mocnym przeciwnikiem. Ubiegał się on o ponowny wybór, był umiarkowanym Republikaninem w stanie popierającym Republikanów, podobnie jak Marshall był szanowanym prawnikiem i weteranem wojny o niepodległość⁶³. Popularność Marshalla powodowała, że jego start w wyborach zmobilizował siły Federalistów w Wirginii, ale jednocześnie stał się on głównym celem ataków Republikanów w tym stanie⁶⁴. Marshall do kampanii wyborczej przystąpił więc bardzo zręcznie. Anonimowo opublikował w lokalnej gazecie list z pytaniami do siebie, na które dzień później odpowiedział w prasie pod własnym nazwiskiem, w prostym języku, zrozumiałym dla swych wyborców⁶⁵. Ta odpowiedź stanowiła faktycznie ogłoszenie wyborcze, będące manifestem umiarkowania Johna Marshalla. Zwracał w nim uwagę na aferę XYZ, która stawiała go w dobrym świetle, wychwalał zalety Konstytucji i dystansował się umiejętnie wobec czterech represyjnych ustaw Federalistów, twierdząc, że nie poparłby ich w Kongresie⁶⁶.

Postawa Johna Marshalla wobec *Alien and Sedition Acts* od wielu lat jest przedmiotem sporów badaczy. Przypisywano mu współautorstwo wspomnianego wyżej „Raportu mniejszości” wirginijskich Federalistów, którzy bronili zgodności tych ustaw z Konstytucją. Jak już wiemy, ustawa o działalności wywrotowej okryła Federalistów niesławą, Federalistą był także Marshall, więc na szali leżała jego reputacja. W rozbieżnych konkluzjach badaczy na temat stosunku Marshalla do tej ustawy dostrzec można zbieżność z ogólnym postrzeganiem Prezesa. Jean E. Smith, widzący w nim postać pomnikową, odrzuca tezę o udziale Marshalla w napisaniu tego raportu. Uważa on, że to biograf Marshalla, Albert J. Beveridge, zapoczątkował ten niesprawiedliwy osąd, możliwość zaś, by Marshall wyparł się ustaw Federalistów, nazywa „pobożnymi życzeniami skrajnych Federalistów z Massachusetts”⁶⁷. Zdaniem Louise Weinberg Marshall mógł przyłożyć rękę do „Raportu mniejszości”, ale „z pewnością nie dla poparcia ustawy o działalności wywrotowej, co przypisują mu krytycy, gdyż zawsze był jej przeciwny”. Autorka ta rękę Marshalla dostrzega w tonującym zakończeniu dokumentu⁶⁸. Najciekawsza jest drobiazgowa analiza Kurta T. Lasha i Alicii Harrison, którzy wskazują nie tylko na okoliczność, iż wielu polityków od początku uważało Marshalla za autora, ale

⁶² R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 127.

⁶³ J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 69.

⁶⁴ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 242.

⁶⁵ R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 121.

⁶⁶ Odpowiedź „To a Freeholder” omawia J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 243-244.

⁶⁷ *Ibidem*, s. 601.

⁶⁸ L. Weinberg, *Our „Marbury”*, „Virginia Law Review” 2003, vol. 89, no. 6, s. 1270.

w ramach swego historycznego śledztwa przedstawiają dowody silnie wskazujące na to, że John Marshall był ukrytym autorem co najmniej części tego raportu⁶⁹. Kwestia ta nie ma bynajmniej charakteru ciekawostki historycznej. Lash i Harrison przekonująco wywodzą, że w „Raporcie mniejszości” widać interpretację zakresu władzy federalnej, którą Marshall wyrażał będzie przez wiele lat w kluczowych orzeczeniach Sądu. W dalszej części niniejszej książki będzie zaś mowa o innym anonimowym tekście, którego autorstwo Bruce Ackerman po kolejnym historycznym śledztwie także przypisał Marshallowi. Warto już więc przygotować się na wyrażoną dalej sugestię, iż John Marshall wkroczył do Sądu jako pełnokrwisty polityk, aktywista partyjny, najpewniej gorliwie zaangażowany w spory polityczne i konstytucyjne swych czasów, a wedle krytyków zaangażowany dwulicowo.

W prywatnej korespondencji Marshall akcentował raczej to, że *Sedition Act* zniechęcił wiele osób do Federalistów, nie kwestionował zaś zgodności tej ustawy z Konstytucją⁷⁰. Podczas kampanii wyborczej w Wirginii poparcie dla ustawy o działalności wyrotowej wykluczyłoby zdobycie mandatu. Marshall miał więc powody, żeby dystansować się wobec tego aktu, za co zresztą wrogo zaczęli odnosić się do niego skrajni Federaliści ze stanów północnych. Kampanię prowadził w nowoczesny sposób, zacierając różnice między nim a popularnym reprezentantem Cloptonem. Zgrabnie podsumowuje biograf umiejscowienie Marshalla w kulturze politycznej Wirginii – „zajął mocną postawę, ze stopami w przeciwnych obozach”⁷¹. Pod koniec kampanii wprost trudno było dostrzec różnice w poglądach na istotne kwestie między Marshalllem a Cloptonem⁷². Nie pomagała jednak intensywna agitacja alkoholowa, po której James Callender, dziennikarz uznany przez Federalistów za wywrotowca, nazwał Marshalla „kwatremistrzem mocnych trunków i biesiadnym deputowanym z Richmond”⁷³. Przewagę kontrkandydata udało się obozowi Marshalla zniwelować kolejnym zręcznym posunięciem. Zaufany człowiek napisał do sędziwego już, ale cieszącego się wielkim poważaniem Patricka Henry’ego, iż Republikanie rozpuszczają pogłoski, że popiera ich kandydata. W odpowiedzi Henry, który zapałał sympatią do Marshalla podczas konwencji ratyfikacyjnej, napisał w szeroko czytany liście, iż uważa Marshalla za najlepszego kandydata z całego stanu, z wyjątkiem George’a Washingtona⁷⁴.

W kwietniu 1799 r. Marshallowi udało się zdobyć mandat wyborców niewielką większością głosów, stał się członkiem Izby Reprezentantów w Szóstym Kongresie, który zebrał się w grudniu 1799 r. Federaliści zdobyli w Wirginii osiem z dziewiętnastu

⁶⁹ Zob. K.T. Lash, A. Harrison, *Minority Report...*, s. 435 i n.

⁷⁰ Zob. J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 56-57.

⁷¹ R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 125.

⁷² J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 69.

⁷³ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 248.

⁷⁴ *Ibidem*, s. 248-249.

mandatów, podważając swój poprzedni wynik wyborczy, przy znacznym udziale popularności Marshalla i jego przemyślanej kampanii. Jefferson był rozżalony i wyrzekął na Patricka Henry'ego, a w Marshallu zaczął dostrzegać coraz bardziej niebezpiecznego przeciwnika politycznego.

Od 1797 r. Stany Zjednoczone pod przewodnictwem prezydenta Adamsa zaangażowane były w quasi-wojnę, konstytucyjnie niejasny stan wrogości wobec Francji. Agresywne zachowania ze strony niedawnego bliskiego sojusznika spowodowały, że przygotowując się do obrony kraju przed francuską inwazją, Kongres jeszcze przed powrotem Marshalla z Francji zatwierdził fundusze na artylerię, broń ręczną i amunicję oraz obronę portów. Ustanowiono także Departament Marynarki Wojennej oraz rozbudowano flotę. Gdy Marshall dotarł do ojczyzny jako bohater afery XYZ, Kongres podjął dalej idące kroki. Zerwano wszystkie traktaty z Francją, rozpoczęto budowę dodatkowych okrętów wojennych oraz rozbudowano armię lądową. Na potrzeby tych zbrojeń ustanowiono podatek, który przynieść miał 2 miliony dolarów. George Washington zgodził się na objęcie formalnego dowództwa nad armią, której bezpośrednim dowodzącym został generał Alexander Hamilton, lider skrajnych Federalistów⁷⁵. To właśnie był ów akt zrzeczenia się przez Washingtona „rozkoszy odpoczynku”, który tak poruszył Marshalla.

Inicjatywę w rozbudowie sił lądowych przypisuje się Alexandrowi Hamiltonowi, który nieomal sprawował rząd dusz wśród Federalistów. Zdaniem Gordona S. Wooda dostrzegł on, że za pomocą militaryzacji kraju może przyspieszyć proces przekształcania Stanów Zjednoczonych w nowoczesne państwo, na wzór potęg europejskich. Utworzenie silnego wojska, na którego czele stanął, miało być tylko początkiem odgórných przekształceń. Plany Hamiltona obejmowały rozbudowę systemu sądownictwa, budowę sieci dróg i kanałów, zwiększanie obciążeń podatkowych oraz zmiany w Konstytucji pozwalające na rozczłonkowanie większych stanów⁷⁶. Prezydent Adams nie był bynajmniej rzecznikiem tak radykalnych przemian, co spowodowało nasilający się konflikt w łonie Federalistów między frakcją umiarkowanych a frakcją skrajnych *High Federalists* Hamiltona. Symboliczne były słowa z listu Abigail Adams do swego męża, iż dostrzegła w przebiegłych oczach Hamiltona „samego diabła”, a innym razem stwierdziła, że jego nieposkromione ambicje mogą uczynić z niego „drugiego Bounapartego”⁷⁷. Status Washingtona jako głównodowodzącego określiłem jako formalny, ponieważ zdecydował on, że pozostanie w swej posiadłości do czasu wystąpienia faktycznej nagłej potrzeby kierowania wojskiem. Wedle słów Williama J. Murphy'ego Jr. po serii gabinetowych in-

⁷⁵ J.M. Smith, *Background for Repression. America's Half-War with France and the Internal Security Legislation of 1798*, „Huntington Library Quarterly” 1954, vol. 18, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2307/3816242>, s. 42-43.

⁷⁶ G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 264-265.

⁷⁷ A.N. Coleman, „A Second Bounaparty?”. A Reexamination of Alexander Hamilton during the Franco-American Crisis, 1796-1801, „Journal of the Early Republic” 2008, vol. 28, no. 2, <http://dx.doi.org/10.1353/jer.0.0004>, s. 183.

tryg Washington groźbą ustąpienia zmusił do upokarzającej akceptacji przez prezydenta Adamsa faktu, iż to Alexander Hamilton zostanie w wojskowej hierarchii drugą osobą, zastępującą Washingtona w bieżących sprawach⁷⁸.

Rychło John Adams przejął jednak inicjatywę. W lutym 1799 r. ogłosił zamiar wysłania swego emisariusza do Hagi na rozmowy pokojowe z Francuzami. Podjęcie inicjatywy pokojowej, które zaszokowało zarówno Republikanów, jak i Federalistów, Adams uznał po latach za główne osiągnięcie swej prezydentury⁷⁹. Drugim posunięciem prezydenta było objęcie kontroli nad korpusem oficerskim. W bardzo zręczny sposób Adams wykorzystał presję skrajnych Federalistów na powiększanie armii, poprzez powoływanie oficerów, przy jednoczesnym powstrzymaniu procesu powoływania rekrutów. W ten sposób rosła liczba oficerów zawdzięczających Adamsowi karierę, ale korpus ten bez podwładnych nie tworzył realnej siły zbrojnej⁸⁰.

Wśród amerykańskich historyków toczył się spór na temat motywacji i działań Alexandra Hamiltona w trakcie quasi-wojny. Wielu widziało w nim politycznego jastrzębia i intryganta, drugiego Bonapartego, który wykorzystywał sytuację wewnętrzną i międzynarodową do realizacji swych politycznych celów. Inni dostrzegali w nim polityka umiarkowanego⁸¹. Niezależnie od trafności tych rozbieżnych ocen można stwierdzić, że wizja państwa skrajnych Federalistów z Hamiltonem na czele była odległa nie tylko od wizji Republikanów, ale też od wyobrażeń prezydenta Adamsa. Wymownym przykładem niech będzie okoliczność, że tuż przed zmianą polityki zagranicznej przez Johna Adamsa i podjęciem rozmów pokojowych *High Federalists* doprowadzili do uchwalenia tzw. ustawy Logana (*Logan Act*), zakazującej nieupoważnionych przez władze kontaktów między obywatelami amerykańskimi a obcymi władzami w celu wywarcia wpływu na władze amerykańskie. Była to reakcja na wyjazd George'a Logana, przyjaciela Jeffersona, na prywatne rozmowy pokojowe do Francji⁸². Mimo incydentalnej genezy zakaz ten okazał się bardzo żywotny, nadal obowiązuje w ustawodawstwie amerykańskim i stanowi część federalnego Kodeksu Stanów Zjednoczonych, zdarzały się odniesienia do niego w orzecznictwie, podejmowano również bezskuteczne próby uchylenia tej normy, m.in. w latach 70. XX w.

Tymczasem prezydent Adams od marca 1799 r. przez pełne 7 miesięcy przebywał poza stołeczną Filadelfią, w swej posiadłości Quincy, uznając, że prezydenturę można sprawować korespondencyjnie. Pogrążony w głębokiej melancholii Adams stracił apetyt, a okresowo tracił też panowanie nad sobą, co skłoniło pierwszą damę do nabycia dla

⁷⁸ W.J. Murphy Jr., *John Adams. The Politics of the Additional Army, 1798-1800*, „The New England Quarterly” 1979, vol. 52, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2307/364841>, s. 241-242.

⁷⁹ J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 86.

⁸⁰ Zob. W.J. Murphy Jr., *John Adams...*, s. 243-247.

⁸¹ Zróżnicowane opinie na ten temat przedstawia A.N. Coleman, „*A Second Bounaparty?*”..., s. 184 i n.

⁸² J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 85.

niego dziewięciu beczulek cydru w celu wzmocnienia. Abigail Adams, jedna z najbyłskotliwszych kobiet swej epoki, zapobiegliwie starała się też w krytycznych momentach nie dopuszczać męża do dokumentów urzędowych, aby nie podjął nieprzemyślanych działań⁸³.

Niepozostawiającym żadnych wątpliwości przejawem rozbieżności między Alexandrem Hamiltonem a prezydentem Adamsem był opublikowany w 1800 r. przez tego pierwszego *List dotyczący publicznego postępowania i charakteru Johna Adamsa*. Był to bezpardonowy atak Federalisty na urzędującego prezydenta i kandydata Federalistów do reelekcji, w którym Hamilton wysmażał Adamsa swym wyćwiczonym adwokackim językiem, pisząc, iż Adams to „człowiek o górnołotnej i ekscentrycznej wyobraźni, który nie wykazuje ani regularnych przejawów zdrowego rozsądku, ani zdolności do statecznej wytrwałości w realizowaniu systematycznego planu postępowania”, którego cechują też „niefortunne dziwactwa wynikające z nieposkromionej próżności i zazdrość zdolna do przejaskrawiania każdego zagadnienia”⁸⁴.

Hamilton celował w krytyce Adamsa, ale stabilność psychiczna prezydenta była kwestionowana przez wiele osób, które go znały. Jeden z jego ministrów nazwał go człowiekiem „praktycznie obłąkanym”, senator Federalista uznał, że jest on „na wpół oszalały”. Szerzyły się plotki, iż w napadach prezydent Adams rzuca swą peruką i wdeptuje ją w ziemię⁸⁵. Jeszcze w 1783 r. Benjamin Franklin napisał w liście o przeświadczonym o swej wyższości intelektualnej i moralnej Adamsie, że to „niejaki złośliwy szaleniec”⁸⁶. Zdaniem historyka Johna Ferlinga i profesora nauk medycznych Lewisa E. Bravermana zachowanie Johna Adamsa mogło wynikać nie z problemów mentalnych, ale z nadczynności tarczycy⁸⁷. Skądinąd można spotkać się z twierdzeniem, że do sukcesu obrad w Filadelfii przyczyniło się to, że dwóch znanych z kłótności luminarzy szczęśliwie oddzielały w 1787 r. od konwencji 3 tysiące mil i ocean: Jefferson był w tym czasie ambasadorem w Paryżu, Adams zaś w Londynie⁸⁸.

Nabrzmiwiający zatarg Adamsa z Hamiltonem i rosnące osamotnienie prezydenta w łonie macierzystej partii spowodowało, że błyskawiczny awans w hierarchii stanowisk państwowych stał się udziałem bardzo inteligentnego, także emocjonalnie i werbalnie, zagorzałego, acz umiarkowanego Federalisty ze stanu Wirginia, który zimą 1799 r. przyjechał do Filadelfii na obrady Szóstego Kongresu. Jak pamiętamy, John Marshall, o któ-

⁸³ J. Ferling, *Adams vs. Jefferson. The Tumultuous Election of 1800*, New York 2004, s. 121-122.

⁸⁴ Cyt. za A.N. Coleman, „A Second Bounaparty?”..., s. 213.

⁸⁵ Zob. J. Ferling, L.E. Braverman, *John Adams's Health Reconsidered*, „The William and Mary Quarterly” 1988, vol. 55, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2307/2674324>, s. 83.

⁸⁶ J.T. Kloppenberg, *Toward Democracy. The Struggle for Self-Rule in European and American Thought*, New York 2016, s. 264 i przyp. 33.

⁸⁷ J. Ferling, L.E. Braverman, *John Adams's Health...*, s. 99 i n.

⁸⁸ S. Levinson, *Our Undemocratic Constitution. Where the Constitution Goes Wrong (And How We the People Can Correct It)*, New York 2006, s. 17.

rym tu mowa, dał się poznać prezydentowi Adamsowi już kilka lat wcześniej, pozyskał jego sympatię i został wydelegowany w jego imieniu do Francji. Opublikowanie depesz Marshalla w sprawie afery XYZ i jego triumfalny powrót z nieudanej misji wywołało znaczący wzrost popularności prezydenta i sukcesy wyborcze Federalistów. Ten okres politycznej prosperity Federalistów zbliżał się jednak do końca. Gdy Marshall przeszedł ostatecznie w 1799 r. na szczybel polityki federalnej, sytuacja jego partii wydawała się znakomita. Federaliści posiadali większość w obu izbach Kongresu, w tym ich przewaga w Izbie Reprezentantów wzrosła z sześciu do dwudziestu osób. Federalista zasiadał też w filadelfijskim Domu Prezydenckim – dopiero rok później, jesienią 1800 r., John Adams przeniesie się do Pałacu Prezydenckiego w Waszyngtonie. Partia Washingtona i Adamsa była jednak boleśnie podzielona między umiarkowanych południowców i grupę *High Federalists* pochodzących z terenów na północ od Delaware. Republikanie zaś zaczęli odzyskiwać poparcie społeczne, mobilizując sprzeciw wobec ustaw o cudzoziemcach i działalności wywrotowej, a także wobec stałej armii i podwyższonym podatkom. Po przyjeździe do ówczesnej stolicy umiarkowany Marshall zdał sobie sprawę z tego, że sytuacja jest znacznie trudniejsza, niż sądził, a partyjni przeciwnicy Adamsa prą do wystawienia innego kandydata w wyborach prezydenckich⁸⁹.

W trakcie swej kadencji w Izbie Reprezentantów Marshall należał do nielicznej grupy pierwszoplanowych Federalistów aprobujących inicjatywę pokojową prezydenta Adamsa i mobilizujących poparcie dla jego polityki. Wyraznym wsparciem ze strony Marshalla była m.in. napisana przez niego oficjalna odpowiedź Kongresu na prezydenckie orędzie o stanie państwa, która wychwalała postępowanie Adamsa w zręcznych sformułowaniach, akceptowalnych także dla skrajnych Federalistów. Tekst Marshalla przyjęto bez poprawek⁹⁰. Dodajmy, że był to przykład jego politycznego kunsztu i nabieranej biegłości perswazyjnej, z której korzystał będzie obficie w orzeczeniach Sądu. Prezydent Adams był zachwycony niespodziewaną pozytywną odpowiedzią Kongresu, a Marshall stał się liderem Federalistów w Izbie Reprezentantów, starając się kierować partię bardziej umiarkowanym kursem⁹¹.

Zbliżenie między Marshalllem a Adamsem mogło być zaskakujące na poziomie personalnym; imponujący sylwetką, znany z hulaszczego trybu życia, niezwykle towarzyski, a niedbający o formalizmy Marshall był przeciwieństwem drobnego, powściągliwego, wręcz mrukliwego Adamsa. Na płaszczyźnie socjopolitycznej obu polityków łączyły ogląd kończącej się dekady jako kryzysu w sferze porządku społecznego, obawa przed anarchią inspirowaną rewolucją francuską, chęć zachowania neutralności Stanów Zjednoczonych w stosunku do potęg europejskich i zamiar uchronienia Konstytucji przed atakami ze strony rzeczników praw stanów.

⁸⁹ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 252.

⁹⁰ Zob. J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 87-89.

⁹¹ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 255-256.

Rozwijający ten wątek R. Kent Newmyer tłumaczy, że błyskawiczna kariera Marshalla w tamtym okresie wynikała z kilku czynników. Cieszył się powszechnym poważaniem za postawę, jaką wykazał się podczas afery XYZ. Na jego korzyść przemawiało blisko dwudziestoletnie doświadczenie prawnicze i status czołowego prawnika stanu Wirginia. Znano jego zaangażowanie w konwencję ratyfikacyjną w 1788 r. oraz pracę w legislaturze stanowej. Marshall przewodził wreszcie grupie deputowanych Federalistów, którzy zdobyli mandat w nieprzyjaznych dla partii stanach południowych⁹².

W marcu 1800 r. John Marshall wygłosił największą w swej karierze, w ocenie Charlesa F. Hobsona, pozasądziowską mowę, w obronie prezydenta Adamsa. Chodziło o sprawę Jonathana Robbinsa⁹³. Był to skomplikowany epizod łączący problemy Stanów Zjednoczonych w relacjach zagranicznych z interpretacją konstytucyjną, dotyczący podwójnej tożsamości mężczyzny schwytanego w porcie w Charleston. Twierdził on, że nazywa się Jonathan Robbins i jest obywatelem amerykańskim, ale rozpoznano w nim Thomasa Nasha, podoficera brytyjskiej Królewskiej Marynarki Wojennej, podejrzanego o udział w buncie i morderstwo dokonane na brytyjskiej fregacie „Hermione”. Konsul brytyjski zażądał ekstradycji mężczyzny na podstawie traktatu Jaya. Robbins twierdził, że nie jest Irlandczykiem Nashem i że został siłą wcielony do floty brytyjskiej (co nie było wówczas praktyką niezwykłą). Sędzia federalny zwrócił się o zgodę na dokonanie ekstradycji do prezydenta Adamsa, który przez swego sekretarza stanu Pickeringa stwierdził, że nie może wydać polecenia, ale może jedynie doradzić wydanie Thomasa Nasha władzom brytyjskim. Tak się stało i Robbins/Nash został rychło stracony na Jamajce⁹⁴. Opozycja republikańska oskarżyła Adamsa o nieludzkie postępowanie i odmowę ochrony amerykańskiego obywatela. Sprawa ta była kolejnym przejawem zasadniczo odmiennej wizji państwa, której hołdowali Federaliści i Republikanie. Autorka podstawowego opracowania na ten temat, Ruth Wedgwood, tłumaczy, że sprawa Jonathana Robbinsa obala wszelkie poglądy, jakoby „wielki kompromis”, do którego doszło podczas konwencji filadelfijskiej, ustalił właściwą równowagę między formami ustrojowymi. Dla Republikanów, którzy Robbinsa uznali za męczennika, kompetencje władzy wykonawczej i Senatu miały być ograniczone, a głos ludu wyrażony w Izbie Reprezentantów kontrolować miał zobowiązania w sferze polityki zagranicznej. Federaliści uważali zaś, że władzy wykonawczej wolno działać skutecznie, prezydent może działać na podstawie zobowiązań traktatowych, a legislacja pochodząca z Kongresu jest tylko jednym ze źródeł prawa⁹⁵.

⁹² R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 131-132.

⁹³ Ch.F. Hobson, *The Great Chief Justice. John Marshall and the Rule of Law*, Lawrence 1996, s. 7.

⁹⁴ H.J. Powell, *The Founders and the President's Authority over Foreign Affairs*, „William and Mary Law Review” 1999, vol. 40, no. 5, s. 1515-1516.

⁹⁵ Zob. R. Wedgwood, *The Revolutionary Martyrdom of Jonathan Robbins*, „Yale Law Journal” 1990, vol. 100, no. 2, s. 231-232.

Republikanie złożyli na forum Izby Reprezentantów projekt nagany dla prezydenta Adamsa za naruszenie Konstytucji w postaci ingerencji w postępowanie sądu federalnego. Domagali się też wydania dokumentów w sprawie. Jej tłem była kontrowersja, czy prezydent jest jedynym organem władzy w sferze polityki zagranicznej, a także czy można było wydać Robbinsa na podstawie traktatu Jaya, skoro Kongres nie sprecyzował procedury ekstradycyjnej. Rolę rzecznika Adamsa przejął John Marshall. Najpierw postępowania prezydenta bronił w anonimowym eseju zamieszczonym w prasie (to kolejny z takich jego anonimowych tekstów), a następnie wygłosił olśniewającą wielu odbiorców mowę na forum Izby w marcu 1800 r.⁹⁶

Recepcja tego wystąpienia Marshalla samoistnie stanowi interesujące zagadnienie. Albert Gallatin, czołowy Republikanin biorący udział w debacie, rzekomo odmówił zabrania głosu po Marshallu, zwracając się do swych kolegów słowami: „Panowie, odpowiedzcie sami. Ja uważam, że nie można tego zakwestionować”. Nie kto inny jak Thomas Jefferson uznał, że „J. Marshall” wielce wyróżnił się w debacie. Wielokrotnie już wspominałem, iż Marshall nadzwyczaj sprawnie posługiwał się słowem mówionym i pisanym, ale zaskakujące jest to, iż jego wystąpienie jako kongresmana w debacie na forum Izby Reprezentantów nabrało z czasem waloru wypowiedzi orzeczniczej. Tekst wystąpienia został mianowicie dołączony do oficjalnego tomu orzeczeń Sądu Najwyższego (*sic!*) w 1820 r., a później był wielokrotnie cytowany w orzecznictwie, m.in. w głośnej sprawie z 1971 r. dotyczącej tzw. *Pentagon Papers*⁹⁷. Tezy Marshalla z 1800 r. były także wykorzystywane dla usprawiedliwienia „wojny z terrorem” prowadzonej przez prezydenta George’a W. Busha⁹⁸. Zostały również bezpośrednio wykorzystane w opisaney powyżej i prowadzonej w tym samym 1800 r. sprawie Thomasa Coopera, oskarżanego o wywrotową krytykę prezydenta Adamsa. Krytyka ta obejmowała postępowanie Adamsa w sprawie Robbinsa. Prowadzący postępowanie Sędzia Chase w instrukcjach dla ławy przysięgłych „cytował mowę Marshalla na temat Robbinsa jako źródło prawa”⁹⁹.

H. Jefferson Powell piszący o tym, jak Sędziowie wzmacniali wrażenie, iż wystąpienie Marshalla w debacie parlamentarnej jest sędziowską i miarodajną wykładnią Konstytucji, sugeruje, że prawdopodobnie za dołączenie jej do zbioru orzeczeń odpowiedzialny był entuzjasta mowy i postaci Marshalla, wtedy już Prezesa, Sędzia Joseph Story, który nakłonił ówczesnego redaktora zbioru orzeczeń, Henry’ego Wheatona, do dołączenia tekstu do tomu. Skądinąd Wheaton nie musiał się nadmiernie opierać, gdyż traktował

⁹⁶ Zob. R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 139.

⁹⁷ Zob. H.J. Powell, *The Founders...*, s. 1512-1514.

⁹⁸ R.J. Delahunty, J.C. Yoo, *The President’s Constitutional Authority to Conduct Military Operations Against Terrorist Organizations and the Nations that Harbor or Support Them*, „Harvard Journal of Law & Public Policy” 2002, vol. 25, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.331202>, s. 496.

⁹⁹ R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 140.

swe zajęcie z polotem i w swych sprawozdaniach zdarzało mu się ulepszać argumentację stron¹⁰⁰.

Interpretacja wspomnianej mowy Marshalla jest przedmiotem polemik badaczy, które można pominąć w tym wywodzie. Sprawę można sprowadzić do tego, iż zasadnicza kontrowersja konstytucyjna została przez Marshalla zinterpretowana sugestywnie z pozycji Federalisty, w sposób, który zatrzymał pierwszą w historii Stanów Zjednoczonych próbę udzielenia nagany prezydentowi. Zwolennicy takiej interpretacji naturalnie wysoko cenili argumentację Marshalla. Dla kontrastu przedstawić można uwagi Jamesa F. Simona, zwracającego uwagę na to, że trzygodzinne wystąpienie Marshalla było oparte na założeniach, które doprowadziły do przychylniej dla Adamsa konkluzji. Najważniejsze z nich było to, iż Marshall uznał z całą mocą, że zatrzymany marynarz był Irlandczykiem, Thomasem Nashem, a nie amerykańskim obywatelem. Ponadto Marshall oparł się na założeniu, iż problem ekstradycji Nasha, jak go konsekwentnie nazywał, nie był sprawą sądową, *case*, którą winien był rozstrzygnąć sąd, ale zagadnieniem politycznym, *question*, które rozstrzygnąć władny był prezydent¹⁰¹. Na brawurowy, wręcz radykalny charakter wystąpienia Marshalla w zakresie interpretacji uprawnień prezydenckich zwraca zaś uwagę przywoływana Ruth Wedgwood. Przydatne jest zwłaszcza spostrzeżenie tej autorki, iż w mowie broniącej prezydenta Adamsa dostrzec można zapowiedź silnego poparcia, jakie Prezes Marshall będzie wyrażał w swych orzeczeniach dla władzy centralnej, której wolno korzystać z kompetencji niewyrażonych wprost w Konstytucji. Badaczka trafnie podnosi, iż mowa kongresmana Marshalla z 1800 r. stanowi takie przyzwolenie dla swobody federalnej władzy wykonawczej, jakie w sferze federalnej władzy ustawodawczej stanowiło fundamentalne orzeczenie w sprawie *McCulloch v. Maryland* z 1819 r.¹⁰²

Przypomnijmy spór o powstanie pierwszego banku centralnego, definiujący nie tylko wczesną republikę amerykańską, ale rodzący nadal aktualne pytanie: jak Konstytucja USA przeprowadziła podział kompetencji między władzami oraz między federacją a stanami? Czy klauzula *necessary and proper* bardzo elastycznie pozwala władzy centralnej na dostosowywanie środków do zamierzonych celów? Odpowiedź Marshalla-polityka na to drugie pytanie była jednoznacznie pozytywna. Odpowiedź Prezesa Marshalla również. Tożsame stanowisko prezentował John Marshall w sprawie Robbinsa, która była kolejnym epizodem w ustrojowych zmaganiach Federalistów i Republikanów, po sporze dotyczącym banku centralnego oraz zgodności z Konstytucją ustaw o cudzoziemcach i działalności wywrotowej. W wystąpieniu deputowanego Marshalla w sprawie marynarza dostrzec można również charakterystyczny styl argumentacji Marshalla, niewątpliwie wypracowany na salach sądowych w Wirginii, który wybrzmiewać będzie też w orzeczeniu *Marbury v. Madison*. Niepodważalna, wedle wielu odbiorców, logika

¹⁰⁰ H.J. Powell, *The Founders...*, s. 1512.

¹⁰¹ Zob. J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 97-100.

¹⁰² R. Wedgwood, *The Revolutionary Martyrdom...*, s. 234.

konstrukcji myślowych Johna Marshalla, adwokata, polityka i sędziego, opierała się na starannie dobranych założeniach. Odstąpienie od obu przesłanek Marshalla – irlandzkiej tożsamości marynarza i braku znamion sporu sądowego w przedmiotowej sprawie – nie pozwoliłoby na równie elokwentną obronę prezydenta.

Pragnę zwrócić uwagę na jeszcze jeden aspekt tej interesującej sprawy, który uważam za niezbędny do rozpoznania właściwego sensu orzeczenia *Marbury v. Madison*. Wygłaszający mowę w obronie swego prezydenta kongresman Marshall miał powody, żeby bronić przed gwałtownymi zarzutami ze strony opozycyjnej partii podobnie myślącego polityka, odrzucanego również przez skrajny odłam własnego ugrupowania. Marshall wystąpił po prostu jako adwokat Adamsa, a więc w doskonale znany sobie z sal sądowych Wirginii sposób: zaprezentował interpretację prawa (w tym przypadku Konstytucji), która pozwalała na oddalenie zarzutów wobec „oskarżonego” prezydenta. Interpretacja ta doprawdy była brawurowa. Marshall powiedział bowiem: „Wedle przepisu władza sędziowska rozciąga się na wszystkie sprawy rozpatrywane według zasad prawa i słuszności, ale konstytucji nigdy nie rozumiano w taki sposób, że tej władzy przyznaje się jakiegokolwiek uprawnienia polityczne”¹⁰³. Słusznie zwraca uwagę R. Kent Newmyer, że na tle sprawy Robbinsa prowadzą te słowa do konkluzji, iż sądom nie wolno zajmować się sprawami, które mają polityczne implikacje¹⁰⁴. To oczywiście radykalnie zawęziłoby zakres właściwości sądów. Stanowisko takie niezgodne jest nie tylko ze współczesną praktyką działania Sądu Najwyższego, ale również z praktyką orzecniczą Marshalla, także w sprawie *Marbury v. Madison*. Na poziomie konstytucyjnym zagadnienia polityczne przeplatają się wszak z prawnymi, o czym będę jeszcze pisał, doskonale było to też widoczne w sprawie Robbinsa. Owszem, w grę wchodziła konstytucyjna swoboda prezydenta jako organu prowadzącego politykę zagraniczną, a także konstytucyjny status traktatów międzynarodowych. Polityczne implikacje związane z tymi zagadnieniami skłoniły Marshalla do elokwentnego uzasadnienia postępowania prezydenta, który zalecił zakończenie postępowania w sądzie federalnym i ekstradycję Robbinsa/Nasha. Problem tożsamości tego człowieka, po dziś dzień nierozstrzygnięty jednoznacznie, miał jednak ściśle prawny charakter, powinien być zostać zbadany w postępowaniu w formule *habeas corpus*, a tego właśnie marynarzowi odmówiono.

Cytaty z mowy Marshalla na temat zakresu uprawnień prezydenta były od 1800 r. po współczesność wielokrotnie używane dla usprawiedliwienia silnej prezydentury. Analizujący tę mowę – traktowaną jako konstytucyjny granit – na tle jej kontekstu historycznego Michael P. Van Alstine zwraca wprost uwagę na to, że „obrona prezydenta Adamsa przez Marshalla wyłania się ponownie, ilekroć zwolennicy silnej

¹⁰³ „By extending the judicial power to all *cases in law and equity*, the constitution had never been understood, to confer on that department, any political power whatever”, cyt. za R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 139.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

władzy wykonawczej szukają przyjaciół w generacji założycieli”¹⁰⁵. John Marshall nie należał co prawda do Ojców Założycieli, ale ze swadą i przystępnie prezentował swoje interpretacje Konstytucji w okresie wczesnej republiki. Nie tylko zwolennicy silnej prezydentury, ale również zwolennicy nadrzędnego sądownictwa „szukają przyjaciół” w generacji Ojców Założycieli i znajdują takiego w osobie Johna Marshalla. Widoczne jest to od przywoływanego na początku tej pracy orzeczenia w sprawie *Cooper v. Aaron* z 1958 r. To paradoks, że patronem upolitycznionego amerykańskiego sądownictwa konstytucyjnego stał się adwokat, polityk i Sędzia, który przynajmniej deklaratywnie zawęził kompetencje władzy sądowniczej do spraw, które nie mają żadnych implikacji politycznych. Gdyby polegać tylko na słowach Marshalla z tego wystąpienia, zasadnie można by uznać go za zwolennika wspomnianej poniżej kontroli departamentalnej, jak to czyni David E. Engdahl, a więc bliskiego m.in. Jeffersonowi i Madisonowi poglądu, że gdy chodzi o zagadnienia konstytucyjne dotyczące prezydenta, podmiotem właściwym do ich rozstrzygnięcia jest właśnie prezydent¹⁰⁶. Sam skłonny byłbym twierdzić, że stanowisko Marshalla było po prostu przejawem sytuacyjnego konstytucjonalizmu, niemniej pozostając na poziomie jego słownych deklaracji, które nie zadziwiły słuchaczy, a Marshallowi zapewniły niebawem wielkie awanse zawodowe, widzimy po raz kolejny, jak fałszywa jest konwencjonalna wizja o skupieniu interpretacji konstytucyjnej w okresie wczesnej republiki właśnie w systemie sądownictwa.

Wystąpienie w sprawie *Robbinsa* było jednym z ostatnich doniosłych przejawów aktywności parlamentarnej Marshalla. Zakończyła się ona bowiem już po kilku miesiącach, w maju 1800 r. Warto jeszcze wspomnieć, że Marshall wypełnił w Izbie zobowiązanie wobec swych wyborców i zagłosował za uchyleniem ustawy o działalności wywrotowej, oddając decydujący głos. Zabiegi parlamentarne ze strony Federalistów sprawiły, że do uchylenia ostatecznie nie doszło, akt wygaśł w marcu 1801 r., ale Marshall w sumie trzykrotnie głosował w tej sprawie wraz z Republikanami¹⁰⁷.

Kariera Marshalla w Kongresie skończyła się przedwcześnie, prezydent Adams zdecydował się bowiem w maju 1800 r. na rozprawę ze zwolennikami Alexandra Hamiltona w swoim gabinecie. W ciągu kilku miesięcy zasiadania w Kongresie John Marshall dowiódł, że jest jedynym wiernym i wpływowym sojusznikiem Adamsa w Filadelfii, ówczesnej siedzibie władz federalnych. Obrona w sprawie *Robbinsa* nie pozostawiała żadnych wątpliwości co do talentów i przywiązania Marshalla. Adams zatem, bez wątpienia w nagrodę, zdecydował się na powołanie Marshalla do swego gabinetu. Najpierw powołał go na sekretarza wojny. Marshall co prawda listownie odmówił, ale Adams i tak

¹⁰⁵ M.P. Van Alstine, *Taking Care of John Marshall's Political Ghost*, „Saint Louis University Law Journal” 2008, vol. 53, s. 93-94.

¹⁰⁶ Zob. D.E. Engdahl, *John Marshall's „Jeffersonian” Concept of Judicial Power*, „Duke Law Journal” 1992, vol. 42, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2307/1372804>, s. 310-314.

¹⁰⁷ Zob. J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 263.

doprowadził do zatwierdzenia powołania przez Senat. Kilka dni później Adams odwołał za nielojalność sekretarza stanu Pickeringa i ponownie bez wiedzy Marshalla przesłał jego powołanie na to stanowisko do zatwierdzenia przez Senat. Tym razem Marshall się zgodził. Uważał, że jest wykwalifikowany do tego stanowiska, a gdyby doszło do – jak pisał – rewolucji, czyli przejęcia władzy przez Jeffersona i Republikanów, mógłby wrócić do adwokatury w Wirginii bez dawania przeciwnikom satysfakcji przegraną w wyborach kongresowych¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Zob. J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 101-103.

Kryzys wyborczy w 1800 roku

Funkcję sekretarza stanu pełnił John Marshall, czyniąc to w roztropny sposób, przez 9 miesięcy, w trakcie których doszło do potężnego kryzysu konstytucyjnego związanego z niedopracowanym modelem wyboru prezydenta USA, jaki stworzono na konwencji filadelfijskiej. Przypomnijmy, że w okresie, kiedy prezydent Adams wraz z Federalistami zwalczał opozycję Republikanów, jej lider, Thomas Jefferson, sprawował funkcję wiceprezydenta i obawiał się w listach krytykować politykę swego formalnego zwierzchnika, aby nie podlegać oskarżeniu za działalność wywrotową. Nie był to bynajmniej przypadek. Powierzenie funkcji wiceprezydenta kontrkandydatowi, który przegrał, było elementem oryginalnego modelu prezydentury, zawartego w artykule II amerykańskiej Konstytucji. Zgodnie z tym rozwiązaniem w 2000 r. wiceprezydentem ponownie stałby się przegrywający Al Gore, tym razem w administracji George'a W. Busha, a w 2017 r. zgodnie z ceremoniałem niedługo przed złożeniem przysięgi przez prezydenta Trumpa składałaby ją wiceprezydent Hillary Clinton. Notabene, w 1988 r. wyniki sondaży wskazywały, że wielu Amerykanów pragnęło objęcia stanowiska prezydenta przez kandydata Republikanów, a stanowiska wiceprezydenta przez kandydata Demokratów¹. Zgodne byłoby to z pierwotnym projektem konstytucyjnym, obowiązującym do przyjęcia w 1804 r. XII poprawki. Mechanizm wyłaniania prezydenta i powiązany z nim kalendarz wyborczy miał wpływ na przeniesienie po raz pierwszy politycznego sporu ustrojowego na forum Sądu Najwyższego.

Artykuł II Konstytucji przewidywał, że elektorzy w wyborach prezydenckich oddawać będą głosy na dwie osoby. Osoba, na którą padnie najwięcej głosów, zostanie prezydentem, o ile uzyska większość ogólnej liczby elektorów. Wiceprezydentem zaś zostać miała osoba, która po dokonaniu wyboru prezydenta posiadać będzie najwięcej głosów oddanych uprzednio przez elektorów, a więc kandydat przegrywający, drugi pod względem poparcia. Elektor nie mógł więc za pośrednictwem swych obu głosów przekazać kluczowej informacji – kogo w istocie wskazuje na prezydenta, a kogo na mniej istotne stanowisko wiceprezydenta. Problem ten pojawił się już w 1789 r., kiedy dla wszystkich oczywiste było, że prezydentem zostanie George Washington, a kilku Federalistów ubiegało się o stanowisko wiceprezydenta. Większość widziała na tym sta-

¹ Zob. A.R. Amar, V. Amar, *President Quayle?*, „Virginia Law Review” 1992, vol. 78, no. 4, s. 913.

nowisku Johna Adamsa, ale oddanie głosu na tę parę kandydatów oznaczało formalnie, że obaj wskazywani są w równym stopniu na stanowisko prezydenta. Sprawą zajął się wówczas Alexander Hamilton, który zakulisowo namówił część elektorów do przeniesienia drugiego głosu z Adamsa na jednego z pozostałych kandydatów. W 1789 r. Washington został wyraźnym zwycięzcą, uzyskując 69 głosów elektorskich, Adams uzyskał 34 głosy, następny był John Jay z 9 głosami, a za nim kolejni kandydaci. W wyborach w 1792 r. przewaga Washingtona też była niekwestionowana, uzyskał wszystkie 132 głosy elektorskie, Adams na podstawie 77 głosów ponownie został wiceprezydentem, a kandydat środowiska skupionego wokół Jeffersona, George Clinton, zdobył 50 głosów².

System ten został stworzony w Filadelfii w takim kształcie z powodu nieświadomości delegatów co do tego, jak będzie funkcjonował system dwupartyjny. Ideą, która przyświecała zaś autorom wprowadzonego do tekstu rozwiązania, było wyłanianie „postaci o wymiarze kontynentalnym” (*Continental Character*)³. W 1787 r. była tylko jedna taka postać, George Washington. Mechanizm ten funkcjonował więc w trakcie dwóch pierwszych wyborów, w których udział brał ten wyjątkowy mąż stanu, ale ujawnił swą dysfunkcję już w kolejnych, trzecich wyborach w 1796 r., a całkowicie załamał się w 1800 r. Delegaci w Filadelfii wprowadzili w artykule II drugie rozwiązanie: nakaz oddania przez elektora przynajmniej jednego z głosów na osobę niebędącą mieszkańcem tego samego stanu co elektor. Miało to zapobiec oddawaniu głosów przez reprezentacje poszczególnych stanów wyłącznie na lokalnych liderów i stworzyć przestrzeń dla owych postaci o wymiarze kontynentalnym. Z tego też powodu Thomas Jefferson nie mógł liczyć na udany start w wyborach jako mieszkaniec Wirginii tak długo, jak długo wirginijscy elektorzy mogli wybierać mieszkającego w tym samym stanie Washingtona. Osobnym skutkiem było spore rozproszenie głosów elektorskich: w 1789 r. głosy takie otrzymało dwanaście osób, w 1792 pięć, a w 1796 trzynaście⁴. Kształt prezydentury i sposób jej obsady był jednym z największych problemów, przed jakim stanęli delegaci w Filadelfii. Postęp w pracach udawało im się osiągać wtedy, gdy omijali rozwiązania dotyczące prezydenta, a wypracowany mechanizm wyboru okazał się „otępiająco skomplikowany”⁵.

W 1796 r., po wycofaniu się Washingtona, Jefferson wystartował jako kandydat Republikanów wraz z Aaronem Burrem. Federaliści zaproponowali wyborcom Johna Adamsa z Północy i południowca Thomasa Pinckneya. Wtedy ponownie wkroczył do gry Alexander Hamilton, który zapragnął doprowadzić do przegranej Adamsa, ale w taki sposób, żeby prezydenturę nie przejął Thomas Jefferson. Chciał to osiągnąć poprzez

² A.R. Amar, *America's Constitution. A Biography*, New York 2006, s. 336-337.

³ B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers. Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy*, Cambridge, Mass. 2007, s. 28.

⁴ G.H. Skau, *A Critical Analysis of the Presidential Election System*, „Presidential Studies Quarterly” 1976, vol. 6, no. 4, s. 43.

⁵ R. Beeman, *Plain, Honest Men. The Making of the American Constitution*, New York 2009, s. 296-299.

manipulację głosami elektorów ze stronnictwa Federalistów. Elektorzy z Północy mieli głosować na Adamsa i Pinckneya, ale elektorzy z Karoliny Południowej mieli głosować wyłącznie na Pinckneya, byłego gubernatora tego stanu, bez oddawania głosów na Adamsa⁶. Wyborcy z Nowej Anglii przejrzeni jednak tę intrygę szarej eminencji Federalistów, w rezultacie 18 elektorów z tego regionu głosowało na Adamsa, ale nie poparło Pinckneya⁷. Nieoczekiwanie na drugie miejsce w tej rywalizacji wyszedł Thomas Jefferson. Adams wygrał prezydenturę na podstawie 71 głosów elektorskich, jego konkurent Jefferson objął stanowisko wiceprezydenta na podstawie 68 głosów, a Thomas Pinckney zdobył tylko 59 głosów, choć wcześniej wydawał się kandydatem kompromisowym, akceptowalnym także dla Republikanów. Rok później kongresman z Karoliny Południowej zaproponował poprawkę do Konstytucji w tej sprawie, ale nie podjęto nad nią prac⁸.

Wybory z 1796 r. pokazały, że konstytucyjny mechanizm wyborów prezydenckich podatny jest na zakłócenia. Po przyjęciu tekstu Konstytucji doszło także do zbiegu okoliczności, który wypaczył zawarty w tekście mechanizm rezerwowy. Artykuł II przewidywał, że w przypadku gdy w głosowaniu elektorskim najwyższą liczbę głosów otrzyma więcej niż jedna osoba, wyboru prezydenta dokona Izba Reprezentantów. Niefortunnie wpłynął jednak na to rozwiązanie sposób obliczania kadencji prezydenta. Pierwszy Kongres zebrał się 4 marca 1789 r. i skończył kadencję 3 marca 1791 r. Ten Kongres zatwierdził wybór George'a Washingtona na prezydenta 6 kwietnia 1789 r., który przysięgę złożył 30 kwietnia. Jak tłumaczy Akhil Reed Amar, gdyby wykorzystano jedną z tych dat jako początek przyszłych kadencji prezydenta, przeliczanie prezydenckich głosów elektorskich w Kongresie odbywałoby się w marcu. W 1792 r. Kongres postanowił jednak, że kadencja Washingtona rozpoczęła się wraz z Kongresem, 4 marca 1789 r., więc drugą przysięgę prezydencką złożył Washington 4 marca 1793 r.⁹ Zgodnie z sekcją 1 artykułu II Konstytucji głosy elektorskie w wyborach prezydenckich liczone miały być po otwarciu poświadczonych przez elektorów list przez przewodniczącego Senatu w obecności Senatu i Izby Reprezentantów. Ponieważ kadencję prezydencką zsynchronizowano z kadencją Kongresu, w odniesieniu do wyborów prezydenckich przeprowadzanych w 1800 r. oznaczało to, że głosy elektorskie przeliczać musiał kończący kadencję Kongres, wybrany w 1798 r. Gdyby początkiem kadencji prezydenckiej był termin kwietniowy, zgodny z faktycznym początkiem prezydentury George'a Washingtona, wówczas głosy elektorskie mogłyby zostać przeliczone przez Siódmy Kongres, rozpoczynający kadencję z początkiem marca. Skoro jednak z początkiem marca kończyła się też kadencja prezy-

⁶ Zob. szerzej B. Ackerman, D. Fontana, *Thomas Jefferson Counts Himself into the Presidency*, „Virginia Law Review” 2004, vol. 90, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2307/3202441>, s. 569-571.

⁷ J.N. Rakove, *Presidential Selection. Electoral Fallacies*, „Political Science Quarterly” 2004, vol. 119, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2307/20202303>, s. 30-31.

⁸ J. Van Bergen, *Aaron Burr and the Electoral Tie of 1801. Strict Constitutional Construction*, „Cardozo Public Law, Policy and Ethics Journal” 2003, vol. 1, s. 96.

⁹ A.R. Amar, *America's Constitution...*, s. 339-340.

denta Adamsa, przeliczanie głosów elektorskich ustalanych od kwietnia do października 1800 r.¹⁰ przeprowadzić musiał odchodzący Szósty Kongres, zdominowany przez Federalistów, po części dzięki opisanemu wyżej wzmożeniu patriotycznemu wywołanemu przez Johna Marshalla.

Po zaciętych wyborach okazało się, że Federaliści dopilnowali, aby w parze ich kandydatów, John Adams i Charles Cotesworth Pinckney, większe o jeden głos poparcie elektorskie uzyskał John Adams, ubiegający się o reelekcję. Adams uzyskał 65 głosów, a Pinckney (brat Thomasa, który przegrał 4 lata wcześniej) uzyskał 64 głosy. Republikańskie natomiast nie wykazały się odpowiednią przecznością, ich obaj kandydaci, Thomas Jefferson i Aaron Burr, uzyskali taką samą liczbę 73 głosów. W liście z grudnia 1800 r. Thomas Jefferson tak skwitował to pyrrusowe zwycięstwo: „po najbardziej energicznym wysiłku, zwieńczonym sukcesem, pozostajemy w rękach naszych wrogów z powodu braku zapobiegliwości w pierwotnych ustaleniach”¹¹. Biograf Johna Adamsa podkreślił ironię losu związaną z tym, że Thomas Jefferson pokonał Adamsa dzięki różnicy 250 głosów w Nowym Jorku. Głosowanie w Nowym Jorku na korzyść Adamsa zapewniłoby mu 71 głosów elektorskich wobec 61 dla Jeffersona. Jefferson, „apostoł rolniczej Ameryki”, nieznoszący miast, wygrał dzięki poparciu wielkomiejskich wyborców¹². W wyborach w drugiej połowie lat 90. XVIII w. ujawniały się też powiązania powstałe nawet w latach 60. Na tych terenach, na których najsilniejsze były nastroje antybrytyjskie, w związku z najcięższymi walkami w czasie wojny rewolucyjnej, sympatie profrancuskie łączyły się z poparciem dla Jeffersona¹³. Ostatecznie, w wyniku niedopatrzności Republikańców, przeliczenie głosów elektorskich w lutym 1801 r., prowadzone zresztą przez Thomasa Jeffersona, jako wiceprezydenta i przewodniczącego Senatu, wykazało remis i konieczność przejścia do procedury rezerwowej.

Problem związany z ustaleniem wyniku wyborów prezydenckich pogłębiły kolejne wadliwe rozwiązania ustrojowe. Pierwotnie sekcja 4 artykułu I Konstytucji przewidywała, że Kongres będzie zbierał się przynajmniej raz w roku, w pierwszy poniedziałek grudnia, chyba że ustawą zostanie wyznaczony inny dzień. Po długiej procedurze ratyfikacyjnej Konstytucji rozpoczęcie prac nowych władz w grudniu 1788 r. nie było możliwe. Nie chciano czekać do grudnia 1789 r., więc wybrany zimą 1788 r. Kongres rozpoczął prace wspomnianego 4 marca 1789 r. Ten precedens wywołał dziwaczny harmonogram prac Kongresu, obowiązujący do przyjęcia w 1933 r. XX poprawki. W skrócie wyglądał on tak: Kongres rozpoczynał pierwszą sesję w grudniu, niejednokrotnie ponad rok po wy-

¹⁰ W sześciu stanach dokonano na potrzeby tych wyborów zmian prawnych motywowanych interesami partyjnymi, zob. J.N. Rakove, *Presidential Selection...*, s. 32.

¹¹ Zob. B. Ackerman, D. Fontana, *Thomas Jefferson...*, s. 585.

¹² D. McCullough, *John Adams*, New York 2002, s. 556.

¹³ J.T. Kloppenberg, *Toward Democracy. The Struggle for Self-Rule in European and American Thought*, New York 2016, s. 569.

borze delegatów, ta „długa sesja” nie była ograniczona, a w kolejnym grudniu Kongres rozpoczął „krótką sesję”, kończącą się 4 marca¹⁴. W efekcie ostatnia, krótka sesja Kongresu trwała, gdy znany był już skład nowego Kongresu, co rodziło aktualny po dzień dzień problem zakresu uprawnień odchodzącego Kongresu (tzw. *lame-duck Congress* i *lame-duck lawmaking*¹⁵).

Federaliści przegrali wybory do Siódmego Kongresu. Wyborcy zdecydowali, że „ich przywódcami powinni być przyjaciele ludu, a nie jego ojcowie”¹⁶. Od grudnia 1800 r. do marca 1801 r. nadal dominowali jednak w obradującym Szóstym Kongresie i starali się wykorzystać wszelkie możliwości, jakie dawała ta sytuacja, do zneutralizowania własnej porażki. W wyraźnej opozycji do werdyktu wyborczego większość Federalistów w odchodzącym Szóstym Kongresie przedsięwzięła rozległy program reorganizacji sądownictwa federalnego, zatwierdziła traktat z Francją i nieomal zdołała pozbawić Jeffersona prezydentury¹⁷. Analizujący ten okres Bruce Ackerman stwierdza dobitnie w swej książce poświęconej „porażce Ojców Założycieli”, iż w lutym 1801 r. Stany Zjednoczone stały na krawędzi upadku i realny był rozwój wypadków znany z krajów Ameryki Łacińskiej. Republikańscy gubernatorzy z Pensylwanii i Wirginii przygotowywali milicje stanowe do wymarszu na Waszyngton. Tłum otoczył nieukończony budynek Kapitolu, grożąc śmiercią Federaliście, który próbowałby przejąć prezydenturę. W prasie Federalistów pisano o sześćdziesięciotysięcznym oddziale milicji z Massachusetts, który miał zmiażdżyć siły „cudzoziemców z Pensylwanii i nielicznych hulaków z Wirginii”. Konstytucję z 1787 r. mogła zastąpić Konstytucja z 1802 r., przygotowana pod kierownictwem Jeffersona¹⁸. Podkreślmy, że wybory z 1800 r. oznaczały, że po raz pierwszy od przyjęcia Konstytucji miało dojść do przejęcia władzy w państwie amerykańskim w drodze procesu politycznego.

Thomas Jefferson był niekwestionowanym liderem Republikańców. Startujący wraz z nim Aaron Burr był kandydatem na wiceprezydenta, którego zadaniem było pozyskanie 12 głosów elektorskich ze stanu Nowy Jork, w opinii Jeffersona niezbędnych do wygrania całych wyborów¹⁹. Gdy okazało się, że elektorzy Republikańscy zagłosowali zbyt jednolicie, wywołując remis, Jefferson był przekonany, że jego przywództwo pozostaje

¹⁴ Zob. szerzej B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 117-119; E.J. Larson, *The Constitutionality of Lame-Duck Lawmaking. The Text, History, Intent, and Original Meaning of the Twentieth Amendment*, „Utah Law Review” 2012, vol. 2012, no. 2, s. 715-717. Sesje zimowe były korzystne w kraju rolniczym, bo nie odrywały od prac polowych.

¹⁵ Zob. obszernie E.J. Larson, *The Constitutionality of Lame-Duck Lawmaking...*, s. 707 i n.

¹⁶ A. Taylor, *American Revolutions. A Continental History, 1750-1804*, New York 2017, s. 425.

¹⁷ Syntetycznie omawia tę sesję J.C. Nagle, *The Lame-Ducks of Marbury*, „Constitutional Commentary” 2003, vol. 20, no. 2, s. 317 i n.

¹⁸ B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 3-4.

¹⁹ C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision. Jefferson, Adams, Marshall, and the Battle for the Supreme Court*, New York 2009, s. 13-15.

niekwestionowane, a Burr wycofa się z ubiegania się o prezydenturę. Jefferson napisał nawet do niego list z wyrazami żalu, iż obowiązki wiceprezydenta nie pozwolą mu na zasiadanie w gabinecie Jeffersona²⁰. Zmysł polityczny zawiódł całkowicie Jeffersona. Aaron Burr nie ustąpił pierwszeństwa przywódcy Republikanów i uznał się za pełnoprawnego konkurenta do stanowiska prezydenta, choć jeszcze w grudniu zapewniał Jeffersona o swej lojalności, wywołanej „najwyższym poczuciem obowiązku oraz największym osobistym oddaniem”²¹. Gdy okazało się jednak, że niedopatrzenie elektorów ze stanów południowych, z których co najmniej jeden miał oddać głos nie na Burra, wywołało remis, Burr, zamiast wskazać pierwszeństwo Jeffersona, udawał, że pochłonięty jest przygotowaniami do ślubu córki²².

Zdrada Burra nie była jednak najpoważniejszym problemem Jeffersona, w jego środowisku politycznym i wśród wyborców było bowiem oczywiste, że to jemu należy się prezydentura. Opisane powyżej zawiłości kadencyjne spowodowały, że wynik starcia między dwoma kandydatami Republikanów spętany elektorskim remisem rozstrzygnąć miała większość Federalistów w Kongresie w ramach procedury rezerwowej. Sprawę komplikowała jeszcze bardziej okoliczność, iż zgodnie z artykułem II Konstytucji w tym głosowaniu rezerwowym w Izbie Reprezentantów przedstawiciele każdego stanu dysponowali jednym głosem. To sprzyjało Republikanom. Federalistów było w Izbie więcej, ale wybierani byli głównie w stanach północnych i kontrolowali sześć delegacji stanowych, a więc dysponowali sześcioma głosami w tym szczególnym akcie wyboru. Republikanie kontrolowali zaś osiem delegacji stanowych, podczas gdy głosy przedstawicieli stanów Vermont i Maryland nie były uwzględniane z powodu równego podziału głosów w obrębie tych dwóch delegacji²³. Do wymaganej większości bezwzględnej Republikanom brakowało zatem tylko jednego głosu (9 głosów z 16 delegacji stanowych) i tego właśnie głosu nie mogli od Federalistów uzyskać. Jednym z paradoksów wyborów w 1800 r. było to, że Federaliści zmuszeni byli wybrać prezydenta spośród dwóch Republikanów, których ich lider, Alexander Hamilton, najbardziej nie znosił. Popierając Burra, atakowanego za zdradę przez Jeffersona, część Federalistów liczyła na to, że Burr przystanie do ich obozu²⁴. W pełnym hipokryzji gościł Jefferson, który demonstracyjnie nie wziął udziału w pogrzebie Washingtona, wybrał się z kondolencjami do wdowy po nim. Martha Washington mówiła potem w kręgu znajomych, że poza śmiercią męża nieszczerą wizytą Jeffersona była najboleśniejszym zdarzeniem w jej życiu²⁵.

²⁰ J.F. Simon, *What Kind of Nation. Thomas Jefferson, John Marshall and the Epic Struggle to Create a United States*, New York 2006, s. 128-129.

²¹ *Ibidem*, s. 132.

²² T. Fleming, *The Great Divide. The Conflict Between Washington and Jefferson That Defined a Nation*, Boston 2015, s. 286.

²³ B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 33.

²⁴ H.G. Unger, *John Marshall. The Chief Justice Who Saved the Nation*, Boston 2014, s. 186.

²⁵ T. Fleming, *The Great Divide...*, s. 287.

Rozpoczęła się seria kilkudziesięciu głosowań, kończących się nieodmiennie wynikiem: 8 głosów dla Jeffersona, 6 dla Burra (to były głosy Federalistów), 2 głosy niewzględnione. Jak jednak akcentuje Akhil Reed Amar, kryzys w lutym 1801 r. wynikał nie z okoliczności, że Izba Reprezentantów mogła wybrać Aarona Burra na prezydenta. Taki obrót wypadków był ostatecznie przewidziany w Konstytucji, głosy elektorskie rozłożyły się po równo, formalnie Burr miał takie samo prawo do objęcia prezydentury co Jefferson. Prawdziwe zagrożenie płynęło stąd, że Izba mogła nie dokonać wyboru żadnego z republikańskich kandydatów. W trakcie trzydziestu pięciu kolejnych głosowań nie udało się osiągnąć większości bezwzględnej, a 3 marca kończyła się kadencja Kongresu i prezydenta Adamsa²⁶. Narastało więc napięcie. Jak donosił francuski informator z Waszyngtonu, dwóm Federalistom z Izby Reprezentantów grożono anonimowo śmiercią, jeśli nie zagłosują zgodnie z wolą ludu. Obrzucono też kamieniami dom, w którym mieszkali inni kongresmani z tej partii²⁷.

Współczesnym badaczom oraz czytelnikom ten burzliwy epizod historyczny przypomniał i naświetlił z detektywistyczną pasją Bruce Ackerman, a wykorzystując go w niniejszej relacji także z tego powodu, że nieoczekiwanie wśród pretendentów do prezydentury pojawił się John Marshall. Profesor Ackerman opisuje, że Federaliści starali się przekonać niezbędną grupę Republikanów do przeniesienia poparcia na Burra, tak aby wyrzucić prezydenturę z rąk ich naczelnego wroga, Thomasa Jeffersona. Dzieleno już wręcz stanowiska ministerialne w gabinecie Burra, John Marshall miał pozostać sekretarzem stanu. Gdyby te zabiegi spełzły na niczym, Federaliści byli przygotowani na bardziej drastyczne rozwiązanie. Pragnęli powołać się na przewidziane w artykule II Konstytucji powierzenie obowiązków prezydenta osobie wskazanej przez Kongres w przypadku niezdolności ich pełnienia zarówno przez prezydenta, jak i wiceprezydenta. Według tej interpretacji 4 marca 1801 r. prezydent Adams i wiceprezydent Jefferson mieli stać się niezdolni do pełnienia swych obowiązków z powodu zakończenia kadencji. Jeszcze w 1792 r. uchwalono ustawę poświęconą tej kwestii, która przewidywała, że przejściowym prezydentem zostanie przewodniczący *pro tempore* Senatu, zarządzane zostaną wybory prezydenckie, a nowy prezydent wraz z wiceprezydentem rozpoczną pełną, czteroletnią kadencję. Federaliści mogli wykorzystać tę ustawę lub uchwalić pospiesznie nową, w jeszcze bardziej dogodny dla siebie sposób wykorzystującą powstały kryzys ustrojowy. W grudniu 1800 r. Jefferson pisał do Madisona, iż Federaliści wydają się zdeterminowani, by przekazać prezydenturę Johnowi Jayowi lub Johnowi Marshallowi²⁸.

W styczniu w prasie dostępnej w Waszyngtonie i okolicach dwukrotnie pojawił się esej pod tytułem *The Presidential Knot*, którego autor, skrywający się za pseudonimem Horatius, postulował rozwiązanie tytułowego węzła, czyli problemu z wyborem no-

²⁶ A.R. Amar, *America's Constitution...*, s. 340.

²⁷ J. Ferling, *Adams vs. Jefferson. The Tumultuous Election of 1800*, New York 2004, s. 189.

²⁸ B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 37-40.

wego prezydenta. Był to imponujący pokaz interpretacji prawniczej, uwzględniający argumenty obu stron sporu, który kończył się następującymi konkluzjami. Nie można pozwolić Republikanom na „niekonwencjonalne rozwiązanie”, czyli na przeniesienie aktu wyboru między Jeffersonem a Burrem do nowego Kongresu, w którym większość będą mieć przychylni Jeffersonowi Republikanie. Nie można wykorzystać ustawy z 1792 r. i przekazać prezydentury przewodniczącemu tymczasowemu Senatowi, ustawa ta jest bowiem niekonstytucyjna. Horatius powołał się na to, że w artykule II Konstytucji mowa o tym, iż Kongres określi, który *officer* przejmie tymczasowo prezydenturę, a jego zdaniem przewodniczący Senatowi *pro tempore* nie jest takim urzędnikiem państwowym. Konieczne jest więc szybkie uchwalenie przez kończący kadencję Kongres ustawy, która wskaże odpowiedniego urzędnika. Tu Horatius pozostawił niedopowiedzenie, ale Bruce Ackerman stwierdza, że musiało chodzić o Johna Marshalla, pełniącego urząd sekretarza stanu, a więc najwyższego rangą „urzędnika” (było to pierwsze stanowisko w gabinecie utworzone w 1789 r.). Ponieważ Marshall był też najbardziej popularnym Federalistą, będącym w stanie zjednoczyć w partii frakcję Adamsa i Hamiltona, wydawał się jedynym kandydatem na prezydenta ze strony Federalistów, który mógł w przyspieszonych wyborach przeciwstawić się Jeffersonowi²⁹. Dodajmy jeszcze jedną drobną informację. Zdaniem Ackermana wiele wskazuje na to, że Horatiusem był sam Marshall, co szczególnie autor ten uzasadnia w swej pasjonującej książce. Do poszlak wskazujących na autorstwo Marshalla tekstu subtelnie wskazującego, że prezydentem powinien zostać John Marshall, należy m.in. charakterystyczny styl argumentacji; okoliczność, że bardzo niewiele osób przebywających wówczas w Waszyngtonie zdołałoby bardzo szybko napisać taką prawniczą analizę, a w publikację zaangażowany był wydawca z Wirginii, który był tak godnym zaufania człowiekiem dla Johna Marshalla, że w 1819 r. przy jego pomocy opublikował w wielkiej tajemnicy wspomnianą wcześniej polemikę ze swymi przeciwnikami pod pseudonimem Zwolennik Konstytucji. Przypomnę też, że w trakcie kampanii wyborczej w Wirginii Marshall anonimowo sam sobie zadawał pytania na łamach prasy.

Nawet gdyby te sugestie nie były trafne, Republikanie na przełomie 1800 i 1801 r. mieli powody uważać Marshalla za przywódcę konstytucyjnego przewrotu, przekazując sobie wzajemnie pogłoski o tym, że to on postuluje wyznaczenie prezydenta tymczasowego. W prasie pojawił się nawet list otwarty jednego z Republikanów ze słowami: „Przejrzałem pana plan, generale Marshall – jest pan bożyszczem we własnej partii, w pełni świadomym wpływu na ich umysł”³⁰. Wielu Republikanów wierzyło też w pogłoski, że Federaliści planują zamach na życie Jeffersona, zbroją czarnoskórych i przejmują broń od jednostek milicji, aby przemocą nie dopuścić do utraty władzy³¹.

²⁹ *Ibidem*, s. 41-43.

³⁰ *Ibidem*, s. 45-52.

³¹ J. Ferling, *Adams vs. Jefferson...*, s. 181-182.

Gdy kolejne głosowania w Izbie nie prowadziły do wyboru prezydenta, doszło do spotkania Thomasa Jeffersona z Johnem Adamsem. Obaj politycy uosabiali w tej rozmowie dwie sprzeczne wizje Konstytucji, które krystalizowały się w ostatniej dekadzie XVIII w. Jefferson powołał się na to, że bardzo niebezpiecznym eksperymentem byłoby podważenie wyborów prezydenckich aktem Kongresu, skończyłoby się to zapewne zbrojnym oporem, więc prezydent Adams nie może do tego dopuścić. Na to Adams stwierdził, że to w mocy Jeffersona leży doprowadzenie wyborów do końca i uspokojenie sytuacji. Wystarczy, że złoży on zapewnienie, iż nie zwolni urzędników federalnych, nie zakończy rozbudowy floty i nie zlikwiduje długu państwowego³². To była kwintesencja sporu ustrojowego opisywanego na poprzednich stronach. Jefferson powoływał się na to, że w istocie wygrał wybory powszechne, więc obowiązkiem dotychczasowej partii rządzącej jest uszanowanie werdyktu wyborców. Odpowiedź Adamsa była czystym przejawem myślenia Federalistów, widzących tylko w sobie elitę mogącą przewodzić masom. Jefferson mógł objąć prezydenturę po spełnieniu ekstrawaganckiego nawet jak na prezydenta Adamsa warunku wyrzeczenia się głównych postulatów politycznych, dzięki którym wygrał wybory.

Wreszcie trzydzieste szóste głosowanie zakończyło się 17 lutego 1801 r. sukcesem. Wyborowi Burra zdecydowanie przeciwstawiał się Alexander Hamilton, który 3 lata później zostanie przez niego zabity w pojedynku. Kluczowa była jednak postawa Jamesa A. Bayarda, Federalisty z Delaware i zagorzałego zwolennika *Alien and Sedition Acts*. Delegacja stanu Delaware składała się wyłącznie z Bayarda, właśnie tego jednego głosu brakowało Jeffersonowi, więc Bayard podjął poufne rokowania z jego obozem. Domagał się utrzymania przez Jeffersona zasadniczej linii polityki Federalistów. Najprawdopodobniej Jefferson nie uczestniczył w tych rokowaniach i nie składał żadnych obietnic, ale Bayard był przekonany, że dobito z nim targu, kontrkandydat Burr nie przedstawił zaś atrakcyjniejszej propozycji. Elita Federalistów wiedziała o negocjacjach Bayarda, a gdy ich wzburzenie opadło, sekretnie upoważnili go do ich dalszego prowadzenia. W ostatnim głosowaniu Bayard jako stan Delaware wstrzymał się od głosu, podobnie jak Federaliści będący członkami trzech innych delegacji stanowych. Jefferson otrzymał więc 10 głosów, Burr 4, a Delaware i Karolina Południowa nie oddały głosu³³.

Bruce Ackerman podkreśla, że Ameryka miała szczęście, że stanu Delaware nie reprezentował raptus, gdyż dzięki temu udało się pokojowo opanować kryzys konstytucyjny. Co prawda wśród roszczeń Bayarda było m.in. utrzymanie przez Federalistów kontroli nad komorami celnymi w Wilmington i Filadelfii, a najwyraźniej sądził on, że dopiął swego, listownie zapewnił bowiem zarządcę z Wilmington, że zatroszczył się o niego, ale jak to ujął Ackerman: jeśli Paryż wart był mszy, to z pewnością Konstytucja warta była stanowiska celnika w porcie Wilmington. Delaware było zresztą najsłabszym stanem,

³² B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 87-88.

³³ J. Ferling, *Adams vs. Jefferson...*, s. 185-193.

na którego terenie toczyłyby się prawdopodobne walki między Federalistami z Nowej Anglii a Republikanami z Południa³⁴. Cytowany tu autor zwraca właśnie uwagę na to, że istotny wpływ na zakończenie tego kryzysu miała groźba użycia przez Republikanów siły. Jak wiemy, skonfliktowany z Hamiltonem prezydent Adams zmienił kierunek prowadzonej polityki, zdecydował się na zawarcie pokoju z Francją i doprowadził do rozwiązania armii Hamiltona. Ostatni regiment został wycofany z działań polowych na pół roku przed opisywanymi wydarzeniami. Gdyby wojska federalne pozostały w gotowości do obrony Waszyngtonu przed zapowiadającym atakiem milicji z republikańskiej Wirginii i Pensylwanii, przekazanie władzy Marshallowi na podstawie analizy Konstytucji dokonanej przez błyskotliwego Horatiusa mogło się powieść³⁵. Z dzisiejszej perspektywy wybory w 1800 r. ujawniły wadę Konstytucji, ale dla ówczesnych obserwatorów w Ameryce i Europie zwycięstwo Jeffersona było zdumiewające, ponieważ doszło do pokojowego przekazania władzy partii opozycyjnej³⁶. Domniemane zabiegi na rzecz przejęcia prezydentury przez Marshalla sprowadziły się do historycznej ciekawostki, iż to John Marshall był od czerwca 1800 r. pierwszą osobą, która zamieszkała w niewykończonym jeszcze budynku zwanym dziś Białym Domem, gdy podczas letniej nieobecności prezydenta stanowił jako sekretarz stanu jednoosobowy rząd Stanów Zjednoczonych³⁷.

Ostatnia sesja Szóstego Kongresu była doniosła także z tego powodu, że doszło podczas niej do zmiany na stanowisku Prezesa Sądu Najwyższego, a Federaliści w Kongresie uchwalili nową ustawę regulującą ustrój sądów federalnych. Wątki te w istocie były z sobą ściśle powiązane. Pierwsza ustawa federalna dotycząca sądownictwa, *Judiciary Act of 1789*, została uchwalona podczas pierwszej sesji Pierwszego Kongresu. Nie zyskała takiej rangi jak poprawki składające się na *Bill of Rights*, a w orzeczeniu *Marbury v. Madison* ustawa ta została przez Marshalla instrumentalnie zdezwuowana, ale istotnie uzupełniała Konstytucję i tchnęła życie w poświęcony sądownictwu artykuł III³⁸. Podczas prac nad projektem jego twórcy odrzucili postulat Antyfederalistów, aby to sądy stanowe stanowiły niższą instancję sądów federalnych. Zamiast tego stworzono nowe jednostki federalne, trzynaście dystryktów, które zasadniczo pokrywały się z granicami stanów. W sądzie dystryktu (*District Court*) orzekać miał powołany w tym celu sędzia federalny zamieszkały w danym dystrykcie. Dystrykty zaś połączono w trzy okręgi sądowe (*circuits*), wschodni, środkowy i południowy. Podział ten nawiązywał do podziału kraju stosowanego do celów militarnych w trakcie wojny rewolucyjnej. W zbierających się na dwie

³⁴ B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 106-107.

³⁵ *Ibidem*, s. 96-97.

³⁶ H.G. Unger, *John Marshall...*, s. 191.

³⁷ C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 17.

³⁸ Szerzej J. Goebel Jr., *Antecedents and Beginnings to 1801*, New York 2010, s. 457 i n., *History of the Supreme Court of the United States*, vol. 1; M. Van Hook, *Founding the Third Branch. Judicial Greatness and John Jay's Reluctance*, „Journal of Supreme Court History” 2015, vol. 40, no. 1, <https://doi.org/10.1111/jsch.12061>, s. 1-19.

sesje rocznie sądach okręgowych (*Circuit Court*) zasiadało pierwotnie dwóch Sędziów Sądu Najwyższego oraz sędzia z tego sądu dystryktu, w którym orzekał w danej sesji sąd okręgowy. Ustanowione wbrew sprzeciwom lokalne sądy federalne miały jednak ograniczone kompetencje. Istotnym elementem pierwotnego planu było też przemieszczanie się: sądy okręgowe nie miały stałej siedziby, Sędziowie Sądu Najwyższego jeździli zaś w ślad za nimi po całym kraju. Udział sędziego dystryktu w posiedzeniach sądu okręgu miał zapewnić przybyłym Sędziom Sądu Najwyższego wiedzę o lokalnych rozwiązaniach prawnych. Sądy okręgowe rozpatrywały apelacje od wyroków sądów dystryktów, stanowiły też w pewnych sprawach sądy pierwszej instancji federalnej. Pierwotnie sprawę do Sądu Najwyższego można było wnieść w drodze wniosku o przekazanie sprawy do wyższego sądu z powodu błędu popełnionego przez sąd (*petition of error*), w sporach przekraczających wartość 2 tysiące dolarów³⁹. To była wówczas wysoka suma, którą bardzo niewielu Amerykanów mogło zarobić przez cały rok⁴⁰.

Aspekt geograficzny na długie lata wpływał na funkcjonowanie Sądu. Uciążliwości związane z objeżdżaniem okręgów były dojmujące dla wielu Sędziów. Ponadto od pierwszych sześciu powołań dokonanych przez prezydenta Washingtona na wiele dekad utrwaliła się praktyka starannego dobierania Sędziów w oparciu o ich miejsce pochodzenia i zamieszkania. W istocie sędziowie federalni nie tyle przyjeżdżali, co wracali do okręgów, ponieważ od prezydentury Washingtona przyjęło się powoływanie do sądów federalnych osób zamieszkałych na danym terenie i utrzymywanie reprezentacji geograficznej w Sądzie Najwyższym. Miało to łagodzić lęki, że obsadzone przez „cudzoziemców” sądy staną się narzędziem opresji. Zamiast tego sędziowie mieli być zarówno nauczycielami, jak i uczniami względem miejscowego ludu, czyli kształtować jego poglądy, zwłaszcza w ramach pouczeń dla ław przysięgłych, ale też uwzględniać miejscowe nastroje w orzecznictwie⁴¹.

Ostatecznie nowatorski system, budowany oszczędnie, przy konieczności zachowania politycznych kompromisów i stworzenia delikatnej równowagi między sądami federalnymi a stanowymi, okazał się „administracyjnym koszmarem”⁴². O tym, z jakimi trudnościami wiązało się dołączenie sądownictwa federalnego do istniejących sądów stanowych, najlepiej świadczy okoliczność, że prawie stulecie zajęło zwieńczone w 1875 r. rozszerzenie właściwości sądów federalnych do zarysu wyznaczonego w Konstytucji⁴³.

³⁹ Zob. m.in. J. Goebel Jr., *Antecedents...*, s. 471-473; G.E. White, *Law in American History*, vol. 1: *From the Colonial Years Through the Civil War*, New York 2012, s. 197-199; H.J. Bourguignon, *The Federal Key to the Judiciary Act of 1789*, „South Carolina Law Review” 1995, vol. 46, no. 4, s. 647 i n.

⁴⁰ D. Engdahl, *Inferior Courts*, [w:] D.F. Forte, M. Spalding (eds.), *The Heritage Guide to the Constitution*, Fully Revised Second Edition, New York 2014, s. 157.

⁴¹ J.E. Semonche, *Keeping the Faith. A Cultural History of the U.S. Supreme Court*, Lanham 1998, s. 40-41.

⁴² M. Tushnet, *Introduction*, [w:] idem (ed.), *Arguing Marbury v. Madison*, Stanford 2005, s. 2.

⁴³ J.E. Semonche, *Keeping the Faith...*, s. 39 i przyp. 1.

Oliver Ellsworth, który zajmował się zręcznym przeprowadzaniem pierwszej ustawy o sądownictwie przez Kongres, zmuszony był jednak do uwzględnienia zarówno postulatów Federalistów, którym odpowiadała wizja stałej obecności sędziów federalnych w odległych zakątkach kraju, jak i oponentów, dla których każdy dodatkowy sędzia federalny stanowił zagrożenie dla suwerenności stanów. Teoretycznie pomysł objeżdżania okręgów (*circuit riding*) był rozsądnym kompromisem, zwłaszcza że rozwiązanie to stosowano w Anglii i niektórych stanach amerykańskich, ale wielkość rozszerzającej się amerykańskiej federacji wywoływała rozliczne problemy z jego praktyczną realizacją⁴⁴.

Od początku obowiązywania pierwszej ustawy o sądownictwie postulowano reformę przyjętego w niej niepraktycznego systemu sądów federalnych. Już w 1790 r. prokurator generalny rekomendował zniesienie obowiązku zasiadania sędziów najwyższej instancji w sądach okręgowych⁴⁵. Sędzia Iredell pisał zrozpaczony w 1791 r., że żaden sędzia nie może sumiennie objeżdżać okręgu południowego i pełnić pozostałych obowiązków, a sam pokonał w nim 1900 mil⁴⁶. Prace nad reformą sądownictwa nasiliły się w 1799 r. Dla Alexandra Hamiltona rozbudowa sądownictwa federalnego była, jak pisał wówczas do przewodniczącego Izby Reprezentantów, kolejnym „wałem obronnym”, który wraz ze stałą armią miał chronić Konstytucję przed jej wrogami. Federaliści pisali wówczas, w znanej już stylistyce, że zwiększenie wpływów sądownictwa stłumi wysiłki jakobinów przeciwko władzom. Reformę sądownictwa zalecał Kongresowi także prezydent w orędziu z grudnia 1799 r.⁴⁷ W prace nad nową ustawą w Kongresie zaangażowany był też od tego miesiąca John Marshall⁴⁸. Ożywione debaty nad tym aktem doprowadziły ostatecznie do tego, że w kwietniu 1800 r. kilku Federalistów poparło wnioski Republikanów o odłożenie prac do następnej sesji⁴⁹ i w ten sposób poważna reforma sądownictwa została przeniesiona na ową brzemenną w skutki ostatnią sesję Szóstego Kongresu.

Doszło wówczas do kluczowego dla dalszych zdarzeń splotu okoliczności. Pod koniec 1800 r. z powodów zdrowotnych z funkcji Prezesa Sądu zrezygnował Oliver Ellsworth, główny współautor ustawy o sądownictwie z 1789 r. Gdyby nowa ustawa o sądownictwie została przyjęta w kwietniu 1800 r., prezydent Adams nie mógłby powołać nikogo na stanowisko opuszczone przez Ellswortha, Federaliści zmniejszyli bowiem w niej liczbę Sędziów z sześciu do pięciu. Przypuszczalnie, zgodnie z zarzutami Republikanów, Federaliści przygotowywali się w ten sposób na ewentualne zwycięstwo Jeffersona w wyborach

⁴⁴ Zob. J. Crowe, *The Constitutional Politics of the Judiciary*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York 2015, s. 199-202.

⁴⁵ Zob. obszernie K. Turner, *The Midnight Judges*, „University of Pennsylvania Law Review” 1961, vol. 109, no. 4; eadem, *Federalist Policy and the Judiciary Act of 1801*, „The William and Mary Quarterly” 1965, vol. 22, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2307/1920766>.

⁴⁶ B. Schwartz, *A History of the Supreme Court*, New York 1995, s. 18.

⁴⁷ K. Turner, *Federalist Policy...*, s. 9-10.

⁴⁸ Eadem, *The Midnight Judges*, s. 496.

⁴⁹ Eadem, *Federalist Policy...*, s. 14.

prezydenckich i starali się uniemożliwić mu powołanie nowego Sędziego⁵⁰. Po rezygnacji Prezesa prezydent zmuszony byłby do powołania na tę funkcję jednego z zasiadających już w Sądzie Sędziów. Zmiana ta została jednak wprowadzona dopiero w lutym 1801 r., więc gdy w grudniu 1800 r. prezydent Adams dostał list Ellswortha z informacją o rezygnacji, rozpoczął gorączkowe poszukiwania następcy, którym ostatecznie został John Marshall. Słusznie akcentuje Lawrence Goldstone, iż po wyborze Thomasa Jeffersona na prezydenta John Marshall mógłby liczyć na pojawienie się w Sądzie wyłącznie w roli adwokata. Federaliści, którzy w kwietniu 1800 r. poparli wniosek Republikanów o przełożenie debaty, nieświadomie stworzyli więc warunki dla powstania Sądu Marshalla⁵¹.

Uchwalenie nowej ustawy o sądownictwie przez odsuniętych przez wyborców od władzy Federalistów zaostriżyło naturalnie konflikt między nimi a Republikanami. Trzeba tu podkreślić, że Federalistom nie chodziło wyłącznie o demonstracyjny akt wobec przeciwników politycznych, uchwalenie tej ustawy było faktycznie opóźnione. Jednakże krytyka ze strony Republikanów była w istocie całkowicie usprawiedliwiona. Ustawa o sądownictwie, która przybrała postać *Judiciary Act of 1801*, była niczym innym jak owym wałem obronnym, który Federaliści stawiali przed niegodnymi w ich mniemaniu „jakobinami” ze stronnictwa Jeffersona. Na marginesie pragnę tu zaznaczyć, że okoliczności uchwalania przez Federalistów nowej ustawy o sądownictwie nie są powszechnie znane, co powoduje, że zwykle zupełnie mylnie przedstawia się interakcje między Sądem a władzami politycznymi, eksponując głównie w nadmiernie uproszczony sposób konflikt z Sądem prezydenta Franklina Delano Roosevelta w latach 30. XX w. Próbowano wówczas w drodze ustawy manipulować liczebnością Sądu (tzw. *court-packing*), aby wymusić zmianę linii orzeczniczej. Spójrzmy, jak przedstawia zabiegi Roosevelta dwójka uznanych współczesnych badaczy:

Motywacja prezydenta była prawdopodobnie zrozumiała – zabiegał o bezpieczniejszą podstawę prawną dla osiągnięcia celów programu New Deal. Gdyby zostało to uchwalone, ustanowiony zostałby niebezpieczny precedens. Sąd uległby nadmiernej polityzacji, a jego skład, liczebność i zasady wyboru członków zostałyby otwarte na stałą manipulację, podobnie jak w Argentynie pod rządami Peróna lub w Wenezueli pod rządami Cháveza. Gdyby Roosevelt doprowadził do ustanowienia swojej ustawy sędziowskiej, kluczowa norma – przewidująca, że prezydent nie powinien podważać innej, równej władzy – zostałaby obalona⁵².

⁵⁰ *Ibidem*, s. 21.

⁵¹ L. Goldstone, *The Activist. John Marshall, Marbury v. Madison, and the Myth of Judicial Review*, New York 2011, s. 149-150.

⁵² S. Levitsky, D. Ziblatt, *How Democracies Die. What History Tells Us About Our Future*, New York 2018, s. 119.

Wydarzenia z lat 30. XX w. nie byłyby żadnym precedensem. Już w 1801 r. uchwalono ustawę, która zawierała element manipulacji liczbą Sędziów z czysto politycznych przyczyn. W odpowiedzi na te i inne manipulacje Federalistów prezydent Jefferson i jego obóz polityczny otwarcie, jak się przekonamy, podważył pozycję Sądu Najwyższego. Podobne epizody zdarzyły się jeszcze kilkakrotnie przed latami 30. ubiegłego wieku.

Znaczenie dla Federalistów miało także to, że nowa ustawa o sądownictwie chroniła ich prywatne interesy. Już wcześniej poruszany był wątek spekulacji ziemskich prowadzonych z wigorem przez Johna Marshalla. W Szóstym Kongresie zasiadała grupa wpływowych prawników, którzy zajmowali się także obrotem ziemią, wśród nich John Marshall. Trzech z nich, tj. Marshall, Robert Goodloe Harper i James Bayard, zasiadało w komisji Izby, która sporządziła w marcu 1800 r. pierwotny projekt ustawy o sądownictwie. Jak wskazuje Kathryn Turner, doskonale zdawali sobie oni sprawę z tego, że przeprowadzane przez nich rozległe transakcje gruntami są źle postrzegane w części stanów. Nowa ustawa o sądownictwie rozszerzała właściwość sądów federalnych o spory dotyczące gruntów. Oznaczało to przeniesienie prywatnych interesów elity Federalistów z nieprzychylnych im sądów stanowych do przyjaznych sądów federalnych, obsadzonych i obsadzanych przez zaufanych Federalistów⁵³. Podobnie jak u kongresmana Bayarda, zażegnującego wojnę domową staraniami o utrzymanie intratnych posad w administracji celnej, wniosłe motywy mieszały się u reformujących sądownictwo Federalistów z bardzo przyziemnymi interesami. Uchwalenie ustawy o sądownictwie uważali oni w sensie politycznym za korzyść podobną do wygranej w wyborach, a w wymiarze finansowym fortuny, które spodziewali się zgromadzić na spekulacjach ziemią, zależały od powstrzymania w sądach federalnych roszczeń stanów⁵⁴.

Głównym elementem ustawy *Judiciary Act of 1801* była reorganizacja dwóch pierwszych instancji sądów federalnych. W nowej strukturze przewidziano sześć sądów okręgowych, w których zasiadać miało szesnastu nowych sędziów okręgowych, zwalniających Sędziów Sądu Najwyższego z obowiązku uciążliwego objeżdżania okręgów. Nowych sędziów obsługiwałaby grupa nowych asystentów i szeryfów federalnych. Profesor George Lee Haskins, jeden z autorów wielotomowej *Historii Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych*, stwierdza, że zarzuty wobec prezydenta Adamsa ze strony przeciwników politycznych w związku z uchwaleniem ustawy były „bałamutne, nie stosowne i niepohamowane”. Przyznaje jednak, że w wyniku uchwalenia nowej ustawy o sądownictwie odchodzący prezydent zyskał okazję do dokonania licznych powołań w obrębie władzy sądowniczej⁵⁵. W 1801 r. kontekst ten był oczywisty, a zarzuty wobec Adamsa uzasadnione. Gouverneur Morris, jeden z Ojców Założycieli, sympatyzujący

⁵³ K. Turner, *Federalist Policy...*, s. 28-29.

⁵⁴ J.C. Nagle, *The Lame-Ducks of Marbury*, s. 330.

⁵⁵ G.L. Haskins, H.A. Johnson, *Foundations of Power. John Marshall, 1801-1815*, New York 2010, s. 108, *History of the Supreme Court of the United States*, vol. 2.

z Federalistami, tak pisał o stanowiskach stworzonych przez nową ustawę: „(...) liderzy partii federalnej mogą wykorzystać tę okazję do zadbania o przyjaciół i zwolenników (...) gdyby byli moimi wrogami, nie potępiałbym ich za to (...) Doświadczą mocnego podmuchu przeciwnego wiatru. Czyż można ich winić za to, że zarzucają kotwice, które mają utrzymać ich statek pośród nawały?”⁵⁶. Trafniej od Haskinsa ocenia ten epizod Larry D. Kramer, który zauważa, że dopiero zakłopotanie wywołane wygraną Jeffersona pobudziło Federalistów do dokończenia prac nad ustawą o sądownictwie i stworzenia w ten sposób schronienia w sądach dla swych zwolenników⁵⁷.

Przy okazji warto jednak zwrócić uwagę na to, że reforma wymiaru sprawiedliwości podjęta w 1801 r. stanowiła też próbę wprowadzenia czytelniejszej hierarchizacji w amerykańskim systemie sądownictwa federalnego. Wbrew temu, co sugerowałby współczesny język angielski, użyte w Konstytucji określenia *supreme* (najwyższy) oraz *Tribunals inferior* (niższe sądy) nie odnosiły się w ówczesnym rozumieniu jednoznacznie do hierarchii apelacyjnej, lecz raczej do różnych obszarów właściwości geograficznej lub przedmiotowej. Przez wiele dekad sądownictwo federalne miało zdecentralizowany charakter, co James Wilson, jeden z pierwszych Sędziów, uznawał za niezwykle i wymagające zmiany w strukturę piramidalną⁵⁸. Wyrazem semantycznego rozchwiania pozornie jednoznacznego słowa *supreme* jest też okoliczność, że w stanie Nowy Jork sąd o nazwie Supreme Court of the State of New York znajduje się w hierarchii poniżej Sądu Apelacyjnego.

Najważniejsze wydarzenia w operacji niepełnego przekazania władzy zwycięskim Republikanom rozegrały się na przestrzeni kilku tygodni, od 20 stycznia do 4 marca 1801 r., a główną rolę odegrało w nich dwóch kuzynów: Marshall i Jefferson. Rezygnacja Ellswortha z funkcji Prezesa Sądu była dla prezydenta Adamsa dużym problemem. List z tą wiadomością po 2 miesiącach dotarł do prezydenta z Paryża, gdzie Ellsworth prowadził rokowania dyplomatyczne. Najbliższym doradcą Adamsa był wówczas sekretarz stanu, John Marshall. Adams skłaniał się do ponownego powołania swego dobrego kolegi, byłego Prezesa, Johna Jaya. Marshall proponował awansowanie na funkcję Prezesa zasiadającego w sądzie Williama Patersona, który w oczach Adamsa był zbyt bliski frakcji Hamiltona, ponadto jego awans byłby nietaktem wobec starszego Sędziego Williama Cushinga, powołanego jeszcze przez prezydenta Washingtona. Cushing zbliżał się wówczas do 70 roku życia, więc nie wydawał się perspektywiczną kandydaturą⁵⁹. Adams wiedział też, że musi działać szybko, ponieważ uchwalana w Kongresie ustawa o sądownictwie, która miała dać mu okazję do stworzenia azylu dla Federalistów w sądownictwie, uniemożliwi

⁵⁶ Cyt. za C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 56.

⁵⁷ L.D. Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York 2004, s. 116.

⁵⁸ D. Engdahl, *Inferior Courts*, s. 157.

⁵⁹ Sędzia Cushing żył jednak o 4 lata dłużej od młodszego o 13 lat Patersona, który zmarł w 1806 r.

powołanie szóstego Sędziego⁶⁰. Prezydent nie krył zresztą, jaka jest stawka, i w liście do Jaya pisał: „W przyszłej administracji naszego państwa najmocniejszym zabezpieczeniem, jakie możemy uzyskać, przeciwko skutkom wizjonerskich planów lub zmiennych teorii, będzie solidne sądownictwo; a nic tak nie doda otuchy nadziejom najlepszych ludzi, jak pańska akceptacja tego powołania”⁶¹. O nowej ustawie nie wiedział jednak Jay, który nie chciał ponownie wystawić się na niedogodności związane z objeżdżaniem okręgów. Jay uważał też, że organizacja sądownictwa stworzona ustawą z 1789 r. pozbawiała władzę sądowniczą siły i znaczenia. Odmówił więc listownie, wymawiając się słabym zdrowiem. Ponieważ ta korespondencja zajmowała kolejne tygodnie, zrozpaczony Adams, który przesłał już tę nominację do Senatu, dowiedział się o odmowie Jaya prawdopodobnie w połowie stycznia⁶². Rezygnacja Ellswortha wpędziła więc Federalistów z Adamsem na czele w pułapkę. Obsadzenie nowych stanowisk sędziowskich zaufanymi Federalistami wymagało szybkiego uchwalenia i podpisania przez prezydenta ustawy o sądownictwie przed zakończeniem sesji Kongresu i przekazaniem władzy Republikanom. Wejście w życie ustawy uniemożliwiłoby wszakże powołanie nowego Sędziego do Sądu Najwyższego na miejsce Ellswortha. Zmniejszenie liczby sędziów do pięciu oznaczało, że do nowego powołania mogło dojść dopiero po odejściu ze stanowiska dwóch dotychczasowych Sędziów. Prezydent Adams musiał zatem błyskawicznie znaleźć nowego Prezesa Sądu, doprowadzić do jego zatwierdzenia przez Senat, następnie zadbać o równie błyskawiczne uchwalenie ustawy o sądownictwie z 1801 r. i zająć się do ostatniego dnia swej prezydentury, tj. do 3 marca, obsadzeniem licznych stanowisk sędziowskich.

Z perspektywy czasu wybór Marshalla na Prezesa mógłby zostać uznany za oczywistość. Był zaufanym Federalistą, z dużym doświadczeniem prawniczym (choć znikomym doświadczeniem sędziowskim), wielce lojalnym wobec Adamsa. Przede wszystkim zaś Marshall był na miejscu, niepotrzebne były długotrwałe konsultacje listowne, które zresztą w imieniu Adamsa przeprowadzał sam Marshall jako sekretarz stanu. John Marshall nie był jednak pierwszym wyborem Adamsa, ale pozycja zausznika prezydenta, którą świadomie w ciągu krótkiego czasu osiągnął, spowodowała, że w newralgicznej chwili, gdy po odmowie Ellswortha Adams, ponaglany przez kongresmanów do szybkiego działania, wezwał Marshalla i zapytał w zamyśleniu: „Kogo mam teraz powołać?”, odpowiedź nasunęła się sama. Marshall powtórzył nazwisko Patersona, Adams stwierdził zdecydowanie, że nie powoła go, po czym po wahaniu powiedział do Marshalla: „Sądzę, że muszę nominować pana”. Opis ten znamy z relacji samego Marshalla, który zapisał,

⁶⁰ C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 32-37; J.M. Sosin, *The Aristocracy of the Long Robe. The Origins of Judicial Review in America*, New York 1989, s. 299-301.

⁶¹ Cyt. za: M. Van Hook, *Founding the Third Branch...*, s. 15.

⁶² Zob. L. Goldstone, *The Activist...*, s. 151. Obszernie powołanie Marshalla opisuje K. Turner, *The Appointment of Chief Justice Marshall*, „The William and Mary Quarterly” 1960, vol. 17, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2307/1943349>, s. 143 i n.

że sam nie myślał o takiej możliwości, więc jedynie zaskoczony i szczęśliwy uklonił się w milczeniu⁶³. Louise Weinberg podaje rozpowszechniany żart, iż John Marshall wyraził zgodę w obawie, że prezesurę w Sądzie obejmie znany kandydat Jeffersona, Spencer Roane⁶⁴. W świetle późniejszej aktywności Roane'a i jego diametralnie odmiennej od Marshalla wizji ustrojowej wybór Roane'a na Prezesa miałby poważny wpływ na ustroj wcześniejszej republiki. Ponieważ odrzucony przez Adamsa kandydat Paterson zmarł za czasu prezydentury Jeffersona, prezydent ten miałby kolejną szansę na powołanie Roane'a na Prezesa Sądu. Nawet jeśli ten żart ma charakter wyłącznie spekulatywny, gdyż w amerykańskiej historiografii prezentowana jest teza, że prawdopodobnie Jefferson nie kontaktował się z Roane'em przed 1808 r.⁶⁵, to przywołanie tu postaci Roane'a w kontraście do Marshalla będzie przydatne dla dalszych rozważań.

Na podstawie dostępnych źródeł dzielam opinię biografów Marshalla, Jeana E. Smitha, iż nic nie wskazuje na to, że Marshall zręcznie przywiódł Adamsa do korzystnej dla siebie decyzji. Powołanie go 20 stycznia 1801 r. na Prezesa Sądu było wynikiem złożonego splotu okoliczności i potrzebą chwili. Retrospektywnie wielu badaczy uznało ten wybór za nieunikniony. John Adams miał rozpoznać w lojalnym Marshallu wybitnego prawnika, który podzielał jego wizję państwowości amerykańskiej. W styczniu 1801 r. Adams wyraźnie jednak koncentrował uwagę na osobach, które orzekały już w Sądzie, a dopiero w ostatniej chwili skierował wzrok na swego zausznika, którego wielką zaletą w tej sytuacji było to, że mógł na propozycję odpowiedzieć natychmiast. Niewykluczone jednak, że Marshall, jeszcze jako sekretarz stanu naciskający na prezydenta, aby powiększyć sądownictwo federalne⁶⁶, mógł liczyć na to, że pojawią się dzięki temu bezpieczne i intratne stanowiska dla niego i członków jego rodziny, jak to się właśnie stało.

Co ciekawe, decyzja Adamsa o powołaniu Marshalla spotkała się ze znacznym sprzeciwem w Kongresie Federalistów, a konkretnie radykalnej frakcji *High Federalists*. Przez tydzień senatorowie Federaliści naciskali na Adamsa, aby wycofał kandydaturę Marshalla i powołał bliskiego im Patersona. Wobec oporu Adamsa Federaliści ustąpili i 27 stycznia John Marshall został jednomyślnie, a więc przy wsparciu Republikanów, zatwierdzony na funkcję Prezesa Sądu⁶⁷. Skrajni Federaliści pamiętali, że Marshall krytykował ustawę o działalności wywrotowej, część z nich zareagowała na jego kandydaturę „żalem, zdumieniem i niemalże oburzeniem”. Republikanie natomiast mieli podstawy, by uważać popularnego Marshalla za człowieka umiarkowanego, czego dowodził opór skrajnych Federalistów, więc, wedle różnych ocen, powitali tę kandydaturę co najmniej

⁶³ *Ibidem*, s. 155.

⁶⁴ L. Weinberg, *Our „Marbury”*, „Virginia Law Review” 2003, vol. 89, no. 6, s. 1277, przyp. 163.

⁶⁵ T.S. Huebner, *The Consolidation of State Judicial Power. Spencer Roane, Virginia Legal Culture, and the Southern Judicial Tradition*, „The Virginia Magazine of History and Biography” 1994, vol. 102, no. 1, s. 67.

⁶⁶ H.G. Unger, *John Marshall...*, s. 177.

⁶⁷ J.E. Smith, *John Marshall. Definer of a Nation*, New York 1998, s. 15.

z przyjaznym dystansem, a może wręcz z entuzjazmem⁶⁸. Warto dodać na marginesie, że prawnicy z New Jersey w liście do Adamsa nalegali, aby sam siebie powołał do Sądu Najwyższego⁶⁹. Podobne propozycje wysuwano w 2010 r. pod adresem prezydenta Obamy.

Ten rozwój wypadków z początku 1801 r. doprowadził jednak ostatecznie do koncentracji w rękach jednej osoby władzy i wpływów, co bliskie było raczej monarchicznej tradycji brytyjskiej. Marshall objawił się jako *a man for all seasons*: bohater narodowy, czołowy parlamentarzysta, który przeszedł do administracji prezydenckiej na kluczową pozycję sekretarza stanu, równolegle został Prezesem Sądu Najwyższego, a przy tym wszystkim postrzegany był, przy prawdopodobnym własnym udziale pod mianem Horatiusa, jako potencjalny przejściowy prezydent. Prezydent poprosił bowiem Marshalla, aby nadal piastował swe obowiązki sekretarza stanu. W istocie, jak stwierdził Bruce Ackerman, zasady ustrojowe określone w 1787 r. wymknęły się spod kontroli⁷⁰. Na dodatek, na co zwraca uwagę Kathryn Turner, dzięki zajmowanej przez siebie podwójnej pozycji przy boku prezydenta Marshall mógł istotnie wpływać na niego podczas selekcji sędziów okręgowych⁷¹. Sekretarz skarbu Oliver Wolcott zapisał we wspomnieniach sarkastycznie, że tajemnica zadowolenia Adamsa z Marshalla polegała na tym, że prezydent podporządkował się swojemu sekretarzowi stanu, tylko nie zdawał sobie z tego sprawy⁷².

W lutym 1801 r. doszło do uchwalenia i podpisania przez prezydenta Adamsa ustawy o sądownictwie oraz wyboru prezydenta Jeffersona, a pod koniec tego miesiąca Kongres uchwalił też ustawę dotyczącą Dystryktu Kolumbii, przewidującą powołanie w nim trzysobowego sądu odpowiadającego sądowi okręgowemu. Gdy 17 lutego stało się jasne, że prezydenturę obejmie Jefferson, Adamsowi pozostały zaledwie 2 tygodnie na obsadzenie nowych stanowisk sędziowskich. Ten czas mógłby być nawet krótszy, ale zdyscyplinowani Federaliści w Senacie zdecydowali się na przyjęcie ustawy o sądownictwie bez poprawek, aby nie opóźnić jej uchwalenia⁷³. W odniesieniu do stołecznego Dystryktu Kolumbii prezydent dysponował zaledwie kilkoma dniami, ustawę w tej sprawie podpisał bowiem 27 lutego.

Presja czasu spowodowała, że Adams wraz Marshalllem porzucili pozory przyzwoitości i przeprowadzili gorszący spektakl powołań na sędziów bliskich krewnych, Federalistów, którzy przegrali ostatnie wybory, a wreszcie politycznych sprzymierzeńców, którzy byli dostępni na miejscu i mogli szybko, bez pośrednictwa poczty, przyjąć powołanie. Bruce Ackerman nazwał zgryźliwie te powołania Adamsa i Marshalla „fetą patronażu” (*patronage extravaganza*)⁷⁴, Kathryn Turner zaś przyrównała je do ostatniego aktu opery

⁶⁸ J.C. Nagle, *The Lame-Ducks of Marbury*, s. 324.

⁶⁹ C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 44.

⁷⁰ B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 45.

⁷¹ K. Turner, *The Midnight Judges*, s. 495-496.

⁷² H.G. Unger, *John Marshall...*, s. 176.

⁷³ K. Turner, *Federalist Policy...*, s. s. 19.

⁷⁴ B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 132.

komicznej⁷⁵. Dla przykładu sędzią federalnym został Oliver Wolcott, zmuszony do ustąpienia z funkcji sekretarza skarbu pod zarzutami oszustwa, który nigdy nie praktykował prawa, ale szukał nowej pracy. W Dystrykcie Kolumbii sędzią został siostrzeniec żony prezydenta Adamsa, William Cranch (pradziadek poety T.S. Eliota), oraz James Marshall, brat sekretarza stanu i Prezesa Sądu Najwyższego⁷⁶. W Trzecim Okręgu sędzią został Richard Bassett, teść Jamesa Bayarda, czołowego kongresmana Federalistów. Sędzią w Szóstym Okręgu został szwagier Johna Marshalla, kolejny szwagier Marshalla został sędzią w Czwartym Okręgu⁷⁷. Kiedy przyjęcia powołania odmówił Edward Tilgham, prezydent Adams przekreślił samo imię i skierował powołanie do Williama o tym samym nazwisku, kuzyna Edwarda⁷⁸.

Adams z Marshallem posłużyli się także wybiegiem, mającym na celu obejście konstytucyjnego zakazu powoływania członków Kongresu w czasie kadencji na urzędy państwowe utworzone w tym czasie. Na część nowo utworzonych stanowisk sędziów okręgowych powołano dotychczasowych sędziów dystryktów, a na zwolnione w ten sposób stanowiska w dystryktach, utworzone formalnie wcześniej, powołano zaufanych członków Kongresu⁷⁹. Ustawa dotycząca Dystryktu Kolumbii przewidywała też powołanie w nim sędziów pokoju na pięcioletnią kadencję. Prezydent Adams powołał aż czterdziestu dwóch takich sędziów pokoju. Te powołania zostały zatwierdzone przez Senat 3 marca 1801 r., w przeddzień inauguracji prezydentury Jeffersona. Sędziowie pokoju dysponowali szerokimi kompetencjami w zakresie utrzymywania porządku, mogli też rozstrzygać spory do wartości 20 dolarów. Nie było to nazbyt lukratywne zajęcie, ale postrzegane było jako funkcja prestiżowa, stanowiąca krok na drodze do dalszej kariery⁸⁰. Ponadto urząd sędziego pokoju w Dystrykcie Kolumbii wzorowany był na rozwiązaniu ze stanu Maryland, gdzie sędzia pokoju był najbardziej wpływowym funkcjonariuszem publicznym w życiu zwykłych ludzi, łączącym funkcje policjanta, notariusza i ostoji moralnej⁸¹.

Ostatnie dni prezydentury Johna Adamsa upłynęły więc na gorączkowym powoływaniu dwudziestu pięciu sędziów (szesnastu nowych sędziów okręgowych, sześciu sędziów dystryktów, trzech sędziów w Dystrykcie Kolumbii) i znacznie liczniejszego aparatu pomocniczego, a także piastunów innych urzędów. Według danych prezentowanych przez Lawrence'a Goldstone'a w ostatnim miesiącu swej prezydentury John Adams skierował

⁷⁵ K. Turner, *The Midnight Judges*, s. 521.

⁷⁶ B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 132-135.

⁷⁷ J.C. Nagle, *The Lame-Ducks of Marbury*, s. 330-331.

⁷⁸ L.A. Powe Jr., *The Supreme Court and the American Elite, 1789-2008*, Cambridge, Mass. 2009, s. 43.

⁷⁹ G.E. White, *Law in American History*, vol. 1, s. 205-206.

⁸⁰ C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 62.

⁸¹ Zob. D.F. Forte, *Marbury's Travail. Federalist Politics and William Marbury's Appointment as Justice of the Peace*, „Catholic University Law Review” 1996, vol. 45, no. 2, s. 354.

do Senatu 216 nominacji, a ostatniego dnia Szóstego Kongresu, 3 marca, zatwierdzono blisko 100 takich powołań.⁸²

Te powołania w sądownictwie określa się powszechnie mianem *midnight judges*, co wyraża pośpiech, z jakim selekcjonowano oraz przygotowywano do zatwierdzenia i doręczenia kolejne kandydatury, częściowo faktycznie w godzinach nocnych. Ta fala powołań wywołała ostrą reakcję Thomasa Jeffersona i pozostałych Republikanów, która doprowadziła do wycofania reformy sądownictwa z 1801 r. przez nowe władze.

Sądownictwo federalne, rozszerzone ustawą z 1801 r. przez odsuniętych w wyborach od władzy Federalistów, było obszarem, na którym krzyżowały się polityczne i gospodarcze interesy Federalistów i Republikanów. Federaliści zainteresowani byli umacnianiem władzy centralnej, także poprzez organy federalne w terenie. Ponadto, jak wspomniałem, liczyli na ochronę swych gruntów przed roszczeniami ze strony stanów. Wykształceni na angielskim *common law* sędziowie federalni stosowali twórczo jego zasady w sądach, podczas gdy zdaniem Republikanów źródłem prawa miały być akty tworzone przez pochodzące z wyborów powszechnych (w ówczesnym, ograniczonym rozumieniu) legislatury stanowe. Wyborcami Republikanów byli drobni farmerzy, często zadłużeni, którzy starali się rozwiązywać swe spory prawne w sądach stanowych, w których orzekali sędziowie pochodzący z wyborów, a więc bardziej przychylni dla szerokich mas. Wśród elity Federalistów było zaś wielu udziałowców wielkich kompanii ziemskich, bankowców, kredytodawców. Powszechnie uważano, że tym elitom sprzyjały sądy federalne obsadzone przez Federalistów⁸³.

Wygrana Jeffersona była przejawem rewolucji ustrojowej, którą uosabiał. Dotychczasowa opozycja, wyrażająca interesy owych szerokich mas społecznych, nie mogła i nie chciała tolerować azylu w obrębie władzy sądowniczej, w której Federaliści pragnęli przetrzymać demokratyczną nawałę. Przeprowadzona w pośpiechu reforma sądownictwa z 1801 r. nie mogła więc liczyć na wsparcie przez nową większość w Kongresie i prezydenta Jeffersona.

Trwałą spuścizną Adamsa stał się za to nieoczekiwanie Prezes Marshall. Orzekał będzie w Sądzie przez 34 lata, dzięki niezwyklej w tamtych czasach krzepkości i witalności, którą wiązać można z wychowaniem w trudnych warunkach pogranicza i zaprawą z okresu służby wojskowej. Dopiero w 2010 r. Prezes zepchnięty został przez Sędziego Johna Paula Stevensa z trzeciego na czwarte miejsce na liście najdłużej urzędujących Sędziów. Podczas gdy kolejno kończyły się kariery polityczne jego sprzymierzeńców i adwersarzy z 1801 r., John Marshall trwał na stanowisku Prezesa rosnącego w siłę Sądu. Co istotne, piastował będzie swój urząd aktywnie i praktycznie nieprzerwanie, w przeciwieństwie do poprzedników, którzy porzucali Sąd po kilku latach i angażowali się równolegle m.in. w misje dyplomatyczne. Jefferson pod koniec swego życia narzekał,

⁸² L. Goldstone, *The Activist...*, s. 163.

⁸³ Zob. J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 148.

że Marshall działa nieustannie, niczym grawitacja, i ubija Amerykanów w jedną bryłę⁸⁴. Charles F. Hobson tak podsumował fizyczny wymiar prezesury Marshalla:

Marshall dosłownie był zawsze na miejscu, nigdy w ciągu trzydziestu pięciu lat nie opuścił sesji Sądu Najwyższego. Prawie zawsze jako pierwszy z Sędziów przybywał do Waszyngtonu. Poza niecałymi dwoma tygodniami, kiedy był przykuty do łóżka w następstwie upadku podczas sesji w 1824 r., nigdy nie opuścił dnia w sądzie. Z kilkudniowym opóźnieniem przybył na sesję w 1830 r., ponieważ uczestniczył w Konwencji Wirginii w 1829 r. Podczas sesji w 1826 r. doznał „całkiem poważnego napadu grypy”, który nie powstrzymał go od prac w sądzie. (...) W 1833 r. Story odnotował, że szacowny Prezes, wówczas w wieku siedemdziesięciu siedmiu lat, był „doskonałego zdrowia, niezachwiany i silny zarówno na umyśle, jak i w ciele”. W trakcie sesji codziennie wstawał wcześnie i spacerował przez kilka mil, po czym zasiadał do pracy w porze, w której jego koledzy jeszcze spali. Dopiero w 1835 r. dało się znać u Marshalla pogorszenie stanu zdrowia, ale jego umysł pozostał nienaruszony⁸⁵.

⁸⁴ A. Taylor, *American Revolutions...*, s. 433.

⁸⁵ Ch.F. Hobson, *Defining the Office: John Marshall as Chief Justice*, „University of Pennsylvania Law Review” 2006, vol. 154, no. 6, s. 1425.

Taktyka orzecznicza Prezesa Marshalla wobec prezydenta Jeffersona

Podczas inauguracji 4 marca 1801 r., po zaprzysiężeniu przez Prezesa Marshalla, prezydent Jefferson wygłosił pojednawcze przemówienie, w którym podkreślił jedność Amerykanów słowami: „Wszyscy jesteście republikanami; wszyscy jesteście federalistami”. Celowo nie użył w tym zdaniu dużych liter, nawiązujących do stronnictw protopartyjnych, choć w wygłoszonym ustnie orędziu zabrzmiało to inaczej. Tłumaczył później, że odnosił się do wspólnego dla Amerykanów poparcia dla republikańskiej formy rządów i silnej władzy federalnej, w której prym miała jednak wieść władza ustawodawcza pochodząca z powszechnych wyborów. Ponadto Republikanie wierzyli, że to oni są ludem, konstytucyjnym „the people”, więc ich zwycięstwo usuwało potrzebę istnienia osobnej partii Republikanów¹.

Pomimo tych koncyliacyjnych tonów po przejęciu kontroli nad władzą ustawodawczą i wykonawczą Republikanie nie zamierzali pozostawić sądownictwa federalnego w rękach Federalistów. Jefferson pisał do Abigail Adams, że jedynym postępkiem jej męża, który wywołał jego niezadowolenie, były ostatnie powołania dokonane przez prezydenta: „Tych powołań dokonano spośród ludzi należących do moich najgorliwszych przeciwników politycznych, od których nie można było oczekiwać oddanej współpracy; wprawiły mnie one w ambaras, polegający na konieczności działania za pośrednictwem ludzi, którzy pragnęli udaremnić me zamiary, albo na ściągnięciu na siebie odium za wymianę tych ludzi na innych”². Nie był to wyłącznie pogląd prezydenta Jeffersona. Politycy ze stronnictwa Republikanów i sprzyjająca im prasa gromko piętnowali Adamsa za te powołania, w których przypadku „z podstępnością zamierzenia mógł się równać jedynie bezwstydnym sposob, w jaki wprowadzono go w życie”³. Jak zauważył Gordon S. Wood:

¹ Zob. G.S. Wood, *Empire of Liberty. A History of the Early Republic, 1789-1815*, New York 2011, s. 286; J.F. Simon, *What Kind of Nation. Thomas Jefferson, John Marshall and the Epic Struggle to Create a United States*, New York 2006, s. 142-143.

² Cyt. za J.C. Nagle, *The Lame-Ducks of Marbury*, „Constitutional Commentary” 2003, vol. 20, no. 2, s. 317.

³ Zob. K. Turner, *The Midnight Judges*, „University of Pennsylvania Law Review” 1961, vol. 109, no. 4, s. 519.

„Ludzie Jeffersona co do dwóch kwestii mieli pewność: Konstytucja była dokumentem ograniczającym, a John Marshall był wrogią siłą”⁴.

Okazja do reakcji na posunięcia Federalistów nadarzyła się natychmiast po przejęciu władzy. Dzień po swej inauguracji prezydent Jefferson udał się do położonego w pobliżu Domu Prezydenckiego budynku, w którym siedzibę miał Departament Stanu. Tam na stole spostrzegł stos dokumentów z pieczęcią Stanów Zjednoczonych. Rozpoznał w nich niedoręczone powołania sędziów pokoju. Zakazał ich doręczenia, ponieważ – jak po latach tłumaczył – zasadą prawa, która nie została nigdy obalona, jest to, iż doręczenie jest niezbędne do nadania ważności aktowi, a póki akt znajduje się w rękach wydającego, jest on w stanie *in fieri*, niedopełniony, jeśli nie zostanie doręczony⁵.

Początkowo ostrożny Jefferson sądził, że nie będzie mógł podważyć powołań sędziowskich, chronionych przez Konstytucję, planował więc obsadzenie Republikanami tych urzędów związanych z władzą sądowniczą, które zależały od jego uznania, a więc prokuratorów okręgowych i szeryfów federalnych. Mieli oni stanowić „jedyną osłonę” ludu przed sędziami-Federalistami⁶. Najpóźniej w kwietniu 1801 r. Jefferson zdecydował się jednak na dalszy krok: usunięcie z urzędów samych sędziów za pomocą uchylenia ustawy z 1801 r., na której mocy ich powołano. Sędziów piastujących stanowiska utworzone wcześniej, w szczególności Sędziów Sądu Najwyższego, pragnął zaś wymienić, korzystając ze sposobności naturalnych, tj. ich śmierci lub rezygnacji. Sędziów nieustępliwych dosięgnąć zaś miał *impeachment*⁷.

Badacze tego okresu różnią się w ocenach co do tego, jak bardzo zdeterminowany był Jefferson. W swej korespondencji istotnie dość wcześniej wyrażał gotowość do usunięcia sędziów z urzędów, ale publicznie przez pierwsze miesiące prezydentury zdobywał się na koncyliacyjne gesty, np. zmniejszył liczbę sędziów pokoju w Dystrykcie Kolumbii z czterdziestu dwóch do trzydziestu, ale zachował aż dwudziestu pięciu pierwotnych nominatów Adamsa. Lee Epstein i Jack Knight stwierdzają zgrabnie, że poglądy Jeffersona na temat strategii związanej z *impeachmentem*, przynajmniej początkowo, były „w najlepszym razie niejasne, a w najgorszym wewnętrznie sprzeczne”⁸.

Trafnie, jak sądzę, akcentuje Larry D. Kramer, że Jefferson uwzględniał różnicowane postawy członków swego obozu: część Republikanów wzywała do zdecydowanych działań przeciwko sędziom, ale nie brakowało też polityków umiarkowanych, którzy nie chcieli rozpętywać politycznej czystki w sądach. Gdyby nominaci Adamsa postępowali

⁴ R.K. Newmyer, *The Supreme Court under Marshall and Taney*, New York 1969, s. 19.

⁵ C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision. Jefferson, Adams, Marshall, and the Battle for the Supreme Court*, New York 2009, s. 76.

⁶ G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 420.

⁷ G.L. Haskins, H.A. Johnson, *Foundations of Power. John Marshall, 1801-1815*, New York 2010, s. 152, *History of the Supreme Court of the United States*, vol. 2.

⁸ L. Epstein, J. Knight, *The Strategic John Marshall (and Thomas Jefferson)*, [w:] M.A. Graber, M. Perhac (eds.), *Marbury versus Madison. Documents and Commentary*, Washington 2002, s. 43.

w sposób honorowy względem drugiej strony, ludzie Jeffersona skłonni byli początkowo „żyć i pozwolić im żyć”⁹. Część umiarkowanych Republikanów popierała nawet reformę sądownictwa z 1801 r. Osoby zaangażowane w handel uważały profesjonalne sądownictwo federalne za sprawniejsze i uczciwsze od amatorskich sądów stanowych¹⁰. Dla przeciwwagi można jednak odwołać się do listu kongresmana z Wirginii Williama Gilesa do Jeffersona z czerwca 1801 r.:

Najbardziej martwi nas sytuacja w sądownictwie, jakie obecnie zorganizowano. Stale twierdzi się, że rewolucja będzie niepełna tak długo, jak ta silna forteca będzie w posiadaniu wroga; z pewnością także wyjątkową okolicznością byłoby to, że opinia publiczna miałaby narzucić się władzy ustawodawczej i wykonawczej, a sądownictwo nie tylko nie powinno uznać jej wpływu, ale miałoby się chlubić opieraniem się jej woli w ramach niewłaściwie stosowanej idei „niezależności” (...) Żadne remedium nie naprawi złego systemu poza kompletnym uchyleniem całego sądownictwa, wypowiedzeniem obecnych urzędów i stworzeniem nowego systemu¹¹.

Umiarkowanie dostrzegalne w szeregach Republikanów nie zostało jednak wsparte ugodową postawą Federalistów, co wzmagало radykalniejsze działania, zgodnie z zachętami Gilesa. Niesławna ustawa o działalności wywrotowej przewidywała w przepisie końcowym termin swego wygaśnięcia 3 marca 1801 r., czyli w ostatnim dniu prezydentury Adamsa, który stał się symbolicznym końcem dwunastoletnich rządów elit Federalistów. Tymczasem świeżo powołani sędziowie w Dystrykcie Kolumbii, James Marshall, brat Johna, oraz William Cranch, krewny Adamsa, nakazali prokuratorowi okręgowemu wniesienie zarzutów za wywrotowe zniesławienie przeciwko sympatyzującej z Republikanami gazecie „National Intelligencer” za opublikowanie listu krytykującego upolitycznienie sądownictwa federalnego. Nie było podstawy ustawowej, więc sędziowie sięgnęli po starsze narzędzie z *common law*. W czerwcu 1801 r. Republikański prokurator wzbraniał się przed wykonaniem sędziowskiego nakazu, a wielka ława, niezdominowana już przez Federalistów, odmówiła postawienia wydawcy w stan oskarżenia¹². Nietrudno sobie wyobrazić, jak prowokacyjne w oczach Republikanów musiało być to postępowanie sędziów ściśle związanych z odsuniętą od władzy administracją Adamsa. Po kilkunastu latach biura tej gazety stały się zresztą obiektem niecodziennego ataku ze strony wojsk brytyjskich podczas ich udanego wypadu do Waszyngtonu. Kontradmiral Cockburn, dowódca brytyjskiej piechoty morskiej, zapragnął zemścić się na redakcji, która przed-

⁹ Zob. L.D. Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York 2004, s. 117-118.

¹⁰ G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 421.

¹¹ Cyt. za: S.M. Engel, *American Politicians Confront the Court. Opposition Politics and Changing Responses to Judicial Power*, New York 2011, s. 107.

¹² J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 150.

stawiała go jako barbarzyńcę, więc nakazał żołnierzom zniszczenie biura, a zwłaszcza zecerskiej czcionki z literą „C”, by nie szargano już więcej jego nazwiska¹³.

Za prowokację uznali także Republikanie pomniejsze postępowanie w Sądzie Najwyższym. Grupa niedoszłych sędziów pokoju, którym Jefferson zabronił wydania aktów powołania, zwróciła się do Sądu, któremu przewodniczył już John Marshall, o wydanie nakazu doręczenia powołań. 16 grudnia 1801 r. sekretarz stanu Madison dowiedział się, że dzień później powinien pojawić się w Sądzie w tej sprawie. W piśmie „Philadelphia Aurora” określono to jako wyniosłe nadużycie władzy sędziowskiej, którego prawdziwym celem jest napiętnowanie władzy wykonawczej. Prezydent Jefferson nakazał Madisonowi bojkotowanie całego postępowania¹⁴.

Otwartą kwestią pozostaje, czy grudniowa aktywność Federalistów przed Sądem i w Sądzie była pokazem determinacji, który miał odstraszyć Republikanów od ataku na sądownictwo, a który w rzeczywistości zjednoczył Republikanów na rzecz uchylecia reformy sądownictwa. Jak powiedział Madisonowi jeden z senatorów, postępowanie Sędziów wywołało oburzenie, które przekonało nawet wahających się dotychczas Republikanów¹⁵. Bruce Ackerman sugeruje, że w grudniu Jefferson był już zdecydowany i nie potrzebował dodatkowej prowokacji, a to jego stanowisko w tej sprawie było kluczowe, Republikanie bez poparcia swego przywódcy nie zdecydowaliby się na rozprawę z sądami¹⁶. Trzeba też pamiętać, że Jefferson musiał zmierzyć się z zagrożeniami zewnętrznymi. Niedługo po objęciu przez niego urzędu pasza Karamanli z oddalonej Trypolitanii wypowiedział wojnę Stanom Zjednoczonym. Jefferson obawiał się też ekspansjonistycznych posunięć Napoleona Bonaparte, któremu Hiszpania gotowa była przekazać terytorium Luizjany¹⁷.

Skonkludować można to w ten sposób, że między kwietniem a grudniem 1801 r. w obozie Republikanów ważyły się decyzje dotyczące potraktowania Federalistów w sądach. Pamięć o wykorzystaniu sądownictwa do zwalczania przeciwników politycznych i oburzające Jeffersona nocne, masowe powołania przedsięwzięte przez Adamsa miały z pewnością znaczenie. Gdy urazy te zostały wzmocnione przez kalkulacje ustrojowe, polegające na obawie przed tym, że program Republikanów padnie ofiarą obstrukcji sędziowskiej, czego zwiastunem były kolejne nieprzyjazne posunięcia sądów¹⁸, los ustawy o sądownictwie z 1801 r. został przesądzony. Złożoność konfliktu między Federalistami

¹³ G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 690-691.

¹⁴ B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers. Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy*, Cambridge, Mass. 2007, s. 148-149.

¹⁵ L.D. Kramer, *The People Themselves...*, s. 118-119; J.M. O'Fallon, *Marbury*, „Stanford Law Review” 1992, vol. 44, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2307/1228946>, s. 238.

¹⁶ B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 149.

¹⁷ C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 79-80.

¹⁸ Podobnie postawę Jeffersona ocenia Dean Alfange Jr., piszący, że w grudniu 1801 r. zniknęły wątpliwości co do tego, czy sądy Federalistów stanowią zagrożenie uzasadniające otwarte wystąpienie przeciwko nim, D. Alfange Jr., *Marbury v. Madison and Original Understandings of Judicial Review*.

a Republikanami pozwala na różne wyważanie racji obu stron, niemniej efekt był taki, że starając się zlikwidować zagrożenie ze strony odziedziczonego po Federalistach sądownictwa, „obóz Jeffersona przystąpił do najbardziej radykalnego i gruntownego ataku na sądownictwo federalne w amerykańskiej historii”¹⁹.

W początkowych miesiącach pracy nowego, Siódmego Kongresu, który zebrał się na sesję w grudniu 1801 r., wskazanym przez prezydenta Jeffersona podstawowym zadaniem stało się więc uchylenie reformy sądownictwa przeprowadzonej przez Federalistów. W swym pierwszym orędziu o stanie państwa Jefferson zapowiedział, że system sądownictwa, a szczególnie jego utworzona niedawno część, „będzie oczywiście przedmiotem rozważań Kongresu”. Formalnym uzasadnieniem było dostosowanie struktury sądownictwa do liczby rozpatrywanych spraw, Jefferson nakazał więc przedłożenie Kongresowi dokładnych danych na ten temat z poszczególnych stanów. Senator Breckinridge rozwijał ten argument w Senacie, twierdząc, że w Ameryce nigdy nie będzie potrzebnych trzydziestu ośmiu sędziów federalnych²⁰. Dla porównania można dodać, że według stanu na październik 2018 r. tylko w federalnym Sądzie Apelacyjnym dla Dziewiątego Okręgu zatrudnionych jest czterdziestu jeden sędziów. W 1801 r. argument wskazujący na zmniejszenie obciążenia sądownictwa federalnego miał jednak pewne podstawy. Istotnie zmniejszał się napływ spraw do sądów federalnych, na co wpływ miała też okoliczność, iż wraz z wygaśnięciem ustawy o działalności wywrotowej nie spodziewano się dalszych postępowań w takich sprawach. Republikanie szermowali także argumentem, że wydatki na nowe sądy wynosić będą 137 tysięcy dolarów. Ten rachunek wedle szacunków był przynajmniej dwukrotnie zawyżony²¹.

To właśnie spór co do ustawy uchylającej ustawę o sądownictwie z 1801 r., którą powszechnie określa się mianem *Repeal Act*, był realną kontrowersją ustrojową w pierwszej dekadzie XIX w. Sprawa *Marbury v. Madison* była drugorzędną potyczką w zasadniczej batalii, której sensem było pytanie, czy władza ustawodawcza działająca w porozumieniu z władzą wykonawczą może swobodnie, z oczywistych politycznych pobudek, kształtować strukturę i obsadę władzy sądowniczej, w reakcji na przekształcenia w obrębie tej władzy dokonane z oczywistych politycznych pobudek. To właśnie w trakcie tego wielomiesięcznego zatargu po raz pierwszy w amerykańskiej historii z pełną mocą formułowano zarzut niekonstytucyjności ustawy Kongresu, przy czym Federaliści zarzut ten kierowali wobec ustawy uchylającej z 1802 r., a Republikanie wobec ustawy o sądownictwie z 1801 r. To właśnie na tle prób odbicia sądów federalnych przez Republikanów z rąk Federalistów

In Defense of Traditional Wisdom, „The Supreme Court Review” 1993, vol. 1993, <https://doi.org/10.1086/scr.1993.3109583>, s. 355.

¹⁹ S.M. Engel, *American Politicians Confront the Court...*, s. 72.

²⁰ B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 149-150.

²¹ Zob. W.S. Carpenter, *Repeal of the Judiciary Act of 1801*, „The American Political Science Review” 1915, vol. 9, no. 3, <https://doi.org/10.2307/1946064>, s. 519.

Sąd Najwyższy został po raz pierwszy zaangażowany w konflikt konstytucyjny, a więc polityczno-ustrojowy.

Dla Jeffersona i jego zwolenników opanowanie sądownictwa Federalistów stało się podstawowym elementem, czy wręcz warunkiem wstępnym, zamierzonej rewolucji ustrojowej, z trzech powodów. Wzmocnione przez Federalistów sądy federalne ograniczały znaczenie sądów stanowych. Synekury stworzone w sądach dla adherentów Adamsa były też w oczach Republikanów dobitnym wyrazem zepsucia Federalistów, oczyszczenie sądownictwa było więc nakazem moralnym. Był wreszcie powód prospektywny, bodaj najważniejszy. Jefferson doskonale zdawał sobie sprawę z tego, że sądy będą wykorzystane przez Federalistów do kwestionowania posunięć nowej władzy. Nadal żywe były doświadczenia związane z prześladowaniem Republikanów za ich „działalność wywrotową”, w których ramach za pośrednictwem sądów próbowano wykluczyć opozycjonistów z życia publicznego. W 1801 r. Jefferson pisał, że Federaliści schronili się w sądach niczym w twierdzy, z której wszystkie dokonania republikanizmu mają zostać zniweczone i zatarte²². Te postulowane dokonania republikanizmu polegać miały w szczególności na obniżeniu podatków i zniesieniu stałej armii. Dodajmy, że te postulaty polityczne były częścią wszechogarniającego nurtu oświeceniowego entuzjazmu, w którym rozprawiano o republikańskiej literaturze, religii, a nawet o stworzeniu republikańskiej matematyki²³. Obawy Republikanów przed reakcjonistami w sądach były tym mocniejsze, że w oczach nowej administracji sędziowie stali się faktycznymi legislatorami, którzy pod pozorem stosowania *common law* tworzyli prawo bez demokratycznego upoważnienia. Jefferson pisał o ich „zuchwałych, bezwstydnym i radykalnych pretensjach do [tworzenia – S.K.] systemu prawa dla Stanów Zjednoczonych, którego nie przyjęła ich legislatura”²⁴.

Silne sądownictwo federalne, nieodpowiadające przed ludem, z Sędziami Sądu Najwyższego rezydującymi w Waszyngtonie po zwolnieniu z obowiązku objeżdżania okręgów, jawiło się Republikanom jako przeszkoda w przywróceniu praw stanom. Jefferson zachował sceptycyzm wobec sądów federalnych i w 1821 r. pisał w liście:

Po pierwsze, trzeba pohamować niekonstytucyjne naruszenia praw stanów przez sądownictwo federalne. Jak? Nie zaczynając od *impeachmentu*, ale od mocnych protestów obu izb Kongresu iż takie a takie doktryny rozwijane przez sąd najwyższy są niezgodne z konstytucją; a jeśli po tym powrócą do tych samych herezji, poddać ich *impeachmentowi* i porzucić. Po cóż bowiem podzielono władzę na trzy organy, jeśli nie po to, by każda czuwała nad pozostałymi i sprzeciwiała ich uzurpacjom?²⁵

²² Zob. J.M. O’Fallon, *The Politics of Marbury*, [w:] M.A. Graber, M. Perhac (eds.), *Marbury versus Madison...*, s. 19.

²³ G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 470.

²⁴ Cyt. za: G.L. Haskins, H.A. Johnson, *Foundations of Power...*, s. 139.

²⁵ Cyt. za: *ibidem*, s. 146.

W styczniu 1802 r. senator Breckinridge, określany mianem przybocznego Jeffersona, złożył w swej izbie projekt ustawy uchylającej ustawę o sądownictwie z 1801 r. Debaty na jej temat rozogniły obie skonfliktowane strony, czego wyrazem były setki stron w diariuszach kongresowych. Sednem sporu było rozumienie artykułu III Konstytucji, zawierającego dwa fragmenty stanowiące podstawę do przeciwstawnych tez²⁶. Republikanie powoływali się na początek sekcji 1, w brzmieniu: „Władza sądowa Stanów Zjednoczonych zostanie powierzona Sądowi Najwyższemu i takim sądom niższym, które Kongres z biegiem czasu ustanowi i utworzy”. Federaliści natomiast odwoływali się do kolejnych słów: „Sędziowie, zarówno Sądu Najwyższego, jak i niższych sądów, zajmować będą swoje stanowiska pod warunkiem nienagannego postępowania; będą otrzymywać w określonych terminach wynagrodzenie za swoją służbę, które nie będzie mogło być pomniejszone w czasie pozostawania na urzędzie”²⁷. Pierwszy z fragmentów wyrażał oczywistą kompetencję władzy ustawodawczej do określania w drodze ustawy struktury sądownictwa federalnego. Federaliści wykorzystali tę kompetencję w 1789 i 1801 r. Argument Republikanów był więc prosty: teraz my, jak wy wcześniej, korzystamy z nadanego nam przez Konstytucję prawa i dostosowujemy strukturę sądownictwa do aktualnych potrzeb. Kontrargument Federalistów, który doskonale rozumiał Thomas Jefferson rok wcześniej, był zaś taki, iż sędziów nie można usunąć ze stanowiska, są oni niezależni od władzy ustawodawczej, o ile nie dopuszczają się nadużyć lub naruszeń prawa. W artykule nr 78 ze zbioru *Federalista* Alexander Hamilton tłumaczył, że w monarchii kryterium nienagannego postępowania chroni przed despotyzmem księcia, w republice zaś jest równie znakomitą barierą przed opresją ze strony organu przedstawicielskiego²⁸. W istocie Konstytucja zapewniła sądownictwu niezależność przewyższającą rozwiązania obowiązujące w 1789 r. we wszystkich konstytucjach stanowych, w prawie wszystkich stanach legislatury zachowały też pewne kompetencje odwoławcze na podobieństwo brytyjskiej Izby Lordów²⁹.

Federaliści przedstawiali zatem w debacie stanowisko, iż ich ustawa z minionego roku, objęta zamiarem uchYLENIA, była aktem powierzenia nowo utworzonym sądom władzy na mocy artykułu III Konstytucji, a w takim razie powołani sędziowie powinni pełnić swoje funkcje, o ile nie zostaną objęci *impeachmentem*. Republikanie kontrowali, że korzystają z upoważnienia konstytucyjnego, aby z biegiem czasu, a więc okresowo, dostosowywać strukturę sądownictwa do potrzeb. Sędziowie zaś istotnie powinni pełnić swe funkcje niezakłócenie, ale tylko tak długo, jak długo istnieją ich urzędy. Nie mogą

²⁶ Zob. J. Glickstein, *After Midnight. The Circuit Judges and the Repeal of the Judiciary Act of 1801*, „Yale Journal of Law & the Humanities” 2012, vol. 24, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1809207>, s. 549.

²⁷ Cytaty z Konstytucji za: A. Pułło (tłum. i wstęp), *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki*, Warszawa 2002.

²⁸ *Federalist*, no. 78: *The Judiciary Department* (Hamilton), [w:] C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, New York 2003, s. 464.

²⁹ G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 408.

przecież domagać się dożywotniego wynagrodzenia, gdy nie będą mogli świadczyć pracy. Jeden z Republikanów niewinnie wywodził wprost, że gdyby intencją ustawy uchylającej było jedynie usunięcie sędziów, byłby to akt niekonstytucyjny, skoro jednak chodzi o zniesienie bezużytecznych urzędów sędziowskich, akt taki jest zgodny z Konstytucją³⁰. Sędzia Samuel Chase przytomnie pisał w liście do Marshalla, że różnica pomiędzy odebraniem urzędu sędziemu a zdjęciem sędziego z urzędu jest infantylna i nonsensowna³¹. Jeden z deputowanych kpił zaś, że różnica jest taka, jak między zakazem zabicia sąsiada ciosem sztyletu a dopuszczalnością zmuszenia sąsiada do nabicia się na sztylet³².

W debacie nad projektem ustawy uchylającej reformę sądownictwa przemawiający w imieniu Republikanów senator Breckinridge odwoływał się do tez, które pojawiły się we wczesnej wersji orędzia o stanie państwa prezydenta Jeffersona. Prezydent twierdził, że Kongres i prezydent mają takie prawo jak Sąd Najwyższy do oceny konstytucyjności ustaw. Nie zdecydował się jednak na poruszenie tego wątku w ostatecznej wersji, uznając, że będzie nazbyt kontrowersyjny. W dyskusjach parlamentarnych na temat *Repeal Act* argumenty te wróciły z całą mocą³³. Breckinridge ironizował, że jeśli zniesienie sądów przez Republikanów jest niezgodne z Konstytucją, to równie niezgodna z nią była ustawa Federalistów z 1801 r., która zniosła wcześniejsze sądy okręgowe³⁴.

Federaliści nawiązywali też w debacie do głębszych wątków, które pojawiały się w ich retoryce już w latach 90. XVIII w. Te poglądy na temat roli sędziów w państwie były szczególnie bliskie, jak wskazywałem powyżej, Johnowi Marshallowi. Sędziowie mieli kontrolować proces polityczny w celu utrzymania porządku społecznego. Alternatywą była przemoc i rozlew krwi. Warto zacytować tu wypowiedź Uriaha Tracy'ego w Senacie: „Cóż daje poczucie bezpieczeństwa jednostce, jeśli legislatura Unii lub stanu uchwali [niekonstytucyjne] prawo? Nic w świecie jak tylko odwołanie do sądownictwa Stanów Zjednoczonych, gdzie uzyska decyzję, iż takie prawo jest niekonstytucyjne i nieważne; albo odwołanie się do zasad rewolucyjnych i wzniecenie wojny domowej [podkreślenie – S.K.]”³⁵. Larry D. Kramer przytacza dalsze wypowiedzi nawiązujące do „obrazów z wojny rewolucyjnej” i delikatnie podkreśla ich przesadny, teatralny wydźwięk. Pragnę tu jednak zwrócić uwagę na zacytowane słowa Tracy'ego, sygnalizują one bowiem dalsze uwagi w sposób, który z dzisiejszej perspektywy nie jest wystarczająco czytelny. Uriah Tracy, mniej znany polityk z tego okresu, praktykował przez wiele lat prawo. Jego wypowiedź o wznieceniu wojny domowej nie była bynajmniej historyczną obroną kolegów w sądach, ale bezpośrednim nawiązaniem do wyrażanego wówczas w jego środowisku

³⁰ B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 151-152.

³¹ G.S. Wood, *Empire of Liberty...*, s. 421.

³² B. Friedman, *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York 2010, s. 54.

³³ C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 106.

³⁴ J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 164-165.

³⁵ L.D. Kramer, *The People Themselves...*, s. 138.

rozumienia roli sądów. Inny senator Federalista, John Rutledge, w ramach wypowiedzi wskazujących na to, że działanie Republikanów czyni z sędziów zakładników władzy ustawodawczej, przekonywał, że walka o uchylene nie jest sporem między Federalistami i Republikanami, ale pomiędzy „Partią Wirginii” a zwolennikami Konstytucji³⁶.

Kolejnym głębszym wątkiem w tej debacie, zapowiadającym dwudziestowieczną obronę władzy sędziowskiej, było znaczenie wyborów demokratycznych. Republikański senator George Mason podkreślał, że problem wywołali Federaliści, którzy podjęli ważny i delikatny problem sądownictwa już po tym, gdy doszło do „rewolucji w opinii publicznej”, a lud zdecydował się na przekazanie władzy nowym przedstawicielom. W odpowiedzi Federalista James A. Bayard zaprotestował przeciwko utożsamieniu Republikanów z narodem, nazywając ich jedynie dominującą partią. Udanie podsumował ten wątek Bruce Ackerman, stwierdzając, że dotyczył on konstytucyjnego znaczenia wyborów z 1800 r. W opinii Republikanów Federaliści zdradzili w latach 90. wartości, które przyświecały aktowi założycielskiemu z 1787 r., a zwycięstwo Republikanów w 1800 r. upoważniło ich do wielkiego oczyszczenia w imię ludu. Dla Federalistów to zwycięstwo Republikanów oznaczało jedynie przemijający triumf fakkji, uchwalenie zaś w ostatnich dniach odchodzącego Kongresu ustawy o sądownictwie było próbą ochrony ludu i Konstytucji przed niegodnymi zaufania Republikanami³⁷.

Atak Republikanów na sądownictwo federalne spotkał się z szerokim poparciem społecznym. Niechęć do sądów wynikała z wielu przyczyn. W wielu częściach kraju żywiono ogólną wrogość wobec władz, zwłaszcza nakładających podatki. Sądy postrzegane były jako narzędzie opresji wspierające pobór podatków i egzekwowanie długów. Dostrzegano upolitycznienie sędziów, szczególnie w trakcie postępowań na podstawie ustawy o działalności wywrotowej. Narzekano na dobór członków ław przysięgłych spośród zwolenników Federalistów. Rozprawy sądów okręgowych z udziałem Sędziów Sądu Najwyższego często nie odbywały się z powodu chorób Sędziów, trudnych warunków pogodowych czy transportowych. Oznaczało to znaczne opóźnienia i dodatkowe wydatki dla stron postępowania³⁸. Przypomnijmy, że ustawa z 1789 r. powoływała sądy okręgowe, ale bez sędziów okręgowych. Sędzia z dystryktu czekał na przyjazd dwóch Sędziów Sądu Najwyższego (od 1793 r. wystarczył jeden Sędzia), samodzielnie nie mógł rozpoznać większości spraw. Poważna niedyspozycja Sędziego zmuszała czasami Kongres do wydania specjalnej ustawy upoważniającej sędziego dystryktu do samodzielnego orzekania w ramach sądu okręgowego³⁹. Radykalniejsi zwolennicy praw stanów życzyli sobie całkowitego zniesienia lokalnych sądów federalnych oraz ograniczenia jurysdykcji

³⁶ J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 165.

³⁷ Zob. B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 154-155.

³⁸ Zob. szerzej G.L. Haskins, H.A. Johnson, *Foundations of Power...*, s. 156-163.

³⁹ B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 128.

federalnej do spraw wynikających z prawa morskiego⁴⁰. W prasie Federalistów wrócono, że Republikanie skłonni będą także do uchylenia przepisów stanowiących podstawę funkcjonowania Sądu Najwyższego⁴¹.

Pogłębione debaty w Kongresie zakończyły się głosowaniem zgodnym z przynależnością partyjną. Uchwalenie *Repeal Act*⁴² i podpisanie tego aktu przez prezydenta 8 marca 1802 r. było szokiem dla Federalistów. W prasie Federalistów pojawiło się wezwanie do tego, by sędziowie okręgowi zignorowali ustawę likwidującą ich sądy. Wieszczono podział kraju na zwolenników niezależności sędziów i Konstytucji oraz na przeciwników wszelkiej konstytucji powszechnej, broniących suwerenności Wirginii, z tym stanem utożsamiano bowiem nowe władze⁴³. Dla dalszego rozwoju wypadku znaczenie miało także to, że mocne poparcie Jeffersona dla poczynąń Republikanów w Kongresie osłabiło w oczach umiarkowanych członków jego ugrupowania pielęgnowany dotąd przez niego wizerunek człowieka kompromisu⁴⁴.

Na mocy ustawy uchylającej z dniem 1 lipca zniesione miały zostać sądy okręgowe utworzone rok wcześniej. Ustawa ta przywracała obowiązywanie przepisów obowiązujących do 1801 r., zawierając bezpośrednie stwierdzenie: tak jakby ustawa o sądownictwie z 1801 r. nie została nigdy przyjęta. Kilka tygodni później, w kwietniu, Republikanie uchwalili jeszcze jedną ustawę o sądownictwie, tzw. ustawę korygującą, *Amendatory Act*, nazywaną też *Judiciary Act of 1802*. Zamiast dotychczasowych trzech okręgów sądowych, w ustawie powołano sześć okręgów. Sędziowie Sądu Najwyższego nadal mieli objeżdżać okręgi, zasiadając dwukrotnie w roku w sądach okręgowych wspólnie z sędziami dystryktów.

Ustawa z kwietnia wprowadzała jeszcze jedną istotną zmianę, dotyczącą bezpośrednio Sądu Najwyższego. W 1789 r. ustalono dwie coroczne sesje Sądu Najwyższego, w lutym i sierpniu. Federaliści w swej ustawie z 1801 r. zmienili te terminy na czerwiec i grudzień. Ustawa uchylająca przywróciła sesje w lutym i sierpniu, ale ustawa korygująca zlikwidowała sesję sierpniową, na korzyść jednej sesji rocznie odbywającej się w lutym. Gdy Sąd zakończył swą sesję z grudnia 1801 r., oczekiwano, że zbierze się ponownie w czerwcu 1802 r. Zmiany wprowadzone przez Republikanów w kwietniu 1802 r. spowodowały, że w 1802 r. nie mogła się odbyć żadna sesja. Dopiero w lutym 1803 r., 14 miesięcy po poprzedniej sesji, Sędziowie mogli wznowić prace w Waszyngtonie, podejmując m.in. postępowanie w sprawie niedoręczonych powołań sędziów pokoju. To posunięcie okazało się bardzo skuteczne, w trakcie debat nad ustawą uchylającą Federaliści i sprzyjająca im

⁴⁰ W.S. Carpenter, *Repeal of the Judiciary Act of 1801*, s. 526-527.

⁴¹ G.L. Haskins, H.A. Johnson, *Foundations of Power...*, s. 165.

⁴² Formalnie *An Act to repeal certain acts respecting the organization of the Courts of the United States; and for other purposes*, 2 Stat. 132 (1802).

⁴³ B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 157.

⁴⁴ J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 167.

prasa otwarcie bowiem zapowiadali, że Sąd Najwyższy uzna *Repeal Act* za niezgodny z Konstytucją. Republikanie liczyli się z tym, że gdyby sesja Sądu zgodnie z planem odbyła się w czerwcu 1802 r., na kilka tygodni przed wejściem w życie ustawy uchylającej, Sąd mógłby uznać jej niezgodność z Konstytucją. Pod pozorem usprawnienia postępowań⁴⁵ wprowadzili więc tylko jedną sesję Sądu w roku, w lutym, a więc w miesiącu, który w 1802 r. nie mógł już zostać wykorzystany. Federaliści byli doskonale świadomi, że to tylko pretekst. Kongresman Bayard przeprowadził ich wysiłkom na rzecz odrzucenia lub opóźnienia ustawy korygującej i grzmiał na forum Izby Reprezentantów, że celem ustawy jest wyłącznie likwidacja sesji Sądu, tak aby ten nie mógł wypowiedzieć się na temat ustawy znoszącej sądy okręgowe. Zgodnie z sugestią Lawrence'a Goldstone'a niewykluczone, że Bayard żarliwie odreagowywał w ten sposób okoliczność, iż to on bezpośrednio doprowadził do wyboru Jeffersona na prezydenta⁴⁶.

Mocno podkreślić trzeba, że z opisanych wyżej powodów to właśnie obrona ustawy *Judiciary Act of 1801* i próby obalenia ustawy uchylającej były żywotną sprawą dla Federalistów. Ponieważ w kwietniu 1802 r. mieli za sobą przegraną w wyborach prezydenckich i parlamentarnych oraz wynikające z tego serie przegranych głosowań w Kongresie, skupili swe dalsze wysiłki na owym azylu, w którym planowali przetrwać nawałę, czyli we władzy sędziowskiej, a zwłaszcza w obsadzonym przez zaangażowanych Federalistów Sądzie Najwyższym, kierowanym przez Johna Marshalla, najbliższego współpracownika Johna Adamsa w ostatnich miesiącach jego prezydentury. Sąd jawił się zaś wówczas jako organ praktycznie bezsilny, czego dobitnym wyrazem było wstrzymanie jego prac przez Kongres i prezydenta na przeszło rok. Sesja Sądu w Waszyngtonie w czerwcu 1802 r. dałaby Sędziom okazję do bezpośrednich rozmów, zwłaszcza na temat rozważanego strajku sędziowskiego. Republikanie zrećnie starali się odsunąć Sędziów od udziału w rozwijającym się sporze ustrojowym. Podróż do Waszyngtonu z odleglejszych zakątków kraju była wtedy tak uciążliwa, że dla Sędziów tylko jedna sesja w stolicy była zresztą wygodniejszym rozwiązaniem.

Federaliści, a zwłaszcza radykalni *High Federalists*, przystąpili do rozbudowanego kontrataku. Ich strategia, poza nieudany mobilizowaniem opinii publicznej, składała się z trzech głównych elementów. Po pierwsze, liczyli na to, że Sędziowie Sądu Najwyższego odmówią ponownego objeżdżania okręgów. Federalistyczna ustawa zwalniała ich z tego obowiązku, ustawy Republikanów z 1802 r. z pewnymi modyfikacjami obarczały Sędziów ponownie tym nieznośnym ciężarem. Po drugie, zamierzali w serii pozwów podważyć prawomocność rozstrzygnięć wskrzeszonych sądów okręgowych. Po trzecie,

⁴⁵ Było to jedyne oficjalne uzasadnienie podane podczas prac parlamentarnych, zob. B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 340.

⁴⁶ L. Goldstone, *The Activist. John Marshall, Marbury v. Madison, and the Myth of Judicial Review*, New York 2011, s. 198 i 276.

w dość rozpaczliwym geście, odwołani sędziowie zwrócili się z protestem do Kongresu⁴⁷. John Marshall znajdował się w centrum tej strategii, częściowo ją też prawdopodobnie inspirował, choć interpretacja jego postępowania jest wysoce utrudniona.

W marcu 1802 r. jeden z kongresmanów odwiedził Marshalla w Richmond, aby poznać jego ocenę sytuacji. Po spotkaniu donosił, że Marshall zapewnił go, iż można polegać na solidności Sądu, jeśli sprawa do niego trafi⁴⁸. W kwietniu doszło do spotkania Johna Marshalla z kongresmanem Bayardem, z którym zaprzyjaźnił się podczas swej krótkiej pracy w Izbie Reprezentantów. Wedle jednego z opracowań Marshall miał na tym spotkaniu wyznać, że kwestionuje konstytucyjność ustawy uchylającej i liczy na to, że Sąd będzie miał okazję rozpatrzenia zarzutów wobec tej ustawy. Oceniał też, że podjęcie przez Sędziów obowiązków w okręgach będzie uznane za ich kapitulację, ale odmowa narazi ich na zemstę Republikanów. Obiecał więc, że skonsultuje tę kwestię z pozostałymi Sędziami. Bayard przekazał treść rozmowy innym Federalistom, w tym swemu teściowi, powołanemu przez Adamsa na sędziego Richardowi Bassettowi⁴⁹. Przychylny Marshallowi biograf inaczej rozkłada akcenty, twierdząc, że Marshall powiedział Bayardowi, że ustawa uchylająca jest zgodna z Konstytucją i powinna być przestrzegana. Do konsultacji z pozostałymi sędziami zobowiązać się zaś miał na usilne prośby Bayarda⁵⁰. Inny biograf pomija to spotkanie milczeniem, zwraca jednak uwagę na to, że w kwietniu Sędzia Chase w liście przekonywał Marshalla, że *Repeal Act* jest niezgodny z Konstytucją i Sąd powinien go unieważnić. Marshalla miało to zaniepokoić, ponieważ zdał sobie sprawę, że bezkompromisowość Chase'a przyniesie Sądowi zgubę, choć podzielać miał jego ocenę co do niekonstytucyjności ustawy⁵¹. Te rozbieżności godzi częściowo sugestia badacza, która wydaje się dobrze pasować do złożonej natury Marshalla-adwokata, potrafiącego stawać po obu stronach sporu. Ostrożny Marshall mógł mieć na myśli zarówno to, że ustawa uchylająca jest zgodna z Konstytucją – w sensie, w jakim pozbawia sędziów uprawnień do sądzenia w zlikwidowanych sądach; ale też niezgodna z Konstytucją – gdyby ustawa ta pozbawiała też sędziów wynagrodzeń i godności urzędu⁵².

Jeszcze trudniejsza jest ocena zapowiedzianej przez Marshalla konsultacji listowej z pozostałymi Sędziami na temat odmowy podjęcia obowiązków sędziowskich w okręgach. To była bardzo doniosła kwestia, gdyż taka decyzja oznaczałaby jednoznacznie, że Sąd Najwyższy uznaje *Repeal Act* i *Amendatory Act* za ustawy niekonstytucyjne, a więc nieważne i nierodzące skutków prawnych. W dominujących do początku XXI w. konwencjonalnych przedstawieniach gloryfikujących Marshalla wątek tej korespondencji

⁴⁷ Zob. J.M. O'Fallon, *The Politics of Marbury*, s. 26-27; idem, *Marbury*, s. 239-241.

⁴⁸ B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 157-158.

⁴⁹ C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 114-116.

⁵⁰ J.E. Smith, *John Marshall. Definer of a Nation*, New York 1998, s. 306-307.

⁵¹ R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court*, Baton Rouge 2001, s. 154.

⁵² J. Glickstein, *After Midnight...*, s. 553-554.

nie jest eksponowany, a czytelnicy zamiast tego dowiadują się, że Prezes Marshall odrzucał naciski ze strony polityków, a orzekał w sposób, który ograniczał kapryśną wolę aktualnych rządzących⁵³. Podobnie Jean E. Smith komentuje tę korespondencję w sposób następujący: Marshall stanowczo chciał trzymać Sąd z dala od sporów partyjnych, Federalistom wysyłał czytelne wezwanie do opamiętania się, a „jego listy do kolegów były tak ostrożnie sformułowane, że jasne jest, iż prezes robił, co mógł, by opanować kryzys”⁵⁴. Krytyczny wobec Marshalla Lawrence Goldstone też uważa, że nakłaniał on zrećźnie Sędziów do podjęcia obowiązków w okręgach. „Chase chciał walczyć, a Marshall chciał zwyciężyć”. Gdyby Sąd się zbuntował w 1802 r., Republikanie podjęliby starania o usunięcie Sędziów w drodze *impeachmentu*. Zdaniem Goldstone’a Marshall wołał chwilowo okazać posłuszeństwo nowej władzy, by zachować prawo do późniejszej oceny konstytucyjności *Repeal Act*. Autor ten uważa jednak, że nieodmiennie elastyczny Marshall nie kierował się wcale bezstronnością i niechęcią do wikłania Sądu w spór polityczny, a jedynie pragnął zachowania stanowiska i wiedział, że nie ma innego wyboru, dlatego że Jefferson tylko czeka na pretekst do pozbycia się Federalistów z Sądu Najwyższego⁵⁵.

Najciekawsze są oceny Bruce’a Ackermana, który łączy wybitne zgłębienie przedmiotu z ostrością i oryginalnością sądów. W Marshallu widzi poplecznika Federalistów, który próbował zmobilizować swych kolegów w Sądzie do odmowy powrotu do okręgów. Marshall napisał wyraźnie w liście z 19 kwietnia, że niezgodne z Konstytucją byłoby orzekanie w okręgach bez równoległego powołania na funkcję sędziego okręgowego. Artykuł III Konstytucji określa to, czym zajmuje się Sąd Najwyższy, a więc zasiadający w nim Sędziowie, a nie ma tam mowy o prowadzeniu procesów u boku sędziów dystryktów⁵⁶. Rozwijając te analizy Ackermana, pragnę zwrócić uwagę na to, że mamy tu do czynienia z bardzo charakterystycznym dla Prezesa Marshalla rozumowaniem: koncentruje się on na wieloznacznym fragmencie tekstu konstytucyjnego, możliwą konkluzję interpretacji traktuje jako przesłankę, by z całą stanowczością wykluczyć wszystkie możliwe odczytania poza tym, którego sam dokonuje.

Kwestię interpretacji artykułu III podejmę później, ale już teraz można dostrzec dwie sprawy. Artykuł ten wyraźnie stwierdza, że wyjątki i regulacje dotyczące Sądu Najwyższego ustanawiać będzie Kongres. Nie wystarczy więc stwierdzenie Marshalla, iż artykuł III nie wspomina o orzekaniu w okręgach, konieczne byłoby wykazanie, że nie może tej kwestii regulować ustawa wydana przez Kongres. Ponadto przez całe lata 90. XVIII w. Sędziowie objeżdżali okręgi. Był to element ustroju sądownictwa wprowadzony przez generację Ojców Założycieli i akceptowany przez nią. Dyskusje na temat reformy

⁵³ Tak idealizuje to W.E. Nelson, *Marbury v. Madison. The Origins and Legacy of Judicial Review*, Lawrence 2000, s. 58-59.

⁵⁴ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 307.

⁵⁵ L. Goldstone, *The Activist...*, s. 199-200.

⁵⁶ B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 163-164.

obejmowały argumenty finansowe. Dodatkowy, okręgowy szczebel sądownictwa federalnego byłby po prostu drogi i dlatego funkcjonowały takie sądy bez przypisanych sobie sędziów. Postulaty rozbudowy sądownictwa federalnego wywoływały też sprzeciw władz stanowych i opozycyjnych Republikanów. Nie rozprawiano jednak poważnie o tym, iż Pierwszy Kongres w jednej ze swych najważniejszych ustaw złamał Konstytucję. Nie była to bynajmniej kwestia przeoczenia. Prezes Jay już w sierpniu 1790 r. wyraził publicznie zarzut, że powołania obejmujące również orzekanie w okręgach naruszają Konstytucję, a także – zdecydowanie nieprzekonująco – uznał, że ustanowienie przez Kongres ustawy stanowiącej w sądach okręgowych stanowi naruszenie prawa do powoływania sędziów przez prezydenta⁵⁷. Argumenty te nie zostały jednak podjęte, nie przekonały odbiorców, politycy i sami sędziowie zaakceptowali rozwiązanie ustawy z 1789 r. Nie wiadomo też w szczególności nic o tym, by współtworzący elitę Federalistów John Marshall alarmował w latach 90. swych znamienitych towarzyszy partyjnych, z prezydentem Washingtonem i prezydentem Adamsem na czele, iż sądownictwo federalne zbudowane przez nich narusza Konstytucję, której powstaniu patronowali. Gdy jednak to Republikanie Jeffersona przywrócili pierwotne rozwiązanie Federalistów (taki był bowiem sens ustawy uchylającej), Marshall spostrzegł, że Konstytucja została naruszona. Argument, iż objeżdżanie okręgów obowiązywało w latach 90. XVIII w., powróci zresztą w rozstrzygającym momencie.

Bruce Ackerman, dogłębnie analizujący cztery zachowane listy Marshalla do pozostałych Sędziów w sprawie ewentualnego powrotu do okręgów, zwraca sugestywnie uwagę na to, że Prezes niezwykle zręcznie pragnął pozyskać zwłaszcza Williama Patersona, który nie tylko był obecny na konwencji filadelfijskiej podczas tworzenia Konstytucji, ale obok Olivera Ellswortha był głównym współautorem ustawy o sądownictwie z 1789 r. Marshall pisze więc 19 kwietnia do Sędziego Patersona, że nikt bardziej od niego samego nie poważy tych, którzy uchwalili pierwotną ustawę o sądach i którzy działali na jej podstawie. Po tych wyrazach uszanowania skierowanych naturalnie do Patersona, Marshall stwierdza, że spory na temat ustawy uchylającej skłoniły go do przyjrzenia się kwestii powołań, które w jego opinii powinny osobno obejmować funkcje Sędziego Sądu Najwyższego i sędziego sądu niższej instancji. Następnie Prezes zastrzega, że jak w każdej innej sprawie związany będzie opinią większości Sędziów, ale sugeruje Patersonowi, czy nie powinien rozróżnić sytuacji, w jakiej znalazł się w 1793 r., po powołaniu do Sądu, i sytuacji obecnej, w której ustawa nakłada na niego obowiązek orzekania w nowych sądach. Podzielał opinię Ackermana, że wydźwięk tego listu daleki jest od przypisywanej Marshallowi woli nakłonienia Sędziów do realizowania ustawy Republikanów. Uzasadniona wydaje się interpretacja, zgodnie z którą Marshall zwraca się do starszego, zasłużonego kolegi z propozycją zgrabnego usprawiedliwienia,

⁵⁷ J.M. Sosin, *The Aristocracy of the Long Robe. The Origins of Judicial Review in America*, New York 1989, s. 279-280.

dlaczego w latach 90. orzekał w okręgu, a teraz mógłby uznać to za naruszenie Konstytucji. Marshall z wielką delikatnością sugeruje, że na początku lat 90. wszyscy błędzi, łącznie z Patersonem, który przyjmując powołanie od Washingtona, nie zorientował się, że potrzebuje osobnego powołania do orzekania w okręgu, ponieważ te sądy już funkcjonowały. Po tym jednak, jak w 1801 r. usunięto ten obowiązek, a następnie w 1802 r. Republikanie na nowo stworzyli strukturę sądów okręgowych, Paterson może uznać, że jego stare powołanie, z 1793 r., nie obejmuje upoważnienia do orzekania w sądzie stworzonym w 1802 r.⁵⁸ Marshall pisze to jednak zrećznie i z rewerencją podkreśla, iż związany będzie opinią swych kolegów, więc łatwo można to odczytać w przeciwny sposób, jak czyni to ulegający elokwencji Prezesa Marshalla James F. Simon. Komentuje on korespondencję z Patersonem w następujący sposób: „Innymi słowy, Marshall uznał precedens – to, że Sędziowie przez wiele lat służyli jako sędziowie okręgowi, zgodnie z wymaganiami pierwotnej ustawy o sądownictwie z 1789 r. – za przeszkodę w prawnym kwestionowaniu konstytucyjności takiej praktyki”⁵⁹. Cytowany autor uważa dalej, że to Marshall nakłonił swych kolegów z Sądu do tego, aby realizowali ustawę Republikanów, i to dzięki przywództwu Marshalla Sąd nie dał się wciągnąć w polityczne zawirowania⁶⁰.

Poruszam kwestię tej korespondencji, żeby pokazać, jak wieloznaczne sygnały wysyłał Marshall, zarówno do pozostałych Sędziów, jak i polityków, a także jak elastycznie postępował, aby nie stanąć w pierwszym szeregu oponentów Republikanów. Z pewnością Prezes Marshall wiedział o wysiłkach Federalistów na rzecz przywrócenia ich ustawy o sądownictwie. Uczestniczył aktywnie w zakulisowych dyskusjach na temat właściwej strategii, ale czynił to tak zrećznie, że można w nim dostrzec zarówno inicjatora, jak i tego, który mitygował aktywniejsze postacie, jak np. Sędziego Chase’a czy kongresmana Bayarda. Czynił to, biorąc pod uwagę przede wszystkim czynniki polityczne, a nie prawne, to znaczy zgłaszał obiektywnie wobec konstytucyjności *Repeal Act*, ale jednocześnie pisał, iż wie, jak poważne mogą być konsekwencje odmowy stosowania ustawy Republikanów. Sondował nastroje kolegów z Sądu, zastrzegając w analizowanym liście z 19 kwietnia, że muszą działać zgodnie. Interesujące przy tym, na co zwraca uwagę Jed Glickstein, że w korespondencji tej Prezes w ogóle nie wspomniał o losie powołanych w ostatniej chwili sędziów, owych *midnight judges*, wśród których byli członkowie jego rodziny i liczni koledzy Federaliści. Rok wcześniej nadzorował te powołania, widniały na nich także jego podpisy, był współautorem ustawy o sądownictwie z 1801 r. Jak sugeruje Glickstein, być może wołał nie wspominać o tych podejrzanych powołaniach, nie były bowiem warte narażania się na niebezpieczeństwo. Jeśli tak, „nie byłby to ostatni raz,

⁵⁸ B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 164-166.

⁵⁹ J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 168.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 170-172.

gdy pragmatyczny Marshall sprzeniewierzył się swym zasadom Federalisty po to, by odłożyć walkę na inną okazję”⁶¹.

Zasadna wydaje mi się uwaga Bruce’a Ackermana, iż gdyby Prezes chciał – jak twierdzi wielu badaczy – aby Sędziowie podporządkowali się nowej ustawie i wrócili do okręgów, to po prostu poinformowałby ich o tym, gdyż jego status *Chief Justice* postawiłby w kłopotliwej sytuacji Sędziego, który odmówiłby służby w okręgu⁶². Marshall natomiast wszczyna korespondencję w tej sprawie, wprost uznaje niekonstytucyjność ustawy Republikanów i oczekuje na reakcję, zaznaczając, że Sędziowie muszą działać zgodnie. Sędzia Bushrod Washington odpisał jednak zdecydowanie, iż kwestia orzekania Sędziów w sądach okręgowych jest rozstrzygnięta i nie powinna być poruszana. W kolejnym liście do Patersona John Marshall relacjonuje to, pisząc jednak o potrzebie spotkania wszystkich Sędziów w sierpniu, aby bezpośrednio podjąć ten problem. Sędzia Paterson odpowiada jednak tak jak Bushrod Washington: praktyka rozstrzygnęła interpretację, spotkanie jest niepotrzebne⁶³. William Paterson, praktykujący prawo od lat 60., nie podzielił przekonania młodszego Prezesa, że od prawie 10 lat narusza Konstytucję. W przytaczanej dosłownie przez Ackermana korespondencji na ten temat trudno odnieść wrażenie, jakoby Prezes Marshall nakłaniał do posłuszeństwa wobec ustawy. Przeciwnie, mnoży wątpliwości, sugeruje aktywność, a ustępuje dopiero, gdy Sędziowie Washington i Paterson stanowczo odmawiają udziału w tym ryzykownym przedsięwzięciu. Na dodatek 29 kwietnia, gdy ta korespondencja rozwija się, Republikanie przyjmują wspomnianą ustawę korygującą, która usuwa sierpniową sesję Sądu i tym samym odbiera Marshallowi okazję do zorganizowania spotkania Sędziów, o które zabiegał. Wysoce niejasna postawa Johna Marshalla w sporze o konstytucyjność *Repeal Act* stanowi dobrą zapowiedź trudności, z jakimi mierzyć się musi interpretator jego orzeczenia w sprawie *Marbury v. Madison*. Można też wyrazić przypuszczenie, iż to wielomiesięczne kontakty Marshalla z doświadczonymi dyplomatami francuskimi zwodzzącymi emisariuszy amerykańskich w Paryżu rozbudziły u niego umiejętność formułowania asekuracyjnie zawoalowanych wypowiedzi.

Pierwsza strategia Federalistów kończy się więc niepowodzeniem, Sędziowie jesienią 1802 r. udadzą się zgodnie z nową ustawą na objazd okręgów. Niepowodzeniem kończy się również strategia trzecia. Richard Bassett, teść Bayarda, powołany przez prezydenta Adamsa na sędziego w Trzecim Okręgu, napisał szeroko rozpowszechniany protest przeciwko ustawie uchylającej, w której wyniku stracił swe stanowisko. W ślad za nim jedenastu sędziów, których sądy zlikwidowano, wystosowało do kontrolowanego przez Republikanów Kongresu memoriał, w którym domagali się powierzenia im obowiązków zgodnych z dokonany przez prezydenta Adamsa aktem powołania. Izba Reprezentan-

⁶¹ J. Glickstein, *After Midnight...*, s. 551-552.

⁶² B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 166-167.

⁶³ *Ibidem*, s. 169-170.

tów odrzuciła memoriał w tym samym dniu, w którym do niej trafił. Senat przekazał sprawę do komisji, składającej się zaskakująco z trzech Federalistów. Poparli oni roszczenia sędziów, ale po jednodniowej debacie Senat głosami Republikanów także odrzucił memoriał⁶⁴. W debacie senator Jackson tak podkreślał prawo władzy ustawodawczej do samodzielnej oceny konstytucyjności spornego zagadnienia: „Czyż mamy udać się do sądów i pytać ich, czy spełniliśmy nasz obowiązek lub czy złamaliśmy Konstytucję?”⁶⁵.

Przed przejściem do opisu losów drugiej strategii Federalistów i finału konfrontacji Sądu z Jeffersonem pragnę wstępnie przedstawić sylwetkę Marshalla jako interpretatora prawa i sędziego na podstawie opisu dokonanych przez niego w 1801 r. rozstrzygnięć w dwóch sprawach dotyczących statków morskich. Dla osób przyzwyczajonych do pomnikowego traktowania Johna Marshalla w opracowaniach dotyczących Sądu Najwyższego zaskakujące może być krótkie omówienie tych dwóch pomniejszych spraw, z rzadka przypominanych przez badaczy Sądu.

Chronologicznie wcześniejsza była sprawa, która dotarła do Sądu Najwyższego w sierpniu 1801 r. jako powództwo *Talbot v. Seeman*⁶⁶. Jak wszystko na to wskazuje, była to pierwsza sprawa, w której rozstrzyganiu uczestniczył John Marshall jako Prezes Sądu. Statek handlowy „Amelia”, uzbrojony w działa do obrony przed piratami, należący do właścicieli z Hamburga, reprezentowanych przez Hansa Seemana, płynął w 1799 r. z Kalkuty do Hamburga wypełniony towarem. Na Atlantyku został przechwycony przez francuską korwetę „La Diligente”, obsadzony nową załogą i skierowany do Santo Domingo na Karaibach (obecna wyspa Haiti), gdzie zgodnie z francuskim prawem miał zostać sprzedany w ramach rekwizycji wraz z towarem jako tzw. przyz, czyli morska zdobycz wojenna. Całość wyceniana była na około 180-190 tysięcy dolarów. Podczas rejsu „Amelia” została ponownie przechwycona, tym razem przez osławioną w późniejszych latach amerykańską fregatę USS „Constitution”, pod dowództwem opromienionego sławą wilka morskiego kapitana Talbota, który pod amerykańską banderą dopłynął statkiem do Nowego Jorku, a następnie zażądał od pierwotnego właściciela, Hansa Seemana, wypłaty połowy wartości za uratowane mienie. Hamburg pozostawał wówczas w stanie pokoju zarówno ze Stanami Zjednoczonymi Ameryki, jak i z Francją⁶⁷. Oba te państwa znajdowały się wówczas w stanie wspomnianej półwojny, *Quasi War*. Neutralny status „Amelii” zrodził trudność w ocenie sporu między kapitanem Talbotem a niemieckim właścicielem, przepisy amerykańskie nie regulowały bowiem kwestii przejęcia neutralnych statków. Talbot powoływał się na to, że zgodnie z aktami Kongresu przejął

⁶⁴ J.M. O'Fallon, *The Politics of Marbury*, s. 27.

⁶⁵ Cyt. za G.L. Haskins, H.A. Johnson, *Foundations of Power...*, s. 180.

⁶⁶ *Talbot v. Seeman*, 5 U.S. (1 Cranch) 1 (1801).

⁶⁷ Zob. m.in. L. Goldstone, *The Activist...*, s. 175-177; J.G. Sidak, *The Quasi War Cases – And Their Relevance To Whether Letters of Marque and Reprisal Constrain Presidential War Powers*, „Harvard Journal of Law & Public Policy” 2005, vol. 28, no. 2, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.577264>, s. 487-488.

uzbrojony okręt francuski, a ponieważ uchronił „Amelię” przed rekwizycją, należała mu się zapłata. Seeman twierdził, że Talbot przejął neutralny statek, a Francuzi zobowiązani byli do jego zwrotu wraz z towarem, więc nie było podstaw do zapłaty na rzecz amerykańskiego kapitana. Sąd dystryktu orzekł na korzyść Talbota i nakazał wypłatę dla niego połowy wartości statku i towaru. Sąd okręgowy z udziałem Sędziego Bushroda Washingtona uchylił to orzeczenie i nakazał zwrot statku pierwotnym właścicielom bez wypłaty nagrody za uratowanie mienia.

Sprawa ta przyciągała uwagę z powodu kapitana Talbota, legendy rewolucyjnej floty, oraz wartości przyzu, wynoszącego około 180 tysięcy dolarów (obecnie około 3,5 miliona dolarów)⁶⁸. Pierwszoplanowy był jednak kontekst polityczny. Spór między Talbotem a Seemanem w istocie był sporem o prawomocność polityki prezydenta Adamsa i kontrolowanego przez Federalistów Kongresu. Zdaniem Republikanów, przychylnie nastawionych do rewolucyjnej Francji, nie doszło do wypowiedzenia wojny temu państwu, więc prezydent i Kongres przekraczali swoje uprawnienia, stanowiąc wrogie akty wobec Francji. W przypadku prezydenta chodziło o dyrektywy, jakie kierował do marynarki wojennej na podstawie aktów Kongresu. W piśmie „Aurora” pojawiła się zapowiedź: każdy sędzia, który stwierdzi, że jesteśmy w stanie wojny, niezgodnie z prawem Kongresu do jej wypowiedzenia, powinien być poddany *impeachmentowi*⁶⁹. Republikanie zatem stali po stronie Hansa Seemana. Federaliści uważali, że owe akty były zgodne z Konstytucją, więc popierali roszczenia kapitana Talbota. W sądzie okręgowym w Nowym Jorku kapitana Talbota reprezentował sam Alexander Hamilton, a Seemana Aaron Burr. Przed Sądem Najwyższym Talbota reprezentował zaś kongresman James A. Bayard. Pominę tu złożoną kwestię kompetencji wojennych Kongresu i prezydenta. Dość powiedzieć, że orzeczenie *Talbot v. Seeman* przywoływane jest nadal w kontekście reakcji amerykańskich władz na zniszczenie wież World Trade Center w 2001 r.⁷⁰ Ograniczę się do przedstawienia na przykładzie tego orzeczenia wymyślnej metody orzeczniczej Marshalla. Jest to też kolejna okazja do wskazania, jak bezkrytycznie traktowany jest dorobek Marshalla przez wielu autorów amerykańskich. Rozpocznę więc od pochwał Jeana E. Smitha:

W sprawie Talbota wydaje się oczywiste, że Marshall w takim samym stopniu troszczył się o spójność Sądu co o samo rozstrzygnięcie. Proces osiągania jednomyślności i przemawiania jednym głosem był dla niego równie ważny co wynik, a jego orzeczenie rozsądnie wyważyło roszczenia wszystkich zainteresowanych stron. Jako prezes Marshall miał rzadką umiejętność wyrażania klarownie kompromisu, orzeczenie *Talbot*

⁶⁸ J.R. Paul, *Without Precedent. Chief Justice John Marshall and His Times*, New York 2018, s. 239.

⁶⁹ M.A. Graber, *Establishing Judicial Review? Schooner Peggy and the Early Marshall Court*, „Political Research Quarterly” 1998, vol. 51, no. 1, <https://doi.org/10.1177%2F106591299805100110>, s. 227.

⁷⁰ Zob. m.in. J. Lobel, *The Commander in Chief and the Courts*, „Presidential Studies Quarterly” 2007, vol. 37, no. 1, <https://doi.org/10.1111/j.1741-5705.2007.02584.x>, s. 54.

v. Seeman jest zaś przykładem tej zręczności. (...) Rozstrzygnięcie w sprawie *Talbot v. Seeman* jest podręcznikowym przykładem przejścia przez pole minowe. Zdecydowany na trzymanie Sądu z dala od polityki partyjnej, Marshall pomysłowo sterował między przeświadczeniem Federalistów co do quasi-wojny a wątpliwościami Republikanów co do jej legitymacji. (...)

Kiedy Sąd zakończył obrady, Marshall mógł pomyśleć o dobrym początku. Sąd uniknął zajęcia strony w sprawie quasi-wojny, wyraźnie uznając, że kompetencje wojenne należą do Kongresu, a także ustanowił swą szeroką władzę do interpretowania zamierzeń Kongresu. Marshall zjednoczył Sąd. Wzniósł się on ponad stronnictwo, przemawiając jednym głosem i budując swą zbiorową tożsamość. Droga naprzód była niebezpieczna, ale Marshall i jego koledzy udowodnili, że mogą działać razem. Władza sędziowska pozostała nienaruszona⁷¹.

Na czym polegało owo rozsądne wyważenie roszczeń zainteresowanych stron? Przede wszystkim Prezes Marshall istotnie wprowadził zwyczaj rozstrzygania spraw przez Sąd Najwyższy jedną opinią, którą najchętniej sporządzał osobiście, zwłaszcza w pierwszych latach swej prezesury. Ta ważna kwestia podjęta będzie w dalszym wywodzie, ale już teraz warto podkreślić znaczenie czynnika organizacyjnego. Talent w tej sferze Marshall ujawnił podczas kilku miesięcy sprawowania funkcji sekretarza stanu. W 1858 r. biograf Jeffersona, który nie miał powodu do podkreślania zasług jego adwersarza, ocenił, że pod pewnym i mocnym kierownictwem Marshalla rząd szybko osiągnął stan zorganizowania, uporządkowania i reputacji, jakiej nie miał nigdy wcześniej⁷². Te umiejętności jeszcze mocniej mogły uzewnętrznić się w kilkusobowym Sądzie, zajmującym się wyłącznie orzecznictwem.

Przystępując do rozstrzygnięcia merytorycznego, Prezes Marshall stanął przed podobnym dylematem, przed jakim stanąć miał niebawem w sprawie *Marbury v. Madison*. Lawrence Goldstone tłumaczy to zwięźle w sposób następujący. Marshall mógł rozegrać sprawę bezpiecznie i podobnie jak Sędzia Washington w okręgu oprzeć się na neutralnym statusie „Amelii”, co pozwalało obejść problem niewypowiedzianej quasi-wojny. Takie rozstrzygnięcie na korzyść właściciela z Hamburga było tym bardziej wskazane, że rządził już Jefferson, wrogie działania w stanie półwojny zostały zakończone przez prezydenta Adamsa w 1800 r. traktatem z Mortefontaine, nie było więc powodu do poruszania drażliwej kwestii kompetencji wojennych. Orzeknięcie przeciwko Talbotowi stanowiłoby jednak podważenie decyzji prezydenta Adamsa i abdykację Sądu z roli strażnika wartości Federalistów. Decyzja na korzyść Talbota potwierdziłaby interpretację kompetencji wojennych dokonaną przez prezydenta Adamsa, co rozsierdziłoby

⁷¹ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 293-295.

⁷² Zob. L. Weinberg, *Our „Marbury”*, „Virginia Law Review” 2003, vol. 89, no. 6, s. 1278, przyp. 167.

jeszcze bardziej Republikanów i groziło Sędziom *impeachmentem*⁷³. Dodajmy jeszcze, że Marshall rozstrzygał kwestię, która opierała się w istotnym stopniu na ocenie legalności działań prezydenta Adamsa, a więc jego niedawnego bezpośredniego zwierzchnika. Wątpliwości co do bezstronności Marshalla mogłaby też wywołać okoliczność, że zetknął się wcześniej w podobnej sprawie z kapitanem Talbotem. Talbot w 1800 r. zdobył francuski okręt w hiszpańskim porcie. Po proteście ambasadora hiszpańskiego Marshall jako sekretarz stanu nakazał Talbotowi oddanie okrętu władzom hiszpańskim. Talbot nie podporządkował się, więc Marshall doprowadził do wydania wyroku sądu dystryktu niekorzystnego dla kapitana⁷⁴.

Rozumowanie Prezesa Marshalla zawarte w jego orzeczeniu można sprowadzić do następujących elementów. Kongres w licznych ustawach upoważnił do przejmowania francuskich okrętów w celu ochrony wybrzeża i amerykańskich statków handlowych przed atakami. Kongres może upoważnić do podejmowania ogólnych działań wojennych lub działań o ograniczonym charakterze. Wystarczające do oceny sytuacji są akty Kongresu. W ten sposób Marshall symbolicznie wyłączył ze sprawy prezydenta Adamsa. Następnie stwierdził, że przejęcie „Amelii” przez kapitana Talbota było uzasadnione, choć, jak przyznał, przepisy nie regulowały przejęcia neutralnego statku. Marshall odwołał się jednak do „prawdziwej intencji Kongresu”, który nie pozwoliłby na to, aby pierwotnie neutralny statek przejęty przez Francuzów i uzbrojony żeglował swobodnie i zagrażał statkom amerykańskim. Nawet Jean E. Smith przyznaje, że Prezes Marshall dokonał tu znaczącego aktu ekstrapolacji. Prawo nie regulowało takiej kwestii, więc przełomowe znaczenie miało przyznanie sobie przez Sąd prawa do rozstrzygania, co Kongres miał na myśli, gdy prawo milczało⁷⁵.

Marshall stwierdza zatem: „»Amelia« była uzbrojoną jednostką, kierowaną i obsadzoną przez Francuzów”. Przejęcie jej przez kapitana Talbota zostało dokonane zgodnie z prawem i stanowiło wręcz jego obowiązek. Po dłuższej analizie Prezes doszedł następnie do wniosku, że Talbotowi należała się też nagroda za uratowanie statku, który zostałby przez Francuzów sprzedany, a nie zwrócony właścicielom. To oznaczało uchylenie decyzji sądu okręgowego i rozstrzygnięcie zgodne z argumentami Federalistów. Na podstawie decyzji sądu dystryktu Talbotowi należałaby się zapłata połowy wartości statku.

Tu jednak dochodzi do zwrotu w rozumowaniu. Lawrence Goldstone ironicznie komentuje ten moment słowami, że nikt nie rozumiał lepiej od Marshalla, iż istotą mediacji jest sprawienie, aby żadna ze stron nie była całkowicie zadowolona, lecz by obie miały coś do stracenia⁷⁶. Marshall dochodzi teraz do wniosku, że „Amelia” była jednak statkiem neutralnym, zaś „wedle prawa narodów to, co neutralne, zwraca się

⁷³ L. Goldstone, *The Activist...*, s. 179.

⁷⁴ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 295.

⁷⁵ *Ibidem*, s. 294.

⁷⁶ L. Goldstone, *The Activist...*, s. 181.

zasadniczo bez nagrody”. W kilku końcowych akapitach orzeczenia następuje zwrot za zwrotem. Nagroda się nie należy, ale Marshall decyduje się przyznać Talbotowi nagrodę za narażenie się na niebezpieczeństwo w związku z odzyskaniem statku: „Uwzględniając okoliczności i uwzględniając zasadę przyjętą w innych sądach admiralicji, jedna szósta wydaje się rozsądną kwotą”. Jean E. Smith ponownie przyznaje, że nie było ustawowej podstawy do takiego orzeczenia, Sąd po prostu ustalił taką kwotę, jaką uznał za stosowne⁷⁷. To jeszcze nie koniec. W grę nadal wchodzi niemała suma. Przypomnijmy, że jedna szósta wartości statku z towarem wynosiłaby ponad 30 tysięcy dolarów, czyli około połowy kosztu ustanowienia stałych sądów okręgowych. Marshall decyduje się więc jeszcze bardziej zmniejszyć należność dla Talbota, który niegdyś zlekceważył jego polecenie, o wydatki poniesione przez Seemana, który formalnie przegrał postępowanie. Ostatecznie Seeman zapłacił Talbotowi niecałe 26,5 tysiąca dolarów⁷⁸.

Podsumujmy dokonania Marshalla w jego pierwszym orzeczeniu. O sprawach wojny decyduje Kongres, który może zarządzić ograniczone działania, bez wypowiedania wojny, nie zaś prezydent, którego akty nie są w sprawie badane jako nieistotne – rozstrzygnięcie po myśli Federalistów i prezydenta Adamsa, ale subtelna sugestia dla Republikanów, że Adams mógł wykroczyć poza upoważnienie Kongresu. „Amelia” była uzbrojoną jednostką, jej przejęcie było zgodne z prawem, Talbotowi należy się nagroda – rozstrzygnięcie zdecydowanie po myśli Federalistów. „Amelia” była jednak statkiem neutralnym, nagroda się nie należy – rozstrzygnięcie po myśli Republikanów. Częściowo nagroda się jednak należy za odwagę, Marshall wymyśla ułamek zdecydowanie niższy od pierwotnej jednej drugiej, a następnie jeszcze obniża kwotę – rozstrzygnięcie częściowo po myśli Republikanów, Federalistów, Talbota i Seemana. Zasadniczo wydzwięk orzeczenia zgodny jest z rozumieniem quasi-wojny przez Federalistów, ale Marshall nie szczędzi starań, by zmniejszyć praktyczne znaczenie swego rozstrzygnięcia poprzez znaczącą redukcję zasądzonej kwoty, co odpowiadać musi Republikanom, których zdaniem Talbot w ogóle nie miał prawa do zajęcia statku. Czyż pozostał ktokolwiek, kto mógłby uznać, że Marshall nie zatroszczył się o jego interes? Odpowiedź jest jednak pozytywna. Powody do niezadowolenia miałyby Sędzia Bushrod Washington, bliski kolega Prezesa, uczestnik pamiętnej wyprawy do George’a Washingtona, po której Marshall zdecydował się na kandydowanie do Kongresu. Bushrod Washington w sądzie okręgowym rozstrzygnął wszak, że „Amelia” była statkiem neutralnym i nakazał jej zwrot bez zapłaty. Sąd Najwyższy rozstrzyga zaś tak jak sąd dystryktu, lecz obniża należną kwotę i dodaje innowację, iż „Amelia” była jednocześnie statkiem wrogim i neutralnym.

Orzeczenie Sądu Najwyższego w sprawie *Talbot v. Seeman* przytaczane jest tradycyjnie z powagą, a wręcz z zacytowanymi powyżej pochwałami. Sądzę, że właściwe jest raczej dostrzeżenie niezamierzonego komizmu, który budzi Prezes Marshall trawersujący

⁷⁷ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 294.

⁷⁸ L. Goldstone, *The Activist...*, s. 181.

niczym przechwytywana „Amelia” po nieograniczonym akwencie swych interpretacji prawnych. Dopełnieniem jest tu ostatni akapit orzeczenia, w którym Prezes stwierdza nieoczekiwanie, że sąd okręgowy w Nowym Jorku (czyli Bushrod Washington) rozstrzygnął sprawę właściwie i słusznie uchylił orzeczenie wydane w pierwszej instancji. Sąd okręgowy popełnił jedynie drobny błąd, dodaje Marshall, nakazując zwrot „Amelii” bez nagrody.

Trafnie komentuje to orzeczenie Lawrence Goldstone słowami: świadectwem kunsztu politycznego Marshalla jest to, jak udanie sprawiał, że pragmatyzm wyglądał jak legalizm, a zręczne wybiegi jak przejrzystość⁷⁹. Republikańska gazeta „National Intelligencer” doceniła starania Marshalla i przedrukowała całe orzeczenie bez krytycznego komentarza⁸⁰. Jeszcze większych wysiłków Prezesa Marshalla na rzecz dostosowania orzeczeń do potrzeb aktualnych rządzących można dopatrzeć się w późniejszym orzeczeniu dotyczącym również statku morskiego – przejętego w trakcie quasi-wojny francuskiego szkunera.

W 1800 r. amerykański kapitan statku „Trumbull” przechwycił francuski statek handlowy o nazwie „Peggy”. Podobnie jak w sprawie „Amelii”, chodziło o rekwizycję szkunera i przejęcie połowy jego wartości. Druga połowa wpłacana była do skarbu państwa. Sąd dystryktu orzekł jednak na niekorzyść amerykańskiego kapitana, twierdząc, że „Peggy” była nieuzbrojonym statkiem, a do przejęcia nie doszło na pełnym morzu, jak tego wymagało prawo, lecz przy wybrzeżu Haiti. Sędzia Cushing orzekający w okręgu w Connecticut uchylił decyzję pierwszej instancji i nakazał sprzedaż statku. Tak też się stało, a zysk został podzielony między zdobywcą załogę i władze amerykańskie. W tym samym roku traktat z Mortefontaine zakończył akty wrogości między Stanami Zjednoczonymi Ameryki a Francją w ramach quasi-wojny. Artykuł IV traktatu przewidywał, że wzajemnemu zwrotowi podlegać będzie przejęte mienie, którego procedura rekwizycji nie została całkowicie zakończona. Po objęciu prezydentury Jefferson wydał dekret nakazujący zwrot francuskim właścicielom pieniędzy uzyskanych ze sprzedaży szkunera „Peggy”⁸¹. Jednakże sekretarz sądu dystryktu, w którym prowadzono sprawę w pierwszej instancji, odmówił zastosowania się do dekretu prezydenta i skierował sprawę do federalnego sądu okręgowego. Sąd okręgowy z udziałem Sędziego Cushinga jednomyślnie orzekł, że dekret prezydenta był nielegalny, Jefferson nie mógł domagać się zwrotu pieniędzy na rzecz Francuzów, należność w połowie winna być wpłacona do skarbu państwa⁸². Ta reakcja sądu miała rozwścieczyć Jeffersona i być jednym z czynników skłaniających go do rozprawy z sądownictwem Federalistów⁸³. Prokurator z Connecticut

⁷⁹ *Ibidem*, s. 180.

⁸⁰ J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 157.

⁸¹ M.A. Graber, *Establishing Judicial Review? Schooner Peggy...*, s. 226-228.

⁸² Zob. J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 159; G.L. Haskins, H.A. Johnson, *Foundations of Power...*, s. 162.

⁸³ M.A. Graber, *Establishing Judicial Review? Schooner Peggy...*, s. 228.

zaskarżył rozstrzygnięcie do Sądu Najwyższego, który wysłuchał stron 8 grudnia 1801 r., czyli w dniu, w którym prezydent Jefferson wygłosił orędzie do Siódmego Kongresu. Sprawa oczywiście była jeszcze delikatniejsza od orzeczenia w sprawie statku „Amelia”, tym razem chodziło bowiem o urzędującego prezydenta, którego niższy sąd federalny uznał za podmiot naruszający prawo. Lawrence Goldstone sugeruje, że przełożenie sprawy z sesji sierpniowej na grudniową pozwoliło Prezesowi Marshallowi na rozpoznanie w tym czasie zamierzeń prezydenta i wyrobienie sobie oceny, iż Jefferson zachowa tolerancję wobec Sądu, o ile ten nie podważy bezpośrednio jego władzy⁸⁴. Jak stwierdziłem powyżej, istotnie między kwietniem a grudniem 1801 r. Republikanie wyrabiali sobie stanowisko na temat sądów federalnych. Prezes Marshall trafnie wyczuwał, że koncyliacyjne postępowanie Sądu może zmniejszyć presję w obozie władzy na wyrugowanie Federalistów z sądów. Te kalkulacje było trafne, ale w odniesieniu do niższych sądów federalnych nieco spóźnione.

W sprawie szkunera „Peggy” wypowiedział się sąd okręgowy, dochód ze sprzedaży statku został podzielony, więc na pozór zakończono procedurę rekwizycji i przepis traktatu nie miał zastosowania. Działanie prezydenta Jeffersona można było potraktować jako niedopuszczalną ingerencję władzy wykonawczej w niezależne sądownictwo. John Marshall ponownie jednak pokazał, jak twórczo interpretuje prawo i dostosowuje je do potrzeby chwili. Pominął w swej opinii, przyjętej jednomyślnie przez cały Sąd, dyskusyjną kwestię legalności przejęcia statku poza pełnym morzem i skupił się w swym krótkim uzasadnieniu na drugim argumencie francuskich właścicieli, iż nie doszło jeszcze do definitywnej rekwizycji⁸⁵. W orzeczeniu *United States v. Schooner Peggy*⁸⁶, które zapoczątkowało amerykańską doktrynę retroaktywności prawa, Prezes Marshall stwierdził:

Zasadniczo to prawda, że kompetencje sądu apelacyjnego ograniczają się wyłącznie do zbadania, czy orzeczenie było błędne czy nie w chwili, gdy zostało wydane. Jeśli jednak po orzeczeniu, a przed rozstrzygnięciem sądu apelacyjnego wkracza prawo i pozytywnie zmienia normę regulującą sprawę, prawo musi być przestrzegane lub zaprzeczony jego mocy obowiązującej. Jeśli to prawo jest zgodne z Konstytucją, a co do tego nie wyrażono żadnej wątpliwości w obecnej sprawie, nie znam sądu, który mógłby kwestionować jego moc obowiązującą.

Skonfrontujmy to z postanowieniem amerykańskiej Konstytucji. Sekcja 9 artykułu I przewiduje, że nie będzie stanowić się, w zależności od tłumaczenia, ustaw działających wstecz czy też prawa *ex post facto*. W oryginale to zwrot: *No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed*. Na potrzeby dalszych uwag warto od razu uzupełnić, że przepis

⁸⁴ L. Goldstone, *The Activist...*, s. 184-185.

⁸⁵ M.A. Graber, *Establishing Judicial Review? Schooner Peggy...*, s. 228.

⁸⁶ *United States v. Schooner Peggy*, 5 U.S. (1 Cranch) 103 (1801).

ten obejmuje także zakaz stanowienia ustawowych sankcji wymierzonych w konkretną osobę w postaci dekretu o utracie praw (*bill of attainder*).

Prawem, które zdaniem Prezesa zmieniło sytuację prawną po orzeczeniu sądu okręgowego, był traktat z Mortefontaine. Otóż traktat ten został co prawda ratyfikowany w lutym 1801 r. przez prezydenta Adamsa, ale Senat sprzeciwił się artykułowi II tego aktu. W lipcu 1801 r. Napoleon zgodził się na zastrzeżenia Senatu. Po objęciu prezydentury Jefferson uznał, że zmiana w traktacie wymaga ponownej ratyfikacji za zgodą Senatu. Gdy więc w grudniu 1801 r. Sąd Najwyższy rozpoznawał sprawę szkunera „Peggy”, traktat formalnie jeszcze nie obowiązywał⁸⁷. Na argument ten powoływało się dwóch kongresmanów Federalistów, reprezentujących przed Sądem Amerykanów, którzy przejęli „Peggy”. Jednym z nich był ponownie James A. Bayard⁸⁸.

Prezes przedłużył więc rozpatrywanie sprawy, czekając na Jeffersona. Prezydent tymczasem uzyskał aprobatę Senatu i promulgował traktat rankiem 21 grudnia. Zaraz po tym akcie Sąd wydał orzeczenie, co było po prostu wyrazem milczącej współpracy z Jeffersonem. Gdy traktat z Francją zaczął formalnie obowiązywać, Marshall uznał w swym orzeczeniu, że w pewnym sensie orzeczenie sądu okręgowego było ostateczne, ale w odniesieniu do szkunera jednak nie było ostateczne, gdyż złożono od niego apelację. Marshall nakazał zwrot statku Francuzom⁸⁹ i doradził tymczasowym amerykańskim posiadaczom domaganie się odszkodowania od władz amerykańskich.

Mark A. Graber, który swoim artykułem z 1998 r. przypominał badaczom znaczenie tego kontrowersyjnego i pomijanego dotąd orzeczenia, zwraca uwagę na dwie kwestie. Rozstrzygnięcie Marshalla ostro krytykował Levi Lincoln, prokurator generalny w administracji prezydenta Jeffersona. Wywodził on, że orzeczenie ostateczne to takie, które rozstrzygnęło kwestię posiadania rzeczy, a tak właśnie rozstrzygnęło sprawę orzeczenie sądu okręgowego. Przypomnijmy, że doszło po nim do sprzedaży „Peggy” i podziału należności. Levi Lincoln argumentował, że zgodnie z rozumowaniem Marshalla nie doszło do definitywnej rekwizycji żadnego mienia przejętego od Francuzów i należałoby oddać im wszystkie przejęte statki. Potyczki morskie zaczęły się 3 lata wcześniej, a w ciągu 5 lat można było za pomocą *petition for a writ of error* składać apelacje do Sądu Najwyższego od wyroków w sprawie rekwizycji. Na stronie francuskiej z pewnością nie ciążył zaś obowiązek zwrotu całego zagarniętego mienia. Druga kwestia po raz kolejny wiąże się z głębokim, osobistym zaangażowaniem Johna Marshalla w amerykańską politykę na przełomie wieków. Marshall był przecież sekretarzem stanu, gdy toczyły się negocjacje w sprawie traktatu, kontaktował się z amerykańskimi emisariuszami we Francji i był przez nich wyraźnie informowany, że artykuł IV traktatu nakazuje zwrot mienia, w stosunku do którego nie wydano jeszcze orzeczenia sądowego. Było to zgodne z interesami

⁸⁷ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 297.

⁸⁸ J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 160.

⁸⁹ Część autorów pisze o zwrocie kwoty uzyskanej za statek.

władz francuskich, które nie były zainteresowane odszkodowaniami za przejęte statki francuskie, ale równocześnie zastrzegły, że nie będą mogły zapłacić odszkodowań za statki amerykańskie. Są powody uważać, pisze Graber, że Prezes stłumił swoją wiedzę o sformułowaniu dotyczącym definitywnej rekwizycji, by zakończyć konflikt w tej sprawie między sądownictwem federalnym a prezydentem⁹⁰.

Trudno zatem nie podzielić miazdząco krytycznego komentarza do tego orzeczenia wyrażonego przez innego badacza. William N. Eskridge Jr. podziela ocenę Marka A. Grabera i zauważa, że łatwiej zrozumieć skąpstwo Marshalla w odniesieniu do nagrody za uratowanie mienia w sprawie „Amelii”, gdyż był to wczesny sygnał dla administracji Jeffersona, że Sąd dostosuje się do prowadzonej przez nią polityki przyjaznej wobec Francji. Rzetelność Prezesa podsumowuje zaś Eskridge Jr. takimi słowami: „Podejście Marshalla do interpretacji prawnej było wysoce strategiczne; Prezes był gotów do nagięcia słów do dowolnej formy, która pozwoliłaby mu na uniknięcie uszkodzenia raczkującej instytucji Sądu”⁹¹. Podobnie Lucas A. Powe Jr. uważa, że Prezes Marshall dokonał najprawdopodobniej niewłaściwej interpretacji traktatu, „dając Jeffersonowi zwycięstwo, którego pragnął, a jednocześnie korzystając z uprawnienia do interpretacji traktatu”. Dodaje też, że rozstrzygnięcie to było świadomym uniknięciem konfrontacji z prezydentem⁹². Jean E. Smith z admiracją stwierdza zaś, że orzeczenie to „odzwierciedlało wystudiowaną powściągliwość i demonstrowało stałą determinację Marshalla, aby trzymać Sąd z dala od polityki partyjnej. (...) Było też potencjalną gałązką oliwną od sądownictwa”⁹³. Zwróćmy uwagę na sprzeczność w tych słowach, której nie dostrzega ich autor. Jeśli decyzja Marshalla była gałązką oliwną, a więc pokojowym gestem w stronę nowego obozu władzy (tak w istocie było), to była też naturalnie wyrazem opowiedzenia się przez Sąd po stronie prezydenta Jeffersona, rozstrzygnięciem w ramach polityki partyjnej, a nie bezstronną oceną prawną.

Orzeczeń Sądu Marshalla, w których dyplomatycznie opowiadał się on po stronie obozu władzy, elokwentnie pozorując ścisły legalizm, było więcej. Uzasadniona jest opinia Marka A. Grabera, że Sąd Marshalla w każdej politycznie istotnej sprawie rozstrzyganej w latach 1801-1805 dochodził do rezultatów preferowanych przez administrację Jeffersona⁹⁴. Przed omówieniem dwóch najważniejszych takich orzeczeń warto zwrócić uwagę na wyłaniające się już wstępnie pewne kwestie, które ułatwią pełniejsze zrozumienie dorobku Marshalla.

⁹⁰ Zob. M.A. Graber, *Establishing Judicial Review? Schooner Peggy...*, s. 229-230.

⁹¹ W.N. Eskridge Jr., *All About Words. Early Understandings of the „Judicial Power” in Statutory Interpretation, 1776-1806*, „Columbia Law Review” 2001, vol. 101, no. 5, <http://dx.doi.org/10.2307/1123771>, s. 1075.

⁹² L.A. Powe Jr., *The Supreme Court and the American Elite, 1789-2008*, Cambridge, Mass. 2009, s. 51.

⁹³ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 298.

⁹⁴ M.A. Graber, *Establishing Judicial Review? Schooner Peggy...*, s. 223.

Prezes w orzeczeniach starannie zacierał ślady i prezentował swe ustalenia jako rezultat wyłącznie sędziowskiego namysłu i logicznej interpretacji norm. Nie ma jednak powodu, by ulegać perswazyjnemu czarowi tych frazesów. W obu przedstawionych powyżej sprawach, „Amelii” i „Peggy”, kontekst polityczny był oczywisty i ten właśnie kontekst Prezes Marshall skrywał w orzeczeniach. W sprawie statku „Amelia” problemem politycznym było zadekretowanie przez Kongres i prezydenta quasi-wojny. Prezes Marshall poprzestał na stwierdzeniu, że wystarczy oparcie się na aktach wydanych przez Kongres w tej sprawie, ale kalkulując wysokość należnej nagrody dla kapitana Talbota, zrobił bardzo wiele, żeby po myśli Republikanów zniwelować praktyczny skutek aktów regulujących quasi-wojnę. W sprawie szkunera „Peggy” cały problem wyniknął z bezpośredniej ingerencji prezydenta Jeffersona w konkretne postępowanie sądowe, a Prezes Marshall tę ingerencję uprawomocnił. Nazwisko prezydenta nie pojawia się jednak w orzeczeniu, słowo „prezydent” zaś pojawia się tylko w dwóch, formalnych kontekstach, to znaczy gdy mowa o amerykańskim statku „Trumbull” działającym zgodnie z poleceniami prezydenta (w tym wypadku Adamsa) oraz gdy relacjonowane jest ratyfikowanie traktatu przez obu prezydentów. Marshall w obu przypadkach pominął w tekstach orzeczeń sedno spraw, które zdeterminowało osiągnięty przez niego wynik. Wyrażam tu ocenę, iż to John Marshall parał się specyficznie rozumianym prawem politycznym, o którym sam mówił rok wcześniej, broniąc na forum Kongresu prezydenta Adamsa za jego postępowanie w sprawie wydania Jonathana Robbinsa vel Thomasa Nasha. Wówczas kongresman Marshall twierdził, że w sprawach ekstradycji są pewne wątki prawne, ale są to kwestie „prawa politycznego”, które nie podlegają rozstrzygnięciom przez sądy, lecz przez władze polityczne⁹⁵. Gdy Marshall objął prezesurę w Sądzie Najwyższym, zaangażował się w rzeczywistości w legitymizowanie działań władz politycznych przy wykorzystaniu instrumentarium prawnego, pod pozorem interpretacji tekstualnej Konstytucji i innych aktów.

Nakłada się na to problem niewystarczająco krytycznej reakcji doktryny amerykańskiej na sposób interpretowania prawa przez Johna Marshalla. Wielu przedstawicieli nauki prawa z powagą traktuje wywody Marshalla zaprezentowane w przedstawionym wyżej orzeczeniu, nawet jeśli część z tych autorów dostrzega kontekst polityczny. W opracowaniach na ten temat można więc przeczytać jedynie delikatne sugestie, że „faktyczne stwierdzenie w sprawie szkunera »Peggy« jest nieco wieloznaczne”⁹⁶. Podobnie inna badaczka poprzestaje na uwagę: „Dochodząc do swych wniosków, Sąd Najwyższy

⁹⁵ Zob. H.J. Powell, *The Founders and the President's Authority over Foreign Affairs*, „William and Mary Law Review” 1999, vol. 40, no. 5, s. 1520-1521; Ch.F. Hobson, *The Great Chief Justice. John Marshall and the Rule of Law*, Lawrence 1996, s. 152.

⁹⁶ K.N. McAlister, *Retroactive Application of the Civil Rights Act of 1991*, „Vanderbilt Law Review” 1992, vol. 45, no. 5, s. 1327.

przedstawił pobieżną analizę”⁹⁷. Nieco bardziej wnikliwy jest Charles F. Hobson, który wspominając o wydaniu orzeczenia w dniu ostatecznej ratyfikacji traktatu, dodaje, że była to „zbieżność mocno wskazująca na współpracę między władzą wykonawczą i władzą sądowniczą w załatwieniu sprawy”⁹⁸. James F. Simon, rzetelnie przedstawiający kontekst polityczny sprawy, nie szczędzi pochwał wobec Prezesa: „Marshall po raz kolejny wydał starannie przemyślane orzeczenie, które łączyło przenikliwą analizę prawną z niezrównaną oceną politycznego zagrożenia i korzyści dla Sądu”⁹⁹.

Ponieważ obowiązujący przez wiele lat nieformalny kanon pisania o Johnie Marshallu nakazywał wychwalanie jego osiągnięć jako ojca amerykańskiego sądownictwa konstytucyjnego i tuszowanie jego politycznego uwikłania, obrazoburczego wyrazu nabierają stwierdzenia nielicznych autorów, którzy ten kanon odrzucają. Najlepszym przykładem jest tu akapit z książki Lawrence’a Goldstone’a, który bezceremonialnie pisze o sprawie szkunera „Peggy”: Marshall „ominął kwestię interwencji Jeffersona, stosując charakterystyczne kruczki prawne”, „ignorując konstytucyjny zakaz wydawania przepisów *ex post facto* (...) Wypaczył Konstytucję w celu uniknięcia zrażenia do siebie Jeffersona”¹⁰⁰. W świetle przedstawionych okoliczności każdą z uwag ostatniego z cytowanych autorów uważam za uzasadnioną.

John Marshall posiadał jednak wielką umiejętność pisania w sposób, który wymykał się krytyce. Orzeczenia Marshalla sprawiają z pozoru bardzo dobre wrażenie. Wyglądają na pokaz kunsztu prawniczego, w którego ramach autor orzeczenia pieczołowicie rozważa wszystkie przesłanki i dochodzi do nieuchronnej, niepodważalnej konkluzji. Szczególny jest styl Marshalla, który nawiązuje z łatwością relację z czytelnikiem, wykładając mu swe racje bez podniosłej kwiecistości i onieśmielającego intelektualizowania. Doszukiwałbym się tu inspiracji płynącej ze strony Lorda Mansfielda, wydającego wyroki, których język, jak ocenia Jerzy Zajadło, był „wyjątkowo komunikatywny i perswazyjny”¹⁰¹. Nietrudno ulec czarowi retorycznemu Marshalla, bez wątpliwości wyćwiczonemu w salach sądowych Wirginii, poszczególne elementy jego wywodów sprawiają bowiem dobre wrażenie, a wewnętrzne sprzeczności i ukryte aksjomaty rozpluwają się w wieloznaczności i mętności całych orzeczeń. Dla niewprawnego oka, bez znajomości kontekstu historycznego i politycznego, orzeczenia Marshalla mogą wyglądać na logiczne wywody naukowe rodem z podręcznika Blackstone’a. Argumentacja Marshalla została m.in. porównana do przeprowadzenia dowodu przez Euklidesa¹⁰². John Randolph z Roanoke, wieloletni kongresman z Wirginii, wspierający przez pewien czas Jeffersona, zaciekle krytyk

⁹⁷ D.L. Bassett, *In the Wake of Schooner Peggy. Deconstructing Legislative Retroactivity Analysis*, „University of Cincinnati Law Review” 2001, vol. 69, no. 453, s. 469.

⁹⁸ Ch.F. Hobson, *The Great Chief Justice...*, s. 152.

⁹⁹ J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 161.

¹⁰⁰ L. Goldstone, *The Activist...*, s. 186.

¹⁰¹ J. Zajadło, *Lord Mansfield. Sędzią być!*, Gdańsk 2018, s. 17.

¹⁰² Zob. R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 81.

Marshalla, z którym był spokrewniony, po lekturze jednego z orzeczeń Prezesa miał powiedzieć: „Błędnie, wszystko błędnie; ale nikt w Stanach Zjednoczonych nie potrafi powiedzieć, dlaczego ani w którym miejscu”¹⁰³.

Orzeczenie w sprawie szkunera „Peggy” kończą słowa: „(...) sąd musi rozstrzygać zgodnie z istniejącym prawem, a jeśli konieczne jest uchylenie orzeczenia, słusznego w chwili wydania, którego zatwierdzenie wymagałoby naruszenia prawa, orzeczenie to musi być uchylone”. Te słowa, tchnące poczuciem pewności, są jedynie legalistyczną fasadą, nieczytelną bez znajomości kontekstu sprawy. Marshall stanowczym tonem oznajmia, że inne rozstrzygnięcie niż to, które wydaje, wymagałoby naruszenia prawa, ale ten stan zagrożenia dla praworządności wytwarza sam, dogodnie zwlekając z wydaniem orzeczenia do czasu promulgacji traktatu, który zawczasu interpretuje przeciwnie do intencji układających się stron.

Z pozoru mało istotne orzeczenia dotyczące statków „Amelia” i „Peggy” są bardzo dobrą okazją do przypomnienia sygnalizowanej na początku tezy o zmitologizowanej wizji przeszłości amerykańskiego sądownictwa konstytucyjnego. Mamy tu bowiem do czynienia ze zjawiskiem podwójnej legitymizacji, które utrudnia rzetelną dyskusję na temat genezy tego sądownictwa. Marshall przymyślnie legitymizował w orzecznictwie posunięcia Jeffersona i jego obozu, aby oddalić zagrożenie dla siebie i Sądu. Rzesze badaczy legitymizują zaś naganne praktyki interpretacyjne Prezesa, ponieważ w ten sposób mogą utrzymywać obraz Sądu jako nadrzędnego interpretatora Konstytucji, rzekomo akceptowany od początku XIX w., czyli właściwie od aktu założycielskiego i konwencji filadelfijskiej. Szczególna rola przypada tu orzeczeniu *Marbury v. Madison* z 1803 r. Obraz ten tak mocno został wpojony prawnikom na całym świecie, że zapewne nieufnie, jako rewizjonistycznie obrazoburcze, przyjmowane być muszą prezentowane tu tezy dotyczące swobodnego wykorzystywania i naginania prawa do doraźnych potrzeb politycznych przez Prezesa Marshalla. W orzeczeniach *Talbot v. Seeman* i *United States v. Schooner Peggy* Prezes starał się gorliwie zadowolić prezydenta Jeffersona, dbając o pozory uczonego namysłu prawniczego. Utrudnieniem w tych wysiłkach była druga, niezakończona jeszcze strategia oporu Federalistów oraz wysoce niekomfortowa dla Johna Marshalla sprawa niedoręczonych powołań sędziów pokoju prowadzona zręcznie przez ich pełnomocnika, byłego prokuratora generalnego i kolegę Marshalla z gabinetu Adamsa, Charlesa Lee.

¹⁰³ Zob. L.H. LaRue, *How Not to Imitate John Marshall*, „Washington and Lee Law Review” 1999, vol. 56, no. 3, s. 828-829.

Sądowa kampania oporu Federalistów

Sprawa niedoręczonych powołań dla sędziów pokoju, która przybrała postać orzeczenia *Marbury v. Madison* w 1803 r., nie była związana z uchycieniem przez Republikanów reformy sądownictwa z 1801 r., ponieważ chodziło o stanowiska sędziów pokoju w Dystrykcie Kolumbii, stworzone osobną ustawą poświęconą tej jednostce federalnej. Ranga tego zagadnienia była niewysoka, Federaliści zawzięcie starali się uratować własny azyl w sądownictwie federalnym i wykazać niekonstytucyjność *Repeal Act*. Pomniejsze stanowiska sędziów pokoju, rozstrzygających drobne sprawy, miały jedynie symboliczne znaczenie. Powództwo czterech niedoszłych sędziów pokoju pasowało jednak do szerokiej kampanii Federalistów, starających się wykazać nieprawomocność i nieprawość postępowania Jeffersona. Można również zaryzykować przypuszczenie, iż powództwo to było środkiem nacisku Federalistów na samego Johna Marshalla, który, jak już wspomniałem, wysyłał wieloznaczne sygnały do elity stronnictwa Federalistów, w swych pierwszych orzeczeniach zaś obrał wyraźnie koncyliacyjny kurs na rzecz zbliżenia z Jeffersonem, choć później badał możliwość wzniecenia oporu Sędziów przeciwko odnowionemu obowiązkowi obejdzania okręgów.

Powództwo w sprawie niedoręczonych powołań, w swej istocie niezbyt doniosłe, znakomicie nadawało się na bodziec mający pobudzić Prezesa Marshalla do zdecydowanego działania w imię ideałów Federalistów. W przeciwieństwie do rozstrzyganych w 1801 r. w Sądzie zagadnień z zakresu prawa morskiego, dotyczących raczej pokłosa polityki Federalistów, w sprawę powołań od początku do końca zaangażowany był Thomas Jefferson, który odmówił ich wydania i który następnie nakazał członkom swego rządu formalne dystansowanie się od postępowania w Sądzie. Bezpośrednio do niedoręczenia doprowadził zaś John Marshall, działający 3 marca 1801 r. jeszcze jako sekretarz stanu. W świetle wszystkich okoliczności uzasadnione będzie stwierdzenie, iż prowadzone przez Charlesa Lee powództwo niedoszłych sędziów pokoju wywołać miało konfrontację *Marshall v. Jefferson*, w której postać jednego z pominiętych nominatów, Williama Marbury'ego, oraz osoba Jamesa Madisona, sekretarza stanu w administracji Jeffersona, od którego oficjalnie domagano się wydania powołań, stanowiły tylko tło zatargu między

zwaśnionymi kuzynami. Formalnie pozwanego Madisonsa nie było nawet w Waszyngtonie w czasie, gdy Jefferson odmówił wydania niedoręczonych powołań¹.

W gorączkowych ostatnich dniach prezydentury Adamsa działania Kongresu wraz z prezydentem przybrały postać rozpędzonej maszyny nominacyjnej. W ciągu 14 dni, jakie dzieliły wybór 17 lutego 1801 r. Thomasa Jeffersona na prezydenta przez Izbę Reprezentantów od jego inauguracji 4 marca, tylko przez 4 dni, w tym dwie niedziele, prezydent Adams i Federaliści w Kongresie nie dokonywali czynności związanych z nominowaniem i powoływaniem osób do władzy sędziowskiej². Była to istna feeria powołań, zwieńczona w ostatnim dniu prezydentury Adamsa, 3 marca, zatwierdzeniem przez Senat ostatnich nominacji, w tym czterdziestu dwóch sędziów pokoju w Dystrykcie Kolumbii. Sama ta liczba była szokująco wysoka, Republikanie zapowiadający ograniczenie władz federalnych mieli wszelkie podstawy uważać te nominacje za kolejną prowokację, ponieważ, jak zauważa Lawrence Goldstone, Waszyngton był wtedy w niemałej mierze grzęzawiskiem, a w Dystrykcie Kolumbii mieszkało tylko nieco ponad 15 tysięcy mieszkańców, więc jeden sędzia pokoju przypadał na 363,5 osoby³. Ostatnie dni urzędowania upłynęły więc Johnowi Adamsowi na podpisywaniu powołań, opracowywanych przez sekretarza stanu Marshalla, który następnie opatrywał je pieczęcią Stanów Zjednoczonych i zlecał doręczenie. 3 marca John Marshall zajmował się w budynku Departamentu Stanu tą powodzią dokumentów do późnego wieczora czy wręcz nocy. Klimat ostatnich godzin spędzonych przez Marshalla nad aktami powołań oddaje najprawdopodobniej nieprawdziwa, ale przytaczana przez historyków opowieść prawnuczki Jeffersona, wedle której do pomieszczenia zajmowanego przez Marshalla wkroczył nagle Levi Lincoln, przyszły prokurator generalny, dzierżąc wymownie zegar Jeffersona wybijający północ. Marshall rzekomo ze śmiechem dopowiadał, że pozwolono mu przed wyjściem zabrać jedynie kapelusz⁴.

Nie wiemy, co dokładnie wydarzyło się 3 marca w Departamencie Stanu. Marshall zapewne był wyczerpany frenetyczną procedurą powołań, podczas której wraz z Johnem Adamsem stanowił dział kadr sądownictwa federalnego. Napływały listy z poparciem dla poszczególnych kandydatów oraz podania samych zainteresowanych. W narastającym chaosie myłono nazwiska i funkcje. Na prezesa sądu w Dystrykcie Kolumbii Adams nominował Thomasa Johnsona, za namową Marshalla, który wszak przekreślił nazwisko na Johnston. Jeden z nominatów na sędziego pokoju, nie kto inny jak sam

¹ D.F. Forte, *Marbury's Travail. Federalist Politics and William Marbury's Appointment as Justice of the Peace*, „Catholic University Law Review” 1996, vol. 45, no. 2, s. 351.

² Szczegółowe kalendarium przedstawia J.C. Nagle, *The Lame-Ducks of Marbury*, „Constitutional Commentary” 2003, vol. 20, no. 2, s. 320-321.

³ L. Goldstone, *The Activist. John Marshall, Marbury v. Madison, and the Myth of Judicial Review*, New York 2011, s. 4 i 273.

⁴ Zob. K. Turner, *The Midnight Judges*, „University of Pennsylvania Law Review” 1961, vol. 109, no. 4, s. 522-523.

William Marbury, w oficjalnym dokumencie Adamsa pojawił się jako „William Marberry”⁵. Notabene legislatura stanu Kentucky w 1824 r. krytykowała w rezolucji sprawę „Marberry and Madison”⁶, co pokazuje, że ów lapsus uległ pewnemu utrwaleniu, ale też jest świadectwem, jak słabo znano w lokalnym środowisku parlamentarnym orzeczenie, które wedle dwudziestowiecznej optyki wyznaczyło rolę sądownictwa w ustroju amerykańskim.

Bezpośrednie skutki zrodził inny błąd popełniony przez Adamsa i Marshalla. Jak wspomniałem wyżej, obchodzili oni konstytucyjny zakaz powoływania członków Kongresu w czasie kadencji na urzędy państwowe utworzone w tym czasie przez powołanie członków Kongresu na istniejące już stanowiska sędziów dystryktu, zwolnione przez przeniesienie dotychczasowych sędziów do okręgów. W przypadku senatora Raya Greene’a Marshall popełnił jednak pomyłkę i w powołaniu przydzielił mu urząd sędziego okręgowego, a nie formalnie dopuszczalny urząd sędziego dystryktu. Greene zrezygnował z miejsca w Senacie na rzecz stanowiska sędziowskiego, a dopiero potem, już po objęciu władzy przez Jeffersona, zorientował się, że powołanie jest wadliwe. Nowy sekretarz stanu, James Madison, odmówił skorygowania powołania. Jak pisze Bruce Ackerman: „Z powodu niekompetencji Marshalla biedny Greene zrezygnował z mandatu w Senacie na rzecz bezwartościowego świstka papieru i nigdy nie objął urzędu sędziego dystryktu”⁷. Cała ta operacja źle skończyła się także dla sędziego Benjamin Bourne’a, którego awansowano z dystryktu do okręgu, żeby zrobić miejsce dla Greene’a. Po uchwaleniu *Repeal Act* stracił on stanowisko sędziego okręgowego⁸.

Konsekwencje pośpiechu i niedostatecznego doświadczenia Adamsa i Marshalla w polityce partyjnej wykroczyły poza niedogodności, które spotkały Greene’a i Bourne’a. Desperackie zapewnianie sądownictwa krewnymi i sprzymierzeńcami skończyło się fatalnie dla Federalistów z powodu odsłoniętego przez Bruce’a Ackermana nieznanego szerzej kolosalnego błędu, jaki popełnił prezydent Adams ze swym sekretarzem stanu. Na sędziów nominowali oni dwóch senatorów Federalistów, wspomnianego Raya Greene’a z Rhode Island oraz Elijah Paine’a z Vermont. W ten sposób bezwiednie oddali Republikanom kontrolę nad Senatem. Przez pierwsze 2 lata prezydentury Jeffersona obaj senatorowie, którzy odeszli z izby po powołaniu na sędziów, zapewniłoby Federalistom przewagę głosów w Senacie, stosunkiem 17 do 15. Po ich rezygnacji w Rhode Island i Vermont

⁵ Zob. C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision. Jefferson, Adams, Marshall, and the Battle for the Supreme Court*, New York 2009, s. 61-63.

⁶ Zob. szerzej T.W. Ruger, „A Question Which Convulses a Nation”. *The Early Republic’s Greatest Debate about the Judicial Review Power*, „Harvard Law Review” 2004, vol. 117, no. 3, <http://dx.doi.org/10.2307/4093462>, s. 881.

⁷ B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers. Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy*, Cambridge, Mass. 2007, s. 139.

⁸ E.A. Hartnett, *Recess Appointments of Article III Judges. Three Constitutional Questions*, „Cardozo Law Review” 2005, vol. 26, no. 2, s. 392-393.

wybrano do Senatu Republikanów, co spowodowało objęcie przez to stronnictwo kontroli nad Senatem. Gdyby w Senacie do 1803 r. większością głosów dysponowali nadal Federaliści, nie doszłoby zapewne do uchYLENIA ustawy o sądownictwie z 1801 r., a Jefferson musiałby pójść na daleko idące ustępstwa w ramach prób realizacji swego programu politycznego⁹. Adams i Marshall nie byli tego jednak świadomi, prawdopodobna jest sugestia Goldstone'a, iż towarzyszyło im tego ostatniego dnia poczucie satysfakcji, że zdążyli zapisać sądownictwo swymi ludźmi, a od następnego dnia Marshall miał się stać najpotężniejszym Federalistą w kraju na czele wzmocnionej władzy sądowniczej¹⁰.

Chaos w Departamencie Stanu potęgowała okoliczność, że na prośbę Thomasa Jeffersona John Marshall oddelegował mu do pomocy kierownika biura w Departamencie Stanu, Jacoba Wagnera¹¹. Kadry rządowe były wówczas tak szczupłe, że Marshallowi pozostał do pomocy tylko drugi urzędnik zatrudniony w Departamencie. W tej sytuacji Marshall rolę roznosiciela powołań powierzył swemu bratu, Jamesowi. Doszło więc tu do koligacyjnego spiętrzenia wyłomów w zasadzie podziału władzy. Prezes Sądu Najwyższego, nadal pełniący służbę w Departamencie Stanu, naprędce kończył prace kancelaryjne dla prezydenta, w którego imieniu doręczycielem dokumentów stał się sędzia sądu federalnego i brat Prezesa, a wszystko to po to, by uniemożliwić dokonanie powołań sędziowskich przez złowróżbego kuzyna z Wirginii, który został nowym prezydentem. James Marshall nie mógł sobie jednak poradzić ze stertą dokumentów, które najwyraźniej wypadały mu z dłoni, więc zostawił część z nich w Departamencie Stanu¹². Jak już wiemy, 2 dni później spostrzegł je prezydent Jefferson. Co ciekawe, John Marshall pełnił również funkcję sekretarza stanu w gabinecie Jeffersona, na jego prośbę, w dniu zaprzysiężenia, gdyż Levi Lincoln, który zastępować miał Jamesa Madisona, przyjechał do Waszyngtonu dzień później. 4 marca sekretarz stanu John Marshall nadal mógł formalnie podjąć próbę doręczenia powołań, co byłoby prostym rozwiązaniem zaniedbania z poprzedniego dnia¹³. Nie uczynił tego jednak z niejasnych przyczyn. Jedno z możliwych wyjaśnień stanowi radykalna i śmiała hipoteza, którą przedstawię poniżej. Nie ma powodu, by uznać, że Marshall nie znalazł czasu na udanie się do budynku Departamentu Stanu z powodu udziału w ceremonii zaprzysiężenia, w tym dniu bowiem poświęcił czas przed ceremonią i po niej na pisanie listu¹⁴.

Levi Lincoln zgodnie z poleceniem prezydenta wstrzymał doręczenie tych spośród powołań, które faktycznie – nawiązując tu do zapowiedzianej śmiałej hipotezy – znajdowały się w Departamencie Stanu. W ciągu 2 tygodni Jefferson przeprowadził własne

⁹ Zob. B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 136-141.

¹⁰ L. Goldstone, *The Activist...*, s. 165.

¹¹ J.E. Smith, *John Marshall. Definer of a Nation*, New York 1998, s. 617, przyp. 33.

¹² Zob. m.in. C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 62-63; J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 300.

¹³ B. Neuborne, *Serving the Syllogism Machine. Reflections on Whether Brandenburg is Now (or Ever Was) Good Law*, „Texas Tech Law Review” 2011, vol. 44, s. 17.

¹⁴ C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 66-70.

powołania w Dystrykcie Kolumbii, zachowując większość nominatów Adamsa. Wśród nielicznych pominiętych osób znalazł się William Marbury, ambitny i przedsiębiorczy Federalista z Maryland, który bardzo zaangażował się w pozyskanie wszystkich głosów elektorskich z tego stanu na rzecz Johna Adamsa, co szeroko opisywano w prasie Republikanów. Zabiegi te skończyły się niepowodzeniem, ale prezydent Jefferson miał szczególne powody, żeby właśnie Marbury'ego pominąć przy powołaniach¹⁵.

Marbury uczestniczył w groźnym incydencie, w którym wykazał się hartem ducha. Gdy 17 lutego Izba Reprezentantów wybrała w ostatnim głosowaniu Jeffersona na prezydenta, tłum jego rozradowanych zwolenników wyruszył na ulice Waszyngtonu i pobliskiego Georgetown, nachodząc domy znanych Federalistów z żądaniem okazania uległości i potwierdzenia triumfu Republikanów. William Cranch, powołany przez Adamsa do sądu wraz z Jamesem Marshallem, zadowolili pijaną cizbę zapaleniem świeczki w oknie. Gdy jednak Republikanie stanęli w Georgetown pod domem Marbury'ego i zażądali od niego podobnego ukorzenia, ten stanowczo wyraził odmowę. Złorzeczący i zaprzysięgający zemstę tłum odstąpił¹⁶. Zajście to znakomicie pasowałoby do konwencjonalnej opowieści o orzeczeniu *Marbury v. Madison*, ponieważ pokazuje odwagę mężczyzny, który nie bał się konfrontacji z agresywnym zbiegowiskiem, tak jak później odważnie wystąpił przeciwko Madisonowi i Jeffersonowi w swym powództwie przed Sądem. Wspominam o tym zdarzeniu z tego powodu, że pozory są tu mylące. Sam Marbury nigdy nie pojawił się przed Sądem Najwyższym, nie wiadomo też nic o tym, by później publicznie wspominał o sprawie¹⁷. Co ważne, Marbury nie kontynuował drogi prawnej po orzeczeniu Sądu Najwyższego, choć w jego świetle wydawałoby się to oczywistym rozwiązaniem. Uzasadnione wydaje mi się przypuszczenie formułowane przez Jamesa F. Simona, iż *spiritus movens* w tym postępowaniu był Charles Lee, zagorzały Federalista, były prokurator generalny, nagrodzony zresztą przez Adamsa powołaniem do sądu okręgowego, którego jednak nie przyjął na korzyść prywatnej praktyki w Richmond¹⁸. Marbury, zwolniony latem 1801 r. przez sekretarza wojny w administracji Jeffersona ze stanowiska przedstawiciela marynarki¹⁹, miał być może powody, aby sądownie upominać się o prawo do objęcia stanowiska sędziego pokoju, niemniej to właśnie Charles Lee przełożył roszczenia jego i trzech innych niedoszłych sędziów pokoju na język konstytucyjnych zarzutów wobec Jeffersona i wykorzystał tę sprawę w prowadzonej przez Federalistów, przy jego znacznym udziale, kampanii w obronie ustawy o sądownictwie z 1801 r. Odmowa doręczenia powołań pozwoliła Charlesowi Lee na zakwestionowanie

¹⁵ Obszernie sylwetkę Marbury'ego przedstawia D.F. Forte, *Marbury's Travail...*, s. 355 i n.

¹⁶ C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 52.

¹⁷ D.F. Forte, *Marbury's Travail...*, s. 397.

¹⁸ J.F. Simon, *What Kind of Nation. Thomas Jefferson, John Marshall and the Epic Struggle to Create a United States*, New York 2006, s. 175.

¹⁹ D.F. Forte, *Marbury's Travail...*, s. 385.

legalności postępowania władzy wykonawczej w stosunku do spuścizny prezydenta Adamsa. W ramach zaś drugiej z trzech strategii oporu przedsięwziętych przez Federalistów Charles Lee wraz z grupą prominentnych prawników Federalistów zakwestionował postępowanie władzy ustawodawczej wobec tej spuścizny, składając pozwy kwestionujące właściwość ustanowionych na nowo przez Republikanów sądów okręgowych z udziałem Sędziów Sądu Najwyższego.

W grudniu 1801 r., w trakcie drugiej sesji Sądu z udziałem Marshalla, kiedy rozpatrywana była sprawa szkunera „Peggy”, bezpośrednio do Sądu Najwyższego Charles Lee wniósł pozew w imieniu czterech odrzuconych przez Jeffersona sędziów pokoju, domagając się wydania przez Sąd nakazu (*writ of mandamus*) doręczenia powołań. Chronologia wydarzeń w tej sprawie była kilkakrotnie korygowana przez historyków amerykańskich, a w literaturze podawane są różne daty. Opieram się tu na ustaleniach Deana Alfange’a Jr., który na podstawie analizy prasy i listów z tego okresu stwierdza, że 16 grudnia 1801 r. powiadomiono o sprawie Madisona, 17 grudnia odbyło się posiedzenie Sądu, podczas którego Charles Lee przedstawił swój wniosek, a 18 grudnia Sąd skierował do Madisona wezwanie do ustosunkowania się do powództwa na następnej sesji Sądu²⁰.

Reprezentowanymi przez Charlesa Lee powodami byli William Marbury oraz dołączający się do postępowania Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe i William Harper. Wszyscy byli znanymi lokalnie Federalistami. Pułkownicy Ramsay i Harper byli starymi druhami Washingtona z wojska i ważnymi uczestnikami jego ceremonii pogrzebowej. Pułkownik Hooe w tym czasie zajmował się z sukcesami handlem nieruchomościami. Powodowie nie cierpieli biedy, która zmuszałaby ich do ubiegania się o umiarkowanie intratne stanowisko sędziów pokoju. Ponadto na złożenie pozwu zdecydowali się po 10 miesiącach od wstrzymania powołań przez Jeffersona, pomijając sesję Sądu w sierpniu 1801 r.²¹ Wielce nietypowe było również to, że pozew został złożony bezpośrednio w Sądzie Najwyższym, zwłaszcza z pominięciem federalnego sądu okręgowego w Dystrykcie Kolumbii. Wspomniałem powyżej, że problem prawny Marbury’ego był fikcyjny, dlatego że okoliczności sprawy, zwłaszcza takie opóźnienie, nie wskazują na to, aby Marbury’emu i trzem pułkownikom chodziło faktycznie o uzyskanie powołań. Tę aktywność Federalistów kojarzyć należy raczej z rozpoczęciem w grudniu prac Siódmego Kongresu i ogłoszonym tydzień wcześniej orędyem prezydenta. Niedługo przed orędyem w gazecie „Washington Federalist” zagrożono Jeffersonowi, że jego opozycja wobec dokonań poprzedniej administracji spotka się reakcją. „Po okazanym przez Pana braku politycznej tolerancji niech Pana nie zdziwi, że w odpowiedzi pańskie

²⁰ Zob. D. Alfange Jr., *Marbury v. Madison and Original Understandings of Judicial Review. In Defense of Traditional Wisdom*, „The Supreme Court Review” 1993, vol. 1993, <https://doi.org/10.1086/sr.1993.3109583>, s. 356-357.

²¹ Zob. J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 618, przyp. 41.

zasady polityczne zostaną poddane ocenie co do zgodności z konstytucją”²². Po kilku dniach w tej samej gazecie przypomniano sprawę błędnego powołania sędziowskiego dla senatora Greene’a. W artykule stwierdzono, że Jefferson naruszył Konstytucję, ponieważ zatwierdzenie nominacji przez Senat oznaczało powołanie, które poprzez doręczenie zobowiązany był dopełnić prezydent. Artykuł ten ukazał się 16 grudnia 1801 r., w przeddzień pierwszego rozpatrzenia powództwa Marbury’ego w Sądzie²³. Zapowiadana odpowiedź i powtórzone zarzuty o naruszenie Konstytucji przez Jeffersona uzasadniają przypuszczenia Clifffa Sloana i Davida McKean, że te artykuły prasowe opierały się na zakulisowych informacjach z kręgu Federalistów dotyczących rychłego wystąpienia przeciwko prezydentowi w Sądzie Najwyższym²⁴.

Kierowane do Sądu Najwyższego zarzuty niezgodnego z Konstytucją postępowania prezydenta Jeffersona oraz późniejsze zarzuty niezgodnego z Konstytucją uchwalenia przez Kongres ustawy uchylającej reformę sądownictwa wywoływały pewien oddźwięk wśród umiarkowanych polityków w stronnictwie Republikanów. Podczas debat nad *Repeal Act* jeden z Republikanów dołączył w głosowaniu do Federalistów, dążących do złagodzenia ustawy uchylającej. Wniosek Federalistów został odrzucony niewielką większością 15 : 13. W innym głosowaniu doszło do remisu 15 : 15, rozstrzygający był głos wiceprezydenta Aarona Burra, przewodniczącego Senatu, który przeważał szalę na korzyść Federalistów. Dopiero gdy z opóźnieniem do głosowań dołączył senator Bradley, którego zatrzymała w macierzystym stanie choroba żony, Republikanie zdołali uchwalić *Repeal Act* w Senacie większością 16 : 15²⁵. Tu widać też wyraźnie, jak Federalistom zabrakło w Senacie głosu nieudolnie powołanego na sędziego Raya Greene’a.

Sąd Najwyższy kierowany przez Johna Marshalla znalazł się zatem w wielce niekomfortowej sytuacji, z której nie było dobrego wyjścia. Zabiegi Federalistów dotyczące przeniesienia sporu politycznego na płaszczyznę konstytucyjną rozstrzyganą w Sądzie, w połączeniu z wybitnie ugodową postawą prezentowaną przez Sędziów w sprawach „Amelii” i „Peggy”, skłaniały część Republikanów do powściągnięcia ataku na sądownictwo, co okazało się kluczowe podczas późniejszych prób poddania Sędziów *impeachmentowi*. Jednocześnie te same zabiegi Federalistów pobudzały radykalniejszych Republikanów do wysiłków na rzecz okiełznania sądownictwa federalnego. Wspomniałem o przypuszczeniu, że powództwo Marbury’ego w sprawie mało istotnych powołań było wyrazem presji Federalistów nie tylko na Republikanów, ale i na Johna Marshalla. Dean Alfange Jr. zauważa, że pod koniec 1801 r. Prezes Marshall nie pojął jeszcze lekcji, iż tylko ostrożne

²² „After the political intolerance shown by you, be not surprised, Sir, if in return you shall find your political principles brought to the standard of the constitution”, cyt. za: C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 97.

²³ B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 335-336, przyp. 16.

²⁴ C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 97.

²⁵ Zob. J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 165-166.

i rozważne postępowanie wobec obozu Jeffersona może uchronić Sąd przed retorsjami, więc w grudniu 1801 r. Sąd, rozpoczynając formalnie postępowanie w sprawie *Marbury v. Madison*, pozwolił sobie na chwilowe agresywne zachowanie wobec obozu władzy²⁶. Ocenę tę uważam za błędną, a formułować ją można tylko po zignorowaniu korzystnych dla Jeffersona orzeczeń Sądu z 1801 r., co faktycznie czyni Alfange Jr. Jeśli odrzucimy pojawiającą się w literaturze przedmiotu hipotezę, że sprawa *Marbury*'ego była genialnym spiskiem Marshalla i Charlesa Lee przeciwko Jeffersonowi – którą poruszę poniżej – to najlepiej okoliczności sprawy tłumaczy teza, iż znany od lat z przemyślności Marshall niezwłocznie po objęciu funkcji Prezesa Sądu rozpoczął okazywanie Jeffersonowi, że Sąd nie jest dla niego zagrożeniem, a może być wartościowym sprzymierzeńcem. Powództwo *Marbury*'ego, a faktycznie Charlesa Lee, było dla Marshalla wielce niedogodne, zwłaszcza że stawiało go w złym świetle jako odpowiedzialnego za nedoręczenie powołań. W orzeczeniu Marshalla wydanym 14 miesięcy po złożeniu pozwu przez Charlesa Lee rozbrzmiewać będą różne motywacje polityczne i psychologiczne, ale najmniej przekonujący będzie jego walor prawny.

Z dzisiejszej perspektywy, gdy znamy już przebieg całego postępowania w sprawie *Marbury v. Madison*, zastanawiające się trzy kwestie związane z jej początkiem. Dlaczego Charles Lee skierował powództwo bezpośrednio do Sądu Najwyższego, co Marshall zrećcznie wykorzystał przeciwko niemu? Dlaczego Prezes Marshall zdecydował się na rozpoczęcie całego postępowania, wzbudzając tym obóz Jeffersona, skoro ostatecznie uznał, że nie można go prowadzić w Sądzie Najwyższym? Dlaczego wreszcie John Marshall nie wyłączył się z postępowania, które dotyczyło bezpośrednio jego działań jako sekretarza stanu?

Pierwszą kwestię ciekawie omawia Susan Low Bloch, która formułuje następujące pytanie: co skłoniło *Marbury*'ego do udania się bezpośrednio do Sądu Najwyższego, skoro mógłby liczyć na korzystną dla siebie decyzję w federalnym sądzie okręgowym Dystryktu Kolumbii. Sąd ten funkcjonował od marca 1801 r. i dysponował prawem wydawania nakazów sądowych w stosunku do przedstawicieli władzy wykonawczej, co potwierdził w orzeczeniu z 1837 r.²⁷ Zdaniem tej autorki tylko złożenie pozwu bezpośrednio w Sądzie Najwyższym pozwalało na osiągnięcie skutków, jakie udało się Marshallowi zawrzeć w orzeczeniu *Marbury v. Madison*, tzn. „Sąd Najwyższy zdołał ustanowić kompetencję do kontroli sędziowskiej działań zarówno władzy wykonawczej, jak i ustawodawczej, bez nakazywania nikomu czegokolwiek i bez dostarczania pretekstu do wywołania zamieszania, oporu czy lekceważenia”²⁸. Ustalenia Susan Low Bloch co do możliwości, przed jakimi stał *Marbury*, są pomocne, ale konkluzja jest dyskusyjna,

²⁶ D. Alfange Jr., *Marbury v. Madison and Original Understandings...*, s. 358.

²⁷ S.L. Bloch, *The Marbury Mystery. Why Did William Marbury Sue in the Supreme Court?*, „Constitutional Commentary” 2001, vol. 18, no. 3, s. 613-620.

²⁸ *Ibidem*, s. 623.

opiera się bowiem na konwencjonalnym i kwestionowanym przeze mnie założeniu, że Sąd Najwyższy ustanowił cokolwiek w orzeczeniu *Marbury v. Madison*, a zwłaszcza że ustanowił jakoby kompetencję do kontroli konstytucyjności prawa.

Argumentacja Bloch jest przydatna dla naszych rozważań, a jej znaczenie wykracza poza proceduralną kwestię właściwości sądu, ponieważ pokazuje ona, jak teraźniejszy kanon pisania o Marshallu i sprawie *Marbury*'ego determinuje odczytanie przeszłości. W 2005 r. Bloch wróciła do swych wcześniejszych tez i rozważała, co by się stało, gdyby Charles Lee złożył powództwo w federalnym sądzie okręgowym, a ten odmówiłby wydania nakazu²⁹. Wówczas Lee mógłby złożyć odwołanie do Sądu Najwyższego, który nie miałby podstaw do zajmowania się problemem właściwości Sądu, określonym w ustawie z 1789 r., i mógłby jedynie ocenić konstytucyjność postępowania prezydenta, ale nie mógłby ustanowić kompetencji do kontroli konstytucyjności prawa. Takie orzeczenie, niekorzystne dla Jeffersona, doprowadziłoby naturalnie do konfrontacji z Sądem, której organ ten nie mógłby wygrać. Susan Low Bloch następnie rozważa, co by się stało, gdyby Lee złożył powództwo w sądzie okręgowym, a po odwołaniu Sąd Najwyższy, unikający konfrontacji z Jeffersonem, pozytywnie oceniłby postępowanie prezydenta i odmówiłby wydania *writ of mandamus*, nakazującego doręczenie powołań.

To oczywiście możliwe, że Sąd Najwyższy, wybierając uniknięcie konfrontacji z prezydentem Jeffersonem, inaczej zinterpretowałby prawo niż uczynił to w orzeczeniu w sprawie *Marbury*'ego i po odwołaniu odmówiłby wydania nakazu. To jednak jest nie tylko cyniczna opinia na temat Sądu, ale oznaczałaby ona również, że praktycznie nic ważnego nie wynikałoby z całej sprawy³⁰.

Jest to wypowiedź bardzo charakterystyczna dla ahistorycznego myślenia o sprawie *Marbury v. Madison*. Chodzi właśnie o to, że bardzo niewielu jej komentatorów uważa, iż została ona rozstrzygnięta zgodnie z metaforyczną literą prawa. Z pewnością sam nie mógłbym bronić poglądu o niewzruszonym legalizmie Marshalla. Prawie wszyscy autorzy uważają, że Prezes Marshall kierował się motywami politycznymi i być może ustrojowymi, ale nie prawnymi. Autorzy ci w większości nie uważają, że jest to cyniczna opinia na temat Sądu, wyłącznie z tego powodu, że do niedawna dominowało wychwalanie Prezesa Marshalla za sposób, w jaki zręcznie rozstrzygnął sprawę. Czyni tak zresztą także Susan Low Bloch, gdy chwali Marshalla za to, że „kreatywnie odnalazł sprzeczność” między ustawą o sądownictwie z 1789 r. a Konstytucją, co pozwoliło mu w „monumentalnym orzeczeniu” na stwierdzenie kompetencji sędziowskiej do kontroli

²⁹ Eadem, *Marbury Redux. A Comment on Suzanna Sherry*, [w:] M. Tushnet (ed.), *Arguing Marbury v. Madison*, Stanford 2005, s. 59 i n.

³⁰ *Ibidem*, s. 60-61.

konstytucyjności ustaw³¹. Nie jest cyniczne to, co uważa się za cnotę. Ponadto, jak to już sygnalizowałem, praktycznie nic ważnego z całej sprawy i tak nie wyniknęło, ważne było orzeczenie wydane niecały tydzień później. Przez prawie cały XIX w. orzeczenie *Marbury v. Madison* nie było szerzej znane i bynajmniej nie stanowiło monumentu, na którym sędziowie opieraliby swą władzę. Nie czynił tego sam John Marshall.

Uważam zatem ustalenia i hipotezy Susan Low Bloch, do których jeszcze powrócę, za cenne naświetlenie jednego z tajemniczych aspektów całej sprawy. Równolegle jednak za nietrafne i ahistoryczne uważam przenikające rozważania tej autorki założenie, iż wyjaśnienie zagadki leży w monumentalnym charakterze orzeczenia, który świadomie nadał mu Prezes Marshall, projektujący skrycie rozwój sądownictwa konstytucyjnego w perspektywie kolejnych wieków.

Podkreślić przy tym trzeba, że podważany przeze mnie kanon pisania o Johnie Marshallu nadal obowiązuje. Keith E. Whittington i Amanda Rinderle swe wnikliwe opracowanie na temat postrzegania orzeczenia *Marbury v. Madison* w XIX w. i sposobu, w jaki weszło ono do konstytucyjnego kanonu, rozpoczynają od przypomnienia: „Każdy »wie«, że Prezes John Marshall i Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych »ustanowili« lub »stworzyli« uprawnienie do sądowej kontroli konstytucyjności ustaw w sprawie *Marbury v. Madison* z 1803 r.”³². Te słowa, opisujące powszechny stan wiedzy o Marshallu, pochodzą z 2012 r.

Odpowiedź na pytanie, dlaczego Federaliści kierowani przez Charlesa Lee skierowali się bezpośrednio do Sądu Najwyższego, sprowadzić można do uzasadnionego przypuszczenia, że był to świadomy wybór, a nie pomyłka wynikająca z braku rozeznania. Charles Lee, były prokurator generalny, umiejętnie prowadzący równolegle drugą ze wspomnianych strategii oporu Federalistów, był zbyt wytrawnym prawnikiem i politykiem, by dopuścić się prostego błędu proceduralnego, zwłaszcza że przed złożeniem powództwa *Marbury’ego* Federaliści miesiącami dopracowywali elementy swego kontraktaku przeciwko Jeffersonowi. Ustawa o sądownictwie z 1789 r. stwierdzała wyraźnie w artykule 13:

(...) Sąd Najwyższy ma także prawo rozpatrywania apelacji z sądów okręgowych i sądów poszczególnych stanów, w sprawach poniżej przewidzianych; a także ma uprawnienie do wydawania zakazów sądowych wobec sądów okręgowych, prowadzących postępowanie jako sądy w sprawach morskich, oraz nakazów sądowych, w sprawach uzasadnionych zasadami i zwyczajami prawnymi, wobec wszelkich sądów ustanowionych przez Stany Zjednoczone i osób pełniących urzędy podlegające Stanom Zjednoczonym³³.

³¹ Eadem, *The Marbury Mystery...*, s. 610-611.

³² K.E. Whittington, A. Rinderle, *Making a Mountain out of a Molehill? Marbury and the Construction of the Constitutional Canon*, „Hastings Constitutional Law Quarterly” 2012, vol. 39, no. 4, s. 823.

³³ *An Act to establish the Judicial Courts of the United States*, 24 IX 1789, ch. 20, 1 Stat 73, s. 80-81.

W grudniu 1801 r. Charles Lee miał zatem podstawy, by uważać, że Sąd Najwyższy ma prawo do wydania *writ of mandamus*, nakazu sądowego, o jaki się ubiegał. Przypomnieć też trzeba jednego z sędziów, którego nazwisko sekretarz stanu John Marshall błędnie zapisał. Thomas Johnson miał zostać prezesem sądu okręgowego w Dystrykcie Kolumbii, ale odmówił, więc prezydent Jefferson wykorzystał okazję i na przewodniczącego sądu, w którym zasiadał William Cranch i James Marshall, powołał Republikanina Williama Kilty'ego. Nie potrzeba kreślenia scenariusza spisku Federalistów pod przewodnictwem Prezesa Sądu, by ocenić, jak sugeruje też Lawrence Goldstone, że Charles Lee mógł w tej sytuacji uznać za naturalne zwrócenie się z powództwem do swego dobrego kolegi, Johna Marshalla, aby ten mógł nakazem dopełnić procedury doręczenia, której sam uchybił w marcu³⁴. Wspomnijmy jeszcze o operacji nabycia przez Marshalla gruntów lorda Fairfaxa. Charles Lee był współnikiem Marshalla w tej transakcji, a Marshall starał się go następnie wykupić³⁵.

Instytucja *writ of mandamus* wywodziła się z *common law*, a po lekturze podręcznika Blackstone'a Charles Lee wiedział doskonale (podobnie jak Marshall), że tylko Sąd Ławy Królewskiej mógł wydawać takie nakazy, więc Sąd Najwyższy mógł być uznany za amerykański odpowiednik tego brytyjskiego organu. Robert J. Reinstein i Mark C. Rahdert wskazują na tak daleko idące podobieństwa między ujęciem artykułu 13 (*writ of mandamus*) i artykułu 14 (*writ of habeas corpus*) w ustawie o sądownictwie z 1789 r. a odpowiednimi fragmentami *Komentarzy* Blackstone'a, że nietrudno wyobrazić sobie, iż piszący amerykańską ustawę Oliver Ellsworth trzymał na biurku otwarty odpowiedni tom *Komentarzy*³⁶. Przypomnę wreszcie, że w kolejnych miesiącach przedstawiciele Federalistów konsultowali się z Marshalllem w sprawie reakcji na działania administracji Jeffersona, nadal był on bowiem uważany za dobrego Federalistę. Powództwo złożone przez Charlesa Lee było więc – z jego perspektywy – kierowane pod dobrym adresem, zwłaszcza że odmowa doręczenia powołań udaremniała część wysiłków Prezesa podejmowanych w ostatnich dniach prezydentury Adamsa.

Dlaczego Prezes podjął się rozpatrywania tej niewygodnej sprawy, jeśli ostatecznie uznał swój Sąd za niewłaściwy? Najpewniej w grudniu 1801 r. wcale nie uważał, że w Sądzie Najwyższym nie wolno prowadzić tego postępowania z powodu pominięcia pierwszej instancji. Na takie korzystne, „kreatywne” rozwiązanie wpadł w późniejszych miesiącach. Obecność Charlesa Lee miała w Sądzie Najwyższym rutynowy charakter, w samym grudniu 1801 r. reprezentował strony przed Sądem jeszcze w dwóch innych

³⁴ L. Goldstone, *The Activist...*, s. 187.

³⁵ L. Weinberg, *Our „Marbury”*, „Virginia Law Review” 2003, vol. 89, no. 6, s. 1408, przyp. 604.

³⁶ R.J. Reinstein, M.C. Rahdert, *Reconstructing Marbury*, „Arkansas Law Review” 2004-2005, vol. 57, s. 745-746.

sprawach³⁷, w lutym 1803 r. prowadził zaś przed Sądem dziesięć spraw³⁸. Sprawa *Marbury’ego* i trzech pozostałych pokrzywdzonych przedłożona przez dobrze znanego w Sądzie adwokata nie była aż tak bulwersująca, by odstępować od normalnego sposobu postępowania, czyli uruchomienia postępowania po wniesieniu powództwa. Nie byłaby to pierwsza ani ostatnia kontrowersyjna sprawa, którą Marshall rozstrzygał w Sądzie. Skłonny byłbym również przypisać znaczenie motywacji psychicznej Marshalla. Swoj Sąd starał się on chronić ugodowymi orzeczeniami, ale jeśli nadarzyła się okazja do rozliczenia przed nim Thomasa Jeffersona, osobistego wroga Prezesa, niegodnego objęcia prezydentury, to Marshall skwapliwie ze sposobności tej gotów był skorzystać. Krytyka postępowania Jeffersona będzie dominującym motywem napisanego przez Marshalla orzeczenia. Dopiero w kolejnym, 1802, roku stało się jasne, że Republikanie nie będą tolerować oporu ze strony sądów, nawet jeśli oznaczać to będzie ich znoszenie i ponowne tworzenie, byle tylko pozbyć się z nich Federalistów, oraz manipulowanie terminami sesji Sądu, aby nie pozwolić na jego posiedzenia przez cały rok. W grudniu 1801 r. poczucie pewności Marshalla nie było jeszcze tak nadszarpnięte, z nadzieją mógł też oczekiwać kolejnych wyborów do Kongresu i przyływu poparcia dla Federalistów.

Wykorzystam tu opis cenionego historyka, Johna A. Garraty’ego, który twierdzi, że po objęciu prezesury w Sądzie Marshall korzystał z każdej okazji do podważenia władzy nowego prezydenta, ale tych okazji było żałośnie mało. Jedną z nich było orzeczenie, że działanie Jeffersona w sprawie przejęcia statku było nielegalne. Śmiałych działań Marshalla, zdaniem tego historyka, nie popierali jego koledzy z Sądu. Gdy Marshall namawiał ich do odmowy podjęcia obowiązków w okręgach sądowych, podzielali oni jego ocenę prawną, ale nie chcieli podważać dawnej praktyki. Wątek ten kończy Garraty zdaniem: „Sfrustrowany Marshall spragniony był więc okazji do zaatakowania swego wroga, a gdy sprawa, która stała się znana jako *Marbury v. Madison*, pojawiła się przed Sądem w grudniu 1801 r., podjął ją z zapałem”³⁹. Ta zwięzła relacja nie jest trafna. Jak już wiemy, w sprawie przejęcia statku, a więc szkunera „Peggy”, Marshall kluczył, tak aby właśnie zadowolić Jeffersona. W sprawie strajku Sędziów Marshall również zachowywał się bardzo ostrożnie i przemyślnie, więc przeciwstawienie jego „śmiałych działań” oporowi pozostałych Sędziów zaciera sens opisywanej korespondencji między Sędziami. Zgodzić się jednak można z Garratym w jednej kwestii – w grudniu 1801 r. Prezes Marshall miał powody, by podjąć sprawę dającą sposobność do zaatakowania Jeffersona, jednakże w kolejnym roku Prezes zorientował się, że musi ją również rozstrzygnąć w ugodowy sposób.

Louise Weinberg stawia intrygującą hipotezę, zbieżną z powyższymi spekulacjami dotyczącymi złożonego nastawienia psychicznego Marshalla, gdy decydował się na roz-

³⁷ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 619, przyp. 47.

³⁸ *Ibidem*, s. 627, przyp. 1.

³⁹ J.A. Garraty, *The Case of the Missing Commissions*, [w:] idem (ed.), *Quarrels that Have Shaped the Constitution*, New York 1975, s. 7.

poczęcie postępowania w sprawie *writ of mandamus* przeciwko Madisonowi i stojącemu za nim Jeffersonowi. Marshall przez całe życie był kawalerzem. Pogoda ducha, figlarność była dominującą cechą jego charakteru, dzięki której zresztą tak łatwo zjednywał sobie ludzi, w wojsku, na salach rozpraw, w Kongresie i w Sądzie. Prawdopodobnie był jedynym w historii urzędującym Prezesem Sądu Najwyższego, który dla żartu odpłatnie niósł cudze zakupy z targu. Prokurator generalny Wirt dostrzegł w oczach Marshalla rozbawienie, gdy ten prowadził z demonstracyjną powagą posiedzenia Sądu. Nie należy odrzucać możliwości, iż Marshalla w grudniu 1801 r. cała sytuacja również bawiła, a powództwo *Marbury*'ego obiecywało kolejne atrakcje w postaci reakcji obozu władzy⁴⁰. Jeśli uwagi podważające sędziowskie cnoty Marshalla uznane miałyby zostać za nieuprawnione insynuacje, należy w odpowiedzi wyraźnie stwierdzić, że najbardziej przyczynił się do zakwestionowania prawidłowości postępowania w sprawie *Marbury v. Madison* Prezes Marshall przez sam fakt uczestnictwa w nim w charakterze sędziego.

John Marshall przystąpił do rozpatrywania sprawy, którą prowadził jego bliski kolega i partner w interesach, Charles Lee, przeciwko Madisonowi i Jeffersonowi, których Marshall był znanym politycznym i personalnym przeciwnikiem. Sprawa dotyczyła powołań sporządzonych ręką Marshalla i niedoręczonych z powodu jego zaniedbania. Dla wszystkich zainteresowanych oczywistym tłem sprawy była niezgoda nowego obozu władzy na zmiany w sądownictwie przeprowadzone przez Federalistów po tym, jak przegrali wybory. Marshall był pierwotnym współautorem ustawy o sądownictwie z 1801 r. oraz jej gorliwym, acz pospiesznym wykonawcą. W jeszcze większym pośpiechu realizował jako główny członek gabinetu Adamsa ustawę dotyczącą Dystryktu Kolumbii, ustanawiającą stanowiska sędziów pokoju, których reprezentant pojawił się przed nim w Sądzie. Te okoliczności wystarczająco uzasadniają ocenę, iż postępowanie w sprawie *Marbury v. Madison* było parodią wymiaru sprawiedliwości, ale w trakcie postępowania dowodowego bracia Marshallowie posunęli się jeszcze o krok dalej. Przychylni Marshallowi autorzy problem jego osobistego uwikłania w całą sprawę pomijają lub minimalizują, w narastającym zaś korpusie literatury „rewizjonistycznej” postępowanie Marshalla jest zwykle bardzo ostro krytykowane. Bruce Ackerman pisze o tupecie Marshalla i nazywa go zaślepionym politycznym stronnikiem (*blinkered partisan*)⁴¹. David A. Strauss stwierdza, że według dzisiejszych standardów brak wyłączenia się Prezesa ze sprawy był skandaliczny⁴². Sanford Levinson i Jack M. Balkin bardzo trafnie stwierdzają, że brak wyłączenia Marshalla bardzo wiele mówi o tym, co oznacza „niezależność sądownictwa”, którą sprawa *Marbury v. Madison* ma symbolizować. Autorzy dodają, że im więcej dowiadujemy się o tej sprawie, tym bardziej nasuwa się spostrzeżenie, że

⁴⁰ Zob. L. Weinberg, *Our „Marbury”*, s. 1263.

⁴¹ B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 136 i 141.

⁴² D.A. Strauss, *On Having Mr. Madison as a Client*, [w:] M. Tushnet (ed.), *Arguing Marbury v. Madison*, s. 40.

była ona przeciwieństwem niezależności⁴³. Orrin G. Hatch wyraził opinię, że z uwagi na zaniechanie doręczenia sprawa mogłaby nosić oznaczenie *Marbury v. Marshall*, a w dzisiejszych czasach tak wielki konflikt interesów mógłby doprowadzić do usunięcia Marshalla z Sądu⁴⁴.

Postępowanie Prezesa można próbować tłumaczyć tym, że gdyby wyłączył się ze sprawy *Marbury v. Madison*, powstałby problem kworum w Sądzie, gdyż poza nim w Waszyngtonie przebywało jeszcze tylko trzech Sędziów. Jednakże nieobecny Sędzia Moore dojechał po kilku dniach. Sam Marshall w liście z 1830 r. stwierdził, że wszystko, co uczynił w swoim życiu, jest znane i nie może dawać podstaw do krytyki zawartej w opublikowanej korespondencji Jeffersona. Zastrzegł jednak, że niezrozumiałe mogą być wyłącznie motywy, które skłoniły Sąd do wydania szczegółowego orzeczenia w sprawie *Marbury v. Madison*⁴⁵. Przychylił Marshallowi Jean E. Smith stawia pytanie, acz jedynie skryte w przypisach końcowych, dlaczego bezpośrednio zaangażowany w sprawę Marshall nie wyłączył się z niej. Również zwraca uwagę na nieobecność Sędziego Cushinga i Moore'a i wynikające z tego uzależnienie kworum w Sądzie od udziału Marshalla, ale przy tej okazji podkreśla, że gdyby Marshall pragnął, aby Sąd uchylił się od rozpatrzenia tej kłopotliwej sprawy, jego wyłączenie i zerwanie kworum byłoby znakomitym pretekstem. Zdaniem Smitha bardziej prawdopodobnym powodem, dla którego Marshall nie wyłączył się ze sprawy, była jego ocena, iż w tak złożonej i trudnej sytuacji sam znajdzie najlepsze rozwiązanie⁴⁶. Najwyraźniej Prezes pomimo oczywistego uwikłania bardzo chciał napisać orzeczenie w sprawie *Marbury v. Madison*, co wzmacnia hipotezy o jego szczególnym stosunku psychicznym do sprawy.

Nawet jeśli uwzględnimy, że w czasach Marshalla standardy dotyczące wyłączania sędziów ze spraw były nieukształtowane i pozostawione uznaniu sędziów⁴⁷, zachowanie Marshalla prowokuje do wyrażenia następujących opinii. Prezes Marshall był doskonale świadomy problemu związanego ze swym uwikłaniem w rozpatrywane sprawy, ponieważ w tym samym miesiącu, w którym rozstrzygał sprawę *Marbury v. Madison*, wyłączył się z innej, dalece ważniejszej sprawy, w której jego zaangażowanie było nieporównanie mniejsze. Podważa rzetelność Marshalla to, że w żaden sposób nie odniósł się do swego udziału w sprawie *Marbury v. Madison*. Jego udział jest starannie pominięty w sporządzonym przez niego końcowym orzeczeniu. Podobnie zresztą nie wyjaśnił Prezes, dlaczego wyłączył się w tej równoległej sprawie. Jak się przekonamy, udział uosabiającego sędziego we własnej sprawie Marshalla w postępowaniu z powództwa

⁴³ S. Levinson, J.M. Balkin, *What Are the Facts of Marbury v. Madison*, „Constitutional Commentary” 2003, vol. 20, no. 2, s. 264, przyp. 22.

⁴⁴ O.G. Hatch, *Modern Marbury Myths*, „University of Cincinnati Law Review” 1989, vol. 57, s. 893.

⁴⁵ Zob. B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 349, przyp. 68.

⁴⁶ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 624, przyp. 44.

⁴⁷ C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 170.

Marbury'ego odbiera wiarygodność dokonany przez niego ustaleniom faktycznym. Uważam, że prowadzenie postępowanie w sprawie *Marbury v. Madison* przez Johna Marshalla było pierwszym przejawem sprzeniewierzenia się przez niego powinności sędziowskiej w tym postępowaniu.

To właśnie ustalenie stanu faktycznego sprawiło największe kłopoty w sprawie. Okoliczność, że Sąd zajmował się powództwem Marbury'ego w pierwszej instancji, zrodziła, jak akcentuje R. Kent Newmyer, dodatkową trudność. Prawie zawsze Sąd dysponował aktami z sądów niższej instancji, więc nie zajmował się ustalaniem stanu faktycznego. W sprawie *Marbury v. Madison* nie tylko nie było żadnych akt, ale też osoby z administracji Jeffersona, z Madisonem na czele, odmówiły ujawnienia kluczowych dla sprawy okoliczności związanych z istnieniem niedoręczonych powołań⁴⁸.

Na barierę tę natknęli się powodowie już wcześniej. Według złożonych przez ich pełnomocnika Charlesa Lee pisemnych oświadczeń zwrócili się oni do Madisona w sprawie powołań. Madison odmówił ich przyjęcia i skierował ich do Jacoba Wagnera, kierownika biura w Departamencie Stanu. Wagner również nie był pomocny, stwierdził, że nie wie, co się stało z powołaniami, i skierował petentów do Leviego Lincolna, prokuratora generalnego, który tymczasowo pełnił przed Madisonem funkcję sekretarza stanu. Lincoln też nie był pomocny, więc powodowie skierowali się do Senatu, aby uzyskać potwierdzenie zatwierdzenia ich powołań. Senat zignorował ich wniosek, zatem zwodzeni tak Federaliści zwrócili się do Sądu Najwyższego⁴⁹.

Charles Lee wystąpił do Sądu z wnioskiem o wydanie wobec sekretarza stanu Madisona wezwania do złożenia wyjaśnień w sprawie. Formalnie oznaczało to wydanie zarządzenia zobowiązującego Madisona do przedstawienia powodów, ze względu na które Sąd nie powinien wydać nakazu doręczenia (zgodnie z oryginalną pisownią: *rule to shew cause*). 17 grudnia Lee przedstawił swą argumentację, a dzień później Sąd skierował do Madisona odpowiednie wezwanie. Przypomnijmy, że działo się to w miesiącu, w którym rozpoczął prace Siódmy Kongres, a w kręgach Republikanów zastanawiano się, jak potraktować odziedziczone po Adamsie sądy federalne, po wezwaniu Jeffersona, aby Kongres rozważył kwestie sądownictwa. Skutkiem wezwania skierowanego do Madisona było zmniejszenie oporu wśród Republikanów w Kongresie wobec uchylenia ustawy o sądownictwie. Senator Stevens Thomas Mason, siostrzeniec George'a Masona, zaraz po wezwaniu Sądu napisał do jego adresata, Jamesa Madisona: „Postępowanie Sędziów w tej sprawie wywołało powszechne oburzenie i doprowadzi do uchylenia ustawy o sądownictwie z ostatniej sesji, czego stosowność była przedmiotem wahania niektórych z naszych przyjaciół Republikanów”⁵⁰. Tak zaś zarządzenie Sądu skierowane

⁴⁸ R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court*, Baton Rouge 2001, s. 160-161.

⁴⁹ C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 96.

⁵⁰ Cyt. za: L.D. Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York 2004, s. 119.

do sekretarza stanu ocenił John Breckinridge: „Sądzę, że to najbardziej śmiały atak w całej historii Federalizmu. Pragnę, aby w następnym tygodniu przedstawiono w Senacie problem sądów”⁵¹. Zapowiedź ta nie była gołosłowna, w styczniu senator Breckinridge złożył projekt *Repeal Act*. W debatach nad tym projektem ustawy Republikanie odwoływali się także do niestosownego zachowania Sądu, który swym wezwaniem okazał gotowość do kontrolowania członków władzy wykonawczej⁵².

Mocno wyrazić trzeba w tym miejscu pewną uwagę. Dla Republikanów i Federalistów naprawdę istotna była kwestia uchylenia ustawy o sądownictwie z 1801 r. Postępowanie wszczęte przeciwko Madisonowi Republikanie postrzegali jako pomniejszą, irytującą prowokację, która pomogła stłumić opór umiarkowanych w ich szeregach, a ośmieliła radykalniejszych kongresmanów do zdeterminowanej realizacji istniejących już planów zniesienia sądów Federalistów. Rację ma jednak David A. Strauss, gdy w niewyszukany sposób stwierdza, że sprawa *Marbury v. Madison* była ważna z tego powodu, że mogła po prostu pomóc ustalić, kto tu rządzi⁵³. Stanowisko Republikanów w tej kwestii było jednoznaczne. Zaledwie wezwanie sekretarza stanu z ich partii do udziału w postępowaniu przed Sądem wzmogło retorsje z ich strony wobec sądów. Okręgowe sądy Federalistów zostały zniesione, protesty w tej sprawie zostały demonstracyjnie zlekceważone, Sądowi Najwyższemu przez ponad rok nie zezwolono na odbycie posiedzenia, a przeciwko poszczególnym Federalistom w sądach uruchomiono procedurę *impeachmentu*. Skoro ledwie wstępna próba sędziowskiej kontroli poczynił egzekutywy doprowadziła do tak gniewnej reakcji organów władzy politycznej, to jak można byłoby wyobrazić sobie tolerowanie przez Republikanów orzeczenia Sądu, które zadekretowałoby sędziowską kontrolę nad władzą ustawodawczą? Godziłoby to w podstawę poglądów Republikanów, którzy źródło władzy widzieli w mandacie udzielonym przez naród. Podczas kryzysu konstytucyjnego na początku 1801 r., kiedy Izba Reprezentantów w kolejnych głosowaniach próbowała dokonać wyboru prezydenta, Albert Gallatin, jeden z liderów Republikanów, przedstawił plan reakcji swego stronnictwa na działania Federalistów, usiłujących nie dopuścić do przejścia prezydentury przez Jeffersona poprzez wyznaczenie prezydenta tymczasowego. W zaakceptowanym przez klub parlamentarny planie jedną z rozważonych możliwości było przeprowadzenie nowych wyborów prezydenckich w celu przerwania impasu. Republikanie akceptowali nowe wybory, które mogłyby także doprowadzić do zwycięstwa kandydata Federalistów, o ile Federaliści we władzach stanowych nie manipulowałiby regułami wyborczymi. Bruce Ackerman podkreśla, że było to świadome przyjęcie nowej zasady konstytucyjnej, która zastąpiła ideę z aktu założycielskiego z 1787 r.: prezydentura należy do kandydata tej partii, która zdobyła

⁵¹ Zob. J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 176.

⁵² Zob. G.L. Haskins, H.A. Johnson, *Foundations of Power. John Marshall, 1801-1815*, New York 2010, s. 164, *History of the Supreme Court of the United States*, vol. 2.

⁵³ D.A. Strauss, *On Having Mr. Madison...*, s. 44.

mandat wyborczy od narodu⁵⁴. Utrwalone przekonanie, jakoby w orzeczeniu *Marbury v. Madison* ustanowiono kontrolę konstytucyjności ustaw, a Republikanie zaakceptowali ten wyrok Sądu Marshalla wyrażający federalistyczne credo: elity ponad ludem lub nie zorientowali się, co ustanawia Prezes Marshall, to całkowicie błędny osąd, opierający się na wyparciu ze świadomości faktycznego kontekstu ustrojowego w latach 1801-1803.

Gdy Charles Lee uzasadniał swój wniosek przed Sądem 17 grudnia 1801 r., w pomieszczeniu (Committee Room Two) znajdującym się w północnym skrzydle nieukończonego Kapitolu, w sali znajdował się także prokurator generalny Levi Lincoln, który śledził przebieg sprawy, ale w odpowiedzi na wezwanie Prezesa o ustosunkowanie się do wniosku Lee stwierdził, że nie ma żadnych instrukcji w tej sprawie i pozostawia rzecz uznaniu Sądu. 18 grudnia Marshall wydał wstępną decyzję. Powództwo zostało przyjęte, postępowanie wszczęte, a „Maddison” (jak konsekwentnie nazywano sekretarza stanu w zarządzeniu) wezwany został do złożenia wyjaśnień i przedstawienia powodów, dla których Sąd miałby nie wydać nakazu doręczenia powołań zgodnie z żądaniem powodów. Prezes zdecydował też, że wysłuchanie stron odbędzie się czwartego dnia sesji w czerwcu 1802 r.⁵⁵

Tylko skrótowe i pobieżne wypowiedzi w środowisku naukowym na temat sprawy *Marbury v. Madison* pomijają spekulacje co do motywacji Marshalla i Jeffersona. Nic nie wskazuje na to, żeby Prezes ulegał złudzeniu, że prowadzi rutynowe postępowanie w sprawie niedoręczonych dokumentów. Nawet gdyby pominąć jego postępowanie w 1801 r., w postaci głębokiego zaangażowania w konflikt z Republikanami, potencjalną próbę przejścia prezydentury i zasadniczy udział w wypełnieniu sądów wiernymi Federalistami, a następnie pełne manipulacji wypowiedzi orzecznicze korzystne dla nowych władz i samego Jeffersona, John Marshall musiał być świadom, że samo objęcie postępowaniem sądowym działań sekretarza stanu będzie niebezpieczne dla Sądu. Wielce wymowna była obecność Levia Lincoln, który nie zastępował dystansującego się od postępowania Madisona, ale początkowo ograniczał się jedynie do baczego obserwowania rozwoju wydarzeń na sali sądowej. Oczywiście było, że Madison i Jefferson byli niezwłocznie informowani o kolejnych posunięciach Sądu. Wszelkie wnikliwsze opisy sprawy *Marbury v. Madison* obejmują spekulacje co do motywacji Marshalla i Jeffersona, które są wielce niepewne wobec braku wyznań obu postaci na ten temat. Warto przytoczyć w tym miejscu dobrze ujęte słowa z opracowania, w którym autorzy podejmują próbę rekonstrukcji całej sprawy i obalenia mitów z nią związanych:

Thomas Jefferson i John Marshall byli mistrzami strategii i taktyki. Dla tych z nas, którzy nie posiadają takich przymiotów, bezcelowa wydaje się próba przewidzenia z jakąkolwiek dozą pewności, co zrobiłby Jefferson, jak zareagowałby na to Marshall

⁵⁴ B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 80-85.

⁵⁵ Zob. szerzej C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 94-99.

i co następnie uczyniłby Jefferson. Niezależnie od tego niepewność co do zachowania nieprzeniknionego niczym Sfinks prezydenta mogła wywrzeć wpływ na obrady Sądu⁵⁶.

Słowa te trafnie wyrażają naszą niewiedzę, ale też ich autorzy celnie sugerują, że obaj główni uczestnicy tej rozgrywki byli świadomi, że w niej uczestniczą, i reagowali na swe posunięcia. Wysoce symboliczna była też w całej sprawie postać wezwanego do złożenia wyjaśnień sekretarza stanu. Choć jego nazwisko widnieje w nazwie orzeczenia, był on w rzeczywistości w tym postępowaniu postacią drugoplanową, podobnie jak William Marbury. Był to jednakże sam James Madison, *Father of the Constitution*, główny architekt przemiany Konfederacji w Stany Zjednoczone, autorytet dla młodego Marshalla, gdy obaj zabiegali o ratyfikację Konstytucji w Wirginii. Zdaniem Louise Weinberg, autorki obszernego studium na temat orzeczenia *Marbury v. Madison*, wezwanie skierowane do Madisona było ze strony Marshalla także przejawem sporego tupetu. Z tą oceną można się zgodzić, zwłaszcza gdy uwzględni się niestosowność udziału samego Marshalla w tym postępowaniu. Weinberg przydaje jednak temu wezwaniu o wiele większego znaczenia. Stwierdza, że rzucając wyzwanie większemu graczowi, Marshall wzmacniał swój prestiż, a wręcz przejął pieczę nad przyszłością Konstytucji, ponieważ Sąd zajął się kryzysem politycznym, który szybko przeistaczał się w kryzys konstytucyjny, czyli walką Federalistów i Republikanów o wpływy w sądownictwie. Marshall, na co dzień niezwykle sympatyczny, rozgniewał się – kończy dramatyczną nutą ten wątek Weinberg⁵⁷. Tę interpretację uważam za nietrafną w tak wysokim stopniu, iż zestawienie jej z faktycznym wynikiem owego wyzwania rzuconego Madisonowi i Jeffersonowi powoduje, że słowa autorki o zagniewanym Marshallu przejmującym pieczę nad Konstytucją nabierają wbrew intencjom satyrycznego wydźwięku. Znacznie trafniejsza jest ocena Burta Neuborne'a, który określa poczynania Kongresu, prezydenta i Sądu Najwyższego w sprawie Marbury'ego prawniczą farsą w trzech aktach⁵⁸.

Materiał historyczny, zrekonstruowany zwłaszcza w ostatnich dekadach, pozwala na postawienie tezy, iż nawet jeśli w grudniu 1801 r. Marshall wraz z pozostałymi Sędziami zamierzali asertywnie zająć się kryzysem konstytucyjnym, to na przestrzeni kolejnych kilkunastu miesięcy wszelkie wątpliwości Sędziów co do powagi sytuacji musiały ulec rozwianiu. Krytyka i groźby ze strony Republikanów pojawiły się natychmiast po skierowaniu przez Marshalla wezwania do Madisona. 19 grudnia Jefferson napisał w przytaczanym powyżej liście następujące słowa o przeciwnikach jego partii, którzy schronili się w sądach niczym w twierdzy: „Tam resztki federalizmu mają zostać zachowane i żywione ze skarbu państwa, z tego stanowiska bojowego wszystkie dokonania republikanizmu mają zostać zniweczone i zatarte. Poprzez nieuczciwe wykorzystanie

⁵⁶ R.J. Reinstein, M.C. Rahdert, *Reconstructing Marbury*, s. 753, przyp. 123.

⁵⁷ L. Weinberg, *Our „Marbury”*, s. 1261-1262.

⁵⁸ B. Neuborne, *Serving the Syllogism Machine...*, s. 19.

Konstytucji, która nadała sędziom nieusuwalność, pomnożyli niepotrzebnych sędziów tylko po to, żeby wzmocnić swoją falangę”.⁵⁹ Kilka dni później senator Breckinridge pisał w liście do Jamesa Monroe: „Skutki takiego zamachu na władzę wykonawczą uważane są tu za wyniosłe nadużycie władzy sędziowskiej. (...) Intencją tych panów jest napiętnowanie władzy wykonawczej i danie opozycji powodu do ubliżania i oczerniania (...) Mogą sądzić, że wywyższy to stan sędziowski, ale uważam, że się mylą”⁶⁰. Przytaczałem też powyżej oskarżenia formułowane w prasie Republikańców. Jak pisze Gordon S. Wood, Republikanie w Kongresie prowokowali Sąd do podważenia dokonanego przez nich uchylenia ustawy o sądownictwie z 1801 r. Kongresman Nicholas z Wirginii zapowiedział: „Jeśli Sąd Najwyższy uzurpował sobie będzie to uprawnienie i uzna niekonstytucyjność naszej ustawy, zmusi nas to do działania. Nasz obowiązek jest jasny”⁶¹.

W marcu i kwietniu 1802 r. Republikanie zreorganizowali swymi ustawami sądownictwo federalne, udaremniając też możliwość dokończenia postępowania w sprawie powołania Marbury’ego na planowanej czerwcowej sesji. Dla Sędziów Sądu Najwyższego „kontrrreformacja” ze strony Republikańców oznaczała też konieczność powrotu do uciążliwego objeżdżania okręgów sądowych. W marcu 1803 r. Republikanie pod przywództwem Jeffersona rozpoczęli zaś procedurę usunięcia ze stanowiska w ramach *impeachmentu* sędziego federalnego z New Hampshire, Johna Pickeringa (nie mylić z pojawiającym się na wcześniejszych stronach sekretarzem stanu Timothyem Pickeringiem). Była to druga po sprawie senatora Blounta i pierwsza udana próba usunięcia ze stanowiska członka władz federalnych, a Pickering wykazywał ewidentne oznaki nieźrównoważenia psychicznego, ale szerzyły się pogłoski, zwłaszcza wśród członków Kongresu, że uruchomi to falę kolejnych oskarżeń i próbę usunięcia Sędziów Sądu Najwyższego, z Prezesem Marshalllem na czele⁶².

Zdaniem Lawrence’a Goldstone’a w Waszyngtonie spodziewano się poddania Marshalla *impeachmentowi* już w okresie, gdy rozpatrywał sprawę „Amelii”⁶³. Wzorce wyznaczali Republikanie z Pensylwanii, którzy zdobyli władzę w tym stanie w 1799 r. i pod wodzą gubernatora McKean’a przystąpili do ataku na Federalistów w sądach stanowych, doprowadzając do usunięcia sędziego Addisona, gorliwie egzekwującego ustawy o cudzoziemcach i działalności wywrotowej. Następnie próbowali zmienić konstytucję stanową, m.in. proponując usuwanie sędziów na podstawie adresu legislatury stanowej uchwalanego większością zwykłą⁶⁴.

⁵⁹ Cyt. za: D. Alfange Jr., *Marbury v. Madison and Original Understandings...*, s. 358-359.

⁶⁰ Cyt. za: C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 99-100.

⁶¹ G.S. Wood, *Empire of Liberty. A History of the Early Republic, 1789-1815*, New York 2011, s. 440.

⁶² C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 130.

⁶³ L. Goldstone, *The Activist...*, s. 179.

⁶⁴ Zob. szeroko E.K. Henderson, *The Attack on the Judiciary in Pennsylvania, 1800-1810*, „The Pennsylvania Magazine of History and Biography” 1937, vol. 61, no. 2, s. 113 i n.

Na szczęblu federalnym, po udanym usunięciu z urzędu sędziego Pickeringa, traktowanym jako „próba kostiumowa”⁶⁵, w Kongresie rozpoczęto procedurę *impeachmentu* wobec Sędziego Sądu Najwyższego, Samuela Chase’a, oraz rozważano objęcie zarzutem także sędziego okręgowego Petersa, za sprawę, w której orzekął z Chase’em⁶⁶. Gdyby próba usunięcia z Sądu Sędziego Chase’a się powiodła, prawdopodobnym następnym oskarżonym byłby Prezes Marshall. Senator Giles zapowiedział to wprost: „nie tylko pan Chase, ale wszyscy pozostali Sędziowie Sądu Najwyższego, poza ostatnio powołanym, muszą być poddani *impeachmentowi* i usunięci”⁶⁷. Tym ostatnio powołanym był Sędzia Johnson, powołany przez Jeffersona w 1805 r. Inny sojusznik Jeffersona, senator Plumer, powiedział, że Sędziowie Sądu Najwyższego muszą poleć, są potępiani przez prezydenta i przez Izbę oraz muszą zostać usunięci, aby nie zawadzali administracji⁶⁸. Wcześniejsze pogroźki Gilesa, kierującego większością Republikanów w Senacie, warto zacytować szerzej, ponieważ jednoznacznie wyrażały zamiary stronników Jeffersona i ich postrzeganie roli Sądu w trwającym konflikcie:

Wszyscy Sędziowie Sądu Najwyższego (...) muszą być poddani *impeachmentowi* i usunięci (...) a jeśli ośmielą się, jak to uczynili, orzec niekonstytucyjność ustawy Kongresu lub skierować nakaz do Sekretarza Stanu, jak to uczynili, to niewątpliwym prawem Izby Reprezentantów jest postawienie ich w stan oskarżenia, a prawem Senatu usunięcie ich, za wyrażanie takich opinii (...) Usunięcie w drodze *impeachmentu* jest niczym innym jak następującą deklaracją Kongresu: wyznajecie niebezpieczne poglądy (...) Chcemy waszych urzędów, żeby dać je ludziom, którzy lepiej je obsadzą⁶⁹.

Dodatkowo Giles twierdził, że *impeachment* wobec sędziów wcale nie musi opierać się na zarzutach kryminalnych, a polegać może na zbadaniu przez obie izby Kongresu, czy korzystniejsze nie będzie zajmowanie urzędu publicznego przez inną osobę⁷⁰. W świetle tych wydarzeń i zapowiedzi uważam za wysoce prawdopodobne, iż odmowa podjęcia obowiązków okręgowych przez Sędziów w 1802 r. tylko przyspieszyłaby postawienie ich w stan oskarżenia. Bardzo zręcznym posunięciem ze strony Republikanów okazało się usunięcie sesji Sądu Najwyższego, gdyż pozwoliło to na zneutralizowanie w kluczowym okresie opozycyjnego organu władzy. Od kwietnia 1802 r. w poszczególnych stanach organizowane też były wybory do Ósmego Kongresu. Problem sądownictwa był głównym

⁶⁵ J.E. Semonche, *Keeping the Faith. A Cultural History of the U.S. Supreme Court*, Lanham 1998, s. 62

⁶⁶ M.J. Gerhardt, *What's Old is New Again*, „Boston University Law Review” 2006, vol. 86, no. 5, s. 1293.

⁶⁷ Cyt. za: A.A. Perlin, *The Impeachment of Samuel Chase. Redefining Judicial Independence*, „Rutgers Law Review” 2010, vol. 62, no. 3, s. 728.

⁶⁸ H.G. Unger, *John Marshall. The Chief Justice Who Saved the Nation*, Boston 2014, s. 215-217.

⁶⁹ Cyt. za: P.W. Kahn, *The Reign of Law. Marbury v. Madison and the Construction of America*, New Haven 1997, s. 14.

⁷⁰ I. Unah, *The Supreme Court in American Politics*, New York 2010, s. 5.

punktem spornym w tych wyborach, obszernie podejmowanym przez tytuły prasowe obu skonfliktowanych stronnictw. Mimo wysiłków Federalistów wybory zakończyły się ich druzgocącą klęską, spotęgowaną przez powiększenie Kongresu na podstawie wyników spisu ludności z 1800 r. W Izbie Reprezentantów zasiadło 102 Republikanów i tylko 39 Federalistów, w Senacie zaś 22 Republikanów i 9 Federalistów⁷¹.

Niekorzystne dla Federalistów wyniki wyborów w 1802 r. wpłynęły na odrzucenie przez Kongres memoriału sędziów domagających się przywrócenia im stanowisk, a za-inspirowanych głośnym protestem sędziego Bassetta. W jednej z lokalnych gazet tak skarcono Bassetta i jego zięcia Bayarda: niech nie dowodzą siły swej partii bagnetami, ale niech wystawią ją na próbę w postaci głosów wyborców⁷². Omawiając tę kwestię, Bruce Ackerman stawia intrygującą hipotezę. Gdyby w Kongresie większość Federalistów mogła powołać się na poparcie narodu, Kongres mógłby wystosować żądanie do prezydenta, aby prokurator generalny uruchomił postępowanie w sprawie *United States v. Bassett*, tak aby sporną kwestię zgodności z Konstytucją *Repeal Act* rozstrzygnięto w sądach. W takim rozwoju wypadków właśnie ta sprawa stałaby się podstawą amerykańskiego modelu kontroli konstytucyjności prawa, który nabrałby cech kontroli abstrakcyjnej, uruchamianej podobnie jak w modelu kontynentalnym przez organy władzy i parlamentarzystów⁷³.

W tych niesprzyjających warunkach politycznych Sędziowie, pomimo dwuznacznych namów Prezesa Marshalla, zdecydowali się jesienią 1802 r. na powrót do sądów okręgowych. Biorąc pod uwagę zniesienie przez Republikanów sesji Sądu w tym samym roku, w pewnym sensie Prezes i pozostali Sędziowie zostali faktycznie zesłani na prowincję, z dala od stolicy⁷⁴. W okręgach zostali poddani kolejnej próbie ze strony Federalistów. Pisałem powyżej o kontrataku Federalistów składającym się z trzech elementów. Nie powiodła się próba nakłonienia Sędziów do strajku. Bezskuteczny był również memoriał sędziów ze zlikwidowanych sądów skierowany do Kongresu. Skoro jednak Sędziowie wrócili do okręgów, Federaliści, w tym Charles Lee, w skoordynowanej kampanii skierowali do nich pozwy podważające właściwość ponownie ustanowionych sądów okręgowych. Wcześniejsze niepowodzenie starano się w ten sposób przekuć na zwycięstwo. Gdyby Sędziowie Sądu Najwyższego w okręgach uznali zasadność zarzutów Federalistów, ocena konstytucyjności ustawy uchylającej (*Repeal Act*) byłaby przesądzona. Gdyby zaś w postępowaniu odwoławczym sprawy trafiły do Sądu Najwyższego, Federaliści mogli liczyć na to, że Sędziowie podtrzymają swe decyzje z sądów okręgowych i na forum naczelnego sądu federacji stwierdzą autorytatywnie niekonstytucyjność działań Republikanów.

⁷¹ B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 176-177.

⁷² J. Glickstein, *After Midnight. The Circuit Judges and the Repeal of the Judiciary Act of 1801*, „Yale Journal of Law & the Humanities” 2012, vol. 24, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1809207>, s. 568.

⁷³ B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 178-179.

⁷⁴ H.G. Unger, *John Marshall...*, s. 205.

Przypomnę zaś, że sprawa niedoręczonych powołań dla sędziów pokoju była błaha i regulowana ustawą ograniczoną do Dystryktu Kolumbii, natomiast likwidacja sądów okręgowych i pozbawienie stanowisk powołanych do nich sędziów dotyczyło ściśle konstytucyjnej kwestii. Akhil Reed Amar wyjaśnia to w sposób następujący. Angielska ustawa o następstwie tronu z 1701 r., *Act of Settlement*, obiecywała sędziom zajmowanie stanowisk „quamdiu se bene gesserint”, pod warunkiem właściwego zachowania, ale nie w sposób zależny od uznania podmiotu powołującego sędziego. W praktyce nie była to gwarancja nieusuwalności, izby Parlamentu mogły bowiem uchwalić adres powodujący usunięcie sędziego. Sędziowie w koloniach amerykańskich byli pozbawieni nawet takiej niepełnej gwarancji, władza wykonawcza mogła ich zwalniać, a władza ustawodawcza pozbawić wynagrodzenia. We wczesnych konstytucjach stanowych obiecywano sędziom, na wzór *Act of Settlement*, utrzymanie stanowiska pod warunkiem właściwego czy nienagannego postępowania, tj. *during good behaviour*, ale również dopuszczano usunięcie sędziów z woli lokalnej legislatury. Artykuł III Konstytucji z 1787 r. stanowił więc prawdziwy przełom, ponieważ zawarta w nim gwarancja pełnienia urzędu przez sędziego *during good behaviour* rozumiana była w ten sposób, że sędzia federalny może zostać usunięty ze stanowiska w wyniku postępowania prawnego, *impeachmentu*, inicjowanego w Izbie Reprezentantów, a rozstrzyganego w Senacie większością dwóch trzecich głosów, lub w wyniku postępowania przed sądem. Zgodnie z artykułem II sekcja 4 usunięcie z urzędu może nastąpić po skazaniu za zdradę, przekupstwo lub inne ciężkie przestępstwa i przewinienia (*high crimes and misdemeanors*). Republikanie w 1802 r. nie wykazali żadnych przestępstw ani przewinień usuwanych sędziów. Ustawa uchylająca ustawę o sądownictwie z 1801 r. została uchwalona większością zwykłą i była w praktyce odpowiednikiem kolonialnego czy angielskiego adresu parlamentarnego powodującego usunięcie sędziego⁷⁵.

W czterech z sześciu istniejących okręgów sądowych w toczących się postępowaniach Federaliści zakwestionowali legalność postępowań z udziałem Sędziów, a tym samym domagali się uznania przez nich, że *Repeal Act* i *Amendatory Act*, na których podstawie orzekali w okręgach, były niezgodne z Konstytucją. W ślad za Lawrence'em Goldstone'em można uznać, iż były to sprawy mające pobudzić składy orzekające do wydania orzeczenia, którego znaczenie wykraczałoby poza konkretny spór prawny, a więc były to tzw. *test cases*, nieodległe od współczesnych wniosków uruchamiających abstrakcyjną kontrolę prawa⁷⁶.

Taki sposób uruchamiania postępowania znany był już wcześniej. Administracja prezydenta Washingtona doprowadziła do wydania w 1796 r. przez Sąd Najwyższy orzeczenia w sprawie *Hylton v. United States*, żeby uzyskać sądowe potwierdzenie legalności nałożonego podatku od powozów i zneutralizować w ten sposób opór społeczny.

⁷⁵ Zob. A.R. Amar, *America's Constitution. A Biography*, New York 2006, s. 220-225.

⁷⁶ L. Goldstone, *The Activist...*, s. 202.

Przedstawiciele władz namówili Daniela Hyltona do udziału w postępowaniu, opłacając jego adwokata i obiecując mu ograniczenie skutków niekorzystnego wyroku. Hylton nieprawdziwie podał, że nie zapłacił podatku od 125 powozów, choć posiadał tylko jeden. To pozwoliło Sądowi Najwyższemu zająć się sprawą i wydać pożądane orzeczenie, choć należność podatkowa za jeden powóz w wysokości 16 dolarów pomnożona przez fikcyjne 125 wynosiła równe 2 tysiące dolarów, podczas gdy przepisy ustawy o sądownictwie z 1789 r. wymagały, aby przedmiot sporu przekraczał tę sumę. Sędziowie uprzejmie nie dostrzegli też innych utrudnień proceduralnych⁷⁷. Jak oszacował Edward B. Whitney, w rzeczywistości w całej Wirginii nie znajdowało się wtedy tyle powozów, ile posiadać miał sam Hylton do własnego użytku⁷⁸. Może to brzmieć przesadnie, ale szacunek ten może być trafny, ponieważ ustawa o podatku od powozów przewidywała różne stawki w zależności od typu pojazdu (odpowiednik współczesnego różnicowania na podstawie pojemności silnika), a Hylton utrzymywał, że dysponuje flotyllą pojazdów określanych wówczas mianem *chariot*, stanowiących najwyraźniej odpowiednik limuzyn i podlegających stawce podatku ustępującej tylko karetom, a osmiokrotnie wyższej od stawki podstawowej. Sędziowie musieli dobrze wiedzieć, że Hylton, samozwańczy potentat powoźnictwa, fantazjuje. Jak sądzę, drobna informacja pozwoli na zrozumienie tolerancji Sądu. Kwotę 2 tysięcy dolarów jako wartość należności w sprawie powozów „zasugerował Alexander Hamilton”⁷⁹, do stycznia 1795 r. sekretarz skarbu, a po rezygnacji z urzędu nadal będący powiernikiem i doradcą Washingtona. Hamilton jeszcze jako sekretarz skarbu miał duży wpływ na przygotowanie taktyki strony rządowej i świadomie tworzył fikcję prawną, w ówczesnych warunkach bowiem absurdem byłoby posiadanie przez jedną osobę tak wielkiej liczby powozów, że należność podatkowa wyniosłaby aż 2 tysiące dolarów⁸⁰. Po latach prezydent Martin Van Buren uznał orzeczenie Hylton za przejaw braku lojalności Federalistów wobec Konstytucji, a wykorzystanie Sądu do zatwierdzenia polityki fiskalnej Hamiltona za wyraz świadomości, że polityka ta nie miała większościowego poparcia⁸¹.

Argumentacja Federalistów w faktycznie abstrakcyjnych wnioskach składanych w 1802 r. w poszczególnych sądach okręgowych sprowadzała się do zarzutów dotyczących sedna sporu z Republikanami co do władzy sądowniczej i była powtórzeniem zastrzeżeń wypowiadanych podczas debat w Kongresie nad *Repeal Act*. Prawnicy Federalistów

⁷⁷ L.D. Kramer, *The People Themselves...*, s. 103.

⁷⁸ E.B. Whitney, *The Income Tax and the Constitution*, „Harvard Law Review” 1907, vol. 20, no. 4, <http://dx.doi.org/10.2307/1322450>, s. 283.

⁷⁹ J. Goebel Jr., *Antecedents and Beginnings to 1801*, New York 2010, s. 680, *History of the Supreme Court of the United States*, vol. 1.

⁸⁰ R.P. Frankel Jr., *Before Marbury. Hylton v. United States and the Origins of Judicial Review*, „Journal of Supreme Court History” 2003, vol. 28, no. 1, <https://doi.org/10.1111/1540-5818.00052>, s. 4.

⁸¹ S.M. Engel, *American Politicians Confront the Court. Opposition Politics and Changing Responses to Judicial Power*, New York 2011, s. 141 i przyp. 42.

twierdzili, że Kongres nie miał prawa do przeniesienia postępowań prowadzonych w sądach ustanowionych na podstawie ustawy o sądownictwie z 1801 r. Twierdzili też, że niezgodne z Konstytucją jest orzekanie Sędziów Sądu Najwyższego w okręgach. Przede wszystkim zaś zarzucali Kongresowi usunięcie z urzędu sędziów, którzy nie naruszyli prawa⁸². Argumenty te zostały odrzucone przez Sędziów.

Najpierw Sędzia Bushrod Washington, orzekający we wrześniu 1802 r. w Hartford, w stanie Connecticut, po rozpoczęciu posiedzenia wysłuchał zarzutu, iż sąd jest niewłaściwie obsadzony, ponieważ dwa trwające postępowania powinni rozpatrzyć sędziowie powołani przez prezydenta Adamsa. Sędzia Washington natychmiast oddalił wniosek i nakazał dalsze prowadzenie spraw. W kolejnym przypadku, w Bostonie, Sędzia Cushing co prawda odroczył po tożsamym wniosku postępowanie do kolejnego dnia, ale zapewne doszło w tym czasie do ostrej rozmowy z wnioskodawcą, dzień później bowiem, jak się podkreśla, wyraźnie zawstydzony wycofał on swój wniosek. Kolejnym adresatem podobnego zarzutu był Sędzia Paterson orzekający w New Jersey, który również go bezwzględnie odrzucił⁸³. Wielu badaczy sądziło, że w tej ostatniej sprawie autorem wniosku był usunięty z urzędu sędzia okręgowy Joseph Reed, ale jak wykazał Jed Glickstein, to nieporozumienie wynikające z błędnej interpretacji tej sprawy dokonanej w 1922 r. Reed nie był sędzią, a autorem zarzutu, stanowiącego część strategii Federalistów, był jego przeciwnik procesowy, Joseph Prudden⁸⁴.

Ostatnia, najważniejsza z czterech spraw toczyła się w Richmond, w stanie Wirginia. W ramach prywatnego sporu o zwrot długu między Johnem Lairdem a Hugh Stuartem i Charlesem Carterem Laird uzyskał korzystne orzeczenie w grudniu 1801 r. w federalnym sądzie Czwartego Okręgu. Stuart i Carter nie wykonali wyroku, a gdy Laird ubiegał się o jego egzekucję, zniesiono pierwotny sąd okręgowy i sprawa została przeniesiona do sądu przywróconego przez Republikanów, określonego teraz jako sąd Piątego Okręgu, w którym w grudniu 1802 r. Laird ponownie uzyskał korzystne rozstrzygnięcie. Stuart wówczas zakwestionował właściwość tego sądu, zgodnie z powyższą argumentacją Federalistów. Gdy sąd odrzucił jego argumenty, Stuart, reprezentowany przez Charlesa Lee, zwrócił się do Sądu Najwyższego⁸⁵. W ten sposób doprowadzono do wydania orzeczenia *Stuart v. Laird*, które tak bardzo nie pasuje do mitologii amerykańskiej kontroli konstytucyjności prawa, że zostało skrzętnie wyparte ze świadomości badaczy na dwa stulecia.

W wydanej w 2005 r. „biografii” amerykańskiej Konstytucji Akhil Reed Amar ocenił, że większość prawników, w tym wielu profesorów prawa, nigdy nie słyszało o tej

⁸² L.D. Kramer, *The Pace and Cause of Change*, „John Marshall Law Review” 2004, vol. 37, no. 2, s. 366.

⁸³ Zob. J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 310-311.

⁸⁴ J. Glickstein, *After Midnight...*, s. 556-557.

⁸⁵ Zob. m.in. G.E. White, *Law in American History*, vol. 1: *From the Colonial Years Through the Civil War*, New York 2012, s. 209; L. Weinberg, *Our „Marbury*, s. 87-89; G.L. Haskins, H.A. Johnson, *Foundations of Power...*, s. 180-181.

sprawie⁸⁶. Pomijana lub marginalizowana była ona do niedawna nawet w obszernych opracowaniach na temat Sądu. Dla przykładu, w odpowiedniej części najobszerniejszej, wielotomowej historii Sądu Najwyższego sprawie tej zasadniczo poświęcono jedynie dwie strony. George Lee Haskins trafnie łączy ją co prawda z orzeczeniem w sprawie *Marbury v. Madison*, ale w nikłym komentarzu ogranicza się do zacytowania, najwyraźniej z aprobatą, innego badacza, którego zdaniem orzeczenie w sprawie *Stuart v. Laird* było uderzającym przykładem niezależności i apolityczności amerykańskiego sądownictwa⁸⁷. W cieszącej się uznaniem *Historii Sądu Najwyższego* z 1993 r. autorstwa Bernarda Schwartza zdawkowa wzmianka o tym orzeczeniu pojawia się w jednym akapicie⁸⁸. Podobnie tylko jedno, uzupełniające zdanie poświęcają temu orzeczeniu autorzy historii Sądu wydanej w 2007 r.⁸⁹ W popularnej społecznej historii Sądu⁹⁰, wydanej w 1999 r., której autorem jest Peter Irons, zajmujący się Sądem Najwyższym przez wiele dziesięcioleci, sprawa *Stuart v. Laird* w ogóle nie została dostrzeżona. Podobnie nie pisze o tej sprawie Paweł Laidler w swej zajmującej książce poświęconej Sądowi Najwyższemu⁹¹ ani Ryszard M. Małajny w wielopłaszczyznowym i okazałym „raporcie końcowym”, jak to sam określa, ze swych dotychczasowych badań nad ustrojem amerykańskim, wydanym pod tytułem *Amerykański prezydencjalizm*⁹². Nie zwróciłem sam uwagi na sprawę *Stuart v. Laird*, pisząc w 2004 r. krótkie opracowanie na temat genezy amerykańskiego modelu *judicial review*⁹³. Żartobliwie można stwierdzić, że objęcie tego kluczowego, a wstydliwego orzeczenia zbiorową niepamięcią znalazło wyraz w pracy Grzegorza Górskiego poświęconej historii Sądu Najwyższego do 1930 r. Rzut oka na spis orzeczeń zamieszczony na ostatnich stronach książki sugerowałby, że również w niej orzeczenie *Stuart v. Laird* nie zostało uznane za znaczące, gdyż nie widnieje tam ono. To jednak jedynie pomyłka redakcyjna, choć nabierająca symbolicznego wydźwięku, ponieważ we właściwym tekście Grzegorz Górski nie tylko omawia syntetycznie to orzeczenie, ale też bardzo zasadnie wskazuje na jego znaczenie w konflikcie Republikanów z Federalistami⁹⁴.

W podstawowym zakresie nietrudno zrozumieć powody tego powszechnego lekceważenia orzeczenia, które – jak się przekonamy – nakazuje radykalnie odmienne od obowiązującego odczytanie orzeczenia w sprawie *Marbury v. Madison*. Ton nadał sam

⁸⁶ A.R. Amar, *America's Constitution...*, s. 223.

⁸⁷ G.L. Haskins, H.A. Johnson, *Foundations of Power...*, s. 181.

⁸⁸ B. Schwartz, *A History of the Supreme Court*, New York 1995, s. 31.

⁸⁹ P.Ch. Hoffer, W. Hull Hoffer, N.E.H. Hull, *The Supreme Court. An Essential History*, Lawrence 2007, s. 54.

⁹⁰ P. Irons, *A People's History of the Supreme Court*, New York 1999.

⁹¹ P. Laidler, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki: od prawa do polityki*, Kraków 2011.

⁹² R.M. Małajny, *Amerykański prezydencjalizm*, Warszawa 2012.

⁹³ S. Kubas, *Judicial review – geneza i rozwój*, [w:] P. Czarny et al., *Konstytucja i sądowe gwarancje jej ochrony. Księga jubileuszowa Profesora Pawła Sarneckiego*, Kraków 2004, s. 127 i n.

⁹⁴ Zob. G. Górski, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych do 1930 roku*, Lublin 2006, s. 102-103.

Sąd Najwyższy. Orzeczenie *Stuart v. Laird*⁹⁵ liczy zaledwie cztery akapity, a sformułowane jest w dobrotliwie paternalistyczny sposób, jak gdyby odpowiedź na postawione zarzuty była oczywista. Łatwo przeoczyć ten jednostronicowy werdykt pozbawiony sędziowskich popisów retorycznych rezerwowanych dla doniosłych spraw. Pouczający jest sposób, w jaki Louise Weinberg pomniejsza znaczenie sporu Stuarta z Lairdem w polemice z nowszymi wypowiedziami badaczy, którzy wydobyli tę sprawę z mroków zapomnienia i wykorzystali ją do krytykowania prezesa Marshalla.

(...) sprawa *Laird* nie miała nic wspólnego z ustawą zwalniającą sędziów ujętych w art. III [chodzi o przepis Konstytucji dotyczący sędziów federalnych i gwarantujący ich nieusuwalność – S.K.]. Choć w zasadzie Kongres zwolnił sędziów ujętych w art. III, gdy uchwalił ustawę w 1802 r., w sprawie *Laird* Sąd Najwyższy nie miał przed sobą zarzutu dotyczącego zwolnienia sędziów okręgowych. Żaden sędzia ujęty w art. III nie był powodem w tej sprawie. Nie chodziło nawet o funkcjonariusza publicznego w rodzaju tego, jakiego dotyczyła sprawa *Marbury*. Żadna ze stron nie była sędzią. Ponieważ powód w sprawie *Laird* nie był zwolnionym sędzią okręgowym, mógł co najwyżej występować wyłącznie z pośrednią skargą dotyczącą tego, co Kongres uczynił sędziom okręgowym w 1802 r. Kwestia powoływanych nocą sędziów była elementem sprawy *Laird* w jeszcze mniejszym stopniu niż w sprawie *Marbury*. Co więcej, sprawa *Laird* nie toczyła się przeciwko administracji. W sprawie nie brał udziału żaden przedstawiciel władz, nie zaistniała zatem okazja do wypowiedzenia się na temat amerykańskiego prawa administracyjnego. Pozwany faktycznie podważał właściwość sądu okręgowego [chodzi tu o Stuarta, który pierwotnie był pozwany przez Lairda – S.K.], ale sprawa ta nie tworzyła takich możliwości, jakie tworzyła sprawa *Marbury*. Pierwotny powód w sprawie *Laird* był zaledwie wierzycielem, a powództwo dotyczyło zaledwie egzekwowania należności⁹⁶.

Przytaczam obszernie te uwagi, brzmią one bowiem spójnie i przekonująco, tak że uzasadniają sprowadzenie orzeczenia *Stuart v. Laird* do li tylko przypisu w najobszerniejszych opracowaniach historycznych na temat Sądu. Louise Weinberg nie dostrzega jednak zupełnie istoty sprawy, która była całkowicie jasna w 1802 i 1803 r. Zwrot długu był oczywistym pretekstem dla wniosku do Sądu o faktycznie abstrakcyjnym charakterze. Specyfika amerykańskiej kontroli konstytucyjności prawa, która rozgrywa się formalnie jedynie między stronami postępowania, nierzadko powoduje, że do bardzo istotnych rozstrzygnięć konstytucyjnych dochodzi przy okazji takich zdarzeń, jak „zaledwie” odmowa przejścia przez pasażera pociągu do wagonu dla czarnych (*Plessy v. Ferguson* z 1896 r.) czy też „zaledwie” emisja w telewizji filmu dokumentalnego (*Citizens United v. Federal Election Commission* z 2010 r.). W 1802 r. sprawa wierzyciela Stuarta

⁹⁵ *Stuart v. Laird*, 5 U.S. (1 Cranch) 299 (1803).

⁹⁶ L. Weinberg, *Our „Marbury”*, s. 1282.

była elementem kampanii prawnej i politycznej Federalistów, którzy celnie zakwestionowali zgodność z Konstytucją aktywności legislacyjnej Republikanów. Odnosząc się do słów Weinberg, trzeba stwierdzić, że w sprawie *Stuart v. Laird* chodziło właśnie o to, że nie brał w niej udziału żaden sędzia chroniony gwarancjami konstytucyjnymi, gdyż sędziowie ci zostali przez Republikanów wyrzuceni z urzędów. Kwestia powoływanych w pośpiechu *midnight judges* była sednem zarzutu, który formułował przeciwko organom władzy reprezentujący Stuarta Charles Lee. Spójrzmy na jego wywód wyrażony przed Sądem Najwyższym, by przekonać się, jak mylna jest cytowana powyżej argumentacja bagatelizująca tę sprawę.

Lee stwierdził, że przepisy w Wirginii, regulujące spór między Lairdem a Stuartem, wymagały prowadzenia postępowania egzekucyjnego w tym samym sądzie. Tymczasem postępowanie prowadzono w sądzie Czwartego Okręgu, a następnie w sądzie Piątego Okręgu. Lee zajął stanowisko, że sąd Piątego Okręgu nie powinien był przyjąć sprawy do rozpoznania, dlatego że nadal istniał sąd Czwartego Okręgu (w praktyce zniesiony ustawą uchylającą ustawę o sądownictwie z 1801 r.). Zwróćmy teraz uwagę na dokładne słowa Charlesa Lee zaprotokołowane w części wstępnej orzeczenia Sądu. Ponieważ brzmią one zaskakująco współcześnie, pragnę jedynie pomocniczo zastrzec, że ich głębszy sens, dotyczący kwestionowania konstytucyjności prawa, jest odmienny od współczesnego, co wyjaśnię poniżej, ale nawet podstawowa analiza zarzutów, które wygłosił Lee, wystarczy do dostrzeżenia, jak kluczową sprawę, przesądzającą o przyszłości amerykańskiej kontroli konstytucyjności prawa, bagatelizuje Louise Weinberg i inni badacze, którzy skupiają uwagę wyłącznie na orzeczeniu *Marbury v. Madison*. Lee tłumaczy przed Sądem:

Jeśli ustawy z 8 marca i 29 kwietnia 1802 r. są zgodne z Konstytucją, należy przyznać, że orzeczenie pozbawione jest błędu, ponieważ, w tym przypadku, sądy przestały istnieć, sędziów usunięto zgodnie z Konstytucją, a przeniesienie z jednego sądu do drugiego było zgodne z prawem. Jeśli jednak ustawy te są niezgodne z Konstytucją, to sąd czwartego okręgu nadal istnieje, sędziów nie usunięto oraz nie doszło do zmiany jurysdykcyjnej. Legislatura nie zamierzała przenieść spraw z istniejącego sądu do innego. Jeśli zatem sądy nadal istnieją, nie doszło do przeniesienia spraw, bez intencji ich przeniesienia z istniejących sądów.

Utrzymujemy jednak, że ustawy te są niezgodne z Konstytucją w zakresie, w jakim dotyczą tej sprawy.

Po pierwsze. Pierwsza ustawa (z 8 marca 1802 r.) jest niekonstytucyjna w zakresie, w jakim pozbawia sądy wszystkich uprawnień i jurysdykcji oraz usuwa sędziów, którzy nie zawinili żadnym niewłaściwym zachowaniem w ramach urzędu.

Zgodnie z konstytucją sędziowie zarówno sądu najwyższego, jak i niższych instancji pełnią urząd pod warunkiem właściwego zachowania. Tak wiele na ten temat ostatnio mówiono, pisano i publikowano, że nużące byłoby przypomnianie znanych już wszystkim argumentów.

Nie ma różnicy w stałości zatrudnienia sędziego sądu najwyższego i sędziego sądu niższej instancji. Powód tej stałości, mianowicie niezależność sędziów, jest ten sam w obu przypadkach; w rzeczy samej powód ten mocniej dotyczy sędziów niższych instancji, wyłącznie im bowiem przypisane są sprawy życia i śmierci.

Należy przyznać, że kongres ma prawo do modyfikowania, zwiększania lub zmniejszania uprawnień sądów i sędziów. To jednak prawo zupełnie inne od prawa do unicestwiania sądów i pozbawienia ich wszelkich uprawnień i jurysdykcji. To pierwsze jest dozwolone przez konstytucję, to drugie zabronione z uwagi na poszanowanie w konstytucji niezależności sędziów. Mogą modyfikować sądy, ale nie mogą ich unicestwiać, jeśli w ten sposób pozbawiają sędziów urzędu. To postanowienie konstytucji miało na celu usytuowanie sędziów nie tylko poza zasięgiem władzy wykonawczej, czego ludzie zawsze zazdrośnie strzegą, ale także chronić ich przed atakami tego ducha partyjnego, który zawsze góruje w zgromadzeniach powszechnych⁹⁷.

Jak widzimy, argumentacja Charlesa Lee miała ściśle konstytucyjny wymiar i dotyczyła bezpośrednio powoływanych przez Adamsa wspólnie z Marshalllem sędziów. Wbrew twierdzeniom Louise Weinberg była to główna sprawa w sporze ustrojowym dotyczącym sądownictwa i swobody ustawodawczej Kongresu. Właśnie sprawę *Stuart v. Laird* udało się Federalistom doprowadzić do Sądu Najwyższego, zgodnie z zapowiedziami z okresu debat parlamentarnych nad *Repeal Act*, iż zakwestionują przed sądami zgodność z Konstytucją tej ustawy Republikanów. Sprawa *Marbury v. Madison* miała charakter jedynie przyczynkowy, dotyczyła incydentalnego działania organu władzy wykonawczej, w sprawie *Stuart v. Laird* miało zaś dojść do rozstrzygnięcia podstawowej kwestii ustrojowej: związania Kongresu Konstytucją. Rację ma więc naturalnie Barry Friedman, gdy pisze, że w sprawie *Stuart v. Laird* bezpośrednio podjęto kwestię *judicial review*, tzn. kompetencję sędziów do uchylenia ustawy Kongresu, którą sędziowie uznali za niekonstytucyjną⁹⁸. Należy zatem jasno stwierdzić, że te wszystkie opracowania, do niedawna dominujące w amerykańskiej literaturze przedmiotu, w których orzeczenie *Stuart v. Laird* pomijano lub marginalizowano, przyczyniły się do rozwijania mitologii amerykańskiego sądownictwa konstytucyjnego. Nie stracilibyśmy wiele, omawiając fenomen amerykańskiej kontroli prawa przez sędziów bez odwołania do orzeczenia *Marbury v. Madison*. Takie pominięcie ułatwiałoby wręcz dalsze otaczanie wciąż Johna Marshalla jako patriarchy amerykańskiego sądownictwa⁹⁹ i geniusza będącego współ-

⁹⁷ *Stuart v. Laird*, 5 U.S. (1 Cranch) 299 (1803).

⁹⁸ B. Friedman, *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York 2010, s. 59.

⁹⁹ W sali rozpraw Sądu Najwyższego ponad Sędziami znajduje się ozdobny fryz przedstawiający „Prawodawców”, na którym postaci Marshalla towarzyszą m.in. Mojżesz, Solon i cesarz Justynian.

twórcą amerykańskiej politycznej nauki o ustroju państwa¹⁰⁰. Natomiast pominięcie orzeczenia *Stuart v. Laird* powoduje nie tylko niemożność zrozumienia, co faktycznie zdarzyło się w 1803 r. i jaką rolę odgrywał wówczas Sąd Najwyższy w amerykańskim ustroju, ale też odbiera możliwość dostrzeżenia, że rozstrzygnięcie to – przemilczane *Stuart v. Laird*, a nie fałszywie wyniesione na piedestał *Marbury v. Madison* – zapoczątkowało model relacji Sądu Najwyższego z władzami politycznymi, który utrzymywać się miał ponad 150 lat.

¹⁰⁰ Tak określono Prezesa w specjalnej broszurze wydanej w 1901 r. przez palestrę stanu Illinois, przedstawiającej, zgodnie z tytułem, szczegółowe instrukcje, jak i dlaczego należy obchodzić dzień Johna Marshalla, zob. *How to Celebrate „John Marshall Day”, February 4, 1901*, Direction of the Executive Committee of the Illinois State Bar Association, Chicago 1901, s. 4.

Rozejm orzeczniczy roku 1803: Marbury kontra Stuart

W lutym 1803 r. Sąd ponownie miał zebrać się po wydłużonej, czternastomiesięcznej przerwie na kolejną sesję. Dopełniała się rewolucja Republikanów z roku 1800, potwierdzona zwycięstwami wyborczymi z roku 1802. Jak to zręcznie ujmuje Gordon S. Wood, Federaliści stali się heretykami niemogącymi pogodzić się z rozwijającą się wiarą w demokrację¹. W debacie nad *Repeal Act* Federalista Gouverneur Morris tłumaczył: „Po co tu jesteśmy? Po to, by chronić lud przed jego najbardziej niebezpiecznym wrogiem; by chronić ludzi przed nimi samymi”².

Rewolucyjny wymiar miało także usunięcie społecznej i politycznej arystokracji Federalistów ze stanowisk w rządzie federalnym. Ta „stara gwardia”, pochodząca często z najstarszych amerykańskich rodów, bezskutecznie usiłowała zabezpieczyć swą pozycję, pomimo niekorzystnych wyników wyborów³. Inicjatorzy dwóch oczekujących na rozstrzygnięcie w Sądzie spraw, *Marbury v. Madison* i zwłaszcza *Stuart v. Laird*, reprezentowani przez Charlesa Lee, mieli na celu podważenie legalności rewolucji Jeffersona. Republikanie w odpowiedzi na zarzuty Federalistów dotyczące usunięcia sędziów powoływali się na swobodę Kongresu w rozwijaniu postanowień Konstytucji. Dysponowali też mocnym argumentem wynikającym z jawnie partyjnego charakteru powołań przeprowadzanych pośpiesznie w ostatnich dniach urzędowania Adamsa przez prezydenta i Marshalla. Jeśli Kongres, jak twierdzili Federaliści, nie mógł swobodnie kształtować struktury władzy sądowniczej, to niezgodna z Konstytucją była raczej ich ustawa o sądownictwie z 1801 r., a Republikanie poprzez *Repeal Act* przeprowadzili po prostu restytucję sądów ustanowionych przez Pierwszy Kongres. Konstytucyjne gwarancje nieusuwalności sędziów należycie pełniących obowiązki nie pozwalały prezydentowi na swobodne ich usuwanie, twierdzili Republikanie, ale nie mogły ograniczać swobody władzy ustawodawczej, o ile jej decyzje miały charakter generalny, a nie były wymierzone

¹ G.S. Wood, *Empire of Liberty. A History of the Early Republic, 1789-1815*, New York 2011, s. 276.

² L.D. Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York 2004, s. 121.

³ C.E. Prince, *The Passing of the Aristocracy. Jefferson's Removal of the Federalists, 1801-1805*, „The Journal of American History” 1970, vol. 57, no. 3, <http://dx.doi.org/10.2307/1917975>, s. 575.

w indywidualnych sędziów⁴. Ten ostatni argument był szczególnie przewrotny, gdyż istotnie Siódmy Kongres pozbawił urzędów sędziów okręgowych w wymiarze generalnym, ale ponieważ byli oni wiernymi Federalistami, w wymiarze indywidualnym był to równocześnie kolejny etap oczyszczania struktur władzy z arystokracji Federalistów.

W ramach tego sporu narastało znaczenie czynnika, stanowiącego też zasadniczy motyw w niniejszej pracy, to jest kompetencji Sądu Najwyższego do rozstrzygnięcia tej prawno-politycznej kontrowersji w drodze oceny konstytucyjności ustawy. Przed lutową sesją Sądu w „National Intelligencer” pojawił się artykuł podpisany przez Demokratę, który potępiał „monstrualne pretensje podnoszone przez stronników poprzedniej władzy w imię władzy sądowniczej”. Sprzeciwiał się on pogładowi, jakoby sędziowie, stający się sędziami samej Konstytucji, mogli „orzekać nieważność prawa uchwalonego przez władzę ustawodawczą; a następnie mogli spowodować odżycie i nadanie ważności przepisom oraz odtworzenie urzędów, nie tylko bez zgody ludu, ale też wbrew jego wyraźnej woli wyrażonej przez jego przedstawicieli”. W swej krytyce Demokrat powołał się na klasyka: „Ta doktryna sędziowskiego nadzoru nad władzą ustawodawczą, którą sędzia Blackstone kategorycznie ocenił jako burzycielską względem całego ustroju, została w pełni zdemaskowana jako absurdalna i irracjonalna”. Demokrat tłumaczył ostro dalej: „W rzeczywistości jest to idea tak przesycona anarchią i zamętem, tak przecząca samemu istnieniu władzy, prawa i porządku (...) że zachcianki, kaprysy i nieszczęścia ludzkości nie doprowadziły jeszcze, jak sądzę, do choćby jednego przypadku, w którym tę teorię wprowadzono by w życie”⁵.

Mimo powołania na Blackstone’a nie należy słów Demokraty uznawać za opinię znawcy przedmiotu. W rzeczywistości sędziowska kontrola prawa kiełkowała już w Stanach Zjednoczonych od utworzenia państwa, rok 1803 można zaś uważać za cezurę między drugim a trzecim etapem rozwoju doktryny *judicial review*⁶. Sprawa była znacznie bardziej skomplikowana, niemniej zacytowany tu artykuł z pisma sprzyjającego Republikanom pokazuje, że absolutnie nie można twierdzić, iż kontrolowanie przez Sąd ustaw było powszechnie aprobowaną praktyką. Na poziomie stanowym można było wskazać garść orzeczeń, w których sędziowie przed 1803 r. oceniali zgodność przepisów z prawem wyższego rzędu, ale Demokrat w swym agitacyjnym tekście trafnie, choć w uproszczony sposób, wskazywał na to, że Sąd Marshalla stawał przed możliwością wydania precedensowego rozstrzygnięcia sądu federalnego względem ustawy Kongresu. Mam tu oczywiście na myśli ocenę konstytucyjności ustawy o sądownictwie z 1802 r., *Repeal Act*, kwestionowaną w sprawie *Stuart v. Laird*, a nie sprawę *Marbury v. Madison*,

⁴ Zob. J.M. O’Fallon, *The Politics of Marbury*, [w:] M.A. Graber, M. Perhac (eds.), *Marbury versus Madison. Documents and Commentary*, Washington 2002, s. 21.

⁵ Cytaty za C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision. Jefferson, Adams, Marshall, and the Battle for the Supreme Court*, New York 2009, s. 126-127.

⁶ S. Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, New Haven 1990, s. 1 i n.

w której zarzut dotyczył zaniechania sekretarza stanu. Celem Demokracji było wzburzenie czytelników, ale odwoływał się on do zróżnicowanych koncepcji i ocen, które w bardziej wyrafinowany sposób wyrażane były wśród elit politycznych i prawniczych.

Doraźnym skutkiem cytowanego artykułu zamieszczonego w „National Intelligencer” miało być z pewnością wywarcie presji na Sąd. W sposób niebudzący już żadnych wątpliwości mobilizowano opinię publiczną do oporu wobec Sądu w artykule zamieszczonym w „Independent Chronicle”, gdy Sąd przystąpił do rozpoznawania sprawy *Marbury v. Madison*. Padły w nim następujące słowa: próba kontrolowania przez Sąd Najwyższy władzy wykonawczej poprzez nakaz sądowy jest nowym eksperymentem; wydaje się to niczym innym jak wypowiedzeniem wojny; Sąd musi być pokonany, by odstąpił od ataku⁷. Presji nie wywierano wyłącznie na łamach prasy. Na kilka dni przed sesją Sądu, 4 lutego 1803 r., prezydent Jefferson poinformował Izbę Reprezentantów o niewłaściwym zachowaniu sędziego Pickeringa, czym doprowadził do usunięcia go z urzędu w drodze *impeachmentu*.

Sesja Sądu miała rozpocząć się 7 lutego, ale tylko Sędzia Paterson zdołał dojechać na czas, kworum udało się zebrać dopiero 10 lutego⁸. Zjeżdżający z trudnościami do Waszyngtonu Sędziowie wiedzieli oczywiście, że mają do rozstrzygnięcia dwie kontrowersyjne sprawy. Musieli też rozumieć, że wniosek prezydenta w sprawie Pickeringa był, jak to ujął James F. Simon, „iskrą, na którą czekali radykalni Republikanie w Izbie, aby podpalić sądownictwo Federalistów”⁹.

Co więcej, dobrze znana była wówczas, także przez Sędziów, sprawa *Whittington v. Polk* rozstrzygnięta w stanie Maryland w 1802 r. Jed Handelsman Shugerman wykazuje, że sprawa ta, dotycząca niezależności sędziów stanowych, była bardzo podobna do opisywanego sporu dotyczącego niezależności sędziów federalnych i wpłynęła na rozstrzygnięcia podjęte przez Sąd w marcu 1803 r. W stanie Maryland Republikanie po zwycięstwie wyborczym jesienią 1801 r. doprowadzili do uchwalenia ustawy, która zniosła niższe sądy stanowe, a następnie odtworzyli te same sądy i obsadzili je własnymi nominatami. Był to więc odpowiednik federalnej ustawy *Repeal Act*, ale w przypadku ustawy stanowej, która „rozpruła” lokalne sądy i stosownie określana jest jako „the ripper bill”, nie udawano nawet, że chodzi o jakiegokolwiek względy merytoryczne. Wyłącznym jej celem było pozbycie się sędziów-Federalistów, którzy na mocy obowiązującej uprzednio ustawy z 1796 r. chronieni byli gwarancją pełnienia urzędu *during good behaviour*. Działania te były nagłośnione w prasie i przytaczane w Kongresie w trakcie debat nad *Repeal Act*. Jeden z usuniętych w ten sposób sędziów, William Whittington, reprezen-

⁷ Cyt. za: J.E. Viator, *Marbury and History. What Do We Really Know about What Really Happened?*, „La Revue Juridique Thémis” 2003, vol. 37-3, s. 342.

⁸ C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 130-131.

⁹ J.F. Simon, *What Kind of Nation. Thomas Jefferson, John Marshall and the Epic Struggle to Create a United States*, New York 2006, s. 194.

towany przez dwóch kongresmanów-Federalistów, Luthera Martina i wspomnianego powyżej Roberta Goodloe Harpera, wystąpił z powództwem do sądu, domagając się przywrócenia na utracone stanowisko prezesa lokalnego sądu, wykorzystując instrument *writ of assize of novel disseisin*, czyli zarzut bezprawnego pozbawienia własności. W omawianej korespondencji Sędziów Sądu Najwyższego z kwietnia 1802 r. pojawiły się nawiązania do tego powództwa. W czerwcu 1802 r. sąd apelacyjny w Maryland odrzucił roszczenia Federalistów¹⁰.

Zdumiewające było jednak to, że w trójosobowym składzie sędziowskim zasiadał tylko jeden Republikanin, Gabriel Duvall, i dwóch Federalistów, Jeremiah Chase (kuzyn Sędziego Samuela Chase'a) i John Done. Bez trudu mogli oni stwierdzić niekonstytucyjność *ripper bill*. Odwrócili się jednak od swych pozbawionych urzędów towarzyszków i – jak to ocenia Louise Weinberg – zagłosowali wbrew sumieniu i na przekór rozsądkowi, najwyraźniej w obawie przed utratą własnych stanowisk¹¹.

Frapującym aspektem orzeczenia wydanego przez Maryland General Court było to, że w opinii sędziego Jeremiaha Chase'a, popartej też przez sędziego Duvalla, na czterech stronach rozwijana jest teoria sędziowskiej kontroli konstytucyjności prawa. To znakomite wprowadzenie w wywody Prezesa Marshalla w orzeczeniu *Marbury v. Madison*. Sędzia Chase zaczyna bowiem od dźwięcznego obwieszczenia: „Ustawa zgromadzenia sprzeczna z konstytucją jest nieważna. Sąd ma prawo do uznania nieważności ustawy zgromadzenia, która jest sprzeczna z konstytucją”. Gdy jednak sędzia Chase kończy obszerny przegląd swego arsenału, schodzi z pola bitwy. Poważne argumenty adwokatów powoda dotyczące niekonstytucyjności konkretnej ustawy, która pozbawiła go stanowiska, zostają zlekceważone, na korzyść wielce osobiwej koncepcji, zgodnie z którą gwarancja nieusuwalności ze stanowiska sędziowskiego, pod warunkiem nienagannego postępowania, w wymiarze konstytucyjnym oznacza gwarancję dożywotnią, ale w wymiarze legislacyjnym obejmuje tylko okres obowiązywania ustawy tworzącej stanowisko. Co prawda, jak stwierdza Chase, ustawa uchylająca poprzednią ustawę o sądownictwie stanowiła pogwałcenie praw prezesa Whittingtona, ale sąd uznaje, że ustawa ta nie jest nieważna. Z tym jednym fragmentem nie zgodził się Republikanin Duvall, uznając, że taka opinia na temat ustawy jest częściowo błędna, a częściowo wykracza poza kompetencje sądu¹².

Rozstrzygnięcie sądu w Maryland było płochliwą kapitulacją przed dominującymi we władzach stanowych Republikanami, przyobleczoną fałszywie w formę dostojnego namysłu organu stawiającego się ponad legislaturą. Pomijając jednak odmowę oceny

¹⁰ Zob. obszernie J.H. Shugerman, *Marbury and Judicial Deference. The Shadow of Whittington v. Polk and the Maryland Judiciary Battle*, „University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law” 2002, vol. 5, no. 1, s. 65-79.

¹¹ L. Weinberg, *Our „Marbury”*, „Virginia Law Review” 2003, vol. 89, no. 6, s. 1306.

¹² Cytaty i omówienie za J.H. Shugerman, *Marbury and Judicial Deference...*, s. 80-83.

konstytucyjności właśnie tej ustawy, która takiego rzetelnego sprawdzianu przejść nie mogła, rozważania sędziego Chase'a na temat sędziowskiej kontroli prawa są bardzo klarowne i brzmią bardzo współcześnie. Omawia on nie tylko potencjalny despotyzm organu ustawodawczego i konieczność związania go normami konstytucyjnymi, ale także niewystarczającą kontrolę ze strony ludu dokonywaną w wyborach. Uderzające jest to, że na rok przed Marshalllem, który według konwencjonalnej opowieści ustanowił *judicial review* w 1803 r., sędzia Chase rozważał także w swej opinii, że gdy sędziowie rozstrzygać będą kwestie konstytucyjne w sposób stronnictwo i zdeprawowany, a więc nadużywać będą swej władzy do kontroli prawa, mogą być usuwani z urzędu za niewłaściwe postępowanie¹³.

Orzeczenie z Maryland stanowiło znakomity wzorzec dla borykającego się z tożsamym problemem Sądu Marshalla. Wymowna była zwłaszcza reakcja Jeffersona. Jednym z Handesman Shugerman podaje, że sędziemu Duwallowi zaoferował prezydent w listopadzie 1802 r. urząd rewizora skarbu, a w liście rozpływał się nad jego walorami. Można to było odczytywać, na kilka tygodni przed rozstrzygnięciem spraw *Marbury v. Madison* i *Stuart v. Laird*, w ten sposób, że Jefferson nie ma nic przeciwko orzeczeniom wyrażającym prawo sędziów do kontrolowania prawa, o ile rezultaty tej kontroli będą korzystne dla Republikańców¹⁴. Walor propagandowy takich rozstrzygnięć był bezcenny. Republikanie mogliby powoływać się nie tylko na mandat ludu, ale także na sędziowski certyfikat zgodności z Konstytucją i konstytucjami stanowymi ich odwetowych poczyniń wobec Federalistów.

Sprawa *Stuart v. Laird* stanowiła dla prezydenta Jeffersona poważniejszy problem niż roszczenie Marbury'ego o doręczenie powołania, choć formalnie bardziej był zaangażowany w tę drugą sprawę. Czynność powołania Marbury'ego nie została dopełniona, a sam dokument nie ujrzał więcej światła dziennego. Nawet gdyby Sąd wymusił na Jeffersonie efektywne wciągnięcie Marbury'ego w szeregi sędziów pokoju, oznaczałoby to tylko tyle, że po ulicach Waszyngtonu chodziłby kolejny Federalista, niepoważający aktualnego prezydenta i zarabiający niewielkie kwoty jako odpowiednik dzielnicowego. Dla kontrastu, powołania dawnych sędziów okręgowych nie mogły zostać łatwo zakwestionowane. Gdyby Sąd stwierdził, że drobny spór prawny Stuarta z Lairdem prowadzony był w niewłaściwym sądzie, dawne sądy okręgowe nie zostały bowiem zniesione z powodu niekonstytucyjności *Repeal Act*, oznaczałoby to wstrząs sejsmiczny w całej strukturze sądownictwa federalnego i zanegowanie sztandarowej ustawy inspirowanej przez Jeffersona. Nic nie wskazywało na to, że Sąd Najwyższy gotowy jest na wywołanie takiego wstrząsu. Z wyjątkiem Samuela Chase'a Sędziowie z Prezesem na czele starali się unikać

¹³ *Whittington v. Polk*, 1 H. & J. 236 (Md. 1802). Zob. też W.J. Watkins Jr., *Popular Sovereignty, Judicial Supremacy, and the American Revolution. Why the Judiciary Cannot Be the Final Arbiter of Constitutions*, „Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy” 2006, vol. 1, s. 241-242.

¹⁴ J.H. Shugerman, *Marbury and Judicial Deference...*, s. 101.

zachowań, które podawałyby w wątpliwość ich bezstronność. Marshalla w lokalnej prasie chwalono za sposób prowadzenia rozpraw w sądzie okręgowym¹⁵. Obie lutowe sprawy prowadzone przez Charlesa Lee zmuszały jednak Sąd do zajęcia stanowiska w sporze politycznym, który w Kongresie toczył się w poprzedzającym roku.

W obu sprawach Prezes Marshall stał na straconej pozycji. Sam uważał, że Marbury został zgodnie z prawem powołany na sędziego pokoju, *Repeal Act* był co najmniej w części niezgodny z Konstytucją, a Sędziowie Sądu Najwyższego nie powinni byli orzekać w okręgach. Nie mógł mieć jednak złudzeń, iż orzeczenia wyrażające te poglądy zostaną posłusznie wykonane przez Jeffersona i pozostałych Republikanów. Wiedział, że postępując zgodnie ze swym rozumieniem powinności sędziowskiej, da Republikanom pretekst do represji wobec niego i pozostałych Sędziów. W analizowanym powyżej liście do Sędziego Patersona z kwietnia 1802 r., w którym zachęcał do rozważenia odmowy orzekania Sędziów w sądach okręgowych, napisał o *Repeal Act*: „Konsekwencje odmowy wprowadzenia ustawy w życie mogą być bardzo poważne. Osobiście nie zważam na nie, jestem też przekonany, że czynią tak pozostali dżentelmeni w sądzie, gdy skonfrontowani zostają z tym, co uznają za swą powinność, ale przeświadczenie o tej powinności powinno być bardzo silne, zanim podjęta zostanie decyzja o dalszym działaniu”¹⁶. Jak poniżej wykażę, zapowiedź Marshalla, iż dochowa wierności powinności sędziowskiej, nie została zrealizowana. Skoro jednak już w kwietniu 1802 r. Prezes miał pełną świadomość powagi sytuacji, to w marcu 1803 r. jego obawy mogły być tylko spotęgowane, po atakach prasowych i rozpoczęciu procedury *impeachmentu* wobec kolejnego sędziego. W wymiarze politycznym trafna jest ocena Larry’ego D. Kramera, iż niezależnie od tego, co Sąd miałby ochotę orzec, jasne było, że samobójstwem byłoby cokolwiek wykraczającego poza pełną uległość wobec *Repeal Act*¹⁷. Sekretarz skarbu Albert Gallatin nie przewidział zresztą w budżecie żadnych środków na wynagrodzenia zniesionych sędziów okręgowych¹⁸.

Bardzo prawdopodobne wydają mi się również sugestie formułowane przez część badaczy, nawiązujące do podanej wyżej anegdoty związanej z przyjęciem przez Marshalla godności Prezesa. Czynnikiem motywującym Marshalla do przyjęcia stanowiska w Sądzie, a następnie skłaniającym do utrzymania go, a więc nieprovokowania *impeachmentu*, była również osoba Spencera Roane’a, który prawdopodobnie zostałby przez Jeffersona powołany na jego miejsce¹⁹. Marshall mógł sądzić, iż Roane w Sądzie Najwyższym prowadziłby do osłabienia spistości Unii i znaczenia władz centralnych.

¹⁵ J.E. Smith, *John Marshall. Definer of a Nation*, New York 1998, s. 313.

¹⁶ Cyt. za: B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers. Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy*, Cambridge, Mass. 2007, s. 165.

¹⁷ L.D. Kramer, *The People Themselves...*, s. 122.

¹⁸ L.A. Powe Jr., *The Supreme Court and the American Elite, 1789-2008*, Cambridge, Mass. 2009, s. 47.

¹⁹ G.L. Haskins, H.A. Johnson, *Foundations of Power. John Marshall, 1801-1815*, New York 2010, s. 185, *History of the Supreme Court of the United States*, vol. 2.

Koncesje czynione wobec Jeffersona i jego obozu mógł John Marshall usprawiedliwiać dalekosiężnym interesem państwa w tej wizji, której Prezes był gorącym orędownikiem.

Ta bardzo prawdopodobna w mej opinii kalkulacja okazała się w kolejnych dekadach trafna. Wspomniałem o biografii Washingtona napisanej przez Marshalla. Dzieło to, pod tytułem *Życie George'a Washingtona*, ukazało się w pięciotomowej edycji w latach 1804-1807. Przypadkiem ten okres życia Marshalla jest też prawdopodobnie najlepiej udokumentowany, dzięki temu, że filadelfijski wydawca książki zachował korespondencję, jaką prowadził z Prezesem²⁰. Przede wszystkim jednak biografię Washingtona należy w pewnym sensie odczytywać jako autobiografię samego Marshalla, sugeruje przekonująco Thomas C. Shevory. Marshall przedstawił w niej szczegółowo rozwój trzynastu kolonii od założenia osady Jamestown (w pierwszym tomie nazwisko Washingtona pada tylko dwukrotnie pod koniec), następnie wojnę rewolucyjną i przyjęcie Konstytucji federalnej. Główny motyw w tym historycznym opisie stanowi obraz chaosu i apokalipsy związany z rozwiązłością ludu, który ulega pokusie samorządności, a niedostatecznie realizuje cnoty republikańskie, co jednak szczęśliwie mityguje wielki lider, George Washington. Konstytucja, jak pisze Shevory, stała się dla Marshalla instytucjonalnym przedstawieniem charakteru Washingtona, mającym pobudzać i spajać porządek republikański, a tamować destrukcyjną falę barbarzyństwa, namiętności i rozwiązłości. W optyce Marshalla spór polityczny Jeffersona z Hamiltonem był przejawem takiego szerszego konfliktu w łonie społeczeństwa, który zagrażał stabilności uzyskanej dzięki przywództwu Washingtona. Śmierć Washingtona, wybór Jeffersona na prezydenta i jego ataki na Sąd, a wreszcie powołanie Marshalla na Prezesa Sądu spowodowały, że to Marshall zajął miejsce Washingtona jako obrońca młodej republiki przed demokratycznym zagrożeniem²¹. Jefferson zresztą obawiał się publikacji biografii Washingtona, uprzedzony, że będzie słabo skrywanym atakiem na Republikanów, więc nakazał setkom lokalnych poczmistrzów odmówić prośbie wydawcy, aby reklamowali książkę w kraju²².

Opresji, w jakiej znalazł się John Marshall i pozostali Sędziowie, przypisują to, że w obu kontrowersyjnych sprawach, *Marbury v. Madison* i *Stuart v. Laird*, doszło do tylu nagannych i trudnych do wytłumaczenia rozstrzygnięć. Ryzykownym zabiegiem jest analizowanie motywacji psychicznej Prezesa Marshalla, ale skoro skazani jesteśmy na ocenę czynników pozaprawnych, ponieważ walor legalny dokonań Prezesa z tego okresu jest wysoce wątpliwy, to uzasadnione jest podkreślenie czynników natury psychicznej, które mogły mieć wpływ na jego postępowanie. Dotyczyło to zwłaszcza sprawy *Mar-*

²⁰ Ch.F. Hobson, *Editing Marshall*, „John Marshall Law Review” 2000, vol. 33, no. 4, s. 854-855.

²¹ Zob. T.C. Shevory, *John Marshall as Republican. Order and Conflict in American Political History*, [w:] idem (ed.), *John Marshall's Achievement. Law, Politics, and Constitutional Interpretations*, New York 1989, s. 81-92.

²² J.R. Paul, *Without Precedent. Chief Justice John Marshall and His Times*, New York 2018, s. 249.

bury v. Madison, mniej ważnej w 1803 r., zmitologizowanej w XX w., ale dla Marshalla jątrzącej od samego początku.

W tekście z 2004 r. podkreślałem okoliczność, która wówczas przez wielu badaczy była pomijana lub wspomniana mimochodem jako ciekawostka. To John Marshall wywołał całą sprawę niedoręczzonego powołania przez swoje niedopatrzenie²³. Jest to zresztą najłagodniejsza interpretacja związku Marshalla z Marburyem. Wielkiej dozy prostoduszności wymagałoby uznanie, że bezstronnie i rzetelnie rozpatrzyć sprawę mógł sędzia, który tuszował w niej własny błąd kancelaryjny; sędzia, który za prawdziwego przeciwnika miał w tej sprawie kuzyna-prezydenta, będącego w jego oczach czarnym charakterem w wymiarze osobistym, rodzinnym i politycznym; wreszcie sędzia, który mógł spodziewać się utraty stanowiska za rozstrzygnięcie niekorzystne dla prezydenta. Lewis H. LaRue zwraca uwagę na jeszcze jedną interesującą kwestię. Orzekając o prawomocności powołania Marbury'ego, Prezes Marshall orzekł też o prawomocności własnego powołania. Obaj zostali powołani przez odchodzącego (*lame-duck*) prezydenta i zatwierdzeni przez odchodzący Senat. Jeśli powołanie Marbury'ego było wadliwe, to powołanie Marshalla na Prezesa Sądu także²⁴.

Formalnie tezę tę można odrzucić, gdyż powołanie Prezesa Marshalla nie było kwestionowane. Skłonny byłbym jednak uznać, że LaRue dostrzegł aspekt sprawy, który mógł podświadomie oddziaływać na Marshalla. Spór polityczny między Federalistami a Republikanami dotyczył przecież charakteru ustroju amerykańskiego, a odmowa doręczenia powołania Marbury'ego była wyolbrzymioną emanacją odrzucenia przez obóz Jeffersona wizji ustrojowej wyrażonej w akcie założycielskim republiki. Jefferson wbrew ustaleniom z konwencji filadelfijskiej uznał prezydenturę za urząd plebiscytarny, a swe zwycięstwo odniesione w wyborach z 1800 r. (zatwierdzone w Kongresie w lutym 1801 r.) potraktował jako referendum wyrażające poparcie ludu dla alternatywnej wizji konstytucyjnej Republikanów²⁵. W wymiarze personalnym prezydent Jefferson zapowiedział, że uznaje za nieważne wszystkie powołania, poza sędziowskimi, dokonane przez prezydenta Adamsa po 12 grudnia 1800 r.²⁶ To był bowiem dzień, w którym John Adams dowiedział się, że przegrał wybory prezydenckie, choć jeszcze ponad 2 miesiące zajęło ustalenie, z kim przegrał. Zdaniem Jeffersona od tego dnia Adams nie mógł powoływać się na mandat pochodzący od ludu. Po tym dniu powołany został też John Marshall na Prezesa Sądu. Jak pamiętamy, odbyło się to w ramach intrygi Federalistów, którzy „czekając na barbarzyńców”, pospiesznie powołali Marshalla, a następnie uchwalili

²³ S. Kubas, *Judicial review – geneza i rozwój*, [w:] P. Czarny et al., *Konstytucja i sądowe gwarancje jej ochrony. Księga jubileuszowa Profesora Pawła Sarneckiego*, Kraków 2004, s. 131.

²⁴ L.H. LaRue, *Constitutional Law as Fiction. Narrative in the Rhetoric of Authority*, University Park 1995, s. 53-54.

²⁵ Zob. B. Ackerman, *We the People. Foundations*, Cambridge, Mass. 1993, s. 67-71.

²⁶ J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 148

ustawę mającą udaremnić kolejne powołanie Jeffersona. Tak więc gdy Prezes Marshall rozpatrywał sprawę powołania Marbury'ego, mógł sądzić, iż zdaniem Jeffersona on sam również pozostał powołany wbrew mandatowi ludu. Nie mógł być łatwo usunięty ze stanowiska, ale w opinii nowego prezydenta należał do osób powołanych w ramach „pogwałcenia zasad przyzwoitości”²⁷.

Prezes Marshall udawał więc, że nie ma nic wspólnego z aktem powołania Marbury'ego, a Charles Lee, gdy pojawił się przed Sądem w sprawie Marbury'ego, zgrabnie dostosował się do konwencji. Nie tylko nie zażądał wyłączenia Prezesa z postępowania ani w żaden inny sposób nie zakwestionował jego bezstronności, ale też przedstawiał sprawę w taki sposób, jakby sekretarz stanu Marshall nigdy nie istniał²⁸. Zasadnie spekulować można, że chodziło właśnie o to, aby Marshall potwierdził swe przywiązanie do stronnictwa Federalistów, które deklarował ustnie rok wcześniej w rozmowach z niedawnymi kolegami z Kongresu. Bliska znajomość Marshalla z Lee nie pozwala na wykluczenie rozważanej przez część badaczy hipotezy o tym, że wszystko to, co rozgrywało się wtedy przed Sądem, było zaaranżowanym przez obu Federalistów przedstawieniem. Nie jest moim zamiarem przyciągnięcie uwagi czytelników do tego sensacyjnego i nieweryfikowalnego aspektu sprawy. To, co Marshall uczynił w obu omawianych orzeczeniach, jest wystarczająco intrygujące, wieloznaczne i doniosłe w retrospektywnie nadanych skutkach. Zamiar przeniknięcia mitologicznego wymiaru dokonań Marshalla nie wymaga uwzględniania w argumentacji potencjalnej mistyfikacji, którą posłużyć miałyby się Prezes Marshall i adwokat Charles Lee. Ponieważ jednak jednym z moich celów jest odrzucenie konwencjonalnej opowieści, powtarzanej w niezliczonych pracach na ten temat, pragnę wspomnieć, że w tych aspektach, które podlegają weryfikacji, uzasadnione są porównania całej tej historii do opery komicznej, operetki czy farsy. Bruce Ackerman zgryźliwie widzi w postępowaniu w sprawie *Marbury v. Madison* sceny wyjęte z opery komicznej *Mikado* autorstwa klasyków gatunku, Gilberta i Sullivana²⁹. Cytowany powyżej Burt Neuborne ciętym piórem analizuje całość postępowania jako farsę, którą kończy wystrychnięcie przez Sąd na dudka Marbury'ego i nas wszystkich³⁰. Sanford Levinson nazywa orzeczenie Marshalla „intelektualnie nieuczciwym”³¹. Samuel R. Olken zaś uważa, że paradoksy przenikające orzeczenie w sprawie Marbury'ego pomniejszają jego

²⁷ J.M. O'Fallon, *Marbury*, „Stanford Law Review” 1992, vol. 44, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2307/1228946>, s. 242.

²⁸ L. Goldstone, *The Activist. John Marshall, Marbury v. Madison, and the Myth of Judicial Review*, New York 2011, s. 208-209.

²⁹ B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 187.

³⁰ B. Neuborne, *Serving the Syllogism Machine. Reflections on Whether Brandenburg is Now (or Ever Was) Good Law*, „Texas Tech Law Review” 2011, vol. 44, s. 26.

³¹ S. Levinson, *Law as Literature*, „Texas Law Review” 1982, vol. 60, no. 3, s. 389.

wielkość, ale mogą być czynnikiem tym mocniej kuszącym badaczy³². Marshall zresztą uwielbiał teatr, chodził na przedstawienia, gdy tylko mógł, i pisał o nich często³³, więc powyższe zarzuty i porównania mógłby odebrać jako komplementy, zwłaszcza gdyby mógł poznać *Mikada* wystawionego w 1885 r. i cieszącego się olbrzymią popularnością.

Mamy bowiem w wystawionym przez Marshalla przedstawieniu *Marbury v. Madison* do czynienia z postaciami skrywającymi swą podwójną tożsamość; polegającymi na sobie braćmi, próbującymi podważyć pozycję krewniaka u władzy; postępowaniem sądowym, w którym prowadzący rozprawę próbuje zastąpić nieobecnego pozwanego; wreszcie z moralnym i prawowitym zwycięzcą, którego w ostatniej chwili pozbawia się owoców wygranej, w sposób bardzo przypominający kapitana Talbota ze statku „Amelia”, który mógł triumfować tak długo, póki Prezes Marshall nie wyliczył, jak niewiele mu się należy.

Charles Lee skupił się w swej argumentacji w sprawie *Marbury*'ego na dwóch kwestiach, których satysfakcjonującego rozwiązania wymagały okoliczności sprawy. Lee musiał wykazać, że *Marbury* został powołany, a sam akt powołania istniał. Ponadto zajął się rzetelnie problemem właściwości Sądu, czyli uzasadnieniem, iż to właśnie Sąd Najwyższy jest organem, który powinien w tej sprawie wydać nakaz doręczenia powołania. Te wątki przedstawione są w streszczeniu sporządzonym przez sprawozdawcę sądowego, poprzedzającym sporządzoną przez Prezesa Marshalla opinię Sądu. Odnosząc się do problemu jurysdykcji Sądu, Charles Lee powołał się na najwyższy status Sądu i odwołał się do przykładu angielskiego: skoro Sąd Ławy Królewskiej może wydawać nakazy (*writs of mandamus*), czyż należy odmówić tego prawa Sądowi, który amerykańska Konstytucja uczyniła najwyższym? W tamtym czasie rozpowszechnione było postrzeganie związku „najwyższego” sądu z Sądem Ławy Królewskiej, co pociągało za sobą m.in. prawo do wydawania nakazów – odwołując się do ustawy o sądownictwie, Lee stwierdził więc, że jedynie potwierdza ona prawo do wydawania nakazów przez Sąd, a nie ustanawia takiej kompetencji³⁴. Wywodził następnie, powołując się m.in. na zbiór *Federalista*, że zasadniczo apelacyjny charakter właściwości Sądu Najwyższego musi być rozumiany w najszerszym znaczeniu, a *writ of mandamus* ze swej istoty ma charakter odwoławczy co do faktów i prawa. Kongres mógł więc uznać, że przejawem odwoławczej właściwości Sądu będzie wydawanie takich nakazów sądowych i stosownie przyznał takie prawo Sądowi w artykule 13 ustawy o sądownictwie z 1789 r. Potwierdzeniem tego, zdaniem Lee, była m.in. rozpatrywana przez Sąd Najwyższy sprawa *United States v. Lawrence* z 1795 r., w której strona domagała się wydania *writ of mandamus*, oraz sprawa z 1794 r., w której John Chandler domagał się od Sądu wydania nakazu wobec sekretarza stanu, obligującego go do przyznania Chandlerowi renty. Liczący osiem akapitów wątek

³² S.R. Olken, *The Ironies of Marbury v. Madison and John Marshall's Judicial Statesmanship*, „John Marshall Law Review” 2004, vol. 37, no. 2, s. 399.

³³ J.R. Paul, *Without Precedent...*, s. 2.

³⁴ Zob. E.A. Hartnett, *Not the King's Bench*, „Constitutional Commentary” 2003, vol. 20, no. 2, s. 290.

jurysdykcyjny podsumował Lee słowami: „W żadnej z tych spraw ani w jakiegokolwiek innej nie kwestionowano prawa tego sądu do wydawania nakazów. Wydaje się zatem, że kwestia ta objęta jest ustawodawczą interpretacją konstytucji oraz realizowaną na jej podstawie praktyką sędziowską od momentu zorganizowania władz państwowych”³⁵.

Dalece trudniejszym wyzwaniem dla Charlesa Lee stało się wykazanie podstawowej kwestii dowodowej. Sprawa zawisała od tego, czy faktycznie istniały akty powołania Marbury’ego i trójki pozostałych powodów (Harpera, Hooe, Ramsaya), których nie doręczono z polecenia sekretarza stanu Jamesa Madisona. Sąd nigdy tych powołań nie zobaczył ani nie mógł ich zbadać. To absolutnie pierwszoplanowe zagadnienie doprowadziło niemal do zniweczenia wysiłków Lee, gdyż zderzył się on z murem obojętności ze strony władz kontrolowanych przez Republikanów. Streszczenie poprzedzające opinię Sądu zawiera opis rozpaczliwych wysiłków powodów, którym potwierdzenia istnienia powołań odmawia sekretarz stanu Madison, biuro Departamentu Stanu oraz Senat, który zatwierdzić miał uprzednio te powołania. Pada tam stwierdzenie: „Niezależnie od tego, jak powszechnie znane są fakty, na których podstawie wystąpiono o wezwanie do złożenia wyjaśnień [chodzi o zarządzenie skierowane w grudniu 1801 r. do Madisona – S.K.], wnioskodawców postawiono w krępującej sytuacji, gdy ubiegali się o dowody”.

Była oczywiście prosta metoda uzyskania potwierdzenia istnienia powołań od osoby najlepiej zorientowanej w całej sprawie, która na dodatek nie należała do Republikanów i nie była zainteresowana szykanowaniem powodów. Tej jednej osoby nie można było jednak powołać na świadka, był nią bowiem nie kto inny, tylko John Marshall. Tu wyraźnie widać, jak kuriozalne skutki powodowała komedia odgrywana w Sądzie przez Prezesa. Wszelkie względy uczciwości, przyzwoitości i pragmatyzmu nakazywałyby, aby to sekretarz stanu, odpowiedzialny za opatrywanie powołań pieczęcią i doręczanie ich, złożył wyjaśnienia, które przesądziłyby jednoznacznie fakt istnienia czterech poszukiwanych powołań i zwolniły powodów od bezskutecznego antyszambrowania w Departamencie Stanu i Senacie. Osoba, która takie wyjaśnienia powinna była złożyć, w postępowaniu prowadzonym w Sądzie w lutym 1803 r. przeistoczyła się w osobę, która takie wyjaśnienia odbierała, czyli w Prezesa Marshalla. W zabawny sposób aspekt ten powrócił w dwóchsetlecie wydania orzeczenia *Marbury v. Madison*, kiedy grupa amerykańskich uczonych i sędziów (m.in. sędzia Sonia Sotomayor, powołana 6 lat później do Sądu Najwyższego) zorganizowała w Georgetown University swobodną rekonstrukcję rozprawy. Gdy profesor Tushnet występujący jako powód zajął się kwestią istnienia powołań i powiedział, że sędziowie mogą ustalić fakty w dowolny wybrany sposób, np. przy pomocy wydelegowanego urzędnika, sędzia Edwards odparł: „Po prostu spytajcie

³⁵ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Wcześniejsze postępowania, na które powoływał się Lee, omawia L. Weinberg, *Our „Marbury”*, s. 1323-1326.

Prezesa. On tam był”³⁶. Zwróćmy uwagę, jak kpiąco, ale jednocześnie naturalnie zabrzmiała ta riposta.

Argumentować można, że standardy etyki sędziowskiej były inne na początku XIX w., czego przejawem jest choćby okoliczność, że już zajmując się tymi powołaniami w ostatnich dniach urzędowania Adamsa, John Marshall był równolegle Prezesem Sądu, a najwyraźniej nie gorszyło to nawet Thomasa Jeffersona, który poprosił Marshalla o tymczasowe dalsze pełnienie funkcji sekretarza stanu, po tym jak złożył przysięgę przed nim jako Prezesem Sądu. Nawet jednak mając to na względzie, trudno wyobrazić sobie, jak Prezes Marshall z powagą i zainteresowaniem prowadził postępowanie w kolejnych dniach, gdy Charles Lee mozolnie usiłował wydobyć od powołanych na świadków urzędników z Departamentu Stanu informację, czy powołania istniały. Szczególnie w tych chwilach musiało być jasne, że wymóg wyłączenia sędziego we własnej sprawie był, jak akcentuje Michael Stokes Paulsen, równie rozsądną zasadą w 1803 r., co obecnie³⁷.

Wyjaśnienia przed Sądem dotyczące istnienia powołań składali Jacob Wagner i Daniel Brent, zatrudnieni w Departamencie Stanu. Nie udzielali odpowiedzi na wszystkie pytania, za aprobatą Marshalla, a gdy już udzielali, to w wymijający sposób. Wagner powiedział, że dwa z powołań zostały podpisane, pozostałe nie. Jak oświadczył Brent, Adams podpisał powołania Marbury’ego i Hooe, ale nie zostały one doręczone i nie wiadomo, co się z nimi stało. Formalnie przedstawiciele administracji Jeffersona nie brali udziału w postępowaniu, ale obserwował je prokurator generalny Levi Lincoln, który od 4 marca pełnił tymczasowo urząd sekretarza stanu. Wezwany do złożenia wyjaśnień odmówił, powołując się na przywileje egzekutywy, ale ostatecznie przyjął od Lee listę pytań. Dzień później, po zastanowieniu, oświadczył, że widział jakieś podpisane powołania, lecz odmówił ujawnienia, co się z nimi stało. W gazecie „Washington Federalist” tak zakpiono po tych zeznaniach Lincolna: temu wielkiemu człowiekowi zadano proste pytanie, nie potrafił na nie odpowiedzieć, póki nie otrzymał go na piśmie, siedział nad nim dzień i noc, a potem udał, że przypomniał sobie, iż o wszystkim zapomniał³⁸. Kpiny ani poczucie, że urzędnicy nie mówią całej prawdy, za aprobatą prowadzącego ostrożnie postępowanie Marshalla, nie poprawiały ani na jotę pozycji Charlesa Lee. Nakaz, o który się ubiegał, dotyczył wydania prawdopodobnie istniejących dokumentów, ale nie zdołał przed Sądem przedstawić jednoznacznego dowodu na ich istnienie.

Tu następuje zwrot akcji, który mniej ufnych badaczy skłonił do sformułowania zapowiadanej wcześniej śmiałej hipotezy. Charles Lee wyjął oświadczenie sporządzone przez Jamesa Marshalla, brata Prezesa, sędziego sądu waszyngtońskiego, który feralnej nocy miał pomagać w roznoszeniu powołań. W streszczeniu sądowym zaprotokołowano

³⁶ *Transcript of the Oral Argument in Marbury v. Madison*, [w:] M. Tushnet (ed.), *Arguing Marbury v. Madison*, Stanford 2005, s. 21.

³⁷ M.S. Paulsen, *Marbury’s Wrongness*, „Constitutional Commentary” 2003, vol. 20, no. 2, s. 343 i n.

³⁸ Zob. obszernie C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 132-138.

to w sposób następujący. W oświadczeniu James Marshall stwierdza, że poinformowano go, iż w oddalonej o kilka kilometrów od Waszyngtonu Alexandrii 4 marca wybuchną zamieszki, więc w celu ich powstrzymania wstąpił do biura sekretarza stanu i wziął dwanaście powołań dla sędziów pokoju, złożył pokwitowanie, ale ponieważ nie mógł zabrać ich wszystkich, zwrócił część i przekreślił piórem te nazwiska na pokwitowaniu. Wydawało mu się, że wśród zwróconych powołań było powołanie dla Hooe i dla Harpera. Charles Lee dodał, że udowodnił istnienie powołań i może przejść do kwestii prawnych. Ponieważ nikt formalnie nie reprezentował pozwanego Madisona przed Sądem, nikt nie zakwestionował oświadczenia Jamesa Marshalla. Na marginesie można dodać, że poza związkami rodzinnymi z Prezesem istniał jeszcze inny powód do kwestionowania wiarygodności Jamesa Marshalla. W 1801 r., już po przejściu władzy przez Jeffersona, usiłował on w swym sądzie w Waszyngtonie wskrzesić ściganie Republikanów za wywrotowe zniesławienie na podstawie *common law*. Był więc znacznie gorliwszym Federalistą od starszego brata. Nie wiadomo też nic o próbach Jamesa Marshalla doręczenia pozostałych powołań 4 marca, w dniu zaprzysiężenia Jeffersona, kiedy to miało rzekomo dojść do zamieszek.

Komentujący tę scenę Bruce Ackerman pisze, że było to tragikomiczne. „Czy Marshall na serio zamierzał napisać orzeczenie Sądu we własnej sprawie w oparciu o zeznanie brata, bez wysłuchania argumentów drugiej strony?”³⁹ W klasycznym tekście Williama W. Van Alstyne’a również zostaje wyrażona ocena, że skoro dowód w sprawie opierał się na wiedzy Prezesa oraz jego młodszego brata, kwestią, którą należało w sprawie wyjaśnić przed wszystkimi innymi, była stosowność udziału w niej Johna Marshalla⁴⁰. Obszerne omówienie kontrowersji dotyczących wyłączania się Sędziów Sądu Najwyższego autorstwa Jamesa Sample’a otwiera opis sprawy *Marbury v. Madison* ze znaczącym śródtytułem „Sędzia we własnej sprawie... i swego brata”⁴¹. Także R. Kent Newmyer potwierdza, że Prezes Marshall znalazł się w skomplikowanym położeniu, być może nawet w kompromitującym. Biograf ten rozważa następnie zarzuty, że potwierdzenie istnienia powołań przez brata było dowodem na to, że Prezes od początku zaplanował całą sprawę. Odwołuje się przy tym do słów Edwarda S. Corwina, wedle którego orzeczenie Marshalla w sprawie Marbury’ego nosiło znamiona świadomego, politycznego zamachu (*deliberate partisan coup*). Newmyer odrzuca jednak te zarzuty, stwierdzając m.in., że Marshall musiałby wiedzieć, jak sprawę prowadził będzie Charles Lee oraz jak

³⁹ B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 187.

⁴⁰ W.W. Van Alstyne, *A Critical Guide to Marbury v. Madison*, „Duke Law Journal” 1969, vol. 1969, no. 1, s. 8.

⁴¹ J. Sample, *Supreme Court Recusal from Marbury to the Modern Day*, „Georgetown Journal of Legal Ethics” 2013, vol. 26, s. 105.

reagować będą jego koledzy w Sądzie⁴². Zaraz jednak biograf ten wraca do szczęśliwego oświadczenia Jamesa Marshalla i przenikliwie formułuje wartość przytoczenia wątpliwości:

Mogło się wydawać, że sprawa była od początku przegrana, i rzeczywiście taka by się stała, gdyby nie fortunne pojawienie się tego tajemniczego oświadczenia Jamesa Marshalla na temat zaginionych powołań. Czy naprawdę miał powody uważać, że w Dystrykcie dojdzie do zamieszek, czym uzasadnił pobranie powołań? Jeśli tak, czy garstka sędziów pokoju mogła wpłynąć na sytuację? Czy tak naprawdę James Marshall zabrał z biura sekretarza stanu jakiegokolwiek powołania? Nie pozostał żaden zapis, że tak uczynił. Dlaczego zwrócił jedno, a pozostałych nie?

Na te pytania nigdy nie udzielono odpowiedzi, ponieważ nigdy ich nie zadano, a nigdy ich nie zadano, ponieważ Jefferson nie pozwolił na udział w postępowaniu przedstawiciela Madisona. Choć nigdzie tego wprost nie stwierdzono, wygląda na to, że dogodne oświadczenie Jamesa Marshalla odczytano do akt sprawy, co pozwoliło na jej dalsze prowadzenie. Nam pozostaje rozmyślanie, czy Prezes nagiął zasady na korzyść starego znajomego, Charlesa Lee z Wirginii, który nieco desperacko przedstawiał argumenty, dochodząc prawdy i sprawiedliwości⁴³.

Wątpliwości podniesione przez R. Kenta Newmyera są bardzo celne, choć autor ten wzbrania się przed udzieleniem odpowiedzi podważających uczciwość braci Marshallów. Najdalej w dociekaniach na ten temat dochodzi Burt Neuborne, który krótko analizuje ostatni wieczór Adamsa w Białym Domu i zauważa, że prezydent poszedł spać o 21:00, gdyż o 4:00 rano opuszczał miasto, aby nie uczestniczyć w inauguracji następcy. W tym samym dniu Senat zatwierdził kilkadziesiąt nominacji Adamsa, zatem w ciągu kilku godzin dokumenty musiały zostać przesłane z Senatu, podpisane przez prezydenta w Białym Domu, dostarczone do Marshalla do Departamentu Stanu „nieoświetloną drogą gruntową”, a to wszystko bez udziału głównego urzędnika, Jacoba Wagnera, którego oddelegowano do pomocy Jeffersonowi. Neuborne jawnie podważa następnie oficjalną wersję i stwierdza, że nigdy się nie dowiemy, czy Adams faktycznie zdążył podpisać powołanie Marbury’ego przed snem, a jeśli tak, czy John Marshall zdążył opatrzyć je pieczęcią. Te dwie osoby, Adams i Marshall, które wiedziały, co faktycznie zdarzyło się 3 marca, nie przedstawiły dowodu istnienia powołania Marbury’ego. Prezes Marshall w całości oparł się w tej sprawie na oświadczeniu swego młodszego brata, a Sędzia Moore dołączył się do opinii, choć nie był obecny podczas rozpraw. Burt Neuborne kwituje to gorzko słowami: „republika bananowa”⁴⁴.

⁴² R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court*, Baton Rouge 2001, s. 159-160.

⁴³ *Ibidem*, s. 161-162.

⁴⁴ B. Neuborne, *Serving the Syllogism Machine...*, s. 25.

Dodam, że kwestia przemieszczenia się po Waszyngtonie w 1801 r. nie była bynajmniej trywialna. Biograf Marshalla pisze, że w centrum wokół Kapitolu stało kilka zajazdów i sklepów oraz pracownia szewska i pralnia. „Reszta miasta nadal składała się w większości z moczarów, lasu i zarośli. Całe mile niebrukowanych i nieoznaczonych dróg rozdzielały domy, więc zaproszenie na obiad często pociągało za sobą wielogodzinną ekspedycję o niepewnym rezultacie”⁴⁵.

W wersji skrajnej Marshall z Adamsem nie przygotowali na czas powołań, a swe opóźnienie Prezes równie kreatywnie, co cynicznie wykorzystał do rozgrywki z Jeffersonem. Mniej radykalne rozważania snuje Susan Low Bloch, która uznaje, że powołania istniały, ale gdy nie udało się ich doręczyć na czas, John Marshall zasugerował przed grudniem 1801 r. w kręgu kolegów Federalistów wniesienie powództwa do swego Sądu, aby móc wykorzystać pretekst do wydania pożądanego orzeczenia przeciwko Jeffersonowi. Taki scenariusz mógł wręcz wymagać celowego pozostawienia kilku powołań w Departamencie Stanu przez braci Marshallów. Znany jest list Johna Marshalla do brata wysłany 2 tygodnie po wydarzeniach z ostatniego dnia prezydentury Adamsa. Już w tym liście, z marca 1801 r., Prezes Marshall wyraził tezę, na której oprze 2 lata później swe rozumowanie w orzeczeniu *Marbury v. Madison*: doręczenie powołania sędziów pokoju nie jest niezbędne, po zatwierdzeniu przez Senat procedura powołania została zakończona podpisem prezydenta i opatrzeniem pieczęcią. Można zatem wymusić doręczenie nakazem sądowym. Zdaniem Susan Low Bloch tezę o zaaranżowaniu całego postępowania wzmacnia okoliczność, że czterej powodowie nie ubiegali się po orzeczeniu Sądu o doręczenie powołań, do których zdaniem Sądu mieli pełne prawo⁴⁶. Wymowne są tu zwłaszcza dalsze losy samego Marbury’ego, wyniesionego przez Marshalla do rangi symbolu walki o praworządność, który niedługo później zajął się po prostu pasmanterią⁴⁷.

Na liście Johna Marshalla do brata Jamesa z 1801 r. opiera Joel Richard Paul tezę, że James Marshall popełnił przed Sądem krzywoprzysięstwo, najprawdopodobniej na prośbę brata, Prezesa Marshalla. W marcowym liście, napisanym na długo przez złożeniem pozwu przez Marbury’ego, John Marshall sumitował się przed bratem z powodu niedoręczenia powołań: „Powinienem był wysłać powołania, które zostały podpisane i opieczętowane, jednakże nie doszło do tego z powodu wyjątkowego pośpiechu oraz nieobecności pana Wagnera, którego wezwał prezydent na swego prywatnego sekretarza”. Joel Richard Paul nie bez racji uważa, że w takim razie zeznanie Jamesa Marshalla przed Sądem dotyczące tego, jak to roznosił sam powołania, ale nie wszystkie udało mu się zabrać, nie miałoby sensu, jeśli to starszy brat John tłumaczył mu 2 lata wcze-

⁴⁵ J.R. Paul, *Without Precedent...*, s. 231.

⁴⁶ S.L. Bloch, *The Marbury Mystery. Why Did William Marbury Sue in the Supreme Court?*, „Constitutional Commentary” 2001, vol. 18, no. 3, s. 624-627.

⁴⁷ C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 186.

śniej w liście, że nie wszystkie powołania udało mu się wysłać⁴⁸. List ten nie przesądza sprawy, ponieważ można wyobrazić sobie taki obrót wydarzeń, że John Marshall nie wiedział, iż to James Marshall był osobą, która zabrała część powołań z Departamentu Stanu. Argumentacja Paula oparta jest na wadliwym założeniu. Autor ten uważa, że Prezes nakłonił brata do złożenia fałszywych zeznań w imię wyższego celu. „W obliczu konstytucyjnego kryzysu – Republikanie grozili niezależności sądownictwa – Marshall uznał, że cel uświęca środki”⁴⁹. Dopuszczenie zeznania Jamesa Marshalla nie miało jednak na niezależność sądownictwa żadnego istotnego wpływu. Postępowanie w sprawie *Marbury* było istotne tylko w micie, któremu ulega Joel Richard Paul.

Całą tę sytuację można tłumaczyć także na inne sposoby. Zeznanie brata Jamesa może być uznane za kłopotliwe dla Prezesa, gdyby uznać, że szukał sposobu, jak zakończyć postępowanie w sprawie *Marbury*’ego w sposób możliwie nieprzyciągający uwagi. Można nawet wyobrazić sobie taką interpretację, że zeznanie Jamesa wyciągnięte przez Charlesa Lee było elementem nacisku na Prezesa ze strony zdeterminowanych Federalistów. Prezes Marshall wyraźnie kluczył, początkowo dawał nadzieje, że Sąd stanie się bastionem oporu, ale stopniowo wycofywał się na ugodową pozycję i ostatecznie zawiódł wraz z Sądem swoje środowisko polityczne. Można więc wyobrazić sobie, że niezależnie od tego, czy powołania zostały podpisane czy nie, Charles Lee, zmuszony do udowodnienia ich istnienia przed Sądem, posłużył się fałszywym zeznaniem Jamesa Marshalla, licząc na to, że Prezes nie zdecyduje się na zarzucenie krzywoprzysięstwa własnemu bratu, a przez to przymuszony będzie do wydania korzystnego dla Federalistów, acz głównie symbolicznie, wyroku w sprawie *Marbury*’ego.

Pełniejsza ocena zarzutu Joela Richarda Paula o krzywoprzysięstwie możliwa będzie po dalszym omówieniu wydarzeń z 1803 r. Podkreślę jednak, że wątpliwa autentyczność zeznania Jamesa Marshalla co do kwestii, na której temat korespondował wcześniej ze swym bratem Prezesem, prowadzącym postępowanie, w którym to zeznanie stało się kluczowym dowodem, wzmacnia ocenę, że cała sprawa *Marbury v. Madison* była parodią wymiaru sprawiedliwości i przedstawieniem wystawionym przez Prezesa.

Podobnie jak nie ma dowodów na istnienie podpisanych powołań *Marbury*’ego i trzech pozostałych Federalistów, tak nie ma dowodów na to, że Prezes Marshall z Charlesem Lee zaaranżowali sprawę *Marbury v. Madison*. Być może, na co wskazuje wiele okoliczności sprawy, była to prowokacja wobec Jeffersona, która przerosła intrygantów. Jak podkreślałem, w grudniu 1801 r. nie wiedzano jeszcze, jak zdecydowane będą retorsje Republikanów wobec Federalistów sprawujących władzę sądowniczą. Nawet jeśli wszystkie wątpliwości związane z postępowaniem w sprawie powołań *Marbury*’ego i pozostałej trójki tłumaczylibyśmy na korzyść Prezesa Marshalla, należy uznać, że uosabiał on w tej sprawie postać *iudex suspectus*. Pomniejsze wątpliwości co do bezstronności można

⁴⁸ J.R. Paul, *Without Precedent...*, s. 253-254.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 254.

byłoby kierować także pod adresem Sędziego Bushroda Washingtona. Oceniał on w tej sprawie dowód przedłożony przez Jamesa Marshalla, któremu niedługo wcześniej zapewnił podobny dowód w sporze o własność ziemską, kiedy to potwierdził autentyczność podpisu George'a Washingtona⁵⁰. Christina Reichert zauważa, że od samego początku Sędziowie Sądu Najwyższego nadwyrężali do granic możliwości wymogi bezstronności, a niewyjaśniony przypadek odmowy wyłączenia się Prezesa Marshalla stworzył podatny grunt dla dalszych takich odmów⁵¹.

Sprawa *Marbury v. Madison* była dalszym etapem ściśle politycznego sporu rozgrywanego się w obrębie niewielkiej grupy zantagonizowanych polityków, co sądowa dekoracja skrywała jedynie w nikłym stopniu. Otwarte wyłączenie się Prezesa z postępowania byłoby gestem oznaczającym, że prawne aspekty biorą górę. Nie wiemy, jak zareagowałby na to Jefferson z Madisonem, ale taki akt Marshalla, zwłaszcza odpowiednio nagłośniony, wytworzyłby większą presję wobec Republikanów, aby formalnie wziąć udział w postępowaniu. Ostatecznie los Sądu Marshalla określony został 2 lata później po serii takich gestów i działań, także przypadkowych, obu stron sporu. W lutym 1803 r. powstał jednak w Sądzie stan symetrycznego lekceważenia praworządności. Sprzeniewierzający się powinności sędziowskiej Prezes Marshall prowadził demonstracyjnie postępowanie, w którym nie powinien brać udziału, a Madison równie demonstracyjnie w nim nie uczestniczył, choć powinien był brać udział. Sąd najwyraźniej nie podjął po grudniu 1801 r. żadnych wysiłków, które miałyby skłonić Madisona do osobistego stawienia, co słusznie George Lee Haskins odczytuje jako wyraz troski Marshalla o uniknięcie bezpośredniej konfrontacji z administracją Jeffersona⁵². Rozprawy przed Sądem istotnie miały więc, jak pisze Jean E. Smith, „przedziwny charakter” – Sąd prowadził nietypowo postępowanie w pierwszej instancji, ale jedna ze stron nie brała w nim w ogóle udziału⁵³.

Kulminacją był niezwykle moment, gdy Charles Lee zakończył swe wystąpienie. Prezes Marshall zachęcił do zabrania głosu stronę przeciwną. Obecny cały czas prokurator generalny Levi Lincoln odmówił, utrzymując, że nie uczestniczy oficjalnie w tym postępowaniu. Marshall najwyraźniej poczuł wtedy, że pozory praworządności nie wytrzymują konfrontacji z realiami rozprawy, której przewodniczył, więc zaproponował możliwość zabrania głosu przez kogokolwiek, kto chciałby wypowiedzieć się w imieniu strony pozwanej. Nikt z tego zaproszenia nie skorzystał⁵⁴. Według relacji prasowej Marshall czuł się wyraźnie nieswojo, gdy okazało się, że postępowanie nie jest w najmniej-

⁵⁰ C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 138.

⁵¹ Ch. Reichert, *Should I Stay or Should I Go Now. Foreign Law Implications for the Supreme Court's Recusal Problem*, „University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law” 2014, vol. 16, no. 4, s. 1198.

⁵² G.L. Haskins, H.A. Johnson, *Foundations of Power...*, s. 192.

⁵³ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 316.

⁵⁴ L. Goldstone, *The Activist...*, s. 214.

szym stopniu kontradiktoryjne⁵⁵. Ślad tego można znaleźć w napisanym przez niego orzeczeniu. Gładki wywód Prezesa zaburza następujący fragment:

Gorliwe poszukiwanie podstaw, na których oprzeć można byłoby przeciwne stanowisko, nie dało rezultatów, co wydaje się dostatecznie uzasadniać podtrzymanie wyrażonego poglądu.

Bardzo szczegółowo rozważono te poglądy, które podsunęła imaginacja sądu, lecz po nadaniu im całej możliwej wagi, nie zachwiały one ukształtowanego przekonania⁵⁶.

Marshall niedwuznacznie tłumaczy tu słuchaczom i czytelnikom, że zachowywał się tak bezstronnie, iż w obliczu braku reprezentacji strony pozwanej sam wewnętrznie przeprowadził kontradiktoryjny proces i dopiero gdy uległ mocy własnej argumentacji na korzyść powoda, zdecydował, że niewyrażone argumenty przeciwne muszą ustąpić. Gdy spojrzymy na to z należnym dystansem, dostrzeżemy, że Prezes wchodzi tu w kolejną rolę procesową. Obok Marshalla-(współ)sprawcy i Marshalla-Sędziego pojawia się Marshall-adwokat Madisonsa.

Charles Lee miał więc sposobność do swobodnego przedstawienia przed Sądem swych dowodów na istnienie powołań oraz argumentacji przemawiającej za wydaniem przez Sąd nakazu doręczenia ich. Ten drugi aspekt można w opisie sprawy pominąć. Dość powiedzieć, że Lee bardzo sprawnie ujął tę część wyводу w postaci omówienia trzech pytań: czy Sąd Najwyższy może wydać nakaz prawny w dowolnej sprawie; czy może wydać go wobec sekretarza stanu; wreszcie czy w rozpatrywanej sprawie może wydać nakaz wobec Jamesa Madisonsa. Wobec braku aktywności strony pozwanej Prezes Marshall zamknął tę część postępowania, dając Sądowi czas na podjęcie i ogłoszenie decyzji, co nastąpiło 2 tygodnie później, 24 lutego 1803 r.

Orzeczenie w sprawie *Marbury v. Madison* zostało wygłoszone w hotelu, a nie w oficjalnym gmachu publicznym, co dobrze oddawało niezbyt budujące aspekty sprawy. Współodpowiedzialność za ten stan rzeczy ponosił John Marshall. Prezydent Adams powierzył mu, jako sekretarzowi stanu, odpowiedzialność za przeniesienie władz do Dystryktu Kolumbii. Na przełomie 1800 i 1801 r. Marshall otrzymał dwa listy od urzędników z pytaniami w sprawie pomieszczeń dla Sądu Najwyższego, ale najwyraźniej nie udzielił odpowiedzi⁵⁷. Sąd nie miał osobnego budynku, rozprawy odbywały się więc w sali posiedzeń komisji na Kapitolu, Sędziowie zaś mieszkali w zajeździe Conrad and McMunn's, a następnie w Stelle's Hotel. Gdy Sędzia Chase zachorował, a od jego obec-

⁵⁵ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 318.

⁵⁶ To wolne tłumaczenie mniej przejrzystej składni Marshalla. Pierwszy akapit brzmi w oryginale następująco: „After searching anxiously for the principles on which a contrary opinion may be supported, none have been found which appear of sufficient force to maintain the opposite doctrine”, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁵⁷ L. Goldstone, *The Activist...*, s. 152.

ności zależało kworum, Prezes postanowił, że skoro Chase z powodu podagry nie może przybyć do Sądu, to Sąd przybędzie do Chase'a, i przeniósł obrady Sądu do bawialni w Stelle's Hotel. Obecnie mieści się w tym miejscu Biblioteka Kongresu⁵⁸.

R. Kent Newmyer przytacza powiedzenie, że cechą dobrego prawnika jest przedstawienie argumentów w sposób odpowiadający sędziemu, a w takim razie Charles Lee był znakomitym prawnikiem, w swej argumentacji zdołał bowiem wznieść się ponad polityczny kontekst sprawy i przedstawić cały spór w kategoriach naruszonej zasady rządów prawa oraz umiejscowić pozew swego klienta w dobrze znanym Marshallowi krajobrazie prawnym *common law*: naruszenie czyjegoś prawa pociąga za sobą konieczność zadośćuczynienia, którym w tej sprawie był nakaz sądowy⁵⁹. Marshall również pominął cały polityczny kontekst sprawy, pominął także swój udział i naśladując, z kluczowym wyjątkiem, strukturę argumentacji Charlesa Lee, wystąpił jako arbiter prawny, któremu ewidentnie zależało na przedstawieniu sprawy w formule, którą nadał jej w wyczelowanym orzeczeniu. Widać to zwłaszcza, gdy dokonamy porównania z komplementarnym orzeczeniem w sprawie *Stuart v. Laird*. W sprawie Marbury'ego Prezesowi Marshallowi zależało na tym, by głos Sądu wybrzmiał donośnie i długo. Pomieszczony na dwudziestu sześciu stronach oficjalnego sprawozdania i podzielony na sto sześćdziesiąt cztery akapity tekst był jednym z najdłuższych orzeczeń, jakie dotychczas wydał Sąd⁶⁰. Współcześnie zdarzają się orzeczenia mogące konkurować długością z mniej okazałymi powieściami, ale w czasach Marshalla zwyczaj i możliwości techniczne nie skłaniały do takiej rozwlekłości.

Dobrym wprowadzeniem do analizy orzeczenia wygłoszonego 24 lutego są słowa Lawrence'a Goldstone'a, któremu rezerwa wobec Marshalla i talent językowy pozwala na wypowiedzanie soczystych i wielostronnych sformułowań:

Opinię Marshalla określano na różne sposoby, od błyskotliwej do zwodniczej, od zwięzłej do nużącej – czasami wszystko jednym tchem – poza wszystkim innym orzeczenie *Marbury* było prawdopodobnie najrzęczniejszym pokazem sędziowskiego opanowania kruczków prawnych w historii państwa. Większość opinii była tak bardzo nie na temat, że niejeden komentator ocenił, iż w ogóle nie była to opinia, ale uwagi wyrażone mimochodem, *obiter dicta*.

Jednakże arcydzieło odwrócenia uwagi nadal pozostaje arcydziełem. Szczęśliwie dla jego kolegów sędziów wykład Marshalla miał wymiar salomonowy – licząc jedenaście tysięcy słów, zarówno pod względem rozmiaru, jak i intelektu – bo nic pomniejszego

⁵⁸ Zob. C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 144; J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 318.

⁵⁹ R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 164.

⁶⁰ C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 153. Dodam, że amerykańscy autorzy dość znacznie różnią się w podawanej liczbie słów składających się na to orzeczenie.

nie starczyłoby, jeśli Sąd nadal miał zachować znaczenie, unikając jednocześnie odwetu Republikanów⁶¹.

To odwrócenie uwagi pojawia się już w pierwszych trzech słowach. Prezes rozpoczyna od wprowadzenia historycznego: „Podczas ostatniej sesji...”. Przypomina tu, że podczas ostatniej sesji Sąd skierował do Madisonsa zarządzenie wzywające do złożenia wyjaśnień. Lakonicznie Prezes informuje następnie, że „żadnych wyjaśnień nie złożono”. W ślad za Lewisem H. LaRue dostrzeżmy, że niewinny zwrot „podczas ostatniej sesji” zacierza całkowicie to, co faktycznie się zdarzyło⁶². Ta ostatnia sesja odbyła się w 1801 r., a teraz jesteśmy już w roku 1803, dlatego że Sąd Najwyższy znalazł się w centrum sporu politycznego między Federalistami i Republikanami, co m.in. spowodowało zamknięcie Sądu na kilkanaście miesięcy i gruntowną reorganizację niższych szczebli sądownictwa federalnego. Również wzmianka o braku wyjaśnień ze strony Madisonsa jest olbrzymim niedopowiedzeniem. Madison odmówił złożenia wyjaśnień nie z braku czasu czy z poczucia, że sprawa jest błaha. Brak oficjalnego udziału strony pozwanej był wyrazem świadomości wagi sprawy (choć i tak błahej w porównaniu z *Stuart v. Laird*) oraz czytelnym sygnałem dla Sądu, iż nie jest on uznawany za organ upoważniony do jej prowadzenia, a niekorzystne rozstrzygnięcie wywoła sankcje. Lewis H. LaRue przenikliwie podkreśla, że Marshall napisał to wszystko tak, jakby niepotrzebne było opisywanie całej politycznej kontrowersji stanowiącej tło sprawy. Marshall próbuje pominiąć dramatyzm sytuacji, dając jedynie beznamiętny, proceduralny opis – „żadnych wyjaśnień nie złożono”. Trafia w sedno ten komentarz LaRue: „Beznamiętny legalizm Marshalla jest kluczowy dla jego władzy, ponieważ może tę konfrontację wygrać, jedynie walcząc na sprzyjającym terenie oraz wykazując wielką biegłość w ocenie tego, co może bezpiecznie zrobić”⁶³.

Dobre wyczucie dramatyzmu opowieści przedstawianej odbiorcom orzeczenia skłoniło zapewne Prezesa do pominięcia pozostałych powodów poza Williamem Marburyem. Pojawiają się oni w tekście przygotowanym przez sprawozdawcę sądowego, ale w opinii Marshalla widnieje konsekwentnie sam „Mr. Marbury”. Zabieg ten również okazał się udany, panowie Harper, Hoee i Ramsay rzadko wspominani są w terażniejszych opisach sprawy. Marshallowi nie tylko udało się przedstawić sprawę jako klarowne starcie jednego bezradnego obywatela dochodzącego swych praw z sekretarzem stanu, arogancko niewypełniającym swych obowiązków. Pominięcie pozostałych powodów odwraca także uwagę od pozostałych powołań, a więc od niejasnego przebiegu ostatniego dnia prezydentury Adamsa. Prezes w swej opowieści zwalnia nas z rozważania tego, co zostało podpisane, co zostało opatrzone pieczęcią, co zostało zabrane z Departamentu Stanu,

⁶¹ L. Goldstone, *The Activist...*, s. 216.

⁶² L.H. LaRue, *Constitutional Law as Fiction...*, s. 49.

⁶³ *Ibidem*, s. 52.

a co zwrócone. Te rozważania doprowadziłyby nas, adresatów orzeczenia, do jego autora, który 3 marca 1801 r. brał w tym wszystkim udział. Zderzenie samego Marbury'ego z Madisonem wzmacnia pozycję argumentacyjną Marshalla jako bezstronnego arbitra, któremu możemy zawierzyć, gdy autorytatywnie rozstrzyga sprawę.

Zwróćmy też uwagę na to, jak skupienie uwagi przez Marshalla na samym Marburym wprowadza subtelnie do tego sporu samego Prezesa w postaci skrytego oponenta rzeczywistego negatywnego bohatera opowieści, którym jest Jefferson. Nazwisko Madisona widnieje w samym nagłówku orzeczenia. Nazwisko Jeffersona nie pojawia się nigdzie, nawet w tekście sprawozdawcy sądowego, choć pojawia się nazwisko Johna Adamsa. Każdy ze świadomych odbiorców, współczesnych i tych zgromadzonych w Stelle's Hotel w 1803 r., wie jednak doskonale, że nie o Madisona tu chodzi, lecz o jego rzeczywistego mocodawcę. Podkreślę, w ramach tej interpretacji, że nie chodzi tu wcale o bezosobową postać „the President”, gdyż nie sposób wyobrazić sobie, aby Marshall pozwolił sobie na legalistyczne karcenie prezydenta, gdyby był nim George Washington czy nawet mniej wielbiony przez Marshalla John Adams. Każdy zatem wie, jak to retorycznie powtórzę, że napomnienia w orzeczeniu kierowane są nie do Madisona, lecz do Thomasa Jeffersona. Jawny wykonawca, Madison, ma za sobą skrytego wiarołomcę w postaci Jeffersona. Tej parze przeciwstawia się symetryczny duet. Jawny pokrzywdzony, Marbury, ma za sobą „męża szlachetnego, biegłego w przemowach”, czyli Prezesa Marshalla. Rozmiłowany w antyku, zwłaszcza w twórczości Tytusa Liwiusza, Horacego i Cyserona⁶⁴, Marshall najpewniej znał to określenie oratora, autorstwa Katona, a bezsprzecznie realizował tę biegłość w praktyce.

Opisane kamuflujące zabiegi retoryczne wywołują pochodny skutek, na jaki zwraca uwagę Charles F. Hobson. Po lekturze samej opinii Marshalla czytelnik nieznający sprawy nie zorientowałby się nawet, że akt powołania Marbury'ego został podpisany przez jednego prezydenta, ale wydania odmówił jego następca z innej partii⁶⁵. Prezes prezentuje fikcyjny opis całej historii, skupiając uwagę odbiorców na problemach kancelaryjnych bezosobowego prezydenta i krnąbrnego sekretarza stanu. Zdaniem pełnego aprobaty Hobsona, usuwając polityczne aspekty sprawy i przedstawiając ją w neutralnym języku prawa, Prezes osiąga pożądaný cel: nie pozwala, aby polityczne kaprysy oddziaływały na uprawnienia i zobowiązania. Nie mogę podzielić tej opinii. Te polityczne kaprysy zdeterminowały rozstrzygnięcie dokonane przez Marshalla, a cytowany tu biograf odstępkuje od własnej tezy, wyrażonej kilka stron wcześniej, gdy trafnie przestrzega, iż sprawy Marbury'ego nie sposób zrozumieć bez znajomości politycznego kontekstu związanego z pierwszą kadencją Jeffersona⁶⁶. Znacznie trafniej odnosi się do tego aspektu James M. O'Fallon, gdy pisze, że nie chodziło przecież wcale o sytuację, w której pre-

⁶⁴ R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 7.

⁶⁵ Ch.F. Hobson, *The Great Chief Justice. John Marshall and the Rule of Law*, Lawrence 1996, s. 53.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 48.

zydentowi odmawiał wydania aktu powołania zbuntowany urzędnik z Departamentu Stanu. Przeciwnie, okoliczności, w jakich naprawdę doszło do sprawy Marbury'ego, to w zasadzie jedyne okoliczności, w jakich można sobie wyobrazić powstanie problemu prawnego, który rozstrzygał Sąd. Niezadowolenie nowego prezydenta z ostatnich powołań jego poprzednika skłoniło tegoż prezydenta do ich wstrzymania⁶⁷. Tego wszystkiego Marshall nie napisał, skrywając się za zwrotem o „szczególnej delikatności” sprawy, zaciemniając zaś przed odbiorcami, że chodziło o spór co najmniej w tym samym stopniu polityczny, co prawny.

W tym miejscu odczuwam potrzebę uzasadnienia wobec Czytelników, dlaczego przystępując do omówienia orzeczenia w sprawie Marbury'ego – nieważnego w praktyce, lecz arcyważnego w imaginariu sądownictwa konstytucyjnego – zachęcam do zwrócenia w pierwszej kolejności uwagi nie na to, co i jak Prezes Marshall napisał, lecz na to, czego nie napisał. Podważane w tej pracy podejście konwencjonalne polegałoby na streszczeniu fragmentów orzeczenia *Marbury v. Madison*, zacytowaniu *in extenso* szczególnie udanych fraz Prezesa, ulegnięciu sile jego perswazji, zgodnie z którą inne orzeczenie nie byłoby możliwe, a następnie na dołączeniu do piewców geniuszu Johna Marshalla. Modelowym przykładem takiego podejścia jest odpowiedni rozdział w biografii Jeana E. Smitha, kończący się oceną, iż orzeczenie to było „sędziowskim majstersztykiem”, w którym Marshall sytuację bez wyjścia przekształcił w wielkie zwycięstwo⁶⁸. Podobnym przykładem jest ocena dokonana przez sędziego i wykładowcę Williama H. Pryora Jr., który formułuje ją już w tytule swego artykułu, pisząc, w nawiązaniu do Milana Kundery, *Niežnośna słuszność orzeczenia Marbury v. Madison*⁶⁹. Ten ostatni tekst jest interesujący, ponieważ autor polemizuje w nim z mitami na temat tego orzeczenia i porusza wiele wątków, które przedstawiam w niniejszej pracy, ale dochodzi do przeciwstawnych wniosków, sprowadzających się do pełnej aprobaty ustaleń Johna Marshalla.

Podejście konwencjonalne, opierające się wyłącznie na tym, co John Marshall napisał, zamykałoby nas jednak w wykreowanym przez niego świecie, przedstawionym w ogłoszonej 24 lutego 1803 r. opowieści. Błyskotliwie o skutkach zwabienia przez opowieść Marshalla pisze Lewis H. LaRue, powracający do znaczenia dwóch zdań otwierających orzeczenie, w których Prezes pozornie beznamytnie przypomina, co zdarzyło się „podczas ostatniej sesji”, i kwituje, że „żadnych wyjaśnień nie złożono”.

Pragnę teraz zasugerować, że te dwa zdania wabią nas do prawnego uniwersum Marshalla, tak jak zwrot „dawno, dawno temu” może nas zwabić do świata fantazji i bajek. Te słowa są tak spokojnie legalistyczne, że kuszą nas, aby uwierzyć, iż świat można opisać językiem

⁶⁷ J.M. O'Fallon, *Marbury*, s. 244.

⁶⁸ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 323.

⁶⁹ W.H. Pryor Jr., *The Unbearable Rightness of Marbury v. Madison. Its Real Lessons and Irrepressible Myths*, „Engage. The Journal of the Federalist Society Practice Groups” 2012, vol. 12, s. 94 i n.

prawniczym. To niesamowite twierdzenie – że można opisać nasz świat słownictwem prawniczym – jest podstawową fikcją prawną Marshalla, a gdy ją uznamy, on wygra⁷⁰.

Po przeszło 200 latach, niezaangażowani w spór Marshalla z Jeffersonem oraz walkę o rząd dusz Federalistów z Republikanami, ale jednocześnie niedostatecznie, jak sądzę, zaangażowani w spór na temat sądownictwa konstytucyjnego, nie mamy powodów, by pozwolić Johnowi Marshallowi na wygraną na samym wstępie, przyjmując bezkrytycznie warunki narzucane przez niego po to, by zasłonić jego osobiste uwikłanie w sprawę oraz polityczny kontekst sporu skłaniający Sąd do uległości wobec Jeffersona.

Nietrudno wyobrazić sobie, dzięki opisowi Jeana E. Smitha, jak elektryzujące musiało być wygłaszanie orzeczenia przez Prezesa. Czytał wolno, swym niskim i sugestywnym głosem. Przemawiał tak blisko cztery godziny, kończąc na kwadrans przed godziną 14:00. Prezes zręcznie prowadził słuchaczy za sobą, wprowadzając kolejne wolty, wydawało się, że raz orzeka na korzyść Federalistów, a następnie zmienia front i staje w obronie prezydenta. Metodę tę poznaliśmy przy okazji orzeczenia w sprawie statku „Amelia”. Rozniosły się wieści, że wygłaszane jest przełomowe orzeczenie, więc z pobliskiego Kapitolu zaczęli się schodzić członkowie Izby Reprezentantów i Senatu. Publiczność wsłuchiwała się w każde wypowiediane słowo w poczuciu, że rozwija się kryzys konstytucyjny ogromnych rozmiarów⁷¹. James F. Simon w swej relacji z odczytywania orzeczenia przyrównał Prezesa Marshalla do narratora powieści z suspensem. Na trzy pytania, które postawił Charles Lee, odpowiadał bowiem Marshall w sposób, który wydawał się oznaczać niechybne zderzenie z administracją Jeffersona, a przecież takiej konfrontacji kierowany przez Prezesa Sąd unikał zręcznie przez 2 lata⁷². To było jednak tylko przedstawienie. Wzmiankując na początku o szczególnej delikatności sprawy, jak piszą autorzy innej sugestywnej rekonstrukcji tego dnia, Marshall „przygotowywał scenę dla całkowicie przykuwającego uwagę politycznego i sądowiczego teatru”⁷³.

Spróbujmy jednak nie ulec biegleści, z jaką Prezes oszałamiał słuchaczy i wielu późniejszych badaczy. Spośród stu sześćdziesięciu czterech akapitów orzeczenia⁷⁴ pierwszych sto szesnaście poświęconych jest powołaniu Williama Marbury’ego i wykazaniu naruszenia prawa przez administrację Jeffersona. Następnie Prezes unieważnia wszystkie te ustalenia, stwierdzając, że jego Sąd nie może się w ogóle zajmować powództwem Marbury’ego. Dołączam do opinii tych krytyków Prezesa Marshalla, którzy w kolej-

⁷⁰ L.H. LaRue, *Constitutional Law as Fiction...*, s. 56.

⁷¹ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 319-323.

⁷² J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 185.

⁷³ C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 154.

⁷⁴ Dla dalszych potrzeb korzystam z opatrzonej przypisami edycji orzeczenia z ponumerowanymi i podzielonymi na sekcje akapitami, *The Annotated Marbury v. Madison*, zamieszczonej w opracowaniu *Marbury kontra Madison. Dokumenty i komentarz. Appendix A: The Annotated Marbury v. Madison*, [w:] M.A. Graber, M. Perhac (eds.), *Marbury versus Madison...*, s. 363-382.

ności podjęcia poszczególnych zagadnień w orzeczeniu upatrują poważnej przyczyny jego wadliwości. Suzanna Sherry, wyliczając głosy krytyczne kierowane przez uczonych wobec tego orzeczenia, pisze m.in., że duża część opinii z 1803 r. może być uznana za wypowiedzi sędziego bez mocy prawnej (*dicta*), gdy tylko bowiem Sąd odkrył, że nie jest właściwy w sprawie, nie powinien był orzekać co do jej meritum. Autorka ta następnie podsumowuje, że liczne błędy popełnione przez Marshalla sprawiły, iż część krytyków uznawała jego opinię w tej sprawie za graniczącą z oszustwem sądowym⁷⁵. Larry D. Kramer stwierdza zaś, że opinia sporządzona przez Marshalla wzburzyła Jeffersona. Skoro Sąd ustalił, że nie jest właściwy w sprawie, wywody Marshalla były niepotrzebne i nie-stosowne. Tę ocenę Jeffersona co do niestosowności opinii podziela też sam Kramer⁷⁶. Na niewłaściwą kolejność zwracał też uwagę William W. Van Alstyne, piszący, że najpierw (po wyłączeniu Marshalla) Sąd powinien był rozpocząć od kwestii wstępnej, czyli od oceny własnej kompetencji do rozpatrzenia sprawy⁷⁷. Na przytoczenie zasługuje też cytat z bardzo udanej historii prawa amerykańskiego autorstwa G. Edwarda White'a, który tak krytycznie pisze o przeprowadzeniu przez Marshalla kontroli konstytucyjności prawa w orzeczeniu *Marbury v. Madison*, łącząc to syntetycznie z poruszonym tu aspektem kolejności wątków w orzeczeniu:

Większość komentatorów uważa, że Marshall rozstrzygnął tę kwestię niewłaściwie w zakresie interpretacji konstytucyjnej, a potraktowanie przez niego tej kwestii miało wymiar strategiczny. Tę ocenę postępowania Marshalla wzmacnia niezwykle kolejność, w jakiej podjął kwestię, czy Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych dysponuje zgodnie z Konstytucją kompetencją do wydania nakazu sądowego jako sąd pierwszej instancji. Ponieważ Marshall zdecydował, że Sąd taką kompetencją nie dysponował, a zatem *Marbury* nie był upoważniony do uzyskania w nim nakazu sądowego, oznaczało to, że nie mają mocy prawnej wcześniejsze konkluzje Marshalla dotyczące prawa *Marbury*'ego do uzyskania aktu powołania i braku dyskrecjonalnego uprawnienia władzy wykonawczej po stronie Madisona do odmowy wydania powołania. Ostatecznie okazało się, że Sąd nie ma kompetencji do zmuszenia Madisona do doręczenia powołania, ponieważ nie był organem właściwym do wydawania nakazów sądowych w pierwszej instancji.

Zwykle rozstrzygnięcie kwestii jurysdykcyjnych poprzedza rozstrzygnięcie kwestii materialnoprawnych, gdy bowiem sąd nie jest organem właściwym w sprawie, jego ustalenia prawne nie mają mocy wiążącej. Odwrócenie przez Marshalla porządku w sprawie *Marbury* – przy pełnej świadomości, że rozstrzygnięcie, iż Sąd nie jest organem właściwym, sprowadzi jego konkluzje na temat powołania *Marbury*'ego i obo-

⁷⁵ S. Sherry, *The Intellectual Background of Marbury v. Madison*, [w:] M. Tushnet (ed.), *Arguing Marbury v. Madison*, s. 49.

⁷⁶ L.D. Kramer, *The People Themselves...*, s. 123.

⁷⁷ W.W. Van Alstyne, *A Critical Guide...*, s. 6-7.

wiązku doręczenia go przez Madisona do abstrakcyjnych spostrzeżeń – sugeruje, że chciał osiągnąć właśnie taki wynik. Chciał uzyskać okazję do wytknięcia administracji Jeffersona, że nie może udaremniać zajmowania urzędów przez sędziów powołanych przez Federalistów poprzez motywowaną politycznie odmowę doręczenia powołań. Jednocześnie pragnął jednak uniknąć zmuszenia ludzi Jeffersona do doręczenia powołań, to znaczy nakazania im przez obsadzony Federalistami Sąd Najwyższy, że muszą pogodzić się z obsadzeniem przez Federalistów sądownictwa federalnego. Decydując się na rozstrzygnięcie w orzeczeniu *Marbury* kwestii materialnych przed jurysdykcyjnymi, Marshall osiągnął te cele⁷⁸.

Fascynująca jest okoliczność, że od chwili, gdy w grudniu 1801 r. Charles Lee pojawił się w Sądzie z pozwem Marbury'ego i pozostałych trzech osób, do lutego 1803 r., gdy wydano orzeczenie, cały światek waszyngtoński żywotnie interesował się tą sprawą, ale najwyraźniej nikt nie wpadł na to, jak Prezes ją rozwiąże. Jak pisałem powyżej, była ona przedmiotem dyskusji, polemik prasowych, debat kongresowych. Zarzucano Sądowi nieuprawniony zamiar kontrolowania władzy wykonawczej i mieszanie się do sporu politycznego. Nikt jednak w tym niekrótkim okresie nie podnosił zarzutu braku jurysdykcji Sądu. Nie zachowało się źródło historyczne wskazujące na kwestionowanie właściwości Sądu w sprawie Marbury'ego⁷⁹. Trzeba jednak wskazać, iż pojawił się w debacie publicznej nieodległy argument. Należący do Republikanów kongresman Thomas T. Davis z Kentucky w debacie nad *Repeal Act* podniósł w lutym 1802 r. zarzut, że niezgodny z Konstytucją był zakres właściwości Sądu ustalony w artykule 2 ustawy o sądownictwie z 1801 r., który poszerzał kompetencje Sądu określone w artykule 13 ustawy o sądownictwie z 1789 r.⁸⁰ Kongresman Davis nie odnosił się wszakże do powództwa Marbury'ego, lecz uzasadniał w ten sposób potrzebę uchwalenia *Repeal Act*, czyli uchylenia ustawy o sądownictwie z 1801 r.

Ponieważ sprawa toczyła się na forum publicznym, także z tego powodu, że długo nie mogła toczyć się na forum sądowym, dysponujemy bardzo obszernym materiałem źródłowym z tego okresu. Wydaje się jednak, że przed 24 lutego 1803 r. jedyną osobą, która poruszyła problem właściwości Sądu Najwyższego w tej konkretnej sprawie, był adwokat Marbury'ego, Charles Lee, który zapobiegliwie starał się w swoim wystąpieniu przed Sądem wykazać, że można wydać postulowany *writ of mandamus*. Lee kwestię tę podjął zaraz po postępowaniu dowodowym w sprawie istnienia powołań, a przed kolejnymi wątkami prawnymi. To doprawdy zadziwiające, że żaden z Sędziów nie poruszył

⁷⁸ G.E. White, *Law in American History*, vol. 1: *From the Colonial Years Through the Civil War*, New York 2012, s. 213.

⁷⁹ C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 161.

⁸⁰ Zob. J.E. Pfander, „*Marbury*”, *Original Jurisdiction, and the Supreme Court's Supervisory Powers*, „*Columbia Law Review*” 2001, vol. 101, no. 7, <http://dx.doi.org/10.2307/1123808>, s. 1583-1584.

tej kwestii w trakcie postępowania, jeśli miała ona – jak się okazało po 2 tygodniach – podstawowy charakter. Gdyby Prezes Marshall podjął zagadnienia prawne w kolejności przedstawionej przez Charlesa Lee, rozpocząłby od kwestii jurysdykcyjnej i na niej musiałby zakończyć. Odstąpienie od kolejności wskazanej przez adwokata powodów musiało być intencjonalne i służyło celom Marshalla: zaakcentowaniu władzy Sądu, skarceniu Jeffersona i wydostaniu się pod wymyślonym pretekstem z pola konfrontacji. Uwzględnić szczególnie trzeba, za radą Deana Alfange'a Jr., klimat polityczny w 1803 r. Tezy Sądu o wydawaniu wobec członków gabinetu nakazów sprzecznych z poleceniami prezydenta brzmiały wówczas niezwykle śmiało. To właśnie spowodowało napływ słuchaczy do hotelu, w którym urzędował Sąd. Prezes Marshall mógł sobie pozwolić na tak nadzwyczajne wypowiedzi względnie bezkarnie, ponieważ wiedział, że ostatecznie usprawiedliwi się brakiem właściwości w sprawie od konieczności potwierdzenia swych słów wydaniem nakazu⁸¹. Jak to bezceremonialnie ujął Sanford Levinson, Marshall najpierw potępił uzurpację władzy przez Jeffersona, a następnie upadł, by udawać martwego⁸².

Nieprzekonujące są zatem uwagi Roberta L. Clintona, który wskazuje, że w czasach Marshalla sądy podchodziły bardziej elastycznie do kwestii jurysdykcji i nie było powszechnego oczekiwania powstrzymania się od rozpatrywania meritum sprawy oddalanej z powodów proceduralnych⁸³. Po ogłoszeniu orzeczenia w prasie Republikanów krytykowano Prezesa za faktyczne rozstrzygnięcie sprawy pomimo stwierdzonego braku jurysdykcji. W przedrukowywanym szeroko artykule z pisma „Virginia Argus” autor opisywał to orzeczenie jako wynaturzonego potwora z odnóżami, wytykając m.in. rozstrzygnięcie meritum sprawy pomimo braku kompetencji do jej rozpoznania. Taki sam zarzut wyrażono m.in. w piśmie „Independent Chronicle”⁸⁴. Nie mogę również podzielić poglądu wyrażonego przez Louise Weinberg, która broniąc zdecydowanie Johna Marshalla przed krytyką, stwierdza m.in., że niesłuszny jest zarzut, iż opinia została napisana „od tyłu”, gdyż w istocie tekst Marshalla od początku do końca był solidnym rozstrzygnięciem problemu jurysdykcyjnego⁸⁵.

Marshalla bronią także z przekonaniem Robert J. Reinstein i Mark C. Rahdert. Przywołując ich poglądy, żeby pokazać, iż dyskusja na temat analizowanego orzeczenia jest ciągle żywa w doktrynie amerykańskiej. Obaj autorzy opublikowali swój tekst w 2005 r. i odwołują się w nim do szerokiego już wówczas frontu krytyków Prezesa. Krótkie przy-

⁸¹ D. Alfange Jr., *Marbury v. Madison and Original Understandings of Judicial Review*. In *Defense of Traditional Wisdom*, „The Supreme Court Review” 1993, vol. 1993, <https://doi.org/10.1086/scr.1993.3109583>, s. 370.

⁸² S. Levinson, *Why I Do Not Teach Marbury (Except to Eastern Europeans) and Why You Shouldn't Either*, „Wake Forest Law Review” 2003, vol. 38, s. 574.

⁸³ R.L. Clinton, *Marbury v. Madison, Judicial Review, and Constitutional Supremacy in the Nineteenth Century*, [w:] M.A. Graber, M. Perhac (eds.), *Marbury versus Madison...*, s. 81.

⁸⁴ C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 166-167.

⁸⁵ L. Weinberg, *Our „Marbury”*, s. 1343.

toczenie repliki Reinsteina i Rahderta jest też interesujące z tego powodu, że pokazuje, jakiej postawy interpretacyjnej wymaga wzięcie Johna Marshalla w obronę. Autorzy ci zarzuty wobec jakości orzeczenia *Marbury v. Madison*, w tym omawiany tu zarzut rozstrzygnięcia merytorycznie sprawy poza zakresem właściwości Sądu, nazywają wstępnie „czepianiem się drobiazgów w skądinąd znakomitym orzeczeniu”⁸⁶. Gdy zaś zajmują się bezpośrednio dopuszczalnością wypowiedzi na temat meritum sprawy po ustaleniu braku właściwości Sądu, ich argumentacja jest następująca. Przyznają, że obowiązuje powszechnie uznana zasada nakazująca ustalenie przez sąd właściwości przed rozpoznaniem meritum sprawy. Marshall wyraził jednak równoważącą zasadę przeciwną – sąd powinien, w miarę możliwości, unikać oceny konstytucyjności aktu Kongresu. Gdyby Sąd stwierdził, że nie naruszono praw Marbury’ego lub też że nie istnieje zadośćuczynienie, sprawę można by oddalić bez poruszania konstytucyjności przepisu ustawy. Marshall jednak znalazł się między młotem a kowadłem – tłumaczą cytowani autorzy. Gdyby rozpoznał meritum sprawy przed kwestią jurysdykcyjną, naraziłby siebie i Sąd na zarzut Jeffersona wyrażenia niewiążących *obiter dicta*. Z drugiej strony, gdyby Marshall wydał rozstrzygnięcie wyłącznie jurysdykcyjne, ogłaszając sędziowskie prawo do kontroli konstytucyjności ustaw, a następnie zastosowałby je do uchylenia ustawy kongresowej, naraziłby siebie i Sąd na zarzut, że w nieuzasadniony sposób rozszerzył władzę sędziowską w sprawie, która była czysto polityczna i merytorycznie nieuzasadniona. Robert J. Reinstein i Mark C. Rahdert stwierdzają w konkluzji tego wątku, że opinia Marshalla była zgodna z ideałem rządów prawa, za czym Marshall tak błyskotliwie się opowiedział⁸⁷.

Odnosząc się do tej repliki dwóch autorów, wykorzystam argument natury ogólnej oraz argument szczegółowy. W wymiarze ogólnym, co usilnie staram się tu przedstawić, należy uwzględnić cały kontekst ustrojowy i polityczny, prawdopodobne motywacje Johna Marshalla oraz jego wcześniejsze i późniejsze zachowania. Skupienie uwagi wyłącznie na tekście orzeczenia *Marbury v. Madison* pozwala niektórym badaczom na zawierzenie Prezesowi, że chodzi wyłącznie o problem prawny powołań. Uwzględnienie całokształtu okoliczności uzasadnia prezentowany tu pogląd, że orzeczenie to było tylko elementem znacznie poważniejszej rozgrywki, w której John Marshall był bardzo zręcznym graczem i aktywistą. Nawet jednak ograniczenie spojrzenia do samego orzeczenia prowadzi do wniosku, że Prezes z pozorną biegłością rozwiązywał w nim problemy, które sam stwarzał. Robert J. Reinstein i Mark C. Rahdert piszą o dylemacie, przed którym stanął Marshall. Gdyby rozpoznał meritum sprawy przed kwestią jurysdykcyjną, naraziłby się na zarzuty. Tak właśnie postąpił, a zarzuty te są ze wszech miar uzasadnione. Gdyby jednak wydał orzeczenie wyłącznie jurysdykcyjne, objaśniają obaj autorzy, nie

⁸⁶ R.J. Reinstein, M.C. Rahdert, *Reconstructing Marbury*, „Arkansas Law Review” 2004-2005, vol. 57, s. 773.

⁸⁷ *Ibidem*, s. 794-796.

mógłby poruszyć problemu konstytucyjnego. Wywołanie problemu konstytucyjnego przez Marshalla jest jednak niezwykle kontrowersyjne, szczególnie gdy uwzględni się orzeczenie *Stuart v. Laird*. Bardzo trudne jest legalne uzasadnienie interpretacji konstytucyjnej dokonanej przez Marshalla, ale znakomicie wyjaśnia jego zachowanie teza, iż instrumentalnie posłużył się wykreowanym przez siebie problemem konstytucyjnym. Przypomnę, że wielu zwolenników Prezesa Marshalla przyklaskiwało mu właśnie za to, że tak „arcymistrzowsko” znalazł wyjście z sytuacji, dokonując „arcydzieła zawołowania” i posługując się problemem konstytucyjnym, by oddalić niebezpieczeństwo dla Sądu. Reinstein i Rahdert uważają zaś, że Marshall bardzo chciał uniknąć problemu konstytucyjnego, a Sąd ma obowiązek unikać oceny konstytucyjności ustaw, najwyraźniej podejmując taką kontrolę tylko wtedy, gdy jest to niezbędne. Oceniam zatem, że obaj autorzy dokonują głębokiego i trudnego do powtórzenia aktu zawierzenia Prezesowi Marshallowi. Niezwykłą kolejność też orzeczenia usprawiedliwiają obowiązkiem unikania problemu konstytucyjnego, a skoro już problem się pojawił, sugerują, to Sąd musiał rozstrzygnąć sprawę merytorycznie poza zakresem swej właściwości, żeby pokazać, jak poważny był problem konstytucyjny. Ale problem ten nie był poważny, nikt przed Prezesem Marshalllem go nie dostrzegł, pojawia się on niczym „iudicium ex machina” na samym końcu opinii Prezesa. Dramaturgicznie to niezwykle udane rozwiązanie. W opisie sceny wygłaszania orzeczenia Jean E. Smith stwierdza, że Charles Lee i Levi Lincoln ledwie mogli usiedzieć na swoich miejscach, gdy Prezes przeszedł do problemu konstytucyjnego, gdyż tak zwiększył on napięcie strukturą swej opinii⁸⁸. Nawet jeśli opis ten jest nieco ubarwiony, to z pewnością słuchacze byli zdumieni, gdy po kilku godzinach ogłaszania orzeczenia na temat niedoli *Marbury*’ego okazało się, że Sąd nie jest władny wypowiadać się w sprawie *Marbury*’ego. W wymiarze prawnym wyjście z opresji, jakie znalazł John Marshall, zostało znacznie osłabione właśnie przez niezwykłą strukturę opinii. W orzeczeniu *Marbury v. Marshall*, wbrew twierdzeniom Roberta J. Reinsteina i Marka C. Rahrerta, nie widać chęci uniknięcia problemu konstytucyjnego, a wręcz przeciwnie, potrzebę wykreowania takiego problemu. Jeśli zaś faktycznie istniał problem konstytucyjny, Prezes Marshall znacząco osłabił ciężar swych pryncypialnych ocen, czyniąc z nich nieproporcjonalnie krótki epilog do rozważań, których w wyniku owego problemu konstytucyjnego Sąd nie miał podstaw prowadzić z powodu braku właściwości w sprawie.

Przy tej okazji pragnę wyrazić pogląd, że głęboko niepokojące jest to, do jak skrajnych ocen prowadzi orzeczenie *Marbury v. Madison*, których istotną podstawę stanowi niezwykła struktura wypowiedzi Prezesa, wzmacniająca tezę, iż orzeczenie to było rezultatem intrygi. Z jednej strony przyrównywane jest ono do oszustwa sądowego, z drugiej strony odczytywane jest jako opowiadanie się za ideałem rządów prawa. Na tę drugą tezę odpowiada retorycznymi pytaniami Burt Neuborne. Co uzasadniało interpretację

⁸⁸ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 321.

Konstytucji, która pozostawiała Marbury'ego bez możliwości wyegzekwowania jego „wyraźnie ustalonych” uprawnień? W jakiż to sposób sprzyja praworządności interpretacja Konstytucji, która pozbawia strony dostępu do sądów?⁸⁹ Takie były bowiem konsekwencje wyjścia Marshalla spomiędzy rzekomego „młota i kowadła”, które dostrzegli Reinstein i Rahdert.

Dosadniej do problemu skrajnych odczytywań orzeczenia *Marbury* odnosi się Robert Lowry Clinton, odnotowujący, że to prawdopodobnie najsłynniejsze orzeczenie jest dla części komentatorów przejawem tego, że Marshall włożył wielki wysiłek w stworzenie sędziowskiej kontroli prawa *ex nihilo*, a potem używanie tej kompetencji jako „aktywistyczny” sędzia, inni zaś uważają, że Marshall wyznawał i realizował bardzo ograniczoną koncepcję władzy sędziowskiej. Czy nie skłania nas to, pyta Clinton, żeby z takiej dezorientacji wyciągnąć wniosek, że Marshall był schizofrenikiem albo coś knuł? Na to pada odpowiedź, że problem leży nie w Marshallu, ale w nas samych⁹⁰. Dla porządku podkreślę, że rozwijam tu tezę, że problem leży zarówno w Marshallu, jak i w nas samych.

Dla zwolenników Prezesa Marshalla, nieskorych do kwestionowania jego wywodów z tej racji, iż przemawiał jako zasługujący na szacunek i domniemanie dobrej wiary Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych, skłaniająca do bardziej krytycznej refleksji powinna być również okoliczność, że zastosowane przez niego ujęcie problematyki prawnej zostało gruntownie skrytykowane przez ten sam Sąd Najwyższy, tyle że przeszło wiek później. W 1926 r. Sąd wydał orzeczenie w sprawie *Myers v. United States*⁹¹, dotyczące odwołania naczelnika urzędu pocztowego przez prezydenta Wilsona. Sąd w opinii sporządzonej przez Prezesa Tafta uznał, że niekonstytucyjna jest ustawa federalna wymagająca zgody Senatu na odwoływanie takich naczelników. Orzeczenie to wraz ze zdaniem odrębnymi stanowi najszersze omówienie sprawy *Marbury v. Madison* zawarte w orzecznictwie Sądu. Prezes Taft stwierdził w swej opinii, iż wypowiedzi Johna Marshalla na temat prawa do zajmowania urzędów federalnych były pozbawionymi mocy *dicta*, były błędne lub też zostały odrzucone przez Sąd w orzeczeniu *Parson v. United States* z 1897 r.⁹² Zapewne pogłębi konfuzję uwaga Stevena Breker-Coopera, że uwagi Prezesa Tafta na temat niewiążących *dicta* Prezesa Marshalla też miały charakter *obiter dictum*⁹³.

Warto już w tym miejscu nadmienić, że zmiana kolejności rozpatrywania wątków sprawy przez Prezesa miała też głębszy sens, zwiastujący kolejne posunięcia Marshalla i ewolucję pozycji Sądu. Brak umocowanej konstytucyjnie kompetencji Sądu do zajęcia się sprawą nie był pierwszoplanowym zagadnieniem, wykrytym bezspornie na samym

⁸⁹ B. Neuborne, *Serving the Syllogism Machine...*, s. 30.

⁹⁰ R.L. Clinton, *Classical Legal Naturalism and the Politics of John Marshall's Constitutional Jurisprudence*, „John Marshall Law Review” 2000, vol. 33, no. 4, s. 944.

⁹¹ *Myers v. United States*, 272 U.S. 52 (1926).

⁹² Zob. omówienie sprawy *Myers* w: M.A. Graber, M. Perhac (eds.), *Marbury versus Madison...*, s. 348-351.

⁹³ S. Breker-Cooper, *The Appointments Clause and the Removal Power. Theory and Séance*, „Tennessee Law Review” 1993, vol. 60, no. 4, s. 866.

początku i determinującym dalsze działanie Sądu⁹⁴. Przeciwnie, Sąd rozpatrywał w orzeczeniu rozmaite inne kwestie, którym Prezes poświęcał kolejne strony tekstu, póki nie natknął się na problem konstytucyjny. Problem ten nie był oczywisty, pierwszoplanowy i bezsporny, ale wyłaniał się z interpretacji Konstytucji dokonanej przez Sąd w toku rozpatrywania sprawy. Problem ten nie pojawił się więc w trakcie rozpraw, ale zmierzył się z nim niejawnie John Marshall.

Mając zatem na względzie wielce kontrowersyjną strukturę orzeczenia *Marbury v. Madison*, można świadomie przyrzeć się jego poszczególnym składnikom, które referują tu możliwie bezstronnie i bez komentarza, przytaczając w nawiasach kwadratowych numery akapitów oficjalnego tekstu orzeczenia.

Prezes rozpoczyna od wzmianki o pozwie [1] i braku reakcji na wezwanie Sądu do złożenia wyjaśnień przez Madisona. Dodaje też uwagę, iż sprawa jest szczególnie delikatna, co wymaga kompletnego wyłożenia podstaw, na jakich sąd oparł swą opinię [2]. Podstawy te zostały bardzo kompetentnie przedstawione przed sądem przez reprezentanta powoda, Sąd wykorzystał ich istotę, zmieniając nieco formę [3]. Sąd rozpatrzył sprawę, udzielając odpowiedzi na następujące pytania: czy powód uprawniony jest do uzyskania aktu powołania?, jeśli jest uprawniony, a prawo to naruszono, czy prawo jego kraju zapewnia mu zadośćuczynienie (*remedy*)?, jeśli zapewnia zadośćuczynienie, czy jest nim nakaz wydawany przez ten sąd? [4-7] W dłuższym fragmencie ([8-55]) dotyczącym uprawnienia Marbury'ego do uzyskania aktu powołania Prezes Marshall udziela odpowiedzi pozytywnej, zauważając m.in., że przepis, na którego podstawie powołano Marbury'ego, nie pozwala na jego odwołanie przed upływem 5 lat, a dopełniona oznaka urzędu jest jego własnością (*property*) [13]. Działania sekretarza stanu, opatrzonego powołaniem pieczęcią, są dokonywane na rzecz Kongresu [16]. Nominacja i powołanie danej osoby dokonywane jest dobrowolnie przez prezydenta [18-19], ale wręczenie aktu powołania jest już obowiązkiem konstytucyjnym [20]. Ostatnim aktem prezydenta jest podpisanie aktu powołania [29], po podpisaniu obowiązkiem sekretarza stanu jest opatrzenie go pieczęcią [33]. Prawo nakazuje sekretarzowi stanu rejestrowanie aktów powołania [46], a kopia aktu powołania jest równa oryginałowi [47-48]. Prawo do wynagrodzenia powstaje od momentu powołania, a nie od momentu przekazania czy przyjęcia aktu powołania [50]. Powołanie następuje z momentem podpisania aktu powołania, który zostaje dopełniony opatrzeniem pieczęcią [51]. Jeśli urzędnik może być odwołany według uznania prezydenta, okoliczności dopełnienia powołania nie mają znaczenia, ale w przypadku urzędnika niepodlegającego odwołaniu powołanie nie podlega unieważnieniu [52]. Pan Marbury, po podpisaniu aktu powołania przez prezydenta i opatrzeniu go pieczęcią przez sekretarza stanu, został powołany, ma uprawnienie do pełnienia urzędu przez 5 lat, niezależnie od władzy wykonawczej [54]. Odmowa wydania

⁹⁴ Subtelniej i osadzając to w kontekście historycznym, zwraca na to uwagę S. Snowiss, *Judicial Review...*, s. 109.

jego aktu powołania stanowi naruszenie jego chronionego prawem i bezwarunkowego uprawnienia (*vested legal right*) [55].

Odpowiedź na drugie pytanie również jest pozytywna. William Marbury ma prawo do zadośćuczynienia, skoro bezprawnie odmówiono mu wydania aktu powołania [56-85]. Rozważając tę kwestię, Prezes Marshall stwierdza, że Konstytucja przyznaje prezydentowi uprawnienia dyskrecyjne, których wykonywanie, także za pośrednictwem urzędników, nie podlega badaniu przez sądy [74-75]. Jeśli jednak urzędnik wykonuje inne obowiązki, nakazane prawem, od których wykonania zależą uprawnienia jednostek, urzędnik taki ponosi odpowiedzialność prawną za swe postępowanie [76]. Skoro William Marbury uzyskał tytuł prawny do urzędu, ma uprawnienie do uzyskania aktu powołania. Odmowa jego doręczenia jest oczywistym naruszeniem tego uprawnienia, a prawo jego kraju zapewnia mu zadośćuczynienie [85].

Pozostaje rozpatrzenie ostatniej kwestii: czy Marbury uprawniony jest do takiego zadośćuczynienia, jakiego się domaga [86-116]. To zaś wymaga oceny charakteru nakazu sądowego (*writ of mandamus*) oraz kompetencji tego sądu [88-89]. Powołując się na Blackstone'a i „bardzo kompetentnego sędziego”, Lorda Mansfielda, Prezes Marshall stwierdza, że w Anglii *mandamus* wydawany był, gdy dane osoby miały uprawnienie do pełnienia określonego urzędu [93]. Nakaz może być wydany, jeśli można skierować go do określonego adresata, a osobie ubiegającej się o wydanie nakazu nie przysługuje inne zadośćuczynienie [97]. Sądowi nie wolno ingerować w polityczne relacje pomiędzy prezydentem a osobami kierującymi departamentami. „Takiej ekstrawagancji, absurdałnej i nieumiarkowanej, nie można rozważać ani przez chwilę” [98-99]. W tej sprawie nie chodzi jednak o sekrety gabinetu, chodzi o uzyskanie kopii dokumentu, za którą ustawa przewiduje opłatę 10 centów. „(...) coś takiego wynika z wysokiej pozycji urzędnika, co wzbraniałoby obywatelowi dochodzenia swych praw przed sądem, i co zabraniałoby sądowi wysłuchania roszczenia lub wydania nakazu zobowiązującego do wykonania obowiązku, niemieszczącego się w zakresie swobody władzy wykonawczej, ale wynikającego z ustaw kongresu i ogólnych zasad prawa?” [100] Nie jest zakazane skierowanie przeciwko osobie kierującej departamentem pozwu w normalnym trybie i zmuszenia jej do posłuszeństwa wobec wyroku [101]. Decydujący jest nie charakter urzędu, ale charakter czynności, o jaką chodzi. Gdy chodzi o czynność nakazaną prawem, której prezydent nie może zabronić, np. zarejestrowanie powołania lub tytułu do gruntu, nie ma powodów, dla których sądy miałyby uchylić się od obowiązku wydawania orzeczeń [102-103]. Nie pierwszy raz rozważane jest wydanie nakazu sądowego wobec osoby kierującej departamentem. W 1792 r. rozpoczęła się sprawa rent inwalidzkich dla żołnierzy, w której zwrócono się do Sądu o wydanie nakazu wobec sekretarza wojny. Taki sposób postępowania uważany był wówczas za właściwy [104-112]. W sprawie pana Marbury'ego nie byłoby właściwym środkiem prawnym roszczenie o odzyskanie bezprawnie zatrzymanej rzeczy (*action of detinue*), co oznaczałoby zapłatę pieniężną, bez konieczności wydania nakazu sądowego. Wartości urzędu publicznego nie da się

ustalić. Powód może objąć urząd, uzyskując akt powołania lub jego kopię. Jest to więc wyraźna podstawa do wydania nakazu sądowego w sprawie wydania aktu powołania lub jego kopii [115-116].

Tu zawieszam opis sprawy pozbawiony komentarza. Zwycięstwo Charlesa Lee, a z nim Williama Marbury'ego, wydaje się w tym momencie przytłaczające. Sąd ustami Johna Marshalla udzielił pozytywnej odpowiedzi na dwa i pół z trzech pytań. Nie akcentowałem tego nadmiernie, ale wywód ten do tej pory był równie legalistyczny, co surowy i karcący. Prezes kilkakrotnie zastrzegł, że nie ingeruje w polityczne aspekty funkcjonowania władzy wykonawczej. Podkreślał wręcz, że Konstytucja powierza prezydentowi uprawnienia polityczne, które wykonuje on wedle własnego uznania, ponosząc odpowiedzialność wyłącznie przed krajem (czyli wyborcami) oraz przed własnym sumieniem [74]. Prezes opisał jednak problem powołania Marbury'ego szczegółowo w kategoriach prawnych, a w sferze prawa wyrażona przez Sąd ocena postępowania prezydenta Jeffersona była bardzo ostra. Adresat tych ocen nie został co prawda wskazany wprost, ale dla słuchaczy zgromadzonych 24 lutego w hotelu oczywiste było, o kogo chodzi, i tym bardziej zdumiewało, na jak bezlitosną krytykę Thomasa Jeffersona pozwolił sobie John Marshall. Od ponad 2 lat trwał triumfalny pochód Republikanów, przełamujących kolejne ośrodki oporu Federalistów w aparacie władzy, na szczeblu stanowym i federalnym. Prezes Marshall tymczasem wyrażał następujące zdania. W Stanach Zjednoczonych rządzi prawo, a nie ludzie. To zaszczytne określenie byłoby nienależne, gdyby przepisy nie przewidywały zadośćuczynienia za naruszenie chronionego prawem i bezwarunkowego uprawnienia [61]. Do istoty wolności obywatelskich należy uprawnienie jednostki do ochrony prawnej. Jednym z pierwszych obowiązków władz jest zapewnienie takiej ochrony [58]. Urzędnik odpowiada przed prawem za swe zachowanie i nie może swobodnie trwonić, niszczyć (w oryginalne rzadki i soczysty zwrot „to sport away”) bezwzględnych uprawnień innych osób [76]. Urzędnik taki, w tym przypadku osoba kierująca departamentem, podporządkowany jest zaś woli prezydenta i jest zaledwie organem, za którego pośrednictwem przekazywana jest wola prezydenta [75].

Dla niepoznaki Prezes Marshall odwoływał się do przykładu osoby kierującej departamentem spraw zagranicznych, ale wydzwięk tych i innych upomnień był jednoznaczny. Nie chodzi o zaginiony dokument. Naruszono podstawy ustroju i istotę wolności obywatelskich. Uczynił to Thomas Jefferson. Dlatego właśnie James M. O'Fallon ocenił, że „w początkowej części orzeczenia rozwijana jest agresywna linia interpretacji konstytucyjnej Federalistów, w której prawa chronione sądownie wypierają uzasadnione powołanie się na władzę polityczną egzekutywy”, a wyraźnie słysząc w tych fragmentach głos gorącego Federalisty, Sędziego Chase'a⁹⁵. Gdyby pominąć opisywany tu kontekst i poprzestać wyłącznie na odbiorze słów Marshalla, to istotnie można, za Paulem W. Kahnem, dojść do wniosku, że orzeczenie *Marbury* jest sędziowską próbą

⁹⁵ J.M. O'Fallon, *Marbury*, s. 243.

zastąpienia polityki rewolucyjnej, prowadzonej przez Jeffersona, zasadą rządów prawa. To jest znacznie większy projekt niż kwestia *judicial review*. Marshall wypowiada się na temat porządku konstytucyjnego, ustanawiając centralną dla tego porządku ideę rządów prawa⁹⁶.

Ocena samego problemu niedostarczenia powołań nie stanowi zagrożenia konstytucyjnego, a wywody Marshalla na ten temat zostały odrzucone przez późniejsze sądy orzekające, przez samego zaś Prezesa unieważnione w tym samym orzeczeniu. Dlatego tylko skrótowo wskażę dyskusyjne elementy rozumowania zawarte w streszczonej pierwszej części orzeczenia *Marbury v. Madison*, ponieważ dobrze pasują do stosowanej przez niego swobodnej metody interpretacji prawa. W skrajnym ujęciu Sanforda Levinsona rozumowanie Prezesa jest tak niechlujne, że można tej sprawy uczyć studentów tylko wtedy, gdy pragnie się zdyskredytować analizę prawną⁹⁷. Podobną ocenę wyraża Michael Stokes Paulsen, pisząc, że „prawie wszystko w orzeczeniu *Marbury* jest błędne”⁹⁸. Bynajmniej nie są to opinie odosobnione, nawet jeśli wyrażane bywają w bardziej oględny sposób.

Tak oto James M. O’Fallon tłumaczy, dlaczego uważa, że opinia Marshalla składa się głównie z gołosłownych twierdzeń, skrywanych silnie odniesieniami konstytucyjnymi i analogiami z *common law*. Dyskusyjne są oba filary, na których Marshall oparł swe rozumowanie, tj. uznanie, że podpis prezydenta spowodował, iż akt powołania Marbury’ego przeniósł się z dyskrecjonalnej sfery polityki do obszaru regulowanego prawem, a także założenie, iż sędzia pokoju to urząd sędziego w rozumieniu artykułu III Konstytucji, którego piastuna prezydent nie może odwołać. Jefferson odrzucał te założenia, uważając m.in., że brak konstytucyjnych środków przymuszających prezydenta do wydania aktu powołania oznacza, że prezydent dokonuje tej czynności niezależnie od innych władz. Ustawa tworząca stanowiska sędziów pokoju w Dystrykcie Kolumbii pozwalała prezydentowi na powoływanie tylu sędziów pokoju, ilu uznałby za stosowne. Gdyby chodziło o sędziów w rozumieniu artykułu III, oznaczałoby to przekazanie prezydentowi uprawnienia Kongresu do tworzenia sądów, nadto sędziom pokoju powierzono obowiązki wykraczające poza normalne obowiązki sędziowskie⁹⁹. Wygodne dla Marshalla było również oparcie się na założeniu, iż Marbury uzyskał swe uprawnienie przed doręczeniem aktu powołania. Jefferson ponownie gorąco przeciwstawiał się temu pogładowi, uważając, że jest to wypaczenie prawa, „bo jeśli istnieje zasada prawa, której dotąd nie zaprzeczono, to taka, że doręczenie jest jednym z podstawowych elementów ważności czynności prawnej”¹⁰⁰. W istocie, gdy Marshall rozpatrywał tę sprawę, nie

⁹⁶ P.W. Kahn, *The Reign of Law. Marbury v. Madison and the Construction of America*, New Haven 1997, s. 10-11.

⁹⁷ S. Levinson, *Why I Do Not Teach Marbury...*, s. 562.

⁹⁸ M.S. Paulsen, *Marbury’s Wrongness*, s. 343.

⁹⁹ J.M. O’Fallon, *Marbury*, s. 243-245.

¹⁰⁰ W.W. Van Alstyne, *A Critical Guide...*, s. 9.

było jasnych precedensów ani norm, które regulowałyby tę kwestię, ale – jak zauważa komentujący te słowa Jeffersona William W. Van Alstyne – Sąd nie powołał się na żaden dowód, który wskazywałby na to, że Marbury ze szkodą dla siebie polegał na akcie powołania już po jego podpisaniu i opatrzeniu pieczęcią, a przed uzyskaniem informacji o wstrzymaniu doręczenia¹⁰¹. Przeświadczony o tym, że Marbury stał się sędzią pokoju już wieczorem 3 marca 1801 r., był raczej Prezes Marshall, ale nie Marbury, ponieważ, jak wiemy, nie podjął on żadnych realnych prób wykonywania funkcji sędziego pokoju. W trakcie rekonstrukcji rozprawy w 2003 r. słusznie zaś sędzia Katzmann zwrócił uwagę na to, że jeśli rozstrzygający był podpis prezydenta na powołaniu i opatrzenie pieczęcią, to całe postępowanie przed Sądem w sprawie nakazu doręczenia aktu powołania było niepotrzebne. Marbury po prostu powinien był rozpocząć pełnienie obowiązków sędziego pokoju, a dopiero po ewentualnym postawieniu go za to przed sądem mógłby bronić się argumentem Charlesa Lee i Johna Marshalla, iż prawomocnie powołano go 3 marca 1801 r.¹⁰²

Paradoksalny argument w sprawie znaczenia doręczenia dla aktu powołania wysuwa Saikrishna Bangalore Prakash, którego zdaniem w tej sprawie mylił się zarówno Thomas Jefferson, jak i John Marshall. Jefferson się mylił, ponieważ przykłady z wczesnej praktyki wskazywały na to, że doręczenie aktu powołania nie było niezbędne do dokonania samego powołania na urząd. Sam Jefferson w 1790 r. przedłożył Washingtonowi opinię, że powołanie poprzedza doręczenie, a jako prezydent podpisywał powołania i informował o nich zainteresowanych, traktując czynność powołania jako dokonaną, przed doręczeniem właściwych aktów. Jednakże, zdaniem Prakasha, również Prezes Marshall bezpodstawnie uznał, że czynność doręczenia nie ma znaczenia, a do powołania doszło wcześniej. W tej interpretacji Konstytucja nie określa, kiedy dochodzi do dopełnienia powołania, zatem decyduje o tym powołujący, czyli prezydent¹⁰³. Zastosowanie tego poglądu wskazywałoby na to, że sprawę przesądził John Adams, którego brak udziału w postępowaniu przed Sądem również możemy odnotować ze zdziwieniem. Saikrishna Bangalore Prakash prezentuje w swoim artykule zachowaną kopię innego aktu powołania sędziego pokoju, George'a Gilpina, podpisaną przez Adamsa i Marshalla 3 marca 1801 r. Użyte w nim sformułowanie: „I have nominated and (...) I do appoint him a Justice of the Peace (...)” sugeruje, że prezydent Adams uważał, iż dopełnił powołania 3 marca, niezależnie od chwili doręczenia aktu¹⁰⁴. Było to oczywiście racjonalne, John Adams pragnął powołać Federalistów przed objęciem urzędu przez Jeffersona. Zapewne na tej wiedzy opierał się również Marshall, ale w swym orzeczeniu nie wykorzystał tego

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² *Transcript of the Oral Argument...*, s. 19-22.

¹⁰³ S.B. Prakash, *The Appointment and Removal of William J. Marbury and When an Office Vests*, „Notre Dame Law Review” 2013, vol. 89, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2857299>, s. 204-205.

¹⁰⁴ *Ibidem*, s. 248-251.

argumentu otwarcie – bo musiałyby wtedy przejść na miejsce dla świadka – lecz poprzestał na wykorzystaniu założenia, iż powołanie zawsze poprzedza doręczenie, stosując niezbyt adekwatne analogie z *common law*, czyniące z Adamsa i Marbury'ego strony transakcji handlowej. To oczywiście było wygodne argumentacyjnie dla Prezesa, dlatego że w kluczowych punktach wyводу nie traktował Jeffersona jak równorzędnego konstytucyjnego organu władzy, lecz jak podmiot prywatny.

Na interesujące pominięcie zwraca też uwagę Lawrence Goldstone. Pomimo szczegółowej analizy procesu powołania przedstawionego w sposób, w jaki postrzegał go Prezes Marshall, brak omówienia kwestii, czy po zatwierdzeniu nominacji przez Senat prezydent był zobowiązany do jej podpisania¹⁰⁵. Gdyby Prezes zajął się tą kwestią, musiałby przyznać, że polityczna kontrola prezydenta nad procesem powołania jest znacznie silniejsza od wizji wyrażonej w orzeczeniu, ponieważ o złożeniu podpisu prezydent decyduje samodzielnie i nie mógłby zostać do tego przymuszony. To jednak poważnie wpłynęłoby na legalistyczny wywód Marshalla i nie pozwalałoby m.in. na utrzymywanie, że sekretarz stanu działa w imieniu Kongresu, a nie prezydenta. Pogląd, iż wywód ten raczej skrywa problemy związane z zasadnością roszczeń Marbury'ego wyrażony jest też we wprowadzeniu do tomu *Arguing Marbury v. Madison*. Marbury raczej nie był sędzią federalnym w rozumieniu Konstytucji. Być może był urzędnikiem w obrębie władzy wykonawczej, a odmowa doręczenia powołania przez Jeffersona powinna być traktowana jako zwolnienie Marbury'ego¹⁰⁶.

Jeszcze większą kreatywnością wykazał się Prezes, powołując się na precedens historyczny mający źródła w wydarzeniach z 1792 r., na którego podstawie wykazywał dopuszczalność użycia w sprawie nakazu sądowego adresowanego do sekretarza stanu. Przeprowadzone jeszcze w latach 80. XX w., przed nasileniem akademickiej krytyki Johna Marshalla, szczegółowe badania Susan Low Bloch i Maevy Marcus dowodzą, że Prezes zniekształcił, a właściwie stworzył ów precedens, ponieważ w istocie chodziło o trzy różne postępowania w sprawie rent inwalidzkich. Sprawa nie jest błaha, ponieważ nieistniejąca „ta sprawa”, na którą w ośmiu kolejnych akapitach powołał się Prezes, była jedynym amerykańskim precedensem wykorzystanym w jego opinii. Okoliczności „sprawy” zapożyczył Prezes z faktycznej sprawy wynikającej z wniosku prokuratora generalnego na podstawie dyrektywy Kongresu z 1793 r. Rozstrzygnięcie „sprawy” zapożyczył z postępowania rozstrzygniętego na podstawie wniosku Johna Chandlera (*Ex Parte Chandler*). Konsekwencje swej „sprawy” wywiódł zaś z orzeczenia *United States v. Yale Todd*. Co więcej, ów spreparowany precedens został wykorzystany, gdy wspierał tezę Marshalla o dopuszczalności wydania nakazu wobec sekretarza stanu, ale po kilku akapitach został pominięty, gdyż przemawiałby przeciwko argumentacji Prezesa ocenia-

¹⁰⁵ L. Goldstone, *The Activist...*, s. 218.

¹⁰⁶ M. Tushnet, *Introduction*, [w:] M. Tushnet (ed.), *Arguing Marbury v. Madison*, s. 5.

jącego brak właściwości Sądu¹⁰⁷. Wystarczy nieco bardziej krytyczna refleksja zaledwie nad mniej kontrowersyjnymi wywodami Prezesa, by ze zdziwieniem reagować na taką ich ocenę autorstwa Charlesa F. Hobsona: „Marshall stawiał czoło ogromnemu wyzwaniu, pisząc opinię tchnącą walorami bezstronnego sądowego męża stanu”¹⁰⁸.

Odnotujmy tu kolejny paradoks. Paul W. Kahn zauważa, że nieobecność Madisonsa obróciła się przeciwko niemu. Madison pragnął pokazać, że Sąd nie jest władny do kontrolowania zachowań innych podmiotów. Zignorowanie przez Madisonsa wezwania sądowego do ustosunkowania się do powództwa *Marbury*’ego czytelnie zapowiadało, że finalne orzeczenie Sądu niekorzystne dla administracji Jeffersona nie zostanie przez nią wykonane. Jednakże, podkreśla Kahn, milczenie może być źródłem władzy w polityce, ale źródłem słabości w prawie. Nieobecność Madisonsa pozwoliła Marshallowi na niezakwestionowane nadanie rozstrzygnięciu Sądu pozoru prawa. Współcześnie odbieramy wyłącznie głos Sądu z tego orzeczenia, zapominamy o okolicznościach sprawy, Jefferson w niej znika, zostaje tylko Sąd przemawiający w imieniu rządów prawa¹⁰⁹. Za pomniejszy paradoks związany z tym uwypuklonym słusznie przez Paula W. Kahna aspektem sprawy uważam okoliczność, że nieobecność Madisonsa okazała się dla niego niekorzystna naturalnie tylko w wymiarze mitologicznym, w ramach ahistorycznego współczesnego odczytywania tego orzeczenia. W tym sensie zniknięcie Jeffersona, a symbolicznie nawet nieistnienie „Maddisona” nie zakłóca odbioru słów Marshalla tym, którzy widzą w nich współcześnie inspirujące zwycięstwo prawa nad polityką. W realiach roku 1803 Madison przesądził o porażce Sądu w chwili, gdy zignorował pierwsze wezwanie, niedwuznacznie okazując, że całe postępowanie Sądu i jego rozstrzygnięcie będzie zignorowane. Jednakże dla funkcjonowania orzeczenia *Marbury v. Madison* na prawach mitu aktywność Madisonsa nie ma większego znaczenia. Tu ujawnia się ów pomniejszy paradoks. Milczenie Madisonsa pozwalało Marshallowi na swobodne przedstawienie rozstrzygnięć Sądu w tej, streszczonej powyżej, części orzeczenia, która również popadła w zapomnienie.

Na arcyciekawy wydźwięk pierwszej części orzeczenia wskazuje James M. O’Fallon. Rozumowanie co do aktu powołania oparte jest na założeniu, że akt ten oraz związany z nim urząd są rodzajem własności. To zaś stanowiło wybrane ostatecznie przez Federalistów uzasadnienie ich oporu przed *Repeal Act*. Zarzut brzmiał, że sędziowie-Federaliści zostali w zasadzie wywłaszczeni, *dispossessed*, przez Republikanów, którzy znieśli ich sądy. Zdaniem O’Fallona w założeniu przyjętym przez Marshalla widać wszędzie ślady sporu o zniesienie sądów przeprowadzone w 1802 r.¹¹⁰ Przypomnę, że tak samo argumentował pozbawiony urzędu w stanie Maryland sędzia Whittington, który do-

¹⁰⁷ Zob. obszernie, S.L. Bloch, M. Marcus, *John Marshall’s Selective Use of History in Marbury v. Madison*, „Wisconsin Law Review” 1986, vol. 1986, s. 301-337.

¹⁰⁸ Ch.F. Hobson, *The Great Chief Justice...*, s. 49.

¹⁰⁹ P.W. Kahn, *The Reign of Law...*, s. 16.

¹¹⁰ J.M. O’Fallon, *The Politics of Marbury*, s. 31.

magął się ochrony swego urzędu sędziowskiego przejętego przez Republikanina Polka na podstawie angielskiej procedury *assize of novel disseisin* wykształconej w XII w. dla ochrony własności. W tym świetle opinia autorstwa Prezesa Marshalla w sprawie Marbury'ego jawi się jako zaszyfrowana odpowiedź Sądu na *Repeal Act* i na roszczenia radykalnych Federalistów, którzy domagali się od Marshalla działania i stanięcia w obronie ich interesów. Wykładając pomniejszą sprawę Marbury'ego w kategoriach ochrony jego własności, a także piętnując Jeffersona za naruszanie podstaw ustroju i targnięcie się na istotę wolności obywatelskich, wyrażał John Marshall w istocie zakodowane poparcie dla swych frakcyjnych towarzyszy oraz zgodnie z zapowiedziami wygłaszanymi podczas kongresowej debaty nad *Repeal Act* dokonywał w imieniu Sądu negatywnej oceny zgodności z Konstytucją tej ustawy. Wspomnijmy jednak, jak Prezes Marshall lawirował między sprzecznymi interesami stron w sprawie statku „Amelia”. W sprawie *Marbury v. Madison* jego metoda była tożsama. Racje Federalistów zostały uznane, ale uosabiany przez Marshalla Sąd zachował się jak „mysz, która ryknęła”, by nawiązać tu do zgrabnego określenia wprowadzonego do języka angielskiego w tytule książki Leonarda Wibberleya. Po zrozumiałym dla zainteresowanych oddaniu sprawiedliwości pozbawionym w 1802 r. stanowisk sędziom Marshall gwałtownie zmienił kierunek i nie zdobył się na otwarte wystąpienie przeciwko Republikanom, świadomy słabości swego Sądu. Gdy zaś Federaliści z Charlesem Lee na czele kilka dni później, w ramach finału sporu o *Repeal Act*, wsparli się na argumentacji Marshalla, czekało ich srogie rozczarowanie.

W sto szesnastym akapicie orzeczenia *Marbury v. Madison* Marshall rozstrzygnął sprawę na korzyść Marbury'ego. Wracając do możliwie bezstronnej relacji, pora na przyjrzenie się pozostałym czterdziestu ośmiu akapitom, w których Prezes unieważnił swe wcześniejsze wywody, osiągając według jego zwolenników rzekome wielkie zwycięstwo i rzekomo ustanawiając amerykański model konstytucyjności prawa, określony w XX w. mianem *judicial review*.

Prezes Marshall, nawiązując do trzeciego z pytań postawionych na początku orzeczenia, stwierdza, że konieczne jest ustalenie, czy w rozpatrywanej sprawie nakaz sądowy może być wydany przez Sąd Najwyższy [117]. Ustawa o sądownictwie z 1789 r. w zacytowanym pokrótce artykule 13 upoważnia Sąd Najwyższy do wydawania nakazów sądowych m.in. wobec osób pełniących urzędy podlegające Stanom Zjednoczonym [118]. Sekretarz stanu jest właśnie taką osobą. Jedynym powodem, dla którego Sąd nie mógłby wydać w stosunku do niego nakazu sądowego, byłaby niekonstytucyjność tego przepisu [119]. W artykule III Konstytucji, pokrótce zacytowanym, Sądowi powierzono jurysdykcję apelacyjną, poza sprawami dotyczącymi dyplomatów i sprawami, w których stroną jest jeden ze stanów [121]. Twierdzono na rozprawie, że legislatura może rozszerzyć pierwszoinstancyjną właściwość Sądu. Gdyby tak było, wskazanie właściwości Sądu w Konstytucji byłoby niepotrzebne, byłoby formą bez treści [122-123]. Twierdzeniom oznajmującym należy w tym przypadku nadać sens wykluczający elementy pominięte,

gdyż inaczej by nie obowiązywały. Nie można zakładać, że jakikolwiek przepis w Konstytucji może nie obowiązywać [124-125].

Gdy akt ustanawiający zasadniczą strukturę organizacyjną sądownictwa wprowadza jego podział na jeden sąd najwyższy i sądy niższe ustanawiane przez legislaturę, a następnie wylicza kompetencje sądownictwa, by dalej rozdzielić je, definiując jurysdykcję sądu najwyższego, poprzez określenie spraw, w których będzie sądem pierwszej instancji, a w pozostałych będzie miał jurysdykcję apelacyjną; w takim przypadku wyrażne znaczenie tych słów wydaje się takie, że w jednej kategorii spraw sąd jest sądem pierwszej instancji, a nie odwoławczym, w pozostałej zaś kategorii jest sądem odwoławczym, a nie sądem pierwszej instancji [127].

Wydanie przez Sąd Najwyższy nakazu wymaga wykazania, że orzeka jako sąd odwoławczy [128]. Wydanie nakazu wobec urzędnika w sprawie doręczenia dokumentu należy do właściwości sądu pierwszej instancji [130]. „Uprawnienie nadane zatem sądowi najwyższemu przez ustawę tworzącą sądy Stanów Zjednoczonych do wydawania nakazów sądowych wobec urzędników państwowych jawi się jako pozbawione podstaw konstytucyjnych; konieczne więc staje się zbadanie, czy możliwe jest korzystanie z jurysdykcji przyznanej w taki sposób” [131].

Pomnikowego charakteru nabrały ostatnie trzydzieści trzy akapity orzeczenia poświęcone bezpośrednio kwestii *judicial review*. Prezes Marshall przechodzi do tego wątku, wyrażając spostrzeżenie, iż „kwestia, czy akt prawny sprzeciwiający się konstytucji może stać się prawem powszechnym, to kwestia wielce przykuwająca uwagę w Stanach Zjednoczonych, ale szczęśliwie w mniejszym stopniu zawiła”. Konieczne jest jedynie uznanie dobrze utrwalonych zasad [132]. Cała konstrukcja państwa amerykańskiego opiera się na pierwotnym prawie ludu do ustanowienia zasad przyczyniających się do jego szczęśliwości. Skorzystanie z tego pierwotnego prawa nie może ani nie powinno być często powtarzane. Ustanowione tak zasady mają charakter podstawowy i trwałe. Pierwotna i najwyższa wola tworzy ustrój państwa i przydziela kompetencje poszczególnym władzom. Może na tym poprzestać lub może też ustanowić granice, których władzom nie wolno przekraczać [133-134].

To drugie ujęcie charakteryzuje ustrój Stanów Zjednoczonych. Kompetencje legislatury są określone i ograniczone; aby zaś tych ograniczeń nie mylono i nie zapomniano, konstytucję utrwalono na piśmie. Jakież byłby cel ograniczenia kompetencji i jakież byłby cel zapisania tych ograniczeń, gdyby ograniczenia te mogły być dowolnie przekraczane przez tych, których miały powstrzymywać? Rozróżnienie między ustrojem z ograniczeniem kompetencji a ustrojem bez ograniczenia byłoby zniesione, gdyby ograniczenia nie powstrzymywały osób, na które je nałożono, a także gdyby akty zakazane i akty dozwolone zobowiązywały na równi. Zbyt oczywiste, by można było je podważać, jest

twierdzenie, że konstytucja ma zwierzchni charakter wobec wszelkich aktów ustawowych sprzeciwiających się jej, albo legislatura może zmieniać konstytucję zwykłym aktem [135].

Między tymi możliwościami nie ma pozycji kompromisowej. Konstytucja albo jest najwyższym i nadrzędnym prawem, niepodlegającym zmianom za pomocą zwykłych środków, albo też znajduje się na poziomie zwykłych aktów ustawowych i jak inne akty podlega zmianom, gdy zapragnie tego legislatura. Jeśli pierwsza część tej alternatywy jest prawdziwa, to akt ustawowy sprzeczny z konstytucją nie jest prawem; jeśli prawdziwa jest część druga, to konstytucje pisane są ze strony ludu absurdalnymi próbami ograniczania władzy, ze swej natury nieograniczonej [136-137].

Twórcy konstytucji pisanych uważają je za podstawowe i najwyższe prawo państwa, zatem zasadą w takich ustrojach jest to, że akt sprzeciwiający się konstytucji jest nieważny. Ta zasada ma też charakter podstawowy w naszym społeczeństwie [138-139]. Jeśli akt legislatury, sprzeciwiający się konstytucji, jest nieważny, czy pomimo tego wiąże sądy? Czy nie będąc prawem, stanowi normę obowiązującą niczym prawo? To byłoby podważenie w praktyce tego, co ustalono w teorii, a na pierwszy rzut oka stanowiłoby niedorzeczność tak jaskrawą, że nie można przy niej obstawać. Wymaga to jednak baczного rozważenia [140]. „Zdecydowanie to domeną i powinnością władzy sędziowskiej jest stwierdzanie, co jest prawem”¹¹¹. Ci, którzy stosują normę w konkretnych przypadkach, muszą z konieczności ustalać i interpretować tę normę. Jeśli dwa przepisy są ze sobą sprzeczne, sądy muszą rozstrzygać o obowiązywaniu każdego z nich [141].

Jeśli więc przepis jest niezgodny z konstytucją; jeśli zarówno ten przepis, jak i konstytucja mają zastosowanie w konkretnej sprawie, wówczas sąd musi rozstrzygnąć sprawę zgodnie z przepisem, nie zważając na konstytucję, albo rozstrzygnąć zgodnie z konstytucją, nie zważając na przepis. Sąd musi rozstrzygnąć, która z tych sprzecznych norm reguluje sprawę. To jest istota powinności sędziowskiej. Jeśli zatem sądy mają brać pod uwagę konstytucję, nadrzędną wobec każdego zwykłego aktu legislatury, to konstytucja, a nie taki zwykły akt, musi regulować sprawę, do której oba te akty mają zastosowanie [142-143].

Pomijanie przez sądy konstytucji jako prawa najwyższego i stosowanie nieważnych przepisów byłoby podważeniem podstawy wszystkich konstytucji pisanych. Pozwolenie legislaturze na to, co wyraźnie zakazane, nadawałoby jej omnipotencję. Zniweczyłoby to największe, poważane w Ameryce udoskonalenie instytucji politycznych w postaci konstytucji pisanej [144-146]. „Władza sędziowska w Stanach Zjednoczonych rozciąga się na wszystkie sprawy wynikające z konstytucji. Czyż intencją tych, którzy nadali taką władzę, byłoby stwierdzenie, że podczas stosowania konstytucji nie należy jej

¹¹¹ „It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is”.

rozpatrywać?” [147-148]. „To teza zbyt ekstrawagancka, by tak twierdzić. W pewnych przypadkach zatem sędziowie muszą rozpatrywać konstytucję” [149-150]. Wiele przepisów konstytucji wyraża zakazy, m.in. opodatkowania towarów eksportowanych ze stanów czy stanowienia prawa *ex post facto* lub *bill of attainder*. Jest oczywiste, że twórcy konstytucji uczynili z niej akt zawierający normy zarówno dla sądów, jak i dla legislatury [151-157]. „W innym przypadku, w jakim celu konstytucja nakazywałaby sędziom składanie przysięgi w celu jej wspierania? (...) Jakże niemoralne byłoby nakładanie takiego obowiązku, gdyby sędziowie mieli zostać użyty jako narzędzia, i to narzędzia świadome, do łamania tego, co przysięgali wspierać!” [158]. „Gdyby tak się miały rzeczy, byłoby to gorsze od uroczystej kpiny. Ustanawianie takiej przysięgi lub składanie jej byłoby w równym stopniu zbrodnią” [161]. Określając, co jest najwyższym prawem powszechnym, konstytucja wskazuje siebie na pierwszym miejscu [162]. „Zatem konkretne zwroty konstytucji Stanów Zjednoczonych potwierdzają i wzmacniają zasadę, podstawową dla wszystkich konstytucji pisanych, że przepisy sprzeciwiające się konstytucji są nieważne, sądy i inne władze są zaś nią związane” [163]. Wezwanie [do złożenia wyjaśnień przez Madisona – S.K.] musi być uchylone [164].

Retrospektywnie można przyznać rację autorom książki poświęconej temu „wielkiemu orzeczeniu”, gdy piszą, że w sprawie *Marbury v. Madison* dojsć do głosu mogły w niezwyklej spierze przekonania Prezesa Marshalla. Dążył on do wzmocnienia instytucji Sądu, popierał niezależne sądownictwo oceniające konstytucyjność przepisów, był zwolennikiem silnej władzy centralnej, nie przestał być politykiem, na dodatek przeciwnym Jeffersonowi¹¹². Republikanie wyłączyli Sąd z bezpośredniego udziału w sporze konstytucyjnym dotyczącym *Repeal Act*, manipulując terminami sesji, ale tym samym dali Marshallowi czas na przekształcenie prostego i pozorowanego sporu o doręczenie powołań w wielowymiarowe orzeczenie, w którym znalazły ujście jego głębokie idiosynkrazje.

Paul W. Kahn w kolejnych trzech częściach orzeczenia dostrzega zastosowanie odmiennych tropów retorycznych. W części pierwszej jest to metonimia, wyrażająca związek przyczyny i skutku. Działania polityczne wywołują skutek w sferze prawa. W części drugiej ma to być jurysdykcyjna metafora oraz synekdocha, pozwalająca na internalizację działań w ramach domeny prawa. Za najciekawszą uważam ocenę Kahna, że w części trzeciej, końcowej, poświęconej sędziowskiej kontroli prawa, zastosowany jest trop retoryczny w postaci ironii. To, co przedstawiane jest jako prawo, zostaje zdemaskowane, ponieważ prawem nie jest. Gdy zaczyna być stosowana sędziowska kontrola prawa, nigdy nie możemy być pewni, co jest prawem, co nie jest, ani jak długo twierdzenie, że coś jest prawem, może być utrzymywane. Po orzeczeniu *Marbury*, konkluduje Kahn, każde twierdzenie prawne jest potencjalnie twierdzeniem ironicznym¹¹³.

¹¹² C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 152.

¹¹³ P.W. Kahn, *The Reign of Law...*, s. 141.

Prezes Marshall nie znał oczywiście dwudziestowiecznej teorii tropów Haydena White'a, choć znajomość klasycznych autorów starożytnych mogła podświadomie wyczuścić go na techniki retoryczne stosowane w antyku. Nawołuję nieustannie do ostrożności wobec przydawania dziełu Marshalla sensów, które nie mogły występować w 1803 r., a wytworzone zostały dopiero w dwudziestowiecznym spojrzeniu na sądownictwo. Refleksje Paula W. Kahna są w mej ocenie prześlągnięte takimi anachronizmami. Teza o ironii stosowanej przez Marshalla wydaje się jednak na pewnym subtelnym poziomie zbieżna z tym, co wiemy o jego usposobieniu kawalarza i *bon vivanta*. Dostrzeżmy zatem, zgodnie z namowami Kahna, w tej inspirującej prawników końcowej części orzeczenia *Marbury* aspekt ironii, nieomal żartu, wspomnianego wystrychnięcia na dudka przez Marshalla nadętego Jeffersona, po nim twórców Konstytucji – którzy w dobrej wierze tworzyli w Pierwszym Kongresie ustawę o sądownictwie z niekonstytucyjnym, jak się okazało, artykułem 13 – a wreszcie zepchniętych do defensywy Federalistów, którzy liczyli na wsparcie Sądu, a otrzymali orzeczenie będące zarówno ich zwycięstwem, jak i porażką. Ironia, przemyślnie i skrycie obnażająca słabość tych, którzy triumfowali w 1803 r., istotnie wydaje się pasować do tarapatów, z jakich starał się wydobyć Prezes, pisząc swe orzeczenie.

Rozstrzygnięcie sprawy *Marbury v. Madison* sporządzone przez Prezesa Marshalla streścić można następująco: administracja Jeffersona naruszyła prawo, Marbury'emu należy doręczyć powołanie, ale Sąd Najwyższy nie może wydać odpowiedniego nakazu, pozwalający na to przepis ustawy jest bowiem sprzeczny z Konstytucją, której nadrzędny i pisemny charakter upoważnia sędziów do unieważniania i niestosowania ustaw Kongresu sprzecznych z Konstytucją. W takim streszczeniu orzeczenie to przeniknęło do podręczników prawa na całym świecie. Tylko w takim streszczeniu, uzupełnianym ewentualnie gromkimi sylogizmami zawartymi w ostatnich trzydziestu trzech akapitach, rozstrzygnięcie Marshalla mogło tak silnie inspirować sędziów, polityków i świat akademicki, ponieważ w istocie było ono wyrazem sprzeniewierzenia się jego autora powinności sędziowskiej, m.in. w postaci manipulacji faktami i materiałem normatywnym. Jak stwierdziłem i uzasadniałem powyżej, pierwszym przejawem odstępstwa Prezesa od ideałów sędziowskich był sam jego udział w postępowaniu. Jeszcze bardziej naganne od tego, że rozstrzygnął tę sprawę, było to, w jaki sposób ją rozstrzygnął. Przed pełnym wyjaśnieniem tych zarzutów konieczne jest jednak doprowadzenie do końca opisu sesji Sądu w 1803 r., w której na rozstrzygnięcie czekała prawdziwie doniosła sprawa – *Stuart v. Laird*.

Poznawszy już wcześniej dyplomatyczny i elastyczny styl orzekania Marshalla, możemy rozpoznać jego cechy w orzeczeniu w sprawie Marbury'ego. Sąd zaznaczył swoją podmiotowość, w pewnym stopniu uznał racje Federalistów, ale w komunikacie częściowo zaszyfrowanym, natomiast praktyczny wymiar orzeczenia był zdecydowanie korzystny dla Republikanów Jeffersona, gdyż Sąd Najwyższy po prostu pokornie wycofał się z konfrontacji. Fikcyjny wymiar sprawy *Marbury v. Madison* dobrze wyraża komen-

tarz Sakrishny Bangalore’a Prakasha. Większość tekstu Marshalla można zignorować jako wypowiedzi sędziego bez mocy prawnej (*dicta*), ponieważ Prezes Marshall przekonuje nas, że jego Sąd nie może wydać orzeczenia w tej sprawie. Orzeczenie na swój sposób zignorowały także obie formalne strony postępowania. William Marbury nie podjął żadnej próby objęcia urzędu, choć jego adwokat przekonywał, że urząd ten już zajmuje. To samo wynikało z wywodów Marshalla, utrzymującego, że liczy się podpis prezydenta i opatrzenie pieczęcią. Wyrok zignorował też James Madison, najbardziej wycofana postać w tej historii, który nie zaszczylił go komentarzem ani tym bardziej realizacją w postaci doręczenia powołania¹¹⁴. Zauważmy, że formalnym uzasadnieniem orzeczenia na korzyść Marbury’ego i pozostałych niedoszłych sędziów pokoju byłby brak odpowiedzi Madisona na pierwotne zarządzenie zobowiązujące go do przedstawienia powodów, ze względu na które Sąd nie powinien wydać nakazu doręczenia. Orzeczenie *Marbury v. Madison* było elokwentnym aktem kapitulacji, rozpoznanym dobrze przez opinię publiczną.

Reakcje na to orzeczenie w prasie i wśród polityków były zróżnicowane i niepoddające się łatwemu uogólnieniu, co znalazło odpowiednio różny wyraz u późniejszych badaczy, akcentujących wybrane aspekty oddźwięku na opinie i decyzje Marshalla. Przychylny mu William E. Nelson stwierdza, że Jefferson nie krytykował tego orzeczenia bezpośrednio po jego wydaniu, nie było też krytyki w Kongresie, prasa Republikanów szeroko opisywała całą sprawę, ale powstrzymała się od ataków, prasa Federalistów wspierała zaś Marshalla¹¹⁵. Rzetelniej reakcje te opisuje Lawrence Goldstone, zauważając, że stonowane reakcje w prasie Republikanów przypisać należy temu, iż nie mieli oni powodu przyłączać się do bitwy, którą właśnie wygrali. Marshall wyraźnie uległ, nie tracono więc energii na zajmowanie się Sądem Najwyższym, którego najmocniejszym orężem okazało się strofowanie. W prasie Federalistów widoczne było poczucie, że partia niczego nie zyskała i ograniczyć się musi do dalszej krytyki Jeffersona, co znalazło wyraz w liście opublikowanym w „Connecticut Courant”, zawierającym słowa: „Radujcie się, demokraci, ze stanowczości waszego herszta, który ośmielił się odmówić sędziom pokoju z Kolumbii ich powołań, naruszając, jak to orzekł Sąd, ich bezwarunkowe uprawnienia”. Dla obu stron sporu było jasne, pisze Goldstone, że Federaliści przegrali, Marshall i tak nie mógłby niczego zmienić, a niegdyś szacowna partia Washingtona i Adamsa została zredukowana do grupy potrząsającej pięściami¹¹⁶.

Zabiegi Prezesa Marshalla, który starał się przedstawić cały spór w formule długiego, ściśle prawniczego wywodu, w istocie dość zawikłanego, nie poszły jednak na marne, na głębszym poziomie odczuwalne bowiem było w prasie również pewne zdezorientowanie. Tak sugestywnie opisują to autorzy książki *The Great Decision*:

¹¹⁴ S.B. Prakash, *The Appointment and Removal of William J. Marbury...*, s. 213.

¹¹⁵ W.E. Nelson, *Marbury v. Madison. The Origins and Legacy of Judicial Review*, Lawrence 2000, s. 72.

¹¹⁶ Zob. L. Goldstone, *The Activist...*, s. 224-226.

W prasie partyjnej nie do końca wiadano, jak zareagować na to orzeczenie. Jeffersona i Madisona skarcono za ich postępowanie – ale formalnie wygrali, a przynajmniej nie przegrali sprawy. Potwierdzono słuszność roszczeń Marbury'ego – ale on sam przegrał. Sąd Najwyższy stwierdził niekonstytucyjność ustawy Kongresu – ale uczynił to, ograniczając własne uprawnienia. Marshall sporządził werdykt, który wydawał się sugerować, że wygrana oznacza przegraną, a bycie słabym oznacza bycie silnym¹¹⁷.

W wielu tytułach prasowych przedrukowano orzeczenie w całości, co niewątpliwie wskazywało na znaczenie, jakie mu przypisywano. Ówczesne gazety składały się zwykle z czterech dwustronnych arkuszy, w których pokaźną część zajmowały płatne anonse i ogłoszenia urzędowe, więc łamy, które można było przeznaczyć na wiadomości bieżące, były rzadkim dobrem¹¹⁸. Analizujący szerzej reakcje prasowe na orzeczenie *Marbury v. Madison* Johnny C. Burris zwraca uwagę na następujące wątki. Pisma Federalistów koncentrowały uwagę na krytyce prezydenta Jeffersona za wykazane przez Sąd naruszenie Konstytucji. Pojawiły się też nadzieje, że bitwa w sprawie *Repeal Act* nie została jeszcze przegrana, skoro Sąd Najwyższy mógł uznać niekonstytucyjność artykułu 13 wcześniejszej ustawy o sądownictwie. W pismach Republikanów, w ramach powściągliwej krytyki, nie było wezwań do usunięcia Sędziów z urzędu za uzurpowanie sobie kompetencji do kontrolowania ustaw, za to kwestionowano potrzebę niezależności sędziów (z argumentem, że niezależność angielskich sędziów od króla nie uzasadnia niezależności amerykańskich sędziów od ludu), a przede wszystkim krytykowano dokonaną przez Sąd negatywną ocenę postępowania Jeffersona w postaci uwag zbyt licznych w świetle konkluzji orzeczenia.

Najciekawsza była seria siedmiu artykułów w formie listów do Prezesa Marshalla, podpisanych przez Littletona, opublikowanych w „*Virginia Argus*” i przedrukowanych w innych tytułach. Cytowałem powyżej zarzuty z jednego z tej serii artykułów. Littleton wytykał Marshallowi polityczny charakter jego orzeczenia; zniekształcenia i wymysły, jakie w nim zawarł; nieszczerze stosowanie rozumowania prawniczego w obłudnym orzeczeniu, które splamiło honor Sędziów; ingerowanie Sądu w dyskrecyjne uprawnienia prezydenta i błędne traktowanie sekretarza stanu jako podmiotu działającego na rzecz Marbury'ego; wreszcie pominięcie akceptacji przyjęcia powołania jako elementu, bez którego czynność ta nie mogła być dopełniona. Wymowne jest to, że diatriby Littletona nie zawierały zarzutu wobec wykorzystanej przez Sąd kompetencji do kontrolowania ustaw, co skłania Johnnynego C. Burrisa do wniosku, że kompetencja ta „była milcząco akceptowana jako legitymizowany element władzy sędziowskiej”¹¹⁹. Symboliczne więc

¹¹⁷ C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision...*, s. 165.

¹¹⁸ J.C. Burris, *Some Preliminary Thoughts on a Contextual Historical Theory for the Legitimacy of Judicial Review*, „*Oklahoma City University Law Review*” 1987, vol. 12, no. 3, s. 632.

¹¹⁹ Zob. *ibidem*, s. 634-640.

jest to, że jedyne odnotowane słowa krytyki dotyczące kontrolowania prawa przez Sąd, opublikowane w „Washington Federalist”, podpisane zostały przez Niewykształconego laika. Komentujący te omówienia prasowe Barry Friedman stwierdza, iż „Republikanie najwyraźniej uznali, że Sąd wygłosił jedynie kazanie, acz ostro sformułowane, które jak większość kazań mogło zostać zapomniane dość szybko po wyjściu z kościoła”¹²⁰.

Przedstawiany już wielokrotnie kunszt Marshalla w unikaniu niebezpieczeństw uzasadnia stosunkowo łagodny ton krytyki wyrażonej w nieprzychylny mu prasie. Zagadką, wymagającą w dalszym wywodzie rozwiązania, pozostaje jednak to, dlaczego kluczowy nie tylko z obecnej perspektywy element orzeczenia w postaci przeprowadzenia przez Sąd władczego aktu kontroli ustawy nie został napiętnowany przez Republikanów i ich stronników. Dodatkowym czynnikiem utrudniającym rozpoznanie bezpośredniej reakcji Republikanów i ich prasy na orzeczenie w sprawie niedoręczonych powołań jest to, że rychło obóz rządzący otrzymał od Sądu satysfakcjonujące orzeczenie w sprawie *Stuart v. Laird*, więc reakcja dotyczyła obu tych orzeczeń. Zasadnie sugeruje George Lee Haskins, iż powodem, dla którego orzeczenie *Marbury v. Madison* nie wywołało nadmiernej wrogości ze strony Republikanów, mogło być prawie równoczesne rozstrzygnięcie sprawy *Stuarta*¹²¹. Artykuły prasowe, zwłaszcza polemiczne, mogły się ukazać najwcześniej po kilku dniach od orzeczenia, a więc w marcu, a 2 marca Sąd rozstrzygnął spór *Stuart v. Laird*, dotyczący konstytucyjności *Repeal Act*.

Rozprawa i przedstawienie argumentów stron w tej drugiej, równie fundamentalnej, co zapomnianej sprawie odbyło się w przeddzień ogłoszenia orzeczenia *Marbury v. Madison*. Postępowanie wznowiono 24 lutego, niezwłocznie po odczytaniu przez Marshalla tekstu orzeczenia *Marbury*. Argumentację Federalistów przedstawiał ponownie Charles Lee, który dostosował swój wywód o nielegalności reformy sądownictwa przeprowadzonej przez Republikanów do tez z orzeczenia *Marbury*. Przypomnę, że zarzuty niezgodności *Repeal Act* z Konstytucją i zapowiedzi skierowania tej ustawy do Sądu Najwyższego pojawiły się już w trakcie debat kongresowych w 1802 r. Cytowałem powyżej elementy argumentacji Charlesa Lee, który wprost domagał się od Sądu uznania, że ustawa *Repeal Act* jest niezgodna z Konstytucją. Rację ma Lawrence Goldstone, gdy zauważa, że orzeczenie w sprawie *Marbury*’ego teoretycznie wszystko zmieniało, przed nim otwarta była bowiem sama kwestia kompetencji Sądu do oceny konstytucyjności ustawy Kongresu¹²². Po stanowczych słowach Marshalla o potencji Sądu do dokonywania takiej oceny należało się spodziewać, że Sąd, opierając się na tym precedensowym orzeczeniu, równie szczegółowo rozpatrzy zgodność z Konstytucją ustawy uchylającej reformę sądownictwa z 1802 r. Przed 24 lutego 1803 r. nikt nie powoływał się na niezgodność z Konstytucją

¹²⁰ B. Friedman, *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York 2010, s. 64.

¹²¹ G.L. Haskins, H.A. Johnson, *Foundations of Power...*, s. 217.

¹²² L. Goldstone, *The Activist...*, s. 227.

artykułu 13 ustawy o sądownictwie z 1789 r., ale o niezgodności *Repeal Act* z Konstytucją mówił cały odsunięty od władzy obóz Federalistów. Co więcej, problem prawny w *Stuart v. Laird* przedstawiony został przez Charlesa Lee jako tożsamy z problemem prawnym wykrytym przez Prezesa Marshalla w sprawie Marbury'ego.

W obu sprawach, jak to rekonstruuje Bruce Ackerman w ślad za Charlesem Lee, chodziło o szczególnie i chroniony prawem walor aktu powołania, odpowiednio sędziego pokoju, a tym bardziej Sędziego Sądu Najwyższego. W obu sprawach chodziło o rozszerzenie ustawą pierwszoinstancyjnej właściwości Sądu, czego – zdaniem Marshalla – Konstytucja zakazywała. W takim razie Sędziowie na podstawie jedynie powołania do Sądu Najwyższego nie mogą orzekać w sądach okręgowych, gdyż stanowiłoby to wykroczenie poza przyznany im zakres właściwości. Sędziowie nie zostali jednak osobno powołani do sądów okręgowych, a w takim razie nie wolno im było rozstrzygać w okręgu sprawy Stuarta. Właśnie na taki sylogizm, przedstawiony przystępnie przez Bruce'a Ackermana, powołał się Charles Lee w lutym 1803 r. przed Sądem Najwyższym. Jego zdaniem Sędzia nie mógł orzekać w sądzie pierwszej instancji, czyli w okręgu, na podstawie ustawy, ponieważ stanowiło to niezgodne z Konstytucją rozszerzenie właściwości Sądu. Lee argumentował następnie, iż błędna praktyka obejdzania okręgów przez Sędziów była wynikiem nieświadomości, braku rozeznania i braku sprzeciwu, ale w 1801 r. Kongres spostrzegł swój błąd i zorganizował sądownictwo w sposób, w jaki należało to uczynić na samym początku. Lee odwoływał się w ten sposób do ustawy Federalistów, która zdjęła z Sędziów uciążliwy obowiązek obejdzania okręgów, ustanowiony pierwotnie głównie ze względów oszczędnościowych. Przedstawiona przez Ackermana zbieżność między argumentacją Charlesa Lee a wywodami Prezesa ubarwiona zostaje jeszcze jedną, dwuznaczną uwagą. Tezy głównego adwokata Federalistów musiały brzmieć dla Sędziów bardzo znajomo, nie różniły się bowiem od argumentów, jakich rok wcześniej używał w korespondencji z nimi Prezes Marshall, namawiając ich umiejętnie do sędziowskiego strajku, czyli do odmowy powrotu do okręgów¹²³. Nie uważam, aby ta zbieżność argumentacji Marshalla i Lee przemawiała na korzyść tezy o rzekomym spisku między nimi. Możliwe, że we wcześniejszych rozmowach czy nawet niezależnie obaj prawnicy, szukając argumentów przeciwko działaniom Republikanów, doszli do podobnych wniosków. Być może to Charles Lee inspirował w 1802 r. Marshalla. Prawdopodobne jest wreszcie, że poznawszy argumenty Prezesa, adwokat Charles Lee postanowił je wykorzystać w argumentacji przed Sądem, któremu Prezes przewodził. Taka taktyka procesowa byłaby po prostu wyrazem dobrego przygotowania do sprawy przedstawiciela zainteresowanej strony, a w tym przypadku faktyczną stroną było całe odsunięte od władzy stronnictwo polityczne.

Jak to już wskazywałem, sprawa Marbury'ego miała charakter jedynie przyczynkowy i dotyczyła drobnego epizodu w zakresie władzy wykonawczej, w sprawie Stuarta zaś

¹²³ Zob. B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 182-185.

faktycznym oskarżonym był Kongres. Obie te sprawy łączył wątek charakteru prawnego powołań sędziowskich, ale w sprawie Stuarta kwestia ta była jedynie wstępem do kontrowersji o kapitalnym znaczeniu, to znaczy zakresu związania Kongresu Konstytucją i wzajemnych relacji między władzą ustawodawczą a sądowniczą. Zakwestionowane w *Stuart v. Laird* ustawy Republikanów z 1802 r. usuwały z czysto politycznych pobudek niewygodnych sędziów, których niezależność chronić miał artykuł III Konstytucji. Gdy stronnicy Jeffersona uchwalali w Kongresie *Repeal Act*, senator Federalista Gouverneur Morris biadał w kierunku Republikanów: „Jakżć będzie skutek tego upragnionego uchylenia? Czyż nie będzie to deklaracja dla pozostałych sędziów, że pełnią urzędy zgodnie z waszą wolą i życzeniem?”¹²⁴. Co prawda Sędziowie podjęli obowiązki w okręgach, co mogło być odczytane jako potwierdzenie w praktyce legalności ustawodawstwa Republikanów, ale formalnie nie stanęli wówczas przed sprawą czy sporem wynikającym ze stosowania Konstytucji. Istniały jednakże wszelkie podstawy, by tezy Marshalla z orzeczenia *Marbury v. Madison* potraktować poważnie w ich dosłownym znaczeniu. Czyż nie orzeczono, że zdecydowanie to domeną i powinnością władzy sędziowskiej jest stwierdzanie, co jest prawem? Czyż zarzut Charlesa Lee nie dotyczył sprzeczności z Konstytucją przepisu ustawy, który pozbawił sądy uprawnień i usunął sędziów, którzy nie zawinili żadnym niewłaściwym zachowaniem? Czyż nie orzeczono, że w sytuacji takiej sprzeczności to Konstytucja musi regulować sprawę, a nie zwykły akt? Czyż zasadą podstawową dla wszystkich konstytucji pisanych nie jest to, że przepisy sprzeciwiające się konstytucji są nieważne, sądy i inne władze są zaś nią związane? Ponadto sprawa *Stuart v. Laird* dotyczyła istoty powinności sędziowskiej, do której z takim przekonaniem odwoływał się Prezes Marshall, ponieważ rozgrywała się w całości w obrębie władzy sądowniczej i nie wymagała formalnie angażowania innych władz. Charles Lee domagał się od Sądu Najwyższego oceny, czy sąd Czwartego Okręgu nadal istnieje i czy sąd Piątego Okręgu mógł przejąć do rozpoznania sprawę Stuarta. Nie chodziło już o niezobowiązującą korespondencję Prezesa z Sędziami, ale o konieczność wykazania, czy Sędziowie Sądu Najwyższego, wracając do sądów okręgowych, mogli zastąpić w nich prawidłowo powołanych sędziów federalnych.

Sąd ogłosił orzeczenie w sprawie *Stuart v. Laird* 2 marca 1803 r., ostatniego dnia sesji rozpoczętej w lutym, sześć dni po ogłoszeniu orzeczenia w sprawie *Marbury v. Madison*. Obie te sprawy toczyły się jednak równolegle, nad pozwem Marbury'ego mógł się Marshall zastanawiać od grudnia 1801 r., nad pozwem Stuarta od grudnia 1802 r., rozprawy w późniejszej sprawie nałożyły się na wydanie orzeczenia we wcześniejszej. Z całą pewnością więc Prezes Marshall i pozostali Sędziowie w czasie tej samej sesji równolegle pracowali nad rozstrzygnięciem obu spraw. Kolejność ogłoszenia orzeczeń miała jednak pierwszorzędne znaczenie dla ich recepcji przez obóz rządzący, który uruchamiał właśnie *impeachment* sędziów-Federalistów. David A. Strauss, rozważając,

¹²⁴ J.R. Paul, *Without Precedent...*, s. 245.

jak należałoby reprezentować Jamesa Madisona przed Sądem, gdyby zechciał on wziąć udział w sprawie *Marbury v. Madison*, słusznie stwierdza, że prawnik Madisona w tej mniej ważnej z obu spraw musiałby unikać powiedzenia czegokolwiek, co dałoby Sądowi podstawę do uchylenia *Repeal Act*, za to z pewnością starałby się czytelnie przekazać Sądowi groźbę, że uchylenie tej ważnej ustawy spotka się ze zdecydowanym oporem Republikanów¹²⁵. Obecność prawnika Madisona nie była jednak potrzebna Sędziom do odczucia powagi sytuacji. Gdy zaś uwzględni się okoliczność, że dla świata zewnętrznego orzeczenie w sprawie Stuarta zostało wydane później, natomiast w Sądzie przygotowywane równoległe orzeczenie w sprawie Marbury'ego mogło być reakcją na to, co trzeba było orzec na temat *Repeal Act* w sprawie Stuarta, łatwiej zrozumieć ostrość krytyki skierowanej w tym formalnie wcześniejszym orzeczeniu pod adresem Jeffersona, „naruszającego podstawy ustroju”.

Orzeczenie *Stuart v. Laird* wymaga pełnego zacytowania. Opinię Sądu przedstawił Sędzia Paterson:

W sprawie wszczętej przez Johna Lairda przeciwko Hugh Stuartowi wydano wyrok w sądzie czwartego okręgu we wschodnim dystrykcie Wirginii, podczas sesji w grudniu 1801 r. Na podstawie tego wyroku wydano tytuł egzekucyjny wymagający realizacji do sesji w kwietniu 1802 r., w tym samym sądzie. Podczas sesji w grudniu 1802 r. John Laird uzyskał w sądzie piątego okręgu w dystrykcie Wirginii przeciwko Hugh Stuartowi i Charlesowi L. Carterowi wyrok w sprawie ich zobowiązania do dostarczenia pewnych ruchomości, wymaganych na podstawie powyższego tytułu egzekucyjnego dotyczącego wspomnianego Hugh Stuarta.

Wskazane zostały przez pełnomocnika dwa powody przemawiające za uchyleniem wyroku w sprawie zobowiązania do dostarczenia wymaganych ruchomości. 1. Ponieważ zobowiązanie dotyczyło dostarczenia ruchomości zajętych na podstawie tytułu egzekucyjnego wydanego przez sąd czwartego okręgu i podlegającego w nim realizacji, żaden inny sąd nie może zgodnie z prawem rozpatrywać tego zobowiązania. Jest to prawdą, jeśli nie ma przepisu ustawowego nakazującego i upoważniającego do prowadzenia takiego postępowania. Kongres dysponuje konstytucyjnym upoważnieniem do ustanawiania sądów niższej instancji, jakie uzna za stosowne; oraz do przenoszenia procesów z danego sądu do innego. Co do tej ostatniej kwestii nie ma w konstytucji zakazu lub ograniczenia wykonywania władzy ustawodawczej.

Obecna sprawa ma taki charakter. Nie polega on na niczym więcej jak na przeniesieniu powództwa wniesionego przez Stuarta przeciwko Lairdowi z sądu czwartego okręgu do sądu piątego okręgu, który jest upoważniony do podjęcia postępowania i jego pełnej realizacji. Wynika to w sposób oczywisty z dziewiątej sekcji ustawy zatytułowa-

¹²⁵ D.A. Strauss, *On Having Mr. Madison as a Client*, [w:] M. Tushnet (ed.), *Arguing Marbury v. Madison*, s. 42-43.

nej „ustawa korygująca organizację sądownictwa w Stanach Zjednoczonych”, przyjętej 29 kwietnia 1802 r. Zobowiązanie do dostarczenia zajętych ruchomości stanowi dodatek do tego procesu, a raczej jest częścią składową tego postępowania.

2. Innym powodem przemawiającym za uchyleniem ma być to, że sędziowie sądu najwyższego nie mają prawa orzekać jako sędziowie okręgowi, bez odpowiedniego powołania, a inaczej mówiąc, powinni mieć osobne powołania w tym celu. Co do tego zarzutu, podniesionego niedawno, wystarczy zauważyć, że praktyka i przystawanie na to przez szereg lat, poczynwszy od ustanowienia systemu sądownictwa, dostarczają nieprzepartej odpowiedzi i w rzeczy samej wyznaczają interpretację. Jest to współczesna wykładnia o najbardziej przekonującym charakterze. To praktyczne przedstawienie sprawy jest zbyt silne i utrwalone, by można było je podważyć lub zmienić. Oczywiście kwestia ta jest rozstrzygnięta i nie podlega już dyskusji.

Wyrok zatwierdzony¹²⁶.

Kontrast w stosunku do orzeczenia *Marbury v. Madison* jest tu uderzający. Błaha i najprawdopodobniej zaaranżowana sprawa niedoręczenia aktu powołania niskiej rangi urzędnika federalnego, prowadzona z udziałem tylko jednej strony przez stronniczego przewodniczącego składu orzekającego, wywołała sążnisty i patetyczny wywód o ustrojowych imponderabiliach, którego nieoczekiwaną konkluzją stało się unieważnienie fragmentu pierwszej amerykańskiej ustawy o sądownictwie, podpisanej przez samego prezydenta Washingtona, mentora i patrona owego przewodniczącego. Natomiast realny i poważny spór ustrojowy, w którym zarzut niezgodności ustawy z Konstytucją wysuwany był na pierwszy plan przez powoda, został przez Sąd całkowicie zlekceważony. Argumenty Charlesa Lee Sędziego Paterson zbyt niepoważną wzmianką, iż praktyka i przystawanie przez szereg lat na potencjalną niezgodność z Konstytucją rozstrzyga kwestię i zamyka dyskusję nad nią.

Spróbujmy zatem docenić należycie rolę, jaką odgrywał Prezes Marshall, wbrew przeprowadzanym przeze mnie próbom rozwiania otaczającej go fałszywej legendy. Prezes wyłączył się z udziału w postępowaniu w sprawie Stuarta, opinię w imieniu Sądu sporządził William Paterson i dlatego tak drastycznie różniła się ona od zacieklej obrony nadrzędności Konstytucji, jaką w orzeczeniu *Marbury v. Madison* przeprowadził John Marshall. Niestety, taką próbę wytłumaczenia indolencji Sądu w sprawie *Stuart v. Laird* musimy natychmiast zarzucić, odpowiednią wskazówkę co do tego podałem wcześniej, a przypomina ją treść samego orzeczenia. Spór Stuarta i Lairda toczył się w Wirginii, której mieszkańcem był Hugh Stuart. Orzeczenie wydał sąd okręgowy Piątego Okręgu w Richmond, któremu przewodniczył Wirginijczyk John Marshall. To w sądzie w Wirginii Hugh Stuart przekonywał, że obsadzony przez Marshalla sąd jest niekonstytucyjny i nie może zgodnie z prawem zastąpić zniesionego, krótko działającego sądu okręgowego,

¹²⁶ *Stuart v. Laird*, 5 U.S. (1 Cranch) 299 (1803).

w którym rozstrzygano kwestię jego zobowiązania¹²⁷. Samo zasiadanie Prezesa w „reorganizowanym” przez Republikanów sądzie pokazywało, że sprawa Federalistów jest stracona, gdyż powrót Sędziów do okręgów był uznaniem przewagi ludzi Jeffersona¹²⁸. Prezes oddalił sprzeciw Stuarta i uznał, że orzeka zgodnie z Konstytucją, rozstrzygając tę sprawę tak samo jak po nim Paterson. To wyrok Marshalla zatwierdził następnie Sąd Najwyższy, korząc się w pełni przed Republikanami i legalizując bez dyskusji sposób, w jaki rozprawili się z sądami obsadzonymi przez Federalistów.

¹²⁷ H.A. Johnson, *The Chief Justiceship of John Marshall, 1801-1835*, Columbia 1998, s. 56.

¹²⁸ S.M. Engel, *American Politicians Confront the Court. Opposition Politics and Changing Responses to Judicial Power*, New York 2011, s. 112.

Część II

Prawo i polityka

Dłużej od mitu żyje to, co przychodzi po nim; dłużej od nauki nie żyje nic, jako że w każdym swym kroku sama kontynuuje i przekracza kroki poprzednie.

Hans Blumenberg

Rozdział 10

Potencjalne i wyimaginowane źródła anglo-amerykańskiej sądowej kontroli prawa

Prezes Marshall sprzeniewierzył się swej powinności sędziowskiej, prowadząc postępowanie w sprawie *Marbury v. Madison*. To uchybienie formalne nie było jednak tak poważne jak materialne rozstrzygnięcie sprawy. Główny mój zarzut wobec Johna Marshalla jest taki, że z czysto politycznych, taktycznych pobudek sprzeniewierzył się rozwijanej od wieków tradycji powinności sędziowskiej, w której mieściła się najogólniej ujęta „kontrola sędziowska”, czyli dosłownie *judicial review*, dotycząca także aktów prawotwórczych. Przedstawione powyżej omówienie sprzężonych w politycznym wymiarze spraw *Marbury v. Madison* i *Stuart v. Laird* pozwala na zwięzłe wyrażenie istoty tych zarzutów. W sprawie Marbury’ego Marshall spreparował fikcyjny problem konstytucyjny i nieuczciwie odstąpił od rozstrzygnięcia o prawach powoda. Uczynił tak w obawie przed retorsjami ze strony Jeffersona i Republikanów. W sprawie Stuarta Marshall nieuczciwie odstąpił od rozstrzygnięcia realnego problemu konstytucyjnego. Uczynił tak z tych samych powodów: w obawie przed retorsjami ze strony Jeffersona i Republikanów. W XX w. nadużycia Marshalla stały się podstawą dalszych nadużyć następnych generacji sędziów i badaczy, tworząc kolejne fikcyjne piętro konstrukcji, jaką stało się współczesne *judicial review*.

Dopełnienie opowieści o Sądzie Najwyższym w okresie wczesnej republiki i skonkludowanie niezmitologizowanego wpływu Johna Marshalla na sądownictwo konstytucyjne wymaga przedstawienia tego, jak w 1803 r. rozumiano powinność sędziowską, jaka była owa tradycja, do której nieszczercze nawiązywał Marshall, a której względnie szerokiej akceptacji zawdzięczał to, że jego „prometejski” czyn pierwszego zakwestionowania ustawy federalnej przeszedł zasadniczo niezauważony. Zagadnienie to jest bardzo rozległe i wywołuje fundamentalne rozbieżności między badaczami. W tym przypadku nie jest

moim zamiarem przeprowadzenie tak szczegółowego „śledztwa historycznego”, jakim objąłem postać Marshalla. Na potrzeby przedstawienia obowiązującego w roku, w którym Sąd rozstrzygnął sprawy *Marbury v. Madison* i *Stuart v. Laird*, stanu świadomości elit politycznych oraz szerokich mas w odniesieniu do zakresu władzy sędziowskiej wystarczające będzie syntetyczne posłużenie się wynikami badań tych autorów, których ustalenia uważam za najtrafniejsze i najbardziej przydatne dla dalszego wywodu, w szczególności Philipa Hamburgera (*Law and Judicial Duty*), Sylvii Snowiss (*Judicial Review and the Law of the Constitution*) i Larry'ego D. Kramera (*The People Themselves*). W ostatnich latach ukazały się również dotyczące tych kwestii dwie bardzo wartościowe pozycje w języku polskim, autorstwa Andrzeja Bryka (*Konstytucjonalizm*) i Tomasza Wiececha (*Anglosaska formuła politycznego konstytucjonalizmu*). Wskazane pozycje mają bardzo indywidualny rys i polemiczny charakter, zatem stanowią doskonałe źródło i inspirację do dalszych badań, ale też uświadamiają, jak trudna do przeniknięcia jest ze współczesnej perspektywy geneza władzy sędziowskiej w wymiarze konstytucyjnym. Na dodatek, co przekonująco wyjaśnia Martin Shapiro, typ idealny czy prototyp sądownictwa, będący przedmiotem nauczania (a także, dodałbym, wiary obywatelskiej), nie pokrywa się zupełnie z realnie istniejącymi sądami¹. Zastrzegając zatem, że wkraczamy w obszar wielce złożony i pełen mistyfikacji, wnikamy w materię szczególnie podatną na osobiste interpretacje i refutacje, pragnę zwrócić uwagę na kilka aspektów władzy sędziowskiej w świecie anglosaskim, ukształtowanej do początku XIX w.

Problemem, od którego nazbyt łatwo odwracali głowę apologetci Prezesa Marshalla, jest kwestia zupełnie zasadnicza. Czy Konstytucja Stanów Zjednoczonych upoważniła Sąd Najwyższy do kontrolowania prawa? Czy stwierdzenie w sprawie *Marbury*, iż „to domeną i powinnością władzy sędziowskiej jest stwierdzanie, co jest prawem”, rozumiane jako możliwość odmowy przestrzegania przez sędziów ustawy federalnej, ma podstawę w samej Konstytucji? Innymi słowy, czy Prezes Marshall działał na podstawie prawa i mógł wskazać konstytucyjną kompetencję przyznaną Sądowi Najwyższemu, którą realizował, gdy unieważniał przepisy ustawy z 1789 r.?

Możliwe było udzielanie na te pytania odpowiedzi pozytywnych, a ujęcie takie w nauce amerykańskiej do końcowych dekad XX w. miało charakter prawd powszechnych. Posłużę się tu argumentacją R. Kenta Newmyera, ponieważ autorowi temu, wielokrotnie wcześniej cytowanemu, nie można odmówić krytycyzmu. Poniższe tezy, opublikowane w 1969 r., wyrażały ówczesny ugruntowany stan wiedzy historyczno-prawniczej na temat genezy amerykańskiej sądowej kontroli prawa. Zwięzła argumentacja Newmyera jest następująca. Niezależnie od późniejszego rozwoju wypadków i twórczego wkładu Marshalla są dobre powody, aby przyjąć argument, że twórcy Konstytucji wyobrażali sobie formę „kontroli sędziowskiej” podobną do tej, jaka się rzeczywiście rozwinęła. Najbardziej rozstrzygającym dowodem na zasadność takiego poglądu są sformułowa-

¹ M. Shapiro, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, Chicago 1986, s. 1 i n.

nia i logika samej Konstytucji. Artykuł VI ustanawia hierarchię prawa. Konstytucja jest najwyższym prawem powszechnym, a tuż pod nią znajdują się przepisy federalne ustanowione zgodnie z nią. Fraza ta sugeruje, że przepisy federalne niezgodne z Konstytucją nie są ważne. Artykuł VI wiąże także sędziów stanowych tym hierarchicznym porządkiem, nie pozostawiając wątpliwości, że prawo stanowe musi ustępować przed prawem najwyższym. R. Kent Newmyer dalej stwierdza, że artykuł III i artykuł VI wspierają konkluzję, że Sąd ma kompetencję do kontroli aktów, w tym ustaw Kongresu. Artykuł III ustanawia niezależny Sąd i nakłada nań obowiązek dokonywania rozstrzygnięć w przypadku stron powołujących się na uprawnienia wywodzone z różnych warstw prawa. Jeśli te akty prawne są niezgodne, Sąd musi dać pierwszeństwo prawu, które artykuł VI czyni zwierzchnim. Artykuł 25 ustawy o sądownictwie z 1789 r., uchwalonej przez Kongres z udziałem czterdziestu czterech osób, które brały udział w konwencji konstytucyjnej lub stanowych konwencjach ratyfikacyjnych, daje wyrażnie do zrozumienia, że akty Kongresu objęte są tym nakazem. Przepis ten przyznaje Sądowi kompetencję do uchylania lub zatwierdzania orzeczeń sądów stanowych, wyrażających niezgodność ustawy Kongresu. Jeśli Sąd zatwierdza orzeczenie sądu stanowego unieważniające ustawę kongresową, konkluduje wątek normatywny Newmyer, Sąd orzeka o niekonstytucyjności takiej ustawy.

Rozwinięciem jest teza tego autora, że taka logika artykułów III i VI jest jeszcze bardziej przekonująca, gdy uwzględni się intelektualne i instytucjonalne podłoże XVIII w. Najbardziej wpływowa była doktryna prawa wyższego, nadrzędnego. Amerykanie zabiegali o instytucjonalne wyrażenie tej starożytnej doktryny. Amerykańska Rewolucja stanowiła formalizację walki o rządy opierające się na prawie. Klauzula supremacyjna w Konstytucji przełożyła teorię rewolucyjną na rzeczywistość instytucjonalną poprzez utożsamienie prawa wyższego ze spisną konstytucją. Ograniczenia nakładane przez Konstytucję wymagały konkretnych sposobów ich egzekwowania, a zarówno angielskie, jak i amerykańskie doświadczenia, przekonuje Newmyer, wskazywały na sędziowską kontrolę prawa. Sir Edward Coke w sprawie doktora Bonhama unieważnił ustawę Parlamentu. Amerykanie zaakceptowali doktrynę Coke'a, odrzuconą przez Brytyjczyków. Przed 1787 r. amerykańskie sądy niepodległych państw unieważniły kilkakrotnie ustawy naruszające konstytucje tych państw. Delegaci w Filadelfii znali tradycję *common law* oraz precedensy ze skonfederowanych państw. Trudno byłoby im przeoczyć, kończy cały wątek R. Kent Newmyer, odpowiedniość kontroli sędziowskiej jako środka egzekwowania prawnych ograniczeń władzy².

Przypominając krytykę analiz Marshalla, można na to odpowiedzieć: „Błędnie, wszystko błędnie”, a co więcej, można wskazać, dlaczego i w którym miejscu, ale wymaga to dłuższego wyjaśnienia.

² R.K. Newmyer, *The Supreme Court under Marshall and Taney*, New York 1969, s. 4-5.

Zauważmy, że amerykańska innowacja konstytucyjna polegała na tym, iż tworzono nowy organizm państwowy, niestanowiący przekształcenia dotychczasowej formy ustrojowej, której praktyki można byłoby traktować jako zastane. Federacja nie stanowiła formy ewolucyjnej Konfederacji zawiązanej kilka lat wcześniej między suwerennymi państwami, co akurat dobrze wyraża w języku polskim zwyczaj określania tych jednostek po 1787 r. „stanami”. Federacja, opierająca się na suwerenności ludu łączących się stanów, działać miała na podstawie konstrukcji ustrojowej zapisanej starannie w Konstytucji z 1787 r. Niezależnie od późniejszych przekształceń nie można odmówić Ojcom Założycielom starań o czytelne wydzielenie kompetencji dla organów federalnych oraz rozdzielenie ich pomiędzy federalny parlament, federalną egzekutywę i wreszcie federalne sądownictwo. Nigdzie w tej imponującej ustrojowej ornamentacji wykutej w Filadelfii nie znalazł się jasny przepis dotyczący tak doniosłej w skutkach kompetencji, jaką byłoby unieważnianie przez Sąd Najwyższy ustaw uchwalonych przez Kongres i podpisanych przez prezydenta. Całkowitą herezją dla Założycieli, zupełnie wypaczającą pierwotny projekt, byłoby zaś rozwinięcie tej kompetencji we współczesną supremację Sądu w obszarze wykładni konstytucyjnej, zadekretowaną w orzeczeniu *Cooper v. Aaron* z 1958 r. Pobieżne przejrzenie tekstu Konstytucji i refleksja nad jej ogólną strukturą wskazywałyby na „raczej skromne znaczenie sądownictwa”³. Poza tym tekstem wczesna republika amerykańska nie dysponowała zaś innym źródłem prawa (może z wyjątkiem Deklaracji Niepodległości), nie można zwłaszcza byłoby przekonująco powoływać się, brytyjskim zwyczajem, na „starożytną konstytucję”. Rację ma zatem Philip Hamburger, gdy w krótkim przeglądzie sposobów uprawiania historii *judicial review* akcentuje, że wobec braku bezpośredniej podstawy konstytucyjnej wiele z takich ujęć prowadzi nieuchronnie do tezy, że amerykańscy sędziowie ustanowili kompetencję kontrolowania konstytucyjności prawa sami dla siebie⁴. Wprost wyraził to w swej wpływowej książce Alexander Bickel, który w pierwszym akapicie potwierdza, że kompetencja do sprawowania przez sądy kontroli nad prawem nie wynika z żadnego bezpośredniego nakazu konstytucyjnego, a kompetencja ta nie została nie tylko zdefiniowana, ale nawet wspomniana w tym dokumencie. Niezrażony uzupełnia jednak paradoksalnie, iż „nie oznacza to, że kompetencji *judicial review* nie można w Konstytucji usytuować, a jedynie tyle, że nie można jej tam znaleźć”, po czym z pełnym przekonaniem deklaruje, że *judicial review* jest osobistym osiągnięciem Johna Marshalla⁵.

Czy nie należy jednak przyjąć spojrzenia Prezesa Marshalla, który jednoznacznie wiązał w cytowanym fragmencie kontrolę prawa przez sędziów z domeną i powinnością władzy sędziowskiej? Oznaczałoby to, że do istoty sądownictwa należy kontrolowanie

³ A.R. Amar, *America's Constitution. A Biography*, New York 2006, s. 212.

⁴ P. Hamburger, *Law and Judicial Duty*, Cambridge, Mass. 2008, s. 2-7.

⁵ A. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven 1986, s. 1.

prawa, a w takim razie niepotrzebne byłoby wyrażenie takiej kompetencji w tekście Konstytucji z 1787 r. W takim ujęciu wystarczającą podstawą normatywną do kontrolowania aktów prawnych przez sądy, z Sądem Najwyższym na czele, byłyby otwierające artykuł III Konstytucji słowa „Władzę sądową w Stanach Zjednoczonych sprawować będzie jeden Sąd Najwyższy oraz sądy niższe (...)”. Sąd Najwyższy i pozostałe sądy sprawują władzę sądową, a zatem mogą czynić wszystko to, co mieści się w tej władzy, w tym kontrolować prawo. Taki wniosek wysnuć można nie tylko ze słów Marshalla o domenie i powinności władzy sędziowskiej, ale również z faktu, że w kluczowym fragmencie orzeczenia, w którym unieważnia przepis ustawy, nie powołuje się na żadną normę pisaną ani na żaden precedens, pozwalający mu na unieważnienie obowiązującej ustawy czy jej fragmentu. Prezes zapewnia jednak odbiorców, że kwestia badania zgodności prawa z Konstytucją nie jest szczęśliwie zbyt zawiła i wystarczy „uznanie dobrze utrwalonych zasad”.

Poszukiwania owych zasad można rozpocząć w starożytności, ponieważ bez większego ryzyka można wyrazić tezę, że gdy dostrzeżono w prawie hierarchię, musiała pojawić się refleksja co do skutków jej naruszenia. W starożytnych Atenach funkcjonowała od ok. 415 r. p.n.e. instytucja *graphe paranomon* – oskarżenia przez obywateli Aten legislatorów czy wnioskodawców za wprowadzenie w błąd zgromadzenia, które na tej podstawie wydało nielegalny dekret⁶. Wśród nielicznych zachowanych mów oskarżycielskich cytowanym przykładem jest mowa Demostenesa, w której oskarżał on Arystokratesa za przedłożenie w 352 r. p.n.e. propozycji wydania dekretu obejmującego ochroną dowódcę najemników, Charidemusa czy też Charidemosa. Demostenes stwierdzał, że dekret ten był „niekonstytucyjny” (*paranomon*, dosłownie „nielegalny”, „niezgodny z prawem”), m.in. z tego powodu, że przewidywał, iż kto zabije Charidemusa, podlegać będzie karze śmierci w trybie doraźnym, co zdaniem Demostenesa było niezgodne z ustawą nakazującą osądzanie zabójstw przez Areopag, a także niezgodne z ustawą dopuszczającą zabójstwo w samoobronie⁷. Podzielić należy pogląd Andrzeja Bryka, iż Ateńczycy rozwinęli podstawowe idee i instytucje leżące u podstaw współczesnego konstytucjonalizmu, ale instytucja *graphe paranomon* nosi niewielkie podobieństwo do współczesnej kontroli konstytucyjności ustawy, także z tego powodu, że skargę rozstrzygał sąd ludowy *heliaia*, który był również swoistą izbą legislacyjną⁸.

Pojawiające się więc wśród badaczy wypowiedzi na temat podobieństwa amerykańskich rozwiązań ustrojowych do praktyki ateńskiej, zwłaszcza w zakresie sądowej kontroli konstytucyjności prawa, można aprobować tylko na bardzo ogólnym poziomie,

⁶ M.H. Hansen, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes. Structure, Principles, and Ideology*, Norman 1999, s. 205-206.

⁷ Zob. M.A. Graber, M. Perhac (eds.), *Marbury versus Madison. Documents and Commentary*, Washington 2002, s. 208-212; M.H. Hansen, *The Athenian Democracy...*, s. 206.

⁸ A. Bryk, *Konstytucjonalizm. Od starożytnego Izraela do liberalnego konstytucjonalizmu amerykańskiego*, Kraków 2013, s. 119-120.

w ramach syntezy obejmującej tysiąclecie rozwoju myśli ustrojowej. Od końca XIX w. pojawiały się wśród autorów zajmujących się amerykańskim sądownictwem bezpośrednie odwołania do *graphe paranomon*, które miały „wzmocnić demokratyczny rodowód *judicial review*”⁹. Dobrym przykładem takiego współczesnego ujęcia są wypowiedzi Marka J. Sundahla, który stwierdza, że ustrój amerykański łączy z ateńskim m.in. takie cechy, jak podział władzy, konstytucja pisana i *judicial review*, a następnie, opisując *graphe paranomon*, wielokrotnie łączy tę praktykę ze współczesnym sobie Sądem Najwyższym USA¹⁰. Stwierdzenia takie polegają jednak na tworzeniu znaczenia przenośnego, wykorzystującego bardzo odległe skojarzenia, i są one mniej lub bardziej uświadomioną reakcją na wskazany problem wyjaśnienia, jak mogło dojść do tego, że Sędziowie sami dla siebie ustanowili tak druzgocącą kompetencję unieważniania ustaw. Nie istnieje, zauważa znawca przedmiotu, żadna bezpośrednia linia łącząca wczesną grecką demokrację z bardziej współczesnymi formami samorządności¹¹. Owszem, w Atenach można dopatrywać się odległego, demokratycznego rodowodu sędziowskiej kontroli prawa, ale gdyby w 1803 r. John Marshall powołał się na to, że jest bezpośrednim kontynuatorem Demostenesa i wykorzystuje kompetencję stosowaną od 2 tysięcy lat, naraziłby się na śmieszność. Roztropnie poprzestał na zapewnieniu, że sprawa nie jest zawiła i stosuje enigmatyczne utrwalone zasady. Doszukiwanie się źródła tych zasad w *graphe paranomon* utrudniają poważnie nie tylko brak ciągłości, oczywisty na początku XIX w., ale też istotne materialne różnice między instytucją grecką a praktyką amerykańską. Jak argumentuje Melissa Schwartzberg, analizująca poszczególne cechy mechanizmu ateńskiego, polegał on nie na „kontrolu sędziowskiej”, ale na wtórnym sprawdzeniu prawotwórstwa przez *demos*, czego bliższym odpowiednikiem jest współczesny bikameralizm¹².

John Marshall nie mógł powoływać się na starożytną genezę kompetencji do sędziowskiego unieważniania ustaw i nie uczynił tego. Przelotnie wspomniane przez niego „dobrze utrwalone zasady” musiały opierać się na praktykach sędziowskich rozwijanych w Anglii i, szerzej, w Wielkiej Brytanii, które wraz z prawem angielskim (brytyjskim) zdominowały w drugiej połowie XVIII w. praktyki kolonialne i znacząco wyznaczały horyzont myślenia o prawie i władzy sędziów generacji Ojców Założycieli.

Wątek ten rozpocznę od sprawy, którą często się przywołuje w omówieniach początków *judicial review* i orzeczenia *Marbury v. Madison*. Chodzi o tzw. sprawę doktora Bonhama, rozstrzygniętą w 1610 r. przez angielskiego sędziego Edwarda Coke’a, prezesa Sądu Ławy Królewskiej, który miał w niej ogłosić możliwość unieważniania

⁹ M. Schwartzberg, *Was the Graphe Paranomon a Form of Judicial Review?*, „Cardozo Law Review” 2013, vol. 34, no. 3, s. 1050.

¹⁰ Zob. M.J. Sundahl, *The Living Constitution of Ancient Athens. A Comparative Perspective on the Originalism Debate*, „John Marshall Law Review” 2009, vol. 42, no. 2, s. 466 i n.

¹¹ J.T. Kloppenberg, *Toward Democracy. The Struggle for Self-Rule in European and American Thought*, New York 2016, s. 27.

¹² Zob. M. Schwartzberg, *Was the Graphe Paranomon...*, s. 1059-1061.

ustaw. Część autorów dostrzegała w tej sprawie pierwowzór instytucji *judicial review*. Tak m.in. wprost stwierdziła Dorota Lis-Staranowicz, która dodała, że rozstrzygnięcie lorda Coke'a znalazło aprobatę w późniejszym orzecznictwie¹³. Piotr Mikuli ocenił, że w sprawie tej sądy „z całą stanowczością” przyznały sobie kompetencję do podważania władzy króla i Parlamentu¹⁴. Christopher Wolfe nazwał to orzeczenie próbą ustanowienia konstytucyjnych ograniczeń wobec władzy egzekwowanych przez sądy¹⁵. Gdyby istotnie przez dwa wieki przed orzeczeniem *Marbury v. Madison* sędziowie praktykowali unieważnianie ustaw i ograniczali skutecznie pozostałe władze, należałoby uznać, że Prezes Marshall trafnie powoływał się na utrwalone zasady. Podobnie jednak jak przy domniemanym źródle greckim, zaaprobować stwierdzenia o pierwowzorze *judicial review* z 1610 r. można jedynie na bardzo ogólnym poziomie, a tezę o stanowczym przyznaniu sobie tej kompetencji przez sądy uznać należy raczej za nieporozumienie.

Wielu autorów pisało obszernie o sprawie doktora Bonhama, zwłaszcza w kontekście początków *judicial review*. Jak sugerował Richard H. Helmholz, należy wziąć głęboki oddech przed zajęciem się tym tematem, jeden z autorów wręcz przestrzegał, że literatura poświęcona tej sprawie jest obszerna i pełna powtórzeń, a czynił tak w roku 1938, po którym liczba opracowań bynajmniej nie zmalała¹⁶. W amerykańskiej doktrynie od wielu lat toczy się ożywiona dyskusja na temat sensu wypowiedzi sędziego Coke'a. Szczególnie wyrazistym krytykiem konwencjonalnego sposobu ujmowania tej kwestii jest Larry D. Kramer. Pisał on m.in., w nawiązaniu do innych badaczy, iż „ducha *judicial review*” dostrzeganego u Coke'a pogrzebano jeszcze w latach 50. XX w.¹⁷, a także uskarżał się, iż fragmentowi z Coke'a o unieważnianiu ustaw wybitni badacze poświęcili zdumiewająco wiele atramentu¹⁸. Nieodległy pogląd prezentuje, jak można przypuszczać, Tomasz Wiecech, który przedstawiając stworzenie „mitologii genezy sądowej rewizji ustawodawstwa”, omówienie sprawy doktora Bonhama zepchnął do dwóch przypisów, które są jednak tak przesycone treścią, że zajmują w sumie ponad trzy strony tekstu. Przekonująco tłumaczy w nich m.in., iż nadawanie słowom Coke'a o nieważności ustaw takiego znaczenia, jakie miałyby one współcześnie, jest niedopuszczalnym anachroni-

¹³ D. Lis-Staranowicz, *Legitymizacja sądowej kontroli prawa w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, Olsztyn 2012, s. 17-18.

¹⁴ P. Mikuli, *Zdekoncentrowana sądowa kontrola konstytucyjności prawa. Stany Zjednoczone i państwa europejskie*, Kraków 2007, s. 20.

¹⁵ Ch. Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review. From Judicial Interpretation to Judge-Made Law*, Lanham 1994, s. 90.

¹⁶ R.H. Helmholz, *Bonham's Case, Judicial Review, and the Law of Nature*, „Journal of Legal Analysis” 2009, vol. 1, no. 1, <https://doi.org/10.4159/jla.v1i1.5>, s. 325.

¹⁷ L.D. Kramer, *The Supreme Court 2000 Term Foreword. We the Court*, „Harvard Law Review” 2000, vol. 115, no. 1, s. 24-25.

¹⁸ Idem, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York 2004, s. 19.

zmem¹⁹. W wywodzie Tomasza Wieciecha wybrzmiewa zwłaszcza argument, związany z głównym wątkiem jego pracy o „politycznym konstytucjonalizmie”, iż precedens Coke’a z XVII w. nie mógł mieć zastosowania w nowych uwarunkowaniach normatywnych, jakie stworzyła rewolucja amerykańska, zwłaszcza z tego powodu, że w Anglii ważność ustaw kwestionowana była na podstawie ogólnej niezgodności z naturalnym prawem i sprawiedliwością oraz fundamentalnymi prawami eksponowanymi przez Anglików. Nie mogła zaś być kwestionowana z uwagi na niezgodność z wyraźnie określonym prawem zwierzchnim²⁰. Przydatna jest tu również uwaga Thomasa C. Greya, że na początku XVII w. nie istniał w Anglii konsens co do tego, kto wyraża ostatnie słowo w zakresie interpretacji prawa fundamentalnego, relacje między monarchą, sądami a Parlamentem nie były zaś jasne. Sam Edward Coke, choć nie wyrzekł się swej tezy wyrażonej w sprawie doktora Bonhama, w napisanym przez siebie później traktacie *Instytucje praw Anglii* określił władzę i kompetencje Parlamentu jako „transcendent and absolute”²¹. Ten zwrot Coke’a dosłownie zaś przejął William Blackstone, pisząc właśnie o najwyższej i absolutnej władzy Parlamentu brytyjskiego, nieograniczonej i pozwalającej na czynienie wszystkiego, co nie jest naturalnie niemożliwe²². Tezy Blackstone’a były natomiast opisem rozstrzygnięcia zapadłego w ramach angielskiej Chwalebnej Rewolucji: władzę najwyższą stanowił Parlament (w formule „król w Parlamencie”), nadrzędną wobec samego monarchy, a także wobec powoływanych przez niego sędziów. Gdy w sprawie *East India Company v. Sandys* orzeczono, że to monarcha, a nie Parlament, może regulować handel zagraniczny, w 1691 r. Parlament uchylił to orzeczenie. Powszechnie uznawanym skutkiem rewolucji z 1688 r. była niepodlegająca kontroli władza monarchy w Parlamencie w ramach stanowienia prawa, co oznaczało, że sądy angielskie nie stwierdzały niekonstytucyjności aktów Parlamentu nie dlatego, że konstytucja angielska była niespisana, a dlatego, że akt Parlamentu był wyrazem najwyższej uznawanej w królestwie władzy²³.

Rozwijając wątek rozumienia przez generację Ojców Założycieli pozycji władzy sędziowskiej, Matthew J. Franck kreśli następujący obraz. Intelktualne zmagania założycieli państwa amerykańskiego i ich filozoficznych nauczycieli dotyczyły wypracowania doktryny polityki i prawa, która dawałaby największe prawdopodobieństwo rozwiązania problemu dwóch suwerenności: suwerenności prawa i suwerenności ludu. Kluczowymi krokami na tej drodze były dzieła Hobbesa, Locke’a i właśnie Blackstone’a. Połączone dziedzictwo tych trzech autorów i amerykańska innowacja w postaci spisanej konstytucji

¹⁹ T. Wieciech, *Anglosaska formuła politycznego konstytucjonalizmu*, Kraków 2014, s. 146.

²⁰ *Ibidem*, s. 147.

²¹ T.C. Grey, *Origins of the Unwritten Constitution. Fundamental Law in American Revolutionary Thought*, „Stanford Law Review” 1978, vol. 30, no. 5, <http://dx.doi.org/10.2307/1228166>, s. 855-856.

²² Zob. szerzej D. Jenkins, *From Unwritten to Written. Transformation in the British Common-Law Constitution*, „Vanderbilt Journal of Transnational Law” 2003, vol. 36, no. 3, s. 868.

²³ J.M. Sosin, *The Aristocracy of the Long Robe. The Origins of Judicial Review in America*, New York 1989, s. 116-120.

dały efekt w postaci konstytucjonalizmu. Przewijające się w tych dociekaniach odwołania do prawa natury nie oznaczały absolutnie upoważnienia dla sędziów, aby realizowali nakazy takiego prawa. Przeciwnie, to suwerenny lud ostatecznie, a przed nim legislatorzy odpowiedzialni byli za utrzymanie zgodności systemu rządów z prawami natury. Nie było naturalnie miejsca na sędziowską kontrolę prawa ani na konstytucjonalizm w koncepcji Hobbesa, choć były składniki do rozwoju tych doktryn. Kolejnym etapem była myśl Locke'a, modyfikującego refleksję Hobbesa i odrzucającego jego absolutyzm na rzecz ograniczonej władzy, której można wypowiedzieć posłuszeństwo. Uderzające jednak, podkreśla Franck, jak niewiele Locke wspomina o władzy sędziowskiej, właściwie niewidocznej w *Drugim traktacie o ustroju*. Ujęcie Blackstone'a, kontynuującego nauki Locke'a na temat ograniczonej władzy, było zaś zdecydowane. Choć jego *Komentarze* traktują prawo jako głównie sędziowskie przedsięwzięcie, *common law* też ma być oparte na powszechnej zgodzie, a nie na jakiejś wrodzonej władzy sędziów, czego dowodem jest to, że zgoda taka wyrażona jednoznacznie, czyli w postaci ustawy, zawsze ma pierwszeństwo przed *common law*, nawet gdyby ustawa miała zastąpić opartą na rozumie starodawną maksymę z *common law*. Blackstone znacznie mocniej od Hobbesa i Locke'a eksponował ograniczenia prawne wobec podmiotów bezpośrednio sprawujących władzę, ale pierwotna władza osądzania spoczywała w społeczeństwie, a ponieważ społeczeństwo nadało legislaturze najwyższą władzę pospolitą, to władza sądownicza została jeszcze bardziej odsunięta, jako podległa ustawodawczej, a tym samym rola sędziów była właściwie trzeciorzędna w takim planie ustrojowym. W takim razie potępienie orzecznictwa sędziowskiego opartego na realizacji „naturalnych”, niespisanych, zewnętrznych źródeł, które występowało domyślnie u Locke'a, u Blackstone'a było już dobitne. Taka aktywność sędziów niszczy umowę społeczną i podważa ustrój²⁴.

Poczyniłem powyżej uwagę, iż John Marshall był początkowo samoukiem, tak zwanym *Blackstone lawyer*. Okoliczność, iż uczył się prawa z *Komentarzy* Blackstone'a, nie może jednak oczywiście przesądzać stosunku Prezesa do zasady zwierzchności Parlamentu, zwłaszcza że chodziło o parlament imperialny w Westminsterze. Zakwestionowanie tezy, iż sprawa doktora Bonhama stanowiła precedens dla Prezesa Marshalla, wymaga skrótownego wskazania kilku argumentów. Leslie Friedman Goldstein zauważa, że nawet gdybyśmy rozważali, czy więcej Amerykanów stało po stronie Coke'a czy też Blackstone'a w sporze o to, czy to Parlament czy raczej sądy mają być ostatecznym interpretatorem brytyjskiej „konstytucji”, to sposób formułowania konstytucji państw amerykańskich przed 1787 r. powodował, że trudne było ich odczytywanie jako efektywnych ograniczeń legislatur. Zawarte w nich deklaracje praw były często ujęte jako moralne pouczenia, prawie wszystkie takie konstytucje określały okoliczności, w których zezwalały legislatorom na naruszenie zadeklarowanych praw, a przysięgi składane przez legislatorów

²⁴ Zob. obszernie M.J. Franck, *Against the Imperial Judiciary. The Supreme Court vs. the Sovereignty of the People*, Lawrence 1996, s. 175-207.

i sędziów nie obejmowały obowiązku przestrzegania tych wczesnych konstytucji²⁵. Wątpliwe jest zresztą, czy w ogóle można mówić o takim sporze Coke'a z Blackstone'em, przekonujące są te interpretacje, które wypowiedź Coke'a ze sprawy doktora Bonhama wiążą raczej z metodą interpretacji ustaw²⁶. Gdy używaną przez sędziów angielskich kategorię pojęciową „void”, a więc nieważność, wiążemy z utrwaloną obecnie władzą sędziów do unieważniania ustaw, odchodzimy prawdopodobnie od pierwotnego znaczenia i kontekstu. Philip Hamburger tłumaczy, że gdy w XVII w. sędziowie angielscy stwierdzali nieważność ustawy Parlamentu uchwalonej niezgodnie z naturalnymi zasadami słuszności, mieli najwyraźniej na myśli, że akt taki był nieważny w sądzie sumienia, a więc nie wywoływał zobowiązania moralnego. W sądzie prawa rozstrzygająca była jednak intencja organu prawotwórczego. Jeśli taka intencja była niejasna, sędzia nie mógł polegać na założeniu, że prawotwórca zamierzał dopuścić się aktu niesprawiedliwości. W takiej sytuacji osąd o „nieważności” aktu poczyniony w wewnętrznym sądzie sumienia zmuszał sędziego do takiej interpretacji aktu w jego zewnętrznym sądzie prawa, która pozwalała na uniknięcie stanu niesprawiedliwości²⁷.

Nawet jeśli zaś uznamy, że sir Edward Coke wiedział, co mówi – jak żywo argumentuje John V. Orth – gdy stwierdzał, że wadliwe ustawy są nieważne, a nie jedynie podlegają rozsądnej interpretacji, już wcześniej bowiem ostrzegał monarchę, że podlega prawu, i liczył na to, że kadra zdecydowanych i ustosunkowanych angielskich sędziów, z nim na czele, przeciwstawi się królowi, to późniejszy rozwój wypadków na Wyspach Brytyjskich i uznanie suwerenności Parlamentu oznaczało, że Coke racji nie miał, a trafne okazały się tezy Blackstone'a²⁸. Trudno zresztą mówić, wskazuje Jack M. Sosin, o jednolitości poglądów Coke'a, który był bezwzględny arywistą (wdowa po nim stwierdziła: „drugiego takiego jak on już nigdy nie zobaczymy, Bogu niech będą dzięki”), zainteresowanym wzmocnieniem tych urzędów, które akurat zajmował, a źródeł prawnych używał w sposób rażąco nieściśły i anachronistyczny. Nieskrępowany wątpliwościami, nadużywał dla własnych celów średniowiecznych precedensów, a być może celowo je zniekształcał, aby wzmocnić własne interpretacje prawa. To Coke, w którym niefortunnie upatruje się prekursora współczesnego konstytucjonalizmu, odpowiedzialny jest za wiele błędnych przekonań na temat wczesnego prawa angielskiego. W kompilowanych przez siebie wpływowych sprawozdaniach sądowych, *The Reports*, swobodnie włączał, bez zaznaczenia tego, własne poglądy na opisywane sprawy. Stałym motywem w rozumowaniach Coke'a było rozpoczynanie zdania od słów „Jest bowiem pradawną maksymą *common*

²⁵ L.F. Goldstein, *Popular Sovereignty, the Origins of Judicial Review, and the Revival of Unwritten Law*, „The Journal of Politics” 1986, vol. 48, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2307/2130924>, s. 58-59.

²⁶ Zob. m.in. Ch.F. Hobson, *The Great Chief Justice. John Marshall and the Rule of Law*, Lawrence 1996, s. 59-60; P. Hamburger, *Law and Judicial Duty*, s. 274; L.D. Kramer, *The People Themselves...*, s. 20.

²⁷ P. Hamburger, *Law and Judicial Duty*, s. 55-56.

²⁸ Zob. szerzej J.V. Orth, *Did Sir Edward Coke Meant What He Said*, „Constitutional Commentary” 1999, vol. 16, no. 1, s. 33-37.

law...”, po czym następowała zmyślona łacińska maksyma, którą mógł skleić tak, aby pasowała do dowolnej sytuacji²⁹. Te swobodne interpretacje Coke’a wpędziły zresztą amerykańskich prawników w trwające od XIX w. po czasy obecne deprymujące próby zrozumienia kluczowej klauzuli konstytucyjnej „prawidłowego stosowania prawa” (*due process of law*) zawartej w fundamentalnej XIV poprawce, a wcześniej w V poprawce. Gary Lawson argumentuje, że wywodzony z Magna Carta zakaz arbitralnych działań władzy wobec wolnych ludzi pierwotnie wyrażony był w formule „by the law of the land” i oznaczał po prostu zasadę legalizmu. Natomiast w ustawie angielskiej z 1354 r. dotyczącej kwestii proceduralnych pojawił się zwrot „due process of law”, oznaczający dosłownie obowiązek stosowania wobec oskarżonego odpowiedniej procedury. W amerykańskich konstytucjach stanowych obowiązujących w czasie tworzenia V poprawki wykorzystywana była tradycyjna gwarancja legalizmu w formule „law of the land”, ale przenosząc tę gwarancję do V poprawki, zamieniono ją na formułę „due process of law”. Gary Lawson wskazuje, że powód zmiany terminologii nie jest jasny, ale prawdopodobnie Ojcowie Założycieli zwiódłszy tezy Coke’a, którego wszyscy czytali, gdyż to Coke w 1642 r. mylnie orzekł, że formuły „law of the land” oraz „due process of law” są właściwie równoważne i w ten sposób do amerykańskiego konstytucjonalizmu trafiła ta druga formuła, pierwotnie dotycząca formalności związanych z powództwami, ale mająca wyrażać ogólną zasadę legalizmu³⁰. Głębsze badania na ten temat skupiają się na mozolnych próbach wydobywania sensu z wywodów Coke’a, a pojawia się wśród nich m.in. uwaga z wymowną nutą rezygnacji, iż nie ma znaczenia, czy Coke prawidłowo interpretował siedemnastowieczne prawo angielskie, istotne jest to, że właśnie Coke był autorytetem dla Amerykanów w okresie tworzenia państwa³¹.

Dogłębną interpretację sprawy doktora Bonhama przedstawia Andrzej Bryk, który zwraca uwagę w swym wywodzie m.in. na to, że u podstaw myślenia Coke’a leżało pytanie, czym jest prawo, a z zagadnieniem tym związany był nakaz interpretowania ustaw w celu zapewnienia ich zgodności z maksymami prawa uniwersalnego. Unikał natomiast Coke pytania o suwerenność, nie myślał o Parlamencie w kontekście suwerenności – jak to tłumaczy Bryk – którą to teorię uważał za irrelevantną, jeśli w ogóle ją dostrzegał i rozumiał. Coke w tej interpretacji nie pytał o to, kto jest suwerenem, a jedynie o to, jakie jest prawo, choć jego wypowiedź mogła być interpretowana jako przeciwstawienie się suwerennej władzy Parlamentu³². Dalej autor ten formułuje tezę współgrającą z tytułowym wątkiem niniejszej pracy, pisząc, iż nawiązujący do „starożytnej konstytucji”

²⁹ Zob. J.M. Sosin, *The Aristocracy of the Long Robe...*, s. 54-59.

³⁰ G. Lawson, *Due Process Clause*, [w:] D.F. Forte, M. Spalding (eds.), *The Heritage Guide to the Constitution*, Fully Revised Second Edition, New York 2014, s. 440.

³¹ Zob. R.C. Williams, *The One and Only Substantive Due Process Clause*, „Yale Law Journal” 2010, vol. 120, no. 3, s. 428-434.

³² Zob. szeroko A. Bryk, *Konstytucjonalizm...*, s. 362-367.

Coke „stworzył mitologię konstytucyjną, którą w Anglii szybko ograniczono, niemniej w koloniach amerykańskich uzasadniła nowe rozdanie konstytucyjne”³³, a następnie cytując, najwyraźniej afirmatywnie, pogląd, że Coke był sprytnym angielskim geniuszem, który wiedział, jak sfałszować historię i przekształcić ją we władzę³⁴.

Uwagi sędziego Coke’a wyrażone przy okazji sprawy doktora Bonhama nie mogą być uznane za precedens w stosunku do orzeczenia *Marbury v. Madison*, a co najwyżej za odległy zwiastun ambicji owej ustosunkowanej kadry sędziowskiej³⁵, wyrażony w zasadniczo odmiennych warunkach ustrojowych. Sprawa doktora Bonhama nie była dla Prezesa Marshalla precedensem w sensie formalnym, ponieważ nie mógłby uczynić jej prawomocną podstawą swego orzeczenia. Nie istniała praktyka konsekwentnego unieważniania przez sądy angielskie ustaw Parlamentu w Westminsterze, orzeczenie sędziego Coke’a stanowiło raczej eksces, który został szybko uśmierzony. Gdyby koloniści amerykańscy zbuntowali się przeciw Imperium, w którym to nie Parlament zachowywał prawną suwerenność, lecz ideowi następcy Edwarda Coke’a, unieważniający w sądach ustawy Parlamentu z powodu ich niezgodności ze starożytną konstytucją, której ich umysły były depozytariuszami – w takiej alternatywnej rzeczywistości i tak konieczne byłoby radykalne przeformułowanie tej praktyki w nowej sytuacji ustrojowej, wynikającej z proklamowania suwerenności ludu amerykańskiego.

Ideowe uzasadnienie rewolucji amerykańskiej oparte było na zupełnie odmiennej interpretacji angielskiej Chwalebnej Rewolucji z kulminacją w 1688-1689 r. od tej, jaka obowiązywała w samej Anglii. John Adams jako Novanglus ogłosił na przełomie 1774 i 1775 r. eseje przekonujące, że to zasada praworządności wymaga oporu Amerykanów wobec imperialnego Parlamentu, a tezy swe wsparł na ideach Sidneya, Locke’a, Grocjusza i Pufendorfa. Komentujący to wystąpienie James T. Kloppenberg podkreśla, że eseje Novanglusa, zaakceptowane przez buntujących się kolonistów, rzucają światło na uderzająco odmienne rozumienie znaczenia i wagi Chwalebnej Rewolucji. Dla większości angielskich wigów rok 1689 oznaczał ustanowienie supremacji króla-w-Parlamencie, a ta konceptualizacja pozwoliła na ominięcie argumentacji Sidneya i Locke’a dotyczącej suwerenności ludowej. Tymczasem dla Amerykanów, jak to przedstawił Adams, wydarzenia z 1689 r. były potwierdzeniem zasady wyrażonej przez środowisko lewellerów, a doprowadzonej do logicznej konkluzji przez angielskich królobójców: wszelkie rządy opierają się na zgodzie rządzonych, a wszelkim tyranom należy się zbrojnie przeciwstawić³⁶. W tej kluczowej kwestii nie było ciągłości ideologicznej. Prezes Marshall zatem

³³ *Ibidem*, s. 376.

³⁴ *Ibidem*, s. 383.

³⁵ Sędziego Coke’a 3 lata po sprawie doktora Bonhama król Jakub I „awansował” do Sądu Ławy Królewskiej, żeby ograniczyć jego wpływy, a w 1616 r. Coke’a wydalono ze stanu sędziowskiego, zob. m.in. M.A. Graber, M. Perhac (eds.), *Marbury versus Madison...*, s. 215; J.M. Sosin, *The Aristocracy of the Long Robe...*, s. 63-68.

³⁶ J.T. Kloppenberg, *Toward Democracy...*, s. 303-304.

nie powoływał się na tezy Edwarda Coke'a, ponieważ w 1803 r. nie stanowiły one wcale „dobrze utrwalonych zasad”, które można było transponować z brytyjskiej rzeczywistości ustrojowej do amerykańskiej. Przed rewolucją amerykańską znane są tylko dwie sprawy sądowe, w których prawnicy amerykańscy powoływali się w pewnym zakresie na rozstrzygnięcie sprawy doktora Bonhama³⁷, i uderzające jest raczej to, jak rzadko w byłych koloniach amerykańskich odwoływano się do Coke'a, zwłaszcza w latach 80. XVIII w., kiedy zaczęto szerzej dyskutować nad uprawnieniami sędziów³⁸.

Przyczyną tego może być częściowo okoliczność, że nawet jeśli potraktować doktrynę Coke'a jako intelektualne uzasadnienie obowiązywania prawa wyższej rangi, to w realiach angielskiego ustroju występowały trzy zasadnicze bariery dla egzekwowania tak rozumianego prawa. Po pierwsze, immunitet suwerena, oznaczający, że żaden nakaz sądowy (*writ*) nie mógł być skierowany do monarchy. Po drugie, wykształcenie się pojęcia suwerenności Parlamentu. Po trzecie, podwójny charakter Parlamentu: legislacyjno-sądowniczy³⁹. Nie istniała praktyka unieważniania, we współczesnym rozumieniu, ustaw Parlamentu przez sędziów angielskich, i istnieć nie mogła, z dwóch podstawowych przyczyn natury prawnej, które w zmitologizowanych opracowaniach nie są eksponowane. Po pierwsze, sędziowie nie mogli uznać aktu Parlamentu za niekonstytucyjny, ponieważ angielska konstytucja uważana była za element zwyczajowego *common law*, a Parlament był sądem, w którym reprezentowane było całe królestwo, więc jedynie ta zbiorowość mogła rozstrzygać o kwestiach zwyczajów królestwa, w tym o angielskiej konstytucji. Po drugie, sędziowie nie mogli uznać aktu Parlamentu za niezgodny z prawem, ponieważ Parlament był najwyższym sądem Anglii. Sądy niższe po prostu nie mogły rozpatrywać odwołań od najwyższego sądu Parlamentu ani uchylać jego rozstrzygnięć⁴⁰. Dopuszczenie kontroli konstytucyjności ustaw Parlamentu oznaczałoby, że dokonujący jej organ zyskałby, logicznie wywodzi Ryszard M. Małajny, „automatycznie pozycję nadrzędną w dziedzinie legislacji”⁴¹. Co więcej, kiedy za czasów Tudorów wzrosło znaczenie angielskiego Parlamentu (m.in. w ramach starań Henryka VIII o pozyskanie poparcia dla jego zerwania z papieżem) i wykształcało się ustawodawstwo w nowożytnym sensie, parlamentarne *statutes* nabrały precyzyjnego charakteru i zaczęto je poprzedzać obszernymi preambułami, wyjaśniającymi cele aktu, „tak aby zniechęcać sędziów do dokonywania kreatywnej egzegezy, jaką stosowali wobec średniowiecznych statutów”⁴². Ostatecznie teoria i praktyka wigów podporządkowała władzę królewską Parlamentowi,

³⁷ Zob. W.M. Treanor, *Judicial Review Before Marbury*, „Stanford Law Review” 2005, vol. 58, no. 2, s. 469.

³⁸ L.D. Kramer, *The People Themselves...*, s. 23.

³⁹ M.E. Brandon, *Constitutionalism*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York 2015, s. 766.

⁴⁰ Szczegółowo to istotne zagadnienie rozwija P. Hamburger, *Law and Judicial Duty*, s. 237-254.

⁴¹ R.M. Małajny, *Doktryna podziału władzy „Ojców Konstytucji” USA*, Katowice 1985, s. 246.

⁴² J.M. Sosin, *The Aristocracy of the Long Robe...*, s. 46-47.

a próby sądowego narzucania Parlamentowi konstytucyjnych ograniczeń, jak w orzeczeniu *Godden v. Hales* z 1686 r., przeszły na poziom retoryki prawa fundamentalnego, która utrzymać się mogła w debatach parlamentarnych⁴³.

Rzadkie odwołania do Coke'a amerykańskich prawników w omawianym okresie wynikały z rozumienia przez nich pozycji ustawy w prawie angielskim. Bardzo dobrze i zwięźle wyłożył to Sędzia Paterson, przewodnicząc w 1795 r. w postępowaniu w sądzie okręgowym, w sprawie *Vanhorne's Lessee v. Dorrance*, w której podjął kwestię oceny konstytucyjności ustawy w pouczeniu dla ławy przysięgłych i tak kompetentnie przedstawił sytuację w Anglii:

Trudno powiedzieć, czym jest konstytucja Anglii, ponieważ nie będąc sprowadzona do spisanej pewności i precyzji, znajduje się całkowicie na łasce Parlamentu: ugina się przed każdą potrzebą władz; zmienia się i targana jest każdym porywem legislacyjnego nastroju lub politycznego kaprysu. Niektórzy sędziowie w Anglii mieli śmiałość, aby utrzymywać, że akt Parlamentu ustanowiony wbrew naturalnej słuszności jest nieważny, ale taka opinia przeczy powszechnemu stanowisku, że ważność aktu Parlamentu nie może być kwestionowana przez władzę sędziowską: nie może on być podawany w wątpliwość i musi być przestrzegany. Władza Parlamentu jest absolutna i najwyższa. Poza tym w Anglii nie ma spisanej konstytucji, nie ma prawa fundamentalnego, nie ma niczego rzeczywistego, niczego pewnego, względem czego można by badać ustawę⁴⁴.

W oparciu o nakreślone tło sprawy *Marbury v. Madison* mogę również wyrazić opinię, że sprawa doktora Bonhama nie stanowiła dla Prezesa Marshalla precedensu także w sensie materialnym. Coke – jako „sędzia mający śmiałość”, według określenia Sędziego Patersona – pisał wieloznacznie o unieważnianiu ustaw stojących w sprzeczności z powszechnym rozumem i słusnością lub niemożliwych do wykonania⁴⁵. Te kategorie pojęciowe miałyby zastosowanie do zawikłanej sprawy *Stuart v. Laird* dotyczącej reformy sądownictwa unieważniającej uprzednią reformę. Kryterium powszechnej słuszności znakomicie nadawałoby się do oceny prześladowań politycznych prowadzonych na podstawie ustawy o działalności wywrotowej. Te podniosłe formuły nie miały jednak żadnego zastosowania do rzekomej wadliwości ustawy o sądownictwie wykrytej przez Marshalla w sprawie *Marbury v. Madison*. Nikt poza Marshalliem nie dostrzegał tej wadliwości, a kwestia wydawania nakazów sądowych przez Sąd Najwyższy była hermetycznym i w praktyce nieistotnym aspektem funkcjonowania sądownictwa federalnego, znajdującym się na całkowitym marginesie realnych sporów ustrojowych, które rozdzierały wczesną republikę amerykańską.

⁴³ T.C. Grey, *Origins of the Unwritten Constitution...*, s. 857.

⁴⁴ *Vanhorne's Lessee v. Dorrance*, 2 U.S. 304 (1795).

⁴⁵ Wyjaśnienia tych zwrotów dokonał A. Bryk, *Konstytucjonalizm...*, s. 364-365.

Upatrywanie w sprawie doktora Bonhama precedensu dla amerykańskiej praktyki kontrolowania ustaw przez sędziów uważam więc za nieuzasadnione. Słusznie pisze krytycznie Tomasz Wieciech, iż nader liczne grono badaczy ulega dziewiętnastowiecznym amerykańskim prawnikom, którzy stworzyli mitologię genezy sądowej rewizji ustawodawstwa. Elementem tego mitu jest, jak zasadnie wskazuje badacz, kreślenie prostej linii od orzeczenia w sprawie doktora Bonhama, przez działalność Tajnej Rady w Londynie, która incydentalnie kontrolowała akty legislatur kolonialnych, aż do pierwszych przypadków kwestionowania ustaw przed sądami amerykańskimi⁴⁶. Jak jednak wspominałem, wzmianka Marshalla o dobrze utrwalonych zasadach mogła odnosić się jedynie do angielskiego sądownictwa, gdyż właśnie ono zapewniało amerykańskim prawnikom źródła i wzorce prawa materialnego, postaw sędziowskich i metody prawniczej. Wystarczy przypomnieć tu kulturę *common law* w Wirginii, w której wyrastał John Marshall, oraz postać Lorda Mansfielda, który jako „bardzo kompetentny sędzia” został bezpośrednio przywołany w orzeczeniu *Marbury v. Madison*. Wysoce dyskusyjne jest jednak to, czy i w jakim stopniu angielskie wzorce *common law* obejmowały też aspekty prawa regulującego funkcjonowanie amerykańskich wspólnot politycznych w stanach. Paul W. Kahn zauważa, że dla generacji Ojców Założycieli idea prawa miała bardzo szczególny charakter. Centralnymi artefaktami kulturowymi były konstytucje jako efekt przemyślanych wysiłków. Założyciele uważali, że władza konstytucyjna wywodzi się z procesu ratyfikacji. Amerykańskiej wyobraźni prawniczej nie wypełniała ani tradycja *common law*, ani tradycja prawa naturalnego. Amerykanie sądzili, że stworzyli własną polityczną tożsamość w pozytywnym akcie prawotwórstwa⁴⁷.

W bez mała rewolucyjny sposób naświetlił to zagadnienie cytowany Philip Hamburger. W obszernym tomie pod tytułem *Prawo i powinność sędziowska* prezentuje on tezę, iż korzenie amerykańskiego modelu *judicial review* istotnie tkwią w praktykach sędziów angielskich, ale – na tym polega owo nowe ujęcie – nie tam, gdzie ich uprzednio poszukiwano. Na potrzeby tego wywodu można odwołać się do zasadniczych tez wyrażonych w tej cenionej pracy z 2008 r. Podczas poszukiwań historycznych źródeł *judicial review* błędnie ignorowano wcześniejsze orzeczenia nie dotyczące kontroli ustawodawstwa, ale związane z kontrolą aktów władzy wykonawczej i sądownictwa. Błędem było również koncentrowanie uwagi na sądach najwyższych w hierarchii, podczas gdy to właśnie praktyka działania sądów niższych instancji najlepiej pokazuje, jaką aktywność sędziów uważano za oczywistą. Mylący jest sam termin *judicial review*, czyli kontrola sędziowska (ustawodawstwa), ponieważ wyraża on jednocześnie za wiele i za mało. Sędziowie mieli obowiązek rozstrzygania zgodnie z prawem powszechnym we wszystkich swoich decyzjach, nie tylko wtedy, gdy angażowali się w „kontrolę”, zatem określenie *judicial review*

⁴⁶ T. Wieciech, *Anglosaska formula...*, s. 143.

⁴⁷ P.W. Kahn, *The Reign of Law. Marbury v. Madison and the Construction of America*, New Haven 1997, s. 1.

obejmuje tylko ułamek przypadków, w których sędziowie wypełniali swoją powinność. Określenie to wyraża też zbyt wiele, ponieważ wywołuje skojarzenie z władzą sędziów, a nie z ich powinnością. Sędziowie zaś co prawda rozumieli, że pełniąc swą powinność, korzystają z władzy egzekwowania konstytucji, ale zwykle ujmowali tę władzę wyłącznie w kategoriach swej powinności, bez zamiaru jej rozszerzania⁴⁸. Powinność sędziowska wynikająca z piastowanego urzędu zmuszała do rozstrzygania zgodnie z prawem powszechnym, czyli także do uznawania za nieważne aktów i zwyczajów o charakterze niekonstytucyjnym, w szczególności sędziowie regularnie uznawali za bezprawne akty organów wykonawczych, nawet Korony. Jak to zgrabnie ujmie Philip Hamburger: „Sędziowie wiązali się przysięgą do powinności, która opierała ich rozstrzygnięcia na prawie powszechnym, przez co uzyskiwali boskie zobowiązanie do decydowania zgodnie z prawem ludzkim. Dzięki tej kombinacji niebiańskiego i ziemskiego mogli wznieść się ponad wolę króla, a nawet ponad własną, żeby rozstrzygać zgodnie z prawem państwa, w tym z jego konstytucją”⁴⁹. Szczególnego wyrazu powinność owa nabrała wśród sędziów *common law*. Ideał powinności sędziowskiej realizowanej w *common law* i podkreślanej przez osobistą przysięgę sędziego zobowiązującą go przed Bogiem był kwestionowany, zwłaszcza przez uczonych uniwersyteckich, którzy dostrzegali barbarzyństwo *common law*, jego niekompletność i niepewność, w opozycji do prawa kontynentalnego i kanonicznego. Nawet jednak w najsilniejszym ośrodku oporu wobec tego ideału, w kanclerskim Court of Chancery, ideał *common law* wziął górę, gdy kanclerze dostrzegli potrzebę harmonizacji systemu *equity* i *common law* w celu utrzymywania autorytetu władzy królewskiej⁵⁰.

Philip Hamburger przytacza następnie liczne przykłady realizowania przez sędziów angielskich tak rozumianej powinności, w postaci orzekania o zgodności hierarchicznej rozmaitych przepisów i aktów, co obejmowało również stwierdzanie bezprawności aktów królewskich⁵¹. Powtórzmy, że czyniący swą powinność sędziowie angielscy nie mogli jednak z przyczyn prawnych kwestionować rozstrzygnięć wyższej względem siebie instancji, czyli Parlamentu. Ochronie takiej nie podlegały natomiast akty uchwalane przez lokalne legislatury w koloniach amerykańskich. Z perspektywy wyrażonej w przywoływanej tu w radykalnym skrócie pracy Philipa Hamburgera sporadyczne rozstrzygnięcia sądów w koloniach amerykańskich, w których stwierdzano bezprawność aktów kolonialnych, nie były bynajmniej eksperymentami i innowacjami, które zaowocowały po 1787 r. kontrolą ustawodawstwa federalnego. Przeciwnie, miały to być nieliczne przypadki, w których sędziowie dochowywali wierności swej powinności, gdyż zwykle jej nie realizowali i z powodu obaw politycznych unikali kwestionowania aktów kolonialnych, wrażliwi

⁴⁸ P. Hamburger, *Law and Judicial Duty*, s. 14-16.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 101-102.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 103-126.

⁵¹ *Ibidem*, s. 179-217.

na obowiązki imperialne i resentymenty kolonialne. Nie powstała zatem innowacyjna praktyka amerykańska i po ogłoszeniu niepodległości sędziowie amerykańscy polegać musieli na starym ideale powinności sędziowskiej zrodzonym w kulturze angielskiego *common law*⁵². Różnica polegała zatem nie na tym, że sędziowie amerykańscy zaczęli regularnie badać zgodność aktów i rozstrzygnąć z normami wyższej rangi, ponieważ czynili to w ślad za swymi angielskimi poprzednikami, a co istotne, przybierało to również postać rezolucji i opinii doradczych. Różnica polegała głównie na tym, że zniknęły angielskie ograniczenia prawne, które uprzednio wykluczały objęcie taką kontrolą ustawodawstwa. Konstytucje w koloniach i wyrosłych z nich niepodległych państwach nie miały typowo charakteru zwyczajowego, więc legislatura uchwalająca ustawę nie mogła się łatwo powoływać na to, że w ten sposób deklaruje autorytatywnie jej zgodność ze spisaną konstytucją. Legislatury tych kolonii i państw nie były też sądami najwyższej instancji, nawet jeśli utrzymywała się nazwa „General Court”. Zamiast tego wyrosła kategoria lokalnych sądowniczych „Supreme Courts”, które w swej działalności orzeczniczej nie podlegały formalnie legislaturom⁵³. Na podstawie licznych przykładów Philip Hamburger ukazuje, że ów ideał powinności sędziowskiej z *common law* był realizowany w praktyce na terenie amerykańskich kolonii i późniejszych państw, nawet jeśli niektórzy sędziowie z obawą od niego odstępowali. To zaś zmusza do odwrotnego spojrzenia na badane zagadnienie. Po 1776 r., przekonuje Hamburger, sędziowie nie musieli szukać nowej kompetencji do orzekania niekonstytucyjności aktów ustawodawczych. Przeciwnie, musieliby zadać sobie pytanie, dlaczego w odniesieniu do ustawodawstwa mieliby porzucić swą powinność rozstrzygania zgodnie z prawem powszechnym.

Na marginesie tych uwag można wspomnieć, że w amerykańskiej literaturze przedmiotu Paul O. Carrese zaprezentował w *The Cloaking of Power. Montesquieu, Blackstone, and the Rise of Judicial Activism* koncepcję skrycia czy też przysłonięcia władzy, *cloaking of power*, wedle której to Monteskiusz był rzecznikiem dyskretnego umiejscowienia sędziów w centrum polityki, jego myśl miał podjąć William Blackstone, a na gruncie amerykańskim Alexander Hamilton⁵⁴. Koncepcja ta nie jest przedstawiana zbyt klarownie, wieloznaczny jest zwłaszcza główny motyw *cloaking of power*. W krytycznej recenzji wytknięto też, że praca ta opiera się na nadinterpretacji dzieła *O duchu praw*⁵⁵. Choć ustalenia Carrese’a nie są w pełni przekonujące, jego drobiazgowy wywody na rzecz tezy,

⁵² *Ibidem*, s. 255-280.

⁵³ *Ibidem*, s. 398-406. Morton J. Horwitz zwraca jednak uwagę na to, że w pewnym wymiarze legislatury lokalne działały lub próbowały działać jak sądy do lat 20. XIX w., zob. M.J. Horwitz, *A Historiography of the People Themselves and Popular Constitutionalism*, „Chicago-Kent Law Review” 2006, vol. 81, no. 3, s. 816.

⁵⁴ P.O. Carrese, *The Cloaking of Power. Montesquieu, Blackstone, and the Rise of Judicial Activism*, Chicago 2003.

⁵⁵ Zob. J.S. Johnson, *The Emperor's New Clothes. Cloaking and Disrobing the Supreme Court in Carrese's „The Cloaking of Power”*, „William Mitchell Law Review” 2004, vol. 30, no. 3, s. 1139 i n.

że dwudziestowieczna władza sędziów jest owocem rozmyślnego projektu zakorzenionego w dziełach Monteskiusza i Blackstone'a, a wypaczonego przez Olivera Wendella Holmesa Jr., są kolejnym świadectwem tego, że istniał intelektualny nurt, z którego mogli czerpać zwolennicy szerszego udziału sędziów w sprawowaniu władzy politycznej.

Bogato udokumentowane tezy Philipa Hamburgera przybliżają nas znacznie do tego, co mógł myśleć w 1803 r. John Marshall, gdy pisał o uznaniu dobrze utrwalonych zasad. Chodziło właśnie o ideał powinności sędziowskiej, rozwinięty w angielskiej kulturze sądownictwa *common law*, przejęty przez sędziów amerykańskich i rozwijany naturalnie w środowisku ustrojowym, które nakazywało jeszcze szersze wykorzystanie tej potencji sędziowskiej. Prezes Marshall powinien był więc uważać się za kolejnego metaforycznego pięknego łabędzia z czarnymi łapami, a powołał się na swój ideał bezpośrednio w orzeczeniu *Marbury v. Madison*, pisząc, że stwierdzanie, co jest prawem, jest powinnością władzy sędziowskiej. Zasadnie brzmią zatem uwagi Hamburgera, iż Prezes Marshall jedynie przelotnie nawiązał do ideału powinności sędziowskiej w dwóch wzmiankach, których nie rozwijał, ponieważ mógł uważać te kwestie za oczywiste. W akapicie nr 140 zapytał Prezes, czy nieważny z powodu sprzeczności z konstytucją akt, który nie jest prawem, stanowi normę obowiązującą niczym prawo. W akapicie nr 142 powtórzył zaś z naciskiem, że rozstrzygnięcie, która ze sprzecznych norm, ustawowa czy konstytucyjna, reguluje sprawę, to istota powinności sędziowskiej⁵⁶. Wyrażając postawę Marshalla z perspektywy współczesnej, chodzi tu o jedno z czterech uzasadnień sędziowskiej kontroli prawa przedstawianych w ramach prób pogodzenia sędziowskiej władzy nad ustawami z demokratyczną formą rządów. Uzasadnienie Marshalla ma bardzo tradycyjny charakter i sprowadza się do formuły, że „*judicial review* jest uzasadnione jako mechanizm egzekwowania reguł konstytucyjnych wprowadzonych przez tych, którzy demokratycznie upoważnieni zostali do ustanowienia tych reguł”⁵⁷.

Pokrewny do badań Philipa Hamburgera trop wskazała Mary Sarah Bilder, której zdaniem *judicial review* było traktowane jako oczywistość przez generację twórców Konstytucji, a wyrastało ono wprost z angielskiej praktyki kontrolowania przepisów wewnętrznych „korporacji”. Słowo to umieszczam w cudzysłowie z powodu jego szerokiego i zmieniającego się w czasie znaczenia w prawie angielskim, nieprzekładalnego wprost na język polski. Chodzi m.in. o *municipal corporations* takie jak miasta, a także gildie, towarzystwa cechowe czy przedsiębiorstwa handlowe. Zdaniem Bilder kluczem do odkrycia zapomnianej genezy *judicial review* jest słowo „repugnancy” i forma pochodna „repugnant”, oznaczające od XIII w. „sprzeczność” lub „niezgodność”, zwłaszcza w wymiarze hierarchicznej zgodności aktów, których kontrola obejmowała najpierw lokalne *corporations*, a następnie akty kolonialne. W XIX w. w Stanach Zjednoczonych właśnie

⁵⁶ Zob. P. Hamburger, *Law and Judicial Duty*, s. 8.

⁵⁷ K.E. Whittington, *The Power of Judicial Review*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook...*, s. 396.

słowem *repugnant/repugnancy* określano te przypadki, które w XX w. zaczęto określać mianem *judicial review*. Mary Sarah Bilder przytacza m.in. nagłówek w zbiorze orzeczeń Sądu z 1889 r., pod którym wyliczone są „Sprawy, w których ustawy lub rozporządzenia zostały uznane za niezgodne z Konstytucją” („Cases in Which Statutes or Ordinances Have Been Held To Be Repugnant to the Constitution”). Słowo „repugnant” istotnie pojawia się kilkakrotnie w wywodzie Prezesa Marshalla w orzeczeniu *Marbury* i tłumaczone było przeze mnie jako „niezgodny” oraz „sprzeciwiający się”, a także używane było w omawianych tu orzeczeniach poprzedzających sprawę *Marbury*. Zdaniem Bilder „Postrewolucyjne *judicial review* konceptualizowane jako precedens intelektualny nie było tym samym, co kontrola *repugnancy* w sferze kolonialnej i korporacyjnej; rozumiane jako praktyka było tym samym”⁵⁸. Autorka ta przytacza liczne angielskie przypadki „korporacyjnej” kontroli prawa przez sędziów, w tym sprawę doktora Bonhama oraz objęcie taką kontrolą aktów kolonialnych. Jak następnie sugeruje, po ogłoszeniu niepodległości praktyka ta przekształciła się w amerykańską zasadę konstytucjonalizmu opartego na tekście konstytucyjnym, w prostym procesie: korporacje korzystały z delegacji Korony do wydawania przepisów, kolonie korzystały z delegacji Korony i Parlamentu do korzystania z kompetencji ustawodawczych, a legislatury niepodległych państw korzystały z delegacji od ludu. Bilder zastrzega też przy tym, że choć jasno wyrażano zobowiązanie na rzecz unikania tak rozumianej niezgodności, to samo ujęcie tego, co właściwie stanowi *repugnancy*, nie było bynajmniej jasne⁵⁹.

Sprawa zatem wydaje się prosta i pewny ton Marshalla wydaje się mocno zakorzeniony w rozwijanym przez wieki ideale oraz praktyce badania działalności organów, którym powierzono kompetencje prawotwórcze. Z nie mniejszym naciskiem pragnę jednak powtórzyć, że tak rozumianej powinności sędziowskiej Prezes Marshall sprzeniewierzył się w wymiarze materialnym, w sprawie *Marbury*’ego bowiem nieuczciwie odstąpił od rozstrzygnięcia o prawach powoda, preparując fikcyjny problem konstytucyjny, a realny problem konstytucyjny w sprawie Stuarta nieuczciwie wraz z Sądem zatuszował. Bardzo pomocne w tym wywodzie ustalenia Philipa Hamburgera posłużą do rozwijającej tę krytykę Marshalla tezy, iż pytanie, dlaczego w odniesieniu do ustawodawstwa sędziowie mieliby porzucić swój ideał, nie jest bynajmniej retoryczne. Co więcej, objęcie przez amerykańskich sędziów swą powinnością obszaru ustawodawstwa dobitnie pokazało, na jak wątpliwych podstawach ideał ten się opierał i do jak wielkich naruszeń praw człowieka prowadził. Podkreślenia też wymaga, że choć kuszące byłoby podążenie za wywodem Philipa Hamburgera i wyrażenie konstatacji, iż kontrolowanie ustaw federalnych przez sędziów było częścią szerokiego i akceptowanego powszechnie zjawiska egzekwowania przez sędziów prawa powszechnego, w którym zacierały się różnice między różnymi przedmiotami kontroli i sposobami jej wyrażenia, to dezawuowanie przez sędziów

⁵⁸ M.S. Bilder, *The Corporate Origins of Judicial Review*, „Yale Law Journal” 2006, vol. 116, no. 3, s. 509.

⁵⁹ Zob. obszernie *ibidem*, s. 504-566.

ustawodawstwa federalnego stanowiło jednak zasadniczą zmianę jakościową i zrodziło fundamentalny, nierozwiązany satysfakcjonująco po dziś dzień problem dotyczący podmiotu władzy zwierzchniej w państwie amerykańskim. Za zupełnie nieadekwatne uważam zaś sugestie Mary Sarah Bilder, że kategoria pojęciowa *repugnancy* pozwalała na proste przejście od sędziowskiej kontroli działalności londyńskich handlarzy ryb i rymarzy do kwestionowania aktów federalnego Kongresu.

Przed zajęciem się tymi zagadnieniami warto powołać się na słowa Andrzeja Bryka, które pozwalają z należyтым dystansem odbierać tezy o kultywowanym przez wieki ideale powinności sędziowskiej. Jak pisze ten autor w swym monumentalnym opracowaniu, wraz z nadciąganiem rewolucji idee zawierające w sobie zaczątki przyszłej doktryny sądowej kontroli konstytucyjności prawa zaczęły się pojawiać w wypowiedziach prawników:

W ramach zawodów prawniczych w koloniach narastała świadomość możliwości doktrynalnego uzasadnienia owej sądowej kontroli prawa co do zgodności z prawem konstytucyjnym przez sądy kolonii. Władza sądów (...) umacniała się dzięki realizacji ich własnego interesu – wzmocnienia pozycji zawodowej judykatury i prawników jako takich.

W okresie kolonialnym (...) prawnicy zdążyli już zorganizować się w swego rodzaju wpływową kastę. Niektórzy uczęszczali do angielskich Inns of Court, które z jednej strony považano jako ośrodki edukacji, a z drugiej jednak traktowano jako szkoły prawników – bezlitosnych dorobkiewiczów, zainteresowanych jedynie pomnażaniem majątku przez zbędne procesy. (...)

Sędziów wybierano nie na podstawie kwalifikacji zawodowych, lecz ze względu na ich przekonania polityczne i zaangażowanie w sprawy władz lokalnych⁶⁰.

Urodzony we Francji St. John Crèvecoeur, przybliżając europejskim czytelnikom swój ogląd życia w Ameryce w poczytnych *Listach od amerykańskiego Farmera*, podobnie krytycznie pisał w 1782 r., że prawnicy jak rośliny wrastają w ziemię uprawianą cudzymi rękami, gromadzą fortuny na cudzych nieszczęściach, są jak kler z dawnych wieków i również potrzebna jest reformacja⁶¹.

Pomimo nadaniu ideałowi powinności sędziowskiej sakralnego wręcz charakteru jego przyziemna realizacja przez sędziów angielskich wymagała akceptowania fikcyjnych założeń. Wspominałem już o iluzorycznym koncepcie „starożytnej konstytucji”. Utrzymywanie pozorów istnienia takiej oryginalnej konstytucji, która przetrwała w *common law*, zmuszało angielskich prawników do niezwykle zabawnych zabiegów, które miały zasłonić zmiany dokonujące się w systemie *common law*. Zmiany prawne omawiali oni za pośrednictwem metafor, w naukowej łacinie i w niepublikowanych manuskryptach.

⁶⁰ A. Bryk, *Konstytucjonalizm...*, s. 437-438.

⁶¹ L.M. Friedman, *A History of American Law*, New York 2007, s. 226.

Wśród przykładów podanych przez Philipa Hamburgera wybijają się cytaty z Matthew Hale'a, który przezornie pozostawił większość swych prac w manuskrypcie, a rozwój prawa angielskiego zaszyfrował w postaci opowieści o statku Argonautów, który był taki sam po powrocie z długiej podróży jak przed wyruszeniem, choć był podczas podróży tak poważnie poprawiany, że po powrocie nie zawierał prawie wcale oryginalnego budulca⁶².

Opisujący tę kwestię Tomasz Wieciech stwierdza, że odwoływanie się do przeszłości stanowiło charakterystyczny rys debaty publicznej w Anglii początków XVII w. To przeszłość miała legitymować teraźniejszość, co w tej idealizowanej z premedytacją wizji przeszłości wymagało m.in. dowodzenia, że Izba Gmin istniała od czasów nieobejmowanych pamięcią⁶³. Było to oczywiście związane z ustaleniem kształtu ustroju brytyjskiego po Chwalebnej Rewolucji. Parlament i zwolennicy jego suwerenności wygrali, uzasadniając to zakorzenieniem suwerenności Parlamentu w starożytnym *common law* czy też starożytnej konstytucji⁶⁴, a podstawy ograniczania władzy królewskiej odnajdywano w cytatach z Tacyta i konstytucji germańskich przodków, która też stanowić miała element *common law*⁶⁵. Retrospektywnie nadano też fikcyjne znaczenie aktowi Magna Carta z 1215 r. Wymuszone przez baronów na królu angielskim ustępstwa miały ograniczony charakter, król Jan rychło wyparł się Karty Swobód, a papież Innocenty III zwołał go z przysięgi. Magna Carta podlegała zmianom, nie gwarantowała swobód Anglikom niskiego stanu, nie stanowiła rzekomo niezmiennej części prawa fundamentalnego, podlegającego odkrywaniu właśnie przez sędziów. W dużej mierze taki fikcyjny obraz Magna Carta ukształtował Edward Coke, wraz z mitem kompletności *common law*, który sędziom pozostawało jedynie „odkrywać”⁶⁶. Pod urokiem takiej wizji historii znajdował się również Thomas Jefferson, który niedługo po publikacji Deklaracji Niepodległości proponował, aby zjednoczone amerykańskie państwa przyjęły pieczęć przedstawiającą ni mniej, ni więcej tylko anglosaskich wojowników z VII w.⁶⁷

Jak to pokazuje Richard J. Ross, w latach 1580-1640 w ramach angielskiej kultury prawnej wielkiego znaczenia nabrała zdolność prawników do pamiętania, ich szczególnie mentalny przymiot posługiwania się odwołaniami do przeszłości, który czynił z prawników rodzaj zakonu czy też kasty „pamiętających” (*remembrancing order*). Zawarty był w tym naturalnie element wywyższenia prawników, którzy m.in. w dysputach ustrojowych przedstawiali się jako uprzywilejowani interpretatorzy źródeł historycznych. Coke przestrzegał wprost historyków przed zajmowaniem się tajemnicami praw królestwa bez

⁶² P. Hamburger, *Law and Judicial Duty*, s. 93.

⁶³ Zob. T. Wieciech, *Anglosaska formuła...*, s. 61-63.

⁶⁴ Zob. m.in. Ch.E. Taucar, *The British System of Government and Its Historical Development*, Montreal-Kingston 2014, s. 240-241.

⁶⁵ Zob. P.O. Carrese, *The Cloaking of Power...*, s. 158.

⁶⁶ Zob. J.M. Sosin, *The Aristocracy of the Long Robe...*, s. 13-15.

⁶⁷ B. White, *The Evolution of America's Fiscal Constitution*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook...*, s. 322.

konsultacji z prawnikami, co skłoniło jednego z autorów dzieła na temat królów saskich do wyrażenia w przedmowie przeprosin za to, że jako historyk pisze o prawie⁶⁸. Samoza-dowolenie prawników uprawiających „tajemną naukę prawa” *common law* doprowadziło do tego, że w XVIII w. był to dziwacznie skomplikowany system obsługiwany przez specjalistów, którzy w niewielkim stopniu rozumieli, czym się przez większość czasu zajmują⁶⁹. Jak to zgrabnie określiła Jessie Allen, wyłożone przez Blackstone’a *common law* jest „wadliwym, heterodoksyjnym, zesztukowanym produktem, zgiełkiem sprzecznych motywów i metod – prawem, które nie jest przerysowane względem życia, ale jest równie wielkie, złożone i sprzeczne jak samo życie”⁷⁰. Lawrence M. Friedman tłumaczy zaś, że owszem, podstawowym podłożem prawa amerykańskiego było prawo angielskie, ale samo ono było złożone i wprowadzające w konsternację, więc nie jest łatwo powiedzieć, które angielskie prawo było przodkiem amerykańskiego, zwłaszcza że nie było tak naprawdę czegoś takiego jak prawo kolonialne, a nawet nie było trzynastu systemów prawnych w trzynastu pierwotnych koloniach, ponieważ kolonialne systemy prawne zawierały ślady procesów łączenia, np. New Jersey utworzono z dwóch jednostek z odrębnymi systemami prawnymi. Zaletą bestsellerowych *Komentarzy* Blackstone’a była ich względna poręczność, ale przedstawiony w nich obraz prawa angielskiego był tylko częściowy i wybrakowany, „jak słownik pomijający żargon, dialekt, zwroty potoczne i fachowe”⁷¹.

Drogę sędziów amerykańskich do kontrolowania aktów ustawodawczych śledzić można od połowy XVII w.⁷² Praktyka przedrewolucyjna ma jednak ograniczone znaczenie i zostanie w niniejszym skrótowym ujęciu pominięta z dwóch powodów. Nie ulega wątpliwości, że w okresie rewolucji amerykańskiej ugruntowana była już zasada suwerenności Parlamentu w Westminsterze, która uniemożliwiała efektywne kwestionowanie jego ustawodawstwa przez sądy. Podzielam więc opinię Williama M. Treanora, że przedrewolucyjne sprawy nie pomagają w zrozumieniu kształtującego się po wojnie o niepodległość zarysu *judicial review*⁷³. Jack M. Sosin zauważa, że działalność królewskiej Tajnej Rady kontrolującej prawodawstwo kolonii mogła przyzwyczaić Amerykanów do

⁶⁸ Zob. obszernie R.J. Ross, *The Memorial Culture of Early Modern English Lawyers. Memory as Key-word, Shelter, and Identity, 1560-1640*, „Yale Journal of Law & the Humanities” 1998, vol. 10, no. 2, s. 250.

⁶⁹ M. Shapiro, *Courts...*, s. 101.

⁷⁰ J. Allen, *Law and Artifice in Blackstone's „Commentaries”*, „Journal of Law. A Periodical Laboratory of Legal Scholarship. Chapter One: A Journal of Law Books” 2014, vol. 4, no. 2, s. 205, [online:] <http://journaloflaw.us/0%20JoL/4-2/JoL4-2.pdf>.

⁷¹ L.M. Friedman, *A History of American Law*, s. xii-xiv.

⁷² Andrzej Bryk za pierwszy przypadek próby kontroli legislacji przez sądy kolonialne uznaje sprawę z 1657 r. *Giddings v. Brown*, zob. idem, *Konstytucjonalizm...*, s. 422-424. Sprawa ta jest niejednoznaczna, na co poza cytowanym autorem zwrócił również uwagę B.F. Wright Jr., *Book Review. The American Doctrine of Judicial Supremacy by Charles Grove Haines*, „Harvard Law Review” 1933, vol. 46, no. 6, <http://dx.doi.org/10.2307/1332090>, s. 1043.

⁷³ W.M. Treanor, *Judicial Review Before Marbury*, s. 468-469.

idei ograniczenia kompetencji legislatur, ale nie była to kontrola sędziowska, lecz raczej administracyjna, sędziowie angielscy nie mieli prawie żadnego udziału w postępowaniach Tajnej Rady wobec kolonii⁷⁴. Ponadto przesądzająca jest kwestia, którą zasadnie akcentuje Tomasz Wieciech. Amerykańskie konstytucje, z federalną na czele, ustanawiane z woli suwerennego ludu, radykalnie zmieniały, przynajmniej w punkcie wyjściowym, postrzeganie roli sędziów. Skoro to wspólnota stała się źródłem norm wyższego rzędu (a nie mityczna przeszłość), podległość rządzących wobec rządzonych obejmowała również sędziów⁷⁵. W trakcie wojny o amerykańską niepodległość kluczowym motywem była suwerenność ludu. W konstytucjach wyzwających się państw przyjmowanych w czasie tej wojny rozmyślnie dominującym organem władzy czyniono wybieraną powszechnie legislaturę. Niewiele uwagi poświęcano przed rewolucją obawom o naruszanie praw jednostek ze strony reprezentatywnych władz i stosownie do tego żadna z konstytucji zrewoltowanych państw nie przewidywała wprost sędziowskiej kontroli prawa⁷⁶.

⁷⁴ J.M. Sosin, *The Aristocracy of the Long Robe...*, s. 140-141.

⁷⁵ Zob. T. Wieciech, *Anglosaska formuła...*, s. 68-70.

⁷⁶ J.M. Sosin, *The Aristocracy of the Long Robe...*, s. 191-192.

Etapy rozwoju wczesnej amerykańskiej
praktyki *judicial review*

Choć John Marshall mógł więc nawiązać do sędziwego ideału powinności sędziowskiej, to, co uczynił w 1803 r., nie szokowało jemu współczesnych, ponieważ orzeczenie *Marbury v. Madison* wpisywało się w niewielki zbiór rozstrzygnięć sędziowskich zapadłych w dwóch poprzedzających dekadach i towarzyszących im polemik. Język pozwalający na wytykanie potencjalnych niezgodności z aktami konstytucyjnymi istniał, elementem tego języka było wspomniane słowo *repugnant*, ale co to właściwie oznaczało i kto miał definitywnie taką niezgodność stwierdzać, było jak najdalsze od pewności i bynajmniej, jak się okaże, nie tworzyło żadnej spójnej praktyki.

Bardzo przydatne są w tym obszarze ustalenia i interpretacje Sylvie Snowiss, która w ważnej pracy *Judicial review i prawo zawarte w Konstytucji* przedstawiła periodyzację wczesnej sędziowskiej kontroli ustawodawstwa i zaproponowała bardzo wyraziste odczytanie poczynań Prezesa Marshalla. Według Snowiss znane nam *judicial review* rozwinęło się na trzech kolejnych etapach. Etap pierwszy trwał od ogłoszenia niepodległości do opublikowania siedemdziesiątego ósmego artykułu ze zbioru *Federalista*. Etap drugi trwał od opublikowania tego tekstu w 1788 r. do orzeczenia *Marbury v. Madison*, acz w innym miejscu za pierwszą sprawę z tego okresu uznaje autorka sprawę *Bayard v. Singleton* z 1787 r. Etap trzeci trwał od ogłoszenia orzeczenia *Marbury v. Madison* do końca służby Prezesa Marshalla w Sądzie, czyli do 1835 r.¹ Tezy profesor Snowiss spotkały się później z krytyką, a późniejsze ustalenia badaczy przedmiotu, zwłaszcza Williama M. Treanora i Philipa Hamburgera, skłaniają do pewnych zmian spojrzenia na początki *judicial review*. Nadal jednak dzieło Sylvie Snowiss zachowuje aktualność i inspirowe do skupienia uwagi na dokonaniach właśnie Prezesa Marshalla, co wpływało silnie także na mnie.

Na marginesie wyrazić pragnę również obserwację, że echa tez Snowiss wybrzmiewają u późniejszych autorów, ale praca *Judicial Review and the Law of the Constitution* nie jest tak często przytaczana wprost przez autorów amerykańskich, jak należałoby oczekiwać, sądząc po formacie tego dzieła. Być może wynika to z okoliczności, że Sylvie Snowiss przypadła niewdzięczna rola prekursorki. Ogłosiła drukiem wyniki swych

¹ S. Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, New Haven 1990, s. 1 i n.

badan w 1990 r., a tym samym należała do forpocztę współczesnego grona krytyków amerykańskiego sądownictwa konstytucyjnego i postaci Johna Marshalla. Słusznie wspominał o tym Larry D. Kramer, zauważając w przypisie do swego tekstu, że główna zasługa w zainicjowaniu rewizjonistycznego rozumienia orzeczenia *Marbury* przypada Sylvie Snowiss. Inni badacze wskazywali wcześniej, że współczesna praktyka *judicial review* wyłoniła się po tym orzeczeniu, ale „nikt nie uczynił tego z wyrafinowaniem, z jakim ujęła to Snowiss”².

Opisując powyżej, jak mozolnie przebija się do świadomości badaczy orzeczenie *Stuart v. Laird*, znacznie ważniejsze od orzeczenia *Marbury v. Madison*, pragnęłam pokazać, jak silny jest nadal, trzy dekady po publikacji książki Snowiss, nurt naiwnego rozumienia dorobku Marshalla i początków amerykańskiego sądownictwa konstytucyjnego. Książka Sylvie Snowiss stanowiła w 1990 r. znaczący wyłom w tym konwencjonalnym postrzeganiu genezy władzy sędziów i mogła wręcz brzmieć obrazoburczo. Środowisko amerykańskich prawników przez długie dekady niechętnie podejmowało krytyczną refleksję na temat rzeczywistego, historycznego rozwoju sędziowskiej kontroli prawa. Wiele mówiąca jest uwaga Jacka M. Sosina, jednego z tych nielicznych badaczy, wspomnianego w cytowanym przypisie Larry’ego D. Kramera, który przed Sylvie Snowiss podjął wnikliwie badania nad genezą *judicial review*. W książce *Arystokracja prawników*, opublikowanej na rok przed głównym dziełem Snowiss, historyk Sosin na pierwszej stronie poczynił zaskakujące i wymowne wyznanie: „Zająłem się tym zagadnieniem z pewnym poczuciem daremności, poinformowany przez kolegę wykładowcę na wydziale prawa, że niezależnie od dowodów historycznych, niezależnie od tego, co zamierzali delegaci uczestniczący w konwencji federalnej w Filadelfii latem 1787 r., bez względu na to, czy Prezes John Marshall miał słuszość lub nie w swym orzeczeniu *Marbury v. Madison* z 1803 r., *judicial review* jest częścią naszej prawnej i konstytucyjnej praktyki, zaakceptowaną przez prawników”. Na kolejnej stronie Sosin dodaje, że podjął to zagadnienie także z obawą, świadomy ostrych reakcji na próby podważania przyjętego spojrzenia na *judicial review*³.

Etap pierwszy rozwoju kontroli sędziowskiej stał się możliwy, dlatego że Amerykanie odrzucili tezę o omnipotencji Parlamentu i ogłaszając swą niepodległość, oparli się na własnych, realnych umowach społecznych, wyrażanych w konstytucjach nowo powstałych państw i w Konstytucji federalnej. Jak podkreśliła Sylvie Snowiss, idea, że można rozpoznać ustawę naruszającą prawo fundamentalne i przez to stwierdzić jej

² L.D. Kramer, *Marbury and the Retreat from Judicial Supremacy*, „Constitutional Commentary” 2003, vol. 20, no. 2, s. 205-206, przyp. 2.

³ J.M. Sosin, *The Aristocracy of the Long Robe. The Origins of Judicial Review in America*, New York 1989, s. 1-2.

nieważność, była dla generacji Ojców Założycieli nowa i potężna, a tylko upływ czasu spowodował, że obecnie wydaje się trywialna⁴.

Kontynuując ten wątek, można dodać, że dwa stulecia praktykowania kontroli prawa przez sędziów amerykańskich zrodziły dominujące i rozpowszechnione w całym współczesnym świecie skojarzenie, że stwierdzanie tej nieważności to domena sędziów (i tylko sędziów). Tak właśnie wyraził to Prezes Marshall, a jeśli zaakceptujemy ten wyrobiony w nas przez sędziów i wspierających ich prawników odruch (w zasadzie odruch bezwarunkowy), to istotnie, całą dyskusję na ten temat można zamknąć wskazaniem na tautologiczny artykuł III Konstytucji, zgodnie z którym władzę sądowniczą dzierżą sądy. Dlatego bardzo cenne jest w tym miejscu cierpliwe wyjaśnienie Tomasza Wiececha, który świadom przeformułowania kategorii pojęciowych tłumaczy, że Amerykanie próbowali pierwotnie wykorzystać przeciwko Parlamentowi brytyjskiemu w celu obrony swych praw koncepcję *ancient constitution*, a gdy to się nie udało, dokonali zwrotu, kreując własne spisane konstytucje, w których suwerenny lud formułował nowy system normatywny, odrębny od prawa⁵. Normy konstytucyjne w rozumieniu amerykańskim istotnie pozwalały na rozpoznanie sprzecznych z nimi ustaw, ale te normy ustanowione przez suwerenny lud wiązały cały aparat władzy, w tym sędziów. Z tego powodu na etapie pierwszym rola sędziów w nowym układzie ustrojowym budziła zasadniczą kontrowersję.

Dyskusje z etapu pierwszego i drugiego sprowadza Sylvie Snowiss do dwóch pytań. Po pierwsze, czy legislatura może naruszać konstytucję. Po drugie, czy sądy mogą odmawiać stosowania niekonstytucyjnego aktu. Odpowiedź na pierwsze pytanie była powszechna i negatywna, a jej konkretnym przejawem było odrzucanie podręcznikowych pouczeń Blackstone'a o zwierzchności Parlamentu. Odpowiedzi na pytanie drugie były rozbieżne⁶. Na etapie pierwszym pojawiające się roszczenia sędziów były raczej odrzucane, na etapie drugim kontrolowanie przez sędziów legislacji zostało dopuszczone, ale na szczególnych warunkach, które zostały zupełnie zatarte przez zmianę języka. Kluczowe było rozumienie konstytucji jako prawa fundamentalnego, ale odrębnego od prawa zwykłego. Terminologia była tożsama, prawo fundamentalne nazywano prawem, *law*, mówiono o jego obowiązywaniu, a jego naruszenia była nielegalne, *illegal*, i nieważne, *void*. Prawo fundamentalne wiązało jednak władzę suwerenną, a nie zwykłych ludzi, więc miało charakter polityczny. Ponieważ władza suwerenna z definicji jest najsilniejsza w całej wspólnocie, doskonale rozumiano, że nie można egzekwować prawa fundamentalnego tak jak zwykłych ustaw, nie można bowiem wymusić na suwerenie przestrzegania granic, których sam nie zechce akceptować. Wymuszanie akceptowania ograniczeń władzy suwerennej wymagało działań politycznych, w szczególności wyborczych, a w ostateczności

⁴ S. Snowiss, *Judicial Review...*, s. 30-32.

⁵ T. Wiecech, *Anglosaska formuła politycznego konstytucjonalizmu*, Kraków 2014, s. 67-70.

⁶ S. Snowiss, *Judicial Review...*, s. 32-33.

rewolucyjnych⁷. Przybliżyć ten sposób myślenia może również pojęcie „wiary publicznej”, do którego odwołuje się Christine A. Desan, opisująca obszernie rolę prawodawstwa we wczesnej amerykańskiej tradycji, zwłaszcza w Nowym Jorku, i podkreślająca odmienną ówczesnego rozumienia egzekwowania praw w wymiarze politycznym, a nie sądowym. Rozstrzygnięcia podejmowane przez legislaturę były kwestią owej „wiary publicznej”, co nawiązywało do idei powiernictwa towarzyszącej funkcji legislacyjnej, w której ramach reprezentanci winni byli egzekwować normy słuszności i sprawiedliwości względem wyborców, udzielających im pełnomocnictwa. Pojęcie „wiary publicznej” było ściśle powiązane z ideą prawa fundamentalnego z tradycji angielskiej, a wyrażono to w metaforach powiernictwa, przymierza i obowiązku. Członkowie legislatury mieli rozstrzygać o roszczeniach elektoratu. „Wiary publicznej” nie egzekwowano sędownie, lecz politycznie, w ówczesnym rozumieniu, to znaczy poprzez potrzebę zachowania zdolnej do przetrwania wspólnoty politycznej. Podmioty publiczne zobowiązane były do utrzymywania uznania mas i ich trwałego udziału w życiu kolonii. Wyrazem dezaprobaty dla działań lokalnego zgromadzenia mogło być zarówno dramatyczne działanie rewolucyjne, jak i ciche wycofanie się niezadowolonych z życia kolonii⁸.

W sposób tożsamy do Sylvie Snowiss przedstawia to zagadnienie Larry D. Kramer, który stwierdza, że dla nas, współczesnych, konstytucja jest podzbiorem prawa, które jest domeną sądów. Konceptualne ujęcie w XVIII w. było jednak zupełnie inne.

Prawo konstytucyjne czy też fundamentalne istniało jako osobna modalność, odmienna od polityki i od zwykłego prawa. Posiadało ono kluczowe atrybuty prawa zwykłego: np. wyrażone w nim obowiązki uważano za wiążące, a jego treść nie była kwestią jedynie woli czy polityki, ale odzwierciedlała reguły, których znaczenie można była określić w drodze argumentacji opartej na precedensie, analogii i odwołaniu do zasad. Jednakże prawo konstytucyjne miało także regulować samego suwerena, w ten sposób wywołując kontrowersje, które były ze swej natury zagadnieniami rozstrzyganymi w domenie politycznej. Współczesny dyskurs tak bardzo złączył znaczenie „konstytucji” z „prawem”, a „prawa” z „sądami”, że nie dysponujemy już językiem do opisu tej odrębnej kategorii; najlepiej zatem uchwycić jej istotę może nazwanie jej (jak to uczynił wybitny historyk) kategorią „polityczno-prawną”⁹.

Cytat ten pochodzi z głośnej książki o władzy, którą przez większość część amerykańskiej historii dzierżył, wbrew Sądowi Najwyższemu, tytułowy *Sam lud*. Książka ta ukazała się w 2004 r. i choć z rzadka odwołuje się w niej autor wprost do wcześniejszych

⁷ *Ibidem*, s. 1-6.

⁸ Ch.A. Desan, *The Constitutional Commitment to Legislative Adjudication in the Early American Tradition*, „Harvard Law Review” 1998, vol. 111, no. 6, <http://dx.doi.org/10.2307/1342188>, s. 1482-1484.

⁹ L.D. Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York 2004, s. 24. Przywołanym historykiem jest John Phillip Reid.

tez profesor Snowiss, to w istotnych partiach, jak widać powyżej, nawiązuje do nich. Praca Larry'ego D. Kramera wywołała ożywioną dyskusję w doktrynie amerykańskiej¹⁰. Warto z niej przytoczyć wypowiedź Marka V. Tushneta, który dzieląc tezę Kramera o odrębności prawa konstytucyjnego, zaproponował nazwanie tego specjalnego rodzaju prawa „prawem politycznym”¹¹.

W tekście orzeczenia *Marbury v. Madison* nie widać odrębności prawa konstytucyjnego, na tym właśnie polegały skrywane pod pozornymi sylogizmami zabiegi Marshalla, ale na tle dzisiejszej praktyki, w której rozmaite (choć bynajmniej nie wszystkie) aspekty amerykańskiej polityki poddawane są rytualnym ordaliom w Sądzie Najwyższym, zdumiewać musi, jak nieliczne zasadnicze spory ustrojowe, które toczyły się we wczesnej republice, przekazano do rozstrzygnięcia Sądowi przed prezesurą Marshalla. Akhil Reed Amar wylicza kilkanaście takich zagadnień, m.in. możliwość utworzenia banku narodowego, kompetencję prezydenta do uznawania rządów w państwach obcych, rolę Izby Reprezentantów w realizacji traktatów, traktowanie zbiegłych zniewolonych czarnoskórych, usuwanie członków gabinetu przez prezydenta. Co pozwolono rozstrzygnąć Sądowi? Spreparowany spór sądowy o legalność podatku od powozów¹². Do 1801 r. Sąd rozstrzygnął tylko sześćdziesiąt trzy sprawy, ale spraw znaczących było średnio mniej niż jedna rocznie¹³.

Pokazuje to wyraźnie trafność obserwacji Jacka M. Sosina, że w latach 90. XVIII w. wcale nie dominowała koncepcja, jakoby wyłącznie domeną sędziów było ustalanie znaczenia Konstytucji. Nieoficjalne i niedoskonałe relacje z wczesnych sesji Kongresu ujawniają, że wielu członków Kongresu opierało się na założeniu, iż ustalanie znaczenia Konstytucji jest przedmiotem rozstrzygnięć parlamentarnych¹⁴. Zadziwiające jest, że podobną postawę prezentował sam John Marshall jako autor biografii Washingtona. W kolejnych tomach dzieła *Life of George Washington*, publikowanych w latach 1804-1807, opisywane są szczegółowo wielkie debaty polityczne z lat 90. XVIII w. Matthew J. Franck zauważa, że Marshall pisze tak, jakby tęsknił za udziałem w tej rywalizacji, z której Adams go formalnie wyłączył powołaniem do Sądu. Co ciekawe, lata 90. Marshall przedstawia jako historię polityczną, zupełnie unika perspektywy prawnika, władza sądownicza w opisie autorstwa Prezesa jest właściwie nieobecna. Problemy konstytucyjne

¹⁰ Zob. m.in. M.J. Horwitz, *A Historiography of the People Themselves and Popular Constitutionalism*, „Chicago-Kent Law Review” 2006, vol. 81, no. 3, s. 813 i n. Całość zawierającego ten tekst numeru „Chicago-Kent Law Review” (vol. 81, no. 3) poświęcono materiałom z sympozjum dotyczącego pracy Larry'ego D. Kramera.

¹¹ Zob. M. Tushnet, *Popular Constitutionalism as Political Law*, „Chicago-Kent Law Review” 2006, vol. 81, no. 3, s. 991 i n.

¹² Zob. A.R. Amar, *America's Constitution. A Biography*, New York 2006, s. 215-216.

¹³ R.K. Newmyer, *The Supreme Court under Marshall and Taney*, New York 1969, s. 26.

¹⁴ J.M. Sosin, *The Aristocracy of the Long Robe...*, s. 282.

z tego okresu są relacjonowane, ale Marshall zupełnie nie wspomina, że to sądy mogłyby je rozstrzygać¹⁵. Było to całkowicie spójne z efektem prac konwencji filadelfijskiej.

David B. Robertson stwierdza, że to politycy stworzyli Konstytucję, aby politycy mogli z niej korzystać¹⁶. We wczesnej republice praktycznie wszystkie kwestie podejmowane w Kongresie stawały się zagadnieniami konstytucyjnymi. Członkowie Kongresu rozumieli, że to na nich ciąży odpowiedzialność za rozwiązywanie problemów konstytucyjności działań ustawodawczych. Opisujący to Neal Devins cytuje m.in. słowa Jamesa Madisonsa, który wprost deklarował w Kongresie, że wspólnym obowiązkiem jest dbanie o to, by konstytucyjne kompetencje były utrzymywane dla wszystkich organów władzy, i dodawał, że nie uważa, aby którakolwiek z niezależnych władz miała więcej praw od pozostałych do wyrażania swego zapatrywania na ten temat¹⁷. Dysponujemy ponadto studium Dariusza Stolickiego przedstawiającym angażowanie się władzy wykonawczej w kontrolę konstytucyjności prawa. Kongres jedynie w niektórych przypadkach kwestionował praktykę *executive review*, aprobując ją milcząco w innych przypadkach¹⁸.

Rozstrzygnięcie w Sądzie sporów z lat 90. XVIII w., wyliczonych przez Amara, a relacjonowanych także przez Marshalla-historyka, nie przyniosłoby zresztą żadnych niespodzianek dla Federalistów dzierżących władzę. William R. Casto zauważa, że w okresie tym istniała wyjątkowa harmonia pomiędzy Sądem a władzami politycznymi, która już nigdy więcej się nie powtórzyła. Dwaj Federaliści, Washington i Adams, kierowali władzą wykonawczą. Wszyscy Sędziowie byli Federalistami. Przez całą dekadę Federaliści kontrolowali Senat, a na Izbę Reprezentantów mieli wystarczający wpływ, by co najmniej nie dopuszczać do uchwalania ustaw, które uważali za nierozsądne. Sędziowie Sądu Najwyższego nigdy więc nie znaleźli się w tym okresie w konflikcie z władzami politycznymi. Sąd, konkluduje Casto, mógł sumiennie akceptować i wspierać politykę rządu Federalistów bez skrupułów¹⁹.

Wymowny jest zwłaszcza sposób, w jaki potraktowano dwa bodaj najbardziej jętrzące zatargi z tego okresu. Przypomnijmy, że prześladowania opozycji politycznej za „działalność wywrotową” zostały przez dotkniętych nimi Republikanów ostatecznie po prostu przecierpiane do czasu werdyktu wyborczego, który pozwolił im na przejęcie władzy. Nie decydowano się na kwestionowanie *Sedition Act* przed Sądem Najwyższym uważanym

¹⁵ Zob. M.J. Franck, *Against the Imperial Judiciary. The Supreme Court vs. the Sovereignty of the People*, Lawrence 1996, s. 57-64.

¹⁶ D.B. Robertson, *The Constitution from 1620 to the Early Republic*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York 2015, s. 26.

¹⁷ N. Devins, *The Constitutional Politics of Congress*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook...*, s. 167-168.

¹⁸ D. Stolicki, *Executive review. Kontrola konstytucyjności prawa przez władzę wykonawczą w Stanach Zjednoczonych*, Kraków 2013, s. 186.

¹⁹ W.R. Casto, *There Were Great Men Before Agamemnon*, „Vanderbilt Law Review” 2009, vol. 62, no. 2, s. 376.

przez Republikanów za oczywiście stronnicy, aby hańba solennego potwierdzenia tego aktu nie spowiła kraju. Konstytucyjną krytykę tych działań Federalistów praktykował *sam lud* na lokalnych zgromadzeniach. Elity polityczne nie odwołały się także do Sądu Najwyższego, gdy nie można było ustalić zwycięzcy wyborów prezydenckich na przełomie 1800 i 1801 r. Okiełznanie werdyktu wyborców przez skład Sędziów w sposób, w jaki udało się to uczynić w sprawie *Bush v. Gore* 200 lat później, nie mieściło się w głowie nawet Federalistom, choć w istocie podobnie śmiały zamysł próbował sofistycznie zrealizować John Marshall lub jego skryty poplecznik występujący jako Horatius, namawiając do przekazania władzy w sytuacji kryzysu wyborczego „odpowiedniemu urzędnikowi”, czyli Marshallowi.

Dla generacji Założycieli, jak tłumaczy Gordon S. Wood, prawo fundamentalne nawet po wyrażeniu go w spisanej konstytucji było „tak fundamentalne, tak odmienne od zwykłego prawa, że powoływanie się na nie musiało zasadniczo być wyjątkową i niezwykle delikatną praktyką polityczną”²⁰. Ślady tej odmienności widoczne były dobrze podczas obrad konwencji filadelfijskiej. Edmund Randolph, przystępując w ramach pięcioosobowej komisji do sporządzenia wstępnego szkicu tekstu Konstytucji, zapisał dwie zasady, którymi się kierował. Pierwsza to używanie jedynie ogólnych zasad, tak aby nie krępować funkcjonowania władz postanowieniami trwałymi i niezmiennymi, a pozwalać na dostosowywanie ich do czasów i zdarzeń. Druga to używanie prostego i precyzyjnego języka oraz generalnych twierdzeń – „Ponieważ interpretacja konstytucji z konieczności różni się od interpretacji prawa”. Richard Beeman komentuje, że uwagi te były wyjątkowo przenikliwe i w pewnym sensie zapowiadały zasadniczy spór we współczesnej debacie konstytucyjnej. Pierwsza zasada Randolpha wspiera argumenty współczesne o „żywej konstytucji”. Druga sugeruje, zdaniem Beemana, wsparcie dla interpretacji oryginalistycznych²¹. Takie odczytanie drugiej z zasad uważam za nadinterpretację, zresztą już po kilku latach Edmund Randolph w ramach sporu o Bank Stanów Zjednoczonych miał się przekonać o zawodności rzekomo prostego i precyzyjnego języka, którym się posługiwał. Istotne jednak w tym miejscu jest to, że różnica między konstytucją a prawem niefundamentalnym była dla osoby opracowującej tekst konstytucyjny punktem wyjścia dla szczegółowych prac.

Kwestia odmienności języka użytego w Konstytucji była też kolejnym argumentem Antyfederalistów, który zrećtnie odwrócili Federaliści w debacie ratyfikacyjnej, co rozwija Jonathan Gienapp. Na tezę Antyfederalistów, że Konstytucja ma być aktem ludu, Federaliści odpowiadali, że właśnie z tego powodu nie może być to akt doskonały i kompletnie wyliczający regulowane kwestie, lecz musi pozostać dokumentem związłym i ograniczonym w swych ambicjach. Oliver Ellsworth tłumaczył, że gdyby Konstytucję

²⁰ G.S. Wood, *The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less*, „Washington and Lee Law Review” 1999, vol. 56, no. 3, s. 796.

²¹ R. Beeman, *Plain, Honest Men. The Making of the American Constitution*, New York 2009, s. 270-271.

wyrażono w „naukowym języku prawa”, lud nie miałby cierpliwości ani możliwości pojęcia jej. Niezwykle w tym wątku jest to, że Madison był doskonale świadomy problemu związanego z poruszonym powyżej „zwrotem lingwistycznym” w XX w. Ten Ojciec Założyciel pisał, że język w równym stopniu odsłania, co zaciemnia, używając mocnego przykładu, że nawet gdyby Wszechmogący zwrócił się do ludzkości w jej języku, sens stałby się niejasny z powodu „mglistego środka przekazu”²².

Wedle sugestywnego opisu Larry’ego D. Kramera odpowiedzialność za interpretowanie i egzekwowanie prawa fundamentalnego ponosił sam lud, czyniąc to m.in. w postaci głosowań, petycji, zgromadzeń, także niepokojowych, bojkotów czy wyzwalania z aresztów ludzi uznanych za niesłusznie osadzonych. Może to brzmieć jak stan anarchii, ale ten samoświadomie legalny system, choć w odmiennym od współczesnego sensie, działał w okresie konfliktu z Brytyjczykami i późniejszego kształtowania się niezależnych rządów amerykańskich, nie prowadząc do destabilizacji społecznej, czego drobnym przejawem jest okoliczność, że podczas słynnego niszczenia ładunku herbaty w Bostonie dbano bardzo o to, by nie powodować żadnych przypadkowych aktów wandalizmu, a po uszkodzeniu kłódki kapitana jednego ze statków skwapliwie odesłano mu nową²³. Kramer określa ten stan mianem *popular constitutionalism*. W polskiej literaturze Tomasz Wiecech konsekwentnie proponuje tłumaczenie „polityczny konstytucjonalizm”, aby podkreślić „genetyczną i aksjologiczną tożsamość pierwotnej formuły rządów konstytucyjnych w Ameryce z paradygmatem konstytucyjnym wciąż obowiązującym w państwach o ustroju westminsterskim”, wyrażanym pojęciem *political constitutionalism*²⁴. Ta zasadna w kontekście rozprawy Tomasza Wiececha propozycja nie zmniejsza przydatności posługiwania się w niniejszej pracy tłumaczeniem pojęcia *popular constitutionalism* jako powszechny czy też ludowy konstytucjonalizm. Pozwala to zwłaszcza na zaakcentowanie brzemiennej, jak sądzę, w skutki przeciwstawności istniejącej na przełomie XVIII i XIX w. między elitaryzującymi Federalistami a reprezentującymi masę Republikanami.

Zgodnie z wyrażonym przeze mnie na początku tego wątku ostrzeżeniem, materia ta jest bardzo złożona i podatna na indywidualne interpretacje, do których staram się nawiązywać jedynie w niezbędnym zakresie. Warto jednak odnotować, iż w błyskotliwym artykule z 2014 r. Helen J. Knowles i Julianne A. Toia przekonują, że pojęcie *popular constitutionalism* jest równie często, co beztrzesko używane w amerykańskiej doktrynie prawniczej. Od ukazania się w 2004 r. *The People Themselves* Larry’ego D. Kramera w zawrotnym tempie wzrosła liczba prac odwołujących się do pojęcia *popular constitutionalism*, ale jednocześnie od 2006 r. zmniejsza się odsetek prac, w których pojęcie to

²² Zob. J. Gienapp, *The Second Creation. Fixing the American Constitution in the Founding Era*, Cambridge, Mass. 2018, s. 109-110.

²³ Zob. obszernie L.D. Kramer, *The People Themselves...*, s. 24-32.

²⁴ T. Wiecech, *Anglosaska formuła...*, s. 11.

jest definiowane. Badacze często odwołują się do ujęcia Kramera, ale spora ich liczba czyni to, stosując faktycznie inne rozumienie tego pojęcia. Autorki tekstu z 2014 r. wiążą to z brakiem konsekwencji samego Kramera, wskazując, w nawiązaniu do popularnego filmu z 1979 r., że jest to „Kramer kontra Kramer” (*the Kramer versus Kramer problem*)²⁵. Uzasadnione jest wrażenie, że w realiach amerykańskich koncept *popular constitutionalism* przybrał wręcz postać bezrefleksyjnej mody badawczej, co prowadzi do niewesołej konstatacji, że to pojęcie, używane przeze mnie do dekonstrukcji mitu sądowej kontroli prawa, samo wymaga dekonstrukcji. Starając się ominąć ten problem (który w debacie amerykańskiej wymaga m.in. mierzenia się z zarzutami o uczestnictwo w lewicowym, elitarystycznym spisku²⁶), poprzestanę na deklaracji, że używam pojęcia „powszechnego konstytucjonalizmu” (zamiennie z bardziej ekspresywnym pojęciem „ludowego konstytucjonalizmu”) w najprostszym i pierwotnym znaczeniu, w którym chodzi o uznanie, że to amerykański lud był (jest?) podmiotem konstytucyjnej interpretacji i praktyki, a nie wyłącznie sędziowie.

Na tak przedstawionym tle konstytucyjnej potencji ludu w generacji Ojców Założycieli można odnieść się do orzeczeń zaklasyfikowanych przez Sylvie Snowiss do pierwszego etapu rozwoju *judicial review*. Chodzi o sprawy *Commonwealth v. Caton* z 1782 r., *Rutgers v. Waddington* z 1784 r., *Trevett v. Weeden* z 1786 r. i *Bowman v. Middleton* z 1792 r. Łączy je to, że sędziowie odmawiali w nich zastosowania prawa lub bronili swej kompetencji do takiego aktu odmowy²⁷.

W sprawie *Commonwealth v. Caton* (zwanej też sprawą więźniów, *Case of the Prisoners*), rozstrzygniętej, co pragnę podkreślić, w Wirginii, chodziło o wydaną w 1776 r. przez legislaturę Commonwealth of Virginia ustawę o aktach zdrady (*Treason Act of 1776*). Na mocy jednego z jej przepisów obie izby legislatury, a nie władza wykonawcza, miały decydować o prawie łaski w sprawach zdrady. Trzy osoby (w tym John Caton) zostały skazane za zdradę polegającą na pomocy żołnierzom brytyjskim, pierwsza izba legislatury udzieliła im łaski na wniosek Patricka Henry’ego, senat do wniosku się nie przychylił i odesłał rezolucję, więc skazańcy w obliczu egzekucji podnieśli argument, że na mocy konstytucji Wirginii sama pierwsza izba, Izba Delegatów, może przejąć udzielanie prawa łaski, zatem przepis z 1776 r. jest niekonstytucyjny, gdyż wymaga także zgody senatu. Sąd Apelacyjny Wirginii, w którym zasiadali sędziowie z różnych sądów tego państwa, odrzucił ten argument. Dla trzech skazańców sprawa miała dramatyczny przebieg. Kopię rezolucji Izby Delegatów okazali szeryfowi w dniu, w którym miał ich powiesić. Szeryf przytomnie egzekucję wstrzymał, ale niekorzystny wyrok sądu oznaczał konieczność

²⁵ Zob. H.J. Knowles, J.A. Toia, *Defining „Popular Constitutionalism”*. *The Kramer versus Kramer Problem*, „Southern University Law Review” 2014, vol. 42, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2395465>, s. 31-41.

²⁶ *Ibidem*, s. 46.

²⁷ S. Snowiss, *Judicial Review...*, s. 16-23.

jej wykonania. Ostatecznie jednak obie izby legislatury ułaskawiły nieszczęśników. Ich walka o życie przed prawniczą elitą Wirginii dostarcza nam obecnie frapującego wglądu w rozumienie powinności sędziowskiej na kilka lat przed konwencją filadelfijską. Członkowie składu orzekającego wyrazili bowiem pogląd, że sądy istotnie mogą orzekać nieważność niekonstytucyjnych aktów. Po powołaniu się na bezstronność sądownictwa dobitnie stwierdził to sędzia George Wythe:

Jeśli legislatura podjęłaby próbę przekroczenia granic nałożonych przez lud, ja, wymierzając sprawiedliwość powszechną, odpowiem z mego stanowiska w tym trybunale i wskazując na konstytucję, powiem legislaturze: tu jest granica waszej władzy i dotąd możecie dojść, ale nie dalej.

Słowa te znamy jednak z pośredniego źródła, niekompletne streszczenie sprawy opublikowano dopiero w 1827 r. i wówczas sprawozdawca Daniel Call, protegowany George'a Wythe'a, nadał jej nazwę *Commonwealth v. Caton*. Słowa Wythe'a zabrzmiały donośnie, a po czterech dekadach sprawozdawca Call napisał, że czcigodni sędziowie, a zwłaszcza Wythe, ustanowili precedens unieważniania niekonstytucyjnych przepisów, ale zgodnie z ówczesną praktyką sędziowie wypowiadali się indywidualnie, a wypowiedzi te bynajmniej nie tworzą spójnej całości. Spośród ośmiu członków składu sześciu odniosło się do kwestii unieważniania niekonstytucyjnych ustaw, pięciu mniej lub bardziej bezpośrednio dopuściło taką możliwość, z której jednak w tej sprawie sąd nie skorzystał²⁸.

Dysponujemy zatem raczej zrekonstruowanymi w pewnym zakresie poglądami kilku wpływowych prawników z Wirginii, a nie jednolitym rozstrzygnięciem organu władzy sądowniczej, jak to było w sprawach *Marbury v. Madison* i *Stuart v. Laird*. Innowacja Prezesa Marshalla polegająca na zerwaniu w Sądzie Najwyższym z indywidualnymi opiniami sędziów (*seriatim opinions*) miała kapitalne znaczenie dla prowadzonej przez niego polityki. Słusznie zauważa Paul W. Kahn, że w orzeczeniu *Marbury* Marshall pchnął odziedziczony świat sądów *common law* w nowym kierunku. Nie wynalazł co prawda w tym orzeczeniu „opinii Sądu”, ale to, co wcześniej było okazjonalne, stało się centralne²⁹. Michael Zuckert bardzo trafnie podnosi też, że praktyka interpretacyjna Marshalla wyróżniałaby się znacznie bardziej, gdyby Prezes był mniej skuteczny w kontrolowaniu

²⁸ Opis sprawy i cytaty za: W.M. Treanor, *The Case of the Prisoners and the Origins of Judicial Review*, „University of Pennsylvania Law Review” 1994, vol. 143, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2307/3312535>, s. 500-514; J. Goebel Jr., *Antecedents and Beginnings to 1801*, New York 2010, s. 126-128, *History of the Supreme Court of the United States*, vol. 1; S. Snowiss, *Judicial Review...*, s. 17-18; P. Hamburger, *Law and Judicial Duty*, Cambridge, Mass. 2008, s. 487-490; J.M. Sosin, *The Aristocracy of the Long Robe...*, s. 207-210.

²⁹ P.W. Kahn, *The Reign of Law. Marbury v. Madison and the Construction of America*, New Haven 1997, s. 128.

zgłaszania zdań odrębnych³⁰. Oznakę gotowości Sędziów do odejścia od formuły *seriatim* można dostrzec w pierwszym zdaniu opinii Sędziego Chase'a w sprawie *Bas v. Tingy* z 1800 r.: „Skoro sędziowie zgodzili się jednomyślnie co do swej opinii, sądziłem, że rozumowanie Sądu przedstawi Przewodniczący, i w związku z tym nie przygotowałem tym razem formalnej argumentacji”³¹.

Sprawa *Commonwealth v. Caton* wyróżnia się z tego powodu, że postawiony w niej zarzut niekonstytucyjności obejmował ustawę, która nie dotyczyła bezpośrednio sądownictwa³². Ponadto była ona prawdopodobnie jedyną sprawą tego typu, która była znana znacznej liczbie twórców Konstytucji federalnej, prawdopodobnie również młody John Marshall był obecny w sądzie, gdy ją rozstrzygano³³. Jeśli zaś Marshall bezpośrednio słyszał słowa sędziego Wythe'a, to mógł odebrać to jako kontynuację wykładów profesora Wythe'a, w których 2 lata wcześniej uczestniczył.

W ramach zrekonstruowanego przez Williama M. Treanora obszernego materiału dotyczącego tej sprawy bardzo ciekawe jest stanowisko Edmunda Randolpha, reprezentującego państwo Wirginia jako *Attorney General*. Wbrew interesowi oskarżycieli wyraził aprobatę dla kompetencji sądu do unieważnienia ustawy z powodu jej niezgodności z konstytucją. Z jego notatek wynika jednak, że początkowo argumentował przeciwko sędziowskiej kontroli w duchu zwierzchności Parlamentu przedstawionej przez Blackstone'a. Zmienił jednak zdanie, po wyraźnych wewnętrznych rozterkach. Gdy odrzucił już indywidualnie pogląd, że sąd nie może orzekać nieważności przepisów, przeszedł z pierwotnej liczby mnogiej, w której wyrażał interesy władz państwa, do liczby pojedynczej, w której wyraził swe poparcie dla kontroli sędziowskiej z całą mocą:

Tu niech mi wolno się zatrzymać.

Po cóż się zatrzymać?

Czyżbym drżał przed mym postanowieniem, że prawo niezgodne z konstytucją może być uznane za nieważne? Czyżbym lękał się niezadowolenia sądu, gdybym świadczył przeciwko jego kompetencji do orzekania nieważności prawa?

Nie! Rewolucja uzbroiła mnie w kolczugę dla mej obrony, gdy stosuję się do jej zasad. Ten sąd też wyrósł z rewolucji i nie przypisze sobie nienależnej władzy.

Utrzymuję zatem, że każde prawo niezgodne z konstytucją może być uznane za nieważne. (...)

³⁰ M. Zuckert, *Epistemology and Hermeneutics in the Constitutional Jurisprudence of John Marshall*, [w:] T.C. Shevory (ed.), *John Marshall's Achievement. Law, Politics, and Constitutional Interpretations*, New York 1989, s. 195.

³¹ *Bas v. Tingy*, 4 U.S. (4 Dall.) 37 (1800).

³² W.M. Treanor, *Judicial Review Before Marbury*, „Stanford Law Review” 2005, vol. 58, no. 2, s. 489.

³³ Idem, *The Case of the Prisoners...*, s. 497.

W tej materii spostrzegacie, że przemawiam na korzyść przestępców: mój urząd nie tłumi szacunku, jaki winienem konstytucji, jak długo taką pozostanie³⁴.

Podjmując problem prawomocności rozstrzygnięcia dokonanego przez Prezesa Marshalla w sprawie Marbury'ego, nie ulegam potrzebie osadzenia jego działań w drobiazgowo interpretowanych i nadinterpretowanych działaniach lokalnych sędziów niepodległych państw amerykańskich. Rozstrzygnięcia lokalne związane z kwestionowaniem ustaw były sporadyczne i nie tworzyły żadnej formalnej podstawy unieważnienia ustawy federalnej. Przeciwnie do apologetów Prezesa Marshalla uważam, że im lepiej wykażemy istnienie przed 1803 r. jakiejś formy kontrolowania prawa przez sędziów w ramach ich ideału powinności sędziowskiej, tym bardziej oskarżycielska będzie wymowa takich ustaleń wobec postawy Prezesa Marshalla, który w 1803 r. całej tej tradycji się sprzeniewierzył.

Zachowanie Edmunda Randolpha, który nie był w opisywanej sprawie nawet członkiem licznego składu orzekającego, uważam jednak za bardzo wartościowy epizod, odpowiednik ewolucyjnego ogniwa pośredniego. W przeciwieństwie do bardzo licznych opisywanych na tych stronach sędziów, z Marshalllem na czele, Edmund Randolph nie był bezpośrednio motywowany osobistymi korzyściami, które skłaniałyby go do argumentowania na korzyść władzy sędziowskiej. W poprawianych przez Randolpha notatkach jesteśmy świadkami wyzwolenia się z dogmatu Blackstone'a i zaakceptowania wynikającej z powinności sędziowskiej kompetencji sądów do kwestionowania ustaw. Wbrew pozorom jednak nie była to ta sama kompetencja, którą wykorzystał Prezes Marshall, Randolph wyraźnie zdefiniował bowiem konstytucję jako umowę, której jedynymi stronami jest sam lud (ponownie *the people themselves*), a nie jako zwykły akt prawny³⁵. Ponadto Randolph przekonał skład orzekający, że nie należy kierować się literalnym brzmieniem konstytucji Wirginii, ale jej duchem, a więc intencją twórców. Czysto tekstualna interpretacja konstytucji Wirginii z 1776 r. wskazywałaby wprost na niezgodność z nią *Treason Act*, ponieważ w tekście tej konstytucji wyraźnie mowa o ułaskawianiu jedynie przez Izbę Deleatów³⁶. Jak zaznaczył Paweł Sarnecki, konstytucja ta była dość prymitywna pod względem legislacyjnym, pozbawiona podziału na rozdziały czy artykuły, ale odpowiednio treściwa³⁷. Dotyczące gubernatora zdanie tego aktu brzmi: „Jednakże będzie mógł, za poradą Rady Państwa, ułaskawiać lub zawieszać karę, z wyjątkiem przypadków, gdy proces będzie prowadzony przez Izbę Deleatów, lub gdy inaczej nakazuje prawo szczególne; w takich przypadkach zawieszenie lub ułaskawienie

³⁴ *Ibidem*, s. 512.

³⁵ *Ibidem*, s. 513-514.

³⁶ R.G. Natelson, *The Founders' Hermeneutic. The Real Original Understanding of Original Intent*, „Ohio State Law Journal” 2007, vol. 68, no. 5, s. 1250.

³⁷ P. Sarnecki, *Słowo wstępne*, [w:] idem, *Najstarsze konstytucje z końca XVIII i I połowy XIX wieku*, Warszawa 1997, s. 6.

będzie dokonywane na mocy decyzji Izby Delegatów”³⁸. W oryginale zakończenie brzmi: „in which cases no reprieve or pardon shall be granted, but by resolve of the House of Delegates”. Dlatego w wypowiedziach sędziów wiele odniesień do intencji („spirit”) twórców tej konstytucji, co pozwoliło sądowi na utrzymanie konstytucyjności ustawy³⁹.

Paradoksalnie łączy natomiast Randolpha z Marshallem to, że jego analiza prawna w sprawie skazanych na powieszenie lojalistów nie była rzetelna. Przedstawił on wysilone interpretacje, które miały pokazać dwuznaczność wyraźnego przepisu konstytucji o ułaskawianiu przez samą Izbę Delegatów. W liście do Madisona wyznał później, że jedynie prawnicy mogą pojąć interpretację, dzięki której zachowano zgodność ustawy z konstytucją, innym wyda się ona niezrozumiała. William M. Treanor sugeruje, że Randolph w tej sprawie nie był szczery. Ponieważ uważał, że należy jasno wyrazić zasadę sądowej kontroli prawa, ale nie należy jej zastosować w praktyce, gotów był na utrzymanie konstytucyjności ustawy pod byle pozorem⁴⁰. To zaś jest doskonale zbieżne z zabiegami Marshalla oraz sędziów orzekających w Maryland w sprawie *Whittington v. Polk*. Przypomnę, że w sprawie tej sędziowie Federaliści, deklamując tezy o swej kompetencji do kontroli ustawy Republikanów, stali się bezwolnymi narzędziami w ich rękach i zaakceptowali usunięcie niewygodnych dla nowej władzy sędziów.

Wyzwolenie się z gorsetu konwencjonalnych opowieści o niezłomnych sędziach stojących na straży konstytucji, wyrażanych przez samych zainteresowanych, pozwala na dostrzeżenie, że od samego początku, gdy tylko rozpoczęto rozważanie w sądach kompetencji do kontrolowania prawa, pozaprawna motywacja zwolenników *judicial review* była nierozzerwalnie związana z podawanymi oficjalnie argumentami ustrojowymi. Już w sprawie *Commonwealth v. Caton* z 1782 r. rzetelna analiza prawna ustąpiła przed pragnieniem sędziów do zaznaczenia obszaru swej władzy. W tym sensie jeszcze bardziej symbolicznego wyrazu nabiera postawa Randolpha. Co prawda nie był on w tej sprawie sędzią, ale urząd *Attorney General* obejmował powinność rozstrzygania zgodnie z prawem powszechnym, na wzór powinności sędziowskiej⁴¹. Trudno oprzeć się wrażeniu, że już Randolph nieświadomie jak gdyby dotarł do granicy ideału swej powinności, któremu z taką determinacją starał się sprostać. Gdy wraz z sądem wkroczył na obszar konstytucji, a więc prawa politycznego, nie był zdolny do dochowania wierności czysto prawniczym nakazom. Podobnie jak Prezes Marshall dał Randolph dowód, że szczególna natura aktów konstytucyjnych odsłania praktyczną niemożność rzetelnego i bezstronnego stosowania ich przez opisywanych tu prawników.

³⁸ Idem, *Najstarsze konstytucje...*, s. 15.

³⁹ Zob. R.G. Natelson, *The Founders' Hermeneutic...*, s. 1250-1251.

⁴⁰ W.M. Treanor, *The Case of the Prisoners...*, s. 517.

⁴¹ P. Hamburger, *Beyond Protection*, „Columbia Law Review” 2009, vol. 109, no. 8, <https://doi.org/10.7916/D8X066GF>, s. 1927.

Zdaniem Williama M. Treanora brak negatywnych reakcji w Wirginii na wyrażone w opisywanej sprawie tezy sędziów o ich władzy kontrolowania ustaw świadczy o tym, że *judicial review* było w 1782 r. na tym terenie akceptowanym, dominującym stanowiskiem⁴². Tezę tę uważam za pochoptną, a opartą na czynniku, o którym rzetelnie zresztą Treanor wspomina. Sąd zadeklarował swą władzę, ale z niej nie skorzystał, ponieważ zdołał wywieść, że ustawa wprowadzająca procedurę udzielania prawa łaski odmienną od wymogu konstytucyjnego nie jest niekonstytucyjna. Nie powstała więc w praktyce kontrowersja, która mogłaby skłonić pozostałe ośrodki władzy do gniewnej reakcji. Zasadnie więc Tomasz Wiecech zauważa, że orzeczenia z Wirginii „nie można zakwalifikować jako precedensowego w kontekście ustanowienia zasady *judicial review*, ponieważ nie została w niej stwierdzona niekonstytucyjność ustawy, a poglądy osób zaangażowanych w sprawę (...) były zróżnicowane”⁴³.

Pragnę jednak przedstawić tu interpretację opierającą się na drugim dnie, ukrytym sensie tego znaczącego epizodu. Sprawę znaną jako *Commonwealth v. Caton* uważam za prototyp, zwiastun *judicial review*, ale nie w jego zmitologizowanym wymiarze, lecz w takiej postaci, jaka istniała we wczesnej amerykańskiej republice. Sens ten został określony w hybrydowym orzeczeniu *Marbury v. Stuart*, czyli w postawie, jaką Sąd Najwyższy zajął w marcu 1803 r.: Sąd jest potężnym organem konstytucyjnym, władnym do negowania aktów Kongresu i karcenia prezydenta (*Marbury v. Madison*), ale to tylko pozór, „mysz, która ryknęła”, ponieważ w obliczu poważnej konfrontacji, ukontentowany samym tylko nazwaniem swej mocy, Sąd całkowicie ustępuje władzom politycznym, za wystarczający probierz konstytucyjności uznając wcześniejsze obowiązywanie kwestionowanego aktu (*Stuart v. Laird*). Ten sam sposób myślenia wskazany przez Randolpha wykorzystali sędziowie w sprawie *Commonwealth v. Caton*. Przypomnijmy słowa sędziego Wythe’a, które w świetle tej interpretacji słusznie określa Larry D. Kramer jako melodramatyczną deklarację⁴⁴ – „powiem legislaturze: tu jest granica waszej władzy i dotąd możecie dojść, ale nie dalej”. Legislatura poszła jednak dalej, przekroczyła wyraźny przepis pozwalający na samodzielne ułaskawianie przez Izbę Delegatów, a sędziowie „konstytucyjni” to elokwentnie usankcjonowali.

Zapowiedź *judicial review* i metody interpretacyjnej Marshalla widzę również w ewolucji procesu myślowego otwarcie wyrażonego przez Randolpha. Konstytucję uważa jeszcze za umowę ludu, której *the people themselves* są jedynymi stronami. Lud jednak jego interpretacji pojąć nie zdoła. W rzeczy samej, tajemna nauka prawa. Krytyczne przyjrzenie się sprawie *Commonwealth v. Caton* i nieulegnięcie afektowi, który pragnął wzbudzić sędziego Wythe swym żarliwie nieszczerym *non possumus*, pozwala na dostrzeżenie w niej zapowiedzi późniejszych zmagania Sądu z ludem i Konstytucją. Dodatkowo

⁴² W.M. Treanor, *The Case of the Prisoners...*, s. 559.

⁴³ T. Wiecech, *Anglosaska formuła...*, s. 154.

⁴⁴ L.D. Kramer, *The People Themselves...*, s. 64.

Andrzej Bryk podsuwa intrygujący trop, iż publikacja w 1827 r. orzeczenia w sprawie *Commonwealth v. Caton* mogła nastąpić w celu odrzucenia poglądów krytycznych wobec *judicial review*, przedstawionych dwa lata wcześniej przez sędziego Gibsona w sprawie *Eakin v. Raub*⁴⁵.

Na wsparcie powyższej interpretacji przytoczę słowa sędziego Pendletona, przewodniczącego składu orzekającego w sprawie *Commonwealth v. Caton*:

Przejdę do dwóch doniosłych kwestii, do których sprowadza się zagadnienie, do tego, czy jeśli konstytucja i ustawa określająca, co jest zdradą, różnią się w tej sprawie, który akt bierze górę i stanowi normę dla orzeczenia? A następnie, czy rzeczywiście zaprzeczają one sobie? Konstytucje innych państw w Europie czy gdzie indziej w niewielkim stopniu rzucają na to światło, ponieważ my posiadamy pisemny zapis tego, co obywatele tego stanu przyjęli jako swą umowę społeczną; poza który nie musimy rozszerzać naszych badań. Bardzo słusznie mówi się zewsząd, że ten akt, ogłaszający prawa obywateli i tworzący ich władze, podzielił je na trzy wielkie działy, ustawodawczy, wykonawczy i sędziowski, przydzielając każdemu odpowiednie kompetencje i nakazując, że każdy powinien być oddzielony i odrębny, co musi być uznawane za zasadę obowiązującą każdy wydział, od której nie wolno w żadnym przypadku odstępować. Do jakiego jednakże stopnia ten sąd, w którym, można powiedzieć, pewnego rodzaju kompetencje sędziowskie zostały skoncentrowane, ma kompetencję do orzekania nieważności prawa uchwalonego przez władzę ustawodawczą, bez wykonywania kompetencji tej władzy, wbrew wyraźnym wymogom konstytucji, to istotnie głębokie, ważne oraz, jak dodam, niesamowite zagadnienie, którego rozstrzygnięcie może obejmować konsekwencje, których panowie nie obejmowali swymi wyobrażeniami. Szczęśliwy jestem, wyrażając opinię, że w tej sytuacji nie ma powodu tego rozważać; a jeszcze szczęśliwszy z powodu nadziei, że mądrość i roztropność legislatury zapobiegną przykrej konieczności rozstrzygnięcia tego kiedykolwiek, jako że wskażą one na słuszność uczynienia z zasad konstytucji wielkiej reguły kierującej duchem ich praw⁴⁶.

Także w tej wypowiedzi widoczny jest ów charakter ogniwa pośredniego. Edmund Pendleton nie ma wątpliwości, że konstytucja Wirginii jest umową społeczną, a nie po prostu ustawą zasadniczą. Kiełkuje jednak pogląd, że sąd w oparciu o konstytucję mógłby unieważnić ustawę. Na to dwukrotnie Pendleton podkreśla, jak jest szczęśliwy, że to niesamowite, wywołujące niepokój (*tremendous*) zagadnienie nie musi być rozstrzygnięte w tej konkretnej sprawie i oby nigdy nie musiało zostać rozstrzygnięte.

⁴⁵ A. Bryk, *Konstytucjonalizm. Od starożytnego Izraela do liberalnego konstytucjonalizmu amerykańskiego*, Kraków 2013, s. 497.

⁴⁶ Cyt. za: *Commonwealth v. Caton* (1782), [w:] M.A. Graber, M. Perhac (eds.), *Marbury versus Madison. Documents and Commentary*, Washington 2002, s. 228.

Widać tu wyraźnie spekulatywny charakter *judicial review* w realiach Wirginii 1782 r. To coś, o czym można dyskutować, ale niepewność czy wręcz lęk nie skłania do próby praktycznego unieważnienia ustawy przez sąd. Zauważmy też, że na 21 lat przed orzeczeniem *Marbury v. Madison* sędzia Pendleton w przeciwieństwie do Prezesa Marshalla był doskonale świadomy, że nie można beztrósco zadekretować władztwa sądów nad ustawami, zasadniczo godziłoby to bowiem w naczelny konstytucyjny wymóg rozdziału kompetencji między oddzielnymi organami władzy.

Komentując niepewność Pendletona co do *judicial review*, Larry D. Kramer zauważa, że widoczna była ona także w późniejszych dekadach. W każdym momencie istniał zestaw poglądów dotyczących słuszności i uzasadnienia *judicial review*. Istniał trend zwiększającej się akceptacji dla *judicial review*, zwłaszcza po 1790 r., ale „ściśle określenie tego, co właściwie akceptowano, jest komplikowane przez rozbieżność poglądów dotyczących podstaw”⁴⁷.

Uzasadniona wydaje się teza Philipa Hamburgera, że w sprawie *Commonwealth v. Caton* po raz kolejny doszło do głosu poczucie powinności sędziów orzekających w sprawie. Pendleton w notatkach zapisał, że nie zaniecha uznania niekonstytucyjności ustawy, „jeśli kiedykolwiek wynikać to będzie z jego powinności”. Wythe zaś odwołał się do swej przysięgi, stwierdzając: „Nie odczuwam zaniepokojenia, ale zmierzę się z sytuacją kryzysową tak, jak powinienem; zgodnie zaś z językiem mej przysięgi urzędowej rozstrzygnę ją najlepiej, jak podpowiadają mi umiejętności i rozum”⁴⁸.

Sądzę jednak, że na ich postępowanie wpływał nie tylko ów wpojony ideał, do którego ufnie się odwoływali, ale też wyczucie realiów politycznych i głębsze refleksje ustrojowe. Nawet w Wirginii, w środowisku przychylnym dla prawników, sędziowie z wyraźną ulgą odstąpili od unieważnienia ustawy w sądzie. Znany jest zresztą list Jamesa Monroe do Jamesa Madisona w tej sprawie z listopada 1788 r. Monroe informuje w nim, że deputowani z Izby Delegatów Wirginii, dyskutujący nad ustawą o reorganizacji sądownictwa, zgodnie unikają podjęcia kwestii, czy sąd może unieważnić ustawę, gdyż wzbudziłoby to ferwor i animozje⁴⁹.

Po szerszym przedstawieniu powyższej sprawy, której wielowymiarowość uważam za szczególnie instruktywną, bardziej syntetycznie można przywołać pozostałe sprawy z pierwszego etapu rozwoju *judicial review*. W sprawie *Rutgers v. Waddington* rozstrzygniętej w 1784 r. w Nowym Jorku zakwestionowano ustawę lokalnej legislatury, na mocy której stworzono możliwość dochodzenia odszkodowania za mienie skonfiskowane podczas brytyjskiej okupacji (*Trespass Act*). Alexander Hamilton był członkiem zespołu obrońców pozwanego Joshuy Waddingtona, agenta brytyjskich kupców, którzy na mocy upoważnienia władz brytyjskich, także wojskowych, zajęli opuszczony przez uciekającą

⁴⁷ L.D. Kramer, *The People Themselves...*, s. 62.

⁴⁸ Zob. obszernie P. Hamburger, *Law and Judicial Duty*, s. 493-496.

⁴⁹ R.A. Burt, *The Constitution in Conflict*, Cambridge, Mass. 1992, s. 386, przyp. 60.

z miasta Elizabeth Rutgers browar i słodownię. Hamilton starał się podważyć przepis ustawy wykluczający możliwość powołania się pozwanego na decyzję władz wojskowych. Uznał to za sprzeczne z prawem narodów, które poprzez *common law* miało być częścią obowiązującej na tym obszarze konstytucji, a także za sprzeczne z traktatem paryskim⁵⁰. Przewodniczący sądu James Duane wydał złożone orzeczenie, w którym, parafrazując *Komentarze Blackstone'a*, uznał, że legislatura nie mogła przewidywać takich skutków aktu, więc należy go poddać interpretacji według zasad słuszności jako ustawę nieracjonalną. Pozwoliło to Duane'owi na odrzucenie wprost problemu ewentualnej niezgodności *Trespass Act* z traktatem i konfliktu z prawem narodów, ale zastosowana interpretacja, niekorzystna dla powódki, a zwalniająca pozwanego z odpowiedzialności w okresie objętym upoważnieniem władz wojskowych, oznaczała bezskuteczność najważniejszej części ustawy⁵¹. Wywołało to gwałtowną i szybką reakcję legislatury. Zgromadzenie Nowego Jorku uchwaliło na kolejnym posiedzeniu pełną oburzenia rezolucję i podjęło bezskuteczną próbę usunięcia Duane'a ze stanowiska. W lokalnej prasie ukazała się diatryba podpisana przez grupę obywateli, w której za absurd sam w sobie uznano kontrolowanie przez sąd władzy legislatury. W gronie sygnatariuszy były osoby starające się w podobnych procesach o uzyskanie odszkodowania, a także Melancton Smith⁵². Ten delegat na Kongres Konfederacji uczestniczył również w spotkaniu Rutgers i jej sojuszników w tawernie pani Vandewater. W ramach tego typowego przejawu ludowego konstytucjonalizmu potępiono tam sąd za praktyczne przejęcie kompetencji legislatury do uchylenia ustawy i sporządzono odezwę ostrzegającą przed zagrożeniem ze strony sądów. Zwróćmy zwłaszcza uwagę na podniesiony w niej argument, pokazujący, jak już w 1784 r. w pełni pojmowano, co wynika z usytuowania sądownictwa w strukturze organów władzy w połączeniu z gotowością sądów do dokonywania tak brzemiennej w skutkach interpretacji ustaw. Tawerniany komitet wskazał, że rozumowanie sądu i rozumowanie legislatury mogą prowadzić do bardzo odmiennych konkluzji, ale to sądy rozstrzygają sprawy, to one podejmują ostateczne decyzje⁵³.

Zauważmy, że formalnie w sprawie tej nie mówiono o unieważnianiu ustawy przez sąd, sędzia Duane się od tego odżegnał, pisząc w orzeczeniu, że dokonując słusznej interpretacji, sądy wcale nie kontrolują legislatury, ale „usiłują nadać właściwy skutek jej intencjom”. Jednakże skutek jego „wykładni ustawy w zgodzie z konstytucją”, jak można by to współczesnym językiem wyrazić, był właściwie tożsamy z tym, co rozważali sędziowie z Wirginii 2 lata wcześniej. Dlatego nie można podzielić oceny Tomasza Wieciecha, iż sędzia Duane w tej sprawie prezentuje się jako „przeciwnik sądowej kontroli

⁵⁰ Zob. obszernie W.M. Treanor, *Judicial Review Before Marbury*, s. 480-483; J. Goebel Jr., *Antecedents...*, s. 132-137; P. Hamburger, *Law and Judicial Duty*, s. 346-356.

⁵¹ Zob. A. Bryk, *Konstytucjonalizm...*, s. 498; S. Snowiss, *Judicial Review...*, s. 19-20.

⁵² J. Goebel Jr., *Antecedents...*, s. 137.

⁵³ P. Hamburger, *Law and Judicial Duty*, s. 352-356.

konstytucyjności prawa, w każdym razie takiej, która wykraczałaby poza dokonywanie wykładni ustaw w celu uniknięcia w ich stosowaniu konsekwencji nieprzewidzianych przez prawodawcę⁵⁴. Duane w swej bardzo swobodnie prowadzonej interpretacji zakwestionował konsekwencje wyraźnie zamierzone przez prawodawcę. Sens ustawy polegał na stworzeniu mechanizmu prawnego, który pozwoliłby na dochodzenie odszkodowań pomimo powoływania się przez pozwanych na argument, że zajmowali mienie legalnie, na podstawie upoważnienia wojskowych władz okupacyjnych. Przeciwnie do tego, co rozważa Tomasz Wiecech, a mianowicie kwestii, czy Duane rozumiał Blackstone'a, na którego się powoływał, czy też nie rozumiał, w sprawie *Rutgers v. Waddington* mamy do czynienia z kolejnym przykładem ukrycia przez sędziego pod pretekstem rozbudowanych rozważań prawnych rozstrzygnięcia władczego o charakterze polityczno-prawnym. Z tych samych powodów nie mogę podzielić oceny Doroty Lis-Staranowicz, iż w sprawie tej sąd „podjął próbę pogodzenia doktryny supremacji legislatywy z ideą stopniowości porządku prawnego”⁵⁵.

James Duane musiał doskonale rozumieć, że w praktyce unieważnia kluczowe rozwiązanie zawarte w ustawie, a jego słowa, iż absolutnie tego nie czyni, lecz jedynie interpretuje ustawę zgodnie z intencją prawodawcy, były zupełnie niewiarygodne i obliczone na zmniejszenie zaniepokojenia legislatury, której zawdzięczał stanowisko. Duane był zresztą doświadczonego politykiem, podobnie jak Melancton Smith był delegatem na Kongres Konfederacji, a opisywaną sprawę rozpatrywał jako burmistrz Nowego Jorku, działając jako przewodniczący Mayor's Court of New York City. Duane był też blisko związany z Hamiltonem, udostępniał mu wcześniej swą bibliotekę prawniczą, a Hamilton na prośbę Duane'a przedstawił mu w 1780 r. swą wizję silnego rządu centralnego. Na kilka miesięcy przed postępowaniem w sprawie zajętego browaru Hamilton w korespondencji z Duane'em krytykował działania lokalnych władz wymierzone w dawnych lojalistów jak Waddington. Duane podzielał te poglądy, inwestował w grunty i nie chciał, aby podobnie zamożnych i przedsiębiorczych lojalistów represyjne działania władz skłaniały do opuszczenia nowojorskiego państwa, zwłaszcza że mogli być to cenni sprzymierzeńcy w walce politycznej z niższymi klasami⁵⁶. Warto zresztą nadmienić, że po wojnie rewolucyjnej 60 tysięcy wysiedlonych lojalistów stało się uchodźcami. Proporcjonalnie liczba przemieszczonej tak populacji amerykańskiej przewyższała liczbę przesiedlonych w wyniku rewolucji Francuzów⁵⁷. Duane przesłał swe orzeczenie w sprawie *Rutgers v. Waddington* samemu George'owi Washingtonowi, a w liście przewodnim uskarżał się

⁵⁴ T. Wiecech, *Anglosaska formuła...*, s. 153.

⁵⁵ D. Lis-Staranowicz, *Legitymizacja sądowej kontroli prawa w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, Olsztyn 2012, s. 28.

⁵⁶ Zob. D.A. Weinstein, *Rutgers v. Waddington. Alexander Hamilton and the Birth Pangs of Judicial Review*, „Judicial Notice” 2013, vol. 9, s. 29-31.

⁵⁷ A. Taylor, *American Revolutions. A Continental History, 1750-1804*, New York 2017, s. 3.

na próżne sympatie na rzecz suwerenności poszczególnych państw, wyrażając nadzieję, że jego orzeczenie, w którym przedstawił bardziej liberalne zasady, spotka się z lepszym odbiorem przez świat i Washingtona niż w Zgromadzeniu Nowego Jorku. Washington zapewnił w liście zwrotnym o swej całkowitej aprobachie⁵⁸.

Duane prezentował więc dość typową postawę Federalisty, w ostatnich latach życia sprawował nawet urząd sędziego federalnego po powołaniu przez prezydenta Washingtona. Gdy Federaliści zyskali w 1786 r. większość w zgromadzeniu państwa Nowy Jork, Hamilton osobiście doprowadził do uchylenia kwestionowanej części *Trespass Act*⁵⁹. Warto też wspomnieć, że w 1785 r. rozpowszechniano informacje, jakoby Duane wysłał swe orzeczenie nie tylko do Washingtona, ale także do Lorda Mansfielda, czołowego brytyjskiego sędziego. Duane powołał się bowiem na jego poglądy, gdy budował argumentację, iż prawo narodów mieści się w *common law*. Ku zawstydzeniu próżnego Duane'a Lord Mansfield „z najwyższą uprzejmością” miał odpisać, że nigdy nie można powoływać się na prawo narodów przeciwko prawu powszechnemu państwa⁶⁰.

Oceniam więc, że poleganie jedynie na deklaracjach Federalisty Duane'a jest wielce zawodne, istotny w omawianej sprawie był skutek jego działań. Wbrew opinii Tomasza Wiececha w stanowisku Jamesa Duane'a nie było żadnego umiarkowania, a charakterystyczne dla wielu omawianych spraw dopasowanie przez sędziego (w tym wypadku także burmistrza i Federalisty) argumentacji prawnej do własnych potrzeb i przekonań politycznych. W opisywanej sprawie Duane podobnie jak John Marshall podjął próbę zręcznego uwzględnienia interesów obu stron sporu, ale brakło mu talentu Marshalla, by skutecznie przysłonić to sylogizmami prawniczymi. Legislatura prowadziła własną politykę, nieprzychylną lojalistom, a burmistrz Duane prowadził własną, przychylną lojalistom politykę, przy wykorzystaniu możliwości, jakie dawał urząd sędziowski. Na skutek interpretacji Duane'a Elizabeth Rutgers przyznano co prawda odszkodowanie, ale w wysokości niecałych 792 funtów, czyli znacznie niższe od sumy 8 tysięcy funtów, której się domagała. Lokalna legislatura nie dała się zaś zwieść wywodom Duane'a o tym, że nie wiedziała, co czyni, i w swej rezolucji zarzuciła mu bezpośrednie naruszenie wyraźnego i znanego prawa obowiązującego w państwie⁶¹.

Nowojorski spór o browar miał też istotny inny wymiar personalny. Alexander Hamilton napisze kilka lat później artykuł siedemdziesiąty ósmy ze zbioru *Federalista*, a Melancton Smith stanie się Antyfederalistą, głównym lokalnym przeciwnikiem Hamiltona, być może samym Brutusem, którego tożsamości nie ustalono. Co ważne, sprawa *Rutgers v. Waddington* pokazywała, że w latach 80. XVIII w. część śmielszych sędziów

⁵⁸ P. Hamburger, *Law and Judicial Duty*, s. 354.

⁵⁹ D.A. Weinstein, *Rutgers v. Waddington...*, s. 36.

⁶⁰ Philip Hamburger uważa, że pomimo jej podważania historia ta może być prawdziwa, idem, *Law and Judicial Duty*, s. 351-352.

⁶¹ D.A. Weinstein, *Rutgers v. Waddington...*, s. 34-35.

nie tyle tworzyła zręby nowej instytucji, którą nazwano znacznie później *judicial review*, co na różne sposoby starała się wkroczyć na obszar władztwa legislatur. W tym sensie teza Philipa Hamburgera, iż termin *judicial review* oznacza zbyt wiele i zbyt mało, zdyskusuje potwierdzenie z odmiennej perspektywy. Nieistotną różnicę stanowi okoliczność, że sędziowie z Wirginii mówili wprost o kontrolowaniu ustaw, a sędzia Duane'a mówił jedynie o interpretacji zgodnej z zasadami słuszności. Istota działań tych sędziów była tożsama, a Duane zaznaczył swe władztwo skuteczniej od sędziów ze sprawy *Commonwealth v. Caton*. W takich sądowniczych ekskursjach na obszar władzy ustawodawczej początkowo nie miała również zasadniczego znaczenia spisana forma konstytucji, co pokazała sprawa z 1786 r., która wywołała jeszcze poważniejsze reakcje legislatury.

Sprawa *Trevett v. Weeden* z 1786 r. należała do szerszej kategorii sporów, w których kwestionowano przepisy ograniczające prawo do procesu przed ławą przysięgłych, ale dotyczyła też istotnego wątku swobody legislacyjnej skonfederowanych państw w sprawach gospodarczych i finansowych, który zostanie dalej rozwinieć. Rzecz działa się w państwie Rhode Island, w którym tekst konstytucji zdołano uzgodnić dopiero w 1842 r., a do tego czasu obowiązywała karta kolonialna datująca się na 1663 r. Trudności gospodarcze w tym państwie, związane ze zwiększonym opodatkowaniem na potrzeby spłaty długów z okresu wojny o niepodległość, skłoniły władze do emisji własnych środków płatniczych, które ulegały szybkiej dewaluacji. Dodatkowo lokalne ustawy karne przewidywały sankcje dla osób odmawiających przyjmowania wyemitowanych banknotów. Oskarżeni w takich sprawach mieli być sądzeni przez specjalny sąd bez udziału ławy przysięgłych i bez prawa do apelacji⁶². Gdy rzeźnik odmówił przyjęcia banknotów od Johna Trevetta, ten uruchomił postępowanie w tej sprawie. Obrońca rzeźnika Weedena, James M. Varnum, zakwestionował konstytucyjność utworzenia specjalnego sądu i pozbawienia podsądnego prawa do procesu z ławą⁶³. Powołując się obficie na autorów angielskich, w tym przeinaczając Blackstone'a, wywodził Varnum, że prawo do sądu przysięgłych ma charakter fundamentalny i podstawowy w ustroju angielskim, gwarantowane jest przez kartę kolonialną potwierdzającą Wielką Kartę, a rewolucja nie wprowadziła żadnej zmiany, zatem sędziowie powinni odrzucić ustawę⁶⁴. Sędziowie w odpowiedzi na te zarzuty pozornie postąpili mniej zdecydowanie od sędziów z Wirginii i Nowego Jorku. Nie wyrazili swego prawa do kontroli ustaw ani nie wypaczyli jej własną interpretacją, zamiast tego uznali, że nie są sądem właściwym i odmówili rozpatrzenia sprawy. Skutek był jednak bardzo podobny do rozstrzygnięcia z Nowego Jorku, ustawa nie została wyegzekwowana.

Reakcja władz państwowych była bardzo ostra, co jest dowodem na to, że doskonale rozumiano, iż liczy się skutek praktyczny w postaci możliwości zastosowania aktu

⁶² Zob. S. Snowiss, *Judicial Review...*, s. 20-21; P. Hamburger, *Law and Judicial Duty*, s. 435-449.

⁶³ J. Goebel Jr., *Antecedents...*, s. 138-139.

⁶⁴ A. Bryk, *Konstytucjonalizm...*, s. 499.

w sądzie, a nie formuła intelektualna, na której podstawie się tego odmawia. Gubernator zwołał specjalną sesję legislatury, na którą wezwano sędziów w celu złożenia wyjaśnień. Odmówili oni, odwołując się do odpowiedzialności jedynie przed Bogiem i sumieniem. Następnie próbowali wyjaśnić, że wcale nie orzekli niekonstytucyjności ustawy. Zgromadzenie, podobnie jak we wcześniejszej sprawie, nie dało się zwieść, wyraziło formalnie swoje niezadowolenie i rozpoczęło prace nad wnioskiem o usunięcie tych sędziów w drodze *impeachmentu*. Sędziowie poprosili o dodatkowe wysłuchanie, przedkładając memoriał, w którym wyrzekli się wprost jakiejkolwiek kompetencji do kwestionowania lub kontrolowania konstytucyjności przepisów prawa swego państwa lub choćby pozorów takiej kompetencji. To pozwoliło sędziom zachować stanowiska do kolejnych corocznych powołań sędziów przez legislaturę, w których wyniku stanowisko utrzymał tylko prezes sądu, który w sprawie *Trevett v. Weeden* starał się usilnie nie zajmować stanowiska⁶⁵.

Ostatnie z orzeczeń zaliczonych przez Sylvie Snowiss do etapu pierwszego chronologicznie mieści się na etapie drugim, ponieważ sprawę *Bowman v. Middleton* rozstrzygnięto w Karolinie Południowej w 1792 r., a więc 4 lata po ukazaniu się siedemdziesiątego ósmego artykułu z *Federalisty*. W tym mniej eksponowanym orzeczeniu sąd bez głębszych wyjaśnień uznał, że ustawa lokalna z 1712 r. dotycząca własności gruntów jest sprzeczna z powszechną słusnością czy też prawem (*common right*) oraz Wielką Kartą Swobód, co oznacza jej nieważność. Zaliczone zostało ono do etapu pierwszego, ponieważ sędziowie w najmniejszym stopniu w stosunku do przedstawionych spraw, a tym bardziej późniejszych, podjęli refleksję na temat dopuszczalności swych działań⁶⁶. Można to odczytywać jako potwierdzenie, że istniał pewien nurt orzeczeń dotyczących mniej kontrowersyjnych kwestii, w których sędziowie rutynowo w ramach swej powinności odwoływali się do norm wyższego rzędu, na których podstawie traktowali jako nieważne inne akty, w tym ustawowe. Tak właśnie postrzega to orzeczenie z Karoliny Południowej Philip Hamburger, wskazując, że sędziowie angielscy tradycyjnie unieważniali nadania własności należącej do osoby trzeciej, więc podobną sprawę z 1792 r. sędziowie amerykańscy potraktowali według tego samego schematu, nie zważając na to, że tym razem unieważniają lokalną ustawę⁶⁷.

Na tak umownie określonym etapie pierwszym można wskazać jeszcze kilka innych spraw, w których pojawiały się podobne kwestie. Andrzej Bryk omawia tzw. *Philips Case* z 1778 r., również rozstrzygniętą w Wirginii, oraz sprawę *Holmes v. Walton* z 1780 r. Stwierdza jednak, że obie nie miały *stricte* charakteru *judicial review*⁶⁸. W 2005 r. swe wieloletnie badania na temat sędziowskiej kontroli prawa przed orzeczeniem *Marbury v. Madison* podsumował William M. Treanor w artykule, który określił najbardziej kom-

⁶⁵ Zob. L.D. Kramer, *The People Themselves...*, s. 68; P. Hamburger, *Law and Judicial Duty*, s. 445-446.

⁶⁶ S. Snowiss, *Judicial Review...*, s. 22-23.

⁶⁷ P. Hamburger, *Law and Judicial Duty*, s. 330.

⁶⁸ A. Bryk, *Konstytucjonalizm...*, s. 495-496.

pletnym opisem spraw przed 1803 r., w których przynajmniej jeden sędzia uznał ustawę za niekonstytucyjną. Znacząco rozwijając ustalenia Sylvie Snowiss, autor ten doliczył się trzydziestu jeden spraw, w których ustawę unieważniono, oraz siedmiu orzeczeń, w których podtrzymano ważność ustawy, pomimo sprzeciwu jednego z członków sądu orzekającego. W okresie rewolucyjnym Treanor wskazuje cztery sprawy dotyczące wspomnianego problemu prawa do sądu z udziałem ławy przysięgłych: *Holmes v. Watson* (1780), *Ten Pound Act Cases* (1786-1787), *Trevett v. Weeden* (1786) oraz *Bayard v. Singleton* (1787)⁶⁹. Do osobnych kategorii zalicza omówione powyżej sprawy *Rutgers v. Waddington* (1784) oraz *Commonwealth v. Caton/Case of the Prisoners* (1782). Osobno wreszcie ujmuje *Symsbury Case* (1785), sprawę rozstrzygniętą w Connecticut i podobną do późniejszego orzeczenia *Bowman v. Middleton*, ponieważ chodziło o spór o własność gruntów, rozstrzygnięty najpierw przez legislaturę w 1727-1728 r., a potem odmiennie przez sąd, który bez szerszego uzasadnienia nie uznał aktu legislatury. W orzeczeniu sąd wspominał natomiast, że rok wcześniej tak samo rozstrzygnął inną, nieznaną obecnie sprawę, prawdopodobnie dotyczącą tego samego aktu legislatury⁷⁰. Oba te zidentyfikowane spory ziemskie dotyczyły aktów kolonialnych, które faktycznie zostały uznane za niezgodne z angielską konstytucją⁷¹.

Na etapie pierwszym mamy zatem do czynienia z najwyżej kilkoma zróżnicowanymi sprawami. Można dostrzegać w nich, jak to konsekwentnie czyni Philip Hamburger, przejawy realizowania przez sędziów swej powinności. Pomimo późniejszych uzupełnień i polemik aktualna pozostaje teza Sylvie Snowiss, iż w okresie tym, badając konstytucyjność prawa, sędziowie odwoływali się do norm wyższego rzędu, w tym do lokalnych konstytucji, ale postrzegali je jako zapisane, realne umowy społeczne, których treść dawała się publicznie weryfikować. Jednakże forma konstytucji wcale nie oznaczała, że są to po prostu ustawy zasadnicze, podlegające rutynowej sędziowskiej wykładni tekstualnej. Tym bardziej zaś nie był i nie mógł być wyrażany przez sędziów pogląd, że zachowują oni monopol na interpretowanie konstytucji⁷². Przeciwnie, w kontrowersyjnych i ważnych dla legislatur sprawach sędziowie byli karceni za wkraczanie na obszar władzy ustawodawczej albo przezornie unikal takich wypadów.

Dyskusyjne jest również doszukiwanie się w tej aktywności sędziów jakiegoś ogólniejszego wzorca czy też schematów myślenia. Używający tego drugiego określenia Andrzej Bryk akcentuje słusznie, że te orzeczenia nie były szerzej znane, więc ich oddziaływanie najprawdopodobniej było nieznaczące⁷³. Orzeczenie nazwane *Commonwealth v. Caton* opublikowano w spreparowanej formie po kilku dekadach, a John Marshall je znał, po-

⁶⁹ W.M. Treanor, *Judicial Review Before Marbury*, s. 473-480.

⁷⁰ *Ibidem*, s. 487-489.

⁷¹ P. Hamburger, *Law and Judicial Duty*, s. 330-331.

⁷² S. Snowiss, *Judicial Review...*, s. 24-25.

⁷³ A. Bryk, *Konstytucjonalizm...*, s. 492-493.

nieważ najprawdopodobniej miał okazję wysłuchać go w sądzie. Sprawę *Trevett v. Weeden* znamy zasadniczo z opracowania opublikowanego przez adwokata Varnuma i nie wiemy dokładnie, jakie były reakcje sądu na jego wystąpienie. Orzeczenie *Holmes v. Watson* ogłoszono ustnie, znamy jedynie streszczenie, a rozstrzygnięcia wspomnianego w *Symsbury Case* nie znamy nawet z nazwy. W omówionej poniżej sprawie *Bayard v. Singleton* sprawozdawca sądowy nie odnotował nawet stwierdzenia o niekonstytucyjności aktu⁷⁴.

Z tym wiąże się kwestia przewijająca się na stronach niniejszej książki, która wymaga kolejnego zaakcentowania. Baczniejsze przyjrzenie się opisywanym sprawom, wyjście poza sam tekst orzeczeń, jeśli w ogóle takim dysponujemy, rozpoznanie kontekstu, odśladanie, że być może sędziowie w części motywowani byli ową stawianą przez Philipa Hamburgera na piedestale powinnością sędziowską, ale nie realizowali jej rzetelnie, co widoczne było w sprawach z Wirginii i Nowego Jorku. Odnotować też trzeba, że poza sprawą z Wirginii dotyczącą ujęcia w ustawie prawa łaski wszystkie pozostałe sprawy dotyczyły zagadnień dotyczących funkcji sędziowskich⁷⁵. Sędziowie nie wyrażali otwarcie, że mogą kontrolować prawo wyłącznie dotyczące władzy sędziowskiej, ale wyraźnie czuli się na tym gruncie najpewniej.

W wymiarze intelektualnym nowy rozdział rozwoju idei sędziowskiej kontroli prawa stanowiła sprawa *Bayard v. Singleton* rozstrzygnięta w Karolinie Północnej w 1787 r. W ujęciu Sylvie Snowiss sprawa ta i związana z nią aktywność Jamesa Iredella, którego poglądy podjął później Alexander Hamilton i James Wilson, to początek etapu drugiego, charakteryzującego się podtrzymaniem z etapu pierwszego tezy o zakazie naruszania konstytucji przez legislatury, ale z dodaniem spójnego uzasadnienia sędziowskiej kontroli niekonstytucyjnego ustawodawstwa. Te tezy zyskały popularność i zepchnęły przeciwników kontroli sędziowskiej do defensywy, w której, zdaniem Snowiss, znajdują się aż po czasy współczesne⁷⁶.

Sprawa *Bayard v. Singleton*⁷⁷ określana bywa jako najśłynniejszy wczesny precedens dla *judicial review*⁷⁸, a jej okoliczności przypominały spór o konfiskatę browaru pani Rutgers z Nowego Jorku z powodu przedmiotu sporu i aktywności nieformalnego adwokata strony. Podczas rewolucji w wielu uniezależniających się państwach konfiskowano mienie lojalistów, także w Karolinie Północnej. W 1785 r. w państwie tym przyjęto ustawę, która miała chronić nabywców konfiskowanych gruntów przed odpowiedzialnością ze strony wcześniejszych właścicieli. Zgodnie z ustawą wniosek strony pozwanej zobowiązywał

⁷⁴ J. Goebel Jr., *Antecedents...*, s. 129, przyp. 122.

⁷⁵ W.M. Treanor, *Judicial Review Before Marbury*, s. 497.

⁷⁶ S. Snowiss, *Judicial Review...*, s. 2.

⁷⁷ Formalne, rzadko stosowane określenie to *Den ex dem. Bayard and wife v. Singleton*, 1 Martin 42 (1787).

⁷⁸ S.D. Gerber, *The Myth of Marbury v. Madison and the Origins of Judicial Review*, [w:] M.A. Graber, M. Perhac (eds.), *Marbury versus Madison...*, s. 10.

sędziego w takiej sytuacji do odrzucenia pozwu⁷⁹. Ustawa ta służyła zwłaszcza interesom niegodziwego Spysersa Singletona, który wcześniej zarządzał dobrami rodziny lojalistów Cornellów, po konfiskacie wykupił je od władz, a następnie korzystając z pomocy swych politycznych sprzymierzeńców, doprowadził do uchwalenia ustawy działającej *ex post facto*, a przy okazji odbierającej prawo do sądu z udziałem ławy przysięgłych⁸⁰. Wśród osób zaangażowanych w sprawę po stronie Williama Bayarda, zięcia Cornella, starającego się odzyskać majątek żony, był James Iredell. Już wcześniej należał on do osób rozczarowanych lokalnymi legislaturami, w 1780 r. pisał do żony, że dorobek legislatury Karoliny Północnej to „najbardziej plugawy zbiór bzdur stworzonych dotąd przez ciało ustawodawcze”⁸¹. Ustawa chroniąca interesy Singletona musiała radykalnie naruszać poczucie przyzwoitości Iredella, a przy tym mógł on lepiej zrozumieć trudne wybory Cornella, który pozostał wierny Koronie, gdyż sam Iredell był Anglikiem, jako nastolatek przystał do rewolucjonistów, rezygnując z perspektywy objęcia rodzinnego majątku na Jamajce⁸². Singleton posłużył się zaś dodatkowym zręcznym wybiegiem. W trakcie przedłużającego się postępowania pozwany Singleton za pośrednictwem sprzymierzeńców najął trzech znanych obrońców lojalistów, w tym Iredella, do prowadzenia podobnych spraw, co uniemożliwiało im wystąpienie w imieniu Bayarda przeciwko Singletonowi w sądzie⁸³. Iredell nie mógł wystąpić otwarcie w tej sprawie, co wywołało też późniejsze wątpliwości co do jego udziału w niej, ale posłużył się klasyczną metodą z tego okresu, czyli opublikował anonimowy manifest w prasie. W skierowanym zgodnie z tytułem do społeczności czy też czytelników eseju *To the Public* przedstawił James Iredell w 1786 r., na 9 miesięcy przed ostatecznym rozstrzygnięciem sprawy *Bayard v. Singleton*, swe poglądy na temat oceny konstytucyjności prawa. Nie pozostały one bez wpływu na skład orzekający, który ostatecznie uznał niekonstytucyjność ustawy z powodu naruszenia prawa do procesu z udziałem ławy przysięgłych. James Iredell rozwinął później swe zapatrywania w liście do Richarda Spaighta, który w sierpniu 1787 r. pisał do niego z konwencji filadelfijskiej z dezaprobatą o unieważnianiu przez sędziów ustaw⁸⁴.

Tezy Iredella były szeroko znane i dyskutowane. Sylvie Snowiss uważa, że inspirowali się nimi twórcy dwóch innych ważnych wystąpień w tym okresie, Alexander Hamilton, pisząc artykuł siedemdziesiąty ósmy *Federalisty*, oraz James Wilson, przedstawiający w 1791 r. swe *Wykłady na temat prawa*⁸⁵. Rangę tych wykładów prowadzonych przez

⁷⁹ J. Goebel Jr., *Antecedents...*, s. 129.

⁸⁰ Szczegółowy opis tej sprawy przedstawia P. Hamburger, *Law and Judicial Duty*, s. 450-460.

⁸¹ B. Friedman, *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York 2010, s. 24.

⁸² W.R. Casto, *There Were Great Men...*, s. 372.

⁸³ P. Hamburger, *Law and Judicial Duty*, s. 463.

⁸⁴ H.G. Connor, *James Iredell. Lawyer, Statesman, Judge. 1751-1799*, „University of Pennsylvania Law Review” 1912, vol. 60, no. 4, s. 234.

⁸⁵ S. Snowiss, *Judicial Review...*, s. 46.

Sędziowie Sądu Najwyższego w College of Pennsylvania podkreśliła obecność na nich prezydenta Washingtona i wiceprezydenta Adamsa⁸⁶. Poważnych trudności nastrocza jednak interpretacja tego, co wyraził opiniotwórczy James Iredell. Współcześni badacze zagadnienia prezentują odmienne sposoby odczytania agitacji Iredella na rzecz kompetencji sędziów do kontrolowania prawa. Philip Hamburger stwierdza, że esej Iredella nie był nowatorski, po prostu wyrażał drukiem to, co czasami mówiono w sądach, bez konieczności uzasadniania⁸⁷. Andrzej Bryk w szerszej analizie wyraża m.in. stanowisko, że Iredell po raz pierwszy tak wyraźnie postulował położenie kresu supremacji władzy ustawodawczej, nowatorsko uważał konstytucję za prawo stosowane w sądzie, ale nie zakładał, że konstytucja i prawa zwykle były podobnej natury. Zdaniem autora tomu *Konstytucjonalizm* prawne stosowanie konstytucji miało wedle Iredella charakter aktu politycznego i nie wykluczało określania ustawy jako nieważnej przez inne gałęzie władzy w ramach tzw. kontroli skoordynowanej. Bryk wyraża również pogląd, że granicą dla kontroli sądowej prawa był rażący, oczywisty charakter naruszenia ustawy zasadniczej⁸⁸.

Tę ostatnią kwestię przedstawiła jako punkt centralny swego wywodu Sylvie Snowiss. Zdaniem tej badaczki zarówno na pierwszym etapie rozwoju *judicial review*, jak i w wypowiedziach Iredella i na całym etapie drugim rozważane były kompetencje sędziów, ale za pewnik uważano, że orzeczenie niekonstytucyjności może dotyczyć jedynie oczywistych, faktycznych naruszeń konstytucji, a więc sytuacji niebudzących wątpliwości. Dopiero Marshall nas zwiódł i zapomnieliśmy o tym kluczowym, pierwotnym wymogu⁸⁹. Szczegółową egzegezę wypowiedzi Iredella dokonał przez Snowiss można streścić następująco: Amerykanie odrzucili onnipotencję legislatury; władza Zgromadzenia ograniczona jest konstytucją; konstytucja jest wyraźną, realną umową społeczną; gdy konstytucja jest naruszana przez legislaturę, lud nie może jedynie poniżająco składać petycji, a powszechny, rewolucyjny opór jest środkiem zbyt ekstremalnym; powinnością sędziowską jest rozstrzyganie zgodnie z prawem, konstytucja jest prawem państwa, ale też prawem fundamentalnym, którego nie można zmieniać aktem Zgromadzenia, zatem akt niezgodny z konstytucją jest nieważny i nie może być przestrzegany, a sędziowie egzekwować mogą tylko akty Zgromadzenia zgodne z konstytucją. To ostatnie stwierdzenie jest zdaniem Snowiss centralnym założeniem etapu drugiego. Nie było tam jeszcze mowy o szczególnej relacji sędziów do prawa fundamentalnego, a tym bardziej o monopolu sędziów na interpretację konstytucji. Nieważność oczywiście niekonstytucyjnego aktu mogła stwierdzić każda z rozdzielonych władz, a przede wszystkim mógł to oceniać lud. Egzekwowanie konstytucji przez sędziów stanowiło po prostu pokojowy,

⁸⁶ L.D. Kramer, *The People Themselves...*, s. 99.

⁸⁷ P. Hamburger, *Law and Judicial Duty*, s. 463.

⁸⁸ A. Bryk, *Konstytucjonalizm...*, s. 500-504.

⁸⁹ S. Snowiss, *Judicial Review...*, s. 34-38.

wygodniejszy zamiennik rewolucji i było aktem politycznym⁹⁰. Jak widać, w interpretacji tej pojawia się wątek powinności sędziowskiej, rozwijany dogłębnie w późniejszej pracy Philipa Hamburgera, oraz wątek ludowego konstytucjonalizmu, przedstawianego przez Larry'ego D. Kramera.

Z ostrą krytyką interpretacji Sylvie Snowiss wystąpił Gerald Leonard, uznając ją za niefortunne zniekształcenie i ogłaszając w tytule swego tekstu, że „odzyskuje Iredella”, przedstawiając właściwe i proste rozumienie jego wypowiedzi. Zdaniem Leonarda nie istniał żaden drugi etap rozwoju *judicial review*, kontrola sędziowska zyskiwała zwolenników nie dlatego, że dostrzeżono pozaprawną, quasi-rewolucyjną rolę sędziów, ale po prostu z tego powodu, że logika prawna rewolucji z 1776 r. i zrozumienie przejęcia suwerenności przez lud po odrzuceniu suwerenności parlamentarnej otworzyło sędziom drogę do przyziemnego pełnienia urzędu sędziego, z użyciem „prostego, uczciwego rozumowania prawniczego”. Nieuprawnione jest doszukiwanie się u Iredella odróżnienia konstytucji od innych ustaw, a także niezwykłego, politycznego wymiaru egzekwowania konstytucji. Sędziowie są po prostu przedstawicielami ludu i nie mogą egzekwować prawa, któremu lud nie jest winien posłuszeństwa. Zdaniem Geralda Leonarda powołanie się przez Iredella w liście do Spaigha na wymóg oczywistej niekonstytucyjności, który nakazuje utrzymywanie przez sędziów ważności ustaw w wątpliwych sprawach, było jedynie ustępstwem poczynionym w celu przekonania oponenta, nierozumiejącego logiki prawniczej⁹¹.

Równie negatywnie ustalenia Snowiss ocenił Dean Alfange Jr. W obszernym tekście krytykuje on wewnętrznie sprzeczną lub niedostatecznie uzasadnioną argumentację badaczki. Dean Alfange Jr. zwraca m.in. uwagę na to, że nie można bronić tezy, jakoby sądy wykorzystujące przed 1803 r. konstytucje do oceny ustaw sądziły, że czynią coś innego niż interpretowanie prawa. Również Iredell pisał, że konstytucja jest prawem państwa (powszechnym na danym terenie). Nawet gdybyśmy zaś uznali, że w latach 1787-1803 sądy nie interpretowały konstytucji, a jedynie odwoływały się do nich, to stan taki był ze swej istoty niestabilny, nie mógł być utrzymywany, przekonuje Alfange Jr., ponieważ cokolwiek uznamy za prawo regulujące rozstrzygnięcie sprawy przed sądem, musi być ono przez sąd poddawane interpretacji. Podziela natomiast cytowany autor pogląd, że sędziowie w tym okresie polegali na kryterium oczywistej niekonstytucyjności, co uzasadnia odwołaniami do wybranych wypowiedzi sędziowskich⁹². Broniąca swych tez Sylvie Snowiss wytknęła, że kluczowe elementy jej argumentacji nie zostały zrozumiane⁹³.

⁹⁰ *Ibidem*, s. 46-53.

⁹¹ Zob. obszernie G. Leonard, *Iredell Reclaimed. Farewell to Snowiss's History of Judicial Review*, „Chicago-Kent Law Review” 2006, vol. 81, no. 3, s. 867-882.

⁹² Zob. obszernie D. Alfange Jr., *Marbury v. Madison and Original Understandings of Judicial Review. In Defense of Traditional Wisdom*, „The Supreme Court Review” 1993, vol. 1993, <https://doi.org/10.1086/scr.1993.3109583>, s. 335-349.

⁹³ Zob. S. Snowiss, *Text and Principle in John Marshall's Constitutional Law. The Cases of Marbury and McCulloch*, „John Marshall Law Review” 2000, vol. 33, no. 4, s. 973 i n.

Na tle tych skomplikowanych, splatających się interpretacji myśli Iredella konieczne jest posłkowanie się wywodem Tomasza Wieciecha, który jasno stwierdza, że to Iredell jako pierwszy publicznie zidentyfikował podstawowy problem związany ze stosowaniem norm konstytucyjnych przez sędziów i kontrolowaniem na ich podstawie ustaw, a rozwiązał go, dokonując degradacji konstytucji⁹⁴. Przypomnijmy podniesioną już wcześniej kwestię, która obecnie jest mało czytelna z powodu aktywności amerykańskiego Sądu Najwyższego. Suwerenem w niepodległym państwie amerykańskim był lud, a nie Sąd. Także w okresie poprzedzającym konwencję filadelfijską, czemu wyraz dawały konstytucje skonfederowanych państw. Stojący ponad aparatem władzy lud sam dbał o przestrzeganie przyjętej przez siebie konstytucji w opisywanej formule ludowego konstytucjonalizmu. Normalnym środkiem egzekwowania konstytucji były wybory oraz rozmaite pomniejsze formy nacisku na władzę. Władza miała odpowiadać na to utrzymywaniem wiary publicznej. Podważenie przez sąd decyzji legislatury, pochodzącej z wyborów, nie było bynajmniej rutynowym pełnieniem powinności sędziowskiej, ale „niesamowitym zagadnieniem”. Do czasów współczesnych zagadnienie to udało się sędziom i wspierającym ich prawnikom całkowicie ośwoić, ale sędzia Pendleton w 1782 r. był szczerze, jak sądzę, zafrasowany samą werbalizacją możliwości unieważnienia w sądzie aktu uchwalonego przez przedstawicieli ludu, a uśmierzyć ten lęk starał się wyrażeniem nadziei, że nigdy takie unieważnienie nie będzie konieczne. Perspektywa unieważnienia ustawy doprowadziła sędziego Samuela Ashe’a, należącego do składu orzekającego w sprawie *Bayard v. Singleton*, do poważnego rozstroju zdrowia, „dziwnej choroby”, jak pisał, podczas której nie mógł spać, choć wspomagał się wieloma dawkami opium⁹⁵.

Jak to przekonująco interpretuje Tomasz Wieciech, James Iredell zajął się samym sednem problemu i „pozbawił konstytucję otaczającego ją nimbu”, uznając taki akt po prostu za zasadniczą, pierwszą, fundamentalną ustawę, co łatwo pozwoliło już na zbudowanie dalszego uzasadnienia *judicial review*. Dostrzegł przy tym Iredell zasadność powołania się na kryterium oczywistej niekonstytucyjności, a także subtelnie nawiązał do kwestii, którą Wieciech nazywa nieuchronnością *judicial review*, tzn. sędziowskim monopolem na dokonywanie powszechnie obowiązującej wykładni konstytucji, w słowach o tym, że konstytucja nie może być tylko urojeniem, co do którego kształtowanych może być 10 tysięcy różnych opinii⁹⁶.

Przedstawione powyżej rozbieżne odczytania wypowiedzi Iredella dobrze uzupełnia uwaga Andrzeja Bryka, iż tezy Iredella o nieważności ustaw niezgodnych z konstytucją i odpowiedzialności sędziów za zapewnienie zgodności prawodawstwa z ustawą zasadniczą z pozoru brzmią jak współczesna doktryna *judicial review* sformułowana przez

⁹⁴ T. Wieciech, *Anglosaska formuła...*, s. 155.

⁹⁵ P. Hamburger, *Law and Judicial Duty*, s. 455.

⁹⁶ T. Wieciech, *Anglosaska formuła...*, s. 155-158.

wygodniejszy zamiennik rewolucji i było aktem politycznym⁹⁰. Jak widać, w interpretacji tej pojawia się wątek powinności sędziowskiej, rozwijany dogłębnie w późniejszej pracy Philipa Hamburgera, oraz wątek ludowego konstytucjonalizmu, przedstawianego przez Larry'ego D. Kramera.

Z ostrą krytyką interpretacji Sylvie Snowiss wystąpił Gerald Leonard, uznając ją za niefortunne zniekształcenie i ogłaszając w tytule swego tekstu, że „odzyskuje Iredella”, przedstawiając właściwe i proste rozumienie jego wypowiedzi. Zdaniem Leonarda nie istniał żaden drugi etap rozwoju *judicial review*, kontrola sędziowska zyskiwała zwolenników nie dlatego, że dostrzeżono pozaprawną, quasi-rewolucyjną rolę sędziów, ale po prostu z tego powodu, że logika prawna rewolucji z 1776 r. i zrozumienie przejęcia suwerenności przez lud po odrzuceniu suwerenności parlamentarnej otworzyło sędziom drogę do przyziemnego pełnienia urzędu sędziego, z użyciem „prostego, uczciwego rozumowania prawniczego”. Nieuprawnione jest doszukiwanie się u Iredella odróżnienia konstytucji od innych ustaw, a także niezwyčajnego, politycznego wymiaru egzekwowania konstytucji. Sędziowie są po prostu przedstawicielami ludu i nie mogą egzekwować prawa, któremu lud nie jest winien posłuszeństwa. Zdaniem Geralda Leonarda powołanie się przez Iredella w liście do Spaightha na wymóg oczywistej niekonstytucyjności, który nakazuje utrzymywanie przez sędziów ważności ustaw w wątpliwych sprawach, było jedynie ustępstwem poczynionym w celu przekonania oponenta, nierozumiejącego logiki prawniczej⁹¹.

Równie negatywnie ustalenia Snowiss ocenił Dean Alfange Jr. W obszernym tekście krytykuje on wewnętrznie sprzeczną lub niedostatecznie uzasadnioną argumentację badaczki. Dean Alfange Jr. zwraca m.in. uwagę na to, że nie można bronić tezy, jakoby sądy wykorzystujące przed 1803 r. konstytucje do oceny ustaw sądziły, że czynią coś innego niż interpretowanie prawa. Również Iredell pisał, że konstytucja jest prawem państwa (powszechnym na danym terenie). Nawet gdybyśmy zaś uznali, że w latach 1787-1803 sądy nie interpretowały konstytucji, a jedynie odwoływały się do nich, to stan taki był ze swej istoty niestabilny, nie mógł być utrzymywany, przekonuje Alfange Jr., ponieważ cokolwiek uznamy za prawo regulujące rozstrzygnięcie sprawy przed sądem, musi być ono przez sąd poddawane interpretacji. Podziela natomiast cytowany autor pogląd, że sędziowie w tym okresie polegali na kryterium oczywistej niekonstytucyjności, co uzasadnia odwołaniami do wybranych wypowiedzi sędziowskich⁹². Broniąca swych tez Sylvie Snowiss wytknęła, że kluczowe elementy jej argumentacji nie zostały zrozumiane⁹³.

⁹⁰ *Ibidem*, s. 46-53.

⁹¹ Zob. obszernie G. Leonard, *Iredell Reclaimed. Farewell to Snowiss's History of Judicial Review*, „Chicago-Kent Law Review” 2006, vol. 81, no. 3, s. 867-882.

⁹² Zob. obszernie D. Alfange Jr., *Marbury v. Madison and Original Understandings of Judicial Review. In Defense of Traditional Wisdom*, „The Supreme Court Review” 1993, vol. 1993, <https://doi.org/10.1086/scr.1993.3109583>, s. 335-349.

⁹³ Zob. S. Snowiss, *Text and Principle in John Marshall's Constitutional Law. The Cases of Marbury and McCulloch*, „John Marshall Law Review” 2000, vol. 33, no. 4, s. 973 i n.

Na tle tych skomplikowanych, splatających się interpretacji myśli Iredella konieczne jest posłkowanie się wywodem Tomasza Wieciecha, który jasno stwierdza, że to Iredell jako pierwszy publicznie zidentyfikował podstawowy problem związany ze stosowaniem norm konstytucyjnych przez sędziów i kontrolowaniem na ich podstawie ustaw, a rozwiązał go, dokonując degradacji konstytucji⁹⁴. Przypomnijmy podniesioną już wcześniej kwestię, która obecnie jest mało czytelna z powodu aktywności amerykańskiego Sądu Najwyższego. Suwerenem w niepodległym państwie amerykańskim był lud, a nie Sąd. Także w okresie poprzedzającym konwencję filadelfijską, czemu wyraz dawały konstytucje skonfederowanych państw. Stojący ponad aparatem władzy lud sam dbał o przestrzeganie przyjętej przez siebie konstytucji w opisywanej formule ludowego konstytucjonalizmu. Normalnym środkiem egzekwowania konstytucji były wybory oraz rozmaite pomniejsze formy nacisku na władzę. Władza miała odpowiadać na to utrzymywaniem wiary publicznej. Podważenie przez sąd decyzji legislatury, pochodzącej z wyborów, nie było bynajmniej rutynowym pełnieniem powinności sędziowskiej, ale „niesamowitym zagadnieniem”. Do czasów współczesnych zagadnienie to udało się sędziom i wspierającym ich prawnikom całkowicie ośwoić, ale sędzia Pendleton w 1782 r. był szczerze, jak sądzę, zafrasowany samą werbalizacją możliwości unieważnienia w sądzie aktu uchwalonego przez przedstawicieli ludu, a uśmierzyć ten lęk starał się wyrażeniem nadziei, że nigdy takie unieważnienie nie będzie konieczne. Perspektywa unieważnienia ustawy doprowadziła sędziego Samuela Ashe’a, należącego do składu orzekającego w sprawie *Bayard v. Singleton*, do poważnego rozstroju zdrowia, „dziwnej choroby”, jak pisał, podczas której nie mógł spać, choć wspomagał się wieloma dawkami opium⁹⁵.

Jak to przekonująco interpretuje Tomasz Wieciech, James Iredell zajął się samym sednem problemu i „pozbawił konstytucję otaczającego ją nimbu”, uznając taki akt po prostu za zasadniczą, pierwszą, fundamentalną ustawę, co łatwo pozwoliło już na zbudowanie dalszego uzasadnienia *judicial review*. Dostrzegł przy tym Iredell zasadność powołania się na kryterium oczywistej niekonstytucyjności, a także subtelnie nawiązał do kwestii, którą Wieciech nazywa nieuchronnością *judicial review*, tzn. sędziowskim monopolem na dokonywanie powszechnie obowiązującej wykładni konstytucji, w słowach o tym, że konstytucja nie może być tylko urojeniem, co do którego kształtowanych może być 10 tysięcy różnych opinii⁹⁶.

Przedstawione powyżej rozbieżne odczytania wypowiedzi Iredella dobrze uzupełnia uwaga Andrzeja Bryka, iż tezy Iredella o nieważności ustaw niezgodnych z konstytucją i odpowiedzialności sędziów za zapewnienie zgodności prawodawstwa z ustawą zasadniczą z pozoru brzmią jak współczesna doktryna *judicial review* sformułowana przez

⁹⁴ T. Wieciech, *Anglosaska formuła...*, s. 155.

⁹⁵ P. Hamburger, *Law and Judicial Duty*, s. 455.

⁹⁶ T. Wieciech, *Anglosaska formuła...*, s. 155-158.

Johna Marshalla w *Marbury v. Madison*⁹⁷. Jak to podkreślałem od początku, zmienił się język i sposób rozumienia tych samych pojęć, a wręcz od samego początku język ten był nieustalony. Generacja Ojców Założycieli, pisze Gordon S. Wood, bez wątpienia była zdezorientowana co do *judicial review*, niektórzy uważali to zjawisko za niewłaściwe i niebezpieczne, inni je usprawiedliwiali⁹⁸. Przedstawiłem bardziej szczegółowo polemiki współczesnych badaczy na temat sensu wypowiedzi Jamesa Iredella, powielając one bowiem to zdezorientowanie, ale stanowią też dogodną okazję do wyrażenia kilku syntetyzujących uwag.

Wystąpienie Iredella może być uznane za otwarcie drugiego etapu rozwoju *judicial review*, wbrew opinii Geralda Leonarda, Iredell wyraził uzasadnił bowiem potrzebę kontrolowania przez sędziów ustaw. Na przestrzeni kilku lat zagadnienie „niesamowite” przez część uczestników życia publicznego zostało uznane za normalne i pożądane. Iredell nie zrywał z ideą powszechnego konstytucjonalizmu, ale wskazywał, że najprościej jest powierzyć zadanie kontrolowania legislatur sędziom, którzy i tak muszą stosować prawo, więc wystarczy zaakceptować obowiązek sędziów do kontrolowania przy tej okazji aktów zgromadzeń ustawodawczych. W tym sensie stanowiło to jednak jakościową zmianę w realizowaniu ideału powinności sędziowskiej, do którego sędziowie się tradycyjnie i bez większych trudności odwoływali, zatem miało to charakter nowatorski, czego najlepszym przykładem są obiekcje samych sędziów, również w przedłużanej przez nich sprawie *Bayard v. Singleton*, a także reakcje władz politycznych. Philip Hamburger skrywa owe obiekcje, powtarzając, że nieodmiennie chodziło o doskonale znany i uznany ideał powinności, któremu sędziowie po prostu czasem nie byli w stanie sprostać. Z satysfakcją pisze więc o sędziach, którzy w sprawie *Bayard v. Singleton* po wielomiesięcznych delibacjach zdobyli się na uznanie niekonstytucyjności ustawy, że „był to w istocie przykład, jak sędziowie z nazbyt ludzkimi słabościami ostatecznie wzniesli się do poziomu swych ideałów”⁹⁹. Nasuwa się tu refleksja, że nie chodziło o proste słabości, ale o wyczucie, że sędziowie wkraczają bez dostatecznego upoważnienia na obszar władzy ustawodawczej, co wprost wyrażał sędzia Pendleton.

Teza o tym, że stan nieinterpretowania konstytucji w sądach był z istoty niestabilny i nie mógł długo trwać, nie uwzględnia okoliczności, że po 1803 r. *judicial review* w Sądzie Najwyższym zostało na kilka dekad zamrożone, Sąd nie zdobywał się na otwarte interpretowanie Konstytucji wbrew Kongresowi. Rozumienie procesu interpretacji aktów normatywnych jest po czasy współczesne wielce złożonym i kontrowersyjnym zagadnieniem, zatem na podstawie dosłownie kilku epizodów trudno budować spójną teorię co do tego, jak rozumiano to zagadnienie w niepodległych państwach, zwłaszcza że występowały różnice zarówno pomiędzy rangą rozpatrywanych spraw, jak i pomiędzy

⁹⁷ A. Bryk, *Konstytucjonalizm...*, s. 502.

⁹⁸ G.S. Wood, *The Origins of Judicial Review Revisited...*, s. 793.

⁹⁹ P. Hamburger, *Law and Judicial Duty*, s. 450.

pozycją sądownictwa w poszczególnych amerykańskich państwach (z wyróżniającą się Wirginią na czele), na co nakładały się jeszcze zmieniające się z czasem postawy obywateli wobec sędziów i deputowanych do ciał ustawodawczych.

Za szczególnie ważny uważam wymóg oczywistej niekonstytucyjności (nazywany też zasadą wątpliwej sprawy, *doubtful case rule*). Polemizujący z Geraldem Leonardem Tomasz Wiecech uważa, że Iredell z przekonaniem pisał do Spaighta, że unieważnienie może dotyczyć jedynie ustawy niekonstytucyjnej ponad wszelką wątpliwość, i nie był to zaledwie pragmatyczny argument, dający sędziom czas na uzyskanie aprobaty społecznej dla nieuchronnej sądowej kontroli prawa¹⁰⁰. Obcowanie z dorobkiem Johna Marshalla i innych Sędziów skłania mnie do ostrożnego przyjmowania wypowiedzi sędziów i prawników obliczonych na wzmocnienie władzy sędziowskiej wbrew władzy ustawodawczej, ale sądzę, że w tej konkretnej sprawie szczerść Iredella ma mniejsze znaczenie. W tym początkowym okresie sędziowie mogli liczyć nie tyle nawet na aprobatę, co na mniej dotkliwe sankcje za przeciwstawianie się legislaturom, tylko wtedy, gdy przedstawiali swoje oceny jako osądy ugruntowane, niebudzące wątpliwości, wynikające z oczywistej niekonstytucyjności. Akcent, jaki Sylvie Snowiss kładzie na zasadę oczywistej niekonstytucyjności, znajduje rozliczne potwierdzenia w wypowiedziach z tego okresu. Być może Iredell i inni myśliciele projektowali już wówczas szeroką władzę sędziów, ale czynić to musieli skrycie.

Wyłamując się na chwilę z porządku chronologicznego, odwołam się do ważnego tekstu Erwina Chemerinsky'ego z 1989 r. o „znikającej Konstytucji”, w którym opisuje on ówczesny „większościowy paradygmat” obowiązujący w prawie konstytucyjnym, na tle wpływowej tezy wyrażonej przez Alexandra Bickela, że Sąd tworzy „antywiększościowy problem”. Spójrzmy jak Chemerinsky skrótowo przedstawia, na czym polega ów dominujący z perspektywy lat 80. XX w. większościowy paradygmat: „Sformułowanie to odnosi się do poglądu, że amerykańska demokracja oznacza rządy większości; że legislatury i ciała wykonawcze są organami większościowymi, ale Sąd jest antywiększościowy; a zatem Sąd powinien unieważniać działania władz tylko wtedy, gdy naruszają one jasne zasady konstytucyjne istniejące w oderwaniu od preferencji Sędziów”¹⁰¹. Erwin Chemerinsky paradygmat ten krytykuje, ale zwracam uwagę, że w cytacie tym widoczne jest, jaką żywotność, choćby na poziomie retorycznym, zachował pod koniec XX w. wymóg oczywistej niekonstytucyjności, gdyż do niego przecież odwołuje się cytowany autor.

Wracając do czasów Iredella, istotne jest to, że nawet te wstępne, sporadyczne wystąpienia sędziów przeciwko ustawom spotykały się ze zdecydowanymi reakcjami legislatur. Nie inaczej było w sprawie *Bayard v. Singleton*. Sędziowie początkowo nie uwzględnili wniosku Singletona o odrzucenie pozwu, a tym samym nie wykonali korzystnej dla po-

¹⁰⁰ T. Wiecech, *Anglosaska formuła...*, s. 157.

¹⁰¹ E. Chemerinsky, *The Supreme Court, 1988 Term – Foreword. The Vanishing Constitution*, „Harvard Law Review” 1989, vol. 103, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2307/1341408>, s. 61 i przyp. 77.

zwanego ustawy. Wezwano ich wówczas do stawienia się przed legislaturą, której komisja (z udziałem Spaighta) uznała sędziów za winnych stawianych zarzutów, acz poprzestała na samym tym stwierdzeniu. Sędziowie następnie starali się usilnie namówić strony do ugody. Gdy to się nie powiodło i sędziowie nie uwzględnili wniosku Singletona z powodu niezgodności ustawy z konstytucją, na terenie Karoliny Północnej rozgorzały gwałtowne protesty, legislatura odmówiła udzielenia sędziom podwyżki wynagrodzeń, a sprawę załagodziło rozstrzygnięcie ławy przysięgłych korzystne dla Singletona¹⁰².

Rozstrzygnięta w maju 1787 r. w Karolinie Północnej sprawa *Bayard v. Singleton* bezpośrednio poprzedzała konwencję filadelfijską, co rodzi naturalną chęć do uznania jej za ostatnie ogniwo rozstrzygnięć sędziowskich poprzedzających uchwalenie Konstytucji, na których podstawie można ocenić, jaki był stosunek Ojców Założycieli do sędziowskiej kontroli ustaw i jaki dali temu wyraz w tekście Konstytucji. Podkreślenia wymaga więc ryzyko dokonywania z obecnej perspektywy uogólnień utrwalających mitologiczną genezę *judicial review*, które w warstwie językowej wyrażane są szczególnie w bezosobowych formach czasowników, takich jak „rozumiano” czy „uważano”. Formy te wprowadzają przydatną w dyskursie naukowym generalizację, ale wnoszą również element perswazyjny, który w opisywanej kwestii jest szczególnie mylący. Ponadto nieustannie pamiętać należy, że próby ustalenia, co generacja twórców Konstytucja sądziła na temat *judicial review*, są oparte na anachronizmie. Współczesna sędziowska kontrola prawa, a przede wszystkim doktryna supremacji sędziowskiej nie istniała pod koniec XVIII w., więc twórcy Konstytucji po prostu nie mieli okazji do wyrażenia swego poglądu na ten temat¹⁰³. Uwzględniając to podstawowe zastrzeżenie, nie należy pomniejszać wagi przedstawionych wyżej rozstrzygnięć sądowych, w których pojawiały się zjawiska sędziowskiej kontroli ustaw lub jej wstępna realizacja. Szczególnie odwołać się tu można do wielokrotnie przywoływanej pracy Philipa Hamburgera, który na podstawie drobiazgowej kwerendy archiwów zaprezentował obraz powinności sędziowskiej, która obejmowała także kontrolę ustaw, jako aktywność zwyczajną, w ocenie tego autora, do której sędziowie byli profesjonalnie zobowiązani.

Dokonane powyżej omówienie tych spraw, w których doszukiwać się można zjawisk sędziowskiego recenzowania prawa, na tle tezy, że była to aktywność zwyczajna, skłania do posłużenia się dwiema kategoriami pojęciowymi użytymi przez Jacka M. Sosina: *judicial control* i *judicial review*. Ten pierwszy termin sprowadza się do stosowania prawa przez sędziego z uwzględnieniem elementu dyskrecjonalnego, chodzi bowiem o „kompetencję sędziów do decydowania w poszczególnych sprawach, jak i czy zastosować prawo”. W tym sensie jest to owa zwyczajna aktywność, o której pisze Hamburger, ponieważ sędziowie angielscy, a po nich sędziowie amerykańscy rutynowo „kontrolowali” prawo w tym sensie, że rozstrzygali niejasności prawne, dostrzegali niepożądane

¹⁰² L.D. Kramer, *The People Themselves...*, s. 67-68.

¹⁰³ S.M. Griffin, *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton 1998, s. 91.

przez prawotwórcę nieracjonalne skutki stosowania aktu czy wreszcie decydowali, że w konkretnej sprawie dany akt nie miał zastosowania. Termin *judicial review* jako sędziowska kontrola ustawodawstwa w pełnym tego słowa znaczeniu wyraża kompetencję odmienną jakościowo, ponieważ chodziło o faktyczne uchylenie aktu wbrew woli ciała ustawodawczego, zaprzeczenie możliwości jego stosowania z powodu niezgodności z aktem wyższej rągi¹⁰⁴. Tak rozumiane pojęcia *judicial control* i *judicial review* nie są przeciwstawne, stanowią raczej kolejne obszary, które można dostrzec w prawniczym kontinuum. Opisywane tu *judicial review* nie stanowi zresztą obszaru skrajnego, ponieważ jego rozwinięciem jest uchylanie aktów przez sędziów, którzy następnie dodają nowe treści normatywne. Taki też był faktyczny kierunek ewolucji sędziowskiej kontroli prawa.

To kontinuum prawnicze wynika z nieuniknionego w działalności sędziowskiej kretywnego pierwiastka prawotwórczego. Żadne społeczeństwo, wskazuje Martin Shapiro, nie ustaliło absolutnie kompletnego i szczegółowego systemu prawnego, który pozwalałby na rozwiązywanie wszystkich potencjalnych konfliktów, więc z konieczności sędziowskie „odkrywanie” prawa musi obejmować prawotwórstwo¹⁰⁵. W tworzonego przez sędziów *common law* takie prawotwórstwo było zachowaniem *de rigueur*, standardem, skrywanym jedynie za metaforą „odkrywania prawa” i hermetycznymi zwrotami w podstawowym języku angielskich prawników, którym był dziwaczny „prawniczy francuski”, po stuleciach rozwoju wydający się Francuzom czymś właściwie najbardziej oddalonym od prawdziwego francuskiego, zachwaszczonymi ruinami po dawnej budowli¹⁰⁶.

Jak stwierdziłem powyżej, dezawuowanie przez sędziów ustawodawstwa federalnego, a wcześniej próby dezawuowania ustawodawstwa lokalnego wyrażały jednak zasadniczą zmianę jakościową, zwłaszcza na tle amerykańskich rewolucyjnych ideałów republikańskich i deklarowania nadrzędności władzy ludu, w praktyce wypowiedającego się przez reprezentantów w zgromadzeniach prawodawczych. Granica między tak rozumianą zwyczajną aktywnością sędziowską a nieakceptowanym zasadniczo do ostatnich dekad XIX w. uchylaniem ustaw była jednak płynna i pozwalała sędziom na ostrożne badanie zakresu własnej władzy, co widoczne było zwłaszcza w sprawach *Rutgers v. Waddington* oraz *Commonwealth v. Caton*.

¹⁰⁴ J.M. Sosin, *The Aristocracy of the Long Robe...*, s. 230-231.

¹⁰⁵ M. Shapiro, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, Chicago 1986, s. 29.

¹⁰⁶ Zob. J.H. Baker, *The Three Languages of the Common Law*, „McGill Law Journal” 1998, vol. 43, no. 3, s. 16-23.

Alexander Hamilton jako samozwańczy rzecznik Konstytucji

Pula orzeczeń z załączkami sędziowskiej kontroli praw, których znaczącą część przedstawiłem powyżej, nie zmienia jednak tego, że do konwencji filadelfijskiej mieliśmy do czynienia z wcale nie tak licznymi wypowiedziami aprobowującymi jakiś rodzaj sędziowskiej kontroli ustaw, które miały charakter indywidualny. Można bronić tezy, że powstała wówczas wśród Amerykanów gotowość intelektualna do porzucenia tezy Blackstone'a o zwierzchności ciała ustawodawczego, ale bezpodstawne byłoby stwierdzenie, że w omawianym okresie „rozumiano” lub „uważano” jednolicie, że sądy mogą kontrolować i unieważniać ustawy lokalne. Uważał tak Edmund Randolph z Wirginii. Starał się on w latach późniejszych nie angażować się bezpośrednio w spór polityczny Federalistów i Republikanów, ale przypomnijmy, że popierał Federalistów w zabiegach o ratyfikację Konstytucji w Wirginii, a przez prezydenta Washingtona został powołany na pierwszego prokuratora generalnego Stanów Zjednoczonych. Uważał tak Edmund Pendleton, lider zwolenników ratyfikacji Konstytucji na konwencji w Wirginii. Uważał tak Alexander Hamilton, czołowy Federalista. Uważał tak James Duane, zaprzyjaźniony z Hamiltonem, Federalista, powołany przez prezydenta Washingtona do sądu federalnego. Uważał tak James Iredell, czołowy Federalista z Karoliny Północnej, powołany przez prezydenta Washingtona do Sądu Najwyższego, aktywnie egzekwujący odpowiedzialność oponentów politycznych za wywrotowe zniesławienie. Uważał tak James Wilson, czołowy Federalista z Pensylwanii, powołany przez prezydenta Washingtona do Sądu Najwyższego. Dla kontrastu, nie uważał tak np. przywoływany Richard Spaight, który w poważnej korespondencji z Iredellem wyraził pogląd, że unieważnianie ustaw przez sędziów jest uzurpacją kompetencji, która nawet pośrednio nie wypływa z konstytucji, a której przyznanie sędziom byłoby absurdem, dlatego że państwo nie byłoby wówczas rządzone przez przedstawicieli zasiadających w Zgromadzeniu, lecz byłoby poddane woli trzech osób, niepodlegających żadnej kontroli¹. Podobnie, acz tylko w odniesieniu do personalnego wymiaru poparcia dla *judicial review*, wypowiedział się Ryszard M. Małajny, wyrażając ocenę, że nie sposób sensownie utrzymywać, że Ojcowie Konstytucji generalnie opowiadali się za sądową kontrolą konstytucyjności prawa, albo że przeciw

¹ Spaight – Iredell Correspondence, August 1787, [w:] M.A. Graber, M. Perhac (eds.), *Marbury versus Madison. Documents and Commentary*, Washington 2002, s. 232-233.

niej, „kilkunastu tych mężów wypowiedziało się w tej materii za, kilku przeciw, a większość zachowała powściągliwe milczenie”².

Jak wspomniałem, Federaliści z przełomu dekad 1790/1800 nie byli w pełni tożsami z obozem Federalistów zabiegających o ratyfikację Konstytucji, czego najlepszym przykładem James Madison czy Richard Spaight. Uważam jednak, że to nie przypadek, iż w gronie wczesnych zwolenników sędziowskiej kontroli prawa wyróżniały się szczególnie osoby związane później z frakcją Washingtona, Adamsa i Marshalla. Aprobata dla rozległej władzy sędziów znakomicie pasowała do poglądów elit obawiających się nieokiełznanej demokracji, pragnących bronić ludu przed nim samym, zainteresowanych wzmacnianiem władzy centralnej, zwłaszcza gdy lokalne legislatury podważały kruchy pokój z Brytanią aktami wymierzonymi w lojalistów. Szczególnie w późniejszych kilkunastu latach wiara Federalistów w sądownictwo nie mogła zaskakiwać, skoro skutecznie opanowali nadrzędne sądownictwo federalne i starali się znaleźć w nim po wygranej Jeffersona przystań, w której mogli zarzucić kotwice i przetrwać demokratyczną nawałę. Prawdziwym testem przywiązania Federalistów do idei sądowej kontroli konstytucyjności prawa byłoby poddanie ocenie sądów ustaw o cudzoziemcach i działalności wywrotowej, gdyby w sądach orzekali Republikanie. Federaliści zadbali jednak, by do tego nie doszło, i tłumili nawet szczątkowy udział sceptyków w orzecznictwie w ramach ław przysięgłych. Nie twierdzą, że jedynie Federaliści byli zwolennikami sądowej kontroli prawa, ale nie może zaskakiwać, że właśnie w tym środowisku politycznym idea ta znajdowała poklask, dlatego że zbieżna była z ich krytycznym postrzeganiem demokracji, a także znakomicie pasowała do struktur władzy, które sami w latach 90. XVIII w. uformowali. Wyraził to zwięźle George Lee Haskins:

Sądy pod koniec XVIII w. były postrzegane jako ramię administracji. Harmonia pomiędzy trzema władzami nie tylko była oczekiwana, ale w znacznym stopniu występowała w okresie administracji George’a Washingtona i Johna Adamsa. W rzeczy samej można sugerować, że pomimo rzekomej niezależności trzech władz dysharmonia była postrzegana zdecydowanie bardziej jako fakt polityczny, a nie jako okoliczność tworząca konstytucyjne czy prawne kwestie i problemy. Nie wypracowano żadnej metody łagodzenia różnic między władzami ani nawet ich nie przewidywano, poza subtelnościami dotyczącymi równowagi dostrzeżonymi i wyjaśnianymi przez Hamiltona w zbiorze *Federalista*³.

Uwzględnienie tych elementarnych okoliczności historycznych powinno już wstępnie skłaniać do uświadomienia sobie daremności poszukiwania podstawy sędziowskiej

² R.M. Małajny, *Doktryna podziału władzy „Ojców Konstytucji” USA*, Katowice 1985, s. 266.

³ G.L. Haskins, H.A. Johnson, *Foundations of Power. John Marshall, 1801-1815*, s. 206, New York 2010, *History of the Supreme Court of the United States*, vol. 2.

kontroli prawa (w domyślnym, horyzontalnym wymiarze) w samym tekście Konstytucji z 1787 r. oraz w wypowiedziach Założycieli, zwłaszcza autorów *Federalisty*, bezpośrednio po konwencji filadelfijskiej. To był zupełnie inaczej rozumiany świat polityki. W związku z tym należy odwołać się do głębszego zagadnienia.

Stephen M. Griffin szeroko rozwija kwestię legalizacji Konstytucji dokonanej przez generację jej twórców, co skrótowo można sprowadzić do tego, że kiedy Konstytucję przyjmowano, amerykańska polityka znajdowała się w stanie przejściowym od starszego modelu polityki hierarchicznej do polityki zdemokratyzowanej. Federaliści przyzwyczajeni do modelu hierarchicznego uważali, że będzie on nadal funkcjonował, przynajmniej na poziomie federalnym. Była to wizja, w której pełna cnót elita po deliberacji dochodziła do konsensu. W wizji takiej nie było natomiast miejsca na partie, powszechne prawo wyborcze białych mężczyzn i udział w podejmowaniu decyzji politycznych przez ludzi gorzej wykształconych i mniej majątnych. Ponieważ jednak właśnie w takim kierunku zmierzała amerykańska polityka w pierwszych dekadach istnienia państwa, od samego początku rozpoczęły się spory co do rozumienia Konstytucji, czego najważniejszym przejawem był spór o bank zaproponowany przez Hamiltona. Odpowiedzią na to było wprowadzenie ostrego rozróżnienia między Konstytucją a polityką wedle rozróżnienia między prawem a polityką, co oznaczało legalizację Konstytucji w drodze zaprzeczenia, że występują istotne różnice między Konstytucją a prawem zwykłym. Taki krok powodował, że to sędziowie, czyli znawcy prawa, nabyć mieli szczególne obowiązki związane z interpretacją Konstytucji, a zatem z kontrolowaniem świata polityki⁴. Stąd właśnie feta patronaży podczas gorączkowego powoływania sędziów federalnych w taki sposób, by w ich gronie nie znaleźli się reprezentanci środowiska opozycyjnego wobec Federalistów uważających się za przyrodzonych liderów. Stąd też pryncypialna postawa Prezesa Marshalla, który w deklaracjach i – gdy to było możliwe – w praktyce wyrażał monopolizująco, że to Sąd, czyli najlepiej on sam, ustalać miał dopuszczalne sposoby działania polityków w zakresie regulowanym Konstytucją. Sędziowska kontrola prawa w swej amerykańskiej genezie była próbą zachowania tradycyjnego, arystokratycznego sposobu funkcjonowania polityki, z prezydentem Washingtonem na czele i nieprowadzącymi zasadniczych sporów ludźmi dobrej woli w Kongresie, w świecie szybkich przeobrażeń społecznych i niedającej się okiełznać demokratyzacji. Kontrolowanie polityki przez stan sędziowski nie było jednak żadną miarą elementem uzgodnienia dokonanego w Filadelfii i dlatego po pierwszej zmianie władzy wywołanej wyborami w 1800 r. wszelkie takie pomysły Federalistów zostały zdecydowanie odrzucone przez Republikanów.

W omawianych sprawach można również dostrzec to, że do zwolenników *judicial review* należeli adwokaci, którzy w ten sposób starali się wygrać prowadzone przez siebie sprawy. Zwięźle wyraża ten środowiskowy aspekt Barry Friedman w słowach:

⁴ S.M. Griffin, *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton 1998, s. 15-17.

„Po Rewolucji niektórzy amerykańscy prawnicy zaczęli nakłaniać sędziów, aby nie egzekwowali aktów ustawowych, które naruszały gwarancje konstytucyjne”⁵. W przypadku zaś Alexandra Hamiltona jego wypowiedzi na rzecz *judicial review* miały także wymiar agitacyjny, co uwidoczniło się w siedemdziesiątym ósmym artykule ze zbioru *Federalista*. Esej ten ogłoszony został w maju 1788 r., czyli rok po rozstrzygnięciu sprawy *Bayard v. Singleton*, ale ponieważ Hamilton rozwinął w nim tezy Iredella wyrażone przy okazji postępowania w Karolinie Północnej, można je wykorzystać w tym miejscu, przed nawiązaniem do prac konwencji filadelfijskiej. Upraszczając złożony przepływ idei, można posłużyć się uwagą Sylvie Snowiss, iż w wypowiedziach Iredella łączony był jeszcze wątek prawa naturalnego i prawa pozytywnego, co podobnie podejmował Wilson w swych wykładach. Hamilton ignorował elementy prawa naturalnego i rozwijał wątki prawa pozytywnego, Prezes Marshall zaś w orzeczeniu *Marbury v. Madison* czerpał silnie z eseju Hamiltona, jeszcze bardziej pogłębiając argumentację w zakresie prawa pozytywnego⁶.

Hamilton w swym eseju podjął kwestię władzy sądowniczej z perspektywy strukturalnej, rozważając relację sądownictwa do innych władz. Tam właśnie padły znane słowa, iż sądownictwo „zawsze będzie najmniej niebezpieczne dla politycznych praw zawartych w Konstytucji”, sądownictwo nie dzierży bowiem miecza ni sakwy, nie dysponuje siłą ani wolą (kapitałiki zgodnie z oryginałem – S.K.), a jedynie osądem, nigdy więc nie będzie mogło skutecznie zaatakować władzy ustawodawczej i wykonawczej, a jedynie bronić się przed nimi⁷. Dalej Hamilton wprost odnosi się do unieważniania przez sądy niekonstytucyjnych ustaw. Przekonuje, że nie oznacza to wcale nadrzędności sądownictwa nad władzą ustawodawczą. Najbardziej oczywistą zasadą jest to, że nie mogą być uznawane za ważne ustawy niezgodne z Konstytucją. Nie można z Konstytucji wyprowadzić prawa do samodzielnego badania konstytucyjności własnej władzy przez ciało ustawodawcze. Nie wynika z Konstytucji zezwolenie dla przedstawicieli ludu, aby swoją wolą zastępowali wolę wyborców udzielających im pełnomocnictwa. „Znacznie bardziej racjonalne jest założenie, że sądy wyznaczone są jako ciało pośredniczące pomiędzy ludem a legislaturą w celu, między innymi, utrzymywania tej ostatniej w granicach przypisanej jej władzy”. Tu Hamilton pewnie podąża już ścieżką wytyczoną przez Iredella. Interpretacja prawa jest właściwą i szczególną domeną sądów. Konstytucja w istocie jest i musi być traktowana przez sędziów jako fundamentalne prawo. Do nich więc należy ustalanie znaczenia Konstytucji i ustalanie jej pierwszeństwa przed ustawą, czyli intencji ludu przed intencją ich przedstawicieli. Nie wynika z tego nadrzędność

⁵ B. Friedman, *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York 2010, s. 28.

⁶ S. Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, New Haven 1990, s. 72.

⁷ *Federalist*, no. 78: *The Judiciary Department* (Hamilton), [w:] C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, New York 2003, s. 464.

sądownictwa nad władzą ustawodawczą, lecz nadrzędność ludu nad obiema władzami⁸. Hamilton przed przejściem do wątku niezależności sędziów uzupełnia powyższe uwagi mniej jasnym akapitem:

Nie ma znaczenia stwierdzenie, że sądy, pod pozorem sprzeczności, mogą zastępować swymi poglądami konstytucyjne intencje legislatury. To mogłoby również zdarzyć się w przypadku dwóch sprzecznych ustaw, a także w każdym rozstrzygnięciu dokonywanym w oparciu o pojedynczą ustawę. Sądy muszą stwierdzać sens prawa; a gdyby zaś skłaniały się do korzystania ze swej woli zamiast osądu, konsekwencją tak samo byłoby zastąpienie ich poglądem stanowiska ciała ustawodawczego. Takie spostrzeżenie, jeśli cokolwiek miałoby dowodzić, dowodziłoby, że nie powinno być sędziów poza ciałem ustawodawczym⁹.

Ponieważ znamy już argumentację Prezesa Marshalla wyrażoną w orzeczeniu *Marbury v. Madison*, posiłkując się interpretacją Sylvie Snowiss, możemy dostrzec, że sylogizmy wyrażone w tym orzeczeniu opierały się na agitacji Hamiltona, także na poziomie doboru poszczególnych słów, zwłaszcza gdy mowa o domenie sądów. To jest więc ważny składnik odpowiedzi na pytanie, dlaczego tezy Marshalla w 1803 r. nie szokowały. Były już wówczas znane od kilkunastu lat, a dominacja w latach 90. XVIII w. Federalistów w życiu publicznym nadawała naukom Hamiltona, czołowego ideologa tego środowiska, wymiaru czy raczej pozoru oficjalnego i obiektywnego przedstawienia roli sądownictwa w amerykańskiej federacji. Zaznaczam jednak, że było to przedstawienie wyłącznie teoretyczne, za życia Hamiltona sądownictwo nie odgrywało takiej roli. W tym kontekście bardzo ciekawa jest argumentacja Jacka M. Sosina, który wskazuje, że Hamilton, a w ślad za nim Marshall, utrzymując, że chodzi o szczególną domenę sądów, faktycznie ignorowali setki lat rozwoju angielskiego parlamentaryzmu, zakotwiczeni bowiem swe poglądy w dawno minionym okresie średniowiecza, kiedy angielscy sędziowie *common law* w radzie królewskiej przygotowywali ogólne projekty aktów stanowione przez Parlament, wypełniane treścią przez sądy centralne. W tym sensie, tak tworząc prawo, a także rozwijając *common law* wprost w sądach, średniowieczni angielscy sędziowie faktycznie mogli najlepiej stwierdzać, co jest prawem¹⁰.

U Hamiltona pojawia się zapowiedź przekonania charakterystycznego dla współczesnego *judicial review*, gdy stwierdza, że to do sędziów należy ustalanie znaczenia Konstytucji. Argumentować można, że nawet jeśli chciał wyrazić w ten sposób coś więcej, nie zmieniało to tonu ówczesnej argumentacji zwolenników kontroli sędziowskiej, którzy

⁸ *Ibidem*, s. 465-466.

⁹ *Ibidem*, s. 467-467.

¹⁰ J.M. Sosin, *The Aristocracy of the Long Robe. The Origins of Judicial Review in America*, New York 1989, s. 282-283.

utrzymywali, że chodzi o wykrywanie oczywistej niekonstytucyjności, co wykluczało sędziowską dowolność w wykładaniu Konstytucji¹¹. Sam Hamilton zaś wyraźnie wskazywał, że w jego wizji sędziowie są zaledwie przedstawicielami ludu, podległymi jego zwierzchności, skupionymi na obronie przed władzami politycznymi, bezsilnymi i bezwolnymi. Nieco inaczej przedstawił to co prawda w zacytowanym akapicie, w którym lekceważy, a może uśmierza obawy związane z podejmowaniem rozstrzygnięć przez sądy pod pretekstem wykrytej niekonstytucyjności. Ogólny wydźwięk słów Hamiltona zgodny był jednak z założeniami umownego etapu drugiego: skoro zgadzamy się, że legislatury są ograniczane przez konstytucję, a legislatura federalna przez Konstytucję, co oznacza, że ustawy niekonstytucyjne nie mogą być ważne (to etap pierwszy), to pozwólmy sędziom egzekwować te ograniczenia, wszak chodzi o prawo, którym sędziowie na co dzień się parają.

Matthew J. Franck zauważa także, że argumentacja Hamiltona na rzecz *judicial review* jest bardziej ograniczona, niż zwykło się to odczytywać. Hamilton zastrzega, że jego uwagi opierają się na założeniu, że sądownictwo „pozostanie prawdziwie odrębne od władzy ustawodawczej i wykonawczej”. Odrębne, a więc także niezajmujące się kwestiami przynależnymi władzom politycznym. W interpretacji Francka słowa o tym, że sądy są najmniej niebezpieczną władzą, należy odczytywać jako najmniej niebezpieczną wobec politycznych uprawnień wynikających z Konstytucji, czyli wobec prerogatyw pozostałych władz¹². Nie ma tu więc mowy o supremacji sądownictwa. Ponownie należy przypomnieć, że takie ujęcie pod koniec XVIII w. byłoby zupełnie nie do pojęcia. Uważany zasadnie za radykała Hamilton retorycznie uzasadnia i wzmacnia ustrojowy potencjał władzy sądowniczej bardziej niż wielu mu współczesnych, ale opatruje to znanymi w swoich czasach zastrzeżeniami.

Hamilton nie akcentował spisanego charakteru Konstytucji, co odróżniało jego argumentację od rozumowania Marshalla. Drugą różnicę, na którą zwraca uwagę Sylvie Snowiss, stanowi rozróżnienie dokonane przez Hamiltona pomiędzy aktami niekonstytucyjnymi a aktami niesprawiedliwymi¹³. W końcowych partiach swego eseju Hamilton pisze, że niezależność sędziów może być skutecznym zabezpieczeniem nie tylko przed naruszeniami Konstytucji, ale też przed niesprawiedliwymi i stronniczymi przepisami, których skutki mogą sędziowie łagodzić¹⁴. Odczytuję to jako potwierdzenie wymogu oczywistej niekonstytucyjności, który poważnie ograniczał swobodę sędziów. Hamilton pisze o złych nastrojach w społeczeństwie, skutkujących niesprawiedliwymi przepisami uchwalanymi na szkodę wybranych kategorii obywateli. To jednak dla niego

¹¹ S. Snowiss, *Judicial Review...*, s. 80-81.

¹² M.J. Franck, *Against the Imperial Judiciary. The Supreme Court vs. the Sovereignty of the People*, Lawrence 1996, s. 39-42.

¹³ S. Snowiss, *Judicial Review...*, s. 82-83.

¹⁴ *Federalist*, no. 78..., s. 469.

odrębna kategoria od przepisów niekonstytucyjnych. W innym zaś miejscu Hamilton precyzuje, że powinnością sądów jest stwierdzanie nieważności wszystkich aktów sprzecznych z wyraźnym brzmieniem Konstytucji (*manifest tenor*)¹⁵. Przypomnijmy sprawę *Bayard v. Singleton*, w której na różne sposoby można byłoby krytycznie ocenić ustawę sankcjonującą przejmowanie majątków lojalistów, ale sędziowie zdecydowali się na uznanie jej nieważności właśnie dzięki zastosowaniu oczywistego kryterium w postaci wykluczenia przez ustawę gwarantowanego konstytucyjnie prawa do procesu z udziałem ławy przysięgłych. Nie przypadkiem właśnie sprawy dotyczące tego łatwego do wykazania naruszenia konstytucji stanowiły główny korpus wczesnych rozstrzygnięć o niekonstytucyjności.

Bezpośrednio odniósł się do tego zagadnienia Hamilton w artykule osiemdziesiątym pierwszym *Federalisty*, polemizując z argumentem Antyfederalistów, iż Sąd Najwyższy będzie interpretował prawo zgodnie z duchem Konstytucji, co oznaczać będzie jego nadrzędność nad władzą ustawodawczą. Hamilton przekonuje, że nie ma ani jednej sylaby w poddanym dyskusji planie (czyli w Konstytucji), która bezpośrednio upoważniałaby sądy federalne do interpretowania prawa zgodnie z duchem Konstytucji. Dalej zaś wyjaśnia: „Przyznaję jednakże, że Konstytucja powinna być wyznacznikiem interpretacji przepisów, a gdy tylko występuje oczywista sprzeczność (*evident opposition*), przepisy winny ustępować Konstytucji”¹⁶. Wymowne są również podane przez Hamiltona przykłady wynikających z Konstytucji ograniczeń władzy ustawodawczej, które egzekwowane w praktyce mogą być wyłącznie przez sądy. Hamilton wprost podaje dwa przykłady: zakaz wymierzania kar ustawą (*bill of attainder*) oraz zakaz uchwalania ustaw retroaktywnych (*ex post facto Law*)¹⁷. Naruszenie tych właśnie zakazów mogło być łatwo oceniane, także przez ogół, sugerował Hamilton, więc przykłady te znakomicie wspierały argumentację na rzecz wykrywania przez sądy oczywistych naruszeń Konstytucji.

W 2006 r. Shlomo Slonim zwrócił uwagę na to, że w omówieniach orzeczenia *Marbury v. Madison* nieodmiennie uwzględnia się poglądy Hamiltona wyrażone w tekście siedemdziesiątym ósmym ze zbioru *Federalista*, co ma wskazywać na to, że *judicial review* było uznawane za zasadniczą część ustroju stworzonego w Konstytucji. Prawie wszystkie klasyczne opracowania znane wówczas Slonimowi pomijały jednak odniesienia do tekstów Brutusa, Antyfederalisty, któremu Hamilton w *Federaliście* odpowiadał¹⁸. Od tego czasu sytuacja uległa pewnej zmianie, m.in. odwoływał się do Brutusa w skierowanej do szerszego kręgu czytelników książce cytowany tu Lawrence Goldstone, a także Larry

¹⁵ *Ibidem*, s. 465.

¹⁶ *Federalist*, no. 81: *The Judiciary Continued, and the Distribution of the Judiciary Authority* (Hamilton), [w:] C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, s. 481.

¹⁷ *Federalist*, no. 78..., s. 465.

¹⁸ S. Slonim, *Federalist No. 78 and Brutus' Neglected Thesis on Judicial Supremacy*, „Constitutional Commentary” 2006, vol. 23, no. 1, s. 8-10. Pierwotnie tezy te wygłosił autor na konferencji w 2003 r.

D. Kramer czy Philip Hamburger. Tezy Brutusa są też ważnym elementem w prowadzonych w polskiej literaturze wywodach Andrzeja Bryka i Tomasza Wieciecha. Choć Brutus nieco wcześniej został więc „odzyskany” (na podobieństwo odzyskanego Iredella), a jego tezy nie zostały tak skutecznie wykluczone z oficjalnej historii amerykańskiego sądownictwa konstytucyjnego jak orzeczenie *Stuart v. Laird*, nadal aktualna pozostaje wskazówka Shlomo Slonima, że esej Hamiltona przedstawiany bez listu Brutusa stanowi tylko połowę dialogu. Co więcej, jak to szczegółowo analizuje Jack M. Sosin, chronologia wydarzeń wskazuje jasno na to, że autorzy *Federalisty* nie zajmowali się sędziowską kontrolą prawa w tych esejach, które ukazały się przed 20 marca 1788 r., czyli przed ogłoszeniem drukiem zasadniczego ataku Brutusa na Konstytucję z powodu groźby wywoływanej przez Sąd Najwyższy¹⁹. Wypowiedzi Hamiltona na temat sądownictwa były przede wszystkim próbą zneutralizowania argumentów Brutusa, najwyraźniej uznanych przez współautora *Federalisty* za celne.

Zbieżne jest to z moją wcześniejszą przestrogą, aby nie ulec wrażeniu, że takie wypowiedzi jak Hamiltona są świadectwem tego, jak wówczas cokolwiek bezosobowo „rozumiano”. Ten błąd popełnia m.in. cytowany już Isaac Unah, który przytaczając frazę Hamiltona o sądownictwie jako „najmniej niebezpiecznej władzy”, komentuje, że twórcy Konstytucji „mogli wielce zlekceważyć władzę sądownictwa, gdy skonkludowali, że sądownictwo jest »najmniej niebezpieczną władzą«”²⁰. Hamilton nie był ucieleśnieniem ani rzecznikiem grona twórców Konstytucji o rozmaitych motywacjach i poglądach, zwykle bardziej umiarkowanych od niego. Jego wypowiedzi nie miały nawet *imprimatur* formalnego współautora, czyli Madisona. Esaj Hamiltona był ponadto stanowiskiem strony sporu. Sporu bardzo głębokiego w swym szerszym wymiarze, ponieważ Federaliści (w obu mutacjach występujących we wczesnej republice) i ich oponenci zaciekle sprzecali się o podstawy ustroju państwa. W sporze tym przeciwnicy polityczni trafiali do więzień. W sporze tym doszło w Izbie Reprezentantów w 1798 r. do fechtunku przy użyciu drewnianej laski i szczypców do węgla. W obu poprzedzających zdaniach jednym z podmiotów był Matthew Lyon, co uzasadnia określenie go wcześniej mianem „porywczy”. W sporze tym wreszcie ginęli ludzie. Federalistę Alexandra Hamiltona zabił w pojedynku Aaron Burr. Wcześniej zginął w pojedynku najstarszy syn Hamiltona, zabity przez Republikanina oskarżającego jego ojca o spisek przeciwko Jeffersonowi. Richarda Spaighta po przystąpieniu do Republikanów zabił w pojedynku Federalista John Stanly. Spaight i Hamilton byli obaj delegatami podczas konwencji filadelfijskiej. Zwłoki Jamesa Callendera, „wywrotowego” dziennikarza, znaleziono na brzegu rzeki, a okoliczności jego rzekomego utonięcia pozostały niejasne. Callender został ułaskawiony po objęciu prezydentury przez Jeffersona, ale rozczarowany nieuzyskaniem stanowiska państwowego

¹⁹ J.M. Sosin, *The Aristocracy of the Long Robe...*, s. 264.

²⁰ I. Unah, *The Supreme Court in American Politics*, New York 2010, s. 24.

zaczął publikować kompromitujące prezydenta materiały²¹. Wspominam tu o pojedynkach z udziałem osób publicznie znanych, ale jak ocenił wówczas jeden z obserwatorów tych sporów, trzy czwarte pojedynków toczonych w Stanach Zjednoczonych wynikało ze sprzeczek politycznych²².

Retrospektywnie, odczytując poglądy Hamiltona przez pryzmat nadrzędności interpretacyjnej Sądu Najwyższego zadekretowanej w orzeczeniu *Cooper v. Aaron* w 1958 r. i późniejszej praktyki, można ulec złudzeniu, iż wszystko to obowiązuje od 1787 r., a już na pewno od 1788 r., kiedy to Konstytucję wyłożył Hamilton w *Federaliście*. W błyskotliwej interpretacji myśli Hamiltona zwraca jednak rzeczowo uwagę Andrzej Bryk na to, że „jego wywód, zaprezentowany w *Federaliście* nr 78, nie spotkał się z uznaniem twórców Konstytucji, a rozumowanie Hamiltona przedstawione w trakcie debaty ratyfikacyjnej było zdecydowanie na wyrost”²³.

Zwróćmy ponadto uwagę na intrygujący element skryty w wypowiedziach badaczy twierdzących, że *judicial review* zostało w zasadzie zaakceptowane po wyłożeniu zagadnienia przez Hamiltona w *Federaliście*. Podsumowując doktrynę *judicial review* „popartą przez Alexandra Hamiltona w znamienitym [eseju] *Federalista* nr 78”, stwierdza Charles F. Hobson, że ta wersja doktryny nie zyskała łatwej akceptacji, ale gdy Amerykanie zostali zmuszeni do przemyślenia i zrewidowania swych poglądów na temat suwerenności i podziału władzy, „z coraz większą trudnością mogli opierać się sile przekonywania *judicial review* jako logicznie uzasadnionej teorii oraz jako praktycznemu sposobowi zapewniającemu to, że władza powszechna będzie także władzą zorganizowaną i zgodną z Konstytucją”, co prowadzi tego autora do konkluzji, że w 1803 r. *judicial review* straciło już wiele ze swego kontrowersyjnego charakteru²⁴.

Przyjęcie takiego jednostronnego rozumowania prowadzi do nieuchronnego paradoksu, odsłaniającego zmitologizowany wymiar takich interpretacji. Jeśli po eseju Hamiltona Amerykanie, najwyraźniej *en masse*, nie mogli się oprzeć logicznie uzasadnionej teorii *judicial review* i w 1803 r. przestała być ona kontrowersyjna, a na dodatek, jak przedstawiają to podręczniki, w orzeczeniu *Marbury v. Madison* Prezes Marshall dokonał przełomu i „ustanowił” sędziowską kontrolę ustaw federalnych, to jak wytłumaczyć znany powszechnie fakt, że po 1803 r. na kilkadziesiąt lat zaniechano stosowania owej niekontrowersyjnej i logicznie uzasadnionej doktryny, zaakceptowanej przez Amerykanów? Jak zauważył John Brigham: „Wydaje się dziwne charakteryzowanie orzeczenia *Marbury* jako aktu ustanowienia kompetencji, jeśli ta kompetencja nie była

²¹ T. Fleming, *The Great Divide. The Conflict Between Washington and Jefferson That Defined a Nation*, Boston 2015, s. 296.

²² A. Taylor, *American Revolutions. A Continental History, 1750-1804*, New York 2017, s. 412.

²³ A. Bryk, *Konstytucjonalizm. Od starożytnego Izraela do liberalnego konstytucjonalizmu amerykańskiego*, Kraków 2013, s. 520.

²⁴ Ch.F. Hobson, *The Great Chief Justice. John Marshall and the Rule of Law*, Lawrence 1996, s. 64.

użyta przez kolejne 50 lat”²⁵. Podobne zaskoczenie wyraża Wacław Szyszkowski, piszący: „Ciekawe, że krytycy tego orzeczenia nie wytykali Marshallowi przywłaszczenia przez sąd sprawdzania konstytucyjności”. Wątpliwość tę uzupełnia przytoczony aprobatywnie pogląd, jakoby doktryna sądowej kontroli „wślizgnęła się prawie że niepostrzeżenie do amerykańskiej praktyki konstytucyjnej”²⁶.

Dużą część wyjaśnienia już znamy. Nie było żadnego przywłaszczenia, nie było żadnego wślizgnięcia, nie zawodzi intuicja badacza, skłaniająca do odnotowania zaciekawiającego braku krytyki, ponieważ konwencjonalne odczytanie orzeczenia *Marbury* jest oparte na historycznej fikcji. W istocie w orzeczeniu, które miało prawdziwe znaczenie, czyli w *Stuart v. Laird*, Sąd Marshalla wyrzekł się sięgnięcia po doktrynę *judicial review*, była ona bowiem tak kontrowersyjna, że jej praktyczne skutki nie zostałyby zaakceptowane przez obóz Jeffersona, poparty w wyborach przez większość Amerykanów, którzy nie mieli najmniejszych trudności z odrzuceniem agitacji Hamiltona i innych Federalistów. Tak jak to zalecał Antyfederalista Brutus, którego nie przypadkiem Charles F. Hobson pomija. Poglądy Hamiltona i Marshalla odrzucał w wyborach ten sam lud, którego wedle zapewnień Hamiltona miał być Prezes Marshall najdoskonalszym rzecznikiem. W swych *Wykładach na temat prawa* James Wilson zalecał wyzbycie się uprzedzeń, które nakazują określanie mianem przedstawicieli ludu wyłącznie członków legislatur. Tłumaczył, że wszystkie władze pochodzą teraz z jednego źródła, pobudzane są tymi samymi zasadami, „ci, którzy wykonują przepisy, oraz ci, którzy je stosują, są w takim samym stopniu sługami, jak i przyjaciółmi ludu, co ci, którzy je ustanawiają”²⁷. W 1803 r., po prześladowaniach za swą działalność wywrotową, Republikanie nie mieli żadnych powodów, aby ulegać fikcji, że Federaliści orzekający w sądach są ich „przyjaciółmi”.

Nie tylko konflikty polityczne z lat 90. XVIII w. powodowały, że teza, jakoby sędziowie byli przedstawicielami ludu broniącymi go przed samowolą legislatur, była jedynie postulatem, a nie opisem rzeczywistości. Trafnie rzecz nazywa Paul W. Kahn, stwierdzając, że z punktu widzenia Jeffersona i Republikanów prawo federalne i sądy federalne były wyrazem swoistego stronniczego bezprawia²⁸. Tak samo sytuacja wyglądała w poprzedzającej dekadzie. William E. Nelson bardzo słusznie wskazuje, że koncepcja *judicial review* jako środka ochronnego przed bezdusznymi legislatorami, którzy zdradzili zaufanie ludu, nie mogła dojrzeć w latach 80. XVIII w., zapewne z tego powodu,

²⁵ J. Brigham, *Political Epistemology. John Marshall's Propositions for Modern Constitutional Law*, [w:] T.C. Shevory (ed.), *John Marshall's Achievement. Law, Politics, and Constitutional Interpretations*, New York 1989, s. 163.

²⁶ W. Szyszkowski, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych (studium prawa konstytucyjnego)*, Warszawa 1969, s. 122-123.

²⁷ Cyt. za: G.S. Wood, *Empire of Liberty. A History of the Early Republic, 1789-1815*, New York 2011, s. 451-452.

²⁸ P.W. Kahn, *The Reign of Law. Marbury v. Madison and the Construction of America*, New Haven 1997, s. 13.

że była niezgodna z rzeczywistością, w której sądy w poszczególnych sprawach zajmowały stanowisko po jednej ze stron sporów dotyczących ważnych kwestii społecznych, dzielących ludzi na przeciwstawne stronnictwa polityczne. Do takich kwestii należały retorsje wobec lojalistów (*Rutgers v. Waddington* oraz *Bayard v. Singleton*) oraz reakcje legislatur na kryzys gospodarczy i problem zadłużenia (*Trevett v. Weeden*)²⁹.

W latach 90. XVIII w. wszystkie rozstrzygnięcia podejmowane w okręgach przez Sędziów w sprawach kontestowanych przez obie partie były rozstrzygane niekorzystnie dla opozycji politycznej, zauważa Jack M. Sosin, dodając, że powołanie przez Washingtona i Adamsa dwóch Sędziów, Jaya i Ellswortha, na delikatne misje dyplomatyczne upewniło Republikanów, że sądownictwo federalne jest tylko dodatkiem do partii Federalistów³⁰. Poczucie, że wrody Federaliści przejęli sądownictwo, nie opuściło Thomasa Jeffersona do ostatnich lat jego życia. W 1819 r. pisał w liście: „sądownictwo przy każdej okazji zmusza nas do konsolidacji”, a w 1824 r. przestrzegał w liście, że ci, którzy uprzednio zagarnęli miano federalistów, prawie bez wyjątku objęli w posiadanie władzę sądowniczą³¹.

W świetle tych argumentów z należnym dystansem można spojrzeć na pozornie logiczne rozumowanie współczesnego autora, Keitha E. Whittingtona, który, pieczołowicie zbierając argumenty na korzyść oryginalistycznej interpretacji Konstytucji, stwierdza, że skoro Konstytucja została spisana i ratyfikowana przez suwerenny lud, to stała się „prawem fundamentalnym, upoważniającym działania władzy i ograniczającym je, a w ten sposób ustanawiającym sędziowską kontrolę zachowań ustawodawczych”³². Wbrew intencji autora argument ten nie stanowi bynajmniej logicznego dowodu na nieuchronność i prawomocność sędziowskiej kontroli prawa, lecz potwierdza zatartą zmianę konceptualną. W opisywanym okresie Konstytucja nie była takim „prawem”, za jakie ze współczesnej perspektywy chciałby ją uważać Whittington, a dowodem na to jest m.in. właśnie to, że ustanawianie praktyki *judicial review* przebiegało nad wyraz ostrożnie w wąskim gronie Federalistów zainteresowanych taką działalnością, w 1803 r. zaś negatywna kontrola sędziowska aktów Kongresu została faktycznie zarzucona, ponieważ ani dla istotnej części elit z generacji założycieli, ani dla wyborców Republikanów taka władza sędziów nie stanowiła wcale naturalnej konsekwencji spisania Konstytucji. Podobnie nietrafne jest stwierdzenie współautora „oryginalistycznego” komentarza do Konstytucji, który odnosząc się do rzekomo „niezwykle spójnego” rozumienia władzy

²⁹ Zob. W.E. Nelson, *Changing Conceptions of Judicial Review. The Evolution of Constitutional Theory in the States, 1790-1860*, „University of Pennsylvania Law Review” 1972, vol. 120, no. 6, <http://dx.doi.org/10.2307/3311346>, s. 1172-1173.

³⁰ J.M. Sosin, *The Aristocracy of the Long Robe...*, s. 293-294.

³¹ M.A. Graber, *Federalist or Friends of Adams: The Marshall Court and Party Politics*, „Studies in American Political Development” 1998, vol. 12, no. 2, <https://doi.org/10.1017/S0898588X98001539>, s. 229.

³² K.E. Whittington, *Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, Lawrence 1999, s. 56.

sędziowskiej od 1787 r., stwierdza w oparciu o artykuły III i VI Konstytucji: „Powszechnie rozumiano, że te sformułowania oraz sam charakter konstytucji pisanej ustanowionej przez »Lud« upoważniały do sędziowskiej kontroli konstytucyjnej ważności działań władz”³³.

Zarówno ocena, iż od 1787 r. władza sądów w państwie amerykańskim rozumiana była w jednolity sposób, jak i teza, że od samego początku powszechnie rozumiano, że sędziom przysługuje kompetencja do podważania ustaw i innych działań pozostałych władz, są tak rozbieżne z rzeczywistością ustrojową, że niezamierzenie ukazują zasadnicze słabości prób formułowania ze współczesnej perspektywy uogólnionego i obowiązującego odczytania działań i poglądów polityków z XVIII w. Potwierdzają to zresztą dalsze uwagi cytowanego autora z kolejnych stron. Gdy stara się bardziej szczegółowo przedstawić owo „niezwykle spójne” rozumienie władzy sędziowskiej, zmuszony jest do sięgania po sformułowania takie jak: „wczesny Sąd prowadził działalność w oparciu o ograniczone pojęcie sędziowskiej kontroli”, „Jednakże pod koniec XIX w. Sąd zaczął (...)”, „W 1937 r. Sąd porzucił to podejście (...)”, „W skrócie, doktryny dotyczące przedstawiania spraw w formie podlegającej sędziowskim rozstrzygnięciom (*justiciability*) zmieniały się na przestrzeni lat i stosowane były ze zmienną stanowczością”³⁴. Jak widać, formuły o spójnym i powszechnym rozumieniu charakteru władzy sędziowskiej datowanym od 1787 r. są jedynie sloganami, z łatwością podważanymi w obrębie tego samego tekstu przez tego samego autora.

Choć podkreślam postulatowy i agitacyjny charakter przedstawionej przez Hamiltona w *Federaliście* argumentacji na rzecz zaakceptowania kompetencji sądów do unieważniania ustaw, nie zmienia to wysokiej rangi wypowiedzi tego nowojorskiego Federalisty. Inspirowały one uczestników debaty ratyfikacyjnej, sędziów, a zwłaszcza Johna Marshalla. Ich właściwa percepcja wymaga jednak uwzględnienia kontekstu, który powodował, że argumenty Hamiltona nie były zbyt radykalne, co jednocześnie oznacza, że miały one niewiele wspólnego z *judicial review* praktykowanym w XX w. Nie można zapominać o tym, że celem Hamiltona było pozyskanie poparcia dla Konstytucji, a nie jątrzenie jej przeciwników. Dlatego, jak to wyraża autor wprowadzenia do jednego z wydań *Federalisty*, Hamilton i piszący z nim Madison mieli powód nie tylko do pomniejszania własnego wrażenia wad Konstytucji, ale też do przedstawiania możliwie najlepszych argumentów na korzyść tego aktu, rozszerzając prawdopodobieństwo wywołania przezeń dobrych skutków w opis trwałych korzyści, które przyniesie Konstytucja³⁵.

Stephen M. Griffin pomocnie wyjaśnia, że Hamilton w eseju siedemdziesiątym ósmym argumentował na rzecz trzech elementów, które składały się na sędziowską kontrolę

³³ R.J. Pushaw Jr., *Judicial Vesting Clause*, [w:] D.F. Forte, M. Spalding (eds.), *The Heritage Guide to the Constitution*, Fully Revised Second Edition, New York 2014, s. 301.

³⁴ *Ibidem*, s. 301-303

³⁵ Ch.R. Kessler, *Introduction*, [w:] C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, s. ix.

we wczesnej republice, a mianowicie na rzecz niezależności sędziów, kompetencji do unieważniania aktów oraz dożywotniego zatrudnienia sędziów. Nie obejmowało to idei supremacji sędziów, a przeciwnie – w ujęciu Hamiltona kompetencji unieważniania ustaw towarzyszyły dwa ograniczenia, które później zostały zapomniane. Griffin wskazuje tu na zasadę wątpliwej sprawy, czyli na podkreślany już kilkakrotnie wymóg oczywistej niekonstytucyjności, a także wskazuje na odmienne rozumienie przez generację Ojców Założycieli relacji między prawem a polityką³⁶. Ten złożony wątek również był już wcześniej podnoszony, w tym miejscu można go sprowadzić do powszechnego poczucia, że sędziowie nie mogą rozstrzygać kwestii politycznych, a jedynie prawne, egzekwując ograniczenia konstytucyjne w zastępstwie ludu. Odbiorcy esejów Hamiltona mogli mieć więc wrażenie, że Publius bodaj najmocniej na tle poprzedników wyraża kompetencję sędziów do unieważniania ustaw, która nie zawiera już żadnego niesamowitego elementu, a oparta jest na szczególnej kwalifikacji do ustalania znaczenia Konstytucji sędziów, którzy „łączą w sobie wymaganą prawość z wymaganą wiedzą”³⁷. Równocześnie jednak Publius uspokajał czytelników, że nie ma powodu do obaw, chodzi bowiem tylko o przypadki oczywistej sprzeczności, a dodatkowo zasadniczo zgadzano się, że istnieje obszerny zbiór zagadnień natury politycznej, które nie podlegają ocenie prawnej. Co prawda degradacja Konstytucji do statusu nadrzędnej ustawy prowadziła ostatecznie do wniosku, że wszystkie kwestie konstytucyjne ulegają jurydykacji i rozstrzygane winny być przez sędziów, ale proces ten był bardzo powolny, nie mógł naturalnie zostać zadekretowany z dnia na dzień przez Jamesa Iredella i Alexandra Hamiltona, silne nurty powszechnego konstytucjonalizmu utrzymywały się jeszcze w drugiej połowie XX w.

Dla Alexandra Hamiltona wysoce korzystne było osadzenie swych tez dotyczących sądownictwa w intelektualnym krajobrazie choćby częściowo znanym adresatom esejów Publiusa. Jak to analizuje Philip Abbott, Publius (jako Madison i Hamilton) jest wybitnym narratorem, mistrzem fabuły, który wykorzystuje tę zdolność jako rodzaj artylerii zmuszającej do ulegnięcia jego teoretycznym innowacjom. Publius prezentuje się jako ostateczny autorytet w sprawach nowości, a zwłaszcza nowości zasadniczej, którą jest akt założenia państwa amerykańskiego. Uwodzi czytelników roztoczoną wokół siebie aurą tego, który wie, kiedy nowość jest nierozważna, a kiedy jest roztropną innowacją³⁸. Temu czarowi ostatecznego autorytetu przypisują to, że ulegali mu nawet tak przenikliwi badacze, jak Mark Tushnet, który poświęca całą wybitną książkę rozważaniom na temat uzasadnień *judicial review*, ale w warstwie historycznej polega w całości, niestety nietrafnie, na jednym tylko z współautorów *Federalisty*, pisząc skrótowo, że twórcy

³⁶ Zob. S.M. Griffin, *The Age of Marbury. Judicial Review in a Democracy of Rights*, [w:] M. Tushnet (ed.), *Arguing Marbury v. Madison*, Stanford 2005, s. 109-113.

³⁷ *Federalist*, no. 78..., s. 470.

³⁸ P. Abbott, *What's New in the Federalist Papers?*, „Political Research Quarterly” 1996, vol. 49, no. 3, <https://doi.org/10.1177%2F106591299604900304>, s. 543.

Konstytucji rozproszyli władzę także w ten sposób, że sądy miały kontrolować ustawodawstwo. W tym miejscu Tushnet odsyła jedynie przypisem do siedemdziesiątego ósmego artykułu *Federalisty*, zadowalając się utożsamieniem Hamiltona z twórcami Konstytucji³⁹. Notabene trójka autorów *Federalisty* bardzo przezornie skryła się też za wspólnym pseudonimem. Madison nie cieszył się poważaniem w Nowym Jorku, a jako Wirgińczyk był uważany tam za cudzoziemca. Odpowiednio w Wirginii za cudzoziemców uważano Hamiltona i Jaya⁴⁰. Choć argumenty Publiusza na rzecz kontroli sędziowskiej nie dotyczyły niepojmowalnej wówczas supremacji sądownictwa, przedstawiona przez niego wizja aktywnej władzy sądowniczej, ustalającej znaczenie Konstytucji i unieważniającej ustawy, była rzucającym się w oczy rozszerzeniem, by nie rzec nadinterpretacją, uzgodnienia dokonanego w Filadelfii, które ucieleśniło się w postaci przedłożonej do ratyfikacji Konstytucji z 1787 r. Na tle przedstawionych wcześniej epizodów i porewolucyjnych dyskusji wprost uderza, jak skromnie ujęto władzę sądowniczą w tekście Konstytucji w porównaniu z pozostałymi władzami.

Uwagi na temat struktur władzy stworzonych przez Federalistów oraz poglądów wyłożonych w zbiorze *Federalista* rozwinę jeszcze odwołaniem do koncepcji Stephena M. Engela dotyczącej stosunku amerykańskich polityków do sądownictwa⁴¹. W największym skrócie autor ten uważa, że wydzielić należy dwa zasadnicze okresy, do wojny domowej i następującej po niej tzw. Rekonstrukcji pokonanego Południa oraz okres późniejszy po współczesność. W pierwszym z tych okresów, w ramach dominacji idiomu obywatelskiego republikanizmu, elity rządzące nie akceptowały wielorakich interpretacji Konstytucji, w związku z czym gdy Sąd próbował przedstawiać alternatywne odczytania Konstytucji, był obiektem zdecydowanych ataków podważających jego legitymację. W okresie drugim, gdy górę stopniowo brał idiom liberalnego pluralizmu, traktujący współzawodnictwo partyjne i wielość interpretacji konstytucyjnych za normalny element ustroju, politycy przestali podważać władzę sądowniczą, nawet jeśli utrzymywana jest po czasy współczesne taka retoryka, mobilizująca zwłaszcza elektorat, natomiast skupili wysiłki na zaprzęgnięciu sądownictwa federalnego do realizacji własnych potrzeb politycznych. Nie w pełni jestem skłonny przyjąć tezę o dominacji tak rozumianego idiomu w opisywanym okresie wczesnej republiki, tezy te w mojej ocenie pasują dobrze do Federalistów, ale już mniej do obozu zwolenników Jeffersona, którego członkowie nie tłumili tak zdecydowanie odmiennych poglądów i nie prowadzili tak ostrych prześladowań opozycji politycznej. Gdy Stephen M. Engel stwierdza, że atak ludzi Jeffersona na sądownictwo był osadzony właśnie w republikańskiej idei, wyklu-

³⁹ M. Tushnet, *Red, White, and Blue. A Critical Analysis of Constitutional Law*, Lawrence 2015, s. 10.

⁴⁰ D. Adair, *The Authorship of the Disputed Federalist Papers. Part II*, „The William and Mary Quarterly” 1944, vol. 1, no. 3, <http://dx.doi.org/10.2307/1923729>, s. 236.

⁴¹ Zob. S.M. Engel, *American Politicians Confront the Court. Opposition Politics and Changing Responses to Judicial Power*, New York 2011.

czającej odrębne poglądy na temat treści Konstytucji, skłonny byłbym argumentować, w ramach przedstawianej tu szerokiej rekonstrukcji tych wydarzeń, że była to raczej reakcja na skrajne upolitycznienie sądów przez Federalistów, a Sędzia Chase zasługiwał na *impeachment*. Osobną kwestią jest też ocena, które z ostrych wypowiedzi polityków, a tych Republikanie Jeffersona rzeczywiście nie szczędzili sędziom, były raczej wyrazem gniewnej retoryki niż zapowiedzią faktycznych działań. Zwrócę jednak w tym miejscu uwagę na przenikliwą sugestię Engela, zauważającego, że obraz rozdzielonych instytucji, mających się wzajemnie kontrolować i równoważyć – chodzi tu więc o kanoniczne ujęcie formuły oddzielonych władz z rozdzielonymi kompetencjami, wyrażone w zbiorze *Federalista* i w samej Konstytucji – nie odpowiadał wcale faktycznym oczekiwaniom generacji Założycieli. Nie dopuszczali do siebie możliwości funkcjonowania partii, „fakcje” traktowali jako zło wcielone, a w takim razie, jak słusznie rozwija Engel, nie rozważali możliwości wystąpienia podziału w ramach władz (*divided government*) i oczekiwali rządów zjednoczonego reżimu federalnego⁴². Ta uwaga jest kolejnym argumentem na rzecz ostrożnego odczytywania esejów ze zbioru *Federalista*. Bardzo dobrze odpowiada też ona rzeczywistości politycznej w latach 90. XVIII w. i prezydentury Washingtona. Dobrze tłumaczy szczególnie całą opisywaną politykę personalną Federalistów w sądownictwie, zakończoną chaosem powołań z ostatnich dni prezydentury Adamsa.

⁴² *Ibidem*, s. 71.

W poszukiwaniu konstytucyjnych podstaw
sądowej kontroli prawa

Konstytucyjne ujęcie sądownictwa jest kolejnym z bardzo złożonych zagadnień, któremu w doktrynie amerykańskiej poświęcono sążniste rozprawy. Autor jednej z nich zaznacza na wstępie, że gdy Sędzia Felix Frankfurter wyraził w jednym ze zdań odrębnych opinii, że nie ma bardziej wyraźnego i ścisłego przepisu w Konstytucji od artykułu III, nie mógł być dalszy od prawdy, ponieważ ten poświęcony sądownictwu przepis nie tylko jest bardzo nieoczywisty, ale też został zmątniony sędziowskimi i akademickimi błędnymi interpretacjami¹. Atrakcyjna byłaby więc możliwość wykorzystania argumentu odwołującego się do autorytetu. Naturalnym kandydatem dla zwolenników *judicial review* byłby tu Alexander Hamilton, uczestnik konwencji filadelfijskiej i współautor *Federalisty*, cenionego bardzo nawet przez Thomasa Jeffersona, który nazwał ten zbiór „najlepszym komentarzem na temat zasad ustrojowych, jaki kiedykolwiek napisano”². Wizja sądownictwa kontrolującego ustawy przedstawiona w zbiorze *Federalista* nie może być jednak uznana za podsumowanie zgodnej woli Ojców Założycieli. W październiku 1788 r. James Madison – który na potrzeby argumentacji odwołującej się do autorytetu nie ustępowałby Hamiltonowi, a raczej zdecydowanie go przewyższał jako faktyczny architekt Konstytucji – komentował:

W konstytucjach stanowych i w istocie także w federalnej nie zawarto przepisów dotyczących różnicy zdań na temat ich wykładania; a ponieważ sądy zwykle ostatnie podejmują rozstrzygnięcia, oznacza to, że odmawiając lub nie odmawiając egzekwowania prawa, przydają mu ostatecznego charakteru. To czyni władzę sądowniczą faktycznie nadrzędną wobec ustawodawczej, czego nigdy nie zakładano i co nigdy nie byłoby właściwe³.

¹ R.N. Clinton, *A Mandatory View of Federal Court Jurisdiction. A Guided Quest for the Original Understanding of Article III*, „University of Pennsylvania Law Review” 1984, vol. 132, no. 4, <http://dx.doi.org/10.2307/3311957>, s. 741.

² Cyt. za: J.M. Martinez, W.D. Richardson, *The Federalist Papers and Legal Interpretation*, „South Dakota Law Review” 2000, vol. 45, no. 2, s. 312.

³ Cyt. za: S. Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, New Haven 1990, s. 97.

Ponieważ w tekście Konstytucji przedłożonym do ratyfikacji znalazły się postanowienia dotyczące tak szczegółowych kwestii, jak urzędy i drogi pocztowe, dzienniki posiedzeń izb Kongresu czy też konieczność uzyskania zeznań dwóch świadków do skazania za zdradę, rozsądna wydaje się interpretacja, iż pominięcie w tym tekście tak podstawowej dla ustroju kompetencji, jaką byłoby unieważnianie ustaw przez sędziów, wytłumaczyć można na dwa sposoby. Po pierwsze, można utrzymywać, że w 1787 r. taka kompetencja była uważana za immanentny składnik władzy sędziowskiej, a więc za element oczywisty, niewymagający uwzględnienia, gdyż stanowiący naturę rzeczy. Ten pogląd uważam za całkowicie nieuzasadniony. Jak to przedstawiłem wyżej, w latach 80. XVIII w. unieważnianie ustaw przez sędziów było bardzo kontrowersyjnym zagadnieniem. Nawet w Wirginii można było najwyżej mówić o pewnej przychylności wobec takiego rozumienia władzy sędziów, nie istniał jednak w obrębie Konfederacji żaden konsens w tej sprawie, a elity polityczne skupione w legislaturach zwykle reagowały na nieliczne działania wyemancypowanych sędziów krytyką i retorsjami. Ponadto w Konstytucji nie brakuje jasnego określenia takich oczywistych zagadnień, jak kompetencja do ustanowienia swych regulaminów przez izby Kongresu, przyznanie kompetencji ustawodawczych ciału ustawodawczemu, czyli Kongresowi, czy np. wynagrodzenie prezydenta za jego służbę. Już w debacie ratyfikacyjnej doskonale znany był pogląd, wyrażony m.in. wprost przez Antyfederalistę Brutusa, wedle którego wyposażenie sądownictwa w kompetencję kontrolowania ustaw oznaczało radykalne zaburzenie konstrukcji ustrojowej zaproponowanej w Filadelfii i wywyższenie sądownictwa ponad pozostałe władze. Jeśli zatem tekst Konstytucji ma mieć jakiegokolwiek znaczenie, to rzetelna ocena wymaga przyznania, że w tekście Konstytucji sędziowskiej kontroli ustaw nie ujęto. Co więcej, jak relacjonuje Richard Beeman, kwestia federalnego sądownictwa przez większość obrad konwencji znajdowała się wyraźnie na dalszym planie⁴.

Drugie możliwe wytłumaczenie jest takie, że delegaci podczas konwencji nie zdecydowali się na wyrażenie kompetencji do sędziowskiej kontroli ustaw w tekście Konstytucji, choć zagadnienie było to już częściowo znane i dyskutowane, także w trakcie prac konwencji filadelfijskiej. Powody takiego pominięcia mogły być różne i złożone. Delegaci mogli uznać, że nie są w stanie sprawnie zająć się tą kwestią i pozostawili w Konstytucji pewne niedopowiedzenie. Mogło zabraknąć czasu, wyobraźni czy świadomości, że tak istotne zagadnienie wymaga rozstrzygnięcia w tekście. Autorom tekstu mogła przyświecać motywacja ominięcia kontrowersyjnego zagadnienia w celu ułatwienia procedury ratyfikacyjnej. Być może należy to pominięcie uznać po prostu za błąd, podobny do niefortunnie uregulowanej procedury wyboru prezydenta. Być może w spontanicznym zapale twórczym przeoczono konieczność rozstrzygnięcia granic władzy sędziowskiej.

W mojej ocenie właśnie to drugie, pojemne wytłumaczenie jest trafne. Nie oznacza ono, że sygnatariusze Konstytucji odrzucili sędziowską kontrolę ustaw. Oznacza, że

⁴ R. Beeman, *Plain, Honest Men. The Making of the American Constitution*, New York 2009, s. 236.

z jakichś powodów, zapewne niejednoznacznych, w uzgodnionym tekście takiej kompetencji nie zawarli. Wyrazem całkowitego pomieszenia planów historycznych jest jednak teza Johna E. Semonche, jakoby ograniczona dyskusja na temat sędziowskiej kontroli „wskazywała na to, że pewna liczba delegatów zakładała, że Sąd dysponował będzie taką kompetencją”⁵. Nieco szerzej przedstawiłem dwa pierwsze etapy rozwoju *judicial review* i na tej podstawie przestrzegałem przed stosowaniem bezosobowych generalizacji, starając się wykazać, że stosunek do władzy sędziowskiej w okresie poprzedzającym konwencję był zróżnicowany, choć niewątpliwie w okresie tym narastała w pewnych środowiskach, zwłaszcza wśród części prawników, akceptacja unieważniania ustaw przez sędziów. Zauważmy jednak, że nieznaczna zmiana uwypuklanych elementów w takiej relacji prowadzi Matthew P. Harringtona do wypowiedzi, która sugeruje odmienne, nieprzychylnie *judicial review* ogólne nastawienie elit tego okresu:

W latach bezpośrednio następujących po Rewolucji przeciwnicy *judicial review*, jak się wydaje, zdołali wzbudzić na tyle wystarczające wątpliwości w umysłach teoretyków politycznych i prawnych, że sądy rzadko korzystały z władzy badania konstytucyjności aktów ustawowych. W istocie przed rozpoczęciem konwencji federalnej w 1787 r. było tylko, jak się wydaje, osiem spraw, w których sądy państw rozpatrywały rzekomo konstytucyjność aktu legislatury. Interesująca w tych wczesnych sprawach jest demonstrowana w nich pewna niechęć ze strony sądów do rozważania kwestii konstytucyjnej⁶.

Można dyskutować o dokładnej liczbie owych spraw, ale było to raczej jedynie kilka epizodów, a gdy spojrzy się na nie w taki sposób jak Matthew P. Harrington, dostrzeże się raczej wątpliwości, którymi też można wytłumaczyć brak rozstrzygnięcia tego zagadnienia w tekście Konstytucji. Spojrzenie takie jest również uprawnione, dlatego podkreślałem indywidualny wymiar polemik w sprawie kontroli sędziowskiej i rozbieżności w ich interpretacji. Przykładem niech będzie Elbridge Gerry, który ze zdumieniem wyraził podczas konwencji uwagę, że w niektórych amerykańskich państwach sędziowie naprawdę odrzucili przepisy uznane za niezgodne z konstytucją⁷.

Zgodnie w początkowymi wyjaśnieniami same prace konwencji filadelfijskiej nie odbywały się zgodnie z prawem, a dynamika zgody tworzyła własną legitymację. Tak ekstraordynaryjny tryb stanowienia Konstytucji nakazywałby stosowanie do niej innej miary niż do wieloletnich, sformalizowanych prac konstytuancy. W wymiarze światowym był to bez wątpienia wielki republikański eksperyment. Zachęca to badaczy do analizowania postaw delegatów w Filadelfii i wyczytywania ich stosunku do sędziowskiej

⁵ J.E. Semonche, *Keeping the Faith. A Cultural History of the U.S. Supreme Court*, Lanham 1998, s. 26.

⁶ M.P. Harrington, *Judicial Review Before John Marshall*, „George Washington Law Review” 2003, vol. 72, no. 1/2, s. 73.

⁷ G.S. Wood, *The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less*, „Washington and Lee Law Review” 1999, vol. 56, no. 3, s. 796.

kontroli prawa z zachowanych fragmentów ich wypowiedzi oraz wynajdywania śladów tego stosunku w pokrewnych działaniach podczas konwencji. Tekst Konstytucji schodzi w takich analizach na odległy plan. Ten akurat aspekt jest trafnie ujmowany w konwencjonalnych przedstawieniach historii amerykańskiego sądownictwa konstytucyjnego, w których wiele uwagi poświęca się orzeczeniu *Marbury v. Madison*, a niewiele samemu tekstowi Konstytucji.

Ten kierunek myślenia wyznaczył sam Prezes Marshall, który w orzeczeniu *Marbury v. Madison* wielokrotnie powoływał się na spisany charakter Konstytucji, ale w całym swoim wywodzie na temat unieważniania przez Sąd ustaw nie powołał się wprost na żaden przepis Konstytucji, który przyznawałby mu taką kompetencję, w szczególności nie powołał się na artykuł III, określający władzę sądowniczą (ale niezawierający kompetencji do unieważniania ustaw). Zamiast tego przedstawił odbiorcom zbiór sylogizmów i retorycznych pytań. Wyrazem dystansowania się Prezesa wobec tekstu Konstytucji w całym pozornie silnie tekstualnym wywodzie jest okoliczność, że gdy w akapicie 147 odwołuje się do sekcji 2 artykułu III, parafrazuje go w sposób nieznacznie osłabiający własną argumentację. Prezes stwierdza: „Władza sądownicza w Stanach Zjednoczonych rozciąga się na wszystkie sprawy wynikające z konstytucji”. Przypomina to fragmenty artykułu III, ale sekcję 2 otwiera zdanie: „Władza sądownicza rozciąga się na wszystkie sprawy, rozpatrywane według prawa i słuszności, wynikające z Konstytucji (...)”, sekcję 1 zaś otwiera zdanie „Władza sądownicza w Stanach Zjednoczonych zostaje powierzona Sądowi Najwyższemu (...)”. W swej parafrazie Prezes Marshall połączył oba te zdania, usuwając element retorycznie dla niego najkorzystniejszy, czyli „Sąd Najwyższy”, któremu władzę powierzono i który Marshall uosabiał. Ten zaś fragment argumentacji Prezesa odwołuje się wprost do założenia omawianego etapu pierwszego, ponieważ chodzi w nim o konieczność uwzględniania Konstytucji w procesie rozstrzygania spraw, czyli o wykluczenie pełnej swobody ustawodawcy. Parafraza artykułu III nie służy jednak do omówienia ważniejszego w tym wywodzie problemu, charakterystycznego dla etapu drugiego, czy to właśnie sąd może po uwzględnieniu Konstytucji unieważnić ustawę.

Przyjrzyjmy się kluczowemu fragmentowi argumentacji Marshalla, zawierającemu pozorny sylogizm. W akapitach 151-155 wyliczył oczywiście, jego zdaniem, zakazy konstytucyjne, m.in. dotyczące opodatkowania eksportu stanowego, uchwalania godzącego w wybraną osobę dekretu pozbawiającego praw (*bill of attainder*) albo aktu retroaktywnego (*ex post facto*). Zakazy te miały wiązać sędziów, którzy odpowiednie sprawy musieliby rozstrzygać w oparciu o Konstytucję, a nie ustawy naruszające te zakazy. Kilka zdań wcześniej przygotował już swych czytelników tezą, że inne rozumienie byłoby zbyt ekstrawaganckie. Przypomnę też, że dwa z tych oczywistych zakazów, dotyczące *bill of attainder* i *ex post facto*, podał również Hamilton w omawianym powyżej artykule ze zbioru *Federalista*. Prezes Marshall wykonuje tu jednak dwa charakterystyczne dla jego stylu uniki, skrywane za deklaracją, że tylko podążanie za jego myślą nie będzie ekstrawagancją. Przede wszystkim, zauważa Mark Tushnet, współcześni czytelnicy często nie

mogą pojąć pewności siebie Marshalla w tym miejscu. Nawet jeśli uznamy, że sądy nie mogą egzekwować *bill of attainder*, nadal pozostaje pytanie, dlaczego to ocena sądu ma rozstrzygać o tym, że dany akt ma charakter zakazanego *bill of attainder*, a nie ocena Kongresu, że jego akt nie ma takiego charakteru⁸.

Czytelników niniejszej książki zachęcam do jeszcze mocniejszego zakwestionowania pewności Marshalla, gdy wspomną opisywaną powyżej sprawę szkunera „Peggy”, w której Marshall kilkanaście miesięcy przed orzeczeniem *Marbury* zastosował przepisy traktatu retroaktywnie, wywodząc, że jeśli po orzeczeniu wkracza prawo i pozytywnie zmienia normę regulującą sprawę, to nowe prawo musi być przestrzegane przez sąd apelacyjny. Logiczny pozór sylogizmu Marshalla zupełnie zaś zostałby obnażony, gdyby Prezes nie poprzestał na wyliczeniu garstki przepisów Konstytucji, którym próbował nadać oczywisty i niepodważalny charakter, lecz gdyby wykorzystał w swej argumentacji tak podatne na rozbieżne interpretacje przepisy, jak wyliczenie kompetencji przyznanych Kongresowi, ochrona wolności słowa czy zakres właściwości Sądu Najwyższego. Czytelnicy nie tylko współcześni, lecz także ci z 1803 r. wiedzieli doskonale, jak zażarte spory toczyły się na temat dopuszczalności ustanowienia banku przez władze federalne oraz na temat konstytucyjności prześladowań za działalność wywrotową. Wieloznaczność artykułu III Konstytucji pokazał zaś w orzeczeniu *Marbury* sam Prezes, wynajdując w nim normę przeciwną do kilkunastoletniego wówczas i niebudzącego innych protestów przepisu ustawy o sądownictwie przewidującego wydawanie nakazów sądowych, choć w tej partii orzeczenia musiał wspomóc się pominięciem fragmentu artykułu III, który w interpretacji dalekiej od ekstrawagancji mógł zostać uznany za zezwolenie na stosowne poszerzenie zakresu właściwości Sądu ustawą.

Podstawy *judicial review* nie można znaleźć bezpośrednio w pracach konwencji filadelfijskiej ani wprost w przedłożonym przez nią tekście Konstytucji. Świadomy był tego Prezes Marshall, inaczej uzasadniający swe rozstrzygnięcie. Nie popełniają też błędu autorzy opracowań na temat *judicial review*, gdy debatom w Filadelfii poświęcają stosunkowo niewiele miejsca i uwagi. Edward S. Corwin, klasyk amerykańskiej myśli konstytucyjnej, wyraził tę kwestię dobitnie w 1938 r. w swym wykładzie:

Zacniemy od faktu, że sędziowska kontrola aktów Kongresu była wielokrotnie traktowana przez jej najważniejszych zwolenników w początkowym okresie jako oparta głównie na „zasadzie” lub „doktrynie”, która była raczej domniemywana niż wyraźnie wyrażona w samej Konstytucji. Nie uważano jej, innymi słowy, za coś, co konkretnie przyznano, jak np. prawo weta prezydenta, ale za coś zespolonego z Konstytucją, jak współcześnie prawo prezydenta do usuwania ze stanowisk, w drodze rozumowania i wynikania⁹.

⁸ M. Tushnet, *Red, White, and Blue. A Critical Analysis of Constitutional Law*, Lawrence 2015, s. 12.

⁹ E.S. Corwin, *Court Over Constitution. A Study of Judicial Review as an Instrument of Popular Government*, Princeton 1938, s. 3-4.

Autor ten powołuje się następnie na Hamiltona, który w cytowanym już fragmencie eseju osiemdziesiątego pierwszego przyznaje, że nie ma ani jednej sylaby w poddanym ratyfikacji projekcie, czyli w Konstytucji, która bezpośrednio upoważniałaby sądy federalne do interpretowania prawa na podstawie ducha Konstytucji lub która dawałaby im w tym zakresie większą swobodę niż sądom stanowym¹⁰.

Skoro w samej Konstytucji nie zawarto nawet sylaby dotyczącej *judicial review*, wspomnę jedynie skrótowo, że badacze genezy tej instytucji skupiają uwagę na tych spośród debat toczonych w Filadelfii w 1787 r., które dotyczyły Rady Rewizyjnej (Council of Revision). Był to element przygotowanego przez Madisona planu z Wirginii, polegający na stworzeniu Rady, składającej się z prezydenta i niedookreślonej, „stosownej” liczby sędziów federalnych, która miałaby m.in. prawo do prewencyjnej kontroli ustaw federalnych¹¹. W pogłębionej analizie tej propozycji Andrzej Bryk przedstawia m.in. zróżnicowane postrzeganie Rady Rewizji, jak tłumaczy nazwę organu, genezę tego typu rad, a zwłaszcza przykład Rady Rewizji działającej w państwie Nowy Jork¹². Zawarcie w projekcie konstytucyjnym specjalnego organu zajmującego się badaniem konstytucyjności ustaw federalnych oznaczałoby stworzenie co najmniej konkurencyjnego modelu wobec istniejącej sądowej kontroli ustawodawstwa. Zdaniem Philipa Hamburgera złożona przez Jamesa Madisona i Jamesa Wilsona propozycja federalnej rady rewizyjnej, polegającej na stworzeniu z dwóch pozostałych władz przeciwwagi dla mającej powszechne źródło władzy ustawodawczej, została w zażartej debacie czterokrotnie odrzucona z powodu wywołania przez tę propozycję „wewnętrznego zagrożenia dla niezależności oczekiwanej od urzędu sędziowskiego”. Obawy swych kolegów podsumować miał delegat Nathaniel Ghorum (częstsza, użyta wcześniej pisownia nazwiska to Gorham), który stwierdził, że wszyscy zgadzają się co do potrzeby stworzenia ograniczenia wobec legislatury federalnej, ale zastrzeżenia budzi udział sędziów, którzy zajmując się wykładnią prawa, powinni czynić to bez uprzedzeń¹³.

Madison uważał, że najsilniejsza identyfikacja ludu z Izbą Reprezentantów wymaga stworzenia odpowiednio silnego organu, który mógłby się przeciwstawić Izbie, stąd propozycja złączenia prezydenta z sędziami. Gdy ten projekt został odrzucony, Madison zaproponował kontrolę ustawodawstwa Kongresu osobno przez prezydenta i osobno przez władzę sądowniczą, z możliwością odrzucenia weta tych dwóch władz przez kwalifikowaną większość trzech czwartych w Kongresie, a większością dwóch trzecich

¹⁰ *Federalist*, no. 81: *The Judiciary Continued, and the Distribution of the Judiciary Authority* (Hamilton), [w:] C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, New York 2003, s. 481.

¹¹ Zob. R.L. Jones, *Lessons from a Lost Constitution. The Council of Revision, the Bill of Rights, and the Role of the Judiciary in Democratic Governance*, „Journal of Law & Politics” 2012, vol. 27, no. 3, s. 485-488.

¹² A. Bryk, *Konstytucjonalizm. Od starożytnego Izraela do liberalnego konstytucjonalizmu amerykańskiego*, Kraków 2013, s. 506-512.

¹³ P. Hamburger, *Law and Judicial Duty*, Cambridge, Mass. 2008, s. 507-511.

odrzuć weta tylko jednej z pozostałych władz¹⁴. Warto wspomnieć w tym miejscu, że wcześniejsza nieufność do sędziów ustępowała, czemu sprzyjały ekscesy lokalnych legislatur. Reagowały one na zmienne namiętności wyborców tak bardzo, że stale nowelizowały przepisy, tworząc chaotyczne skupienia niejasnych i sprzecznych norm. W Vermont Rada Cenzorów stwierdziła, że „poprawione przepisy zostały zmienione – na powrót zmienione – poprawione – pogorszone; a utrzymywane są w takiej niestałości, że osoby w komisji obywatelskiej prawie nie wiedzą, co jest prawem”¹⁵. W sądach zaś zasiadali już amerykańscy patrioci, a nie przedstawiciele monarchy brytyjskiego, w tym sześcioro z trzydziestu dziewięciu sygnatariuszy Konstytucji pełniło znaczące stanowiska w sądownictwie¹⁶.

Zaznaczyłem, że Rada Rewizyjna stanowiła propozycję, która miała konkurować ze „zwykłą” sędziowską kontrolą prawa. Jej zwolennicy wprost podkreślali, że chodzi o znacznie szerszy wymiar kontroli niż ten, który realizowaliby sędziowie, stosując czy też wykładając prawo. Rada miałaby badać nie tylko „konstytucyjność” prawa, ale też mogłaby kwestionować przepisy niesprawiedliwe, niemądre i niebezpieczne¹⁷. Prezentowany jest więc pogląd, iż odrzucenie koncepcji Rady Rewizyjnej oznaczało przyznanie w Filadelfii sądom kompetencji do unieważniania ustaw federalnych¹⁸.

Kwestia ta jest jednak bardziej złożona i nie można jej sprowadzić do prostego rozumowania, zgodnie z którym odrzucenie bardziej radykalnej propozycji (czyli Rady Rewizyjnej) oznaczało milczącą aprobatę powszechnie akceptowanej i znanej kontroli sędziowskiej. Cytowany już Robert L. Jones podkreśla, że pozycja władzy sądowniczej w planie z Wirginii była zupełnie inna od współczesnego rozumienia tej władzy. Sędziowie poprzez Radę Rewizyjną pełniliby czysto polityczną funkcję ustrojową, zaangażowani w proces ustawodawczy i oceniający go wedle kryteriów pozaprawnych, ale równocześnie rolę ostatecznego arbitra przyznano Kongresowi, który mógł odrzucić weto Rady¹⁹. Nie można więc dokonywać interpretacji prac konwencji filadelfijskiej przez pryzmat wykreowanej w XX w. przez sądownictwo supremacji tej władzy i utrzymywać, że odrzucenie propozycji powołania Rady Rewizyjnej oznaczało akceptację *judicial review* w jego współczesnym znaczeniu. Rzeczowo ocenia pierwotne konstytucyjne ujęcie władzy sądowniczej Akhil Reed Amar, kiedy stwierdza, że gdyby Amerykanie zaprojektowali w 1787 r. Sąd Najwyższy nie jako wiernego sługę Izby Reprezentantów, Senatu i prezydenta, ale jako muskularnego nadzorcę, rutynowo uchylającego akty federalne jako czwarta izba prawotwórstwa federalnego, to trudno wytłumaczyć,

¹⁴ R.L. Jones, *Lessons from a Lost Constitution...*, s. 486.

¹⁵ Zob. M.P. Harrington, *Judicial Review before John Marshall*, s. 66.

¹⁶ A.R. Amar, *America's Constitution. A Biography*, New York 2006, s. 207-208.

¹⁷ R.L. Jones, *Lessons from a Lost Constitution...*, s. 488-489.

¹⁸ S.D. Gerber, *The Myth of Marbury v. Madison and the Origins of Judicial Review*, [w:] M.A. Graber, M. Perhac (eds.), *Marbury versus Madison. Documents and Commentary*, Washington 2002, s. 6.

¹⁹ R.L. Jones, *Lessons from a Lost Constitution...*, s. 494-495.

dlaczego Konstytucja przyznała trzem pierwszym izbom nieograniczoną władzę nad sposobem ustalania składu tej czwartej²⁰. Trafnie kwestię tę w szerszym wymiarze przedstawia Andrzej Kulig, tak pisząc o Kongresie: „mimo przyjęcia zasady podziału władzy, bez wątpienia ten organ traktowany był przez uczestników Wielkiej Konwencji jako zasadniczy, a zakresy działania pozostałych władz były pochodnymi uprawnień prawotwórczych Kongresu”²¹. Paweł Laidler pisze wprost: „w 1787 r. zaproponowano konstytucję, w której władza sądownicza miała odgrywać rolę drugorzędną w stosunku do roli prezydenta czy Kongresu”²².

Równie trudno pogodzić formułowaną w micie tezę o doniosłości Sądu w tekście konstytucyjnym z 1787 r. z informacją, że w pierwszych latach funkcjonowania Sądu jedyną osobą poważnie zainteresowaną utrwalaniem jego orzeczeń był Alexander Dallas, adwokat z Pensylwanii, który dołączał, niejako przy okazji, sprawozdania z orzeczeń Sądu Najwyższego do tomu zawierającego orzeczenia stanowego sądu najwyższego z Pensylwanii, i to z wieloletnim opóźnieniem. Orzeczenia od 1793 r. ukazały się w tomie wydanym w 1798 r., a orzeczenia z sesji w 1800 r. ukazały się dopiero w 1807 r. Gdy Sąd przeniósł się do Waszyngtonu, gdzie odrębną siedzibę uzyskał dopiero w 1935 r., Dallas zaprzestał spisywania orzeczeń i narzekał, iż przygotowany przez niego jako ostatni tom obejmujący 1800 r. cieszy się tak nikłym zainteresowaniem, że odda go na pastwę szczurów zamieszkujących pensylwański kapitol²³. Gdy Hamilton został zapytany przez potencjalnego klienta o pewne orzeczenie Sądu, mógł jedynie doradzić podróż do Filadelfii i Waszyngtonu, aby wypytać lokalnych prawników o to, co się wydarzyło²⁴. Już w 1797 r. studenci prawa w prowadzonej przez Tappinga Reeve’a szkole w Lichtfield (pierwszej uczelni prawniczej) w ramach zainscenizowanej rozprawy rozważali problem *judicial review*, wyrażając m.in. tezę, iż trudno im zakładać, że sędziom przyznano tak wielką i ważną kompetencję bez wzmianki na ten temat w Konstytucji²⁵.

Sądzę zatem, że dobrze oddaje niejasny w interesującym nas zakresie efekt prac konwencji filadelfijskiej Larry D. Kramer w słowach:

(...) pozostajemy niepewni co do tego, jaką rolę miała odgrywać sędziowska kontrola w odniesieniu do ustawodawstwa federalnego, jeśli w ogóle rolę taką przewidziano. Po

²⁰ A.R. Amar, *America's Constitution...*, s. 214. We fragmencie tym za trzecią „izbę” uznany jest przełożenie prezydent.

²¹ M. Grzybowski, A. Kulig, *Systemy ustrojowe Stanów Zjednoczonych i Kanady*, Kraków 2015, s. 26. Autorem rozdziału poświęconego Stanom Zjednoczonym jest Andrzej Kulig.

²² P. Laidler, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki: od prawa do polityki*, Kraków 2011, s. 38.

²³ G.E. White, *The Marshall Court and Cultural Change, 1815-1835*, New York 2010, s. 385 i przyp. 3, *History of the Supreme Court of the United States*, vol. 3-4.

²⁴ R. Brookhiser, *John Marshall. The Man Who Made the Supreme Court*, New York 2018, s. 95.

²⁵ B. Friedman, *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York 2010, s. 39-40.

głębszym zastanowieniu to milczenie nie jest tak niewytłumaczalne, jak można byłoby początkowo sądzić. Sędziowska kontrola nie była kwestią stojącą przed Konwencją. Kwestią tą było jak najlepsze zapobieżenie niemądrym i niekonstytucyjnym federalnym aktom ustawowym. Odpowiedzią było weto prezydenckie. (...)

Podczas dyskusji nad tym wetem część delegatów wyrażała wiarę lub nadzieję, że sądy będą także sprawowały kontrolę sędziowską. W przeciwieństwie jednak do zagadnienia supremacji federalnej nad prawem stanowym nie było potrzeby rozstrzygania roli, jaką miało odgrywać sądownictwo federalne w odniesieniu do ustawodawstwa federalnego. Niektórzy delegaci mogli sprzyjać sędziowskiej kontroli, inni mogli się sprzeciwiać, ale większość była zadowolona, że osiągnęli już to, co było potrzebne do nadania Konstytucji skuteczności. Różnice zdań na temat potrzeby wprowadzenia dodatkowej kontroli sędziowskiej były nieistotne i bezprzedmiotowe.

Można by zapytać, dlaczego żaden ze zwolenników *judicial review* nie pomyślał o wniosku w sprawie dodania tej kompetencji. Ponieważ nikt tego nie zrobił, możemy tylko zgadywać na temat ich powodów. Jedna rzecz wydaje się jednak jasna: nie stało się tak nie z tego powodu, że wszyscy czy choćby większość zgadzali się, że ta kompetencja była w sposób niezbędny dorozumiana, więc nie trzeba było niczego dodawać. Założenie, że sędziowska kontrola jest w jakiś sposób naturalna lub że samorzutnie tkwi we władzy sędziowskiej, było wyrażane dopiero, gdy naród zyskał znacznie więcej doświadczenia z taką praktyką niż w roku 1787. Jak w przypadku innych ograniczeń, sędziowska kontrola ustawodawstwa federalnego zostałaby poddana osobnej dyskusji i wyraźnie wyrażona w tekście, gdyby delegaci rozważali użycie jej do wprowadzenia Konstytucji w życie – tak jak to np. uczynili z supremacją federalną nad prawem stanowym. Dlaczego nikt nie zabiegał o coś podobnego w odniesieniu do konstytucyjności ustawodawstwa federalnego? Być może nawet ci, którzy uznawali możliwość sędziowskiej kontroli, nie sądzili jeszcze wtedy, że jest to na tyle poważne czy skuteczne ograniczenie, by zasługiwało na uwagę. A może uważali, że zabiegi na rzecz wprowadzenia takiego przepisu nie powiodłyby się, prawdopodobnie udaremnione przez połączenie delegatów przeciwnych sędziowskiej kontroli i delegatów, którzy nie chcieli prowokować niepotrzebnej kontrowersji w procesie ratyfikacji nowej Konstytucji. Niezależnie od wytłumaczenia, kompetencją sądów do kontroli ustawodawstwa federalnego nie zajęto się²⁶.

W tym obszerniejszym cytacie bardzo trafnie połączono przedstawiane powyżej wątki. W 1787 r. sędziowska kontrola ustaw była praktyką znaną z kilku epizodów i nadal kontrowersyjną. Michael J. Klarman słusznie zauważa, że choć klauzula supremacyjna w artykule VI wydawała się odnosić do jakiejś formy unieważniania przez sędziów ustawodawstwa, przynajmniej przez sędziów stanowych w kontekście interpretowania

²⁶ L.D. Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York 2004, s. 77-78.

prawa federalnego, to sama koncepcja sędziowskiego unieważniania prawa była całkiem radykalną koncepcją w 1787 r.²⁷ Główny architekt konwencji filadelfijskiej, James Madison, przedstawił podczas niej projekt, w którym przewidział dla sądownictwa wyraźnie odmienną funkcję: pełnoprawne uczestnictwo w procesie politycznym, jednak poza instytucjonalnym forum sądów, nade wszystko zaś z uznaniem pierwszeństwa Kongresu. Odrzucenie tego rozwiązania nie stanowiło wcale akceptacji rutynowej kontroli ustaw federalnych w sądach – „konwencja nie wyraziła niczego rozstrzygającego na temat sędziowskiej kontroli ustaw kongresowych”²⁸. Brak w Konstytucji wzmianki o *judicial review* oznaczał po prostu brak uzgodnienia tej kwestii i brak decyzji o przyznaniu tej kompetencji sądom. Nie zmieniają tego stanu rzeczy wypowiedzi niektórych delegatów dotyczące sędziowskiej kontroli. Okoliczność, iż nie poddano tego mechanizmu pod głosowanie, mogłaby raczej sugerować, że zwolennicy *judicial review* nie byli wcale przekonani co do możliwości pozyskania większości głosów delegatów za tym rozwiązaniem. Znakomicie widać ten aspekt w aktywności Alexandra Hamiltona podczas konwencji. Gubernator państwa Nowy Jork wysłał do Filadelfii trzyosobową delegację, w której Hamiltonowi towarzyszyli dwaj zaufani zwolennicy gubernatora, Robert Yates i John Lansing. Ich zadaniem było poskromienie wszelkich prób centralizacji władzy. Gdy dwóch Antyfederalistów opuściło konwencję, Alexandrowi Hamiltonowi nie wolno było głosować podczas jej prac (konieczna była obecność dwóch delegatów państwa), a sygnatariuszem Konstytucji stał się tylko dzięki wybiegowi formalnemu²⁹. Przywoływany Michael J. Klarman wylicza, że w trakcie obrad w Filadelfii ośmiu delegatów, w tym tak znaczący, jak Madison i Wilson, wyraziło tezę, że sędziowie na podstawie Konstytucji będą mogli unieważniać ustawy, a tylko dwóch delegatów wypowiedziało się jednoznacznie przeciwko sędziowskiej kontroli. Słusznie jednak autor *Framers' Coup* podsumowuje ten wątek słowami, że ponieważ temat sędziowskiej kontroli prawa nie był centralnym punktem dyskusji delegatów, a większość z nich prawdopodobnie niewiele myślała o tym zagadnieniu, „konwencja nie ustanowiła otwarcie podstawy ani sędziowskiej kontroli ustawodawstwa federalnego, ani dokonywania takiej kontroli przez sądy federalne”³⁰.

Przedstawiona w *Federaliście* przez Hamiltona wizja sądownictwa kontrolującego ustawy nie była w żadnej mierze elementem oryginalnego komentarza do Konstytucji i nie może być uznana za wyraz zgodnej woli Ojców Założycieli. *Federalista* był manifestem partyjnym czy też protopartyjnym, o wybitnych walorach publicystycznych, historycznych

²⁷ M.J. Klarman, *The Framers' Coup. The Making of the United States Constitution*, New York 2016, s. 159.

²⁸ B. Friedman, *The Will of the People...*, s. 36.

²⁹ P. Finkelman, *Turning Losers into Winners. What Can We Learn, If Anything, from the Antifederalists?*, „Texas Law Review” 2001, vol. 79, no. 4, s. 872.

³⁰ M.J. Klarman, *The Framers' Coup...*, s. 160-161.

i naukowych. Znaczący zagadnienia, Douglas Adair, wskazuje zresztą, że propagandowa wartość *Federalisty* nie powinna być przeceniana, eseje te w swej pierwotnej, prasowej formie prawdopodobnie wpłynęły na niewielką część elektoratu. Znaczący natomiast wspomagały Federalistów podczas debat ratyfikacyjnych w Wirginii i Nowym Jorku, pozwalały liderom na organizowanie debat wokół poszczególnych zagadnień konstytucyjnych i przeszkalanie mówców³¹. Podobnie ujmuje to Pauline Maier, zauważająca, że poza państwem Nowy Jork cykl *Federalista* był mniej wpływowy w latach 1787-1788 niż w latach późniejszych, kiedy nazbyt często odczytywano go jako bezstronną, obiektywną analizę Konstytucji, a nie jako tendencyjne wypowiedzi pisane w trakcie desperackich zmagania w kluczowym dla ratyfikacji państwie³². Ta kolekcja esejów zdobyła uznanie w późniejszych latach po części z tego wyjątkowego powodu, jak tłumaczy Akhil Reed Amar, że z uwagi na autorstwo Hamiltona oraz Madisona mogli powoływać się na nie zarówno Federaliści bliscy Hamiltonowi, jak i Republikanie bliscy Madisonowi. W latach 1787-1788 niezwykle wpływowa była argumentacja na rzecz Konstytucji autorstwa Jamesa Wilsona, która następnie została zapomniana, ponieważ Wilson był zbyt blisko związany z Federalistami, którzy zniknęli ze sceny politycznej³³. Zbiór *Federalista* nie był natomiast nigdy materiałem normatywnym, a w doktrynie amerykańskiej toczą się interesujące dyskusje na temat zasadności powoływania się na te eseje w orzecznictwie i dyskusjach ustrojowych³⁴. Współczesny badacz trafnie zauważa, że tylko wyrwywając *Federalistę* z historycznego kontekstu, w którym zbiór ten był odpowiedzią na zarzuty oponentów, można traktować go jako wiarygodną wypowiedź na temat znaczenia Konstytucji³⁵. Okoliczność, że w 1821 r. Prezes Marshall w orzeczeniu w sprawie *Cohens v. Virginia* nazwał *Federalistę* „kompletnym komentarzem na temat naszej Konstytucji”, jest tylko kolejnym dowodem na swobodne i instrumentalne formułowanie orzeczeń przez Prezesa. Dobitym, acz złożonym przykładem jest kwestia dotycząca sformułowania w artykule III Konstytucji, stwierdzającego, że władza sądowa rozciąga się m.in. na spory między stanem a obywatelami innego stanu. Wśród twórców i oponentów Konstytucji pojawiła się rozbieżność, czy klauzula ta wyłącza uznawane wcześniej i wywodzone z *common law* immunitety stanów, chroniące je przed pozwami osób prywatnych. Madison na

³¹ D. Adair, *The Authorship of the Disputed Federalist Papers. Part II*, „The William and Mary Quarterly” 1944, vol. 1, no. 3, <http://dx.doi.org/10.2307/1923729>, s. 236.

³² P. Maier, *Ratification. The People Debate the Constitution, 1787-1788*, New York 2010, s. xi.

³³ A.R. Amar, *America's Unwritten Constitution. The Precedents and Principles We Live By*, New York 2015, s. 250.

³⁴ Zob. m.in. D.T. Coenen, *A Rhetoric for Ratification: The Argument of „The Federalist” and Its Impact on Constitutional Interpretation*, „Duke Law Journal” 2007, vol. 56, no. 2, s. 469 i n.; D. McGowan, *Ethos in Law and History. Alexander Hamilton, The Federalist, and the Supreme Court*, „Minnesota Law Review” 2001, vol. 85, s. 755 i n.

³⁵ J.T. Kloppenberg, *Toward Democracy. The Struggle for Self-Rule in European and American Thought*, New York 2016, s. 425 i przyp. 47.

konwencji w Wirginii oraz Hamilton w *Federaliście* (nr 81) utrzymywali, że ochrona ta pozostała nienaruszona, ale w 1793 r. Sąd Najwyższy w orzeczeniu *Chisholm v. Georgia* odrzucił ich interpretację, uznając, że klauzula w artykule III usunęła wcześniejszą ochronę stanów wynikającą z *common law*³⁶.

Dyskusyjne jest nie tylko to, czy Publius uzgodnił swe stanowisko z delegatami filadelfijskimi, ale również to, czy Publius zgadzał się z samym Publiusem. Robert L. Jones, omawiając koncepcję ustrojową Madisona i jego rozczarowanie odrzuceniem Rady Rewizyjnej, ocenia, że idee zawarte w eseju siedemdziesiątym ósmym wpłynęły go w osłupienie. Madison zresztą najprawdopodobniej mógł ten esej przeczytać dopiero po publikacji w prasie, ponieważ na wczesnym etapie prac nad *Federalistą* zaprzestał wymiany wstępnych szkiców z Hamiltonem. Założenie Hamiltona, iż sądownictwo stało bliżej ludu niż legislatura, było antytetyczne w odniesieniu do całej struktury konstytucyjnej zaprojektowanej przez Madisona. W 1788 r. Madison miałby wielkie trudności z zaakceptowaniem nadrzędności sądownictwa nad legislaturą w demokratycznej hierarchii. Właśnie takiego błędu strukturalnego starał się uniknąć poprzez propozycję Rady Rewizyjnej. Madison uważał, że lud amerykański będzie się identyfikował ze swoimi przedstawicielami w Izbie Reprezentantów, a sędziowską kontrolę uzna za pozbawioną legitymacji, co uniemożliwi sądom korygowanie błędów Kongresu. Taką ocenę uzasadnia przekonująco Robert L. Jones m.in. wypowiedziami Madisona podczas prac w 1788 r. nad konstytucją dla Kentucky³⁷. Poglądów Hamiltona, które wyrażał podczas swego niepełnego udziału w konwencji filadelfijskiej, nie podzielał prawie żaden z pozostałych uczestników. Richard Beeman opisuje, że gdy 18 czerwca 1787 r. Hamilton wyłożył swoją wizję nowego ustroju w przeszło pięciogodzinnej przemowie, odpowiedzią była głucha cisza. Stanowisko Hamiltona, promującego rodzaj monarchii elekcyjnej, tak bardzo odbiegało od głównego nurtu republikanizmu, że ani jeden z delegatów nie skomentował go i obrady po prostu tego dnia zakończono³⁸. James T. Kloppenberg zauważa, że wspólny pseudonim maskował napięcia między autorami, a rozstrzygające okazało się to, że pierwsze dziewięć esejów wyrażające podstawowe stanowisko Publiusa napisali Hamilton z Jayem, więc Madison zmuszony był do poruszania się w obrębie struktury, która powstała, zanim dodał choćby jedno swoje słowo³⁹.

Uwypuklenie tak zasadniczej różnicy stanowisk między dwoma Publiuszami pogłębia naturalnie wątpliwości co do możliwości polegania na zbiorze *Federalista* jako na wykładni „oryginalnej intencji” Ojców Założycieli, stąd moje wcześniejsze słowa o nadinterpretacji, jakiej dokonał Hamilton. Ponownie odwołując się do refleksji Pauline Maier,

³⁶ E.A. Young, *Citizen-State Diversity*, [w:] D.F. Forte, M. Spalding (eds.), *The Heritage Guide to the Constitution*, Fully Revised Second Edition, New York 2014, s. 328-329.

³⁷ Zob. R.L. Jones, *Lessons from a Lost Constitution...*, s. 518-522.

³⁸ R. Beeman, *Plain, Honest Men...*, s. 169.

³⁹ J.T. Kloppenberg, *Toward Democracy...*, s. 425-426.

rozbieżności między dwoma Publiuszami można uznać za przejaw szerszej kwestii, która ujawniła się w trakcie procesu ratyfikacji Konstytucji:

Kiedy pojawiła się krytyka Konstytucji, jej zwolennicy musieli wziąć w obronę przepisy Konstytucji, co do których, w istocie rzeczy, sami mieli często zastrzeżenia, i zmuszeni byli uchwycić sens zaproponowanego w niej ustroju w sposób, który znacznie przekraczał cokolwiek, co powiedziano czy nawet z czego zdawano sobie sprawę podczas federalnej Konwencji⁴⁰.

Umiarkowane rozumienie tego, co ustalono w Filadelfii, podnoszone przeze mnie współwystępowanie dwóch alternatywnych Konstytucji i instrumentalne wyemancypowanie amorficznego ludu przez Madisona i pozostałych Federalistów, ujawniło się zresztą w bardzo konkretnej postaci. Ray Raphael podaje, iż w latach 90. XVIII w. zdarzało się, że w trakcie obchodów Dnia Niepodległości oba przeciwne sobie obozy polityczne organizowały osobne parady patriotyczne, w których trakcie palono podobizny przeciwników, uczestnicy zaś deklarowali, że to oni są prawdziwymi Amerykanami, a nie druga strona⁴¹.

Warto również w tym miejscu skupić uwagę na innym elemencie zrekonstruowanej przez Roberta L. Jonesa postawy Madisona. Otóż wbrew retoryce Hamiltona przyjęcie jego wizji oznaczałoby akceptację faktycznej nadrzędności sądownictwa nad federalną władzą ustawodawczą, co doskonale musiał rozumieć Madison. W Konstytucji zaś faktycznie i bezpośrednio rozstrzygnięto podobną relację między organami władzy, właśnie w sposób opierający się na nadrzędności podmiotu kontrolującego. Uczyniono tak w artykule VI, w którym zawarto klauzulę supremacji. Nadrzędne obowiązywanie prawa federalnego egzekwowanego przez sądy federalne oznaczało podrzędność władz stanowych i podejmowanych przez nie rozstrzygnięć, w tym stanowych ustaw i konstytucji. Oczywiście dotyczyć to miało wyłącznie spraw przekazanych w Konstytucji władzom federalnym, ale nawet przed rozszerzeniem rozumienia wyliczonych w artykule I kompetencji przyznanych Kongresowi jasne było, że ucieleśniający sądownictwo federalne Sąd Najwyższy jest organem nadrzędnym wobec legislatur stanowych. To zresztą doprowadziło w latach 30. XIX w. do kryzysu konstytucyjnego w ramach sporu o *nullification*, którego zaczątki stanowiły omówione wcześniej *Rezolucje Wirginii i Kentucky*. Rozstrzygnięcie w Konstytucji kwestii federalnej i przesądzenie nadrzędności Sądu Najwyższego nad władzami stanowymi kontrastowało z brakiem takiego rozstrzygnięcia co do kontrolowania ustaw federalnych przez ten sam Sąd Najwyższy, który znalazłby się wobec Kongresu na podobnie nadrzędnej pozycji co wobec legislatur stanowych.

⁴⁰ P. Maier, *Ratification...*, s. 69.

⁴¹ R. Raphael, *Constitutional Myths. What We Get Wrong and How to Get It Right*, New York 2013, s. 158.

Słusznie stwierdza Jack N. Rakove, że pierwotnie tym wymiarem sędziowskiej kontroli prawa, który liczył się najbardziej, był wymiar federalizmu (a więc kontrola prawa stanowego), „w przeciwieństwie do konkurencyjnego (i teoretycznie bardziej interesującego) twierdzenia o supremacji sędziowskiej w postaci ostatecznej kontroli ustawodawstwa federalnego”⁴².

Odnotujmy po raz kolejny: tak jak kontrola prawa stanowego przez Sąd była wyrazem supremacji federalnej, tak kontrola prawa federalnego byłaby wyrazem supremacji Sądu, tym razem wobec władz federalnych. Sylvie Snowiss podkreśla, że o klauzuli supremacyjnej dyskutowano podczas konwencji filadelfijskiej wyłącznie w kontekście federalizmu, nie rozważano zaś nadrzędnego statusu Konstytucji nad ustawodawstwem federalnym, ponieważ koncepcja prawnie wiążącej konstytucji nie była jeszcze wtedy w pełni opanowana⁴³. Podobny pogląd wyraża Larry D. Kramer, stwierdzający, że klauzula supremacyjna stanowiła wyraźne polecenie dla sędziów, aby dawali pierwszeństwo prawu federalnemu przed prawem stanowym, ale nie podjęto podobnej decyzji, która zachęcałaby do sędziowskiej kontroli ustawodawstwa federalnego, a nawet optymistyczni zwolennicy *judicial review* musieliby przyznać, że praktyka była wysoce niejasna. Dlatego, zaznacza cytowany autor, wprowadzenie klauzuli supremacyjnej przesądzało o sędziowskiej kontroli prawa stanowego, ale nawet nie zaproponowano podobnego rozwiązania w odniesieniu do kontroli ustawodawstwa federalnego, a prawo weta ostatecznie przyznano prezydentowi⁴⁴.

Ponieważ cytuję tu m.in. Jacka N. Rakove’a i Larry’ego D. Kramera, zadziwiające, że odwołania do tych samych tekstów obu autorów są wskazane w suchym przypisie, na którego podstawie Stephen M. Engel stwierdza w jednym zdaniu, że w Filadelfii uznano, iż sądownictwo będzie wystarczające do zajęcia się zarówno obowiązkami wertykalnymi, jak i horyzontalnymi⁴⁵. W płaszczyźnie horyzontalnej, czyli właśnie dotyczącej owej teoretycznie bardziej interesującej, jak pisał Rakove, kwestii kontroli ustawodawstwa federalnego, ocena ta jest całkowicie nieuzasadniona, zwłaszcza jeśli polegać na zniuansowanych wywodach autorów, których cytuje Engel. Kwestia ta jest o tyle istotna, że wadliwa przesłanka, na jakiej opiera się rozumowanie tego autora, znacząco podważa jego interesującą analizę relacji między władzą polityczną a władzą sądowniczą. Podobnie za wadliwą przesłankę uważam ocenę tego autora, że skoro reforma sądownictwa, która ostatecznie przybrała postać krótko obowiązującej ustawy o sądownictwie z 1801 r., uchylonej następnie przez obóz Jeffersona, rozpatrywana była

⁴² J.N. Rakove, *The Origins of Judicial Review. A Plea for New Contexts*, „Stanford Law Review” 1997, vol. 49, no. 5, <http://dx.doi.org/10.2307/1229247>, s. 1047.

⁴³ S. Snowiss, *Judicial Review...*, s. 41.

⁴⁴ L.D. Kramer, *The People Themselves...*, s. 75-76.

⁴⁵ S.M. Engel, *American Politicians Confront the Court. Opposition Politics and Changing Responses to Judicial Power*, New York 2011, s. 75.

już w 1790 r., to „charakteryzowanie tych reform jako stronnich środków przedsięwziętych przez odchodzącego prezydenta i Kongres jest zatem nieco nieścisłe”⁴⁶. Owszem, jak to przedstawiałem, rozważano tę reformę wcześniej, a Federaliści uważali Republikanów za zagrożenie dla ładu konstytucyjnego, ale gorączkowe podjęcie prac nad odłożoną wcześniej reformą i nocne powołania do aparatu federalnego bardzo ściśle można scharakteryzować jako czysto stronnice działania, mające też chronić majątek Federalistów pochodzący ze spekulacji gruntami.

Rzetelniejszą w swej alternatywności interpretację klauzuli supremacji w Konstytucji przedstawia Bradford R. Clark, którego zdaniem klauzula ta ma dualny charakter i w równym stopniu nakazuje sądom danie pierwszeństwa prawu federalnemu przed prawem stanowym, co danie pierwszeństwa Konstytucji przed prawem federalnym, ponieważ w artykule VI mowa jest o ustawach Stanów Zjednoczonych uchwalonych na podstawie Konstytucji czy też zgodnie z nią (*in pursuance thereof*). To skłania Bradforda R. Clarka, polemizującego z Larrym D. Kramerem, do rozwijania teorii unitarnego *judicial review*⁴⁷. Oceniam jednak, że ten ostatni pogląd nie jest trafny, jeśli rozumieć go jako opis intencji zawartej w tekście Konstytucji w 1787 r. Artykuł VI wyraża podległość stanów wobec federacji, natomiast nie przesądza tożsamości podmiotu, który mógłby oceniać zgodność ustaw federalnych z Konstytucją. Zwrot *in pursuance thereof* może być też odczytywany jako element kompetencyjnego opisu ustaw federalnych, oznaczający, że stany związane są tymi ustawami, które Kongres wydał na podstawie przyznanych mu w artykule I kompetencji.

Omawiając wieloaspektowo orzeczenie *Marbury*, Dorota Lis-Staranowicz przytacza pogląd, że zwrot *in pursuance* w artykule VI nie oznacza, że ustawy muszą być zgodne z Konstytucją w sensie materialnym, lecz przepis ten pozwala co najwyżej na stosowanie formalnej kontroli konstytucyjności ustaw Kongresu⁴⁸. Nawet gdyby uznać, że właśnie w artykule VI twórcy Konstytucji zajęli się wprost kontrolą konstytucyjności prawa federalnego, co jest odosobnionym stanowiskiem, to możliwą odpowiedzią w 1787 r. byłaby rozpoznana zaledwie kilka lat wcześniej w opisywanym etapie pierwszym teza, że Konstytucja istotnie nakłada na ustawodawcę ograniczenia, ale ocenia je sam ustawodawca, a w ostatecznej instancji lud, zwłaszcza poprzez wybory. Takie podejście, w istocie obowiązujące w amerykańskim ustroju przez większość jego historii, pozwala na zredukowanie kluczowego problemu związanego z hierarchią amerykańskich źródeł prawa, które bardzo dobrze uchwycił Paweł Laidler. Precedensowe decyzje Sądu Najwyższego dotyczące Konstytucji i wpływające na zmianę rozumienia konkretnych

⁴⁶ *Ibidem*, s. 106.

⁴⁷ Zob. B.R. Clark, *Unitary Judicial Review*, „George Washington Law Review” 2003, vol. 72, no. 1/2, s. 322 i n.

⁴⁸ D. Lis-Staranowicz, *Legitymizacja sądowej kontroli prawa w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, Olsztyn 2012, s. 50.

unormowań konstytucyjnych w sposób nieunikniony zajmować muszą najwyższą pozycję w hierarchii, *ex aequo* na miejscu pierwszym z Konstytucją. To jednak jest niezgodne z treścią klauzuli supremacji, z której wynika jednoznacznie, że sama Konstytucja musi znajdować się na szczycie tej hierarchii. Gdyby ponad Konstytucją formalnie stał inny akt prawny, wykraczałby poza jakiegokolwiek ramy demokratycznej zasady rządów prawa. Nawet Hamilton nie opowiadał się jednoznacznie za przyznaniem decyzjom Sądu najwyższej z możliwych pozycji w hierarchii źródeł prawa, konkluduje ten istotny wątek Paweł Laidler⁴⁹.

Warto jeszcze w tym miejscu przytoczyć częściowo zbieżną z tym zagadnieniem i zasygnalizowaną uprzednio opinię Jacka N. Rakove'a, który stwierdza, że w trakcie prac nad Konstytucją i w ramach debaty ratyfikacyjnej sędziowską kontrolę ustaw wiązano głównie z mechanizmem federalizmu, a nie z podziałem władzy na szczeblu federalnym. Federaliści zapewniali swych oponentów, że federalne sądownictwo zapobiegnie przejmowaniu kompetencji przez Kongres kosztem uprawnień stanów. Antyfederaliści nie dawali temu wiary, uważając, że federalni sędziowie nie będą mieli motywacji do stania na straży granic między kompetencjami stanowymi i federalnymi, a raczej będą wspierać rozszerzanie władzy Kongresu⁵⁰. Autor ten cytuje ponadto bardzo interesujący fragment listu Madisona do Jeffersona napisanego kilka tygodni po zakończeniu konwencji filadelfijskiej, w którym odniósł się do odrzucenia swego postulatu, aby to Kongres mógł unieważniać, negować (*negative*) ustawodawstwo stanowe, sceptycznie oceniając powierzenie tej kontroli sądownictwu:

Można twierdzić, że władza sędziowska w naszym nowym ustroju będzie utrzymywać stany w obrębie ich ograniczeń i zastąpi negowanie ich przepisów. Odpowiedzią jest to, że wygodniej zapobiegać ustanowieniu przepisów, niż orzekać ich nieważność po ustanowieniu; że tak będzie szczególnie w tych przypadkach, w których przepisy krzywdzić będą jednostki, które mogą nie być zdolne do złożenia odwołania przeciwko stanowi do najwyższego sądu; że stan, który naruszy kompetencje ustawodawcze Unii, nie będzie szczególnie skłonny do podporządkowania się orzeczeniu sędziowskiemu na jej rzecz; a wreszcie, że uciekanie się do siły, które okaże się niezbędne w przypadku nieposłuszeństwa, jest złem, które nowa Konstytucja miała wykluczyć, na ile to możliwe⁵¹.

Madison nie tylko wykazuje się tu profetyzmem, antycypując wojnę secesyjną, ale też przenikliwie obnaża niedorzeczność wiary, że w sytuacji realnego konfliktu nieposłuszne władze stanowe ugną się akurat przed federalnym sądownictwem. Uprzedzając dalszy rozwój wypadków, dopowiem, że co najmniej do lat 60. XX w. w przypadkach

⁴⁹ P. Laidler, *Sąd Najwyższy...*, s. 65-67.

⁵⁰ J.N. Rakove, *The Origins of Judicial Review...*, s. 1050.

⁵¹ Cyt. za: *ibidem*, s. 1048.

takich konfliktów niewygodne dla władz stanowych orzeczenia „supremacyjne” Sądu Najwyższego mogły liczyć na wyegzekwowanie w tych nielicznych przypadkach, w których polityczne władze federalne skłonne były zastosować substytut prawa negacji, postulowanego przez Madisona, w postaci groźby interwencji federalnej na obszarze stanu lub silnych bodźców finansowych. Madison pisał zaś o łatwiejszym do wyobrażenia sobie wymiarze wertykalnym kontroli sędziowskiej, nie zaś o rodzącym jeszcze głębsze problemy wymiarze horyzontalnym.

Powyższy cytat z Madisona pokazuje przy tym dobrze pułapkę ahistorycyzmu, w jaką można wpaść, gdy interpretuje się przepisy Konstytucji z 1787 r., jednocześnie dokumentu historycznego oraz obowiązującego prawa fundamentalnego, ze współczesnej perspektywy, gdy znajomość rozwoju wypadków po dwóch wiekach zachęca do dostrzegania ich źródła w zamierzalnych wyborach normatywnych. Robert K. Faulkner z takiej właśnie perspektywy zauważył, że nawet daleko idący język sformułowań w artykule III, rozciągających władzę sędziowską na „wszystkie sprawy rozpatrywane według zasad prawa i słuszności”, skrywał daleko idące implikacje polityczne. „W szczególności, sądy federalne pozostawiono jako decydującą przeszkodę wobec dwóch sił wewnętrznych najbardziej przeciwnych nowej konstytucji, rządów stanowych i demokratycznych legislatur”⁵². Takie odczytanie artykułu III obowiązuje współcześnie, choć w istocie w konkretnych epizodach oporu stanowego wobec władz federalnych skuteczność samych sądów federalnych była znikoma⁵³. Jednakże w XVIII w. przepis ten zawierał jedynie potencję takiej roli sądów. Trafnie zresztą Robert K. Faulkner dodaje po przytoczonych słowach, że społeczeństwo „początkowo nieświadome było potencjalnego konfliktu między odległym nowym sądownictwem a znajomymi starymi władzami”⁵⁴. Potencja ta nie była specjalnie wyzyskana w latach 90. XVIII w. przez Federalistów, którzy stworzyli wówczas rachityczną strukturę sądów federalnych, pozostających na uboczu rozstrzyganych na bieżąco wyzwań konstytucyjnych, a w debacie ratyfikacyjnej mogli nawet przedstawiać sceptykom ten problem odwrotnie: sądy federalne jako przeszkodę do uzurpacji kompetencji przez władze federalne. Jak widać, również Madison, w 1787 r. bardzo zainteresowany utworzeniem skutecznych przeszkód dla władz stanowych, które chciałyby kontestować Konstytucję, zupełnie nie pokładał wiary w to, że właśnie sądy będą takimi decydującymi przeszkodami.

Jeśli zatem szuka się w tekście Konstytucji podstawy sędziowskiej kontroli prawa federalnego, to artykuł VI jest wyborem z desperacji. W tym przepisie również nie

⁵² R.K. Faulkner, *The Marshall Court and the Making of Constitutional Democracy*, [w:] T.C. Shevory (ed.), *John Marshall's Achievement. Law, Politics, and Constitutional Interpretations*, New York 1989, s. 14.

⁵³ Zob. obszernie G.N. Rosenberg, *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?*, Chicago 2008.

⁵⁴ R.K. Faulkner, *The Marshall Court...*, s. 14.

zawarto podstawy kompetencyjnej takiej aktywności sędziów, choć można argumentować, że właśnie do klauzuli supremacyjnej taka kompetencja pasowałaby najlepiej – gdyby tylko w Filadelfii poważono się ją tam wstawić. Komentatorzy niepokodzeni z jej brakiem pokładają jednak szczególne nadzieje w artykule VI Konstytucji. Postawę tę dobrze opisuje Sanford Levinson, uważający, że debata na temat tego, czy praktyka *judicial review* jest legitymowana, była długa i ostatecznie bezowocna. Całkiem łatwo jednak odczytywać artykuł VI jako domyślne, wyrażone nie wprost upoważnienie dla *judicial review*. Na podstawie artykułu tego można bowiem stwierdzić, że Konstytucja jest najwyższym prawem powszechnym, a sędziowie w każdym stanie zobowiązani są do jej egzekwowania nawet wbrew konstytucji stanowej i aktom legislatur stanowych. Gdyby tego mieli nie pojąć, kontynuuje Levinson, wiąże ich przysięga określona dalej w artykule VI wymagająca wspierania tej Konstytucji. „To w sposób oczywisty dotyczy tylko sędziów stanowych i zwierzchności Konstytucji federalnej nad kolidującymi konstytucjami lub aktami stanowymi, ale dość łatwo sugerować, że to pojęcie zwierzchności konstytucyjnej ma zastosowanie do aktów uchwalanych nawet przez Kongres”⁵⁵.

Zwracam uwagę, że opisany jest tu psychologiczny raczej niż interpretacyjny mechanizm doszukiwania się w tekście Konstytucji kluczowej kwestii ustrojowej, opierający się na akceptacji, że tę kluczową kwestię zawarto domyślnie – choć jest to niezgodne z ówczesną praktyką, a nawet z ówczesnym horyzontem intelektualnym, w którym załóżki sędziowskiego udziału w stosowaniu Konstytucji zaledwie przybierały realniejsze kształty – a dotrzeć do niej można „łatwym” zabiegiem przeniesienia zobowiązania obciążającego podmioty jednoznacznie identyfikowane jako podległe władzy federalnej na poziom wyższy, czyniąc faktycznie z Kongresu podmiot podległy Sądowi Najwyższemu, a nawet podległy sędziom niższych instancji, bo przecież w sądach federalnych niższego szczebla również podważana jest kompetencja Kongresu do prawidłowego odczytywania znaczenia Konstytucji, a tylko nikły ułamek spraw trafia do rozpoznania przez Sąd Najwyższy. Oceniając krytycznie doszukiwanie się upoważnienia do unieważnienia przez sędziów ustaw federalnych w artykule VI, zwrócę także uwagę na prosty argument Gary’ego Lawsons. Otóż klauzula supremacyjna nie zawiera przekazania kompetencji żadnemu podmiotowi federalnemu, lecz jest regułą interpretacyjną dotyczącą rozwiązywania konfliktów pomiędzy władzami federalnymi a stanowymi⁵⁶.

Dostrzeżmy też łatwo umykający uwadze element tekstualny. Dotyczący sędziów fragment klauzuli supremacyjnej ma brzmienie: „Konstytucja i zgodnie z nią wydane ustawy (...) są najwyższym prawem powszechnym i tym samym wiążą sędziów w każdym stanie (...)”. Artykuł VI w ogóle nie wspomina o sądach federalnych, a zacytowany

⁵⁵ S. Levinson, *Framed. America's Fifty-One Constitutions and the Crisis of Governance*, New York 2012, s. 266.

⁵⁶ G. Lawson, *Supremacy Clause*, [w:] D.F. Forte, M. Spalding (eds.), *The Heritage Guide to the Constitution...*, s. 382.

fragment adresowany jest do sędziów stanowych. To sędziowie w sądach stanowych, w każdym stanie, zobowiązani są bezpośrednio do uznawania pierwszeństwa Konstytucji federalnej przed aktami stanowymi. Jeśli wyjątkowa, niedostępna innym relacja z Konstytucją jest przymiotem stanu sędziowskiego, jak przekonują za Marshalllem zwolennicy sędziowskiej kontroli prawa, to artykuł VI w dostateczny sposób nakłada obowiązek realizowania prymatu prawa federalnego na sędziów, tyle że stanowych. Gdyby zaś doszukiwać się w klauzuli supremacyjnej podstawy do horyzontalnej kontroli zgodności ustaw federalnych z Konstytucją, to na podstawie zacytowanego fragmentu jedynym adresatem tej kompetencji również są sędziowie stanowi. Nie wymaga wielkiej znajomości tła historycznego konwencji filadelfijskiej odpowiedź, że z pewnością delegaci nie powierzyli prawa do decydowania o zakresie władzy Kongresu sędziom stanowym, skoro cała Konstytucja oparta była na zamiśle ograniczenia pozycji władz stanowych tak bardzo, jak tylko było to możliwe.

Na takie odczytanie artykułu VI można ripostować, że jednak w dalszym fragmencie przepisu wspomniani są również sędziowie federalni. Podtrzymam tezę, że odniesienie do „sądów federalnych” w tym artykule nie pada, a dalsza część przepisu zupełnie już wyklucza poszukiwanie w nim właśnie wyjątkowej kompetencji do unieważniania ustaw, ponieważ ostatnia, trzecia klauzula w tym artykule, tzw. klauzula przysięg, adresowana jest do senatorów, reprezentantów, członków legislatur stanowych oraz wszystkich funkcjonariuszy władzy wykonawczej i sądowej (nie pada ani termin „sąd federalny”, ani nawet „sędzia federalny”, a jedynie „judicial Officers”), którzy na mocy składanej przysięgi zobowiązani są do przestrzegania czy też wspierania Konstytucji federalnej. Jeśli ta klauzula dotyczy w jakikolwiek sposób kontroli prawa federalnego, to w najlepszym wypadku daje podstawę do tzw. kontroli departamentalnej, poruszonej poniżej, a oznaczającej równą kompetencję rozdzielonych organizacyjnie i funkcjonalnie władz do oceny konstytucyjności własnych działań. Doprawdy trudno w „judicial Officers”, wymienionych na ostatnim miejscu, nawet po członkach legislatur stanowych, upatrywać pierwszoplanowych bohaterów artykułu VI, kontrolujących pozostałe władze.

Słusznie zauważa Ryszard M. Małajny, że klauzula supremacyjna mówi jedynie o hierarchii aktów prawnych, ale nie mogłaby posłużyć do rozstrzygania wszystkich konfliktów pomiędzy trzema najwyższymi organami państwa. „Gdyby np. każdy z nich odmiennie zinterpretował jakiś przepis konstytucyjny, to której wykładni należałoby przyznać prymat?”⁵⁷ Aktywność ustawodawcza pierwszego Kongresu, a więc ludzi, którzy 2 lata po Filadelfii zaczęli budować amerykańską republikę zgodnie z planem wytyczonym w Konstytucji, także jest znacząca. Pierwszą ustawą, jaką uchwalił Kongres, w czerwcu 1789 r., była ustawa o przysięgach. Ustawę o sądownictwie federalnym uchwalono pod koniec września, później niż ustawę dotyczącą Departamentu Wojny, ustawę o latarniach morskich, ustawę o cłach czy ustawę o rejestrze okrętów morskich. Oczywiście *Judiciary*

⁵⁷ R.M. Małajny, *Amerykański prezydencjalizm*, Warszawa 2012, s. 540.

Act of 1789 był dość rozległym aktem, wymagającym ustaleń i kompromisów, niemniej także ta kolejność nie pokazuje bynajmniej, że władza sądownicza była priorytetem w generacji Ojców Założycieli, a raczej przysłoniętym planem awaryjnym. Poszukiwania tekstualnej podstawy sędziowskiej kontroli prawa w amerykańskich konstytucjach (federalnej i wczesnych konstytucjach państw amerykańskich) prowadzą ostatecznie na manowce i adekwatnie Keith E. Whittington zauważa, że nieco krępujący jest brak wyraźnego uwzględnienia tak fundamentalnego aspektu amerykańskiego konstytucjonalizmu w tych tekstach⁵⁸. Nie zapominajmy też o podstawowej kwestii w realiach 1787 r. Sam akt stworzenia amerykańskich organów władzy federalnej, a więc i najwyższego organu władzy sądowniczej, oraz akt wyposażenia ich w kompetencje miał być jasno dokonany w Konstytucji. Ratyfikujący lud przekazywał kompetencje nowo stworzonym organom i poddawał się dobrowolnie ich władztwu, ale tylko w takim zakresie, jaki przewidywał to przedłożony do ratyfikacji tekst. Sędziowskiej kontroli prawa federalnego w nim nie przewidziano.

Pogłębiając tę kwestię, warto jednak zaznaczyć, że artykuł VI stanowił, acz nie bezpośrednio tekstualnie, czynnik sprzyjający nie tylko sędziowskiej kontroli prawa, ale wręcz dwudziestowiecznym roszczeniom Sędziów do supremacji konstytucyjnej, wyrażonym w 1958 r. w orzeczeniu *Cooper v. Aaron*. Nie było to prawidłowe, legalne przyznanie kompetencji, a raczej stworzenie pewnych ustrojowych warunków, w których mogła kiełkować supremacja sędziowska, a przed nią horyzontalna kontrola ustawodawstwa. Barry Friedman i Erin F. Delaney zauważają, że ostatecznie bardzo szczęśliwe dla sądownictwa okazało się odrzucenie w Filadelfii pierwotnego pomysłu Madisona, aby to Kongres mógł negować przepisy prawa stanowego. Delegaci uznali, że byłby to środek zbyt mocny. Popierający zwykle Madisona Gouverneur Morris stwierdził, że ta propozycja wzbudzi odrazę we wszystkich stanach. Zamiast kongresowego *negative* wprowadzono do Konstytucji klauzulę supremacyjną w artykule VI, a dzień później Madison zaproponował, by to sądy federalne uzyskały właściwość w kwestiach federalnych, czyli aby nadzorowały przestrzeganie prawa federalnego w sądach stanowych⁵⁹.

Dostrzeżmy tu zarysowane już wcześniej pragmatyczne kalkulacje układające się w pewien ciąg kompromisowych decyzji. Delegaci w Filadelfii wiedzieli, że muszą uwzględnić nieobecne „duchy”, i starannie wazyli, jak daleko mogą się posunąć. Nie poważyli się na to, by przyznać Kongresowi możliwość bezpośredniej kontroli nad ustawodawstwem stanowym. Nie poważyli się również na to, by w artykule VI przyznać zapobiegliwie Sądowi możliwość kontroli nad ustawodawstwem federalnym, gdyby w Kongresie arystokracji Rewolucji stracili przewagę. Supremacja nowych władz federalnych musiała jednak

⁵⁸ K.E. Whittington, *The Power of Judicial Review*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York 2015, s. 387.

⁵⁹ B. Friedman, E.F. Delaney, *Becoming Supreme. The Federal Foundation of Judicial Supremacy*, „Columbia Law Review” 2011, vol. 111, no. 6, s. 1150-1151 i przyp. 58.

zostać w Konstytucji zagwarantowana, to był przecież sens filadelfijskiego zamachu. Powierzenie Sądowi Najwyższemu kontroli wertykalnej, spajającej prawnie federację, wydało się w 1787 r. najmniej kontrowersyjnym rozwiązaniem, choć sam Madison, zgodnie z cytowanym fragmentem listu do Jeffersona, nie miał złudzeń co do skuteczności tego rozwiązania. Polityczne władze federalne miały więc motywację do wspierania Sądu, poprzez który władze stanowe mogły być utrzymywane w ryzach. To jednak, ale dopiero na przestrzeni blisko stulecia, stworzyło warunki do obejmowania kontrolą sędziowską nie tylko ustaw stanowych, lecz również federalnych. Po kolejnym stuleciu, w 1982 r., zasadnie identyfikował Leszek Garlicki na pierwszym miejscu federalizm jako zasadę ustrojową, która decydowała o pozycji sądów federalnych⁶⁰.

Omawiając pokrótce stosunek twórców Konstytucji do władzy sędziowskiej, należy odwołać się jeszcze do nowatorskich spostrzeżeń Jamesa E. Pfandera i Daniela D. Birka, którzy wskazali, że istotny wpływ na treść artykułu III Konstytucji miał szkocki system prawny⁶¹. Ustawa czy też traktat o Unii z 1707 r., na mocy którego powstało Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii, w artykule 19 gwarantował zachowanie odrębnego sądownictwa szkockiego. Sądownictwo szkockie miało znacznie bardziej uporządkowany charakter od sądownictwa angielskiego, stanowiło hierarchiczną strukturę, na której szczycie znajdował się Najwyższy Sąd Cywilny (Court of Sessions) oraz Najwyższy Sąd Karny (High Court of Justiciary). Ten system był znacznie lepiej znany generacji Ojców Założycieli, niż wcześniej sądzono. Szkoci emigrowali do Ameryki, a jeden z nich, James Alexander, przywiózł ze sobą w 1715 r. do Nowego Jorku zbiór książek, który stał się największą biblioteką prawniczą w kolonii. Z tego zbioru, zawierającego także pozycje na temat ustroju szkockiego, uczyło się prawa wielu sędziów, prawników i polityków w Nowym Jorku. Ruch odbywał się także w przeciwnym kierunku, wielu młodzieńców z zamożnych rodzin w koloniach wysyłano na studia do Szkocji, zwłaszcza z Wirginii. Wszyscy główni bohaterowie niniejszej książki, czyli Jefferson, Madison, Marshall i Hamilton, byli za młodu uczeni przez Szkotów⁶². W opinii Jamesa T. Kloppenberga Szkocja głęboko wpłynęła na oświecenie w Ameryce, nie tylko przez swe uniwersytety i pisarzy, ale też przez działalność dwóch Szkotów, wspomnianego Jamesa Wilsona i Johna Witherspoona⁶³. Zdaniem Pfandera i Birka to właśnie sędziowska piramida szkocka, czyli jednolita hierarchia sądów z wyraźnie określoną rolą nadrzędnego sądu w sprawach cywilnych, stała się wzorcem dla artykułu III w Konstytucji federalnej. Dla dalszych rozważań pewne znaczenie ma też interpretacja cytowanych autorów zawartej

⁶⁰ L. Garlicki, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki. Konstytucja – polityka – prawa obywatelskie*, Wrocław 1982, s. 10.

⁶¹ J.E. Pfander, D.D. Birk, *Article III and the Scottish Judiciary*, „Harvard Law Review” 2011, vol. 124, no. 7, s. 1614 i n.

⁶² *Ibidem*, s. 1633-1635.

⁶³ J.T. Kloppenberg, *Toward Democracy...*, s. 263.

w artykule III klauzuli dotyczącej ustanowionych w przepisach przez Kongres wyjątków (tzw. *Exceptions Clause*) w zakresie właściwości odwoławczej Sądu Najwyższego. Przykład szkocki obejmował zawartą w artykule 19 ustawy o Unii możliwość modyfikowania przez Parlament Zjednoczonego Królestwa ustroju sądownictwa szkockiego, ale w sposób nienaruszający gwarantowanej zwierzchniej pozycji Court of Sessions. Jeśli był to wzór dla twórców Konstytucji, na co wiele wskazuje, to również możliwość stanowienia przez Kongres wyjątków w zakresie właściwości odwoławczej Sądu Najwyższego powinna być rozumiana w sposób ograniczony do rutynowych modyfikacji ułatwiających wymiar sprawiedliwości, ale nienaruszających nadrzędnej pozycji Sądu⁶⁴.

Przedstawiona powyżej argumentacja wyklucza uznanie, że w 1787 r. oczywiste dla delegatów w Filadelfii było przyznanie kompetencji kontrolnej względem ustaw właśnie sądom i wyłącznie sądom. Sprawa ta nie została rozstrzygnięta w tekście Konstytucji, tak samo jak nie została rozstrzygnięta między delegatami. Polski badacz Andrzej Kulig celnie napisał, iż trudno ukryć fakt, że wyobrażenia Ojców Konstytucji o sądownictwie federalnym były dość mgliste i nie mieli oni pełnej wizji zakresu rzeczowego sądownictwa ani jego kształtu organizacyjnego⁶⁵. Zasadny wydaje się pogląd, że sądownictwo federalne usytuowano intencjonalnie pomiędzy politycznymi władzami federalnymi a władzami stanowymi. Tezy Iredella i Hamiltona, jakoby sądownictwo pośredniczyć miało między władzami federalnymi a suwerennym ludem, na poziomie tekstu konstytucyjnego mogły być traktowane jedynie jako postulat i propozycja interpretacyjna. Ani wcześniejsza, ani późniejsza praktyka w latach 90. XVIII w. nie potwierdzała, aby ten postulat traktowano jako oczywistą i powszechnie obowiązującą interpretację Konstytucji. Pozostając w zgodzie z tekstem Konstytucji i przebiegiem obrad w Filadelfii, można zaś co najwyżej stwierdzić – jak to czyni David B. Robertson, odwracając kierunek myślenia – że delegaci nie zakazali sędziowskiej kontroli aktów federalnych⁶⁶. Skoro jednak nowa Konstytucja miała stanowić akt nadania kompetencji nieistniejącym wcześniej władzom, to rezultat owego braku zakazu w sensie formalnym był tożsamy z brakiem kompetencji, a taką decyzję delegatów można też uzasadnić na głębszym poziomie. Zabiegi licznych autorów próbujących wskazać tekstualną konstytucyjną podstawę tej instytucji przypominają badania nad smokami prawdopodobieństwa opisane przez Stanisław Lema: smoki nie istnieją, ale u różnych autorów nie istnieją w zupełnie inny sposób, podobnie jak konstytucyjne upoważnienie dla *judicial review*. Z tych powodów uznają, że w wymiarze formalnym działania Prezesa Marshalla w 1803 r. były uzurpacją kompetencji do kontrolowania ustaw federalnych, której Konstytucja Sądowi nie przyznała i która nie była objęta konsensem elit prawniczych i politycznych, co skrótowno

⁶⁴ J.E. Pfander, D.D. Birk, *Article III...*, s. 1684-1685.

⁶⁵ M. Grzybowski, A. Kulig, *Systemy ustrojowe...*, s. 139.

⁶⁶ D.B. Robertson, *The Constitution from 1620 to the Early Republic*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook...*, s. 29.

wyraziłem przed laty⁶⁷. Gdyby zaś Konstytucja taką kompetencję przyznała, to podobnie jak w kontekście federalnym oznaczałoby to faktyczną nadrzędność Sądu nad Kongresem, co znakomicie i przenikliwie w debacie ratyfikacyjnej wyraził Brutus. Wątek ten powrócił także w debacie w Kongresie nad *Repeal Act*, kiedy senator Jackson ze stronnictwa Republikanów, odnosząc się do pokrewnej kwestii stałej gwarancji zatrudnienia sędziów, pytał, czy nie stawia to stworzenia ponad stwórcą, człowieka ponad Bogiem, makiety ponad mechanikiem⁶⁸.

⁶⁷ S. Kubas, *Powolywanie sędziów amerykańskiego Sądu Najwyższego*, [w:] P. Tuleja, M. Florczak-Wątor, S. Kubas (red.), *Prawa człowieka, społeczeństwo obywatelskie, państwo demokratyczne. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Pawłowi Sarneckiemu*, Warszawa 2010, s. 172.

⁶⁸ B. Friedman, *The Will of the People...*, s. 58.

Sądownictwo konstytucyjne w debacie ratyfikacyjnej

Podjmując próby ustalenia, co właściwie uregulowano w tekście Konstytucji w interesującym nas zakresie, warto też uwzględnić pesymistyczne sugestie Jamesa Q. Whitmana uzupełniające wcześniejsze uwagi o tajemnej nauce prawa. Zdaniem tego badacza próby wykrycia podstawowej logiki amerykańskiej myśli prawniczej w okresie rewolucyjnym skazane są na niepowodzenie. Myśl ta stanowiła „pogmatwany *mélange*, wytwór stuleci improwizacji jursprudencjalnych na tle stuleci złożonych przemian instytucjonalnych”. Nie możemy wyznaczyć precyzyjnie w osiemnastowiecznym świecie prawniczym rozumienia takich pojęć, jak „konstytucyjność” czy „prawa”. Zatem badania, które miałyby wyjaśnić rozumienie Konstytucji przez jej twórców, z góry uznane muszą być za zwodnicze. Nie możemy zrozumieć, co prawnicy okresu rewolucyjnego rozumieli przez pojęcie „konstytucji” czy „praw”, nie możemy tym bardziej ustalić głębszej tendencji jursprudencjalnej, na której opierałyby się ich pisma. Musimy zaakceptować fakt, konkluduje Whitman, że rewolucja amerykańska, jak większość podobnych wstrząsów, inspirowana była słabo przetrawionym ideowym grochem z kapustą pozbawionym wewnętrznej logiki, a więc pogmatwanym korpusem prawa, który nigdy nie dostarczy nam autorytatywnego dziedzictwa doktrynalnego¹.

Podobne zastrzeżenie formułuje Mark Tushnet, który swe omówienie i krytykę „wielkich teorii” w prawie konstytucyjnym osadza w dwóch ogólnych teoriach czy tradycjach obywatelstwa, liberalnej i republikańskiej, które rywalizowały w okresie tworzenia Konstytucji. Autor ten zaznacza jednak, że znaczna część publikacji na temat światopoglądów twórców Konstytucji jest skażona podstawowym problemem, jakim jest utrzymywanie przez badaczy, że twórcy byli wyrazicielami liberalizmu albo republikanizmu, podczas gdy prawie na pewno w ich generacji nie uporządkowano tych teorii tak, jak czynili to późniejsi autorzy w znacznie dłuższym okresie². Również krótkie omówienie debaty ratyfikacyjnej nie pozwoli na jednoznaczne ustalenie, jak rozumiano wówczas sędziowską kontrolę ustawodawstwa.

¹ Zob. J.Q. Whitman, *Why Did the Revolutionary Lawyers Confuse Custom and Reason?*, „University of Chicago Law Review” 1991, vol. 58, no. 4, <http://dx.doi.org/10.2307/1599981>, s. 1366-1368.

² M. Tushnet, *Red, White, and Blue. A Critical Analysis of Constitutional Law*, Lawrence 2015, s. 4 i przyp. 8.

Bernard Bailyn wskazuje, że w styczniu 1788 r. kwestia *judicial review* stała się ważnym i kontrowersyjnym zagadnieniem, jakim nie była na konwencji w Filadelfii. Kompetencje Sądu Najwyższego stały się przedmiotem zacieklego i błyskotliwego ataku Brutusa, który poświęcił temu siedem spośród swych szesnastu esejów publikowanych od stycznia do marca 1788 r.³ Cytowane eseje Hamiltona nr 78 i 81 były właśnie odpowiedzią na zarzuty Brutusa. Tożsamości Brutusa, być może zbiorowej, nie udało się dotąd ustalić. Jak stwierdziłem, przypadł mu w udziale los przegranych, a jego nauki nie weszły do kanonu obywatelskiego i znane są głównie specjalistom⁴, choć w drugiej połowie XX w., a zwłaszcza po 1981 r., kiedy ukazało się obszerne wydanie pism Antyfederalistów pod redakcją Herberta Storinga, odwołania do Antyfederalistów zaczęły się częściej pojawiać w orzecznictwie Sądu Najwyższego⁵. Długo uważano, że Brutusem był Robert Yates (towarzyszający przez pewien czas Hamiltonowi podczas konwencji filadelfijskiej)⁶. Obecnie badacze skłaniają się raczej ku przypisaniu podpisanych przez Brutusa tekstów Melanctonowi Smithowi⁷. Jeśli ta hipoteza jest trafna, to polemika Brutusa z Publiusem była kontynuacją sporu o odszkodowanie za browar w Nowym Jorku (sprawa *Rutgers v. Waddington* z 1784 r.). Jeśli Brutusem był Yates, który opuścił Filadelfię przeświadczony, że delegaci przekroczyli swe upoważnienia, to polemika Brutusa z Publiusem była kontynuacją sporu Yatesa z Hamiltonem, który opuszczony przez pozostałych dwóch delegatów z Nowego Jorku, Yatesa i Lansinga, nie mógł dysponować w trakcie obrad głosem tego państwa.

Sądownictwem kontrolującym ustawy Brutus zajął się zwłaszcza w eseju piętnastym z marca 1788 r. Walory tego tekstu i umożliwiany przezeń wgląd w umysłowość oponentów Federalistów, a przy tym mniej powszechna jego znajomość skłaniają do przytoczenia go w szerszych fragmentach.

W moim ostatnim tekście stwierdziłem, że sąd najwyższy w oparciu o tę konstytucję będzie wyniesiony ponad wszystkie inne władze i niepoddany żadnej kontroli. Celem niniejszego artykułu będzie dowiedzenie tego i pokazanie płynącego stąd niebezpie-

³ B. Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge, Mass. 1992, s. 330, przyp. 13.

⁴ S. Kubas, „Niczym Homer dla poetów epickich” – brytyjskie inspiracje dla amerykańskich ojców założycieli, [w:] R. Kłosowicz et al. (red.), *Konstytucjonalizm, doktryny, partie polityczne. Księga dedykowana Profesorowi Andrzejowi Ziębie*, Kraków 2016, s. 439.

⁵ Zob. A. Zelinsky, *Misunderstanding the Anti-Federalist Papers. The Dangers of Availability*, „Alabama Law Review” 2012, vol. 63, no. 5, s. 1074-1076.

⁶ *Ibidem*, s. 1097.

⁷ Zob. S. Cornell, *The People's Constitution vs. The Lawyer's Constitution. Popular Constitutionalism and the Original Debate over Originalism*, „Yale Journal of Law & the Humanities” 2011, vol. 23, no. 2, s. 311; M.J. Klarman, *The Framers' Coup. The Making of the United States Constitution*, New York 2016, s. 318.

czeństwa. Wątpię, czy świat widział kiedykolwiek sąd obdarzony tak ogromną władzą, a jednocześnie w takim stopniu wyłączony z odpowiedzialności. Pewne jest to, że w Anglii i w innych państwach, w których, jak uczono nas uważać, sądy ustanowiono w sposób najbardziej roztropny, funkcjonują one na zupełnie innej podstawie.

Sędziowie w Anglii, to prawda, piastują swój urząd pod warunkiem właściwego postępowania, ale ich rozstrzygnięcia poddane są korekcie Izby Lordów, a ich władza żadną miarą nie jest tak rozległa jak władza proponowanego sądu najwyższego unii. Sądzę, że w żadnym przypadku nie przejmują władzy do unieważniania ustawy parlamentu w oparciu o założenie, że jest ona niezgodna z ich konstytucją. Uważają się oni za zobowiązanych do rozstrzygania zgodnie z istniejącym prawem powszechnym i nigdy nie kontrolują go poprzez orzekanie, że jest ono niezgodne z konstytucją – a tym bardziej nie są obdarzeni kompetencją do dokonywania słusznej interpretacji konstytucji.

Sędziowie w Anglii znajdują się pod kontrolą legislatury, ponieważ zobowiązani są do rozstrzygania zgodnie z uchwalonymi przez nią przepisami. Natomiast sędziowie wedle tej konstytucji będą kontrolowali legislaturę, ponieważ to sąd najwyższy jest upoważniony w ostatniej instancji do rozstrzygania zakresu uprawnień Kongresu; to oni mają wyjaśniać treść konstytucji i nie ma żadnej władzy ponad nimi, która mogłaby unieważnić ich osądy. Twórcy tej konstytucji naśladowali, jak się zdaje, konstytucję brytyjską, czyniąc sędziów niezależnymi, poprzez przyznanie im urzędów na czas właściwego postępowania, ale nie poszli za przykładem konstytucji Anglii, poprzez ustanowienie trybunału, w którym ich błędy mogłyby zostać skorygowane, i nie zapobiegli nadaniu sądownictwu władzy przewyższającej władzę ustawodawczą, która w istocie wykracza poza władzę przyznaną sądownictwu przez jakikolwiek system wolnych rządów pod niebem.

(...) Nie ma nad nimi żadnej władzy, która kontrolowałaby ich decyzje. Nie ma organu, który mógłby ich usunąć, a nie mogą być kontrolowani prawami legislatury. W skrócie, są niezależni od ludu, od legislatury i od każdej władzy pod niebem. Ludzie w takiej sytuacji na ogół poczuć się niezależni od samego nieba. (...)

Władza tego sądu w wielu przypadkach jest nadrzędna wobec legislatury. W poprzednim tekście pokazałem, że ten sąd upoważniony będzie do rozstrzygania znaczenia konstytucji, i to nie tylko zgodnie z naturalnym i oczywistym znaczeniem słów, ale także zgodnie z jej duchem i intencją. Korzystając z tej kompetencji, będzie nie podporządkowany legislaturze, ale wobec niej nadrzędny. Wszystkie bowiem organy władz uzyskują swe kompetencje, w zakresie określonym w konstytucji, bezpośrednio od ludu, który jest źródłem władzy. Legislatura może korzystać tylko z takich kompetencji, jakie nadała jej konstytucja, nie może przejmować uprawnień złączonych z sądownictwem, z tego oczywistego powodu, że ta sama władza, która nadała legislaturze jej kompetencje, nadała kompetencje sądownictwu – oba te organy wywodzą się z tego samego źródła, oba zatem są tak samo ważne, a sądownictwo dysponuje swymi kompetencjami niezależnie od legislatury, tak jak legislatura czyni to względem sądownictwa. – Sąd

najwyższy uzyskuje jeszcze uprawnienie niezależne od legislatury do dokonywania wykładni konstytucji i każdej jej części, a nie ma żadnej siły przewidzianej w tym systemie, która korygowałaby jego interpretację lub ją odrzucała. Jeśli zatem legislatura uchwali przepisy niezgodne ze znaczeniem, jakie sędziowie nadadzą konstytucji, orzekną oni o ich nieważności, a zatem pod tym względem ich władza będzie nadrzędna wobec legislatury. (...)

Gdyby wykładnię konstytucji pozostawiono legislaturze, usprawiedliwiałaby ją na własne ryzyko; gdyby przekroczyła swe kompetencje lub usiłowała odnaleźć w duchu konstytucji więcej, niż wyraża jej litera, wówczas lud, z którego wywodzi swą władzę, mógłby usunąć ją i uczynić sobie zadość; w rzeczy samej nie widzę innego środka zaradczego, które lud mógłby wykorzystać przeciwko swym rządzącym za naruszenia tej natury. Konstytucja jest umową między ludem a jego rządzącymi; jeśli rządzący łamią tę umowę, lud ma prawo i powinien usunąć ich i uczynić zadość sprawiedliwości; a w celu ułatwienia tego ci, których lud wybiera w określonym czasie, powinni mieć kompetencję do rozstrzygania w ostateczności znaczenia tej umowy; jeśli rozstrzygną wbrew rozumieniu ludu, odwołanie przysługiwać będzie do ludu w okresie wyboru rządzących, a wtedy będzie on mógł zaradzić złu; jeśli zaś taka kompetencja zostanie złożona w rękach osób niezależnych od ludu i od ich przedstawicieli, które nie są konstytucyjnie odpowiedzialne za swe opinie, nie ma innego sposobu, by je kontrolować, poza mocną ręką i ramieniem wzniesionym⁸.

Końcowe słowa o mocnej ręce i ramieniu oznaczają, że tylko boska interwencja mogłaby okiełznać władzę sędziów interpretujących swobodnie Konstytucję. Jest to bowiem bezpośrednie nawiązanie do powtórnego kilkakrotnie w Starym Testamencie zwrotu o użyciu boskiej mocy na rzecz Izraelitów. W antyku, zgodnie z ówczesnymi upodobaniami, osadził także swą tożsamość sam autor cytowanego „listu”, miano Brutus nawiązywało bowiem niedwuznacznie do rzymskiego rodu, z którego pochodziło dwóch znanych przeciwników opresyjnej władzy: Lucjusz Juniusz Brutus, który miał przewodzić buntowi przeciwko Tarkwiniuszowi Pysznemu, oraz Marek Juniusz Brutus, zabójca Cezara.

Brutus Antyfederalista na 2 lata przed pierwszym posiedzeniem Sądu Najwyższego znakomicie opisał, jak funkcjonował będzie ustrój państwa, w którym decydowanie o treści Konstytucji oddano by w ręce sędziów. Te tezy nadal są w pełni aktualne. Nawiązując do wcześniejszych uwag, mogę dodać, że Brutus ukazał konsekwencje zdegradowania Konstytucji do li tylko tekstu prawnego, kontrolowanego przez kadrę ustosunkowanych

⁸ „Brutus”, XV (March 20, 1788), [w:] R. Ketcham (ed.), *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates. The Clashes and Compromises that gave Birth to Our Government*, New York 2003, s. 322-328.

i ambitnych sędziów, bez udziału suwerennego ludu. Sądzę, że trafia w sedno Andrzej Bryk, gdy tak komentuje polemikę Brutusa i Hamiltona:

„Brutus”, rozważając argumenty federalistów, traktował prawny charakter konstytucji z powagą, Hamilton zaś pojmował jej charakter prawny instrumentalnie, jako narzędzie ukształtowania przeznaczenia narodowego przez ostateczną wykładnię dokonywaną przez federalny Sąd Najwyższy. Zdaniem „Brutusa” Konstytucja w proponowanej postaci nie spełniała warunków dla uznania jej za tekst prawny i dawała władzom federacji absolutną moc określania, a wręcz kreowania jej treści, kosztem pierwotnych praw stanów i intencji jej twórców. Już tylko z tego powodu, utrzymywał Brutus, trzeba było proponowaną Konstytucję odrzucić.

Można zatem rzec, że „Brutus” był maksymalistą prawnym, Hamilton zaś realistą. Hamilton przyjmował, co prawda cynicznie, że konstytucja nie może być doskonała i że niezbędna okaże się jej interpretacja, która winna znaleźć się w ręku władz federalnych. Szedł nawet dalej: przyjmował, że w razie potrzeby federacja może działać za pomocą środków pierwotnie nieprzewidzianych przez twórców konstytucji, tym samym dopuszczając sytuację, że Sąd Najwyższy, przyjmując jego ostateczną rolę interpretatora prawa fundamentalnego, może taką pozatekstualną, nakierowaną na cel interpretację, opartą na motywacjach politycznych, narzucić. Nie mogła zatem federacja, tj. jej interes ogólny, wiązać się z jakimikolwiek partykularnymi obiekcjami pojawiającymi się w stanach, istnienie bowiem władzy federalnej było nakierowane na stworzenie i utrzymanie imperium politycznego i ekonomicznego w skali kontynentalnej, a w przyszłości w domniemaniu w skali globalnej. Mimo stanowiska Madisona uzgodnienie sprzecznych opinii nie było możliwe. Nic zatem dziwnego, że wnukowie „Brutusa” i Hamiltona starli się na polach bitew wojny secesyjnej⁹.

Dodać tu zresztą można, za Alanem Taylorem, że tak jak Artykuły Konfederacji stanowiły traktat pokojowy, tak utworzony w 1787 r. nowy porządek konstytucyjny stanowił rodzaj paktu pokojowego, mającego na celu radzenie sobie z niebezpieczną nieufnością między stanami i ich potencjalnymi konfliktami, ale w istocie Konstytucja zdołała jedynie odroczyć „dzień sądu” do 1861 r.¹⁰ Nawiązując do podjętych powyżej kwestii, wspomnę, że w latach 1860-1861 ludzie z Południa czerpali uzasadnienie dla secesji swych stanów m.in. z wyrażonych przez konwencję ratyfikacyjną w Wirginii w 1788 r. zastrzeżeń, że kompetencje przyznane na mocy Konstytucji mogą być przez

⁹ A. Bryk, *Konstytucjonalizm. Od starożytnego Izraela do liberalnego konstytucjonalizmu amerykańskiego*, Kraków 2013, s. 542-543.

¹⁰ A. Taylor, *American Revolutions. A Continental History, 1750-1804*, New York 2017, s. 5.

lud Stanów Zjednoczonych ponownie wykorzystywane, gdyby miały zostać nadużyte przeciwko niemu¹¹.

Ponieważ podkreślałem agitacyjny wymiar wystąpienia Hamiltona jako Publius, to samo można powiedzieć o argumentach Brutusa. Jego celem również było wpłynięcie na nowojorskich odbiorców, którzy mieli zdecydować o ratyfikacji Konstytucji. Miał zatem powody, żeby zagrożenia wyolbrzymiać, a sędziowskiej kontroli ustawodawstwa używać jako, jak to określił Edward S. Corwin, straszaka¹². Jack M. Sosin napisał mocniej, że Brutus chciał przestraszyć swych odbiorców, zdyskredytować Konstytucję, więc przedstawił taką jej interpretację, która niekoniecznie wynikała z samego tekstu¹³.

Obawy, które z perspektywy 1788 r. mogły być uznane za przesadne, miały jednak niezwykle wymiar futurologiczny i zostały potwierdzone już przez Sąd Marshalla, choć jeszcze nie w 1803 r. Dokonując uogólnienia, mogę stwierdzić, że współcześni zwolennicy sędziowskiej kontroli konstytucyjności prawa realizują ideały Publius i Marshalla, czyli polityki Federalistów prowadzonej w opozycji do ludu, a przeciwnicy *judicial review*, których szeregi w ostatnich latach ponownie się zwiększają, żywią te same lęki, które skłoniły Brutusa do obnażania niebezpieczeństw wynikających z przekazania władzy sędziom.

Lęki Brutusa były zresztą bardzo atrakcyjne dla Hamiltona. Edward S. Corwin, analizujący polemikę Hamiltona z Brutusem, którego utożsamia z Robertem Yatesem, ocenia, że Hamilton odpowiedział w *Federaliście* na te zarzuty w zdecydowany sposób, ponieważ mógł uznać, że silny atak jest najlepszą obroną. Ponadto, co uważam za jeden z atrakcyjnych aspektów tej fascynującej dyskusji, zdaniem Corwina sposób, w jaki Brutus wyłożył możliwości tkwiące w *judicial review*, prawdopodobnie bardzo spodobał się Hamiltonowi. Hamilton był bowiem zwolennikiem silnego rządu, o ile znajdował się on w rękach właściwych ludzi, a nie „wielkiej bestii”, czyli ogółu społeczeństwa. Negatywna wizja Brutusa, w której *judicial review* stanowiło potężne narzędzie służące zwiększaniu potęgi państwa, a zarazem ograniczaniu sił ludowych, musiała niezwykle przypaść do gustu Hamiltonowi i dlatego Publius w swej replice w esejach nr 78 i 81 ze zbioru *Federalista* poszedł jeszcze dalej niż Brutus¹⁴. Jak już wiemy, nie tylko przyznał, że faktycznie sądownictwo będzie unieważniało ustawy, ale jeszcze podkreślił potrzebę zapewniania niezależności sądom, a odwołując się do omawianego ideału powinności sędziowskiej, wskazał, że to właśnie sądownictwo ma egzekwować ograniczenia kon-

¹¹ M.J. Klarman, *The Framers' Coup...*, s. 479.

¹² E.S. Corwin, *Court Over Constitution. A Study of Judicial Review as an Instrument of Popular Government*, Princeton 1938, s. 45.

¹³ J.M. Sosin, *The Aristocracy of the Long Robe. The Origins of Judicial Review in America*, New York 1989, s. 260.

¹⁴ E.S. Corwin, *Court Over Constitution...*, s. 47.

stytucyjne. Zarzut Brutusa przekuł więc Publius w konstytucyjną cnotę¹⁵. Kolejnym paradoksem związanym z przejmowaniem władzy przez sędziów amerykańskich jest to, że Hamilton zastosował intuicyjnie metodę przekucia słabości w atut. Zarzut Brutusa, który przenikliwie dostrzegł w konstrukcji władzy sądowniczej w proponowanej Konstytucji większe zagrożenie, niż rozumiała zapewne większość jej twórców, z Madisonem na czele, nie został odparty, lecz przeformułowany przez Hamiltona, występującego na obrzeżach konwencji filadelfijskiej, a następnie podjęty twórczo przez Marshalla, drugiego ambitnego polityka nieobecnego w Filadelfii.

Polemika Hamiltona z Brutusem nie potwierdza, że w tekście Konstytucji wyrażono kompetencję do kontrolowania prawa przez sądy. Hamilton przyznał, że nie ma na ten temat choćby sylaby. Ta wymiana poglądów nie może być również uznana za dowód na to, że kompetencja taka nie została wyrażona wprost, ale była milcząco zakładana przez delegatów filadelfijskich. Okoliczność, że obaj autorzy bezpośrednio odnosili się do takiej kompetencji sądów, której jeszcze wtedy nie określano mianem *judicial review*, potwierdza natomiast naturalnie, że postulat wyposażenia sądów w taką władzę był wówczas dobrze znany, a obie strony sporu były świadome tego, że sędziowska kontrola ustawodawstwa federalnego mogła być interpretacyjnie dopisana do rozwiązań zawartych wprost w Konstytucji. Oponenti centralizacji władzy, których wyrazicielem był Brutus, uznawali to za jeden z poważnych defektów Konstytucji. Podzielałam przy tym opinię Hadleya Arkesa, że jednym z paradoksów debaty ratyfikacyjnej nad Konstytucją było to, że niektóre z najbardziej kształcących komentarzy na temat charakteru nowych władz przedstawiali przeciwnicy Konstytucji¹⁶. Hamilton korzystał z polemicznej okazji do odparcia zarzutów i przedstawiania własnej nadinterpretacji rozwiązań konstytucyjnych. Podkreślmy jednak ponownie, że nie czynił tego w sposób zgodny ze współczesnym, forsowanym przez sam Sąd, rozumieniem *judicial review*. Helen K. Michael zauważa, że odnosząc się do zarzutów Brutusa, iż sądownictwo federalne interpretować będzie Konstytucję według jej ducha, a nie litery, Hamilton starał się zapewnić Antyfederalistów, że taka metoda nie będzie stosowana, chodzi jedynie o wykrywanie oczywistej sprzeczności. Autorka ta podsumowuje, że podczas konwencji ratyfikacyjnych Antyfederaliści domagali się federalnej deklaracji praw, która miałaby ograniczać kompetencje wszystkich organów władzy rządu federalnego (a więc i sądownictwa), a w trakcie czterech konwencji (Pensylwania, Wirginia, Nowy Jork, Karolina Północna) domagali się poprawek do Konstytucji zapewniających, że rząd federalny korzystał będzie wyłącznie z wyliczonych konstytucyjnie kompetencji. Antyfederaliści zaciekle zwalczaliby wszystkie propozycje unieważniania przez sądy federalne ustaw stanowych na podstawie rozsze-

¹⁵ H.K. Michael, *The Role of Natural Law in Early American Constitutionalism. Did the Founders Contemplate Judicial Enforcement of „Unwritten” Individual Rights?*, „North Carolina Law Review” 1991, vol. 69, no. 2, s. 485.

¹⁶ H. Arkes, *Beyond the Constitution*, Princeton 1992, s. 21.

rzającej wykładni Konstytucji, uwzględniającej niepisane zasady prawa naturalnego. Taką metodę wykładni jednoznacznie odrzucił Brutus, a co istotne, również Federaliści podczas lokalnych konwencji zdawali się przystawać na pogląd, że taka wykładnia (tzw. *noninterpretivist review of legislation*) nie byłaby dopuszczalna, podobnie jak wyraził to Hamilton w *Federaliście*¹⁷.

Pragnę jednak przypomnieć stawiający w nieco innym świetle postawę Hamiltona fragment eseju siedemdziesiątego ósmego, który określiłem jako mniej jasny. Publius stwierdził w nim, iż obawa, że sądy pod pozorem wykrytej sprzeczności będą zastępować swymi poglądami intencje legislatury, prowadzi do podważenia całej ufności w funkcjonowanie sądownictwa, które w każdym przypadku, nie tylko podczas kontroli konstytucyjności ustawy, może przedkładać swą wolę ponad czysto prawniczy osąd. Można to odczytywać nie tylko jako zapewnienie Antyfederalistów, że sądy nie będą rozszerzająco wyklądać Konstytucji i należy im po prostu ufać, ale też jako zakamuflowane cyniczne wyznanie, że funkcjonowanie sądownictwa po prostu niesie w sobie ryzyko sprzeniewierzenia się powinności sędziowskiej. Hamilton jednakże zachęcał do poniesienia takiego ryzyka, o ile... – ten wątek postawy charakterystycznej dla Federalistów już podkreślałem – sądy będą należycie obsadzone przez wiernych Federalistów.

Piszący również o cynizmie Hamiltona Andrzej Bryk stwierdza, że w omawianej polemice Brutus był konserwatystą, niechętnym ustrojowym eksperymentom, a wyznawana przez niego teoria reprezentacji szybko stawała się przestarzała, zresztą odpowiadałaby ona najwyżej ograniczonej przestrzennie konfederacji, a nie kontynentalnej federacji¹⁸. Spójrzmy jednak, jak nowocześnie i z jakim psychologicznym wyczuciem charakteryzował Brutus zagrożenia płynące ze strony kontrolującej Konstytucję władzy sędziowskiej w eseju jedenastym z 31 stycznia 1788 r., w którym odwołując się do Blackstone'a i Grocjusza, choć ubolewając nad swym brakiem wystarczających kwalifikacji prawniczych, przenikliwie poddał analizie artykuł III proponowanej Konstytucji.

Władza sądownicza ma nie tylko rozstrzygać kwestie powstające na tle znaczenia konstytucji w sferze prawa, ale także słuszności. Są więc upoważnieni do wykładania konstytucji zgodnie z jej rozumowym duchem, nieograniczeni słowami czy literą. (...)

Na podstawie tych uwag może być rozumiana władza i zadania sądów określone w tej klauzuli.

Będą nadawać znaczenie każdemu artykułowi konstytucji, który może się przed nimi z czasem pojawiać. W swych decyzjach zaś nie będą się ograniczać do żadnych niezmiennych lub ustalonych zasad, ale będą rozstrzygać wedle tego, co im wyda się rozumem i duchem konstytucji. Opinie sądu najwyższego, jakiegokolwiek będą, uzyskają moc prawa, ponieważ nie ma żadnej władzy przewidzianej w konstytucji, która mogłaby

¹⁷ H.K. Michael, *The Role of Natural Law...*, s. 489-490.

¹⁸ A. Bryk, *Konstytucjonalizm...*, s. 546-547.

korygować ich błędy lub kontrolować ich orzecznictwo. Od tego sądu nie ma odwołania. Sądzę, że sama legislatura nie będzie mogła odrzucić wyroku tego sądu, gdyż jest on upoważniony przez konstytucję do podejmowania ostatecznego rozstrzygnięcia. (...)

Nie tylko będzie konstytucja usprawiedliwiać sądy skłaniające się do takiego sposobu jej wykładni, ale będą one zainteresowane korzystaniem z takiej swobody interpretacyjnej. Każda grupa ludzi obdarzona urzędem pragnie utrzymać władzę; czują się zainteresowani, co stało się rodzajem maksymy, przekazaniem swych urzędów, z wszystkimi uprawnieniami i przywilejami, swym sukcesorom w stanie nienaruszonym; ta sama zasada skłaniać ich będzie do rozszerzania swej władzy i zwiększania własnych uprawnień; to samo w sobie będzie silnie oddziaływać na sądy, aby nadawały konstytucji we wszystkich możliwych przypadkach takie znaczenie, które będzie powiększać sferę ich własnej władzy. (...)

Władza powierzona sądownictwu pozwoli im kształtować ustrój w prawie dowolny sposób, jaki im się żywnie podoba¹⁹.

Prosta i intuicyjna diagnoza psychologiczna Brutusa została postawiona dwa wieki przed prowadzonymi przez Lawrence'a S. Wrightsmana badaniami nad psychologią Sądu Najwyższego²⁰ oraz pracami Glendona Schuberta nad umysłem sędziowskim²¹. Szczególnie w ostatnich latach nadal aktualne jest pytanie – czy Brutus nie miał jednak racji?²² Anonimowy nowojorczyk znakomicie antycypował postawę wielu Sędziów i Prezesów Sądu Najwyższego, od Johna Marshalla, po Prezesa Rehnquista i Robertsa w XXI w. Komentujący słowa Antyfederalisty Hadley Arkes podkreślił, że Brutus całkiem precyzyjnie zdołał odsłonić naturę rządu federalnego. Zwrot w artykule III, wedle którego „Władza sądownicza rozciąga się na wszystkie sprawy, rozpatrywane według prawa i słuszności, wynikające z Konstytucji”, łatwo przeoczyć, ale dla osoby z wycwiczonym wyczuleniem, pisze Arkes, ten fragment oznaczał imponującą władzę sądów w nowym ustroju. Nie było bowiem, jak zorientował się Brutus, drobnym gestem czy bezcelowym kreślarstwem przyznanie Sądowi Najwyższemu jurysdykcji w sferze słuszności, *Equity*, czyli tradycji korygowania prawa w oparciu o nakaz rozumu, w zależności od potrzeb²³. Brutus powtarzał swe tezy kilkakrotnie, co widać także w cytowanych fragmentach, ale jak to zgrabnie wyjaśnił Julius Goebel Jr., każdy pedagog wie, że droga ponownie przemierzona to sprawdzony sposób na oświecenie wolno myślących. Uporczywe repetycje

¹⁹ „Brutus”, XI (January 31, 1788), [w:] R. Ketcham (ed.), *The Anti-Federalist Papers...*, s. 311-315.

²⁰ L.S. Wrightsman, *The Psychology of the Supreme Court*, New York 2006.

²¹ G. Schubert, *The Judicial Mind Revisited. Psychometric Analysis of Supreme Court Ideology*, New York 1974.

²² M.S. Paulsen, L. Paulsen, *The Constitution. An Introduction*, New York 2016, s. 72.

²³ Zob. H. Arkes, *Beyond the Constitution*, s. 21-22. Andrzej Bryk wnikliwie omawia wykorzystanie kategorii pojęciowej „rozum” w prawoznawstwie anglosaskim, zob. idem, *Konstytucjonalizm...*, s. 349 i n.

Brutusa miały zaszczerpić w czytelnikach wrażenie, że sądownictwo federalne będzie naprawdę niebezpieczną instytucją²⁴.

Po zapoznaniu się choćby z fragmentami argumentacji Brutusa widać wyraźnie, jak ułomne byłoby przedstawienie konstytucyjnej regulacji sądownictwa federalnego wyłącznie z perspektywy Alexandra Hamiltona. Federalista Publius starał się omylić czujność odbiorców, niedysponujących „wyćwiczonym wyczuleniem” na miarę Brutusa, twierdzeniem, że sądownictwo będzie najmniej niebezpieczną władzą, co było też bezpośrednią odpowiedzią na indoktrynację ze strony Brutusa. Jest wysoce wątpliwe, czy zapewnienie to było szczere, w świetle niezwykle ambitnego zamysłu Publusa stworzenia silnej, centralnej władzy państwowej, w której sądownictwo miało odgrywać rolę ostatecznego interpretatora Konstytucji. Na to Brutus zapytywał, jak pisze Lawrence Goldstone, „niepokojąco proroczo”, gdzież w tym można dostrzec system wzajemnej kontroli władz, skoro niezależny Sąd będzie decydował ostatecznie o treści Konstytucji²⁵.

Wskazałem tę kwestię już wcześniej, a teraz w świetle argumentacji Brutusa możemy ujrzyć ten problem wyraźnie. Akceptacja dezawuowania przez sędziów ustawodawstwa federalnego połączona z ideałem powinności sędziowskiej, przekazującym w ręce sędziów decydowanie o tym, co jest prawem, połączona z ostatecznym rozstrzygnięciem przez Sąd spraw w oparciu o słuszność – to wszystko wraz z namiętnościami charakterystycznymi dla natury ludzkiej tworzyło ustrojową mieszanekę wybuchową. Połączenie tych czynników tak bardzo zakłócałoby konstytucyjną homeostazę, którą próbowano stworzyć w Filadelfii, że kompetencji do sądowej kontroli prawa federalnego w Konstytucji nie przewidziano, a indywidualni zwolennicy takiej władzy sądów starali się, choćby deklaratywnie, osłabić jej praktyczne skutki powoływaniem się na kryterium oczywistej niekonstytucyjności, które formalnie wykluczało interpretacyjną swobodę sędziów konstytucyjnych. Dlatego nie można podzielić poglądu Doroty Lis-Staranowicz, która w trzech połączonych zdaniach sugeruje rozstrzygający i powszechnie akceptowany charakter stanowiska Hamiltona:

W założeniach twórców amerykańskiego państwa konstytucja była nie tylko umową społeczną, ale też prawem fundamentalnym wiążącym zarówno rządzących, jak i rządzonych. Zadaniem natomiast sądów jest stanie na straży przestrzegania konstytucji przez legistawę i egzekutywę. Hamilton przypisał sądom funkcję kontrolną nad władzą ustawodawczą i w ten sposób utrwalił dokonany w konstytucji podział władzy²⁶.

²⁴ J. Goebel Jr., *Antecedents and Beginnings to 1801*, New York 2010, s. 312-313, *History of the Supreme Court of the United States*, vol. 1.

²⁵ L. Goldstone, *The Activist. John Marshall, Marbury v. Madison, and the Myth of Judicial Review*, New York 2011, s. 60.

²⁶ D. Lis-Staranowicz, *Legitymizacja sądowej kontroli prawa w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, Olsztyn 2012, s. 58. Błąd drukarski w oryginale nie zmienia sensu zdania. Zapewne chodzi o to, że Hamilton przypisał sądom „funkcję kontrolną” lub „funkcję kontroli”.

Stanowisko Hamiltona nie było wyrazem „założeń twórców amerykańskiego państwa”, lecz ambitną agitacją i nadinterpretacją o śmiałym jak na tamte czasy charakterze, a jak słusznie uskarżał się przewencyjnie Brutus, poglądy Hamiltona demontowały zawarty w Konstytucji mechanizm podziału władzy, więc Hamilton opatrzył swe postulaty charakterystycznymi dla drugiego etapu rozwoju *judicial review* zastrzeżeniami, które nie powinny być sprowadzone do nowoczesnej formuły o przypisaniu sądom funkcji kontrolnej nad władzą ustawodawczą. Rację ma Larry D. Kramer, gdy ocenia, że byłoby to politycznie nieroztropne ze strony zręcznego Hamiltona, gdyby przypisywał w 1788 r. sądom rolę nadrzędnego interpretatora Konstytucji. Raczej starał się on włączyć sądy w proces spowolnienia polityki, zwiększenia deliberacji, wymuszenia powszechnego rozważenia czy też rewizji potencjalnie niekonstytucyjnych aktów. Sądy w tej wizji miałyby zostać wykorzystane w rzadkich przypadkach, kiedy taki akt (oczywiście niekonstytucyjny, trzeba dodać) zostałby uchwalony w obu izbach Kongresu i przyjęty przez prezydenta. Sędziowska interpretacja nadal jednak nie byłaby ostateczna i wiążąca dla ludu, podobnie jak interpretacja pozostałych władz²⁷.

Wiele przemawia więc za tym, że nie rozważano jeszcze w 1788 r. rutynowego kontrolowania ustawodawstwa przez Sąd Najwyższy, a pojedynczy zwolennicy unieważniania ustaw przez sądy, jak James Iredell czy Alexander Hamilton, starali się uzasadnić, dlaczego w ogóle sądy mogą zajmować się ustawami, co samo w sobie stanowiło wówczas pogląd zadziwiający czy niepokojący wielu członków generacji Ojców Założycieli. Pogląd ten nie był więc wówczas szeroko dyskutowany, ponieważ uczestników debaty ratyfikacyjnej zdecydowanie bardziej zajmował sposób rozdziału kompetencji między władzę centralną a władze stanowe oraz miejsce sądów federalnych w tej konstrukcji. Omawiając ten wątek, możemy ponownie przywołać postać Johna Marshalla, który aktywnie uczestniczył w tej dyskusji podczas debaty ratyfikacyjnej w Wirginii.

Jean E. Smith nazywa debatę na temat artykułu III Konstytucji ostatnią wielką bitwą podczas konwencji w Wirginii. Zważmy na te słowa biografy Marshalla, który zauważa, że pod wieloma względami samo ustanowienie sądownictwa federalnego stanowiło najbardziej kontrowersyjny aspekt poddanej ratyfikacji Konstytucji. Obawiano się, bardzo zasadnie, że ograniczona zostanie władza stanów, sądy federalne nie będą odpowiadać na lokalne potrzeby, lecz narzucać normy odległego Kongresu, a zwłaszcza będą sprzyjać interesom wierzycieli, a nie pozywanych dłużników²⁸. Pierwszym, który spośród zwartej grupy Federalistów zabiegających w Wirginii o ratyfikację zabrał głos w sprawie sądownictwa, był Edmund Pendleton. Omawiał on ogólny charakter artykułu III, co przedstawiał jako zaletę. Omawiał zakres jurysdykcji pierwotnej i apelacyjnej Sądu, przedstawiając wąskie rozumienie sekcji 2, pozwalającej jego zdaniem na usta-

²⁷ L.D. Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York 2004, s. 80-81.

²⁸ J.E. Smith, *John Marshall. Definer of a Nation*, New York 1998, s. 134.

nawianie „wyjątków” przez Kongres tylko w zakresie właściwości odwoławczej Sądu. O kompetencji Sądu do unieważniania ustaw Kongresu nie wspomniał Pendleton ani razu. Dzień później zabrał głos Madison, który szczegółowo omówił zakres jurysdykcji pierwotnej i apelacyjnej, nie odniósł się natomiast do interpretacji sekcji 2 przedstawionej przez Pendletona, choć w przeciwieństwie do niego był delegatem w Filadelfii. James Madison również nie wspomniał o kompetencji do unieważniania niekonstytucyjnych ustaw²⁹. Kolejnym mówcą ze strony Federalistów był John Marshall, który bardzo zrećznie skupił się na posępnych wróżbach oponentów i przedstawił je w formie pytań, na które spokojnie odpowiadał. W trakcie swego przemówienia Marshall trzykrotnie wspominał o unieważnianiu niekonstytucyjnych ustaw. Po pierwsze, odnosząc się do obaw, że władze federalne będą stanowiły dowolne prawo, Marshall stwierdził, że gdyby tworzono przepisy niewynikające z kompetencji przekazanych, zostałyby one uznane przez sędziów za naruszenie Konstytucji i unieważnione. Po drugie, odnosząc się do mniej poważnego zarzutu George’a Masona, iż urzędnicy federalni będą mogli bezkarne nastawać na część żon i córek mieszkańców stanów, Marshall odparł, że przepisy pozwalające na takie zachowania również byłyby nieważne. Po trzecie, odnosząc się do odstępstw w Wirginii od zasady udziału ławy przysięgłych w procesach cywilnych, stwierdził późniejszy Prezes Sądu, że lokalne deklaracje praw mają wyłącznie charakter zaleceń, w przeciwnym wypadku bowiem wiele korzystnych aktów byłoby nieważnych³⁰.

Marshall co prawda nie był uczestnikiem konwencji w Filadelfii, ale w trakcie debaty ratyfikacyjnej realizował strategię części bardziej prominentnych Federalistów. W Filadelfii postrzegali oni sądownictwo federalne jako środek ochrony władz centralnych przed stanami, ale gdy wrócili do swych macierzystych *states* i agitowali na rzecz ratyfikacji, przedstawiali federalny Sąd Najwyższy jako obrońcę stanów. Poza Wirginią argument taki wysuwany był też w Connecticut, Pensylwanii, Karolinie Północnej i Południowej³¹.

Na podstawie skrótowych odniesień do debaty ratyfikacyjnej w Wirginii można podtrzymać tezę, że wątek sędziowskiej kontroli ustaw pojawiał się wówczas na odległym planie, wyrażany był szczególnie w kontekście federalizmu, czyli ochrony praw stanów przed zakusami władz federalnych, co w gorące debaty wypowiedziano wręcz w ostrzeżeniach przed chucią korpusu federalnego. John Marshall należał do wczesnych zwolenników aktywniejszego udziału sędziów w życiu politycznym, ale jego wzmianki na ten temat podczas debaty ratyfikacyjnej nie wykraczały poza rozważania, które prowadził James Iredell w ramach opisywanego drugiego etapu rozwoju *judicial review*. Podobne

²⁹ L. Goldstone, *The Activist...*, s. 50-51.

³⁰ John Marshall on the Fairness and Jurisdiction of the Federal Courts, June 20, 1788, [w:] B. Bailyn (ed.), *The Debate on the Constitution. Federalist and Antifederalist Speeches, Articles, and Letters During the Struggle over Ratification*, part II: January to August 1788, New York 1993; J. Goebel Jr., *Antecedents...*, s. 387-388.

³¹ J.M. Sosin, *The Aristocracy of the Long Robe...*, s. 256-257.

uwagi o unieważnianiu ustaw w debacie ratyfikacyjnej wyraził Oliver Ellsworth w Connecticut, James Wilson w Pensylwanii oraz Alexander Contee Hanson w Maryland³².

Nie rozważano zatem wcale supremacji sądownictwa, a główny argument Marshalla na ten temat dotyczył stania przez sądy na straży kompetencji zachowanych przez władze stanowe, nieprzekazanych w Konstytucji władzy centralnej. Widoczne było w tych odizolowanych wypowiedziach, jak w stanowisku Marshalla, Hamiltona i Iredella, dokonujące się głębokie przewartościowanie pozycji sędziów w ustroju amerykańskim. Przestali być uważani za pogardzanych reprezentantów władzy królewskiej, a stawali się jedną z trzech głównych władz, z mocnym atrybutem niezależności³³. Wzmianki o unieważnianiu ustaw, formułowane jednak w kontekście wyjątkowości takiego działania w przypadku oczywistej niekonstytucyjności uchwalonego aktu, pojawiały się na tyle często, że przestawały już powoli szokować w okresie debaty ratyfikacyjnej, ale równocześnie skłaniały przenikliwych obserwatorów, zwłaszcza Brutusa, do formułowania przestróg przed tak niebezpieczną, nieznaną w świecie władzą sędziów.

Dobrze podsumowuje ten okres Larry D. Kramer, stwierdzający, że treść debat ratyfikacyjnych była taka, jakiej można się była spodziewać w latach 80. XVIII w. Garstka jej uczestników dopuszczała *judicial review*, choć nieliczni postrzegali to jako ważne narzędzie, a nikomu nie zależało na szczególnym tego akcentowaniu. Inni sprzeciwiali się kontroli sędziowskiej, większość zaś uczestników debaty myślała w kategoriach ludowego konstytucjonalizmu i skupiona była na tradycyjnych, politycznych sposobach egzekwowania nowej konstytucji, więc o *judicial review* w ogóle nie myśleli³⁴.

Powtórzyć trzeba, że Federaliści w trakcie procesu ratyfikacyjnego unikali, jak mogli, niewygodnych zagadnień, które powiększałyby obóz przeciwników Konstytucji. Oto jak James Iredell, gwiazda konwencji ratyfikacyjnej w Karolinie Północnej, zbył fundamentalną dla zwolenników zachowania silnej konstytucyjnej pozycji władz stanowych kwestię brzmienia artykułu VI Konstytucji, w którym określono ją jako „najwyższe prawo kraju”. Gdy delegaci doszli do tego fragmentu tekstu, Iredell wyjaśnił, że chodzi jedynie o to, że Konstytucja ma być przestrzegana. Tymczasem zdaniem oponentów przepis ten groził bez mała likwidacją władz stanowych³⁵. Skoro obie dyskutujące strony tak odmiennie interpretowały kwestie zapisane w Konstytucji wprost, niechybnie dążąc do wzmocnienia własnej pozycji argumentacyjnej, to próżne jest oczekiwanie, że można ustalić jakikolwiek konsens dotyczący zagadnienia, którego w ogóle w Konstytucji nie zapisano, a które traktowano w najlepszym wypadku jako kwestię drugoplanową, czyli kompetencji sądów federalnych do kwestionowania ustaw. O supremacji sądownictwa

³² P. Hamburger, *Law and Judicial Duty*, Cambridge, Mass. 2008, s. 603.

³³ Zob. G.S. Wood, *The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less*, „Washington and Lee Law Review” 1999, vol. 56, no. 3, s. 792-793.

³⁴ L.D. Kramer, *The People Themselves...*, s. 78-79.

³⁵ P. Maier, *Ratification. The People Debate the Constitution, 1787-1788*, New York 2010, s. 419.

we współczesnym rozumieniu nie mogło być zaś zupełnie mowy podczas kameralnych i faktycznie odizolowanych od siebie konwencji ratyfikacyjnych.

Zwrócę tu uwagę na jeszcze jedną kwestię. Wybitny amerykański badacz, Cass R. Sunstein, analizuje dogłębnie w swej twórczości problem polaryzacji grupowej i jej wpływ na procesy demokratyczne. Polaryzacja grupowa to potwierdzone w rozlicznych badaniach zjawisko polegające na tym, że w grupach podobnie myślących osób występuje skłonność do radykalizacji postaw. Grupa ulegająca polaryzacji skłonna jest do przyjęcia postaw i dokonywania działań, do których członkowie grupy nie byłiby skłonni indywidualnie. Zjawisko to występuje także wśród sędziowskich składów orzekających. Środkiem neutralizowania zagrożenia płynącego z polaryzacji grupowej jest pielęgnowanie różnorodności, zapewnianie dostępu do szerokiego spektrum opinii oraz rzetelnych źródeł wiedzy. Sunstein argumentuje, że Federaliści, m.in. Hamilton i Washington, bardzo cenili zróżnicowanie opinii, heterogeniczność, spory jako zabezpieczenie przed ekscesami większości. Celowo wprowadzili więc do Konstytucji mechanizmy odzwierciedlające lęk przed polaryzacją, poprzez stwarzanie możliwości korygowania błędnych decyzji, a najlepszym tego przejawem jest bikameralizm i weto prezydenckie oraz cały mechanizm federalizmu, będący motorem zróżnicowania³⁶.

Taka interpretacja rozlicznych rozwiązań Konstytucji dokonywana ze współczesnej perspektywy brzmi wiarygodnie, ale na podstawie przedstawionego powyżej opisu sytuacji politycznej za rządów Federalistów w latach 90. XVIII w., a przede wszystkim prowadzonych przez to środowisko prześladowań opozycji trudno utrzymywać, że Hamilton i Washington istotnie byli w tej dekadzie piewcami różnorodności i sporów. Nie pierwszy to przypadek w historii, kiedy działania nie sięgały wzniosłych ideałów. Zwracam jednak uwagę na tę kwestię, ponieważ stanowi ona kolejny dowód na to, jaką ostrożność zachować należy w poleganiu na deklaracjach kanonizowanych przez kolejne generacje Ojców Założycieli, a także jak zawodne jest doszukiwanie się w Konstytucji spójnego, uniwersalnego rozumienia tego aktu.

W przywołanym wywodzie Cass R. Sunstein duże znaczenie przypisuje I poprawce, jako narzędziu gwarantującemu zdrowe, polityczne spory neutralizujące polaryzację grupową. Jak to przedstawiałem, w latach 90. XVIII w. I poprawka absolutnie nie była w ten sposób rozumiana przez elity władzy. Takie jej rozumienie, jako gwarancji politycznej heterogeniczności, zaczęło się utrwalać dopiero mniej więcej 150 lat po jej przyjęciu. Pierwotne rozumienie I poprawki potwierdza zresztą wcześniejsze uwagi na temat antydemokratycznych motywacji twórców Konstytucji. Stephen M. Feldman objaśnia, że znaczne przeobrażenie doktryny wolności wypowiedzi wywołała zmiana w rozumieniu demokracji w latach 20. i 30. XX w. W państwie amerykańskim występowały dwie sprzeczne tradycje związane z wypowiedzią: tradycja niezgody oraz tradycja tłumienia niepożądanych poglądów. Doktryna prawna do wspomnianych lat 20. XX w.

³⁶ Zob. C.R. Sunstein, *Going to Extremes. How Like Minds Unite and Divide*, New York 2009, s. 135-138.

harmonizowała ściślej z tradycją tłumienia poglądów, co było zbieżne z panującą w tym okresie erą demokracji republikańskiej. Do tradycji niezgody, postulującej swobodę wyrażania niepopularnych poglądów, doktryna prawna zaczęła się zbliżać w erze demokracji pluralistycznej rozpoczętej w latach 30.³⁷ Dobitnym przejawem prymatu tradycji tłumienia były wielokrotnie wcześniej wspomniane przez mnie represje za działalność wywrotową, które były ostrą reakcją zwolenników elitaryzującego republikanizmu na kielkujące nurty masowej demokracji.

Te uwagi pozwalają na pogłębione rozpoznanie sporów politycznych z okresu wczesnej republiki. Wieloletnia praca nad tą problematyką i próby, niejako hermeneutyczne, zrozumienia motywów opisywanych postaci powodują, że mogłem odmalować tu obraz Federalistów, którzy dla zdystansowanego czytelnika jawili się będą jako grupa trzymająca bezwzględnie władzę niczym gang postrewolucjonistów. W dużej mierze moim celem było odbrązowienie tego środowiska, co stanowiło zabieg konieczny dla ukazania faktycznego tła początków sędziowskiej kontroli prawa i obalenia fałszywej legendy.

Zasadne jest jednak wejście na kolejny poziom wtajemniczenia i uwzględnienie, że postawa Federalistów była przejawem postawy ideowej, która – jak skłonny byłbym w tym wypadku im zawierzyć – była wyrazem szczerej troski o wspólną republikę, a nie tylko potrzebą kontrolowania aparatu władzy dla zabezpieczenia własnych interesów, zwłaszcza spekulacji ziemskich. Chodzi o wspomniany republikanizm czy też tradycję obywatelskiego republikanizmu. W wielowarstwowej interpretacji „republikańskiego credo Ameryki” Stanisław Filipowicz zwraca uwagę m.in. na to, że w republikańskiej debacie wolność traktowana była podejrzliwie, „jako woal, który przesłaniać może – choć tylko do pewnego czasu – smutną prawdę o mizerii ludzkich uczynków”³⁸.

Stephen M. Engel, śledzący wpływ tej tradycji na sędziowską kontrolę prawa, opisuje, że od okresu założycielskiego współwystępowały w państwie amerykańskim dwie przeciwstawne tradycje: obywatelskiego republikanizmu oraz liberalnego pluralizmu. Pierwsza z nich, dominująca do okresu wojny domowej i tzw. Rekonstrukcji na Południu, opierała się na akcentowaniu roli wspólnoty, utrzymywała zatem możliwość zidentyfikowania jednego wspólnego dobra publicznego, co skłaniało do wysiłków na rzecz uzyskania konsensu, a tłumienia rozłamów. Tradycja liberalnego pluralizmu w kontraście wyrażała wizję polityki jako sporu i promowania indywidualnych interesów. Jak widać, znajdowało to również, acz z pewnym przesunięciem czasowym, wyraz w rozumieniu wolności słowa. Koncentrując uwagę na tradycji republikańskiej, trzeba dodać, że konsekwencją takiej postawy było to, że legitymowana była zasadniczo tylko jedna interpretacja Konstytucji, tylko jedna wizja ustrojowa, ponieważ spory na tematy konstytucyjne, jak i inne spory

³⁷ S.M. Feldman, *Free Speech and Free Press*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York 2015, s. 629-630.

³⁸ S. Filipowicz, *Pochwała rozumu i cnoty. Republikańskie credo Ameryki*, Kraków 1997, s. 18.

publiczne, miały grozić konfliktem społecznym i załamaniem porządku publicznego³⁹. „Republikanie i Federaliści nie postrzegali się też jako rywali przemienne sprawujących władzę, lecz dążyli do całkowitego wyeliminowania przeciwnika oraz przejęcia jego aparatu i elektoratu, by w ten sposób powrócić do stanu pożądanej jednopartyjności”⁴⁰. Miało to także wpływ na postrzeganie sędziów, dodaje Engel:

Stanowisko opozycyjne było niedopuszczalne. Idea ta w sferze zachowań sędziowskich oznaczała, że jeśli sędziowie przedstawiliby wizję podważającą podstawowe zobowiązania administracji prezydenckiej lub rządzącej partii w Kongresie, postrzegani byłiby nie jako osoby, które po prostu przedstawiają alternatywną wizję dobra, lecz jako zasadnicze zagrożenie dla stabilności obywatelskiej. Innymi słowy, kiedy opozycja – definiowana jako mniejszościowa koalicja, która nie sprawuje władzy – nie jest uznawana za podmiot legitymowany, ale antykonstytucyjny, troska w ramach obywatelskiego republikanizmu na rzecz stabilnego rządzenia wymaga, aby opozycja była zdławiona, o ile nie całkowicie wyępiona⁴¹.

To oczywiście znacznie szersze zagadnienie, ale te krótkie wzmianki pozwalają z innej perspektywy spojrzeć na strategię przetrwania realizowaną przez Marshalla w Sądzie. Doszukiwanie się w jego działalności kamienia węgielnego prymatu prawa nad polityką i bezstronnej sędziowskiej kontroli prawa jest zupełnie bezzasadne, jednakże ugodowość Marshalla, a więc i jego manipulacje prawne, w ideowym krajobrazie jego czasów mogą być postrzegane jako uznanie prymatu owej nadrzędnej idei obywatelskiej, która w pluralizmie widziała zapowiedź buntu społecznego i rozlewu krwi. Nie od rzeczy będzie w tym miejscu wzmianka, że Mark Tushnet szeroko rozwija znaczenie w okresie tworzenia Konstytucji tradycji republikańskiej, mniej nieufnej wobec instytucji władzy, niedbającej tak bardzo o odseparowanie prawa od polityki i opartej na poczuciu, że w sensie społecznym całość stanowi coś więcej niż sumę części składowych, a więc odrębnej wobec dominującej obecnie tradycji liberalnej. Autor ten argumentuje, że to okoliczność, iż republikanizm odszedł w przeszłość – ponieważ możliwy był tylko w zamierzczłym środowisku społecznym, w którym prawa wyborcze były ograniczone, a obywatele byli w podobnym stopniu zamożni – doprowadziła do utraty spójności planu konstytucyjnego z Filadelfii, zwłaszcza w sferze sędziowskiej kontroli prawa. Lukę wywołaną upadkiem tradycji republikańskiej próbuje się wypełnić „wielkimi teoriami” prawa konstytucyjnego skazanymi na niepowodzenie⁴².

³⁹ Zob. S.M. Engel, *American Politicians Confront the Court. Opposition Politics and Changing Responses to Judicial Power*, New York 2011, s. 54-58.

⁴⁰ Z. Lewicki, *Historia cywilizacji amerykańskiej. Era sprzeczności 1787-1865*, Warszawa 2010, s. 7.

⁴¹ S.M. Engel, *American Politicians Confront the Court...*, s. 58.

⁴² Zob. M. Tushnet, *Red, White, and Blue...*, s. 4-17.

Ekonomiczna interpretacja Konstytucji Stanów Zjednoczonych

Na lepsze naświetlenie stosunku delegatów zebranych w Filadelfii do sędziowskiej kontroli prawa pozwalają ustalenia Woody'ego Holtona, historyka z University of Richmond, a następnie University of South Carolina, prowadzącego badania nad ekonomicznym wymiarem początków państwa amerykańskiego. W swej pracy z 2007 r. poświęconej „niesfornym Amerykanom” i genezie Konstytucji¹ autor ten zestawiał wątki słabiej obecne w badaniach kontekstu konwencji filadelfijskiej, odbiegające od wyidealizowanego obrazu kształtowanego zwłaszcza w ramach potrzeb ideologicznych wynikających z zimnej wojny w drugiej połowie XX w. Interpretacja Woody'ego Holtona nawiązuje do pozornie drobniejszych kwestii, które poruszałem w powyższym wywodzie, a choć zagadnienia *judicial review* dotyczy jedynie incydentalnie, istotnie wzbogaca prezentowany tu obraz.

Ekonomiczne podłoże Konstytucji było przedmiotem przełomowej pracy Charlesa Bearda z 1913 r., *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*. Beard był najbardziej wpływowym prekursorem poglądu, że Konstytucja była aktem kontrrewolucyjnym, a Ojcowie Założyciele nie byli bynajmniej orędownikami demokracji². Jak to relacjonuje Bruce Ackerman, książka Bearda była kluczowym punktem zwrotnym, a wstępne sugestie Bearda, że Konstytucja była kontrrewolucyjnym dokumentem przebiegle narzuconym zrewoltowanym masom przez zamożną elitę, zainspirowały całą generację progresywnych historyków, którzy starali się wykazać, że twórcy Konstytucji jedynie skryli się za zapewnieniem, że występują w imieniu ludu, a prawdziwie interesującym zagadnieniem było raczej to, dlaczego Federaliści okazali się bardziej skutecznymi kontrrewolucjonistami od swoich odpowiedników w Paryżu i Moskwie³. Według Ackermana w ujęciu Bearda akt założenia republiki amerykańskiej był amerykańskim termidorem (od daty upadku Robespierre'a) – antyludowym puczem w imię ochrony własności⁴.

Uznanie wkładu Charlesa Bearda, niezależnie od późniejszych prób refutacji i pogłębionych badań, polega na tym, jak słusznie podnosi Paul W. Kahn, że co najmniej od

¹ W. Holton, *Unruly Americans and the Origins of the Constitution*, New York 2007.

² R. Beeman, *Plain, Honest Men. The Making of the American Constitution*, New York 2009, s. 295 i przyp. 40.

³ B. Ackerman, *We the People. Foundations*, Cambridge, Mass. 1993, s. 201-202.

⁴ Idem, *We the People. Transformations*, Cambridge, Mass. 1998, s. 32.

chwili, kiedy Beard postawił pytania o interesy Ojców Założycieli, „utrzymujemy mocne podejrzenie, że rządy prawa, nawet prawa konstytucyjnego, nigdy nie oddzielają się od rządów ludzi”. Gdyby rządy prawa miały prawdziwie stać w kontraście do rządów ludzi, rozwija Kahn, to zasada rządów prawa nigdy by nie istniała, ponieważ żaden system rządów nie jest niezależny od osób piastujących urzędy polityczne⁵.

Radykalne, oparte na okrojonych źródłach tezy Bearda spowodowały, że został on potępiony przez badaczy głównego nurtu, a po rezygnacji na znak protestu antywojennego z pracy na Columbia University nie znalazł już zatrudnienia uniwersyteckiego. Opisujący ten wątek Lawrence Goldstone zaznaczył, z perspektywy 2005 r., że po obaleniu wielu tez Bearda czy wykazaniu jego uproszczeń analizy konstytucjonalistów zwykle pomijały realia i motywacje delegatów w Filadelfii, których często przedstawia się w zasadzie jako depozytariuszy filozofii politycznej, a samą Konstytucję jako wytwór teorii⁶. Postawę tę przejawiała pryncypialnie Hannah Arendt w książce *O rewolucji*, opublikowanej po raz pierwszy w 1963 r. Stwierdziła w niej, że pod wpływem Bearda historiografia rewolucji amerykańskiej „była opętana obsesją demaskowania Ojców Założycieli i ścigania ukrytych motywów towarzyszących rzekomo ustanowieniu Konstytucji – choć nie istniały właściwie fakty, mogące służyć za oparcie dla takich z góry założonych wniosków”⁷. Jeszcze bardziej śmiała w swej kategoryczności tezę wyrażono w polskiej literaturze. Kuba R. Gąsiorowski stwierdza dobitnie: „za wybuchem rewolucji amerykańskiej nie stały żadne czynniki o charakterze społecznym i gospodarczym”⁸.

Syntetycznie, za Stanleyem Elkinsem i Erikiem McKitrickiem, tak zogniskowane podejście w ramach prób zrozumienia rewolucji amerykańskiej, a następnie Konstytucji przedstawić można od pracy Bernarda Bailyna z 1967 r. poświęconej ideologicznym źródłom rewolucji, która poprzez ukazanie bogactwa ideowego wykorzystanego przez buntujących się kolonistów oraz zlokalizowanie kanałów transatlantyckiego przepływu myśli nadała kierunek późniejszym badaniom. Paradygmat Bailyna podjął zwłaszcza John G.A. Pocock, zajmujący się m.in. wpływem myśli politycznej z Florencji, a następnie Gordon S. Wood, postrzegający Konstytucję jako mistrzowską innowację w ramach nauki polityki, a dokonania Federalistów uznający za całkowite przekształcenie myśli politycznej⁹.

⁵ P.W. Kahn, *The Reign of Law. Marbury v. Madison and the Construction of America*, New Haven 1997, s. 26.

⁶ L. Goldstone, *Dark Bargain. Slavery, Profits, and the Struggle for the Constitution*, New York 2005, s. 16-17.

⁷ H. Arendt, *O rewolucji*, tłum. M. Godyń, Kraków 1991, s. 99.

⁸ K.R. Gąsiorowski, *Projekt Ameryka. Stany Zjednoczone od rewolucji do wojny secesyjnej*, Warszawa 2018, s. 17.

⁹ Zob. S. Elkins, E. McKitrick, *The Age of Federalism. The Early American Republic, 1788-1800*, New York 1993, s. 4-10.

Bernard Bailyn pisał więc, że amerykańska Konstytucja była końcowym i kulminacyjnym wyrazem ideologii amerykańskiej rewolucji, a konkretnie jej trzecią fazą, w której presja ze strony narastających napięć społecznych, gospodarczej konfuzji wskazującej na możliwość załamania systemu kredytu publicznego, niepowodzeń w stosunkach międzynarodowych i groźby rozpadu słabej Konfederacji skłoniła do odwrócenia kierunku wysiłków, z destrukcji na kreację, czyli na stworzenie *Machtstaat*, scentralizowanej władzy ogólnopaństwowej, dysponującej siłami zbrojnymi, energicznie zajmującej się relacjami międzynarodowymi i potencjalnie regulacją kluczowych aspektów życia codziennego przez władze dominujące nad władzami niższego szczebla¹⁰. Cytowany zaś już wielokrotnie Gordon S. Wood opisywał m.in., jak prominentni Amerykanie w latach 80. XVIII w. dostrzegli, że rodzi się nowy rodzaj tyranii sprawowanej przez sam lud, a więc demokratyczny despotyzm, który Johnowi Adamsowi jeszcze w 1776 r. wydawał się teoretyczną sprzecznością¹¹. Odpowiedzią miało być konstytucyjne antidotum na znane z historii choroby wspólnot republikańskich. Intelktualne ustrojowe osiągnięcie Federalistów – podsumowuje w ostatnim akapicie swej klasycznej pracy Wood – było tak nieuporządkowane, tak różnorodne i w takim stopniu było prostą reakcją na napór ze strony polityki demokratycznej, że oryginalność amerykańskiego ustroju, teoretyczna spójność i kompletność myśli konstytucyjnej zostały przysłonięte, a była to teoria polityczna warta honorowego miejsca w historii myśli Zachodu¹².

Nie ma powodu, aby umniejszać wymiar teoretyczny dokonań twórców Konstytucji, ale jeszcze bardziej nieusprawiedliwione byłoby pomijanie faktycznej motywacji wąskiego grona wpływowych Amerykanów, którzy parli do obalenia Artykułów Konfederacji. Choć spotykali się w Filadelfii w warunkach ścisłej poufności, ich działalność zaś opierała się na wspomnianym rozziwieniu między ideologią a motywami, sami Federaliści z 1787 r. (a więc z wiodącym udziałem Madisona, który następnie opuścił ten obóz) nie kryli, co nimi kierowało. Bez trudu można ustalić, czym żyły ówczesne elity skupione wokół Washingtona, Madisona i Hamiltona, a także bardziej zakulisowo usytuowanego Roberta Morrisa. Wiemy dobrze, co zaprzętało ich codzienną uwagę, a tym samym jak bardzo myliła się cytowana Hannah Arendt, lekceważąca próby demaskowania Ojców Założycieli jako przekonanie amerykańskich intelektualistów z początku XX w., że „muszą przynajmniej przy pomocy atramentu i farby drukarskiej powtórzyć to, co w innych krajach zostało zapisane krwią”¹³. Wiele tych kwestii pojawiło się już na poprzedzających stronach w opisie sylwetki Johna Marshalla, który żył bardzo podobnymi problemami i znakomicie pasował do tego środowiska, ale w 1787 r. nie był na tyle znaczącym politykiem, by wybrano go w Wirginii do grupki delegatów udających się do Filadelfii. Kon-

¹⁰ B. Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge, Mass. 1992, s. 321-325.

¹¹ G.S. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, New York 1993, s. 404 i n.

¹² *Ibidem*, s. 614-615.

¹³ H. Arendt, *O rewolucji*, s. 99.

tynuujący dawną tradycję progresywnego odczytania Konstytucji Woody Holton, uwzględniający również krytykę, z jaką spotkała się ta interpretacja, przypomina, że odpowiedź Charlesa Bearda z 1913 r. na pytanie o motywacje twórców Konstytucji była prosta – większość z nich była kredytodawcami lub posiadaczami publicznych papierów wartościowych, a bez nowej Konstytucji nie odzyskaliby swych pieniędzy. Ta teza jest niewystarczająca, przekonuje Holton, gdyż istotnie wielu zwolenników Konstytucji było takimi kredytodawcami lub inwestorami, ale nie Madison ani Hamilton¹⁴.

Woody Holton, łączący w jedną całość rozproszone, częściowo ignorowane elementy, przekonująco wywodzi, że motywacja twórców Konstytucji była ekonomiczna, ale nie chodziło wyłącznie o zadłużenie wewnętrzne, lecz o kwestie doskonale znane też we współczesnym świecie: o pozyskanie kapitału, o przyciągnięcie inwestorów, także zewnętrznych, co pozwoliłoby na rozwój gospodarczy państwa, a samym elitom na pomnażanie fortun¹⁵. Bezpośrednio po wojnie rewolucyjnej sytuacja gospodarcza w wyzwolonych państwach była fatalna. Dochód narodowy w latach 1774-1790 zmniejszył się o 30%, kraj był spustoszony po działaniach wojennych, liczbę ofiar śmiertelnych w stosunku do liczby ludności później przewyższyła tylko wojna secesyjna. Brytyjczycy odcięli Amerykanów od tras handlowych, a wyłącznie handel oceaniczny mógł zapewnić dostęp do pieniądza kruszcowego. W koloniach nie było kopalń złota ani srebra, a niedobór gotówki dławiał relacje gospodarcze. Finansowanie wysiłku wojennego opierało się na emisji papierowego pieniądza, co wkrótce wywołało hiperinflację. Próbowano wprowadzać kontrolę cen, dochodziło do zamieszek, w których atakowano niepodporządkowujących się handlarzy. Uwypukliły się rozłamy klasowe usilnie tłumione w trakcie rewolucji przez środowisko Patriotów odwołaniami do walki wyzwolenczej. W 1779 r. w Filadelfii trzydziestu zaможnych konserwatystów, w tym Robert Morris, finansowy mózg rewolucji i późniejszy senator, zmuszonych było do schronienia się w domu Jamesa Wilsona, jednego z Ojców Założycieli. W zaimprovizowanym tak „forcie Wilson” miejscy notable ostrzeliwali się z atakującym tłumem i wyratowani zostali jedynie przez oddział kawalerii¹⁶. Pospólstwo filadelfijskie zarzucało Wilsonowi spekulantwo wojenne i sprzyjanie Brytyjczykom. Gdy więc Wilson usłyszał plotkę, że planowany przemarsz milicji w mieście to w rzeczywistości próba jego aresztowania, zabarykadował się z grupą uzbrojonych gentlemanów w swym domu, a gdy przed takim blokhauzem defilowała milicja, z budynku oddano strzał w stronę tłumu, co rozpętało uliczną palbę¹⁷. Protegowanym Roberta Morrisa, strzelającego z okien do milicji, był niespokrewniony z nim Gouverneur Morris, którego piórem w większości spisywany był w Filadelfii tekst Konstytucji. Gdy ten ostatni dowie-

¹⁴ W. Holton, *Unruly Americans...*, s. 22.

¹⁵ *Ibidem*, s. 23

¹⁶ Zob. A. Taylor, *American Revolutions. A Continental History, 1750-1804*, New York 2017, s. 361-363.

¹⁷ T. Bouton, *Taming Democracy. „The People”, the Founders, and the Troubled Ending of the American Revolution*, New York 2009, s. 68.

dział się o zagrożeniu życia swego mentora, Roberta Morrisa, w trakcie tych zamieszek, zapewne tylko utwierdził się w przekonaniu o zagrożeniu ze strony ludu dla podobnych sobie. Jeszcze w 1774 r. przewidywał taki przebieg wypadków i ostrzegał listownie, że jeśli ludzie majątni w walce przeciwko Wielkiej Brytanii polegać będą na motłochu, to ten ostatecznie zwróci się przeciwko nim. Gouverner Morris należał do tych czołowych zwolenników Konstytucji, którzy od samego początku rewolucji, jak pisze Clement Fatovic, wykazywali się co najmniej nieufnością, jeśli nie otwartą wrogością wobec demokratycznej polityki¹⁸. Jej działanie potwierdziły zresztą stłumione reperkusje po ataku na dom Wilsona. Co prawda kilkudziesięciu napastników zostało aresztowanych, ale następnego dnia zostali oni uwolnieni przez władze, a ich rodziny otrzymały beczki z drogocenną w czasie kryzysu mąką¹⁹. Przytaczający cytowany powyżej opis strzelaniny pod „fortem Wilson” Terry Bouton puentuje ten fragment wzmianką, że James Wilson przeżył i stał się jednym z architektów nowej federalnej Konstytucji, która miała odsunąć od władzy takich zwykłych ludzi²⁰. Przypomnę też, że James Wilson pojawiał się wielokrotnie na poprzedzających stronach jako zwolennik władzy sędziów, których przedstawiał jako przyjaciół ludu.

Na tym tle, w rozbudowanym wywodzie, Woody Holton przedstawia następujący spłot czynników gospodarczych i politycznych. Zadłużenie publiczne wywołane wojną miało znaczący wpływ na wybuch rewolucji amerykańskiej i francuskiej. Chodziło odpowiednio o zadłużenie skarbu brytyjskiego, wywołane wojną siedmioletnią, i francuskiego, wywołane pomocą wojskową dla zrewoltowanych amerykańskich kolonii. Problem ten odczuły po wojnie rewolucyjnej te same kolonie, w postaci niepodległych państw i ich konfederacyjnego przymierza. Od pokoju zawartego w 1783 r. do ratyfikacji Konstytucji w 1788 r. największym pojedynczym wydatkiem publicznym na poziomie państw i ich Konfederacji było spłacanie długu wojennego. Wydatki wojenne pokrywano papierowym pieniądzem, pożyczkami z zagranicy, a przede wszystkim skryptami dłużnymi, którymi opłacano m.in. zaopatrzenie dla wojska i samych żołnierzy. Skrypty te następnie zamieniono na obligacje skarbowe, których finansowa obsługa w prawie każdym państwie pochłaniała co najmniej dwie trzecie wpływów z podatków bezpośrednich. To wymuszało na władzach amerykańskich państw podwyższanie podatków. Obligacje, pierwotnie trafiające m.in. do żołnierzy, były sukcesywnie skupowane przez zamożnych spekulantów za ułamki ich nominalnej wartości. W 1786 r. połowa obligacji państwa Rhode Island należała do szesnastu osób, a w 1789 r. obliczono, że w Pensylwanii corocznie 111 tysięcy dolarów przeznaczano na spłatę zobowiązań wobec posiadaczy obligacji,

¹⁸ C. Fatovic, *America's Founding and the Struggle over Economic Inequality*, Lawrence 2015, s. 58-59 i przyp. 5.

¹⁹ J.T. Kloppenberg, *Toward Democracy. The Struggle for Self-Rule in European and American Thought*, New York 2016, s. 372.

²⁰ T. Bouton, *Taming Democracy...*, s. 69.

przy czym 70 tysięcy z tej kwoty przeznaczano dla dwunastu inwestorów. W 1790 r. tylko 2% Amerykanów posiadało te obligacje. Przynosiły one rocznie kilka procent odsetek, zwykle 6%, ale skupowane nawet za jedynie 20% ich nominalnej wartości przynosiły posiadaczom odpowiednio kilkukrotnie większy zysk. Dysponujący gotówką na skup obligacji robili więc na nich znakomity interes, ale powodzenie tych operacji finansowych wymagało radykalnego podnoszenia obciążeń podatkowych w borykających się z recesją niepodległych państwach. W większości z nich po wojnie podatki zostały cztero-, a nawet pięciokrotnie podwyższone. Ponieważ poborcy podatkowi odpowiadali własnym majątkiem za ich pobór, a mogli nawet trafiać do więzień za niedostateczne ściąganie przypisanych im kwot, bezwzględnie egzekwowali należności od popadających w ubóstwo warstw niezamożnych, w szczególności farmerów. Kończyło się to często przymusową wyprzedażą dobytku podatników za ułamek wartości. Gdy to nie wystarczało, dłużnicy trafiali do więzień. Podobny los groził zadłużonym u osób prywatnych²¹. Dla przykładu wspomnę, że skup obligacji od weteranów prowadził wybijający się prawnik i inwestor z Wirginii, John Marshall, który w 1792 r., po konwersji długów stanowych przez władze federalne, jakie pomógł ustanowić, uzyskał świadectwa warte ponad 7100 dolarów i oprocentowane na 6%²².

Tacy jak Marshall posiadacze stanowych i federalnych obligacji zapewniali stanowcze poparcie polityczne dla podnoszenia podatków i ich rygorystycznego poboru w deficytowym pieniądzu kruszczowym. W efekcie w jednym z okręgów w Pensylwanii 10% populacji znalazło się w więzieniu za długi, a w części okręgów w tym państwie do 70% opodatkowanych rolników poddanych zostało przymusowej egzekucji mienia²³. Ta sytuacja skłaniała farmerów i ich zwolenników do wysuwania wobec legislatur żądań obniżenia podatków i wprowadzenia rozwiązań ułatwiających spłatę długów. Ponieważ rozumiano doskonale związek między wysokimi podatkami a zyskami wtórnych nabywców obligacji, kierowane wobec polityków żądania obejmowały także postulaty ukrócenia zysków spekulantów. Poczesne miejsce wśród takich postulatów politycznych zajmowało wprowadzenie papierowego pieniądza. Przeciwnicy uważali, że to próba oszukiwania kredytodawców prywatnych i publicznych poprzez wywołanie inflacji. Jej ofiarą w trakcie wojny rewolucyjnej padli m.in. tak wpływowi kredytodawcy, jak Washington i Jefferson. Zwolennicy papierowego pieniądza odrzucali moralizujące napomnienia o biblijnej podbudowie i utrzymywali, że chodzi o pobudzenie wymiany handlowej i stworzenie możliwości zapłaty podatków. Wobec niedoboru pieniądza kruszczowego

²¹ Zob. W. Holton, *Unruly Americans...*, s. 29-43.

²² H.A. Johnson, *Federal Union, Property, and the Contract Clause. John Marshall's Thought in Light of Sturges v. Crowninshield and Ogden v. Saunders*, [w:] T.C. Shevory (ed.), *John Marshall's Achievement. Law, Politics, and Constitutional Interpretations*, New York 1989, s. 35.

²³ M.J. Klarman, *The Framers' Coup. The Making of the United States Constitution*, New York 2016, s. 76.

farmerzy mogliby sprzedawać plony za pieniądź papierowy, który następnie oddawaliby poborcom podatkowym.

W ramach tych wyjaśnień Woody Holton akcentuje dwie kwestie. Zwolennikami przyszłej Konstytucji były raczej młodsze osoby, a przeciwnikami starsza generacja, która pamiętała nie tylko zamęt czasów rewolucyjnych, ale też wcześniejsze doświadczenie tyranii Brytyjczyków oraz udane emisje pieniądza papierowego za czasów kolonialnych. Holton modyfikuje też tezę Bearda, że to posiadacze obligacji wymusili wprowadzenie Konstytucji tworzącej władzę federalną nakładającą własne podatki, aby spłacać te zobowiązania. Analiza sytuacji z lat 80. XVIII w. prowadzi tego autora do tezy, że wpływ spekulatorów obligacjami był pośredni. Konieczność obsługi finansowej obligacji skupionych w rękach wpływowej elity wymuszała na legislatorach znaczne podwyższanie podatków, co wywoływało reakcję opodatkowanych mas w postaci żądań wprowadzenia papierowego pieniądza i innych form pomocy. Właśnie zniesienie takiego ustawodawstwa stało się główną pobudką dla zwolenników Konstytucji. Kampania na rzecz uchwalenia aktu nadrzędnego, który zniósłby możliwość emitowania pieniądza przez poszczególne skonfederowane państwa, była przedłużeniem gorących sporów na temat tego, ile mienia podatników władze powinny przekazywać posiadaczom obligacji²⁴.

Inspirowany przytaczanymi tu badaniami Michael J. Klarman uzupełnia, że jeśli chodziło o dostrzegane wady Artykułów Konfederacji, to debata była właściwie jednostronna, istniał szeroki konsens co do potrzeby wprowadzenia modyfikacji. Jednakże w sferze związanej z prawodawstwem dotyczącym pomocy dla zadłużonych debata była faktycznie dwustronna, a Konstytucja była wyrazem zwycięstwa jednego ze stronnictw. Gdyby pisano ją kilka lat wcześniej, przed sporami co do podatków i długów, prawdopodobnie wyglądałaby zupełnie inaczej²⁵. Jeśli więc można twierdzić, że dorobek konwencji filadelfijskiej był „odniesionym po latach zwycięstwem konserwatywnej frakcji Kongresu Kontynentalnego”²⁶, to zwycięstwo tego środowiska stało się możliwe dzięki pełnemu determinacji wykorzystaniu szczególnej okazji dziejowej.

Interesujący w opisie Woody’ego Holtona jest zwłaszcza epizod, który – jak słusznie zauważa ten autor – bywa zwykle ignorowany w pracach na temat Konstytucji. We wrześniu 1785 r. Kongres Konfederacji przesłał trzynastu legislaturom „rekwizycję”, czyli wezwanie do spłaty 3 milionów dolarów. Był to kolejny z cyklicznych etapów spłacania zobowiązań konfederacji amerykańskiej, m.in. na rzecz pożyczkodawców zagranicznych, jednakże dwie trzecie nominalnej wartości rekwizycji przeznaczone było dla amerykańskich posiadaczy obligacji. Dodatkowo pojawiło się nowe zobowiązanie, tzw. certyfikaty wymienne (*commutation certificates*). Oficerowie niedofinansowanej Armii Kontynentalnej w czasie walk rewolucyjnych uznali, że poświęcili swe najlepsze lata

²⁴ Zob. W. Holton, *Unruly Americans...*, s. 55-64.

²⁵ M.J. Klarman, *The Framers' Coup...*, s. 5-6.

²⁶ T. Wiecech, *Unia w myśli politycznej Thomasa Jeffersona*, Kraków 2012, s. 75.

służbie, która nie została należycie doceniona, choćby w porównaniu z ich brytyjskimi odpowiednikami. Oficerowie zagrozili buntem, który w trakcie działań wojennych miał przybrać postać przemieszczenia armii za Appalache i pozostawienia amerykańskich państw na łaskę i niełaskę wojsk brytyjskich. Po negocjacjach pokojowych z Brytyjczykami narzędziem nacisku oficerów była groźba odmowy złożenia broni, dyskretnie podsycana przez Roberta Morrisa, wspomnianego „ministra finansów” Rewolucji. Kongres Konfederacji przyznał więc oficerom świadczenie w postaci ekwiwalentu pięcioletniego żołdu, co w sumie wynosiło 5 milionów dolarów. Certyfikaty wymienne potwierdzające prawo do tego świadczenia i przysługujących odsetek były przez wielu beneficjentów sprzedawane i również podlegały dewaluacji, a jednocześnie w państwach rósł ruch sprzeciwu przeciwko spłacaniu tych zobowiązań. To właśnie próby zapłaty przez członków Konfederacji zapomnianej obecnie rekwizycji z 1785 r. – argumentuje przekonująco Holton – doprowadziły do wydarzeń, które pobudziły zdecydowanie do działania i zwiększyły siłę perswazji zwolenników poskromienia rozwinętej demokracji w skonfederowanych państwach i przyjęcia centralizującej Konstytucji. Władze tych państw egzekwowały nadmierne obciążenia podatkowe na potrzeby rekwizycji wynikającej częściowo z groźby wojskowego zamachu stanu, co wywoływało bunty, w tym wyolbrzymioną „rebelię” Shaysa w Massachusetts, ale też lokalne emisje papierowego pieniądza i inne rozwiązania mające ulżyć podatnikom²⁷. Rok później zresztą system rekwizycji załamał się całkowicie. Kongres Konfederacji wystąpił do państw o przekazanie mu kwoty 3,8 miliona dolarów, a otrzymał w sumie 663 dolary²⁸.

Buntujący się lud – podpalono m.in. sądy w Wirginii, a w Pensylwanii i New Hampshire tłum otoczył legislaturę – wymusił na legislaturach znaczne złagodzenie podatków i inne formy pomocy. Co istotne, te działania legislatur wynikały również z normalnego procesu politycznego, czyli z realizacji wyników wyborów, a przede wszystkim, wbrew propagandzie rosnących w siłę Federalistów, podejmowane w państwach formy pomocy dłużnikom i podatnikom nie były wcale nieskuteczne. Federaliści piętnowali związaną z emisją papierowego pieniądza inflację w Karolinie Północnej, Georgii, a szczególnie Rhode Island, ale w państwach Nowy Jork, New Jersey, Karolina Południowa i Pensylwania pieniądze emitowane w latach 80. XVIII w. utrzymywały swoją wartość. Ta ostatnia kwestia była szczególnie niepokojąca dla bogatych elit, ponieważ godziła w pielęgnowany przez nich pogląd, że rządów republikańskich nie można pogodzić z pieniądzem papierowym emitowanym przez realizujące potrzeby ludu legislatury²⁹.

Ryszard M. Małajny, analizując wydarzenia w suwerennych amerykańskich państwach przez pryzmat zasady podziału władzy, odnotowuje, że im bardziej rewolucyjnej

²⁷ W. Holton, *Unruly Americans...*, s. 65-82.

²⁸ S. Levinson, *Framed. America's Fifty-One Constitutions and the Crisis of Governance*, New York 2012, s. 315.

²⁹ W. Holton, *Unruly Americans...*, s. 113-161.

atmosferze ulegali „stanowi ustrojodawcy”, tym bardziej odchodzili od systemu podziału władzy. Władzę prawodawczą chciano wzmocnić przede wszystkim i w niej upatrywano jedyny organ urzeczywistniający suwerenne prawa narodu. Gdy zamożniejsze warstwy społeczne zaczęły po Rewolucji odzyskiwać część dawnych wpływów, rozpoczął się okres stale nasilającej się reakcji przeciwko panującej dotąd niepodzielnie praktyce niewprowadzania do konstytucji mechanizmu hamulców, który zapewniałby równowagę między władzami. Rozwijający to w licznych przykładach Ryszard M. Małajny podaje m.in., że w Wirginii na przełomie 1779 i 1780 r. reakcja przeciwko „despotyzmowi legislatury” posunęła się tak daleko, że wyposażono gubernatora w prawo weta³⁰.

Pogląd o szkodliwości odstępowania od pieniądza kruszcowego wyraził nawet w orzeczeniu Sądu Najwyższego Prezes Marshall, który w rozstrzygnięciu *Craig v. Missouri* z 1830 r. tak przedstawił historyczne tło wprowadzenia papierowego pieniądza:

W bardzo wczesnym okresie naszej kolonialnej historii podejmowane były znaczne próby zaspokojenia niedoboru metali wartościowych poprzez papierowe medium, a papiery emitowane w tym celu były często określane papierami wartościowymi. W trakcie naszej wojny rewolucyjnej zostaliśmy doprowadzeni do korzystania z tego środka doraźnego, a konieczność przymusiła nas do używania go w najbardziej przerażającym wymiarze. (...) Takie medium zawsze podatne jest na znaczne fluktuacje. Jego wartość stale ulega zmianie; a zmiany te, często wielkie i nagłe, narażają jednostki na wielkie straty; są źródłem rujnujących spekulacji oraz niszczą wszelkie zaufania człowieka do człowieka. Aby wykorzystać tę niegodziwość, odczuwaną w całych Stanach Zjednoczonych, która głęboko wpływa na interesy i dobrobyt wszystkich; lud ogłosił w swej konstytucji, że żaden stan nie będzie emitował papierów wartościowych. (...)

Z *Historii Massachusetts Hutchinsona*, tom 1, s. 402, dowiadujemy się, że papiery wartościowe zostały po raz pierwszy wyemitowane w tej kolonii w 1690 r. (...) Dalsza historia Massachusetts obfituje w dowody zgubnych skutków papierowego pieniądza, niezależnie od tego, czy jest prawnym środkiem płatniczym.

Papierowy pieniądz był także emitowany w innych koloniach, na północy i południu, a niezależnie od tego, czy był środkiem płatniczym, wywoływał zgubne skutki proporcjonalne do wielkości emisji³¹.

Swą odrazę do papierowego pieniądza, źródła zła w wymiarze moralnym i gospodarczym, przedstawia Marshall z wyraźną pasją, a ponieważ czyni to prawie pół wieku po wydarzeniach, które doprowadziły do zakazu konstytucyjnego, na który się powoływał, można dostrzec, jak istotny był to element myślenia jego samego i podobnych mu Federalistów. Przy okazji cytowane orzeczenie jest charakterystyczne dla stylu Marshalla.

³⁰ Zob. R.M. Małajny, *Doktryna podziału władzy „Ojców Konstytucji” USA*, Katowice 1985, s. 93-95.

³¹ *Craig v. Missouri*, 29. U.S. 410 (1830).

Chodziło w nim o złożoną kwestię konstytucyjności wystawionych przez władze stanu Missouri certyfikatów czy też skryptów i o problem oceny, czy stanowiły one środek płatniczy zakazany klauzulą konstytucyjną. Pełna analiza zajęłaby wiele miejsca, ale rozpoznamy podkreślane przeze mnie powyżej elementy metody argumentacyjnej Marshalla w następujących słowach współczesnego komentatora:

Craig to kolejna typowa opinia Marshalla, poświęcona głównie rozkładaniu na czynniki pierwsze tematu zastępczego. (...) Wszystko to brzmi, jak zwykle u Marshalla, bardzo wiarygodnie. Zauważa się jednak od razu, że, jak to miał w zwyczaju, jego omówienie historii było przedstawione jako prosta konkluzja obywatela się praktycznie bez odniesień do wspierających ją materiałów. Mamy zasadniczo tylko jego słowo jako dowód na to, że papierowe pieniądze były powszechnie znane jako papiery wartościowe, oraz na to, że ich zgubne skutki były właśnie tą „niegodziwością”, jakiej klauzula miała przeciwdziałać³².

Trzeba też uwzględnić, że „demokratyczna” emisja pieniądza z nadania legislatur podważała kolonialną strukturę władzy. W Wirginii lokalna arystokracja zgromadziła fortuny dzięki zdominowaniu eksportu tytoniu, na co składały się tak prozaiczne kwestie, jak zajmowanie na posiadłości strategicznych miejsc przy szlakach komunikacyjnych. Fortuny zapewniały kontrolę nad kredytem. Kontrola nad kredytem zapewniała władzę w kolonii³³.

Pieniądz fiducjarny stracił ostatecznie wiek później odium jako czynnik podważający rządy republikańskie, ale abominacja Federalistów wobec rozdemokratyzowanych zgromadzeń w latach 80. XVIII w. na długie lata skutecznie wpłynęła na amerykańską historiografię. Wyrazistym przykładem tego zjawiska jest to, że przenikliwy i przywoływany już wcześniej Edmund S. Morgan z maestrią odsłania przed czytelnikami obmyślenie i wykorzystanie przez elity władzy koncepcji suwerenności ludu, zwłaszcza ludu amerykańskiego, ale odnosząc się do działalności legislatur w latach poprzedzających konwencję w Filadelfii, powtarza bez komentarza propagandowe slogany Federalistów, przenosząc normalne spory polityczne dotyczące podatków i zadłużenia do kategorii psychiatrycznej poprzez użycie określenia „szaleństwo zgromadzeń ustawodawczych w państwach w latach 80. XVIII w.”³⁴. Równie przekonany do takiej wersji wydarzeń jest John E. Semonche, proponujący zwięźle czytelnikom tak mroczną wizję: „Kiedy podstawowe prawo jednostki, prawo własności, wydawało się znajdować pod stałym zagrożeniem ze strony legislatur państwowych, gotowych do emisji papierowego pieniądza i prowadzenia nieobliczalnej polityki gospodarczej, wolność zdawała się ulegać degeneracji

³² D.P. Currie, *The Constitution in the Supreme Court. The First Hundred Years, 1789-1888*, Chicago 1985, s. 187-188

³³ R. Isaac, *The Transformation of Virginia, 1740-1790*, New York 1988, s. 32-33.

³⁴ E.S. Morgan, *Inventing the People. The Rise of Popular Sovereignty in England and America*, New York 1989, s. 254-255.

ku rozwiązłości”³⁵. James T. Kloppenberg ujmuje kwestię zadłużenia w ramach swego wywodu, w którym dostrzega motywującą kolejne generacje orędowników demokracji etykę wzajemności. Opisując więc Madisona, który tuż przed konwencją filadelfijską przygotował dla siebie memorandum poświęcone wadom ówczesnego ustroju stanów zjednoczonych w konfederacji, współczesny historyk akcentuje, że stosował on pod wpływem nauk płynących od szkockich myślicieli tę samą logikę do relacji gospodarczych między jednostkami, państwami amerykańskimi i państwami zagranicznymi. Jeśli skonfederowane państwo działa na korzyść dłużników, wpływa to także niekorzystnie na pozostałe skonfederowane państwa, w których mieszkają kredytodawcy. Analogicznie odnosi się to do działań wspierających miejscowych dłużników na niekorzyść kredytodawców z państw zagranicznych. Tymczasem wszyscy obywatele powinni dostrzec własny interes, wywodził Madison, w utrzymywaniu stabilności pieniądza i zapobieganiu oszustwom wobec obywateli państw skonfederowanych lub pozostałych. Zdaniem Kloppenberga rozumowanie to oparte było na etyce wzajemności, dla Madisona spłata długów była bowiem po prostu kwestią sprawiedliwości³⁶. Taka optyka właściwa jest tylko jednej z ówczesnych stron złożonego sporu.

Zamożni Amerykanie oczekujący „realizacji zysku” z okazji nabywanych papierów wartościowych uważali, że korzystają ze świętego prawa, a programy pomocy dla dłużników były równie dotkliwym zaborem ich mienia co podatki brytyjskie. Z punktu widzenia zamożnych elit problemem było lenistwo dłużników i ich szeroko rozumiana rozwiązłość. Theodore Sedgwick, polityk z Massachusetts, który później został spikerem Izby Reprezentantów, uznał, że kwestia wprowadzenia papierowego pieniądza to walka ludzi utalentowanych i uczciwych z „mętami i szumowinami ludzkości”. Robert Morris wywodził zaś, że konieczność pozyskiwania pieniądza kruszcowego wyzwała u biednych pracowitość, a pieniądz papierowy działa jak alkohol, rodząc uzależnienie i oddawanie się przyjemnościom³⁷. Z perspektywy 2009 r. Terry Bouton napisał, że poglądy i zamiary Morrisa, który chciał przekazać władzę bogatym, m.in. poprzez prywatyzację usług publicznych, dziś nazwane zostałyby „neoliberalizmem”. W ocenie tego badacza nikt po Morrisie nie miał tak wielkiego indywidualnego wpływu na gospodarkę Stanów Zjednoczonych. Większość delegatów na konwencji filadelfijskiej była zresztą powiązana z Robertem Morrisem jako partnerzy w interesach, dłużnicy i polityczni klienci. Plan Hamiltona był zaś pod wieloma względami inaczej przedstawioną wersją „zbawienia” interesów *gentry* promowaną przez Morrisa³⁸. Równoległe do obrad konwencji poufne i nieodnotowane rozmowy na temat Konstytucji prowadzono w posiadłości Morrisa,

³⁵ J.E. Semonche, *Keeping the Faith. A Cultural History of the U.S. Supreme Court*, Lanham 1998, s. 20.

³⁶ J.T. Kloppenberg, *Toward Democracy...*, s. 386-387.

³⁷ M.J. Klarman, *The Framers' Coup...*, s. 83-85.

³⁸ Zob. T. Bouton, *Taming Democracy...*, s. 70-74.

w której mieszkał Washington³⁹. Robert Morris był zresztą pierwszą osobą, którą prezydent Washington chciał nominować na sekretarza skarbu, dopiero po jego odmowie zwrócił się do Hamiltona⁴⁰. Los sprawił, że ten znawca ludzkich charakterów zaznał niedoli swych leniwych adversarzy. Kilka lat później Robert Morris zbankrutował po nieudanych inwestycjach i trafił do więzienia za długi. Szczęśliwie jego zięć miał bardzo ustosunkowanego brata, który w 1800 r. zdołał doprowadzić do uchwalenia w Izbie Reprezentantów ustawy upadłościowej, pozwalającej Morrisowi opuścić więzienie. Córka Morrisa wyszła za mąż za Jamesa Marshalla, a zaangażowany w przygotowanie ustawy i zebranie podpisów był brat John Marshall⁴¹. Skład komisji w Izbie Reprezentantów pracującej nad ustawą upadłościową był taki sam jak komisji, która równolegle przygotowywała opisywaną powyżej ustawę o sądownictwie z 1801 r., uchyloną szybko przez obóz Jeffersona po przejęciu władzy. Jak wskazuje Kathryn Turner, równoczesne utworzenie obu komisji z takim samym składem nie mogło być przypadkiem, zresztą cytowany Theodore Sedgwick pisał w liście wprost, że ustawa upadłościowa zwiększy skuteczność władz federalnych, której podporządkowane zostaną relacje między kredytodawcami i dłużnikami, a to wymagać będzie także rozszerzenia sądownictwa federalnego, stworzenia nowych dystryktów i stanowisk sędziowskich⁴².

Dla kontrastu warto przytoczyć, za Tomaszem Wiciechem, opinię *outsidera* Jeffersona z 1787 r., przekonującego w liście: „brytyjskie ministerium od dawna zatrudnia dziennikarzy do powtarzania i kształtowania w każdej formie kłamstw o tym, że znajdujemy się w [stanie] anarchii, [tak] że świat uwierzył w nie w zupełności, angielski naród w nie uwierzył, sami ministrowie zaczęli w nie wierzyć i co bardziej zdumiewające, my sami w nie uwierzyliśmy”⁴³. Współcześnie nazwalibyśmy to zjawiskiem *fake news*.

Wspomnę też, że zarzut dotyczący nadmiernej rozwiązłości (*licentiousness*) ludu stał się w amerykańskiej polityce poręcznym narzędziem i w drugiej połowie XX w. wykorzystywany był przez konserwatystów w bardzo podobnych okolicznościach. Rozwijana od lat 60. XX w. „bajka”, jak to nazywają Stephen Holmes i Cass R. Sunstein, polega na tezie, że Sąd Najwyższy pod rządami Prezesa Earla Warrena i inne agencje rządowe obsypały obywateli nadmiernymi uprawnieniami, co miało doprowadzić do upadku zasad moralnych. Jeszcze w latach 50. XX w. Amerykanie polegali na własnej wolności i traktowali swe obowiązki poważnie, ale od lat 60. rozwiązłość ogarnęła kraj, co wyrażać się miało m.in. w korzystaniu z zasiłków dla bezrobotnych, nadużywaniu alkoholu i używek czy

³⁹ J.J. Ellis, *The Quartet. Orchestrating the Second American Revolution, 1783-1789*, New York 2016, s. 141.

⁴⁰ Ch.A. Beard, M.R. Beard, *Rozwój cywilizacji amerykańskiej*, t. 1: *Era rolnicza*, tłum. T. Świącka, Warszawa 1961, s. 296.

⁴¹ H.A. Johnson, *Federal Union, Property, and the Contract Clause...*, s. 36.

⁴² K. Turner, *Federalist Policy and the Judiciary Act of 1801*, „The William and Mary Quarterly” 1965, vol. 22, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2307/1920766>, s. 10.

⁴³ Cyt. za: T. Wiciech, *Unia w myśli politycznej...*, s. 69.

płodzeniu dzieci w związkach pozamałżeńskich. Teza, że uprawnienia przyznane obywatelom z natury rzeczy niszczą poczucie obowiązków społecznych, stała się szczególnie atrakcyjna dla konserwatywnych krytyków programów wspierania niezamożnych⁴⁴.

Spory wokół papierowej waluty i programów pomocy dłużnikom miały także drugie, mniej znane dno. Otóż wydarzenia z lat 80. XVIII w. przypominały bardzo podobne spory z lat 60. XVIII w. w kolonialnej jeszcze Wirginii, tyle że z pewnym przesunięciem *dramatis personae*. Wtedy również lokalną gospodarkę zdławiły brak pieniądza kruszcowego i recesja, a legislatura, House of Burgesses, podejmowała próby ulżenia dłużnikom, m.in. poprzez próby emisji papierowego pieniądza. Różnica polegała na tym, że w latach 80. XVIII w. zadłużone były warstwy niższe, a kredytodawcami i beneficjentami papierów wartościowych byli amerykańscy gentlemani, odsądzający biedotę od czci i wiary. Tymczasem w latach 60. XVIII w. kredytodawcami byli brytyjscy kupcy, monopolizujący handel morski, a dłużnikami byli m.in. plantatorzy tytoniu, także zamożni, czyli częściowo sami wirginijscy gentlemani, gdyż niedobór pieniądza był tak powszechny, że prawie wszyscy oni nabywali towary na kredyt. Zdominowana przez nich wspomniana legislatura podejmowała rozliczne próby emisji papierowego pieniądza, który zresztą w latach 50. był emitowany na potrzeby pokrycia udziału Wirginii w wojnie siedmioletniej. Legislatura także na inne sposoby, m.in. za pomocą oficjalnych biur pożyczkowych, starała się ulżyć dłużnikom, również po to, by oddalić groźbę rozruchów i podważenia wpływów wirginijskich jaśniepanów. Zabiegi te były jednak wetowane przez władze brytyjskie⁴⁵. Przeniknięcie hipokryzji Ojców Założycieli pozwala na dostrzeżenie, że prawdziwym problemem było nie domniemane lenistwo czy rozwiązłość dłużników, lecz to, czy w ich gronie znajdowali się sami tacy rewolucyjni gentlemani lub ich rodzice. Jeśli tak, jak to było w latach 60. XVIII w., próby pomocy dłużnikom podejmowane były jako uzasadnione zabiegi na rzecz pobudzenia gospodarki i utrzymania ładu społecznego. Gdy 20 lat później w relacji tej miejsce brytyjskich kredytodawców zajęli przedstawiciele amerykańskich warstw wyższych, papierowy pieniądz stał się symbolem szaleństwa niebezpiecznie rozbudzonych mas.

Jeszcze lepiej ilustrują to zjawisko niepokoje, które rozpoczęły się pod koniec 1775 r. w wirginijskim okręgu Loudoun. Mieszkający w nim dzierżawcy gruntów poczuli, że znaleźli się w potrzasku, ponieważ właściciele ziemscy domagali się od nich zapłaty opłat w kruszcu, ale gdy najmowani byli do prac, płacono im tracącą na wartości walutą papierową wyemitowaną w Wirginii na potrzeby walk z Indianami i utrzymania patriotycznej milicji. Na czele odmawiających spłaty opłat dzierżawców stanął James Cleveland, który uznał, że został niesprawiedliwie potraktowany, gdyż wykonał trudne prace polowe, ale wbrew umowie przedstawiciel pracodawcy nie zapłacił mu w twardej

⁴⁴ S. Holmes, C.R. Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York 1999, s. 136-137.

⁴⁵ Zob. W. Holton, *Forced Founders. Indians, Debtors, Slaves, and the Making of the American Revolution in Virginia*, Chapel Hill 1999, s. 60-65.

walucie. Wydarzyło się to w posiadłości Mount Vernon, ponieważ Clevelanda najął do prac generał Washington⁴⁶.

Powoływałem się już na badania Terry'ego Boutona, skupione na sytuacji w Pensylwanii, w której wystąpienie przeciwko Brytyjczykom opierało się na egalitarnym konsensie społecznym. Przypomnę, że ton obradom konwencji w Filadelfii nadał plan Madisonsa, który delegacja z Wirginii omówiła uprzednio z delegatami z Pensylwanii, w tym z Robertem Morrisem. Bouton, opisując kontrrewolucję możnych w Pensylwanii w latach 1776-1787, stwierdza, że w trakcie wojny rewolucyjnej elity wykonały ideologiczną wolę i zaczęły wyznawać ideały, które miały znacznie więcej wspólnego z poglądami ich byłych brytyjskich panów niż z wizją roku 1776. Wzmacnia powyższy zarzut hipokryzji Ojców Założycieli uwaga Boutona, że w ramach tej wolty amerykańscy możni panowie w Pensylwanii wprowadzali rozwiązania prawie identyczne do tych, które Brytyjczycy stosowali w latach 60. i 70. XVIII w. Starali się wyeliminować papierowy pieniądz, delegalizować publiczne banki ziemskie zapewniające kredyty masom, wprowadzali podatki, które można było spłacać wyłącznie w złocie i srebrze, a także starali się naśladować brytyjski model przenoszenia kompetencji organów władzy do nowych prywatnych korporacji, niepodlegających kontroli publicznej. W Filadelfii gentlemani, w tym nuwo-rysze z awansu społecznego umożliwionego ucieczką lojalistów, mieli wręcz nadzieję, że wojna rewolucyjna potrwa dłużej, dzięki czemu zdobędą wpływy potrzebne ostatecznie do zredukowania demokracji. Robert Morris z Pensylwanii zbił fortunę w trakcie wojny na dostawach dla wojska i w 1781 r. założył w Filadelfii pierwszy prywatny bank Bank of North America, faktycznie współfinansowany przez władze z pieniędzy publicznych. Postulaty Morrisa obejmowały m.in. całkowity zakaz emitowania papierowego pieniądza przez władze publiczne i przekazanie tej kompetencji wyłącznie prywatnym bankom, przede wszystkim Bank of North America, równocześnie bowiem Morris przeciwstawił się tworzeniu konkurencyjnych banków w Pensylwanii. Faktycznie bank Morrisa obsługiwał tylko zamożnych klientów, nie udzielał formalnie pożyczek pod zastaw ziemi i emitował banknoty w wysokości dalece nieodpowiadającej potrzebom lokalnej gospodarki, co wywołało w Pensylwanii i innych państwach realizujących wersje tego planu opisany dotkliwy kryzys. Morris jednak świadomie nie chciał, aby jego banknoty krążyły wśród niższych warstw społecznych, które w jego ocenie nie były wystarczająco rozsądne, aby utrzymać wartość pieniądza⁴⁷. Pospólstwo było więc skazane na lichwę, ale obciążone było obowiązkiem zapłaty podatków w pieniądzu kruszcowym, w niemałym stopniu na spłatę papierów wartościowych pokrywających dług wojenny, które skupiła finansowa elita. Efektem tej polityki był kryzys gospodarczy w latach 80. XVIII w., gorszy od tego, który popchnął mieszkańców Pensylwanii do buntu przeciwko Brytyjczykom i który, zdaniem Terry'ego Boutona, pod pewnymi aspektami przewyższał Wielki Kryzys

⁴⁶ *Ibidem*, s. 177-178.

⁴⁷ Zob. T. Bouton, *Taming Democracy...*, s. 61-79.

z lat 30. XX w. Spadek produkcji względem czasów przedwojennych wynosił około 46%, a powrót do poziomu z roku 1774 zajął blisko 30 lat. W Pensylwanii więcej mieszkańców zostało poddanych egzekucji mienia przez szeryfów okręgowych, niż walczyło w Armii Kontynentalnej. Symbolem tego okresu stał się powszechny widok przeciążonego wozu szeryfa objeżdżającego kolejne domostwa, przeszukującego je w poszukiwaniu wszelkich wartościowych przedmiotów i ładującego na wóz wszystko, co mogło zaspokoić wierzyciela bezpośrednio lub poprzez sprzedaż na aukcji. Często to nie wystarczało, więc dłużnicy trafiali do więzień lub uciekali na zachód (w okręgu Westmoreland ponad połowa poddanych egzekucji wyruszyła za Appalachy)⁴⁸. Co intrygujące, Robert Morris nie krył, że chodzi o celowy plan redystrybucji majątku. W 1782 r. wprost wyłożył Kongresowi Konfederacji, że należy zachęcać majątnych gentlemanów do zakupu bezwartościowych wówczas skryptów dłużnych, a gdy zostaną skupione, władze zaczną je spłacać, honorując wartość nominalną, a w ten sposób, wyjaśniał Morris, bogaci uzyskają „fundusze, jakie są im niezbędne do pełnego korzystania ze swych talentów i pracowitości”⁴⁹.

Opisywana przez Woody’ego Holtona motywacja twórców Konstytucji, jaką było przyciąganie inwestorów, brzmi nowocześnie i afirmatywnie. Zasadnie osadzać ją można w istotnym nurcie myślenia związanym z ideą republiki handlowej, zapewniającej pokój dzięki wymianie handlowej i inwestycjom. Ideę tę, rozwijaną m.in. w obrębie ważnego dla Amerykanów szkockiego oświecenia, dogłębnie przedstawił Dariusz Grzybek w pracy *Handel i pokój*⁵⁰. Ojcom Założycielom istotnie chodziło także o handel i pokój, ale badania Terry’ego Boutona skupione na elitach z Pensylwanii pozwalają lepiej zrozumieć kontekst ich zabiegów. Otóż wielu z tych arystokratów, złączonych siatką powiązań finansowych, politycznych, towarzyskich i rodzinnych, a uważających się za znakomitości polityki i przedsiębiorczości, fatalnie przeinwestowało. Pieniądze z Europy potrzebne były nie tylko po to, by amerykańskie państwa mogły rozwijać się gospodarczo. W pierwszej kolejności, na indywidualnym poziomie, finansowanie zewnętrzne było niezbędne do uniknięcia plajty przez samych gentlemanów. Wyobrażali sobie oni, że po zakończeniu wojny rewolucyjnej Ameryka stanie się źródłem takich bogactw jak Orient, a pieniądze z Europy popłyną szeroką falą, dlatego zawczasu lokowali w spekulacyjnym pędzie środki własne, rodzinne i pożyczone, w ziemię, lasy, młyny, odlewnie oraz wspomniane obligacje i certyfikaty, w oczekiwaniu, że wszystko to znacznie jeszcze zyska na wartości, gdy pojawią się europejscy bankierzy. Dodatkowo, na poczet przyszłych zysków, gentlemani zdążyli już rozsmakować się w luksusie, co wymagało stałego finansowania wystawnego trybu życia. Tymczasem polityka demokratyczna stawiała nieznośny opór, masy wywierały na polityków presję, by ograniczyć zyski ze spekulacji długami wojennymi, wprowadzić progresywne opodatkowanie i formy pomocy dla zadłużonego

⁴⁸ Zob. *ibidem*, s. 88-100.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 83-84.

⁵⁰ D. Grzybek, *Handel i pokój. Geneza i ewolucja liberalnego pacyfizmu*, Kraków 2015.

pospólstwa. Europejscy bankierzy wprost informowali pielgrzymujących do nich Ameryków, że ich rynek jest zbyt ryzykowny, by na nim inwestować, ponieważ stanowi się tam prawo kontrolujące działalność gospodarczą, zadłużenie znajduje się w stanie chaosu, a lud nie chce płacić podatków i wszczyna bunt. W latach 1785-1790 wielu notabli z Pensylwanii popadło w bankructwo z powodu nietrafionych inwestycji, a europejscy finansisci wprost deklarowali, że złączą robić interesy w Ameryce pod warunkiem, że amerykańscy arystokraci ograniczą demokrację, a upodobnią ustrój i system prawa do europejskiego, tak by chronić inwestorów. Markiz de Chastellux pisał tak: „Póki nie uporządkują panowie swej konfederacji, póki nie podejmą środków w celu spłaty zaciągniętych długów, póki nie ustanowią rządów i nie uzyskają wpływu politycznego, nie będziemy panami usatysfakcjonowani po tej stronie Atlantyku”⁵¹.

Lud tymczasem buntował się przeciwko polityce nastawionej na realizację interesów elit. Michael J. Klarman opisuje szczegółowo, jaki popłoch i wzburzenie wśród środowiska skupionego wokół Washingtona i ogólnie wśród zamożnych elit wywołały niepokoje społeczne w Massachusetts, wyolbrzymione w depeszach słanych Washingtonowi przez zaufanego towarzysza broni, Henry’ego Knoxa. Zdarzenia te stanowiły kluczowy czynnik pobudzający zwolenników reform ustrojowych do działania na rzecz centralizacji władzy nie tylko z powodu tego, że powstrzymanie buntu, którego jednym z liderów był weteran Daniel Shays, wymagało wystawienia prywatnej armii, której co najmniej połowa fundatorów była posiadaczami obligacji. Jeszcze gorsze było to, co w państwie Massachusetts wydarzyło się po stłumieniu buntu przez zaciężne wojska finansistów. Zrewoltowane masy wykonały krok, któremu nie można było przeciwdziałać militarnie. Oddały głosy w wyborach i doprowadziły do wymiany gubernatora oraz ponad 70% deputowanych w izbie reprezentantów, których zastąpili niedawni buntownicy i ich sympatycy. Dla „przymuszonych założycieli” tego było już za wiele. Madison uznał, że rebelia Shaysa dostarcza nowych dowodów, że konieczne jest wprowadzenie do władz ogólnych witalności, która pozwoli uzdrowić chore składniki federalnego ciała⁵². Dodatkowo Washington w liście przekazał Madisonowi pogłoski o farmerach z Nowej Anglii gotowych do wystąpienia ze zbrojnym powstaniem. Gdy jesienią 1786 r. do Madisona dotarła też wiadomość o rzekomej gotowości przygranicznych wojsk brytyjskich do wsparcia buntowników, zaczął odchodzić od zmysłów ze strachu, tak że w liście do Jeffersona na ten temat wiele słów zaszyfrował⁵³.

Gdy uwzględnia się ten obszerny kontekst sporu między patrycjatem a „rozwiązłymi” pospolitymi podatnikami⁵⁴, można dostrzec, że koncepcja sędziowskiej kontroli pra-

⁵¹ T. Bouton, *Taming Democracy...*, s. 172-175.

⁵² M.J. Klarman, *The Framers' Coup...*, s. 88-99.

⁵³ J.T. Kloppenberg, *Toward Democracy...*, s. 369 i przyp. 16.

⁵⁴ Wspomnę jednak, że możliwe są opisy tego okresu alternatywne względem faktycznego tła historycznego. Cytowany powyżej autor przedstawił argumentację o „ekscesach demokracji”, w której

wa, nawet w jej szcątkowym, pierwotnym wymiarze, tracić mogła posmak postulatu radykalnego i niezgodnego z ugruntowanym postrzeganiem roli sądów, a zyskiwać atrakcyjny powab. Michael J. Klarman przywołuje opisywaną wyżej sprawę *Trevett v. Weeden* z 1786 r., która dotyczyła w swym sednie wprowadzenia przez władze Rhode Island papierowego pieniądza jako środka ulżenia doli zadłużonych podatników. Skoro legislatorzy ulegali presji mas, to istotnie sądy mogły się wydać finansistom właściwą redutą oporu, a jak to ujmuje Klarman, „sędziowska kontrola prawa zaczęła wydawać się bardzo atrakcyjną koncepcją dla wielu członków elity politycznej i ekonomicznej”. Autor ten w przypisie rozwija, że gdy 3 lata później sędzia David Howell, który uczestniczył w wydaniu orzeczenia w sprawie *Trevett*, ubiegał się o powołanie na urząd federalny, przypominał w liście do sekretarza stanu Jeffersona właśnie o swym udziale w tej sprawie, uważając najwyraźniej, że sprzyja to jego staraniom⁵⁵.

Zbieżne z tymi uwagami i wcześniejszym opisem kultury prawnej w Wirginii są dociekania Williama M. Treanora co do tego, dlaczego w Wirginii widoczna była w latach 80. XVIII w. wstępna akceptacja sędziowskiej kontroli prawa, dostrzegalna zwłaszcza przy okazji omawianej sprawy ułaskawionych więźniów, *Commonwealth v. Caton* z 1782 r., a następnie podczas obrad wirginijskiej konwencji ratyfikacyjnej w 1788 r., podczas której zarówno Federaliści, zwłaszcza John Marshall i Edmund Pendleton, jak i czołowy Antyfederalista Patrick Henry wspominali o tym, że sądownictwo będzie unieważniało ustawy federalne niezgodne z konstytucyjnym przydziałem kompetencji Kongresowi. Treanor zauważa, że prawnicy w Wirginii i ogólnie na Południu byli znacznie bardziej wtopieni w lokalną strukturę społeczno-polityczną od zawodowych prawników z Północy, dla których praktykowanie prawa było głównym źródłem utrzymania. W Wirginii prawnicy, w tym sędziowie, byli zwykle plantatorami, prawem zajmowali się pobocznie, nie tworzyli więc osobnej grupy interesu i nie mieli żadnego powodu, żeby wyodrębnić się z lokalnej elity. Odwrotnie, znajomość prawa była dodatkowym atutem, sprzyjającym karierze politycznej gentlemanów-prawników. Prawo nie było środkiem służącym do kontestowania poczynań lokalnych elit, ale narzędziem wzmacniającym społeczną i polityczną dominację wirginijskiej arystokracji. Jak konkluduje William M. Treanor, sędziowska kontrola prawa mogła zyskać akceptację w Wirginii, ponieważ sądy i palestrę kontrolowali ludzie tego samego pokroju (a wręcz ci sami ludzie), którzy dominowali w procesie politycznym⁵⁶. Takiej Wirginii nieodrodnym synem był John Marshall.

ramach stwierdza m.in., że retoryka ekonomiczna nie miała znaczenia dla powstania Konstytucji, Ojcowie Założyciele zwalczyli populizm, a dłużnicy nie zawsze byli ubogimi osobami, „mowa bowiem tutaj o stosunkowo zamożnym, przedsiębiorczym społeczeństwie amerykańskim i to w okresie gospodarczej prosperity”, zob. K.R. Gąsiorowski, *Projekt Ameryka...*, s. 59-70.

⁵⁵ M.J. Klarman, *The Framers' Coup...*, s. 159-160 i przyp. 105.

⁵⁶ Zob. W.M. Treanor, *The Case of the Prisoners and the Origins of Judicial Review*, „University of Pennsylvania Law Review” 1994, vol. 143, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2307/3312535>, s. 563-565.

Dostrzeżmy, jak silne było w tym świecie zespolenie elementu politycznego z prawnym, które charakteryzowało też prawo polityczne Konstytucji.

W Filadelfii wiele poglądów wynikających z interesów reprezentowanych przez kandydatów, we wspomnianym „czasie rzeczywistym”, przedstawianych było jako wyraz zasad politycznych. Taki charakter miała cała koncepcja dużej republiki Madisona, w której ramach duży obszar kraju miał sprzyjać wyłanianiu lepszych reprezentantów niewiązanych w lokalne interesy. W głównej mierze chodziło w niej o zapobieżenie emisji papierowych pieniędzy i uchwalaniu programów pomocy dla dłużników przez władze skonfederowanych państw. Podczas chwili szczerości w trakcie konwencji Madison przyznał, że podstawowym wyzwaniem, przed jakim stoi ustrój republikański, jest zapobieżenie przejściu władzy przez zwolenników równiejszego podziału dóbr⁵⁷.

Madison zdołał jednak bardzo przemyślnie zepchnąć niechętnych koncepcji dużej republiki Antyfederalistów do defensywy, wymyślając „amerykański lud”, a jednocześnie osłabiając jego wpływ i reprezentatywność za pomocą olbrzymich na ówczesną skalę okręgów wyborczych. Edmund S. Morgan wskazuje, iż może się nawet wydawać zaskakujące, że w trakcie konwencji filadelfijskiej nikt nie podniósł alarmu z powodu tak niewielkiej liczebności projektowanej Izby Reprezentantów. W kraju o znacznie większym terytorium od Wielkiej Brytanii i populacji przekraczającej połowę populacji brytyjskiej powstać miała Izba mniejsza od jednej ósmej wielkości brytyjskiej Izby Gmin. Antyfederaliści podczas debaty ratyfikacyjnej podnosili zastrzeżenie o niedostatecznej reprezentatywności proponowanych władz federalnych, zupełnie nieodpowiadających bliskiemu rozumieniu przedstawicielstwa przez Amerykanów, ale znaleźli się w trudnym położeniu, ponieważ zmuszeni byli w ten sposób atakować powszechną suwerenność, na którą powoływali się Federaliści, organizujący powszechną ratyfikację konstytucji i proponujący bezpośrednio, formalnie również powszechne wybory do Izby Reprezentantów. W związku z tym Antyfederaliści utrzymywali, że lud w niepodległych państwach amerykańskich wyszedł ze stanu natury i przekazał kompetencje swym władzom, których nie może już odebrać. Ripostujący na ten wysilony argument Federaliści mogli przedstawiać się jako rzecznicy zwierzchności ludu nad ich władzami, a przy tym wykazywać wyraźną przewagę reprezentatywności nowego Kongresu nad nieefektywnym Kongresem Kontynentalnym, grupującym zaledwie przedstawicieli przedstawicieli i niemających mocnej legitymacji⁵⁸.

Istniała przy tym silna kulturowa podstawa, która pozwoliła Madisonowi trafić swą koncepcją powszechnej suwerenności do umysłów i serc odbiorców, a była nią religijność Amerykanów i gotowość do postrzegania życia narodu jako misji. Rozwijający te kwestie Paul W. Kahn argumentuje, że podłożem tym była protestancka religijność kolonistów. Pomyłką jest zatem uznawanie, że suwerenność ludu to kwestia partycypacji wyborczej.

⁵⁷ M.J. Klarman, *The Framers' Coup...*, s. 603-604.

⁵⁸ Zob. E.S. Morgan, *Inventing the People...*, s. 275-281.

„Suwerenność powszechna jest zasadniczo kwestią wiary. Jak bogowie w ramach wyznań, suweren powszechny objawia się tylko wiernym. Suweren powszechny zajmuje kreatywną pozycję suwerena religijnego”⁵⁹.

Religijne podłoże amerykańskiej państwowości mocno akcentuje także John E. Semonche. Autor ten konsekwentnie omawia republikański ustrój amerykański jako religię obywatelską z Konstytucją jako jego biblią, a niezależnie od stosowanych przez niego idealizacji i pominięć, pozwalających przedstawiać rozwój państwa w podniosłe konfesyjnym tonie, jego wywody są wartościowe i przydatne dla zrozumienia, jak propaganda Federalistów, bynajmniej niezainteresowanych politycznym rozbudzeniem ludności pospolitej, poruszała czułe struny w umysłach potomków kolonistów gotowych do wyruszenia na nową misję polityczną:

Sednem amerykańskiej państwowości jest nieusuwalne religijne jądro, które konsternuje obserwatorów. W państwie, w którym polityka oficjalna opiera się na rozdziale religii od spraw państwowych, władza i religia wydają się całkowicie zmieszane. (...)

Wszechobecne użycie przymierzy i umów, nacisk na słowo pisane, symbolika misji na pustkowiu dla Boga i jego ludu wybranego oraz retoryczny tryb łączenia nagany za schodzenie na złą drogę z obietnicą chwalebego przeznaczenia – to wszystko elementy purytanizmu, które przetrwały i stały się ważnymi składnikami wyłaniającej się amerykańskiej tożsamości. (...)

Przywódcy polityczni skwapliwie korzystali z terminologii religijnej. W istocie, jeden z krytyków zasugerował, że zdali sobie oni sprawę z tego, że osiągnięcie sukcesu wymagało świadomego przywdziania szaty duchownego. Ta konkluzja może być przesadzona, ale w ramach dyskursu publicznego tego czasu występowała gotowość do uciekania się do religijnej terminologii, analogii i uzasadnienia. Gdy zbliżała się Rewolucja, ten doniosły krok wymagał pogodzenia z intencjami o kosmicznym wymiarze. Stara purytańska misja na pustkowiu została zredefiniowana zarówno w celu uzasadnienia zerwania z Wielką Brytanią, jak i w celu wytyczenia nowej misji⁶⁰.

Jak to szeroko przedstawia James T. Kloppenberg, w większości wspólnot purytan w Ameryce Północnej próbowano w XVII w. godzić zasadę suwerenności boskiej z suwerennością ludową. Choć historia demokracji w Ameryce nie była triumfalnym pochodem, jak to wcześniej przedstawiano za Tocqueville’em, to do 1660 r. w koloniach angielskich w Ameryce Północnej wyłoniły się różne formy rządów, które mocniej opierały się na

⁵⁹ P.W. Kahn, *The Constitution and United States' Culture*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York 2015, s. 1027.

⁶⁰ J.E. Semonche, *Keeping the Faith...*, s. 13-15.

zasadzie suwerenności ludu i obejmowały więcej elementów partycypacji powszechnej niż gdziekolwiek w ówczesnej Europie⁶¹.

Argumentację Woody'ego Holtona rozwinął Michael J. Klarman. Autor ten identyfikuje kilka kluczowych czynników wpływających na opowiedzenie się po stronie Federalistów lub Antyfederalistów, w szczególności opozycje: miasto-wieś; kredytodawcy-kredytobiorcy; Wschód-Zachód; Północ-Południe oraz poglądy religijne. Mieszkańcy miast znacząco popierali nową Konstytucję, ponieważ sprzyjała ona stworzeniu ogóln amerykańskiego rynku. Drobnicy rolnicy z wiejskich terenów, którzy nie byli włączeni do sieci handlowych, w większości sprzeciwiali się ratyfikacji. Zamożni kredytodawcy w związku z sekcją 10 artykułu I zakazującą tworzenia papierowego pieniądza i chroniącą zawarte umowy popierali ratyfikację. Ten sam przepis dla niezamożnych i średniozamożnych rolników był kluczowym czynnikiem przemawiającym przeciwko ratyfikacji. Warstwa ta nie była jednak dobrze reprezentowana, wielu czołowych Antyfederalistów aktywnych publicznie podzielało wzdąże Federalistów dla programów pomocy podatnikom i zadłużonym⁶². Spory te zatarł upływ czasu, skuteczna propaganda Federalistów i postępująca centralizacja państwa. W 1985 r. Donald P. Currie pisał, że w orzeczeniach Sądu Marshalla definiujących amerykańską „fiskalną konstytucję” (*Craig v. Missouri* oraz *McCulloch v. Maryland*) chodziło o „ważną, ale obecnie zapomnianą klauzulę w art. I, sekcja 10, zakazującą stanom »emitowania papierów wartościowych«”⁶³.

Pisałem wcześniej, odwołując się do słów Clintona Rossitera, że twórcy Konstytucji odrzucali, a przynajmniej starali się stłumić demokrację, politykę i partie, czyli faksje. Warto tu nawiązać jeszcze do kwestii faksji, łączących się z poruszonym powyżej ekonomicznym podłożem motywacji Federalistów z 1787 r. Zanim James Madison jako polityk opozycyjny w latach 90. XVIII w. zdążył odczuć niedogodności swej pozycji, kilka lat wcześniej w eseju dziesiątym ze zbioru *Federalista* rozwinął się na temat „niestabilności i niesprawiedliwości, jakimi duch faksyjny skaził władze publiczne”. Faksje w jego ujęciu były zaś większościami lub mniejszościami grupami obywateli, zjednoczonych wspólnym interesem, występujących przeciwko prawom innych obywateli lub przeciwko interesom wspólnoty. Ratunek przed niebezpiecznymi faksjami mogła przynieść jedynie rozszerzona republika⁶⁴.

Stephen M. Griffin trafnie podnosi, że choć Madison zastrzegł, iż nie wszystkie grupy interesu uznawał za faksje, a tylko takie, które występowały przeciwko prawom prywatnym lub dobru wspólnemu, to wobec braku konsensu co do tego, co stanowi takie wystąpienie, logika argumentacji Madisona prowadzi do odrzucenia tego, co

⁶¹ J.T. Kloppenberg, *Toward Democracy...*, s. 67 i n.

⁶² Zob. M.J. Klarman, *The Framers' Coup...*, s. 380-387.

⁶³ D.P. Currie, *The Constitution in the Supreme Court...*, s. 186.

⁶⁴ *Federalist*, no. 10: *The Same Subject Continued* (Madison), [w:] C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, New York 2003, s. 71-79.

dzisiaj uznawalibyśmy za prawowite korzystanie z praw demokratycznych przez grupy polityczne, czyli partie. Ponadto, w zakresie, w jakim Madison opierał swoją teorię na potrzebie rządów bogatej, agrarnej elity męskiej, teoria ta nie może mieć już wpływu na rozumienie dwudziestowiecznego porządku konstytucyjnego⁶⁵.

Weźmy jeszcze pod uwagę, że owe „szkodliwe faksje”, jak to ujmował Madison, funkcjonowały w polityce brytyjskiej przynajmniej od rozpoczętego w 1679 r. sporu co do pozbawienia Jakuba II prawa do sukcesji tronu po bracie Karolu II, kiedy to ukształtowały się stronnictwa torysów i wigów. Faksje jako partie czy protopartie funkcjonowały też oczywiście w polityce kolonii amerykańskich. Koncepcja ograniczania faksji rozwinięta przez Madisonsa była więc wyrazem chęci stworzenia czegoś na kształt frontu jedności narodu, jednolitego i trwałego obozu władzy, niepodlegającego demokratycznym bodźcom. O jakie zaś bodźce chodziło, wyłożył Madison wprost w przedostatnim akapicie eseju dziesiątego *Federalisty*:

Domaganie się papierowego pieniądza, zniesienia długów, równego podziału własności lub innych niewłaściwych czy nikczemnych projektów w mniejszym stopniu ogarnąć zdoła całą Unię od jej poszczególnych członków, w takiej samej proporcji, w jakiej taka zaraza skazić może bardziej konkretny okręg lub dystrykt niżli cały stan⁶⁶.

Uwzględniając zarysowane tu ekonomiczne motywacje twórców Konstytucji, pragnę wyrazić hipotezę wyjaśniającą, jaki był powód pominięcia problematyki sądowej kontroli konstytucyjności prawa podczas obrad w Filadelfii, przynajmniej w utrwalonej ich postaci.

W olbrzymim tomie zbioru *The Founders' Constitution*, w którym zebrano bogactwo materiałów z epoki dotyczące prac nad Konstytucją, znajduje się wypis z obrad konwencji filadelfijskiej poświęconych pracom nad władzą sądowniczą. Delegaci poruszają kolejno następujące zagadnienia: ustanowienie niższych sądów federalnych, dożywotnie powoływanie sędziów, udział sądów stanowych w postępowaniach dotyczących kwestii federalnych, następnie szeroko dyskutowany jest sposób powoływania sędziów federalnych, po nim delegaci przechodzą do wynagrodzenia sędziów. W trakcie tych dyskusji delegat Butler wypowiada wymowne słowa w wątku dotyczącym powoływania kolejnych sądów federalnych przez Kongres: „Lud nie zniesie takich innowacji. Stany zbuntują się przeciw takim ingerencjom”⁶⁷. Nie ma zaś w tym zapisie czytelnej wzmianki o pierwszorzędnym zagadnieniu w postaci kompetencji sądów federalnych do unieważniania ustaw, czyli wątku *judicial review*.

⁶⁵ S.M. Griffin, *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton 1998, s. 67-68.

⁶⁶ *Federalist*, no. 10..., s. 79.

⁶⁷ P.B. Kurland, R. Lerner (eds.), *The Founders' Constitution*, vol. 4: *Article 2, Section 2, Through Article 7*, Indianapolis 2001, s. 133-139.

Sugeruję, że przyczyna, odsłaniana już wcześniej, była następująca. Delegaci byli żywotnie zainteresowani stworzeniem jak największych barier przed polityką demokratyczną. Już w poprzedzającej dekadzie liderzy Patriotów liczyli na to, że po rewolucji zachowają władzę wynikającą z ich wytwornych manier, koneksji rodzinnych, wykształcenia i bogactwa, składających się na status arystokracji. Jak tę postawę zgrabną grą słów wyraża Alan Taylor, środowisko to zabiegało o samostanowienie (*home rule*), rozumiejąc przez to, że to oni sami stanowiąc będą o państwie (*rule at home*)⁶⁸. Prominentni przedstawiciele tego środowiska, wspierani przez młodszych zwolenników, jak John Marshall, parli następnie do przyjęcia konstytucji federalnej. Jedną z podstawowych ich motywacji było pozbawienie legislatur stanowych kompetencji do decydowania o istotnych kwestiach gospodarczych i podatkowych. Część delegatów obecnych w Filadelfii rozpoznała w latach 80. XVIII w., że należy obsadzić sądy mogą stanowić dodatkowe szanse obronne przed prostym ludem, nawet gdyby jego przedstawiciele zdołali wygrać wybory, jak to się stało w Massachusetts. Istniały pewne prądy doktrynalne i pierwociny praktyki sędziowskiej, w których można było szukać inspiracji dla wywyższenia sędziów ponad legislaturę. Przełożenie ich wprost na nowe zasady ustrojowe, oparte na deklaracjach o suwerenności ludu, który wszak starano się w Filadelfii dyskretnie omotać siecią wymyślnych rozwiązań, wymagałoby przeformułowania tych koncepcji doktrynalnych w sposób, jaki to następnie usiłował przedstawić Hamilton w zbiorze *Federalista*. W 1787 r. powierzenie w sposób otwarty grupie Sędziów kontroli nad legislatywą federalną byłoby jednak *par excellence* innowacją, jakiej lud by nie zniósł.

Bardzo trafne przypuszczenie, acz z konkluzją marginesowo ujętą w przypisie, wyraża więc Michael J. Klarman, gdy zauważa, że twórcy Konstytucji prawdopodobnie nie wzbraniałoby się przed popieraniem ustroju, w którym podstawowe kwestie polityczne rozstrzygałby organ cechujący się stronnictwością wynikającą z kulturowego elitaryzmu, wbrew zasadom, że wszyscy ludzie są równi, a każdy głos powinien mieć taką samą siłę. Celem projektu założycielskiego ukutego w Filadelfii miały być rządy ludzi lepszego sortu. Sąd jako instytucja z takim antydemokratycznym potencjałem, konkluduje Klarman, byłby żarliwie przyjęty przez twórców Konstytucji, gdyby nie ich wąskie rozumienie zakresu kontroli sędziowskiej⁶⁹.

⁶⁸ A. Taylor, *American Revolutions...*, s. 353.

⁶⁹ M.J. Klarman, *What's So Great About Constitutionalism*, „Northwestern University Law Review” 1998, vol. 93, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.40520>, s. 193 i przyp. 256.

Sędziowska ocena ustaw w pierwszych latach obowiązywania Konstytucji

Analiza sędziowskiej kontroli prawa jest w istocie łatwiejsza niż ocena rozbieżnych interpretacji sformułowań faktycznie zawartych w Konstytucji, takich jak I poprawka. Na temat takiej kompetencji sędziów brak choćby sylaby w Konstytucji, więc pozostaje badanie praktyki ustrojowej. Rozsądnie argumentuje William M. Treanor, że sprawy rozstrzygane z wykorzystaniem sędziowskiej kontroli ustaw przed przyjęciem Konstytucji w 1787 r. nie są wcale kluczem do zrozumienia tego, czy *judicial review* zostało zawarte w tym akcie. Za lepszy wyraz pierwotnego rozumienia tej praktyki uważa więc orzeczenia wydawane bezpośrednio po przyjęciu Konstytucji, które wbrew wcześniejszym opiniom nie były tak rzadkie¹.

Na znaczenie okresu prezydentury Washingtona w ogólnym rozumieniu Konstytucji dobitnie zwraca uwagę Akhil Reed Amar. Wedle tego autora okres Założenia był dramatem w dwóch aktach. Pierwszy rozgrywał się podczas konwencji ratyfikacyjnych, w których lud dokonał aktywacji planu z Filadelfii. Drugi akt polegał na odtworzeniu zaaprobowanego tekstu prawnego przez nowo powołane władze. Odtworzeniu, czyli odegraniu, niczym przez trupę teatralną, z George'em Washingtonem w roli głównej. Założyciele w ramach konwencji podjęli propozycję i uczynili ją prawem, a gdy objęli rządy, podjęli prawo i uczynili je faktem². Praktyka z lat 90. XVIII w., szczególnie na poziomie federalnym, istotnie wiele mówi więc o tym, jak rozumieli Konstytucję jej główni twórcy i adherenci. Ponownie jednak jak we wcześniejszym okresie, obraz sytuacji nie jest jednoznaczny, czego wyrazem będzie zwłaszcza jedno z wczesnych orzeczeń Sądu Najwyższego, który wreszcie pojawia się na scenie w ramach prezentowanego tu rozwoju doktryny *judicial review* przed 1803 r.

Równoległe z konwencją ratyfikacyjną w Wirginii toczyła się tam tzw. sprawa sędziów, czyli *Remonstracji* Sądu Apelacyjnego, wyrażającej zarzut naruszenia konstytucji

¹ W.M. Treanor, *Judicial Review Before Marbury*, „Stanford Law Review” 2005, vol. 58, no. 2, s. 473.

² A.R. Amar, *America's Unwritten Constitution. The Precedents and Principles We Live By*, New York 2015, s. 309.

Wirginii z 1776 r. przez lokalną ustawę o sądach dystryktów³. To ciekawy epizod, znany już doskonale Marshallowi, a dotyczący reorganizacji systemu sądownictwa, a więc problemu, który Sąd Najwyższy zmuszony zostanie rozstrzygać 15 lat później. Na mocy ustawy zgromadzenia w Wirginii na sędziów Sądu Apelacyjnego nałożono obowiązek orzekania w sądach dystryktów, co skłoniło sędziego Pendletona do wyrażenia skargi, iż nowe obowiązki sędziowskie nie zostały zrekompensowane podwyżką wynagrodzenia, co oznaczało podważenie zasady niezależności sędziowskiej. Wystąpienie to przybrało postać remonstracji sędziowskiej, na którą powoływano się 5 lat później w sprawie *Kemper v. Hawkins*, w której po raz pierwszy sędziowie w Wirginii orzekli nieważność ustawy⁴.

Sygnalizowałem już wcześniej, że Prezes Marshall przeniósł na cały kraj styl argumentacji, który wyniósł z macierzystej Wirginii, dlatego obu epizodom ze Starego Dominium warto przyjrzeć się bliżej, zwłaszcza że były one wówczas dobrze znane i komentowane. Sylvie Snowiss wskazuje, że te dwa spory pokazują, jak w okresie 5 lat ugruntowały się w Wirginii założenia drugiego etapu rozwoju *judicial review*, wyrażone pierwotnie przez Jamesa Iredella i Alexandra Hamiltona. W 1788 r. sędziowie odmówili podjęcia obowiązków w sądach dystryktów, ale wybrali drogę publicznej, „pełnej uszanowania” remonstracji skierowanej do legislatury, w której domagali się poprawienia przez to ciało popełnionego błędu, a gdyby tego nie uczyniono, zapowiedzieli zwrócenie się do ludu, który miał rozstrzygnąć spór między legislaturą a sądownictwem⁵. To było klasyczne wykorzystanie mechanizmu ludowego konstytucjonalizmu. Sędziowie nie czuli się powołani do samodzielnego rozstrzygnięcia sporu konstytucyjnego, stwierdzili więc:

Gdyby jednak ich życzenia nie zostały spełnione [chodzi o postulaty sędziów, określanych tu w trzeciej osobie liczby mnogiej – S.K.], nie widzą innej możliwości rozstrzygnięcia między legislaturą a sądownictwem jak przez odwołanie do ludu, którego sługami są obie strony, dla którego zostały stworzone i który może korzystać ze swej pierwotnej i najwyższej władzy, kiedykolwiek uzna to za stosowne. Temu trybunałowi zatem powierza się ten sąd w tej sprawie, świadomy pełnej prawości swych intencji, bez względu na możliwy błąd własnego osądu⁶.

To kolejny dowód na to, że w okresie tworzenia Konstytucji rozstrzyganie kwestii konstytucyjnych przez sądy było najwyżej postulatem, właściwym forum w Wirginii w 1788 r. był „trybunał ludu”. Słowa remonstracji i przychylną dla sędziów reakcję legislatury, która uchwaliła poprawioną ustawę, stosownie komentuje więc Larry D. Kramer

³ J. Goebel Jr., *Antecedents and Beginnings to 1801*, New York 2010, s. 388, *History of the Supreme Court of the United States*, vol. 1.

⁴ Ch.F. Hobson, *The Great Chief Justice. John Marshall and the Rule of Law*, Lawrence 1996, s. 44-45.

⁵ S. Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, New Haven 1990, s. 83-84.

⁶ *Case of the Judges (1788)*, [w:] M.A. Graber, M. Perhac (eds.), *Marbury versus Madison. Documents and Commentary*, Washington 2002, s. 280.

jako czyste urzeczywistnienie podstawowej struktury konstytucjonalizmu ludowego, a zwłaszcza odwrócenie władzy interpretacyjnej, odróżniające prawo konstytucyjne od prawa zwykłego. Autor ten akcentuje, że odwołanie sędziów do ludu jako prawdziwego trybunału, który mógł ten spór rozstrzygnąć, nie było ani pustą retoryką, ani zakamuflowaną groźbą rewolucji, ale powołaniem się na „bardzo realny, prawdziwie dostępny środek prawny, aczkolwiek niestosowany pochopnie”⁷.

Po 5 latach jednak sędziowie w Wirginii poczuli się na tyle pewnie, że w kolejnej konfrontacji z legislaturą dotyczącej ustawy o ustroju sądów (złożona kwestia połączenia orzekającego w ramach *common law* sądu dystryktu z sądem słuszności, *court of chancery*) rozstrzygnęli samodzielnie kwestię konstytucyjności aktu. Wszystkich pięciu sędziów Sądu Naczelnego orzekających w sprawie *Kemper v. Hawkins* (1793) stwierdziło w drodze zróżnicowanych analiz niekonstytucyjność kwestionowanej ustawy. W ich opiniach ujawniły się zarówno potwierdzenia wcześniejszych poglądów, jak i elementy nowe, pokazujące, jak sędziowie eksperymentalnie poszerzali zakres swego władztwa. Odnotować trzeba zwłaszcza wypowiedź sędziego Roane’a, który wyrzekł się kryterium oczywistej niekonstytucyjności, wskazując wprost, że zmienił zdanie. Omawiający szerzej tę przemianę Philip Hamburger podsumował ją udanie słowami: „Jak w innych sprawach, Spencer Roane nie mógł wyzwolić się ze swych pasji, więc w obawie przed jednym wypaczeniem, wystąpił z innym”⁸.

Podsumowując pięć odrębnych opinii w tej sprawie, stwierdza William M. Treanor, że sędziowie odwoływali się raczej do ducha niż do tekstu⁹. Jednak zdaniem Sylvie Snowiss sprawa *Kemper v. Hawkins* była wyjątkowym w okresie drugim rozstrzygnięciem polegającym na tekstualnej interpretacji konstytucji, a nie na odwołaniu do ustalonych zasad *common law* lub prawa naturalnego. Wskazuje też, że rozstrzygnięcie to było dla Johna Marshalla w swej sugestywności równie ważne co esej siedemdziesiąty ósmy Hamiltona¹⁰. Spójrzmy bowiem na użyte przez sędziów z Wirginii w 1793 r. zwroty, które w części nawiązywały do ideału powinności sędziowskiej, ludowego konstytucjonalizmu oraz do argumentów Iredella i Hamiltona, dostrzegając zwłaszcza wyróżnione przeze mnie kursywą wyrażenia, które następnie zostały wprost przejęte przez Prezesa Marshalla.

Sędzia Nelson stwierdził, że stawia się zarzut, iż sądownictwo unieważniające ustawę jako bezprawną rości sobie nadrzędną pozycję wobec legislatury. Sędziowie zobowiązani są jednak do rozstrzygania spraw. Nie jest wszak niczym nowym rozstrzyganie przez sędziów, czy ustawa obowiązuje, czy nie została uchylona przez późniejszą. Różnica polega w tej sprawie tylko na tym, że prawo fundamentalne zapobiegło wejściu w życie

⁷ L.D. Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York 2004, s. 45.

⁸ P. Hamburger, *Law and Judicial Duty*, Cambridge, Mass. 2008, s. 316.

⁹ W.M. Treanor, *Judicial Review Before Marbury*, s. 517.

¹⁰ Zob. szerzej S. Snowiss, *Judicial Review...*, s. 83-86.

ustawy sprzecznej z nim. Fundamentalny akt ustrojowy kontroluje legislaturę, która zawdzięcza mu swe istnienie i kompetencje. Sędzia Roane wyznał, że doszedł do wniosku, iż sądownictwo „może i powinno nie tylko odmówić wykonania prawa wyraźnie sprzecznego z Konstytucją, ale także takiego, które jest uznane na drodze jasnej i normalnej interpretacji za sprzeczne z jej fundamentalnymi zasadami”. *Domeną sądownictwa jest wykładanie prawa i rozsądzanie spraw*, które mogą być kierowane do sądów: czy należałoby kazać im zamknąć oczy na prawo nadrzędne lub na jakąkolwiek jego część, która zgodnie z jej słowami lub duchem zakazuje jego zmiany wszystkim oprócz ludu? Sędzia Henry podkreślił, że realizowanie kwestionowanej ustawy o sądownictwie byłoby egzekwowaniem woli legislatury wyraźnie wbrew woli ludu. W ten sposób słudzy ludu kontrolowaliby wolę swych panów. Sędzia Tyler uznał Konstytucję za wielką umowę ludu, ale równocześnie za system fundamentalnych zasad oraz wielkie i nadrzędne prawo. Kto miałby oceniać naruszenie jej świętej litery? Nie wyłącznie legislatura. Sędzia nie powinien wzbraniać się w rozpatrywanej sprawie przed porównaniem zgodności prawa z Konstytucją. Sędzia Tucker stwierdził, że wszystkie organy władzy regulowane są Konstytucją, która staje się pierwszym prawem powszechnym i należy się do niej odwoływać w każdym przypadku, w którym konieczne jest wyłożenie, co jest prawem. *Taka wykładnia jest obowiązkiem i zadaniem sądownictwa*. Sądownictwo jest zobowiązane do uwzględniania Konstytucji jako pierwszego prawa powszechnego, a to, co jest z nią sprzeczne, nie jest prawem powszechnym¹¹.

Jak widać, nie bez racji ocenia Charles F. Hobson, że John Marshall był wytworem kultury prawnej, w której głęboko zakorzeniona była swoboda sędziowska, a następnie wielokrotnie czerpał z tej tradycji, przewodnicząc Sądowi¹². Orzeczenie *Kamper v. Hawkins* było najlepiej znanym w latach 90. XVIII w. epizodem, w którym pojawiła się kwestia unieważniania ustawy przez sędziów, ale dostrzec w nim można także intrygującą próbę skonfrontowania brytyjskiej tradycji powinności sędziowskiej z mechanizmem ludowego nieposłuszeństwa przeciwko niekonstytucyjnemu prawu, w którym sędziowie są przedstawicielami ludu.

W swej niezwykle ciekawej analizie tego orzeczenia podkreśla Matthew Steilen, że najważniejszym zagadnieniem w *Kamper v. Hawkins* nie było *judicial review*, ale rozwinięcie pojęcia *case*, „sprawy”, czyli ustalenie, które akty sędziowskie były prawnie wiążące. Sędziowie orzekający w 1793 r. rozważali powołanie się na wcześniejszą *Remonstrację* w podobnej kwestii jako na precedens, ale wystąpiła między nimi różnica zdań, czy miała ona moc prawną, skoro nie była rozstrzygnięciem żadnej „sprawy”. Sędzia Henry uznał *Remonstrację* jedynie za odwołanie do ludu, działanie polityczne, a nie sędziowskie. Pozostali uznali jednak wystąpienie sędziów z 1788 r. za wiążący precedens prawny, w szczególności sędzia Saint George Tucker uznał, że na tyle przypominało ono proces

¹¹ *Kamper v. Hawkins* (1793), [w:] M.A. Graber, M. Perhac (eds.), *Marbury versus Madison...*, s. 282-283.

¹² Ch.F. Hobson, *The Great Chief Justice...*, s. 45.

orzecznicy, że *Remonstracja* może być uznana za wiążące wyrażenie prawa. Zdaniem Matthew Steilena wynika z tego, że kluczowym zagadnieniem w uzasadnieniu *judicial review* prezentowanym przez Tuckera i Roane'a było pojęcie „sprawy”, które pozwalało na połączenie kontrolowania ustawodawstwa z dawnym ideałem powinności sędziowskiej, co skłoniło Tuckera do niezbyt przekonującego nadania *Remonstracji* postaci sprawy rozstrzygniętej przed sądem. Sędziowie uznali więc, że argument odwołujący się do występowania sędziów jako przedstawicieli wypowiadającego posłuszeństwo ludu miał w najlepszym wypadku charakter pomocniczy, inaczej bowiem niepotrzebne byłoby nadawanie politycznej *Remonstracji* charakteru rozstrzygnięcia prawnego¹³. Takie odczytanie łączy się z poruszonymi wcześniej wątkami profesjonalnego, a wręcz sakralnego charakteru zobowiązań sędziowskich. Upatruję w tym potrzeby sędziów, być może intuicyjnej, do osadzenia prowadzonej przez siebie aktywności w sferze konstytucyjnej (a więc raczej polityczno-prawnej) na bezpiecznym, ekskluzywnym gruncie „tajemnej nauki prawa”.

W cytowanej analizie Matthew Steilena wyrażona jest ocena, iż sędzia Tucker zawęził zakres urzędu sędziego, który mógł dokonywać kontroli prawodawstwa jedynie podczas rozpatrywania sprawy, a poza nią działał jako zwykły obywatel. Można jednak spojrzeć na to inaczej. Uzasadnienie kontroli ustawodawstwa względami profesjonalnymi było znacznie atrakcyjniejsze i bezpieczniejsze dla sędziów niż utrzymywanie, że chronią lud przed jego przedstawicielami. Uchwalająca kwestionowany akt frakcja większościowa w organie ustawodawczym mogła bez trudu wywodzić, zwłaszcza tuż po wygranej w wyborach, że sędziowie dopuszczają się uzurpacji władzy i występują przeciwko deputowanym świadomie popartym przez lud. Czyż w 1803 r. skuteczny byłby zarzut Marshalla przeciwko Jeffersonowi, iż ten wybrany na prezydenta polityk stoi dalej od ludu niż John Marshall? Akcentowanie natomiast, że kontrolowanie konstytucyjności ustawy to najzwyklejszy składnik beznamietnego rozpoznawania spraw przez sądy, pozwalało sędziom na łatwiejsze neutralizowanie napięcia, które rodziło kwestionowanie aktów formalnie równorzędnego w strukturze władzy organu ustawodawczego. Jak pokazała zaś sprawa podatku od powozów z 1796 r. oraz aktywność Federalistów przed Sądem Najwyższym w latach 1801-1803, pojęcie „sprawy” nie prowadziło do szczególnego zawężenia swobody sędziowskiej, gdyż nietrudno było liczne takie sprawy przed Sądem wywołać.

Dostrzegając wyraźne zapożyczenia Marshalla od sędziów z Wirginii, zwrócić należy również uwagę, za Sylvie Snowiss, na subtelne różnice. Sędzia St. George Tucker w swej opinii przejrzysto wyraził rozumienie *judicial review* charakterystyczne dla etapu drugiego rozwoju tej instytucji. Odrzucił argument, iż zgodność prawodawstwa z Kon-

¹³ Zob. obszernie M. Steilen, *Judicial Review and Non-Enforcement at the Founding*, „University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law” 2014, vol. 17, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2403956>, s. 544-550.

stytucją może być oceniana jedynie przez samą legislaturę. To z realnego i wyraźnego charakteru Konstytucji, a nie z uznania jej za nadrzędne prawo zwykłe, płynie nakaz przestrzegania jej także przez legislaturę. Sądy mają Konstytucję uwzględniać, ale nie oznacza to stwierdzania przez sądy, czym jest prawo zawarte w Konstytucji, a jedynie sędziowski obowiązek dokonywania wykładni zwykłego prawa i niezamykania przy tym oczu na Konstytucję. Nie zostały tu więc jeszcze wyrażone tezy, przedstawione później przez Marshalla, o szczególnej relacji sędziów do Konstytucji jako najwyższego prawa spisane. Jak konkluduje ten wątek Snowiss, opinia sędziego Tuckera nie wspiera tym bardziej współczesnego odczytania orzeczenia *Marbury v. Madison* jako uzasadnienia sędziowskiej władzy dokonywania wykładni Konstytucji. „Co więcej, długa znajomość współczesnego odczytania orzeczenia *Marbury* nie tylko przesłoniła znaczenie i wewnętrzną klarowność prostej analizy Tuckera, ale też spowodowała, że współcześni czytelnicy łatwiej odbierają niespójności w orzeczeniu *Marbury* niż spójność Tuckera”¹⁴.

Zdaniem Tomasza Wieciecha Marshall czerpał obficie, najpewniej i bezpośrednio, z opinii sędziów Nelsona, Roane’a i Tuckera, a porównując argumenty Marshalla z prezentowanymi wcześniej uzasadnieniami prawa sądów do unieważniania ustaw sprzecznych z konstytucją „trudno wręcz wskazać chociaż jeden oryginalny wątek”¹⁵. Podzielałam częściowo tę tezę, w zakresie, w jakim ukazuje ona właściwą proporcję intelektualnego wkładu Marshalla w rozwój doktryny *judicial review*. W istocie był to wkład niewielki, właściwą pracę doktrynalną wykonały w latach 80 i 90. XVIII w. osoby, od których Marshall uczył się prawa i polityki. Personalne złączenie Prezesa Marshalla z sędziowską kontrolą ustawodawstwa było po części wynikiem historycznego przypadku, aktywności jego ucznia oraz pewnej niezwykle niewygodnej dla amerykańskiej doktryny konstytucyjnej okoliczności. Na tle sprawy *Kemper v. Hawkins* mogę też jednak po raz kolejny zaakcentować, że rozwój koncepcji sądowej kontroli konstytucyjności prawa nie odbywał się w sposób linearny, uświadomiony i zaakceptowany przez elity polityczne, a tym bardziej przez wyborców. Była to raczej bardzo indywidualna działalność dosłownie kilkunastu znaczących postaci zaangażowanych w wymiar sprawiedliwości, które w okresie kilkunastu lat, korzystając ze swej pozycji publicznej, zwłaszcza z funkcji sędziowskich, testowały na odbiorcach modyfikowane nieustannie propozycje lub rozstrzygnięcia sędziów do większego udziału w rozstrzyganiu zagadnień konstytucyjnych, czyli polityczno-prawnych. Spory sędziów z Wirginii z miejscową legislaturą rozgrywane się w latach 1788-1793 pokazują dobrze rosnące poczucie pewności siebie sędziów, a także przyswojenie postulatów Iredella i Hamiltona. Prezes Marshall, już wcześniej przychylny kontroli sędziowskiej, dysponował w 1803 r. pewnym zasobem idei, wypowiedzi i opinii sędziowskich, które sumiennie wykorzystał, ale też jednak zmodyfikował, czyniąc to wszystko w zgoła nieoczekiwany sposób.

¹⁴ Zob. S. Snowiss, *Judicial Review...*, s. 53-55.

¹⁵ T. Wieciech, *Anglosaska formuła politycznego konstytucjonalizmu*, Kraków 2014, s. 159-160.

Tak samo jednak jak akceptujemy naturalny rozwój określonej idei, odbywający się dzięki społecznym i intelektualnym eksperymentom oraz przymysłności propagujących ją luminarzy, tak również musimy uwzględniać zmienne koleje takiej idei, której rozwój wyznaczyć można w postaci prostej linii czy pnącego się wykresu raczej jedynie w uproszczonych ujęciach, tworzonych *post factum*, odzwierciedlających znajomość stanu rzeczy ukształtowanego po dekadach czy wiekach starć ideowych, a przez to zacierających z perspektywy zwycięzców alternatywność oraz przypadkowość wcześniejszych stadiów rozwojowych. W ramach wyważonego omówienia aktywności lokalnych sądów podejmujących wstępne próby kontrolowania prawa zauważa Paweł Laidler, że żadna z tych decyzji nie usankcjonowała jednak obowiązywania kompetencji *judicial review*¹⁶.

Słusznie pisze też Gary D. Rowe, że historia pełna jest momentów, które po fakcie wydają się zwiastunami na pozór nieuchronnych trendów. Trudno jest nam ustrzec się przed odczytywaniem tych przełomowych momentów w świetle założeń i przesłanek ze świata, w którym my żyjemy, a których wagi nie odczuwamy. Wyłania się w ten sposób obraz przeszłości, który jawi się jako oczywisty, lecz jest błędny. Znaczenie, jakie przypisujemy zdarzeniom, jak Magna Carta czy mityczne orzeczenie *Marbury v. Madison*, mówi więcej o naszych doświadczeniach niż o historycznych aktorach, którzy nas przyciągają¹⁷.

Odwołałem się powyżej do ustaleń Williama M. Treanora, którego zdaniem praktyka orzecznicza dotycząca unieważniania ustaw przed 1803 r. była w większości pomijana przez współczesnych badaczy, a była to działalność znacznie częstsza, niż wcześniej sądzono, co oznacza jego zdaniem, że sędziowska kontrola ustawodawstwa stała się po przyjęciu Konstytucji z 1787 r. bynajmniej nie rzadka, lecz przeciwnie, znacznie lepiej utrwalona, niż skłonni to byli przyznawać wcześniejsi badacze. Na dowód tego autor ten omawia dwadzieścia jeden spraw rozstrzygniętych w sądach stanowych w latach 1787-1803, w których choć jeden sędzia orzekł niezgodność aktu z konstytucją, a także dziewięć spraw rozstrzyganych w federalnych sądach okręgowych¹⁸. Przypomnijmy bowiem, że wśród kilku pierwszych ustaw uchwalonych w 1789 r. przez Kongres znalazła się ustawa o sądownictwie federalnym, *Judiciary Act of 1789*, zatem ekspresja sędziów w sferze kontrolowania prawa mogła znaleźć też ujście na poziomie federalnym. Wedle interpretacji Andrzeja Bryka ustawa ta dawała kolejną wskazówkę do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy Konstytucja federalna obejmowała sądową kontrolę ustaw Kongresu. Jak stwierdza: „Chociaż władza sądowej kontroli nie może być bezpośrednio wywiedziona z tekstu *Judiciary Act*, to jednak jego logika wewnętrzna pozwala jasno wnioskować

¹⁶ P. Laidler, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki. Od prawa do polityki*, Kraków 2011, s. 58.

¹⁷ G.D. Rowe, *Constitutionalism in the Streets*, „*Southern California Law Review*” 2005, vol. 78, no. 2, s. 403.

¹⁸ Zob. obszernie W.M. Treanor, *Judicial Review Before Marbury*, s. 497-541.

o istnieniu tego rodzaju władzy, choć być może nie było to intencją ustawodawcy¹⁹. Same to stwierdzenie o przyznaniu władzy wbrew intencji ustawodawcy jest wieloznaczne, co zresztą cytowany autor uzupełnia wskazaniem wypowiedzi przedstawicieli doktryny, którzy nie zgadzają się z taką interpretacją ustawy o sądownictwie, co konkluduje Bryk zdaniem, że spory trwały, gdyż obracały się wokół głębszego, doktrynalnego sporu, czym tak naprawdę jest konstytucja²⁰.

Swą interpretację opiera Andrzej Bryk na kilku ważkich argumentach, ale w odpowiedzi można przytoczyć kontrargument, iż w 1796 r. najwyraźniej sami Sędziowie Sądu Najwyższego nie byli świadomi, że ustawa o sądownictwie (musiałoby chodzić o artykuł 25) przewidywała taką ich władzę. Jeszcze bardziej zaskakujące i paradoksalne w tym kontekście musi być przypomnienie, że Prezes Marshall nie tylko w swym uzasadnieniu kompetencji Sądu do unieważniania ustaw Kongresu nie powołał się na *Judiciary Act of 1789*, ale to właśnie przepis z tego aktu demonstracyjnie spostponował i unieważnił. Bliższy jest mi więc pogląd, że nadal chodziło o pogmatwany korpus prawa, poddawany rozbieżnym interpretacjom, a ustawa z 1789 r. rozstrzygała raczej kwestie relacji sądownictwa federalnego do sądownictwa stanowego, a nie relacje władz federalnych względem siebie. Owszem, zarówno Konstytucję federalną, jak i pierwszą ustawę o sądownictwie federalnym można było odczytywać jako akty przekazujące sądom kompetencje do kontrolowania prawa federalnego, ale były to interpretacje niemające charakteru uniwersalnego, niepotwierdzone też przez jednolitą praktykę.

Do dziewięciu spraw rozstrzygniętych przez sądy okręgowe zalicza William M. Treanor odpowiednio siedem spraw dotyczących ustaw stanowych: *Champion & Dickason v. Casey* z 1792 r., *Hamilton v. Eaton* z 1792 r., *Skinner v. May* z 1794 r., *Vanhorne's Lessee v. Dorrance* z 1795 r., *United States v. Villato* z 1797 r., *Pettibone v. Barber* z 1798 r., *Ogden v. Witherspoon* z 1802 r.²¹ Ponadto wskazuje dwie nietypowe sprawy dotyczące ustaw federalnych, tzw. *Hayburn's Case* z 1792 r. oraz *United States v. Ravara* z 1793 r. Pierwsza z tych spraw dotyczyła ustawy o rentach dla inwalidów wojennych, które miały być przyznawane przez sądy okręgowe. Sędziowie protestowali przeciwko przyznaniu im obowiązków pozasędziowskich, także w listach do prezydenta Washingtona. Zanim doszło do orzeczenia Sądu Najwyższego, Kongres zmienił ustawę. W drugiej ze spraw, *Joseph Ravara*, konsul generalny Republiki Genui, kwestionował postawienie go w stan oskarżenia nie przed Sądem Najwyższym, lecz przed sądem okręgowym, na co pozwalała ustawa o sądownictwie z 1789 r. Dwoch sędziów odrzuciło ten argument, ale sędzia Iredell w swej opinii uznał, że doszło do naruszenia Konstytucji²².

¹⁹ A. Bryk, *Konstytucjonalizm. Od starożytnego Izraela do liberalnego konstytucjonalizmu amerykańskiego*, Kraków 2013, s. 523.

²⁰ *Ibidem*, s. 525-526.

²¹ W.M. Treanor, *Judicial Review Before Marbury*, s. 518-533.

²² *Ibidem*, s. 533-540.

Na marginesie tych mniej eksponowanych spraw można dodać, że kwestionowane bywa ich powszechne rozumienie. Zdaniem Maevey Marcus i Roberta Teira *Hayburn's Case* została źle zrozumiana i była błędnie przytaczana w późniejszych orzeczeniach Sądu²³. Na orzeczenie *United States v. Ravara* powołał się zaś Charles Lee na rozprawie przed Sądem w sprawie *Marbury v. Madison*, uzasadniając w ten sposób rozszerzenie przez Kongres zakresu spraw rozstrzyganych przez Sąd w pierwszej instancji. Jak jednak podnosi Louise Weinberg, liczni komentatorzy bezmyślnie powtarzali argument Lee, podczas gdy w sprawie *Ravara* Sąd uznał jedynie, że Kongres może wprowadzić wyjątek od jurysdykcji pierwotnej Sądu (uszczuplenie, a nie uzupełnienie), zezwalając na prowadzenie postępowania przeciwko konsulowi w sądzie niższej instancji²⁴. Podobnie Robert L. Clinton przypisuje Charlesowi Lee niezrozumienie orzeczenia *United States v. Ravara*, ponieważ nie chodziło w nim o ustawowe rozszerzenie właściwości Sądu, lecz o doprecyzowanie jej²⁵. Prezes Marshall nie odniósł się jednak do tego elementu argumentacji przedstawiciela *Marbury*'ego.

Warto osobno przyjrzeć się orzeczeniu w sprawie *Vanhorne's Lessee v. Dorrance*. Dotyczyło ono lokalnego sporu i ustawy stanowej, jednakże skierowane do przysięgłych pouczenie Sędziego Patersona zostało opublikowane, a jego echa można postrzegać w późniejszych wypowiedziach Sędziego Chase'a oraz Prezesa Marshalla²⁶. Przytaczałem powyżej fragment tego orzeczenia, w którym Sędzia Paterson tłumaczył, dlaczego nie można badać konstytucyjności ustaw w Anglii, podkreślając brak w tym państwie spisanej konstytucji. W kolejnym zdaniu przeszedł do sytuacji w Stanach Zjednoczonych:

W Ameryce sytuacja jest całkowicie odmienna: każdy stan w Unii ma konstytucję sprowadzoną do spisanej ścisłości i precyzji. Czym jest Konstytucja? To forma ustroju nakreślona mocną dłońią ludu, w której ustanowione są pewne pierwsze zasady prawa fundamentalnego. Konstytucja jest pewna i ustalona; zawiera trwałą wolę ludu i jest najwyższym prawem powszechnym; jest nadrzędna wobec władzy Legislatury (...) Czym są Legislatury? Tworami Konstytucji; zawdzięczają swe istnienie Konstytucji: czerpią swe kompetencje z Konstytucji: jest ona mandatem dla nich, a zatem wszystkie ich akty muszą być z nią zgodne lub będą nieważne. (...) Niezależnie od sytuacji w innych państwach, nie ma wątpliwości w państwie naszym, że każdy akt Legislatury sprzeczny z Konstytucją jest całkowicie nieważny²⁷.

²³ M. Marcus, R. Teir, *Hayburn's Case. A Misinterpretation of Precedent*, „Wisconsin Law Review” 1988, no. 4, s. 527 i n.

²⁴ L. Weinberg, *Our „Marbury”*, „Virginia Law Review” 2003, vol. 89, no. 6, s. 1356-1357.

²⁵ R.L. Clinton, *Precedent as Mythology. A Reinterpretation of Marbury v. Madison*, „American Journal of Jurisprudence” 1990, vol. 35, no. 1, <https://doi.org/10.1093/ajj/35.1.55>, s. 62.

²⁶ W.M. Treanor, *Judicial Review Before Marbury*, s. 522 i przyp. 342.

²⁷ *Vanhorne's Lessee v. Dorrance*, 2 U.S. 304 (1795).

To pouczenie było tak jednoznaczne, że w XIX w. autorzy odnoszący się do problemu badania konstytucyjności ustaw powoływali się zwykle w większym stopniu na to orzeczenie Patersona z 1795 r. niż na orzeczenie *Marbury*. We wpływowym przeglądzie orzecznictwa federalnego Richarda Petersa z 1860 r. autor dwadzieścia cztery akapity poświęcił kwestii sędziowskiej kontroli prawa, prowadząc omówienie w oparciu o ustępy z orzeczenia Patersona, a tylko w trzech akapitach powołując się na orzeczenie *Marbury*²⁸.

Podsumowując swe badania na temat przypadków *judicial review* przed orzeczeniem *Marbury v. Madison*, stwierdza William M. Treanor, że sądy szczególnie skłonne były do kontrolowania i unieważniania aktów prawnych, które dotyczyły obszaru władzy sądowniczej, szczególnie prawa do procesu z udziałem ławy przysięgłych. W innych kwestiach sądy stanowe prawie we wszystkich przypadkach polegały na rozstrzygnięciach władzy ustawodawczej i utrzymywały je w mocy. Podobnie z większą surowością traktowały sądy federalne akty dotyczące władzy sądowniczej²⁹.

Autor ten dokonuje uogólnień z perspektywy orzeczniczej, ale tak uzyskany obraz nie jest wcale jednoznaczny. Przede wszystkim analizowanie rozwoju doktryny *judicial review* wyłącznie przez pryzmat narastającego zbioru orzeczeń to właśnie typowy, zubożający przejaw wspomnianej perspektywy wewnętrznej. Zarówno na etapie pierwszym, jak i drugim rozwoju tej doktryny kontrola sędziowska nadal nie była utożsamiana ze zwykłą interpretacją prawną. Był to, jak stwierdza Larry D. Kramer, polityczno-prawny akt oporu³⁰. Gordon S. Wood tak ocenia analizowaną tu ostatnią dekadę XVIII w.:

Tak więc dla wielu Amerykanów w latach 90. XVIII w. istniał jakiś rodzaj sądowej kontroli ustawodawstwa (*judicial review*). Pozostawała ona jednak nadzwyczajnym i solennym działaniem politycznym, zbliżonym może do interwencji stanów, jaką zasugerowali Jefferson i Madison w *Rezolucjach Kentucky i Wirginii* w 1798 r. – czymś, na co należało się powoływać wyłącznie w rzadkich przypadkach rażących i jednoznacznych naruszeń Konstytucji. Nie należało zaś z tego korzystać w wątpliwych sprawach niekonstytucyjności i nie było to jeszcze akceptowane jako aspekt zwykłej aktywności sędziowskiej³¹.

Za jeszcze lepszy przykład od rezolucji z 1798 r. uważa Larry D. Kramer interesujący epizod z okresu rewolucyjnego. W 1765 r., po uchwaleniu ustawy stemplowej, liderzy buntu w Bostonie przeciwko niej nakłaniali sądy, aby nadal pracowały i prowadziły postępowania bez dokumentów ze znakami opłaty skarbowej. Zamknięcie sądów oznaczałoby uznanie prawomocności angielskiego prawa. Ignorowanie ustawy przez sądy w porozumieniu

²⁸ K.E. Whittington, A. Rinderle, *Making a Mountain out of a Molehill? Marbury and the Construction of the Constitutional Canon*, „Hastings Constitutional Law Quarterly” 2012, vol. 39, no. 4, s. 848.

²⁹ W.M. Treanor, *Judicial Review Before Marbury*, s. 560-562.

³⁰ L.D. Kramer, *The People Themselves...*, s. 63.

³¹ G.S. Wood, *The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less*, „Washington and Lee Law Review” 1999, vol. 56, no. 3, s. 798-799.

z ludem byłoby zaś przejawem nieważności ustawy stemplowej³². W latach 90. XVIII w. przypadki kontrolowania ustaw przez sędziów były częstsze, ale sądy w żadnej mierze nie mogły rościć sobie prawa do wyłącznego korzystania z kontroli konstytucyjności aktów ustawodawczych. Cały czas funkcjonowały mechanizmy powszechnego konstytucjonalizmu, które odżyły zwłaszcza pod koniec dekady. Akceptacja działań sądów nie była również powszechna. Przykładem jest wzmianka z klasycznego opracowania Jamesa Bradleya Thayera, iż w wydanym w 1795 r. pierwszym amerykańskim traktacie prawniczym, *System of the Laws of Connecticut*, Zephaniah Swift ostro krytykował kompetencję sądów do ignorowania aktów ustawodawczych, przyznając, że opinie aprobujące te działania są bardzo popularne i rozpowszechnione. Swift trzeźwo odrzucił szczególne kwalifikacje sędziów, pisząc, że jest równie prawdopodobne, że błędnie uznają przepisy za niekonstytucyjne, jak to, że legislatura przekroczy swe konstytucyjne uprawnienia. Thayer dodaje, że jeszcze w 1807 i 1808 r. poddano *impeachmentowi* sędziów w Ohio za unieważnienie aktów lokalnej legislatury³³.

Oswobodzając się z wyłącznie wewnętrznej perspektywy, skupionej na treści orzeczenia, przyjrzyjmy się bliżej dotyczącej powozów sprawie *Hylton v. United States*, będącej jedną z trzech wczesnych spraw rozpoznanych przez Sąd Najwyższy, w których pojawiają się pewne pierwiastki *judicial review*. Poza nią William M. Treanor wylicza jeszcze wspomnianą wyżej sprawę *Ware v. Hylton* z 1796 r., w której brał udział adwokat John Marshall, oraz sprawę *Chisholm v. Georgia* z 1793 r.

Wskazałem wcześniej, że z ważnych sporów ustrojowych toczonych we wczesnej republice do Sądu trafiła jedynie sprawa podatku od powozów. Retorycznie skonfrontowałem to zagadnienie prawne z pozostałymi, co miało wywołać wrażenie niskiej rangi tej sprawy. Jeśli skupimy uwagę na „powozach” jako przedmiocie sprawy i uwzględnimy brak poważniejszych kontrowersji wokół orzeczenia *Hylton v. United States* (1796), istotnie możemy uznać, że powozy były zagadnieniem niezbyt istotnym. Zmitologizowana historia *judicial review* wpływa jednak również na współczesny odbiór tej sprawy. Jack N. Rakove przekonuje, że sprawa powozów z 1796 r. nie gorzej, a lepiej nadawałaby się do roli punktu przełomowego od sprawy *Marbury v. Madison*. Rzecz bowiem nie w powozach, ale w rozstrzyganej w tej sprawie kwestii dopuszczalnego konstytucyjnie opodatkowania, a Sąd otwarcie podjął wtedy problem konstytucyjności ustawy Kongresu. W przeciwieństwie do sprawy *Marbury v. Madison* nie chodziło o wysoce fachowy i nieznany ogółowi problem nakazów sądowych, lecz o tak podstawowe zagadnienie, jak podatki, a rozstrzygnięcie Sądu wywołało jednak obszerne komentarze prawników³⁴.

³² L.D. Kramer, *The People Themselves...*, s. 38, 63.

³³ Zob. J.B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, Boston 1893, reprint Forgotten Books 2012, s. 7-8.

³⁴ J.N. Rakove, *The Origins of Judicial Review. A Plea for New Contexts*, „Stanford Law Review” 1997, vol. 49, no. 5, <http://dx.doi.org/10.2307/1229247>, s. 1039-1041.

Apel Rakove'a z 1997 r. o uwzględnienie nowych kontekstów w badaniach nad *judicial review* zajmuje ważne miejsce w rozwijanym w ostatnich latach korpusie literatury rewizjonistycznej. Przywołuję go tu, aby po raz kolejny przygotować Czytelników na odrzucenie konwencjonalnej historii amerykańskiego konstytucjonalizmu opierającej się na orzeczeniu Prezesa Marshalla, ale także po to, by ukazać nieuchronnie subiektywny wymiar konkurencyjnych interpretacji, w tym przeprowadzanej tu dekonstrukcji mitu Marshalla. Równolegle można podjąć próbę odpowiedzi na pytanie Jacka N. Rakove'a, dlaczego nie celebruje się orzeczenia *Hylton v. United States* jako zdarzenia, które zapoczątkowało amerykańską sądową kontrolę konstytucyjności ustaw, a wspomina o nim jedynie jako o „ważnym kroku na drodze do orzeczenia *Marbury v. Madison*”³⁵.

Sarkastycznie można rozpocząć od uwagi, że skala nieprawidłowości proceduralnych w obu sprawach rzeczywiście pozwala na postrzeganie pierwszego z orzeczeń jako kroku na drodze do drugiego. Wskazywałem już, że sprawa *Hylton v. United States* opierała się na wniosku faktycznie sprowokowanym przez administrację prezydenta Washingtona, co wymagało fikcyjnego utrzymywania, że chodzi o podatek od nieistniejących 125 powozów. David P. Currie wylicza pozostałe uchybienia. W sądzie niższej instancji nie doszło do rozstrzygnięcia z powodu równowagi głosów w składzie orzekającym. Zignorowano ustawowy nakaz ponownego rozpatrzenia sprawy, zamiast tego pozwany przez władze Daniel Hylton, korzystający z opłaconego przez władze obrońcy, uznał orzeczenie, którego faktycznie nie było, a następnie zaskarżył to uznane przez siebie orzeczenie do Sądu Najwyższego. Sąd zatem oceniał sprawę, w której sąd okręgowy faktycznie nie wydał orzeczenia podlegającego zaskarżeniu, a powód kwestionował orzeczenie, które uznał jako pozwany przez władze, z którymi zgodnie współdziałał. Sąd Najwyższy rozpatrzył zaś sprawę w składzie trzech Sędziów, choć ustawa wymagała czteroosobowego kworum³⁶. Tło sprawy nie było błahe. Kongres w 1794 r. uchwalił ustawę nakładającą podatek od powozów. W Izbie Reprezentantów projekt spotkał się z kategorycznym sprzeciwem części kongresmanów, którzy zarzucali ustawie niezgodność z Konstytucją. W Wirginii zapłaty podatku odmówiła grupa miejscowych notabli, w tym sam prezes Sądu Apelacyjnego Pendleton oraz Spencer Roane³⁷. Wirgińczycy przewodzili w Kongresie oporowi wobec tej ustawy, którą postrzegali jako kolejny centralizujący państwo środek finansowy z programu Hamiltona, także z tego powodu, że na Południu użycie takich środków transportu było powszechniejsze niż na Północy³⁸.

³⁵ B. Schwartz, *A History of the Supreme Court*, New York 1995, s. 24.

³⁶ D.P. Currie, *The Constitution in the Supreme Court. The First Hundred Years, 1789-1888*, Chicago 1985, s. 32.

³⁷ J. Goebel Jr., *Antecedents...*, s. 778-779.

³⁸ R.P. Frankel Jr., *Before Marbury. Hylton v. United States and the Origins of Judicial Review*, „Journal of Supreme Court History” 2003, vol. 28, no. 1, <https://doi.org/10.1111/1540-5818.00052>, s. 3.

Sprawa powozów z 1796 r. nie została włączona do konwencjonalnej opowieści o początkach *judicial review* z tego powodu, że Sędziowie uznali w niej zgodność z Konstytucją ustawy federalnej, a ponadto nie zawarli w swych opiniach gromkich sylogizmów na temat istoty władzy sędziowskiej, jakie kilka lat później przedstawił Prezes Marshall, a zamiast tego wdali się w żmudne objaśnianie problemów podatkowych. Sędzia Iredell np. pieczołowicie wyliczył w swej opinii hipotetyczny udział w podatku od powozów stanu Wirginia i stanu Connecticut. Odnotujemy, że to ten sam James Iredell z Karoliny Północnej, który dokładnie dekadę wcześniej uzasadniał przy okazji sprawy *Bayard v. Singleton* potrzebę rozstrzygania przez sędziów kwestii konstytucyjności ustaw. Zastanawiające, że przy tej pierwszej okazji do skontrolowania ustawy federalnej Sędzia Iredell wykazał się biegłością arytmetyczną, ale w ogóle nie podjął wątku badania ustawy federalnej przez Sąd Najwyższy. Całkowicie zaś zadaje kłam tezom, jakoby rozstrzygnięto ten problem w Filadelfii, fragment opinii Sędziego Chase'a:

Ponieważ nie sądzę, że podatek od powozów jest podatkiem bezpośrednim, nie jest w tej chwili konieczne, abym rozstrzygnął, czy ten sąd posiada konstytucyjną kompetencję do orzekania nieważności ustawy Kongresu, z tego powodu, że wydano ją wbrew Konstytucji i z jej naruszeniem; ale jeśli sąd ten ma taką kompetencję, mogę oświadczyć, że nie wykorzystam jej nigdy poza bardzo oczywistym przypadkiem³⁹.

To jest bardzo interesujący epizod, ponieważ mamy do czynienia ze sprawą rozgrywającą się w zaufanym kręgu Federalistów. Po raz kolejny w podwójnej roli wystąpił nie kto inny jak John Marshall, wówczas wzięty prawnik z Wirginii. Przedstawicielom władz federalnych bardzo zależało na zaangażowaniu go do tej sprawy, ale Marshall reprezentował Davida Hyltona, ponieważ był to ten sam Hylton, który z pomocą Marshalla w sprawie *Ware v. Hylton* nie chciał spłacać swych długów Brytyjczykom wbrew traktatowi paryskiemu. Opisujący te okoliczności Robert P. Frankel Jr. dodaje, że przedstawiciele strony rządowej, Coxe i Carrington, parli do szybkiego rozpatrzenia sprawy w sądzie w Wirginii w maju w tym celu, by jeszcze w sierpniowej sesji Sąd Najwyższy zatwierdził orzeczeniem podatek, a na dodatek byłoby to wygodne dla Marshalla, który w sierpniu i tak miał uczestniczyć w Filadelfii w rozprawie przed Sądem w sprawie *Ware v. Hylton*. Robert P. Frankel Jr. komentuje to następująco: „Taka troska po stronie powoda o pozwanego i jego adwokata z pewnością byłaby niezwykle w sprawie, która nie została zaaranżowana. Lecz sprawa ta została zaaranżowana, a Coxe, przedstawiając Carringtonowi propozycję, jak kontynuować postępowanie, chwalił Hyltona za jego »ducha porozumienia«”. Ostatecznie zajętego Marshalla zastąpił jednak inny adwokat, John Taylor, który najwyraźniej nie zrozumiał dobrze swej roli, uchylając się zresztą od płacenia kwestionowanego podatku, ponieważ argumentował z wigorem przed sądem

³⁹ *Hylton v. United States*, 3. U.S. (3 Dall.) 171 (1796).

okręgowym w Wirginii na rzecz uznania ustawy za niekonstytucyjną, a następnie odmówił stawienia przed Sądem Najwyższym, aby nie pozwolić mu na zatwierdzenie ustawy. To sprawiło, że sprawa spadła z sierpniowej wokandy, ale Hylton uratował sytuację i swą koncyliacyjną reputację, podpisując uzgodnienie, że pragnie rozpatrzenia sprawy na kolejnej sesji⁴⁰.

Zatem w tak pełnej harmonii atmosferze administracja Federalistów preparuje pozew po to, by Sąd Najwyższy obsadzony przez Federalistów usankcjonował federalną ustawę podatkową uchwaloną głosami Federalistów. Mimo to w tych sprzyjających okolicznościach, które zgodnie z oczekiwaniami prowadzą do potwierdzenia konstytucyjności ustawy przez Sąd, elokwentny członek tego gremium wyraźnie wzbrania się przed przyznaniem, że Konstytucja pozwala Sądowi na unieważnianie ustaw federalnych. To kolejne potwierdzenie, że w latach 90. XVIII w. ustalanie znaczenia Konstytucji nie było bynajmniej zastrzeżoną dla sędziów domeną. Nie ma również w orzeczeniu *Hylton*, w wypowiedzi Chase'a ani pozostałych Sędziów, odwołania do artykułu 25 ustawy o sądownictwie z 1789 r., co również nie potwierdza, aby ten właśnie przepis ustawowy rozstrzygał dopuszczalność *judicial review*. Mówiąc zaś warunkowo o sędziowskiej kontroli, potwierdza Sędzia Chase rangę eksponowanego przeze mnie powyżej kryterium oczywistej niekonstytucyjności. Ostrożne i warunkowe podjęcie w sprawie *Hylton* kwestii badania przez Sędziów ustaw sugeruje, że sprawy nie przedstawiały się tak prosto, jak to deklarowali w trakcie postępowania. Julius Goebel Jr., opisując okoliczności wydania tego orzeczenia, przytacza słowa przedstawiciela władz federalnych w tym postępowaniu, który nie podjął kwestii, czy w ogóle Sąd może zająć się zbadaniem aktu Kongresu, ponieważ został poinformowany przez Sędziów, że co prawda sam Sąd jeszcze takiej sprawy nie rozstrzygał, ale każdy z Sędziów w okręgach stykał się z takimi przypadkami i każdy z nich potwierdził taką kompetencję Sądu. Goebel Jr. dodaje, że przed majem 1795 r. w okręgach rozstrzygnięto tylko trzy takie znane obecnie sprawy, a każda z nich dotyczyła ustaw stanowych, nie federalnych. Chodzi o podane wcześniej orzeczenia *Champion & Dickason v. Casey* z 1792 r., *Skinner v. May* z 1794 r., *Vanhorne's Lessee v. Dorrance* z 1795 r. Ten fragment kończy Julius Goebel Jr. uwagą, że wygląda na to, że w tamtym czasie nie kwestionowano zasadności sędziowskiej kontroli⁴¹. Dotyczyło to jednak garstki orzeczeń niższej rangi, a w ostatecznych opiniach Sędziów w sprawie *Hylton* kwestia sędziowskiego nadzoru nad poczynaniami Kongresu bynajmniej nie wybrzmiała zdecydowanie.

Jack N. Rakove proponuje wyobrażenie sobie, że Sąd w sprawie *Hylton v. United States* orzekłby niekonstytucyjność podatku od powozów albo że Sąd zakwestionowałby ustawy o cudzoziemcach i działalności wywrotowej. Sugeruje następnie, że Federalistom trudno byłoby zakwestionować takie orzeczenia, biorąc pod uwagę „nienaganne kwalifikacje

⁴⁰ R.P. Frankel Jr., *Before Marbury. Hylton v. United States...*, s. 4-8.

⁴¹ J. Goebel Jr., *Antecedents...*, s. 589-590. Autor ten przekręca nazwiska w nazwie orzeczenia z 1792 r.

Federalistów” w Sądzie Najwyższym⁴². Takie postawienie sprawy zupełnie pomija podstawowy aspekt tej historii, który wyraziłem, pisząc, że promowana przez Federalistów idea kontroli sędziowskiej znakomicie pasowała do struktur władzy uformowanych przez Federalistów. Właśnie dlatego administracja Washingtona ufnie zaaranżowała sprawę podatkową przed Sądem Najwyższym. Z tego samego powodu Republikanom nie przeszło poważnie przez głowę, aby kwestionować ustawy o działalności wywrotowej przed tym samym Sądem. Dokonana przez Sąd w 1796 r. ocena tego, czy ustanowiony podatek od powozów był podatkiem bezpośrednim w rozumieniu Konstytucji, jest atrakcyjnym epizodem w historii *judicial review* także z powodu promowanej w ostatnich dekadach w kręgach konserwatywnych wykładni Konstytucji zgodnie z „oryginalną intencją”. W sekcji 2 artykułu I Konstytucji mowa o odpowiednim podziale między stany mandatów w Izbie Reprezentantów i podatków bezpośrednich. W notatkach Madisona z konwencji znajduje się wzmianka o budzącej zakłopotanie treści: „Pan King zapytał, co dokładnie znaczy bezpośrednio opodatkowanie. Nikt nie odpowiedział”⁴³.

Przy okazji orzeczenia *Hylton v. United States* po raz kolejny można docenić czujność Antyfederalisty Brutusa. W eseju dwunastym z 7 lutego 1788 r. analizował ujęcie władzy sądowniczej w przedłożonej do ratyfikacji Konstytucji i wyraził słowa, które przez niektórych współczesnych autorów traktowane bywają jako uznanie także przez krytyka Konstytucji, że niezależna sędziowska kontrola prawa jest legitymowana⁴⁴. Chodzi o następujący fragment:

(...) jeśli legislatura uchwali przepisy, na które w ocenie sądu nie ma zezwolenia konstytucji, sąd ich nie uwzględni, ponieważ nie zaprzeczy się, że konstytucja jest najwyższym czy nadrzędnym prawem. Sądom zaś powierzono najwyższą i niekontrolowaną kompetencję do rozstrzygania, we wszystkich prowadzonych przed nimi sprawach, co konstytucja oznacza; nie mogą zatem wykonywać prawa, które w ich ocenie sprzeczni się konstytucji, chyba że przypuścimy, że mogą one sprawić, że prawo wyższe ustąpi przed prawem niższej rangi. Legislatura zatem nie przekroczy ograniczeń, które ją wiążą zgodnie z rozstrzygnięciem sądów. Niewiele zaś jest powodów, by wątpić, że zbliżyć się będzie do tych granic tak często, jak nadarzy się okazja lub sposobność, a będzie mogła uznać to za właściwe. Ponieważ z jednej strony nie będzie chętnie stanowić przepisów, co do których wiadomo będzie, że sądy nie będą ich wykonywać, tak z drugiej strony

⁴² J.N. Rakove, *The Origins of Judicial Review...*, s. 1040.

⁴³ Zob. E.M. Jensen, *The Apportionment of „Direct Taxes”. Are Consumption Taxes Constitutional?*, „Columbia Law Review” 1997, vol. 97, s. 2378-2379. Jensen uważa jednak, że przykład ten jest nadużywany.

⁴⁴ S.M. Engel, *American Politicians Confront the Court. Opposition Politics and Changing Responses to Judicial Power*, New York 2011, s. 77; S. Slonim, *Federalist No. 78 and Brutus’ Neglected Thesis on Judicial Supremacy*, „Constitutional Commentary” 2006, vol. 23, no. 1, s. 10-11.

możemy być pewni, że nie będzie mieć skrupułów przed stanowieniem, tak często, jak uzna to za właściwe, takich, co do których będzie wiedzieć, że zostaną wyegzekwowane⁴⁵.

Brutus istotnie rozwija tu konsekwencje powierzenia sądom interpretacji konstytucyjnej. Opiera się na koncepcjach z opisywanego pierwszego etapu rozwoju sędziowskiej kontroli, w którym chronologicznie się w 1788 r. znajduje, ale ponieważ pragnie wystraszyć swoich czytelników i zniechęcić do ratyfikacji, to wyprowadza logiczną konkluzję z dyskusji z tego okresu, wyrażonych już powszechniej w okresie drugim. Legislatura jest ograniczona prawem najwyższym, ustawa może być niekonstytucyjna (etap pierwszy), a skoro sądy rozstrzygają sprawy z użyciem ustaw, to dostrzegać będą ich niekonstytucyjność i odmawiać wykonania (etap drugi). Agitację Brutusa za odmową ratyfikacji można zresztą dostrzec w wyolbrzymieniu przez niego, że sądom powierzono najwyższą i niekontrolowaną kompetencję do rozstrzygania, co Konstytucja oznacza. To już wprost określenie supremacji sędziowskiej, która w XVIII i XIX w. byłaby niepojmowalną aberracją, więc Brutus wybiegł myślami o kilkanaście, jak miało się okazać, dekad naprzód, aby ukazać czytelnikom zagrożenie ze strony sądu federalnego, podobnie jak w cytowanych wcześniej innych jego esejach. W tym sensie słowa Brutusa są nie tyle przyznaniem, że nie ma powodu podważania prawomocności sędziowskiej kontroli prawa, ile raczej ostrzeżeniem przed konstytucyjną propozycją powołania sądownictwa federalnego, które będzie mogło taką funkcję objąć. Z kontekstu wynika, że pisząc o legislaturze, ma Brutus na myśli wyrażnie federalne ciało ustawodawcze, dlatego że najpewniej zetknął się, być może w samej Filadelfii, z ludźmi, którzy pragnęli wprowadzić arystokratyczne ograniczenie władzy ustawodawczej także na poziomie federalnym, ale nie zdecydowali się tego ujawnić w tekście Konstytucji. Gdy jednak przeczyta się niedługi esej dwunasty Brutusa w całości, można znacznie bardziej docenić jego przenikliwość.

Brutus wcale bowiem nie jest zainteresowany unieważnianiem przez sądy ustaw, lecz ich zatwierdzaniem. Widoczne jest to już w zacytowanym fragmencie, a rozwinięte w dalszej argumentacji. Już w pierwszych słowach eseju zapowiada Brutus, że poświęca go wykazaniu, jak federalna władza sądownicza doprowadzi do unicestwienia kompetencji władz stanowych. Argumentuje bowiem, że skoro, jak już tłumaczył, sądownictwo upoważnione jest do wyjaśniania treści Konstytucji nie tylko zgodnie z jej literą, ale też duchem i intencją, gdyż rozpatrywać ma sprawy według zasad prawa i słuszności, a więc bez żadnych ustalonych zasad, to sądy federalne będą poszerzać zakres „rządu ogólnego”, czyli federalnego, a dążyć będą do unicestwienia kompetencji władz stanowych. Następnie odwołuje się do wyliczonych w preambule Konstytucji celów władzy, które Brutus kwituje jako obejmujące wszelkie cele przyjmowane przez dowolne władze. Sądy

⁴⁵ „Brutus”, XII (February 7, 1788), [w:] R. Ketcham (ed.), *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates. The Clashes and Compromises that gave Birth to Our Government*, New York 2003, s. 316.

zatem polegać będą na tekście tworzącym władze zajmujące się wszelkimi kwestiami, co upoważniać będzie Kongres do czynienia wszystkiego, co w jego ocenie wspierać będzie ogólną pomyślność. Ten duch Konstytucji prowadzić musi do zniesienia wszelkich kompetencji władz stanowych, posępnie przepowiada Brutus⁴⁶.

Powtórzę, że Brutus agitacyjnie mnoży zagrożenia ze strony Konstytucji. Wspomnijmy jednak, że adresuje swoje słowa do obywateli suwerennego państwa Nowy Jork, a jego kolejne teksty kolportowane w pozostałych ówczesnych amerykańskich państwach, *states*, m.in. w niepodległej Rzeczypospolitej Wirginii, miały pobudzać do oporu ludzi, którzy wcale nie chcieli utraty suwerenności. Stanem wyjściowym była suwerenność państw amerykańskich, a utworzenie z nich federacji wymagało ustrojowego „przejścia fazowego”, w którym nie było niczego nieuniknionego, o czym dobrze świadczy dotychczasowe niepowodzenie projektu federalizacji Europy czy błyskawiczny rozpad Federacji Indii Zachodnich. Żartobliwie odwołam się też do nagłówka strony internetowej czasopisma naukowego poświęconego prawu międzynarodowemu „Texas International Law Journal”, na której pod tytułem widnieje hasło „Zajmujemy się państwami innymi niż Teksas od 1965 r.”.

Nawet trwała federacja to rodzaj zinstytucjonalizowanej nieufności. Sanford Levinson wskazuje, że najbardziej wiarygodne empiryczne wyjaśnienie federalizmu to istnienie skonfliktowanych grup, które nie ufają sobie na tyle, aby wejść do unitarnej wspólnoty politycznej⁴⁷. Do tego stanu wyjściowego i takiego poziomu nieufności odwoływał się Brutus. Rozwój amerykańskiego federalizmu zasadniczo potwierdził jego przestrogi, zakres kompetencji władz federalnych ulegał stałemu poszerzaniu. Z perspektywy współczesnej Jenna Bednar, podejmująca ten wątek, z wyraźnym wysiłkiem stara się przedstawić wytrzymałość amerykańskiego federalizmu, z zastrzeżeniem, że jest to złożony system znajdujący się w stanie ciągłej zmiany, ale rozpoczyna od uwagi, że federalizm zwiększał się i zmniejszał, doznał porażki z pogranicza śmierci, a w ostatnim półwieczu część wielkich znawców zagadnienia wyrażała gotowość do uznania, że funkcjonalnie system ten wyzionął ducha⁴⁸. Obawy Brutusa co do iluzoryczności konstytucyjności ograniczeń federalnej władzy ustawodawczej potwierdził w krótkim zdaniu Wojciech Zakrzewski, pisząc z perspektywy 1992 r.: „Zakres przedmiotowy ustawodawstwa Kongresu ukształtowała w zasadzie wyłącznie praktyka”⁴⁹.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 315-319.

⁴⁷ S. Levinson, *Framed. America's Fifty-One Constitutions and the Crisis of Governance*, New York 2012, s. 314.

⁴⁸ J. Bednar, *The Resilience of the American Federal System*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York 2015, s. 283.

⁴⁹ W. Zakrzewski, *Konstytucyjny system źródeł prawa w Stanach Zjednoczonych Ameryki (Zagadnienia wybrane)*, [w:] W.J. Wołpiuk (red.), *Prawo na Zachodzie. Studia źródeł prawa w systemie demokratycznym*, Wrocław 1992, s. 18.

Brutus nie tylko wykazał się intuicją co do słabnącego znaczenia władz stanowych w ewolucji konstrukcji federalnej, ale też uczynił to w ramach wątku, który został dostrzeżony i poważnie potraktowany przez badaczy dopiero w drugiej połowie XX w. Sąd interpretujący Konstytucję będzie istotny nie jako siła negująca, ale jako siła zatwierdzająca posunięcia władz federalnych, zaprzęgnięta przez polityków do zgodnej współpracy. Jak pisał Brutus, orzeczenia będą wskazówką dla legislatury federalnej, jak ma interpretować zakres swych kompetencji. „Jakie będą zasady przyjęte przez sądy, nie można teraz stwierdzić (...) ale nietrudno dostrzec, że mogą być i zapewne będą one bardzo liberalne”⁵⁰. Porównajmy to z uwagą współczesnego badacza, opisującego praktykę *judicial review* w oparciu o liczne cytaty innych autorów, że z perspektywy prawniczej sędziowska kontrola prawa wynika z rozumowania prawniczego, ale to tylko pozór, a rozumowanie prawnicze opisuje to, co sędziowie robią, aby uzasadnić swoje rozstrzygnięcia, kiedy nie mogą wykazać ani udowodnić, że osiągnęli właściwe rozwiązanie. Sędziowie racjonalizują to, co czynią, używając dobrze znanych typów argumentów odwołujących się do konwencjonalnie akceptowanych źródeł prawniczych, od tekstu konstytucyjnego, przez precedensy sędziowskie, po praktyki historyczne⁵¹.

Sądzę, że dotyczące powozów i podatków orzeczenie *Hylton* jest dobrą ilustracją obu tych uwag, czyli znaczenia liberalnego, a więc swobodnego zatwierdzania przez Sąd posunięć Kongresu, jak to zapowiadał Brutus, oraz zalet racjonalizowania przez Sędziów decyzji przechylających zgodnie z interesem władz politycznych szalę w sprawach, których jasno nie rozstrzygnięto w Filadelfii. Jak to ujął Leszek Garlicki: „wszyscy uczestnicy procesu rządzenia zdają sobie sprawę, że uzyskanie poparcia Sądu Najwyższego może im w istotny sposób ułatwić realizację zamierzonych przedsięwzięć, gdy autorytet władzy sądowej potwierdzi ich zgodność z konstytucją”⁵².

Jak widać, w 1796 r. kwestia kontroli konstytucyjności ustaw rozumiana jako cenzurowanie działalności Kongresu nie była wcale chętnie podejmowana przez Sędziów Sądu Najwyższego. Nie uznawali oni za wystarczającą podstawę ani Konstytucji, ani ustawy o sądownictwie. Trudności z dokonywaniem uogólnień na podstawie praktyki tego okresu pokazuje dobrze kolejny drobny epizod. W sprawie *Cooper v. Telfair* z 1800 r. Sędzia Chase, który jeszcze 4 lata wcześniej wyrażał przy okazji problemu podatku od powozów wątpliwość, czy Sąd został konstytucyjnie upoważniony do unieważniania ustaw, tym razem stwierdził:

⁵⁰ „Brutus”, XII (February 7, 1788), s. 316-317.

⁵¹ K.E. Whittington, *The Power of Judicial Review*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook...*, s. 398-399.

⁵² L. Garlicki, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki. Konstytucja – polityka – prawa obywatelskie*, Wrocław 1982, s. 104-105.

(...) choć twierdzi się, że wszystkie akty legislatury bezpośrednio sprzeczne z zakazami konstytucyjnymi byłyby nieważne, nadal pozostaje pytanie, gdzie spoczywa kompetencja do orzekania o ich nieważności? To w rzeczy samej powszechna opinia, wyraźnie przyznawana przez prawników, a niektórzy Sędziowie indywidualnie tak w okręgach rozstrzygali, że Sąd Najwyższy może orzec niekonstytucyjność aktu kongresu, a zatem jego nieważność; nie ma jednak orzeczenia samego Sądu Najwyższego w tej sprawie. Zgadzam się jednakże z tym ogólnym odczuciem, w odniesieniu do okresu, w którym istniejąca konstytucja zaczęła obowiązywać (...)»⁵³.

Stan prawny się nie zmienił, ale tym razem Sędzia Chase powoływał się już na powszechną opinię. Podstawy normatywnej wskazać nie mógł, ani Konstytucja, ani ustawa o sądownictwie z 1787 r. nie przyznawała bowiem sądom kompetencji do unieważniania ustaw. W wypowiedzi tej widoczne są również ślady pierwszego etapu rozwoju *judicial review*, a więc nieczytelne już rozróżnienie. Osobno odnosi się Samuel Chase do kwestii przekroczenia przez legislaturę zakazów konstytucyjnych. Akty niekonstytucyjne są nieważne. To jest zdobycz etapu pierwszego. Osobno zaś zajmuje się wskazaniem organu władnego do stwierdzania tej nieważności. Nieporównanie śmieiej niż w 1796 r. odpowiada już, że taką nieważność może orzec Sąd. To jest zdobycz etapu drugiego. 14 lat po wystąpieniu Iredella *To the Public* i 12 lat po eseju Hamiltona na forum Sądu Najwyższego ich postulaty nabierają mocy powszechnej opinii i ogólnego odczucia. Przy okazji opinia Chase'a posłużyła budowie mitu Marshalla i orzeczenia *Marbury*. W 1856 r. George van Santvoord opublikował wznawiane później wielokrotnie *Szkice o życiu Prezesów Sądu Najwyższego*, w którym to dziele biograficznym niezwykle wywyższył faktyczne znaczenie orzeczenia z 1803 r. Uczynił to m.in. w ten sposób, że zacytował początek powyższej wypowiedzi Chase'a z orzeczenia *Cooper v. Telfair*, urywając cytat na pytaniu, gdzie spoczywa kompetencja do orzekania o nieważności ustaw, dzięki czemu mógł przedstawić Marshalla jako tego, kto pierwszy udzielił na nie odpowiedzi w formalnym orzeczeniu Sądu, choć jak widać w kolejnym zdaniu, Chase udziela tej odpowiedzi jeszcze przed powołaniem Marshalla do Sądu⁵⁴.

W swej opinii w sprawie *Cooper v. Telfair* Sędzia Chase konsekwentnie powtarza też swoją tezę sprzed 4 lat o konieczności wskazania oczywistej niekonstytucyjności jako przesłanki unieważnienia ustawy przez sąd, tym razem w słowach „bepośrednio sprzeczne z zakazami konstytucyjnymi”. Choć zdarzały się wypowiedzi sugerujące większą swobodę decyzyjną sędziów, kryterium oczywistej niekonstytucyjności, czyli zasada wątpliwej sprawy, nadal stanowiło w 1800 r. element kanonu, gdyż w istocie tylko takie stanowisko pozwalało utrzymać spoistość argumentacji Iredella i Hamiltona oraz połączyć ją z wcześniejszym ideałem powinności sędziowskiej, a przeciwników

⁵³ *Cooper v. Telfair*, 4. U.S. (4 Dall.) 14 (1800).

⁵⁴ Zob. K.E. Whittington, A. Rinderle, *Making a Mountain out of a Molehill?...*, s. 854-855.

władzy sędziowskiej w obszarze konstytucyjnym zepchnąć do defensywy. Sędziowie mogli przedstawiać się jako przedstawiciele ludu, posługujący się obiektywnym osądem, realizujący ideał, w ramach którego wyzbywali się afektu i namiętności, dążąc niczym piękne łabędzie do transcendentnego wymiaru urzędu sędziowskiego, tylko wtedy, gdy sumiennie zastrzegali, że chodzi o przypadki oczywistej niekonstytucyjności.

Być może zastrzeżenia te były w części nieszczerze, wygłaszane z potrzeb erystycznych, ponieważ co bardziej świadomi sędziowie zdawali sobie sprawę z tego, jak subiektywne muszą być oceny na temat skrótego tekstu Konstytucji, zwłaszcza gdy zaczęła się wykształcać osobna „Konstytucja” Federalistów i osobna „Konstytucja” Republikanów. Już w trakcie debaty ratyfikacyjnej Antyfederaliści narzekali na to, że Konstytucja jest wieloznaczna, żeby zapewnić swobodę sędziom federalnym – w odpowiedzi na to Federaliści twierdzili, że Konstytucja jest jasna, przynajmniej w stopniu, na jaki pozwala ludzki język⁵⁵. Prywatnie prominentny przedstawiciel tego środowiska, Gouverneur Morris, odpowiedzialny w Filadelfii za spisywanie tekstu Konstytucji, gdy usłyszał od znajomego w trakcie debaty ratyfikacyjnej pochwałę: „Daliście nam dobrą Konstytucję”, odpowiedział: „To zależy od tego, jak będzie interpretowana”⁵⁶. Zgodnie z tym stanowiskiem Morris usprawiedliwiał później „zarzucenie kotwic” przez Federalistów w sądach.

W dyskursie publicznym przed 1803 r. zwolennicy sędziowskiej kontroli ustaw stosowali jednak, jak to wielokrotnie przedstawiałem, zapewnienia, że nigdy nie chodzi o wolę sędziów, ich swobodne uznanie, lecz o naukowe i niepodważalne akty badania prawa przeprowadzane w imieniu ludu. Uważam za chybione tezy badaczy, którzy twierdzą, że w latach 90. XVIII w. „sędziowska kontrola prawa została zaakceptowana wśród elit rządzących”⁵⁷ czy też że „przed orzeczeniem *Marbury* sędziowska kontrola prawa osiągnęła szerokie poparcie”⁵⁸. Sędziowskie eksperymenty w ramach *judicial review* istotnie były podejmowane, ale były to jednostkowe przypadki, nienaruszające istotnych interesów elit rządzących.

Przeciwwagą dla jednostronnych ujęć rozwoju sędziowskiej kontroli ustaw można znaleźć w cytowanej już wielokrotnie, niezwykle wpływowej pracy Larry’ego D. Kramera. Autor ten, w oparciu o bogaty materiał źródłowy, wskazuje, że w latach 90. XVIII w. sądy pozostawały na uboczu głównych bitew ery Federalistów, którzy zorientowali się, że zbudowany przez nich ustrój działa niezgodnie z oczekiwaniami. Praktyka kontrolowania w sądach ustaw znajdowała szerszą akceptację, ale sądy nie były główną areną kryzysów konstytucyjnych tego okresu, rozwiązywano je metodami ludowego konstytucjonalizmu. Sądy przestały być peryferiami amerykańskiej polityki pod koniec

⁵⁵ P. Hamburger, *Law and Judicial Duty*, s. 322.

⁵⁶ E.S. Corwin, *Court Over Constitution. A Study of Judicial Review as an Instrument of Popular Government*, Princeton 1938, s. 328.

⁵⁷ S.M. Engel, *American Politicians Confront the Court...*, s. 81.

⁵⁸ W.M. Treanor, *Judicial Review Before Marbury*, s. 555.

dekady, gdy zaczęto w nich gorliwie prowadzić postępowania w sprawach o działalność wywrotową. Republikanie zaczęli wtedy poważniej zastanawiać się nad rolą sędziów, zaznaczając wówczas m.in. odpowiedzialność sędziów za ich decyzje w postaci groźby *impeachmentu*⁵⁹. Sądownictwo zostało włączone do procesu politycznego w ramach teorii kontroli skoordynowanej czy też departamentalnej (*departmental/concurrent/coordinate theory*), wyrażanej m.in. przez Madisona i Jeffersona (używane jest więc też określenie, że to „jeffersońska” koncepcja kontroli prawa⁶⁰), której założeniem było to, że każda z trzech władz ma równe prawo oceny konstytucyjności swych działań. Prezydent Jefferson w liście dotyczącym ułaskawienia przez siebie osób skazanych przez sędziów Federalistów za działalność wywrotową wyłożył to wprost:

Obie władze są na równi niezależne w przypisanej im sferze działania. Sędziowie, uznając konstytucyjność przepisów, mieli prawo do orzekania o grzywnach i pozbawieniu wolności, ponieważ kompetencja taka przyznana im została w konstytucji. Jednakże Prezydent, uznając niekonstytucyjność przepisów, musiał odstąpić od wyegzekwowania ich, ponieważ taką kompetencję powierzono mu w konstytucji⁶¹.

Jak podkreśla Kramer, współczesne zarzuty, iż teoria kontroli skoordynowanej była chaotyczna i prowadziła do anarchii, wynikają z porzucenia idei powszechnego konstytucjonalizmu. Zarzuty te opierają się na charakterystycznej dla zwykłego prawa potrzebie wskazania ostatecznego interpretatora, ale w ludowym konstytucjonalizmie nie mogła nim być żadna z rozdzielonych władz, nie mogły to być także sądy, dlatego że cały aparat władzy składał się z podmiotów regulowanych, a nie regulujących. Ostateczna władza interpretacyjna mogła należeć wyłącznie do ludu⁶².

Analizujący głębiej tę teorię Tomasz Wiecech podnosi, że jej podstawową słabość stanowiło to, że nie mogła ona stanowić skutecznego remedium na naruszenia konstytucji przez działające zbieżnie władze, wzajemnie sankcjonujące swe niekonstytucyjne działania. Ponadto wskazuje, że teoria departamentalna nie mogła rozwiązać zasadniczego problemu kolejności wypowiedzi w sprawach dotyczących wykładni konstytucji⁶³. Ta kolejność naturalnie uprzywilejowała sądy, z Sądem Najwyższym na czele. Od tego sądu nie ma odwołania – zapowiadał proroczo ten problem Brutus. Teoria departamentalna nie rodziłaby zatem problemu, gdyby Sąd Najwyższy powstrzymał się od władczego rozstrzygania zagadnień konstytucyjnych, tak jak to właśnie czynił w latach 90. XVIII w.

⁵⁹ L.D. Kramer, *The People Themselves...*, s. 94-98.

⁶⁰ D.E. Engdahl, *John Marshall's „Jeffersonian” Concept of Judicial Power*, „Duke Law Journal” 1992, vol. 42, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2307/1372804>, s. 280-281.

⁶¹ Cyt. za: B. Friedman, *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York 2010, s. 57.

⁶² L.D. Kramer, *The People Themselves...*, s. 105-107.

⁶³ T. Wiecech, *Anglosaska formuła...*, s. 130.

Stanowiąca osobne, złożone zagadnienie teoria departamentalna była w tym okresie głównie rozumiana jako, według adekwatnego określenia Marka Tushneta, „samoobronna kontrola departamentalna”, co w odniesieniu do sądów oznaczało, że mogły one orzekać niekonstytucyjność tych ustaw, które zakłócały ich prawidłowe funkcjonowanie⁶⁴. Słusznie sugeruje Tushnet, że w związku ze szczególną rolą, jaką odgrywały sądy w procesie stosowania prawa, nawet ta ograniczona funkcja samoobronna mogła prowadzić do kwestionowania rozmaitych aktów podlegających egzekwowaniu przez sądy, ale we wczesnej republice stosowana była z umiarem i nie przypadkiem większość wskazanych powyżej orzeczeń z tego okresu dotyczyła organizacji wymiaru sprawiedliwości, a zwłaszcza procesów z udziałem ławy przysięgłych. Przechodząc z poziomu abstrakcyjnych teorii na poziom realiów wczesnej republiki, można stwierdzić, że taki departamentalny system mógł funkcjonować harmonijnie dopóty, dopóki rozstrzygane przez sądy kwestie konstytucyjne miały względnie niekontrowersyjny charakter, zwłaszcza niefederalny, a sędziowie interpretowali Konstytucję podobnie jak większość w Kongresie.

Przenosząc to na poziom personalny, można stwierdzić, że pierwociny sądowej kontroli konstytucyjności prawa nie wywoływały zasadniczych kontrowersji w latach 90. XVIII w., ponieważ Sędzia Samuel Chase nie miał powodu, by kwestionować ustawy uchwalane pod egidą prezydentów Washingtona i Adamsa, a przeciwnika politycznego Adamsa skazał na 6 miesięcy pozbawienia wolności za brak zaufania do prezydenta. Pouczający był też przykład Sędziego Patersona. W wymienionej powyżej pomniejszej sprawie *Vanhorne's Lessee v. Dorrance* z 1795 r. pouczył on ławę przysięgłych, że ciąży na niej obowiązek rozpatrzenia zarzutu niekonstytucyjności ustawy stanowej. Kilka lat później, gdy ten sam Paterson przewodniczył opisanemu powyżej procesowi kongresmana Matthew Lyona, oskarżonego o działalność wywrotową, pouczył stanowczo ławę przysięgłych, iż w żaden sposób nie może się ona zajmować kwestią konstytucyjności ustawy o działalności wywrotowej, Kongres nakazał karanie autorów wywrotowych zniesławień, więc dopóki ustaw nie unieważni kompetentny trybunał (czyli sam Paterson z kolegami Federalistami), nie wolno jej kwestionować⁶⁵. Widzimy tu dobrze, że dla Federalistów kontrola konstytucyjności prawa nie była logicznym dopełnieniem konstrukcji ustrojowej stworzonej w Filadelfii, ale raczej dogodnym narzędziem służącym utrzymaniu władzy.

Odwołam się tu także do uwag Davida E. Engdahla. Nie podzielam tezy tego autora, iż w latach 90. XVIII w. dominował powszechny entuzjazm wobec sądowego rozstrzygania zagadnień konstytucyjnych. Kluczowe kwestie konstytucyjne rozstrzygane były wówczas w procesie politycznym. Choć więc autor ten przecenia ów entuzjazm, to trafnie wskazuje, występujące także w przedstawianym tu wywodzie, okoliczności, które sprzyjały dostrzegalnej aprobacie podejmowania pewnych zagadnień konstytucyjnych także w sądach we wspomnianym okresie. Po pierwsze, na samym początku występo-

⁶⁴ M. Tushnet, *Introduction*, [w:] M. Tushnet (ed.), *Arguing Marbury v. Madison*, Stanford 2005, s. 6.

⁶⁵ Zob. B. Friedman, *The Will of the People...*, s. 48.

wało założenie, że naruszenia konstytucji będą oczywiste i niekontrowersyjne. Chodzi tu oczywiście o podnoszony przeze mnie wymóg oczywistej niekonstytucyjności, czyli zasadę wątpliwej sprawy, który Engdahl słusznie uważa za założenie naiwne. Po drugie, bezpośrednio po uchwaleniu Konstytucji głęboko wierzone w rozstrzyganie spraw przy udziale ław przysięgłych, które miały parać się także rozpatrywaniem problemów konstytucyjnych. Od siebie dodam, że to również ułatwiało obronę tezy, że sąd przemawia w imieniu ludu, skoro w ramach sądu swoje przekonanie co do rozumienia Konstytucji wyrażała grupa zwykłych ludzi, nieporównanie bardziej reprezentatywna niż jeden czy dwóch sędziów. Spójrzmy, jak bezpośrednio wyrażał zaletę ław Jefferson: „Po prawdzie lepiej jest w sprawie sądowej rzucić monetą, aniżeli skierować ją do sędziego, którego umysł, w tej konkretnej sprawie, jest z jakiegokolwiek powodu spaczony. Lecz zdrowy rozsądek 12 uczciwych mężczyzn daje wciąż większą szansę na sprawiedliwe rozstrzygnięcie aniżeli ślepy traf rzutu monetą”⁶⁶. Po trzecie, twierdzi David E. Engdahl, Amerykanie wierzyli w koncepcję sędziów zakorzenioną w *common law*, zgodnie z którą sędziowie nie tworzyli prawa, a jedynie je odkrywali. Już pod koniec lat 90. XVIII w., bardzo trafnie konkluduje cytowany autor, okoliczności te gwałtownie się zmieniły, konstytucyjność ustaw okazała się bardzo kontrowersyjnym zagadnieniem, ławom odmawiano prawa do podejmowania zagadnień konstytucyjnych, a postępowanie sędziów Federalistów pozbawiło krytyków złudzeń co do tego, że sędziowie bezstronnie odkrywają prawo⁶⁷. Właśnie w takich warunkach, kiedy obywatele wczesnej republiki przejrzeni na oczy, wielu ówczesnych opozycjonistów uznało, że sądy co najwyżej mogą współuczestniczyć w kontroli konstytucyjności prawa w ramach kontroli skoordynowanej, lepiej pasującej do idei rozdzielonych władz i kompetencji, niezależnie od tego, co twierdzili sędziowie Federaliści.

Wyjście poza tekst orzeczeń oraz uwzględnienie szerszego kontekstu społecznego i politycznego pozwala na podważenie konwencjonalnych narracji i zrozumienie motywów kierujących sędziami. Ten aspekt metodologiczny pragnę rozwinąć, odwołując się do artykułu recenzyjnego autorstwa G. Edwarda White’a, historyka, którego wartościową pracę cytowałem powyżej. White w swej recenzji książki Philipa Hamburgera *Law and Judicial Duty* sformułował ostrą krytykę „progresywistycznej historiografii prawnej i konstytucyjnej”, do której prawdopodobnie zaliczyłby także moje opracowanie. Zarzuty White’a są następujące. W latach 20. XX w. wykształciła się historiografia progresywistyczna, opierająca się na założeniach, iż historia amerykańska to starcie klas i interesów, a orzekanie przez sędziów to działalność instrumentalna i ideologiczna. W standardowej narracji progresywistów rozstrzygnięcia sędziowskie ujawniają polityczne uprzedzenia sędziów, ich konserwatywną ideologię, ich identyfikację z elitami oraz ich generalną niechęć do gawiedzi. Wypowiedzi progresywistów były „często demaskatorskie, oskar-

⁶⁶ T. Jefferson, *Uwagi o państwie Wirginia*, tłum., wstęp i oprac. T. Wiecech, Kraków 2014, s. 175.

⁶⁷ Zob. D.E. Engdahl, *John Marshall's „Jeffersonian” Concept...*, s. 289-298.

życielskie, ujawniające, że poza doktrynalnymi frazesami i zaciemnianiem znajdują się potężne sędziowskie pragnienia utrzymania ustalonego porządku i powstrzymania prób ich podważenia przez osoby postronne”. G. Edward White przeciwstawia temu nurtowi badaczy kontraprogresywistycznych, do których zalicza Philipa Hamburgera, ironizując, że zakładają oni, iż „orzekanie opiera się na czymś więcej niż to, co sędzia zjadł na śniadanie”⁶⁸. Chwalona w ten sposób książka Hamburgera, w wielu aspektach bardzo wartościowa, rzeczywiście nie opiera się na jadłospisach sędziów, lecz na imponującej kwerendzie archiwalnej. Gdybyśmy jednak zasugerowali się kpinami White’a oraz w pełni skupili uwagę na przypadkach realizowania powinności przez sędziów – poza tymi przypadkami, kiedy jej nie realizowali – jak to czyni Hamburger, byłibyśmy bezradni wobec wielu opisywanych tu spraw, w których nietrudno przejrzyć pierwotne motywy kierujące sędziami, skrywane za fasadą prawniczych wywodów. Najbardziej jest to zaś widoczne w pomniejszej, na długie lata zapomnianej sprawie rozstrzygniętej w sądzie apelacyjnym jednego ze stanów, która bezpośrednio doprowadzi nas na powrót do sprawy *Marbury v. Madison*.

W orzeczeniu z 1802 r. trzech sędziów z Sądu Naczelnego w stanie Maryland rozpatrywało pozew Williama Whittingtona, prezesa sądów czterech okręgów, przeciwko Williamowi Polkowi, powołanemu na jego stanowisko na mocy nowej ustawy uchwalonej w 1801 r. przez zgromadzenie stanowe. Przytoczenie fragmentów orzeczenia odsłoni doskonale znane już czytelnikom formuły. Większość orzeczenia stanowi opinia prezesa sądu, zawierająca m.in. następujące tezy:

Podczas rozpatrywania tej sprawy adwokat powoda podniósł poniższe kwestie.

Po pierwsze, ustawa zgromadzenia sprzeczna z konstytucją jest nieważna.

Po drugie, ten sąd ma prawo do uznania nieważności ustawy zgromadzenia, która jest sprzeczna z konstytucją.

Po trzecie, ustawa zgromadzenia uchwalona w 1801 r. (...) w zakresie, w jakim odnosi się do powoda, jest niekonstytucyjna i nieważna.

Co do pierwszych dwóch punktów, ich słuszność uznał adwokat pozwanego; w rzeczy samej nie były one podawane w wątpliwość w żadnej ze spraw, jakie rozpatrywano przed tym sądem.

Pomimo tego przyznania racji ten sąd uważa za konieczne przedstawienie powodów i uzasadnienia swej opinii co do tych punktów.

Deklaracja praw i ustawa rządowa tworzą konstytucję Maryland, będącą umową ustanowioną przez lud Maryland między sobą, za pośrednictwem konwencji wybranej i powołanej w tym ważnym celu.

⁶⁸ Zob. G.E. White, *The Lost Origins of American Judicial Review*, „George Washington Law Review” 2010, vol. 78, no. 6, s. 1146-1150.

Ta umowa jest oparta na zasadzie, iż to lud jest źródłem władzy, a wszelkie organy mają z niego początek. (...)

Legislatura, będąca tworem konstytucji i działająca w wyznaczonej sferze, nie jest omnipotentna i nie może prawowicie korzystać z innych kompetencji poza tymi, które wywodzą się z tego aktu. (...)

Kompetencja do ostatecznego rozstrzygnięcia ważności aktu legislatury nie może spoczywać w legislaturze, ponieważ taka kompetencja niweczyłaby wszelkie ograniczenia i restrykcje dotyczące władzy legislatury (...).

Obowiązkiem i zadaniem sądu jest rozstrzygnięcie wszystkich kwestii co do prawa przedłożonych mu na drodze sądowej, zgodnie z ustalonym sposobem postępowania, oraz rozstrzygnięcie, czy akt legislatury, który przybiera pozór prawa i przyodziały jest władczym, został wydany zgodnie z kompetencją nadaną legislaturze przez konstytucję; gdyż jeśli nie jest to wynik lub emanacja władzy wywodzonej z konstytucji, nie jest to prawem i nie może wpływać na orzeczenie sądu w rozstrzyganej przezeń sprawie.

Przysięga sędziego nakazuje mu „że będzie czynił jednakowo słuszenie i sprawiedliwie zgodnie z prawem tego stanu, w każdym przypadku, w którym będzie działał jako sędzia”.

Czyniąc słuszenie i sprawiedliwie zgodnie z prawem, sędzia musi ustalić, co jest prawem, co z konieczności zawiera w sobie prawo do badania konstytucji (która jest nadrzędnym czy najwyższym prawem i z której legislatura wywodzi jedyną władzę, którą jest obdarzona, to jest stanowienia prawa) oraz rozpatrywania, czy przyjęty akt został uchwalony zgodnie z konstytucją (...) ⁶⁹.

Możemy to odczytywać jako kolejne potwierdzenie utrwalenia się postulatów Iredella i Hamiltona. Możemy dostrzec w odwołaniu się do tekstu przysięgi połączenie wątku powinności sędziowskiej z koncepcją legislatury ograniczonej przez konstytucję przyjętą przez suwerenny lud. Możemy rozpoznać słusność tezy Philipa Hamburgera, iż realizowanie tej powinności było dla sędziów tak oczywiste, że odbywało się w sądach stanowych, w nieprzyciągających wcześniej uwagi badaczy postępowaniach. Możemy wreszcie przypomnieć sobie, że autorem opinii był sędzia Jeremiah Chase, a zacytowałem fragmenty przytoczonego już wcześniej orzeczenia *Whittington v. Polk*. Jeremiah Chase był kuzynem Samuela Chase’a, zasiadającego w Sądzie Najwyższym. Akt zgromadzenia uchwalony w 1801 r. to ów *ripper bill*, czyli ustawa, poprzez którą większość Republikanów w legislaturze stanowej uchyliła wcześniejszą ustawę o sądownictwie, usuwając dotychczasowych sędziów, a następnie odtworzyła zniesiony właśnie system sądów, tyle że z wolnymi miejscami na nominatów Republikanów. Kierowany przez Jeremiaha Chase’a skład orzekający uznał tę ustawę za zgodną z konstytucją stanową i zatwierdził usunięcie przez Republikanów niepożądanych sędziów.

⁶⁹ *Whittington v. Polk*, 1 H. & J. 236 (Md. 1802).

Mit orzeczenia *Marbury v. Madison* poprzez wieki i kontynenty

Sądowa kontrola konstytucyjności prawa niosła ze sobą wielką obietnicę legitymizacji poczynań władz politycznych. Akcentowałem wcześniej, że sprawa *Commonwealth v. Caton* była prototypem, zwiastunem realnego amerykańskiego sądownictwa konstytucyjnego. Orzeczenie *Whittington v. Polk* było kolejnym aktem elokwentnego usankcjonowania naruszenia przepisów konstytucyjnych przez sędziów. W pełni podzielałem interpretację Jeda H. Shugermana, że sędziowie Federaliści w Sądzie Naczelnym stanu Maryland dokonali aktu kapitulacji, kierowani strachem przed Republikanami, którzy skutecznie opanowali stanowy aparat władzy¹. Wyrażone w orzeczeniu *Whittington v. Polk* przyzwolenie na usunięcie niewygodnych sędziów otoczone retoryką wprost z teaurusu koncepcji *judicial review* nie było więc „suchą i zwyczajną kwestią zgodności z prawem najwyższym”, jak to ocenił James B. Thayer². Tylko pozornie można je uznać, jak czyni to Robert Lowry Clinton, za ogniwo w łańcuchu orzeczeń pokazujących, że „gotowość sądów w okresie przed orzeczeniem *Marbury* do rozważaniach kwestii konstytucyjnych w rozstrzygnięciach poszczególnych spraw jest w pełni widoczna zarówno na poziomie stanowym, jak i federalnym”³. Z największą prawdopodobnie ufnością do opinii sędziego Jeremiaha Chase’a podchodzi Scott Douglas Gerber, gdy z powagą powtarza za prezesem sądu w Maryland, że co prawda artykuł XXX Deklaracji praw Maryland gwarantował nieodwołalność „sędziów” (*judges*), ale nie obejmowało to sędziów sądów okręgów (*justices of county courts*). Autor ten dodaje następnie: „pozostaje poza wszelką wątpliwością, że sąd unieważniłby ustawę z powodów konstytucyjnych, gdyby usiłowano pozbawić stanowiska członka władzy sądowniczej objętego artykułem XXX”⁴. Tę ostatnią ocenę uważam za całkowicie nieprawdopodobną psychologicznie. Sędzia Jeremiah Chase nie

¹ J.H. Shugerman, *Marbury and Judicial Deference. The Shadow of Whittington v. Polk and the Maryland Judiciary Battle*, „University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law” 2002, vol. 5, no. 1, s. 107.

² J.B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, Boston 1893, reprint Forgotten Books 2012, s. 13.

³ R.L. Clinton, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, Lawrence 1989, s. 76.

⁴ S.D. Gerber, *A Distinct Judicial Power. The Origins of an Independent Judiciary, 1606-1787*, New York 2011, s. 140.

odważył się na zakwestionowanie ustawy Republikanów i właśnie dlatego uznał, że *justice* to nie *judge*, więc Whittingtona nie obejmuje gwarancja pełnienia urzędu pod warunkiem właściwego postępowania (*during good behaviour*). Notabene jego kuzyn Samuel Chase pełnił urząd określany oficjalnie jako *Justice*, a Prezes Marshall urząd *Chief Justice*, Konstytucja federalna zaś w artykule III obejmuje gwarancją niezależności nie kategorię „Justices”, lecz „The Judges, both of the supreme and inferior Courts”.

Oczywiście powierzchowna analiza treści orzeczenia z Maryland nie daje podstaw do spekulacji na temat motywacji sędziów. Widzimy w nim gromkie deklaracje na temat władzy sędziowskiej, bardzo mocno osadzone we wcześniejszych dyskusjach i orzeczeniach. Widzimy rezultat badania konstytucyjności ustawy, który powinniśmy przyjąć z dobrą wiarą, ponieważ sędzia Jeremiah Chase zapewnił nas, że czyniąc słusznie i sprawiedliwie, ustalił, co jest prawem. G. Edward White, wykpiwający doszukiwanie się w orzeczeniach politycznych uprzedzeń sędziów, zapewne sugerowałby, aby na tym analizę zakończyć. Co prawda nie omawia tej sprawy w swym tomie historii prawa amerykańskiego, ale o orzeczeniu *Marbury v. Madison* pisze, że sprawa ta dała Marshallowi i pozostałym Sędziom okazję do wyrażenia swej niezależności od Kongresu i prezydenta oraz okazję do udzielenia Jeffersonowi pouczenia na temat prawa. „Marshall w pełni wykorzystał tę okazję, ale ostrożnie, żeby nie przeliczyć się z siłami”⁵. Jest to zgodne z mitologicznym ujęciem sprawy *Marbury v. Madison*, ale równie niezgodne z faktami, co powierzchowne analizy orzeczenia *Whittington v. Polk*. Obie te sprawy były ze sobą ściśle sprzężone. Krytyczna analiza orzeczenia *Marbury v. Madison* jest jednak znacznie łatwiejsza, ponieważ dysponujemy komplementarnym orzeczeniem wydanym sześć dni później.

Dzięki badaniom Jeda Handelsmana Shugermana wiemy, że wyrażona w orzeczeniu *Whittington v. Polk* akceptacja usunięcia niewygodnych sędziów, przysłonięta niczym listkiem figowym doktrynalnymi frazesami o ustrojowej roli sądownictwa, została bardzo nagłośniona przez prasę. Republikanie obwieścili swe zwycięstwo i powoływali się na tę sprawę jako wsparcie dla uchylenia ustawy o sądownictwie federalnym⁶, czyli *Repeal Act*, która była głównym problemem konstytucyjnym dla Sądu Najwyższego w 1802 i 1803 r. W omawianej przeze mnie korespondencji Sędziów na temat odmowy podjęcia obowiązków w okręgach w ramach buntu przeciwko *Repeal Act* Sędzia Chase powoływał się na toczące się postępowanie w sprawie *Whittington v. Polk*, a ze swym kuzynem, Jeremiahem, blisko współpracował⁷. Wątek orzeczenia z Maryland pozwala również na pokazanie, w jaki sposób kształtowała się konwencjonalna opowieść o genezie sądowej kontroli prawa. W 1914 r. ukazało się pierwsze wydanie, a w 1932 r. poszerzone drugie wydanie uznanej pracy Charlesa Grove’a Hainesa poświęconej amerykańskiej

⁵ G.E. White, *Law in American History*, vol. 1: *From the Colonial Years Through the Civil War*, New York 2012, s. 210.

⁶ J.H. Shugerman, *Marbury and Judicial Deference...*, s. 85-87.

⁷ *Ibidem*, s. 78-79.

doktrynie supremacji sędziowskiej. Autor omawia w niej również orzeczenie *Whittington v. Polk*, najwyraźniej nie znając jednak kontekstu sprawy, więc przytacza bez komentarza wywody Jeremiaha Chase'a o kompetencji sędziego do badania konstytucyjności ustaw. Następnie Haines stwierdza, że te poglądy „mają szczególne znaczenie, ponieważ zostały wyrażone niedługo przed opinią Marshalla w sprawie *Marbury*'ego, a Chase został później powołany na stanowisko sędziego Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych, gdzie wyrażał podobne poglądy w sprawie federalnej”⁸. Takie ujęcie łączy przekonująco dwie kwestie, tj. narastającą gotowość sędziów do kontrolowania prawa oraz łączność personalną, co pokazuje, jak oddolne idee sędziowskie dotarły ostatecznie do Sądu Najwyższego i wyrażone zostały w „precedensowym” orzeczeniu *Marbury v. Madison*. Jak wiemy, obie kwestie Haines bezwiednie przedstawia błędnie. Orzeczenie z Maryland pokazywało, jak można skryć uległość pod zasłoną stanowczych deklaracji o władzy sędziowskiej, a kuzynów Chase'ów było dwóch i tylko jeden z nich był Sędzią Sądu Najwyższego.

W związku z likwidacją sesji Sądu w 1802 r. Prezes Marshall miał długie miesiące na rozmyślanie, jak poradzić sobie z rozwiązaniem bardzo niewygodnej dla siebie sprawy *Marbury v. Madison*. Z uwagi na wielkie podobieństwa między reorganizacją sądownictwa przez Republikanów w stanie Maryland i w całej federacji, a także z uwagi na personalne więzy między składem orzekającym w sprawie *Whittington v. Polk* oraz w sprawie *Marbury v. Madison* uważam za bardzo prawdopodobną sugestię Jeda Handelsmana Shugermana, że powszechnie znane rozstrzygnięcie z Maryland wydane kilka miesięcy wcześniej zainspirowało Marshalla. Jeśli zaś odrzucimy nawet hipotezę o inspiracji, to dwugłos Sądu Marshalla w sprawach *Marbury v. Madison* oraz *Stuart v. Laird* był zbieżny z postawą sądu z Maryland. Podobnie prawdopodobna wydaje się sugestia, że zainspirować Marshalla do zakwestionowania artykułu 13 ustawy o sądownictwie z 1789 r. mógł kongresman Davis, który rok wcześniej wytykał niekonstytucyjne rozszerzenie właściwości Sądu w ustawie z 1801 r. James E. Pfander zauważa, że Davis naszkicował w ten sposób argumentację, którą Marshall mógł uznać za atrakcyjną. Zwolennik Jeffersona krytykował rozszerzenie w ustawie jurysdykcji pierwotnej Sądu wykraczające poza artykuł III Konstytucji. Czy zatem naraziłby się na krytykę ze strony obozu Jeffersona Prezes Marshall, gdyby doszedł do takiego samego wniosku w odniesieniu do pierwszej ustawy o sądownictwie?⁹ Barry Friedman, odnosząc się do tego wątku, stwierdza, że można sobie prawie wyobrazić radość Marshalla, gdy usłyszał podsunęte przez Republikanów bezpieczne rozwiązanie dylematu, jaki stawiały przed Sądem po-

⁸ Ch.G. Haines, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, Berkeley 1932, s. 162.

⁹ J.E. Pfander, „*Marbury*”, *Original Jurisdiction, and the Supreme Court's Supervisory Powers*, „Columbia Law Review” 2001, vol. 101, no. 7, <http://dx.doi.org/10.2307/1123808>, s. 1584.

wództwa Marbury'ego i Stuarta¹⁰. Ta uwaga wymaga doprecyzowania. W lutym 1802 r., gdy kongresman Davis poruszył kwestię właściwości Sądu, poza kontekstem sprawy Marbury'ego, Prezes Marshall nie miał jeszcze takich powodów do zaniepokojenia, ponieważ retorsje Republikanów wobec sądownictwa były dopiero uruchamiane. W lutym 1802 r. Sąd nie zajmował się też jeszcze powództwem Stuarta. Nieprawdopodobny jest zatem moment olśnienia Prezesa bezpośrednio po zapoznaniu się ze słowami Republikanina Davisa, ale w trakcie kolejnych miesięcy zastanawiający się nad rozwiązaniem owego dylematu Prezes istotnie mógł wykorzystać poza wzorcem z Maryland także argument Davisa. Można nawet przypuszczać, że na przełomie 1801 i 1802 r. Marshall, niemający wówczas oficjalnych obowiązków, mógł przysłuchiwać się z galerii obradom Kongresu w sprawie uchylenia ustawy o sądownictwie z 1801 r.¹¹

Pora na krótkie podsumowanie dotychczasowych uwag o etapach rozwoju doktryny sędziowskiej kontroli ustawodawstwa. Była to koncepcja, która na terenie niepodległych państw amerykańskich mogła się rozwijać dzięki odrzuceniu tezy o omnipotencji Parlamentu czy, szerzej, zwierzchności legislatur. Ważnym czynnikiem formalnym było ustanowienie sądów najwyższych, które odróżniono od ciał ustawodawczych. Na umownym pierwszym etapie rozwoju znalazła pewną akceptację teza, iż legislatury nie mogą samodzielnie rozstrzygać zgodności swych działań z konstytucjami. Na etapie drugim wyrażano uzasadnienie przejścia roli kontrolnej przez sądy, będące rzecznikami suwerennego ludu. Te tezy doskonale współgrały zarówno ze starszą tradycją powinności sędziowskiej, która obejmowała rozstrzyganie spraw na podstawie ustalonego przez sędziego stanu prawnego, jak i z ambicjami kadry sędziowskiej, która coraz śміiej wkraczała na obszar interpretacji konstytucyjnej. Zwolennicy takiego rozszerzenia władzy sędziów argumentacyjnie degradowali status praw fundamentalnych wyrażonych w konstytucjach lokalnych, a ostatecznie w Konstytucji federalnej, zacierając pierwotnie odrębny, polityczno-prawny status norm konstytucyjnych. Nadal jednak funkcjonowały mechanizmy ludowego konstytucjonalizmu, które wykluczały przyznanie sędziom wyłączności na interpretację konstytucyjną. Aktywność sędziowską uzasadniało zwłaszcza kryterium oczywistej niekonstytucyjności, które nie pozwalało sędziom na stwierdzanie niezgodności ustaw z konstytucją w wątpliwych sprawach. W Konstytucji federalnej z 1787 r. nie dokonano rozstrzygnięcia tej kwestii, nie uzgodniono przyznania sądom kompetencji do kontrolowania ustaw federalnych. W kolejnej dekadzie sędziowie z większą śmiałością i przy większej akceptacji ogółu unieważniali lokalne ustawy, szczególnie takie, które ingerowały w zakres władzy sądowniczej. Te działania sędziów

¹⁰ B. Friedman, *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York 2010, s. 63.

¹¹ D.E. Engdahl, *John Marshall's „Jeffersonian” Concept of Judicial Power*, „Duke Law Journal” 1992, vol. 42, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2307/1372804>, s. 318-319.

nie były naturalną pochodną planu ustrojowego przyjętego w Filadelfii, ale raczej, jak to określa Barry Friedman, improwizacją¹².

Nie mogę zatem zupełnie zgodzić się z cytowanymi na początku słowami Pawła Sarneckiego, którego zdaniem od początku funkcjonowania Konstytucji USA nie było wątpliwości, że to sądy mają kontrolować zgodność prawa federalnego z Konstytucją Unii¹³. Sytuacja była zgoła przeciwna: początkowo to nieliczni zwolennicy tak szerokiej władzy sędziów przekonywali do swych poglądów elity polityczne i masy. Rozwijane w kolejnych etapach uzasadnienie konstytucyjnej roli sędziów w procesie politycznym znajdowało przychylnych odbiorców wśród elit Federalistów, ponieważ sprzyjały temu opisywane dwa czynniki faktyczne: niezadowolenie elit ze swawoli lokalnych legislatur oraz potrzeba utrzymywania w ryzach władz stanowych przez władze federalne. Ambitni sędziowie, z urzędu zajmujący się ustalaniem stanu prawnego, dobrze nadawali się do reagowania na oba te czynniki, co w odniesieniu do drugiego z nich wyrażono w artykule VI Konstytucji. Stąd zaś niedaleka była już droga do objęcia przez sędziów zainteresowaniem norm samej Konstytucji.

Do tego dochodził szczególny element społeczny. Wykorzystałem powyżej słowa o „wpływowej kaście” amerykańskich prawników, do których zaliczyć można wspomnianą „ustosunkowaną kadrę” sędziowską. Wątek ten akcentuje także G. Edward White, który zauważa, że choć w XVIII w. prawników w koloniach było niewielu, to włączyli się w politykę tak aktywnie, że na pięćdziesięciu sześciu sygnatariuszy Deklaracji Niepodległości dwudziestu pięciu było prawnikami, a spośród pięćdziesięciu pięciu delegatów na konwencję filadelfijską za prawników uważało się trzydziestu jeden¹⁴. Paul W. Kahn dodaje, że choć wielu wczesnych imigrantów z Europy przybyło do kolonii z powodów religijnych, w okresie Rewolucji prawnicy zastąpili duchownych w roli politycznych i społecznych przywódców nowej nacji¹⁵. Według Federalistów zaś, dzierżących rząd dusz przez kolejne kilkanaście lat po konwencji, władzę sprawować mieli gentlemani, naturalna arystokracja, którą od pospólstwa odróżniało zwłaszcza to, że członkowie tej warstwy nie musieli pracować. Jak to tłumaczy Gordon S. Wood, prawnicy przekonywali siebie samych i innych, że w rzeczywistości są gentlemanami, którzy tylko okazjonalnie praktykują prawo¹⁶. Zasadnie właśnie takiej przyszłości pragnął dla swego syna Thomas Marshall. W Wirginii prawo podtrzymywało supremację społeczną arystokracji. Szkocki nauczyciel przebywający w Wirginii kpił, że choć w niezliczonych rodzinach nie ma Biblii, to nie znajdzie się takiej, w której nie byłoby książki prawniczej. Pomimo

¹² B. Friedman, *The Will of the People...*, s. 22.

¹³ P. Sarnecki, *Ustroje konstytucyjne państw współczesnych*, Warszawa 2013, s. 130-131.

¹⁴ G.E. White, *Law in American History*, vol. 1, s. 47.

¹⁵ P.W. Kahn, *The Reign of Law. Marbury v. Madison and the Construction of America*, New Haven 1997, s. 1.

¹⁶ G.S. Wood, *Empire of Liberty. A History of the Early Republic, 1789-1815*, New York 2011, s. 23.

przesady tego sformułowania trzeba przyznać, że wykształcenie prawnicze było najwyżej cenione w społeczności pewnych siebie, skłonnych do procesowania się właścicieli ziemskich¹⁷. Postrzeganie działalności prawniczej nie jako profesji, lecz jako atrybutu wykształconego człowieka predestynowanego do kierowania masami ułatwiało głoszenie poglądu, że rozstrzygnięcie kwestii ustrojowych należy zostawić prawnikom. W latach 90. XVIII w. okoliczności polityczne i kulturowe sprzyjały więc wywyższeniu sędziów, ale wątpliwości były nadal silne i wyrażane też przez samych Sędziów Sądu Najwyższego.

Narastający kryzys polityczny w państwie i bezpardonowa walka frakcyjna między Federalistami a Republikanami zapowiadały, że kontrowersje konstytucyjne zostaną w końcu podniesione przed Sądem Najwyższym. Okazją stały się perturbacje związane z porażką Johna Adamsa w wyborach prezydenckich w 1800 r. i przejęcie władzy na poziomie federalnym przez Republikanów pod przywództwem Thomasa Jeffersona i Jamesa Madisona. Świadomi swej przegranej Federaliści starali się zabezpieczyć sobie bezpieczną przystań w sądach federalnych. Republikanie odpowiedzieli na to kontrowersyjną ustawą *Repeal Act*, która zniosła sądy federalne obsadzone przez Federalistów. Spory wywołane ostatnimi posunięciami administracji prezydenta Adamsa zostały ostatecznie doprowadzone do Sądu Najwyższego. Trafiła do niego sprawa, która znakomicie nadawała się na precedensowe rozstrzygnięcie kwestii kompetencji sądów federalnych do unieważniania ustaw Kongresu. Chodziło o sprawę, w której Sędziowie zmuszeni byli do ustalenia, jakie prawo obowiązuje, podlegający bowiem rozstrzygnięciu spór regulowany był przepisami ustawowymi i konstytucyjnymi. Chodziło o sprawę dotyczącą bezpośrednio sądownictwa, co jeszcze bardziej wzmacniało domniemanie, iż zgodnie z rozwijaną wówczas w różnych odsłonach teorią departamentalną Sąd rozstrzygnie problem konstytucyjny, który go bezpośrednio dotyczył. Chodziło wreszcie o sprawę, w której adekwatne byłoby podstawowe kryterium oczywistej niekonstytucyjności ustawy – rzecz dotyczyła bowiem kwestii wyraźnie uregulowanej w Konstytucji, a zarzuty niekonstytucyjności ustawy jej przeciwnicy podnosili szeroko od samego początku prac nad nią w Kongresie. Tą sprawą była naturalnie *Stuart v. Laird*.

Sąd Najwyższy w marcu 1803 r. wszystkie te ważne przesłanki konstytucyjne zbył argumentem, iż nie będzie podejmował oceny konstytucyjności ustawy, która już obowiązuje. Ponieważ nie istniały wówczas mechanizmy prewencyjnej kontroli ustawodawstwa w sądach, a sądy wzbraniały się przed wydawaniem opinii doradczych, takie rozstrzygnięcie całkowicie unieważniało trwające od dwóch dekad eksperymenty sądowe i doktrynalne. Podniesiony przez Sąd argument nie był, wedle mojej wiedzy, używany przez żadnego z ówczesnych poważnych przeciwników sądowej kontroli konstytucyjności prawa. Ustawa, o którą chodziło, obowiązywała od niecałego roku, a postępowanie w sprawie *Stuart v. Laird* uruchomiono niezwłocznie po tym, gdy wywołała ona zmiany w organizacji sądownictwa. Co więcej, sześć dni przed orzeczeniem w sprawie Stuarta

¹⁷ R. Isaac, *The Transformation of Virginia, 1740-1790*, New York 1988, s. 133.

ten sam Sąd Najwyższy orzekł niekonstytucyjność przepisu ustawy obowiązującej wtedy od 14 lat i przez nikogo niekwestionowanej. Adwokat Charles Lee wykorzystał skrzętnie uwagi na temat badania konstytucyjności ustaw, jakie wyrażono stanowczo w tym wcześniejszym orzeczeniu, ale w sprawie *Stuart v. Laird* Sąd całkowicie zignorował własną koncepcję obowiązkowego badania konstytucyjności prawa wyrażoną w orzeczeniu *Marbury v. Madison*.

Prezes Marshall orzekł tylko w tym pierwszym orzeczeniu, w sprawie *Marbury*'ego, ale jego wyłączenie się ze sprawy Stuarta uznaję wyłącznie za wybieg i niechęć do publicznego ukorzenia się wraz z całym Sądem przed prezydentem Jeffersonem i Republikanami. Prezes Marshall nie wyłączył się ze sprawy *Marbury v. Madison*, której był głównym sprawcą, przez co sprzeniewierzył się powinności sędziowskiej. Jego wyłączenie się ze sprawy *Stuart v. Laird* było zaś zupełnie fikcyjne, ponieważ wcześniej, w sądzie okręgowym, rozstrzygnął tę sprawę w niepublikowanym orzeczeniu tak samo, jak to następnie uczynił Sąd Najwyższy.

Dodać można, że pod prezesurą Marshalla Sędziowie rozwinęli cały system doprowadzania do Sądu Najwyższego ciekawych spraw, które rozstrzygali w okręgach (tzw. *certificate-of-division practice*). Uważano wtedy, że nie tworzy problemu etycznego ponowne rozstrzyganie spraw przez tych samych sędziów. Sędziowie Sądu Najwyższego rutynowo orzekali w sprawach, które rozstrzygali uprzednio w okręgach, a sędziowie sądów okręgowych orzekali w sprawach, które uprzednio rozstrzygali w dystryktach¹⁸. W 1805 r. w sprawie *Hepburn & Dundas v. Ellzey* sam Marshall sporządził opinię Sądu w sprawie rozstrzygniętej uprzednio w jego okręgu¹⁹. Okoliczności obu spraw z 1803 r. wskazują wyraźnie, że w sprawie *Marbury*'ego Prezes Marshall zdecydowanie chciał orzeczenie podpisać, a w sprawie Stuarta chciał uniknąć publicznego zawstydzenia.

Należy stanowczo stwierdzić, że z tych powodów ocena, czy orzeczenie *Marbury v. Madison* było rzetelnie rozpoznane przez Prezesa Marshalla, jest bezprzedmiotowa. Prezes Marshall, sprzeniewierzając się swej powinności sędziowskiej, znalazł sposób, być może inspirowany łudząco podobnym rozstrzygnięciem z Maryland, aby wydać orzeczenie, w którym pod pretekstem niezgodności z Konstytucją ustawy o sądownictwie z 1789 r. mógł odmówić uznania prawa *Marbury*'ego do powołania na sędziego pokoju. Trafnie i celnie komentuje Paul W. Kahn, że końcowy fragment orzeczenia to wielka sztuczka magika. Większość orzeczenia dotyczy uprawnienia *Marbury*'ego przysługującego mu na mocy prawa, jak ustalił sam Sąd. Pod koniec orzeczenia okazuje się jednak, że sędziowskie działanie na rzecz zadośćuczynienia dla *Marbury*'ego samo w sobie stanowiłoby formę bezprawia, gdyż przepis ustawy jest, zdaniem Sądu, niekonstytucyjny. Zatem *Marbury* pozostaje z uprawnieniem, ale bez zadośćuczynienia. *Marbury* zostaje uciszony, a my

¹⁸ G.E. White, *Law in American History*, vol. 1, s. 222.

¹⁹ B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers. Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy*, Cambridge, Mass. 2007, s. 186 i przyp. 62.

poddani czarowi sztukmistrza, jakbyśmy nie mogli widzieć więcej niż jednej rzeczy na raz, rozwija Kahn. Jesteśmy tak zajęci patrzeniem na Kongres naruszający Konstytucję, że zapominamy już o powodzie-Marbury, który był przyczyną, dla której znaleźliśmy się w ogóle w Sądzie. Dopiero wychodząc z sali sądowej, możemy zacząć się zastanawiać, co właściwie stało się z Marbury. Jeśli orzeczenie *Marbury* jest wyrazem rządów prawa, a nie ludzi – konkluduje efektownie Kahn – to jest także wyrazem zwycięstwa prawa bez ludzi. Tracimy z oczu Marbury’ego i wszystkie pozostałe realne postacie: Jeffersona, Madisona i Marshalla. Zostaje nam tylko „lud” przywoływany w orzeczeniu²⁰.

W ramach tej magicznej sztuczki w najmniejszym stopniu nie był w sprawie Marbury’ego spełniony, honorowany powszechnie, choćby deklaratywnie, wymóg oczywistej niekonstytucyjności aktu, ponieważ nikt wcześniej nie kwestionował ustawy o sądownictwie, a cała rzekoma niekonstytucyjność dotyczyła zupełnie podrzędnego zagadnienia. Wątpliwości co do możliwości wydawania nakazów sądowych w sprawach prowadzonych przez Sąd Najwyższy w pierwszej instancji można było łatwo rozwiązać interpretacją, że nakazy takie może Sąd wydawać tylko w sprawach, które Sąd prawidłowo rozpatruje w drugiej instancji. Williama Marbury’ego należało zatem po prostu skierować do właściwego sądu niższej instancji i oczekiwać na ewentualną apelację. Wymagałoby to jednak przyznania, że od początku, od grudnia 1801 r., Sąd prowadził postępowanie nieprawidłowo, domagając się od „Maddisona” złożenia wyjaśnień. Przypomnijmy zaś, że to wezwanie Sądu było dla obozu Republikanów istotnym czynnikiem skłaniającym do uruchomienia programu poskromienia sądownictwa Federalistów. Gdyby więc pretekst jurysdykcyjny został zastosowany przez Marshalla nie w lutym 1803 r., ale w grudniu 1801 r. i postępowanie przeciwko sekretarzowi stanu Madisonowi nie zostałoby w ogóle podjęte w Sądzie Najwyższym, mniej byłoby powodów dla Republikanów do opanowania sądownictwa federalnego w 1802 r. Opiewanie geniuszu Marshalla i tezy, jakoby wyszedł z tego starcia jako zwycięski nowy arbiter w sprawach stosowania Konstytucji, przysłaniają również tę niewygodną okoliczność, że Marshall, prowadząc nielegalne wedle swej oceny postępowanie przeciwko Madisonowi, dostarczył argumentów radykalniejszym członkom stronnictwa Republikanów i przyczynił się pośrednio do odwrócenia strukturalnie racjonalnej reformy sądownictwa przeprowadzonej przez Federalistów w 1801 r. Utrzymanie obowiązku objeżdżania okręgów wpływało zaś przez kolejne dekady na skład Sądu, a tym samym na dominujące w nim linie orzecznicze, z katastrofalnymi skutkami dla standardów przestrzegania praw człowieka.

To uderzające, że arcyważne argumenty konstytucyjne związane z niezależnością sędziów Sąd zlekceważył całkowicie w sprawie Stuarta, a w sprawie Marbury’ego Prezes Marshall mógł się ewentualnie oprzeć na interpunkcji. James E. Pfander zwraca uwagę na to, że prawdopodobnie Prezes Marshall korzystał z tekstu ustawy o sądownictwie z 1789 r. w wersji przygotowanej przed drukarza Richarda Folwella. Z pewnością z tego

²⁰ P.W. Kahn, *The Reign of Law...*, s. 173-174.

wydania korzystał Charles Lee występujący przed Sądem. W edycji Folwella w artykule 13 fragment dotyczący wydawania przez Sąd nakazów oddzielony był dwukropkiem i rozpoczynał się od dużej litery:

The supreme court shall also have appellate jurisdiction from the circuit courts and courts of the several states, in the cases herein after specially provided for: And shall have power to issue writs of prohibition (...) and writs of mandamus (...)

Wielu późniejszych komentatorów i krytyków Marshalla korzystało zaś z edycji Richarda Petersa z 1845 r., w której zamiast dwukropka znajduje się średnik, brak również wyróżnienia dużą literą słowa „and”. Prezentując powyżej tłumaczenie artykułu 13, również opierałem się na rozpowszechnionej, nowszej edycji tekstu. W edycji Folwella, z której zapewne korzystał Marshall, można rozpoznać odleglejszy związek obu części zdania i uznać, że uprawnienie do wydawania nakazów jest względnie niezależne od prawa do rozpatrywania apelacji. Wersja tekstu przygotowana w Kongresie wyglądała jeszcze nieco inaczej, niemniej zdaniem Jamesa E. Pfandera tekst Folwella dobrze oddawał wyodrębnienie w tekście ustawy uprawnienia do wydawania nakazów przez Sąd²¹.

Hybrydowe orzeczenie *Marbury v. Stuart* dobrze oddawało postawę orzeczniczą, którą prezentował już wcześniej w Sądzie Marshall. Starał się uniknąć niebezpieczeństwa dla Sądu i jego Sędziów, wydając pokrętne orzeczenia przychylne nowej administracji Jeffersona. Ponieważ do Jeffersona, jak do nikogo innego, żywił Marshall głęboką urazę, w orzeczeniu w sprawie powołania dla Marbury'ego, w które obaj kuzyni z Wirginii byli uwikłani, Marshall pozwolił sobie na ostrą i wysoce dyskusyjną krytykę prezydenta. Jak wspomniałem, pierwszeństwo ogłoszenia orzeczenia *Marbury v. Madison* przed *Stuart v. Laird* było raczej umowne. Trafnie więc pisze Larry D. Kramer, że dla skutecznie uciszonego w sprawie *Stuart* Sądu orzeczenie *Marbury* stało się jedyną okazją do wyrażenia swych poglądów²², a także, dodałbym, bezsilnej frustracji. Krytykę tę Marshall unieważnił jednak w zaskakującej konkluzji. Wykorzystał w niej Prezes narosłe przez dwie dekady wypowiedzi dotyczące unieważniania ustaw przez sądy, powtarzając pewne zwroty dosłownie.

Jedną z takich wypowiedzi Marshalla późniejsza tradycja zupełnie przeinaczyła. Cytowany obecnie bodaj najczęściej fragment tego orzeczenia brzmi dosłownie: „Zdecydowanie to domeną i powinnością władzy sędziowskiej jest stwierdzanie, co jest prawem”. Tu widać doskonale, jak odeszliśmy od pierwotnego znaczenia słów, współczesny czytelnik bezwiednie zakłada bowiem, że zdanie to odnosi się również do Konstytucji, co oznacza, że sędzia może Konstytucję stosować, interpretować, ustalać jej znaczenie,

²¹ Zob. obszernie J.E. Pfander, „*Marbury*”, *Original Jurisdiction...*, s. 1539-1546.

²² L.D. Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York 2004, s. 122.

a w powszechnie występującej obecnie rozwiniętej wersji zdanie to wyraża również monopol sędziów na interpretację konstytucyjną. W 1803 r. nie była jednak zatarta wspomniana różnica między „konstytucją” a „prawem”, dyskusyjne było nadal to, czy sędziowie mogą stosować Konstytucję wbrew ustawom. Do objęcia prezesury przez Marshalla sami Sędziowie Sądu Najwyższego nie byli zbyt skorzy do jednoznacznego przypisywania sobie kompetencji do konfrontowania ustaw federalnych z Konstytucją – wspomnijmy ewolucję poglądów Chase’a i milczenie Iredella przy okazji sprawy powozów. Pogląd, jakoby sędziowie mogli autorytatywnie stwierdzać treść Konstytucji, w 1803 r. byłby zupełnie ekstrawagancki, a Sąd w żaden sposób nie mógłby przeforsować swej interpretacji konstytucyjnej wbrew Kongresowi i prezydentowi. Jak z naciskiem podkreśla Sylvie Snowiss, w zdaniu Marshalla o domenie i powinności sędziów słowo „prawo” odnosi się do zwykłego prawa i nikt w 1803 r. nie odczytywałby tego inaczej²³. Zwrot „stwierdzenie, co jest prawem” oznaczał odpowiedzialność sędziowską za ostateczne stosowanie i interpretowanie *common law* i ustaw w ramach uznanego rozdziału kompetencji czy też podziału władz²⁴. Pierwzoplanowe wówczas kryterium oczywistej niekonstytucyjności wykluczało w ogóle aspirowanie przez sędziów do roli interpretatorów Konstytucji we współczesnym rozumieniu, skoro – jak utrzymywali propagatorzy kontroli sędziowskiej – zastępować lud w egzekwowaniu Konstytucji mogli sędziowie tylko wtedy, gdy sprawa nie budziła jakichkolwiek wątpliwości, a więc nie było konku-

rencyjnych interpretacji konstytucyjnych.

Zwróćmy uwagę na jeszcze jeden związany z tymi uwagami aspekt, za pomocnym wskazaniem Matthew J. Francka. Akcentowałem powyżej, że oceniając konstytucyjność pierwszej ustawy o sądownictwie, mógł Marshall oprzeć się ewentualnie na interpunkcji sugerującej mniejszy lub większy związek między częściami artykułu 13 z tej ustawy. Akcentowałem także, że realia polityczne były wówczas takie, że Sąd w najmniejszym zakresie nie mógł aspirować do roli ostatecznego arbitra rozstrzygającego treść Konstytucji, co zbieżne jest ze wstrzemięźliwym odczytaniem formuły o domenie władzy sędziowskiej, do której należy stwierdzenie, co jest „prawem”. Argumentację tę można jeszcze wzmocnić. Otóż Marshall musiał wiedzieć, że nawet gdyby zawęzić władztwo Sądu do rozstrzygania problemów z zakresu władzy sądowniczej, zgodnie z koncepcją kontroli departamentalnej, to nawet w tym obszarze, w tej domenie, kompetencja Sądu nie mogła dotyczyć rozstrzygania wszystkich spraw odnoszących się do władzy sędziowskiej. Niekwestionowane było wyraźne stwierdzenie Konstytucji w artykule III, że to Kongres decyduje o statusie niższych sądów federalnych, może je tworzyć i określać ich zakres uprawnień. To również Kongres dysponował wyraźnie przyznaną w tym samym

²³ S. Snowiss, *Text and Principle in John Marshall's Constitutional Law. The Cases of Marbury and McCulloch*, „John Marshall Law Review” 2000, vol. 33, no. 4, s. 987.

²⁴ Zob. eadem, *The Marbury of 1803 and the Modern Marbury*, „Constitutional Commentary” 2003, vol. 20, no. 2, s. 231 i n.

artykule kompetencją do ustanawiania wyjątków wobec ustalonej w Konstytucji właściwości Sądu Najwyższego²⁵. Zatem w najlepszym wypadku Sąd piórem Marshalla mógł odwoływać się do departamentalnej samoobrony, nie było mowy o żadnych pretensjach do decydowania o wszystkich sprawach dotyczących władzy sędziowskiej, a co dopiero o nadrzędnym wykładaniu Konstytucji w sposób wiążący inne organy władzy. Jeśli zaś wyrazem tej samoobrony w orzeczeniu *Marbury* była ocena, że funkcjonowanie Sądu zakłóca nadana mu w artykule 13 kompetencja do wydawania nakazów, to należy jedynie podziwiać tupet Marshalla, który tę nedoręczność przedstawił tchnącym pewnością tonem, a także opanowanie Sędziego Patersona, współautora tak bezceremonialnie złożonej w ofierze ustawy o sądownictwie z 1789 r., najwyraźniej ze spokojem wysłuchującego słów Marshalla, na które wcześniej musiał przystać.

Prezes poruszał się zatem zasadniczo w obrębie uznawanych wówczas granic władzy sędziowskiej, które wytyczały dalece mniejszy obszar, niż współcześnie można by sądzić. Istotną nowością w orzeczeniu *Marbury v. Madison* było jednak skupienie się na pisemnej formie Konstytucji, co we wcześniejszych dyskusjach na temat *judicial review* nie było szczególnie eksponowane. Sylvie Snowiss podaje, że w orzeczeniu *Marbury* Prezes dziewięciokrotnie użył słowa *written*, a w rozproszonych dyskusjach z etapu drugiego użyto tego słowa dziesięciokrotnie²⁶. Nawet jeśli rozpoznane później źródła zmieniają nieco tę proporcję, nowatorstwo Marshalla w tym aspekcie jest dość wyraźne. W połączeniu z faktycznym odrzuceniem zasady wątpliwej sprawy (a sprawa *Marbury* była wysoce wątpliwa pod każdym względem) oznacza to, że nie ma zupełnie racji Robert Lowry Clinton, iż Marshall twierdził ani mniej, ani więcej, lecz to samo, co sędziowie przed nim, zwłaszcza Spencer Roane w sprawie *Kemper v. Hawkins*²⁷. Podkreślanie pisemnej formy Konstytucji oznaczało dalszą degradację tego aktu do roli nadrzędnego zwykłego prawa, pozwalało na rzucenie „rewolucyjnych” ograniczeń z etapu drugiego, a otwierało przestrzeń rozwijania szczególnej relacji właśnie Sędziów z Konstytucją.

Odczytujący orzeczenie *Marbury* według rozpowszechnionej, konwencjonalnej interpretacji John E. Semonche ten ostatni aspekt wyraża zgrabną frazą, pisząc, że Marshall musiał odeprzeć argument, że kompetencja kontrolowania ustaw postawiłaby sądownictwo ponad pozostałymi władzami, co uczynił, łącząc węzłem małżeńskim Sąd z Konstytucją, „załoty rozpoczęły się w latach 90. XVIII w., ale Marshall ze swym Sądem śmiało dopełnił zaręczyn i doszedł do samych zaślubin”²⁸. Faktycznie bardzo długie zaręczyny trwały co najmniej do 1958 r. i orzeczenia *Cooper v. Aaron*, kiedy Sąd

²⁵ M.J. Franck, *Against the Imperial Judiciary. The Supreme Court vs. the Sovereignty of the People*, Lawrence 1996, s. 70.

²⁶ S. Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, New Haven 1990, s. 113.

²⁷ R.L. Clinton, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, s. 77.

²⁸ J.E. Semonche, *Keeping the Faith. A Cultural History of the U.S. Supreme Court*, Lanham 1998, s. 58.

jednostronnie ogłosił zespolenie z Konstytucją, ale istotnie Marshall pokazał wstępnie perspektywę takiego związku.

Tworzyło to równocześnie słabo dostrzegany paradoks. Jeśli to tekstualny wymiar Konstytucji stał się dla Marshalla jej najważniejszym atrybutem, to budzić wyraźne zakłopotanie musi okoliczność, że autor orzeczenia nie był w stanie wskazać w tekście Konstytucji kompetencji do unieważniania ustaw, którą się posługiwał. Równie ambasujące jest pominięcie w analizie prawnej fragmentu sekcji 2 artykułu III Konstytucji:

We wszystkich sprawach dotyczących ambasadorów, innych przedstawicieli dyplomatycznych i konsulów, a także w sprawach, w których stan będzie stroną, Sąd Najwyższy będzie miał właściwość pierwotną. W pozostałych sprawach Sąd Najwyższy będzie sądem odwoławczym, zarówno co do prawa, jak i faktów, z wyjątkami określonymi w przepisach ustanowionych przez Kongres²⁹.

Można byłoby oczekiwać starannego rozważenia, czy ustawa o sądownictwie z 1789 r. nie była określeniem wyjątków w przepisach ustanowionych przez Kongres. Kwestia ta daje asumpt do interesujących dyskusji doktrynalnych. Zdaniem Akhila Reeda Amara Kongres wcale nie rozszerzył wbrew Konstytucji właściwości pierwotnej Sądu³⁰. Przeciwnie argumentuje m.in. Louise Weinberg³¹. Odwołałbym się tu również skrótowo do argumentu „szkockiego”. Jeśli artykuł III tworzony był na podobieństwo rozwiązań gwarantujących ustrój sądownictwa w Szkocji, to klauzula w sekcji 2 dotycząca wyjątków wydaje się *prima facie* zgodna z możliwością dokonywania przez Kongres rutynowych modyfikacji ustroju sądownictwa, nienaruszających nadrzędnej pozycji Sądu. Interesujący trop podsuwa też William M. Wiecek, zauważający, że w pewnym sensie klauzula wyjątków stanowi odwrotność problemu sędziowskiej kontroli prawa. Jeśli zasadniczym problemem *judicial review* jest ingerowanie przez Sąd we władzę ciała ustawodawczego, to klauzula wyjątków tworzy możliwość ingerowania ciała ustawodawczego w należną władzę Sądu³². Odpowiedzieć na to można wszakże, że jednoznacznie tę drugą ingerencję Konstytucja przewiduje, milcząc na temat tej pierwszej, co być może tłumaczy staranne zignorowanie klauzuli wyjątków przez Prezesa.

Podkreślić jednak pragnę, że rozważania te uważam w znacznym stopniu za bezprzedmiotowe. Zgodnie z przytoczonym wcześniej komentarzem Lewisa H. LaRue Prezes Marshall wabi nas do swego prawnego uniwersum, by toczyć walkę na sprzyjającym

²⁹ Cyt. za: A. Pułło (tłum. i wstęp), *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki*, Warszawa 2002, s. 50.

³⁰ Zob. A.R. Amar, *America's Constitution. A Biography*, New York 2006, s. 231-232. Zob. także idem, *Marbury, Section 13, and the Original Jurisdiction of the Supreme Court*, „University of Chicago Law Review” 1989, vol. 56, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2307/1599844>, s. 443 i n.

³¹ Zob. L. Weinberg, *Our „Marbury”*, „Virginia Law Review” 2003, vol. 89, no. 6, s. 1349 i n.

³² W.M. Wiecek, *Liberty under Law. The Supreme Court in American Life*, Baltimore 1990, s. 19-20.

teren³³. Nie ma jednak powodu, by uznawać, że orzeczenie to było rzetelną analizą prawną. Podzielałam w pełni przytoczoną powyżej ocenę Sanforda Levinsona, że orzeczenie *Marbury v. Madison* zawiera tak niestaranne rozumowanie, iż omawiać je należy tylko wtedy, gdy pragnie się zdyskredytować analizę prawną. Interpretacja artykułu III Konstytucji dokonana przez Marshalla, z pominięciem upoważnienia Kongresu do ustanawiania wyjątków w ustawach, była tak naciągana, że orzeczenie może podlegać sensownej interpretacji raczej jedynie jako sędziowska *roman à clef*, powieść z kluczem, czyli aluzyjna przypowieść, w której bynajmniej nie chodzi o *Marbury*'ego ani o jego niedoręczone powołanie, ale o alegoryczne napiętnowanie osoby, której nazwiska starannie nie wymieniono, czyli Jeffersona. Powodem krytyki zaś nie jest niepoważna sprawa powołania dla sędziego pokoju, lecz usuwanie sędziów federalnych ze stanowisk. Podobnie rzecz ujmuję Michael W. McConnell, który przekonuje, że orzeczenie *Marbury* „może być najlepiej rozumiane jako zawołowany komentarz Marshalla w sprawie uchylenia ustawy o sądownictwie, której nie był w stanie stawić bezpośrednio czoła”³⁴.

Wzmocnić te interpretacje może przypomnienie poświęconej formalnie Washingtonowi moralizatorskiej (auto)biografii napisanej przez Marshalla. Konstytucja filadelfijska została w niej przedstawiona jako akt „realizujący symboliczną misję tłumienia irracjonalnych popędów prowadzących do samorozpadu. Stała się tamą mającą powstrzymać siły woli ludowej odłączające się od cnotliwego ładu ustanowionego przez wielkich republikańskich mężów stanu”³⁵. Ryzykowne, a przy tym w istocie histeryczne zganienie Jeffersona w tekście orzeczenia *Marbury* nie miało żadnego waloru prawnego, skoro kończyło się zatwierdzeniem przez Sąd napiętnowanych praktyk Jeffersona poprzez oddalenie powództwa. W tym wymiarze, w którym Marshall działał jako zręczny strateg polityczny, wystarczyłaby ostatnia część orzeczenia. Jednakże wcześniejsze wywody, być może właśnie dlatego wyeksponowane na początku, odczytywać można w wymiarze moralnym i republikańskim. Generał Marshall podejmuje spuściznę generała Washingtona i poucza Jeffersona jako ucieleśnienie całej ludowej rozwiązłości podważającej republikański ład.

W amerykańskiej literaturze przedmiotu pojawiła się bardzo ciekawa i głęboka analiza jurysprudencji Marshalla na przykładzie orzeczenia *Marbury* autorstwa Michaela Zuckerta, który przedstawia m.in. hipotetyczne zdanie odrębne do tego orzeczenia autorstwa „sędziego Jurysty”. Celem tego zabiegu jest m.in. wskazanie, że Marshall w swej opinii próbował odpowiedzieć na problem relacji między konstytucją polityczną a konstytucją

³³ Zob. także L.H. LaRue, *How Not to Imitate John Marshall*, „Washington and Lee Law Review” 1999, vol. 56, no. 3, s. 819 i n.

³⁴ M.W. McConnell, *The Story of Marbury v. Madison*, [w:] M.C. Dorf (ed.), *Constitutional Law Stories*, New York 2004, s. 31.

³⁵ T.C. Shevory, *John Marshall as Republican. Order and Conflict in American Political History*, [w:] idem (ed.), *John Marshall's Achievement. Law, Politics, and Constitutional Interpretations*, New York 1989, s. 87.

prawną, dokonując ich zmieszania, podczas gdy sędzia Jurysta koncentrował się wyłącznie na konstytucji rozumianej jako akt prawny. Zdanie odrębne sędziego Jurysty odsłania wartościowe paradoksy i pozwala na lepsze zrozumienie pominiętej przez Marshalla kwestii wyjątków w zakresie jurysdykcji czy też właściwości Sądu, ustanawianych przez Kongres. Jurysta argumentuje następująco. Zdanie odrębne dotyczy tezy Prezesa, że Kongres nie mógł przyznać Sądowi kompetencji do wydawania nakazów. Teza ta wydaje się oparta na trzech twierdzeniach: 1) tekst sekcji 2 artykułu III przewiduje, że Sąd będzie miał jurysdykcję pierwotną w pewnych nazwanych kategoriach spraw oraz będzie miał jurysdykcję apelacyjną we wszystkich pozostałych sprawach w ramach władzy sędziowskiej; 2) żadne słowa w Konstytucji nie mogą być niepotrzebne, pozbawione znaczenia; 3) rozpatrywana sprawa nie należy do takich, które zgodnie z Konstytucją należą do jurysdykcji pierwotnej Sądu. Zatem, konkluduje Mr. Marshall, Kongres nie może swobodnie przydzielać tego, co przydzieliła Konstytucja, a zatem Kongres nie miał pozwolenia na przydzielenie w tej sprawie Sądowi jurysdykcji pierwotnej. Jurysta pyta w tym miejscu Prezesa, dlaczego nie dostrzegł przyznania Kongresowi kompetencji do dokonywania wyjątków [chodzi o cytowany powyżej fragment: „W pozostałych sprawach Sąd Najwyższy będzie sądem odwoławczym, zarówno co do prawa, jak i faktów, z wyjątkami określonymi w przepisach ustanowionych przez Kongres”]. To muszą być wyjątki dotyczące nie innych kwestii, jak tylko przedstawionego przed nimi przydziału. Klauzula wyjątków musi oznaczać właśnie to, że Kongres dysponuje kompetencją do przetasowania, zmiany przydziału wyliczonych spraw. Na to Mr. Marshall odpowiada, że niczego nie wolno odczytywać w ten sposób, aby traciło znaczenie. Nic w tym tekście nie może być uznane za niepotrzebne (choć sam Mr. Marshall tak traktuje klauzulę wyjątków, właściwie usuwając ją z Konstytucji). Daje w ten sposób do zrozumienia, że odczytanie klauzuli wyjątków w ten sposób, że upoważniałaby ona do dalszego kongresowego przydziału spraw do jurysdykcji pierwotnej lub apelacyjnej, spowodowałoby, że przydział konstytucyjny stałby się nic nieznaczący, niepotrzebny. Jurysta podważa ten brak znaczenia, zauważając, że nawet gdyby Kongres mógł zmieniać przydział wszystkich spraw pomiędzy obiema kategoriami jurysdykcji, to konstytucyjny przydział nie byłby niepotrzebny. Zapewniałby regułę dotyczącą przydziału, obowiązującą dopóty, dopóki Kongres nie dokonałby zmiany, chyba że wolałby zachować przydział konstytucyjny. Podobnie sekcja 4 artykułu I przewiduje, że Kongres będzie zbierał się w pierwszy poniedziałek grudnia, chyba że ustawą wyznaczy inny dzień³⁶.

Tu dochodzimy do najciekawszego fragmentu hipotetycznego zdania odrębnego sędziego Jurysty. Stwierdza on, że nie ma potrzeby dokonywania tak swobodnego odczytania klauzuli wyjątków. Najprawdopodobniej oznacza ona przyznanie Kongresowi kompetencji do przeniesienia spraw z jurysdykcji apelacyjnej Sądu do jurysdykcji pierwotnej,

³⁶ M. Zuckert, *Epistemology and Hermeneutics in the Constitutional Jurisprudence of John Marshall*, [w:] T.C. Shevory (ed.), *John Marshall's Achievement...*, s. 195-197.

ale nie w przeciwnym kierunku. Dlatego klauzula wyjątków dołączona jest do zdania dotyczącego jurysdykcji apelacyjnej. Kongres zatem może przenieść sprawę z jurysdykcji apelacyjnej do pierwotnej, ale nie z pierwotnej do apelacyjnej. Nic tu nie jest niepotrzebne, ani wstępny przydział, ani kompetencja do dokonywania w nim wyjątków. Taka interpretacja jest spójna z tekstem, z doborem słów i interpunkcją, a ma głęboki sens, ponieważ Konstytucja rezerwuje sprawy o szczególnej delikatności, dotyczące stron o szczególnej pozycji (ambasadorów i stanów) do pierwotnego rozpoznania w najwyższym trybunale, zwalniając od dyshonoru stawania przed trybunałami niższej rangi. Gdybyż jednak Sąd swoim orzeczeniem poprzestał na usunięciu z Konstytucji klauzuli wyjątków; nie byłoby to tak szkodliwe, jak błędna interpretacja, niwecząca najcenniejsze części Konstytucji. [Michael Zuckert ze swadą wciela się w sędziego Jurystę i w tym miejscu ubarwia to wzmianką, że lepiej byłoby wyrzucić kałamarz do rzeki Potomac]. Klauzula wyjątków pozostaje przecież w Konstytucji. Cóż w takim razie oznacza ona w świetle dzisiejszego orzeczenia? Skoro nie może oznaczać, że Kongres może dokonywać wyjątków w sensie przeniesienia kategorii spraw z jurysdykcji apelacyjnej do pierwotnej, to musi oznaczać zezwolenie dla Kongresu na dokonywanie wyjątków co do samej jurysdykcji apelacyjnej. Nie poprzez przeniesienie takich spraw do jurysdykcji pierwotnej, ale poprzez zupełne wyłączenie właściwości Sądu w takich sprawach. Według tak chybionej interpretacji Kongres mógłby całkowicie pozbawić Sąd Najwyższy jurysdykcji, z wyjątkiem stosunkowo mało znaczącej jurysdykcji pierwotnej. Kongres mógłby zatem nie powołać sądów niższej instancji, pozostawić w federalnym systemie sądownictwa tylko Sąd Najwyższy, a jednocześnie pozbawić go jurysdykcji apelacyjnej, co spowodowałoby, że większości władzy sądowniczej nie przydzielono by żadnemu sądowi Stanów Zjednoczonych. [Tu Jurysta ponownie grozi wyrzuceniem kałamarza, gdyby miał przystać na taką konkluzję bez protestu]. Ostatecznie interpretacja przedłożona przez naszego szanownego Prezesa, konkluduje Jurysta, jest sprzeczna z podstawowymi zasadami ustroju. Godzi w federalizm, gdyż prowadzić może do ewentualnego egzekwowania prawa federalnego wyłącznie w sądach stanowych, bez nadzoru sądownictwa federalnego. Godzi także w republikański charakter ustroju, jeśli to Sąd ma egzekwować, jak twierdzi sam Prezes, konstytucyjne ograniczenia ciężące na Kongresie w imię ochrony praw jednostek, ale w każdej chwili zagrożony będzie przez Kongres zniesieniem jurysdykcji apelacyjnej. Realizując to orzeczenie, Kongres mógłby zatem zawiesić sądową kontrolę pozbawiania wolności, w ramach gwarancji *habeas corpus*, a następnie pozbawić Sąd właściwości do rozpoznawania zarzutów dotyczących takiego zawieszenia. Prezes wykonał dziś mały krok dla człowieka, ale długi krok wstecz, ku dniom tyranii Stuartów – kończy zgnębiony sędzia Jurysta³⁷.

Sugerowałem wcześniej, że poświęcanie energii na prawniczą analizę wywodów Marshalla jest bezprzedmiotowe, a hipotetyczne zdanie odrębne przedstawione przez

³⁷ *Ibidem*, s. 197-199.

Michaela Zuckerta bardzo dobrze ukazuje, do jak nieoczekiwanych i paradoksalnych rezultatów można dojść, „biorąc Marshalla poważnie”. Orzeczenie *Marbury* – powszechnie uważane za pomnik niezależności władzy sądowniczej i kamień węgielny rozwijającej się w wielu państwach świata od końca XX w. jurystokracji, czyli bezprecedensowego przenoszenia kompetencji z organów przedstawicielskich do organów sądowniczych³⁸ – odczytane uważnie może być traktowane jako hołd lenny złożony przez Marshalla Jeffersonowi i Republikanom w Kongresie. Zupełnie nie mogę więc podzielić oceny Wacława Szyszkowskiego, zgodnej z konwencjonalnymi odczytaniem, że wyrok ten był majstersztykiem: „W sposób bezbolesny – bo administracja, która uzyskała pełną satysfakcję w procesie, nie miała powodu do skargi – rozszerzone zostały granice władzy sędziowskiej”³⁹.

Kolejnym paradoksem związanym z wnikliwą analizą tego orzeczenia dokonaną przez Michaela Zuckerta jest to, że w gęstym wywodzie autor ten stara się wykazać, że Marshall zamierzał, a przynajmniej tak można przekonująco odczytać jego poglądy, znaleźć odpowiedź na relację konstytucji politycznej do konstytucji legalistycznej. Poszukiwać miał „konstytucji za Konstytucją”, czyli takiego odczytania obu wymiarów Konstytucji stworzonych w Filadelfii, który tworzyłby możliwie najbardziej spójną konstytucję ogólną. Sędziowska kontrola prawa była czystym przejawem konstytucji legalistycznej, wywołującym anomalie w obszarze konstytucji politycznej, niezdającej się na „pergaminowe bariery”, lecz funkcjonującej jako barokowy system wzajemnych interakcji organów przedstawicielskich, z których żaden nie mógł rościć sobie prawa do supremacji⁴⁰. Gdy spojrzeć na orzeczenie *Marbury* z perspektywy sędziego Jurysty, który posługuje się całkowicie legalistyczną konstytucją, to widoczne jest, jak wiele Marshall poświęcił, jak osłabił pozycję Sądu, wprowadzając dwa ograniczenia jego władzy. Pierwszym jest doktryna kwestii politycznej, czyli deklaracja, że Sąd nie może kontrolować działań władzy wykonawczej o charakterze politycznym, cokolwiek to znaczy. Drugim jest odczytanie przez Marshalla klauzuli wyjątków w zakresie jurysdykcji, podporządkowujące Sąd Kongresowi⁴¹. Zuckert formułuje tezę, że na tym właśnie polegało osiągnięcie Marshalla w orzeczeniu *Marbury*. Na mającym głęboki sens ustaleniu relacji między konstytucją polityczną a legalistyczną:

Wersja konstytucji Marshalla, choć silnie zaznaczająca przestrzeń dla legalistycznej konstytucji, w tym dla sądów, wytyczyła jednakże starannie autonomiczną, a w pewnym sensie ostatecznie nadrzędną konstytucję polityczną. Władza wykonawcza zachowała

³⁸ Zob. obszernie R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Mass. 2007.

³⁹ W. Szyszkowski, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych (studium prawa konstytucyjnego)*, Warszawa 1969, s. 121.

⁴⁰ M. Zuckert, *Epistemology and Hermeneutics...*, s. 200-207.

⁴¹ *Ibidem*, s. 200.

szeroką sferę dyskrecjonalnej i politycznej władzy, wolnej od nadzoru sądowego i mogącej swobodnie odpowiadać na nielegalistyczne imperatywy; a władza ustawodawcza, jak Marshall ustalił w późniejszych sprawach, zachowała bardzo szeroki zakres władzy dyskrecjonalnej niezależnej od nadzoru Sądu Najwyższego; Kongres zaś uzyskał bardzo silny polityczny środek ograniczający Sąd – kompetencję do kontrolowania jurysdykcji apelacyjnej Sądu. Z pewnością Marshall nie oczekiwał ani nie pragnął tego, by Kongres korzystał z tej kompetencji często, czy kiedykolwiek, ale służyć miała ona jako stałe ostrzeżenie dla Sądu, że nie może pozwolić sobie na zbyt wiele z legalistyczną konstytucją ani w zbyt irytujący sposób manifestować własnej supremacji⁴².

Takie wysublimowane analizy są bardzo pouczające, ale bliższa jest mi kwaśna zapowiedź Sanforda Levinsona. Gdyby student pierwszego roku zacytował w pracy pisemnej tekst tak wybiórczo, jak Marshall zacytował artykuł III bez klauzuli wyjątków, to nauczyciele cierpliwie wyjaśniliby mu, że tak nie postępuje uczciwy prawnik. Gdyby tak samo postąpił student trzeciego roku, piszący pracę seminaryjną, nauczyciele nie byłoby już tak łaskawi⁴³.

Nietrudno natomiast przeniknąć zamiary Johna Marshalla. Był świadkiem klęski wyborczej, a następnie dezintegracji środowiska politycznego, z którego się wywodził. Noah Feldman podkreśla, że w 1803 r. Federaliści jako siła polityczna na poziomie ogólnopañstwowym przestali się liczyć, Prezes pozostał jedynym Federalistą piastującym ważne stanowisko federalne⁴⁴. Nie pomogła publikacja biografii Washingtona. „Jeśli Marshall miał nadzieję na napisanie hagiograficznego triumfu, który przywróciłby do życia Partię Federalistów, bardzo się przeliczył”⁴⁵. Z macierzystej Wirginii wyniósł wiarę w swobodną władzę sędziów, w praktyce lokalnych, dziedzicznych kacyków traktujących prawo jako dodatkowe narzędzie kontroli nad pospolitymi masami, a także głęboką nieufność do mechanizmów demokratycznych. Dobrze wyraził to James M. O’Fallon – przedstawione przez Marshalla umotywowanie sędziowskiej kontroli ustaw było wyświechtaną litanią Federalistów z debat w sprawie *Repeal Act*, a podane przez niego przykłady opisywały legislaturę przepełnioną czy upojoną władzą, która poniewiera swymi przeciwnikami. Fiksacja Marshalla na nadużyciach władzy, konkluduje O’Fallon, miała sens wyłącznie w kulturze politycznej zakorzenionej w oczekiwaniu na dewiację czy też upadek⁴⁶. Jak to określił Richard A. Brisbin Jr., biografia Washingtona pióra Marshalla to historia Stanów Zjednoczonych w odcieniu spiskowym: „Wszędzie sekretne kombinacje prze-

⁴² *Ibidem*, s. 207-208.

⁴³ S. Levinson, *Why I Do Not Teach Marbury (Except to Eastern Europeans) and Why You Shouldn't Either*, „Wake Forest Law Review” 2003, vol. 38, s. 564.

⁴⁴ N. Feldman, *The Three Lives of James Madison. Genius, Partisan, President*, New York 2017, s. 465.

⁴⁵ J.R. Paul, *Without Precedent. Chief Justice John Marshall and His Times*, New York 2018, s. 249.

⁴⁶ J.M. O’Fallon, *The Politics of Marbury*, [w:] M.A. Graber, M. Perhac (eds.), *Marbury versus Madison. Documents and Commentary*, Washington 2002, s. 36.

ciwko wolności, demagogdy, którzy poprzez mechanizmy partii i faksji odwoływali się do namiętności ludu, aby zabezpieczyć jedynie własny interes”⁴⁷.

Kierowany traumami z okresu młodości to w Sądzie Najwyższym upatrywał Marshall dyskretnie nadrzędnego centrum decyzyjnego, które właściwym interpretowaniem i stosowaniem Konstytucji będzie spajać federację. W świetle jego drogi życiowej wyraziłbym wręcz tezę, że przed rozpoczęciem kariery politycznej wykazywał się biegłością jako adwokat, realizujący interesy swoich klientów, w Sądzie zaś szybko musiał odkryć, że tym razem sam jest własnym klientem i może cierpliwie starać się wcielić w życie własne przekonania na temat amerykańskiej Unii. Wzmocnić tę uwagę pragnę odwołaniem do nieszablonowych i przenikliwych uwag Roberta F. Nagela dotyczących wyrażonych w tytule jego pracy mentalności i konsekwencji sędziowskiej kontroli prawa. Autor ten podniósł, że nasza koncepcja Konstytucji jest kształtowana przez instynkty i intelektualne nawyki prawników. Prawnicy zaś – podobnie jak doświadczeni policjanci, którzy nie dostrzegają niewinności w swym przepełnionym zbrodnią świecie – nigdy nie postrzegają znaczenia jako prostego czy jasnego. Kształcenie prawnicze kładzie nacisk na umiejętności argumentacyjne, a to wymaga wyczulenia na potencjał intelektualnej niepewności. To dziwne zatem, rozwija Nagel, że ci, którym powierza się ustalanie znaczenia amerykańskiego podstawowego aktu ustrojowego, są skłonni na mocy swego szkolenia, roli i instynktu myśleć, że znaczenie jest trudne do odkrycia. Interpretacja Konstytucji wydaje się zatem nieodzowna, treść Konstytucji staje się szeregiem sędziowskich interpretacji. Niepewność i interpretacyjne zróżnicowanie znaczenia konstytucyjnego są traktowane jako oczywistość i słabo dostrzegane z powodu publicznego szacunku dla sędziowskich metod. Prosta prawda jest zaś taka, że prawnicy stale i zasadniczo zmieniają Konstytucję⁴⁸. Te uwagi wyrażone zostały w 1989 r. i swą tezę o stałych prawniczych zmianach Konstytucji mógł autor następnie rozwinąć w licznych przykładach obejmujących zasadniczo okres późniejszy od kariery w Sądzie Prezesa Marshalla. Sądzę jednak, że to John Marshall był prekursorem opisywanej przez Roberta F. Nagela z dwudziestowiecznej perspektywy figury prawnika swobodnie kształtującego swą argumentacją treść Konstytucji. To właśnie Marshall spośród szeregu pierwszych Sędziów miał prawdopodobnie najsilniej rozwinięty ów instynkt prawnika dążącego do wygrywania powierzonych mu spraw dzięki sile swej wymowy. Wspominałem o preambułach do angielskich *statutes*, które miały zniechęcać sędziów do kreatywnej interpretacji, oraz o ambicjach kadry sędziowskiej. Zdaniem Lawrence’a M. Friedmana angielscy i amerykańscy sędziowie operujący w ramach *common law* przez długi czas traktowali ustawy z wielką podejrzliwością.

⁴⁷ R.A. Brisbin Jr., *John Marshall on History, Virtue, and Legality*, [w:] T.C. Shevory (ed.), *John Marshall's Achievement...*, s. 99.

⁴⁸ R.F. Nagel, *Constitutional Cultures. The Mentality and Consequences of Judicial Review*, Berkeley 1989, s. 7-9.

Postrzegali je jako niemile widziane wtrącanie się do prawa i odpowiednio traktowali⁴⁹. Wychodząc poza ustalenia faktograficzne, właśnie tej mentalności praktykującego adwokata, zapatrzonego w wirginijską kadrę sędziów chroniących prawo przed natrętnymi ustawami, przypisywałbym charakterystyczną dla Marshalla manierę formułowania orzeczeń niczym prawd objawionych, niepozostawiających miejsca na cień wątpliwości. Marshall musiał być doskonale świadomy, że „prawo” i „Konstytucja”, które tak stanowczo wyklądał, są bardzo dalekie od jednoznaczności, czego najlepszym dowodem liczne manipulacje materiałem normatywnym, których się w Sądzie dopuszczał. Wspomniane wyczulenie potencjału intelektualnej niepewności mogło skłaniać Marshalla, pioniera w obszarze zaawansowanej interpretacji konstytucyjnej, do tuszowania tej niepewności gromkimi sylogizmami, które były wystarczająco nieprzeniknione dla jego odbiorców, a pozwalały na realizowanie tego, co Marshall uważał za najlepsze dla państwa.

W orzeczeniu *Marbury* Sędzia Marshall bardzo ułatwił sobie zadanie, przymykając oczy na wyraźną dwoistość przepisów Konstytucji, nazwanych współcześnie przez Sanforda Levinsona „Konstytucją ustaleń” i „Konstytucją wymiany zdań”. Ustalenia konstytucyjne to przepisy o niekontrowersyjnym czy prawie niekontrowersyjnym charakterze, dotyczące np. podziału Kongresu na dwie izby czy wymogu ukończenia 35 lat jako przesłanki objęcia urzędu przez prezydenta USA. Konstytucyjna wymiana zdań obejmuje wszelkie otwarte i podatne na rozbieżne interpretacje sformułowania takie jak „równa ochrona” czy „władza wykonawcza”⁵⁰. Przykłady Marshalla uzasadniające stwierdzanie niezgodności z Konstytucją przez Sąd dotyczyły właśnie względnie niekontrowersyjnych zagadnień, jak zakaz opodatkowania towarów eksportowanych ze stanów czy tworzenia prawa *ex post facto*, a nie kwestii wysoce ocennych, jak np. zakres swobody Kongresu do nadawania Sądowi jurysdykcji pierwotnej. Odnotujmy, że kultywowana w tym okresie zasada wątpliwej sprawy, czyli możliwość wypowiedzania się sądów w zastępstwie ludu wyłącznie w sprawach niekontrowersyjnych, opierała się milcząco na tym samym rozróżnieniu. Skrywany przez bardziej świadomych uczestników ówczesnej debaty jak Hamilton, a zapewne niedostatecznie rozumiany przez wielu innych paradoks polegał na tym, że na temat „Konstytucji ustaleń” sądy z definicji będą mieć niewiele do powiedzenia, natomiast elokwentnie mogą rozprawiać na te tematy, które wymagają wymiany zdań⁵¹. Jednakże w rzeczywistości ustrojowej przełomu wieków do takiej wymiany zdań sądów z rozmysłem nie zapraszano, poza nielicznymi wyjątkami jak sprawa powozów.

Mechanizmem, który wzmocnił rolę sądów za prezesury Marshalla, było wykorzystywanie sądów federalnych do prób kontrolowania władz stanowych przez elity

⁴⁹ L.M. Friedman, *A History of American Law*, New York 2007, s. xiv.

⁵⁰ Zob. S. Levinson, *Framed. America's Fifty-One Constitutions and the Crisis of Governance*, New York 2012, s. 19 i n.

⁵¹ *Ibidem*, s. 30.

kierujące polityką na szczeblu ogólnopaństwowym. Federalizm był tym obszarem, w którym Marshall mógł „metodą prawniczą” wspierać swoje państwo. Najlepszym tego przykładem było podstawowe orzeczenie *McCulloch v. Maryland* z 1819 r., w którym Marshall w przenośni zrealizował testament polityczny Alexandra Hamiltona, bardzo szeroko interpretując kompetencje przyznane w Konstytucji władzy federalnej. Obszerne fragmenty uzasadnienia powołania banku autorstwa Hamiltona włączył Marshall do biografii Washingtona, a w orzeczeniu *McCulloch* powtórzył tę argumentację⁵². Możliwość orzekania w Sądzie wymagała jednak uśmierzenia niepokojów bezpośrednich przeciwników politycznych. Temu właśnie służyły orzeczenia pojednawcze wobec administracji Jeffersona, których kulminacją było prawdziwie istotne orzeczenie *Stuart v. Laird*. Marshall, tylko pozornie nieobecny, pokazał w nim, że Sąd będzie posłusznie legitymizować posunięcia nowej władzy, jak to uczynił uprzednio w „morskich” sprawach *Talbot v. Seeman* oraz *United States v. Schooner Peggy*. Nigdy więcej już nie ośmielił się Sąd pod prezesurą Marshalla na zakwestionowanie ustawy federalnej, za to aktywnie rozwijał Konstytucję w orzeczeniach pozytywnych.

Po zestawieniu tezy z orzeczenia *Marbury*, iż to do sędziów należy stwierdzanie, co jest prawem, z decyzją wyrażoną w orzeczeniu *Stuart v. Laird*, że prawem jest to, co obowiązuje od 12 lat, niezależnie od zarzutów stawianych wobec przepisów, Lawrence Goldstone dosadnie a zasadnie komentuje, że w takim razie częścią stwierdzania, co jest prawem, było rozstrzyganie osobno w każdej ze spraw na podstawie kaprysu, czy Sąd wykorzysta precedens, interpretację konstytucyjną czy też względy polityczne jako podstawę orzeczenia⁵³. Działalność Sądu Marshalla i późniejszych składów orzekających pokazała, że jeśli Prezes Marshall prometejsko uruchomił sądownictwo konstytucyjne, to tylko w takim właśnie wymiarze: John Marshall pokazał, jak doskonale elastycznym narzędziem może stać się Konstytucja w rękach Sędziów dążących do osiągnięcia zamierzonych celów. Jamal Greene mocno stwierdził, że orzeczenia *Marbury* oraz *Stuart v. Laird* potraktowane łącznie sugerują, że niechcąc do rzucenia wyzwania administracji Jeffersona była koniem, a konwencjonalna analiza konstytucyjna wozem⁵⁴. W 1969 r. polski uczony Wacław Szyszkowski w pierwszym zdaniu swej książkowej rozprawy o Sądzie Najwyższym napisał, że badanie ustroju i funkcjonowania najwyższego organu sądowego w Stanach Zjednoczonych doprowadza do paradoksalnego wniosku, że nie jest to właściwie organ sądowy, a przynajmniej nie w europejskim znaczeniu, z czego nie wszyscy kompetentni prawnicy amerykańscy zdają sobie sprawę, a przecież „odrębnego podejścia wymaga ciało sądowe, które według swobodnego uznania sędziów, w zależ-

⁵² Ch.F. Hobson, *The Great Chief Justice. John Marshall and the Rule of Law*, Lawrence 1996, s. 122.

⁵³ L. Goldstone, *The Activist. John Marshall, Marbury v. Madison, and the Myth of Judicial Review*, New York 2011, s. 230.

⁵⁴ J. Greene, *Interpretation*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York 2015, s. 900.

ności od zainteresowania, jakie może wzbudzać dana sprawa dla wykładni konstytucji, decyduje w ogóle o przyjęciu sprawy do rozpoznania”⁵⁵. Głęboko podzielałam tę opinię i podkreślam przenikliwość autora wyrażającego zapatrywanie rzeczywiście niedostępne wielu prawnikom amerykańskim dokonującym ułomnego oglądu sytuacji z wnętrza systemu. Wacław Szyszkowski akcentował w cytowanej uwadze kwestię wyboru spraw przez Sędziów, formalnie wprowadzoną w 1925 r., ale w głębszym wymiarze, jak po raz kolejny zaznaczę, prototypem takiego nie-sądu było funkcjonowanie Sądu Najwyższego pod prezesurą Marshalla. Odrzucenie pozwu *Marbury*’ego pod wymyślonym powodem oraz odmowa rozpatrzenia sprawy *Stuart v. Laird* nawet bez silenia się na wymyślenie powodu wynikającego z prawa, a nade wszystko nieskrępowane dostosowywanie Konstytucji do aktualnych potrzeb przez Marshalla było załączkiem tego, co w 1969 r. dostrzegł dociekliwy badacz.

W bardzo ciekawej analizie konfrontacji Marshalla z Jeffersonem dokonanej w ramach teorii gier Lee Epstein i Jack Knight pokazują, że Marshall strategicznie wybrał takie posunięcia, niezgodne z jego przekonaniami, które odpowiadały Jeffersonowi, korzystającemu wówczas z takiej przewagi politycznej, że mógłby zrealizować swoją dowolną decyzję, w szczególności mógłby zarówno zaakceptować uchylenie przez Sąd *Repeal Act* (ale tego nie pragnął), jak i przeprowadzić skutecznie *impeachment* Marshalla (ale tego nie musiał zapragnąć)⁵⁶. Analizę obu cytowanych autorów uzupełnić trzeba jednak komentarzem. Stwierdzają oni, że Marshalla i Jeffersona łączyła aprobatą ustanowienia instytucji *judicial review*, Marshall wiedział o poparciu prezydenta dla sędziowskiej kontroli prawa i dlatego właśnie w orzeczeniu *Marbury* mógł sobie pozwolić na podważenie ustawy Kongresu, a Jefferson cierpliwie to ścierpiał⁵⁷. Owszem, można mówić o poparciu Jeffersona dla sędziowskiej kontroli prawa, ale wyłącznie wtedy, gdy kontrola ta dawała korzystne dla niego i jego obozu rezultaty, co zresztą Epstein i Knight wprost przyznają, zakładając w wariantach swej gry, że unieważnienie przez Sąd *Repeal Act* w sprawie *Stuart v. Laird* spowodowałoby *impeachment* Sędziów.

Podkreślałam już kilkakrotnie znaczenie sędziowskiej kontroli praw dla legitymizacji działań aparatu władzy, niezgodne ze zmitologizowaną wizją. Sąd Najwyższy okazał się sprzymierzeńcem obozu Jeffersona, ponieważ zakończył kilka kontrowersji ustrojowych po myśli tego prezydenta, ale sama okoliczność, że mógł konkurować z władzami politycznymi, spowodowała woltę Jeffersona. Postawa tego polityka dobrze pokazuje, jak zawodne byłoby poleganie na deklaracjach poparcia dla sędziowskiej kontroli prawa wyrażanych w latach 80. i 90. XVIII w. Początkowo Thomas Jefferson istotnie był zwolennikiem kontroli sędziowskiej i przekonywał do niej w listach Madisona. David.

⁵⁵ W. Szyszkowski, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych...*, s. 5.

⁵⁶ L. Epstein, J. Knight, *The Strategic John Marshall (and Thomas Jefferson)* [w:] M.A. Graber, M. Perhac (eds.), *Marbury versus Madison...*, s. 52-57.

⁵⁷ *Ibidem*, s. 55.

E. Engdahl przytacza list Jeffersona z 1788 r., w którym argumentował on, trawestując Horacego, że należy dołączyć do Konstytucji deklarację praw egzekwowaną przez sędziów, zasługują oni bowiem na zaufanie. „W istocie, jaka doza zaufania byłaby nadmierna wobec ciała składającego się z takich ludzi, jak Wythe, Blair i Pendleton? Na takich postaciach »civium ardor prava jubentium« [zapalczywość tłumu domagającego się bezprawia – S.K.] nie robiłoby żadnego wrażenia”⁵⁸. Na marginesie dodam, że przywołani trzej zacni sędziowie z Wirginii, stanowiący wzór horacjańskich cnót dla Jeffersona, uczestniczyli w wydaniu orzeczenia *Commonwealth v. Caton*, czyli sprawy ułaskawienia więźniów, którą przedstawiałem jako faktyczny prototyp sędziowskiej kontroli prawa, sędziowie usankcjonowali w niej bowiem naruszenie konstytucji Wirginii przez legislaturę, deklamując, jak nigdy by na to nie pozwolili. Faktycznie więc ulegli „żarliwości tłumu”, a aprobata Jeffersona dowodzi tylko podnoszonej przeze mnie wcześniej obserwacji co do tego, jak sądownictwo w Wirginii uzupełniało zarządzanie tym stanem przez gentlemanów. Po objęciu stanowiska prezydenta Jefferson zmienił poglądy, był inspiratorem ataków na niezależne sądownictwo, które do końca życia uważał za korpus saperów i minerów podkopujący demokrację⁵⁹. Czy zatem w 1803 r. prezydent Jefferson był zwolennikiem *judicial review* i szerzej niezależnego sądownictwa? Tak, o ile orzeczenia Sądu były dla niego korzystne. Kilka lat później w prowadzonym przez Johna Marshalla procesie doszło do uniewinnienia Aarona Burra od gorliwie wspieranego przez Jeffersona zarzutu zdrady. Prezydent był oburzony tym rozstrzygnięciem, sądził, że tylko sztuczki sędziowskie uchroniły Burra od szubienicy, obwiniął Marshalla, którego podobiznę spalono podczas manifestacji w Baltimore. Jesienią 1807 r. Jefferson przesłał akta sprawy do Kongresu, domagając się reakcji, którą prawdopodobnie miała być kolejna próba *impeachmentu* lub poprawka konstytucyjna ograniczająca kompetencje sędziów. Wrogie działania floty brytyjskiej spowodowały, że Kongres nie podjął jednak tej sprawy⁶⁰. Podobnie Jefferson potępiał użycie *impeachmentu* w 1788 r. (zarzuty wobec Warrena Hastingsa, brytyjskiego gubernatora Bengalu) oraz w 1798 r. (sam jako wiceprezydent przewodniczył w postępowaniu wobec senatora Williama Blounta)⁶¹, ale po kilku latach uznał ten środek za usprawiedliwione narzędzie dyscyplinowania Sędziów.

Postawę Jeffersona i bliskich mu polityków wobec sądownictwa stara się w pogłębiony sposób przedstawić Stephen M. Engel. Nie podzielam wielu elementów jego rozumowania, autor ten w szczególności nie zgodziłby się z tezą o wolcie Jeffersona, ale dochodzi do podobnej konkluzji. Jak stwierdza, wrogość Jeffersona wobec sądów Federalistów opierała się na dwóch założeniach. Po pierwsze, sędziowie mieli być niezależni od sko-

⁵⁸ D.E. Engdahl, *John Marshall's...*, s. 285 i przyp. 11.

⁵⁹ Zob. B. Friedman, *The Will of the People...*, s. 45.

⁶⁰ Zob. J.E. Smith, *John Marshall. Definer of a Nation*, New York 1998, s. 360-373.

⁶¹ G.L. Haskins, H.A. Johnson, *Foundations of Power. John Marshall, 1801-1815*, New York 2010, s. 206-207, *History of the Supreme Court of the United States*, vol. 2.

rumpowanych polityków, ale nie od samej polityki. Po drugie, niezależność sędziów od ludu w demokratycznej republice jest nonsensem, ponieważ Konstytucja z definicji jest aktem suwerenności ludowej, a zatem sędziowska interpretacja powinna być zgodna z wolą ludu. Jak to więc interpretuje Engel, obóz Jeffersona był rozczłuszczony orzeczeniem *Marbury* nie z tego powodu, że politycy ci odrzucali sędziowską kontrolę prawa. „Ludzi Jeffersona rozgniewało to, że wynik sędziowskiej kontroli oznaczał, iż Sędziowie odmówili uznania, że lud odrzucił Federalizm w wyborach w 1800 r.”⁶². Jak argumentowałem powyżej, dwugłos Sądu w sprawach *Marbury v. Madison* i *Stuart v. Laird* wcale nie oznaczał odmowy uznania przez Sąd skutków przegranej Federalistów. Wprost przeciwnie, a pojednawcze gesty rozpoczęły się już wcześniej w orzeczeniach „morskich”. Źródłem irytacji było raczej dla Jeffersona to, że Marshall w ogóle ośmielił się nękać Madisona postępowaniem, a w orzeczeniu *Marbury* pozwolił sobie na rzucanie anatem na nowego prezydenta, pozornie w ogóle o nim nie wspominając. Zasadnie natomiast akcentuje Stephen M. Engel, że dla nowego obozu władzy istotny był wynik sędziowskich ocen, a ponadto słusznie wskazuje, że ważne w 1803 r. było nie tyle legitymowanie sędziów do badania prawa, co rozumienie zakresu ich niezależności.

Podzielić należy ocenę Barry’ego Friedmana, że w trakcie sporów z początku pierwszej dekady XIX w. kwestia kontrolowania ustaw przez sędziów była drugorzędym zagadnieniem w stosunku do podstawowego zagrożenia pozbawienia władzy sądowniczej niezależności⁶³. Pojednawcze gesty Marshalla wobec Jeffersona, zwieńczone ukorzeniem Sądu w sprawie *Stuart v. Laird*, okazały się skuteczne. Jak ocenia Bruce Ackerman, gdyby Sędziowie, z Chase’em na czele, odmówili powrotu do okręgów w 1802 r., nic nie uchroniłoby ich przed *impeachmentem*. Niedługo później, pod koniec 1804 r., uruchomiono próbę usunięcia z Sądu Samuela Chase’a, po którym usunięty miał zostać Marshall. Głosy umiarkowanych przeważały, Chase pozostał w Sądzie, co powstrzymało próby usunięcia z niego także Prezesa⁶⁴. Zdecydowanie przesadza R. Kent Newmyer, gdy ocenia, że w trakcie procesu Chase’a umiarkowani politycy z obu obozów zmobilizowali się w celu obrony Sądu, a roszczenia Marshalla na rzecz sprawowania wymiernej władzy przez Sąd i jego Prezesa były szeroko akceptowane przez Federalistów i umiarkowanych Republikanów⁶⁵. Jefferson nie dopilnował *impeachmentu* Chase’a, powierzył prowadzenie tej sprawy niekompetentnemu liderowi większości Republikanów w Senacie, jednocześnie wywołując kryzys w swoim stronnictwie próbą załagodzenia gigantycznej afery korupcyjnej dotyczącej sprzedaży tzw. ziemi Yazoo⁶⁶. Ponadto w sprawę wmieszał

⁶² S.M. Engel, *American Politicians Confront the Court. Opposition Politics and Changing Responses to Judicial Power*, New York 2011, s. 85-86.

⁶³ B. Friedman, *The Will of the People...*, s. 44.

⁶⁴ Zob. B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 220-221.

⁶⁵ R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court*, Baton Rouge 2001, s. 206.

⁶⁶ Zob. obszernie J.F. Simon, *What Kind of Nation. Thomas Jefferson, John Marshall and the Epic Struggle to Create a United States*, New York 2006, s. 206-218.

się wiceprezydent Burr, marginalizowany po odmowie ustąpienia na rzecz Jeffersona z roszczeń do prezydentury w wyborach z 1800 r., ale przewodniczący z mocy Konstytucji postępowaniu w Senacie w sprawie *impeachmentu* i utrudniający proceduralnie szykanowanie Chase'a⁶⁷, tak że ostatecznie w obozie Republikanów Burra uznano za *persona non grata*⁶⁸. Burr zachowywał nadzwyczajną bezstronność w tym postępowaniu, mimo że Jefferson starał się pozyskać jego przychylność obietnicą odroczenia zarzutów o morderstwo w sprawie pojedynku z Hamiltonem⁶⁹ oraz powołaniem kilku członków rodziny Burra na stanowiska państwowe⁷⁰. Udaremnienie planów Jeffersona wobec Chase'a przypominało nieco perypetie prezydenta Roosevelta związane z jego planem „reorganizacji sądownictwa” w 1937 r. Obaj prezydenci przegrali w istocie jedynie w najbardziej powierzchownym wymiarze, ponieważ nie wykazali się dostatecznym opanowaniem i determinacją w kontrolowaniu swych stronnictw politycznych. W sprawie *impeachmentu* Chase'a nie było jednak żadnej mobilizacji na rzecz obrony Sądu i akceptacji pretensji do władzy Marshalla i Sądu. Przekaz wyrażany przez Prezesa Marshalla w kolejnych orzeczeniach w kluczowych pierwszych latach prezydentury Jeffersona był czytelny: Sąd nie jest groźny, nawet jeśli pozwala sobie na niemającą praktycznego znaczenia krytykę Jeffersona, natomiast Sąd jest posłuszny i może być przydatny w legitymizowaniu kolejnych posunięć obozu władzy. Ten przekaz istotnie znalazł dobry oddźwięk u części Republikanów. W tym sensie kalkulacja Marshalla okazała się trafna. Orzeczenie *Marbury* zawierało, wedle trafnego określenia Michaela W. McConnella, śmiałe, lecz puste tezy o władzy sędziowskiej, maskujące cichą kapitulację we wszystkich kwestiach, które miały znaczenie⁷¹.

Te rekapitulacje pozwalają powrócić do przewijającego się we wcześniejszym wywodzie wątku uczciwości Marshalla. Przedstawiłem wiele dowodów na liczne manipulacje Prezesa i uwikłanie w prowadzone przez niego sprawy. Interesujące jest oswojenie tej kwestii we współczesnej doktrynie amerykańskiej. Miejmy bowiem świadomość, że poza nielicznymi rewizjonistami Amerykanie wybrali w Marshallu fałszywego proroka swej praworządności, a niekwestionowany w sferze publicznej status orzeczenia *Marbury* wymaga całkowitego zatarcia przedstawionego tu faktycznego tła i treści tego rozstrzygnięcia. W marcu 2017 r. status ten został po raz kolejny potwierdzony w trakcie senackiego przesłuchania Neila Gorsucha, nominowanego przez prezydenta Trumpa do Sądu Najwyższego. Odpowiedni fragment stenogramu posiedzenia komisji senackiej wygląda następująco:

⁶⁷ Zob. T. Fleming, *The Great Divide. The Conflict Between Washington and Jefferson That Defined a Nation*, Boston 2015, s. 339-343.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 322.

⁶⁹ G.L. Haskins, H.A. Johnson, *Foundations of Power...*, s. 243.

⁷⁰ J.R. Paul, *Without Precedent...*, s. 278.

⁷¹ M.W. McConnell, *The Story of Marbury v. Madison*, s. 31.

Sędzia GORSUCH: Panie senatorze, orzeczenie *Marbury v. Madison* jest kamieniem węgielnym (...)

Senator HATCH: W rzeczy samej.

Sędzia GORSUCH: ...prawa w tym państwie. Nie znam nikogo, kto chciałby się cofnąć i ponownie to rozważać. Mam nadzieję, że nie.

Senator HATCH: Sądzę tak samo⁷².

Najbardziej rozpowszechnionym środkiem radzenia sobie z dorobkiem Marshalla jest mechanizm wyparcia, głęboko przenikający całe amerykańskie rozumienie konstytucjonalizmu, a widoczny choćby w zacytowanym harmonijnym dialogu. Bardziej wyrafinowane narzędzie pojawia się m.in. u Roberta Lowry Clintona. Autor ten rozpoczyna swe omówienie jurysprudencji Prezesa od słów, że dla wielu badaczy Marshall pozostaje wielką zagadką, a następnie przytacza cztery spojrzenia na tę postać, w tym „rewizjonizm ery progresywnej” z pierwszych dekad XX w., w ramach którego wymyślono „mit orzeczenia *Marbury*”: „Zgodnie z tym »reinterpretowanym« orzeczeniem *Marbury* cyniczny, być może nieetyczny, a z pewnością motywowany politycznie Prezes Marshall pokrętnie przechytrzył prezydenta Thomasa Jeffersona w grze politycznej o wysoką stawkę, wygrywając ni mniej, ni więcej, tylko konstytucyjną supremację sędziowską dla dotychczas słabej i nękaniej trzeciej władzy”⁷³. W tym ujęciu Roberta Lowry Clintona bardzo poważne zarzuty wobec Marshalla zostają co prawda przywołane, ale nikną w zbiorze innych perspektyw i zredukowane zostają do wymysłu środowiska progresywiistów toczących własne polityczne boje, także przy użyciu „mitu orzeczenia *Marbury*”, co oznacza tu próby podważenia orzeczenia, w którym, zdaniem Clintona, nie ma niczego kontrowersyjnego, właściwie bowiem wszystkie orzeczenia Marshalla można wyjaśnić jako „prostolinijne zastosowania reguł interpretacyjnych, których praktycznie nikt nie kwestionował w jego epoce”⁷⁴.

Intrygujące jest nowe spojrzenie na Marshalla, które dostrzegam w przywoływanej współczesnej biografii Prezesa autorstwa Joela Richarda Paula. W przeciwieństwie do wielu wcześniejszych badaczy, takich jak Robert Lowry Clinton, biograf ten nie pomija całego tła orzeczenia *Marbury* i uwikłania Marshalla. Przypomnę, iż komentowałem wcześniej śmiały zarzut tego autora, że Prezes nakłonił swego brata Jamesa do krzywoprzysięstwa, aby udowodnić istnienie niedoręczonych powołań. Nowością w tym ujęciu i być może jeszcze głębszym wyrazem oswojenia aktywności Marshalla jest,

⁷² S. Hrg. 115-208, *Confirmation Hearing on the Nomination of Hon. Neil M. Gorsuch to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States*, March 20, 21, 22, 23, 2017, Washington 2018, s. 91, [online:] <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-115shrg28638/pdf/CHRG-115shrg28638.pdf>.

⁷³ R.L. Clinton, *Classical Legal Naturalism and the Politics of John Marshall's Constitutional Jurisprudence*, „John Marshall Law Review” 2000, vol. 33, no. 4, s. 936.

⁷⁴ *Ibidem*, s. 971.

moim zdaniem, następujące po tym zarzucie uczynienie z występku Prezesa cnoty. Tak argumentuje bowiem Joel Richard Paul:

Orzeczenie *Marbury v. Madison* pokazało polityczny geniusz Marshalla. Wypracował pragmatyczny kompromis, unikając bezpośredniego konfliktu z prezydentem, podczas gdy zaznaczył władzę Sądu egzekwowania odpowiedzialności Kongresu i władzy wykonawczej wobec Konstytucji. (...)

Marshall wymyślił niezgodność między Konstytucją a ustawą o sądownictwie w celu stworzenia okazji do wyrażenia kompetencji sędziowskiej kontroli prawa. (...)

Gdyby Marshall nie wymyślił tej niezgodności i gdyby Sąd nakazał Madisonowi doręczenie powołania, nie ma wątpliwości, że Madison odmówiłby podporządkowania się, a władza Sądu zostałaby podkopana. Zamiast tego, dogodnie wymyślając niezgodność z Konstytucją, Marshall wykonał strategiczny odwrót od bezpośredniej konfrontacji z Jeffersonem, wyrażając kompetencję sędziowskiej kontroli prawa. (...)

(...) pozew celowo został złożony w niewłaściwym sądzie w tym celu, by James Marshall mógł zeznać o istnieniu powołań. Sprawa ta stworzyła doskonałą okazję do powiedzenia, że federalnym sędziom nie można odmawiać powołań, oraz do stwierdzenia kompetencji sędziowskiej kontroli prawa bez ryzykowania czołowego zderzenia z prezydentem Jeffersonem. Najprawdopodobniej John i James Marshall usiedli ze swym znajomym Charlesem Lee – być może nad kieliszkiem ulubionej madery Marshalla – i obmyślili całą sprawę od początku do końca⁷⁵.

W cytacie tym widzimy klasyczne nieporozumienie, trzykrotnie powtórzone, jakoby w orzeczeniu wyrażano kompetencję *judicial review* i w ten sposób Sąd objął możliwość przymuszania Kongresu i prezydenta do działania zgodnego z Konstytucją. Całkowitym nieporozumieniem jest oczywiście teza, jakoby w *Marbury* stwierdzono, że sędziom federalnym nie można odmawiać powołań. William Marbury nie był sędzią federalnym, skutkiem wymyślonej niezgodności ustawy z Konstytucją było faktyczne zaprzeczenie prawa Marbury'ego do uzyskania ochrony sądowej, a wobec rzeczywistych sędziów federalnych Sąd z czytelnym udziałem Marshalla zatwierdził w orzeczeniu *Stuart v. Laird* możliwość ich swobodnego usunięcia ustawą już po skutecznym odbiorze powołań. Podobnie naiwne i błędne odczytania orzeczenia *Marbury* komentowałem już wcześniej.

Najciekawsza wydaje mi się jednak wyraźna w cytowanym fragmencie klamra argumentacyjna. Joel Richard Paul wprost rysuje obraz sędziego, adwokata i świadka spiskujących wspólnie „nad kieliszkiem ulubionej madery”, a wszystko to ma być wyrazem politycznego geniuszu. Uznać to chyba należy za doprawdy głęboką aprobatę, jeśli bodaj najmocniej ze znanych mi autorów pisze Paul o sądowym oszustwie, obmyślonym od początku do końca, przedstawiając je jako przejaw politycznego geniuszu. Analiza ta

⁷⁵ J.R. Paul, *Without Precedent...*, s. 258-260.

wyduje mi się godna uwagi, ponieważ opublikowana została w 2018 r., autor nie pomija krytycznych ocen Prezesa z ostatnich lat, ale pomimo to świadomie przedstawia Marshalla jako chwata, który sfingował proces w imię wyższego celu. Ponieważ Paul przedstawia braci Marshallów i Charlesa Lee jako spiskowców, zaakcentuję także wątek, który pojawia się już u wielu innych autorów, w postaci przekonania tego biografa, że co prawda w *Marbury* Prezes ustąpił, ale w rzeczywistości zwyciężył, ustanawiając sędziowską kompetencję do kontrolowania prawa. Wedle takiego oglądu nierozgarnięty Jefferson odniósł w najlepszym wypadku pyrrusowe zwycięstwo, ponieważ w rzeczywistości w 1803 r. Marshall przechytrzył wszystkich i skrycie przyznał Sądowi kompetencję władczą, która tylko musiała poczekać na wydobycie w lepszych czasach ze skrzyni z orzecznictwem.

Zeznając w Senacie w sprawie *impeachmentu* Chase'a, Prezes Marshall unikał wszelkich błędów, był ostrożny, a nawet nieśmiały⁷⁶. Zupełnie zatem nietrafna jest ocena Marka C. Millera, że będąca następstwem orzeczenia *Marbury* próba usunięcia Chase'a okazała się nieudana, w Senacie zebrano zbyt mało głosów, więc „prezydent Jefferson i jego zwolennicy nie zdołali uchylić przełomowego orzeczenia Sądu w sprawie *Marbury v. Madison*”⁷⁷. Uchylanie tego orzeczenia nie było do niczego potrzebne, ponieważ nie wywoływało ono żadnego skutku prawnego wobec prezydentury Jeffersona, a lekcja z *impeachmentu* Chase'a została znakomicie odebrana przez Sąd, co Prezes Marshall wyrażał pojętnie i przewencyjnie ugodowymi orzeczeniami oraz deklaracją gotowości poddania orzeczeń Sądu kontroli władzy politycznej. Podobnie zupełnie nie można też podzielić tezy Tomasza Wieciecha, jakoby Jefferson wyszedł ze starcia z Sądem dwukrotnie pokonany (w sprawie *Marbury*'ego i w sprawie Chase'a), co prawda formalnie odnosząc zwycięstwo w 1803 r., ale było to „typowe pyrrusowe zwycięstwo, bo przy tej okazji Sąd Najwyższy ustanowił precedens czyniący zeń ostateczną instancję w zakresie wykładni Konstytucji”⁷⁸. Rację ma natomiast Isaac Unah, gdy pisze, że choć orzeczeniu *Marbury* przypisują historycy wymiar genialności, to rzeczywistość prawdopodobnie była bardziej przyziemna: Sąd i prezydent po prostu reagowali racjonalnie na dostępne im informacje⁷⁹. Orzeczenie to natomiast sygnalizowało, jak to ujmuje Noah Feldman, że dożywotnie zasiadanie w Sądzie może pozwalać na przetrwanie pokonanym partiom politycznym i ich ideom, a w tym sensie ujawniło nieoczekiwaną elastyczność w Konstytucji Madisona⁸⁰.

To tłumaczy, dlaczego po wiernopoddańczym orzeczeniu *Stuart v. Laird* podjęto jednak próbę *impeachmentu* wobec Chase'a. Nie ma sprzeczności między moją argu-

⁷⁶ R.K. Faulkner, *The Marshall Court and the Making of Constitutional Democracy*, [w:] T.C. Shevory (ed.), *John Marshall's Achievement...*, s. 17.

⁷⁷ M.C. Miller, *Judicial Politics in the United States*, New York 2014, s. 255.

⁷⁸ T. Wieciech, *Unia w myśli politycznej Thomasa Jeffersona*, Kraków 2012, s. 121.

⁷⁹ I. Unah, *The Supreme Court in American Politics*, New York 2010, s. 13.

⁸⁰ N. Feldman, *The Three Lives of James Madison...*, s. 466.

mentacją, że Sąd skapitulował przed obozem Jeffersona, a dalszymi szykanami wobec Sędziów. Kapitulacja w 1803 r. osłabiła szykany bezpośrednio. Przypomnę, że sukcesem było samo odbycie sesji Sądu w 1803 r., ustawa *Amendatory Act* efektywnie wyłączyła bowiem funkcjonowanie Sądu w całym 1802 r. Notabene to kolejny dowód na to, że w Filadelfii nie uczyniono z Sądu nadzorcy pozostałych organów federalnych, skoro zwykłymi ustawami można było dowolnie zonglować terminami jego sesji. Zasadnie w 1802 r. Federaliści bezradnie ganili Republikanów za czternastomiesięczne odroczenie posiedzenia Sadu i pytali, co w takim razie przeszkadza w odroczeniu o 10 lub 20 lat⁸¹. Gdy zatem Federaliści w Sądzie zatwierdzili kontrolę Republikanów nad niższymi szczeblami sądownictwa federalnego, osłabnąć mogła bezpośrednia presja na Sąd, który podczas sesji w lutym i marcu 1804 r. rozpatrzył kilkanaście niekontrowersyjnych politycznie spraw. Jednakże orzeczenia z 1803 r. pokazywały polityczny potencjał Sądu: możliwość bardzo swobodnej oceny spraw, podejmowania z udawaną powagą argumentów fikcyjnych (*Marbury*) oraz niepodjmowania argumentów faktycznych (*Stuart*). Każde kolejne orzeczenie mogło przynieść nową niekorzystną doktrynę. Jak to przedstawia znawca epoki, choć odmowa uwzględnienia roszczenia *Marbury*'ego prawdopodobnie tymczasowo złagodziła wrogość Republikanów, to Jefferson był rozgniewany pouczeniami ze strony Marshalla, który na dodatek na początku 1805 r. w sprawie *United States v. Fisher* odwołał się do doktryny Hamiltona dotyczącej domniemanych kompetencji władz federalnych, której sprzeciwiał się Jefferson podczas sporu o ustanowienie banku. Gdy zaś Sędzia Chase w maju 1803 r. kolejny raz podczas lokalnego postępowania sądowego wygłosił tyradę przeciwko Republikanom, rozsierdzony Jefferson w liście do kongresmana Nicholsona pytał, czy „taki wywrotowy i oficjalny atak na zasady naszej konstytucji oraz na postępowanie władz ma pozostać bezkarny”⁸². Dodam, że orzeczenie *United States v. Fisher* dotyczyło wspomnianej ustawy upadłościowej z 1800 r., dzięki której Robert Morris mógł opuścić więzienie. John Marshall oraz Robert Goodloe Harper byli współautorami tej ustawy w Kongresie. W 1805 r. Harper jako adwokat Fishera wywodził, że ustawa ta jest niekonstytucyjna, a Marshall przewodniczył postępowaniu, uznając, że Kongres mógł uchwalić przygotowaną przez niego ustawę⁸³. Nicholson zaś był dobrym adresatem listu Jeffersona, ponieważ wykazał się wobec niego ponadprzeciętną lojalnością w lutym 1801 r., kiedy przeliczano w Izbie Reprezentantów głosy w sprawie wyboru Jeffersona lub Burra na prezydenta. Chory Nicholson nie mógł dojść do Kapitolu, więc zaaranżował, aby w środku zamieci śnieżnej przeniesiono go na dystansie kilku kilometrów na noszach, byle tylko mógł oddać głos na Jeffersona⁸⁴. Także ten epizod,

⁸¹ J. Knight, L. Epstein, *On the Struggle for Judicial Supremacy*, „Law & Society Review” 1996, vol. 30, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2307/3054035>, s. 96.

⁸² G.L. Haskins, H.A. Johnson, *Foundations of Power...*, s. 216-219.

⁸³ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 348-349.

⁸⁴ J. Ferling, *Adams vs. Jefferson. The Tumultuous Election of 1800*, New York 2004, s. 187.

kiedy losy jego prezydentury wisiały na włosku – czyli m.in. zależały od wątlej dłoni Nicholsona, którą w kolejnych turach głosowania wpisywał nazwisko Jeffersona na kartę przenoszonej przez żonę do spikera – mógł skłonić Jeffersona do zneutralizowania ostatniego ogniska Federalistów wśród władz federalnych. Samuela Chase’a co prawda z Sądu nie usunięto, ale nowe reguły gry były czytelne dla wszystkich zainteresowanych. Ani tekst konstytucyjny, ani praktyka polityczna z wczesnej republiki nie potwierdza tezy wyrażonej przez Ryszarda M. Małajnego, że „z chwilą wykształcenia się sądowej kontroli konstytucyjności prawa architektki filadelfijskiego dzieła uznali Sąd Najwyższy za organ całkowicie równorzędny w politycznym tego słowa znaczeniu z Kongresem i Prezydentem, mogący skutecznie sprawować rolę arbitra w sporach kompetencyjnych pomiędzy nimi”⁸⁵. W generacji architektów, czyli delegatów na konwencję filadelfijską i im współczesnych, nigdy pogląd taki nie został zaakceptowany.

Jeśli jednak twierdzę, że orzeczenia *Marbury v. Madison* oraz *Stuart v. Laird* były wyrazem uległości Marshalla wobec nowego obozu władzy, to dodatkowego wyjaśnienia wymaga ostrość krytyki skierowanej wobec Jeffersona przez jego kuzyna z Wirginii w orzeczeniu *Marbury*, która wydać się może odległa od wspomnianej wiernopoddańczości. Edward S. Corwin, który na początku XX w. eksplorował polityczny ładunek orzeczenia *Marbury*⁸⁶, napisał zřęcznie: „Postrzegane wyłącznie jako orzeczenie sądowe, rozstrzygnięcie *Marbury v. Madison* musi być uznane za zdumiewające, ale postrzegane jako polityczny pamflet mający na celu zirytować wroga do granic wytrzymałości, musi być uznane za wielki sukces”⁸⁷. Jak wskazywałem, można tę krytykę Jeffersona w części rozpatrywać w kategoriach psychologicznych, jako wyraz rozgoryczenia Marshalla, zakorzenionego jeszcze w dawnych historiach rodzinnych, a wzmocnionego nienależną karierą Jeffersona. Dodatkowo wyjaśnienie może leżeć w politycznych kalkulacjach wyborczych. W kwietniu 1802 r. rozpoczęły się wielomiesięczne, trwające według ówczesnych zasad do końca 1803 r., wybory do Izby Reprezentantów, które ostatecznie zakończyły się wielkim zwycięstwem Republikanów Jeffersona w powiększonej w wyniku spisu ludności Izbie. W marcu 1803 r. Marshall był w pełni świadomy, że Federaliści utracili poparcie wyborcze. Zapewne ta świadomość wpłynęła mitygująco na zachowania Sędziów i przyczyniła się do ich powrotu do okręgów. Marshall mógł jednak uwzględniać potencjalną gwałtowną zmianę nastrojów wyborczych. Podobną do tej, która wystąpiła pod koniec lat 90. XVIII w., kiedy jego postawa w aferze XYZ wpłynęła na wzmożenie nastrojów patriotycznych i przyływ poparcia dla Federalistów. Orzeczenie *Marbury* wydano na rok przed początkiem kolejnych wyborów do izb Kongresu. W 1804 r. miały

⁸⁵ R.M. Małajny, *Doktryna podziału władzy „Ojców Konstytucji” USA*, Katowice 1985, s. 199-200.

⁸⁶ Zob. G.E. White, *The Constitutional Journey of Marbury v. Madison*, „Virginia Law Review” 2003, vol. 89, no. 6, <http://dx.doi.org/10.2307/3202396>, s. 1531-1538.

⁸⁷ E.S. Corwin, *The Establishment of Judicial Review. II*, „Michigan Law Review” 1911, vol. 9, no. 4, <http://dx.doi.org/10.2307/1274947>, s. 292.

się odbyć także kolejne wybory prezydenckie. Gdy ogłaszano orzeczenie *Marbury*, żył jeszcze Alexander Hamilton, który mógł zorganizować Federalistów do skuteczniejszej kampanii wyborczej. Orzeczenie to ogłoszono także na kilka miesięcy przed zakupem Luizjany, który okazał się wielkim sukcesem Jeffersona. Nie twierdzę, że Prezes w marcu 1803 r. mógł pozostawać optymistą co do dalszych losów Federalistów. Gdyby jednak Republikanie popadli w niełaskę wyborczą, ostra krytyka Jeffersona w orzeczeniu *Marbury* znakomicie uwiarygadniałaby Marshalla w środowisku Federalistów. W alternatywnej ścieżce rozwoju wydarzeń John Marshall byłby w 1808 r., a może nawet w 1804 r., następcą Washingtona, kandydatem Federalistów w wyborach prezydenckich, który już w marcu 1803 r. napiętnował występkę Jeffersona, a przezornie nie uczestniczył formalnie w zatwierdzeniu przez Sąd usunięcia Federalistów z sądów okręgowych. Staram się unikać na tych stronach spekulacji, przedstawiam więc to wyjaśnienie tylko pomocniczo. Przypominam jednak, że charakterystycznym rysem publicznej działalności Marshalla była niezwykła umiejętność stawania po obu stronach sporu. Prezydentura byłaby zaś dla Marshalla bodaj jedynym urzędem, dzięki któremu mógłby zadbać o prawny status swoich gruntów równie skutecznie co w Sądzie. Nie tylko chodzi o ogólny wpływ prezydenta na politykę i kompetencję powoływania sędziów federalnych, ale również o nikłe prawdopodobieństwo, że władze Wirginii zdecydowałyby się na procesowanie z prezydentem Marshalllem, zwłaszcza gdyby, korzystając z urzędu, zadbał o interesy tego stanu.

Ostatecznie w pierwszej dekadzie XIX w. doszło do zawarcia nieformalnego rozejmu Sądu z władzami politycznymi. Za cenę głębokich ustępstw, naturalnie niemających nic wspólnego z ideałami sędziowskimi ani z realizacją zasady podziału władzy, udało się Marshallowi przeczekać Jeffersona (podobnie jak Jefferson musiał przeczekać Washingtona, nim sięgnął po władzę) i rozwijać amerykańskie prawo konstytucyjne przez kolejne dekady, ale w sposób nienarażający na konflikt z federalną elitą rządzącą. Tym właśnie można tłumaczyć serię późniejszych orzeczeń omawianych przez Matthew J. Francka na poparcie tezy tego autora, że Marshall wyrzekał się angażowania się przez Sąd w politykę i aspirowania przez Sędziów do roli prowadzących Naród mężów stanu (*statesmanship*). W orzeczeniu *United States v. Peters* z 1809 r. Marshall wyraził tezę, że Sąd jest organem zwierzchnim w zakresie decydowania o jurysdykcji sądów w Unii, a nie wszelkich zagadnień konstytucyjnych. W orzeczeniach *Hodgson and Thompson v. Bowerbank* z 1809 r., *Owings v. Norwood's Lessee* z 1809 r., *United States v. Bevans* z 1818 r. oraz *Bank of the United States v. Deveaux* z 1809 r. Marshall stwierdzał brak właściwości Sądu czy sądów federalnych co do podnoszonych w tych postępowaniach zagadnień. W orzeczeniach takich jak *Hepburn v. Ellzey* z 1805 r., *Sere v. Pitot* z 1810 r. oraz *American Insurance Co. v. Canter* z 1828 r. Marshall zdawał się natomiast na decyzje Kongresu i odmawiał polemizowania z uchwalanymi przezeń ustawami⁸⁸.

⁸⁸ Zob. M.J. Franck, *Against the Imperial Judiciary...*, s. 75-78.

Nie próbuję tu dezawuować też Matthew J. Francka, który zasadnie stara się w swej pracy podważyć pozycję Marshalla jako patrona i pierwszego praktyka koncepcji supremacji sądownictwa. Sądzę jednak, że inaczej można rozłożyć akcenty. Te powściągliwe i ugodowe przede wszystkim wobec Kongresu rozstrzygnięcia nie tyle były wyrazem rezygnacji z ambicji politycznych Marshalla i całego Sądu, ile konsekwencją świadomości Marshalla, że konfrontacji z władzami federalnymi Sąd wygrać nie może, jak dobitnie pokazały to wydarzenia po objęciu władzy przez Jeffersona, więc jedynym sposobem na zachowanie przez Sąd elementów niezależności oraz na wpływanie na losy państwa jest lojalne współdziałanie z politycznymi władzami centralnymi. Zwróćmy zwłaszcza uwagę na to, że wyliczone przez Francka powściągliwe orzeczenia pochodziły przede wszystkim właśnie z pierwszej dekady XIX w., kiedy wspomnienie *impeachmentu* Chase'a i innych szykan ze strony Republikanów było jeszcze żywe. Tak po prostu hartowała się uległość amerykańskiego sądownictwa federalnego. Rozpowszechnione i cytowane na wstępie hołdy dla Marshalla, jego tygrysięgo instynktu czy triumfów wbrew wszystkim przeciwnościom, są niestety zbiorowym złudzeniem.

W tym miejscu trzeba nadmienić, że jedna z wyliczonych w poprzednim akapicie spraw, *Hodgson and Thompson v. Bowerbank* z 1809 r., została w XX w. przez niewielką grupę badaczy uznana za kolejne orzeczenie, w którym Marshall unieważnił z powodu niekonstytucyjności przepis ustawy, zresztą ponownie chodzić miałyby o ustawę o sądownictwie z 1789 r. Taka uwaga pojawia się np. mimochodem, jako niewymagająca rozwinięcia, w cytowanym „oryginalistycznym” komentarzu do Konstytucji. Paul R. Verkuil, omawiając przepis dotyczący właściwości pierwotnej Sądu Najwyższego, pisze o orzeczeniu *Marbury*, po czym dodaje: „Podobnie w orzeczeniu *Hodgson v. Bowerbank* (1809), Marshall unieważnił art. 11 ustawy o sądownictwie z 1789 r., ponieważ przewidywał on właściwość federalną »we wszystkich postępowaniach, w których stroną jest cudzoziemiec«, a przepis ten również niekonstytucyjnie rozszerzał właściwość określoną w artykule III”⁸⁹.

Teza, jakoby w 1809 r. Prezes Marshall ponownie i podobnie unieważnił przepis ustawy o sądownictwie, przede wszystkim miałyby rewolucyjny charakter, ponieważ w prawie wszystkich opracowaniach na ten temat wskazuje się, że do drugiego po *Marbury* zakwestionowania ustawy Kongresu doszło w 1857 r. Ponadto oznaczałaby ona, że wiele z prezentowanych przeze mnie też opartych byłoby na błędnej ocenie Marshalla i niedocenieniu jego niezłomności. Jak to jednak przekonująco tłumaczy Dennis J. Mahoney, rewizjonistyczne odczytanie orzeczenia *Hodgson* z 1809 r. pojawiło się w latach 50. XX w. i wynika z błędnego rozumienia całej sprawy. Chodziło w niej o pozew Brytyjczyków przeciwko obywatelom amerykańskim, na którego tle Sąd ustami Marshalla uznał, że nie można interpretować przepisu ustawy o sądownictwie rozszerzająco wobec

⁸⁹ P.R. Verkuil, *Original Jurisdiction*, [w:] D.F. Forte, M. Spalding (eds.), *The Heritage Guide to the Constitution*, Fully Revised Second Edition, New York 2014, s. 334.

Konstytucji. Nie było mowy o unieważnieniu przepisu, a jedynie o wąskiej interpretacji. W pierwszych komentarzach do Konstytucji, autorstwa Jamesa Kenta i Sędziego Josepha Story'ego, sprawa ta jest wspominana rutynowo, bez jakiegokolwiek wzmianki o rzekomym unieważnieniu przepisu ustawy. Odniesienia do orzeczenia z 1809 r. formułowane w późniejszym orzecznictwie Sądu również nie miałyby sensu, gdyby doszło w nim do unieważnienia przepisu ustawy⁹⁰. Próba wpisania zapomnianego orzeczenia *Hodgson* w mitologiczną opowieść o unieważnianiu ustaw przez silny i niezależny Sąd od 1803 r. jest kolejnym przejawem dwudziestowiecznych zabiegów, które zadziwiłyby prawników żyjących w okresie prezesury Marshalla.

Spośród wyliczonych ugodowych orzeczeń z pierwszej dekady XIX w. szczególnie orzeczenie *United States v. Peters* wspiera tezę o rozumieniu przez Marshalla potrzeby lojalnej współpracy z władzami federalnymi. Charles F. Hobson relacjonuje, że od 1807 r. stosunki między administracją prezydencką a sądownictwem ulegały poprawie. W zamian za posłuszne egzekwowanie przez sądy nałożonego przez władze amerykańskie embarga na Zjednoczone Królestwo i Francję w związku z wojnami napoleońskimi sądownictwo otrzymało wsparcie od prezydenta Madisona, kiedy władze stanu Pensylwania sprzeciwiły się rozstrzygnięciu Sądu w sprawie *United States v. Peters* z 1809 r. Po takim wzmocnieniu Sąd Najwyższy w 1810 r. po raz pierwszy unieważnił przepisy stanowe uznane za niezgodne z Konstytucją⁹¹. Zbliżeniu między Sądem a obozem władzy sprzyjało, jak zauważa R. Kent Newmyer, teoretyczne pokrewieństwo między koncepcją sądowego kontrolowania ustaw a właściwą Republikanom polityką ograniczania władz państwowych. Republikanie po przejęciu władzy, w poczuciu odpowiedzialności za państwo, stali się partią popierającą federacyjny *nationalism*. Zakończenie w marcu 1809 r. prezydentury przez Jeffersona (wspomnijmy kontekst „kreatywnej nienawiści” między nim a Marshalllem) oraz okoliczność, że w Sądzie było już wówczas trzech nominatów Republikanów, tworzyły warunki dla harmonijnej relacji między Sądem a federalnymi władzami politycznymi⁹².

Sprawa *United States v. Peters* była jednym z epizodów w ramach tzw. rebelii Pensylwanii. Nazwano tak bezpośredni konflikt między Sądem a władzami Commonwealth of Pennsylvania, które w trzech sprawach odmówiły wykonania orzeczeń Sądu. Orzeczenie *United States v. Peters* było kulminacją zatargu rozpoczętego jeszcze w 1778 r. pochwyceniem przez Brytyjczyków marynarza Olmsteada z Connecticut, który zdołał następnie przejść wraz z grupą Amerykanów kontrolę nad brytyjskim okrętem, na którym ich pod przymusem zamustrowano. Przejęty okręt skierowano w stronę wybrzeża New Jersey, gdzie został zarekwirowany przez korwetę z Pensylwanii. Wieloletnie postępowania

⁹⁰ Zob. D.J. Mahoney, *A Historical Note on Hodgson v. Bowerbank*, „University of Chicago Law Review” 1982, vol. 49, no. 3, <http://dx.doi.org/10.2307/1599308>, s. 725-740.

⁹¹ Ch.F. Hobson, *The Great Chief Justice...*, s. 9.

⁹² R.K. Newmyer, *The Supreme Court under Marshall and Taney*, New York 1969, s. 34-35.

prawne w licznych sądach zapoczątkowane sporem o przyznanie z brytyjskiego statku, w ramach których władze Pensylwanii odmawiały zapłaty Olmsteadowi należności wbrew wyrokowi sądu federalnego, doprowadziły do orzeczenia Sądu Najwyższego, w którym Marshall stwierdził m.in., że gdyby władze stanowe mogły unieważniać wyroki sądów federalnych, to Konstytucja stałaby się uroczystą drwiną. Gubernator Pensylwanii w celu obrony „słuszných uprawnień stanu” zwołał milicję, która bagnetami zablokowała na ulicy Filadelfii urzędnika federalnego, próbującego dostarczyć nakaz sądowy do dwóch starszych pań, których zmarły ojciec, skarbnik stanowy, zatrzymał w depozycie część pieniędzy ze sprzedaży przejętego przez Olmsteada statku. Konflikt został ostatecznie pomysłowo zażegnany, gdy po kilku tygodniach obie seniorki miały dość faktycznego aresztu w swych domach otoczonych przez milicję i ich pasierb wpuścił tylnym wejściem przebranego reprezentanta władz federalnych. Generała milicji postawiono za uniemożliwienie pełnienia obowiązków owemu urzędnikowi w stan oskarżenia przed sądem federalnym i wydano nakaz jego aresztowania. Gubernator stanu zwrócił się o pomoc do nowo wybranego prezydenta Madisona, który uprzejmie, ale stanowczo odpisał, że prezydent nie może zapobiegać wykonaniu nakazu Sądu Najwyższego, lecz ciąży na nim obowiązek egzekwowania takich rozstrzygnięć. Siły federalne aresztowały generała i innych oficerów milicji, skazano ich za zdradę na grzywny i kary pozbawienia wolności, ale wkrótce potem zostali ułaskawieni przez Madisona⁹³. Ten ostatni pojednawczy gest nie zmieniał wymowy całego zdarzenia. Madison, który dekadę wcześniej w Rezolucji Wirginii pisał o obowiązku interwencji stanów w celu zażegnania zła, w 1809 r. wspierał majestatem i siłą władz federalnych nieuznawane przez władze stanowe orzeczenie kierowanego przez Marshalla Sądu, którego ten sam Madison nie zaszczylił nawet swą obecnością w sprawie *Marbury v. Madison*.

Gary D. Rowe, analizujący głęboko kontekst sprawy *United States v. Peters* i późniejsze wydarzenia, wskazuje, iż całość okoliczności związanych z trwającymi kilkadziesiąt lat wysiłkami przemysłnego marynarza Olmsteada na rzecz uzyskania spłaty jego roszczeń zaprzecza tezę, jakoby we wczesnej republice władza sędziowska miała utrwaloną pozycję, a zagadnienia konstytucyjne rozstrzygane były właśnie w sądach. W ramach zatargu zbrojnego na ulicy Filadelfii władze stanowe odwoływały się do argumentu siły, ale w milicji zapanował defetyzm i obawa przed sankcjami federalnymi, w postaci mobilizowanego przez urzędnika federalnego konkurencyjnego wielotysięcznego oddziału policyjnego oraz gotowości prezydenta Madisona do wysłania zawodowej armii. Prezes Marshall w swym orzeczeniu wyraźnie odwoływał się nie do argumentów legalistycznych, lecz starał się pozyskać poparcie ludu, pisząc w orzeczeniu *United States v. Peters*, że obywatele Pensylwanii, jak i innych stanów, muszą być głęboko zainteresowani odrzuceniem argumentów destrukcyjnych dla Unii. Do ludu odwoływał się również prezydent Ma-

⁹³ Zob. G.L. Haskins, H.A. Johnson, *Foundations of Power...*, s. 322-331; G.D. Rowe, *Constitutionalism in the Streets*, „Southern California Law Review” 2005, vol. 78, no. 2, s. 423-432.

dison. Chciał on zdecydowanie uśmierzyć bunt stanu, podobnie obawiając się rozpadu Unii, ale kiedy zbuntowany generał milicji z Filadelfii został skazany, po kilku dniach Madison ułaskawił go i uwolnił z więzienia, gdy zorientował się, że zmieniły się nastroje społeczne i lud bardziej sprzyja nieposłusznemu gubernatorowi, a uwięzionego generała traktuje jak bohatera stanowego. Marynarz Olmstead, zaprawiony w zmaganiach sądowych i dysponujący korzystnym dla siebie orzeczeniem *United States v. Peters*, w kolejnych latach, ubiegając się o dalsze ułamki pierwotnej wartości przejętego statku, bynajmniej nie występował z kolejnymi pozwami, lecz słał petycje do legislatury stanowej, uznając najwyraźniej, że to jest skuteczniejsza droga od kolejnego powództwa, pomimo przychylności Sądu Najwyższego. Zdarzenia towarzyszące trwającym kilkadziesiąt lat wysiłkom zabiegającego o honor i odszkodowanie marynarza, które rozbudziły opór władz Pensylwanii wobec organów federalnych, pokazywały, że dyskurs konstytucyjny toczył się w sferze publicznej i nie zamykał się wcale w salach sądowych. Petycje, parady, bankietowe toasty, inwektywy prasowe i rozliczne inne formy pozyskiwania serc i umysłów ludzi stanowiły we wczesnej republice istotę amerykańskiego konstytucjonalizmu – podkreśla Gary D. Rowe⁹⁴.

Te refleksje, oparte na jednej, niesłusznie zapomnianej sprawie, zbieżne są z wieloma poruszonymi przeze mnie wcześniej wątkami pokazującymi żywotność ludowego konstytucjonalizmu w opisywanym okresie pierwszych dekad obowiązywania Konstytucji. Przez mniej więcej 90 pierwszych lat istnienia państwa zagadnienia konstytucyjne rozstrzygane były nie w ramach prawa konstytucyjnego, lecz w ramach polityki konstytucyjnej, jak to ujmuje Michael L. Benedict, czyli poprzez argumenty konstytucyjne kierowane do ludu i rozstrzygane w wyborach, a nie w sądach⁹⁵. Autor ten odnosi się wprost do okresu od prezydentury Andrew Jacksona do zakończenia tzw. Rekonstrukcji amerykańskiego Południa po wojnie secesyjnej (graniczną datą może tu być rok 1877), ale w opisywanym przeze mnie poprzedzającym okresie wczesnej republiki polityka konstytucyjna całkowicie dominowała, a prawo konstytucyjne dopiero się rodziło. Dodatkowo właśnie w Pensylwanii zaznano interwencji wojsk federalnych, więc nietrudno zrozumieć obawy lokalnej milicji przed otwartym buntem wobec władz federalnych.

Powróćmy na tym tle do kwestii nieudanego, ale pouczającego dla zainteresowanych stron *impeachmentu* Sędziego Chase'a. Jak wiele innych opisywanych tu kwestii, również kontrolowanie sędziów za pomocą *impeachmentu* straciło pierwotne znaczenie konstytucyjne i współcześnie używane jest niezwykle rzadko w odniesieniu do skorumpowanych sędziów federalnych. Współautor komentarza do Konstytucji, w którym prezentowana jest w zamyśle historycznie „oryginalna” perspektywa, stwierdza zdecydowanie:

⁹⁴ Zob. obszernie *ibidem*, s. 430-457.

⁹⁵ M.L. Benedict, *Constitutional Developments from Jackson through Reconstruction*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook...*, s. 43-44.

Nie ma wątpliwości, że twórcy Konstytucji postrzegali *impeachment* jako część systemu *checks and balances*, służącego utrzymaniu rozdziału kompetencji i republikańskiej formy ustroju. Wynika z tego, że gdy prezydent (lub inny podlegający *impeachmentowi* funkcjonariusz publiczny) popełnił podlegający *impeachmentowi* czyn naruszający prawo, członkowie Izby Reprezentantów, związani złożonymi przysięgami o przestrzeganiu Konstytucji, są szczególnie zobowiązani do zajęcia się czynami takiego nikczemnika, niezależnie od tego, czy ich uchwała o *impeachmentie* może doprowadzić do skazania przez Senat⁹⁶.

Motywowany politycznie *impeachment* Sędziego Chase'a jawi się ze współczesnej perspektywy jako inicjatywa, która dość skutecznie skompromitowała ideę kontrolowania sędziów federalnych za pomocą tego szczególnego narzędzia, poza przyziemnymi i apolitycznymi incydentami o wymiarze czysto kryminalnym. Zauważmy jednak, zgodnie z powyższym cytatem, że w pierwotnej strukturze konstytucyjnej groźba *impeachmentu* stanowiła ważny element spójnej konstrukcji, choć w odniesieniu do Sędziów dopiero rodziła się świadomość, w jaki sposób mogą oni przekształcać system rozdziału kompetencji, przejmując kompetencje legislacyjne. Tak przedstawiał to w eseju nr 81 ze zbioru *Federalista* Hamilton jako Publius:

Na końcu można zauważyć, że domniemane zagrożenie ze strony sędziowskich ingerencji we władzę ustawodawczą, które się przy wielu okazjach powtarza, jest w rzeczywistości ułudą. Poszczególne błędne interpretacje woli legislatury czy wystąpienia przeciwko niej mogą się zdarzyć od czasu do czasu, ale nigdy nie mogą być one tak znaczne, że wywołałyby uciążliwość czy w jakimkolwiek odczuwalnym stopniu wpływałyby na porządek ustrojowy. Można to z pewnością wywnioskować z ogólnego charakteru władzy sędziowskiej, z przedmiotów, do których się odnosi; ze sposobu, w jaki jest wykonywana, z jej stosunkowej słabości oraz z jej całkowitej niezdolności do wspierania swych uzurpacji siłą. Wnioskowanie to jest wysoce wsparte uwzględnieniem ważnego konstytucyjnego hamulca, który kompetencja wszczynania *impeachmentu* w jednej części ciała legislacyjnego i rozstrzygania go w drugiej przyznaje temu ciału względem członków władzy sądowniczej. Samo to zapewnia całkowite bezpieczeństwo. Nie może nigdy powstać zagrożenie, że sędziowie w drodze celowych aktów uzurpacji wobec władzy legislatury narażą się na jednolite niezadowolenie ze strony ciała, któremu tę władzę powierzono, gdy ciało to dysponuje środkami pozwalającymi na ukaranie ich za arogancję, w postaci usunięcia ich ze stanowisk⁹⁷.

⁹⁶ S.B. Presser, *Impeachment*, [w:] D.F. Forte, M. Spalding (eds.), *The Heritage Guide to the Constitution...*, s. 76.

⁹⁷ *Federalist*, no. 81: *The Judiciary Continued, and the Distribution of the Judiciary Authority* (Hamilton), [w:] C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, New York 2003, s. 483-484.

W trakcie konwencji filadelfijskiej rozważania na temat *impeachmentu* skupiały się na zastosowaniu go wobec prezydenta Stanów Zjednoczonych⁹⁸, ale powyższe słowa Hamiltona, co najmniej w sferze deklaratywnej, nie pozostawiają wątpliwości. Sędziowie mieli czuć respekt wobec Kongresu i trzymać się własnej powinności, pod groźbą usunięcia z urzędu. Łącząc to z tezą z cytowanego komentarza, można sformułować regułę, iż arogancja naruszających Konstytucję Sędziów pociąga za sobą obowiązek członków Izby Reprezentantów do realizacji swej przysięgi i sformułowania zarzutów wobec takiego Sędziego, niezależnie od prawdopodobieństwa skazania go w Senacie. Czyż nie to właśnie spotkało Samuela Chase'a? Bardzo trafnie zatem sugeruje Stephen M. Engel, że niewielka liczba prób podejmowania *impeachmentu* wobec Sędziów wcale nie musi oznaczać, że wykształciła się norma zakazująca takiego usuwania Sędziów, a równie prawdopodobnie może oznaczać nabycie przez Sędziów umiejętności nieprovokowania takich retorsji⁹⁹. Wydarzenia z XIX w., poczynsz od prezesury Marshalla, znakomicie wspierają tę sugestię. Kwestię *impeachmentu* bardzo trafnie zaakcentowała w rozbudowanej argumentacji na temat zalet *judicial review* Dorota Lis-Staranowicz: „I co najistotniejsze – sędziowie SN ponoszą odpowiedzialność przed Senatem w postaci procedury *impeachmentu*”¹⁰⁰. W praktyce instytucja *impeachmentu* Sędziów jest martwa, niemniej w wymiarze normatywnym jest to element oryginalnego systemu hamulców i równoważników wobec sądownictwa.

Jak to ujął Lucas A. Powe Jr., „Marshall nigdy nie odmówił Jeffersonowi tego, czego ten chciał, poza skazaniem Burra na stryczek”¹⁰¹. Tę taktykę również mógł zaczerpnąć od sędziów z Wirginii. Charles F. Hobson przytacza orzeczenie Sądu Apelacyjnego z Wirginii wydane w 1792 r., a więc w okresie, gdy Marshall zajmował się profesjonalną działalnością prawniczą w tym stanie. W orzeczeniu dotyczącym prawa spadkowego sędzieja Pendleton zastrzegł: wyrzekamy się wszelkich kompetencji legislacyjnych do zmiany prawa, a jedynie zajmujemy się naszą właściwą domeną stwierdzania, co jest prawem¹⁰². Zwróćmy uwagę, jak podobnie brzmi użyty tu w oryginale zwrot „our proper province of declaring what the law is” do słynnej frazy Marshalla z orzeczenia *Marbury v. Madison* „It is emphatically the province and duty of the Judicial Department to say what the law is”. Zbieżny ze wskazanym powyżej ostrożnym wkraczaniem sędziów w obszar władzy ustawodawczej i przekonujący jest komentarz Charlesa F. Hobsona, że sędziowie w Wirginii rozumieli, że zachowanie ich niezależności wymaga kontrolowanego stosowania uznania sędziowskiego, tak by nie zachęcać legislatury do ataków na

⁹⁸ J.N. Rakove, *Original Meanings. Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, New York 1996, s. 264-265

⁹⁹ S.M. Engel, *American Politicians Confront the Court...*, s. 29.

¹⁰⁰ D. Lis-Staranowicz, *Legitymizacja sądowej kontroli prawa w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, Olsztyn 2012, s. 200.

¹⁰¹ L.A. Powe Jr., *The Supreme Court and the American Elite, 1789-2008*, Cambridge, Mass. 2009, s. 56.

¹⁰² Ch.F. Hobson, *The Great Chief Justice...*, s. 42.

sądownictwo. Tę sędziowską taktykę stosował następnie Prezes Marshalla, który „dobrze pojął lekcję, że wyrzeczenie się (albo pozór wyrzeczenia) może służyć wzmocnieniu władzy sędziowskiej”¹⁰³.

Tu można dostrzec kolejny paradoks w związku Marshalla z Jeffersonem. James E. Lennertz zauważył, że w dużym stopniu dyskusja na temat orzecznictwa konstytucyjnego Marshalla sprowadza się do kwestii, czy jego rozstrzygnięcia były polityczne czy prawne, co odnosi się również do różnicy w podejściu do interpretacji konstytucyjnej Federalistów, deklarujących, że prawo znajduje się poza preferencjami większości, oraz Republikanów Jeffersona, którzy uważali, że kwestie konstytucyjne powinny być rozstrzygane zgodnie z wolą ludu¹⁰⁴. Jednym z eksponowanych przeze mnie wątków było to, że w opisywanym okresie rozróżnienie konstytucyjnego prawa i konstytucyjnej polityki nie było jeszcze w pełni przeprowadzone, o ile w ogóle rozróżnienie takie jest możliwe. Pozostając jednak na poziomie potocznego rozróżnienia między prawem, jako rozumowym punktem odniesienia, wykorzystywanym bez stronnictwa, a polityką, jako doraźną realizacją celów w domenie publicznej, starałem się przedstawić tu liczne dowody na to, że Marshall był bardzo daleki od pryncypialnego stosowania „prawa”, a kształtując swe orzeczenia zgodnie z potrzebami rządzącej większości, w istocie realizował demokratyczne credo Jeffersona, niezależnie od tego, jak sprawnie retorycznie to tuszował.

Szczególnie dotkliwym dla Sędziów elementem ukorzenia się w orzeczeniu *Stuart v. Laird* było to, że na jego mocy przypieczętowali swój obowiązek objeżdżania okręgów. Nie ma przesady w stwierdzeniu, że do końca swych dni w Sądzie każdy objazd okręgów przypominać im musiał, że bez dyskusji zaakceptowali uchylenie ustawy, która miała ich z tego ciężaru uwolnić. Ten obowiązek *circuit-riding* dokonywany po amerykańskich bezdrożach oznaczał nie tylko niewygody, ale wręcz zagrożenie życia Sędziów. Marshall był w uprzywilejowanej pozycji, dzięki krzepkości, orzekaniu w okręgu w Richmond i jedynie dwukrotnemu w roku udawaniu się do Raleigh. Padł jednak ofiarą dokuczliwego wypadku w dyliżansie na rozmokniętym trakcie, w którego następstwie złamał obojczyk¹⁰⁵. Pod Sędzią Chase'em załamał się lód, gdy przeprowiał się przez zamrzniętą rzekę, i życie zawdzięczał tylko determinacji syna, który zdołał go wyciągnąć z wody¹⁰⁶. Sędzia Cushing kilkakrotnie doznał obrażeń, gdy jego dyliżans przewracał się na trasie. Sędzia Paterson w dyliżansie spadł do urwiska z wysokości 3 metrów, a obrażenia były tak dotkliwe, że 3 lata później zmarł w wyniku powikłań¹⁰⁷. Również Sędzia Iredell miał paść ofiarą uciążliwych objazdów. Powołany do Sądu jako trzydziestoosmolatek zapadł

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ J.E. Lennertz, *John Marshall and the Interpretation of the Constitution*, [w:] T.C. Shevory (ed.), *John Marshall's Achievement...*, s. 181.

¹⁰⁵ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 406.

¹⁰⁶ L.A. Powe Jr., *The Supreme Court and the American Elite...*, s. 20.

¹⁰⁷ J.E. Smith, *John Marshall...*, s. 336.

na zdrowiu i zmarł przedwcześnie 9 lat później¹⁰⁸. Jego korespondencję z żoną z okresu pracy w Sądzie wypełniają opisy trudnych przejazdów i powrotów do lepszego stanu zdrowia m.in. po wypadkach takich jak ten, w którym wóz uderzył w drzewo, Iredell wypadł z niego na trakt, a następnie koło przejechało mu po nodze¹⁰⁹. Nieszczęsny Iredell gotów był zrzec się 500 dolarów ze swej rocznej pensji w wysokości 3500 dolarów, byle tylko Kongres zlikwidował obowiązek objeżdżania okręgów¹¹⁰. Kongresmeni nie podjęli rokowań z Iredellem, a stworzony przez nich system był tak dysfunkcyjny, że nie mógł obowiązywać na terenie całego państwa, nawet w okresie, gdy rozciągało się ono głównie przy wschodnim wybrzeżu. Już w pierwotnej ustawie o sądownictwie z 1789 r. Kentucky i Maine, jako tereny zbyt odległe od ówczesnych centrów cywilizacyjnych, zostały wyłączone z systemu objazdowych sądów okręgowych. Artykuł 10 *Judiciary Act of 1789* przewidywał, że sądy dystryktów w Kentucky i Maine miały pełnić też funkcje sądów okręgowych, a odwołania od nich kierowane były bezpośrednio do Sądu Najwyższego¹¹¹. Gdy do struktury sądownictwa dołączono w 1817 r. dystrykt w nowym stanie Indiana, również tam sąd dystryktu pełnił funkcję sądu okręgowego, a obsadzony był przez jednego sędziego dystryktu¹¹². Podobnie rozwiązano to w nowym stanie Illinois. Skala ponoszonych obrażeń sugeruje, że pierwsi Sędziowie stanowili wbrew swej woli grupę kaskaderów wymiaru sprawiedliwości. Isaac Unah zauważa, że objazdy okręgów przyczyniały się do złego wizerunku Sądu i stanowiły sprawdzian oddania Sędziów Konstytucji, ponieważ nadwątlały ich siły fizyczne i emocjonalne, a wyczerpani trudami drogi juryści mieli już niewiele energii na rozsądzanie sporów¹¹³. Pisarz Charles Dickens po raz pierwszy zawitał do Stanów Zjednoczonych w latach 40. XIX w., po czym pouczył swych czytelników, by podróżowali łodzią wszędzie tam, gdzie to możliwe, ponieważ jazda amerykańskimi drogami sprawia, że czuje się każdą z kości osobno¹¹⁴. Na marginesie wspomnę, że jeszcze większym wyzwaniem był objazd okręgów w obrębie stanowych systemów sądownictwa w stanach pogranicznych. W stanie Missouri około 1840 r. sędzia Charles H. Allen dokonywał objazdu na koniu uzbrojony niczym oficer kawalerii w naręcze okazałych pistoletów z przodu siodła oraz nóż z klingą długości co najmniej jednej stopy¹¹⁵.

¹⁰⁸ R.M. Ireland, Iredell, James, [w:] K.L. Hall (ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York 2005, s. 509.

¹⁰⁹ D. Yurs, *The Early Supreme Court and the Challenges of Riding Circuit*, „Journal of Supreme Court History” 2011, vol. 36, no. 3, <https://doi.org/10.1111/j.1540-5818.2011.01270.x>, s. 184.

¹¹⁰ I. Unah, *The Supreme Court in American Politics*, s. 3.

¹¹¹ *An Act to establish the Judicial Courts of the United States*, Sept. 24, 1789, ch. 20, 1 Stat 73, s. 77-78.

¹¹² L.G. Robertson, *Conquest by Law. How the Discovery of America Dispossessed Indigenous Peoples of Their Lands*, New York 2005, s. 46-47.

¹¹³ I. Unah, *The Supreme Court in American Politics*, s. 2-3.

¹¹⁴ J. Ferling, *Adams vs. Jefferson...*, s. 3.

¹¹⁵ L.M. Friedman, *A History of American Law*, s. 92.

Zwykle sędziowie orzekają o sprawach, które nie dotyczą ich bezpośrednio. Nowożytny ideał sądownictwa zakłada wręcz brak zaangażowania sędziego w rozstrzygane zagadnienie, a podstawową funkcją pełnioną przez Sąd Najwyższy było rozstrzyganie typowych sporów prawnych między stronami jako organ odwoławczy. W 1803 r. Sąd wydał jednak rozstrzygnięcie, które w wyjątkowy sposób połączyło normatywny i rzeczywisty wymiar działalności Sędziów. Znojne objeżdżanie okręgów w pełni uzasadnia sugestię Bruce'a Ackermana, iż po orzeczeniu *Stuart v. Laird* Sędziowie mieli niezliczone okazje do refleksji nad rozziwem między roszczeniami wyrażonymi w orzeczeniu *Marbury* a realiami swej egzystencji. Według ustawy o sądownictwie z 1801 r. mieli wieść wygodne życie w Waszyngtonie i rozpatrywać odwołania od rozsianych po kraju sądów federalnych. Zamiast tego zostali zredukowani do małej i znękanej grupy wędrownych sędziów¹¹⁶. Do wojny secesyjnej sędziów niższych sądów federalnych było nie więcej niż czterdziestu, do tego kilku objeżdżających okręgi Sędziów, co Michael S. Greve komentuje: „Z perspektywy czasu nie można wyjść ze zdumienia, jak tak niewielu mogło robić tak wiele”¹¹⁷.

Przypadek Williama Patersona był szczególnie tragiczny, ponieważ ten właśnie Sędzia przedstawił wstydlive orzeczenie Sądu w sprawie *Stuart v. Laird*, zastępując dogodnie nieobecnego Marshalla. Okoliczność ta wyraźnie zakłopotowała sprawozdawcę sądowego. Herbert A. Johnson zauważa, że sprawozdawca William Cranch poprzedził orzeczenie stwierdzeniem, że Prezes odmówił wyrażenia opinii w sprawie, ponieważ rozpatrywał ją w sądzie niższej instancji, a Sędzia Cushing był nieobecny z powodów zdrowotnych. Oznaczało to najwyraźniej, że czytelnicy oczekiwali, zgodnie z praktyką, że orzeczenie przedstawi Prezes, a w jego zastępstwie najstarszy Sędzia, dlatego konieczne było wyjaśnienie, dlaczego opinii Sądu nie przedstawił ani Marshall, ani Cushing¹¹⁸. Sześć dni wcześniej zaś Sędzia Paterson musiał przeżyć kolejne upokorzenie. Lawrence Goldstone zastanawia się, co musiał czuć Paterson, siedząc stoicko obok Marshalla, gdy ten zdecydowanym tonem orzekał niekonstytucyjność artykuł 13 ustawy o sądownictwie. Paterson nie tylko był delegatem w Filadelfii, gdy tworzone artykuł III Konstytucji, ale był też współautorem ustawy o sądownictwie. „Teraz proszono go o poparcie twierdzenia, że on sam i koledzy współautorzy, Caleb Strong i Oliver Ellsworth, byli winni błędnego odczytania Konstytucji, którą pomogli napisać, choć było to całkowitą nieprawdą”¹¹⁹. W istocie gdy tylko Senat w pierwszym Kongresie, dzień po uzyskaniu kworum, podjął 7 kwietnia 1789 r. prace nad ustawą o sądownictwie, połowę senatorów, a także połowę członków Izby Reprezentantów stanowili politycy, którzy faktycznie tworzyli Konstytucję

¹¹⁶ B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers...*, s. 241.

¹¹⁷ M.S. Greve, *Federalism*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook...*, s. 440.

¹¹⁸ G.L. Haskins, H.A. Johnson, *Foundations of Power...*, s. 383-384.

¹¹⁹ L. Goldstone, *The Activist...*, s. 222.

w Filadelfii. Ponadto, jak skarżył się jeden z senatorów, prace nad tą ustawą zdominowała „partia prawników”, która marginalizowała wpływ pozostałych deputowanych¹²⁰. To dobra okazja do pokazania, jak legenda Marshalla utrzymywana jest w konwencjonalnej historiografii. Ten sam wątek personalny tak ujmuje Charles F. Hobson: „Oliver Ellsworth i William Paterson byli godnymi zaufania prawnikami i politykami najwyższej mądrości i cnoty; obaj uczestniczyli w Konwencji Federalnej i obaj później służyli w Sądzie Najwyższym. Jednak po sędziowskiej kontroli odkryto wady nawet ich monumentalnego aktu legislacyjnego”. Hobson z ufnością zapewnia też, że „nie było niczego arbitralnego ani rozmyślnego w tym stwierdzeniu konstytucyjnej winy”¹²¹. Takiemu bezkrytycznemu odbiorowi orzeczenia *Marbury v. Madison* z pewnością sprzyja zignorowanie przez Hobsona orzeczenia *Stuart v. Laird*, które w jego pracy pojawia się jedynie przelotnie, w krótkim i suchym przypisie.

Obowiązek objeżdżania okręgów ograniczał też przez dłuższy czas możliwość profesjonalnego orzekania przez Sędziów, ponieważ podczas swych peregrynacji na głębokiej prowincji nie mieli zwykle dostępu do bibliotek prawniczych¹²². Gouverneur Morris cierpko stwierdził, że przez trudy objeżdżania okręgów od kandydatów do Sądu mniej wymaga się wiedzy, a bardziej zręczności listonosza¹²³. Jak zresztą wspomniałem, już na początku lat 90. XVIII w. Prezes Sądu John Jay wraz z Sędziami kierował do prezydenta Washingtona i Kongresu listy postulujące zwolnienie Sędziów z obowiązku objeżdżania okręgów, zawierające też zarzut niekonstytucyjności rozwiązania ustawowego, zgodnie z którym Sędziowie Sądu Najwyższego pełnili równoległe funkcje sędziów w sądach okręgowych¹²⁴. Sędziowie jeszcze w 1790 r. podnieśli wobec prezydenta również całkiem logiczny argument. Powoływano ich do Sądu Najwyższego, dysponującego wówczas bardzo ograniczonym zakresem jurysdykcji, a nie do sądów okręgowych, których zakres właściwości był szerszy. Jeśli na niższym poziomie rozpatrywali sprawę w pierwszej instancji, to często nie uczestniczyli już w jej rozpatrywaniu po odwołaniu do Sądu, zatem wykonując obowiązki nałożone ustawą przez Kongres, nie wykonywali obowiązków wynikających z Konstytucji, do jakich zostali powołani¹²⁵. Całkowicie fałszywa była więc teza wyrażona w orzeczeniu *Stuart v. Laird*, jakoby na takie rozwiązanie przystawano przez szereg lat, począwszy od ustanowienia sądownictwa federalnego. Praktyka była jasna, ale wątpliwości wyrażono i w sprawie *Stuart v. Laird* była najlepsza okazja do ich rozważenia.

¹²⁰ J.M. Sosin, *The Aristocracy of the Long Robe. The Origins of Judicial Review in America*, New York 1989, s. 275-276.

¹²¹ Ch.F. Hobson, *The Great Chief Justice...*, s. 68-69.

¹²² L.D. Kramer, *The People Themselves...*, s. 158.

¹²³ J.M. O'Fallon, *The Politics of Marbury*, s. 20.

¹²⁴ M. Van Hook, *Founding the Third Branch. Judicial Greatness and John Jay's Reluctance*, „Journal of Supreme Court History” 2015, vol. 40, no. 1, <https://doi.org/10.1111/jsch.12061>, s. 6.

¹²⁵ J.E. Semonche, *Keeping the Faith...*, s. 45.

Nie stanowi więc już żadnej zagadki okoliczność, że w XIX w. nie wiadano, iż to Prezes Marshall w orzeczeniu *Marbury v. Madison* ustanowił kompetencję do kontroli konstytucyjności ustaw federalnych. Nic takiego nie nastąpiło w 1803 r., a symbolem potulności Sędziów były ich coroczne objazdy po bezdrożach i noclegi w wieloosobowych izbach przydrożnych szynków. Jak pisze Barry Friedman, w roku tym orzeczenie *Marbury* postrzegano jako czysto polityczny fortel o nikłym znaczeniu praktycznym¹²⁶. Prezes Marshall wraz z Sądem okazali uległość i tylko dzięki temu zachowali posady. Zauważmy, że gest sprzeciwu nie byłby dla nich drastycznie kosztowny. Nic nie wskazuje na to, żeby administracja Jeffersona pragnęła ich uwięzić. Orzeczenie w sprawie *Stuart v. Laird* mogło stanowić rzetelne rozważenie racji w doniosłym kryzysie konstytucyjnym, ale Sędziowie płochliwie wycofali się z jakiegokolwiek dyskusji, dezawuuując całkowicie wszystkie tezy o kontrolowaniu ustaw wyrażone w orzeczeniu *Marbury v. Madison*. Dlatego właśnie nie było ono w tym kontekście przywoływane przez cały XIX w. W ramach rozwoju doktryny *judicial review* orzeczenia Marshalla z 1803 r. były w istocie regresem. W orzeczeniu *Marbury v. Madison* zawarte były jedynie trudno dostrzegalne pierwiastki dalszego rozwoju tej doktryny. Gdy pominie się orzeczenie *Stuart v. Laird*, można na fundamencie orzeczenia *Marbury* budować całe piętrowe konstrukcje, interpretujące poszczególne elementy sylogizmu Marshalla, jak czyni to G. Edward White w tekście o „konstytucyjnej podróży” tego orzeczenia, w którym rozwijana jest teza, że Marshall wyraził w nim dwie zasady, supremacji sędziowskiej (nadrzędności sędziowskiej interpretacji Konstytucji) oraz dyskrekcji departamentalnej (Sąd może kontrolować interpretacje konstytucyjne innych organów, ale może też odstąpić i pozwolić władzom politycznym na samodzielne interpretacje). Zdaniem tego autora w dalszej „podróży” tego orzeczenia jedna z tych zasad okresowo wychodziła na pierwszy plan lub znajdowały się one w stanie równowagi¹²⁷.

Jest to interpretacja całkowicie oderwana od realiów z 1803 r., czego dobitnym przejawem jest nie tylko całkowite pominięcie w tej analizie orzeczenia *Stuart v. Laird*, czyli czołobitnej rezygnacji z oceny ustawy faktycznie godzącej w Konstytucję, ale też akcentowanie, że supremację sędziowską Marshall uzasadnił statusem sędziów jako mędrców, którzy w przeciwieństwie do wszystkich innych mogą w sposób bezstronny, niezainteresowany rozstrzygnięciami odkrywać i stosować prawo. W 1803 r. dla Federalistów Marshall był jednym z nich, oddelegowanym do nadzorowania przystani, w której środowisko to zarzuciło kotwicę. Republikanie Jeffersona postrzegali Marshalla dokładnie tak samo, tyle że przy użyciu dosadniejszego słownictwa. Marshall potrafił budzić respekt, miał w sobie magnetyczny dar „zakrzywiania rzeczywistości”, mesmerycznie wpływał na ludzi. Współczesny biograf zgrabnie napisał, że jako młody oficer pod Valley Forge Marshall zobaczył, jak Washington przekształcił zdemoralizowaną,

¹²⁶ B. Friedman, *The Will of the People...*, s. 44.

¹²⁷ Zob. G.E. White, *The Constitutional Journey...*, s. 1468-1484.

wyglodzoną bandę mężczyzn bez butów w skuteczną siłę bojową, rozbudzając w nich wiarę w walkę. W ten sposób Marshall nauczył się, że rzeczywistość czasem naśladuje pozory, a w głębi serca był mistrzem aktorstwa rozmiłowanym w iluzji¹²⁸. To wszystko zapewne prawda, widoczna też w stylu orzeczeń Marshalla, ale teza, jakoby w 1803 r. mógł on wiarygodnie przedstawić się jako osoba niezainteresowana rozstrzygnięciem sprawy *Marbury* (właśnie tej sprawy, w którą był tak głęboko uwikłany, znacznie bardziej niż w *Stuart v. Laird*, o czym wszyscy współcześni doskonale wiedzieli), a na tej podstawie oznajmić światu politycznemu, że oto Sędziowie przejmują supremację w interpretacji konstytucyjnej, jest całkowicie bezpodstawną. Argumentację G. Edwarda White'a uważam raczej za przejaw tego, jak swobodnie interpretować można odpowiednio długi tekst (w tym przypadku tekst orzeczenia *Marbury*) i wydobywać jego rzekome ukryte sensy, a także za świadectwo siły mitu, który nie pozwala dostrzec wspomnianego regresu. Jak to celnie ujął William M. Wiecek, orzeczenie *Marbury* jest „kreatywnie wieloznaczne” w ramach tezy o *judicial review*, na podstawie słów Marshalla trudno jednoznacznie ustalić, czy wyobrażał sobie jedynie incydentalną rolę sądów w interpretacji Konstytucji czy raczej wyjątkową¹²⁹.

W swych wysoce instrumentalnych interpretacjach Konstytucji wykorzystanych do wybrnięcia z kłopotu wywołanego podjęciem pozwu *Marbury*'ego Prezes Marshall istotnie prezentował się jako mędrzec. Przedstawiony powyżej obszerniejszy opis całego kontekstu orzeczeń z 1803 r. pozwolić może na lepsze rozważenie bardzo ostrej krytyki Johna Marshalla, wyrażonej przez Louisa Michaela Seidmana:

Prezes Marshall zainaugurował amerykańskie prawo konstytucyjne z autorytarnym rozkrokiem, nalegając, że tylko on dysponuje pełnym dobrej wiary, uzasadnionym i bezinteresownym rozumieniem art. III. Jego opinia rozwija się na wielu stronach, ale jej sedno można zawrzeć w trzech słowach, ujętych przeszło stulecie później przez wielkiego konstytucjonalistę, Ringa Lardnera: „Zamknijcie się, wyjaśnił”. (...) Najlepsze ujęcie naszej tradycji konstytucyjnej jest takie, że przez ostatnie 200 lat odrzucaliśmy to wyjaśnienie. Uparcie nie chcemy się zamknąć¹³⁰.

Źródła takiego stosunku Marshalla do Konstytucji, którą skłonny był objąć osobistym i w miarę możliwości, wówczas bardzo skromnym, ekskluzywnym patronatem, dopatrywać się można w jego złożonym światopoglądzie. Analizujący głębiej kwestię

¹²⁸ J.R. Paul, *Without Precedent...*, s. 1.

¹²⁹ W.M. Wiecek, *Liberty under Law...*, s. 39.

¹³⁰ L.M. Seidman, *Marbury and the Authoritarian Straddle. A Comment on Stephen M. Griffith*, [w:] M. Tushnet (ed.), *Arguing Marbury v. Madison*, Stanford 2005, s. 165. Powołanie na „konstytucjonalistę Ringa Lardnera” jest wyrafinowanym żartem. Ringgold Lardner, zmarły w 1933 r., był słynnym facecjonistą, dziennikarzem i pisarzem, inspirowującym m.in. F. Scotta Fitzgeralda i Ernesta Hemingwaya.

republikańskich elementów myślenia Marshalla Thomas C. Shevory zauważa, że postrzegał on świat polityczny jako skrajnie niebezpieczne miejsce, w którym cnota, dobro i stabilność były zawsze zagrożone przez ludzkie występki, chciwość i namiętności. Podstawową siłą, która zdolna była zapobiec obaleniu republikańskiego ładu, był wielki lider. Tą postacią był oczywiście George Washington, któremu Marshall poświęcił rozległą biografię, w której szeroko opisywał kolonię Jamestown, stale zagrożoną jak późniejsza amerykańska republika. Marshall miał jednak świadomość, że przywódca formatu Washingtona pojawia się niezwykle rzadko. Drugą siłą, rozwiązaniem rezerwowym, ale dostępnym, zapobiegającym upadkowi społeczności, stała się dla Marshalla Konstytucja. Jak to analizuje Thomas C. Shevory, Konstytucja stała w centrum jego mitologii jako próba rozwiązania ogromnej niepewności życia politycznego. Konstytucja reprezentowała wyższą, najlepszą część ludzkich charakterów, ich prawdziwe intencje, które mogły dojść do głosu tylko w wyjątkowej sytuacji (tu: w Filadelfii pod przewodnictwem Washingtona). Powszednie ustawy nie wyrażały zwykłej politycznej cnoty, a lud nie był zdolny do bezpośredniego sprawowania rządów na co dzień, konieczne było filtrowanie woli ludu przez instytucje władzy stworzone na mocy Konstytucji i przez nią chronione¹³¹. To ujęcie jest zbieżne z podkreślanymi przeze mnie traumami kierującymi polityczną aktywnością Marshalla, a takie „manichejskie” postrzeganie polityki uzasadniać mogło wewnętrzne przekonanie Marshalla, że Konstytucja warta jest składanych na jej ołtarzu przez niego kompromisów podczas nawały Jeffersona i jego demokratów, a także uzasadniało niedopuszczający wątpliwości ton orzeczeń, wyrażających przekonanie, że najlepiej będzie, jeśli filtrowaniem bieżących intencji ludu zajmie się sam Marshall, kontynuujący spuściznę wielkiego Washingtona. Współczesny biograf odnotowuje, że Marshall do końca życia uważał się za żołnierza Washingtona¹³².

Oczywiście taka postawa jest próbą racjonalizacji i uwznioślenia zachowań Marshalla, który w bardziej przyziemnym rejestrze mógłby być scharakteryzowany jako arcy mistrz zarządzania własną karierą, nieszczerzy manipulator, który troskę o własne, przyziemne interesy maskował frazesami o obronie republiki, a przez to znakomicie odnajdował się wśród podobnych sobie Federalistów. W oględniejszej formie na podobną kwestię zwraca uwagę Eric J. Segall, który – polemizując z prowokacyjną tezą Sanforda Levinsona, aby nie omawiać ze studentami orzeczenia *Marbury* – przedstawia szereg argumentów na rzecz zasadności ujmowania tego orzeczenia w kursie prawa konstytucyjnego, ale z wymownym zastrzeżeniem: „Jednym z najtrudniejszych aspektów omawiania orzeczenia *Marbury* jest zgłębianie ze studentami niepokojących aspektów tego rozstrzygnięcia w taki sposób, aby na samym początku kursu nie uczynić z nich cyników prawa konstytucyjnego”¹³³.

¹³¹ T.C. Shevory, *John Marshall as Republican...*, s. 76-82.

¹³² R. Brookhiser, *John Marshall. The Man Who Made the Supreme Court*, New York 2018, s. 7.

¹³³ E.J. Segall, *Why I Still Teach Marbury (And So Should You). A Response to Professor Levinson*, „University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law” 2004, vol. 6, no. 3, s. 585.

Reputację Marshalla jako patriarchy amerykańskiego konstytucjonalizmu zbudował zaś w dużym stopniu Sędzia Joseph Story, powołany do Sądu w 1811 r. przez Madisona, wbrew ostrzeżeniom Jeffersona, domagającego się porządnego kandydata Republikanina. Ten akt powołania na kilkanaście lat ustabilizował skład Sądu, okazję do kolejnego powołania uzyskał prezydent James Monroe dopiero w 1823 r. Republikanie po powołaniu Story'ego uzyskali formalnie kontrolę nad Sądem, w którym pozostało tylko dwóch Federalistów: John Marshall i Bushrod Washington¹³⁴. Dzięki swym niezwykłym umiejętnościom interpersonalnym, ale też po uwzględnieniu w orzecznictwie pierwiastków ideologii Republikanów, Prezes Marshall nie stracił jednak kontroli nad Sądem. Pozyskał zwłaszcza oddanie trzydziestotrzyletniego Sędziego Story'ego, który w zasadzie stał się uczniem i podopiecznym starszego o ćwierć wieku Marshalla. Joseph Story tak opisywał przymioty swego Prezesa: „Cierpliwość, umiarkowanie, szczerość, ogłada, szybkość postrzegania, godna postawa, łagodność manier, geniusz wzbudzający respekt oraz wiedza uzasadniająca pewność siebie”¹³⁵. Po orzeczeniu *McCulloch v. Maryland* Jefferson biadał, że to opinia sporządzona na tajnym spotkaniu, zapewne mocą większości jednego sędziego, a przedstawiona przy cichej zgodzie leniwych lub bojaźliwych sędziów jako decyzja jednogłośnie przez przebiegłego Prezesa, który sofistycznie kształtuje prawo podług swego mniemania na mocy własnego rozumowania¹³⁶. Joseph Story napisał w 1833 r. trzytomowe *Komentarze do Konstytucji*, które były podstawowym dziełem w tym zakresie do końca XIX w. To w tej pracy Story ukazał i uzasadnił poglądy Marshalla na Sąd jako na ostatecznego interpretatora Konstytucji, dzięki wyjątkowym intelektualnym i instytucjonalnym przymiotom Sędziów¹³⁷. Bezpośrednio wyrażają tę kwestię Keith E. Whittington i Amanda Rinderle. Swój artykuł na temat miejsca orzeczenia *Marbury* w kanonie konstytucyjnym, o wymownym tytule *Widzieć górę w kretowisku?* (idiomatycznie oznacza to „robić z igły widły”), kończą następującymi słowami: „heroiczna wizja Prezesa Johna Marshalla i jego opinii w sprawie *Marbury* jako aktywnych sił w amerykańskiej historii konstytucyjnej została rozgłoszona przez szczególnie wpływowych orędowników w postaci Josepha Story'ego, Jamesa Kenta i George'a van Santvoorda. Marshall skorzystał z reklamy wspaniałych rzeczników”¹³⁸. Tak się zaś składa, że Kent i Story byli w pierwszej połowie XIX w. dwiema najbardziej znaczącymi postaciami w amerykańskiej literaturze prawa, nikt nie mógł równać się z ich prestiżem, a ich sława sięgała nawet do Europy¹³⁹. Jak zauważył Miguel Schor, uczeni prawnicy szybko pochwycili ideę, która łączyła możliwość poszerzania ich wpływów

¹³⁴ Zob. J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 263-267.

¹³⁵ Cytat za: Ch.F. Hobson, *The Great Chief Justice...*, s. 16.

¹³⁶ J.F. Simon, *What Kind of Nation...*, s. 280-281.

¹³⁷ R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age...*, s. 384-385.

¹³⁸ K.E. Whittington, A. Rinderle, *Making a Mountain out of a Molehill? Marbury and the Construction of the Constitutional Canon*, „Hastings Constitutional Law Quarterly” 2012, vol. 39, no. 4, s. 859-860.

¹³⁹ L.M. Friedman, *A History of American Law*, s. 246.

poprzez powiększanie sfery prawa z tym, co uważali za normatywnie pożądany rezultat. Paradoksalnie jednak, idea władzy sędziowskiej wyrażona w *Marbury* lepiej radziła sobie za amerykańską granicą, w oligarchiach i dyktaturach dziewiętnastowiecznej Ameryki Łacińskiej, niż w państwach mających silniejsze tradycje demokratyczne¹⁴⁰. Dodam jednak, że owi amerykańscy prawnicy żywotnie zainteresowani wzmocnieniem władzy sędziów, a pośrednio i własnych wpływów, mogli na dobre krzewić fałszywą wizję orzeczenia *Marbury*, gdy odeszła generacja Ojców Założycieli, która dobrze pamiętała, co faktycznie wydarzyło się w 1803 r. Nie obejmuje to Josepha Story'ego, który w 1803 r. miał 24 lata i oczywiście wiedział dobrze, jak ukorzył się Sąd, zresztą przed bliskim mu środowiskiem politycznym, ale jako późniejszy Sędzia był szczególnie zainteresowany przedstawieniem Sądu jako krzepkiego konstytucyjnego organu. Ponadto hagiografia Marshalla uprawiana przez niezwykle wpływowego Josepha Story'ego padła na podatny grunt w Nowej Anglii, której elity zainteresowane były centralizacją państwa, więc chętnie zaakceptowały heroiczny status Prezesa¹⁴¹.

W książkowym podsumowaniu konferencji na temat usędziowienia polityki, odbytej w 1992 r., kiedy zjawisko jurystokracji sięgało w wielu demokracjach liberalnych zenitu, C. Neal Tate i Torbjörn Vallinder stwierdzili, że gdyby miano wybrać kulturę polityczno-prawną, w której rozpocząć mogła się ekspansja władzy sędziowskiej, to z pewnością wskazać należałoby zachodnie demokracje z systemem prawnym opartym na *common law*. Połączenie metody odkrywania prawa przez sędziów właściwej *common law* ze spisаныmi konstytucjami tworzy strukturalną podstawę rozszerzania władzy sędziowskiej w sprzyjających warunkach. Wydawać by się mogło natomiast, tłumaczą przytaczani badacze, że kontrastowały z tym demokracje obszaru romańsko-germańskiego, w których normy poszanowania interpretacji legislacyjnych tłumić miały kreatywność sędziowską. Właśnie w tych państwach doszło jednak do najbardziej znaczącej ekspansji władzy sądowniczej, co obaj autorzy przypisują kryzysowi politycznemu. „W następstwie II wojny światowej Niemcy i Włochy stworzyły, pod czujnym okiem zwycięskich demokracji *common law*, konstytucje spisane, które zawierały sędziowską kontrolę prawa, ustanawiały oficjalny sąd konstytucyjny i zapewniały środki ochrony niezależności sędziów”¹⁴².

Faktycznie jednak amerykański model *judicial review*, oparty na zmistyfikowanym orzeczeniu *Marbury*, wpływał na niemiecki rozwój konstytucyjny już od lat 20. XIX w. Jak relacjonuje Miguel Schor, w 1824 r. ukazał się traktat czołowego niemieckiego konstytucjonalisty poświęcony amerykańskiej Konstytucji (musi chodzić o pracę Roberta von

¹⁴⁰ M. Schor, *The Strange Cases of Marbury and Lochner in the Constitutional Imagination*, „Texas Law Review” 2009, vol. 87, no. 7, s. 1466.

¹⁴¹ R.K. Newmyer, *Harvard Law School, New England Legal Culture, and the Antebellum Origins of American Jurisprudence*, „The Journal of American History” 1987, vol. 74, no. 3, <http://dx.doi.org/10.2307/1902155>, s. 832 i n.

¹⁴² C.N. Tate, T. Vallinder, *Judicialization and the Future of Politics and Policy*, [w:] iidem (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York 1995, s. 518-519.

Mohla *Das Bundes-Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Nord-Amerika*, wydaną, kiedy dwudziestoczteroletni von Mohl dopiero rozpoczynał długą karierę), a w latach 30. XIX w. przetłumaczono zbiór *Federalista*. Delegaci Zgromadzenia Narodowego we Frankfurcie w 1848 r. wielokrotnie odwoływali się do amerykańskiej Konstytucji podczas prac nad tzw. konstytucją frankfurcką z 1849 r., a decyzja o powierzeniu w niej Trybunałowi Rzeszy kompetencji do kontroli prawa i rozpatrywania zagadnień konstytucyjnych podjęta została pod silnym wpływem przykładu amerykańskiego Sądu Najwyższego i jego kompetencji *judicial review*¹⁴³. Nie może to dziwić, jeśli uwzględni się, że tysiące młodych Niemców walczyło po stronie brytyjskiej w amerykańskiej wojnie rewolucyjnej, ich listy do rodzin były skrzętnie czytane, co doprowadziło ostatecznie do tego, że Ameryka stała się najważniejszym tematem zagranicznym w niemieckiej prasie, a niemieckie elity intelektualne i wyższa klasa średnia uległy wprost fascynacji wydarzeniami w Ameryce Północnej, do której płynęła fala emigracji niemieckiej. Helmut Steinberger, rozwijający ten wątek wpływu amerykańskich rozwiązań na konstytucjonalizm niemiecki, podkreśla, że wspomniana konstytucja frankfurcka z 1849 r. (tzw. *Paulskirchenverfassung*) stała się najbardziej wpływowym aktem dla dalszego konstytucyjnego rozwoju Niemiec. W kolejnych latach Robert von Mohl z zaangażowaniem przekonywał swych niemieckich odbiorców, że należy studiować dorobek Johna Marshalla i Josepha Story'ego, podkreślał rolę Sądu Najwyższego, *judicial review*, dzielnych interpretacji Marshalla oraz mistrzowskiej argumentacji Hamiltona i Madisona wyrażonej w zbiorze *Federalista*¹⁴⁴. Hans Kelsen, któremu przypisuje się „wynalezienie” współczesnego europejskiego sądu konstytucyjnego, częściowo adaptował treści rozwijane w państwach niemieckich w XIX w.¹⁴⁵, a więc pod silnym wpływem Marshalla i amerykańskiego konstytucjonalizmu. Konstytucja Republiki Weimarskiej z 1919 r. pod wpływem konstytucji frankfurckiej wprowadzała federalny sąd konstytucyjny. Wpływ amerykański na ustrój niemiecki jeszcze silniej ujawnił się w wielkiej debacie niemieckich konstytucjonalistów na tle praktyki stosowania konstytucji weimarskiej, w której tacy autorzy, jak Erich Kaufmann i Heinrich Triepel, odwoływali się do głębokiej znajomości amerykańskiego prawa konstytucyjnego¹⁴⁶. Podobnie sytuacja wyglądała u zachodniego sąsiada Niemiec. Omawiając rozwój doktrynalny we Francji, Alec Stone Sweet stwierdza, że co najmniej od 1890 r. aż po 1958 r. i lata późniejsze „każda znacząca postać we francuskim prawie publicznym odrzucała ideę specjalnego sądu konstytucyjnego oddzielonego od sądownictwa, a zamiast tego chwaliła system amerykański”¹⁴⁷.

¹⁴³ M. Schor, *The Strange Cases of Marbury and Lochner...*, s. 1471.

¹⁴⁴ Zob. obszernie H. Steinberger, *Historic Influences of American Constitutionalism upon German Constitutional Development. Federalism and Judicial Review*, „Columbia Journal of Transnational Law” 1997, vol. 36, no. 1-2, s. 189-202.

¹⁴⁵ A.S. Sweet, *Why Europe Rejected American Judicial Review – And Why It May Not Matter*, „Michigan Law Review” 2003, vol. 101, no. 8, s. 2765 i przyp. 93.

¹⁴⁶ H. Steinberger, *Historic Influences of American Constitutionalism...*, s. 204-206.

¹⁴⁷ A.S. Sweet, *Why Europe Rejected American Judicial Review...*, s. 2756.

Amerykański sposób postrzegania sądownictwa konstytucyjnego, z orzeczeniem *Marbury* jako punktem odniesienia, zajął główne miejsce w debacie na temat roli sądów konstytucyjnych w dojrzałych demokracjach. Tom Gerald Daly podkreśla, że debata ta ma bardzo amerykański charakter, a co najmniej obraca się wokół „anglosfery” i amerykańscy badacze wiedą w niej prym. W paralelnej debacie na temat sądownictwa konstytucyjnego w młodych demokracjach, w której szerzej obecni są badacze z różnych stron świata (m.in. Wojciech Sadurski czy Theunis Roux), jednym z głównych stanowisk jest zaś oczekiwanie, że sądy w takich dojrzewających demokracjach będą naśladować swe odpowiedniki z dojrzałych demokracji, co choćby pośrednio kieruje ponownie do doświadczeń amerykańskich, np. w ramach sugestii, aby strategicznie unikać drażnienia innych władz i uchylać się od rozstrzygania kontrowersyjnych kwestii, zgodnie z formułą „passive virtues” Alexandre’a Bickela¹⁴⁸.

Stosownie do powszechnego czerpania z amerykańskiego źródła w ostatnich latach przeinaczone orzeczenie *Marbury*, traktowane jako emblemat władzy sędziowskiej stojącej na straży konstytucji, było używane przez badaczy prawa jako punkt odniesienia wobec wydarzeń w tak różnych państwach i obszarach, jak:

- Afryka („Afryka subsaharyjska jest jednym z regionów świata, w których dziedzictwo orzeczenia *Marbury* odradza się dyskretnie”¹⁴⁹);
- Argentyna („W przeciwieństwie do Sędziego Marshalla w orzeczeniu *Marbury* argentyński Sąd Najwyższy nie musiał postępować ostrożnie”¹⁵⁰);
- Australia („Od swego początku jako niepewnej i zaledwie potencjalnej implikacji struktury unii federalnej kontrola sędziowska przesunęła się do statusu środka uznawanego za niezbędny do efektywnego kontrolowania warunków unii federalnej. Orzeczenie *Marbury* jest symbolem tego przesunięcia”¹⁵¹);
- Izrael („Fascynujące jest odkrycie, ponad dwieście lat później i tysiące mil od Stanów Zjednoczonych, że orzeczenie *Marbury* nadal odbija się głośnym echem w izraelskim prawie konstytucyjnym i w orzeczeniach Sądu Najwyższego Izraela”¹⁵²);

¹⁴⁸ Zob. T.G. Daly, *The Alchemists. Questioning Our Faith in Courts as Democracy-Builders*, Cambridge 2018, s. 250-259.

¹⁴⁹ H.K. Premph, *Marbury in Africa. Judicial Review and the Challenge of Constitutionalism in Contemporary Africa*, „Tulane Law Review” 2006, vol. 80, no. 4, s. 1241.

¹⁵⁰ J.M. Miller, *The Authority of a Foreign Talisman. A Study of U.S. Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite's Leap of Faith*, „American University Law Review” 1997, vol. 46, no. 5, s. 1560.

¹⁵¹ J. Crawford, *Marbury v. Madison at the International Level*, „George Washington International Law Review” 2004, vol. 36, no. 3, s. 506.

¹⁵² Y. Rabin, A. Gutfeld, *Marbury v. Madison and Its Impact on the Israeli Constitutional Law*, „University of Miami International and Comparative Law Review” 2007, vol. 16, no. 1, s. 303.

- Kanada („Od 1982 r. konstytucja kanadyjska zawiera klauzulę supremacyjną, która na pierwszy rzut oka wydaje się dotyczyć sędziowskiego egzekwowania praw w ramach tradycji orzeczenia *Marbury v. Madison*”¹⁵³);
- Meksyk („Meksykański Sąd Najwyższy nie byłby obecnie tą samą instytucją, gdyby nie orzeczenie *Marbury*”¹⁵⁴);
- Unia Europejska („Podczas gdy wertykalny wymiar kontroli sędziowskiej jest zatem wysoce problematyczny w ramach Unii Europejskiej, jej wymiar horyzontalny – ten wymiar zasadniczo reprezentuje orzeczenie *Marbury* – jest znacznie mniej problematyczny”¹⁵⁵).

Orzeczenie *Marbury* jako symboliczna całość oraz traktowane z powagą i dosłownie poszczególne frazy Marshalla z tego orzeczenia wykorzystywane są obecnie do komentowania rozlicznych zagadnień, jak np.:

- relacje sądów amerykańskich z organami administracji¹⁵⁶;
- najsłynniejsze orzeczenia w zakresie prawa konstytucyjnego, w których sądy wyznaczały właściwość własną oraz wszystkich innych organów konstytucyjnych (*Marbury*, *Factortame*, *Mizrahi Bank*)¹⁵⁷;
- supremacja prawa unijnego nad prawem państw członkowskich wywodzona z orzeczenia *Costa v. ENEL*¹⁵⁸;
- wyjście Zjednoczonego Królestwa z Unii Europejskiej i ustanowienie supremacji sędziowskiej w państwie brytyjskim w orzeczeniu *Miller*¹⁵⁹;
- wprowadzanie w Zjednoczonym Królestwie tzw. podziału władzy nazwane „*Marbury nad Tamizą*”¹⁶⁰;
- krytykowanie przez prezydenta Trumpa sędziów poprzez internetowy serwis Twitter¹⁶¹.

¹⁵³ K. Roach, *Constitutional, Remedial, and International Dialogues About Rights. The Canadian Experience*, „Texas International Law Journal” 2005, vol. 40, no. 3, s. 546.

¹⁵⁴ M.C. Mirow, *Marbury in Mexico. Judicial Review's Precocious Southern Migration*, „Hastings Constitutional Law Quarterly” 2007, vol. 35, no. 1, s. 44.

¹⁵⁵ G.A. Bermann, *Marbury v. Madison and European Union „Constitutional” Review*, „George Washington International Law Review” 2004, vol. 36, no. 3, s. 561.

¹⁵⁶ A. Bamzai, *Marbury v. Madison and the Concept of Judicial Deference*, „Missouri Law Review” 2016, vol. 81, no. 4.

¹⁵⁷ N.W. Barber, A. Vermeule, *The Exceptional Role of Courts in the Constitutional Order*, „Notre Dame Law Review” 2016, vol. 92, no. 2, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2734218>.

¹⁵⁸ S.A. Koh, *Marbury Moments*, „Columbia Journal of Transnational Law” 2015, vol. 54, no. 1, s. 130-138.

¹⁵⁹ D. Campbell, *Marbury v. Madison in the U.K. Brexit and the Creation of Judicial Supremacy*, „Cardozo Law Review” 2018, vol. 39, no. 3.

¹⁶⁰ D. Perlin, *Marbury on the Thames. Separation of Powers in the United Kingdom's Nascent Supreme Court*, „North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation” 2016, vol. 42, no. 1, s. 195.

¹⁶¹ N. Richards, *Free Speech and the Twitter Presidency*, „University of Illinois Law Review Online” 2017.

Mógłbym to skomentować w ten sposób, że gdyby Prezes Marshall nie istniał, to należałoby go wymyślić, a ponieważ Marshall faktycznie istniał, to przestano na wymyśleniu zmitologizowanego orzeczenia *Marbury*, które stało się dla prawników, zwłaszcza amerykańskich, nadzwyczaj poręcznym narzędziem opisu świata czy raczej filtrem, poprzez który analizują dostępną im rzeczywistość. Niechybnie duży wpływ ma na to indoktrynacja dokonywana w amerykańskim systemie edukacji na poziomie średnim. W 2009 r. Tom Donnelly dokonał gruntownej analizy najczęściej używanych amerykańskich podręczników jako źródła wysokiego i stabilnego poparcia dla Sądu w amerykańskim społeczeństwie, które w procesie socjalizacji politycznej nauczono, że należy zaakceptować supremację sędziowską. Ponad 75% amerykańskich uczniów podejmuje w szkołach średnich jakiś rodzaj kursu w zakresie wychowania obywatelskiego. Prowadzący je nauczyciele polegają zasadniczo na podręcznikach. Złożony wątek doboru podręczników można sprowadzić do czynnika polityczno-komercyjnego. Podręczniki tworzone są przez prywatnych wydawców, ale zatwierdzane zwykle przez władze stanowe, a główna rola przypada tu władzom Teksasu i Kalifornii. Z uwagi na wielkość populacji w tych dwóch stanach (obecnie to w sumie około 70 milionów osób) odrzucenie podręcznika w Kalifornii lub Teksasie stanowi wielkie zagrożenie dla bytu prywatnego wydawnictwa. W zbadanych przez Donnelly'ego podręcznikach z pierwszej dekady XXI w. Sądowi Marshalla poświęcano 20% miejsca w ramach ogólnej treści dotyczącej Sądu Najwyższego. Orzeczenie *Marbury* należy do sześciu kanonicznych spraw opisywanych we wszystkich jedenastu analizowanych podręcznikach do historii. Służy ono krzewieniu wśród młodzieży opartego na „micie *Marbury*” przekonania, że Sąd zachowuje supremację w interpretacji konstytucyjnej. Natomiast przejawy oporu wobec Sądu przedstawiane są w najlepszym przypadku jako działania interesownych polityków, a w wersji najdalej posuniętej jako postęпки czarnych charakterów z amerykańskiej historii. Tom Donnelly takie właśnie zniekształcone podręcznikowe historie, jakie Amerykanie opowiadają własnym dzieciom, wiąże z kulturą konstytucyjną opartą na uległości wobec Sądu. Odniesienia do „epokowego” czy „śmiałego” orzeczenia *Marbury* są znaczącym składnikiem tych historii¹⁶².

O trafności tych spostrzeżeń Donnelly'ego świadczyć może także relacja Sanforda Levinsona z badania, któremu poddał przeszło dwustu studentów z New York University Law School oraz University of Texas Law School po zajęciach, na których szczegółowo przedstawiał odbiegający od światowych standardów aspekt dożywotniego powoływania Sędziów Sądu Najwyższego i związane z tym problemy. Ponad 90% studentów udzieliło następnie odpowiedzi, w których z przekonaniem twierdzili, że dożywotnie powoływanie Sędziów jest niezbędne do zachowania tego, co wartościowe w amerykańskim konstytucjonalizmie. Levinson skomentował to słowami: „Ponieważ nie uważam, że

¹⁶² Zob. obszernie T. Donnelly, *Popular Constitutionalism, Civic Education, and the Stories We Tell Our Children*, „Yale Law Journal” 2009, vol. 118, no. 5, s. 951-999.

mój pogląd w tej sprawie jest niedorzeczny, mogę tylko wyrazić wniosek, że większość studentów zostało poddanych skutecznej socjalizacji w szkołach podstawowych i średnich, aby uwierzyli, że dożywotnie powołania są tak istotne, jak twierdzą, a także że stali się z gruntu nieczuli na przeciwną sugestie”¹⁶³.

Łącząc wątek doktrynalnego „wymyślenia” Marshalla oraz indoktrynacji szkolnej przy użyciu orzeczenia *Marbury*, odwołam się do klasycznej pozycji Hansa Blumenberga dotyczącej filozofii mitu. W *Pracy nad mitem* autor ten wyjaśnia, że pierwotną funkcją mitu jest przeobrażenie nieokreśloności w nominalną określoność, aby niesamowitość (np. zaćmienie słoneczne) uczynić swojską i przystępną. Początkiem takiej pracy nad mitem jest nadawanie nazw, czyli środek zapobiegający nieszczęściu, wdzieranie się nazw w chaos tego, co nienazwane¹⁶⁴. W tym sensie mityczna postać Marshalla wraz z jego bohaterskim dorobkiem wykorzystywana jest na podstawowym poziomie jako narzędzie służące objaśnieniu działwie szkolnej niesamowitości, czyli tego, że w amerykańskiej demokracji ostateczne prawo głosu należy formalnie do garstki Sędziów. Na tej zaskakująco trwałej podstawie, jak wynika z obserwacji Sanforda Levinsona, rozwija się już mit wykreowany przemysłnie przez kolejne generacje prawników i polityków, a podtrzymywany przez te grupy (*vide* motet wykonany na dwa głosy przez cytowanych senatora Hatcha i sędziego Gorsucha podczas zatwierdzenia tego ostatniego w Senacie), służący utrzymaniu fikcji suwerenności ludu w warunkach oligarchicznego ustroju.

Słusznie zwraca uwagę Herbert A. Johnson, że periodyzacja historii Sądu według kolejnych prezesur nie powinna być interpretowana jako nadawanie nadmiernego znaczenia osobowości i przywództwu każdego z prezesów, ponieważ bardzo się pod tymi względami różnili. Dodatkowo tradycja poufności utrudnia rozpoznanie sympatii i konfliktów w Sądzie, co powoduje, że konkluzje co do siły przekonywania poszczególnych sędziów są niepewne. Jednocześnie te czynniki, podkreśla Johnson, są zasadniczym elementem historii Sądu i nie można pomijać żadnych dostępnych materiałów¹⁶⁵. W przypadku Johna Marshalla, pomimo ograniczonej dostępności materiałów, są mocne podstawy, aby uważać, że przez większą część swej prezesury, dzięki sile osobowości i zdolnościom przywódczym, a wobec sprzyjającej jednoczeniu Sędziów presji zewnętrznej i dogodnego braku potencjalnych konkurentów, wywierał on indywidualny wpływ na Sąd w sposób, jakiego nie zdołał powtórzyć żaden z późniejszych prezesów. Starałem się jednak pokazać w bliższym opisie pierwszych lat tej prezesury, że przywództwo Marshalla w nikłym stopniu realizowało cnoty sędziowskiej niezależności i apolityczności, jakie mu się zwykło przypisywać, a faktycznym znaczeniem orzeczenia *Marbury v. Madison*

¹⁶³ S. Levinson, *Reply. Why I Still Won't Teach Marbury (Except in a Seminar)*, „University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law” 2004, vol. 6, no. 3, s. 602.

¹⁶⁴ Zob. H. Blumenberg, *Praca nad mitem*, tłum. K. Najdek, M. Herer, Z. Zwoliński, Warszawa 2009, s. 15-24.

¹⁶⁵ H.A. Johnson, *The Chief Justiceship of John Marshall, 1801-1835*, Columbia 1998, s. ix-x.

nie było uczynienie z Sądu pierwszorzędno interpretatora Konstytucji, lecz uległość wobec nowych elit władzy. Gdy przeniknie się te zasłony mistyfikacji, można m.in. dostrzec, jak czyni to współcześnie sędzia Jed S. Rakoff, że sensem orzeczenia *Marbury* było unieważnienie ustawy Kongresu właśnie po to, by prezydent mógł działać tak, jak mu się żywnie podoba. „Orzeczenie *Marbury* było zapowiedzią tego, co miało nadejść, ponieważ przez kolejne 200 lat Sąd znajdował zawsze sposób, żeby uniknąć zakłócania rozlicznych działań egzekutywy, które zasadnie mogły być postrzegane jako bezprawne”¹⁶⁶.

W uwagach wprowadzających pisałem o dwóch orzeczeniach *Marbury v. Madison*, tym z XIX w. i tym zmitologizowanym z XX w. Podobnie ujmuje to Christopher L. Eisgruber, którego zdaniem „orzeczenie *Marbury* ma większe znaczenie jako artefakt kulturowy niż jako precedens prawny. Stało się ono symbolem, którego Amerykanie używają w celu rozważania zakresu sędziowskiej kontroli prawa i relacji między prawem a polityką”¹⁶⁷. Kulturowy sukces orzeczenia *Marbury* okazał się po dwóch stuleciach olśniewający. Paul W. Kahn trafnie stwierdza, że Sąd uznał w nim za fakt to, co było wówczas najwyżej wyrazem aspiracji: rządzi nami prawo, nie ludzie. Współczesne sądy są tak głęboko usadowione w tej aspiracji z orzeczenia *Marbury*, że z trudem mogą wyobrazić sobie świat poza prawem. Uważają za oczywiste, że głos sędziowski jest głosem ludu i rządu prawa są rządami ludu¹⁶⁸. Thomas C. Shevory zauważył, że w 1955 r. ceniony badacz, przytaczany także powyżej, George L. Haskins, wyraził opinię, że orzeczenia Marshalla „żyją prawie tak samo, jakby były częścią Konstytucji”. Po 30 latach grono badaczy z kolejnej generacji potwierdziło, że pomimo znacznego rozwoju nauki to się nie zmieniło, Sąd nadal odnosił się do orzeczeń Sądu Marshalla, prawie jakby były częścią Konstytucji¹⁶⁹.

John Marshall, autor najwyżej wyniesionego z tych symbolicznych orzeczeń i prawie wszystkich innych „wielkich orzeczeń” z jego ery, miał też wielkie szczęście, argumentuje Jack M. Balkin, ponieważ z punktu widzenia późniejszych generacji stał po „właściwej” stronie w większości narodowych dysput, w których orzekał:

Ujmując to wprost, Marshall był beneficjentem amerykańskich polityków, którzy, zwłaszcza w XX w., zaakceptowali znaczenie sędziowskiej kontroli prawa, zabiegali o zwiększoną rolę rządu federalnego i ustanowili przewagę ogólnopaństwowych regulacji nad kontrolą stanową. Wojna secesyjna i Nowy Ład dotyczyły supremacji federalnej wobec stanów, a okres Nowego Ładu dotyczył też federalnej supremacji regulacyjnej. Choć sędziowska kontrola prawa była atakowana w okresie Nowego Ładu, orzeczenia Marshalla w sprawach *McCulloch* i *Gibbons* mogły być łatwo rozumiane jako przejawy

¹⁶⁶ J.S. Rakoff, *Don't Count on the Courts*, „New York Review of Books” 2018, vol. 65, no. 6, s. 46.

¹⁶⁷ Ch.L. Eisgruber, „*Marbury*”, *Marshall and the Politics of Constitutional Judgment*, „Virginia Law Review” 2003, vol. 89, no. 6, <http://dx.doi.org/10.2307/3202393>, s. 1204.

¹⁶⁸ P.W. Kahn, *The Reign of Law...*, s. 4.

¹⁶⁹ T.C. Shevory, *Introduction*, [w:] idem (ed.), *John Marshall's Achievement...*, s. 1.

powściągliwości sędziowskiej, a nie manifestacje władzy, ponieważ odwoływały się one do dokonywanych w Kongresie rozstrzygnięć co do zakresu kompetencji ogólnopństwowych. W każdym razie, na tle rewolucji praw i ruchu na rzecz praw obywatelskich w drugiej połowie XX w. sędziowska kontrola prawa stała się znowu całkowicie szanowana, a orzeczenie *Marbury* stało się uznanym symbolem roli, jaką sądy mogą odgrywać w czynieniu z Ameryki sprawiedliwego społeczeństwa pod rządami prawa.

Wszystko to jest na swój sposób paradoksalne. Choć Marshall pisał na rzecz rozrastającej się władzy sędziowskiej i federalnej, sądy i rząd federalny mają znacznie więcej władzy i wpływu, niż mógłby o tym marzyć, a zapewne sprzeciwiałby się wielu elementom współczesnej doktryny. Co ważniejsze, władza federalna i sędziowska, przynajmniej w XX w., często była łączona z ideami progresywnymi i liberalnymi. John Marshall nie był progresywistą ani liberałem. Był obrońcą wielu wartości Partii Federalistów przez lata od jej upadku. Z punktu widzenia współczesnego społeczeństwa bardziej byłby sprzymierzeńcem bogatych i wpływowych niż biednych i bezsilnych.

Mimo to Marshallowi współcześnie okazuje się cześć, ponieważ dobrze odgadł kierunek rozwoju państwa, a odgadł dobrze nie tylko dzięki swej mądrości, ale też z tego powodu, że okazał się przydatny dla ludzi, którzy nastali po nim¹⁷⁰.

Podobnie rzecz ujmuję R. Kent Newmyer, pisząc, że do dopełnienia legendy Marshalla jedynym brakującym elementem był dowód, że walczył on po zwycięskiej stronie historii. Wojna domowa i nacjonalizm gospodarczy końca XIX w. załatwiły ten problem. Historykom pozostało tylko udokumentowanie mitu, co przyszło im z łatwością¹⁷¹. Jeszcze bardziej ulegało mitowi wielu prawników i politologów, w tym cytowanych w niniejszej pracy. Podkreślę, że moim celem było nie tylko zderzenie poglądów i obnażenie fałszywości zmitologizowanego ujęcia działalności Marshalla, ale też wyrażenie głębszego niepokoju w związku z tym, na jak fałszywych podstawach budowano postrzeganie amerykańskiego (nie)ładu konstytucyjnego, zwłaszcza w drugiej połowie XX w. Rozważmy słowa politologa Roberta K. Faulknera z 1989 r., wówczas czołowego badacza dorobku Marshalla, który swój tekst otwierający zbiór studiów o osiągnięciach Prezesa rozpoczyna następującymi, całkowicie fałszywymi stwierdzeniami:

Sąd Najwyższy uczynił wiele, aby Stany Zjednoczone stały się i pozostały demokracją konstytucyjną czy liberalną, a nie zwykłą demokracją. Sąd Marshalla w latach 1801-35 zrobił najwięcej, choć w obliczu potężnych ruchów demokratyzujących kierowanych przez Thomasa Jeffersona, a potem Andrew Jacksona. Prezes John Marshall i jego

¹⁷⁰ J.M. Balkin, *The Use that the Future Makes of the Past. John Marshall's Greatness and its Lessons for Today's Supreme Court Justices*, „William and Mary Law Review” 2002, vol. 43, no. 4, s. 1325-1326.

¹⁷¹ R.K. Newmyer, *The Supreme Court under Marshall and Taney*, s. 20.

towarzysze wynieśli Sąd Najwyższy z nieregularnego mroku do na wpół politycznej znakomitości jako głos prawie świętego prawa fundamentalnego¹⁷².

Takie postrzeganie demokracji liberalnej, jakie wynika z oparcia jej na „osiągnięciach” Marshalla, nie jest li tylko błędem historycznym, ale oznacza też milczące zaakceptowanie wspomnianego autorytarnego rozkroku, rzutującego na teraźniejsze rozumienie demokracji liberalnej. Robertowi K. Faulknerowi trudno zarzucić brak świadomości. W zbiorze, z którego pochodzi ten cytat, jest jedynym autorem odwołującym się do orzeczenia *Stuart v. Laird*. Czyni to co prawda jedynie przelotnie, ale w latach 80. XX w. samo to podnosiło go do rangi wybitnie zorientowanego badacza.

¹⁷² R.K. Faulkner, *The Marshall Court...*, s. 13.

Jak Marshall odkrył Dzikie Zachód

Faktyczny udział Prezesa Marshalla w kluczowych wydarzeniach z początkowych dekad istnienia państwa amerykańskiego został zatarty, nie przyciągał należytej uwagi historyków, a prawnicy nader często zadowalali się powtarzaniem za Marshalllem tego, co pisał w orzeczeniach, bezkrytycznie w ten sposób przyjmując jego „fikcje”, czyli budowane przez niego narracje, za rzetelne przedstawienie zdarzeń i prawa. O wielu takich narracjach Prezesa pisałem powyżej, ale podkreślić pragnę, że omówiłem zaledwie wstępny okres aktywności Johna Marshalla, odbywającej się w Sądzie, przez Sąd i dla Sądu, jak mógłbym to określić, parafrazując Lincolna. W tym bowiem okresie wydane zostało orzeczenie *Marbury v. Madison*, któremu we współcześnie obowiązującym micie, zwłaszcza w ramach orzecznictwa Sądu Najwyższego i w niezliczonych podręcznikach prawniczych, przypisuje się walor zasady początkowej, normy stanowiącej podstawę rozumienia całego konstytucyjnego ustroju Stanów Zjednoczonych Ameryki, a sprowadzającej się do formuły, że tylko Sąd Najwyższy może autorytatywnie stwierdzać, jak należy rozumieć Konstytucję, będącą nadrzędnym prawem zwykłym. To rozpowszechnione przekonanie jest właściwie wyrazem wiary w pewnego rodzaju pozytywną teorię spiskową, zgodnie z którą Wielki Mistrz Marshall w mniej lub bardziej rzeczywistej skrzyni z orzecznictwem ukrył formułę konstytucyjnego Graala, którą wierny zakon prawników realizuje po stuleciach. Dobrodusznie wykpiwał w swej twórczości takie rozumienie procesów historycznych Umberto Eco, wskazując m.in. na problem koordynowania spotkań tajemnych sprzysiężeń na przestrzeni wieków w trakcie reform kalendarza. W sensie ustrojowym przełożyłbym to na wiarę, że zdania kreślone przez Marshalla za prezydentury Jeffersona miały faktyczną moc sprawczą za prezydentury Eisenhowera, w zupełnie innej rzeczywistości polityczno-społecznej. Jednakże pewna ukryta skrzynia z czasów Marshalla rzeczywiście została odkryta w XX w.

Jeszcze za prezesury Johna Marshalla, a po 1803 r., Sąd był bowiem uczestnikiem znacznie ważniejszych procesów ustrojowych, których przedstawienie wymagałoby osobnego, obszernego rozwinięcia. Przełamując stosowany zasadniczo dotychczas przeze mnie układ chronologiczny, wykorzystam tu jednak pewien bardzo mało znany epizod z późniejszej historii Sądu, który bezpośrednio dotyka wielu poruszanych powyżej kwestii, a pozwala lepiej ocenić, jak dobrze Marshall odkrył kierunek rozwoju państwa i to, czy stał po „właściwej” stronie narodowych dysput. W istocie bowiem poważnym

motywem poruszanych powyżej kwestii była ziemia, pieniądze i władza, a dokumenty częściowo zakodowane, pozwalające na wyświetlenie wpływu Prezesa Marshalla na kluczowe dla rozwoju państwa amerykańskiego rozwiązanie prawne, czy też, ujmując to bezpośrednio, na wynalazek sędziowski, zostały przypadkiem odkryte w 1991 r. przez profesora Lindsaya G. Robertsona z University of Oklahoma w skrzyni znajdującej się w piwnicy domu nieopodal Filadelfii. Dom zamieszkiwał potomek ostatniego sekretarza spółki United Illinois and Wabash Land Companies, której inwestorzy od 1773 do 1823 r. usiłowali uzyskać potwierdzenie swego tytułu prawnego do nabytych od Indian ziem. Chodziło o połąkę żyznego terenu w dzisiejszych stanach Indiana i Illinois, mierzącą bagatela, 43 tysiące mil kwadratowych, czyli jedną trzecią powierzchni Polski i blisko połowę powierzchni współczesnego Zjednoczonego Królestwa¹.

Żądza przejęcia przez amerykańskich kolonistów ziem, na których żyli sformowani w plemiona tubylcy, poprzedzała powstanie państwa amerykańskiego i stanowiła ważny, choć nieeksploatowany w późniejszej tradycji narodowowyzwoleńczej motyw pobudzający do rewolucji przeciwko Brytyjczykom. Jak to ujął badacz tego okresu: „historia amerykańskiego osadnictwa to, ogólnie rzecz biorąc, historia ignorowania i wywłaszczania”². Alan Taylor tłumaczy, że „sprawa patriotyczna” połączyła pograniczne łaknienie indiańskiej ziemi ze strachem przed brytyjską potęgą. Koloniści obawiali się, że zostaną zamknięci w ramach granic patrolowanych przez dzikich wojowników sprzymierzonych z dominującym imperium. Patrioci amerykańscy uważali ten sojusz Brytyjczyków z tubylcami za tyraniczną przeszkodę wobec prawa kolonistów do przejęcia indiańskich ziem i oskarżali Brytyjczyków o rzekomą zdradę wobec rasowej solidarności białych³. Brytyjczycy zresztą nie tylko strzegli Indian przed żądnymi krwi Amerykanami, ale też Amerykanów przed samymi sobą. Bez brytyjskiej władzy w Ameryce Północnej prawdopodobny był wybuch w połowie XVIII w. wojny pomiędzy skonfliktowanymi koloniami⁴. Nawet w nowszych pracach historycznych kwestie te bywają zgrabnie tuszowane. Spójrzmy, jak James T. Kloppenberg, opisując protesty kolonistów przeciwko Brytyjczykom, narastające w latach 60. XVIII w., subtelnie odnosi się do traktowania Indian: „Na granicy ten sam buntowniczy duch manifestował się w rewoltach dzierżawców, które czasami zwracały się przeciwko ludom tubylczym”⁵.

Podkreślę, że gdy mowa o patriotach łakących ziem zachodnich, nie chodzi jedynie o bezmiennych osadników „czasami” zwracających się przeciwko Indianom. Mówimy tu o czołowych rewolucjonistach i Ojcach Założycielach. Na przełomie 1768 i 1769 r.

¹ L.G. Robertson, *Conquest by Law. How the Discovery of America Dispossessed Indigenous Peoples of Their Lands*, Oxford University Press, New York 2005, s. xix-4.

² L.M. Friedman, *A History of American Law*, New York 2007, s. 24.

³ A. Taylor, *American Revolutions. A Continental History, 1750-1804*, New York 2017, s. 251.

⁴ T. Wiecech, *Unia w myśli politycznej Thomasa Jeffersona*, Kraków 2012, s. 36.

⁵ J.T. Kloppenberg, *Toward Democracy. The Struggle for Self-Rule in European and American Thought*, New York 2016, s. 296.

Thomas Jefferson rozpoczął starania o nabycie 7 tysięcy akrów ziemi na zachód od pasma Appalachów, gdzie znajdowały się m.in. tereny łowieckie Czirokezów. Planował podzielić je na działki po 200 akrów i sprzedać przesiedlającym się rodzinom pograniczników. Podobnie George Washington w tym samym okresie pisał w liście, że największe majątki w Wirginii zbito na tanim kupnie żyznych ziem zachodnich i zyskowej odsprzedaży, gdy kolonizacja sprawiła, że nabrały wartości.

Takie transakcje ziemskie gentlemanów z Wirginii napotkały jednak przeszkodę. W 1768 r. władze brytyjskie zawarły traktat z Czirokezami (traktat z Hard Labor), gwarantujący utrzymanie przez plemię własności ziem, które pragnęli nabyć m.in. Jefferson i Washington. W związku z tym elity Wirginii zgromadzone w izbie niższej kolonialnego parlamentu (House of Burgesses) wystąpiły z petycją do władz brytyjskich, aby uchylić traktat⁶. Dekadę później, w ramach wojny rewolucyjnej z Brytyjczykami i wspomagającymi ich Indianami, ów „buntowniczy duch”, niewinnie przedstawiany przez Jamesa T. Kloppenberga, skłonił patriotów do podjęcia, jak to ujmuje niemiecki historyk Holger Hoock, „jednej z największych i najbardziej złożonych operacji Armii Kontynentalnej w trakcie całej wojny”. Zaplanowana i nadzorowana bezpośrednio z udziałem Washingtona ekspedycja generała Sullivana z 1779 r. miała, wedle słów Washingtona, doprowadzić do całkowitego zniszczenia i spustoszenia osad tzw. Sześciu Plemion, czyli konfederacji Irokezów, pojmania jak największej liczby jeńców oraz zniszczenia ich zbiorów. Hoock komentuje, że Washington, skazując w ten sposób Indian, którzy przeżyli ataki Sullivana, na śmierć głodową, nakazał ekstremalną wersję tzw. *feed fight*, walki głodem. W XVIII w. najpowszechniejszym określeniem tej taktyki było „wytępienie”. „Dziś uznalibyśmy to za formę ludobójstwa” – pisze wprost Holger Hoock⁷.

Przytaczałem powyżej pogląd, że Madison, krytykując lokalne programy pomocy dla dłużników, po prostu realizował etykę wzajemności i w ten sposób domagał się sprawiedliwości dla oszukiwanych kredytodawców. Faktyczne motywacje Madisona były jednak nieco inne, co odsłonił Woody Holton. Madison również był zainteresowany spekulacjami ziemią Indian, i to żywotnie. Wiosną 1787 r. trzydziestosześcioletni Madison wciąż mieszkał w posiadłości swego ojca w Montpelier i z braku funduszy nie mógł się usamodzielniać. W sensie ekonomicznym pozostawał dzieckiem upokarzająco poddanym władzy ojca. Potrzebował pieniędzy na założenie własnego gospodarstwa, a w tamtych czasach majątek szybko osiągnąć można było na spekulacji ziemskiej. Trzy lata wcześniej Madison z markizem de Lafayette udali się na podpisanie traktatu pokojowego z Indianami w Fort Stanwix, w dzisiejszym stanie Nowy Jork. Podczas podróży rzeką Mohawk Madison dostrzegł żyzność ziem przejmowanych przez władze od Indian. Rok później Madison zasięgnął porady Washingtona, czy warto w tym regionie

⁶ W. Holton, *Forced Founders. Indians, Debtors, Slaves, and the Making of the American Revolution in Virginia*, Chapel Hill 1999, s. 3-5.

⁷ H. Hoock, *Scars of Independence. America's Violent Birth*, New York 2018, s. 281.

nabyć grunty. Nie mógł lepiej trafić, Washington sam nabył właśnie ziemie w dolinie Mohawk i zachwalał Madisonowi ich walory. Madison zawarł więc spółkę z ówczesnym kongresmanem Jamesem Monroe i obaj przyszli prezydenci wiosną 1786 r. nabyli niewielki obszar 900 akrów, czyli około 360 hektarów. Madison nie mógł jednak zdobyć środków nawet na tę wstępną transakcję z powodu opisanych wcześniej problemów z podażą pieniądza w kryzysowych latach po wojnie rewolucyjnej. Ojciec Madisona miał m.in. trudności z uzyskiwaniem opłat od swoich dzierżawców. Całość inwestycji opłacić musiał Monroe, długo później spłacany przez Madisona. Madison bardzo chciał skorzystać z okazji i nabyć znacznie większą połąć ziem, których oddanie wymuszono na Indianach. Poprosił więc o pomoc Jeffersona, również doświadczonego w spekulacjach ziemskich. Jefferson był wówczas emisariuszem w Paryżu, więc Madison zaprosił go do spółki, zachęcając do zaciągnięcia wysokiej pożyczki od Francuzów w wysokości kilku tysięcy złotych luidorów, a najchętniej jeszcze zastawienia posiadłości Jeffersona. Jefferson nie dał się skusić, gdyż właśnie niepowodzeniem zakończyły się jego starania o pożyczkę we Francji dla Washingtona. Jefferson, a za nim Madison, zorientowali się, że zagraniczne środki na inwestycje będą dla tak przedsiębiorczych Amerykanów jak oni niedostępne tak długo, jak sami Amerykanie wspierani przez lokalne władze nie będą spłacać wcześniejszych długów⁸. Ta motywacja doprowadziła, jak już wiemy, do wyłączenia w federalnej Konstytucji swobody władz stanowych w sprawach zobowiązań umownych. Rozpoznać też możemy znajomy motyw, kilkanaście lat później w podobny sposób zagraniczne środki na zakup gruntów będą starali się pozyskać bracia Marshallowie, korzystając ze swych koneksji politycznych. Elementem pozwalającym na pełne rozeznanie się w sytuacji jest to, że rzekoma „etyka wzajemności” Madisona mogła być uruchomiona dopiero wtedy, gdy z umożliwiających powstanie szybkich fortun ziem zostali groźbą, podstępem lub wytępieniem wyparci nieobjęci tą etyką Indiancy autochtoni, tworząc możliwość usamodzielnienia się Madisona i całego młodego państwa.

Howard Zinn napisał, że ze wszystkich podporządkowanych grup w amerykańskim społeczeństwie zdominowanym przez bogatych białych mężczyzn Indianie byli najbardziej obcy, najbardziej „zewnątrzni”. Z będącymi przeszkodą Indianami radzono sobie metodami siłowymi, a tylko w wyjątkowych okolicznościach palenie wiosek poprzedzał język paternalizmu. Wysiedlenie Indian było niezbędne w celu oczyszczenia ziemi pod osadnictwo białych między Appalachami a Missisipi, uprawę bawełny na Południu i zboża na Północy. Ta oczyszczona ziemia pozwalała na ekspansję, imigrację, kopanie kanałów, budowę linii kolejowych, wznoszenie nowych miast, czyli po prostu na tworzenie kontynentalnego imperium. Ziemia Indian po ich wcześniejszym usunięciu była więc niezbędna. Podczas wojny rewolucyjnej niemal wszystkie większe plemiona tubylcze walczyły po stronie brytyjskiej. Brytyjczycy jednak wrócili do swej ojczyzny, Indianie pozostali we własnej ojczyźnie, czyli Ameryce, i kontynuowali walkę z osadnikami, rozwija Howard

⁸ W. Holton, *Unruly Americans and the Origins of the Constitution*, New York 2007, s. 23-26.

Zinn. Początkowo władze amerykańskie próbowały pojednawczej polityki. Sekretarz wojny w administracji Washingtona, Henry Knox, stwierdził, że Indianie jako pierwsi mieszkańcy posiadają prawo do tej ziemi. Im bardziej biali przesuwali się na zachód, tym bardziej narastał jednak nacisk osadników na rząd federalny. Już prezydent Jefferson zobowiązał rząd federalny do przeprowadzenia wysiedlenia plemion z Georgii. Jednym z istotnych epizodów w narastająco wrogiej polityce władz amerykańskich wobec Indian było odkrycie w 1829 r. na terytorium Czirokezów w Georgii złota. Prezydent Jackson w orędziu z 1830 r. przekonywał, że szybkie usunięcie Indian przyniesie wszystkim korzyści. Biali stworzą cywilizowane społeczności, a Indianie pod ochroną rządu i pod wpływem dobrych rad odrzucą dzikie zwyczaje i staną się podobną do białych zaczął, cywilizowaną i chrześcijańską społecznością. W konflikt władz Georgii z Indianami, którzy nie zrozumieli skali tych korzyści i nie chcieli opuścić swych ziem, włączył się Sąd, który w sprawie *Worcester v. Georgia* z 1832 r. orzekł, piórem Prezesa Marshalla, że władze Georgii zobowiązane są do przestrzegania traktatu zawartego przez władze federalne z Czirokezami⁹.

Zrekonstruowana przez Lindsaya G. Robertsona na podstawie jego znaleziska i późniejszej wieloletniej pracy badawczej historia gigantycznej spekulacji ziemskiej i nie mniej rozbudowanej batalii polityczno-prawnej obfituje w zdarzenia, postaci, zwroty akcji, zbiegi okoliczności i argumenty prawne. Przedstawię więc ją tu w radykalnym skrócie, akcentując zwłaszcza wątki zbliżone do opisywanych wcześniej sposobów, w jakie Federaliści, w tym John Marshall, wykorzystywali swą pozycję społeczną i prawo dla własnych celów. Po uchwaleniu przez władze brytyjskie ustawy stemplowej w 1765 r. stosunki władz brytyjskich z koloniami amerykańskimi zaczęły się gwałtownie pogarszać. Zaburzenia ustrojowe poprzedzające ogłoszenie przez kolonie niepodległości stworzyły próżnię, którą wykorzystywali wpływowi i zamożni speculanci ziemscy, zainteresowani zwłaszcza tanimi i żyznymi ziemiami Indian. Parcie osadników na zachód powstrzymywali pierwotnie Francuzi i liczne plemiona Indian. Po wyparciu Francuzów władze brytyjskie nadal pragnęły utrzymywać osadników na naturalnej granicy, jaką tworzyły góry Allegheny, stanowiące część pasma Appalachów. W 1763 r. król Jerzy III wydał niezwykle kontrowersyjną dla kolonistów proklamację, która rezerwowała tereny na zachód od Alleghenów dla Indian i zakazywała kolonistom nabywania takich ziem oraz osiedlania się na nich bez zezwolenia Korony. Na mocy proklamacji z 1763 r. tylko władze brytyjskie, reprezentowane przez gubernatorów i dowódców wojskowych, mogły nabywać te ziemie od Indian. Pomysłowy agent ziemski firmy z Filadelfii, William Murray, postanowił obejść zakaz królewski i w niejasnych okolicznościach pozyskał kopię opinii prawnej sporządzonej w 1757 r. przez lorda Camdena, brytyjskiego prokuratora generalnego, oraz Charlesa Yorke'a, zastępcę prokuratora generalnego. Opinia

⁹ Zob. obszernie H. Zinn, *Ludowa historia Stanów Zjednoczonych. Od roku 1492 do dziś*, tłum. A. Wojtasik, Warszawa 2016, s. 177-196.

ta została wydana na potrzeby Kompanii Wschodnioindyjskiej, aby ta mogła nabywać ziemię w Indiach (w tym miejscu można już przeczuwać, dokąd zmierza ta opowieść) bez czasochłonnego zabiegania każdorazowo o zezwolenie Korony. Dokument ten przewidywał, że zezwolenia królewskie nie są potrzebne w przypadku ziem nabywanych przez Kompanię „od Mogoła lub indyjskich książąt” („from the Mogul or any of the Indian princes”). Dynastia Wielkich Mogołów władała północnymi Indiami oddalonymi od gór Allegheny o przeszło 12 tysięcy kilometrów, ale agent Murray posługiwał się dogodnie zmienioną wersją opinii Camdena-Yorke’a, z której usunięto odwołanie do Kompanii Wschodnioindyjskiej oraz Mogoła. Po wyruszeniu na zachód Murray okazywał brytyjskim dowódcom wojskowym sprawującym pieczę nad przestrzeganiem proklamacji z 1763 r. opinię prawną nobliwych brytyjskich jurystów, z której wynikało zezwolenie na nabywanie ziemi od samych „Indian princes”. Wskutek zamierchłej pomyłki Kolumba „indyjscy książęta” oznaczać zaczęli nad Missisipi „indiańskich wodzów”. W 1773 r. Murray nabył od grupy Indian Illinois tytuł do pierwszych olbrzymich połaci ziemi. Ostatecznie, po kolejnych transakcjach i przekształceniach spółka Illinois and Wabash Companies (dalej IWC) rościła sobie prawo do wspomnianych 43 tysięcy mil kwadratowych żyznych i niezwykle korzystnie ulokowanych ziem¹⁰. Dodać trzeba, za Woodym Holtonem, że wielu amerykańskich historyków niesłusznie odmawiało uznania związku proklamacji z 1763 r. z rewolucją. Akt ten nie stanowił faktycznej przeszkody dla osadników przekraczających „papierową granicę”. W 1773 r. w „Virginia Gazette” napisano, że nawet drugi chiński mur strzeżony przez milion żołnierzy nie zapobiegłby osadnictwu na zachodzie. Jednakże spekulantów ziemskich, czyli polityczną elitę Wirginii, proklamacja doprowadziła do szału, ponieważ stanowiła dotkliwą przeszkodę prawną. Nie mogli formalnie sprzedawać ziem, do których nie potwierdzili legalnie swego tytułu, ani nie mogli sędownie egzekwować opłat od samowolnych osadników¹¹. Dobrze ilustrują to losy spółki IWC.

Dalsze, pieczołowicie odtworzone przez Lindsaya G. Robertsona, wysiłki spółki IWC na rzecz zalegalizowania spisku ziemskiego przedstawiały się następująco. Początkowo to władze brytyjskie odmawiały uznania legalności tej transakcji, ale kilka miesięcy po pierwszym zakupie doszło do słynnego zniszczenia ładunku herbaty w bostońskim porcie, więc po niedługim czasie i z uwzględnieniem rewolucyjnej zawieruchy głównym adwersarzem spółki IWC stawały się kolejno władze kolonii Wirginia, właściwe terytorialnie na mocy królewskiego statutu, następnie władze państwa Wirginia, a wreszcie Kongres Stanów Zjednoczonych. Spółka IWC zabiegała o przychylność przekształcających się elit władzy, przyjmując do grona udziałowców lub zatrudniając imponujący krąg osób. Pewne pojęcie o przemysłowości tych zabiegów może dać informacja, że spółce sprzyjał m.in. lord Dunmore, królewski gubernator Wirginii, dla pewności przyjęty

¹⁰ L.G. Robertson, *Conquest by Law...*, s. 5-8.

¹¹ W. Holton, *Forced Founders...*, s. 7-8.

do spółki wraz z synem; gubernator Maryland Thomas Johnson Jr. (późniejszy Sędzia Sądu Najwyższego) oraz delegat z tego państwa do Kongresu Kontynentalnego Samuel Chase (późniejszy Sędzia Sądu Najwyższego); Sędzia Sądu Najwyższego James Wilson (lobbował w Kongresie na rzecz spółki już po powołaniu do Sądu) czy m.in. wpływowy senator Robert Morris.

Na wczesnym etapie trwającej ostatecznie pół wieku batalii polityczno-prawnej znaczenie miał zwłaszcza udział inwestorów, a zarazem polityków z Maryland, którzy przez 2 lata blokowali ratyfikację przez Maryland Artykułów Konfederacji, żądając od Kongresu Kontynentalnego uznania transakcji dotyczących ziem zachodnich dokonanych przed wojną rewolucyjną, czyli właśnie nabytków spółki IWC. Kiedy uformowały się władze federalne, wpływowi przedstawiciele spółki IWC starali się na różne sposoby uzyskać potwierdzenie swych roszczeń do zachodnich ziem od Kongresu, na podstawie ustawy z 1790 r. bowiem tylko władze federalne mogły nabywać ziemie od Indian. Władze Wirginii rzekły się zaś swych roszczeń do ziem objętych uprzednio statutem królewskim na rzecz Konfederacji pod warunkiem, że wszystkie takie ziemie wejdą do wspólnego funduszu Konfederacji, poza gruntami zarezerwowanymi dla weteranów wojennych. W latach 90. XVIII w. opór delegatów z Wirginii i potrzeba zachowania pokoju z Indianami uniemożliwiły w Kongresie dobicie targu ze spółką IWC. Pomimo tych opóźnień udziałowcy spółki mogli liczyć na pomyślne dokończenie swej niezwykle intratnej inwestycji, ponieważ wszyscy więksi udziałowcy byli Federalistami zajmującymi ważne stanowiska państwowe, zwłaszcza w Kongresie i Sądzie. Utrata władzy przez to środowisko polityczne w następstwie wyborów z 1800 r. była wielkim ciosem dla spółki IWC. Pozostała jednak ostatnia droga, na której wszystkie inwestycje finansowe i polityczne czynione od 1773 r. mogły przynieść udziałowcom upragnione zatwierdzenie ich transakcji z „indyjskimi książętami” z Illinois. Chodziło o wydobycie korzystnego orzeczenia od Sądu Najwyższego, ostatniej reduty Federalistów, kierowanej przez doświadczonego spekulanta ziemskiego, Johna Marshalla.

Na tej drodze też piętrzyły się rozliczne przeszkody, związane zwłaszcza z przeniesieniem do Sądu sprawy z terytorium, na którym nie funkcjonował jeszcze federalny okręg sądowy, ale także ze spreparowaniem odpowiedniego powództwa sądowego i doбором stron postępowania. W pierwszej dekadzie XIX w. administracja Jeffersona radykalnie powiększyła terytorium Stanów Zjednoczonych, m.in. w drodze umów z plemionami tubylczymi, więc na części ziem objętych roszczeniami spółki IWC zaczęły funkcjonować urzędy ziemskie sprzedające działki osadnikom. Roszczeń spółki komisarze ziemscy nie przyjęli, uznając jej transakcje za nieważne z powodu naruszenia proklamacji królewskiej z 1763 r. Po 30 latach starań wydawało się, że wszystko stracone, ale w 1810 r. Sąd Najwyższy w orzeczeniu *Fletcher v. Peck* orzekł na korzyść podobnej spółki, która uzyskała prawo do gruntów Indian w wyniku przekupienia prawie wszystkich legislatorów w stanie Georgia w ramach tzw. afery Yazoo, która wywołała takie rozdzwinki w stronnictwie Jeffersona, że nie powiodło się usunięcie Samuela Chase’a z Sądu. Lindsay

G. Robertson pisze wprost, że prawnicy spółki New England Mississippi Land Company liczyli na przychyłność Marshalla, Federalisty i spekulanta ziemskiego, a ten ich nie zawiodł i orzekł, że późniejsze działania władz stanu Georgia, starających się unieważnić transakcję dokonaną przez skorumpowanych poprzedników, naruszają Konstytucję. Marshall oparł się w orzeczeniu *Fletcher v. Peck* na wspomnianym „najważniejszym” dla części Federalistów przepisie Konstytucji, tj. na sekcji 10 artykułu I, która zakazuje stanom uchwalania ustaw ograniczających zobowiązania umowne. Przypomnę, że Prezes Marshall był w dość podobnej sytuacji co udziałowcy obu spółek, sam przez kilkadziesiąt lat prowadził podobną operację sądową dotyczącą zabezpieczenia tytułu do ziem lorda Fairfaxa dla siebie samego i swojej rodziny.

Sprawę *Fletcher v. Peck* poprowadził błyskotliwie przed Sądem adwokat i spekulant ziemski Robert Goodloe Harper. Pojawił się on na wcześniejszych stronach jako radykalny Federalista zwalczający konspirację Republikanów, który wraz z Marshalllem pisał w 1800 r. projekt ustawy o sądownictwie i który występował w imieniu sędziów usuwanych następnie ze stanowisk przez ludzi Jeffersona. Po tym sukcesie, wskrzeszającym nadzieje spółki IWC na podobne korzystne rozstrzygnięcie, jej udziałowcy zaprosili Harpera do współpracy. Z wigorem zajął się on przygotowywaniem odpowiedniej sprawy dla Sądu oraz dalszymi naciskami na Kongres, opartymi na argumentach, że opinia Camdena-Yorke’a, czyli spreparowany dokument dotyczący pierwotnie Indii, zezwalał na uzyskanie tytułu do ziem Indian. Odnowienie wysiłków kongresowych było konieczne, ponieważ sprawa *Fletcher v. Peck* była tak rażąco ukartowana, że część Sędziów protestowała przeciwko jej rozpatrywaniu i Harper otrzymał czytelny sygnał, że powództwo spółki IWC musi doprowadzić do Sądu w bardziej konwencjonalny sposób. Adwokat ten w 1816 r. postanowił więc dopilnować sprawy bezpośrednio w Senacie, jako senator z Maryland, wybrany przez legislaturę stanową z drugim udziałowcem spółki IWC. Gdy jednak w tym samym roku przyjęto do federacji stan Indiana, w którego granicach znajdowała się część ziem objętych roszczeniem spółki IWC, stworzyło to łatwiejszą drogę dotarcia do Sądu Najwyższego, więc Harper zrezygnował z funkcji senatora i zajął się preparowaniem fikcyjnego sporu prawnego, który dotarł do Sądu jako sprawa *Johnson v. M’Intosh*.

Docenimy, jak fachowo pod względem personalnym i merytorycznym to przygotowano. Wybrany na powoda wspomniany Thomas Johnson Jr., będący pierwotnym udziałowcem wczesnej inkarnacji spółki IWC, zasiadał nie tylko w pierwszym składzie Sądu Najwyższego, ale też był człowiekiem, który nominował Washingtona na głównodowodzącego Armii Kontynentalnej, a w 1795 r. został sekretarzem stanu w jego administracji. Lindsay G. Robertson zasadnie dodaje, że z tych powodów wiekowy już wówczas Johnson mógł liczyć na szacunek u Prezesa Marshalla, który był protegowanym Washingtona. Na dodatek Johnson miał bratanicę, która była żoną ówczesnego sekretarza stanu Johna Quincy’ego Adamsa. Druga bratanica Johnsona była zaś żoną sędziego Pope’a, który został federalnym sędzią dystryktu w nowo utworzonym stanie Illinois, gdzie Harper zdecydował się przenieść cały zaaranżowany spór. Na pozwanego

wynajęto zaś Williama M'Intosha, byłego członka lokalnych elit Indiany, skłóconego z dawnymi współnikami politycznymi i biznesowymi, któremu spółka IWC zapewniła dwójkę adwokatów.

Harper mistrzowsko zajął się jeszcze dwiema istotnymi kwestiami. Ta strona postępowania, która jako powód miała wygrać postępowanie przed Sądem Najwyższym, czyli w tym wypadku Johnson (a konkretnie jego synowie, gdyż Johnson zmarł w trakcie tej intrygi), musiała przegrać w sądzie dystryktu, aby następnie wnieść odwołanie do Sądu Najwyższego. Zaufany sędzia Pope wydał w swoim dystrykcie jedynie orzeczenie *pro forma*, na niekorzyść Johnsona, ale bez uzasadnienia, aby pozwolić Harperowi na ograniczenie powództwa do wybranych przez siebie zagadnień prawnych. Ta druga kwestia była w praktyce najistotniejsza. Harper dołączył do powództwa uzgodnione przez obie strony stwierdzenie niekwestionowanych faktów. Kwestie tak uzgodnione nie podlegały badaniu przez ławy przysięgłych ani przez sędziów. W normalnych warunkach rozwiązanie takie nie budziło kontrowersji, ponieważ w ramach kontradiktoryjnych procesów strony nie miały powodów, aby uzgadniać okoliczności dla siebie niekorzystne. W przypadku sporu zaaranżowanego całkowicie przez Harpera uzgodnione stwierdzenie faktów pozwalało na skupienie postępowania sądowego wyłącznie na kwestii, na której zależało spółce IWC, czyli na potwierdzeniu, że królewska proklamacja z 1763 r. nie stanowiła prawnej przeszkody w nabyciu ziem od Indian, ponieważ, jak argumentował Harper, według brytyjskiej konstytucji zakaz taki mógł ustanowić jedynie Parlament, a nie sam monarcha, a ponadto nabywcy opierali się na opinii Camdena-Yorke'a i pertraktowali z „Indian princes”.

W ramach tej misternej intrygi Harper wykorzystał z maestrią rozwiązania ustrojowe i prawne oraz wpływy personalne popleczników spółki IWC w elitach władzy, aby doprowadzić do podważenia proklamacji z 1763 r. przez Sąd Najwyższy – w którym nie tylko Prezes wykazywał zrozumienie dla wysiłków białych ludzi na rzecz przejmowania ziem Indian, ale w którym orzekał również Joseph Story, niegdysiejszy adwokat spółki z Nowej Anglii, który uzyskał w Sądzie korzystne dla niej orzeczenie *Fletcher v. Peck*. Pełnomocnikami procesowymi M'Intosha było zaś dwóch kolegów Harpera z Maryland, poproszonych o udział w sprawie na pokaz, za najniższą możliwą stawkę. Notabene jednemu z nich, generałowi Winderowi, przypisywano tak nieudolne dowodzenie w bitwie pod Bladensburgiem w 1814 r., że Brytyjczycy rozgromili wojska amerykańskie, a następnie zdobyli i spalili Waszyngton. Tym razem, przed Sądem, porażka Windera i jego współpracownika w starciu z Harperem i wspierającą go, wynajętą najjaśniejszą gwiazdą palestry, Danielem Websterem, miała być równie dotkliwa, ale w najdrobniejszych szczegółach zaplanowana.

Gdy w 1823 r. Sąd rozstrzygał sprawę *Johnson v. M'Intosh*, wystąpiły jednak dwie okoliczności poza kontrolą Harpera, które zdeterminowały treść orzeczenia. Nieoczekiwanie dwaj adwokaci M'Intosha postanowili przyłożyć się do swego udziału w sfingowanym procesie i choć znali kluczowe dla Harpera uzgodnione stwierdzenie faktów oraz racje

spółki IWC przedstawiane już wcześniej Kongresowi, postanowili rozszerzyć swą argumentację o tezę, że Indianie w ogóle nie mogli sprzedawać swych ziem po założeniu przez Brytyjczyków kolonii w Ameryce. Ponieważ w orzeczeniu *Fletcher v. Peck* 13 lat wcześniej Prezes Marshall wspomniał, że istnieje jakiś rodzaj tytułu prawnego Indian do ich ziem, który musi być respektowany we wszystkich sądach, a władze federalne nabywały ziemie od Indian, argument ten zapewne był pomyślany jedynie jako bezpieczne i niekłopotliwe wzbogacenie argumentacji w udawanym procesie.

O losach spółki Illinois and Wabash Companies przesądziło jednak wydarzenie rozgrywające się w Senacie kilka dni przed rozpoczęciem sesji Sądu w lutym 1823 r. W podobnej sprawie dotyczącej roszczeń wysuwanych wobec zupełnie innych ziem Indian Senat uznał, że roszczenia są bezpodstawne, nie mogło dojść do żadnego nabycia gruntów od Indian, ponieważ zakazywała tego proklamacja królewska z 1763 r. Lindsay G. Robertson stwierdza, że ten sygnał, jaki Senat wysłał Sądowi, przesądził o wyniku orzeczenia *Johnson v. M'Intosh*. Harper i spółka IWC po prostu nie mogli liczyć na orzeczenie Sądu sprzeczne z jasnym stanowiskiem Senatu.

Na podstawie studiów nad relacjami między Sądem a władzami politycznymi za prezesury Marshalla mogę z pełnym przekonaniem potwierdzić tę ocenę profesora Robertsona. Nie jesteśmy jednak skazani na domysły. Tuż po rozstrzygnięciu Senatu, a jeszcze przed orzeczeniem Sądu, udziałowcy spółki IWC zaczęli w panice wyprzedawać swe udziały. Na domiar złego trzech członków administracji prezydenckiej, w tym prokurator generalny, uznało, że uzgodnione stwierdzenie faktów w sprawie *Johnson v. M'Intosh* jest ukartowane. Stosownie do tych sygnałów Prezes Marshall orzekł, że rozstrzygnięcie sądu dystryktu było trafne (to sfingowane orzeczenie, niekorzystne dla spółki IWC, potrzebne Harperowi do wniesienia odwołania), a spółka IWC nie mogła nabyć prawa do ziem wbrew jasnemu zakazowi zawartemu w proklamacji królewskiej z 1763 r.¹²

Gdyby orzeczenie w sprawie transakcji z „indyjskimi książętami” sprowadziło się tylko do tego ustalenia, mogłoby pozostać wyłącznie kolejnym, po orzeczeniach *Marbury* i *Fletcher*, przykładem, jak sumiennie Prezes Marshall prowadził postępowania w pozorowanych sprawach. Bardzo trafnie Paul Finkelman zauważa jednak, że pod pewnymi względami orzeczenie *Johnson v. M'Intosh* było najważniejszą sprawą w ramach „indiańskiej trylogii” (obejmującej także częściej wspominane orzeczenia *Cherokee Nation v. Georgia* z 1831 r. oraz *Worcester v. Georgia* z 1832 r.). Marshall uznał w sprawie *Johnson*, że plemiona Indian nie miały żadnego tytułu prawnego do ziem, na których żyły, a to oznaczało, że przez następne 70 lat Stany Zjednoczone mogły całkowicie bezkarnie odbierać ziemię Indianom. Wymyślona przez Marshalla doktryna była, jak

¹² Zob. obszernie L.G. Robertson, *Conquest by Law...*, s. 10-76.

zasadnie to nazywa Finkelman, całkowicie zgubna i najprawdopodobniej najbardziej szkodliwa dla Indian¹³.

Spójrzmy bowiem, jak ze znanstwem zaliczył Prezes Marshall plemiona tubylcze do kategorii podludzi pozbawionych praw:

Tytuł prawny na podstawie podboju jest uzyskiwany i utrzymywany dzięki sile. To dokonujący podboju określa jego granice. Jednakże ludzkie uczucia, wpływające na opinię publiczną, ustanowiły zasadę ogólną, że podbici nie powinni być bez powodu ciężeń oraz że ich stan powinien pozostawać odpowiedni do celów podboju. Zwyczajnie są oni włączani do zwycięskiej nacji i stają się poddanymi lub obywatelami władz państwowych, z którym są połączeni. (...) Kiedy takie włączenie jest praktyczne, ludzkie uczucia domagają się, a mądra polityka wymaga, aby prawa podbitych do własności pozostawały nienaruszone (...)

Kiedy podbój zostaje dokonany, a podbici mieszkańcy mogą zmieszać się z dokonującymi podboju lub być bezpiecznie rządzeni jako odrębny lud, opinia publiczna, której nawet dokonujący podboju nie może lekceważyć, nakłada na niego te ograniczenia, a on nie może ich pomijać bez uszczerbku dla swej sławy lub bez zagrożenia dla swej władzy.

Jednak członkowie plemion Indian zamieszkujący ten kraj byli wściekłymi dzikusami, których zajęciem była wojna i których egzystencja opierała się głównie na lesie. Pozostawić ich w posiadaniu ich kraju to pozostawić kraj w zdziczeniu; a rządzenie nimi jako odrębnym ludem było niemożliwe, ponieważ byli równie waleczni i temperamentni co wściekli i byli gotowi zbrojnie odpierać wszelkie zamachy na ich niezależność¹⁴.

Wydzwięk tych fraz dobrze podsumował David P. Waggoner. Od samego początku kolonizacji przez Europejczyków podbój Nowego Świata traktowany był jako zawsze legalny, przynajmniej jeśli chodziło o Europejczyków. Od samego początku bowiem podbój błogosławiony był przez biskupów Rzymu ogłaszających wolę Boga. Papieskie bulle z XV w. zmaterializowały w prawie amerykańskim Marshall w orzeczeniu *Johnson v. M'Intosh*. Stwierdzając, że ludy zamieszkujące Amerykę od tysięcy lat nie mają żadnych praw do zamieszkiwanej ziemi, przejmowanej przez władze kolonialne, Sąd jasno wyraził, że Indianie istnieją przedmiotowo, ale nigdy nie mogą być rozumiani jako istniejący podmiotowo, na równych prawach z Europejczykami¹⁵. Jeśli uwzględnimy, że bez wypędzenia i wybicia Indian państwo amerykańskie mogłoby istnieć najwyżej w formie Stanów Zjednoczonych Wschodniego Wybrzeża Ameryki, to istotnie Prezes

¹³ P. Finkelman, *The Constitution, The Supreme Court, and History*, „Texas Law Review” 2009, vol. 88, no. 2, s. 365-366.

¹⁴ *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823).

¹⁵ Zob. D.P. Waggoner, *The Jurisprudence of White Supremacy. Inter Caetera, Johnson v. M'Intosh and San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, „Southwestern Law Review” 2015, vol. 44, no. 4, s. 750-753.

Marshall stał po „właściwej” stronie narodowej dysputy, w której orzekał w sprawie *Johnson* w 1823 r.

W słowach o Stanach Wschodniego Wybrzeża nie ma wcale przesady. Tak Eric Kades rozpoczyna swoje omówienie orzeczenia *Johnson*:

U źródła większości tytułów prawnych do ziem w Ameryce, poza pierwotnymi trzynastoma koloniami, znajduje się federalny akt nadania ziemi (*federal patent*). Z kolei prawomocność rządowego tytułu opiera się na „wielkiej sprawie *Johnson v. M'Intosh*”, w której stwierdzono, że dokonujący odkrycia suweren ma wyłączne prawo do wygaśnięcia praw Indian do ich ziem, za pomocą nabycia lub po prostu wojny¹⁶.

Choć niniejsza książka ograniczona jest do założycielskiego mitu sądowej kontroli prawa i nie obejmuje kolejnych dekad, w których Marshall orzekał w Sądzie, ujawnić tu mogę konkluzję uwzględniającą całokształt dorobku Marshalla. W sferze *judicial review*, wbrew mitowi, pozostał on jedynie teoretykiem, nie praktykiem. Jednakże w sferze podboju Marshall był praktykiem. Nie chodzi tylko o to, że jego rozległe włości obejmowały tereny odebrane uprzednio Indianom. Chodzi właśnie o wyrażenie przez Johna Marshalla w prawie amerykańskim, w którym miało to żywotne, dosłownie, znaczenie, tzw. „doktryny odkrycia” (*discovery doctrine*) pozwalającej na zabieranie ziemi Indianom. Marshall w istocie polegał wprost na zagranicznych źródłach i teoriach obcych uczonych, przytaczanych obficie w argumentacji adwokata, m.in. takich jak Vattel, Pufendorf czy Grocjusz, aby uznać, że wszystkie państwa europejskie przyjęły doktrynę odkrycia, a w ślad za nimi także Amerykanie¹⁷.

Jak jednak zauważa Joel Richard Paul, w należącym do Marshalla mocno zniszczonym od użycia egzemplarzu dzieła Vattela *The Law of Nations* uczony ten odrzucił doktrynę odkrycia i wyraźnie zaprzeczył, jakoby Europejczycy mieli roszczenia do większego terytorium, niż mogli faktycznie użytkować¹⁸. W przeciwieństwie do teorii snutych w Europie i twórczo zniekształconych orzeczenie Marshalla miało bardzo praktyczne i przyziemne znaczenie. Według syntetycznego, encyklopedycznego ujęcia:

Orzeczenie to spowodowało, że uprawnienia Indian do ziemi stały się podrzędne wobec europejskich regulacji tytułów prawnych do ziemi, co przygotowało grunt pod masowe zniesienie tytułu Indian na całym kontynencie. Ponieważ plemiona Indian mogły sprzedawać tylko Stanom Zjednoczonym, zostały przymuszone do opartego na

¹⁶ E. Kades, *History and Interpretation of the Great Case of Johnson v. M'Intosh*, „Law and History Review” 2001, vol. 19, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2307/744212>, s. 67.

¹⁷ P. Finkelman, *When International Law Was a Domestic Problem*, „Valparaiso University Law Review” 2010, vol. 44, no. 3, s. 782-783.

¹⁸ J.R. Paul, *Without Precedent. Chief Justice John Marshall and His Times*, New York 2018, s. 403.

traktatach procesu cedowania ziem, w którym władze amerykańskie „nabywały” te ziemie w setkach traktatów (...)¹⁹.

Podkreślić trzeba z całą mocą, że rozstrzygnięcie Marshalla oparte było na całkowicie fałszywej relacji historycznej. Już w cytowanym powyżej fragmencie orzeczenia widoczne było, że koncepcją, na której oparł swe rozumowanie Prezes, był podbój. Jak to krok po kroku objaśnia Lindsay G. Robertson, dwie zasadnicze tezy, które chciał udowodnić Marshall, były następujące. Po pierwsze, Wielka Brytania w drodze podboju objęła ziemie indiańskie i dysponowała prawami do nich, co oznaczało dalsze przekazywanie przez władze brytyjskie tytułów prawnych do tych ziem, niezależnie od tego, czy nadal przebywali na nich Indianie. Po drugie, zdaniem Marshalla, niepodległe państwa amerykańskie, a zwłaszcza kluczowe w tej sędziowskiej machinacji państwo Wirginia, przejęły od Brytyjczyków prawo do dysponowania ziemiami Indian²⁰. Ziemie te po eufemistycznie nazwanym „odkryciu” stały się przedmiotem podboju, a jak to napisał Marshall: „Podbój daje tytuł prawny, któremu sądy podbijającego nie mogą zaprzeczyć (...)”²¹. Notabene to imperialistyczne i bezwzględne stwierdzenie stanowi dla współczesnego autora, Johna V. Ortha, okazję do wychwalania literackiego stylu Marshalla. Omawiając trzy książki poświęcone Marshallowi, narzeka Orth, że tak niewiele jest w nich cytatów z Marshalla i pochwał dla walorów jego stylu i rytmu, a za swój ulubiony epigramat, czyli aforyzm, uznaje Orth właśnie przytoczone zdanie o podboju i sądach podbijającego²².

Lindsay G. Robertson wyjaśnia dalej, że Prezes Marshall, tworząc swoją wersję historii kolonizacji Ameryki – przygotowaną w zaledwie osiem dni, ponieważ przepisał ją w większości z pierwszego tomu napisanej przez siebie biografii Washingtona, przygotowanej bez dostępu do źródłowych materiałów brytyjskich – przeczył dostępnym wtedy powszechnie ujęciom alternatywnym, zgodnie z którymi Brytyjczycy raczej ziemie od Indian nabywali, niż przejmowali. Przypomnę zresztą, że Indianie walczyli w wojnie rewolucyjnej po stronie Brytyjczyków. Całkowicie fałszywa była zaś druga teza Marshalla, jakoby władze amerykańskie odziedziczyły po Brytyjczykach prawa do ziem Indian. W 1787 r. Kongres Konfederacji wyraźnie sprzeciwił się incydentalnym próbom formułowania roszczeń do ziem indiańskich wywodzonych z podboju, stwierdzając, że podstawą transakcji z Indianami, a więc nabywania od nich ziem, będzie sprawiedliwość i publiczna wiara. Kiedy następnie władze kilku stanów próbowały dysponować ziemiami gwarantowanymi Indianom traktatami federalnymi, obie izby Kongresu odmawiały uznania roszczeń osobom powołującym się na nadania stanowe. Jak to więc cierpko

¹⁹ R.J. Strickland (revised by S.L. Harring), *Native Americans*, [w:] K.L. Hall (ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York 2005, s. 670.

²⁰ Zob. L.G. Robertson, *Conquest by Law...*, s. 100-104.

²¹ *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823).

²² J.V. Orth, *John Marshall and the Rule of Law*, „South Carolina Law Review” 1998, vol. 49, no. 3, s. 634, przyp. 3.

konkluduje Robertson, Marshall miał całkowitą rację, gdy stwierdzał w orzeczeniu, że nie były zupełnie podważane w sądach nadania ziem Indian dokonywane przez władze federalne, tyle że powodem było to, iż w ogóle takich nadań nie było. Od 1784 r. Kongres nie przyznawał żadnych praw do ziem, których uprzednio nie nabyto od Indian. Władze federalne faktycznie rościły sobie prawo wyłącznie do pierwokupu ziem Indian²³.

W tym zakresie, z konieczności, władze federalne kontynuowały politykę władz brytyjskich, które unikały kosztownej wojny z tubylcami. Wbrew rozeniom Marshalla Indianie nie uważali się za odkrywanych poddanych. Po pokoju paryskim z 1763 r., kończącym wojnę siedmioletnią, na mocy którego Brytyjczycy mieli przejąć większość ziem tzw. „Nowej Francji” w Ameryce, wodzowie indiańscy ostrzegli Brytyjczyków, że zaskoczeni są przekazywaniem ich ziem przez ludzi, do których one nie należą, a pobicie Francuzów nie oznacza pobicia Indian. Po brutalnych walkach władzom brytyjskim udało się w latach 1764-1766 zawrzeć pokój z Indianami, za największe zaś zagrożenie dla spokoju na granicy uznali Brytyjczycy aktywność osadników, a nie Indian²⁴. Istnieje ponadto dodatkowy mocny dowód na fałszywość ustaleń historycznych Marshalla. Sam Prezes przedstawił tę historię zupełnie inaczej w późniejszym o kilka lat orzeczeniu.

Rozstrzygnięcie Marshalla w 1823 r. miało natomiast także czysto ekonomiczny wymiar, na który zwraca uwagę Eric Kades, akcentujący, że amerykańskie prawo promowało nie tyle wywłaszczanie Indian, co wywłaszczanie efektywne, pozwalające na pozbycie się Indian jak najmniejszym kosztem. Zgodnie z orzeczeniem *Johnson*, skoro Indianie nie dysponowali równym prawem własności i nie mogli sprzedawać swoich ziem indywidualnym nabywcom, to Europejczycy nie mogli licytować między sobą coraz wyższych cen, więc ziemia Indian pozostawała tania²⁵. Ostatecznie jednak nie dość tania dla wyruszających na Zachód osadników. Amoralne reguły prawne tworzone przez władze amerykańskie powszechnie nie były respektowane przez samych Amerykanów. Począwszy od ustawy z 1796 r., ziemie federalne miały być sprzedawane w formie równo odmierzonych, prostokątnych działek, ale osadnicy zajmowali je bezprawnie przed podziałem, a Kongres ustąpił w 1841 r., legalizując tę praktykę przepisami nadającymi prawo pierwokupu po minimalnej cenie urzędowej głowom rodzin, które zajęły publiczne działki²⁶. Można więc powiedzieć, że większość ziem amerykańskich przejęto za bezcen podwójnie, najpierw od Indian, potem od władz federalnych.

Tu jednak zrodzić się może pytanie, jak to się stało, że sfingowane powództwo spółki IWC, w którym adwokat Harper rozmyślnie stworzył za pomocą uzgodnionego

²³ Zob. L.G. Robertson, *Conquest by Law...*, s. 101-112.

²⁴ A. Taylor, *American Revolutions...*, s. 57-61.

²⁵ E. Kades, *The Dark Side of Efficiency. Johnson v. M'Intosh and the Expropriation of American Indian Lands*, „University of Pennsylvania Law Review” 2000, vol. 148, no. 4, <http://dx.doi.org/10.2307/3312840>, s. 1071-1072 i n.

²⁶ L.M. Friedman, *A History of American Law*, s. 170.

stwierdzenia faktów taką sytuację procesową, w której kwestia zdolności Indian do sprzedaży ziem nie miała być w ogóle podejmowana, dało Marshallowi asumpt do wyrażenia doktryny wpływającej na losy całego kontynentu, a także innych terenów. Do rozstrzygnięcia sprawy zgodnej z oczekiwaniem władz politycznych wystarczyło przecież uznanie, że proklamacja królewska z 1763 r. niweczy roszczenia spółki i niepożądane były analizy dotyczące „wściekłych dzikusów”. Ziemie, które pragnęła przejąć spółka IWC, miały gigantyczny rozmiar, ale na skalę europejską. Tu wrócić możemy do elektryzujących ustaleń Lindsaya G. Robertsona, który bardzo przekonująco wyjaśnia, jak to się stało, że spreparowane powództwo, dotyczące faktycznie stanu prawnego w 1773 r. w brytyjskim sądzie, przekształcone zostało przez Marshalla w rozstrzygnięcie zupełnie innej kwestii, nabrzmiałej w 1823 r. Rozpoznać tu możemy poruszane przeze mnie wątki. Otóż Prezes Marshall za pomocą dwóch orzeczeń starał się rozstrzygnąć konflikt między władzami i ludnością swego macierzystego stanu Wirginia a władzami stanu Kentucky, utworzonego na części pierwotnego terytorium Wirginii w 1792 r. Wbrew umowie zawartej między Wirginią a Kentucky władze tego drugiego stanu nie chciały respektować roszczeń mieszkańców Wirginii do ziem, które po separacji znalazły się w granicach Kentucky. Pobocznym elementem tego sporu, ale bardzo ważnym dla Marshalla, było to, że w granicach Kentucky znalazły się też ziemie, które w trakcie wojny rewolucyjnej władze Wirginii zarezerwowały dla weteranów z milicji stanowej. Przypomnę, że sam Marshall był generałem milicji stanu Wirginia. Poza troską o losy weteranów Marshallowi przyświecała także w 1823 r., gdy rozstrzygał sprawę spółki IWC, potrzeba ochrony Sądu. Dwa lata wcześniej Sąd stał się obiektem gwałtownej krytyki w stanie Wirginia, ponieważ w orzeczeniu *Cohens v. Virginia* Sąd po raz pierwszy poddał kontroli orzeczenie sądu stanowego w sprawie karnej. Pozwane przed Sądem władze stanowe z Wirginii uznały to za przekroczenie uprawnień przez Marshalla i odmówiły udziału w sprawie. Spór Sądu z Wirginią groził kryzysem konstytucyjnym, zwłaszcza gdyby Wirginię wsparło Kentucky, również sprzeciwiające się ingerencjom Sądu w sprawy lokalne. 27 lutego 1823 r. Sąd, piórem Sędziego Washingtona, rozstrzygnął bezpośrednio powództwo w sprawie *Green v. Biddle*, dotyczącej nierespektowanych przez władze Kentucky roszczeń mieszkańców Wirginii. Przepisy stanowe z Kentucky, chroniące mieszkańców tego stanu zajmujących ziemie, do których roszczenia zgłaszali mieszkańcy Wirginii, zostały uznane za niezgodne z Konstytucją. Dzień później Prezes Marshall ogłosił rozstrzygnięcie w sprawie *Johnson v. M'Intosh*, które w ukrytej warstwie dotyczyło weteranów milicji z Wirginii i ich roszczeń do ziem w Kentucky.

Cała wymyślona przez Prezesa na podstawie fałszywej relacji historycznej „doktryna odkrycia” nie miała znaczenia dla rozstrzygnięcia powództwa spółki IWC, ponieważ do tego wystarczyło powołać się w jednym akapicie orzeczenia na proklamację królewską z 1763 r., zwłaszcza że Sędziowie zorientowali się, iż spreparowana opinia Camdena-Yorke'a dotyczyła pierwotnie tylko Indii. Doktryna „odkrycia” była jednak potrzebna weteranom z Wirginii. Przyznane im w zamian za służbę ziemie zajmowali bowiem In-

danie Czikasawowie. Marshall doskonale o tym wiedział, gdyż to jego ojciec, mierniczy Thomas Marshall, kierował w 1784 r. ekspedycją, która miała wydzielić odpowiednie działki na przeznaczonym dla weteranów obszarze na zachód od rzeki Tennessee. Wspominałem o tym wcześniej, więc przypomnę, że ród Marshallów skupywał także akty nadania ziem od weteranów. Czikasawowie nie dopuścili jednak przybyszów na kontrolowane przez siebie tereny, więc ówczesny gubernator Wirginii, Patrick Henry, zawiesił operację przejmowania gruntów, w obawie przed wojną z Indianami. Dodatkowo sam John Marshall w 1789 r., jako członek legislatury w Wirginii, współtworzył wspomnianą umowę między Wirginią a Kentucky. W późniejszych latach, w ramach sporów terytorialnych między Wirginią a Kentucky, władze Kentucky twierdziły, że władze Wirginii nie mogły skutecznie nadać weteranom milicji ziem, które należały do Indian. W 1818 r. Czikasawowie na mocy traktatu zrzekli się praw do ziem na zachód od Tennessee, co otworzyło możliwość sprzedawania ich bezpośrednio przez władze Kentucky, bez uwzględniania konkurencyjnych roszczeń.

Jak przekonuje Lindsay G. Robertson, Prezes Marshall miał dwa ukryte cele, gdy pisał orzeczenie *Johnson v. M'Intosh*. Pragnął złagodzić postawę Wirginii wobec Sądu oraz potwierdzić prawa weteranów z Wirginii do ziem na terenie Kentucky, co przy okazji antagonizowało dwa stany, zmniejszając prawdopodobieństwo, że wspólnie wystąpią przeciwko Sądowi. W sądach Kentucky nie wystarczyłoby twierdzenie, że władze Wirginii przekazały weteranom prawo pierwokupu ziem Czikasawów, taki argument byłby skuteczny tylko w ramach sporów prawnych w obrębie stanu Wirginia. Konieczne było wykazanie, że władze Wirginii dysponowały pełną własnością do nadanych ziem, jedynie zamieszkiwanych przez Indian, a następnie ten pełny tytuł własności został skutecznie przeniesiony na weteranów. Temu właśnie służyła „doktryna odkrycia”, podkreśla Robertson, stworzona w orzeczeniu, w którym Marshall połączył rozstrzygnięcie sporu toczzonego przed Sądem z uwagami pobocznymi (*obiter dicta*), tak aby zręcznie rozwiązać inny problem²⁷. Przy tym wszystkim, choć Marshall wymyślał historię i prawo na doraźne potrzeby, jak zawsze dobrze odczytywał nastroje. Bartholomew H. Sparrow zauważa, że wygląda na to, iż większość ludzi z generacji Ojców Założycieli bez wahania akceptowała zawarte w Deklaracji Niepodległości określenie „bezlitosne indiańskie dzikusy”, dotyczące podmiotów znajdujących się zupełnie poza konstytucyjną wspólnotą „My, lud”. Zgodnie z tym podejściem władze federalne traktowały Indian w sposób zależny od potrzeb, czemu Marshall nadał formę orzeczenia²⁸.

Jak zapowiadałem, można rozpoznać w całej tej historii motywy podobne do tych, które uprzednio opisywałem, więc ustalenia profesora Robertsona istotnie uzupełniają prowadzony tu wywód. Ponownie widzimy Sędziego Marshalla swobodnie manipulują-

²⁷ Zob. obszernie L.G. Robertson, *Conquest by Law...*, s. 77-116.

²⁸ B.H. Sparrow, *Empire*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York 2015, s. 314.

cego materiałem faktycznym i prawnym, głęboko uwikłanego osobiście w rozpatrywane sprawy, tworzącego autorsko normy prawne, przedstawiane jako oczywiste i zrozumiałe same przez się. Występuje jednak zasadnicza różnica między sprawami *Marbury v. Madison* i *Stuart v. Laird* – rozstrzygniętymi z równym brakiem poszanowania dla powinności sędziowskiej, z których nie wyniknęło nic doniosłego poza przyzwoleniem Sądu na przejęcie kontroli nad sądownictwem przez Republikanów – a dotyczącą incydentalnie Indian sprawą *Johnson v. M'Intosh*. Ustanowiona w niej doktryna odkrycia nie stała się mitem, w przeciwieństwie do deklaracji o sędziowskiej kontroli prawa z orzeczenia *Marbury*. Spójrzmy, jak trwałe dziedzictwo sfałszowanej przez powodów i zmanipulowanej przez Marshalla sprawy *Johnson* przedstawia się z obecnej perspektywy. Znaczący problematyki, Stuart Banner, stwierdza, że przekonanie, iż Indianie nie mogli dysponować prawem własności do swych ziem, podzielała grupa zawodowa mająca w tym interes, czyli prawnicy. Od prawie 200 lat prawnicy i sędziowie zawsze traktowali orzeczenie *Johnson v. M'Intosh* jako jeden z kamieni węgielnych amerykańskiego prawa. Trwałe znaczenie orzeczenia *Johnson* podtrzymuje się co roku na wydziałach prawa, ponieważ jest to pierwsze orzeczenie zadawane większości studentów na obowiązkowym kursie prawa rzeczowego. W bestsellerowym podręczniku orzeczenie *Johnson* określone jest jako „geneza naszego przedmiotu”. Pomimo dyskomfortu wynikającego z rasistowskiego wydźwięku orzeczenia i w związku z tym zaliczania go nawet do antykanonu „jest to prawdopodobnie jedyny element tego antykanonu, który pozostaje obowiązującym prawem i na który kilka razy w roku powołują się sądy niższych instancji”²⁹. W 1989 r. jeden z badaczy uznał wręcz, że Sąd Marshalla „stał po stronie Indian, a w efekcie wywołał bardziej humanitarną politykę federalną, nawet jeśli nigdy nie była pomyślnie realizowana, przez wszystkich prezydentów, od Washingtona, przez Republikanów z Wirginii, po Andrew Jacksona”³⁰. Podobnie biograf Marshalla, Joel Richard Paul, wyraził swój zachwyt, pisząc, że Marshall utkał swą opinię w *Johnson v. M'Intosh* niczym wytworny adamaszek, dlatego że pozornie odmawiała Indianom praw do ziemi, ale tak naprawdę Marshall „zabezpieczył prawa Indian do zajmowania i używania swych ziem bez ingerencji ze strony władz stanowych lub federalnych”³¹. Cytuję te słowa, by po raz kolejny pokazać, jak nieodparty wpływ wywiera nadal Marshall na badaczy gotowych do radykalnych przeinaczeń, byle tylko przedstawić swego bohatera w jak najlepszym świetle.

Cała ta historia zakończyła się bowiem w tragiczny sposób, kładąc się cieniem na ostatnich latach życia Prezesa Marshalla, co pozwala też lepiej zrozumieć zawikłane po-

²⁹ S. Banner, *How the Indians Lost Their Land. Law and Power on the Frontier*, Cambridge, Mass. 2007, s. 11-12.

³⁰ R.K. Faulkner, *The Marshall Court and the Making of Constitutional Democracy*, [w:] T.C. Shevory (ed.), *John Marshall's Achievement. Law, Politics, and Constitutional Interpretations*, New York 1989, s. 30.

³¹ J.R. Paul, *Without Precedent...*, s. 405.

czątki sądownictwa konstytucyjnego i osobistą odpowiedzialność Sędziów za wymyślane doktryny. Okazało się, że Marshall nie pomógł weteranom, ponieważ orzeczenie *Green v. Biddle* nie zostało w stanie Kentucky prawidłowo wykonane. Politycy i ludność tego stanu otwarcie zbuntowali się przeciwko sądownictwu federalnemu, czego wyrazem stało się nawet ustanowienie nowego, alternatywnego sądu apelacyjnego, działającego obok starego, który chciał podporządkować się rozstrzygnięciu Sądu Najwyższego. Miejskowa legislatura uchwaliła dodatkowe przepisy jeszcze bardziej chroniące miejscowych użytkowników spornych gruntów. Politycy z Kentucky domagali się zaś w Kongresie ukrócenia samowoli Sądu i zgłaszali postulaty kontrolowania jego orzeczeń przez Senat oraz usuwania sędziów federalnych na podstawie rezolucji obu izb Kongresu³². Roszczenia weteranów milicji z Wirginii, a raczej, z uwagi na upływ półwiecza, roszczenia osób, które nabyły lub uzyskały wirginijskie akty nadania ziemi, zostały zaspokojone dopiero w 1830 r. przez Kongres, który wprowadził wymianę niewykorzystanych aktów na ziemię federalne w innych stanach³³. Prezes Marshall odebrał zaś kolejny raz, jak to ujął R. Kent Newmyer, najboleśniejszą konstytucyjną lekcję swego życia, pouczony przez amerykański lud, że decyzje Sądu nie są ostateczne³⁴. Tragizm nie dotyczył jednak zawodu Marshalla co do dzieła swego życia, lecz losu Indian, którym Prezes instrumentalnie nadał status dzikusów.

Ponownie bardzo pomocna jest tu rekonstrukcja dokonana przez Lindsaya G. Robertsona. Marshall, tworząc doktrynę odkrycia, miał podstawy sądzić, że wcale nie formułuje zasady dotyczącej statusu kontynentu rozciągającego się między Atlantykiem a Pacyfikiem. Władze federalne faktycznie nabywały ziemię od Indian, a problem weteranów z Wirginii, którym się w istocie zajmował, miał charakter jednorazowego, niepowtarzalnego epizodu. Doktryna odkrycia została jednak z entuzjazmem podjęta w stanie Georgia, którego władze szukały sposobu i uzasadnienia dla wspomnianego wysiedlenia Czirokezów z zajmowanych przez nich atrakcyjnych ziem na terenie stanu. Według tej doktryny brytyjska Korona przejęła tytuł także do ziem Czirokezów, ponieważ dokonała ich „odkrycia”, a następcą prawnym tego tytułu stał się stan Georgia po ogłoszeniu niepodległości. W 1824 r. Czirokezi poinformowali co prawda prezydenta Monroe, że nie zamierzają sprzedać ani wymienić swych ziem, a ten nie zdecydował się na rozwiązanie siłowe i przekazał Kongresowi, że Czirokezi mają prawo do swej ziemi. Władze Georgii nie ustawały jednak w wysiłkach na rzecz wysiedlenia Indian. W grudniu 1828 r. legislatura Georgii uchwaliła ustawę przyłączającą ziemię Czirokezów do pięciu

³² B. Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One. The Road to Judicial Supremacy*, „New York University Law Review” 1998, vol. 73, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.60449>, s. 407-408; M.J. Klarman, *How Great Were the „Great” Marshall Court Decisions?*, „Virginia Law Review” 2001, vol. 87, no. 6, <http://dx.doi.org/10.2307/1073950>, s. 1152.

³³ L.G. Robertson, *Conquest by Law...*, s. 117.

³⁴ R.K. Newmyer, *Chief Justice Marshall in the Context of His Times*, „Washington and Lee Law Review” 1999, vol. 56, no. 3, s. 848.

okręgów Georgii i powodującą objęcie Indian prawem stanowym. W marcu kolejnego roku zaprzysiężony został prezydent Andrew Jackson, gorący zwolennik wysiedlania Indian, który zdecydowanie wsparł działania władz Georgii i wezwał Kongres do uchwalenia ustawy o wysiedleniu Indian. Jej zwolennicy w trakcie debat parlamentarnych wprost powoływali się na orzeczenie *Johnson v. M'Intosh*. W maju 1830 r. *Indian Removal Act* został podpisany przez prezydenta Jacksona. Gdy Prezes Marshall dowiedział się o tym, był wyraźnie poruszony planowanym przymusowym wysiedleniem Indian, w jednym z listów pisał, że człowieczeństwo wymaga opłakiwania podejmowanych działań. W sądach Georgii orzeczenie *Johnson v. M'Intosh* zaczęło być wykorzystywane jako podstawa objęcia Indian prawem stanowym. Prezes Marshall próbował najwyraźniej uchylić swoje wcześniejsze rozstrzygnięcie. Okazję stanowiła sprawa *Worcester v. Georgia*, dotycząca objęcia ziem Indian prawem stanu Georgia, rozstrzygnięta w Sądzie w 1832 r. W orzeczeniu tym Prezes Marshall całkowicie zdezawuował wymyśloną przez siebie 9 lat wcześniej doktrynę odkrycia, stwierdzając, że akt odkrycia ziem daje odkrywającemu jedynie prawo pierwokupu. Ponieważ ta nowa norma prawna ogłoszona przez Marshalla, zgodna zresztą ze stanem faktycznym przed 1823 r., podważała politykę administracji Jacksona i zabiegi władz Georgii, władze federalne i stanowe podjęły kampanię na rzecz przywrócenia doktryny z orzeczenia *Johnson*. Na polecenie prezydenta Jacksona sekretarz ds. wojny, Lewis Cass, napisał anonimowo artykuł prasowy przedrukowany w całym kraju, powtarzający tezy z orzeczenia *Johnson* o przejęciu praw do ziem na podstawie ich odkrycia. Administracja prezydencka nakłaniała plemiona do zawierania traktatów o przesiedleniu. Jackson wysłał m.in. generała Coffee, aby przekazał wahającemu się plemieniu Czikasawów, że niezależnie od tego, co słyszeli o nowszym orzeczeniu *Worcester v. Georgia*, i tak zostaną objęci prawem stanowym. Czirokezi nie chcieli zgodzić się na traktat przesiedleńczy, w 1835 r. dwie skłócone delegacje plemienne dotarły do Waszyngtonu, jedna z nich nieprzejeżdżana, odwołująca się do orzeczenia *Worcester*. Druga delegacja, ciepiej przyjęta, skłonna była do negocjacji i to z nią władze amerykańskie podpisały traktat o przesiedleniu. Istotne jest to, że w 1835 r. zmarł Prezes Marshall, a kontrolę nad Sądem przejęli nominaci prezydenta Jacksona. W tym samym roku Sąd w orzeczeniu *Mitchel v. United States* przywrócił doktrynę odkrycia z pierwotnego orzeczenia Marshalla z 1823 r.³⁵

Wspomnieć też trzeba, że Amerykanie zżęcznie rozgrywali od samego początku animozje plemienne. Kiedy na mocy traktatu z Hard Labor z 1763 r. brytyjska Korona zagwarantowała Czirokezom ziemie, które chcieli przejąć gentlemani z Wirginii, po niecałym miesiącu wielce wpływowy agent ds. Indian, William Johnson, doprowadził do zawarcia traktatu z Fortu Stanwix, w którym te same ziemie zostały przekazane Wirginii, tyle że przez Irokezów z północy, którzy co prawda ich nie kontrolowali, ale przedstawili się jako „starsi bracia” plemion z południa, pozyskali sowitą zapłatę, a przy

³⁵ Zob. obszernie L.G. Robertson, *Conquest by Law...*, s. 118-139.

okazji, zrzekając się cudzych terenów, liczyli na to, że osłabią w ten sposób napływ kolonistów na własne ziemie³⁶. Dramatycznym epilogiem tych zdarzeń był niesławny Szlak Łez Czirokezów, czyli ich przymusowa deportacja na tereny dzisiejszego Ohio, z kulminacją w 1838 r., podczas której według różnych szacunków zmarło być może nawet 4 tysiące Indian. Prezydent Van Buren zimą tego roku mógł ogłosić w Kongresie: „Szczera radością napawa mnie możliwość powiadomienia państwa o całkowitym przesiedleniu Indian Czirokezów do ich nowych domów na zachód od Missisipi. Środki podjęte na podstawie upoważnienia Kongresu w celu rozwiązania długotrwałego sporu z nimi przyniosły najlepsze skutki, a wyemigrowali oni bez widocznego oporu”³⁷.

Przedstawiam tu radykalny skrót wydarzeń dotyczący tego, jak Indianie stracili swą ziemię, akcentując tragiczne uwikłanie Prezesa Marshalla w wyrzucie Indian z zajmowanych przez nich terenów. Niezależnie od działań Sądu władze Georgii byłyby zainteresowane ostatecznym rozwiązaniem problemu indiańskiego, a gdy po ich stronie stanęły władze federalne, m.in. w osobie prezydenta Jacksona, specjalisty od wysiedleń, a następnie „szczerze uradowanego” prezydenta Van Burena, los Indian koegzystujących z białymi Amerykanami prawdopodobnie i tak był przesądzony. W wymiarze prawnym tragizm Marshalla polega wszakże na tym, że bezwiednie, manipulując dostępnymi sobie materiałami w celu załatwienia zupełnie innej sprawy, stał się on ideologiem wysiedlania Indian w orzeczeniu *Johnson v. M'Intosh*. Celowo piszę tu o ideologii, żadne poważne argumenty prawne nie stały bowiem za jego doktryną odkrycia.

John Marshall nie pozostawił po sobie wspomnień, więc jego motywacje mogą być oceniane jedynie spekulatywnie, na podstawie jego działań, które zresztą, jak starałem się wskazywać, polegały wielokrotnie na myleniu śladów i skrywaniu intencji. Hagiograficznie usposobieni autorzy ulegali tym trudnościom. Dla przykładu w biografii autorstwa Jeana E. Smitha cała kwestia orzeczeń Marshalla w sprawach Indian przedstawiona jest zupełnie opacznie. Autor ten stwierdza, że orzeczenie Sądu w sprawie *Johnson v. M'Intosh* wraz z licznymi traktatami zawartymi z plemionami „wydawały się zabezpieczać ziemie tubylców przed ingerencją białych osadników”. Autor ten co prawda dodaje zaraz, że ochrona ta okazała się pozorna, z powodu działań władz Georgii³⁸. Brak w tym ujęciu dostrzeżenia, że to właśnie Marshall dostarczył władzom Georgii tak potrzebnego uzasadnienia prawnego, stanowiącego skuteczny mechanizm nacisku na te plemiona Indian, które skłonne były podejmować próby pokojowej koegzystencji z białymi „odkrywcami” i szukać sprawiedliwości na ich warunkach, czyli przed sądami Stanów Zjednoczonych. Dlatego za znacznie bardziej trafne uważam domysły, że Prezes Marshall zrozumiał, jak fatalny błąd popełnił, kreując doktrynę odkrycia, i starał się to później gorączkowo naprawić w orzeczeniu *Worcester v. Georgia*. Podobnie rzecz ujmuje Stuart Banner,

³⁶ W. Holton, *Forced Founders...*, s. 10.

³⁷ J. Ehle, *Trail of Tears. The Rise and Fall of the Cherokee Nation*, New York 1997, s. 391-392.

³⁸ J.E. Smith, *John Marshall. Definer of a Nation*, New York 1998, s. 516.

podkreślający, że jak na swoje czasy orzeczenie to było zdumiewającym opowiedzeniem się po stronie Indian. Opinia Marshalla potwierdzała praktycznie wszystkie argumenty wysuwane przez Czirokezów przeciwko władzom stanu Georgia. Autor ten ocenia, że najwidoczniej Marshall był zakłopotany sposobem, w jaki władze Georgii wykorzystywały jego tezy z orzeczenia *Johnson v. M'Intosh*, i dlatego orzeczenie *Worcester* było donośną deklaracją suwerenności Indian. Rację ma również Banner, gdy zauważa, że Marshall kpiący w tym późniejszym orzeczeniu z 1832 r. z „ekstrawaganckiego i absurdałnego pomysłu”, że skromne osady założone przez pierwszych angielskich kolonistów dały im prawo do całego kontynentu, w istocie zaprzeczał sam sobie, taki absurdałny pomysł sam bowiem propagował 9 lat wcześniej, zainteresowany nie Indianami, lecz sytuacją niezaspokojonych roszczeń białych posiadaczy aktów nadania indiańskich ziem³⁹.

Porównajmy fragmenty dwóch orzeczeń. W 1832 r. w sprawie *Worcester* Sąd tak opisał kwestię tytułu prawnego do ziem amerykańskich:

Wielkie potęgi morskie z Europy odkrywały i przybywały do różnych części tego kontynentu w prawie tym samym czasie. (...) W celu uniknięcia krwawych konfliktów, które mogły zakończyć się fatalnie dla wszystkich, konieczne było ustanowienie przez państwa Europy zasady, którą wszyscy uznawaliby i która rozstrzygałaby o ich wzajemnych prawach. Zasada ta, wynikająca z faktycznego stanu rzeczy, była taka, „że odkrycie nadało tym władzom państwowym, których poddani dokonali go lub z których upoważnienia dokonano go, tytuł skuteczny wobec wszystkich innych europejskich władz państwowych, który to tytuł może być zrealizowany poprzez objęcie w posiadanie” 8 Wheat. 573.

Zasada ta, uznana przez wszystkich Europejczyków, ponieważ w ich interesie leżało jej uznanie, dawała państwom dokonującym odkrycia, jako jego nieuniknionej konsekwencji, wyłączne prawo nabywania ziemi i osiedlania się na niej. Była to zasada wyłączna, która wykluczała konkurencję pomiędzy tymi, którzy na nią przystali, ale nie mogła ona unieważnić wcześniejszych praw tych, którzy na nią nie przystali. Regulowała ona prawo wynikające z odkrycia pomiędzy europejskimi odkrywcami, ale nie mogła wywierać wpływu na prawa tych, którzy już korzystali z posiadania, jako rdzenni mieszkańcy lub jako mieszkańcy na mocy odkrycia dokonanego przed znaną historią. Nadała ona wyłączne prawo do nabywania, ale nie oznaczała zaprzeczenia prawa posiadacza do sprzedaży. (...)

Wkrótce po tym, gdy Wielka Brytania zdecydowała się na zakładanie kolonii w Ameryce, Król nadał przywileje kompaniom swych poddanych, którzy zrzeszali się w celu realizacji tych poglądów Korony oraz własnego wzbogacenia. Pierwsze z tych przywilejów zostały ustanowione, zanim wzięto w posiadanie jakąkolwiek część tego kraju. Miały one doprowadzić do przeniesienia prawa do ziemi od Atlantyku do Morza Południo-

³⁹ S. Banner, *How the Indians Lost Their Land...*, s. 220-221.

wego. Ziemia ta była zamieszкана przez liczne i wojownicze nacje, zdolne i gotowe do obrony swego dobytku. Nikomu nie przyszłoby do głowy ekstrawagancka i absurdalna idea, że marne osady założone na wybrzeżu morskim lub też kompanie, w których imieniu je założono, uzyskały dzięki temu prawowitą władzę do rządzenia ludźmi lub zajmowania ziem od morza do morza. Dobrze rozumiano, że przenoszono tytuł, który zgodnie z prawem powszechnym europejskich suwerenów względem Ameryki można było przenieść, nic ponadto. To było wyłączne prawo do nabywania tych ziem, które tubylcy chcieli sprzedać⁴⁰.

Co wynika z tak przedstawionej relacji historycznej? Prawo pierwokupu ziemi indiańskiej i nic ponadto. W ramach mocarstwowych stref wpływów władza państwowa lub upoważnione przez nią podmioty, na które prawo to przeniesiono, jak kompanie osadnicze, dysponowały wyłącznym prawem pierwokupu ziemi znajdującej się w obrębie danej strefy wpływu (np. Brytyjczycy i ich amerykańscy sukcesorzy w obrębie Wirginii, ale nie Meksyku). Przedstawiona w tym orzeczeniu zasada odkrycia oznaczała tytuł skuteczny wobec innych konkurujących o zdobycze terytorialne państw, ale nie oznaczała uszczuplenia czy zaprzeczenia praw Indian. Ponieważ te wojownicze nacje były zdolne do obrony swoich terenów, władze brytyjskie nabywały od nich ziemie, a absurdem byłaby teza, że ustanowienie pierwszych osad na wschodnim wybrzeżu Ameryki Północnej, z wymierającymi masowo kolonistami, oznaczało przejęcie od Atlantyku po Pacyfik nieograniczonego prawa własności ziemskiej (czyli w angielskim prawie ziemskim tzw. własności „in fee simple”) na mocy aktu wbicia flagi w ziemię.

Porównajmy to teraz z adekwatnym fragmentem orzeczenia tego samego Sądu wydanym 9 lat wcześniej w sprawie *Johnson v. M'Intosh*:

Władcy ze starego świata bez trudności nabrali przeświadczenia, że dokonują szczodrej kompensacji na rzecz mieszkańców nowego świata poprzez obdarowanie ich cywilizacją i chrześcijaństwem w zamian za nieograniczoną niepodległość. Ponieważ jednak wszyscy ci władcy ubiegali się o prawie ten sam cel, w celu uniknięcia konfliktów osiedleńczych i wynikających z nich wojen konieczne było ustanowienie zasady, którą wszyscy uznaliby za przepisy prawa, zgodnie z którymi prawo do zdobywania, wyrażane przez nich wszystkich, powinno być regulowane między nimi samymi. Zasadą tą było to, że odkrycie nadało tym władzom państwowym, których poddani dokonali go lub z których upoważnienia dokonano go, tytuł skuteczny wobec wszystkich innych europejskich władz państwowych, który to tytuł może być zrealizowany poprzez objęcie w posiadanie.

Wykluczenie wszystkich innych Europejczyków w sposób konieczny dało państwom dokonującym odkrycia wyłączne prawo nabywania ziemi od tubylców i ustanawiania na nich kolonii. (...)

⁴⁰ *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832).

Relacje pomiędzy odkrywcami a tubylcami miały być regulowane przez same państwa. Ponieważ tak uzyskane prawa były wyłączne, inne potęgi nie mogły stawać pomiędzy nimi. W ramach ustanowienia tych relacji prawa pierwotnych mieszkańców nie były w żadnym wypadku całkowicie pomijane, ale z konieczności były one w znaczącym stopniu osłabiane. Uznano ich za prawowitych mieszkańców tej ziemi, dysponujących prawnym i słusznym roszczeniem o utrzymanie posiadania oraz używania go według własnego uznania; ale ich prawa do całkowitej suwerenności jako niepodległych państw zostały z konieczności zredukowane, a ich uprawnieniu do dysponowania ziemią według własnego uznania na czyjąkolwiek rzecz zaprzeczyła pierwotna podstawowa zasada, że odkrycie dało wyłączny tytuł tym, którzy go dokonali.

Chociaż różne państwa Europy szanowały prawo tubylców jako mieszkańców, przejęły one na siebie najwyższe zwierzchnictwo, w którego następstwie rościły sobie i egzekwowały prawo do nadawania ziemi znajdującej się w posiadaniu tubylców. Te nadania rozumiane były przez wszystkich jako nadanie tytułu obdarzonym, z uwzględnieniem jedynie prawa Indian do zamieszkania⁴¹.

Tu wyrażona została fikcyjna relacja. Po odkryciu dokonany w imieniu władz angielskich Indianie, w zamian za cywilizację i chrześcijaństwo, utracili własność ziem. Mogą na niej jedynie zamieszkiwać, ale władze brytyjskie, a po nich władze amerykańskie, szczególnie Wirginii, dysponują tytułem prawnym do tych ziem, którym mogą swobodnie rozporządzać. Tę koncepcję 9 lat później uznano za ekstrawagancką i absurdalną, a autorem zarówno zmyślonej ekstrawagancji, jak i jej obalenia był ten sam John Marshall.

Zwróćmy przy tym uwagę na subtelne powiązanie obu orzeczeń. W późniejszym orzeczeniu *Worcester v. Georgia* z 1832 r. nie pada w ogóle nazwa wcześniejszego, przeciwnego orzeczenia *Johnson v. M'Intosh* z 1823 r., ale pojawia się dyskretny cytat z niego, wyrażony w cudzysłowie, o skuteczności tytułu wynikającego z odkrycia. W 1823 r. Marshall twierdzi jednak, że tytuł ten oznacza przejście własności nad ziemią (z uwzględnieniem zamieszkujących na niej Indian). W 1832 r. Marshall przekonuje, że tytuł ten oznacza jedynie prawo pierwokupu ziemi, którą władają nadal Indianie. Lindsay G. Robertson słusznie ocenia, że Marshall bezwstydnie porzucił w późniejszym orzeczeniu historyczną obronę reguły, którą ustanowił w orzeczeniu wcześniejszym. Autor ten dodaje również, że wymowne są sformułowania użyte przez Marshalla. Fraza „nikomu nie przysłaby do głowy” (ta ekstrawagancka i absurdalna idea, którą sam wymyślił) była nonszalancka nawet jak na Marshalla i – zdaniem Robertsona – wyraźnie miała ona na celu odwozić od nadmiernie wścibskiego rozważania prawdy, którą ta formuła poprzedziła. Marshall tylko dwukrotnie wcześniej w orzeczeniach użył tej frazy, natomiast znajdowała się ona w dokumentach przedstawianych Kongresowi przez spółkę IWC, która zaaranżowała całe postępowanie przed Sądem w sprawie ziemi Indian. Trudno

⁴¹ *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823).

również nie przyznać racji profesorowi Robertsonowi, gdy tak puentuje brak wyraźnego odwołania w orzeczeniu *Worcester* do przeciwstawnego wcześniejszego orzeczenia: „John Marshall, kierujący nadal słabowitym Sądem, nigdy wyraźnie nie uchylił własnej decyzji. Orzeczenie *Worcester* miało wymazać wcześniejszą opinię, sprawiając, że nowa reguła, jak to miał w zwyczaju Marshall, wydać się miała oczywista”⁴².

W całej tej intrydze Prezes ponownie wykazał się dobrym wyczuciem tego, jak zadbać o bezpieczeństwo Sądu. Przypomnę sugestię Robertsona, że jednym z celów Marshalla było zwiększenie przychylności Wirginii wobec Sądu i udaremnienie potencjalnego sojuszu tego stanu z Kentucky wymierzonego w Sąd. Tak właśnie się stało. Gdy politycy z Kentucky starali się po orzeczeniach z 1823 r. (*Green v. Biddle* oraz *Johnson v. M'Intosh*) zmobilizować stanową opozycję wobec Sądu, a także zgłosili w Kongresie propozycję konstytucyjnej poprawki przewidującej odwołania od orzeczeń Sądu do Senatu, w usatysfakcjonowanej postawą Sądu Wirginii wysiłki te spotkały się z „niewzruszoną obojętnością”, a reprezentującemu w Kongresie stan Kentucky Henry'emu Clayowi pozostało zarzucenie Wirginii egoizmu i braku konsekwencji⁴³.

⁴² L.G. Robertson, *Conquest by Law...*, s. 133-135 i przyp. 45.

⁴³ M.J. Klarman, *How Great...*, s. 1173-1174 i przyp. 332.

Zakończenie i wtajemniczenie

Na marginesie wysiłków Marshalla związanych ze swobodnym przejmowaniem ziem zajmowanych uprzednio przez Indian warto wspomnieć, że podważał je pewien ważny polityk z jego rodzinnego stanu. W swej wpływowej książce poświęconej Wirginii, opublikowanej w 1785 r., pisał on o Indianach: „Nie jest wcale prawdą, jak się mniema, że ziemie w tym kraju zostały im zabrane drogą podboju”¹. Jeszcze bardziej stanowczo wyraził się ów polityk w 1791 r., gdy piastował już urząd sekretarza stanu, stwierdzając: „(...) Indianie mają prawo do zajmowania swych ziem niezależnie od stanów, w których wytyczonych granicach przyszło im się znajdować, a póki nie scedują ich na mocy traktatu lub innej transakcji odpowiadającej traktatowi, żaden akt stanowy nie może nadać prawa do takich ziem (...)”². Politykiem tym był naturalnie Thomas Jefferson. Animożje między Marshalllem a Jeffersonem nie dotyczyły wyłącznie kwestii symbolicznych, jak szacunek dla Washingtona, czy zamierzonych spraw rodzinnych. Podczas lektury orzeczenia *Marbury v. Madison* – a szczególnie tych fragmentów, w których niewymieniony z nazwiska prezydent przedstawiony zostaje jako burzyciel ładu konstytucyjnego, ponieważ nie potwierdza nominacji swego poprzednika – trzeba pamiętać, że Prezes Marshall ganił w ten sposób wpływową osobę, która podważała możliwość przejmowania ziem Indian i spekulacji nimi, a w działalność taką głęboko zaangażowany był sam Marshall i jego rodzina.

W ten sposób możemy ponownie głębiej spojrzeć na interakcje między Jeffersonem a Marshalllem. Zestawiający poglądy polityczne obu tych gigantów Richard K. Matthews sytuuje Marshalla jako przedstawiciela głównego nurtu ówczesnego myślenia politycznego, czyli jako niedemokratycznego liberała (podobnie jak Hobbesa, Locke’a, Hamiltona i Madisona), którego można postrzegać jako typowego zachłannego indywidualistę. Rozwijając to, autor ten pisze, że fundamentalnym założeniem wszelkich liberalnych teorii przyjmujących zachłanny indywidualizm jest strach – przed innymi i przed niepewną przyszłością. Potrzebny jest więc silny, jednoznaczny Lewiatan do powstrzymania tych obaw. Marshall uważał się za autorytatywnie upoważnionego do stworzenia

¹ L.G. Robertson, *Conquest by Law. How the Discovery of America Dispossessed Indigenous Peoples of Their Lands*, Oxford University Press, New York 2005, s. 101.

² *Ibidem*, s. 87.

odpowiedniego Lewiatana (czyli Sądu), który kontrolowałby rządzonych, ponieważ nie byłoby w stanie kontrolować się samodzielnie. W tej interpretacji Matthews Jefferson miał zupełnie inny pogląd na temat ludzkości, nie wychodził od rynkowego, liberalnego pojęcia człowieka, ale od moralnego i społecznego pojęcia ludzkości, więc wierzył, że ludzie są zdolni do samorządzenia. Tu dochodzimy do konkluzji tego zestawienia. Richard K. Matthews twierdzi, że w sferze politycznej Marshall był zwycięzcą, potrafił stale przechytrzać Jeffersona, ale w sferze ideologicznej konfrontacji, jeśli Marshall był zwycięzcą, to Amerykanie są przegranymi³. Przedstawiona tu dłuższa opowieść pozwala na dogłębsze rozważenie tych refleksji. Dokładniejsza rekonstrukcja wydarzeń z pierwszej dekady prezesury Marshalla, w trakcie jego „kohabitacji” z prezydentem Jeffersonem, nie pozwala na dalsze utrzymywanie, że Marshall był zwycięzcą w sferze politycznej. To było złudzenie starszych generacji badaczy.

Jak jeszcze w 2005 r. zauważył Gary D. Rowe, obowiązująca w środowisku historyków teza, że wpływ generacji Założycieli był krótkotrwały, nie przeniknęła do badań konstytucjonalistów. Nawet jeśli twórcy Konstytucji mieli jasne stanowisko wobec sędziowskiej kontroli prawa, to nie byli w stanie kształtować stosunku sił między konstytucjonalizmem skoncentrowanym wokół sądów i konstytucjonalizmem pozasądowym⁴. Za trafne uznaję więc określenie Stephena M. Engela, który omawia obszernie swą tezę, że władza sędziowska w Stanach Zjednoczonych rozwijała się na tle procesu stopniowego uznawania legitymacji opozycji politycznej, a więc także akceptowania w amerykańskiej polityce różnych interpretacji Konstytucji. To skłaniało do wypracowywania racjonalnego uzasadnienia, dlaczego to właśnie sędziowskim interpretacjom należy przydawać większej wagi. Od lat 70. XIX w. prawnicy akademicy i sędziowie zaczęli więc interpretować historię orzecznictwa w ramach wyraźnego schematu supremacji sędziowskiej. Tu właśnie pojawia się celne określenie, gdy Engel pisze, że proces ten obejmował „celowe wymyślenie na nowo orzeczenia *Marbury v. Madison*”⁵. Niezależnie od szczegółów argumentacji tego autora, uwaga ta wspiera prezentowaną tu tezę o stworzeniu mitologii opartej na orzeczeniu z 1803 r., która służyć ma współczesnym celom, a kontekst pluralizacji amerykańskiej polityki wskazany przez Engela wydaje się tłumaczyć co najmniej częściowo zapotrzebowanie na takie odczytanie orzeczenia *Marbury*.

Działania Prezesa Marshalla stały się także ważne dla środowiska współczesnych oryginalistów, którzy za pomocą przeszłości z pewnymi sukcesami walczyli od lat 80. XX w. z teraźniejszością. David F. Forte wylicza domniemane zalety tego podejścia

³ Zob. obszernie R.K. Matthews, *Marshall v. Jefferson. Beyond „Sanctimonious Reverence” for a „Sacred” Law*, [w:] T.C. Shevory (ed.), *John Marshall’s Achievement. Law, Politics, and Constitutional Interpretations*, New York 1989, s. 117-132.

⁴ G.D. Rowe, *Constitutionalism in the Streets*, „Southern California Law Review” 2005, vol. 78, no. 2, s. 456 i przyp. 186

⁵ S.M. Engel, *American Politicians Confront the Court. Opposition Politics and Changing Responses to Judicial Power*, New York 2011, s. 10.

interpretacyjnego oraz w punktach wymienia szczegółowe przedmioty badań oryginalistów. Opierają się one na błędnym, jak tu starałem się pokazywać, podstawowym założeniu, że istniało jedno, poznawalne rozumienie postanowień Konstytucji, gdy była ona tworzona. Z tego też powodu ze sceptycyzmem przyjmuję część argumentacji Stephena M. Engela w sprawie wczesnej republiki. Wśród owych przedmiotów badań oryginalistów dotyczących rozumienia tekstu konstytucyjnego znajduje się punkt: „Późniejsza praktyka historyczna w generacji Założycieli ilustrująca przyjęte rozumienie (np. działania prezydenta Washingtona, Pierwszego Kongresu i Prezesa Marshalla)”⁶.

Richard K. Matthews nie miał racji, twierdząc, że w sferze politycznej Marshall był zwycięzcą. Doraźnie wypracowany został rozejm, w którym kierowany przez Marshalla Sąd wyraźnie uznał warunki narzucone przez obóz Jeffersona, czerpiący siłę z tego demokratycznego zasobu, który Marshall uważał za zagrożenie. Faktycznie wytworzyła się w państwie amerykańskim wspomniana przez Louisa Michaela Seidmana tradycja konstytucyjna, w której ramach lud uparcie nie zachowuje milczenia. Co więcej, w ostatnich latach widoczna była tendencja w Sądzie Najwyższym do uzasadniania swoich orzeczeń pozaprawnymi odwołaniami do ogólnonarodowego konsensu, który Sędziowie wyczuwają reaktywnie w społeczeństwie, orzekając jako „majorytarny Sąd”. Uzasadnieniem orzeczeń staje się głos ludu, o ile, w opinii Sędziów, jest na tyle silny i jednorodny, że mogą go usłyszeć (np. poprzez stanową aktywność legislacyjną czy dominujące poglądy badaczy prawa)⁷.

Sądzę, że jest to kolejny etap ewolucji Sądu, dialektycznie wyrażającego swój status z jednej strony w gromkich fikcyjnych zapewnieniach o nadrzędności, z drugiej strony zabiegami o niezbędne wsparcie. Jak to zwięźle i słusznie zauważył Leszek Garlicki, Sąd jest w znacznym stopniu uzależniony od pozostałych władz, a zależności tej nie równoważą przysługujące mu środki oddziaływania na Kongres czy administrację. Dostrzega to sam Sąd, korygując kierunek swych rozstrzygnięć wobec silnych ataków ze strony innych władz⁸.

Powracam w ten sposób do jednej z uwag wyjściowych. W skondensowanej formie wszystkie te aspekty działalności współczesnego Sądu widoczne były w pierwotnym „wielkim wybuchu”, czyli szeroko ujętej sprawie *Marbury v. Madison*. Pisząc o ewolucji Sądu, dopowiem, że z przeprowadzonej przeze mnie analizy świadomości orzeczniczej współczesnej generacji Sędziów, na podstawie publikowanych przez nich książek, wynika, że są oni dalecy od bezkrytycznego powtarzania sloganów, na których Sąd budował

⁶ D.F. Forte, *A Note on the Originalist Perspective*, [w:] D.F. Forte, M. Spalding (eds.), *The Heritage Guide to the Constitution*, Fully Revised Second Edition, New York 2014, s. 25-26.

⁷ Zob. S.M. Engel, *American Politicians Confront the Court...*, s. 362-367.

⁸ L. Garlicki, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki. Konstytucja – polityka – prawa obywatelskie*, Wrocław 1982, s. 117.

swoją władzę, i odsłaniają, dyskretnie lub wprost, dyskusyjne początki *judicial review*⁹. Postać Marshalla nadaje się do podręcznikowych opowieści dla dzieci, ale współcześni Sędziowie prowadzą poszukiwania trwalszej legitymacji dla swej działalności.

Otwartą kwestią, na planie ideologicznym, pozostaje uwaga Richarda K. Matthews, który w 1989 r. pisał następująco:

Z pewnością idee Marshalla stały się ideami Ameryki. Mimo to, gdy zbliżamy się do następnego wieku, być może Ameryka znajdzie w sobie heroiczną wolę potrzebną do powrotu do bardziej demokratycznych korzeni w myśli Jeffersona, który mógłby służyć nam jako przewodnik, wyprowadzający nas poza zachłanny indywidualizm i wąsko rozumianą interesowność, która obecnie grozi zdławieniem republiki w morzu wulgarnego materializmu¹⁰.

Dostrzec zresztą można w społeczeństwie amerykańskim wyjątkową otwartość na przewodnictwo Jeffersona, choćby na poziomie podświadomej zbiorowej tęsknoty. Jak to przedstawia Tomasz Wieciech, „mędrzec z Monticello” jest najczęściej cytowanym spośród wszystkich Amerykanów w każdej niemal kwestii związanej z problemami władzy i rządu, poza Biblią i może Shakespeare’em przytaczany jest częściej niż jakiegokolwiek inne źródło, a upływ lat zdaje się tylko umacniać niekwestionowane przywództwo w tej dziedzinie Wirginijczyka, który z jakichś względów stał się Ojcem Założycielem najbardziej uosabiającym amerykański mit założycielski, a wręcz został jednym z najpotężniejszych symboli Stanów Zjednoczonych. A to wszystko pomimo tego, że w wielkim starciu idei Jefferson poniósł sromotną klęskę, przegrał bitwę o duszę Ameryki, która stała się państwem Hamiltona¹¹.

Wtajemniczenie pierwsze jest takie, że to Jefferson był jednak głównym uczestnikiem trzech wydarzeń, do których doszło w latach 1801-1803 w Stanach Zjednoczonych Ameryki. Dwa z nich, raczej zapoznane, były epizodami znaczącymi w skali całego świata. Dla kontrastu trzecie z nich było nieistotne, ale retrospektywnie jego znaczenie wywyższono ponad wszelką racjonalną miarę. Znaczące i nowatorskie było pokojowe przejście władzy przez Jeffersona i jego zwolenników, do którego doszło pomimo wadliwości tekstu Konstytucji. Ostatecznie skuteczne ustalenie wyniku wyborów prezydenckich z 1800 r. na początku kolejnego roku pokazywało polityczny potencjał aktu z Filadelfii, a drugoplanowość prawnego charakteru Konstytucji. Zwaśnieni politycy przeciwnych obozów przystali na pokojowe przekazanie władzy stronnictwu opozycyjnemu, którego członków i sympatyków uprzednia władza postrzegała jako wywrotowców. John Adams,

⁹ S. Kubas, *Świadomość orzecznicza sędziów amerykańskiego Sądu Najwyższego*, „Przegląd Sejmowy” 2013, nr 1, s. 182.

¹⁰ R.K. Matthews, *Marshall v. Jefferson...*, s. 132.

¹¹ Zob. T. Wieciech, *Unia w myśli politycznej Thomasa Jeffersona*, Kraków 2012, s. 12.

który przegrał w wyborach, opuścił Waszyngton bladym świtem przed inauguracją Jeffersona, ale nie dlatego, że musiał obawiać się o życie lub wolność. Po przejściu władzy przez Republikanów nie połała się krew, nie doszło do masowych aresztowań czy ucieczek z kraju przed prześladowaniami, inaczej niż we Francji i Anglii. Przeciwnie, Jefferson korespondował nawet uprzejmie w 1804 r. z Abigail, żoną odsuniętego przez niego od władzy Johna Adamsa.

Drugim takim wydarzeniem, które wprost zmieniło losy świata, było nabycie przez prezydenta Jeffersona regionu Luizjany od Francuzów, co geograficznie oznaczało przesunięcie zachodniej granicy Stanów Zjednoczonych z rzeki Missisipi do Gór Skalistych, a geopolitycznie otworzyło przed tym państwem kontynentalne zasoby, dzięki czemu stało się ono globalnym supermocarstwem. A to wszystko działo się w czasie, gdy Jefferson, dysponujący największą w ówczesnym świecie biblioteką na temat amerykańskiego Zachodu, wyobrażał sobie, że na nabywanych terenach kroczą mamuty, stoi góra z czystej soli wysoka na milę, a mieszkający tam Indianie są zaginionym plemieniem Izraela lub, co jeszcze osobliwsze, wędrownymi Walijczykami¹². Nie fantazje kierowały jednak Jeffersonem, lecz doniesienia, że Brytyjczycy w ostatniej dekadzie XVIII w. zaczęli eksplorować zachodnią część kontynentu¹³. Gdyby władze brytyjskie objęły te tereny w posiadanie, Stany Zjednoczone Wschodniego Wybrzeża znalazłyby się w kleszczach, otoczone ziemiami Brytyjczyków i Francuzów. Nabycie Luizjany, w jeszcze większym stopniu przełamujące prawny charakter Konstytucji, nie tylko otwarło przed generacją Jeffersona i późniejszymi Zachód, ale też uratowało młode i słabe państwo amerykańskie przed inwazją Irokezów, tyle że Irokezów Europy. Jak wiadomo, Fryderyk II, twórca potęgi Prus, tak określił Polaków. Thomas Fleming opisuje operacje wojskowe Napoleona na Santo Domingo w rozdziale pod tytułem *Jak komary uratowały prezydenturę Thomasa Jeffersona*. Napoleon rozpoczął w 1802 r. wysyłanie kolejnych kontyngentów wojska na Santo Domingo, aby zdławić lokalną rewolucję. Amerykanie odnotowali jednak, że armia była zbyt duża, a rzeczywistym celem była Luizjana. Region ten Francja na mocy sekretnej umowy odzyskała od Hiszpanii w 1800 r. Napoleon rozkazał wysłanie 20 tysięcy żołnierzy do zajęcia Nowego Orleanu i Luizjany, uruchomienie agentów wpływu po stronie amerykańskiej (jednym z nich był opłacany przez Hiszpanów głównodowodzący wojsk Jeffersona, generał James Wilkinson) i podjęcie rokowań z plemionami Indian. Przed Amerykanami zamknięto dostęp do portu w Nowym Orleanie. Wojna z Francją wydawała się nieunikniona, więc na początku 1803 r. zdesperowany Jefferson wysłał do Francji Jamesa Monroe z propozycją odkupu Nowego Orleanu. Sroga zima w Europie wstrzymała jednak w holenderskich portach wypłynięcie armii Napoleona do Nowego Orleanu, flotę brytyjską postawiono w stan gotowości w związku z taką koncentracją

¹² G.S. Wood, *Empire of Liberty. A History of the Early Republic, 1789-1815*, New York 2011, s. 378.

¹³ J. Wojtczak, *Jak zdobyto Dziki Zachód. Prawdziwa historia amerykańskiego Pogranicza*, Warszawa 2016, s. 22.

wojsk, a Napoleon zdecydował, że korzystniejsze dla utrzymania władzy będzie wypowiedzenie wojny prawdziwemu wrogowi, państwu brytyjskiemu, na co niezbędne były fundusze. Nade wszystko zaś wojska francuskie na Santo Domingo przetrzebione zostały żółtą febrą roznoszoną przez komary, będące, jak pisze Fleming, jednymi z najmniej znanych, a najważniejszych sojuszników politycznych USA. Minister Talleyrand zdumionemu ambasadorowi amerykańskiemu zaproponował w kwietniu 1803 r. sprzedaż nie tylko Nowego Orleanu, lecz całej Luizjany¹⁴. Dane medyczne wskazują, że w wyniku epidemii żółtej febry w 1802 r. zmarło przeszło 80% żołnierzy Napoleona, dodatkowo „leczonych” wedle ówczesnych praktyk upuszczaniem krwi i kalomelem (chlorkiem rtęci). Wśród tych nieszczęśników był zaś kilkutyśięczny kontyngent polskich żołnierzy¹⁵. Potencjalny atak wojsk Napoleona w 1803 r. na ziemie Stanów Zjednoczonych z południowego zachodu, z udziałem bitnych legionistów polskich, mógł rozbić młodą amerykańską federację i zmienić globalny układ sił w kolejnych stuleciach. Napoleon uznał jednak, że „do diabła z cukrem, do diabła z kawą, do diabła z koloniami”¹⁶, i otworzył przed Amerykanami Zachód. Udział Polaków w ewentualnym ataku Napoleona na Stany Zjednoczone uzasadniałby symboliczne porównanie ich do Irokezów. Jak bowiem napisał o Indianach francuski myśliciel: „Jeszcze przed niepodległością stali się pionkami na strategicznej szachownicy mocarstw, czyli przypadł im w udziale los nie do pozazdrosczenia, który niejednokrotnie musieli także dzielić Polacy”¹⁷. Odnotujemy, że w tym samym czasie Sąd rozstrzygał w waszyngtońskim hotelu sprawę Marbury’ego. Okoliczność, że w historii ustrojowej Stanów Zjednoczonych rok 1803 kojarzy się obecnie powszechnie z pozwem dotyczącym niedoręczzonego powołania na sędziego pokoju świadczy tylko o tym, jak nieracjonalnie postrzegana jest ranga tego błahego epizodu.

Uznanie legalności zakupu Luizjany wbrew tekstowi Konstytucji, ale zgodnie z racjami politycznymi i bez jakiegokolwiek udziału Sądu jest zaledwie wczesnym przejawem realnego statusu tego aktu. Pomocne są tu ustalenia i przemyślenia Pawła Laidlera. Badacz ten dochodzi w swym wywodzie na temat współczesnej pozycji Sądu w amerykańskim ustroju, a konkretnie we fragmencie dotyczącym tego, że lobbing w Sądzie ma obecnie większy sens niż w Kongresie, do następujących stwierdzeń. Jeśli Sędziowie podejmą się interpretacji Konstytucji w pożądanym przez podmioty zewnętrzne sposób, nie będzie miało większego znaczenia, jak nazwany zostanie model zastosowanej przez nich wykładni.

¹⁴ Zob. T. Fleming, *The Great Divide. The Conflict Between Washington and Jefferson That Defined a Nation*, Boston 2015, s. 300-308.

¹⁵ J.S. Marr, J.T. Cathey, *The 1802 Saint-Domingue Yellow Fever Epidemic and the Louisiana Purchase*, „Journal of Public Health Management and Practice” 2013, vol. 19, no. 1, <http://dx.doi.org/10.1097/PHH.0b013e318252eea8>, s. 77-80.

¹⁶ Z. Lewicki, *Historia cywilizacji amerykańskiej. Era sprzeczności 1787-1865*, Warszawa 2010, s. 191.

¹⁷ J.-L. Vullierme, *Lustro Zachodu. Nazizm i cywilizacja zachodnia*, tłum. M. Żurowska, Warszawa 2016, s. 86.

Ważne, żeby wynik końcowy w postaci precedensu konstytuował ideologicznie właściwą regułę prawną. (...) W ostatecznym rozrachunku nikt nie będzie pamiętał, w jaki sposób dany sędzia uzasadnił swoją decyzję, pod warunkiem że podpisze się pod wyrokiem większościowym z właściwej, ideologicznie, strony.

Powyższe rozumowanie, choć zakłada instrumentalne traktowanie prawa, nie jest wcale rzadkością z perspektywy funkcjonowania amerykańskiego Sądu Najwyższego. Wpływ prawa i polityki na proces podejmowania decyzji przez sędziów jest z sobą ściśle powiązany. Prawo może bowiem legitymować działania polityczne, a interesy polityczne mogą determinować ostateczny kształt prawa. Nie można analizować modeli interpretowania konstytucji, doktryn powściągliwości i aktywizmu sędziowskiego, znaczenia wcześniej tworzonych precedensów czy wpływu podmiotów zewnętrznych na funkcjonowanie Sądu bez założenia, że w każdej decyzji, opinii i argumentacji Sądu jest miejsce zarówno na prawo, jak i politykę. (...) Trudno jednoznacznie stwierdzić, od kiedy tak jest – na pewno nie od samego początku działalności Sądu Najwyższego¹⁸.

Starałem się w niniejszej pracy wykazać, że stan opisywany przez Pawła Laidlera występował już na samym początku amerykańskiego konstytucjonalizmu, a więc tylko ostatnie zdanie, z tezą, że „na pewno nie od samego początku”, jest wyrazem tęsknoty za mitycznym „wiekiem heroicznym”. Przedstawiony przeze mnie obszerny materiał faktograficzny skłania mnie do wejścia tu w subtelną polemikę z Pawłem Laidlerem w płaszczyźnie formuły argumentacji. W odniesieniu do opisywanego przeze mnie okresu oba założenia poczynione w tym cytacie są niepotrzebne. Nie jest potrzebne założenie o instrumentalnym traktowaniu prawa. Marshall, podobnie jak pozostali opisywani sędziowie w pomniejszych sądach i sprawach, traktował prawo czysto instrumentalnie. Nie jest potrzebne założenie, że w każdej decyzji Sądu jest miejsce zarówno na prawo, jak i politykę. We wczesnej republice to był po prostu element rzeczywistości społeczno-prawnej, a „prawo”, cokolwiek to oznaczało, w owym tandemie odgrywało wyraźnie drugoplanową rolę, odpowiednik nieco bardziej wyszukanych lingwistycznie rozmówek ustrojowych. Materiał historyczny oraz normatywny, zwłaszcza pozostawiony przez sądy z tego okresu, z Sądem na czele, jasno pokazuje, że to dowodzenie tez przeciwnych wymaga czynienia założeń o autonomicznym charakterze prawa i braku komponentu politycznego w działalności Sądu. Utrzymuję, w ramach drugiego wtajemniczenia, że byłyby to założenia kontrfaktyczne.

Omawiając powszechne w działalności prawniczej stosowanie analogii, Cass R. Sunstein zwraca uwagę, że amerykańskie prawo konstytucyjne jest często tworzone w ramach analogii, a nie na podstawie tekstu, historii, teorii moralnej czy istniejącego konsensu społecznego. Prawo konstytucyjne jest formą kazuistyki. Sędziowie rozstrzygający spra-

¹⁸ P. Laidler, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki: od prawa do polityki*, Kraków 2011, s. 287-288.

wy konstytucyjne, nie tylko trudne, ale też łatwe, posługują się licznymi analogiami, dotyczącymi rozstrzygniętych spraw oraz hipotetycznych przypadków. Na marginesie tej argumentacji Cassa R. Sunsteina zauważę, że ten krótki opis dobrze oddaje to, co uczynił Prezes Marshall, przedstawiając swe rozumowanie w sprawie *Marbury*, tyle że – jak wspomniałem – wytworzył on na potrzeby swego orzeczenia kolaż fragmentów starszych orzeczeń i hipotetycznych przypadków. Skoro tak faktycznie postępują sędziowie w sprawach konstytucyjnych, twierdzi dalej Sunstein, to amerykańska tradycja konstytucyjna należy do tradycji *common law* w dużo większym stopniu, niż się to powszechnie dostrzega. Takie rozumienie prawa konstytucyjnego rodzi jednak poważne pytanie o demokratyczną legitymację. Sędziowską kontrolę prawa uzasadnia się tym, że orzeczenia sędziów są wyrazem woli ludu, i to wyrazem znacznie głębszym i rzetelniejszym od zwykłych rozstrzygnięć ustawodawczych. W teoriach *judicial review* przybiera to postać prób połączenia orzeczeń Sądu z tekstem konstytucyjnym i historią. Gdyby jednak takiego połączenia nie było, byłoby to skrajnie niepokojące dla prawie wszystkich zainteresowanych legitymacją w obszarze konstytucyjnym, podnosi Sunstein, gdyż jak można uzasadnić unieważnianie przez sądy ustaw, jeśli czyni się to nie na podstawie przeszłych rozstrzygnięć społeczeństwa¹⁹.

Problem związany z tym, że sędziowscy interpretatorzy Konstytucji działają w ramach szerokiego wykorzystywania analogii, w których materiałem normatywnym są rozstrzygnięcia wymyślone przez wcześniejszych sędziów, próbuje w części zneutralizować Mark Tushnet. Autor ten również podziela opinię, że Sąd Najwyższy działa w sposób właściwy dla *common law*, co oznacza, że interpretowanymi przez Sędziów tekstami są przede wszystkim wcześniejsze orzeczenia, ale na początku linii orzeczniczej można odkryć, że tekst Konstytucji odgrywa znacznie ważniejszą rolę²⁰.

Zastrzegam jednak mocno, że w uderzający sposób ten opis Tushneta nie odnosi się właśnie do orzeczenia kanonicznego, z którego wywodzić się mają i z którego legitymację czerpią wszystkie bardziej szczegółowe współczesne linie orzecznicze, czyli do orzeczenia *Marbury v. Madison*. Gdy natomiast bliżej przyjrzymy się uzasadnionej co najmniej w części tezie, że amerykańskie prawo konstytucyjne rozwijane przez Sąd Najwyższy przynależy do tradycji czy bardziej mentalności *common law*, to dostrzec można niezwykle połączenie w mechanizmie prawa, zazębianie się trybów prowadzące od angielskiego średniowiecza po amerykańską nowożytność. Otóż głęboko rozpowszechnionym złudzeniem jest poczucie, że angielskim prawem było to, co nazywa się *common law*. Niefortunne są również polskie tłumaczenia odnoszące się do pospolitości czy powszechności tego prawa. Zasadnie zwrócił na to uwagę Paweł Laidler²¹. Lawrence

¹⁹ Zob. C.R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York 1998, s. 79-81.

²⁰ M. Tushnet, *The Constitution of the United States of America. A Contextual Analysis*, Oxford-Portland 2009, s. 3-4.

²¹ P. Laidler, *Sąd Najwyższy...*, s. 23 i przyp. 2.

M. Friedman tłumaczy, że zasadniczo *common law* było prawem centralnych sądów królewskich, zajmujących się sprawami garstki ludzi. Widać to w sprawozdaniach sędziego Coke'a, w których przewija się procesująca się śmietanka angielskiego społeczeństwa, ponieważ *common law* było prawem arystokracji. Masy w niewielkim stopniu i głównie pośrednio podlegały temu systemowi, ich życie regulowało lokalne, zwyczajowe prawo włości (*law on the manor*). Nie interesowali się nim autorzy traktatów prawnych, jak Blackstone, którzy pisali swe książki blisko ośrodka władzy i nie mieli powodu, żeby zbyt często dostrzegać codzienne życie niższych klas²². W takim sensie amerykańskie sędziowskie prawo konstytucyjne jest przeniesieniem na ogół społeczeństwa sposobu myślenia o prawie charakterystycznego dla arystokratycznego prawa angielskiego, w którym duża część energii inwestowana była w skrywanie – m.in. za pomocą wspomnianego francuskiego języka prawniczego, metafor, fikcji prawnych, a nade wszystko maniackalnego roztrząsania wcześniejszych orzeczeń – jak kreatywnie samowolna była to działalność, poza demokratyczną kontrolą, acz jednocześnie wyczulona na pomruki silnej władzy politycznej. W Stanach Zjednoczonych protoplastą tej postawy jest John Marshall. Wychwalanie przez Amerykanów właśnie *common law*, przy świadomości, że to tylko jeden z systemów prawa angielskiego, tłumaczy William M. Wiecek okolicznością, że właśnie w *common law* oportunistycznie dostrzegali Amerykanie gwarancje praw, na jakie powoływali się w sporach z angielską macierzą, zwłaszcza prawa do procesu z udziałem ławy przysięgłych. Dlatego skłonni byli w retorycznej przesadzie do twierdzenia, że *common law* było tożsame z brytyjską konstytucją²³.

Przenikliwie prezentujący powstanie fikcji suwerenności ludu i wykorzystanie jej przez elity władzy Edmund S. Morgan popełnia, jak sądzę, błąd, jak wielu badaczy, ulegając sile dwudziestowiecznych enuncjacji Sądu. Autor ten opisuje, jak Noah Webster, czołowy konserwatysta swoich czasów, uwieczniony w tytule klasycznego słownika amerykańskiej odmiany języka angielskiego, w 1787 r., podważając fikcję suwerenności ludu, nieświadomie odkrywał jej przydatność. Webster argumentował, że lud nie może być zwierzchni wobec swoich przedstawicieli, ponieważ ludzie mogą działać tylko w małych grupach, ale nie mogą tak rządzić, co najwyżej mogą wybierać przedstawicieli i podporządkować się im. Z jego perspektywy nadanie konwencji przedstawicielskiej (a więc ciała uchwalającemu konstytucję) władzy wyższej od przedstawicielskiego zgromadzenia ustawodawczego byłoby absurdalne i daremne. W ten sposób nowo wybrani przedstawiciele związani byłiby decyzjami przedstawicieli wybranych wcześniej, nawet lata wcześniej w zupełnie innych warunkach. Na to Edmund S. Morgan odpowiada, że o to właśnie chodziło w fikcji: o udaremnienie swobody przedstawicieli w robieniu tego, co odpowiadało aktualnie im lub ich wyborcom. Konstytucja nadrzędna wobec zwykłego ustawodawstwa mogła zapewnić silną pozycję w aparacie władzy wszystkim wyróżnio-

²² L.M. Friedman, *A History of American Law*, New York 2007, s. xvii.

²³ W.M. Wiecek, *Liberty under Law. The Supreme Court in American Life*, Baltimore 1990, s. 9.

nym władzom, także sędziom, czyniąc ich wszystkich przedstawicielami powszechnej suwerenności i gwarantując im udział we władzy, która rzekomo wywodziła się z ludu. Po tym miejscu w wywodzie Morgana następuje jednak wątpliwa konkluzja. Stwierdza on, że co prawda w 1788 r. doktryna *judicial review* istniała jedynie w zarysie, ale była ona już nieunikniona, gdy tylko spisana konstytucję wywyższono wobec ustawodawstwa, udając, że jest ona aktem suwerennego ludu. Po uchwaleniu przez ciało ustawodawcze aktu naruszającego przepisy ludowej konstytucji sądy były zmuszone do odmowy jego stosowania, ponieważ inaczej nie mogłyby egzekwować prawa zwierzchniego ujętego w konstytucji²⁴.

W konkluzji tej widać echa pozornych sylogizmów z orzeczenia *Marbury*. Włączenie do ustrojowych rozgrywek – wyzyskujących fikcje, znakomicie przez Morgana odsłaniane – spisanych konstytucji i egzekwujących je sędziów jeszcze bardziej skomplikowało sytuację, ale bynajmniej nie w takim kierunku, że doktryna *judicial review* stała się „nieunikniona”. Przypominając wcześniejszą argumentację i wyprzedzając dalszy rozwój wypadków, wspomnę, że żaden taki efekt nie wystąpił w praktyce przez długie, długie dekady. W rozmaitych ważnych sporach ustrojowych sędziowie, w tym zasiadający w Sądzie Najwyższym, nie przejmowali roli ostatecznych arbitrów ustrojowych, zarówno z tego powodu, że nie mieli realnej możliwości przeciwstawienia się elitom politycznym, których najczęściej byli zaufanymi *confidante*, ale też z tego powodu, o którym w innych kontekstach pisze obszernie sam Morgan. Zagrożeniem dla stabilności ustrojowej, przynajmniej w realiach wczesnej republiki amerykańskiej, byłoby otwarte podważenie fikcji suwerenności ludu poprzez przekazanie władzy w ręce garstki notabli w Sądzie Najwyższym. Oczywiście chętnie powoływali się oni na argument, że to właśnie przez nich przemawia suwerenny lud, a raczej, że to oni jedyni (nie Kongres i nie prezydent) mogą odczytać, co suwerenny lud wyraził rzekomo w Konstytucji. Jak starałem się wykazać, w opisywanym okresie były to jedynie gołosłowne deklaracje maskujące ustępstwa w obliczu doraźnych potrzeb politycznych. Ponadto Edmund S. Morgan milcząco przyjmuje za pewnik dwa elementy, które tylko pogłębiały fikcje, a realnie co najmniej od czasów Antyfederalisty Brutusa nigdy nie zostały zaakceptowane w amerykańskiej praktyce ustrojowej, choć coraz głośniej były one wyrażane przez Sąd i jego sprzymierzeńców, zwłaszcza od końca XIX w. Chodzi o umiejscowienie Sądu na końcu formalnego procesu decyzyjnego oraz o aksjomat, że Konstytucja ma jedną, poznawalną treść. Doktryna *judicial review* nie była nieunikniona także z tego powodu, że elity władzy, w wymiarze politycznym dysponujące zwykle realnym poparciem społecznym, nie akceptowały przeniesienia centrum decyzyjnego w sprawach konstytucyjnych do Sądu. Odnosząc to do lepiej znanych przypadków: Washington, Jackson, Lincoln i Franklin Delano Roosevelt kluczowe kwestie konstytucyjne rozstrzygali poza Sądem Najwyższym. Doktryna

²⁴ E.S. Morgan, *Inventing the People. The Rise of Popular Sovereignty in England and America*, New York 1989, s. 260-261.

ta nie była również nieunikniona, ponieważ już w latach 90. XVIII w., od czasu sporów o Bank Stanów Zjednoczonych i prześladowań za działalność wywrotową, było jasne, że w kontrowersyjnych sprawach Konstytucja niczego jasno nie wyraża.

W samo sedno trafia Tomasz Wieciech, gdy przy okazji relacjonowania debaty na temat rozumienia amerykańskiego federalizmu, jako badacz wolny od dogmatyzmu prawniczego, stwierdza, że bardzo trudno w kontekście dzieła konwencji filadelfijskiej posługiwać się kategorią prawdy i nie było żadnej „prawdziwej teorii Konstytucji”²⁵. Doskonała elastyczność amerykańskiej Konstytucji doprowadziła Paula W. Kahna do następującej konstatacji:

Zanim rozpoznamy, co konstytucja oznacza doktrynalnie, akceptujemy, że cokolwiek oznacza, ma charakter władczy. Nie dlatego, że ktoś ma władzę nakazania nam, co robić lub sądzić, ale dlatego, że zaangażowaliśmy się w konstytucjonalizm jako kwestię tożsamości politycznej. Tu dochodzimy do najtrudniejszego do zrozumienia punktu. Choć nasza kultura konstytucyjna dotyczy tożsamości, nie dotyczy ona żadnego konkretnego przekonania doktrynalnego. Przekonanie o suwerenności powszechnej jako źródle konstytucji jest takie jak wcześniejsze przekonanie o suwerenie – fundamentalnie wyzbyte treści. Teologicznie wyrażano to ideą, że Bóg nigdy nie może być przedmiotem żadnego predykatu. Całkowicie wolny podmiot – a to jest jednym ze sposobów na określenie charakteru suwerena, powszechnego lub innego – zawsze wymyka się konkretnemu opisowi. Zatem nasza konstytucja jest otwarta na rozbieżne interpretacje i nieograniczone zmiany: możemy stać się, kimkolwiek chcemy, a jednak pozostać tacy sami²⁶.

Jak widać, współczesnego autora faktyczna beztreściowość Konstytucji USA, zarysowana już za prezesury Marshalla, a dobitnie potwierdzona w kolejnych dekadach historii państwa, skłania ostatecznie do uznania tej cechy za walor, nawet jeśli wymaga to już przejścia na poziom pewnego mistycyzmu obywatelskiego. Dostrzeżmy też, że akceptacja tych słów oznacza, że w zakresie rozumienia konstytucji dokonał się marginalny postęp od angielskich prawników z XVII w., zaślanających się m.in. bardzo podobną formułą o statku Argonautów, zmienianym, lecz niezmiennym. Jednocześnie trudno te słowa zakwestionować, ponieważ poszukiwania wielkiej, unifikującej teorii rozumienia konstytucji nie zostały jak dotąd zakończone powodzeniem, a rozbieżność konstytucyjnych interpretacji, wysuwających się na czoło w falach zależnych od układu sił politycznych, jest po prostu stałą cechą amerykańskiego ustroju. Stoicko wyraził to Leszek Garlicki, pisząc, że Konstytucję ujmowano jako akt o niezmiennym brzmieniu, formułujący ponadczasowe zasady, które zawsze winny być w jednakowy sposób realizowane przez

²⁵ T. Wieciech, *Unia w myśli politycznej...*, s. 210.

²⁶ P.W. Kahn, *The Constitution and United States' Culture*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York 2015, s. 118.

wszystkie podmioty ją stosujące, ale koncepcja ta różniła się z rzeczywistością już w okresie prezesury Johna Marshalla na początku XIX w.²⁷

Różniła się z rzeczywistością, czyli była po prostu nieprawdziwa, co jest kolejnym wtajemniczeniem. Jeśli w orzeczeniach Marshalla mielibyśmy dostrzec walor wyrażenia oryginalnego, pierwotnego sensu Konstytucji, to właśnie taki, że od samego początku nie było żadnego takiego sensu możliwego do zastosowania jako probierz działalności ustawodawczej Kongresu. Jonathan Gienapp w swym obszernym studium na temat tego, że właściwie jedyną jasną dla wszystkich cechą ustroju wczesnej republiki była niejasność samej Konstytucji, cytuje słowa Marshalla z konwencji ratyfikacyjnej w Wirginii, który w ślad za Madisonem, wyjaśniającym niemożliwość rozstrzygnięcia w Konstytucji wszelkich ewentualności, pytał retorycznie słuchaczy: „Dlaczegoż nie zostawić tego Kongresowi?”²⁸. Odnosimy, Kongresowi, nie Sądowi.

David A. Kaplan, komentując orzeczenie *National Federation of Independent Business v. Sebelius* z 2012 r., w którym Sąd zatwierdził konstytucyjność większości przepisów ustawy o reformie systemu opieki zdrowotnej (*Affordable Care Act*), napisał, że autor orzeczenia, Prezes Roberts, naśladował to, co zrećźnie zrobił John Marshall w orzeczeniu *Marbury* 209 lat wcześniej, „dając Kongresowi i prezydentowi to, o co zabiegali w tamtym momencie – ale ustanawiając trwały standard dotyczący kompetencji władzy federalnej”²⁹. Ten cytat tworzy potrójną klamrę z opisanym przeze mnie na samym początku zajściem w sądzie w Nowym Orleanie, w którym orzeczenie *Marbury* zostało przywołane w trakcie dyscyplinowania przedstawiciela administracji prezydenckiej przez sędziego Smitha. Przywołane zostało wówczas jako talizman supremacji sędziowskiej. David A. Kaplan także traktuje orzeczenie *Marbury* jako ten talizman, pisząc o ustanowieniu trwałego standardu, ale wprowadza również drugi kontekst, przyznając, że obaj Prezesi dali Kongresowi i prezydentowi to, na czym im zależało. Trzeci element pojawia się intrygująco w szerszym przypisie zawartym w książce Kaplana poświęconej zagrożeniu ze strony Sądu. Autor ten, odwołując się do badań Larry’ego D. Kramera, cytowanego wielokrotnie także przeze mnie, stwierdza, że orzeczenie *Marbury* było postrzegane w chwili wydania jako wycofanie się z supremacji sędziowskiej, więc wielce paradoksalne jest poleganie przez współczesny Sąd właśnie na tym orzeczeniu jako na podstawie zasady supremacji sędziowskiej³⁰. Dostrzeżmy, jak przy okazji prób zakwestionowania przed sądami wielce doniosłej ustawy o systemie opieki zdrowotnej orzeczenie *Marbury* wynurzało się z odętów historycznego i normatywnego zafałszowania. W Nowym Orleanie przywołane

²⁷ L. Garlicki, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki...*, s. 102.

²⁸ J. Gienapp, *The Second Creation. Fixing the American Constitution in the Founding Era*, Cambridge, Mass. 2018, s. 108-109.

²⁹ D.A. Kaplan, *The Most Dangerous Branch. Inside the Supreme Court's Assault on the Constitution*, New York 2018, s. 358.

³⁰ *Ibidem*, s. 390, przyp. 165.

zostało w całkowicie fikcyjnej postaci. W komentarzu Davida A. Kaplana do orzeczenia *Sebelius* pojawia się uzasadnione porównanie do orzeczenia *Marbury* w tym sensie, że w obu orzeczeniach można dostrzec dostosowanie argumentacji prawnej do potrzeb politycznych. W końcowej partii książki Kaplana, w niewyeksponowanych przypisach, pojawia się zaś już zasadne zakwestionowanie mitu *Marbury*, choć z błędną tezą, że doszło wtedy do „wycofania się” z supremacji sędziowskiej, co oczywiście w 1803 r. było niemożliwe, ponieważ roszczenia do supremacji sędziowskiej objawić się mogły dopiero w kolejnym wieku.

Współczesny autor, uznany badacz problematyki sądownictwa konstytucyjnego, Alec Stone Sweet, zauważył w artykule z 2003 r., że tradycyjne doktryny *separation of powers* (występujące w Polsce jako „podział władzy”), znajdując się w stanie głębokiego kryzysu. Nie potrafią opisać tego, co robią sędziowie, kontrolując prawo, a jednocześnie granice pomiędzy funkcją „sędziowską” a funkcją „polityczną” (czyli legislacyjną i wykonawczą) zostały zatarte w takim stopniu, że przestały być istotne³¹. Twierdę, że w symbolicznym orzeczeniu *Marbury*, a w szerszym sensie w całym opisywanym tu początkowym okresie działalności Marshalla jako sędziego konstytucyjnego, widoczna była skondensowana zapowiedź takiego rozwoju wydarzeń. Studiując działalność Prezesa Marshalla, lepiej możemy więc rozumieć nie tylko przeszłość, ale też wspomnianą na początku rozszerzoną terażniejszość. Marshall odsłonił czysto polityczny, prawotwórczy charakter swej wizji sądownictwa konstytucyjnego, potwierdzając szczególny charakter Konstytucji jako „prawa politycznego”. Wątek wkraczania Sądu w obszar tradycyjnie nazywanej funkcji wykonawczej nie był przedmiotem moich rozważań, ale także te aspekty można dostrzec w opisywanych orzeczeniach, zwłaszcza dotyczących polityki zagranicznej, klasycznej domeny władzy wykonawczej prezydenta USA, a także w wielowymiarowych orzeczeniach dotyczących ziemi Indian.

W 2013 r. David Landau zaproponował termin „konstytucjonalizm abuzywny”. W pierwotnym tekście, inspirującym wielu badaczy, zdefiniował ten termin jako „użycie mechanizmów konstytucyjnej zmiany w celu uczynienia państwa znacząco mniej demokratycznym”³², ale choć koncentrował uwagę na zmianach konstytucji, napisał również o abuzywnym wykorzystaniu środków konstytucyjnych lub dwuznacznie konstytucyjnych, czego przejawem jest m.in. osłabianie sądów, znoszenie ich lub zapewnianie zwolennikami władzy³³. Pojęcie „konstytucjonalizmu abuzywnego”, czyli napaśliwego, opartego na nadużyciu, Grażyna Skąpska tłumaczy jako „konstytucjonalizm znieważający” i w pogłębionej analizie przedstawia to jako nowy sposób wprowadzania rządów autorytarnych w XXI w. Autorka poszerza te refleksje pojęciem „konstytucjona-

³¹ A.S. Sweet, *Why Europe Rejected American Judicial Review – And Why It May Not Matter*, „Michigan Law Review” 2003, vol. 101, no. 8, s. 2771-2772.

³² D. Landau, *Abusive Constitutionalism*, „UC Davis Law Review” 2013, vol. 47, no. 1, s. 195.

³³ *Ibidem*, s. 193-194.

lizmu znieważonego”, przez który rozumie wyrażające konstytucyjny nihilizm łamanie wiążącej konstytucji przez jej strażników, w tym prezydenta, sądy i trybunały, a także przez parlamenty, w celu dokonania fundamentalnych zmian ustrojowych. W procesie tym powołania na konstytucję w najlepszym razie mają charakter wybiórczy i podporządkowane są doraźnym celom politycznym, a owe fundamentalne zmiany ustrojowe dokonywane są za pomocą zwykłych ustaw przez parlamentarną większość³⁴.

Cechą wspólną obu tych pojęć jest wrogie demokracji liberalnej i z ducha nihilistyczne „znieważanie” konstytucyjnego porządku prawnego. Do uwypuklenia związanego z takim szeroko rozumianym abuzywnym konstytucjonalizmem paradoksu przydatna jest uwaga Toma Geralda Daly, wyrażona w książce *Alchemicy*, w której autor ten podważa wykształcony po 1945 r. paradygmat, zgodnie z którym to sądy, w szczególności sądy konstytucyjne, zwłaszcza tzw. „sądy kelsenowskie”, stanowią niezbędny i solidny czynnik zapewniający demokratyzację ustrojów w państwach wychodzących z okresu autorytarnego, co obejmuje m.in. Niemcy, Włochy i państwa Europy Środkowo-Wschodniej. Tom Gerald Daly zauważył, że długi intelektualny cień na badaczy ustroju rzuca okoliczność, że do narodzin silnej sędziowskiej kontroli prawa – w której ramach sądy ostatecznie decydują o konstytucyjności prawa – doszło w związku z orzeczeniem, w którym dostrzega się uzurpowanie sobie kompetencji do unieważniania niekonstytucyjnych przepisów. Chodzi tu naturalnie o orzeczenie *Marbury*, które skłania badaczy do zwyczajowego zakładania, że sądy starają się optymalizować i poszerzać zakres swej władzy, na co współcześnie można wskazać wiele dowodów³⁵.

Paradoks, na który pragnę tu zwrócić uwagę, w ramach następnego wtajemniczenia, polega na tym, że ów intelektualny cień rzucił człowiek, którego można uznać za jednego z pierwszych praktyków abuzywnego konstytucjonalizmu, przed którym ma chronić w ramach obowiązującego paradygmatu władza sędziowska. Taką postacią jest w mojej ocenie John Marshall. Trudno oczywiście mówić o demokracji liberalnej w Stanach Zjednoczonych na przełomie XVIII i XIX w., ale powszechnie początki nowoczesnego konstytucjonalizmu wiąże się z amerykańską Konstytucją z 1787 r. Przypomnę tu opisywany obszerniej przeze mnie okres, który w większości ujęć poświęconych początkom amerykańskiego sądownictwa konstytucyjnego jest traktowany marginalnie lub pomijany, czyli końcowe miesiące aktywności Szóstego Kongresu po przegranej w wyborach prezydenckich Johna Adamsa. Chodzi o gorączkowe zapewnianie sądownictwa Federalistami, w tym *Marbury* – ową fetę patronażu, w której ramach czysto

³⁴ Zob. G. Skąpska, *Znieważający konstytucjonalizm i konstytucjonalizm znieważony. Refleksja socjologiczna na temat kryzysu liberalno-demokratycznego konstytucjonalizmu w Europie postkomunistycznej*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2018, t. 7, nr 1, <http://dx.doi.org/10.14746/fped.2018.7.1.12>, s. 282-287.

³⁵ T.G. Daly, *The Alchemists. Questioning Our Faith in Courts as Democracy-Builders*, Cambridge 2018, s. 25.

instrumentalnie pozbawiono przyszłego prezydenta Jeffersona możliwości powołania kolejnego Sędziego Sądu Najwyższego poprzez taktyczne zmniejszenie liczebności Sądu po następnym wakacie. W działaniach tych John Marshall był głównym rozgrywającym, dbającym także o przeniesienie ustawą do sądów federalnych sporów o grunty, którymi był żywotnie zainteresowany. Zgodnie ze społeczną funkcją mitu Marshall wyobrażony ma pomagać osławiając trudną rzeczywistość i zapewne nie przypadkiem w 2018 r. ukazały się w rządzonych przez prezydenta Trumpa Stanach Zjednoczonych dwie przywoływane tu hagiograficzne biografie Marshalla, autorstwa Joela Richarda Paula oraz Richarda Brookhiser'a.

Kolejne wtajemniczenie, obszernie tu uzasadniane, jest takie, że prawdziwie istotna w 1803 r. była sprawa *Stuart v. Laird*. To ona dotyczyła faktycznego kształtu systemu sądownictwa federalnego, a w wymiarze metaustrojowym rozstrzygnięcie tej sprawy oznaczało podporządkowanie sądownictwa większości politycznej w Kongresie, zaakceptowane przez najwyższy organ władzy sądowniczej bez cienia dyskusji. Sprawa *Marbury v. Madison* dotyczyła zupełnie marginalnego sporu w sprawie trzeciorzędного lokalnego urzędnika. W najgorszym dla Jeffersona rozwoju wydarzeń Sąd nakazałby mu, poprzez osobę sekretarza stanu Madisona, doręczenie powołania Marbury'emu, który objąłby funkcję sędziego pokoju, odpowiadającą stanowisku dzielnicowego. Ponieważ nie był to urząd sędziego federalnego w rozumieniu artykułu III Konstytucji, prawdopodobnie na drugi dzień Jefferson mógłby takiego sędziego pokoju odwołać, zwłaszcza gdyby uznał, że narusza on przewidzianą w ustawie dotyczącej Dystryktu Kolumbii przysięgę bezstronnego wypełniania obowiązków. Dokonane przy okazji sprawy Marbury'ego rozstrzygnięcie Sądu w sprawie zakazu poszerzenia jurysdykcji pierwotnej Sądu możliwością wydawania nakazów miało znikomą doniosłość ustrojową. Sanford Levinson słusznie zauważa, że wielu studentów niecierpliwie oczekuje kursu prawa konstytucyjnego, ponieważ przekonani są, że przedmiot ten dotyczy ważnych kwestii, a w takim razie „całkowicie cudaczne jest to, że większość kursów (i podręczników) rozpoczyna się od sprawy dotyczącej doprawdy trywialnego zagadnienia”³⁶.

Stawką debaty na temat *judicial review* na poziomie federalnym nie było powstrzymywanie „szaleństw” Kongresu występującego wbrew ludowi i jego Konstytucji, ale kwestia, przed którą intuicyjnie ostrzegał Brutus, a którą wyłożył logicznie Paweł Laidler w przywoływanych wcześniej uwagach dotyczących pozycji orzeczeń Sądu w hierarchii aktów prawa. Stawką było nie negowanie, lecz zatwierdzanie przez Sąd zmian Konstytucji wbrew procedurze jej zmiany przewidzianej w artykule V. To przedostatnie wtajemniczenie. Tezę Pawła Laidlera, że w hierarchii źródeł prawa na pierwszym miejscu znajdują się „konstytucja federalna oraz precedensy Sądu Najwyższego interpretujące

³⁶ S. Levinson, *Why I Do Not Teach Marbury (Except to Eastern Europeans) and Why You Shouldn't Either*, „Wake Forest Law Review” 2003, vol. 38, s. 559.

konstytucję i zmieniające jej znaczenie”³⁷, można doprowadzić do idącej o krok dalej konkluzji. W istocie takie orzeczenia wysuwają się w hierarchii na miejsce wyższe, jako akty późniejsze i bardziej szczegółowe. Świadomy tego był Brutus, świadomi tego byli także Republikanie (jako anty-Federaliści), którzy woleli, żeby hańba solennego potwierdzenia zgodności z Konstytucją ustawy o działalności wywrotowej nie spowiła kraju. W trakcie debaty ratyfikacyjnej możliwość stosowania sankcji karnych wobec opozycji politycznej pozostawała otwartą kwestią. Uchwalenie niedługo później I poprawki gwarantującej wolność wypowiedzi mogło być odbierane jako wyraz konstytucyjnej ochrony dla krytyki władz. Gdyby jednak Sąd Federalistów w 1799 r. orzekł zgodność z Konstytucją ustawy *Sedition Act* uchwalonej przez Federalistów w Kongresie, oznaczałoby to odpowiednią zmianę normy konstytucyjnej dotyczącej krytyki władz w ramach wolności słowa, dokonaną poza uzgodnieniem wynikającym z debaty ratyfikacyjnej i I poprawki. Zmianę tej normy przeprowadził zresztą Sąd kilkakrotnie w XX w.

Ojcowie Założyciele chcieli rządzić, prowadzić politykę, a nie procesować się o politykę. Amerykańska sądowa kontrola prawa była z ducha instytucją arystokratyczną, w stopniu tak wysokim, że okazała się zbyt arystokratyczna dla arystokratów, którzy eksperymentowali z nią w latach 70. i 80. XVIII w. Dlatego w latach 90. sądy federalne obsadzone przez Federalistów posłusznie wycofały się z polityki, poprzestając na realizacji interesów elity politycznej w wąskim obszarze ustrojowym, którym się zajmowały. W 1803 r. Prezes Marshall orzeczeniami *Marbury* i *Stuart v. Laird* przypieczętował ten stan rzeczy opisywanym rozejmem, pokazując, że nawet po wymianie elity politycznej sądy mogą stanowić spolegliwe narzędzie wykonawcze, tworzące dodatkową warstwę zabezpieczającą rozstrzygnięcia polityczne, a sformułowaną w języku prawniczym.

Opisywałem powyżej, jak istotnym podłożem społecznym rewolucji i prac konstytucyjnych były zmagania amerykańskich patrycjuszów z pospółstwem. W stanie Pensylwania przybrało to spektakularny wyraz. W latach 1787-1795 na prowincji tego stanu przeszło 60 razy doszło do blokad dróg. Była to forma samoobrony wiejskich społeczności przed opresją ze strony władz, zwłaszcza podatkową. Blokady te były bardzo skuteczne, mogły odcinać na całe miesiące połacie stanu od urzędników stanowych i federalnych. Stawiano zapory wysokie na blisko 2 metry, przekierowywano kanałami lokalne rzeki na drogi, a w okręgu Chester wykopano w drodze prowadzącej do Filadelfii krater o głębokości przeszło 2 i obwodzie 15 metrów³⁸. Jeśli nie ulega się prawniczym idealizacjom i fikcjom, można dostrzec, że amerykańska sędziowska kontrola prawa kształtowała się jako symetryczne narzędzie elit służące temu samemu celowi, co owe formy samoobrony podejmowane przez prowincjonalną biedotę, to znaczy wykolejeniu procesu politycznego, gdy przynosił on niekorzystne rezultaty. W opisywanym okresie pospółstwo mogło

³⁷ P. Laidler, *Sąd Najwyższy...*, s. 69.

³⁸ T. Bouton, *Taming Democracy. „The People”, the Founders, and the Troubled Ending of the American Revolution*, New York 2009, s. 197-198.

wywoływać faktyczne wykolejanie wozów czy np. przemocą zamykać sądy. Unieważnianie ustaw przez sędziów było środkiem bardziej eleganckim, ale pełniącym tę samą funkcję samoobrony elit przed werdyktami rozwiązanej demokracji, przy czym pod koniec XVIII w. środek ten ujawnił jedynie swój wczesny potencjał, a w pełnej krasie objawił swe walory w drugiej połowie XIX w. Praktyka *judicial review* nie zrodziła się ani nie rozwijała w sposób przejrzysty, w oparciu o wyraźne upoważnienie konstytucyjne dla takiej aktywności Sądu, z przyłbicą podniesioną przed władzami politycznymi i obywatelami, ale na obrzeżach Konstytucji.

Skoro cała historia dotycząca orzeczenia *Marbury v. Madison* jako źródła kompetencji amerykańskich sądów do dokonywania kontroli konstytucyjności prawa jest nieprawdziwa, to rodzi się naturalne pytanie, dlaczego właśnie to orzeczenie uznano za doktrynalny amulet władzy sędziowskiej. Dlaczego Sąd wykorzystał orzeczenie *Marbury* do legitymizowania własnej władzy dopiero po 92 latach od jego wydania, kiedy strajki i reformy społeczne, takie jak wprowadzenie podatku dochodowego, w konserwatywnym środowisku prawniczym postrzegane były jako zapowiedź popadnięcia w socjalizm lub anarchię?³⁹ Odpowiedź jest tak niezwykle niewygodna dla amerykańskiej doktryny konstytucyjnej, co powyżej sygnalizowałem, że można zrozumieć, dlaczego w zbiorowej świadomości amerykańskich prawników zapomniano o orzeczeniu *Stuart v. Laird*. Związane jest to z tym, że z dzisiejszego punktu widzenia sam Marshall i Sąd nie stał po właściwej stronie w wielkiej narodowej dyspacie. Siódme wtajemniczenie dotyczy słowa „niewolnik”, które prowadzi do osobnej i długiej opowieści, dlatego celowo unikałem go na wcześniejszych stronach, choć w istocie znaczenie czarnych niewolników stanowi ustrojową ośnowę większości opisywanych powyżej zdarzeń i procesów. Otóż prawdziwą sądową kontrolę ustawodawstwa stworzyli i praktykowali rasiści w Sądzie Najwyższym, którzy za pomocą doktryny *judicial review* pragnęli utrzymać niewolniczy status ludności czarnoskórej, a gdy wojna secesyjna przekreśliła te zamiary, stworzyli i wspierali w Sądzie wyrafinowany system dyskryminacji rasowej.

³⁹ S.M. Engel, *American Politicians Confront the Court...*, s. 235.

Bibliografia

- P. Abbott, *What's New in the Federalist Papers?*, „Political Research Quarterly” 1996, vol. 49, no. 3, <https://doi.org/10.1177%2F106591299604900304>.
- B. Ackerman, *The Failure of the Founding Fathers. Jefferson, Marshall, and the Rise of Presidential Democracy*, Cambridge, Mass. 2007.
- B. Ackerman, *We the People. Foundations*, Cambridge, Mass. 1993.
- B. Ackerman, *We the People. Transformations*, Cambridge, Mass. 1998.
- B. Ackerman, D. Fontana, *Thomas Jefferson Counts Himself into the Presidency*, „Virginia Law Review” 2004, vol. 90, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2307/3202441>.
- B. Ackerman, N. Katyal, *Our Unconventional Founding*, „University of Chicago Law Review” 1995, vol. 62, no. 2.
- D. Adair, *The Authorship of the Disputed Federalist Papers. Part II*, „The William and Mary Quarterly” 1944, vol. 1, no. 3, <http://dx.doi.org/10.2307/1923729>.
- D. Alfange Jr., *Marbury v. Madison and Original Understandings of Judicial Review: In Defense of Traditional Wisdom*, „The Supreme Court Review” 1993, vol. 1993, <https://doi.org/10.1086/sr.1993.3109583>.
- J. Allen, *Law and Artifice in Blackstone's „Commentaries”*, „Journal of Law. A Periodical Laboratory of Legal Scholarship. Chapter One: A Journal of Law Books” 2014, vol. 4, no. 2, [online:] <http://journaloflaw.us/0%20JoL/4-2/JoL4-2.pdf>.
- A.R. Amar, *America's Constitution. A Biography*, New York 2006.
- A.R. Amar, *America's Unwritten Constitution. The Precedents and Principles We Live By*, New York 2015.
- A.R. Amar, *Kentucky and the Constitution. Lessons from the 1790s for the 1990s*, „Kentucky Law Journal” 1996-1997, vol. 85, no. 1.
- A.R. Amar, *Marbury, Section 13, and the Original Jurisdiction of the Supreme Court*, „University of Chicago Law Review” 1989, vol. 56, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2307/1599844>.
- A.R. Amar, V. Amar, *President Quayle?*, „Virginia Law Review” 1992, vol. 78, no. 4.
- H. Arendt, *O rewolucji*, tłum. M. Godyń, Kraków 1991.
- H. Arkes, *Beyond the Constitution*, Princeton 1992.
- B. Bailyn (ed.), *The Debate on the Constitution. Federalist and Antifederalist Speeches, Articles, and Letters During the Struggle over Ratification*, part I: September 1787 to February 1788, New York 1993.
- B. Bailyn (ed.), *The Debate on the Constitution. Federalist and Antifederalist Speeches, Articles, and Letters During the Struggle over Ratification*, part II: January to August 1788, New York 1993.
- B. Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Cambridge, Mass. 1992.
- J.H. Baker, *The Three Languages of the Common Law*, „McGill Law Journal” 1998, vol. 43, no. 3.
- J.M. Balkin, *The Use that the Future Makes of the Past. John Marshall's Greatness and its Lessons for Today's Supreme Court Justices*, „William and Mary Law Review” 2002, vol. 43, no. 4.

- A. Bamzai, *Marbury v. Madison and the Concept of Judicial Deference*, „Missouri Law Review” 2016, vol. 81, no. 4.
- S. Banner, *How the Indians Lost Their Land. Law and Power on the Frontier*, Cambridge, Mass. 2007.
- N.W. Barber, A. Vermeule, *The Exceptional Role of Courts in the Constitutional Order*, „Notre Dame Law Review” 2016, vol. 92, no. 2, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2734218>.
- D.L. Bassett, *In the Wake of Schooner Peggy. Deconstructing Legislative Retroactivity Analysis*, „University of Cincinnati Law Review” 2001, vol. 69, no. 453.
- Ch.A. Beard, M.R. Beard, *Rozwój cywilizacji amerykańskiej*, t. 1: *Era rolnicza*, tłum. T. Świąćka, Warszawa 1961.
- J. Bednar, *The Resilience of the American Federal System*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York 2015.
- M.L. Benedict, *Constitutional Developments from Jackson through Reconstruction*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York 2015.
- R. Beeman, *Plain, Honest Men. The Making of the American Constitution*, New York 2009.
- C. Berkin, *Doniosłe rozstrzygnięcie. Tworzenie amerykańskiej konstytucji*, tłum. J.S. Kugler, Warszawa 2005.
- G.A. Bermann, *Marbury v. Madison and European Union „Constitutional” Review*, „George Washington International Law Review” 2004, vol. 36, no. 3.
- A. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven 1986.
- M.S. Bilder, *The Corporate Origins of Judicial Review*, „Yale Law Journal” 2006, vol. 116, no. 3.
- W. Bird, *Reassessing Responses to the Virginia and Kentucky Resolutions. New Evidence from the Tennessee and Georgia Resolutions and from Other States*, „Journal of the Early Republic” 2015, vol. 35, no. 4, <http://dx.doi.org/10.1353/jer.2015.0074>.
- S.L. Bloch, *The Marbury Mystery. Why Did William Marbury Sue in the Supreme Court?*, „Constitutional Commentary” 2001, vol. 18, no. 3.
- S.L. Bloch, *Marbury Redux. A Comment on Suzanna Sherry*, [w:] M. Tushnet (ed.), *Arguing Marbury v. Madison*, Stanford 2005.
- S.L. Bloch, M. Marcus, *John Marshall's Selective Use of History in Marbury v. Madison*, „Wisconsin Law Review” 1986, vol. 1986.
- H. Blumenberg, *Praca nad mitem*, tłum. K. Najdek, M. Herer, Z. Zwoliński, Warszawa 2009.
- H.J. Bourguignon, *The Federal Key to the Judiciary Act of 1789*, „South Carolina Law Review” 1995, vol. 46, no. 4.
- T. Bouton, *Taming Democracy. „The People”, the Founders, and the Troubled Ending of the American Revolution*, New York 2009.
- M.E. Brandon, *Constitutionalism*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York 2015.
- S. Breker-Cooper, *The Appointments Clause and the Removal Power. Theory and Séance*, „Tennessee Law Review” 1993, vol. 60, no. 4.
- P. Brest et al., *Processes of Constitutional Decisionmaking. Cases and Materials*, New York 2006.
- J. Brigham, *Political Epistemology. John Marshall's Propositions for Modern Constitutional Law*, [w:] T.C. Shevory (ed.), *John Marshall's Achievement. Law, Politics, and Constitutional Interpretations*, New York 1989.
- R.A. Brisbin Jr., *John Marshall on History, Virtue, and Legality*, [w:] T.C. Shevory (ed.), *John Marshall's Achievement. Law, Politics, and Constitutional Interpretations*, New York 1989.
- J. Broadwater, *James Madison. A Son of Virginia & a Founder of the Nation*, Chapel Hill 2012.
- R. Brookhiser, *John Marshall. The Man Who Made the Supreme Court*, New York 2018.

- A. Bryk, *Konstytucjonalizm. Od starożytnego Izraela do liberalnego konstytucjonalizmu amerykańskiego*, Kraków 2013.
- J. Brigham, *Political Epistemology. John Marshall's Propositions for Modern Constitutional Law*, [w:] T.C. Shevory (ed.), *John Marshall's Achievement. Law, Politics, and Constitutional Interpretations*, New York 1989.
- A. Burnstein, N. Isenberg, *Madison and Jefferson*, New York 2010.
- J.C. Burris, *Some Preliminary Thoughts on a Contextual Historical Theory for the Legitimacy of Judicial Review*, „Oklahoma City University Law Review” 1987, vol. 12, no. 3.
- R.A. Burt, *The Constitution in Conflict*, Cambridge, Mass. 1992.
- D. Campbell, *Marbury v. Madison in the U.K. Brexit and the Creation of Judicial Supremacy*, „Cardozo Law Review” 2018, vol. 39, no. 3.
- W.S. Carpenter, *Repeal of the Judiciary Act of 1801*, „The American Political Science Review” 1915, vol. 9, no. 3, <https://doi.org/10.2307/1946064>.
- P.O. Carrese, *The Cloaking of Power. Montesquieu, Blackstone, and the Rise of Judicial Activism*, Chicago 2003.
- W.R. Casto, *There Were Great Men Before Agamemnon*, „Vanderbilt Law Review” 2009, vol. 62, no. 2.
- E. Chemerinsky, *Constitutional Law. Principles and Policies*, New York 2006.
- E. Chemerinsky, *The Supreme Court, 1988 Term – Foreword. The Vanishing Constitution*, „Harvard Law Review” 1989, vol. 103, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2307/1341408>.
- B.R. Clark, *Unitary Judicial Review*, „George Washington Law Review” 2003, vol. 72, no. 1/2.
- R.L. Clinton, *Classical Legal Naturalism and the Politics of John Marshall's Constitutional Jurisprudence*, „John Marshall Law Review” 2000, vol. 33, no. 4.
- R.N. Clinton, *A Mandatory View of Federal Court Jurisdiction. A Guided Quest for the Original Understanding of Article III*, „University of Pennsylvania Law Review” 1984, vol. 132, no. 4, <http://dx.doi.org/10.2307/3311957>.
- R.L. Clinton, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, Lawrence 1989.
- R.L. Clinton, *Marbury v. Madison, Judicial Review, and Constitutional Supremacy in the Nineteenth Century*, [w:] M.A. Graber, M. Perhac (eds.), *Marbury versus Madison. Documents and Commentary*, Washington 2002.
- R.L. Clinton, *Precedent as Mythology. A Reinterpretation of Marbury v. Madison*, „American Journal of Jurisprudence” 1990, vol. 35, no. 1, <https://doi.org/10.1093/ajj/35.1.55>.
- D.T. Coenen, *A Rhetoric for Ratification. The Argument of „The Federalist” and Its Impact on Constitutional Interpretation*, „Duke Law Journal” 2007, vol. 56, no. 2.
- A.N. Coleman, *„A Second Bounaparty?”. A Reexamination of Alexander Hamilton during the Franco-American Crisis, 1796-1801*, „Journal of the Early Republic” 2008, vol. 28, no. 2, <http://dx.doi.org/10.1353/jer.0.0004>.
- H.G. Connor, *James Iredell. Lawyer, Statesman, Judge. 1751-1799*, „University of Pennsylvania Law Review” 1912, vol. 60, no. 4.
- S. Cornell, *Mobs, Militias, and Magistrates. Popular Constitutionalism and the Whiskey Rebellion*, „Chicago-Kent Law Review” 2006, vol. 81, no. 3.
- S. Cornell, *The People's Constitution vs. The Lawyer's Constitution. Popular Constitutionalism and the Original Debate over Originalism*, „Yale Journal of Law & the Humanities” 2011, vol. 23, no. 2.
- E.S. Corwin, *Court Over Constitution. A Study of Judicial Review as an Instrument of Popular Government*, Princeton 1938.

- E.S. Corwin, *The Establishment of Judicial Review. II*, „Michigan Law Review” 1911, vol. 9, no. 4, <http://dx.doi.org/10.2307/1274947>.
- J. Crawford, *Appeals Court Fires Back at Obama's Comments on Health Care Case*, CBS News, 4 IV 2012, [online:] <http://www.cbsnews.com/news/appeals-court-fires-back-at-obamas-comments-on-health-care-case/>.
- J. Crawford, *Marbury v. Madison at the International Level*, „George Washington International Law Review” 2004, vol. 36, no. 3.
- L.D. Cress, „Cool and Serious Reflection”. *Federalist Attitudes toward War in 1812*, „Journal of the Early Republic” 1987, vol. 7, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2307/3123456>.
- J. Crowe, *The Constitutional Politics of the Judiciary*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York 2015.
- D.P. Currie, *The Constitution in the Supreme Court. The First Hundred Years, 1789-1888*, Chicago 1985.
- T.G. Daly, *The Alchemists. Questioning Our Faith in Courts as Democracy-Builders*, Cambridge 2018.
- R.J. Delahunty, J.C. Yoo, *The President's Constitutional Authority to Conduct Military Operations Against Terrorist Organizations and the Nations that Harbor or Support Them*, „Harvard Journal of Law & Public Policy” 2002, vol. 25, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.331202>.
- L.S. Demaree, *The Political Culture of the First Party System*, „OAH Magazine of History” 1986, vol. 2, no. 2.
- Ch. Desan, *The Constitutional Commitment to Legislative Adjudication in the Early American Tradition*, „Harvard Law Review” 1998, vol. 111, no. 6, <http://dx.doi.org/10.2307/1342188>.
- N. Devins, *The Constitutional Politics of Congress*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York 2015.
- T. Donnelly, *Our Forgotten Founders. Reconstruction, Public Education, and Constitutional Heroism*, „Cleveland State Law Review” 2010, vol. 58, no. 115.
- T. Donnelly, *Popular Constitutionalism, Civic Education, and the Stories We Tell Our Children*, „Yale Law Journal” 2009, vol. 118, no. 5.
- J. Ehle, *Trail of Tears. The Rise and Fall of the Cherokee Nation*, New York 1997.
- Ch.L. Eisgruber, „Marbury”, *Marshall and the Politics of Constitutional Judgment*, „Virginia Law Review” 2003, vol. 89, no. 6, <http://dx.doi.org/10.2307/3202393>.
- S. Elkins, E. McKittrick, *The Age of Federalism. The Early American Republic, 1788-1800*, New York 1993.
- J.J. Ellis, *American Sphinx. The Character of Thomas Jefferson*, New York 1997.
- J.J. Ellis, *The Quartet. Orchestrating the Second American Revolution, 1783-1789*, New York 2016.
- D. Engdahl, *Inferior Courts*, [w:] D.F. Forte, M. Spalding (eds.), *The Heritage Guide to the Constitution*, Fully Revised Second Edition, New York 2014.
- D.E. Engdahl, *John Marshall's „Jeffersonian” Concept of Judicial Power*, „Duke Law Journal” 1992, vol. 42, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2307/1372804>.
- S.M. Engel, *American Politicians Confront the Court. Opposition Politics and Changing Responses to Judicial Power*, New York 2011.
- L. Epstein, J. Knight, *The Strategic John Marshall (and Thomas Jefferson)*, [w:] M.A. Graber, M. Perhac (eds.), *Marbury versus Madison. Documents and Commentary*, Washington 2002.
- R.A. Epstein, *Afterword. Whither Electoral Reforms in the Wake of Bush v. Gore*, [w:] C.R. Sunstein, R.A. Epstein (eds.), *The Vote. Bush, Gore, and the Supreme Court*, Chicago 2001.

- R.A. Epstein, *The Federalist Papers. From Practical Politics to High Principle*, „Harvard Journal of Law & Public Policy” 1993, vol. 16, no. 1.
- W.N. Eskridge Jr., *All About Words. Early Understandings of the „Judicial Power” in Statutory Interpretation, 1776-1806*, „Columbia Law Review” 2001, vol. 101, no. 5, <http://dx.doi.org/10.2307/1123771>.
- W. Ewald, *James Wilson and the Drafting of the Constitution*, „University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law” 2008, vol. 10, no. 5.
- R.H. Fallon Jr., *Marbury and the Constitutional Mind. A Bicentennial Essay on the Wages of Doctrinal Tension*, „California Law Review” 2003, vol. 91, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2307/3481382>.
- C. Fatovic, *America's Founding and the Struggle over Economic Inequality*, Lawrence 2015.
- R.K. Faulkner, *The Marshall Court and the Making of Constitutional Democracy*, [w:] T.C. Shevory (ed.), *John Marshall's Achievement. Law, Politics, and Constitutional Interpretations*, New York 1989.
- N. Feldman, *The Three Lives of James Madison. Genius, Partisan, President*, New York 2017.
- G. Fehlings, *Storm on the Constitution. The First Deportation Law*, „Tulsa Journal of Comparative & International Law” 2002, vol. 10, no. 1.
- S.M. Feldman, *Free Speech and Free Press*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York 2015.
- J. Ferling, *Adams vs. Jefferson. The Tumultuous Election of 1800*, New York 2004.
- J. Ferling, L.E. Braverman, *John Adams's Health Reconsidered*, „The William and Mary Quarterly” 1988, vol. 55, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2307/2674324>.
- S. Filipowicz, *Pochwała rozumu i cnoty. Republikańskie credo Ameryki*, Kraków 1997.
- P. Finkelman, *The Constitution, The Supreme Court, and History*, „Texas Law Review” 2009, vol. 88, no. 2.
- P. Finkelman, *Turning Losers into Winners. What Can We Learn, If Anything, from the Antifederalists?*, „Texas Law Review” 2001, vol. 79, no. 4.
- P. Finkelman, *When International Law Was a Domestic Problem*, „Valparaiso University Law Review” 2010, vol. 44, no. 3.
- T. Fleming, *The Great Divide. The Conflict Between Washington and Jefferson That Defined a Nation*, Boston 2015.
- D.F. Forte, *Marbury's Travail. Federalist Politics and William Marbury's Appointment as Justice of the Peace*, „Catholic University Law Review” 1996, vol. 45, no. 2.
- D.F. Forte, *A Note on the Originalist Perspective*, [w:] D.F. Forte, M. Spalding (eds.), *The Heritage Guide to the Constitution*, Fully Revised Second Edition, New York 2014.
- M.J. Franck, *Against the Imperial Judiciary. The Supreme Court vs. the Sovereignty of the People*, Lawrence 1996.
- J.P. Frank, *Historical Bases of the Federal Judicial System*, „Law and Contemporary Problems” 1948, vol. 13, no. 1.
- R.P. Frankel Jr., *Before Marbury. Hylton v. United States and the Origins of Judicial Review*, „Journal of Supreme Court History” 2003, vol. 28, no. 1, <https://doi.org/10.1111/1540-5818.00052>.
- L.M. Friedman, *A History of American Law*, New York 2007.
- B. Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, „New York University Law Review” 1998, vol. 73, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.60449>.
- B. Friedman, *The Will of the People. How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution*, New York 2010.

- B. Friedman, E.F. Delaney, *Becoming Supreme. The Federal Foundation of Judicial Supremacy*, „Columbia Law Review” 2011, vol. 111, no. 6.
- L. Garlicki, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki. Konstytucja – polityka – prawa obywatelskie*, Wrocław 1982.
- J.A. Garraty, *The Case of the Missing Commissions*, [w:] idem (ed.), *Quarrels that Have Shaped the Constitution*, New York 1975.
- A.H. Garrison, *The Internal Security Acts of 1798. The Founding Generation and the Judiciary during America's First National Security Crisis*, „Journal of Supreme Court History” 2009, vol. 34, no. 1, <https://doi.org/10.1111/j.1540-5818.2009.01196.x>.
- K.R. Gąsiorowski, *Projekt Ameryka. Stany Zjednoczone od rewolucji do wojny secesyjnej*, Warszawa 2018.
- S.D. Gerber, *A Distinct Judicial Power. The Origins of an Independent Judiciary, 1606-1787*, New York 2011.
- S.D. Gerber, *The Myth of Marbury v. Madison and the Origins of Judicial Review*, [w:] M.A. Graber, M. Perhac (eds.), *Marbury versus Madison. Documents and Commentary*, Washington 2002.
- M.J. Gerhardt, *What's Old is New Again*, „Boston University Law Review” 2006, vol. 86, no. 5.
- J.M. Gest, *The Lawyer in Literature*, Boston 1913.
- J. Gienapp, *The Second Creation. Fixing the American Constitution in the Founding Era*, Cambridge, Mass. 2018.
- S.J. Gilhooly, *The Framers Themselves. Constitutional Authorship during the Ratification*, „American Political Thought” 2013, vol. 2, no. 1, <http://dx.doi.org/10.1086/669688>.
- J. Glickstein, *After Midnight. The Circuit Judges and the Repeal of the Judiciary Act of 1801*, „Yale Journal of Law & the Humanities” 2012, vol. 24, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1809207>.
- J. Goebel Jr., *Antecedents and Beginnings to 1801*, New York 2010, *History of the Supreme Court of the United States*, vol. 1.
- L.F. Goldstein, *Popular Sovereignty, the Origins of Judicial Review, and the Revival of Unwritten Law*, „The Journal of Politics” 1986, vol. 48, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2307/2130924>.
- L. Goldstone, *The Activist. John Marshall, Marbury v. Madison, and the Myth of Judicial Review*, New York 2011.
- L. Goldstone, *Dark Bargain. Slavery, Profits, and the Struggle for the Constitution*, New York 2005.
- G. Górski, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych do 1930 roku*, Lublin 2006.
- M.A. Graber, *Establishing Judicial Review. Marbury and the Judiciary Act of 1789*, „Tulsa Law Review” 2003, vol. 38, no. 4.
- M.A. Graber, *Establishing Judicial Review? Schooner Peggy and the Early Marshall Court*, „Political Research Quarterly” 1998, vol. 51, no. 1, <https://doi.org/10.1177%2F106591299805100110>.
- M.A. Graber, *Federalist or Friends of Adams. The Marshall Court and Party Politics*, „Studies in American Political Development” 1998, vol. 12, no. 2, <https://doi.org/10.1017/S0898588X98001539>.
- M.A. Graber, M. Perhac (eds.), *Marbury versus Madison. Documents and Commentary*, Washington 2002.
- T.C. Grey, *Origins of the Unwritten Constitution. Fundamental Law in American Revolutionary Thought*, „Stanford Law Review” 1978, vol. 30, no. 5, <http://dx.doi.org/10.2307/1228166>.
- J. Greene, *Interpretation*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York 2015.
- M.S. Greve, *Federalism*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York 2015.

- S.M. Griffin, *The Age of Marbury. Judicial Review in a Democracy of Rights*, [w:] M. Tushnet (ed.), *Arguing Marbury v. Madison*, Stanford 2005.
- S.M. Griffin, *American Constitutionalism. From Theory to Politics*, Princeton 1998.
- D. Grzybek, *Handel i pokój. Geneza i ewolucja liberalnego pacyfizmu*, Kraków 2015.
- M. Grzybowski, A. Kulig, *Systemy ustrojowe Stanów Zjednoczonych i Kanady*, Kraków 2015.
- K.R.C. Gutzman, *Edmund Randolph and Virginia Constitutionalism*, „The Review of Politics” 2004, vol. 66, no. 3, <https://doi.org/10.1017/S0034670500038870>.
- K.R.C. Gutzman, *The Jeffersonian Republicans vs. The Federalist Courts*, „University of St. Thomas Law Journal” 2018, vol. 14, no. 1.
- K.R.C. Gutzman, *The Virginia and Kentucky Resolutions Reconsidered: „An Appeal to the Real Laws of Our Country”*, „The Journal of Southern History” 2000, vol. 66, no. 3, <http://dx.doi.org/10.2307/2587865>.
- Ch.G. Haines, *The American Doctrine of Judicial Supremacy*, Berkeley 1932.
- P. Hamburger, *Beyond Protection*, „Columbia Law Review” 2009, vol. 109, no. 8, <https://doi.org/10.7916/D8X066GF>.
- P. Hamburger, *Law and Judicial Duty*, Cambridge, Mass. 2008.
- M.H. Hansen, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes. Structure, Principles, and Ideology*, Norman 1999.
- M.P. Harrington, *Judicial Review Before John Marshall*, „George Washington Law Review” 2003, vol. 72, no. 1/2.
- E.A. Hartnett, *Not the King's Bench*, „Constitutional Commentary” 2003, vol. 20, no. 2.
- E.A. Hartnett, *Recess Appointments of Article III Judges. Three Constitutional Questions*, „Cardozo Law Review” 2005, vol. 26, no. 2.
- G.L. Haskins, H.A. Johnson, *Foundations of Power. John Marshall, 1801-1815*, New York 2010, *History of the Supreme Court of the United States*, vol. 2.
- O.G. Hatch, *Modern Marbury Myths*, „University of Cincinnati Law Review” 1989, vol. 57.
- R.H. Helmholz, *Bonham's Case, Judicial Review, and the Law of Nature*, „Journal of Legal Analysis” 2009, vol. 1, no. 1, <https://doi.org/10.4159/jla.v1i1.5>.
- E.K. Henderson, *The Attack on the Judiciary in Pennsylvania, 1800-1810*, „The Pennsylvania Magazine of History and Biography” 1937, vol. 61, no. 2.
- R.V. Hine, J.M. Faragher, *Pogranicza. Historia amerykańskiego Zachodu*, tłum. T. Tesznar, Kraków 2011.
- R. Hirschl, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Mass. 2007.
- Ch.F. Hobson, *Defining the Office. John Marshall as Chief Justice*, „University of Pennsylvania Law Review” 2006, vol. 154, no. 6.
- Ch.F. Hobson, *Editing Marshall*, „John Marshall Law Review” 2000, vol. 33, no. 4.
- Ch.F. Hobson, *The Great Chief Justice. John Marshall and the Rule of Law*, Lawrence 1996.
- P.Ch. Hoffer, W. Hull Hoffer, N.E.H. Hull, *The Supreme Court. An Essential History*, Lawrence 2007.
- S. Holmes, C.R. Sunstein, *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, New York 1999.
- W. Holton, *Forced Founders. Indians, Debtors, Slaves, and the Making of the American Revolution in Virginia*, Chapel Hill 1999.
- W. Holton, *Unruly Americans and the Origins of the Constitution*, New York 2007.
- H. Hoock, *Scars of Independence. America's Violent Birth*, New York 2018.
- M.J. Horwitz, *A Historiography of the People Themselves and Popular Constitutionalism*, „Chicago-Kent Law Review” 2006, vol. 81, no. 3.

- How to Celebrate „John Marshall Day”, February 4, 1901*, Direction of the Executive Committee of the Illinois State Bar Association, Chicago 1901.
- T.S. Huebner, *The Consolidation of State Judicial Power. Spencer Roane, Virginia Legal Culture, and the Southern Judicial Tradition*, „The Virginia Magazine of History and Biography” 1994, vol. 102, no. 1.
- R.M. Ireland, Iredell, James, [w:] K.L. Hall (ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York 2005.
- P. Irons, *A People's History of the Supreme Court*, New York 1999.
- R. Isaac, *The Transformation of Virginia, 1740-1790*, New York 1988.
- S. Jay, *Origins of Federal Common Law. Part One*, „University of Pennsylvania Law Review” 1985, vol. 133, no. 5.
- T. Jefferson, *Uwagi o państwie Wirginia*, tłum., wstęp i oprac. T. Wiecech, Kraków 2014.
- D. Jenkins, *From Unwritten to Written. Transformation in the British Common-Law Constitution*, „Vanderbilt Journal of Transnational Law” 2003, vol. 36, no. 3.
- D. Jenkins, *The Sedition Act of 1798 and the Incorporation of Seditious Libel into First Amendment Jurisprudence*, „American Journal of Legal History” 2001, vol. 45, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2307/3185366>.
- E.M. Jensen, *The Apportionment of „Direct Taxes”. Are Consumption Taxes Constitutional?*, „Columbia Law Review” 1997, vol. 97.
- H.A. Johnson, *The Chief Justiceship of John Marshall, 1801-1835*, Columbia 1998.
- H.A. Johnson, *Federal Union, Property, and the Contract Clause. John Marshall's Thought in Light of Sturges v. Crowninshield and Ogden v. Saunders*, [w:] T.C. Shevory (ed.), *John Marshall's Achievement. Law, Politics, and Constitutional Interpretations*, New York 1989.
- J.S. Johnson, *The Emperor's New Clothes. Cloaking and Disrobing the Supreme Court in Carrese's „The Cloaking of Power”*, „William Mitchell Law Review” 2004, vol. 30, no. 3.
- R.L. Jones, *Lessons from a Lost Constitution. The Council of Revision, the Bill of Rights, and the Role of the Judiciary in Democratic Governance*, „Journal of Law & Politics” 2012, vol. 27, no. 3.
- E. Kades, *The Dark Side of Efficiency. Johnson v. M'Intosh and the Expropriation of American Indian Lands*, „University of Pennsylvania Law Review” 2000, vol. 148, no. 4, <http://dx.doi.org/10.2307/3312840>.
- E. Kades, *History and Interpretation of the Great Case of Johnson v. M'Intosh*, „Law and History Review” 2001, vol. 19, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2307/744212>.
- P.W. Kahn, *The Constitution and United States' Culture*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York 2015.
- P.W. Kahn, *The Reign of Law. Marbury v. Madison and the Construction of America*, New Haven 1997.
- D.A. Kaplan, *The Most Dangerous Branch. Inside the Supreme Court's Assault on the Constitution*, New York 2018.
- R. Ketcham, *Introduction*, [w:] idem (ed.), *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates*, New York 2003.
- R. Ketcham (ed.), *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates. The Clashes and Compromises that gave Birth to Our Government*, New York 2003.
- Ch.R. Kessler, *Introduction*, [w:] C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, New York 2003.
- M.J. Klarman, *The Framers' Coup. The Making of the United States Constitution*, New York 2016.
- M.J. Klarman, *How Great Were the „Great” Marshall Court Decisions?*, „Virginia Law Review” 2001, vol. 87, no. 6, <http://dx.doi.org/10.2307/1073950>.

- M.J. Klarman, *What's So Great About Constitutionalism*, „Northwestern University Law Review” 1998, vol. 93, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.40520>.
- J.T. Kloppenberg, *Toward Democracy. The Struggle for Self-Rule in European and American Thought*, New York 2016.
- D.M. Kennedy, *Editor's Introduction*, [w:] G.S. Wood, *Empire of Liberty. A History of the Early Republic, 1789-1815*, New York 2011.
- J. Knight, L. Epstein, *On the Struggle for Judicial Supremacy*, „Law & Society Review” 1996, vol. 30, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2307/3054035>.
- H.J. Knowles, J.A. Toia, *Defining „Popular Constitutionalism”. The Kramer versus Kramer Problem*, „Southern University Law Review” 2014, vol. 42, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2395465>.
- A. Koch, H. Ammon, *The Virginia and Kentucky Resolutions. An Episode in Jefferson's and Madison's Defense of Civil Liberties*, „The William and Mary Quarterly” 1948, vol. 5, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2307/1917453>.
- S.A. Koh, *Marbury Moments*, „Columbia Journal of Transnational Law” 2015, vol. 54, no. 1.
- L.D. Kramer, *Marbury and the Retreat from Judicial Supremacy*, „Constitutional Commentary” 2003, vol. 20, no. 2.
- L.D. Kramer, *The Pace and Cause of Change*, „John Marshall Law Review” 2004, vol. 37, no. 2.
- L.D. Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, New York 2004.
- L.D. Kramer, *Putting the Politics Back into the Political Safeguards of Federalism*, „Columbia Law Review” 2000, vol. 100, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2307/1123559>.
- L.D. Kramer, *The Supreme Court 2000 Term Foreword. We the Court*, „Harvard Law Review” 2001, vol. 115, no. 1.
- S. Kubas, *Judicial review – geneza i rozwój*, [w:] P. Czarny et al., *Konstytucja i sądowe gwarancje jej ochrony. Księga jubileuszowa Profesora Pawła Sarneckiego*, Kraków 2004.
- S. Kubas, *„Niczym Homer dla poetów epickich” – brytyjskie inspiracje dla amerykańskich ojców założycieli*, [w:] R. Kłosowicz et al. (red.), *Konstytucjonalizm, doktryny, partie polityczne. Księga dedykowana Profesorowi Andrzejowi Ziębie*, Kraków 2016.
- S. Kubas, *Powoływanie sędziów amerykańskiego Sądu Najwyższego*, [w:] P. Tuleja, M. Florczak-Wątor, S. Kubas (red.), *Prawa człowieka, społeczeństwo obywatelskie, państwo demokratyczne. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Pawłowi Sarneckiemu*, Warszawa 2010.
- S. Kubas, *Świadomość orzecznicza sędziów amerykańskiego Sądu Najwyższego*, „Przegląd Sejmowy” 2013, nr 1.
- P.B. Kurland, R. Lerner (eds.), *The Founders' Constitution*, vol. IV: Article 2, Section 2, Through Article 7, Indianapolis 2001.
- P. Laidler, *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki. Przewodnik*, Kraków 2007.
- P. Laidler, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych Ameryki: od prawa do polityki*, Kraków 2011.
- D. Landau, *Abusive Constitutionalism*, „UC Davis Law Review” 2013, vol. 47, no. 1.
- E.J. Larson, *The Constitutionality of Lame-Duck Lawmaking. The Text, History, Intent, and Original Meaning of the Twentieth Amendment*, „Utah Law Review” 2012, vol. 2012, no. 2.
- L.H. LaRue, *Constitutional Law as Fiction. Narrative in the Rhetoric of Authority*, University Park 1995.
- L.H. LaRue, *How Not to Imitate John Marshall*, „Washington and Lee Law Review” 1999, vol. 56, no. 3.
- K.T. Lash, A. Harrison, *Minority Report. John Marshall and the Defense of the Alien and Sedition Acts*, „Ohio State Law Journal” 2007, vol. 68, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.888803>.

- G. Lawson, *Due Process Clause*, [w:] D.F. Forte, M. Spalding (eds.), *The Heritage Guide to the Constitution*, Fully Revised Second Edition, New York 2014.
- G. Lawson, *Supremacy Clause*, [w:] D.F. Forte, M. Spalding (eds.), *The Heritage Guide to the Constitution*, Fully Revised Second Edition, New York 2014.
- A. Lenner, *A Tale of Two Constitutions. Nationalism in the Federalist Era*, „American Journal of Legal History” 1996, vol. 40, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2307/845462>.
- J.E. Lennertz, *John Marshall and the Interpretation of the Constitution*, [w:] T.C. Shevory (ed.), *John Marshall's Achievement. Law, Politics, and Constitutional Interpretations*, New York 1989.
- G. Leonard, *Iredell Reclaimed. Farewell to Snowiss's History of Judicial Review*, „Chicago-Kent Law Review” 2006, vol. 81, no. 3.
- Ch.O. Lerche Jr., *Jefferson and the Election of 1800. A Case Study in the Political Smear*, „The William and Mary Quarterly” 1948, vol. 5, no. 5, <http://dx.doi.org/10.2307/1920636>.
- Z. Lewicki, *Historia cywilizacji amerykańskiej. Era sprzeczności 1787-1865*, Warszawa 2010.
- S. Levinson, *Constitutional Faith*, Princeton 2011.
- S. Levinson, *Framed. America's Fifty-One Constitutions and the Crisis of Governance*, New York 2012.
- S. Levinson, *Law as Literature*, „Texas Law Review” 1982, vol. 60, no. 3.
- S. Levinson, *Our Undemocratic Constitution. Where the Constitution Goes Wrong (And How We the People Can Correct It)*, New York 2006.
- S. Levinson, *Reply. Why I Still Won't Teach Marbury (Except in a Seminar)*, „University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law” 2004, vol. 6, no. 3.
- S. Levinson, *Why I Do Not Teach Marbury (Except to Eastern Europeans) and Why You Shouldn't Either*, „Wake Forest Law Review” 2003, vol. 38.
- S. Levinson, J.M. Balkin, *What Are the Facts of Marbury v. Madison*, „Constitutional Commentary” 2003, vol. 20, no. 2.
- S. Levitsky, D. Ziblatt, *How Democracies Die. What History Tells Us About Our Future*, New York 2018.
- D. Lis-Staranowicz, *Legitymizacja sądowej kontroli prawa w Stanach Zjednoczonych Ameryki*, Olsztyn 2012.
- J. Lobel, *The Commander in Chief and the Courts*, „Presidential Studies Quarterly” 2007, vol. 37, no. 1, <https://doi.org/10.1111/j.1741-5705.2007.02584.x>.
- D.J. Mahoney, *A Historical Note on Hodgson v. Bowerbank*, „University of Chicago Law Review” 1982, vol. 49, no. 3, <http://dx.doi.org/10.2307/1599308>.
- P. Maier, *Ratification. The People Debate the Constitution, 1787-1788*, New York 2010.
- R.M. Małajny, *Amerykański prezydenjalizm*, Warszawa 2012.
- R.M. Małajny, *Doktryna podziału władzy „Ojców Konstytucji” USA*, Katowice 1985.
- M. Marcus, R. Teir, *Hayburn's Case. A Misinterpretation of Precedent*, „Wisconsin Law Review” 1988, no. 4.
- J.S. Marr, J.T. Cathey, *The 1802 Saint-Domingue Yellow Fever Epidemic and the Louisiana Purchase*, „Journal of Public Health Management and Practice” 2013, vol. 19, no. 1, <http://dx.doi.org/10.1097/PHH.0b013e318252ee8>.
- J.P. Martin, *When Repression is Democratic and Constitutional. The Federalist Theory of Representation and the Sedition Act of 1798*, „University of Chicago Law Review” 1999, vol. 66, no. 1.
- J.M. Martinez, W.D. Richardson, *The Federalist Papers and Legal Interpretation*, „South Dakota Law Review” 2000, vol. 45, no. 2.

- R.K. Matthews, *Marshall v. Jefferson. Beyond „Sanctimonious Reverence” for a „Sacred” Law*, [w:] T.C. Shevory (ed.), *John Marshall's Achievement. Law, Politics, and Constitutional Interpretations*, New York 1989.
- W.T. Mayton, *Seditious Libel and the Lost Guarantee of a Freedom of Expression*, „Columbia Law Review” 1984, vol. 84, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2307/1122370>.
- K.N. McAlister, *Retroactive Application of the Civil Rights Act of 1991*, „Vanderbilt Law Review” 1992, vol. 45, no. 5.
- R.G. McCloskey, *The American Supreme Court*, revised by S. Levinson, Chicago 2005.
- M.W. McConnell, *The Story of Marbury v. Madison*, [w:] M.C. Dorf (ed.), *Constitutional Law Stories*, New York 2004.
- M.W. McConnell, *Toward a More Balanced History of the Supreme Court*, [w:] Ch. Wolfe (ed.), *That Eminent Tribunal. Judicial Supremacy and the Constitution*, Princeton 2004.
- D. McCullough, *John Adams*, New York 2002.
- F. McDonald, W.B. Allen, *Preamble*, [w:] D.F. Forte, M. Spalding (eds.), *The Heritage Guide to the Constitution*, Fully Revised Second Edition, New York 2014.
- D. McGowan, *Ethos in Law and History. Alexander Hamilton, The Federalist, and the Supreme Court*, „Minnesota Law Review” 2001, vol. 85, no. 3.
- H.K. Michael, *The Role of Natural Law in Early American Constitutionalism: Did the Founders Contemplate Judicial Enforcement of „Unwritten” Individual Rights?*, „North Carolina Law Review” 1991, vol. 69, no. 2.
- R. Middlekauff, *The Glorious Cause. The American Revolution, 1763-1789*, New York 2007.
- P. Mikuli, *Zdekoncentrowana sądowna kontrola konstytucyjności prawa. Stany Zjednoczone i państwa europejskie*, Kraków 2007.
- J.M. Miller, *The Authority of a Foreign Talisman. A Study of U.S. Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite's Leap of Faith*, „American University Law Review” 1997, vol. 46, no. 5.
- M.C. Miller, *Judicial Politics in the United States*, New York 2014.
- M.C. Mirow, *Marbury in Mexico. Judicial Review's Precocious Southern Migration*, „Hastings Constitutional Law Quarterly” 2007, vol. 35, no. 1.
- W.D. Moore, *Constitutionalism*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York 2015.
- W.D. Moore, *Reconceiving Interpretive Autonomy. Insights from the Virginia and Kentucky Resolutions*, „Constitutional Commentary” 1994, vol. 11, no. 2.
- E.S. Morgan, *Inventing the People. The Rise of Popular Sovereignty in England and America*, New York 1989.
- Y. Mounk, *The People vs. Democracy. Why Our Freedom Is in Danger and How to Save It*, Cambridge, Mass. 2018.
- W.J. Murphy Jr., *John Adams. The Politics of the Additional Army, 1798-1800*, „The New England Quarterly” 1979, vol. 52, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2307/364841>.
- R.F. Nagel, *Constitutional Cultures. The Mentality and Consequences of Judicial Review*, Berkeley 1989.
- J.C. Nagle, *The Lame-Ducks of Marbury*, „Constitutional Commentary” 2003, vol. 20, no. 2.
- A.P. Napolitano, *A Legal History of National Security Law and Individual Rights in the United States. The Unconstitutional Expansion of Executive Power*, „New York University Journal of Law & Liberty” 2014, vol. 8, no. 2.

- R.G. Natelson, *The Founders' Hermeneutic. The Real Original Understanding of Original Intent*, „Ohio State Law Journal” 2007, vol. 68, no. 5.
- W.E. Nelson, *Changing Conceptions of Judicial Review. The Evolution of Constitutional Theory in the States, 1790-1860*, „University of Pennsylvania Law Review” 1972, vol. 120, no. 6, <http://dx.doi.org/10.2307/3311346>.
- W.E. Nelson, *Marbury v. Madison. The Origins and Legacy of Judicial Review*, Lawrence 2000.
- B. Neuborne, *Serving the Syllogism Machine. Reflections on Whether Brandenburg is Now (or Ever Was) Good Law*, „Texas Tech Law Review” 2011, vol. 44.
- R.K. Newmyer, *Chief Justice Marshall in the Context of His Times*, „Washington and Lee Law Review” 1999, vol. 56, no. 3.
- R.K. Newmyer, *Harvard Law School, New England Legal Culture, and the Antebellum Origins of American Jurisprudence*, „The Journal of American History” 1987, vol. 74, no. 3, <http://dx.doi.org/10.2307/1902155>.
- R.K. Newmyer, *John Marshall and the Heroic Age of the Supreme Court*, Baton Rouge 2001.
- R.K. Newmyer, *The Supreme Court under Marshall and Taney*, New York 1969.
- H. Noel, *Political Ideologies and Political Parties in America*, New York 2013.
- J.M. O'Fallon, *Marbury*, „Stanford Law Review” 1992, vol. 44, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2307/1228946>.
- J.M. O'Fallon, *The Politics of Marbury*, [w:] M.A. Graber, M. Perhac (eds.), *Marbury versus Madison. Documents and Commentary*, Washington 2002.
- J. Oldham, *Judicial Activism in Eighteenth-Century English Common Law in the Time of the Founders: The More Things Change, the More They Stay the Same*, „The Green Bag” 2005, vol. 8, no. 3.
- S.R. Olken, *The Ironies of Marbury v. Madison and John Marshall's Judicial Statesmanship*, „John Marshall Law Review” 2004, vol. 37, no. 2.
- J.V. Orth, *Did Sir Edward Coke Meant What He Said*, „Constitutional Commentary” 1999, vol. 16, no. 1.
- J.V. Orth, *John Marshall and the Rule of Law*, „South Carolina Law Review” 1998, vol. 49, no. 3.
- J. Osterhammel, *The Transformation of the World. A Global History of the Nineteenth Century*, trans. by P. Camiller, Princeton 2014.
- J.R. Paul, *Without Precedent. Chief Justice John Marshall and His Times*, New York 2018.
- M.S. Paulsen, *Marbury's Wrongness*, „Constitutional Commentary” 2003, vol. 20, no. 2.
- M.S. Paulsen, L. Paulsen, *The Constitution. An Introduction*, New York 2016.
- A.A. Perlin, *The Impeachment of Samuel Chase. Redefining Judicial Independence*, „Rutgers Law Review” 2010, vol. 62, no. 3.
- D. Perlin, *Marbury on the Thames: Separation of Powers in the United Kingdom's Nascent Supreme Court*, „North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation” 2016, vol. 42, no. 1.
- M.D. Peterson, *The Jefferson Image in the American Mind*, Charlottesville 1998.
- J.E. Pfander, „*Marbury*”, *Original Jurisdiction, and the Supreme Court's Supervisory Powers*, „Columbia Law Review” 2001, vol. 101, no. 7, <http://dx.doi.org/10.2307/1123808>.
- J.E. Pfander, D.D. Birk, *Article III and the Scottish Judiciary*, „Harvard Law Review” 2011, vol. 124, no. 7.
- N.S. Poser, *Lord Mansfield: Justice in the Age of Reason*, Montreal–Kingston 2013.
- L.A. Powe Jr., *The Supreme Court and the American Elite, 1789-2008*, Cambridge, Mass. 2009.

- H.J. Powell, *The Founders and the President's Authority over Foreign Affairs*, „William and Mary Law Review” 1999, vol. 40, no. 5.
- H.J. Powell, *The Principles of '98. An Essay in Historical Retrieval*, „Virginia Law Review” 1994, vol. 80, no. 3, <http://dx.doi.org/10.2307/1073630>.
- S.B. Prakash, *The Appointment and Removal of William J. Marbury and When an Office Vests*, „Notre Dame Law Review” 2013, vol. 89, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2857299>.
- H.K. Prempeh, *Marbury in Africa. Judicial Review and the Challenge of Constitutionalism in Contemporary Africa*, „Tulane Law Review” 2006, vol. 80, no. 4.
- S.B. Presser, *Impeachment*, [w:] D.F. Forte, M. Spalding (eds.), *The Heritage Guide to the Constitution*, Fully Revised Second Edition, New York 2014.
- W. Prest, *Blackstone as Architect. Constructing the „Commentaries”*, „Yale Journal of Law & the Humanities” 2003, vol. 15, no. 1.
- C.E. Prince, *The Passing of the Aristocracy. Jefferson's Removal of the Federalists, 1801-1805*, „The Journal of American History” 1970, vol. 57, no. 3, <http://dx.doi.org/10.2307/1917975>.
- W.H. Pryor Jr., *The Unbearable Rightness of Marbury v. Madison. Its Real Lessons and Irrepressible Myths*, „Engage: The Journal of the Federalist Society Practice Groups” 2012, vol. 12.
- A. Pułło (tłum. i wstęp), *Konstytucja Stanów Zjednoczonych Ameryki*, Warszawa 2002.
- R.J. Pushaw Jr., *Judicial Vesting Clause*, [w:] D.F. Forte, M. Spalding (eds.), *The Heritage Guide to the Constitution*, Fully Revised Second Edition, New York 2014.
- D.M. Rabban, *Review. The Ahistorical Historian. Leonard Levy on Freedom of Expression in Early American History*, „Stanford Law Review” 1985, vol. 37, no. 3, <http://dx.doi.org/10.2307/1228715>.
- Y. Rabin, A. Gutfeld, *Marbury v. Madison and Its Impact on the Israeli Constitutional Law*, „University of Miami International and Comparative Law Review” 2007, vol. 16, no. 1.
- J.S. Rakoff, *Don't Count on the Courts*, „New York Review of Books” 2018, vol. 65, no. 6.
- J.N. Rakove, *Original Meanings. Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, New York 1996.
- J.N. Rakove, *The Origins of Judicial Review. A Plea for New Contexts*, „Stanford Law Review” 1997, vol. 49, no. 5, <http://dx.doi.org/10.2307/1229247>.
- J.N. Rakove, *Presidential Selection. Electoral Fallacies*, „Political Science Quarterly” 2004, vol. 119, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2307/20202303>.
- R. Raphael, *Constitutional Myths. What We Get Wrong and How to Get It Right*, New York 2013.
- T.M. Ray, „Not One Cent for Tribute”. *The Public Addresses and American Popular Reaction to the XYZ Affair, 1798-1799*, „Journal of the Early Republic” 1983, vol. 3, no. 4, <http://dx.doi.org/10.2307/3122881>.
- Ch. Reichert, *Should I Stay or Should I Go Now. Foreign Law Implications for the Supreme Court's Recusal Problem*, „University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law” 2014, vol. 16, no. 4.
- R.J. Reinstein, M.C. Rahdert, *Reconstructing Marbury*, „Arkansas Law Review” 2004-2005, vol. 57.
- N. Richards, *Free Speech and the Twitter Presidency*, „University of Illinois Law Review Online” 2017.
- K. Roach, *Constitutional, Remedial, and International Dialogues About Rights: The Canadian Experience*, „Texas International Law Journal” 2005, vol. 40, no. 3.
- D.B. Robertson, *The Constitution from 1620 to the Early Republic*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York 2015.
- L.G. Robertson, *Conquest by Law. How the Discovery of America Dispossessed Indigenous Peoples of Their Lands*, Oxford University Press, New York 2005.

- G.N. Rosenberg, *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change?*, Chicago 2008.
- R.J. Ross, *The Memorial Culture of Early Modern English Lawyers. Memory as Keyword, Shelter, and Identity, 1560-1640*, „Yale Journal of Law & the Humanities” 1998, vol. 10, no. 2.
- C. Rossiter, *Parties and Politics in America*, Ithaca, NY 1974.
- C. Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, New York 2003.
- G.D. Rowe, *Constitutionalism in the Streets*, „Southern California Law Review” 2005, vol. 78, no. 2.
- A. Roy, *Can the Supreme Court Legitimately Overturn Obamacare? Fifth Circuit Demands Homework Assignment from Justice Dept.*, „Forbes” 4 IV 2012, [online:] <http://www.forbes.com/sites/aroy/2012/04/04/can-the-supreme-court-legitimately-overturn-obamacare-fifth-circuit-demands-homework-assignment-from-justice-dept/>.
- T.W. Ruger, „A Question Which Convulses a Nation”. *The Early Republic’s Greatest Debate about the Judicial Review Power*, „Harvard Law Review” 2004, vol. 117, no. 3, <http://dx.doi.org/10.2307/4093462>.
- S. Hrg. 115-208, *Confirmation Hearing on the Nomination of Hon. Neil M. Gorsuch to be an Associate Justice of the Supreme Court of the United States*, March 20, 21, 22, 23, 2017, Washington 2018, [online:] <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-115shrg28638/pdf/CHRG-115shrg28638.pdf>.
- J. Sample, *Supreme Court Recusal from Marbury to the Modern Day*, „Georgetown Journal of Legal Ethics” 2013, vol. 26.
- P. Sarnecki, *Najstarsze konstytucje z końca XVIII i I połowy XIX wieku*, Warszawa 1997.
- P. Sarnecki, *Słowo wstępne*, [w:] idem, *Najstarsze konstytucje z końca XVIII i I połowy XIX wieku*, Warszawa 1997.
- P. Sarnecki, *Ustroje konstytucyjne państw współczesnych*, Warszawa 2013.
- M. Schor, *The Strange Cases of Marbury and Lochner in the Constitutional Imagination*, „Texas Law Review” 2009, vol. 87, no. 7.
- G. Schramm, *Pięć rozdroży w dziejach świata. Porównanie*, tłum. B. Baran, Warszawa 2009.
- G. Schubert, *The Judicial Mind Revisited. Psychometric Analysis of Supreme Court Ideology*, New York 1974.
- A. Schwabach, *Thomas Jefferson, Slavery, and Slaves*, „Thomas Jefferson Law Review” 2010, vol. 33.
- B. Schwartz, *A History of the Supreme Court*, New York 1995.
- M. Schwartzberg, *Was the Graphe Paranomon a Form of Judicial Review?*, „Cardozo Law Review” 2013, vol. 34, no. 3.
- E.J. Segall, *Why I Still Teach Marbury (And So Should You). A Response to Professor Levinson*, „University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law” 2004, vol. 6, no. 3.
- L.M. Seidman, *Marbury and the Authoritarian Straddle. A Comment on Stephen M. Griffith*, [w:] M. Tushnet (ed.), *Arguing Marbury v. Madison*, Stanford 2005.
- J.E. Semonche, *Keeping the Faith. A Cultural History of the U.S. Supreme Court*, Lanham 1998.
- M. Shapiro, *Courts. A Comparative and Political Analysis*, Chicago 1986.
- T.C. Shevory, *Introduction*, [w:] idem (ed.) *John Marshall’s Achievement. Law, Politics, and Constitutional Interpretations*, New York 1989.
- T.C. Shevory, *John Marshall as Republican. Order and Conflict in American Political History*, [w:] idem (ed.) *John Marshall’s Achievement. Law, Politics, and Constitutional Interpretations*, New York 1989.
- T.C. Shevory (ed.), *John Marshall’s Achievement. Law, Politics, and Constitutional Interpretations*, New York 1989.

- S. Sherry, *The Intellectual Background of Marbury v. Madison*, [w:] M. Tushnet (ed.), *Arguing Marbury v. Madison*, Stanford 2005.
- J.H. Shugerman, *Marbury and Judicial Deference. The Shadow of Whittington v. Polk and the Maryland Judiciary Battle*, „University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law” 2002, vol. 5, no. 1.
- J.G. Sidak, *The Quasi War Cases – And Their Relevance To Whether Letters of Marque and Reprisal Constrain Presidential War Powers*, „Harvard Journal of Law & Public Policy” 2005, vol. 28, no. 2, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.577264>.
- J.F. Simon, *What Kind of Nation. Thomas Jefferson, John Marshall and the Epic Struggle to Create a United States*, New York 2006.
- G.H. Skau, *A Critical Analysis of the Presidential Election System*, „Presidential Studies Quarterly” 1976, vol. 6, no. 4.
- G. Skąpska, *Znieważający konstytucjonalizm i konstytucjonalizm znieważony. Refleksja socjologiczna na temat kryzysu liberalno-demokratycznego konstytucjonalizmu w Europie postkomunistycznej*, „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2018, t. 7, nr 1, <http://dx.doi.org/10.14746/fped.2018.7.1.12>.
- C. Sloan, D. McKean, *The Great Decision. Jefferson, Adams, Marshall, and the Battle for the Supreme Court*, New York 2009.
- S. Slonim, *Federalist No. 78 and Brutus’ Neglected Thesis on Judicial Supremacy*, „Constitutional Commentary” 2006, vol. 23, no. 1.
- M. Smelser, *George Washington and the Alien and Sedition Acts*, „The American Historical Review” 1954, vol. 59, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2307/1843624>.
- J.E. Smith, *John Marshall. Definer of a Nation*, New York 1998.
- J.M. Smith, *Background for Repression. America’s Half-War with France and the Internal Security Legislation of 1798*, „Huntington Library Quarterly” 1954, vol. 18, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2307/3816242>.
- S. Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, New Haven 1990.
- S. Snowiss, *The Marbury of 1803 and the Modern Marbury*, „Constitutional Commentary” 2003, vol. 20, no. 2.
- S. Snowiss, *Text and Principle in John Marshall’s Constitutional Law. The Cases of Marbury and McCulloch*, „John Marshall Law Review” 2000, vol. 33, no. 4.
- J.M. Sosin, *The Aristocracy of the Long Robe. The Origins of Judicial Review in America*, New York 1989.
- M. Spalding, *Introduction to the Constitution*, [w:] D.F. Forte, M. Spalding (eds.), *The Heritage Guide to the Constitution*, Fully Revised Second Edition, New York 2014.
- B.H. Sparrow, *Empire*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York 2015.
- G.M. Spiegel, *Zadanie historyka*, [w:] E. Domańska (red.), *Teoria wiedzy o przeszłości na tle współczesnej humanistyki. Antologia*, Poznań 2010.
- M. Steilen, *Judicial Review and Non-Enforcement at the Founding*, „University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law” 2014, vol. 17, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2403956>.
- H. Steinberger, *Historic Influences of American Constitutionalism upon German Constitutional Development: Federalism and Judicial Review*, „Columbia Journal of Transnational Law” 1997, vol. 36, no. 1-2.
- D. Stolicki, *Executive review. Kontrola konstytucyjności prawa przez władzę wykonawczą w Stanach Zjednoczonych*, Kraków 2013.

- G.R. Stone, „*It Can't Happen Here*”: *The Lessons of History*, [w:] C.R. Sunstein (ed.), *Can It Happen Here? Authoritarianism in America*, New York 2018.
- D.A. Strauss, *On Having Mr. Madison as a Client*, [w:] M. Tushnet (ed.), *Arguing Marbury v. Madison*, Stanford 2005.
- R.J. Strickland (revised by S.L. Harring), *Native Americans*, [w:] K.L. Hall (ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York 2005.
- M.J. Sundahl, *The Living Constitution of Ancient Athens: A Comparative Perspective on the Originalism Debate*, „*John Marshall Law Review*” 2009, vol. 42, no. 2.
- C.R. Sunstein, *A Constitution of Many Minds. Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*, Princeton 2011.
- C.R. Sunstein, *Going to Extremes. How Like Minds Unite and Divide*, New York 2009.
- C.R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York 1998.
- A.S. Sweet, *Why Europe Rejected American Judicial Review – And Why It May Not Matter*, „*Michigan Law Review*” 2003, vol. 101, no. 8.
- W. Szyszkowski, *Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych (studium prawa konstytucyjnego)*, Warszawa 1969.
- C.N. Tate, T. Vallinder, *Judicialization and the Future of Politics and Policy*, [w:] iidem (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York 1995.
- Ch.E. Taucar, *The British System of Government and Its Historical Development*, Montreal–Kingston 2014.
- A. Taylor, *American Revolutions. A Continental History, 1750-1804*, New York 2017.
- J.B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, Boston 1893, reprint Forgotten Books 2012.
- W.M. Treanor, *The Case of the Prisoners and the Origins of Judicial Review*, „*University of Pennsylvania Law Review*” 1994, vol. 143, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2307/3312535>.
- W.M. Treanor, *Judicial Review Before Marbury*, „*Stanford Law Review*” 2005, vol. 58, vol. 2.
- L.H. Tribe, *American Constitutional Law*, vol. I, New York 2000.
- K. Turner, *The Appointment of Chief Justice Marshall*, „*The William and Mary Quarterly*” 1960, vol. 17, no. 2, <http://dx.doi.org/10.2307/1943349>.
- K. Turner, *Federalist Policy and the Judiciary Act of 1801*, „*The William and Mary Quarterly*” 1965, vol. 22, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2307/1920766>.
- K. Turner, *The Midnight Judges*, „*University of Pennsylvania Law Review*” 1961, vol. 109, no. 4.
- M. Tushnet, *The Constitution of the United States of America. A Contextual Analysis*, Oxford–Portland 2009.
- M. Tushnet, *Introduction*, [w:] idem (ed.), *Arguing Marbury v. Madison*, Stanford 2005.
- M. Tushnet, *The Oliver Wendell Holmes Devise History of the Supreme Court of the United States: Vol. 4, The Taney Period 1836-64. By Carl B. Swisher*, „*Catholic University Law Review*” 1976, vol. 25, no. 3.
- M. Tushnet, *Popular Constitutionalism as Political Law*, „*Chicago-Kent Law Review*” 2006, vol. 81, no. 3.
- M. Tushnet, *Red, White, and Blue. A Critical Analysis of Constitutional Law*, Lawrence 2015.
- M. Tushnet (ed.), *Arguing Marbury v. Madison*, Stanford 2005.
- M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York 2015.
- I. Unah, *The Supreme Court in American Politics*, New York 2010.
- H.G. Unger, *John Marshall. The Chief Justice Who Saved the Nation*, Boston 2014.

- M.P. Van Alstine, *Taking Care of John Marshall's Political Ghost*, „Saint Louis University Law Journal” 2008, vol. 53.
- W.W. Van Alstyne, *A Critical Guide to Marbury v. Madison*, „Duke Law Journal” 1969, vol. 1969, no. 1.
- J. Van Bergen, *Aaron Burr and the Electoral Tie of 1801: Strict Constitutional Construction*, „Cardozo Public Law, Policy and Ethics Journal” 2003, vol. 1.
- M. Van Hook, *Founding the Third Branch. Judicial Greatness and John Jay's Reluctance*, „Journal of Supreme Court History” 2015, vol. 40, no. 1, <https://doi.org/10.1111/jsch.12061>.
- P.R. Verkuil, *Original Jurisdiction*, [w:] D.F. Forte, M. Spalding (eds.), *The Heritage Guide to the Constitution*, Fully Revised Second Edition, New York 2014.
- J.E. Viator, *Marbury and History: What Do We Really Know about What Really Happened?*, „La Revue Juridique Thémis” 2003, vol. 37, no. 3.
- J.R. Vile, *The Constitutional Convention of 1787. A Comprehensive Encyclopedia of America's Founding*, Santa Barbara 2005.
- J.-L. Vullierme, *Lustro Zachodu. Nazizm i cywilizacja zachodnia*, tłum. M. Żurowska, Warszawa 2016.
- D.P. Waggoner, *The Jurisprudence of White Supremacy: Inter Caetara, Johnson v. M'Intosh and San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, „Southwestern Law Review” 2015, vol. 44, no. 4.
- W.J. Watkins Jr., *Popular Sovereignty, Judicial Supremacy, and the American Revolution. Why the Judiciary Cannot Be the Final Arbiter of Constitutions*, „Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy” 2006, vol. 1.
- P.J. Weber, *Madison's Opposition to a Second Convention*, „Polity” 1988, vol. 20, no. 3, <http://dx.doi.org/10.2307/3234873>.
- R. Wedgwood, *The Revolutionary Martyrdom of Jonathan Robbins*, „Yale Law Journal” 1990, vol. 100, no. 2.
- L. Weinberg, *Our „Marbury”*, „Virginia Law Review” 2003, vol. 89, no. 6.
- D.A. Weinstein, *Rutgers v. Waddington. Alexander Hamilton and the Birth Pangs of Judicial Review*, „Judicial Notice” 2013, vol. 9.
- B. White, *The Evolution of America's Fiscal Constitution*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York 2015.
- G.E. White, *The Constitutional Journey of Marbury v. Madison*, „Virginia Law Review” 2003, vol. 89, no. 6, <http://dx.doi.org/10.2307/3202396>.
- G.E. White, *Law in American History*, vol. I: *From the Colonial Years Through the Civil War*, New York 2012.
- G.E. White, *The Lost Origins of American Judicial Review*, „George Washington Law Review” 2010, vol. 78, no. 6.
- G.E. White, *The Marshall Court and Cultural Change, 1815-1835*, New York 2010, *History of the Supreme Court of the United States*, vol. 3-4.
- J.Q. Whitman, *Why Did the Revolutionary Lawyers Confuse Custom and Reason?*, „University of Chicago Law Review” 1991, vol. 58, no. 4, <http://dx.doi.org/10.2307/1599981>.
- E.B. Whitney, *The Income Tax and the Constitution*, „Harvard Law Review” 1907, vol. 20, no. 4, <http://dx.doi.org/10.2307/1322450>.
- K.E. Whittington, *Constitutional Interpretation. Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*, Lawrence 1999.

- K.E. Whittington, *Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History*, Princeton 2007.
- K.E. Whittington, *The Power of Judicial Review*, [w:] M. Tushnet, M.A. Graber, S. Levinson (eds.), *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*, New York 2015.
- K.E. Whittington, A. Rinderle, *Making a Mountain out of a Molehill? Marbury and the Construction of the Constitutional Canon*, „Hastings Constitutional Law Quarterly” 2012, vol. 39, no. 4.
- W.M. Wiecek, *Liberty under Law. The Supreme Court in American Life*, Baltimore 1990.
- T. Wiecech, *Anglosaska formuła politycznego konstytucjonalizmu*, Kraków 2014.
- T. Wiecech, *Unia w myśli politycznej Thomasa Jeffersona*, Kraków 2012.
- R.C. Williams, *The One and Only Substantive Due Process Clause*, „Yale Law Journal” 2010, vol. 120, no. 3.
- J.F. Witt, *A Social History of International Law. Historical Commentary, 1861-1900*, [w:] D.L. Sloss, M.D. Ramsey, W.S. Dodge (eds.) *International Law in the U.S. Supreme Court. Continuity and Change*, New York 2011.
- J. Wojtczak, *Jak zdobyto Dziki Zachód. Prawdziwa historia amerykańskiego Pogranicza*, Warszawa 2016.
- Ch. Wolfe, *The Rise of Modern Judicial Review. From Judicial Interpretation to Judge-Made Law*, Lanham 1994.
- G.S. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, New York 1993.
- G.S. Wood, *Empire of Liberty. A History of the Early Republic, 1789-1815*, New York 2011.
- G.S. Wood, *The Origins of Judicial Review Revisited, or How the Marshall Court Made More out of Less*, „Washington and Lee Law Review” 1999, vol. 56, no. 3.
- G.S. Wood, *The Significance of the Early Republic*, „Journal of the Early Republic” 1988, vol. 8, no. 1, <http://dx.doi.org/10.2307/3123662>.
- B.F. Wright Jr., *Book Review. The American Doctrine of Judicial Supremacy by Charles Grove Haines*, „Harvard Law Review” 1933, vol. 46, no. 6, <http://dx.doi.org/10.2307/1332090>.
- L.S. Wrightsman, *The Psychology of the Supreme Court*, New York 2006.
- E.A. Young, *Citizen-State Diversity*, [w:] D.F. Forte, M. Spalding (eds.), *The Heritage Guide to the Constitution*, Fully Revised Second Edition, New York 2014.
- D. Yurs, *The Early Supreme Court and the Challenges of Riding Circuit*, „Journal of Supreme Court History” 2011, vol. 36, no. 3, <https://doi.org/10.1111/j.1540-5818.2011.01270.x>.
- J. Zajadło, *Lord Mansfield. Sędzią być!*, Gdańsk 2018.
- W. Zakrzewski, *Konstytucyjny system źródeł prawa w Stanach Zjednoczonych Ameryki (Zagadnienia wybrane)*, [w:] W.J. Wołpiuk (red.), *Prawo na Zachodzie. Studia źródeł prawa w systemie demokratycznym*, Wrocław 1992.
- A. Zelinsky, *Misunderstanding the Anti-Federalist Papers. The Dangers of Availability*, „Alabama Law Review” 2012, vol. 63, no. 5.
- H. Zinn, *Ludowa historia Stanów Zjednoczonych. Od roku 1492 do dziś*, tłum. A. Wojtasik, Warszawa 2016.
- M. Zuckert, *Epistemology and Hermeneutics in the Constitutional Jurisprudence of John Marshall*, [w:] T.C. Shevory (ed.), *John Marshall's Achievement. Law, Politics, and Constitutional Interpretations*, New York 1989.

Indeks osobowy

- Abbot Philip 383
 Ackerman Bruce 18, 39-42, 44-46, 68, 73-74, 110, 113, 171, 184, 186-192, 200-201, 208-209, 212-220, 235-236, 245-246, 248-249, 253, 268, 271, 275, 307, 427, 481, 497, 513
 Adair Douglass 384, 397
 Adams Abigail 172, 174, 205, 557
 Adams John 40, 81, 103, 106, 110-113, 115-116, 118-119, 121-123, 125, 127, 129, 135, 143-144, 146-147, 150, 153, 156, 172-175, 177-181, 183-186, 189-192, 194-202, 206-208, 210, 215-216, 218, 220, 222-225, 228, 230, 232, 234-238, 243, 247, 256, 260, 270, 274, 276-277, 280, 282-283, 296-297, 304, 326, 343-344, 363, 372, 381, 385, 429, 470, 480, 557, 566
 Adams John Quincy 115, 536
 Addison Alexander 251
 Alexander James 407
 Alfange Dean Jr. 145, 208, 238, 240, 251, 288, 364
 Allen Charles H. 512
 Allen Jessie 336, 336
 Allen W.B. 42
 Alstine Michael P Van 179-180
 Alstyne William W. Van 275, 286, 295-296
 Amar Akhil Reed 13, 33, 44, 48-49, 68, 103, 107, 131-132, 142, 148, 159, 161-163, 183-185, 189, 254, 256-257, 318, 343-344, 393-394, 397, 449, 486
 Amar Vikram 183
 Ambler Jaquelin 95-96
 Ambler John 96
 Ammon Harry 126, 155, 159-161, 167
 Anna Stuart, królowa Wielkiej Brytanii 67-68
 Arden Enoch 87
 Arendt Hannah 57, 137, 428-429
 Arkes Hadley 417, 419
 Arystokrates 319
 Ashe Samuel 365
 Bache Benjamin Franklin 135, 142
 Bacon Matthew 86, 106
 Bailyn Bernard 93, 165, 412, 422, 428-429
 Baker John H. 369
 Balkin Jack M. 245-246, 525-526
 Bamzai Aditya 522
 Banner Stuart 545, 548-549
 Baran Bogdan 36
 Barber Nicholas W. 522
 Barbeyrac Jean 165
 Bassett Richard 201, 216, 220, 231, 253
 Bayard James A. 151, 191, 196, 201, 213, 215-216, 219-220, 222, 228, 253, 362
 Bayard William 362
 Beard Charles 427-428, 430, 433, 438
 Beard Mary R. 438
 Beaumarchais Pierre 121
 Bednar Jenna 465
 Beeman Richard 33, 35, 41-42, 44, 47, 59, 65, 71, 184, 345, 388, 398, 427
 Benedict Michael L. 508
 Bergen Jennifer Van 185
 Berkin Carol 34, 41-42, 68
 Bermann George A. 522
 Beveridge Albert J. 83, 86, 89, 94, 170
 Bickel Alexander 29, 318, 367, 521
 Bilder Mary Sarah 332-334
 Binney Horace 27
 Bird Wendell 167
 Birk Daniel D. 100, 407-408
 Bismarck Otto von 47
 Blackstone William 81-82, 85-86, 97, 130-131, 133, 147, 231, 243, 264, 293, 322-324, 331-332, 336, 341, 349-350, 355-356, 358, 371, 418, 561
 Blair John 496

- Bloch Susan Low 240-242, 277, 297-298
 Blount William 251, 496
 Blumenberg Hans 315, 524
 Bonham Thomas 17, 130, 320-322, 324-327, 329, 333
 Bourguignon Henry J. 193
 Bourne Benjamin 235
 Bouton Terry 53, 56-57, 139, 430-431, 437, 440, 442, 568
 Bradley Stephen R. 239
 Brandon Mark E. 327
 Braverman Lewis E. 174
 Breckinridge John 155, 209, 211-212, 248, 251
 Breker-Cooper Steven 291
 Brent Daniel 274
 Brest Paul 128, 130
 Brigham John 22, 379-380
 Brisbin Richard A. Jr. 491-492
 Broadwater Jeff 72
 Brookhiser Richard 82, 102, 394, 517, 567
 Brutus Lucjusz Juniusz 414
 Brutus Marek Juniusz 414
 Bryk Andrzej 152, 316, 319, 325, 328, 334, 336, 353, 358-360, 363, 365, 378-379, 392, 415, 418, 455-456
 Buren Martin Van 255, 548
 Burk John Daly 135
 Burnstein Andrew 168
 Burr Aaron 184, 186-191, 222, 239, 378, 496, 498, 502, 510
 Burris Johnny C. 305
 Burt Robert A. 354
 Bush George W. 177, 183
 Butler Pierce 50, 447

 Cabell James J. 156
 Cabell Samuel 135
 Call Daniel 348
 Callender James 144, 151-152, 171, 378
 Camden Charles, lord 533-534, 536-537, 543
 Campbell David 522
 Carpenter William S. 209, 214
 Carrese Paul O. 86, 331, 335
 Carrington Edward 461
 Carter Charles 256, 309
 Cass Lewis 547
 Casto William R. 344, 362
 Cathey John T. 557
 Caton John 237
 Cezar 414
 Chandler John 272, 297
 Charidemios 319
 Chase Jeremiah 266-267, 281, 294, 473, 475-477
 Chase Samuel 107, 143-144, 149-150, 152-153, 161, 212, 216, 219, 252, 266, 349, 385, 461-462, 466-467, 470, 473, 476-477, 484, 497-498, 503, 508-511, 535
 Chastellux François Jean de, markiz 442
 Chávez Hugo 195
 Chemerinsky Erwin 22, 367
 Clark Bradford R. 401
 Clay Henry 552
 Cleveland James 439-440
 Clinton Bill 67
 Clinton George 184
 Clinton Hillary 183
 Clinton Robert Lowry 288, 291, 387, 457, 475, 485
 Clopton John 146, 170-171
 Cockburn George 207
 Coenen Dan T. 158, 397
 Coffee John 547
 Coke Edward 18, 130, 317, 320-328, 335, 561
 Coleman Aaron N. 172-174
 Collodi Carlo 13
 Connor Henry G. 362
 Cooper Thomas 143-145, 177
 Cornell Saul 109, 362, 412
 Corwin Edward S. 275, 391, 416, 468, 503
 Coxé Tench 461
 Cranch William 201, 207, 237, 243, 513
 Crawford James 521
 Crawford Jan 11
 Cress Lawrence Delbert 146
 Crèvecoeur St. John 334
 Cromwell Oliver 52-53
 Crowe Justin 194
 Currie David P. 436, 446, 460
 Cushing William 197, 226, 246, 256, 511, 513
 Cyceron 283
 Czarny Piotr 257, 270

- Dallas Alexander 394
 Daly Tom Gerald 521, 566
 Davila Enrico Caterino 111
 Davis Thomas T. 287, 477-478
 Delahunty Robert J. 177
 Delaney Erin F. 406
 Demaree L. Steven 164
 Demostenes 319-320
 Desan Christine A. 342
 Devins Neal 142, 344
 Dickens Charles 87-88, 512
 Dodge William S. 18
 Domańska Ewa 30
 Done John 266
 Donnelly Tom 48, 523
 Dorf Michael 487
 Duane James 355-358, 371
 Dunmore John, lord 56, 534
 Duvall Gabriell 266-267

 Eco Umberto 529
 Edwards Harry 273
 Ehle John 548
 Eisenhower Dwight 529
 Eisgruber Christopher L. 525
 Elkins Stanley 35, 62, 428
 Elliot Thomas S. 201
 Ellis Joseph J. 48, 111, 438
 Ellsworth Oliver 136, 145, 150, 194-195, 197-198, 218, 243, 345, 381, 423, 513-514
 Engdahl David E. 180, 193, 197, 469-471, 478, 495-496
 Engel Stephen M. 128, 207, 209, 255, 311, 384-385, 400, 425-426, 463, 468, 496-497, 510, 554-555, 569
 Epstein Lee 206, 495, 502
 Epstein Richard A. 62, 158-159
 Eskridge William N. Jr. 229
 Euklides 231
 Evans Thomas 127
 Ewald William 42

 Fairfax Thomas, lord 74, 80-81, 116-119, 121, 243, 536
 Fallon Richard H. Jr. 22
 Faragher John Mack 80

 Fatovic Clement 59, 431
 Faulkner Robert K. 403, 501, 526-527, 545
 Fauquier Francis 92, 96
 Fehlings Gregory 125-126
 Feldman Noah 424, 491, 501
 Ferling John 59, 112, 127, 174, 189-191, 502, 512
 Feynman Richard 95
 Filipowicz Stanisław 139, 425
 Finkelman Paul 396, 538-539
 Fisher Henry 502
 Fitzgerald F. Scott 516
 Fleming Thomas 35, 38, 90, 110, 112, 115, 156, 161, 188, 379, 498, 557-558
 Florczak-Wątor Monika 9, 409
 Folwell Richard 482-483
 Fontana David 185-186
 Forte David F. 42, 66, 193, 201, 234, 237, 325, 382, 398, 509, 554-555
 Franck Matthew J. 322-323, 343-344, 376, 484-485, 504-505
 Frank John Paul 21, 34
 Frankel Robert P. Jr. 255, 460-462
 Frankfurter Felix 387
 Franklin Benjamin 59, 70, 135, 174
 Freneau Philip 111
 Friedman Barry 109, 149, 164, 260, 306, 336, 362, 373-374, 394, 396, 406, 409, 469-470, 477-479, 496-497, 515, 546
 Friedman Lawrence M. 334, 492-493, 512, 530, 542, 560-561
 Fries John 153
 Fryderyk II Hohenzollern, król Prus 557

 Gallatin Albert 177, 248, 268
 Garlicki Leszek 407, 466, 555, 563-564
 Garraty John A. 244
 Garrison Arthur H. 114, 124-126, 131, 133, 135, 142, 144-145, 152
 Gąsiorowski Kuba R. 428, 443
 Genêt Edmond 114-115, 124
 Gerber Scott Douglas 361, 393, 475
 Gerhardt Michael 252
 Gerry Elbridge 120, 389
 Gest John Marshall 88
 Gibson John B. 353
 Gienapp Jonathan 345-346, 564

- Gilbert William Schwenck 271
 Giles William 207, 252
 Gilhooley Simon J. 77
 Gilpin George 296
 Glickstein Jed 211, 216, 219-220, 253, 256
 Godwin William 140
 Godyń Mieczysław 57
 Goebbels Joseph 140
 Goebel Julius Jr. 70, 101, 117, 126, 143, 151-152, 192-193, 255, 355-356, 358, 361, 419, 422, 450, 460, 462
 Goldstein Leslie Friedman 323
 Goldstone Lawrence 36-37, 44, 60, 73, 78, 80-82, 88-90, 94, 99, 116, 120, 123, 195, 198, 201-202, 215, 217, 221, 223-227, 231, 234, 236, 243, 251, 254, 271, 279-282, 297, 304, 306, 377, 420, 422, 428, 494, 513
 Gore Al 183
 Gorham (Ghorum) Nathaniel 141, 392
 Gorsuch Neil 498-499, 524
 Górski Grzegorz 26, 257
 Graber Mark A. 12, 23, 26, 37-38, 47, 142, 159-160, 164, 194, 206, 210, 222, 226-229, 264, 285, 288, 291, 319, 326-327, 335, 344, 353, 361, 371, 381, 393, 406, 408, 425, 445, 450, 452, 465-466, 494-495, 508, 544
 Greene Jamal 37, 494
 Greene Nathanael 137
 Greene Ray 235, 239
 Greve Michael S. 513
 Grey Thomas C. 322, 328
 Griffin Stephen M. 163, 368, 373, 382-383, 446-447
 Grocjusz Hugo 326, 418, 540
 Grzybek Dariusz 441
 Grzybowski Marian 394, 408
 Gutfeld Arnon 521
 Gutzman Kevin R.C. 42, 60, 71, 75, 113, 126, 162-163, 166-167
 Haines Charles Grove 476-477
 Hale Matthew 97, 335
 Hall Kermit L. 512, 541
 Hamburger Philip 61, 97, 100, 316, 318, 324, 327, 329-333, 335, 339, 348, 351, 354-355, 357-366, 368, 378, 392, 423, 451, 468, 471-473
 Hamilton Alexander 49, 68, 91, 107, 109-114, 127, 150, 158, 161, 165-166, 168, 172-174, 180, 184, 188, 190-192, 194, 197, 211, 222, 255, 269, 331, 354, 356-357, 361-362, 371-380, 382-384, 387, 390, 392, 394, 396-399, 402, 407-408, 412, 415-418, 420-421, 423-424, 429-430, 437-438, 448, 450-451, 454, 460, 467, 473, 493-494, 498, 502, 504, 509-510, 520, 553, 556
 Hansen Mogens Herman 319
 Hanson Alexander Contee 423
 Harper Robert Goodloe 128, 196, 266, 502, 536-538, 542
 Harper William 238, 273, 275, 282
 Harring Sidney L. 541
 Harrington Matthew P. 389, 393
 Harrison Alicia 166, 170-171
 Hartnett Edward A. 235, 272
 Haskins George Lee 196-197, 206, 210, 213-214, 221, 226, 248, 256-257, 268, 279, 306, 372, 496, 498, 502, 507, 513, 525
 Hastings Warren 496
 Haswell Anthony 149
 Hatch Orrin G. 246, 499, 524
 Helmholtz Richard H. 321
 Hemingway Ernest 516
 Henderson Elizabeth K. 251
 Henry Patrick 44, 71-75, 79, 117, 171-172, 347, 443, 452, 544
 Henryk Hohenzollern, książę pruski 141
 Henryk VIII Tudor, król Anglii 327
 Herer Michał 524
 Hezjod 18
 Hine Robert 80
 Hirschl Ran 490
 Hobbes Thomas 322-323, 553
 Hobson Charles F. 60, 79, 83, 86, 92, 96, 99, 102, 104, 115, 145, 176, 203, 230-231, 269, 283, 298, 324, 379-380, 450, 452, 494, 506, 510, 514, 518
 Hoffer Peter Charles 18, 136, 150, 257
 Holmes Oliver Wendell Jr. 29, 438-439
 Holton Woody 36, 49-50, 54, 56, 64, 67, 71, 83, 141, 427, 430, 432-434, 439, 441, 446, 531-532, 534, 548
 Hoock Holger 531

- Hooe Robert Townsend 238, 273-275, 282
 Hook Matthew Van 198, 514
 Horacy 283, 496
 Horwitz Morton J. 331, 343
 Hottinguer Jean-Conrad 121
 Howell David 443
 Huebner Timothy S. 199
 Hugo Wiktor 63
 Hull Hoffer Williamjames 18, 136, 150, 257
 Hull N.E.H. 18, 136, 150, 257
 Hume David 86
 Huntingdon, hrabina 116
 Hutchinson Thomas 435
 Hylton Daniel 255, 460-462

 Innocenty III, papież 335
 Iredell James 153, 156, 194, 361-367, 374, 383, 408, 421, 423, 450, 454, 461, 467, 473, 511-512
 Ireland Robert M. 512
 Irons Peter H. 149, 257
 Isaac Rhys 54, 64-65, 138, 436, 480
 Isenberg Nancy 168
 Isham Mary 79

 Jackson Andrew 221, 409, 508, 526, 533, 545-546, 548, 562
 Jakub I Stuart, król Anglii i Szkocji 326
 Jakub II Stuart, król Anglii i Szkocji 144, 447
 Jan bez Ziemi, król Anglii 335
 Jay John 68, 81, 114-117, 123, 137, 158, 176-177, 184, 189, 197-198, 381, 384, 398, 514
 Jay Stewart 135, 147
 Jefferson Martha, córka Thomasa 90
 Jefferson Martha, żona Thomasa 93
 Jefferson Peter 88
 Jefferson Thomas 13, 27, 38, 48, 54, 60-62, 71-72, 76-77, 79, 81, 87-95, 99-100, 103, 106, 109-115, 118, 121-123, 125-128, 135-137, 140, 143-144, 146-148, 155-156, 158-162, 165-167, 172-174, 177, 180-181, 183-192, 194-197, 199-202, 205-212, 214-215, 217-218, 221, 223, 226-252, 263, 265, 267-271, 274-279, 283, 285-289, 294-299, 302-305, 308-309, 311, 315, 335, 372, 378, 380-381, 384-385, 387, 400, 402, 407, 432, 438, 442-443, 453, 458, 469, 471, 476-477, 480-483, 487, 490, 494-506, 510-511, 515, 517-518, 526, 529, 531-533, 535-536, 553-557, 567
 Jeffreys George 144
 Jenkins David 129-131, 135, 145, 150, 322
 Jensen Erik M. 463
 Jerzy III, król Wielkiej Brytanii 46, 103
 Johnson Herbert A. 98, 116, 196, 206, 210, 213-214, 221, 226, 248, 256-257, 268, 279, 306, 311, 372, 432, 438, 496, 498, 502, 507, 513, 524
 Johnson J. Scott 331
 Johnson Samuel 100
 Johnson Thomas Jr. 234, 243, 252, 535-537
 Johnson William 547
 Jones Robert L. 392-393, 398-399
 Justynian I Wielki, cesarz bizantyński 260

 Kades Eric 540, 542
 Kaersvang Dana Lydia 11
 Kahn Paul W. 13, 28, 252, 294-295, 298, 302-303, 329, 348, 380, 427-428, 444-445, 479, 481-482, 525, 563
 Kaplan David A. 564-565
 Karol I Stuart, król Anglii i Szkocji 51, 53
 Karol II Stuart, król Anglii i Szkocji 53, 447
 Katon Starszy 283
 Katyal Neal 42
 Katzmann Robert A. 296
 Kaufmann Erich 520
 Keith James 88
 Kelsen Hans 520
 Kennedy Anthony 9
 Kennedy David M. 36
 Kent James 506, 518
 Kessler Charles R. 382
 Ketcham Ralph 65, 149, 414, 419, 464
 Kilty William 243
 King Rufus 463
 Klarman Michael J. 23, 34, 36-37, 42, 44, 46, 48-50, 61-62, 66, 69, 76, 137, 141, 158, 395-396, 412, 416, 432-433, 437, 442-444, 446, 448, 546, 552
 Kloppenberg James T. 29, 41, 52, 65, 69, 107, 111-112, 114-115, 139-140, 146, 174, 186, 320, 326, 397-398, 407, 431, 437, 442, 445, 530-531

- Kłosowicz Robert 36, 412
 Knight Jack 206, 495, 502
 Knowles Helen J. 346-347
 Knox Henry 442, 533
 Koch Adrienne 126, 155, 159-161, 167
 Koh Steven Arrigg 522
 Kolumb Krzysztof 534
 Kramer Larry D. 63, 81, 134, 136-137, 151, 156, 166, 197, 206-208, 212, 247, 255-256, 263, 268, 286, 316, 321, 327, 340, 342-343, 346-347, 352, 354, 359, 363-364, 368, 377-378, 394-395, 400-401, 421, 423, 450-451, 458, 468-469, 483, 514, 564
 Kubas Sebastian 36, 257, 270, 409, 412, 556
 Kugler Jerzy S. 34
 Kulig Andrzej 394, 408
 Kundera Milan 284
 Kurland Philip B. 447
 Lafayette Marie Joseph, markiz 531
 Laidler Paweł 10, 42, 257, 394, 401-402, 455, 558-560, 567-568
 Laird John 256, 258-259, 309-310
 Landau David 565
 Lansing John 396, 412
 Lardner Ringgold 516
 Larson Edward J. 187
 LaRue Lewis H. 232, 270, 282, 284-285, 486-487
 Lash Kurt T. 166, 170-171
 Lawson Gary 325, 404
 Lee Arthur 164-165
 Lee Charles 135, 232-233, 237-238, 240-243, 245, 247, 249, 253, 256, 259-260, 263, 268, 271-276, 278, 280-281, 285, 287-288, 290, 294, 296, 299, 306-308, 310, 457, 481, 483, 500-501
 Lee Robert E. 37
 Lem Stanisław 408
 Lenner Andrew 109, 127, 164
 Lennertz James E. 511
 Leonard Gerald 364, 366-367
 Lerche Charles O. Jr. 140, 166
 Lerner Ralph 447
 Létombe Philippe de 121
 Levinson Sanford 13, 22, 26, 37-38, 46-47, 58, 61, 140-142, 157, 164, 174, 194, 245-246, 271, 288, 295, 327, 335, 344, 404, 406, 408, 425, 434, 445, 465-466, 487, 491, 493-494, 508, 517, 523-524, 544, 567
 Levitsky Steven 195
 Lewicki Zbigniew 126, 426, 558
 Lincoln Abraham 86, 529, 562
 Lincoln Levi 228, 234, 236, 247, 249, 274, 279, 290
 Lis-Staranowicz Dorota 31, 321, 356, 401, 420, 510
 Liwiusz Tytus 283
 Lobel Jules 222
 Locke John 322-323, 326, 553
 Logan George 173
 Longchamps de Bériér Franciszek 9
 Ludwik XVI Burbon, król Francji 48, 114
 Lyon Matthew 142-143, 146, 149, 151-152, 378, 470
 M'Calmont James 68
 M'Intosh William 537
 Machiavelli Niccolò 41
 Madison James 23, 38-42, 44, 46-47, 49, 54, 58, 60-61, 68, 71-72, 74, 76-79, 97, 106-107, 111-112, 114, 126, 128, 133-134, 139, 146-147, 149, 155-161, 165, 180, 189, 208, 233-235, 237, 245, 247-250, 273, 275-276, 279-280, 282-283, 292, 298, 302, 304-305, 309, 344, 346, 351, 354, 372, 378, 382-384, 387, 392, 397-399, 402-403, 406-407, 415, 422, 429-430, 437, 440, 442, 444, 446-447, 458, 463, 469, 480, 482, 495, 497, 500-501, 506-508, 518, 520, 531-532, 553, 564
 Mahoney Dennis J. 505-506
 Maier Pauline 37, 42, 46, 65-66, 68, 71-72, 99, 106-107, 159, 397-399, 423
 Małajny Ryszard M. 60, 163, 257, 327, 371-372, 405, 434-435, 503
 Mansfield William, lord 99-100, 102, 231, 293, 329, 357
 Marbury William 12-13, 20-21, 23, 26-27, 38, 233-234, 237-241, 244-245, 247, 250-251, 268, 270-271, 273-274, 276-277, 282-287, 289-295, 297-299, 303-305, 307, 309, 315, 333, 350, 477-478, 481-482, 487, 500-502, 558

- Marcus Maeva 297-298, 457
 Marr John W. 558
 Marshall James 116, 118-119, 201, 207, 236, 243, 274-278, 438, 499-500
 Marshall John, dziadek Prezesa Sądu Najwyższego 79
 Marshall John, Prezes Sądu Najwyższego *passim*
 Marshall Mary Randolph *de domo* Keith 79-80, 88
 Marshall Polly *de domo* Ambler 89-90
 Marshall Thomas 79-81, 83, 479, 544
 Marshall William 152
 Martin Denny 117-119
 Martin James P. 124, 132, 137, 152
 Martin Luther 266
 Martinez J. Michael 387
 Mason George 72-73, 75-76, 89, 97, 213, 247, 422
 Mason Stevens Thomas 247
 Matthews Richard K. 553-554, 556
 Mayton William T. 130
 Mazzei Philip (Filippo) 91, 140
 McAlister Kristine N. 230
 McCloskey Robert G. 21
 McConnell Michael W. 24-25, 487, 498
 McCullough David 111, 186
 McDonald Forrest 42
 McGowan David 397
 McHenry James 141
 McKean David 23, 79, 87, 89, 94, 123, 144-145, 169, 187, 192, 197-198, 200-201, 206, 208, 212, 216, 235-237, 239, 246-247, 249, 251, 264-265, 274, 277, 279, 281, 285, 287-288, 302, 305
 McKean Thomas 251
 McKittrick Eric 35, 62, 428
 Michael Helen K. 417-418
 Middlekauf Robert 82
 Mikuli Piotr 321
 Miller Jonathan M. 521
 Miller Mark C. 501
 Mirow Matthew C. 522
 Mohl Robert von 519-520
 Mojżesz 260
 Monroe James 72, 79-80, 251, 354, 518, 532, 557
 Monteskiusz 86, 331-332
 Moore Wayne D. 38, 160, 166, 246
 Morgan Edmund S. 34, 50-53, 58, 64, 112, 139, 436, 444, 561-562
 Morris Gouverneur 42, 196, 263, 308, 406, 430-431, 468, 514
 Morris Robert 429-431, 434, 437-438, 440-441, 502, 535
 Mounk Yascha 58
 Murphy William J. Jr. 172-173
 Murray William 100, 533-534
 Nagel Robert F. 492
 Nagle John C. 187, 196, 200-201, 205, 234
 Najdek Kamila 524
 Napoleon I Bonaparte, cesarz Francuzów 166, 172-173, 208, 228, 557-558
 Napolitano Andrew P. 125
 Nash Thomas (Robbins Jonathan) 176-179, 230
 Natelson Robert G. 350-351
 Nelson William E. 23, 217, 304, 380-381, 451, 454
 Neuborne Burt 13, 236, 250, 271, 276, 290-291
 Newmyer R. Kent 18, 27, 63, 70, 74-75, 80-82, 84, 87, 92-93, 95-98, 101, 105, 118-122, 165, 168-170, 176-177, 179, 206, 216, 231, 247, 275-276, 281, 316-317, 343, 497, 506, 518-519, 526, 546
 Nicholas John 251
 Nicholson Joseph H. 502-503
 Niemcewicz Julian Ursyn 122
 Noel Hans 111
 O'Fallon James M. 210, 216, 221, 264, 271, 283-284, 294-295, 298, 491, 514
 Obama Barack 11, 67, 200
 Oldham James 100-101
 Olken Samuel R. 271-272
 Olmstead Gideon 506-508
 Orth John V. 324, 541
 Osterhammel Jürgen 29
 Otis Harrison Gray 131
 Paine Elijah 235
 Paine Thomas 140
 Paterson William 136, 149, 152, 197-199, 218-220, 265, 268, 309-311, 328, 457-458, 470, 485, 511, 513-514

- Paul Joel Richard 21, 82, 121-122, 128, 222, 269, 272, 277-278, 308, 491, 498-501, 516, 540, 545, 567
- Paulsen Luke 18, 46, 129, 163, 419
- Paulsen Michael Stokes 18-19, 46, 129, 163, 274, 295, 419
- Pendleton Edmund 71, 73-74, 87, 97, 99, 102, 104-106, 353-354, 365-366, 421-422, 443, 460, 496, 510
- Perhac Michael 12, 47, 159-160, 206, 210, 264, 285, 288, 291, 319, 326, 353, 361, 371, 393, 450, 452, 495
- Perlin Adam A. 153, 252
- Perlin Debra 522
- Perón Juan 195
- Peters Richard 252, 458, 483
- Peterson Merrill D. 168
- Pfander James E. 100, 287, 407-408, 477, 482-483
- Pickering John 251-252
- Pickering Timothy 120, 143-144, 146, 176, 181, 251
- Pinckney Charles Cotesworth 59, 120, 186
- Pinckney Thomas 184-186
- Pisuliński Jerzy 9
- Platon 28
- Plumer William 252
- Plutarch z Cheronei 92
- Pocock John G.A. 428
- Polk William 299, 472
- Pope John 536
- Poser Norman 100
- Powe Lucas A. Jr. 82, 107, 117, 136, 142, 201, 229, 268, 510-511
- Powell H. Jefferson 167, 176-178, 230
- Powell John 105
- Prakash Saikrishna Bangalore 296, 304
- Prempeh H. Kwasi 521
- Presser Stephen B. 509
- Prest Wilfrid 86
- Prince Carl E. 136, 263
- Prudden Joseph 256
- Pryor William H. Jr. 284
- Pufendorf Samuel 165, 326, 540
- Pułło Andrzej 42, 211, 486
- Pushaw Robert J. Jr. 382
- Rabban David M. 131
- Rabin Yoram 521
- Rahdert Mark C. 243, 250, 288-291
- Rakoff Jed S. 525
- Rakove Jack N. 36, 185-186, 400, 402, 459-460, 462-463, 510
- Ramsay Dennis 238, 273, 282
- Ramsey Michael D. 18
- Randolph Edmund 42, 46, 65, 71, 74, 93, 95, 163-164, 166, 345, 349-352, 371
- Randolph Isham 79
- Randolph Mary Isham *de domo* Keith 87-88
- Randolph of Roanoke John 17, 231
- Randolph Richard 105-106
- Randolph Thomas 79
- Randolph William 79, 88
- Raphael Ray 399
- Ravara Joseph 456
- Rawls John 46
- Ray Thomas M. 120-121
- Reagan Ronald 11
- Reed Joseph 256
- Reeve Tapping 394
- Rehnquist William Hubbs 419
- Reichert Christina 279
- Reinstein Robert J. 243, 250, 288-291
- Richards Neil 522
- Richardson William D. 387
- Rinderle Amanda 27, 242, 458, 467, 518
- Roach Kent 522
- Roane Spencer 62, 86, 199, 268, 451-454, 460, 485
- Robbins Jonathan, zob. Nash Thomas
- Roberts John Glover 419
- Robertson David Brian 164, 168, 344, 408
- Robertson Lindsay Gordon 512, 530, 533-536, 538, 541-544, 546-547, 551-553
- Robespierre Maximilien de 427
- Roosevelt Franklin Delano 37, 126, 195, 562
- Rosenberg Gerald N. 403
- Ross Richard J. 335-336
- Rossiter Clinton 47, 58, 68, 140, 157, 374, 377, 382, 392, 446, 499, 509
- Rousseau Jean Jacques 140
- Roux Theunis 521
- Rowe Gary D. 455, 508, 554

- Roy Avik 11
 Ruger Theodore 235
 Rush Benjamin 136
 Rutgers Elizabeth 355, 357
 Rutledge John 213
- Sadurski Wojciech 521
 Sample James 275
 Santvoord George van 467, 518
 Sarnecki Paweł 9, 25-26, 134, 350, 479
 Schor Miguel 24, 518-519
 Schramm Gottfried 36
 Schubert Glendon 419
 Schwartz Bernard 194, 257, 460
 Schwartzberg Melissa 320
 Scott Walter 88
 Sedgwick Theodore 437-438
 Seeman Hans 221-222, 225
 Segall Eric J. 517
 Seidman Louis Michael 516, 555
 Semonche John E. 43, 62, 193, 252, 389, 436-437, 445, 485, 514
 Shakespeare William 556
 Shapiro Martin 84-85, 316, 336, 369
 Shays Daniel 434, 442
 Sherry Suzanna 286
 Shevory Thomas 22, 98, 116, 269, 349, 380, 403, 432, 487-488, 501, 517, 525, 545, 554
 Shugerman Jed Handelsman 265-267, 475-477
 Sidak J. Gregory 221
 Sidney Algernon 326
 Simon James F. 75, 90-91, 93-94, 114, 122, 135, 143-144, 146, 152, 161, 169-171, 173, 175, 178, 188, 202, 205, 207, 212-214, 219, 226, 228, 231, 237, 248, 265, 270, 285, 497, 518
 Singleton Spyers 362, 367-368
 Skau George H. 184
 Skąpska Grażyna 565-566
 Sloan Cliff 23, 79, 87, 89, 94, 123, 144-145, 169, 187, 192, 197-198, 200-201, 206, 208, 212, 216, 235-237, 239, 246-247, 249, 251, 265, 274, 277, 279, 281, 285, 287-288, 302, 305
 Slonim Shlomo 377-378
 Sloss David L. 18
 Smelser Marshall 124-125, 128, 166
 Smith James Morton 114, 121, 123-124, 128, 172
 Smith Jean Edward 70, 73-76, 79-86, 88, 90-93, 95-97, 116-123, 155, 162, 168-171, 175, 180, 199, 216-217, 222-225, 228-229, 236, 238, 244, 246, 256, 268, 279-280, 284-285, 290, 421, 496, 502, 511, 548
 Smith Jerry 11
 Smith Melancton 355-356
 Snowiss Sylvia 76, 264, 292, 316, 339-343, 347-348, 358-364, 367, 374-376, 387, 400, 450-451, 453-454, 484-485
 Solon 50, 260
 Sosin Jack M. 81, 101, 103, 129, 143, 153, 198, 218, 322, 324, 326-327, 335-337, 340, 343, 368-369, 375, 378, 381, 416, 422, 514
 Sotomayor Sonia 273
 Spaight Richard 362, 367-368, 371-372, 378
 Spalding Matthew 42, 66, 193, 325, 382, 398, 509, 555
 Sparrow Bartholomew H. 544
 Spiegel Gabrielle M. 30
 Stanly John 378
 Steilen Matthew 101-102, 452-453
 Steinberger Helmut 520
 Steuben Friedrich Wilhelm von 90
 Stevens John Paul 202
 Stolicki Dariusz 344
 Stone Geoffrey R. 126
 Storing Herbert 412
 Story Joseph 92, 177, 203, 506, 518-520, 537
 Strauss David A. 245, 248, 308-309
 Strickland Rennard J. 541
 Strong Caleb 513
 Stuart Hugh 256, 258-259, 306-311, 315, 478, 481
 Sullivan Arthur 271
 Sullivan John 531
 Sundahl Mark J. 320
 Sunstein Cass R. 20, 62, 126, 424, 438-439, 559-560
 Sweet Alec Stone 520, 565
 Swift Zephaniah 459
 Szyszkowski Wacław 41-42, 380, 490, 494-495
- Święcka Teresa 438
 Tacyt 335

- Taft William Howard 291
 Talbot Silas 221-225, 230, 272
 Talleyrand Charles 120-121, 558
 Tarkwiniusz Pyszny, król Rzymu 414
 Tate C. Neal 519
 Taucar Christopher Edward 335
 Taylor Alan 35, 46, 49-50, 53-54, 65, 83, 113, 133, 141, 166, 187, 203, 356, 379, 415, 430, 448, 530, 542
 Taylor John 162, 462
 Teir Robert 457
 Tennyson Alfred 88
 Tesznar Tomasz 80
 Thayer James Bradley 459, 475
 Tilgham Edward 201
 Tilgham William 201
 Tocqueville Alexis de 445
 Toia Julianne A. 346
 Tracy Uriah 212
 Treanor William Michael 327, 336, 339, 348-349, 351-352, 355, 359-361, 443, 449, 451, 455-459, 468
 Trevett John 358
 Tribe Laurence H. 145
 Triepel Heinrich 520
 Trump Donald 113, 183, 522, 567
 Tucker Saint George 124-125, 452-454
 Tuleja Piotr 9, 409
 Turner Kathlyn 194, 196, 198, 200-201, 205, 234, 438
 Tushnet Mark 26, 30, 37-38, 142, 148, 164, 193-194, 241, 273-274, 297, 237, 335, 343-344, 383-384, 390-391, 406, 408, 411, 425-426, 445, 465-466, 470, 494, 508, 516, 544, 560
 Unah Isaac 19-20, 252, 378, 501, 512
 Unger Harlow Giles 21, 83, 90, 188, 192, 199-200, 252-253
 Vallinder Torbjörn 519
 Vandewater, właścicielka tawerny 355
 Varnum James M. 358
 Vattel Emmerich de 540
 Verkuil Paul R. 505
 Vermeule Adrian 522
 Viator James Etienne 265
 Vile John R. 38, 77
 Villette Reine Philiberte de, markiza 121
 Vullierme Jean-Louis 558
 Waddington Joshua 354, 356
 Wager William 64
 Waggoner David N. 539
 Wagner Jacob 236, 247, 274, 277
 Walpole Robert 35
 Warren Earl 438
 Washington Bushrod 86, 169, 220, 222-223, 225-226, 256, 279, 518, 543
 Washington George 21, 38-39, 41-43, 49, 54, 64, 70, 72, 79, 81-84, 89-91, 93, 103, 110-115, 124-125, 128, 140-142, 147-148, 166, 168-173, 175, 183-185, 193, 218-219, 225, 254-255, 269, 279, 283 296, 304, 310, 343-344, 356-357, 363, 371-373, 381, 385, 424, 429, 432, 438, 440, 442, 449, 456, 460, 463, 470, 491, 494, 504, 515, 517, 531-533, 536, 541, 555, 562
 Washington Martha 188
 Watkins William J. Jr. 267
 Weber Paul J. 69-70
 Webster Daniel 537, 561
 Webster Noah 65
 Wedgwood Ruth 176, 178
 Weeden John 358
 Weinberg Louise 170, 199, 223, 243-245, 250, 256, 258-259, 266, 288, 457, 486
 Weinstein David A. 356-357
 Wheaton Henry 177
 White Bill 335
 White G. Edward 33, 39, 42-43, 81, 84-85, 101, 135, 193, 201, 256, 286-287, 394, 471-472, 476, 479, 503, 515-516
 White Hayden 303
 Whitman James Q. 411
 Whitney Edward B. 255
 Whittington Keith E. 26-27, 62, 147, 153, 242, 265-266, 298, 332, 381, 406, 458, 466-467, 472, 476, 518
 Wibberley Leonard 299
 Wiecek William M. 28, 486, 516, 561
 Wiecech Tomasz 10, 34-35, 41-42, 45, 48, 52, 62, 77, 155, 162, 316, 321-322, 329, 335, 337,

- 341, 346, 352, 355-357, 365, 367, 378, 433, 438, 454, 469, 471, 501, 530, 556, 563
- Wrightsmann Lawrence S. 419
- Wythe George 81-82, 85-86, 89, 92, 99, 102, 104-105, 348, 352, 354, 496
- Wilkinson James 557
- Williams Ryan C. 325
- Wilson James 136, 164-165, 197, 291, 361-362, 371, 380, 392, 407, 423, 430-431, 535
- Yates Robert 396, 412, 416
- Winder William H. 537
- Yoo John C. 177
- Wirt William 152, 245
- Yorke Charles 533-534, 536-537, 543
- Witherspoon John 38, 407
- Young Ernest A. 398
- Witt John Fabian 18
- Yurs Dale 512
- Wojtasik Andrzej 137, 533
- Zajadło Jerzy 99-100, 231
- Wojtczak Jarosław 557
- Zakrzewski Wojciech 465
- Wolcott Oliver 200-201
- Zelinsky Aaron 412
- Wolfe Christopher 25, 321
- Zenger John Peter 130-131, 151
- Wołpiuk Waldemar J. 465
- Ziblatt Daniel 195
- Wood Gordon S. 31, 35-36, 41-42, 63, 66, 69, 76-77, 81, 89, 91-92, 94-95, 102-104, 109-111, 113, 115, 120, 122-123, 126-128, 134, 142, 146-147, 155-156, 158, 160-161, 172, 205-208, 210-212, 251, 263, 345, 366, 380, 389, 423, 428-429, 458, 479, 557
- Zięba Andrzej 9
- Wright Benjamin F. Jr. 336
- Zinn Howard 137, 532-533
- Zuckert Michael 348-349, 487-490
- Zwoliński Zbigniew 524
- Żurowska Maria 558

Indeks spraw

- American Insurance Co. v. Canter 504
- Bank of the United States v. Deveaux 504
- Bas v. Tingy 349
- Bayard v. Singleton (Den ex dem. Bayard and wife v. Singleton) 339, 360-362, 365-368, 374, 377, 381, 461
- Bowman v. Middleton 347, 359-360
- Bush v. Gore 345
- Champion & Dickason v. Casey 456, 462
- Cherokee Nation v. Georgia 538
- Chisholm v. Georgia 398, 459
- Citizens United v. Federal Election Commission 258
- Cohens v. Virginia 397, 543
- Commonwealth v. Caton (Case of the Prisoners) 347-349, 351-354, 358, 360, 369, 443, 475, 496
- Cooper v. Aaron 24, 180, 318, 379, 406, 485
- Cooper v. Telfair 466-467
- Costa v. ENEL 522
- Craig v. Missouri 435-436, 446
- Eakin v. Raub 353
- East India Company v. Sandys 322
- Fletcher v. Peck 535-538
- Gibbons v. Ogden 525
- Giddings v. Brown 336
- Godden v. Hales 328
- Green v. Biddle 543, 545, 552
- Hamilton v. Eaton 456
- Hayburn's Case 456-457
- Hepburn (Hepburn & Dundas) v. Ellzey 481, 504
- Hodgson and Thompson v. Bowerbank 504-506
- Holmes v. Watson 359-361
- Hylton v. United States 254, 459-460, 462-463, 466
- Johnson v. M'Intosh 537-541, 543-545, 547-552
- Kamper v. Hawkins 450-452, 454, 485
- Marbury v. Madison 11-13, 17-31, 37, 78, 87, 89, 91, 118, 158-160, 178-179, 192, 206, 209-210, 220, 223, 232-233, 237, 240-242, 244-250, 257-261, 263-267, 269, 271-273, 275, 277-281, 284-287, 289-292, 294-295, 298-299, 302-306, 308-310, 315-316, 319-321, 326, 328-329, 332-333, 339-340, 343, 348, 352-354, 359, 361, 366, 371, 374-375, 377, 379-380, 390-391, 393, 401, 450, 452, 454-455, 457-460, 467-468, 472, 475-477, 481, 483, 485, 487, 490-491, 493-495, 497-505, 507, 510, 513-519, 521-526, 529, 538, 545, 553-555, 560, 562, 564-569
- Martin v. Hunter's Lessee 118
- McCulloch v. Maryland 63, 178, 446, 494, 518, 525
- Mitchel v. United States 547
- Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village 522
- Myers v. United States 291
- National Federation of Independent Business v. Sebelius 565
- Ogden v. Witherspoon 456
- Owings v. Norwood's Lessee 504
- Parson v. United States 291
- Pettibone v. Barber 456
- Philips Case 359
- Plessy v. Ferguson 258
- R (Miller) v Secretary of State for Exiting the

- European Union 522
- R (Factortame Ltd) v Secretary of State for Transport 522
- Rutgers v. Waddington 347, 356-357, 360, 369, 381, 412
- Sere v. Pitot 504
- Skinner v. May 456, 462
- Stuart v. Laird 18, 256-261, 263-264, 267, 269, 281-282, 290, 303, 306-310, 315-316, 328, 340, 348, 352, 378, 380, 477, 480-481, 483, 494-495, 497, 500-503, 511, 513-516, 527, 545, 567-569
- Symsbury Case 360-361
- Talbot v. Seeman 221-223, 225, 232, 494
- Ten Pound Act Cases 360
- Trevett v. Weeden 347, 358-361, 381, 443
- United States v. Bevans 504
- United States v. Fisher 502
- United States v. Lawrence 272
- United States v. Matthew Lyon 142
- United States v. Morrison 24
- United States v. Peters 504, 506-508
- United States v. Ravara 456-457
- United States v. Schooner Peggy 227, 232, 494
- United States v. Villato 456
- United States v. Yale Todd 297
- Vanhorne's Lessee v. Dorrance 328, 456-457, 462, 470
- Ware v. Hylton 117, 459, 461
- Wayles's Executors v. Randolph et al. 93, 105
- Whittington v. Polk 265, 267, 351, 473, 475-477
- Worcester v. Georgia 533, 538, 547-552

A Sentry on the Fringes of the Constitution.
Deconstructing the Founding Myth of American Judicial Review

Summary

This book is devoted to the myth of the *Marbury v. Madison* case and to the figure of Chief Justice John Marshall, whose traumas and talents set into motion the American judicial review. According to the conventional narrative, in 1803 the Supreme Court established the principle of judicial review, allowing courts to rule on the constitutionality of federal laws. The Supreme Court under Chief Justice Marshall considered whether to compel President Thomas Jefferson's Secretary of State, James Madison, to deliver the commission from the previous administration appointing William Marbury as a justice of the peace. In the process, the Supreme Court declared a provision of the Judiciary Act of 1789 unconstitutional. I argue herein that in the cosmology of American judiciary, the *Marbury* case was the equivalent of the Big Bang, that is to say the originating single point, which included in a condensed form some features of the American judicial review that emerged slowly in the next two centuries. In this sense, the *Marbury* case - actually an incident unimportant in itself, unlike the *Stuart v. Laird* decision rendered six days later - on the one hand is the distorted and repressed past, but on the other hand, one can see in it the rudiment of the present. I present here a historical inquiry into the origin of American judicial review, in which case, as I follow this detective association, the first part of the book, called "The Law and the Politics" may be treated as an investigation of the scene where the deed was not perpetrated, while the second part, called "The Politics and the Law", may be seen as a search for motive of those to whom perpetration is commonly attributed.

The Prologue begins with an episode in the United States Court of Appeals for the Fifth Circuit in New Orleans in 2012 when the federal judge demanded from the Department of Justice lawyer a written confirmation that DOJ recognizes the courts' authority to strike down federal legislation. In Chapter 1, I expand on the current and dominant understanding of the *Marbury v. Madison* decision as the supposed normative basis of American judicial review. As one scholar put it, "Take away *Marbury*, and constitutional

doctrine as we know it would disappear". I develop an argument that this foundation of the doctrine is fictitious and the uncritical adherence to this fiction skewed what was noble in the idea of the rule of law. My aim is to bridge the gap between historians and legal scholars. The former aren't inclined to critical analysis of legal materials. The latter usually adopt the insider approach and they are confined within the universe of lawyer's materials, focusing their attention on alternative historical vision taking place only on the pages written by the U.S. Supreme Court Justices. There are two additional methodological problems in studying the origins of judicial review. The first one is the linguistic turn which legitimately undermined our confidence in neutrality of the language. This forces us to question judicial decisions, expressed in language, but the essence of law lies in submitting to judicial decisions. The second problem has to do with a foundational cut a historian has to make between the past as the object of his or her research and the present. However, the whole allure of the *Marbury* decision lies in it being used as a part of the widened present. *Marbury* is used nowadays to legitimize judicial constitutional activity, and as such this decision is the opposite of the dead past subject to historical research.

The rest of the first part of the book traces historical developments in American politics that led to the jurisprudential truce in 1803 of which the *Marbury* decision was but a small part. In Chapter 2, I depict the political background of the U.S. Constitution and the divide between Federalists and the so-called Antifederalists. I draw attention to the Framers' Coup, to motives of this group of people and to the way they used the idea of popular sovereignty to secure their interests. In Chapter 3, I present the figure of John Marshall as a revolutionary, a jurist, and a Federalist partisan. Virginia legal culture is also outlined in this Chapter. Chapter 4 deals with the persecution of political opponents in the early Republic. I take up differences between the Federalists and the Republicans, the appearance of the two-party system and the attempts to repress Republicans and quash dissent in courts using the Sedition Act of 1798. Marshall's career in the 1790s is detailed amidst this political tumult, most notably Marshall's mission to France and the ensuing XYZ affair which made Marshall a national hero and helped the Federalist cause. I also address the importance of the acquisition of the Lord Fairfax's land in Virginia by John Marshall and his family. The need to secure this transaction was, as I argue, the driving force behind many of Marshall's later actions. The prosecutions under Sedition Act conducted by the Federalist administration not only allow to discern the various understanding of democracy by Federalists and Republicans but more importantly, show how the federal judiciary was part of the Federalist coercive apparatus. Republicans didn't bother to appeal to the Supreme Court for it was thought most prudent to leave the matter of constitutionality of Sedition Act decided in lower courts, "that the disgrace of its solemn confirmation, might not fall on the country". The dubious constitutionality of the Sedition Act enacted and supported by many of the Founding Fathers also shows how deceptive is the notion of original intent. Chapter 5 turns to constitutional disputes

during John Adams' presidency, including Virginia and Kentucky Resolutions, and it illustrates Marshall's rise in the ranks of Federalists that led him to the Supreme Court. Chapter 6 details the election crisis of 1800 when John Adams lost the presidency, but the deficiency of the Constitution made it hard to ascertain to whom he lost. Additionally, this Chapter gives an overview of the Sixth Congress's last session during which Marshall was elevated to the Supreme Court and Federalists enacted Judiciary Act of 1801. Chapter 7 widens the perspective by exploring the judicial tactics of Chief Justice Marshall in pre-*Marbury* cases. The tortured reasoning process that Marshall adopted in this initial period was clearly calculated to placate Jefferson and Republicans and it was the shape of things to come. In this Chapter, I also explain the crucial role played by the Repeal Act by which the Jeffersonians repealed the Judiciary Act of 1801 and attempted to purge the courts of Federalists. As Chapter 8 illustrates, Federalists tried to challenge the constitutionality of the Repeal Act. *Marbury's* suit demanding delivery of his commission was only a minor part of the Federalists' counterattack. The issue of real importance was the *Stuart v. Laird* case that Federalists used as a vehicle for the Supreme Court, stacked with Federalist appointees, to address the constitutionality of the Repeal Act. Republicans responded with threats of impeachment of judges and with passing the legislation that canceled the Supreme Court term scheduled for June of 1802. Chapter 9 examines how Chief Justice Marshall reacted to these pressures offering an informal yet clear truce with Jeffersonians. Taken together the Court's decisions in *Marbury v. Madison* and *Stuart v. Laird* delivered in the end of February and the beginning of March 1803 meant that "John Marshall was sounding his judicial trumpet in retreat". Marshall probably followed the Maryland case *Whittington v. Polk* decided in 1802. Both *Whittington* and *Marbury* were aptly called "a survival strategy of deference". A timid judicial capitulation to the dominant Republicans, at both the state and federal level, was misrepresented as a result of a dignified contemplation by the court of law placing itself over the legislature. I present in this Chapter a careful dissection of the *Marbury* decision and Marshall's deep involvement in this case. A recurrent objection I make is that Chief Justice Marshall betrayed his judicial duty. Then I show how the Court in *Stuart v. Laird* disregarded the real constitutional dispute over the ouster of federal judges from the circuit courts created by the Judiciary Act of 1801.

The second part builds on the events and cases described in the first part, but this time I revisit them and I seek to approach them from a different critical perspective in order to undermine the conventional narrative. Therefore, in Chapter 10 I assess existing accounts of potential and imaginary origins of the Anglo-American judicial review to ascertain whether Marshall had usurped the power of judicial review in deciding *Marbury*. This Chapter and the next three attempt to debunk, or at least to challenge, conjectural justifications for declaring acts of Congress void in federal courts from *graphe paranomon*, common law tradition, the notion of "judicial duty" as developed by Philip Hamburger, Dr. Bonham's case, and early state precedents, to "the wording and logic of

the Constitution itself” and their exposition in Hamilton’s *Federalist Papers*. In Chapter 10 I emphasize that exercising judicial duty to say what the law is required English judges to adopt fictitious assumptions and any attempts to introduce this practice to America necessitated a profound shift in the role of the judiciary.

Chapter 11 discusses periods over which the early American practice of judicial review emerged and developed. Here I follow Sylvie Snowiss’s analysis arguing that there was a small set of court cases in which, largely speaking, state courts confronted the issue of judicial review but the practice was far from uniform. As Larry Kramer put it, the conceptual framework of eighteenth-century legal thought was different from ours, constitutional law subsisted as an independent modality, distinct from the ordinary law interpreted and enforced by courts. Therefore, there was quite a gap between judicial control (routinely saying what the law is) and judicial review (authority to enforce the constitution against legislative acts). In this Chapter, I discuss more in depth the case of *Commonwealth v. Caton* decided in Virginia in 1782 because it was the real prototype of the emerging judicial review. Just like Marshall in *Marbury*, the Virginia Court of Appeals presented itself as a powerful institution, capable of negating laws, but it was only a pretense, “a mouse that roared”, since, in the face of confrontation, the court deferred completely to political authorities, rest content with articulating its tremendous authority not to do so. In examining these early cases like *Commonwealth v. Caton*, *Rutgers v. Waddington*, *Trevett v. Weeden*, and *Bayard v. Singleton* I am trying to show that they don’t reveal a consistent pattern. I also highlight the significance of the doubtful case rule (judges declared that they could declare void only clearly unconstitutional acts). In this early period, judges could expect not so much approval as less harsh sanctions for judicial encroachment upon legislative powers only when they presented their decisions as well-grounded and rooted in the assumption that the voiding power can be exercised only in a clear case.

Chapter 12 is an attempt at correcting some widespread misimpressions that the founding generation anticipated and uniformly embraced judicial review of legislation and that the reasoning advanced by Alexander Hamilton’s *Federalist* No. 78 should be regarded as the most authoritative exposition of the Constitution. I argue that the emerging doctrine of judicial review was an attempt to preserve the traditional, aristocratic conception of politics that appealed to Federalists. However, judicial review of politics was by no means part of the agreement reached in the Constitutional Convention. Hamilton’s ambiguous arguments for judicial review were responses to the Antifederalist essayist Brutus. As it turned out, Americans who elected Jefferson president didn’t have the slightest difficulty rejecting Hamilton’s propaganda for the embryonic version of judicial review. The Marshall Court confirmed this by relinquishing judicial review in *Stuart v. Laird*.

Chapter 13 attempts to illuminate whether judicial review of acts of Congress was granted by the Constitution. Even Hamilton admitted that not a syllable directly em-

powered the national courts to construe laws according to the spirit of the Constitution. Accordingly, I assess various arguments that judicial review can be legitimately inferred from the Constitution, concluding that the matter was not resolved by the Constitutional Convention. James Iredell's and Alexander Hamilton's claims of judicial authority over unconstitutional legislation could be treated merely as proposals, at least insofar as the constitutional text was concerned.

To probe into this issue further, I turn to the ratification debates in Chapter 14. Once again, it is impossible to identify the underlying logic of legal thinking in this short period. With this in mind I discuss an incisive critique of the courts' power in the new Constitution delivered by Brutus. In light of powerful and prescient arguments presented by Brutus, there is good reason to suggest that accepting judicial repudiation of acts of Congress – combined with the ideal of judicial duty that allowed judges to say what the law is, and merged with the finality of the Supreme Court in constitutional interpretation, and all of this while acknowledging the passions of men – formed a systemic explosive mixture. This would disrupt constitutional homeostasis the Framers tried to create so the judicial review of federal legislation was not authorized by the Constitutional Convention. By the same token early proponents of judicial review strove to mitigate practical consequences of this extraordinary power by invoking the requirement of clear unconstitutionality, at least in words.

Chapter 15 delves into economic interpretation of the Constitution of the United States in order to elucidate the Framers' motive for the Constitution and how it relates to the origins of judicial review. I draw upon Woody Holton's and Terry Bouton's research showing that one of the Framers' most pressing goals was to transfer certain key responsibilities from the state legislatures to a new national government capable of resisting pressure from below. The motive for pursuing this ideological goal was chiefly economic: cracking down on debtors and taxpayers, attracting capital, reviving the economy, making fortunes on war debt speculation and land speculation. Much was at stake, wealth and social standing of men like James Madison, George Washington, Robert Morris, Alexander Hamilton and John Marshall, so they designed or vigorously supported the federal government to be insulated, as far as possible, from the democratic politics in the states. In this milieu judicial review increasingly seemed a very appealing concept to the moneyed elite. In his home state Virginia John Marshall, a young, aspiring lawyer and a novice land speculator who was later to become Chief Justice, could see very well that the law played a particularly strong role in reinforcing the gentry's social and political control. Since it was of utmost importance to most delegates to the Constitutional Convention to maintain this control they would gladly erect judicial review as another barrier against the licentious masses they unobtrusively tried to entangle in a web of sophisticated inventions. It could be reasonably argued that the Framers abandoned this idea for one main reason. As they faced the challenge of ratification, the Framers unilaterally worked out a compromise with absent ordinary citizens, rejecting the most

antidemocratic proposals, well aware that “The people will not bear such innovations”, as South Carolina’s Pierce Butler argued. Entrusting a small group of Justices with control over Congress would be an innovation the people would not bear in 1787.

Chapter 16 tries to give a sense of actual practice of judges reviewing laws during the early years of the Constitution. I make the case that in that period the development of this practice wasn’t linear, and neither was it embraced by political elites. It was rather a very individual activity of literally a dozen or so significant figures involved in the judicial system who probed their audience’s acceptance of laying claims to participating in resolving constitutional disputes. In discussing pre-Marbury cases, I pay closer attention to *Hylton v. United States* decision. This case was trumped up by the Federalist administration in 1796 to obtain a judicial confirmation from the Federalist Justices of a federal tax statute passed by Federalists in Congress. Yet, in the case litigated among trusted Federalists, the Justices shied away from admitting that the Constitution granted them the power of judicial review. The *Hylton* case proved that Brutus was right in his early warnings: judicial review was not about negating laws but about affirming them. This was particularly evident in *Whittington v. Polk* in which the Maryland court surrendered to stripping local judges from office.

Chapter 17 examines how the *Marbury* myth was used through the centuries and across the globe. I argue that in terms of doctrinal development of judicial review Marshall Court’s rulings from 1803 actually represented a setback. If we should consider Marshall the Promethean figure who put into motion the machinery of judicial review, we shall do it in this precise sense: John Marshall demonstrated how the Constitution may be used as a perfectly flexible tool in the hand of Justices, striving to achieve their goals. This also helps explain why the judicial retreat in 1803 lowered the immediate political pressure on the Court but didn’t prevent the subsequent efforts to impeach Federalist judges and Justices. Although Marshall Court participated in the legitimation of the new Jeffersonian constitutional order, the rulings from 1803 showed the political potential of the Court: the ability of the Justices to exercise their own discretion, to consider false arguments with feigned seriousness (*Marbury*) and to disregard serious arguments (*Stuart*). Each subsequent ruling could produce a new, unfavorable doctrine. In the end, Justice Samuel Chase wasn’t ousted from the Court, and neither was Chief Justice Marshall, but the new rules of the games were clear to everyone. If this was a jurisprudential truce, why, then, Marshall’s opinion in *Marbury* was a thinly veiled yet harsh criticism of Jefferson? Apart from family feuds, I suggest that John Marshall might have been hoping for another reversal of electoral fortunes and might have considered running for the presidency himself, in 1808 or even in 1804. The presidency was probably the only office, thanks to which Marshall could ensure the legal status of his land as effectively as in the Court. The censuring of Jefferson’s administration offered by Marshall in *Marbury* would give him credence with the Federalists and their constituency. Judicial review was established in *Marbury v. Madison* merely in myth while the

Justices' docility manifested itself by arduous and hazardous circuit-riding that they could have found unconstitutional in *Stuart*. The lasting yet false reputation of Marshall and his Court was largely established by Justice Joseph Story and promulgated by several other influential advocates. Marshall's greatness was amplified by later generations for, as Jack M. Balkin neatly captured, Marshall had the great fortune to be on the "right" side of most of the national disputes that he wrote about and he is honored today because he guessed correctly about the direction of the country's growth. What was more peculiar was the irresistible impact the myth of *Marbury* exerted upon contemporary liberal democracies and the postwar constitutional paradigm, most notably by way of developments in the German constitutional order since 1820s.

The next Chapter makes a foray into seemingly unrelated and less known issue of how the West was discovered (and won) by Chief Justice Marshall. I assert that the myth of *Marbury* is actually a belief in a kind of a positive conspiracy theory according to which the Great Master Marshall hid in a more-or-less real trunk filled with judicial decision the constitutional Holy Grail which the faithful Order of Lawyers puts into practice centuries later. This would mean believing that some sentences Marshall penned during Jefferson's presidency had real power during Eisenhower's presidency, when the Court declared its supremacy, going back to *Marbury*. There was, however, a real trunk with old documents related to a great land speculations scheme and Chief Justice Marshall decision in *Johnson v. M'Intosh*. I use this history, as reconstructed by Lindsay G. Robertson, to show that early Marshall's decisions, including *Marbury*, weren't the only examples of tortured reasoning and self-contradictory argumentation in the jurisprudence of John Marshall. The discovery doctrine that Marshall devised played a great role in the judicial and actual conquest of Native America, facilitating Indian removal. Marshall's activity in this area helps in assessing whether he was on the right side of this national dispute and also demonstrates that the Court could easily engage in constitutional interpretation of continental proportions well beyond the confines of the doctrine of judicial review.

Finally, Chapter 19 synthesizes the previous chapters and offers an integrating conclusion in the form of seven initiations or unveilings leading to a better understanding of the origin of judicial review. I begin with the assertion that it was Jefferson who participated in three events in 1801-1803, two of which were significant throughout the world. These were the peaceful transition of power from Federalists to Republicans and the Louisiana Purchase, allowing the U.S. to become a superpower. Both events happened despite shortcomings of the Constitution. The third event was the Supreme Court's decision in *Marbury v. Madison* which was insignificant in itself (an undelivered commission of a low-level magistrate) and which much later was blown out of all proportion.

My next contention is that Marshall used law instrumentally to achieve his goals. Actually, in the early republic constitutional law combined politics and law. The "legal" component was of secondary importance and could be seen as an equivalent of a so-

phisticated political phrasebook. The third unveiling concerns the fact that if we were to identify in Marshall's decision the value of expressing the original meaning of the Constitution, it would have to be that right from the beginning there was no such thing as one identifiable meaning of the Constitution that could be used as a touchstone for Congress's legislative activity. It was Marshall who exposed purely political and law-making nature of his vision of judicial review. In the recent years, the notion of abusive constitutionalism has been attracting attention. The fourth argument is that John Marshall who cast a long intellectual shadow as the patriarch of the judiciary was in fact one of the very first practitioners in the field of abusive constitutionalism.

The next unveiling is that the case of real importance in 1803 was *Stuart v. Laird*. The case concerned the actual shape and structure of the federal judiciary. The outcome of *Stuart v. Laird* meant in a meta-political sense that the supreme court of the land deferred to the congressional majority, with no discussion. What was really at stake in the debate on judicial review was the ability of the Court to validate changes in the Constitution outside Article V, which is my penultimate point. The Founding Fathers wanted to govern, to pursue policies, not to litigate policies. The American judicial review was, at its core, an aristocratic institution to such a degree that it turned out far too aristocratic for the American aristocrats who experimented with it during 1770s and 1780s. Hence during 1790s federal courts packed with Federalists retreated obediently from politics and rest content with securing the interests of the political elite in the narrow field of the courts' constitutional activity. In 1803 Chief Justice Marshall in *Marbury v. Madison* and *Stuart v. Laird* concluded the deal, showing that even after the transition of power the courts could act as a reliable tool for securing political decisions. As Terry Bouton documented, in the 1780s and 1790s rural Pennsylvanians closed roads with fences, ditches, log piles, etc. to protect their communities from tax collectors and other officials. There is good reason to perceive the budding practice of American judicial review as an equivalent instrument of the elites that could be used to derail the political process when it resulted in unwanted outcomes, although toward the end of the eighteenth century this instrument could only show its early potential.

If the whole story about *Marbury v. Madison* is untrue, a question arises: why this very decision has been chosen as a doctrinal amulet of judicial power? It has to do with an extremely inconvenient fact for the American constitutional doctrine. Viewed from the vantage point of the modern era, neither John Marshall nor the Supreme Court was on the "right side" of the great national dispute. The seventh initiation relates to the word "slave", which would lead to another, long story so I evaded this issue in the whole book. As a matter of fact, the real judicial review was created and applied by racist Justices who used the doctrine of judicial review to keep black Americans in slavery, and when the Civil War shattered these plans, they devised and supported in the Court's opinions an elaborate scheme of racial discrimination.

1. Monika Florczak-Wątor, *Obowiązki ochronne państwa w świetle Konstytucji RP i Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, 2018.
2. Piotr Mikuli, *Sądownictwo w Zjednoczonym Królestwie*, 2018.
3. Josep Aguiló Regla et al., *Studia z teorii konstytucyjnego państwa prawa. Konstytucjonalizm, neokonstytucjonalizm, postpozytywizm*, 2018.
4. Wojciech Ciszewski, *Zasada neutralności światopoglądowej państwa*, 2019.

Zadanie dekonstrukcji mitu założycielskiego amerykańskiego *judicial review*, którego podjął się autor, było wielkim wyzwaniem. Za sam wybór tematu należą mu się więc słowa uznania. Mógł przecież zająć się zagadnieniem znacznie łatwiejszym, mniej kontrowersyjnym, wzorem wielu swoich kolegów podążając dawno wydeptanymi ścieżkami. Byłoby to zresztą znacznie bezpieczniejsze postępowanie. Tymczasem postanowił on rzucić wyzwanie jednemu z największych i pielęgnowanych z największą starannością mitów współczesnego konstytucjonalizmu. Nie tylko zresztą amerykańskiego, skoro, jak słusznie zauważa zresztą sam autor, oddziaływanie orzeczenia Sądu Najwyższego wydanego w 1803 roku w sprawie *Marbury v. Madison*, a ściślej rzecz ujmując jego spreparowanej i wykreowanej z premedytacją mitologii, już dawno wykroczyło daleko poza granice Stanów Zjednoczonych.

(...) otrzymaliśmy monografię nie tylko staranną pod względem merytorycznym, ale i wielce oryginalną oraz bardzo erudycyjną. Lektura książki Sebastiana Kubasa sprawia ogromną przyjemność, tym bardziej że została ona napisana nienaganną polszczyzną, w charakterystycznym dla tego autora, bardzo indywidualnym stylu, którego przejawem jest (...) „soczysty język”, stroniący od hermetycznego żargonu, typowego dla opracowań naukowych.

Z recenzji dr. hab. Tomasza Wiececha, prof. UJ

Bogaty przekrój zastosowanych metod badawczych świadczy o znakomitym warsztacie Autora, jego przygotowaniu metodologicznym oraz umiejętnościach łączenia analizy z dyscyplin naukowych ze sobą pokrewnych. Sebastian Kubas ma świadomość, że rozprawiając się z początkami amerykańskiego konstytucjonalizmu, w tym szczególnie z osobą Johna Marshalla i kazusem *Marbury v. Madison*, musi sięgnąć do różnorodnych metod badawczych, ponieważ sama analiza musi mieć charakter interdyscyplinarny. Nie można badać początków amerykańskiej państwowości bez odniesienia do historii, prawa i polityki. Właśnie tę interdyscyplinarność uważam za jedną z najmocniejszych stron monografii, pozwoliła ona bowiem stworzyć dzieło ukazujące wielokrotnie przeanalizowany problem z zupełnie innej perspektywy. Kluczowe jest przy tym „odkrycie”, jakiego Autor dokonuje, o nachodzeniu na siebie prawa i polityki na różnych płaszczyznach i wymiarach amerykańskiego konstytucjonalizmu.

Z recenzji dr. hab. Pawła Laidlera, prof. UJ