

JERZY ZAJADŁO

James Bradley Thayer i problem „niekonstytucyjności ponad wszelką wątpliwość”

Bezpośrednim pretekstem do napisania artykułu była wydana niedawno książka poświęcona postaci amerykańskiego konstytucjonalisty Jamesa Bradleya Thayera i jego wpływowi na osobowości i koncepcje takich wybitnych, dzisiaj już wręcz legendarnych uczonych i sędziów, jak Oliver Wendell Holmes, Louis Brandeis, Learned Hand, John Henry Wigmore, Roscoe Pound czy Felix Frankfurter¹. W poszczególnych rozdziałach książki różnie określono związek Thayera z tymi postaciami, tworzącymi pewną szczególną formację intelektualną amerykańskiej jurysprudencki zarówno w okresie poprzedzającym tzw. progresywizm, jak i w trakcie samego progresywizmu jako ruchu społecznego i wyrazu szczególnej filozofii politycznej². Holmes został uznany za „protegowanego” Thayera; Brandeis, Hand, Wigmore i Pound to jego „studenci”; natomiast Frankfurterowi przyznano, nie tylko ze względu na chronologię, miano jego „dziejica”. Niniejsze opracowanie nie jest jednak klasycznym artykułem recenzyjnym, lecz raczej próbą prezentacji pewnego szerszego problemu określanego czasami mianem konstytucyjnego *clear error* (oczywistego błędu) ustawodawcy lub *unconstitutionality beyond a reasonable doubt* (niekonstytucyjności ponad wszelką

¹ A. Porwancher, J. Mazeitis, T. Jipp, A. Coffey, *The Prophet...*

² Takie ujęcie potwierdza tylko wcześniejsze ustalenia literatury przedmiotu – zob. np. W. Mendelson, *The Influence...*, s. 71–87; szerzej na temat tej formacji intelektualnej *in genere* B. Snyder, *The House...*

wątpliwość) aktu prawnego legislatywy lub decyzji egzekutywy. Tym, co łączy przynajmniej niektóre z tych prawniczo ukształtowanych przez Thayera postaci – od Holmesa, przez Brandeisa i Handa, aż po Frankfurtera – jest fakt, że wszyscy byli wybitnymi sędziami i wyznawali charakterystyczną filozofię sędziowską (*judicial philosophy*), wyznaczającą władzy sądowniczej określone miejsce w systemie demokratycznym. W tym ujęciu jest to władza wprawdzie niezależna i samodzielna, ale jednocześnie skoncentrowana wyłącznie na stosowaniu i interpretacji tego, co swym prawodawczym *fiat* ustalił ustawodawca i czym w swojej polityce powinna kierować się egzekutywa. Tylko tak pojęta rola *judiciary* pozwala na zachowanie demokratycznej legitymacji systemu i nie prowokuje jego kontestacji.

Rzecz nie ma charakteru wyłącznie historycznego i powinna zainteresować także polskich teoretyków prawa oraz konstytucjonalistów – wszak w obliczu obecnego kryzysu konstytucyjnego i zawirowań wokół Trybunału Konstytucyjnego problem „oczywistej niekonstytucyjności” jest szeroko dyskutowany w bardzo aktualnej literaturze przedmiotu i pojawia się także w bieżącym orzecnictwie³. Polska dyskusja ma wprawdzie inną genezę i inny charakter niż debata rozpoczęta ponad sto lat temu w amerykańskiej jurysprudencji przez Thayera, ale istota problemu pozostaje w gruncie rzeczy nawet jeśli nie identyczna, to przynajmniej w jakiejś mierze bardzo podobna. W pewnym uproszczeniu w obu przypadkach problem sprowadza się bowiem do pytania, czy, pod jakimi warunkami i z jakim ewentualnym skutkiem sędzia w procesie stosowania prawa może zastanawiać się nad konstytucyjnością aktu prawnego, na podstawie którego orzeka, czy też powinien kierować się wyłącznie domniemaniem jego konstytucyjności, dopóki nie zostanie ona w odpowiedniej procedurze podważona. O ile jednak w Polsce, z uwagi na powierzenie kompetencji kontroli konstytucyjności prawa Trybunałowi Konstytucyjnemu, dyskusja skoncentrowała się przede wszystkim na zagadnieniu bezpośredniego stosowania ustawy zasadniczej przez sądy (art. 8 ust. 2 w zw. z art. 178 ust. 1 Konstytucji RP), o tyle w Stanach Zjednoczonych debata poszła w kierunku znacznie szerszego problemu *judicial restraint*, w którym zagadnienie kontroli konstytucyjności (*judicial review*) stanowi tylko jeden z jego elementów.

Nie jest to więc wyłącznie historyczny problem również w amerykańskim konstytucjonalizmie, ponieważ koncepcja Thayera jest ciągle przedmiotem

³ Zob. np. J. Podkowiak, *Glosa do wyroku WSA w Poznaniu z 8.03.2017 r., II SA/Po 1034/16...*, s. 132–140; M. Florczak-Wątor, *Domniemanie...*, s. 97–125; A. Grabowski, *Konstytucja RP...*, s. 31–53 (w tym opracowaniu znajdujemy odesłanie wprost do J.B. Thayera, s. 50 przypis 96); zob. także np. postanowienie SN z 9 października 2020 r., III CZP 95/19.

krytycznych i aprobatywnych ocen, burzliwych teoretycznych sporów oraz wnikliwych orzeczniczych analiz – z jednej strony w kontekście teorii wykładni konstytucyjnej (zwłaszcza w nurcie oryginalizmu), a z drugiej przede wszystkim w odniesieniu do ciągle aktualnych pytań o aktywizm (*judicial activism*) i pasywizm (*judicial restraint*) sędziowski⁴. Na marginesie nasuwa się ciekawa refleksja pojęciowa – w literaturze amerykańskiej aktywizmowi sędziowskiemu przeciwstawia się nie sędziowski pasywizm (*judicial passivism*), który byłby w tej sytuacji bardziej dosłowny, lecz właśnie wyważone pojęcie *judicial restraint*, a więc sędziowskiej powściągliwości (umiaru, ograniczenia). Tak jak aktywizm sędziowski nie oznacza bowiem całkowitej dowolności interpretacyjnej sędziego, tak również sędziowski pasywizm nie jest synonimem jego absolutnej bezrefleksyjnej bierności i mechanicznego automatyzmu w procesie stosowania prawa. W tym sensie należy też odróżniać sędziowską powściągliwość (*judicial restraint*) od sędziowskiego minimalizmu (*judicial minimalism*), który w odniesieniu do *judicial review* w ogóle nabiera bardzo specyficznego znaczenia i niekiedy może paradoksalnie przybrać postać sędziowskiego aktywizmu *à rebours*⁵.

Dorobek naukowy Jamesa Bradleya Thayera jest wprawdzie bardzo bogaty⁶, ale w przypadku omawianego tutaj problemu chodzi tak naprawdę tylko o jeden obszerny i niezwykle brzemienisty w skutki artykuł *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, opublikowany w 1893 r. w „*Harvard Law Review*”⁷. Jest coś fascynującego w tej jednostkowej publikacji, skoro jest ona podobno po dziś dzień najczęściej cytowaną pozycją w amerykańskiej literaturze konstytucyjnej (prawniczej i politologicznej), a niektórzy uznają ją wręcz za początek współczesnej amerykańskiej nauki prawa konstytucyjnego⁸. Sędzia Felix Frankfurter twierdził, że artykuł Thayera jest „świetnym przewodnikiem dla sędziów, i stąd, także świetnym

⁴ Z najnowszej literatury zob. np. S.G. Calabresi, *Originalism...*, s. 1419–1454; M.J. Franck, *James Bradley Thayer...*, s. 393–417; H. Spitzer, „*Unconstitutional Beyond a Reasonable Doubt*”..., s. 1–22; H. Spitzer, *Reasoning...*, s. 1429–1461.

⁵ R.A. Posner, *The Rise...*, s. 521.

⁶ Jego najbardziej znane dzieło z zakresu prawa konstytucyjnego to przede wszystkim *Cases on Constitutional Law*; niezależnie od tego Thayer sporo uwagi poświęcił również dowodom w procesie sądowym (*A Preliminary...*), a jego koncepcje w tym zakresie rozwinął później twórczo jego uczeń J.H. Wigmore (*A Treatise...*).

⁷ Zob. s. 129–156; niezależnie od publikacji na tych łamach rzecz ukazała się w tym samym roku w formie broszury o tym samym tytule.

⁸ „Modern constitutional law began in the United States with the publication, in 1893, of James Bradley Thayer’s *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*” (S.G. Calabresi, *Originalism...*, s. 1420).

przewodnikiem dla nie-sędziów w zakresie zrozumienia, jakie jest miejsce sądownictwa w jego relacji do kwestii konstytucyjnych”⁹.

Zanim przystąpimy do bardziej szczegółowej analizy formuły *unconstitutionality beyond a reasonable doubt* (i/lub ewentualnie także *clear error*) i jej związku z koncepcją pasywizmu sędziowskiego zarówno w wymiarze instytucjonalnym (*judicial restraint*), jak i indywidualnym (*judicial self-restraint*)¹⁰, spróbujmy przynajmniej naszkicować biografię Jamesa Bradleya Thayera¹¹. Urodził się 15 stycznia 1831 r., zmarł 14 lutego 1902 r. Jego rodzina nie była wprawdzie zbyt zamożna, ale dzięki ojcu – Abijahowi Thayerowi, związanemu z Whig Party znanemu wydawcy prasowemu – James Bradley już od najmłodszych lat miał okazję obcowania z postępowymi demokratycznymi intelektualistami, ze słynnym abolicjonistą Williamem Lloydem Garrisonem włącznie. Te kontakty z wybitnymi intelektualistami epoki Thayer utrzymywał też w późniejszym okresie – wiosną 1871 r. odbył podróż po Kalifornii w towarzystwie słynnego amerykańskiego transcendentalisty Ralpha Waldo Emersona, którą później opisał w specjalnie wydanych wspomnieniach¹². Po ukończeniu Harvard College, a następnie Harvard Law School (odpowiednio w 1854 i 1856 r.) Thayer podjął praktykę adwokacką w Bostonie. Ciekawą informację z okresu studiów podaje Andrew Porwancher¹³ – okazuje się bowiem, że idea określonej koncepcji *judicial restraint* dojrzewała w głowie Thayera dużo wcześniej, niż powstał jego słynny artykuł z 1893 r. W 1856 r. jako 25-letni student wziął zwycięsko udział w konkursie na najlepszy esej i postawił w nim dosyć odważną tezę, że „sędziowie mogą podważać konstytucyjność ustaw tylko wówczas, gdy ustawodawca bezczelnie przekracza swoje konstytucyjne granice”, ponieważ „sądownictwo nie może zastępować swoim uznaniem decyzji ustawodawcy”. W 1874 r. Thayer został wykładowcą Harvard Law School i już kilkanaście lat później wspólnie z Christopherem C. Langdellem, Johnem Chipmanem Grayem, Jamesem Barrem Amesem i kilkoma innymi osobami współtworzył tzw. złoty wiek nauki prawa na

⁹ Cytuję za S.B. Gabin, *Judicial...*, s. 962.

¹⁰ Te dwa wymiary, instytucjonalny i indywidualny, wprawdzie nie pokrywają się całkowicie, ponieważ dotyczą różnych obszarów (tj. różnych aspektów trójpodziału władzy, niezawisłości sędziowskiej i granic dyskrecjonalnej władzy sędziego), ale jednocześnie są ze sobą bardzo ściśle powiązane – na potrzeby tego opracowania traktujemy je jednak w pewnym uproszczeniu synonimicznie.

¹¹ Więcej szczegółowych informacji można znaleźć w cytowanej na wstępie pracy A. Porwancher, J. Mazeitis, T. Jipp, A. Coffey, *The Prophet...*; zob. także J. Hook, *A Brief Life...*, s. 1–8.

¹² J.B. Thayer, *Western...*

¹³ A. Porwancher, *The Strange Birth...*

tej uczelni¹⁴. Był wspaniałym, uwielbianym przez studentów dydaktykiem i głównie to było podstawą jego ogromnego wpływu na wspomnianych wyżej późniejszych sędziów i uczonych. Niektórzy z nich przyznawali w swoich wspomnieniach, że to właśnie Thayer ukształtował i zdeterminował ich stosunek do problemu *judicial restraint v. judicial review*, między innymi, ale nie tylko, dzięki argumentacji zawartej w słynnym artykule z 1893 r.

Na początek spróbujemy scharakteryzować główne elementy koncepcji zaproponowanej przez Thayera, a następnie ustalić, jakie jest jej miejsce we współczesnych dyskusjach o *judicial restraint*, zarówno w zakresie rozumienia tego pojęcia, jak i różnych mutacji jego uzasadnienia. Na wstępie przyjmijmy pewne założenie metodologiczne: to, co Thayer pisze o ostatecznej granicy domniemania konstytucyjności ustawy (*beyond reasonable doubt*), nie pozostaje bez związku z przywołaną wcześniej jego pozostałą twórczością, a zwłaszcza pracami na temat prawa dowodowego i zawartymi tam rozważaniami teoretycznymi na temat domniemań prawniczych w ogóle. To bardzo charakterystyczne – również we wspomnianej wcześniej współczesnej polskiej literaturze dotyczącej kwestii „oczywistej niekonstytucyjności” pojawia się wątek teorii domniemań i nie ma zgody co do charakteru domniemania konstytucyjności ustawy: jedni uznają je za typowe domniemanie prawnicze (np. A. Grabowski), inni jedynie za domniemanie interpretacyjne (np. L. Morawski, P. Radziejewicz)¹⁵. U Thayera sprawa wydaje się bardziej, można powiedzieć, prostolinijna i zdroworozsądkowa. On po prostu próbuje w ramach prawa konstytucyjnego zastosować ten sam mechanizm, który jest udziałem sędziego w procesie sądowym, np. w procesie karnym w zakresie stosowania domniemania niewinności: oskarżonego uznajemy za niewinnego tak długo, jak długo bezspornie nie udowodnimy mu winy, a wszelkie niedające się usunąć wątpliwości interpretujemy na jego korzyść. Podobnie jest z przyjętą przez legislaturę ustawą: domniemywamy jej konstytucyjności tak długo, jak długo nie dojdziemy do wniosku, że jej niekonstytucyjność jest oczywista (*clear*) i nie budzi naszych żadnych uzasadnionych wątpliwości (*no reasonable doubt*), a jeśli nawet budzi, to rozstrzygamy je *in favorem* zgodności ustawy z konstytucją.

Swoją artykuł Thayer rozpoczyna od następującego pytania: „Jak powstała nasza amerykańska doktryna przyznająca władzy sądowniczej prawo

¹⁴ W wydanych niedawno dwóch tomach opisujących historię Harvard Law School sporo miejsca poświęcono właśnie postaci Jamesa Bradleya Thayera – D.R. Coquillette, B.A. Kimball, *On the Battlefield...* oraz D.R. Coquillette, B.A. Kimball, *The Intellectual...*, *passim*.

¹⁵ M. Florczak-Wątor, *Domniemanie...*, s. 97 przypis 2 i cytowana tam literatura.

uznania aktu ustawodawczego za niekonstytucyjny i traktowania go jako nieobowiązującego i jaki jest jej rzeczywisty zakres?”¹⁶. Zadaje to pytanie, ponieważ jest zaskoczony pewną praktyką orzeczniczą i doktrynalną, która, jego zdaniem, nie miała oparcia ani w konstytucji z 1787 r., ani (poza pewnymi wyjątkami) w konstytucjach stanowych¹⁷. Skąd się więc wzięła ta praktyka? Zdaniem Thayera była zasadna w okresie kolonialnym, ale powinna utracić swoją legitymację po przyjęciu Deklaracji Niepodległości z 1776 r.¹⁸ Początkowa część artykułu poświęcona jest rozważaniom historycznym odwołującym się do okresu kolonialnego przed powstaniem Stanów Zjednoczonych – potwierdza to tezę, że problem *judicial review v. judicial restraint* ma swoje głębokie korzenie w tradycji *common law*¹⁹. Więcej, również formuła *beyond reasonable doubt* nie jest wbrew pozorom oryginalnym pomysłem Thayera, lecz pojawia się we wcześniejszym orzecznictwie sądów stanowych²⁰, a Hugh Spitzer wskazuje opinie kilku sędziów z różnych lat używających dosłownie tej samej formuły lub fraz do niej bardzo zbliżonych: Williama Tilghmana (1811 i 1825), Bushroda Washingtona (1827) czy Lemuela Shawa (1834)²¹. Thayer sam zresztą to przyznaje, cytując *in extenso* opinię sędziego Tilghmana z 1811 r. (którą celowo podaję tutaj w oryginalnym brzmieniu): „*For weighty reasons, it has been assumed as a principle in*

¹⁶ J.B. Thayer, *The Origin...*, s. 129 (numeracja stron wg oryginalnego tekstu w „Harvard Law Review”, a nie wg równoległe wydanej broszury).

¹⁷ „So far as the grounds for this remarkable power are found in the mere fact of a constitution being in writing, or in judges being sworn to support it, they are quite inadequate. Neither the written form nor the oath of the judges necessarily involves the right of reversing, displacing, or disregarding any action of the legislature or the executive which these departments are constitutionally authorized to take, or the determination of those departments that they are so authorized” (J.B. Thayer, *The Origin...*, s. 130).

¹⁸ „How came we then to adopt this remarkable practice? Mainly as a natural result of our political experience before, the War of Independence, – as being colonists, governed under written charters of government proceeding from the English Crown. The terms and limitations of these charters, so many written constitutions, were enforced by various means, – by forfeiture of the charters, by Act of Parliament, by the direct annulling of legislation by the Crown, by judicial proceedings and an ultimate appeal to the Privy Council. Our practice was a natural result of this; but it was by no means a necessary one [...]. The Revolution came, and what happened then? Simply this: we cut the cord that tied us to Great Britain, and there was no longer an external sovereign. Our conception now was that «the people» took his place; that is to say, our own home population in the several States were now their own sovereign” (J.B. Thayer, *The Origin...*, s. 130 i n.).

¹⁹ Zwraca na to uwagę np. L.D. Kramer, *Judicial...*, s. 621–634 (przy okazji jest to precyzująca polemika z cytowanym wcześniej artykułem R.A. Posnera, *The Rise...*).

²⁰ Szerzej na ten temat C.R. Green, *Clarity...*, s. 169–202.

²¹ H. Spitzer, *Reasoning...*, s. 1436.

constitutional construction by the Supreme Court of the United States, by this court, and every other court of reputation in the United States, that an Act of the legislature is not to be declared void unless the violation of the constitution is so manifest as to leave no room for reasonable doubt [podkr. moje – J.Z.]”²².

Jedną rzeczą są jednak historyczne przykłady orzecznicze, a zupełnie inną koncepcja samego Thayera, który w warunkach swojego miejsca i czasu ostatecznie opowiada się radykalnie za *judicial restraint*, a formułę *beyond reasonable doubt* traktuje w kategoriach ekstremalnego wyjątku od zasady. Z przywołanym orzecznictwem było nieco inaczej i stanowiło ono *mutatis mutandis* bardziej przejaw sędziowskiego aktywizmu niż sędziowskiej powściągliwości. Przypomnijmy bowiem, że dzięki wydaniu orzeczenia w słynnej sprawie *Marbury v. Madison* w 1803 r. amerykański Sąd Najwyższy wywalczył sobie (a według niektórych – uzurpował) prawo do *judicial review*. Później proces ten rozlał się także na inne sądy federalne i stanowe, chociaż z drugiej strony na poziomie kolonii/stanów był tam przecież w jakiejś mierze obecny jeszcze przed uchwaleniem amerykańskiej konstytucji z 1787 r.

Artykuł Thayera zawsze budził zainteresowanie współczesnych amerykańskich konstytucjonalistów, ale stało się to szczególnie widoczne w ostatnich latach, czego znakomitą potwierdzeniem zdaje się najnowsza książka stanowiąca pretekst do niniejszych rozważań. Wcześniej mieliśmy do czynienia z co najmniej dwoma dużymi wydarzeniami naukowymi poświęconymi omawianemu zagadnieniu. W 1993 r. w stulecie publikacji Thayera na Northwestern University odbyła się konferencja pod hasłem „One Hundred Years of Judicial Review: The Thayer Centennial Symposium”. Materiały z niej opublikowano na łamach „Northwestern University Law Review” (1993, t. 88, nr 1) – to ponad czterysta stron wypełnionych kilkudziesięcioma analizami znanych współczesnych konstytucjonalistów, m.in. Marka Tushneta, Stephena B. Pressera, G. Edwarda White’a, Michaela J. Perry’ego, Robina Westa, Stevena G. Calabresiego czy Sanforda Levinsona. Prawie dwadzieścia lat później w ramach cyklicznych sympozjów konstytucyjnych organizowanych przez The Brennan Centre for Justice ponownie mamy do czynienia z konferencją, w której centrum zainteresowania znalazł się ostatecznie Thayer i jego słynny artykuł – punktem wyjścia był referat Richarda A. Posnera na temat *judicial restraint*, a komentarze napisali m.in. Larry D. Kramer i Lee Epstein (materiały z konferencji zostały opublikowane na łamach „California Law Review” 2012, t. 100, nr 3).

²² J.B. Thayer, *The Origin...*, s. 140.

Biorąc to wszystko pod uwagę, trzeba przyznać, że jak na jeden artykuł sprzed ponad stu laty takie współczesne zainteresowanie jest rzeczywiście fenomenem *sui generis*. Moim zdaniem da się to racjonalnie wytłumaczyć. Po pierwsze, Thayer zapoczątkował tak jednoznaczne i radykalne postawienie problemu *judicial restraint* w związku z *judicial review*. Po drugie, w ramach tego stanowiska wyznaczył obu pojęciom wprawdzie daleko idące granice, ale jednocześnie formułą *beyond reasonable doubt* otworzył pewną furtkę, która w praktyce mogła mieć daleko idące konsekwencje, ale którą jednocześnie – z uwagi na jej niedookreśloność – trzeba było jakoś obudować bardziej wysublimowanymi teoriami konstytucyjnymi. W trakcie wspomnianej konferencji z 1993 r. Mark Tushnet już w tytule swojego referatu zadał w związku z tym fundamentalne pytanie: co było celem (*target*) Thayera – który z członów alternatywy „kontrola konstytucyjności (*judicial review*) czy demokracja (*democracy*)?”²³. To oczywiście prawda, że Thayer ze swoim ujęciem *judicial restraint* opowiada się zdecydowanie po stronie demokracji i szacunku/uznania (*deference*) sądów i sędziów wobec decyzji legislacyjnych Kongresu i orzeczeń Sądu Najwyższego²⁴, ale jednocześnie jego formuła *beyond reasonable doubt* pozostawia też trochę miejsca dla *judicial review*, nawet jeśli rodzi problemy na poziomie jej praktycznego zastosowania²⁵. Nie zmienia to oczywiście faktu, że cała teoria *judicial restraint* czasami wykazuje pewne wewnętrzne niespójności i wspomniane *deference* nie musi jednocześnie oznaczać *restraint*, i odwrotnie²⁶.

W trakcie drugiej ze wspomnianych konferencji Richard Posner zwrócił z kolei uwagę na pewien paradoks: im bardziej obudowuje się koncepcję Thayera teoriami konstytucyjnymi (np. Borka, Scali, Breyera czy Dworkina), tym bardziej ona sama traci na swoim teoretycznym znaczeniu i daje się sprowadzić w ostatniej instancji do pewnej pragmatycznej i zdroworozsądkowej postawy sędziego²⁷. Zdanie tego autora wydaje się o tyle miarodajne, że sam Posner jest nie tylko czołowym współczesnym teoretykiem i filozofem prawa, lecz także korzysta ze swojego długoletniego doświadczenia federalnego sędziego apelacyjnego. Stać go więc na sformułowanie podstawowych założeń pragmatyzmu prawniczego oraz na konkluzję, że

²³ M. Tushnet, *Thayer's Target...*, s. 9–41.

²⁴ E.H. Caminker, *Thayerian...*, s. 73–122.

²⁵ M.in. z powodu tych praktycznych problemów niektórzy współcześni autorzy, wskazując na jej ciągłą popularność w orzecznictwie sądowym, zdecydowanie proponują jej odrzucenie – tak np. H. Spitzer, „*Unconstitutional Beyond a Reasonable Doubt*”..., *passim*.

²⁶ Szerzej na ten temat C.L. Eisgruber, *The Next Justice...*, s. 31–50.

²⁷ R.A. Posner, *The Rise...*, s. 538–546.

Thayer i jego następcy (np. Holmes, Brandeis czy Bickel) nie stworzyli rozbudowanych teorii konstytucyjnych i byli przede wszystkim pragmatykami²⁸. Z zachowaniem wszystkich proporcji rozumowanie Thayera przypominało bowiem raczej to, co we współczesnej literaturze teoretyczno- i filozoficzno-prawnej określa się mianem psychologii potocznej w myśleniu prawniczym, ponieważ formuła *unless unconstitutionality is beyond reasonable doubt* apelowała raczej do sędziowskiej zdroworozsądkowej intuicji i nie wymagała rozbudowanej teorii konstytucyjnej²⁹. W praktyce rodziło to oczywiście pewne niebezpieczeństwa interpretacyjnych nadużyć, ale Holmes, Brandeis, Hand czy Frankfurter po pewnych modyfikacjach zaakceptowali je z dobrodziejstwem inwentarza w imię filozofii sądenia w duchu *judicial restraint*.

Można mieć mniej lub bardziej krytyczny stosunek zarówno do koncepcji sędziowskiego aktywizmu, jak i sędziowskiego pasywizmu, ale wydaje się, że mimo swoich niewątpliwych ograniczeń pewien uniwersalny walor propozycji Thayera w zakresie *judicial review* polegał m.in. na tym, że była ona niezależna od konserwatywnych bądź liberalnych proveniencji sędziego, co w warunkach amerykańskich miało i ma znaczenie fundamentalne. Typowym przykładem może być postać sędziego Learneda Handa, który sam o sobie podobno mówił, że jest najbardziej konserwatywny wśród liberałów i najbardziej liberalny wśród konserwatystów.

Przyjmując artykuł Thayera za punkt wyjścia do dyskusji o *judicial restraint* w związku z *judicial review*, warto zwrócić uwagę na ciekawą typologię uzasadnień proponowaną przez Zachary’ego B. Shemtoba³⁰. Zdaniem tego autora można wyróżnić siedem podstawowych stanowisk w formie testów „niekonstytucyjności ponad wszelką wątpliwość”:

1. test zdrowego rozsądku (James Bradley Thayer);
2. test standardu „rozsądnego człowieka” (Oliver Wendell Holmes);
3. test oryginalistyczny (Learned Hand);
4. test empiryczny (Louis Brandeis);

²⁸ „But can judges decide a case without a theory of how to decide it correctly? They can – in fact they must, because when faced with a case that is indeterminate from the standpoint of conventional legal reasoning they cannot throw up their hands and say, «I can’t decide this case because I don’t know what the right answer to the question presented by it is.» They have to decide it, using whatever tools are at hand. Judges who don’t insist that a legalistic algorithm will decide every case are what I call «pragmatists,» not in some pretentious philosophical sense but in the sense of an approach to decision making that emphasizes consequences over doctrine. Stated otherwise, pragmatists fit doctrine around consequences. Thayer, Holmes, Brandeis, and Bickel were pragmatists” (R.A. Posner, *The Rise...*, s. 539).

²⁹ J. Stelmach, L. Kurek, *Psychologia...*, *passim*.

³⁰ Z.B. Shemtob, *Following Thayer...*, s. 61–84.

5. test oparty na precedensach (Felix Frankfurter);
6. test „zasad podstawowych” (Alexander Bickel);
7. test tekstualistyczny (J. Harvie Wilkinson i Adrian Vermeule).

Mechanizm działania koncepcji Thayera najlepiej jednak prześledzić na przykładzie, jak w praktyce zastosowali ją ci sędziowie, na których wywarł on największy wpływ – nie chodzi przy tym o ich teorie konstytucyjne (które w mniejszym lub większym stopniu też tworzyli), lecz właśnie o decyzje orzecznicze w konkretnych sprawach. Mój wybór padł na Learneda Handa i jego orzecznictwo w sprawie wolności słowa, a więc pierwszej poprawki do amerykańskiej konstytucji, ponieważ pewien udział miał tutaj też drugi z bohaterów cytowanej na wstępie nowej książki o Thayerze – Oliver Wendell Holmes. Sprawa jest dość dobrze znana i szeroko opisana w literaturze prawa konstytucyjnego³¹ i nawet jeśli Hand nie odwoływał się wprost do Thayera, to w jego decyzjach widać jednak wyraźnie ducha jego mistrza³² (czy wręcz ducha „thayeryzmu” – takiego neologizmu używa się dość powszechnie we współczesnej literaturze amerykańskiej³³). W 1917 r. jeszcze jako sędzia dystryktowy (sędzią apelacyjnym został dopiero w 1924 r.) Hand rozpatrywał w pierwszej instancji na podstawie Espionage Act sprawę *Masses Publishing Co. v. Patten*. Miał ogromne wątpliwości, czy w tej sprawie dopuszczona przez ustawę ingerencja w wolność słowa mieści się w warunkach wyznaczonych pierwszą poprawką do konstytucji, ale nie były to wątpliwości upoważniające do sięgnięcia po formułę *beyond reasonable doubt*. Ostatecznie uznał, że ingerencja władzy w prawo do wolności słowa *Masses Publishing Co.* była sprzeczna z Espionage Act i uchylił zakaz rozpowszechniania publikacji tego wydawnictwa. Jego zdaniem intencją ustawodawcy było bowiem przeciwdziałanie nie jakiegokolwiek propagandzie antywojennej, lecz tylko takiej, która jest jednocześnie podżeganiem do złamania porządku prawnego – sformułował tym samym pewien uniwersalny standard ocenny (*incitement test*). Poszedł więc nie w kierunku *judicial review*, lecz zastosował *judicial restraint* i ograniczył się wyłącznie do odpowiedniej interpretacji ustawy (*statutory interpretation*) bez konieczności podważania jej konstytucyjności z powodu „niedających się usunąć wątpliwości” (*beyond reasonable doubt*). To zrozumiałe – jeśli w koncepcji Thayera kwestionowanie konstytucyjności ustawy stanowi *ultima ratio*, to

³¹ Literatura na ten temat jest tak ogromna, że świadomie zrezygnowałem nawet z jej przykładowego przytoczenia.

³² A. Porwancher, J. Mazeitis, T. Jipp, A. Coffey, *The Prophet...*, s. 121 i n.

³³ Zob. np. ostatnio C.R. Sunstein, *Thayerism*.

nie można się do niego odwoływać, jeśli sędzia jest w stanie osiągnąć zamierzony skutek, wykorzystując zwykle instrumentarium interpretacyjne. Wprawdzie orzeczenie Handa zostało uchylone przez sąd apelacyjny, ale jego uniwersalny standard przetrwał próbę czasu i został ostatecznie potwierdzony przez Sąd Najwyższy w 1969 r. w sprawie *Brandenburg v. Ohio*.

Gwoli prawdy dodajmy jednak, że kilkadziesiąt lat później, w 1951 r. w sprawie *Dennis v. United States*, Hand nieco inaczej ocenił stan zagrożenia i uznał w tej sprawie zasadność ingerencji w wolność słowa, ale w literaturze kładzie się to na karb szczególnej atmosfery panującej w Stanach Zjednoczonych w okresie zimnej wojny³⁴. To wprawdzie słabe wytłumaczenie, ale nie będę tutaj rozwijał tego tematu z uwagi na inny przedmiot tego opracowania. Skonkludujmy tylko, że Hand ostatecznie w najbardziej radykalnej formie potwierdził swoje przywiązanie do *judicial restraint* w duchu Thayera (choć z pewnymi ustępstwami jedynie na rzecz wolności słowa) w trzech wykładach wygłoszonych w 1958 r. i wydanych pod wspólnym tytułem *The Bill of Rights*. Wspomniałem jednak wcześniej, że orzecznictwo Handa w sprawach dotyczących wolności słowa miało pewien związek z Holmesem. Otóż trzeba przyznać, że decyzja Handa w sprawie *Masses Publishing Co. v. Patten* była bardzo odważna, ponieważ podobne kazusy na tle Espionage Act inaczej rozstrzygał Sąd Najwyższy – np. w sprawie *Schenck v. United States* z 1919 r. Tam przyjęto sformułowany przez Holmesa odmienny standard oceny, odwołujący się do oczywistego i realnego zagrożenia (*clear and present danger test*). Ta formuła dominowała później w orzecznictwie przez wiele lat, chociaż sam Holmes pod wpływem perswazji ze strony Handa zmienił swoją opinię, zaakceptował rozwiązanie Handa i już w sprawie *Abrams v. United States* z 1919 r. sformułował jedno ze swoich najśłynniejszych zdań odrębnych³⁵. Trzeba też dodać, że już wcześniej Holmes przedstawił swoje zdanie odrębne w duchu Thayera w słynnej sprawie *Lochner v. New York* z 1905 r., a Hand również na podstawie podobnych argumentów krytykował to orzeczenie Sądu Najwyższego i przychylił się do opinii Holmesa³⁶.

Ograniczone ramy tego opracowania nie pozwalają na bardziej szczegółową analizę ani samego artykułu Thayera, ani przede wszystkim ogromnej dyskusji, jaką po dziś dzień wywołuje on w amerykańskim konstytucjonalizmie. Moim celem była raczej zachęta do lektury omówionych tu pozycji, ponieważ mogą one sporo wnieść do naszych własnych polskich

³⁴ A. Porwancher, J. Mazeitis, T. Jipp, A. Coffey, *The Prophet...*, s. 122.

³⁵ Szczegółowo opisuje to T. Healy, *The Great Dissent...*

³⁶ G. Lakier, *The First...*, s. 1253 przypis 36, s. 1255, 1300.

rozważań na temat „oczywistej niekonstytucyjności”. Może się bowiem okazać, że także rodzime dyskusje, wywołane szczególnymi okolicznościami kryzysu konstytucyjnego, degradacją Trybunału Konstytucyjnego i atakami na sądy, mają w jakiejś mierze podłoże pragmatyczne i zdroworozsądkowe. Dotyczy to w szczególności sędziów stających często w obliczu dylematu wyznaczonego formułą *unconstitutionality beyond reasonable doubt*.

Abstract

James Bradley Thayer and the Problem of “Unconstitutionality Beyond Reasonable Doubt”

The main purpose of this paper is the presentation of Harvard Law School scholar James Bradley Thayer and his famous article *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, published in “Harvard Law Review” in 1893. Thayer formulated therein his theory of judicial restraint based on the formula *unconstitutionality beyond reasonable doubt*. This theory influenced such eminent judges and scholars like Oliver Wendell Holmes, Louis Brandeis, Learned Hand and, last but not least, Felix Frankfurter, and is still broadly discussed in contemporary American constitutional jurisprudence. In conclusion the author proposes to make American experiences in this area useful for the current debate concerning Polish constitutional crisis.

Keywords: James Bradley Thayer, judicial restraint, judicial review, formula *beyond reasonable doubt*, Polish constitutional crisis

JERZY ZAJADŁO  <https://orcid.org/0000-0002-3113-9828>

Prof. dr hab., Uniwersytet Gdański.

Bibliografia

- Calabresi S.G., *Originalism and James Bradley Thayer*, „Northwestern University Law Review” 2019, t. 113, nr 6.
- Caminker E.H., *Thayerian Deference to Congress and Supreme Court Supermajority Rule: Lessons from the Past*, „Indiana Law Journal” 2003, t. 78, nr 1.
- Coquillette D.R., Kimball B.A., *On the Battlefield of Merit: Harvard Law School, the First Century*, Cambridge-London 2015.

- Coquillette D.R., Kimball B.A., *The Intellectual Sword: Harvard Law School, the Second Century*, Cambridge-London 2020.
- Eisgruber C.L., *The Next Justice: Repairing the Supreme Court Appointments Process*, Princeton-Oxford 2007.
- Florczak-Wątor M., *Domniemanie konstytucyjności ustawy oczywiście niekonstytucyjnej*, w: *Sądownictwo konstytucyjne*, red. M. Granat, t. 2, Warszawa 2019.
- Franck M.J., *James Bradley Thayer and the Presumption of Constitutionality: A Strange Posthumous Career*, „American Political Thought. A Journal of Ideas, Institutions, and Culture” 2019, t. 8, nr 3.
- Gabin S.B., *Judicial Review, James Bradley Thayer, and the „Reasonable Doubt” Test*, „Hastings Constitutional Law Quarterly” 1976, t. 3.
- Grabowski A., *Konstytucja RP jako lex superior względem prawa ustawowego (w ramach sądowego stosowania prawa)*, „Państwo i Prawo” 2022, z. 10.
- Green C.R., *Clarity and Reasonable Doubt in Early State-Constitutional Judicial Review*, „South Texas Law Review” 2015, t. 57, nr 2.
- Hand L., *The Bill of Rights*, Cambridge-London 1958.
- Healy T., *The Great Dissent: How Oliver Wendell Holmes Changed His Mind and Changed the History of Free Speech in America*, New York 2013.
- Hook J., *A Brief Life of James Bradley Thayer*, „Northwestern University Law Review” 1993, t. 88, nr 1.
- Kramer L.D., *Judicial Supremacy and the End of Judicial Restraint*, „California Law Review” 2012, t. 100, nr 3.
- Lakier G., *The First Amendment’s Real Lochner Problem*, „The University of Chicago Law Review” 2020, t. 87, nr 5.
- Mendelson W., *The Influence of James B. Thayer upon the Work of Holmes, Brandeis, and Frankfurter*, „Vanderbilt Law Review” 1978, t. 31, nr 1.
- Podkowiak J., *Glosa do wyroku WSA w Poznaniu z 8.03.2017 r., II SA/Po 1034/16 (oczywista niekonstytucyjność jako przesłanka odmowy stosowania ustawy przez sąd)*, „Państwo i Prawo” 2018, z. 5.
- Porwancher A., *The Strange Birth (and Stranger Death) of Judicial Restraint*, < <https://startingpointsjournal.com/the-strange-birth-and-stranger-death-of-judicial-restraint/> >, dostęp: 1 kwietnia 2023 r.
- Porwancher A., Mazeitis J., Jipp T., Coffey A., *The Prophet of Harvard Law: James Bradley Thayer and His Legal Legacy*, Lawrence 2022.
- Posner R.A., *The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint*, „California Law Review” 2012, t. 100, nr 3.
- Shemtob Z.B., *Following Thayer: The Many Faces of Judicial Restraint*, „Public Interest Law Journal” 2011, t. 21.

- Snyder B., *The House of Truth: A Washington Political Salon and the Foundations of American Liberalism*, New York 2017.
- Spitzer H., *Reasoning v. Rhetoric: The Strange Case of „Unconstitutional Beyond a Reasonable Doubt”*, „Rutgers University Law Review” 2022, t. 74.
- Spitzer H., „*Unconstitutional Beyond a Reasonable Doubt*” – A Misleading Mantra that Should Be Gone for Good, „Washington Law Review Online” 2021, t. 96.
- Stelmach J., Kurek Ł., *Psychologia potoczna w myśleniu prawniczym*, Warszawa 2022.
- Sunstein C.R., *Thayerism*, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4215816>, dostęp: 1 kwietnia 2023 r.
- Thayer J.B., *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Boston 1898.
- Thayer J.B., *Cases on Constitutional Law*, cz. 1 i 2, Cambridge 1894.
- Thayer J.B., *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, „Harvard Law Review” 1893, t. 7, nr 3.
- Thayer J.B., *Western Journey with Mr. Emerson*, Boston 1884.
- Tushnet M., *Thayer’s Target: Judicial Review or Democracy?*, „Northwestern University Law Review” 1993, t. 88, nr 1.
- Wigmore J.H., *A Treatise on the System of Evidence in Trials at Common Law: Including the Statutes and Judicial Decision of All Jurisdictions of the United States, England, and Canada*, Boston 1904.