

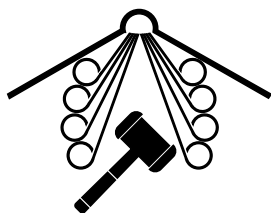
Sebastian Kubas

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

Copyright by Sebastian Kubas, 2019

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

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. ROZEJM ORZECZNICZY ROKU 1803: <i>MARBURY KONTRA 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 SAMOZWAŃCZY 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

Spis treści

ROZDZIAŁ 17. MIT ORZECZENIA <i>MARBURY V. MADISON</i> POPRZEC 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 Anthonym 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 przeblask, 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.

Sebastian Kubas

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.

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 Wieciecha, 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