



PRZEMIANA SĘDZIEGO OLIVIERA WENDELLA HOLMESA – MIĘDZY BEZPIECZEŃSTWEM NARODOWYM A WOLNOŚCIĄ WYPOWIEDZI

1. Wprowadzenie

Wbrew obiegu opinii Oliver Wendell Holmes nie zawsze był zagorzałym obrońcą wolności słowa². Zanim sformułował swoje słynne zdanie odrębne (*dissent*) w sprawie *Abrams v. United States* (1919), podobnie jak większość innych sędziów Sądu Najwyższego USA (SN), dokonywał mocno zawężającej wykładni Pierwszej Poprawki do Konstytucji USA.

W jednej ze swoich wczesnych opinii, do orzeczenia *Patterson v. Colorado*, Holmes wyraził między innymi pogląd, że wolność słowa odnosi się zaledwie do zakazu cenzury prewencyjnej, ale nie ogranicza ona władz publicznych w zakresie penalizowania wypowiedzi już po fakcie³. Ważnym elementem orzeczenia *Patterson*... było też zapoczątkowanie w amerykańskim orzecznictwie koncepcji określanej w doktrynie jako testu „złej tendencji” wypowiedzi (*bad tendency*), a więc „zmierzającej do ingerencji” w stosowaniu prawa, jako wystarczającej podstawy do penalizacji wypowiedzi – bez względu na finalny skutek wypowiedzi czy jej konkretne okoliczności⁴.

¹ Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji, e-mail: olivier.zantour@gmail.com.

² Na temat Olivera Holmеса zob. również m.in. M. Kusaj, *Narodziny amerykańskiego realizmu – Common Law Olivera Wendella Holmеса*, „Acta Erasmiana” 2014, t. 6, s. 81–95; M. Wojciechowski, *Holmes*, Sopot 2023.

³ Wyrok Sądu Najwyższego USA (*Supreme Court of the United States*) z dnia 14 kwietnia 1907 r., *Patterson przeciwko Colorado*, (205 U.S. 454), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/205/454/>, 13.05.2024. Holmes poparł też np. wyrok skazujący pewnego anarchisę za podżeganie do opalania się nago. Wyrok Sądu Najwyższego USA (*Supreme Court of the United States*) z dnia 23 lutego 1915 r., *Fox przeciwko Washington*, (236 U.S. 273), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/236/273/>, 13.05.2024.

⁴ Tamże, s. 1398 – Por. Y. Rogat, J. O’Fallon, *Mr. Justice Holmes: A Dissenting Opinion. The Speech Cases*, “Stanford Law Review” 1984, nr 36, https://www.jstor.org/stable/1228672?read-now=1&seq=9#page_scan_tab_contents, 20.03.2024.

Zresztą jeszcze wcześniej – jako sędzia Sądu Najwyższego stanu Massachusetts – Holmes wydawał podobne opinie. Gdy pewien policjant wniósł skargę, że został zwolniony z pracy za wyrażanie swoich poglądów politycznych, Holmes odpowiedział mu z ławy sędziowskiej: „Konstytucja daje powodowi prawo do wypowiedzi politycznej, ale nie do bycia policjantem. Rzadko zdarzają się stanowiska, na których zajmujące je osoby nie zgadzają się na niekorzystanie z konstytucyjnego prawa do wolności słowa [...]. Usługodawca nie może złożyć skargi, ponieważ jego zatrudnienie jest związane z określonymi wcześniej warunkami. Na tej samej podstawie miasto może zobowiązać do wykonania uzasadnionych zadań na stanowiskach, które są pod jego kontrolą”⁵.

Holmes niechętnie więc występował w obronie prawa do wolności słowa i uważał, że rolą sądów nie jest egzekwowanie tego prawa. Jego słynne zdanie odrębne w sprawie *Abrams v. United States* wiązało się zatem nie tylko z osobistą przemianą w jego podejściu, ale zapoczątkowało także zmiany w wykładni Pierwszej Poprawki w całym późniejszym orzecznictwie SN. Zarówno jego koncepcja wolnego „ryнку idei” (*marketplace of ideas*), jak też „wyraźnego i obecnego niebezpieczeństwa” (*clear and present danger*) stały się nie tylko kulturowymi sloganami, ale również dogmatem ucieleśnionym w prawie amerykańskim – wartością konstytucyjną, a nawet cechą narodową Stanów Zjednoczonych. Ponad sto lat później jego zdanie odrębne nadal wpływa na amerykańskie myślenie o wolności słowa bardziej niż jakikolwiek inny dokument.

Celem tego tekstu jest prześledzenie metodą historyczną (począwszy od 1918 roku) ewolucji poglądów Holmesa na temat konstytucyjnej ochrony wolności słowa, wyrażonych w jego opiniach do orzeczeń SN.

2. Ustawy o szpiegostwie i działalności wywrotowej

Zagadnienia wolności słowa nabrały szczególnego znaczenia w chwili uchwalenia przez Kongres w 1917 roku – kilka tygodni po przystąpieniu USA do I wojny światowej – Ustawy o szpiegostwie (*Espionage Act*),

⁵ Wyrok Sądu Najwyższego stanu Massachusetts (*Massachusetts Supreme Judicial Court*) z dnia 6 stycznia 1892 r., *McAuliffe przeciwko Mayor of New Bedford*, (29 N.E. 517), <https://case-law.vlex.com/vid/mcauliffe-v-city-of-906439741>, 12.05.2024.

która zawierała między innymi zakaz pozyskiwania i rozpowszechniania, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym, informacji związanych z obroną państwa, które to informacje mogą zostać wykorzystane na szkodę Stanów Zjednoczonych bądź na korzyść jakiegokolwiek obcego państwa. Ustawa przewidywała również sankcje karne wobec każdego, kto utrudniał pobór do sił zbrojnych Stanów Zjednoczonych bądź przyczynił się do niesubordynacji w tych siłach.

W ciągu kilku następnych miesięcy prokuratorzy ścigali radykałów i pacyfistów, którzy namawiali do bojkotu poboru. Jesienią 1917 roku rząd rozpoczął kampanię przeciw Robotnikom Przemysłowym Świata (*Wobblies*). Aresztowano osoby nawołujące do uchylania się od poboru. W atmosferze tej zwykli obywatele, zachęceni działaniami rządu, zaczęli też samodzielnie wymierzać sprawiedliwość, na przykład w Butte w stanie Montana pewien związkowiec został zlinczowany⁶.

Sytuację w kraju zaostrzyło uchwalenie wiosną 1918 roku poprawek do Ustawy o szpiegostwie, określanych w literaturze jako Ustawa o działalności wywrotowej (*Sedition Act*), która zakazywała używania „nielojalnego”, „błuznierczego” i „obraźliwego języka” w odniesieniu do rządu Stanów Zjednoczonych, flagi państwa lub sił zbrojnych, a także języka, który przyczyniał się do postrzegania rządu amerykańskiego lub jego instytucji z pogardą.

Wprowadzona legislacja doprowadziła następnie do prawie dwóch tysięcy aktów oskarżenia. Ponad dwadzieścia osób zostało skazanych na dwadzieścia lat więzienia, a wiele – na pięć, dziesięć czy piętnaście lat⁷.

3. Chafee

Jednym z nielicznych obrońców wolności słowa w tym czasie był profesor Harvarda Zechariah Chafee Jr. Na łamach magazynu „New Republic” opublikował on artykuł zatytułowany *Wolność słowa*. Tekst zaczynał się od wskazania, że w Pierwszej Poprawce nie przyjęto koncepcji wolności słowa autorstwa słynnego angielskiego prawnika Williama Blackstone’a,

⁶ E. Freeberg, *Democracy's Prisoner: Eugene V. Debs, the Great War, and the Right to Dissent*, Cambridge Mass. 2010, s. 58–63.

⁷ S.M. Kohn, *American Political Prisoners: Prosecutions under the Espionage and Sedition Acts*, Westport 1994, s. 9–11; Zechariah Chafee Jr, *Freedom of Speech*, „New Republic” 1918. s. 66–69.

tj. iż wolność słowa odnosi się jedynie do zakazu ustanawiania cenzury prewencyjnej, ale nie ogranicza władz publicznych w zakresie karania wypowiedzi już po fakcie. W Pierwszej Poprawce ograniczono bowiem uprawnienia władz do karania wypowiedzi zarówno przed, jak i po fakcie. Wiele sądów, nie tylko na poziomie stanowym, ale także SN, np. w sprawie *Patterson v. Colorado*, opierało się jednak właśnie na koncepcji Blackstone'a⁸.

Chafee uważał, że twórcy Konstytucji amerykańskiej, widząc, jak korona brytyjska uciszała swoich krytyków, nie chcieli powiełać koncepcji Blackstone'a, a przeciwnie – zamierzali uniemożliwić takie działanie w Stanach Zjednoczonych. Zresztą gdy Partia Federalistów zlekceważyła te dążenia Ojców Założycieli, uchwalając w 1798 roku Ustawę o działalności wywrotowej (*Sedition Act*), zarówno Thomas Jefferson, jak i James Madison głośno wyrazili sprzeciw. Chafee dowodził również, jak współczesna mu Ustawa o szpiegostwie i poprawki do niej podważyły zasadę wolności słowa. Jego argumentacja opierała się przy tym głównie na pismach Johna Milтона i Johna Stuarta Milla. Celem wolności słowa, pisał Chafee, jest odkrycie i szerzenie prawdy, która „jest możliwa tylko dzięki nieskrępowanej wymianie poglądów, gdyż (...) użycie argumentu siły na szali fałszu lub prawdy z przypadku, tłamsi prawdę nienaturalnie w takim zmaganiu”⁹. Nie oznaczało to oczywiście, że za wypowiedź nigdy nie można zostać ukaranym. Chafee, będąc pragmatykiem, wiedział, że są też „inne cele rządu, jak porządek, szkolenie młodzieży czy ochrona przed zewnętrzną agresją”¹⁰. Uważał jednak, że „niepohamowana debata przeszkadza niekiedy w ich realizacji, co z kolei wymaga pogodzenia z wielkim ciężarem szali, na której leży wolności słowa”¹¹.

⁸ Wyrok Sądu Najwyższego stanu Massachusetts (*Massachusetts Supreme Judicial Court*) z 1825 r., *Commonwealth przeciwko Blanding*, (20 Mass. 304), <https://firstamendment.mtsu.edu/article/commonwealth-v-blanding-mass/>, 15.05.2024; Wyrok Sądu Najwyższego stanu Pensylwania (Supreme Court of Pennsylvania) z dnia 1 lipca 1788 r., *Respublica przeciwko Oswald*, (1 U.S. 319, 325), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/1/319/>, 15.05.2024.

⁹ Z. Chafee Jr., *Freedom of Speech in War Time*, „Harvard Law Review” 1919, nr 32, s. 932–973, <https://www.jstor.org/stable/1327107>, 31.08.2023.

¹⁰ Tamże, s. 956–957.

¹¹ Tamże, s. 957.

Chafee przekonywał, że Ustawa o szpiegostwie, która zakazywała utrudniania poboru i wywoływania niesubordynacji w wojsku, była dopuszczalna ze względu na jej ściśle powiązanie z operacjami militarnymi USA. Tak długo jak prawo stosowano tylko przeciwko osobom, które wyraźnie opowiadały się za bezprawnym postępowaniem, mieściło się to w konstytucyjnych granicach. Niemniej o poprawkach znanych jako Ustawa o działalności wywrotowej nie można już było tego powiedzieć. Akt ten sprawił, że przestępstwem było mówienie czegokolwiek przeciwko wojnie, a nawet opowiadanie się za pokojem. Chafee uznawał to za poważny błąd:

Pierwsza Poprawka chroni dwie kategorie interesów dotyczących wolności słowa: interes jednostkowy, potrzebę wielu osób wyrażenia opinii w sprawach dla nich żywotnych i kluczowych dla normalnego życia, oraz interes publiczny w dochodzeniu do prawdy, aby kraj nie tylko obrał najrozsądniejszy kurs działania, lecz też i najrozsądniejszy sposób jego przeprowadzenia. Ów publiczny interes jest szczególnie istotny podczas wojny¹².

4. Orzeczenia w duchu Blackstone'a

Sędzią, który wprowadził do orzecznictwa SN pogląd Blackstone'a był natomiast Holmes, we wspomnianej już opinii w sprawie *Patterson v. Colorado* z 1907 roku¹³. Artykuł Chafeego stanowił więc atak na poglądy Holmesa. Dodatkowo artykuł został opublikowany, gdy w SN orzekano w sprawie *Emanuel Baltzer v. United States* powiązanej z Ustawą o szpiegostwie. Dotyczyła ona petycji napisanej przez grupę dwudziestu siedmiu farmerów-socjalistów z Południowej Dakoty. Część z nich pochodziła z Rosji, część ze Stanów Zjednoczonych, a wszyscy mieli niemieckie korzenie. Kontyngenty poboru były wyższe w ich hrabstwie niż w sąsiednich, co wynikało z tego, że w okolicznych hrabstwach zgłaszało się do wojska więcej ochotników. Socjaliści uważali jednak, że są ofiarami

¹² Tamże, s. 958.

¹³ Wyrok Sądu Najwyższego USA (*Supreme Court of the United States*) z dnia 14 kwietnia 1907 r., *Patterson przeciwko Colorado*, (205 U.S. 454), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/205/454/>, 13.05.2024.

swoich przekonań politycznych i niemieckiego pochodzenia¹⁴. W petycji domagano się między innymi, aby gubernator zarządził referendum w sprawie poboru.

Władze potraktowały petycję farmerów w sposób priorytetowy, ponieważ w regionie panowały zdecydowanie nieprzychylnie poborowi nastroje, a rolnicy byli łatwym celem. Rozprawa odbyła się 6 listopada 1918 roku. Joe Kirby, obrońca dwudziestu siedmiu pozwanych, zastosował strategię tzw. zlewu kuchennego (*kitchen sink*), która polegała na zgłoszeniu wszelkich możliwych środków obrony, w nadziei, że któryś okaże się skuteczny. Wśród nich pojawiło się wyjątkowo mocne stwierdzenie – o naruszeniu Pierwszej Poprawki. Kirby nie ograniczył się jednak tylko do kwestii wolności słowa, ale również do wynikających z Pierwszej Poprawki praw do pokojowych zgromadzeń oraz składania petycji do rządu.

Zastępca Prokuratora Generalnego John Lord O’Brian twierdził natomiast, że władze nie naruszyły Pierwszej Poprawki, a w swojej argumentacji powołał się na orzeczenie w sprawie *Patterson v. Colorado*. Wskazywał, że jeśli wolność słowa odnosi się tylko do cenzury prewencyjnej, to oskarżeni nie mieli podstaw do obrony, ponieważ zostali ukarani po przesłaniu petycji do gubernatora. O’Brian tłumaczył, że Konstytucja dawała Kongresowi prawo do ustanowienia poboru do wojska oraz wypowiedzania wojny i jeśli oskarżeni ingerowali w to prawo, nie mogli uniknąć kary, odwołując się do Pierwszej Poprawki.

Większość orzekających zgodziła się ze stanowiskiem rządu i poparła podtrzymanie orzeczonej kary. Z wyrokiem nie zgadzał się jednak sędzia Louis Brandeis i prawdopodobnie to pod jego wpływem zdanie odrębne napisał Holmes, który uznał, że dowody przeciwko oskarżonym są słabe. Nie uczynili bowiem niczego poważnego poza podpisaniem petycji do gubernatora o zmianę prawa¹⁵. Ich działanie nie było przeszkodą w przeprowadzeniu poboru, ale jedynie „głupim skorzystaniem z prawa”:

¹⁴ T. Healy, *The Great Dissent...*, s. 62.

¹⁵ R. Post, *Writing the Dissent in Abrams*, „Seton Hall Law Review” 2020, nr 51, s. 25, <https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/18150/Post%2C%20Writing%20the%20Dissent%20in%2C%20Abrams.pdf?sequence=1&isAllowed=y,19.08.2023>.

Z przyjemnością częściej widziałbym doraźną i surową karalność za utrudnianie postępowania karnego przez udzielanie wrogowi rzeczywistej pomocy i wsparcia. Myślę jednak, że nasza potrzeba dolożenia wszelkich sił na rzecz zwycięstwa w wojnie nie powinna skłaniać nas do nietolerowania opinii i wypowiedzi, które trudno uznać za krzywdzące, choć się z nimi nie zgadzamy. Byłoby lepiej, gdyby ci, którzy sprawują władzę – niekwestionowaną i niemal nieograniczoną – mylili się raczej w obszarze wolności. Długo cieszyliśmy się tak dużą wolnością, że aż zapomnieliśmy być może, iż o Kartę Praw, za którą przelano tyle krwi, wciąż warto walczyć, aby nic z niej nie ująć. Przyznaję, że wolność słowa nie ponosi uszczerbku w świetle konstytucji w sprawach, w których sąd skazywał od czasu do czasu. Jednak tylko w nadzwyczajnej sytuacji dalbym się przekonać, że apel o podjęcie działań politycznych środkami prawnymi przez podmioty, które z założenia mają władzę do podjęcia takiego działania, był aktem, którego Konstytucja nie chroniła równie dobrze później jak i wcześniej¹⁶.

To, co stało się później, uchodzi do dziś za jedno z najbardziej niezrozumiałych wydarzeń w historii Sądu Najwyższego. W niespełna tydzień po tym jak zdanie odrębne Holmesa dotarło do pozostałych sędziów, tuż jednak przed tym, gdy mieli wydać opinię, rząd przyznał się do błędu i złożył wniosek o skierowanie sprawy do sądu niższej instancji do ponownego rozpatrzenia¹⁷.

W prywatnej notatce urzędnik federalny napisał, że na podstawie analizy uznano, że dowody przeciwko oskarżonym są niewystarczające, a proces był obciążony błędami. Gdyby rząd nie przyznał się do błędu, SN orzekłby prawdopodobnie na korzyść oskarżonych, co mogłoby stanowić niebezpieczny precedens i zostać wykorzystane w pozostałych sprawach powiązanych z Ustawą o szpiegostwie¹⁸.

5. *Masses Publishing Co. v. Patten*

W czerwcu 1918 roku podczas podróży do Nowego Jorku Holmes spotkał Learneda Handa, sędziego sądu obwodowego w Nowym Jorku,

¹⁶ Tamże, s. 25–26.

¹⁷ Tamże, s. 26

¹⁸ J.P. Kirby, *The Case of the German Socialist Farmers*, s. 250, https://www.sdhspress.com/journal/south-dakota-history-42-3/the-case-of-the-german-socialist-farmers-joe-kirby-challenges-the-espionage-act-of-1917/4203_kirby.pdf, 22.05.2024

który, jak się wydaje, był kluczową postacią w przekonaniu Holmesa do obrony wolności słowa.

Rok wcześniej Hand przewodniczył procesowi w sprawie objętej zakresem Ustawy o szpiegostwie, której przepisy penalizowały między innymi każdego, kto umyślnie utrudniał pobór lub powodował niesubordynację w wojsku, a także każdego, kto publikował fałszywe raporty celem ingerowania w przebieg wojny¹⁹. Ponieważ zaś, jak przypuszczano, istotnym sposobem osiągnięcia tych celów było rozprowadzanie broszur i czasopism drogą pocztową, ustawa nadała naczelnikowi poczty uprawnienia do blokowania wszelkich publikacji, które uzna on za nielegalne. Innymi słowy ustawa de facto stworzyła cenzora.

Tym „cenzorem” był wówczas Albert Burleson, który skupił swoją uwagę na lewicowym dzienniku „Masses”, redagowanym przez politycznego aktywistę Maxa Eastmana. Eastman krytykował wojnę i sprzeciwiał się poborowi do wojska. Latem 1917 roku opublikował między innymi serię wierszy i rysunków wyrażających tę niechęć²⁰.

Burleson uważał, że materiały te mogą doprowadzić do niesubordynacji żołnierzy i poborowych, dlatego poinformował Eastmana, że wszystkie kolejne wydania „Masses” zostaną wykluczone z przesyłek pocztowych. Eastman w odpowiedzi pozwał Burlesona, argumentując pozew tym, że nie narusza Ustawy o szpiegostwie, a w dodatku jest chroniony przez Pierwszą Poprawkę.

Hand wprawdzie nie zgadzał się z poglądami zawartymi w „Masses”, ale uważał, że Eastman miał prawo do wyrażania swoich przekonań. W opinii *Masses Publishing...* Hand przeprowadził wąską wykładnię przepisów ustawy. Stwierdził, że Kongres nie zamierzał zakazywać zwykłej krytyki wojny lub poboru, ponieważ „zaprzecza to normalnemu założeniu demokratycznych rządów, iż tłumienie wrogiej krytyki nie zależy od sprawiedliwości jej treści ani od przyzwoitości i popularności”²¹.

¹⁹ Ustawa o szpiegostwie z 1917 r., rozdział 30, tytuł I. Statut 40, 217,219.

²⁰ Jeden z rysunków przedstawiał nagiego chłopca przypiętego do armaty, a inny pokazywał grupę bankierów knujących na temat wojny na tyłach Kongresu.

²¹ Wyrok Sądu Dystryktowego USA dla Południowego Dystryktu Nowego Jorku (*United States District Court for the Southern District of New York*) z dnia 24 lipca 1917 r., *Masses Pub. Co. przeciwko Patten*, (244 F. 535), https://cite.case.law/f/244/535/?full_case=true&format=html, 15.05.2024.

Hand przekonywał, że Kongres zakazał jedynie wyraźnego nawoływania do naruszania prawa, w związku z czym, bez względu na to, jak obraźliwe były publikacje w „Masses”, nie wyczerpują one znamion podżegania²².

Niewątpliwie Hand wykazał się w całej tej sytuacji sporą odwagą. Przypuszczał, że wydanie niekorzystnego dla władz federalnych orzeczenia zredukuje jego szanse na nominację sędziowską w sądzie apelacyjnym. Intuicja go nie zawiodła – prezydent Wilson powołał kogoś innego. Ponadto trzy miesiące później decyzja Handa została uchylona przez sąd apelacyjny, do którego odmówiono mu awansu – a „Masses” nigdy więcej nie ukazało się w druku²³.

Zachowała się korespondencja między Holmesem a Handem z tego czasu. Holmes wierzył, że społeczeństwo ma prawo narzucać obowiązki jednostkom, a zatem ściganie dysydentów wydawało mu się logiczne. Jako były żołnierz Holmes nie bał się radykalnych konsekwencji swego stanowiska – list zakończył stwierdzeniem wobec Handa: „Uderzasz w święte prawo do zabicia drugiego człowieka, gdy ten ma odmienne zdanie” (*You strike at the sacred right to kill the other fellow when he disagrees*)²⁴.

Hand kilka dni później napisał list do Holmesa:

Za szybko uległem, jak mi się teraz wydaje, jeśli chodzi o kwestię tolerancji. Oto moje stanowisko. Opinie są w najlepszym razie hipotetyczne i nie do końca sprawdzone. Im więcej się je bada (...), tym większą możemy mieć pewność, lecz nigdy nie będą ostateczne. Musimy więc przyzwolić na przeciwne i rozmaite opinie z racji niedowierzania naszym własnym...

Mówisz, że biję w święte prawo do zabicia drugiego osobnika, gdy ten się sprzeciwia. Oniemiałem, gdy usłyszałem coś tak strasznego. Odpowiadam więc: »W żadnym bądź razie! Zabijaj z miłości do Chrystusa i w imię Boga, lecz nigdy nie zapominaj, że może to być święty, ty zaś diabłem. Podążaj z mieczem śmigłym

²² Tamże, s. 541–542.

²³ Wyrok SA USA Obwodu Drugiego (2nd Circuit) z dnia 2 listopada 1917 r., *Masses Pub. Co. v. Patten*, (246 F. 24), [https://content.next.westlaw.com/Document/Ic48cf3c0545711d9bf30d7fdf51b6bd4/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://content.next.westlaw.com/Document/Ic48cf3c0545711d9bf30d7fdf51b6bd4/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)), 15.05.2024.

²⁴ R.F. Kellog, *Learned Hand and the Great Train Ride*, *The American Scholar* 1987, nr 56, s. 480, https://www.jstor.org/stable/41211461?read-now=1&seq=10#page_scan_tab_contents, 19.08.2023.

i polyskliwym w silnej dłoni z przeświadczeniem, że za co zabijasz i za co możesz umrzeć, jakiś bystry jegomość jak Laski ukaże w książce jako całkowity bezsens».

Spoczałem pod drzewem oświecenia, gdzie prawdy te mi objawiono. Tolerancja i niedowierzanie są jak bliźnięta, lecz nie ma nic sprzecznego w ścinaniu głów tyłu, ilu byś chciał; to prawo naturalne. Tyle że, i tu się możemy różnić, twierdzę, że nie wolno ścinać głów (wyjątkowo przez czas określony i tylko wtedy, gdy naprawdę bardzo chcesz), z powodu tego, że ofiary obstają przy rzeczach, które wyglądają inaczej niż tymczasowa hipoteza numer dwadzieścia sześć, czego potwierdzenie do dziś można znaleźć w odpowiednim miejscu katalogu bibliotecznego. Z grubszą mówiąc, nalegam, abyś uwzględnił, jeśli nam głowy mają nie spaść, możliwość dodania innych kart w tej podkategorii, która być może stanie się ważną modyfikacją.

To wszystko zdaje mi się aż nadto oczywiste, zrozumiałe samo przez się i do ścisłego zastosowania w najbardziej złożonych sytuacjach, że aż waham się z tym zwlekać i aby nie wyszło, że liczę się z jakimś innym [sic] poglądem na ten temat²⁵.

W liście Hand wyjaśnił, co miał na myśli, mówiąc o tolerancji. Akceptował prawo społeczeństwa do obrony przed zagrożeniami egzystencjalnymi o charakterze wewnątrz krajowym, takimi jak wojna secesyjna, czy zewnętrznymi, takimi jak I wojna światowa, do której przystąpiły Stany Zjednoczone. Uważał jednak, że istnieje różnica między zabijaniem tych, którzy zagrażają naszemu przetrwaniu, a tymi, którzy kwestionują jakiś aktualny dogmat polityczny. Hand uważał, że powinniśmy być tolerancyjni wobec osób, które się z nami nie zgadzają, ponieważ istnieje prawdopodobieństwo, że mają rację, a tłumiac ich poglądy, tracimy płynące z tego korzyści.

W odpowiedzi Holmes napisał: „Rzadko się zdarza, aby list tak mnie poruszył i jeśli nie szukasz potyczki, to zgadzam się całkowicie”. Niestety radość Handa z tego, że Holmes się z nim zgadza, była przedwczesna. Hand uważał, że skoro opinie są tymczasowymi hipotezami, to musimy być tolerancyjni wobec poglądów sprzecznych z naszymi. Holmes nie zaprzeczał tymczasowemu charakterowi opinii. Był równie sceptyczny wobec pojęcia obiektywnej prawdy, jednak brak pewności nie wymagał tolerancji. „Gdyby z jakiegokolwiek powodu zależało ci [by ograniczyć wolność słowa], nie

²⁵ Tamże, s. 480–481

przejmowałbyś się sugestią, że działasz na podstawie tymczasowej hipotezy i możesz się mylić. Taki jest warunek każdego czynu²⁶.

Holmes uważał, że działamy na podstawie prowizorycznej hipotezy, nie mając pewności, że mamy rację. Nie powinno nas to jednak powstrzymywać od działania. Twierdził, że jeżeli jesteśmy wystarczająco pewni swoich przekonań, nie możemy się wahać przed ich realizacją, niezależnie od tego, czy oznacza to marsz na wojnę, uchwalenie praw zakazujących pracy dzieci, czy tłumienie wypowiedzi tych, którzy stają nam na drodze – a więc ostatecznie Holmes nie zgadzał się z Handem.

6. *Schenck v. United States*

Na początku 1919 roku Holmes został poproszony o napisanie opinii w trzech sprawach odnoszących się do Ustawy o szpiegostwie, m.in. *Schenck v. United States* oraz *Debs v. United States*.

W pierwszej z wymienionych spraw Holmes skupił się na głównym argumencie obrony, tj. konstytucyjnej gwarancji wolności słowa. Idąc tropem Blackstone’a, Holmes mógłby uznać, że Schenck został ukarany po rozprowadzeniu ulotek, a nie przed – co uniemożliwiało powołanie się przez niego na Pierwszą Poprawkę. Niestety wykładnia ta była już mocno krytykowana w doktrynie. Holmes przyjął zatem sprytną strategię – postanowił zdystansować się od wykładni Blackstone’a bez przyznawania się do popełnionego błędu:

Może się zdarzyć, że zakaz stosowania przepisów, które ograniczają wolność słowa nie sprowadza się do wcześniejszych ograniczeń, choć aby temu zapobiec, taki właśnie mógł być główny cel, jak dano do zrozumienia w sprawie *Patterson v. Colorado*²⁷.

Jak można się domyślać, autor z premedytacją użył zwrotu „może się zdarzyć”. Dodatkowo zwrot „dano do zrozumienia” implikuje, że w opinii w sprawie *Patterson v. Colorado* nie w pełni zaakceptowano pogląd Blackstone’a, podczas gdy w rzeczywistości było odwrotnie. To jednak

²⁶ Tamże, s. 481.

²⁷ Wyrok Sądu Najwyższego USA (*Supreme Court of the United States*) z dnia 3 marca 1919 r., *Schenck przeciwko Stanom Zjednoczonym*, (249 U.S. 51), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/47/>, 18.05.2024.

wystarczyło, aby zamknąć temat wykładni Blackstone’a raz na zawsze i doprowadzić do tego, by żaden sąd federalny nie oddalił roszczenia odnoszącego się do wolności słowa na podstawie twierdzenia, że Pierwsza Poprawka chroni jedynie przed cenzurą prewencyjną.

Kluczowym elementem orzeczenia w sprawie *Schenck v. United States* było stwierdzenie, że dla karania wypowiedzi istotne są jej okoliczności – istnienie „wyraźnego i obecnego niebezpieczeństwa”, a nie tylko „zła tendencja” (która jeszcze w tym samym roku znalazła wyraz w orzeczeniu *Shaffer v. United States*, gdzie mówiono o „naturalnej i prawdopodobnej tendencji oraz rezultacie”, a więc tak naprawdę ograniczono się do badania zamiaru sprawcy²⁸). Holmes wyjaśniał jednak, że wolność słowa nie jest wartością absolutną – „najostrzejsza ochrona wolności słowa nie uchroniłaby osoby, która klamliwie wykrzykując, że się pali, wywołałaby panikę w teatrze”.

Swoją opinię Holmes oparł – jak dowodzi jego korespondencja ze znanym brytyjskim politologiem Haroldem Laskim – na poglądach Johna Stuarta Milla (którego zresztą poznał podczas wizyty w Wielkiej Brytanii). I to właśnie za namową Laskiego Holmes sięgnął ponownie po książkę Milla *O wolności*, zawierającą ideę, że rząd może ograniczać wolności osobiste tylko w takim celu, by zapobiec krzywdzie innych. Mill argumentował również obronę wolności słowa poszukiwaniem prawdy oraz omylnością ludzkiego osądu: „Wierzenia, które uważamy za najbardziej uzasadnione, nie są otaczane specjalną opieką, przeciwnie, zaprasza się stale cały świat, by dowiódł ich bezpodstawności”²⁹.

Opublikowanie wyroku w sprawie *Schenck v. United States* nie wzbudziło mimo to dużego zainteresowania wśród opinii publicznej, prasy czy palestry. Zwrócono właściwie tylko uwagę, że była to pierwsza sprawa, w której orzekano na podstawie Ustawy o szpiegostwie.

7. *Debs v. United States*

Z zupełnie innymi reakcjami spotkało się natomiast opublikowanie wyroku skazującego w sprawie *Debs v. United States*. Za kluczowe uznano

²⁸ Wyrok SA USA Obwodu Dziewiątego (*9th Circuit*) z dnia 10 lutego 1919 r., *Schaffer przeciwko Stanom Zjednoczonym* (255 F. 866), <https://casetext.com/case/shaffer-v-united-states-18>, 18.05.2024.

²⁹ J.S. Mill, *O wolności*, Warszawa 2012, s. 116

intencje oraz zamiar (*bad tendency*), które stanowiły wystarczającą podstawę, by skazać oskarżonego – a okoliczności pominięto (stwierdzono zresztą, że oskarżony nie nawoływał bezpośrednio do unikania poboru).

Prasa chwaliła decyzję, pisząc, że to zwycięstwo patriotyzmu i odrzucenie anarchii. „Od początku wojny nie wydarzyło się nic, co w tak istotny sposób przyczyniłoby się do ochrony prawa w Stanach Zjednoczonych, jak proces i skazanie Debsa”³⁰. „New York Times” przedstawiało bowiem Debsa jako wroga narodu³¹. A zdaniem „New York Tribune” „decyzja ta będzie ostrzeżeniem dla próbujących się schronić za konstytucyjnymi przywilejami, na które się powołują w złej wierze”³².

Rozczarowani byli natomiast komentatorzy progresywni. Znany prawnik Gilbert Roe przekonywał, że Holmes cofnął rozumienie Pierwszej Poprawki o dwieście lat. Zresztą Holmes otrzymał wiele listów potępiających jego decyzję. Pewien prawnik z Kalifornii napisał, że była to „śmiała inwazja na kardynalne zasady wolności i swobód, których zawsze należy [...] strzec przed atakiem”³³. Z kolei Harold Laski napisał do Holmesa:

Z wielką uwagą przeczytałem twoje trzy opinie i – choć mówię to z głębokim żalem – są one bardzo przekonujące. Myślę, że zgodzisz się, że żaden z oskarżonych nie powinien być ścigany, ale skoro tak się stało na podstawie ustawy, jedynym środkiem zaradczym jest ulaskawienie. Twoja analogia do wołania, że się pali w teatrze, jest moim zdaniem znakomita, chociaż w uwagach, które poczyniłeś w sprawie *Schenck v. United States*, nie jestem pewien, czy nie podobałoby mi się bardziej zaostrzenie granicy dotyczącej dyskrecji wykonawczej. Ustawa o szpiegostwie ma na celu ściganie wszystkich przeciwników, którzy są na tyle nieważni, by nie interesowali opinii publicznej. Wilson jest całkowicie przeklęty w całym tym biznesie³⁴.

³⁰ T. Healy, *The Great Dissent...*, s. 108

³¹ Tamże, s.108

³² Tamże, s.108

³³ Z listu Twaina Michelsena do Holmesa, *Santa Cruz, Calif. April 3, 1919*, Holmes Papers, reel 45., [w:] T. Healy, *The Great Dissent...*, s. 108

³⁴ Z listu Laskiego do Holmesa, Cambridge, Mass., March 18, 1919, in Holmes-Laski, 1, s. 191.) [w:] Brad Snyder, *The House that Built Holmes*, *Law and History Review*, Vol. 30, No. 3, s. 682, https://www.jstor.org/stable/23489549?read-now=1&seq=22#page_scan_tab_contents, 23.05.2024

Wymiana korespondencji nastąpiła również pomiędzy Learnedem Handem a Holmesem. Hand zwrócił uwagę, że test „wyraźnego i obecnego niebezpieczeństwa” skupiał się na przewidywaniach dotyczących prawdopodobnych skutków wypowiedzi zamiast – jak to proponował Hand – na faktycznie wypowiedzianych słowach. Propozycja Handa była tak skonstruowana, by dawać korzystającemu z wolności słowa większą ochronę i jednocześnie ograniczać możliwości sędziów oraz ławy przysięgłych do ferowania wyroków na podstawie tylko swoich uprzedzeń. Holmes nie rozumiał jednak punktu widzenia Handa: „Gdy dostałem twój list, tak mnie pochłonęło szerzenie nowych sofizmów, że nie znalazłem czasu na obronę starych. A teraz boję się, że nie za bardzo rozumiem, o co ci chodzi”³⁵.

8. Krytyka orzeczenia w sprawie *Debs v. United States*

Niedługo po ukazaniu się orzeczenia w sprawie *Debs v. United States*, Ernst Freund, profesor prawa Uniwersytetu Chicago, opublikował artykuł *The Debs Case and Freedom of Speech*. Freund zaczął od tego, czego nie uczynił ani Laski, ani Hand – zakwestionował słuszność skazania Debsa: „nie było nic, co wskazywałoby na próbę ingerencji w którykolwiek z procesów rekrutacji lub jego utrudnianie”³⁶. Freund zgadzał się natomiast z Handem, że Holmes swoim orzeczeniem ustanowił precedens, który dawał zbyt dużą swobodę sędziom. Uważał, że po pierwsze mogli teraz skazywać każdego, z kim się po prostu nie zgadzali, a po drugie, że korzystający ze swobody wypowiedzi musiał ocenić zawczasu, czy jego wypowiedź podlega karze. To z kolei uniemożliwiało jakąkolwiek dyskusję polityczną i podważało zasady politycznej wolności. Freund nie zgadzał się z argumentem, że wypowiedź Debsa wywołałaby szkodę. Debs nie nawoływał bowiem bezpośrednio do zrezygnowania z poboru, a jeśli już to tylko pośrednio zniechęcał do niego przez krytykę wojny.

³⁵ „Dear Judge Hand”: Z listu Holmesa do Handa, Washington, D.C., April 3, 1919, Holmes Papers, reel 33., [w:] T. Healy, *The Great Dissent...*, s. 113

³⁶ H. Kalven., *Ernst Freund and the First Amendment Tradition*, „University of Chicago Law Review” 1973, nr 40, s. 239.

Z kolei w czerwcu 1919 roku na łamach „Harvard Law Review” pojawił się artykuł Zechariaha Chafeego *Freedom of Speech in War Time*. Poza odrzuceniem doktryny Blackstone’a w odniesieniu do wolności słowa Chafee odniósł się do sporów interpretacyjnych dotyczących wolności wypowiedzi: „Ustawa o szpiegostwie była wspaniałą okazją dla sędziego Holmesa, aby dać nam do zrozumienia, czym jest główna przesłanka, na podstawie której sędziowie powinni uznać, czy słowa należą, czy też nie należą do zakresu pierwszej poprawki. Żywiliśmy nadzieję, że jego wybitne umiejętności wskażą dokładnie jego granicę, tymczasem, jak inni sędziowie, powiedział nam, że pewne wypowiedzi wyraźnie sprzeczne z prawem są z nim, rzecz jasna, sprzeczne”³⁷.

Jaka według Chafeego powinna być ta linia orzecznictwa? Zgadzał się on z propozycjami Handa. Uważał ponadto, że każda wypowiedź powinna być chroniona z wyjątkiem tej, która bezpośrednio nakłania do popełnienia czynu zabronionego:

Nikt lepiej nie ujął prawa do wolności słowa niż sędzia Hand językiem prawniczym w swoim oświadczeniu:

Agitacja polityczna wskutek namiętności, jakie rozpala lub przekonań, jakie rodzi, może w rzeczy samej przywieść ludzi do łamania prawa. Wstręt do istniejącej polityki z łatwością przeradza się w silny opór przeciw władzy, która ją wdraża. Niedorzeczne byłoby przeoczenie związku przyczynowego między nimi dwoma. Jednak połączenie agitacji, uzasadnionej w świetle prawa, z bezpośrednim podżeganiem do przemocy, jest brakiem tolerancji dla wszystkich sposobów agitacji politycznej, która w normalnych warunkach jest gwarantem niezależnej władzy. Takie kontrastowe uwypuklenie nie jest przebiegłym rozumowaniem formalistycznym, lecz mozolną zdobyczą w walce o wolność³⁸.

Test Handa został jednak odrzucony przez sądy apelacyjne oraz Sąd Najwyższy. Chafee uważał, że test „złej tendencji” jest szkodliwy, ponieważ umożliwiał skazanie za wypowiedzi, które w żaden sposób nie wyrządzały szkody, a tym samym ograniczał jakąkolwiek krytykę rządu. Dodatkowo za bardzo skupiał się na ewentualnych zagrożeniach wynikających z wypowiedzi, a za mało na jej potencjalnie korzystnych skutkach.

³⁷ Z. Chafee, *Freedom of Speech in War Time*, s. 943–944 – <https://www.jstor.org/stable/1327107>, 31.08.2023.

³⁸ Tamże, s. 962.

Test „wyraźnego i obecnego niebezpieczeństwa” był dokładnie tym, o czym myślał Chafee. Sprawiał, że prokuratorzy musieli dowieść, że szkoda była realna i natychmiastowa, a nie spekulatywna i odległa. Problem tkwił jednak w tym, że Holmes nie wyraził wprost, że test „wyraźnego i obecnego niebezpieczeństwa” zastąpił test „złego zamiaru”. Holmes nie wyjaśnił ponadto, w jaki sposób przemówienie Debsa stanowiło „wyraźne i obecne niebezpieczeństwo” dla skutecznego poboru do wojska. Wreszcie sformułowanie, którego Holmes użył w sprawie *Debs v. United States* o „naturalnym zamiarze i rozsądnie prawdopodobnym skutku” brzmiało niepokojąco podobnie do „złego zamiaru”³⁹. Zdaniem Chafeego, gdyby w sprawie *Debs v. United States* Sąd Najwyższy przyjął test „wyraźnego i obecnego niebezpieczeństwa”, oskarżony nie zostałby uznany za winnego postawionych mu zarzutów. Chafee nie tylko zatem obrócił przeciwko Holmesowi jego własne słowa, ale też zarzucił mu, że nie zwraca wystarczającej uwagi na wartości, które stanowią fundament Pierwszej Poprawki: „szkoda, że sędzia Holmes, nie zrobił nic, aby podkreślić interes społeczny stojący za wolnością”⁴⁰.

Wkrótce po opublikowaniu artykułu Chafee i Holmes mieli okazję spotkać się u Laskiego. Holmes stwierdził wówczas, że gdyby zasiadał w ławie przysięgłych, prawdopodobnie głosowałby za uniewinnieniem, ale kiedy ława przysięgłych stwierdziła, że Debs zamierzał utrudniać pobór i że jego przemówienie mogłoby tego dokonać, sąd niewiele mógł zrobić⁴¹.

9. *Abrams v. United States*

Sprawa *Abrams...* dotyczyła grupy pięciu rosyjskich Żydów w wieku od 21 do 33 lat. Przybyli oni do Stanów Zjednoczonych między 1908 rokiem a 1913 rokiem i dołączyli do ruchu anarchistycznego, którym

³⁹ Wyrok Sądu Najwyższego USA (*Supreme Court of the United States*) z dnia 10 marca 1919 r., *Debs przeciwko Stanom Zjednoczonym*, (249 U.S. 211, 216), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/249/211/>, 13.05.2024.

⁴⁰ Z. Chafee, *Freedom of Speech in War Time*, s. 968 – <https://www.jstor.org/stable/1327107>, 31.08.2023.

⁴¹ T. Healy, *The Great Dissent...*, s. 159.

kierował Jacob Abrams (w 1905 roku brał udział w rosyjskiej rewolucji)⁴². Jak większość anarchistów grupa Abramsa była przeciwna zaangażowaniu USA w wojnę, uważając, że jest ono motywowane wyłącznie chciwością. Dla Abramsa wysłanie przez rząd Stanów Zjednoczonych amerykańskich żołnierzy do północnozachodniej Rosji oraz Władywostoku było równoznaczne nie tylko z zabijaniem jego przyjaciół i rodziny, ale także z zabijaniem marzenia o rewolucji. Żeby walczyć, jak sam to ujął, z hipokryzją Wilsona, postanowił opublikować dwie ulotki potępiające interwencję Stanów Zjednoczonych w Rosji. W pierwszej, zatytułowanej *Hipokryzja Stanów Zjednoczonych i ich sojuszników*, nazwano Wilsona tchórzem i kłamcą. W drugiej, zatytułowanej *Pracownicy – obudźcie się!*, opisano „Jego Królewską Mość Wilsona” jako hipokrytę⁴³. Pierwsza ulotka była zaadresowana otwarcie do wszystkich obywateli amerykańskich, natomiast druga do wąskiej grupy i rozpoczynała się od słów: „Pracownicy fabryk amunicji, produkujecie naboje, bagnety i armaty, żeby mordować nie tylko Niemców, ale również waszych najdroższych i najlepszych, którzy w Rosji walczą o wolność”⁴⁴.

Wszystkim osobom powiązanim z wydrukowaniem i dystrybuowaniem łącznie dziesięciu tysięcy ulotek postawiono zarzuty. Ponieważ nie atakowali oni bezpośrednio poboru, zarzuty nie dotyczyły naruszenia Ustawy o szpiegostwie, tylko Ustawy o działalności wywrotowej, zgodnie z którą nielegalne były praktycznie wszystkie wypowiedzi krytykujące rząd. Oskarżonym postawiono cztery zarzuty: 1) spiskowanie w celu umyślnego publikowania obelżywych treści na temat formy rządu Stanów Zjednoczonych, 2) zniesławienie tej formy rządu, 3) inicjowanie oporu przeciwko wojnie z Niemcami i 4) ograniczanie produkcji broni i amunicji. Ciekawe w przypadku ostatniego zarzutu jest to, że w myśl Ustawy o działalności wywrotowej zachowanie takie jest karalne tylko wtedy, gdy było dokonane

⁴² Wyrok Sądu Najwyższego USA (*Supreme Court of the United States*) z dnia 10 listopada 1919 r., *Abrams przeciwko Stanom Zjednoczonym*, (250 U.S. 616), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/>, 13.05.2024.

⁴³ Tamże, s. 620

⁴⁴ T. Healy, *The Great Dissent...*, s. 173.

z zamiarem powstrzymania wojny z Niemcami. Anarchiści natomiast skupili się nie na wojnie z Niemcami, tylko na interwencji Wilsona w Rosji.

Proces w niższej instancji odbył się w październiku 1918 roku na Manhattanie. Wśród sędziów tamtejszego sądu był Learned Hand, co mogło dać oskarżonym nadzieję na przychylniejszy wyrok. Niestety, z powodu zaległości, Hand poprosił kilku sędziów z innych okręgów, aby tej jesieni dołączyli do niego. Gdy więc Abrams i inni oskarżeni weszli na salę sądową po raz pierwszy, powitał ich sędzia o zupełnie innych poglądach aniżeli Hand – Henry De Lamar Clayton Jr. z Alabamy.

Clayton uważał, że imigrantów należy poddawać testom z umiejętności czytania i pisania, a każdy radykał powinien być deportowany. W 1916 roku na łamach „New York Times” powiedział, że nie sympatyzuje z ludźmi, którzy krytykują rząd i nie stawiają Ameryki na pierwszym miejscu⁴⁵. Na pięć miesięcy przed sprawą *Abrams*... brat Claytona zginął we Francji, co zapewne dodatkowo pogłębiało jego antypatię do anarchistów.

Abrams i reszta przyznali się, że napisali, wydrukowali i rozdali ulotki. Podkreślili natomiast, że nie krytykowali ustroju, tj. formy rządów, Stanów Zjednoczonych, lecz przywódców tego rządu oraz interwencję Wilsona w Rosji. Pomimo tej argumentacji ława przysięgłych skazała anarchistów na maksymalny wymiar kary wynikający z Ustawy o działalności wywrotowej, tj. piętnaście i dwadzieścia lat więzienia.

21 października 1919 roku odbyła się rozprawa w Sądzie Najwyższym. Przemawiający w imieniu oskarżonych Harry Weinberger przedstawił swoje argumenty na rzecz Pierwszej Poprawki. Według niego wolność słowa była absolutna i chroniła wszystkie dyskusje na temat polityki, bez względu na to, jak wywrotowo brzmiały. Dodatkowo podkreślił, że oskarżeni, wzywając do strajku w fabrykach amunicji, nie mieli zamiaru utrudniać wojny z Niemcami, w związku z czym nie naruszyli Ustawy o działalności wywrotowej⁴⁶.

⁴⁵ Bez autora, *Grand jury told America is first*, „New York Times” 7 styczeń 1916, s. 5., <https://timesmachine.nytimes.com/timesmachine/1916/01/07/104661779.html?pageNumber=5> 23.05.2024

⁴⁶ Wyrok Sądu Najwyższego USA (*Supreme Court of the United States*) z dnia 10 listopada 1919 r. *Abrams przeciwko Stanom Zjednoczonym* (250 U.S. 616), <https://caselaw.findlaw.com/court/us-supreme-court/250/616.html> 23.05.2024.

Holmes był zaintrygowany argumentacją Weinbergera na temat zamiaru (*intent*). W sprawie *Debs v. United States* zaakceptował bowiem ustalenie przez ławę przysięgłych zamiaru jako elementu rozstrzygającego. Po dyskusjach z Handem zaczął to podejście bardziej krytycznie analizować. 25 października Holmes postanowił podzielić się swoimi przemyśleniami z uczestniczącymi w procesie sędziami. Brandeis oraz Clarke przyznali mu rację, natomiast pozostali sędziowie głosowali za utrzymaniem wyroku skazującego⁴⁷.

Swoją opinię w zdaniu odrębnym Holmes rozpoczął od opisanie zarzutów, które postawiono oskarżonym oraz od analizy tego, co zawierały ulotki. Według Holmesa nic, co się w nich znajdowało, nie mogło być interpretowane jako atak na formę rządu Stanów Zjednoczonych (pierwsze dwa zarzuty). Nie mogło też być, według niego, rozumiane jako zachęcanie do sprzeciwiania się wojnie z Niemcami (trzeci zarzut). Natomiast czwarty zarzut, czyli podżeganie do ograniczania dostaw zaopatrzenia wojskowego, był prawdziwy. Niemniej naruszenie Ustawy o działalności wywrotowej wymagało czegoś więcej: zamiaru ingerowania w wojnę. Według Holmesa oskarżeni nie mieli takiego zamiaru. Nie byli zwolennikami Niemców, tylko rosyjskimi imigrantami, którzy nie chcieli interwencji rządu Stanów Zjednoczonych w Rosji.

Ława przysięgłych w niższej instancji uznała jednak oskarżonych za winnych wszystkich czterech zarzutów. Przypomnieć należy, że Holmes w sprawie *Debs v. United States* uznał, że SN nie miał prawa ani mocy unieważniać ustaleń ławy przysięgłych. Dlaczego zatem w *Abrams v. United States* zajął inne stanowisko? W zasadzie trudno na to pytanie odpowiedzieć – być może uznał, że pomyłka ławy przysięgłych jest na tyle rażąca, że nie może ślepo i obojętnie brać jej pod uwagę.

⁴⁷ Z listu Holmesa do Pollocka, Washington, D.C. Oct 26, 1919, in Holmes-Pollock, 2:28, [w:] T. Healy, *The Great Dissent...*, s. 289. W tym liście napisanym dzień po sobotniej konferencji, na której omawiano sprawę *Abrams v. United States*, Holmes napisał: „Widzę przed sobą różne konflikty opinii. Mam nadzieję, że to ostatnia lub prawie ostatnia sprawa dotycząca ustawy o szpiegostwie. Wydaje mi się, że niektórzy nasi sędziowie wpadli w histerię podczas wojny. To ironia, że ja, który prawdopodobnie interpretuję ekstremistyczny pogląd na korzyść wolności słowa (w którą, ogólnie rzecz biorąc, nie wierzę zbyt entuzjastycznie, chociaż mam nadzieję, umarłbym za nią), powinienem zostać wybrany do wysadzenia w powietrze. Nie rozumiem, dlaczego rząd naciska na te kwestie [...], ale to już nie moja sprawa?”.

Aczkolwiek i to wydaje się wątpliwe, ponieważ w sprawie *Debs v. United States* stan faktyczny ustalony przez ławę przysięgłych również wydawał się odbiegać od prawdy.

Prokuratorzy zwrócili uwagę, że definicja prawna zamiaru różni się od definicji ogólnej. W języku prawnym zamiar obejmuje z jednej strony zamiar bezpośredni, z drugiej ewentualny. A więc wina może być przypisana osobie niezależnie od tego, czy wiedziała, jakie dokładnie rezultaty wynikną z jej działań. Anarchiści bowiem powinni byli wiedzieć, że podżeganie do ograniczania dostaw zaopatrzenia wojskowego utrudni prowadzenie wojny z Niemcami, nawet jeśli ich głównym założeniem było powstrzymanie interwencji Stanów Zjednoczonych w Rosji⁴⁸.

Holmes doskonale zdawał sobie sprawę z tego rozróżnienia. Sam je stosował przez kilkadziesiąt lat. Aby teraz udowodnić, że jest niewłaściwe, stwierdził, że Kongres użył w Ustawie o działalności wywrotowej słowa „zamiar”, mając na myśli jego ogólną, a nie prawną definicję. Żeby zobrazować swój pogląd, Holmes podał hipotetyczny przykład:

Patriota mógłby sądzić, że marnujemy pieniądze na samoloty lub produkujemy więcej armat pewnego rodzaju, niż potrzebujemy, i mógłby z sukcesem opowiadać się za ograniczeniem produkcji. Gdyby jednak okazało się, że ograniczenie to utrudniałoby Stanom Zjednoczonym prowadzenie wojny i ktoś inny uznałby za oczywiste, że jest to utrudnienie, nikt nie uznałby takiego postępowania za przestępstwo. Przyznaję, że mój przykład nie odpowiada na wszystko, co można by powiedzieć, ale wystarczy, aby pokazać, co myślę i pozwolić mi przejść do ważniejszego aspektu sprawy. Odwołuję się do Pierwszej Poprawki do konstytucji, że Kongres nie może stanowić prawa ograniczającego wolność słowa⁴⁹.

Holmes zadawał bardzo istotne pytania. Nawet jeśli anarchiści byli winni na mocy Ustawy o działalności wywrotowej, to czy ich przekonania naruszały Pierwszą Poprawkę? Czy Kongres mógł karać tych, którzy krytykują rząd i przemawiają za naruszaniem prawa? Czy też takie wypowiedzi powinny być chronione przez zasadę wolności słowa?

⁴⁸ Wyrok Sądu Najwyższego USA (*Supreme Court of the United States*) z dnia 10 listopada 1919 r. *Abrams przeciwko Stanom Zjednoczonym* (250 U.S. 621), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/>, 23.05.2024.

⁴⁹ Tamże, s. 626 – 627

W opinii w sprawie *Schenck v. United States* Holmes napisał, że rząd w czasie wojny ma dużo większe prawo do ograniczania wolności słowa, ponieważ wojna tworzy niebezpieczeństwa, które nie istnieją w czasie pokoju. Teraz uważał, że w stosunku do niebezpieczeństw właściwych wojnie oraz tych występujących w czasie pokoju, zasada prawa do wolności słowa jest zawsze taka sama. Holmes w swojej opinii tłumaczył, czym była ta zasada: „tylko obecne niebezpieczeństwo natychmiastowego zaistnienia zła lub zamiar jego spowodowania umożliwia Kongresowi wyznaczenie limitu wyrażania opinii tam, gdzie prawa prywatne nie są naruszone”⁵⁰.

Opinia była ważnym wydarzeniem dla zwolenników wolności słowa. Holmes odrzucił bowiem test „złej tendencji” na rzecz testu „wyraźnego i obecnego niebezpieczeństwa”. W swoim zdaniu odrębnym użył przy tym siedmiokrotnie słów „natychmiastowy” (*immediate*) oraz „bliski” (*imminent*).

Używając testu „wyraźnego i obecnego niebezpieczeństwa” w sprawie *Abrams v. United States* napisał: „Teraz nikt nie może przypuszczać, że potajemne opublikowanie głupiej ulotki przez nieznanego człowieka [...], stanowiłoby bezpośrednie niebezpieczeństwo, że jego opinie utrudniłyby sukces rządu lub miałyby na to jakikolwiek zauważalny wpływ”⁵¹.

Dodatkowo Holmes skrytykował wyrok sędziego Clayтона:

W tej sprawie wyroki dwudziestu lat pozbawienia wolności zostały nałożone za opublikowanie dwóch ulotek, do wydania których, jak sądzę, oskarżeni mieli takie samo prawo, jak rząd ma prawo do publikowania Konstytucji Stanów Zjednoczonych, na którą na próżno się powołują. Nawet jeśli technicznie się myślę i z tych nędznych i mizernych anonimów można wycisnąć wystarczająco dużo, by zmienić kolor prawniczego papierka lakmusowego; dodam, że nawet gdyby wykazano to, co uważam za konieczny zamiar; najbardziej symboliczna kara wydaje mi się wszystkim, co można wymierzyć, chyba że oskarżeni mają cierpieć nie za to, co zarzuca oskarżenie, ale za wyznawane przez nich poglądy⁵².

Na sam koniec Holmes postanowił odeprzeć zarzut pomijania społecznych korzyści wolności słowa, który postawił mu Chafee:

⁵⁰ Tamże, s. 628.

⁵¹ Tamże, s. 628.

⁵² Tamże, s. 629.

Prześladowanie za wyrażanie opinii wydaje mi się całkowicie logiczne. Jeśli nie masz wątpliwości co do swoich przesłanek lub swojej mocy i całym sercem pragniesz określonego rezultatu, naturalnie wyrażasz swoje życzenia w prawie i usuwasz wszelki sprzeciw. Dopuszczenie sprzeciwu w mowie wydaje się wskazywać, że uważasz, że mowa jest bezsilna⁵³.

10. Rynek idei

Jeżeli „prześladowanie za wyrażanie opinii” wydawało się Holmowskiemu całkowicie zrozumiałe, to jak mógł popierać tolerowanie swobody wypowiedzi? Odpowiedź na to pytanie Holmes znajdował w dziele Johna Stuarta Milla *O wolności*. Mill uważał, że powodem, dla którego nie możemy powstrzymać wypowiedzi na temat opinii, która leży u podstaw naszego działania, jest to, że całkowita swoboda zaprzeczania i obalania naszej opinii nas usprawiedliwia i udowadnia, że jest prawdziwa dla celów działania. Krótko mówiąc, ponieważ nigdy nie osiągniemy pewności, że mamy rację, musimy zakładać, że usłyszeliśmy każdy argument i wzięliśmy pod uwagę każdy aspekt. „Gdyby nie wolno było podawać w wątpliwość twierdzeń filozofii Newtona, ludzkość nie miałaby tej całkowitej pewności ich prawdziwości, jaką posiada obecnie”⁵⁴.

Prawda ma większe szanse wyjść na jaw, kiedy prowadzimy wolną i otwartą debatę. Wolność słowa oznacza, że mamy prawo mówić nie tylko prawdę, ale również rozsiewać kłamstwa czy fałszywe informacje, a system tolerancji, dzięki wolnej i otwartej debacie, będzie promował prawdę. W *Aeropagitica* Milton, żeby odnieść się do tej kwestii, użył wojennej metafory: „I choćby wszystkie wichry doktryn puszczono na ziemię, aby grały, tak aby prawda była na polu, wyrzadzamy krzywdę, zezwalając i zabraniając błędnie wątpić w jej siłę. Niech ona i fałsz zmagają się ze sobą; kto kiedykolwiek znalazł prawdę wystawioną na próbę, w wolnym i otwartym spotkaniu”⁵⁵.

⁵³ Tamże, s. 630.

⁵⁴ J.S. Mill, *O wolności...*, s. 116.

⁵⁵ J. Milton, *Aeropagitica*, s. 56 – <https://freeclassicebooks.com/Milton%20John/Aeropagitica.pdf>, 19.08.2023.

Holmes w sprawie *Abrams v. United States* wybrał inną metaforę, która na zawsze stała się częścią kulturowego leksykonu:

Kiedy ludzie zdadzą sobie sprawę, że czas zachwiał wiele walczących wyznań, mogą uwierzyć nawet bardziej niż w same podstawy własnego postępowania, że ostateczne pożądane dobro można lepiej osiągnąć dzięki swobodnemu handlowi ideami – że najlepszym sprawdzianem prawdy jest siła myśli, która zostaje zaakceptowana w konkurencji rynkowej, i że prawda jest jedyną podstawą, na której można bezpiecznie zrealizować ich życzenia⁵⁶.

Metafora Holmesa dotycząca swobodnego handlu ideami nie zakładała importowania całej ekonomicznej teorii w odniesieniu do Pierwszej Poprawki. Nie uważał, że istnieje dosłownie „rynek idei” (*marketplace of ideas*) albo że wolność słowa produkuje obiektywną i sprawdzalną prawdę za pomocą niewidzialnej ręki. Przedstawiał tylko, jak wolna i otwarta debata promuje ostateczne dobro, nawet jeśli pojawiają się krótkotrwałe koszty. Podobnie jak pojawiają się koszty, gdy rząd rezygnuje z protekcjonizmu i otwiera rynek na konkurencję.

Podejście takie było już obecne w poglądach Handa, o którym Łukasz Machaj napisał, że jego „koncepcja wolności słowa może zostać usprawiedliwiona prostym domniemaniem, zgodnie z którym poprawne wnioski z większym prawdopodobieństwem wylaniać się będą z mnogości języków niż z powodu jakiegokolwiek rodzaju autorytatywnej selekcji”⁵⁷.

Holmes jednak jako zwolennik sądowej powściągliwości nie mógł narzucić swojego poglądu innym. Musiał go ugruntować w czymś obiektywnym i nadrzędnym, tj. w konstytucji:

⁵⁶ Wyrok Sądu Najwyższego USA (*Supreme Court of the United States*) z dnia 10 listopada 1919 r., *Abrams przeciwko Stanom Zjednoczonym*, (250 U.S. 630), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/>, 13.05.2024.

⁵⁷ Ł. Machaj, *Doktrynalna legitymizacja idei wolności słowa*, „Przeгляд Prawa i Administracji” 2017, t. CIX, s. 254 – https://repozytorium.uni.wroc.pl/Content/109260/17_Machaj_L_Doktrynalna_legitymizacja_idei_wolnosc_slova.pdf – dostęp 16.03.2024. „Nieograniczone wyrażanie ludzkich przekonań, jakkolwiek nieprzyjemne dla rządzących czy innych obywateli, ponadczasowo pozostaje nie tylko najbardziej realnym rozwiązaniem w poszukiwaniu prawdy, ale także naturalnym przejawem wrodzonej kondycji ludzkiej, która sprawia, że wszyscy ludzie mogą wyrażać siebie”. Ł.D. Bartosik, *Freedom of Expression in the American Libertarian Thought [w:] In Search of the Euro-Atlantic Doctrine of Freedom of Speech*, red. M. Urbańczyk, Ł.D. Bartosik, N. Zagórska, Poznań–Łódź 2019, s. 64 – https://www.archaeograph.pl/lib/l231bv/Wolnosc-Slova_Tresc_ebook-jtrfr7vi.pdf, 16.03.2024.

Taka jest w każdym razie teoria naszej konstytucji. Jest to eksperyment, tak jak całe życie jest eksperymentem. Każdego roku, jeśli nie każdego dnia, musimy stawiać nasze zbawienie na jakąś przepowiednię opartą na niedoskonałej wiedzy. Podczas gdy ten eksperyment jest częścią naszego systemu, uważam, że powinniśmy być wiecznie czujni wobec prób kontrolowania wyrażania opinii, których nienawidzimy i uważamy za obciążone śmiercią, chyba że tak bardzo zagrażają one natychmiastowej ingerencji w zgodne z prawem i pilne cele prawa, że natychmiastowa kontrola jest konieczna, aby uratować kraj⁵⁸.

Dalej, wspierając swój standard wyraźnego i obecnego niebezpieczeństwa, pisze:

Calkowicie nie zgadzam się z argumentem rządu, że Pierwsza Poprawka pozostawiła w mocy prawo zwyczajowe dotyczące wywrotowego zniesławienia. Historia wydaje mi się przeczyć temu pogładowi. Sądziłem, że Stany Zjednoczone przez wiele lat okazywały skruczę za ustawę o działalności wywrotowej z 1798 r., splacając nałożone przez nią grzywny. Tylko sytuacja nadzwyczajna, która sprawia, że pozostawienie korygowania złych rad na później jest niebezpieczne, uzasadnia zrobienie wyjątku od ogólnego nakazu: Kongres nie może stanowić prawa... ograniczającego wolność słowa⁵⁹.

Obawiając się, że jego zdanie odrębne w sprawie *Abrams*... nie jest wystarczająco przekonujące, Holmes postanowił zakończyć swoją argumentację przeprosinami oraz podkreśleniem swoich obaw: „Oczywiście mówię tylko o wyrażaniu opinii i napomnieniach, które zostały tutaj wypowiedziane, ale żałuję, że nie mogę wyrazić w bardziej imponujących słowach mojego przekonania, że skazując oskarżonych na podstawie tego aktu oskarżenia, pozbawiono ich praw wynikających z Konstytucji Stanów Zjednoczonych”⁶⁰.

6 listopada udostępnił swoją opinię sędzia John H. Clarke. Clarke odrzucał powołanie się na Pierwszą Poprawkę przez anarchistów, wskazując m.in na sprawę *Schenck v. United States*. Odrzucał również argument, jakoby anarchiści nie mieli zamiaru ingerowania w wojnę⁶¹.

⁵⁸ Wyrok Sądu Najwyższego USA (*Supreme Court of the United States*) z dnia 10 listopada 1919 r., *Abrams przeciwko Stanom Zjednoczonym*, (250 U.S. 616), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/616/>, 13.05.2024.

⁵⁹ Tamże, s. 630

⁶⁰ Tamże, s. 631

⁶¹ Tamże, s.624

Chwilę po otrzymaniu tej opinii, Holmes rozesłał swoje zdanie odrębne do ośmiu sędziów. Dzień później trzech z nich (m.in. Mahlon Pitney oraz Willis Van Devanter) odwiedziło go w domu i powołując się na bezpieczeństwo narodowe, prosiło, aby wycofał swoje zdanie odrębne. Pitney wysłał również list do Holmesa w tej sprawie⁶². Argumenty, które Pitney przedstawił, dotyczyły bardziej sytuacji w kraju aniżeli aspektów prawnych: rozwiązania bostońskiej policji, strajku hutników, pracy Senatu nad traktatem pokojowym, który Wilson negocjował w Paryżu czy stanu zdrowia Prezydenta po udarze. Sędziowie starali się przekonać w ten sposób Holmesa, że sądy powinny mówić jednym głosem. Próby te okazały się bezskuteczne, ponieważ Holmes nie wycofywał się ze swojego zdania odrębnego (jedynym sędzią, który podzielał poglądy Holmesa był wspomniany Brandeis).

10 listopada 1919 roku Clarke ogłosił wyrok. Następnie Holmes wygłosił swoje zdanie odrębne, które spotkało się z dużą aprobatą jego przyjaciół, m.in. Handa i Laskiego. Każdy z nich wysłał Holmesowi list ze słowami uznania i podziękowania.

W kwietniu 1920 roku Chafee opublikował w „Harvard Law Review” artykuł krytykujący decyzję w sprawie *Abrams v. United States*. Odnosił się w nim zarówno do brutalnych metod policji, jak i do wrogiego wobec oskarżonych nastawienia sędziego Claytona. Jak pisał Chafee: „Całe postępowanie od początku do końca było hańbą dla naszego prawa”, dodając, że jedynym pozytywnym aspektem okazało się zdanie odrębne Holmesa. Opinię tę Chafee określił mianem „wspaniałego przedstawienia filozoficznych podstaw tego artykułu naszej konstytucji”⁶³.

11. Dalsze losy testu o wyraźnym i obecnym niebezpieczeństwie

Latem 1922 roku Chafee zaczął pracę nad artykułem dotyczącym zachowania sądów w sprawach z zakresu wolności słowa i zauważył, że coraz większa ilość sądów korzystała w sprawach granic wolności słowa z testu wyraźnego i obecnego niebezpieczeństwa.

⁶² T. Healy, *The Great Dissent...*, s. 213

⁶³ Z. Chafee, *A Contemporary State Trial. The United States versus Jacob Abrams et Al.*, „Harvard Law Review” 1920, nr 6, s. 774, 769.

Ponieważ Chafee nie mógł znaleźć pochodzenia tego testu (choćby w brytyjskim prawie zwyczajowym), postanowił spytać o niego Holmesa. W czerwcu 1922 roku w liście do niego pisze:

Ucieszyłem się, że twój test na ocenę wyraźnego widocznego zagrożenia zyskuje przychylność. Mam nadzieję, że wyprze on stare pojęcie o złych skłonnościach. Nasuwa mi się pytanie, które już dawno chciałem ci zadać, a mianowicie czy owa definicja wolności słowa ze sprawy Schencka była pod wpływem jakichś pisarzy w tym temacie, czy też całkowicie była wynikiem twoich przemyśleń? Skoro trafiłeś, jak mniemam, w sedno, ciekaw jestem, czy napotkałeś gdzieś inne osoby, którym udało się przynajmniej zbliżyć się do niego. Byłbym niezmiernie wdzięczny za nakreślenie mi tła twojej opinii w sprawie Schencka. Oczywiście zrozumiałe jest, że nie szukam sposobności do przeprowadzenia tym samym konsultacji⁶⁴.

W odpowiedzi Holmes napisał:

[...] wyrażeniu, do którego się odnosisz, nie pomogła żadna znana mi książka. Myślę, że przyszło to bez wątpienia po późniejszych sprawach i prawdopodobnie ty (nie pamiętam dokładnie) nauczyłeś mnie, że we wcześniejszej sprawie Pattersona [sic!], jeśli tak się nazywała, błędnie uznałem opinie Blackstone'a i Parkera z Mass. za niepodważalne. Po prostu byłem ignorantem⁶⁵.

Przyznanie się do ignorancji przez Holmesa było właściwie równoważne z przyznaniem się do błędu. Wpływ, jaki mieli na niego przyjaciele oraz jego otwartość na zmiany, spowodowały, że inaczej spojrzal na wolność słowa. Stał się jej obrońcą wolności słowa, za jakiego jest dziś powszechnie uważany.

Test „wyraźnego i obecnego niebezpieczeństwa” był następnie przyjęty przez większość Sądu Najwyższego w sprawie *Herndon v. Lowry* w 1937 roku, gdy sędzia Owen J. Roberts powołał się na niego, uznając go za właściwy standard identyfikacji ochrony Pierwszej Poprawki.

Uprawnienie państwa do ograniczania wolności słowa i zgromadzeń jest raczej wyjątkiem niż regułą, a penalizacja wypowiedzi o określonym charakterze musi

⁶⁴ Z listu Chafeego do Holmesa, Cambridge, Mass., June 9, 1922, Chafee Papers, box 14, folder 12., [w:] T. Healy, *The Great Dissent...*, s. 242

⁶⁵ Z listu Holmesa do Chafeego, Beverly Farms, June 12, 1922, Chafee Papers, box 14, folder 12., [w:] T. Healy, *The Great Dissent...*, s. 243

znajdować swoje uzasadnienie w rozsądnej obawie zagrożenia dla zorganizowanej władzy⁶⁶.

Zdania odrębne Holmesa i Brandeisa, a także m.in. wkład Chafeego przyczyniły się do tego, że na początku lat 40. ich głos stał się głosem większości, dzięki czemu Sąd Najwyższy posługiwał się standardem wyraźnego i obecnego niebezpieczeństwa, a zdanie odrębne Holmesa w sprawie *Abrams*... zostało uznane za fundamentalny dokument wolności słowa. Między 1940 a 1951 rokiem, Sąd Najwyższy wykorzystał test wyraźnego i obecnego niebezpieczeństwa w 12 sprawach.

W 1951 roku sędzia Learned Hand, w sprawie *Dennis v. United States*, udoskonalił test wyraźnego i obecnego niebezpieczeństwa:

W każdym przypadku [sądy] muszą zadać pytanie, czy powaga »zła« (ang. gravity of the evil), pomniejszona o jego nieprawdopodobieństwo, uzasadnia takie naruszenie wolności słowa, jakie jest konieczne, aby tego niebezpieczeństwa uniknąć⁶⁷.

Sędzia Hand wielokrotnie wplatał przy tym myśl ekonomiczną, taką jak analiza kosztów i korzyści, do procesu rozumowania prawnego. Niemal algebraiczny charakter jego analizy w sprawie *Dennis v. United States* odzwierciedla to podejście: powaga zła pomnożona przez prawdopodobieństwo daje określoną ilość niebezpieczeństwa. Nawet niewielkie prawdopodobieństwo może uzasadniać ograniczanie wolności słowa, jeśli domniemana szkoda jest wystarczająco poważna⁶⁸.

Tak więc rozbieżność między testem Holmesa a Handa pojawia się tylko wtedy, gdy tak jak w sprawie *Dennis v. United States*, zło jest bardzo poważne, ale nie nieuchronne.

Sędzia Hugo L. Black w sprawie *Brandenburg v. Ohio* (1969), odnosząc się do wcześniejszej interpretacji testu wyraźnego i obecnego niebezpieczeństwa w rozumieniu Holmesa tj. m.in. w sprawach *Schenck v. United*

⁶⁶ Wyrok Sądu Najwyższego USA (*Supreme Court of the United States*) z dnia 26 kwietnia 1937 r., *Herndon przeciwko Lowry*, (301 U.S. 258), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/301/242/>, 13.05.2024.

⁶⁷ Wyrok Sądu Najwyższego USA (*Supreme Court of the United States*) z dnia 4 czerwca 1951 r., *Dennis przeciwko Stanom Zjednoczonym*, (341 U.S. 510), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/341/494/>, 13.05.2024.

⁶⁸ Bez Autora, *Clear and Present Danger Re-Examined*, "Columbia Law Review" 1951, nr 51, s. 104–105.

States i Abrams v. United States oraz w rozumieniu Handa w sprawie *Dennis v. United States*, uznał, że „doktryna” wyraźnego i obecnego niebezpieczeństwa „nie powinna być wykorzystywana w interpretacji Pierwszej Poprawki”⁶⁹:

Mój własny pogląd jest zupełnie inny. Nie widzę miejsca w interpretacji Pierwszej Poprawki dla jakiegokolwiek testu „wyraźnego i obecnego niebezpieczeństwa”, czy to rygorystycznego i ścisłego, jak chcieliby niektórzy, czy też swobodnego, jak przeformułował go Sąd w sprawie *Dennis v. United States*.

Kiedy uważnie czyta się opinie i widzi, kiedy oraz w jaki sposób zastosowano test „wyraźnego i obecnego niebezpieczeństwa”, pojawiają się poważne wątpliwości. Po pierwsze, groźby były często głośnie, ale zawsze słabe i uznane za poważne tylko przez sędziów tak przywiązanych do *status quo*, że krytyczna analiza ich denierowała. Po drugie, test został tak przekreślony i wypaczony w *Dennis v. United States*, że proces tych nauczycieli marksizmu miał charakter całkowicie polityczny, co stanowiło nieodłączny element zimnej wojny, która osłabiła znaczenie Pierwszej Poprawki⁷⁰.

Granica między tym, co jest dozwolone i nie podlega kontroli, a tym, co może być niedopuszczalne i podlegać regulacji, to granica między ideami a jawnymi czynami⁷¹.

W *Brandenburg v. Ohio*, stwierdzono, że aby ustalić czy prawo ograniczające wolność słowa jest zgodne z Konstytucją, sądy muszą zastosować dwuetapowy test. Po pierwsze wypowiedź musi podzegać do bezpośredniego oraz bezprawnego działania a po drugie, to działanie musi być prawdopodobne. Obie części tego testu muszą zostać spełnione, aby rząd mógł ograniczyć wolność słowa:

Wolność słowa i prasy oznacza, że państwo nie ma prawa zakazać nawoływania do użycia siły lub łamania prawa, z wyjątkiem nawoływania, które zmierza wprost do podżegania lub wywołania działania bezprawnego i może podzegać lub wywołać takie działanie⁷².

⁶⁹ Wyrok Sądu Najwyższego USA (*Supreme Court of the United States*) z dnia 9 czerwca 1969 r., *Brandenburg przeciwko Ohio*, (395 U.S. 449–450), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/444/>, 13.05.2024.

⁷⁰ Tamże, s. 454.

⁷¹ Tamże, s. 456.

⁷² Tamże, s. 444.

Sąd Najwyższy zrezygnował z testu wyraźnego i obecnego niebezpieczeństwa w 1969 roku.

Niemniej, zdanie odrębne Holmesa, jego metafora rynku idei oraz koncepcja „wyraźnego i obecnego niebezpieczeństwa” wdarły się do zbiorowej świadomości Amerykanów i stały się częścią ich języka, światopoglądu i tożsamości narodowej.

W swoim przemówieniu do absolwentów Harvardu w 1886 roku Holmes mówił o „sekretniej, odosobnionej radości myśliciela, który wie, że sto lat po jego śmierci i zapomnieniu go, ludzie, którzy nigdy o nim nie słyszeli, będą działać według jego myśli”⁷³.

⁷³ O.W. Holmes, *Profession of the Law* <http://www.minnesotalegalhistoryproject.org/assets/Holmes%20Law%20as%20Profession%201886.pdf> 23.05.2024.

Streszczenie

Celem artykułu jest ukazanie metamorfozy poglądów sędziego Olivera Wendella Holmesa w zakresie sądowej interpretacji przepisów dotyczących wolności słowa i prasy, a więc tzw. pierwszej poprawki do konstytucji Stanów Zjednoczonych. Analizując orzecznictwo oraz akty prawne z pierwszej połowy XX wieku, artykuł przedstawia, jak doszło do sformułowania przez Holmesa koncepcji wolnego rynku idei, a także testu wyraźnego i obecnego niebezpieczeństwa. Autor posługuje się analizą formalno-historyczną.

Słowa kluczowe: przemiana, Holmes, test wyraźnego i obecnego niebezpieczeństwa

Summary

The purpose of the article is to show the metamorphosis of Justice Oliver Wendell Holmes' views on judicial interpretation of freedom of speech and press provisions, namely the so-called First Amendment to the US Constitution. Analyzing case law and legal acts from the first half of the 20th century, the article shows how Holmes' conception of the free market of ideas came about, as well as the test of the clear and present danger. The author uses a formal and historical analysis.

Keywords: transformation, Holmes, test of the clear and present danger

mgr Olivier Zantour

Uniwersytet Warszawski

e-mail: olivier.zantour@gmail.com