

## O pragmatyzmie prawnym: dokąd wiedzie nas Ścieżka prawa?

*Kiedy myślę (...) o prawie, widzę książniczkę, potężniejszą niż ta, która panowała w Bayeux, wiecznie tkającą z sieci postaci z przeszłości, postaci zbyt zamglone, by zostać zauważonymi przez próżnych, nazbyt symboliczne, by ktoś z wyjątkiem jej uczniów mógł dokonać interpretacji, ale ukazującą spostrzegawczemu oku bolesne kroki i wstrząsającą walkę, w których człowieczeństwo wypracowało i wywalczyło swoją drogę od okrutnej izolacji do organicznego życia społecznego<sup>1</sup>.*

Wszystko rozpoczęło się od pozornie prostego pytania: czym jest pragmatyzm prawny oraz czy jest on cokolwiek wart? Zakończy się jednak już nie tak prostą odpowiedzią: to, co dzisiaj nazywamy „pragmatyzmem prawnym”, jest czymś innym od tego, co dawniej rozumiano przez to pojęcie, tradycyjnie kojarzone z Olivierem Wendellem Holmesem. W świetle klasycznego pragmatyzmu można dostrzec większą wartość koncepcji prawa zawartej w *Ścieżce prawa* Holmesa w porównaniu ze współczesnym neopragmatyzmem prawnym. Moje refleksje dotyczące jego różnych odmian – zarówno prawnego, jak i filozoficznego, tradycyjnego i współczesnego – będą związane z poszukiwaniem istoty *Ścieżki prawa* oraz mocnych i słabych stron argumentacji Holmesa.

### 1. Pragmatyzm prawny dziś

Ostatnio słowo „pragmatyzm” pojawia się w tytułach książek, rozdziałów i artykułów na tyle często, że można ulec wrażeniu, iż mamy do czynienia z jego swego rodzaju „renesansem” wśród uczonych<sup>2</sup>. Kiedy jednak spojrzymy na zawartość

---

<sup>1</sup> O.W. Holmes, *The Law*, The Suffolk Bar Association Dinner, 5 lutego 1885; przedruk w: *The Holmes Reader*, red. J.J. Marke, New York 1955 (wydanie drugie, 1964), s. 62–63.

<sup>2</sup> W istocie, symposium w ramach *Southern California Law Review* 63 (1990) zatytułowane było „The Renaissance of Pragmatism in American Legal Thought”.

tych książek i artykułów, możemy wpaść w zakłopotanie i zacząć się zastanawiać, z „renesansem” czego tak naprawdę mamy tu do czynienia.

Jak donoszą źródła, pragmatyzm jest po prostu „ogólną awersją do teorii”<sup>3</sup>; to „rozwiązywanie problemów prawnych za pomocą wszystkich narzędzi, jakie tylko mamy pod ręką, włączając w to precedensy, tradycje, teksty prawne i politykę społeczną, [oraz] odrzucanie projektu jako teoretycznej podstawy dla prawa konstytucyjnego”<sup>4</sup>; to „zgoda co do tego, że to, co widzimy, zależy również od naszego punktu widzenia, oraz że rozumienie innych jest często próbą odtworzenia ich punktu widzenia danej sytuacji”<sup>5</sup>; „to realistyczne przyznanie, że metateoretyczne roszczenia do prawdy są nie do obrony”<sup>6</sup>; „wolność od poczucia winy w stosunku do teorii”<sup>7</sup>; „to swego rodzaju upomnienie dotyczące teoretyzowania (...), niemówiące o tym, czego prawnicy i sędziowie nie wiedzą, ale raczej przypominające o tym, co wiedzą, ale czego często nie praktykują”<sup>8</sup>; „spojrzenie na problemy w sposób konkretny, bez popadania w iluzję, z pełną świadomością tego, jak ograniczony jest ludzki umysł, oraz świadomością »lokalności« ludzkiej wiedzy, trudności w tłumaczeniu międzykulturowym, a także nieosiągalności »prawdy«”<sup>9</sup>; to pogląd mówiący, że „praktyka nie jest zbudowana na zbiorze niewypowiedzianych zasad lub stworzona przez nieomylną i bezosobową metodę”<sup>10</sup>; to „synteza kontekstualizmu i instrumentalizmu”<sup>11</sup>; „antyfundacjonizm i społeczny optymizm”<sup>12</sup>; „amerykański ruch filozoficzny, zapoczątkowany przez Charlesa S. Pierce’a oraz Williama Jamesa (...), rozwinięty przez Johna Deweya, za którym ostatnio opowiedział się Richard Rorty (...), to stanowisko, które ustępuje relatywizmowi w kwestii prawdy i sprawiedliwości”<sup>13</sup>; to „eklektycznie i histo-

<sup>3</sup> P.S. Atiyah, *Pragmatism and Theory in English Law*, London 1987, s. 5.

<sup>4</sup> D.A. Farber, *Legal Pragmatism and the Constitution*, Minnesota Law Review 1988, Vol. 72, s. 1332.

<sup>5</sup> C. Wells Hantzis, *Legal Innovation Within the Wider Intellectual Tradition: The Pragmatism of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, Northwestern University Law Review 1988, Vol. 82, s. 595.

<sup>6</sup> D. Patterson, *Law's Pragmatism: Law as Practice and Narrative*, Virginia Law Review 1990, Vol. 76, s. 996.

<sup>7</sup> T.C. Grey, *Hear the Other Side: Wallace Stevens and Pragmatist Legal Theory*, Southern California Law Review 1990, Vol. 63, s. 1569.

<sup>8</sup> S.D. Smith, *The Pursuit of Pragmatism*, Yale Law Journal 1990, Vol. 100, s. 411 (Smith przyznaje jednak, że jest to niekonwencjonalna interpretacja pragmatyzmu prawniczego).

<sup>9</sup> R.A. Posner, *A Pragmatist Manifesto (w:) Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Mass. 1990, s. 465.

<sup>10</sup> S. Fish, *Almost Pragmatism: Richard Posner's Jurisprudence*, University of Chicago Law Review 1990, Vol. 57, s. 1464.

<sup>11</sup> T.C. Grey, *What Good is Legal Pragmatism? (w:) Pragmatism in Law and Society*, red. M. Brint, W. Weaver, Westview Press 1991, s. 15.

<sup>12</sup> D. Hoy, *Is Legal Originalism Compatible with Philosophical Pragmatism? (w:) Pragmatism in Law and Society*, s. 344.

<sup>13</sup> R. Wamer, *Why Pragmatism? The Puzzling Place of Pragmatism in Critical Theory*, University of Illinois Law Review 1993, Vol. 3, s. 537. Dalej dodaje jednak, raczej mylnie, że: „Poglądy pragmatystów prawniczych są generalnie niespójne z pragmatyzmem Peirce’a”, s. 543.

rycznie zorientowany antyformalizm<sup>14</sup>; „krytyka esencjalistycznego/konceptualistycznego formalizmu oraz przestroga przed nadmiernym teoretyzowaniem i abstrahowaniem” zachęcająca do „dialogu, tradycjonalizmu, zwracania uwagi na kontekst i rozwiązania kompromisowe<sup>15</sup>; to idea, według której „dobra teoria prawa powinna umożliwić prawnikom przewidzenie wyroku sądu<sup>16</sup>; „to filozoficzny dyskurs, który jest ogólny, zewnętrzny, praktyczny i progresywny, a także prawny dyskurs (Holmes), który jest profesjonalny, obsesyjny, wewnętrzny, teoretyczny i konserwatywny<sup>17</sup>; „to postawa, w której działanie opiera się raczej na faktach i konsekwencjach działania niż na konceptualizacjach, uogólnieniach, pobożności i sloganach (...), odrzucająca moralne, prawne i polityczne teorie, oferowane jako pomoc w podejmowaniu prawnych decyzji<sup>18</sup>; „to rozszerzenie sceptycyzmu, pierwotnie zakorzonego w greckim sofizmie<sup>19</sup>; to uznanie, że „bycie oddanym teorii może być tak samo bezwonne i szkodliwe dla formalizmu prawnego, jak pobożność<sup>20</sup>; „eklektyczne i autorefleksyjne stanowisko dotyczące zarówno teorii, jak i metod; rozpoznanie wielości zmiennych »prawd« i »znaczeń«, które raczej są zakorzone w konkretnym doświadczeniu niż w absolutnych i fundamentalnych prawdach; unikanie dychotomii i jednowymiarowych podejść oraz wyraźnego włączania demokratycznych idei zarówno w wynikach (celach) polityki publicznej, jak i w sposobie, w jaki ta polityczna analiza jest przeprowadzana<sup>21</sup>; to pogląd, że „ważność budowanego konsensusu zależy nie od możliwości osiągnięcia wygranej po obu stronach, ale od efektywności jego wdrażania<sup>22</sup>.

Nie mamy tu do czynienia z prostym podziałem na prawne i filozoficzne znaczenie słowa – co poniekąd robimy w przypadku „realizmu” i „pozytywizmu<sup>23</sup>; to

<sup>14</sup> D. Luban, *What's Pragmatic About Legal Pragmatism?*, *Cardozo Law Review* 1996, Vol. 18, s. 44.

<sup>15</sup> B.Z. Tamanaha, *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law*, Oxford 1997, s. 35.

<sup>16</sup> B. Leiter, *Naturalism and Pragmatism in Legal Theory*, section III „Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence”, *Virginia Law Review* 1997–1998, Vol. 76, s. 285–286.

<sup>17</sup> M. Albinerstein, *Pragmatism and Law: From Philosophy to Dispute Resolution*, Dartmouth 2002, s. 2.

<sup>18</sup> R.A. Posner, *Law, Pragmatism, and Democracy*, Cambridge, Mass. 2003, s. 3.

<sup>19</sup> M.J. Leaf, *Pragmatic Legal Norms* (w:) *Renascent Pragmatism: Studies in Law and Social Science*, red. A. Morales, Ashgate 2003, s. 73.

<sup>20</sup> W.G. Weaver, *The 'Democracy of Self-Devotion': Oliver Wendell Holmes, Jr., and Pragmatism* (w:) *Morales, Renascent Pragmatism*, s. 4.

<sup>21</sup> A. Larson Schneider, H. Ingram, *The Pragmatic Policy Analyst* (w:) *Morales, Renascent Pragmatism*, s. 157.

<sup>22</sup> G. Coglianese, *Does Consensus Work? A Pragmatic Approach to Public Participation in the Regulatory Process* (w:) *Morales, Renascent Pragmatism*, s. 189.

<sup>23</sup> „Realizm” ma nie jedno, lecz setki znaczeń w filozofii (zob. S. Haack, *Realisms and Their Rivals: Recovering Our Innocence*, *Facta Philosophica* 2002, Vol. 4, s. 67–88); to, co jednak wspólne dla nich wszystkich, to idea, że coś – prawda, rzeczywistość, moralne czy epistemiczne wartości i inne – są niejako niezależne od nas. Słowo „pozytywizm” natomiast rozumiane jest czasem w mniej lub bardziej szerszym znaczeniu.

wprawiający w zakłopotanie zamęt akademicki. Najpierw zatem nakreślę początki klasycznego pragmatyzmu filozoficznego oraz miejsce, jakie zajmuje w filozofii Oliver Wendell Holmes; następnie przejdę do złożonej argumentacji zawartej w *Ścieżce prawa* oraz zastanowię się, czego ów słynny wykład Holmesa może nas dziś nauczyć. Możliwe, że z takim narzędziem w dłoni uda nam się rozwiązać choć niektóre wątpliwości.

## 2. Tradycja pragmatyzmu w filozofii

Słowo „pragmatyzm” oprócz teorii prawa ma oczywiście swoje zastosowanie zarówno w codziennym, jak i specjalistycznym języku filozoficznym. Obydwa często przeplatają się ze sobą, a filozoficzne znaczenie pozostaje co najmniej wieloznaczne.

W XVIII w. pragmatykiem nazywano osobę, która była praktyczna i pracowita. Pod koniec XIX i prawdopodobnie przez większość XX stulecia słowo nabrało pejoratywnego znaczenia; „pragmatykiem” nazywano osobę „nadgorliwą, zadufaną w sobie i nieznoszącą sprzeciwu”, a „pragmatyzm” oznaczał „nadgorliwe wścibstwo”. Obecnie znaczenie ponownie uległo zmianie: w codziennym użyciu dotyczy raczej zajmowania się względami praktycznymi niż zasadami czy regułami, wskazanie na „rzeczowość, prowadzącą do wykluczenia artystycznych czy intelektualnych wartości lub przeciwstawianie praktyczności idealizmowi”<sup>24</sup>.

W filozofii „klasyczny pragmatyzm” odnosi się do ruchu w amerykańskiej filozofii końca XIX w., początków którego można dopatrywać w maksymie pragmatycznej Charlesa Sandersa Peirce’a. Charakteryzowała ona znaczenie w kategoriach „pragmatycznych” (praktycznych, eksperymentalnych) konsekwencji zastosowania danego pojęcia. Podobnie późniejsze prace w duchu tej tradycji również należały do nurtu klasycznego pragmatyzmu. „Neopragmatyzm” natomiast związany był z krytyką Richarda Rortiego pod koniec XX stulecia, skierowaną w stronę fundacjonizmu, esencjalizmu i scjentyzmu.

Pierwszym, który rozpowszechnił słowo „pragmatyzm” w języku filozoficznym (1898), a także uczynił sławnym ów styl filozofowania, był William James<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Opieram się na *Oxford English Dictionary Online*, który wskazuje ten fragment jako przykład użycia słowa w XIX w., w: Ch. Cowden Clarke, *Shakespeare's Characters: Chiefly Those Subordinate*, New York 1863, 1974, s. 209: „[Malvolio] is a moral teetotaller, a formalist, a pragmatist (...)”; *Dictionary of the English Language*, Philadelphia 1885; *A Standard Dictionary of the English Language*, London 1897; *The Concise Oxford Dictionary of Current English*, revised fourth edition, Oxford 1959; *Webster's Ninth New Collegiate Dictionary*, Springfield, MA 1991, skąd pochodzi cytowane w tekście współczesne znaczenie słowa „pragmatism”.

<sup>25</sup> W. James, *Philosophical Conceptions and Practical Results*, University Chronicle (University of California, Berkeley), 1 September 1898, s. 287–310; W. James, *Pragmatism*, red. F. Burkhardt, F. Bowers, Cambridge, Mass. 1975, s. 255–270.

Przyznał on jednak, że kluczowa idea pojawiła się już wcześniej, w 1868 r., w czasie dyskusji z Peircem, które miały miejsce w Klubie Metafizycznym w Cambridge (Massachusetts). Rzeczywiście, początków pragmatyzmu możemy się doszukać w serii antykartezjańskich tekstów Peirce'a wydanych w 1868 r. oraz w opublikowanej w 1871 r. recenzji dzieł George'a Berkeleya w tłumaczeniu Frasera<sup>26</sup>. Pierce opisał dość trafnie pragmatyczną koncepcję znaczenia w artykule *Jak uczynić nasze myśli jasnymi*<sup>27</sup> opublikowanym w 1878 r., który potem przedstawił jako „krótki tekst, w którym wyraził swoje opinie, popularyzowane (w Klubie Metafizycznym) pod hasłem pragmatyzmu”. Jednakże, jak wyjaśnił, celowo unikał używania słowa „pragmatyzm”, ponieważ w „tych średniowiecznych czasach nie odważyłbym się użyć angielskiego słowa, które nie korespondowało z przyjętym (powszechnie) znaczeniem”<sup>28</sup> – prawdopodobnie miał tu na myśli obowiązujący wówczas sens tego słowa, czyli „nadgorliwe wścibstwo”<sup>29</sup>. Peirce przedstawił siebie jako twórcę pragmatyzmu podczas wykładu na Harvardzie w roku 1903. Gołąb, którego wypuścił w 1878 r. z rąk, już nigdy jednak do niego nie powrócił..., w związku z tym napisał: „Ostatnio grupa młodych piskląt trzepotała skrzydłami z piór, z których chciałbym, żeby powstało moje potomstwo”<sup>30</sup>.

Zarówno Peirce, jak i James widzieli w pragmatyzmie przede wszystkim metodę i sposób dociekania filozoficznego, w którym skupiamy się na pragmatycznych skutkach, a nie na samej doktrynie filozoficznej; ponadto pragmatyzm sam w sobie od samego początku był niezwykle różnorodny. Obejmował wiele dziedzin, zainteresowań i punktów widzenia – co dobrze oddał włoski filozof Giovanni Papini, porównując pragmatyzm z wielkim hotelem, w którym wszyscy goście przechodzą przez jeden i ten sam długi korytarz, przy czym każdy z nich pracuje w swoim własnym pokoju nad pytaniami, które szczególnie go interesują. Inna, mniej korzystna strona owej różnorodności również była widoczna od początku, przede wszystkim w różnych sposobach rozumienia maksymy pragma-

<sup>26</sup> Ch.S. Peirce, *Collected Papers*, red. Ch. Hartshorne, P. Weiss, A. Burks, Cambridge, Mass. 1931–1958, 5.213–357 (1868), 8.7–38 (1871). (Do *Collected Papers* Peirce'a odnoszę się, podając numerację tomu oraz paragrafu. W przypadku opublikowanych artykułów data ujęta w nawias odnosi się do roku publikacji, zaś przy artykułach niepublikowanych do roku powstania).

<sup>27</sup> Ch.S. Peirce, *Collected Papers*, 5.388–410 (1878).

<sup>28</sup> Ch.S. Peirce, *Collected Papers*, 5.13 (c. 1906). (Jeden z wydawców nadał podtytuły: *Maksyma pragmatyczna* oraz *Zastosowanie maksymy pragmatycznej* poszczególnym sekcjom *Jak uczynić nasze myśli jasnymi*).

<sup>29</sup> Jak dotąd udało mi się ustalić, że po raz pierwszy Peirce użył słowa „pragmatyzm” w sierpniu 1899 r. w recenzji książki Johna Fiske, *Through Nature to God* (przedrukowane) w: *Charles Sanders Peirce: Contributions to the Nation*, red. K.L. Ketner, J.E. Cook, Texas Tech Press 1975–1979, s. 210–211. Później użył go ponownie w kolejnej recenzji, tym razem dwóch książek: Anthony Ashley, *Earl of Shaftesbury* (*ibidem*, s. 261). Następnie określa swoje poglądy jako „pragmatyzm” we wpisie pod hasłem: „Pragmatic and Pragmatism” w: J.M. Baldwin, *Dictionary of Philosophy and Psychology*, New York 1902, s. 321–322, przedrukowane w: *Collected Papers*, 5.1–5.

<sup>30</sup> Ch.S. Peirce, *Collected Papers*, 5.17 (1903).

tycznej oraz James'owskiej konstrukcji: Peirce podkreślał związek między słowem „pragmatyczny” a Kantowskim *pragmatische*, który oznaczał mniej więcej tyle, co „eksperymentalny” w opozycji do *a priori*. James natomiast podkreślał związek między słowem „pragmatyczny” a greckim *praxis*, czyli „działanie”.

Te różnice stały się bardziej wyraźne, gdy Peirce zwrócił się w stronę realizmu, subiektywnego sformułowania maksymy, według której na przykład to, że diament jest twardy, oznacza nie tylko, że gdy **będziemy** go ocierać o inny materiał, **pozostawi** na nim rysy, ale także **gdybyśmy** pocierali, to **pozostawiłby** na nim rysy<sup>31</sup>; jak również wtedy, gdy James rozwinął swoją doktrynę woli wiary, a następnie dokonał niezupełnie udanej próby odróżnienia jej od pragmatyzmu-jako-metody, który poprzednio dzielił z Piercem. Pierce już przed 1905 r., mimo że wciąż wyrażał się z sympatią o Jamesie czy nawet o radykalnym brytyjskim pragmatyście F.C.S. Schillerze, narzekał na „bezlitosne nadużycia”, jakich dopuszczono się na jego tekstach; nadużycia tak oczywiste, że był przygotowany na to, by „pożegnać się ze swoim dzieckiem” i ogłosić narodziny słowa „pragmatycyzm”, które brzmiało na tyle źle, że nie należało się martwić o to, że ktoś sobie je przywłaszczy<sup>32</sup>.

Gdy dostrzeżemy pęknięcia widoczne już w rozwinętych koncepcjach metody pragmatycznej oraz zamęt związany z konotacjami z tą czy inną doktryną filozoficzną, nie wspominając już o zmiennym sposobie użycia pojęcia słowa „pragmatyzm” w języku codziennym, nie dziwi fragmentacja pragmatyzmu filozoficznego. A gdy Rorty dotarł do Jamesa, pragmatyzm dokonał radykalnego zwrotu: jaki pogląd mógłby bardziej odbiegać od Peirce'owskiego, mówiącego, że z prawdą mamy do czynienia wtedy: „gdy Ty lub Ja, lub ktokolwiek inny wierzymy, że jest tak, a nie inaczej” oraz że „każdy człowiek jest przekonany, że coś takiego jak prawda istnieje, inaczej nie zadawałby pytań”<sup>33</sup> niż radosne twierdzenie Rorty'ego, że „nie widzi on sensowności użycia pojęcia obiektywnej prawdy”, oraz jego zapewnienia, że prawda „opiera się całkowicie na solidarności”<sup>34</sup>.

Chociaż ich poglądy obejmowały wiele dziedzin (w przypadku Peirce'a była to logika, semiotyka, metafizyka, kosmologia, filozofia nauki itd.; w przypadku Jamesa metafizyka, filozofia religii, filozofia umysłu, etyka), żaden z nich nie miał wiele do powiedzenia na temat filozofii prawa. Choć neopragmatyczny styl Rorty'ego został dobrze przyjęty przez komentatorów związanych z filozofią prawa, jednak to Oliver Wendell Holmes jest tradycyjnie postrzegany jako ten, który zapoczątkował tradycję pragmatyzmu w teorii prawa. W innym miejscu

<sup>31</sup> Ch.S. Peirce, *Collected Papers*, 5.453 (1905): „Pytanie nie brzmi, co się wydarzyło, ale (...) czy ten diament odparł próbę zniszczenia”. W 1878 r. Peirce przyznaje, że „przewracał oczami nad tą kwestią” lub nie był do końca pewien, co o niej myśleć. (Słowo „realista” użyte jest w tym miejscu jako przeciwieństwo „nominalisty”; S. Haack, *Realisms and Their Rivals*, s. 78–80).

<sup>32</sup> Ch.S. Peirce, *Collected Papers*, 5.414 (1905).

<sup>33</sup> Ch.S. Peirce, *Collected Papers*, 2.135 (1902), 5.211 (1903).

<sup>34</sup> R. Rorty, *Trotsky and the Wild Orchids*, *Common Knowledge* 1.3 (1992), s. 141; *Objectivity, Relativism and Truth*, Cambridge 1991, s. 32.

nakreślono ewolucję filozoficznego pragmatyzmu mającą początek u Peirce'a, przez Rorty'ego itd.<sup>35</sup>; tutaj jednak rozpocznę od Holmesa i miejsca, jakie zajmuje w historii klasycznego pragmatyzmu.

\*\*\*

Jak wiemy, Holmes uczęszczał na niektóre wykłady Peirce'a w Intytucie Lowella w 1866 r.<sup>36</sup> i wydaje się, że był związany z Klubem Metafizycznym jeszcze przed jego zawiązaniem. W roku 1868 James, pisząc do Peirce'a z Berlina, zaproponował: „Stwórzmy stowarzyszenie filozoficzne, kiedy wrócę do domu, aby regularnie się spotykać i omawiać najszerze i najdonioślejsze pytania – stowarzyszenie, które zgromadzi jedynie najlepsze osoby z Bostonu”, przewidując jednocześnie, że „po paru latach może to przerodzić się w coś niezwykle ważnego”<sup>37</sup>. Dowody wskazują jednak, że choć od początku był jego członkiem, rzadko pojawiał się na spotkaniach klubu po zimie przełomu 1871 i 1872 r.; w 1927 – kiedy był jego jedynym żyjącym jeszcze członkiem – oznajmił Charlesowi Hartshorne'owi (jednej z najmłodszych osób, które opracowały *Pisma zebrane* Peirce'a), że „niedługo i on wypadnie z drużyny”<sup>38</sup>.

W roku 1906, pisząc o pochodzeniu pragmatyzmu, Pierce przyznał, że wpływ na niego miało dwóch adwokatów, którzy również uczestniczyli w spotkaniach. Pierwszym był Nicholas St. John Green – „zdolny prawnik i uczeń Benthama”, który podkreślał konieczność zastosowania definicji przekonania Alexandra Baina, mówiącej, że jest tym „pod wpływem czego człowiek jest gotowy do działania” – którą Peirce rozwinął w: „pragmatyzm to niewiele więcej niż następstwo”. Drugą osobą był Chauncey Wright, wówczas „ktoś w rodzaju filozoficznego celebryty (...) nasz mistrz bokserski, w przypadku którego przywykliśmy, że dostawał srogo w kość”. Mimo że wypowiadał się ciepło o Holmesie, pisząc: „Sprawiedliwy Pan Holmes nie odbierze tego źle, gdy przyznamy, że z dumą wspominamy jego członkostwo”<sup>39</sup>, to jednak nie wspomina nic o jego wpływie na swoje poglądy. Holmes wspominał później, że wydaje mu się, „iż więcej nauczył się od Chaunceya Wrighta i St. Johna Greena” niż od samego Peirce'a. Następnie wyraził swoje wątpliwości

<sup>35</sup> S. Haack, *Pragmatism, Old and New, Contemporary Pragmatism* 1.1 (2004), s. 1–41; przedruk w *Pragmatism, Old and New*, red. S. Haack, R. Lane, New York 2006.

<sup>36</sup> M. De Wolfe Howe, *Justice Oliver Wendell Holmes: The Shaping Years*, Cambridge, Mass. 1957, s. 251; P.P. Wiener, *Evolution and the Founders of Pragmatism*, Cambridge, Mass. 1949; Philadelphia 1972, s. 75. Wykłady (niepublikowane) Peirce'a zatytułowane były „The Logic of Science and Induction”.

<sup>37</sup> M. Fisch, *Was There a Metaphysical Club in Cambridge?* (w:) *Studies in the Philosophy of Charles Sanders Peirce*, red. G. Moore, R. Robin, Amherst, Mass. 1964, s. 4; R.B. Peary, *The Thought and Character of William James*, Boston 1935, s. 508; znaleziono także w: L. Baker, *The Justice from Beacon Hill: The Life and Times of Oliver Wendell Holmes*, New York 1991, s. 214–215.

<sup>38</sup> M. Fisch, *Was There a Metaphysical Club in Cambridge?*, s. 22.

<sup>39</sup> Ch.S. Peirce, *Collected Papers*, 5.12 (c. 1906).

co do przypuszczeń Hartshorne'a dotyczących ogromnego wpływu, jaki wywrze publikacja tekstów Peirce'a<sup>40</sup>.

Biorąc pod uwagę to, jak bardzo niefortunne znaczenie miało wówczas obojętujące, potoczne użycie słowa „pragmatyzm” oraz fakt, że *The Common Law* oraz *Ścieżka prawa* zostały opublikowane, jeszcze zanim James wprowadził do obiegu słowo „pragmatyzm” w jego ściśle filozoficznym rozumieniu, nie dziwi fakt, że Holmes nigdy oficjalnie nie wiązał się z pragmatyzmem. Co więcej, kiedy James przedstawił swoją koncepcję pragmatyzmu światu, Holmes, podobnie jak większość czytelników, miał trudności w odróżnieniu jej od *Woli wiary* Jamesa, którą określił w liście do Fredericka Pollocka „zabawnymi bredniami”<sup>41</sup>. Kiedy zatem później czytał jedną z pierwszych antologii tekstów Peirce'a<sup>42</sup>, uderzyło go to, że „jego rozumowanie dotyczące kwestii takich jak religia wydaje się odzwierciedlać to, w co chciałby wierzyć, pomimo oddania logice”<sup>43</sup>. Najwyraźniej jednak był pod wrażeniem napisanego przez Deweya w 1931 r. dzieła *Experience and Nature*<sup>44</sup>, które „pomimo że było niesamowicie źle napisane (...) tak jakby Bóg nie mógł się wysłowić, a jednak przemówił, chcąc koniecznie opisać [kosmos]”<sup>45</sup>.

W 1942 r. Max Fish określił *The Common Law* Holmesa jako „wypełnione duchem pragmatyzmu, dźwięcznymi zdaniami, które oddają jego tematykę – »życotem prawa nie jest logika, lecz doświadczenie« – aż do samego końca”<sup>46</sup>. W roku 1949 Philip Weiner zatytułował rozdział ósmy swojego dzieła *Evolution and Founders of Pragmatism*: „Pragmatyzm ewolucyjny w teorii prawa Holmesa”<sup>47</sup>. Ponadto wielu komentatorów dostrzegło wyraźną paralełę między Holmes'owskim przedstawie-

<sup>40</sup> Holmes do Charlesa Hartshorne'a, 25 sierpnia 1927 r.; źródło: M. Fisch, *Was There a Metaphysical Club in Cambridge?*, s. 10–11.

<sup>41</sup> *Holmes-Pollock Letters: The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Sir Frederick Pollock, 1874–1932*, red. M. De Wolfe Howe, Cambridge, Mass. 1941, s. 139 (June 17, 1908).

<sup>42</sup> *Chance, Love, and Logic*, red. M.R. Cohen, University of Nebraska Press 1998. Jednakże Peirce najwyraźniej o wiele bardziej nie przepadał za doktryną woli wiary niż sam Holmes. W każdym razie rok po publikacji *Woli wiary*, zadedykowanej „mojemu przyjacielowi Charlesowi Sandersowi Peirce'owi”, dość dosadnie napisał o *Will to Learn* (*Collected Papers*, 5.583 (1898)). Holmes mógł zostać wprowadzony w błąd przez tytuł jednego z artykułów Peirce'a *Holmes The Doctrine of Evolutionary Love* znajdującego się w jego wczesnej antologii tekstów. Artykuł ten opowiada o kosmologicznej teorii Peirce'a zwanego „agapizmem”, w której pisze o ewolucji porządku od chaosu poprzez „relację”.

<sup>43</sup> *The Holmes-Cohen Correspondence*, red. E.M. Cohen, *Journal of the History of Ideas* 1948, Vol. 9, s. 34.

<sup>44</sup> J. Dewey, *Experience and Nature*, New York 1929.

<sup>45</sup> *Holmes-Pollock Letters*, 2:287 (May 15, 1931).

<sup>46</sup> M. Fisch, *Justice Holmes, the Prediction Theory of the Law, and Pragmatism* (1942) (w: Ch.S. Peirce, *Semeiotic, and Pragmatism: Essays by Max Fisch*, red. K.L. Ketner, Ch.J.W. Kloesel, Bloomington 1986, s. 8. Powyższe obserwacje Fischa nie mogą zostać odebrane jako sugestia, iż pragmatyzm jest nastawiony wrogo do logiki. Aby mieć jasność, James nie był logikiem, jednak Peirce był ważną postacią w historii logiki współczesnej (czego Fisch był na pewno świadomy). Przed 1880 r. całkowicie niezależnie od Fregego opracował on rachunek zdań i predykatów – rok po wydaniu przez Gottloba Frege'a *Begriffsschrift* (1879, *Conceptual Notation and Related Articles*, Oxford 1972).

<sup>47</sup> P.P. Wiener, *Evolution and the Founders of Pragmatism*.



niem „teorii predykcji” w *Ścieżce prawa* (*The Path of the Law*, 1896) a Peirce’owska maksymą pragmatyczną zawartą w *Jak uczynić nasze myśli jasnymi*:

Rozważmy, jakie praktyczne skutki może pociągnąć za sobą przedmiot naszej myśli i te właśnie skutki będą stanowiły treść pojęcia<sup>48</sup>.

Prawna powinność jest niczym innym jak predykcją, że jeżeli człowiek dokona lub nie dokona pewnego czynu, będzie ukarany w taki czy inny sposób przez wyrok sądu – na ile pozwala prawo<sup>49</sup>.

Jak pewnego razu zasugerował Fisch, być może to maksyma pragmatyczna Peirce’a jest swego rodzaju ekstrapolacją myśli Holmesa, a nie odwrotnie<sup>50</sup> (tak jak ma to miejsce w przypadku teorii performatywów J.L. Austina, która była swego rodzaju ekstrapolacją koncepcji mowy operatywnej H.L.A. Harta)<sup>51</sup>. Idea ta pojawia się u Holmesa już w 1872 r., w notatce w „*American Law Review*”, w której to podsumowuje i popiera krytykę Pollocka dotyczącą dzieła Johna Austina *Lectures on Jurisprudence*. Holmes napisał:

Jak wynika z wielu przykładów sądowej wykładni statutów i konstytucji w naszym kraju (...) w cywilizowanym państwie, to nie wola suwerena kształtuje prawo, nawet jeżeli jest jego źródłem, ale grupa podmiotów, a dokładnie sędziów, którzy je egzekwują i wypowiadają, co jest jego wola (...). Jedynym pytaniem, jakie pozostaje dla prawników, jest: jak postąpi sędzia?<sup>52</sup>

Jednak Fisch zbyt upraszcza. Jak wspomniałam wcześniej, niektóre protopragmatyczne kwestie zauważalne były już w pracach Peirce’a jeszcze przed notatką Holmesa. Ponadto filozofia prawa, rozwinięta przez Holmesa przed wydaniem *Ścieżki prawa*, okazuje się bardziej subtelna i wyszukana, niż sugeruje to etykieta „teorii predykcji”. Zatem musimy się jej przyjrzeć jeszcze bliżej.

<sup>48</sup> Ch.S. Peirce, *Collected Papers*, 5.401 (1878).

<sup>49</sup> O.W. Holmes, *The Path of the Law*, Harvard Law Review 1896, Vol. 10, s. 457–478, przedruk w: *The Collected Works of Justice Holmes*, red. S.M. Novick, Chicago 1995, vol. 3, s. 391. Wszystkie odniesienia do stron tekstu dotyczą tej książki.

<sup>50</sup> M. Fisch, *Justice Holmes, the Prediction Theory of the Law, and Pragmatism*, s. 12.

<sup>51</sup> J.L. Austin, *How to Do Things With Words*, Cambridge 1962, s. 7. Dziękuję Williamowi Widenowi za zwrócenie mi uwagi na ten przypis.

<sup>52</sup> O.W. Holmes, *American Law Review* 1872, Vol. 6, s. 723; S.M. Novick, *The Collected Works of Justice Holmes*, Vol. 1, s. 294–297 (cyt. od s. 295).

### 3. Ścieżka prawa: albo Ty podążysz łatwiejszą drogą, albo ja wkroczę na trudniejszą

Elegancki i aforystyczny styl Holmesa skłaniał jego czytelników do przypuszczeń, że to lub inne pamiętne zdanie w *Ścieżce prawa* ujmuje całą istotę dzieła. Jednak takie wyrażenia, jak: „teoria predykcji”, „teoria złego człowieka” lub „rewolta przeciwko formalizmowi” i inne jednowymiarowe ujęcia, opisujące Holmesa jako, przykładowo, wczesnego prekursora ruchu realizmu prawnego, podejścia prawnoeconomicznego czy antyteoretycznego nie oddają adekwatnie głębi i wewnętrznej złożoności jego teorii prawa.

No właśnie: wewnętrzna złożoność czy może raczej wewnętrzna sprzeczność? Pierwsze zdania *Ścieżki prawa* wydają się niezwykle rzeczowe i praktyczne:

Kiedy studiuje prawo, nie studiuje mistyki, ale powszechnie znaną profesję. Studiuje, co tylko chcemy, aby móc stanąć przed sądem lub by móc doradzać ludziom, jak nie stanąć przed sądem. (...) Przedmiotem naszych nauk jest (...) przewidywanie tego, jaki zasięg powinny mieć siły publiczne, dzięki narzędziom sądowym<sup>53</sup>.

Jednak uwagi końcowe Holmesa odciągają nas od przyziemnych rozważań na temat tego, kiedy powinniśmy się spodziewać nadejścia komornika:

Znając wielu ludzi, którzy odnieśli sukces w życiu, mogę powiedzieć, że nie osiągniemy szczęścia jedynie dzięki temu, iż zostaniemy doradcami w wielkiej korporacji i zacznemy zarabiać pięćdziesiąt tysięcy dolarów. Intelkt, wystarczająco wielki, by osiągać zamierzone cele, potrzebuje także innego pokarmu poza sukcesem. Odległe i bardziej ogólne aspekty prawa są tym, co nadaje mu uniwersalny wymiar. To przez nie właśnie możesz (...) połączyć się z przedmiotem wszechświata, uchwycić echo całości, ujrzeć nieuchwytny proces, namiastkę prawa uniwersalnego<sup>54</sup>.

Niektórzy byliby skłonni po prostu zignorować powyższe uwagi lub uznać je za nic więcej poza godnymi pożałowania dziewiętnastowiecznymi literackimi porywami – to byłby jednak błąd. Mamy tu do czynienia z szerszą perspektywą, w której Holmesowski praktyczny wstęp i wizjonerskie zakończenie są doskonale połączone.

Argumentacja Holmesa przechodzi od przyziemnych rozterek, jakie zajmują przeciętnego adwokata, aż do intelektualnych aspiracji teoretyka prawa. Jego celem jest uporanie się z pewnymi powszechnymi iluzjami. Argumentuje on, że prawo

---

<sup>53</sup> O.W. Holmes, *The Path of the Law*, s. 391.

<sup>54</sup> *Ibidem*, s. 405–406.

nie może być utożsamiane z moralnością; nie należy wykraczać poza konkretną praktykę różnych systemów prawnych oraz że prawo w niczym nie przypomina zbioru pierwszych zasad i aksjomatów, z których moglibyśmy wydedukować właściwe decyzje.

W historii mieliśmy już do czynienia z wdrażaniem niesprawiedliwego prawa; mimo że pojęcia, takie jak: „powinność”, „właściwy”, „zło” lub „zamiar” pojawiają się zarówno w prawnym, jak i moralnym dyskursie, to ich znaczenie rozgałęzia się w dwie różne strony (pełnoprawne moralne postulaty nie są egzekwowane ani nie dają się egzekwować). Zatem, aby mieć jasną wizję prawa, jako całkowicie odrębnego od moralności, musimy odłożyć wszelkie etyczne rozważania na bok; Holmes radzi, aby w tej sytuacji przyjąć perspektywę adwokata, który radzi hipotetycznemu klientowi, niezważającemu na to, czy postępuje moralnie, czy nie, ale chciałby jedynie wiedzieć, jakie postępowanie jest zgodne z prawem. Zatem:

Jeżeli chciałbyś poznać prawo, i tylko prawo, musisz na nie spojrzeć z perspektywy „złego człowieka”, który zważa jedynie na materialne konsekwencje swojego czynu, a znajomość prawa właśnie to mu umożliwia, a nie z perspektywy dobrego człowieka, który odnajduje motywy swojego zachowania – obojętne, czy zgodnego z prawem, czy nie – w mglistych odmętach swojego sumienia<sup>55</sup>.

Tak więc kiedy nasz „zły człowiek” konsultuje się ze swoim adwokatem, nie jest on zainteresowany ideą prawa w ogóle: chciałby po prostu wiedzieć, jakie prawo obowiązuje obecnie w stanie Massachusetts (czy gdziekolwiek indziej). Ponadto, skoro statuty, reguły oraz precedensy są do pewnego stopnia otwartym tekstem, a tam, gdzie takie są, mogą być rozumiane na więcej niż jeden sposób, to ów „zły człowiek” chciałby nie tylko je znać, lecz także przewidzieć, w jaki sposób sędzia może je zinterpretować. Zatem: „To, co rozumiem jako prawo, to przewidywanie tego, w jaki sposób postąpi sąd i nic poza tym”<sup>56</sup>. Ten właśnie aspekt jest ujęty w Holmes’owskiej teorii predykcji oraz klasyfikowaniu go jako protorealisty prawnego.

Sąd zwykle przedstawia swoje orzeczenia w taki sposób, jakby zostały wydedukowane z ogólnych reguł – jak mówi Holmes: w „formie logicznej”, i w związku z tym często zakłada się, że sprzeciw sądu oznacza, że ktoś popełnił błąd logiczny. To jednak jest kolejna iluzja. Owszem, logika ma swoje miejsce w prawie, jednak system prawny jest czymś zupełnie innym od zbioru aksjomatów, z których decyzja może zostać wydedukowana<sup>57</sup>. Sprzeciw sądu jest czymś nieuniknionym, ponie-

<sup>55</sup> *Ibidem*, s. 393.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> W *Traversing Holmes’s Path toward a Jurisprudence of Logical Form* (w:) *“The Path of the Law” and Its Influence: The Legacy of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, red. S.J. Burton, Cambridge 2000, s. 94–132, znajdziemy szczegółową dyskusję dotyczącą tego, jaką rolę w prawie pełni logika według Holmesa.

waż pojawia się on nie z powodu formalnej słuszności lub jej braku, lecz z uwagi na zupełnie różny sposób myślenia w kwestii prawa. Zatem: „Język orzecznictwa sądowego jest głównie językiem logiki. (...) Jednakże za logiczną formą stoi osąd co do względnej wartości i znaczenia konkurencyjnych podstaw prawnych. Zwykle jest to nieświadomy i niewypowiedziany sąd”<sup>58</sup>. Ta właśnie argumentacja sprawia, że Holmes jest zaliczany do kategorii tych, którzy „zwrócili się przeciwko formalizmowi”<sup>59</sup>.

Teraz Holmes może wznieść się na wyższy poziom teorii prawa i przedstawić pozytywny wkład w kwestie rozwoju i ewolucji prawa, znacznie przekraczający prawo-w-Anglii-w-1215-r. oraz prawo-w-Massachusetts-w-1896-r.<sup>60</sup> Wkład ten ma, po pierwsze, wymiar historyczny: dobre studium historii pozwala nam podkreślić siły, które sprawiły, że prawo jest właśnie takie, a nie inne. To pozwoli nam dostrzec, że źródłem prawa mogły być okoliczność lub procedury, które uległy zmianie, lub też że nie ma większej gwarancji dla praw, które egzekwujemy, niż to, że „było to robione w ten sposób od zawsze” i od wielu lat egzekwowane były właśnie na tej podstawie.

Holmes podaje za przykład doktrynę w prawie angielskim, mówiącą, że „wszelka fizyczna zmiana pisemnej umowy przez jedną ze stron uważana jest za działanie przeciw”<sup>61</sup>; oznacza to nie tylko, że umowa nie może zostać użyta, lecz także to, iż umowa sama w sobie zostaje unieważniona. Jak twierdzi Holmes, doktryna ta może zostać wyjaśniona jedynie w kontekście historycznym. Kiedyś wszelkie umowy były całkowicie związane z fizycznym materiałem, na którym były sporządzone; tak więc jeżeli dokument został zniszczony lub pieczęć została złamana, wierzyciel nie mógł odzyskać własności, ponieważ nie było już pisemnego zobowiązania<sup>62</sup>. Później, przeciwnie do ogólnej tendencji w prawie, doktryna ta objęła wszystkie umowy.

Jednakże, jak podkreśla Holmes, uzasadnienie, że „było to robione w ten sposób od zawsze”, nie jest żadnym argumentem dla kontynuacji: „to burzające, że nie mamy lepszego uzasadnienia dla praw i reguł niż to, że zostały one spisane w czasach Henryka IV. Staje się to jeszcze bardziej burzające, jeżeli podstawy, na jakich opierało się stworzenie owych praw, od tamtego czasu zniknęły (...)”<sup>63</sup>. Tak

---

Jednak aktualnie odkładam te złożoności na bok, jako że nie mają one bezpośredniego związku z omawianymi tutaj kwestiami, mając nadzieję na to, że będzie okazja, by do nich powrócić.

<sup>58</sup> O.W. Holmes, *The Path of the Law*, s. 397.

<sup>59</sup> M.G. White, *Social Thought in America: The Revolt Against Formalism*, New York 1949.

<sup>60</sup> Wybrałam rok 1215, ponieważ jest to rok wydania Wielkiej Karty Swobód oraz rok, w którym czwarty sobór laterański zakazał księżom uczestnictwa w próbach ordalii przeprowadzanych w sądzie, natomiast rok 1896 – ponieważ jest to rok, w którym wydano *Ścieżkę prawa*.

<sup>61</sup> O.W. Holmes, *The Path of the Law*, s. 402.

<sup>62</sup> Tak jak dziś nie ma obowiązku zapłaty, gdy czek zostanie zniszczony (zawdzięczaam tę analogię Jennette Watson-Hamilton).

<sup>63</sup> *Javins v. First National Realty Corporation*, 428 F.2d 1071, 1 (1970): „Mające swoje źródło w feudalnym prawie własności założenia dotyczące prawa właściciel–lokator były sensowne w dobie

więc wkład Holmesa zwrócony jest ku przyszłości: sensowne studium tego, „jakie efekty chcemy otrzymać w wyniku wprowadzenia tego prawa, jakie są powody, dla których takie efekty są pożądane, co musimy poświęcić, aby je otrzymać, oraz czy są one warte tej ceny”<sup>64</sup>, oraz w jaki sposób prawo może zostać zaadaptowane do nowych okoliczności.

Holmes zachęca, aby podczas rozważania, na ile ta czy inna interpretacja prawa pozwala osiągnąć zamierzony efekt, który był przecież powodem powstania samego prawa, sędziowie zwrócili uwagę na społeczno-ekonomiczne konsekwencje ich orzeczeń:

Wydaje mi się, że sędziom nie udaje się odpowiednio dostrzec, że ich obowiązkiem jest rozważenie społecznych korzyści (...). Wierzę, że jeżeli szkolenie prawników pozwala im niemal mechanicznie rozważać społeczne korzyści, na których opiera się prawo, które stworzyli, na pewno zawahaliby się tam, gdzie obecnie nie mają żadnych wątpliwości, i zauważyli, że tak naprawdę zajmują się pytaniami, które są sporne<sup>65</sup>.

Stąd powiedzenie Holmesa, że „na poczet racjonalnego studiowania prawa człowiek prawa może być człowiekiem terażniejszości, ale człowiekiem przyszłości musi być człowiek statystyki i ekonomii”<sup>66</sup>. Ten właśnie fragment sprawia, że Holmes jest postrzegany jako prekursor ruchu „prawa i ekonomii”.

Holmes miał na myśli jednak nie tylko ekonomię, lecz także nauki społeczne w ogóle. Przedstawia również rolę, jaką pełnią rozważania na temat „korzyści społecznych”, gdy twierdzi: „Co mamy poza ślepym przypuszczeniem, by pokazać, że prawo karne czyni obecnie więcej dobra niż zła?” i przekonuje, że sędziowie powinni zajrzeć do nauk społecznych, gdzie naukowcy badają, czy przestępca „to degenerat, popełniający morderstwa i dokonujący oszustw, który kierowany jest mroczną i głęboko zakorzoną potrzebą, podobną do tej, która zmusza węża do ukąszenia”, czy też może „przestępstwo, jak zwykle zachowanie ludzkie, jest głównie kwestią naśladownictwa”<sup>67, 68</sup>.

---

społeczeństwa agrarnego (...). W dzisiejszych czasach, dla mieszkańca wartością najmu jest fakt, że oferuje on dach nad głową (...), niektóre sądy zdały sobie sprawę, że pewne zasady dotyczące wynajmu są nieaktualne i nieadekwatne do dzisiejszych transakcji”. Podziękowania dla Terence Anderson za zwrócenie mojej uwagi na tę sprawę.

<sup>64</sup> O.W. Holmes, *The Path of the Law*, s. 404.

<sup>65</sup> *Ibidem*, s. 398.

<sup>66</sup> *Ibidem*, s. 399.

<sup>67</sup> *Ibidem*, s. 400.

<sup>68</sup> Pomimo że Peirce nie odwołuje się do Holmesa *explicito*, to powyższy fragment pochodzący z *Minute Logic* z 1902 r. sugeruje, że mógł on śledzić jego rozważania: „Jeżeli chodzi o władzę publiczną, niech ograniczy się ona do tego, co konieczne dla dobrostanu społecznego (...). Barbarzyńska kara więzienia (...) w najmniejszym stopniu nie sprzyja dobrostanowi publicznemu czy prywatnemu. Jeżeli chodzi o sprawy karne, to pozbyłbym się ich (...) poprzez przetrzymywanie przestępców we

Teraz widzimy w pełnej okazałości wprowadzenie Holmesa zmierzające do szczytów olimpijskich jego mowy końcowej. To, co na początku wyglądało jak czysta ignorancja analiz prawnych sir Jamesa Stephena, „zamierzająca dokonać beżytecznej kwintesencji wszystkich systemów, zamiast trafnej analizy jednego”<sup>69</sup> – teraz jest dla nas wskazówką. Wszystkie systemy prawne mają wymiar lokalny, określony dla danego miejsca i czasu, a idea „prawa samego w sobie” jest czystą iluzją. Jak Holmes napisał później, w sprawie *Southern Pacific v. Jensen*: „Prawo powszechne to nie złowieszcza wszechobecność spoglądająca z góry, ale głosem suwerena lub quasi-suwerena, który może zostać zidentyfikowany (...), jest zawsze głos jakiegoś stanu”<sup>70</sup>. Ponadto każdy system prawny jest historycznym artefaktem, który ewoluował, wyrósł i zaadaptował się w odpowiedzi na zmieniające się okoliczności, naciski oraz potrzeby społeczne.

To oznacza, że z najszerzej perspektywy prawo, teraz rozumiane jako zakumulowana historia i trwająca ewolucja niezliczonych systemów prawnych, obejmuje zarówno przeszłość, jak i przyszłość społecznej organizacji ludzkości, w skrócie: cywilizacji. Holmes wciąż powraca do tej kwestii:

Jeżeli przedmiotem jest prawo, drogi prowadzą przez antropologię, nauki o człowieku, ekonomię polityczną, teorię prawodawstwa, etykę, jedynie parę ścieżek od ostatecznej wizji świata<sup>71</sup>.

Przedmiotem jest to, w czym jesteśmy zjednoczeni – abstrakcja zwana Prawem, podczas gdy w magicznym lustrze widzimy odbicie nie tylko naszego życia, ale wszystkich ludzi przed nami (...), którzy stali wobec prawa (...), historii, moralnego życia rasy ludzkiej<sup>72</sup>.

Czczę prawo (...) jako jeden z najpotężniejszych wytworów ludzkiego umysłu (...). Ma ono ostateczne roszczenie do tego tytułu, z samego faktu swojego istnienia, które nie jest heglowskim snem<sup>73</sup>.

W taki właśnie sposób studium prawa „łączy się z wszechświatem” i może także obiecać „namiastkę prawa powszechnego”<sup>74</sup>.

---

względnych luksusach, robiąc z nich pożytek i zapobiegając reprodukcji. Byłyby to samowystarczalne oddziały stanowe, a jedynym wydatkiem byłby fakt, że nie możemy się na nich zemścić”; Ch.S. Peirce, *Collected Papers*, 2.164.

<sup>69</sup> O.W. Holmes, *The Path of the Law*, s. 403.

<sup>70</sup> *Southern Pacific v. Jensen*, 244 U.S. 205, 222 (1917). (Fragment ten nie wyraża się całkowicie jasno na ten temat, ale tak jak go rozumiem, Holmes przedstawia kontrast pomiędzy „prawem niektórych stanów” a „prawem w ogóle”).

<sup>71</sup> O.W. Holmes, *The Profession of the Law*, zakończenie wykładu dla studentów Harvardu z 17 lutego 1886 r. (w:) J.J. Marke, *The Holmes Reader*, s. 67.

<sup>72</sup> O.W. Holmes, *The Law*, s. 62.

<sup>73</sup> O.W. Holmes, *The Path of the Law*, s. 402.

<sup>74</sup> *Ibidem*, s. 406.

Holmes zaczyna od rzeczowego i przyjemnego spojrzenia na prawo, stwierdzając i jednocześnie kpiąc z idei „kwintesencji wszystkich praw”, że „ogromna część kiepskich rzeczy” należy do dziedziny prawoznawstwa<sup>75</sup>. Wciąż jednak nie możemy go nazwać „pragmatykiem” w obecnym tego słowa znaczeniu, gdzie „pragmatyczny” oznacza praktyczny kosztem teorii, a uniemożliwiają to jego empatyczne deklaracje, takie jak „teoria jest moim przedmiotem, nie praktycznym szczegółem”<sup>76</sup> oraz „w prawie mamy raczej niedosyt niż nadmiar teorii”<sup>77</sup>. Bardziej trafne jest stwierdzenie, że podczas gdy wyrzeka się on bezużytecznie unoszących się abstrakcji i jest pełen szacunku dla codziennych rozterek pracującego adwokata, nadal dąży do stworzenia kompleksowej koncepcji prawa jako ludzkiej instytucji, która wciąż ewoluuje.

Holmes, zachęcając do spojrzenia na prawo z perspektywy „złego człowieka”, przestrzega, „że będzie to nieprzyjemne uczucie dla tych, którzy mają potrzebę jak najszerzej obecności etyki w prawie”<sup>78</sup>, podkreśla jednak, że pytania moralne nie mogą być mylone z pytaniami prawnymi. Uważa on, iż sędziowie często popełniają błędy lub samooszukują się co do prawdziwych podstaw ich decyzji i wyroków, sugerując jednocześnie, aby spojrzeli na nowo na kwestię „korzyści społecznej”. Nie dziwi zatem, że Holmes jest postrzegany jako jeden z ważniejszych prekursorów ruchu realizmu prawnego<sup>79</sup> lub że to właśnie on był później wciąż na nowo cytowany przez realistów. Karl Llewellyn w roku 1930 napisał, że „reguły (...) są istotne tak długo, jak długo pozwalają przewidzieć decyzję sędziów lub jak długo pozwolą Ci wpłynąć na ich decyzję (...). To ich jedyny istotny wymiar, oprócz tego, że są jeszcze dość zabawne”<sup>80</sup>. Podkreślał jednocześnie wpływ Holmesa, pisząc: „Koncepcja »prawdziwych reguł« dochodzi do łask, odkąd po raz pierwszy wyjaśnił ją Holmes”. W tym kontekście Llewellyn przeciwstawia „prawdziwe” reguły „papierowym”<sup>81</sup>, używając języka niezwykle podobnego do tego używanego przez Peirce’a. Rozważając jednocześnie w tym samym artykule wzajemne wpływy nauk społecznych i prawa, zaobserwował, że „rozważania Holmesa sięgają aż dwa pokolenia wstecz”<sup>82</sup>. Później, w tym samym roku, Jerome Frank nazwał Holmesa „Całkowicie Dojrzałym Jurystą”<sup>83</sup>.

<sup>75</sup> *Ibidem*, s. 403.

<sup>76</sup> *Ibidem*, s. 405.

<sup>77</sup> Por.: „Sędzia Holmes nie poddaje się popularnej, ale nierozsądnej gloryfikacji życia praktycznego nad teoretycznym czy refleksyjnym”; M.R. Cohen, *Justice Holmes* (w): *Mr Justice Holmes*, red. F. Frankfurter, New York 1921, s. 23.

<sup>78</sup> O.W. Holmes, *The Law*, s. 394.

<sup>79</sup> Cyt. za redaktorami wprowadzenia do pierwszego rozdziału, „Antecedents” *American Legal Realism*, red. M.J. Horwitz, I. Thomas A. Reed, Oxford University Press 1993, s. 3.

<sup>80</sup> K. Llewellyn, *The Bramble Bush: Our Law and Its Study*, New York 1930, s. 5.

<sup>81</sup> K. Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence-the Next Step*, *Columbia Law Review* 1930, 30.4, s. 448; Ch.S. Peirce, *Collected Papers*, 5.376 (1877).

<sup>82</sup> K. Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence-the Next Step*, s. 454.

<sup>83</sup> J. Frank, *Law and the Modern Mind*, Gloucester, MA 1970, s. 270.

Być może zatem byłoby sprawiedliwie zaklasyfikować realistów do „postholmesowców”. Nadal jednak nie należy zapominać, że Holmesowi udało się uchwycić namiastkę „kompleksowej koncepcji prawa jako ludzkiej instytucji, która wciąż ewoluuje”, a którą później Llewellyn nazywał drogą protorealizmu.

## 4. Łatanie dziur w Ścieżce prawa

O ile prawdopodobne jest, że adwokat, rzeczywiście doradzając swojemu klientowi („złemu człowiekowi”), usiłuje przewidzieć, co zdecyduje sąd, to wydaje się niedorzeczne zakładać, iż podobnie mógłby uczyć sam sędzia (jednak, aby się upewnić, mógłby on usiłować przewidzieć, co mógłby zdecydować sąd wyższej instancji, jeżeli dojdzie do apelacji). To jedna z pierwszych obiekcji, które przysły mi do głowy, a jak później odkryłam – już dawno temu opisana przez Harta<sup>84</sup>, a jeszcze wcześniej przez Fischa<sup>85</sup>. Obiekcja ta jednak może zniknąć, jeżeli będziemy czytać Holmesa z większą wyrozumiałością<sup>86</sup>. Przyjmowanie perspektywy adwokata i jego klienta, „złego człowieka”, jest narzędziem heurystycznym<sup>87</sup>, które pozwala zaznaczyć dwie istotne sprzeczności: pomiędzy prawem a moralnością oraz pomiędzy prawem w znaczeniu ogólnym oraz prawem w znaczeniu *Prawo-w-Massachusetts-w-1896-r.* Podkreślona zostaje perspektywa „złego człowieka”, dla którego nie jest istotne to, co jest dobre, lub jaka jest „wola Suwerena”, czy nawet co mówi prawo, ale to, co sądy, jako instrument władzy, ustanowią jako prawo.

Prawnik mógłby przewidzieć, że jeżeli „zły człowiek” będzie jechał z prędkością 39 mil na godzinę, w terenie, gdzie dozwolona prędkość wynosi 30 mil na godzinę, to nie będzie on narażony na żadną karę. Nie oznacza to jednak, że ograniczenie prędkości **wynosi** 40 mil na godzinę, a nie 30. Luban twierdzi, że propozycja Holmesa jest absurdalna, ponieważ Holmes nie bierze pod uwagę tego, że racjonalny „zły człowiek” po przeprowadzeniu analizy zysków i strat wziąłby pod uwagę, na ile prawdopodobne jest to, że prawo zostanie wyegzekwowane<sup>88</sup>. Jednak i ta krytyka odnosi odwrotny skutek. Holmes zachęca czytelnika, by ten wyobraził

---

<sup>84</sup> H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford 1961, s. 143.

<sup>85</sup> M. Fisch, *Justice Holmes, the Prediction Theory of Law, and Pragmatism*, s. 8: „To nie do pojęcia, że w swojej pracy sędziego Holmes powinien był myśleć o prawie i jego predykcji, ale bez odwoływania się do procedury odwoławczej”.

<sup>86</sup> Ostatecznie Fisch jest wyrozumiały, gdy uznaje fakt, że Holmes rozpatruje prawo z punktu widzenia praktykującego adwokata.

<sup>87</sup> Już po napisaniu powyższego fragmentu odkryłam, że Brewer również zastosował wyrażenie „narzędzie heurystyczne” w tym kontekście; zob. *Traversing Holmes's Path toward a Jurisprudence of Logical Form*, s. 96. Wcześniej David Luban uznał tę interpretację, jednak odrzucił ją, moim zdaniem ze złych powodów; zob. D. Luban, *The Bad Man and the Good Lawyer*, New York University Law Review 1997, Vol. 72, s. 1573.

<sup>88</sup> D. Luban, *The Bad Man and the Good Lawyer*, s. 1571.



sobie adwokata, który doradza klientowi, jakie zachowanie jest zgodne z prawem, a nie jakie jest nielegalne, ale nie do wykrycia – i robi to na poczet pokazania różnicy między prawem a moralnością. (Być może byłoby to jaśniejsze, gdyby pewne fragmenty napisał w podobnym stylu, w jakim Peirce zrewidował maksymę pragmatyczną, czyniąc ją subiektywną. Tutaj subiektywność oznaczałaby rozważenie, co mogłoby być decydujące, gdyby taka sprawa stanęła przed sądem).

Co istotne, tego rodzaju krytyka skupia się w większym stopniu na początkowych rozważaniach Holmesa, podczas gdy dla mnie najbardziej wartościową częścią *Ścieżki prawa* jest szersze spojrzenie, do którego owe rozważania prowadzą. Spojrzenie, które jest całościowe, nie będąc zbyt abstrakcyjnym; głęboko zakorzenione w realnym świecie, ale pozbawione cynizmu; antyesencjalistyczne w tym, że wyrzeka się poszukiwania mitycznej „kwintesencji wszystkich praw”, nie będąc antyteoretycznym. Systemy prawne mają wymiar lokalny<sup>89</sup> – ktoś mógłby nawet stwierdzić (nie bez ironii), że są takie z istoty. Są „skonstruowane społecznie”, naznaczone przypadkowością i sytuacyjnymi osobliwościami, z których pierwotnie powstały i które ewoluowały i zmieniały się pod wpływem nowych okoliczności. Wciąż jednak historia rozwoju systemów prawnych to dzieje długiej i trudnej walki człowieka o cywilizowane życie społeczne.

Aby mieć jasność, próba integracji konkretnego z ogółem, wymiaru lokalnego z globalnym, monotonii z inspiracją dokonana przez Holmesa jest wciąż daleka od ideału, jednak jest ona wystarczająco dobra, by zadośćuczynić próbie jej ulepszenia, wypełnić pewne miejsca, w których wydaje się, że mamy „raczej niedobór niż nadmiar teorii” – szczególnie tam, gdzie wydaje się on skrycie przyjmować pewien rodzaj całkowicie abstrakcyjnej i esencjalistycznej filozofii, której oficjalnie przecież się wystrzegal.

W nawiązaniu do spostrzeżenia Holmesa, iż „większość różnic” to jedynie różnice w stopniu, „gdy zostaną odpowiednio zanalizowane”<sup>90</sup>, oraz do Pierce’owskiej zasady regulatywnej zwanej synechizmem, według której preferowane są hipotezy, zakładające ciągłość w zestawieniu z tymi, które opierają się na ostrych dychotomiach<sup>91</sup>, sugeruję, aby spojrzeć na ciągłość systemów norm społecznych, od plemiennych i religijnych zwyczajów i tabu, reguł i kar poprzez „nielegalne

<sup>89</sup> Arthur R. Hogue pisze, że „tak zwane prawo powszechne nie jest miejscowym zwyczajem. Zwykłe nie mówi się o nim jako o regionalności (...) tak jak hrabstwo Kent (...), które do 1926 r. mogło cieszyć się swoimi własnymi oryginalnymi zasadami dziedziczenia”, ale raczej „ma zastosowanie w całym królestwie” (*Origins of the Common Law*, Bloomington 1966; Indianapolis 1986, s. 187–188). Jednak „zastosowanie w całym królestwie” ma wciąż wymiar lokalny, w zamierzonym znaczeniu.

<sup>90</sup> *Rideout v. Knox*, 148 Mass. 368, 19 N.E. 390 (1889). Opinia Holmesa została opublikowana również w H.C. Shriver, *The Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes: Constitutional Opinions, Selected Excerpts and Epigrams as Given in the Supreme Judicial Court of Massachusetts (1883–1902)*, Buffalo 1940, s. 162–166.

<sup>91</sup> Ch.S. Peirce, *Collected Papers*, 6.102–163 (1892); zob. także S. Haack, *Not Cynicism but Synechism: Lessons from Classical Pragmatism*, Transactions of the Charles S. Peirce Society 2005, 41.2 (Spring), s. 239–252; *A Companion to Pragmatism*, red. J. Margolis, J. Shook, Oxford 2006.

porządki prawne” brazylijskich faveli, o których pisze Boaventura de Sousa Santos<sup>92</sup>, aż do scentralizowanych, paradygmatycznych przypadków systemów prawnych kiedyś i teraz oraz złożonych, zazębiających się, a czasem wręcz sprzecznych zbiorów praw stanowych, federalnych czy prowincjonalnych systemów prawnych, a także narodowych i międzynarodowych itd. I zamiast spierać się o to, które z nich są prawdziwie zgodne z prawem, należy zbadać, które z nich są podobne, a które całkowicie różne<sup>93</sup>. Aby móc osiągnąć absolutną pewność, byłoby to dość żmudne przedsięwzięcie, ale wierzę, że dzięki temu wiedzielibyśmy wszystko, co powinniśmy, bez wikłania się w metafizyczny impas, czym skutkuje zadawanie esencjalistycznych pytań typu: „Czym jest prawo?”<sup>94</sup>.

Holmes zachęca, aby sędziowie byli bardziej skłonni rozważać „społeczne korzyści”, a w szczególności zaś ekonomiczne konsekwencje ich orzeczeń, nie mówi nam jednak, kiedy takie rozważania byłyby adekwatne lub w jaki sposób mielibyśmy je porównywać z rozważaniami innego typu. Nie odnajduję w *Ścieżce prawa* niczego, co *explicite* rozróżniłoby oskarżanie niewinnego człowieka, aby uniknąć zbiorowej paniki, ponieważ grasuje seryjny morderca, lub też przedłużanie wyroku osoby skazanej za napaści seksualne, aby zmniejszyć prawdopodobieństwo ponownego popełnienia przestępstwa, od opierania naszych rozważań na korzyściach i kiedy to możliwe, uznania wszystkich producentów szkodliwego leku za częściowo winnych, kiedy wskazanie, kto rzeczywiście go wyprodukował, okazuje się niemożliwe<sup>95</sup> (lub uznawać producenta leku za częściowo winnego, nawet

<sup>92</sup> B. de Sousa Santos, *Toward a New Common Sense*, New York 1995, zwłaszcza s. 158, 249. Według moich brazylijskich informatorów tak naprawdę to dealerzy narkotykwowi utrzymują porządek w favelach. Być może zatem przykład ten jest daleki od idei scentralizowanego prawa, bliższy natomiast przykładowi kar nakładanych przez mafie, niż sugerował to Santos w swoich opisach (W książce Santosa nie znajdziemy w indeksie takich haseł, jak „narkotyki” czy „dealerzy narkotykwowi”. Nie udało mi się ustalić, czy powodem tego było to, że sprawy miały się nieco inaczej w roku 1970, w którym Santos badał rolę quasi-legalnej instytucji Stowarzyszenia Rezydentów „Pasargada”).

<sup>93</sup> Por. S. Haack, *Defending Science-Within Reason: Between Scientism and Cynicism*, New York 2003, rozdział 6; zamiast zastanawiać się, czy nauki społeczne są prawdziwymi naukami, staram się zbadać i pokazać, w jakim zakresie są one różne, a w jakim podobne do nauk przyrodniczych.

<sup>94</sup> Podejście, które tutaj rekomenduję, ma wiele wspólnego z rozważaniami Llewellyna, który pisze: „Nie mam zamiaru stworzyć definicji prawa (...). Centrum z granicami sięgającymi na zewnątrz”; K. Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence-the Next Step*, s. 432. Niedawno argumentując przeciwko „centralizmowi prawnemu” oraz przekonując do raczej „odśrodkowego” niż „dośrodkowego” podejścia, Galanter zasugerował spojrzenie na wiele różnych narzędzi, które mogą sprzyjać rozstrzygnięciu dysput jako operujących „w cieniu” legalnego systemu prawnego pojmowanego w dość wąski sposób. Stwarza to ramy dla negocjacji dwóch lub więcej stron przez zapewnienie „kart przetargowych”; M. Galanter, *Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law*, *Journal of Legal Pluralism* 1981, Vol. 19, s. 1–47; M. Damaska, *A Foreign Perspective on the American Judicial System (w:) State Courts: A Blueprint for the Future*, red. T.J. Fetter, Williamsburg, Virginia 1978, s. 237–242.

<sup>95</sup> Przykładowo, w sprawach DES (dietylostilbestrol), w których szkodliwość mogła zostać wykryta dopiero wiele lat po ekspozycji na lek – w tym wypadku był to rak, który rozwinął się

jeżeli mamy pewność, że nie sprzedał leku, który wyrządził szkodę)<sup>96</sup>, ani nic, co choć trochę wskazywałoby nam, w jaki sposób Holmes widzi interakcje pomiędzy rozważaniami dotyczącymi polityki społeczno-ekonomicznej a tymi dotyczącymi kwestii wolności, sprawiedliwości czy słuszności.

Jest to luka, którą dostrzegł Benjamin Cardozo, zadając poniższe pytanie:

Pomyślmy o wolności jako o stałej albo lepiej zmiennej, która mogłaby zmieniać się z wiekiem. Czy jej zawartość dana byłaby nam dzięki dedukcji z niezmiennych procedur czy też dzięki żmudnym procesom indukcji z okoliczności czasu i miejsca? Moglibyśmy powiedzieć, że ograniczenie i eksperymenty byłyby dozwolone, pod warunkiem iż dotyczyłyby jedynie wolności działania, a gdyby rezultatem było ograniczenie wolności mowy i myśli, to eksperymenty i ograniczenia byłyby zakazane? (...) Nawet nie śmiem sobie wyobrazić, w jaki sposób Holmes mógłby odpowiedzieć na te czy podobne pytania<sup>97</sup>.

Tak jak Cardozo, wybrałabym mniej abstrakcyjną opcję i przypuszczam, że podobnie zrobiłby Holmes. Kieruje nas w tę stronę jego upodobanie do terminu „władza publiczna”, a nie do austinowskiej „władzy suwerennej”. Nawiązuje on do „zwyczajów Franków, niemieckich lasów czy potrzeb królów normandzkich”<sup>98</sup>, co przypomina nam, że podczas gdy „wola Suwerena” mogła kiedyś odnosić się do wodzów plemiennych lub królów feudalnych, to we współczesnych, bardziej złożonych społeczeństwach mamy do czynienia jedynie z rozproszoną, wydelegowaną „władzą publiczną”, wyrażoną w decyzjach federalnych, stanowych, militarnych i administracyjnych sądów, trybunałów międzynarodowych itd.

Peirce ponownie okazuje się pomocny; tym razem jednak będziemy się opierać na jego koncepcji rozszerzenia znaczenia. Zastanawiając się nad tym, w jaki sposób nasza wiedza się poszerza, teorie naukowe stają się głębsze i gęstsze (i czasem porzucają stare konotacje), Peirce zaobserwował: „O ile więcej słowo »elektryczność« znaczy dziś niż w czasach Franklina; o ile więcej znaczy słowo »planeta«, niż znaczyło w czasach Hiparkusa. Słowa te nabrały znaczenia”<sup>99</sup>. Później czyni podobne uwagi, używając jednak bardziej adekwatnych do naszych czasów przykładów: „Symbole wzrastają (...). Słowa takie jak »siła«, »prawo«, »bogactwo«, »małżeństwo«

---

u córek kobiet, które brały specyfik w trakcie ciąży; *Sindell v. Abbott Laboratories*, 26 Cal.3d 588, 612, 607 P.2d 924, 937, 163 Cal.Reptr. 132, 145 (1980) (zakładając, że „każdy podsądny będzie pociągnięty do odpowiedzialności proporcjonalnie do procentu akcji firmy, które posiadają, chyba że dowiodą, że nie mogli wyprodukować produktu, który wywołał szkodę).

<sup>96</sup> *Hymowitz v. Eli Lilly & Co.*, 73 N.Y.2d 487, 512, 539 N.E.2d 1069, 1078, 541 N.Y.S.2d 941, 950 (1989) (zakładając, że nie powinno wydać się wyroku uniewinniającego osobę, która pomimo że brała udział w produkcji leku DES, to nie wywołała bezpośredniej szkody powodów).

<sup>97</sup> B. Cardozo, *Mr. Justice Holmes* (wprowadzenie), s. 6–7.

<sup>98</sup> O.W. Holmes, *The Path of The Law*, s. 399.

<sup>99</sup> Ch.S. Peirce, *Collected Papers*, 7.587 (c. 1867).

ciągną ją za sobą inne znaczenie niż dla naszych barbarzyńskich przodków<sup>100</sup>. Podobnie pojęcia, takie jak „wolność”, „dobro” itd. stają się głębsze, gęstsze i bardziej konkretne (i czasem pozbawione starszych znaczeń) pod wpływem długiej, ciągle trwającej walki, prawnych dysput i wyzwań, interpretacji i reinterpretacji. Nie są one platońsko stałe i niezmiennie, ale te początkowo ubogie, schematyczne pojęcia z natury otwierają się na mniej lub bardziej ekspansywne interpretacje, dokładne opisy i szersze ekstrapolacje<sup>101</sup>.

Holmes pojmuje prawo jako obejmujące wiele różnych systemów prawnych, dawnych i teraźniejszych: pamiętajmy, że opis historii ewolucji prawa ujawnia „każdy dotkliwy krok i wstrząsający światem pojedynek, podczas których człowieczeństwo wypracowało i wywalczyło swoją drogę od barbarzyńskiej izolacji do organicznego życia społecznego”<sup>102</sup>, i zauważa, że „człowiek może żyć równie wielce w obliczu prawa jak gdzie indziej; tam, ale także gdzie indziej jego umysł może osiągnąć jedność oraz nieskończoną perspektywę”<sup>103</sup>. To wyrażne nawiązanie do peirce’owskiej koncepcji nauki jako ciągłej walki społeczności ludzi dociekających – „hipotetyczna grupa tych, którzy w przeszłości, teraźniejszości i przyszłości zaatakowali twierdzą prawdy”, każdej nowej fali wspinającej się na barkach poprzedników<sup>104</sup>. W przemowie wydanej rok przed *Ścieżką prawa* Holmes napisał:

„Wieczny orszak [kolejnych pokoleń prawników, sędziów i teoretyków prawnych] rusza naprzód, my znajdujemy się obecnie na czele; czarni przywódcy armii, którzy trwają w orszaku nieugięcie od tysięcy lat, próbują dotknąć nieosiągalnego nieba”<sup>105</sup>.

Ten fragment ma więcej wspólnego z peirce’owską koncepcją ludzkiej walki o to, by zrozumieć świat, niż tylko z wojenną metaforą.

Jednakże, podczas gdy Peirce dokonuje niewyraźnych połączeń pomiędzy prawdą a zapytaniem za pomocą swojej pragmatycznej koncepcji prawdy, jako hipotetycznego Ostatecznego Zdania, która zostałaby osiągnięta, gdyby zapytanie miało wymiar nieskończony, a rzeczywistość byłaby przedmiotem ów Ostatecznego Zdania<sup>106</sup>, to Holmes pozostawia nas samych z pytaniem, w jaki sposób wyobraża sobie ewolucję systemów prawnych powiązanych z życiem moralnym rasy ludzkiej.

<sup>100</sup> *Ibidem*, 2.302 (c. 1895).

<sup>101</sup> *Hymowitz v. Eli Lilly*, 507: „Ciągła ewolucja dyktatu sprawiedliwości i uczciwości, które znajdują się w samym sercu systemów prawa powszechnego, wymaga stworzenia remedium na szkodę wywołaną DES”.

<sup>102</sup> O.W. Holmes, *The Law*, s. 63.

<sup>103</sup> Cyt. w: J. Dewey, *Justice Holmes and the Liberal Mind*, s. 35.

<sup>104</sup> Ch.S. Peirce, *Collected Papers*, 7.51 (niedatowane). Metafora „twierdzy wiedzy” została zapożyczona i przejęta od Johna Locke’a.

<sup>105</sup> O.W. Holmes, *Learning and Science*, mowa wygłoszona podczas kolacji w Harvard Law School Association na cześć prof. C.C. Langdella, 25 czerwca 1895 r.; J.J. Marke, *The Holmes Reader*, s. 73.

<sup>106</sup> Zatem prawda i to, co realne, tak jak definiuje je Peirce, są niezależne od tego, jak ją lub ktokolwiek inny je definiujemy. Nie są natomiast niezależne od tego, co hipotetyczne społeczeństwo

\*\*\*

Niektórzy krytycy sugerowali, że podejście Holmesa do relacji pomiędzy prawem i moralnością jest po prostu niekonsekwentne<sup>107</sup>. Niemniej całkowicie spójne jest utrzymywanie (jak robi to Holmes), że prawo i moralność nie mogą być ze sobą identyfikowane, że są one pojęciowo odmienne, a „zło moralne, niesprawiedliwe prawo” nie jest oksymoronem, uważając przy tym, że może dochodzić do większego lub mniejszego ząębienia się pomiędzy nimi oraz że ewolucja prawa może przyczynić się do postępu w sensie moralnym. Być może jednak to, co krytycy mieli na myśli, to raczej trudność w uzgodnieniu Holmes’owskiego uporu, że „żaden z moich słuchaczy nie dokona mylnej interpretacji tego, co mówię, jako języka cynizmu”, gdy w swoim opisie prawa jako „świadka i zewnętrznej lokaty naszego życia moralnego”<sup>108</sup> oraz sugestii, że przez „rozważanie społecznych korzyści” rozumie coś na kształt „promocji dobrego społeczeństwa” niż „traktowanie jednej z klas społecznych jako bardziej uprzywilejowanych”. Kiedy Holmes pisze o (prawnym) „polu walki, gdzie (...) decyzje nie mogą robić nic więcej niż ucieleśniać wybory pewnej instytucji w określonym czasie i miejscu”<sup>109</sup>, czy też o bardziej potężnych interesach wygrywających walkę, to rozumie on przez to, że system prawny jest swego rodzaju przestrzenią dla konkurencyjnych grup społecznych, które mogą rozwiązać swoje konflikty bez uciekania się do brutalnych sposobów. Być może bardziej trafne byłoby spojrzenie na Holmes’owską koncepcję ewolucji prawa jak na zmierzanie w stronę bardziej cywilizowanego życia społecznego czy przejawianie swego rodzaju melioryzmu.

Jednakże teraz widzimy, że problem z poglądami Holmesa na relację pomiędzy prawem a moralnością nie jest niekonsekwencją, ale raczej tendencją do pomijania mało wiarygodnych, lecz prawdopodobnych teorii, mówiących o tym, że systemy prawne odzwierciedlają ewolucje ludzkiego życia społecznego, podążając w przód i w tył za zmianami w moralności, na rzecz mniej prawdopodobnych, ale mocniejszych tez, mówiących, że historia prawa jest historią moralnego postępu.

We wczesnych pracach, takich jak *Primitive Notions in Modern Law*<sup>110</sup>, podobnie jak w pierwszym rozdziale *The Common Law*, Holmes wskazuje nam

---

wymagałoby od nich pod koniec dyskusji. Warto również wspomnieć, że celem Peirce’owskich definicji nie jest zapewnienie ciągłego rozwoju w stronę zbieżności z prawdą lub też jakiegokolwiek gwarancji, że w ogóle uzyskamy do niej dostęp.

<sup>107</sup> Zob. L. Fuller, *The Law in Quest of Itself*, Boston 1966, s. 118; M. White, *Social Thought in America*, s. 69–70; H.M. Hart, *Holmes’s Positivism—An Addendum*, Harvard Law Review 1951, Vol. 64 (February), s. 923. Zob. wcześniejszą odpowiedź na tę krytykę: M. De Wolfe Howe, *Holmes’ Positivism – A Brief Rejoinde*, Harvard Law Review 1951, Vol. 64 (February), s. 939; E.R. Kellog, *The Formative Essays of Justice Holmes: The Making of an American Legal Philosophy*, Westport, Conn. 1984, s. 58–74.

<sup>108</sup> O.W. Holmes, *The Path of the Law*, s. 392.

<sup>109</sup> *Ibidem*, s. 397.

<sup>110</sup> O.W. Holmes, *Primitive Notions in Modern Law*, The American Law Review 1876, Vol. 10 (April), s. 422–439; *Primitive Notions in Modern Law II*, The American Law Review 1877, Vol. 11 (July),

sposoby, w których prymitywna chęć zemsty, według niego będąca prawdziwą podstawą prawa, stopniowo została przekształcona i zaadaptowana wraz z rozwojem cywilizacji. „Pouczającym przykładem, w którym widać, jak prawo rozwinęło się, przechodząc od barbarzyństwa do cywilizacji”, są przykłady prawa, które mówiło, że niewolnik lub lis, gdy zranią kogoś, zostaną skazani na ukamienowanie lub oddanie przez obecnego właściciela w ręce rodziny poszkodowanego, oraz prawa dwunastu stołów w prawie rzymskim, kiedy to ciało nieposłusznego dłużnika może zostać podzielone na tyle części, ilu dłużnik miał creditorów<sup>111</sup>. Prawa te później stopniowo się zmieniały i stawały coraz bardziej racjonalne:

Gdy pradawne zasady utrzymują się, oraz (...) gdy znaleziono dla nich nowe, bardziej odpowiednie uzasadnienia, i (...) stopniowo zmieniały swoją treść i przyjmowały nową formę, na podstawie tych, z których zostały zaszczerpione. (...) Jeżeli prawda nie była dostrzegana dzięki popełnionym błędom, jeżeli poprzednie wersje nie mogły zostać zaadaptowane do nowych okoliczności, ludzki postęp zostałby spowolniony<sup>112</sup>.

Ta ostatnia obserwacja, podobnie jak stwierdzenie przejścia „od barbarzyństwa do cywilizacji”, sugeruje, że Holmes zakładał, iż ewolucja prawa ma charakter progresywny.

Być może myślał on, że dowolny pokojowy sposób rozwiązywania sporów jest lepszy niż alternatywy oraz że jakikolwiek stabilny i przewidywalny porządek prawny jest konieczny do stworzenia jakiegokolwiek cywilizacji; oczywiście żadna z tych propozycji nie jest wystarczająca, aby zaproponować tezę o postępie. W mowie z roku 1913 Holmes zaobserwował, że „nieszczęściem jest, gdy sędzia swoją sympatię (świadomą czy też nie) skierowaną w którąkolwiek ze stron miesza z prawem, całkowicie zapominając, że to, co wydaje mu się oczywistą, pierwszą zasadą, jest tym, co połowa jego kolegów po fachu uważa za niewłaściwe”<sup>113</sup>. Holmes *a priori* wyrzeka się idei moralnych aksjomatów czy pierwszych zasad, jednak nie jest moralnym sceptykiem, ale raczej moralnym fallibilistą, który postrzega etykę w empiryczny i eksperymentalny sposób. Ktoś mógłby zatem pomyśleć o filozofii moralnej Jamesa, zaznaczając jej podobieństwo z Holmes’owską koncepcją „od-

---

s. 641–660. Wykład ten został przedrukowany w: F.R. Kellogg, *The Formative Essays of Justice Holmes*, s. 129–146 i 147–166.

<sup>111</sup> *Lecture I: Early Forms of Liability*, *The Common Law 1881*, w: S.M. Novick, *Collected Works*, vol. 3, s. 115–134. Odpowiedni zapis Dwunastu Tablic to III.2; zob. <http://www.fordham.edu/halsallancient/12tables.html>. (Na pierwszy rzut oka „Tablice” te mogą wyglądać jak zbiór prawnych aksjomatów, po zastanowieniu zauważymy jednak, że idea mówiąca, iż możemy wydedukować decyzje prawne na ich podstawie, wydaje się co najmniej nieprawdopodobna).

<sup>112</sup> *The Common Law*, s. 135.

<sup>113</sup> O.W. Holmes, *Law and the Court*, mowa wygłoszona podczas kolacji w Harvard Law School Association, 15 lutego 1913 r.; J.J. Marke, *The Holmes Reader*, s. 64–65.

mierzania społecznych korzyści” w sensie uwzględniania konkurencyjnych potrzeb różnych grup społecznych – aby otrzymać jaśniejszy teoretyczny opis, który byłby w stanie zastąpić brakujący argument.

W dziele *Filozof moralności, życie moralne* James argumentował, że skoro każde pragnienie ma wymiar moralny, jednym z zadań filozofii moralności jest pogodzenie konkurujących ze sobą pragnień: „To, co tak naprawdę jest możliwe, ma o wiele węższy zakres niż to, co jest potrzebne w naszym świecie; zawsze będzie istnieć różnica pomiędzy tym, co idealne, a tym, co aktualne. Jedynym sposobem na to, żeby nastąpiło przejście między nimi, jest porzucenie części ideału”<sup>114</sup>. W konsekwencji Dewey wzmacnia i udoskonala James’owską ideę, gdy przynosi swoją uwagę z tego, co aktualne, na to, co jest naprawdę pożądane i sprzyjające ludzkiemu rozwojowi; co ciekawe, stwierdza, że warunki ekonomiczne nie powinny być postrzegane „zaledwie” jako narzędzie będące istotnym elementem w „konstrukcji dobra”<sup>115</sup>.

Nawet zakładając, że empiryczno-eksperymentalny styl filozofii moralnej, taki, jaki jest obecny u Jamesa czy Deweya, jest do obrony – czym z pewnością nie będę się tutaj zajmować – wciąż możemy nie mieć teoretycznej gwarancji, iż ewolucja systemów prawnych będzie z założenia progresywna moralnie. Poza tymi heglowskimi snami, do których Holmes lekceważąco nawiązuje, może nie być gwarancji, że jakiejś klasie czy klasom społecznym, z zasady lub w praktyce, zostanie odebrany dostęp do systemu sprawiedliwości lub głos w procesie tworzenia prawa; podobnie może nie być gwarancji, że nie wyewoluują opresyjne i totalitarne społeczeństwa oraz opresyjne prawa; i może nie być gwarancji, że nie nastąpi stagnacja lub upadek cywilizowanego życia społecznego.

W roku 1921 podczas pierwszego podejścia do pierwszego tomu dzieła Oswalda Spenglera, niezwykle i doprowadzającej do szału retorycznej *tour de force* zatytułowanej *Zmierzch zachodu*<sup>116</sup>, Holmes napisał do Pollocka: „Nie jest łatwo, gdy odkrywamy, że ktoś może wiedzieć więcej o życiu niż my (...). Od dawna już nie wyniosłem tak wiele z książki jak w tym przypadku, ale gdybym usłyszał, że ta świnka umarła, dziękowałbym Bogu”<sup>117</sup>. W 1932 r. po przeczytaniu obydwu tomów, już nie w oryginale, napisał ponownie: „Przeklęty Spengler (...) jest tak zadufany w sobie jak to tylko możliwe; ale ta bestia ma pomysły, spośród których wielu nie mogę nawet krytykować, ponieważ nie wiem o nich wystarczająco dużo.

<sup>114</sup> W. James, *The Moral Philosopher and the Moral Life* (1891) (w:) *Selected Writings: William James*, red. G. Bird, London 1995, s. 310–311.

<sup>115</sup> J. Dewey, *The Construction of Good, The Quest for Certainty*, New York 1960, s. 254–286, szczególnie 282–283.

<sup>116</sup> O. Spengler, *Der Untergang des Abendlandes*, 2. vols., Vienna 1918–1922; przekład angielski Ch.F. Atkinson, *The Decline of the West*, New York 1926–1928. Oprócz wielu doprowadzających do szału uroków tego dzieła, pod koniec drugiego tomu przedstawiona zostaje również historia prawie wszytkiego, która między innymi przewiduje koniec nauki w roku 2000(!).

<sup>117</sup> Holmes do Pollocka, 18 lipca 1924 r. (w:) M. De Wolfe Howe, *Holmes-Pollock Letters*, s. 139.

Chciałbym, żeby nie żył<sup>118</sup>. Główne idee owej bestii to to, że wszystkie cywilizacje doświadczają wzlotów i upadków, a cywilizacja zachodnia była wówczas u swojego schyłku. Dzieło Spenglera musiałyby być niezwykle niepokojącym doświadczeniem dla Holmesa i jego nadziei, że ewolucja prawa strzeże nie tylko „życia moralnego ludzkiej rasy”, lecz także moralnego postępu cywilizacji. To może wyjaśniać jego ambiwalentną reakcję, jego uznanie, że nauczył się czegoś od „przekłętego Spenglera”, tej świni.

## 5. Teoria i praktyka: sędzia Holmes

Nie wierzę, że Holmes w ogóle próbował stworzyć procedurę decyzyjną dla sędziów. Ponieważ jego filozofia prawa jest zakotwiczona w założeniu, że systemy prawne mają wymiar lokalny, byłyby niestosowne, gdyby dyktowały one sędziom, w jaki sposób tu i teraz (lub wtedy) powinni podjąć decyzję (lub powinni byli zdecydować). Decyzje sędziowskie zwykle skupiają się na odpowiedzi na pytania specyficzne dla danego czasu i miejsca, kontekstu społecznego czy historii prawa. Mimo że niektórzy traktują jako zarzut to, że Holmes nie stworzył takowej procedury decyzyjnej, ja twierdzę, że jest wręcz przeciwnie. To, co uderzyło mnie na początku, przeglądając tysiące opinii wydanych przez Holmesa, to różnorodność i konkretność poruszanych kwestii: kwestia przyznania przez radę ustawodawczą stanu Massachusetts praw wyborczych kobietom<sup>119</sup>, przyznanie prawa do ograniczenia wysokości ogrodzenia<sup>120</sup>, prawo do zabijania przez władzę stanowe zakazanych koni<sup>121</sup>, doktryna „atrakcyjnej uciążliwości”<sup>122</sup>, zgodność z konstytucją prawa ograniczającego godziny pracy<sup>123</sup> itd., oraz to, iż zrozumienie argumentacji Holmesa jest prawie niemożliwe bez odniesienia się do prawnego kontekstu oraz okoliczności społecznych, w których powstała.

Niemniej dwie kwestie, które pojawiają się w jego opiniach konstytucyjnych, mogły mieć pośredni wpływ na moją interpretację *Ścieżki prawa*. Pierwsza z nich dotyczy tego, że o ile konstytucja ma swoje źródła w przeszłości, to w gruncie rzeczy zostaje stworzona z myślą o nieznannej przyszłości. Jak pisze Holmes w *Gompers*:

---

<sup>118</sup> Holmes do Pollocka, 15 maja 1932 r. (w:) M. De Wolfe Howe, *Holmes-Pollock Letters*, s. 309.

<sup>119</sup> *In re Municipal Suffrage to Women*, 160 Mass. 586, 36 N.E. 488 (1894); stanowisko Holmesa przedrukowane w: *The Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, s. 6–9.

<sup>120</sup> *Rideout v. Knox*, 148 Mass. 368 (1889); *Smith v. Moore*, 148 Mass. 407, 19 N.E. 393 (1889); stanowisko Holmesa zostało przedrukowane w: *The Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, s. 167–168.

<sup>121</sup> *Miller v. Horton*, 152 Mass. 540, 26 N.E. 100 (1891); stanowisko Holmesa przedrukowane w: H.C. Shriver, *The Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, s. 171–180.

<sup>122</sup> *United Zinc and Chemical Co. v. Britt*, 258 U.S. 268 (1922); zob. także *Sioux City & Pac. R.R. Co. v. Stout*, 84 U.S. 657 (1873); *Union Pac. Ry. Co. v. McDonald*, 152 U.S. 262 (1894); *Erie R.Co. v. Hill*, 247 U.S. 97, (1918).

<sup>123</sup> *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).



Klauzule konstytucyjne nie są formułami matematycznymi zawierającymi istotę w samej formie; to żywe organiczne instytucje (...). Ich znaczenie jest kluczowe, a nie formalne; muszą zostać stworzone nie tylko za pomocą słów i słownika, ale poprzez rozważenie ich pochodzenia i linii rozwoju<sup>124</sup>,

oraz w uzasadnieniu sprawy *Missouri v. Holland*:

Kiedy mamy do czynienia ze słowami, które mają również wymiar aktu konstytucyjnego, tak jak w przypadku Konstytucji Stanów Zjednoczonych, musimy zdać sobie sprawę, że powołaliśmy do życia byt, którego powstanie nie mogło być przewidziane nawet przez największych z ojców. Wystarczył im fakt lub nadzieja, że udało im się stworzyć organizm; trwało to wiek, a ich następców kosztowało wiele krwi i potu, aby pokazać, iż stworzyli naród. Sprawa, która stoi przed nami, musi zostać rozważona w świetle całego naszego doświadczenia, a nie zaledwie tego, co zostało powiedziane sto lat temu<sup>125</sup>.

Drugą istotną kwestią jest to, że konstytucja pozostawia otwartą możliwość eksperymentowania, metodą prób i błędów. Kwestia ta jest szczególnie jasno wyłożona przez Holmesa w sprzeciwie z 1921 r. dotyczącym prawa do pikietowania, w związku ze sprawą *Truax v. Corrigan*:

Nie ma niczego, co potępiłbym bardziej niż użycie Czternastej Poprawki, aby przeciwdziałać eksperymentom społecznym, które są istotną częścią społeczeństwa, w odizolowanych pomieszczeniach, na które mogą sobie pozwolić niektóre stany, pomimo że eksperymenty mogą wydawać się monotonne i szkodliwe<sup>126</sup>.

Oczywiście kwestia ta była poruszana wiele lat wcześniej, w jednej z najbardziej znanych opinii Holmesa, sprzeciwie w sprawie *Lochner* (1905). Większość orzekła, że prawo ograniczające pracę piekarzy do nie więcej niż 10 godzin dziennie oraz 60 godzin tygodniowo jest niekonstytucyjne: to „ingeruje w prawo do zawierania kontraktu pomiędzy pracodawcą a pracownikiem”<sup>127</sup>. W swoich sprzeciwach sędziowie Harlan, White i Day argumentowali, że „wolność dotycząca umów również może podlegać regulacjom (...) w celu ochrony zdrowia publicznego”, a ponieważ praca w piekarni jest wyczerpującą pracą w wysokiej temperaturze, ograniczenia były uzasadnione z uwagi na zdrowie publiczne. Jednakże w swo-

---

<sup>124</sup> *Gompers v. United States*, 233 U.S. 604, 610 (1914).

<sup>125</sup> *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416, 433 (1920).

<sup>126</sup> *Truax v. Corrigan*, 257 U.S. 312, 344 (1921). W tym samym zdaniu odrębnym Holmes pisze, że nieuchwytna „dokładność jest źródłem błędu całego prawa”; *ibidem*, s. 342.

<sup>127</sup> *Lochner v. New York*, s. 541.

im sprzecznie Holmes nie tylko zaobserwował, że „rozsądny człowiek mógłby stwierdzić, iż byłby to dobry sposób oceny zdrowia”; podkreślał on także kwestię stanowej wolności do eksperymentowania<sup>128</sup>:

Decyzja w tej sprawie opiera się na teorii ekonomicznej, której większość kraju nie uznaje. Gdyby pytanie dotyczyło tego, czy popieram ową teorię, to powinienem przestudiować ją dogłębnie, zanim podejmę decyzję. Ale nie postrzegam tego za mój obowiązek, ponieważ uważam, że moja zgoda lub jej brak nie ma nic wspólnego z prawem mówiącym, iż większość ma prawo do wyrażania swoich opinii w postaci prawa (...). Konstytucja nie jest po to, by ucieleśniać jakąkolwiek teorię ekonomiczną (...). Jest stworzona dla ludzi o fundamentalnie różnych poglądach<sup>129</sup>.

Nie wydaje mi się, że byłoby zbyt wielką fantazją spojrzeć na tę kwestię, jakby miała pewne powiązania z Holmes'owską koncepcją prawa jako forum służącego do rozwiązywania w sposób pokojowy nieuniknionych sporów pomiędzy grupami społecznymi. Być może miała ona również związek z jego osobistym doświadczeniem wojny domowej<sup>130</sup>.

Pod koniec swojego długiego życia sędzia Holmes, „Janek z Olimpu”<sup>131</sup> zdobył duże poważanie społeczne. Wydany z okazji jego dziewięćdziesiątych urodzin tom (w którym Cardozo podniósł kwestię dotyczącą niezmienności i elastyczności terminów prawnych) zawierał sławny tekst Deweya *Justice Holmes and the Liberal Mind*. Pomimo że Holmes nie wymyślił „społecznego panaceum ani sztywnego programu społecznego”, Dewey napisał, że był całkowicie oddany „liberalizmowi jako metodzie (...), zaadaptował ów naukowy styl i usiłował zastosować go do kwestii społecznych”. Zaadaptowanie naukowego stylu sędziego do dość ograniczonych kontekstów prawnych w żadnym stopniu nie obniżyło wartości jego pracy jako

---

<sup>128</sup> Warto jednak zanotować, że w *Missouri v. Holland* Holmes napisał, że podczas gdy „nie ma wątpliwości co do tego, że prywatne stosunki zwykle podlegają regulacji stanowej, (...) ale umowa może nad nią przeważać”, s. 434.

<sup>129</sup> *Lochner v. New York*, s. 546. Podkreślam, że Holmes nie opiera się tutaj na swojej ocenie społeczno-ekonomicznych konsekwencji wyroku. Później w swoim sprzeciwie zaznacza, że „ogólne kwestie nie decydują o poszczególnych sprawach. Decyzja będzie się opierać na sądzie lub intuicjach bardziej subtelnych niż jakiegokolwiek wyraźne przesłanki”; *ibidem*, s. 547.

<sup>130</sup> Holmes służył przez trzy lata w armii. Przez pierwsze dwa jako porucznik w 20. Dywizji Piechoty Massachusetts; „trzykrotnie ranny, dwukrotnie prawie śmiertelnie, zapadł też na czerwonkę (S. Novick, *A Brief Biography of Justice Holmes* (w:) *Collected Works of Justice Holmes*, s. 9). Warto również wspomnieć, że w *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200, 207 (1927), swojej najbardziej znanej opinii, Holmes pisze, że poświęcenie, którego wymaga się od Carrie Buck (niepełnosprawnej intelektualnie kobiety, którą stan Virginia chciał skierować na sterylizację), nie jest aż tak ogromne w porównaniu z poświęceniem tych, którzy ryzykują życie dla kraju.

<sup>131</sup> Nawiązuje oczywiście do noweli Catharine Drinker Bowen opowiadającej o życiu Holmesa, *Holmes, Yankee from Olympus* (Boston 1944). Sztuka stworzona przez Emmetta Lavery'ego oraz film noszący tytuł *The Magnificent Yankee*.

„wzoru liberalnego stylu”<sup>132</sup>. „New York Times”, po śmierci Holmesa w roku 1935, opisał go jako „głównego liberała Sądu Najwyższego, pełniącego swoje obowiązki od 29 lat”<sup>133</sup>.

Od tamtego czasu jednak wielu zaczęło uważać, że Holmes nie zasłużył na tak dobrą reputację – jego praca nazywana była triumfem doskonałego stylu literackiego nad ubogim stylem sędziowskim. Krytykowano również jego opinie sędziowskie, określając je konserwatywnymi, ograniczonymi, nieoświeconymi czy nawet gorzej<sup>134</sup>. W latach 1941–1943 opublikowana seria artykułów wskazywała na związek filozofii Holmesa z totalitaryzmem<sup>135</sup>; w 1945 r. Ben Palmer spopularyzował tę krytykę w „American Bar Association Journal”, w artykule *Hobbes, Holmes i Hitler*<sup>136</sup>. W 1950 r. artykuł zamieszczony w „Boston American” opisywał Holmesa jako „cynicznego i starszego brutalitarianina”<sup>137</sup>. Bardziej współcześnie, w 1997 r. Louise Weinberg napisała o „mizerności” Holmes’owskiej pracy jako sędziego<sup>138</sup>, a kiedy w 2000 r. Albert Alschuler prowokacyjnie zapytał: „Czy chciałbyś mieć Holmesa za przyjaciela?”<sup>139</sup>, odpowiedź brzmiała: „Oczywiście, że nie!”.

Kto kogo chciałby mieć za przyjaciela, nie jest istotną kwestią. Jest to jednak intrygujące pytanie. Zastanawiając się nad odpowiedzią, dochodzę do wniosku, że Holmes mógłby okazać się zbyt wyniosły jak na mój gust; podobnie myślał

---

<sup>132</sup> J. Dewey, *Justice Holmes and the Liberal Mind* (w: F. Frankfurter, *Mr. Justice Holmes*, s. 34–35. Zob. także J. Tufts, *The Legal and Social Philosophy of Mr. Justice Holmes*, *American Bar Association Journal* 1921, Vol. 7, s. 359; R. Pound, *Judge Holmes’s Contributions to the Science of Law*, *Harvard Law Review* 1921, Vol. 34, s. 449–453.

<sup>133</sup> *The New York Times* (6 marca 1935 r.), sekcja 1, s. 1, kolumny 2–3.

<sup>134</sup> Historię tę przedstawia G.E. White, *The Rise and Fall of Justice Holmes*, *The University of Chicago Law Review* 1971, Vol. 39, s. 51–77; artykuł ten jest źródłem niektórych informacji przedstawianych przeze mnie w niniejszym i poprzednim punkcie.

<sup>135</sup> F. Lucey, *Jurisprudence and the Future Social Order*, *Social Science* 1941, Vol. 16, s. 211–217; J. Ford, *The Fundamentals of Holmes’s Juristic Philosophy*, *Fordham Law Review* 1942, Vol. 11, s. 255–278; P. Gregg, *The Pragmatism of Mr. Justice Holmes*, *Georgetown Law Journal* 1943, Vol. 31, s. 262–295.

<sup>136</sup> B.W. Palmer, *Hobbes, Holmes, and Hitler*, *American Bar Association Journal* 1945, Vol. 31, s. 569–573.

<sup>137</sup> W. Pegler, *Fair Enough*, *Boston Evening American* 1950, Vol. 18 (December), s. 34, 35 i 45 (Na s. 34 Pegler pisze: „The Harvard Law Review» dociekało dokładnej daty eseju, w którym odnoszę się do Olivera Wendella Holmesa jako cynicznego i zniechęconego brutalitarianina. Niech sami sobie poszukają. Wydaje mi się, że ich nie lubię”. Nie wiem, czy udało się to „Harvard Law Review”, ale ja nie byłam w stanie zlokalizować eseju, do którego się odwołuje). Na pierwszej stronie swojej biografii zatytułowanej *Pegler; Angry Man of the Press* (Westport, Conn: Greenwood Press 1973), po tym jak donosi, iż Pegler otrzymał Nagrodę Pulitzera, a jego „dochód przekraczał dochód prezydenta Stanów Zjednoczonych”, Oliver Pilat zapewnia czytelników, że „pomimo częstych insynuacji, że był niezrównoważony, [Pegler] według standardów medycznych i prawnych był zdrowy psychicznie”.

<sup>138</sup> L. Weinberg, *Holmes’s Failure*, *Michigan Law Review* 1997, Vol. 96 (December) s. 691. Nieprzypadkowo Weinberg odczytuje *The Path of the Law* po prostu jako „a manifesto of American legal realism” (s. 696).

<sup>139</sup> A.W. Alschuler, *Law Without Values: The Life, Work, and Legacy of Justice Holmes*, Chicago 2000; pytanie to jest tytułem rozdziału 3.

ostatecznie James<sup>140</sup>, co nie było zaskakujące, ponieważ okazywał on głębokie zrozumienie dla ludzkich słabości i cierpienia, jakie wywoływały u niektórych ludzi nawet najbardziej łagodne instytucje społeczne, co było cechą niemożliwą do odnalezienia u Holmesa. Przykładem tego może być fragment z dzieła *Filozof moralności, życie moralne*:

Ucisk jest zawsze obecny. Pod każdym systemem zasad moralnych znajdują się niezliczone ilości ludzi i dobra, które wypiera. Zawsze brzęczą i dudnią w tle (...). Spójrzmy na nadużycia, jakie ukrywa instytucja prawa własności (...), nieokreślony i nienazwany żal, jaki przysparza wielu instytucja małżeństwa (...), hurtową utratę możliwości, pod uciskiem reżimu tak zwanej równości i uprzemysłowienia (...). Spójrzmy na naszą życzliwość wobec wyrzutek i pokornych, jak to przeczy surowemu wykluczeniu. Zobaczymy wszędzie walkę i ucisk<sup>141</sup>.

„Oderwanie” – w taki sposób Rosal Yogat nazywa to, co uważa on za niepokojące w Holmesie<sup>142</sup>; być może jest to określenie trafne.

Kiedy dostrzeżemy kontrowersje związane z pełnieniem przez Holmesa funkcji sędziego, pierwsze przypuszczenie, jakie przychodzi do głowy, to fakt, że jego wielbiciele skupiają się na innych opiniach niż krytycy: ci pierwsi skupiliby się prawdopodobnie na opiniach z takich spraw, jak *Lochner* i *Abrams* (gdzie w pamiętnej mowie na temat wolności słowa Holmes oprotestował wprowadzenie kary 20 lat więzienia za publikację „dwóch ulotek, które uważam, że oskarżony miał prawo opublikować, tak jak rząd opublikował Konstytucję (...), do której teraz ledwie się odwołują”)<sup>143</sup>, podczas gdy krytycy skupiliby się na orzeczeniach w sprawach takich jak *Britt*<sup>144</sup> i niezmiennie *Buck v. Bell*, z pamiętną wypowiedzią: „trzy pokolenia imbecyli wystarczą”<sup>145</sup>. Biorąc pod uwagę wypowiedzi „Frankfurtera” z tej samej sprawy oraz jego pozytywny esej *Justice Holmes and the Constitution*<sup>146</sup>, to nie może

<sup>140</sup> Pomimo że w swoim czasie byli dość bliskimi przyjaciółmi, zaledwie parę miesięcy po tym jak James zwracał się do Holmesa „my Wendly boy”, zaczął narzekać, że Holmesowski „logiczny i uporządkowany styl myślenia” sprawiał, że trudno mu było z nim przebywać. Mniej więcej rok później, w liście do swojego brata opisywał Holmesa jako „zimnokrwistego, zarozumiałego i świadomego egotyka”. Pierwszy cytat pochodzi z listu Jamesa do Holmesa datowanego na 3 stycznia 1868 r. (w:) R.B. Perry, *The Thought and Character of William James*, Boston 1935, s. 508; drugi natomiast z listu datowanego na 15 maja 1868 r. (w:) *ibidem*, s. 514; oraz trzeciego listu Williama do Henry’ego Jamesa, datowanego na 2 października 1869 r. (w:) *ibidem*, s. 307. Moim źródłem jest A.W. Alschuler, *Law Without Values*, s. 36 i 216–217.

<sup>141</sup> W. James, *The Moral Philosopher and the Moral Life*, s. 313–314.

<sup>142</sup> R. Yogat, *Mr. Justice Holmes: Some Modern Views*, University of Chicago Law Review 1964, Vol. 31.2, s. 213–256.

<sup>143</sup> *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 629 (1919).

<sup>144</sup> *Britt*, s. 268.

<sup>145</sup> *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200, 207 (1927).

<sup>146</sup> F. Frankfurter, *Justice Holmes and the Constitution* (w:) *Mr. Justice Holmes*, s. 99.

być koniec historii. obrońcy Holmesa argumentują, że krytycy niesprawiedliwie ignorują ogromne różnice pomiędzy okolicznościami jego i naszych czasów<sup>147</sup>. Jego krytycy w odpowiedzi wskazują, że Holmes żył w konflikcie z bardziej postępowymi kolegami z sądu.

Nie będę się zagłębiać w owe kontrowersje, ale wydaje mi się, że częścią problemu jest fakt, że prawdopodobnie odkąd Dewey złożył swój hołd, nastąpił niezwykle zwrot nie tylko w zakresie, lecz także najwyraźniej w znaczeniu słowa „liberal”. To, co Dewey miał na myśli, nazywając Holmesa wielkim liberałem, to jego chęć, aby stan zezwalał na eksperymenty społeczne. Dziś jednakże, podczas gdy orzeczenie Holmesa w sprawie *Lochner* byłoby nazwane liberalnym, jego uzasadnienie było uznawane za konserwatywne czy nieliberalne<sup>148</sup>. Przypuszczam, że można by snuć fascynującą historyczno-socjologiczno-prawno-lingwistyczną opowieść o tym właśnie zwrocie<sup>149</sup>, a także o wiele większym procesie, w którym dawne rozumienie prawa, wolności itd. było kwestionowane i wciąż rozszerzone (i bez wątpliwości jeszcze bardziej fascynująca psychologiczno-filozoficzna historia o tym, jak Holmes, podobnie jak Cardozo, nie spodziewał się tego, co nadejdzie). Jednak opowiadanie tych historii wykracza poza moje obecne możliwości. Ponadto nadchodzi pora na powrót do kwestii, od których rozpoczęliśmy nasze rozważania, czyli znaczenia słowa „pragmatyzm”.

---

<sup>147</sup> Warto wspomnieć, że orzeczenie w sprawie *Buck v. Bell* ma mniej niż dwie strony oraz że tylko jeden z sędziów wyraził inne zdanie. Według G. Will, *A Debate that Does not End*, *Newsweek* (4 lipca 2005 r.), do 1935 r. 35 stanów zatwierdziło prawa dotyczące przymusowej sterylizacji (nie podaje źródeł tych informacji; ja niestety nie byłam w stanie ani potwierdzić, ani zaprzeczyć tym danym).

<sup>148</sup> Bardzo niedawno sędzia Thomas, o poglądach mało liberalnych, wyraził przeciwne zdanie podczas orzekania w sprawie Sądu Najwyższego dotyczącej medycznego użycia marihuany. Pisze: „Większość powstrzymuje stany takie jak stan Kalifornia przed wprowadzeniem polityk narkotykowych, które jak pokazano, mogą przynieść ulgę osobom poważnie chorym (...). Nasz system federalny, rozumiany w sposób poprawny, pozwala poszczególnym stanom, w tym Kalifornii, zdecydować niezależnie o tym, w jaki sposób chcą chronić życie i zdrowie swoich obywateli”; *Gonzalez v. Raich*, 125 S.Ct. 2195, 2238 (2005).

<sup>149</sup> Zakładam, że pojęcie „liberalny”, w przeciwieństwie do „progresywnego” i „konserwatywnego”, nie mają charakteru indeksowego. Dlatego właśnie uważam, że może nastąpić zmiana znaczenia, a nie jedynie jego odniesienia. Interesująca dyskusja na ten temat w: B.W. Palmer, *Hobbes, Holmes, and Hitler*, niektóre elementy zmian zaczęły postępować już przed 1945 r. R.L. West, *Liberalism Rediscovered: A Pragmatic Definition of the Liberal Vision*, *University of Pittsburgh Law Review* 1985, Vol. 46, s. 673–738 i L. Kalman, *The Strange Career of Legal Liberalism*, New Haven 1996, skupiają się na bardziej współczesnych kwestiach.

## 6. Końcowe rozważania na temat starego i nowego pragmatyzmu

„Czy Holmes był **naprawdę** pragmatystą?”<sup>150</sup>. To źle postawione pytanie. Wiemy, że Holmes nigdy oficjalnie nie utożsamiał się z pragmatyzmem oraz że miał zastrzeżenia do Peirce’owskiego i w szczególności James’owskiego pragmatyzmu. Wiemy, że na jego poglądy mieli wpływ tacy myśliciele, jak: Mill, Bentham, Austin itd. Musimy być jednak również świadomi tego, jak wiele wspólnego miało myślenie Holmesa z ideami charakterystycznymi dla klasycznego pragmatyzmu filozoficznego – pokrewieństwo, które wychodziło daleko poza podobieństwo pomiędzy ideą pracującego prawnika, który wyklada, co znaczy, że aktualne prawo w Massachusetts jest takie i takie, a peirce’owskim rozważaniem na temat tego, co znaczy, że diament jest twardy, że to znaczenie jest prawdziwe lub że ta rzecz czy prawo naturalne są prawdziwe<sup>151</sup>.

Peirce krytykuje kartezjańskie pojęcie intuicyjnej pewności i określa siebie jako „skruszonego fallibilistę”, gotowego do porzucenia ogromu swoich przekonań, gdy tylko okaże się, że zaprzecza im doświadczenie<sup>152</sup>. Dewey również przypuścił atak na platońskie i kartezjańskie „poszukiwanie pewności”<sup>153</sup>; Holmes zauważa, że „pewność w ogóle jest iluzją (...), żadna idea nie jest oczywista”<sup>154</sup>. Peirce stwierdza, że kartezjańska epistemologia, która czyni z człowieka sędziego prawdy, jest „niebezpiecznie indywidualistyczna” i przeciwstawia się metodzie nauk, która opiera się na obiektywnych standardach. Holmes przeciwstawia obiektywne, zewnętrzne, prawne użycie terminów takich jak „zło” lub „intencja” z ich subiektywnym, moralnym zastosowaniem<sup>155</sup>. Peirce narzeka na

<sup>150</sup> Notatka studenta, *Holmes, Peirce, and Legal Pragmatism*, *The Yale Law Journal* 1975, Vol. 84, s. 1123–1140, i C.W. Hantzis, *Legal Innovation...*, argumentują za podobieństwem pomiędzy Peirce’em i Holmesem. T. Grey, *Holmes and Legal Pragmatism*, *Stanford Law Review* 1989, Vol. 41, s. 787–870, argumentuje za podobieństwem pomiędzy Holmesem i Rortym. H. Pohlman, *Justice Oliver Wendell Holmes and Utilitarian Jurisprudence*, Cambridge 1984; P.J. Kelley, *Was Holmes a Pragmatist? Reflections on a New Twist to an Old Argument*, *Southern Illinois Law Journal* 1990, Vol. 14, s. 427–467, stwierdza podobieństwo pomiędzy myśleniem Holmesa a pozytywizmem utilitarystycznym. (Warto być może wspomnieć, że Peirce opisuje pragmatyzm jako pewnego rodzaju „prepozytywizm”, zasadniczo pokrewny ideom Comte’a, ale zdecydowanie łagodniej traktujący metafizykę, niż to robi klasyczny pozytywizm). Zob. Ch.S. Peirce, *Collected Papers*, 5.423 (1905).

<sup>151</sup> Ch.S. Peirce, *How to Make Our Ideas Clear* (w:) *Collected Papers*, 5.388–410 (1878).

<sup>152</sup> Ch.S. Peirce, *Collected Papers*, 1.11 (c. 1897).

<sup>153</sup> J. Dewey, *The Quest for Certainty*.

<sup>154</sup> O.W. Holmes, *The Path of the Law*, s. 397.

<sup>155</sup> Por. *Holmes, Peirce and Legal Pragmatism*, s. 1126–1134. To, co Holmes ma na myśli, kiedy określa moralność jako „subiektywną”, to według mnie nie twierdzenie, że to, co dobre jest to, co ktoś za dobre uważa, ale że ocena powinna się odwoływać do naszych stanów wewnętrznych, takich jak intencje czy sympatie.

argumenty wykorzystywane przez filozofów moralności i teologów: „Nie jest to rozumowanie, które determinuje, jaka miałyby być konkluzja, ale to konkluzja określa, jakie miałyby być rozumowanie. To fałszywe rozumowanie”<sup>156</sup>. Holmes pisze, że sędziom wydaje się, iż dochodzą do prawnie poprawnych odpowiedzi, podczas gdy tak naprawdę opierają się na własnych, nieświadomych preferencjach. Peirce pisze do Jamesa, że „istotą pragmatyzmu jest to, iż przekonanie jest oczekiwaniem przyszłości we wszystkich przypadkach”<sup>157</sup>, a Dewey zauważa, że pragmatyzm „nie opiera się na pierwszeństwie zjawisk, ale na następujących po sobie (...) możliwościach działania”<sup>158</sup>. Holmes’owska filozofia prawa zwraca się ku przyszłości, nawołuje sędziów „do rozważenia i zmierzenia rezultatów prawodawstwa, sposobów ich osiągnięcia i ich kosztów”<sup>159</sup>. W kontekście jego agapizmu kosmologiczna teoria o tym, w jaki sposób porządek mógł powstać z chaosu, Peirce pisze o „prawach umysłu”: „Idee mają tendencje do rozprzestrzeniania się w sposób ciągły i wpływania na innych, którzy znajdują się wobec nich w szczególnej relacji oddziaływania”<sup>160</sup>. Holmes pisze, że „rozwój naszego prawa trwa od ponad tysiąca lat i tak jak rozwój rośliny, każde pokolenie dokonuje kolejnego kroku, a umysł, jak materia, po prostu przestrzega praw spontanicznego wzrostu”<sup>161</sup>. W skrócie: Holmes być może oficjalnie nie należy do drużyny, ale z pewnością jest w jego myśleniu dużo z ducha klasycznego pragmatyzmu<sup>162</sup>.

Czy współczesny neopragmatyzm jest tak naprawdę pragmatyzmem? To kolejne, całkiem produktywne pytanie. Pomimo foucaultowskiego zamglenia, Alberstein niewątpliwie ma rację co do jednej kwestii: dyskusja w obrębie pragmatyzmu prawnego od Holmesa aż do dzisiaj rzadko kiedy była jednomyślna. Holmes’owska filozofia prawa wyrzeka się abstrakcji i deklaruje chęć poszukiwania koniecznych i wystarczających warunków, które określają istotę prawa; jednak tak jak w tradycji klasycznej filozofii pragmatycznej jest ona głęboko teoretyczna. Zatem wyrzeka się antyteoretycznych postaw, charakterystycznych dla wielu współczesnych prawnych neopragmatystów.

Teraz możemy już wyróżnić wśród wielu ząbających i konkurujących ze sobą koncepcji pragmatyzmu prawnego elementy pragmatyzmu w jego (obecnym) znaczeniu, wywodzącym się z języka potocznego; elementy pochodzące z tradycji klasycznej filozofii pragmatycznej oraz elementy z pragmatyzmu Rorty’ego,

<sup>156</sup> Ch.S. Peirce, *Collected Papers*, 1.57 (c. 1896).

<sup>157</sup> *Ibidem*, 8.294 (1940).

<sup>158</sup> J. Dewey, *The Development of American Pragmatism (w:) Philosophy and Civilization*, New York 1931; Capricorn edition, 1963, s. 24.

<sup>159</sup> O.W. Holmes, *The Path of the Law*, s. 403.

<sup>160</sup> Ch.S. Peirce, *Collected Papers*, 6.103 (1902).

<sup>161</sup> O.W. Holmes, *The Path of the Law*, s. 398.

<sup>162</sup> W tym względzie podejście Kelloga zaprezentowane w *The Formative Essays of Justice Holmes* zdaje się utrzymane w podobnym duchu jak moje.

które są całkowicie sprzeczne z pragmatyzmem Peirce'a<sup>163</sup>. Ponadto, filozoficzne elementy pragmatyzmu klasycznego uwzględniają jako metodę konkretne doktryny filozoficzne, takie jak koncepcja prawdy Deweya lub Jamesa<sup>164</sup>, deweyowska filozofia polityczna<sup>165</sup>, a także elementy Holmes'owskiej teorii prawa<sup>166</sup> – często jednak w uproszczonych formach. Większość autorów opiera się na więcej niż jednym elemencie.

Sprawy komplikują się jeszcze bardziej, ponieważ ci, którzy odwołują się do koncepcji prawdy Peirce'a, Jamesa lub Deweya, nie zawsze zdają sobie sprawę z tego, że ich uwagi zostały całkowicie usunięte z prawnych rozważań (i ponieważ ci, którzy odwołują się do cynizmu Rorty'ego dotyczącego kwestii prawdy, nie zawsze zdają sobie sprawę z tego, jak bardzo jego cynizm podważa ideę sprawiedliwości)<sup>167</sup>; przez potwornie wieloznaczne użycie „fundacjonizmu” i „antyfundacjonizmu”<sup>168</sup>, przeniesione przez teoretyków prawa do nauk prawnych, oraz przez uporczywe i fałszywe zrównywanie pojęć antyesencjalizmu i antyabstrakcji z antyteoretyzmem.

Pułapka pojęciowa postawiona przez fundacjonizm oraz antyfundacjonizm jest mniej więcej następująca. W epistemologii fundacjonizm ma przynajmniej trzy znaczenia. W pierwszym odnosi się do rodziny teorii sądów epistemicznych, charakteryzowanych przez ich zależność od rozróżnienia pomiędzy przekonaniami podstawowymi a pochodnymi. W drugim znaczeniu odnosi się do koncepcji epistemologii jako dyscypliny *a priori*, której zadaniem jest zapewnienie wszystkim uprawnionym roszczeń podstawy do posiadania wiedzy. W ostatnim, trzecim znaczeniu odwołuje się do idei, mówiącej, że nasze lepsze lub gorsze dowody, bardziej lub mniej uzasadnione przekonania, powinny być zakorzenione w jakimś stopniu w uzasadnieniu i prawdzie. Jedynie trzecie znaczenie ma swoje odniesienie do teorii prawa: idea mówiąca, że aby reguły prawne i orzeczenia były (w nieepistemicznym sensie) uzasadnione, muszą być ugruntowane w jakiejś relacji (prawdopodobnie moralnej) do wartości. Jednak rozważania Holmesa w tym sensie nie są całkowicie antyfundacjonistyczne: podczas gdy odrzuca on ideę, że to, czym jest prawo, możemy wydedukować ze zbioru zasad moralnych, to jednak zachęca, aby sędziowie spojrzeli na korzyści społeczne i szkodliwość swoich orzeczeń oraz

<sup>163</sup> Zob. S. Haack, 'We pragmatists...'; *Peirce and Rorty in Conversation*, przedruk (w:) S. Haack, *Manifesto of a Passionate Moderate: Unfashionable Essays*, Chicago 1998, s. 31–47, oraz w *Pragmatism, Old and New*.

<sup>164</sup> Zob. B.Z. Tamanaha, *Realistic Socio-Legal Theory*; *idem*, *A Pragmatic Response to the Embarrassing Problems of Ideology Critique in Socio-Legal Studies* (w:) Morales, *Renascent Pragmatism*, s. 49–71.

<sup>165</sup> Zob. R.A. Posner, *Law, Pragmatism, and Democracy*, s. 99–115.

<sup>166</sup> W.G. Weaver, *The 'Democracy of Self Devotion': Oliver Wendell Holmes, Jr., and Pragmatism* (w:) Morales, *Renascent Pragmatism*, s. 3–30.

<sup>167</sup> Zob. S. Haack, *Epistemology Legalized: Or, Truth, Justice, and the American Way*, *The American Journal of Jurisprudence* 2004, Vol. 49, s. 43–61.

<sup>168</sup> Zob. S. Haack, *Evidence and Inquiry: Towards Reconstruction in Epistemology*, Oxford 1993, rozdział 9.



jest nad wyraz optymistyczny w kontekście związku pomiędzy ewolucją prawa a moralnym postępem.

Fałszywy znak równości pomiędzy antyesencjalizmem a antyteoretyzmem powstał z powodu pewnego nieszczęśliwego rozwoju wypadków dotyczących użycia słowa „teoria”: założenia, że „teoria” musi oznaczać „moralną, społeczną lub polityczną teorię” (które tak naprawdę są jedynie podklasami różnego rodzaju teorii); oraz specjalistycznego sensu, posiadanego ostatnio przez „Teorię” – przywołać tu można te lub inne (feministyczne, postkolonialne itd.) zasady czytania tekstów literackich lub prawnych.

Wracając do moich początkowych cytatów, zauważamy, że tak jak Atiyah, Schneider i Ingram najwyraźniej używają słowa „pragmatyzm” raczej w jego potocznym niż filozoficznym znaczeniu, tak Leither najwyraźniej przeinaczył sens Holmes’owskiego opisu prawa, mówiąc o prorocत्वach dotyczących tego, co postanowią sędziowie<sup>169</sup>. Grey, Posner i Tamanaha zakładają, że pragmatyzm prawny musi być antyteoretyczny, ponieważ jest antyesencjalistyczny. Jednakże sformułowanie Lubana: „zorientowany na rezultaty historyczny antyformalizm” całkiem dobrze ujmuje kluczowe elementy Holmes’owskiej teorii prawa, a odwołanie Tamanaha do „pośrednich rozwiązań” ujmuje coś istotnego, utrzymanego w tonacji staropragmatycznej tradycji.

\*\*\*

W 2004 r., podsumowując moją krótką historię fragmentaryzacji pragmatyzmu filozoficznego, napisałam:

Łatwo dać się zwieść na pytaniu o to, które warianty pragmatyzmu są autentyczne; prawdopodobnie jednak lepiej jest – potencjalnie jest to bardziej owocne i związane z pozytywnym spojrzeniem w przyszłość – zapytać raczej, co możemy zapożyczyć z bogactwa pragmatyzmu klasycznego oraz co możemy uratować przed katastrofą nowego<sup>170</sup>.

W tym miejscu, rozważając fragmentaryzację pragmatyzmu prawnego, zasugerowałam rozumienie Holmes’owskiej koncepcji prawa jako zorientowanej

<sup>169</sup> Leiter odsyła czytelników do *Pragmatism (w.): A Companion to Epistemology*, red. J. Dancy, E. Sosa, Oxford 1992, s. 351–356, i do R. Warner, *Why Pragmatism? The Puzzling Place of Pragmatism in Critical Theory*; mocniejsze i bardziej konkretne przykłady pragmatyzmu – B. Leiter, *Rethinking Legal Realism*, s. 303. Leiterowskie „bardziej konkretne” najwyraźniej miało być przeciwstawne do idei, że pragmatyzm jest trywialny czy banalny, jak sugerował to Rorty w *The Banality of Pragmatism and the Poetry of Justice*, *Southern California Law Review* 1990, Vol. 63, s. 1811–1820. O ile prawdą jest jednak, że ani Warner, ani ja nie postrzegamy pragmatyzmu jako banalnego czy pustego, Leiterowskie stwierdzenie, że nasze koncepcje są podobne, jest mylne: Warnerowskie rozumienie pragmatyzmu jest całkiem różne od mojego; natomiast obydwie koncepcje są dalekie od koncepcji Leitera.

<sup>170</sup> S. Haack, *Pragmatism, Old and New*, s. 34.

na idee pochodzące z tradycji klasycznego pragmatyzmu w filozofii: *Ścieżka prawa* prowadzi nas do kompleksowej wizji teoretycznej prawa jako skupiska systemów prawnych, przy czym każdy z nich ma wymiar lokalny, a wszystkie odpowiadają w bardziej lub mniej udany sposób na ludzkie potrzeby oraz konflikty, które w społeczeństwie są nieuniknione<sup>171</sup>.

*Tłumaczenie z jęz. angielskiego Mateusz Hohol i Natalia Marek*

---

<sup>171</sup> Dziękuję Migotti za pomocne uwagi do pierwszych wersji artykułu oraz Johnowi Finnisowi za poprawki do już prawie ukończonej wersji; Davidowi Hollanderowi z Biblioteki Uniwersytetu Prawa Miami za pomoc w odnalezieniu materiałów; Robertowi Lane'owi za pomoc w odnalezieniu najwcześniejszych przykładów użycia przez Peirce'a słowa „pragmatyzm” oraz wyrażenia „papierowe wątpliwości”, a także wszystkim kolegom, którzy poczynili uwagi po przedstawieniu poniższego artykułu na UM Law School Faculty Workshop we wrześniu 2005 r.