

Narodziny amerykańskiego realizmu – Common Law Olivera Wendella Holmesa

Pośród wielu nazwisk wymienianych gdy mowa o przedstawicielach amerykańskiego nurtu realizmu prawnego jednym z najgłośniejszych jest bez wątpienia nazwisko Olivera Wendella Holmesa. Jak można przypuszczać dzieje się tak dlatego, że bogaty dorobek, tak teoretyczny jak i praktyczny tego jednego z przywódców „buntu przeciwko formalizmowi”¹ po dziś dzień uznawany jest za swego rodzaju kamień węgielny, który legł u podstaw całego amerykańskiego realizmu. Pozycja Holmesa bez wątpienia w znacznie mierze wynika z wielkiej popularności jaką cieszyło się jego pierwsze a zarazem zdaniem wielu badaczy najważniejsze dzieło – *The Common Law*. Nie bez przyczyny bowiem często przyjmuje się datę jego wydania za początek amerykańskiego realizmu prawnego.²

Oliver Wendell Holmes Junior, wybitny prawnik, sędzia Federalnego Sądu Najwyższego oraz autor licznych prac poświęconych amerykańskiemu systemowi prawnemu był, jak można się domyślić, synem Olivera Wendella Holmesa Seniora – lekarza, poety, wykładowcy i pisarza. Jest to o tyle istotne, że od momentu swoich narodzin w 1841 roku, przyszły twórca funkcjonalizmu prawnego miał możliwość rozwijać się i dorastać

1 Por. M.G. White, *Social Thought in America: The Revolt Against Formalism*, Nowy York 1949, s. 3 i n.

2 W. Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Nowy York 2012, s. 15–20.

w kontakcie z intelektualną elitą Bostonu, która chętnie odwiedzała domu państwa Holmesów. Podobnie, jak jego ojciec młody Holmes szybko zaczął ponadprzeciętny potencjał intelektualny predestynujący go od odegrania ważnej roli w młodym jeszcze amerykańskim państwie.³

Oliver Junior był najstarszym z trójki rodzeństwa. Początek jego edukacji w college'u zbiegł się szczęśliwie z największymi sukcesami literackimi Holmesa Seniora, co pozwoliło rodzicom wysłać swojego syna na Harvard. Na przeszkodzie dalszej edukacji Oliviera stanął jednak wybuch, w 1861 roku Wojny Secesyjnej. Holmes Junior zaciągnął się do federalnej armii już w lipcu tego samego roku. Co warte uwagi, na jego decyzję znaczny wpływ miały, przeżywające swoisty renesans w czasach jego młodości w Ameryce i Wielkiej Brytanii ideały rycerskości. Stwierdzić można nawet, że wzorcom tym pozostał on wierny całe życie, o czym świadczyć może fakt, że poszukiwał, i jak był przekonany znalazł dla nich „naukowe uzasadnienie”. Ten temat zaprzętał go tak wielce, że jeszcze przed zakończeniem edukacji pisał on eseje mające za zadanie przedstawienie „racjonalnego” wyjaśnienia obowiązku, jakim jest chociażby obrona kraju nawet z narażeniem własnego życia i zdrowia.⁴

Holmes brał aktywny udział w działaniach wojennych trzy razy odnosząc rany w boju, z czego co najmniej dwa przypadki uznać należy za bardzo poważne i zagrażające życiu rannego. Został także zarażony czerwonką. Po kilku latach służby wystąpił z armii jeszcze przed końcem wojny i wrócił do Bostonu. Wtedy też w Holmes postawił sobie za cel odnalezienie, czy też odkrycie własnej filozofii, której zarys zaczął się powoli kształtować w jego głowie. Do końca życia pozostał jednak dumny z ran odniesionych w boju za ideały, w które wierzył.⁵

Oliver Holmes Jr. wrócił na Harvard w celu ukończenia przerwanych wybuchem wojny studiów prawa. W celu dopełnienia swojej edukacji, latem 1866, odbył on podróż do Wielkiej Brytanii i na kontynent europejski, która to wyprawa, jest kolejnym istotnym czynnikiem wpływającym na rozwój jego poglądów. Z szeregu zawiązanych w jej czasie znajomości

3 Na szczęście dla samego zainteresowanego urodę odziedziczył on raczej o matce, a na fakt, iż nawet w podeszłym wieku wciąż był postawnym i przystojnym dżentelmenem zwraca uwagę większość badaczy.

4 K.L. Hall (red.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Nowy York 1992, s. 407.

5 S. Littlefield, W. Wiecek, *Oliver Wendell Holmes Jr. The Supreme Court and American Legal Thought*, Nowy York 2005, s. 21 i n.

szczególnie ważna jest ta z Lesliem Stephenem – wybitnym angielskim pisarzem, badaczem i filozofem. To pod jego opieką Oliver zgłębiał tajniki racjonalizmu, teorii ewolucji oraz w dalszym ciągu przez siebie cenionych, mimo doświadczeń wojennych, cnót rycerskich. Przez całe swoje długie życie Holmes Jr. wracał później regularnie na wyspy brytyjskie i pielęgnował relacje związane podczas swojej studenckiej podróży. Po powrocie do Bostonu, rok po swojej wyprawie Oliver został przyjęty do palestry stanu Massachusetts. Następane lata upłynęły dla niego pod znakiem kariery zawodowej. Wszelkie wolne chwile w tym okresie Holmes poświęcał badaniom teorii prawa. Razem ze swoimi współpracownikami założył on kancelarię Shattuck, Holmes and Munroe.⁶ Co ciekawe, właśnie w tym, jakże intensywnym dla niego okresie, Oliver Jr. przerwał na krótko swoją karierę praktykującego prawnika by spróbować swoich sił jako niezależny uczony. W okresie między rokiem 1870, a 1873 zajmował się między innymi redakcją dwunastego wydania *Commentaries of American Law* autorstwa Jamesa Kenta oraz pisał liczne artykuły dla *American Law Review*. Dzięki tym tekstom doskonale widzimy jak powoli, acz systematycznie kształtowały się poglądy Oliviera Holmesa. Wtenczas, choć widać było już pewne charakterystyczne elementy to brak było im, właściwych późniejszym pracom usystematyzowania i kompleksowości.⁷

Po kolejnym okresie poświęconym karierze prawnika, w 1876 roku Holmes powrócił do działalności naukowej, rozpoczynając esejem „*Primitive Notions in Modern Law*” cały cykl tekstów poświęconych systematycznej analizie *common law*. O znaczeniu tych prac niech świadczy fakt, że kilka lat później, w 1881 roku, ukazały się one, jako książka i pod tytułem *The Common Law* przeszły do historii jako jedno z najwybitniejszych dzieł amerykańskiej myśli prawnej. W liście do swojego przyjaciela odnosząc się do swoich publikacji, które ukazały się na łamach w *American Law Review* Holmes stwierdził „moim celem przy pisaniu tych artykułów, jest sięgnąć w nich od czasu do czasu do kardynalnych zasad i koncepcji prawa, a następnie poddać je nowej, bardziej fundamentalnej analizie. Wszystko to w celu budowy nowej jursprudencji, czy też

6 R.W. Gordon, *Holmes' Common Law as Legal and Social Science*, s. 721, http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2358&context=fss_papers [dostęp: 12.04.2014].

7 *Ibidem*.

Nowej Pierwszej Księgi prawa”⁸ W zdaniu tym jego autor wskazał od razu na teoretycznoprawny charakter swojej pracy. Wszelkie odniesienia do historii, których w *The Common Law* całkiem sporo, mają przede wszystkim za zadanie wspomóc rozważania teoretyczne, a nie stanowić samodzielnego przedmiotu rozważań.

Kolejną rzeczą zwracającą uwagę czytelnika jest pozorna chaotyczność pracy. Początkowo wręcz przytłacza ilość poruszanych wątków i tematów – od przeprowadzanej z antropologicznej perspektywy analizy animizmu społeczeństw pierwotnych, poprzez polemikę ze stosowaniem ścisłych zasad deliktowych w prawie obrotu gospodarczego, aż po propozycję zmiany systemu klasyfikacyjnego jurysprudencki analitycznej. Dzieje się tak z kilku powodów. Pierwszym z nich jest wspomniana już pogoń Holmesa za wieloma różnymi zasadami i koncepcjami prawnymi, którymi pragnie zająć się w swojej pracy. W związku z tym, wiele jest również częściowych celów przyświecających autorowi. I tak pragnie on między innymi udowodnić, że:

- źródeł *common law* szukać należy w prawie germańskim a nie rzymskim,⁹
- zarówno Kant, jak i Hegel mylili się pojmując normy prawne jako manifestację swobodnie wyrażanej autonomicznej woli jednostek,¹⁰
- Austin błędnie przyjął prawa, zamiast obowiązków za podstawę swojej analizy prawa,¹¹

Cele te łączyły się pragnieniem Holmesa walki z, w jego przekonaniu, najbardziej znamienitymi intelektualnymi adwersarzami. Drugą przyczyną pozornego chaosu, przynajmniej dla współczesnego czytelnika, są wiktoriańskie realia, tak prawne, jak i społeczne, w których książka powstawała. Holmes poruszał bowiem zagadnienia, które w przekonaniu jego i osób mu współczesnych były ważne oraz problemy w przekonaniu społecznym wymagające rozwiązania.¹²

Trzeba jednak zgodzić się z badaczami, iż z przyczyn wyżej wskazanych w *The Common Law*, brak jednej wyrazistej myśli przewodniej. Co więcej, analiza poszczególnych tematów, którymi zajmuje się Holmes

⁸ O.W. Holmes w liście do A.G. Sedgwicka z dnia 12 lipca 1879.

⁹ O.W. Holmes, *The Common Law*, Londyn 1963, s. 143 i n.

¹⁰ *Ibidem*, s. 168 i n.

¹¹ *Ibidem*, s. 76 i n.

¹² M.P. Golding, *Jurisprudence and Legal Philosophy in Twentieth-Century America – Major Themes and Developments*, „Journal of Legal Education” 1986, nr 36, s. 444.

prowadzi do wniosku, że wyrażane przy ich okazji idee i poglądy często stoją ze sobą w sprzeczności i wzajemnie się wykluczają. Dzieje się tak, gdyż filozoficzną podstawą The Common Law był pragmatyzm. Przyjęcie tego kierunku na gruncie prawa, że zasady przyjęte w celu rozwiązania danego problemu, nie muszą wcale korespondować z podstawami innego rozstrzygnięcia, ważne jedynie, by w każdym przypadku cel, jakim jest usunięcie sytuacji problemowej został osiągnięty. Związki Holmesa z pragmatyzmem filozoficznym są wielorakiej natury. Wystarczy wspomnieć, że razem z Charlesem S. Peircem oraz Williamem Jamesem wszyscy należeli do tego samego koła naukowego na Cambridge. Co więcej (oraz nie bez powodu) jedna z najbardziej godnych uwagi myśli, wyrażonych w The Common Law, zgodnie z którą społeczeństwa nieustannie przetwarzają i reinterpretują raz wyrażone normy prawne, tak by służyły one coraz to nowym celom do historii przeszła właśnie, jako „pragmatyzm ewolucyjny”. Zgodnie z tą ideą żaden przepis nie ma stałego, niezmiennego znaczenia. Ich sens będzie zmieniał się w zależności od konkretnego praktycznego zastosowania do jakiego będą chciały wykorzystać je przyszłe pokolenia dokonujące interpretacji prawa. Forma zatem może być ta sama, ale znacznie podlegało będzie przeobrażeniu w zależności od obecnej polityki, do której w ostatecznym rozrachunku wszelkie prawo musi być odnoszone.¹³ Podobnie słynna „prediction theory of law” autorstwa Holmesa, o której będzie jeszcze mowa, sprowadzająca zadanie prawnika do przewidywania tego, co uczyni sąd, była ze swej istoty pragmatyczna.¹⁴

Związki z pragmatyzmem wykazuje jednak jeszcze jedna ważna teza postawiona przez autora The Common Law. Holmes analizując rozwój common law doszedł do wniosku, że z czasem zasady odpowiedzialności deliktowej, jak też odpowiedzialności za niewykonanie i nienależyte wykonanie zobowiązania w coraz mniejszym stopniu związane były z subiektywną przesłanką zawinienia, a coraz bardziej z przesłankami obiektywnymi, a przynajmniej zewnętrznymi. Uznane na tym polu standardy wywodziły się raz z przyjęcia przez społeczności, której stanowisko znajdowało następnie wyraz w treści prawa stanowionego, czy – częściej – wyrokach sądów, że dane zachowanie jest naganne i zasługuje na ukaranie,

¹³ O.W. Holmes, *The Common Law...*, *op. cit.*, s. 31–32.

¹⁴ O.W. Holmes, *The Path of the Law*, http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm [dostęp: 20.03.2013].

innym razem z woli politycznej niezwiązanej w żaden sposób z kwestiami moralnej odpowiedzialności za dany uczynek. Te zewnętrzne standardy jak się wydaje pozostają w związku z głoszoną przez Charlesa Peirce'a i innych pragmatyków koncepcją „prawdy”, jak i całą pragmatyczną epistemologią. Zgodnie z tymi poglądami „prawda” nie może być zdefiniowana w sposób subiektywny. Jest ona bowiem empirycznie poznawalna w zakresie w jakim uznanie czegoś za „prawdę” pozwala rozwiązać sytuację problemową. „Prawda” nie wynika zatem z osobistego przekonania, lecz stanowi swego rodzaju konsensus środowiska naukowego (który trwa tak długo, aż nie pojawi się nowe – lepsze rozwiązanie.)

Oliver Holmes w swoich pracach, podobnie jak zresztą twórcy pragmatyzmu, czerpał z jeszcze jednego kierunku filozoficznego, którym był pozytywizm. Oczywiście mowa tutaj nie o pozytywizmie prawnym, reprezentowanym chociażby przez Johna Austina, lecz o pozytywizmie Augusta Comte'a, zakładającym, że jedynie prawdziwą jest jedynie wiedza naukowa, która może być zdobyta tylko dzięki pozytywnej weryfikacji teorii za pomocą empirycznej metody naukowej. Rzecz jasna pragmatycy, w tym również członkowie koła naukowego, do którego należał Holmes zwalczali szereg poglądów Comte'a i jego naśladowców, zwłaszcza w zakresie w jakim tamci „absolutyzowali prawdę”. Mimo to, sama metoda naukowa, jak już mogliśmy się przekonać była bliska pragmatykom, służyła bowiem jako narzędzie w procesie rozwiązywania problemów.¹⁵ Na marginesie wspomnieć należy, że mimo wyraźnej opozycji Holmesa wobec niektórych flagowych wręcz haseł pozytywizmu prawnego ojciec teorii formalnego prawa natury Lon Fuller, podjął się, jakby na przekór słowom samego autora badaniu *The Common Law* pod kątem obecności elementów stricte prawnopozytywnych.¹⁶ Wnioski do jakich doszedł Fuller spotkały się jedna z krytyką, między innymi ze strony Marka De Wolfe Howe.¹⁷

Pozytywizm filozoficzny w *The Common Law* dostrzec można zwłaszcza w rozdziale poświęconym prawu własności i posiadaniu. We fragmencie tym Holmes najpierw korzystając ze zgoła pozytywistycznej argumentacji przedstawia prawa przysługujące jednostkom, jako przyznane w związku

¹⁵ R.W. Gordon, *op. cit.*, s. 723.

¹⁶ Por. Lon Fuller, *The Law in Quest of Itself*, Union, 1999, s. 107 i n.

¹⁷ M.D.W. Howe, *The Positivism of Mr. Justice Holmes*, „Harvard Law Review” 1951, nr 64, s. 529.

z tym, że obiektywnie dany fakt, z którego prawo wynika dla nich jest prawdziwy, a dla innych członków społeczności już nie. Następnie, korzystając z tej samej metody krytykuje poglądy na posiadanie wyrażone przez Immanuela Kanta.¹⁸ Filozof ten twierdził bowiem, że posiadanie zasługuje na ochronę, gdyż stanowi manifestację ludzkiej osobowości oraz przejaw woli posiadacza. Dla Holmesa stanowisko takie jest nie do przyjęcia. Piśze on: „Prawo, będąc rzeczą praktyczną, opierać się musi na rzeczywistych siłach.”¹⁹ Prawo, którego przedmiotem jest empiria, musi mieć również empiryczne podstawy. Roli tej nie mogą pełnić zatem subiektywne przekonania, czy też wola poszczególnych podmiotów. Pragnąc udowodnić, że prawo bierze się z rzeczywistej siły Holmes sięga nawet po argumenty, które nazwalibyśmy socjobiologicznymi. Stwierdza on bowiem, że człowiek, posiada wspólny ze zwierzętami, takimi jak chociażby pies, instykt kładący mu albo przeciwstawić się próbie odebrania mu rzeczy posiadanej, albo odzyskać rzecz już przez kogoś zabraną. Holmes wskazuje również, że choć prawo rzymskie przyznawało środki ochrony posiadania jedynie właścicielom i osobom o bardzo zbliżonej do nich sytuacji, co wspierałoby kantowską teorię posiadania wynikającego z woli, to jednak common law w zasadzie od samego jego początku przyznawało ochronę posesoryjną jednostkom w oczywisty sposób właścicielami nie będącymi.²⁰

Elementy zaczerpnięte z pozytywizmu filozoficznego widoczne są także w rozdziale poświęconym deliktom. Ława przysięgłych, jak pisze Holmes, decydując o kwestii odpowiedzialności zadać sobie musi pytanie, czy na podstawie doświadczenia dało się przewidzieć, że zachowanie pozwanego będzie przyczyną powstania szkody. Widzimy tu zatem zastosowanie pozytywistycznego paradygmatu nauk przyrodniczych, w postaci odesłania nie do subiektywnego przekonania, a do pewnych zobiektywizowanych standardów. Również sędzia, opierając się na dotychczasowych decyzjach ławy przysięgłych, powinien wysnuwać wnioski co do jej przyszłych rozstrzygnięć. Sędzia niejako zatem utrwali w prawie wyniki swoich przewidywań. Zresztą pozytywistyczne jest również przekonanie, że prawnik, będzie w stanie odpowiedzieć klientowi na pytanie „Co uczyni sąd?” opierając się na wiedzy o jego wcześniejszych rozstrzygnięciach.²¹

18 O.W. Holmes, *The Common Law...*, *op. cit.*, s. 169–170.

19 *Ibidem*.

20 M.P. Golding, *op. cit.*, s. 445.

21 O.W. Holmes (red. Howe M.) *The Common Law*, s. 63–129.

Te pozytywistyczne akcenty nie powinny nam jednak przesłonić całego obrazu *The Common Law*, jako dzieła przesiąkniętego duchem pragmatyzmu. Holmes był przekonany, że przez wieki prawo było tworem powstającym w praktyce. Tak więc do pozytywizmu filozoficznego autor *The Common Law* sięgał jedynie wówczas, gdy jego narzędzia były mu potrzebne do rozwiązania danego problemu. Nie zmieniało to także w żaden sposób jego przekonania o prymacie w sferze prawnej doświadczenia nad logiką. Rolą prawnika, zdaniem Holmesa, było odnaleźć skuteczną metodę rozwiązywania problemów poprzez odnalezienie w prawie właściwych norm i środków, które jednak w prawie tym już się znajdują. Sąd nie tworzy zatem norm prawnych „z niczego”. Opiera się bowiem w każdym przypadku na dorobku już istniejącym jedynie dostosowując go, tak by mógł być z powodzeniem zastosowany w aktualnie rozpatrywanej sprawie. Gdyby było inaczej jakiegokolwiek przewidywania co do tego co sąd uczyni, byłyby przecież niemożliwe.²²

Zaprężnięta do służby pragmatyzmu pozytywistyczna metoda polegająca na odesłaniu do zewnętrznych standardów, jakimi było doświadczenie stanowiła z pewnością jeden z najistotniejszych wkładów Holmesa do ówczesnego dyskursu prawnego. Świadczy o tym dobitnie fakt, iż jeszcze za życia autora, jego poglądy w tym zakresie stały się wśród amerykańskich prawników powszechnie znane i akceptowane, a komentowano je również poza anglosaskim kręgiem kulturowym. Holmes zatem przeniósł niejako środek ciężkości z analizy tekstu prawnego, na pole obserwowalnych konsekwencji zastosowania tego tekstu w ludzkim życiu. Rację trzeba przyznać badaczom, którzy podnoszą, iż podstawowa trudność związana z analizą *The Common Law* polega na tym, iż autor z jednej strony przeprowadza gwałtowny atak na wiele podstawowych struktur jemu współczesnego amerykańskiego porządku prawnego, z drugiej jednak struktury te sam pomaga budować.²³ Wydaje się, iż dzieje się tak właśnie dlatego, iż akceptując efekty Holmes pragnie jednak zmienić stojące za nimi przyczyny.

Nauka prawa, wobec której autor *The Common Law* stał w opozycji, nazywana przez współczesnych amerykańskich badaczy klasyczną, zdołała pod koniec XIX wieku dominującą pozycję w głównych ośrodkach

22 A.W. Alschuler, *Law Without Values: The Life, Work, and Legacy of Justice Holmes*, Chicago 2000, s. 91 i n.

23 R.W. Gordon, *op. cit.*, s. 726.

akademickich Stanów Zjednoczonych – Harvardzie i Yale, by na początku XX w. być już powszechnie akceptowaną także wśród sędziów amerykańskiego Sądu Najwyższego.²⁴ Ta mająca wielu ojców doktryna prawna miała na celu przede wszystkim takie przekształcenie obowiązującego w Ameryce, a wywodzącego się przecież jeszcze z monarchistycznej Wielkiej Brytanii porządku prawnego tak, by jak najlepiej służyć on mógł liberalizmowi w kształcie, w jakim funkcjonował on w USA na przełomie XIX i XX w. By nie odchodzić zbyt daleko od tematu niniejszego opracowania powiedzieć tylko można, że liberalizm w najszerszym tego słowa znaczeniu dąży do zapewnienia jednostce jak największej sfery wolności polegającej na czynieniu tego czego jednostki pragną tak długo, jak długo ich działania nie wchodzi w kolizję z mającą identyczny zakres sferą wolności innych jednostek. By osiągnąć zamierzony skutek myśl liberalna wyposaża wszystkich ludzi w (czy też przyjmuje, w zależności od szkoły, że posiadają oni je z samej natury) szereg praw, których zadaniem jest wyznaczanie strefy swobodnej działalności jednostek. W korelacji z tymi prawami na każdego człowiek nałożone są również obowiązki sprawdzające się do zakazu ingerencji w sferę wolności innych jednostek. Przy powyższych założeniach podstawową rolą państwa jest zapewnienie skutecznej ochrony praw i egzekwowania obowiązków, czego ostatecznym gwarantem jest możliwość zastosowania przymusu państwowego. By tak nakreślony system mógł sprawnie działać konieczne jest również określenie z jednej strony uprawnień jakie państwu przysługują wobec jednostek i z drugiej praw, których celem jest ochrona poszczególnych członków społeczeństwa przed nadmierną ingerencją ze strony aparatu państwowego. Klasyczna teoria prawa w drugiej połowie dziewiętnastego wieku koncentrowała się zatem przede wszystkim na próbach sformułowania generalnych zasad prawa w celu precyzyjnego wyznaczenia granic pomiędzy prawami i obowiązkami, w tym, w szczególności granicy pomiędzy wolnością jednostki a uprawnieniami przyznanymi państwu oraz między poszczególnymi członkami społeczności.²⁵ By osiągnąć zamierzone rezultaty liberałowie przede wszystkim starali się wyjaśnić jak najwięcej obowiązujących w prawie norm, jako manifestacji jego podstawowych zasad takich jak swoboda umów, ochrona własności, czy też ponoszenie odpowiedzialności za naruszenie prawa. Przyporządkowanie norm zasadom, których są one ucieleśnieniem miało w ich przekonaniu ułatwić wytyczenie granicy między tym co jednostce wolno, a działaniami, które mogą wywołać zastosowanie przymusu państwowego.

24 M. Tebbit, *Philosophy of Law: An Introduction*, Nowy York 2005, s. 52.

25 R.W. Gordon, *op. cit.*, s. 727.

Liberałowie za konieczne uważali również wyraźne rozróżnienie pomiędzy działaniami jednostek w sferze prywatnej i w sferze publicznej. Zastosowanie powyższych narzędzi, miało w ich opinii zapewnić standaryzację praw przysługujących poszczególnym członkom społeczeństwa, a tym samym zapewnić ich formalną równość. Konsekwencją jej wprowadzenia, zdaniem ówczesnych amerykańskich liberałów byłby zredukowanie aktywności sądów do minimum. Wkraczać one musiałyby tylko wtedy, gdy dany podmiot, czy to państwo czy też jednostka, nie mógłby realizować swojej woli, pomimo iż mieści się ona w przysługującej mu sferze wolności.²⁶

Holmes twórczo modyfikuje tak nakreślone założenia klasycznej szkoły prawa amerykańskiego. W jego pracach podstawowe zasady prawa zastępowane są wspomnianymi już wyżej zewnętrznymi standardami, które wszak zastosowanie mają do wszystkich ludzi, bez względu na ich pozycję społeczną. Swoje poglądy na temat zewnętrznych standardów autor rozwija zwłaszcza w *The Common Law* gdzie przedstawia między innymi: standard rozważnego człowieka, który odpowiadał będzie za szkody, jeżeli możliwości ich wystąpienia powinien być świadom, jak i standard interpretacji treści umów, które powinny mieć takie znaczenie, jakie da się zrekonstruować na podstawie dających się odczytać (a zatem poznawalnych) przejawów woli stron. Ogólnie stwierdzić można, że zewnętrzne standardy, których stosowanie postulował Holmes miały z jednej strony umożliwić sądom rozstrzyganie w oparciu o obserwowalne prawidłowości, a z drugiej dać możliwość prawnikom udzielenia jak najtrafniejszej odpowiedzi na pytania ich klientów o to, w którym miejscu sąd wyznaczy granicę ich działań, czy też działań innych podmiotów i tym samym dokona „faktycznego wyrównania” ich formalnie porównywalnej sytuacji prawnej. Argumentując na rzecz zewnętrznych standardów Holmes zauważa, że prawdziwym powodem uzależniania odpowiedzialności od elementu subiektywnego, jakim jest aspekt moralny danej jednostki, ponoszenie winy, nie jest bynajmniej, jak pragną w to wierzyć liberałowie, dążenie do „poprawy ludzkiego serca”. W jego przekonaniu uzależnienie takie ma na celu umożliwienie człowiekowi uniknięcia wyrządzenia krzywdy, a tym samym bycia pociągniętym do odpowiedzialności.²⁷

Jednak, jak trafnie zauważył Robert Gordon, na uwadze trzeba mieć, że społeczne poglądy Holmesa nazwać można co najwyżej umiarkowanie

26 L. Hartz, *The Liberal Tradition in America*, San Diego 1991, s. 4 i n.

27 O.W. Holmes, *The Common Law...*, *op. cit.*, s. 115.

liberalnymi.²⁸ W swoich pracach autor ten sporo uwagi poświęca niektórym podstawowym słabościom i wewnętrznym sprzecznościom myśli liberalnej. Wynikały one w jego przekonaniu z posługiwania się przez przedstawicieli szkoły klasycznej apriorystycznymi stwierdzeniami, abstrakcyjnymi terminami, takimi jak chociażby suweren czy jednostka, czy też skłonnością do absolutyzowania wniosków polegającego na przyjmowaniu ich niezmiennej prawidłowości, w całkowitym oderwaniu od realiów historycznych. Już w pierwszych stronach *The Common Law* Holmes jasno stwierdza, że pragnie historyczną i społeczną warunkowość uczynić jednym z podstawowych zagadnień teorii prawa. To w połączeniu z forsowanym przez niego prymatem doświadczenia nad logiką w prawie czyniło go zawsze zdecydowanym przeciwnikiem legalizmu prawnego. Poglądy Holmesa w tym zakresie najlepiej oddają jego słowa z pierwszej strony *The Common Law*, będące bodaj najsłynniejszymi w jego dorobku: „Życiem prawa nie jest logika: jest nim doświadczenie. Odczuwalna potrzeba chwili, powszechnie akceptowane teorie moralne i polityczne, intuicje kreujące porządek publiczny, tak jawne jak i pozostające nieuświadomione, nawet przedsady i stereotypy dzielone przez sędziów ze wszystkimi ludźmi, wszystko to ma znaczenie więcej do powiedzenia w kwestii kształtowania reguł, którym ludzie mają podlegać, niż sylogizmy. Prawo uosabia dzieje rozwoju danego narodu na przestrzeni wieków i nie może być traktowane tak, jakby składało się jedynie z aksjomatów i twierdzeń wprost z podręcznika matematyki. By je zrozumieć musimy poznać jego przeszłości jak i uwzględnić kierunek, w którym zdaje się ono rozwijać. W procesie interpretacji musimy naprzemiennie uwzględniać historię i współczesne teorie prawne. Najtrudniejszym zadaniem jest tu zrozumienie efektów połączenia tych dwóch czynników stanowiących zawsze, na każdym etapie, nową jakość. Istotą prawa w każdej epoce jest przyjęcie rozwiązań jak najbardziej przydatnych i użytecznych, ale już jego forma oraz poszczególne mechanizmy, jak i to w jakim stopniu jest ono w stanie osiągać zakładane rezultaty zależy w znacznej mierze od jego przeszłości.”²⁹

Powyższa wypowiedź dobrze oddaje główne tezy Holmesa, które starał się on forsować w *The Common Law*. Podkreślenia wymaga zwłaszcza nacisk, jaki autor, zainspirowany pracami pragmatyków kładł

28 R.W. Gordon, *op. cit.*, s. 728.

29 O.W. Holmes, *The Common Law...*, *op. cit.*, s. 1.

na efektywność prawa. Ma być ono bowiem narzędziem służącym urzeczywistnianiu danych celów społecznych. Jako, że cele te zmieniają się wraz z rozwojem społeczeństwa, zmieniać musi się również prawo. To nie jest jednak wymyślane za każdym razem na nowo, prawnicy danej epoki zawsze bazują i pracują na dorobku wcześniejszych pokoleń. Holmes analizując poszczególne instytucje common law sięga zatem często do ich przeszłości, starając się pokazać stworzone nawet w zupełnie innym celu narzędzia prawne zostają poddane reinterpretacji i tym samym trwają w porządku prawnym wciąż, pomimo iż ich polityczne podstawy uległy zmianie. Holmes, starając się znaleźć argumenty na poparcie innych swoich twierdzeń stwierdza tutaj, iż w rozwoju anglosaskiego porządku prawnego zaobserwować można spójną tendencję do opierania stosowania prawa o zewnętrzne standardy, a odchodzenia od przesłanek subiektywnych, takie jak kwestie świadomości, czy też zawinienia. Autor dzielił bowiem z Charlesem Peircem przekonanie, iż prawda, choć nie absolutna, nie może opierać się na przekonaniu jednostki, gdyż jest czymś wobec niej zewnętrznym i poznawalnym, intersubiektywnym.³⁰

Nie jest to jednak jedyny środek jakiego używa by wykazać, że błędność założeń legalizmu prawnego. Równie często bowiem, starając się wyjaśnić kształt poszczególnych norm Holmes sięga do zdobyczy współczesnych mu nauk, takich jak psychologia, antropologia czy przyrodoznawstwo, wraz z jego flagowym wówczas osiągnięciem – teorią ewolucji. I tak, zajmując się kwestią przypisania odpowiedzialności, stwierdza on, że tego rodzaju instytucje mają u wszystkich ludów jednakowe psychologiczne korzenie, jakimi są wspólne dla każdego człowieka pragnienia zemsty i odwetu. Jednocześnie, analizując najwcześniejsze formy tej instytucji ich kształt tłumaczy wywodzącym się z animizmu przypisywaniem rzeczom i zwierzętom jakże ludzkiej woli krzywdzenia innych.³¹ Z uwagi na rozgłos, jaki zyskało The Common Law uznać je należy za dzieło, które zapoczątkowało zarówno socjologiczną, jak i realistyczną szkołę prawa. Moment publikacji tego dzieła przez wielu badaczy przyjmowany jest za początek empirycznych i behawioralnych badań nad prawem, a zwłaszcza osobami je stosującymi – sędziami.³²

30 C.S. Peirce, *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, red. Charles Hartshorne i Paul Weiss, Cambridge 1906, t. V, s. 553.

31 *Ibidem*, s. 30–31.

32 K.L. Hall, *op. cit.*, s. 407.

Jak zatem widzimy Holmes uważał, że prawnik nieraz zmuszony wręcz jest sięgnąć do historii. Motywacji ku temu jest co najmniej kilka. Po pierwsze poznając historyczne korzenie danej normy widzimy jej uwarunkowany społecznie rozwój na przestrzeni wieków, a dzięki temu jesteśmy w stanie z większą dokładnością przewidzieć jej dalszą ewolucję.³³ Po drugie, co szczególnie aktualne na gruncie common law poznanie, poznanie jakiejś dziwnej, przynajmniej zdaniem oceniającego wedle współczesnych mu zasad badacza, historycznej przyczyny powstania danej reguły może być okolicznością niezwykle istotną, gdy rozważenia wymaga zasadność jej ponownego zastosowania. Na marginesie warto zaznaczyć, że historyczne rozważania utwierdziły Holmesa w przekonaniu, że źródła common law należy postrzegać jako w przeważającej mierze germańskie i tym samym system ten stoi w opozycji do prawa kontynentalnego, wywodzącego się w znacznej mierze z prawa rzymskiego.³⁴

W The Common Law silnie widać również, już zaznaczoną wiarę Holmesa w ewolucjonizm.³⁵ Sędziowie często, w przekonaniu Holmesa, wiedzą jakie wydadzą rozstrzygnięcie zanim jeszcze są w stanie sobie uświadomić powody jakie stoją za taką a nie inną decyzją. Wyroki bowiem, nie opierają się jedynie na precedensach, czy logicznym rozumowaniu, ale w równym stopniu na zmiennym w czasie „poczuciu konieczności”. Poczucie to nie zawsze jest uświadomione, a rozwija się ono w poszczególnych klasach społecznych. W ten sposób, sędziowie, częstoć nieświadomie realizują zbiorową wolę klasy, do której sami należą i z której wyrosli. W ten sposób prawo staje się jednocześnie narzędziem jak i tworem socjologicznie rozumianej selekcji naturalnej – klasy, które wydały sędziów oddziałują przez nich na prawo tak, by to odpowiadało wyznawanym przez te klasy w danym momencie historii wartościom.³⁶

Mimo dostrzegalnych niedoskonałości, które przypisać można faktowi, iż w momencie powstawania The Common Law poglądy Holmesa dopiero się kształtowały, dzieło to bez wątpienia ciągle zasługuje na uwagę oraz wartej jest lektury. Co więcej, jest tak nie tylko ze względu na znaczenie, jaki ten manifest autora miał dla rozwoju całego nurtu

33 R.W. Gordon, *op. cit.*, s. 720.

34 *Ibidem.*

35 J.F. Wall, *Social Darwinism and Constitutional Law with Special Reference to Lochner v. New York*, „Annals of Science” 1976, nr 33, s. 475–76.

36 D.H. Burton, *Taft, Holmes, and the 1920s Court: An Appraisal*, Nowy York 1998, s. 42.

w myśli prawniczej jakim był amerykański realizmu. Wiele poruszanych przez Holmesa zagadnień, tych najbardziej fundamentalnych i uniwersalnych po dziś dzień jest przedmiotem zażartych sporów przedstawicieli nauki, a stanowiska przedstawione w *The Common Law* wciąż znajdują wielu zwolenników³⁷. Na dowód prawdziwości tych słów wystarczy wspomnieć, iż ostatnio w Stanach Zjednoczonych pojawiły się głosy nawołujące do stworzenia czegoś na kształt „nowego realizmu prawnego”.³⁸ Zresztą „realistyczne” ujęcie prawa nigdy nie zostało całkowicie wyrugowane z amerykańskiej świadomości prawnej. Część poglądów wyrażanych w trakcie głośnego sporu co do zasad interpretacji amerykańskiej konstytucji i to wyrażanych między innymi przez takie autorytety, jak sędzia Federalnego Sądu Najwyższego Stephen Breyer, trudno nazwać inaczej niż „realistyczne”.³⁹

Wartości odnajdujemy również w tych fragmentach *The Common Law*, które na pierwszy rzut oka wydać by się mogły, ze względu na historyczną już tematykę, bez znaczenia dla współczesnego czytelnika. Te odniesienia uwarunkowane epoką w jakiej żył i tworzył Holmes pozwalają nam jednak lepiej zrozumieć proces ewolucji samego prawa, jak i myśli prawniczej. Patrząc w przeszłość jesteśmy w stanie lepiej zrozumieć terażniejszość. A to było przecież jedno z haseł Holmesa.

Bibliografia

- Alschuler A.W., *Law Without Values: The Life, Work, and Legacy of Justice Holmes*, Chicago 2000.
- Breyer S., *Active Liberty, Interpretic our Democratic Constitution*, Nowy York 2005.
- Burton D.H., *Taft, Holmes, and the 1920s Court: An Appraisal*, Nowy York 1998.
- Erlanger H.S., Garth B., Larson J., Mertz E., Nourse V., Wilkins D., *Is it time for new legal realism?*, „Wisconsin Law Review” 2005, nr 2.
- Fuller L., *The Law in Quest of Itself*, Boston 1999.
- Golding M.P., *Jurisprudence and Legal Philosophy in Twentieth-Century America – Major Themes and Developments*, „Journal of Legal Education” 1986, nr 36.

³⁷ Do tej ostatniej grupy zalicza się również autor niniejszego tekstu.

³⁸ H.S. Erlanger, B. Garth, J. Larson, E. Mertz, V. Nourse, D. Wilkins, *Is it time for new legal realism?*, „Wisconsin Law Review” 2005, nr 2, s. 335-363.

³⁹ S. Breyer, *Active Liberty, Interpretic our Democratic Constitution*, Nowy York 2005, s. 5 i n.

- Gordon R.W., *Holmes' Common Law as Legal and Social Science*, http://digital-commons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2358&context=fss_papers [dostęp: 12.04.2014].
- Hall K.L. (red.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Nowy York 1992.
- Hartz L., *The Liberal Tradition in America*, San Diego 1991.
- Holmes O.W., *The Common Law*, Londyn 1963.
- Holmes O.W., *The Path of the Law*, http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm [dostęp: 20.03.2013].
- Howe M.D.W., *The Positivism of Mr. Justice Holmes*, „Harvard Law Review” 1951, nr 64.
- Littlefield S., Wiecek W., *Oliver Wendell Holmes Jr: The Supreme Court and American Legal Thought*, Nowy York 2005.
- Peirce C.S., *Collected Papers of Charles Sanders Peirce*, red. Charles Hartshorne i Paul Weiss, Cambridge 1906, t. V.
- Tebbit M., *Philosophy of Law: An Introduction*, Nowy York 2005.
- Twining W., *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, Nowy York 2012.
- Wall J.F., *Social Darwinism and Constitutional Law with Special Reference to Lochner v. New York*, „Annals of Science” 1976, nr 33.
- White M.G., *Social Thought in America: The Revolt Against Formalism*, Nowy York 1949.

