

Jan Woleński

Pragmatyzm a filozofia i teoria prawa

Słowa kluczowe: realizm prawny, zły człowiek, obowiązek, uprawnienie, przewidywanie

Sfera prawa obejmuje zarówno naukę prawa (prawoznawstwo), jak i prawo same. Obie te płaszczyzny można zestawiać z filozofią. Zacznę od stosunku prawa do filozofii. Wpływ idei filozoficznych na treść prawa jest rzeczą dobrze znaną i nie wymaga specjalnych komentarzy. Rozpoczął się w czasach starożytnych i nieprzerwanie trwa do dzisiaj. Wystarczy przypomnieć wpływ stoicyzmu na prawo rzymskie, filozofii Oświecenia na kodeks Napoleona czy marksizmu na ustawodawstwo w krajach socjalistycznych. To są przykłady ogólne, ale bez trudu można wskazać także bardziej konkretne, np. Cesarego Beccarii na humanizację prawa karnego czy Kantowskiej koncepcji państwa jako zbiorowości poddanej rozumowi na to, co nazywa się *Rechtsstaat* (*nota bene*, państwo prawa, a nie państwo prawne, jak to niefortunnie sformułowano w art. 2 Konstytucji RP z 1997 r.). Relacja odwrotna, mianowicie wpływ prawa na filozofię, jest mniej zbadany, a właściwie czeka na obszerniejsze studia. Można jednak przypuszczać, że prawnicza działalność sofistów miała znaczny wpływ na retorykę i jakiś na powstanie logiki, że matematyczne pojęcie dowodu, przynajmniej od czasów średniowiecznych, mogło kształtować się pod wpływem sądowej praktyki dowodowej, zazwyczaj dość silnie zależnej od wyraźnie sformułowanych reguł o charakterze proceduralnym. O jeszcze jednym możliwym przypadku, bardzo ściśle związanym z tematem niniejszego artykułu, będzie mowa dalej.

Trudno przecenić znaczenie filozofii dla prawoznawstwa. Ulpian, jeden z największych prawników rzymskich, definiował naukę prawa jako *jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*, a była to po prostu prawnicza replika stoickiej idei, podstawowe dla tego kierunku przekonanie, że filozofia jest nauką traktującą o rzeczach boskich i ludzkich, czyli – zgodnie z panteizmem Chryzypa i jego rozlicznych następców – po prostu nauką o porządku natury. Dalej będę zajmował się oddziaływaniem filozofii nie

na całe prawnoustwotwórczość, ale na teorię prawa, czyli, w uproszczeniu, tzw. ogólną naukę o prawie¹. W ogólności, można odróżnić trzy kanały przenikania treści filozoficznych do ogólnej nauki o prawie, mianowicie: (a) teoria prawa bywa częścią konkretnego systemu filozoficznego (Platon, neotomizm, heglizm, marksizm); (b) teoria prawa przyjmuje pewne ogólne założenia filozoficzne (np. kantowska separacja bytu i powinności w przypadku Hansa Kelsena, psychologizm w przypadku Leona Petrażyckiego); (c) teoria rozwiązuje jakieś kwestie konkretne, opierając się na specyficznych tezach filozoficznych (np. norma podstawowa wedle Kelsena jako postulat rozumu, równość wobec prawa, niezależnie od rasy, jako projekcja uniwersalnej natury ludzkiej).

Podobnie jak w przypadku prawa i filozofii, można rozważać nie tylko wpływ filozofii na teorię prawa, ale także oddziaływanie odwrotne, tj. ogólnych rozważań o prawie (a także samego prawa) na rozwiązania filozoficzne. Ciekawym przykładem jest możliwy wpływ myśli prawniczej związanej z angielskim systemem *common law* na kształtowanie się koncepcji *common sense*². *Common law* było początkowo prawem lokalnym (gminnym), ale już w późnym średniowieczu funkcjonowało jako akumulujące zasady wspólne wszystkim ludziom. Wydaje się, że miało to wpływ na szkocką filozofię zdrowego rozsądku (Hume, Smith, a w szczególności Reid). Bardzo spektakularnym przykładem jest kazus Kanta i dedukcji transcendentnej³. Kant pisze tak:⁴

Teoretycy prawa, mówiąc o uprawnieniach i roszczeniach, odróżniają w przewodzie prawnym pytanie, co do tego, jakim prawem coś się dzieje (*quid juris*), od pytania, które dotyczy faktu (*quid facti*), i domagając się od obu dowodu, dedukcją nazywają pierwszy z nich, który ma wykazać uprawnienie lub też roszczenie prawne. Posługujemy się mnóstwem pojęć empirycznych bez niczyjego sprzeciwu i uważamy się, także bez dedukcji, za uprawnionych do przypisywania im sensu i utworzonego bezzasadnie znaczenia, ponieważ dla udowodnienia ich przedmiotowej realności mamy w każdej chwili pod ręką doświadczenie. Istnieją jednak także pojęcia przywłaszczane, jak szczęście, los, które wprowadzają się w obieg, ale czasami bierze się je w obroty, stawiając pytanie *quid juris*? Popada się bowiem wtedy przy ich dedukcji w niemałe kłopoty,

¹ Nie mogę tutaj bliżej zajmować się charakterystyką teorii prawa, problemem tradycyjnie zajmującym prawników. Moje ujęcie tej kwestii znajduje się w książce *Z zagadnień analitycznej filozofii prawa*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1980, rozdz. I. W ogólności, uważam, że większość problemów rozważanych w teorii prawa (wyjawszy socjologię prawa) to zamaskowane kwestie filozoficzne. Nie rozwijam tego poglądu, ponieważ nie dotyczy to treści niniejszego artykułu. W każdym razie, w niektórych przypadkach będę się posługiwał, głównie z powodów stylistycznych, zamiennie terminami „teoria prawa”, „filozofia prawa” i „prawnoustwotwórczość”.

² Por. J. Woleński, „Does ‘Common’ Means the (Almost) Same in ‘Common Law’ and ‘Common Sense’?”, w: *Scientific Knowledge and Common Knowledge*, ed. by D. Łukasiewicz & R. Pouivet, Epigram Publishing House, Kazimierz Wielki University Press, Bydgoszcz 2009, s. 55–62.

³ Por. szerzej J. Woleński, „Wpływ prawa na filozofię (przypadek Kanta)”, w: *Rozprawy i studia. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Aleksandrowi Lichorowiczowi*, pod red. E. Kremer i Z. Truskiewicz, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2009, s. 287–293.

⁴ *Krytyka czystego rozumu*, t. 1, tłum. R. Ingardena, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1957, s. 183–184.

nie mogąc przytoczyć, ani z doświadczenia, ani na podstawie rozumu, żadnego wyraźnego uzasadnienia prawnego, które by wyraźnie pokazało uprawnienie posługiwania się nimi.

Wśród różnych pojęć, które tworzą bardzo powikłaną tkaninę poznania ludzkiego, istnieje kilka pojęć, które przeznaczone są również do czystego użytku *a priori* (całkiem niezależnie od wszelkiego doświadczenia), a to ich uprawnienie wymaga zawsze dedukcji, ponieważ dla wykazania prawności takiego ich używania nie wystarczają dowody z doświadczenia, a mimo to musi się wiedzieć, w jaki sposób te pojęcia, których przecież nie czerpie się z żadnego doświadczenia, mogą się odnosić do przedmiotów. Wyjaśnienie sposobu, w jaki pojęcia mogą *a priori* odnosić się do przedmiotów, nazywam ich transcendentalną dedukcją i odróżniam ją od dedukcji empirycznej, która pokazuje sposób, w jaki pojęcie uzyskujemy z doświadczenia i z zastanowienia się nad nim, a przeto dotyczy nie jego prawności, lecz faktu, z którego pochodzi jego posiadanie.

Jest to fragment z § 13, zatytułowanego „O naczelnych zasadach transcendentalnej dedukcji w ogóle”, centralnego, zważywszy na metodologię Kanta zmierzającą do wykazania możliwości, a potem prawomocności poznania apriorycznego.

Zacytowany tekst, bez wątpienia jeden z najważniejszych ustępów najślawniejszego dzieła napisanego przez Kanta, wyjaśnia główny zamysł metodologiczny epistemologii krytycznej, polegający na ugruntowaniu metody transcendentalnej jako dedukcji sposobu odnoszenia się pojęć apriorycznych do ich przedmiotów. Był to krok w kierunku odpowiedzi na podstawowe pytanie filozofii Kanta, mianowicie „Jak możliwe są sądy syntetyczne *a priori*?”, tj. prawomocne niezależnie od (jakiegokolwiek) doświadczenia, a jednak odnoszące się do świata zjawisk empirycznych. Terminologia Kanta powstała pod wyraźnym wpływem prawa, nawet jeśli zamierzał on ograniczyć, jak to sugerują moje propozycje w sprawie przekładu, sens terminów zapożyczonych z tej dziedziny. Najważniejsza uwaga filologiczna dotyczy jednak terminu „dedukcja” (*Deduktion*)⁵. Kant posługiwał się tym terminem inaczej niż np. Kartezjusz, dla którego dedukowanie polegało na wnioskowaniu z koniecznością prawd na podstawie innych prawd znanych z pewnością. Modelem dla dedukcji w rozumieniu kartezjańskim była matematyka, w szczególności geometria. Kant, zgodnie z zacytowanym tekstem, nawiązał do prawniczego średniowiecznego sensu słowa *deductio*. Dla przeprowadzenia dowodu procesowego trzeba było (tak zresztą jest do dzisiaj) określić podstawę prawną roszczenia i podać jego podstawę faktyczną. Aprioryczne czynniki poznawcze miały dostarczać prawa (*juris*), a doświadczenie informować o faktach. Żaden z tych składników nie daje się pominąć, ponieważ rozum (prawo) bez doświadczenia (faktów) jest pusty, a doświadczenie (fakty) bez rozumu (prawa) – puste. W każdym razie, dedukcja nie była dla Kanta wnioskowaniem dedukcyjnym w dzisiejszym rozumieniu, tj. opartym na relacji wynikania logicznego. Posługiwał się terminem *Ableitung*, gdy w swych pismach logicznych wyjaśniał, czym jest rozumowanie sylogistyczne.

⁵ Por. H. Caygill, *A Kant Dictionary*, Blackwell, Oxford 1995, s. 151.

Przechodząc do zasadniczego tematu, od razu zaznaczyć, że żaden z wielkiej trójcy pragmatystów (Charles Sanders Peirce, William James, John Dewey) nie zajmował się teorią czy też filozofią prawa; nawet Deweya rozważania o demokracji nie mieszczą się w tej dziedzinie. Z drugiej strony, Oliver Wendell Holmes, powszechnie uznawany za największego prawnika amerykańskiego i twórcę nowoczesnej myśli prawniczej w USA, był bliskim przyjacielem Jamesa i Peirce'a. Holmes należał do sławnego Klubu Metafizycznego w Uniwersytecie Harvardzkim i był w tym gronie figurą niepoślednią. Oto dobitna i instruktywna charakterystyka roli czterech wymienionych myślicieli⁶:

[...] Upłynęło niemal pół wieku, zanim Stany Zjednoczone stworzyły kulturę zastępującą tę [sprzed Wojny Domowej] i znalazły idee i drogę myślenia, która mogłaby pomóc ludziom w konfrontacji z warunkami nowoczesnego życia. Walka o to jest przedmiotem niniejszej książki.

Jest wiele dróg w związku z tą historią. Niniejsza książka podąża jedną z nich, mianowicie przez życie Olivera Wendella Holmesa, Williama Jamesa, Charlesa S. Peirce'a i Johna Deweya. Posiadali oni bardzo różne osobowości. Chociaż nie zgadzali się ze sobą we wszystkim, ich kariery ząbały się w niejednym punkcie, a razem okazali się bardziej odpowiedzialni niż jakkolwiek inna grupa w poruszeniu myśli amerykańskiej w kierunku nowoczesnego świata. Ich wpływ był nie tylko nieporównywalny z jakimkolwiek innymi pisarzami i myślicielami, ale także odcisnął się na życiu amerykańskim. Ich idee zmieniły sposób myślenia Amerykanów, tak jest nadal, o edukacji, demokracji, wolności, sprawiedliwości i tolerancji. W konsekwencji, zmienili życie amerykańskie, sposób, w jaki Amerykanie uczą się, wyrażają swoje poglądy czy traktują tych, którzy są różni od nich. My wszyscy jeszcze żyjemy w znacznym stopniu w kraju, który pomógł go stworzyć.

Słowa te stanowią wystarczającą legitymację dla rozważania związków pragmatyzmu i filozofii (teorii) prawa. Trzeba bowiem w szczególności pamiętać, że nowoczesne Stany Zjednoczone powstały także dzięki swojemu prawu i jego prestiżowi wśród Amerykanów. Holmes przyczynił się do tego jak nikt inny⁷.

Nie ma jednej nazwy oznaczającej amerykańską teorię prawa I połowy XX w. Jedni mówią o funkcjonalizmie (por. też niżej), inni o realizmie prawnym (tej nazwy, także bez dodatku „prawny”, o ile nie powoduje to nieporozumień, będę używał jako najlepiej oddającej istotę sprawy), a jeszcze inni o kierunku empiryczno-socjologicznym. Każda z tych kwalifikacji ma swoje głębokie uzasadnienie. Pierwsza (realizm prawny, często dodaje się „amerykański”, ponieważ były także inne, w szczególności skandynawski, reprezentowany przez Axela Häger-

⁶ L. Menand, *The Metaphysical Club. A Story of Ideas in America*, Farrar, Straus and Giroux, New York 2001, s. X–XI.

⁷ Oliver Wendell Holmes urodził się w 1841 r. w Bostonie. Brał udział w wojnie secesyjnej (zwanej „domową” w USA), w której został ranny. Studiował prawo w Uniwersytecie Harvardzkim, a po studiach poświęcił się praktyce prawniczej, z krótką przerwą na profesurę prawa w swym macierzystym uniwersytecie. W 1882 r. został sędzią Sądu Najwyższego w stanie Massachusetts, a dwadzieścia lat później sędzią Sądu Najwyższego USA, którą to funkcję pełnił trzydzieści lat. Stał się największą ikoną amerykańskiego prawa i prawoznawstwa. Swoje poglądy najpełniej wyraził w książce *The Common Law*, wydanej po pierwszy w 1881 r.

ströma, Karla Olivecronę i Alfa Rossa) odzwierciedla traktowanie prawa jako zjawiska realnego. Druga (funkcjonalizm) obrazuje nacisk na społeczne funkcje prawa (trzeba też pamiętać, że nazwa „funkcjonalizm” oznacza pewien istotny nurt w socjologii ogólnej, zwłaszcza antropologii kultury Bronisława Malinowskiego), a trzecia (kierunek empiryczno-socjologiczny) wskazuje na rolę realizmu w rozwoju badań socjologicznych nad prawem. Znalazło to nawet odzwierciedlenie filmowe w obrazie Sidneya Lumena *Dwunastu gniewnych ludzi*, nakręconym w 1957 r. (*remake* w reżyserii Williama Friedkina powstał w 1997 r.), ukazującym mechanizmy podejmowania decyzji przez sędziów przysięgłych. Był to zresztą ulubiony temat wczesnej socjologii prawa. Należy tutaj wspomnieć o badaniach chicagowskich przeprowadzonych jeszcze przed II wojną światową. To, że Chicago stało się kolebką amerykańskiej (i światowej) socjologii prawa, ma także silny związek z pragmatyzmem, aczkolwiek tym późniejszym. Dewey był profesorem w Chicago, a do jego uczniów należało wielu wybitnych socjologów, w szczególności George H. Mead. I było też tak, podobnie jak w przypadku innych nurtów myślowych, iż przedstawiciele realizmu prawnego gorąco protestowali przeciwko opatrywaniu ich poglądów jakąś abstrakcyjną nazwą czy też uważaniu tego sposobu myślenia o prawie jako filozofii czy teorii.

Wspomniane wyżej ograniczenie do I połowy XIX w. nie jest przy tym przypadkowe. Realizm był w tym czasie prądem dominującym w amerykańskim prawnoustwieniu. Sytuacja zmieniła się po II wojnie światowej. Pojawiły się wpływy europejskie, w szczególności ze strony Kelsena (osiadłego w USA po wojnie – był profesorem uniwersytetu w Berkeley), Herberta L.A. Harta, bodaj najwybitniejszego przedstawiciela jurysprudenencji analitycznej, pozostającej pod dużym wpływem oxfordzkiej filozofii języka potocznego (jeszcze jeden przykład wpływu filozofii na prawo), a ostatnio (po 1970 r.) szkoły frankfurckiej na tzw. krytyczne studia prawnicze (*critical legal studies*). Odrodzenie prawa natury, w USA reprezentowane przez Liona Fullera, było w jakimś stopniu reakcją na realizm, niekiedy uznawany za wersję pozytywizmu prawnego, a jeszcze inną odpowiedź stanowi integralna teoria prawa Ronalda Dworkina, przyjmująca, że zawsze istnieje optymalna i w pełni poprawna decyzja sędziowska. Trudno jest jednak zrozumieć tendencje w amerykańskiej teorii prawa po II wojnie światowej bez odniesienia ich do realizmu prawnego, w szczególności do tego, jakie poglądy realistów były krytykowane (np. przez Harta, o czym będzie jeszcze mowa), a co było kontynuowane, np. przez Dworkina czy *critical legal studies*⁸. Tak więc realizm, zapoczątkowany przez Holmesa, jest niejako punktem orientacyjnym w rozumieniu amerykańskiego prawnoustwiania, a nawet, ujmując rzecz ogólniej, życia

⁸ Dokładniejsze informacje na ten temat można znaleźć w książce J. Stelmacha, R. Sarkowicza, *Filozofia prawa XIX i XX w.*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 1998, zwłaszcza w rozdz. II i VIII. Por. też J.M. Kelly, *Historia zachodniej teorii prawa*, Wydawnictwo WAM, Kraków 2006 (oryginał angielski ukazał się w 1992 r. w Oxford University Press), rozdz. X.

prawnego w USA. Okoliczność ta jest potwierdzeniem zacytowanej wyżej diagnozy Louisa Menanda o fundamentalnej roli szeroko rozumianego pragmatyzmu w kształtowaniu charakteru współczesnego społeczeństwa Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej, jego instytucji publicznych, charakteru nauki, zwłaszcza dyscyplin społecznych (socjologia, ekonomia, pedagogika) czy sposobu uprawiania polityki. Legendarna opowieść o pucybutcie, który stał się milionerem dzięki sprawnemu działaniu, dobrze oddaje ducha tej kultury.

Amerykański realizm prawny jest w gruncie rzeczy kategorią rodzajową i obejmuje rozmaite nurty. Zazwyczaj wyróżnia się wczesny realizm (niektórzy powiadają o protorealizmie) Holmesa, kontynuowany przez Jerome Franka i Johna Graya, inżynierię społeczną Roscoe Pounda (konceptję bardzo podobną do idei polityki prawa Leona Petrażyckiego) i Benjamina Cardozo (także wybitnego sędziego federalnego), zwany także idealizmem prawnym, oraz funkcjonalizm (późniejszy realizm) Karla Llewellyna. Typologia ta powinna być uznawana *cum grano salis*, jest jedynie przybliżona i w dużej mierze konwencjonalna⁹. Nie mogę tutaj analizować rozmaitych związków i różnic pomiędzy tymi odłamami, a także możliwych przegrupowań przedstawicieli w ramach poszczególnych obozów. I tak Frank bywa zaliczany do kierunku idealistycznego, a Cardozo do wczesnego realizmu. Może najbardziej istotna odmienność wiąże się z nazwą „idealizm prawny”. O ile Holmes czy Llewellyn unikali lub przynajmniej znacznie minimalizowali aksjologiczny wymiar prawa, Pound wyraźnie odwoływał się do ideałów społecznych (podobnie jak Petrażycki). Tym samym, o ile sprzeciw Fullera wobec wczesnego realizmu prawnego jako pozytywizmu ma swoje silne uzasadnienie, gdy rzecz dotyczy Holmesa, sprawa jest znacznie bardziej skomplikowana, gdy bierze się pod uwagę Pounda, który nie stronił od, powiedzmy ostrożnie, quasi-aksjologicznych uzasadnień w ramach inżynierii społecznej przez prawo.

Powszechnie uważa się, amerykański realizm prawniczy jest oparty na pragmatyzmie jako filozofii, aczkolwiek związek ten, silny w przypadku Holmesa, stawał się coraz słabszy w miarę upływu czasu, chociaż nigdy nie zanikł całkowicie¹⁰. Realizm podzielał pewne ogólne przekonania charakterystyczne dla

⁹ Por. książki Stelmacha i Sarkowicza (rozdz. II, VIII) i Kelly'ego (rozdz. IX i X) powołane w przypisie 8, a ponadto (jest to oczywiście tylko wybór ograniczony do prac teoretyków prawa, głównie polskich; stosuję układ chronologiczny) J. Kowalski, *Funkcjonalizm w prawie amerykańskim*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1960; K. Opalek, J. Wróblewski, *Współczesna teoria i socjologia prawa w Stanach Zjednoczonych*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1963; W. Lang, J. Wróblewski, *Współczesna filozofia i teoria prawa w USA*, Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1986; H. Izdebski, *Historia myśli politycznej i prawnej*, C.H. Beck, Warszawa 1995, s. 241–245; M. Lobban, *A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600–1900*, Springer, Dordrecht 2007 (rozdz. 7) i J. Oniszczyk, *Filozofia i teoria prawa*, C.H. Beck, Warszawa 2008, rozdz. IV.

¹⁰ Trudno wyobrazić sobie ogólne omówienie pragmatyzmu bez przynajmniej wspomnienia o Holmesie. Por. np. A. Stępnik, *Pragmatyzm Williama Jamesa. Ujęcie systemowo-krytyczne*, Wydawnictwo Naukowe Semper, Warszawa 2009, s. 35–37. Prawdziwym *curiosum* jest natomiast *Historia*

pragmatyzmu, mianowicie indywidualizm, praktycyzm, sprzeciw wobec spekulacji czy bardzo poważne traktowanie sceptycyzmu (sceptycyzm co do reguł, sceptycyzm co do faktów, szczególnie jaskrawe w przypadku Jerome Franka). W samej rzeczy, wiele twierdzeń realistów, zarówno wczesnych, jak i późniejszych, na temat prawa może być traktowanych jako aplikacje maksymy (zasady) pragmatycznej w rozumieniu Peirce'a, tj. wskazania, że zawsze trzeba brać pod uwagę warunki stosowalności pojęć ogólnych, w szczególności, w postaci przewidywanych przyszłych konsekwencji praktycznych¹¹. Z drugiej jednak strony, Holmes i jego następcy nie cenili zbytnio analizy logicznej, co różniło ich od Peirce'a, ale nie od innych pragmatystów, np. Jamesa. Realisci zasadniczo sprzeciwiali się tzw. przez nich formalizmowi, tj. traktowaniu decyzji sądowej jako dedukcyjnej konkluzji wyprowadzonej z ogólnych reguł. Wspomniany sceptycyzm co do reguł nie oznaczał, iż nie ma prawa w rozumieniu tradycyjnym. Każdy Amerykanin, także realista prawny, wie dobrze, czym jest Konstytucja Stanów Zjednoczonych i jaką pełni rolę, a także jest świadom istnienia rozmaitych innych ustaw. W miarę upływu czasu rola prawa ustawowego wzrastała i nie mogła być negowana. Jak tedy pogodzić upatrywanie prawa w konkretnych decyzjach, przede wszystkim sędziowskich, z istnieniem mnogości aktów prawnych? Gray ujął to w swym słynnym powiedzeniu, że ustawy są źródłem prawa, ale nie nim samym.

Sposób pojmowania prawa przez realistów pokazuje, że nie wszystko w tym kierunku stanowi bezpośrednią pochodną pragmatyzmu. Cały czas trzeba bowiem pamiętać, że realizm był bardzo ściśle związany z amerykańskim systemem prawa, opartym na precedensach i daleko posuniętym pluralizmie prawa stanowego. Ta okoliczność, a nie tylko pragmatyzm, zaważyła na rozróżnieniu, wprowadzonym przez Graya na *law in books* (prawo ustawowe) i *law in action* (prawo w działaniu), stanowiącym teoretyczną podstawę wspomnianego wyżej odróżnienia źródeł prawa i prawa jako takiego. Prawo nie jest normą, ale decyzją jako faktem, obecnym tu i teraz, np. w 1900 r. w Kalifornii lub Teksasie, równie realnym w obu wypadkach, które mogą być skądinąd całkowicie różne w swej treści. Komuś przyzwyczajonemu do tzw. prawa kontynentalnego wydaje się dziwne, a nawet zgoła niezrozumiałe, dlaczego szeryf musi zaprzestać ścigania przestępcy na granicy swego stanu¹². Z punktu widzenia realizmu jest to sytuacja najzupełniej typowa, gdyż prawem są konkretne działania ludzi, upoważnionych do wymierzania sprawiedliwości, np. sędziów, ale związane z danym terytorium. To oni tworzą prawo, a nie tylko je stosują. Reguły ogólne, czyli normy, mają na

filozofii XX w. Nurty, t. 1, *Filozofia życia, pragmatyzm, filozofia ducha* T. Gadacza, Warszawa 2009, która poświęca pragmatyzmowi 170 stron i pomija Holmesa; ten naukowy niewypał jest przez niektóre media reklamowany jako rewelacja XXI w.

¹¹ Odpowiednie przykłady zostaną podane w dalszej części artykułu.

¹² Jest to oczywiście uproszczenie z dzisiejszego punktu widzenia. Jednakże wtedy, gdy powstawał realizm, pluralizm prawny w USA był znacznie większy niż obecnie.

celu jedynie ułatwienie, ewentualnie zestandaryzowanie prawa w działaniu, np. sposób ścigania szczególnie groźnych przestępców na „obcym” terytorium, aczkolwiek realiści domagali się umiaru w tej materii. Wiele aspektów funkcjonowania amerykańskiego systemu prawnego daje się bardzo prosto wyjaśnić przez odwołanie się do zarysowanej koncepcji prawa, np. to, że sędzia jest absolutnym panem w trakcie procesu, że z jego postanowieniami proceduralnymi w zasadzie nie dyskutuje się. Możemy się np. oburzać, że czyn Romana Polańskiego nie uległ przedawnieniu, ale postawa taka wypływa ze stosowania miarki opartej na prawie kontynentalnym. Gdy wziąć pod uwagę system amerykański, to nie sam upływ czasu i stosowna reguła ogólna, „produkują” skutek prawny, ale jest on stworzony mocą konkretnej decyzji konkretnego sędziego¹³.

Jeśli zastanowić się nad sensem nazwy „realizm” w tym kontekście, to wyraża ona bardzo prościutką intuicję, wedle której realistyczne ujęcie prawa podkreśla to, co ma rzeczywiste znaczenie dla ludzi. I to chcieli przedstawiciele tej orientacji podkreślić, także wtedy, gdy sprzeciwiali się zbyt filozoficznemu kwalifikowaniu ich poglądów. Byli oni nastawieni na codzienną praktykę, a znacznie mniej ich interesowały rozważania teoretyczne. Nieprzypadkowo zwracali baczniejszą uwagę na kształcenie prawników, domagając się uczenia studentów tego, co przydaje się w obliczu prawa w działaniu, a nie studiowania prawa w książkach. Także ten rys łączy realizm prawny z pragmatyzmem. Niemniej jednak można realizm prawny także analizować w kategoriach ogólniejszych i doszukiwać się bardziej wyrafinowanych treści filozoficznych. Nie jest to zresztą nic nowego, np. bada się teorię prawdy Jamesa nie tylko z punktu widzenia krótkiej tezy „prawdziwe jest to, co użyteczne”, ale także przez pryzmat ogólnej teorii racjonalności¹⁴. Ujmując rzecz w kategoriach ontologicznych, realizm prawny uznał, że prawo istnieje w sferze bytu, a nie w regionie powinności. Realisci odrzucili więc dualizm, stosując terminologię niemiecką, *Sein* i *Sollen*, a więc kamień węgielny wszelakiego normatywizmu, najpełniej ilustrowaną przez czystą teorię prawa Kelsena. Kryje się za tym całkiem określona koncepcja rzeczywistości, także bliska pragmatyzmowi, zwłaszcza w wydaniu Jamesa. W gruncie rzeczy realiści skandynawscy czy Petrażycki myśleli o prawie w sposób podobny, odrzucając odrębną realność powinności jako nieuchronnie prowadzącą do idealizmu typu kantowskiego. Jest to bardzo szczególne rozumienie tego, co realne, nieco podobne do fenomenologicznego, w myśl którego świat realny to agregat zło-

¹³ Zaznaczam, że nie dokonuję tutaj jakiegokolwiek oceny, który system jest lepszy. Sprawa ta jest zresztą przedmiotem niekończących się dyskusji. Typowy argument za wyższością systemu precedensowego wskazuje na jego większą plastyczność, a co za tym idzie, adaptacyjność do zmienności życia, natomiast za systemem kontynentalnym ma przemawiać trwałość, a w konsekwencji tworzenie lepszych warunków dla pewności prawnej.

¹⁴ Por. A. Stępnik, dz. cyt., s. 148–187.

żony z konkretnych czasoprzestrzennych składowych¹⁵. Jedną z ważniejszych konsekwencji realizmu prawnego jest odrzucenie, a przynajmniej potrzeba, modyfikacji odróżnienia stwierdzeń o tym, co jest, czyli o faktach, oraz stwierdzeń o tym, co być powinno. Te drugie, podobnie jak wypowiedzi oceniające (oceny), muszą także dotyczyć faktów. Niżej przedstawię pogląd realistów amerykańskich w tej materii, mianowicie ich odpowiedź na pytanie, czym są normy prawne, fundamentalne dla każdej filozofii prawa, a także postaram się pokazać jego ścisły związek z pragmatyzmem.

Oto wypowiedź Holmesa, powszechnie uważana za programową proklamację realizmu prawnego:¹⁶

Rozważmy fundamentalny problem: Czym jest prawo? Znajdziemy autorów, którzy powiadają, że jest to coś innego niż rozstrzygnięcia sądów w Massachusetts lub w Anglii, że jest to racjonalny system, że są to dedukcyjne wnioski wysnute z zasad etyki lub przyjętych założeń, które mogą lub nie, pokrywać się z rozstrzygnięciami. Lecz jeśli przyjmujemy punkt widzenia naszego przyjaciela, czyli złego człowieka, stwierdzimy, że zupełnie nie interesują go założenia czy dedukcje, natomiast ciekawi go to, co prawdopodobnie uczyni sąd w Massachusetts lub w Anglii. Podzielam jego podejście. Przewidywania dotyczące tego, jak rzeczywiście postąpią sady – i nie ponadto – są tym, co rozumiem przez prawo.

Realistyczne rozumienie prawa jako decyzji (rozstrzygnięć) sądowych i anty-formalizm w ich traktowaniu są wyraźne w powyższej wypowiedzi. Znajdujemy też w niej dwie bardziej konkretne idee, mianowicie koncepcję tzw. złego człowieka i predyktywne nastawienie ludzi na przyszłe zachowanie się sądów.

Kim jest „zły człowiek”? Wprawdzie Holmes nie używa cudzośliwu (w oryginale mamy *our friend the bad man*) ani zwrotu „tzw.”, ale można potraktować złego człowieka jako konstrukcję teoretyczną, ponieważ wcale nie chodzi o to, że świat składa się wyłącznie ze złych ludzi. Dlatego właśnie zaznaczam, że złego człowieka nie należy rozumieć dosłownie, tj. jako osobnika dopuszczającego się złych postępów; Holmes zresztą traktuje go z wyraźną sympatią, jako przyjaciela właśnie i kogoś, kto raczej pomaga, a nie przeszkadza w zrozumieniu, czym są problemy życiowe. Zdaniem Holmesa ludzie są żywotnie zainteresowani tym, aby nie podlegać sankcjom prawnym. Jak osiągnąć ten cel? Można to uczynić wedle realistów bardzo łatwo, o ile stosuje się następującą receptę: „Wyobraź sobie, że naruszasz prawo, i spróbuj przewidzieć, co zrobi sąd, gdy będzie rozstrzygał wynikłą z tego sprawę”. Tzw. zły człowiek to taki, który warunkowo

¹⁵ Nie dyskutuję tutaj stosunku tak pojmowanego realizmu do innych rodzajów realizmu spotykanych w filozofii, np. realizmu epistemologicznego. Jasne jest, że ten ostatni nie jest z konieczności sprzeczny z idealizmem typu kantowskiego. Trzeba też dodać, że podobieństwo z fenomenologią jest ograniczone w związku z odrzuceniem przez realistów prawnych istnienia abstraktów.

¹⁶ O.W. Holmes, „The Path of the Law”, w: O.W. Holmes, *Collected Legal Papers*, Harcourt, Brace and Company, New York 1920, s. 172–173 (artykuł ten ukazał się po raz pierwszy w czasopiśmie „Harvard Law Review” w 1897 r.).

stawia samego siebie w roli np. przestępcy, a więc rzeczywistego złego człowieka i prognozuje negatywne konsekwencje, jakie mogłyby go za to spotkać. Mówiąc inaczej, „zły człowiek” stanowi orientacyjny punkt odniesienia, którego respektowanie zapewnia uniknięcie sankcji ze strony prawa. Holmes podkreślał, że nie kieruje nim cynizm moralny czy egoizm. Rozpatrywanie samego siebie jak gdyby złego człowieka (tutaj cudzysłów nie jest potrzebny) jest sposobem na zapewnienie sobie korzyści w postaci bezpieczeństwa prawnego (dokładniej: przed wymiarem sprawiedliwości). Może to zresztą mieć całkiem wymierne pożytki praktyczne. Załóżmy, że działamy na pograniczu prawa, np. w tzw. szarej strefie. Postawa złego człowieka zapewnia, a przynajmniej ułatwia, pozostawanie w granicach legalności, tj. maksymalizację korzyści, np. finansowych związanych z realizacją obowiązku podatkowego. Związek z pragmatyzmem jest tutaj oczywisty. Można wręcz powiedzieć, że tzw. zły człowiek kieruje się maksymą pragmatyczną i rozpatruje praktyczne skutki swego postępowania w każdej sytuacji. Dla niego prawdziwe jest to, co użyteczne w sensie dosłownym.

Obowiązek i uprawnienie są podstawowymi pojęciami w analizie prawa. Realiści prawni rozwinęli predyktywną koncepcję obu tych kategorii. Wedle niej obowiązek (powinność) jest przewidywaniem sankcji, która może być zastosowana przez upoważniony do tego organ, np. sąd. Tak więc to, że ma się obowiązek powstrzymywania się od kradzieży, znaczy tyle tylko, że można przewidzieć poniesienie kary za dopuszczenie się kradzieży. Ten fragment zacytowanej wypowiedzi Holmesa, w którym nasz przyjaciel zły człowiek przewiduje to, co zrobią sądy w Massachusetts lub Anglii, jest zwykle traktowany jako pierwsze ujęcie predyktywnej teorii obowiązku. Może Holmes tak rzeczywiście uważał, aczkolwiek jego słowa równie dobrze pasują do predyktywnego rozumienia uprawnienia, polegającego na tym, że ma się uprawnienie, o ile można przewidzieć, że upoważniona do tego agenda będzie chroniła to, co jest jego przedmiotem. Tedy ma się uprawnienie do dysponowania daną rzeczą, o ile można przewidzieć, że sąd będzie chronił odpowiednie zachowanie się, np. gdy ktoś inny stara się je uniemożliwić lub ograniczyć. Predyktywne rozumienie obowiązku czy uprawnienia nie jest związane z prawem opartym na precedensach. Maksyma pragmatyczna dostarcza tutaj wygodnego schematu dla ujęcia istoty sprawy. Obowiązek i uprawnienie są tradycyjnie traktowane jako bardzo abstrakcyjne pojęcia. Zgodnie z duchem pragmatyzmu abstrakty są objaśniane przez ustalanie warunków ich stosowalności w konkretnych sytuacjach. I tak też jest w przypadku rozumienia obowiązków i uprawnień przez realistów prawnych, ponieważ przewidywania dotyczące zachowania się sądów czy organów administracyjnych spełniają warunki nakładane przez zasadę pragmatyczną.

Predyktywne ujęcie obowiązku i uprawnienia, a więc podstawowych kategorii normatywnych, umożliwiło realistom swoistą redukcję tego, co normatywne, do tego, co deskryptywne. Zwróćmy uwagę na (co najmniej) dwojakie znaczenie

słowa „powinien”. Gdy mówię „jutro powinna być ładna pogoda”, nie mam na myśli jakiegokolwiek obowiązku, ale po prostu przewiduję, że stan pogody w dniu jutrzejszym będzie taki a nie inny. Podobnie rzeczy mają się, gdy powiadam, że jutro może być ładna pogoda. W obu przypadkach zawarty jest wyraźny aspekt prognostyczny, powiązany na ogół z oczekiwaniem czy nadzieją, że coś się wydarzy. Realisci prawni wykorzystali tę właśnie właściwość zwrotów wskazujących na obecność elementu normatywnego. Na pierwszy rzut oka wygląda to na skorzystanie ze zwyczajnej ekwiwokacji. Niemniej jednak angielskie słowa *shall* i *will* są stosowane zarówno dla wyrażenia czasu przyszłego, jak i powinności, a użycie amerykańskie, niewykluczone, że ukształtowane pod wpływem pragmatyzmu, ma element powinnościowy w mówieniu o przyszłości. Ujmując rzecz jeszcze inaczej, można powiedzieć, że obowiązki i uprawnienia pojawiają się w związku z nierzeczywistymi (kontrafaktycznymi) okresami warunkowymi typu: (*) gdybym postąpił tak a tak, sąd (lub inny organ) zachowa się w taki a taki sposób; rozsądne jest przy tym traktowanie sankcji jako nieuchronnej. Tzw. *would-sentences* i ich własności są być może charakterystycznym narzędziem dla wyrażania zasad amerykańskiego stylu życia. Odnotujmy też, iż predyktywna koncepcja obowiązku znalazła aplikacje w logice deontycznej. Alan R. Anderson zdefiniował obowiązek uczynienia *A* przez zdanie warunkowe: (**) z konieczności, jeśli nie-*A*, to *S*, gdzie *S* oznacza sankcję (konieczność może być traktowana jako nieuchronność)¹⁷. Związek (*) i (**) jest oczywisty. Anderson zmierzał do redukcji logiki deontycznej do modalnej logiki aleitycznej. Wprawdzie nie odnotował inspiracji ze strony teorii prawa, ale swój artykuł zakończył uwagą, iż jego rozumienie pojęć deontycznych jest zgodne z praktyką socjologów (dokładniej, *behavioral scientists*) i redaktorów ustaw, a także sposobami uzasadniania stwierdzeń normatywnych, a więc obszarami, gdzie wpływ realizmu prawnego był niewątpliwy.

Wyżej zwróciłem uwagę na silny związek realizmu prawnego z kształtem amerykańskiego systemu prawa. Trzeba jednak też zauważyć, iż podobny charakter ma prawo brytyjskie, co jednak nie zaowocowało realistycznym kierunkiem w ogólnej nauce o prawie w Anglii. W samej rzeczy, realizm prawny spotkał się ze zdecydowaną krytyką w prawoznawstwie angielskim. Dotyczyło to w szczególności przesady w tezie, że sądy i tylko sądy tworzą prawo, i predyktywnego rozumienia pojęć deontycznych, przede wszystkim kategorii obowiązku¹⁸. Hart argumentował, że ustawowe ograniczenia co do trybu i treści rozstrzygnięć

¹⁷ A.R. Anderson, „The Formal Analysis of Normative Systems”, w: *The Logic of Decision and Action*, ed. by N. Rescher, University of Pittsburgh Press 196, s. 147–213.

¹⁸ Por. H.L. A. Hart, „Problemy filozofii prawa”, „Amerykańska teoria prawa widziana angielskimi oczami: Nocna mara i szlachetny sen”, w: H.L.A. Hart, *Eseje z filozofii prawa*, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2001, s. 88–118, s. 121–142 (angielski oryginał pierwszego artykułu ukazał się w *The Encyclopedia of Philosophy*, t. VI, New York, MacMillan 1967, a drugiego w *Georgia Law Review*, t. 11, 1976 r).

sędziowskich nie mogą być pominięte w definiowaniu prawa oraz że uprawnienia i obowiązki nie mogą powstać bez norm. Nie godził się także na redukcję powinności prawnej do „powinności przewidywczą”, pozostając przy tradycyjnym dualizmie logicznym tego, co jest, i tego, co być powinno, popularnym w myśli brytyjskiej od czasów Hume’a. Te kanony, a także inne okoliczności, np. silny utilitaryzm w etyce angielskiej czy znacznie większa jednolitość prawa na Wyspach Brytyjskich, sprawiły, że tamtejsza filozofia prawa była na ogół zdecydowanie pozytywistyczna. Znalazło to najpełniejszy wyraz u Jeremiego Bentham, Johna Austina i Johna Stuarta Milla. I chociaż kształtowała się w kontekście *common law* podobnego do amerykańskiego, nie różniła się zbytnio od niemieckiego pozytywizmu prawnego, np. w wersji Rudolfa von Jheringa (utilitaryzm w jego koncepcji przybrał postać tzw. jurysprudencji interesów). Realizm prawny, jak już wspominałem, bywa traktowany jako odmiana pozytywizmu. Nawet jeśli się zgodzić z tym poglądem, trzeba od razu podkreślić, że pozytywizm w wydaniu amerykańskim jest inny niż kontynentalny lub brytyjski. Wszystkie odmiany tej teorii prawa uznają, że prawem jest to tylko, co jest tworzone przez organy do tego upoważnione, niezależnie od osądu moralnego, ale różnią się względem wielu innych spraw, zwłaszcza istoty tego, co normatywne. Łatwo przy tym zauważyć, że kontrowersje wokół realizmu prawniczego jako pozytywizmu żywo przypominają spory na temat stosunku pragmatyzmu do pozytywizmu.

Kusi, aby powiedzieć, że realizm prawny nie powstał w Wielkiej Brytanii, m.in. dlatego, że pragmatyzm nie rozwinął się w tym kraju (Ferdinand C.S. Schiller był wyjątkiem w tej mierze) i nie był w nim zbyt popularny (por. ostre krytyki tego kierunku przez Francis’a Bradleya, George’a E. Moore’a i Bertranda Russella, a więc filozofów należących do dość różnych formacji intelektualnych). Byłoby to jednak jawne uproszczenie, a w gruncie rzeczy całkowicie niesprawdzone gdybanie. Historia filozofii angielskiej, a potem brytyjskiej, potoczyła się własnym kołem, na ogół hołdowała empiryzmowi i także wpłynęła na wyspiarskie prawoznawstwo. Można jednak postawić pytanie, czy amerykańska praktyka prawnicza nie wywarła wpływu na pojawienie się pragmatyzmu w filozofii. Jest to analogiczna kwestia do tej, która została już wyżej poruszona, mianowicie ewentualnego wpływu angielskiego i szkockiego *common law* na *common sense*. Wydaje się, że specyfika amerykańskiego systemu prawa mogła mieć tutaj jakieś znaczenie¹⁹. Wspominałem już o silnym pluralizmie stanowym prawa amerykańskiego. Nacisk na wielość był jednym z podstawowych motywów pragmatyzmu. Najważniejszą okolicznością zdaje się jednak kwestia skuteczności. Wymiar sprawiedliwości w epoce pionierów, działających w trudnych warunkach i bez oparcia w regułach ogólnych, musiał być szybki i skuteczny. Możemy

¹⁹ Dalsze uwagi są inspirowane wypowiedzią Piotra Gutowskiego w trakcie dyskusji nad niniejszym referatem.

sobie pokpiwać z nieprawdopodobnych przygód dzielnych szeryfów, efektywnie walczących z przeważającymi siłami rozmaitych, mniejszych lub większych rzezimieszków, ale nie ma wątpliwości, że musieli oni podejmować natychmiastowe decyzje, często, by tak rzec, z klauzulą natychmiastowej wykonalności. Kierowali się zdrowym rozsądkiem, obiegowymi ocenami moralnymi i żywiołowo powstającymi kryteriami racjonalności, a wszystko to było stowarzyszone z potrzebą przewidywania tego, co może nastąpić. Tak jak *Dwunastu gniewnych ludzi* stanowi fabularną, acz mało realistyczną (w sensie potocznym) kronikę podejmowanej decyzji, tak zmagania Willa Kane'a (*W samo południe* Freda Zinnemanna, 1952 r.) czy Johna T. Chance'a (*Rio Bravo* Howarda Hawksa, 1959 r.) są apoteozą skutecznego indywidualizmu, niezbyt adekwatnego do brutalnej rzeczywistości opanowywania Dzikiego Zachodu, chociaż miłą dla oka, a przede wszystkim oddającą wartości towarzyszące tworzącemu się społeczeństwu amerykańskiemu. I chociaż przytoczona wcześniej diagnoza Menanda o fundamentalnej roli pragmatyzmu (*a fortiori*, także realizmu prawnego) w kształtowaniu standardów myślowych u Amerykanów nie podlega dyskusji, trzeba też pamiętać, że filozofia Jamesa i Peirce'a nie powstała w społecznej próżni.

Pragmatism, Legal Theory and Legal Philosophy

Keywords: *legal realism, bad man, fact, obligation, right, prediction*

This paper examines the role of pragmatism in American legal theory. It is pointed out that legal realism, the basic movement in American legal thought, was based on philosophical ideas of pragmatism. In particular, the so-called predictive account of obligation and rejection of is/ought distinction are direct applications of pragmatism. Moreover, several claims of legal realism can be considered as concrete manifestations of the pragmatist maxim. This concerns, for instance, the idea of "the bad man" as someone who behaves in such a way that he or she avoids conflicts with law. In the last part of the paper a possible influence of American legal practice on pragmatism is discussed.