

KAROL WOJCIECHOWSKI

Uniwersytet Warszawski, Polska

University of Warsaw, Poland

e-mail: karol.wojciechowski@wpia.uw.edu.pl

<https://orcid.org/0000-0001-9601-0366>

Amerykańskie spory o historię w prawie

Pochylenie się nad amerykańskimi sporami o historię w prawie – zwłaszcza o historię w nauczaniu prawa – ma istotne znaczenie w dyskusji nad coraz bardziej praktycznymi celami, jakie stawiane są przed szkolnictwem wyższym w Polsce, w szczególności na kierunku prawo.

To właśnie bowiem Stany Zjednoczone są zazwyczaj wskazywane jako kraj, w którym kształcenie prawników ma charakter niemal całkowicie praktyczny; w którym przyszłych prawników w związku z tym nie obciąża się balastem przedmiotów historycznych i niedogmatycznych; w którym studentów przygotowuje się po prostu do zawodu prawnika¹. Do takiego postrzegania edukacji prawniczej w USA prawdopodobnie przyczynia się też obraz prawnika amerykańskiego utrwalany w przekazach kultury popularnej – na ogół prawnika procesowego, umiającego poruszać się po meandrach orzecznictwa sądowego i wprawnie przemawiającego do ławy przysięgłych (przy czym główny aktor jest niemal zawsze adwokatem, ewentualnie prokuratorem, a nie sędzią). Do takiej właśnie roli prawnika procesowego przygotowują studentów w amerykańskich szkołach prawa tzw. kliniki, w których studenci pod opieką wykładowcy z doświadczeniem praktycznym świadczą pomoc prawną *pro bono*.

Jest to jednak obraz niepełny. Nie zamierzam wprowadzić kwestionować tego, że szkoły prawa w USA przygotowują w pierwszej kolejności do zawodu prawniczego,

¹ A. Rochowicz, *Edukacja prawnicza w USA*, „Palestra” 1994, nr 38 (7–8), s. 183; A.M. Ludwiskowska, *System prawa Stanów Zjednoczonych*, Toruń 1999, s. 19–20, 27–30.

ale chcę przedstawić perspektywę pokazującą, po pierwsze, że w procesie kształcenia prawników w USA liczne zagadnienia humanistyczne, w tym historyczne, są nie tylko obecne, lecz jest ich coraz więcej; po drugie, że zarówno jeśli chodzi o doktrynę, jak i funkcjonowanie prawa, Amerykanie są na ścieżce przeczącej temu, co nieraz może się wydawać, tj. coraz więcej widać u nich odniesień do historii, filozofii politycznej i filozofii prawa.

1. Etapy edukacji prawników

Rozważając rolę historii czy przedmiotów humanistycznych w ogóle w kształceniu prawników w USA, warto pamiętać, że jednym z warunków przyjęcia kandydata do trzyletniej amerykańskiej szkoły prawa (*law school*) jest uprzednie uzyskanie *undergraduate degree*, czyli ukończenie studiów pierwszego stopnia, które trwają na ogół cztery lata, i otrzymanie tytułu licencjata (*bachelor's degree*). Nie można zatem podjąć studiów prawniczych zaraz po szkole średniej.

Z jakich kierunków rekrutowani są najczęściej studenci szkół prawa? Według najnowszych statystyk Law School Admission Council (organizacji, do której należy niemal 200 szkół prawa w USA i która organizuje testy wstępne do tych szkół – LSAT) najczęściej wybieranym kierunkiem studiów pierwszego stopnia przez kandydatów przyjętych do szkoły prawa w 2022 r. były nauki polityczne. Z kolei najwyższy odsetek przyjętych spośród osób aplikujących stanowili absolwenci – co ciekawe – kierunków historycznych. Z 33 947 kandydatów przyjętych do szkół prawa 14 316 (około 42%) ukończyło czteroletnie studia z politologii, historii lub filozofii. Dalsze 15% było po anglistyce, socjologii czy akademii sztuk pięknych, gdzie studenci przypuszczalnie też mieli styczność z niejednym przedmiotem o charakterze historycznym².

Już same te liczby świadczą o znacznej różnicy w wykształceniu prawników z USA i z Polski. U nas kandydaci na studia prawnicze są przyjmowani tuż po maturze, na dodatek z liceów, w których – zwłaszcza w ostatnich latach – lekcje historii były prowadzone w ograniczonym zakresie. Tymczasem w USA większość studentów szkół prawa, zanim otrzyma do rozwiązania pierwszy kazus, najpierw przez kilka lat zdobywa ogólne wykształcenie humanistyczne.

2. „Mroczny kontynent” nauki prawa

Zagadnienia historyczne w kształceniu prawników w USA nie ograniczają się bynajmniej do studiów pierwszego stopnia. *Legal history*, czyli historia prawnicza,

² Law School Admission Council, Applicants by Major, <https://report.lsac.org/view.aspx?report=applicantsbymajor&Format=PDF> [dostęp: 12.10.2023].

uprawiana przez prawników z myślą o prawie, również pod kątem wniosków *de lege ferenda* (stąd czasem przeciwstawiana jest ogólnej *history of law* i *constitutional history*), rozwinęła się w świecie akademickim i w szkołach prawa w USA dopiero w ciągu ostatnich siedemdziesięciu lat³. I to właśnie na tle rozwoju *legal history* najlepiej widać amerykańską ścieżkę prowadzącą od nauki prawa opartej niemal wyłącznie na analizie dogmatycznej do nauki uwzględniającej znacznie szersze źródła, w tym historyczne i filozoficzne.

Jeszcze na początku lat 50. ubiegłego wieku *legal history* była nauczana w niewielu szkołach prawa⁴ – można je policzyć na palcach jednej ręki. W 1958 r. znany amerykański historyk i bibliotekarz Kongresu Stanów Zjednoczonych Daniel J. Boorstin zauważył:

Mimo iż żyjemy w systemie *common law*, opartym na zwyczajach i historii, mimo iż mamy najlepiej prosperujące szkoły prawa oraz najbardziej wpływowych [...] prawników w świecie zachodnim, nasza historia prawnicza pozostaje Mrocznym Kontynentem⁵.

Odkąd szkoły prawa pojawiły się na uniwersytetach amerykańskich w drugiej połowie XIX wieku, w nauczaniu dominowała metoda *casusów* (*case method*), polegająca na formalistycznej analizie orzeczeń sądowych. Została ona stworzona w latach 70. XIX wieku przez Christophera Columbusa Langdella, dziekana Szkoły Prawa Uniwersytetu Harvarda, i miała służyć zajmowaniu się prawem w sposób naukowy, ujmujący je jako uporządkowany zespół wiedzy, pozbawiony wszelkich elementów pozaprawnych, w tym jakichkolwiek odniesień politycznych, ekonomicznych i historycznych⁶. Metoda Langdella w dużym stopniu opierała się na sztywnej konstrukcji reguł i zasad orzecznictwa sądowego, tak że wręcz pomijała prawo stanowione. I w kolejnych dekadach to właśnie *case method* dominowała w nauczaniu prawa, co rzutowało również na przedmioty historycznoprawne.

W raporcie komisarza edukacji (oddzielny Departament Edukacji utworzono dopiero w 1979 r.) z lat 1890–1891 zauważono, że program nauczania w 56 szkołach prawa w USA „ogranicza się do gałęzi praktycznego prawa prywatnego, które student może wykorzystać w pierwszych latach swojej praktyki”. Natomiast „różne przed-

³ Na temat *legal history* i jej relacji do *history of law* oraz *constitutional history*: S. Presser, „*Legal History*” or the *History of Law: A Primer on Bringing the Law's Past into the Present*, „*Vanderbilt Law Review*” 1982, t. 35, nr 4, s. 849–890; C. Woodard, *History, Legal History and Legal Education*, „*Virginia Law Review*” 1967, t. 53, nr 1, s. 89–121; M.J. Horwitz, *The Conservative Tradition in the Writing of American Legal History*, „*The American Journal of Legal History*” 1973, t. 17, nr 3, s. 275–294.

⁴ L.M. Friedman, *The State of American Legal History*, „*The History Teacher*” 1983, t. 17, nr 1, s. 103.

⁵ D.J. Boorstin, *The Americans: The Colonial Experience*, New York 1958, s. 399.

⁶ L. Friedman, *A History of American Law*, New York 2001, s. 468–469.

mioty z historii oraz teorii prawa i ustroju wydają się zaniedbywane [...]. Historia prawa amerykańskiego i angielskiego jest nauczana w formie wykładów w bodajże sześciu szkołach” (m.in. w szkołach prawa w Yale i na Harvardzie)⁷. Sytuacja ta niezbyt się zmieniła jeszcze na początku XX wieku. Na corocznym zjeździe Association of American Law Schools w 1915 r. Ernest G. Lorenzen ze Szkoły Prawa Uniwersytetu Minnesota stwierdził, że „można z niewielką przesadą powiedzieć, iż nikt nie pisze, nikt nie uczy, nikt nie studiuje historii prawniczej”⁸.

3. Realizm prawniczy i socjologiczna jurysprudencja

Zaczątki zmian można zauważyć dopiero w latach 20. i 30. ubiegłego wieku. Pojawienie się realizmu prawniczego i socjologicznej jurysprudencji otworzyło naukę prawa na nowe perspektywy, w tym historyczne. Oliver Wendell Holmes Jr. krytykował „teologiczne” postulaty Langdella, by prawo analizować wyłącznie w kategoriach logicznych, zamiast uwzględniać „uczucia [...] które faktycznie ukształtowały treść prawa”⁹. Holmes sam zresztą prowadził badania historycznoprawne w swoich pracach nad *common law* i odpowiedzialnością deliktową¹⁰.

Tematyką historycznoprawną zajmował się również Roscoe Pound, który także krytykował XIX-wieczną „mechaniczną jurysprudencję”, przede wszystkim za jej nadmiernie formalistyczne podejście i brak zrozumienia dla zmieniającej się rzeczywistości społecznej. W swoich badaniach Pound zajmował się nie tylko historią orzecznictwa i ustawodawstwa, lecz także historią myśli prawnej. Uważał, że zasadniczym celem historii prawa jest analiza intencji ustawodawcy oraz tego, jak zmienia się prawo pod wpływem przemian zachodzących w społeczeństwie¹¹. W 1923 r. Pound opublikował zbiór tekstów pt. *Interpretations of Legal History*, w którym wypowiadał się o porządku prawnym jako „zbiorze materiałów w faktycznym użyciu, przekazanych z przeszłości, nad którymi pracujemy świadomie i podświadomie, aby spełnić pragnienia i zaspokoić potrzeby teraźniejszości”¹². Jako dziekan Szkoły Prawa Uniwersytetu Harvarda Pound zabiegał również o etaty dla profesorów zajmujących się historią prawniczą.

⁷ J.S. Howland, *A History of Legal History Courses Offered in American Law Schools*, „The American Journal of Legal History” 2013, t. 53, nr 4, s. 367.

⁸ Ibidem, s. 368.

⁹ S.B. Presser, J.S. Zainaldin, *Law and Jurisprudence in American History. Cases and Materials*, Saint Paul, MN 2009, s. xxi.

¹⁰ G.E. White, *The Path of American Jurisprudence* [w:] G.E. White (red.), *Patterns of American Legal Thought*, New Orleans 2010, s. 40–42; idem, *The Intellectual Origins of Torts in America* [w:] ibidem, s. 118–119.

¹¹ G. Wierczyński, *Pound*, Sopot 2018, s. 110.

¹² R. Pound, *Interpretations of Legal History*, New York 1923, s. 21.

Co ciekawe, dopiero jesienią 1928 r. wprowadzono w jednej ze szkół prawa (na Uniwersytecie Columbia) obowiązkowy kurs dla studentów pierwszego roku pod nazwą „Rozwój instytucji prawnych”. Obejmował on m.in. historię sądownictwa angielskiego i recepcji *common law*. Podobno kurs nie podobał się studentom pierwszego roku, natomiast studenci drugiego i trzeciego roku deklarowali, że przedmiot był dla nich cenny¹³.

Legal history nadal jednak znajdowała się w powijakach. Jak zauważył w 1931 r. Karl N. Llewellyn, była to dziedzina ciągle „w znacznym stopniu niezajęta”¹⁴. Nie liczne badania historycznoprawne koncentrowały się na *common law* i zasadach prawnych ukształtowanych w ramach orzecznictwa sądowego. Trafnie więc zwraca uwagę Lawrence Friedman, że ówczesna *legal history* była „techniczna” i „bardzo prawnikowa” (*lawyerly*), nie uwzględniała zaś kontekstu społeczno-ekonomicznego. Historię tę wykładano – by użyć porównania Friedmana – tak jak się wyklada historię muzyki, a nie historię polityczną czy społeczną¹⁵. *Legal history* była więc *de facto* swoistym wstępem do prawoznawstwa.

Skutkiem tego okres tuż przed II wojną światową wciąż cechowało podejście przygotowujące prawników do pracy *stricto* zawodowej. Historia prawnicza była nauczana przede wszystkim na najbardziej prestiżowych uczelniach, takich jak: Harvard, Yale i Columbia. Stan ten utrzymywał się w latach 40. i 50.

4. Szkoła Wisconsin

Przełomowym – jak się wydaje – wydarzeniem dla rozwoju dyscypliny *legal history* w USA było ukazanie się w 1950 r. książki Jamesa Willarda Hursta, profesora Szkoły Prawa Uniwersytetu Wisconsin, zatytułowanej *The Growth of American Law*. Podejście Hursta było nowatorskie. Interesowało go faktyczne funkcjonowanie prawa, zwłaszcza społeczna funkcja prawa. Nie koncentrował się na zasadach *common law*. Badał ustawodawstwo, działania instytucji, funkcjonowanie administracji i zachowania prawników. Hurst i bliscy mu historycy prawa (których określano potem mianem „szkoły Wisconsin”), jak wspomniany już Lawrence Friedman, skupiali się na badaniu zagadnień nawet, wydawać by się mogło, prozaicznych, w tym o zabarwieniu ekonomicznym. Interesowała ich np. działalność sądów pierwszej instancji w małych miejscowościach¹⁶. Jedną z bardziej znanych publikacji

¹³ J.S. Howland, *A History of Legal History...*, s. 369.

¹⁴ K.N. Llewellyn, *Book Review: Studies in American Legal History by Richard B. Morris*, „Columbia Law Review” 1931, t. 31, nr 4, s. 730.

¹⁵ L.M. Friedman, *American Legal History: Past and Present*, „Journal of Legal Education” 1984, t. 34, nr 4, s. 563.

¹⁶ *Ibidem*, s. 565.

samego Hursta jest monografia na temat historii prawnej przemysłu drzewnego w Wisconsin¹⁷.

Rosnące zainteresowanie zagadnieniami historycznoprawnymi poszczególnych naukowców, którzy działali do tej pory niejako na własną rękę, zaowocowało powstaniem w 1956 r. Amerykańskiego Towarzystwa Historii Prawniczej (American Society for Legal History), którego zadaniem było wspieranie badań interdyscyplinarnych i nauczania historii prawniczej. Wśród członków stowarzyszenia znaleźli się Erwin C. Surrency, James Willard Hurst oraz prominentni prawnicy, jak prezes Sądu Najwyższego Earl Warren.

Rok później, w 1957 r., został założony kwartalnik „American Journal of Legal History”, który przez następne 25 lat był oficjalnym periodykiem wspomnianego towarzystwa. Periodyk powstał, gdyż wydawnictwa prawnicze nie chciały przyjmować do druku tekstów autorów zajmujących się *legal history*. Tłumaczyły się one koniecznością zamieszczania na swoich łamach aktualności (jeszcze w 1962 r. John Reid, profesor prawa z New York University, z żalem zauważał, że redaktorzy najpoważniejszych periodyków prawniczych odmawiali publikacji recenzji nawet jednej z najważniejszych prac Hursta pt. *Law and Social Process in United States History*¹⁸).

To swoiste ożywienie historycznoprawne z końca lat 50., którego podstawą było przekonanie, by prostu pisać i działać, przyniosło jednak wymierne efekty. W roku akademickim 1961–1962 na 115 szkół prawa już 31 ujęło w swoim programie zajęcia z historii prawniczej. W większości przypadków na zajęcia te decydowali się studenci trzeciego roku. Szkoły, które nie oferowały takich zajęć, tłumaczyły się tym, że kładą nacisk na nauczanie praktyczne¹⁹. Warto jednak dodać, że nie były to szkoły topowe.

5. Wysyp w latach 70.

Prawdziwy wysyp zajęć z *legal history* nastąpił w latach 70. Wzmoczone w tym czasie zainteresowanie historią prawa wyjaśniano m.in. zapotrzebowaniem na dyskusję o etyce w prawie w czasach kryzysu państwowości wywołanego aferą Watergate²⁰.

Spośród 99 ankietowanych w 1973 r. szkół prawa aż 71 oferowało w swoich programach zajęcia z *legal history*. Dominowała w nich oczywiście amerykańska historia prawa²¹. W latach 70. rozwinęła się też szersza literatura z zakresu historii

¹⁷ J.W. Hurst, *Law and Economic Growth: The Legal History of the Lumber Industry in Wisconsin, 1836–1915*, Cambridge, Mass. 1964.

¹⁸ H.M. Hyman, *Foreword* [w:] G.E. White (red.), *Patterns...*, s. i.

¹⁹ J.S. Howland, *A History of Legal History...*, s. 375–376.

²⁰ S. Presser, „*Legal History*” or *the History of Law...*, s. 850.

²¹ J.S. Howland, *A History of Legal History...*, s. 377.

prawa – w 1973 r. ukazała się pierwsza ogólna historia amerykańskiego prawa do 1900 r. autorstwa Lawrence’a Friedmana ze Szkoły Prawa Uniwersytetu Stanforda²²; powstawały też prace historycznoprawne Bernarda Schwartza, George’a Edwarda White’a i Granta Gilmore’a.

Pojawiła się również w tej dekadzie nowa szkoła grupy historyków prawa, którą określa się czasem mianem krytycznej. Jej najważniejszym przedstawicielem jest Morton Horwitz ze Szkoły Prawa Harvarda, który w 1977 r. opublikował pierwszy tom głośnej pracy *The Transformation of American Law*. Horwitz przekonywał, że prawo jest polityczne, a jego kształt to rezultat ścierania się różnych interesów, przede wszystkim o charakterze ekonomicznym. Przedstawiciele tej szkoły byli na ogół utożsamiani z poglądami lewicowymi. Skupiali się na kwestiach politycznych czy wręcz ideologicznych, a także na historii myśli prawnej. Horwitz we wspomnianej książce ukazał zwłaszcza ścieranie się „klasycznej myśli prawnej” z „progresywną myślą prawną” w kwestii „neutralności” i „niepolityczności” prawa²³.

Na przełomie lat 60. i 70. zaczęły się też zmieniać obszary zainteresowania historyków prawa. Dowodzi tego tematyka artykułów ukazujących się na łamach „American Journal of Legal History”²⁴. W latach 50. dominowały zagadnienia rozwoju instytucji prawnych, życiorysy znanych prawników, analiza dokumentów. Dekadę później pojawiły się teksty podające w wątpliwość wiele instytucji amerykańskiego prawa i analizujące m.in. związki prawa z polityką czy usługi świadczone przez władze publiczne, a także artykuły na temat niewolnictwa i rdzennych mieszkańców Ameryki. Coraz więcej miejsca w historii prawniczej zajmowały zagadnienia z zakresu myśli prawnej (w Polsce także polityczno-prawnej). W amerykańskiej literaturze przedmiotu z tego okresu funkcjonowało już zresztą osobne określenie tego kierunku badań: *legal intellectual history*²⁵.

W latach 70. zaczęły ponadto ukazywać się na łamach „American Journal of Legal History” teksty inspirowane ruchem krytycznych studiów nad prawem (*critical legal studies*), postrzegających prawo jako efekt wpływu środowisk najbardziej uprzywilejowanych²⁶. Między innymi piszący w tym duchu Morton Horwitz opublikował w 1973 r. głośny tekst krytykujący „konserwatywną tradycję pisania amerykańskiej historii prawniczej” jako historii rzekomo neutralnych zasad, chroniących instytu-

²² L.M. Friedman, *A History of American Law*, New York 1973.

²³ M.J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1870–1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York 1992, s. 3–4.

²⁴ A.L. Brophy, S. Vogenauer, *Introducing the Future of Legal History: On Re-launching the American Journal of Legal History*, „American Journal of Legal History” 2016, t. 56, nr 1, s. 1–5.

²⁵ D.W. Raack, *Some Reflections on the Role of Legal History in Legal Education*, „Duquesne Law Review” 1988, t. 26, nr 4, s. 901; S.M. Fuller, *Some Contemporary Approaches to the Study of Legal History and Jurisprudence*, „Tulsa Law Review” 1975, t. 10, nr 4, s. 579.

²⁶ S.M. Feldman, *American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism*, New York 2000, s. 129–133.

cje takie jak własność prywatna. Horwitz negatywnie oceniał zwłaszcza Pounda za jego uwielbienie dla *common law* i niechęć do kodyfikacji. Zdaniem Horwitza kryła się w tym po prostu awersja do demokratycznego ustawodawstwa i gloryfikacja *status quo*²⁷.

Lata 70. były wreszcie okresem dominacji w literaturze historycznoprawnej tematów z zakresu historii społecznej, dotyczących np. historii miejskiej, kwestii rasowych i gender, a także roli ekonomii w prawie²⁸.

6. „Boom” historii prawniczej

Biorąc pod uwagę ten nagły wysyp literatury i wzrost zainteresowania historią prawa, trudno się dziwić, że w 1983 r. Lawrence Friedman napisał, iż nastał czas „boomu” dla historyków prawa²⁹. Lata 80. to zresztą kolejna dekada znaczącego rozwoju literatury historycznoprawnej. W tym czasie pojawiły się istotne publikacje: m.in. pięciotomowa kompleksowa *A Comprehensive Bibliography of American Constitutional and Legal History* Kermita L. Halla z 1984 r., w której sklasyfikowano ponad 18 tysięcy pozycji, a także pierwszy, obejmujący całą historię amerykańskiego prawa, podręcznik dla studentów szkół prawa (*casebook*) autorstwa Stephena B. Pressera i Jamila S. Zainaldina (VIII wydanie z 2014 r. liczy 1498 stron)³⁰ – znalazły się tu zagadnienia zarówno z zakresu historii prawa, jak i historii myśli prawnej oraz filozofii prawa.

Warto dodać, że w latach 80. zagadnienia historycznoprawne zaczęły odgrywać niemalą rolę w bieżących sporach polityczno-prawnych w USA, zwłaszcza w obrębie prawa konstytucyjnego. Warto choćby wspomnieć głośnie spory o wykładnię Konstytucji USA, szczególnie między oryginalizmem, odwołującym się do rozumienia ustawy zasadniczej przyjętego w chwili jej uchwalenia bądź do pierwotnej intencji prawodawcy konstytucyjnego³¹, a republikańskim ożywieniem (*republican revival*), które poszukiwało uzasadnienia dla progresywnego orzecznictwa z lat 60. w inspirowanych klasycznym republikanizmem poglądach ojców założycieli (m.in. w celu znalezienia alternatywy dla sądowej kontroli zgodności z Konstytucją sprzecznej z dążeniami większości demokratycznej, stanowiącej *countermajoritarian difficulty*)³². Należy także wymienić niektóre głośniejsze, inspirowane tematyką hi-

²⁷ M.J. Horwitz, *The Conservative Tradition in the Writing of American Legal History*, „The American Journal of Legal History” 1973, t. 17, nr 3, s. 275–294.

²⁸ A.L. Brophy, S. Vogenauer, *Introducing the Future...*, s. 2–3.

²⁹ L.M. Friedman, *The State of American Legal History...*, s. 103.

³⁰ S.B. Presser, J.S. Zainaldin, *Law and Jurisprudence in American History. Cases and Materials*, Saint Paul, MN 2013.

³¹ C. Błaszczuk, *Interpretacja w służbie doktryny. Oryginalizm konstytucyjny w Stanach Zjednoczonych*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio G.” 2020, t. LXVII, nr 2, s. 12.

³² L. Kalman, *The Strange Career of Legal Liberalism*, New Haven – London 1960, s. 143–160.

storycznoprawną, propozycje doktrynalne, takie jak Lawrence’a Lessiga „wierność w tłumaczeniu”³³, Ahkila Amara neofederalizm³⁴ czy Bruce’a Ackermana syntezę doświadczeń wielopokoleniowych w interpretacji Konstytucji³⁵.

Ten „boom” na historię prawniczą utrzymywał się w latach 90. (w 1991 r. ukazał się przy tym kolejny znaczący *casebook*, autorstwa Kermita L. Halla, Paula Finkelmana i Jamesa W. Ely’ego Jr.)³⁶ i utrzymuje się w zasadzie do dziś. W 2013 r. na 202 szkoły prawa, uznane przez Amerykańską Izbę Adwokacką (American Bar Association), aż 177 oferowało w swoim programie zajęcia z zakresu *legal history*³⁷. Liczne działania prowadzi nadal Amerykańskie Towarzystwo Historii Prawa, sponsorujące kwartalnik „Law and History Review” oraz serię książek „Studies in Legal History”, wydawaną przez Cambridge University Press. Towarzystwo organizuje coroczne spotkania, które są okazją dla historyków prawa do poznania się i przedstawienia swojego dorobku. Przyznaje również nagrody i stypendia badawcze.

Jeśli spojrzeć na różne ankiety, widać, że historia prawnicza wciąż jest popularna w świecie amerykańskich szkół prawa. Ponad 513 wykładowców tych szkół w 2011 r. wymieniło *legal history* jako przedmiot zainteresowania – dzięki czemu znalazła się ona przed takimi przedmiotami prawa materialnego, jak wymiar sprawiedliwości w sprawach karnych (429 nauczycieli), prawo pracy (369), prawo antymonopolowe (339), kobiety i prawo (287) oraz prawo imigracyjne (231)³⁸.

W 2016 r. po krótkiej przerwie wznowiono też z rozmachem „American Journal of Legal History” – wydawany teraz przez Oxford University Press. Na rynku wydawniczym jest więc już drugi znaczący periodyk poświęcony historii prawa (obok „Law and History Review”).

Ostatnia dekada to także okres coraz większej specjalizacji zainteresowań historyków prawa. Wśród tematów pojawiających się na łamach „American Journal of Legal History” są nawet tak nietuzinkowe zagadnienia, jak wykorzystanie cyfryzacji w badaniu historii prawa czy metody badań komparatystycznych prawa chińskiego i zachodniego³⁹. W periodyku publikowane są ponadto artykuły na tematy dotyczące innych krajów, np. o problemach transformacji ustrojowej w Brazylii⁴⁰, wielkiej ławie

³³ L. Lessig, *Fidelity in Translation*, „Texas Law Review” 1993, t. 71, https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=11689&context=journal_articles [dostęp: 27.06.2023].

³⁴ A. Reed Amar, *Of Sovereignty and Federalism*, „The Yale Law Journal” 1987, t. 96, nr 7.

³⁵ B. Ackerman, *We the People*, t. 1: *Foundations*, Cambridge, Mass. 1991, passim.

³⁶ K.L. Hall, P. Finkelman, J.W. Ely Jr., *American Legal History: Cases and Materials*, Oxford 1991.

³⁷ J.S. Howland, *A History of Legal History...*, s. 363.

³⁸ C. Tomlins, *The Consumption of History in the Legal Academy: Science and Synthesis, Perils and Prospects*, „Journal of Legal Education” 2011, t. 61, nr 1, s. 139.

³⁹ E.C. Nystrom, D.S. Tanenhaus, *The Future of Digital Legal History: No Magic, No Silver Bullets*, „American Journal of Legal History” 2016, t. 56, nr 1, s. 150–167.

⁴⁰ M. Corrêa, *Amnesty and the Limits of Transitional Justice in Brazil: The Case of Expelled Low-Ranking Soldiers, 1964–2014*, „American Journal of Legal History” 2022, t. 62, nr 2, s. 182–205.

przysięgłych w Nowej Zelandii⁴¹, rejestrze gruntów w Singapurze⁴², a nawet o poglądach Andrzeja Maksymiliana Fredry⁴³. W porównaniu do lat 50. i 60. periodyk jest więc znacznie mniej ukierunkowany na zagadnienia amerykańskie i angielskie. Odzwierciedla to też po części multikulturalizm obecny na uczelniach amerykańskich.

7. Aktualne problemy

Ta rosnąca specjalizacja jest zarazem jednym z problemów, o których dyskutuje się w USA w kontekście współczesnej historiografii, nie tylko prawniczej. Zauważa się przykładowo, że historycy, chcąc uchodzić za specjalistów, piszą prace na tematy, które nie znajdują zainteresowania u czytelników. Brakuje przede wszystkim syntez⁴⁴. Pod względem masowego odbioru zawodowi historycy ustępują w związku z tym pola niezawodowym historykom, co widać również w Polsce.

Od lat 90. toczy się też wśród historyków dyskusja na temat zagrożeń ze strony postmodernizmu dla nauk historycznych, zwłaszcza w kontekście jego relatywizmu w postrzeganiu prawdy i samego języka⁴⁵, co przekłada się na trudności narracyjne (postmoderniści np. zarzucają to, że perspektywa historyczna jest zdominowana przez poglądy polityczne historyka – na ogół mężczyzny, podczas gdy „prawda jednego mężczyzny jest fałszem innej kobiety”⁴⁶) i nasila problemy w formułowaniu syntez.

Równolegle toczy się dyskusja na temat wpływu multikulturalizmu i relatywizmu w nauczaniu historii na tożsamość amerykańską. Szczególnie głośna pod tym względem była książka jednego z czołowych historyków amerykańskich Arthura M. Schlesingera Jr., który przestrzegał przed „rozkładem Ameryki” z powodu nowych trendów w historiografii amerykańskiej, kwestionujących dziedzictwo cywilizacyjne Zachodu. „Historia – jak napisał – raczej nie odniesie sukcesu tam, gdzie psychiatria zawodzi”⁴⁷.

⁴¹ G. Taylor, *The Grand Jury of New Zealand in The Nineteenth Century*, „American Journal of Legal History” 2018, t. 58, nr 2, s. 227–281.

⁴² A.W.-L. See, *The Torrens System in Singapore: 75 Years from Conception to Commencement*, „American Journal of Legal History” 2022, t. 62, nr 1, s. 66–87.

⁴³ M. Tracz-Tryniecki, J.P. Higgins, *The Art of Interpretation or the Art of Construction? The Case of Gestorum – A Constitutional Treatise by Andrzej Maksymilian Fredro*, „American Journal of Legal History” 2022, t. 62, nr 1, s. 1–19.

⁴⁴ C. Tomlins, *The Consumption of History...*, s. 145–146.

⁴⁵ J. Appleby, L. Hunt, M. Jacob, *Telling the Truth About History*, New York 1995.

⁴⁶ Ibidem, s. 231–237, 244.

⁴⁷ A.M. Schlesinger Jr., *The Disuniting of America. Reflections on a Multicultural Society*, New York 1998, s. 105.

8. Historia prawnicza a prawo

W kontekście tak długiego już – bo kilkudziesięcioletniego – i szerokiego rozwoju historii prawa w USA można oczywiście postawić pytanie, czy ma on jakieś realne przełożenie na doktrynę, orzecznictwo i funkcjonowanie prawa (pomijając rzecz jasna, kwestię, na ile wymierne jest przełożenie jakiegokolwiek czynnika na doktrynę, orzecznictwo i funkcjonowanie prawa)? Ciekawą sugestią podsuwa tu Lawrence Friedman. Proponuje on zwrócenie uwagi na artykuły w periodykach prawniczych. Na początku XX wieku artykuły takie w zasadzie nie zawierały odniesień do źródeł innych aniżeli orzeczenia i akty prawne. Sytuacja wyglądała już nieco inaczej w latach 50. W przypisach można dostrzec odwołania również do prawniczej literatury przedmiotu. Friedman zauważa, że z kolei w losowo wybranym przez niego periodyku z 1999 r. znajdują się odwołania do licznych przedstawicieli myśli polityczno-prawnej i filozoficznej, np. Edmunda Burke’a, Friedricha von Hayeka, Alexis de Tocqueville’a czy Bronisława Malinowskiego⁴⁸.

Warto też podkreślić wzrost znaczenia periodyków dla orzecznictwa. W październiku 1900 r. Sąd Najwyższy USA tylko raz przywołał jakiś artykuł z periodyku prawniczego, w październiku 1941 r. – 31 razy, natomiast w październiku 1978 r. – już 286 razy⁴⁹. Wśród przywołanych w orzeczeniach sądów periodyków znajduje się też „American Journal of Legal History”. Odniesienie do niego można znaleźć w orzecznictwie Sądu Najwyższego, 10 federalnych sądów apelacyjnych oraz 23 stanowych sądów najwyższych⁵⁰.

Trudno w tej sytuacji nie przytoczyć słów Olivera Wendella Holmesa Jr. z jego wystąpienia *O ścieżce prawa* z 1897 r., w którym trafnie wyraził dylematy związane z historią w prawie amerykańskim. Stwierdził on, że ma nadzieję, iż nadejdą czasy, w których rola historii w analizowaniu obowiązującego prawa będzie niewielka, a zamiast poświęcać jej uwagę, będzie się kierować energią na rozwiązywanie aktualnych problemów – badanie celów, które chce się osiągnąć, i powodów, dla których się ich pragnie⁵¹. W tym samym artykule Holmes przyznał jednak otwarcie:

[...] racjonalne badanie prawa jest nadal w dużej mierze badaniem historii. Historia musi być częścią tego badania, ponieważ bez niej nie możemy poznać dokładnie zakresu norm, których poznanie jest naszym zadaniem. Stanowi ona część racjonalnego badania, gdyż jest pierwszym krokiem w kierunku oświeconego scepty-

⁴⁸ L.M. Friedman, *American Law in the 20th Century*, New Haven – London 2002, s. 499–500.

⁴⁹ Ibidem, s. 500.

⁵⁰ R.M. Jarvis, *A Brief History of the American Journal of Legal History*, „American Journal of Legal History” 2011, t. 51, nr 1, s. 9–10.

⁵¹ O. Wendell Holmes, *The Path of the Law*, „Harvard Law Review” 1897, t. 10, nr 8, s. 474.

cyzmu, to znaczy w kierunku świadomego ponownego rozważenia wartości tych norm⁵².

Jakkolwiek by próbowali, Amerykanie nie wyprą się swojej historii.

BIBLIOGRAFIA

- Ackerman B., *We the People*, t. 1: *Foundations*, Cambridge, Mass. 1991.
- Amar A.R., *Of Sovereignty and Federalism*, „The Yale Law Journal” 1987, t. 96, nr 7, s. 1425–1520.
- Błaszczuk C., *Interpretacja w służbie doktryny. Oryginalizm konstytucyjny w Stanach Zjednoczonych*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio G.” 2020, t. LXVII, nr 2, s. 9–36.
- Boorstin D.J., *The Americans: The Colonial Experience*, New York 1958.
- Brophy A.L., Stefan Vogenauer, *Introducing the Future of Legal History: On Re-launching the American Journal of Legal History*, „American Journal of Legal History” 2016, t. 56, nr 1, s. 1–5.
- Feldman S.M., *American Legal Thought from Premodernism to Postmodernism*, New York 2000.
- Friedman L.M., *A History of American Law*, New York 1973.
- Friedman L.M., *American Law in the 20th Century*, New Haven – London 2002.
- Friedman L.M., *American Legal History: Past and Present*, „Journal of Legal Education” 1984, t. 34, nr 4, s. 563–576.
- Friedman L.M., *The State of American Legal History*, „The History Teacher” 1983, t. 17, nr 1, s. 103–119.
- Fuller S.M., *Some Contemporary Approaches to the Study of Legal History and Jurisprudence*, „Tulsa Law Review” 1975, t. 10, nr 4, s. 576–582.
- Hall K.L., Finkelman P., Ely J.W. Jr., *American Legal History: Cases and Materials*, Oxford 1991.
- Holmes O.W., *The Path of the Law*, „Harvard Law Review” 1897, t. 10, nr 8, s. 457–478.
- Horwitz M.J., *The Conservative Tradition in the Writing of American Legal History*, „The American Journal of Legal History” 1973, t. 17, nr 3, s. 275–294.
- Horwitz M.J., *The Transformation of American Law 1870–1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York 1992.
- Howland J.S., *A History of Legal History Courses Offered in American Law Schools*, „The American Journal of Legal History” 2013, t. 53, nr 4, s. 363–378.
- Hurst J.W., *Law and Economic Growth: The Legal History of the Lumber Industry in Wisconsin, 1836–1915*, Cambridge, Mass. 1964.
- Jarvis R.M., *A Brief History of the American Journal of Legal History*, „American Journal of Legal History” 2011, t. 51, nr 1, s. 1–11.
- Kalman L., *The Strange Career of Legal Liberalism*, New Haven – London 1960.
- Lessig L., *Fidelity in Translation*, „Texas Law Review” 1993, t. 71, https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=11689&context=journal_articles.

⁵² Ibidem, s. 469.

- Llewellyn K.N., *Book Review: Studies in American Legal History by Richard B. Morris*, „Columbia Law Review” 1931, t. 31, nr 4, s. 729–732.
- Ludwikowska A.M., *System prawa Stanów Zjednoczonych*, Toruń 1999.
- Nystrom E.C., Tanenhaus D.S., *The Future of Digital Legal History: No Magic, No Silver Bullets*, „American Journal of Legal History” 2016, t. 56, nr 1, s. 150–167.
- Pound R., *Interpretations of Legal History*, New York 1923.
- Presser S.B., Zainaldin J.S., *Law and Jurisprudence in American History. Cases and Materials*, Saint Paul, MN 2013.
- Presser S., „Legal History” or the History of Law: A Primer on Bringing the Law’s Past into the Present, „Vanderbilt Law Review” 1982, t. 35, nr 4, s. 849–890.
- Raack D.W., *Some Reflections on the Role of Legal History in Legal Education*, „Duquesne Law Review” 1988, t. 26, nr 4, s. 893–923.
- Rochowicz A., *Edukacja prawnicza w USA*, „Palestra” 1994, nr 38 (7–8), s. 181–186.
- Tomlins C., *The Consumption of History in the Legal Academy: Science and Synthesis, Perils and Prospects*, „Journal of Legal Education” 2011, t. 61, nr 1, s. 139–165.
- White G.E., *Patterns of American Legal Thought*, New Orleans 2010.
- Wierczyński G., *Pound*, Sopot 2018.
- Woodard C., *History, Legal History and Legal Education*, „Virginia Law Review” 1967, t. 53, nr 1, s. 89–121.

AMERICAN DISPUTES OVER HISTORY IN LAW

Abstract

The United States is widely viewed as a country where legal education is all but completely focused on preparing students for the practice of law. Such a view, however, is incomplete. The aim of this article is to present a perspective which shows that humanities, including history, are not only present in the process of educating lawyers in the US but appear much more than they used to. References to history, political philosophy, and philosophy of law are, therefore, increasingly noticeable both in terms of the doctrine and the functioning of law in the US. This article traces the relatively young development of legal history in the US – that is, history studied by lawyers with an eye to the law – since the 1950s, showing its growing popularity, both in US law schools and in terms of publications appearing in the US. Numerous disputes between the many schools of legal history and of legal thought are discussed, including the views of proponents of, among others, the so-called case method, legal realism, sociological jurisprudence, the Wisconsin school (of legal history) of the 1950s and 1960s, and the critical school (of legal history) of the 1970s and 1980s. The author argues that these disputes have translated into the growing importance of historical references in current political and legal disputes, especially in the field of constitutional law, beginning with the differences between the originalists and advocates of the so-called republican revival in the 1980s.

Keywords: legal history, legal education, American law, United States of America, legal historian