

John M. Kelly, *Historia zachodniej teorii prawa*. Oprac. Bogdan Szlachta, Wydawnictwo WAM. Kraków 2006

Publikacja książki Johna M. Kelly'ego (profesora Oksfordu i University College w Dublinie, aktywnego uczestnika irlandzkiego życia politycznego, posła, ministra przemysłu i handlu oraz ministra sprawiedliwości, wybitnego znawcy filozofii prawa, prawa rzymskiego i prawa konstytucyjnego) jest doniosłym krokiem w kierunku wypełnienia istotnej niszy na polskim rynku wydawniczym, na którym odczuwalny wydaje się niedostatek przetłumaczonych zagranicznych podręczników akademickich z teorii i filozofii prawa czy historii doktryn politycznych i prawnych. Tymczasem komparatystyka i intelektualna konfrontacja takich opracowań ze znakomitymi dziełami uczonych krajowych jest przecież niezwykle użyteczna pod względem poznawczym, a prawdopodobnie również i badawczym.

Z tego powodu inicjatywa krakowskiego wydawnictwa WAM oraz redaktora naukowego opracowania prof. dra hab. Bogdana Szlachty z Uniwersytetu Jagiellońskiego zasługuje na pełną aprobatę. Charakterystyczny dla nauki anglosaskiej sposób narracji autora recenzowanej książki stanowi przy tym jej dodatkową atrakcję. Zresztą już sama struktura podręcznika odznacza się wysokim stopniem oryginalności (jak można sądzić, nie tylko na polskim gruncie). Praca jest bowiem skonstruowana według kryterium chronologiczno-przedmiotowego. Kelly podzielił swoje opracowanie na dziesięć rozdziałów korespondujących z epokami historycznymi (przy zrozumiałym i pewnie nieuniknionym relatywnym skracaniu okresów w miarę zbliżania się do współczesności); następnie, poruszając się w ramach dokonanej periodyzacji, zrelacjonował najdonioślejsze ideowe spory, kontrowersje i koncepty, dominujące w ówczesnych dyskursach. Autor, zgodnie z przyjętym we wstępie zastrzeżeniem, ogranicza swoje rozważania do takich zagadnień, jak „podstawy państwa, źródło władzy oraz zobowiązania prawnego (*legal obligation*) związek pomiędzy zwyczajem a prawodawstwem, idea prawa naturalnego i naturalnych uprawnień, zasada rządów prawa, pojęcie słuszności (*equity*), istota sprawiedliwości, problemy wiążące się z równością, sama natura prawa, status własności, właściwy przedmiot i obszar prawa karnego, teoria prawa rządzącego narodami” (s. 18). Oczywiście Kelly uwzględniła tematyczne różnice wynikające z odmienności problematyki zajmującej twórców idei w poszczególnych epokach. Z pewnymi drobnymi zastrzeżeniami można przyjąć, iż przeprowadzona przez autora selekcja przedmiotowa, będąc nieuchronnie arbitralną (w neutralnym sensie tego słowa), pozostaje zasadniczo trafna, obejmując podstawowe i węzłowe zagadnienia filozoficzno-prawne oraz prawnoustrojowe rozważane w toku intelektualnych dziejów zachodniej umysłowości. Dużą zaletą pracy jest wkomponowanie teorii w historyczny kontekst, obejmujący intelektualny klimat poszczególnych epok oraz ówczesne przemiany systemów społeczno-gospodarczych.

Początek zachodniej refleksji filozoficznej nad państwem i prawem Kelly umiejscawia w starożytnej Grecji, której mieszkańcy pierwsi uznali racjonalny namysł i argumentację za „nawyk ludzi wykształconych” i „działalność wykształconego umysłu” (s. 21). Jakkolwiek z merytorycznego punktu widzenia teza ta pozostaje rzecz jasna niekontrowersyjna, to jednak można żałować, iż autor nie pokusił się o szersze (poza dosłownie jednozdaniową wzmianką) omówienie systemów prawnych satrapii wschodnich, czyli np. kodeksów Urammu, Eshnuny czy Hammurabiego (z których można wszak w pewnym przynajmniej stopniu zdekodować ideologiczne wyobrażenia i przed-sądy funkcjonujące w tym kręgu kulturowym odnośnie do omawianej materii). Fundament dla rozważań Kelly'ego zamieszczonych w tym rozdziale dostarczają w przeważającej mierze enuncjacje Platona i Arystotelesa, aczkolwiek nie brak w nim także odniesień do poglądów czy pism Homera, Hezjoda, Herodota, Sokratesa, Antyfona, Ksenofonta, Peryklesa, Demostenesa, Trazymacha, Sofoklesa, Arystofanesa czy Eurypidesa oraz odwołań do działalności prawodawczej Drakona, Solona czy Likurga.

Po krótkim rysie dotyczącym historii, instytucji ustrojowych i szeroko rozumianej kultury starożytnej Grecji, autor przechodzi do omówienia takich kwestii, jak formułowane tamże koncepty: pojmowania prawa (z dystynkcją na *themis*, *dike* i *nomos*), genezy instytucji politycznych i prawnych (od konwencjonalistycznego ujęcia sofistów, przez sokratejski moralizm, po traktowanie państwa jako rezultatu konieczności naturalnej i tworu organicznego przez Platona i Arystotelesa), uznawania prawa w duchu prepozytywistycznym za imperatywny nakaz politycznego zwierzchnika, czynników determinujących treść regulacji prawnych (niemalże antycypujące marksowską analizę klasową tezy Trazymacha), relacji prawa do wyższych standardów (m.in. analiza dramatycznego sporu Antygoty i Kreona oraz arystotelesowska wizja praw natury), celu i zakresu prawa (kontrast platońskiego totalizmu z umiarkowaniem Stagiryty), rządów prawa, sprawiedliwości (m.in. precyzyjna wiwisekcja arystotelesowskiej sprawiedliwości dystrybucyjnej i komutatywnej), słuszności (jako wartości moderującej nieelastyczność norm prawa stanowionego), *isonomii*, podstawowych proceduralnych standardów wymierzania sprawiedliwości (jak np. obowiązek wysłuchania obydwu stron sporu czy zakaz ponownego pozywania za ten sam czyn), własności (od platońskiego „komunizowania” po „użyteczną” apologię własności prywatnej przez Arystotelesa), funkcji kary (restytucja, kompensacja i prewencja) i zasad ustalania jej wymiaru (m.in. problem proporcjonalności sankcji do zamiaru bądź winy sprawcy). Powyższy katalog unaocznia dobitnie, iż antedecederi wielu późniejszych debat i sporów można poszukiwać właśnie u starożytnych Greków. Do tej selekcji problemów można mieć tylko jedno zastrzeżenie. Otóż wydaje się, iż Kelly powinien nieco miejsca poświęcić kwestii stanowienia prawa w Atenach. Wolna debata na agorze, obywatelski wpływ na proces prawotwórczy, demokratyczna partycypacja w sprawowaniu władzy i przynajmniej częściowo wymiaru sprawiedliwości – to instytucje mające namacalne znaczenie także w kontekście teoretycznoprawnym i jednoznacznie kojarzone z demokracją ateńską (by wspomnieć chociażby prace Beniamina Constanta i Hanny Arendt).

Drugi rozdział książki Kelly zatytułował samowyjaśniająco „Rzymianie”. Ten fragment pracy oparty jest zarówno na wypowiedziach prawników (m.in. Ulpiana, Gaiusza, Papiniana, Celsusa), jak i filozofów (w szczególności Cyserona i Seneki). Kelly, podkreślając cennie kulturowe oddziaływanie myśli greckiej na Rzymian w zakresie „ogólnofilozoficznym” (przede wszystkim w kontekście stoicyzmu), metodologicznym (dialektyka), retorycznym, analizy etymologicznej czy reguł interpretacji, trafnie podkreśla jednak specyfikę Rzymu, polegającą na pojawieniu się tam „zawodu prawnika, nigdy nieistniejącego w Grecji, a pozostającego istotnie unikatowym zjawiskiem aż do pojawienia się prawników *common law* w dojrzałych wiekach średnich [...] Nauka tych prawników reprezentuje – wraz z rzymskim geniuszem rządów cesarskich – najbardziej charakterystyczny owoc rzymskiej cywilizacji. Najmniej zawdzięcza ona obcym wzorom, wyraźnie natomiast spontanicznie dojrzewała w pewnej części rzymskiego ducha narodowego, wolna od paraleli z jakimkolwiek innym miejscem antycznego świata” (s. 70-71). Na wyeksponowanie i wypuklenie zasługuje tutaj charakterystyczny dla rzymskich prawników praktycyzm i koncentracja na jednostkowych *casus*ach, bez nieustannego formułowania wszechobejmujących teorii. Wolno przypuszczać, iż takowe podejście przyczyniło się do nobilitowania jurysprudencki.

Kelly omawia pokrótce takie kwestie, jak rzymskie wyobrażenie państwa (m.in. pojęcie *res publica*), pojmowanie terminów prawo (jako *ars boni et aequi*) oraz sprawiedliwość (oparta na zasadzie *suum cuique tribuere*), źródło obligacji prawnej (wraz z dwojaką – absolutystyczną oraz demokratyczną, tj. opartą na zasadzie hipotetycznej domniemywanej zgody ludu – interpretacją *paremii quod principi placuit, legis habet vigorem*), rozróżnienie *ius* i *lex*, rzymskie losy idei rządów prawa (aż do ulpianowskiej teorii uwolnienia cesarza od obowiązku posłuszeństwa ustawie) oraz konceptu równości wobec prawa, kara oraz zasady ustalania jej wymiaru, formalne gwarancje *due process*, załączki teorii prawa międzynarodowego, teoria pochodzenia i usprawiedliwienia własności prywatnej.

W przeważającym stopniu autor koncentruje się jednakowoż na dwóch sprawach (nawiasem mówiąc, wskazane rozłożenie akcentów dobitnie unaocznia zanurzenie Kelly'ego w świecie anglosaskiej kultury prawnej). Po pierwsze, poddaje analizie rzymskie rozumienie prawa naturalnego, zarówno w jego wymiarze filozoficznym (gdzie obejmowało ono np. takie reguły, jak prawo do samoobrony czy zakaz wyrządzania krzywdy drugiemu), jak i *stricte* prawniczym (w którego obręb wchodziły np. reguły dotyczące ochrony mienia, zasada *impossibilium nulla obligatio est* czy przekonanie o zasadności instytucji zawłaszczenia rzeczy niczyjej)¹. Wypada przy tym zgodzić się z poglądem prezentowanym przez Kelly'ego, iż „to, co może być nazwane słownikiem doktryn naturalnoprawnych średniowiecznego Kościoła katolickiego (i późniejszej zsekularyzowanej teorii prawa natury) sformułowane zostało w przedchrześcijańskim świecie rzymskim” (s. 78-79). Po drugie, autor zarysowuje rolę, jaką w rzymskim porządku prawnym pełniła zasada *aequitas*, temperująca przyszłościowe *dura lex*. Raczej nieimplementowana wprost do przepisów prawa, faktycznie znajdowała odzwierciedlenie np. w jurysdykcji pretorów (tytułem egzemplifikacji, poprzez formułowanie nowych środków obrony przeciw zarzutom powoda sprzecznym, jakbyśmy powiedzieli dziś, z „zasadami współżycia społecznego”). W odniesieniu do tego rozdziału książki można tylko żałować, iż Kelly nie uwypuklił wyraźniej fundamentalnego znaczenia prawa rzymskiego dla współczesnej cywilistyki² (co również jest zapewne funkcją jego „anglosaskości”).

Z interesującej nas tutaj perspektywy teoretycznoprawnej okres wczesnośredniowieczny – któremu poświęcony jest trzeci rozdział książki – nie zapisał się raczej złotymi zgłoskami. Nie oznacza to oczywiście, iż takie kwestie, jak prawo do sprawowania władzy, relacja prawa stanowionego i zwyczajowego, idea rządów prawa, koncept praw naturalnych, obowiązki władcy, rola słuszności, teoria kary, prawa karnego i prawa międzynarodowego nie zaprzętały uwagi ówczesnych myślicieli. Rzadko jednakże ich wypowiedzi osiągały status spójnych teoretycznych propozycji, stanowiących fragment całościowych oraz syntetycznych doktryn polityczno-prawnych (aczkolwiek Kelly słusznie wspomina choćby o systematyzacji *ius gentium* przez św. Izydora z Sewilli, antycypującej idee renesansowe i grocjuszowskie, czy o wczesnochrześcijańskich teoriach równości ludzi oraz pochodzenia, usprawiedliwienia, jak również właściwego używania własności prywatnej). Niemniej jednak w tym rozdziale Kelly przeanalizował kilka bardzo interesujących wątków, o dużym intelektualnym znaczeniu dla następnych generacji. W pierwszym rzędzie należy tutaj wymienić problem pochodzenia władzy od Boga (autor trafnie unaocznia ideowe zróżnicowanie chrześcijaństwa na tym tle, od wizji Rzymu jako narzędzia diabelskiego, poprzez np. ambiwalencję Tertuliana, aż po pochwały Ireneusza). Po drugie, autor pokazał pojawienie się w tym okresie pierwocin tak ważnej dla tomizmu czy (w zsekularyzowanym wariacie) liberalizmu idei *ius resistendi*. Po trzecie, Kelly w sposób kompleksowy opisał „zstępującą” (rzymską, antycypującą absolutyzm oraz pozytywizm prawniczy) i „wstępującą” (germańską, zapowiadającą kontraktualizm oraz liberalizm) koncepcję uprawnień do sprawowania władzy. Reasumując, wydaje się jednak, iż epoka wczesnośredniowieczna cechowała się raczej zahamowaniem tempa rozwoju (bo termin „regres” byłby niewątpliwie przesadą) jurysprudencki³.

Holistyczne doktryny i teorie, cechujące się większą spójnością, pojawiły się dopiero w dobie późnego średniowiecza (lata 1100-1350), której autor poświęca czwarty rozdział opracowania. Spośród wspomnianych koncepcji na czoło wysuwa się naturalnie tomizm – synteza teologii politycznej epoki (według celnego określenia Henryka Olszewskiego⁴). Kelly dokonu-

¹ Kelly bada także relację pomiędzy *ius naturale* a *ius gentium*, formułując konkluzję o zasadniczej zbieżności obydwu systemów prawnych.

² Krótka wzmianka na ten temat jest poczyniona w trzecim rozdziale pracy.

³ Z drugiej strony pamiętać oczywiście trzeba o kodeksie justyniańskim, którego wydanie Kelly nazywa „wydarzeniem najwyższej rangi dla historii prawa” (s. 104).

⁴ H. Olszewski, K. Chojnicka, *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Poznań 2004, s. 59.

je interesującej analizy wywodów Akwinaty odnośnie do społecznej natury ludzkiej, boskiego pochodzenia władzy i państwa, prawa oporu, zwolnienia władcy od formalnego obowiązku posłuszeństwa prawu stanowionemu, sposobu pojmowania prawa, hierarchii porządków prawnych, roli zwyczaju, równości wobec prawa, niewolnictwa, słuszności, prawa karnego i kary oraz usprawiedliwienia własności prywatnej. Autor opisał również zwięźle w tej partii podręcznika poglądy innych wybitnych myślicieli epoki tj. glosatorów, postglosatorów, Dantego Alighieri, Jana z Salisbry, Williama Ockhama czy Marsyliusza z Padwy (wspominając zarazem o pojedynczych doniosłych ideach innych autorów, jak chociażby Wilhelm z Auxerre, Jan z Paryża i in.). W kontekście autora *Defensor pacis* negatywnie należy jednakże ocenić pominięcie marsyliuszowskiej prepozytywistycznej definicji prawa, w szczególności w relacji do znaczenia dlań sankcji oraz do odmówienia prawu naturalnemu statusu innego aniżeli przeświadczenie doktrynalne.

Partia książki poświęcona dobie renesansu i reformacji pozwala natomiast raczej na prześledzenie losów poszczególnych konceptów teoretycznoprawnych oraz ich uzasadnień, aniżeli na rekonstrukcję całościowych systemów doktrynalnych określonych myślicieli. Kelly podejmuje m.in. następujące wątki:

1. Teoria państwa. W tym fragmencie autor koncentruje się na koncepcjach kontraktualistycznych, występujących choćby wśród koncyliarystów czy scholastyków, jak również np. u Richarda Hookera. Idea umownego pochodzenia instytucji państwa pojawiała się w postaci umiarkowanej (łączącej element kontraktowy z perspektywą tomaszową i arystotelesowską postrzegającą powstanie państwa jako konsekwencję naturalnej skłonności ludzi) i radykalnej (akcentującej wyłącznie porozumienie oraz zgodę ludzi). W tej części pracy (co jest nie do końca jasne ze strukturalnego punktu widzenia) Kelly wspomina też o Niccolo Machiavellim, stawiając mimo wszystko dość kontrowersyjną tezę, że florencki myśliciel „jest znaczącą postacią [...] w marszu intelektualnym, który miał poprowadzić przez Hobbesa i Rousseau do państwa totalitarnego” (s. 194).

2. Źródła obowiązywania prawa. Kelly kontrastuje tutaj „demokratyczne” stanowisko głoszone m.in. przez Mikołaja z Kuzy czy Johna Fortescue o konieczności uzyskania w jakiejś formie zgody poddanych na kształt rozwiązań prawnych z absolutystycznymi propozycjami Lutra czy Jeana Bodina. Ten ostatni rozwinął však koncepcję suwerenności, której fundamentalnym znamię jest możliwość wydawania ustaw bez zgody wyższego, równego i niższego od siebie. Szkoda tylko, iż autor nie odwołał się w tym miejscu do charakterystycznej dla Bodina imperatywnej interpretacji terminu „prawo”.

3. Idea rządów prawa. Kelly trafnie eksponuje doktrynalny dualizm myśli renesansowej na tym tle. Z jednej strony pojawiały się bowiem idee bezwzględnej podległości władcy prawu (np. Fortescue i scholastycy) czy w złagodzonej wariacie tezy o pożytkach płynących z takiego skrepowania (obecne nawet u Machiavellego); z drugiej strony Jason de Mayno, Luter czy Bodin utrzymywali, iż władca jest (i powinien być) niezależny od więzów prawnych.

4. Relacja zwyczaju i prawa stanowionego. Kelly słusznie dostrzega istnienie w tej materii szerokiego spektrum opinii, gdzie „na jednym krańcu znalazły się stwierdzenia, że nawet akty prawne prawa stanowionego wymagają dla swej ważności akceptacji przez zwyczaj; na drugim, teza o większym lub mniejszym stopniu marginalizacji zwyczaju” (s. 207). Co ciekawe, wśród orędowników pierwszego z wyżej wymienionych poglądów (np. u Jacquesa Cujasa) zauważyć można argumentację przywodzącą na myśl supozycje realistów i funkcjonalistów prawniczych z XIX i XX stulecia.

5. Prawo naturalne. Za szczególnie ważny (z czym należy się w pełni zgodzić) autor uznaje w tej epoce spór pomiędzy woluntarystyczną i racjonalistyczną teorią praw naturalnych, który antycypował późniejsze kontrowersje wokół koncepcji Grocjusza.

6. Równość wobec prawa i niewolnictwo. W tym kontekście uwagę zwraca zwłaszcza odrzucenie (tak na płaszczyźnie teorii, jak i praktyki) arystotelesowskiej tezy o naturalnej predestynacji niektórych ludzi do stanu niewolniczego, dokonane przez takich hiszpańskich jury-

stów, jak Domingo de Soto oraz Fernand de Vásquez. Podkreślali oni naturalną wolność i równość jednostek, co było szczególnie ważne w kontekście podbojów kolonialnych.

7. Idea własności prywatnej. Kelly zestawia tutaj „komunistyczne” inklinacje Tomasza Morusa (aczkolwiek, jak podkreśla, autor *Utopii* nie negował *stricte* utylitarnych zalet prywatnego posiadania) i Johna Wycliffe’a z kompromisowymi propozycjami Francisco de Suáreza (prawo naturalne milczy na temat stosownej formy własności) oraz z apologią własności prywatnej dokonaną przez de Soto⁵.

8. Rola i wymiar kary. W dobie renesansu pojawia się np. idea separacji rygorów i wymogów moralnych od standardów penalnych. Ingerencja prawa karnego winna bowiem dotyczyć poważnych uchybień; nie powinna zaś zmierzać do penalizacji wszelkich odstępstw od moralności i być ufundowana na moralnym perfekcjonizmie.

9. Załóżki systemowej teorii prawa międzynarodowego. Trudno przecenić znaczenie powstałych w obszarze śródziemnomorskim rozważań na temat prawa wojny, roli ambasad, klauzuli *rebus sic stantibus* czy praw cudzoziemców.

Rozdział szósty książki dotyczy zagadnień teoretycznoprawnych w dyskusjach XVII-wiecznych. Kelly w pierwszym rzędzie podejmuje kwestię genezy oraz podstaw państwa, odnosząc się zarówno do doktryn absolutystycznych (głównie w wariacie stuartowskim, choć praca zawiera również wzmiankę o patriarcalizmie Roberta Filmera), jak i do koncepcji mniej lub bardziej kontraktualistycznych, sformułowanych np. przez amerykańskich *Founding Fathers*, Grocjusza, Tomasza Hobbesa, Barucha Spinozę, Samuela Pufendorfa czy Johna Locke’a. Wskazany fragment książki, poświęcony analizie rozmaitych wersji idei umowy społecznej wraz z ich ustrojowymi konsekwencjami (dotyczącymi chociażby kwestii rządów prawa czy też uprawnień prawotwórczych), zasługuje na wysokie uznanie z uwagi na swoją przejrzystość, klarowność i kompleksowość. Podobnie zresztą należałoby ocenić następną partię tego rozdziału, odnoszącą się do siedemnastowiecznych losów idei prawa naturalnego oraz uprawnień naturalnych⁶. Kelly omówił tutaj m.in. koncepcję Grocjusza (wraz z analizą słynnej hipotezy *etiamsi daremus non esse Deum*), zakorzenione w zasadzie respektu dla godności człowieka enuncjacje Pufendorfa, racjonalistyczne teorie Hobbesa⁷ i Spinozy oraz ściśle związane z pojęciem własności supozycje Locke’a o triadzie naturalnych uprawnień, obejmującej życie, wolność i mienie. W ostatniej części rozdziału szóstego Kelly wzmiankuje o penalnych elementach koncepcji Grocjusza, Hobbesa, Pufendorfa i Locke’a oraz zwięźle (być może zresztą nieco zbyt wąsko) przedstawia grocjuszowską wizję prawa narodów.

Wątki wypracowane przez teoretyków państwa i prawa w XVIII w. – będące przedmiotem kolejnego rozdziału – stanowią w dużej mierze kontynuację idei wypracowanych stulecie wcześniej. Z tego względu refleksja Kelly’ego ponownie obejmuje koncepcje stanu natury i kontraktu społecznego tak w ich rudymenarnych, jak i bardziej rozbudowanych, wersjach (Monteskiusz, Christian Wolff, amerykańscy federaliści, William Blackstone, Jean Jacques Rousseau, Immanuel Kant) oraz idee prawa natury i uprawnień naturalnych (Blackstone, Mon-

⁵ De Soto wskazywał między innymi, że istnienie własności prywatnej warunkuje praktykowanie na wskroś chrześcijańskiej cnot, jakimi są miłosierdzie, ofiarność oraz gotowość do pomocy bliźniemu. Kelly określa to stanowisko mianem ekstrawaganckiego, z czym trudno się zgodzić. Pogląd de Soto wydaje się jak najbardziej spójny logicznie i aksjologicznie.

⁶ Na uwagę zasługuje już fakt, iż Kelly unika w tej materii konfuzji i pomieszania tych dwóch dystalnktywnie odrębnych konceptów.

⁷ Jak trafnie pisze Kelly, „system Hobbesa [...] był wolny od wszelkich śladów wyższego prawa. «Prawo naturalne», które charakteryzuje jego *Lewiatana*, nie jest transcendentnym standardem etycznym, lecz – przeciwnie – stanowi jedynie zbiór reguł roztropnego zachowania się” (s. 248). Szkoda tylko, iż autor nie wyeksponował w większym stopniu owego hobbesowskiego paradoksu, zgodnie z którym powyższe reguły roztropności mogą być przestrzegane jedynie w warunkach absołutyzmu i prymatu prawa stanowionego.

teskusz, Wolff⁸, Rousseau). Bardzo interesujący fragment książki dotyczy zastosowania prawnonaturalnych uniwersalnych standardów w administracyjnej i jurydycznej praktyce (np. poprzez klauzule generalne) oraz w rodzącym się konstytucjonalizmie amerykańskim czy francuskim (również poprzez słynne Deklaracje). Zarazem jednak Kelly trafnie odnotowuje narastającą rebelię przeciwko teoriom iusnaturalistycznym, które zostały zaatakowane z wielu perspektyw: relatywistycznej (Giambattista Vico, Wolter, Monteskiusz), antyracjonalistycznej (Edmund Burke) czy pozytywistyczno-utyliarystycznej (Jeremy Bentham). Co interesujące, nawet sceptycyzm znacznej części myślicieli co do istnienia ponadczasowych i uniwersalnych standardów prawa naturalnego nie pozostawał w sprzeczności z formułowaniem generalnych reguł, które winny rządzić prawodawstwem, jak np. zasady dobra publicznego, użyteczności, nieretroakcji prawa, jasności przepisów, wyłącznie sądowego orzekania o konfiskacie mienia i utracie praw obywatelskich. Kelly podjął też w tym miejscu pokrótce problematykę rządów prawa, własności prywatnej (krytycyzm Rousseau *versus* akceptacja Burke'a i Kanta) oraz prawa międzynarodowego (wypowiedzi Wolffa, Emericha de Vattela, Benthama i Kanta⁹). *Last but not least*, autor stanowczo podkreśla, że „jednym z owoców oświecenia było to, że teoria odnosząca się do podstaw, przedmiotów i miar prawa karnego i kary nabrała charakteru niezależnej nauki” (s. 325). Z tego względu w ówczesnym dyskursie po raz pierwszy z dużą systematycznością pojawiły się takie materie, jak zakres ingerencji prawnokarnej w czyny pozabawione „przymiotu” społecznego niebezpieczeństwa, społeczne korzenie przestępczości, resocjalizacyjny (a nie wyłącznie prewencyjno-represyjny) charakter sankcji karnej, wymóg szczególnej jasności norm prawa karnego, konieczność dogłębnej analizy strony podmiotowej czynu zabronionego oraz reguła proporcjonalności kary.

Ostatnie trzy rozdziały książki cechuje nieco odrębna struktura. Układ przedmiotowy, polegający na omówieniu historii poszczególnych idei i polemik, zostaje bowiem uzupełniony przez ujęcie podmiotowe, kompleksowo analizujące określone nurty w jurysprudencji. Z uwagi na przejrzystość pracy metodę powyższą trzeba uznać za jak najbardziej zasadną. W rozdziale ósmym, poświęconym XIX stuleciu, Kelly w kontekście tematycznym podejmuje problemy zadań oraz pochodzenia państwa (organicyzm, liberalizm klasyczny Adama Smitha, liberalizm socjalny T.H. Greena, heglowski ideał „państwa etycznego”, marksowski materializm), uzasadnienia i usprawiedliwienia własności prywatnej (zestawienie anarchizmu Pierre'a J. Proudhona¹⁰, apologii Henry'ego S. Maine'a, demaskacji marksowskich oraz prawnonaturalistycznej interpretacji papieża Leona XIII zawartej w fundamentalnej encyklice *Rerum Novarum*), prawa karnego i kary (słynna „zasada krzywdy” Johna S. Mill'a jako dyrektywa zasięgu represji karnej, sformułowana przez Jamesa F. Stephena idea kary jako instrumentu pozwalającego kanalizować nienawiść do przestępcy, heglowskie restytucyjne pojmowanie roli sankcji penalnej, antropologiczna kryminologia Cesare Lombroso) i prawa międzynarodowego (austriacki koncept prawa międzynarodowego jako składnika tzw. „pozytywnej moralności”, heglowska apoteoza suwerenności państwa, postulaty Pasquale Manciniego o zastąpieniu państw przez narody w roli podmiotu prawnomiędzynarodowego). Z kolei ujęcie podmiotowe pozwala autorowi omówić doktrynę pozytywizmu prawniczego (na przykładzie też Johna Austina

⁸ Żałować można, iż Kelly nie wspomina o koncepcji Thomasiusa.

⁹ Niestety Kelly nie odwołał się do słynnego traktatu filozofa z Królewca o wiecznym pokoju.

¹⁰ Kelly utrzymuje, iż Proudhon „podjął się zbadania znanych od dawna różnorakich uzasadnień własności prywatnej, w konsekwencji odrzucając wszystkie jako nieuczciwe lub nieadekwatne”; twierdził przeto, iż własność należy znieść, zachowując jedynie prywatne posiadanie (s. 362-363). Interpretacja ta jest conajmniej kontrowersyjna. W literaturze dość powszechnie przyjmuje się bowiem, że Proudhon, dostrzegając liczne zalety własności prywatnej (choćby jako przeciwwaga dla instytucji państwa), opowiadał się za powiązaniem jej z pracą jednostki. Własność prywatna jako funkcja pracy-takie ułożenie systemu społecznego było według „ojca anarchizmu” jak najbardziej usprawiedliwione. Por. np. R. Antonów, *Pod czarnym sztandarem. Anarchizm w Polsce po 1980 roku*, Wrocław 2004, s. 24-27.

o prawie jako rozkazie zwierzchnika politycznego czyli suwerena), millowski utilitaryzm (uzupełniający teorie Bentham'a o elementy altruizmu i pochwały cnoty), szkołę historyczną poszukującą w historii narodów cech warunkujących kształt ich systemu prawnego (Friedrich Karl von Savigny), perspektywę antropologiczną (ewolucjonizm Maine'a wraz z jego ideą rozwoju prawa od jednostkowych orzeczeń, przez fazę zwyczaju i okres kodeksowy, aż do epoki „fikcji prawnych, słuszości i legislacji”), jurysprudencję Marksa i Engelsa, szkołę socjologiczną (ewolucjonizm Augusta Comte'a, socjologizujący pozytywizm Rudolfa von Iheringa, darwinizm społeczny Herberta Spencera) oraz prawnonaturalne koncepcje Antonio Rosminiego (wyprowadzone z powszechnego obowiązku respektowania uprawnień innych ludzi). W tym miejscu warto poczynić jedną uwagę. Otóż dokonywana przez Kelly'ego selekcja prezentowanych czytelnikowi osób i doktryn staje się, co oczywiście nieuniknione, coraz bardziej arbitralna. Nie zgłaszając szczególnych zastrzeżeń do ostatecznego rezultatu tej selekcji (która jest zresztą dobrym prawem autora), sądzę, iż książka zyskałaby wiele, gdyby Kelly zdecydował się przynajmniej na jednowyrazową wzmiankę o niektórych postaciach¹¹.

Ostatnie dwa rozdziały pracy dotyczą już XX-wiecznej teorii prawa. Rozdział dziewiąty jest strukturalnie podobny do poprzedzającego. W perspektywie przedmiotowo-tematycznej Kelly analizuje ówczesne teorie państwa (idealizm, romantyzm oraz organicyzm Ottona von Guerickego, oparty na idei współzależności jednostek solidaryzm społeczny i prawny Leona Duguita, utożsamienie państwa i porządku prawnego dokonane przez Hansa Kelsena, idea państwa okresu przejściowego Jewgienija Paszukanisa) oraz prawa karnego (wielofunkcyjna teoria funkcji kary sir Johna Salmonda, obejmująca prewencję ogólną, prewencję szczególną, resocjalizację przestępcy, jak również zadośćuczynienie obrażonemu czynem przestępczym społecznemu poczuciu sprawiedliwości; „postępy” nauki kryminologicznej, stopniowo redukującej czy dewaluującej odpowiedzialność jednostki za własne działania i zaniechania). W aspekcie podmiotowym autor przedstawia jurysprudencję socjologiczną (w wariantach kontynentalnym, sformułowanym przez François'a Gény'ego i Eugena Ehrlicha, oraz w ujęciu anglosaskim zaproponowanym przez twórcę „inżynierii społecznej” Roscoe Pounda), „ruch wolnego prawa” (nurt odrzucający dogmatyzm w procesie wykładni prawa i nawołujący do poszerzenia zakresu sędziowskiej swobody interpretacyjnej przy zachowaniu respektu dla zasad słuszości), realizm i funkcjonalizm prawniczy Olivera Wendella Holmesa, Jerome'a Franka i Karla Llewellyna (postrzegający prawo nie jako zespół norm, ale raczej jako zbiór określonych faktów społecznych), szkołę skandynawską Vilhelma Lundstedta, Karla Olivecrony, Axela Hägerströma oraz Alfa Rossa (głoszących psychologizujący wariant realistycznych sposobów pojmowania prawa¹²), koncepcje epigonów marksizmu, tj. Piotra Stuczki i Karla Rennera, kontynuację teorii prawnonaturalnych (personalizm chrześcijański Jacquesa Maritaina, racjonalizm François'a Gény'ego, „ustawowe bezprawie i ponadustawowe prawo” Gustawa Radbrucha, idea prawa natury o zmiennej treści Rudolfa Stammlera), osadzone w oryginalnej historiozofii wywody Oswalda Spenglera, antropologię prawną (m.in. Bronisław Malinowski) oraz pozytywizm analityczny Kelsena¹³.

¹¹ Na przykład w rozdziale ósmym zabrakło wspomnienia o Georgu Jellinku, Georgu Puchcie czy Piotrze Kropotkinie. O ile całościowe przedstawienie ich propozycji teoretycznoprawnych było niemożliwe przy zachowaniu ram objętościowych pracy, o tyle stosownym wydaje się być uświadomienie czytelnikowi samego faktu egzystencji wspomnianych postaci, które przyczyniły się przecież znacząco do rozwoju, odpowiednio, pozytywizmu prawniczego, szkoły historycznej oraz anarchistycznej krytyki prawa. Równie doniosłych dla teorii prawa nazwisk można w tym kontekście wymienić znacznie więcej.

¹² Autor pomija, niestety, koncepcję psychologizmu sformułowaną przez Leona Petrażyckiego.

¹³ Kwalifikacja doktryny kelsenowskiej jako pozytywizmu, nawet opatrzonego wieloznacznym określeniem „analityczny”, budzi fundamentalne wątpliwości. Podejście takie ma wprawdzie swoje tradycje także na polskim gruncie naukowym, ale znacznie trafniejsze wydaje się jednak używanie terminu „normatywizm”.

Natomiast rozdział dziesiąty okazuje się dość chaotyczny pod względem struktury, co jednakowoż jest z nadwyżką kompensowane przez merytoryczną jakość i rozmach analiz. Obok dokładniejszych omówień, sporo kwestii jest również jedynie zasygnalizowanych, co znakomicie poszerza panoramę najnowszej myśli teoretycznoprawnej. Z jednej strony Kelly dostarcza bowiem zaiste znakomitej prezentacji doktryn Herberta Harta (z jego ideą systemu prawa jako kombinacji „reguł pierwotnych” oraz „reguł wtórnych”), Ronalda Dworkina (wraz z jego pojmowaniem prawa jako syntezy reguł prawnych, ogólnych zasad moralnych i wymogów polityki oraz z teorią indywidualnych uprawnień jako „atutów” przebijających choćby najszczytniejsze cele publiczne), Josefa Essera (wskazującego na prawotwórczą rolę sędziego w kontynentalnym systemie prawnym), Johna Finnisa (reprezentanta nowej szkoły prawa naturalnego), Lona L. Fullera (twórcy proceduralnej odmiany doktryny iusnaturalistycznej opartej na formalnych zasadach wewnętrznej moralności prawa), Johna Rawlsa (autora słynnej idei sprawiedliwości jako bezstronności, wymagającej szacunku dla ludzkiej wolności oraz równości), Roberta Nozicka (zwolennika libertariańskiego minarchizmu i komutatywnej teorii sprawiedliwości), Michela Vileya (orędownika neotomistycznego wariantu prawa natury), Roberto Ungera (przedstawiciela tzw. *critical legal studies*), Richarda Posnera (proponenta ekonomicznej analizy prawa) czy Niklasa Luhmanna (twórcy funkcjonalnej interpretacji prawa jako systemu instytucjonalizacji oczekiwań); z drugiej strony zapowiada poważne przewartościowanie, jakie dla teorii państwa i prawa niosły, niosą i będą nieść takie zjawiska, jak rozwój procesów integracji kontynentu europejskiego, postępujące wielopłaszczyznowe zjawisko globalizacji, rewolucja komunikacyjna oraz technologiczna, powszechne uznanie dla idei praw człowieka, postępy w naukach antropologicznych i lingwistycznych czy rozwój ideologii nowej ery (feminizmu, ekologizmu, antykonsumeryzmu). Na zakończenie Kelly ponownie rozważa zagadnienia zajmujące współczesną kryminologię i nauki penalne (m.in. relacjonuje ciekawy spór pomiędzy umiarkowanym paternalizmem, idealizmem i moralizmem Patricka Devlina a liberalizmem Harta).

Reasumując, pomimo nielicznych wskazanych uprzednio uwag krytycznych, podręcznik Kelly'ego bezwzględnie zasługuje na polecenie zarówno osobom profesjonalnie zajmującym się zagadnieniami teorii i filozofii prawa czy doktryn polityczno-prawnych, jak i studentom prawa czy nauk społecznych pragnącym poszerzyć swoją wiedzę z tego zakresu. Ze względu na bardzo przystępny styl narracji lektura książki może być również interesująca dla laików zainteresowanych węzłowymi zagadnieniami jurysprudenccji i nauki o państwie.

ŁUKASZ MACHAJ (Wrocław)

*Prace poświęcone pamięci Adama Uruszcza*ka, pod red. Jana Halberdy, Anny Karabowicz, Kazimierza Korusa; seria: Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, z. 96, Kraków 2006, ss. 319

Latem 2006 r. nakładem wydawnictw *Kantor Wydawniczy Zakamycze* i *Wolters Kluwer Polska* ukazał się kolejny, dziewięćdziesiąty szósty już zeszyt Prac Instytutu Prawa Własności Intelektualnej Uniwersytetu Jagiellońskiego. W całości poświęcony on jest pamięci zmarłego przedwcześnie Adama Uruszczaka, asystenta we wspomnianym Instytucie i wykładowcy Wyższej Szkoły Zawodowej w Tarnowie.

Publikacja ta ma charakter szczególny. Jak napisał we wstępie do omawianego tomu Andrzej Zoll: „Niecześnie zdarza się by osobie, której nie dane było dożyć 30 lat poświęcono