(w. dla studentów)23 marca 2021 r.

*Andrzej Bator*

**Teoria i filozofia prawa, V r. NSP - Z**

**Wykład I** *-* ***Teoria i filozofia prawa jako pojęcie i przedmiot badań***

1. Nazwa „**filozofia prawa**”

- Gustaw Hugo (Uniwersytet w Getyndze) – *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des Positiven Rechts* (1798),

- upowszechnienie: G.W.F. Hegel, *Grundliniem der Philosophie des Rechts* (1821).

1. Przedmiot filozofii:

- istota prawa – czym jest?; przyczyny,

- jaką ma wartość?

- czy, i w jaki sposób jest poznawalne.

1. Tradycyjne pytania: (a) ontologia prawa, teoria poznania prawniczego (b) metodologia badań oraz (c) etyka prawnicza. Tendencje do emancypacji tej ostatniej.
2. „**Teoria prawa**” (gr. *Thea*: widok, patrzenie, później: myślenie) jako próba naukowej (niespekulatywnej) refleksji o prawie.

- naturalistyczny wzorzec XIX w. nauk pozytywnych dla prawoznawstwa:

(i) uogólnianie twierdzeń nauk szczegółowych (A. Comte);

(ii) metodologia badań – scjentyzm (J.S. Mill);

- wpływ na upowszechnienie pojęcia „teoria” - H. Kelsen i jego *Reine Theorie des Rechts* (1921);

1. Trzy nurty badawcze w teorii prawa: (a) teorie empiryczne (L. Petrażycki, S. Ehrlich, W. Holmes, K. Olivecrona, A. Ross), (b) analityczne (Kelsen, Hart, Wróblewski, Opałek) oraz (c) humanistyczna (kulturowa) teoria prawa (wpływ W. Diltheya i W. Windelbanda) – np. R. Dworkin.
2. Związek teorii prawa z dogmatyką prawniczą w jej nurtach empirycznych i analitycznych:
3. Indukcyjny wariant dogmatyki prawniczej (*Common Law* i *Case Law*);
4. Dedukcyjny wariant dogmatyki prawa (*Civil Law*);
5. Niedogmatyczne podejście w perspektywie humanistyczno-kulturowej.

**Wykład II***-* ***Spory o pojmowanie prawa. Prawo natury – iusnaturalizm (i) vs pozytywizm prawniczy (ii):***

1. Ontologia prawa: (i) prawo wartością aksjologiczną – (ii) prawo wypowiedzią językową prawodawcy. Prymat argumentacji z wartości – dominacja analizy pojęciowej (lingwistyka o logika);
2. Poznawalność prawa: (i) od intuicji do objawienia, praktyka i tradycja – (ii) interpretacja tekstu.
3. Założenia teoriopoznawcze – tzw. status poznawczy ocen i norm: (i) kognitywizm – (ii) antykognitywizm.
4. Stosunek do wartości: (i) wartości integralną częścią porządku prawnego (kryterium walidacyjne i interpretacyjne) – (ii) założenie o separacji prawa i moralności.
5. Typy uzasadniania obowiązków: (i) aksjologiczne – (ii) faktualne, tetyczne, systemowe;
6. Aksjologiczna legitymizacja prawa: (i) sprawiedliwość, pewność, bezpieczeństwo prawne – (ii) demokracja, naukowość.
7. Założenia dotyczące prawotwórstwa: (i) o obiektywności ocen – (ii) o racjonalności prawodawcy.
8. Funkcje tekstu prawnego: (i) komunikat, opis prawa (prymat *ius* nad *lex*) – (ii) jedność prawa i tekstu; prawo jako znaczenie tekstu (prymat *lex* nad *ius*). Dylemat G. Radbrucha i jego rozwiązanie: *Lex iniustisima non est lex.*
9. Geneza *civil law*: (i) tworzenie jako rezultat rozpoznawania przez praktykę prawodawczą rzeczywistości prawnej – (ii) stanowienie jako realizacja konstytucyjnych (ustawowych) kompetencji prawodawczych.
10. Stosunek prawa do państwa: (i) pojęciowa niezależność prawa i państwa - (ii) pojęciowy, normatywny i funkcjonalny związek prawa z państwem i przymusem.
11. Wiedza o prawie i naukowość prawoznawstwa: (i) dominacja filozofii prawa - (ii) niezaangażowany scjentyzm;
12. Stosunek do języka nauki prawa: (i) brak 0/1 dystynkcji pojęciowych: np. relatywność podziału na tworzenie i stosowanie prawa - (ii) podziały na tworzenie i stosowanie prawa; prawo jako system zamknięty wobec innych porządków normatywnych, dystynkcja na obowiązywanie i nieobowiązywanie - prymat metod logicznych.

**Wykład III***-* ***Współczesne adaptacje prawa natury***

1. **Proceduralna wersja prawa natury Lona Fullera** (1902-1978), *The Morality of Law***:**

(a) założenia koncepcji:

- postulaty kierowane do prawodawcy,

- instytucjonalizacja tradycyjnych wartości,

- składnik pragmatyki prawniczej (kultury prawnej),

- warunki jako składniki tzw. wewnętrznych wartości (moralności) prawa (*rule of law*),

- areligijność i praktycyzm.

1. Postulaty (chronione wartości):

- generalność i ogólność,

- jasność rozumienia tekstu,

- realność nakładanych obowiązków,

- nieretroakcja prawotwórstwa,

- udostępnianie informacji o prawie,

- względna trwałość obowiązków,

- wymóg niesprzeczności (rozumność),

- zgodność między prawem ustanowionym i prawem rzeczywistym.

1. **Materialna wersja prawa natury Johna Finnisa (**1940, Australia - ?);*Prawa naturalne i uprawnieni naturalne,* 1980) – wymogi stawiane prawu pozytywnemu przez rozum praktyczny.

*Teza:* prawa natury obiektywne i niezmienne.

*Źródło*: rozum praktyczny, etyka pragmatyczna;

*Cecha*: uniwersalizm;

*Oczywistość przyjmowanych twierdzeń-zasad* , np. praw logiki, uznawania za istniejące gdy zachodzą racje za tym przemawiające, wymóg całościowego oglądu sprawy.

1. Tzw. dobra/wartości podstawowe przyjmowane w koncepcji:

- życie - wiedza – zabawa – przeżycia estetyczne – życie w społeczności (przyjaźń, uspołecznienie) – rozumność praktyczna – religia;

- wartości nie mają charakteru moralnego, stają się takimi poprzez refleksję rozumu praktycznego;

- wartości podstawowe jako wartości fundamentalne, niewyprowadzane z innych zasad i nieredukowalne do innych;

1. Wskazania rozumności praktycznej:

- wybory pomiędzy dobrami powinny opierać się na spójnym, koherentnym planie życia,

- niedopuszczalne są arbitralne preferencje,

- niedopuszczalność arbitralnych preferencji między osobami,

- dystans wobec własnych działań,

- potrzeba podejmowania zobowiązań wobec innych jako antonim wolności;

- uwaga na konsekwencje działań,

- wspieranie działaniem realizacji dobra wspólnego,

- zgoda z własnym sumieniem.

1. Porządek rozumowania opartego na rozumności praktycznej:

- sekwencja (a) wyróżnia wartości, którymi powinien się kierować człowiek; sekwencja (b) określa reguły, którymi powinien się rządzić proces podejmowania decyzji – analogia do rozumowania sylogistycznego,

**Wykład IV***-* ***Współczesne wersje pozytywizmu prawniczego***

1. **Normatywizm Hansa Kelsena** (1881 Praga -1973 Berkeley)**:**

- dziedzictwo I. Kanta: oderwanie od aksjologii, „czyste kategorie logiczne, formalizm;

- odsłanianie podstawowych prawniczych struktur myślenia;

- prawoznawstwo jako nauka normatywna;

- zakładany epistemologiczny dualizm: byt i powinność;

- oderwanie prawoznawstwa od innych nauk społecznych,

- tekst jako przedmiot badań; prawoznawstwa nauką analityczną w wersji formalnej,

- dogmatyka prawa zasadniczą dziedzina prawoznawstwa,

- sylogistyczny model stosowania prawa,

**2. Teoria zarachowania**. Warianty:

(i) zarachowanie peryferyjne – stan rzeczy określony w poprzedniku normy a stan określonym w następniku;

(ii) zarachowanie centralne – stan rzeczy określonym w następniku normy a osoba; przypisanie osobie działania skutkującego sankcją;

(iii) zarachowanie jako zadośćuczynienie – powiązanie kary lub nagrody z uczynkami danej osoby;

(iv) zarachowanie naturalne – całość budowana z części; cecha fragmentu staje się cechą całości;

**3. Państwo jako pierwotny adresat norm prawnych,**

**4. Systemowa koncepcja obowiązywania prawa**. TK jako „negatywny legislator”,

- statyczne i dynamiczne systemy prawa;

- pojęcie tzw. normy podstawowej;

- problem tzw. „logiki norm” (odrzucony w: *Allgemeine Theorie der Normen,* 1979;

1. **Herberta L.A. Harta koncepcja systemu prawa jako związku reguł (**1907 Harrogate – 1992 Oksford).Wyrafinowany pozytywizm prawniczy**:**

- krytyka predyktywnej koncepcji J. Austina (antyredukcjonizm);

- performatywna funkcja języka (współpraca z J. L. Austinem);

- założenia metodologiczne: pragmatyzm, waga uzusów językowcy, niechęć do definicji opartych na tradycyjnej budowie; wpływ tradycji badawczej tzw. języka potocznego,

- wewnętrzny i zewnętrzny punkt widzenia;

- casus „bandyty”;

- złożone źródła prawa: tradycja, praktyka prawnicza (kultura prawna), prawodawca,

- kompetencje publiczne (państwo) i prywatne (tzw. prywatny legislator),

- złożona budowa systemu prawa: reguły pierwotne (*primary rules*) i wtórne (*secondary rules*):

- prymarny charakter tzw. reguły uznania (*rule of recognition*). Społeczny charakter reguły uznania;

- Reguła uznania a reguły rozsądzania (*rule of adjudication*) i reguły zmiany (*rule of change*);

- punkt ciężkości położony na państwo i praworządność (*rule of law*);

- rola państwa i test pochodzenia prawa;

- tzw. minimalna zawartość prawa natury.

**Wykład V***–* ***Realistyczne koncepcje prawa***

1. **Realizm prawniczy**, amerykański**:** Olivier W. Holmes (1841 Boston – 1935 Waszyngton); *Path of the law* (1897), sędzia SN USA w latach 1902-32, K. Llewellyn i G. Frank; A. Ross, K. Olivecrona – realizm skandynawski**.** Założenia **realizmu amerykańskiego:**

**-** anty-metafizyka, praktycyzm, empiryzm; socjologizm i psychologizm; metodologiczny naturalizm,

- prawo powinno podążać za zmianami społecznymi,

- badanie prawa „tu i teraz”;

- nauka prawa jako nauka opisowa, socjologii prawa;

- przepisy nie determinują sądów, a są wtórną racjonalizacją;

- kontekst okrycia dominuje kontekst uzasadniania;

**-** prawo jako zachowania sędziów i urzędników lub przepowiednia;

**-** faktualna koncepcja obowiązywania;

- *law in book* i *law in action*;

- praktyka i tradycja jako źródło prawa; prawo sądowe i precedensy;

- inżynieria społeczna i polityka prawa; instrumentalizacja prawa; socjotechnika poprzez prawotwórstwo;

- decyzyjny antyformalizm.

1. **Psychologizm L. Petrażyckiego** (1867 Witebsk -1931 Warszawa). Realizm prawniczy:

- psychologia introspekcyjna;

- metodologia Petrażyckiego – nauka opisująca fakty i tworzenie pojęć klasowych,

- kryteria budowy tzw. adekwatnych teorii naukowych;

- oświeceniowa wizja porządku społecznego; wiara w ideę postępu;

- fundator programów budowy modeli racjonalnego tworzenia prawa i polityki prawa;

- wiara w społeczny postęp ludzkości związany z doskonaleniem psychiki = postęp w prawie,

- prawo jest wyższą fazą rozwoju moralności; teza o samolikwidacji prawa,

- wychowawcza funkcja prawa,

- normą jako fakt psychiczny,

- emocje etyczne: imperatywne (moralność) i e. imperatywno-atrybutywne (prawo);

- (i) prawo oficjalne, (ii) prawo pozytywne, (iii) prawo intuicyjne,

- prawo pozytywne jako zjawisko heteronomiczne i instytucjonalizowane; labilność prawa intuicyjnego; prawo intuicyjne - ugruntowane społecznie, rzutujące na racjonalność prawa stanowionego;

- normy kategoryczne i hipotetyczne;

- idea praw kobiet.

**Wykład VI***-* ***Prawnicze koncepcje tzw. trzeciej drogi:***

**1. Komunikacyjna koncepcja** – Jurgen Habermas. **Założenia ogólne:**

- podział na dyskurs teoretyczny i dyskurs praktyczny

- faktyczność a obowiązywanie. Zniesienie opozycji poznania i wartościowania;

- racjonalność technologiczna a racjonalność komunikacyjna. Świat przyrodniczy, a świat społeczny;

- roszczenia racjonalności komunikacyjnej: ważności, prawdy, słuszności, uczciwości;

- świat systemów a świat życia i jego konsekwencje;

- „świat życia” jako podstawa odniesień do prawa;

**2. Komunikacyjna koncepcja -** zastosowanie w prawoznawstwie:

(a) podział na prawo zinstrumentalizowane i prawo autonomiczne; (b) prawo publiczne jako obszar dla racjonalności technologicznej- prawo prywatne jako sfera racjonalności komunikacyjnej; (c) logika formalna w argumentacji prawniczej a logiką nieformalna, retoryka i teorią argumentacji; (d) prawo materialne jako domena r. technologicznej – prawo procesowe r. komunikacyjnej, (e) technologiczny i argumentacyjny model reguły dowodowej;

- tzw. uniwersalna pragmatyka prawnicza;

- krytyka Zachodniego racjonalizmu, kapitalizmu i cywilizacji technicznej; próba łączenia wolności i podmiotowości z prawem jako medium; emancypacyjny charakter.

**3. Hermeneutyka prawnicza:**

1. Jako filozofia prawa:

(a) świat a język; świat tekstów prawnych prawnika;

- W. Dilthey – Geistwissenschaften i Gadamer „Warheit und Methode”: świat jako „otwarta księga życia” - praca prawnika jako „praca w łańcuchu” (R. Dworkin);

(b) odrzucenie korespondencyjnej koncepcji prawdy

(c) rozumienie jako stosunek człowieka do świata (*Lebenswelt*);

(d) rozumienie tekstu jako rozumienie „samego siebie”;

(e) waga kontekstów historycznych (Gadamerowskie horyzonty);

2. Jako teoria interpretacji tekstu (prawnego):

(a) rozumienie tekstu jako aplikacja do rzeczywistości (np. wykładnia sądowa,

(b) rozumienie tekstu jako proces kreowania niearbitralnych znaczeń;

(c) tzw. wewnętrzny punkt widzenia; rozumienie jako doświadczenie (np. sytuacją sporu sądowego);

(d) zrozumienie całości jako zrozumienia części i *vice versa*, prawniczy holizm interpretacyjny;

(e) doniosłość prerozumienia;

(f) tzw. spirala hermeneutyczna;

**4. Integralna koncepcja prawa Ronalda Dworkina** (1931 Providence, USA – 2013 Londyn);

- prawo jako fakt interpretacyjny:

- wspólnota polityczna jako wspólnota interpretacyjna;

- interpretacja jako czynność zaangażowaną aksjologicznie: opis tekstów ustaw i precedensów, jako podstawa moralnie spójnego uzasadniania (usprawiedliwiania);

- historia systemu prawa; tzw. fundamentalne zasady personalnej i politycznej moralności;

- tzw. moralność instytucjonalna zakodowana w systemie prawa oraz w strukturze instytucji politycznych USA;

- rola perspektywy historycznej i orzecznictwa: „chain novel” (tzw. koło hermeneutyczne);

- prawo a moralność: obie sfery oparte są na „moralności politycznej”; prawo jako instytucjonalny kształt moralności („instytucjonalnego poparcie moralności”);

- prawo jako zbiór reguł i zasad: zasady a kierunek interpretacji reguł;

- zasada jako samodzielna podstawa rozstrzygnięcia;

- konkluzywność reguł i otwartość zasad praw;

- ważenie zasad i ich rola w „trudnych przypadkach” orzeczniczych;

- zróżnicowanie zasady prawa (*principles – policies);*

- trudne przypadki a *one right answer thesis*; metafora sędziego Herkulesa;

- Hartowskaj reguła uznania a Dworkina koherencyjną koncepcję prawdziwości wypowiedzi o prawa i obowiązkach: (i) maksymalny stopień spójności interpretacji z historią systemu prawa oraz (ii) usprawiedliwianie z zasad i (iii) rola instytucji systemu politycznego (moralność instytucjonalna);

- wypowiedzi interpretacyjne jako wypowiedzi optymalizacyjne;

- systemem wartości (zasad) jako składniki „głębokiej struktury” systemu prawa;

- Dworkin a zewnętrzny i wewnętrzny punkt widzenia w spojrzeniu na prawo;

- prawo i jego nieokreślone granice przedmiotowe (cywilne nieposłuszeństwo jako interpretacyjne działanie prawne).

**5. Spór R. Dworkina z H. Hartem:**

(a) metodologia – zarzut tzw. „semantycznego użądlenia”;

(b) o pojmowanie prawa i jego granice;

(c) o regułę uznania (*rule of recognition*) i wymóg jej społecznej akceptacji (Hart);

(d) o miejsce sędzia i o swobodne uznanie (problem *hart case*),

- zanurzenie sędziego w praktyce (pragmatyzm reguł Harta) - zanurzenie prawnika w kulturze prawnej (Dworkin).

**6. Prawo jako autopojeza** (N. Luhmann, G. Teubner).

- układy autopojetyczne (samodzielne, zamknięte-autonomiczne, i nie sterowane z zewnątrz i allopojetyczne (otwarte, niesamodzielne – sterowne z zewnątrz,

(a) tzw. prawo dyfuzyjne - realizm prawniczy, pierwotna wersji pozytywizmu prawniczego.

(b) prawo częściowo autopojetyczne - np. H. Harta koncepcja prawa jako związku reguł pierwotnych i wtórnych

(c) prawo autopojetyczne:

- układ samoregulujący (samosterujące swoimi własnymi operacjami);

- układ samoreprodukujący (samo-wytwarzający swoje elementy),

- układ samoorganizujący swoje struktury,

- układ samoodnoszący (operacje systemu powiązane w całość – w związki treściowe i formalne;

(d) rzeczywiste systemy a wymogi autopojetyczności;

(e) F. Noneta i F. Selznicka teza o ewolucji prawa (prawo represyjne, proawo autonomiczne i prawo responsywne).

**Wykład VII***–* ***Polskie teorie wykładni prawa.***

1. **Derywacyjna** (M. Zieliński) **a klaryfikacyjna** (J. Wróblewski) koncepcja wykładni prawa. Miejsca sporów między derywacyjną (D) a klaryfikacyjną (K) koncepcją wykładnia prawa:

→ pola różnic:

*- clara non sunt interpretanda* (K) vs *omnia sunt interpretanda* (D)*,*

- teoria wykładni jako teoria opisowa, vs normatywna;

- adresaci teorii: dogmatyka prawa (D) *vs* praktyka prawnicza (K). Tzw. zintegrowana wersja wykładni,

- odmienne koncepcja normy: (i) normy jako wypowiedź jednoznaczna (D) *vs* wzór zachowania się dookreślony znaczeniowo potrzeb rozstrzygnięcia (K); (ii) bezwzględność (D) *vrs* względność (K) rozróżnienia na normę i przepis prawny,

→ pola podobieństw:

- tekst prawny jako przedmiot interpretacji. Przynależność do nurtu analitycznego,

- anty-hermeneutyczność (problem odrzucenia paremii *clara non sunt interpretacda* w derywacyjnej),

- założenie o racjonalności prawodawcy,

- kanon trzech rodzajów dyrektyw interpretacyjnych (językowe, systemowe i funkcjonalne) oraz kolejność ich stosowania. Normatywność dyrektyw interpretacyjnych,

- możliwość przełamania znaczenia językowego.

**2. Tzw. poziomowa interpretacja tekstu prawnego** jako adaptacja koncepcji derywacyjnej (R. Sarkowicz):

- poziom deskryptywny → opis osób, rzeczy, zdarzeń i zachowań świata, którego tekst dotyczy,

- poziom dyrektywalny → odczytywanie dyrektywy zawartych w tekście;

- poziom presupozycji → informacje o współczesnym prawodawcy świecie społecznym.

- pierwowzór w analizach Orygenesa: znaczenie (i) literalne, (ii) moralne i (iii) mistyczne (*pneuma*).

- poziom deskryptywny (literalnemu) jako poziom przepisów prawnych; poziom dyrektywalny (moralny) jako poziom norm prawnych, poziom presupozycji (mistyczny) jako poziom założeń (teorii) interpretacji;

**Wykład VIII***-* ***Współczesne spory wokół wykładni prawa***

* 1. Wokół prawotwórczego – odtwórczego charakteru wykładni prawa.

- pozytywizm prawniczy i ideologia odtwórczego charakteru wykładni: (i) zasada trójpodziału władz oraz (ii) lingwistyczne założenie o referencjalnej funkcji języka (przepis jako informacja o treści decyzji prawodawczej); Ten schemat uległ podważeniu za sprawą tzw. przełomu lingwistycznego i tezy o autonomii języka;

- uznania interpretacji za formę działania (neopragmatyzm, hermeneutyka),

- kryzysu tradycyjnej filozofii analitycznej i korespondencyjnej koncepcji prawdy;

- otwartej koncepcji źródeł prawa (rola reguł walidacyjnych i reguł egzegezy); vide: dyskusja wokół współczesnej roli TK i tzw. wykładni w zgodzie z Konstytucją.

2. Wokół założenia (teorii) racjonalnego prawodawcy („paradygmat” współczesnej polskiej teorii wykładni prawa). Uzasadniane teorii r.p.:

- niską jakością prawotwórstwa;

- potrzebą uniwersalizacji i obiektywizacji rozstrzygnięć;

- potrzebą unaukowienia rozstrzygnięć prawnych – jednolita dla wszystkich nauk zasada racjonalności;

- powszechne przyjęcie w dogmatyce prawa i orzecznictwie. \*

Krytyka teorii r. prawodawcy:

- formalizm w uzasadnianiu rozstrzygnięć opartych na zasadzie racjonalności (np. niesprzeczność twierdzeń, przechodniość, systemowość norm);

- peryferyjne znaczenie w zachodniej kulturze prawnej,

- silne związanie z pozytywizmem prawniczym i nurtem filozofii oświecenia,

- prowadzi do zaniku odpowiedzialności sędziego za decyzję interpretacyjną (*de facto* prawotwórczą).

3. Wokół paremii *Clara non sunt interpretanda.* Argumenty krytyków:

*-* brak tradycji rzymskiej;

- rozdzielenie „prawa” i jego „interpretacji” niezgodne z osiągnięciami współczesnej lingwistyki,

- fałszywość bezpośredniego rozumienia jako rozumienia „bez interpretacji” (psychologizm);

- niemożność pogodzenia z wykładnią *in abstracto* (np. wykładnia dogmatyczna);

- zasada *Clara non sunt interpretanda* jako ukrywanie sędziowskiej *ratione imperium:*.

Argumenty zwolenników:

- odrzucenie teorii prowadzi do paraliżu interpretacyjnego (przyjęcia zasady → *omnia sunt interpretanda* dla przypadków banalnych *–* L. Morawski);

- poparcie orzecznictwa dla teorii r.p. jako wygodnej i intuicyjnej;

- za teorią kryje się językowa „przemoc” otwierająca drogę do juryscentryzmu (zwykły obywatel traci możliwość samodzielnego rozumienia prawa);

4. Pomiędzy interpretacyjnym tekstualizmem iintencjonalizmem. Argumenty i kontrargumentu:

- intencji prawodawcy nie jesteśmy w stanie rozpoznać inaczej niż poprzez tekst, którego prawodawca jest autorem - kontrargument: możemy badać dokumenty i okoliczności towarzyszące ustanawianiu prawa;

- intencja jest kategorią psychologiczną i nie może jej mieć podmiot zbiorowy (np. parlament) – kontrargument: życie parlamentarne zorganizowane jest w partie polityczne, które mają poglądy wyrażające potrzeby grup społecznych, które łatwo można ustalić.

- intencje prawodawcy są zawsze intencjami, którym towarzyszą określone okoliczności, a te z czasem ulegają zmianom, co je dezaktualizuje - kontrargument: (i) intencjonalizm sprzyja trwałości interpretacji prawa i daje poczucie pewności i niezmienności prawa; jest np. szczególnie ceniony przy interpretacji Konstytucji (tzw. konstytucyjny oryginalizm); (ii) jest zgodny z zasadą trójpodziału władzy (tekstualizm prowadzi do nadmiernego władztwo sędziowskiego).

- Teksty prawne (intencjonaliści) nie jest komunikacją między prawodawcą i prawnikiem (społeczeństwem), gdyż zerwane są tu więzi czasu, miejsca i sytuacji; stanowienie prawa jest z natury rzeczy aktem jednostronnym - kontrargument: alternatywą dla intencjonalizmu jest zerwanie tej „niedoskonałej” komunikacji i pozostawienie wolnej ręki interpretatorowi;

- intencja („wola”) prawodawcy jest dla prawnika dogodną fikcją, na którą łatwo się powołuje i arbitralnie przypisuje prawodawcy i służy ona *de facto* aktywizmowi interpretacyjnemu - kontrargument: krytykując fikcję intencji prawodawcy, tekstualiści sami zmuszenie są przyjmować inną fikcję – racjonalności prawodawcy, co prowadzi do niedemokratycznego tworzenia prawa przez sędziów.

**Wykład IX***–* ***O trzech filozofiach konstytucji***

**I. Stanowisko Hansa Kelsena**:

*Założenie*: Trybunał Konstytucyjny jako szczególny (instytucjonalny) organ kontroli konstytucyjności prawa. *Implikacje:*

- systemowa kontrola obowiązywania prawa;

- kontrola *in abstracto;* nie jest kontrolą orzeczeń sądowych, ale aktywności prawodawczej;

- legalność kryterium kontroli; brak elementu celowości (*policies*) i racjonalności;

- apolityczność;

- składy TK zdominowane przez czynnik ekspercki (dominacja profesorów prawa);

- tzw. negatywny prawodawca.

- orzeczenia konstytutywne – derogacje., wchodzące w życie tak jak ustawy.

- funkcję kontrola wobec państwa - doktryna *Rechtsstaat*;

- skutki prawne z mocą wsteczną;

- założenie pionowej struktury systemy prawa z konstytucją jako meta-prawem

- kontrola wewnętrznych więzi statycznych i dynamicznych systemu;

- odrzucenie bezpośredniego (konfrontacyjnego) stosowanie konstytucji przez sądy powszechne; monopol TK na kontrolę konstytucyjności ustaw.

**II. Stanowisko Carla Schmitta**:

*Założenia* koncepcji:

- legitymizacją prawa jest wola suwerena: ludu, narodu;

- konstytucja jest najwyższą formą urzeczywistniania woli ludu – narodu;

- konstytucja nie jest prawem (stanowionym), a nadaniem prawniczej formy „konstytucji rzeczywistej”, ukształtowanej przez wspólnotę społeczno-polityczna;

- konstytucja aktem politycznym i ideologicznym – wyrazem woli wspólnoty politycznej;

- brak bezpośredniej funkcji normatywnej – konstytucja jako polityczny akt założycielski porządku prawnego;

- prawo jest aktem wolicjonalno-decyzyjnym (anihilacja tekstu); jest fragmentem rzeczywistości społecznej kształtowanej przez siłę i skuteczność realizacji celów grupy;

*Implikacje prawne*:

- wykładania prawotwórcza jest zakazana;

- legalność kryterium oceny faktów przez sądy (systemowość prawa jest „wymysłem filozofów i prawników”);

- obsady personalne sądów odzwierciedlają kształt wspólnoty politycznej (udział czynnika społecznego w sądzeniu);

- brak szacunku dla instytucji; prymat tzw. sprawiedliwości społecznej;

- filozoficzno-doktrynalne tło: autorytaryzm społeczny.

- brak instytucji Trybunału Konstytucyjnego;

- brak odwoływania się przez sądy do konstytucji jako aktu prawnego;

- Prezydent jako kontroler realizacji celów i wartości konstytucyjnych.

**III. Perspektywa *Judical Review***:

1. Założenia teoretyczne koncepcji:

- ujęcie oparte na realizmie prawniczym oraz kulturze *Common Law;* (głównie USA);

- filozoficzne tło: republikanizm (komunitarianizm) – przywiązanie wagi do idei wspólnoty opartej na tradycji kulturowej i podzielanych wartościach politycznych. Atencja dla instytucji;

- pragmatyzm argumentacyjny - norma prawna jest wypowiedzią prawodawcy rozwijaną i korygowaną w praktyce sądowej;

- prawo odwołuje się do argumentacji społecznej. Jest aktywnością responsywną;

- zanika element ekspercki w procesie decyzyjnym;

- wtórność argumentacji odwołująca się do tekstu prawnego - uzasadnianie *ex post*;

- brak jednolitej teorii wykładni (spór między intencjonalizmem i oryginalizmem (konstytucja) a tekstualizmem (ustawy);

- konstytucjonalizm jako odrębna doktryna (gałąź prawa, filozofia) prawa.

*Implikacje prawnicze:*

- aktywna rola sędziów, zaangażowanie w społecznie uznane wartości;

- wykładnia operatywna i twórcza (rozwijanie prawotwórstwa przez praktykę sądowa)*;*

- polityczność sądów i praktyki sądowej;

- racje celowościowe w argumentacji prawniczej (*principle, policies*);

- brak granicy pomiędzy określonymi przedmiotowo gałęziami prawa i dogmatykami prawniczymi;

- „rozporoszone” stosowanie konstytucji; instytucjonalny brak „sądu konstytucyjnego”;

- waga sprawiedliwości proceduralnej powiązana ze sprawiedliwością społeczną i zasada *equity*;