(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) o ontologię prawa, (b) teorię poznania prawniczego (c) metodologię badań prawniczych oraz (d) etykę prawniczą.
2. „**Teoria prawa**” (gr. *Thea*: widok, 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:

- Indukcyjny wariant dogmatyki prawniczej (*Common Law* i *Case Law*);

- Dedukcyjny wariant dogmatyki prawa (*Civil Law*);

- 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. (i) Prymat argumentacji z wartości – (ii) dominacja analizy pojęciowej (lingwistyka i logika);
2. Poznawalność prawa: (i) od intuicji do objawienia, praktyka i tradycja – (ii) interpretacja tekstu.
3. Założenia teoriopoznawcze – 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 oraz teza społeczna.
5. Typy uzasadniania obowiązków: (i) aksjologiczne – (ii) tetyczne, systemowe i faktualne; pozytywizm pierwotny a pozytywizm wyrafinowany;
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;* pozytywizm pierwotny a pozytywizm wyrafinowany.
9. Geneza *civil law*: (i) tworzenie prawa jako rezultat rozpoznawania przez praktykę prawodawczą rzeczywistości prawnej – (ii) stanowienie jako realizacja konstytucyjnych (ustawowych) kompetencji prawodawczych; instrumentalizacja prawa; pozytywizm pierwotny a pozytywizm wyrafinowany.
10. Stosunek prawa do państwa: (i) pojęciowa niezależność prawa i państwa - (ii) pojęciowy, normatywny i funkcjonalny związek prawa z państwem i przymusem; pozytywizm pierwotny a pozytywizm wyrafinowany
11. Wiedza o prawie i naukowość prawoznawstwa: (i) filozofii prawa - (ii) teoria prawa - niezaangażowany scjentyzm;
12. Stosunek do języka nauki prawa: (i) brak dystynkcji pojęciowych zastępowana przez relatywność/typologiczność podziałów - (ii) 0/1 podziały np. na: tworzenie i stosowanie prawa; system prawa i regulacje pozaprawne, obowiązywanie i nieobowiązywanie – ogólny prymat metod tradycyjnej analizy logicznej.

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

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

1. Założenia koncepcji:

- postulaty kierowane do prawodawcy,

- liberalne uwarunkowania,

- instytucjonalizacja tradycyjnych wartości,

- składnik pragmatyki prawniczej (kultury prawnej),

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

- areligijność i praktycyzm.

1. Postulaty instytucjonalne (i ukryte w nich 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 przekonań za istniejące, gdy zachodzą racje za tym przemawiające; wymóg całościowego oglądu sprawy.

1. Przyjmowane dobra/wartości podstawowe:

- 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 arbitralne preferencje,

- niedopuszczalność arbitralnych preferencji między osobami,

- dystans wobec własnych przekonań i 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 1. wyróżnia wartości, którymi powinien się kierować człowiek; sekwencja 2. 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;

- 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 (systemowość);

**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;

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

1. krytyka predyktywnej koncepcji J. Austina (antyredukcjonizm);

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

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

4. wewnętrzny i zewnętrzny punkt widzenia; - casus „bandyty”;

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

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

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

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

- reguła uznania a reguły rozsądzania (*rule of adjudication*) i reguły zmiany (*rule of change*); - państwo i praworządność (*rule of law*);

8. rola państwa i test pochodzenia prawa;

9. 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**.**

1.Założenia realizmu amerykańskiego:

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

- prawo podążające za zmianami społecznymi,

- badanie prawa „tu i teraz”;

- nauka prawa jako nauka opisowa, socjologiczne wzorce;

2. Konsekwencje prawne i prawnicze:

- przepis prawny jak wtórna racjonalizacja orzeczenia sądowego;

- dominacja kontekstu „okrycia” wobec kontekst „uzasadniania” w argumentacji sądowej;

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

**-** faktualna koncepcja obowiązywania;

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

- praktyka i tradycja jako źródło prawa;

- prawo sądowe i precedensy: *ratio decidendi,*  argument z desuetudo; *stare decising, buton up argumentation;*

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

- decyzyjny antyformalizm.

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

1. Założenia realizmu L. Petrażyckiego:

- psychologia introspekcyjna;

- metodologia – nauka opisująca fakty i tworzenie pojęć klasowych,

- kryteria budowy tzw. adekwatnych teorii naukowych;

- oświeceniowa wizja porządku społecznego; wiara w ideę postępu;

- program budowy modeli racjonalnego tworzenia prawa i polityki prawa;

- wiara w społeczny postęp ludzkości związany z doskonaleniem psychiki – idea postępu w prawie,

2. Teoria prawa:

- prawo jako wyższa faza rozwoju moralności; teza o samolikwidacji prawa,

- wychowawcza funkcja prawa,

- norma jako fakt psychiczny,

- emocje etyczne: e. 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).

1. Założenia koncepcji**:**

- 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. Zastosowanie w prawoznawstwie:

- podział na prawo zinstrumentalizowane i prawo autonomiczne;

- prawo publiczne jako obszar dla racjonalności technologicznej- prawo prywatne jako sfera racjonalności komunikacyjnej;

- logika formalna w argumentacji prawniczej a logiką nieformalna, retoryka i teorią argumentacji;

- prawo materialne jako domena r. technologicznej – prawo procesowe r. komunikacyjnej,

- 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.

**II. Hermeneutyka prawnicza:**

1. Jako filozofia prawa:

- świat a język; świat tekstów prawnych;

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

- odrzucenie korespondencyjnej koncepcji prawdy

- rozumienie jako stosunek człowieka do świata (*Lebenswelt*); rozumienie tekstu jako rozumienie „samego siebie”;

- waga kontekstów historycznych (Gadamerowskie horyzonty);

- teoria poznania: pre-rozumienie i spirala hermeneutyczna.

2. Jako teoria interpretacji tekstu (prawnego):

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

- rozumienie tekstu jako proces kreowania niearbitralnych znaczeń (między prawniczym woluntaryzmem i determinizmem);

- tzw. wewnętrzny punkt widzenia; rozumienie jako doświadczenie (np. sytuacja sporu sądowego jako sytuacja poznania-działania);

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

- prawnicze pre-rozumienie (argumentacja z tezą, sytuacja obrońcy);

- tzw. spirala hermeneutyczna (tożsamość problemów i zróżnicowanie kontekstów rozpatrywanych spraw);

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

**1. Założenia i tezy koncepcji:**

- 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” (koło hermeneutyczne);

- Prawo i moralność jako sfery oparte na „moralności politycznej”; - prawo jako instytucjonalny wyraz moralności politycznej („instytucjonalnego poparcie moralności”);

- prawo jako zbiór reguł i zasad: - zróżnicowanie zasady prawa (*principles – policies);*

- zasady jako kierunek interpretacji reguł;

- konkluzywność reguł i otwartość zasad praw;

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

- problem zasady jako samodzielnej podstawy rozstrzygnięcia;

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

- koherencyjną koncepcję prawdziwości wypowiedzi o prawa i obowiązkach: (i) maksymalny stopień spójności interpretacji z historią systemu prawa, (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;

- zewnętrzny i wewnętrzny punkt widzenia w spojrzeniu na prawo;

- prawo i jego nieokreślone granice przedmiotowe (cywilne nieposłuszeństwo jako interpretacyjnie dopuszczalne „działanie prawne”).

**2. 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).

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

1. 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 – np. reguły procedury),

- układ samoreprodukujący (samo-wytwarzający swoje elementy – np. kryteria oceny rezultatów, np. *rule of law*),

- układ samoorganizujący swoje struktury (kompetencje, podziały zadań),

- układ samoodnoszący (operacje systemu powiązane w całość – w związki treściowe i formalne, np. wykładnia systemowa i inferencje norm);

2. Rzeczywiste systemy a wymogi autopojetyczności;

3. Skutki społeczne autopojetyczności prawa (autonomia prawa, nadmiar meta-regulacji, niedyspozycyjność prawa),

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

**Wykład VII***–* ***Spory we współczesnych teoriach wykładni prawa.***

1. **Derywacyjna** (M. Zieliński: 1940-2020) **a klaryfikacyjna** (J. Wróblewski: 1926-1990) 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 (K) vs normatywna (D);

- odmienność pojmowania semantyczności: semantyka referencjalna (K) i niereferencjalna (D);

- adresaci koncepcji: praktyka prawnicza (K) vs dogmatyka prawa (D),

- odmienne koncepcja normy: normy jako wzór zachowania się dookreślony znaczeniowo dla potrzeb rozstrzygnięcia (K) vs wypowiedź jednoznacznie scharakteryzowana (D);

- względność (K) vs bezwzględność (D) rozróżnienia na przepis i normę prawną.

→ *pola podobieństw*:

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

- anty-hermeneutyczność (problem odrzucenia paremi *clara non sunt interpretanda* w derywacyjnej), quasi-hermeneutyczność (D);

- założenie o racjonalności prawodawcy,

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

- możliwość przełamania znaczenia językowego.

→ *integrowanie się polskich teorii wykładni*:

- pragmatyzacja koncepcji derywacyjnej: (a) porzucenie idealizacyjnych założeń: norma jako wypowiedź jednoznaczna ze względu na sytuację faktyczną; (b) holizm interpretacyjny; (c) otwarcie się na praktykę prawniczą.

1. **Poziomowa interpretacja tekstu prawnego** jako hermeneutyczna adaptacja koncepcji derywacyjnej (R. Sarkowicz – 1952-2021), *Poziomowa interpretacja tekstu prawnego,* 1995.

1. Tzw. powierzchniowa i głęboka struktura prawoznawstwa:

- 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.

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

3. Poziomowa interpretacja tekstu a język teorii derywacyjnej:

- poziom deskryptywny (literalny) jako poziom przepisów prawnych;

- poziom dyrektywalny (moralny) jako poziom norm prawnych,

- poziom presupozycji (mistyczny) jako poziom założeń (teorii) interpretacji – np. założenie o racjonalności prawodawcy;

1. **Wokół odtwórczego** vs **twórczego** charakteru wykładni prawa.

1. Pierwotny pozytywizm prawniczy i ideologia odtwórczego charakteru wykładni:

- zasada trójpodziału władz i monopol prawodawcy na tworzenie prawa;

- lingwistyczne założenie o referencjalnej funkcji języka (przepis jako informacja o treści decyzji prawodawczej);

- scjentystyczne proweniencje pozytywizmu prawniczego, wzory przyrodoznawcze, apolityczność wykładni jako „poznawania” prawa.

2. Pozytywizm rozwinięty i jego konsekwencje:

- tzw. przełom lingwistyczny i teza o autonomii języka;

- interpretacji formą działania (wpływ neopragmatyzmu i hermeneutyka),

- kryzysu tradycyjnej filozofii analitycznej i korespondencyjnej koncepcji prawdy;

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

- założenie o racjonalności i wykładnia adaptacyjna; - błędy prawodawcy;

- wpływ zasady państwa prawa.

1. **Wokół założenia (teorii) racjonalnego prawodawcy** („paradygmat” współczesnej polskiej teorii wykładni prawa)**.** 
   1. Uzasadniane teorii racjonalnego prawodawcy:

- niska jakość prawotwórstwa;

- potrzeba uniwersalizacji i obiektywizacji rozstrzygnięć;

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

- rola optymalizacyjna; tzw. trudne przypadki orzecznicze,

- powszechne przyjęcie w dogmatyce prawa i orzecznictwie.

2. Krytyka teorii racjonalnego prawodawcy:

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

- nieintuicyjność i niekomunikatywność prawa,

- silne związanie z pozytywizmem prawniczym i nurtem filozofii oświecenia; współczesny kryzys zasady racjonalności (rola intuicji),

- zanik odpowiedzialności sędziego za decyzję interpretacyjną (*de facto* prawotwórczą),

- łamanie zasady trójpodziału władzy (prawodawca-sądy),

- profesjonalizacja prawa; podważenie tezy o społecznym pochodzeniu prawa;

- brak demokratycznej legitymizacji – juryscentryzm,

- peryferyjne znaczenie w zachodniej kulturze prawnej i w prawie europejskim.

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

*-* brak tradycji rzymskiej;

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

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

- niemożność pogodzenia z wykładnią *in abstracto* (np. wykładnia dogmatyczna); ograniczenie do wykładni sądowo-administracyjnej;

- za zasadą przemawia wyłącznie sędziowski oportunizm (wygoda);

- orientacja na łatwe przypadki – ukrywanie trudnych rozstrzsygnięć;

- *Clara non sunt interpretanda* jako ukrywanie sędziowskiego *ratione imperii*.

2. Argumenty zwolenników:

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

- poparcie orzecznictwa dla paremii jako wygodnej i przydatnej;

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

3. Zgoda możliwa przy rozróżnieniu wykładni *in abstracto* i *in concreto.*

**6.** **Pomiędzy interpretacyjnym tekstualizmem iintencjonalizmem**. Argumenty tekstualistów (i) i kontrargumenty intencjonalistów (ii):

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

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

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

- (ii) tekst prawny (intencjonaliści) nie jest komunikacją między prawodawcą i prawnikiem (społeczeństwem) - zerwane są tu więzi czasu, miejsca i sytuacji; stanowienie prawa jest z natury rzeczy aktem jednostronnym – (i) alternatywą dla tekstualizmu jest zerwanie tej „niedoskonałej” komunikacji i pozostawienie wolnej ręki interpretatorowi;

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

**Wykład VIII***–* ***O trzech filozofiach konstytucji***

**1. Stanowisko Hansa Kelsena**:

1. *Założenia:*

- systemowa kontrola obowiązywania prawa;

- kontrola *in abstracto* jako kontrola aktywności prawodawczej;

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

- apolityczność i aksjologiczna neutralność;

- Trybunał Konstytucyjny (sąd konstytucyjny) jako wyspecjalizowany i monopolistyczny organ kontrolny; brak „kontroli rozproszonej”;

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

- funkcja jawnie prawodawcza (tzw. negatywny prawodawca);

- orzeczenia TK konstytutywne – postać derogacji; wchodzą w życie tak jak ustawy;

- funkcję kontrola wobec państwa – wpływ doktryny *Rechtsstaat*;

- skutki prawne z mocą wsteczną (*ex tunc*);

- 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;

2. Filozoficzno-doktrynalne tło: liberalizm społeczny.

**2. Stanowisko Carla Schmitta**:

1. *Założenia* *koncepcji:*

- legitymizacją prawa 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-polityczną;

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

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

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

- wartością prawa skuteczność w osiąganiu celów wspólnoty.

2. *Implikacje prawne*:

- wykładania prawotwórcza zakazana; brak teorii wykładni;

- udział politycznego czynnego społecznego (suweren) w orzekaniu;

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

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

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

- brak odrębnej instytucji Trybunału Konstytucyjnego;

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

- Prezydent jako jedyny kontroler realizacji celów i wartości konstytucyjnych; „strażnik” konstytucji;

3. Filozoficzno-doktrynalne tło: autorytaryzm i totalitaryzm.

**3. Perspektywa *Judical Review***:

1. *Założenia koncepcji:*

- realizm prawniczy i kultura *Common Law* (głównie USA);

- przywiązanie wagi do idei wspólnoty opartej na tradycji kulturowej i podzielanych wartościach politycznych. Atencja dla instytucji;

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

- odwołanie do argumentacji społecznej. Prawo jako aktywność responsywna;

- zanika element ekspercki w procesie decyzyjnym (znaczący udział sędziów praktyków);

- wtórność argumentacji odwołująca się do tekstu prawnego – rola w uzasadnianiu *ex post*;

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

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

2. *Implikacje prawnicze:*

- aktywna rola sędziów, zaangażowanie w społecznie uznane wartości;

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

- 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*;

3. Filozoficzno-doktrynalne tło: republikanizm i komunitaryzm.

**Wykład IX***–* ***O dwóch historycznych rodowodach dogmatyki prawa. Czy profesor prawa i sędzia to zawody apolityczne?***

**I.** **Tradycja średniowieczna** (wersja H. Bermana):

1. Kontekst polityczny, czyli spór o władzę - średniowieczny spór o inwestyturę, prawo mianowania biskupów (r. 1058 i nast.);

- konflikt: papież Grzegorz VII vs cesarz Henryk IV,

- cel papieski: pozbawienie świeckich władców quasi-sakralnego splendoru;

- zastany kontekst prawny: prawo zwyczajowe jako charyzmatycznie legitymowana władza przywódcy nad plemienną grupą wspólnotową;

2. Kontekst archeologiczny, czyli o średniowiecznej restytucji prawa rzymskiego:

- XI wieczne odkrycie w bibliotece we Florencji:

- kompilacja prawa rzymskiego C. Justyniana: *Digesta i Pandekta*, Instytucje, Konstytucje i Nowele;

3. Kontekst akademicki, czyli powstanie apolitycznej nauki prawa i edukacji prawniczej:

- średniowieczni komentatorzy (Irnerius, profesjonalni, niezależni prawnicy); - Uniwersytet w Bolonii (1088);

- analityka i retoryka Arystotelesa;

- Uniwersytet Paryski - P. Abelard i średniowieczna scholastyka:

- W. Southern: „Europa („Europa prawników”) zaczęła się na dobre”.

4. Wynik politycznego sporu o inwestyturę: (i) powstanie niezależnego od państwa prawa kanonicznego, (ii) apolitycznych sędziów i niezależnych (wolny zawód) prawników; (iii) nauki prawa jako logiczno—językowej, niezaangażowanej ideologicznie/politycznie analizy tekstów prawnych („dogmatyki prawa”)**.**

**II.** **Tradycja niemieckich pandektystów**:

1. Szkoła historyczna i tradycja prawa rzymskiego (Friedrich v. Savigny) vs szkoła historyczno-germańska (K. Fr. Eichhorn):

- tradycja prawa rzymskiego wobec prawa zwyczajowego plemiennej (germańskiej) wspólnoty narodowej;

- spór polityczny: politycznie neutralne instytucje prawa rzymskiego vs cele niepodległościowe suwerennego narodu niemieckiego; problem zjednoczenia Niemiec;

- w latach 40. XIX w. spory przeszły w manifestacje uliczne – zatrzymane przez „wiosnę ludów”;

2. Udział uniwersytetów niemieckich i sądów w wykształceniu się „ruchu pandektystów”:

- pandekty (np. Bernard Windschein, *Lehrbuch des Pandektenrechts,* 1862), jako prawo obowiązujące - „ustawy”, komentarze i zbiory orzecznictwa;

- R. von Ihering (*Duch prawa rzymskiego*) prawoznawstwo wzorowane na naukach przyrodniczych: (i) logicznie niesprzeczny system prawa; (ii)formalno-dogmatyczna metoda analizy materiału, (iii) wykładnia funkcjonalna (interes grup i jednostek); (iv) logika prawnicza i wykładnia;

3. Polityczne zwycięstwo pandektystów, czyli „apolitycznego” prawa:

- podwaliny doktrynalne pod niemiecki BGB (1896/1900);

- powstanie dogmatyki prawa opartej na rodowodzie „szkoły niemieckiej” i jej wpływ (obok francuskiej) na polskie przedwojenne prawoznawstwo;

- kult prawa rzymskiego i apolitycznej nauki prawa i politycznej niezależności sędziów;

4. Konflikt powraca w Niemczech latach 30-40 XX w. (C. Schmitt). Jego ślady widać obecnie także w Polsce.