

II. ARTYKUŁY RECENZYJNE

ROMAN TOKARCZYK

JEDNOSTRONNOŚĆ EKONOMICZNEJ ANALIZY PRAWA

Prawo, jako fenomen kultury, powiązane jest z wieloma różnymi stronami najszerzej rozumianego życia społecznego, również z ekonomią¹. Powiązania te dostrzegane były w jurysprudencji już od czasów praw archaicznych poprzez m.in. jurysprudencję rzymską, marksistowską teorię prawa, amerykański realizm prawniczy, koncepcje hermeneutyki, argumentacji prawniczej i inne. Dopiero jednak chicagowska szkoła „Law and Economics”, na podstawie wcześniejszych wyników badań, rozwinęła dość zwarty system myślowy określony nazwą „ekonomiczna analiza prawa” (dalej: EAP). Wyniki badań szkoły chicagowskiej są przedmiotem znacznego zainteresowania, nie tylko prawoznawców, utrwalanego bardzo licznymi publikacjami w światowej literaturze naukowej i aktywnością sieci European Association of Law and Economics organizującej liczne seminaria i konferencje. Książka, której poświęcam niniejsze polemiczne rozważania (bardziej wszakże wobec szkoły chicagowskiej niż treści książki) jest pierwszym, kompleksowym, polskojęzycznym opracowaniem EAP².

Należy zauważyć, że prezentowana przez Współautorów problematyka jest dość skomplikowana zapewne dla wielu prawników, ponieważ wymaga znajomości określonych elementów logiki formalnej, niektórych rodzajów działań matematycznych, analizy ekonomicznej, nurtów filozofii, a nawet koncepcji psychologicznych. Współautorzy, świadomi owych trudności, potrafili jednak opisać i ocenić EAP w sposób „strawny”, jak to sami nazwali. Nadali książce formę wykładów, z jednej strony mających charakter względnie autonomiczny, nadających się do lektury osobno, z drugiej zaś na tyle powiązanych ze sobą, że nie rozrywających spójności wykładu EAP. Poprzedzone *Przedmową*, wykłady Współautorów podzielone są w książce na dwie części, pierwszą – *Założenia*, złożoną z czterech wykładów i drugą – *Zastosowania*, zawierającą pięć wykładów. Książkę zamyka *Appendix* w postaci wykładu dziesiątego, *Indeks osób* i *Indeks rzeczowy*.

¹ Szerzej na temat prawa jako faktu kulturowego por. np. R. Tokarczyk, *Współczesne kultury prawne*, wyd. VI, Warszawa 2007.

² J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Oficyna a Wolters Kluwer Business, Warszawa 2007, s. 208. Główne dzieło szkoły chicagowskiej opublikował R. Posner, *Economic Analysis of Law*, wyd. IV, New York 2003. Posner wraz z F. Parisi są współredaktorami „Economic Approaches to Law Series” – serii wydawniczej, w której opublikowano wiele monografii z zakresu EAP.

W fundamentalnym dla treści książki wykładzie pierwszym – *Prawo jako ekonomiczny fakt* – Współautorzy scharakteryzowali ogólnie założenia EAP, w ujęciu zarówno jej zwolenników, jak i przeciwników, których łączy jedynie zaciętrzewienie i nierzadko niekompetencja. Nie ulegając emocjom i wykazując dojrzałą kompetencję, Współautorzy z powodzeniem osiągnęli umiar w ocenach EAP, unikając zarówno jej fetyszyzacji, jak i niedoceniań. Z ich umiarkowanych ocen wynika trafny pogląd, że ontologiczna istota prawa wskazuje na przynajmniej cztery cele ekonomiczne: 1) skuteczny system rozmieszczania dóbr; 2) rozstrzyganie konfliktów ekonomicznych między podmiotami prawa; 3) powiększanie indywidualnego i społecznego dobrobytu materialnego i niematerialnego; 4) minimum ekonomicznej efektywności³.

Zróżnicowane w kwestiach drugorzędnych nurty EAP charakteryzuje krytyczny stosunek do pozytywizmu prawniczego i dostrzeganie elementów ekonomicznej analizy prawa w niepozytywistycznych filozofiach i teoriach prawa, szczególnie w realizmie prawniczym, jursprudencji socjologicznej, hermeneutyce prawniczej, teoriach argumentacji, nieco mętnej koncepcji Ronalda Dworkina⁴. Istota wszystkich nurtów EAP została trafnie wyrażona przez Współautorów książki skrajnie jednostronną tezą głoszącą, że „Jedynym celem prawa powinna być efektywność ekonomiczna”. Pozostałe tezy istoty EAP mają już wtórne znaczenie. Są to mniej lub bardziej wątpliwe tezy dotyczące: sensowności zredukowania istoty prawa do faktów o charakterze ekonomicznym; *homo oeconomicus* jako twórcy i podmiotu prawa; możliwości uzasadnienia istnienia prawa obowiązującego metodami analizy ekonomicznej; propozycji zbudowania spójnej teorii sprawiedliwości przy pomocy metod ekonomicznych; podkreślenia, że analiza ekonomiczna jest uprzywilejowanym rodzajem metody prawniczej albo przynajmniej jej uprawnionym rodzajem⁵.

Odnosząc się do wielu wątpliwości dotyczących możliwości zastosowania EAP w interpretacjach prawniczych, Współautorzy ujęli je w czterech najważniejszych – ich zdaniem – najczęściej podnoszonych i najbardziej uzasadnionych zarzutach. Są to zarzuty związane z: 1) niejasnym charakterem EAP – deskryptywnym czy normatywnym albo jednym i drugim. Ograniczenie jej znaczenia do deskryptywizmu pozbawia ją większego znaczenia w praktyce tworzenia i stosowania prawa, natomiast nadawanie jej sensu normatywnego redukuje ją do jednej z odmian ekonomicznie zorientowanych polityk prawa; 2) zbytnim skomplikowaniem EAP, ograniczającym możliwości jej wykorzystywania przez praktyków prawa; 3) postulatem EAP maksymalizacji bogactwa społecznego, czyniącym ją filozofią prawa dla bogatych; 4) brakiem szerszego zainteresowania EAP ze strony samych prawników, zwłaszcza praktyków prawa⁶. W moim przekonaniu, główna słabość EAP, we wszystkich

³ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, op. cit., s. 12.

⁴ Wbrew twierdzeniom Dworkina, reguły prawne, zasady prawne i wymogi polityki prawnej nie charakteryzują w pełni sensu pojęcia prawa. Szerzej por. R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, Warszawa 1998, s. 56 i n. Głębszą analizę sensu pojęcia prawa umożliwia kategoria kultury prawnej w znanych jej rodzajach. Tak R. Tokarczyk, op. cit., s. 60 i n.

⁵ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, op. cit., s. 17 i n.

⁶ Ibidem, s. 20 i n.

jej aspektach, polega na ekonomicznej jednostronności, nieuwzględniającej w analizie, istocie i funkcjach prawa jego ontologicznej złożoności, natomiast w jej warstwie aksjologicznej wartości ekonomiczne wynoszącej ponad przewartość – wartość pierwotną wobec wszystkich innych wartości – jaką jest życie, szczególnie życie ludzkie⁷.

Wykład drugi książki *Efektywność ekonomiczna* zawiera przekonującą polemikę jej Współautorów z podstawowym założeniem normatywnym EAP, opartym na tezie, że efektywność ekonomiczna, jako jedyny cel, jest główną powinnością prawa. Współautorzy, równoważąc znaczenie efektywności ekonomicznej ze sprawiedliwością w interpretacjach prawniczych, zatarli jednak oryginalny charakter prawa wyrażający się właśnie w sprawiedliwości⁸. Analizując sensy, dość oczywistego, postulatu „prawo powinno być ekonomicznie efektywne”, Współautorzy odwołali się do idei maksymalizacji dobrobytu społecznego, efektywności w sensie Pareto, efektywności w sensie Kaldora-Hicksa i efektywności w ujęciu analizy marginalnej. Analiza ta jest wyrazistym przykładem, jak bardzo można skomplikować prawdy wręcz oczywiste, dostępne nawet poznaniu intuicyjnemu, gdy się aspiruje do pseudonaukowości. Ta uwaga krytyczna adresowana jest wszakże nie do Współautorów książki, zachowujących odpowiedni dystans do zbędnych komplikacji oczywistości, lecz do wnikliwie analizowanych przez nich idei, skupionych wokół postulatu „prawo powinno być ekonomicznie efektywne”⁹. Można przypuszczać, że większość Czytelników zupełnie pominie „łamańce myślowe” tego rozdziału, gdy bez trudu zapozna się z samymi tezami czy też hipotezami, które są bez potrzeby skomplikowane i tylko dlatego uzasadniane.

Abym jednak sami Czytelnicy mogli ocenić wartość poznawczą wspomnianych idei, skierujmy do Nich retoryczne pytania, sformułowane na kanwie istoty tych idei: czy potrzeba idei maksymalizacji dobrobytu społecznego, aby wiedzieć, że najbardziej efektywne ekonomicznie jest prawo, które prowadzi do największego wzrostu dobrobytu społecznego? Czy potrzeba idei Pareto, aby wiedzieć, że dane rozwiązanie prawne jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy powoduje ulepszenie czy też udoskonalenie sytuacji je poprzedzającej? Czy potrzeba idei Kaldora-Hicksa, aby wiedzieć, że zawiera ona tę samą myśl, chociaż nieco inaczej wyrażoną, co idea Pareto? I wreszcie, czy potrzeba analizy marginalnej, aby wiedzieć, że rozwiązanie prawne powinno realizować jakiś pożądany cel? Założenie analizy marginalnej opiera się na uzasadnionym, w znacznym stopniu, przekonaniu o istnieniu wielu bezcelowych regulacji prawnych, co oczywiście wystawia złe świadectwo prawodawcom¹⁰.

Skoro Współautorzy książki, wśród aprobowanych w wykładzie pierwszym wątpliwości dotyczących EAP, przyznali, że jest ona „filozofią dla bogatych”, to

⁷ Szerzej por. R. Tokarczyk, *Prawa narodzin, życia i śmierci*, wyd. VIII, Zakamycze, Kraków 2006.

⁸ Na ten temat por. np. R. Tokarczyk, *Próba sformułowania paradygmatu sprawiedliwości*, „Państwo i Prawo” 1993, z. 7; idem, *Sprawiedliwość jako naczelną wartość prawa*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 6; idem, *Justice as the Chief Value of Law*, „Lo Straniero”, November 1998; *Idea sprawiedliwości*, w: *Filozofia prawa*, wyd. X, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 2005, s. 203-237.

⁹ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, op. cit., s. 25 i n.

¹⁰ Ibidem, s. 26 i n.

ich wykład trzeci *Ekonomiczne uzasadnienia istnienia moralności prawa* nie pozostaje w ścisłym związku z tak pojmowaną filozofią. Wbrew temu, Współautorzy w wykładzie trzecim, jakby ponad czy obok EAP, z własnej inicjatywy, usiłują uzgodnić egoistyczne motywy *homo oeconomicusa*, zatroskanego jedynie o pomnażanie własnego dobra, z „problemami działań wspólnych”, czyli interesu prywatnego z interesami społecznymi. Owo uzgadnianie, samo w sobie interesujące, realizowane jest przez Współautorów przy pomocy wybranych, elementarnych pojęć z zakresu teorii gier, jako matematycznej analizy sytuacji warunkujących decyzje jednego podmiotu lub podmiotów i oczekiwania na to, co zrobi inny podmiot lub zrobią inne podmioty. Owe oczekiwania wyrażane są znanymi już szerzej dylematami więźnia, dóbr wspólnych i obietnicy, modelowanych grami czysto koordynacyjnymi. Wniosek skomplikowanych wywodów rozdziału drugiego musi rodzić niemałe rozczarowanie: „podstawową funkcją społeczną moralności i prawa jest rozwiązywanie problemów działań wspólnych”¹¹.

W wykładzie czwartym, nawiązującym nieco pretensjonalnie do „dziesiątki różnego rodzaju filozofii (teorii) argumentacyjnych”, Współautorzy omówili krytycznie *Argumenty ekonomiczne w dyskursie prawniczym*. Omawiając wzajemne relacje pomiędzy dyskursem ogólnym a dyskursem prawniczym, przyjęli uderzający wręcz swoją oczywistością pogląd, że dyskurs prawniczy jest przypadkiem szczególnym dyskursu ogólnego. Rozróżniając następnie dwa rodzaje dyskursu prawniczego – teoretyczny i praktyczny, argumenty ekonomiczne, ogólne i szczegółowe EAP wiążąc z tym drugim. Argumenty ogólne są tak doskonale ogólne i oczywiste dla każdego człowieka obdarzonego zdrowym rozsądkiem, że trudno wyjść z podziwu, dlaczego zasłużyły sobie na wnikliwą uwagę krytycznych przecież Współautorów. Oto te argumenty, czy też raczej pseudoargumenty, ujęte w formie powinności: prawo nie może domagać się ekonomicznie niemożliwego¹²; prawo powinno być ekonomicznie efektywne; dyskurs prawniczy powinien uwzględniać ustalenia ekonomiczne i uwzględniać standardy ekonomiczne; prawo powinno być tworzone i interpretowane z wykorzystaniem metod ekonomicznych; prawo powinno prowadzić do maksymalizacji bogactwa społecznego; prawo powinno umożliwić przeprowadzenie właściwej alokacji dóbr; prawo powinno sprzyjać minimalizacji kosztów związanych z wymianą dóbr¹³. Nie zawierają treści oryginalnych również argumenty szczegółowe: w razie wątpliwości należy dzielić w częściach równych; powinno się stosować środki ekonomicznie najmniej szkodliwe; zobowiązanie do wykonania świadczenia niemożliwego jest nieważne; nie można zasądzić ponad żądanie; podejmowanie działań korzystnych jest

¹¹ Ibidem, s. 66.

¹² Jest to wykorzystanie niektórych z postulatów koncepcji proceduralnego prawa natury Lona L. Fullera. Wydaje się, że wszystkie postulaty tej koncepcji mogłoby być także wykorzystane dla wzbogacenia EAP. Lon Louvois Fuller, *Moralność prawa*, tłum. S. Amsterdamski, wstęp R. Tokarczyk, Dom Wydawniczy ABC Warszawa 2004, s. 27 i n. Monograficzne opracowania: R. Tokarczyk, *Prawa wierne naturze. Krytyka doktryny Lona Luvois Fullera*, Lublin 1980; R. S. Summers, *Lon L. Fuller*, London 1984.

¹³ J. Stelmach, B. Brozek, W. Żaluski, op. cit., s. 74 i n.

dozwolone (sic!); należy naprawić wyrządzoną szkodę; w sprawach ekonomicznie oczywistych można skrócić postępowanie¹⁴.

Wykład piąty książki *Optymalizacja procedur prawnych* otwiera jej część drugą *Zastosowania*. Współautorzy rozważyli w nim proceduralne aspekty tworzenia, interpretacji i stosowania prawa z punktu widzenia założeń EAP. Zestawiając proceduralne teorie argumentacji prawniczej z analizą ekonomiczną zauważyli, że wprawdzie obie należą do teorii racjonalności praktycznej, jednakże pierwszym bliższa jest kantowska koncepcja rozumu praktycznego, natomiast druga opiera się na teorii racjonalnego wyboru, wysnutej z Hobbesowskiej idei racjonalnego działania¹⁵. Na przykładzie procedury cywilnej i karnej, przy pomocy przykładów szczegółowych wyliczeń, wykazują, w jaki sposób ekonomiczna efektywność procedur prawnych może wpływać na obniżanie kosztów sądowych. W konkluzjach wykładu piątego stwierdzili istnienie napięć pomiędzy nakazami efektywności ekonomicznej procedur sądowych a wymogami sprawiedliwości. Nadto ujawnili, że „z punktu widzenia ekonomii podstawowym problemem prawa procesowego jest potencjalna różnica między tym, co efektywne dla stron postępowania, a tym, co efektywne społecznie”¹⁶.

Ekonomiczna analiza prawa zobowiązań to tytuł wykładu szóstego książki, zawierającego głównie analizę prawa zobowiązań w świetle twierdzenia R. Coase'a, amerykańskiego ekonomisty, laureata nagrody Nobla w 1991 r. Twierdzenie to brzmi: „Zawsze i tylko wtedy, jeśli koszty transakcyjne wynoszą zero, efektywna alokacja prawa własności danego dobra (lub szczegółowych uprawnień wynikających z prawa własności), nastąpi niezależnie od tego, komu to prawo (lub szczegółowe uprawnienia z niego wynikające) były początkowo przyznane przez przepis prawa lub orzeczenie sądowe”¹⁷. Po drobiazgowej analizie ekonomicznych wymogów wobec prawa zobowiązań, szczególnie odpowiedzialności kontraktowej, Współautorzy sformułowali wiosek końcowy: „Umowa zostanie zawarta i wykonana, jeżeli wysokość świadczenia odszkodowawczego, jakie musi ponieść każda ze stron w razie niewykonania lub nienależytego wykonania przez siebie zobowiązania umownego, jest równa sumie wartości straty majątkowej drugiej strony i utraconych korzyści tejże strony, oraz gdy strony nie są obciążone nadmiernym ryzykiem związanym z tą umową”¹⁸.

Wykład siódmy *Ekonomiczna analiza prawa deliktowego* posłużył Współautorom za pretekst do zbadania jednej tylko kwestii prawa deliktowego

¹⁴ Listę podobnych „argumentów” można by rozwinąć w oparciu o zbiory paremii prawniczych; zob. np. R. Tokarczyk, *Przykazania etyki prawniczej. Księga myśli, norm i rycin*, wyd. II, Zakamycze, Kraków, w której zebrano 3500 paremii.

¹⁵ Szerzej por. *Racjonalność działania*, w: R. Tokarczyk, *Hobbes. Życie i myśli*, wyd. II, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, Lublin 1998, s. 70 i n.

¹⁶ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, op. cit., s. 108. Do najważniejszych monografii „Economic Approaches to Law Series” należy *Economic of Evidence, Procedure and Litigation*, red. W. Sanchirico University of Pennsylvania Law School and The Wharton School 2007.

¹⁷ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, op. cit., s. 110. Najważniejsza monografia wspomnianej serii to *Economics of Contract Law*, red. D. G. Baird, University of Chicago Law School 2007.

¹⁸ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, op. cit., s. 123.

– wyboru zasad odpowiedzialności deliktowej z wykorzystaniem teorii gier, jako jednego „z najbardziej eleganckich narzędzi badawczych EAP”. Na wybranym, reprezentatywnym przykładzie wykazali, że dzięki ekonomicznej analizie wyboru zasad odpowiedzialności deliktowej można minimalizować koszty społeczne. Następnie wniosek ten obarczyli czterema uwarunkowaniami, pomniejszającymi zarówno jego wartość poznawczą, jak i ewentualnie praktyczną¹⁹. Zarówno jednak autorzy EAP, jak i Współautorzy omawianej tutaj książki nie uwzględnili bardzo istotnego faktu. W amerykańskiej praktyce wymiaru sprawiedliwości od kilku już dziesięcioleci chodzi bardziej o korzystanie z tanich, pozasądowych procedur – alternatywnych sposobów rozstrzygnięcia sporów – niż o obniżanie kosztów procedur sądowych²⁰.

Ekonomiczna analiza prawa karnego, jako treści wykładu ósmego, należy do najciekawszych i najmniej jałowych rozważań całej książki. Wynika to zarówno z samej atrakcyjności problematyki prawa karnego, jak i pewnych walorów EAP dla pogłębiania znajomości wybranych problemów tej gałęzi prawa, rozważanych już jednak wcześniej, szczególnie przez Benthama. Główna słabość EAP polega na tym, że przyjmując modelowe założenia o racjonalności działania przestępców, nie może uwzględniać przestępstw popełnianych w afekcie. Ciekawe jest przełożenie prawniczej definicji znamion przestępstwa na język EAP. W tym świetle przestępstwo to czyn: „a) bezprawny, czyli taki, którego koszty społeczne są wyższe niż wynikający zeń wzrost bogactwa społecznego; b) karalny, a więc taki, od popełnienia którego nie da się odstraszyć wyłącznie sankcjami pieniężnymi; c) karygodny, czyli taki, który wyrządza szkodę znacznie wyższą od kosztów społecznych związanych z wymierzaniem zań kary; d) zawiniony, a więc taki, w przypadku którego koszty społeczne przy podjęciu czynności zapobiegawczych są niższe niż przy zaniechaniu tych czynności”²¹. Dodajmy, że również pojęcia „zamiar” i „usiłowanie” dają się interpretować ekonomicznie.

Podobnie wysoko należy oceniać rozważania Współautorów w rozdziale dziewiątym, zatytułowanym *Teoria wyboru publicznego i prawo konstytucyjne*. W rozdziale tym podjęto udaną próbę „przedstawienia i diagnozy teorii wyboru publicznego oraz jej zastosowania do analizy prawa konstytucyjnego”²², szczególnie istoty konstytucji, podziału władzy, parlamentu, wyborów, prawa podmiotowego. Z wywodów Współautorów wynika, że zarówno konstytucja-umowa, jak i konstytucja-konwencja są efektywne ekonomicznie, ponieważ

¹⁹ Ibidem, s. 125 i n. O zarysie całego amerykańskiego prawa deliktowego por. R. Tokarczyk, *Prawo amerykańskie*, wyd. VIII, Zakamycze, Kraków 2006, s. 223 i n. Jedną z najnowszych monografii wspomnianej serii jest *Economics of Tort Law*, red. A. O. Sykes, Stanford University 2007.

²⁰ Tak utrzymuje trafnie np. A. Korybski, *Alternatywne rozwiązywanie sporów w USA*, Lublin 1993; por. również R. Tokarczyk, *Prawo amerykańskie...*, rozdział *Alternatywne rozstrzygnięcie sporów*, s. 367 i n.

²¹ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, op. cit., s. 154. Współautorzy książki nie przeceniają jednak znaczenia tych ustaleń pisząc: „ekonomiczną analizę prawa karnego traktować można przede wszystkim jako ciekawą alternatywą dla tradycyjnych rozważań prawnokarnych” (s. 156). Jedną z najnowszych monografii wspomnianej serii (S. D. Levitt, T. J. Miles, *Economics of Criminal Law*, University of Chicago) ma być opublikowana w styczniu 2008 r.

²² J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, op. cit., s. 176. Jedną z najnowszych monografii wspomnianej serii, *Public Choice and Public Law*, red. D. A. Farber, University of California, Berkeley 2007.

zwiększają stabilność i przewidywalność w społeczeństwie. Podział władzy zwiększa koszty transakcyjne – „dogadywania się” władz, mniej efektywnego dla obywateli niż niejako monopolistyczne skupianie jej w jednym ręku, które obniża wprawdzie koszty owego „dogadywania się”, ale zwiększając prawdopodobieństwo popełnienia poważnych błędów decyzyjnych, może prowadzić do jeszcze wyższych kosztów. Odnośnie do aprobaty dwuizbowego parlamentu EAP wykazuje, że izba wyższa, reprezentująca inne grupy interesów niż izba niższa, może przyczyniać się do znacznego zmniejszenia tzw. kosztów zewnętrznych, czyli różnicy między optymalnym społecznie rozwiązaniem legislacyjnym a rozwiązaniem faktycznie przegłosowanym przez parlament. Według tzw. hipotezy racjonalnego wyborcy, „prawdopodobieństwo, że głos oddany przez konkretną osobę zdecyduje o wyniku wyborów, jest porównywalne do prawdopodobieństwa, że idąc do urny osoba ta wpadnie pod samochód i poniesie śmierć [...]. Pomimo to miliony ludzi głosują”. Użyteczność wynika „z samego aktu głosowania, który jest okazją do wyrażenia własnej opinii”²³. Odnośnie do praw podmiotowych, przy określonych uwarunkowaniach, EAP może być pomocna w doborze konstytucyjnych praw podmiotowych, zwiększających prawdopodobieństwo maksymalizacji dobrobytu społecznego i rozwiązywania konfliktów praw podmiotowych w oparciu o kryterium efektywności ekonomicznej.

Wykład dziesiąty *Dlaczego prawnicy boją się analizy ekonomicznej* potraktowany przez Współautorów nie jako *resumé* treści książki, lecz *Appendix*, zawiera godne uwagi stwierdzenia metodologiczne, przydane w badaniach różnych teorii, nie tylko więc EAP. Trafnie Współautorzy obnażają pozorność poznawczą „dopasowywania” konkretnych przykładów do ogólnych stwierdzeń. Trafia także do przekonania Czytelnika uwaga, że o możliwości zastosowania określonej metody poznawczej przesądza poziom metateoretyczny rozważań; przyjęta aksjologia przesądza o epistemologii i metodologii rozważań. Dystansowanie się w ogóle od ontologii, jak czynią to np. ponowoczesne filozofie prawa, szczególnie hermeneutyka prawnicza i teoria argumentacji, wydaje się godne mniejszego uznania niż założenie tzw. niepozytywistycznych filozofii prawa, przyjmujących ontologię prawa jako zjawiska złożonego. Owo dystansowanie się hermeneutyki prawniczej i teorii argumentacji od ontologii nie odbiera im jednak charakteru filozofii niepozytywistycznych, przeciwstawianych pozytywizmowi prawniczemu. Do filozofii tych nadto należą: nurt *Critical Legal Studies*, koncepcja Dworkina, EAP, ekologiczna filozofia prawa wraz „z zyskującym coraz większe znaczenie w prawoznawstwie nurtem, który można określić mianem biojursprudencki”²⁴.

Współautorzy książki sformułowali zestaw dziewięciu twierdzeń, których akceptacja może potwierdzać przynależność określonej koncepcji prawoznawstwa

²³ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, op. cit., s. 173 i n.

²⁴ Ibidem, s. 187. Szczególnie bliska mi biojursprudencka nie jest wszakże tym samym, co *biolaw*, jak sugeruje to treść przypisu 195 omawianej tutaj książki. Na ten temat szerzej por. zwłaszcza R. Tokarczyk, *Prawa narodzin, życia i śmierci. Podstawy biojursprudencki*, wyd. VIII, Zakamycze, Kraków 2006, s. 19 i n. Pełny wykaz publikacji tego autora na tematy biojursprudencki w różnych językach i krajach por. stroną internetową www.tokarczyk.info.

(jurisprudencji) do grupy koncepcji niepozytywistycznych²⁵. Na kanwie tych twierdzeń wydaje się uzasadniona komparatystyka relacji z tymi twierdzeniami założeń z jednej strony EAP, z drugiej zaś założeń wspomnianej już biojurisprudencji. Komparatystyka ta ma na celu odsłonięcie jednostronności EAP i ukazanie wszechstronności biojurisprudencji – ontologicznej, aksjologicznej, epistemologicznej i metodologicznej²⁶.

1. Analiza prawa nie może się ograniczać do sfery powinności, jak czyni to pozytywizm prawniczy, ponieważ jest ono przedmiotem złożonym w sensie ontologicznym. EAP wprawdzie unika tej ograniczoności, ale jednocześnie popada w jednostronność ontologiczną, usiłując ograniczyć jego istotę do czynników ekonomicznych. Biojurisprudencja natomiast, upatrując ontologicznej istoty prawa w kategorii najszerzej rozumianego życia, wyróżnia się wszechstronnością. Obejmuje różne strony życia: człowieka – biologiczną, emocjonalną (psychiczną), umysłową (intelektualną); społecznego – rodzinnego, grupowego, państwowego, międzynarodowego, globalnego (ogólnoświatowego); normatywnego – obyczajowego, zwyczajowego, moralnego, religijnego, prawnego; zwierzęcego, roślinnego. Dla ontologii biojurisprudencji ważną rolę odgrywa wyróżnienie faz życia: poczęcia, narodzin, trwania życia, śmierci, a nawet ewentualnego życia pośmiertnego²⁷.

2. Prawo nie może być, w jego analizie, zredukowane tylko do pojęcia normy czy reguły obowiązującego prawa, ponieważ jest przedmiotem złożonym, obowiązującym w oparciu o wyraźnie wskazane kryterium. EAP arbitralnie wybiera kryterium ekonomii jako normę i kryterium obowiązywania prawa. Biojurisprudencja upatruje w kategorii życia zarówno naturalną prenormę (normę pierwotną, wcześniejszą wobec wszystkich innych norm i będącą ich źródłem), jak i naturalne, niemożliwe do racjonalnego zakwestionowania kryterium jego obowiązywania. Gdy dla niektórych nurtów pozytywizmu prawniczego niezbędne jest przy tym pojęcie systemu prawa, ani EAP, ani biojurisprudencja nie muszą sięgać do tego pojęcia.

3. Ścisły rozdział prawa od moralności jest niemożliwy do przeprowadzenia, wbrew twierdzeniu normatywizmu Kelsena, przeciwstawiającego sferę bytu (*Sein*) sferze powinności (*Sollen*). EAP nie podejmuje wprost zagadnienia tego rozdziału, jednakże preferując jednostronne względy efektywności ekonomicznej w analizie prawa, siłą rzeczy spycha na plan dalszy względy moralne. Biojurisprudencja natomiast upatruje w prawie nierozłączne powiązania prawa z moralnością, a nawet religią i zwyczajem. W świetle wszechstronnej biojurisprudencji, prawo jest faktem kulturowym, wyrazem określonej, złożonej kultury normatywnej, toteż znajdują w nim szerszy lub węższy wyraz również normy moralne, religijne i zwyczajowe.

4. W procesach interpretacji i stosowania prawa prawnicy, szczególnie sędziowie, często odwołują się do innych norm (reguł), wypowiedzi, zdarzeń, niż tylko obowiązujące prawo. Dla jednostronnej EAP owo „inne” ogranicza się,

²⁵ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, op. cit., s. 187 i n.

²⁶ Na temat zasad komparatystyki myśli prawnej por. R. Tokarczyk, *Komparatystyka prawnicza*, wyd. VIII, Zakamycze, Kraków 2005, s. 64 i n.

²⁷ Koryguję tutaj nieco swój wcześniejszy pogląd. Szerzej por. R. Tokarczyk, *Prawa...*

w zasadzie, do czynników ekonomicznych. Dla wszechstronnej biojursprudencji, obok treści prawa, wręcz niezbędna jest nie tylko znajomość związanych z nimi treści moralności, religii, zwyczaju, ale również odwoływanie się, w zależności od potrzeby, do wspomnianych już sfer życia, których prawo dotyczy. Uwzględnianie postulatów biojursprudencji skłania do interpretowania i stosowania prawa z uwzględnieniem różnych jego powiązań normatywnych i uwarunkowań kulturowych.

5. Interpretator i stosujący prawo, szczególnie sędzia, posiadają względną swobodę w procesie podejmowania decyzji. Na gruncie jednostronnej EAP swobodę tę ograniczają zasadniczo względy efektywności ekonomicznej. Natomiast na gruncie wszechstronnej biojursprudencji pojmowanie sensu prawa jako złożonego kulturowo fenomenu normatywnego, powiązanego z normami moralności, religii i zwyczaju, interpretator i stosujący prawo wręcz zobowiązani są do uwzględniania wielu różnych jego uwarunkowań kulturowych. Stopień trudności rozstrzygnięcia określonej sprawy może być tutaj określany wielością różnych jej aspektów kulturowych, które należałoby uwzględnić. A zatem pogląd Dworkina sugerującego, że mógłby istnieć jakiś sędzia – Herkules zdolny do znalezienia jednego jedyne rozstrzygnięcia każdej, nawet trudnej sprawy (*hard case*), jest poglądem wyimaginowanym. Format kulturowy osobowości rozstrzygającego sprawę prawną przesądza o kulturowej jakości jej rozstrzygnięcia; ile więc różnych formatów kulturowych podmiotów rozstrzygających sprawy prawne, tyle możliwych, różnych jej rozstrzygnięć. Oczywiście, jest to rozumowanie hipotetyczne, oparte na założeniu rozpatrywania jednej i tej samej sprawy przez wielu prawników.

6. Swoboda interpretatora i stosującego prawo objawia się również w możliwości wykorzystywania różnych, nie tylko prawniczych metod formalno-dogmatycznych, aprobowanych jako jedyne przede wszystkim przez pozytywizm prawniczy. Interpretacja i stosowanie prawa na gruncie określonej jego koncepcji wyróżnia się istnieniem jakiegoś *optimum* ograniczonym jej charakterem. To metodologiczne *optimum* jednostronnej EAP wyczerpuje się w czynnikach ekonomicznej efektywności prawa. Optimum wszechstronnej biojursprudencji natomiast jest tak rozległe, jak liczne są różne metody przydatne prawu, wśród nich metody formalno-dogmatyczne. Biojursprudencja nie narzuca tutaj żadnych ograniczeń doboru metod, warunkowanego jedynie istotą sprawy i jej kontekstami kulturowymi; właściwy jest jej kontekstualizm metodologiczny (twierdzenia 8 i 9 sformułowane przez Współautorów książki są powtórzeniem twierdzenia 6, toteż je pomijam).

7. Interpretator i stosujący prawo, szczególnie sędzia, powinni w procesie poszukiwania optymalnego rozstrzygnięcia uwzględnić wszelkie okoliczności, które przesądzą o jego materialnej i proceduralnej sprawiedliwości i słuszności. Dla prawnika będącego zwolennikiem jednostronnej EAP, spektrum owych okoliczności jest zawężone do ekonomicznej efektywności. Natomiast dla zwolennika wszechstronnej biojursprudencji to spektrum rozciąga się na obszary całej kultury prawnej, do której należy rozpatrywana sprawa. Prawnika, zwolennika biojursprudencji, obok wiedzy prawniczej, nie może przy tym zignorować powinności etyki zawodowej, etyki określonej profesji prawniczej

i, jeśli jest osobą wierzącą, być może uwzględni również nakazy wyznawanej przez siebie religii. W sakralnych jednakże kulturach prawnych – judaizmie, chrześcijaństwie, islamie – nakazy religijne są pierwszorzędnymi powinnościami dla interpretatora i stosującego prawo²⁸.

Książkę zamyka fragment *Lęki podstawowe*, wyjaśniający przekonująco najważniejsze powody czy też źródła podstawowych prawniczych wątpliwości i obaw związanych z posługiwaniem się analizą ekonomiczną, zauważalnych jednak głównie w europejskich kulturach prawnych, w odróżnieniu od kultury prawnej Stanów Zjednoczonych. Otóż owe źródła wątpliwości i lęków odnoszą się nie tylko do EAP, dotyczą również innych nurtów myśli prawnej, m.in. biojursprudencki. Oto one: 1) brak dostatecznej wiedzy prawników w zakresie ontologii, epistemologii, aksjologii i metodologii prawa; 2) obawa przed tym, co „nowe”, „konkurencyjne” i nieutrwalone, wobec tego, co „stare”, „bezkonkurencyjne” i utrwalone; 3) konserwatyzm prawników europejskich dość zasadniczo odmienny od np. dynamicznego liberalizmu prawników amerykańskich; 4) nadmierna złożoność niektórych „nowych metod”, np. EAP i biojursprudencki; 5) nadmiernie uproszczone, a nawet fałszywe wyobrażenia wielu prawników na temat wartości podstawowych. Jak wskazuje biojursprudencki, przewartością, pierwotnym i naturalnym źródłem wszystkich innych wartości jest życie; 6) brak reform prawa; postulowane i przeprowadzane reformy prawa pogłębiają i utrwalają założenia biojursprudencki; 7) brak reformy systemu kształcenia prawników, co jednak jest dość dyskusyjne; 8) tradycyjny oportunistyczny środowisk prawniczych i politycznych, nawet w liberalnych państwach demokratycznych²⁹. Zdaniem Współautorów, usunięcie wyliczonych powyżej wątpliwości i lęków mogłoby sprzyjać szerszej aprobacie ekonomii prawa, nie tyle jako wzorca, co metody poznawania i stosowania prawa. Uwaga ta może być zastosowana analogicznie do biojursprudencki.

Omówione treści książki wystawiają jej Współautorom bardzo dobre świadectwo kompetencji, rzetelności i z troską o możliwie jak najbardziej jasne przekazanie ich Czytelnikom. Wyraźnie odgraniczyli Oni opisy EAP od jej ocen, zarówno aprobatywnych, jak i negatywnych, cudzych i własnych. Zachowali przy tym umiar w ocenach, starannie unikając ocen skrajnych. Potrafili wydobyć z ogromnej już przecież literatury naukowej poświęconej EAP to, co w niej najbardziej istotne ze względów poznawczych i praktycznych. Dyskretnie sugerują adresatom książki możliwość rozwijania w oparciu o EAP czegoś na wzór odrębnej i samodzielnej dyscypliny naukowej o nazwie ekonomia prawa. Swoimi osiągnięciami badawczymi stworzyli interesujący punkt porównawczego odniesienia do innych nurtów myśli prawnej, szczególnie zaś biojursprudencki. Perspektywy rozwoju krytycznej ekonomii prawa rysują się obiecująco.

*Prof. dr hab. Roman Tokarczyk jest pracownikiem
Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie.*

²⁸ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, op. cit., s. 187 i n.

²⁹ Ibidem, s. 189 i n.