

Rozdział I. Metody badawcze ekonomicznego podejścia w nauce prawa

§ 1. Logika formalna a wnioskowanie normatywne

Analizę prawa z perspektywy *Law and Economics* i ekonomicznej analizy prawa prowadzi się w sposób odmienny od tradycyjnych podejść w nauce. Po pierwsze, zamiast logiki formalnej postuluje się stosowanie wnioskowań normatywnych. Jednym z głównych założeń *Law and Economics* jest zastosowanie analizy normatywnej, która prowadzi do zmiany w poziomie pewności i ciężarze dowodu w argumentacji, w porównaniu z metodami argumentacji dominującej w innych naukach społecznych. Zdania opisowe w nauce mogą być przekształcone w sylogizmy logiki formalnej. Poprawne wnioskowanie sylogistyczne daje możliwość kwalifikacji konkretnego twierdzenia na temat rzeczywistości w kategoriach prawdy lub fałszu¹. Jednakże proces prawotwórczy i wykładnia skupiają się na tym, jakie prawo powinno być, formułując konkluzje normatywne. Takie konkluzje nie mogą być traktowane w kategoriach prawdy lub fałszu, czyli nie mają wartości logicznej. Wartością *Law and Economics* jest to, że wykorzystywane przez nią narzędzia ekonomiczne dają możliwość formułowania wniosków o znacznie wyższym poziomie pewności niż inne metody. Rygor metodologiczny stosowany w *Law and Economics* pozwala na formułowanie wniosków normatywnych z pewnością zbliżoną do twierdzeń pozytywnych.

W niniejszej monografii została zastosowana metoda zastąpienia sylogizmu normatywnego i w konsekwencji logiki deontologicznej nieformalnymi wnioskowaniami normatywnymi. Systemy logiki deontologicznej są zaprojektowane do tego, aby dać użytkownikowi możliwość wywodzenia konkluzji na temat obowiązków². Zastosowanie tego systemu generuje wnioski o wartości logicznej. Jest ono równoznaczne z zastosowaniem prawa niebudzącego

¹ Z. Ziemiński, *Logika praktyczna*, Warszawa 2000, s. 160–161.

² T. Widła, D. Zienkiewicz, *Logika*, Warszawa 2011, s. 186.

wątpliwości interpretacyjnych. Nie udziela to jednak informacji, po co określone rozwiązanie normatywne istnieje. *Law and Economics* poszukuje odpowiedzi właśnie na to pytanie.

Mimo obiecujących założeń logika deontyczna zмага się ze strukturalnymi problemami, które znacznie ograniczają jej stosowanie do norm prawnych. Jest to system niezdolny do poradzenia sobie z niespodziankami, które są nieuniknione w każdym realnym systemie prawnym. Logika deontyczna składa się z enumeratywnego wyliczenia znanych funkcji wykorzystywanych do wywodzenia norm prawnych i interpretowania tych istniejących. W przypadku nieprzewidzenia przez system prawny losowego wydarzenia nie ma możliwości zastosowania logiki deontycznej w danym systemie. Brak okresu karencji nie jest jedynym problemem tego systemu logicznego. Użycie logiki deontycznej w przypadku stosowania prawa jest w wielu przypadkach uniemożliwione ze względu na złożoność rzeczywistości, w której to prawo się stosuje.

Logika deontyczna nie charakteryzuje się dostateczną elastycznością, aby skutecznie uwzględniać sytuacje nieprzewidywalne³. Natomiast akceptacja nowych funkcji i nieprzewidywalność zdają się być metodologicznie konieczne dla wnioskowania normatywnego. Dlatego też może być ono nieformalne.

Normatywne argumenty mogą zostać przedstawione w postaci sylogizmu formalnego za pomocą analogii. Sylogizm normatywny jest podobny do sylogizmu deontycznego, jednakże nieformalność wnioskowania normatywnego zmienia sylogizm w argument. Logika formalna formułuje w drodze sylogizmów konkluzję o wartości logicznej, wnioskowanie normatywne waży argumenty i wyciąga kwalifikowany wniosek. Logika deontyczna może wyciągać względnie kwalifikowane wnioski przy użyciu zdań probabilistycznych, jednakże ten rodzaj kwalifikowania różni się od tego wykorzystywanego we wnioskowaniu normatywnym. Dzieje się tak ze względu na to, że kwalifikacja wnioskowania normatywnego zawiera w sobie wszelkie prawdopodobieństwa rozpatrywane przez daną linię wnioskowania, a więc kwalifikowany wniosek logiki deontycznej zachowuje wartość logiczną – w przeciwieństwie do konkluzji uzyskanej z wnioskowania normatywnego, która nie ma wartości logicznej.

Najważniejszą przyczyną, ze względu na którą nie umiemy przypisać wartości przesłankom sylogizmu normatywnego, jest to, że odnoszą się one do przyszłości. Ten otwarty charakter przesłanki większej zmniejsza precyzję sy-

³ B. Stanosz, Wprowadzenie do logiki formalnej, Warszawa 2021, s. 124–134.

logizmu, ale pomaga przełamać ograniczenia logiki deontycznej, której nie można zastosować do analizy zmian nieprzewidzianych.

Wnioskowanie normatywne przedstawiane jest w postaci sylogizmu zbudowanego z przesłanki większej dotyczącej prawa idealnego (nazywanej przesłanką ideału) i przesłanki mniejszej (nazywanej przesłanką konsekwencji), łączącej proponowaną treść z konsekwencjami i ideałami normy⁴. W przypadku poszukiwania modelu odpowiedzialności, na jakim powinna być oparta regulacja prawa deliktów, rozumowanie przebiegałoby w następujący sposób: przesłanka większa ustanawia ideały (przesłanka ideału) i brzmi „prawo deliktów głównie poszukuje rozwiązań minimalizujących koszty wypadków”, przesłanka konsekwencji brzmi „odpowiedzialność na zasadzie ryzyka minimalizuje koszty wypadków”. Normatywnym wnioskiem w tym przypadku jest wskazanie na zasadność ustanowienia normy: „odpowiedzialność na zasadzie ryzyka powinna być instytucją zawartą w prawie deliktów”. Mimo że pytanie o stosowny ideał jest istotne, zasadniczą wagę w tym wnioskowaniu ma przesłanka konsekwencji. Analiza skupia się w tym przypadku na ustanowieniu konsekwencji i określeniu, jakie konkretne normy najlepiej spełnią przesłankę ideału.

Przesłanka konsekwencji przedstawionego rozumowania jest wysoce złożona. Wymaga uprzedniego przeprowadzenia badań o różnym charakterze (np. ilościowym, empirycznym czy eksperymentalnym), aby znaleźć istniejącą alternatywę norm lub interpretacji i ostatecznie sformułować wiarygodne ulepszenia. Zbiór potencjalnych rozwiązań musi zostać przeanalizowany z uwzględnieniem możliwości zidentyfikowania konkretnej przesłanki konsekwencji, spełniającej w największym stopniu przesłankę ideału. W przypadku gdy zostanie zidentyfikowane takie rozwiązanie, mamy do czynienia ze sformułowaniem przesłanki konsekwencji. Przy połączeniu jej z przesłanką ideału rozumowanie prowadzi do wniosku rekomendującego przyjęcie propozycji pożądanego rozwiązania prawnego. Oczywiście tak ustalony wniosek jest tylko najlepszą propozycją spośród rozważanych alternatyw. Różnica pomiędzy poszukiwaniem najlepszej propozycji spośród wszystkich nieskończonych i spośród skończonych rzeczywistych alternatyw nie może pozostać niedoceniona.

⁴ N.L. Georgakopoulos, *Principles and Methods of Law and Economics. Basic Tools for Normative Reasoning*, Cambridge 2005, s. 16.

§ 2. Filozofia moralna a maksymalizacja dobrobytu społecznego

Kolejną zmianą, jaką przyjmuje się w ekonomicznym podejściu do nauki prawa, jest zastąpienie filozofii moralnej koncepcją dobrobytu społecznego. Jest to najczęstszy zarzut formułowany przez prawników w stosunku do metod ekonomicznej analizy prawa – choć rzadziej w stosunku do *Law and Economics*, ze względu na sprzężenie, które zachodzi pomiędzy teorią prawa a teorią ekonomii. Tak jak w przypadku innych dziedzin, celem badań w nauce prawa jest innowacja, a nie replikacja istniejących technik. W przypadku analizy prawa jej celem jest nie tylko jego poznanie, ale również ulepszenie. Naturalnie istnieją różne opinie pośród filozofów prawa na temat tego, jakie działania prowadzą do ulepszenia prawa. Dla metody ekonomicznej analizy prawa idealne ulepszenie przyjmuje wartość promowania dobrobytu społecznego, co oznacza nacisk na maksymalizację spełnienia preferencji jednostek. Jest to różnica pomiędzy teorią ekonomii a taksonomią przyjętą w filozofii. Filozofia moralna, według doktryny ekonomicznej analizy prawa, może często stać na drodze do osiągnięcia założonych celów prawa. Według założeń analizy ekonomicznej jednostki podejmują działania prowadzące do maksymalizacji satysfakcji ich preferencji, włącznie z preferencjami związanymi z konkretną moralnością. Projektowanie prawa zgodnie z moralnością jest równoznaczne ze zmuszaniem jednostek do posłuszeństwa etyce, której nie wybrały. Takie zmuszenie do przestrzegania kodu zachowania niezgodnego z preferencjami jednostki nie znajduje uzasadnienia według ekonomicznej doktryny maksymalizacji dobrobytu społecznego.

W ekonomicznej analizie prawa zwraca się w ten sposób szczególną uwagę na zasady i satysfakcje preferencji. Są to cechy ewidentnie odróżniające ekonomiczną analizę prawa od różnych odmian hedonizmu i plasujące ją bliżej utylitaryzmu zasad⁵. Hedonizm i utylitaryzm akcji usprawiedliwiają akcje, natomiast utylitaryzm zasad usprawiedliwia zasady. Natomiast utylitaryzm preferencji zmienia nacisk z celu pod postacią przyjemności na satysfakcję preferencji. Ekonomiczna analiza prawa bada normy, a nie akcje, i mierzy dobrobyt społeczny w satysfakcji preferencji jednostek. Ekonomiczna analiza prawa łączy ze sobą utylitaryzm preferencji z utylitaryzmem zasad.

⁵ D.M. Hausman, M.S. McPherson, Taking Ethics Seriously: Economics and Contemporary Moral Philosophy, *Journal of Economic Literature* 1993, vol. 31, No. 2, s. 671.

Takie podejście pozwala również traktować ekonomiczną analizę prawa w szerszym kontekście filozoficznym. Ze względu na przedmiot analizy (cele i konsekwencje norm) ekonomiczną analizę prawa kwalifikuje się jako doktrynę konsekwencjalistyczną. Wtedy jako podkategoria teorii teleologicznych skupia się ona nie *stricte* na celach i funkcjach, lecz w ramach doktryny konsekwencjalizmu – na skutkach. Ta kategoryzacja nie powoduje, że ekonomiczna analiza prawa jest pokrewna prawnym teoriom esencjalistycznym, które skupiają się na fundamentalnych cechach czy właściwościach.

Ekonomiczna analiza prawa traktuje dobrobyt społeczny jako priorytet, jest to jednak analitycznie złożone zjawisko. Posługując się tą kategorią, można napotkać pewne praktyczne problemy, czego najdobitniejszym przykładem są chociażby sprzeczne preferencje. Dla praktyków ekonomicznej analizy prawa dobrobyt społeczny jest prostym i idealistycznym modelem, akceptowanym pomimo swoich wad. Według nich prawo, mające na celu maksymalizację dobrobytu społecznego, ma służyć społeczeństwu. W tym aksjomacie widać bardzo wpływ szkoły chicagowskiej, gdyż analizujący powinien opowiadać się za nieinterwencjonistycznym modelem prawa. Ta fundamentalna doktryna neoklasycznej ekonomicznej analizy nie tylko podporządkowuje prawo interesowi społecznemu, ale również metodologicznym i filozoficznym innowacjom, jak np. wynikom badań empirycznych, wskazujących na treść tego interesu społecznego. W początkowej fazie rozwoju szkoła chicagowska zakładała purystyczną koncepcję ekonomicznej analizy prawa, według której prawo miało być podporządkowane wyłącznie efektywności ekonomicznej. Współcześnie nawet najbardziej skrajne szkoły ekonomicznej analizy prawa nie uznają, że założenie o efektywności ekonomicznej ma wyłączne znaczenie.

W odpowiedzi na zastrzeżenia ze strony przedstawicieli filozofii moralnej zwolennicy ekonomicznej analizy prawa zwrócili uwagę na etyczny wymiar kategorii dobrobytu społecznego. Profesorowie *L. Kaplow* i *S. Shavell*, jedni z najwybitniejszych przedstawicieli nurtu, zaproponowali, aby dobrobyt społeczny zawierał preferencje moralne, i nazwali go welfaryzmem⁶. Nawiązania do też *Amartaya Sena* są tutaj widoczne, gdyż podobnie próbował on uzasadnić przesłanki analizy ekonomicznej. Podejście *L. Kaplowa* i *S. Shavella* przypomina jednakże bardziej utylitaryzm niż teorię *A. Sena*, która zakłada występowanie relacji pomiędzy wolnością i teorią racjonalnego wyboru⁷. *S. Shavell*

⁶ *L. Kaplow, S. Shavell, Fairness versus Welfare, Harvard Law Review 2001, vol. 114, No. 4, s. 961.*

⁷ *A. Sen, Rationality and Freedom, Cambridge (MA)–London 2004, s. 3–15.*

i L. Kaplow twierdzą, że preferencje wynikające z filozofii moralnej są składnikiem preferencji ekonomicznych, składających się na marginalną (krańcową) użyteczność jednostek. Dlatego też system prawa powinien bazować na zasadzie promowania i maksymalizowania preferencji jednostek pod postacią ich decyzji rynkowych.

Inną propozycją ze strony ekonomicznej analizy prawa jest próba wpisania metody w nurt filozoficznego pragmatyzmu. Taką tezę promuje kolejny wybitny przedstawiciel ekonomicznej analizy prawa – Richard Posner⁸. Pragmatyzm zakłada poszukiwanie odpowiedzi z wykorzystaniem wszystkich dostępnych dowodów i dorobku naukowego. Jednocześnie w pragmatyzmie nie odrzuca się możliwości występowania pytań, na które aktualnie nie ma odpowiedzi. Z tego punktu widzenia ekonomiczna analiza prawa jest postrzegana jako nowinka technologiczna czy metodologiczna w warsztacie analizy prawa. Dlatego też jej niezdolność do udzielenia odpowiedzi na niektóre pytania metafizyczne nie dyskwalifikuje jej jako metody analizy. Jest to pogląd dość kontrowersyjny, lecz konieczny do wzięcia pod uwagę w przypadku przeprowadzanej metodologicznej analizy ekonomicznej analizy prawa i *Law and Economics* w rozdziale II książki.

§ 3. Źródła wartości i ideałów w ekonomicznym podejściu do nauki prawa

W procesie analizy *Law and Economics* jak i ekonomicznej analizy prawa pozyskuje się wartości i ideały ze źródeł zewnętrznych. W obu metodach traktuje się społeczne preferencje jako wkład z zewnątrz i obiera je za cel systemu prawa. W podobny sposób pozyskiwanie wartości moralnych zostało przedstawione przez Johna Rawlsa w jego wersji kontraktarianizmu, w którym symulował on konsensus społeczny podjęty za zasłoną niewiedzy⁹. Podobieństwo podejść wiąże się z dążeniem do ideału. Koncepcja J. Rawlsa nie dzieli cech wolnorynkowości i elastyczności ekonomicznej analizy prawa. Pomimo to wiele wspólnego łączy metodę ekonomicznego podejścia do nauki prawa z koncepcją J. Rawlsa na gruncie metodologicznym, przejawiającym się pozyskiwaniem

⁸ Zob. R.A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge 1990; *tenże*, *Law, Pragmatism, and Democracy*, Cambridge (MA) 2003, s. 59–73.

⁹ J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge (MA) 1971, s. 118; *tenże*, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 2021, s. 208.

wartości i ideałów spoza dyscypliny. Jeśli zasady zostałyby pozyskane z istniejących norm prawnych, badanie tych norm spowodowałoby wyłonienie reguł pierwotnych. Zgodnie z metodą ekonomicznego podejścia do prawa takie pozyskanie jest złudne i ogranicza zmianę systemu prawa. W przypadku propozycji *J. Rawlsa* przedstawiciel ekonomicznego podejścia do badania prawa będzie miał wątpliwości, czy konsensus podjęty za zasłoną ignorancji przedstawia społeczne preferencje. Zaproponowane przez *J. Rawlsa* rozwiązania miało prowadzić do bardziej egalitarnej dystrybucji bogactwa niż w przypadku użycia narzędzi rynkowych. Dlatego też w ekonomicznej analizie podaje się w wątpliwość, czy wywodzenie potrzeby redystrybucji z konsensusu podjętego zza zasłony ignorancji – zamiast wywodzenia potrzeby z egalitarnych preferencji – jest możliwe do zastosowania. Jednostki, które mogły zgadzać się na takie rozwiązanie w ramach konsensusu, będą miały bodziec, aby odstąpić od tych ustaleń *post factum*¹⁰. W przypadku jakiegokolwiek rynkowej transakcji strona otrzymująca zapłatę oferuje usługę drugiej stronie, która przypisuje jej wartość większą niż zaproponowana cena. Utrzymywanie wcześniej ustalonej dystrybucji redukuje poziom dobrobyt społecznego, wykluczając z procesu redystrybucji transakcje rynkowe.

Argument *Roberta Nozicka* implikuje, że kontraktarianizm może sprowadzić się do paternalizmu, a zgodnie z ekonomiczną analizą prawa należy preferować akomodację nowych preferencji społecznych. Na tej samej zasadzie przyjęcie w kontraktarianizmie społecznego konsensusu jest dla ekonomicznej analizy prawa nieobiektywne, gdyż nie jest możliwe obiektywne określenie części składowych konsensusu osiągniętego za zasłoną. Nie jest to więc podejście, które oferuje chociażby obiektywność zbliżoną do standardu oferowanego przez analizę ekonomiczną.

Przedstawione podejście, tj. zewnętrzne pozyskiwanie wartości i ideałów, zostało zaprezentowane nie jako filozofia moralna, lecz jako narzędzia pozwalające na pozyskanie wartości czy ideałów moralnych spoza własnego systemu. Tutaj właśnie występuje spójność z metodą ekonomicznej analizy prawa, w której pozyskuje się postulaty moralne z preferencji społecznych. Prawnicy mają długą historię wnioskowania o wartościach z wcześniej istniejących norm czy dorobku kulturalnego¹¹. Zwykli oni przeprowadzać ekstrakcje zasad z ist-

¹⁰ R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, New York 1974, s. 198 i n.; *tenże*, *Anarchia, państwo i utopia*, Warszawa 2010, s. 230–258.

¹¹ A.M. Honoré, *The Background of Justinian's Codification*, *Tulane Law Review* 1974, vol. 48, s. 859–863.

niejących już orzeczeń, decyzji prawotwórczych czy opinii prawnych. Metoda ekonomicznej analizy prawa wyraźnie wykorzystuje podobne narzędzia i techniki, gdy za pomocą metod ilościowych analizuje orzecznictwo i stara się zdefiniować jego zasadniczą funkcję.

Metoda ekonomicznego podejścia do badania prawa używa również narzędzi i metod przypominających teorię sprawiedliwości *J. Rawlsa*. Badający ekonomiczne podejście do prawa może się spodziewać, że kontraktariańskie wnioskowanie przeprowadzone za zasłoną ignorancji będzie zgodne z promowaniem dobrobytu społecznego. Miałoby się tak dzieć ze względu na racjonalność jednostek, które w takim położeniu podejmowałyby decyzje maksymalizujące ich oczekiwany dobrobyt, co doprowadziłoby do konsensusu odzwierciedlającego dobrobyt społeczny. Z tej perspektywy opisany proces zawsze powinien prowadzić do osiągnięcia konsensusu zorientowanego na maksymalizację oczekiwanego dobrobytu. Z perspektywy ekonomicznej analizy prawa każda inna decyzja będzie błędem związanym ze złą alokacją jednostkowych preferencji. Podjęty za zasłoną ignorancji konsensus nigdy nie powinien odchodzić od tego ideału, jak również nie powinien zabraniać modyfikacji tych ustaleń dla dalszej maksymalizacji oczekiwanego dobrobytu. Natomiast przedstawiciele ekonomicznego podejścia do badania prawa, a zwłaszcza metody ekonomicznej analizy prawa, w przypadku podniesienia zarzutu ze strony filozofii o potrzebie podjęcia konsensusu na podstawie innych wartości twierdzą, że specyfikacja preferencji zaprezentowana przez teorię sprawiedliwości jest błędna. Jeśli konsensus jednostek zakładałby system egalitarny, to ta decyzja koresponduje z dzieloną wspólnie preferencją społecznej równości. Przedstawiciele ekonomicznej analizy prawa wnioskujeją zatem, że konsensus egalitarny oraz konsensus maksymalizujący oczekiwany dobrobyt oznaczają to samo.

Na koniec należy zaznaczyć, że w ekonomicznym podejściu do badania prawa nie ma miejsca ograniczanie sposobów i źródeł determinacji preferencji, zwłaszcza w przypadku ekonomicznej analizy prawa korzystającej z pragmatyzmu *Posnera*. Każda metoda jest traktowana jako przydatna, jeśli jej zastosowanie skutkuje wynikami określającymi społeczne preferencje, które pozwalają na wprowadzenie zmian w prawie.

§ 4. Założenia analizy ekonomicznej

Przed przedstawieniem różnicy metodologicznej pomiędzy ekonomiczną analizą prawa a *Law and Economics* należy przybliżyć podstawowe założenia przyjmowane w ramach ekonomicznego podejścia do badania prawa. Pierwszym z nich jest rezygnacja z relatywizmu, który prowadzi bezpośrednio do wniosku o braku możliwości osiągnięcia obiektywizmu w badaniu prawa. Relatywizm stoi w sprzeczności z ekonomicznym podejściem do nauki prawa, które szuka rozwiązań prawnych adoptowalnych w każdym przypadku, jednocześnie promujących dobrobyt społeczny, rozumiany jako maksymalizacja sumy indywidualnych preferencji. Taka ambicja formułowania norm generalnie aplikowalnych jest zupełnym przeciwieństwem stanowiska relatywizmu.

W ekonomicznej analizie prawa, ale również wśród ekonomistów zajmujących się *Law and Economics*, występuje przekonanie, że wykorzystanie istniejących metod jest znacznie bardziej pożytecznym zajęciem niż spędzanie czasu na dopracowywaniu zasad nimi rządzących. Rolę zwracających uwagę na potrzebę dopracowania zasad, wartości i metodologii w metodzie *Law and Economics* spełniają natomiast prawnicy (więcej o tym rozdziale II). Nie oznacza to jednak, że zasady stojące za ekonomiczną analizą nie są znane czy też nie mogą zostać dopracowane przez ekonomistów. Ta postawa jest raczej związana z przekonaniem większości środowiska ekonomicznego, że założenia stojące za zasadą maksymalizacji dobrobytu są wystarczające, a społeczna korzyść płynąca z ich dopracowania jest nieznacząca. Podejście to jest nie do zaakceptowania przy stosowaniu analizy *Law and Economics*, co zostanie wytłumaczone w następnym rozdziale.

Konsekwencją poglądu, że celem ekonomicznej analizy prawa i *Law and Economics* jest proponowanie modeli tworzenia i stosowania prawa umożliwiającego maksymalizację dobrobytu społecznego, jest towarzyszące mu przekonanie, że adresaci prawa są jednostkami reagującymi na bodźce czy inaczej – zachęty motywujące do konkretnego zachowania. Aby metoda ekonomicznej analizy prawa działała, nie można ograniczać zastosowania analizy ekonomicznej tylko do przypadków, gdy mamy do czynienia z relacją ekonomiczną. Jednym z założeń, zwłaszcza ekonomicznej analizy prawa, jest przekonanie przyjmowane za *Garym Beckerem*, że ekonomiczna analiza działa w wielu relacjach, nawet niemających wiele wspólnego z ekonomią rynkową¹². To, że różne

¹² G.S. Becker, K.M. Murphy, *Social Economics. Market Behavior in a Social Environment*, Cambridge (MA) 2000, s. 6.

bodźce mogą mieć wpływ na zachowanie w konkretnej sytuacji, nie jest w doktrynie prawa tezą kontrowersyjną. Należy przy tym zauważyć, że najczęściej jednostki odbierają i przetwarzają bodźce w sposób nieświadomy, a w konsekwencji są niezdolne do analizy skomplikowanych sytuacji, co prowadzi do niemożności oszacowania przez nie odbieranych bodźców. Te spostrzeżenia mają istotne znaczenie dla poruszanego w niniejszej książce problemu, stanowiącego dylemat dla teoretyków prawa – czy jednostka niezachowująca się w sposób zgodny z ekonomicznym modelem teorii racjonalnego wyboru może być podmiotem bodźców budowanych na tym paradygmacie.

Doktryna ekonomicznego podejścia do nauki prawa za cel prawa uznaje spełnienie sumy indywidualnych preferencji jednostek. Dzieje się tak ze względu na przekonanie o potrzebie obiektywizmu w przeprowadzanej analizie ekonomicznej. Obiektywność maksymalizacji preferencji powoduje, że metoda ekonomicznego podejścia do prawa nie jest *stricte* moralną teorią sprawiedliwości. Aby nie popadać w pułapkę ograniczeń norm moralnych, badacze wykorzystujący metody ekonomicznego podejścia do badania prawa wolą operować na normach moralnych tylko w przypadku ich sprzeczności z rachunkiem dobrobytu. Nie traktują oni maksymalizacji dobrobytu jako teorii moralnej, pomimo jej normatywnego charakteru. Doktryna ekonomicznego podejścia do nauki prawa nie traktuje utylitaryzmu jako filozofii moralnej. Dzieje się tak ze względu na przyjęcie przez nią maksymalizacji dobrobytu jako oczywistego celu systemu prawnego. Towarzyszy temu przekonanie, że nie każde twierdzenie normatywne jest twierdzeniem moralnym, albowiem prowadziłoby to do tautologii i błędnego koła. Przykładem jest stwierdzenie, że utylitaryzm jest nie do zaakceptowania, ponieważ jest teorią moralną dającą przewagę preferencjom nad moralnością. Podporządkowanie prawa zasadzie maksymalizacji dobrobytu społecznego nie powoduje, że sama maksymalizacja powinna być sprowadzona do wartości moralnej. Jest ona konieczną konsekwencją rozpoznania preferencji jednostek. Przedstawiciele ekonomicznego podejścia do nauki prawa nie zgadzają się też z tezą, że utylitaryzm leżący u podstaw doktryny jest teorią moralną, która służy wyłącznie usunięciu z zakresu zainteresowania wartości sprawiedliwości. Podstawy metody ekonomicznego podejścia do nauki prawa są faktualne, bazujące na satysfakcji preferencji, a nie moralne.

Według metod ekonomicznego podejścia do nauki prawa nie ma nic ważniejszego niż ustalenie argumentów przemawiających za istnieniem określonej regulacji. Dogmatem ekonomicznego podejścia do nauki prawa jest teoremat *Ronalda Coase'a* o irrelevantności prawa, który zakłada, że w idealnym

świecie jednostki podejmują optymalne dla siebie decyzje, niezależnie od obowiązującego prawa¹³. Powoduje to zasadniczą różnicę między ekonomicznym podejściem do nauki prawa, zwłaszcza metodą ekonomicznej analizy prawa, a tradycyjnym podejściem prawników. Zwolennicy pierwszego za punkt wyjścia przyjmują raczej tezę o zbędności regulacji, chyba że dostatecznie uzasadnione racje uzasadniają jej wprowadzenie. W rozważaniach prawników punkt wyjścia stanowi zaś regulacja. Dla stosującego ekonomiczną analizę prawa lub *Law and Economics* uregulowanie jakiegoś fragmentu rzeczywistości musi być wyjątkowo dobrze uzasadnione, w przeciwieństwie do podejścia *stricte* prawniczego, w którym regulacja problemu jest podstawowym rozwiązaniem. Z tego też powodu wykorzystuje się ekonomiczne skutki regulacji jako wyznacznik potrzeby ingerencji państwa za pomocą regulacji, ustalanej na podstawie rachunku zysków i strat w przypadku braku regulacji oraz kosztów w przypadku jej wprowadzenia, z uwzględnieniem negatywnych efektów zewnętrznych.

Na koniec warto zauważyć diametralną różnicę przedstawianej metody w porównaniu do formalizmu prawnego i założenia o oryginalnej intencji prawodawcy historycznego, związanej z właściwym tej metodzie zainteresowaniem stanem przyszłym. Traktuje ona analizę, regulację, tworzenie i uaktualnianie prawa jako zjawiska dynamiczne, ze względu na kontekst rynkowo-społeczny, podlegający ciągłej zmianie. W przypadku orientowania na oryginalną intencję prawodawcy przedmiotem zainteresowania jest stan przeszły, co w dużym stopniu blokuje również proces wykładni przez określenie celu regulacji. Według metody ekonomicznego podejścia do nauki prawa wyłączone odwoływanie się do oryginalnej intencji nie pozwala osiągnąć celu ulepszenia społecznego, gdyż ten sposób podejścia nigdy nie pozwoli przedstawić konkretnych regulacji jako zbędnych.

Według metod ekonomicznego podejścia do nauki prawa badanie prawa jest bezowocnym i nadmiernie technokratycznym podejściem, bez przyjęcia za cel ulepszenia społecznego, następującego na skutek ulepszania prawa. Co jest charakterystyczne dla metody ekonomicznej analizy prawa i co będzie przedmiotem kolejnego rozdziału, nie proponuje ona swoich własnych wartości w przypadku poszukiwania tego ulepszenia. W założeniu ekonomiczna analiza prawa jest obiektywna, gdyż inkorporuje cele i preferencje ze społeczeństwa, w celu implementacji ulepszenia systemu prawnego. W tym przy-

¹³ R.H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law*, Chicago 2012.

padku jednak metoda ekonomicznej analizy prawa wchodzi na grunt filozofii politycznej i teorii gier.

§ 5. Koncepcja racjonalności prawodawcy w polskim prawoznawstwie a doktryna ekonomizacji nauki prawa

Jednym z zagadnień badanych w ramach podejścia ekonomicznego do badania prawa jest jego tworzenie, w szczególności w aspekcie zapewnienia efektywności, czyli zdolności do realizacji założonych celów¹⁴. Problem związany z zapewnieniem efektywności regulacji jest podejmowany również poza rozważaniami bazującymi na podejściu ekonomicznym, w szczególności jest przedmiotem zainteresowania teorii prawa. Jak zauważa się w piśmiennictwie, polska teoria i nauka prawa za oczywiste uznaje założenie, że ustawodawca powinien tworzyć dobre prawo, przez co rozumie się także prawo skuteczne¹⁵. Teza ta nie jest jednak związana z przyjęciem założeń doktryny *Law and Economics*, lecz jest przejawem naturalnego zainteresowania nauki prawa zarówno samym procesem tworzenia prawa, jak i prawodawcą. Tworzenie prawa, które nie stoi na wysokim poziomie, generuje koszty oraz nie odpowiada dostatecznie potrzebom społeczno-gospodarczym¹⁶. Nie sprzyja także budowaniu prestiżu samego prawa.

W polskiej nauce prawa kwestie związane z tworzeniem, a w konsekwencji także z wykładnią prawa rozważane są z wykorzystaniem założenia racjonalnego prawodawcy. Założenie to traktowane jest jako paradygmat nauk prawnych, decydujący o naukowości prawoznawstwa i pozwalający włączyć prawoznawstwo do grona nauk posługujących się tzw. interpretacją humanistyczną¹⁷. Charakterystyczne jest przy tym, że koncepcja racjonalnego prawo-

¹⁴ A.M. Paccès, R.J. Van den Bergh, An Introduction to the Law and Economics of Regulation, w: R.J. van den Bergh, A.M. Paccès (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics: Regulation and Economics*, London 2012, s. 1–23.

¹⁵ M. Peno, Polskie koncepcje teoretyczno-prawne wobec oceny skutków regulacji i ekonomicznej analizy prawa, w: K. Nizioł, M. Peno, *Ekonomiczna analiza prawa publicznego – problemy, konteksty, zastosowania*, Szczecin 2019, s. 37.

¹⁶ A. Michalska, S. Wronkowska, *Zasady tworzenia prawa*, Poznań 1980, s. 21–22.

¹⁷ P. Kantor-Kozdrowski, Racjonalność prawodawcy jako paradygmat nauk prawnych, *Folia Iuridica Universitas Wratislaviensis* 2018, vol. 7, No. 1 s. 95–110. Autor ten stawia tezę, że koncepcja racjonalnego ustawodawcy jako paradygmat nauk prawnych warunkujący teorię i praktykę

dawcy traktowana jest jako założenie kontrfaktyczne¹⁸. Andrzej Bator wskazuje, że koncepcja racjonalnego prawodawcy jest składnikiem dorobku polskiej nauki prawa i może być uznana za jej fenomen, albowiem nie znajduje potwierdzenia w światowej myśli prawniczej, nie jest także obecna w dyskursie interpretacyjnym prawa europejskiego¹⁹. Zdolność do uprawiania nauki prawa oraz prowadzenia argumentacji prawniczej bez odwoływania się do wzorca racjonalnego prawodawcy może świadczyć, że wzorec ten nie jest konieczny, a przez to ma ograniczoną przydatność eksplanacyjną. Także w polskim piśmiennictwie wyrażane są pod jego adresem krytyczne zastrzeżenia, zwłaszcza w odniesieniu do koncepcji racjonalnego ustawodawcy jako warunku rozumowań prawniczych, w szczególności legitymizującego działalność prawników w zakresie walidacji i egzekucji tekstu prawnego²⁰. Wskazuje się, że w „innych kulturach prawnych idea racjonalności prawodawcy nie odgrywa aż tak ważnej roli w dyskursie interpretacyjnym. Znacznie większe znaczenie przypisuje się natomiast argumentom odwołującym się w toku wykładni prawa do zamiarów i przekonań rzeczywistego legislatora, przy czym za podstawowe źródło usta-

badawczą jest wyznacznikiem naukowości prawoznawstwa i aktualnie jest paradygmatem dominującym. Teza przeszła etap budowania założeń teoretycznych, etap zastosowania w praktyce oraz etap krytycznej analizy, brakuje natomiast etapu rewolucji naukowej, czyli propozycji paradygmatu konkurencyjnego (tamże, s. 103–107). Zob. też M. Zirk-Sadowski, Konstrukcja racjonalnego prawodawcy a kompetencja komunikacyjna, w: S. Wronkowska, M. Zieliński (red.), Szkice z teorii prawa i szczegółowych nauk prawnych, Poznań 1990, s. 431: „odkrycie zasady racjonalności i jej funkcji w dyskursie prawniczym pozwoliło włączyć prawoznawstwo do nurtu nauk posługujących się tzw. interpretacją humanistyczną”.

¹⁸ W. Gromski, Racjonalny prawodawca, w: U. Kalina-Prasznic (red.), Encyklopedia prawa, Warszawa 2007; M. Peno, Polskie koncepcje teoretyczno-prawne, s. 37.

¹⁹ A. Bator, Założenie racjonalnego prawodawcy w polskiej debacie teoretycznoprawnej. Punkt wyjścia i jego krytyka, AUWr 2020, No. 3978, Przegląd Prawa i Administracji CXX/1, s. 21. Zob. także M. Zirk-Sadowski, Instytucjonalny i kulturowy wymiar integracji prawnej, w: L. Leszczyński (red.), Zmiany społeczne a zmiany w prawie. Aksjologia, konstytucja, integracja europejska, Lublin 1999, s. 41 oraz *tenże*, Prawo a uczestniczenie w kulturze, Łódź 1998, s. 92: „(...) na gruncie prawa europejskiego założenie racjonalnego ustawodawcy nie jest elementem dyskursu interpretacyjnego (...)”.

²⁰ A. Bator, Założenie racjonalnego, s. 23; L. Morawski, Teoria prawodawcy racjonalnego a postmodernizm, PiP 2000, Nr 11, s. 37. Zwraca się uwagę, że L. Nowak zastrzegł, iż przyjęty przez niego model wyjaśniania przez idealizację i konkretyzację nie ma zastosowania do interpretacji prawniczej, albowiem jej przesłanki nie są sprawdzalne empirycznie – L. Nowak, Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa, Warszawa 1973, s. 187, za: A. Bator, Założenie racjonalnego, s. 24.

leń w tej kwestii przyjmuje się oficjalne dokumenty towarzyszące procesowi ustawodawczemu w jego kolejnych etapach”²¹.

Koncepcja racjonalnego prawodawcy została przedstawiona przez *Leszka Nowaka* w pracach „Próba metodologicznej charakterystyki prawoznawstwa” oraz „Interpretacja prawnicza. Studium z metodologii prawoznawstwa”²². Koncepcja ta została przedstawiona przez autora jako należąca do „głębokiej struktury” prawoznawstwa. Opisując praktykę argumentacji prawniczej, doszedł on do przekonania, że u jej podstaw leżą, często niewyrażane wprost, ale zawsze obecne jako punkt odniesienia, założenia dotyczące prawodawcy²³. Prawnicy w procesie interpretacji czynią bowiem określone założenia odnośnie do prawodawcy. Wszelkiej interpretacji humanistycznej, w tym prawniczej, właściwa jest zasada racjonalności, stanowiąca jej konieczną przesłankę. Założenia te *L. Nowak* uznał za swoisty prawniczy model, typ idealny, który nie odnosi się do rzeczywistych osób,ownicy w toku interpretacji milcząco bowiem przyjmują, że prawodawca nie jest osobą psychofizyczną ani grupą takich osób²⁴.

Zgodnie z zakładanym modelem prawodawca dysponuje wiedzą:

- 1) niesprzeczną;
- 2) stanowiącą logicznie uporządkowany system, do którego należą jej własne konsekwencje;
- 3) obejmującą wszystkie reguły języka, w którym formułowane są przepisy;
- 4) która jest najlepiej uzasadniona z punktu widzenia aktualnego stanu nauki.

²¹ *P. Wiązek*, Mit i paradygmat racjonalnego prawodawcy w świetle wybranych przykładów orzecznictwa oraz legislacji Sejmu VIII kadencji, AUWr 2020, No. 3978, Przegląd Prawa i Administracji CXX/1, s. 108.

²² *L. Nowak*, Próba metodologicznej charakterystyki prawoznawstwa, Poznań 1968; *tenże*, Interpretacja prawnicza. W pierwszej z prac autor zaprezentował zgręby swojej teorii, praca ta była jednak oparta na metodologicznych założeniach hipotetyzmu *K. Poppera*, z których w kolejnych latach zrezygnował, zastępując je metodą idealizacji-konkretyzacji. Na takim podejściu bazuje praca z 1973 r. – zob. *A. Bator*, Założenie racjonalnego, s. 24.

²³ *L. Nowak*, Interpretacja prawnicza, s. 165. Na temat idealizacji jako metody zob. *Z. Cackowski*, *J. Kmita*, *K. Szaniawski*, *P.J. Smoczyński*, Filozofia a nauka. Zarys encyklopedyczny, Ossolineum 1987, s. 209–212.

²⁴ *L. Nowak*, Interpretacja prawnicza, s. 35–43.

Preferencje prawodawcy są:

- 1) asymetryczne, tzn. jeśli preferuje on jeden stan rzeczy przed drugim, to nie preferuje drugiego przed pierwszym, oraz
- 2) przechodnie, tzn. jeśli preferuje on jeden stan rzeczy przed drugim, a drugi przed trzecim, to preferuje pierwszy stan przed trzecim²⁵.

Założenie o pełnej wiedzy przedmiotowej i wiedzy o wszelkich konsekwencjach decyzji ma charakter idealistyczny i jest nieosiągalne, natomiast pozostałe założenia mogą być w praktyce realizowane²⁶.

Oprócz powołanej pracy *L. Nowaka*, na ugruntowanie koncepcji racjonalnego prawodawcy w polskiej dogmatyce i prawoznawstwie znaczący wpływ miały prace *Jerzego Wróblewskiego*, który w szczególności skupił się na rozróżnieniu prawodawcy racjonalnego i prawodawcy doskonałego²⁷. Autor ten stwierdza, że „w prawoznawstwie konstrukcja racjonalnego prawodawcy występuje w dwóch wersjach: prawodawcy racjonalnego *sensu stricto* oraz prawodawcy doskonałego”²⁸. Prawodawca jest racjonalny (s-racjonalny), jeżeli dobiera środki właściwe do realizacji założonego celu z uwzględnieniem posiadanej faktycznie wiedzy i przyjętych preferencji, wiedza ta jest zaś niesprzeczna, ma charakter systemowy, oceny są asymetryczne i przechodnie, a przyjmowana przez prawodawcę regulacja wedle posiadanej przez niego wiedzy prowadzi niezawodnie do preferowanego stanu rzeczy. Taki prawodawca spełnia podstawowe warunki racjonalnego celowego działania w ogólności i nie jest to założenie specyficznie prawne²⁹. Racjonalność tego rodzaju, uzasadniona na gruncie wiedzy i ocen podmiotu działającego (prawodawcy), określana jest mianem racjonalności wewnętrznej. Ma ona charakter formalny w tym znaczeniu, że nie określa ani treści, ani właściwości reguł rozumowania. Tworzenie prawa jest racjonalne wewnętrznie, jeśli prawodawca formułuje swoją decyzję prawodawczą zgodnie z przyjmowanymi przez siebie przesłankami.

²⁵ Tamże, s. 53–54.

²⁶ Tamże, s. 39. *Z. Ziemiński* zauważa, że w przypadku teorii idealizacyjnej opisującej działania „racjonalnego ustawodawcy” nie chodzi o teorię wyjaśniającą zachowania wyidealizowanego prawodawcy, lecz o konstruowanie systemu norm spełniających określone wymogi, a odwoływanie się do fikcji „racjonalnego ustawodawcy” ma charakter głównie zabiegu socjotechnicznego – *Z. Ziemiński*, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 273.

²⁷ *J. Wróblewski*, *Teoria racjonalnego tworzenia prawa*, Ossolineum 1985, s. 60–64; *tenże*, *Zasady tworzenia prawa*, Warszawa 1989, s. 45–48; *tenże*, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 261–268.

²⁸ *J. Wróblewski*, *Zasady*, s. 47; *tenże*, *Teoria racjonalnego*, s. 60.

²⁹ *J. Wróblewski*, *Zasady*, s. 47; *tenże*, *Teoria racjonalnego*, s. 62.