

Jerzy Stelmach

Pozytywistyczne mity metody prawniczej



Jerzy Stelmach

Prawnik i filozof, profesor zwyczajny,
Kierownik Katedry Filozofii Prawa
i Etyki Prawniczej UJ.

Positivist Myths of Legal Method

The paper aims at identifying several methodological myths embraced by legal positivism. The first such myth is the claim that legal cognition has a logical structure; the second is the myth of the formal-dogmatic method; the third is that of Kelsen's normative method; and the fourth and final is the myth of legal analysis, or the faith in the fruitfulness of linguistic analysis. All these myths can – and should – be 'deconstructed' by observing that legal positivism offers no coherent epistemology, but rather a number of common sense directives; that the strength of the argument supporting the myths is minimal; that the methods of positivism are ineffective in legal practice; and that there exists an alternative to the positivist methodology – a conception of legal method based on epistemological pluralism and relativism.

I. Oskarżenie

Wszelako nie moje, lecz prokuratora berlińskiego Kirchmanna, który w 1848 r. wygłosił prawdopodobnie swoją najstynniejszą mowę oskarżycielską. W odczytanie zatytułowanym *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* nie tylko krytycznie ocenił stan rozwoju nauki prawa, lecz uznał również, że wiedza, którą dysponują prawnicy, jest całkowicie bezwartościowa, więcej nawet: pasożytnicza, stwierdzając między innymi, że juryści stali się robakami, co żywią się zgniłym drzewem, odwracając się od tego, co zdrowe, gnieźdzą się i przędą swe włókna w tym, co chore, nauka prawa zaś staje

się służebnicą przypadku, błędu, namiętności, niezrozumienia, będąc zapatrzona jedynie w przeszłość¹.

Oskarżenie Kirchmanna, skierowane w tamtym czasie przede wszystkim przeciwko dominującej w niemieckiej nauce prawa „szkole historycznej”, stało się punktem wyjścia wielkiej debaty metodologicznej, trwającej w kontynentalnej Europie (w pewnym stopniu również w Anglii i Stanach Zjednoczonych) po dzień dzisiejszy. W Niemczech był to tak zwany nurt *Methodenlehre*, w którym

¹ J.H. von Kirchmann, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin 1848.

pozytywizm prawniczy odgrywał z całą pewnością pierwszoplanową rolę.

Jakkolwiek pozycja pozytywizmu prawniczego w Europie kontynentalnej (zwłaszcza w Niemczech), czyli w systemach prawnych opartych na stanowieniu, była i jest wciąż niezwykle silna, to jednak nie można pominąć innych ważnych stanowisk filozoficzno-prawnych, które miały również wpływ na przebieg

zorientowanych filozofii interpretacji (zwłaszcza Gadamera i Kaufmanna). We wszystkich wymienionych przypadkach najważniejsze koncepcje formułowane były przede wszystkim na terenie niemieckiej filozofii i filozofii prawa. Wspomnieć należy również jeszcze o przynajmniej kilku innych istotnych stanowiskach, chociażby o nurcie neoliberalnym w filozofii prawa (którego najważniejszym reprezentantem jest Dwor-

Pierwszym byłyby z pewnością mit poznania prawniczego jako poznania logicznego.

Jest jednym z najwcześniejszych (znał go już bowiem wczesny pozytywizm kontynentalny, tak zwany *Gesetzespositivismus*), a równocześnie najbardziej trwałych mitów metodologicznych, wykształconych na gruncie pozytywizmu prawniczego.

prowadzonej debaty metodologicznej. Ograniczę się tutaj tylko do wymienienia tych stanowisk. Przede wszystkim byłyby to szeroko rozumiany realizm prawny (a w obrębie tego nurtu zwłaszcza szkoła wolnego prawa: *Freirechtslehre* lub *Freirechtsbewegung*; szkoła realizmu skandynawskiego, psychologizm Petrażyckiego, a poza Europą szkoła amerykańskiego realizmu prawnego, socjologicznej jurysprudencji, aż po *Critical Legal Studies*). Niepodobna nie wspomnieć o kierunku (stanowisku) prawnonaturalnym, którego renesans w wieku XX następuje zwłaszcza po drugiej wojnie światowej, również w Niemczech². W debacie metodologicznej ważny był wreszcie głos przedstawicieli teorii topicznych i argumentacyjnych (żeby wspomnieć o Viehwegu, Strucku, Habermasie i Alexym), jak również głos zwolenników hermeneutycznie

kin), a dalej o ekonomicznej analizie prawa (w wersji Posnera, ale nie tylko), czy wreszcie o rozwijających się obecnie kierunkach neurobiologicznych oraz bietycznych w filozofii prawa.

2. Mity

Chciałbym tu nieco więcej uwagi poświęcić cze-rem, w moim przekonaniu najważniejszym, pozytywistycznym mitom metodologicznym³.

Pierwszym byłyby z pewnością mit poznania prawniczego jako poznania logicznego. Jest jednym z najwcześniejszych (znał go już bowiem wczesny pozytywizm kontynentalny, tak zwany *Gesetzespositivismus*), a równocześnie najbardziej trwałych mitów metodologicznych, wykształconych na gruncie pozy-

² Por. K. Opalek, *Główne kierunki niemieckiej teorii i filozofii prawa po II wojnie światowej* (w:) J. Stelmach i R. Sarkowicz (red.), *Studia z teorii i filozofii prawa*, Kraków 1997, s. 17 i n.

³ Taki sam podział pozytywistycznych metod prawniczych wprowadzono w pozostającym w druku artykule J. Stelmacha i B. Brożka, *Metodologiczne dylematy pozytywizmu prawniczego* (w:) *Księga Pamiątkowa ku czci Andrzeja Zolla*, Kraków 2012.

tywizmu prawniczego. Zgodnie z tym mitem poznanie prawnicze ma strukturę logiczną. Prawo, będące dla zwolenników pozytywizmu wartością jednoznaczną i stałą, powinno dawać się interpretować za pomocą metod, które spełniają wymogi intersubiektywnej sprawdzalności i komunikowalności, a wymogi takie

w oparciu o tak różne struktury semantyczne (równocześnie o normy, oceny i zdania). Uczciwie chcę jednak podkreślić, że zdaję sobie sprawę z problemu, który pokazuje między innymi „dylemat Jørgensena”, dotyczący właśnie kwestii możliwości przeprowadzania rozumowań, gdzie normy są zarówno przesłanka-

Przekonanie o istnieniu logiki prawniczej jest również powszechnie przyjmowane przez prawników. Mit ten jest wciąż silnie obecny zarówno w nauczaniu prawa, jak i w praktyce prawniczej.

spełniają właśnie metody logiczne. Co więcej, przekonanie o „logiczności prawa” i „logicznym charakterze pracy prawnika” jest poglądem powszechnie przyjmowanym (nie tylko przez prawników). Bo przecież wszyscy chcą gwarancji i pewności. Ci, którzy prawnikami nie są, chcą wierzyć, że prawnicy wiedzą, co robią, i że posługują się transparentnymi metodami, a nie jakimiś kuglarskimi chwytami erystycznymi. Ostatecznie więc nikomu tak naprawdę nie zależy na dekonstrukcji tego mitu.

Przyjrzyjmy się mu zatem nieco uważniej. W pozytywizmie prawniczym mit metody prawniczej jako metody logicznej daje się powiązać, z jednej strony, z koncepcją tak zwanego sylogizmu prawniczego, z drugiej z zaś – z przekonaniem o istnieniu wyspecjalizowanej logiki prawniczej.

Na czym więc polega fenomen sylogizmu prawniczego? Przede wszystkim na tym, że sylogizmu takiego nie ma. To, na co się powołują prawnicy, rozważając przypadek sylogizmu prawniczego, żadnym sylogizmem nie jest, tylko jakąś bliżej nieokreśloną hybrydą poznawczą. Przesłanką większą jest w tym „sylogizmie” przecież norma, mniejszą – opisujące stan faktyczny zdanie, konkluzją zaś znów norma (lub ocena). Nie wchodząc w meandry sporu na temat znaczenia normatywnego, mogą niejako na skróty stwierdzić, że nie da się przeprowadzać rozumowań

mi, jak i konkluzjami tych rozumowań⁴. Przypomnę ten dylemat: 1. W myśl powszechnie akceptowanych standardów metodologicznych przesłankami i konkluzjami inferencji logicznych są wyłącznie zdania w sensie logicznym. 2. Normy nie są zdaniami w sensie logicznym. 3. Normy nie mogą występować jako przesłanki i konkluzje w inferencjach logicznych. 4. Można jednak podać przykłady rozumowań, którym trudno odmówić intuicyjnej ważności, gdzie normy występują w roli przesłanek i konkluzji. I w tym właśnie miejscu (pkt 4 dylematu) „pies jest pogrzebany”. Pozytywizm prawniczy pomylił „intuicyjną” lub „zdroworozsądkową” ważność pewnych rozumowań, które przeprowadzają prawnicy, z ważnością ściśle „logiczną”.

Przekonanie o istnieniu logiki prawniczej jest również powszechnie przyjmowane przez prawników. Mit ten jest wciąż silnie obecny zarówno w nauczaniu prawa, jak i w praktyce prawniczej. Ile razy spierałem się na temat logiki prawniczej w ciągu ostatnich 30 lat, niepodobna zliczyć. Czym jest wobec tego logika prawnicza? Logiką formalną, w sensie klasycznego rachunku zdań, z całą pewnością nie jest. Logiką norm też nie, bo takiej logiki po prostu nie ma. Najczęściej mówi się o niej jako o logice praktycznej (logice rozu-

⁴ Zob. J. Jørgensen, *Impertatives and Logic*, „Erkenntnis” 1937/38, vol. 7.

mowań praktycznych), czyli pewnej logice działającej w przestrzeni rozumowań normatywnych. Tylko czy to w ogóle jest jeszcze jakaś logika? W moim przekonaniu oczywiście nie. Wszystkie bowiem argumenty, topiki, reguły i zasady, którymi ta „logika” mogłaby się posłużyć, są podważalne. Nawet uznawany za najsilniejszy argument *a fortiori* (zarówno w wersji *a minori*

pojęć). Mit metody formalno-dogmatycznej jest wciąż silnie zakorzeniony w myśleniu i języku prawników kontynentalnych. Równocześnie jest to metoda, w której istnienie wierzy większość prawników, ale której tak naprawdę nikt jeszcze jednoznacznie nie opisał. W tym upatrywałbym jedną z ważniejszych przyczyn ułomności kształcenia prawniczego w Europie kon-

Drugim byłby mit metody formalno-dogmatycznej, którego powstanie zawdzięczamy odmianie pozytywizmu określanej mianem *Begriffsjurisprudenz*.

ad maius, jak i *a maiori ad minus*), jako argument logiczny daje się obalić, co w polemice z Kalinowskim wykazał Perelman⁵. Cóż więc w istocie mamy? Szereg intuicyjnie ważnych argumentów i topik prawniczych, oraz zbiór wszelkiego rodzaju zdroworozsądkowych reguł i zasad, które z całą pewnością nie tworzą żadnego spójnego systemu logicznego.

Drugim byłby mit metody formalno-dogmatycznej, którego powstanie zawdzięczamy odmianie pozytywizmu określanej mianem *Begriffsjurisprudenz*. Czas wielkich kodyfikacji w Niemczech sprzyjał debacie metodologicznej. Mówiono o potrzebie stworzenia nowej paradygmatycznej metody prawniczej, wykorzystującej dotychczasowy dorobek nauki prawa. W metodzie tej miały zostać połączone w jedną całość cztery, wcześniej nierzadko oddzielnie ujmowane, elementy myślenia prawniczego, a mianowicie element dogmatyczny (interpretacja winna zawsze pozostawać w ścisłym związku z obowiązującym prawem), krytyczny (interpretacja winna zawierać pewien moment krytyczny), porównawczy (interpretacja winna uwzględniać szerszy kontekst systemowy) oraz analityczny (interpretacja ma być przede wszystkim analizą językową kluczowych dla prawa

tynentalnej, bo o metodzie formalno-dogmatycznej mówi się nieustannie, nie podając równocześnie rzetelnego opisu i przykładów zastosowania tej metody. W przywoływanym na wstępie nurcie *Methodenlehre* rozważania na temat metody formalno-dogmatycznej były również stale obecnym motywem rozważań. Wiara w istnienie takiej metody, jako paradygmatycznej dla systemów prawnych opartych na stanowieniu, pozostaje niezachwiana do dnia dzisiejszego. I wszystko wygląda przekonywająco, aż do momentu, gdy ktoś zażąda demonstracji tej metody, czyli podania przykładu zastosowania jej do rozwiązywania konkretnych przypadków trudnych w prawie. Wówczas okazuje się, że tak naprawdę mamy tylko zbiór, skądinąd interesujących, życzeń i postulatów (pewien ogólny projekt metodologiczny), zamiast dającej się w praktyce interpretacyjnej wykorzystać metody.

Trzecim byłby mit czystej metody normatywnej, czyli mit *Reine Rechtslehre* Kelsena. W moim przekonaniu normatywizm, uznawany za „twardą” odmianę pozytywizmu prawniczego, zbudowany został na ontologicznej i epistemologicznej fikcji. Kelsen chciał zaproponować koncepcję prawa i metody prawniczej wolną od wad, którymi w jego przekonaniu obciążone były inne wcześniejsze filozofie prawa, również te pozytywistyczne. Filozofiom tym zarzucał w szczególności, że błędnie definiują prawo, mieszając elementy

⁵ Zob. J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny dla prawników*, wyd. I, Kraków 2003, s. 76 i n.

ze sfery bytu (*Sein*) z elementami ze sfery powinności (*Sollen*). Jego ambicją było więc stworzenie „czystej nauki prawa”, badającej prawo wyłącznie jako „powinność”. A co ostatecznie powstało? Skrajna teoria prawa, niestety w wielu punktach antynomiczna, całkowicie oderwana od „rzeczywistości prawa działającego”, czyli od praktyki prawniczej.

Początkiem łańcucha nieporozumień było założenie, że prawo jest zjawiskiem wyłącznie ze sfery „czystej powinności”. Językowym zaś wyrazem „powinności prawnej” jest norma prawna, definiowana przez Kelsena w sposób, który zresztą może budzić poważne wątpliwości. Chcąc uratować „autonomię normy prawnej” pojmowanej jako „atom prawa”, postanawia Kelsen zapowiedzianą autonomię normy prawnej natychmiast zakwestionować, wpisując ją w większą całość, to znaczy w system normatywny.

nością nie wyczerpuje bogactwa powiązań zachodzących pomiędzy normami w systemie prawa. Założenie, że powiązania te mają wyłącznie charakter formalny (kompetencyjny), jest dla prawnika nie do przyjęcia. A do tego zaproponowana przez Kelsena konstrukcja normy podstawowej (*Grundnorm*) jest w najwyższym z możliwych stopni niejasna. Wydaje się, że niezależnie od intencji samego Kelsena, norma podstawowa zawiera (musi zawierać) również element faktyczny (posiadać jakąś treść), by mogła spełnić swoją legitymującą funkcję dla całego systemu. Od Kelsena dowiadujemy się o „normie podstawowej” zaledwie tyle, że jest to „norma pomyślana” lub „sfingowana”. Czyli w istocie nie dowiadujemy się niczego. No i wreszcie system mieszany: ten jest oczywistą ontologiczną hybrydą, powrotem do pozytywizmu, który przecież Kelsen sam krytykował i odrzucał⁶.

Trzecim byłby mit czystej metody normatywnej, czyli mit *Reine Rechtslehre* Kelsena. W moim przekonaniu, uznawany za „twardą” odmianę pozytywizmu prawniczego normatywizm zbudowany został na ontologicznej i epistemologicznej fikcji.

To pierwsza z antynomii, ale z pewnością nie ostatnia. Uznając, że norma prawna może istnieć tylko w systemie, Kelsen zaczyna się miotać pomiędzy różnymi koncepcjami systemu: statycznym, dynamicznym i mieszanym. Oczywiście, koncepcja systemu statycznego jest wprost sprzeczna z ideą normatywizmu. Po pierwsze dlatego, że zakłada ona powiązania „inferencyjne” pomiędzy normami w systemie, czyli powiązania wprost treściowe (faktyczne). Po drugie zaś dlatego, że norma najwyższa w systemie statycznym to – zdaniem Kelsena – norma o najwyższej (w sensie aksjologicznym) wartości, czyli norma zawierająca określoną treść, a tym samym istniejąca w sposób faktyczny. Z kolei dynamiczne ujęcie systemu z całą pew-

A czym wobec tego jest w sensie metodologicznym *Reine Rechtslehre*? Przede wszystkim tym, co jego koncepcja prawa (normy i systemu), czyli również mitem, tylko że w tym przypadku epistemologicznym. Zresztą Kelsen nigdzie nie przedstawił interpretacji *Reine Rechtslehre* jako koncepcji metodologicznej, ograniczając się do ogólniejszego stwierdzenia, zgodnie z którym zadaniem *Reine Rechtslehre* ma być badanie prawa pojmowanego jako „czysta powinność”. Jest to trochę za mało jak na metodologię, która miałaby znaleźć jakieś praktyczne zastosowanie. W rezultacie

⁶ Zob. J. Stelmach, *Norma podstawowa* (w:) J. Stelmach (red), *Studia z filozofii prawa*, t. I, Kraków 2001, s. 63 i n.

znów zamiast „rzeczywistej”, w sensie: „stosowalnej”, mamy „życzeniową” (żeby posłużyć się pojęciem samego Kelsena), „sfingowaną” metodologię prawa.

Czwartym, ostatnim, byłby wreszcie mit analizy prawniczej. Określenie tego mitu mianem „analizy prawniczej” pochodzi ode mnie. Sam zaś „mit analizy” istniał naprawdę, a w pewnym okresie był w nauce prawa niezwykle żywotny, również w Polsce (chodzą

i ta okoliczność, że w przypadku „analizy prawniczej”, w istocie, relatywizujemy nasze rozumienie prawa do reguł wykładni języka (potocznego, prawnego i prawniczego). Grozi to ostatecznym pomieszaniem ontologicznego i metodologicznego aspektu rozważań nad prawem. Mam nieodparte wrażenie, że w przypadku analitycznie zorientowanego pozytywizmu prawniczego z takim pomieszaniem mamy często do czynienia.

Od Kelsena dowiadujemy się o „normie podstawowej” zaledwie tyle, że jest to „norma pomyślana” lub „sfingowana”. Czyli w istocie nie dowiadujemy się niczego.

o lata 70. i 80. ubiegłego wieku). Pochodzące z filozofii analitycznej przekonanie, że badanie języka jest kluczem do uprawiania filozofii oraz jedynym uprawnionym rodzajem interpretacji, zostało z entuzjazmem przyjęte przez znaczną część europejskich prawników (bardziej przez filozofów i teoretyków prawa niż dogmatyków), a działa się to pod niewątpliwym wpływem wydanej w 1961 r. przez Harta pracy *The Concept of Law*. Mimo że jako prawnik i filozof byłem wykształcony w „duchu analitycznym”, to jednak nigdy nie rozumiałem tego całego „zachłyśnięcia” się metodą analityczną przez filozofów i prawników⁷. Przyjmując bezkrytycznie analityczny punkt widzenia, bardzo łatwo popaść w przesadę, polegającą na nadmiernym fetyszyzowaniu (mitologizowaniu) analizy językowej, a w konsekwencji na przypisywaniu jej znaczenia, którego ta metoda już z pewnością nie ma. Rezultaty analizy językowej są przeważnie dość ubogie, dają nam bowiem wiedzę, którą intuicyjnie już zwykle posiadamy. Ponadto w sytuacjach, gdy przedmiotem interpretacji jest tak zwany „przypadek trudny”, analiza staje się najczęściej metodą dalece niewystarczającą. Wątpliwości może budzić również

Na czym więc ma ostatecznie polegać „analiza prawnicza”? Paradygmatyczna, dla zwolenników stosowania analizy lingwistycznej w prawie, filozofia Harta (zwłaszcza praca *The Concept of Law*) tak naprawdę nie zajmuje się problemem metody prawniczej. Zajmuje się natomiast pojęciem prawa oraz innymi pojęciami granicznymi (na przykład pojęciem moralności). Hart pokazuje, jak te pojęcia mogą być przy wykorzystaniu analizy językowej badane. I tylko tyle. O metodzie interpretowania „prawa w działaniu” nie ma, poza całkiem ogólnymi presupozycjami, w ogóle mowy. Znow więc mamy bardzo popularną i powszechnie akceptowaną metodę, której *de facto* nie ma!

Warto na koniec zwrócić jeszcze uwagę na powiązania istniejące pomiędzy poszczególnymi pozytywnymi mitami metodologicznymi, zwłaszcza mitem metody formalno-dogmatycznej i mitem analizy prawniczej. Hart, definiując pozytywizm prawniczy, już na początku stwierdza, że pozytywizm to pewna teoria nauk prawnych, postulująca jako przedmiot prawoznawstwa prawo pozytywne, a jego narzędzie właśnie metodę formalno-dogmatyczną⁸.

⁷ Piszę o tym więcej w artykule *Dylematy analitycznej filozofii prawa* (w:) J. Hartman (red.), *Filozofia i logika. W stronę Jana Woleńskiego*, Kraków 2000, s. 201 i n.

⁸ H.L.A. Hart, *Legal Positivism* (w:) *The Encyclopedia of Philosophy*, New York 1967, t. IV, s. 418 i n.; J. Woleński, *Wstęp. Harta Pojęcie prawa* (w:) H.L.A. Hart, *Pojęcie prawa*, Warszawa 1998, s. XIII i n.

3. Dekonstrukcja

Pora więc zastanowić się nad możliwymi sposobami dekonstrukcji pozytywistycznych mitów metody prawniczej. Pomocne w tym procesie mogą okazać się argumenty, które chciałbym podzielić na cztery względnie różne grupy.

Pierwszą z grup stanowią argumenty pozwalające wykazać, że w przypadku pozytywizmu prawniczego w ogóle nie mamy do czynienia z metodą poznania (interpretacji) jako taką, ani żadną spójną epistemologią, lecz zaledwie ze zbiorem zdroworozsądkowych postulatów, prognoz i wyobrażeń (nierazko typu normatywnego), przy równoczesnym braku opisu samej metody oraz procedury jej zastosowania w konkretnych przypadkach interpretacyjnych. Czym jest idea sylogizmu prawniczego i całej logiki prawniczej, jeśli nie metodologicznym mitem? Przecież sylogizm taki, jako sylogizm logiczny, w ogóle nie istnieje, podobnie jak nie istnieje logika prawnicza – przynajmniej jako logika rozumiana w sensie formalnym. Podobnie rzecz się ma z *Reine Rechtslehre* Kelsena. Przecież koncepcja

„siła uzasadnień” twierdzeń przeciwnych. Zwolennicy pozytywizmu prawniczego nie znoszą tego typu argumentów, godzących przecież w najważniejsze pozytywistyczne przekonania. A tymczasem, czy się to komu podoba, czy nie, w zasadzie każdej „pozytywistycznej tezie” daje się przyporządkować pewną „niepozytywistyczną antytezę”. I tak na przykład twierdzeniu, że poznanie prawnicze jest logiczne, można przyporządkować twierdzenie, że logiczne oczywiście nie jest. Tezie, że poznanie prawnicze ma systematyczny (dedukcyjny) charakter, z kolei tezę, że takiego charakteru nie ma, lecz że ma właśnie charakter topiczny (indukcyjny). Czy wreszcie ustaleniu, że istnieje jedynie uprawniona metoda prawnicza – ustalenie, że metod tych może być więcej.

Kolejną, trzecią grupę, stanowią argumenty wykazujące nieskuteczność i nieefektywność metod pozytywistycznych. Metody te bowiem nie działają dobrze albo nie działają wcale. W imię takich wartości, jak formalnie pojmowana sprawiedliwość oraz pewność prawa (*Rechtssicherheit*), pozytywizm prawniczy

Czwartym, ostatnim byłyby wreszcie mit analizy prawniczej.

ta, zarówno w wariantcie ontologicznym, jak i epistemologicznym, poza sferą „czystej spekulacji” nie ma żadnej racji bytu⁹. Gdy zaś idzie o tak zwaną analizę prawniczą, to jej elementy z całą pewnością są przez prawników wykorzystywane. Tyle tylko, że nie jest to żadne odkrycie pozytywizmu prawniczego. Prawnicy analizą językową (różnymi odmianami wykładni językowej) posługiwali się od zawsze i z całą pewnością nie jest to żaden „wynalazek” – ani dawniejszego pozytywizmu prawniczego, ani jego współczesnych analitycznych odmian.

Celem drugiej grupa argumentów jest wykazanie, że „siła uzasadnień” twierdzeń fundujących poszczególne pozytywistyczne mity metodologiczne jest niewielka, a w każdym razie nie jest ona większa niż

⁹ Zresztą również na poziomie „spekulacji” koncepcja *Reine Rechtslehre* nie jest przecież wolna od błędów i sprzeczności.

propagował „metody”, które są zarazem nieskuteczne i ekonomicznie nieefektywne. Metody te mają służyć tylko jednemu celowi, a mianowicie badaniu obowiązującego prawa. Prawo zaś obowiązuje nawet wówczas, gdy już nie działa, gdy nie spełnia żadnego z możliwych kryteriów efektywności¹⁰. W dobie wielkich cywilizacyjnych zmian, poważnych, pojawiających się z coraz większą częstotliwością kryzysów ekonomicznych, system myślenia prawniczego oparty przede wszystkim na „zasadzie bezwładności” (*Prinzip*

¹⁰ W grę może wchodzić kilka różnych kryteriów (rodzajów) efektywności, na przykład „kryterium maksymalizacji bogactwa społecznego” opisane przez Posnera, następnie kryteria Pareto oraz Kaldora-Hicksa, czy wreszcie kryterium efektywności rozumianej jako analiza kosztów marginalnych. Więcej na ten temat J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007, s. 25 i n.

der Trägheit), który doprowadził do powstania porządków prawnych do granic rozsądku przeregulowanych, sformalizowanych i zbiurokratyzowanych, oczywiście nie może dobrze działać; no i nie działa! W konsekwencji taki system najczęściej „reaguje” na dokonujące się zmiany albo zbyt późno, czyli już po fakcie, albo nie reaguje wcale, bo już i tak nie ma po co.

Celem ostatniej, czwartej grupy argumentów, jest pokazanie alternatywy metodologicznej, zaproponowanie koncepcji metody prawniczej opartej na idei relatywizmu i pluralizmu epistemologicznego.

Poznawczy relatywizm opiera się na przekonaniu, że nie istnieje żadna absolutna, obiektywna wiedza, jak również żadna szczególna, uprzywilejowana metoda prawnicza. Ostatecznie wszystko w poznaniu prawniczym jest względne, łącznie z samym przedmiotem tego poznania, czyli prawem. Prawo powstaje bowiem albo jako rezultat procesu interpretacji, albo jako rezultat otwartego, podlegającego ciągłym zmianom dyskursu społecznego. W konsekwencji, gdy idzie o treść i formę prawa, nic nie jest stałe, dane raz na zawsze (jak chcieliby tego zwolennicy „twardego” pozytywizmu). Prawo jest „po”, a nie jak chce tego pozytywizm prawniczy „przed”. W jednym z możliwych

ujęć „prawa nie ma przed interpretacją”, w drugim zaś „prawa nie ma przed dyskursem”. „Konkretne prawo” zależy więc albo od tego, jaką metodą interpretacyjną posłużymy się w danym przypadku, albo od zmiennych rządzących przebiegiem dyskursu społecznego, w szczególności zaś od zmiennych historycznych, politycznych, ekonomicznych oraz aksjologicznych.

Metodologiczny pluralizm w odniesieniu do poznania prawniczego oznacza akceptację twierdzenia głoszącego istnienie wielu niewspółmiernych metod, którymi może posłużyć się prawnik: zarówno metod logicznych i językowych, jak i metod ekonomicznych, ze szczególnym uwzględnieniem ekonomicznej analizy prawa, metod argumentacyjnych, a nawet metod hermeneutycznych. Wyboru określonej metody lub metod dokonuje się w procesie „ważenia”, w którym uwzględnionych winno być szereg czynników: przede wszystkim rodzaj oraz stopień trudności interpretowanego przypadku, kontekst interpretacyjny, metodologiczne nawyki samego interpretatora, czy wreszcie – dominująca tradycja interpretacyjna.

Dopiero w ten sposób możemy z „poziomu mitu” (czyli z poziomu teorii lub metateorii) przejść do „poziomu praktyki” interpretacyjnej.