

Ekonomiczna analiza prawa cywilnego. Tom I: Zagadnienia ogólne i prawo umów

Przejdź do produktu na ksiegarnia.beck.pl

Wprowadzenie

1. Uwagi ogólne

Tytuł niniejszej monografii skłania polskiego Czytelnika do zadania sobie pytania, co autorzy rozumieją przez pojęcie prawa cywilnego i jego ekonomicznej analizy. Od razu pojawia się także wątpliwość, na ile trzeba być obeznanym z prawem, a na ile z ekonomią, aby zaabsorbować treść książki. Z góry jednak chcemy zapowiedzieć, że nie dokonujemy rozróżnienia, do kogo jest ona kierowana – czy bliżej jej do prawników, czy też ekonomistów, ma ona bowiem charakter interdyscyplinarny, co zresztą jest immamentną cechą Ekonomicznej Analizy Prawa (*Law & Economics*), przez którą rozumiemy w skrócie program badawczy, którego celem jest analiza prawa z pomocą narzędzi ekonomicznych¹. Oznacza to, że niezbędna jest podstawowa wiedza z zakresu zarówno prawa, jak i ekonomii, aby w pełni docenić jej przydatność, a także znajdować jej zastosowanie. Nie dokonujemy też wskazania prymatu jednej nauki nad drugą, albowiem obie są równorzędne, przynależąc do tej samej grupy, tj. nauk społecznych. Staramy się też ukazać, że użycie podejścia ekonomicznego wzbogaca analizę prawa w szerokim jego rozumieniu, jak też prowadzi do sprawiedliwszych rozstrzygnięć sporów (w rozumieniu dobrobytu społeczeństwa) lub też projektowania regulacji prawnych².

¹ O różnych podejściach w zakresie definiowania Ekonomicznej Analizy Prawa, a także jej miejscu w naukach prawnych i ekonomicznych zob. rozdział 1, pkt 1.3.

² Autorzy nie koncentrują się na statecznym ujęciu prawa, koncentrując się wyłącznie na analizie obowiązujących przepisów, lecz biorą pod uwagę działalność instytucji zaangażowanych w proces jego tworzenia, stosowania i egzekwowania. W tym rozumieniu prawo postrzegane jest dynamicznie z uwzględnieniem wpływu instytucji na jego analizę.

Z naturalnych jednak powodów niezbędne jest przybliżenie podstawowych zagadnień ekonomicznych, aby w pełni zrozumieć, jak blisko jest ekonomii i prawnu, by mogły one służyć całemu społeczeństwu. Zapewniamy jednak, że zastosowanie zaawansowanej matematyki, która tak bardzo utożsamiana jest ze współczesnym rozumieniem ekonomii, zostało na tyle zmarginalizowane, iż pozwala z powodzeniem na zrozumienie treści monografii bez konieczności sięgania po specjalistyczną wiedzę.

Po tych wstępnych uwagach niezbędne jest uporządkowanie podstawowych kwestii z obszaru zarówno prawa, jak i ekonomii. W tym celu mierzymy się początkowo z zakresem i rozumieniem prawa cywilnego, a także przybliżamy wstępnie kwestie odnoszące się do ekonomii, by dotrzeć do wybranych zagadnień związanych z Ekonomiczną Analizą Prawa (*Law & Economics*). Powrócimy do tych kwestii jeszcze w sposób bardziej szczegółowy w części podstawowej niniejszej monografii, wystrzegając się jednak niepotrzebnych powtórzeń. Staramy się bowiem, aby pomimo wewnętrznych odniesień każda z części, czy to w formie niniejszego wprowadzenia, czy też poszczególnych rozdziałów, możliwa była do zrozumienia autonomicznie, a wespół z innymi rozdziałami umożliwiała komplementarne spojrzenie.

2. Pojęcie i zakres prawa cywilnego

W literaturze zagranicznej często spotyka się pojęcia tradycji prawa (ang. *legal tradition*) oraz kultury prawnej (ang. *legal culture*) używane jako zamienniki³. Jednakże dostrzegalne są także różnice. Przykładowo ta pierwsza określana jest jako „głęboko zakorzenione, uwarunkowane historycznie nastawienie co do istoty prawa, roli prawa w społeczeństwie i w polityce, odpowiednia organizacja i funkcjonowanie systemu prawa, jak i też to czy prawo jest i powinno być kreowane, stosowane, studiowane, poprawiane i nauczane”⁴, a druga – jako „opinie ludzi na temat prawa, prawnicy i porządek prawny obejmujący określone idee, nastawienie i oczekiwania względem systemu prawa”⁵. Warto zauważyć, że tradycja czy też kultura prawa, a także styl, podejście, krąg, sfera lub też cywilizacja prawa wiązane są również z pojęciem rodziny prawa (ang. *legal family*)⁶. Nie wdajemy się jednak w tę subtelną dyskusję odnoszącą się do zauważalnych różnic w ramach tych pojęć, uznając, że najlepszym wyróżnikiem pomiędzy do-

³ Zob. A. Watson, *Legal Culture v Legal Tradition*, w: M. Van Hoecke (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford–Portland 2004, s. 1 i n.

⁴ Zob. J.H. Merryman, R. Pérez-Perdomo, *The Civil Law Tradition*, Stanford 2007, s. 2.

⁵ Zob. L. Friedman, *The Place of Legal Culture in the Sociology of Law*, w: M. Freeman (ed.), *Law and Sociology*, Oxford 2006, s. 189.

⁶ Zob. H. Glenn, *Legal Cultures and Legal Traditions*, w: M. Van Hoecke (ed.), *Epistemology*, s. 7 i n.

minującymi systemami prawa na świecie jest pojęcie tradycji prawa. W jej skład mogą wchodzić jej podgrupy lub też poszczególne rodziny prawa. Dochodzimy w ten sposób tutaj do tytułu niniejszej monografii, w której pojawia się pojęcie prawa cywilnego, przy czym jego użycie odnosi się zarówno do kręgu prawnego, do którego nawiązujemy, jak i do gałęzi prawa jako takiej.

W tym pierwszym przypadku polski Czytelnik na łamach tej monografii spotka się z pojęciami tradycji prawa cywilnego jak i tradycji kontynentalnego prawa cywilnego. Wynika to z rozróżnienia, jakie staramy się wprowadzić pomiędzy tymi pojęciami. Koncentrujemy się bowiem na Europie kontynentalnej, w której wyróżniamy właśnie tradycję kontynentalnego prawa cywilnego, mając oczywiście na uwadze, że rozwijana ona była również poza „starym” kontynentem. Dla tego ostatniego posługujemy się pojęciem tradycji prawa cywilnego. Wybór ten podyktowany jest również w pewnym stopniu trudnościami tłumaczeniowymi pojęcia *civil law systems*, który powszechnie używany jest względem systemów prawnych Europy kontynentalnej. Ujęcie jednak naszych rozważań zakresem tego ostatniego pojęcia byłoby uproszczeniem terminologicznym, które nie uwzględnia recepcji prawa cywilnego poza granicami Europy, np. w Ameryce Południowej. Posługujemy się więc określeniem „tradycja kontynentalnego prawa cywilnego” dla opisu praw państw ukształtowanych przez rzymską tradycję prawną *ius commune* w Europie. Równoległe rozwijaną inną tradycją prawa była tradycja *common law*⁷. Mamy oczywiście świadomość braku jednorodności systemów prawnych Europy kontynentalnej, w ramach których wyróżnia się dwie podstawowe rodziny – rodzinę prawa germańskiego, w której wiodącą rolę dzierży prawo niemieckie, oraz rodzinę prawa romańskiego wraz z dominującą rolą prawa francuskiego. W przypadku polskiego systemu prawa jego usytuowanie w ramach tradycji kontynentalnego prawa cywilnego ma charakter synkretyczny, łącząc obie te rodziny, co wynikało ze ścierania się ich na ziemiach polskich po utracie bytu państwowego pod koniec XVIII w., ale też kultywowania podejścia komparatystycznego w niepodległej Polsce po 1918 r.

Spójrzmy jednak na pojęcie prawa cywilnego jako gałęzi prawa, tj. zbioru norm regulujących określoną dziedzinę życia, co w naszym przypadku oznacza zbiór przepisów (zespół norm), regulujący stosunki majątkowe i niemajątkowe między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, wykorzystujący metodę cywi-

⁷ Pojęcie *common law* używane jest w piśmiennictwie w różnych kontekstach, lecz przyjmujemy, że dominujące jest pojęcie prawa precedensowego tj. prawa wykształconego w drodze systematycznego nawiązywania do orzeczeń wcześniej wydanych w analogicznych sprawach przez sądy. Za pomocą tego terminu w szerokim jego znaczeniu odróżnia się też rodzinę prawa anglo-amerykańskiego od rodziny prawa cywilnego, w skład której wchodzi systemy prawa Europy kontynentalnej. Zob. K. Zweigert, H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, Oxford 1998, s. 188.

listychną opartą na zasadzie autonomii i równorzędności podmiotów stosunków prawnych⁸. W zakres tak pojmowanego prawa cywilnego wchodzi zarówno działy kodeksowe, jak i pozakodeksowe. Warto jednak podkreślić, że dominującą cechą kontynentalnego prawa cywilnego jest jego organizacja wokół kodeksu cywilnego przyjmowanego współcześnie w formie ustawy (nazwę „kodeks” należy tu odczytywać jako podkreślenie jego wiodącego charakteru)⁹. W przypadku Polski jest nim Kodeks cywilny z 1964 r.¹⁰, który podlegał licznym zmianom, w szczególności po 1989 r. W przypadku Niemiec jest nim uchwalony w 1896 r. niemiecki Kodeks cywilny (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB), który zaczął obowiązywać od 1900 r.¹¹

Podążając za polską systematyką kodeksową, można wyróżnić następujące działy kodeksowe: prawo rzeczowe, prawo zobowiązań oraz prawo spadkowe. Natomiast w ramach pozakodeksowej systematyki do prawa cywilnego bez wątplenia można zaliczyć prawo autorskie i prawo własności przemysłowej, a sporne mogą się okazać prawo pracy, prawo rolne, prawo rodzinne, prawo handlowe oraz prawo spółdzielcze. Dla przypomnienia w ramach prawa zobowiązań tradycyjnie wyróżnia się m.in. prawo umów oraz prawo czynów niedozwolonych (prawo deliktów), albowiem zobowiązanie rozumiane jest jako więź o charakterze prawnym (łac. *vinculum iuris*)¹², łącząc zarówno stosunek umowny, jak i stosunek deliktowy. Z tego też powodu wybrane zagadnienia z obu tych działów prawa cywilnego zostały poddane analizie ekonomicznej z zastrzeżeniem przyjętego jej podziału w niniejszej monografii odpowiednio w ramach tomu pierwszego i tomu drugiego. W tym ostatnim podjęta została tematyka prawa rzeczowego będąca również częścią prawa cywilnego, którą ujmujemy pod szerokim pojęciem prawa własności. Zgodnie z systematyką pozakodeksową zajmujemy się także niektórymi zagadnieniami prawa handlowego, pozostawiając inne działy poza zakresem niniejszej publikacji.

Przejdźmy jednak do podstawowego wprowadzenia do ekonomii, co też w niniejszej monografii zostanie później szczegółowo rozwinięte¹³. Przybliżamy więc poniżej główne zagadnienie, na którym koncentruje się ekonomia, w tym kon-

⁸ Zob. A. Bieliński, M. Pannert, Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2021, s. 5.

⁹ Szerzej zob. M. Saffjan, w: M. Saffjan (red.), System Prawa Prywatnego, t. 1, Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 2007, s. 66 i n.

¹⁰ Ustawa z 23.4.1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.).

¹¹ Impulsem jego powstania był proces zjednoczenia ziem niemieckich, które doprowadziło do uchwalenia „Księgi ustaw cywilnych dla państwa niemieckiego” (Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich) z datą obowiązywania 1.1.1900 r. Z tym dniem wszedł również w życie niemiecki Kodeks handlowy (Handelsgesetzbuch – HGB).

¹² Zob. W. Czachórski, Zobowiązania. Zarys wykładu, Warszawa 1995, s. 31.

¹³ Zob. w szczególności rozdział 4.

cepcje efektywności i zapobiegania marnotrawstwu, podwójnym indywidualizmie, tj. indywidualizmie normatywnym i metodologicznym¹⁴, a także wyborze instytucjonalnym i rozgraniczeniem pomiędzy analizą ekonomiczną a analizą mikroekonomiczną oraz związkiem pomiędzy efektywnością a sprawiedliwością. Pomędzy powyższymi zagadnieniami przybliżamy także pojęcie konsekwencjonalizmu w Ekonomicznej Analizie Prawa, koncentrując się następnie na związku pomiędzy efektywnością alokacyjną a sprawiedliwością, a także sprawiedliwą dystrybucją i efektywnością. Wskazujemy również alternatywy dla kryterium efektywności. Na koniec precyzujemy, jakimi zadaniami, które tradycyjnie przypisywane są Ekonomicznej Analizie Prawa, będziemy się zajmować, przybliżając jednocześnie strukturę niniejszej monografii.

3. Efektywność i marnotrawstwo jako główne zagadnienia ekonomii

Głównym zagadnieniem, na którym koncentruje się ekonomia, jest pytanie, w jaki sposób społeczeństwo wykorzystuje swoje ograniczone zasoby, aby uzyskać najwyższy możliwy stopień zaspokojenia swoich potrzeb. W zakresie, w jakim jest to faktycznie osiągalne, gospodarka jest uważana za efektywną. W przeciwnym razie następuje marnotrawstwo zasobów, a ponieważ unikanie tego zjawiska jest rozsądnym i ważnym zadaniem dla całego społeczeństwa, to jednym z głównych celów ekonomii normatywnej i teorii polityki gospodarczej jest postulowanie istnienia regulacji i instytucji, których istnienie promuje efektywne wykorzystanie zasobów¹⁵.

Ekonomiczna Analiza Prawa (*Law & Economics*) odwołuje się do tego celu i odnosi go do norm systemu prawnego. Uznaje ona więc za uzasadnioną i konieczną ocenę szeroko pojętych norm prawnych pod kątem zapobiegania marnotrawieniu zasobów, a tym samym zwiększenia efektywności. Weźmy pod uwagę następujący przykład.

Przykład

Zadaniem władz odpowiedzialnych za bezpieczeństwo na drogach w Tatrach jest skuteczna ochrona kierowców przed niebezpieczeństwem spowodowanym obrywami skalnymi. Odbywa się to najczęściej przez instalację stalowych siatek przy jednoczesnym stałym monitorowaniu terenu narażonego na takie osuwiska. Wynikające z tego wykorzystanie dostępnych zasobów publicznych zapobiega poważnym wypadkom i uszkodzeniom ciała oraz utracie życia. Ponieważ zapobieganie im jest ważniejsze dla społeczeństwa niż oszczędzanie na kosztach ich unikania, konieczne jest wprowadzenie odpowiednich regulacji prawnych, które spowodują poniesienie tych kosztów. Jed-

¹⁴ Tak rozumiany indywidualizm podważany jest w ramach samej ekonomii, w szczególności przez przedstawicieli Ekonomii Behawioralnej. Szerzej o Ekonomii Behawioralnej zob. rozdział 5.

¹⁵ Szerzej o pojęciu ekonomii, w tym ekonomii normatywnej i pozytywnej, zob. rozdział 1, pkt 1.2.

nym ze sposobów będzie przypisanie własności drogi, a tym samym zadań związanych z jej utrzymaniem wraz ze standardem odpowiedzialności za jego naruszenie władzom gminnym, powiatowym lub wojewódzkim. Mogą jednak zaistnieć okoliczności, w których wydatki te mogą być nieuzasadnione. Przełęcz Khyber, która łączy Afganistan z Pakistanem, prowadzi przez niebezpiecznie wysokie góry Hindukuszu. Gdyby w Afganistanie trzeba było ponieść taki sam wysiłek związany z unikaniem wypadków, jak czyni się to w Tatrach, znacznie uszczupliłoby to budżet publiczny w kraju o jednym z najniższych dochodów budżetowych na świecie. Wydawanie prawie wszystkich zasobów państwowych na zapobieganie takim wypadkom przy jednoczesnym ignorowaniu innych zadań byłoby zwykłym marnotrawstwem. W tym przypadku rozwiązanie prawne wymuszające ponoszenie kosztów zapobiegania wypadkom byłoby nieefektywne. Oczywiście jest, że sąd w kraju europejskim zastosowałby inny standard odpowiedzialności niż w Afganistanie, oceniając działanie organu odpowiedzialnego za realizację obowiązku zapewnienia bezpieczeństwa na drogach. Można również stwierdzić, że niesprawiedliwe jest wydawanie tak wielu zasobów w jednym kraju, podczas gdy w innym wydaje się to być „sprawiedliwe”. Pogląd ten jasno ukazuje, że unikanie marnotrawstwa wiąże się ze sprawiedliwością, a efektywność i sprawiedliwość mogą być zbieżne w niektórych obszarach.

Na marginesie musimy jednocześnie wspomnieć, że pojęcie efektywności jest często niewłaściwie pojmowane przez prawników, którzy utożsamiają je z pojęciem skuteczności. Skuteczność to nie to samo co efektywność i *vice versa*, dlatego też tak wiele miejsca poświęcamy w rozdziale 3 monografii na przybliżenie znaczenia efektywności w ekonomii, w tym pojęcia efektywności alokacyjnej, które wielokrotnie będzie pojawiało się w niniejszej książce¹⁶.

4. Konsekwencjonalizm i niekonsekwencjonalizm w Ekonomicznej Analizie Prawa

Jeśli Ekonomiczna Analiza Prawa dokonuje oceny norm prawnych na podstawie stopnia, w jakim zapobiegają one marnotrawieniu ograniczonych zasobów, to czyni to na podstawie skutków, jakie przynoszą one członkom społeczeństwa. W tym zakresie przynależy ona do sfery tzw. konsekwencjalistycznych teorii społecznych¹⁷. Zgodnie z nimi działania i decyzje administracji publicznej, sądów powszechnych, ale także działania jednostek, są oceniane na podstawie skutków, jakie powodują, co dotyczy również norm prawnych.

Odróżnia to Ekonomiczną Analizę Prawa od podejścia, zgodnie z którym jedynym uzasadnieniem dla norm prawnych jest to, że zostały one stworzone zgod-

¹⁶ O efektywności alokacyjnej zob. rozdział 3, pkt 3.4.

¹⁷ Zob. A. Sen, B. Williams (eds.), *Utilitarianism and beyond*, Cambridge 1982.

nie z najwyższym aktem danego społeczeństwa, tj. konstytucją, i nie potrzebują dalszego uzasadnienia. Różni się ona także od koncepcji, według której w prawie upatruje się wartości działań i decyzji w samym jego działaniu, niezależnie od skutków, jakie te działania wywołują. W przytoczonym powyżej przykładzie zatem to, czy ochrona użytkowników drogi za pomocą stalowych siatek w górzystym terenie jest społecznie słuszna, zależy wyłącznie od konsekwencji, jakie to za sobą niesie.

Ekonomiczna Analiza Prawa nie ogranicza się jednak do konsekwencjalistycznych koncepcji sprawiedliwości. W liberalnym społeczeństwie normy ludzkiego współistnienia mogą również spontanicznie wyłaniać się w wyniku interakcji jednostek. Takie normy prawne nie opierają się na wazieniu skutków, albowiem często nie są one nawet dostępne do ich precyzyjnego oszacowania. Przez zastosowanie formuły *Friedricha Augusta von Hayeka* są one wynikiem „ludzkiego działania, a nie ludzkiego planu”¹⁸. Takie zasady okazały się ewolucyjnie stabilne, chociaż w otwartym społeczeństwie mogą być podważane, lecz z samego tytułu ich istnienia, a nie z analizy ich skutków, wywodzą swoją legitymizację. Ekonomiczna Analiza Prawa zajmuje się również tworzeniem takich norm i ich znaczeniem dla społeczeństwa i prawa¹⁹.

5. Podwójny indywidualizm analizy ekonomicznej

W większości swoich zastosowań analiza ekonomiczna wykorzystuje indywidualizm normatywny i metodologiczny. Ten pierwszy wskazuje, że cele i zadania państwa można określić jedynie przez odwołanie się do celów i preferencji członków społeczeństwa. Zasadniczo, gdy ignorancja i brak doświadczenia są wykluczone, członkowie społeczeństwa wiedzą najlepiej, co jest dla nich dobre. Zadaniem państwa może być co najwyżej podsumowanie i agregacja tych życzeń i celów, ale nie rozwijanie własnych preferencji, które są oderwane od preferencji członków społeczeństwa. Jeśli np. państwo produkuje dobra, których jednostki nie chcą, takie działanie byłoby równie marnotrawne z perspektywy analizy ekonomicznej jak natychmiastowe marnowanie tych zasobów. W ten sposób analiza

¹⁸ Na temat *Hayeka* zob. nota biograficzna w rozdziale 3, przypis 63. Choć słowa te przypisywane są *Hayekowi*, to zaczerpnął on to powiedzenie od nauczyciela wielkiego ekonomisty *Adama Smitha*, tj. *Adama Fergusona* (1723–1816), szkockiego ekonomisty i myśliciela politycznego, który w swoim dziele poświęconym społeczeństwu zaobserwował, że „struktury społecznego wszelkiego rodzaju są rezultatem działania ludzkiego, nie zaś ludzkiego planu” [tłum. *J.B.*] – *A. Ferguson, Essays on the History of Civil Society*, London 1782, s. 205.

¹⁹ Zob. *R. Sudgen*, Spontaneous Order, *Journal of Economic Perspectives* 1989, vol. 3, No. 4, s. 85 i n.; *R. Heiner*, Rule-Governed Behaviour in Evolution and Human Society, *Constitutional Political Economy* 1990, vol. 1, iss. 1, s. 19 i n.; *Hayek F.*, *Law, Legislation and Liberty*, vol. 3, Chicago 1981 (pozycja ta ukazała się również w języku polskim – zob. *F. Hayek*, *Prawo, legislacja i wolność*, Warszawa 2020).

ekonomiczna różni się od korporacyjnych, organicznych i systemowo-teoretycznych koncepcji państwa i prawa, o ile uznają one społeczeństwo za ciało niezależne od tworzących je jednostek.

Analiza ekonomiczna jest indywidualistyczna w podwójnym sensie. Przewidując skutki norm prawnych, zakłada, że jednostki dążą do własnych korzyści²⁰ i nie kierują się kategoriami moralnymi ani poczuciem obowiązku. To często kwestionowane założenie jest instrumentem analizy ekonomicznej. W rozdziale 4 opisujemy jednak, dlaczego instrument ten jest tak często wykorzystywany do celów prognostycznych. Ważne jest, aby zrozumieć charakter tego założenia jako narzędzia naukowego. I tak jak nie ocenia się kucharza po tym, jakie posiada garnki, tak nie ocenia się nauki po narzędziach, a raczej po wynikach i trafności prognoz.

Indywidualizm metodologiczny postrzega racjonalną i samolubnie działającą osobę jako podstawę do zrozumienia norm i instytucji. Zakłada, że instytucje są odpowiednie do wypełniania swoich zadań tylko wtedy, gdy zachowują się w taki sposób, że osoby w nich działające jednocześnie wspierają te zadania, dążąc do osiągnięcia prywatnych korzyści. Analiza ekonomiczna jest zatem niezgodna z teoriami, które próbują opisać instytucje, takie jak system prawny i organizacje, np. parlamenty, przedsiębiorstwa lub partie, bez odwoływania się do indywidualnych zachowań. Różni się również od wszystkich historycznych teorii społecznych i prawnych, które postulują możliwość dogłębnego zrozumienia państwa i społeczeństwa bez odwoływania się do indywidualnych zachowań. Można to wyrazić, ujmując to w ten sposób, że zgodnie z teorią indywidualizmu metodologicznego nie ma czegoś takiego jak „zachowanie” systemów lub instytucji, a jedynie zachowanie w instytucjach.

6. Ekonomia Behawioralna – odwrót od modelu *homo oeconomicus*?

Indywidualizm metodologiczny z założeniem racjonalnego i egoistycznego działania osób jest kwestionowany w ramach Ekonomii Behawioralnej. Z tej perspektywy model *homo oeconomicus* nie nadaje się do realistycznego uchwycenia złożoności ludzkich zachowań. Opierając się na wynikach empirycznych badań psychologicznych, Ekonomia Behawioralna wskazuje, że ludzie nie zachowują się w sposób konsekwentnie racjonalny, egoistyczny i maksymalizujący korzyści, często nie są także w stanie podejmować racjonalnych decyzji w celu realizacji

²⁰ Zob. G. Gäfgen, Entwicklung und Stand der Theorie der Property Rights, Eine kritische Bestandsaufnahme, w: M. Neumann (Hrsg.), Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte. Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Berlin 1984, s. 43 i n.

własnych interesów, ponieważ podlegają systematycznym błędom (anomaliom) w przetwarzaniu informacji. Prowadzi to do odchyień od racjonalnego zachowania, ponieważ podlegają oni również słabościom woli, co z kolei prowadzi do tego, że cenią obecną przyjemność wyżej niż szkodliwe skutki w przyszłości. Wreszcie, nie zachowują się w sposób konsekwentnie egoistyczny, ale są gotowi dać pierwszeństwo ideom sprawiedliwości i uczciwości, nawet jeśli wiąże się to z osobistą niekorzyścią.

Odkrycia Ekonomii Behawioralnej opierają się na analizie rzeczywistych zachowań ludzi w ramach prowadzonych badań empirycznych zwłaszcza z wykorzystaniem eksperymentów. W świetle tych ustaleń model *homo oeconomicus*, a wraz z nim duża część dorobku nauk ekonomicznych, wydają się być kwestionowane. W szczególności centralne założenie, że ludzie są w stanie sami najlepiej ocenić, co jest dla nich dobre, wydaje się być w tym świetle wątpliwe. Badania i propozycje Ekonomii Behawioralnej wywołały zatem szeroką reakcję, a także mają znaczący wpływ na Ekonomiczną Analizę Prawa. Jednakże w międzyczasie zastrzeżenia do podejścia i metod Ekonomii Behawioralnej stały się również powszechne, albowiem krytykuje się np., że nie opracowała ona teorii ludzkiego zachowania jako alternatywy dla teorii racjonalnego wyboru. Metody badawcze Ekonomii Behawioralnej, które opierają się na eksperymentach laboratoryjnych, również okazują się problematyczne, jeśli wyniki są nader pochopnie wykorzystywane do formułowania postulatów dotyczących polityki prawnej. Stało się jednak jasne, że psychologicznie (tj. behawioralnie) ubogacona ekonomia prawa wywołała i nadal wywołuje nowe oraz ważne odkrycia.

Kluczowe znaczenie w debacie o odwróceniu się od *homo oeconomicus* ma związana z tym zmiana w kierunku paternalizmu i wynikające z niej uzasadnienia dla interwencji w ogólną wolność działania. Jeśli przyjąć, że ludzie są często niezdolni do podejmowania racjonalnych decyzji w swoich własnych sprawach i podejmują takie, których by żałowali, oczywiste jest uzasadnienie paternalistycznych interwencji w indywidualną wolność działania, poprzez które błędne decyzje osób dotkniętych mają być korygowane w ich własnym interesie. Autorytarny paternalizm dyktuje tym, których dotyczy, czego powinni chcieć z innej perspektywy. W bardziej umiarkowanej formie libertariańskiego paternalizmu interwencje powinny mieć miejsce tylko w celu doprowadzenia jednostki do decyzji, które podejmąby przez racjonalne zachowanie²¹.

Zasadnicze odejście od modelu *homo oeconomicus* nie może być uzasadnione wynikami badań z zakresu Ekonomii Behawioralnej. Konieczne jest jednak uwzględnienie ustaleń dotyczących systematycznych słabości w przetwarzaniu

²¹ Szerzej rozdział 5, pkt 5.3 i 5.4.

informacji i woli przez ponowne przemyślenie oraz – w razie potrzeby – dalsze rozwijanie regulacji prawnych. W ściśle ograniczonych i wyjątkowych przypadkach można również rozważyć korekty poprzez interwencję w indywidualną swobodę działania.

7. Analiza ekonomiczna i wybór instytucjonalny

Ekonomiczna Analiza Prawa osadzona jest w nurcie badań ekonomicznych, w których podejście to stosowane jest w wielu obszarach, które wcześniej były zarezerwowane dla innych nauk. Przykładowo ocena działań organizacji, takich jak partie polityczne, stowarzyszenia, struktury biurokratyczne, przedsiębiorstwa czy też organy państwowe, odbywa się przy użyciu tego samego podejścia metodologicznego, które tradycyjnie było wykorzystywane do analizy rynku i przypadków jego niepowodzeń. Wspólną cechą wszystkich tych badań jest metodologiczny indywidualizm, założenie istnienia niedoboru zasobów oraz twierdzenie, że rozsądnym celem jest efektywne wykorzystanie ograniczonych zasobów. W szczególności Ekonomiczną Analizę Prawa można przypisać do podejścia instytucjonalnego (ang. *institutional choice*), które opisuje i analizuje instytucje państwa i społeczeństwa oraz ocenia je pod kątem kryterium efektywności alokacyjnej lub tego, czy osiągane są inne cele, takie jak ochrona praw człowieka lub zmniejszenie nierówności²².

Instytucjonalizm rozróżnia różne mechanizmy kontroli społecznej, za pomocą których można kierować wykorzystaniem zasobów:

- 1) rynek, który koordynuje zdecentralizowane decyzje jednostek poprzez transakcje oparte na cenach;
- 2) biurokratyczny proces koordynowania indywidualnych decyzji w hierarchicznych organizacjach poprzez rozkazy wzdłuż pionowych łańcuchów;
- 3) polityczny mechanizm decyzyjny, który koordynuje indywidualne decyzje na podstawie wyborów i głosów;
- 4) proces negocjacji, w którym jednostki tworzą grupy negocjujące między sobą²³.

Lista ta nie jest wyczerpująca, ponieważ istnieją inne metody, takie jak aukcje lub konkursy, za pomocą których przeprowadzana jest alokacja zasobów i które niektóre znacznie różnią się od wymienionych powyżej.

²² Zob. rozdział 1, pkt 1.7.4.

²³ Zob. R. Richter, E.G. Furubotn, *Institutions and Economic Theory: The Contribution of the New Institutional Economics*, Ann Arbor 2005; zob. także S. Voigt, *Institutional Economics: An Introduction*, Cambridge 2019.

Procedury te lub rozwiązania instytucjonalne mogą być ze sobą łączone. Celem ekonomisty poruszającego się w ramach ekonomii politycznej może być zaproponowanie takiej kombinacji instytucji, która zminimalizuje stopień marnotrawstwa zasobów, przy jednoczesnym uwzględnieniu indywidualnych preferencji²⁴. Normy prawne z kolei opisują konkretną strukturę mechanizmu społecznego i wzajemne powiązania w układzie instytucjonalnym, który często składa się z mieszanki różnych instytucji.

Przykładowo wyniki rynkowe uzyskiwane w systemie odpowiedzialności opartym na zasadzie ryzyka będą się różnić od tych w systemie bazującym na zasadzie winy. To samo dotyczy sytuacji, gdy w jednym przypadku zasób podlega ograniczeniom, np. zakazowi użycia, podczas gdy w drugim przypadku takie ograniczenie nie istnieje. Pytanie, które zawsze można wówczas zadać, to czy wyniki takich regulacji odpowiadają preferencjom członków społeczeństwa i czy tworzą stan, który wspiera ich indywidualne cele.

8. Analiza ekonomiczna i tradycyjna mikroekonomia

Ważnym nurtem tradycyjnej teorii mikroekonomii było opisanie dokładnych warunków, w których społeczeństwo osiąga stan efektywności alokacyjnej, w którym marnotrawstwo staje się zerowe²⁵. Warunki te są zbiorczo podsumowywane terminem „doskonała konkurencja”, a rynek oparty na zasadzie swobody kontraktowej osiągnie stan zerowego marnotrawstwa. Jednakże w rzeczywistości żaden z licznych warunków doskonałej konkurencji nigdy nie jest spełniony. Model ten jest raczej układem odniesienia, z którym można porównać działanie rzeczywistych instytucji społecznych, rynków, struktur biurokratycznych lub systemów mieszanych.

Teoria doskonałej konkurencji zakładała (jednak bez wyraźnego włączenia do niej) istnienie określonych ram prawnych. Traktowała ona zasoby społeczeństwa jako „jednostki fizyczne”, których cechy determinują ich użyteczność i cenę. Tak jednak nie jest, ponieważ korzystanie z dóbr jest współokreślone przez różne rozwiązania prawne, w tym uprawnienia do działania i sankcje za naruszenie danych norm. Stąd ich użyteczność i cena zależą również od obowiązujących norm prawnych. Świadomość tego faktu doprowadziła do zmiany podejścia w mikroekonomii. Pojawiło się więc pytanie, w jaki sposób zmiany w rozwiązaniach prawnych wpływają na efektywność alokacyjną, np. przejście od odpowiedzialności opartej na zasadzie winy do odpowiedzialności na zasadzie ryzyka lub za-

²⁴ O ekonomii politycznej szerzej zob. m.in. w rozdziale 1, pkt 1.1.

²⁵ O mikroekonomii szerzej zob. m.in. w rozdziale 1, pkt 1.2.

stąpienie prywatnego uprawnienia do uzyskania nakazu sądowego roszczeniem o odszkodowanie lub kontrolą ogólnych warunków umów przez sąd.

Ogólnej odpowiedzi na to pytanie udzielił *Ronald Coase* w przełomowym artykule „The Problem of Social Cost”, który ukazał się w 1960 r.²⁶ Wykazał on, że zbywalne alternatywne uprawnienia prawne nie wpływają na efektywność i charakter wykorzystania zasobów, gdy koszty transakcyjne, tj. koszty, które potencjalni kontrahenci muszą ponieść w celu uzyskania informacji i koordynacji, by zawrzeć umowę, i koszty jej egzekwowania są zerowe. Niezależnie od konkretnego układu systemu prawnego w takich warunkach zawsze dominuje efektywne wykorzystanie zasobów. Ta koncepcja kosztów transakcyjnych pobudziła do zainicjowania wielu badań nad skutkami norm prawnych. Ilekroć koszty transakcyjne są wyższe od zera lub zaporowo wysokie, np. między osobą dopuszczającą się deliktu a poszkodowanym zgodnie z prawem o ruchu drogowym, konkretny kształt normy prawnej ma istotne znaczenie dla efektywnej alokacji zasobów.

W ten sposób w tak poszerzonej mikroekonomii pojawiło się wiele badań nad prawem umów, prawem deliktów, prawem ochrony środowiska, prawem konsumenckim, prawem patentowym, prawem spółek itp., które to badania w całości określane są jako „Ekonomiczna Analiza Prawa” lub *Law & Economics* danej gałęzi prawa.

9. Związek między efektywnością alokacyjną a sprawiedliwością

Stawiając pytanie o relację między efektywnością a sprawiedliwością, należy wskazać na nieporozumienia, które utrudniają komunikację między prawnikami a ekonomistami. Równie ważne jest uznanie, że zasady pożądanego współistnienia ludzi nie mogą opierać się wyłącznie na celu efektywności. Aby uniknąć nieporozumień, należy zauważyć, że ekonomiczna koncepcja efektywności alokacyjnej nie ma nic wspólnego ze skojarzeniami pojęcia efektywności w codziennym życiu. Efektywność nie jest drugorzędną cnotą, ale elementarnym imperatywem działania państwa i tworzenia wokół niej instytucji społecznych²⁷. Społeczeństwo jest efektywne, jeśli w oparciu o daną dystrybucję bogactwa doprowadza do stanu, w którym nikomu nie może się polepszyć bez pogorszenia sytuacji kogoś innego. W związku z tym wszystkie możliwości są wyczerpane, aby umieścić kogoś w lepszej pozycji bez doprowadzania kogoś innego do pogorszenia się jego pozycji. Zasoby są zatem wykorzystywane w sposób społecz-

²⁶ Zob. *R. Coase*, The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics* 1960, vol. 3, s. 1 i n.

²⁷ Pogląd ten zyskał popularność wśród prawników. Zob. *H. Fleischer*, Effizienz als Regelungsziel im Handels- und Wirtschaftsrecht, Frankfurt am Mein 2008.

nie najbardziej użyteczny²⁸. Społeczeństwo z normami prawnymi zwiększającymi efektywność nie musi być jeszcze sprawiedliwe. Konieczne może być zaakceptowanie utraty efektywności w celu osiągnięcia celów normatywnych o wyższej wartości, ale konsekwentnie nieefektywne społeczeństwo jest niesprawiedliwe w każdym przypadku. Dla głodującej osoby w Afryce nie będzie miało większego znaczenia, jeśli powie się jej, że jej ubóstwo nie wynika przede wszystkim z nierówności w dystrybucji, ale z nieefektywnego rozwiązania instytucjonalnego, które uniemożliwia uzyskanie prawa do pilnie potrzebnej żywności. Nie będzie to również pocieszające dla długotrwale bezrobotnego w Europie, który nie ma szans na znalezienie pracy z powodu nieelastyczności, a co za tym idzie – sztywności instytucjonalnej rynków kapitałowych, pracy i towarów, mimo że mieszka w kraju, który plasuje się na szczycie międzynarodowej skali dochodów, a jego dochód z zasiłków socjalnych jest nadal wysoki w porównaniu ze średnią międzynarodową.

W związku z tym uznania efektywności alokacyjnej jako jednego z podstawowych wymogów systemu prawnego nie jest łatwo uzasadnić, jeśli cele prawa, takie jak bezpieczeństwo działalności gospodarczej i pewność prawa, są traktowane na równi z efektywnością lub wyżej niż ona. Są one bowiem uzasadnione, jeśli promują efektywność alokacyjną. Nie jest jednak uzasadnione np. podtrzymywanie istnienia orzecznictwa, które prowadzi do nieefektywnych rozwiązań wyłącznie ze względu na pewność prawną, jeśli jego modyfikacja prowadzi do znacznego wzrostu efektywności. Przykładowo nieuzasadnione byłoby utrzymywanie zakresu obowiązków w zakresie bezpieczeństwa ruchu drogowego na stałym poziomie wyłącznie ze względu na pewność prawa, jeżeli społeczeństwo przechodzi głębokie zmiany gospodarcze, czego przejawem może być przejście od biednego państwa agrarnego do bogatego państwa przemysłowego.

10. Sprawiedliwa dystrybucja i efektywność

Efektywność jest zgodna ze stanem niesprawiedliwej dystrybucji. Z tego powodu sprawiedliwość dystrybucyjna jest kolejnym celem obok efektywności alokacyjnej.

Wielu przedstawicieli analizy ekonomicznej zgadza się, że redystrybucja jest konieczna, tj. mechanizm rynkowy nie prowadzi do sprawiedliwej dystrybucji bogactwa społecznego jako całości²⁹. Jednak żądanie, aby osoby znajdu-

²⁸ *J.M. Buchanan* nazywa to „efektywną (maksymalizującą korzyści lub minimalizującą straty) alokacją zasobów” [tłum. J. Bełdowski] – *J.M. Buchanan, Rights, Efficiency and Exchange: The Irrelevance of Transaction Costs*, w: *M. Neumann* (Hrsg.), *Ansprüche*, s. 9 i n., w tym s. 11.

²⁹ *Zob. Ch.W. Sanchirico, Taxes versus Legal Rules as Instruments of Equity, A more Equitable View, Journal of Legal Studies* 2000, vol. 29, iss. 2, s. 797 i n.; *Kaplow L., Shavell S., Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income, Journal of Legal Studies* 1994, vol. 23, No. 2,

jące się w niekorzystnej sytuacji otrzymywały rekompensatę za każdy środek zwiększający efektywność, jest powszechnie odrzucane. Podobnie należy odrzucić akceptację wysokich strat efektywności ze względu na politykę dystrybucji, np. przez regulowaną wysokość czynszów mieszkaniowych lub cen towarów rolnych wyznaczanych przez państwo. Co do zasady istnieje zapotrzebowanie na efektywność i sprawiedliwość dystrybucyjną, które mają być osiągnięte przez różne, niezależne instytucje społeczne. Redystrybucja zawsze wiąże się jednak z pewnymi stratami efektywności. By to zobrazować, A. Okun używa przykładu wiadra z wodą z dziurą³⁰, albowiem redystrybucja od bogatych do biednych jest jak przenoszenie wody wiadrem z pełnego pojemnika do pustego z dziurą w wiadrze. Do odbiorców dociera mniej zasobów, niż zostało początkowo pobranych od bogatych, dlatego ważne jest, aby „znaleźć wiadra z małymi dziurami”.

Nie może się to udać, jeśli normy prawne zaprojektowane do zarządzania zasobami mają generalnie wykonywać dodatkowe zadania redystrybucyjne. Lepiej jest bowiem skonstruować odrębne rozwiązania prawne dla każdego z tych zadań.

11. Alternatywy dla kryterium efektywności

Istnieje wiele kierunków dla polityki prawnej, które wydają się być alternatywą dla kryterium efektywności, ale w rzeczywistości nimi nie są. Inne są zgodne, choć nie identyczne, z kryterium efektywności, a jeszcze inne mogą być z nim bezpośrednio sprzeczne. Spójrzmy na przykłady:

1. **Ochrona konsumentów.** Normy prawne, które wzmacniają pozycję prawną konsumenta, są często postrzegane jako gra o sumie zerowej³¹. Z jednej strony jest konsument, a z drugiej – sprzedawca towarów. W uproszczeniu to, co dajesz jednemu, odbierasz drugiemu. Pogląd ten jest błędny, ponieważ każda poprawa sytuacji prawnej konsumenta, która powoduje koszty, znajduje odzwierciedlenie w cenie towarów. Konflikt, o którym tu wspominaliśmy, ostatecznie „rozgrywa” się więc w umysłach samych konsumentów. Należy zadać pytanie, czy woleliby oni mieć niższą cenę, czy też lepszą pozycję prawną w razie wadliwości sprzedanego lub dostarczonego im towaru. Jeśli to drugie ma mieć miejsce, a rynek nie odzwierciedla tej preferencji, np. w ogólnych warunkach umów, zmiana struktury uprawnień prawnych jest skuteczna pod względem ochrony konsumentów, lecz

s. 667 i n.; C. Weizsäcker, Was leistet die Property Rights-Theorie für aktuelle wirtschaftspolitische Fragen?, w: M. Neumann (Hrsg.), Ansprüche, s. 123 i n, w tym s. 125.

³⁰ Zob. A. Okun, Equality and Efficiency, The Big Trade-Off, Washington 1975.

³¹ Chodzi tu o sytuację opisaną w teorii gier, w której jest tylko jeden zwycięzca, a co za tym idzie – jeden przegrany.

w przeciwnym razie tak nie jest. Konstruowanie sprzeczności między efektywnością a zapotrzebowaniem na ochronę konsumentów jest zatem nieuzasadnione.

2. Ochrona środowiska. Podobne rozważania dotyczą prawa ochrony środowiska. Problemem w ramach tej gałęzi prawa jest znalezienie rozwiązań prawnych, które pozwolą osiągnąć poziom ochrony środowiska pożądanego przez członków społeczeństwa, przy jednoczesnym uwzględnieniu kosztów i wykluczeniu zewnętrznych skutków takiej działalności produkcyjnej, których nie można zinternalizować w kosztach. Jeśli taka sytuacja zostanie osiągnięta, można ją nazwać efektywną ochroną środowiska. Pod tym względem nie ma konfliktu między ekonomią a ekologią. To słowo kluczowe może być przydatne do opisu konkretnych konfliktów interesów, które wynikają z istnienia nieefektywnych przepisów dotyczących ochrony środowiska. Jest ono całkowicie nieodpowiednie do poszukiwania standardów środowiskowych opartych na indywidualnych preferencjach członków społeczeństwa.

3. Ograniczenie dyskryminacji. Unikanie dyskryminacji religijnej, rasowej lub ze względu na płeć jest imperatywem sprawiedliwości, który nie jest tożsamy z efektywnością alokacyjną, ale w wielu przypadkach jest przez nią promowany. Jeśli rozwiązanie instytucjonalne zapewnia, że stanowisko jest zawsze obsadzone przez osobę o najwyższych kwalifikacjach, jest to efektywne. Wyklucza to również np. dyskryminację rasową.

4. Demokracja. Jeśli społeczeństwo demokratyczne jest rozumiane jako takie, w którym każda jednostka może w najwyższym stopniu realizować swoje własne interesy, będąc jednocześnie w zgodzie z interesami innych, nie ma sprzeczności między demokracją a efektywnością alokacji. Obie są od siebie wzajemnie zależne. Czasami jednak demokracja społeczeństwa jest rozumiana jako proces, w którym wzrasta liczba decyzji podejmowanych większością głosów. Proces ten może kontrastować z efektywnością alokacyjną, np. gdy rynek jest bardziej efektywnym systemem koordynacji indywidualnych preferencji niż polityczny system głosowania. Jeśli chodzi o efektywność alokacyjną, nie miałoby np. sensu określanie liczby i konstrukcji różnych typów samochodów osobowych w drodze referendum. Procesy głosowania nie mają wartości same w sobie, ale muszą być legitymizowane przez fakt, że lepiej niż inne procedury radzą sobie z mapowaniem i agregowaniem indywidualnych preferencji.

5. Ograniczenie władzy ekonomicznej. Władza ekonomiczna zwykle prowadzi również do niewłaściwej alokacji zasobów, a nie tylko do procesów redystrybucji na korzyść silnych. Jeśli monopolista ustala cenę swoich towarów na stałe powyżej ceny konkurencyjnej, prowadzi to do „niewłaściwych” cen, które wysyłają niewłaściwe sygnały do kupujących. Powoduje to również nieefektywne ilości produkcji, co jest kolejnym przejawem marnotrawstwa. Pod

tym względem ustalenia społeczne są początkowo skuteczne tylko wtedy, gdy w znacznym stopniu ograniczają liczbę i zakres pozycji władzy ekonomicznej. Jeśli to zawiedzie, to może być konieczne – również pod kątem efektywności alokacyjnej – zbudowanie przeciwstawnych pozycji prawnych dla takiej władzy lub prawne jej ograniczenie. Ochrona prawna tych, którzy są pokrzywdzeni w drodze tej pozycji władzy, jest zatem również wymogiem efektywności alokacyjnej, a nie tylko sprawiedliwości dystrybucyjnej.

6. Ochrona słabszych. Ochrona słabszych może, ale nie zawsze musi być zgodna z celem efektywności alokacyjnej. Jeśli osoba chora psychicznie lub dziecko nie mogą zawrzeć skutecznie umowy, to regulacja ta służy ich ochronie. Jednak alternatywa byłaby również nieefektywna, ponieważ ważne umowy zawarte przez osobę chorą psychicznie najprawdopodobniej spowodowałyby, że zasoby, którymi dysponuje, nie zostałyby alokowane do miejsca, w którym byłyby najbardziej przydatne. Istnieją jednak przypadki, w których ochrona słabszych może stać w sprzeczności z efektywnością alokacyjną, np. obowiązek podania pewnych informacji o sobie we wniosku. Istnieją bowiem pewne informacje o kandydacie, których znajomość umożliwiłaby pracodawcy umieszczenie go tam, gdzie jego wkład w ogólny produkt jest największy. Byłoby to efektywne, ale w celu ochrony godności ludzkiej może być konieczne zakazanie pytania o pewne cechy osobiste lub niesankcjonowanie ich nieprawidłowej odpowiedzi. Dotyczy to również sytuacji, gdy przepis ten wiąże się z utratą efektywności. W tym zakresie konieczne jest osiągnięcie granic. W końcu w każdym społeczeństwie istnieją uznane standardy, a ich egzekwowanie ma miejsce nawet wtedy, gdy są one niezgodne z celem efektywnościowym.

7. Niezbywalne prawa. W swojej książce „Samolubny gen” *Richard Dawkins* odwołuje się do zachowania pingwinów stojących na skalistym klifie i wahających się przed skokiem do wody³². Z jednej strony znajdują tam pożywienie, a z drugiej istnieje niebezpieczeństwo, że zostaną zjedzone przez foki. W tej sytuacji niektóre z nich spychają inne w dół i obserwują, co się stanie. Jeśli co drugi nie zostanie zjedzony, to również skaczą. To genetycznie zaprogramowane zachowanie minimalizuje liczbę pingwinów zjadanych przez foki, co jest wydajne. Jednak takie rozwiązania instytucjonalne nie zostałyby zaakceptowane jako sprawiedliwe w społeczeństwie ludzkim, pomimo ich skuteczności. Tam, gdzie nadal występują tego rodzaju zachowania, są one uważane za najniższe instynkty ludzkiej cywilizacji. Dotyczy to np. decyzji argentyńskiej junty wojskowej o zwalczaniu terroryzmu przez mordowanie wszystkich osób przynależących do ówczes-

³² Zob. *R. Dawkins, Selfish Gene, Oxford 2016, s. 6*. Książka ta ukazała się również w języku polskim – zob. *R. Dawkins, Samolubny gen, Warszawa 2021*.

nych grup lewicowych³³. Nigdy nie usprawiedliwiłoby to takich działań, gdyby można było udowodnić, że zwiększyły one całkowitą liczbę ocalałych.

Istnieją jednak mniej dramatyczne przykłady, w których akceptowana jest możliwa utrata efektywności. Przykładowo właściciel domu towarowego nie ma prawa przeszukiwać samochodów ani domów pracowników w przypadku podejrzenia kradzieży. Nawet odpowiednie uzgodnienie umowne między pracodawcą a pracownikiem byłoby w tej kwestii niemoralne, a zatem nieważne.

12. Zadania Ekonomicznej Analizy Prawa

Ekonomiczna Analiza Prawa nie traktuje norm prawnych jako części niezmiennego zbioru danych. Uwzględnia ona sam system prawny w analizie ekonomicznej, traktując prawnie ustanowione uprawnienia do działania jako zmienne. Takie podejście prowadzi do następujących zadań stawianych przed *Law & Economics*:

- 1) ustanowienie obowiązującego systemu prawnego, a także rodzaj i podział uprawnień prawnych do działania;
- 2) wpływ systemu prawnego na cel efektywności alokacyjnej;
- 3) rzeczywiste warunki dla rozwoju efektywnego systemu prawnego;
- 4) sposób, w jaki system prawny powinien być zaprojektowany w odniesieniu do celu efektywności alokacyjnej³⁴.

Niniejsza monografia koncentruje się więc głównie na zadaniach wskazanych w pkt 2 i 4, przedstawiając podejście ekonomiczne do istotnych obszarów prawa cywilnego³⁵. Szczególny nacisk położono na możliwe znaczenie tego obszaru badawczego dla orzecznictwa i doktryny. Z tej perspektywy celem jest przedstawienie zmian w orzecznictwie i dogmatyce prawniczej, w tym ujawnienie ich normatywnych uzasadnień oraz postawienie pytania, w jakim stopniu problemy te mogą być lepiej rozwiązane przez analizę ekonomiczną, ale także gdzie leży jej granica w procesie stosowania prawa.

³³ Junta wojskowa w Argentynie przejęła władzę w 1976 r. i trwała do 1982 r., dopuszczając się licznych morderstw na osobach uznanych za jej przeciwników.

³⁴ Zob. E. Furubotn, S. Pejovich, *The Economics of Property Rights*, Cambridge 1974; zob. zwłaszcza H. Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, w: C. Gopalakrishnan (ed.), *Classic Papers in Natural Resource Economics*, London 2016, s. 31 i n.

³⁵ Zob. również R. Posner, *Economic Analysis of Law*, Aspen 2014; R. Cooter, T. Ulen, *Law and Economics*, 2016, <https://lawcat.berkeley.edu/record/1127400>.

13. O strukturze monografii

Książka podzielona jest na pięć części, przy czym w tej chwili oddajemy do rąk polskiego Czytelnika tom pierwszy składający się z dwóch części. Na początku w niniejszym tomie przybliżamy bowiem podstawowe zagadnienia związane z Ekonomiczną Analizą Prawa, by w drugiej części skoncentrować się na prawie umów. W tomie drugim zajmiemy się natomiast prawem rzeczowym, prawem czynów niedozwolonych (deliktów) oraz wybranymi zagadnieniami prawa handlowego i gospodarczego.

Analiza ekonomiczna dotyczy działań zorientowanych na skutki. Obecnie powszechnie przyjmuje się, że prawnicy – być może bardziej niż w przeszłości – muszą „przemysłuć” skutki swoich decyzji, bo przecież przykładowo prawnie wiążące normy są stale ustalane przez najwyższe organy sądowe³⁶. Dlatego też w części pierwszej, w rozdziale 2 opisano warunki, w których podejmowanie decyzji zorientowanych na skutki jest w ogóle możliwe. W szczególności podkreślono, że do podejmowania takich decyzji zawsze niezbędna jest prognoza skutków działania i niezależna ich ocena. W rozdziale 3 systematycznie analizowany jest problem oceny skutków decyzji związanych z dobrobytem społecznym. Koncepcje efektywności alokacyjnej i odpowiadające im kryteria normatywne zostały przedstawione z perspektywy ekonomii dobrobytu. Wreszcie, rozdział 4 wprowadza prognostyczne podejście teorii mikroekonomicznej, a także teorię praw własności i Ekonomiczną Analizę Prawa. W rozdziale 5 szczegółowo przeanalizowano podejście Ekonomii Behawioralnej w odniesieniu do jej wpływu na przesłanki leżące u podstaw Ekonomicznej Analizy Prawa oraz na wynikające z niej ograniczenia ogólnej swobody działania przez interwencje paternalistyczne, w tym bodźcowanie (ang. *nudging*). Aby lepiej zrozumieć, skąd wywodzi się *Law & Economics* w rozwoju nauki, w rozdziale 1 tej części dokonano wprowadzenia historycznego, a także metodologicznego, dokonując próby umieszczenia Ekonomicznej Analizy Prawa w naukach prawnych i ekonomicznych.

Druga część dotyczy umownych jak i przedumownych stosunków prawnych. W celu rozgraniczenia ekonomicznej teorii kontraktu osadzonej w mikroekonomii opisujemy wiodące w jej ramach podejścia, aby następnie skoncentrować się na Ekonomicznej Analizie Prawa Umów. W tym celu opisujemy ekonomiczne funkcje kontraktu i prawa umów. W oparciu o teorię umowy kompletnej przybliżamy ekonomiczne kryteria sądowej kontroli stosunków umownych. Szczególny

³⁶ Chodzi oczywiście o pewien skrót myślowy, który sprowadza się do tego, że w istocie orzecznictwo sądów najwyższych kształtuje podejście w zakresie stosowania prawa, a zatem je w ten sposób kształtuje. Zob. F. Kübler, Was leistet die Konzeption der Property Rights für aktuelle rechtspolitische Probleme?, w: M. Neumann (Hrsg.), Ansprüche, s. 105 i n., w tym s. 108.

nacisk kładziemy na opis niemożliwości gospodarczej (z uwzględnieniem niemieckiej doktryny podstaw umowy) oraz niewykonanie i nienależyte wykonanie umowy, a także rękojmię i gwarancję. Przywiązujemy przy tym szczególną uwagę do analizy wybranego orzecznictwa w odniesieniu do tego, czy jest zgodne z kryteriami ekonomicznymi lub może być na nich oparte. Ponadto badamy problemy związane z zachowaniem w przypadkach niepewności i niewiedzy oraz instytucje społeczne i prawne, które pomagają przezwyciężyć takie problemy. W szczególności przeanalizowany zostanie stopień, w jakim takie instytucje, np. relacje zaufania lub oparcia się na nim, powinny być prawnie chronione, jeśli zastosowane zostanie podejście ekonomiczne.

Warszawa–Hamburg, grudzień 2023 r.

[Przejdź do księgarni →](#)

ksiegarnia.beck.pl