

Adam Biegalski

«Rational-choice economics» - konceptyjna podstawa chicagowskiej szkoły ekonomicznej analizy prawa w rozważaniach sędziego R. A. Posnera

Studia Prawnoustrojowe nr 9, 141-165

2009

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach
dozwolonego użytku.

Adam Biegalski

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski

***Rational-choice economics* – koncepcyjna podstawa chicagowskiej szkoły ekonomicznej analizy prawa w rozważaniach sędziego R.A. Posnera**

1. Wprowadzenie

Na przełomie lat 60. i 70. XX stulecia zaczął się rozwijać w USA, a dokładnie w Chicago Law School, nurt badawczy ogniskujący się wokół analizy związków występujących pomiędzy ekonomią i prawem. Określić go można jako chicagowską szkołę ekonomicznej analizy prawa, która mieści się w zakresowo szerszej koncepcji Law & Economics. Nurt ten nie ma jednolitego charakteru. Trudno również wyznaczyć jednoznaczne ramy chronologiczne jego rozwoju¹. Należy uznać, że jego fundamenty stworzył R.A. Posner, pozostający

¹ W polskiej literaturze ekonomicznej założenia i rozwój koncepcji Law & Economics przedstawił J. Boehlke w artykule *Charakterystyka nurtu prawo i ekonomia we współczesnej myśli ekonomicznej*: „W literaturze przedmiotu wyróżnia się dwie fale w rozwoju ekonomicznej analizy prawa. Pierwsza, opisana dokładnie w dziele H. Pearsona, *Origins of Law & Economics. The Economists' New Science of Law Movement 1830–1930* była związana z europejską tradycją prawną, ale jej wpływy uwidoczniły się również w Stanach Zjednoczonych. Kluczową kwestią poruszaną w ramach pierwszej fali były związki praw własności z historią, funkcjonowaniem i prawem w różnych strukturach społecznych. [...] W ramach pierwszej fali została sformułowana powszechnie dziś akceptowana teza, że prawo jest wynikiem ekonomicznych i społecznych uwarunkowań funkcjonowania struktur społecznych. [...] Okres »drugiej fali ekonomicznej analizy prawa« rozpoczyna się w latach 30. XX wieku i wiąże się z pracami K. Mengera, F. Von Hayeka oraz R. Coase'a. Wspomniany wcześniej E. Mackaay [E. Mackaay, *History of Law and Economics*, (w:) B. Bouckaert, G. De Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham 2000, s. 71 – przyp. A.B.] dzieli okres drugiej fali na pięć następujących faz: początkowa, propozycji paradygmatu, akceptacji paradygmatu, kwestionowania paradygmatu oraz ruchu wstrząśniętego. W fazie początkowej, a więc w latach 30. XX wieku, podjęto na nowo próby ukazania różnych związków pomiędzy ekonomią a prawem. I tak przykładowo A. Plant analizował prawa własności intelektualnej, natomiast R. Coase – naturę firmy. Zasadnicze znaczenie miały jednak badania zainicjowane w latach 40. w uniwersytecie chicagowskim przez A. Directora. [...] Jak stwierdza R. Posner, do lat 60. XX w. ekonomiczna analiza prawa była praktycznie synonimem ekonomicznej analizy prawa antymonopolowego [R. A. Posner, *The Economic Approach to Law*, *Texas Law Review* 1975, vol. 53, s. 758 – przyp. A.B.]

w dalszym ciągu jego głównym przedstawicielem². Koncepcje Law & Economics zainspirowane zostały artykułami G. Calabresiego³ i R.H. Coase'a⁴.

W opracowaniach dotyczących historii ekonomii i prawa w uniwersytecie chicagowskim omawiany etap określany jest okresem »starej ekonomii i prawa« [ibidem, s. 759 – przyp. A.B.]. Po starej »ekonomii i prawa« nastąpił czas »nowej ekonomicznej analizy prawa«, który rozpoczął się w latach 1960. Podjęto wówczas wysiłki na rzecz rozszerzenia zakresu zastosowań analizy ekonomicznej do podstawowych doktryn prawnych [...]. Szczególne jednak znaczenie miało zastosowanie instrumentów analizy ekonomicznej do zachowań nierynkowych [...]. Faza druga obejmuje lata 1958–1973 i zaczyna się wraz z powstaniem znanego do dzisiaj »Journal of Law and Economics«. W tej fazie opublikowane zostały prawa H. Demsetza na temat efektów zewnętrznych wpływających na poziom kosztów transakcji. To właśnie H. Demsetz użył po raz pierwszy terminu »twierdzenie Coase'a«. W swoich artykułach dowodził, że efekty zewnętrzne nie mogą być argumentem na rzecz potrzeby interwencji państwa, a ich istnienie dowodzi głównie nieefektywności struktur praw własności. [...] Istotny wkład do rozwoju nurtu »prawo i ekonomia« wniósł w tym okresie A. Alchian. Rozważał on konsekwencje różnic struktur własnościowych, traktując własność prywatną i nieprywatną jako zmienne decyzyjne, a więc manipulowalne z punktu widzenia prawa. W okresie drugiej fazy G. Calabresi przedstawił koncepcję analizy prawa odszkodowań, odwołując się do instytucji kaucji, której wysokość pozwalałaby nie tylko pokryć koszty wyrządzonych szkód, ale i koszty administrowania systemem odszkodowań [G. Calabresi, *Some Thought on Risk Distribution and the Law of Torts*, *The Yale Law Journal*, March 1961, vol. 70, nr 4 – przyp. A.B.]. W fazie trzeciej nastąpiła akceptacja ekonomicznej analizy prawa przez szkoły prawa. Faza ta objęła okres 1973–1980. [...] Zaszły wtedy trzy wydarzenia. Pierwszym z nich było powołanie do życia »Journal of Legal Studies«. W 1977 r. ukazało się drugie wydanie pracy R. Posnera *Economic Analysis of Law*. [...] Dokonana analiza zasad odpowiedzialności za szkody w ramach prawa ubezpieczeń stała się dla R. Posnera podstawą dla dokonania generalizacji, zgodnie z którą reguły prawa zwyczajowego zapewniały efektywność funkcjonowania prawnych instytucji oraz stworzenie systemu bodźców dla działań uwzględniających koszty wyrządzanych szkód oraz kosztów prewencji. [...] Historyczna analiza prawa zwyczajowego, określenie jego funkcji i zasad konstrukcyjnych pozwoliło przenieść punkt ciężkości na rozważania dotyczące instytucji prawnych będących rezultatem stosowania koncepcji prawa stanowionego. [...] Faza czwarta przypada na lata 1976–1983 i w części nakłada się na fazę trzecią. Opracowanie teoretycznych podstaw dla ekonomicznej analizy prawa [...] nie zapobiegło krytyce szkoły chicagowskiej. [...] Oponenti R. Posnera wskazywali, że zasada efektywności nie może być podstawą dystrybucji prawa, a tym bardziej jego stanowienia. Dodatkowo podkreślano trudności empirycznej weryfikacji koncepcji prawa i ekonomii z powodu kłopotów z określeniem poziomu i struktury kosztów stanowienia i dystrybucji prawa. [...] Ostatnia, piąta faza »drugiej fali« obejmuje okres po 1983 r. Jest to okres bardzo intensywnego rozwoju nurtu »prawo i ekonomia«. [...] Ekonomiczna analiza prawa zaczęła korzystać z osiągnięć nie tylko szkoły chicagowskiej, ale także nawiązuje do teorii wyboru publicznego, nowej instytucjonalnej ekonomii”. J. Boehlke, *Charakterystyka nurtu prawo i ekonomia we współczesnej myśli ekonomicznej*, [w:] B. Polszakiewicz, J. Boehlke (red.), *Ład instytucjonalny w gospodarce*, Wyd. UMK, Toruń 2005, s. 43 i nast.

² Zob. R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 6th edition, Aspen Publishers, New York 2003.

³ G. Calabresi, *Some Thought on Risk Distribution and the Law of Torts*, *The Yale Law Journal*, March 1961, vol. 70, nr 4.

⁴ R.H. Coase, *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law & Economics* 1960, nr 3. »Teoremat Coase'a był szeroko dyskutowany w literaturze. Ogólnym wnioskiem z tej dyskusji było uznanie, że teoremat ten sam w sobie nie jest bardziej ideologiczny niż teoria efektów zewnętrznych, która skłania się do stosowania interwencji państwa. Kwestie związane z interwencją państwa są skomplikowane i nie ma na nie odpowiedzi, która by wynikała z teorii; w nowoczesnej ekonomii teoria niedomagań państwa i teoria niedomagań rynku istnieją obok siebie. Która z nich jest właściwa, zależy od względnych kosztów i korzyści, a więc od kwestii, co do których poszczególne osoby mogą się nie zgadzać ze sobą». H. Landreth, D.C. Colander, *Historia myśli ekonomicznej*, PWN, Warszawa 1998, s. 628.

Stanowią one punkt wyjścia do prowadzonych analiz⁵. Obok rozważań R.A. Posnera (*Economic Analysis of Law, Economic Approach to Law, Rational – Choice Economics*) wyróżnić należy również koncepcje behawioralnej analizy prawa i ekonomii (*Behavioral Analysis of Law & Economics, Behavioral Economics*) C. Sunsteina, Ch. Jolls i R. Thaler⁶. Duże znaczenie dla funkcjonowania i interpretacji zjawisk występujących na styku prawa i ekonomii mają ponadto analizy prowadzone w ramach *Public Choice Theory*.

Problematyka związków łączących prawo i ekonomię na gruncie prawnym zaczęła być wyrażona artykułowana już w XIX stuleciu. Na szczególną uwagę wydają się zasługiwać rozważania O.W. Holmesa i R.J. Commonsa. W artykule *The Path of the Law* opublikowanym w 1897 r. sędzia O.W. Holmes wyraził zdecydowany pogląd, że człowiek przyszłości jest człowiekiem statystyki i ekonomii⁷. Słowa te można uznać za wyrażenie pewnej wizji, której istotą jest wzajemne przenikanie się prawa i ekonomii oraz wpływ czynników ekonomicznych na kształt regulacji prawnych. O.W. Holmes nie

⁵ R.A. Posner, *The Economic Approach to Law*, „Texas Law Review” 1975, vol. 53, s. 759.

⁶ Przedstawione podziały są wyłącznie wyrazem subiektywnego rozumienia przez autora niniejszego artykułu nurtów Law & Economics.

⁷ “For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics. It is revolting to have no better reason for a rule of law than that so it was laid down in the time of Henry IV. It is still more revolting if the grounds upon which it was laid down have vanished long since, and the rule simply persists from blind imitation of the past. I am thinking of the technical rule as to trespass *ab initio*, as it is called, which I attempted to explain in a recent Massachusetts case. [przypis – 1. Commonwealth v. Rubin, 165 Mass. 453]”. O.W. Holmes, *The Path of the Law*, „Harvard Law Review” 1897, vol. X, nr 8, s. 469; Odniesienie do słów O.W. Holmesa odnaleźć można w analizach prowadzonych 90 lat później przez R. A. Posnera w artykule *The Decline of Laws as An Autonomous Discipline: 1962–1987* („Harvard Law Review” 1987, vol. 100, s. 762–763), który stwierdza, że słowa Holmesa są reakcją na opinię Langdella wyrażoną w 1870 r.: „principles of law could be inferred from judicial opinions, so that the relevant training for students of the law was in reading and comparing opinions and the relevant knowledge was the knowledge of what those opinions contained. He thought that this procedure was scientific, but it was not, not in the modern sense at any rate. It was a form of Platonism; just as Plato had regarded particular chairs as manifestations of or approximations to the concept of a chair, Langdell regarded particular decisions on contract law as manifestations of or approximations to the legal concept of contract. [...] Holmes [...] pointed out that law is a tool for achieving social ends, so that to understand law requires understanding of social conditions. Holmes thought the future of legal studies belonged to the economist and statistician – not to mention the philosopher, the sociologist, the political scientist, the historian, the psychologist, and the anthropologist (notably excepting Henry Maine) – were not much interested in law, Holmes’s assault on Langdell did not undermine the autonomy of the law as a discipline. Holmes himself was steeped in the philosophical thought, both ethical and epistemological, of the late nineteenth century, in particular Social Darwinism and Charles Peirce’s pragmatism. However, the lesson suggested by his career, as by the careers of such other notable legal thinkers as Benjamin Cardozo, Louis Brandeis, Roscoe Pound, John Wigmore, Felix Frankfurter, Karl Llewellyn, Learned Hand, Jerome Frank, Henry Hart, and Lon Fuller, was that a legal thinker should be cultivated, broadly educated, and intellectually well-rounded (rather than merely proficient in the doctrinal analytics taught by Langdell and his successors) – not that any of the keys to understanding law were held by disciplines other than law”.

odnosił się bezpośrednio do ekonomii, ale z punktu widzenia obecnych rozważań naukowych można zaryzykować tezę, że odpowiadają one współczesnemu ekonomicznemu rozumieniu zjawisk społecznych. Sygnalizują one konieczność oceny procesu stanowienia i stosowania prawa w szerszym kontekście społeczno-ekonomicznym. Rozumienie normy prawnej uwarunkowane musi być czynnikami determinującymi kształt rzeczywistości, w której funkcjonuje regulacja prawna i w których ocenić należy jej społeczne znaczenie, w tym również skutki przez nią wywołane. Jest ona zjawiskiem dynamicznym, rozwijającym się wraz z rozwojem realiów społecznych, gospodarczych czy politycznych. W efekcie musi odpowiadać aktualnym potrzebom, właściwym w momencie stanowienia i stosowania prawa.

Z kolei w latach 20. XX stulecia R.J. Commons podnosił, że podstawowe koncepcje i zasady ekonomiczne znajdują bezpośrednie zastosowanie na gruncie prawnym. Podkreślał zwłaszcza znaczenie ekonomicznej koncepcji niedoboru. Podstawowe kategorie ekonomiczne, takie jak popyt, podaż, cena, były dla niego właściwe również na gruncie systemów prawnych, ściśle związanych z systemem ekonomicznym. Stwierdzał, że wzajemne oddziaływanie obydwu systemów jest stałym i naturalnym zjawiskiem⁸. Spojrzenie R.J. Commonsa zdaje się odpowiadać obecnym potrzebom i zadaniom stawianym prawu. Uwzględnienie wzajemnych relacji pomiędzy systemem ekonomicznym i prawnym rzutuje na współczesne rozumienie mechanizmów rządzących procesem stanowienia i stosowania prawa. Mechanizmy ekonomiczne osadzone w określonej rzeczywistości społeczno-politycznej tworzą podstawę i wyznaczają zakres rozumienia normy prawnej⁹.

⁸ R.J. Commons, *Law and Economics*, „Yale Law Journal” 1925, vol. 34, s. 371.

⁹ „Całe jego podejście do problemów społecznych odrzucało wąski, statystyczny i dedukcyjny sposób podchodzenia do teorii neoklasycznej. Commons usiłował uwzględnić w swojej analizie wszystkie nauki społeczne, łącznie z historią i prawem. Rozpatrywał społeczeństwo i gospodarkę jako podlegające ewolucji i zmianom, zgłaszał też ostry sprzeciw wobec niemal wyłącznie dedukcyjnego podejścia ortodoksyjnego z jego założeniami hedonistycznych podmiotów gospodarczych i konkurencyjnych rynków. W końcu Commons stwierdził, że domniemane założenie harmonii w gospodarce, na którym oparta była polityka *laissez faire*, było sprzeczne z jego obserwacjami. [...] Commons twierdził, że ortodoksyjna teoria kształtowania cen i wymiany była nierealistyczna. Zakładała bowiem, że jednostki są racjonalne i działają niemal mechanicznie na konkurencyjnych rynkach. Commons mówił, że tym, co kształtuje stosunki wymiany wiążące z sobą oddzielne części gospodarki, nie są atomistyczne, hedonistyczne jednostki działające na konkurencyjnych rynkach. [...] Transakcje stały się kluczowym elementem w strukturze teoretycznej Commonsa: »W rzeczywistości transakcje stały się miejscem spotkań ekonomii, fizyki, psychologii, etyki, prawa i polityki. Pojedyncza transakcja jest jednostką obserwacji skupiającą w sobie wyraźnie wszystkie te czynniki, gdyż jest ona z woli pewnej liczby ludzi aktem wyboru między wariantami, przewyciężaniem oporu, dzieleniem zasobów naturalnych i ludzkich, dyktowanym obietnicami i ostrzeżeniami użyteczności, sympatii, obowiązku lub ich przeciwieństw, poszerzonymi, ograniczonymi lub wyłożonymi przez funkcjonariuszy państwa lub koncernów gospodarczych i związków zawodowych, którzy interpretują i egzekwują prawa, obowiązki i swobody obywateli, decydując o tym, czy dane zachowanie się jednostki pasuje czy nie pasuje do zbiorowego zachowania się narodów, polityków, biznesmenów, robotników, rodziny

„Współcześnie ekonomiczna analiza prawa jest postrzegana jako zastosowanie teorii ekonomii i metod ekonometrycznych do badania form, struktur, procesów oraz oddziaływań prawa i prawnych instytucji. Instytucje te są przy tym traktowane jako zmienna endogeniczna systemu, a zadaniem ekonomicznej analizy prawa jest badanie efektów zmian niektórych z nich w kontekście pozostałych elementów systemu. Instytucje prawne są przedmiotem wyboru społecznego, który podlega wyjaśnianiu za pomocą instrumentów analizy ekonomicznej. Należy przy tym dodać, że podejście ekonomiczne do objaśniania prawnych instytucji nie dotyczy jedynie problemów prawa gospodarczego, ale wszystkich obszarów prawa”¹⁰. W polskiej literaturze ekonomicznej wskazuje się, że „zdaniem [...] R.A. Posnera ekonomiczna analiza prawa jest istotnym uzupełnieniem tradycyjnych zainteresowań ekonomii, koncentrujących się na poznaniu i wyjaśnianiu zachowań rynkowych aktorów życia społecznego o problematykę zachowań nierynkowych”¹¹. R.A. Posner wyjaśniał w pracy *Values and Consequences*, że:

The economic analysis of law [...] tries to explain and predict the behavior of participants in and persons regulated by the law. It also tries to improve law by pointing out respects in which existing or proposed laws have unintended or undesirable consequences, whether on economic efficiency, or the distribution of income and wealth, or other values. It is not merely an ivory-towered enterprise, at least in the United States, where the law and economics movement is understood to have influenced legal reform in a number of important areas¹².

Ekonomiczna analiza prawa znajduje zastosowanie na gruncie wszystkich gałęzi prawa. Ocena normy prawnej z punktu widzenia przesłanek

i innych ruchów zbiorowych, w świecie ograniczonych zasobów i mechanicznych sił« [J.R. Commons, *The Legal Foundations of Capitalism*, Macmillan, New York 1924, s. 5 – przyp. A.B.]. Głównym tematem podejścia Commonsa było włączenie nauk społecznych, historii i prawa do analizy w celu wykazania, że interwencja państwa jest często konieczna dla osiągnięcia społecznie pożądanego skutku. Przeważająca część naszej działalności gospodarczej nie jest naszą działalnością indywidualną; działamy jako członkowie grup, które są kierowane i kształtowane przez reguły funkcjonowania przedsiębiorstw w ruchu. Mimo iż funkcją tych reguł jest przekształcanie konfliktu w porządek, niekiedy konflikt nasila się wraz ze zmianami wprowadzanymi przez historię. Takie konflikty lub spory są wówczas regulowane przez modyfikację dawnych reguł funkcjonowania, które podlegają postępującemu bez końca procesowi zmian. Właściwym przedmiotem ekonomii, jak utrzymywał Commons, są instytucje, które kształtują nasze życie i społeczeństwo poprzez działanie zbiorowe. To zbiorowe działanie nie tylko kieruje działaniem indywidualnym, ale też wyzwala je, wyswobodzając jednostkę »spod przymusu, przemocy, dyskryminacji i nieuczciwej konkurencji poprzez ograniczenia nałożone na inne jednostki. A działanie zbiorowe jest czymś więcej niż ograniczaniem i wyzwalaniem indywidualnego działania – jest ekspansją woli jednostki daleko poza to, co potrafimy osiągnąć naszymi własnymi drobnymi czynami« [J.R. Commons, *Institutional Economics*, Macmillan, New York 1934, s. 73 – przyp. A.B.]. H. Landreth, D.C. Colander, op. cit., s. 505 i nast.

¹⁰ J. Boehlke, op. cit., s. 44.

¹¹ Ibidem.

¹² R.A. Posner, *Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law*, “Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 53” March 1998 (2d series), The Law School, The University of Chicago, s. 2, [online] <www.ssrn.com>, dostęp: 20.04.2006.

ekonomicznych ma walor uniwersalny, pozwalający na stosowanie tej koncepcji w odniesieniu do różnych systemów prawnych i mieszczących się w ich zakresie poszczególnych instytucji oraz regulacji. Szerokie podejście analiz Law & Economics do związków występujących pomiędzy prawem i ekonomią umożliwia ocenę normy prawnej jako takiej, a także związanej z jej kształtem i treścią skuteczności oraz ekonomicznych skutków.

2. Filozoficzno-ekonomiczne podstawy chicagowskiej szkoły ekonomicznej analizy prawa

Podstawą koncepcji chicagowskiej szkoły ekonomicznej analizy prawa i ekonomii, podkreślaną w pracach R.A. Posnera, jest utylitaryzm. Zrozumienie filozoficznych założeń tej doktryny wymaga odwołania się do rozważań J. Benthama, dla którego przyjemność jest dobrem, a więc dążenie do jej osiągnięcia jest nakazem etycznym. Osiąganie przyjemności powoduje zwiększenie liczby szczęśliwych jednostek w skali ludzkości. Założenia te pozwoliły J. Benthamowi na „sformułowanie uniwersalnej zasady powszechnego szczęścia ludzkości, którą stanowi »największa ilość szczęścia największej ilości ludzi«. Istotne jest tu założenie, że w ogólnym rachunku szczęścia całej ludzkości każdy człowiek liczy się tak samo i nikt nie jest w żaden sposób uprzywilejowany”¹³. Ekonomiści, analizując założenie przyjęte przez J. Benthama, że „dobrobyt łączny jest po prostu arytmetyczną sumą dobrobytów indywidualnych” zauważyli, że omija ono „problem interpersonalnych porównań użyteczności, wybierając taki jedynie przypadek, w którym tego rodzaju porównania nie nastroczają żadnych trudności”¹⁴. Rozwój cywilizacyjny stosunków społecznych, ekonomicznych czy wreszcie dostrzeżenie wagi czynników psychologicznych w analizie zachowań rynkowych, składających się na określoną globalną rzeczywistość, powoduje jednak konieczność dokonywania porównań interpersonalnych.

Analizy J. Benthama dały intelektualny asumpt dla prac J.S. Milla. Jest to zwłaszcza widoczne w stwierdzeniu, że „choć tylko w bardzo niedoskonałym świecie można służyć najlepiej szczęściu innych przez całkowite poświęcenie własnego, godzę się całkowicie, że póki świat jest niedoskonały, gotowość do tego rodzaju ofiar stanowi najwyższą cnotę, jaką człowiek może osiągnąć. Dodam ponadto, choć to może brzmieć jak paradoks, że póki świat jest taki, jaki jest, kto zdaje sobie sprawę, że może obyć się bez szczęścia, ten

¹³ K. Chojnicka, H. Olszewski, *Historia doktryn politycznych i prawnych. Podręcznik akademicki*, Poznań 2004, s. 210.

¹⁴ „Praktycznie wszyscy autorzy przed Paretem w taki właśnie sposób pomijali kwestię porównywania różnych pozycji optymalnych odpowiadających różnym podziałom dochodu”. M. Blaug, *Teoria ekonomii. Ujęcie retrospektywne*, PWN, Warszawa 1994, s. 590.

ma najlepsze widoki na osiągnięcie takiego szczęścia, jakie osiągnąć można. Tylko bowiem ta świadomość może człowieka uniezależnić od losu, dając mu przeświadczenie, że najgorsze nieszczęścia nie są w stanie go pokonać. Kto ma takie przeświadczenie, ten nie lęka się przeciwności życiowych i umie – jak wielu stoików w najgorszych czasach Rzymskiego Imperium – cieszyć się w spokoju tym, co mu dostępne, nie przejmując się tym, że to radości niepewne i że kiedyś muszą mieć swój koniec¹⁵. W dalszym ciągu swoich rozważań J.S. Mill wskazuje na użytecznościową istotę „poświęcenia się”. Poświęcenie to nie może być bowiem dobrem samym w sobie: „Moralność użytecznościową uznaje w człowieku zdolność poświęcenia swojego własnego największego dobra dla dobra innych. Zaprzecza tylko temu, by poświęcenie to było samo przez się dobrem, i uważa je za marnotrawstwo, jeżeli nie powiększa ogólnej sumy szczęścia albo nie zmierza do jej powiększenia. Jedyną ofiarą z samego siebie, którą pochwała, jest oddanie się szczęściu innych czy też realizowaniu pewnych jego warunków niezbędnych, przy czym to szczęście innych może być szczęściem całej ludzkości bądź też szczęściem pewnych jednostek w granicach wyznaczonych przez interesy wspólne całej ludzkości”¹⁶. Poświęcenie się jest więc środkiem służącym dobru ogółu i ma wartość wtedy, gdy powiększa ogólną sumę szczęścia. W efekcie „szczęście, które stanowi użytecznościowe kryterium właściwego postępowania, nie jest szczęściem osobistym działającym, lecz szczęściem wszystkich. Jeżeli idzie o stosunek do własnego szczęścia w zestawieniu ze szczęściem innych, użyteczność wymaga od człowieka takiej ścisłej bezstronności, jaką by miał życzliwy widz nie zainteresowany w sprawie. W podstawowych przykazaniach Jezusa z Nazaretu odnajdujemy w całości ducha etyki użyteczności. Ten, kto by czynił innym to, czego chciałby sam od nich doznać, i kochał bliźniego jak siebie samego, spełniałby ideał moralności użytecznościowej”¹⁷.

Rozważania J.S. Milla dostarczają szeregu praktycznych wskazówek, które pozwalają postępować zgodnie z użytecznościową doktryną oraz umożliwiają jej realizację w sposób najdoskonalej łączący interes jednostki i interes ogólny. „Jako środek możliwie największego zbliżenia się do tego ideału, użyteczność dodałby jeszcze: po pierwsze, wymaganie, żeby prawodawstwo i urzędnicy społeczni zmierzały do jak najlepszego uzgodnienia szczęścia czy też (jak to się mówi potocznie) interesu każdego indywidualium z interesem ogółu; po drugie, by wychowanie i opinia, które mają tak wielki wpływ na ludzki charakter, używały tego wpływu dla wytworzenia w psychice każdego człowieka nierozzerwalnego związku między jego własnym szczęściem i takimi działaniami czy powściągnięciami, które dyktowane są przez wzgląd na szczę-

¹⁵ J.S. Mill, *Użyteczność*, tłum. M. Ossowska, [w:] J. S. Mill, *Użyteczność. O wolności*, BKF, PWN, Warszawa 2006, s. 22–23.

¹⁶ *Ibidem*, s. 23.

¹⁷ *Ibidem*.

ście ogólne, tak by człowiek nie tylko nie mógł sobie w ogóle wyobrazić możliwości własnego szczęścia połączonego z postępowaniem sprzeciwiającym się ogólnemu dobru, ale by ponad bezpośredni impuls przyczyniania się do ogólnego dobra stał się dla ludzi jednym z ich stałych motywów działania, a uczucia z tym związane zajmowały miejsce naczelne w ich życiu emocjonalnym¹⁸.

Analizując wpływ utylitarystycznej myśli filozoficznej na kształt koncepcji Law & Economics, trzeba również odwołać się do prac ekonomistów, dla których twórczą inspiracją bardzo często były poglądy utylitarystyczne. Istotne znaczenie mają w tym względzie rozważania V. Pareta. W swoich badaniach zajmował się on zagadnieniem sposobu oceny efektywności alokacji zasobów ujmowanej z punktu widzenia gospodarki lub szczególnej struktury rynku w ramach gospodarki¹⁹. U ich podstaw legło założenie konieczności redystrybucji dochodów i jej implikacji dla podmiotów w niej uczestniczących. V. Pareto uważał, że optymalna jest taka redystrybucja, w wyniku której uzyskanie korzyści przez jeden podmiot nie powoduje pogorszenia sytuacji innych podmiotów²⁰. Koncepcja ta określona została jako „optimum Pareta”²¹, które definiowane jest jako pozycja, „poza którą podwyższenie czyjegokolwiek dobrobytu nie jest możliwe w tym sensie, że niemożliwe jest przeniesienie kogokolwiek na bardziej preferowaną pozycję (przez »transformację« dóbr i usług za pośrednictwem produkcji albo wymiany) bez naruszenia dobrobytu kogoś innego”²². Ideałem jest więc sytuacja, która umożliwia

¹⁸ Ibidem, s. 23–24. Współcześnie, uwzględniając złożoność świata oraz czynników, które wpływają na podejmowane decyzje, wskazuje się że: „Już od czasów opublikowania w 1776 r. przez A. Smitha swoich refleksji nad naturą i przyczynami bogactwa narodów w liberalnej myśli ekonomicznej zaczęło się upowszechniać przekonanie, że ład moralny oparty na świadomości interesu zbiorowego zinternalizuje się w celach autonomicznych *homo oeconomicus*. Upowszechnienie się ekonomicznej koncepcji *homo oeconomicus* J.S. Mill’a spowodowało oderwanie ekonomii od wskazówek sumienia. Zwolennicy skrajnego liberalizmu opowiedzieli się za mechanizmem rynkowym jako źródłem ładu moralnego w gospodarce. Jednakże wielu teoretyków liberalnej myśli ekonomicznej docenia również inne źródła ładu moralnego. Np. F. Hayek – wybitny przedstawiciel skrajnego liberalizmu końca XX w. – przyznaje, że społeczeństwa, które postęgiwały się altruizmem i solidaryzmem grupowym rozwijały się lepiej niż te, które indywidualizm i egoizm wyniosły do rangi cnót publicznych. W ramach liberalizmu teoria dobrobytu postuluje maksymalizowanie dobrobytu społecznego poprzez powiększenie dobrobytu jednostkowego, jednakże w sposób nie uszczuplający dobrobytu jakiegokolwiek innego uczestnika gospodarowania. Niektórzy krytycy liberalizmu ekonomicznego uważają, że jego rezultatem będzie destrukcja społeczeństwa, bezradność wobec losu równa z bezradnością człowieka pierwotnego, który ponadto będzie żył w całkowicie zdegradowanym środowisku. Autor końca historii, F. Fukuyama zwraca uwagę na konieczność przyzwoitego traktowania wszystkich członków zbiorowości, także słabych, niewydolnych, ochrony wszelkich instytucji, w których tkwi kapitał społeczny, czyli rodziny, wspólnoty lokalnej, religii”. M. G. Woźniak, *Fundamentalne problemy aksjologiczne ładu instytucjonalnego współczesnej gospodarki*, [w:] B. Polzakiewicz, J. Boehlke (red.), op. cit., s. 25.

¹⁹ H. Landreth, D.C. Colander, op. cit., s. 412.

²⁰ S. Owsiak, *Finanse publiczne. Teoria i praktyka*, wyd. 3 zm., PWN, Warszawa 2006, s. 71.

²¹ M. Blaug, op. cit., s. 590.

²² Ibidem, s. 593.

dokonanie takiego podziału rzadkich zasobów, aby poprawienie pozycji materialnej jednego podmiotu nie powodowało pogorszenia u drugiego²³.

Pierwotnie uważano, że koncepcja V. Pareta nadaje się do analizy jedynie w ujęciu modelowym. Sam autor podnosił, że nie ma ona szczególnego znaczenia dla problematyki rzeczywistego świata, w którym konieczne jest dokonywanie porównań międzyosobowych²⁴. Rozważania Pareta nabrały jednak specjalnego znaczenia w momencie, gdy stwierdzono, że rynki konkurencyjne będą prowadzić do wystąpienia sytuacji optimum Pareta, czyli do progressu, po przekroczeniu którego nikomu nie można polepszyć bytu bez jego pogorszenia komuś innemu²⁵. Współczesna nauka ekonomii ocenia dzieło Pareta jako „zdecydowaną cezurę w dziejach subiektywnej teorii dobrobytu. Wcześniejsi autorzy przynależni do »użytecznościowej« tradycji zawsze traktowali »dobrobyt« jako sumę kardynalnie mierzalnych użyteczności poszczególnych gospodarstw domowych danej społeczności; optymalną alokacją zasobów była alokacja maksymalizująca tak pojmowany dobrobyt. Za czasów Marshalla zdawano sobie sprawę, że tego rodzaju »rachunek szczęśliwości« opierał się na założeniu, iż wszyscy osobnicy mają identyczne funkcje użyteczności dochodu. W takim zaś przypadku wynikało z tego oczywiście, iż optymalna alokacja zasobów może być osiągnięta jedynie pod warunkiem równego podziału dochodu. [...] W swoim *Podręczniku ekonomii politycznej (Manuel d'économie politique, 1906)* Pareto zdecydowanie zerwał z praktyką tradycyjną, nie tylko odrzucając użyteczność kardynalną i addytywne funkcje użyteczności, ale także ograniczając się rygorystycznie do takich tylko konkluzji w kwestii dobrobytu, które nie zależą w ogóle od jakichkolwiek porównań interpersonalnych, [...] warunki optymalności wymiany zależą tylko od intrapersonalnych porównań użyteczności, nigdy od jej porównań interpersonalnych”²⁶.

Do myślicieli, których rozważania wpłynęły na kształt chicagowskiej szkoły ekonomicznej analizy prawa, zalicza się również R. Pounda. Współcześnie jego badania ocenić należy jako podkreślenie znaczenia ekonomii, socjologii, psychologii czy polityki dla analiz prowadzonych na gruncie systemów

²³ H. Landreth, D.C. Colander, op. cit., s. 413.

²⁴ Ibidem. „W dyskusji nad koncepcją efektywności Pareto zwraca się uwagę, że w pewnych warunkach może być ona skuteczna, a mianowicie gdy przyjmie się, że mierzenie efektywności opiera się na krańcowych kosztach społecznych powstających przy wytwarzaniu każdego dobra. Notabene, założenie to jest fundamentalnym teorematem (paradygmatem) ekonomii dobrobytu. Problem komplikuje się jednak, gdy wyjdziemy poza czysto techniczne ujęcie efektywności Pareto. W rzeczywistości okazuje się bowiem, że społeczeństwo może preferować inną, nieefektywną alokację zasobów, opartą na zasadach równości, sprawiedliwości oraz na innych kryteriach. Spełnianie tych warunków nie jest możliwe w ramach mechanizmu rynkowego, wymaga interwencji państwa i zastosowania mechanizmu administracyjnego”. S. Owsiak, op. cit., s. 71.

²⁵ H. Landreth, D.C. Colander, op. cit., s. 413.

²⁶ M. Blaug, op. cit., s. 590.

prawa. Istotą jego rozważań było zwrócenie uwagi na znaczenie zagadnień społecznych w praktyce prawniczej, uwzględnianie kategorii ludzkich potrzeb, pragnień oraz nadziei, przy jednoczesnym odsunięciu na dalszy plan kwestii woli. „Po zestawieniu potrzeb, żądań lub interesów, których się dochodzi i dla których żąda się gwarancji prawnych, należy je ocenić, wybrać te, które uznane zostały za określające granice, w obrębie których nie będzie sprzeczności między tym a innymi interesami, oraz rozważyć, w jakiej mierze możemy je urzeczywistnić za pomocą prawa. [...] Trzy czynniki określają zmiany zachodzące w zakresie podstaw teorii: przesunięcia celu prawa z rozważania woli na rozważanie potrzeb oraz przejście od godzenia czy harmonizowania woli do godzenia czy harmonizowania potrzeb. Najważniejszą rolę odegrała w tym zakresie psychologia, która podważyła podstawy metafizycznej woli w obrębie filozofii prawa. Dzięki tendencji zmierzającej do unifikacji nauk społecznych, również ekonomia odegrała poważną rolę, szczególnie pośrednio przez podjęcie usiłowań wdrożenia ekonomicznej interpretacji historii prawa, wzmacniając ustalenia psychologii przez ukazanie wpływu czynników ekonomicznych na określenie kształtu prawa [...]”²⁷. Rozważania te – zwłaszcza z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa – wydają się być niezwykle cenne, bowiem łącząc zarówno czynniki prawne, społeczne, jak i ekonomiczne, pozwalają docenić znaczenie subiektywnych odczuć uczestników aktu prawnego. R. Pound dochodzi w swoich analizach do złożonego świata, odpowiadającego w dużym stopniu obecnym uwarunkowaniom. Podkreślał bowiem, że „w celu lepszego zrozumienia współczesnego prawa skłonny jestem zadowolić się obrazem, który pozwala na możliwie maksymalne zaspokojenie potrzeb całego społeczeństwa, przy możliwie najmniejszych ofiarach. Prawo skłonny jestem traktować jako instytucję społeczną, która ma na celu zaspokojenie potrzeb społecznych – żądań, postulatów i oczekiwań, ujawniających się w bytowaniu cywilizowanego społeczeństwa – przez podejmowanie działań idących tak daleko, jak tylko można czynić możliwie najmniej poświęcając, oraz w takiej mierze, w jakiej tego rodzaju potrzeby mogą być zaspokojone, zaś żądania pożyteczne, za pośrednictwem normowania działań ludzkich w ramach społeczeństwa zorganizowanego politycznie”²⁸.

Analizując doktrynalne podstawy Posnerowskich założeń ekonomicznej analizy prawa – na gruncie nauki ekonomii – zasadne jest również odwołanie się do kryterium Kaldora-Hicksa. Powstało ono w wyniku połączenia przez T. Scitowsky’ego w artykule *A Note on Welfare Propositions in Economics*²⁹ kryterium N. Kaldora opisanego w pracy *Welfare Propositions and Interper-*

²⁷ *An Introduction to the Philosophy of Law* (s. 42–47, tłum. J. Justyńskiego), [w:] J. Justyński, *Wybór tekstów źródłowych z historii doktryn polityczno-prawnych*, wyd. 2, TNOiK, Toruń 2004, s. 294.

²⁸ *Ibidem*, s. 295.

²⁹ “*Review of Economic Studies*” 1941, nr 9.

sonal Comparisons of Utility³⁰ oraz koncepcji J.R. Hicksa przedstawionej w artykule *The Foundations of Welfare Economics*³¹. Kryterium Kaldora-Hicksa uznawane jest za jedną z metod pozwalających na ocenę ekonomicznej efektywności alokacji zasobów³². W myśl tej koncepcji o efektywności rozwiązania można mówić wtedy, gdy w wyniku jego zastosowania jeden podmiot zyskuje więcej, niż traci inny. Jednocześnie – choćby w ujęciu teoretycznym – można przyjąć założenie, że realne jest skompensowanie strat przez podmiot zyskujący na rzecz podmiotu tracącego. W konsekwencji, jeżeli w danej sytuacji, uwzględniając dany zakres alokacji zasobów, wprowadzenie takiego rozwiązania nie jest możliwe, czyli wynikiem każdej zmiany alokacji zasobów będzie to, że zyski będą mniejsze od strat, to dana alokacja jest efektywna w sensie koncepcji Kaldora-Hicksa. Należy podkreślić, że kompensacja strat w tym ujęciu „implikuje jedynie teoretyczną możliwość takiej rekompensaty, a nie obowiązek jej dokonania”³³. Znaczenie rekompensat dla kształtu zjawisk ekonomicznych zwiększało się wraz z rozwojem stosunków społecznych i gospodarczych. Na początku XX w. teoretyczną możliwość ich stosowania analizował E. Barone, który poszerzył koncepcję V. Pareta. Twierdził on, że „wszystkie zmiany w indywidualnym dobrobycie można wyrazić w kategoriach równoważnej ilości dochodu realnego, którą dany osobnik byłby skłonny wziąć – albo zapłacić – w zamian za przywrócenie mu jego pierwotnej pozycji dobrobytu. [...] Zmiana, która przynosi korzyść niektórym osobom, a stratę innym, obecnie może zostać uznana za zmianę jednoznacznie zwiększającą dobrobyt, jeżeli ci, którzy odnoszą korzyść, mogą wypłacić kompensatę tym, którzy ponoszą straty, tak aby ci ostatni dobrowolnie zgodzili się na ową zmianę. Po wypłaceniu kompensat ci, którzy skorzystali, znajdują się w lepszej pozycji, ci zaś, którzy stracili, znajdują się w pozycji nie gorszej niż przedtem”³⁴.

Połączone koncepcje N. Kaldora i J.R. Hicksa uważane są za rozwinięcie i uogólnienie koncepcji efektywności V. Pareta. „Relacje między ekonomiczną efektywnością w sensie Pareto i efektywnością w sensie Kaldora-Hicksa kształtują się w sposób następujący: zmiana sytuacji, która jest dopuszczalna w sensie Kaldora-Hicksa, byłaby dopuszczalna także w sensie Pareto, gdyby

³⁰ „Economic Journal” 1939, nr 49.

³¹ Ibidem.

³² J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007, s. 36.

³³ Ibidem. „Istnieje ogromna różnica pomiędzy potencjalną kompensacją a faktyczną wypłatą kompensacyjną: kompensata potencjalna oznacza, że istnieje jakiś dochód ekstra, który można rozdzielić, natomiast faktyczne wypłacenie kompensaty oznacza, że rzeczywiście dokonano wyboru takiego szczególnego sposobu podziału owego dochodu ekstra, który jest najbardziej preferowany; a w tym punkcie wkrada się znowu interpersonalne porównanie.”, M. Blaug, op. cit., s. 593.

³⁴ Ibidem.

na osoby zyskujące w wyniku tej zmiany nałożono obowiązek zapłacenia rekompensaty osobom, które w wyniku tej zmiany tracą. Z tego względu ulepszenie w sensie Kaldora-Hicksa jest niekiedy potencjalnym ulepszeniem w sensie Pareto. [...] efektywność w sensie Kaldora-Hicksa takiego obowiązku nie nakłada; zakłada jedynie, że zmiana danej sytuacji jest dopuszczalna tylko wtedy, jeśli korzyści osób zyskujących w wyniku tej zmiany są na tyle duże, iż pozwalają na taką rekompensatę. Oczywiście każde ulepszenie w sensie Pareto jest również ulepszeniem w sensie Kaldora-Hicksa, ale nie odwrotnie; większość ulepszeń w sensie Kaldora-Hicksa nie stanowi ulepszeń w sensie Pareto (gdyż zazwyczaj ktoś traci w wyniku zmiany danej sytuacji)³⁵.

Stosowane w koncepcji Kaldora-Hicksa kryteria efektywności rozwiązań w porównaniu z kryterium Pareta uznaje się za mniej ścisłe. Założenia efektywności Pareta nie dopuszczają sytuacji, w której jakiś podmiot straci na wprowadzeniu rozwiązania. Warunki wolnego rynku trudne są jednak do pogodzenia z takim założeniem. Uwzględniając bowiem dobrowolność dokonywania transakcji, do wymiany dóbr w warunkach wolnorynkowych dochodzi wyłącznie przy obopólnej korzyści podmiotów uczestniczących w transakcji. W praktyce najczęściej występuje sytuacja, w której wprowadzenie jakiegoś rozwiązania polepszy sytuację niektórych podmiotów kosztem innych. Przy zastosowaniu kryterium Kaldora-Hicksa uwzględnia się takie sytuacje i dopuszcza możliwość straty jakiegoś podmiotu pod warunkiem, że osiągnięty przez inne podmioty zysk jest większy od poniesionej straty oraz że istnieje przynajmniej teoretyczna możliwość pełnej kompensacji strat. W takiej sytuacji nadwyżka korzyści nad kosztami dokonanej rekompensaty stanowi poprawę sytuacji jednego podmiotu bez pogorszenia sytuacji innego podmiotu. Odpowiada to efektywności w sensie Pareta i jednocześnie jest miarą wzrostu dobrobytu społecznego związanego z wprowadzeniem takiego rozwiązania.

3. Chicagowska szkoła ekonomiczna

Analiza założeń chicagowskiej szkoły ekonomicznej analizy prawa nie jest możliwa bez odwołania się do chicagowskiej szkoły ekonomicznej, która zajmuje poczesne miejsce w myśli ekonomicznej. Reprezentowała ona przekonanie, że rynki jako środki organizujące społeczeństwo działają lepiej niż ich alternatywy. Milton Friedman pisał, że „w dyskusjach nad polityką gospodarczą »Chicago« oznacza wiarę w efektywność wolnego rynku jako środka organizującego zasoby, sceptycyzm wobec działań rządu oraz podkreślanie

³⁵ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, op. cit., s. 38–39.

roli ilości pieniądza jako kluczowego czynnika w wywołaniu inflacji. W dyskusjach nad nauką ekonomiczną »Chicago« oznacza podejście, które traktuje poważnie stosowanie teorii ekonomicznej jako narzędzia służącego analizowaniu długiego szeregu konkretnych problemów, a nie abstrakcyjnej konstrukcji matematycznej o dużym pięknie, lecz małej mocy; podejście, które kładzie nacisk na empiryczne testowanie teoretycznych uogólnień i które odrzuca zarówno fakty bez teorii, jak i teorię bez faktów”. Autor ten postrzegł ekonomię jako narzędzie służące analizie realnych problemów. Jego zdaniem ekonomii nie wolno rozumieć jako matematycznego rozważania pozbawionego instytucjonalnego kontekstu. W każdym wypadku ma ona zastosowanie do realnych problemów rzeczywistego świata, a nie jedynie do naukowych modeli, które bardzo często idealizują jego obraz. „W swoich rozważaniach nad kwestiami polityki łączy on z sobą silną wiarę w prawa i wolności jednostki oraz w efektywność rynku w obronie tych praw”³⁶.

Podstawowy wpływ na kształt chicagowskiej szkoły ekonomicznej analizy prawa miały jednak rozważania R.H. Coase’a. „Przekonanie [...] jakoby interwencja państwa w postaci opodatkowania i subsydiowania była pożądana zawsze wtedy, gdy występuje rozbieżność między produktem prywatnym a społecznym, zostało zakwestionowane przez R.H. Coase’a i innych. Twierdzą oni, że pomimo działania efektów zewnętrznych w produkcji i w konsumpcji mechanizm rynkowy może prowadzić do jakiegoś optimum Pareta, ponieważ zazwyczaj można wyobrazić sobie rozwiązanie oparte na przetargach prywatnych, eliminujące te efekty zewnętrzne; co więcej, koszty administracyjne związane z opodatkowaniem i subsydiowaniem łatwo mogą pochłonąć więcej zasobów niż to, co się traci wskutek odchylenia od optimum Pareta. [...] Podsumowując: jeżeli prawa własności do wszystkich wchodzących w grę zasobów są jednoznacznie określone i jeżeli wszystkie podmioty ekonomiczne są zdolne do wspólnego negocjowania – »koszty transakcyjne są znikome« – to same owe podmioty będą mieć motywację do zawierania dobrowolnych porozumień w celu przesunięcia kosztów zanieczyszczenia [szkody – przyp. A.B.] od ofiar do winowajców. Po drugie, w takich okolicznościach można dowieść, że konkretny schemat rozkładu odpowiedzialności za zanieczyszczenie [szkodę – przyp. A.B.] określony w drodze negocjacji prywatnych nie wpływa na wartość dochodu narodowego; to ostatnie twierdzenie utrwaliło się w literaturze pod nazwą »teorematu Coase’a«. Na koniec dowodzi się, że nawet jeśli koszty transakcyjne są tak wysokie, że teoremat Coase’a jest nie do zastosowania, to i tak nie ma żadnej pewności, że interwencja rządu poprawi sytuację. Trzeba zbadać relatywną wagę »niedostatków rządu« w porównaniu z »niedostatkami rynku«”³⁷.

³⁶ H. Landreth, D. C. Colander, op. cit., s. 626–627.

³⁷ M. Blaug, op. cit., s. 603–604.

R.A. Posner, analizując znaczenie artykułu R. Coase'a *The Problem of Social Cost* dla rozwoju chicagowskiej szkoły ekonomicznej analizy prawa, pisał:

Coase's article was the more significant for the long-run development of the new law and economics field. The article established a framework for analyzing the assignment of property rights and liability in economic terms, thereby opening a vast field of legal doctrine to fruitful economic analysis, a field that Demsetz, Cheung, and others have cultivated. A very important, although for a time neglected, feature of Coase's article was implications for the positive analysis of legal doctrine. Coase suggested that the English law of nuisance had an implicit economic logic. Later writers have generalized this insight and argued that many of the doctrines and institutions of the legal system are best understood and explained as efforts to promote the efficient allocation of resources³⁸.

4. Ekonomiczne kategoria racjonalności i *homo oeconomicus* jako punkt wyjścia rozważań sędziego R.A. Posnera

Kluczowe znaczenie dla analiz prowadzonych w ramach chicagowskiej szkoły ekonomicznej analizy prawa ma pojęcie racjonalności działań ludzkich, ogniskujące się wokół kategorii *homo oeconomicus*. Konieczne jest więc zdefiniowanie pojęcia „racjonalizm”³⁹. Jego źródłosłowem jest łacińskie słowo *ratio* oznaczające „rozumowanie, zastanawianie się, wyjaśnienie, przyczynę, posługiwanie się rozumem, zdolność rozumowania, uwzględnienie czegoś, wzięcie pod uwagę”⁴⁰. W ujęciu filozoficznym racjonalizm jest doktryną, w myśl której „wszystko, co istnieje, ma swoją rację istnienia, a tym samym, że jest poznawalne rozumowo”⁴¹. Poznanie powinno być budowane na podstawie zasad formułowanych *a priori*. W ramach współczesnego racjonalizmu przyjmuje się, że rozum jest zdolny uchwycić rzeczywistość w procesie poznania naukowego – to tzw. racjonalizm otwarty⁴².

Intelektualne fundamenty rozwiązań proponowanych przez R.A. Posnera opierają się na badaniu zachowań ludzkich i związanej z nimi użyteczności, a zwłaszcza użyteczności krańcowej. Użyteczność w nauce ekonomii oznacza satysfakcję, którą dany podmiot uzyskuje ze spożycia jakiegoś dobra lub

³⁸ R.A. Posner, *The Economic Approach...*, s. 757.

³⁹ J. Wiśniewski, *Polimorfizm zasady racjonalnego gospodarowania*, Wyd. UMK, Toruń 1996, s. 14. Słownik języka polskiego definiuje pojęcie „racjonalizm” jako „przeświadczenie, że rozum to jedyne źródło poznania; kierowanie się rozumem we wszelkich okolicznościach” – *Słownik współczesnego języka polskiego*, red. nauk. B. Dunaj, Wyd. Wilga, s. 927.

⁴⁰ *Mały słownik łacińsko-polski*, red. nauk. J. Korpanty, PWN, Warszawa 2004, s. 523.

⁴¹ G. Durozoi, A. Roussel, *Filozoficzny słownik. Pojęcia, Postacie, Problemy*, WSiP, Warszawa 1997, s. 230.

⁴² *Ibidem*.

usługi lub też z udziału w jakimś rodzaju działalności. „Szczęście, radość, zadowolenie lub przyjemność mogą być określeniami zastępującymi pojęcie satysfakcji w definicji użyteczności. Ekonomiści próbują w jednym słowie →użyteczność« – oddać różne rodzaje przejawiania się podwyższonego poziomu naszego dobrego samopoczucia [...]. Podstawowym założeniem stojącym u podstaw tej teorii jest to, że ludzie działają w jakimś celu. Według Ludwika van Misesa ludzie działają, ponieważ są »niezadowoleni z istniejącego stanu rzeczy«⁴³. Użyteczność jest więc sumą zadowolenia, jaką daje konsumentowi posiadanie danego dobra⁴⁴. Dążąc do zaspokojenia swoich pragnień, jednostka zachowuje się racjonalnie, a więc jej działanie charakteryzuje się wewnętrzną spójnością postępowania, która umożliwia jej maksymalizację satysfakcji⁴⁵. Postępowanie takie opiera się na trzech założeniach: „po pierwsze, jednostka ma preferencje i potrafi w pewnych granicach określić swoje chęci. Po drugie, jednostka zdolna jest uporządkować swe chęci w sposób wewnętrznie spójny, od najbardziej intensywnie przeżywanego do najmniej pożądanego. Po trzecim, jednostka będzie dokonywać wewnętrznie spójnych wyborów w celu maksymalizacji swego zadowolenia⁴⁶. Ekonomiści podkreślają, że przyjęcie założenia racjonalności ludzkich działań implikuje różne wnioski, z których podstawowy sprowadza się do stwierdzenia, że jednostka dokonuje wyboru z szeregu możliwych rozwiązań. Dokonanie wyboru wiąże się z koniecznością rezygnacji z innych dostępnych rozwiązań⁴⁷.

5. Subiektywna racjonalność jako podstawa ekonomicznej analizy prawa w ujęciu sędziego R.A. Posnera

R.A. Posner, tworząc fundamenty chicagowskiej szkoły ekonomicznej analizy prawa, wskazywał, że współczesna nauka prawa rozumie ekonomię w zbyt wąskim ujęciu. Jego zdaniem, w ujęciu prawników ekonomia skupia się jedynie na badaniu inflacji, bezrobocia, cykli gospodarczych oraz innych makroekonomicznych zjawisk. Poglądy prawne na ekonomię powinny być szersze, a ekonomia pojmowana musi być jako nauka racjonalnego wyboru dokonywanego w świecie, w którym istniejące zasoby są ograniczone w po-

⁴³ D.R. Kamerschen, R.B. McKenzie, C. Nardinelli, *Ekonomia*, wyd. 3, Fundacja Gospodarcza NSZZ „Solidarność“, Gdańsk 1993, s. 446.

⁴⁴ M. Nasiłowski, *System rynkowy. Podstawy mikro- i makroekonomii*, wyd. 6 zm. i uzup., Key Text, Warszawa 2005, s. 98.

⁴⁵ „Na użytek praktyczny ekonomia postuluje podejście wywodzące się z anglosaskiego utilitaryzmu [...]. W ten sposób powstała etyka utilitarystyczna postulująca realizację największego pożytku dla największej liczby ludzi. Na takiej etyce opierają się liberalne teorie ekonomiczne afirmujące sprawną konkurencję, która wymusza maksymalizowanie korzyści własnej i sprawiedliwy podział”. M.G. Woźniak, op. cit., s. 23.

⁴⁶ D.R. Kamerschen, R.B. McKenzie, C. Nardinelli, op. cit., s. 447.

⁴⁷ Ibidem.

równaniu z ludzkimi potrzebami. W tym ujęciu człowiek dąży do racjonalnej maksymalizacji swoich celów, do satysfakcji. Ludzkie zachowanie uznawane jest za racjonalne, gdy odpowiada ono modelowi racjonalnego wyboru⁴⁸. Kluczowym aspektem przyjęcia koncepcji racjonalności jest akceptacja kryterium użyteczności ludzkiego działania. Racjonalizm jako taki, racjonalizm ludzkiego działania, racjonalizm gospodarowania są fundamentami współczesnych rozwiązań mikro- i makroekonomicznych.

Idea rynku opiera się na egzemplifikacji zachowań racjonalnych podmiotów uczestniczących w grze rynkowej. Rynek jako optymalny regulator opierać się musi na założeniu racjonalności podejmowanych działań⁴⁹. R.A. Posner podkreśla jednak, że obserwacja ludzkich zachowań bardzo często prowadzi do stwierdzenia ich niewielkiej zgodności z ekonomicznymi założeniami racjonalnego postępowania, a – w wielu wypadkach – nawet irracjonalności. Decyzje podejmowane są bowiem w warunkach niepewności, ograniczonej ilości potrzebnych informacji, obarczone są więc jednostkowym subiektywizmem, który wpływa na kształt ludzkiego działania:

Rationality implies decision making, and people often have to make decisions under conditions of profound uncertainty; fortunately, economists have devoted a good deal of attention to decision under uncertainty⁵⁰.

Sztandarowym dla ekonomicznej analizy prawa przykładem subiektywnej oceny satysfakcji jest tzw. wzór (formuła) przedstawiony przez sędziego Learneda Handa w 1947 r. Pokazuje on w wyraźny sposób możliwość oceny zdarzenia regulowanego przepisami prawa przez pryzmat kosztu i korzyści. Formuła Handa prezentuje możliwość i zasadność analizy racjonalności ludzkiego postępowania, przy uwzględnieniu subiektywnych przesłanek ocenianych. Pozwala określić wartość satysfakcji podmiotu uczestniczącego w zdarzeniu:

A simple but important example of a law-related decision under uncertainty is decision as to how much care to take to avoid an accident. The accident will occur with probability P , and let us assume that if it does occur it will impose a cost that I'll call L , for loss; and assume further that eliminating the possibility of such an accident would impose on the potential injurer a cost, which I'll call B (for burden). Then it is easily seen that the cost of avoiding the accident will be less than the expected accident cost (or benefit of avoiding the accident) if B is smaller than L discounted (multiplied) by P , or $B < PL$, and if this condition is satisfied then the potential injurer can be said to be negligent if he fails to take the precaution⁵¹.

Współcześnie odzwierciedlenie założeń formuły Handa odnaleźć można, m.in. w rozważaniach D.R. Kamerschena, R.B. McKenziego i C. Nardinelle-

⁴⁸ R.A. Posner, *Economic Analysis...*, s. 3.

⁴⁹ Szerzej na ten temat, zob. J. Wiśniewski, op. cit.

⁵⁰ R.A. Posner, *Values...*, s. 3–4.

⁵¹ Ibidem.

go. Piszą oni, że „wszelkie racjonalne zachowanie wiąże się z kosztem, który stanowi wartość najbardziej preferowanej, a nie wybranej alternatywy [...] dążąc do maksymalizacji dobrobytu, dana jednostka będzie podejmować działania przynoszące więcej korzyści niż kosztów”⁵². W efekcie należy podkreślić, że celowość, zasadność, skuteczność i ekonomiczność to główne parametry wyznaczające racjonalność działań ludzkich. Są one kształtowane przez decyzje człowieka. Jakkolwiek na ich kształt podstawowy wpływ ma rozum ludzki, to jednak nie są one wolne od doświadczeń religijnych, emocji czy pragnień⁵³.

Rozpatrując treść formuły Handa na gruncie ekonomicznej analizy prawa, zasadne wydaje się odwołanie do dyskusji nad zasadą racjonalności. Skupia się ona bowiem głównie wokół kategorii *homo oeconomicus*, czyli człowieka, który dąży do osiągania możliwie wysokich korzyści w drodze efektywnego ekonomicznie działania. Koncepcja ta stanowi podstawę teorii ekonomicznych traktujących o samoregulacyjnym mechanizmie gospodarki rynkowej. We współczesnym ujęciu *homo oeconomicus* to przede wszystkim człowiek zachowujący się zgodnie z prakseologiczną formułą ekonomiczności działania. Punktem odniesienia tej formuły, jak i formuły Handa, są korzyści lub koszty wyrażone albo w pieniądzu, albo w inny sposób – właściwy dla uczestnika aktu prawnego. Maksymalizacja korzyści, dochodu, nadwyżki ekonomicznej oraz minimalizacja wydatków, kosztów lub strat są pojęciami

⁵² D.R. Kamerschen, R.B. McKenzie, C. Nardinelli, op. cit., s. 447. Koszt alternatywy „jest to wartość, którą dana jednostka przywiązuje do najbardziej pożądanej alternatywy, z wykorzystania której zrezygnowała w momencie dokonywania wyboru”. Koszt pieniężny alternatywy „jest pieniężną miarą nieuzyskanych w momencie dokonywania wyboru korzyści z najbardziej atrakcyjnej, ale pominiętej alternatywy” – ibidem, s. 450–451. W polskiej nauce ekonomii wskazuje się, że racjonalność oznacza działania ludzkie, mające oparcie w czynnym wykorzystaniu rozumu, a więc opierające się na rozumnym wyborze wariantu działania. Wybór dokonywany jest spośród wszystkich dostępnych wariantów. Racjonalizm natomiast jest przyznaniem rozumowi dominującej roli w poznaniu świata, co z kolei jest źródłem informacji umożliwiających racjonalne działania ludzi. Te dwie uzupełniające się kategorie stanowią podstawę ciągu wzajemnie powiązanych i przenikających się zdarzeń właściwych ludzkiej egzystencji. Zob. J. Wiśniewski, op. cit., s. 14.

⁵³ Ibidem, s. 17–18. W polskiej literaturze przedmiotu – w ramach analiz prowadzonych nad ładem instytucjonalnym – odnaleźć można radykalną opinię, która wyraża ograniczone możliwości badań ekonomicznych nad rzeczywistym światem, w którym podejmowane wybory kształtowane są bardzo różnymi czynnikami: „W niezwykle ważnej kwestii kontrolowania przez naukę hierarchii różnorodnych celów odnoszących się do biologicznego, materialnego, intelektualnego i duchownego bytu jednostkowego i społecznego człowieka, już tylko z racji ograniczeń poznawczych, informacyjnych i emocjonalnych, ekonomia skapitulowała, nie bacząc przy tym na coraz bardziej dramatyczny fakt gospodarowania w warunkach rzadkich dóbr. Wobec braku uzasadnionych naukowymi procedurami ekonomii sposobów hierarchizowania celów ekonomii przyjmują, że tym problemem powinien parzyć się każdy człowiek poprzez zindywidualizowane decyzje, odwołując się do korzyści własnej wywiedzionej z doświadczenia, refleksji filozoficznej, własnego wycucia etycznego czy też zasad uznawanych w przyjętym przez niego systemie wartości. Ekonomia może tu dostarczyć jedynie pomocniczych przesłanek. Jednak żadna nauka nie rozstrzygnie problemu hierarchii wartości ani nie uzasadni konieczności etycznego postępowania bez odpowiedzi na pytanie o ontyczną naturę człowieka” – M.G. Woźniak, op. cit., s. 23.

właściwymi dla ekonomicznego, racjonalnego postępowania. W warunkach gospodarki wolnorynkowej *homo oeconomicus* stanowi wzorzec racjonalności. W dyskursie ekonomicznym wyodrębniły się dwa podejścia do zasady racjonalności – zasady ekonomiczności działania. Pierwsze podejście określić można jako racjonalność pełną, globalną, odpowiadająca wyidealizowanemu wzorcowi, drugie – jako racjonalność ograniczoną, która w podstawowym zřębie opiera się na twierdzeniu, że w praktyce nie jest możliwa racjonalność gospodarowania odpowiadająca wyidealizowanemu wzorcowi.

Zwolennicy koncepcji racjonalności ograniczonej wychodzą z założenia, że w zasadzie postępowanie zgodne z wzorcem *homo oeconomicus* występuje, lecz jest zazwyczaj zdeformowane i niepełne. Przyczyny ograniczeń racjonalności ujmowane są w dwie rodzajowe grupy. W zakresie pierwszej grupy mieszczą się ograniczenia racjonalności związane z tendencjami w rozwoju gospodarki rynkowej, chodzi tu o niedoskonałość współczesnego rynku i jego mechanizmu. Druga grupa odnosi się do przyczyn związanych z działaniem ludzi gospodarujących, z ich funkcjonowaniem w roli podmiotów podejmujących decyzje. Niedoskonałości zawarte w pierwszej grupie wynikają ze ściśle teoretycznego założenia, że model racjonalności globalnej umiejscawiany jest w warunkach rynku doskonale konkurencyjnego. W efekcie wszelkie rzeczywiste niedoskonałości tego rynku stanowią ograniczenia ekonomiczności, a więc racjonalności gospodarowania. Niedoskonałości w ujęciu drugiej grupy związane są z człowiekiem jako takim oraz człowiekiem będącym podmiotem kształtującym określoną procedurę racjonalnego rozwiązywania problemów i podejmowania racjonalnych decyzji. Są to niedoskonałości o charakterze podmiotowym, związane w swym całokształcie ze sferą psychologiczną, socjologiczną, kulturową, religijną każdego człowieka uczestniczącego w procesie podejmowania decyzji⁵⁴.

W rozważaniach sędziego R.A. Posnera odnajdujemy założenia racjonalności ograniczonej. W ten sposób – przyjmując jako podstawę koncepcję *rational-choice economics* – rozbieżność w ocenie rzeczywistego zachowania ludzi z klasycznym wzorcem *homo oeconomicus* wynika z faktu, że klasyczne, ekonomiczne podejście do oceny ludzkich wyborów opiera się na kryteriach obiektywnych. Obiektywizacja ludzkich zachowań w złożonym świecie jest jednak trudna do zaakceptowania. Nie uwzględnia znaczenia czynników subiektywnych, których analiza pozwalałaby na uznanie, czy dane zachowanie rzeczywiście posiada – w danym miejscu, czasie i w jednostkowym ujęciu – atrybut racjonalności, czy też nie. Człowiek, podejmując określone wybory, z jednej strony subiektywnie ocenia zakres przewidywanych kosztów i korzyści, z drugiej strony dokonywany wybór opiera się na ograniczonej ilości informacji, które potrzebne są do podjęcia racjonalnej decyzji. Nieuwzględ-

⁵⁴ J. Wiśniewski, op. cit., s. 24 i nast.

nienie znaczenia czynników subiektywnych w procesie racjonalnego wyboru powoduje możliwość wystąpienia zniekształceń dokonywanej oceny. R.A. Posner postuluje więc, aby racjonalność rozumieć jedynie jako skłonność, gotowość podjęcia świadomego wyboru. Jest więc ona zdolnością i skłonnością do faktycznego podejmowania racjonalnych działań. Uwzględnienie subiektywnych czynników przy ocenie ludzkiego działania nie pozbawia go waloru racjonalności. Dodatkowo takie podejście umożliwia jego ocenę w rzeczywistym świecie, w którym działają prawdziwi ludzie, dalecy od wyidealizowanych wzorców. Ich ocena rzeczywistości i zasadności podejmowanych decyzji najczęściej obciążona jest szeregiem niedoskonałości, wątpliwości i ograniczoną ilością danych, które mogą wpłynąć – przy założeniu uwzględnienia wyłącznie obiektywnych kryteriów – na uznanie, że konkretne działanie nie nosi znamion racjonalności. Dodatkowo na treść podjętych decyzji wpływ będą miały koszty uzyskania informacji niezbędnych przy obiektywnie racjonalnym postępowaniu. Koszty te w ujęciu ekonomicznej analizy prawa stanowią istotną przesłankę oceny podejmowanych działań, z punktu widzenia *rational-choice economics*:

The basic assumption, that human behavior is rational, seems contradicted by the experiences and observations of everyday life. The contradiction is less acute when one understands that the concept of rationality used by the economist is objective rather than subjective, so that it would not be a solecism to speak of a rational frog. Rationality means little more to an economist than a disposition to choose, consciously or unconsciously, an apt means to whatever ends the chooser happens to have. In other words, rationality is the ability and inclination to use instrumental reasoning to get on in life. It does not assume consciousness; it certainly does not assume omniscience. Positive information costs are assumed throughout this book. (These costs are of two kinds – costs of acquiring information, and costs of absorbing or processing information. [przypis 1: Some economists use the term “bounded rationality” to describe the rationality of rational persons who face positive costs of using the information available to them to make decisions] Even with these qualifications of economic theory are one-dimensional and pallid when viewed as descriptions of human behavior – especially the behavior of such unconventional economic “actors” as judge, the litigant, the parent, the rapist, and other whom we shall encounter in the economic analysis of law⁵⁵.

R.A. Posner zasadnie podkreśla znaczenie subiektywnych czynników dla rozwoju nauki i postępu cywilizacyjnego. Jakkolwiek w ujęciu historycznym w momencie przedstawiania różnych tez ich empiryczna sprawdzalność była bardzo często albo całkowicie niemożliwa, albo znikoma, to jednak dzięki rozwojowi badań naukowych i techniki okazywały się one w późniejszych okresach zasadne i prawdziwe. Podobne spostrzeżenie przynosi R.A. Posner na grunt możliwej oceny subiektywnych zachowań podmiotów uczestniczących w akcie prawnym. Wydawałoby się, że pozbawione realizmu działania

⁵⁵ R.A. Posner, *Economic Analysis...*, s. 17.

w dłuższej perspektywie czasowej okażą się racjonalne i uzasadnione. Pozorny brak realizmu w połączeniu z subiektywnymi czynnikami wpływającymi na jednostkowe decyzje może powodować błędną ocenę ich zasadności i racjonalności, tym bardziej że określenie satysfakcji będącej celem działania jest niezwykle trudne z punktu widzenia zewnętrznego obserwatora:

But abstraction is of the essence of scientific inquiry, and economics aspires to be scientific. Newton's law of falling bodies is unrealistic in its basic assumption that bodies fall in vacuum, but it is still a useful theory because it predicts with reasonable accuracy the behavior of a wide variety of falling bodies in the real world. Similarly, an economic theory of law will not capture the full complexity, richness, and confusion of the phenomena – criminal or judicial or marital or whatever – that it seeks to illuminate. But its lack of realism in the sense of descriptive completeness, far from invalidating the theory, is a precondition of theory. A theory that sought faithfully to reproduce the complexity of the empirical world in its assumptions would not be a theory – an explanation – but a description⁵⁶.

W artykule *The Economic Approach to Law* R.A. Posner wskazywał natomiast, że:

The basis of an economic approach to law is the assumption that the people involved with the legal system act as rational maximizers of their satisfactions. Suppose the question is asked, when will parties to a legal dispute settle rather than litigate? Since this choice involves uncertainty – the outcome of the litigation is not known for sure in advance – the relevant body of economic theory is that which analyzes decision-making by rational maximizers under conditions of uncertainty. If we are willing to assume, at least provisionally, that litigants behave rationally, then this well-developed branch of economic theory can be applied in straightforward fashion to the litigation context to yield predictions with respect to the decisions with respect to the decision to litigate or settle; we discover, for example, that litigation should be more frequent the greater the stakes in the dispute or the uncertainty of the outcome. These predictions can be, and have been, compared with the actual behavior of litigants in the real world. The comparison indicates that the economic model is indeed a fruitful one as applied to litigation behavior, i.e., it enables us to explain actual behavior we observe⁵⁷.

Z kolei w artykule *Rational Choice, Behavioral Economics and the Law*, będącym polemiczną odpowiedzią na pracę autorstwa Ch. Jolls, C.R. Sunstein i R. Thaler'a *A Behavioral Approach to Law and Economics*, R.A. Posner przedstawił przykład subiektywnego rozumienia racjonalności na gruncie ekonomicznej analizy prawa, pozwalający na dokonanie rozróżnienia pomiędzy *rational-choice economics* a *behavioral economics*:

For example, a rational person who wants to keep warm will compare the alternative means known to him of keeping warm in terms of cost, comfort, and other dimensions of utility and disutility, and will choose from this array the means

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ R. A. Posner, *The Economic Approach...*, s. 761–762.

that achieves warmth with the greatest margin of benefit over cost, broadly defined. Rational choice need not be conscious choice. Rats are at least as rational as human beings when rationality is defined as achieving one's ends (survival and reproduction, in the case of rats) at least cost⁵⁸.

Inspiracją i jednocześnie potwierdzeniem poglądów R.A. Posnera był amerykański dorobek orzecniczy i rozważania doktrynalne w sprawach antymonopolowych. Dostarczyły one wielu wskazówek, które pozwoliły mu na analizę przebiegu procesów gospodarczych, dając asumpt do naukowych prawnko-ekonomicznych rozważań nad mechanizmami rynkowymi⁵⁹.

Zdaniem R.A. Posnera charakterystyczną cechą współczesnego podejścia do prawa i ekonomii powinno być stosowanie zarówno teorii, jak i badań empirycznych w odniesieniu do instytucji systemu prawnego. Podejście to zakłada przeprowadzanie analiz zachowania ludzkiego, przewidywanie potencjalnego zakończenia procesu stosowania prawa, kosztów jednostkowych i społecznych regulacji prawnych oraz wpływu i reakcji różnych grup nacisku na kształt przepisów prawnych⁶⁰. Analiza musi być prowadzona zgodnie z założeniami modelu racjonalnego zachowania ludzi, którzy dążą do maksymalizacji własnej satysfakcji. Właściwy jest więc model *homo oeconomicus*, którego decyzje należy rozumieć jako subiektywne. W efekcie postępowanie wypracowane na ramach modelu należy konfrontować z rzeczywistym zachowaniem w prawdziwym świecie⁶¹. Analiza racjonalnego postępowania na gruncie systemu prawa jest więc niezwykle złożona. R.A. Posner pisał, że:

It may argued that if economic theory involves exploring the implications of assuming that people behave rationally, then lawyers can apply the theory perfectly well without the help of specialists. In this view, the economic approach to law just supplies a novel and confusing vocabulary in which to describe the familiar analytical activities of the lawyer. There is indeed a good deal of implicit economic analysis in legal thought – a point to which I shall return – an a good deal of economic theory does consist of elegantly formalizing the obvious and the trivial. But it is not true that all of the useful parts of economic theory are intuitively obvious to the intelligent lawyer. The logic of rational maximization is subtle, frequently complex, and very often counterintuitive. That is why the level of public discussion of economic policy is so low, and why the application of economics to law is more than the translation of the conventional wisdom of academic lawyers into a different jargon⁶².

Autor ten podkreślał, że na gruncie prawa jednostka kieruje się w swych wyborach takimi samymi kryteriami, jak zwykły konsument dóbr i usług. Jedynie rozróżnienie pomiędzy stosunkami społeczno-gospodarczymi a praw-

⁵⁸ R.A. Posner, *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*, "Stanford Law Review" 1998, vol. 50, s. 1551.

⁵⁹ R. A. Posner, *The Economic Approach...*, s. 758.

⁶⁰ Zob. np. R. A. Posner, *Economics, Politics, and the Reading of Statutes and the Constitution*, "Chicago Law Review" 1982, vol. 49, nr 2.

⁶¹ R.A. Posner, *The Economic Approach...*, s. 761 i nast.

⁶² Ibidem, s. 762.

nymi dotyczy zdefiniowania pojęć „dobro”, „usługa” i „cena”. Na gruncie ekonomicznej analizy prawa mają one specyficzny, niekonwencjonalny charakter:

[...] participants in the legal process indeed behave as if they were rational maximizers: criminals, contracting parties, automobile drivers, prosecutors, and others subject to legal constraints or involved in legal proceedings act in their relation to the legal system as intelligent (not omniscient) maximizers of their satisfactions. Like ordinary consumers, they economize by buying less of a good or commodity when its price rises and more when it falls. To be sure, the “good” and the “price” in the economic analysis of law are often unconventional, which is perhaps why it took so long for economists to claim the law as a part of economics. The “good” might be crimes to a criminal or trials to an aggrieved plaintiff, and the “price” might be a term of imprisonment discounted by the probability of conviction, or a court queue⁶³.

Są one „dobrem” i „ceną” właściwą dla konkretnego uczestnika konkretnego aktu prawnego. Podmiot uczestniczący w stosunkach prawnych w racjonalny dla siebie sposób maksymalizuje (optymalizuje) uzyskiwaną satysfakcję z uczestnictwa w określonym zdarzeniu regulowanym przepisami prawa. Dokonywany wybór ma charakter subiektywny, a nie obiektywny. „Dobro” i „cena” nie należą więc do kategorii obiektywnych. Należy je oceniać przez pryzmat subiektywnej satysfakcji podmiotu uczestniczącego w obrocie prawnym, na którego wybory wpływa ograniczona ilość informacji. Obiektywizacja wyborów – w ujęciu R.A. Posnera – może być ujmowana jedynie w wymiarze modelowym. Nie da się bowiem stworzyć uniwersalnej kategorii satysfakcji, która w każdym przypadku znajdzie zastosowanie przy badaniu postępowania podmiotu uczestniczącego w akcie regulowanym przepisami prawa. R.A. Posner na gruncie ekonomicznej analizy prawa wskazywał na pozarynkowy i subiektywny charakter dóbr, usług czy ceny. Optymalizacja satysfakcji uczestnika stosunku prawnego może przybrać różne formy, różne mogą też być konsekwencje oceny rzeczywistych zdarzeń przy założeniu akceptacji podejścia opartego na ekonomii racjonalnego wyboru:

Most economic analysis consist of tracing out the consequences of assuming that people are more or less rational in their social interactions. In the case of the activities that interest the law, these people may be criminals or prosecutors or parties to accidents or taxpayers or tax collectors or striking workers – or even law students. Students treat grades as prices, so that unless the university administration intervenes, unpopular professors, in order to keep up their enrollments, will sometimes compensate students for the low perceived value of the course by giving them higher grades, that is, by raising the price that the professor pays for the student⁶⁴.

⁶³ Ibidem, s. 763.

⁶⁴ R. A. Posner, *Values...*, s. 3.

W swoich rozważaniach R.A. Posner wskazywał również, że system prawny traktowany jest jako wartość dana, a analizowanym problemem jest kwestia, w jaki sposób osoby fizyczne lub podmioty gospodarcze działające w tym systemie reagują na bodźce, które z niego wypływają⁶⁵. Analiza prawa i ekonomii pozwala więc na ocenę wpływu systemu prawnego na zachowania podmiotów aktu prawnego. Behawioralny aspekt badania pozwala na ocenę użyteczności systemu prawnego w ujęciu ekonomicznym, jego rzeczywistych skutków oddziaływania na podejmowane przez ludzi wybory. Materialne, proceduralne czy też instytucjonalne prawo znajduje się pod wpływem czynników ekonomicznych i oceniane powinno być z punktu widzenia kryteriów ekonomicznych. Odseparowanie analizy prawa od jego behawioralnych aspektów prowadzi do oderwania normy prawnej od jej fundamentów. Prawo jest bowiem elementem całego złożonego systemu społeczno-gospodarczo-politycznego. Wydaje się, że w ujęciu R.A. Posnera system prawny nosi znamiona kompletności. Z jednej bowiem strony, determinuje on ludzkie zachowania, których istotą jest maksymalizacja oczekiwanej satysfakcji, z drugiej strony ekonomiczny fundament systemu prawnego wpływa na kształt samej normy prawnej, która powinna umożliwiać uczestnikom aktu prawnego maksymalizowanie satysfakcji, przy jednoczesnym zabezpieczeniu interesu społecznego. Realizacja interesu społecznego oznacza maksymalizację (optymalizację) subiektywnej satysfakcji określonej zbiorowości, którą rozumieć można m.in. jako pewność obrotu prawnego, bezpieczeństwo czy też określoną kulturę ludzkiej egzystencji.

Podsumowanie

Ocena funkcjonowania systemów prawnych przez chicagowską szkołę ekonomicznej analizy prawa była i w dalszym ciągu jest interesującą propozycją. Nie da się zignorować faktu, że istnieją związki pomiędzy prawem i ekonomią. Nie da się również zanegować tego, że ekonomia wywiera ogromny wpływ na kształt stanowionych norm prawnych. Każdą regulację prawną można – w większym lub mniejszym stopniu – poddać analizie z punktu widzenia ekonomii. Dotyczy to zarówno funkcjonowania systemów prawnych w określonym wolnorynkowym środowisku, jak i behawioralnych, jednostkowych skutków regulacji. Przyjęcie za podstawę rozważań tez ekonomii racjonalnego wyboru umożliwia ocenę skuteczności regulacji prawnych w ujęciu jednostkowym i globalnym. Pozwala również dokonać oceny kosztów stanowienia i stosowania określonych norm. Jakkolwiek z punktu widzenia zaakceptowanych powszechnie standardów przyjęcie na gruncie prawa ekonomicznych kategorii „dobra” i „ceny” może wydawać się kontrowersyjne, to

⁶⁵ R. A. Posner, *The Economic Approach...*, s. 763.

trzeba zgodzić się, że umożliwiają one ocenę regulacji prawnych. Wydaje się, że subiektywne wartości, którymi kieruje się przy dokonywaniu indywidualnych wyborów każdy uczestnik aktu prawnego sprawdzają się na gruncie prawa. Faktem jest, że jednostka, stosując się do lub stosując określone regulacje prawne, kieruje się subiektywną oceną kosztu i korzyści. Jest to wartość właściwa wyłącznie dla niej. W efekcie ekonomiczna ocena regulacji prawnych znajduje zastosowanie zarówno do dóbr rynkowych, jak i „dóbr” nierynkowych. Dlatego koncepcje chicagowskiej szkoły ekonomicznej analizy prawa wydają się mieć walor uniwersalny.

Ekonomiczna analiza prawa znajduje zastosowanie nie tylko w ocenie funkcjonowania systemów prawnych czy ocenie behawioralnych konsekwencji i skutków stosowania regulacji prawnych. Znajduje ona również zastosowanie w procesie legislacyjnym. Zdaniem R.A. Posnera wolny rynek – jako najlepszy regulator ekonomicznych, społecznych i politycznych stosunków – pozostawiony samemu sobie będzie prowadził do maksymalizacji społecznego bogactwa. Obraz ten nie jest jednak pozbawiony wad. Prawodawcy bowiem, „uchwalając odpowiednie ustawy, w rzeczywistości »wchodzą w układy« z lobbystami, którzy – dzięki poparciu elektoratu – są wystarczająco wpływowi, by wywołać korzystne dla siebie zmiany legislacyjne, zmiany, które często oznaczają przepływ bogactwa w ich kierunku”⁶⁶. Sędzia W.N. Eskridge Jr. w artykule *Dynamic Statutory Interpretation*, charakteryzując *Economic Theory of Legislation*, odwołał się do słów W. Landesa i R.A. Posnera:

Their argument is as follows. An economic theory of legislation posits that statutes are essentially “contracts” between interest groups and Congress. Congress laws in return for payments in the form of campaign contributions, votes, bribes, and promises. In short, legislation is “sold” by the legislature and “bought” by the beneficiaries of the legislation⁶⁷.

W efekcie przedstawionych niedoskonałości procesu legislacyjnego chicagowska szkoła ekonomicznej analizy prawa sugeruje jednak, aby „w obszarach prawa pozostawionych do swobodnego uznania sędziów, tak jak to dzieje się w systemie prawa *common law*, naciski grup interesu nie były na tyle silne, by odwozić prawodawców od realizacji celów, które leżą w interesie publicznym. [Lecz tam, gdzie władza ustawodawcza istotnie skupi się na stanowieniu prawa] analitycy – każdemu prawodawcy wolnemu od nacisków ze strony grup interesu w stopniu wystarczającym do tego, by w swej działalności kierował się dobrem publicznym – zalecać będą program stanowienia takiego prawa, które jest zgodne z nakazem maksymalizowania bogactwa”⁶⁸.

⁶⁶ J.M. Kelly, *Historia zachodniej teorii prawa*, Wyd. WAM, Kraków 2006, s. 471.

⁶⁷ W.N. Eskridge Jr., *Dynamic Statutory Interpretation*, “University of Pennsylvania Law Review” 1987, vol. 135, s. 1511.

⁶⁸ J.M. Kelly, op. cit., s. 471.

Obszar zastosowania ekonomicznej analizy prawa jest zatem ogromny. W pracach analitycznych prowadzonych w ramach chicagowskiej szkoły ekonomicznej analizy prawa, w tym również w badaniach sędziego R.A. Posnera, podejmowane były praktycznie wszystkie aspekty funkcjonowania współczesnych systemów prawnych i ich ocena z punktu widzenia ekonomii. Należy jednak zgodzić się z opinią Posnera, że jej założenia nie zostały w zadowalającym zakresie wykorzystane: „The economic approach to law has enormous potential, as yet only slightly realized, for increasing our knowledge about the legal system”⁶⁹.

Summary

The article is an attempt to outline the basic issues concerning *Law & Economics*, as they appear in the deliberations of Judge R.A. Posner. Judge Posner is considered the founder and leading authority of the *Law & Economics* school of thought, created in the United States and supported by researchers from all over the world. The article outlines the philosophical and economic foundations of *Law & Economics*, and its basic categories.

⁶⁹ R.A. Posner, *The Economic Approach...*, s. 768.