

KRYTYKA EKONOMICZNEJ ANALIZY PRAWA**1. Dlaczego krytyka?**

Rozważania niniejsze rozpocząć należy od poczynienia kilku wstępnych deklaracji. Po pierwsze, skoro tytułem wystąpienia uczyniono krytykę ekonomicznej analizy prawa (dalej: EAP lub *law & economics*), uczciwość względem Czytelnika wymaga od autora określenia własnego stanowiska, które w sposób otwarty, klarowny i niepozostawiający miejsca na domysły, ukáže motywacje towarzyszące powstawaniu tekstu. Krytyka danego stanowiska intelektualnego może być bowiem prowadzona z różnych pozycji: nieraz podejmuje się jej nieprzejednany przeciwnik, który – posługując się ostrą retoryką, szerokim wachlarzem najróżniejszych argumentów (spośród których część wyklucza się wzajemnie), a nawet „ciosami poniżej pasa” (stosowanymi również na gruncie debaty naukowej; polega to wówczas na przypisywaniu adwersarzom poglądów niewypowiedzianych, rekonstruowanie ich stanowiska w „krzywym zwierciadle”, nieuzasadnionym wyolbrzymianiu słabości teorii przy jednoczesnym lekceważeniu atutów albo uporczywym ignorowaniu kontrargumentów) – zmierza do totalnej dyskredytacji wrogiej mu teorii, bez zachowania jakiegokolwiek umiaru, a nawet szacunku dla zwolenników krytykowanego stanowiska. Nieraz jest to krytyka bardziej zobiektywizowana i zniuansowana (a zarazem bardziej przyzwoita): polemista taki zadaje sobie trud zrozumienia argumentów dyskutantów, zachowuje pożądany dystans bez nadmiernego zaangażowania emocjonalnego, dokonuje starannej selekcji wątków wątpliwych od tez wiarygodnych, których wartość doceni... Zdarza się także krytyka, której autor (faktycznie tylko „rzekomy oponent”) umyślnie podejmuje się próby podważenia bliskich mu poglądów po to tylko, by następnie

* Uniwersytet Warszawski, Wydział Prawa i Administracji, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa, e-mail: k.kozminski@wpia.uw.edu.pl.

heroicznie taką krytykę zwalczyć, przy okazji ukazując słabość i bezsensowność zarzutów oskarżycieli. Staje się wówczas fałszywym recenzentem – odgrywa taką rolę wyłącznie po to, by przy pomocy pozornej krytyki skompromitować lub wyszydzić poglądy przeciwne.

Jaki charakter ma poniższy tekst – oskarżycielski, umiarkowanie polemiczny, czy tylko pozornie krytyczny? O ile zapewnienia o bezemocjonalnym stosunku autora do tekstu (a tym bardziej zobowiązanie do jak najbardziej obiektywnego spojrzenia na komentowane zagadnienie) byłoby infantylne i brzmiało wręcz podejrzenie, niniejsza wypowiedź stanowić ma (tylko albo aż) próbę wskazania tych aspektów EAP, które – w oczach jej krytyków – dyskwalifikują ją jako przydatną metodę badawczą w refleksji nad prawem. A zarzutów takich, mimo wciąż wzrastającej w Polsce popularności ekonomicznej analizy prawa¹, formułuje się wiele i mają one różnoraki charakter². Do Czytelnika należy ocena na ile rzetelnie i przekonująco pomysł ten zostanie zrealizowany.

W bogatej literaturze podkreśla się dwoistość *law & economics* – z jednej strony jest to próba opisu prawa (jego roli społecznej, funkcji oraz celów – tzw. deskryptywna wersja EAP³), z drugiej strony, jej zwolen-

¹ Na rzecz tezy tej wydaje się świadczyć nie tylko zwiększająca się wciąż ilość publikacji z zakresu EAP, ale także fakt, iż przedmiot pod nazwą ekonomiczna analiza prawa jest coraz częściej przedmiotem uniwersyteckich zajęć dydaktycznych dla studentów studiów licencjackich i magisterskich (nie tylko prawniczych i ekonomicznych) oraz słuchaczy studiów podyplomowych. Ł. Hnatkowski, *O potrzebie nauczania ekonomicznej analizy prawa* [w:] *Ekonomiczna analiza prawa*, red. T. Giaro, Warszawa 2015, s. 261–264.

² Wypowiedź niniejsza nie aspiruje oczywiście do wyczerpującego omówienia krytyki EAP. Nie miejsce tu na klasyfikowanie zarzutów, systematyzowanie kierunków krytyki oraz porządkowanie stanowisk intelektualnych, z których ataki te są wyprowadzane, ponieważ złożoność owych zagadnień przekracza ramy artykułu. Z tych samych względów nie jest możliwe również rozstrzygnięcie zasadności owych zarzutów. Co więcej, podjęcie takiej próby mogłoby sugerować, że autor rości sobie prawo do roli arbitra w sporze EAP, a nie jest to jego intencją.

Nie jest też jego ambicją rozstrzygnięcie szeregu kwestii spornych, co do których nie osiągnięto konsensusu w dotychczasowej literaturze (np. wątpliwości wokół naukowego statusu EAP – o tym, czy jest to „nurt”, „doktryna”, „koncepcja”, czy też zupełnie nowa „teoria prawa” dyskutowano już wielokrotnie, bez finalnych rozstrzygnięć, wśród komentatorów brak zgody co do jej statusu naukowego, a także etapów rozwoju owego kierunku oraz ilości „fał” EAP, których przyływ owocował kolejnymi odkryciami i postulatami).

³ Podział na deskryptywną (opisową) oraz normatywną ekonomiczną analizę prawa przyjął się w literaturze – tak np. A. Nowak-Gruca tłumaczy: „Podobnie jak inne współczesne filozofie prawa ekonomiczna analiza oferuje ogólną teorię na temat natury prawa, jak i narzędzia oraz metody

nicy formułują konkretne wnioski przydatne na gruncie praktyki prawa (postulaty, które winny być uwzględnione na etapie stanowienia oraz stosowania prawa – normatywna wersja EAP⁴). W konsekwencji, krytyka wychodzić może z dwóch kierunków: pierwszy zespół zarzutów ma charakter filozoficznoprawny, przy ich pomocy kwestionuje się *law & economics* jako stanowisko filozoficznoprawne. Przedmiotem natarcia jest tu mylny obraz prawa, który przyjmować mają ekonomiści oraz prawnicy zachłyśnięci możliwościami oferowanymi przez perspektywę ekonomiczną. Krytyka taka bazuje na sprzeciwie wobec jednostronności ujęcia prezentowanego przez przedstawicieli EAP, tj. redukcjonizmie, który sprowadza fenomen prawa do neutralnego aksjologicznie instrumentu, lekceważy kulturowy i historyczny aspekt prawa, a także opiera się na szeregu innych fałszywych założeń filozoficznych świadomie lub nieświadomie przyjmowanych przez jego zwolenników: człowiek jako *homo oeconomicus*, racjonalność uczestników obrotu prawnego, deprecjacja znaczenia wartości odwiecznie przyjmowanych za podstawę jurysprudenencji (takich jak sprawiedliwość, słuszność, godność itp.), których miejsce zajmuje specyficznie rozumiana efektywność. Drugi zestaw pretensji kierowany jest wobec normatywnej EAP – ma zatem wymiar znacznie bardziej pragmatyczny, ogranicza się do wykazywania słabości EAP jako ekonomicznie zorientowanej polityki prawa. Wiele spośród nich autor podziela, dostrzegając jednocześnie oryginalność spojrzenia oraz bezkompromisowość głoszonych przez reprezentantów *law & economics* poglądów.

umożliwiający wyjaśnienie i ulepszenie rozwiązań prawnych. Jako teoria deskryptywna, metoda ta odpowiada na pytanie, jak prawo funkcjonuje w rzeczywistości. Jako stanowisko normatywne oferuje ekonomiczne narzędzia dla stworzenia jak najbardziej słusznych i sprawiedliwych rozwiązań prawnych”. A. Nowak-Gruca, *Cywilnoprawna obrona autorskich praw majątkowych w świetle ekonomicznej analizy prawa*, Lex 2013.

⁴ Normatywna ekonomiczna analiza prawa ma bardziej praktyczny charakter w tym sensie, że skupia się na dostarczaniu postulatów w procesie stanowienia oraz stosowania prawa, których uwzględnienie przyczyni się do podniesienia efektywności ekonomicznej regulacji. „Normatywna ekonomiczna analiza prawa, poza badaniem za pomocą metod ekonomicznych wpływu na system prawny konkretnych rozwiązań prawnych przed ich wprowadzeniem – *ex ante* oraz po ich ukonstytuowaniu – *ex post*, konstruuje nadto postulaty i sugestie dla ustawodawcy celem wprowadzenia efektywnych pod względem ekonomicznym zmian w prawie”. M. Maraszek, *Dolna granica wieku odpowiedzialności karnej w prawie polskim*, Warszawa 2012, s. 141.

Niezależnie od atutów i mankamentów samej EAP, temat artykułu stanowi zarazem doskonałą okazję zaprezentowania intelektualnego zakorzenienia EAP – wykazania, że prowadzona przez zwolenników nurtu *law & economics* refleksja (niezależnie od tego, czy jej zwolennicy są tego faktu świadomi) jest silnie zdeterminowana przez ważne dla amerykańskiej jurysprudencji XX w. idee technokratyczne, progresywistyczne, a także wyrosła w oparciu o (jak inne koncepcje wpisujące się w szeroko rozumiany realizm prawniczy) niechęć do dominujących dotychczas kierunków w prawoznawstwie (szkół prawa naturalnego, pozytywizmu prawniczego). W rezultacie, ze względu na swoją anglosaską proveniencję, wywołuje umiarkowany entuzjazm wśród kontynentalnych praktyków i teoretyków prawa. Co więcej, o ile z generalnym postulatem efektywności ekonomicznej prawa trudno się nie zgodzić – w trakcie lektury prac Coase’a, Posnera, czy Beckera (z racji trudności enumeratywnego wymienienia przedstawicieli EAP, wymieniono tu tylko nazwiska trzech wybitnych noblistów kojarzonych z *law & economics*)⁵ okazuje się, że EAP stanowi wygodne (i tylko pozornie neutralne) narzędzie promocji neoliberalnych lub libertariańskich poglądów społeczno-politycznych, a jej największy atut, tj. eksponowanie ekonomicznego aspektu prawa, stanowi zarazem jej największą słabość, prowadząc w efekcie do nieuchronnego „spłaszczenia” refleksji nad prawem. Choć temat krytyki EAP był już w polskiej literaturze podejmowany⁶, niektóre z wątków zaprezentowanych poniżej (np. związki *law & economics* z realizmem prawniczym) nie były do tej pory rozwijane.

⁵ Zasygnalizowano już, że EAP nie tworzy jednej zwartej szkoły, czy jednolitego ruchu intelektualnego, w skład której wchodzi zamknięta grupa przedstawicieli. Trudno wymienić nawet nazwiska autorów, których twórczość byłaby dla EAP reprezentatywna – tzn. takich, których poglądy w sposób niebudzący wątpliwości zaliczyć można do EAP. Z konieczności tworzenia takiego katalogu *frontmanów* EAP zwalnia autora choćby fakt, iż w dotychczasowej literaturze (w tym również publikacjach promujących *law & economics*) zbioru takiego nie stworzono, podkreślając najczęściej, że „za współtwórców *Law & Economics* przyjęło się uznawać wspomnianego Coase’a, Gary’ego Beckera (ur. 1930), Richarda A. Posnera (ur. 1939), Guido Calabresiego (ur. 1932) oraz Henry’ego Manne’a (ur. 1928)...”. K. Metelska-Szaniawska, J. Beldowski, *Ekonomiczna analiza prawa (Law & Economics) – wprowadzenie* [w:] R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza prawa*, Warszawa 2011, s. XX.

⁶ R. Tokarczyk, *Jednostronność ekonomicznej analizy prawa*, RPEiS 2007, z. 4, s. 175–184.

2. Intelktualne korzenie - uwikłanie EAP

Truizmem jest przypominanie, że EAP wyrosła na gruncie XX-wiecznej, anglosaskiej krytyki „tradycyjnej” jurysprudencji (rozumianej tu przede wszystkim jako pozytywizm prawniczy oraz iusnaturalizm), silnych inspiracji dostarczył także brytyjski utylitaryzm w wydaniu Jeremy’ego Benthama i Johna Stuarta Milla oraz klasyczna szkoła ekonomii (Adam Smith i David Ricardo)⁷. Ekonomiczna analiza prawa wpisuje się w szeroko rozumiany „bunt” ostatniego stulecia przeciwko dominacji pozytywistycznej teorii prawa, do którego zaliczyć należy m.in. realizm amerykański i skandynawski, szkoły psychologiczne, socjologiczną jurysprudencję, decyzyzizm, koncepcje hermeneutyczne, retoryczno-topiczne ujęcia prawa, integralną teorię prawa Ronalda Dworkina, nurt *law and literature*, a nawet teorie marksistowskie i postmodernistyczne. Z drugiej strony, impulsu do ekspansji EAP dostarczały również sukcesy – zyskującego równolegle coraz większą popularność w amerykańskiej jurysprudencji – wrogiego intelektualnie obozu: *Critical Legal Studies*; w świetle dostępnej literatury nie jest żadną nowością teza, że *law & economics* rozwijała się niejako „w kontrze” do mocno lewicującego nurtu krytycznych badań nad prawem⁸. Jak widać (a wymienione zostały tylko najważniejsze, z pominięciem bardziej odległych prekursorów⁹), twórcy EAP czerpali natchnienie z różnorodnych nurtów, prac myślicieli wielu epok i odmiennych kultur.

⁷ Por. K. Metelska-Szaniawska, *Konstytucyjne czynniki reform gospodarczych w krajach postsojalistycznych. Studium empiryczne*, Warszawa 2008; W. Karsz, *O twierdzeniu Coase’a i związanej z nim problematyce*, St. Pr.-Ek. 1988, t. 39, s. 111–130; W. Karsz, *Ekonomiczna analiza prawa w prawoznawstwie amerykańskim*, St. Pr.-Ek. 1982, t. 28, s. 49–81.

⁸ J. Oniszczyk, *Filozofia i teoria prawa*, Warszawa 2008, s. 584. Por. D. Kennedy, *Law and economics from the perspective of critical legal studies* [w:] *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law in three volumes*, red. P. Newman, 1998, s. 465–474; W. Eastman, *Critical Legal Studies* [w:] *Encyclopedia of Law and Economics, Vol. 1*, red. E. Elgar, Cheltenham 2000, s. 754–789.

⁹ Skojarzenia mogą być najróżniejsze. Wskazuje się tu jeszcze (i robią to także sami przedstawiciele EAP) Platona i Arystotelesa, i rzymskich jurystów, i Machiavellego, i Thomasa Hobbesa, i autorów zaliczanych do niemieckiej szkoły historycznej w prawoznawstwie, i Davida Hume’a, i Rudolpha von Iheringa... Lista jest długa, choć trzeba zauważyć, że przypisanie myśliciela do katalogu „prekursorów EAP” odbywa się często bez uzasadnienia, co prowadzi do wniosku, że odbywa się to raczej na zasadzie przypadkowego skojarzenia niż głębszej refleksji.

Jedne dostarczały inspiracji konstruktywnych, inne wywoływały odruch negacji. Zidentyfikowanie intelektualnych źródeł EAP jest o tyle istotne, iż sformułowana względem nich krytyka jest przez *law & economics* „dziedziczona”, słabości protoplastów „obciążają” późniejsze szkoły i nurty wewnątrz EAP, a w konsekwencji determinować będzie także stanowisko jej adwersarzy. Tytułem przykładu, skoro EAP czerpie pełnymi garściami z utylitaryzmu¹⁰ – skutkiem tego przejmując również jego wady. Trafnie wskazuje B. Polanowska-Sygulska, że „atuty utylitaryzmu zdają się także odnosić do ekonomicznej analizy prawa, ze szczególnym uwzględnieniem przyjętej przez przedstawicieli tego nurtu wspólnej miary maksymalizacji bogactwa. Zastrzeżenia może rodzić jedynie przystawalność do *Law & Economics* drugiego atrybutu utylitaryzmu, to jest kryterium szczęścia. Pozostałe wyróżniki tego poglądu – zidentyfikowane przez B. Williamsa jako jego mocne strony – bez żadnych wątpliwości mają zastosowanie do ekonomicznej analizy prawa. Tym samym wydaje się, że odnosi się do niej także przeważająca część argumentów krytycznych, skierowanych przeciwko utylitaryzmowi”¹¹.

3. Law & Economics i neutralność moralna

Owo intelektualne „zakorzenienie” nie stoi na przeszkodzie, by promotorzy EAP – dystansując się od dotychczasowych sporów moralnych i filozoficznych – próbowali ukazywać swoje koncepcje jako nie tylko nowatorskie, ale przede wszystkim neutralne, wolne od moralnego wartościowania, a przez to pragmatyczne¹². Dzieje się tak, ponieważ „ekonomia jest neutralna w sensie wartościowania, a przynajmniej aspiruje do takiej

¹⁰ Na dowód tego pokrewieństwa przytacza się cytaty z Benthama (najczęściej dotyczący zysku z przestępstwa i dolegliwości kary – jako dwóch impulsów, które popychają człowieka do popełnienia czynu zabronionego albo powstrzymują go przed nim) i Johna Stuarta Milla (na temat ekonomii politycznej, która opiera się na wizji człowieka jako istoty, która niezmiennie działa tak, by otrzymywać najwyższą ilość rzeczy niezbędnie potrzebnych, udogodnień oraz luksusów, przy możliwie najmniejszej ilości pracy). Tak np.: J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1999, s. 184–185; J. Oniszczuk, *Filozofia i teoria prawa*, Warszawa 2008, s. 585.

¹¹ B. Polanowska-Sygulska, *Użyteczność a maksymalizacja bogactwa: Filozoficzne zakorzenienie poglądów Chicagowskiej szkoły law & economics*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2011, nr 1, s. 6.

¹² R. Posner, *Law and Economics is Moral*, „Valparaiso University Law Review” 1990, nr 24, s. 170. Więcej na ten temat: F. Parisi, J. Klick, *Functional Law and Economics: The Search for Value-Neutral Principles*

neutralności”¹³. Trudno odmówić pewności siebie autorom, którzy – promując słuszność głoszonych przez siebie tez, do których doprowadzić miało zastosowanie rzekomo niezawodnych metod analizy ekonomicznej – dezawuuują wszystkie odmienne perspektywy jako „metafizyczne”¹⁴, a w rezultacie „dwuznaczne” albo motywowane tylko „teologicznie” lub emocjonalnie.

To pierwsza cecha, na którą zwracają uwagę krytycy: EAP rości sobie prawo do miana neutralnej, niezaangażowanej, eksperckiej, czy też naukowej, dyskredytując konkurencyjne ujęcia prawa jako subiektywne, moralnie zaangażowane albo religijnie inspirowane. Ekonomiczna analiza prawa realizować ma weberowski postulat nauki wolnej od wartościowania¹⁵. Zdolność takiej agitacji do perfekcji opanował Richard Posner, który wielokrotnie deklarował przywiązanie do „codziennego pragmatyzmu” zamiast „abstrakcyjnych” rozważań moralnych¹⁶. Przykładowo: w artykule „*Law and Economics is Moral*” protestuje przeciw „dyskursowi moralnemu” (*moral discourse*), przez który rozumie rozważanie konkretnych rozwiązań społeczno-politycznych przy wykorzystaniu argumentów moralnych. Pisze: „nie jestem entuzjastą dyskursu moralnego. Moje libertariańskie poglądy ekonomiczne nie są pochodną jakiegokolwiek moralnej filozofii – jak np. Kanta, Locke’a, filozofii praw naturalnych, utilitaryzmu lub jakiegokolwiek innej tego rodzaju. Dostrzegam słabość filozofii moralnej jako pola niezgody, dziedziny, w której niemożliwy jest konsensus społeczny. Nie dostarcza ona żadnych konkretnych wskazówek, które byłyby przydatne do rządzenia”¹⁷. Skojarzenia z pragmatyzmem filozoficznym Charlesa Peirce’a, Williama

of *Lawmaking*, „Faculty Scholarship”, Paper 1131/2004, s. 431–450; R. Posner, *Pragmatic Adjudication*, „Cardozo Law Review” 1996, nr 1, s. 1–20.

¹³ R. Posner, *Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law*, „Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper” 1998, nr 53, s. 10.

¹⁴ R. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Cambridge 1999, s. 12 i n.; K. Lee, *The Foundations of Catholic Legal Theory: A Primer* [w:] *Recovering Self-Evident Truths: Catholic Perspectives on American Law*, red. M. Scaperlanda, T. Collett, Waszyngton 2007, s. 19; P. Lake, *Posner’s Pragmatist Jurisprudence*, „Nebraska Law Review” 1994, nr 73, s. 546–645.

¹⁵ S. Chrupczalski, *Ekonomiczna analiza prawa własności w ujęciu szkoły austriackiej*, Kraków 2008.

¹⁶ I. Somin, *Review of Richard A. Posner’s Law, Pragmatism, and Democracy*, „George Mason Law & Economics Research Paper” 2003, nr 04–09, s. 1–22.

¹⁷ R. Posner, *Law and Economics is Moral*, „Valparaiso University Law Review” 1990, nr 24, s. 166.

Jamesa i Johna Deweya nie są przypadkowe – tak jak przedstawiciele filozoficznego pragmatyzmu postrzegali rozważania filozoficzne jako co najwyżej „narzędzie pomocne w borykaniu się z codziennymi sprawami”, tak Posner postrzega rolę prawa jako zaledwie „instrumentu do rozstrzygnięcia spraw na podstawie kryterium ludzkiego zadowolenia oraz zysku”, niezależnie od moralnych, politycznych, czy estetycznych przekonań¹⁸. Poza pragmatyzmem, dostrzegany jest również wpływ Benthama, w którego pracach kielkuje idea, zgodnie z którą rozstrzygnięcie problemów moralnych (które tradycyjnie postrzegano jako zadanie filozofii) oraz społecznych (co stanowiło odwieczną domenę prawa) może być osiągnięte przy wykorzystaniu swoście pojętego rachunku ekonomicznego¹⁹.

Postawa taka nie jest jednak żadną nowością. W przeszłości wiele już szkół i nurtów aspirowało do miana „neutralnych”, „niezaangażowanych”, czy wręcz – poprzez posługiwanie się epitetem „naukowy” – stroiło się w szaty pewnych i wiarygodnych w świetle niezmiennych kryteriów i zmieniających się trendów intelektualnych. Historia idei, w tym i również historia filozofii prawa zna liczne przykłady myślicieli, którzy prezentowali swe koncepcje jako budowane w opozycji do innych, rzekomo nie-naukowych, bo inspirowanych teologicznie, metafizycznie, ideologicznie itp. Wystarczy sięgnąć do prac przedstawicieli pozytywizmu filozoficznego²⁰ czy socjali-

¹⁸ D. Solove, M. Sullivan, *Can Pragmatism Be Radical? Richard Posner and Legal Pragmatism*, „Yale Law Journal” 2003, nr 687, s. 688 i n.

¹⁹ J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia...*, s. 184–185.

²⁰ „Prawdziwa filozofia polega przede wszystkim na tym, aby wiedzieć dla przewidywania, aby badać to, co jest, dla wysnucia wniosków o tym, co będzie, na mocy powszechnego dogmatu o niezmienności praw przyrody”, podkreślał Comte. A. Comte, *Rozprawa o duchu filozofii pozytywnej*, tłum. B. Skarga, W. Wojciechowska, Warszawa 1973, s. 20. Tak rozumiana nauka miała być czymś więcej niż anachroniczna, bo „metafizycznie” inspirowana pseudonauka z przeszłości: „Nasze każde bez wyjątku główne pojęcie, każda gałąź wiedzy przechodzą kolejno przez trzy różne fazy teoretyczne: fazę teologiczną, czyli fikcyjną, fazę metafizyczną, czyli abstrakcyjną, i fazę naukową, czyli pozytywną. Każda z owych trzech faz wyraża się w odrębnym sposobie filozofowania. Owe trzy ogólne systemy pojęć dotyczących zjawisk, jako pewna całość wykazują dwie uderzające cechy – wykluczają się wzajemnie i jednocześnie następują po sobie w nieuchronnym porządku: pierwszy, teologia, jest koniecznym punktem wyjścia umysłu ludzkiego, trzeci stanowi fazę trwałą i ostateczną, drugi, faza metafizyczna, jest jedynie przejściowy. Metafizyka jest utajoną teologią, a jednak rozum ludzki musi nieuchronnie przejść od teologii do nauki poprzez metafizykę”. A. Comte, *Metoda pozytywna w szesnastu wykładach*, cyt. za: E. Gilson, T. Langan, A. Maurer, *Historia filozofii współczesnej*, tłum. B. Chwedeńczuk, Warszawa 1979, s. 248–249.

zmu aspirującego do miana naukowego²¹. Jednak (niezależnie od tego, czy przekonanie o neutralności moralnej jest uzasadnione, czy nie) zapewnienia o indyferencji moralnej EAP muszą wywoływać zaniepokojenie i szereg dalszych trudnych pytań. Choć przedstawiciele EAP szczycą się zobojętnieniem na argumenty moralne i odcinają się od „abstrakcyjnych” sporów filozoficznych *à la* Tomasz z Akwinu, Kant, czy Rawls – nie wszystkich to przekonuje. Taka otwarta deklaracja dystansu względem argumentów moralnych musi w sposób nieunikniony prowadzić do pytań o miejsce wartości takich jak sprawiedliwość, słuszność, dobro w refleksji nad prawem.

Odpowiedź ze strony *law & economics* jest zaskakująco prosta: sprawiedliwość utożsamiana jest z efektywnością ekonomiczną. Ujawnia się w ten sposób podstawowy paradygmat EAP: efektywność ekonomiczna prowadzi w konsekwencji do oryginalnej koncepcji sprawiedliwości, pojmowanej jako wzajemna korzyść uczestników obrotu²². Dla przedstawicieli tego nurtu, prawo jest zredukowane do roli narzędzia alokacji i dystrybucji dóbr ekonomicznych w społeczeństwie²³. Postulat efektywności ekonomicznej prawa jest tu oczywiście rozumiany szeroko: prawo efektywne nie powinno prowadzić do marnotrawstwa i zatarcia wartości ekonomicznej²⁴. Posługując się metodami znanymi z analizy ekonomicznej (teoria gier, teoria targu), teoretycy EAP kreślą własne ujęcie sprawiedliwości,

²¹ Dla marksistów inne koncepcje filozoficzne zasługują na epitet „metafizyczny” lub „oderwanej od rzeczywistości metafizyki”. Są elementem „ideologii”, „falszywej świadomości” – pozornych wyobrażeń generowanych przez faktyczny ucisk klasowy. Źródłem tego przekonania jest analiza, zaprezentowana przez Marksa i Engelsa w „*Ideologii niemieckiej*”. Leszek Kołakowski tłumaczy: „Marks i Engels używają słowa «ideologia» w sensie własnym, który się upowszechnił następnie (...) Ideologia w tym znaczeniu jest to mianowicie świadomość fałszywa, czyli proces myślowy w taki sposób zmiastyfikowany w świadomości, iż człowiek nie zna sił, które rzeczywiście kierują jego myśleniem (...) Ideologia tedy to całość idei (w sensie: poglądów, opinii, hasel, nade wszystko odnoszących się do życia społecznego, a więc opinii filozoficznych, religijnych, ekonomicznych, historycznych, prawnych, a także utopii, programów politycznych i gospodarczych), które żyją życiem pozornie niezależnym w umysłach swoich wyznawców, rządzone własnymi prawami, pozbawione samowiedzy swoich źródeł w społecznych warunkach i swojej funkcji w utrzymywaniu lub odmienianiu tychże warunków”. L. Kołakowski, *Główne nurty marksizmu*, Warszawa 2009, s. 149–150.

²² W. Żalwski, *The Limits of Naturalism: A Game-Theoretic Critique of Justice as Mutual Advantage*, Kraków 2006, s. 122 i n.

²³ M. Glicz, *Efektywność prawa w koncepcji Law and Economics*, GSP 2008, t. XX, s. 133.

²⁴ R. Stroiński, *O kosztach transakcyjnych i potrzebie analizy ekonomicznej w prawie handlowym*, PPH 2004, nr 6, s. 37.

w którym jest ona rozumiana jako wzajemna korzyść, tj. jako zbiór regul nakładających na podmioty tylko takie obowiązki, których wypełnienie leży w racjonalnym interesie tych podmiotów – ideę sprawiedliwości jako wzajemnej korzyści (*justice as mutual advantage*)²⁵.

Zredukowanie sprawiedliwości do efektywności ekonomicznej pociąga za sobą niekonwencjonalne wyobrażenie funkcji społecznej, jaką spełniać ma prawo: „funkcją prawa jest ułatwienie działania mechanizmów wolnego rynku. Natomiast w tych przypadkach, w których następuje zakłócenie działania mechanizmów rynkowych, rolą prawa jest „naśladowanie wolnego rynku”, tzn. zapewnienie osiągnięcia rezultatu, który zostałby osiągnięty, gdyby zakłócenia takie nie istniały²⁶. Oznacza to, że szereg realnych problemów społecznych mógłby zostać rozwiązany w drodze uwolnionej gry sił rynkowych. Zamiast prowadzić skomplikowane, abstrakcyjne i niekonkluzywne filozoficzne dywagacje na temat wartości prawnych (np. ochrona wartości ludzkiego życia *vs.* wolność dysponowania ciałem i prawa reprodukcyjne, wątpliwości bioetyczne) – proponowane jest rozwiązanie najprostsze: deregulacja. Oznacza to w praktyce, że projektowane i obowiązujące regulacje prawne powinny ułatwiać rozwiązywanie, w drodze kontraktualnej (umownej), różnorodnych problemów społecznych. Działa tu dość prosta zasada: diagnoza problemu – ustalenie potencjalnych kontrahentów (osoby lub grupy społeczne zainteresowane rozstrzygnięciem) – swoboda umów. W konsekwencji ekonomiczna analiza prawa (zwłaszcza w wydaniu najbardziej radykalnych wyznawców) postrzegana bywa jako prawnicza odmiana neoliberalnej ekonomii politycznej Friedricha Augusta von Hayeka i Milтона Friedmana, nie dziwi również jej bliskość z libertarianizmem Roberta Nozicka²⁷.

Istnieje zagrożenie, że tak rozumiana efektywność może niejednokrotnie wchodzić w konflikt z wartościami nieużytecznymi, podstawowymi wolnościami, uprawnieniami, zasadami oraz podstawowymi intuicjami etycznymi²⁸. Sytuacja ta może ujawnić się ze szczególną ostrością na gruncie regulacji

²⁵ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007, s. 20.

²⁶ R. Stroiński, *O kosztach...*, s. 37.

²⁷ W. Lang, J. Wróblewski, *Współczesna filozofia i teoria prawa w USA*, Warszawa 1986, s. 37 i n.

²⁸ M. Soniewicka, *Granice sprawiedliwości, sprawiedliwość ponad granicami*, Lex 2010.

uznawanych za należące do systemu prawa publicznego. O ile zasadnicze założenia *law & economics* (wolność umów, prawo własności) znajdują szerokie odzwierciedlenie na gruncie prawa cywilnego i handlowego, poważne zastrzeżenia budzą postulaty w sferze prawa karnego czy administracyjnego. Dostrzegają to komentatorzy: „łatwo uznać, że zasadami prawa prywatnego powinna rządzić, przynajmniej w pierwszym rzędzie, efektywność. Nie da się tego natomiast powiedzieć o stosunkach prawnokarnych”²⁹. A ambicje zwolenników EAP nie kończą się na prawie represyjnym – rozciągają się na cały system prawa, łącznie z prawem konstytucyjnym. Ekonomiczna analiza prawa przeplata się wówczas z ekonomicznymi analizami procesów decyzyjnych, mając za przedmiot rozważania wokół prawa wyborczego i systemu partyjnego prowadzone w duchu analizy ekonomicznej, w których poparcie elektoratu wyrażane w wyborach interpretowane jest jako realizacja zasady użyteczności (zakreślenie kandydata X na karcie do głosowania wyborcy Y stanowi proste następstwo „kalkulacji użyteczności” przeprowadzonej w umyśle Y)³⁰. Postrzeganie konstytucji jako kontraktu społeczno-politycznego, który określa reguły kierujące funkcjonowaniem władzy oraz prawa i obowiązki obywateli wobec państwa i siebie wzajemnie, powstający w celu redukcji niepewności co do przyszłego zachowania jednostek i państwa, „a dzięki temu obniżający koszty transakcyjne związane z osiągnięciem stanu optymalnego w sensie Pareto w różnych interakcjach społecznych o charakterze strategicznym, w których uczestniczą jednostki”³¹ – trudno pogodzić z kontynentalnym wyobrażeniem prawa publicznego, dla którego pojęciami typowymi są „władztwo”, „organ władzy publicznej”, „kompetencja”, „stosunek publicznoprawny” czy „przymus”.

Co więcej, o ile swoboda kontraktowania „typowych” zachowań nie wywołuje emocji (przeniesienie prawa własności do rzeczy, wykonanie dzieła, roboty budowlane, świadczenia związane z odpowiedzialnością odszkodowawczą), poważniejsze wątpliwości budzi pozostawienie

²⁹ B. Brożek, *Ekonomiczna analiza prawa karnego* [w:] *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych*, red. J. Stelmach, M. Soniewicka, Warszawa 2007, s. 81.

³⁰ Przykładowo: A. Downs, *An Economic Theory of Democracy*, New York 1957; A. Downs, *An Economic Theory of Political Action in a Democracy*, „Journal of Political Economy” 1957, nr 2, s. 135–150; R. Holcombe, R. Sobel, *Publicness of State Legislative Activities*, „Public Choice” 1995, nr 83, s. 47–58.

³¹ P. Buława, K. Szmit, *Ekonomiczna analiza prawa*, Warszawa 2012, s. 57.

stronom kontraktu możliwości umówienia się na znoszenie zachowań uznawanych za patologiczne czy perwersyjne. Na jakiej bowiem podstawie odmówić prawa zawarcia kontraktu milionerowi-sadyście „kupującemu” zgodę osoby ubogiej na torturowanie jej albo majątnemu dewiantowi seksualnemu poszukującemu wrażeń wśród gotowych na wszystko (w zamian za wysokie wynagrodzenie) mniej majątnych ofiar?³² Czy istnieje jakakolwiek przeszkoda natury etycznej, by odmówić chorującym bogaczom na zakup organów od zdrowych dawców na rynku ludzkich narządów (analizy ekonomiczne czołowych przedstawicieli EAP doprowadziły do wniosku, że cena zdrowej nerki odpowiadałaby cenie ok. 15 tys. dolarów, a wątroba mogłaby zostać nabyta za 35 tys.)?³³ Przyjmując tezę o postulacie ekonomizacji prawa, rozumianym jako konieczność maksymalizowania bogactwa przez regulacje prawne, powstaje pytanie o stosunek do regulacji, która dopuszczałaby pewne formy segregacji rasowej, etnicznej i religijnej. Wątpliwości te nie są zresztą obce samym przedstawicielom ekonomicznej analizy prawa (tak np. Richard Posner zastanawia się, czy – w sytuacji, w której obywatele gotowi byłiby zapłacić więcej za mieszkanie w miejscu, w którym nie mieliby za sąsiadów Żydów lub Murzynów – rozwiązanie takie byłoby usprawiedliwione ekonomicznie³⁴).

4. Racjonalność, kontraktualność stosunków społecznych i logika rynku

Nieprzypadkowo zatem zwolenników nurtu *law & economics* spotyka zarzut jednostronności i skrajności, a w konsekwencji nieprzydatności w refleksji prawniczej: „dla większości prawników założenie, że istota prawa daje się sprowadzić do kategorii faktów ekonomicznych, czy też inne twierdzenie, że głównym (a nawet jedynym) celem prawa jest ekonomiczna efektywność, są po prostu nie do przyjęcia. Akceptacja takich założeń może prowadzić do nieuprawnionego zawężenia pola

³² J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007, s. 43.

³³ G. Becker, *Should the Purchase and Sale of Organs for Transplant Surgery be Permitted?*, The Becker-Posner Blog: <http://www.becker-posner-blog.com/2006/01/should-the-purchase-and-sale-of-organs-for-transplant-surgery-be-permitted-becker.html>, 15.03.2016; G. Becker, J. Elias, *Cash for Kidneys: The Case for a Market for Organs*, „The Wall Street Journal” z 18 stycznia 2014 r.

³⁴ R. Posner, *The Economics of Justice*, Cambridge-Massachusetts-London 1981, s. 85.

interpretacji prawniczej i wyłączenia z niej chociażby pewnych aspektów normatywnych (związanych z obowiązywaniem normy prawnej) czy też niektórych aspektów aksjologicznych (związanych z problemem sprawiedliwości jako celu prawa)³⁵.

Otwiera się także przestrzeń konfliktu pomiędzy EAP (która „w swoich podstawach filozoficznych jest kierunkiem dość eklektycznym, łączącym światopogląd utylitarystyczny z pewnymi elementami aksjologii liberalnej i libertariańskiej”³⁶) z samym liberalizmem i promowaną przez liberalnych myślicieli ideą przyrodzonych oraz niezbywalnych praw jednostki. Może się bowiem zdarzyć, że „z ekonomicznego punktu widzenia prawa jednostki stanowią niekiedy barierę dla gospodarczej aktywności podmiotu, którą ekonomiści chętnie potraktowaliby jako towar negocjowalny, „odkupując” od jednostki zgodę na rezygnację z ich realizacji”³⁷. Richard Posner przyznaje zresztą wprost, że słabością koncepcji praw naturalnych człowieka jest to, że nie dostarczają żadnego „spójnego, przekonującego, sensownego i alternatywnego” konstruowania polityki publicznej³⁸.

Z drugiej strony, wrażenie aksjologicznego zubożenia potęgują utylitarystyczne korzenie *law & economics*, zwłaszcza założenie *homo oeconomicus*. „Koncepcja *homo oeconomicus*, jako całościowa wizja aktywności jednostki, ma wymiar etyczny ze względu na pierwszoplanową rolę, jaką odgrywa w niej motywacja jednostkowych działań (...) Jest to przy tym koncepcja skrajnie redukcjonistyczna, albowiem zasady moralne zostają w niej zastąpione logiką rynku, która legitymizuje wszelkie działania nienaruszające zasad wolnej konkurencji”³⁹. Nie może zatem dziwić sytuacja, że Gary Becker, rozważając kwestie winy, odpowiedzialności oraz kary na gruncie prawa represyjnego unika jak ognia terminów „sprawiedliwość” i „moralność”⁴⁰. Innym razem, podejmując refleksję na temat prawa

³⁵ J. Stelmach, *Spór o ekonomiczną analizę prawa* [w:] *Analiza...*, s. 16.

³⁶ J. Kaczor, *Law and economics a liberalny porządek prawny* [w:] *Analiza...*, s. 68.

³⁷ Tamże, s. 73.

³⁸ R. Posner, *Law and Economics is Moral*, „Valparaiso University Law Review” 1990, nr 24, s. 170.

³⁹ J. Kaczor, *Law...*, s. 71.

⁴⁰ G. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach* [w:] G. Becker, W. Landes, *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, New York 1974, s. 1–54; G. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, Chicago 1976.

rodzinnego, demystyfikuje relacje rodzinne jako oparte nie na obowiązku i odpowiedzialności, ale „działających na jednostkę bodźcach, które skłaniają ją do inwestycji w kreowanie bliższej relacji z drugim człowiekiem”⁴¹. Małżeństwo to tylko kontrakt, który zostaje zawarty w wyniku gry sił rynkowych na giełdzie małżeńskiej⁴². Na pytanie: „czy poligamia powinna być legalna?” – rozstrzygnięcia dostarczy analiza ekonomiczna⁴³. Rozwiązanie sporów o aborcję, zakres opieki rodzicielskiej i usprawnienie procedur adopcyjnych, którym poddawane są pary oczekujące na adopcję – zapewni rynek adopcji dzieci⁴⁴. Śledząc niektóre analizy Posnera i Beckera, trudno nie zgodzić się z poglądem, jakoby „akcentując z logiczną skrajnością fakt, że ludzkie działanie motywowane jest przez chęć zdobycia indywidualnych korzyści, Posner, Becker i inni im podobni ekonomiści szkoły chicagowskiej stają się kapłanami nowej zsekularyzowanej religii (...) według nich wszystkie wydarzenia są następstwem ekonomicznych sił wywołanych troską o interes własny”⁴⁵.

5. Prawo jako narzędzie - technokratyzm, antydemokratyzm i postęp społeczny jako maksymalizacja bogactwa

Na tym jednak zarzuty względem EAP się nie kończą. Pora na rozwinięcie tezy, zgodnie z którą nurt *law & economics* wpisuje się w szeroki nurt określany mianem funkcjonalizmu lub realizmu prawniczego, a przynajmniej jest silnie w nich zakorzeniony⁴⁶. Rzecz jest o tyle istotną, iż – choć

⁴¹ G. Becker, *The Economic Way of Looking at Life (Nobel Lecture, December 9, 1992)*, „Economic Sciences” 1992, s. 51, http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1992/becker-lecture.pdf, 23.03.2016.

⁴² G. Becker, *A Theory of Marriage [w:] Economics of the Family: Marriage, Children, and Human Capital*, red. T. Schultz, Chicago 1974, s. 299–351.

⁴³ R. Posner, *Should Polygamy Be Legal?*, The Becker-Posner Blog: <http://www.becker-posner-blog.com/2006/10/should-polygamy-be-legal—posners-comment.html>, 24.03.2016.

⁴⁴ R. Posner, *The Regulation of the Market in Adoptions*, „Boston University Law Review” 1987, nr 59, s. 59–72.

⁴⁵ R. Nelson, *Economics as Religion: From Samuelson to Chicago and Beyond*, Pennsylvania 2014, s. 185.

⁴⁶ Nie miejsce tu na rozstrzygnięcie kontrowersji wokół realizmu (a także funkcjonalizmu, idealizmu prawniczego, socjologicznej jurysprudenencji, czy *bunch theory of law* – „emocjonalnej”, bo koncentrującej się na badaniu emocji towarzyszących podejmującym rozstrzygnięcie sędziemu lub osobie pełniącej funkcję organu administracji publicznej, teorii prawa); wszystkie one bazują na krytyce pozytywizmu prawniczego, inspirują się amerykańskim pragmatyzmem Charlesa Peirce’a, Williama Jamesa oraz

w licznych wypowiedziach poświęconych ekonomicznej analizie prawa, wspomina się o jej związkach z innymi nurtami amerykańskiej jurysprudenencji XX wieku (a zatem, naturalnych i silnych związkach z realizmem prawniczym, funkcjonalizmem i socjologiczną jurysprudencją) – uwagi te nie są na ogół rozwijane⁴⁷. Warto pogłębić nieco te spostrzeżenia.

Niezależnie od złożoności problemu i wszystkich kontrowersji (w tym kontrowersji terminologicznych wokół pojęcia realizm, funkcjonalizm itd.) amerykańska jurysprudenca 1 poł. XX w. – mająca za przedstawicieli takich reprezentantów jak m.in. Oliver Wendell Holmes, Roscoe Pound, Karl Llewelyn, Jerome Frank – bazuje ona na bagatelizowaniu roli regulacji pozytywnej (lekceważący stosunek względem przepisów, spisane ustawodawstwa, które traktowane jest jako zaledwie „papierowe prawo” – *law in the books*), akcentując raczej wagę praktyki obrotu prawnego: orzecznictwa oraz okoliczności pozanormatywnych, które mają bezpośredni wpływ na proces rozstrzygania indywidualnych problemów prawnych (*law in action*). Wskazuje się różnorakie czynniki faktyczne, pozanormatywne, tj. nieprzewidziane przez legislatora na etapie projektowania regulacji, które kształtować będą rozstrzygnięcie konkretnego *case'u*. Są wśród nich nie tylko ogólne okoliczności społeczne, polityczne i ekonomiczne (mówiąc obrazowo: przedstawiciele realizmu prawniczego dostrzegają, że przepis pozostający formalnie w niezmiennym brzmieniu może być poddawany odmiennej wykładni i zastosowaniu w czasie kryzysu gospodarczego i w okresie *prosperity*), ale także indywidualne okoliczności warunkujące postawę sędziego (jego poglądy polityczne, doświadczenie życiowe, stan zdrowia, kondycja i aktualne samopoczucie). Zwolennicy realizmu w jego skrajnej wersji negowali w ogóle istnienie norm prawnych jako reguł, których obowiązywanie implikuje konieczność wielokrotnego stosowania do rozstrzygania konkretnych

behawiorystycznym pragmatyzmem Johna Deweya. J. Kowalski, *Funkcjonalizm w prawie amerykańskim*, Warszawa 1960, s. 9 i n.

⁴⁷ Tytułem przykładu: „Pomimo świeżości, jaką wniosły realizm prawny i jurysprudenca socjologiczna do amerykańskiej teorii i filozofii prawa, nie stały się one wpływowymi doktrynami, co tłumaczy się trudnościami w zbudowaniu ich spójnego aparatu pojęciowego. Niewątpliwym ich sukcesem było jednak otwarcie prawa na inne nauki, w tym ekonomię i socjologię, co zaowocowało powstaniem ekonomicznej analizy prawa w XX wieku”. K. Metelska-Szaniawska, J. Beldowski, *Ekonomiczna...*, s. XIX.

przypadków (prawo – jak powie Jerome Frank – składa się z decyzji, a nie reguł)⁴⁸.

W koncepcji tej prawo przestaje być utożsamiane z abstrakcyjnym, spójnym systemem normatywnym, odzwierciedlającym aksjologiczne wybory prawodawcy – stając się zaledwie tym, co adwokaci, sędziowie i urzędnicy „robią ze swoimi sprawami”⁴⁹. Rolą sędziów i urzędników nie jest poszukiwanie moralnych preferencji legislatury, czy odczytywania znaczenia norm w drodze skomplikowanych wnioskowań prawniczych (sylogizm), ale rozstrzyganie indywidualnych sporów sądowych i pragmatyczne rozwiązywanie konkretnych problemów społecznych. Podejściu temu nieprzypadkowo zarzucano „nihilistyczny” charakter⁵⁰ ze względu na monizm metodologiczny na gruncie nauki prawa, a zatem eliminacja wszelkich sądów wartościujących, postawy oceniającej w dyskusji na temat rozwiązań prawnych (towarzyszy temu przekonanie, że kryteriów takiej oceny nigdy nie można dobrać z naukową pewnością, a wartości, o których mówiono w dotychczasowej filozofii prawa bazowały na przesądach, irracjonalnych emocjach, tradycji itp.)⁵¹.

⁴⁸ J. Frank, *Law and the Modern Mind*, New York 1930, s. 128.

⁴⁹ K. Llewellyn, *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study written especially for first-year law students. A new edition*, Oxford 2009, s. 3.

⁵⁰ Realistów prawnych potępiano m.in. za traktowanie prawa jako ogółu indywidualnych rozstrzygnięć sądowych (pojedynczych *case'ów*) oraz niechęć do rekonstruowania generalnych i abstrakcyjnych norm (reguł i zasad prawnych), redukcja prawa do wymiaru praktycznego: spraw widzianych oczami adwokata, klienta oraz lekceważący stosunek do rozważań na temat wartości (sprawiedliwości, godności, słuszności itp.) typowych dla filozofii prawa; skupienie się na tym „jak jest” – zamiast rozważań „jak powinno być”; koncentrowanie się na czynnikach emocjonalnych, które towarzyszą sędziemu w rozstrzyganiu sprawy. Samo już przekonanie o tym, że badanie prawa polega na interpretacji poszczególnych przypadków, nie zaś odnajdywaniu ogólnych reguł – prowadziło do wniosku, że przepisy aktu normatywnego (np. konstytucji) mogą być wielorako interpretowane, w zależności od szczególnych okoliczności konkretnego przypadku, a zwłaszcza osoby interpretatora i jego aktualnego stanu emocjonalnego. Skoro tekst aktu jest zaledwie „*law in the books*”, który może być różnorodnie czytany i rozumiany – ostateczna postać „*law in action*” uzależniona jest od widzimisię sędziego. Nauka prawa „przestaje być nauką prawidłowości”, a „nauką wyjątkowości”. B. Fried, *The Progressive Assault on Laissez Faire: Robert Hale and the first law and economics movement*, Harvard–London 2001, s. 224; O. Fiss, *The Law as it Could Be*, New York–London 2003, s. 151; C.B. Gray, *Philosophy of Law: An Introduction*, London–New York 2005, s. 28.

⁵¹ J. Kowalski, *Funkcjonalizm...*, s. 74.

Naszkieowany wyżej obraz realizmu nie byłby pelen, gdyby nie uwzględnic postrzegania prawa jako narzędzia, instrumentu zmiany społecznej. Poza pragmatyzmem filozoficznym oraz rozważaniami Zygmunta Freuda (zwłaszcza w kwestii wpływu procesów nieświadomych na decyzje oraz świadomego wyobrażenia otaczającego świata) na jurysprudence amerykańską 1 poł. XX w. wpływ miały prace socjologów amerykańskich, zwłaszcza Edwarda Alswortha Rossa, który wprowadził do słownika nauk społecznych pojęcia „kontroli społecznej” oraz „społecznego kierowania” (*social control*)⁵² – co odcisnęło szczególnie silne piętno na teoretycznoprawne rozważania Roscoe Pounda⁵³, autora m.in. „*The Economic Interpretation and the Law of Torts*”⁵⁴. W pracach poświęconych EAP Roscoe Pound jest postacią często wspomnianą⁵⁵.

Pound traktuje prawo wyłącznie w kategoriach użytecznego instrumentu sprawowania *social control* oraz *social steering* (a w konsekwencji podstawowego narzędzia, przy pomocy którego uprawiana jest „inżynieria społeczna”⁵⁶). Bazuje na założeniu, jakoby prawo było „jednym z rodzajów *social control*. Porządek społeczny jest (...) produktem *social control*, a nie czymś, co powstaje w sposób spontaniczny, żywiołowy”⁵⁷. Dzięki prawu (zarówno projektowanym regulacjom przez legislatorów, jak i sędziom-interpreterom) dokonuje się stabilizacja dotychczasowych stosunków społecznych, jak i ich dynamizacja, rozumiana jako zmiana aktualnego układu w celu „postępu społecznego”. Pierwsze zetknięcie

⁵² E. Ross, *Social Control. A Survey of the Foundation of Order*, [bwm] 1901.

⁵³ Nazwiska socjologów, ekonomistów i prawników, którzy podłożyli intelektualne fundamenty pod współczesną ekonomiczną analizę prawa można mnożyć. Poza wyżej wskazanymi, podaje się następujące nie mniej wpływowe postacie: H. Carter Adams, R.T. Ely, J.R. Commons, W.C. Mitchell, T. Veblen, R. Lee Hale, W.H. Hamilton, K. Llewellyn, J. Frank, R. Pound. N. Mercurio, S. Medema, *Economics and the Law: From Posner to Post-modernism*, Princeton 1997, s. 101. Więcej na temat rozważań poprzedzających *law & economics*: N. Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford 1995, s. 301 i n.

⁵⁴ R. Pound, *The Economic Interpretation and the Law of Torts*, „Harvard Law Review” 1940, nr 3, s. 365–385.

⁵⁵ K. Metelska-Szaniawska, J. Beldowski, *Ekonomiczna...*, s. XIX; J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia...*, s. 185.

⁵⁶ R. Pound, *Social Control through Law*, New Haven 1942; L. McManaman, *Social Engineering: The Legal Philosophy of Roscoe Pound*, „St. John's Law Review” 1958, nr 33, s. 1–46; W. Jedlecka, *O metodzie socjologicznej w badaniu prawa*, „Wrocławskie Studia Erazmiańskie” 2014, z. VIII, s. 181–197.

⁵⁷ J. Kowalski, *Funkcjonalizm...*, s. 12–13.

z analizami Pounda – dziekana Harvard Law School, najczęściej cytowanego amerykańskiego naukowca minionego stulecia⁵⁸ – może wywołać szok poznawczy. Pojęcia takie jak „*social control*”, „*social improvement/steering*” i „*social engineering*” (rozumianego jako świadome sterowanie społeczeństwem)⁵⁹ występują w jego pracach gęsto, a sam autor konsekwentnie lansuje obraz prawnika jako inżyniera społecznego zarządzającego społeczeństwem dzięki tworzonym i stosowanym regulom. Nie ukrywa nawet, że rozpoznanie celów prawa pozostaje zadaniem specjalistów – wąskiej grupy ekspertów, którzy połączą wiedzę prawniczą z wnikliwą znajomością spraw społecznych i ekonomicznych. Nadawanie treści prawa należeć powinno raczej do fachowego rzemieślnika, a nie – jak przyjęło się sądzić w demokratycznym społeczeństwie – wybieranych polityków wchodzących w skład organów legislatywy⁶⁰. Nadaje to koncepcji Pounda charakter silnie technokratyczny. Poglądy te wpisują się w atmosferę kryzysu gospodarczego, triumfów ruchu technokratycznego (*Technocratic Movement*), etatystycznej polityki *New Deal* Roosevelta (długo popieranego przez Pounda) oraz rozrostu administracji federalnej (opisywanej entuzjastycznie jako naturalny rezultat postępu społecznego i dowód przejścia od społeczeństwa rolniczego do przemysłowego)⁶¹. Na tym etapie rozwoju społecznego jednym z celów prawa jest dążenie do zwiększenia do maksimum ludzkiej władzy nad światem zewnętrznym i wewnętrznym człowieka⁶², a sprzyjać temu będzie ochrona oraz najbardziej racjonalna dystrybucja środków materialnych, które występują w ograniczonej ilości i powinny być wykorzystane w sposób najbardziej ekonomiczny, bez marnotrawstwa zasobów oraz pogłębiania antagonizmów społecznych⁶³.

⁵⁸ R. Shapiro, *The Most-Cited Legal Scholars*, „Journal of Legal Studies” 2000, nr 1, s. 410.

⁵⁹ G. Seidler, *Doktryny prawne imperializmu*, Warszawa 1957, s. 170.

⁶⁰ Wymowna jest wypowiedź Pounda na temat ulomności organów legislatywy: „In a large body not so trained and without judicial habits, we should expect, and experience shows we must expect, many of the characteristic phenomena of what psychologists have called the mob mind”. R. Pound, *Justice According to Law*, „Columbia Law Review” 1914, nr 1, s. 11.

⁶¹ R. Pound, *The Growth of Administrative Justice*, „Wisconsin Law Review” 1924, nr 2, s. 321–339; M. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1870–1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford 1992, s. 218.

⁶² R. Pound, *Social Control through Law*, New Haven 1942, s. 132.

⁶³ R. Pound, *The Spirit of the Common Law*, Boston 1921, s. 196.

Mówiąc obrazowo (a imaginacja ta uzasadniona jest dodatkowo okolicznością, iż Pound ukończył botanikę i również na tym polu osiągał sukcesy naukowe): podobnie jak dojrzewająca roślina potrzebuje do swojego wzrostu wody, powietrza i promieni słonecznych – prawo postrzegane jest jako jeden z czynników wzrostu, postępu, dojrzewiania społeczeństwa, które wciąż ewoluuje. W rezultacie, kryterium oceny prawa staje się odpowiedź na pytanie o użyteczność danej regulacji – czy przyczynia się ona do wzrostu, czy jest skutecznym narzędziem zmiany społecznej? Refleksja nad prawem zostaje spłaszczona do pytań o skutek konkretnych regulacji i ich przydatność na aktualnym szczeblu rozwoju społecznego. Tylko te rozwiązania prawne powinny być utrzymane, które są użyteczne⁶⁴. Co prawda, pisząc o rozwoju i postępie społecznym, nie chodzi tylko o wzrost ekonomiczny, ale prawo przestaje być traktowane jako fakt kulturowy. „Prawo pojmowane jest więc jako swoiste narzędzie stosowane w ramach celowego, a więc świadomego działania zarówno sędziego, jak i ustawodawcy. Problem aksjologii jest w tym wypadku elementem zewnętrznym wobec prawa i nauki prawa”⁶⁵.

Zasygnalizowano, że postrzeganie prawa jako tylko i wyłącznie narzędzia, instrumentu zmiany społecznej – pozwala zaklasyfikować te idee jako technokratyczne. Koncepcja Pounda była tu konsekwentna: bazowała na przekonaniu, że prawo powinno stanowić domenę „specjalistów”, którzy – orientując się w bieżących problemach społecznych, świadomi kierunków rozwoju społecznego – są inżynierami społecznymi. Diagnozują potencjalne konflikty, przewidują kryzysy, określają cele, dobierają właściwe środki służące postępowi, sprawują nadzór i kontrolę, zapewniają ład społeczny. Integrują wiedzę z zakresu nauk prawnych i społecznych, co predestynuje ich do pełnienia szczególnej roli: projektowania zmiany społecznej i doboru środków, które do niej doprowadzą. Ze względu na wagę zadania, do nich należy prawdziwa władza, wybierani politycy są do tego niezdolni – trudno pogodzić technokratyzm z demokratyzmem⁶⁶.

⁶⁴ S. Presser, *Foreword* [w:] R. Pound, *The Ideal Element in Law*, Indianapolis 2002, s. VIII.

⁶⁵ M. Glicz, *Efektywność prawa w koncepcji Law and Economics*, GSP 2008, t. XX, s. 132.

⁶⁶ Intuicja o bliskości ekonomicznej analizy prawa z realizmem prawniczym i „technokratyczności” obu podejść dostrzegana była już w krajowej literaturze. Tak np.: „Szkoła *Law and Economics*, ze względu na racjonalistyczne podejście do problemów społecznych, może być, wprawdzie przy dość

Czy EAP jest wolna od tych aspiracji? Czy proponowana przez Posnera, Beckera, czy Calabresiego wizja prawa nie przypomina obrazu Pounda? Czy nurt *law & economics* nie ma charakteru technokratycznego? Czy, słysząc wróżby ekonomistów na temat finansowych skutków danej regulacji, które „przekraczają możliwości budżetowe”, są „niepożądane przy uwzględnieniu stanu finansów publicznych” albo „nie przyczynią się do utrzymania tempa wzrostu gospodarczego”, nie wkraczają na płaszczyznę polityczną, która należeć powinna do legitymowanych demokratycznie decydentów? Czy wizja postępu społecznego jako nadrzędnego celu prawa nie przypomina, lansowanego przez EAP, przekonania, że obowiązujące prawo służyć ma finalnie jak najpełniejszej realizacji zasady maksymalizacji bogactwa?

6. Ekonomiczna analiza prawa - problemy praktyczne

Niezależnie od wyżej przedstawionych rozważań natury teoretycznoprawnej, zasygnalizować należy także szereg problemów praktycznych, które napotykać może zastosowanie postulatów EAP. Rzecz jest tym istotniejsza z uwagi na fakt, iż „ekonomiczna analiza prawa w systemie kontynentalnym odnosi się przede wszystkim do etapu tworzenia prawa”⁶⁷. Pozostawiając na boku inspiracje intelektualne EAP, sprawiedliwość zredukowaną do efektywności ekonomicznej oraz abstrakcyjne prognozy Beckera na temat ceny za nerkę i wątrobę na rynku zdrowych organów, metody dostarczane przez ekonomiczną analizę prawa mogą stanowić przydatny instrument rozwijania polityki prawa. „Są to metody, których zastosowanie przez prawników dysponujących jedynie tradycyjnym, jurydycznym wykształceniem byłoby trudne, jednak z punktu widzenia nauki prawa konstytucyjnego, a także innych działów prawa

skrajnej interpretacji, potraktowana jako kolejny nurt intelektualny redukujący politykę do inżynierii społecznej. Charakterystyczne dla tego typu podejść jest postrzeganie sfery polityki jako zespołu problemów technicznych, które mogą być rozwiązane za pomocą niezawodnych, naukowych metod. W przypadku ekonomicznej analizy prawa pokusa technicznego administrowania państwem może być o tyle silniejsza, że w myśleniu ekonomicznym jednostka traktowana jest przede wszystkim jako konsument...”. J. Kaczor, *Law...*, s. 74–75.

⁶⁷ T. Spyra, *Granice wykładni prawa: Znaczenie językowe tekstu prawnego jako granica wykładni*, Kraków 2006, s. 254.

(np. cywilnego, administracyjnego, finansowego, karnego) są one niezwykle ważne. Ważne nie tylko ze względu na potwierdzenie pewnych przypuszczeń i intuicji albo zaprzeczenie im, ale także ze względu na to, że pozwalają na solidnych podstawach oprzeć to, co niektórzy teoretycy i socjologowie prawa, za L. Petrażyckim, postulują pod nazwą polityki prawa⁶⁸. Chodzi tu przede wszystkim o ocenę skutków regulacji⁶⁹.

Postulat reformy systemu stanowienia prawa jest formułowany tym głośniej, im częściej pisze się o kryzysie prawa⁷⁰. Nie lekceważąc wagi planowania legislacyjnego i konieczności przeprowadzania analizy *ex ante* (w tym zwłaszcza rzetelnie przeprowadzonej oceny skutków regulacji), pamiętać trzeba o tym – choć to oczywiście truizm – że sporządzanie prognozy skutków ekonomicznych zawsze wiąże się z ryzykiem popełnienia błędu. „Wydawałoby się, że tak jak podczas procesu strona, która chce zmienić regulacje, powinna się dobrze do tego przygotować (...) Gdyby tak było w rzeczywistości, znacznie więcej niż kilka procent ustaw miałyby poprawnie przeprowadzoną ocenę skutków regulacji. Dziś w większości przypadków organ, który proponuje nowe prawo, nie przygotowuje poprawnie jego bilansu korzyści i strat. Taki błąd może wiele kosztować”⁷¹. Choć autorzy owej pesymistycznej diagnozy zwracają uwagę na polskie zaniedbania na polu stanowienia prawa, pomyłki i błędne szacunki nie stanowią domeny wyłącznie polskiego procesu legislacyjnego. Doświadczenia zagraniczne dostarczają przykładów obrazujących, że

⁶⁸ P. Winczorek, *Recenzja: K. Metelska-Szaniawska, Konstytucyjne czynniki reform gospodarczych w krajach postsocjalistycznych. Studium empiryczne*, PiP 2009, z. 2, s. 117.

⁶⁹ W. Szpringer, W. Rogowski, *Ocena skutków regulacji – poradnik OSR, doświadczenia, perspektywy*, Warszawa 2007; T. Kulisiewicz, *Redukcja obciążeń administracyjnych a wybrane zagadnienia informatyzacji administracji publicznej*, „Roczniki Kolegium Analiz Ekonomicznych” 2013, nr 29, s. 131–150.

⁷⁰ J. Kochanowski, *Trzy powody czy też symptomy kryzysu prawa* [w:] *Nadużycie prawa*, red. H. Izdebski, A. Stepkowski, Warszawa 2003, s. 77–86; E. Łojko, A. Turska, *Kryzys prawa i spadek jego prestiżu* [w:] *Kultura prawna i dysfunkcjonalność prawa*, Warszawa 1988, s. 301 i n.; K. Pawłowicz, *Transformacja ustrojowa – kryzys czy upadek państwa?* [w:] *Prawo i ład społeczny. Księga Jubileuszowa dedykowana Profesor Annie Turskiej*, red. G. Polkowska, Warszawa 2000, s. 409–431; A. Stelmachowski, *Problem stabilności prawa* [w:] *Prawo...*, red. G. Polkowska, s. 21–29; C. Staughton, *Za dużo prawa*, „Ius et Lex” 2002, nr 1, s. 167–175; K. Goetz, R. Zubek, *Stanowienie prawa w Polsce. Reguły legislacyjne a jakość ustawodawstwa*, Warszawa 2005, s. 5 i n.

⁷¹ M. Matczak, T. Zalański, *5 grzechów głównych procesu legislacji: jak nie przegrać, wprowadzając nowe ustawy?*, „Think-Tank Magazine” 2009, nr 1, s. 108.

przyjęcie błędnej metodologii albo inny błąd na etapie szacowania ekonomicznych konsekwencji projektowanych zmian legislacyjnych może doprowadzić w praktyce do zupełnie wypaczonego wyobrażenia o efekcie wywołanym daną regulacją⁷².

Nie należy zapominać, że próby przepowiedzenia skutków wywoływanych przez dane rozwiązanie normatywne stanowią jedynie spekulatywną kalkulację opartą na szeregu teoretycznych założeń, które nie muszą wcale odpowiadać rzeczywistości aktualnej (na etapie projektowania regulacji) oraz przyszłej (po jej wejściu w życie). Znane są także liczne przypadki, w których podmioty stosunków prawnych: wierzyciele, dłużnicy, organy administracji publicznej, przestępcy itd. działali wbrew teoretycznym modelom przyjmowanym jako założenie w analizach ekonomicznych⁷³. Świadomi są tego oczywiście przedstawiciele EAP, gdy

⁷² Tytułem przykładu: „Nie uwzględnianie wszystkich korzyści z redukcji przestępczości może prowadzić do złej alokacji zasobów. Następujący przykład zilustruje czemu wyczerpujące szacunki kosztów przestępczości są tak istotne. Na początku lat 80-tych, stan Illinois miał problemy z przeludnieniem więzień. Władze stanowe zdecydowały, że zamiast budować nowe zakłady karne, lepiej jest zwolnić część więźniów przed czasem. Oczywiście, przedterminowe zwolnienia mogą być przyczyną większej przestępczości niż miało by to miejsce, gdyby dana grupa była ciągle izolowana. Program przedterminowych zwolnień był badany przez naukowców, którzy doszli do wniosku, że istotnie nastąpił wzrost liczby przestępstw, których dopuszczali się przedterminowo zwolnione osoby. Niemniej, według naukowców, koszty zwiększonej liczby przestępstw były niższe niż oszczędności dla rządu wynikające z braku konieczności budowy nowych więzień (...) W tamtym czasie jedyne szacunki kosztów poszczególnych typów przestępstw bazowały na bezpośrednich stratach materialnych dla ofiary. Dlatego też, koszt przestępstwa zgwałcenia został oszacowany na zaledwie 350 dolarów (...) Ostatnio, w roku 2004 opublikowałem aktualne szacunki, które pokazywały, że społeczeństwo jest skłonne zapłacić za zmniejszenie liczby włamań o jedno sumę 25 tysięcy dolarów, a za jedno poważne pobicie mniej sumę 70 tysięcy dolarów. Sumy te rosną do 237 tysięcy dolarów w przypadku zgwałcenia i blisko 10 milionów dolarów w przypadku zabójstwa”. M. Cohen, *Ekonomiczne podejście do przestępczości i wymiaru sprawiedliwości*, www.rpo.gov.pl/pliki/1197460053.pdf, 25.03.2016.

⁷³ Ciekawe wnioski prezentuje poniższy cytat: „W ekonomicznych analizach zachowań przestępczych przyjmowane jest założenie, że potencjalni przestępcy działają w sposób racjonalny. Według modelu ekonomicznego jednostkę racjonalną charakteryzuje umiejętność automatycznej aktualizacji wyobrażeń o prawdopodobieństwie wraz z napływem wszelkich nowych informacji oraz zachowanie zgodne z założeniami teorii oczekiwanej użyteczności (...) wzrost prawdopodobieństwa schwymania i osądzenia potencjalnego sprawcy (podobnie jak i wzrost surowości kary za popelnienie przestępstwa) przyczyni się do spadku oczekiwanej użyteczności z działań nielegalnych i tym samym powinien doprowadzić do spadku liczby popelnianych przestępstw (...) wzrost efektywności pracy organów ścigania powinien przyczynić się do spadku przestępczości. Natomiast analizując szeregi czasowe wskaźnika wykrywalności sprawców i natężenia przestępstw stwierdzonych ogółem w Polsce w latach 1990–2012 zauważono, że wzrost prawdopodobieństwa schwymania i osądzenia sprawcy może (wbrew

sugerują dystans względem wniosków płynących z analizy *ex ante* podkreślając, że aktorzy ekonomicznych modeli zachowań działają „tak jakby” działali w realnym świecie: „Omawiane tu ekonomiczne modele przestępczości zakładają, że jednostki decydują się na przestrzeganie prawa bądź jego łamanie na podstawie rachunku własnych korzyści (...) Nasz model racjonalnego przestępstwa upraszcza rzeczywistość na wiele sposobów, o czym powinniśmy tutaj wspomnieć. W rzeczywistości przestępczość ma wiele przyczyn (...) Ekonomisci zwykle opisują ekonomiczny model podejmowania decyzji jako obraz uwzględniający zachowania, a nie subiektywne procesy rozumowania. Dlatego mówi się, że konsumenci działają *tak jakby* obliczali użyteczności krańcowe. Podobnie przyjęło się, że przestępcy działają *tak jakby* porównywali krańcowe korzyści płynące z przestępstwa z oczekiwaną karą”⁷⁴. Ekonomiczna analiza regulacji może się zatem okazać – jak głosi inspirujące porzekadło – „sluszną w teorii, ale nic nie warta w praktyce...”.

Zasygnalizowane zostało, że EAP ma charakter technokratyczny (a przynajmniej silne inspiracje technokratyczne), opiera się na założeniu, że proces prawodawczy przypomina zracjonalizowane rzemiosło. Innymi słowy, w EAP akcentuje się silniej czynnik ekspercki niż polityczny. Wydaje się, że pożądanym jest tu jednak pewien umiar, równoważenie się obu tych czynników – wykluczenie z procesu legislacyjnego fachowców budziłoby słuszne zaniepokojenie, z drugiej natomiast strony, ich dominacja powodowałaby uzasadnione pytania o wartość demokratycznej legitymizacji, sens partyjnych programów i powszechnych wyborów oraz odpowiedzialność polityczną decydentów. Proces stanowienia prawa winien opierać się na równowadze dwóch aspektów: politycznego i profesjonalnego: czynnik fachowy powściąga i uszlachetnia demokrację⁷⁵. Ten pierwszy opiera się na intuicji, powołaniu do podejmowania decyzji, ten drugi na wiedzy. Bycie ekspertem nie daje monopolu na nieomyślność i intuicję, ponieważ „decyzje prawodawcze należą do szczególnie

założeniom teoretycznych modeli przestępczości) prowadzić do wzrostu liczby przestępstw ujętych w statystykach policyjnych (...)”. K. Kądziołka, *Modele ekonomiczne w analizie zjawiska przestępczości*, „Studia Ekonomiczne” 2014, s. 56.

⁷⁴ R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna...*, s. 607.

⁷⁵ Z. Radwański, *Rola prawników w tworzeniu prawa*, PiP 2007, z. 12, s. 3–9.

trudnych; są podejmowane w sytuacjach niepowtarzalnych, a przy tym w warunkach niepewności, co powoduje, że eksperci często różnią się między sobą, zwłaszcza w sprawie prognoz co do skutków przewidywanych unormowań⁷⁶.

Fetyszyzacja ekspertów oraz dostarczanych przez nich wniosków powoduje też inny problem: w czasach skomplikowanych procedur decyzyjnych, wielu *lobbies* o sprzecznych interesach oraz złożoności dziedzin życia, które podlegają jurydyzacji, trudno jednoznacznie ustalić kto faktycznie dysponuje wiedzą i doświadczeniem predestynującym do zaszczytnego miana eksperta. Pytanie też o sposób wyceny wartości i zasad prawnych, zwłaszcza jeśli mają one charakter moralny: „teoria OSR zgłasza wiele postulatów czy *law & economics*: regulacja jest kosztowna, regulacja jest nie zawsze łatwa do porównania pod kątem kosztów, często nie bierze się pod uwagę pełnego rachunku kosztów, np. pomoc publiczna obejmuje też cały aparat, który przydziela tę pomoc, a tego czasami się nie uwzględnia. Porównuje się sytuacje hipotetyczne, a nie istniejące rzeczywiście, np. w prawie konkurencji, gdzie porównuje się rynek istniejący z rynkiem, który jest w sferze prognoz (...) Powstaje pytanie, na ile możemy kwantyfikować przesłanki i rezultaty regulacji, wyceniać pewne cele czy wartości, np. czystego środowiska, bezpieczeństwa, życia czy zdrowia ludzi. Wiadomo, że są to wartości bezcenne, ale oczywiście na poziomie przedsiębiorstw, czy ubezpieczeń zdrowotnych istnieje potrzeba, żeby wartości te też wyceniać. Poruszamy się na poziomie wartości ustrojowych, np. czy wyceniać i stosować jakąś kosztowną terapię, skoro za te pieniądze można byłoby wyleczyć setki ludzi⁷⁷.

Inną kwestią jest stosunek do EAP praktyków, zwłaszcza sędziów, w kontynentalnej kulturze prawnej. Komentatorzy są tu zasadniczo zgodni: przynależność EAP do anglosaskiej kultury prawnej sprawia, że nie jest ona w pełni kompatybilna z europejskim wyobrażeniem prawa i przez to bez nadmiernego entuzjazmu przyjmowana w doktrynie. „To właśnie kultura *common law*, oparta na ideologii powstawania prawa jako

⁷⁶ S. Wronkowska, *Ekspert a proces tworzenia prawa*, PiP 2000, z. 9, s. 3–15.

⁷⁷ W. Szpringer, *Metodologia oceny skutków ekonomiczno-społecznych zmiany prawa – wprowadzenie do dyskusji* [w:] *System stanowienia prawa w Polsce. Zielona Księga 2013*, nr 30, s. 48.

aktu uznania zastanych, wcześniej wykształconych praktyk, wskazywana jest zwykle jako dużo bardziej sprzyjająca argumentacji z obszaru *Law and Economics* niż kultura prawa stanowionego⁷⁸. Inni autorzy podkreślają, że „*Law & Economics* wyrosła na gruncie metod badawczych preferujących rozważania «od prawa do filozofii», które są charakterystyczne dla kultury *common law*. Są one zasadniczo odmienne od metod badawczych typowych dla rozważań «od filozofii do prawa», głęboko zakorzenionych w kulturze prawa stanowionego⁷⁹. Należy mieć zatem świadomość, że nawet na gruncie systemu prawa prywatnego – a więc takich dziedzin jak prawo cywilne i handlowe (regulujących sferę obrotu, w której „ekonomiczne” podejście uczestników jest naturalne), należy zawsze uwzględnić zawsze specyfikę *common law* oraz różnice pomiędzy kulturą prawa kontynentalnego⁸⁰.

Na dystans względem postulatów *law & economics* wpływają także inne czynniki, w tym europejski model kształcenia prawników i ścieżka kariery. Przekonująco tłumaczy to Tomasz Stawecki, pisząc o sędziach: „nikt z nich wszakże nie miał za sobą doświadczenia pracy dla klienta: banku, kredytobiorcy, bankruta, oszusta itp. Nikt z nich nie spędził lat na negocjowaniu konkretnych transakcji, na szukaniu dającego się zaakceptować *ex ante* rozkładu i równowagi ryzyka różnych uczestników obrotu (...) sędziowie przyzwyczajeni do myślenia w kategoriach względnie odrębnych dziedzin (gałęzi) prawa i strukturalizujących je ustaw lub kodeksów, niechętnie posługują się pojęciem «transakcji» (...) Z tego powodu więc koncepcja kosztów transakcyjnych nie przemawia zbyt silnie do przekonania sędziów, w tym sędziów reformatorów (...) ich dystans wobec posługiwania się kategoriami ekonomicznej analizy prawa może się okazać typowy dla krajów Europy kontynentalnej (...) słaba znajomość ekonomii (...) słabe zakorzenienie filozofii użytecznej i liberalizmu (...) czy wreszcie trudność zaakceptowania przez środowiska prawnicze, odwołujące się do zasad słuszności i sprawiedliwości, modelu *homo oeconomicus*,

⁷⁸ A. Bator, *Instrumentalizacja jako założenie ekonomicznej analizy prawa* [w:] *Analiza...*, s. 28.

⁷⁹ Z. Brodecki, A. Brodecka-Chamera, *Rynek i kultura w integracji z prawem*, GSP 2012, t. XXVIII, s. 71.

⁸⁰ R. Stroiński, *O kosztach...*, s. 41.

czyli człowieka racjonalnie poruszającego się w świecie cen i rynków oraz dążącego do maksymalizacji osiąganych korzyści⁸¹.

Być może postawa taka stanowi przejaw zadufania, swoiście rozumianej postawy konserwatywnej i przekonania o samowystarczalności własnej, kontynentalnej kultury prawnej. Być może też ten brak kompleksów względem koncepcji anglosaskich spowodowany jest okolicznością, iż *law & economics* nie jest ani pierwszym, ani też jedynym nurtem, którego zwolennicy akcentują konieczność uwzględniania – w procesach stanowienia oraz stosowania prawa – czynników ekonomicznych, a zwłaszcza podejmowania próby przewidywania społecznych (w tym ekonomicznych) skutków regulacji, czy rozstrzygnięć sądowych i administracyjnych. Różnorakie związki nauki oraz praktyki prawa z ekonomią akcentowane były już w przeszłości, a w kontynentalnej refleksji prawniczej od dawna postulowano otwartość na argumenty ekonomiczne⁸². Nie miejsce tu na rozwijanie tej intuicji, choć zasygnalizować wypada, że w samej rodzimej jursprudencji nie brak autorów, którzy akcentowali społeczno-ekonomiczny kontekst prawa oraz rozwijania naukowej polityki prawa. Sięgnięcie do prac L. Petrażyckiego, A. Podgóreckiego, J. Wróblewskiego, czy Z. Ziemińskiego nie dostarczy oczywiście wiedzy w przedmiocie zastosowania twierdzenia Coase’a, rozważań wokół efektywności w sensie Pareto i barwnych przykładów w stylu Posnera i Beckera, niemniej trudno zgodzić się z poglądem, iż „właściwie dopiero obecnie zaczyna się mówić i pisać o ekonomicznych skutkach uregulowań prawnych (...) politykę prawa czy precyzyjniej, politykę tworzenia prawa, rozwijają teoretycy prawa, lecz nie koncentrują się na czynnikach ekonomicznych”⁸³.

⁸¹ T. Stawecki, *Sędziowie w procesie reformowania prawa* [w:] *Analiza...*, s. 189.

⁸² Tomasz Giaro przywołuje tu barwne przykłady reformy prawa pod wpływem poczynań Luciusa Veratiusa albo „ekonomizacji” norm ustawy XII Tablic. T. Giaro, *Podsumowanie i zamknięcie konferencji* [w:] *Ekonomiczna analiza prawa*, red. T. Giaro, Warszawa 2015, s. 269. Jerzy Stelmach podkreśla natomiast, że „z interpretacjami prawa w kategoriach ekonomicznych mamy do czynienia już znacznie wcześniej, m.in. w jursprudencji rzymskiej, w marksistowskiej teorii prawa, amerykańskim realizmie prawnym o socjologicznej jursprudencji, w pewnych odmianach hermeneutyki i argumentacji prawniczej, a nawet w koncepcji Dworkina”. J. Stelmach, *Spór o ekonomiczną analizę prawa* [w:] *Analiza...*, s. 9.

⁸³ P. Pilarczyk, *Polityka gospodarcza jako czynnik kształtowania rozwiązań prawnych. Wpływ na regulacje celne w polskiej skarbowości od XV/III do XX wieku*, „Studia z dziejów państwa i prawa polskiego”, t. XVI, Kraków-Lublin-Łódź 2013, s. 73.

Idzie za tym inny przytyk wobec EAP: przerostu formy nad treścią. Jeden z komentatorów stawia retoryczne pytanie: „czy potrzeba idei maksymalizacji dobrobytu społecznego, aby wiedzieć, że najbardziej efektywne ekonomicznie jest prawo, które prowadzi do największego wzrostu dobrobytu społecznego? Czy potrzeba idei Pareto, aby wiedzieć, że dane rozwiązanie prawne jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy powoduje ulepszenie czy też udoskonalenie sytuacji je poprzedzającej? Czy potrzeba idei Kaldora-Hicksa, aby wiedzieć, że zawiera ona tę samą myśl, chociaż nieco inaczej wyrażoną, co idea Pareto? I wreszcie, czy potrzeba analizy marginalnej, aby wiedzieć, że rozwiązanie prawne powinno realizować jakiś pożądaný cel?”⁸⁴. Brutalnie rzecz ujmując: sugeruje się, że EAP ubiera truizmy i banały w szaty przelomowych naukowych odkryć, bez których znajomości prawnicy niezdolni są do racjonalnego stanowienia i stosowania prawa.

7. Podsumowanie

Zasygnalizowane zostało na wstępie, że w artykule przedstawione zostaną zasadnicze kierunki krytyki EAP, natomiast prezentacja zajmowanej linii obrony i podnoszonych kontrargumentów przekracza dostępne ramy. Autor, na ile tylko było to możliwe, starał się wywiązać z przyjętego na siebie zobowiązania, relacjonując główne zarzuty i wskazując szereg potencjalnych słabości *law & economics*. Sytuacja taka może rodzić poczucie, że zwolennicy EAP promują koncepcję skompromitowaną, bazują na ewidentnie fałszywych założeniach i stosują błędne metody, a (co najgorsze) nie są tego nawet świadomi. Takie wrażenie byłoby oczywiście niesłuszne. Część postulatów EAP jest interesująca, zasługuje na poważne potraktowanie i uwzględnienie w procesie stanowienia i stosowania prawa. Inne muszą wydać się tylko obrazoburcze, niektóre mało praktyczne, pozostałe humorystyczne.

Ekonomiczna analiza prawa jest jedną z wielu prób uchwycenia prawa z konkretnymi zaletami i wadami – wydaje się, że te pierwsze zachowują swe walory tak długo, jak długo jej przedstawiciele powstrzymują się przed

⁸⁴ R. Tokarczyk, *Jednostronność...*, s. 177.

zbyt nachalną propagandą na rzecz leseferystycznych rozwiązań społeczno-prawnych. Można pokusić się o dostrzeżenie pewnej prawidłowości: im ostrzej reprezentanci *law & economics* dyskredytują dotychczasową refleksję prawniczą, tym bardziej ich własne rozumowania stają się na krytykę podatne. Niezależnie od sympatii albo antypatii do kapitalistycznego modelu ekonomicznego oraz mechanizmów gospodarki wolnorynkowej, nie sposób nie dostrzec zadurzenia EAP w liberalnej ekonomice, pragmatyzmie, utylitaryzmie i realizmie prawniczym. Z tych i innych powodów EAP nie jest wolna od słabości, które – mniej lub bardziej zasadnie – punktuje krytycy. Jerzy Stelmach trafnie charakteryzuje temperaturę sporu, podkreślając, że zwolenników, jak i przeciwników EAP łączy co najmniej jedna wspólna cecha – zaciętrzewienie⁸⁵. Wydaje się, że idea kompromisu pomiędzy zwolennikami i przeciwnikami EAP leży w otwartości na argumenty drugiej strony. Porozumienie jest możliwe w warunkach rzeczowej i spokojnej rozmowy na temat zalet i wad EAP.

Streszczenie

Niezależnie od wzrastającej wciąż atrakcyjności nurtu *law & economics*, formułowane są także względem niej liczne zarzuty. Niechętni ekonomicznej analizie prawa komentatorzy ukazują jej korzenie intelektualne (wpływ brytyjskiego utylitaryzmu, liberalizmu ekonomicznego i doktryny leseferyzu, filozoficznego pragmatyzmu, realizmu prawniczego oraz libertarianizmu) i akcentują szereg zastrzeżeń metodologicznych, takich jak: redukcjonistyczne założenia, wyobrażenie prawa jako narzędzia równoważenia społeczno-ekonomicznych zysków i strat, (iluzja?) moralnej neutralności, niekonsekwencje wywodu, technokratyczny sposób widzenia świata oraz błędna wizja funkcji prawa w demokratycznym społeczeństwie (maksymalizacja bogactwa). Krytycy są przekonani, że rozważania takich autorów jak Richard Posner czy Gary Becker oparte są na fałszywych założeniach na temat natury ludzkiej (*homo oeconomicus*, „człowiek ekonomiczny” – jako konsekwentnie racjonalny podmiot skupiony na sobie i wyłącznie własnym interesie), sceptycyzmie względem

⁸⁵ J. Stelmach, *Spór o ekonomiczną analizę prawa* [w:] *Analiza...*, s. 22.

tradycyjnych wartości i zasad prawnych (sprawiedliwość, godność człowieka, obowiązek, odpowiedzialność, prawa i wolności jednostki, demokracja, rządy prawa) i teorii prawa (iusnaturalizm, pozytywizm prawniczy), priorytetowe traktowanie praw majątkowych i centralna rola kryterium efektywności prawa (zwłaszcza relacja pomiędzy efektywnością ekonomiczną, a sprawiedliwością społeczną). Wielu krytyków oskarża ekonomiczną analizę prawa za promowanie libertariańskich idei pod płaszczkiem nowatorskiej teorii prawa, kapitalistycznej etyki, kontraktalistycznego wyobrażenia relacji społecznych, a nawet nihilistycznego podejścia do prawa. W konsekwencji, wiele spośród wniosków dostarczanych przez przedstawicieli ekonomicznej analizy prawa mają mieć czysto spekulatywny, abstrakcyjny charakter i są – zwłaszcza w warunkach europejskiej, kontynentalnej kultury prawnej – niestosowalne.

Słowa kluczowe: ekonomiczna analiza prawa, efektywność, moralność, technokratyzm, rynek

The critique of the economic analysis of law

Summary

Despite the growing attractiveness of Law & Economics (also known as the economic analysis of law), many critical remarks has been made in the current literature. Unfriendly commentators show its deep intellectual roots (the influence of British utilitarianism, economic liberalism and the laissez-faire doctrine, philosophical pragmatism, legal realism, political libertarianism) and emphasize number of methodological weaknesses such as philosophical reductionism, concept of law as an optimal outcome of a judicial balancing of socio-economical costs and benefits, (illusion of?) moral neutrality, incoherency, technocratic standpoint and false imagination of function of law in modern democratic society (wealth maximization). They believe that considerations of authors such as Richard Posner or Gary Becker are based on false assumptions about the human nature (*homo oeconomicus* or economic man – consistently rational and narrowly self-interested agent), law and legal system values (view

the law as based upon market principles), scepticism and self-doubt about traditional legal values and constitutional principles (justice, human dignity, duty, responsibility, individual rights, democracy, rule of law) and legal theory (natural law, legal positivism), the priority of property rights and the central role of efficiency criterion (especially relationship between economic efficiency and social justice). Many commentators and academics accuse *law & economics* of promoting libertarian ideas in the guise of a novel legal theory, capitalist ethic, contractual understanding of human relations even nihilistic approach to law. In a consequence many of the law & economics conclusions can be considered basically speculative, at a relatively high level of abstraction and inapplicable (especially in civil, continental European, legal tradition).

Keywords: economic analysis of law, efficiency, morality, technocracy, market

Krzysztof Koźmiński, Univeristy of Warsaw, Faculty of Law and Administration, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00–927 Warszawa, Poland, e-mail: k.kozminski@wpia.uw.edu.pl.