

STANISŁAW KAŻMIERCZYK

Uniwersytet Wrocławski

EKONOMICZNA ANALIZA PRAWA
W ZWIĄZKU ZE STOSUNKIEM PRAWA DO EKONOMII

Można powiedzieć, że każda dziedzina wiedzy ma oprócz wielu poziomów także poziom zdroworozsądkowy, co oznacza, że dopuszcza również zdroworozsądkowe wyjaśnianie. Prawoznawstwo też nie jest wolne od takiego wyjaśniania. Przy takim założeniu ważne staje się pytanie, czy dotychczasowe ujęcie ekonomicznej analizy prawa, a zwłaszcza jej omawianie w literaturze prawniczej, bazuje na prawoznawstwie zdroworozsądkowym? Moja odpowiedź jest pozytywna.

Trudnością w wyjaśnianiu tej analizy jest właśnie bazowanie na takim prawoznawstwie. Co więcej, takie zdroworozsądkowe prawoznawstwo nieprzerwanie ciągnie się za tą analizą od początku jej występowania, zwłaszcza na gruncie amerykańskim. W polskiej literaturze zajmującej się tą problematyką też znajdujemy podstawy takiego prawoznawstwa. W jego następstwie w niej nie występują problemy na miarę teorii stosunku prawa (ekonomii) do ekonomii (prawa) oraz teorii prawa. Co się zaś tyczy samej analizy, nierzadko przypomina ona proste zabiegi robione czasami na „chłopski rozum”. Czy to ma oznaczać, że one mają być skomplikowane? Oczywiście, że nie, ale z nich powinno coś więcej wynikać, w szczególności dla powyższych teorii. Z reguły są to przykłady prostego obliczania odszkodowań na dodatek odsyłanych do modeli, które powielają elementarne działania na „zwykłych” rachunkach. Słowem, jeśli doznałeś szkody, to z literatury dowiesz się, że szkoda zostanie wyliczona z uwzględnieniem np. tego, czy ty się do niej przyczyniłeś. Przy okazji, zostaniesz poinformowany o odpowiedzialności na zasadzie winy i ryzyka. Oczywiście, wiele w tym dyskursie zmieniłoby się, gdyby uwzględniono rozmaite relacje generujące nowe zagadnienia. Mamy tu do czynienia nie tyle bowiem z analizą, co z systematyzacją ekonomicznych skutków np. naruszenia normy prawnej, z reguły bardzo prostych. Co więcej, ta systematyzacja, bez względu na to, jakie liczby by obejmowała, byłaby w gruncie rzeczy jakimś zabiegiem buchalteryjnym, powiedzmy nawet, że wyłącznie buchalteryjnym, niewymagającym refleksji na poziomie badawczym.

Można mieć zatem wątpliwości, czy „model”, którym tak często się posługujemy w wypowiedziach o ekonomicznej analizie prawa, jest w tej analizie

terminem konsekwentnie uprawnionym. On, po prostu mówiąc, nie ma mocy eksplikacyjnej, bo też nie zrekonstruowano żadnych założeń, przy których jego zastosowanie mogłoby inspirować nowe problemy.

Szkoda, że pogranicze¹ prawa i ekonomii pozostaje tu samo dla siebie, że nie robi się z pogranicza teorii np. związków prawa i ekonomii. Przecież pogranicze wyzwala myśl teoretyczną. Teorie mają bardzo dużo do zawdzięczenia pograniczom. Mimo to one, w dotychczasowych ujęciach omawianej analizy, zostały w pełni zaprzepaszczone. Bo też, wychodzi na to, że ta analiza może być z powodzeniem afiliowana przy dogmatyce prawa, w szczególności na „przedłużeniu” tej dogmatyki, co nie musi oznaczać, że staje się jej elementem.

Sądzę, że można wykorzystać omawianą analizę w kierunku teorii prawa, ale zdaje się, iż pod warunkiem, że potraktujemy ją jako następstwo stosunku prawa do ekonomii². Natomiast gdy ona zostanie wyróżniona tak jak to czynimy dotychczas, a więc bez tego następstwa, wówczas pozostanie nadal mniej lub bardziej złożoną operacją zabiegów techniczno-rachunkowych. Przyznaję, że one są bardzo ważne, ale nie na poziomie teoretyki prawa.

Wynika z tego, że zagadnienie ekonomicznych analiz prawa powinno być o wiele bardziej złożone z punktu widzenia dążeń badawczych. Jeśli od niego wyjdziemy, rachunkowy efekt stosowania prawa nie może być efektem końcowym. Trzeba w nim znaleźć przesłanki poszukiwania ogólniejszych zagadnień właściwych dla teorii prawa. Czym innym przecież są relacje między prawem a ekonomią i na pewno czym innym choćby między najszerzej pojętym prawem gospodarczym a ekonomią. Niewątpliwie nie jest to koniec możliwych relacji. Trzeba tu wspomnieć o możliwościach ich budowania wewnątrz systemu prawa. Na przykład relacje prawa gospodarczego do handlowego w związku z ekonomią. Przecież to nie jest to samo co stosunki między ekonomią a prawem karnym.

Wreszcie, problematyka relacji prawo–ekonomia w systemie prawa ujętym wertykalnie a w systemie ujętym horyzontalnie. Rozróżnienie tych systemów wydaje się ważne i głębokie. One pozwalają klasyfikować stosunki między prawem a ekonomią oraz przenikać nimi przez całe prawo, tworząc nowe kategorie związków między prawem a ekonomią, związków niewątpliwie różnorodnych. Nie jest obojętne (zauważmy), czy stosunki prawo–ekonomia są domeną prawa w ujęciu wertykalnym, czy horyzontalnym. Też nie jest obojętne, jakie np. typy tych stosunków mają być odpowiednie zwłaszcza dla horyzontalnego systemu prawa. Idąc w ślad za tymi stosunkami, przekonamy się, że również nie jest obojętne, czy np. powszechność, dostępność, itp. do ekonomicznej analizy prawa jest jednakowa w układzie wertykalnym czy horyzontalnym.

¹ J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Zakamycze 2004, s. 135 i n.

² Zob. H. Groszyk, A. Korybski, L. Leszczyński, *Ekonomika a prawo*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1986, t. XXXVII; S. Kaźmierczyk, *Stosunek prawa do ekonomiki. Podstawowe problemy*, Wrocław 1988.

Ta różnorodność wymienionych stosunków i związanych z nimi powyżej dostępności znacznie by się skomplikowała, gdybyśmy do tego wszystkiego dodali politykę. Stosunek polityki do ekonomii zintensyfikowany przez wyznaczenie go jako „strony” w stosunku do prawa nie może być rozumiany jako suma prostych zależności. Tymczasem one najczęściej są spłycające już przez to choćby, że występują w terminach niemal wyłącznie obserwacyjnych³. Otóż cała omawiana tu analiza jest wypełniona tymi terminami. I dlatego też niewiele z niej można uczynić. A jest to widoczne chociażby z tego powodu, że nierzadko prace jej poświęcone są do siebie, i to pod względem wywodów, bardzo podobne. Nie można tego przełamać, gdyż one mają ten sam „gorset” tkany z terminów obserwacyjnych, nad którymi unosi się niezmiennie czynność obliczania. Nic też dziwnego, że w tekstach mamy do czynienia bardziej ze spływaniem poprzez powtarzanie nawet tego samego (tych samych operacji rachunkowych), choć z uwzględnieniem odstępstw, ale tylko co do faktyczności, a nie procesów pojęciowo-terminologicznych. Nie ma dowodu na to, która spośród rozmaitych rodzajów (typów) analiz ekonomicznych wyróżnia się jako analiza prawa i w związku z tym nadaje się do wyodrębnienia poznawczego. W następstwie takiego postępowania prawnicza literatura poświęcona przedmiotowej analizie jest wolna od naukowych sporów i kontrowersji.

Prawo, wtedy gdy to jest możliwe, powinno być ekonomicznie efektywne. Teza ta ma wymiar powszechny. Przy tej okazji dodajmy, że mimo wszystko nie jest obojętne, czy najpierw ma być skuteczne, a dopiero w następstwie skuteczności – efektywne pod względem ekonomicznym. Nie wchodzimy również w klasyfikacje skuteczności, łączonej i osobno niełączonej z efektywnością. Tak więc pomijamy skądinąd ważne w tym względzie spory terminologiczno-pojęciowe. Chcemy natomiast zapytać, czy narzędzia ekonomiczne⁴ stosowane na okoliczność tej analizy mają być ekonomicznie specyficzne, czy też powinny być takie same, jak w każdej innej sytuacji. Pytanie to nie wydaje się obojętne, albowiem czym innym jest wynik prawny, a czym innym ekonomiczny. Nawet przy jakiejś zbieżności tych wyników, prawny nie jest zastępowany przez ekonomiczny. Gdyby zastępowanie było możliwe, wtedy konstruowanie stosunku prawo–ekonomia miałyby się z celem. Efekt prawny byłby zarazem efektem ekonomicznym. O tym

³ J. Stelmach, B. Brożek, *op. cit.*; J. Stelmach, R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku*, Kraków 1999; R.T. Stroński, *Ekonomiczna analiza prawa, czyli w poszukiwaniu efektywności*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2002, nr 3; W. Karsz, *O twierdzeniu Coase’a i związanej z nim problematyce*, „Studia Ekonomiczno-Prawne” 1987, nr 39; idem, *Problematyka efektów zewnętrznych oraz form ich kontroli w amerykańskiej myśli ekonomiczno-prawnej*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1987, nr 38; idem, *Ekonomiczna analiza prawa w prawnoznawstwie amerykańskim*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1982, nr 28; G. Becker, *Ekonomiczna teoria zachowań ludzkich*, Warszawa 1990; M. Kramarek, *Ekonomiczna treść instytucji leasingu*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2000, z. 3; T. Dębowska-Romanowska, *Wybrane zagadnienia klasyfikacji ekonomiczno-prawnej dotacji*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1989, t. XLIII.

⁴ J. Stelmach, B. Brożek, *op. cit.*

pierwszym powiemy najpierw, że pozostaje w granicach prawa, a dopiero następnie, że ma również walor ekonomiczny, który nie zawsze (jak wiadomo) musi być dodatni. Pomijając różnice i podobieństwa, pewne wydaje się to, że jednak efekty te ustalane są w granicach prawa i mogą być interpretowane ze względu na twierdzenia ekonomii, ale w tych granicach. Wyjście poza te granice jest zaledwie postulowanym wyjściem poza prawo, a gdyby ekonomicznie było to konieczne, mimo braku zgody prawa, prawo wówczas mogłoby tracić swój sens. Ono przecież musi obowiązywać interpretatorów ekonomii angażujących się w ekonomiczną analizę prawa. Tak więc możliwa jest ekonomiczna sprawiedliwość⁵, ale przy zachowaniu prawnej – w ramach prawa, rozumianej oczywiście wtedy gdy stosujemy ekonomiczną analizę prawa.

Stosunek prawa do ekonomii nie wyraża się od razu w postawach jego podmiotów (stron). Najpierw przecież zachodzi między dziedzinami nauki (wiedzy) i jest stosunkiem prawa do ekonomii albo ekonomii do prawa liczonym przeze mnie jako drugi stosunek. Dopiero później, w ich następstwie, stosunki te (jako skonkretyzowane) mogą zachodzić między ludźmi, instytucjami, organizacjami itp. Pomijam złożone zagadnienia owej konkretyzacji. One wymagałyby osobnego opracowania. Moim zdaniem prawnicza konkretyzacja nie nadaje się na objaśnienie relacji między wspomnianymi stosunkami.

Prawo a ekonomia (ekonomia a prawo) mają swoje (własne) siły nośne. Oczywiście między nimi jest przestrzeń prawno-ekonomiczna, która jak do tej pory nie została gruntownie zauważona przez teoretyków prawa, a ona właśnie zdaje się być dla teorii najbardziej generująca. Sama zaś teza wzięta za podstawową tezę analizy ekonomicznej odczytywanej „dwojako: deskryptywnie bądź normatywnie”⁶ niczego (oprócz porządkowania) nie wnosi do rozwoju wiedzy na interesujący nas temat. Przecież z tego, że „w pierwszym przypadku powiemy, że prawo jest ekonomicznie efektywne, a w drugim – że powinno takie być”⁷ nie wynika nic szczególnego dla badań tego tematu w związku z teorią prawa. W ten sposób możemy bowiem powiedzieć o każdym zagadnieniu prawnym – materii prawnej. Ona, jak zwykle, może być ujmowana deskryptywnie albo normatywnie. Co więcej, tak też daje się ująć prawie każdą kategorię ekonomiczną. Oczywiście, z tego daje się wyprowadzić kwestię ważną dla teorii prawa, a mianowicie: normatywność kategorii ekonomicznych wobec normatywnych kategorii prawnych – ujętych normatywnie. Jednakże problematyka ta nie jest podejmowana, tymczasem ona (jak sądzę) pozwoliłaby wyjść z ograniczonego kręgu elementarnych obliczeń, a zwłaszcza z prostych konstatacji prawnych.

Nie wdaję się w rolę języka używanego w tej analizie, przede wszystkim w jego sferę pojęciowo-terminologiczną, choć rozważania z tego zakresu byłyby owocne zwłaszcza co do poznania prawa za pośrednictwem interesującej nas

⁵ Tamże, s. 137.

⁶ Tamże.

⁷ Tamże.

analizy. Problemy te nie są uwzględniane, tymczasem one właśnie pozwoliłyby sięgnąć do głębokich struktur związanych z tymi analizami. Analizami, a nie analizą. Nie wiemy przecież, co zdecydowało, że używamy liczby pojedynczej. Ekonomia zna wiele rodzajów analiz. Czy ta używana względem prawa jest dla niego specyficzna? Pytania zdają się być dalej idące, mianowicie: czym jest ekonomiczna analiza prawa, a czym ekonomiczna analiza decyzji, w dodatku takiej, która nie wymaga, i takiej, która wymaga ryzyka. A przecież ryzyko nie jest jedyną zależnością naszych decyzyjnych działań. Niemniej, gdyby i na te pytania były odpowiedzi, nie zmieni to potrzeby osadzenia interesującej nas analizy w refleksji nad prawem.

Pomijam pytanie, czy dotychczasowe rozważania nad tą analizą są refleksyjne, albo, czy podejście do tych rozważań może usposabiać refleksyjnie. I co to znaczy, że refleksyjnie. Pod tym względem zdaje się, że stoimy w miejscu. Można sądzić, że gdyby ta analiza była refleksyjna, wówczas z pewnością za swoje źródło brałaby stosunek prawa do ekonomii i z niego wychodziła do omawianej analizy. Bez tego stosunku, jego odpowiedniego skonceptualizowania czy też bogacenia, analiza pozostanie nadal na poziomie cyfr; nie będzie zdolna do robienia z ekonomii użytku dla poznawania prawa w związku z ekonomią. Nie jest też oczywiste, tak jak to się przyjmuje, czy ekonomiczna analiza prawa jest w istocie ekonomiczna, czy prawnicy nie przypisali jej czegoś, co jeszcze nie dochodzi do poziomu ekonomii. Pytania tego nie da się złagodzić przykładem jakiegoś skomplikowanego nawet zabiegu analizującego prawo. Moim zdaniem zależy to nie od komplikacji, lecz od konceptualizacji miejsca tej analizy, ale w związku prawa z ekonomią. Jednakże ta konceptualizacja może być nader ograniczona, jeśli w ogóle możliwa, gdyż w następstwie tej analizy i związanych z nią doświadczeń badawczych nie wyodrębniono specjalnie pojęć i terminów służących tej analizie. A to wydaje się podstawową przeszkodą, znacząco utrudniającą nomologiczne ujęcia.

W wypowiedziach o omawianej analizie nie mogło zabraknąć „ekonomizacji”. Słowo to jest bałamutne. Ono jak gdyby nawiązywało do podobnego słowa, a mianowicie „jurydyzacji”. Otóż sądzę, że nie ma między nimi podobieństwa. To ostatnie przychodzi do czegoś na mocy np. tworzenia prawa dlatego, że to „coś” nie było prawne albo niedoskonale prawne. Ekonomia jest uniwersalna, uniwersalna bardziej aniżeli nawet prawo. Tak więc ona ekonomizuje, bo takie jest powołanie jej uniwersalności, obejmując z tego powodu również prawo. Jednakże aby ją scharakteryzować, nie wystarczy elementarnie prosty przykład „kto wyrządza szkodę”⁸, lecz trzeba by było odpowiedzieć na pytanie, czy ekonomizacja prawa jest dla ekonomizacji (w ogóle) na tyle specyficzna, iż istotnie jest w niej jakiś zakres właściwy dla ekonomii, ale tak wyposażony, że instrumentalnie tę ekonomizację (ekonomię) czyni konieczną w sferze prawa. Jeśli to pytanie pozostawimy bez wystarczającej odpowiedzi i nie powiemy, co należy do jądra „ekonomiza-

⁸ Tamże, s. 138.

cji”, to możemy mówić o niej intuicyjnie albo po prostu, że A wyrządzi szkodę B i że jest obowiązany do jej naprawienia w wysokości odpowiednio obliczonej⁹.

Wreszcie, przełożenie myślenia prawniczego na ekonomiczne z art. 415 k.c. jest żadnym osiągnięciem. To się po prostu narzuca samo przez się. Tu nie ma ekonomizacji w powyższym sensie tego słowa. Poziom zaś „aktywności potencjalnego sprawcy i potencjalnego poszkodowanego”¹⁰ należy do prostych zabiegów wykonywanych przez sędziego. Do tego nie jest mu potrzebna ekonomiczna analiza prawa. Po prostu „to się samo przez się rozumie”. A obraz „metody ekonomicznej” to tyle co odwrócenie języka modelu stosowania prawa opracowanego przez J. Wróblewskiego nie w kierunku ekonomii (ekonomizacji), lecz na liczenie pieniędzy¹¹.

Największą przeszkodą w śledzeniu literatury poświęconej omawianej analizie jest słabe jej wyodrębnianie się w literaturze prawniczej, a także ekonomicznej. Dzieje się tak, jak sądzę, ponieważ nie daje ona możliwości orientowania się w porządku kontekstów wypowiedzi obejmujących i zarazem determinujących tę analizę. W efekcie jest tak, że tę literaturę można mniej krytykować, a bardziej negować. Krytyka bowiem ma to do siebie, że pozwala formułować postulaty rozwijające dotychczasową myśl. Tymczasem czytając, trudno wyjść poza: albo akceptację tego, co się czyta, albo odrzucenie tekstu, jako że on nie sprzyja rozwijaniu zawartych w nim kontekstów, proponowaniu nowych tez itp.

Słowem, mamy teksty jednak „oporne” na nomologiczne podejście do ich poznawczego rozumienia. I w tym też wyraża się zasadnicza przeszkoda w analizowaniu proponowanej analizy. Można iść jeszcze dalej, mówiąc, że ona, jak dotychczas, nie doczekała się głębokiej krytyki i nie było też wokół niej znaczących kontrowersji, co by oznaczało, że nie jest zdolna generować nowych teoretycznoprawnych problemów. Wprawdzie pisze się, że wyróżnionym układem pojęciowym „w przypadku analizy ekonomicznej jest język współczesnej ekonomii”¹². Ale uwaga ta nie jest poprzedzona żadnym wywodem, a w swej treści jest rozstrzygająco sformułowana, i dlatego możemy powiedzieć, że ma ona postać oświadczenia z mocą (potocznie mówiąc), że tak ma być. Otóż po pierwsze, z tego oświadczenia niewiele wynika poza charakterystyką przypisywaną oświadczeniu jako czemuś, co jest bezdyskusyjne. Po drugie, oświadczenie to pojawiło się tak, jakby nie miało swojego otoczenia, a więc związku z prawem i z jego ekonomiczną analizą. Wspomniane otoczenie nie zostało wykorzystane. W efekcie nie wiemy też, czy w każdej ekonomicznej analizie prawa ma zastosowanie język współczesnej ekonomii, współczesnej, tzn. że dzisiejszej, czy też że współczesnej, bo rozwiniętej na miarę współczesności. Wreszcie, czy w każdej ekonomicznej analizie prawa i czy każda ekonomiczna analiza prawa ma swój język,

⁹ Tamże, np. s. 139.

¹⁰ Tamże, s. 141.

¹¹ Tamże, s. 142.

¹² Tamże, s. 154–155.

a więc jej tylko właściwy. Dodajmy też, że wykorzystywanie (co nie zawsze musi oznaczać, że używanie) języka ekonomii – co więcej – współczesnego – nie może przecież zachodzić z pominięciem języka prawnego (prawniczego). Co prawda ten ostatni miałby być interpretowany przez pierwszy, niemniej pytanie, o jaką interpretację mogłoby tu chodzić, nie jest do odrzucenia. Ważne też wydaje się rozstrzyganie o samym użyciu (choćby tylko granicach użycia) języka ekonomii w prawie i w interpretacji prawa oraz – co istotne – o sposobach prawniczego rozstrzygania o tym języku, który – mówiąc za literaturą – integruje się z prawem, jest mimo wszystko kategorią wobec prawa zewnętrzną. Ta zewnętrzność zdaje się nakazywać głębsze potraktowanie integracji. Przecież ona nie zachodzi sama przez się, a jej zbadanie, przede wszystkim zaś zaproponowanie założeń badawczych pozwoliłoby nawiązać do teorii i metodologii prawa. W tym względzie dają o sobie znać przyzwyczajenia prawników. Otóż mówią oni chętnie, co z czym się integruje, natomiast niechętnie – jak się integruje.

Być może tych kłopotów nie dałoby się zauważyć, gdyby nie występujące przesunięcia. Na pewno czym innym jest „ekonomiczna analiza prawa” i na tym tle problemy graniczne języków tych nauk i zgoła czymś innym ekonomiczna analiza wytworów stosowania prawa łącznie z problemami stosowania dwóch języków: prawnego (prawniczego) oraz ekonomicznego, co więcej – współczesnej ekonomii. Dobrze byłoby oddzielić te dwie sfery, które poznawczo są niewątpliwie sferami samodzielnymi.

Do tego dodajmy: w dotychczas przedstawianej analizie nie chodzi w gruncie rzeczy o ekonomiczną analizę prawa ani też o jego stosowanie, lecz o to, jak ją użyć wobec efektów, z którymi możemy mieć do czynienia w wyrokach sądowych. Tak więc wyżej proponowane problemy i założenia są niewspółmierne do tego, co robimy w literaturze. Mierzą się one w trzech sferach: prawa, jego stosowania i ostatecznych rezultatów. Wymagają one całkiem odmiennych podejść badawczych. W każdej z nich bowiem inaczej spełniają się relacje prawo–ekonomia. Ekonomia w pierwszej sferze spełni się bardziej jako teoria ekonomii względem teorii prawa z właściwym dla tej sfery układem pojęciowym i językowym, bez którego nie da się osiągnąć głębszych pokładów poznawczych również ekonomicznej analizy prawa. Co się zaś tyczy drugiej sfery, ekonomiczne walory rozstrzyganych spraw muszą znaleźć swój udział w rozstrzyganiu, ale mimo wszystko będzie to rozstrzyganie prawne jako dominujące. W trzeciej sferze, choć w drugiej antycypowanej, ekonomiczne skutki (czynów, działań itd.) mogą być wyraźne, ale nie muszą mieć w całości skuteczności prawnej, czyli wiążącej.

Tak więc obraz ekonomicznej analizy prawa może ulec zróżnicowaniu, oczywiście wtedy, jeśli nie będzie nam wszystko jedno, czy mówimy o ekonomicznej analizie prawa, jego stosowaniu i wreszcie (po trzecie) wytworach tego stosowania. Zapewne ekonomia w wytworach jest ekonomią rachunku, najczęściej operacji rachunkowych. Tego już nie da się powiedzieć o pierwszych dwóch przypadkach, a zwłaszcza o pierwszym z nich. Jednakże podstawowe wyjściowe pytanie

musi dotyczyć takiej ekonomicznej analizy prawa, której wymiar nie nadaje się do zilustrowania konsekwencjami art. 415 k.c. Na nią muszą się nałożyć złożone układy pojęciowo-terminologiczne. I z tych układów dopiero będzie można wprowadzać kolejne założenia.

Zanim do nich dojdziemy, zwróćmy uwagę na zbyt daleko idącą ogólność samego określenia „ekonomiczna analiza prawa”. Jest to w gruncie rzeczy formuła, z którą możemy się spotkać, ilekroć będziemy mieli do czynienia z ekonomią, dodajmy stosowaną. Ta analiza to tyle, co stosowanie narzędzi ekonomicznych „do”. Oczywiście, przy tej ogólnikowości określenia omawianej analizy po tym „do” możemy postawić dowolną dziedzinę, której nieobce są rachunki liczenia np. strat i zysków. Czy z tego wynika, że to określenie ma nieograniczoną uniwersalność? Chyba tak, przynajmniej dopóty, dopóki nie skonfrontujemy go z materią „do”. Ona to bowiem tę uniwersalność może limitować, co wcale nie musi oznaczać limitowania uniwersalności ekonomii, raz jako dziedziny, dwa jako metody. A są to dwie różne sfery.

Wobec tego dobrze by było zdecydować się, czy pisząc o takiej jak wyżej analizie prawa mamy do czynienia z dziedziną czy z metodą. Oczywiście, jedno i drugie jest ze sobą zespolone w stopniu utrudniającym wytyczanie granic, jednakże, czy odszkodowanie, na które skwapliwie powołuje się literatura prawnicza, ma być przedmiotem tej analizy jako dziedziny czy też jako metody? Można powiedzieć, że tej ostatniej, jednocześnie przyjmując, ale nie bez zastrzeżeń, następującą uwagę: czy mamy tu do czynienia z metodą, czy też prostą ekwiwalentnością, zwyczajnie obliczoną, zajmującą miejsce zdecydowanie poniżej miejsc właściwych ekonomii i poszczególnych ekonomik. Mimo to trzeba zastrzec, że to, co obliczymy, może mieć jakiś walor ekonomiczny w rozumieniu ekonomii. Pomijam wynikiłe z tego wątpliwości, gdyż nie mają tutaj większego znaczenia. Spróbujmy odejść od „drobnych” spraw z art. 415 k.c. i od konia pasącego się na cudzej łące. Weźmy przykłady ze spółek kapitałowych. Niewątpliwie jest, że ich kapitały są przede wszystkim zagadnieniem ekonomii jako dziedziny z właściwymi dla niej metodami. W tym wypadku samo odwoływanie się do metody nie wystarczy, wszak ona jest związana z dziedziną, do której należy spółka ze swoimi dochodami (zyskami). Spółka najpierw musi wypełnić (stworzyć) przedmiot (cel) swojej ekonomicznej działalności czyniącej zadość jej kodeksowym funkcjom. To z kolei musi prowadzić do odmiennych refleksji z zakresu relacji prawo–ekonomia, a w następstwie tego do odmiennych założeń o ekonomicznej analizie prawa. Prosto mówiąc, prawo, poprzez swój system kontroli, ma zdolność doprowadzenia do ustalenia, czy taki przedmiot został wytworzony, aby dopiero na nim móc lokować swoje „królestwo”. W rzeczy samej chodzi tu najpierw o to, by powstał antycypowany prawem ekonomiczny stan rzeczy jako warunek dalszych działań prawnych.

Na tym tle daje się, jak sędzę, powiedzieć, że czym innym jest tworzenie na gruncie prawa ekonomicznego gruntu z jego ekonomiczną analizą w granicach

dla niego określonych przez prawo, a czym innym będzie ekonomiczna analiza prawa działalności podmiotów powstałych w związku z zaistniałym zjawiskiem ekonomicznym. Rozumiem, że nie da się tutaj stawiać sztywnych granic, ale też myślę, że o ekonomicznej analizie prawa nie można mówić jednym tchem. Przecież ta analiza może być wykorzystana z jednej strony jako kryterium klasyfikacji funkcjonowania norm prawnych w sprawach ekonomicznych i odwrotnie: klasyfikacji funkcjonowania zjawisk ekonomicznych w ich związku z normami prawnymi. Jest jeszcze co najmniej trzecia możliwość: tworzenie typów relacji między tymi normami i wspomnianymi zjawiskami. Tej trzeciej nie zastąpią prace, które opisowo przedstawiają, jak funkcjonuje ekonomia np. w spółkach prawa handlowego. Owszem, one są ciekawe, ale zarazem nienastawione na teoretyczną refleksję. Trzeba wyraźnie powiedzieć, że nie da się generować problemów teorii prawa z samej jego ekonomicznej analizy uprawianej w dotychczasowej postaci jej rozumienia. Myślę, że nadano jej wymiar przede wszystkim techniczny, w mniejszym zaś stopniu refleksyjny.

Zagadnieniami wyjściowymi bowiem muszą być (jak sądzę) zagadnienia związane z ekonomiczną analizą odpowiednio wyróżnionego stosunku prawa do ekonomii. Nie ma czegoś takiego jak ekonomiczna analiza prawa z pominięciem relacji między prawem a ekonomią. Ona przecież musi być immanencją ekonomicznej analizy prawa. Jeśli tę relację z niej „wyjmiemy”, teoriopoznawcze aspekty zajmowania się tą analizą staną się niepotrzebne. Przedmiot prawa (oczywiście nie każdy) jest ekonomicznie relewantny. Jak ta relewantność udziela się prawu, stanowi okazję do znacznie szerszego budowania pola badawczego aniżeli owa analiza, której by nie było bez tej relewantności. Oczywiście, wszystko zależy od tego, co jest przedmiotem naszych poznawczych poszukiwań w ekonomii. Jeśli będzie nim jakaś instrumentalność, wtedy ekonomiczna analiza prawa może okazać się wystarczająca, ale (jak sądzę) wówczas pozostanie ona na niskim poziomie twórczości badawczej, mimo że sama (w pewnych sytuacjach) może być wyjątkowo złożona pod względem instrumentalnym.

Wreszcie, nie da się w związku z tym pominąć tego (po pierwsze), że czym innym jest sama argumentacja ekonomiczna, z właściwymi jej regułami odpowiednimi dla danego typu analizy, wszak ekonomia zna kilka ich typów, a czym innym (po drugie) jest używanie (zastosowanie) ekonomii w stosowaniu prawa – czyli w ujęciu aktualnym. O ile pierwsze, zachodząc na poziomie prawo–ekonomia, może mieć wymiar abstrakcyjny, generuje abstrakcyjnie wyrażane problemy tego poziomu, o tyle w stosowaniu prawa na konkretnym przykładzie też możemy mieć do czynienia z generowaniem zagadnień, lecz o innym zakresie. Słowem, trzeba odróżnić status (metodologiczny) argumentacji ekonomicznej na poziomie stosunku prawa do ekonomii od argumentacji ekonomicznej na poziomie jej stosowania w stosowaniu prawa. Dopiero operowanie tymi poziomami pozwoliłoby (przynajmniej) odejść od ściśle instrumentalnego traktowania omawianej analizy i wyjść poza zdroworoządkowe prawoznawstwo.

Tak więc stosunek prawa do ekonomii traktuję jako pierwszy, z którego zdaje się wszystko wypływać z jednoczesnym (w tym wypływaniu) generowaniem kwestii ważnych dla teorii prawa w związku z ekonomią, bez których, ale nomologicznie rzecz biorąc, nie dojdziemy do ostatniego etapu, a więc skutków stosowania prawa uznanych również za ekonomicznie wartościowe. I z tego powodu dopuszczających stosowanie ekonomicznej analizy, ale dodajmy na jednym z najniższych poziomów. Czy na tym poziomie możliwe jest, aby język ekonomii „wchodził” do języka prawa? Po pierwsze, nie wiemy, co to ma oznaczać, a po drugie, mamy wątpliwości, czy wówczas to jest konieczne. Wydaje się, że te języki mogą być względem siebie niezależne. One, w związku z niektórymi wytworami stosowania prawa, mogą być do tego stopnia uproszczone, że ich różnice nie będą miały większego znaczenia.

Niewątpliwie najtrudniejsza do określenia jest pierwsza relacja: prawo–ekonomia. Można powiedzieć, że w niej znajduje się wszystko, począwszy np. od stosunku: polityka–ekonomia, co do którego też nie wiadomo, czy ma zajmować pozycję przed prawo–ekonomia, czy też w prawie – ekonomia, a skończywszy na czymś niewymownie prostym. I chociaż relacja prawa do ekonomii jest w najwyższym stopniu kłopotliwa, co widać dopiero na poziomie państwa, ona (moim zdaniem) musi być punktem wyjścia rozważań w kwestii ekonomicznej analizy prawa. Upraszczając, w odniesieniu do tej analizy, przecież różnorodnie złożonej, relacja prawo–ekonomia ma służyć temu, że prawo nie będzie przeczyć ekonomii, co nie oznacza, że w pewnych wypadkach, ale prawnie uzasadnionych, nie może jej ograniczać. Odrzucenie takiej właśnie roli prawa stworzyłoby natychmiast sytuację niemożności wykorzystywania jego ekonomicznej analizy. Pod tym więc względem ta rola jest w pełni konieczna, a do aktualizowania tej analizy zdaje się nawet wystarczająca.

W związku z tym, że prawo nie może przeczyć ekonomii, pojawia się wiele trudnych kwestii o charakterze teoretycznym, przewyższających swoją złożonością efekt liczenia zysków i strat albo zadośćuczynienia. Najpierw trzeba by było rozważyć, czy teoretycznie płodne byłoby pytanie postawione odnośnie do relacji prawo–ekonomia, a mianowicie, czy można zasadnie mówić o pierwszeństwie prawa względem ekonomii albo odwrotnie. Sądzę, że ewentualne rozstrzygnięcie nie byłoby płodne.

Prawo jest przecież rozlicznie uwikłane, a przedstawianie niektórych z tych uwikłań np. prawa i moralności niewątpliwie doprowadziło do prezentowania co najmniej całych dziedzin następnie używanych do konstruowania zachodzących między nimi relacji, które z kolei były wykorzystywane do opisywania rozmaitych związków i różnic między dziedzinami. Przede wszystkim zaś chodziło o to, która z nich i przed którą ma pierwszeństwo. Z tego powodu rozdzielano też relewantności i wynikające z nich konsekwencje. Na tym tle dochodziło również do sporów, czy pośród elementów łączonych relacją ma wystąpić litera „a”, czy „i”. Krótko mówiąc, jest to schemat, a wywody toczone pod jego dyktando

były rzeczywiście schematyczne, dokładnie uschematyzowane. Nie ma tu miejsca na krytykę tej schematyczności. Jedno jest pewne: zaciążyła ona nad wieloma rozważaniami, także monograficznymi, do tego stopnia, iż one zamknięte w schemacie przestały być rozwojowe – rozwijane.

W przypadku ekonomii i prawa takie schematyzacje okazałyby się w wielu wypadkach po prostu – sztucznymi. Ekonomia łączy sobą wiele zjawisk, sytuacji, zachowań, itp., które nieodzownie muszą się wyrazić w formach prawnych chociażby po to, aby były skuteczne. Formy te mają, w tym kontekście, charakter instrumentalny, dokładniej mówiąc, są instrumentalnie wykorzystywane. Jako takie zdają się pozostawać na powierzchni ekonomicznych sytuacji i nie sięgają przeto do głębokich struktur interesujących mnie relacji. Prawo dysponuje takimi formami, jak umowy, ich rodzajami, typologiami i klasyfikacjami. Z tego, że ekonomista, najczęściej za pośrednictwem prawnika, z nich korzysta, nic (moim zdaniem) nie wynika dla prawa – ekonomii. To jest dokładnie tak, gdy ktoś czegoś nie ma i wie, że to coś jest dostępne „po sąsiedzku” za już znaną lub wynegocjowaną cenę. Tak więc wydaje się, że czymś innym jest owa relacja na poziomie instrumentalnym, obejmującym np. formy działania prawnego, a czym innym ta sama relacja (prawo–ekonomia) na poziomie głębokich struktur poznawczych.

Spróbujmy jeszcze odwołać się do instrumentalnego poziomu. Otóż zdaje się on o wiele bardziej złożony, sądzę, że przewyższający owe formy, na które prawnicy często powołują się, gdy mówią o ekonomii. One wprawdzie są powszechne i zdają się przez to łatwo dostępnym argumentem, niemniej są też tak elementarne, iż zdają się nie wyczerpywać tego poziomu. Co więcej, czy o taką instrumentalność może też chodzić w stosunkach prawa z ekonomią? Zauważmy również, że instrumentaria mogą się układać w system, w dodatku wewnętrznie zhierarchizowany. I wtedy wspomniane umowy znajdują się, być może, gdzieś w końcowej jego fazie. Myślę, że wśród założeń o problematyce tej instrumentalności musi się znaleźć nieodzowność stosunku prawa do ekonomii i odwrotnie. Ona właśnie dyktuje instrumentaria. Dopiero na tym tle i przy takim podejściu w pełni możliwe staje się pytanie o prawidłowości występujące między prawem a ekonomią. Jak będzie się przedstawiać prawo w kontekście tych prawidłowości, jest problemem wykraczającym poza niniejsze opracowanie. Natomiast trzeba postawić pytanie o związek tych uwag z ekonomiczną analizą prawa. Dojdziemy do odpowiedzi. Teraz zaś powiemy, że ona w połączeniu ze stosunkiem prawa do ekonomii znajdzie odpowiednią legitymizację opartą na odpowiednio szerokim układzie metodologicznym.

Zatem, wracając do tezy, że prawo nie może przeczyć ekonomii, możemy ją połączyć z tym, że ono ma wystarczające dla ekonomisty spektrum form prawniczego działania i że ono odpowiednio będzie się powiększać stosownie do rosnących potrzeb, a zwłaszcza intensyfikujących się usług. Natomiast idąc głębiej, pozainstrumentalnym torem, ale w nawiązaniu, lecz przy innych założeniach o owej nieodzowności można będzie operować przedmiotowym stosunkiem, z tym

że pod kątem generowania z niego problemów znaczących dla rozwoju teorii prawa. Oczywiście, chcąc to operowanie metodologicznie przygotować do przypisywanej mu funkcji, trzeba by było przede wszystkim zrekonstruować dlań, wyposażyć go w odpowiednie funkcje badawcze, którymi, jak dotychczas, teoria prawa nie dysponuje i nie zanoszą na to, by mogła nimi teraz dysponować. Nie ma tu miejsca na to, by przesądzać, w jakim stopniu przyczyniły się do rozwoju naszej teorii tzw. pogranicza, których teoriiotwórczość nie budzi wątpliwości, a w jakim „nicowanie” dotychczasowych filozoficznych „potęg” czy kierunków prawa, klasyfikacji (typologii) reguł itp. Również nie chodzi o to, co jest trudniejsze, lecz o to, co bardziej może się przyczyniać do rozwoju teorii prawa łącznie z rozwojem praktyki. Na tym tle teza, iż prawo nie może przeczyć ekonomii, przedstawia się jako teza bardziej złożona aniżeli na poziomie prawa jako umów, na poziomie instrumentalnym, instrumentalnie najniższym, na którym odpowiedniości między ekonomią a prawem są na co dzień weryfikowane i bardziej dostrzegalne przez doktrynę (komentatorów) aniżeli przez prawodawcę. On też, pod tym względem, np. rozumienia umowy o dzieło, nie może być rewolucyjny, bo musi się liczyć z zastanymi rozumieniami.

Co się zaś tyczy ekonomicznej analizy prawa, to nie ma przeszkód, aby ona występowała na wszystkich omawianych poziomach. Na poziomie stosunku prawa do ekonomii niewątpliwie występuje także pod postacią polityki gospodarczej państwa, wszelkiego rodzaju uzgodnień między resortami z resortem finansów na czele, na pewno pod postacią rozmaitych wyliczeń o charakterze globalnym itp. Oczywiście, analiza ta jest możliwa i zarazem będzie optymalna, jeśli dobrze zrekonstruujemy stosunek prawa do ekonomii np. w świetle koncepcji rynkowej państwa, jego doktryny politycznej itp. W odniesieniu do tego poziomu ekonomiczna analiza prawa powinna być problemem jego teorii pod warunkiem, że ona będzie do tego przygotowana choćby pod względem pojęciowo-terminologicznym. Na niższym poziomie, poziomie instrumentalnym z właściwą dla niego nieodzownością mogą wchodzić w grę ekonomiczne analizy prawa wiążące prawodawcę czy np. Trybunał Konstytucyjny, gdy bada zgodność i następnie o niej rozstrzyga w zakresie np. zaskarżonego przepisu ustawy w związku z ustawą budżetową. Innego podejścia, niewykluczone, że również bezrefleksyjnego, wymaga ekonomiczna analiza prawa na najniższym poziomie instrumentalności stosunku prawa do ekonomii. Wtedy cała jej „wielkość” polega na tym, że trzeba coś poddać tej analizie podobnie jak poddajemy jej zwykłe liczenie zysków i strat. To jest jakiś rodzaj potoczności tej analizy. Niemniej „zwykły” obywatel na niej doświadcza skutków stosunku prawa do ekonomii i z tego powodu ona jest bardzo ważna i sprawdza się jako konsekwencja tego stosunku. Tak więc na tym zamyka się koło toczące powyższy stosunek. Bez niego nie byłoby tego koła. Jednakże sama analiza wykonywana na tym poziomie, choć może być bardzo skomplikowana, nie jest czymś specyficznym z ekonomicznego i prawniczego punktu widzenia. Po prostu „to trzeba zrobić”, „trzeba wiedzieć”, czy np. sąd się nie pomylił.

W dotychczasowych rozważaniach zdaje się, że chodziło właśnie o „samą analizę”, o jej dokonywanie. Tak jest, gdyż nie uwzględnia się tej analizy w systemie jej poziomów, poziomów o różnych jej skutkach co do zakresu zwłaszcza, a także społecznych uwarunkowań i skuteczności. Dla ekonomisty wystarczy, że mamy przedmiot jego kompetencji. Do niego przychodzi prawnik ze swoimi ekonomicznymi kłopotami. To jest proste. Natomiast o wiele bardziej złożone staje się pytanie, czy w odniesieniu do stosunku między prawem a ekonomią złożoność prawa przewyższa złożoność ekonomii i w jakim sensie przewyższa oraz jaki jest sens tych złożoności. Odpowiedź wymagałaby już odrębnej pracy. A może jest też tak, że prawodawca po prostu sam dla siebie jest również ekonomistą zdolnym ustalić, czy wyniki stosowania efektów jego działalności prawodawczej nie będą przyczyną ekonomii. Chodzi również o to, jak w jego przypadku rozkłada się na stosunku prawo–ekonomia ostatni człon, a więc ekonomia.

Sytuacje ekonomiczne tworzone przez prawo albo powstające przy udziale prawa są złożone także z powodu postaw ludzkich. Nie jest zawsze tak, że ekonomiczna analiza prawa łączy się z przypadkiem, którego człowiek nie przewidywał. Ona przecież może pozostawać w związku z naszymi dążeniami, np. bogacenia się, i odpowiednimi dla nich postawami. Jest to dla tej analizy trudniejsze, ale z tego powodu nie może być pominięte. Otóż w niej zawsze odróżnia się: 1) ekonomiczną analizę skutku prawnego nieprzewidywalnego; 2) ekonomiczną analizę spodziewanego rezultatu gospodarczego w związku z przyjętą koncepcją, która spełniając się za pośrednictwem odpowiedniej aktualizacji przepisów prawnych, może doprowadzić do osiągnięcia przewidywalnych rezultatów. Zarówno w pierwszym, a zwłaszcza w drugim przypadku nie obejdziemy się bez uwzględnienia stosunku prawa do ekonomii, choć to uwzględnianie może być mocno zróżnicowane. Będzie to zależało od analizowanych rezultatów prawa, a więc od tego, czy sama analiza okaże się wystarczająca, czy też trzeba będzie ponadto sięgać do relacji między prawem a ekonomią. Gdy chodzi o sub. 2 analiza ekonomiczna może być przecież jednym z elementów zjawiska tworzonego przez podmiot koncepcji. Wchodząc do niego, będzie zrelatywizowana do wielu czynników wypełniających to zjawisko, choć nie musi go wyczerpywać jako całości. Tego zdaje się nie można powiedzieć o sub. 1, gdzie analiza ekonomiczna (z wszystkimi powyższymi jej zastrzeżeniami) w pełni obejmuje i wyczerpuje to, co się stało w związku z odszkodowaniem. Dalej idąc, w sub. 1 rola prawa jest zdecydowanie doniosła, a nawet wyłączna. W jego rezultacie powstaje bowiem to, co ma być objęte (ściśle mówiąc) rachunkiem obliczeń odszkodowania. Co się zaś tyczy sub. 2, mamy do czynienia z sytuacją odwrotną. Chodzi w niej głównie o pomysł ekonomiczny, a co do prawa ważne jest tylko to, czy ono nie będzie mu przeciwić, czy umożliwi jego zrealizowanie. Prawo występuje tutaj w roli (oczywiście bardzo ważnego) czynnika, nazwijmy go pozwalającego i w tym sensie jakby zewnętrznego w stosunku do pomysłu zaczerpniętego z ekonomii. W tym miejscu analiza ekonomiczna nie jest instrumentalna wobec prawa, lecz wobec projekto-

wanego zjawiska, np. fabryki. Może też dojść do tego, że analiza prawa może być w gruncie rzeczy ekonomiczną analizą tej fabryki, a nie prawa. W związku z tym (gdy chodzi o sub. 2) ekonomiczna analiza wcale nie musi być analizą prawa, lecz wyłącznie planowanej działalności albo jej skutku, rozciągniętą na prawo. W następstwie tego powstaje zagadnienie zbieżności prawa i ekonomii w ekonomicznej analizie pierwszego członu koniunkcji. Z braku miejsca nie zostanie ono podjęte. Prawo zdaje się tu występować całkiem zewnątrznie, gdyż ono tutaj niczego nie tworzy. Autor koncepcji, nawet jeśli wychodzi od prawa, to wyłącznie w zakresie pytania, czy ono nie zabrania albo nie ogranicza. Główny trzon tej całej operacji obejmuje niewątpliwie ekonomiczną analizę wspomnianego obiektu będącego w związku z prawem.

Czy w tym wypadku jest to ekonomiczna analiza prawa, czy też tylko projektowanego dobra o charakterze ściśle ekonomicznym i zaledwie prawnie legalnym? Dla tej legalności ekonomiczny efekt może być przecież całkiem obojętny. Tymczasem w sub. 1 jest na ogół bardzo ważny i powstaje w wyniku prawa, np. naruszenie normy prawnej z art. 415 k.c. Przed jej naruszeniem nie było efektu ekonomicznego wyróżnionego wysokością odszkodowania.

Tak więc może być tak, iż coś, co jest przedmiotem ekonomicznej analizy, będzie miało charakter prawny, ale nie będzie to ekonomiczne. Zarówno wyrządzanie szkody, jak i odszkodowania są w gruncie rzeczy standardowe i jako takie stają się konsekwentnie prawne, na swoim początku tylko prawne. Natomiast sub. 2 nie jest standardowe i nie zakłada kolejności dla ekonomicznej analizy tak jak w sub. 1. Oznacza to, że jej zagadnienie jest znacznie bardziej skomplikowane, aniżeli wynikałoby to z literatury¹³.

Inaczej też można spojrzeć na ekonomiczną analizę prawa, gdy jego przedmiotem są twory wyłącznie o charakterze mentalnym, znane np. z prawa autorskiego czy też prawa własności intelektualnej. Oczywiście, prawie wszystko nadaje się do przełożenia na język ekonomii łącznie z ustaleniem salda albo jego spodziewanej wysokości. Na pewno można powiedzieć, że różnorodność spojrzeń nie ma większego znaczenia, albowiem każde z nich można przedstawić opisowo bez wdawania się w konceptualizację materiału prawno-ekonomicznego. Jednakże takie, niekonceptualne, podejście zamknie nas w niemal poznawczo już wyczerpanym schemacie myślenia o ekonomicznej analizie prawa. W rezultacie pójdzie w kierunku teorii, jej wzbogacenia będzie co najmniej utrudnione. Mówiąc o prawie w tej relacji ważne wydaje się pytanie, co z niego należy wziąć, aby epistemologicznie wejść w tę relację z myślą ku teorii prawa. Odpowiedź jest trudna, a w literaturze niepodejmowana.

Na poziomie omawianej analizy ważnym punktem musi być norma prawna. Wszak chodzi przecież o jej skutki ekonomiczne z dokonanych przez podmiot prawny wyborów odpowiadających normie prawnej. Co się zaś tyczy wyboru po-

¹³ Zob. przyp. 3.

stępowania, to tę sferę możemy odnieść do zagadnień racjonalności, by z kolei łączyć je z zagadnieniem efektu ekonomicznie uzasadnionego i wyjść na tezę o związkach między racjonalnością a efektami analizowanymi w ekonomicznej analizie prawa. Wydaje się, że można powiedzieć: tam, gdzie zasadniczo już samo aktualizowanie normy prawnej daje początek interesującym nas analizom, występuje możliwość opisowego ich traktowania właściwego dla poziomu dogmatyczno-prawnego. Inaczej rzeczy się mają, gdy ekonomia jest traktowana jako źródło wiadomej analizy, wtedy stosunek najpierw prawa, a później prawa jako gałęzi do ekonomii występuje w stosunku bardziej złożonym, mianowicie prawa jako gałęzi prawa do ekonomii, oczywiście bez pominięcia stosunku prawa do ekonomii. Kwestii tych nie podejmuję.

Ekonomiczność (gorzej: ekonomizacja) prawa ma oznaczać wejście terminami ekonomii w prawo, zwłaszcza w jego działaniu. Teza ta w dużej mierze metaforyczna zdaje się niewiele mówić o relacjach prawa do ekonomii. Co więcej, ona te relacje tłumaczy na poziomie jakby zawłaszczania prawa przez ekonomię. Ale przecież nie może być mowy o zawłaszczaniu, lecz o współtwórczym odnoszeniu się do siebie tych dwóch dziedzin. Podobnie można powiedzieć o jurydyzowaniu ekonomii. Jedno i drugie (ekonomizacja, jurydyzacja) mają w sobie coś z marginalizacji, marginalizacji czegoś, bo jest jurydyzowane, czy też czegoś, bo jest ono ekonomizowane. Obydwa te terminy zostały wyposażone w jakąś moc, przy czym nie tyle sprawczą, co zastępującą, wstępującą w miejsce np. prawa, ekonomii czy też pustki, jak np. w odniesieniu do jurydyzacji.

Sądzę, że w istocie chodzi tu nie tyle o wejścia ekonomii do prawa, ile o translację języka prawnego (prawniczego) przez język ekonomii. Języki te mają przecież różny stopień skomplikowania, a ponieważ ekonomiczna analiza prawa jest w zasadzie analizą języka prawnego, czy też języka decyzji prawnych, odwoływanie się do zabiegów translacyjnych jest o wiele bardziej uzasadnione aniżeli do ekonomizacji (jurydyzacji).

Na początku tego opracowania zauważono, że ekonomia jest bardziej uniwersalna aniżeli prawo, choć ono też jest uniwersalne. Toteż jej język nadaje się do tego, aby przekładać go na język (terminy) prawa i jak się okazuje nie tylko prawa. Dzięki tej uniwersalności, a w ślad za tym uniwersalności języka ekonomii i odpowiadających temu językowi możliwościach translacyjnych możemy mówić o tłumaczeniu języka prawnego (prawniczego) na język ekonomii. Ono nie daje się porównywać z ekonomizacją. Wszak ekonomizacja kształtowałaby się jako zastępowanie w tym wypadku prawa przez ekonomię albo jej występowanie w roli substytutu. Teza ta moim zdaniem jest nie do utrzymania. Nie do utrzymania jest też jurydyzacja ekonomii, do której chętnie nawiązywano w okresie minionym. Dzisiaj nie trzeba już jurydyzować ekonomii, bo ona w dobie wolności rynkowej nie musi korzystać w szerokim zakresie ze „stymulatorów”, zwłaszcza prawnych. A więc jest samodzielna, uniwersalna i jako taka rodzi skutki ekonomiczne w każdej sferze życia społecznego, również prawnej, a jej język ze wzglę-

du na swój zakres może być przekładany zarówno na język skutków norm prawnych, jak i mechanizmów ich funkcjonowania. Znaleźć przykład, że coś nie nadaje się do tego przełożenia, byłoby bardzo trudno. Nawet sprawy osobiste, choć w dalszej kolejności, nie są wolne od ekonomicznych skutków. Wydaje mi się, iż można powiedzieć, że ekonomiczna analiza prawa wyraża się w przełożeniu zachowania prawnie kwalifikowanego na język ekonomii właściwy dla ekonomicznej analizy prawa. Język ekonomii na ogół wchodzi bez większych przeszkód w materię prawną. A już na samym jego wejściu może się wyrażać translacja. Pod tym względem relacje między prawem a ekonomią są swoistym fenomenem, przy czym nie z powodu prawa, lecz ze względu na te relacje w związku z ekonomią.

Czy ono może się od nich uwolnić? Aby na to pytanie odpowiedzieć, trzeba także uporać się z innym jeszcze pytaniem. Mianowicie, czy w sytuacjach społecznych, a prawo i ekonomia są naukami społecznymi, separacja ekonomii jest możliwa? Praktyka społeczna odpowiedziała, że nie, zaś przykłady odchodzenia od ekonomicznych twierdzeń wyraźnie utwierdzają w potrzebie istnienia wspomnianej relacji. Co więcej, ona się spełnia stosunkowo łatwo, gdyż wystarczy, gdy chodzi o prawo, że ono (jak już powiedziałem) nie będzie przeczyć ekonomii.

Być może łatwość, z jaką dokonuje się ta translacja, powoduje, że w pracach poświęconych interesującej nas analizie nie ma sporów ani też podnoszenia rozważań na wyższy poziom poznawczy. Wprowadzany rachunek rozstrzyga o wszystkim. Na pewno o oczekiwanej sumie, jej ocenie itp. Słowem, my w związku z nią odchodzimy od prawa na rzecz ekonomicznego wyniku. To odchodzenie nie jest pozorne. Wszak język ekonomii jest też językiem metod. Dlatego też omawiana analiza w pełni odpowiada temu językowi, kryjąc w sobie charakterystyczne dla niego możliwości budowania modeli usprawniających przedsiębrane analizy stosowanego prawa. One też ułatwiają, czego dowodzi literatura prawnicza, operowanie wynikiem stosowania prawa z łatwością przekładanym na terminy ekonomiczne, zwłaszcza optymalizacji, opłacalności, wyrównania bogacenia się itp.

Jednakże łatwość ta bierze się głównie z tego, że język ekonomii zastosowany do czegokolwiek ma to do siebie, że to coś upraszcza w stopniu koniecznym, aby dana analiza stała się możliwa, oczywiście przy użyciu ekonomicznych metod. Podobnie jest z prawem. Język ekonomii bowiem upraszcza, a nawet bardzo upraszcza język prawa (prawniczy), sprowadzając go na grunt stosowalności ekonomii łącznie z przystosowaniem do tego kwantyfikatorów i zdaje się, że wszelkich możliwych rachunków. Widać to zresztą na przykładzie prawniczych prac poświęconych omawianej analizie. W nich wszystko jest proste, miejscami nawet banalnie proste. I nie może to dziwić, gdyż zastosowanie języka ekonomii do prawa musi prowadzić do daleko idących uproszczeń, oczywiście w ekonomii dopuszczalnych. Uproszczenia te „spychają” język prawny do tego stopnia, że jego zawilgości mogą słabnąć. I na tym polega wielkość ekonomicznej analizy i zarazem jej służebność, służebność wobec prawa. Ona w związku z prawem

nie jest autonomiczna, jest instrumentalna przynajmniej w zakresie upraszczania języka prawnego. Upraszczenie dla tej analizy jest nieodzowne, bo ona do tego, by być wykonaną, musi dostosować przedmiot analizy do jej wymogów – do jej języka.

Czy na ten grunt, grunt uproszczeń dokonywanych przez ekonomię, których początkiem jest wyżej wspomniana translacja, możliwe jest wejście teorii prawa? *Prima facie* odpowiedź mogłaby być negatywna. Teoria jest zbyt „wielka”, aby mogła się zakotwiczyć choćby nawet w najbardziej złożonych analizach ekonomicznych, w istocie zmierzających, zwłaszcza za pośrednictwem modeli, ku prostocie – uwalnianiu materii od złożonych problemów, bez których przecież nie ma teorii.

Jednak sędzę (wbrew temu), że jej odrzucenie byłoby nieuzasadnione. Sferą odpowiednią dla niej byłyby problematyka translacji, a wcześniej problematyka stosunku prawa do ekonomii, w powiązaniu z ekonomiczną analizą prawa. Translacja, zwłaszcza jej głębokość zależy (moim zdaniem) od tego stosunku. Oznacza to, że stosunek ten byłby priorytetowy, żeby nie powiedzieć nadrzędny. Wreszcie trzecia sfera, sfera uproszczeń, a w związku z tym, ewentualnych zagrożeń dla prawa, dokładniej jego języków i odpowiednio do tego przesuwania się prawa (nauki prawa) w kierunku ekonomii – jej nauki. Tendencje związane z przesuwaniem nie są młode. One zdają się zaświadczać nieodzowność ekonomii wobec prawa, nieodzowność, której już nie da się rozpoznać bez teorii stosunku prawa do ekonomii, od lat tłumaczonego jako wyraz ekonomizacji prawa, ekonomizacji pojmowanej na wzór myślenia dogmatyczno-prawnego, a nierzadko potocznego. Tak więc zajmowanie się samą tylko ekonomiczną analizą prawa nie odsłoni głębszych struktur wyjaśniania ekonomii w prawie i nie będzie okazją generowania (nowych) problemów teorii prawa. Teoretycy prawa, zajmując się dzisiaj tą analizą, nie wychodzą poza nią, i na ogół na niej pozostają.

W konsekwencji tych rozważań można powiedzieć, że jeśli zajmiemy się ekonomiczną analizą prawa, wychodząc od stosunku do prawa do ekonomii, wówczas możemy wzbogacić poglądy na prawo i ekonomię, czego nie da się uczynić, idąc dotychczasowym sposobem posługiwania się ekonomiczną analizą prawa. Ona (sama w sobie) obejmuje końcowy etap prawa, a więc decyzję jego stosowania, ściślej: konsekwencje tej decyzji, nadające się do tej analizy. Oznaczałoby to, że nie wszystkie konsekwencje i nie zawsze cała decyzja. Krótko mówiąc, może pozostawać jakaś „reszta” omawianej analizy. Ale nie ona tu jest najważniejsza. Przecież nie całe prawo jest prawem stosowanym. Przed stosowaniem zwykle występuje ciąg norm, w dodatku o różnym charakterze, które w swojej funkcji mają doprowadzić do stosowania prawa – decyzji tego stosowania. Ciągi norm doprowadzających są z reguły wielkim obszarem przysługującym prawu, będącym zarazem prawem w zasadzie wolnym od ekonomicznej analizy, za to poddany stosunkowi prawa do ekonomii, poza którym ekonomiczna analiza staje się (obrazowo mówiąc) ułamkiem przedstawianego stosunku.

Zagadnienia te z zakresu relacji między stosunkiem prawa do ekonomii, a następnie ekonomiczną analizą prawa znacząco komplikują się, jeśli z jednej strony odróżnimy przedmiot ekonomii, a z drugiej jej metody badawcze oraz to, że ona, zwłaszcza współcześnie, decentralizuje wszystko, co jej dotyczy, a w tym rynek i następnie odniesioną do tego interesującą nas analizę. Być może ona, w tym świetle, wzbogaciłaby się o warunki głębszego do niej podejścia badawczego.

Pierwsze pytanie, które w związku z powyższym się pojawia, jest następujące: czy ekonomia, decentralizując, ma również „moc” decentralizowania prawa, prawa co do jego istoty. Otóż odpowiedzi nie udzieli nam ekonomiczna analiza, bo jest ona zbyt „skromna” jak na to, by podejmować takie zagadnienia. One nie należą do jej funkcji, gdyż ona jest (w zasadzie) funkcją rutynową. Tymczasem kwestie, które mogłyby być egzemplifikowane tym pytaniem, mają charakter nomologiczny i, jak sądzę, mogą być orientowane ze względu na stosunek prawa do ekonomii. Co więcej, nie da się przecież wykluczyć, że może być tak, iż właśnie to decentralizowanie ma sprawczą siłę powstawania i rozwoju przedmiotowego stosunku, a w ślad za tym zmiany podejścia badawczego do omawianej analizy. Przecież ona, w dotychczasowym wyrazie, jest konsekwentnie tradycyjna.

Drugie pytanie, ponieważ okazuje się, że ekonomia może decentralizować, a w tym także indywidualizować prawo, przeto czy nie jest tak, że w gruncie rzeczy powinniśmy mówić o stosunku ekonomii do prawa najpierw, a dopiero później o stosunku prawa do ekonomii. Nie chodzi tutaj o to, co jest ważniejsze, lecz o to, jak te stosunki pomieścić w normatywnej teorii społecznej, która wydaje się pierwszą względem tych stosunków, a ponadto jeden z nich wzięty albo obydwa zredukowane do prawa i ekonomii, byłyby zbyt ubogie wobec tej teorii. Tak więc stosunek prawa do ekonomii w dotychczasowym operowaniu nim nie wystarcza i wymaga opracowania z punktu widzenia co najmniej jego wewnętrznej analizy. Nie da się przecież zaprzeczyć temu, że ekonomiczna analiza prawa jest bliższa stosunkowi ekonomia–prawo aniżeli odwrotnie. Niemniej zagadnień tych nie podejmujemy, gdyż wymagają osobnej pracy. One co prawda wybiegają przed tę analizę, ale mogą jej wyznaczać znacznie bogatszą aniżeli dotychczas perspektywę badawczą.

Trzecie pytanie, w nawiązaniu do powyższych uwag, jest kwestią, czy bez budowania stosunku prawa do ekonomii i odwrotnie można zajmować się ekonomiczną analizą prawa? Można, ale wtedy ta analiza nie zostanie głęboko osadzona w poznawaniu prawa. Na pewno było tak, że człowiek rachował zyski i straty, korzyści z przystąpienia do umowy albo z dokonania kradzieży. Wtedy nie nazywano tego ekonomiczną analizą prawa. A i dzisiaj robimy to na co dzień. Tak więc ta analiza, z poznawczego punktu widzenia, będzie czymś innym, jeśli „wyjmiemy” ją z omawianego stosunku i uczynimy czymś samodzielnym. Wówczas zejdzie ona na poziom potoczności, której pełno także w sądach, bo potoczność nie zamyka się przecież w liczeniu do 10. Jest pewnym poziomem powszechności tej analizy.

W ślad za tym rodzi się kolejne pytanie: kiedy ekonomia optymalizuje prawo, a dokładniej w którym momencie dochodzi do spełnienia warunków tej optymalizacji? Otóż ekonomiczna analiza prawa niewątpliwie nadaje się do tego, by tę optymalizację (swoimi wynikami) potwierdzać albo zaprzeczać. Ona sama jest raczej do ustalenia rezultatów optymalizowania prawa wyrażonego w formie np. umowy. Chcemy przez to powiedzieć, że nie z jej powodów dochodzi do optymalizacji. Ta znajduje się o wiele głębiej i wcześniej, a więc przed tą analizą. Warunkiem, który musi być spełniony, aby do niej mogło dochodzić, jest możliwość przekładania języka prawa na język ekonomii, a więc w akcie wcześniej wspomnianej translacji (translatywności). Jeśli do niej nie dojdzie, nie da się wtedy mówić o wystąpieniu warunków optymalizacji, ekonomicznej optymalizacji prawa. Warunki te mogą być ograniczone oczywiście przy translatywnej ograniczoności.

Nie dotyczy to optymalizacji prawa. W odniesieniu do niego przyjmuje się inne założenia¹⁴. Moim zdaniem nienadające się do badania ekonomicznej optymalizacji, która może też obejmować prawo i jest dla niego możliwa, ale poprzez operowanie stosunkiem prawa do ekonomii.

¹⁴ Zob. L. Leszczyński, *Optymalizacyjny model funkcjonowania odesłań pozaprawnych w praktyce sądowej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2000, z. 2; Z. Pulka, *Prawoznawstwo – opis – czy optymalizacja prawa?*, „Przegląd Prawa i Administracji”, t. XLIII, Acta Universitatis Wratislaviensis No 2177, Wrocław 2000.