

4. Prawo bilansowe

W tym miejscu konieczne jest określenie pojęcia prawa bilansowego i jego zakresu. Na początek, za Orzeszko (2014, s. 51–53), należy określić inne pojęcie, mianowicie regulacje rachunkowości. Podkreśla się, że termin ten reguluje wszelkie normy, niezależnie od ich charakteru (prawnego, zwyczajowego, zawodowego, środowiskowego), formy (reguły, zasad) i rodzaju (przepisy o różnej randze, standardy, wytyczne, zalecenia, instrukcje, dobre praktyki), reprezentujące wynik makropolityki rachunkowości wydanej przez różne właściwe organy/ciała odnoszące się do różnych aspektów jego funkcjonowania (w szczególności: dokumenty księgowe, księgowość, wycena aktywów i pasywów, a także ustalenie wyniku finansowego, inwentaryzacja, przygotowanie i badanie/przegląd sprawozdań finansowych, metoda, technika i miejsce wykonywania czynności księgowych, odpowiedzialność za rachunkowość, wymogi formalne, merytoryczne i etyczne w zakresie rachunkowości, edukacja księgowa), do różnych podmiotów prowadzących księgowość (przedmioty działalności rachunkowej), niezależnie od ich formy organizacyjnej i prawnej, a także charakteru i zakresu ich działalności, a także odnoszące się do osób świadczących usługi księgowe jako profesjonaliści w księgowości (Orzeszko, 2014, s. 52). Tym samym termin regulacji rachunkowości można rozumieć jako (Orzeszko, 2014, s. 52–53):

- synonim pojęć: przepisy/standardy/normy, związanych z rachunkowością,
- pojęcie odnoszące się co do zasady do regulacji zewnętrznych (stworzonych dla jednostek gospodarczych przez zewnętrzne organy, nieobejmujących stworzonych na własne potrzeby przedsiębiorstw),
- pojęcie nieidentyfikowane wyłącznie z regulacjami prawnymi (choćby z przepisami o zwyczajowym charakterze).

Badania prowadzone przez Orzeszko (2014, s. 54) pokazują, że w naszym kraju funkcjonuje kilkadziesiąt różnych regulacji rachunkowości. Po rozważeniu ich przedmiotu (treści merytorycznej), bazując na klasyfikacji zaproponowanej przez Orzeszko (2014, s. 54), autor niniejszej monografii wyróżnia pięć kategorii krajowych regulacji rachunkowości:

- regulacje określające sposób prowadzenia rachunkowości i sporządzania sprawozdań finansowych w celu osiągnięcia wyznaczonych celów,
- regulacje dotyczące różnych zagadnień związanych z audytem finansowym,
- regulacje dotyczące etyki zawodowej w zakresie rachunkowości,

z prowadzeniem ksiąg rachunkowych i sporządzaniem sprawozdań finansowych bez regulowania innej materii.

Na potrzeby niniejszej pracy prawo bilansowe będzie rozumiane jako ustawa o rachunkowości. Do tak rozumianego prawa bilansowego autor zawęży również swój obszar badawczy. Prawo bilansowe wymaga jednak omówienia jego cech, przez co możliwe będzie umiejscowienie go w polskim systemie prawa. Takie działanie pozwoli na określenie reguł wykładni oraz sposobów rozumienia prawa bilansowego.

5. Charakterystyka polskiego prawa bilansowego

Prawo bilansowe, podobnie jak inne elementy polskiego systemu prawa, poddaje się określonym charakterystykom. Polskie prawo bilansowe jest wciąż pod dużym wpływem prawa rzymskiego, dla którego charakterystyczne są raczej standardy prawne niż reguły prawa. Nieunikniony jest jednak wpływ na polskie prawo bilansowe reguł prawa (które są wdrażane zarówno przez MSSF, jak i w ostatnich latach przez KSR), lecz ich zastosowanie opiera się na zezwoleniu wynikającym z odpowiedniej normy prawa (Orzeszko, 2014, s. 59).

Prowadzi to do możliwego zidentyfikowania i podziału norm prawa bilansowego. W ujęciu Messnera (2001, s. 31–37) można odnaleźć zasięg norm prawa bilansowego w odniesieniu do regulowania zasad rachunkowości. Dzieli on bowiem zasady rachunkowości na trzy grupy: uniwersalne, podstawowe (nadrzędne) oraz szczegółowe (podrzędne). Zasady uniwersalne są stosowane na całym świecie, niezależnie od norm prawnych. Zalicza się do nich zasadę periodyzacji i zasadę podwójnego zapisu. Można zatem powiedzieć, że są one ponad prawem i nie zawierają się w zakresie prawa bilansowego. Są przykładem niesamoistnych źródeł prawa, stosowanych powszechnie, a wynikających z teorii rachunkowości. Dalej wyróżnia się zasady nadrzędne i podrzędne. Zasady nadrzędne ustanowił krajowy prawodawca, a zatem wynikają bezpośrednio z przepisów, np. zasada prawdziwego i rzetelnego obrazu czy zasada memoriału. Tym samym Messner normy prawa bilansowego wiąże z normami nadrzędnymi rachunkowości, identyfikując ich zakres. Autor niniejszej monografii zauważa ponadto, że normy te, które są już samoistnym źródłem prawa wynikającym z tekstu powszechnego źródła prawa, również pochodzą z teorii rachunkowości. Wracając do klasyfikacji Messnera, zasady podrzędne są uszczegółowieniem zasad nadrzędnych, które stanowią ich źródło, np. zasadę dokumentacji czy zasadę kompletności. Zasady te

mogą, lecz nie muszą być przedmiotem uregulowania prawa bilansowego. Mogą one bowiem wynikać również z teorii, praktyki czy panujących zwyczajów.

Podziału w odniesieniu do norm prawa bilansowego dokonują też inni autorzy. Turzyński (2011, s. 316) dzieli te normy na cztery grupy:

- zasady nadrzędne, o charakterze ogólnym, stanowiące podstawę dla rozwiązań szczegółowych;
- zasady szczegółowe, których stosowanie jest obligatoryjne;
- zasady szczegółowe, które dają kilka możliwości wyboru lub stosowania;
- zasady odnoszące się do zagadnień, które nie są objęte regulacjami i wymagają identyfikacji odpowiednich rozwiązań na podstawie zasad nadrzędnych.

Kolejny podział opiera się na rozróżnieniu norm prawnych rachunkowości (standardów) opartych na regułach oraz norm prawnych opartych na ogólnych zasadach. W ten sposób Alexander i Jermakowicz (2006, s. 138) określili strukturę norm prawnych rachunkowości, wyróżniając trzy stopnie:

- ogólnie sformułowane normy, główne pojęcia;
- normy obejmujące zbiór poglądów, konwencji i sposobów postrzegania znanych i nowych sytuacji;
- normy stanowiące szczegółowy opis rozwiązań stosowanych w spdziewanych przypadkach.

Z powyższych klasyfikacji autor wnioskuje, że prawo bilansowe nie reguluje całej rachunkowości. Jej zakres obejmuje bowiem również zasady i praktyki rachunkowości, które wynikają z jej istoty. Mogą one stać zarówno ponad normami, jak np. zasada podwójnego zapisu, jak i dotyczyć zagadnień szczegółowych, które nie są przedmiotem unormowań, np. ujęcie konkretnej operacji gospodarczej w księgach rachunkowych. Równolegle można zauważyć wewnętrzną hierarchię norm. Wskazuje się na zasady ogólne, z których wynikają rozwiązania szczegółowe do stosowania w praktyce. Ich zakres jest zmienny, w jednym systemie prawnym może obowiązywać zasada generalna regulująca pewną kwestię szczegółową, natomiast w innym to samo zagadnienie może być przedmiotem szczegółowych opracowań. Zakres ten jest uzależniony od wielu czynników, m.in. od zapotrzebowania społecznego na informację sprawozdawczą czy rozumienia rachunkowości i dojrzałości legislacji w poszczególnych państwach. Zakres unormowań wpływa również na umiejscowienie regulacji prawa bilansowego w systemach prawach.

Dyskusyjne jest umieszczenie prawa bilansowego w systemie prawa polskiego. Aby tego dokonać, należy w pierwszej kolejności rozważyć, jaką dziedzinę życia gospodarczego obejmuje to prawo. Jak już wskazano, podstawowa systematyka prawa dzieli je na prawo publiczne i prywatne, jest to podział wywodzący się od klasycznej maksymy Ulpiana: „(...) publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia quaedam privatim¹⁸”. Zgodnie z tą konwencją prawo publiczne odnosi się do ochrony interesu publicznego, prawo prywatne zaś do ochrony interesów jednostek i regulacji stosunków pomiędzy nimi. W literaturze wskazuje się, że podział ten jest trudny, a granica wyodrębnienia nie jest jasna i pewna (Zimmermann, 2013, s. 55; Morawski, 2009, s. 78, 80–81; Nowacki, 1992, s. 107, 132), co wynika ze zjawiska obejmowania coraz liczniejszych sfer życia prywatnego prawem publicznym. Pomiędzy prawem publicznym a prywatnym nawiązały się więc stosunki komplementarności, współpracy i wzajemnych wpływów (Lemonnier, 2016, s. 70).

O tym, że istnieją trudności w przyporządkowaniu do jednego z tych dwóch działów prawa niech świadczy fakt, iż nie ma zgody autorów co do jednoznacznego przyporządkowania prawa bilansowego. Z jednej strony wskazuje się, że normy te dotyczą prawa prywatnego (Andrzejewski i Grabiński, 2006, s. 2; Mastalski, 2006, s. 312; Turzyński, 2011, s. 315; Włodkowski, 2002), lecz z drugiej strony łączy się je z prawem finansowym, będącym immanentnym elementem prawa publicznego (Kosikowski, 2000, s. 356). Nie jest celem autora dokonanie ścisłego podziału na prawo publiczne i prywatne, gdyż jest to zadanie niewykonalne (Szczepaniak, 2016, s. 108). Morawski (2009, s. 79) wskazuje, że „lepiej niż dokonać podziału na czyste gałęzie prawa publicznego i prywatnego, wyróżnić w każdym z nich elementy publicznoprawne i prywatnoprawne, a w ten sposób wskazać gałęzie bardziej nasycone elementami publicznoprawnymi i prywatnoprawnymi”. Wpisuje się to we wspomnianą uprzednio tendencję do wyróżniania gałęzi mieszanych, łączących elementy różnych regulacji prawnych. Autor monografii ma świadomość, że wiele uprawnień prywatnoprawnych chronią normy publicznoprawne, co znacznie zaciera granicę rozróżnienia, jednak spróbuje podjąć próbę choć częściowego przyporządkowania prawa bilansowego przez przyjęcie, które normy są dominujące w zakresie prawa bilansowego, co pozwoli przybliżyć podstawowe zasady jego wykładni i stosowania.

¹⁸ (...) Prawem publicznym jest to, które dotyczy spraw państwa rzymskiego, prywatnym zaś to, które ma na względzie korzyść jednostek.

W teorii prawa wyróżnia się trzy podstawowe kryteria podziału na prawo publiczne i prywatne: podmiotowe, przedmiotowe oraz sposobu dochodzenia roszczeń (Morawski, 2009, s. 79). Zgodnie z kryterium podmiotowym normy prawne regulujące stosunki między państwem i obywatelami oraz między organami państwowymi tworzą prawo publiczne, natomiast normy dotyczące stosunków między obywatelami składają się na prawo prywatne (Morawski, 2009, s. 79). Podmiotem prawa bilansowego są jednostki przetwarzające dane finansowe (Ustawa z dnia 29 września 1994 r., art. 2), wśród których znajdują się również podmioty prawa publicznego. Jednak nie jest to regulacja stosunków pomiędzy tymi podmiotami a sferą imperium państwa, a regulacja wewnętrznych stosunków jednostki. Patrząc szerzej, normy rachunkowości są ukierunkowane na odbiorcę informacji, na zaspokajanie typowych potrzeb informacyjnych głównych odbiorców (Komunikat Ministra Finansów z dnia 24 stycznia 2018 r., pkt II.6). Współcześnie zatem przyjmuje się, że głównym odbiorcą sprawozdań finansowych są podmioty sfery prywatnej. W polskim systemie prawnym informacje finansowe, które interesują sferę publiczną, są co do zasady przekazywane z systemu rachunkowości jednostki, ale na podstawie norm pochodzących spoza prawa bilansowego (np. deklaracje podatkowe, sprawozdania GUS). Przy prezentowaniu prawa bilansowego wskazano jednak, że obejmuje ono również sferę jednostek budżetowych i przepisy dotyczące sprawozdawczości budżetowej, której głównym odbiorcą jest państwo. Jest to zatem element regulacji między organami budżetowymi, a zatem w sferze prawa publicznego. Należy zauważyć, że regulacje te stanowią *lex specialis* do ustawy o finansach publicznych, nie pochodzą one bezpośrednio z przepisów ustawy o rachunkowości. Autor jednak przypisuje je do prawa bilansowego, gdyż jest to jego zdaniem idealny przykład na coraz większe zacieranie granicy pomiędzy normami prawa prywatnego i publicznego.

Zgodnie z kryterium przedmiotowym prawo publiczne zajmuje się stosunkami władczymi, w których jeden podmiot jest podporządkowany drugiemu, natomiast prawo prywatne reguluje stosunki między podmiotami równorzędnymi. Zgodnie z ustawą o rachunkowości, stanowiącą trzon prawa bilansowego, ustawa określa zasady rachunkowości oraz zasady wykonywania działalności w zakresie usługowego prowadzenia ksiąg rachunkowych (Ustawa z dnia 29 września 1994 r., art. 1), zasadzie tej nie zaprzeczają również inne akty prawne składające się na prawo bilansowe. Ponownie należy zauważyć, że zasady rachunkowości regulują stosunki wewnętrzne jednostki (sposób prowadzenia ksiąg rachunkowych, ustalania wyniku finansowego) w granicach dopuszczalnych przez to prawo. Pełna swoboda nie mogłaby być pozostawiona ze względu na fakt, że doprowa-

dziłaby do chaosu (Stroiński, 2008, s. 489). Można zatem zadać pytanie, czy fakt, że określona część norm jest ustawowo narzucona, stanowi, że w ramach kryterium przedmiotowego można zaliczyć prawo bilansowe do sfery prawa publicznego? Odpowiedź powinna być negatywna. Oczywiście fakt narzucenia norm nie daje pełnej swobody doboru, a *contratio* nie istnieje podmiot, który byłby w stanie narzucić stosowanie określonych rozwiązań spośród dostępnych w prawie bilansowym, a istnienie stosunków władczych jest warunkiem *sine qua non* zaliczenia do prawa publicznego. Na zasadzie analogii, pomimo zasady swobody umów wynikającej z kodeksu cywilnego, wolność kształtowania relacji pomiędzy stronami ma swoje ograniczenia, których celem jest ochrona stron umowy. Zasadą, która wyznacza granice norm prawa bilansowego, jest zasada jasnego i rzetelnego obrazu (Ustawa z dnia 29 września 1994 r., art. 4). Zatem nie sposób mówić o pełnym podporządkowaniu się innej jednostce, chodzi o podporządkowanie się określonemu kryterium, które jest uznane za cel główny rachunkowości.

Trzecim kryterium podziału prawa prywatnego i publicznego jest sposób dochodzenia roszczeń. Zgodnie z nim do prawa publicznego należą te normy, których naruszenie powoduje automatyczną interwencję państwa. Natomiast w skład prawa prywatnego wchodzi te normy, których naruszenie powoduje ściganie ze strony państwa dopiero na wniosek zainteresowanego obywatela. W tym zakresie prawo bilansowe należałoby umiejscowić bliżej norm prawa publicznego, bowiem sanacyjność na gruncie ustawy jest ścigana z urzędu.

Autor niniejszej monografii opowiada się po stronie tych, którzy normy rachunkowości zaliczają do gałęzi prawa prywatnego. Umiejscowić je można w gałęzi prawa handlowego. Taki jest również historyczny rodowód tych norm, które sięgają kodeksu handlowego Ludwika XIV (*Ordonnance du Commerce*, 1673) oraz kodeksu handlowego Napoleona (*Code de commerce*, 1807 (Turzyński, 2010, s. 137–147; Orzeszko, 2014, s. 50). Ten drugi kodeks odcisnął swoje piętno również na polskim systemie prawnym, głównie ze względu na jego przyjęcie do systemu praw w Księstwie Warszawskim. W okresie międzywojennym polskie prawo bilansowe było umieszczone w dziale V *Kodeksu handlowego* z 1934 r. (Helin, 2008, s. LI).

Podobnego przyporządkowania dokonuje Włodkowski (2012), który umiejscawiając prawo bilansowe w systemie polskiego prawa, posługuje się dystynkcjami pomiędzy rachunkowością a prawem podatkowym, stwierdzając, że różnica opiera się na czterech zasadniczych płaszczyznach. Podstawowym celem prawa bilansowego jest dostarczanie informacji użytkownikom zewnętrznym, podczas gdy celem prawa podatkowego jest rozliczenie. Stąd odbiorcą prawa podatkowego jest organ skarbowy,

Zależności pomiędzy prawem a ekonomią pojawiają się w pracach filozoficznych i politycznych od czasów najdawniejszych²⁸. Kwestia stanowienia prawa, które przyniesie społeczeństwu racjonalny podział dóbr i przyczyni się do jego dobrobytu, jest bowiem jednym z podstawowych kierunków rozwoju cywilizacji. W sposób syntetyczny zależności pomiędzy ekonomią a prawem stały się przedmiotem badań w drugiej połowie XIX w., gdy przedstawiciele niemieckiej szkoły historycznej podjęli się prawnej analizy zagadnień ekonomicznych, a w szczególności: zasad korzystania z dóbr publicznych, problematyki kosztów w transakcjach handlowych czy racjonalności decyzji w sytuacji ograniczonych zasobów. Na początku XX w. zaś problematykę zagadnień ekonomicznych zajęto się również w innych nurtach prawa, do których należy zaliczyć: szkołę instytucjonalną (podejmującą się analizy współzależności pomiędzy zjawiskami ekonomicznymi a przepisami prawa, a w szczególności określania praw własności w różnych społeczeństwach oraz samoregulacji gospodarki), nurt realizmu prawniczego (w którym analizując orzecznictwo sądowe w celu odkrycia metod rzeczywistego mechanizmu kształtowania prawa opisywano motywy ekonomiczne podejmowania wyroków) oraz nurt jurysprudencji socjologicznej (badającej empiryczne skutki społecznego istnienia prawa). Powyższe badania uznaje się za preludium do stworzenia ekonomicznej analizy prawa. Przełom w historii ekonomicznej analizy prawa nastąpił w 1939 r., gdy uniwersytet chicagowski zatrudnił na wydziale prawa pierwszego ekonomistę. Należy zauważyć, że na kierunku prawa drugim przedmiotem z dziedziny ekonomii, obok samej ekonomii, była rachunkowość (Mercurio i Medema, 2006, s. 95). Wprowadzenie przedstawicieli nauki ekonomii do świata prawa miało oczywiście wpływ na badania naukowe. Bełdowski i Metelska-Szaniawska (2007, s. 59–60) wskazują, że: „jednym z najważniejszych impulsów tworzenia ekonomicznej analizy prawa stało się naruszenie pod koniec lat 50. XX w. tradycyjnych granic ekonomii przez włączenie modeli i metod ekonomicznych do tradycyjnych rozważań o prawie”. Wart odnotowania jest również fakt wydania w 1958 r. czasopiśma naukowego *The Journal of Law and Economics*, niekiedy uznawany za moment narodzin współczesnej (nowej) ekonomicznej analizy prawa, która z czasem rozszerzyła się na pozostałe gałęzie prawa (Bełdowski i Metelska-Szaniawska, 2007, s. 59; Buława i Szmit, 2012, s. 94). Zatem właśnie od końca lat 30. ubiegłego wieku datuje się zapoczątkowany w ośrodku naukowym w Chicago ruch myślowy, który szeroko określa się nazwą *law & economics*, a w literaturze krajowej przejawia się najczęściej pod nazwą ekonomicznej analizy prawa. Współcześnie, w ramach ekonomicznej analizy prawa, można rozróżnić już kilka nurtów, które zbiorczo charakteryzuje tabela 6.

²⁸ Kompleksowo o historii badań łączących ekonomię i prawo, prowadzących do wyodrębnienia ekonomicznej analizy prawa pisze Mackaay (2000, s. 67–80).

Tabela 6. Główne podejścia badawcze w ekonomicznej analizie prawa

Kierunek myślowy ekonomicznej analizy prawa	Podstawowe założenia
Szkola* chicagowska (pozytywna)	<ul style="list-style-type: none"> • ludzie racjonalni dążą do maksymalizacji użyteczności, w zachowaniach rynkowych i pozarynkowych, reagują na bodźce cenowe, reguły i skutki prawa można oceniać na podstawie ich efektywności ekonomicznej • przy założeniu istnienia pewnego pierwotnego podziału praw własności można wypracować model współpracy, w którym w przypadku braku ograniczeń prawnych od racjonalnych podmiotów oczekuje się poszukiwania, odkrywania i wykorzystywania wszystkich dostępnych możliwości wzajemnie korzystnej wymiany, rozumianej jako wola zapłaty • interwencja państwowa w procesy rynkowe zazwyczaj nie prowadzi do zwiększenia bogactwa społecznego • wspólną cechą reguł <i>common law</i> jest dążenie do osiągnięcia efektywności (sędziowie świadomie wąż relatywne koszty sporu dla stron, określając, w jaki sposób optymalnie kształtować przyszłe zachowanie) • teoria cen jest narzędziem, które pozwala opisać reakcje adresatów norm prawnych na ich ustanowienie (tak jak ceny kształtują postawy nabywców towarów, tak prawo ma możliwość kreowania postaw, zachowań użytecznych, które ujmowane z perspektywy społeczeństwa będą ekonomicznie efektywne)
Szkola new heaven (progresywna, reformatorów prawa)	<ul style="list-style-type: none"> • przedmiotem zainteresowania są normy • niesprawiedliwości rynkowe powinny być usuwane za pomocą regulacji opartych na analizie korzyści i kosztów • oprócz efektywności ekonomicznej prawo ma m.in. na celu redystrybucję dóbr i alokację ryzyka • nacisk na korzystanie z instytucji rządowych w celu usuwania niesprawności rynkowych • akceptacja interwencji publicznej • akceptacja instytucji politycznych i administracyjnych
Szkola Virginii (funkcjonalna)	<ul style="list-style-type: none"> • podstawą badań jest teoria wyboru publicznego • przekonanie, że politycy są racjonalni i kierują się własnym interesem • kompleksowa analiza prawa wymaga uwzględnienia zarówno procesu jego tworzenia, jak i stosowania, ujmowanych od strony podmiotów biorących w nich udział, a więc wybranych w głosowaniu przedstawicieli społeczeństwa (polityków) i urzędników • podkreślenie znaczenia mechanizmów rynkowych w tworzeniu prawa (eliminując niedoskonałości natury politycznej) • indywidualizm normatywny – uchwalone rozwiązania prawne są sumą interesów indywidualnych podmiotów biorących udział w procesie legislacyjnym

Kierunek myślowy ekonomicznej analizy prawa	Podstawowe założenia
	<ul style="list-style-type: none"> • sceptycyzm wobec zastosowania kryterium efektywności dla prawa (trudność w zastosowaniu poza <i>common law</i>) • sceptycyzm wobec modeli nauk ekonomicznych (są one uproszczonym odzwierciedleniem rzeczywistości) • ekonomiczna analiza nauk politycznych (ekonomiczna analiza nierynkowego procesu podejmowania decyzji)
Instytucjonalne <i>Law and economics</i>	<ul style="list-style-type: none"> • analiza instytucji, w których ramach funkcjonuje gospodarka, w tym roli państwa w gospodarce • procedury prawodawcze, legislacyjne, biurokratyczne lub regulacyjne są szczególnymi elementami bądź przejawami wzajemnych powiązań między rządem i gospodarką lub procesami prawnymi i gospodarczymi • ekonomia jako nauka empiryczna i polityczna (podsystem większego systemu społecznego) • podkreślenie zależności pomiędzy władzą i gospodarką • przekonanie, w myśl którego domniemane optymalne rozwiązania problemów prawa przez polityków sprzyjają selektywnym osądom i założeniom tych, których interesy mają się liczyć
Neoinstytucjonalne <i>law and economics</i>	<ul style="list-style-type: none"> • przedmiotem zainteresowania są prawo własności i prawo umów • wykorzystanie analizy kontraktowej, zgodnie z którą każdy problem można próbować rozwiązać za pomocą umowy i poddać optymalizacji kosztów transakcji • ważne są nieformalne reguły, które kształtują zachowania społeczne • reguły funkcjonowania instytucji politycznych można wytłumaczyć na podstawie celowych wyborów człowieka. Modele wskazują, w jaki sposób różne procedury głosowania wpływają na wynik przeprowadzanych głosowań • wykorzystanie funkcji produkcji w planowaniu optymalnych rozwiązań • skupienie się na podejmowaniu decyzji w warunkach niepewności • zwrócenie uwagi na problematykę kosztów agencji
Nowa szkoła chicagowska	<ul style="list-style-type: none"> • analiza zależności pomiędzy prawem a normami społecznymi • jednostki wybierają określone sposoby postępowania, ponieważ jest to normą, zamiast opierać się na wynikowej ocenie kosztów i korzyści • kierowanie się normą społeczną może prowadzić do racjonalnych decyzji

cd. tabeli 6

Kierunek myślowy ekonomicznej analizy prawa	Podstawowe założenia
Szkoła austriacka	<ul style="list-style-type: none"> • nacisk na procesy gospodarcze i prawne • instytucje prawne rodzą się raczej spontanicznie • prawo powinno się opierać na zasadach sprawiedliwego postępowania • wpływ na decyzje i prawo mają niewiedza, decentralizacja wiedzy oraz stan niepewność statycznej i dynamicznej • istnieje interakcja między zmianami w instytucjach prawnych a procesem rynkowym i koordynacją • przedsiębiorczość można rozważać w otoczeniu rynkowym i nierynkowym • orzecznictwo oparte na działaniach tworzy wewnętrznie spójne sformułowania wymogów sprawiedliwości
Behawioralna ekonomiczna analiza prawa	<ul style="list-style-type: none"> • wykorzystywanie psychologii i medycyny do opisanie modeli zachowania • teoretyczne uogólnienia dotyczące działania i podejmowania decyzji w kontekstach prawnych powinny być formułowane na podstawie obserwacji zachowań ludzi • interpretacja wyników obserwacji powinna się odwoływać do teorii podejmowania decyzji prowadzonych przez psychologów, kognitywistów, ekonomistów • uwzględnienie w badaniach altruizmu, nadmiernego optymizmu oraz ograniczonej samokontroli jednostek • uwzględnienie tego, że decyzje jednostek często nie są podejmowane na podstawie racjonalnej analizy • wskazanie, że sposób, w jaki problem zostanie przedstawiony jednostce, ma wpływ na jej decyzje

* Pojęcie „szkoły” jest rozumiane jako wspólnota uczonych akceptujących pewne podstawowe tezy i metody badawcze.

Źródło: Opracowanie własne na podstawie (Mackaay, 2000, s. 81–92; Medema, Mercurio i Samuels, 2000, s. 448–449; Klein, 2000, s. 456–480; Bełdowski i Metelska-Szaniawska, 2007, s. 59–65; Buława i Szmit, 2012, s. 95–97; Nieborak, 2016, s. 66–67; Guzik, 2017, s. 28–30; Małecka, 2013, s. 33).

Powyższa tabela nie wyczerpuje szerokiego spektrum trendów badań, jakie można zaobserwować we współczesnej ekonomicznej analizie prawa. W literaturze pojawią się bowiem również dociekania z zakresu (Mackaay, 2000, s. 410):

- historii ekonomicznej analizy prawa – zajmuje się ona badaniami nad historią ekonomicznej analizy prawa oraz związkami prawa z ekonomią na przestrzeni wieków;

- zastosowania teorii gier w prawie – gruntowne studia na ten temat przeprowadzili m.in. Baird, Gertner i Picker, 2000; w literaturze nie jest jeszcze uznawana za określony kierunek myślowy ekonomicznej analizy prawa, a raczej za pewien kierunek badawczy (Mackaay, 2000, s. 81–92);
- zastosowania ograniczonej racjonalności w prawie – badania były skierowane na podejmowanie decyzji przy wykorzystaniu koncepcji ograniczonej racjonalności i prawa jako czynnika, który ma kierować działania człowieka na podejmowanie decyzji racjonalnych (Jolls, Sunstein i Thaler, 1998, s. 1471–1550);
- porównawczej ekonomicznej analizy prawa – jest ona oparta na komparatyście prawniczej, a zatem jest to prowadzenie badań prawnoporównawczych, w których studiuje się podobieństwa i odmienności prawa poszczególnych państw;
- eksperymentalnej *law and economics* – wykorzystuje się w niej eksperymenty ekonomiczne polegające na losowym umieszczaniu badanych w grupach narażonych na różne warunki doświadczalne i kontrolne, przez co badacz może kontrolować wpływ zmiennych innych niż te, które stara się badać (Zeisel, 1973, s. 107);
- wykorzystania ekonomicznej analizy prawa w odniesieniu do zrównoważonego rozwoju gospodarczego – jest ona skierowana na tworzenie za pomocą narzędzi ekonomicznych, materialnych i proceduralnych czynników prawnych, którym muszą sprostać narody, aby wspierać zrównoważony wzrost gospodarczy i rozwój (Buscaglia, 2000, s. 562).

Poza tym można odnaleźć kierunki niezaliczone do ekonomicznej analizy prawa, a będące jej pokrewne, takie jak:

- badanie zastosowania teorii wyboru publicznego w prawie, w szczególności konstytucyjnym – badania te łączą dwa odrębne elementy: rozszerzenie modelu ekonomicznego wykorzystania zachowań maksymalizacyjnych na teorię wyboru publicznego i konceptualizację „polityki jako wymiany”; badanie to dotyczy warunków, które muszą zaistnieć, by jednostka uznała za korzystne wejście do polityki z konstytucyjnie wyznaczonymi zakresami działalności lub zgodziła się na przynależność do istniejącego ustroju politycznego (Buchanan, 1987, s. 133);
- prawo i makroekonomia – bada ona niedoskonałości w funkcjonowaniu poszczególnych rynków (niefinansowych) przy założeniu, że niestabilności te nie są wyraźnym źródłem niestabilności makroekonomicznej i że lepsza regulacja tych rynków nie jest drogą do stabilizacji gospodarki; ulepszenie oznacza tu zarówno wzmożony nadzór, jak i usunięcie braków ze strony rządu (Gordon, 2000, s. 660–661);

się posiadaną przez siebie zabawką. Zatem takie zachowanie jest naturalne dla człowieka. Podobnie nawet proste społeczeństwa chronią swoje własne dobra, domagając się chociażby, aby silniejszy fizycznie nie mógł odebrać słabszemu jego własności, gdyż podświadomie jest to rozumiane jako niesprawiedliwość. Również w działaniach rynkowych przyjęcie ceny poniżej kosztu wytworzenia jest działaniem irracjonalnym. Jednostka co do zasady podejmuje decyzje gospodarcze z nastawieniem na osiągnięcie korzyści. Choć można przytoczyć sytuacje, w których zastosowanie efektu posiadania nie jest możliwe, to chociażby z przytoczonych przykładów praktycznych przemawia słuszność założenia występowania tego efektu w badaniach naukowych z zakresu ekonomicznej analizy prawa.

2.3. Teoremat Coase'a

Bardzo szeroko wykorzystywany w ekonomicznej analizie prawa jest teoremat Coase'a. Coase był jedną z pierwszych osób, które stwierdzały, że z ekonomicznego punktu widzenia celem systemu prawnego powinno być ustanowienie modelu praw, tak aby osiągnąć efektywność ekonomiczną. System prawny wpływa bowiem na koszty transakcyjne, a celem efektywnego systemu powinno być zminimalizowanie szeroko pojętych szkód i kosztów (Coase, 1960, s. 2). W swoim eseju Coase stwierdził, że jeżeli prawa stron transakcji są dobrze określone, to ich wzajemne negocjacje doprowadziłyby do skutecznego i niezmiennego wyniku, jaki byłby możliwy do uzyskania na konkurencyjnym rynku (zwłaszcza że koszty transakcyjne są zerowe). Dopóki koszty transakcyjne są zerowe, to bez względu na pierwotne rozdysponowanie praw i obowiązków strony w wyniku negocjacji dokonają takiej ich alokacji, aby osiągnąć stabilny wynik maksymalizujący wartość³³ (Coase, 1960, s. 8). Dyskusja nad przedstawionym teorematem prowadzi do dwóch hipotez (Medema i Zerbe, 2000, s. 838):

- hipoteza o efektywności – mówiąca o tym, że gdy nie będzie kosztów transakcyjnych, alokacja praw i obowiązków dokonana przez strony będzie efektywna;
- hipoteza o niezmienności – mówiąca o tym, że gdy nie będzie kosztów transakcyjnych, alokacja praw i obowiązków będzie niezmienna, niezależnie od pierwotnego podziału praw i obowiązków.

W literaturze można odnaleźć silną wersję teorematu obejmującą obie hipotezy łącznie (Regan, 1972, s. 427; Frech, 1979, s. 254; Zerbe, 1980, s. 84;

³³ Co zostało później określone w literaturze właśnie jako teoremat Coase'a.

Hoffman i Spitzer, 1982, s. 73), jak również słabszą wersję, przyjmującą jedynie hipotezę o efektywności (Calabresi, 1968, s. 68; Polinsky, 1974, s. 1665; Cooter i Ulen, 2016, s. 85).

Teoremat Coase'a jako koncepcja *stricte* teoretyczna jest poddawany dyskusji. Zarzuca się jemu założenia dotyczące w pełni konkurencyjnego rynku, braku kosztów transakcyjnych czy prowadzenia przez strony negocjacji gier strategicznych. Znana jest również krytyka Hovenkampa (1990, s. 794), który stwierdził, że: „biorąc pod uwagę założenia teorematu, jego wyniki wypływają z logicznej konieczności”. Nie przecząc powyższym twierdzeniom, testy eksperymentalne i empiryczne odwołują się bardziej do kwestii trafności i stosowalności teorematu, aniżeli samej jego prawidłowości (Medema i Zerbe, 2000, s. 843). Jednak jak stwierdzają Medema i Zerbe (2000, s. 874), „istotność tego teorematu polega nie na tym, czy jest on poprawny, ale na szczegółowym charakterze założeń wymaganych do jego poprawienia, a w szczególności na kwestii optymalizacji kosztów transakcyjnych”. Wyraża się to również w stwierdzeniu Posnera (1992, s. 52), że „z prawnego punktu widzenia, ponieważ w rzeczywistym świecie transakcje nigdy nie są bezkosztowe, efektywność jest promowana poprzez przyznanie prawa stronie, która je kupi, gdyby (w świecie bez kosztów) to prawo również by jej przysługiwało”. Podobne rozumowanie można odnaleźć w literaturze ekonomicznej. Przykładowo Weimer i Vining (1992, s. 30) wskazują, że: „Przez wiele lat normatywna odpowiedź na pytanie, kiedy interwencje rządu w sprawy prywatne są uprawnione, była związana z niesprawnościami rynku, to znaczy okolicznościami, w których dążenie do interesu prywatnego nie prowadziło do efektywnego wykorzystania zasobów społecznych lub sprawiedliwego podziału dóbr społecznych. Każda interwencja rodzi koszty transakcyjne, a jednocześnie stanowi odejście od koncepcji rynku doskonałego, wprowadzając jednocześnie efekty zewnętrzne, które pierwotnie nie były brane pod uwagę w procesie podejmowania decyzji. Efekty zewnętrzne można zatem znaleźć wszędzie tam, gdzie są koszty transakcyjne”.

Zatem teoremat Coase'a, jakkolwiek niemożliwe są jego założenia i stanowią one swoistą tautologię, jest użyteczny. Hoffman i Spitzer (1986, s. 151) stwierdzają, że: „teoremat ten jest kamieniem węgielnym leseferystycznej polityki prawnej i ekonomicznej w zakresie prawa umów i własności, a wskazania z niego pochodzące pozwalają na stwierdzenie, że układ zawarty umownie pomiędzy dwiema stronami prowadzi do efektywnych rozwiązań, a każda interwencja w ten układ może tylko pogorszyć sytuację (w kontekście doprowadzenia do mniej efektywnych ekonomicznych rozwiązań)”. Medema i Zerbe (2000, s. 876) dodają, że „nawet widząc, że teoremat Coase'a jest nierealistyczny, to prawdziwe są wysnute z niego wnioski, że gdy koszty transakcyjne są dodatnie, prawa powinny być przypisane tym,

którzy posiadaliby je w stanie końcowym, gdyby koszty transakcji były zerowe, co jest odzwierciedleniem zasad ekonomicznych dotyczących maksymalizacji bogactwa, strony kontraktu wówczas naśladowują rynek”.

Znana jest również krytyka Ulena, który zwraca uwagę, że w określonych sytuacjach ludzie wykazują znacznie większą gotowość współdziałania niż wynikałoby to z teorii racjonalnego wyboru. Zatem w tych przypadkach alokacja może być efektywna nawet wtedy, gdy koszty transakcyjne nie będą zerowe. Z drugiej strony znane są badania potwierdzające występowanie sytuacji, w których mimo zerowych czy niskich kosztów transakcyjnych nie dojdzie do efektywnej alokacji dóbr, bowiem strony, szczególnie wrażliwe na sprawiedliwy podział zysków wynikających z kooperacji, nie będą gotowe zawrzeć umowy w sytuacji uprzywilejowania jednej ze stron. W takim przypadku może być konieczna interwencja państwa przez wskazanie zachęty do dobrowolnej wymiany. Ulen zwraca też uwagę na implikacje dla twierdzenia Coase’a związane z opisanym powyżej efektem posiadania. Z uwagi na fakt, że w niektórych przypadkach ludzie wyżej oceniają dobra, które już posiadają, to pomimo niskich czy zerowych kosztów transakcyjnych w przypadkach takich nie dojdzie do efektywnej wymiany (Ulen, 2000, s. 800).

Co również warto zauważyć, bezpośrednio z teorematu Coase’a nie wynikają żadne wnioski. Jest on bowiem pozytywnym stwierdzeniem bez żadnych normatywnych implikacji. Najistotniejsze, co wynika z powyższego teorematu, to stwierdzenia dotyczące kosztów kooperacji. Jeśli bowiem kooperacja jest bezkosztowa, to zarówno rynki, jak i interwencje państwa funkcjonują idealnie. Jeżeli jednak kooperacja wymaga poniesienia kosztów przez strony, pojawiają się niedoskonałości. Zatem zadaniem polityki prawnogospodarczej staje się ustalenie wielkości i wpływu tych kosztów oraz wynikających z nich konsekwencji dla alternatywnych ustaleń dotyczących polityki instytucjonalnej (Medema i Zerbe, 2000, s. 877). Teoremat ten stał się przyczynkiem do dyskusji nad kosztami transakcyjnymi, do licznych badań kosztów koordynacji w różnych systemach i w różnych sytuacjach. Koszty transakcyjne będą przedmiotem rozważań w dalszej części pracy.

Na potrzeby ekonomicznej analizy prawa teoremat Coase’a można przedstawić w następujący sposób: zawsze i tylko wtedy, jeśli koszty transakcyjne są zerowe, efektywna alokacja prawa własności danego dobra (lub szczegółowych uprawnień wynikających z prawa własności) nastąpi niezależnie od tego, komu to prawo (lub szczegółowe uprawnienia z niego wynikające) było początkowo przyznawane przez przepis prawa lub orzeczenie sądowe (Stelmach i in., 2007, s. 111). Implikacje, jakie płyną z takiego stwierdzenia dla badań z zakresu ekonomicznej analizy prawa, dotyczą zaprojektowania przez ustawodawcę takiego systemu prawnego, który będzie identyfikować wszelkie ograniczenia w swobodnej wymianie (koszty

transakcyjne) oraz pozwole interweniować w przypadkach, kiedy zakłócenia te będą istotne. Innymi słowy, racjonalny ustawodawca powinien tworzyć przepisy, które minimalizują koszty transakcyjne w sytuacjach, kiedy są one wysokie (Nowak-Gruca, 2013, s. 40). Cooter i Ulen formułują na podstawie omawianego teorematu interesujący i ważny postulat: „należy kształtować prawo tak, by usuwać przeszkody dla porozumień prywatnych”. Ponadto, jak dodają wskazani autorzy, zgodnie z postulatem Hobbesa prawo należy kształtować tak, by minimalizować szkody będące skutkiem niepowodzenia porozumień prywatnych (Cooter i Ulen, 2007, s. 114–115).

Zdaniem autora teoremat Coase’a odegrał bardzo istotną rolę w badaniach z zakresu ekonomicznej analizy prawa. Zgadając się, że jest on wyłącznie stwierdzeniem normatywnym, jego skutki mają doniosłe znaczenie we współczesnym świecie. Jeżeli bowiem przyjąć, że człowiek jest jednostką racjonalną, która dąży do zysku, a zarazem powiększenia swojego stanu majątkowego, to nie może tego uzyskać bez alokacji dóbr. Z omówionego teorematu wynika, że niemalże niemożliwa jest efektywna alokacja dóbr bez rozpoznania kosztów transakcji. Zatem aby zachować bezpieczeństwo obrotu gospodarczego, konieczne jest, zdaniem autora, rozstrzygnięcie, czy warunki transakcji spełniają kryteria efektywnej alokacji. Stwierdzenie Coase’a jest zatem wstępem do dalszych dyskusji nad efektywnością alokacji, co jest również niezbędne do podejmowania racjonalnych decyzji gospodarczych.

2.4. Koszty transakcyjne

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że co do zasady tradycyjne modele ekonomiczne przyjmowały w swoich założeniach, że w procesach i zjawiskach ekonomicznych nie występują koszty transakcyjne. Problematykę tę można zaobserwować w pracach początku lat 30. ubiegłego wieku. Jednak za twórcę koncepcji kosztów transakcyjnych uważa się Coase’a, który zauważył, że koszty organizowania transakcji wewnątrz przedsiębiorstwa są głównymi czynnikami wyjaśniającymi istnienie i rozwój firm, a wielkość oraz zakres działalności firm są determinowane przez relatywne koszty wejścia na rynek. Ponadto dowodził, że za powstaniem przedsiębiorstwa może stać „koszt użycia mechanizmu cenowego” (Coase, 1937, s. 391).

Już od początku dyskusji naukowej nad kosztami transakcyjnymi pojawiły się dwa odrębne sposoby ich ekonomicznej interpretacji. Część ekonomistów uznała, że koszty te można rozpoznać wyłącznie w momencie transferu praw własności, inni natomiast określali je jako koszty ustanowienia i wykonywania tych praw (Hardt, 2005, s. 3). Oba te podejścia zostały przyjęte w ekonomicznej analizie prawa, w której wyodrębniono dwa nurty

badania³⁴. Pierwszy z nich to publikacje związane z prawem własności wywodzonym z omówionego powyżej teorematu Coase'a, w którym zwraca się uwagę na rolę kosztów transakcyjnych w podziale praw własności. Autorzy prac tego nurtu stosunkowo rzadko odwołują się do efektywności i produkcji, skupiając się na kooperacji dwóch stron kontraktu i sposobie, w jaki podzielą koszty transakcyjne, aby rozwiązanie umowne było optymalne. Opierają się oni na stwierdzeniu, że wszystkie metody alokacji zasobów mają swoje koszty i korzyści, a żaden pojedynczy mechanizm nie działa za darmo i dominuje nad innymi. Dlatego „zasady”, „formy organizacyjne” i „metody płatności” powinny zostać poddane analizie ekonomicznej. W ten sposób koszty transakcyjne stają się elementem niezbędnym do wyjaśnienia funkcjonowania przedsiębiorstwa. Cechą charakterystyczną tego nurtu jest bardzo szerokie pojęcie kosztów transakcyjnych, gdyż Coase w swoich pracach nie zdefiniował ich pojęcia, podając jedynie liczne ich przykłady. Jak już wskazano, podejście to jest związane z prawem własności, a w szczególności dotyczy związku między prawami własności a bogactwem. Zauważając, że handel jest przeniesieniem praw własności, nie może być handlu (a zatem nie ma zysków z handlu) w przypadku braku praw własności. Ponadto gdy prawa własności są doskonale zdefiniowane, zgodnie z teorematem Coase'a, zyski z handlu są zmaksymalizowane. Jednostki starają się zwiększać swoje bogactwo, dlatego dokonują nieustannej wymiany handlowej, zatem można stwierdzić, że zawsze są one w trakcie utrzymywania swoich istniejących praw własności i próbowania ustanawiania nowych. Na tej podstawie koszty transakcyjne w tym nurcie definiuje się jako koszty ustanowienia i utrzymania praw własności (Allen, 2000, s. 893–900).

W drugim nurcie badań zdecydowanie zawęża się koszty transakcyjne i wprowadza je do modeli ekonomicznych na zasadach analogicznych do podatków (jak koszty zewnętrzne przedsiębiorstwa). Przedmiotem zainteresowania tego nurtu jest wpływ kosztów transakcyjnych na wielkość handlu, umiejętności arbitrażu, grupowanie transakcji, pośrednictwo oraz istnienie i efektywność równowagi. Nurt ten znajduje swoje początki w krytyce poprzedniego, w którym zarzuca się skupienie na kosztach konkretnych, pojedynczych transakcji, a nie tych, które występują powszechnie i mogą być rozpatrywane w szerokim kontekście. Ta perspektywa pozwala na stwierdzenie, że jednostki, będące przecież uczestnikami wymiany rynkowej, aby dokonać między sobą transakcji, muszą siebie odnaleźć, komunikować się i wymieniać informację. Czynności te nie są darmowe. Wymagają poniesienia nakładów, zarówno kapitałowych, jak i czasu, wiedzy, komunikacji. Są one w gospodarce rynkowej wszechobecne i niemożliwe do uniknięcia (Stavins, 1995, s. 134). Zatem wszyscy uczestnicy wymiany handlowej na rynku po-

³⁴ Należy oddać prawdzie, że istnieją również badania łączące oba nurty.

Pomimo zarzutów stawianych tej metodzie jest ona cennym kryterium efektywności ekonomicznej prawa. Niekoniecznie we wszystkich sytuacjach jednostka musi wyrażać przyzwolenie na stratę (np. obciążenia fiskalne). Wówczas mechanizm rekompensaty (np. w postaci ulgi podatkowej w zamian za podwyższenie stawki podatku) jest słuszny i pozwala określić efektywność regulacji prawnych. Autor pragnie zwrócić uwagę również na znaczną przydatność tego kryterium w analizach *ex post*, w ocenie wprowadzenia skutków regulacji, w analizie, czy udało się zrekompensować społeczeństwu negatywne skutki wprowadzenia określonej regulacji.

3.4. Efektywność ekonomiczna w ujęciu analizy marginalnej

Kolejnym z wykorzystywanych w ekonomicznej analizie prawa kryteriów efektywności jest analiza marginalna. Jest to jedno z fundamentalnych narzędzi ekonomii (Samuelson i Northaus, 2012, s. 164) pozwalające na analizę pojedynczych reakcji danego zjawiska lub stanu na pojawienie się kolejnej jednostki wpływającej na zjawisko lub stan. W pewnym uproszczeniu można przyjąć, że analiza marginalna formułuje wnioski na podstawie porównania ze sobą wartości krańcowych: krańcowego kosztu, krańcowego utargu, krańcowej użyteczności oraz innych tego typu wielkości krańcowych związanych z ostatnią jednostką analizowanego parametru ekonomicznego (Nowak-Gruca, 2013, s. 47). Stan równowagi osiąga się w momencie, gdy korzyść krańcowa (wyrażana w formie zysku, przychodu, użyteczności lub innych) zrówna się z kosztami uzyskania tej korzyści (również wyrażanej w różnych formach). W tej sytuacji korzyść z każdej kolejnej jednostki nie zrekompensuje kosztów jej uzyskania, tym samym sytuacja straci punkt optimum.

Ekonomiczna analiza prawa wykorzystuje analizę marginalną do badania zarówno sytuacji jednostkowych, jak i sytuacji zbiorowości (społeczności). W tym drugim przypadku przyjmuje się, że rozwiązanie prawne powinno realizować jakiś pożądany społecznie cel tylko do takiego poziomu, na którym następuje zrównanie marginalnych kosztów społecznych (wynikających ze zwiększenia poziomu realizacji danego celu o jednostkę) i marginalnych korzyści społecznych (wynikających ze zwiększenia poziomu realizacji celu o jednostkę) z realizacją tego celu (Stelmach i in., 2007, s. 37).

Krytyka analizy marginalnej odnosi się do jej zdolności aplikacyjnej. Po pierwsze, skonstruowanie funkcji, która analizowałaby przyrost korzyści od wyłącznie jednego czynnika nań wpływającego, jest bardzo trudne. Rzeczywistość jest nazbyt złożona i wymaga również uwzględnienia czynnika losowego. Po drugie, nie jest powszechne posługiwanie się kategoriami

marginalnymi w świecie gospodarczym. Praktycznie łatwiejsze jest posługiwanie się kategoriami ogólnymi, co powoduje, że brak jest szczegółowej informacji o krańcowych przyrostach lub spadkach określonych wartości. Zdaniem autora nie oznacza to jednak, że taka analiza nie powinna znaleźć zastosowania. Pozwala ona na ocenę kolejnych etapów w budowaniu dobrobytu społecznego, jak również na uzasadnienie, że eliminacje niektórych zjawisk mogą być zbyt kosztowne i przynieść mniejsze korzyści niż kontrolowane utrzymywanie danego zjawiska. Jej szczególna przydatność ujawniania się w wyborze przez jednostkę pozostawionych w ustawie praw wyboru określonego rozwiązania. Wówczas prawidłowy dobór kryteriów oceny każdego z dopuszczalnych rozwiązań pozwoli na wybór optymalnego z punktu widzenia jednostki rozwiązania prawnego.

3.5. Efektywność ekonomiczna w ujęciu ekonomii dobrobytu

Ostatnie ze stosowanych w ekonomicznej analizie prawa kryteriów efektywności ekonomicznej pochodzi z ekonomii dobrobytu. Krytyka rozwiązań stosujących mechanizm kompensacji była przyczynkiem do poszukiwania nowych kryteriów pomiaru efektywności, a jednym z nich są kryteria ekonomii dobrobytu. W ekonomii dobrobytu w wymiarze teoretycznym definiuje się kryteria wyboru społecznego, a na poziomie praktycznym stosuje te kryteria do oceny gospodarek opartych na różnych instytucjach w celu identyfikowania wyboru najbardziej pożądanego. Narzędziem służącym rozwiązaniu problemu maksymalizacji dobrobytu jest funkcja dobrobytu, która dostarcza sposobu uszeregowania różnych alokacji użyteczności pomiędzy członkami społeczeństwa (Nowak-Gruca, 2013, s. 48). Najważniejsze funkcje dobrobytu społecznego przedstawia tabela 14.

Tabela 14. Rodzaje funkcji dobrobytu społecznego

Klasyczna utylitarystyczna (Benthamowska)	suma (lub suma ważona) indywidualnych funkcji użyteczności zbiorowości
Multiplikatywna (Bernoulliego-Nasha)	iloczyn indywidualnych użyteczności
Minimaksowa (Rawlsa)	społeczna użyteczność danej alokacji zależy jedynie od dobrobytu podmiotu będącego w najgorszej sytuacji – osoby o najniższej użyteczności
Indywidualistyczna (Bergsona-Samuelsona)	funkcja koszyków konsumpcyjnych indywidualnych podmiotów

Źródło: Opracowanie własne na podstawie (Nowak-Gruca, 2013, s. 49–50).

Rozwiązanie problemu maksymalizacji dobrobytu wymaga znalezienia takiej alokacji, która maksymalizuje dobrobyt społeczny. Musi ona być efektywna w rozumieniu Pareta, z kolei każda w ten sposób efektywna alokacja musi być najwyższym poziomem dobrobytu dla jakiejś funkcji dobrobytu. Zatem przy założeniu, że funkcja dobrobytu rośnie wraz z użytecznością każdej osoby, maksimum dobrobytu będzie efektywne w rozumieniu Pareta, co więcej, każdy podział efektywny w tym rozumieniu będzie maksymalizował jakąś funkcję dobrobytu (Nowak-Gruca, 2013, s. 50).

W zastosowaniach ekonomicznej analizy prawa można przyjąć użyteczności poszczególnych jednostek w odpowiedzi na dane warianty regulacyjne (Araszkievicz, 2015, s. 178). Co jednak warto podkreślić, stosowanie funkcji dobrobytu jest bardzo ogólnym sposobem opisu dobrobytu społecznego. Ze względu na swoją ogólność może być podsumowaniem wielu sposobów regulacji, jednak nie pozwala rozstrzygnąć, która z danych regulacji będzie najwłaściwsza z moralnego punktu widzenia. Sprowadza się do stwierdzenia, że z możliwych w danej sytuacji rozwiązań prawnych należy wybrać takie, które maksymalizują dobrobyt społeczny (Stelmach i in., 2007, s. 26; Nowak-Gruca, 2013, s. 50–51).

Krytyka kryterium maksymalizacji dobrobytu społecznego opiera się przede wszystkim na argumentach, że operacyjne pojęcie użyteczności powoduje poważne trudności w dokonywaniu międzyosobowych porównań użyteczności, ponadto nie znajduje żadnego potwierdzenia w badaniach empirycznych, a jedynym prawidłowym sposobem opisu użyteczności jednostki jest obserwacja jej zachowania. Opieranie się na kryteriach użyteczności prowadziło w eksperymentach myślowych do rezultatów paradoksalnych. Coase i Posner zaproponowali, żeby pojęcie użyteczności zastąpić operacyjnym pojęciem pieniądza, bowiem przy założeniu niezmienności innych czynników ludzie preferują posiadanie większej ilości jednostek pieniężnych. Posługiwanie się miarą pieniężną, zdaniem tych autorów, ułatwia dokonywanie międzyosobowych porównań i jest założeniem zdecydowanie bardziej realistycznym. Idąc dalej, Posner sformułował nakaz maksymalizacji bogactwa społecznego, który jest realizowany, gdy dane dobro znajduje się u osoby, która jest skłonna zapłacić za nie najwyższą cenę. Jednakże „chęć zapłaty” jako sposób opisu preferencji jednostek także nie jest pozbawiona słabości, chociażby z uwagi na fakt, że oferowana cena za dane dobro nie zawsze jest determinowana „chęcią zapłaty” za nie. Kolejnym proponowanym w literaturze rozwiązaniem jest uzupełnienie kryterium dobrobytu społecznego o inne kryteria umożliwiające optymalizację multykryterialną (Kerkmeester, 2000, s. 386; Nowak-Gruca, 2013, s. 51; Araszkievicz, 2015, s. 179).

W ramach ekonomicznej analizy prawa sporna jest również kwestia, jaki typ norm powinien być podstawowym przedmiotem oceny w kategoriach efektywności ekonomicznej. Wydaje się, że omawiane kryterium efektywności zdecydowanie lepiej służy ocenie norm generalnych i abstrakcyjnych, chociażby z uwagi na fakt, że agregacja preferencji indywidualnych w preferencje społeczne wymaga przynajmniej wiedzy na temat tego, jak wszystkie podmioty społeczeństwa szeregują określone rozwiązania prawne. Stosowanie tego kryterium wymaga jednak zbudowania określonej funkcji użyteczności i przeprowadzenia mniej lub bardziej skomplikowanych analiz matematycznych, trudno zatem uznać jego przydatność do oceny poszczególnych decyzji polegających na wydaniu przez organ stosujący prawo norm indywidualnych i konkretnych (Nowak–Gruca, 2013, s. 51–52). Autor, zgadzając się z przytoczonym poglądem, zauważa przydatność stosowania tego kryterium w fazie planowania zmian legislacyjnych oraz w rozważaniach teoretycznych. Niewątpliwie kryterium dobrobytu społecznego jest trudne do skwantyfikowania i wymagałoby zbudowania złożonego modelu, co w wielu sytuacjach jest nieefektywne. Niewątpliwie jednak budowanie modeli teoretycznych z wykorzystaniem kryterium efektywności pochodzącej z ekonomii dobrobytu pozwoli, zdaniem autora, na ocenę słuszności projektowanych regulacji lub sposobu ich aplikacji.

4. Warunki istnienia efektywnego prawa

Niewątpliwie stosowanemu w ekonomicznej analizie prawa kryterium ekonomicznej efektywności prawa można postawić zarzuty. Są one jednak efektem naukowej dyskusji, jak w przypadku wielu teorii we współczesnym świecie nauki. Dyskusja ta rozwija ekonomiczną naukę prawa, pozwalając na poszerzenie czy doprecyzowanie pojęć, nowe badania i objęcie nimi kolejnych obszarów prawa. Prawo poszukujące efektywności powinno zwrócić uwagę na ekonomiczną analizę prawa. W tym miejscu autor chciałby przytoczyć argumenty Stelmacha dotyczące warunków istnienia efektywnego prawa (www2.wpia.uw.edu.pl). Wskazuje on, że prawo, które nie spełnia chociażby „minimalnych” warunków efektywności (jakkolwiek by formalnie obowiązywało), faktycznie przestaje istnieć. Mimo że rozważania dotyczą wielu nurtów współczesnej filozofii prawa, to ich osią jest ekonomiczna analiza prawa. Co należy podkreślić, stwierdził on, że jakkolwiek ujęcie ekonomiczne ma kluczowe znaczenie, to jednak nie jest ostatecznie jedynym możliwym kryterium oceny efektywności prawa. Autor zgadza się ze Stelmachem, podkreślając, że ekonomicznej efektywności nie można