

Rozdział I. Zagadnienia wstępne

§ 1. Prawo a ekonomia. Ekonomizacja prawa

Przez stosunkowo długi czas prawo i ekonomia funkcjonowały w oderwaniu od siebie nawzajem. W szczególności, bardzo długo postrzegano prawo jako ściśle sprzężone z pojęciem sprawiedliwości. Prawo było i miało być mechanizmem nakierowanym niemal wyłącznie na zapewnianie sprawiedliwości (prawo dostarczycielem sprawiedliwości), oczywiście bardzo różnie rozumianej. Świadczy o tym choćby zestawienie klasycznych łacińskich paremii prawniczych – z jednej strony, sprawiedliwość była w nich określana jako stała i trwała wola oddawania każdemu, co mu się należy (*iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*), z drugiej zaś, wśród zasad prawa wymieniano nakaz oddawania każdemu, co mu się należy (*ius praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum quique tribuere*)¹. Dopiero poczynawszy od XVIII w. zaczęto coraz szerzej dostrzegać konieczność uwzględniania aspektów ekonomicznych. Jednak nie wcześniej niż w latach 60. XX w. zapoczątkowano tworzenie zrębów ekonomicznej analizy prawa, a R.H. Coase opublikował artykuł *The Problem of Social Cost*². W latach 70. XX w. wyodrębniła się chicagowska szkoła *Law & Economics*, której przedstawicielem był w szczególności R. Posner – autor dzieła *Economic Analysis of Law*³. Ruch *Law & Economics* natrafił na podatny grunt i w kolejnych latach rozprzestrzenił się na całym świecie. Do dnia dzisiejszego twierdzenia i koncepcje tej szkoły rzucają na kształtowanie i stosowanie prawa – przykładowo, koncepcje zawarte w artykule R.H. Coase'a stanowią teoretyczną podstawę do tworzenia mechanizmów rynkowych w ochronie środowiska.

Spośród wielu celów i dążeń uosabianych przez prawo w dziejach, stosunkowo późno wyodrębnionym postulatem stała się idea – następnie słusznie

¹ Zasady prawa są następujące: żyć uczciwie, drugiemu nie szkodzić, oddać każdemu, co mu się należy.

² R.H. Coase, *The Problem of Social Cost*, *The Journal of Law and Economics* 1960, vol. III.

³ R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Nowy Jork 2014.

identyfikowana jako kluczowa koncepcja ekonomicznej analizy prawa – aby prawo było ekonomicznie efektywne. Pojęcie ekonomicznej efektywności od czasu lat 60. XX w., a więc od początku ruchu *Law & Economics*, na stałe weszło do dyskursu publicznego, ale, jak to często bywa w takich przypadkach, stało się zarazem swoistym słowem kluczem, którego rzeczywista treść i zakres znaczeniowy są trudne do ustalenia. W potocznym ujęciu, efektywność ekonomiczna to „relacja efektu do nakładu czynnika produkcji lub zespołu czynników produkcji”⁴. Wpisuje się to zresztą w ogólną charakterystykę szkoły ekonomicznej analizy prawa, w ramach której mnogość nurtów i teorii powoduje niejaki trudności z wyciągnięciem przed nawias kluczowych idei. W doktrynie podkreśla się, że ruch *Law & Economics* nie wypracował jednolitych i spójnych założeń, niemniej możliwe jest wyodrębnienie najważniejszych założeń tej szkoły⁵. Charakterystyczne już na pierwszy rzut oka jest tutaj przede wszystkim połączenie komponentów, koncepcji i narzędzi prawa i ekonomii.

Jak wskazują R. Cooter i T. Ulen „można powiedzieć, że ekonomia dostarcza teorii behawioralnej służącej przewidywaniu reakcji ludzi na prawo”⁶. Do podstawowych tez *Law & Economics* należy twierdzenie, że to, co stanowi o istocie prawa, daje się sprowadzić do faktów o charakterze ekonomicznym. Według J. Stelmacha: „Przyjmując to twierdzenie, równocześnie zakładamy określoną ontologię zjawiska prawnego. W ontologii tej prawo ostatecznie redukowalne jest do kategorii realnie (w sensie empirycznym lub formalnym) istniejących faktów, które albo wprost mają charakter ekonomiczny, albo w pewnych sytuacjach interpretacyjnych stają się ekonomicznymi”⁷. Fakty te nadają się do przełożenia na modele ekonomiczne. Samo to twierdzenie, stanowiąc próbę scharakteryzowania prawa, ma zatem głównie walor poznawczy i brane osobno, nie przesądza jeszcze kwestii pożądanego sposobu ukształtowania prawa. Przyczynia się to do jego relatywnie mało kontrowersyjnego charakteru, gdyż rzeczywiście, nawet w potocznym rozumieniu dość łatwo zaakceptować koncepcję, że prawo przynajmniej może (przy zastosowaniu odpowiedniej interpretacji) mieć wymiar faktów ekonomicznych. Oczywiście, z tą łagodniejszą wersją przedmiotowego założenia w sposób nieunikniony

⁴ Zob. definicję z Encyklopedii PWN: <https://encyklopedia.pwn.pl/haslo/efektywnosc-ekonomiczna;3896625.html> [dostęp: 20.2.2021 r.].

⁵ Założenia te przedstawia J. Stelmach, w: J. Stelmach, Spór o ekonomiczną analizę prawa, w: J. Stelmach, M. Soniewicka (red.), Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych, Warszawa 2007, s. 13–16.

⁶ R. Cooter, T. Ulen, Ekonomiczna analiza prawa, Warszawa 2009, s. 4.

⁷ J. Stelmach, Spór o ekonomiczną analizę prawa, s. 13.

wiąże się problem pożądanego modelu wykładni, który należy przyjąć, aby móc osiągnąć wyżej wskazany rezultat. W swojej bardziej akceptowalnej wersji twierdzenie o prawie jako zbiorze faktów ekonomicznych okazuje się zatem nie mieć charakteru czysto deskryptywnego, ponieważ skłania już do przyjęcia takiego a nie innego modelu interpretacji unormowań (z istotną rolą wykładni celowościowej i funkcjonalnej). Jakkolwiek konkretne miejsce ekonomicznej analizy prawa wśród metod prawniczych jest sporne, to jednak samo dopuszczenie jej do kręgu takich metod nie powinno ulegać wątpliwości. Według J. Stelmacha „obiektywna potrzeba ekonomicznej analizy prawa pojawia się wszędzie tam, gdzie mamy do czynienia chociażby z problemem określania stopnia efektywności proponowanego w konkretnym przypadku rozstrzygnięcia, gdy musimy policzyć i zoptymalizować koszty związane z powstaniem nowych lub zastosowaniem już istniejących regulacji prawnych, wreszcie gdy mamy ustalić, jak ma zostać dokonana «właściwa» alokacja pewnych dóbr”⁸. Ponadto, jak podnosi się w doktrynie, „z samej ontologicznej istoty prawa wynika, że (...) musi zabezpieczać podstawowe prawa ekonomiczne podmiotów prawa; (...) musi umożliwić rozstrzygnięcie konfliktów ekonomicznych, które mogą powstać pomiędzy podmiotami prawnymi”⁹. Tym samym względy ekonomiczne będą oddziaływać nie tylko na interpretację, ale również na kształtowanie prawa.

Drugim kluczowym twierdzeniem charakterystycznym dla *Law & Economics* jest założenie, że prawo powinno być efektywne w sensie ekonomicznym. Na marginesie, należy zauważyć, że poza ekonomiczną analizą prawa zbyt często zapomina się o kwestii efektywności prawa bądź przeciwstawia ją sprawiedliwości. Tymczasem, jak pisze J. Stelmach, „prawo, które nie spełnia chociażby minimalnych kryteriów efektywności (jakkolwiek by formalnie obowiązywało), faktycznie przestaje istnieć (...) Prawo bowiem nie może istnieć w społeczno-ekonomicznej próżni, samo dla siebie, oderwane od zjawisk, które reguluje, od całego społecznego i ekonomicznego kontekstu, staje się martwe – takie prawo otwiera drogę do patologii, korupcji, interpretacyjnych nadużyć, które właśnie ma zwalczać”¹⁰. Twierdzenie normatywne o ekonomicznej efektywności prawa może przybierać bardzo wiele odcieni, z których najmniej kontrowersyjną postacią jest niewątpliwie wskazanie, że

⁸ Tamże, s. 23.

⁹ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007, s. 12.

¹⁰ J. Stelmach, *Efektywne prawo*, w: S. Grodziski i in. (red.), *Vetera novis augere: studia i prace dedykowane Profesorowi Wacławowi Uruszcakowi*, t. 2, Kraków 2010, s. 958.

podstawowym (ale nie jedynym ani też nawet jedynym podstawowym) celem prawa powinna być efektywność ekonomiczna. Takie postawienie sprawy automatycznie tworzy kolejną preferencję dla stosowania wykładni funkcjonalnej¹¹.

Przybliżając pojęcie ekonomicznej efektywności w związku z ekonomiczną analizą prawa, wskazuje się zatem, że prawo powinno zwłaszcza realizować zakorzenioną w utylitaryzmie zasadę maksymalizacji dobrobytu, tak dobrobytu społecznego, jak i dobrobytu jednostek z osobna. Pojęcie maksymalizacji należy przy tym odnosić do wyboru najlepszej z dostępnych możliwości, na jakie pozwalają istniejące ograniczenia¹². W szczególności, idzie o zapewnienie, przez w określony sposób ukształtowane prawo, ekonomicznie efektywnej alokacji dóbr. W przekonaniu autorki, przyjęcie tak rozumianej efektywności ekonomicznej, jako jednego z celów prawa nie podważa bynajmniej możliwości realizacji przez prawo celów o charakterze pozagospodarczym – a zatem dążenie do efektywności ekonomicznej nie musi godzić w efektywność środowiskową danych unormowań¹³. Oczywiście już pojęcie ekonomicznie efektywnej alokacji dóbr definiowane bywa w rozmaity sposób – najczęściej jednak przez odwołanie się do koncepcji *V. Pareto* (według której mamy do czynienia z efektywnością, gdy nie da się poprawić sytuacji żadnego podmiotu bez pogarszania sytuacji pozostałych podmiotów) bądź koncepcji *Kaldora-Hicksa* (autorstwa *N. Kaldora* i *J.R. Hicksa*), identyfikowanej niekiedy jako „potencjalna

¹¹ *M. Peno*, *Ekonomia, efektywność i prawo*, w: *K. Nizioł, M. Peno* (red.), *Ekonomiczna analiza prawa publicznego – problemy, konteksty, zastosowania*, Szczecin 2019, s. 52.

¹² *R. Cooter, T. Ulen*, *Ekonomiczna analiza prawa*, s. 19.

¹³ Warto jednak w tym kontekście zwrócić uwagę na rozdzielność i zasadniczą odmienność efektywności w tradycyjnym rozumieniu (jako skuteczności w osiąganiu celów) w porównaniu z efektywnością ekonomiczną. Zob. *H. Kaczmarczyk*, *Efektywność prawa w sensie ekonomicznym*, w: *P. Chmielnicki* (red.), *Pochodzenie, tworzenie i efektywność prawa*, Warszawa 2014, s. 421. Jednocześnie ekonomiczna efektywność prawa tylko w niektórych ujęciach będzie miała punkt styczny ze sprawiedliwością. Jak wskazał *M. Klusek*: „Zagadnienie efektywności i sprawiedliwości norm prawnych w ekonomicznej analizie prawa może być rozważane na dwa sposoby. W pierwszym przypadku sprawiedliwość zostaje niejako włączona do ogólnego miernika dobrobytu społeczeństwa, tym samym ocena sprawiedliwości norm prawnych nie różni się znacznie od oceny efektywności ekonomicznej, lub wprost zawiera się w analizie ekonomicznej efektywności. W drugim przypadku, jeśli uznać sprawiedliwość za zewnętrzne wobec efektywności ekonomicznej kryterium oceny norm prawnych – ekonomiczna analiza prawa nie ma narzędzi dla oceny sprawiedliwości norm” – *M. Klusek*, *Efektywność i sprawiedliwość w kontekście modelowania zmiany preferencji w ekonomicznej analizie prawa*, w: *H. Kaczmarczyk, L.J. Pikula* (red.), *Granice efektywności prawa. Efektywność a zasady sprawiedliwości i słuszności*, t. II, Toruń 2016, s. 175–176.

poprawa w sensie *Pareto*¹⁴, zgodnie z którą za efektywną należy uznać sytuację, gdy: „nie istnieje żadna inna alokacja, przy której położenie co najmniej jednego podmiotu mogłoby się polepszyć w takim stopniu, że mógłby on – potencjalnie – wynagrodzić innym podmiotom pogorszenie ich sytuacji, które powstało wskutek «przejścia» do tej alokacji”¹⁵. Wprowadzenie czynnika możliwości potencjalnej rekompensaty powoduje, że koncepcja *Kaldora-Hicksa* cechuje się większym stopniem złożoności niż koncepcja *Pareto*. Jest to jednak „próba przezwyciężenia ograniczenia kryterium *Pareta*, polegającego na tym, że zalecane są jedynie te zmiany, przy których sytuacja przynajmniej jednej osoby ulega poprawie i niczyja sytuacja nie pogarsza się. Kryterium to wymaga, by osoby zyskujące każdorazowo *explicite* rekompensowały przegranym niekorzystną zmianę. W przypadku braku takiej wyraźnej wypłaty przegrani mogą zgłosić weto wobec jakiejkolwiek zmiany, a to oznacza, że każda zmiana musi być dokonywana przy jednomyślnej zgodzie”¹⁶. Ponieważ tak w życiu, jak i na gruncie unormowań prawnych sytuacje typu *win-win* bynajmniej nie stanowią reguły, ujęcie *Pareto* wyklucza uznane za efektywne większości rozwiązań prawnych. Dlatego częściej przyjmuje się do zastosowania koncepcję potencjalnej poprawy w sensie *Pareto*, która w odróżnieniu od rzeczywistej poprawy w sensie *Pareto* „pozwała na zmiany, w konsekwencji których są zarówno zyskujący, jak i przegrani, ale wymaga, by wygrani zyskiwali więcej, niż tracą przegrani”¹⁷. Nieco inaczej tłumaczą to J. Stelmach, B. Brożek i W. Załuski: „Zmiana danej sytuacji stanowi ulepszenie (udoskonalenie) w sensie *Kaldora-Hicksa*, jeśli korzyści osób zyskujących w wyniku wprowadzenia tej zmiany są wyższe niż straty osób poszkodowanych tą zmianą. Znaczy to, że jeśli zyskujący wskutek wprowadzenia takiej zmiany byłiby zmuszeni w pełni zrekompensować straty poszkodowanych, i tak znaleźliby się w położeniu korzystniejszym niż to, w jakim byli przed jej wprowadzeniem (sytuacja powstała po dokonaniu takiej rekompensaty byłaby ulepszeniem w sensie *Pareto* względem sytuacji wyjściowej) (...). Warto zwrócić uwagę jeszcze na dwa fakty dotyczące omawianego kryterium: po pierwsze, kryterium to jest teoretyczną podstawą tzw. *cost-benefit analysis*, tj. takiej analizy różnych opcji, przy której dokonujemy bilansu strat i zysków, jakie generuje każda opcja, i wybieramy tę, dla której bilans ten jest najkorzystniejszy; po drugie, miarą strat i zysków sto-

¹⁴ R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza prawa*, s. 53–54.

¹⁵ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów*, s. 14.

¹⁶ R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza prawa*, s. 53–54.

¹⁷ Tamże, s. 54.

sowanych w ramach tego kryterium będzie najczęściej miara pieniężna, a nie użytecznościowa (...)”¹⁸. Porównując różne ujęcia efektywności ekonomicznej, w doktrynie dostrzega się zbieżność ekonomicznej efektywności w ujęciu *Kaldora-Hicksa* z ekonomiczną efektywnością w ujęciu analizy marginalnej. Zbieżność tę opisuje się, wskazując, że: „efektywność ekonomiczna w ujęciu marginalnym wydaje się tylko odmiennym sformułowaniem – w języku analizy marginalnej – kryterium *Kaldora-Hicksa*. Stanowi po prostu zastosowanie tego kryterium do działań, które powodują minimalne zmiany poziomu realizacji jakiegoś celu, gdyż zakłada, że takie zmiany są dopuszczalne, jeśli powodują więcej korzyści niż strat”¹⁹. Ekonomiczna efektywność w ujęciu analizy marginalnej oznacza bowiem, że dane „rozwiązanie prawne powinno realizować jakoś pożądaný cel (na przykład redukcję zanieczyszczenia środowiska czy redukcję przestępczości) tylko do takiego poziomu, przy którym następuje zrównanie marginalnych kosztów społecznych realizacji tego celu (tj. kosztów społecznych wynikających ze zwiększenia poziomu realizacji tego celu o dowolnie małą jednostkę) i marginalnych korzyści społecznych realizacji tego celu (tj. korzyści społecznych wynikających ze zwiększenia poziomu realizacji tego celu o dowolnie małą jednostkę). Łatwo wyjaśnić, dlaczego właśnie taki poziom realizacji danego celu jest ekonomicznie efektywny. Jeśli wyjściowe marginalne koszty realizacji danego celu są niższe niż jej marginalne korzyści, należy ową realizację kontynuować, gdyż korzyści, jakie taka kontynuacja pociąga za sobą, są wyższe niż wynikające z niej koszty. Należy zaprzestać realizacji tego celu w punkcie, w którym marginalne koszty i marginalne korzyści zrównują się, gdyż powyżej tej granicy koszty zwiększenia poziomu realizacji celu o kolejną jednostkę będą przewyższać korzyści wynikające z takiej zmiany”²⁰. Z gruntu odmienne podejście ekonomii i ochrony środowiska w odniesieniu do kwestii zanieczyszczeń G. Peszko ujął natomiast w sposób następujący: „Nie fizyczne zmiany w środowisku, lecz ubytek dobrobytu jest przedmiotem analizy ekonomicznej. W sensie ekonomicznym pożądaný jest nie zerowy, lecz optymalny poziom zanieczyszczenia, czyli taki, przy którym społeczne koszty usunięcia dodatkowej jednostki zanieczyszczeń są równe społecznym kosztom szkód powodowanych przez tę jednostkę”²¹.

¹⁸ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, Dziesięć wykładów, s. 36–37.

¹⁹ Tamże, s. 39.

²⁰ Tamże, s. 37.

²¹ G. Peszko, Kontrowersje wokół kosztów zewnętrznych powodowanych przez zanieczyszczenie środowiska, w: K. Górka (red.), *Ekonomika ochrony środowiska naturalnego. Wybrane problemy*, Kraków 1993, s. 17.

W kontekście różnych ujęć efektywności ekonomicznej interesująca jest okoliczność, że o ile ogólna koncepcja o tym, że prawo powinno (obok spełniania innych ważnych zadań) dążyć do ekonomicznej efektywności nie budzi szerszego sprzeciwu, o tyle po zejściu na poziom uszczegóławiania tej koncepcji pojawiają się trudne do usunięcia wątpliwości. Łatwo zgodzić się, że prawo powinno zmierzać do maksymalizacji dobrobytu (a najprościej rzecz ujmując, zwiększać sumę szczęśliwości, jakkolwiek pojmowanej), natomiast dużo trudniej zaakceptować wiążące się z tym w sposób nieunikniony kompromisy. Ekonomiczna efektywność, postrzegana w kontekście maksymalizacji dobrobytu społecznego, określanego z kolei jako suma indywidualnych preferencji, spotkała się z krytyką, której argumenty są aktualne zwłaszcza na gruncie prawa ochrony środowiska. Koncepcji tej zarzucano bowiem brak uwzględniania kolektywnych czy wspólnotowych elementów i innych etycznych względów²². We wszystkich ujęciach ekonomicznej efektywności mamy do czynienia z pewnymi ustępstwami w osiąganiu wyznaczonych celów – o ile w koncepcji *Pareto* jest to jeszcze najmniej widoczne i dotkliwe, o tyle w koncepcjach *Kaldora-Hicksa* i analizy marginalnej wyraźnie spotykamy się już nie tyle z ustępstwami, ile z jawnym przyzwoleniem na określone straty, co może kojarzyć się z pokrzywdzeniem określonego kręgu podmiotów. Jednak w praktyce prawo dąży do efektywności właśnie w tych ujęciach, ponieważ wprowadzenie jakiegokolwiek regulacji prawnej zawsze wiąże się z określonymi stratami (powinnościami, obowiązkami, ciężarami) po stronie jakiejś grupy podmiotów. Wątpliwości tego rodzaju, odnoszące się do słuszności stosowania tych ujęć, są powiązane z na wpół świadomą intuicją, że prawo powinno realizować określone cele w sposób absolutny i bezwzględny; jeżeli zatem walczymy z przestępczością, to powinno się wytepścić ją do szczytu (a przynajmniej do tego dążyć), jeżeli chcemy chronić środowisko, to należy zapobiegać i niwelować wszelkie zanieczyszczenia (a przynajmniej ku temu zmierzać). Taka intuicja jest jednak w istocie samooszukiwaniem się – skoro bowiem nie ulega wątpliwości, że niemożliwością jest całkowita likwidacja przestępczości czy zanieczyszczeń środowiska, to jaki w praktyce walor ma deklarowana aspiracja ustawodawcy co do osiągnięcia takich skutków? Jak wskazuje się w doktrynie: „z efektywności ekonomicznej w ujęciu analizy marginalnej jasno wynika, że pożądane cele bardzo rzadko można osiągać w całości. Zazwyczaj dochodzi się do takiego punktu, w którym dalsza ich realizacja traci sens. Chodzi właśnie

²² Zob. szerzej R.B. Stewart, The Importance of Law and Economics for European Environmental Law, Yearbook of European Environmental Law, t. II, Oxford 2002, s. 2.

o punkt, w którym marginalne korzyści zrównują się z marginalnymi stratami. Z tego względu nie jest więc ekonomicznie efektywna np. całkowita eliminacja przestępczości, gdyż koszty społeczne utrzymania mechanizmów kontroli państwowej mających doprowadzić do takiej eliminacji byłyby ogromne. Wynika stąd, że można mówić o istnieniu tzw. ekonomicznie efektywnego poziomu przestępczości²³. Istnieje zatem także ekonomicznie efektywny poziom zanieczyszczenia, ponieważ doprowadzenie do całkowitego braku emisji zanieczyszczeń do środowiska byłoby nadmiernie kosztowne. Choć należy podkreślić, że idea kosztowej efektywności koncentruje się na wyborze najmniej kosztownych środków osiągania celów społecznych, takich jak ochrona środowiska, natomiast nie ingeruje w wyznaczanie celów samych w sobie²⁴ – to jednak jej zastosowanie w praktyce będzie zazwyczaj rzutować na niemożność bezwzględnej i całkowitej realizacji obranego celu ogólnego (nie mówimy tutaj oczywiście o wąsko pojmowanych celach ilościowo kwantyfikowalnych, jak np. redukcja emisji gazów cieplarnianych o określony procentowo wskaźnik). Jak pisze H. Kaczmarczyk: „Stąd kryterium efektywności Kaldora-Hicksa – jako mniej ścisłe w stosunku do paretąńskiego i dostosowane do praktyki życia publicznego (zazwyczaj ktoś traci na wprowadzaniu regulacji prawnej) jest podstawą teoretyczną stosowania dominującej grupy metod oceny skutków regulacji, czyli szacowania kosztów i korzyści z wprowadzenia lub zmiany regulacji dla wszystkich podmiotów, na które będzie oddziaływać. Jeżeli bieżąca wartość korzyści przekroczy bieżącą wartość kosztów, to z dużym prawdopodobieństwem można uznać, że wprowadzenie lub zmiana regulacji są efektywne w sensie Kaldora-Hicksa”²⁵.

W kontekście problematyki niniejszej pracy kwestia absolutnej (przynajmniej w wymiarze deklaratywnym) bądź nie realizacji celów prawa ma znaczenie o tyle, że określony sposób postrzegania ekonomicznej efektywności służy ocenie mechanizmów rynkowych stosowanych w prawie ochrony środowiska (np. handlu emisjami). Konkretnie, to rachunek zysków i strat, wywodzący się bezpośrednio z analizy marginalnej, a w zasadzie stanowiący jej uproszczone przełożenie na praktykę, jest probierzem dla tego typu instrumentów – choć w piśmiennictwie dostrzega się, że nie jest to związek nierozłączny, a zatem nawet bardzo poważne niekiedy wątpliwości odnoszące się do możliwości zastosowania analizy marginalnej, rzutujące na brak akceptacji takiej ana-

²³ J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, Dziesięć wykładów, s. 38.

²⁴ R.B. Stewart, The Importance of Law and Economics, s. 29.

²⁵ H. Kaczmarczyk, Efektywność prawa, s. 397.

lize, nie podważają zasadności wprowadzenia instrumentów rynkowych²⁶. Należy jednak podkreślić, że wyrażane w literaturze przedmiotu wątpliwości w tej kwestii dotyczą zazwyczaj etapu kształtowania prawodawstwa (podnosi się np. fundamentalną sprzeczność pomiędzy postulowanym przez ekonomistów zestawianiem interesów i stosowaniem miernika chęci zapłaty a zakotwiczonym w modelach konstytucyjnych państw europejskich sposobem równoważenia praw i wolności jednostki²⁷) aniżeli etapu wdrażania i oceny przyjętych w prawie rozwiązań. Także zatem wtedy, gdy kwestionujemy podejście *Law & Economics*, identyfikujące maksymalizację użyteczności społecznej jako jedyny czy jeden z głównych celów prawa, analiza ekonomiczna może dostarczyć cennych wskazówek do odpowiedniego ukształtowania instrumentów, które pomogą osiągnąć inne cele prawa, pozostające bez związku z zagadnieniami o charakterze ekonomicznym²⁸.

Nawiasem mówiąc, poprzez przyjmowanie takich, a nie innych zasad czy norm, legislatorzy coraz częściej wprost odżegnują się od najszerzej zakrojonych dążeń. Na gruncie prawa ochrony środowiska świadczy o tym choćby utrwalona obecność i imponujące rozpowszechnienie się zasady zrównoważonego rozwoju, nakazującej przecież poszukiwanie pewnej równowagi (kompromisu) pomiędzy przestrzeganiem wymogów ochrony środowiska naturalnego a względami rozwoju gospodarczego – a nie bezwzględne przyznawanie priorytetowego znaczenia względem ochrony środowiska naturalnego kosztem tego ostatniego czynnika.

Z tego punktu widzenia, naruszenia tej zasady upatrywać można w koncepcjach towarzyszących unijnej polityce klimatycznej, która w najszerszym zakresie spośród wszystkich sfer aktywności UE związanych z ochroną środowiska opiera się na instrumentach rynkowych; deklarowane dążenia do „zero-emisyjnego wzrostu gospodarczego” czy „dekarbonizacji” znamionują, w ocenie autorki, zupełne oderwanie się od względów ekonomicznej efektywności na rzecz podążania ścieżką określonej ideologii. Stoją one także w sprzeczności z podstawowym założeniem ekonomicznej analizy prawa, leżącej u podstaw stosowania instrumentów rynkowych.

O częściowej rezygnacji z wyznaczania absolutnych celów w prawie ochrony środowiska świadczą też konkretne instytucje tego obszaru, jak

²⁶ F. Ekardt, J. Wieding, Defending Environmental Economic Instruments Against the Economists and Their Opponents, w: K. Mathis, B.R. Huber (red.), *Environmental Law and Economics*, Cham 2017, s. 92–94.

²⁷ Tamże, s. 93.

²⁸ R.B. Stewart, *The Importance of Law and Economics*, s. 4.

np. pozwolenia emisyjne i związane z nimi opłaty za korzystanie ze środowiska (zatem po uzyskaniu pozwolenia dozwolone będzie emitowanie określonej ilości zanieczyszczeń, byleby zarazem ponosić opłaty za korzystanie, które jednak przecież nie rekompensują środowisku wprowadzonych zanieczyszczeń) czy obszary ograniczonego użytkowania i strefy przemysłowe (przez tworzenie których następuje *de facto* przyznanie się władz do bezradności w zakresie zapewnienia rzeczywistej realizacji określonych standardów jakości środowiska).

Kontrowersje, jakie budzą instrumenty rynkowe w ochronie środowiska w społeczeństwie, znajdują zatem swoje źródło już na poziomie uzasadnienia ich zastosowania – uzasadnienie to zakłada dopuszczenie określonego poziomu zanieczyszczenia środowiska i nakierowanie wysiłków legislatora na zapobieganie tylko pewnej części zanieczyszczeń. Realizacja celu środowiskowego w takim przypadku nie jest bezwzględna i zakłada pewną zdolność absorpcyjną środowiska naturalnego. Koresponduje to z dworkinowską koncepcją podziału na reguły i zasady²⁹ (rozdzielane w ten sposób, że te pierwsze mogą być realizowane bądź nie, natomiast te drugie stanowią dyrektywy o charakterze optymalizacyjnym, które urzeczywistniane mogą być – i najczęściej są – tylko w sposób częściowy).

Jak wskazują podane wyżej przykłady – w prawie ochrony środowiska istnieje bardzo wiele zasad i instytucji, które świadczą o tym, że nie dąży ono do całkowitej, absolutnej i bezwzględnej realizacji postawionych mu celów. Nie są to bynajmniej tylko instrumenty rynkowe czy nawet szerzej, tylko instrumenty ekonomiczne. Tymczasem to w szczególności te pierwsze najczęściej spotykają się z zarzutem niemoralności czy nieetyczności. Ta niemoralność czy nieetyczność miałyby manifestować się, po pierwsze, właśnie w świadomej rezygnacji z dążenia do bezwzględnej realizacji obranych celów i przyjęciu pewnego marginesu braku ich realizacji, a po drugie, w koncepcji, że prawo do zanieczyszczania środowiska można sobie kupić.

Kontrowersje te dotyczą w szczególności instrumentów rynkowych funkcjonujących w odniesieniu do wprowadzania do środowiska substancji lub energii (jak np. handel emisjami). W zakresie tak rozumianej niemoralności i nieetyczności nie ma jednak w mojej ocenie żadnych podstaw do czynienia rozróżnień między instrumentami rynkowymi a tradycyjnymi instrumentami administracyjnoprawnymi na niekorzyść tych pierwszych. Także w ramach instrumentów administracyjnoprawnych mamy niekiedy do czynienia z do-

²⁹ Szerzej na temat tej koncepcji R. Dworkina: T. Gizbert-Studnicki, Zasady i reguły prawne, PiP 1988, Nr 3; M. Dybowski, Ronald Dworkina koncepcja zasad prawa, RPEiS 2001, Nr 3.

puszczalnym progiem zanieczyszczeń określonym nieraz w sposób przemysłowy i ze znaczną precyzją. Ma to miejsce np. w kontekście pozwoleń na wprowadzanie zanieczyszczeń do środowiska, gdzie przecież też mamy do czynienia z określonymi ograniczeniami co do ilości wprowadzanych zanieczyszczeń (tworzonymi przez standardy imisyjne). W przypadku pozwoleń emisyjnych, podmioty chcące emitować zanieczyszczenia muszą za to płacić, a jednocześnie podlegają odgórnym ograniczeniom w zakresie wprowadzanych zanieczyszczeń (są to ograniczenia kreowane zarówno przez progi emisji określane w udzielanych pozwoleniach, jak i ograniczenia wynikające z ogólnie obowiązujących standardów jakości środowiska). W przypadku handlu emisjami, podmioty chcące emitować substancje objęte systemem są (w typowym modelu) również zmuszane do ponoszenia kosztów emisji poprzez zakup uprawnień emisyjnych, a jednocześnie podlegają pod tzw. *cap*, określony poprzez ustalenie liczby pozwoleń dostępnych na rynku.

Z etycznego punktu widzenia, w istocie rzeczy między przytoczonymi przykładami nie ma żadnej różnicy – chyba tylko taka, że w przypadku handlu emisjami wprost mówi się o kupowaniu czy handlowaniu prawami do zanieczyszczania, podczas gdy w przypadku pozwoleń emisyjnych związek między odpłatnością a możliwością korzystania ze środowiska w określony sposób (tj. przez wprowadzanie zanieczyszczeń) nie jest określony w sposób tak bezpośredni (nie mówi się o kupowaniu pozwoleń). W kontekście handlu emisjami poniesienie opłaty następuje już przy nabywaniu praw do zanieczyszczania (jednostek uprawnień emisyjnych), a w systemie pozwoleń emisyjnych i opłat za korzystanie ze środowiska płatność następuje *ex post*, więc jest raczej powiązana z realizacją aniżeli z nabywaniem możliwości zanieczyszczania środowiska. Nie ulega jednak wątpliwości, że różnice te mają charakter powierzchowny, ponieważ w rzeczywistości także na gruncie pozwoleń emisyjnych i związanych z nimi opłat za korzystanie ze środowiska mamy do czynienia z podobnie „niemoralnym” czy „nieetycznym” nabywaniem praw do zanieczyszczania, jak ma to miejsce w ramach instrumentów rynkowych takich jak handel emisjami³⁰. Jednocześnie trudno za bardziej niemoralne *per se* uznawać nabywanie uprawnień do emisji między podmiotami prywatnymi (w ramach wtórnej alokacji uprawnień pomiędzy jednostkami uczestniczącymi w systemie handlu uprawnieniami) od nabywania praw do zanieczyszczania od władz

³⁰ Szerzej zarzuty natury etycznej względem handlu emisjami przedstawia E.A. Page, w: E.A. Page, The ethics of emissions trading, WIRCC 2013, Nr 4 oraz J. Dirix i in., Emissions Trading Ethics, Ethics, Policy & Environment 2016, Nr 1.

publicznych (na których rzecz podmioty korzystające ze środowiska ponoszą opłaty za takie korzystanie). To raczej możliwość nabycia prawa do zanieczyszczania od władz publicznych mogłaby budzić większe wątpliwości z tego punktu widzenia.

W kontekście etyki, istotna różnica pomiędzy odpłatnym korzystaniem ze środowiska przez wprowadzanie do niego określonych substancji i energii w ramach systemu pozwoleń emisyjnych i opłat za korzystanie ze środowiska, a nabywaniem uprawnień do emisji w ramach systemów handlu emisjami leży, zdaniem autorki, zupełnie gdzie indziej. Mianowicie, przy zastosowaniu pozwoleń emisyjnych i opłat za korzystanie ze środowiska cena realizacji praw do zanieczyszczania środowiska jest zawsze taka sama i równa dla wszystkich zainteresowanych podmiotów, tymczasem w ramach mechanizmów rynkowych cena nabywania praw do zanieczyszczania środowiska podlega fluktuacjom, co sprawia, że nabywanie uprawnień może w różnym czasie stawiać się korzystne bądź niekorzystne dla odmiennego kręgu podmiotów. Oczywiście, wspomniana równość i stałość w przypadku tego pierwszego mechanizmu mogą być na pierwszy rzut oka uznawane za cechy pożądane.

W odniesieniu do równości ceny dla wszystkich podmiotów, nasuwają się tu skojarzenia z równością wobec prawa, natomiast przy stałości ceny wartością pokrewną byłaby pewność podmiotów prywatnych co do ich sytuacji. Niewątpliwie instrumenty administracyjnoprawne zapewniają większe uporządkowanie reguł gry, podczas gdy konieczność uczestniczenia w systemie, w którym ceny płynnie się zmieniają, może tworzyć wrażenie pewnego prawnie usankcjonowanego chaosu. Z drugiej jednak strony, w praktyce opłaty za korzystanie ze środowiska ustalone są w sposób dalece arbitralny, w odezwaniu od rzeczywistej wyceny kosztu ponoszonego przez środowisko przez to, że wprowadza się do niego określone substancje i energie. Powoduje to, że opłaty takie są zazwyczaj niedoszacowane i nie realizują zamierzonego celu środowiskowego, gdyż nie dostarczają żadnego albo prawie żadnego bodźca do wprowadzenia w przedsiębiorstwie zmian technologicznych, które pozwoliłyby na zmniejszanie emisji zanieczyszczeń. Skutkiem tego, opłaty za korzystanie ze środowiska są ponoszone, zanieczyszczenia emitowane i trudno tu mówić o jakimkolwiek postępie. Z etycznego punktu widzenia, różnica zaznaczałaby się tu więc raczej na niekorzyść instrumentów administracyjnoprawnych (czy etyczne jest, aby regulacje w wymiarze deklaratywnym nakierowane na realizację celów środowiskowych tych celów były tak ukształtowane, żeby w rzeczywistości nie miały szans realizować tych celów?).

Praktycznie rzecz biorąc, można byłoby w taki sposób ukształtować instrumenty administracyjnoprawne, aby miały one w sobie pierwiastek instrumentów rynkowych, czyli na gruncie powyższego przykładu pozwoleń emisyjnych i opłat za korzystanie ze środowiska w taki sposób określić wartość tych opłat, żeby uwzględniały one koszty środowiskowe. Rzeczywiste wdrożenie takiego rozwiązania nastrocza jednak istotnych trudności, związanych w szczególności z metodyką szacowania wspomnianej wartości. Tymczasem na gruncie handlu uprawnieniami do emisji określonych substancji czy energii, ilość uprawnień dostępna w systemie jest określona na poziomie motywującym do prośrodowiskowych zmian, gdyż niedobór tych uprawnień (często jeszcze pogłębiający się w wyniku wprowadzenia dynamicznego zorientowania systemu) stanowi mocny sygnał oddziałujący na cenę uprawnień emisyjnych na rynku, podlegających zasadom regulującym popyt i podaż. Rosnące ceny uprawnień emisyjnych skłaniają podmioty uczestniczące w wykreowanym rynku do rozważania ograniczania emisji, w szczególności przez zastosowanie lepszych rozwiązań technologicznych, zamiast ponoszenia wzrastających kosztów nabywania uprawnień. Ta pierwsza opcja ma też tę przewagę, że rozwiązuje problem na dłużej niż tylko na dany okres rozliczeniowy, jak ma to, co do zasady, miejsce w przypadku wyboru opcji nabywania uprawnień emisyjnych.

W tym miejscu często wskazuje się na walor, który miałyby odróżniać instrumenty rynkowe od instrumentów administracyjnoprawnych: oto podmioty mogą samodzielnie decydować, jakie postępowanie będzie dla nich korzystniejsze z ekonomicznego punktu widzenia, a odpowiedź na to pytanie będzie różna w zależności od uwarunkowań towarzyszących funkcjonowaniu (działalności) poszczególnych uczestników systemu. Mówi się zatem o elastyczności gwarantowanej podmiotom przez instrumenty rynkowe. Ta elastyczność i wolność wyboru ulega często absolutyzacji i ujmowana bywa jako wartość sama w sobie, tymczasem częstokroć zapomina się o tym, że kierując się jedynie albo choćby w podstawowej mierze rachunkiem ekonomicznym, podmioty prywatne wolałyby takiego wyboru nie musieć dokonywać, o ile przyniosłoby to im większe oszczędności. Na gruncie przedstawionego przykładu, tj. zestawienia systemu pozwoleń emisyjnych i opłat za korzystanie ze środowiska z systemem handlu emisjami, takie większe oszczędności są możliwe raczej w tym pierwszym mechanizmie aniżeli w tym drugim, jeżeli założymy (zgodnie z występującą praktyką) umiarkowaną wysokość opłat za korzystanie ze środowiska. Oczywiście nie uzasadnia to w żaden sposób przypisywania większej ekonomicznej efektywności instrumentom typu *command-and-*

control; na gruncie niniejszej publikacji i zagadnienia mechanizmów rynkowych prawa ochrony środowiska, pojęcie efektywności ekonomicznej swoją treścią nie będzie siłą rzeczy odpowiadać jego potocznemu rozumieniu, czyli większej materialnej korzyści, a tym bardziej większej materialnej korzyści dla podmiotów prywatnych, które są adresatami rozmaitych instrumentów w ochronie środowiska.

Na marginesie powyższych rozważań, warto zauważyć, że w doktrynie wskazano na wyraźną przewagę instrumentów rynkowych nad tradycyjnymi instrumentami administracyjnoprawnymi w sytuacji, gdy konieczność redukcji emisji nie dotyczy już tylko dużych źródeł zanieczyszczenia, ale gdy niezbędne jest także oddziaływanie na podmioty mniejsze i konsumentów. W takich przypadkach (a właśnie z nimi mamy do czynienia w czasach antropocenu) uwidoczniają się bowiem wszystkie wady mechanizmów *command-and-control*: sztywność, brak spójności i koordynacji różnych wymogów, nadmierna ilość towarzyszących im informacji, ograniczona skuteczność, brak ekonomicznej efektywności. Stawia się zatem tezę o konieczności zmiany paradygmatu regulacyjnego w ochronie środowiska³¹. Na szczeblu prawa UE, taka zmiana została zapoczątkowana na przełomie XX i XXI w.; zwiększone zainteresowanie instrumentami ekonomicznymi *sensu largo* i *sensu stricto* w ochronie środowiska odpowiadało wzmożonej uwadze poświęcanej kwestii implikacji polityki w dziedzinie środowiska naturalnego na konkurencyjność w zglobalizowanym świecie³².

Oprócz wymienionych tu wyżej twierdzeń o prawie jako zbiorze faktów o charakterze ekonomicznym i o efektywności prawa, twierdzeniem występującym w ruchu *Law & Economics* jest teza, że twórcą i podmiotem prawa jest (albo raczej powinien być) *homo oeconomicus*. Jak wskazuje J. Stelmach: „Przyjmując to twierdzenie, zakłada się, że człowiek jest istotą ekonomicznie racjonalną, to znaczy, jest racjonalny w sensie instrumentalnym, czyli wybiera adekwatne środki do realizacji swoich celów (czy też, używając języka teorii racjonalnego wyboru, dąży do maksymalizacji swojej funkcji użyteczności – jest to element formalny koncepcji *homo oeconomicus*) oraz kieruje się motywami egoistycznymi, to znaczy, że cele, które sobie stawia mają charakter egoistyczny, bowiem zależy mu tylko na pomnażaniu jego własnych dóbr (jest to z kolei element materialny koncepcji *homo oeconomicus*). Z tych też powodów

³¹ R.B. Stewart, *The Importance of Law and Economics*, s. 12.

³² D. Langlet, S. Mahmoudi, *EU Environmental Law and Policy*, Oxford 2016, s. 152.

tworzy on prawo regulujące sferę działań wspólnych oraz prawo to, ze względu na własny interes, przestrzega”³³.

Oczywiście koncepcja ta jest zdecydowanie bardziej popularna w wersji pewnego postulatu aniżeli deskryptywnego twierdzenia na temat rzeczywistości, bo w tej drugiej wersji budzi ono poważne wątpliwości – jak zresztą w ogóle aprioryczne założenie, że człowiek jest istotą racjonalną. W piśmiennictwie wskazano w szczególności następujące problemy z koncepcją *homo oeconomicus* w zderzeniu z rzeczywistością:

- 1) w rzeczywistości ludzie nie działają w sposób racjonalny, zaś ludzki proces decyzyjny jest determinowany przez uproszczone strategie decyzyjne i heurystykę;
- 2) przy podejmowaniu decyzji ludzie nie postępują zgodnie z oczekiwaniami związanymi z teorią użyteczności, lecz podejmują decyzje satysfakcjonujące z punktu widzenia ludzkiej natury i kontekstu;
- 3) ludzie nie są zorientowani na egoistyczną maksymalizację ich dobrobytu, ale biorą pod uwagę również inne osoby, normy społeczne i wspólne działania³⁴.

Natomiast przy analizie tego twierdzenia w wersji postulatu trudno uniknąć wątpliwości, czy rzeczywiście człowiek powinien być do końca ekonomicznie racjonalny, tzn. czy rzeczywiście jego jedynym bądź pierwszorzędnym motywem postępowania powinno być dążenie do maksymalizacji jego szczęśliwości, kierowane względami egoistycznymi. Abstrahując zupełnie od kwestii etycznych, należałoby zadać sobie pytanie, na ile tak motywowane działanie rzeczywiście doprowadza do pożądanых rezultatów z punktu widzenia wspólnych interesów.

Dobłą ilustracją dla wątpliwości w tym zakresie są omawiane na gruncie ochrony środowiska, a więc w dalszej części niniejszego rozdziału, mechanizmy zachowań przyczyniające się do problemów z nadmiernym wykorzystywaniem zasobów naturalnych. Zaproponowano zresztą zastąpienie paradygmatu „człowieka ekonomicznego” (*homo oeconomicus*) paradygmatem „człowieka działającego” (*homo agens*), przez którego należy rozumieć jednostkę realizującą celowe (nakierowane na osiągnięcie określonych celów) działania³⁵. Na gruncie ekonomii środowiska, w piśmiennictwie podważono użyteczność

³³ J. Stelmach, Spór o ekonomiczną analizę prawa, s. 14.

³⁴ A.K. Bogucki, Classical theories of rational choice and homo oeconomicus in the light of behavioural law and economics, PPP 2018, Nr 12, s. 9.

³⁵ Zob. szerzej na temat tej koncepcji L. Misesa: H. Kaczmarczyk, Efektywność prawa, s. 388–390.