

Ekonomiczna analiza odpowiedzialności odszkodowawczej

Ekonomiczna analiza prawa¹ poprzez zastosowanie teorii i metod ekonomicznych stara się wyjaśnić strukturę prawa oraz jego instytucje, a także dokonać analizy skutków określonych rozwiązań prawnych². Prawo jako obiekt badań L&E nie jest traktowane jako element występujący poza systemem ekonomicznym, ale jako jego część. Dzięki narzędziom ekonomicznym można dokonać analizy rozwoju określonych rozwiązań prawnych oraz ich skutków³. Różnorodność spraw, które można badać za pomocą metod ekonomicznych, upoważnia do stwierdzenia, że L&E może być z powodzeniem stosowana w całym obszarze prawa. Narzędzia ekonomiczne mogą być wykorzystywane do badania gałęzi prawa odnoszących się w sposób jednoznaczny do zagadnień ekonomicznych, chociaż znajdują one zastosowanie również do badania prawa konstytucyjnego czy karnego.

1 W polskiej doktrynie najczęściej pojęcie *Economic Analysis of Law*, inaczej *Law & Economics* (w skrócie: L&E) określa się mianem ekonomicznej analizy prawa, aczkolwiek można się spotkać także z określeniami „ekonomiczna teoria prawa” czy też „prawo i ekonomia”.

2 C. Rowley, *Public Choice and the Economic Analysis of Law*, [w:] N. Mercurio (ed.), *Law and Economics*, Boston 1989, s. 125.

3 L. Balcerowicz, *Systemy gospodarcze. Elementy analizy porównawczej*, Warszawa 1993, s. 8.

Przepisy dotyczące odpowiedzialności odszkodowawczej zostały jako jedne z pierwszych z powodzeniem zanalizowane przez zastosowanie narzędzi ekonomicznych. W odniesieniu do odpowiedzialności odszkodowawczej rozważania ekonomicznej analizy prawa skupiają się na tym, w jaki sposób zasada odpowiedzialności wpłynie z jednej strony na zachowanie potencjalnego sprawcy, z drugiej strony – potencjalnego skrzywdzonego czy poszkodowanego.

Teoria ekonomii zakłada dwa różne sposoby podejścia do prawa: deskryptywny i normatywny. Pierwszy koncentruje się na efektach obowiązujących zasad prawnych, czyli bada – w odniesieniu do odpowiedzialności odszkodowawczej – jaki jest wpływ zasad odpowiedzialności na liczbę wypadków drogowych, możliwość kompensacji szkód czy koszty procesu. Zakłada się przy tym, że podmioty zachowują się racjonalnie, to znaczy – przewidują konsekwencje swojego zachowania i kierują nim tak, aby zwiększyć zyski. Dzięki takiemu założeniu możliwe jest określenie wpływu reguł prawa na zachowanie jednostek. Drugie podejście – normatywne, odnosi się do społecznej celowości reguł prawnych. Stawia pytanie, czy przepisy regulujące odpowiedzialność za wypadki drogowe są społecznie pozytywne. Dana reguła prawa będzie uznawana za nadrzędną nad inną, jeśli przyniesie zwiększenie dobrobytu społecznego, przy czym w zależności od tego, jakie kryterium zostanie przyjęte, za najkorzystniejsze mogą być uznane różne regulacje prawne⁴.

Uznaje się, jak dowodził już Bentham, że na dobrobyt społeczny składa się suma dobrobytu każdej jednej indywidualnej jednostki w społeczeństwie. Jeśli więc jej dobrobyt jednostki rośnie, tym samym wzrasta dobrobyt społeczny⁵. Na powodzenie konkretnej jednostki wpływa wszystko to, na czym jej zależy, zarówno korzyści materialne, jak i poczucie spełnienia, bezpieczeństwa czy sprawiedliwości. Miara dobrobytu społecznego może być również jednakowy poziom powodzenia jednostek, co oznacza, że dobrobyt społeczeństwa jest wyższy, kiedy jednostkom wiedzie się na podobnym poziomie⁶. Badaniem wyborów społecznych zajął się Vilfredo Pareto, według którego efektywność optimum w społeczeństwie zachodzi wówczas, gdy nie można wzbogacić jednostki bez pogarszania sytuacji innej⁷.

4 S. Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge 2004, s. 1–5.

5 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford 1907.

6 *Ibidem*, s. 2–3.

7 *Ibidem*, s. 23; H.B. Schafer, C. Ott, *The Economic Analysis of Civil Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2004, s. 22.

Ekonomiści zwracają również uwagę na fakt, że ludzie mają nieograniczone potrzeby, natomiast ograniczone środki. Prowadzi to do szczególnego skupienia się ekonomii na kwestii rzadkości dóbr, która jest podstawą ekonomicznego myślenia.

Rozważania dotyczące ekonomicznej teorii odpowiedzialności odszkodowawczej muszą być prowadzone w oparciu o podstawowe koncepcje w obszarze L&E: m.in. założenie o racjonalności jednostek, twierdzenie Coase'a czy założenie o kosztach transakcyjnych. Aby móc badać zjawiska społeczne, ekonomiści konstruują założenia, co następnie umożliwia im tworzenie koncepcji. Założenia pozwalają skupić się, za pomocą abstrakcji, w danym momencie tylko na kilku kwestiach, lecz w praktyce często prowadzi do nienaturalnego uproszczenia rzeczywistości⁸. Nie mają one jednak na celu wiernego odtworzenia rzeczywistości, a lepsze poznanie mechanizmów, które sterują społeczeństwem. Założenia opierają się na prawdopodobieństwie, a nie pewności wystąpienia danego stanu.

Dla ekonomicznej analizy przepisów prawa niezbędne jest rozróżnienie dwóch pojęć: „niepewności” i „ryzyka”. Ryzyko ujęte jest jako statystyczne prawdopodobieństwo, które może być oszacowane, a tym samym ubezpieczone. Z kolei niepewność jest niewiadomą przyszłości; wyraża coś, co może się zdarzyć w kolejnej minucie i czego nie da się przewidzieć. Ekonomiczna analiza prawa posługuje się pojęciem ryzyka.

Cele stawiane przez L&E prawu odpowiedzialności mają przełożenie na postulaty kierowane do ustawodawcy i sądu stosującego prawo. Uregulowania prawne powinny dać odpowiedź na trzy zagadnienia: jakie szkody powinny być wynagrodzone, jakimi środkami powinno to nastąpić oraz jaki powinien być zasięg odpowiedzialności. Prawa deliktów, a zwłaszcza konkretnych przepisów opierających się na określonej zasadzie odpowiedzialności, nie można analizować w oderwaniu od celu oraz środków, jakimi powinno posługiwać się prawo⁹. Widać to wyraźnie w przypadku zasady ryzyka, niezależnej od winy, w której przepisy ustawy wyznaczają granice odpowiedzialności i nakładają ją w konkretnym zakresie na osobę, która niekoniecznie jest bezpośrednim sprawcą szkody¹⁰.

8 A.M. Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, New York 2003, s. 2–6.

9 H.B. Schafer, C. Ott, *op. cit.*, s. 110.

10 Np. odpowiada posiadacz pojazdu, nie kierowca; zajmujący pomieszczenie, a nie wyrzucający przedmiot.

Aby spojrzeć na prawo deliktów w sposób kompleksowy, nie można sprowadzać odpowiedzialności odszkodowawczej jedynie do kompensacji szkody osoby pokrzywdzonej, jednocześnie traktując prewencję jako zagadnienie poboczne. Z wolennicy ekonomicznej analizy prawa przekonują, że kwestia zapobiegawcza powinna być wysunięta na pierwszy plan. Jeśli chodziłoby wyłącznie o kompensację szkód, z powodzeniem przepisy dotyczące odpowiedzialności odszkodowawczej mogłyby być zastąpione przez pełny system ubezpieczeń¹¹. Choć takie twierdzenie jest dość abstrakcyjne, to jednak można dojść do wniosku, że ubezpieczenia byłyby systemem łatwiejszym i prostszym do stosowania. Wynika z tego następny wniosek, a mianowicie, że zapłata odszkodowania nie prowadzi do usunięcia szkody, a jedynie do przeniesienia kosztów jej poniesienia na inną osobę, na którą została nałożona odpowiedzialność¹². Naprawienie szkody nie powoduje przywrócenia stanu poprzedniego, a w związku z powstaniem szkody społeczeństwo jako całość i tak odnosi uszczerbek. Zmienia się tylko podmiot, który szkodę pokrywa.

Należy zgodzić się z Guidem Calabresim, który podkreślał, że wypadków nie da się wyeliminować. Społeczeństwa praktycznie cały czas podejmują decyzje, które prowadzą do różnego rodzaju wypadków. W celu zwiększenia komfortu życia ludzie często działają ryzykownie, nie oglądając się na niebezpieczeństwo, jakie niosą udogodnienia i rozwój techniczny. Na pierwszy plan wysunięty jest komfort, szybkość i efektywność¹³. Calabresi podkreśla, że zapewnienie pełnego bezpieczeństwa za dużo kosztuje. Pewne niebezpieczne zachowania mogą być oczywiście wyeliminowane wskutek zakazów prawnych, ale takie rozwiązanie uniemożliwiłoby normalne funkcjonowanie społeczeństwa¹⁴.

¹¹ *Ibidem*, s. 111.

¹² *Ibidem*.

¹³ Jako przykłady można podać przyspieszenie rozwoju przedsiębiorstwa poprzez wprowadzanie nowych technologii, mechanizacja procesów produkcji, konstruowanie pojazdów osiągających coraz większą prędkość.

¹⁴ G. Calabresi, *The Decision for Accidents: an Approach to Non-fault Allocation of Costs*, Harvard Law Review 1965, t. 78, nr 4, s. 716–717. Autor wskazuje, że kwestię niebezpiecznych działań musi rozwiązać rynek. Za przykład może posłużyć budowa tunelu pod Mount Blanc, który ma ułatwić i skrócić podróż pomiędzy Francją a Włochami. Decyzja o budowie takiego połączenia zostanie podjęta, nawet jeśli wiadomo, że statystycznie co kilometr tunelu umrze człowiek. Społeczeństwa podejmują działania, mimo że wiedzą, że spowodują one wypadki. Oczywiście chodzi tu o statystyczną liczbę wypadków, gdyż w przypadku gdy chodzi o konkretnego człowieka, inni są w stanie zrobić wszystko, bez względu na koszty, aby go uratować.

Prawo skupia się na kompensacji szkody i przesunięciu kosztów wypadku z poszkodowanego na sprawcę, jednak trzeba otwarcie powiedzieć, że celem odpowiedzialności odszkodowawczej nie jest ukaranie sprawców szkody¹⁵. Ekonomiczna analiza prawa nie traktuje pr zepisów dotyczących odpowiedzialności odszkodowawczej wyłącznie z punktu widzenia kompensacji szkody, lecz pr óbuje znaleźć takie r związania, które zminimalizują koszty.

Według Calabresiego występują trzy rodzaje kosztów związanych ze szkodą: pierwszorzędne, drugorzędne i trzeciorzędne. Społecznym celem odpowiedzialności odszkodowawczej jest ich zminimalizowanie¹⁶. Na pierwszym miejscu Calabresi stawia koszty wyrażające wartość szkody poniesionej przez ofiarę wypadku, czyli m.in. koszty leczenia, utratę zysków, cierpienie; przy czym, jak można zauważyć, nie musi być to bezpośrednio szkoda pieniężna. Nie oznacza to, zdaniem autora, że kosztów należy unikać w każdym przypadku, niezależnie od tego, ile takie uniknięcie będzie kosztować. Takie podejście stara się tłumaczyć koncepcją optymalnej troski – uniknięcie szkody będzie opłacalne, jeśli koszty samego uniknięcia nie przekroczą kosztów poniesienia szkody. Pod uwagę powinien zostać wzięty również optymalny poziom aktywności. D rugi rodzaj kosztów wynika z niedostatecznego naprawienia szkód osobie pokrzywdzonej, co jest związane z jej cechami osobistymi i rozproszeniem ryzyka¹⁷. Koszty trzeciorzędne dotyczą regulowania kosztów pierwszego i drugiego stopnia (koszty administr owania, koszty procesowe, obsługi prawnej). Calabresi proponuje dwie metody, które mogłyby obniżyć koszty: odstraszenie poprzez obciążenie kosztami wypadków sprawcę (co niekoniecznie musi być skuteczne zwłaszcza, gdy sprawca pozostaje obojętny na nałoż one na niego koszty) oraz odstraszenie sz czególne, które ma celu bezpośrednio wpływanie na zachowanie niebezpieczne (np. zakaz przekraczania prędkości)¹⁸.

Ekonomiści stawiają odpowiedzialności odszkodowawczej cel, jakim jest internalizacja kosztów szkody. Ponieważ koszty są trakto wane jako element zewnętrzny, należy je „uw ewnętrznić” poprzez obowiązek naprawienia szkody przez sprawcę. Poszczególne zasady odpowiedzialności

¹⁵ W tym zakresie właściwe będą przepisy prawa karnego.

¹⁶ H. B. Schafer, C. Ott, *op. cit.*, 113.

¹⁷ *Ibidem*, s. 117–121.

¹⁸ J. Beldowski, K. Metelska-Szaniawska, *Law & Economics – geneza i charakterystyka ekonomicznej analizy prawa*, Bank i Kredyt, 2007, nr 10, s. 60.

są traktowane jako „sposób na zinternalizowanie efektów zewnętrznych, które powstają ze względu na wysokie koszty transakcyjne”¹⁹. Trzeba podkreślić, że przy deliktach występują wysokie koszty transakcyjne – strony nie mogą negocjować, zazwyczaj się nie znają, a okoliczności powodujące szkody występują nagle. Prawo ma więc za zadanie zinternalizować powstałe koszty i w zależności od danej reguły prawnej może zrobić to w różny sposób. Społecznym celem przy regulowaniu odpowiedzialności odszkodowawczej jest zminimalizowanie sumy kosztów staranności oraz kosztów wypadków, nazywanych całkowitym kosztem społecznym²⁰.

Podstawą rozważań o kosztach transakcyjnych i ich wpływie na prawo jest twierdzenie Coase’a. W ciekawy sposób twierdzenie Coase’a ujął Mitchell Polinsky. Przedstawił on sytuację, w której dym z fabryki niszczy pranie pięciu pobliskim mieszkańcom. Bez podejmowania żadnych działań, każdy z nich odniesie szkodę w wysokości 75 \$, czyli łącznie 375 \$. Dym może być jednak wyeliminowany poprzez albo założenie katalizatora w fabryce za 150 \$ albo zakupienie przez każdego mieszkańca suszarki elektrycznej o koszcie 50 \$ za sztukę. Na pierwszy rzut oka wydaje się, że efektywnym, optymalnym rozwiązaniem byłoby wyeliminowanie szkód (375 \$) poprzez zainstalowanie katalizatora (150 \$), niż zakup pięciu suszarek (250 \$). Coase badał jednak, jak zmieni się efektywność rozwiązania w zależności od tego, czy prawo do zanieczyszczenia będzie miała fabryka, czy też prawo do czystego powietrza będzie należeć do mieszkańców. W zależności od istnienia kosztów transakcyjnych (koszt zebrania się stron, negocjowania, ewentualnego procesu czy skłonienia drugiej strony do wykonania ustaleń) można wysunąć dwie wersje twierdzenia Coase’a: uproszczoną i złożoną. Zgodnie z wersją uproszczoną, przy nieistnieniu kosztów transakcyjnych efektywny rezultat pojawi się niezależnie od wybranej reguły prawa. Jeśli koszty transakcyjne będą zerowe dla obydwu stron korzystne będzie założenie katalizatora za 150 \$. W tym przypadku wybór reguły prawa wpłynie wyłącznie na to, kto będzie musiał pokryć szkodę (mieszkańcy – jeśli fabryka ma prawo do zanieczyszczenia, czy fabryka – gdy mieszkańcy mają prawo do czystego powietrza). Prawo będzie więc redystrybuować zyski i straty. Oczywiście założenie, że nie występują żadne koszty transakcyjne, w większości sytuacji jest nierealne i dlatego twierdzenie Coase’a w drugiej wersji będzie

19 R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza prawa*, Warszawa 2009, s. 393.

20 S. Shavell, *Foundations of Economic Analysis...*, s. 178.

sformułowane inaczej. Zgodnie z nią, jeśli występują koszty transakcyjne, efektywny rezultat niekoniecznie pojawi się przy zastosowaniu każdej reguły prawa. Należy więc skłaniać się ku wyborze takiej reguły, która zmniejszy dodatkowe koszty. Twierdzenie Coase'a może stanowić przewodnik albo chociaż wskazówkę, jakie reguły prawa wybrać, aby można było mówić o efektywności. Należy jednak zauważyć, że wybór reguły prawa nie zawsze doprowadzi do najmniej kosztownych rozwiązań²¹.

W związku z tym odpowiedzialność odszkodowawcza ma na celu stworzenie bodźców do efektywnego zachowania tak, aby nie dopuścić do powstania zbyt wysokich kosztów. Przez „odstraszenie” od podejmowania działań niebezpiecznych prawo może zminimalizować prawdopodobieństwo wystąpienia wypadków, a tym samym kosztów, przy czym całkowita ich eliminacja, jak już stwierdzono, nie jest możliwa. Poddawanie do oceny działań, które mogą przynieść szkodę, jest często niezbędne dla normalnego życia.

Podstawowe znaczenie dla L&E w zakresie prawa deliktów ma sposób, w jaki funkcjonują zasady odpowiedzialności odszkodowawczej. Uwaga skupia się głównie na dwóch zasadach: winy i ryzyka, z różnymi ich odmianami. Należy zaznaczyć, że nie każde spowodowanie szkody uruchomi odpowiedzialność odszkodowawczą. Do tego potrzebne są szczegółowe regulacje prawne, które wskażą, w jakich przypadkach istnieje obowiązek naprawienia szkody, a w jakich nie. Systemy prawne różnych państw samodzielnie decydują o tym, w jakich przypadkach nałożyć odpowiedzialność na sprawcę. Zasada winy nakłada odpowiedzialność na osobę, która spowodowała szkodę swoim zachowaniem, jeśli zachowanie to było zawinione, a więc gdy sprawca nie dopełnił należytej ostrożności. Zasada ta jest w pewien sposób związana z moralnością i ogólnym poczuciem sprawiedliwości. Jej istotą jest fakt „bycia winnym” (umyślnie lub nieumyślnie). O sobie odpowiedzialnej można postawić zarzut naganego zachowania się, przy czym ustalenie odpowiedniego poziomu staranności, którym powinna uczynić zadość osoba, należy do sądów. W polskim systemie odpowiedzialności deliktowej sądy określają poziom staranności w granicach wyznaczonych przez art. 355 k.c. Po drugiej stronie znajduje się odwołanie od winy zasada ryzyka, która wprowadza odpowiedzialność tam, gdzie pojawia się ponadprzeciętne niebezpieczeństwo związane z określoną aktywnością. Osoba jest odpo-

21 A.M. Polinsky, *op. cit.*, s. 13–16.

wiedzialna nie dlatego, że nie dopełniła określonego stopnia staranności, ale dlatego, że ze względu na działania obarczone znacznym ryzykiem dany przepis tak stanowi (np. prowadzenie przedsiębiorstwa, posługiwanie się pojazdem). Przepisy mogą także rozszerzać odpowiedzialność na osoby, które nie są bezpośrednimi sprawcami szkody, czyli będą one odpowiadać nie za swoje działania, ale za zachowanie osób trzecich.

Aby można było mówić o odpowiedzialności odszkodowawczej w kryteriach ekonomicznej efektywności, prawo powinno kreować bodźce, aby sprawcy szkody dążyli do wykazania poziomu, gdzie dodatkowa jednostka ostrożności może zminimalizować oczekiwane szkody²². Analizując zasady odpowiedzialności pod kątem ich efektywności, należy mieć na uwadze, że według zwolenników ekonomicznej analizy prawa zgodne z naturą człowieka jest dążenie do maksymalizacji zysków. Jednostka stara się znaleźć takie rozwiązanie, które przyniesie jej najwięcej korzyści przy jak najniższych kosztach. Korzyść jest przy tym dobrem materialnym, w którym wyrazić można użyteczność każdej aktywności²³.

Analizę wypadków można przeprowadzić w oparciu o dwa różne modele. W modelu jednostronnym na powstanie szkody wpływ ma wyłącznie sprawca – jego poziom staranności, ostróżności i aktywności, przy braku lub niewielkiej roli poszkodowanego²⁴. Należy podkreślić, że działania potencjalnego sprawcy podnoszą jedynie prawdopodobieństwo powstania szkody, a nie pewność jej wystąpienia²⁵. Drugi model zakłada, że wypadki są wynikiem działania zarówno sprawcy, jak i poszkodowanego. Jednym z pierwszych autorów, który zwrócił uwagę na dwoistą naturę wypadków, był Ronald Coase²⁶. Zaznaczył on, że wypadki są zawsze wynikiem działa-

22 H. B. Schafer, C. Ott, *op. cit.*, s. 135.

23 S. Shavell, *Strict Liability versus Negligence*, *The Journal of Legal Studies*, 1980, t. 9, nr 1, s. 10.

24 *Idem*, *Ekonomiczna analiza prawa*, *Transformacje Prawa Prywatnego*, 2005, s. 14.

25 W.M. Landes, R.A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1987, s. 54.

26 R. Coase, *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law and Economics*, 1960, vol. 3, s. 2: „The traditional approach has tended to obscure the nature of the choice that has to be made. The question is commonly thought of as one in which A inflicts harm on B and what has to be decided is: how should we restrain A? But this is wrong. We are dealing with a problem of a reciprocal nature. To avoid the harm to B would inflict harm on A. The real question that has to be decided is: should A be allowed to harm B or should B be allowed to harm A? The problem is to avoid the more serious harm”.

nia i ofiary, i sprawcy, w związku z czym ściśle rozdzielenie tych ról nie jest możliwe. W polskim prawie cywilnym o przyczynieniu się poszkodowanego stanowi art. 362 k.c., z którego wynika, że jeśli strona przyczyniła się do powstania szkody, nie powinna otrzymać pełnego odszkodowania. Tym samym sprawcy nie powinni być obarczani odpowiedzialnością za zachowania poszkodowanych, zwłaszcza jeżeli są one zawinione. Ponadto przy zasadzie ryzyka wyrażonej w przepisach Kodeksu cywilnego wyszczególnione zostały okoliczności egzoneracyjne i jeśli całkowitą winą można obarczyć poszkodowanego, wówczas sprawca nie odpowiada. W związku z tym należałoby zastanowić się, czy w takim przypadku mówienie o „sprawcy” i „osobie poszkodowanej” jest zasadne. Zgodnie z poglądem Coase’a nie należy skupiać się na przypisywaniu tych ról, a na znalezieniu takiego rozwiązania prawnego, które zminimalizuje całkowity koszt społeczny²⁷. W Kodeksie cywilnym zarzut przyczynienia się jest właściwy zarówno przy odpowiedzialności opartej na zasadzie winy, jak i na zasadzie ryzyka, a więc zachowuje on aktualność niezależnie od reżimu odpowiedzialności.

Aby ułatwić rozważania, zakłada się, że dana jednostka występuje w jednej roli – albo potencjalnego sprawcy, albo poszkodowanego (choć jak zostało ustalone wcześniej zgodnie ze wzajemną naturą szkody, praktycznie zawsze jest ona wynikiem zachowań sprawcy i poszkodowanego). Sprawcę można sobie wyobrazić jako kierowcę pojazdu, poszkodowanego zaś jako przechodnia. Zakłada się również, że są to dwie nieznane sobie strony²⁸, a więc jakakolwiek negocjacja między nimi jest niemożliwa. W przeciwnym razie osoby nie miałyby bodźców do odpowiedniego zachowania, a reguła odpowiedzialności nie wpływałaby na wykazywany poziom staranności jednostek²⁹. Ponadto, jeśli strony mogłyby negocjować warunki dotyczące szkody, wówczas nie byłoby kosztów zewnętrznych, a tym samym nie byłoby potrzeby internalizowania dodatkowych kosztów poprzez system odpowiedzialności deliktowej³⁰. Obie strony będą musiały podjąć co najmniej dwa rodzaje decyzji: dotyczące poziomu ostrożności oraz aktywności³¹.

27 H.B. Schafer, C. Ott, *op. cit.*

28 Analizę odpowiedzialności odszkodowawczej przy wypadkach „na rynku” między sprzedawcą a osobą trzecią oraz między sprzedawcą a nabywcą lub pracownikiem przeprowadził S. Shavell w swoim artykule *Strict Liability versus Negligence*.

29 S. Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard 2007, s. 5.

30 W.M. Landes, R.A. Posner, *op. cit.*, s. 61–62.

31 Poszczególne przypadki będą rozpatrywane z punktu widzenia tylko jednego rodzaju staranności, np. prędkości i jeden rodzaj aktywności, np. liczba przejechanych

Ekonomiczna teoria prawa deliktów w każdej sprawie bierze pod uwagę dwa elementy: koszty szkody oraz koszty jej uniknięcia. Całkowity koszt społeczny, który powstaje w związku z wypadkami, może być zminimalizowany albo poprzez wykazanie większego poziomu staranności, a przez to obniżenie liczby wypadków, albo przez zmniejszony poziom aktywności. Należy jednak zauważyć, że wykazanie odpowiedniego poziomu staranności wiąże się z koniecznością pokrycia dodatkowych kosztów, związanych np. z poświęconym czasem, utratą pieniędzy czy komfortu. Steven Shavell podkreśla, że optymalny poziom staranności niekoniecznie musi oznaczać najniższy poziom szkód³². Nadmierny poziom staranności niewątpliwie obniży liczbę wypadków, jednakże może być tak wysoki, że bardziej „opłacalne” będzie pokrycie szkody powstałej w wyniku wypadku. Ekonomiści przekonują więc, że najlepszym rozwiązaniem jest ustalenie poziomu ostrożności na poziomie optymalnym, co oznacza, że koszt dodatkowej ostrożności jest równy obniżeniu oczekiwanego kosztu szkody³³. Podobnie obniżenie poziomu aktywności może zmniejszyć liczbę wypadków, a przez to ich koszt, ale z drugiej strony poziom aktywności na zbyt niskim poziomie może skutkować obniżeniem zysków, jakie jednostka otrzymałaby, gdyby wykazała większy poziom aktywności³⁴.

Ekonomiści starają się więc znaleźć taki poziom staranności i aktywności, który umożliwi maksymalne obniżenie całkowitego kosztu społecznego, składającego się z kosztów staranności oraz kosztów szkody. Niezbędne jest tu poczynienie dodatkowej uwagi, że dochowanie wyższej staranności czy aktywności nie obniża bezpośrednio kosztów wypadków, a jedynie zmniejsza prawdopodobieństwo ich wystąpienia i w ten sposób zmniejszy całkowity koszt wypadków³⁵. Na gruncie ekonomicznej analizy można więc mówić o zachowaniu optymalnego poziomu wypadków.

Z ekonomicznego punktu widzenia brak odpowiedzialności, ze względu na to, że wpływa na zachowanie stron jest analizowany jako reguła odpowiedzialności³⁶. Jeśli spojrzeć na sytuację sprawców szkody, to przy

kilometrów. Oczywiście w rzeczywistych warunkach na wypadek składa się o wiele więcej elementów, jak chociażby prędkość, doświadczenie, zapięcie pasów itp.

32 S. Shavell, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 15.

33 R. Cooter, T. Ulen, *op. cit.*, s. 407.

34 Przykładowo: mniej używania samochodów oznacza mniej wypadków, ale jest równoznaczne z większą ilością straconego czasu, m.in. na chodzenie piechotą.

35 W.M. Landes, R.A. Posner, *op. cit.*, s. 61.

36 *Ibidem*, s. 62.

braku odpowiedzialności nie mają oni bodźca do zachowywania jakiegokolwiek poziomu ostrożności, gdyż nawet jeśli go nie wykażą, nie zostaną pociągnięci do odpowiedzialności. W związku z tym jest dla nich nieopłacalne ponoszenie dodatkowych kosztów dla zachowania ostrożności.

Poszkodowany, jeżeli nie ustanowiono reguł odpowiedzialności, jest zmuszony do pokrycia kosztów szkody, jakiej dopuścił się sprawca, a tym samym do pokrycia całkowitego kosztu społecznego. Tym samym to poszkodowanemu będzie zależeć na zminimalizowaniu ponoszonych przez siebie kosztów. Reguła braku odpowiedzialności powoduje, że poszkodowany internalizuje koszty i korzyści ostrożności i przez to ma bodźce do wykazania efektywnego poziomu ostrożności³⁷.

Przy wypadkach dwustronnych zachowanie zarówno poszkodowanego, jak i sprawcy, ma wpływ na zaistnienie wypadku. Przy braku odpowiedzialności, „poszkodowany ma efektywne bodźce, a sprawca szkody ma bodźce nieefektywne. Stwierdzenie to jest prawdziwe niezależnie od tego, czy ostrożność jest jednostronna czy obustronna”³⁸. Wynika z tego, że przy wypadkach dwustronnych brak odpowiedzialności nie stworzy bodźców do wykazania odpowiedniego poziomu ostrożności przez obie strony.

Zgodnie z odpowiedzialnością na zasadzie winy sprawca szkody jest zobowiązany do jej wynagrodzenia tylko wtedy, gdy nie dołożył należytej staranności, a więc można mu postawić zarzut zawinienia. Sprawcy nie są natomiast odpowiedzialni za spowodowanie wypadku, jeśli wykazali odpowiedni lub wyższy poziom staranności. Zasada winy z ekonomicznego punktu widzenia jest efektywna, ponieważ skłania sprawców do wykazania należytej staranności. Nie będzie dla nich opłacalne dochowanie staranności ani mniejszej (gdyż wówczas będą obciążeni odpowiedzialnością), ani większej niż wymagalna (gdyż nie uzyskają żadnej dodatku wej korzyści)³⁹. Obniżenie kosztów poprzez wykazanie odpowiedniego poziomu staranności jest efektywne również z perspektywy osoby poszkodowanej. Jeśli bowiem sprawcy dochowają należytej staranności, to poszkodowani będą musieli w całości pokryć swoje szkody. Jest dla nich opłacalne dołożyć dodatkową jednostkę staranności po to, by obniżyć całkowity koszt wypadku, jaki będą musi ponieść, jeśli zarzutu zawinienia nie można postawić sprawcy⁴⁰.

37 R. Cooter, T. Ulen, *op. cit.*, s. 409.

38 *Ibidem*, s. 113.

39 S. Shavell, *Foundations of Economic Analysis...*, s. 180–181.

40 M. Polinsky, *op. cit.*, s. 49–50.

Zasada natomiast ryzyka prowadzi do tego, że sprawcy są odpowiedzialni za wszystkie szkody, niezależnie od poziomu staranności, jaką dołożyli. Z tego wynika, że koszty poniesione przez sprawców równają się całkowitemu kosztowi społecznemu (koszty ostrożności i koszty szkody). Skoro więc to na sprawcach ciąży obowiązek pokrycia szkód, a dążą oni do jak najniższego ich ponoszenia, to będzie im tym samym zależało na zminimalizowaniu całkowitego kosztu społecznego⁴¹. Interes publiczny związany z minimalizacją kosztów wypadków oraz interes prywatny jest więc zbieżny, a sprawca ma bodźce do wykazania poziomu ostrożności, który jest efektywny.

Przy obowiązywaniu zasady ryzyka poszkodowany jest w szerszym zakresie chroniony. Jeśli założyć, że otrzyma on pełne, doskonałe odszkodowanie, a cały koszt społeczny wypadku poniesie sprawca, wówczas nie ma on bodźców, by zachowywać dodatkową ostrożność (skoro i tak zostanie mu przyznane odszkodowanie). Ewentualne podjęcie przez niego ostrożności będzie wiązać się z dodatkowymi kosztami. Nawet jeśli nie podejmie wystarczających środków ostrożności, będzie należało mu się odszkodowanie. Poszkodowany nic nie zyska, wykazując ostrożność i dlatego może ją zignorować. Koszty jej zachowania będą elementami zewnętrznymi, gdyż poszkodowany je eksternalizuje⁴². Wynika z tego, że zasada ryzyka nie jest efektywna z punktu widzenia zachowania pokrzywdzonego. M. Polinsky zauważył, że problem wpływania na zachowanie pokrzywdzonego można rozwiązać pod rządami zasady ryzyka poprzez wprowadzenie zarzutu przyczynienia się poszkodowanego do powstania szkody. Sprawca jest wówczas odpowiedzialny do poziomu, w którym zawinił pokrzywdzony, i dzięki temu obie strony mają bodziec do właściwego zachowania się⁴³.

Podsumowując dotychczasowe rozwiązania, trzeba wskazać, że jeśli jedyną kwestią jest, jak skłonić sprawcę do wykazania właściwej staranności (wypadki jednostronne), zarówno zasada ryzyka, jak i zasada winy doprowadzą do efektywnych rezultatów⁴⁴. W związku z tym z ekonomicznego punktu widzenia w przypadku wypadków jednostronnych nie ma różnicy w efektywności pomiędzy zasadą winy a zasadą ryzyka. Pod zasadą ryzy-

41 S. Shavell, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 16.

42 R. Cooter, T. Ulen, *op. cit.*, s. 409–410.

43 M. Polinsky, *op. cit.*, s. 49.

44 *Ibidem*, s. 46.

ka strona pokrzywdzona zawsze uzyska odszkodowanie, a więc negatywne efekty zewnętrzne związane z wypadkiem zostaną uwewnętrznione przez sprawców⁴⁵. Shavell wskazuje, że różnica między tymi dwiema zasadami przedstawia się w rodzaju informacji, którą powinny posiadać sądy. Większą wiedzę dotyczącą rozmiarów szkody, wykazanego poziomu staranności oraz ustalenia optymalnego poziomu należytej staranności muszą posiadać sądy przy odpowiedzialności na zasadzie winy. W przypadku zasady ryzyka sądy muszą jedynie określić wielkość szkody⁴⁶. Ponadto autor wskazuje, że zasada ryzyka, w odróżnieniu od zasady winy, skłania sprawcę do zachowania ostrożności we wszystkich jej aspektach (np. dostosowania prędkości do warunków jazdy, zapięcia pasów, przestrzegania sygnalizacji świetlnej)⁴⁷.

Do odmiennych wniosków należy dojść, jeśli na wypadek ma wpływ zarówno sprawca, jak i sam poszkodowany (wypadki dwustronne), a społecznym celem jest skłonienie obydwo stron do wykazania właściwej ostrożności. Efektywne rozwiązanie będzie wówczas zapewniać zasada winy bądź zasada ryzyka, ale nie w czystej postaci, a z zarzutem przyczynienia się poszkodowanego⁴⁸.

Oprócz poziomu ostrożności, jak chociażby prędkość jazdy czy używanie pasów bezpieczeństwa, duże znaczenie ma rozmiar aktywności jednostek, która wyraża się w tym, jak mocno jednostki angażują się w daną działalność. Upraszczając, można stwierdzić, że liczba wypadków samochodowych będzie zależeć od tego, jak dużo kierowcy używają samochodów oraz jak często poszkodowani chodzą pieszo⁴⁹. Ponieważ z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa celem jest szukanie rozwiązań efektywnych, należy postawić problem, jak skłonić i sprawcę, i poszkodowanego, do wykazania właściwego poziomu ostrożności przy jednoczesnym zaangażowaniu ich na odpowiednim poziomie aktywności⁵⁰. Efektywny poziom aktywności można przedstawić przez porównanie korzyści, jakie osiągnie jednostka, która zwiększa swój udział w aktywności, do zwiększającego się poziomu strat, które mogą wynikać ze zwiększonej liczby wypadków. Im niższy poziom aktywności, tym mniej wypadków. Zakłada się, że przy określonym poziomie zachowanej

45 H.B. Schafer, C. Ott, *op. cit.*, s. 167.

46 S. Shavell, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 16.

47 *Ibidem*.

48 M. Polinsky, *op. cit.*, s. 47–50.

49 S. Shavell, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 30.

50 M. Polinsky, *op. cit.*, s. 51.

staranności wyższy poziom aktywności po woduje zwiększenie się liczby wypadków, przez co rozwiązaniem efektywnym będzie aktywność na poziomie średnim lub małym. Z drugiej strony zwiększona aktywność wiąże się z większymi zyskami dla sprawców, które wyrażają się chociażby w zaoszczędzeniu czasu lub większej wygody⁵¹. Dodatkowe korzyści wynikające z większego zasięgu aktywności nie powinny jednak przekroczyć kosztów potencjalnych szkód, które rosną wraz ze wzrostem aktywności. Zyski zwiększa więc niski i średni poziom aktywności. Jednostki będą dążyć do osiągnięcia jak największych korzyści, czyli będą skłonni bardziej intensyfikować swoją aktywność, niż ją ograniczać. W związku z tym najniższy poziom aktywności nie oznacza, że jest to poziom efektywny.

Przy braku odpowiedzialności sprawca nie będzie miał żadnej motywacji ani do dołożenia wymaganej staranności, ani do zachowania optymalnego poziomu aktywności. Nie będzie on odpowiedzialny za swoje działanie i nie będzie obciążony kosztami, jeśli aktywność okaże się nadmierna. Dzieje się tak dlatego, gdyż większa aktywność daje mu większe zyski, a ponieważ nie ponosi odpowiedzialności, nie posiada żadnego bodźca limitującego jego aktywność.

W przypadku zasady ryzyka sprawcy obciążeni są odpowiedzialnością bez względu na poziom dochowanej ostrożności. W związku z tym bardziej są skłonni wybrać niższy poziom aktywności, aby obniżyć prawdopodobieństwo powstania szkody, którą musieliby naprawić⁵². Z wywodu przedstawionego przez Polinsky'ego wynika, że przy obowiązywaniu zasady ryzyka potencjalny sprawca wybierze średni poziom ostrożności, co przedstawiono powyżej, i niski poziom aktywności. Przy optymalnym poziomie ostrożności sprawca więcej zyskuje, zachowując mniejszy poziom aktywności⁵³. Jak ujął to Shavell: „użyteczność uzyskiwana przez sprawcę, pomniejszona o jego koszty, równa się dobrobytowi społecz-

51 Najczęściej chodzi o zwiększanie korzyści czysto materialnych. Pozostając przy przykładzie kierowcy i jego wyższej aktywności, można wskazać, że jeśli kierowca – dostawca podnosi swoją aktywność poprzez przejechanie większej liczby przejechanych kilometrów, może obsłużyć więcej klientów, przez co osiągnie wyższe wynagrodzenie. W przykładzie tym nie zakładam oczywiście zwiększania prędkości jako sposobu na oszczędzenie czasu, gdyż ten aspekt odnosi się do poziomu ostrożności. Oczywiście, zwiększenie użyteczności ma swoją granicę, w której sprawca przestaje doświadczać korzyści.

52 S. Shavell, *Strict Liability versus Negligence...*, s. 2–3.

53 M. Polinsky, *op. cit.*

nemu, gdyż sprawca poniesie koszty szkód spowodowanych w ramach swojej aktywności. (...) sprawcy wybiorą optymalny poziom staranności, gdyż zminimalizuje to ich ekwiwaleenty koszty każdorazowej aktywności i wybiorą także optymalne natężenie aktywności, gdyż podejmują działalność tylko wtedy, gdy uzyskiwana z niej dodatkowa użyteczność przekroczy ponoszone przez nich koszty dołożenia staranności i oczekiwane obciążenia finansowe związane z odpowiedzialnością za szkody spowodowane w wypadkach⁵⁴.

Zasada winy będzie natomiast przeciwnie do nadmiernego poziomu aktywności sprawcy. Sprawcy mają motywację, aby zachowywać się na odpowiednim poziomie staranności, gdyż wówczas nie zostanie na nich nałożona odpowiedzialność, ale ponieważ do uwolnienia się od odpowiedzialności wystarczy wykazanie właściwej staranności, nie będzie im w żaden sposób zależało na zachowaniu optymalnego poziomu aktywności. Nawet jeśli ich aktywność będzie miała nadmierne rozmiary, przy dochowaniu optymalnego poziomu staranności nie będą odpowiedzialni za szkodę. Sprawcy (np. kierowcy) nie będą z reguły brali pod uwagę faktu, że ich zwiększona aktywność stwarza większe zagrożenie i prawdopodobieństwo powstania wypadków dla ofiar (np. pieszych)⁵⁵. W związku z tym będą oni dobierać zakres aktywności tylko ze względu na korzyści, jakie chcą osiągnąć, i zazwyczaj zintensyfikują swoją aktywność. Innymi słowy, zasada winy jest efektywna, jeśli chodzi o wyznaczenie poziomu staranności, ale nie jest efektywna w zakresie określenia poziomu aktywności⁵⁶.

W sytuacji, gdy wypadki mają charakter dwustopniowy i zależą od ostrożności i aktywności sprawcy oraz poszkodowanego, żadna zasada nie da w pełni efektywnych rezultatów. Zasada ryzyka z zarzutem przyczynienia się może prowadzić do zbytnej aktywności poszkodowanych, gdyż ponoszą oni jedynie koszty związane z wykazaniem ostrożności. Mają więc bodźce do zachowywania odpowiedniego poziomu staranności, natomiast nie muszą brać pod uwagę rozmiarów swojej aktywności. Zasada ryzyka byłaby efektywna, gdyby określono zarówno wymóg poziomu staranności, jak i aktywności ofiary. W przypadku, gdy będzie oznaczony tylko poziom staranności ofiary, wówczas za bardzo zaangażuje się ona w aktywność.

54 S. Shavell, *Ekonomiczna analiza prawa...*, s. 33.

55 S. Shavell, *Strict Liability versus Negligence...*, s. 3.

56 Więcej o ten temat – H.B. Schafer, C. Ott, *op. cit.*, s. 168–169.

Odwrotnie jest w przypadku zasady winy. Sprawcy będą skłonni intensyfikować swoją działalność, gdyż zostaną zwolnieni z odpowiedzialności, jeśli jedynie dołożą należytej staranności. Natomiast osoby poszkodowane będą starały się dobrać poziom aktywności w zależności od poziomu aktywności sprawców, gdyż będą one pokrywać własne szkody. W związku z tym nie będzie korzystne dla poszkodowanych, aby zwiększać swoją aktywność, jeśli będzie się z tym wiązać konieczność pokrycia dodatkowych szkód. Zasady odpowiedzialności byłyby efektywne tylko wówczas, jeżeli przepisy prawa bądź sądy w procesie stosowania brałyby pod uwagę zarówno poziom staranności, jak i aktywności poszkodowanego i sprawcy. Ponieważ taki stan rzeczy jest niemożliwy, co zostanie wyjaśnione poniżej, wszystko będzie zależęć od tego, jaki cel ma dana regulacja prawna. Jeśli prawo ma bardziej wpływać na poziom aktywności sprawcy, wówczas idealna okaże się zasada ryzyka z zarzutem przyczynienia się sprawcy. Natomiast, gdy ważniejszy jest poziom aktywności poszkodowanego, efektywne rozwiązanie przyniesie zasada winy⁵⁷.

Przedstawione rozważania dotyczące poziomu aktywności sprawcy i poszkodowanego mają wymiar teoretyczny. W praktyce w większości przypadków nie jest możliwe do stawiania wymogów w jednostkom co do ich aktywności. Dlatego poziom aktywności nie jest wyznacznikiem właściwego zachowania i, jak sądzę, nigdy się nim nie stanie. Innymi słowy, poziom aktywności nie jest brany pod uwagę przy nakładaniu odpowiedzialności na jednostkę. Przede wszystkim byłoby niemożliwe dla sądów, w jaki sposób określić właściwy poziom aktywności, np w przypadku jazdy samochodem czy godzin pracy przedsiębiorstwa. Z drugiej strony sądzę, że należy zwrócić uwagę na fakt, iż prawo ma niekiedy możliwość regulowania poziomu aktywności. Takie limitowanie aktywności może dotyczyć tych obszarów, w których zbyt intensywne działania mogłyby być wysoce niebezpieczne. Za przykład można podać nadzór państwa nad produkcją broni palnej, materiałów wybuchowych, toksycznych czy też limitowanie i kontrolowanie przewozu i handlu bronią i innymi niebezpiecznymi materiałami. To, że poziom aktywności nie jest brany pod uwagę przy nakładaniu na osobę obowiązku naprawienia szkody, nie oznacza, że określony reżim zasad odpowiedzialności nie ma wpływu na zachowanie podmiotów.

Jak wynika z powyższych rozważań, ekonomiczna analiza prawa opiera się często na założeniach dotyczących zachowania człowieka, które zna-

57 M. Polinsky, *op. cit.*, s. 54.

cząco odbiegają od rzeczywistości. Nie sposób za każdym razem zakładać racjonalność decyzji jednostki, a także stawiać za pewne, że będzie ona szacować zyski i straty i że w określonej sytuacji zachowa się w ten, a nie w inny sposób. W sytuacjach zagrożenia jednostki działają najczęściej pod wpływem impulsu lub instynktu samozachowawczego. W związku z tym krytycy L&E podważają, aby reguły prawa mogły kształtować zachowania ludzi, zwłaszcza że podmioty nie znają omawianych zasad i doktryn.

Podójście ekonomiczne do zachowania ludzkiego nie jest jednak oparte na założeniu, że ludzie posiadają ponadnaturalne cechy i kierują się wyłącznie poprawnymi schematami. Tworzone przez ekonomistów założenia są oczywiście w większości nierealne, jednak ich rola nie jest wierne odtworzenie rzeczywistości, ale wyjaśnienie pewnych mechanizmów przy określonych założeniach. Oczywiście im bardziej precyzyjne one będą, tym lepiej. Trudno jest jednak zgodzić się z twierdzeniem, że przepisy prawa w żaden sposób nie wpływają na zachowanie ludzi. Jeśli by tak było, cały system mógłby opierać się na zasadzie braku odpowiedzialności, co byłoby rozwiązaniem tańszym i łatwiejszym do zastosowania. Są to oczywiście jedynie hipotetyczne stwierdzenia, gdyż nie należy zapominać, że odpowiedzialność odszkodowawcza ma pełnić ważną, choć nie jedyną funkcję – kompensacji szkody osobie pokrzywdzonej. Odnoszę wrażenie, że ekonomiści często zbyt marginalizują znaczenie tej funkcji, skupiając swoją uwagę wyłącznie na aspektach „ekonomicznych” dotyczących maksymalizacji zysków, efektywności itd. Sądzę, że L&E będzie rozwijać się w pozytywnym kierunku i nieść ogromną wartość naukową, jeśli jej przedstawiciele nie będą starali się zastąpić nią podstawowych funkcji prawa, a będą analizowali przepisy w zgodzie z nimi, a nie przeciwko. Celem odpowiedzialności odszkodowawczej jest korygowanie czy też „naprawianie” sprawiedliwości przez wynagrodzenie szkód osobie, która je bezprawnie poniosła. Warto w tym miejscu wspomnieć o Arystotelesowskiej koncepcji sprawiedliwości wyrównawczej. Nie wdając się w spory interpretacyjne, trzeba stwierdzić, że zarówno w koncepcją Arystotelesa, jak i w ekonomicznej analizie prawa występuje ten sam schemat naprawienia szkody. Różnią się tylko motywy: u Arystotelesa była to idea sprawiedliwości, u ekonomistów maksymalizacja zysku⁵⁸. Motywy te, jak sądzę, mogą być ze sobą połączone, tak aby uregulowania prawne były jednocześnie i sprawiedliwe, i efektywne.

58 B. Shaw, W. Martin, *Aristotle and Posner on Corrective Justice*, *The Tortoise and the Hare*. *Business Ethics Quarterly*, 1999, t. 9, s. 651.

