

TOMASZ NIEBORAK

BEHAVIORALNA KONCEPCJA PRAWA JAKO ELEMENT *LAW & ECONOMICS*

WSTĘP

Rozważania na temat behawioralnej koncepcji prawa należy rozpocząć od stwierdzenia, że w chwili obecnej przeżywa ona swój renesans. Rozwijana od kilkunastu lat przez przedstawicieli nauki, przede wszystkim anglosaskiej, stała się w ostatnich miesiącach przedmiotem zainteresowania mediów, rządów oraz praktyków. A to za sprawą kryzysu finansowego, którego źródła należy upatrywać między innymi w zastosowaniu instrumentów finansowych – powszechnie nazywanych derywatami, których konstrukcja niejednokrotnie bliższa jest światu abstrakcji aniżeli światu realnemu. Należy w tym miejscu postawić tezę, że pochodną ich wykorzystywania jest niezrozumienie niekiedy istoty tychże instrumentów zarówno przez podmioty je stosujące, jak i podmioty odpowiedzialne za utrzymanie stabilności rynku finansowego, a więc na przykład organy nadzoru nad nim. Co więcej, część z wymienionych instrumentów finansowych znajduje się poza oficjalnym obrotem (a tym samym i jakąkolwiek kontrolą) na tzw. rynku OTC (ang. *over the counter*), korzystając z dobrodziejstwa jednej z fundamentalnych zasad prawa, tj. zasady swobody umów. W wyniku jej realizacji tworzone są konstrukcje, które niejednokrotnie poddają się analizie ekonomicznej, wykorzystującej wyszukane modele, jednak stanowią prawdziwe wyzwanie dla prawodawcy, który chcąc zapewnić bezpieczeństwo obrotu, powinien w określonym zakresie ująć je w ramy prawne. Taka sytuacja rodzi naturalną zależność pomiędzy dwoma ważnymi gałęziami nauk, jakimi są prawo i ekonomia, a których dorobek doprowadził do wykształcenia się nurtu, nazywanego umownie *Law & Economics*, będącego przedmiotem analizy w niniejszym artykule. Jednym z jego rodzajów jest behawioralna koncepcja prawa, która przez część autorów ujmowana jest szerzej i określana mianem behawioralnej koncepcji prawa i ekonomii. Celem artykułu jest zaprezentowanie najważniejszych, zaledwie kilku jej elementów,

które zdaniem autora z powodzeniem mogą być wykorzystywane w procesie regulacji rynku finansowego. Ze względu na szeroki zakres podejmowanych badań i jednocześnie ograniczone ramy niniejszej publikacji rozważania skupią się na potencjalnym wpływie behawioralnej koncepcji prawa na regulacje detalicznego rynku usług finansowych. Towarzyszyć im będzie założenie o konieczności tworzenia i stosowania prawa rynku finansowego w oparciu o analizę zachowań podmiotów obecnych na rynku finansowym, które charakteryzują się odmiennymi potrzebami i, co ważne, poziomem edukacji finansowej.

BEHAVIORALNA KONCEPCJA PRAWA JAKO ELEMENT NURTU LAW & ECONOMICS

Analizę behawioralnej koncepcji prawa należy rozpocząć od zdefiniowania samego terminu ją określającego, pochodzącego od angielskiego słowa *behaviour*, tłumaczonego jako zachowanie, działanie czy też postępowanie. Tym samym przedmiotem owej koncepcji jest badanie dostrzegalnych zachowań człowieka, na które wpływ ma prawo. Wyniki owych rozważań powinny być z kolei ważnym elementem dalszego procesu prawotwórczego. Podkreślić przy tym należy, iż powstawanie prawa jest niezwykle złożonym procesem społecznym, w wyniku którego kształtują się albo zostają ukształtowane normy prawne o określonej treści, obowiązujące w określonej grupie społecznej, np. podmiotów funkcjonujących na rynku finansowym¹. Samo pojęcie prawa nie jest jednoznaczne, a jego definicja zależy od chociażby tego, czy jest ono ujmowane w aspekcie przedmiotowym czy też podmiotowym, lub też czy jest definiowane w oparciu o koncepcje prawa natury albo pozytywistyczne. Niemniej jednak ze względu na zaprezentowane powyżej dynamiczne ujęcie prawa jako procesu społecznego warto w tym miejscu wskazać na nie jako na zbiór norm generalnych i abstrakcyjnych ustanowionych albo uznanych w stosownej formie przez kompetentne organy państwowe, których przestrzeganie i realizacja zabezpieczana jest przymusem państwa (ujęcie przedmiotowe)². Proces ten rozpatrywany jest przez naukę bądź to jako proces kształtowania się prawa, bądź też jako proces jego tworzenia³. Z pierwszym mamy do czynienia w sytuacji, gdy normy prawne kształtowane są w toku współpracy (walki) określonych grup społecznych, które w ten sposób włączają do prawa określone mechanizmy społeczne czy też gospodarcze. Proces tworzenia prawa to

¹ S. Wronkowska, *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa, ar boni et aequi*, Poznań 2005, s. 21.

² A. Redelbach, *Wstęp do prawoznawstwa*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 1995, s. 59.

³ S. Wronkowska, S. Ziemiński, *Zarys teorii prawa, ars boni et aequi*, Poznań 1997, s. 128.

z kolei proces odpowiednio zorganizowany, dokonujący się w określonych zinstytucjonalizowanych formach⁴.

Podsumowując dotychczasowe rozważania, należy postawić tezę, że tworzenie i stosowanie prawa jest procesem niezwykle złożonym i wielowątkowym, na który wpływ mają rozmaite czynniki, między innymi natury ekonomicznej, społecznej oraz psychologicznej. Widoczne jest w nim swego rodzaju sprzężenie zwrotne polegające na tym, iż przez prawo prawodawca stara się ukształtować, kreować określone relacje, zachowania ludzkie, niejako je uprzedzając. Jednakże w ostatnich latach zauważalna jest także tendencja odwrotna, polegająca na tym, że działania prawodawcy mają charakter następczy, to znaczy wymuszane są zdarzeniami, działaniami, które kreują pewne sytuacje, a które następnie ze względu na konieczność zachowania stabilności w państwie muszą zostać ujęte w ramy prawne.

Doskonałym w tym względzie przykładem jest rynek finansowy, będący jednym z najistotniejszych elementów współczesnej gospodarki, której elementem instytucjonalnym jest prawo⁵. Na rynku tym od kilkunastu lat widoczna jest tendencja do powstawania licznych innowacji finansowych, spośród których w ostatnich latach szczególną uwagę poświęca się pochodnym instrumentom finansowym. U źródeł ich powstawania leży chęć zapewnienia nowych źródeł zysków, ale także i poszukiwanie wyrafinowanych form zabezpieczenia finansowego. Wspomniane instrumenty finansowe, niezwykle wyszukane w swej formie i strukturze, stanowią prawdziwe wyzwanie dla prawodawcy. Są one jednocześnie doskonałym przykładem zależności, jakie istnieją pomiędzy prawem a ekonomią, a które w uproszczeniu sprowadzają się do konieczności unormowania konstrukcji ekonomicznych. W nauce prawa zjawisko to określa się mianem ekonomizacji prawa i jest przypisywane M. Weralskiemu. Autor ten już w latach 80. XX wieku wskazywał, iż „poważny wpływ na kształtowanie się instytucji prawno-finansowych mają także nauki ekonomiczne. Jest to jednak bardzo złożony kompleks zagadnień związanych z ekonomizacją prawa finansowego”⁶. Proces ten polega na nadawaniu określonym kategoriom ekonomicznym form prawnych⁷. Na taki stan rzeczy wpływa wiele powiązanych ze sobą czynników, spośród których najistotniejszymi są: rozszerzanie się ekonomicznych przesłanek leżących u podstaw

⁴ Ibidem.

⁵ P. Kłosiewicz, W. Kozłowski, J. Paczocha, W. Rogowski, *Papierologia czy bezpieczeństwo depozytów? Koszty administracyjne w sektorze bankowym w Polsce na przykładzie przestrzegania wybranych regulacji bankowych*, „Materiały i Studia”, z. 153, NBP, Warszawa 2009, s. 8.

⁶ M. Weralski, *Pojęcie instytucji prawno-finansowych i ich systematyka*, [w:] M. Weralski (red.), *System instytucji prawno-finansowych PRL*, t. 1, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wydawnictwo Polskiej Akademii Nauk, Wrocław 1982, s. 40.

⁷ N. Gajl, *Instrumenty finansowe w zarządzaniu gospodarką narodową*, Państwowe Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 1988, s. 27.

regulacji prawno-finansowych, wkraczanie tych regulacji w sferę działalności gospodarczej⁸, a w konsekwencji konieczność poszukiwania nowych rozwiązań prawno-ekonomicznych w zakresie norm prawnych, które w znacznym stopniu są normami prawa finansowego⁹. Z kolei N. Gajl, rozpatrując zjawisko ekonomizacji prawa, stwierdziła, iż „jest to problem o szczególnym znaczeniu, który wysuwa się na czoło problematyki współczesnych koncepcji prawnych oraz techniki stanowienia i interpretacji prawa”¹⁰. Impuls do wprowadzania nowych, nazwijmy je „ekonomicznych”, norm prawnych nie wychodzi od prawników, ale w większości przypadków od rynków finansowych. To praktyka wymusza powstawanie nowych regulacji prawnych, które w odpowiednim stopniu legalizują nowe „modele ekonomiczne”. Jest to jednak proces skomplikowany i wymagający współpracy zarówno przedstawicieli nauk prawnych, jak i ekonomicznych¹¹. Muszą być także brane pod uwagę inne dziedziny nauki, w szczególności psychologia oraz socjologia. Są one szczególnie ważne dla kompleksowego zrozumienia oraz uregulowania na przykład funkcjonowania rynków finansowych¹².

Law & Economics to termin powszechnie używany dla określenia prawno-ekonomicznej analizy prawa. Do dziś toczą się dyskusje na temat natury, definicji oraz zakresu badawczego tejże koncepcji, łączącej w sobie zarówno prawo, jak i ekonomię. Wyczerpującą analizę tej problematyki odnajdujemy w publikacjach polskich autorów, spośród których wskazać należy między innymi na: J. Beldowskiego, K. Metelską-Szaniawską, J. Stelmacha, B. Brożka, W. Załuskiego oraz J. Boehlke¹³. W swych pracach w sposób kompleksowy analizują oni omawiany nurt zarówno od strony ekonomicznej, jak i prawnej. Lektura ich prac pozwala na wskazanie najważniejszych elementów składających się na koncepcję *Law & Economics*, której status naukowy jest przedmiotem licznych kontrowersji, a po-

⁸ M. Weralski, *Pojęcie instytucji...*, s. 43.

⁹ N. Gajl, *Instrumenty finansowe...*, s. 27.

¹⁰ Ibidem, s. 25.

¹¹ Zob. D. D. Friedman, *Law's Order. What economics has to do with law and why it matters*, Princeton University Press, Princeton 2000; R. P. Malloy & Ch. K. Braun (ed.), *Law and Economics. New and Critical Perspectives*, Peter Lang Publishing Inc., New York 1995; R. P. Malloy, *Law and Market Economy. Reinterpreting the Values of Law and Economics*, Cambridge University Press, Cambridge 2000.

¹² Zob. np. A. Szyszka, *Behawioralne aspekty kryzysu finansowego*, „Bank i Kredyt” 2009, nr 40, s. 5–30.

¹³ Zob. J. Beldowski, K. Metelska-Szaniawska, *Law & Economics – geneza i charakterystyka ekonomicznej analizy prawa*, „Bank i Kredyt” 2007, nr 10, s. 51–69; K. Metelska-Szaniawska, *Konstytucyjne czynniki reform gospodarczych w krajach postsocjalistycznych*, Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2008; J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Oficyna Wolters Kluwer Business, Warszawa 2007; J. Boehlke, *Człowiek i prawo w ekonomii*, [w:] B. Polszakiewicz, J. Boehlke, *Ład instytucjonalny w gospodarce*, Wydawnictwo UMK, Toruń 2005, s. 43–56.

strzegany bywa jako nurt, program badawczy oraz ruch badawczy o charakterze interdyscyplinarnym¹⁴. Wielość prac, koncepcji, a także powstające od lat kierunki studiów kształcących w zakresie *Law & Economics* skłaniają do postawienia tezy o wykształceniu się z istniejącego początkowo swego rodzaju ruchu zorganizowanej działalności badawczej, a więc dyscypliny naukowej, łączącej w sobie elementy przede wszystkim dwóch dziedzin nauki, czyli prawa i ekonomii. Wydaje się kwestią czasu, gdy przełamane zostaną tradycyjne podziały i granice w zakresie poszczególnych dziedzin nauki, które uzupełniane będą dziedzinami hybrydowymi, takimi jak ekonomiczna analiza prawa. Specjalizacja współczesnej nauki wymusza interdyscyplinarne jej uprawianie. A omawiana dziedzina, czyli *Law & Economics*, takową jest. Należy nawet uznać, że badania w jej zakresie wymagają włączania w nie także przedstawicieli nauki psychologii oraz socjologii. W szczególności, gdy ich przedmiot będzie opierał się na tzw. behawioralnym podejściu do analizy prawno-ekonomicznej¹⁵.

Ze względu na ograniczony zakres niniejszej publikacji, a także jej tematykę wskazać należy na dwie, ważne dla *Law & Economics* koncepcje. Pierwsza z nich to tak zwana teoria racjonalnego wyboru, charakterystyczna dla nauki ekonomii, jak i innych nauk społecznych. Ów racjonalny wybór dotyczyć może między innymi wyborów konsumentów czy też wyboru pomiędzy normami prawnymi. Dokonywany wybór ma być przemyślany, spójny, zamierzony i nastawiony na osiągnięcie określonego skutku, związanego skądinąd z maksymalizacją interesu podmiotu dokonującego wyboru¹⁶. Jak bowiem pisał ojciec ekonomii, A. Smith, to, że będziemy mogli na obiad położyć na stole mięso, chleb i piwo, nie zależy wcale od dobrej woli rzeźnika, piekarza i piwowara, lecz od tego, że w produkowaniu dóbr, które konsumują inni, widzą oni swój własny interes. Tym samym podejmowane przez nas decyzje wynikają przede wszystkim z chęci osiągnięcia korzyści, przy stosunkowo niewielkim nakładzie pracy, ale za to przy stosunkowo wymiernych korzyściach. Tak więc nasze wybory nie są przypadkowe, co pozwala zaliczyć człowieka do grupy tzw. *homo oeconomicus*, a więc podmiotu, który racjonalizuje swoje działania. Założenie to stało się podstawą licznych ekonomicznych teorii oraz twierdzenia, iż elementem funkcjonowania gospodarki są decyzje podejmowane przez racjonalnie myślące podmioty¹⁷. Teza ta jednak z czasem zaczęła być

¹⁴ J. Beldowski, K. Metelska-Szaniawska, *Law & Economics – geneza i charakterystyka ekonomicznej analizy prawa...*, s. 52.

¹⁵ I choć stanowi ono zaledwie wycinek *Law & Economics*, to jednak wydarzenia ostatnich lat potwierdzają słuszność przewidywań jego zwolenników o konieczności włączenia do dyskusji, obok tradycyjnych koncepcji, także nurtu behawioralnego.

¹⁶ J. Beldowski, K. Metelska-Szaniawska, *Law & Economics – geneza i charakterystyka ekonomicznej analizy prawa...*, s. 54.

¹⁷ R. Woś, Kto może wyjaśnić kryzys? Tylko ekonomia behawioralna, „s Magazyn. Dziennik Gazeta Prawna” 2001, nr 175, s. 6.

kwestionowana. Wskazywano bowiem, że nie może być ona w pełni prawdziwa, gdyż gdyby tak było, racjonalnie podejmowane decyzje nie prowadziłyby na przykład do załamania i kryzysów gospodarczych. A takowe cyklicznie pojawiają się na świecie od setek lat. Z tego też względu część przedstawicieli nauki zaczęła tworzyć koncepcje opierające się w ogólności na twierdzeniu o istnieniu pozaracjonalnych przesłanek podejmowanych decyzji, charakterystycznych raczej dla określonych ludzkich zachowań aniżeli dla racjonalnego myślenia. Dało to podstawy ekonomii behawioralnej, z której następnie wykształciła się behawioralna analiza prawno-ekonomiczna.

Sama ekonomia behawioralna, jak się uważa, powstała jako odpowiedź na niewystarczalność teoretycznych modeli ekonomicznych w objaśnianiu empirycznych odkryć. Przez analizę reguł społeczno-ekonomicznych zaczęto odchodzić od ideału „człowieka ekonomicznego” na rzecz „człowieka rzeczywistego”¹⁸. Uznano bowiem, iż założenie, że uczestnicy rynku nie zawsze są racjonalni, jest bliższe realiom, w szczególności rynku finansowego. Przykładowo, biorąc pod uwagę jeden z jego segmentów, tj. rynek kapitałowy, zastosowanie dotychczasowych metod jego badania nie daje pełnej odpowiedzi na następujące kwestie: przesłanki dokonywanych na tym rynku inwestycji, postawy inwestorów, kształtowanie przez nich ich portfeli inwestycyjnych¹⁹. Poszukiwanie odpowiedzi na tego rodzaju wątpliwości przyczyniło się do rozwoju behawioralnej analizy prawa. Na szczególną uwagę zasługują w niej przede wszystkim prace Ch. Jolls, C. R. Sunsteina oraz R. Thalera²⁰. Ich lektura pozwala na sformułowanie najważniejszych wątków badawczych tejże analizy. W pierwszej kolejności wskazać należy na samo rozumienie behawioralnej analizy prawa. Jak zauważa Ch. Jolls, czerpie ona zarówno z rozwoju, jak i włączania przez tę koncepcję opisów zachowań opartych na obserwacjach psychologicznych. Podejście to jest o tyle ważne, że pewne, co do zasady niezaprzeczone założenia ekonomiczne stają się nierealne w zderzeniu z ludzką naturą (zachowaniem)²¹. Behawioralna analiza prawno-ekonomiczna koncentruje się przy tym na wykazaniu zależności pomiędzy określonymi normami prawnymi i ich wpływem na zachowanie jednostki.

¹⁸ J. Ostaszewski (red.), *Finanse*, Wydawnictwo Difin, Warszawa 2010, s. 42.

¹⁹ A. Subrahmanyam, *Behavioural Finance: A Review and Synthesis*, „European Financial Management”, vol. 14, no. 1, 2007, s. 12.

²⁰ Zob. np. Ch. Jolls, C. R. Sunstein, R. Thaler, *A behavioral Approach to Law and Economics*, „Stanford Law Review”, vol. 50, 1997–1998, s. 1471 i nast.; Ch. Jolls, *Behavioral Economics Analysis of Retributive Legal Rules*, „Vanderbilt Law Review”, vol. 51, 1998, s. 1631 i nast.; Ch. Jolls, C. R. Sunstein, *Debiasing through law*, [w:] NBER Working Paper Series, Working Paper 11 738, 2005.

²¹ Ch. Jolls, *Behavioral Law and Economics*, [w:] John M. Olin Center for Studies in Law, Economics, and Public Policy, Yale Law School, Research Paper no. 342, s. 3.

Relacja ta ujmowana angielskim terminem *debiasing through law*²², ze względu na jej fundamentalne znaczenie dla behawioralnego podejścia do prawa, wymaga dalszej charakterystyki²³. Ogólnie jest ona charakteryzowana jako swego rodzaju polityka prawodawcza, której celem ma być ograniczenie błędnych, stronniczych zachowań (ang. *biased behaviour*) określonych podmiotów²⁴. Koncepcja ta skupia się przede wszystkim na ocenie popełnianych błędów, co z kolei jest elementem koniecznym dla określenia odpowiedniej polityki w zakresie tworzenia i stosowania prawa. Prawo to stanowić ma instrument wykorzystywany do zminimalizowania „stronniczych”²⁵ działań podmiotów, do których odnoszone są określone normy prawne. Przez odpowiednio tworzone prawo istnieje więc możliwość niejako operowania na błędach popełnianych przez jednostkę w celu eliminowania ich skutków. Źródłem ich są oczywiście elementy ludzkiego zachowania, takie jak: ograniczona racjonalność, siła woli oraz osobisty interes²⁶. Koncepcja ta może mieć zastosowanie do rozmaitych gałęzi prawa. W tym także prawa finansowego, a w szczególności kształtującego się dopiero prawa rynku finansowego.

Tytułem przykładu wskazać można na polskie przepisy w zakresie gwarantowania depozytów bankowych, zawarte w ustawie o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym (dalej: BFG)²⁷. Podstawowymi zadaniami tego podmiotu są: realizacja obowiązków wynikających z gwarantowania środków pieniężnych, a także udzielanie pomocy podmiotom objętym systemem gwarantowania depozytów (tj. bankom), między innymi w sytuacji wystąpienia zagrożenia niewypłacalności banku. W pierwszym z wymienionych przypadków BFG gwarantuje, iż środki zdeponowane przez klienta banku od dnia ich wniesienia na rachunek bankowy mają 100% pokrycie do równowartości 100 000 euro w przypadku spełnienia się warunku gwarancji²⁸. Z kolei udzielanie pomocy podmiotom objętym przedmiotowym systemem odnosi się do sytuacji wsparcia finansowego BFG przez udzielenie pożyczek gwarancji lub poręczeń, które mogą być przeznaczone tylko

²² Ch. Jolls, C. R. Sunstein, *Debiasing through law...*, s. 34.

²³ Charakterystyka ta opierać się będzie przede wszystkim na tezach zawartych w publikacji Ch. Jolls, C. R. Sunstein, *Debiasing through law...*

²⁴ Ibidem, s. 34.

²⁵ Wskazać należy na fakt, iż wykorzystywane przez doktrynę anglosaską słowo *bias* jest trudne do przetłumaczenia na język polski. I choć przypisać można mu takie znaczenia, jak: stronniczy czy też obciążony, to mimo wszystko nie w pełni oddają one istotę tego pojęcia. Najlepszym ze sposobów jego wytłumaczenia jest scharakteryzowanie go jako postępowania odmiennego od pewnego przyjętego, założonego pozytywnego wzorca.

²⁶ Ch. Jolls, C. R. Sunstein, *Debiasing through law...*, s. 34.

²⁷ Ustawa z 14 grudnia 2004 roku o Bankowym Funduszu Gwarancyjnym (Dz. U. z 2009, nr 48, poz. 711 ze zm.).

²⁸ Spełnienie się warunku gwarancji oznacza wydanie przez Komisję Nadzoru Finansowego decyzji o zawieszeniu działalności banku i ustanowieniu zarządu komisarycznego, o ile nie został on ustanowiony wcześniej, oraz wystąpienie do właściwego sądu z wnioskiem o ogłoszenie upadłości.

na usunięcie niebezpieczeństwa niewypłacalności lub zakup udziałów albo akcji banku przez nowych udziałowców lub akcjonariuszy, o ile spełnione zostały warunki, o których mowa w ustawie.

Celem wymienionych powyżej działań ma być zapewnienie stabilności finansowej systemowi bankowemu. Stabilności finansowej, rozpatrywanej w perspektywie potencjalnego kryzysu. Jego wystąpienie doprowadzić może bowiem do jej utraty, czego konsekwencją będzie rozprzestrzenianie się owej sytuacji kryzysowej na kolejne podmioty, składające się na system finansowy, czyli inne banki. Będzie to wynikiem zarówno tzw. efektu zarażania (ang. *contagion effect*), jak i efektu domina (ang. *knock-on effect*)²⁹. U ich źródeł może leżeć utrata zaufania do danej instytucji przez jej klientów, którzy poprzez tzw. *run* na nią i masowe wypłaty zdeponowanych w niej swoich oszczędności doprowadzić mogą do utraty przez nią wypłacalności i w konsekwencji do jej upadku, co z kolei nie pozostanie obojętne dla innych uczestników rynku. Sytuacja ta stanowi doskonały przykład istnienia zależności pomiędzy behawioralną naturą rynku finansowego a jego regulacją. Wprowadzanie rozwiązań prawnych dotyczących bezpieczeństwa środków zdeponowanych na rachunkach bankowych jest bowiem z jednej strony uwarunkowane znanymi już możliwymi zachowaniami uczestników rynku, a z drugiej strony ma ono także na celu wpływać na te zachowania w przyszłości. Świadomość klientów banków, iż ich środki są w pewnym zakresie chronione, powinna bowiem oddziaływać stabilizująco na ich zachowania.

Należy także wskazać na inny aspekt tego rodzaju rozwiązania, nawiązujący do tzw. zjawiska *moral hazard*, definiowanego trafnie jako sytuacja, w której ubezpieczenie się od skutków wystąpienia pewnego zdarzenia może w rzeczywistości doprowadzić do jego wystąpienia³⁰. Odnosząc tę definicję do systemu gwarantowania depozytów, należy wyobrazić sobie sytuację, w której klient banku mający świadomość gwarancji jego oszczędności przez państwo (ubezpieczenie) dokonywać będzie nie zawsze racjonalnych wyborów, na przykład deponując swe oszczędności w banku o wątpliwej stabilności finansowej, oferującym jednak ponadprzeciętne warunki oprocentowania. Z kolei osoby zarządzające tym bankiem, podobnie jak ich klienci, mając poczucie „nadmiernego bezpieczeństwa”, będą podejmować bardziej ryzykowne działania inwestycyjne. W konsekwencji zachowania jednej i drugiej strony, choć co do zasady zabezpieczone przez system gwarantowania depozytów, mogą doprowadzić do zaistnienia sytuacji kryzysowej. Sytuacji, w której bank nie będzie w stanie zrealizować swych zobowiązań wobec klientów, którzy lekkomyślnie powierzyli mu swe oszczędno-

²⁹ R. Mroczkowski, *Nadzór nad funduszami inwestycyjnymi*, Oficyna Wolters Kluwer Business, Warszawa 2011, s. 100–101.

³⁰ L. Oręziak, *Rynek finansowy Unii Europejskiej*, Twigger, Warszawa 1999, s. 19.

ści na warunkach, obiektywnie niemożliwych do spełnienia. Następstwem tego rodzaju sytuacji będzie konieczność udzielenia pomocy przez system gwarantowania depozytów. Dlatego też, aby do tego nie dopuścić, prawodawca musi w odpowiedni sposób konstruować ów system. Czyniąc to, staje się on niejako architektem potencjalnych zachowań adresatów jego norm, w tym wypadku klientów banku oraz osób nim zarządzających. W praktyce więc przykładowo ogranicza on procentowo lub kwotowo limit gwarancji, a także uzależnia wysokość środków wpłacanych na rzecz funduszu gwarancyjnego przez bank od stopnia podejmowanego przez jego władze ryzyka. Rozwiązanie to ocenić należy pozytywnie, choć aby przyniosło ono oczekiwany rezultat, konieczne jest uświadomienie jego istnienia podmiotom, których dotyczy, na przykład poprzez rozwijanie skierowanej do nich edukacji finansowej. Ta ostatnia, choć – jak się wydaje – niejednokrotnie niedoceniana, jest ważnym elementem regulacji rynków finansowych, których proces tworzenia i stosowania musi uwzględniać elementy behawioralne, odnoszące się między innymi do wielu aspektów ryzyka finansowego. Jak bowiem pisał P. L. Bernstein: „umiejętność formułowania precyzyjnych prognoz dotyczących możliwego przebiegu przyszłych zdarzeń i dokonywania wyborów między różnymi alternatywami jest najistotniejszym aspektem życia współczesnych społeczeństw. Kontrolowanie ryzyka wyznacza kierunek naszych działań w tak różnorodnych dziedzinach wiążących się z podejmowaniem decyzji, jak alokacja zasobów pieniężnych, tworzenie systemu powszechnej opieki zdrowotnej, prowadzenie wojny, planowanie rodziny”³¹.

ZAKOŃCZENIE

Kryzys rynku finansowego, który rozpoczął się w 2007 roku, a którego konsekwencje odczuwalne są do dziś, prowokuje do poszukiwania nowych możliwości kontroli rynków finansowych. Niewątpliwie ze względu na ich znaczenie dla szeroko rozumianej gospodarki jest ona konieczna. Dyskusyjny jest jednak jej zakres i przede wszystkim mechanizmy, które mogą być w jej toku wykorzystywane. Jednym z nich jest z pewnością prawo, przez które prawodawca ma możliwość kształtowania określonych relacji pomiędzy podmiotami, a także ich kontrolowania. Należy jednak pamiętać, że jego możliwości w tym względzie są niezwykle duże i w sposób istotny mogą oddziaływać na regulowaną materię. Z tego też względu konieczne jest, aby proces prawodawczy czerpał także z doświadczeń innych nauk, w tym między innymi ekonomii. Odpowiedzią na ten postulat jest rozwi-

³¹ P. L. Bernstein, *Przeciw bogom. Niezwykłe dzieje ryzyka*, WIG PRESS, Warszawa 1997, s. XIV.

jana z powodzeniem od lat ekonomiczna analiza prawa, powszechnie określana terminem *Law & Economics*. Dostarcza ona szeregu instrumentów, które mogą być zastosowane zarówno na etapie tworzenia, jak i stosowania prawa. W tym w szczególności prawa rynku finansowego, którego regulacje niejednokrotnie wynikają ze zmian zachodzących na rynku, a których skutkiem są przykładowo nowe rodzaje instrumentów finansowych. I choć sama koncepcja *Law & Economics* opiera się na wielu, niekiedy uzupełniających się teoriach, to jednak ze względu na naturę regulacji finansowych w ich procesie prawodawczym powinna być brana pod uwagę jedna z nich, tj. behawioralna koncepcja prawa. Artykuł miał na celu zasygnalizowanie jej istnienia, gdyż szczegółowa analiza wymagałaby o wiele obszerniejszego opracowania. Koncepcja ta jest z pewnością godna uwagi, gdyż w sposób obiektywny oddaje naturę regulowanej materii, którą jest rynek finansowy. Konieczne jest jednak dalsze opracowywanie metod badawczych i stosowanych przez nią instrumentów. Proces ten wymaga jednak pracy przedstawicieli kilku nauk, w tym prawa i ekonomii. Dlatego też należy postulować dalszy rozwój myśli *Law & Economics* w Polsce i wspierać inicjatywy w tym względzie. Co więcej, należy dążyć do tego, aby ekonomiczna analiza prawa na stałe znalazła się w programach nauczania polskich wydziałów prawa. Konieczne jest tym samym przekonanie środowiska prawniczego do racjonalności zastosowania instrumentów badawczych ekonomii w procesie tworzenia (*ex ante*) i stosowania (*ex post*) prawa, czego przykładem są chociażby regulacje w zakresie gwarantowania depozytów bankowych. Podsumowując, należy stwierdzić konieczność uświadamiania wpływu zachowań jednostek na proces tworzenia prawa, ale także prawa na ich zachowanie, w czym pomocna może okazać się ekonomiczna analiza prawa.

BIBLIOGRAFIA

- Bełdowski J., Metelska-Szaniawska K., *Law & Economics – geneza i charakterystyka ekonomicznej analizy prawa*, „Bank i Kredyt” 2007, nr 10, s. 51–69.
- Bernstein P. L., *Przeciw bogom. Niezwykłe dzieje ryzyka*, WIG PRESS, Warszawa 1997.
- Boehlke J., *Charakterystyka nurtu prawo i ekonomia we współczesnej myśli ekonomicznej*, [w:] B. Polszakiewicz, J. Boehlke (red.), *Ład instytucjonalny w gospodarce*, Wydawnictwo UMK, Toruń 2005.
- Friedman D. D., *Law's Order. What economics has to do with law and why it matters*, Princeton University Press, Princeton 2000.
- Gajl N., *Instrumenty finansowe w zarządzaniu gospodarką narodową*, Państwowe Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 1988.
- Jolls Ch., *Behavioral Economics Analysis of Retributive Legal Rules*, „Vanderbilt Law Review” 1998, vol. 51.

- Jolls Ch., *Behavioral Law and Economics*, [w:] John M. Olin Center for Studies in Law, Economics, and Public Policy, Yale Law School, Research Paper no. 342.
- Jolls Ch., Sunstein C. R., *Debiasing through law*, „NBER Working Paper Series”, Working Paper 11 738, 2005.
- Jolls Ch., Sunstein C. R., Thaler R., *A behavioral Approach to Law and Economics*, „Stanford Law Review” 1997–1998, vol. 50.
- Kłósiewicz P., Kozłowski W., Paczocha J., Rogowski W., *Papierologia czy bezpieczeństwo depozytów? Koszty administracyjne w sektorze bankowym w Polsce na przykładzie przestrzegania wybranych regulacji bankowych*, „Materiały i Studia”, z. 153, NBP, Warszawa 2009.
- Malloy R. P., *Law and Market Economy. Reinterpreting the Values of Law and Economics*, Cambridge University Press, Cambridge 2000.
- Malloy R. P., Braun Ch. K. (ed.), *Law and Economics. New and Critical Perspectives*, Peter Lang Publishing Inc., New York 1995.
- Metelska-Szaniawska K., *Konstytucyjne czynniki reform gospodarczych w krajach postsocjalistycznych*, Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2008.
- Mroczkowski R., *Nadzór nad funduszami inwestycyjnymi*, Oficyna Wolters Kluwer Business, Warszawa 2011.
- Oręziak L., *Rynek finansowy Unii Europejskiej*, Twigger, Warszawa 1999.
- Ostaszewski J. (red.), *Finanse*, Wydawnictwo Difin, Warszawa 2010.
- Polszakiewicz B., Boehlke J. (red.), *Ład instytucjonalny w gospodarce*, Wydawnictwo UMK, Toruń 2005.
- Redelbach A., *Wstęp do prawoznawstwa*, Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 1995.
- Stelmach J., Brożek B., Załuski W., *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Oficyna Wolters Kluwer Business, Warszawa 2007.
- Subrahmanyam A., *Behavioural Finance: A Review and Synthesis*, „European Financial Management” 2007, vol. 14, no. 1.
- Szyska A., *Behavioralne aspekty kryzysu finansowego*, „Bank i Kredyt” 2009, nr 40.
- Weralski M. (red.), *System instytucji prawno-finansowych PRL*, t. 1, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wydawnictwo Polskiej Akademii Nauk, Wrocław 1982.
- Weralski M., *Pojęcie instytucji prawno-finansowych i ich systematyka*, [w:] M. Weralski (red.), *System instytucji prawno-finansowych PRL*, t. 1, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wydawnictwo Polskiej Akademii Nauk, Wrocław 1982.
- Woś R., *Kto może wyjaśnić kryzys? Tylko ekonomia behawioralna*, „s Magazyn. Dziennik Gazeta Prawna” 2001, nr 175.
- Wronkowska S., *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa, ar boni et aequi*, Poznań 2005.
- Wronkowska S., Ziemiński S., *Zarys teorii prawa, ars boni et aequi*, Poznań 1997.

STRESZCZENIE

Kwestie dotyczące regulacji rynków finansowych ze względu na dużą liczbę uwarunkowań, takich jak np. zaufanie konsumentów usług finansowych oraz ich zachowania, nie należą do łatwych. Przedmiotem artykułu jest analiza najważniejszych uwarunkowań tego rodzaju regulacji oraz związanych z nimi kwestii z punktu widzenia prawa przy założeniach behawioralnych przyjmowanych w ramach nurtu *Law & Economics*. Dynamiczny rozwój rynków finansowych oraz możliwych do wykorzystania na nich instrumentów wymaga współpracy ekonomistów i prawników, której skutkiem powinno być zrozumienie natury przedmiotu regulacji. Postęp na gruncie ekonomicznej analizy prawa w tym obszarze może być osiągnięty dzięki lepszemu poznaniu ludzkich zachowań.

BEHAVIORAL LAW & ECONOMICS

SUMMARY

Issues concerning the regulation aspects of financial markets are not simple. One of the reasons for this is that a great number of detailed factors have an effect, for example, the trust of the consumers of financial services or their behavior. The paper analyses the most important of them, and issues related to them, from a legal point of view, with the main objective of presenting the basic assumptions of the behavioral *Law & Economics* theorem. Dynamic development of financial markets and instruments available in those markets requires the collaboration of economists and lawyers working out legal provisions that will 'understand' the economic nature of the matters they regulate. Moreover law and economics analysis on the matter may be improved by increased attention to insights about human behavior.