
***EFEKTYWNOŚĆ EKONOMICZNA JAKO DYREKTYWA WYMIARU
KARY. PERSPEKTYWY I ZAGROŻENIA DLA WYMIARU
SPRAWIEDLIWOŚCI, UWAGI DE LEGE FERENDA***

Wstęp

W nauce możemy spotkać się z poglądem, że podejście ekonomiczne do wszelkich zachowań ludzkich jest podejściem najszerszym.¹ Rzeczywiście ekonomia przedstawia określoną perspektywę spojrzenia na rzeczywistość (teraźniejszą i przyszłą) oraz podejmuje próbę jej wyjaśnienia, poddając również krytyce obowiązujące rozwiązania, przez co pomaga zrozumieć mechanizmy rynku jak i ekonomicznej roli prawa. Jednym z głównych założeń ekonomicznej analizy prawa (*Law & Economics*) jest twierdzenie, że prawo powinno być w sensie ekonomicznym efektywne. Bardzo ważnym (jeśli nie najważniejszym) i oczywistym celem jest również sprawiedliwość prawa. Przeciwnicy zastosowania nauk ekonomicznych w prawie uważają, że tych dwóch wartości nie da się pogodzić, ponieważ powodują one przede wszystkim konflikt moralny. Płaszczyzną, która może wzbudzać duże kontrowersje wobec uwzględniania w prawie wytycznych ekonomii jest z pewnością zagadnienie wymiaru kary za popełnione przestępstwo. Czy wymierzana kara powinna być sprawiedliwa czy ekonomicznie efektywna (jak uważają zwolennicy ekonomicznej analizy prawa)? Czy w ogóle możliwe jest pogodzenie efektywności ekonomicznej ze sprawiedliwością i czy jest to zagadnienie na tyle istotne aby rozpatrywać je z perspektywy propozycji zmian w obowiązującym prawie? Wreszcie czy wprowadzenie dyrektywy efektywności ekonomicznej do sądowego wymiaru kary nie spowoduje więcej zagrożeń niż korzyści dla wymiaru sprawiedliwości. Celem niniejszego artykułu opartego na krytycznej analizie literatury tematu jest odpowiedź na postawione pytania i jednocześnie pokazanie, że w płaszczyźnie sądowego wymiaru kary możliwe, a w niektórych przypadkach konieczne jest zgodne współdziałanie efektywności ekonomicznej oraz sprawiedliwości prawa.

Efektywność ekonomiczna prawa

Efektywność ekonomiczna prawa jest pojęciem związanym z ekonomiczną analizą (teorią) prawa² czyli nurtem, którego rozwój przypada na drugą połowę XX wieku i wiązany jest przede

1 G.S. Becker, *Ekonomiczna teoria zachowań ludzkich*, Warszawa 1990, s. 26, zobacz też: M. Bednarski, J. Wilkin (red.), *Ekonomia dla prawników i nie tylko*, Warszawa 2005, s. 473 i nast.

2 Pojęcia te w literaturze używane są zamiennie, zobacz: M. Bednarski, J. Wilkin (red.), *Ekonomia...*, s. 473

wszystkim ze Stanami Zjednoczonymi Ameryki, chociaż i w Europie jego wpływy nie są obce.³ Inspiracji dla współczesnych przedstawicieli z pewnością można doszukać się w idei utilitaryzmu J. Benthama czy J.S. Milla, których poglądy do dnia dzisiejszego są w dużej mierze aktualne i stają się przedmiotem wielu dyskusji.

Ekonomiczna analiza prawa karnego skupia się głównie na takich zagadnieniach jak: zasady odpowiedzialności karnej, wzajemne relacje (i ich optymalizacja) pomiędzy rodzajem (surowością) kary, a prawdopodobieństwem jej wymierzenia (wykrycia przestępstwa, zatrzymania sprawcy i doprowadzenia do oskarżenia przed sądem), porównanie kary pozbawienia wolności i kary grzywny z punktu widzenia ich efektywności ekonomicznej, funkcje, które powinno spełniać prawo karne (sprawiedliwościowa, prewencyjna, regulacyjna, kompensacyjna, gwarancyjna), koszty przestępczości oraz korzyści związane z jej zwalczaniem.⁴ Wśród tych zagadnień należy zwrócić uwagę na stosunek ekonomicznej analizy prawa do funkcji sprawiedliwościowej prawa karnego w płaszczyźnie wymierzania kary przez sąd. Jest to również powiązane z relacjami pomiędzy karą, a prawdopodobieństwem jej wymierzenia oraz efektywnością ekonomiczną poszczególnych kar.

Jak już wspominaliśmy, jednym z głównych założeń ekonomicznej analizy prawa jest twierdzenie, że prawo powinno być w sensie ekonomicznym efektywne. Założenie to występuje w wersji słabszej mówiącej, że jest to jeden z celów oraz mocniejszej, która głosi, że efektywność ekonomiczna jest jedynym celem prawa.⁵ W niniejszym artykule przyjmujemy słabszą wersję, chociażby z uwagi na fakt, że efektywność ekonomiczną zestawiamy z innym celem, a mianowicie sprawiedliwością i możliwości tego zgodnego współistnienia będziemy dowodzili.

Prawo będzie efektywne ekonomicznie wówczas, gdy będzie prowadziło do maksymalizacji dobrobytu społecznego, aż do granicy marginalnych kosztów i korzyści związanych z podejmowanymi działaniami. Jest to połączenie dwóch ujęć efektywności ekonomicznej prawa: utilitarystycznego dążenia do maksymalizacji dobrobytu oraz analizy marginalnej kosztów i korzyści.⁶ Pierwsze ujęcie mówi, że wszelkie działania podejmowane przez społeczeństwo (które składa się z jednostek) oraz rząd, powinny prowadzić do zwiększenia korzyści (użyteczności),

3 O rozwoju ekonomicznej analizy prawa w Stanach Zjednoczonych Ameryki patrz: J. Stelmach, *Spór o ekonomiczną analizę prawa* [w:] J. Stelmach, M. Soniewicka, *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawniczych*, Warszawa 2007, s. 9 i nast., M. Szczepaniec, *Teoria ekonomiczna w prawie karnym*, Warszawa 2012, s. 17 i nast., M. Bednarski, J. Wilkin (red.), *Ekonomia...*, s. 473 i nast. O rozwoju ekonomicznej analizy prawa w Wielkiej Brytanii czy Niemczech zobacz: J. Beldowski, K. Metelska-Szaniawska, *Ekonomiczna analiza prawa (Law & Economics) – Wprowadzenie*, s. XX, [w:] R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza prawa*, Warszawa 2011. Również w Polsce środowisko naukowe zajmujące się tym tematem utworzyło w 2005 roku Polskie Stowarzyszenie Ekonomicznej Analizy Prawa.

4 Porównaj: K. Pawlusiewicz, B. Brożek, *Prawo karne w świetle ekonomicznej teorii prawa (Uwagi krytyczne)*, „Państwo i Prawo” nr 12/2002, s. 48 i nast.

5 J. Stelmach, *Spór...*, s. 13 i nast.

6 Występuje również efektywność ekonomiczna w sensie Pareta i Kaldora-Hicksa, które jako rozważania teoretyczne wykraczają poza ramy niniejszego artykułu. Szerzej na ten temat patrz: J. Stelmach, *Spór...*, s. 14, J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa 2007 s. 30 i nast., M. Szczepaniec, *Teoria...*, s. 30 i nast.

względnie zmniejszenia niekorzystnych zjawisk.⁷ Drugie ujęcie stawia przed rozwiązaniami prawnymi jakiś cel i jednocześnie oblicza koszty i korzyści⁸ związane z osiągnięciem zamierzonego celu. Podjęte działania (rozwiązania) mają być realizowane do takiego momentu, w którym marginalne koszty zrównają się z korzyściami, ponieważ dalsze działania będą generowały koszty przewyższające osiągnięte korzyści, co nie będzie już efektywne ekonomicznie (nie będzie zwiększało dobrobytu społecznego). O ile pierwsze ujęcie jest dość ogólne i traktując dobrobyt społeczny jako sumę dobrobytu wszystkich jednostek dość łatwo jest postępować zgodnie z nim (zwłaszcza na gruncie prawa karnego), o tyle drugie ujęcie z góry zakłada, że zamierzone cele nie zostaną osiągnięte w całości (np. zwalczanie przestępczości) i stąd budzi pewne kontrowersje. Dążenie do efektywności ekonomicznej powinno być obecne na etapie tworzenia i stosowania prawa przez państwo, ale również na etapie przestrzegania prawa przez jednostki. Aby to wyjaśnić należy sięgnąć do kolejnego ważnego twierdzenia formułowanego na gruncie ekonomicznej analizy prawa, a mianowicie założenia, że człowiek to istota myśląca ekonomicznie (*homo oeconomicus*) przy podejmowaniu wyborów w warunkach ograniczonego dostępu do dóbr. Warunki, w których człowiek dokonuje wyboru są jednak zmienne (w sposób zamierzony bądź nie), stąd działanie państwa, m.in. w tworzeniu czy też stosowaniu prawa zmierza do tego by człowiek racjonalnie myślący, działając według ustalonych reguł (przestrzegając prawa) nie prowadził do marnotrawstwa lecz do zwiększania dobrobytu społecznego. Na gruncie prawa karnego ma to odzwierciedlenie m.in. w tworzeniu ustawowego katalogu kar i środków karnych (etap stanowienia prawa) oraz jednostkowego wymiaru kary przez sąd za popełnione przestępstwo (etap stosowania prawa).

Państwo tworząc prawo zmierza do realizacji założonych celów, co na gruncie prawa karnego przejawia się m.in. w penalizacji bądź depenalizacji pewnych zachowań, wspomnianego tworzeniu katalogu kar i środków karnych czy też utrzymywaniu organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości co docelowo ma wpływać na zachowanie jednostki. Człowiek, który zgodnie z założeniami ekonomicznej analizy prawa myśli racjonalnie⁹ popełni przestępstwo, jeśli spodziewane przez niego korzyści będą większe niż grożąca kara za jego popełnienie pomnożona przez prawdopodobieństwo jej wymierzenia (a więc wykrycia, zatrzymania i skazania sprawcy).¹⁰

7 Porównaj uwagi J. Benthama o zasadzie użyteczności w: J. Bentham, *Wprowadzenie do zasad moralności i prawodawstwa*, przeł. B. Nawroczyński, Warszawa 1958, s. 17 i nast.

8 Koszty i korzyści w szerokim znaczeniu gdyż mowa zarówno o wartościach policzalnych, jak i niepoliczalnych, kosztach i korzyściach ekonomicznych, ale i społecznych.

9 Ta teza może budzić kontrowersje, chociażby dlatego, że często spotykamy się z nieracjonalnym postępowaniem człowieka. Jednakże ta nieracjonalność w określonych warunkach da się najczęściej racjonalnie wytłumaczyć. Posłużmy się przykładem nieprzestrzegania prawa (co jest odchyleniem od normy). Podczas gdy człowiek racjonalnie myślący przestrzega prawa wiedząc, że zachowanie takie powiększa (a przynajmniej nie pomniejsza) jego dobrobyt, nie można odmówić racjonalności jednostkom, które decydują się postępować niezgodnie z prawem spodziewając się w ten sposób powiększyć swój dobrobyt (w większym stopniu niż by tego dokonali przestrzegając prawa), zobacz: J. Stelmach, *Spór...*, s. 16 i nast., J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć...*, s. 19.

10 Zobacz: J. Stelmach, M. Soniewicka, *Analiza...*, s. 86, M. Szczepaniec, *Teoria...*, s. 167 oraz 302 i nast. Jest to uproszczony model ludzkiego zachowania pomijający wiele czynników (wewnętrznych i zewnętrznych), które mają

Zadaniem więc państwa jest utrzymanie optymalnego poziomu kar i wykrywalności przestępstw, aby ich iloczyn był minimalnie większy od spodziewanych przez sprawcę korzyści.¹¹ Z tej nierówności wynikają dalsze wnioski dotyczące m.in. skuteczność prewencji generalnej negatywnej zależnej od katalogu kar i środków karnych jak również nakładów czynionych na organy ścigania i wymiar sprawiedliwości, ale także dotyczące ustalania optymalnych kar za poszczególne przestępstwa, które przy danej wykrywalności będą skutecznie zniechęcały potencjalnych sprawców do jego popełnienia.

Ograniczenie przedmiotowe stosowania ekonomicznej analizy prawa

My skoncentrujemy się na procesie stosowania prawa realizowanym przez sąd przy wymierzaniu konkretnej kary za popełnione przestępstwo. Z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa podstawowym zagadnieniem jest jak surową orzec karę i w jakiej postaci (czy korzystniej jest stosować karę grzywny czy karę pozbawienia wolności). Czyniąc rozważania na temat efektywności ekonomicznej prawa karnego trzeba zauważyć, że nie do wszystkich rodzajów przestępstw będzie ona miała jednakowe zastosowanie. Wynika to chociażby z trudności w oszacowaniu strat moralnych czy fizycznych i dlatego największe zastosowanie będzie miała ona przy przestępstwach, gdzie straty są policzalne. O ile szkodę można wyliczyć w dość łatwy sposób (określając jej wartość pieniężną), to krzywdy (psychicznej czy fizycznej) nie jesteśmy już w stanie dokładnie (a nawet w przybliżeniu) wycenić. Wiąże się to nie tylko z trudnością w przeliczeniu strat moralnych czy uszczerbku na zdrowiu na pieniądze, ale również z tym, że każda krzywda jest odbierana przez ofiarę indywidualnie i subiektywne podejście do wyceny krzywdy dla wielu byłoby bardzo krzywdzące i tym samym niesprawiedliwe. Orzekane kary powinny w maksymalnym stopniu zrekompensować szkodę i krzywdę poniesioną przez pokrzywdzonego, ale również państwo, a przez to i całe społeczeństwo. Wynika z tego, że zastosowanie ekonomicznej analizy prawa przy wymiarze kary nie będzie jednakowo stosowane do wszystkich przestępstw, z uwagi właśnie na trudności w „wyliczeniu” sprawiedliwej kary. Można oczywiście pokusić się o próbę oszacowania krzywdy w każdym konkretnym przypadku przestępstwa, ale wyliczenia te będą obarczone wadą niewspółmierności, co przy wymiarze kary jest jednym z najważniejszych zagadnień, stąd najszerszym polem do stosowania postulatu efektywności ekonomicznej przy wymiarze kary niewątpliwie będą przestępstwa przeciwko mieniu, a w szczególności przestępstwa

wpływ na podjęcie decyzji przez człowieka. Taki model jest przyjmowany przez ekonomiczną analizę prawa dla uniknięcia bardzo dużej ilości rozbieżnych wyników przy uwzględnianiu wielu czynników natury moralnej, etycznej, psychologicznej, emocjonalnej itp. co doprowadziłoby do utraty z pola widzenia określonego kierunku, na którym trzeba oprzeć dalsze badania. Przestępczość jest zjawiskiem złożonym i nie da się poddawać go analizie bez stosowania uproszczeń. Istnieje nurt behawioralny w ekonomicznej analizie prawa, jednak jest on dość nowy i na chwilę obecną nie można ocenić skutków tworzenia takiego modelu zachowania człowieka, zobacz: M. Szczepaniec, *Teoria...*, s. 61 i nast.

¹¹ Zobacz: W. Gromski, *Law and economics jako teoria polityki prawa* [w:] J. Stelmach, M. Soniewicka, *Analiza...*, s. 46 i nast.

przeciwko finansom publicznym postrzeganym jako „przestępstwa bez ofiar”, gdzie całkowicie znika problem związany z wyceną krzywdy.¹²

Wymiar i rodzaj kary z perspektywy efektywności ekonomicznej i sprawiedliwości

Skoro ograniczyliśmy stosowanie ekonomicznej analizy prawa przy wymiarze kary do określonych przestępstw, w dalszej kolejności zastanowimy się jak sprostać celom jakie powinna spełniać kara uwzględniając jednocześnie perspektywę jej efektywności ekonomicznej.¹³ Przydatna będzie próba rozstrzygnięcia czy z punktu widzenia efektywności ekonomicznej stosowanie kar pieniężnych jest korzystniejsze od kar izolacyjnych. Z pozoru może się wydawać, że jest to oczywiste, ponieważ wykonanie kary pieniężnej jest bardzo mało kosztowne i stanowi praktycznie czysty zysk dla budżetu (a więc i społeczeństwa), z kolei kara pozbawienia wolności (bezwzględnej) wiąże się z kosztami utrzymania skazanego.¹⁴ Za karą grzywny (i brakiem izolacji) przemawia dodatkowo możliwość wykonywania legalnej pracy przez skazanego, a więc produkowanie dóbr z jednoczesnym odprowadzaniem podatków do Skarbu Państwa. Kara izolacyjna powoduje, że zarówno praca jak i zasilanie budżetu państwa przez podatki są dla skazanego mocno ograniczone. Proporcje kosztów i korzyści zaczynają jednak wyglądać inaczej jeśli skonfrontujemy oba rodzaje kar z przestępstwami przeciwko mieniu, a w szczególności przestępstwami ekonomicznymi skierowanymi przeciwko budżetowi państwa (a więc i Unii Europejskiej).¹⁵ W takich przypadkach może się okazać, że izolacja sprawców (a więc trwałe, okresowe zapobiegnięcie powrotowi ich do przestępstwa) jest wysoce korzystna, a przede wszystkim korzystniejsza od grzywny.¹⁶ Jak widać, orzekanie kar pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia ich wykonania może wywoływać co najmniej trzy korzystne skutki. Po pierwsze odizolowani sprawcy nie popełniają przestępstw i swoim działaniem nie powodują strat czy to

12 Za takie przestępstwa uznawane są w głównej mierze przestępstwa skierowane przeciwko Skarbowi Państwa. Oczywiście są to tylko pozornie „przestępstwa bez ofiar”, gdyż w rzeczywistości pośrednim pokrzywdzonym jest całe społeczeństwo, które jednak nie odczuwa bezpośrednich, negatywnych skutków tych przestępstw.

13 Skoncentrujemy się na podstawowych celach kary, tj. sprawiedliwościowym, kompensacyjnym i prewencyjnym.

14 Dzielne utrzymanie osadzonego w 2017 roku wynosiło 114,44 PLN na podstawie danych statystycznych Służby Więziennej, <https://www.sw.gov.pl/strona/statystyka-roczna>, 14.01.2019.

15 Takimi jak przestępstwa akcyzowe, celne, związane z wyłudzeniami podatku VAT czy dotacji lub subwencji, przestępstwa ubezpieczeniowe, kredytowe, podrabianie pieniędzy itp. które powodują przecież olbrzymie straty zarówno w mieniu prywatnym jak i publicznym.

16 Przykładowo w toku zakończonego śledztwa Prokuratury Apelacyjnej w Lublinie (AP V Ds. 26/10) grupie przestępczej liczącej 42 członków przedstawiono zarzuty spowodowania strat Skarbu Państwa i Unii Europejskiej w wysokości ok. 168 milionów złotych. Mając dane o kosztach utrzymania skazanego w zakładzie karnym, można obliczyć, że utrzymanie wszystkich członków grupy w izolacji wynosi około 1,75 miliona złotych rocznie, co oznacza, że marginalny koszt ich utrzymania równa się z marginalnymi stratami, które spowodowali, jeśli każdy z nich odbędzie karę pozbawienia wolności w wymiarze około 96 lat, co jest oczywiście absurdalnym wyrokiem. Znane są również przypadki grup przestępczych, które powodowały straty o wiele większe w mieniu prywatnym (Amber Gold) czy Skarbu Państwa (<http://cbasp.policja.pl/cbs/aktualnosci/128755,Rozbita-grupa-przestepcza-wyludzajaca-VAT-na-handlu-nielegalnym-paliwem.html>), 14.01.2019. Zobacz też: R. Posner, *Ekonomiczna teoria prawa karnego*, „Ius et Lex” nr 1/2007, s. 52.

w mieniu prywatnym czy publicznym, podczas gdy sprawca ukarany grzywną i pozostawiony na wolności w pierwszej kolejności będzie chciał „odrobić” poniesioną stratę (zysk, którego nie udało mu się osiągnąć, bądź został go pozbawiony z powodu wykrycia i zatrzymania, ale również grzywnę, którą przyszło mu zapłacić w efekcie skazania). Po drugie, kara pozbawienia wolności ma oddziaływanie prewencyjne negatywne przede wszystkim indywidualne, ponieważ po odbyciu wyroku bezwzględnej pozbawienia wolności połączonego z karą grzywny sprawca, jako *homo oeconomicus* będzie miał świadomość, że nie jest w stanie go w pełni „odrobić”, a próbując zrekompensować sobie stratę finansową (utracony zysk i zapłaconą karę grzywny) może ponownie otrzymać wyrok pozbawienia wolności, którego, tak samo jak pierwszego nie „odrobi”. W mniejszym stopniu kara ta ma również charakter prewencji negatywnej generalnej, bo pokazuje całemu społeczeństwu, że popełnianie tego typu przestępstw nie kończy się „tylko” grzywną i karą pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania¹⁷. Efekt „odstraszenia” będzie jednak i tak zależny od rozpowszechnienia informacji o wydanym wyroku i najczęściej będzie on sięgał osób z kręgu przestępczego, w którym obracał się skazany. W większym stopniu charakter prewencji generalnej negatywnej ma odgrywać katalog kar i środków karnych, który ma do dyspozycji sędzia i który jest powszechniej dostępny dla społeczeństwa niż ogłoszony wyrok.¹⁸ Po trzecie, pozbawienie wolności zawiera w sobie element kary w ścisłym tego słowa znaczeniu, czyli osobistą dolegliwość, którą powinien ponieść sprawca za swoje naganne zachowanie. Nie zawsze poniesienie kary finansowej będzie proporcjonalne do wagi popełnionego przestępstwa, jak również będzie uwzględniało stopień społecznej szkodliwości czynu czy potrzeby w zakresie kształtowania świadomości prawnej społeczeństwa.¹⁹

Skuteczność kary pozbawienia wolności jest zależna także od tzw. „podaży przestępców”²⁰. Zjawisko to polega na „uzupełnianiu” przestępcy, który odbywa karę izolacyjną przez innego (lub innych) przestępców, bądź też „uzupełnianiu” zakresu działań przestępczych które wykonywał

17 Wydaje się, że błędne pojmowanie kary pozbawienia wolności spowoduje uznanie jej za „doliczoną sprawcy marzę na rzecz straszenia niewiadomych innych” (M. Szerer, *Karanie a humanizm*, Warszawa 1964, s. 166, [za:] M. Szczepaniec, *Teoria...*, s. 254). Jeśli uznalibyśmy ją za marzę, to jest to marża narzucona skazanemu zgodnie z ustawowymi dyrektywami wymiaru kary za przestępstwo, które popełnił, a efekt odstraszenia wywołany u innych nie jest celem tej kary lecz tylko efektem pochodnym.

18 To właśnie zaostrzanie kar w ustawowym katalogu kar i środków karnych przy jednoczesnym preferowaniu stosowania kar nieizolacyjnych (co w naszym prawie jest ustanowione w art. 58 § 1 k.k.) ma ewidentnie za zadanie w pierwszej kolejności wywołać efekt „odstraszenia” potencjalnych przestępców, co nie wydaje się właściwą tendencją z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa.

19 Podobnie: R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna...*, s. 646, przy czym autorzy wymieniają jeszcze resocjalizację jako czwartą korzyść, która wykracza poza ramy niniejszego artykułu. Jest to odrębne zagadnienie wzbudzające również żywą dyskusję w nauce prawa, psychologii czy socjologii. W obecnej rzeczywistości zarzuca się przede wszystkim resocjalizacji bardzo małą skuteczność, która w konfrontacji z negatywnym wpływem współwięźniów i samą izolacją powoduje pytanie o jej sens. Poza tym resocjalizacja traktowana jako dobroczynny wpływ na zachowanie przestępców wzbudza również społeczną nieakceptację, gdyż traktowana jest jako nagroda dla sprawcy, który miał przecież ponieść karę. Szerzej zobacz: I. Ehrlich, *Zbrodnia, kara oraz rynek przestępstw*, „Ius et Lex” nr 1/2007, s. 93, M. Szczepaniec, *Teoria...*, s. 284 i nast.

20 Zobacz: I. Ehrlich, *Zbrodnia...*, s. 93 i nast.

przez innych przestępców. Jeśli na „rynku” osób popełniających przestępstwa lub gotowych do jego popełnienia jest dużo takich, które są w stanie zastąpić w działalności przestępczej skazanego na karę bezwzględnego pozbawienia wolności, to skuteczność ekonomiczna tej kary będzie mniejsza. Słusznie jednak należy wnioskować, że orzeczenie kary pozbawienia wolności będzie miało charakter prewencji generalnej negatywnej wobec „nowego” przestępcy zamierzającego zastąpić czasowo wyeliminowanego poprzednika. Wstępujący w jego rolę (jako *homo oeconomicus*) będzie brał pod uwagę orzeczoną karę dokonując kalkulacji kosztów i korzyści związanych z planowanym podjęciem działalności przestępczej.²¹ Podobnie jest w sytuacji gdy „podaż przestępców” dotyczy nie zastąpienia odizolowanego sprawcy nowym przestępcą, ale podziałem jego zakresem działalności przestępczej pomiędzy inne osoby, które zmuszone będą do zwiększenia swojej aktywności dzieląc się dodatkowymi obowiązkami. W tym przypadku nie „nowi”, ale dotychczasowi przestępcy, racjonalnie myśląc i wiedząc jaka kara spotkała ich współnika muszą wziąć to pod uwagę w dokonywanej kalkulacji kosztów i korzyści związanych z nowymi obowiązkami.²²

Uznając, że kara pozbawienia wolności orzekana wobec sprawców niektórych przestępstw jest ekonomicznie efektywna należy się zastanowić czy taka kara jest sprawiedliwa²³. Otóż, właśnie w tych przypadkach zastosowanie ekonomicznej analizy może nam zagwarantować sprawiedliwość wymierzonej kary. Kara będzie wówczas sprawiedliwa gdy będzie uwzględniała zasadę proporcjonalności (zgodnie z dyrektywami sprawiedliwościowymi jest to współmierność do stopnia społecznej szkodliwości czynu oraz do stopnia winy) oraz będzie potępiała zachowanie sprawcy przestępstwa. Pozbawienie sprawcy wszystkich korzyści majątkowych (zakładając teoretycznie, że jest to możliwe) uzyskanych z przestępstwa (także w drodze konfiskaty rozszerzonej²⁴), pomimo że będzie pewną dolegliwością dla niego, nie będzie karą, a jedynie oddaniem tego, co prawnie mu się nie należało. Orzeczona kara w postaci grzywny powinna zrekompensować korzyści osobiste, które skazany osiągnął w drodze przestępstwa, a których nie można go pozbawić, jak również korzyści majątkowe, których z różnych przyczyn również nie można mu odebrać (np. z tego powodu, że nie cały majątek pochodzący z przestępstwa został w toku postępowania przygotowawczego ujawniony lub że popełniając przestępstwa w jakimś dłuższym przedziale czasowym, część swojego majątku

21 Wynika to z założenia, że sprawca popełni przestępstwo jeśli spodziewane korzyści przewyższają oczekiwaną karę pomnożoną przez prawdopodobieństwo jej wymierzenia. Wiąże się to jeszcze z oddzielnym zagadnieniem utrzymania optymalnego poziomu prawdopodobieństwa wykrycia przestępstwa i doprowadzenia do skazania sprawcy. Przy utrzymywaniu takiego poziomu „podaż przestępców” w naturalny sposób by malała.

22 Tak jak w poprzednim przypadku „podaż przestępców” można ograniczyć utrzymując optymalny poziom wykrywalności przestępstw, gdyż zdolność do przejmowania obowiązków po zatrzymanych przestępcach będzie z czasem coraz bardziej ograniczana.

23 Biorąc pod uwagę sprawiedliwość karną i naprawczą, ponieważ w przestępstwach przeciwko mieniu uznawanych za „przestępstwa bez ofiar” pokrzywdzonym jest Skarb Państwa, czyli tak naprawdę całe społeczeństwo odczuwa ich skutki, zobacz: M. Szczepaniec, *Teoria...*, s. 272 i nast.

24 Art. 45 k.k. (Dz. U. 1997 nr 88 poz. 553).

spożytkował na własne potrzeby żyjąc na wyższym poziomie niż miałyby to miejsce, gdyby nie popełniał przestępstw).²⁵ Nadal jednak i w tej wysokości kara grzywny nie będzie dla sprawcy karą ponieważ odbiera mu się cały czas równowartość (w przypadku korzyści osobistych szacunkową) korzyści uzyskanych w drodze przestępstwa. Dopiero kara wymierzona ponad to stanie się osobistą dolegliwością dla sprawcy.²⁶ Kara zaś powinna być dla przestępcy dolegliwością odczuwalną.²⁷ Co jednak zrobić, gdy wyliczona w ten sposób kara grzywny przekracza bądź górny próg ustawowego wymiaru kary, bądź możliwości finansowe oskarżonego. Nakładanie na niego kary grzywny, której nie będzie mógł zapłacić jest niesprawiedliwe i niecelowe ekonomicznie. Dlatego w przypadku przestępstw przeciwko mieniu, z punktu widzenia efektywności ekonomicznej koniecznym dopełnieniem kary grzywny powinna być kara pozbawienia wolności, która dopiero będzie stanowiła sprawiedliwą karę dla sprawcy (ponad korzyści, które osiągnął). Nie jest to „obejściem ograniczenia majątkowego sprawcy”²⁸ tylko realizacją sprawiedliwościowego, kompensacyjnego i prewencyjnego celu kary. Czy gdyby górny, ustawowy wymiar kary grzywny przewidziany za dane przestępstwo był wystarczający dla wymierzenia osobistej dolegliwości (a więc spełniałaby ona cel kompensacyjny), można na niej poprzestać? To zależy od konkretnego przypadku, gdyż jak wspominaliśmy kara pozbawienia wolności (w odróżnieniu od kary grzywny) spełnia cel prewencji indywidualnej w dwojaki sposób. Po pierwsze sprawca ma świadomość, że tej kary nie jest w stanie w żaden sposób sobie zrekompensować (w przeciwieństwie do kary grzywny), a po drugie odizolowanie go od świata przestępczego w naturalny sposób znacznie utrudni mu powrót do przestępstwa. Z perspektywy ekonomicznej efektywności jest to zarazem sprawiedliwe i korzystne, gdyż zabezpiecza mienie (publiczne czy prywatne) przed powstawaniem strat. Są to cechy, które powinna zawierać w sobie kara, a sama grzywna nie jest w stanie tego zapewnić.²⁹ Z powyższych rozważań wynika, że w przypadku przestępstw przeciwko mieniu (których jest немало) orzeczona kara pozbawienia wolności może przynieść więcej zysku (w postaci braku potencjalnych strat) niż kara grzywny. Nie może ona być jednak wymierzana tylko wówczas gdy sprawca nie jest w stanie finansowo sprostać potencjalnej karze grzywny i w związku z tym należy uznać za błędne wnioski, że „rzadko umieszczanie kogoś w więzieniu ma sens, jeżeli wcześniej nie wykorzystano

25 Już J. Bentham do zysków z przestępstwa zaliczał także „...nie tylko zysk pieniężny lecz również przyjemność lub korzyść wszelkiego rodzaju, którą ktoś osiąga lub spodziewa się osiągnąć [...]”, zobacz: J. Bentham, *Wprowadzenie...*, s. 248.

26 Zobacz: R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna...*, s. 598, J. Stelmach, B. Brożek, W. Załuski, *Dziesięć...*, s. 49 i nast., J. Bentham, *Wprowadzenie...*, s. 247 i nast.

27 M. Szczepaniec, *Teoria...*, s. 262.

28 R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna...*, s. 623.

29 Porównaj: K. Pawłusiewicz, *Rachunek zbrodni i kar? Próba spojrzenia na możliwości i ograniczenia teorii ekonomicznej z punktu widzenia polskiego prawa karnego*, „Ius et Lex” nr 1/2007 s. 335. Za karami izolacyjnymi przemawia również ilość recydywistów w zakładach karnych. Badania na terenie Stanów Zjednoczonych Ameryki pokazują, że ok. dwóch trzecich wszystkich osadzonych było wcześniej karanych, a nawet do 50 % wszystkich sprawców jest zatrzymywanych w ciągu bardzo krótkiego czasu po opuszczeniu zakładu karnego, zobacz: R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna...*, s. 648

możliwości nałożenia grzywny”³⁰ oraz że „można zachować ten sam poziom odstraszenia i zaoszczędzić pieniądze podatników przez zwiększenie grzywny do maksimum i odpowiednią redukcję kar pozbawienia wolności”³¹. Przy założeniu, że orzekanie kary grzywny jest bardziej ekonomiczne niż orzekanie kary pozbawienia wolności natrafiamy na jeszcze jeden przypadek, kiedy zastosowanie ekonomicznej analizy prawa doprowadzi do orzeczenia niesprawiedliwego wyroku. Orzekając karę grzywny wobec sprawców o różnym statusie majątkowym, wobec tych, których majątek nie pozwoliłby na zapłacenie kary grzywny należałoby dodatkowo orzec karę pozbawienia wolności, zaś ci bardziej majątni byłiby w stanie się „wykupić” samą grzywną, co również nie jest rozwiązaniem sprawiedliwym.³² Co prawda istnieje w naszym prawie system wymiaru kary regulowany za pomocą ilości stawek dziennych i ich wysokości, nie zmienia jednak faktu, że postawienie tylko na maksymalizację kary grzywny w celu uniknięcia stosowania kar izolacyjnych faworyzowałoby przestępców bardziej majątnych.³³ W rezultacie orzekanie samych grzywien w przypadku przestępstw przeciwko mieniu jest nieefektywne ekonomicznie i niesprawiedliwe gdyż jest przejawem krótkowzrocznej polityki karnej, która nie doprowadzi do obniżenia poziomu przestępczości, a tym samym do obniżenia powodowanych przez nią strat w mieniu prywatnym i publicznym. Błędym także założeniem wydaje się postawienie tylko na karę pozbawienia wolności, która miałaby trwać tak długo, aż spodziewana szkoda spowodowana przez sprawcę pozostającego na wolności przekracza koszty społeczne tej izolacji.³⁴ W przypadku wielu przestępstw na szkodę Skarbu Państwa kara dożywotniego pozbawienia wolności byłaby jedyną słuszną, co również nie można uznać za sprawiedliwe. Z perspektywy ekonomicznej analizy prawa odnośnie wymiaru kary zależnej od prawdopodobieństwa wykrycia przestępstwa i zatrzymania sprawcy, nie można zgodzić się, że najskuteczniejsze jest wymierzanie kary grzywny w maksymalnej wysokości przy zachowaniu minimalnego poziomu wykrywalności przestępstw. Ekonomiczna analiza prawa podpowiada wówczas, że iloczyn tych dwóch czynników będzie taki sam, jak wymierzanie minimalnej kary grzywny przy bardzo wysokim współczynniku wykrywalności, jednak koszt tych dwóch sytuacji jest diametralnie różny ze wskazaniem na efektywność ekonomiczną pierwszego rozwiązania. Jest to wytłumaczenie widocznej tendencji do zaostrzania ustawowego katalogu kar przy jednoczesnym utrzymywaniu stosunkowo niskiej wykrywalności niektórych przestępstw.³⁵ Tym zabiegiem, z ekonomicznego punktu widzenia

30 Tamże, s. 623.

31 Tamże, zobacz też M. Szczepaniec, *Teoria...*, s. 277 i nast.

32 M. A. Cohen, *Ekonomiczne podejście do przestępczości: równoważenie kosztów i korzyści*, „Ius et Lex” nr 1/2007, s. 131.

33 Dyskusyjny jest zapis art. 33 § 3 k.k. mówiący o ustalaniu stawki dziennej w oparciu o dochody sprawcy czy jego możliwości zarobkowe, w szczególności gdy sprawca z przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu.

34 Porównaj: B. Brożek, *Ekonomiczna analiza prawa karnego* [w:] J. Stelmach, M. Soniewicka (red.), *Analiza...*, s. 89.

35 W głównej mierze dotyczy to przestępstw przeciwko finansom publicznym.

można podnieść iloczyn kary i jej prawdopodobieństwa, a tym samym wpłynąć na zniechęcenie potencjalnych sprawców do popełnienia danego przestępstwa. Uzależnienie wysokości orzekanej kary od wyniku jej iloczynu i prawdopodobieństwa jej wymierzenia (który, jak wiemy powinien być nieznacznie większy od spodziewanych korzyści z przestępstwa) nie będzie jednak sprawiedliwe, chociaż ekonomicznie efektywne. Wskazywana nierówność bowiem odnosi się tylko do ustawowego katalogu kar, w ramach którego dopiero sąd, w granicach dopuszczalnej swobody uznania dokonuje konkretyzacji kary do naruszonej normy prawnej. Stosowanie omawianej nierówności podczas sądowego wymiaru kary doprowadziłoby do orzeczenia kary efektywnej ekonomicznie, ale niesprawiedliwej, ponieważ sąd, mając wpływ jedynie na wymiar i rodzaj kary musiałby jej surowością rekompensować czyny, które nie zostały wykryte i których sprawcy nie będą osądzeni. Oskarżony stojący przed sądem zmuszony byłby ponieść również karę za sprawców, którzy tej kary uniknęli.³⁶ Idąc dalej takim tokiem rozumowania najkorzystniejszy byłoby orzekanie maksymalnych kar (grzywny lub pozbawienia wolności) przy utrzymywaniu minimalnych nakładów finansowych na wykrywalność przestępstw i ich sprawców.³⁷ Sytuacja taka mogłaby również mieć miejsce w przypadku przestępstw trudniejszych do wykrycia mimo dość dużych nakładów czynionych na zwiększenie wykrywalności.³⁸ Byłoby to oczywiście wysoce niesprawiedliwe.

Należy więc rozróżnić proces wyboru kary efektywnej ekonomicznie jaki dokonuje prawodawca ustalając katalog kar (i środków karnych) od sądowego wymiaru kary w ramach tego katalogu.³⁹ Sąd wymierzając karę z uwzględnieniem jej efektywności ekonomicznej nie może brać pod uwagę wspomnianej nierówności lecz jedynie stosując się do zasad i dyrektyw wymiaru kary, mając na uwadze cele jakie ma do spełnienia kara, wybrać rodzaj i wysokość kary, która w tym konkretnym przypadku będzie najbardziej efektywna ekonomicznie. Stosując dyrektywę sprawiedliwościową współmierności do społecznej szkodliwości czynu powinien orzec taką karę, która uwzględniałaby koszty społeczne związane z popełnieniem przestępstwa i ich rekompensatę przez korzyści związane z ukaraniem sprawcy. Tak pojmowana kara jest sankcją optymalną z perspektywy ekonomicznej teorii prawa.⁴⁰ Stąd przy przestępstwach powodujących olbrzymie straty majątkowe w mieniu prywatnym lub publicznym mając na względzie pozostałe dyrektywy wymiaru kary nie powinno się unikać stosowania kar izolacyjnych, które jak wykazaliśmy również spełniają stawiane przed karą cele.

36 Zobacz: R. Posner, *Ekonomiczna...*, s. 39 i nast.

37 Zobacz: I. Ehrlich, *Zbrodnia...*, s. 109

38 M. A. Cohen, *Ekonomiczne...*, s. 130.

39 Zobacz: M. Szczepaniec, *Teoria...*, s. 264 i nast. K. Pawłusiewicz, *Rachunek...*, s. 335.

40 K. Pawłusiewicz, *Rachunek...*, s. 335.

Podsumowanie

Mając na względzie powyższe uwagi należy stwierdzić, że sprawiedliwość prawa (kary) nie musi wykluczać jego ekonomicznej efektywności, a w niektórych przypadkach sądowego wymiaru kary zachowanie zasady efektywności ekonomicznej gwarantuje jej sprawiedliwość. W szczególności ma to zastosowanie do przestępstw przeciwko mieniu. Tym samym są to rozważania bardzo istotne, gdyż mają na względzie orzekanie sprawiedliwych kar (i jednocześnie efektywnych ekonomicznie), co wpływa na obniżenie poziomu tego rodzaju przestępczości, a tym samym strat przez nią powodowanych w mieniu prywatnym jak i Skarbu Państwa. Należy więc postulować wprowadzenie do dyrektyw wymiaru kary dyrektywę ekonomicznej efektywności, o której sąd w ramach swobodnego uznania decydowałby o stopniu jej zastosowania, czyli o tym jaki wpływ miałaby ta dyrektywa (w zależności od rodzaju popełnionego przestępstwa) na ostateczny wymiar kary. Nie powinna być to najważniejsza z dyrektyw, jednak sąd powinien dysponować możliwością brania jej pod uwagę. Powinien jednak rozróżniać proces wyboru kary efektywnej ekonomicznie jaki dokonuje prawodawca ustalając katalog kar (i środków karnych) od jednostkowego aktu stosowania prawa w postaci wymiaru kary w ramach tego katalogu. W przeciwnym wypadku może dojść do konkretyzacji sankcji co prawda efektywnej z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa, ale jednocześnie niesprawiedliwej.

Efektywność ekonomiczna jako dyrektywa wymiaru kary. Perspektywy i zagrożenia dla wymiaru sprawiedliwości, uwagi de lege ferenda

Szymon Kosatka

O autorze

Szymon Kosatka - doktorant Katedry Teorii i Filozofii Państwa i Prawa Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego; doktorant Katedry postępowania karnego, kryminalistyki i informatyki prawnej Wydziału Prawa Bałtyckiego Federalnego Uniwersytetu im. Immanuela Kanta w Kaliningradzie.

ORCID: 0000-0002-4600-8580

Streszczenie

W artykule zwraca się uwagę na możliwości zastosowania ekonomicznej analizy prawa na etapie stosowania prawa przez sąd w postaci wymiaru kary za konkretne przestępstwo. Zauważa się podstawowy problem w pogodzeniu dwóch, pozornie sprzecznych cech, tj. sprawiedliwości kary z jej efektywnością ekonomiczną. Dostrzega się korzyści wynikające z wymiaru karu z uwzględnieniem efektywności ekonomicznej, jak również zagrożenia związane z zastosowaniem ekonomicznej analizy prawa przy określaniu wysokości i rodzaju kary. Autor odnosi się również do efektywności ekonomicznej kary grzywny i kary pozbawienia wolności z perspektywy celów jakie powinna spełniać wymierzona przez sąd kara. Na zakończenie zawarł propozycję zmian w obowiązujących przepisach dotyczących ustawowych dyrektyw sądowego wymiaru kary.

Słowa kluczowe

ekonomiczna analiza prawa, efektywność ekonomiczna, sprawiedliwość, dyrektywy wymiaru kary, kara grzywny, kara pozbawienia wolności, prawo, ekonomia

Economic efficiency as a punishment directive. Prospects and threats to justice. Comments *de lege ferenda*.

Szymon Kosatka

Summary

The article draws attention to the possibility of applying an economic legal analysis at the stage of applying the law by the Court in the form of a penalty for a specific crime. He notes the basic problem in reconciling two seemingly contradictory features, i.e. punishment justice with its economic effectiveness. The article recognizes the benefits of penalizing the economic efficiency, as well as the risks associated with the application of economic law analysis in determining the amount and type of penalties. The author also refers to the economic effectiveness of a fine and imprisonment from the perspective of the objectives to be met by the sanction imposed by the Court. At the end, he made a proposal to amend the existing law on penalties directives.

Key words

economic law analysis, economic efficiency, justice, penalties directive, fine, imprisonment, law, economics