

MIT RACJONALNEGO ŁOTRA. STATYSTYKA I PSYCHOLOGIA KONTRA EKONOMICZNA ANALIZA PRAWA¹

Radosław Zyzik*
Akademia Ignatianum w Krakowie

Streszczenie: *Celem tekstu jest ocena ekonomicznej teorii kary i powiązanego z nią modelu podejmowania decyzji z perspektywy empirycznych studiów nad prawem i behawioralnej analizy prawa. Ekonomiczna teoria kary w drugiej połowie XX wieku była podstawową teorią kary i miała znaczący wpływ na politykę karania w Stanach Zjednoczonych. Na początku XXI stulecia liczne badania statystyczne pokazały z jednej strony ograniczoną skuteczność ekonomicznego podejścia do prawa karnego, a z drugiej – szkodliwe efekty przetrzymywania w więzieniach dużej liczby osadzonych. Pojawiła się więc konieczność opracowania nowego modelu podejmowania decyzji przez przestępców. Psychologowie, ekonomiści behawioralni i zwolennicy behawioralnej analizy prawa zidentyfikowali szereg czynników wpływających na podejmowanie decyzji o popełnieniu przestępstwa, by wymienić choćby dyskontowanie hiperboliczne, błąd nadmiernego optymizmu czy prognozowanie afektywne.*

Słowa kluczowe: *homo economicus, behawioralna analiza prawa, prawo karne, decyzje.*

THE RATIONAL VILLAIN MYTH. STATISTICS AND PSYCHOLOGY VERSUS ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

Abstract: *The aim of the paper is to critically assess the economic decision-making model in criminal law from the perspective of empirical legal studies and behavioral analysis of law. In the second half of the XX century the economic theory of punishment had dominant influence on criminal law policy in US. At the beginning of XXI century numerous statistical studies*

* Radosław Zyzik, Wydział Pedagogiczny, Akademia Ignatianum w Krakowie, ul. Kopernika 26, 31-501 Kraków, e-mail: radoslaw.zyzik@ignatianum.edu.pl

¹ Praca powstała w wyniku realizacji projektu badawczego nr 2015/17/D/HS5/00453 finansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki.

have shown limited effectiveness of the economic approach and harmful effects of the large number of prisoners currently being incarcerated. Therefore the new model of decision-making in criminal law was needed. Psychologists, behavioral economists and proponents of behavioral analysis of law were able to identify factors influencing decisions of criminals including hyperbolic discounting, optimism bias and affective forecasting

Key words: *homo economicus, behavioral analysis of law, criminal law, decisions.*

1. WSTĘP

Do niedawna podstawową teorią kary i polityki karania pozwalającą na przewidywanie wpływu zmian wysokości kar na poziom przestępczości była ekonomiczna teoria kary opracowana w latach 60. XX wieku przez amerykańskiego ekonomistę, laureata Nagrody Nobla Gary'ego Beckera (Becker, 1968) i rozwijana przez jego zwolenników. Choć przedstawiciele prawa karnego, szczególnie w Polsce, zasadniczo nigdy nie zgadzali się z twierdzeniami Beckera, który utrzymywał, że im wyższe kary lub prawdopodobieństwo schwytania, tym niższa przestępczość, to w prawie karnym nie wypracowano konkurencyjnej teorii kary pozwalającej z jednej strony określać wysokość kar za poszczególne przestępstwa, a z drugiej przewidywać, jak owe kary wpłyną na ogólny poziom przestępczości.

Sama wartość eksplanacyjna i predykcyjna ekonomicznej teorii kary to oczywiście za mało, żeby uznać ją za najlepsze z możliwych narzędzi kreowania polityki karania. Jednak, co istotne, przez kilkadziesiąt lat wydawało się, że teoria Beckera trafnie opisuje rzeczywistość, ponieważ od lat 80. XX wieku poziom przestępczości w USA zaczął widocznie spadać. Dopiero przeprowadzone analizy statystyczne ujawniły szereg czynników, które miały wpływ na to zjawisko: były nimi m.in. legalizacja aborcji w 1973 roku i zmiana trendów demograficznych, a także zmiana w sposobie traktowania przestępców cierpiących na choroby psychiczne.

Rozwój behawioralnej analizy prawa (Rachlinski, 1999; Sunstein, 2000; Tor, 2008), jak również empirycznych studiów nad prawem (Abramowicz, Ayres i Listokin, 2011; Cane i Kritzer, 2012; Epstein i Martin, 2014) sprawił, że sukces ekonomicznego podejścia do polityki karnej może nie być tak spektakularny, jak wydawało się to na pierwszy rzut oka. Niemniej niniejszy artykuł nie przyjmie formy sprawozdania z wad ekonomicznej analizy prawa karnego, ale raczej będzie ilustracją naturalnego procesu rozwoju metod naukowych wykorzystywanych w polityce karnej. Procesu, w którym metody badawcze następują jedna po drugiej, uzupełniają się, modyfikują wzajemnie, a niekiedy opracowywane hipotezy badawcze są falsyfikowane (Popper, 2002).

Jeśli nie można było dłużej polegać na modelu decyzyjnym Beckera, zaczęto stawiać pytania o to, czy można poprawić ten model, by lepiej uwzględnił rzeczywiste sposoby podejmowania decyzji przez przestępców. W ramach behawioralnej analizy prawa karnego zaproponowano szereg rozwiązań. Zmodyfikowano teorię Beckera (zaczęto zwracać uwagę na dyskontowanie hiperboliczne, uwzględniono wpływ błędu optymizmu, kłopoty z prognozowaniem afektywnym itp.), a także zidentyfikowano czynniki, które nie były w ogóle brane pod uwagę w modelu ekonomicznym, czyli na przykład duże znaczenie niechęci do straty w przypadku niektórych kategorii przestępców. Choć podejście behawioralne nie jest tak matematycznie eleganckie jak teoria Beckera, to na plus należy zaliczyć, że behawioralna analiza prawa karnego uwzględnia znacznie więcej czynników wpływających na decyzje o popełnieniu czynu zabronionego.

2. NOWA NADZIEJA, CZYLI EKONOMICZNA TEORIA ZBRODNI I KARY

Spśród wszystkich tradycyjnych teorii prawa karnego to retributywizm był do niedawna najbardziej popularną i wpływową teorią kary i polityki karnej. Zgodnie z nim celem kary jest sprawiedliwy odwet. Im bardziej poważne przestępstwo, tym surowsza kara. Powszechność takiego podejścia związana jest zapewne z poczuciem sprawiedliwości wymagającym, by za dobre nagradzać, a za złe karać. W języku filozofii można powiedzieć, że retributywizm jest zaliczany do deontologicznych uzasadnień kary. W przeciwieństwie do podejścia konsekwencjalistycznego, które uzasadnia karę poprzez odwołanie się do jej skutków (konsekwencji), retributywizm uznaje karę za najwłaściwszą reakcję na złamanie przepisów prawa (lub zasad moralnych) bez uwzględnienia jego skutków społecznych, ekonomicznych czy politycznych. Retributywizm opiera się na trzech problematycznych założeniach *a priori*. Po pierwsze, winny zasługuje na karę. Po drugie, nie można moralnie uzasadnić odstąpienia od wymierzenia kary kryminaliście. Po trzecie, instytucje lub osoby odpowiedzialne za wymiar kary zawsze wiedzą, jak wysoką karę wymierzyć (Primoratz, 1997).

Niektórzy mniej przychylni tej koncepcji filozofowie i prawnicy uważają, że retributywizm jest niczym innym jak odwetem. W związku z tym społeczeństwa cywilizowane ugruntowane na fundamencie praw człowieka stać na coś więcej niż wymierzanie zemsty. Z kolei bardziej przychylni komentatorzy uważają, że retributywizm odpowiada na społeczne zapotrzebowanie sprawiedliwości. Niemniej nie był on teorią, która pozwalała na przewidywanie poziomu przestępstw w odpowiedzi na zmianę wysokości kar (Maroń, 2011).

Wiele zmieniło się w podejściu do zagadnień prawa karnego i polityki karnej, przynajmniej w Stanach Zjednoczonych, gdy w latach 60. XX wieku ukazała się praca ekonomisty Gary'ego Beckera poświęcona zbrodni i karze analizowanym z perspektywy nauk ekonomicznych (Becker, 1968). Był to początek zjawiska, które dziś nosi nazwę imperializmu ekonomii, czyli wykorzystywania narzędzi ekonomicznych do rozwiązywania problemów tradycyjnie zaliczanych do innych nauk społecznych i humanistycznych (Brzeziński, Gorynia i Hockuba, 2008; Murak, 2014). Ten bezprecedensowy wówczas przykład imperializmu ekonomii na grunt prawa karnego miał mieć – czego nikt nie przewidywał – dominujący wpływ na politykę karania w Stanach Zjednoczonych w drugiej połowie XX wieku.

Choć lektura pracy Beckera nie jest równie łatwa w odbiorze ze względu na przedstawione w niej formuły matematyczne, co prace poświęcone retrybutywizmowi, to wnioski płynące z teorii Beckera mogą dla wielu wydać się równie intuicyjne. Niemniej to, co różni retrybutywizm i ekonomiczną analizę kary, to fakt, że celem tej drugiej jest ustalenie, jakie czyny powinny być karane oraz jakie i jak wysokie kary powinny być orzekane za konkretne przestępstwa (Ulen i Cooter, 2009). Ekonomiczna analiza kary poprzez szacowanie potencjalnych zysków i strat wynikających z popełnienia przestępstwa pozwala na sformułowanie wniosków *de lege ferenda* dotyczących przyszłego katalogu kar.

Ekonomiczna teoria polityki karnej nie dość, że zdaniem jej zwolenników odpowiada na te pytania, to oferuje znacznie więcej. Po pierwsze, dzięki wykorzystaniu podejścia ekonomicznego można stworzyć jednolity, łatwy do wykorzystania ekonomiczny model zachowania przestępczego (Maraszek, 2011). Po drugie, na podstawie opracowanego modelu można przewidywać zmiany poziomu przestępstw będące wynikiem zmian polityki karnej. Po trzecie, ekonomiczna teoria polityki karnej w sposób precyzyjny określa cel prawa karnego, którym jest maksymalizacja dobrobytu społecznego i minimalizacja społecznych kosztów.

3. MIT RACJONALNEGO ŁOTRA

Ekonomiczna analiza prawa to nurt badawczy, w ramach którego prowadzi się studia nad instytucjami prawa, wykorzystując w tym celu koncepcje zaliczane głównie do mikroekonomii głównego nurtu. Zwolennicy tego podejścia wykorzystują między innymi koncepcję kosztów alternatywnych, analizę korzyści i strat, koncepcję oczekiwanej użyteczności i twierdzenie Coase'a w procesie badania wybranych instytucji prawnych (Becker, 1990; Becker i Posner, 2013; Bełdowski i Metelska-Szaniawska, 2007; Calabresi, 2016; Georgakopoulos, 2005; Hatzis i Mercurio, 2015; Mercurio,

ro i Medema, 2006; Polinsky, 1989; Pomaskow, 2015; Stelmach i Soniewicka, 2007; Szczepaniec, 2012; Ulen i Cooter, 2009; Veljanovski, 2006).

W przeciwieństwie do prawa cywilnego prawo karne nie jest jedynie – nawet z perspektywy ekonomicznej – narzędziem rekompensowania szkód wyrządzonych pokrzywdzonemu przez przestępcę. Nie chodzi więc jedynie o finansową rekompensatę za złamanie prawa, ale również o ukaranie sprawcy i wysłanie sygnału do innych potencjalnych przestępców, że ewentualne koszty popełnionego czynu zabronionego znacznie przewyższają korzyści. Chodzi więc o karanie i efekt odstrasżający, a także o ochronę wolności innych członków społeczeństwa. Oznacza to, że nawet gdyby w prawie karnym istniała możliwość wypłacenia doskonałego odszkodowania, czyli takiego, które sprawi, że ewentualnemu pokrzywdzonemu będzie obojętne, czy przestępstwo zostanie popełnione, czy nie, to z punktu widzenia celów prawa karnego, ale i z perspektywy subiektywnego poczucia sprawiedliwości takie rozwiązanie nie będzie możliwe. Poza tym doskonała wycena wyrządzonej straty jest niekiedy niemożliwa w przypadku przestępstw przeciw życiu i zdrowiu, a w przypadku innych przestępstw – co pokazały badania – jest niezwykle trudna (Kolber, 2007).

Każdy, kto miał w ręku podręcznik do prawa karnego, uzna powyższe akapity za twierdzenia trywialne. Niemniej z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa wcale nie muszą one za takie uchodzić. Jeśli celem prawa według ekonomicznej analizy prawa jest maksymalizowanie dobrobytu społecznego, to rachunek korzyści i strat może prowadzić do rozwiązań ekonomicznie efektywnych, ale społecznie nieakceptowalnych. Może się na przykład okazać, że z punktu widzenia dobrobytu społecznego lepiej, żeby osoby zamożne płaciły wielomilionowe grzywny na przykład za spowodowanie śmierci lub zabójstwo, niż były skazywane na więzienie. Takie rozwiązanie może być finansowo korzystne dla państwa i rodziny ofiary, ale nie będzie akceptowane przez społeczeństwo (a i zapewne przez rodzinę poszkodowanego).

Jeśli spojrzymy na prawo karne przez soczewki ekonomii, to musimy przyjąć, że podstawą ekonomicznej analizy prawa karnego jest założenie, że adresat norm prawnych zachowuje się tak, jak powinien zachowywać się człowiek racjonalny zgodnie z wymaganiami mikroekonomii głównego nurtu. Adresat, a w naszym przypadku łotr, zachowuje się jak *homo economicus*. Zakładamy, że przestępca jest racjonalny, czyli potrafi prawidłowo szacować korzyści i koszty swojego działania, wie, jak obliczać prawdopodobieństwo przyszłych zdarzeń, ma stały, kompletny, przechodni zestaw preferencji (co w języku potocznym oznacza, że zawsze wie, czego chce), jest w stanie wybrać pomiędzy dwoma opcjami działania, i jeśli woli A od B, a B od C, to woli też A od C (Małowski, Wieczorek i Sosnowska, 2004). Kolejne cechy modelu racjonalnego przestępcy – *homo economicusa* – nie są już przekonywujące nawet na bardzo ogólnym poziomie: zakłada się, że posiada on nieograniczone możliwości

poznawcze i nie jest ograniczony presją czasu, gdy decyduje, czy popełnić przestępstwo, czy zachować się zgodnie z prawem. Mówiąc konkretnie, czas podejmowania decyzji nie funkcjonuje jako czynnik ograniczający możliwości decyzyjne. Poza tym racjonalny przestępca kalkuluje, czy popełnić przestępstwo, nie będąc przy tym ograniczonym moralnością, a nawet własnym sumieniem.

W swojej najbardziej uproszczonej postaci ekonomiczna teoria kary zakłada, że podejmując decyzję o popełnieniu czynu zabronionego, przestępca oblicza „oczekiwaną wartość przestępstwa, która równa jest korzyściom pomniejszonym o wysokość kary i pomnożonej przez prawdopodobieństwo bycia schwytanym i skazanym” (Ulen i Cooter, 2009). Nie bez znaczenia jest również prawdopodobieństwo skazania i osadzenia, ponieważ na przykład w Polsce liczba wyroków skazujących, w których orzeczono tymczasowe zawieszenie wykonania kary, waha się od kilku aż do 41 procent w sprawach o zgwałcenie (Czubakowska i Klinger, 2017).

Amoralny racjonalny przestępca powinien więc wiedzieć, jakich korzyści może spodziewać się, gdy jego przestępcze działanie zakończy się sukcesem, oraz jaka kara grozi mu, gdyby został złapany i osądzony, a także jakie jest prawdopodobieństwo złapania, skazania i osadzenia za popełnienie czynu zabronionego, który planuje.

W języku formuł matematycznych należałoby przedstawić powyższe rozumowanie w sposób następujący:

Oczekiwana korzyść netto z przestępstwa x – KorzyśćNetto (x)

Zysk z przestępstwa x – $z(x)$

Prawdopodobieństwo złapania, osadzenia i wykonania kary – $w(x)$

Wysokość kary za przestępstwo x – $k(x)$

KorzyśćNetto (x) = $z(x) - w(x)k(x)$

Najlepiej rozumowanie to przedstawić na hipotetycznym przykładzie. Jeśli złodziej rozważa kradzież telewizora o wartości 2000 złotych ($z(x)$), a prawdopodobieństwo ujęcia, skazania i wykonania kary wynoszącej 2000 złotych ($w(x)$), czyli zwrotu ukradzionego sprzętu, wynosi 50%, to oczekiwana korzyść netto z przestępstwa wynosi 1000 złotych ($kn(x)$):

KorzyśćNetto (x) = $2000 - 0,5 \times 2000 = 1000$.

Jeśli oczekiwana korzyść z przestępstwa jest wartością dodatnią, to przestępca, którego stosunek do ryzyka jest neutralny, zdecyduje się na jego popełnienie. Ulen z Cooterem opisują tę zależność dla całego społeczeństwa w bardziej technicznym języku:

„Suma przestępstw popełnianych przez każdego przestępcę daje zagregowaną liczbę przestępstw dla całego społeczeństwa. Wzrost wartości p' (krańcowa wartość

prawdopodobieństwa), f' (krańcowa wysokość kary) albo spadek y' (krańcowa korzyść przestępcy) obniży raczej liczbę niż wagę przestępstw popełnianych przez racjonalnych przestępców” (Ulen i Cooter, 2009, s. 606).

Jeśli więc zwiększenie prawdopodobieństwa poniesienia kary lub podniesienie kary zmniejszy liczbę wszystkich przestępstw popełnianych przez każdego przestępcę, to liczba przestępstw popełnianych przez wszystkich przestępców również musi się obniżyć. Im wyższa kara oczekiwana, tym niższy popyt przestępców na popełnianie przestępstw.

Już na pierwszy rzut oka widać, że ekonomiczny model kary zakłada, że przestępca zna sankcje grożące za popełnienie czynu zabronionego. Wie również, jakie jest prawdopodobieństwo złapania, skazania i wykonania kary w razie dokonania określonego czynu zabronionego oraz dobrze orientuje się co do korzyści, które może uzyskać (Ulen i Cooter, 2009). Choć jest to niezwykle uproszczony model, to siłą swą czerpie z jednego z podstawowych praw ekonomii, czyli z prawa popytu. Prawo to mówi, że wraz ze wzrostem ceny danego dobra popyt na niego maleje, stąd krzywa popytu jest nachylona ujemnie. Prawo popytu zakłada ten sam model podejmowania decyzji, co ekonomiczny model kary. Jeśli więc prawo popytu działa, to ekonomiczna teoria kary również powinna. Tym samym może stanowić narzędzie efektywnej polityki karnej².

4. CO POKAZUJĄ STATYSTYKI?

Zanim przejdziemy do omawiania statystyk, warto przypomnieć, że celem prawa karnego z perspektywy ekonomicznej teorii kary miała być maksymalizacja dobrobytu społecznego. Oznacza to, że jeżeli koszty walki z przestępczością przewyższają szkody wyrządzone przez przestępców, to być może należy rozważyć zmianę organizacji organów ścigania, a nawet całą politykę karania.

Być może – oczywiście przy uwzględnieniu, że prawo karne chroni nie tylko interesy, ale również wolności obywateli – warto zrezygnować z penalizacji niektórych zachowań lub stosować kary nieizolacyjne. Prawo karne ma maksymalizować do-

² Dla porządku należy dodać, że prawo popytu uwzględnia również takie zjawiska, jak elastyczność cenową popytu, czyli zmianę popytu w odpowiedzi na zmianę ceny. Niektóre dobra, na przykład podstawowe produkty spożywcze czy paliwa, są mało elastyczne – oznacza to, że nawet wraz ze wzrostem ceny popyt na nie w ogóle nie maleje lub maleje nieproporcjonalnie mało. Jeśli więc popyt na przestępstwa również okazał się mało elastyczny, to zmiana wysokości kary lub prawdopodobieństwo skazania nie stanowiłyby efektywnego narzędzia wpływającego na poziom przestępczości. Należałoby poszukać innych czynników, takich jak poziom bezrobocia, liczbę młodych mężczyzn w populacji, kulturę społeczną. W takim wypadku prostota ekonomicznego modelu kary i jej użyteczność znacząco by zmalała. Poza tym rząd straciłby stosunkowo łatwe w obsłudze narzędzie kontrolowania przestępczości. Znacznie łatwiej podnieść górne widełki kary pozbawienia wolności w Kodeksie karnym, niż zwiększyć liczbę miejsc pracy.

broby, a nie stanowić uzasadnienia dla surowego karania każdego obywatela, który złamał prawo, ponieważ zakłada się, że tylko w ten sposób uda się obniżyć poziom przestępczości.

Tak w dużym uproszczeniu wygląda cel prawa karnego z perspektywy ekonomicznej teorii kary. Poniżej zostaną przywołane dane statystyczne pokazujące praktyczne rezultaty jej realizacji w systemie prawnym Stanów Zjednoczonych.

Polityka karania w Stanach Zjednoczonych była w XX wieku oparta na ekonomicznym modelu kary, czego rezultatem był pięciokrotny wzrost liczby osadzonych w więzieniach z 500 000 do 2 500 000 w 2007 roku. Sądy federalne pod koniec XX stulecia miały znacznie mniej dyskrecjonalności w orzekaniu wysokości kary, ponieważ zmieniła się polityka karania, zgodnie z którą sędziowie mieli skazywać na jak najwyższe kary pozbawienia wolności. Z drugiej strony system warunkowego przedterminowego zwolnienia niemal przestał w tym czasie istnieć. Tym samym sędziowie orzekali wysokie kary, a osadzeni nie byli przedterminowo zwalniani z więzienia (Ulen, 2015).

Na pierwszy rzut oka można było uznać, że ekonomiczny model kary i polityki karania świetnie spełniał pokładane w nim nadzieje. Pod koniec XX wieku przestępstwa z użyciem przemocy spadły w Stanach Zjednoczonych do poziomu niespotykanego od 1950 roku. Niemniej ta wyjątkowa skuteczność nowej polityki karnej wzbudziła zainteresowanie naukowców i niemal od razu pojawiły się wątpliwości, czy ten sukces na pewno jest rezultatem implementacji modelu opracowanego przez Beckera.

W literaturze przedmiotu pojawiły się argumenty oparte na badaniach statystycznych, podważające wpływ ekonomicznej analizy prawa na spadek liczby przestępstw w Stanach Zjednoczonych.

Po pierwsze, jedną z głównych przyczyn spadku przestępstw była legalizacja aborcji w Stanach Zjednoczonych w 1973 roku przez Sąd Najwyższy (sprawa Roe przeciwko Wade, 410 U.S. 113). Legalizacja zmniejszyła liczbę kar wymierzanych za wykonywanie nielegalnych aborcji, ale również wywołała jeszcze inny, mniej oczywisty skutek. Liczba aborcji według wyliczeń Guttmacher Institut wzrosła z 744 900 w 1973 roku do 1 608 600 w roku 1990, kiedy to osiągnęła najwyższy poziom w XX wieku. W związku z tym faktem na świat przyszło o wiele mniej dzieci, niż mogłoby to się stać zgodnie z ekstrapolacją tendencji demograficznych.

Najwięcej przestępstw związanych z zastosowaniem przemocy popełniają osoby w wieku 18–24. Co znaczące, w roku 1992, czyli 19 lat po zalegalizowaniu aborcji, liczba przestępstw zaczęła skokowo spadać. Autorzy badania studiowali również zmiany w poziomie przestępstw w pięciu stanach, które zalegalizowały aborcję przed 1973 rokiem. W ich przypadku skokowe obniżenie liczby przestępstw nastąpiło znacznie wcześniej. Zmiany w strukturze demograficznej USA, których przyczyną

była legalizacja aborcji w 1973 roku, skutkowałą spadkiem przestępczości średnio o 25% w latach 90. (choć w przypadku różnych kategorii przestępstw odsetek ten przedstawiał się inaczej). Co więcej, autorzy badania sprawdzali również, czy na ten spadek przestępstw miały wpływ takie czynniki, jak zmiany w liczbie osadzonych, liczba funkcjonariuszy policji czy też poziom ekonomiczny stanu. W rezultacie wysunięto wniosek, że to legalizacja aborcji miała dominujący wpływ na obniżenie poziomu przestępczości w latach 1992-1997 (Donohue i Levitt, 2001).

Młodzi ludzie, którzy przyszli na świat po 1973 roku, dorastali w lepszych warunkach materialnych, ponieważ to rodzice mieli pod kontrolą moment ich narodzin. Ulen argumentuje, że od połowy lat 70. XX wieku dzieci rodziły się w rodzinach, w których rodzice pracowali, mieli ubezpieczenie zdrowotne, starsze rodzeństwo mogło zaopiekować się młodszym. W takich warunkach młodzi ludzie rzadziej decydowali się na popełnienie czynów zabronionych. To z kolei spowodowało, że liczba przestępstw popełnianych w latach 90. XX wieku spadła o dodatkowe 25% (Ulen, 2015).

Innym argumentem, który również poddaje w wątpliwość skuteczność polityki karania opartej na teorii Beckera, są badania, z których wynika, że jeśliby zwolnić znaczną liczbę więźniów, to liczba przestępstw przeciwko mieniu wzrosłoby nieznacznie, a liczba przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu wzrosłoby minimalnie. Autorzy raportu zawierającego analizę badań empirycznych i statystycznych sugerowali również, że należy pozwalać sędziom na swobodne orzekanie wymiaru kary, być może nawet poprzez zniesienie minimalnych wymiarów kar za konkretne przestępstwa, uruchomić na nowo procedurę warunkowego przedterminowego zwolnienia, a nawet nagradzać te stany i hrabstwa, które mają niski odsetek osadzonych. Walka z przestępczością, która ma dziś miejsce w USA, jest bardzo kosztowna: generuje nie tylko koszty finansowe związane z przetrzymywaniem dwóch i pół miliona osadzonych, ale również koszty społeczne w społecznościach, z których osadzeni pochodzą (Raphael i Stoll, 2014).

Spadek liczby przestępstw w USA w latach 90. XX wieku związany jest również z faktem, że ponad dwa miliony ludzi, w przypadku których prawdopodobieństwo popełnienia przestępstwa było wyższe niż w całej populacji, po prostu zamknięto w więzieniach, tym samym liczba potencjalnych przestępców również uległa obniżeniu. Dodatkowy dwunastoprocentowy spadek liczby przestępstw z użyciem przemocy w latach 1997-2004 był wynikiem podawania przestępcom z zaburzeniami psychicznymi leków psychotropowych (Marcotte i Markowitz, 2011).

W związku z – jak się wydawało – ograniczoną skutecznością ekonomicznej teorii kary, zaczęto poddawać w wątpliwość jej podstawowe założenia: analogię pomiędzy rynkiem towarów i usług a rynkiem zachowań przestępczych i założenie o racjonalności przestępcy (przestępca jako *homo economicus*), co z kolei pozwoliło na sformułowanie zarysów behawioralnej teorii kary.

Po pierwsze, podniesiono wówczas argumenty teoretyczne związane z brakiem analogii pomiędzy rynkiem zachowań przestępczych a rynkiem towarów i usług. Po drugie, przy użyciu metod empirycznych zaczęto badać wpływ różnych czynników na poziom przestępczości i jego zmiany w drugiej połowie XX wieku.

Za ekonomiczną teorią kary, jak powiedzieliśmy, stoi model podejmowania decyzji właściwy dla *homo economicusa*. Niemniej istotne jest również to, w jakich warunkach ten model ma się sprawdzać. Idealne warunki dla funkcjonowania człowieka ekonomicznego to warunki naturalnej gry rynkowej, w ramach której jednostki niedziałające zgodnie z aksjomatami teorii racjonalnego wyboru wypadają z gry. Z kolei jednostki, które wchodzą na rynek, muszą szybko pozbyć się wcześniej nabytych i nieskutecznych nawyków postępowania i myślenia, by efektywnie konkurować. Innymi słowy, rynek, a konkretnie siły rynkowe, są nieustającą okazją do nauki.

Czy przestępca ma okazję nieustannie uczyć się właściwego postępowania na rynku zachowań kryminalnych? Niekoniecznie. Wystarczy wyobrazić sobie sytuację, w której błędnie szacuje on prawdopodobieństwo schwytania, skazania i osadzenia lub wysokość korzyści, które może zyskać z popełnienia czynu zabronionego. Popełnienie przestępstwa, z którego korzyść netto jest ujemna, niekoniecznie wiąże się ze zniknięciem z rynku na zawsze. Taki przestępca – popełniający błędy w szacunku zysków i strat – niekoniecznie tworzy wartość dodaną dla innych uczestników tego rynku. Poza tym może z powodzeniem kontynuować swoją przestępczą „karierę”, ponieważ nie musi to się dla niego definitywnie skończyć (na przykład dożywotnie pozbawienie wolności, śmiercią czy wieloletnim więzieniem).

Jednym z głównych argumentów przeciw stawianiu znaku równości pomiędzy klasycznym rynkiem a rynkiem zachowań kryminalnych jest fakt, że w przypadku klasycznego rynku, jeśli już raz się na niego wejdzie i poniesie się porażkę, to zawsze można spróbować wejść na rynek z nową firmą, nowym pomysłem i lepszym biznesplanem. Z kolei w przypadku rynku zachowań kryminalnych nie ma się wielu okazji do wielokrotnego wejścia i zejścia z rynku. Nieefektywne, w sensie beckerowskim, rozpoczęcie kariery przestępczej wcale nie musi służyć za dobrą okazję do nauki. Poza tym zejście z takiego rynku wcale nie jest takie proste, jak w przypadku klasycznego rynku towarów i usług. Skazany przestępca ma znacznie mniej okazji do rozpoczęcia nowej kariery niż właściciel start-upu, któremu nie udało się przetrwać (Jolls, Sunstein i Thaler, 2000).

5. BEHAWIORALNA ANALIZA KARY

Behawioralną analizą prawa (Tor, 2008) lub behawioralną ekonomiczną analizą prawa (Sunstein, 2000), a niekiedy programem nowego prawa i psychologii (Ra-

chlinski, 1999) nazywamy taki przypadek analizy przepisów, całych gałęzi systemu prawa lub jego poszczególnych instytucji, w ramach których wykorzystuje się rezultaty badań nad procesami podejmowania decyzji i wydawania osądów.

Studia nad prawem można zaliczyć do nurtu behawioralnej analizy prawa wtedy i tylko wtedy, gdy punktem wyjścia badań mających na celu ocenę instytucji prawnej są badania empiryczne z zakresu psychologii poznawczej i społecznej, teorii decyzji, medycyny, ekonomii i innych powiązanych dyscyplin naukowych, których celem są studia nad podejmowaniem decyzji, formułowaniem ocen i wydawaniem sądów. Zdaniem zwolenników tego podejścia prowadzenie takich badań zaowocuje z jednej strony możliwością rezygnacji z wykorzystywania abstrakcyjnego modelu *homo economicusa*, a z drugiej pozwoli doprecyzować lub – tam gdzie trzeba – zmodyfikować istniejący, eklektyczny model człowieka wykorzystywany w nauce prawa (Tor, 2008).

Choć behawioralna analiza kary nie falsyfikuje teorii Beckera, to naukowcy zaliczani do nurtu prawa behawioralnego zwracają uwagę na niedoskonałości klasycznej ekonomicznej teorii kary. Jak będzie można zobaczyć poniżej, przestępcy niekoniecznie znają kary grożące im za popełnienie planowanego czynu zabronionego. Jeśli jednak są świadomi wysokości kary, to jej postrzeganie jako kary oddalonej w czasie zmniejsza jej dolegliwość w momencie decydowania o popełnieniu przestępstwa. Nawet gdyby jednak przestępcy chcieli dyskontować wysokość kar zgodnie z wymogami teorii racjonalnego wyboru, to nie wszyscy – z racji ograniczeń intelektualnych – są do tego zdolni. Przestępcy nie szacują również w sposób poprawny prawdopodobieństwa zostania schwytanym i osądzonym – i nie tylko dlatego, że takie szacunki wymagają odpowiedniej wiedzy i danych – ale również dlatego, że w sposób przewidywalny przeceniają swoje umiejętności, a tym samym prawdopodobieństwo skazania postrzegają jako niższe niż jest w rzeczywistości. Na decyzje o popełnieniu przestępstwa wpływać również mogą takie czynniki jak nieumiejętne przewidywanie reakcji emocjonalnych na możliwe kary w przyszłości.

Przyjęcie behawioralnej perspektywy w badaniach nad prawem karnym niemal natychmiast zaowocowało ciekawymi rezultatami. W 2004 roku Robinson i Darley opublikowali artykuł, w którym przedstawili argumenty, że polityka karania oparta na odstraszeniu nie działa. Wyjaśniali, że przestępcy często nie są świadomi wysokości kary grożącej za konkretny czyn zabroniony. Jedynie 22% potencjalnych przestępców zna karę, która grozi im za popełnienie ewentualnego przestępstwa, aż 35% nie traktuje wysokości kary jako czynnika, który ma znaczenie, a aż 18% w ogóle nie wie, jakie kary grożą za przestępstwa, które zamierzają ewentualnie popełnić. Co więcej, jeśli znają kary, to ze względów społecznych, kulturowych lub – mówiąc ogólnie – z uwagi na konstrukcje zestawu preferencji nie kierują się tą wiedzą w trakcie popełniania czynu zabronionego. Nawet jeśli by jednak próbowali wykonać analizę

kosztów i korzyści na wzór ekonomicznej analizy prawa karnego, to najczęściej i tak korzyści przeważają nad kosztami, ponieważ przestępcy zakładają zwykle zbyt niskie prawdopodobieństwo skazania. Ponieważ koszty popełnienia przestępstwa należą, a przynajmniej tak się wydaje, do odległej przyszłości, zastosowana przez nich stopa dyskontowa sprawia, że zwykle są one niższe od doraźnych korzyści (Robinson i Darley, 2004). Innymi słowy, przestępcy nie kalkulują kosztów i korzyści tak, jak chciał tego Becker. Jest to bardzo poważny zarzut, ponieważ poddaje w wątpliwość zdolność przestępców do szacowania oczekiwanej kary czy szacowania zysku netto. Polityka karania oparta na wierze w prostą przyczynową moc przepisów prawa karnego nie gwarantuje więc sukcesu.

Robinson i Darley zwracają uwagę na rzeczywiste procesy decyzyjne, które stoją za podjęciem decyzji o popełnieniu przestępstwa, a tym samym ich pracę można zaliczyć do behawioralnej analizy prawa karnego. Wskazują, że przestępcy postrzegają koszty przestępstwa jako oddalone w czasie, a tym samym jako niższe z perspektywy momentu, w którym mają popełnić przestępstwo. Ten sposób oceny korzyści i strat oddalonych w czasie nosi nazwę dyskutowania hiperbolicznego i stanowi jedno z ważniejszych osiągnięć ekonomii behawioralnej (Wilkinson i Klaes, 2012).

Dyskontowanie to zmiana wartości (ale nie tylko, bo również szeroko rozumianej użyteczności) w czasie. Stopa dyskonta to wartość procentowa określająca, o ile rzekamy się przyszłych korzyści na rzecz aktualnie dostępnych. Im wyższa stopa dyskontowa, tym bardziej jesteśmy skłonni wybierać natychmiastowe korzyści. Stopa dyskontowa nazywana jest również wskaźnikiem określającym siłę impulsywności decydenta (Zaleśkiewicz, 2013). Jeśli roczna stopa dyskontowa przestępcy wynosi 10%, a wartość telewizora, który zamierza ukraść, to 1000 złotych, wartość telewizora za rok z perspektywy momentu podejmowania decyzji, czy ukraść, czy czekać 12 miesięcy, wynosiłaby dla niego jedynie 900 złotych. Natychmiastowa kradzież tego sprzętu zapewniłaby mu więc dodatkowe 100 złotych. Gdyby był bardziej impulsywną jednostką i jego stopa dyskontowa wynosiłaby na przykład 50%, to subiektywna wartość tego samego telewizora, który mógłby kupić za rok w odniesieniu do dnia dzisiejszego, wynosiłaby jedynie 500 złotych. Dyskontowanie to subiektywna ocena zmiany wartości danego bodźca w czasie.

W przypadku klasycznego modelu dyskutowania mamy do czynienia z powolnym, stopniowym obniżaniem wartości oddalonych w czasie korzyści lub strat. W przypadku dyskutowania hiperbolicznego, nie wchodząc w matematyczne szczegóły, wartość odsuniętych w czasie korzyści czy kosztów gwałtownie się zmniejsza, by potem tracić na wartości znacznie wolniej. W przypadku dyskutowania hiperbolicznego dochodzi również do odwrócenia preferencji w czasie. Jeśli kogoś zapytać, co wolałby otrzymać: dziś 50 euro czy jutro 100 euro, to zapewne większość osób odpowie, że

wolałoby poczekać i otrzymać jutro kwotę 100 euro. Jeśli jednak byłibyśmy w stanie odsunąć w czasie moment wypłaty 100 euro o rok, to większość wolałaby otrzymać dziś 50 euro, niż 100 euro za rok. Niemniej jeśliby jednak zmienić jeszcze raz sposób wypłaty w taki sposób, że pojawiłby się wybór: 50 euro za rok lub 100 euro za rok i jeden dzień, to znów większość ludzi wybrałaby 100 euro (Zaleśkiewicz, 2013).

Nawet Richard Posner, jeden z twórców ekonomicznej analizy prawa, zwraca uwagę na zjawisko dyskontowania przyszłych kar pozbawienia wolności. Jeśliby prawdopodobieństwo skazania zmalało o 25%, na przykład wskutek cięć środków budżetowych przeznaczonych na ściganie i wykrywanie przestępstw, to nie wystarczy podnieść maksymalną karę pozbawienia wolności o 25%, by zrównoważyć efekt odstraszenia – zmiana w wymiarze kary będzie jeszcze dyskontowana i w zależności od stopy dyskonta ten dodatkowy efekt odstraszenia może wynieść jedynie 6, 8 albo 9% (Posner, 2002). Poza tym, na co zwraca uwagę Posner, wychodząc z trochę innych przesłanek, niż zwolennicy behawioralnej analizy prawa, przestępcy, a przynajmniej duża ich część, nie należą do najbardziej inteligentnych członków społeczeństwa, więc wyobrażenie sobie użyteczności wynikającej z nabycia telewizora o wartości 1000 złotych za 12 miesięcy może być dla nich za trudne. Im bardziej oddalone w czasie korzyści i koszty, które trzeba dyskontować, tym wyższe koszty wyobrażania sobie owych użyteczności (ang. *imagination costs*). Im wyższy ten koszt, tym wyższa stopa dyskontowa, a tym samym większa impulsywność przestępcy i skłonność do popełnienia przestępstwa (Posner, 2002). Jest to kolejny szereg argumentów, które osoby odpowiadające za politykę karania powinny brać pod uwagę. Efekt odstraszący kar jest niwelowany przez zjawisko dyskontowania hiperbolicznego i posnerowskie *imagination costs*.

Problemy przestępców z dyskontowaniem przyszłych korzyści i kosztów związanych z popełnieniem czynu zabronionego to nie jedyne przeszkody stojące przed polityką karną opartą na ekonomicznej teorii kary Beckera.

Dodatkowym czynnikiem, który powinien być brany pod uwagę, gdy tworzy się nowe przepisy Kodeksu karnego, jest fakt, że typowy przestępca zaniża prawdopodobieństwo bycia schwytanym. Ten optymizm nie jest jedynie cechą przestępców. To zjawisko tak powszechne, że w psychologii mówi się o nim jako o błędzie nadmiernego optymizmu (Bar-Gill, 2006; Baumol i Quandt, 1964; Segerstrom, 2001; Sharot i in., 2007; Shepperd i in., 2002). Błąd ten polega na zaniżeniu prawdopodobieństwa własnej porażki lub negatywnego wydarzenia. Jednym z klasycznych przykładów błędu nadmiernego optymizmu jest przekonanie niemal wszystkich osób będących niedługo po ślubie, że ich związek będzie trwał wiecznie, mimo że w Polsce odsetek rozwodów w 2016 roku wyniósł 35,6% liczby nowo zawartych małżeństw (Główny Urząd Statystyczny, 2016). Większość kierowców na pytanie, jak ocenia swoje umiejętności,

twierdzi, że jeździ lepiej niż większość innych użytkowników samochodów. Oczywiście nie jest to możliwe. W przypadku przestępców nadmierny optymizm wpływa na nieprawidłową ocenę sytuacji: „Literatura prawnicza obfituje w praktyczne przykłady nadmiernego optymizmu. Na przykład przestępcy z reguły nieprecyzyjnie szacują prawdopodobieństwo schwytania, aresztowania i ukarania. Zwykle miewają zbyt wysokie mniemanie o własnych zdolnościach, sądzą też, że popełnianie przestępstw idzie im lepiej niż innym. W takim razie nie mogą precyzyjnie ocenić oczekiwanej wartości sankcji za przestępstwo, co z kolei oznacza, iż sankcje te nie spełniają roli odstrasżającej. Natomiast TRW [teoria racjonalnego wyboru – przyp. aut.] stawia hipotezę, że przestępcy dość precyzyjnie potrafią ocenić to prawdopodobieństwo i w teorii można ich optymalnie odstraszyć od popełnienia przestępstwa” (Ulen, 2011).

W literaturze przedmiotu pojawiła się jednak jeszcze inna teza dotycząca sposobu, w jaki błąd optymizmu może wpływać na decyzje o popełnieniu przestępstwa. Empiryczne i behawioralne studia nad podejmowaniem decyzji o popełnieniu przestępstwa pozwoliły mianowicie lepiej zrozumieć ten konkretny mechanizm decydowania (Ulen i McAdams, 2008). Na przykład z prowadzonych badań wynika, że przestępcy czują się pewniej, gdy wiedzą, z jaką skutecznością organów ścigania muszą się liczyć w razie popełnienia przestępstwa. Jest to ważniejsze od pewności co do wymiaru kary, na którą mogą być skazani w przypadku złapania. Tym samym polityka karania powinna akcentować wysokość kary za dane przestępstwo z jednoczesnym brakiem pewności co do skuteczności organów ścigania. Tak prowadzona polityka karania wprowadza dodatkowy element niepewności i jest bardziej skuteczna, gdy chodzi o odstrasżanie (Harel i Segal, 1999). W tym wypadku chodzi o wykorzystanie efektu błędu niepewności. Jeśli przestępca nie wie, z jakim prawdopodobieństwem czeka go ewentualna kara, to może okazać się, że nie zdecyduje się na popełnienie konkretnego przestępstwa. W tym sensie wpływ błędu optymizmu, który pojawia się, gdy prawdopodobieństwa skazania i osądzenia są znane, zostaje zniwelowany.

Behawioralna analiza prawa nie oferuje jedynie krytyki modelu ekonomicznego. Choć behawioralny model podejmowania decyzji nie jest tak jednolity jak model ekonomiczny, to również umożliwia opisywanie i przewidywanie zachowania przestępców. Nawet jeśli nie oferuje, na pozór, łatwego przewidywania zmian w poziomie przestępczości w odpowiedzi na zmiany w polityce karnej, to jej predykcje są trafniejsze i bardziej zróżnicowane.

Wpływanie na poziom przestępstw jest znacznie bardziej skomplikowane, niż mogłoby się wydawać na pierwszy rzut oka. W europejskim prawie konkurencji do niedawna dominującymi karami były kary finansowe, które stopniowo były podwyższane. Niestety wzrost kar finansowych nie przełożył się na praworządność w obszarze prawa konkurencji. Coś, czego nie udało się zrobić w Unii Europejskiej, udało

się osiągnąć w Stanach Zjednoczonych. Kluczową rolę odegrało wprowadzenie kar pozbawienia wolności, dzięki czemu aktywność karteli na terenie Stanów Zjednoczonych poważnie zmalała. Dlaczego więc kara bezwzględnego pozbawienia wolności okazała się akurat w tym przypadku skuteczna? Trudno o jednoznaczne wyjaśnienie. Jednym z możliwych rozwiązań tej zagadki jest odwołanie się do zjawiska niechęci do straty (Kahneman i Tversky, 1979; Tversky i Kahneman, 1991). Niemniej nie ma jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, dlaczego to niechęć do straty (wolności) w przypadku białych kołnierzyków jest bardziej skuteczna niż wysokie kary finansowe. Jeśli potencjalny przestępca, a w interesującym nas przykładzie jest nim biały kołnierzyk, stoi przed decyzją ewentualnego złamania przepisów obowiązującego prawa ochrony konkurencji w celu zwiększenia zysków swoich lub firmy, dla której pracuje, to ewentualna strata pieniędzy w wyniku skazania nie odstrasza równie skutecznie, jak utrata wolności i osadzenie w zakładzie karnym.

Co więcej, im bardziej nagłośnione zostaną przypadki prawomocnego skazania białych kołnierzyków na karę pozbawienia wolności, tym większe prawdopodobieństwo, że powstrzymają się od nielegalnych działań. Dzieje się tak dlatego, że w przypadku szacowania przez potencjalnego przestępcę prawdopodobieństwa złapania, skazania i osadzenia posługujemy się heurystyką dostępności (Dube-Rioux i Russo, 1988; Kuran i Sunstein, 1999; Tversky i Kahneman, 1973), czyli taką regułą szybkiego myślenia, która zamiast właściwie szacować prawdopodobieństwo, szacuje je na podstawie łatwości, z jaką przypominamy sobie podobne przypadki. Jeśli więc w mediach będą pojawiać się informacje o skutecznych działaniach policji, prokuratury i sądów, może to przełożyć się na dodatkowy spadek przestępstw, których sprawcami są menedżerowie i pracownicy dużej firm (Heinemann, 2015).

Ponadto, ludzie słabo przewidują własne reakcje emocjonalne na przyszłe wydarzenia (ang. *affective forecasting*) (Wilson i Gilbert, 2005). Nie inaczej jest z przestępcami, więc jeśli poszukujemy skutecznych metod odstraszenia przestępców, nie powinniśmy polegać na modelu racjonalnego przestępcy kalkulującego przyszłe korzyści i koszty własnej przestępczej działalności. W jednym z badań udało się na przykład ustalić, że zwiększenie wysokości kary z dwóch do trzech lat ma znikomy efekt odstraszący, ponieważ przestępcy i tak nie są w stanie wyobrazić sobie różnicy w emocjonalnej dolegliwości pomiędzy dwoma i trzema latami pozbawienia wolności (Lee i McCrary, 2005). Badacze przyjrzeni się również relacji pomiędzy wpływem warunków osadzenia a późniejszą skłonnością do popełniania kolejnych przestępstw. Wynik znów był zaskoczeniem, ponieważ poziom zabezpieczeń więzienia, a tym samym dolegliwości związane z odbywaniem wyroku, mają odwrotny od spodziewanego rezultat. Im surowsze warunki panujące w więzieniu, tym więcej recydywistów (Chen i Shapiro, 2007).

Behawioralna analiza kary jest przykładem zastosowania strategii *bottom-up*. Wychodzi od konkretnego zjawiska, ocenia je przez pryzmat empirycznych badań behawioralnych i dobiera odpowiednie narzędzia w celu realizacji zadań polityki karnej. Rosnąca liczba badań nad faktyczną wiedzą osób decydujących się popełnić przestępstwo, studia nad zdolnością szacowania prawdopodobieństw przez przestępców oraz dyskontowania kar, wpływ prognozowania afektywnego, impulsywności, błędu optymizmu, błędu niepewności, niechęci do straty i wielu innych zjawisk pozwalają dziś w nowy sposób spojrzeć na tradycyjne rozwiązania w prawie karnym.

6. PODSUMOWANIE

Efektywna polityka karna zależy od kilku powiązanych ze sobą czynników. Po pierwsze, należy wiedzieć, kto jest jej adresatem. Jak potencjalni i właściwi przestępcy podejmują decyzje o popełnieniu czynu zabronionego? Jak szacują koszty i korzyści płynące z popełniania przestępstw? A może nie szacują ich w ogóle? Po drugie, jeśli mamy dobry model podejmowania decyzji przez przestępców, to powinniśmy odpowiednio dobierać narzędzia polityki karnej, wśród których można wymienić zmiany w katalogu dostępnych kar i środków karnych czy reorganizację pracy organów ścigania. Należy także odpowiedzieć sobie na pytanie, których przestępców lepiej skazywać na kary pozbawienia wolności, a których na wysokie kary finansowe.

Gary Becker zaproponował rozwiązania, o których wcześniej w prawie karnym nikt nie myślał, a nawet nikt nie wierzył, że mogą być możliwe: naukowe uzasadnianie polityki prawa karnego w oparciu o modele ekonomiczne. Ekonomia – rozumiana jako nauka o podejmowaniu decyzji – miała dostarczyć odpowiedzi na wszystkie ważne pytania. Prace ekonomistów i prawników takich jak Gary Becker czy Richard Posner stanowiły pierwsze przykłady nowatorskich, interdyscyplinarnych badań w dziedzinie prawa karnego. Najciekawsze miało jednak dopiero nadejść. Na przełomie XX i XXI wieku przedstawiciele behawioralnej analizy prawa wykorzystali klasyczną ekonomiczną analizę prawa jako punkt wyjścia i nadali tego typu studiom nowy impet i bardziej empiryczny rys.

Dopiero po 30 latach od pierwszych publikacji poświęconych ekonomicznej teorii kary udało zbadać się i wyizolować wpływ tej nowej polityki prawa na poziom przestępczości w Stanach Zjednoczonych. W trakcie badań empirycznych, statystycznych i psychologicznych zdołano ustalić, że skuteczność ekonomicznej teorii kary i polityki karnej nie jest tak wielka, jak niektórzy by się tego spodziewali. Spadek przestępczości w Stanach Zjednoczonych był bardziej związany z legalizacją aborcji, zmianą trendów demograficznych i związaną z nimi lepszą sytuacją ekonomiczną rodzin

oraz ze zmianą traktowania chorych psychicznie przestępców, niż z implementacją beckerowskiego podejścia do polityki karania.

W związku z tym zaczęto stawiać te same pytania, które w latach 60. XX wieku skłoniły Beckera do zajęcia się prawem karnym: Jakie kary będą najbardziej efektywne? Jak można przy wykorzystaniu nauk społecznych kształtować politykę karania? Zaczęły się także pojawiać pytania o cele prawa karnego. Efektem były studia niekiedy doprecyzowujące prace Beckera i jego kontynuatorów, a niekiedy stojące z nimi w sprzeczności.

Wraz z wkroczeniem na scenę przedstawicieli nauk behawioralnych udało się ustalić, że przestępcy często po prostu nie wiedzą, jakie kary grożą im za popełnione czyny oraz jakich korzyści mogą się spodziewać, niewłaściwie szacują prawdopodobieństwo sukcesu swoich kryminalnych przedsięwzięć (błąd nadmiernego optymizmu, błąd niepewności), inaczej niż sądzono postrzegają surowość kar (dyskontowanie hiperboliczne, *imagination costs*, prognozowanie afektywne). *Last but not least* okazało się, że w zależności od kategorii przestępcy (*white collar vs blue collar*) efekt odstraszenia kar finansowych może być różny.

Wszystkie te czynniki mają w efekcie wpływ na szacowanie oczekiwanej korzyści płynącej z popełnienia przestępstwa. Jeśli więc celem polityki karnej jest skuteczne obniżenie poziomu przestępczości, to powinny być brane pod uwagę. Tym samym ekonomiczna teoria kary Beckera powinna być przynajmniej wzbogacona o osiągnięcia przedstawicieli behawioralnej i empirycznej analizy prawa.

Richard Thaler jest przekonany, że ekonomia behawioralna w niedalekiej przyszłości zgubi przymiotnik i będzie po prostu ekonomią. Wydaje się, że podobne stwierdzenie można wysunąć pod adresem behawioralnej analizy prawa, która w języku angielskim funkcjonuje jako *behavioral law and economics* w przeciwieństwie do klasycznej ekonomicznej analizy prawa, która nosi nazwę *law and economics*. Być może w niedalekiej przyszłości formuła *law and economics* będzie swoim zakresem znaczeniowym obejmować badania w duchu Gary'ego Beckera, jak i Cassa Sunsteina.

BIBLIOGRAFIA

- Abramowicz, M., Ayres, I., & Listokin, Y. (2011). Randomizing Law. *University of Pennsylvania Law Review*, 159(4), 929–1005.
- Bar-Gill, O. (2006). The evolution and persistence of optimism in litigation. *Journal of Law, Economics, and Organization*, 22(2), 490–507.
- Baumol, W.J., & Quandt, R.E. (1964). Rules of Thumb and Optimally Imperfect Decisions. *The American Economic Review*, 54(2), 22–46.

- Becker, G.S. (1968). Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, 76(2), 169–217.
- Becker, G.S. (1990). *Ekonomiczna teoria zachowań ludzkich*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
- Becker, G.S., & Posner, R.A. (2013). *Nieoczywistości. Ekonomiczna teoria wszystkiego*. Warszawa: Oficyna Wolters Kluwer business.
- Beldowski, J., & Metelska-Szaniawska, K. (2007). Law & Economics - geneza i charakterystyka ekonomicznej analizy prawa. *Bank i Kredyt*, (10), 51–69.
- Brzeziński, M., Gorynia, M., & Hockuba, Z. (2008). Ekonomia a inne nauki społeczne na początku XXI w. Między imperializmem a kooperacją. *Ekonomista*, 2, 201–232.
- Calabresi, G. (2016). *The Future of Law and Economics. Essays in Reform and Recollection*. New Haven and London: Yale University Press.
- Cane, P., & Kritzer, H. (2012). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* (1 edition). Oxford: Oxford University Press.
- Chen, M.K., & Shapiro, J.M. (2007). Do Harsher Prison Conditions Reduce Recidivism? A Discontinuity-based Approach. *American Law and Economics Review*, 9(1), 1–29. <https://doi.org/10.1093/aler/ahm006>
- Czubakowska, S., & Klinger, K. (2017). Polska jest (k)rajem dla gwałcicieli. Większość spraw nawet nie trafia przed sądy. *Dziennik Gazeta Prawna*. Pobrano z <http://wiadomosci.dziennik.pl/wydarzenia/artykuly/557106,gwalty-zaostrenie-kar-polska.html>
- Donohue, J.J., & Levitt, S.D. (2001). The Impact of Legalized Abortion on Crime. *The Quarterly Journal of Economics*, 116(2), 379–420. <https://doi.org/10.1162/00335530151144050>
- Dube-Rioux, L., & Russo, J.E. (1988). An availability bias in professional judgment. *Journal of Behavioral Decision Making*, 1(4), 223–237. <https://doi.org/10.1002/bdm.3960010403>
- Epstein, L., & Martin, A.D. (2014). *An Introduction to Empirical Legal Research* (1 edition). Oxford, United Kingdom: Oxford University Press.
- Georgakopoulos, N.L. (2005). *Principles and Methods of Law and Economics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Główny Urząd Statystyczny. (2016). *Rocznik Demograficzny 2016*. Warszawa. Pobrano z https://stat.gov.pl/files/gfx/portalinformacyjny/pl/defaultaktualnosci/5515/3/10/1/rocznik_demograficzny_2016.pdf
- Harel, A., & Segal, U. (1999). Criminal Law and Behavioral Law and Economics: Observations on the Neglected Role of Uncertainty in Deterring Crime. *American Law and Economics Review*, 1(1), 276–312. <https://doi.org/10.1093/aler/1.1.276>
- Hatzis, A., & Mercurio, N. (red.). (2015). *Law and Economics: Philosophical Issues and Fundamental Questions*. Nowy Jork: Routledge.
- Heinemann, A. (2015). Behavioural Antitrust. W K. Mathis (Red.), *European Perspectives on Behavioural Law and Economics* (s. 211–243). Heidelberg: Springer.
- Jolls, C., Sunstein, C.R., & Thaler, R.H. (2000). A Behavioral Approach to Law and Economics. W *Behavioral Law and Economics* (s. 13–58). Cambridge: Cambridge University Press.
- Kahneman, D., & Tversky, A. (1979). Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk. *Econometrica: Journal of the Econometric Society*, (2), 263–291.

- Kolber, A.J. (2007). Pain Detection and the Privacy of Subjective Experience. *American Journal of Law & Medicine*, 33(2–3), 433–456.
- Kuran, T., & Sunstein, C.R. (1999). Availability Cascades and Risk Regulation. *Stanford Law Review*, 51(4), 683–768. <https://doi.org/10.2307/1229439>
- Lee, D.S., & McCrary, J. (2005). Crime, Punishment, and Myopia. *NBER Working Paper*, (11491), 1–58. <https://doi.org/10.3386/w11491>
- Malawski, M., Wieczorek, A., & Sosnowska, H. (2004). *Konkurencja i kooperacja. Teoria gier w ekonomii i naukach społecznych* (2. wyd.). Warszawa: Wydawnictwa Naukowe PWN.
- Maraszek, M. (2011). Model przestępcy racjonalnego i efektywna polityka karna - okiem praktyka, 47(3), 8–14.
- Marcotte, D.E., & Markowitz, S. (2011). A Cure for Crime? Psycho pharmaceuticals and Crime Trends. *Journal of Policy Analysis and Management*, 1(30), 29–56. <https://doi.org/10.1002/pam.20544>
- Maroń, G. (2011). Sprawiedliwość naprawcza a retrybutywizm w odpowiedzialności karnej. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego*, 71(10), 111–131.
- Mercuro, N., & Medema, S.G. (2006). *Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism and Beyond*. Princeton: Princeton University Press.
- Murak, J. (2014). Imperializm ekonomii. *Ekonomia XXI Wieku*, 3(3), 113–126.
- Polinsky, A.M. (1989). *An Introduction to Law and Economics*. Boston: Little, Brown and Company.
- Pomaskow, J. (2015). Ekonomiczna analiza prawa - alternatywa dla głównego nurtu ekonomii. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego. Współczesne Problemy Ekonomiczne. Globalizacja. Liberalizacja. Etyka*, (11), 209–216. <https://doi.org/DOI:10.18276/wpe.2015.11-01>
- Popper, K.R. (2002). *Logika odkrycia naukowego*. Warszawa: Aletheia.
- Posner, R.A. (2002). Behavioral Law and Economics: A Critique. *Economic Education Bulletin*, 42(8), 1–44.
- Primoratz, I. (1997). *Justifying Legal Punishment*. Humanity Books.
- Rachlinski, J.J. (1999). The „New” Law and Psychology: A Reply to Critics, Skeptics, and Cautious Supporters. *Cornell Law Review*, 85, 739–766.
- Raphael, S., & Stoll, M. (2014). *A New Approach to Reducing Incarceration While Maintaining Low Rates of Crime*. Washington: Washington: The Brookings Institution. Pobrano z <https://www.ncjrs.gov/App/Publications/abstract.aspx?ID=268866>
- Robinson, P.H., & Darley, J.M. (2004). Does Criminal Law Deter? A Behavioural Science Investigation. *Oxford Journal of Legal Studies*, 24(2), 173–205. <https://doi.org/10.1093/ojls/24.2.173>
- Segerstrom, S.C. (2001). Optimism and attentional bias for negative and positive stimuli. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 27(10), 1334–1343.
- Sharot, T. i in., (2007). Neural mechanisms mediating optimism bias. *Nature*, 450(7166), 102–105.
- Shepperd, J.A. i in. (2002). Exploring the causes of comparative optimism. *Psychologica Belgica*, 42(1/2), 65–98.
- Stelmach, J., & Soniewicka, M. (Red.). (2007). *Analiza ekonomiczna w zastosowaniach prawnych*. Warszawa: Oficyna Wolters Kluwer business.
- Sunstein, C.R. (Red.). (2000). *Behavioral law and economics*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Szczepaniec, M. (2012). *Teoria ekonomiczna w prawie karnym*. Warszawa: Wydawnictwo Kardynała Stefana Wyszyńskiego.
- Tor, A. (2008). The Methodology of the Behavioral Analysis of Law. *Haifa Law Review*, (4), 237–327.
- Tversky, A., & Kahneman, D. (1973). Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability. *Cognitive Psychology*, 5(2), 207–232. [https://doi.org/10.1016/0010-0285\(73\)90033-9](https://doi.org/10.1016/0010-0285(73)90033-9)
- Tversky, A., & Kahneman, D. (1991). Loss Aversion in Riskless Choice: A Reference-Dependent Model. *The Quarterly Journal of Economics*, 106(4), 1039–1061. <https://doi.org/10.2307/2937956>
- Ulen, T. (2011). Wprowadzenie do ekonomicznej analizy prawa w odniesieniu do prawa o zobowiązaniach umownych oraz do polityki regulacyjnej państwa. *Zarządzanie Publiczne*, 18(4), 5–25.
- Ulen, T. (2015). European and American Perspectives on Behavioural Law and Economics. W K. Mathis (Red.), *European Perspectives on Behavioural Law and Economics* (s. 3–16). Heidelberg: Springer.
- Ulen, T., & Cooter, R. (2009). *Ekonomiczna analiza prawa*. C.H. Beck.
- Ulen, T., & McAdams, R. (2008). Behavioral Criminal Law and Economics. *University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper*, (244), 1–45.
- Veljanovski, C. (2006). *The Economics of Law*. London: The Institute of Economic Affairs.
- Wilkinson, N., & Klaes, M. (2012). *An Introduction to Behavioral Economics*. New York: Palgrave Macmillan.
- Wilson, T.D., & Gilbert, D.T. (2005). Affective Forecasting: Knowing What to Want. *Current Directions in Psychological Science*, 14(3), 131–134. <https://doi.org/10.1111/j.0963-7214.2005.00355.x>
- Zaleśkiewicz, T. (2013). *Psychologia ekonomiczna*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.