

HUBERT KACZMARCZYK

LIBERALNA KRYTYKA INSTRUMENTALIZMU PRAWNEGO

Liberalni zwolennicy wolnego rynku i rządu minimalnego głoszą prawo człowieka do indywidualnego wyboru życia oraz obowiązek poszanowania praw innych. Państwo jest jedynie strażnikiem naturalnych uprawnień jednostki, a istotą rządu jest ochrona podstawowych praw jednostki – życia, wolności i własności. Podobnie jak Kant, liberałowie ci twierdzą, że gwarantem wolności prawo jest o tyle, o ile gwarantuje ono każdemu odpowiednią sferę wolności, w którą nikt inny, nawet państwo, nie ma prawa ingerować¹, a paternalistyczny rząd jest „największym despotą”². W związku z powyższym zbiorowe cele narzucane społeczeństwu przez rząd za pomocą instrumentalnego wykorzystywania prawa uznawane są przez tych myślicieli za działania niebezpieczne i zagrażające indywidualnej wolności członków wspólnoty politycznej. W artykule niniejszym przedstawiam krytykę instrumentalizmu na podstawie argumentów Friedricha Augusta von Hayeka.

PROBLEM SPRAWIEDLIWOŚCI SPOŁECZNEJ

Nadrzędność reguł rynkowych wobec innych reguł społecznych powoduje, że sprawiedliwość dotycząca podziału dochodów oraz dóbr, które nie odpowiadają rynkowej alokacji, jest przez Hayeka odrzucana. Sprawiedliwą dy-

Dr HUBERT KACZMARCZYK – adiunkt Uniwersytetu Humanistyczno-Przyrodniczego im. Jana Kochanowskiego w Kielcach, Instytut Ekonomii i Administracji; adres do korespondencji: ul. Świętokrzyska 21A, 25-406 Kielce; e-mail: hubertok@interia.pl

¹ I. K a n t, *Krytyka praktycznego rozumu*, Warszawa 1972, s. 5.

² T e n ż e, *O porządku: To może być słuszne w teorii, ale nic nie jest warte w praktyce*, Toruń 1995, s. 20.

strybucję Hayek postrzega jako otrzymywanie tego, co się komu należy, jednakże o tym, co się komu należy, powinien decydować rynek. Jeśli podziału dokonują ludzie, jest on z samej swojej istoty arbitralny. Sprawiedliwość zdaniem Hayeka może się odnosić wyłącznie do świadomych działań człowieka, gdyż tylko one mogą być sprawiedliwe bądź niesprawiedliwe³. Stosowanie określenia „sprawiedliwy” do okoliczności innych niż ludzkie działania czy reguły jest błędne⁴. Sprawiedliwość rozdzielcza, którą Hayek uważa za synonim „sprawiedliwości społecznej”, nie może być kryterium oceny rezultatów gospodarki rynkowej. „Nie może istnieć sprawiedliwość rozdzielcza, tam gdzie nikt nie rozdziela”⁵.

Termin „sprawiedliwość społeczna” zakłada, zdaniem Hayeka, istnienie zwykłej sprawiedliwości, która jest *gorsza* już z samego względu przywoływania pojęcia sprawiedliwości społecznej. W efekcie może powstać wrażenie, iż do regulacji stosunków społecznych nie wystarczy odwoływać się do pojęcia sprawiedliwości, gdyż jest to niewystarczające. Uważa on, iż w rzeczywistości pojęcie sprawiedliwości społecznej nie niesie żadnych nowych wartości ponad te, które zawierają się w tradycyjnym rozumieniu pojęcia „sprawiedliwość”. Wzbogacenie jego treści przez dodanie przymiotnika *społeczny* dyskredytuje wszystkie wartości dotąd mieszczące się w pojęciu sprawiedliwości, sugerując, że bez tego zabiegu jest ono niepełne lub nawet gorsze. Samo zaś wyrażenie *sprawiedliwość społeczna*, zdaniem Hayeka, „nie znaczy nic”, a jej „urzeczywistnianie” prowadzi do bezmyślnego niszczenia społeczeństwa i gospodarki rynkowej⁶.

Zwolennicy posługiwania się terminem „sprawiedliwość społeczna” uważają, iż za pomocą dystrybucji stworzą sprawiedliwe społeczeństwo. Rozdział dochodu zgodny z regułami gospodarki wolnorynkowej jest uważany za nie-

³ „[...] sprawiedliwość ma znaczenie jedynie jako zasada zachowania ludzkiego, a żadne, możliwe do wyobrażenia zasady zachowania jednostek dostarczających sobie wzajemnie towary i usługi w ramach gospodarki rynkowej nie wytworzyłyby rozdziału, który można by zasadnie określić jako sprawiedliwy czy niesprawiedliwy” – F. A. H a y e k, *Fikcja sprawiedliwości społecznej*, w: *Teksty liberalne*, Warszawa 1993, s. 103 [tłumaczenie tego i innych cytatów – H. K.].

⁴ „Ściśle mówiąc, tylko ludzkie działania mogą być nazywane sprawiedliwymi lub niesprawiedliwymi. [...] Stosowanie terminu «sprawiedliwy» do okoliczności innych niż ludzkie działania czy rządzące nimi reguły jest błędem kategorialnym” – F. A. H a y e k, *Law, Legislation and Liberty*, t. 2, s. 31.

⁵ H a y e k, *Fikcja sprawiedliwości społecznej*, s. 104.

⁶ H a y e k, *Law, Legislation and Liberty*, t. 2, s. xii.

sprawiedliwy, gdyż powoduje rozwarstwienie się dochodów i powstawanie nierówności. Działanie rynku jest jednak zjawiskiem bezosobowym i nie może być uważane ani za sprawiedliwe, ani za niesprawiedliwe. Trudno jest uznać za niesprawiedliwy fakt niezależny od ludzkich działań. Pewne zjawiska związane z pogorszeniem się sytuacji materialnej, jeśli nie wynikają z zamierzonych działań ludzkich, można raczej uznać za nieszczęście niż za niesprawiedliwość. Stanowisko takie prezentuje właśnie Hayek, podnosząc jednocześnie, że zarzut niesprawiedliwości pojawia się z chwilą powstania nierówności.

Niektórzy uczestnicy gry rynkowej w procesie wymiany twierdzą, iż otrzymali mniej niż powinni i żądają redystrybucji. Jednakże wolny, konkurencyjny rynek składa się z milionów indywidualnych nabywców i sprzedawców dóbr i usług. Hayek uważa, że dopóki ta procedura wymiany jest dobrowolna i nieprzymuszona, dopóty jej skutek, wyrażony w osiągniętych przez jednostkę dochodach, nie może być oceniony jako niesprawiedliwy⁷. Jego zdaniem zwolennicy zasady sprawiedliwości społecznej w rzeczywistości uznają prymat społeczności nad jednostką, co otwiera im drogę do instrumentalnego traktowania sprawiedliwości. Celem, do którego powinny zmierzać wolne społeczeństwa, jest wyłącznie równość wobec prawa, a nie równość materialna. Dążenie do przebudowy społeczeństwa pod sztandarem społecznej sprawiedliwości w imię równości materialnej jest według Wojciecha Łączkowskiego wyrazem niesłychanej pychy polityków, „którzy odwołując się do pięknych pojęć sprawiedliwości i równości, zaczynają dzielić nie swoje pieniądze według własnych ocen i własnych zamiarów”⁸.

Sprawiedliwość społeczna, będąca synonimem sprawiedliwości dystrybtywnej, ma – zdaniem Hayeka – swoje źródło w specyfice organizacji życia społeczeństw pierwotnych. Moralne zasady, które ukształtowały pierwotne społeczeństwa plemienne, rządzą nim nadal, czego dowodem jest właśnie po-

⁷ „Kiedy badamy sposób uzasadniania tych żądań, stwierdzamy, że ich źródłem jest niezadowolienie, jakie u tych, którym się gorzej powiodło, wywołują cudze sukcesy – czyli, mówiąc prościej: zawiść. Dzisiejsza skłonność do hołdowania tej namiętności i ukrywania jej pod szlachetną maską sprawiedliwości społecznej prowadzi do poważnych zagrożeń wolności. [...] Gdyby wszystkie niespełnione pragnienia istotnie obciążały sumienie społeczeństwa – byłby to koniec odpowiedzialności osobistej [...]. Chyba jednym z podstawowych warunków utrzymania takiego społeczeństwa jest to, żebyśmy nie schlebiali zawiści, ani nie sankcjonowali jej pretensji, kamuflując ją jako sprawiedliwość społeczną” – H a y e k, *Konstytucja wolności*, s. 90.

⁸ W. Ł a ń c z k o w s k i, *Uwarunkowania historyczne nowej konstytucji RP*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1995, nr 2, s. 9.

stulat „społecznej sprawiedliwości”. Ludzie posługujący się tym terminem postrzegają społeczeństwa wyłącznie jako zaprojektowane organizacje służące określonym celom, jednak dzisiejsza cywilizacja zmierza w kierunku społeczeństw otwartych, bez określonej hierarchii wspólnych celów⁹.

W zakresie rozważań o Hayekowskiej koncepcji sprawiedliwości warto poruszyć problem jego stosunku do dzieła Rawlsa *Teoria sprawiedliwości*¹⁰. W odczuciu wielu komentatorów dzieło Rawlsa stanowi obronę redystrybucyjnego modelu społeczeństwa. Jest to także pogląd, z którym zgadzam się osobiście. Hayek jednak twierdzi, że Rawls został przez większość źle odczytany i nie uważa on Rawlsa za obrońcę państwa socjal- czy socjalliberalnego. Co więcej, pisze on, że różnice pomiędzy nim a Rawlsem „wydają się bardziej słowne niż dotyczące istoty rzeczy”¹¹. Niewątpliwie pomiędzy koncepcją sprawiedliwości Hayeka a Rawlsa istnieją liczne podobieństwa. Nie sposób nie zauważyć zbieżności Rawlsowej „zasłony niewiedzy” czy „sprawiedliwości jako bezstronności” jako sposobu na wybór najkorzystniejszego modelu społecznego z Hayekowską definicją najkorzystniejszego porządku społecznego, jako takiego, „który wybralibyśmy, gdybyśmy wiedzieli, że nasze wyjściowe w nim położenie będzie określone w sposób całkowicie przypadkowy, [...] najlepszym społeczeństwem jest to, w którym chcielibyśmy zapewnić miejsce naszym dzieciom, gdybyśmy byli przekonani, że ich położenie w nim będzie określone w sposób losowy”¹². Wybralibyśmy model, który daje „lepsze perspektywy znaczącej większości”. Drugim podobieństwem, na które powołuje się Hayek, jest Rawlsowski argument cytowany przez Hayeka, iż „[...] zasady sprawiedliwości ustalają ramy dla aktywności społecznej. Jeśli działalność człowieka mieści się w owych ramach, to efekty dystrybucyjne takiej działalności nie mogą być określane jako niesprawiedliwe”¹³.

⁹ „[...] wszyscy odziedziczyliśmy po wcześniejszym, innym typie społeczeństwa, w którym człowiek żył o wiele dłużej niż w obecnym, pewne głęboko zakorzenione instynkty, nie dające się zastosować w naszej obecnej cywilizacji [...]. W swojej prymitywnej formie małe grupy faktycznie posiadały to, co jest nadal atrakcyjne dla wielu ludzi – wspólny, jednoczący cel lub wspólną hierarchię celów, oraz rozmyślne dzielenie środków według wspólnej oceny zasług jednostek” – H a y e k, *Fikcja sprawiedliwości społecznej*, s. 105-106.

¹⁰ J. R a w l s, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 1994.

¹¹ H a y e k, *Law, Legislation and Liberty*, t. 2, s. xiii.

¹² Tamże, s. 132.

¹³ J. R a w l s, *Constitutional Liberty and the Concept of Justice*, w: *Justice*, New York 1963, s. 102.

Można się zgodzić z Hayekiem, że pomiędzy jego a Rawlsa koncepcją sprawiedliwości nie ma zasadniczej różnicy, niemniej podobieństwa ograniczone są do samej zasady generalnej, że instytucje podlegają pewnym ograniczeniom o ogólnym charakterze i zgoda na nie oznacza akceptację procedur w ramach tych ograniczeń i rezultatów stosowania tych procedur. Prawdziwe różnice pomiędzy obydwojema myślicielami ujawniają się przy zagadnieniach podatków i spadków, a kwestie te przecież w sposób istotny dotyczą problematyki sprawiedliwości.

Hayek zdaje się nie zauważać, iż Rawls, podobnie jak zwolennicy dystrybucji, traktuje podatki jako element inżynierii społecznej. Uważa on, że proporcjonalne podatki konsumpcyjne powinny spełniać funkcję fiskalną, czyli „dać państwu środki na dobra publiczne”, natomiast progresywne podatki dochodowe mają zabezpieczyć autentyczną wartość praw i instytucje równej wolności w społeczeństwie opartym na własności. Rawls twierdzi, że głównym zadaniem rządu (działu dystrybucji) jest „zachowanie maksymalnie sprawiedliwych udziałów dystrybucyjnych za pomocą podatków i niezbędnych korekt w prawie własności”¹⁴. Podatki od spadków i darowizn i ograniczenia praw do spadku mają na celu stopniowe i ciągłe korygowanie dystrybucji bogactwa i zapobieganie koncentracji władzy.

Stanowisko Hayeka jest całkowicie odmienne, gdyż twierdzi on, że nie ma większej zasługi ani większej niesprawiedliwości w tym, iż niektórzy urodzili się jako dzieci bogatych rodziców, inni zaś – jako dzieci rodziców troskliwych czy inteligentnych¹⁵. Jak słusznie zauważa S. Golimowska, Hayek „[...] występując przeciw redystrybucji dochodów, występuje przeciwko największemu zagrożeniu gospodarki rynkowej – socjalizmowi w podziale. Hayek uważa bowiem, że socjaliści dojrżeli do tego, iż nie należy robić rewolucji, aby uspołecznąć środki produkcji, należy dążyć do redystrybucji dochodów, by w ten sposób kontrolować procesy podziału i realizować socjalistyczną sprawiedliwość”¹⁶.

Większość egalitarystycznych postulatów jest oparta, zdaniem Hayeka, w znacznej mierze na zawiści, niemniej część haseł większej równości jest w rzeczywistości domaganiem się bardziej sprawiedliwej dystrybucji dóbr. Niechęć nie dotyczy samego faktu nierówności, ale tego, iż różnice w na-

¹⁴ J. R a w l s, *Teoria sprawiedliwości*, Warszawa 1994, s. 381-384.

¹⁵ H a y e k, *Konstytucja wolności*, s. 88.

¹⁶ S. G o l i m o w s k a, *Polityka społeczna państwa w gospodarce rynkowej*, Warszawa 1994, s. 32.

grodach nie odpowiadają żadnym uchwytym różnicom pod względem zasług poniesionych przez osoby, które je otrzymują. Hayek uważa jednakże, iż sprawiedliwość pojmowana jako proporcjonalność nagród do zasług jest nie do pogodzenia z wolnym społeczeństwem. Realizacja tak pojmowanej sprawiedliwości musiałaby prowadzić do ograniczenia wolności, ponieważ niezbędne byłoby ustalenie hierarchii zasług i skorelowanie z nimi proporcjonalnych gratyfikacji¹⁷.

Podstawowy problem sprowadza się do tego, czy lepiej jest, aby ludzie odnosili korzyści proporcjonalnie do pożytku, jaki ich działalność przynosi innym, czy też podział tych korzyści powinien się dokonywać zgodnie z ocenami ich zasług przez innych. Zasługi według Hayeka należy rozumieć jako pochwałę moralnego charakteru działania, nie zaś jako wartość działania czy czyjejś umiejętności dla innych, która nie musi się wiązać z zasługą.

Hayek wskazuje na różnicę między zasługą, która polega na subiektywnie określonym trudzie i wysiłku, jaki człowiek musi włożyć w działanie zgodne z jakąś akceptowaną regułą postępowania, a na obiektywnym rezultacie, który ma pewną wartość dla innych, niezależnie od tego, czy został osiągnięty dużym nakładem sił, czy nawet w sposób przypadkowy. Nagradzanie według zasług musiałoby być także nagradzaniem według zasług dających się zweryfikować. Zasługa nie jest jednak sprawą obiektywnego wyniku, ale subiektywnych starań. „Społeczeństwo gwarantujące, że pozycja jednostki odpowiadała społecznym wyobrażeniom o jej zasługach moralnych, byłoby więc dokładnym przeciwieństwem wolnego społeczeństwa. Byłoby to społeczeństwo, w którym ludzie byliby wynagradzani za wypełnianie obowiązków, a nie za odnoszenie sukcesów, zaś każde posunięcie jednostki byłoby podyktowane wyobrażeniami innych ludzi o tym, co powinno się robić”¹⁸.

Powodzenie jednostek w społeczeństwie opartym na rynku i indywidualnej wolności zawiera element ryzyka, ponieważ nie ma jednoznacznej zależności między staraniami jednostek a uzyskiwanymi przez nie nagrodami (korzyściami). Wolne społeczeństwo „nagradza” jednostki ze względu na wartość ich dokonań określoną według kryteriów kształtujących się w sposób samorzutny. Społeczeństwa o charakterze hierarchicznym stosują zaś ustaloną

¹⁷ „[...] w systemie wolności nie jest ani pożądane ani możliwe w praktyce, zapewnienie w powszechnej skali, aby wynagrodzenie odpowiadało zasługom i że podstawową cechą wolnego społeczeństwa jest to, że pozycja jednostki nie musi koniecznie odpowiadać opinii pozostałych członków społeczeństwa o jej zasługach” – H a y e k, *Konstytucja wolności*, s. 91.

¹⁸ Tamże, s. 94.

skalę ocen postępowania swoich członków, wiąże się to z ogólnym narzuca-
niem jednolitych kryteriów nagradzania, a więc ograniczeniem wolności jed-
nostek i zakresu wolnego wyboru. Wysokie zyski tych, którzy odnoszą suk-
ces, bez względu na to, czy jest on zasłużony czy przypadkowy, stanowią
zdaniem Hayeka najlepszy z możliwych instrumentów kierowania zasobów
tam, gdzie będą one stanowić największy wkład w pulę, z której wszyscy
czerpią swoje udziały¹⁹.

Hayek uważa, iż nie sposób zaakceptować poglądu, że słowo „społeczny”
odnosi się do wszystkiego, co zmniejsza lub likwiduje różnicę w dochodach.
Wydaje się, „[...] że każde wezwanie, byśmy stali się «społeczni», jest
apelem o dokonanie kolejnego kroku w stronę «społecznej sprawiedliwości»
socjalizmu. Z tego powodu posługiwanie się terminem «sprawiedliwość spo-
łeczna» staje się rzeczywistym odpowiednikiem żądania wprowadzenia «spra-
wiedliwości dystrybutywnej»”²⁰. Zdaniem Hayeka i innych myślicieli libe-
ralnych, tylko dlatego, że możliwa jest w naszym porządku społecznym nie-
równość bogactwa, która daje każdemu bodziec, by wytwarzał tyle, ile tylko
jest w stanie i po najniższych kosztach, ludzkość może corocznie korzystać
z tego bogactwa, jakie ma współcześnie do dyspozycji²¹. Są jednak społecz-
ności, w których obyczaje plemienne wymagają, aby jednostki dzieliły pro-
dukty swojej pracowitości, zdolności czy szczęścia ze swoimi współplemień-
cami, co skutecznie studzi zapał do zwiększania produktywności, gdyż – jak
słusznie zauważa Hayek – „zwiększone dochody takiego człowieka oznaczały-
by po prostu, że musiałyby je dzielić z coraz większą liczbą osób zgłasza-
jących roszczenia. Nie może on zatem wznieść się znacznie ponad przeciętny
poziom swojego plemienia”²².

¹⁹ „Kiedy handlarze z wczesnego okresu neolitu płynęli z Anglii przez Kanał łódziami
wełny i krzemiennych toporów, aby wymienić je na bursztyn i zapewne, już wówczas, na
dzbany wina, ich celem nie było już zaspokajanie potrzeb znanych im osób, tylko osiągnięcie
jak największego zysku. Właśnie dlatego, że byli zainteresowani tylko tym, kto im da naj-
wyższą cenę za ich produkty, docierali do zupełnie sobie nieznanych ludzi, i podwyższali
dzięki temu ich standard życia o wiele bardziej, niż mogliby to uczynić w stosunku do
sąsiadów” – H a y e k, *Fikcja sprawiedliwości*, s. 107.

²⁰ F. A. H a y e k, *Zgubna pycha rozumu. O błędach socjalizmu*, Kraków 2004, s. 179.

²¹ L. Mises stwierdza: „Gdyby bodziec ten [nierówności] zlikwidować, tak bardzo zmniej-
szyłaby się wydajność pracy, że część, jaką równy podział przyznawałby każdej jednostce,
byłaby dalece mniejsza nawet od tego, co dziś otrzymuje największy biedak” (*Liberalizm
w tradycji klasycznej*, Kraków 2004, s. 52).

²² H a y e k, *Fikcja sprawiedliwości*, s. 108.

Ludzie, którzy posługują się terminem „sprawiedliwość społeczna”, twierdzą ponadto, iż celem polityki państwa powinno być wyeliminowanie przyczyn niezadowolenia w społeczeństwie. Zdaniem autora *Konstytucji wolności* musimy sobie uświadomić, że „ludzka zazdrość nie jest z pewnością tym rodzajem niezadowolenia, którym winno się zajmować wolne społeczeństwo”²³. Próby eliminowania przyczyn niezadowolenia prowadzą nieuchronnie, zdaniem Hayeka, do narzucania władzy dbałości o to, aby nikt nie miał lepszego samopoczucia, żony czy lepiej radzących sobie dzieci niż ktokolwiek inny. Hayek zwracał także uwagę na to, iż współczesny rozwój prawa opiera się na błędnych przesłankach ekonomicznych. „Prawnicy – bez wyjątku – opierają się (opisując przeszły okres *laisser-faire*) na bajce, że wolne przedsiębiorstwa budowane są na wyzysku robotników fizycznych i obwiniają «wczesny kapitalizm» lub «liberalizm» za pogorszenie materialnego standardu klasy pracującej”²⁴.

Hayek twierdził też, że w rzeczywistości cele rządu realizującego „społeczną sprawiedliwość” są w większości niespołeczne – przeważnie są to cele narzucone przez zorganizowane grupy nacisku: „[...] rządy stały się dobroczynnymi instytucjami, szantażowanymi przez zorganizowane grupy społeczne. Ludzie polityki ustępują przed tym szantażem tym chętniej, że udzielanie żądanych korzyści jest zarazem kupnem zwolenników. Ta dystrybucja dóbr, jaką zajmują się rządy, służy określonym grupom społecznym, ale koszty udzielanych tym grupom dóbr czy korzyści ponosi całe społeczeństwo. Widoczne korzyści a niewidoczne koszty popychają rządy do wydawania coraz więcej, aby zachować poparcie większości politycznej”²⁵.

²³ H a y e k, *Konstytucja wolności*, s. 90.

²⁴ T e n ż e, *Law, Legislation and Liberty*, t. 1, s. 67. Hayek nazywa zresztą takie myślenie legendą, w całości nieprawdziwą, która stała się „folklorem naszych czasów” – z legendą tą polemizuje w pracy zbiorowej, której jest redaktorem (zob. *Capitalism and the Historians*, London 1953).

²⁵ Wypowiedź Hayeka w rozmowie z Guyem Sormanem – G. S o r m a n, *Prawdziwi myśliciele naszych czasów*, Warszawa 1993, s. 225.

RZĄDY WIĘKSZOŚCI. LIBERALIZM KONTRA DEMOKRACJA

Równość wobec prawa jest, zdaniem Hayeka, jednym z podstawowych wyznaczników rządów prawa, ale prowadzi też do żądania, by wszyscy ludzie mieli jednakowy udział w stanowieniu prawa. Według tego myśliciela jest to punkt, w którym liberalizm spotyka się z ruchem demokratycznym. Pomimo jednak pewnych podobieństw, istnieje zasadnicza różnica pomiędzy ich przedmiotami zainteresowania. Liberalizm zajmuje się ograniczeniami każdej władzy, w tym władzy wybranej demokratycznie. Według Hayeka zaś dogmatyczny demokratą zna tylko jedno ograniczenie władzy; jest nim „zdanie aktualnej większości”²⁶.

Demokracja jest dla Hayeka cenna jako pewna procedura zmiany władzy politycznej, tj. wymiany sprawujących władzę. Ma ona charakter pokojowy, jej zastosowanie utrzymuje istniejący pokój społeczny. Przeciwnieństwem tej pokojowej procedury jest zmiana rewolucyjna. Hayek dostrzega oczywiście także inne pokojowe procedury zmiany władzy, niemniej ta demokratyczna cechuje się – jego zdaniem – największą niezawodnością. Demokracja stanowi skuteczniejszą ochronę wolności niż inne formy rządu, jest „naszą jedyną obroną przed tyranią”²⁷ oraz „jest nade wszystko procesem kształtowania opinii”²⁸. Pomimo jednak tych pozytywnych cech demokracji Hayek dopuszcza sytuacje, w której „demokracja może skupić w swym ręku totalną władzę, jest też do pomyślenia, że rząd autorytarny będzie opierać się na zasadach liberalnych”²⁹.

Liberalizm zdaniem Hayeka jest doktryną o tym, jakie powinno być prawo, demokracja – o sposobach ustalania, co ma być prawem. Liberalizm uznaje rządy większości za metodę podejmowania decyzji, ale nie za autorytet rozstrzygający. To, że większość czegoś chce, nie jest wystarczającą podstawą do uznania tego za dobre. Dla demokraty-doktrynera „wola większości rozstrzyga nie tylko, co jest prawem, lecz także – co jest dobrym prawem”³⁰. Nie ma żadnych podstaw, aby decyzjom większości przyznawać jakąś ponadjednostkową mądrość, co więcej, takie decyzje, zdaniem Hayeka, będą raczej

²⁶ H a y e k, *Konstytucja wolności*, s. 99.

²⁷ T e n ż e, *Law, Legislation and Liberty*, Chicago 1979, t. 3, s. 5.

²⁸ T e n ż e, *Konstytucja wolności*, s. 103.

²⁹ Tamże, s. 99.

³⁰ Tamże, s. 99-100.

gorsze od decyzji, które po wysłuchaniu wszystkich opinii podjęliby najrozsunniejsi członkowie zbiorowości. „Decyzje większości są wynikiem mniej rygorystycznego myślenia i stanowią na ogół kompromis, który nie zadowala w pełni nikogo”³¹.

Hayek zauważa, że posługiwanie się słowem „demokratyczny” w znaczeniu ogólnej pochwały niesie duże niebezpieczeństwo sugerujące, że demokracja jest dobra w każdych warunkach, a jej poszerzanie – zawsze korzystne. „Jeśli w świecie zachodnim powszechne prawo wyborcze dla dorosłych wydaje się najlepszym rozwiązaniem, nie oznacza to jeszcze, że wynika to z jakiegokolwiek fundamentalnej zasady”³². Spostrzeżenia Hayeka wydają się bardzo aktualne także wobec obecnego problemu „demokratyzacji” Bliskiego Wschodu. „Świat zachodni” ma wyraźny problem z akceptacją demokratycznego wyboru narodu palestyńskiego, gdyż do władzy w ramach demokratycznej procedury doszła tam organizacja uznawana za organizację terrorystyczną. Hayek zwracał także uwagę na pewne zjawisko, które z całą siłą ujawniło się podczas amerykańskiej interwencji w Iraku i następującymi po niej problemami z wyłonieniem rządu i uchwaleniem konstytucji: „mankamentem popularnej teorii demokracji jest to, że zwykle rozwija się ją z myślą o idealnej, jednorodnej wspólnotce, a następnie stosuje do niedoskonałych i często arbitralnie utworzonych jednostek, jakimi są realne państwa”³³.

Zdaniem Hayeka, równość wobec prawa wymaga przede wszystkim stosowania tej samej bezosobowej reguły względem wszystkich, co nie oznacza, że równość wobec prawa bezwarunkowo wymaga, aby prawo głosu mieli wszyscy dorośli (co zresztą nigdy nie jest w pełni zrealizowane w żadnym ustroju demokratycznym). „Gdyby prawo głosu miały tylko osoby po czterdziestce, albo tylko ludzie pracujący, albo głowy rodzin czy tylko osoby umiające czytać i pisać, nie byłoby to większym naruszeniem tej zasady niż powszechnie aprobowane ograniczenia”³⁴. W podobnym duchu ponad sto lat wcześniej wypowiadał się Bastiat, pisząc o wyborach powszechnych: „Cokolwiek myślą o nich adepci Szkoły Rousseau, która uważa się za *szczególnie zaawansowaną*, a która według mnie jest *zacošana* o jakieś dwa tysiące lat, wybory *powszechne* (biorąc to pojęcie w jego ścisłym znaczeniu) nie są

³¹ Tamże, s. 105.

³² Tamże, s. 101.

³³ Tamże.

³⁴ Tamże.

jednym z tych świętych dogmatów, względem których zbrodnią jest badanie i wątpliwości”³⁵.

Doktryna liberalna różni się, zdaniem Hayeka, od doktryny demokratycznej w sprawie rozmiaru i zakresu demokratycznie kierowanej aktywności państwa. Hayek twierdzi, iż u źródeł obecnych problemów systemów demokratycznych leży niewłaściwa koncepcja suwerenności. Sprzeciwia się on Hobbesowskiej interpretacji problemu suwerenności, gdzie wola suwerena (osoby lub ciała) jest źródłem prawomocności jego postanowień, w tym także decyzji prawodawczych. Prowadzi to, jego zdaniem, do pozytywizmu prawniczego, a więc uznawania za prawo decyzji suwerena. Praca współczesnych ciał przedstawicielskich, podkreśla Hayek, „nie polega na formułowaniu i przyjmowaniu ogólnych zasad postępowania, lecz na kierowaniu działaniami rządu dotyczącymi konkretnych spraw”³⁶.

Ogólne reguły prawne, często o bardzo długiej tradycji, wraz z odwiecznymi zasadami obyczajowymi, ograniczające suwerenność władcy (jednostkowego bądź grupowego), sprawiające, iż jego działanie nie mogło być tylko wyrazem jego woli, przestały mieć jakiegokolwiek znaczenie, gdy lud stał się suwerenem, i to suwerenem nieograniczonym. „Ideał demokracji, pierwotnie zmierzający do wyeliminowania arbitralnej władzy, staje się w ten sposób usprawiedliwieniem nowego rodzaju arbitralnej władzy”³⁷. Niewłaściwe zrozumienie koncepcji suwerenności ludu zaczęło – jak pisał lord Acton – „zaciemniać horyzont”³⁸. Ks. Antoni Szymański twierdził, że przekonanie, iż sprawiedliwe jest to, co postanawia wola rządzących (wola większości), jest podporą wszelkiego despotyzmu – zarówno monarchistycznego, jak i demokratycznego. Rządzą wtedy ludzie, a nie prawa, gdyż źródłem wszelkiej sprawiedliwości staje się człowiek³⁹. L. Duguit natomiast zwracał uwagę, że

³⁵ F. B a s t i a t, *Prawo*, Lublin 2002, s. 20.

³⁶ H a y e k, *Law, Legislation and Liberty*, t. 3, s. 22.

³⁷ H a y e k, *Konstytucja wolności*, s. 102.

³⁸ „Dogmat głoszący, że władza absolutna jest tak samo usprawiedliwiona, jak wolność konstytucyjna, a oparty na domniemaniu jej ludowych źródeł, zaczął zaciemniać horyzont” – Lord A c t o n, *History of Freedom*, Laissez Faire Books 1993, s. 78 [tłum. cyt. fragm. – H. K.].

³⁹ „Sprawiedliwym jest to, co postanawia wola tych, którzy rządzą – wola stara, będącą podporą wszelakiego despotyzmu, zarówno monarchistycznego, jak demokratycznego; to, co uzna za takie wola rządzących, powszechna wola obywateli, wyrażająca się w przewadze opinii [...]. We wszystkich tych poglądach źródłem prawa sprawiedliwego jest ostatecznie człowiek” – ks. A. S z y m a ń s k i, *Zakon przyrodzony*, w: *Obiektywna podstawa prawa. Wybór pism*, Kraków 2001, s. 123.

koncepcja suwerenności ludu interpretowana przez pozytywistów jest jedynie wzmocnieniem suwerenności królewskiej, z tą tylko odmianą, że miejsce króla zajął naród – tak rozumiana suwerenność może więc służyć do takich samych nadużyć i ucisku⁴⁰.

Hayek uważa, że rządy większości nie mogą być nieograniczone – konieczne jest stworzenie gwarancji indywidualnej wolności. Tylko wielcy demagodzy twierdzą, że skoro władza znajduje się w rękach ludu, to nie ma potrzeby jej ograniczać, a skoro rząd jest wyrazem życzeń i pragnień ludu, to nie powinniśmy patrzeć na niego podejrzliwie. „Kiedy zaczynamy twierdzić, że w demokracji słuszne jest to, o czym zdecyduje większość, demokracja wyradza się w demagogię”⁴¹. Jeśli tak rozumie się demokrację, to Hayek nie uważał siebie za demokratę⁴²: „Ci, którzy głoszą, że demokracja może wszystko, i zawsze popierają wszystko, czego chce większość, pracują na jej upadek [...]. Demokracja, jeśli ma przetrwać, musi uznać, że nie jest prądem sprawiedliwości i że powinna przyjąć koncepcję sprawiedliwości, która niekoniecznie przejawia się w popularnych poglądach na każdą konkretną sprawę”⁴³.

PRAWO JAKO NARZĘDZIE INGERENCJI

Zdaniem Hayeka istnieje taki rodzaj działalności państwa, który nie daje się w żaden sposób pogodzić z zasadą rządów prawa i który zmienia się w ich przeciwieństwo, a mianowicie w rządy za pomocą prawa. Rządy za pomocą

⁴⁰ Doktryna suwerenności ludu, ta „naprawdę demokratyczna doktryna” – jak pisze Duguit – „jest właśnie tą, którą się posługiwali prawnicy niemieccy, aby ugruntować potęgę cesarza, jakobini, aby usprawiedliwić wszechmoc konwentu, i kolektywiści, aby przyznać wszystko mogącemu państwu prawo konfiskowania [...]. Władz publiczna, już bardzo wielka, gdy wciela się w człowieka, staje się bezgraniczna, gdy wciela się w naród [...]. Pochłania wszystko, wprowadza wszędzie równość, rządzi wszystkim” – L. D u g u i t, *Le Droit social*, Paris 1922, s. 35-36 (cyt. za: S z y m a n s k i, art. cyt., s. 124).

⁴¹ H a y e k, *Konstytucja wolności*, s. 103.

⁴² „[...] jeśli demokracja ma znaczyć władzę arbitralnej woli większości, to ja nie jestem demokratą; uważałbym nawet taką władzę za szkodliwą i na dłuższą metę niemożliwą. [...] Wola, choćby największej liczby ludzi, tylko wtedy jest autorytetem i ma charakter obowiązkowy dla reszty ludzi, gdy ta większość dowodzi swej intencji działania zgodnego ze sprawiedliwością, zobowiązując się do przestrzegania zasad ogólnych” – H a y e k, *Law, Legislation and Liberty*, t. 3, s. 39 [tłum. cyt. fragm. – H. K.].

⁴³ H a y e k, *Konstytucja wolności*, s. 111.

prawa nie ograniczają się do stanowienia i przestrzegania ogólnych norm, ale z konieczności wiążą się z arbitralnym różnicowaniem ludzi. Państwo używa wówczas prawa jako narzędzia ingerencji zmierzającego do kontrolowania dostępu do różnych rodzajów działalności gospodarczej i zawodów, warunków sprzedaży, rozmiarów produkcji i sprzedaży, a także kontroli cen.

Wielu zwolenników gospodarki wolnorynkowej uważa, że wykorzystywanie prawa stanowionego do ingerencji w prawa ekonomiczne jest nieefektywne i szkodliwe. Jest lekarstwem powodującym jeszcze większą chorobę. Ludwig von Mises zwraca uwagę, że „jedyną alternatywą jest albo prawo stanowione, albo prawo ekonomiczne”⁴⁴. Rządy nie mogą efektywnie zmienić cen za pomocą swoich nakazów, zakazów i kar⁴⁵. Środki kontroli cen paraliżują normalną pracę rynku i niszczą go. Ceny rynkowe to po prostu nic innego jak narzędzie równoważenia popytu i podaży. Hayek wyraźnie i bezkompromisowo stwierdza, iż „wszelka bezpośrednia kontrola cen przez rząd jest nie do pogodzenia z funkcjonowaniem wolnego systemu”⁴⁶. Niemożność pogodzenia takich praktyk jest niezależna od tego, czy rząd sam ustala ceny, czy tylko ustala pewne zasady rządzące konstrukcją ceny (np. powiązania ich z kosztami). Obowiązkiem więc państwa, jak utrzymuje W. Łączkowski, powinno być nie kształtowanie zjawisk gospodarczych w przeciwieństwie do rynku, ale ochrona prawna *naturalnych praw rynkowych*⁴⁷.

Przy cenach różniących się od tych, jakie ukształtowałyby się na wolnym rynku, nie jest możliwe zrównoważenie się popytu i podaży. Zdaniem Hayeka, jeśli kontrola cen ma być skuteczna, to z konieczności musi zostać postawione pytanie, kto ma prawo kupować i sprzedawać. Oznacza to wprowadzenie arbitralnych rozróżnień. Kontrola cen może być skuteczna tylko przy zastosowaniu limitów handlowych lub przy określeniu wysokości cen i wprowadzeniu kar za ich nieprzestrzeganie. Limity handlowe i wysokość

⁴⁴ L. M i s e s, *Interwencjonizm*, Kraków 2000, s. 49.

⁴⁵ „Ekonomista spogląda poza horyzont państwa wraz z jego aparatem przemocy i odkrywa, że społeczeństwo jest wynikiem ludzkiej kooperacji. Odkrywa, że istnieją ważne prawa w dziedzinie społecznej współpracy, których rządzący nie są w stanie zmienić” – M i s e s, *Interwencjonizm*, s. 47-48.

⁴⁶ H a y e k, *Konstytucja wolności*, s. 214.

⁴⁷ „Truizmem staje się już mówienie o tym, że państwo jest złym gospodarzem, topiącym w biurokratycznie organizowanych przedsięwzięciach ekonomicznych pieniądze podatników. Do obowiązków państwa powinna natomiast należeć ochrona prawna naturalnych praw rynkowych i przeciwdziałanie patologicznym zjawiskom towarzyszącym wolnemu rynkowi” – Ł a ń c k o w s k i, art. cyt., s. 8.

cen są wyłącznie uznaniowe, oparte – jak utrzymuje Hayek – nie na normach, lecz na ocenach władzy dotyczących względnej ważności konkretnych celów. To władza ustala hierarchię i ważność celów oraz decyduje o doborze środków do osiągnięcia tych celów. Co ważne, Hayek argumentuje przeciw kontroli cen nie ze względu na to, że kolidują one z interesami ekonomicznymi, które są ważniejsze, ale ze względu na pogwałcenie zasady rządów prawa, niemożność stosowania kontroli cen zgodnie z ogólnymi zasadami, a wyłącznie w oparciu o arbitralność: „[...] z samej swej natury musi być ona uznaniowa i arbitralna. Przyznanie takich uprawnień władzy równa się w rezultacie przyznaniu jej prawa do arbitralnego ustalania, co ma być produkowane, przez kogo i dla kogo”⁴⁸.

F. Bastiat w swoim eseju *Prawo* słusznie zwraca uwagę, że jeśli nie zrozumie się należycie charakteru prawa jako środka służącego ochronie osoby, wolności i własności, prawo, zamiast być gwarantem sprawiedliwości, stanie się narzędziem ucisku. Jeśli grabież (przez co Bastiat rozumie na przykład przywileje) jest organizowana przez prawo na rzecz określonych klas, które prawo ustanawiają, wszystkie pozostałe klasy dążą drogą pokojową lub rewolucyjną do uzyskania wpływu na tworzenie ustaw. Można w tym przypadku dążyć albo do położenia kresu legalnej grabieży (czyli zaprowadzenia „rządów prawa” – jak by powiedział Hayek), albo do wzięcia w niej udziału. „Hańba, po trzykroć hańba narodom, w których ta ostatnia myśl dominuje wśród mas”⁴⁹. Rządy większości w tym przypadku zastąpią tylko rządy wąskiej grupy oligarchów, a „zamiast wykorzenić całą niesprawiedliwość układu społecznego, rozpowszechni się ją”⁵⁰.

Jeśli prawo przestaje być ramą wspólnego działania ku własnym celom, a staje się narzędziem ingerencji, jeśli prawo „bierze od jednych, by dać drugim”, to trudno się dziwić, że wszyscy chcą mieć wpływ na władzę ustawodawczą. Dopóki prawo będzie mijać się ze swoim celem i – zamiast chronić własność – będzie ją naruszać, dopóty wszyscy będą chcieli mieć wpływ na władzę ustawodawczą, aby ustanawiać prawo dla zapewnienia sobie i swoim wyborcom korzyści. „Urojeniem naszych czasów – pisał Bastiat – jest pogląd, że możliwe jest wzbogacenie wszystkich klas kosztem siebie nawzajem. Jest to upowszechnienie grabieży pod pretekstem jej zorganizowa-

⁴⁸ H a y e k, *Konstytucja wolności*, s. 214.

⁴⁹ B a s t i a t, *Prawo*, s. 18.

⁵⁰ Tamże.

nia”⁵¹. Hayek uważał, że urojenie to jest niestety wspólne nie tylko czasom przeszłym, ale i obecnym. Bastiat – na długo przed Hayekiem – zauważył uwodzący aspekt socjalizmu, mianowicie żądanie, by prawo było nie tylko sprawiedliwe, ale także zajmowało się dobroczynnością. „Nie zadowala sam fakt, iż zapewnia ono każdemu obywatelowi swobodne i nieszkodliwe korzystanie ze swoich zdolności do rozwoju fizycznego, intelektualnego i moralnego, wymaga jeszcze, by szerzyło bezpośrednio w narodzie dobrobyt, oświatę i moralność”⁵².

Chciałbym w tym miejscu odnieść się do interesującej koncepcji L. Morawskiego, a mianowicie do technologicznej wizji prawa. Morawski uważa, iż spór naturalizm-pozytywizm jest obecnie przebrzmiały ze względu na „pozytywizację prawa natury”⁵³. Uważa on, że alternatywą dla tego sporu jest koncepcja prawa jako techniki: „Prawo jako technika społeczna to znaczy instrument celowego sterowania procesami społecznymi”⁵⁴. Morawski uważa, że zarówno zwolennicy liberalizmu, jak i prawa interwencjonistycznego posługują się technologiczną wizją prawa. Prawo jest instrumentem sterowania procesami społecznymi i może kontrolować ludzkie zachowania na dwa sposoby⁵⁵:

1. Kontrola poprzez warunki ramowe – normodawca wskazuje, jakie warunki powinien spełniać adresat normy, gdy podejmuje określone typy działania, nie mówi jednak, jakie cele powinien on realizować ani też za pomocą jakich środków. W granicach określonych przez warunki ramowe adresat jest wolny i może swobodnie decydować o kierunkach i sposobach swojej działalności (zdaniem Morawskiego jest to koncepcja charakterystyczna dla liberalizmu i Hayekowskiego ujęcia prawa w *Konstytucji wolności*).

2. Kontrola poprzez sterowanie – normodawca określa nie tylko warunki naszej działalności, ale również wskazuje cele, a nawet to, za pomocą jakich środków powinniśmy je realizować; to nie my wybieramy cele, ale normodawca wybiera je za nas (jest to według niego typ kontroli specyficzny dla prawa interwencjonistycznego).

⁵¹ Tamże, s. 25.

⁵² Tamże, s. 27.

⁵³ L. M o r a w s k i, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 1999, s. 39.

⁵⁴ Tamże, s. 52.

⁵⁵ Tamże.

Koncepcja podziału prawa poprzez typy kontroli wydaje się rzeczywiście odpowiadać Hayekowskiej koncepcji prawa. Rządy prawa nie są przecież dla niego niczym innym, niż tworzeniem ogólnych ram, w których jednostki dążą do swych własnych celów. Problem właśnie pojawia się jedynie w rozumieniu celu. Morawski pisze, że technologiczna wizja prawa (a koncepcja Hayeka jest według niego jedną z tych wizji, choć „miękką”) to instrument celowego sterowania procesami społecznymi. Można się z tym zgodzić, pod warunkiem wyraźnego rozgraniczenia celu kolektywnego od celu jednostek. Oczywiście Hayek zgadza się, że każda regulacja ma swój cel, ale Hayek akceptuje tylko takie regulacje, których celem nie jest narzucanie celów jednostkom, popiera zaś takie, których celem jest umożliwienie jednostkom dążenia do swoich własnych celów. W przeciwnym wypadku Hayek nie różniłby się od zwolenników prawa interwencjonistycznego i tak samo narażał się na zarzut instrumentalizacji prawa, czyli zarzut, że za pomocą społecznej inżynierii sprowadza ludzi do obiektów socjotechnicznego sterowania. Hayekowska koncepcja rządów prawa jest jednak odległa od takich interpretacji. Hayek w zupełności zgodziłby się z diagnozą Morawskiego, iż „[...] prawo interwencjonistyczne umacnia tendencje kolektywistyczne, sterując masowymi procesami i rozwiązując problemy systemowe, przenosi punkt ciężkości z dóbr jednostkowych na dobra kolektywne. W efekcie zasada pierwszeństwa wolności staje się w państwach interwencjonistycznych coraz bardziej problematyczna, a interwencjonizm zaczyna uzasadniać poświęcanie dóbr jednostki na rzecz dobra ogólnego – tak np. ideologia sprawiedliwości społecznej – dobra jednych ludzi czyni się narzędziem do realizacji dóbr innych ludzi”⁵⁶.

Zdaniem Hayeka upadek prawa dokonał się w momencie zwycięstwa pozytywizmu prawniczego wraz z jego koncepcją suwerenności władzy. Nieograniczona suwerenność oznacza dominację suwerena nad prawem i tym samym wprowadza nierównowagę między ciałem przedstawicielskim a tymi, których reprezentuje. Władza ludu, właściwego suwerena, staje się władzą organu, który wprawdzie okresowo, lecz niemal całkowicie uniezależnia się od ludu. Wszystkie zaś szkoły prawa natury głosiły istnienie norm, które nie zostały świadomie ustalone przez żadnego prawodawcę. Teorie prawa natury stwierdzały także, iż ważność wszelkiego rzeczywistego prawa wynika z pewnych zasad, które nie zostały jednak przez ludzi ustanowione, ale mogą być „rozpoznane”, i że te zasady stanowią zarówno kryterium sprawiedliwości

⁵⁶ M o r a w s k i, dz. cyt., s. 74.

rzeczywistego prawa, jak i uzasadnienie konieczności jego przestrzegania. Dla pozytywisty zaś na prawo z samej definicji składają się wyłącznie świadome nakazy ludzkiej woli.

Według Hayeka pozytywizm prawniczy od samego początku nie mógł odnosić się z sympatią do zasady rządów prawa, gdyż były to zasady ograniczające władzę ustawodawczą. Jeśli prawo nie jest już regułą, której treść musi spełniać określone warunki, jeśli prawo zostaje zredukowane do nakazów wydanych zgodnie z wolą suwerena, a jednocześnie jest rozszerzone do dowolnych jego nakazów, to taka idea prawa staje się, zdaniem Hayeka, poważnym zagrożeniem wolności. Zgodnie z formalną koncepcją prawa, prawem może być każda reguła niezależnie od swej treści, a niesprawiedliwe prawo pozostaje nadal prawem. Jak zauważył G. Sartori, wynika stąd, że „koncepcja prawa, opracowana przez Austina, Kelsena i ich licznych naśladowców, podważa prawo jako gwarancję wolności; samo słowo «prawo» staje się słowem-pułapką”⁵⁷.

Zdaniem Kelsena rzeczywistość nie może stanowić podstawy mocy obowiązującej prawa należącego do dziedziny powinności. Kalsen przyjmuje więc hipotezę istnienia normy podstawowej *Grundnorm*, która brzmi: „należy słuchać władzy”⁵⁸. Bez tej normy niemożliwe jest bowiem wytłumaczenie naszych powinności. Jak zauważył M. Krapiec, „przyjawszy taką normę za podstawową, uznaje się tym samym omnipotencję państwa i sprzyja totalitarno-faszystowskiemu ujęciu prawa”⁵⁹. Zdaniem Hayeka pozytywizm, historyzm, szkoła wolnego prawa i jureksprudencja interesów, pomimo dzielących je różnic, są zjednoczone wspólną niechęcią wobec jakiegokolwiek ograniczania władzy w ramach rządów prawa i dzielają wspólne pragnienie przyznania zorganizowanym siłom państwa większej władzy celowego kształtowania stosunków społecznych, zgodnie z określonym ideałem sprawiedliwości społecznej⁶⁰. Antoni Kość zwraca uwagę, że ostatecznym uzasadnieniem pozytywistycznej koncepcji prawa jest woluntaryzm, a nie racjonalizm. Ostatecznym argumentem za prawem jest wola suwerena. Pozytywizm jest zakorzeniony w błędzie, gdyż „prawo pozytywne chce rozumieć z siebie samego albo dokładniej – z woli ustawodawcy chcącego odciąć wszelkie powiązania

⁵⁷ G. S a r t o r i, *Teoria demokracji*, Warszawa 1998, s. 396.

⁵⁸ Zob. Cz. M a r t y n i a k, *Moc obowiązująca prawa a teoria Kelsena*, w: *Obiektywna podstawa prawa. Wybór pism*, Kraków 2001.

⁵⁹ M. A. K r a p i e c, *Człowiek i prawo naturalne*, Lublin 1993, s. 85.

⁶⁰ H a y e k, *Konstytucja wolności*, s. 220.

porządku prawnego z treścią wartości, ze sprawiedliwością materialną czy też z działającymi siłami społecznymi i politycznymi”⁶¹.

Hayek uważa, że cała koncepcja pozytywizmu prawniczego jest produktem intencjonalnego błędu charakterystycznego dla konstruktywizmu⁶². W rzeczywistości „to, co wiemy o pierwotnych ludzkich społecznościach sugeruje inne pochodzenie prawa, niż zakładają teorie traktujące je jako wolę ustawodawcy”⁶³. Zwraca on uwagę, że ustawodawstwo, czyli świadome tworzenie prawa, jest pewnym „wynalazkiem” człowieka, w przeciwieństwie do samego prawa, które nigdy nie zostało w ten sposób „wynalezione”. „Wynalazek” ustawodawstwa jest jednym z najbardziej brzemiennych w skutki, z konsekwencjami większymi niż wynalazek ognia i prochu, gdyż ludzie nie potrafią używać go właściwie, aby nie czynić ogromnego zła⁶⁴. Bruno Leoni pisze o przejściu od rządów prawa do rządów ustawodawców⁶⁵, Hayek mówi o przejściu do rządów za pomocą prawa (ustaw). „Wynalazek” ustawodawstwa dał człowiekowi poczucie władzy nad swym losem, jednakże – jak konstatuje Hayek – „dyskusje, kto powinien posiadać tę władzę [ustawodawczą], przesłoniły bardziej fundamentalną kwestię – jak daleko ta władza powinna się rozciągać. Ustawodawstwo pozostanie zapewne niezmiernie niebezpieczną władzą tak długo, jak długo będziemy wierzyć, że będzie szkodliwa tylko wtedy, gdy będzie pozostawać w rękach złych ludzi”⁶⁶.

⁶¹ A. K o ś ć, *Podstawy filozofii prawa*, Lublin 1998, s. 107.

⁶² „[...] przekonanie, że właściwie całe prawo jest, może być lub powinno być, produktem swobodnej pomysłowości ustawodawcy, jest rzeczywistym błędnym wytworem konstruktywistycznego racjonalizmu” – H a y e k, *Law, Legislation and Liberty*, t. 1, s. 73 [tłum. cyt. fragm. – H. K.].

⁶³ Tamże.

⁶⁴ H a y e k, *Law, Legislation and Liberty*, t. 1, s. 72.

⁶⁵ „Fakt, iż w pisaniu kodeksów i konstytucji legislatura ograniczyła się do sformułowania przedtem nie spisanych praw, został stopniowo zapomniany lub przestano przywiązywać do niego wagę. Znaczenia natomiast nabrał fakt, że te kodeksy i konstytucje zostały ustanowione przez ciała ustawodawcze, których członkowie byli przedstawicielami ludu [...] najważniejszą konsekwencją tej zmiany w myśleniu było narastające przyzwyczajanie ludzi na kontynencie, a w pewnej mierze również w krajach anglosaskich, do pojmowania całego prawa jako *prawa pisanego*, do całego szeregu aktów władzy ustawodawczej, podjętych zgodnie z regułą większości [...]. Inną tego konsekwencją było również przekonanie, że proces stanowienia prawa nie polega przede wszystkim na teoretycznej aktywności specjalistów, takich jak sędziowie i prawnicy, lecz zależy wyłącznie od zwycięskiej większości w ciałach ustawodawczych” – B. L e o n i, *Freedom and the Law*, Indianapolis 1991, s. 147-149 [tłum. cyt. fragm. – H. K.].

⁶⁶ H a y e k, *Law, Legislation and Legislation*, t. 1, s. 72.

Spór między pozytywizmem a naturalizmem jest w istocie, zdaniem Hayeka, sporem o pierwszeństwo prawa przed ustawą; cytuje on wypowiedź Juliusa Paulusa: *Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*⁶⁷. Echo tej myśli pobrzmiewa w stanowczym stwierdzeniu Bastiata, iż „Osobowość, Wolność i Własność istnieją nie dlatego, że ludzie wydali prawa. Wręcz przeciwnie, to dlatego, iż wcześniej istniały Osoba, Wolność i Własność, ludzie ustanawiają prawa”⁶⁸. Według Hayeka w dzisiejszym świecie zdominowanym przez pozytywizm człowiek „wierzy, że całe prawo rządzące ludzkimi działaniami jest produktem legislacji, wiara ta jest tak oczywista, że twierdzenie, iż prawo jest starsze niż ustawodawstwo, ma prawie zawsze charakter paradoksu”⁶⁹.

Utożsamienie prawa z ustawodawstwem prowadzi do „manii ustawodawczej”⁷⁰ i „spirali jurydyzacyjnej”⁷¹. Inflacja prawa kompromituje prawo, a rządzenie za pomocą prawa jest w dłuższej perspektywie nieefektywne. Morawski nazywa to kryzysem efektywności prawa⁷². Jerome Frank, zarzucając działalności ustawodawczej kapryśność, powierzchowność i oparcie się na niedojrzałych, subiektywnych wrażeniach członków legislatury, pyta nawet: „[...] Ustawodawstwo tworzy nowe reguły, często bez zastanowienia, i reguły te podkopują pewność prawną [...]. Dlaczego mielibyśmy obdarzać szacunkiem produkty tak tandetne?”⁷³

⁶⁷ „To, co jest właściwe, nie jest czerpane z reguł, lecz reguły wyrastają z naszej wiedzy o tym, co jest właściwe” – Julius P a u l u s, *Digesta* 50.17.1 – cyt. za: H a y e k, *Law, Legislation and Liberty*, t. 1, s. 162 [tłum. cyt. fragm. – H. K.].

⁶⁸ B a s t i a t, dz. cyt., s. 14.

⁶⁹ H a y e k, *Law, Legislation and Liberty*, t. 1, s. 73.

⁷⁰ S a r t o r i, dz. cyt., s. 398.

⁷¹ M o r a w s k i, dz. cyt., s. 65.

⁷² „Kryzys efektywności prawa doprowadził jeszcze do wielu innych negatywnych skutków ubocznych. Jednym z nich jest spirala jurydyzacyjna. Przekonanie, iż błędy regulacji prawnej powinny być usunięte przez inną, bardziej precyzyjną i wszechstronną regulację, prowadzi zwykle do nakręcania spirali jurydyzacyjnej, która polega albo na pogłębianiu regulacji, gdy dotychczasowe regulacje okazały się zbyt mało dokładne, albo na jej rozszerzaniu, gdy regulacje dotychczasowe powodowały skutki uboczne, które normodawca postanowił usunąć. Wobec jednak tego, że z reguły każdy akt regulacji prowadzi do jakichś błędów i skutków negatywnych, nieomal każdy akt regulacji czy później wywołuje następną próbę regulacji korekcyjnej i w ten sposób nakręca spiralę jurydyzacyjną. Spirala jurydyzacyjna wznaga więc efekt jurydyzacyjny, który wynika z niepohamowanej ekspansji interwencjonizmu społecznego i gospodarczego” – M o r a w s k i, dz. cyt., s. 65.

⁷³ J. F a n k, *Courts on Trial. Myth and Realisty of American Justice*, Princeton 1949, s. 292 – cyt. za: K. O p a ł e k, *Problemy metodologiczne nauki prawa*, Warszawa 1962, s. 75.

Hayek ogromnym szacunkiem darzył wykształconą na amerykańskim gruncie zasadę sądowej kontroli władzy ustawodawczej. Odrzucał przy tym nieograniczoną władzę sędziowską i tym samym popadał w pewien nie rozwiązany zresztą przez niego konflikt. Uznawał za „mistrzowskie ujęcie” rozstrzygnięcie sędziego Marshalla – prezesa Sądu Najwyższego, który w swym orzeczeniu *Marbury versus Madison* ostatecznie ugruntował sądową kontrolę prawa, stwierdzając „Orzekanie, co jest prawem, zdecydowanie należy do sfery działania i obowiązków władzy sądowej”⁷⁴. W rzeczywistości jednak pogląd ten nie odbiega wiele od tego, co głosił czołowy przedstawiciel amerykańskiego realizmu prawniczego Oliver Wendell Holmes: „Prognozy, jak rzeczywiście postąpią sądy – i absolutnie nic więcej – są tym, co nazywam «prawo»”⁷⁵. Hayek jednakże uważał, że jest to podobieństwo pozorne, gdyż w rzeczywistości realiści traktują prawo tak jak pozytywiści i uważają, iż jest ono instrumentem do osiągania określonych celów społecznych, dlatego każdorazowo powinno być oceniane z punktu widzenia skuteczności i adekwatności celów. Na takim stanowisku stał na przykład Karl Llewellyn⁷⁶.

Dla Hayeka sędzia jest tak samo ograniczony jak ustawodawca, gdyż w przeciwnym razie rządy prawa nie będą mogły nigdy zostać urzeczywistnione ze względu na nadużycia albo władzy ustawodawczej, albo sądowniczej. Wyraźnie zwrócił na to uwagę Sartori w swojej *Teorii demokracji* pisząc, że w chwili, gdy sędziowie przestaną uważać się za poszukiwaczy prawa („odnajdywanie” prawa – zdaniem Hayeka – to podstawowa funkcja sędziego), stają się *sędziami ustawodawcami*, podobnymi do *polityków ustawodawców*, a wtedy „[...] przedstawiciele obu tych grup coraz częściej poczynają brać prawo w swoje ręce, tak jakby polegało to tylko i wyłącznie na osiągnięciu przewagi. Jeśli tak, to «republika przedstawicieli» znajduje w «republice sędziów» swego antagonistę, równie mocno chylącego się do upadku”⁷⁷.

Masowa produkcja prawa przez parlamenty doprowadziła też do innego zagrożenia elementu składowego rządów prawa, a mianowicie do pewności prawa. Pewność nie polega wyłącznie na precyzyjnej artykulacji prawa i nadaniu

⁷⁴ 5 US /1Cranch/, 137 /1803/ – cyt. za: H a y e k, *Konstytucja wolności*, s. 307, przypis 48.

⁷⁵ O. W. H o l m e s, *Path of the Law*, [w:] *Jurisprudence*, New York 1994, s. 461.

⁷⁶ K. L l e w e l l y n, *Bramble Bush*, New York 1969, s. 12.

⁷⁷ S a r t o r i, dz. cyt., s. 399.

mu formy pisemnej, nie jest ona „równoznaczna z żądaniem, że wszystkie te zasady były formalnie ustalone, żeby były wcześniej, przy pomocy wielu słów spisane”⁷⁸. Dla pewności prawa konieczna jest przede wszystkim przewidywalność, a także przekonanie, że prawo będzie trwałe; trwałość umożliwiającą obywatelom kształtowanie swojego życia zgodnie z jego normami. Dzisiejsze tempo działalności ustawodawczej przypomina, zdaniem B. Leoniego, sytuację starożytnych Aten, gdzie „prawa były pewne (to znaczy precyzyjnie wyartykułowane w pisemnych formułach), ale nikt nie mógł być pewny, że dowolne prawo, ważne dzisiaj, będzie również obowiązywać następnego dnia”⁷⁹. Sartori zwraca uwagę, że wraz ze zwycięstwem koncepcji konstytucjonalizmu demokratycznego współczesne społeczeństwa zbliżyły się do rozwiązań, jakie przyjęli Grecy, i to stało się powodem upadku ich państw, rozwiązania „polegającego na podporządkowaniu ludzi prawom tak łatwo ulegającym zmianom, że nie zapewniały one już żadnej ochrony”⁸⁰.

Hayekowska koncepcja powiązania upadku rządów prawa ze zwycięstwem pozytywizmu prawniczego i rozdzieleniem prawa od wolności jest bardzo zbliżona do rozważań podjętych w Polsce przez I. Czumę. Hayek pisał w swojej konstytucji wolności, że nowoczesny despotyzm najdalej posunął się w Rosji Radzieckiej, gdzie oderwano wolność osobistą od prawa, a prawo przestało już być gwarantem tejże wolności. Rosyjscy teoretycy prawa, zdaniem Hayeka, świadomie zmierzali dalej w kierunku, który od dawna utrwalił się w zachodniej Europie. Prawie czterdzieści lat przed Hayekowską *Konstytucją wolności* i dwadzieścia lat przed *Drogą do zniewolenia* Czuma dochodził do wniosków, jakie później sformułował Hayek⁸¹. „System sowiecki – pisał Czuma – jest zatem, jak widzimy, brutalnym rozwinięciem doktryny o woli ludu, jako jedynym sprawdzianem wartościowania prawnego, moralnego i wszelkich innych spraw państwa i społeczeństwa [...]. Żeby obalić stanowisko

⁷⁸ H a y e k, *Konstytucja wolności*, s. 196.

⁷⁹ L e o n i, dz. cyt., s. 79.

⁸⁰ G. S a r t o r i, *Teoria demokracji*, s. 400.

⁸¹ „Gdy jednak pamiętamy o tym, że teoria o samowystarczalności prawa i państwa w zakresie praworządności stawia wymogi tylko formalne, to jest określone prawem pozytywnym, a normodawca, jeśli tylko ma tytuł wydawania norm, jeśli je wydaje w zgodzie z innymi, ma całkowitą swobodę, która np. politycznie wzmacnia tzw. wola większości, wola ludu, to i zakresie praworządności sowieckiej, stawiając jej wymogi formalne, nie wyróżniamy jej gatunkowo od analogicznej na Zachodzie” – I. C z u m a, *Dzisiejsza filozofia sowieckiego prawa a romantyzm prawniczy*, w: *Obiektywna podstawa prawa. Wybór pism*, Kraków 2001, s. 218.

filozoficzne bolszewizmu, nie należy go atakować z punktu widzenia pozytywizmu prawniczego, któremu on zresztą czyni zadość⁸². Zarówno dla Czumy, jak i dla Hayeka radzieckie koncepcje prawa są pochodnymi racjonalistycznych koncepcji prawa i państwa rozwiniętych w Europie Zachodniej – bolszewizm jest jedynie konsekwentnym wykonawcą socjalizmu. Hayek całkowicie zgadza się ze słowami E. Brunnera, iż „totalitarne państwo jest po prostu i wyłącznie pozytywizmem prawniczym w praktyce politycznej”⁸³.

WNIOSKI

Hayek uważa, iż traktowanie prawa instrumentalnie, w kierunku osiągania określonych celów szczegółowych, jest odpowiedzialne za upadek prawa. Wolność możemy zachować tylko wtedy, gdy przywiązani będziemy do zasady rządów prawa. W momencie przejścia do instrumentalnego traktowania prawa wchodzimy w obszar „rządów ludzi”. Prawo służące efektywnej przebudowie społeczeństwa pod kątem z góry założonej wizji określonej grupy reformatorów, planistów i wizjonerów nie może już spełniać dawnego postulatu strażnika wolności.

Zdaniem Hayeka, jedną z podstawowych idei leżących u podłoża przebudowy społeczeństwa za pomocą prawa jest zasada „społecznej sprawiedliwości”, która wymusza na organach stosujących i tworzących prawo odejście od zasad równości wobec prawa rozumianej formalnie, a prowadzi do równości materialnej, która z zasady musi opierać się na nierównym traktowaniu ludzi wobec prawa.

Hayek ostrzegał przed przecenianiem roli prawa w kształtowaniu zjawisk społecznych, podczas gdy bardzo często napotyka ono na granice swojej efektywności. Musimy wybierać, jak mawiają przedstawiciele Szkoły Austriackiej w Ekonomii: albo prawa ekonomiczne, albo stanowione. Prawa stanowione, zmieniające naturalny i spontaniczny porządek gospodarki rynkowej, wprowadzają zaburzenia do całego mechanizmu rynkowej dystrybucji. Siła interwencjonistycznego prawa jest jednak w większości negatywna, chyba że – jak twierdzi Hayek – prawo zmierza wyłącznie do polepszenia funkcjonowania wolnego rynku i rynkowej wymiany.

⁸² Tamże, s. 218-227.

⁸³ E. B r u n n e r, *Justice and the Social Order*, New York 1945, s. 7. Hayek cytuje tę maksymę w *Konstytucji wolności*, s. 336, przypis 83.

Prawo stanowione, zmierzające do kształtowania zjawisk społecznych lub przeciwdziałania tym uważanym za „niepożądane”, napotyka problem swojej efektywności w postaci rzeczywistych praw funkcjonowania rynku i społeczeństwa. Przykładowo, ustawodawstwo dotyczące płacy minimalnej nie poprawia efektywnie płac robotników, lecz prowadzi do ograniczenia zatrudnienia (niemożliwość zatrudnienia wszystkich chętnych pracować za niższe stawki). Podobnie stanowienie „w interesie społecznym” cen minimalnych lub maksymalnych prowadzi albo do nadprodukcji, albo do niedoboru. Prawo nie jest w stanie dokonać racjonalnej alokacji zasobów wbrew rynkowym oczekiwaniom. Nie jest możliwe więc, zdaniem Hayeka, „poprawianie rynku” przez prawo. Takie poprawianie sprawia jednocześnie, że zamiast być rządzonymi przez prawo, stajemy się poddanymi innych ludzi określających „sprawiedliwy” wzorzec dystrybucji. Wolność prowadzi do nierówności. Zadaniem państwa, zdaniem Hayeka, nie jest kształtowanie dobrego życia swoich obywateli, tylko stwarzanie warunków do tego, aby każdy z nich był równo traktowany.

Wyraźne odróżnianie przez Hayeka demokracji i liberalizmu jest konsekwencją akcentowania rozróżnienia pomiędzy wolnością polityczną i indywidualną. Hayek z naciskiem powtarzał, że problem suwerenności jest odrębnym od problemu wolności i zbytnia koncentracja na tym pierwszym może prowadzić do braku zainteresowania problematyką wolności. Największą pułapką współczesnych demokracji jest przekonanie, że skoro lud jest suwerenem, to tym samym wszystkie prawa muszą z definicji służyć wolności. Hayek zwracał uwagę, że na nierozwiązywalny konflikt pomiędzy kapitalizmem a demokracją wskazywał już dużo wcześniej J. Schumpeter⁸⁴.

Nieograniczona suwerenność parlamentów i doktryna pozytywizmu prawnego, uznająca za prawo każdy akt demokratycznego parlamentu, jest, zdaniem Hayeka, odpowiedzialna za powolny upadek prawa. Zwracał on uwagę, że współczesne demokracje nigdy nie kierują się uzgodnionymi opiniami społeczeństwa co do słuszności konkretnych rozwiązań, lecz w rzeczywistości są one narzędziem nacisku zorganizowanych grup społecznych. Uzależnienie polityków od poparcia wyborców prowadzi do tego, że politycy wprowadzają

⁸⁴ „Zawsze zgadzałem się z Josephem Schumpeterem, który 30 lat temu wskazywał na nierozwiązywalny konflikt pomiędzy demokracją i kapitalizmem, może z wyjątkiem tego, że to nie z demokracją jako taką, ale ze szczególną formą demokratycznej organizacji, która dzisiaj postrzegana jest jako jedyna możliwa forma demokracji, wytwarzająca postępującą ekspansję rządowej kontroli nad gospodarką” – H a y e k, *Economic Freedom and Representative Government*, w: *Economic Freedom*, Oxford 1991, s. 383 [tłum. cyt. fragm. – H. K.].

programy, których zasadność sami kwestionują, ale które służą korzyści określonych grup społecznych będących najczęściej ich zapleczem politycznym.

Hayek dostrzegł dość wcześnie, że w prawdziwym świecie demokracja i wolny rynek podążają często w przeciwnych kierunkach. Wszystkie nowoczesne ekonomie rynkowe, tworzone w społeczeństwach demokratycznych, mają tendencję do protekcjonizmu i interwencjonizmu. Był sceptyczny co do faktu, czy w demokracji może funkcjonować na dłuższą metę prawdziwie wolny rynek. Nawet jeśli demokratyczne społeczeństwa „co do zasady” popierają wolny rynek, to w rzeczywistości poszczególne grupy społeczne domagać się będą ciągle nowych wyjątków na swoją korzyść. Koszty społeczne przywilejów są rozkładane szeroko, natomiast zyski z polityki interwencjonistycznej są skupione zazwyczaj w małych grupach beneficjentów. Dlatego Hayek nazywał współczesne demokracje demokracjami „przetargowymi”, a analiza ustrojowa i sposobów podejmowania decyzji w demokracjach przedstawicielskich zbliżyły go do Szkoły Wyboru Publicznego Jamesa Buchanana.

LIBERAL CRITICISM OF LEGAL INSTRUMENTALISM

S u m m a r y

The article presents criticism of instrumental use of law in order to achieve the assumed social goal, such as redistribution of revenue, social justice or “improvement” of market economy. The use of law for such purpose poses a threat to freedom of an individual. Instead of providing a guarantee of freedom, law becomes its greatest enemy. The reason for such problems lies, among others, in wrongly understood sovereignty of people and democratic rule of majority. Hayek points to the fact that there are numerous tensions holding between democracy and liberalism, and that democracy can quite easily turn into dictatorship of the majority without appropriate protection.

Translated by Tomasz Pałkowski

Słowa kluczowe: liberalizm, Hayek, instrumentalizm prawny, demokracja, sprawiedliwość społeczna.

Key words: liberalism, Hayek, legal instrumentalism, democracy, social justice.