

Mikołaj Firlej

Uniwersytet Warszawski

Prawo spontanicznego porządku – Friedricha A. Hayeka koncepcja regulacji

„One of the main themes of this book will be that the rules of just conduct which the lawyer studies serve a kind of order of the character of which the lawyer is largely ignorant”¹

Friedrich A. Hayek

Wprowadzenie

Tytuł mojej pracy może wydawać się kontrowersyjny dla niektórych czytelników, ponieważ nazwisko Friedricha A. Hayeka rzadko kiedy występuje w pracach naukowych w kontekście zagadnienia regulacji. Przywykliśmy raczej mówić o nim jako o ekonomście, współtwórcy tzw. austriackiej szkoły ekonomicznej, czy też jako o laureacie nagrody Nobla za *The Pure Theory of Capital*. Niemniej jednak wydaje się, że F.A. Hayek wniósł istotny wkład w koncepcję legislacji, wkład, który wcześniej często był pomijany, a który teraz dopiero może okazać się twórczy dla współczesnych społeczeństw². Chciałbym zatem przedstawić tutaj F.A. Hayeka jako prawnika³, jako jurystę o niezwykłej przenikliwości i oryginalności, jako piewę liberalnego prawa⁴, ale nade wszystko jako człowieka głęboko uwikłanego w długą dyskusję na temat właściwego tworzenia prawa, dyskusję, która ciągle musi być żywa i ciągle na nowo podejmowana.

Moja analiza będzie rozpięta między trzema zasadniczymi płaszczyznami interpretacji prawa wedle koncepcji F.A. Hayeka: 1) Prawo jako regulacja porządku, 2) Prawo jako regulacja wolności, 3) Kontrowersje regulacji społecznej inżynierii. Na zakończenie postaram się ocenić, na ile myśl austriackiego ekonomisty może okazać się pociągająca dla współczesnych legislatorów i czy mimo upływu lat ciągle może dostarczać inspiracji.

¹ F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, t. 1: *Rules and Order*, Chicago 1983, s. 4.

² Podtytuł *Law, Legislation and Liberty* brzmi: *A new statement of the liberal principles of justice and political economy*. Książka ta została wydana 40 lat temu i to, co nowe ówczasie, dzisiaj w wielu krajach jest już uznawane za podstawowy głos w dyskusji nad legislacją.

³ Warto także dodać, że F.A. Hayek miał solidne wykształcenie prawnicze, w 1921 r. obronił doktorat z prawa na Uniwersytecie Wiedeńskim.

⁴ F.A. Hayeka uważa się za spadkobiercę tradycji liberalnego konstytucjonalizmu (A. Smitha, D. Hume’a i Monteskiusza).

1. Prawo jako regulacja porządku

1.1. Dwa rodzaje porządków

Dobra regulacja to problem, który jest dla ekonomisty niezwykle ważny, nic więc dziwnego, że F.A. Hayek poświęcił mu szczególną uwagę⁵. Warto jednak zaznaczyć, że problem regulacji jako napięcia dwóch sfer, prawa i ekonomii, bierze się tak naprawdę z jego koncepcji socjologicznej, czy też raczej epistemologicznej. Regulacja jest zatem silnie zakorzeniona w przemyślanym i rozbudowanym podejściu do wiedzy i jej organizacji w społeczeństwie. F.A. Hayek, powołując się na antyczną dychotomię między *taxis* (porządek posiadający określony, konkretny cel do spełnienia) a *kosmos* (ład kosmiczny nieposiadający żadnego nadrzędnego celu), wyróżnia dwa rodzaje porządków wśród społeczeństw:

Pierwszym z nich jest tzw. ład samorzutny albo spontaniczny (*self-generating order*, *spontaneous order*⁶), który jest charakterystyczny dla świata ekonomii i mechanizmów wolnego rynku. Jednostki kierowane są na rynku przez „niewidzialną rękę” (A. Smith, *invisible hand*), natomiast ogólne prawidła są czymś wtórnym, bardziej liczy się społeczny obyczaj, więzi wspólnotowe itp. F.A. Hayek, definiując termin *spontaneous*, często używa określenia „kataleksja”⁷ (*katallatein* – „przyjmować do wspólnoty”, ale także „przemieniać wroga w przyjaciela”) jako specyficznego porządku wytworzonego przez siły rynkowe, który polega przede wszystkim na ludzkiej aktywności. Na gruncie jurysprudencji przykładem takiego ładu jest anglosaski system *common law*.

Drugi porządek określa mianem ładu teleokratycznego lub organizacyjnego (*made order*), który polega na ścisłym zarządzaniu i kierowaniu społeczeństwem. Ideałem tak pojętego ładu jest podporządkowanie wszystkich jednostek jakiejś nadrzędnej organizacji, która wyznaczałaby społeczeństwu określone cele i egzekwowała je przez rozbudowany mechanizm prawny. F.A. Hayek taki rodzaj ładu widzi w socjalizmie oraz w spaczonym interwencjonizmie państwowym demokratycznego państwa opiekuńczego⁸. Analogicznie z ładem samorzutnym, na gruncie jurysprudencji, ład teleokratyczny przejawia się w twardym pozytywizmie prawniczym. Ład wytworzony, zorganizowany jest egzogenny (*exogenous order*), tzn. utrzymujący się dzięki czynnikom zewnętrznym, narzucony lub wytworzony przez kogoś. W przypadku tak rozumianego porządku ma się do czynienia z organizmem i jego organizatorem, który ustanawia reguły, wedle których działają elementy ładu ustanowionego, a które mają postać poleceń (*commands*)⁹.

Ład samorzutny ma natomiast charakter endogenny (*endogenous order*), jest pewnym stanem równowagi wytworzonym przez siły wewnętrzne, które nie są powołane do określonych celów. F.A. Hayek uważa także, że reguły i samorzutny porządek nie są wynikiem tymczasowej charakterystyki wolnego rynku, lecz efektem naturalnego procesu ewolucji¹⁰.

⁵ Zob. F.A. Hayek, *Law, Legislation...*, t. 1, s. 124–144.

⁶ F.A. Hayek używa tych nazw zamiennie, mówi także często o *self-organizing structures*.

⁷ F.A. Hayek wielokrotnie definiował wolny rynek mianem gry katalektycznej (*game of catallaxia*), jako rodzaj współzawodnictwa prowadzonego z regułami i rozstrzyganego dzięki indywidualnej zrzeczności jednostki.

⁸ Zob. F.A. Hayek, *Droga do zniewolenia*, Kraków 2003.

⁹ M. Kuniński, *Wiedza, etyka i polityka w myśli F.A. von Hayeka*, Kraków 1999, s. 113.

¹⁰ Zob. F.A. Hayek, *Law, Legislation...*, t. 1, s. 8–54.

1.2. Krytyka racjonalizmu kartezjańskiego

Rozróżnienie F.A. Hayeka dwóch rodzajów porządków było konsekwencją krytyki racjonalizmu konstrukcyjnego, którego początki wiążą się z dualizmem antropologicznym *res extensa – res cogitans* R. Descartesa. Ten radykalny dualizm zdaniem F.A. Hayeka oddzielił umysł od ciała jako niezależny i stojący ponad światem ośrodek wszelkich działań, zdolny do zaprojektowania wszelkich społecznych instytucji. To doprowadziło do dumy ludzkiej (*hybris*) i pojęcia, że rozum może być wyrocznią dla wszelkich spraw i stanowić medium rozumienia rzeczywistości¹¹. Postawa taka jest charakterystyczna dla epoki rozumu, czyli oświecenia, które bazowało w dużej mierze na spuściznie kartezjańskiej. Według F.A. Hayeka największym błędem konstruktywistów jest tzw. złudzenie synoptyczne (*synoptic delusion*), czyli oparte na „zgubnej próżności”¹² przekonanie, że wszystkie istotne fakty są znane jednemu umysłowi i dzięki temu możliwe jest konstruowanie przez umysł celów pożądanych dla ładu społecznego. Autor *Konstytucji Wolności* odrzeka się od tak rozumianego racjonalizmu i – idąc śladem K.R. Poppera¹³ – twierdzi, że właściwą postawą badacza jest racjonalizm świadomy swych ograniczeń (*critical rationalism*), a nie dogmatyczny, będący zawsze przekonany o swojej słuszności.

Ład spontaniczny jest bliższy racjonalizmowi krytycznemu, ponieważ odpowiedzialność za porządek sytuuje się wewnątrz społeczeństwa, a nie na zewnątrz, przez wyznaczanie ludziom poszczególnych celów. Dla F.A. Hayeka cywilizacja zachodnia to społeczeństwa, w których dominuje taki właśnie rodzaj ładu. Doniosłymi przykładami są koncepcje społeczeństwa otwartego¹⁴ (*The Open Society*) albo wielkiego społeczeństwa¹⁵ (*The Great Society*). Reguły rządzące takimi społeczeństwami powstały w sposób przypadkowy, a następnie utrwaliły się dzięki procesowi ewolucji, nie jest to bowiem żaden wprzód ustanowiony projekt¹⁶. F.A. Hayek wielokrotnie podkreślał, że świadomość funkcjonowania spontanicznego ładu jest kluczem do zrozumienia wielu mechanizmów na świecie, a na wykładzie inauguracyjnym 1.03.1933 r. w London School of Economics stwierdził nawet, że „uznanie istnienia tego organizmu jest równoznaczne z uznaniem, że istnieje przedmiot ekonomii”¹⁷.

1.3. Ogólne ramy prawa

Poświęciłem sporo uwagi koncepcji spontanicznego ładu, ale jest ona absolutnie kluczowa w kontekście tego, co wstępnie określiłem mianem problemu regulacji. M. Kuniński stwierdza nawet, że „jest to jedna z prób odpowiedzi na pytanie o źródła i naturę cywilizacji zachodniej, zwłaszcza jej racjonalnej natury”¹⁸. Wielu autorów przypominało, że zagadnienie samorzutnego porządku jest wspólnym wątkiem albo nawet osią przekrojową całości dzieła F.A. Hayeka. Szczególnie kwestię tę podkreśla J. Gray, a w podobnym

¹¹ Krytyce konstruktywizmu F.A. Hayek poświęca znaczną część pierwszego tomu *Law, Legislation and Liberty*; zob. F.A. Hayek, *Law, Legislation...*, t. 1, s. 8–71.

¹² F.A. Hayek uważał, że o ile większość totalnych programów paternalistycznych upadła albo uległa dużym modyfikacjom, to jednak niebezpieczeństwem jest ciągle pozostająca „zgubna pycha” (*fatal conceit*), która doprowadziła do powstania takich programów; zob. F.A. Hayek, *Zgubna pycha rozumu. O błędach socjalizmu*, Kraków 2004.

¹³ Zob. K.R. Popper, *Spółczesność otwarte i jego wrogowie*, Warszawa 2007.

¹⁴ Zob. K.R. Popper, *Spółczesność otwarte...*

¹⁵ Zob. A. Smith, *Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów*, Warszawa 2008.

¹⁶ M. Kuniński, *Wiedza, etyka...*, s. 109.

¹⁷ F.A. Hayek, *The Trend of Economic Thinking*, „*Economica*” 1933/40, s. 121–137.

¹⁸ M. Kuniński, *Wiedza, etyka...*, s. 24.

tonie pisze np. A. Gamble, który ład samorzutny wymienia obok innych kluczowych pojęć charakterystycznych dla „prawdziwego indywidualizmu”¹⁹.

Na poziomie spontanicznego ładu nie ma jednak mowy o regulacji, chociaż pojęcie reguł jest tutaj bardzo ważne, szczególnie gdy mowa o abstrakcyjności i ogólności działania jednostek w ramach tak pojętego porządku. Można jedynie powiedzieć, że ład katalektyczny jest wynikiem zasad rządzących ewolucją i naturalną selekcją, zgodnie z tym co pisał K. Darwin. Jednakże ład ten opiera się na regułach innego rodzaju, których charakterystyka jest zdecydowanie jurydyczna. Spontaniczny ład powinien być zatem właściwym przedmiotem i zadaniem szeroko pojętej legislacji. Należy tutaj wyraźnie zaznaczyć, że F.A. Hayek odróżnia legislację (*legislation*) od prawa (*law*). Pierwsza jest efektem długoletnich dążeń człowieka cywilizowanego i posiada szereg skutków dla całości zorganizowanego życia, prawo (*nomos*) natomiast jest porządkiem kształtującym się wskutek ludzkiego działania, podstawą dla legislacji. F.A. Hayek pisze:

„legislacja, czyli celowe tworzenie prawa, została słusznie opisana, pośród wszystkich wynalazków ludzkości, jako obciążona najdalej idącymi konsekwencjami, bardziej nawet aniżeli ujarzmienie ognia czy wynalezienie broni palnej”²⁰.

To legislacja została „wynaleziona”, natomiast rola prawa jako zabezpieczenia reguł postępowania jest ściśle związana z istnieniem ładu społecznego. Właściwa legislacja w zamyśle F.A. Hayeka winna utrzymywać endogeniczną strukturę porządku, a nie starać się zaplanować społeczeństwo. F.A. Hayek dostrzega wielką rolę legislacji w kształtowaniu porządku, widzi jak potężny jest to instrument rządzenia i przestrzega przed oddaniem go w niewłaściwe ręce.

Austriacki ekonomista twierdził, że nowoczesne społeczeństwo tylko w stanie wyjątkowym może przekształcić się w ład stanowiący. Wyjątkiem takim byłaby sytuacja wojny albo wielkiego kryzysu, która zmusza do podjęcia drastycznych decyzji i do swego rodzaju reorganizacji państwa. Takie sytuacje wyjątkowe są usprawiedliwieniem dla stworzenia ładu teleokratycznego, ponieważ państwo przekształcone w organizację służy obronie przed napastnikami i wygraniu wojny²¹.

Ład samorzutny jest jednak naturalnym środowiskiem człowieka i prawo powinno odzwierciedlać go w sposób możliwie najlepszy. Jeżeli społeczeństwa nie da się zaplanować, to także i prawo nie powinno sobie wyznaczać jakiegokolwiek celu do realizacji. Prawo charakterystyczne dla ładu samorzutnego wyznacza jedynie pewne ogólne ramy działania jednostek (*legal framework*), w których każdy racjonalny człowiek funkcjonuje. Ludzie mają różne, partykularne cele. Prawo powinno gwarantować im możliwość osiągnięcia tych celów, jeżeli są one słuszne, nie powinno zaś wyznaczać ściśle określonego celu, który może stać w sprzeczności z dążeniami wielu jednostek. Gra katalektyczna funkcjonuje właściwie jeżeli jest wyznaczana przez reguły, których charakter jest raczej ogólny niż szczegółowy i raczej abstrakcyjny niż konkretny. F.A. Hayek nazywa te reguły mianem *general rules of just conduct*²², a więc ogólnych reguł postępowania.

¹⁹ Na ten aspekt zwracali także uwagę: N. Barry, *Hayek' Social and Economic Philosophy*, Londyn 1979, oraz B.L. Crowley, *The Self, the Individual, and the Community. Liberalism in the Political Thought of F. A. Hayek and Sidney and Beatrice Webb*, Oxford 1987. W Polsce na ten temat zob. R. Legutko, *Spory o kapitalizm*, Kraków 1994.

²⁰ F.A. Hayek, *Law, Legislation...*, t. 1, s. 72 [tłum. MF].

²¹ Więcej o stanie wyjątkowym zob. F.A. Hayek, *Droga do zniewolenia...*

²² Zob. F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, t. 2: *The Mirage of Social Justice*, Chicago 1978, s. 1–61.

F.A. Hayek jest tutaj wierny tradycji liberalnego prawotwórstwa, bowiem już lord Mansfield mówił, że „prawo nie składa się z konkretnych przypadków, lecz z ogólnych zasad, których ilustracją i wyjaśnieniem są te przypadki”²³. Ogólne zasady bliższe są funkcjonowaniu ładu samorządowego, ponieważ w odróżnieniu od ścisłych i szczegółowych norm prawnych pozwalają na większą różnorodność jednostki w dążeniu do szczęścia. Jeżeli przyjmie się taką perspektywę dla prawa, to – podążając za słowami F.A. Hayeka – należy przyjąć, że „nie każde prawo może być rezultatem legislacji, albowiem władza ustawodawcza zakłada już z góry obowiązywanie pewnych wspólnych reguł”²⁴.

Owe wspólne reguły podtrzymują istnienie spontanicznego ładu i pozwalają każdemu na dość szeroką autonomię w działaniu. Samorządny ład jest bowiem nomotetyczny (ufundowany na ogólnych prawach – *nomoi*), tzn. oparty wyłącznie na abstrakcyjnych, powszechnych i negatywnych regułach postępowania, typu „nie kradnij”, „nie zabijaj” itp. Prawo powinno odzwierciedlać owe ogólne zasady, a władza ustawodawcza zakładać już z góry obowiązywanie pewnych wspólnych reguł, które kształtują istniejący porządek. W tym sensie F.A. Hayek pisze o odnajdywaniu prawa raczej niż o jego stanowieniu. Prawo takie nie może służyć realizacji konkretnych celów państwa, lecz powinno umożliwiać wolne działanie jednostkom i pozwalać im na realizację swych własnych, partykularnych działań. Odpowiednia legislacja zgodnie ze stanowiskiem F.A. Hayeka nie wyznacza konkretnych dążeń ani nie precyzuje jasno, co jest słuszne i sprawiedliwe, lecz pozwala na spontaniczne działanie jednostek, które układa się w pewien ład, którego ramy wyznacza prawo.

Austriacki ekonomista wyraźnie sprzeciwia się tutaj koncepcjom polityki prawa (*policy*) oraz przestrzega przed arbitralnością władzy. Według niego najbardziej elementarnym warunkiem ochrony przed władzą arbitralną jest możliwość stosowania przymusu tylko wtedy, jeżeli jest zgodna z zasadami ogólnymi, oraz po to, aby zapewnić posłuszeństwo wobec reguł rządzących określonym porządkiem. F.A. Hayek pisze o tym w *Law, Legislation and Liberty*:

„zasada dopuszczająca stosowanie przymusu jedynie w celu zapewnienia posłuszeństwa wobec reguł sprawiedliwego postępowania, zaakceptowanych przez wszystkich lub przynajmniej przez większość, przedstawia podstawowy warunek niewystępowania władzy arbitralnej, a przez to warunek wolności”²⁵.

1.4. Organizacja władzy w służbie spontanicznego ładu

Przedstawiona powyżej koncepcja F.A. Hayeka posiada jednak oponentów, którzy uważają, że cecha ogólności prawa nie jest wystarczająca, aby zagwarantować, iż prawo w pewnym momencie nie przybierze formy konkretnych i szczegółowych rozkazów i nakazów²⁶. Co prawda austriacki myśliciel broni się, że nie wszystkie reguły muszą mieć postać ogólną, że niektóre mogą mieć charakter szczegółowy, istotne jest jednak to, żeby dyspozycja tych norm była określona w sposób abstrakcyjny. Poważnym zarzutem wobec koncepcji ogólnych zasad jest fakt, iż reguły prawa totalitarnego także mogą być na nich oparte, równie dobrze jak na regułach ujętych ściśle i konkretnie²⁷.

²³ F.A. Hayek, *Law, Legislation...*, t. 1, s. 86 [tłum. MF].

²⁴ F.A. Hayek, *Zmienne pojęcie prawa*, „Znak – Idee” 1994/6, s. 66.

²⁵ F.A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, t. 3: *The Political Order of a Free People*, Chicago 1981, s. 5 [tłum. MF].

²⁶ Zob. M. Kuniński, *Wiedza, etyka...*, s. 262.

²⁷ Przykład za M. Kuniński, *Wiedza, etyka...*, s. 263.

Tutaj właśnie dochodzimy do rozważań nad charakterem organizacji państwa, które to wraz z odpowiednim podejściem do legislacji w myśl F.A. Hayeka uprawomocni całą koncepcję ogólnych zasad. Tutaj także jest miejsce na ostrą krytykę wymierzoną przez autora *Drogi do zniewolenia* prosto w demokrację pojętą w tradycyjnym sensie. Krytyka ta opiera się na fakcie, że obecna postać demokracji nie zapewnia w sposób skuteczny konsekwentnego i rzeczywistego rozdziału władzy, zwłaszcza jeżeli chodzi o legislatywę i egzekutywę. Remedium na ten poważny problem przedstawił F.A. Hayek w *Konstytucji Wolności*, zwracając uwagę przede wszystkim na podejście do prawa. Jeżeli prawo będzie pojmowane jako ogólne, stałe, równe dla wszystkich oraz tworzone przede wszystkim przez sędziów²⁸, a tylko częściowo uzupełniane przez legislatywę²⁹, to tym samym łatwiej będzie rozgraniczyć sferę prawotwórstwa od sfery administracji.

Innym istotnym czynnikiem pozwalającym odpowiednio podejść do problemu rozdziału obowiązków legislatywy i egzekutywy była sformułowana przez F.A. Hayeka koncepcja suwerenności, zgodnie z którą ogólne, ukształtowane przez długoletnią tradycję reguły prawne w pewnym stopniu ograniczałyby suwerenność egzekutywy, powodując, że działania wykonawcze nie miałyby charakteru absolutnego. M. Kuniński pokusił się o stwierdzenie, że w systemie zarysowanym przez austriackiego myśliciela suwerenem staje się właściwie samo prawo (*rex lex*)³⁰. Koncepcja F.A. Hayeka stoi zatem w sprzeczności z poglądem przyjętym przez T. Hobbesa czy też później przez C. Schmitta, którzy to uważali, że suweren jest źródłem wszelkiego prawomocnego działania. Według F.A. Hayeka koncepcje takie jak T. Hobbesa prowadzą do ścisłego pozytywizmu prawniczego, czego symbolem jest figura Lewiatana.

Austriacki ekonomista proponuje nową formę organizacji władzy, zwaną demarchią, która polegałaby na zachowaniu demokratycznego postulatu władzy ludu, przy jednoczesnym uznaniu autorytetu i nadrzędności prawa (to zaś bliskie jest ideowo z koncepcją *Rechtsstaatu*). Demarchia, w odróżnieniu od rozmaitych koncepcji kolektywizmu, oparta byłaby na legislatywie, która stanowiłaby jedynie normy powszechnie obowiązujące, nie wkraczając tym samym w sferę rządzenia. Na gruncie polityki ekonomicznej jest to bliskie założeniom leseferyzmu i ograniczenia roli państwa do minimum (pojęcie państwa jako „nocnego stróża”).

1.5. Rządy prawa

Tak jak już zaznaczyłem, kluczem do powtórnego zdefiniowania roli egzekutywy i legislatywy była dla F.A. Hayeka krytyka demokracji (na gruncie ekonomii była to krytyka gospodarki planowanej). Krytyka ta doprowadziła F.A. Hayeka do „połączenia zasad rządów prawa z instytucjonalnie ugruntowaną separacją władzy ustawodawczej i wykonawczej, przy równoczesnym określeniu charakteru i zakresu dopuszczalnych działań rządu”³¹. Polityczna myśl F.A. Hayeka ściśle wiąże się z prawną, można powiedzieć, że jest spoiwem jego koncepcji ładu samorządowego i roli prawa w tak pojętym porządku. Co znamienne, anglosasko rozumiane *rule of law* występuje u austriackiego ekonomisty w podwójnym znaczeniu: z jednej strony F.A. Hayek mówi, że zadaniem prawa jest

²⁸ Dla F.A. Hayeka bliższy był porządek prawny *common law* aniżeli tradycja prawa kontynentalnego, m.in. ze względu na aktywizm prawotwórczy sędziów.

²⁹ Zob. F.A. Hayek, *Konstytucja Wolności...*; F.A. Hayek, *Law, Legislation...*, t. 1, s. 72–123.

³⁰ M. Kuniński, *Wiedza, etyka...*, s. 252.

³¹ M. Kuniński, *Wiedza, etyka...*, s. 268.

oddzielenie sfery państwa (*state*) od sfery porządku społeczeństwa (*civil society*) i jak najmniejszy interwencjonizm państwa w samorządny ład społeczny, z drugiej strony zadaniem prawa jest zorganizowanie tego podstawowego rozdziału w sposób właściwy, tzn. w sposób ograniczony przez ogólne zasady i przez odpowiedni podział obowiązków egzekutywy i legislatywy.

F.A. Hayek oczywiście nie jest pierwszym, który mówił o adekwatnym rozdziale uprawnień politycznych. W podobnym do niego tonie pisał np. W. Paley: „Najważniejszą zasadą wolnego państwa jest tworzenie prawa przez jednych ludzi, a wymierzanie go przez drugich”³². To oznacza, że legislacja służyć ma zapewnieniu odpowiednich warunków do funkcjonowania ładu samorządowego. Kluczowa jest zatem wiedza i odpowiednie rozpoznanie samorządowego porządku, aby lepiej go kontrolować i sprawiać, by funkcjonował w sposób maksymalnie dogodny³³. Ład spontaniczny jest czymś najbardziej podstawowym, jest filarem nowoczesnego społeczeństwa, który zapewnia swobodną możliwość dążeń każdego człowieka. Prawo musi mieć te względy na uwadze, musi ułatwiać funkcjonowanie ładu, a nie utrudniać i zmieniać go przez wyznaczanie mu określonych celów i planowanie.

Projekt taki zbliżony jest w swych założeniach do projektu demokracji liberalnej opartej na zasadach wolnego rynku, który dla F. Fukuyamy równoznaczny jest z końcem historii pojętym jako zwieńczenie walki o uznanie (*thymos*). Według niego nic nie może podważyć nadrzędnego charakteru demokracji liberalnej, ale za to problemem jest jej wewnętrzna struktura, która ciągle może być ulepszana (istnieje wiele poważnych spraw, które cały czas trzeba poprawiać, takie jak deficyt budżetowy czy przestępczość). Ważne jest jednak to, że istnienie ładu spontanicznego ma charakter nadrzędny, demokracja natomiast jest tylko ustrojem, w którym ów ład się realizuje. Zauważył to G. diZerega, pisząc, że demokracja nie jest ładem samorządowym, lecz konstrukcją ustrojową, która, jeśli oparta jest na ogólnych regułach prawa, wspomaga ład samorządny cywilizacji³⁴.

Problem, który na początku moich rozważań nazwałem problemem „dobrej regulacji”, zajmuje zatem u F.A. Hayeka szczególne miejsce, bowiem wiąże się z jego rozstrzygnięciami epistemologiczno-socjologicznymi oraz z organizacją sfery politycznej. Dobra regulacja to jednak przede wszystkim problem sytuujący się na pograniczu ekonomii i prawa, można zatem powiedzieć, że austriacki myśliciel wielokrotnie stara się przełożyć zasady rządzące wolnym rynkiem na przestrzeń funkcjonowania legislacji. Są to pomysły ambitne i głęboko zakorzenione w filozofii prawa, budzące jednak liczne kontrowersje. Na następnych stronach postaram się przedstawić najważniejsze z nich. Będą one dotyczyć zagadnienia wolności i inżynierii społecznej.

2. Prawo jako regulacja wolności

2.1. Spontaniczny ład a wolność człowieka

Do tej pory pisałem o ogólnych podstawach regulacji, teraz chciałbym poświęcić trochę uwagi konsekwencjom, jakie płyną z nich dla konkretnej jednostki żyjącej w spontanicz-

³² V. Nuovo, C.A. Keene (red.), *The Works of William Paley: With Additional Sermons and a Corrected Account of the Life and Writings of the Author*, Londyn 1998, s. 129 [tłum. MF].

³³ M. Kuniński, *Wiedza, etyka...*, s. 269.

³⁴ G. diZerega, *Democracy as a Spontaneous Order*, „Critical Review: A Journal of Politics and Society” 1989/2, s. 206–240.

nym łądziej. F.A. Hayek uważał, że właściwą formą realizacji możliwości dla jednostki powinno być prawo. Aby ten postulat stał się realny, potrzeba dobrze zorganizowanego prawa, które dopuszczałoby daleko idącą swobodę poszczególnych jednostek, szczególnie na tle ekonomicznym. Swobodę taką może zapewnić jedynie łąd samorzutny, a nie teleokratyczny, ponieważ jest on wytworem wewnętrznych sił, a nie zewnętrznego planowania. Prawo, wyznaczając jedynie ogólne ramy dla społeczeństwa, według F.A. Hayeka gwarantuje wolność każdej jednostki w dążeniu do swoich partykularnych interesów. Często pisze on o tym, że łąd ten zapewnia indywidualne cele i zarazem wspólne korzyści (*individual aims and collective benefits*)³⁵.

Legislacja jest ukierunkowana na wolność, jeżeli zachowuje ogólne zasady w społeczeństwie, a nie wyznacza szczegółowych celów, które miałyby w zamierzeniu dostarczyć pewnych korzyści państwu³⁶. F.A. Hayek jest tutaj zdecydowanie optymistą, uważa bowiem, że ludzie wolni, wykorzystując daną im autonomię, wzbogacą się, a następnie pomogą tym biedniejszym. W tym tonie pisał, domagając się np. wolnego rynku w zakresie usług medycznych. Uważał, że mimo iż początkowo dostęp do niektórych z nich będą mieli tylko najbogatsi, to jednak z czasem będzie prowadziło to do ich potania i upowszechnienia. Koncepcja F.A. Hayeka jest zgodna z długą tradycją myślenia liberalnego, zgodnie z którą określony system zasad³⁷ musi wyznaczać granice tego, co dopuszczalne i niedopuszczalne.

F.A. Hayek uważał, że kres myślenia liberalnego trafnie charakteryzuje W.S. Jevons, który uważał, że w sprawach ekonomii i celów polityki „powinniśmy każdą sprawę traktować szczegółowo zgodnie z jej wartością, a nie opierać się na żelaznych regulach”³⁸. Trochę później H. Spencer mówił o panującej szkole planowania prawa (*reigning school of policy*), zgodnie z którą koncepcjami godnymi pogardy są te, które ograniczają natychmiastowe planowanie albo które są oparte na abstrakcyjnych zasadach³⁹. F.A. Hayek dystansuje się od takich koncepcji, krytykując je jako niebezpieczne i stanowiące zagrożenie dla indywidualizmu jednostki i wolności człowieka. Austriackiego myśliciela można zaklasyfikować jako tradycyjnego liberała, dla którego wolność w sensie negatywnym, jako „wolność od”, stanowi najważniejszą cnotę obywatelską. W praktyce dla F.A. Hayeka była to przede wszystkim wolność od arbitralnego przymusu.

Koncepcja austriackiego myśliciela spotyka się jednak z licznymi sprzeciwami, w których oponenci przede wszystkim zwracają uwagę na strukturę socjologiczną, z jakiej wyrasta myśl wolnościowa. Rozpoznanie społeczeństwa jako samorzutnego łądu jest dla wielu kontrowersyjne, ponieważ czysto empiryczna obserwacja często świadczyć może, że zasady społeczne nie układają się w porządek (*order*), lecz raczej w nieporządek (*disorder*). Co prawda niewielu współczesnych myślicieli podąża radykalnym tropem T. Hobbesa (*bellum omnium contra omnes*) w analizowaniu obecnej sytuacji społecznej (raczej mówi się o immanentnych niebezpieczeństwach współczesnego środowiska społecznego, a nie jako o miejscu walki wszystkich ze wszystkimi), jednak wielu pisarzy zwraca uwagę, że dążenie ludzi do ich partykularnych interesów burzy istniejący porządek, a prawo jest jedynym środkiem, by go zachować. Pisze o tym np. G. Canguilhem,

³⁵ F.A. Hayek, *Law, Legislation...*, t. 1, s. 55.

³⁶ F.A. Hayek, *Law, Legislation...*, t. 1, s. 56.

³⁷ Zob. szerzej B. Constant, *Zasady polityki*, Warszawa 2008.

³⁸ Zob. wstęp do W.S. Jevons, *The State In Relation to Labour*, New Jersey 2002 [tłum. MF].

³⁹ Zob. H. Spencer, *The Principles of Ethics*, Indianapolis 1978.

dla którego obecne społeczeństwo jawi się jako przestrzeń rywalizacji wśród ludzi i braku ogólnego porządku. Sytuacja ta wyzwala jednak istnienie fenomenu heroizmu jako swego rodzaju odpowiedzi zmuszającej do poszukiwania ładu w praktyce.

F.A. Hayek inaczej charakteryzuje społeczeństwo, ponieważ uważa, że spontaniczny porządek jest właściwie niedefiniowalny, empirycznie może nam się wydawać, że nie ma żadnego ładu, lecz jest to złudzenie, bowiem wielość indywidualnych dążeń jednostek składa się na jedną wielką całość, która zapewnia społeczeństwu rosnący dobrobyt. G. Cangulihem zgadza się z F.A. Hayekiem, że nie wszystkie procesy wewnątrz społeczeństwa da się opisać za pomocą nauk społecznych. Jednak pytanie o status pierwotny, o ład lub bezład, pozostaje otwarte.

F.A. Hayek został także poddany krytyce jeżeli chodzi o samą ideę prawną, która miałaby gwarantować wolność jednostki. Argumentacji takiej dostarczył F. Daumann, który uważa, że kryterium uniwersalności i ogólności prawa może stanowić nieskuteczną ochronę przed tzw. symetrycznym zagrożeniem wolności (*symmetrical constraint of freedom*), ponieważ prawa, które opisuje F.A. Hayek, mogą doprowadzić do ograniczenia wolności każdego tak samo, po równo. Ponadto koncepcja austriackiego ekonomisty może też stanowić nieskuteczną ochronę dla niesymetrycznego zagrożenia wolności (*unsymmetrical constraint of freedom*), ponieważ ogólne zasady łatwo mogą się przerodzić w dyskryminację albo w nadmierne uprzywilejowanie pewnych grup społecznych⁴⁰.

Na gruncie prawnym koncepcja wolności F.A. Hayeka krytykowana była także za to, iż prawo pomyślane było tylko jako sankcje, natomiast wydaje się, że istnieją także pozytywne regulacje prawne. Przedstawię tę kwestię szerzej w dalszej części pracy w kontekście analizy społecznej inżynierii. Argument ten oznacza jednak, że prawo pojmowane jako regulacja społecznego ładu jest zagadnieniem bardziej zróżnicowanym i często nie da się go ująć w jednolitą teorię. Tym samym doniosłym problemem dla każdej legislacji jest znaleźć właściwe rozwiązanie dla regulacji różnych przejawów ludzkiej aktywności.

2.2. Spontaniczny ład a zagadnienie postępu

Można powiedzieć, że koncepcja F.A. Hayeka zapewnia dużą swobodę w dążeniu do realizowania indywidualnych pragnień jednostki, lecz pojawia się tutaj problem ogólnego postępu państwa i prawa. Czy konserwatyizm austriackiego ekonomisty zapewnia możliwość rozwoju, nie wyznaczając jednak żadnych celów politycznych i negując wszelką inżynierię społeczną? Problem ten wydaje się dość złożony, choć F.A. Hayek daje nań prostą odpowiedź. Wszystko sprowadza się ponownie do koncepcji samorzutnego ładu, którego charakter jest wyraźnie pozytywny. Jego pozytywność pozostaje jednak w opozycji do koncepcji planowania, organizowania życia ekonomicznego i prawnego. F.A. Hayek twierdził, że odpowiednia regulacja prawna może służyć postępowi, ale będzie ona odpowiednia, jeżeli odzwierciedlać będzie ład spontaniczny, którego ewolucja w dzisiejszych czasach przybrała formę wolnego rynku. Państwo powinno opierać się na systemie prawnym w postaci ogólnych ram, które społeczeństwo musi przestrzegać.

⁴⁰ F. Daumann, *Evolution and the rule of law: Hayek's concept of liberal order reconsidered*, „Journal of libertarian studies” 2007/4, s. 123–150.

Pierwszorzędną funkcją państwa jest zatem egzekwowanie przestrzegania prawa przez obywateli, a poprzez to dbanie o ich stosunki oraz niedopuszczanie do przemocy. F.A. Hayek oczywiście dopuszcza stosowanie przemocy wobec osób, które nie będą przestrzegać ram prawnych wyznaczonych przez państwo. Tym sposobem prawo zapewnia przestrzeń autonomii prywatnej dla jednostki, autonomii, która jest na tyle szeroka, że można ją wyrazić stwierdzeniem: co nie jest zabronione, jest dozwolone. Podstawową zasadą autonomii jednostki była dla F.A. Hayeka własność prywatna, i to jej państwo powinno chronić i szanować. System norm poprzez swoją ewolucję odzwierciedla wolność człowieka pojętą jako uczestnictwo w rozmaitych kontaktach międzyludzkich, które polegają na gospodarowaniu własnością. Tak rozumiane prawo stawia sobie doniosły cel (ale innej natury niż cele w sensie *policy*): zagwarantować jednostce wolność osobistą. Jak już wcześniej wspomniałem, jest to wolność w rozumieniu negatywnym, „wolność od”, F.A. Hayek sprzeciwia się natomiast dążeniu do wolności w sensie pozytywnym, „wolności do”, ponieważ dążenie do niej łatwo może przerodzić się w absolutyzację własnej idei jako jedynej słusznej.

Państwo ma zatem ważne zadanie do wykonania i ważny cel, choć można powiedzieć, że ma on naturę immanentną, a nie transcendentną. Jeżeli państwo dobrze będzie realizować ów cel, to wtedy osiągnie właściwy rozwój, a spontaniczny ład, który będzie podtrzymywał prawo, będzie egzemplifikacją i czynnikiem sprawczym tegoż ładu. F.A. Hayek tym samym postrzega rozwój jako cechę immanentną społeczeństwa oraz jako efekt wolności (spontaniczny ład staje się ładem liberalnym, *liberal order*), a nie efekt planowania i organizowania struktur społecznych i prawnych. Koncepcja ta jest głównym zarzewiem polemiki z przedstawicielami socjotechniki prawa, którą postaram się przedstawić pokrótce w następnym punkcie.

3. Kontrowersje regulacji społecznej inżynierii

3.1. Historia dwóch walczących stron. Spencer vs Durkheim

Koncepcja prawa F.A. Hayeka budzi bodaj największe kontrowersje, jeżeli chodzi o podejście do zagadnienia inżynierii społecznej. Zagadnienie to spaja wszystkie moje poprzednie analizy i jest ważnym punktem na jurydycznej mapie nakreślonej przez austriackiego ekonomistę. Problem inżynierii społecznej, tak jak wcześniej zaznaczyłem, sprowadza się właściwie do problemu legislacji. Legislacja, a ściślej – rząd posiadający władzę stanowienia prawa, jest ośrodkiem decydującym o tym, jak wyglądać ma prawo, a w konsekwencji całe społeczeństwo. Legislacja jest zatem potężnym instrumentem działania, od jej zorientowania zależą cele, jakie sobie stawia legislator w konstytuowaniu ładu społecznego, a nawet wyznaczaniu zadań danego państwa. Legislacja może więc wytworzyć wiele dobrego, ale wiąże się z tym poważne ryzyko, za błędy bowiem płaci się tutaj ogromną cenę, a zło, jakie może być skutkiem wadliwej legislacji, implikuje nieraz fatalne konsekwencje⁴¹. Legislator włada potężnym narzędziem. Pytaniem zasadniczym jest, jak je wykorzysta. Aby dobrze odpowiedzieć na to pytanie, należy jednak wrócić do charakterystyki tego narzędzia.

F.A. Hayek często tłumaczy, że nieprzypadkowo przez termin „prawo” rozumiemy zarówno reguły rządzące światem przyrody, jak i światem ludzkich działań. Reguły

⁴¹ F.A. Hayek, *Law, Legislation...*, t. 1, s. 72.

te nazywamy „prawami” (*laws*), ponieważ istnieją one niezależnie od ludzkiej woli⁴². Reguły te są pierwotniejsze od wszelkiego prawotwórstwa, legislacja jest ludzkim wytworem, a prawo istniało zawsze i rozwija się drogą ewolucji. Czym innym zatem jest prawo (*law*), a czym innym tworzenie prawa (*law-making*). Tworzenie prawa znaczy jego organizowanie, porządkowanie, zarządzanie. *Legis latio*, ustanawianie prawa, jest tutaj nieco zwodniczym pojęciem, bo można pokusić się o stwierdzenie, że prawo bardziej odkrywa się, niż stanowi. Ten rozdział prawa i legislacji często był bagatelizowany albo w ogóle pomijany i doprowadził zdaniem F.A. Hayeka do wielu błędów.

Przed austriackim ekonomistą o zagadnieniu planowania prawa pisali różni myśliciele i juryści, aczkolwiek z powodu braku rozróżnienia na prawo i legislację popadali w rozmaite problemy. W historii prawa dominują dwie zasadnicze koncepcje społecznej inżynierii (nazywane przez niektórych *two conflicting analogies*). Jedną z nich jest organicyzm, którego głównym przedstawicielem był H. Spencer, natomiast przeciwstawną koncepcją jest teoria socjologiczna E. Durkheima. H. Spencer, idąc drogą wyznaczoną przez K. Darwina, recypował jego poglądy na grunt społeczny, uważając, że społeczeństwo musi być samoregulowalne (*self-regulated*) przez ciągły proces rozwoju jednostek. Społeczeństwo traktuje się tutaj jako organiczne ciało, ściśle powiązane i same sobą kierujące. E. Durkheim ostro zareagował na takie podejście w swoim dziele *O podziale pracy społecznej*, pisząc, że istnieje konieczność zewnętrznego ograniczenia w postaci regulacji organicznego ciała: tak jak system nerwowy rządzi ciałem, tak rząd – społeczeństwem. E. Durkheim postulował zatem koncepcję autorytarnej legislacji, zgodnie z którą prawa prywatne jednostek i ich wzajemne relacje nie wykluczają uniwersum regulacji w społeczeństwie, a prawo nie może zostać sprowadzone jedynie do relacji umownych (wyraża to słynna formuła: *everything is not contractual in the contract*).

Reasumując, w analizie problemu, jaki charakter powinny przybrać działania *legis latio*, jedna strona konfliktu opowiada się przeciw społecznej inżynierii (w literaturze mowa o tzw. adaptacyjnej koncepcji prawa), a druga odnosi się do niej afirmatywnie, twierdząc, że prawo można, a nawet trzeba planować (tzw. modernizacyjna koncepcja prawa). F.A. Hayek odniósł się do tych poglądów w różnych swoich dziełach⁴³; postaram się zrekapitulować jego stanowisko.

3.2. F.A. Hayeka adaptacyjny charakter prawa

Można odnieść wrażenie, że F.A. Hayek pozostaje w tradycji, którą wyznaczył dla filozofii prawa w XIX w. H. Spencer, a jego koncepcja spontanicznego porządku ma wiele wspólnego z teorią organicyzmu. Faktycznie, F.A. Hayek często porównuje swój system do społecznego darwinizmu, choć jest raczej krytycznym spadkobiercą H. Spencera. Uważa, że różni ich podejście do korzeni, na których wyrasta funkcjonowanie społecznego ładu, bowiem u F.A. Hayeka mają one bardziej charakter instytucji i praktyk uwarunkowanych rozwojem kulturowym aniżeli wrodzonych dyspozycji jednostek⁴⁴. Społeczny darwinizm w postaci koncepcji organicyzmu stanowi ważny punkt w szerokiej dyskusji nad postacią liberalnego prawa, a niektórzy myśliciele uważają, że znajduje się on dokładnie między klasycznym liberalizmem, opartym na wolnym rynku, a neoli-

⁴² F.A. Hayek, *Law, Legislation...*, t. 1, s. 73.

⁴³ Przede wszystkim zob. F.A. Hayek, *Law, Legislation...*, t. 2.

⁴⁴ F.A. Hayek, *Law, Legislation...*, t. 1, s. 100.

beralizmem, fundowanym na zasadach rywalizacji i nierówności (P. Dardot, C. Laval). Z drugiej jednak strony według K. Polanyiego koncepcja samorzutnie regulującego się porządku i autonomii sfery gospodarczej od polityki doprowadziła do Wielkiego Kryzysu, który był potężną porażką liberalizmu⁴⁵.

F.A. Hayek jednak zdecydowanie odrzuca koncepcję E. Durkheima oraz późniejsze poglądy dotyczące społecznej inżynierii prawa, m.in. przedstawione przez R. Ponda oraz socjalistów⁴⁶. Według niego legislacja powinna jedynie podtrzymywać istniejący porządek i pozwalać na realizację różnych, partykularnych interesów jednostek. Legislacja powinna utrzymywać w społeczeństwie wolny rynek (F.A. Hayek cały czas myśli kategoriami *law and economics*, prawa w służbie ekonomii) poprzez potwierdzenie abstrakcyjnych i ogólnych zasad, które w tym kontekście austriacki myśliciel nazywa zasadami negatywnego sprzężenia⁴⁷ (*negative feedback*). Wolny rynek jest rządzony, albo raczej skrycie rządzony, przez mechanizmy niezależne od jednostki, a ograniczenie ich działania przejawia się jedynie w wypadku poważnego naruszenia ładu społecznego.

Zarysowuje się tutaj specyficznie moralny wymiar regulacji, który w długiej historii stanowienia prawa zawsze w pewnym stopniu zajmował istotne miejsce, jednakże w rozumieniu F.A. Hayeka pełni rolę wyraźnie pierwszorzędną. Legislacja nie jest zatem prostą techniką, ale bardzo rozważnym mechanizmem głęboko zakotwiczonym w strukturze społecznej. Pytanie jednak, czy legislacja pojęta jako *negative feedback* faktycznie jest dobrym rezultatem. Tak jak już wcześniej wspomniałem odnośnie do regulacji wolności, o normach prawnych możemy mówić nie tylko w negatywnym sensie, ale także w pozytywnym, a ideologia ta posiada swoją dość długą tradycję, która często była analizowana i komentowana⁴⁸. Dyskusja na ten temat jest ciągle żywa, a na marginesie można zauważyć, że coraz donioślejszą rolę odgrywa tutaj orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Ponadto istnieją analizy psychologiczno-ekonomiczne, zgodnie z którymi jednostki nie są w stanie właściwie pokierować swoimi dążeniami, a więc częściej zbyt szeroka autonomia wytwarza więcej złego niż dobrego⁴⁹. Szczególnie rozwój psychologii behawioralnej dostarczył poważnych argumentów uzasadniających istnienie inżynierii społecznej w prawie. Tym tropem podąża ruch tzn. nowego paternalizmu (*new paternalism*) czy też liberalnego paternalizmu (*libertarian paternalism*)⁵⁰. Autorzy pracy pt. *Libertarian Paternalism is Not an Oxymoron*, C. Sunstein i R. Thaler, uzasadniają konieczność regulacji politycznych tym, że nie istnieje nic takiego jak czysta, ludzka racjonalność⁵¹. Ludzie kierują się często różnymi pobudkami, takimi jak nadmierny optymizm czy też negatywne emocje, stąd konieczna jest, w stosownej mierze, odpowiednia interwencja ze strony państwa. Ponadto zwolennicy tej koncepcji zwracają uwagę na zjawisko biedy i na regulacje ze strony państwa, które mogłyby zwalczać albo przynajmniej ograniczać ten problem. Zagadnienie to zostało szczególnie poruszone w dziele *The New Paternalism*

⁴⁵ K. Polanyi, *Wielka transformacja*, Warszawa 2011.

⁴⁶ Szczególnie ważna jest polemika F.A. Hayeka z socjalistami dotycząca kształtu światowej gospodarki (zwracają się do uwagi pod adresem J. Keynesa); zob. szerzej R. Skidelsky, *Hayek versus Keynes: the Road to reconciliation*, Cambridge 2006.

⁴⁷ Zob. F.A. Hayek, *Law, Legislation...*, t. 1.

⁴⁸ Zob. szerzej D. Kennedy, *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy*, „Journal of Legal Education” 1982/32, s. 591–615.

⁴⁹ Zob. G.A. Akerlof, R.J. Schiller, *Zwierzęce instynkty*, Warszawa 2010.

⁵⁰ W literaturze przedmiotu mowa też o *asymmetric paternalism*, *soft paternalism*.

⁵¹ Zob. C.R. Sunstein, R.H. Thaler, *Libertarian Paternalism is Not an Oxymoron*, „The University of Chicago Law Review” 2003/4, s. 1159–1202.

L. Meada, w którym autor podkreśla, że wiele rozwiązań paternalistycznych sprawdza się do ograniczenia biedy, ale zauważa też, że takie regulacje nie mogą być panaceum na wszystkie zachowania społeczne⁵². Nowy paternalizm określa się często jako rozsądne stanowisko między paternalizmem a antypaternalizmem.

W tym szerokim kontekście bezpośrednio do prac F.A. Hayeka odnoszą się M. Rizzo i D.G. Whitman⁵³, którzy sprzeciwiają się dążeniom nowego ruchu paternalistycznego, twierdząc, że wiedza na temat indywidualnych wyborów nie może być tylko ścisłą analizą zachowań, ale też wiedzą na temat pojedynczych okoliczności czasu i miejsca, a takiej wiedzy nie sposób posiadać. Ponadto nawet gdy jednostki popełniają błędy, to nie zawsze da się je wyeliminować, bo ludzkie decyzje mogą być nieprzewidywalne. Umiarkowana socjotechnika prawa jest też ryzykowna z punktu widzenia interesów społecznych, ponieważ trudno określić, które interwencje państwa należałyby do miękkiego paternalizmu, a które już do tradycyjnego planowania prawa⁵⁴. M. Rizzo i D.G. Whitman widzą w tej kontrowersji największe zagrożenie dla społeczeństwa, ponieważ ich zdaniem każda interwencja ze strony państwa niesie ze sobą zagrożenie postępującej ekspansji dodatkowych regulacji.

Krytykę ruchu *new paternalism* można przeprowadzić też od innej strony, tj. eksplikując i rozwijając konsekwencje tezy o regulacji spontanicznego ładu. Owa regulacja samorzutnego porządku, która winna być zadaniem odpowiednio rozumianej „sprawnej legislacji”, nie jest czymś budowanym od podstaw. Regulacja taka dokonuje się wraz z rozwijającym się porządkiem społecznym i dziedziczy jej istotną spuściznę, której nie możemy bagatelizować. Możemy ją zmieniać, ale tylko dlatego, że rozwój społeczeństw warunkuje podejmowanie takich działań. Projekty paternalistyczne jako pewne zespoły postulatów ignorują dynamiczne zmiany dokonujące się w samych społeczeństwach. F.A. Hayek zwracał tutaj pilniejszą uwagę przede wszystkim na zagadnienie własności, które jest stymulatorem ludzkich zachowań. Z racji tego właśnie, że własność ulega dynamicznym zmianom, nie sposób wnikliwie racjonalizować i ukierunkowywać tychże zachowań. Prawo ma tutaj za zadanie podtrzymywać spontaniczny porządek, a przez podporządkowanie rozumie się nie tylko posłuszeństwo, ale także udoskonalenie wzajemnej interakcji jednostek.

Takie są według F.A. Hayeka „cele” odpowiedniej legislacji, których świadectwem jest historia prawa⁵⁵, począwszy od I. Kanta, do utilitaryzmu J. Benthama i R. Iheringa. Można stwierdzić – posługując się słowami ekonomisty z *Law, Legislation and Liberty* – że sam spontaniczny, abstrakcyjny ład jest właściwym i jedynym „celem” prawa⁵⁶. Jest to koncepcja, która spotkała się z ożywioną krytyką przedstawicieli interwencjonizmu państwowego, czyli przede wszystkim socjalistów, dla których doświadczenie Wielkiego Kryzysu i obecnych problemów ekonomicznych podkopuje wiarę w liberalne prawo. Należy jednak brać pod uwagę, że F.A. Hayek wyrasta już z innego rodzaju szkoły ekonomicznej, bogatszej o doświadczenie kryzysowe, tym samym sytuując się w roli tego, który „naprawia” czy też „koryguje”, a nie „tworzy” podstawy liberalizmu. Koncepcja legislacji u F.A. Hayeka jest więc świadectwem „lepszego porozumienia” między mecha-

⁵² Zob. L. Mead, *The New Paternalism: Supervisory Approaches to Poverty*, Waszyngton 1997.

⁵³ Zob. M. Rizzo, D.G. Whitman, *The knowledge problem of new paternalism*, „Brigham Young Law Review” 2009/4, s. 905–968.

⁵⁴ M. Rizzo i D.G. Whitman nazywają te zarzuty argumentem „z równi pochyłej” (*the slippery slope*), czyli błędem polegającym na prostej drodze do niekoniecznie pożądanego celu.

⁵⁵ F.A. Hayek, *Law, Legislation...*, t. 1, s. 113.

⁵⁶ F.A. Hayek, *Law, Legislation...*, t. 1, s. 113–114.

nizmami wolnego rynku a światem polityki⁵⁷. Istota tego porozumienia jest co prawda poprowadzona w duchu klasycznym, lecz odpowiednio zrewidowana. Przez innowacyjne określenie zadań legislatury sprawia wrażenie, że F.A. Hayek tchnął nowego ducha w koncepcję liberalnego prawa.

Uwagi końcowe

Starłem się pokazać F.A. Hayeka jako postać ważną dla rozwoju liberalnego prawa i usytuować jego koncepcje we współczesnej dyskusji dotyczącej zagadnienia regulacji. Jego ambitna myśl zakorzeniona jest nie tylko w sferze ekonomicznej, która jest istotna dla wszelkich poglądów dotyczących regulacji, ale także w teorii socjologicznej i teorii wiedzy. *Old whig* – jak zwykł siebie nazywać – należy do przedstawicieli klasycznego liberalizmu i te tendencje są u niego wyraźnie widoczne także na gruncie prawnym. Czytając jego teksty, ma się nieodparte wrażenie, że ta koncepcja jest bardzo zdroworoządkowa, że jest oparta na mocnych fundamentach, sięgających już antycznych Greków, że jest czymś uroklivym w swej prostocie i cechuje się silnym pragmatyzmem.

Wydaje mi się jednak, że przy ocenie jego dorobku należy być ostrożnym. Każde podejście do legislacji, czyli do pewnej próby stanowienia albo – jak kto woli – zarządzania prawa, jest także zmianą pewnego porządku społecznego. Prawo zawsze kształtuje jakieś relacje międzyludzkie, raz w większym, a raz w mniejszym stopniu. Podejście F.A. Hayeka ogranicza to kształtowanie do minimum. Społeczeństwo jednak – jak trafnie zauważył austriacki ekonomista – jest różnorodne, „płynne”, niemożliwe do uchwycenia przez jeden system. Ogólne i abstrakcyjne prawo może być wielokrotnie powodem rosnących nierówności społecznych. To zawsze jest cena, którą płaci się za wolność, i tutaj wszakże tkwi cała powaga odpowiedniej i słusznej legislacji.

Można także pokusić się o stwierdzenie, że F.A. Hayek błędnie odróżnił prawo (*law*) od tworzenia prawa (*law-making*), przerysowując tym samym kontrast między *law of liberty* i *law of legislation*. Zgodnie z tym co twierdzi J. Hasnas, błędnie rozumiał on *common law* i prawo zwyczajowe, ponieważ identyfikował każde niestanowione prawo z prawem wolności, a w rzeczywistości tak nie jest. J. Hasnas uważa, że istnieją prawa między *law of liberty* a *law of legislation*, tak jak istnieją samochody z automatyczną skrzynią biegu, ręczną, ale także i półautomatyczną⁵⁸.

Ponadto warto także zapytać o charakter ogólności tego prawa w dobie globalizacji i światowego charakteru wolnego rynku. Pytanie to odsyła do bardziej szczegółowego problemu możliwości recypowania koncepcji F.A. Hayeka na grunt polskiego prawotwórstwa. Jest to sprawa bardzo kontrowersyjna, ponieważ nasza kultura prawna znacznie różni się od kultury *common law* i dodatkowo jest obciążona pewnymi pozostałościami systemu komunistycznego. Osobiście uważam jednak, że pomysł ten może stanowić coś więcej niż inspirację, a odchodzenie od twardego pozytywizmu i drobiazgowej regulacji każdej sfery społecznej na rzecz idei abstrakcyjnych zasad za koncepcję godną szczególnej uwagi.

⁵⁷ Szerszą analizę znaczenia kryzysu w dyskursie między poglądami liberalnymi a interwencjonizmem państwowym opisał P. Koryś, *Kryzys gospodarczy, ekonomia i wolny rynek. Doświadczenie historyczne, stan obecny i prognozy na przyszłość*, w: J. Kloczowski, J. Price (red.), *Platon na Wall Street. Konserwatywne refleksje o kryzysie ekonomicznym*, Kraków 2010. Na temat zmagani F.A. Hayeka z socjalizmem zob. szerzej K. Kozdro, *Hayek kontra socjalizm*, Warszawa 2001.

⁵⁸ J. Hasnas, *Hayek, the common law, and the fluid drive*, „New York University Journal of Law and Liberty” 2005/79, s. 79–110.

Summary

Mikołaj Firlej

Law of spontaneous order – Hayekian concept of regulation

In the article three general questions were posed as a means of presenting explorative issue: (1) Law as regulation of an order; (2) Law as regulation of a liberty; (3) Controversy of social industry in law. In order to realize the issue thus outlined in the first section it has been shown two different and opposites kinds of orders in widely understanding term ‘sociology of law’ as well as Hayekian criticism of Descartes rationality. The structure of exogenous and endogenous orders has been carefully analysed in relation to their ancient equivalents: *taxis* and *nomos*. Special attention has been given to make an explanation of Hayekian understanding of legal frameworks connected with the process of organization and division of power. It has been outlined the rule of law in political system of Austrian economist (concept of demarchy) and his principal arguments for legislature and problem of ‘good regulation’. In the second part of thesis it has been shown a widely connection between spontaneous order and both liberty and the process of progression. In this section the strive was to present mostly values and good points in Hayekian conception, but there is also a critical part concerning both unsymmetrical constraint of freedom and symmetrical. In the third part of this thesis it has been shown the historical background of Hayekian research connected with the controversy of social industry in law. Referring to the intellectual dispute between Spencer’s organicism and Durkheim’s paternalistic conception Hayek has divided between law and law-making (legislation) and he has proved that law is only a spontaneous order notwithstanding good legislation means rules of harmonization and maintenance this kind of abstract social structure. Hayek’s concept of law is in accordance with philosophical, sociological, economical and political research of the general and popular nowadays problem with the new paternalism.

BIBLIOGRAFIA / REFERENCES:

- Akerlof, G.A., Schiller, R.J. (2010). *Zwierzęce instynkty*. Warszawa: Wydawnictwo Studio EMKA.
- Barry, N. (1979). *Hayek' Social and Economic Philosophy*. London: Macmillan Publishers.
- Constant, B. (2008). *Zasady polityki*. Warszawa: Fundacja Res Publica Nowa im. H. Krzeczковского.
- Crowley, B.L. (1987). *The Self, the Individual, and the Community. Liberalism in the Political Thought of F. A. Hayek and Sidney and Beatrice Webb*. Oxford: Clarendon Press.
- Daumann, F. (2007). Evolution and the rule of law: Hayek's concept of liberal order reconsidered. *Journal of Libertarian Studies* 21/4, 123–150.
- diZerega, G. (1989). Democracy as a Spontaneous Order. *Critical Review: A Journal of Politics and Society* 3/2, 206–240.
- Hasnas, J. (2005). Hayek, the common law, and the fluid drive. *New York University Journal of Law and Liberty* 79, 79–110.
- von Hayek, F.A. (1983). *Law, Legislation and Liberty, v. 1: Rules and Order*. Chicago: University of Chicago Press.
- von Hayek, F.A. (1978). *Law, Legislation and Liberty, v. 2: The Mirage of Social Justice*. Chicago: University of Chicago Press.
- von Hayek, F.A. (1981). *Legislation and Liberty, v. 3: The Political Order of a Free People*. Chicago: University of Chicago Press.
- von Hayek, F.A. (2003). *Droga do zniewolenia*. Kraków: Wydawnictwo Arcana.
- von Hayek, F.A. (2004). *Zgubna pycha rozumu. O błędach socjalizmu*. Kraków: Wydawnictwo Arcana.
- von Hayek, F.A. (1994). Zmienne pojęcie prawa. *Znak – Idee* 6.
- Jevons, W.S. (2002). *The State In Relation to Labour*. New Brunswick: Transaction Publishers.
- Kennedy, D. (1982). Legal Education and the Reproduction of Hierarch. *Journal of Legal Education* 32/4, 591–615.
- Koryś, P. (2010). Kryzys gospodarczy, ekonomia i wolny rynek. Doświadczenie historyczne, stan obecny i prognozy na przyszłość. In J. Kłoczowski, J. Price (Eds.), *Platon na Wall Street. Konserwatywne refleksje o kryzysie ekonomicznym*. Kraków: Ośrodek Myśli Politycznej.
- Kozdro, K. (2001). *Hayek kontra socjalizm*. Warszawa: DiG.
- Kuniński, M. (1999). *Wiedza, etyka i polityka w myśli F.A. von Hayeka*. Kraków: Księgarnia Akademicka.
- Legutko, R. (1994). *Spory o kapitalizm*. Kraków: Ośrodek Myśli Politycznej.
- Mead, L. (1997). *The New Paternalism: Supervisory Approaches to Poverty*. Washington (D.C.): Brookings Institution Press.
- Nuovo, V., Keene, C.A. (1998). (Eds.) *The Works of William Paley: With Additional Sermons and a Corrected Account of the Life and Writings of the Author*. Bristol: Thoemmes.

- Polanyi, K. (2010). *Wielka transformacja*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Popper, K.R. (2007). *Spoleczeństwo otwarte i jego wrogowie*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Rizzo, M., Whitman, D.G. (2009). The knowledge problem of new paternalism. *Brigham Young Law Review* 4, 905–968.
- Skidelsky, R. (2006). *Hayek versus Keynes: The Road to Reconciliation*. Cambridge: Voprosy Ekonomiki.
- Smith, A. (2008). *Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
- Spencer, H. (1978). *The Principles of Ethics*. Indianapolis: Liberty Fund Inc.
- Sunstein, C.R., Thaler, R.H. (2003). Libertarian Paternalism is Not an Oxymoron. *The University of Chicago Law Review* 4, 1–43.