

Wojciech Zaluski*

O FILOZOFII POLITYCZNEJ FRIEDRICH AUGUSTA VON HAYEKA W ŚWIETLE BADAŃ NAD EFEKTYWNOŚCIĄ EKONOMICZNĄ *COMMON LAW*

Streszczenie. Celem artykułu jest ocena filozofii politycznej Friedricha Augusta von Hayeka przez pryzmat badań nad efektywnością ekonomiczną *common law*. Jednym z założeń filozofii politycznej Hayeka jest teza o optymalizacyjnym charakterze ewolucji kulturowej. Zgodnie z tą tezą reguły prawne powstałe spontanicznie są ekonomicznie efektywne, nie wymagają więc istotnych korekt ze strony ustawodawcy. Teza ta została poddana dokładnym analizom przez badaczy z nurtu *Law and Economics* (*notabene* nie inspirowanych bezpośrednio filozofią Hayeka), których wyniki zostały krytycznie omówione w niniejszym artykule. Konkluzje tych analiz nie są jednoznaczne, niemniej jednak wydają się podważać założenie Hayeka o optymalizacyjnym charakterze ewolucji kulturowej. Rzutuje to w istotny sposób na ocenę postulatów normatywnych Hayeka; w szczególności, uzasadnia sceptycyzm wobec jego krytyki aktywności legislacyjnej.

Słowa kluczowe: efektywność ekonomiczna, *common law*, ewolucja kulturowa, Hayek, *Law and Economics*.

1. WPROWADZENIE

Celem niniejszego artykułu jest ocena filozofii politycznej Friedricha Augusta von Hayeka z perspektywy współczesnych badań nad ekonomiczną efektywnością *common law*. Przyjęcie takiej perspektywy wydaje się obiecujące, ponieważ teza o ekonomicznej efektywności *common law* stanowi jedną z przesłanek tej filozofii. Potwierdzenie lub odrzucenie tej przesłanki wydaje się więc mieć istotne znaczenie dla oceny postulatów normatywnych Hayeka. Chodzi o takie postulaty, jak ograniczone państwo, sceptycyzm wobec aktywności legislacyjnej i idei sprawiedliwości społecznej, podkreślanie wartości rządów prawa oraz wymóg, aby zasadniczą część prawa stanowiły reguły powstałe „spontanicznie”, tj. w drodze ewolucji kulturowej (przykładem tego rodzaju reguł są właśnie reguły *common law*, które powstały bez określonego „planu”, jako efekt wielu rozstrzygnięć sędziowskich w indywidualnych sprawach).

Stanowisko Hayeka w kwestii ekonomicznej efektywności *common law* daje się streścić w dwóch punktach.

* Uniwersytet Jagielloński, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Filozofii Prawa i Etyki Prawniczej, zaluskiwojciech@gmail.com.

Po pierwsze, według Hayeka ekonomiczna efektywność *common law* jest faktem: *common law* jest systemem reguł skutecznie pełniącym funkcję koordynowania ludzkich działań i tworzenia sfery wolności, w której ludzie mogą realizować swoje indywidualne cele; w rezultacie prowadzi do maksymalizacji dobrobytu/bogactwa społecznego. Hayek nie używał wprawdzie terminu „ekonomiczna efektywność” (*economic efficiency*) jako charakterystyki reguł *common law*, nie ulega jednak wątpliwości, że pisząc o ich tendencji do generowania dobrobytu/bogactwa, miał na myśli ekonomiczną efektywność, którą przedstawiciele nurtu *Law and Economics* uznają za naczelną wartość prawa. Pojęcie ekonomicznej efektywności jest definiowane w ramach tego nurtu najczęściej na dwa sposoby:

1. Reguła *R* jest ekonomicznie efektywna wtedy i tylko wtedy, gdy prowadzi do sytuacji efektywnych w sensie Pareto. Sytuacja jest ekonomicznie efektywna w sensie Pareto, jeśli nie jest możliwe jej ulepszenie w sensie Pareto, tj. jeśli nie można poprawić położenia co najmniej jednej osoby bez pogarszania położenia jakiejś innej osoby.

2. Reguła *R* jest ekonomicznie efektywna wtedy i tylko wtedy, gdy prowadzi do sytuacji efektywnych w sensie Kaldora-Hicksa. Sytuacja jest ekonomicznie efektywna w sensie Kaldora-Hicksa, jeśli nie jest możliwe jej ulepszenie w sensie Kaldora-Hicksa, tj. jeśli nie można zmienić tej sytuacji w taki sposób, aby korzyść osób osiągnięta w wyniku tej zmiany była wyższa niż strata osób poszkodowanych tą zmianą.

Definicje te nie są równoważne (druga jest szersza zakresowo od pierwszej, tzn. każda reguła efektywna w sensie Pareto jest efektywna w sensie Kaldora-Hicksa, ale nie odwrotnie), obie jednak stanowią uprawnione uszczegółowienie ogólniejszej definicji, zgodnie z którą reguła *R* jest ekonomicznie efektywna wtedy i tylko wtedy, gdy przyczynia się w większym stopniu niż jakakolwiek alternatywna reguła *R'* dla typu sytuacji regulowanych przez *R* do maksymalizacji dobrobytu/bogactwa społecznego. Badacze *common law* zwykle przyjmują, że *common law* można uznać za ekonomicznie efektywne wtedy i tylko wtedy, gdy przeważająca większość tworzących go reguł jest efektywna ekonomicznie w sensie Pareto lub Kaldora-Hicksa; można sądzić, że taka definicja ekonomicznej efektywności *common law* byłaby akceptowalna także dla Hayeka.

Po drugie, według Hayeka *common law* to przykład spontanicznego porządku (nazywanego przez Hayeka *cosmosem*) i jak każdy porządek tego rodzaju powstał on w procesie ewolucji kulturowej. Tę ostatnią Hayek opisywał ogólnie jako opartą na mechanizmie doboru grupowego, „wybierającego” te reguły, które przyczyniają się do sukcesu grupy, w ramach której są stosowane. „Sukces” był rozumiany przez niego szeroko: jako zwycięstwo w bezpośredniej konfrontacji militarnej z innymi grupami, jako osiągnięcie przez daną grupę większej liczebności niż konkurujące z nią grupy lub też jako osiągnięcie

wyższego poziomu ekonomicznego niż inne grupy¹. Te trzy sensy są, rzecz jasna, powiązane ze sobą. Grupa bardziej liczebna ma większe szanse na zwycięstwo w konfrontacji z grupą mniej liczebną. Podobnie, dobrobyt ekonomiczny sprzyja, *ceteris paribus*, sukcesowi militarnemu. Eliminacja reguł nieefektywnych nie musi jednak, zdaniem Hayeka, dokonywać się na drodze konfrontacji militarnej między grupami; grupy funkcjonujące zgodnie z mniej efektywnymi regułami mogą bowiem, poprzez obserwację sukcesu innych grup, zacząć naśladować ich reguły. Łatwo wszakże zauważyć, że Hayek nie opisał precyzyjnie mechanizmu działania ewolucji kulturowej prowadzącej do powstania reguł *common law*; ograniczył się w gruncie rzeczy do bardzo ogólnikowej tezy, że proces ewolucji kulturowej działa na zasadzie doboru grupowego, eliminującego z „puli” reguły te, które w mniejszym stopniu niż reguły alternatywne przyczyniają się do dobrobytu/bogactwa stosujących je grup.

Z powyższych rozważań wynika, że współczesne badania nad ekonomiczną efektywnością *common law* prowadzone w ramach nurtu filozoficzno-prawnego *Law and Economics* mogą mieć dwojaki wkład w analizę empirycznej przesłanki filozofii Hayeka: mogą pomóc ocenić jej trafność, tzn. odpowiedzieć na pytanie, czy *common law* jest rzeczywiście ekonomicznie efektywne, a w razie pozytywnej odpowiedzi na to pytanie mogą tę przesłankę również wzmocnić czy uzupełnić, dostarczając bardziej szczegółowego opisu mechanizmu ewolucji reguł *common law* niż zaproponowany przez Hayeka. Zanim przedstawię stan tych badań, chciałbym podkreślić, iż postać Hayeka jest w nich przywoływana bardzo rzadko. Świadczy to o tym, że nie były one inspirowane jego filozofią. Spróbuję wyjaśnić ten fakt w ostatniej części tego artykułu.

2. TRZY HIPOTEZY NA TEMAT EKONOMICZNEJ EFEKTYWNOŚCI *COMMON LAW*

2.1. Ewolucja *common law* przebiega w kierunku efektywności ekonomicznej

Zwolennicy tezy o ekonomicznej efektywności *common law* próbowali ją uzasadniać na różnorakie sposoby. Przedstawię cztery z zaproponowanych przez nich wyjaśnień: Richarda Posnera, Paula Rubina, George’a Priesta, a także wyjaśnienie inspirowane uwagami Adama Smitha.

Richard Posner twierdził, że ewolucję *common law* w kierunku efektywności ekonomicznej można uzasadnić, odwołując się do sędziowskich preferencji

¹ Por. np. następujący cytat: „practices which had first been adopted for other reasons, or even purely accidentally, were preserved because they enabled the group in which they had arisen to prevail over others” (von Hayek 1973, 10).

aksjologicznych, aksjologiczno-pragmatycznych lub czysto pragmatycznych². Jest to tzw. *judicial taste model of economic efficiency*, zgodnie z którym sędziowie świadomie dokonują rozstrzygnięć ekonomicznie efektywnych, ponieważ albo przedkładają efektywność ekonomiczną nad inne wartości społeczne (np. sprawiedliwość społeczną, pewność prawa), albo uważają, że efektywność ekonomiczna jest najwyższą z wartości społecznych, jakie mogą skutecznie realizować, występując w roli sędziów, choć nie wartością najwyższą w ich hierarchii wartości (nie mogą np. dokonywać redystrybucji bogactwa społecznego, którą można skutecznie realizować jedynie na poziomie legislacyjnym, m.in. poprzez określoną politykę podatkową, wprowadzanie taryf protekcyjnych, płacy minimalnej, licencji na prowadzenie określonej działalności), albo też są aksjologicznie neutralni, lecz realizują efektywność ekonomiczną ze względów czysto pragmatycznych (uważają, że efektywność ekonomiczna jest wartością, którą mogą najbardziej skutecznie realizować). Posner przyznawał, iż jego model preferencji aksjologicznych lepiej opisuje zachowania sędziów XIX-wiecznych, którzy świadomie przyjmowali utylitaryzm (uznawali więc efektywność ekonomiczną za wartość wyższą niż inne wartości społeczne), niż zachowania sędziów z drugiej połowy XX w. i współczesnych, którzy, w miarę jak następował wzrost popularności idei sprawiedliwości społecznej i interwencjonizmu państwowego, zaczęli odchodzić od utylitaryzmu – ich preferencje aksjologiczne stawały się bardziej „lewicowe”. Ostatecznie jednak twierdził, podkreślając rolę sędziowskich preferencji aksjologiczno-pragmatycznych lub czysto pragmatycznych, że oddziaływanie idei lewicowych nie było na tyle duże, by negatywnie wpłynąć na ekonomiczną efektywność *common law*. Krytycy wyjaśnienia Posnera twierdzili, iż Posner niewłaściwie opisał mechanizm motywacyjny sędziów, kładąc nadmierny nacisk na motywacyjną rolę ich przekonań filozoficznych i nie doceniając ich przywiązania do zasady *stare decisis*. Zwracano też uwagę na to, że wyjaśnienie Posnerowskie, odwołujące się do określonych preferencji sędziowskich i w efekcie traktujące *common law* jako świadomy projekt ich działalności, odbiega od standardowego w ekonomii wyjaśnienia typu *invisible hand*, zakładającego, że dany porządek – prawny czy ekonomiczny – jest niezamierzonym skutkiem działań indywidualnych podmiotów. Posner uważał, że mechanizm *invisible hand* wyjaśnia wyłącznie porządek ekonomiczny – powstanie ekonomii rynkowej, natomiast porządek *common law* jest intencjonalnym tworem sędziów, odzwierciedlającym ich aksjologiczne, aksjologiczno-pragmatyczne lub czysto pragmatyczne preferencje. Pozostałe omawiane w tym podpunkcie wyjaśnienia efektywności ekonomicznej *common law* mają – w odróżnieniu od Posnerowskiego – charakter wyjaśnień typu *invisible hand*.

² Posner (1979) nie posługuje się tymi nazwami, ale – jak sądzę – trafnie odzwierciedlają one jego stanowisko.

Paul Rubin (1977) oparł swoje uzasadnienie hipotezy o efektywności *common law* na rozróżnieniu między „graczami wielokrotnymi”, tzn. wielokrotnie angażującymi się w określonego typu interakcję mogącą prowadzić do procesu sądowego, oraz „graczami jednokrotnymi”, tzn. wchodzącymi jednorazowo w określonego typu interakcję. Przykładami graczy wielokrotnych są np. firmy ubezpieczeniowe, związki zawodowe, duże przedsiębiorstwa, fabryki, agencje rządowe. Rubin rozważa trzy możliwe sytuacje: (A) spór między graczami jednokrotnymi, (B) spór między graczami wielokrotnymi i (C) spór między graczem wielokrotnym i jednokrotnym.

(A) Jeśli obaj gracze – strony procesu – są graczami jednokrotnymi, to utrwalili się obecna reguła stosująca się do ich sprawy, niezależnie od tego, czy jest ekonomicznie efektywna czy nie. Wynika to stąd, że – przy założeniu, iż obaj gracze identycznie szacują prawdopodobieństwo zwycięstwa jednego z nich (tego samego) w procesie – obaj będą preferować ugodę pozasądową nad procesem sądowym. Rubin uzasadnia tę tezę, konstruując nierówność opisującą warunki zawarcia ugody pozasądowej i wykazując, iż przy założeniu identycznych szacunków prawdopodobieństwa przez strony jest ona zawsze spełniona. Załóżmy, że gracz 1 ponosi koszty X w wypadku samochodowym spowodowanym przez gracza 2, który wedle obowiązującej reguły powinien ponieść odpowiedzialność za wyrządzoną graczowi 1 szkodę. Niech p oznacza prawdopodobieństwo, że gracz 1 wygra w procesie, a K – koszty sądowe ponoszone przez każdego uczestnika procesu. Wynika stąd, że wartość oczekiwana procesu sądowego dla gracza 2 wynosi: $-pX - K$, a dla gracza 1: $pX - K$. Ugoda sądowa jest więc możliwa wtedy i tylko wtedy, gdy $pX + K > pX - K$, tj. gdy strata, jaką może ponieść gracz 2 jest wyższa od zysku, jaki może przyspaść graczowi 1, w tej sytuacji opłaca się bowiem graczowi 2 zapłacić graczowi 1 pewną kwotę L , taką, że $pX + K > L > pX - K$, a więc skłaniającą gracza 1 do rezygnacji ze złożenia pozwu sądowego. Rubin zauważa ponadto, że nie ma żadnych racji, aby sądzić, iż ewentualna niezgoda stron sporu co do p była skorelowana z ekonomiczną efektywnością lub nieefektywnością reguł prawnych, co upoważnia do wniosku, że jeśli istnieje zgoda co do p między graczami jednokrotnymi, to nie dochodzi do zmiany reguły, gdyż strony zawierają ugodę, a jeśli nie ma takiej zgody, to zmiana może nastąpić zarówno w stronę ekonomicznej efektywności, jak i ekonomicznej nieefektywności (nastąpi więc statystyczny dryf reguł).

(B) Strona będąca graczem wielokrotnym ma długofalowy interes w tym, aby rozstrzygnięcie sądowe było dla niej korzystne, tzn. realizowało jej ekonomiczny interes; jest więc zainteresowana tym rozstrzygnięciem *jako precedensem*. Jeśli więc reguła rządząca danym typem spraw jest ekonomicznie nieefektywna *na jej niekorzyść*, tzn. obarcza ją kosztami, jakich uniknęłaby, gdyby obowiązywała reguła ekonomicznie efektywna, to strona ta będzie skłonna wszcząć proces, nawet jeśli obie strony identycznie szacują prawdopodobieństwo zwycięstwa jednej z nich (tej samej) w procesie. Ta różnica w porównaniu z sytuacją (A), w której

identyczne szacunki prawdopodobieństw prowadziły do ugody sądowej, wynika, zdaniem Rubina, właśnie stąd, że w rachunku potencjalnych korzyści i strat strona mająca trwały interes w rozstrzygnięciu sądowym nie uwzględnia wyłącznie sumy X (straty lub zysku w danej sprawie typu t), ale – dodatkowo – sumę $S(t)$ obejmującą potencjalne zyski lub straty ze spraw typu t , w jakie będzie zaangażowana w przyszłości. Jak wykazuje Rubin, dodanie tej drugiej sumy do rachunku korzyści i strat sprawi, że w sytuacji, w której obowiązująca reguła jest ekonomicznie nieefektywna, strona ponosząca stratę na skutek nieefektywności tej reguły zdecyduje się na proces sądowy; suma ta więc niejako zamyka przestrzeń negocjacyjną umożliwiającą zawarcie ugody sądowej. Jeśli obie strony tego sporu będą graczami wielokrotnymi i każda z nich będzie mieć mniej więcej równe szanse znalezienia się po każdej ze stron sporu, tzn. jako powód lub pozwany (warunki te spełnia np. spór między firmami ubezpieczeniowymi), to stworzy to tendencję do przekształcania reguł w kierunku ekonomicznej efektywności: w toku którejś z kolejnych „rund” sądowych między graczami wielokrotnymi sędzia zastąpi regułę ekonomicznie nieefektywną regułą efektywną.

(C) Jeśli tylko jedna strona sporu jest graczem wielokrotnym, to reguły będą się rozwijać na korzyść gracza wielokrotnego (niezależnie od tego, czy jest to ekonomicznie efektywne czy nie), ponieważ ów gracz wielokrotny będzie miał silniejszą motywacją niż gracz jednokrotny, by poprzez większe inwestycje pieniężne w proces dążyć do realizacji swoich prywatnych, a więc niekoniecznie ekonomicznie efektywnych (tj. pożytecznych społecznie) interesów. Jako przykład tego rodzaju sytuacji Rubin podaje wywieranie pod koniec XIX w. presji przez fabryki (graczy wielokrotnych) na sądy, aby te ostatnie ograniczały odpowiedzialność deliktową, np. za wypadki pracownika w miejscu pracy czy immisje.

Podsumowując: zdaniem Rubina reguły efektywne ekonomicznie pojawią się w sytuacji (B), zaś w sytuacji (A) reguły prawne nie ulegną zmianie, niezależnie od tego, czy są ekonomicznie efektywne czy nie, natomiast w sytuacji (C) zmienią się na korzyść gracza wielokrotnego, niezależnie od tego, czy jest to ekonomicznie efektywne czy nie.

George Priest (1977) uprościł wyjaśnienie efektywności ekonomicznej *common law* zaproponowane przez Rubina i rozszerzył jego zakres, odnosząc je także do sytuacji, w których stronami są gracze jednokrotni, tzn. gracze, którzy nie mają trwałego interesu w danym rozstrzygnięciu, a więc nie są nim zainteresowani *jako precedens*. Teza, którą próbował uzasadnić, brzmi następująco:

Tendencja do tego, by zbiór wszystkich reguł prawnych został zdominowany przez reguły prowadzące do ekonomicznie efektywnych alokacji jest dużo bardziej wszechobecna, niż można byłoby sądzić. Reguły efektywne mają większą szansę przetrwać jako precedensy niezależnie od stosunku sędziów do efektywności, ich zdolności odróżniania rozstrzygnięć efektywnych od nieefektywnych oraz zainteresowania stron sporu lub jego braku alokacyjnymi skutkami reguł (Priest 1977, 65).

Argumentację Priestę za tą tezę można zrekonstruować jako opartą na trzech następujących przesłankach. Według pierwszej koszty transakcyjne są niezerowe, skąd wynika, że będzie dochodzić do procesów sądowych, koszty te zamykają bowiem przestrzeń negocjacyjną umożliwiającą pozasądowe rozstrzygnięcie sporu między stronami. Według drugiej przesłanki reguły ekonomicznie nieefektywne będą prowadziły do procesów sądowych częściej niż reguły ekonomicznie efektywne (i to tym częściej, im bardziej są nieefektywne), jako że nakładają na strony wyższe koszty niż reguły ekonomicznie efektywne. Przykładowo, jeśli „marginalny koszt obniżenia prawdopodobieństwa wypadku o określoną wielkość jest większy dla jednej strony niż dla drugiej, nałożenie odpowiedzialności na stronę, której marginalny koszt jest wyższy, doprowadzi, ogólnie rzecz biorąc, do większej liczby wypadków lub większej liczby poważnych wypadków niż przy odwrotnej dystrybucji odpowiedzialności” (Priest 1977, 67). Innymi słowy, reguły ekonomicznie nieefektywne słabiej niż reguły efektywne motywują strony *ex ante* do podejmowania należytej ostrożności, zmniejszającej szanse wystąpienia zdarzeń prowadzących do procesów sądowych. Według trzeciej przesłanki reguły częściej stosowane przez sądy są częściej przez nie uchylane. Z powyższych trzech przesłanek wynika teza, że reguły ekonomicznie nieefektywne będą częściej uchylane niż reguły ekonomicznie efektywne, nawet wtedy, gdy uchylanie reguł ma charakter czysto stochastyczny, tzn. gdy sędziowie nie uchylają z większym prawdopodobieństwem reguł ekonomicznie nieefektywnych niż reguły ekonomicznie efektywne. W efekcie, jak pisał Priest w cytowanym wyżej fragmencie, „zbiór wszystkich reguł prawnych zostanie zdominowany przez reguły prowadzące do ekonomicznie efektywnych alokacji”. Krytycy tego wyjaśnienia zwracali uwagę na fakt, iż nie tłumaczy ono zmiany reguł ekonomicznie nieefektywnych mających skutki rozproszone między większą liczbą osób, w której to sytuacji ludzie mają słabszą motywację, aby wnosić swoją sprawę do sądu, ponieważ ich relatywna strata spowodowana istnieniem nieefektywnej reguły jest niższa. Ponadto, kontrowersyjna jest przesłanka trzecia: wydaje się, że można przekonująco argumentować za tezą, iż reguły, które są często stosowane, silniej zakorzeniają się w praktyce sądowej i są trudniejsze do usunięcia z systemu prawnego (por. Landes, Posner 1979). Gdyby przyjąć tę tezę jako przesłankę oraz, dodatkowo, pierwszą i drugą przesłankę Priestę, wniosek byłby przeciwny do prezentowanego przez autora omawianego modelu: okazałoby się, że reguły, które prowadzą do większej liczby sporów, silniej utrwalają się w systemie prawnym niż reguły ekonomicznie efektywne, tzn. ich status jako precedensu jest silniejszy. Nie wynika stąd jeszcze oczywiście wniosek *radikalnie* przeciwny do wniosku Priestę, jakim byłaby teza, iż z biegiem czasu zbiór wszystkich reguł prawnych zostaje zdominowany przez reguły ekonomicznie nieefektywne. Taki wniosek można byłoby wyprowadzić tylko wtedy, gdyby zakwestionowało się drugą przesłankę Priestę, uznając, że reguły ekonomicznie efektywne częściej prowadzą do sporów prawnych niż reguły ekonomicznie nieefektywne, oraz gdyby przyjęło się jego przesłankę trzecią. Ponieważ jednak

przesłanka druga jest przekonująca, jej zakwestionowanie nie wchodzi w grę. Łątwo wszakże zauważyć, iż z powyższej krytyki (opartej na przyjęciu pierwszej i drugiej przesłanki Priesta, i zakwestionowaniu trzeciej) wynika również wniosek, że jeśli w zbiorze reguł prawnych początkowo przeważają reguły ekonomicznie nieefektywne, ta niekorzystna dla reguł efektywnych ekonomicznie proporcja *utrzyma się* (oraz, jak wspomniano wcześniej, *ustabilizuje się*, z uwagi na to, że reguły ekonomicznie nieefektywne wzmocnią swój status reguł stanowiących precedensy, wiążących sądy zgodnie z zasadą *stare decisis*).

Adam Smith, w swoim wyjaśnieniu efektywności *common law*, do którego często nawiązują współcześni badacze, tłumaczył ją tym, że system *common law* był policentryczny i konkurencyjny, tzn. istniało w nim wiele różnych sądów (trzy różne sądy *common law* – the King's Bench, the Court of Common Pleas, the Exchequer Courts, a także sądy kościelne, handlowe, lokalne oraz the Court of Chancery) które, ponieważ były finansowane z opłat sądowych wnoszonych przez strony, konkurowały między sobą o „klientów”, tzn. potencjalne strony sporów prywatno-prawnych (por. Zywicki, Stringham 2010). Konkurencja ta mogłaby teoretycznie prowadzić albo do prawa sprzyjającego potencjalnym powodom, albo do prawa ekonomicznie efektywnego. Smith uważał jednak, że prowadziła do prawa ekonomicznie efektywnego – jak pisał:

Obecny, godny podziwu, stan sądów sprawiedliwości w Anglii był, jak się wydaje, początkowo w dużej mierze spowodowany współzawodnictwem między działającymi w nich sędziami; każdy sędzia dążył do tego, aby w swoim własnym sądzie zapewnić, możliwie szybko i efektywnie, odszkodowanie, jakie prawo przewiduje za dany typ niesprawiedliwości (Smith 2002, 264; tłum. własne).

Swoje stanowisko uzasadniał m.in. tym, że konkurencja o opłaty sądowe motywowała sędziów do podejmowania szybszych i bardziej efektywnych decyzji, eliminując bodźce do lenistwa i kierowania się osobistymi preferencjami. Wyjaśnienie Smitha krytykowano na różne sposoby. Wskazywano na przykład, że policentryzm nie prowadzi do wytworzenia się reguł ekonomicznie efektywnych, lecz reguł sprzyjających potencjalnym powodom. Ponadto, z punktu widzenia współczesnego *common law* jest to oczywiście wyjaśnienie o wartości głównie historycznej, ponieważ system ten nie jest już policentryczny. Wyjaśnienie to może tłumaczyć efektywność ekonomiczną tylko tych reguł współczesnego *common law*, które pochodzą z okresu jego policentryczności.

2.2. Ewolucja *common law* przebiega w kierunku ekonomicznej nieefektywności

Jeden z argumentów za hipotezą mówiącą, że ewolucja *common law* przebiega w kierunku ekonomicznej nieefektywności, został wskazany w poprzednim podpunkcie: jeśli przyjmie się drugą przesłankę Priesta, mianowicie, iż reguły

ekonomicznie nieefektywne prowadzą częściej do sporów prawnych niż reguły nieefektywne i – wbrew Priestowi – przyjmie się przesłankę, iż wielokrotne stosowanie reguł prowadzi do ich utrwalenia w systemie prawnym, to wnioskiem będzie teza, że reguły ekonomicznie nieefektywne nie tylko nie będą usuwane z systemu prawnego, lecz ich status jako silnego precedensu będzie dużo pewniejszy niż status reguł ekonomicznie efektywnych. Ponadto, jak zauważa Todd Zywicki i Edward Stringham, reguły ekonomicznie nieefektywne będą miały szczególnie duży autorytet, ponieważ – z racji ich częstego stosowania – będą wykazywać wysoki poziom złożoności i wyrafinowania (por. Zywicki, Stringham 2010, 34).

Przedstawiciele *public choice theory* podkreślali przede wszystkim stronnictwo charakter działań ustawodawcy podatnego na naciski grup interesu, twierdzili jednak, że również sędziowie poddani są różnorodnym wpływom sprawiającym, iż ich rozstrzygnięcia nie realizują ekonomicznej efektywności. Zdaniem przedstawicieli *public choice theory* legislatorzy ulegają głównie pokusom finansowym, natomiast sędziowie – pokusie intelektualnego prestiżu; jako że obecnie wywodzą się głównie z kręgów akademickich i urzędniczych, w których ceni się intelektualny prestiż, a nie, jak wcześniej (np. w XIX w.), z kręgów biznesowych, w których miarą sukcesu było bogactwo, pragną udowodnić, że ich status intelektualny jest wysoki. A mogą to uczynić, realizując wartości najbardziej cenione w kręgach współczesnych intelektualistów, tzn. wartości „lewicowe”, w szczególności sprawiedliwość społeczną. Można więc łatwiej wpłynąć na rozstrzygnięcia sędziów, odwołując się do ich aspiracji intelektualnych niż do ich potrzeb finansowych. Argument ten wprost uderza w założenie Posnera o utylitarystycznych preferencjach sędziów lub ich aksjologicznej neutralności. Ponadto, przedstawiciele *public choice theory* twierdzą, że sędziowie mają współcześnie większe niż w klasycznym okresie *common law* możliwości realizowania innych postulatów normatywnych niż efektywność ekonomiczna, np. sprawiedliwości społecznej, a także realizowania interesów partykularnych grup społecznych³. Przykładem ilustrującym tę ewolucję w kierunku ekonomicznej nieefektywności są zmiany, jakie w drugiej połowie XX w. dokonały się w prawie deliktowym. Otóż, wskutek lobbingu Association of Trial Lawyers in America (ATLA) i wzrostu znaczenia postulatów sprawiedliwości społecznej odpowiedzialność deliktowa dużych firm znacznie się zwiększyła – w szczególności jako reguła obowiązkowa (tzw. *mandatory rule*) pojawiła się odpowiedzialność absolutna (*strict liability*), która sprzyja interesom prawników, czerpiących zyski z procesów sądowych o wysoką stawkę i realizuje cele redystrybucyjne (służy wspieraniu słabszych uczestników obrotu gospodarczego). Zwracano także uwagę na motywowane ideologią lewicową, negatywne (z punktu widzenia efektywności ekonomicznej) zmiany w prawie umów,

³ Generalnie rzecz biorąc, przedstawiciele *public choice theory* przeciwstawiają klasyczne *common law* XX-wiecznemu i współczesnemu, uznając to pierwsze za ekonomicznie efektywne, drugie – za ekonomicznie nieefektywne.

polegające na odchodzeniu od klasycznego modelu umowy (opartego na prostej i łatwej do stosowania w praktyce zasadzie *volenti non fit iniuria*) w kierunku modelu kładącego nacisk na sprawiedliwość, a opartego na naiwnym przekonaniu, iż w niedoskonałym świecie możliwe są umowy, których strony dysponują pełną informacją i nie popełniają kognitywnych błędów.

Gordon Tullock (1997), jeden z założycieli *public choice theory*, argumentował ponadto, że charakterystyczny dla systemu *common law* proces kontradyktoryjny, w którym proces znajduje się niejako w dyspozycji stron, jest mniej efektywny ekonomicznie niż charakterystyczny dla systemu kontynentalnego proces inkwizycyjny czy quasi-inkwizycyjny, w którym sąd odgrywa rolę pierwszoplanową. Argument Tullocka opiera się na założeniu, że proces jest efektywny ekonomicznie, jeśli minimalizuje łączne koszty administracyjne i koszty błędnych rozstrzygnięć, a więc przy możliwie niskich kosztach administracyjnych osiąga możliwie dużą trafność (*accuracy*) rozstrzygnięć, tzn. unika zarówno błędu *false positives* (obarczania odpowiedzialnością strony na to niezasługującej), jak i błędu *false negatives* (nieobarczania odpowiedzialnością strony zasługującej na uznanie jej odpowiedzialną)⁴. Oba rodzaje kosztów pozostają w relacji typu *tradeoff*, ponieważ dążenie do obniżenia jednych prowadzi do zwiększenia drugich. Otóż, zdaniem Tullocka proces kontradyktoryjny generuje wyższe koszty niż proces inkwizycyjny (zarówno administracyjne, jak i błędów), ponieważ tworzy bodźce dla strony „niezasługującej” do ponoszenia wydatków na opłacenie prawników, którzy mają za zadanie zmniejszenie szansy dotarcia przez sąd do niekorzystnej dla ich klienta prawdy materialnej. Spór prawny na gruncie procesu kontradyktoryjnego jest więc w istocie areną ścierania się prywatnych interesów, w którym zwycięzcą zostaje ten, kto więcej w niego zainwestuje, opłacając najbardziej skutecznych prawników. Rola prawników na gruncie *common law* jest więc, zdaniem Tullocka, jednoznacznie negatywna; podobnie jak stronie „niezasługującej”, nie zależy im na dotarciu do prawdy materialnej, a sama ich obecność w systemie prawnym generuje swego rodzaju „wyścig zbrojeń” między stronami o strukturze Dylematu Więźnia, w którym kolejne inwestycje w prawników (jeśli są mniej więcej równe) nie przekładają się wyraźnie na zwiększone szanse zwycięstwa w procesie, przynoszą natomiast prawnikom duże zyski finansowe. W podsumowaniu Tullock pisze tak:

W swoim zapale przyrównywania systemu *common law* do prywatnego rynku Posner posunął się za daleko. System *common law* nie jest prywatnym rynkiem. Jest socjalistyczną biurokracją, w której prawnicy lobbują rządowych urzędników – sędziów i członków ławy przysięgłych – w istocie w taki sam sposób, w jaki grupy interesów lobbują legislatywę. Im wyższa jest stawka procesu, tym większe będą wydatki na prawników-lobbystów i na ekspertów, i świadków-lobbystów, których jedynym celem jest przechylenie rozstrzygnięcia sądu i ławy przysięgłych na korzyść klienta. W niektórych przypadkach prawnicy będą nawet próbować

⁴ Rekonstrukcję argumentu Tullocka opartą na wprowadzeniu tych dwóch rodzajów kosztów można znaleźć w: Zywicki (2007) oraz Zywicki, Stringham (2010).

kupić sobie przychylność sędziego i ławy przysięgłych. Różnica między sądem *common law* i legislatywą jest mniejsza, niż Posner jest skłonny przyznać [...]. Niewidzialna ręka rynku nie ma swojego odpowiednika w bezstronności sędziego. Jej odpowiednikiem jest widzialny kopniak politycznie aktywnego sędziego i kościste kolana i łokcie intelektualnie kulawej ławy przysięgłych, z na wpół odsłoniętą przepaską na oczach (Tullock 1997, 34).

W (umiarkowanej) polemice z argumentem Tullocka Todd Zywicki zauważył, że proces kontrydiktoryjny rzeczywiście generuje wyższe koszty administracyjne niż proces inkwizycyjny (koszty procesu sądowego ponoszone przez strony w procesie kontrydiktoryjnym są bezsprzecznie wyższe niż w procesie inkwizycyjnym⁵), ale koszty błędu mogą być wyższe w procesie inkwizycyjnym w sytuacji, gdy istnieją jakieś dowody, które jest trudno odnaleźć: do ich odnalezienia może się przyczynić właśnie silniejsze zaangażowanie stron w proces. Zywicki wzmacnia ten ostatni argument, zauważając, że rozumowanie Tullocka opiera się na idealistycznym założeniu, iż sędziowie orzekający w procesie inkwizycyjnym są silnie umotywowani, aby dążyć do poznania prawdy materialnej. Zywicki przyznaje jednak, że jego argumenty jedynie osłabiają konkluzję Tullocka, ale co do istoty jej nie podważają: proces kontrydiktoryjny wydaje się bowiem faktycznie mniej efektywny ekonomicznie niż proces inkwizycyjny, choć różnica w poziomie efektywności między oboma typami procesu może być niższa, niż sądził Tullock. W każdym razie, jak pisze Zywicki, to na zwolennikach procesu kontrydiktoryjnego spoczywa ciężar dowodu, że wysokie koszty administracyjne, jakie generuje ten proces, są usprawiedliwione niższymi niż na gruncie procesu inkwizycyjnego kosztami błędu. Można więc w podsumowaniu powiedzieć, że argument Tullocka pogłębia sceptycyzm co do efektywności ekonomicznej *common law*, której nieodłącznym elementem jest właśnie proces kontrydiktoryjny.

2.3. Ewolucja *common law* nie zmierza w określonym kierunku

Badacze *common law*, wykorzystujący w swoich analizach modele z zakresu ewolucyjnej teorii gier, a także odwołujący się do zjawiska „stadnego zachowania (*herd behaviour*)” sędziów (tj. zjawiska polegającego na imitacji wyboru reguł dokonywanych przez innych sędziów, niezależnie od tego, czy reguły te są ekonomicznie efektywne czy nie) oraz do mechanizmów *lock-in* i *path-dependency* jako możliwych skutków konsekwentnego stosowania zasady *stare decisis*, wykazywali, że ewolucja *common law* nie zmierza w określonym kierunku (por. np. Cooter, Kornhauser 1980; von Wangenheim 1993; Hathaway 2001). Szczegółowe warianty tych argumentów mają różne postaci, niemniej wszystkie

⁵ Przy czym, jak zwracał uwagę Tullock, koszty te są wyższe w systemie amerykańskim niż angielskim z uwagi na obowiązującą w tym pierwszym tzw. *American Rule*, zgodnie z którą każda strona sama pokrywa poniesione przez siebie koszty sądowe; obowiązująca w systemie angielskim tzw. *English Rule* obarcza pełnymi kosztami sądowymi stronę przegrywającą, co zniechęca stronę „niezasługującą”, a więc mającą niskie szanse wygranej w procesie, do składania pozwów.

one wykorzystują – mniej lub bardziej bezpośrednio – dowiedzioną na gruncie ewolucyjnej teorii gier tezę, że powstały ewolucyjnie spontanicznie porządek nie musi być porządkiem dobrym, tzn. ekonomicznie efektywnym. Modele teoriogrowe różnego rodzaju gier powtarzanych (np. Dylematu Więźnia czy gier koordynacyjnych), zwłaszcza wieloosobowych, pokazują albo że mają one często wiele rozwiązań (równowag Nasha), z których wiele jest nieefektywnych, a natrafienie na równowagę efektywną zależy od jednoczesnego spełnienia wielu warunków, albo że równowaga nieefektywna jest w nich ewolucyjnie niestabilna (np. w koordynacyjnej grze *Stag Hunt*). Hipoteza, że *common law* nie zmierza w określonym kierunku (ani ku ekonomicznej efektywności, ani ku ekonomicznej nieefektywności) może występować w dwóch postaciach: zgodnie z pierwszą *common law* jest zbiorem reguł efektywnych i nieefektywnych ekonomicznie, występujących mniej więcej w równych proporcjach; zgodnie z drugą w rozwoju *common law* występują cykle, w których na przemian dominują reguły ekonomicznie nieefektywne i reguły efektywne. Konkluzją tych badań bywa najczęściej stwierdzenie, że warunkiem powstania reguł ekonomicznie efektywnych jest świadome zaangażowanie sędziów w ich tworzenie.

3. ZNACZENIE BADAŃ NAD EKONOMICZNĄ EFEKTYWNOŚCIĄ *COMMON LAW* DLA OCENY FILOZOFII POLITYCZNEJ HAYEKA

Jak wynika z rozważań prowadzonych w poprzednim punkcie, przesłanka filozofii Hayeka mówiąca, iż *common law* jest ekonomicznie efektywne, nie znalazła jednoznacznego potwierdzenia we współczesnych badaniach prowadzonych w ramach *Law and Economics*. Co więcej, wydaje się, że jeśli na podstawie tych badań można sformułować jakąś ogólną konkluzję, to taką, iż *common law* obejmuje zarówno reguły ekonomicznie efektywne, jak i ekonomicznie nieefektywne, w bliżej nieokreślonych proporcjach. Nawet modele mające uzasadnić ewolucję *common law* w kierunku ekonomicznej efektywności prowadzą w istocie do niejednoznacznych konkluzji. Model Rubina wskazuje na szereg różnych tendencji w rozwoju *common law*; nie implikuje więc, że reguły *common law* są w przeważającej większości efektywne ekonomicznie. Rubin pisze zresztą wprost, że jego ewolucyjny model wyjaśnia efektywność *common law* „w takim zakresie, w jakim ona istnieje (*to the extent that it exists*)” (Rubin 1977, 60). Ponadto, nawet tendencja ku ekonomicznej efektywności, występująca – zdaniem Rubina – w sytuacji konfliktu między graczami wielokrotnymi, jest problematyczna. Złożenie pozwu przez gracza wielokrotnego poszkodowanego nieefektywną regułą może bowiem nie nastąpić z uwagi na „problem pasażera na gapę (*free rider problem*)”: gracz ów może liczyć na to, że inni gracze znajdujący się w podobnej do niego sytuacji złożą pozew i ustanowią pożądaną dla niego precedens; jeśli jednak inni gracze rozumują podobnie, do złożenia pozwu w sprawach tego rodzaju może

w ogóle nie dość, i w efekcie zostanie utrzymany nieefektywny ekonomicznie precedens⁶ (problem ten, jak wspominałem w punkcie 2, dotyczy także modelu Priesta). Ponadto, z uwagi na wysokie koszty procesu strony mogą częściej, niż zakłada to model Rubina, rozwiązywać sporne sprawy w drodze ugody pozasądowej, co skutkuje tym, że nieefektywne ekonomicznie reguły pozostaną w systemie prawnym. Z kolei model Priesta, po zmianie (moim zdaniem uzasadnionej) jednej z jego przesłanek, prowadzi – jak wspomniano w poprzednim punkcie – do konkluzji przeciwnej do zamierzonej przez autora tego modelu.

Te argumenty osłabiają filozofię Hayeka, gdyż teza o optymalizacyjnym charakterze ewolucji kierującej rozwojem „spontanicznego porządku”, jakim jest system *common law*, była jej ważnym składnikiem. Rzecz jasna, nasuwa się pytanie, czy osłabiają ją *istotnie*. Odpowiedź nie jest prosta, ponieważ Hayek uzasadniał swoje normatywne postulaty na różne sposoby, zaś przesłanka empiryczna mówiąca o ekonomicznej efektywności reguł prawnych powstałych spontanicznie, w wyniku działania procesu ewolucji kulturowej, jest tylko jednym z nich. Inne uzasadnienie zaproponowane przez Hayeka polega na krytyce idei sprawiedliwości społecznej, leżącej u podstaw tych wizji społecznej rzeczywistości, które odrzucają klasycy liberalni. Hayek wskazywał również na wysoki poziom złożoności społecznej, którego, jego zdaniem, nie doceniają zwolennicy aktywnej roli państwa, „konstruktywistyczni racjonalności”, jak nazywał ich Hayek, którzy przejawiają „zgubną pychę”, wierząc, że ludzki rozum jest w stanie dokładnie przewidzieć skutki wprowadzenia zmian w systemie reguł prawnych (por. von Hayek 1988). Wydaje się jednak, że uzasadnienie oparte na przesłance empirycznej mówiącej o efektywności ekonomicznej reguł powstałych spontanicznie (ewolucyjnie) pełni w argumentacji Hayeka rolę szczególnie istotną. Leży bowiem u podstaw szczególnie mu bliskiej tezy, że spór między zwolennikami różnych filozofii politycznych jest sporem nie tyle aksjologicznym, co empirycznym, który można rozstrzygnąć, odwołując się do badań naukowych. Ponadto, teza o efektywności ekonomicznej reguł powstałych spontanicznie wiąże się także – mniej lub bardziej bezpośrednio – z innymi zaproponowanymi przez niego uzasadnieniami jego filozofii politycznej. Przykładowo, ważnym elementem argumentacji Hayeka przeciwko idei sprawiedliwości społecznej jest teza, że istnieje alternatywny mechanizm wobec interwencjonizmu państwowego, prowadzący do powstania pożądanego alokacji dóbr. Tym mechanizmem ma być właśnie ewolucja kulturowa, generująca, zdaniem Hayeka, reguły prawne sprzyjające maksymalizacji dobrobytu/bogactwa społecznego. Wynika stąd, że podważenie lub osłabienie tezy o skuteczności tego mechanizmu w istotnym stopniu osłabia uzasadnienie wysuniętych przez Hayeka postulatów normatywnych. Trudno jednoznacznie stwierdzić, z uwagi

⁶ Rubin zdawał sobie sprawę z istnienia tego problemu, ale nie uznawał go za poważny (por. Rubin 1977, 60).

na dość luźny charakter związków inferencyjnych w obszarze rozważań z zakresu filozofii politycznej, jakie konkretnie zmiany w postulatach normatywnych Hayeka wymusza osłabienie lub podważenie tezy o optymalizacyjnym charakterze ewolucji kulturowej, wydaje się jednak, że zmiany te powinny iść w kierunku osłabienia krytycznego nastawienia wobec interwencjonizmu państwowego i aktywności legislacyjnej. Można bowiem sądzić, na podstawie zaprezentowanych badań nad efektywnością ekonomiczną *common law*, że reguły prawne (i ogólniej – jakiegokolwiek reguły, także społeczne) powstałe spontanicznie będą wymagać poważniejszych korekt, niż uważał Hayek, który wprawdzie nie twierdził, że system reguł prawnych powstałych spontanicznie nie wymaga żadnych „odgórných” korekt⁷, wierzył jednakowoż, że dla zapewnienia jego ekonomicznej efektywności wystarczy, jeśli będą one sporadyczne.

Nasuwa się pytanie, czy Hayek mógłby w jakiś sposób odeprzeć powyższą krytykę. Mógłby oczywiście wskazać na niekonkluzywność badań nad efektywnością ekonomiczną *common law*. Ten kontrargument nie jest błahy, ponieważ badania te w istocie nie prowadzą do jednoznacznych wniosków; niemniej, jak już pisałem, wydają się wspierać konkluzję przeciwną do głoszonej przez Hayeka. Pozostaje jednak faktem, że kwestia ekonomicznej efektywności *common law* pozostaje wciąż w dużym stopniu otwarta. Inny kontrargument Hayeka mógłby brzmieć następująco. Posner i inni badacze z nurtu *Law and Economics* analizujący problem efektywności ekonomicznej *common law* ujmują ten system inaczej niż Hayek: dla tych pierwszych przedmiotem analizy są konkretne reguły *common law* i je właśnie mają na myśli, kiedy piszą o ekonomicznej efektywności tego systemu; natomiast Hayek odnosi tezę o ekonomicznej efektywności do systemu *common law* jako całości. Pierwsi ujmują więc system *common law* jako zbiór poszczególnych, celowych norm (celowych, tzn. w tym przypadku służących realizacji ekonomicznej efektywności), zaś Hayek (1976, 35–36) – jako zbiór reguł, które same w sobie nie służą konkretnemu celowi, tzn. są „niezależne od celu (*end-independent*)”, a ich efektywność ekonomiczna jest oceniana pośrednio – realizuje ją system prawny ujmowany jako całość. Tego rodzaju „holistyczne” ujmowanie *common law* jest jednak nieprzekonujące, uniemożliwia bowiem testowanie hipotezy o jego ekonomicznej efektywności. Staje się ono możliwe tylko wtedy, gdy system *common law* rozumie się jako sumę poszczególnych reguł, choć, rzecz jasna – na co słusznie zwraca uwagę Hayek – pozostających ze sobą w często skomplikowanych zależnościach (co skutkuje tym, że „ulepszenie” jednej reguły może prowadzić do niepożądanych skutków z uwagi na złożone interakcje, w jakie reguła ta wchodzi z innymi regułami). Być może taki zresztą był sens tych fragmentów pism Hayeka, w których podkreślał, że reguły *common*

⁷ Np. Hayek zdawał sobie doskonale sprawę z faktu, że reguły powstałe spontanicznie mogą być niedostosowane do dynamicznie zmieniającej się rzeczywistości społeczno-gospodarczej (por. von Hayek 1973, 88).

law powinny być ujmowane jako całość⁸, tzn. sensem tych wypowiedzi nie było to, iż system reguł jako całość, a nie poszczególne reguły, może być efektywny lub nieefektywny ekonomicznie, lecz to, że zmiana dowolnej reguły z tego systemu wpływa na pozostałe reguły, rzutuje więc niejako na cały system ze względu na powiązania między jego elementami, i *ipso facto* może prowadzić do przekształcenia reguł efektywnych ekonomicznie w nieefektywne (i *vice versa*). Jeśli jednak taki był sens wypowiedzi Hayeka, nie mogą one stanowić kontrargumentu, ponieważ tak rozumiane wypowiedzi te są w pełni akceptowalne również dla badaczy z nurtu *Law and Economics*: żaden z nich nie będzie skłonny odrzucić przekonującej hipotezy o wzajemnych powiązaniach reguł tworzących *common law*. Hayek mógłby podnieść jeszcze jeden kontrargument: mianowicie stwierdzić, że jego teza o ekonomicznej efektywności *common law* została zinterpretowana zbyt szczegółowo; w zamyśle miała dotyczyć wyłącznie wybranych, zasadniczych – *stricte* liberalnych – reguł, leżących u podstaw tego systemu, a nie wszystkich reguł wchodzących w jego skład⁹. Taką interpretację tezy Hayeka mógłby wspierać następujący fragment jego pism:

Byłoby rzeczą interesującą, choć nie mogę tutaj podjąć się tego zadania, wyjaśnić następstwo różnych porządków ekonomicznych, przez jakie przeszła cywilizacja, w kategoriach zmian różnych reguł działania. Zmiany te polegały głównie na rozluźnieniu zakazów; umożliwiły one ewolucję indywidualnej wolności i rozwój reguł chroniących jednostkę, a nie nakazujących dokonywanie określonych działań. Trudno wątpić w to, że tolerancja wymiany z osobami spoza grupy, szacunek dla ściśle wyznaczonej własności prywatnej, zwłaszcza własności gruntu, egzekwowanie zobowiązań umownych, konkurencja między osobami uprawiającymi ten sam zawód, zmienność początkowo zwyczajowych cen, pożyczki pieniężne, zwłaszcza na procent – że wszystko to stanowiło początkowo naruszenie zwyczajowych reguł, stanowiło wiele różnych upadków ze stanu łaski. A łamiący te reguły, i przecierający tym samym nowe ścieżki, z pewnością nie wprowadzali tych nowych reguł dlatego, że zdawali sobie sprawę z tego, że są korzystne dla społeczeństwa; inicjowali te nowe praktyki, ponieważ były korzystne dla nich samych, okazały się jednak także korzystne dla grupy, w której zwyciężyły (von Hayek 1979, 161).

Cytat ten sugeruje, że Hayek mógł mieć na myśli wyłącznie zasadnicze dla systemu kapitalistycznego reguły, np. chroniące własność prywatną, ekonomiczną konkurencję, dotrzymywanie umów. Gdyby tak rzeczywiście było, jego teza o efektywności ekonomicznej tego rodzaju reguł byłaby w pełni przekonująca, podobnie jak przekonująca byłaby teza, iż reguły te powstały ewolucyjnie, tzn. zostały zachowane w systemie prawnym, ponieważ przyczyniały się do dobrobytu

⁸ Por. np. następujący cytat: „systems of rules of conduct will develop as wholes [...] the selection process of evolution will operate on the order as a whole [...]; whether a new rule will, in combination with all the other rules of the group, and in the particular environment in which it exists, increase or decrease the efficiency of the group as a whole, will depend on the order to which such individual conduct leads” (von Hayek 1967, 71).

⁹ Oczywiście obrońca Hayeka musiałby dokonać wyboru między tym argumentem i poprzednim, gdyż argumenty te są sprzeczne ze sobą, a nie komplementarne.

przyjmującej je grupy. Wydaje się jednak, że Hayek nadawał swojej tezie o efektywności ekonomicznej reguł powstałych spontanicznie sens bardziej szczegółowy, tzn. odnosił ją nie tylko do owych – fundamentalnych – reguł, lecz także do innych reguł prawnych kształtujących życie społeczne i gospodarcze. Gdyby jednak, faktycznie, Hayek miał na myśli tylko te reguły, wówczas badania prowadzone w ramach *Law and Economics* nad efektywnością ekonomiczną *common law* byłyby irrelewantne dla oceny jego filozofii politycznej, czy – mówiąc ściślej – trywialnie by ją potwierdzały, ponieważ efektywność ekonomiczna owych fundamentalnych dla gospodarki kapitalistycznej reguł nie podlega dyskusji. Powtórzmy jednak: Hayek zdawał się wierzyć, że wszystkie reguły, które powstają spontanicznie w wyniku działania ewolucji kulturowej, a nie tylko owe reguły fundamentalne, są ekonomicznie efektywne. Badania te są więc, jak się wydaje, istotne dla oceny jego filozofii politycznej.

Na zakończenie chciałbym powrócić do wątku zasygnalizowanego w punkcie 1. Wspominałem tam, że filozofia Hayeka nie stanowiła bezpośredniej inspiracji dla przedstawicieli *Law and Economics* do podjęcia badań nad efektywnością ekonomiczną *common law*. Wynikało to, jak można sądzić, z dwóch powodów.

Po pierwsze, twórca tego nurtu – Richard Posner – choć bronił, podobnie jak Hayek, tezy o ekonomicznej efektywności *common law*, przedstawił model jego ewolucji całkowicie niezgodny z duchem filozofii Hayeka; filozofia ta nie mogła być więc dla niego źródłem głębszej inspiracji. Posner uważał, że sędziowie mają dostateczną wiedzę, aby skutecznie poszukiwać efektywnych ekonomicznie rozwiązań. Twierdził, iż sędziowie nie tylko powinni świadomie tworzyć, lecz także rzeczywiście świadomie tworzą system efektywnych ekonomicznie reguł prawnych. Hayek – przeciwnie – uważał, że sędziowie są niezdolni do zdobycia wszystkich informacji, niezbędnych, aby stwierdzić, czy dana reguła rzeczywiście zwiększa efektywność ekonomiczną. W duchu austriackiej szkoły ekonomii, z której się wywodził, podkreślał nieusuwalną (z uwagi na nieredukowalną złożoność rzeczywistości społecznej) niezdolność przewidywania skutków naszych działań. Twierdził, że jeśli sędziowie próbują świadomie tworzyć ekonomicznie efektywne prawo, skutki ich działań są zwykle przeciwne od zamierzonych. Oto przykład (niepochodzący od Hayeka), ilustrujący takie skutki:

Prawo regulujące odpowiedzialność za produkt opierało się tradycyjnie na prawie umów i takich pojęciach, jak niedbalstwo i niedbalstwo poszkodowanego (*contributory negligence*). Te doktryny ewoluowały przez wieki i zostały uznane przez sędziów za ustalone reguły normujące relacje między producentami, dystrybutorami i konsumentami. Sędziowie jednak, inspirowani przede wszystkim wynikami badań prowadzonych w ramach *Law and Economics*, z czasem przyjęli świadomie odmienne reguły – oparte na zasadzie odpowiedzialności absolutnej. Powitano je jako wielkie osiągnięcie, ponieważ reguły te zostały wyprowadzone z analiz ekonomicznej efektywności, a nie z tradycyjnej doktryny. Niemniej, są dobre racje za tym, aby sądzić, iż odpowiedzialność absolutna okazała się na dłuższą metę mniej efektywna niż zastąpiony przez nią tradycyjny reżim odpowiedzialności, i że jego nieprzewidziane skutki lepiej ilustrują niebezpieczeństwa sądowego centralnego planowania niż jego korzyści.

Przykładowo, nowy reżim mógł się przyczynić do zwiększenia moralnego hazardu, ponieważ zezwalał konsumentom na wadliwe korzystanie z produktu, nie pozbawiając ich jednocześnie prawa do składania pozwów. Ponadto, wprowadzając ten reżim, zignorowano fakt, iż prawo deliktowe było tylko jednym z systemów kompensacji-odstraszenia, obok takich jak ubezpieczenie, znaki towarowe czy ocena jakości przez stronę trzecią. Można więc zasadnie przypuszczać, że osoby, które wprowadziły reżim odpowiedzialności absolutnej, stanowiący regułę obowiązkową, nie przewidziały wszystkich możliwych skutków tego kroku, kierując w efekcie prawo na niewłaściwą ścieżkę (Zywicki, Sanders 2007, 569–570)¹⁰.

Po drugie, Hayek nie opisał dokładnie ewolucyjnego mechanizmu prowadzącego do powstania reguł prawnych; ograniczył się wyłącznie do ogólnikowej uwagi, że przebiega ona zgodnie z zasadą doboru grupowego. Badacze *common law* nie mogli więc znaleźć w pracach Hayeka bezpośredniej inspiracji dla swoich badań; musieli je prowadzić niejako od początku, czerpiąc z osiągnięć różnych teorii (m.in. teorii gier), do których Hayek nie nawiązywał w swoich rozważaniach. Należy jednak podkreślić, że zaproponowane przez nich i krytycznie omówione w punkcie 2 hipotezy na temat mechanizmów ewolucji *common law* (z wyjątkiem hipotezy Posnera opartej na sprzecznym z teorią Hayeka założeniu o możliwości posiadania wiedzy istotnej dla wprowadzania zmian w rzeczywistości społecznej) mogłyby stanowić uzupełnienie teorii Hayeka, gdyby nie fakt, że – jak argumentowałem – wydają się wspierać sprzeczną z nią konkluzję, tzn. przemawiać za tezą o „mieszanym” charakterze *common law*, łączącym reguły ekonomicznie efektywne i nieefektywne. Nie potwierdzają więc jego tezy o optymalizacyjnym charakterze ewolucji kulturowej.

BIBLIOGRAFIA

- Cooter, Robert, Lewis Kornhauser. 1980. “Can Litigation Improve the Law Without the Help of Judges?”. *The Journal of Legal Studies* 9 (1): 139–163.
- Hathaway, Oona. 2001. “Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System”. *The Iowa Law Review* 86 (2): 601–661.
- Landes, William, Richard Posner. 1979. “Adjudication as a Private Good”. *The Journal of Legal Studies* 8 (2): 235–284.
- Posner, Richard. 1979. “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”. *The Journal of Legal Studies* 8 (1): 103–140.
- Priest, George. 1977. “The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules”. *The Journal of Legal Studies* 6 (1): 65–82.
- Rubin, Paul. 1977. “Why is the Common Law Efficient?”. *The Journal of Legal Studies* 6 (1): 51–63.
- Smith, Adam. 2002. *The Wealth of Nations*. Mineola, NY: Dover Publications, Inc.
- Tullock, Gordon. 1997. *The Case against the Common Law*. Durham: Carolina Academic Press.

¹⁰ Warto wskazać na jeszcze jedną różnicę między podejściem Posnera i Hayeka. Otóż Hayek, w swojej krytyce tworzenia prawa przez sędziów, odwoływał się także do idei rządów prawa: twierdził, że jeśli sędziowie świadomie tworzą prawo, jak postulował Posner, wówczas rządzi nie prawo, lecz ludzie; aby prawo faktycznie rządziło, musi ono powstawać spontanicznie. Tego wątku jednak nie rozwijam, ponieważ ma on marginalne znaczenie z punktu widzenia celu tego artykułu.

- von Hayek, Friedrich A. 1967. "Notes on the Evolution of Systems of Rules of Conduct". W Friedrich A. von Hayek, *Studies in Philosophy, Politics, and Economics*. 66–81. London: Routledge & Kegan Paul.
- von Hayek, Friedrich A. 1973. *Law, Legislation and Liberty*. Vol. 1. *Rules and Order*. Chicago: University of Chicago Press.
- von Hayek, Friedrich A. 1976. *Law, Legislation and Liberty*. Vol. 2. *The Mirage of Social Justice*. Chicago: University of Chicago Press.
- von Hayek, Friedrich A. 1979. *Law, Legislation and Liberty*. Vol. 3. *The Political Order of a Free People*. Chicago: University of Chicago Press.
- von Hayek, Friedrich A. 1988. *The Fatal Conceit. The Errors of Socialism*. London: Routledge.
- von Wangenheim, Georg. 1993. "The Evolution of Judge-Made Law". *International Review of Law and Economics* 13: 381–411.
- Zywicki, Todd. 2007. "Gordon Tullock's Critique of the Common Law". *George Mason Law & Economics Research Paper* 7–13. <http://mercatus.org/uploadedFiles/Mercatus/Publications/Tullock%20Common%20Law.pdf> [dostęp 6.01.2016].
- Zywicki, Todd, Anthony Sanders. 2007. "Posner, Hayek, and the Economic Analysis of Law". *Iona Law Review* 93 (2): 559–603.
- Zywicki Todd, Edward Peter Stringham. 2010. "Common Law and Economic Efficiency". *George Mason Law & Economics Research Paper* 10-43: 1–48.

Wojciech Zahuski

ABOUT FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK'S POLITICAL PHILOSOPHY IN LIGHT OF RESEARCH ON THE ECONOMIC EFFICIENCY OF COMMON LAW

Abstract. The goal of this paper is to evaluate Friedrich August von Hayek's political philosophy through the prism of the research on the economic efficiency of common law conducted within Law and Economics. One of the assumptions of Hayek's political philosophy was the thesis about the optimizing character of cultural evolution. According to this thesis legal rules which have arisen spontaneously are economically efficient and thereby do not need to be corrected by the legislator. This thesis was thoroughly analysed by the Law and Economics scholars (*notabene* not inspired directly by Hayek's philosophy), and these analyses are critically discussed in this paper. The results of these analyses are not unambiguous; nonetheless, they seem to undermine Hayek's assumption about the optimizing character of cultural evolution. This fact affects the assessment of Hayek's normative postulates; in particular, it justifies scepticism towards his critique of legislative activity.

Keywords: economic efficiency, common law, cultural evolution, Hayek, Law and Economics.